

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



جامعة الخليل
كلية الدراسات العليا
قسم القضاء الشرعي

"التحكيم في الشريعة الاسلامية وتطبيقاته في المحاكم الشرعية"

إعداد

زكريا اسعد حسن دراوشة

إشراف

فضيلة الشيخ الدكتور هارون الشرباتي
الأستاذ المشارك في التفسير وعلوم القرآن
عميد كلية الشريعة سابقاً

رسالة ماجستير

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القضاء الشرعي بكلية الدراسات العليا والبحث العلمي في جامعة الخليل

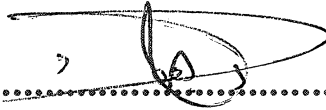
2008

بسم الله الرحمن الرحيم


نوقشت هذه الأطروحة يوم الأربعاء :

3/رمضان /1429هـ - وفق 3/9/2008 م ، وأجيزت وكانت

لجنة المناقشة مؤلفة من التالية أسماؤهم :

الدكتور هارون كامل الشرباتي  مشرفاً ورئيساً .

الأستاذ الدكتور حسين مطاوع الترتوري  عضواً مناقشاً .

الأستاذ الدكتور أمير عبد العزيز رصرص  عضواً مناقشاً .

شكر وتقدير

الحمدُ لله الذي مَنَّ على عباده المؤمنين اذ بعث فيهم رسولا منهم يتلو عليهم آياته ويزكيهم ويعلمهم الكتاب والحكمة وان كانوا من قبلُ لفي ضلالٍ مبين.

وبعد:

فأنه انطلاقاً من حديث المصطفى صلى الله عليه وسلم:

"لا يشكر الله من لا يشكر الناس"¹

لا مناص عن تقديم الشكر الجزيل والامتنان العميق للشيخ الفاضل الدكتور هارون الشرباتي، رئيس لجنة المناقشة، الذي قام بالإشراف على رسالتي، حيث شعرتُ انه ما قصرَ في توجيهي وإرشادي بشكلٍ موضوعي ومنهجي واشكره على سعة صدره وسمو خُلُقِه في صبره عليّ فقد كشف النقاب عن كنه الموضوعات في الرسالة، كما أتوجه بالشكر الجزيل لكل من أساتذتي الكرام، فضيلة الأستاذ الدكتور حسين مطاوع الترتوري عميد كلية الشريعة في جامعة الخليل، ممتحناً داخلياً ومناقشاً، وفضيلة الأستاذ الدكتور امير عبد العزيز رصرص، ممتحناً خارجياً ومناقشاً.

فإنه أسأل ان يجعل ذلك في ميزان حسناتهم يوم القيامة وأن يعم عليهم شأبيب الخير من العالم الواحد الاحد.

¹ رواه الطبراني عن ابي هريرة - كشف الخفاء / 376/2 / ح 3146 - رواه احمد بسند رجاله ثقات عن الاشعث بن قيس رفعه، وابو داود والترمذي عن ابي هريرة مرفوعاً، وصححه الترمذي عن ابي هريرة وقال الحافظ ابن حجر فيه اربع روايات، رفع لفظ الجلالة، والناس. ونصبهما، ورفع الاول ونصب الثاني، وبالعكس وتوجيههما ظاهر.

الإهداء

الحمد لله والصلاة والسلام على نبي الهدى خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى اله وصحبه ومن سار على دربه واهتدى بهديه إلى يوم الدين.

وبعد:

فإنني أقدم هذا العمل المتواضع إلى روح والدي، الذي أسأل الله تعالى أن تكون هذه الرسالة من عمله غير المنقطع، وأن تنفعه في قبره، ويوم العرض على الله عز وجل يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم.

والى والدتي حفظها الله التي واستنتي في نفسها ومالها وما بخلت عليّ بدعاء، والى إخواني وأخواتي جميعاً، والى زوجتي وأولادي، الذين كانوا يدعون لي بالنجاح في دراستي بشكل متواصل دون كلل أو ملل.

وإنبري أهدي رسالتي هذه، الى طلاب العلم والمعرفة، الباحثين عن الحق، الذين يستعذبون الصعب قصد التفقه في الدين، السائرين على درب السلف الصالح جمعاً بين العلم والعمل، والى كل زوجين يحرصون على حياةٍ أسرية تسودها الرحمة والمودة والسكينة.

والى كل هؤلاء أهدي هذه الرسالة

بسم الله الرحمن الرحيم المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، من يهد الله فلا مضل له ، ومن يضل فلا هادي له ، وأصلي وأسلم على أشرف الخلق حبيب الحق وإمام المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن سار على دربه واهتدى بهديه واستن بسنته إلى يوم الدين .

أما بعد :

فإن البشرية منذ نشأتها الأولى على الأرض قد اختلفت بعد أن كانت أمة واحدة ، ولم تعرف إلا القوة والقتل كأساس ووسيلة وحيدة لفض النزاعات الناشئة بين أبنائها ، علماً أن هناك وسائل أخرى يمكن استخدامها لذلك، وعلى رأسها العلم لأن الله تبارك وتعالى قد أتى عليه في كتابه العزيز بقوله: "وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا".

إذ أن العلم أنجع شيء في محاربة الفساد، وذلك ظاهر من خلال جواب الملائكة لله عز وجل عندما أراد أن يجعل في الأرض خليفة ، فقالوا: "أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ". فرد الله تبارك وتعالى عليهم بقوله: "قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ(30) وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا ثُمَّ عَرَضَهُمْ عَلَى الْمَلَائِكَةِ فَقَالَ أَنْبِئُونِي بِأَسْمَاءِ هَؤُلَاءِ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ(31)".¹

إلا أن البشرية لم تأخذ بالعلم كأساس لفض نزاعاتها، وذلك لأن حياتها كانت تقوم على أساس المصلحة التي تدفعها دواعي الطمع والإثم والتمرد على حكم الحق، بعيداً عن الوازع الديني المتجسد بالتقوى ومخافة الله عز وجل، وعليه فقد بين لنا القرآن الكريم هذا الأساس من خلال إخباره عن ابني آدم عليه السلام قابيل وهابيل في قوله تعالى: "وَإِثْلُ عَلَيْهِمْ نَبَأُ ابْنَيْ آدَمَ بِالْحَقِّ إِذْ قَرَّبَا قُرْبَانًا فَتُقُبِّلَ مِنْ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يُتَقَبَّلْ مِنَ الْآخَرِ قَالَ لَأَقْتُلَنَّكَ قَالَ إِنَّمَا يَتَقَبَّلُ اللَّهُ مِنَ الْمُتَّقِينَ(27) لَئِن بَسَطْتَ إِلَيَّ يَدَكَ لِتَقْتُلَنِي مَا أَنَا بِبَاسِطِ يَدَيْ إِلَيْكَ لَأَقْتُلَنَّكَ إِنِّي أَخَافُ اللَّهَ رَبَّ الْعَالَمِينَ(28) إِنِّي أُرِيدُ أَنْ تَبُوءَ بِإِثْمِي وَإِثْمِكَ فَتَكُونَ مِنْ أَصْحَابِ النَّارِ وَذَلِكَ جَزَاءُ الظَّالِمِينَ(29) فَطَوَّعَتْ لَهُ نَفْسُهُ قَتْلَ أَخِيهِ فَقَتَلَهُ فَأَصْبَحَ مِنَ الْخَاسِرِينَ(30)".²

¹ انظر سورة البقرة.

² سورة المائدة.

وعليه فقد استمر الإنسان في البيئات والمجتمعات القديمة يستند إلى قوته في الدفاع عن حقوقه وحماية مصالحه¹. على الرغم من شذوذ هذه الوسيلة ، على اعتبار أن هناك وسائل أخرى كان بإمكانه الأخذ بها وعلى رأسها العلم والتقوى ومخافة الله عز وجل كما أشرت إلى ذلك أنفأ ، وهذا الأمر أدى إلى إشاعة الفوضى والاضطراب في الأمن والنظام" وتمزق الأمم والشعوب ، وأصبح الرعب والخوف هو المالك لزام الأمور عندهم ، وظل النزاع والصراع والحروب محتدماً بينهم "السنين طويلة ، إلى أن ظهرت فكرة التحكيم كوسيلة لفض المنازعات"².

"والسبب في ظهور مثل هذه الفكرة هو النمو لما يسمى بالفكر السياسي" لدى المجتمعات البشرية في شرق الأرض وغربها ، الأمر الذي أدى إلى استقرار تلك الأمم ومن ثم المساهمة في تطور الحضارة الإنسانية ، فكما ارتقى الإنسان وزادت مطالبه من أجل الرفاهية ، تطور الفكر "السياسي ، حتى إنه يمكن القول إن الفكر السياسي كان مقياساً للعمارة والحضارة"³. وعليه فقد تكلمت في التمهيد من بحثي هذا عن التطور التاريخي للتحكيم منذ نشأت الحضارات القديمة في الشرق والغرب وصولاً إلى العرب في الجاهلية وعملهم في التحكيم انتهاءً بالإسلام وإقراره للعمل بالتحكيم.

وقد تناولت في الفصل الأول من بحثي تعريفاً عاماً بعقد التحكيم، والفروق بينه وبين طرق فض النزاع الأخرى كالقضاء والحسبة والصلح وغيرها.

وبينت في سياق البحث الجوانب الهامة في عقد التحكيم من حيث مشروعيتها وأنواعه وشروطه وأركانها والموضوعات التي يبحث فيها ومدى أهمية العمل به.

وفي الفصل الثاني من بحثي تكلمت عن الأمور والصفات التي يجب أن تتوفر في التحكيم والمحكم، فبحثت في الصلاحيات الممنوحة للحكم، والشروط التي يجب أن تتوفر فيه وما إلى ذلك من أمور.

وفي الفصل الثالث من بحثي تكلمت عن وسائل الإسلام الحنيف في علاج الخلافات الزوجية بشكل عام وبصورة إجمالية، فتناولت فيه تعريف النشوز وممن يكون، وبحثت في المقصود من قوله تعالى: "إلا أن يأتين بفاحشة مبينة". هل المقصود بذلك الزنا أم النشوز ؟ وبعدها تكلمت

¹ انظر البكر/ محمد عبد الرحمن البكر/ السلطة القضائية وشخصية القاضي / ص 11 / الزهراء للاعلام العربي ، الطبعة الاولى سنة 1408هـ ، سنة 1988م.

² المرجع السابق

³ سالم / د. محمد عزيز نظمي سالم / الفكر السياسي والحكم في الاسلام / ص 21 / الناشر مؤسسة شباب الجامعة الاسكندرية.

عن سلطة التأديب ومن ثم بحثت في مسألة اللجوء إلى التحكيم مبيناً في ذلك متى يلجأ إلى التحكيم.

وفي الفصل الرابع ركزت البحث بشكل موسع بعض الشيء في موضوع التحكيم بين الزوجين، إذ أن الزواج شرعة ربانية محاطة بقدسية عظيمة، ولهذا فقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالزواج كثيراً وحثت عليه، فالزواج هو اللبنة الأساسية في بناء الأسرة والمجتمع، فمتى وقع عقد الزواج صحيحاً متوفرة فيه أركانه وسائر شروطه ترتبت عليه آثاره من حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر، ووجوب المهر المسمى في العقد للزوجة أو المثل إن لم يُسمَ، ووجوب النفقة بأنواعها من طعام وكسوة ومسكن، ما لم تكن الزوجة ناشزا، وثبوت نسب الأولاد للزوج، وثبوت حرمة المصاهرة، وثبوت حق التوارث بين الزوجين، إذا مات أحدهما في حال قيام الزوجية، وثبوت حقوق لكل زوج وواجبات عليه تجاه الآخر.

ولهذا فقد أرشد الله عز وجل الأزواج عند قيام الزواج بينهما بحسن العشرة وتودد أحدهما إلى الآخر حتى تحصل بينهما السكينة والمودة والرحمة، يقول تعالى: " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ(21)¹. إلا أن الحياة الزوجية قلما تخلو عن المنغصات وكدر العيش بين الزوجين، وعلى الرغم من أن الطلاق حق مشروع للزوج يستطيع من خلاله حل عقدة النكاح، إلا أن الله عز وجل أرشد الزوجين قبل التفكير في الطلاق إلى حلول لإصلاح ما تعكر من حياة، يقول تعالى: " الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لَلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاصْرَبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً(34)².

ومتى امتنعت الزوجة عن إيفاء زوجها هذه الحقوق بأن نشزت عن طاعته في نطاق ما أحل الله، عندها خول الله عز وجل الزوج ومنحه السلطة والولاية لتأديبها أيضاً في نطاق وحدود ما أمر الله عز وجل.

¹ انظر سورة الروم
² سورة النساء

فان لم يمكن حل النزاع بالطرق المذكورة آنفاً يلجأ إلى الوسيلة الأخيرة والتي قد تكون ناجعة قبل الطلاق ألا وهي مرحلة الحكمين حيث يقول تعالى: " وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا(35)¹.

فان بلغ النزاع والشقاق بينهما مبلغاً كبيراً إلى درجة يصعب فيها استمرار الحياة الزوجية بينهما بأن كان أحد الزوجين كارهاً للآخر ومبغضاً له بغضاً كلياً يحمله على الفراق، فلا بأس بعد ذلك بأن يوقع الرجل الطلاق إذا لم يكن بد من ذلك، وكما يقولون آخر العلاج الكي. وللزوجة أن تفتدي نفسها بمال تبذله للزوج وهذا ما يسمى بالمخالعة.

وعليه فانه في حال احتدم النزاع والشقاق بين الزوجين وادعى كل منهما أن النزاع والشقاق سببه الآخر ولم يستطيعا أن يحلا ذلك، ولم يُجد جهد إصلاح ذات البين، عندها توجب على من يشعر أنه مظلوم رفع الأمر للقضاء.

وعلى هذا الأساس فإن العلماء مجمعون على مشروعية بعث الحكمين إلا أن الخلاف نشأ ، حول صلاحية الحكمين للتفريق بين الزوجين إذا رأيا أن الخير يكون في إيقاع التفريق بينهما.

ولهذا فقد رأيت من المناسب والضروري أن أركز دراستي وبحثي بشكل خاص وبصورة بارزة على موضوع التحكيم بين الزوجين بسبب النزاع والشقاق لما في ذلك من أهمية كبرى، في البيت المسلم ومنعه من الانهيار والتفكك قدر الإمكان.

وفي الفصل الخامس والأخير من بحثي تناولت الجانب التطبيقي للتحكيم في المحاكم الشرعية على مختلف موضوعاته موضعاً ذلك بالتحليل والتعليق، حيث بينت إجراءات التحكيم في المحاكم الشرعية بفلسطين المحتلة عام (48/67) عارضاً بذلك نص مادة التحكيم في المحاكم الشرعية (48) و (67) ومن ثم المقارنة بين القانون الأردني المطبق في المحاكم الشرعية في الضفة الغربية ، وقانون قرار حقوق العائلة المطبق في المحاكم الشرعية في فلسطين المحتلة عام 48. وفي مبحث ثانٍ تكلمت عن عزل الحكمين وتعيين بدلهم ومن المخول بإجراء العزل والتعيين.

¹ انظر سورة النساء

وفي خاتمة بحثي بينت النتائج التي خلصت إليها ، ومن ثم قدمت بعض التوصيات للمحاكم الشرعية في محاولة لإصلاح جانب التحكيم وتفعيل العمل به.

الطالب:

زكريا اسعد حسن دراوشه

أهمية البحث وسبب اختياري لهذا الموضوع

يكتسب أي بحث أهميته إذا قرر حقيقة ما ، أو صحح خطأ ، أو بين مشكلاً ، وفي هذا البحث تظهر للقارئ هذه الأمور.

(1) السبب الرئيس لاختياري هذا الموضوع هو كثرة حالات الطلاق في مجتمعنا المسلم في فلسطين المحتلة عام 48 ، لذلك فقد كان من الضروري التركيز على جانب التحكيم وتفعيله كما يجب ، كي نقلل من نسب الطلاق.

(2) يظهر للقارئ في هذا البحث أن الإسلام منهج حياة شامل يعالج كل مشكلات الحياة الاجتماعية ، وأنه يستوعب كل مستجدات العصر وما يطرأ ضمن ثوابته المبنية فيه.

(3) إن التحكيم متعدد الأنواع ، فهو يشمل التحكيم بين الزوجين ، والتحكيم في جزاء الصيد بالنسبة للمحرم ، والتحكيم بين المسلمين وأعدائهم من الكفار المحصنين في حصونهم ، والتحكيم في أمر الإمامة وما إلى ذلك من أمور ، فأردت من خلال بحثي هذا تعريف المسلمين على هذه الأنواع ، وفيما إذا بقي العمل فيها كلاً أو بعضاً.

(4) أردت في بحثي هذا أن أركز على التحكيم بين الزوجين لمعالجة ما يقع بينهما من خلاف وإصلاح ذات بينهما ، للحيلولة دون انهيار وحل أعظم رباط وعقد شرعه الله عز وجل بين بني البشر ذكورهم مع إناثهم ، ألا وهو عقد الزواج ، والحياة الأسرية المبنية على المودة والرحمة.

(5) التحكيم في الشريعة الإسلامية بمفهومه العام يندرج تحت مسمى القضاء الخاص وهو بذلك ينصب في دائرة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، فإن لم نوله عناية فائقة ورعاية خاصة ، ازدحمت محاكمنا بالقضايا ، والمشاحنات الكثيرة والمورثة للتباغض بين عموم المسلمين ، وهُدمت بيوت كثيرة من بيوت المسلمين فتفسد بذلك نساؤنا ، وتشرذم أطفالنا ، ويعطل بذلك جانب هام ومميز من جوانب هذا الدين الحنيف ألا وهو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وإصلاح ذات بين المسلمين.

منهج البحث

اعتمدت في بحثي هذا المنهج الوصفي الاستقرائي الذي يتضمن التحليل للمسائل. حيث تتبعت المذاهب الفقهية للائمة الأربعة والظاهرية ، وبينت الاختلاف في المسائل المتعلقة بالتحكيم في الشريعة الإسلامية.

وبذلت جهدي ما استطعت في ترجيح الآراء ، ونوهت إلى ما رجحه العلماء المعاصرون في المسائل المختلف فيها.

وسيكون من منهجي في هذا البحث ما يلي:

- (1) عزو الآيات القرآنية إلى سورها مع بيان اسم السورة ورقم الآية فيها.
- (2) تخريج الأحاديث والآثار من مصادرها الأصلية والحكم عليها.
- (3) الحرص على جمع المعلومات من مصادرها الأصلية ، والرجوع إلى المصادر الأصلية التي وثقت في هذا الجانب قديما وحديثا.
- (4) عرض قضايا تفصيلية عن التحكيم في المحاكم الشرعية.
- (5) التنبيه على الثغرات وحالات النقص عند ممارسة التحكيم ، وإعطاء الحلول والتوصيات المناسبة لذلك.

أهداف البحث

- (1) تعريف عام بموضوع التحكيم والمحكم.
- (2) تفعيل جانب العمل بالتحكيم في المحاكم الشرعية قدر المستطاع.
- (3) إعطاء اقتراحات وتوصيات تتعلق بشخص الحكم الواجب إسناد مهام التحكيم إليه ، ومراعاة الشرعية لها.

الدراسات السابقة

هنالك عدة كتب تحدثت عن موضوع التحكيم ولكن على إطلاقه ووفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، من هذه الكتب :

- (1) اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 سنة 1994 ، تأليف الدكتورة ناريمان عبد القادر ، المحامية.
- (2) موسوعة التحكيم ، التحكيم في البلاد العربية ، تأليف الدكتور عبد الحميد الأحذب.
- (3) التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون ، أبحاث ، مناقشات ، توصيات ، سنة 1421 هـ سنة 2000م ، المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة الإسلامية والقانون ، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية ، جمعية الإصلاح الإسلامية ، طرابلس ، لبنان.
- (4) التحكيم في المملكة العربية السعودية ، تأليف الدكتور محمد بن ناصر بن محمد البجاد.

أما عن الرسائل المقدمة في موضوع التحكيم فهي ما يلي :

- (1) التحكيم في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية ، دارسه تحليلية وتأصيل ، تأليف مسعد عواد حمدان البرقاني الجهني ، الطبعة الأولى سنة 1414هـ ، سنة 1994م مكتبة دار الإيمان ، المدينة المنورة ، المملكة العربية السعودية ، قامت بطباعته وإخراجه دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع بيروت ، لبنان.

أصل هذا الكتاب رسالة مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر الشريف لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية. تقع الرسالة في 285 صفحة بما فيها الفهرست والمراجع ، وقد انطوى البحث في الرسالة على:
افتتاحية ومقدمة وثلاثة أبواب وخاتمة ، تناول الباحث في الافتتاحية الباحث على اختيار الموضوع والغاية من بحثه والمنهج العلمي الذي سار عليه مقرونا بخطة البحث.

أما المقدمة فقد تناول الباحث فيها التطور التاريخي للتحكيم عند العرب وغيرهم قبل الإسلام
مقرونا بنماذج من صور التحكيم عند العرب قبل الإسلام.

أما الباب الأول:

فقد عقده في مشروعية التحكيم في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية.

وقد انطوى هذا الباب على ثلاثة فصول:

الفصل الأول: في تعريف التحكيم والفرق بينه وبين القضاء في الشريعة الإسلامية والنظم
الوضعية مع المقارنة بين الشريعة والقانون في ذلك.

الفصل الثاني: تناول أدلة مشروعية التحكيم في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية ،
وحكمة المشروعية ، مبينا في ذلك آراء الخوارج في التحكيم وموقف العلماء منهم ،
وموضحا أوجه المقارنة بين الشريعة والقانون.

الفصل الثالث: تناول أركان التحكيم وأهلية المحكم والمحتكم والصفات المعتبرة في المحكم
وشروطه المتفق عليها والمختلف فيها في الشريعة الإسلامية ، وأهلية المحكم في النظم
الوضعية مقارنة بذلك بين الشريعة والقانون ، كما بين أهلية المحتكمين وتعهدهم بالتحكيم في
كل من الشريعة والقانون ، وعقد مقارنة في ذلك.

الباب الثاني: جعله الباحث في الآثار المترتبة على التحكيم في الشريعة الإسلامية والنظم
الوضعية.

وهذا الباب يقع في فصلين:

الفصل الأول: في سلطة المحكم وتعددده في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية ، وقد تناول
فيه سلطة المحكم في الشريعة والقانون وحدود هذه السلطة واختلاف الفقهاء في اعتباره
حاكما أو وكيلًا مع عقد المقارنات في كل ذلك بين الشريعة والقانون.

كما تناول أحكام تعدد المحكمين في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية مبينا الآثار المترتبة
على ذلك في كل من الشريعة والقانون مع عقد المقارنة بينهما.

الفصل الثاني: جعله في حكم المحكم في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية مبينا فيه ما
يجوز التحكيم فيه وما لا يجوز في الشريعة الإسلامية وأقسام المنازعات من حيث قابليتها
للتحكيم في النظم الوضعية.

كما تناول صحة حكم المحكم ولزومه وتنفيذه في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية مبينا وجهة نظر الفقهاء وعلماء القانون في ذلك مع عقد المقارنة بينهما.

الباب الثالث: تناول نماذج تطبيقية من التحكيم في الشريعة الإسلامية في صدر الإسلام. وقد انطوى هذا الباب على قسمين:

القسم الأول: تناول التحكيم في الشؤون الداخلية كالتحكيم في الإمامة ، والتحكيم بين الإمام والخارجين على الخلافة ، والتحكيم بين الإمام ومجلس الشورى ، والأسس التي اشتملت عليها معاهدة التحكيم بين علي ومعاوية رضي الله عنهما وما تبع ذلك من آثار مترتبة على هذا التحكيم.

القسم الثاني: تناول تطبيقات عملية من التحكيم في صدر الإسلام في العلاقات الدولية ، كتحكيم النبي صلى الله عليه وسلم بين المسلمين ونصارى نجران والتحكيم في بني قريظة ومبررات حكم سعد فيهم.

الخاتمة: ضمنها الباحث نتائج بحثه بشيء من التركيز كما ضمنها مقترحاته من إنشاء محكمة تحكيم دولية إسلامية ، وحث علماء الشريعة المعاصرين على إبراز أحكام التحكيم وتقنين جزئياته على ضوء ما جاءت به الشريعة الإسلامية باعتباره قاعدة شرعية اجتماعية لا يمكن لأي مجتمع الاستغناء عنها.

أما عن بحثي فإنه سوف يتناول موضوع التحكيم في الشريعة الإسلامية بتوسع فقهي أكبر مما في كتاب مسعد الجهني وسيناقش أقوال علماء الشريعة والمذاهب الفقهية المختلفة دون التعرض للمقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي.

كذلك فإن بحثي هذا سيتناول الجانب التطبيقي لموضوع التحكيم في الشريعة الإسلامية في العصر الحديث الذي نحيا فيه لا الرجوع به إلى صدر الإسلام الأول، إلا لماماً في عجالة في التمهيد.

كذلك فإن بحثي هذا سيناقش قضايا التحكيم وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في فلسطين المحتلة عام 48 والصفة الغربية.

فهذه الأمور أرى أن الباحث مسعد الجهني لم يبحث فيها ، وإن فعل ، فإنه لم يتطرق إليها كما يجب ولم يتناولها بالدراسة التحليلية الكافية ، بل جعل جل اهتمامه وبحثه في أن يظهر

تفوق الشريعة الإسلامية في موضوع التحكيم "السياسة الشرعية" على القانون الوضعي ، وهذا مما لا يختلف فيه اثنان من علماء الشريعة الإسلامية.

(2) عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الإسلامي والقانون الوضعي ، تأليف الدكتور قحطان عبد الرحمن الدوري الأستاذ المساعد في كلية الشريعة ، جامعه بغداد ، الجمهورية العراقية وزارة الأوقاف والشؤون الدينية ، إحياء التراث الإسلامي سلسلة الكتب الحديثة ، الطبعة الأولى سنة 1405 هـ 1985 م ، مطبعة الخلود ، بغداد.

هذا الكتاب رسالة جامعية نال بها المؤلف درجة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية من كلية دار العلوم بجامعة القاهرة ، وكانت بإشراف الأستاذ الدكتور محمد بلتاجي.

خطة بحث عقد التحكيم وطريقة الباحث:

يتكون هذا البحث من أربعة أبواب تضمنت عدة فصول وخاتمة.

الباب الأول: تناول المقصود بالتحكيم في اللغة والاصطلاح الفقهي والقانوني ، ومنزلة التحكيم بين طرق فض النزاع وأهميته ، وتاريخه من عهد السومريين والاعريق والرومان والعرب في الجاهلية والإسلام والعصور الوسطى في أوروبا إلى وقتنا الحاضر.

الباب الثاني: حكم التحكيم شرعا وما قال فيه الفقهاء ، بين فيه الباحث أنه عقد كسائر العقود يتوفر فيه ركنه وهو الإيجاب والقبول ، ولوازمه من العاقدين والمحل.

ويتحدث عن ركنه ، وشروط هذا الركن: من الرضا بين الطرفين وكون محل العقد قابلا للتعاقد شرعا ، واتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد ، وكون العاقد أهلا للتعاقد.

ثم تحدث فيه عن طرفي التحكيم وهما: المحكم وشروطه ، والحكم وتعددده ، ولزوم اجتماعهم على الحكم عند التعدد ، وشروطه ، ومن الذي لا يصح أن يكون حكما ، وطرق إثبات الحكم على الإقرار والبينة واليمين والنكول وعلم الحكم.

وتحدث عن أمور أخرى متصلة بالحكم: كالعلم به ، ومكان التحكيم ، وخلف الحكم ، وتفويضه ، وقبوله الهدية

ثم بين الأقوال العديدة فيما يجوز به التحكيم.

الباب الثالث: ذكر فيه تطبيقات التحكيم في الفقه الإسلامي على النحو الآتي:

- (1) التحكيم في جزاء الصيد: بين فيه المراد بالمثل في الآية عند الفقهاء ، وعدد الحكام ، وشروط الحكمين ، واختلافهما ، ونقض الحكم... وما يتصل بذلك من مسائل.
- (2) التحكيم عند شقاق الزوجين: ذكر فيه آية الشقاق ، ومعناه ، وما ذكره بعض الفقهاء من تنصيب المشرف الثقة قبل بعث الحكمين ، ومتى يرسل الحكمان وحكم بعثهما ، ومن أهلهما وشروطهما ، وهل يحق إرسال حكم واحد ؟ وحق الحكمين في التفريق بين الزوجين هل هما حكمان أو وكيلان أو شاهدان ؟ واختلاف الحكمين ، وطلاقهما ، وفسخهما ، وإبرأؤهما ، وعزلهما ...
- (3) نكاح التحكيم: بين فيه الباحث امتيازه عن نكاح التفويض ، وحكمه عند المالكية.
- (4) التحكيم في الحرب من طرق فك الحصار: وفيه ذكر الباحث حكم نزول أهل الحصن أو البلد المحاصر على حكم الإمام أو من يراه ، وتحكيم سعد بن معاذ في بني قريظة ، وإنزال أهل الحصن على حكم الله تعالى أو على حكم العباد ، وما هي شروط الحكم ؟ وإذا جعل الحكم إلى أكثر من واحد فما الحكم في ذلك ؟ وما الحكم فيما إذا كان الحكم معيناً أو غير معين ؟ وبين الباحث شرط الحكم وهو أن يكون فيه مصلحة المسلمين ...
- (5) التحكيم في أخذ المال من الحربيين التجار.
- (6) التحكيم عند الخلاف بين الإمام ومجلس الشورى.
- (7) حكومة العدل في الديات: فأوضح الباحث المراد بالدية ، والأرش المقدر ، والأرش غير المقدر وهو الحكومة ، وطرق تقديرها عند الفقهاء.

الباب الرابع: خصصه الباحث لبيان التحكيم وانقضائه.

- فأوضح آثار عقد التحكيم: نفاذ حكم التحكيم ولزومه ، وأن حكمه لازم لا يتغير ، وأقوال الفقهاء في الترافع إلى القاضي بعد التحكيم ، وهل يجوز للقاضي نقض الحكم ؟... وذكر تعدي حكم الحكم إلى غير المتحاكمين ، وإخبار الحكم حال ولايته وبعدها ، ورجوعه ، وحقه في الحبس والترسيم واستيفاء العقوبة والتعزير.
- ثم بين انقضاء عقد التحكيم وأسبابه.
- وبين في الخاتمة النتائج التي انتهى إليها.

لا شك أن الباحث تناول في البحث موضوع التحكيم بإطناب واسع وبخاصة من الناحية الفقهية ، حيث انه يكاد يكون قد ناقش جميع جوانبه وجزئياته بأسلوب تحليلي وموضوعي دقيق ، عارضا بذلك آراء الفقهاء في المسألة الواحدة.

إلا أن بحثي سيختلف عن هذا البحث في النقاط المحورية وهي ما يلي:

(1) مناقشة موضوع التحكيم في الشريعة الإسلامية مناقشة علمية سهلة ودقيقة بعيدا عن الإيجاز المخل والإطناب الممل بأسلوب مهذب ومنقح عارضا بذلك الراجح في كل مذهب ، لا كما فعل الدكتور قحطان الدوري بحيث عرض الأقوال المختلفة في المذهب الواحد ، مما جعل بحثه يطول وتتداخل مسائله ببعضها.

(2) أرى أن الدكتور قحطان الدوري في بحثه لم يتطرق إلى موضوع وسائل الإسلام في علاج المشكلات الأسرية بالرغم من صلته الوثيقة بموضوع التحكيم وبخاصة بين الزوجين ، الأمر الذي سيجعلني أتحدث عن هذا الأمر في فصل مستقل من بحثي باسطاً بذلك وسائل الإسلام في علاج المشكلات الأسرية.

وإن تطرق الدكتور الدوري إلى هذا الأمر فقد كان بإيجاز شديد لا يفي الموضوع حقه.
(3) كذلك فأنني سأركز في بحثي هذا على جانب التحكيم بين الزوجين وإعطائه الحظ الأوفر في البحث لأنه هو الجانب الأهم الذي يتداول العمل به في المحاكم الشرعية في معظم الأقطار العربية.

تطبيقات التحكيم في المحاكم الشرعية بفلسطين المحتلة عام 48 والصفة الغربية.

حدود الدراسة

اقتصر الجانب التطبيقي لموضوع التحكيم في الشريعة الإسلامية ، على المحاكم الشرعية في الأراضي المحتلة عام 48 ، وفي الضفة الغربية بفلسطين.

خطة البحث

يتكون هذا البحث من مقدمة وتمهيد وخمسة فصول وخاتمة.

المقدمة: وتضمنت خطة البحث.

التمهيد: وتضمن عرضاً تاريخياً للتحكيم وتطوره.

الفصل الأول: التعريف بالتحكيم وبيان مشروعيته وأنواعه وشروطه.

وتضمن خمسة مباحث:

المبحث الأول: تعريف التحكيم لغة واصطلاحاً.

المبحث الثاني: الفرق بين التحكيم وغيره:

التحكيم والقضاء ، والتحكيم والصلح ، والتحكيم والحسبة ، والتحكيم والتوكيل،

ومنزلة التحكيم بين طرق فض النزاع.

المبحث الثالث: مشروعية التحكيم.

المبحث الرابع: أنواع التحكيم.

المبحث الخامس: شروطه وأركانه.

الفصل الثاني: الحكم ماهيته وأهميته وشروطه وصلاحياته وصفة حكمه.

وتضمن ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: من هو الحكم؟ وما هي صفته؟ وهل هو حاكم أم وكيل أم شاهد؟

المبحث الثاني: شروط الحكم.

المبحث الثالث: أهمية الحكم وصفة حكمه.

الفصل الثالث: بيان وسائل الإسلام في علاج الخلافات الزوجية.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف النشوز وممن يكون ؟ وهل المقصود بالفاحشة المبينة (إلا أن يأتين

بفاحشة مبينة) الزنا أم النشوز ؟ تعريف اصطلاح "النزاع والشقاق" .

المبحث الثاني: سلطة التأديب

المبحث الثالث: اللجوء إلى التحكيم .

الفصل الرابع: التحكيم بين الزوجين.

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: دعوى النزاع والشقاق ، تحتاج إلى بينة .

المبحث الثاني: الأحكام الفقهية المتعلقة بالتحكيم بين الزوجين.

وفيه ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: بعث الحكمين.

المطلب الثاني: باعث الحكمين ، وفعلهما بعد تنصيبهما.

المطلب الثالث: حكمة كونهما من الأهل ، وشروطهما.

المبحث الثالث: تفريق الحكمين بين الزوجين.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: هل تفريق الحكمين طلاق بائن أم فسخ ؟.

المطلب الثاني: المفاوضة على المخالعة قبل الدخول وبعده.

المطلب الثالث: غياب أحد الحكمين / أو إذا غلب على عقله ??

المطلب الرابع: الإغماء والجنون والغياب للزوجين أو أحدهما.

المطلب الخامس: العجز والاختلاف وفعل القاضي حيال ذلك .

الفصل الخامس: تطبيقات التحكيم في المحاكم الشرعية (وبخاصة بين الزوجين).

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: إجراءات التحكيم في المحاكم الشرعية في فلسطين المحتلة عام 48 والضفة الغربية.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: نص مادة التحكيم في المحاكم الشرعية.

المطلب الثاني: المقارنة بين القانون الأردني وقرار حقوق العائلة.

المبحث الثاني: الحكمان تعيينهم وعزلهم واجرهم .

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: هل يجوز عزل الحكمين وتعيين بدل منهم .

المطلب الثاني: من المخول بإجراء العزل والتعيين؟

المطلب الثالث: هل يجوز للحكم أن يتقاضى أجرًا على عمله؟

الخاتمة: تشمل ما يلي:

(أ) نتائج البحث.

(ب) التوصيات.

فهرس المراجع.

فهرس الموضوعات.

"التمهيد"

"التطور التاريخي للتحكيم"

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آل بيته الطاهرين وعلى أصحابه الغر الميامين وعلى من تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد:

فإن التحكيم والعمل به قد عرف لدى الإنسان القديم، ومنذ نشأت الحضارات الإنسانية القديمة التي كان لها فكر سياسي عمل على ازدهارها وتطورها، فالتحكيم لدى هذه الحضارات عرف في نطاقه المحلي الضيق ، أي على مستوى كل دولة وحضارة، إلى أن انتهى به الأمر نحو التدويل كما هو الحال في أيامنا، حيث يطبق بين دول وحضارات مختلفة من أجل فض النزاع بينها.

وسأعرض في هذا المجال التطور التاريخي للتحكيم منذ قديم الزمان.

1. التحكيم في الحضارة المصرية الفرعونية:- فالمتتبع لسيرة الحضارة المصرية القديمة

يجد أن للملك وظائف عدة منها، وظيفته الدينية على اعتبار أنه إله أو ابن إله، ووظيفته في الحرب، وأيضا استتباب النظام وإشاعة العدل وهذا هو روح التحكيم إذ على الملك فرعون أن يؤمن لبلاده إدارة رشيدة ولشعبه العدل بالسوية، فالحياة في مصر كانت تفرض وضع مثل هذه القواعد الأساسية التي تضبط السلوك البشري، إلى جانب القضاء الملكي الذي كان عليه أن يفتي ويقضي في أمور كثيرة تعرض له، فالملك في مصر القديمة هو المرجع الأعلى الذي يرجع إليه الأمر في كل شيء، واليه يرفع طلب الاسترحام وتطبيق العدل بين الرعية، ولو كان الطالب من أراذل القوم، فالملك في مصر أتيحت له السلطة المطلقة في مراقبة أعمال عماله المتصرفين بشؤون مملكته الشاسعة، ومن ثم الضرب بشدة على أيدي العابثين.

كذلك فقد عرف لدى المصريين القدماء ما يسمى بمصطلح الحكومة الإدارية، إذ من المعلوم لنا أن ازدهار مصر ، واستثمار خيراتها ومواردها الطائلة ، دفعها إلى إيجاد إدارة رشيدة قادرة على أن تؤمن وسائل التبليغ والتنفيذ والأخذ بعد ذلك بما رسمه سيد البلاد ألا وهو الملك أو فرعون. فالمركزية في الإدارة المصرية جعلها من السمات

الأساسية التي تفردت بها الحضارة الفرعونية. إذ أن كل تراخ أو توان أو ضعف ينتاب هذه الحضارة من شأنه أن يفضي في الحال إلى الفوضى وإلى البؤس والرعب والقلق والإضراب العام الذي سينزل بالبلاد ويشل منها أسباب الحياة.

وعلى الرغم من أن الإدارة المركزية بلغت من الكمال والتنظيم المحكم ما بلغت، إلا أن اتساع البلاد وبعد المسافات بينها دفع بالإدارة المركزية إلى إيجاد إدارة إقليمية ومحلية ربطت الأقاليم المصرية المختلفة بعضها ببعض، إذ كان موظف إداري يمثل الفرعون في الناحية أو المنطقة يتولى الأمر في القرية ويسمى "بالعمدة" الذي يعين من وجوه سكان القرية، وقد كان لكل ناحية أو منطقة مجالسها، وهذه المجالس مقصور بعضها على الفلاحين والصناع والكهنة وهي مجالس تقوم بوظائف قضائية ومالية ومدنية¹.

2. التحكيم في حضارة بلاد ما بين النهرين: - لقد قامت حضارة بلاد ما بين النهرين على ركيزتين أساسيتين هما الفكر والعلوم، فالفكر اشتمل على الكتابة المسمارية والأدب والتشريع، والذي يهمني في بحثي هذا هو موضوع التشريع، لأن منه تستنبط مادة التحكيم التي تخصني في بحثي.

فدول ما بين النهرين عددها خمس وهي: - 1. السومريون 2. الأكاديون، 3. البابليون. 4. الأشوريون. 5. الكلدانيون.

فدولة السومريين والأكاديين لم يجمعوا شرائعهم في قانون مدون، وبقي الأمر كذلك إلى أن جاء الملك البابلي حمورابي والذي يعود له الفضل في تدوين مثل هذا القانون، والذي دفع حمورابي لمثل هذا الفعل هو اقتناعه بمهمته كملك يمثل الإله مردوخ على الأرض، وهو كذلك مسؤول عن تنظيم البلاد وإقامة العدل. فجمع 282 مادة تشريعية اقتبسها من التقاليد والقوانين المعمول بها حتى أيامه والتي جعلها أكثر ملائمة لمجتمعه وعصره.

والمبدأ الأساسي المعتمد في قانون حمورابي هو الطبقيّة والمعاملة بالمثل أو ما يسمى بمبدأ السن بالسن والعين بالعين، إذا كان المتقاضيان من طبقة واحدة، والتفاوت الطبقي بين أحرار ومساكين وعبيد لا يعطي امتيازات عفو، فالقصاص واجب وإنما على درجات وحسب المركز الاجتماعي، وعليه فإن تجاوب هذا القانون مع المجتمع البابلي

¹ أنظر أيمار / أندرية أيمار أستاذ في السوربون / تاريخ الحضارات العام(1) الشرق واليونان القديمة / 62-39/1 - نقلة إلى العربي: فريد م. داغر - فؤاد ج أبو ریحان / بيروت باريس منشورات عويدات - الطبعة الثانية سنة 1986م. أنظر لبيب عبد الساتر / كتاب الحضارات / ص 12 - ص 14 / لبنان - بيروت - دار المشرق.

أتاح له إمكانية الاستمرار، ولما تسلمت الحكم دولة الآشوريين تبنت قانون حمورابي ومبادئه، إلا أن الآشوريين كانوا أقسى وأدق من البابليين في تطبيقه، لأن عقليتهم القاسية يلائمها التشدد والعنف، ولكن القسوة في الأحكام ضيقت القيمة الإنسانية التي كانت لهذا القانون، فالإعدام غرقا والشنق أصبحا سنة لديهم، وكذلك بتر الأعضاء أو سَمَلُ¹ الأعين إلى ما هنالك من ضروب وحشية.

وأيا كان الأمر، وما فيه من ظلم لبعض الطبقات، وإجحاف في حقهم، وعدم تساوي الرعية في مجلس القضاء، إلا أننا نلمس من خلال تشريعات حمورابي أن التحكيم أو القضاء قد عرف لدى حضارات بلاد ما بين النهرين على ما فيه من نقص وتشويه، إلا أنه عرف لديهم بصورة ضيقة ومحددة بعض الشيء².

3. التحكيم في حضارة فارس: - فقد كان الفرس يرون ذلك من قواعد الملك وقوانين العدل الذي لا يعم الصلاح إلا بمراعاته، ولا يتم التناصف إلا بمباشرته، وكانوا ينتصبون لذلك بأنفسهم في أيام معلومة لا يمنع عنهم من يقصدهم فيها من ذوي الحاجات وأرباب الضرورات، وسبب تمسكهم بذلك أن أصل قيام دولتهم رد المظالم³.

4. التحكيم في الجاهلية: لقد عرف التحكيم أيضا لدى العرب في جاهليتهم منذ ما يقارب عصر قصي بن كلاب إلى أن كثرت في قريش الزعماء وانتشرت الديانات وشاهدوا من التغالب والتجاذب ما لم يكفهم عنه سلطان قاهر، فعقدوا بينهم حلفا على رد المظالم وإنصاف المظلوم من الظالم، فاجتمعت بطون قريش فتحالفوا في بيت عبد الله بن جدعان على رد المظالم بمكة، وألا يظلم أحد إلا منعه وأخذوا للمظلوم بحقه، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم معهم قبل النبوة وهو ابن خمس وعشرين سنة، فعقدوا حلف الفضول، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذاكرا للحال: "لقد شهدت في دار عبد الله بن جدعان حلف الفضول أما لو دعيت إليه في الإسلام لأجبت وما أحب أن لي به حمر النعم وأني نقضته، وما يزيده الإسلام إلا شدة".

¹ سَمَلُ العين: بمعنى فقوها، يقال سَمَلَتْ عينه تُسَمَلُ إذا فَقَّتْ بحديدة حماة .
لسان العرب / 345/11.

² انظر لبيب عبد الساتر/كتاب الحضارات/ص 12-14/بيروت-لبنان-دار المشرق.

³ النويري / شهاب الدين ابن عبد الوهاب النويري / نهاية الأرب في فنون الأدب / 2 / 247 / القاهرة - وزارة الثقافة والإرشاد القومي ، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر ، سنة 1963 م .

5. التحكيم في الإسلام: معلوم لنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عمل بالتحكيم فنظر في مسألة الشرب الذي تنازعه الزبير بن العوام ورجل من الأنصار في شراج الحرّة، وكذلك الصحابة الكرام رضي الله عنهم أجمعين أقرّوا هذه المسألة وعملوا بها . ومنها مسألة التحكيم المشهورة بين الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه ومعاوية بن أبي سفيان والحكمان المشهوران في هذه القضية أبو موسى الأشعري، وعمرو بن العاص . ومن بعد الصحابة من التابعين وعلى رأسهم عبد الملك بن مروان الذي خصص يوماً يجلس فيه للناس وينظر في قصصهم ويتأملها . ثم تبعه في ذلك الخليفة عمر بن عبد العزيز، وبعد ذهاب دولة بني أمية ومجيء دولة بني العباس، جلس أيضاً خلفاء الدولة العباسية وعملوا بالتحكيم فاستمعوا لمظالم الناس، فكان أول من جلس منهم المهدي، ثم الهادي، ثم الرشيد، ثم المأمون، وآخرهم المهدي . وهكذا نرى أن مسألة التحكيم قد عرفت وعرف العمل بها من أول التاريخ إلى أن جاء الإسلام الحنيف وأقره من خلال أسسه وقواعده ألا وهي القرآن الكريم والسنة المطهرة وإجماع الصحابة، واستحسان الأمة له .

الفصل الأول

التحكيم: مشروعيته وأنواعه وشروطه وأركانه وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: تعريف التحكيم لغةً واصطلاحاً.

المبحث الثاني: الفرق بين التحكيم وغيره:

التحكيم والقضاء ، والتحكيم والصلح ، والتحكيم والحسبة ، والتحكيم والتوكيل ، ومنزلة التحكيم بين طرق فض النزاع.

المبحث الثالث: مشروعية التحكيم.

المبحث الرابع: أنواع التحكيم ومجالاته في الشريعة الإسلامية .

المبحث الخامس: شروطه وأركانه .

المبحث الأول

تعريف التحكيم لغةً واصطلاحاً

التحكيم لغةً: مصدر حكم ، واصلها (حَكَمَ) بمعنى: مَنَحَ، ومنه قول الشاعر جرير:
أبني حنيفة أحكّموا سفهاءكم .. إني أخافُ عليكمُ أن اغضبا، ويقال: حَكَمَ فلان في كذا إذا جُعِلَ أمره إليه¹.

والحكم هو الله عز وجل ، وهو الحكيم.

والحُكْمُ والحكمةُ: العدل والحلمُ ، واحكُم يا فلان: كُن حكيماً.

وحَكَمَ: صار حكيماً ، والحكيم الذي يَرُدُّ نفسه عن هواها.

واستحكَمَ الأمر: وثَقَّ.²

ويُقال: حكّمهُ في ماله تحكيمياً إذا جعل إليه الحُكْمَ فيه.³ والاسم الأحكومة والحكومة.

ويقال للرجل المسن: حَكَمٌ. والحكمةُ: القدر والمنزلة.⁴

وكل كلمة وعظمتك أو زجرتك أو دعتك إلى مكرمة أو نهتك عن قبيح فهي حكمة وحكم ، وهو

تأويل قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "إن من الشعر لحكمة وإن من البيان لسحراً".⁵

والحُكْم: العلم والفقهِ: قال تعالى: "واتيناه الحُكْمَ صبيّاً".⁶

أي علماً وفقهاً ، وهذا يحيى بن زكريا عليهما السلام.

والحاكم: مُنفذ الحُكْم ، والجمع حُكّام ، وهو الحَكَمُ ، وحاكمهُ إلى الحَكَم: دعاه⁷.

ويقال: حكمه في الأمر تحكيمياً: أمره أن يحكّم فيه.⁸

والمُحاكمة: المخاصمة إلى الحاكم.

وقولهم في المثل: "في بيته يؤتى الحَكَمُ" ، بالتحريك: الحاكم.

¹ انظر ابن فارس / أبو الحسين احمد بن فارس بن زكريا / معجم اللغة / 2 / 91 ، تحقيق عبد السلام هارون / القاهرة مكتبة الخانجي / الطبعة الثالثة / 1402 هـ.

² ابن عباد / صاحب اسماعيل بن عباد / المحيط في اللغة / 388-386/2 / بيروت ، عالم الكتب ، الطبعة الاولى ، سنة 1414 هـ ، 1994م ، تحقيق الشيخ محمد حسن آل ياسين.

³ الرازي / محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي / مختار الصحاح / ص148 ، بيروت: دار الكتاب العربي ، الطبعة الأولى 1979م.

⁴ المحيط في اللغة / 388-386/2 .
⁵ ابن دريد / أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي البصري المتوفى 321هـ / جمهرة اللغة / 2 / 186 / دار صادر الطبعة الأولى 1345هـ.

⁶ سورة مريم آية 12.

⁷ ابن منظور / العلامة أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم / لسان العرب / 12 / 140-145 / دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، (صادر للطباعة والنشر) بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1410 هـ 1990م.

⁸ الفيروز ابادي / مجد الدين محمد بن يعقوب بن إبراهيم / القاموس المحيط / ص1415 / بيروت مؤسسة الرسالة / الطبعة الثانية 1407 هـ.

وحكّم الشيء واحكّمه ، كلاهما: منعه من الفساد.

وحكّم الرجل وحكّمه واحكّمه: منعه مما يريد.

يقال احكمت فلاناً أي منعته ، وبه سمي الحاكم لأنه يمنع الظالم.¹

ومنه جاء معنى الحكمة وهي حكمة الفرس وهي التي تمنع الفرس من الاضطراب (اللجام) ومنه سمي القرآن مُحكماً ، أحكمت آياته لأنه لا يتطرق إليه خلل ولا فساد لا من جهة اللفظ ولا من جهة المعنى.

من هذا يتبين لنا أن مادة حكّم تدور حول معان ثلاثة وهي:

(1) الدعوى والخصومة.

(2) إيصال الحقوق إلى أهلها.

(3) الإتيان والضبط والمنع من الفساد.

فهذه المعاني الثلاثة في رأيي كلها تدور حول معنى الإحكام والإتيان والضبط والإحاطة بالشيء من جميع جوانبه ، إلا أن المعنى الأول المشار إليه أعلاه هو الأقرب للمعنى الاصطلاحي الذي سيأتي بيانه.

التحكيم في الاصطلاح:

للفقهاء آراء متقاربة في مفهوم التحكيم من حيث الاصطلاح ، وبخاصة آراء المذاهب الأربعة:

(1) فقد عرف الحنفية التحكيم بأنه: "تولية الخصمين حاكماً يحكّم بينهما".²

(2) وعرفه المالكية بأنه: تولية الخصمين حكماً يرتضيانه ليحكم بينهما.

قال ابن فرحون من علماء المالكية (ت 799هـ): "ومعناه أن الخصمين إذا حكما بينهما

رجلا وارترضياه لأن يحكم بينهما فإن ذلك جائز في الأموال وما في معناها".³

¹ أنظر لسان العرب / 140-145.

² ابن نجيم / زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم الحنفي / البحر الرائق شرح كنز الدقائق / 7 / 24 / بيروت ، دار المعرفة ، الطبعة الثانية 1413هـ.

³ ابن فرحون المالكي / تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الحكام / 62/1 / القاهرة ، مكتبة الكليات الازهرية ، الطبعة الأولى 1406هـ.

- (3) وعرفه الشافعية بأنه: تولية خصمين حكماً صالحاً للقضاء ليحكم بينهما.
- قال الإمام النووي (ت 676 هـ): "ولو حَكَمَ رجلاً في غير حد الله تعالى جاز مطلقاً بشرط أهلية القضاء".¹
- (4) وعرفه الحنبلية بأنه: تولية شخصين حكماً صالحاً للقضاء يرتضيانه للحكم بينهما.
- قال ابن قدامة (ت 620 هـ): "وإذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماه بينهما ورضياه ، وكان ممن يصلح للقضاء ، فحَكَمَ بينهما جاز ذلك ونفذ حكمه عليهما".²
- وبناءً على ما ذكر فقد استفادت مجلة الأحكام العدلية من هذه التعريفات مجتمعة فنصت في المادة 1790 على أن التحكيم: "هو عبارة عن اتخاذ الخصمين برضاها حاكماً يفصل خصومتها ودعواها ، ويقال له حَكَمَ بفتح الحاء ومُحَكَمَ بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة".³
- "شرح التعريف وفق ما جاء في آراء المذاهب الأربعة".
- التولية: هنا بمعنى الإقبال على الشيء ومنه قوله تعالى: "قول وجهك شطر المسجد الحرام".⁴
- وتوليت فلاناً: أي اتبعته ورضيت به ، لقوله تعالى: "ومن يتول الله ورسوله والذين آمنوا فإن حزب الله هم الغالبون".⁵
- والتولية في البيع: أن تشتري سلعة بثمن معلوم ثم توليها رجلاً آخر بذلك الثمن ، وتكون التولية مصدراً ، كقولك: وليت فلاناً أمر كذا وكذا إذا قلده ولايته.
- والولاية والولاية: النصر.
- وقال سيبويه: الولاية بالفتح المصدر ، والولاية بالكسر الاسم ، مثل الإمارة والنقابة ، لأنه اسم لما توليته وقيمت به فإذا أرادوا المصدر فتحوا ، فتكون الولاية.
- ويقال أولاني: ملكني المعروف وجعله منسوباً إلي.⁶
- والمراد بالخصمين: الفريقان المتخاصمان.

¹ أنظر النووي / محي الدين يحيى بن شرف أبو زكريا النووي / منهاج الطالبين وعمدة المفتين / ص 148 / بيروت: دار المعرفة ، بدون تاريخ.

² ابن قدامة / موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد / المغني / 11 / 483 / بيروت: دار الكتاب العربي 1392 هـ.

³ اللبناني / المرحوم سليم رستم باز / من أعضاء شورى الدولة العثمانية سابقاً / شرح مجلة الأحكام العدلية / 2 / 1163 / بيروت: دار الكتب العلمية ، الطبعة الثالثة 1305 هـ.

⁴ سورة البقرة آية 144

⁵ سورة المائدة آية 56.

⁶ ابن منظور / لسان العرب / 15 / 406 ، 407 و 413-415 / و - ي الألف اللينة.

الخصم: مصدر: خَصَمْتُهُ: أي نازعته خصماً.
يقال: (خاصمته ، وخصمته مخاصمة وخصاماً) ، سمي المخاصم خصماً ، واستعمل
للوادد وغيره ، والذكر والأنثى بلفظ واحد.
وفي اللغة: يُطابق في التثنية والجمع ، ويُجمع على خصوم وخصام ، مثل: بحور
وبحار.

وخصم الرجل يخصم من باب التعب: إذا احكم الخصومة.
والخصيم: بفتح أوله وكسر ثانيه ، كثير الخصام ، أو المختص بالخصومة ، ومثله:
الخصيم.

والخصم: بضم أوله وسكون ثانيه: الطرف والجانب.¹
الحاكم: منفذ الحكم ، والجمع حُكَّام ، وهو الحَكْمُ ، وفي رأي الحاكم. وهو ما يعم
الواحد والمتعدد.²

وقد عرف بعض المعاصرين التحكيم على أنه:
"عقد يتفق بموجبه شخصان أو أكثر ، على أن يحيلوا إلى شخص أو أكثر الفصل بينهم
في نزاع قائم فعلاً ، أو متوقع الحدوث في المستقبل ، بخصوص تنفيذ عقد معين ، بدلاً
من الالتجاء إلى القضاء".³

مما سلف يتبين لي أن هذه التعريفات تدور حول مفهوم الدعوى والخصومة الذي أشرنا
إليه في التعريف اللغوي للتحكيم ، وبعد النظر والتدقيق في هذه التعريفات التي وضعها
علماء الأمة من السلف والخلف ومنهم أهل القانون ، نجد أن هذه التعريفات إنما تصب
في دائرة تعريف اتفاق التحكيم أو معاهدة التحكيم والتي تخص جزءاً من مراحلها ،
بالإضافة إلى ما في التعريف المركزي للتحكيم من دور.

والدور كما نعلم هو توقف الأمر على نفسه ، نقول فسّر الماء ، بعد الجهد ، بالماء ، أي
أنه لم يأت بجديد ، وهذا ملحوظ من خلال تعريفات المذاهب الأربعة للتحكيم فعندما
نقول بأن التحكيم هو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما ، ونقوم باستعمال نفس الكلمة

¹ أنظر الفيومي / احمد بن محمد بن علي المقرئ / المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي / مادة خصم / 1 / 65-66.

² ابن منظور / لسان العرب / 12 / 14 / مادة حَكَمَ.

³ المؤمن حسين / الوجيز في التحكيم / شروطه أقسامه إجراءاته أحكامه شرعاً وقانوناً / بحث مقارن / ص 10 / بيروت / مطبعة الفجر
1977م.

المراد توضيحها وشرحها مثل (حاكم ويحكم) ، فهذه الكلمات مشتقة من نفس مادة حَكَم فلا يجوز لنا استعمالها في التعريف بل يجب علينا أن نبحث عن كلمات أخرى معبرة وموضحة لموضوع التحكيم.

وعليه فأنتني أجتهد في صياغة تعريف أو أكثر ، خاص بالتحكيم فأقول إن:

(1) التحكيم: عقد غير لازم في أصله وإنما لزم للحاجة ، يُخَوَّل الشخص المختار بموجبه فض النزاع والفصل في المسألة موضوع الخلاف بين الخصوم خارج دائرة القضاء.

(2) التحكيم: "هو اتخاذ الخصمين رجلا مطالعا برضيانه لفصل الخصومة بينهما مما يسوغ فيه ذلك".¹

شرح التعريف:

(1) القول بأن التحكيم عقد غير لازم في أصله: لا مجال للشك بأن التحكيم عقد إذ أنه يعبر عن توافق الخصوم في حل الإشكال الواقع بينهما ، وكونه غير لازم في أصله فهذا معناه "أن لكل من الطرفين بعد العقد التحلل من قيده بمحض إرادته".

(2) القول بأنه لزم للحاجة: فاللزوم معناه ، "أنه لا يستطيع أحد الخصوم بعد العقد التحلل من قيده ما لم يتفقا على الإقالة ، وذلك لأن العقد رابطة تقيد المتعاقدين ، وأن إرادة أحد الطرفين لا تستطيع هدم العقد ولا تعديله".²

أما القول بأنه لزم للحاجة ، أي لحاجة الناس إلى التعامل بالتحكيم لفض النزاع الناشئ بينهم، وأيضاً لحاجة القضاة في أن يكون مسلك آخر لفض النزاع بين الخصوم غير القضاء ، وذلك لازدحام المحاكم بالقضايا.

(3) يخول الحُكْم بموجبه فض النزاع والحُكْم في المسألة موضوع الخلاف بين الخصوم خارج دائرة القضاء.

¹ أنظر قلعة جي / محمد رواس قلعة جي / الموسوعة الفقهية الميسرة / 436/1 / بيروت / دار النفايس / الطبعة الأولى 1421 هـ 2000م.
² الزرقاء / مصطفى احمد الزرقاء / المدخل الفقهي العام / 444/1 / دمشق / مطابع ألف باء الأديب / الطبعة التاسعة منقحة ومزودة ، مذيلة بفهارس عديدة وفهرس أبجدي ، 1967-1968م.

فالحكم كما اشرنا في التعريف اللغوي يعني شخصاً أو أكثر يحاول من خلال نوع قضية التحكيم حل النزاع القائم إذ أن التحكيم أنواع كما سنرى عند حديثنا عن أنواع التحكيم ومنها ما يستلزم لفض النزاع حكماً واحداً ومنها ما يستلزم أكثر من حكم.

أما قولنا الحكم في المسألة موضوع الخلاف بين الخصوم فهذا يعني ، الحكم بالحق تقريراً ونفياً وتقديراً على سبيل الإلزام والالتزام.

وأما القول خارج دائرة القضاء ، ذلك أن القضاء قد يحيل إلى التحكيم في بعض الصور سواء في المحاكم الشرعية أو النظامية كالصلح مثلاً.

أما معاهدة التحكيم فهي تعني: تولية السلطان أو من ينوب عنه برضا الخصوم ، رجلاً من المسلمين أو أكثر ، على أن يتمتع بشروط مخصوصة ، ويمنح سلطة مؤقتة ومحددة لفض النزاع بين الخصوم، أو لتقرير حق أو تقديره على سبيل الإلزام والالتزام.

شرح تعريف معاهدة التحكيم أو اتفاق التحكيم:

(1) فعندما قلت ، تولية السلطان أو من ينوب عنه: فقد عنيت بذلك أن اتفاق التحكيم في زماننا هذا يأخذ صفة رسمية ، إذ لا يتم اللجوء إلى التحكيم إلا إذا صادقت الجهات المختصة عليه حتى يتسنى لها تنفيذه فيما بعد. كذلك فإن القول بالتولية وخاصة في أمور الحكم والقضاء تكون من عمل السلطان أو من ينوب عنه كالوالي أو الحكومة أو الوزارة أو القاضي ، وإن عموم الناس في اعتقادي ليس لهم صفة التولية بل لهم الحق في التوكيل والتفويض.

(2) القول برضا الخصوم: حتى لا نسلب المتعاقدين إرادتهم.

(3) رجلاً من المسلمين أو أكثر على أن يتمتع بشروط مخصوصة: سيأتي شرحها عند الحديث عن شروط الحكم.

(4) ويمنح سلطة مؤقتة ومحددة: لأننا كما سنعلم من خلال البحث أن الحكم سلطته لوقت محدود وتنقضي بانقضاء النزاع وإعطاء الحكم.

محددة: أي محصورة صلاحية الحكم في القضية المعروضة عليه.

(5) لفض النزاع بين الخصوم ، أو لتقرير حق أو تقديره: يتناول مختلف موضوعات التحكيم التي يحق للحكم أن يفصل فيها.

على سبيل الإلزام والالتزام: أي ثبوت الحق لمستحقه وإثباته على غيره بصفة توجب تنفيذ الحكم دون مطل أو تقصير.

المبحث الثاني الفرق بين التحكيم والقضاء

يعبر القضاء لغة عن ثلاثة أشياء:

- 1) عن اللزوم، ولذلك سمي الحاكم قاضياً لأنه يلزم الناس الأحكام.
- 2) عن التقدير، يقال: قضى على فلان بالنفقة، أي قدرها عليه.
- 3) وعن الأمر، قال الله تعالى: "وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه".
أي أمر ربك.

وفي متعارف الشرع يراد بالقضاء: فصل الخصومات وفصل المنازعات.¹

ولهذا فإن الفرق بين التحكيم والقضاء:

- 1) إن الحاكم المُحكّم، له ولاية على المُحكّمين. وليس له ولاية على غيرهما، والقاضي الذي رفع إليه حكم غيره، فلا يكون حجةً عليه، فكان بمنزلة الصلح في حقه، فكان له أن يرده، إذا كان مخالفاً لرأيه ويمضيه إذا كان موافقاً لرأيه.
- 2) القاضي له ولاية على الناس كافة، فكان قضاؤه حجةً في حق الكل، فلا يكون لهذا القاضي أن يرده إذا كان صادف القضاء محله، وهو الفصل المجتهد فيه.² أما الحاكم المحكم فله ولاية على المحكمين، وليس له ولاية على غيرهما. فحكمه لا يتعدى إلى قضية أخرى.

¹ انظر الخصاص / برهان الانمة حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري المعروف بالصدر الشهيد المتوفى 536 هـ / شرح أدب القاضي / 125/1-126، تحقيق محيي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، الطبعة الأولى 1397 هـ 1977م.
² المرجع السابق، 60/4-61.

وقد ذكر فقهاء الحنفية فروقاً عديدة بين التحكيم والقضاء وذلك بناءً على رأي مذهبهم.

(1) حُكْم الحَكَم لا يتعدى إلى العاقلة¹ بخلاف حكم القاضي يفيد أن دعوى القتل خطأ على القاتل وإثباته بغيبة العاقلة صحيح وهو مصرح به في الخزانة².

(2) لا بد من تراضي الخصوم على كونه حكماً بينهما بخلاف القاضي.

(3) لا يجوز تعليق التحكيم وإضافة عند أبي يوسف بخلاف القضاء.

(4) لا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص والدية على العاقلة بخلاف القضاء.

(5) لا يفتي الحكم بجوازه في فسخ اليمين المضافة بخلاف القضاء به.

(6) إن حكم المحكم لا يتعدى إلى الغائب، لو كان ما يدعى عليه، سبباً لما يدعى على الحاضر.

(7) كتاب المحكم إلى القاضي لا يجوز كما لا يجوز كتاب القاضي إليه.

(8) لا يحكم المحكم بكتاب قاض إلا إذا رضي الخصمان.

(9) المحكم إذا ارتد انعزل فإذا أسلم فلا بد من تحكيم جديد بخلاف القاضي.

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

(11) لا يتعدى حكم المحكم من وارث إلى الباقي، والميت، حتى لو ادعى عند المحكم، رجل على وارث بدين على ميت وأقام بينة فحكم له بما ادعاه على ذلك الوارث لم يكن حكماً على بقية الورثة. ولا على الميت لعدم رضاهم بتحكيمة، بخلاف حكم القاضي.

¹ العاقلة: هم العصبية، وهم القرابة الذكور من قبل الأب الذين يعطون دية قتل الخطأ. لسان العرب/11/458.

² الخزانة: المقصود بها خزنة المفتين في الفروع، للشيخ الإمام حسين بن محمد بن حسين السندي السمنقاني الحنفي، صاحب الشافي في شرح الوافي، وهو مجلد ضخم، أوله الحمد لله حمد الشاكرين الخ...، ذكر فيه أنه صنّفه بإشارة حكيم الدين محمد بن علي الناموسني، فأورد ما هو مروي عن المتقدمين ومختار، ثم المتأخرين، وطوى ذكر الاختلاف واكتفى بالعلامات من الهداية والنهية وقاضيخان والخلاصة والظهيرية وشرح الطحاوي وغير ذلك من المعتبرات، وهو مجلدان، ثانيهما بخطه، وقد فرغ منه في محرم سنة 740 هـ. أنظر الرومي / مصطفى بن عبد الله القسطنطيني الرومي الحنفي / كشف الظنون / 703/1 - بيروت - دار الكتب العلمية، سنة 1413 هـ. سنة 1992م - الاعلام للزركلي / 256/2.

(12) لا يتعدى حكم المحكم في الرد بالعيب من المشتري إلى بائعه إلا برضا بائع بائعه بالتحكيم.

(13) لا يتعدى حكم المحكم على وكيل بعيب المبيع ، إلى موكله.

(14) لا يصح حكم المحكم على وصي صغير بما فيه ضرر عليه ، وإذا حكم الوصي بما هو ضرر على الصغير لا يصح لأنه بمنزلة صلح الوصي ، وإن كان في حكمه نفع للصغير يصح ، ثم اعلم أن حكم المحكم لا يتعدى إلى غير المحكوم عليه إلا في مسألة مذكورة في التلخيص وشرحه: لو حكم أحد الشريكين وغريم له رجلاً فحكم بينهما وألزم الشريك شيئاً من المال المشترك نفذ حكمه على الشريك وتعدى إلى الغائب لأن حكمه بمنزلة الصلح في حق الشريك الغائب والصلح من صنيع التجار فكان كل واحد من الشريكين راضياً بالصلح وما في معناه.

ثم اعلم أنهم قالوا: إن القضاء يتعدى إلى الكافة في أربعة: الحرية ، والنسب ، والنكاح ، والولاء ، ولم يصرحوا بحكمها من المحكم. ويجب أن لا يتعدى فتسمع دعوى الملك في المحكوم بعته من المحكم بخلاف القاضي، وينبغي أن لا يلي المحكم الحبس، قال ابن نجيم رحمه الله (ولم أره ، وكذا لم أر حكم قبوله الهدية وإجابة الدعوة وينبغي أن يجوز له لانتهاه التحكيم بالفراغ إلا أن يهدى إليه وقته من أحدهما فينبغي أن لا يجوز).

(15) لا يتقيد ببلد التحكيم وله الحكم في البلاد كلها.

(16) مما خالف فيه المحكم القاضي أنه 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 إلى الفقيه فلان آخر لم تقبل كما في أدب القضاء للخصاف من باب الشهادة على الوكالة والفرق في شرحه للصدر الشهيد.

- (17) الصحيح أن حكمه بالوقف لا يرفع الخلاف كما في البزازية¹ ، وفائدته أنه لو رفع إلى موافق فإنه يحكم ابتداءً بلزومه لا إنه يمضيه.²
- (18) لا يحكم المحكم باللعان بين الزوجين.
- (19) لو استقضى العبد ثم عتق، فقضى القاضي، صح قضاؤه على أحد القولين، بخلاف الحكم.
- (20) لكل من المتخاصمين عزل الحكم قبل حكمه، بخلاف القاضي.
- (21) لا يصح إخبار الحكم بحكمه بخلاف القاضي.
- (22) ليس للحكم التفويض إلى غيره، بخلاف القاضي.
- (23) ينعزل الحكم بقيامه من المجلس، بخلاف القاضي.
- لذلك ذهب فقهاء الحنفية إلى أن المحكم في حكمه أدنى رتبة من القاضي.

الفرق بين التحكيم والصلح:

- (1) الصلح عقد يتم بين أطراف النزاع إذا كان كل منهما في الغالب مدع فيتفقان على أن يتنازل كل منهما عن حقه أو بعضه مقابل إنهاء الخلاف الناشئ بينهما. بخلاف التحكيم والذي هو أيضا عقد يتفق من خلاله الخصوم على عرض الخلاف الناشئ بينهما على شخص تتوفر فيه شروط مخصوصة من أجل حسم الخلاف القائم بينهما عن طريق القضاء دون أن يكون هناك تنازل في بداية العقد من قبل أي من الخصوم عن حقه أو بعضه.
- (2) الصلح يتم بين الخصوم أنفسهم، أو من ينوب عنهم، أما التحكيم، فإن الحكم فيه يقوم بمهمة القاضي، فيصدر الحكم، سواء رضي الخصم أم أبى.

¹ البزازية: هي كتاب في المذهب الحنفي، للإمام حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب بن يوسف الكردي البريقيني الخوارزمي الشهير بالبزازي أو بابن البزاز الكردي الحنفي المتوفى سنة 827هـ-1423م، كان من فروع الدهر في الفروع والاصول. والفتاوى البزازية أو البزازية في الفتاوى، تعرف بالجامع الوجيز. وهو كتاب جامع لخص فيه زبدة مسائل الفتاوى والوقائع من الكتب المختلفة ورجح ما ساعده الدليل وسماه الجامع الوجيز، فرغ من تأليفه سنة 812هـ. انظر سركيس / يوسف البان سركيس / معجم المطبوعات العربية والمعربة / 555-556 / منشورات مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي سنة 1339هـ سنة 1919م.

² ابن نجيم / زين الدين بن ابراهيم بن محمد بن نجيم الحنفي / البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، 45/7-48، ضبطه وخرج آيه وأحاديثه الشيخ زكريا عميرات، منشورات محمد علي بيضون دار الكتب العالمية بيروت، الطبعة الأولى، 1418 هـ-1997م.

3) عقد الصلح إذا تم في الغالب فإنه لا يقبل الطعن لأنه انشئ على أساس تراضي الطرفين، بينما حكم المحكم يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة حسب القانون إذا لم يرض أحد الخصوم عن حكم الحكم وشعر أنه مغبون.

الفرق بين التحكيم والحسبة:

تعريف الحسبة: هي أمر بمعروف قد ظهر تركه، ونهي عن منكر قد ظهر فعله. وأساسها قوله تعالى: "ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر". وقوله صلى الله عليه وسلم: "من غشنا فليس منا".

أما عن الفرق بين التحكيم والحسبة فهو ما يلي:

- 1) يجوز في التحكيم سماع الدعاوي الخارجة عن ظواهر المنكرات في العقود والمعاملات وسائر الحقوق والمطالبات، في حين لا يجوز ذلك في الحسبة.
- 2) تقتصر الدعاوي التي يسمعها المحتسب على الحقوق المعترف بها، فأما ما يتداخله التجاحد والتناكر فلا يجوز له النظر فيه بخلاف التحكيم. (وهذان الوجهان يدلان على أن الحسبة أدنى رتبة من التحكيم).
- 3) للمحتسب أن ينظر فيما يختص به دون حاجة إلى مدع متظلم، أما الحكم فلا يحق له النظر في نزاع من دون ادعاء أو شكوى.
- 4) عمل المحتسب يتسم بالشدّة والسلطة والقسوة: لأن الحسبة موضوعة للرهبّة. وأما عمل القاضي فيتسم بالحلم والأناة والوقار، لأن القضاء أو التحكيم موضوع للمناصفة. وهذان الوجهان يدلان على أن الحسبة تزيد رتبة عن القضاء أو التحكيم.¹

¹ انظر الزحيلي / الدكتور وهبة الزحيلي / الفقه الإسلامي وأدلته / 6-770-771 / دار الفكر / دمشق ، الطبعة الثالثة ، 1409 هـ 1989م.

الفرق بين التحكيم والتوكيل

- (1) التوكيل يطلق ويقصد به (في اللغة) الحفظ لقوله تعالى: "وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل". أي الحافظ وقوله تعالى: "لا اله إلا هو فاتخذه وكيلاً".
- (2) الاعتماد وتفويض الأمر: لقوله تعالى: "وعلى الله فليتوكل المتوكلون". "إني توكلت على الله ربي وربكم" أي اعتمدت على الله وفوضت أمري إليه. وفي الشريعة يستعمل التوكيل في هذين المعنيين أيضاً، على تقرير الوضع اللغوي وهو تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل، ولهذا قال الحنفية: إن من قال لآخر وكلتك في كذا، إنه يكون وكيلاً في الحفظ لأنه أدى ما يحتمله اللفظ فيحمل عليه.¹

وعليه فإن الفرق بين التوكيل والتحكيم:

هو أن الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بالقيام بعمل جائز ومعلوم لحساب الموكل، فالوكيل يستمد سلطته من عقد الوكالة ولا يجوز له أن يعمل إلا لصالح موكله، وإذا خرج الوكيل عن حدود سلطته فللموكل أن يتصل من هذه الأعمال ويعتبر الوكيل مسؤولاً مسؤولية مباشرة وكاملة في مواجهة الغير. بعكس المحكم الذي يمارس عمله مستقلاً تمام الاستقلال عن الخصوم وتثبت له صفة القاضي بمجرد الاتفاق على التحكيم، ولا يمكن لأي من الخصوم أن يتدخل في عمله، فهو قاض يجب عليه الإنصاف بالحياد مهما كانت علاقته بالمتخاصمين. وإذا لم يراع تلك الصفة فللمتخاصمين أو أحدهما رده أو عزله حسب ما هو مقرر في نظام التحكيم.²

¹ انظر الكاساني / علاء الدين الكاساني / بدائع الصنائع / 19/6-20، بيروت، دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية، 1982م.
² احمد المومني / التحكيم في التشريع الأردني المقارن / ص 56 / عمان، مطبعة التوفيق، 1402هـ.

المبحث الثالث مشروعية التحكيم

التحكيم مشروع بالكتاب والسنة وإجماع سلف الأمة من صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم، كما نص على ذلك جمهور العلماء وإن وجد من بينهم من قال: بأنه جائز بشرط، والبعض الآخر ذهب إلى عدم جوازه مطلقاً.

ولكن القول الراجح لدى جمهور العلماء أنه مشروع. وهو مشروع بالمعقول¹ كذلك. مشروعية التحكيم في القرآن الكريم: هنالك نصوص في القرآن الكريم تبين لنا أن التحكيم مشروع في ديننا على وجه العموم، كما أنه مشروع في شرع من قبلنا² وهم اليهود والنصارى فمن هذه النصوص قوله تعالى:

"يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ لَا يَحْزُنْكَ الَّذِينَ يُسَارِعُونَ فِي الْكُفْرِ مِنَ الَّذِينَ قَالُوا آمَنَّا بِأَقْوَاهِمُمْ وَلَمْ تُؤْمِن قُلُوبُهُمْ وَمِنَ الَّذِينَ هَادُوا سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ سَمَّاعُونَ لِقَوْمٍ آخَرِينَ لَمْ يَأْتُوكَ يُحَرِّفُونَ الْكَلِمَ مِنْ بَعْدِ مَوَاضِعِهِ يَقُولُونَ إِنْ أُوتِيتُمْ هَذَا فَخُذُوهُ وَإِنْ لَمْ تُؤْتَوْهُ فَاحْذَرُوا وَمَنْ يُرِدِ اللَّهُ فِتْنَتَهُ فَلَنْ تَمْلِكَ لَهُ مِنَ اللَّهِ شَيْئاً أُولَئِكَ الَّذِينَ لَمْ يُرِدِ اللَّهُ أَنْ يَطَهِّرَ قُلُوبَهُمْ لَهُمْ فِي الدُّنْيَا خِزْيٌ وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ(41) سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّخْتِ فَإِنْ جَاؤُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرَضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ(42) وَكَيْفَ يُحْكَمُونَكَ وَعِنْدَهُمُ التَّوْرَةُ فِيهَا حُكْمُ اللَّهِ ثُمَّ يَتَوَلَّوْنَ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَمَا أُولَئِكَ بِالْمُؤْمِنِينَ(43) إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّوْرَةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا وَالرَّبَّانِيُّونَ وَالْأَحْبَارُ بِمَا اسْتُحْفِظُوا مِنْ كِتَابِ اللَّهِ وَكَانُوا عَلَيْهِ شُهَدَاءَ فَلَا تَخْشَوْنَ النَّاسَ وَآخِشَوْنَ وَلَا تَسْتَرْوْا بِآيَاتِي ثَمناً قَلِيلاً وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ(44) وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأَذْنَ بِالْأَذْنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ(45) وَقَفَّيْنَا عَلَى آثَارِهِم بِعِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ مُصَدِّقاً لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ التَّوْرَةِ وَأَتَيْنَاهُ

¹ المعقول: هو الاستفادة من مدلول العقل الذي يتقيد بالشرع وليس العقل المجرد المنفصل، أو هو القياس لانه قائم على النظر العقلي في الاستفادة من العلة التي تربط بين الأصل والفرع أو المقيس والمقيس عليه.

² شرع من قبلنا من الأدلة الفرعية المختلف فيها، فهو من مصادر التشريع التبعية، وهو على الأصح الراجح عند أكثر العلماء شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما ينسخه.

انظر الفتوحى / تقي الدين ابو البقاء محمد بن شهاب الدين ابو العباس احمد بن عبد العزيز بن علي بن ابراهيم الفتوحى / شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير، والمسمى ايضا بالمختصر المبتكر شرح المختصر في اصول فقه السادة الحنبلية / 592/3 / القاهرة، مكتبة السنة المهدية سنة 1372هـ 1953م.

الإنجيل فيه هُدًى وَثُورٌ وَمُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ التَّوْرَةِ وَهُدًى وَمَوْعِظَةً لِّلْمُتَّقِينَ (46) وَلِيَحْكُمَ أَهْلَ الْإِنجِيلِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فِيهِ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْقَاسِفُونَ (47) وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِنْ لَيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ (48) وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لِقَاسِفُونَ (49) أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ (50) ".¹

وقوله تعالى: "فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا (65)".²

وهناك نصوص قرآنية تؤكد لنا مشروعية التحكيم على وجه الخصوص. من ذلك قوله تعالى في التحكيم بين الزوجين عند النزاع والشقاق:

"الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا (34) وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا (35)".³

والتحكيم في جزاء الصيد للإنسان المحرم: من خلال قوله تعالى:

"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ هَدِيًّا بِأَلْفِ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلٌ ذَلِكَ صِيَامًا لَيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ عَقَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمِ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ (95)".⁴

¹ سورة المائدة آية 41-50

أنظر القرطبي / أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي / الجامع لأحكام القرآن / 176-216/6 / القاهرة ، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر ، 1387 هـ - 1967 م .

² سورة النساء آية 65.

³ سورة النساء آية 34-35 / القرطبي / 168-179.

⁴ انظر سورة المائدة آية 95 / القرطبي / 301-304.

مشروعية التحكيم من السنة:

(1) ما رواه أبو داود قال: حدثنا الربيع بن نافع عن يزيد _ يعني ابن المقدم بن شريح _ عن أبيه ، عن جده شريح ، عن أبيه هانيء أنه لما وفد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم مع قومه سمعهم يكتنونه بأبي الحكم ، فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "إن الله هو الحكم وإليه الحكم فلم تكني أبا الحكم"؟ فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ما أحسن هذا ، فما لك من الولد"؟ قال: لي شريح ومسلم وعبد الله ، قال: "فمن أكبرهم"؟ قلت: شريح ، قال: "فأنت أبو شريح"¹. في ذلك مشروعية التكني من السنة باسم الولد الأكبر.

فالشاهد على مشروعية التحكيم هو استحسان الرسول له عندما قال: "ما أحسن هذا" وفي ذلك إقرار من النبي صلى الله عليه وسلم لما كان يفعل ذلك الصحابي في قومه من الحكم بينهم.

(2) ما رواه مسلم قال: وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة ومحمد بن المثنى وابن بشار - وألفاظهم متقاربة - قال أبو بكر: حدثنا غندر عن شعبة ، وقال الآخرون: حدثنا محمد بن جعفر حدثنا شعبة عن سعد بن إبراهيم قال: سمعت أبا أمامة بن سهل بن حنيف قال: سمعت أبا سعيد الخدري قال: نزل أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ ، فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى سعد فأتاه على حمار ، فلما دنا قريباً من المسجد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للأنصار: "قوموا إلى سيدكم - أو خيركم" ، ثم قال: "إن هؤلاء نزلوا على حكمك" ، قال: تقتل مقاتلتهم، وتسبى ذريتهم. قال: فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "قضيت بحكم الله" وربما قال: "قضيت بحكم الملك" ولم يذكر ابن المثنى: وربما قال: قضيت بحكم الملك.

¹ أبا داود الأزدي / الإمام الحافظ المصنف المتقن أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي / سنن أبي داود، 4/290 حديث 4955 باب في تغير الأسماء، دار المصرية اللبنانية، القاهرة 1408 هـ 1988م.

وروى مسلم قال :حدثنا زهير بن حرب حدثنا عبد الرحمن بن مهدي عن شعبة بهذا الإسناد وقال في حديثه: فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لقد حكمت فيهم بحكم الله" وقال مرةً "لقد حكمت بحكم الملك".

(3) روى مسلم قال : حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة ومحمد بن العلاء الهمداني كلاهما عن أبي نمير قال ابن العلاء: حدثنا ابن نمير حدثنا هشام عن أبيه عن عائشة قالت: أصيب سعد يوم الخندق رماه رجل من قريش يقال له ابن العرقه رماه في الأكل¹، فضرب عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم خيمة في المسجد يعوده من قريب، فلما رجع رسول الله صلى الله عليه وسلم من الخندق وضع السلاح فاغتسل، فاتاه جبريل وهو ينفذ رأسه من الغبار فقال: وضعت السلاح والله ما وضعناه، اخرج إليهم. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "فأين؟" فأشار إلى بني قريظة، فقاتلهم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فنزلوا على حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فرد رسول الله صلى الله عليه وسلم الحكم فيهم إلى سعد قال: فإني احكم فيهم أن تقتل المقاتلة، وأن تسبي الذرية النساء وتقسم أموالهم.

وحدثنا أبو كريب حدثنا ابن نمير حدثنا هشام قال: قال أبي فأخبرت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لقد حكمت فيهم بحكم الله عز وجل"².

فقد جاء في شرح النووي على صحيح مسلم: باب جواز قتال من نقض العهد وجواز إنزال أهل الحصن على حكم حاكم عدل أهل للحكم، قوله: نزل أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ، فيه جواز التحكيم في أمور المسلمين وفي مهماتهم العظام، وقد أجمع العلماء عليه ولم يخالف فيه إلا الخوارج فأنهم أنكروا على علي التحكيم وأقام الحجة

¹ الأكل: عرق في اليد يفصد، ويقال له النسا في الفخذ وفي الظهر الأبهري، وقيل الأكل عرق الحياة يدعى نهر البدن، وفي كل عضو منه شعبة لها اسم على حدة، فاذا قطع في اليد لم يرقأ الدم، وفي الحديث ان سعدا رمي في أكمله، فالأكل عرق في وسط الذراع يكثر فصد.

انظر لسان العرب 584/11.

الفصد: شق العرق وقطعه، وافتصد فلان اذا قطع عرقه ففصد، أي سال دمه.

لسان العرب 336/3.

² النووي / الإمام محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي / المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج المسمى اختصارا شرح صحيح مسلم / 441-439/12 ح 1768/64 و 1769/65 / دمشق / بيروت دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة الأولى 1414 هـ 1994م. كتاب الجهاد والسير باب جواز قتال من نقض العهد.

عليهم ، وفيه جواز مصالحة أهل قرية أو حصن على حكم حاكم مسلم عدل صالح للحكم أمين على هذا الأمر ، وعليه الحكم بما فيه مصلحة للمسلمين ، وإذا حكم بشيء لزم حكمه ولم يجز للإمام ولا لهم الرجوع عنه ، ولهم الرجوع قبل الحكم والله اعلم.

قوله: فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى سعد فأتاه على حمار ، فلما دنا قريباً من المسجد قال القاضي عياض: قال بعضهم: قوله دنا من المسجد كذا هو في البخاري ومسلم من رواية شعبة ، وأراه وهما ، إن أراد مسجد النبي صلى الله عليه وسلم ، لأن سعد بن معاذ جاء منه فإنه كان فيه كما صرح به في الرواية الثانية ، وإنما كان النبي صلى الله عليه وسلم حين أرسل إلى سعد نازلاً على بني قريظة ومن هناك أرسل إلى سعد ليأته ، فإن كان الراوي أراد مسجداً اختطه النبي صلى الله عليه وسلم هناك ، كان يصلي فيه مدة مقامه لم يكن وهماً.

قال: والصحيح ما جاء في صحيح مسلم، قال: فلما دنا من النبي صلى الله عليه وسلم أو فلما طلع النبي صلى الله عليه وسلم ، كذا وقع في كتاب ابن أبي شيبة وسنن أبي داود، فيحتمل أن المسجد تصحيف¹ من لفظ الراوي والله اعلم، قوله صلى الله عليه وسلم: "قوموا إلى سيدكم أو خيركم" وقوله صلى الله عليه وسلم: لسعد بن معاذ: "أن هؤلاء نزلوا على حكمك" وفي الرواية الأخرى قال: فنزلوا على حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فرد رسول الله صلى الله عليه وسلم الحكم فيهم إلى سعد، فرضوا به، فرده إلى سعد بن معاذ الأوسي، قوله وسبي ذريتهم، فقال صلى الله عليه وسلم: "لقد حكمت بحكم الملك" بكسر اللام وهو الله سبحانه وتعالى.²

¹ المصحف والمصحف: الذي يروي الخطأ عن قراءة الصحف بأشياء الحروف. والتصحيف الخطأ بالصحيفة. بمعنى آخر تغيير حروف في الكلمة يعطي الحروف حرفاً فاكثراً فتصبح كلمة جديدة غير المقصودة.

انظر لسان العرب 186/9.

² النووي / أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي / شرح النووي على صحيح مسلم / 94-92/12 / بيروت / دار إحياء التراث العربي / الطبعة الثانية / 1392 هـ.

مشروعية التحكيم من الإجماع

اجتمع رأي الصحابة رضوان الله عليهم على جواز التحكيم من ذلك:
(1) ما رواه البيهقي قال: أخبرنا أبو عبد الله الحافظ أنبأ¹ أبو عبد الله محمد بن عبد الله الصفار ثنا أحمد بن مهرا ن ثنا علي بن الجعد أنبا شعبة عن سيار قال: سمعت الشعبي قال: ثم كان بين عمر وأبي رضي الله عنهما خصومة، فقال عمر: اجعل بيني وبينك رجلاً، قال: فجعلنا بينهما زيد بن ثابت قال: فأتوه، فقال عمر رضي الله عنه: أتيناك لتحكم بيننا وفي بيته يؤتى الحكم، قال: فقال زيد لأبي: اليمين على أمير المؤمنين فان شئت أعفيتها، قال: فلما دخلوا عليه أجلسه معه على صدر فراشه، قال: فقال (أي عمر) هذا أول جور جرت في حكمك، أجلسني وخصمي مجلساً، قال: فقصا عليه القصة، قال: فأقسم عمر رضي الله عنه على ذلك، ثم أقسم له، لا تدرك باب القضاء حتى لا يكون لي عندك على أحد فضيلة.²

(2) ما رواه أبو داود في سننه أيضاً قال: حدثنا محمد بن يحيى بن فارس، ثنا عمر بن حفص بن غياث، ثنا أبي، عن أبي عميس، أخبرني عبد الرحمن بن قيس بن محمد أبي الأشعث، عن أبيه عن جده، قال: اشترى الأشعث رقيقاً من رقيق الخمس من عبد الله³ بعشرين ألفاً، فأرسل عبد الله إليه في ثمنهم، فقال (أي الأشعث): إنما أخذتهم بعشرة آلاف، فقال عبد الله: فاختر رجلاً يكون بيني وبينك، قال الأشعث: أنت بيني وبين نفسك، وفي ذلك جواز أن يكون الواحد حكماً وخصماً قال عبد الله: فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "إذا اختلف البيعان وليس بينهما

¹ هذه مصطلحات في رواية الحديث وهي معتمدة في أكثر كتب الحديث وهذه المصطلحات هي:

- (1) إذا اخذ الراوي عن المحدث لفظاً وحده ليس معه احد قال حدثني وقد ترد مختصرة هكذا (ثني).
 - (2) إذا اخذ المحدث لفظاً من غيره قال: حدثنا وقد ترد مختصرة هكذا (ثنا).
 - (3) وما قرأ على المحدث بنفسه قال: أخبرني وقد تختصر هكذا (ني).
 - (4) ما قرئ على المحدث وهو حاضر قال: أخبرنا وقد تختصر هكذا (نا).
 - (5) ما عرض على المحدث فأجاز له روايته شفاهاً قال: أنبأني وقد تختصر هكذا (أني).
 - (6) ما عرض على المحدث من سواه ولكن في مجلس هو فيه وأجازه المحدث شفاهاً قال: أنبأنا وقد تختصر هكذا (انبا).
- ابن أبي شيبة/ عبد الله بن محمد بن أبي شيبة إبراهيم بن عثمان بن أبي بسكر بن أبي شيبة الكوفي العباسي المتوفى سنة 235 هـ / المصنف / 10/1 مكتب الدراسات والبحوث / بيروت - دار الفكر سنة 1409 هـ سنة 1988 م. ضبطه وعلق عليه الأستاذ سعيد اللحام.
- ² البيهقي / احمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي / سنن البيهقي الكبرى // 144/10 / باب القاضي لا يحكم / تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكة المكرمة، مكتبة دار ألباز، 1414 هـ - 1994 م.
- ³ عبد الله: هو الصحابي الجليل عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.
- سنن أبي داود / 387/9 ، ح 3047 / باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم - أبو الفضل السيد أبو المعاطي النوري - المسند الجامع 16/28 - أخرجه ابو داود ح 3511 قال: حدثنا محمد بن يحيى بن فارس. والسناني 302/7 ، وفي الكبرى 6199 قال: أخبرنا محمد بن إدريس _ محمد ناصر الدين الألباني - صحيح وضعيف سنن أبي داود 12/8.

بينة فهو ما يقول رب السلعة أو يتتاركان¹. وذلك استناداً إلى قاعدة: القول قول رب السلعة (أي البائع) عند الاختلاف ، كما هو القول قول القابض ، باليمين.

التحكيم جائز أيضا بالمعقول

(1) وذلك لأن المحكمين لهما ولاية على أنفسهما²، فصح تحكيمهما لشخص يفصل بينهما خصومتها، وذلك لأن المحكمين يتمتعان بالولاية على النفس.

(2) القول بعدم جواز التحكيم يضيق الأمر على الناس، ونحن نعلم أن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم ترد قرينة تصرفها من الإباحة إلى الحرمة أو المنع، وكما أشرت في التعريف الاصطلاحي للتحكيم من أنه جاز للحاجة، فالناس يحتاجون إلى مثل هذه المعاملة لما فيها من سهولة التطبيق وقلة النفقة وقصر الوقت، إذ أن كثيراً من الناس لا يرغبون في اللجوء إلى القضاء من أجل فض خلافهم لما في ذلك من صعوبة الوصول إلى القاضي ومن الناس من يتخرج من المثل أمام القاضي أو الذهاب إلى المحكمة ، وأيضاً لما في ذلك من توسيع لدائرة الخلاف واللدّد³ بين الخصوم، إذا ما توجهوا للقضاء.

¹ أنظر سنن أبي داود / كتاب البيوع والإجازات / باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم / 283/3، رقم ج(3511).
² ابن مودود / عبد الله بن محمود بن مودود الموصل الحنفي / الاختيار لتعليل المختار / 93/2 / استنبول - دار الدعوة سنة 1991م - وعليه تعليقات الشيخ محمود ابو دقيقة.
³ اللدّد: شدة الخصومة.

المبحث الرابع أنواع التحكيم

التحكيم يقسم إلى قسمين: تحكيم إلزامي أو إجباري، وتحكيم اختياري. وذلك بحسب حرية الإرادة.

(1) التحكيم الاختياري: وهو يرتكز على إرادة الخصوم وإقرار المشرع لهذه الإرادة. وفي هذا النوع من التحكيم، يكون للخصوم الخيار المطلق بين اللجوء إلى القضاء العادي أو طرح النزاع على التحكيم.

(2) التحكيم الإلزامي (الإجباري): وهو الالتزام مقدماً من قبل المشرع على إحالة أي نزاع قد ينشأ في المستقبل على التحكيم، إذا كان النزاع القائم بين الخصوم من النوع المتفق على إخضاعه للتحكيم. كما سيأتي بيانه في سياق البحث عند الحديث عن الأمور التي يجوز فيها التحكيم.

ويتم هذا التحكيم في حالتين:

- (أ) أما انه يقرر المشرع بأنه لا يجوز إطلاقاً اللجوء إلى القضاء.
- (ب) أو لا يجوز إلا بعد مراعاة ما نص عليه المشرع من وجوب طرح النزاع على هيئة التحكيم.¹

مجالات التحكيم:

للتحكيم في الشريعة الإسلامية مجالات كثيرة وعديدة ، يمكن من خلالها أن نعمل بالتحكيم من أجل فض النزاع القائم وتبيان الحكم الشرعي بالنسبة للحادثة التي تطلبت أن يعمل لأجلها بالتحكيم، وفي هذا المقام سأبين للقارئ هذه المجالات من باب التعريف بها فحسب ، دون الخوض في بحثها بشكل مفصل، حيث إنني من خلال عرضها للقارئ الكريم أهدف إلى وضعه على الطريق التي من خلالها يستطيع أن يتعرف على هذه المجالات ، وإن أراد أن يستزيد

¹ أنظر أبو الخير / التحكيم في منازعات المشروع العام / ص 9 / التحكيم الإجباري والاختياري: حرية الدفاع / ص 318.

معرفة بها فإن عليه أن يلجأ إلى كتب التفسير والفقہ والتي من خلالها توسع علماء الأمة وفقهاؤها في شرحها وتبيانها.

فمن هذه المجالات التي يمكن لنا من خلالها أن نعمل بالتحكيم ونطبقه في حياتنا وواقعنا ما يلي:

1. التحكيم في جزاء الصيد: الأصل في هذا التحكيم قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ هَدِيًّا بِالْعِجْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِ عَقَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ (95) 1).

والمقصود من هذه الآية الكريمة أن الله تبارك وتعالى قد نهانا عن قتل الصيد ونحن محرمون بالحج أو العمرة، وهو جمع حرام، يقال رجل حرام وامرأة حرام، وقد يكون من دخول الحرم، يقال أحرم الرجل إذا عقد الإحرام، وأحرم إذا دخل الحرم والدليل على ذلك قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم). أما قوله تعالى في الآية الكريمة (ومن قتله منكم متعمدا) فإن العلماء قد اختلفوا في هذا العمد، فذهب بعضهم: أن المقصود بالعمد، هو العمد لقتل الصيد مع نسيان الإحرام، أما إذا قتله عمدا وهو ذاك لإحرامه فلا حكم عليه، وأمره إلى الله لأنه أعظم من أن يكون له كفارة، وهذا ما ذهب إليه مجاهد والحسن.

وقال البعض الآخر من العلماء أن المقصود بالعمد: هو أن يعمد المحرم قتل الصيد ذاكرا لإحرامه فعليه الكفارة.

وقد اختلف العلماء فيما لو قتل المحرم الصيد خطأ، فذهب أكثر الفقهاء إلى أن العمد والخطأ سواء في لزوم الكفارة، وقد ذهب سعيد بن جبير إلى أنه لا تجب كفارة الصيد بقتل الخطأ بل إن الحكم في الآية الكريمة يختص بالصيد العمد.

أما قوله تعالى: (فجزاء مثل ما قتل من النعم) فمعنى ذلك أنه يجب على المحرم الذي قتل الصيد في إحرامه أن يكفر عن فعله هذا بمثل ذلك الصيد من النعم، والنعم هي الأبل والبقر والغنم²، والمراد بذلك أن المحرم الذي يقتل الصيد عليه أن يكفر عن فعله بأن يقدم ما يقرب من الصيد المقتول شيئا من حيث الخلقة، أو أن يقدم ذلك قيمة، بأن

¹ أنظر سورة المائدة، آية 95.

² البغوي / أبو محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي الشافعي / تفسير معالم التنزيل / 391/2-392. بيروت لبنان / دار المعرفة / الطبعة الأولى 1406 هـ 1986 م، تحقيق: خالد عبد الرحمن العك / مروان سوار.

يقدر قيمة الصيد المقتول ثم يشتري بقيمته بدلاً من الغنم. وهذه مسألة خلافية بين الفقهاء

في أن يخرج المثل أو القيمة.

والذي يهمني في بحثي هو الآتي:

وهو قوله تعالى: (يحكم به ذوا عدل منكم). أي أن الذي يحكم في ذلك أي بالجزاء في صيد المحرم هما الحكمان أي رجلان عدلان وينبغي أن يكونا فقيهين ينظران إلى أشبه الأشياء من النعم فيحكمان به، ولا يترك ذلك الأمر إلى القاتل.

وبعدها يهدي القاتل للصيد وهو محرم ، تلك الكفارة إلى الكعبة لقوله تعالى: (هديا بالغ الكعبة) فيذبحها بمكة ويتصدق بلحمها على مساكين الحرم ، أو قيمتها على الخلاف المبين أعلاه، أو أن يعمل بقوله تعالى: (أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما). قال الفراء رحمه الله: العدل بكسر العين: المثل من جنسه، والعدل بالفتح: المثل من غير جنسه، وأراد به أنه في جزاء الصيد القاتل مخير بين أن يذبح المثل من النعم فيتصدق بلحمه على مساكين الحرم، وبين أن يُقَوِّم المثل دراهم، والدراهم طعاما فيتصدق بالطعام على مساكين الحرم، أو أن يصوم عن كل مد من الطعام يوماً، وله أن يصوم حيث شاء لأنه لا نفع فيه للمساكين.

وإذا تكرر من المحرم قتل الصيد فيتعدد عليه الجزاء عند عامة أهل العلم¹.

خلافًا لداود الظاهري الذي قال: بأنه لا يجب إلا جزاء واحد.

حجة الجمهور في ذلك: قوله تعالى: (ومن قتلته منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم). فظاهره يقتضي أن علة وجوب الجزاء هو القتل، فوجب أن يتكرر الحكم عند تكرار العلة، أما حجة داود فهي قوله تعالى: (ومن عاد فينتقم الله منه). جعل جزاء العائد لقتل الصيد وهو محرم الانتقام لا الكفارة².

أما إذا قام جماعة محرمون بقتل الصيد³: فقد ذهب الشافعي رحمه الله إلى أنه لا يجب عليهم إلا جزاءً واحداً، وهو قول أحمد وإسحاق، في حين ذهب أبو حنيفة ومالك والثوري رحمهم الله، إلى أنه يجب على كل واحد منهم جزاءً واحداً. حجة الشافعي في ذلك: أن الآية دلت على وجوب المثل، ومثل الواحد واحد.

¹ انظر تفسير البغوي/2/391-393.

² الفخر الرازي/ابو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي/ مفاتيح الغيب/ 6/ 157-159.

³ تفسير الفخر الرازي 157/6 _ الشرح الكبير لابن قدامة 286/3 _ الام 228/2 _ المبسوط 444/5.

حجة ابي حنيفة رحمه الله: أن كل واحد منهم قاتل ووجب أن يجب على كل واحد منهم جزاءً كامل، وبينوا ذلك: أن جماعة لو حلف كل واحد منهم أن لا يقتل صيداً فقتلوا صيداً واحداً لزم كل واحد منهم كفارة، وكذلك القصاص المتعلق بالقتل يجب على جماعة يقتلون واحداً، وإذا ثبت أن كل واحد منهم قاتل ووجب أن يجب على كل واحد منهم جزاءً كامل لقوله تعالى: "ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم"، فقوله تعالى "ومن قتله منكم متعمداً"، صيغة عموم فيتناول كل القاتلين.

وقد أجاب الشافعي رحمه الله: بأن القتل شيء واحد فيمتنع حصوله بتمامه بأكثر من فاعل واحد فإذا اجتمعوا حصل بمجموع أفعالهم قتل واحد، وإذا كان كذلك امتنع كون كل واحد منهم قاتلاً في الحقيقة، وإذا ثبت أن كل واحد منهم ليس بقاتل لم يدخل تحت هذه الآية. وأما قتل الجماعة بالواحد فذاك ثبت على سبيل التعبد، وكذا القول في إيجاب الكفارات المتعددة. والذي يترأى لي أن ما ذهب إليه ابو حنيفة ومالك والثوري رحمهم الله أحق بالاتباع تمشياً مع القاعدة الفقهية التي تقول الغرم بالغنم ولما ساقوه من أدلة.

أما فيما لو دل المحرم غيره على صيد، فقتله المدلول عليه. فقد ذهب الشافعي رحمه الله إلى أن الدال لا يضمن الجزاء، وذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى أنه يضمن.

حجة الشافعي في ذلك: أن وجوب الجزاء معلق بالقتل في هذه الآية والدلالة ليست بقتل فوجب أن لا يجب الضمان، ولأنه بدل المتلف فلا يجب بالدلالة ككفارة القتل والدية، وكالدلالة على مال المسلم. أما حجة أبي حنيفة رحمه الله: أنه سئل عمر عن هذه المسألة فشاور عبد الرحمن بن عوف فاجمعا أن عليه الجزاء. وقد أجاب الشافعي رحمه الله عن ذلك بأن نص القرآن خير من أثر بعض الصحابة. والذي يترأى لي بأن الآية الكريمة من المتشابه الذي يحتمل التأويل مما دفع عمر رضي الله عنه أن يجتهد رأيه مع بعض الصحابة فيها وإجابة الشافعي رحمه الله على حجة أبي حنيفة بهذا الخصوص فيها تعطيل للعمل بالاجتهاد وإغلاق هذا الباب.

أما أن جرح المحرم ظيباً فنقص من قيمته العشر: فقد ذهب الشافعي رحمه الله إلى أن عليه عشر قيمة الشاة، وقال داود لا يضمن البتة سوى القتل وحثه في ذلك أن الآية دالة على أن شرط وجوب الجزاء هو القتل، فإذا لم يوجد القتل، وجب أن لا يجب الجزاء البتة،

وجوابه أن المعلق على القتل وجوب مثل المقتول. وعند الحنفية أن هذا لا يجب عند عدم القتل فسقط قول داود¹.

وعليه فإنني أريد أن انوه إلى أنه من أراد أن يتوسع أكثر في هذه المسألة فعليه الرجوع إلى كتب التفسير والفقهاء، لأن ما ذكرته في هذا المجال إنما هو من باب التعريف بالشيء لا من باب الجزم به، فقد أكون قد بينت قول مذهب من المذاهب أو فريق من الفرقاء فالتمس من القاريء الكريم المعذرة وعليه أن يتوجه إلى الكتب التي بينتها له وهي الفقه والتفسير ليطلع من خلالها على أقوال الفقهاء واختلافاتهم في هذه المسألة.

التحكيم في الحرب: والمقصود بذلك أن الجيش الإسلامي أو الأمام المسلم إذا حاصر حصناً من الحصون يعتصم به الكفار، أو حاصر بلداً من بلاد الكفر، فإنه لا يجوز له أي الجيش أو الإمام المسلم أن ينصرف عن حصار ذلك الحصن أو ذلك البلد إلا بأمر من الأمور التالية وهي:

1. إسلام أهل الحصن أو البلد، فلا يفك الحصار عنهم إلا بدخولهم في الإسلام.
 2. مهادنة أهل الحصن أو البلد.
 3. أن يرى الإمام المسلم أن المصلحة له ولجيشه في أن ينصرف عن حصار هذا الحصن أو ذلك البلد.
 4. أن ينزل الإمام على حُكْم يقرر مصير ذلك الحصن أو ذلك البلد المحاصر. وهذه الأمور جميعاً إنما هي من الطرق التي يتبعها الجيش والإمام المسلم من أجل فك الحصار عن حصن أو بلد الكفار المحاصرين.
- والذي يهمني في بحثي إذاً هو البند الرابع المبين أعلاه والذي ينزل فيه الإمام المسلم على حكم يقرر مصير ذلك الحصن أو ذلك البلد المحاصر حتى يفك الحصار عنه. فإذا حاصر الإمام بلداً أو حصناً جاز له أن يعقد عليهم بأن ينزلوا من حصونهم على حكمه، فيحكم فيهم بما يراه هو، أو بعض أصحابه. وهذا قول الحنفية² والشافعية³ والحنابلة⁴ والمالكية⁵.

¹ انظر تفسير الفخر الرازي 157/6 _ الام 228/2 _ المبسوط 444/5.

² المبسوط / 7/10.

³ الأم / 168/4.

⁴ المغني / 545/10.

⁵ جواهر الأكليل / 257/1.

على الخلاف المبين في كتب الفقه فيما إذا كان الحُكْم في ذلك للإمام أو لغيره من المسلمين يتفق عليه الإمام مع أهل الحصن المحاصرين، وهل يكون الحكم في ذلك راجعاً إلى حكم العباد أو إلى حكم الله تعالى؟ وغيره من مسائل خلافية تدور كلها حول هذا النوع، وهذا المجال من مجالات التحكيم لا سبيل إلى التوسع في بحثه وبيانه في هذا المقام وعلى القارئ أن يرجع إلى كتب الفقه حتى يستوضحها ويرى أقوال العلماء فيها.

وعليه فإنني أقتصر في هذا المجال على تبيان أن الأصل في العمل بمثل ذلك المجال من مجالات التحكيم، هو الحادثة الشهيرة التي حاصر فيها النبي صلى الله عليه وسلم بني قريظة وهم إحدى قبائل يهود الذين كانوا يسكنون المدينة المنورة عندما قدم النبي صلى الله عليه وسلم إليها مهاجراً من مكة المكرمة. وتحكيم الصحابي الجليل سعد بن معاذ في أن يقرر مصير هؤلاء القوم الذين رضوا بحكمه عليهم من البداية، وهذه الرواية قد سبق أن بينتها في بحثي هذا عند الحديث عن مشروعية التحكيم¹.

2. **نكاح التحكيم:** هذا النوع من التحكيم ومجال العمل فيه، قال به فقهاء المالكية. والمقصود به: أنه عقد نكاح بلا ذكر مهر ولا إسقاطه مع صرفه لحكم أحد، وبعبارة أخرى هو النكاح الذي صرف الحكم في قدر صداقه لحكم حاكم، إما أحد الزوجين أو غيرهما، وليس المراد به النكاح الذي جعل إمضاؤه أو رده إلى أحد الزوجين أو غيرهما، لأن ذلك هو النكاح على خيار. وهذا النوع من أنواع التحكيم جاء في مقابلة نكاح التفويض، والذي هو عقد بلا ذكر مهر ولا إسقاطه، ولا صرفه لحكم أحد. (علما أن الصداق أو المهر عند المالكية ركن في عقد النكاح فلا يجوز النكاح من دون المهر). فالقدر المشترك بين نكاح التفويض ونكاح التحكيم، هو عدم ذكر المهر أي عدم تسمية قدره حين العقد.

¹ أنظر ص 38-44.

وإنما الاختلاف بينهما، أن نكاح التفويض لم يصرف قدر مهره لحكم أحد. في حين أن نكاح التحكيم قد صرف قدر مهره لحكم أحد¹.

ونكاح التفويض جائز بلا خلاف بين أهل العلم²، أما نكاح التحكيم فقد ذكره فقهاء المالكية واختلفوا فيه على ثلاثة أقوال:

1. القول الأول: قالوا هو جائز، قياسا على نكاح التفويض.
2. القول الثاني: قالوا بأنه لا يجوز، ويفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده، ويكون فيه صداق المثل.
3. القول الثالث: قالوا إن ذلك النوع جائز إن كان الزوج هو المحكم، ولا يجوز إن كان المحكم غير الزوج، كانت الزوجة أو غيرها³.

4. التحكيم في أخذ المال من الحربيين التجار:

وهذا المجال من مجالات العمل بالتحكيم مأخوذ أيضا عن فقهاء المالكية، فقد جاء في نص لهم أنه إذا قدم بلادنا (أي بلاد المسلمين) حربيون⁴ بتجارة وطلبوا الدخول بأمان، وقالوا نرضى بما يحكم به علينا فلان من أخذ ما يرضيه من الأموال التي بأيدينا فإذا دخلوا، وقال حكمت بالعشر فأبوا من ذلك فإنهم يجبرون على ما حكم به فلان من أخذ العشر أو غيره⁵.

5. التحكيم بين الزوجين: هذا المجال من مجالات العمل بالتحكيم سأحدث عنه بشكل مفصل ابتداء من الفصل الثالث، فالرابع، وانتهاء بالفصل الخامس.

6. حكومة العدل في الدييات: لا بد لنا في البداية أن نقول إن هذه المسألة وهذا المجال من التحكيم متعلقة بالدييات أو الأرش⁶ ولكي أبين المقصود بحكومة العدل لا بد من

¹ أنظر مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل / 10 / 434.

² الشرح الكبير للشيخ الدردير / 2 / 313.

³ المقدمات المهمات / ص 365.

⁴ الحربيون: هذه الكلمة مشتقة من كلمة الحرب والتي هي نقيض السلم، ودار الحرب بلاد المشركين الذين لا صلح بينهم وبين المسلمين، ورجل حرب عدو محارب، وإن لم يكن محاربا، للذكر والأنثى، والجمع والواحد.

فالحربيون هم المشركون الذين يسكنون دار الحرب التي لا صلح بينها وبين ديار المسلمين، أنظر القاموس المحيط / 1 / 47.

⁵ الدسوقي / محمد عرفة الدسوقي / حاشية الدسوقي على الشرح الكبير / لابي البركات احمد الدردير / وبالهامش المذكور لابي البركات احمد الدردير على متن خليل الشرح الكبير على مختصر خليل / 7 / 194 / بولاق، سنة 1865م.

⁶ الأرش: هو بدل الجناية والمراد أرش جنابة موجبها المال دون القصاص - أنظر رد المحتار / 21 / 357.

توضيح أمر ما ، وهو أن حكومة العدل لا تكون إلا نتيجة للشجاج أي بأن يشج رجلٌ آخر فيسبب له ألماً ما في الطرف المشجوج أو أن يجرحه في سائر البدن، والشجاج كما بينه الفقهاء يكون في الرأس أو الوجه ولا يكون إلا في عشرة وهي:

1. الحارصة: وهي التي تحرص الجلد ، أي تخدمه ولا تخرج الدم.
 2. الدامعة: وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين.
 3. الدامية: وهي التي تسيل الدم.
 4. الباضعة: وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه.
 5. المتلاحمة: وهي التي تأخذ في اللحم.
 6. السمحاق: وهي التي تصل إلى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس.
 7. الموضحة: وهي التي توضح العظم أي تبينه.
 8. الهاشمة: وهي التي تهشم العظم، أي تكسره.
 9. المنقلة: وهي التي تنقل العظم بعد الكسر، أي تحوله.
 10. الأمة: وهي التي تصل إلى أم الرأس، وهو الذي فيه الدماغ¹.
- وعليه فقد اتفق الفقهاء على أن في الموضحة القصاص إن كانت عمداً²، وما دون الموضحة خطأ، فاتفق الفقهاء على أنه ليس فيما دون الموضحة خطأ عقل، وإنما فيه حكومة مثل أجره الطبيب، وجمهور فقهاء الأمصار على ذلك، لأن الأصل في الجراح الحكومة إلا ما وقتت فيه السنة حداً³.
- والشجاج كما ذكرت سابقاً يختص بالوجه والرأس، والجائفة بالجوف والجنب والظهر، وما سوى ذلك جراحات فيها حكومة عدل⁴، وحكومة العدل أن يُقوّم المجروح عبداً سالماً وسليماً فما نقصت الجراحة من القيمة يعتبر من الدية⁵.
- ولمن أراد أن يستزيد علماً فعليه أن يرجع إلى كتب الفقه، (كتاب الدييات فيما دون النفس).

¹ انظر العناية شرح الهداية / 15 / 281.

² الإختيار لتعليل المختار / 42/5.

³ ابن رشد القرطبي / ابو الوليد محمد بن احمد ابن الامام ابي الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي ، الملقب بابن رشد الحفيد ، المتوفى سنة 595هـ / بداية المجتهد ونهاية المقتصد / 2 / 745 - 746 / الرياض مكة المكرمة - مكتبة نزار مصطفى الباز ، سنة 1415هـ - 1995م -

تحقيق ابو الزهراء حازم القاضي - ضبط اصوله - اسامة حسن - خرج حديثه ياسر امام.

⁴ حكومة العدل: هي عقوبة مادية يقدرها اهل الخبرة وذلك في الجروح التي لا قصاص فيها لعدم امكانية المماثلة، ويناط الحكم في ذلك باهل الخبرة ليقدروا ما تساويه من مال.

⁵ الإختيار لتعليل المختار / 42/5.

المبحث الخامس شروط التحكيم وأركانه

التحكيم كما أشرت في التعريف الاصطلاحي عبارة عن عقد غير لازم في أصله وإنما لازم للحاجة، فما دام أن التحكيم عقد فلا بد لكل عقد مهما كان نوعه إلزامياً أو اختيارياً من اعتبار أو توافق إرادتين من أجل إنشائه.

فمن خلال التعريف الاصطلاحي للتحكيم نرى أنه لا بد من وجود إيجاب من الخصمين وقبول من الحكم، وعاقدين توافقت إرادتهما على إجراء التحكيم، ومعقود عليه أو محل العقد وهو ما وقع عليه التعاقد وظهرت فيه أحكامه وأثاره.

وهذه الأمور الثلاثة إن اجتمعت تحقق لدينا وجود التحكيم بأركانه ولوازمه.

(1) الإيجاب والقبول: ذهب الحنيفة إلى أن الإيجاب والقبول في العقد يعني، اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر.¹

(أ) الإيجاب: أول كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف، وبه يوجب ويثبت التصرف.

(ب) القبول: ثاني كلام يصدر من العاقد الآخر لأجل إنشاء التصرف، وبه يتم العقد.

(ت) العقد: التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول.² وعليه فإنه إذا ما ارتبط الإيجاب بالقبول انعقد العقد، إذ من شروط الانعقاد: "تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما".³ وهذا تعريف للعقد من الناحية الشرعية ووفق اصطلاح الفقهاء.

أما تعريف العقد وفق الاصطلاح القانوني: هو اتفاق إرادتين على إنشاء حق، أو نقله، أو على إنهائه.

فإذا ما أردنا أن نجري موازنة بين التعريف الشرعي والتعريف القانوني للعقد نجد أن التعريف الشرعي أقرب إلى الصواب، لأنه يعتبر الارتباط الاعتباري للمتعاقدين، وهو انعقاد العقد

¹ أنظر ابن نجيم / البحر الرائق شرح كنز الدقائق / 41/7، - ابن عابدين / محمد امين ابن عابدين / حاشية ابن عابدين / 428/5 / بيروت، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1386 هـ.

² المجلة / مجلة الأحكام العدلية فقه المعاملات في المذهب الحنفي معها قرار حقوق العائلة في النكاح المدني والطلاق / النكاح الافتراق، ص 100 مائة (101-103)، طبعة مضبوطة ومشكولة ومنسقة ومحبوكة الموارد مع شرح بعض غريبها، بحناية بسام عبد الوهاب الجابي، الجفان والجاني للطباعة والنشر، 1424 هـ 2004م.

³ المرجع السابق - الزرقاء / مصطفى احمد الزرقاء / المدخل الفقهي العام / 291/1-292 / مطابع ألف باء الأديب، دمشق، طبعة تاسعة منقحة ومزودة، 1967-1968م.

بحسب واقعته الشرعية، على خلاف التعريف القانوني الذي يعتبر اتفاق الإرادتين عند العقد، بما يدل على أنه يقوم على أساس اعتبار الواقعة المادية.

والعقد بوقائعه المادية لا قيمة له إذا لم تؤخذ بالاعتبارات الشرعية التي عليها المعول في النظر الحقوقي.¹

فالتحكيم ليس له لفظ مخصوص يدل عليه، وإنما هو إيجاب المحكمين بلفظ يدل عليه، كقولهما بصيغة الأمر احكم بيننا، أو المضارع جعلناك حكماً، أو الماضي نحو قولهما حكمناك في كذا. مع قبول الحكم ذلك.

فان لم يقبل الحكم ذلك فلا يجوز حكمه إلا بتجديد التحكيم.²

وعليه فما دام أن التحكيم ليس له لفظ مخصوص يدل عليه فإنني أرى أنه لا مانع أن ينعقد بأي وسيلة تدل عليه.

كالإشارة: لمن لا يستطيع الكلام أو النطق بالعبرة، أو لا يستطيع الكتابة، كإشارة الأخرس المفهومة.

وبالكتابة: إذا كان الأخرس قادراً عليها، أو بأن يرسل أحد طرفي العقد كتاباً للطرف الآخر يذكر فيه صيغة الإيجاب في حال غياب الأول، فإذا وصل الكتاب إلى الطرف الآخر المرسل إليه الكتاب وقبل بالتحكيم انعقد العقد. وبالرسول: المرسل من الطرف الأول والذي يحمل للطرف الآخر إيجاب الأول، عندها ينعقد العقد بشرط قبول الآخر.

وأرى أن الأمر ما دام كذلك فإن عقد التحكيم يتم أيضاً عبر الهاتف إذا كان كل من طرفي العقد متعرفاً على صوت الآخر وتم التراضي بينهما على إبرام عقد التحكيم فلا مانع شرعاً من انعقاد التحكيم عبر هذه الوسيلة.

وأيضاً عن طريق شبكة الاتصالات في جهاز الحاسوب (الإنترنت) لأن كل من المتعاقدين له عنوان خاص به أو بريد الكتروني يستطيع من خلاله إبرام عقود وصفقات مختلفة. ولا يمكن لأحد أن يدخل إليه لأنه أمر خاص بكل شخص له بريد الكتروني حيث أنه يحمل رقماً سرياً أو كلمة سرية لا يستطيع أحد الدخول إلى ذلك البريد إلا صاحبه.

وعليه فإن ركن العقد عند الحنفية وكما أسلفت هو الإيجاب والقبول.

¹ انظر المدخل الفقهي العام / 291-292

² ابن عابدين / محمد أمين ابن عابدين / حاشية ابن عابدين / 428/5 / دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، 1386 هـ.

فالركن عندهم هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءاً داخلياً في حقيقته، كالركوع والسجود وقراءة القرآن في الصلاة وذلك في مجال العبادات، أما ما يتعلق بالمعاملات فركن العقد هو الإيجاب والقبول.

وأما بقية العناصر أو مقومات العقد من عاقدين أو معقود عليه (محل العقد) فإنما هي من قبيل لوازم العقد التي لا بد منها أيضاً من أجل تكوين العقد، لأنه يلزم من وجود الإيجاب والقبول وجود عاقدين، ولا يتحقق ارتباط العاقدين إلا بوجود محل يظهر فيه أثر الارتباط.¹ أما غير الحنفية وعلى رأسهم الشافعية فإنهم يرون أن للعقد أركاناً ثلاثة هي عاقد، معقود عليه وصيغة.

فالعاقد في البيع هو البائع والمشتري، والمعقود عليه الثمن والمُتَمَن، والصيغة هي الإيجاب والقبول. باعتبار أن الركن عند جمهور العلماء هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وإن لم يكن جزءاً داخلياً في حقيقته وهذا ما ينطبق عليه العاقد، والمعقود عليه، فهي أمور لا بد منها من أجل إيجاد العقد إلا أنها خارجة عن حقيقته فهي أمور عبر عنها على أنها شروط لانعقاد العقد وتكوينه تماماً مثل الوضوء بالنسبة للصلاة، فالوضوء خارج عن حقيقة الصلاة وليس داخلياً فيها ولكن لا تصح الصلاة إلا بوضوء.² وأياً كان هذا الخلاف بين الحنفية والجمهور إلا أنه يبقى اختلاف شكلي لا تأثير له من حيث النتيجة وتركيب العقد.

¹ انظر الزحيلي / د. وهبة الزحيلي / الفقه الإسلامي وأدلته / 2930/4 / دار الفكر المعاصر، دمشق، الطبعة الرابعة، معدل 1418 هـ 1997م- اصول السرخسي / 91/1 .

² الشربيني / محمد الخطيب الشربيني / مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج / 4/2 / بيروت، لبنان ن دار الفكر، سنة 1415 هـ سنة 1995م.

الفصل الثاني

الحكم صفاته وأهميته وشروطه وصلاحياته وصفة حكمه

ويتضمن ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: من هو الحكم؟، وما هي صفته؟، وهل هو حاكم أم وكيل أم شاهد؟.

المبحث الثاني: شروط الحكم.

المبحث الثالث: أهمية الحكم وصفة حكمه.

المبحث الأول

من هو الحكم؟ وما هي صفته؟، وهل هو حاكم أم وكيل أم شاهد؟

الحكم: هو مسلم بالغ عاقل حر سميع بصير على الغالب، عالم بالأحكام الشرعية، أو بالمسائل المعروضة عليه من أجل فضها، على ما سيأتي بيانه إن شاء الله عند الحديث عن شروط الحكم في المبحث الثاني من هذا الفصل بغض النظر عن المسائل المختلف فيها بين المذاهب الفقهية فيما إذا كان ذكراً أو أنثى، عدلاً أو فاسقاً، مجتهداً أو مقلداً.

فالحكم هو حاكم أو قاض لقوله تعالى: "أَفْعَبِرَ اللّٰهُ أَبْنَعِي حَكْمًا"¹.

والحكم يحكم بين الخصوم وفق ما جاء في كتاب الله عز وجل فإن كانت الخصومة فيما ليس في كتاب الله، يحكم بحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم، أي بما جاء في سنة المصطفى صلى الله عليه وسلم، فإن كانت الخصومة فيما ليس في كتاب الله ولا في سنة نبيه صلى الله عليه وسلم، يحكم وفق ما جاء في حكم الصحابة الكرام رضوان الله تعالى عليهم أجمعين، أو وفق ما حكم وقضى به الفقهاء والعلماء والصالحون من أبناء الأمة، فإن كانت الخصومة ليست فيما ذكر آنفاً من كتاب الله وسنة نبيه وقضاء الصحابة والفقهاء والعلماء والصالحين. اجتهد الحكم رأيه في الخصومة المعروضة عليه ولا يخاف ولا يجزع من ذلك. فالحكم يجب أن يكون صالحاً للتحكيم، فإن لم يكن كذلك وحكم بغير علم فقد أثم، وكما قيل في القول المشهور بين العلماء، من ولي القضاء فكانما ذبح بغير سكين.

"ويندب للحكم أن يطلب بأن يكون حكماً إذا كانت الحقوق مضاعة لجور أو عجز أو إذا فسدت

الأحكام بتولية جاهل، فيقصد من وراء طلبه هذا تدارك ذلك"².

ولا ينفذ حكم حاكم إلا على من رضي بحكمه (أي رضا المتحاكمين).

¹ انظر سورة الأنعام آية 114.

² مغني المحتاج / 473/4.

1) أما عن صفة الحكم فهي أنه يحكم بالحق ولهذا المعنى أشار الأمام القرطبي رحمه الله حيث قال: "الحكم ابلغ من الحاكم، إذ لا يستحق التسمية بحكم إلا من يحكم بالحق ، لأنها صفة تعظيم في مدح، والحاكم صفة جارية على الفعل، فقد يسمى بها من يحكم بغير الحق".¹

فالحكم يستمد هذه الصفة وهي الحكم بالحق من كونه صاحب ولاية على الغير، والولاية على الغير هي سلطة بحد ذاتها لا بد لمن يتولاها أن يأخذ بحقها فلا يحكم ولا يتصرف في شؤون الآخرين إلا بالحق ووفق ما يمليه عليه الحق.

2) والحكم أدنى رتبة من القاضي ، لأن القاضي يقضي فيما لا يقضي الحكم فيه . ولهذا قال أبو يوسف رحمه الله: "يجوز تعليق التحكيم بالشرط وإضافته بخلاف القضاء، لأن حكمه بمنزلة الإصلاح والواقع منه كالصلح أو هو صلح من وجه فلا يكون مثله بالشك".²

3) والحكم لا يحكم إلا بما فيه الأخط للمسلمين ، بمعنى الأحسن حظاً لأنه نائب الإمام فقام مقامه في اختيار الأخط في الأسرى ، وحكمه لازم من القتل والسبي.³ هذا إذا تعلق تحكيم المحكم في الأعداء أي في غير المسلمين.

والحكم على الغالب الراجح والله أعلم وهو ما ذهب إليه فقهاء الحنفية وكيل لمن ولاه من الخصوم في أن يحكم المسألة المعروضة عليه، وبخاصة عند الشقاق بين الزوجين فالحكمان وكيلان أحدهما وكيل للزوج والآخر وكيل للزوجة ، فلهما أي الحكمان بعد تفويضهما من قبل الزوجين في التحكيم بينهما أن يخلعا إن رأيا الخلع، وأن يجمعا إن رأيا الجمع بينهما صلاحاً للزوجين.

¹ انظر تفسير القرطبي / الجامع لأحكام القرآن / 70/7

² السيواسي / محمد بن عبد الواحد السيواسي / شرح فتح القدير / 315/7 / بيروت، دار الفكر، الطبعة الثانية.

³ ابن مفلح / أبو اسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلي سنة 816-884هـ / المبدع في شرح المقنع / 332/3 / بيروت المكتب الاسلامي زهير الشاويش سنة 1400هـ سنة 1980م.

ومن أجمل وأشمل ما قيل في ذلك أن الحكم يكون في حال من الأحوال شاهداً، وفي حال آخر مصلحاً، وفي حال أمراً بمعروف، وناهياً عن المنكر، ووكيلاً في حال فوض إليه الجمع والتفريق بين الزوجين.¹

وهذا ما نصت عليه المجلة في المادة(1800): "الحاكم وكيل من قبل السلطان لإجراء المحاكمة والحكم".²

والذي يتراءى للمتدبر المطلع على شمول الشريعة الغراء يبدو له أن الحكم يتمتع ببعض صفات الحاكم لأنه يستمد شروط تنصيبه للتحكيم من الشروط المنصوص عليها والمتفق عليها بين الفقهاء والمذاهب المختلفة، والتي نفسها تشترط عند تنصيب الحاكم، فالحكم يكون بمكأنة الحاكم من حيث إنفاذ حكمه على الخصوم ما لم يرجع أحد منهم عن تنصيبه أو توكيله قبل إصدار الحكم على ما سيأتي بيانه إن شاء الله عند الحديث عن صفة حكمه في المبحث الرابع من هذا الفصل.

وكما أشار ابن مفلح الحنبلي في كتابه المبدع: "أن هذه الشروط المنصوص عليها في تنصيب الحكم إنما هي شروط ومقومات العدالة، سواء قلنا إن صفة الحكم هي كونه حاكماً أو وكيلاً، لأن الوكيل إذا كان متعلقاً بنظر الحاكم لم يجز إلا أن يكون عدلاً، كما لو نصب وكيلاً لصبي، أو مفلس".³

¹ انظر الجصاص / ابو بكر احمد بن علي الرازي الجصاص / أحكام القران / 152/3-155 / بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1405هـ، تحقيق محمد الصادق قمحاوي.

² المجلة / في بيان وظائف الحاكم (1785)، الفصل الثالث / ص 481.

³ المبدع / 216/7 .

المبحث الثاني شروط الحكم

الحكم لكي يستطيع أن يتولى مهمة الحكم وفض النزاع بين الخصوم، لا بد أن تتوفر فيه شروط تمكنه من القيام بهذه المهمة.

فالتحكيم كما أشرت في التعريف الاصطلاحي له، أنه عقد غير لازم وإنما لزم للحاجة، وعليه فإن عقد التحكيم، حاله كما هو حال القضاء. حيث أشار إلى ذلك ابن قدامة المقدسي رحمه الله بقوله: "إن القضاء فرض كفاية يلزم الإمام نصب من يكتفى به في القضاء، ويجب على من يصلح له إذا طلب منه ولم يوجد غيره الإجابة إليه، وإن وجد غيره فالأفضل تركه"¹.

وبناءً على ما قد سلف فإن التحكيم فرع عن القضاء، فهو بمعنى أدق قضاء خاص، وبهذا يكون الحكم قاضياً خاصاً ينصب من قبل الإمام أو نائبه، أو من قبل الخصوم من أجل فض نزاع قائم أو متوقع الحدوث.

وعليه فإنه لا بد لهذا القاضي الخاص أي الحكم من أن يتصف بشروط مخصوصة كما هو الحال بالنسبة للقاضي العام.

وهذه الشروط التي يجب أن تتوفر في الحكم أو القاضي حددها لنا فقهاء الأمة على مختلف مذاهبهم، فاتفقوا على أكثرها واختلفوا في بعضها.

وهذه الشروط في مجملها ما يلي:

(1) أن يكون الحكم مسلماً، (2) أن يكون عاقلاً، (3) أن يكون عدلاً، (4) أن يكون بالغاً، (5) أن يكون ذكراً، (6) أن يكون حراً، (7) أن يكون متكلماً، (8) أن يكون سميعاً، (9) أن يكون بصيراً، (10) أن يكون عالماً بالأحكام أو مجتهداً.²

أما ما يتفق عليه من شروط للحكم أو القاضي بين المذاهب الفقهية المختلفة، فهي أن يكون الحكم أو القاضي عاقلاً، حراً، مسلماً، سميعاً، بصيراً، متكلماً، عالماً بالأحكام الشرعية.

¹ انظر ابن قدامة / عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي / عمدة الفقه / 159/1 / الطائف، مكتبة الطرفين، تحقيق، عبد الله سفر العبدلي، محمد دغليب العتيبي _ المبدع، 332/3.

² ابن قدامة المقدسي / الكافي في فقه ابن حنبل / 434-433/4 / بيروت، المكتب الإسلامي الطبعة الخامسة، 1408هـ، 1988م، تحقيق زهير الشاويش- العناية شرح الهداية / 294/10- منح الجليل شرح مختصر خليل / 330/17- مغني المحتاج / 375/4.

توضيح الشروط المطلوب توفرها في الحكم أو القاضي والمتفق عليها بين المذاهب الفقهية:
أولاً: أن يكون الحكم مسلماً، وأبدأ بهذا الشرط لأن الإسلام في رأبي هو الأصل في التشريع
واستنباط الأحكام الشرعية، فالإسلام هو أحد شروط الشهادة، ومن باب أولى أن يشترط في
الحكم أو في القضاء، فشرط الإسلام في الحكم أمر مجمع عليه من قبل فقهاء الأمة. وذلك لأن
القضاء ولاية¹ وغير المسلم ليس له ولاية على المسلم، فلا تقبل شهادته عليه². وذلك لقوله
تعالى: "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً"³.

يقول الخطيب الشربيني رحمه الله معقباً على هذه الآية الكريمة: "ولا سبيل أعظم من
القضاء"⁴. أي لا سبيل أعظم من القضاء في أن يكون للكافر على المسلم ولاية.
ويرى رحمه الله أي الخطيب الشربيني: أن الكافر لا يجوز له أن يتقلد القضاء حتى على أهل
دينه، معللاً ذلك بأن القضاء يقصد به فصل الأحكام، والكافر جاهل بها⁵.
في حين أن الحنفية يرون جواز تقليد غير المسلم أو الكافر القضاء بين أهل ملته ودينه، معللين
ذلك بأنه من أهل الشهادة عليهم، فيكون من أهل الحكم عليهم⁶.

وأنا أرى ما ذهب إليه فقهاء الأمة، من وجوب اشتراط الإسلام في الحكم. وذلك لأن الإسلام
يسمو ويعلو، ولا يعلى عليه، وأن الإسلام قائد لا مقود، وأن المسلمين وإن لحقت بهم جانحة؟
يبقون عدولاً مؤتمنين على الدين وعلى فصل الأحكام بالشكل اللائق والمطلوب، لأنهم أهل علم
بها.

وأرى ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة والسادة الحنفية، من جواز تقليد غير المسلم القضاء والحكم
بين أهل ملته ودينه، وذلك لسعة الإسلام في تعامله مع الأديان الأخرى ومنحهم حرية العبادة،

¹ الولاية: سلطة ممنوحة من قبل الشارع، تمكن صاحبها من إنشاء العقود والقيام بتصرفات تترتب عليها آثارها.
والولاية قسمان: (1) الولاية القاصرة: وهي التي تمكن صاحبها من إبرام العقود الخاصة بها، وتنفيذ أحكامها، وهي متحققة في الرجل
البالغ العاقل، فله إنشاء العقود الخاصة به، كالبيع والشراء والزواج والإجارة ونحوها.

(2) الولاية المتعدية: وهي سلطة ممنوحة من قبل الشارع لشخص يتمكن بها من إبرام العقود وإنشاء التصرفات لمن يتولى أمره،
كالأب أو الجد الذي يمكنه تزويج المرأة والصغير، وإبرام عقود البيع والشراء لصالحهم، وإنشاء التصرفات الخاصة بهم، وفق
الضوابط والشرائط التي أحكمت بها الشريعة الولاية. ومسألة التحكم تدرج تحت هذه الولاية. والولاية المتعدية نوعان:

(أ) ولاية على النفس: وهي تعطي الحق في تزويج من يتولى أمره.
(ب) ولاية على المال: وتكون في العقود الخاصة بأموال من يتولى أمره.

انظر الأشقر / د. عمر سليمان الأشقر / الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني / ص 63-64 / دار النفائس للنشر والتوزيع،
الأردن، طبعة مزيده ومنقحة، الطبعة الثانية، 1421 هـ، 2001م.

² الخطيب الشربيني / شمس الدين احمد بن محمد الخطيب الشربيني / مغني المحتاج / 375/4 / بيروت، دار الفكر.

³ سورة النساء / آية، 141.

⁴ مغني المحتاج / 375/4

⁵ المرجع السابق.

⁶ السيواسي / محمد بن عبد الواحد السيواسي / شرح فتح القدير / 316/7 / بيروت، دار الفكر، الطبعة الثانية.

وحرية الاعتقاد، وحرية المعاملة فيما بينهم، وإن كانت هذه العبادة وهذا الاعتقاد، وتلك المعاملة في معظمها مخالفة لتعاليم الإسلام، وذلك انطلاقاً من قوله تعالى: "لكم دينكم ولي دين"¹.

ثانياً، ثالثاً، أن يكون الحكم بالغا، عاقلاً: فلا يولى صبي مهام الحكم، ولا المجنون وإن تقطع جنونه²، وذلك لأنهما ليسا من أهل التكليف فهما ناقصا الأهلية في تحمل التكليف الشرعية وأدائها.

يقول الإمام الماوردي³ رحمه الله: "ولا يكفي العقل الذي يتعلق به التكليف، حتى يكون صحيح الفكر، جيد الفطنة، بعيداً عن السهو والغفلة، يتوصل بذكائه إلى وضوح المشكل، وحل المعضل".

وأنا أؤيد اتفاق فقهاء الأمة على هذين الشرطين لأن التحكيم كلمة مشتقة من الحكمة، فلا بد لمن يلي أمره أن يكون حكيماً فاهماً فطناً في إيجاد الحلول وفض المنازعات بين الخصوم بأقل الأضرار، وهذا ما ينقص الصبي والمجنون.

رابعاً، أن يكون الحكم حراً: فلا يولى مهام الحكم من كله رقيق أو بعضه وذلك لنقص أهليته⁴.

فالتحكيم أو القضاء من باب الولاية، بل هو أي القضاء من أعظم الولايات كما أشار إلى ذلك

¹ انظر سورة الكافرون / آية 6.

² مغني المحتاج، 474/4.

³ الماوردي: هو ابو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، المعروف بالماوردي، الفقيه الشافعي، كان من وجوه الفقهاء الشافعية ومن كبارهم، اخذ الفقه عن ابي القاسم الصيمري بالبصرة، ثم عن الشيخ ابي حامد الاسفرايني، وكان حافظاً للمذهب وله فيه كتاب "الحاوي" الذي لم يطالعه احد الا وشهد له بالتبحر والمعرفة التامة بالمذهب. وفوض اليه القضاء ببليدان كثيرة، واستوطن بغداد في درب الزعفراني وروى عنه الخطيب ابو بكر صاحب "تاريخ بغداد" وقال: كان ثقة.

وله من التصانيف غير الحاوي، تفسير القرآن الكريم، النكت والعيون، ادب الدين والدنيا، الاحكام السلطانية، قانون الوزارة، سياسة الملك، والافتاح في المذهب وهو مختصر، وغير ذلك، وصنف في اصول الفقه والادب وانتفع الناس به.

توفي يوم الثلاثاء من شهر ربيع الاول سنة خمسين واربعمائة، ودفن من الغد في مقبرة باب حرب ببغداد وعمره 86 سنة رحمه الله تعالى.

والماوردي: نسبة الى بيع الماورد، هكذا قاله الحافظ بن السمعاني.

انظر ابن خلكان / ابو العباس شمس الدين احمد بن محمد بن ابي بكر بن خلكان / وفيات الاعيان وانباء ابناء الزمان / 284-282/3 / بيروت، دار صادر، طبعة صفر سنة 1900م، تحقيق احسان عباس.

⁴ مغني المحتاج / 474/4.

الكاساني¹ رحمه الله حيث قال عن المجنون والصبي والكافر والعبد والأعمى والأخرس والمحدود في القذف بأن هؤلاء: "ليست لهم أهلية أدنى الولايات وهي الشهادة، فلأن لا يكون لهم أهلية أعلاها أولى"². وهو يقصد بأهلية أعلاها القضاء لأنه أعظم الولايات كما أشار إلى ذلك رحمه الله في كتابه بدائع الصنائع.

وهذا الشرط لم يعد له أي اعتبار في زماننا لانقطاع الرقيق بحيث أصبح شرطاً أو حكماً تاريخياً.

خامساً، أن يكون الحكم سميماً: ولو بصياح في أذنه فلا يولى أصم لا يسمع أيضاً، وذلك لأنه لا يفرق بين إقرار وإنكار. وإنشاء وإخبار،³ وهذا في رأيي شرط لازم، لان الهدف من التحكيم هو أن يجلس الخصوم إلى الحكم ويستمع إلى أقوالهم ودفعتهم عند عرض القضية عليه، ومن ثم يستمع إلى إقرار المقر إن وجد وإلى إنكار المنكر كذلك.

سادساً، أن يكون الحكم بصيراً: فلا يولى أعمى التحكيم بين الخصوم، ولا من يرى الأشباح⁴ ولا يعرف الصور، لأنه لا يعرف الطالب من المطلوب، فإن كان يعرف الصور إذا قربت منه صح.

وخرج بالأعمى الأعور فإنه يصح توليته، وكذا من يبصر نهاراً فحسب، دون أن يبصر ليلاً فحسب.

فإن قيل إن النبي صلى الله عليه وسلم قد استخلف ابن أم مكتوم على المدينة وهو أعمى،⁵ وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك رحمه الله من صحة ولاية الأعمى، وما ذهب إليه فقهاء الحنبلية من

¹ أنظر الكاساني / هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني / علاء الدين ملك العلماء / صاحب كتاب بدائع الصنائع، تفقه على علاء الدين محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي، وتزوج ابنته فاطمة الفقيهة من أجل أنه شرح كتاب التحفة للسمرقندي هذا، وسماه البدائع، فجعله مهر ابنته، فقال فقهاء العصر شرح تحفته وتزوج ابنته. وقدم حلب رسولاً من صاحب الروم إلى نور الدين الشهيد فولاه تدريس الخلاوية عوضاً عن الرضى السرخسي بعد وفاته، وصنف أيضاً كتاب السلطان المبين في أصول الدين، ومات يوم الأحد عاشر رجب سنة سبع وثمانين وخمسائة بحلب.

ابن قطلوبغا / تاج التراجم في طبقات الحنفية 28/1 - الأعلام للزركلي 70/2.

² الكاساني / علاء الدين الكاساني / بدائع الصنائع / 3/7 / بيروت، دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية، 1982م.

³ الدمياطي / أبو بكر / السيد البكري بن السيد محمد شطا الدمياطي / إعانة الطالبين / 212/4 / بيروت / دار الفكر - مغني المحتاج، 475/4.

⁴ الأشباح: الشبح ما بدا لك شخصه من الناس وغيرهم من الخلق، يقال شَبِحَ لنا أي مَثَل، الشبح والشبح الشخص والجمع أشباح وشبوح ورجل شبح الذراعين بالتسكين ومشبوحهما أي عريضها.

لسان العرب 494/2 - المحيط في اللغة 186/1.

⁵ إعانة الطالبين / 212/4 - مغني المحتاج، 475/4.

أنه يجوز أن يكون الحكم أعمى، وأولوا ذلك، أي الحنبلية، بأن عدم البصر لا يضر في مسألة التحكيم لأن المقصود من تلك المسألة، هو أن يعطي الحكم رأيه، ومعرفة المصلحة في أحد أقسام الحكم، ولا يضر نتيجة لذلك عدم البصر فيه، بخلاف القضاء فإنه لا يستغنى فيه عن البصر، وذلك لأن القاضي مطالب بأن يعرف المدعي من المدعى عليه، والمقر له من المقر، والشاهد من المشهود له، والمشهود عليه.¹

فيجاب عليه بأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما استخلف ابن أم مكتوم في إمامة الصلاة، أو في الأمور العامة كالحراسة وما يتعلق بها من دون الحكم.

واستثنى من ذلك، أنه لو نزل أهل قلعة على حكم أعمى فإنه يجوز له أن يحكم فيهم. ويستثنى من ذلك، أيضاً فيما لو سمع الحكم أو القاضي البينة ثم عمي، فإنه يقضي في تلك الواقعة، على الأصح بين مذاهب الفقه.²

وأنا أؤيد هذا الشرط، وأدعمه، فلا بد وأن يكون الحكم بصيراً حتى يستطيع أن يتعرف على الخصوم، وعلى الشهود، وشخصياتهم، وحتى لا يكون في القضية المعروضة عليه تلفيق وتزوير كل ذلك بسبب كونه أعمى، فالتحكيم في زماننا لم يعد مجرد رأي يعطيه الحكم في القضية المعروضة عليه وكما أشار إلى ذلك علماء الحنبلية، بل إن العصر ومتطلباته يقتضي منا توثيق كل شيء، الرأي وغيره، إذ أن الحقوق لا تصان إلا بالتوثيق وتولية الحكم وعزله يحتاج وثيقة رسمية تصدر عن الدولة أو القاضي تثبت تولية الحكم وعزله، ولم يعد الأمر مجرد رأي يبيده الحكم في المسألة.

سابعاً، أن يكون الحكم ناطقاً: فلا يولى أحرص أمر التحكيم أو القضاء وإن فهمت إشارته لعجزه عن تنفيذ الأحكام.³

وهذا أيضاً شرط معتبر يجب أن يتحقق في شخصية الحكم، للسبب المذكور آنفاً وهو عجزه عن تنفيذ الأحكام، ولما ذكرنا سابقاً من أنه يجب توفر شروط الشهادة في الحكم والتي منها النطق

¹ أنظر ابن قدامة المقدسي / أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي / المغني / 252/9 / بيروت / دار الفكر، الطبعة الأولى، 1405هـ.

² المرادوي / أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي / الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل / 140/4 / بيروت / دار احياء التراث العربي، تحقيق، محمد حامد الفقي. مغني المحتاج / 375/4.

³ الخطيب الشربيني / مغني المحتاج / 475/4 _ ابن قدامة / عمدة الفقه / 159/1.

أو الكلام، فإذا انعدم النطق أو أحد شروط الشهادة، انعدمت أهلية الحكم في الشهادة، أو في أن يكون له ولاية على أحد.

أما الشروط المختلف فيها بين المذاهب الفقهية الأربعة فهي ثلاثة:

1_ العدالة، 2_ الذكورة، 3_ الاجتهاد.

(1) العدالة: كما عرفها العلماء هي: أمر خفي سببها الخوف من الله تعالى، وذلك يتم بأن يكون الشخص فاعلاً للطاعات، مجتنباً للكبائر محافظاً على مروءته وعلى ترك الصغائر.¹

فالقول بأن الحكم يجب أن يكون عدلاً: شرط مختلف فيه. ولهذا فقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنبلية، إلى اشتراط العدالة في الحكم وخالفهم في ذلك فقهاء الحنفية، والسبب في هذا الخلاف أن جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنبلية ذهبوا إلى أن العدالة شرط في الولاية والشهادة، فلا بد من أن تشتترط في القضاء وفي شخص الحكم.

ولهذا قالوا بأن العدالة شرط في ثبوت الولاية ظاهراً وباطناً بلا خلاف.²

وإن ذهب بعضهم إلى اشتراط العدالة ظاهراً فحسب، بأن يكون الحكم مستور الحال ظاهراً.

وقالوا بأن العدالة حق لله تعالى على الحاكم فلا يجوز له أن يحكم بغير العدل، وإن لم يشترط الخصم العدالة.³

¹ أنظر القرطبي / أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح القرطبي / الجامع لأحكام القرآن / 396/3 / القاهرة، دار الشعب، الطبعة الثانية، 1372 هـ، تحقيق أحمد عبد العظيم البردوني.

² أنظر ابن مفلح / الإمام شمس الدين أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسي / الفروع / 240/4 / بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1418 هـ، تحقيق حازم القاضي.

ابن ضويان / إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان / منار السبيل / 45/2 / الرياض / مكتبة المعارف، الطبعة الثانية، 1405 هـ، تحقيق عصام القلجعي.

الشافعي / أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي / الأم / 171/5 / بيروت، دار المعرفة، الطبعة الثانية، 1393 هـ. الغزالي / أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي / الوسيط / 307/5 / القاهرة، دار السلام، الطبعة الأولى، 1417 هـ، تحقيق أحمد محمود إبراهيم / محمد محمد تامر _ الأنصاري / أبو يحيى زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري / فتح الوهاب / 205/1، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1418 هـ.

³ النفراوي / أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي / الفواكه الدواني / 225/2 / بيروت، دار الفكر 1415 هـ. المغربي / أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي / مواهب الجليل / 179/3 / بيروت، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1398 هـ. ابن عبد البر القرطبي / أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي / الكافي / 461/1 / بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1407 هـ.

واستدل جمهور الفقهاء على قولهم بأنه تشترط العدالة في الحُكْم، بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة منها:

- 1) قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ"¹.
- 2) قوله تعالى: "وَأَشْهِدُوا ذُوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ"².
- 3) قوله تعالى: "يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ"³.
- 4) قوله صلى الله عليه وسلم: "لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا محدود في الإسلام ولا ذي غمر⁴ على أخيه"⁵.

أما الحنفية فقد خالفوا في هذا الشرط، فذهبوا إلى القول بأن العدالة ليست بشرط عندهم لجواز تقليد الحُكْم مهام التحكيم لكنها شرط الكمال، فيجوز عندهم في حال تنصيب الحُكْم للحُكْم بين الخصوم تنفيذ قضاياه إذا لم يجاوز فيها حد الشرع.

ومحور الخلاف بين الحنفية وجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنبلية، أن الحنفية يعتبرون الفاسق من أهل الشهادة، لأن العدالة عندهم ليست بشرط لجواز التقليد، لكنها شرط الكمال، فيجوز عندهم تقليد الفاسق وتنفذ قضاياه، إذا لم يُجاوز فيها حد الشرع، فيكون بذلك من أهل القضاء. لكنهم أي الحنفية لا يُحبذون أن يُقلد الفاسق، لان القضاء في رأيهم أمانة عظيمة، وهي أمانة الأموال والابضاع والنفوس فلا يقوم بوفائها الا من كمل ورعه وتم تقواه. إلا أنه مع هذا لو قُلد الفاسق، جاز التقليد في نفسه وصار قاضياً او حَكَمًا، لأنه يقدر على القضاء بالحق، بعلم غيره بالإستفتاء من الفقهاء. ولأن الفساد لمعنى في غيره، والفساد لمعنى في غيره يصلح للحُكْم وبهذا فلا يُمنع جواز تقليد الفاسق القضاء في نفسه.⁶ لأن العدالة عند الحنفية شرط

¹ انظر سورة الحجرات / آية، 6.

² سورة الطلاق / آية، 2.

³ سورة المائدة / آية، 95.

⁴ ذي غمر: صاحب ضغن وحقد وعداوة- والرجل الغمر: الذي لم يُجرب الامور، أي غير الخبير- لسان العرب/29/5- مادة غمر.

⁵ هذا حديث ضعيف رواه ادم ابن فاند، والمثنى ابن الصلاح عن عمرو ابن شعيب، عن ابيه عن جده، وادم، والمثنى، لا يحتج بهما، وروي باوجه اخر كلها ضعيف - البيهقي / معرفة السنن والآثار 423/15 ح 6070 باب شهادة القاذف- واخرجه احمد/المسند الجامع/264/26 ح8525-وابو داود/ ح 3600- وابن ماجه / ح 2366.

⁶ الكاساني / علاء الدين الكاساني / بدائع الصنائع / 3/7 / بيروت، دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية، 1982م.

الأولوية، أي عند تعيينه للقضاء في بداية الامر، لا شرط الصحة، فإذا فسق القاضي أثناء عمله استحق العزل ولكنه لا ينعزل¹.

في حين أن جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنبلية: يرون أن الفاسق ليس من أهل الشهادة، فلا يكون من أهل القضاء.

وبعد النظر والتمحيص أرى أنه لا يوجد خلاف يذكر بين المذاهب الفقهية الأربعة، فكلهم مجمعون على اشتراطها أي العدالة في القاضي أو الحكم قبل تقليده أمر الحكم بين الخصوم، وإنما وقع الخلاف في جزئية صغيرة، وهي أنه إذا تقلد الفاسق أمر القضاء أو التحكيم فإنه ينفذ حكمه عند الحنفية ولا ينفذ عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنبلية لأنه لا يجوز عندهم تقليده من الأصل لانتفاء شرط العدالة، وفي رأيهم أن بطلان إحدى الشروط يؤدي إلى بطلان العقد.

كذلك فإن جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة متفقون على عدالة الحكم في الظاهر بأن يكون مستور الحال. وإنما وقع الخلاف في العدالة الباطنة.

وأرى أن مخالفة الحنفية في هذه الجزئية (نفاذ قضاء القاضي وحكم الفاسق إذا تقلد أمر التحكيم) إنما هو من باب الاحتياط للشيء قبل وقوعه، فالحنفية على سبيل المثال لا يشترطون الولي في عقد النكاح عند تزويج المرأة البالغة العاقلة، خلافاً للجمهور وإنما يحتاطون لحقه في بعض المسائل من أنه يحق له إيقاف العقد إذا كان المهر أقل من مهر المثل. وفي مسألتنا هذه يشترطون عدالة الحكم قبل تقليده أمر التحكيم، ولكن إن قلد الفاسق أمر التحكيم فإن ذلك لا يؤدي إلى بطلان التحكيم وإلى عدم نفاذ حكمه على الخصوم، بل إن حكمه فيهم نافذ خلافاً للجمهور.

¹ انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق 410/14.

(2) الذكورة: بأن يكون الحكم ذكراً: فقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنبلية¹ إلى عدم جواز تولي امرأة أمر القضاء أو التحكيم، لقوله صلى الله عليه وسلم: "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة"². وذلك لأن النساء ناقصات عقل ودين، ولأنهن يرجحن جانب العاطفة على العقل، وإن كانت تقبل شهادتها في تلك المعاملة، إلا أنه لا يجوز لها أن تولى أمر القضاء أو التحكيم بأي شكل³. لقصر نظرها واستدلالها على الوقائع، بسبب نسيانها. في حين ذهب الحنفية إلى جواز تقليد المرأة القضاء أو التحكيم في الجملة، إذ أن الذكورة ليست بشرط لجواز تقليد المرأة أمر التحكيم أو القضاء، وقد عللوا سبب جواز تقليد المرأة أمر التحكيم، بقولهم إن المرأة من أهل الشهادات في الجملة، وأهلية القضاء برأيهم تدور مع أهلية الشهادة⁴. وقد أجازوا تقليد المرأة أمر التحكيم أو القضاء في الأموال فحسب، دون الحدود والقصاص، (أي في المنازعات المدنية)⁵. وقد ذهب ابن جرير الطبري إلى جواز تقليد المرأة أمر القضاء والتحكيم بشكل مطلق، أي في الأموال، وفي الحدود والقصاص⁶.

وأنا أرى عدم جواز تقليد المرأة أمر التحكيم أو القضاء للتعليل الذي ساقه جمهور العلماء والذي سبق ذكره، ولأن القول بجواز تقليدها هذا الأمر فيه مخالفة لصريح الآية الكريمة: "الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض"⁷. قال أبو جعفر الطبري: تأويل الكلام: (الرجال قوامون على نساءهم بتفضيل الله إياهم عليهن، وبإنفاقهم عليهن من أموالهم).

¹ انظر خليل بن إسحاق بن موسى المالكي / مختصر خليل / 260/1 / بيروت، دار الفكر 1415 هـ، تحقيق احمد علي حركات. _ مغني المحتاج / 474/4 _ الكافي في فقه ابن حنبل / 433-434.

² البخاري / أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي / صحيح البخاري / 1610/4 / بيروت، دار ابن كثير اليمامة، الطبعة الثالثة، 1407 هـ، تحقيق مصطفى ديب البغا، حديث رقم 4163، باب كتاب النبي صلى الله عليه وسلم الى كسرى وقيصر.

³ مغني المحتاج / 474/4.

⁴ بدائع الصنائع / 3/7.

⁵ الزحيلي / د. وهبة الزحيلي / الفقه الإسلامي وأدلته / 745/6 / دمشق، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1989م. 1409 هـ.

⁶ مغني المحتاج / 474/4.

⁷ سورة النساء / آية 34.

(وما) التي في قوله تعالى: "بما فضل الله"، والتي في قوله: "وبما أنفقوا" في معنى

المصدر.¹

وأما القول بأنها من أهل الشهادة وبذلك تكون صالحة للقضاء، كما أشار إلى ذلك فقهاء الحنفية، فإنني أرى أن الإسلام ما أجاز شهادة المرأة إلا في الأمور الخاصة بالنساء والتي لا يطلع عليها الرجال في الغالب كالولادة والبركة، وفي مجال المعاملات المالية حيث نصت آية الدين² على قبول شهادة المرأة مع الرجل، وذكر المرأة هنا إنما هو من باب تقرير الحقيقة، من أجل الحفاظ على الحقوق، وذلك عند فقد الرجال، أو تعذر شهادتهم، وأرى أن التحكيم أو القضاء يصعب القول فيه بتعذر وجود الرجال أو فقدانهم.

(3) الاجتهاد: فقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنبلية³ وبعض الحنفية⁴

إلى اشتراط أن يكون الحكم مجتهداً، فلا يولى الجاهل بالأحكام الشرعية ولا المقلد، وهو من حفظ مذهب صاحبه، وكان عارفاً بغوامضه، ولكنه قاصر عن تقرير أدلته، لأنه لا يصلح للفتوى، فمن باب أولى أن لا يصلح للقضاء أو التحكيم.

أما الحنفية فقد ذهبوا إلى عدم اشتراط الاجتهاد⁵ في القضاء أو التحكيم ولا حتى في الإمام الأعظم معللين ذلك بأن الإمام الأعظم يمكنه أن يقضي بعلم غيره، وأن يرجع إلى فتوى غيره من العلماء، وعليه قاسوا القاضي والحكم، إلا أنهم احتاطوا أيضاً في هذه المسألة فقالوا بأنه لا ينبغي أن يقلد الجاهل بالأحكام لأن الجاهل بنفسه يفسد أكثر مما يصلح بل يقضي بالباطل من حيث لا يشعر به.⁶

وفي رأبي أنه لا بد للحكم أن يعلم بفقهاء المسألة المعروضة عليه من أجل الحكم فيها من دون أن يكون مجتهداً ملاماً بكل المسائل الفقهية، والشاهد على ذلك أن النبي صلى الله

¹ انظر تفسير الطبري / 293/8.

² سورة البقرة آية 282.

³ مواهب الجليل / 112/6 / _ مغني المحتاج / 375/4 _ المبدع / 332/3.

⁴ الحصفكي / محمد علاء الدين بن علي الحصفكي المتوفى 1088 هـ / الدر المختار شرح تنوير الأبصار في مذهب الإمام أبي حنيفة / 361/5 / بيروت، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1386 هـ.

⁵ الاجتهاد: بذل الوسع في درك الأحكام الشرعية.

⁶ بدائع الصنائع / 3/7.

عليه وسلم، قد حَكَم سعد بن معاذ رضي الله عنه في بني قريظة ولم يثبت عنه، أي سعد رضي الله عنه، أنه كان عالماً بجميع الأحكام الفقهية أو الشرعية. كذلك فإن واقع الأمة في زماننا يحتم علينا بأن نقبل برأي الحنيفة ونعمل به لأنه لا يوجد مجتهدون¹ (أي على الإطلاق) في زماننا إلا ما ندر، والأخذ بقول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنبلية يوقع الأمة في حرج، ويؤدي بعد ذلك إلى تعطيل هذا الجانب من حياة الأمة ألا وهو القضاء أو التحكيم لا إلى تفعيله، ونكون بذلك قد ضيقنا على الناس وعلى الأمة واسعاً.

وبعد هذا العرض لشروط الحَكَم في الشريعة الإسلامية وأقوال الفقهاء من المذاهب الأربعة فيها، أرى أنه لا بد من إضافة شرط آخر إليها وهو الشرط الذي ذكره الخطيب الشربيني في كتابه مغني المحتاج حيث اشترط بأن يكون الحَكَم كافياً للقيام بأمر القضاء، فلا يولى مغفل، ومختل نظر بسبب كبر أو مرض ونحو ذلك.

وقد فسر بعض العلماء الكفاية اللائقة بالقضاء، بأن يكون الحَكَم فيه قوة على تنفيذ الحق بنفسه، فلا يكون ضعيف النفس جباناً، لأن كثيراً من الناس يكون عالماً ديناً، ونفسه ضعيفة عن التنفيذ والإلزام والسطوة، فيطمع في جانبه بسبب ذلك.²

ولذلك قال ابن عبد السلام³ : وللولاية شرطان:

(1) العلم بأحكامها.

(2) القدرة على تحصيل مصالحها وترك مفسدها.

¹ المجتهد: هو من يعرف من الكتاب والسنة ما يتعلق بالأحكام، أي طريق الاجتهاد.

² مغني المحتاج / 475/4.

³ ابن عبد السلام: هو سلطان العلماء عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن، شيخ الإسلام عز الدين أبو محمد السلمي الدمشقي الشافعي. ولد سنة سبع أو ثمان وسبعين وخمسائة هجرية، سنة 1182م بدمشق، وحضر أبا الحسن أحمد ابن الموازيني، والخوشعي، وسمع عبد اللطيف بن إسماعيل الصوفي، والقاسم ابن عساكر، وابن طبرزد، وحنبل المكبر، هو ابن الحرستاني وغيرهم، وخرج له الهمياطي أربعين حديثاً عوالي، روى عنه الشيخ تقي الدين بن دقيق العيد، والهمياطي، وأبو الحسين اليونيني، وغيرهم، وتفقه على الإمام فخر الدين بن عساكر، وقرأ الأصول والعربية، ودرس وأفتى، وصنف وبرع بالمذهب وبلغ رتبة الاجتهاد، وقصده الطلبة من البلاد وتخرج به أئمة، وله الفتاوى السديدة.

ومن مصنفااته القواعد الكبرى، والقواعد الصغرى، ومقاصد الرعاية، الفوائد، الغاية، الفرق بين الإيمان والإسلام، مختصر صحيح مسلم، الإمامة في أدلة الأحكام، واختصر نهاية المطالب، بيان أحوال الناس يوم القيامة، بداية السؤل في تفضيل الرسول، الفتاوى المصرية. وكان عالماً بارعاً مفنناً توفي رحمه الله سنة 660 هـ سنة 1261م في القاهرة.

ابن تغري بردى / المنهل الصافي والمستوفى بعد الوافي / 127/2.

فإذا فقد الشرطان حرمت الولاية، قال صلى الله عليه وسلم: "يا أبا ذر إنني أراك ضعيفاً وإنني أحب لك ما أحب لنفسي، لا تأمرن على اثنين ولا تتولين مال اليتيم"¹. ولهذا فقد نصت مجلة الأحكام العدلية في قانون قرار حقوق العائلة المعمول به في المحاكم الشرعية بفلسطين المحتلة عام 48 على شروط الحكم، حيث جاء في الكتاب السادس عشر في القضاء الباب الأول: في بيان أوصاف الحاكم (1785) ما يلي:

(مادة 1792) ينبغي أن يكون الحاكم حكيماً فهِيماً مستقيماً وأميناً مكيئاً متيناً.

(مادة 1793) ينبغي أن يكون الحاكم واقفاً على المسائل الفقهية، وعلى أصول المحاكمة، ومقتدراً على فصل وحسم الدعاوى الواقعة تطبيقاً لها.²

(مادة 1794) يلزم أن يكون الحاكم مقتدراً على التمييز التام، بناءً عليه لا يجوز قضاء الصغير والمعته والأعمى والأصم الذي لا يسمع صوت الطرفين القوي.

¹ انظر البزار / أبو بكر احمد بن عمرو بن عبد الخالق البزار / مسند البزار / 4-9/435 / بيروت، المدينة، مؤسسة علوم القرآن، مكتبة العلوم والحكم، الطبعة الأولى، 1409 هـ، تحقيق د. محفوظ الرحمن زين الله، حديث 4045 وحكم عليه البزار بقوله: وهذا الحديث لا نعلمه.

² مجلة الاحكام العدلية / بعناية / بسام عبد الوهاب الجابي / ص 479-480.

المبحث الثالث

أهمية الحكم وصفة حكمه

الحكم كما علمنا فيما سبق هو إنسان مسلم صاحب ولاية على غيره، وقد اكتسب هذه الصفة من تحكيم الخصوم له في أمرهما ورضاهما بحكمه.

فالحكم تستمد أهميته من خلال الصلاحيات الممنوحة له من أجل فض النزاع بين الخصوم، إذ أن كل صاحب ولاية أو سلطة أياً كانت سلطته إنما يستمد فعاليته وحيويته من خلال الصلاحيات المعطاة له، والحكم في شرعنا الحنيف تنبثق أهميته من خلال تلك الصلاحيات الممنوحة له، فمن هذه الصلاحيات المتفق عليها بين المذاهب الأربعة.

ما يلي:

(1) إنه إذا حكم رجلان رجلاً آخر وهو الحكم، فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز حكمه عليهما، على أن لكل منهما أي المحكمين أن يرجع عن تحكيمه لهذا الحكم ما لم يحكم عليهما أي ما لم يصدر منه حكم عليهما، أما إذا حكم عليهما قبل أن يرجعا أو يرجع أحدهما عن تحكيمه في أمرهما، لزمهما حكمه، وهذا فيما إذا كان المحكم بصفة الحاكم لأنه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط فيه أهلية القضاء.

(2) إذا رفع حكم المحكم إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه، وإن خالفه أبطله. إلا أنه لا يجوز للحكم أن يحكم في كل المجتهدات كالحدود والقصاص على ما هو متفق عليه بين المذاهب الفقهية الأربعة، فلا يستباح دمهما برضاهما، فتخصيص الحدود والقصاص في منع الحكم من الحكم فيهما، يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما، إلا أنه لا يفتى به¹.

خشية أن يتقلد التحكيم فاسق، والذي هو فاقد لأهلية القضاء اعتباراً بأهلية الشهادة.

¹ انظر المرغيناني / علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني / بداية المبتدي / 151/1 / القاهرة، مطبعة محمد علي صبيح، الطبعة الأولى 1355 هـ، تحقيق حامد إبراهيم كرسون، محمد عبد الوهاب بحيري، المرغيناني / الهداية شرح البداية / 108/3 / بيروت، المكتبة الإسلامية.

وإنما يقتصر عمل المُحَكِّم في التحكيم على الأموال فحسب. وقد ذهب الخطيب الشربيني إلى القول: "أن الصحيح عدم الاختصاص لأن من صح حُكْمه في المال صح في غيره كالمولى من جهة الإمام".¹

وهذا القول لا يشمل الحدود والقصاص لأنها حقوق لله تعالى لا يملك أحد أن يحكم فيها إلا الإمام الأعظم.

(3) يجوز للحكم أن يسمع البينة ويقضي بالنكول، وكذا بالإقرار، لأنه حكم موافق للشرع، ولو أخبر الحكم بإقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما له، يقبل قول الحكم، لأن ولايته قائمة عليهما، أما إن أخبر بالحكم فلا يقبل قوله لانقضاء ولايته، تماماً كقول المولى بعد العزل.

ولا يجوز للحكم أن يحكم لأبويه وزوجته وولده، فحكمه لهم باطل كما هو الحال بالنسبة للمولى والحاكم، وذلك لأن الحكم لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة، فكذلك لا يصح القضاء لهم، بخلاف ما إذا حكم عليهم لأنه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذا الأمر بالنسبة للقضاء.²

إلا أن الحنبلية خالفوا في بعض الصلاحيات الممنوحة للحكم فقالوا: إنه ليس له أي الحكم أن يقضي ولا أن يولي ولا يسمع البينة ولا يكاتب قاضياً في حكم عمله، ولا يعتد بذلك إن فعله لأنه لا ولاية له، فيكون عمله أشبه بسائر الرعية.³

والذي يترأى لي أنه يجب أن تقتصر الصلاحيات الممنوحة للحكم والتي يستطيع من خلالها أن يحكم على الخصوم فحسب في القضايا المالية دون غيرها لأنها قضايا خفيفة؟ أما غيرها من القضايا والمتعلقة بقصاص أو نكاح ونحوهما، كلعان وحد قذف، فلا أرى أن يمنح الحكم صلاحية الحكم بها لخطر أمرها وتعلقها بحقوق الله تعالى فتتأط هذه القضايا بنظر الإمام أو القاضي فحسب.

¹ انظر مغني المحتاج / 479/4.

² العيني / أبو محمد محمود بن أحمد العيني / البناء في شرح الهداية / 71-72 / دار الفكر ، الطبعة الأولى ، سنة 1401 هـ سنة 1981م، تصحيح المولي محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الرامفوري.

³ الكافي في فقه ابن حنبل / 439/4.

صفة حُكْم الحُكْم: حكم المحكم باتفاق المذاهب الأربعة نافذ وملزم للخصوم ما دام أنهما راضيان بحكمه عليهم ولم يرجعا عن هذا الرضا إلى إصدار حكمه فيهما ، وذلك لأن ولايته عليهم ما زالت قائمة.

وحُكْم الحُكْم: "يعد حكماً قضائياً ذا طبيعة خاصة، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يكون له غير هذه الصفة التي تتوافق مع ما قصده المنظم من إقرار للتحكيم وتحديد أحكامه، كما أنها تتوافق مع الأسباب التي تدفع بإطراف الخصومة إلى اللجوء إلى التحكيم للفصل في نزاعهم وهي الحصول على حُكْم بات في نزاعهم وقابل للتنفيذ بالطرق الرسمية ويحتج به بين أطرافه ، وصادر من أناس ثقات ومتخصصين في وقت قياسي لا يقارن مع ما قد تستغرقه عملية الفصل في النزاع أمام القضاء الرسمي".

"وأن حُكْم المحكم يعتبر ورقة رسمية بمجرد صدوره وتوقيع المحكم أو المحكمين عليه وهو في ذلك مثل الأحكام الصادرة من القضاء الرسمي. ويترتب على كون الحكم ورقة رسمية أن تصبح له حجية ملزمة بين أطرافه بخصوص جميع ما تحتويه من بيانات ووقائع وردت فيه ولا يستطيع الخصوم إنكار ما جاء فيه ما دام أنه قد صدر في الميعاد المحدد، إلا بالادعاء بالتزوير وذلك لاعتباره ورقة رسمية، ولا تسرى هذه الحجية بالنسبة للآخرين إلا بعد أن يصبح الحكم نهائياً"¹.

أما ما يتعلق بصلاحيات الحُكْم وصفة حُكْمه فقد نصت مجلة الأحكام العدلية عليها في الباب الرابع: في بيان المسائل المتعلقة بالتحكيم، من الكتاب السادس عشر في القضاء. حيث جاء في هذه المواد المعمول بها في المحاكم الشرعية بفلسطين المحتلة عام 48 ما نص على الصلاحيات الممنوحة للحُكْم ومنها ما نص على صفة حكمه. وهذه المواد ما يلي:

(مادة 1841): يجوز التحكيم في دعاوى المال المتعلقة بحقوق الناس.

(مادة 1842): حكم المحكم لا يجوز ولا ينفذ إلا في حق الخصمين اللذين حكّماه، وفي الخصوص الذي حكّماه به فحسب، ولا يتجاوز غير ذلك ولا يشتمل سائر خصوصياتهما.

¹ انظر البجاد / د. محمد بن ناصر بن محمد البجاد / التحكيم في المملكة العربية السعودية / ص204 / مركز البحوث والدراسات الادارية / 1420 هـ، 1999.

(مادة 1843): يجوز تعدد المُحكّم. يعني يجوز نصب حكّمين أو ثلاثة أو أزيد لخصوص ؟ ويجوز أن ينصب كل من المدعي والمدعى عليه حكّمًا.

(مادة 1844): إذا تعدد المُحكّمون على ما ذكر آنفًا فيلزم اتفاق رأي كلهم وليس لواحد منهم أن يحكم وحده.

(مادة 1845): للحكّمين أن يُحكّموا آخر إن كانوا مأذونين من الطرفين، وإلا فلا.

(مادة 1846): إذا تقيد التحكيم بوقت فيزول بمروره. مثلاً: الحكم المنصوب على أن يحكم من اليوم الفلاني إلى شهر ليس له أن يحكم إلا في مدة ذلك الشهر، لا أن يحكم بعد انقضائه، وإذا حكم بعد الانقضاء فلا ينفذ حكمه.

(مادة 1847): لكل من الطرفين عزل المُحكّم قبل الحُكم. ولكن إذا أجازّه الحاكم المنصوب من قبل السلطان المأذون بنصب النائب بعد تحكيم الطرفين إياه فيكون بمنزلة نائب هذا الحاكم، لأنه استخلفه.¹

(مادة 1848): كما أن حُكم الحاكم لازم الإجراء في حق جميع الأهالي الذين في داخل قضائهم، كذلك حُكم المُحكّمين في حق من حُكّمهم، وفي الخصوص الذي حُكّموا به لازم الإجراء. بناءً عليه ليس لأحد الطرفين أن يمتنع من قبول الحُكم الذي وقع من المُحكّمين إذا كان موافقاً لأصوله المشروعة.

(مادة 1849): إذا عرض حُكم المُحكّم على الحاكم المنصوب من قبل السلطان صدقه إن كان موافقاً للأصول وإلا نقضه.

(مادة 1850): إذا أذن الطرفان بالصلح المُحكّمين اللذين جعلوهما مأذونين بالحكم توفيقاً لأصوله المشروعة فيعتبر صلحهم، وهو أنه إذا وكل أحد الطرفين أحد المحكّمين والآخر بالصلح في الخصوص الذي تنازعا فيه، وتصالحا توفيقاً للمسائل المندرجة في كتاب الصلح، فليس لأحد الطرفين أن يمتنع من قبول هذا الصلح.

(مادة 1851): إذا فصل أحد الدعوى الواقعة بين شخصين ولم يكن محكّمًا، فيكون حكمه نافذًا إذا رضي الطرفان وأجازا حكمه.² (راجع مادة 1453 من المجلة).

¹ انظر المجلة / ص 490-491 _ ناطور / د. متقال ناطور / المرعي في القانون الشرعي / ص 15-11 / القدس الشريف / طبعة ثانية مزيدة ومنقحة / 1417 هـ، 1997م.
² المراجع السابقة.

"الفصل الثالث"

بيان أساليب الإسلام في علاج الخلافات الزوجية

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : النشوز ، تعريفه ، وممن يكون؟ وما المقصود بالفاحشة المبيّنة (إلا أن يأتين

بفاحشة مبيّنة) الزنا أم النشوز؟

تعريف اصطلاح "النزاع والشقاق"

المبحث الثاني: سلطة التأديب.

المبحث الثالث: اللجوء إلى التحكيم .

"الفصل الثالث"

"بيان أساليب الإسلام في علاج الخلافات الزوجية"

الإسلام دين يتسم بالشمولية والواقعية إذ أنه لم يترك أي معاملة من معاملات الناس إلا وتطرق إليها، فوضع لها الأحكام وقنن لها القوانين التي تحكمها، ومن أهم هذه المعاملات الأحوال الشخصية وعقد الزواج الذي أحاطه الله عز وجل بقدسية عظيمة لا مثيل لها بين العقود وذلك حتى يضمن بقاء الحياة الزوجية واستمراريتها، ولكي تنعم الأسرة المسلمة بالمودة والرحمة والسكينة، وفي حال نشوء أي خلاف بين الزوجين والذي من شأنه أن يكدر صفو العيش بينهما وصرف تلك الحياة التي يؤمل أن يسودها التفاهم والمحبة والتقدير، ويجنح بهما نحو البؤس والشقاء والنزاع والشقاق، نجد أن الإسلام العظيم يتدخل سريعا من أجل أن يعرض ما لديه من حلول على سبيل منع الخلافات الزوجية ووأدها في مهدها، وتقديم العلاج الشافي بوسائل مختلفة نص عليها القرآن الكريم من أجل استمرار الحياة الزوجية بين الزوجين على النحو الذي يريده الله عز وجل لها.

وفي هذا الفصل من بحثي أردت أن أبين للقارئ معاني بعض المصطلحات الشرعية التي يجب على كل مسلم وكل زوج أن يتعرف على معانيها والتي من شأنها أن توقع الزوجين في نزاع وشقاق وخلاف يهدد الأسرة المسلمة ويهدد الحياة الزوجية وبقاء عقد الزواج المقدس قائما بين الزوجين. ومن ثم تطرقت إلى الوسائل التي أوجدها الإسلام لعلاج مثل هذه الخلافات المفترضة إن وجدت في الحياة الزوجية من وعظ الزوج لزوجته عند ظهور النشوز منها، وهجر في المضجع، وضرب غير مبرح.

فإن لم تُجد هذه الوسائل نفعا في علاج ما طرأ على الحياة الزوجية من نزاع وشقاق بين الزوجين وبلغ النزاع والشقاق إلى درجة يصعب فيها استمرار الحياة الزوجية نجد أن الإسلام يعرض حلا آخر، ولكن لإنهاء الحياة الزوجية بين الزوجين لا لبقائها واستمرارها، حلا يمنع فيه استمرار النزاع والشقاق ألا وهو مسألة التحكيم بين الزوجين فإن أمكن إرجاع المياه إلى مجاريها فبه ونعم، وإلا تم التفريق بين الزوجين على نحو يرضي كليهما، هذا والله تعالى أعلى وأعلم.

"المبحث الأول"

النشوز

تعريف النشوز في اللغة:-

النشز: الشيء المرتفع نحو التل والعرق، والجمع النشوز، والنشاز وجمعه نشاز. ونشرت المرأة تنشز نشوزا، وهي ناشز، ونشز عليها زوجها، إذا ضربها وجفاها. وإذا زحف الرجل عن مجلسه وارتفع فويق ذلك قيل: نشز ينشز وينشز، ومنه قوله عز وجل: (وَإِذَا قِيلَ انشُزُوا فَانشُزُوا)¹. والدابة إذا لم يكد يستقر الراكب والسرّج على ظهرها: نشزه، أي يقال نشزت. وركب نشز. والرجل إذا أسنّ ولم ينقص: نشز من الرجال. وقيل: هو العبل الغليظ. ونشزت بقربي نشوزا: إذا احتملته فصرعته. ونشزت نفسه: جاشت. وتنشز لكذا: توفز².

من هذا يتبين لنا أن النشوز كلمة تدور حول معنى واحد ووحيد وهو الارتفاع والتعالي إذ أنها مشتقة من النشز وهو المكان المرتفع من الأرض.

النشوز في الاصطلاح:- للمذاهب الفقهية الأربعة تعريفات متقاربة للنشوز وهي كالتالي:

- 1- عرف الحنفية النشوز فقالوا: أن تمنع الزوجة نفسها من الزوج بغير حق، خارجة من منزله بغير إذنه بان غابت أو سافرت³.
- 2- النشوز عند المالكية: يعني خروج الزوجة عن الطاعة الواجبة كان منعت زوجها الاستمتاع بها، أو خرجت بلا إذن لمحل تعلم انه لا يأذن فيه أو تركت حقوق الله تعالى كالغسل أو الصلاة، ومنه إغلاق الباب دونه⁴.
- 3- النشوز عند الشافعية: أن تخرج الزوجة من المسكن، وتمتنع عن مساكنة زوجها وتمنعه الاستمتاع بها⁵.

¹ انظر سورة المجادلة / آية: 11.

² ابن عباد / كافي الكفاة / الصاحب إسماعيل بن عباد / سنة 326 – 385 هـ / المحيط في اللغة / 287/7 – 288. تحقيق: الشيخ محمد حسن آل ياسين / بيروت – عالم الكتب / الطبعة الأولى سنة 1414 هـ / سنة 1994م.

³ بدائع الصنائع/167/8-البحر الرائق/248/11.

⁴ الشرح الكبير للشيخ الدردير/343/2.

⁵ روضة الطالبين وعمدة المفتين/76/3.

4- عرف الحنبلية النشوز فقالوا: هو معصية الزوجة لزوجها فيما فرض الله عليها من طاعته، فكأنها ارتفعت وتعالّت عما فرض الله عليها من طاعته¹.

فالمذاهب الفقهية الأربعة مجمعة على أن النشوز إنما يعني خروج الزوجة عن الطاعة الواجبة لزوجها، كأن منعه الاستمتاع بها، أو خرجت بلا إذن لمحل تعلم أنه لا يأذن فيه أو تركت حقوق الله تعالى كالغسل أو الصلاة، ومنه إغلاق الباب دونه².

والنشوز كما أنه يكون من الزوجة بخروجها عن طاعة زوجها وارتفاعها عليه، يكون أيضا من قبل الزوج لزوجته بأن يضربها ويسيء معاملتها ويمتنع عن الأنفاق عليها ويضارها بلا عذر شرعي يسوغ له ذلك.

أو أن يشكل الحال فلا يعرف أيهما المتعدي، أو أن يظهر أن كليهما متعد، على ما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى عند توضيح المقصود بمصطلح النزاع والشقاق.

من هذا يتبين لنا أن الرجل والمرأة كلاهما يملك نتيجة لعقد الزواج الذي أنشأ بينهما ويراد له الدوام والاستمرار نتيجة للميثاق الغليظ الذي أخذته النساء من الرجال، حقوقاً وواجبات على بعضهما البعض، وحقوقاً مشتركة بينهما يجب عليهما الوفاء بها.

أما عن الحقوق المشتركة بين الزوجين:

أ - حل استماع كل منهما بالآخر لقوله تعالى: (وَالَّذِينَ هُمْ لِأَزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ) (29) إنا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين (30) فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون (31))³. فالآيات الكريمة بينت امتداح الله عز وجل للمؤمنين الحافظين لفروجهم من الزنا، أي ما كان خارج دائرة عقد الزواج الصحيح، واستثنت الذين يمارسون هذا الحق على أزواجهم أو ما ملكت إيمانهم أي في إطار دائرة الحلال وعقد الزواج الصحيح. من هذا يتبين لنا أن استمتاع الزوجين أحدهما بالآخر إنما هو حاجة بشرية فمن حق كل من الزوجين الاتصال بالآخر اتصالاً جنسياً على الوجه المباح والمشروع من أجل تهذيب الشهوة أصلاً، منعاً للوقوع في الحرام ومن أجل التناسل وحفظ النوع البشري أو الإنساني والذي هو الهدف الأسمى من

¹ انظر ابن قدامة/ابو محمد عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي/المغني/241/7/بيروت - دار الفكر الطبعة الاولى سنة 1405 هـ.
² الدردير / أبو البركات أحمد الدردير / الشرح الكبير / 343/2 / بيروت دار الفكر تحقيق محمد عيش _ بدائع الصنائع / 22/4 - المليباري / زين الدين بن عبد العزيز المليباري الفناني / فتح المعين بشرح قرّة العين / 78/4 / مطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده بمصر_ الطبعة الثانية سنة 1356 هـ سنة 1938 م .
³ سورة المعارج / آية: 29 - 31.

مشروعية الزواج. فمعاشرة الزوجين لبعضهما واستمتاع كل منهما بالآخر حق لكليهما وإن وجد من بين العلماء من يقول أنه حق للزوج فحسب دون الزوجة، بل هذا أمر فطري لكل من الزوجين الذكر والأنثى على حد سواء، إلا أنه وفي رأيي قول لا ينظر إليه لأن المرأة أو الزوجة ليست مسلوقة الإحساس أو الشهوة.

ب - حسن معاملة أحدهما للآخر: لقوله تعالى: (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ)¹.

قال أبو بكر الجصاص رحمه الله: أخبر الله تعالى في هذه الآية أن لكل واحد من الزوجين على صاحبه حقاً، وأن الزوج مختص بحق له عليها ليس لها عليه مثله بقوله تعالى: (وللرجال عليهن درجة) والدرجة هي القوامة أو المسؤولية وليس الأفضلية والخيرية المبنية على التقوى، ولهذا لم يبين الله عز وجل ما لكل واحد منهما على صاحبه من الحق مفسراً، وإنما بينه عز وجل في آيات أخر من كتابه العزيز، وعلى لسان رسوله صلى الله عليه وسلم².

ج - حرمة المصاهرة: فلا يحل للزوج أن يتزوج أم زوجته ولا ابنة زوجته المدخول بها³، ولا أن تتزوج الزوجة بأبي الزوج أو ابنه.

د - التوارث بين الزوجين إلا إذا قام مانع شرعي يمنع من الميراث، فترث الزوجة زوجها، ويرث الزوج زوجته على التفصيل المبين في آيات الموارث وكتبه الخاصة به.

هـ - ثبوت نسب الولد للزوج، كما يثبت للأم، إن أتت به على فراش الزوجية الصحيحة، لقوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"⁴.

وقد ذهب الحنفية إلى أن سبب ثبوت النسب هو العقد الصحيح من غير اشتراط الدخول أو إمكان الدخول.

¹ انظر سورة البقرة / آية 228.

² الجصاص / أحمد بن علي المكنى بأبي بكر الرازي الجصاص الحنفي / أحكام القرآن للجصاص / 1/442 / مطبعة البهية المصرية، ادارة الملنزم ، سنة 1347 هـ .

³ المجلة / ص 521 / المادة: 19 من قانون قرار حقوق العائلة النكاح والافتراق - الكتاب الأول في النكاح - الباب الثاني، الفصل الأول في الممنوع نكاحهم.

⁴ موطأ مالك / 20/5 / ح (1224) / صحيح البخاري / 205/7 / ح (1912) (2066) (2540) (3964) (6252) (6268) (6319) (6646)، صحيح مسلم / 367/7 / ح (2645) (2646)، سنن أبي داود / 194/6 / ح (1935) (1936)، سنن الترمذي / 382/4 / ح (1077) (2046)، سنن النسائي / 201/11 / ح (3428) (3429) (3430) (3423)، سنن ابن ماجه / 157/6 / ح (1996) (1997) (2703)، مسند احمد / 397/1 / ح (392) (437) (779) (6964) (7436) (8642) (9767) (17004) (17005) (17006) (17010) (17011) (17387) (17392) (17393) (21714) (23827) (24464) (24808) (24899) _ العجلوني / كشف الخفاء / 339/2 / ح / 2914 / رواه الشيخان عن أبي هريرة ، قال المناوي وهو متواتر فقد جاء عن بضعة وعشرين صحابياً .

في حين ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنبلية: إلى أن سبب ثبوت النسب هو العقد الصحيح مع إمكان الدخول¹.

"حقوق الزوجة على زوجها"

لقد بين الله عز وجل حق المرأة على زوجها في آيات عدة من كتابة العزيز منها:

1. قوله تعالى: (وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)².
2. وقوله تعالى: (فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)³.
3. وقال تعالى: (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)⁴.
4. وقال تعالى: (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ)⁵.
5. وقال تعالى: (وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً)⁶.
6. وقال تعالى: (وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ إِحْسَانٌ فَخَرَسُوا مَوْتًا فَأَنْقَضُوا بِأَعْيُنِنَا ذَكَرَهُنَّ وَالزَّوْجُ الْمَبْرُورِ وَالْمَرْءُ الْمُبْرُورُ إِذَا تَرَاضَا بَيْنَهُمَا فَمَا كَفَرَا غِيظًا وَمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَمَا عَصَى إِيَّاهُ فَكَانَ عَلَيْهَا ذَلِكَ مَا غَيَّبُوا بِغِيظَتِهِمْ وَمَا كَفَرُوا بِهِمْ فَاسْتَبْرَأُوا بِأَعْيُنِنَا ذَكَرَهُنَّ)⁷.
7. وقال تعالى: (وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ)⁸.
8. وقال تعالى: (فَلَا تَعْضَلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ)⁹.

فمن خلال سرد الآيات الكريمات يتبين لنا أن حقوق الزوجة على زوجها نوعان: وهي:

- أ - حقوق مالية كما جاء بيانه في الآيات (3،4،5،6) المبينة أعلاه.
 - ب - حقوق غير مالية: كما جاء بيانه في الآيات (1،2،7،8) المبينة أعلاه.
- أما عن الحقوق المالية التي أوجبها الله عز وجل للزوجة على زوجها فهي:

¹ انظر السرطاوي / الأستاذ الدكتور محمود علي السرطاوي / شرح قانون الأحوال الشخصية / ص 158 - الباب الثاني - الفصل الثاني / آثار عقد الزواج المستوفى - عمان - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - الطبعة الأولى سنة 1417 هـ سنة 1997م.

² سورة النساء / آية 19.

³ سورة البقرة / آية 229.

⁴ سورة البقرة / آية 233.

⁵ سورة النساء / آية 34.

⁶ سورة النساء / آية 4.

⁷ سورة النساء / آية 20.

⁸ سورة النساء / آية 129.

⁹ سورة البقرة / آية 232.

1. النفقة: وهي من حقوق الزوجة على زوجها، والتي جاءت السنة النبوية مؤكدة ومبينة ومفسرة لهذا الحق حيث جاء في قوله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع: "اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله، وإن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه فإن فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"¹.

فالحديث جاء في آخره لكي يبين ويؤكد على أن نفقة الزوجة تكون على زوجها من حيث الرزق والكسوة بالمعروف.

وأیضا ما روي أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: "ما حق المرأة على زوجها؟ فقال صلى الله عليه وسلم: "يطعمها إذا طعم ويكسوها إذا كسي ولا يهجرها إلا في البيت، ولا يضربها، ولا يقبح". وكذلك حال الولادة والإرضاع، رزقهن وكسوتهن، لقوله تعالى: "فان ارضعن لكم فآتوهن أجورهن".

2. الصداق أو المهر:- كما جاء في قوله تعالى: (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة). فجعل الله عز وجل من حقها عليه أن يوفيهها صداقها أو مهرها.

والمهر كما عرفه الفقهاء:- هو المال الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها دخولا حقيقياً² عند جمهور الفقهاء، وبالخلوة الصحيحة عند الحنفية.

أما عن الحقوق غير المالية الواجبة للزوجة على زوجها فهي ما يلي:

1. معاشرتها بالمعروف: لقوله تعالى: (وعاشروهن بالمعروف) أي بالقدر الذي يسد حاجتها لذلك قدر المعقول وقدر المستطاع بقدر كفايتها وبما يعفها ويبعدها عن الحرام، ما لم ينهك بدنه، أو تشغله عن معيشته. كما ذهب إلى ذلك ابن تيمية رحمه الله³.

2. أن لا يمسكها ضاررا: لقوله تعالى: (فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان) فالرجل الذي يبغض زوجته عليه أن يسرحها بإحسان ويوفيهها حقوقها كاملة الواجبة لها عليه

¹ رواه ابو داود في سننه / 1628ح/258/5 _ السنن الكبرى للبيهقي/421/2ح/4001 _ معرفة السنن والآثار للبيهقي/11/296ح/4357 _ مشكل الآثار للطحاوي/1/33ح/28.

² التكروري / المحامي الدكتور عثمان التكروري / شرح قانون الأحوال الشخصية / ص 109. عمان - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى سنة 1998م

³ ابن تيمية / شيخ الإسلام تقي الدين ابن تيمية الحراني المتوفى سنة 728هـ / مجموعة فتاوى ابن تيمية / 56/1 / دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، طبعة منقحة ومصححة ، سنة 1403هـ سنة 1983م.

وأن لا يضارها في ذلك بأن يضيق وينغص عليها حياتها كي تخرج من حياته
متنازلة عن حقوقها.

وهذا ما تبينه الآية الأخرى من قوله تعالى: (وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج
وأنتيم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا) فجعل الله عز وجل من حقها عليه أن لا
يأخذ مما أعطاه شيئا إذا أراد فراقها وكان النشوز من قبله، لأن ذكر الاستبدال يدل
على ذلك¹.

3. القسم² بينها وبين نساءه الأخريات إذا كان له أكثر من زوجة:-

لقوله تعالى: (فان خفتن ألا تعدلوا) وقوله تعالى: (ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين
النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة). العدل الظاهر ممكن _
وعليه المؤاخذة وهو التكليف ، والعدل الباطن لا يملكه الإنسان وهو غير ملوم عليه
ومعذور فيه.

فجعل الله عز وجل من حقها أي الزوجة على زوجها، ترك إظهار الميل إلى
غيرها، وقد دل ذلك على أن من حقها القسم بينها وبين سائر نساءه، لأن فيه ترك
إظهار الميل إلى غيرها، ويدل عليه أن على الزوج وطأها بقوله تعالى: (فتذروها
كالمعلقة) أي لا فارغة فتتزوج ولا ذات زوج، إذا لم يوفها حقها من الوطء، ومن
حقها أن لا يمسكها ضرارا على ما تقدم بيانه.

4. عدم عضل النساء:- لقوله تعالى: (فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا
بينهم بالمعروف).

هذا إذا كان الخطاب في هذه الآية موجها للأزواج لا للأولياء، فهو يدل على أن من حق الزوجة
على زوجها إذا لم يمل إليها أن لا يعضلها عن غيره بترك طلاقها³. يعني إن ترك طلاقها فقد
عضلها.

¹ انظر الجصاص / أحمد بن علي المكنى بأبي بكر الرازي الجصاص الحنفي / أحكام القرآن للجصاص / 133/1.
² القسم: عدل الزوج بين زوجاته في النفقة والكسوة والمبيت ولا يشترط الوطء أثناء المبيت بإجماع الفقهاء. _ أنظر التاج والأكليل / 4/9
_ ابن تيمية / شيخ الإسلام احمد ابن تيمية / مجموع فتاوى شيخ الإسلام احمد بن تيمية / 270-32/269 / بدون رقم طبعة ، جمع وترتيب
عبد الرحمن بن محمد بن قاسم ، بمساعدة ابنه محمد.
³ الجصاص / أحكام القرآن للجصاص / 132/1.

وإذا كان الخطاب للأولياء فعضلها منعها من الرجوع إلى زوجها ، فهي تنهى عن ذلك، ويجوز للقاضي أن يتدخل في ذلك على تفصيل في الأولياء بهذا الصدد.

"حقوق الزوج على زوجته"

لا شك أن الحقوق بين الزوجين في شرعنا الحنيف متبادلة فكما أن الإسلام ألزم الزوج بحقوق يجب عليه الوفاء بها تجاه زوجته كما سبق أن بيناها في بحثنا هذا،¹ كذلك فإن الإسلام ألزم في مقابلة ذلك الزوجة حقوقا يجب عليها أن تؤديها لزوجها وذلك انطلاقاً من حرص الإسلام على أن تسود الحياة الزوجية والأسرية المودة والرحمة والسكينة حتى تقوم الأسرة على أساس من تقوى الله عز وجل ومخافته وطاعته فيما يحب ويرضى جل وعلا.

فمن هذه الحقوق التي ألزم الإسلام بها الزوجة:

1. ما جاء في قوله تعالى: (فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله). فقد جاء في تفسير هذه الآية الكريمة أن المقصود بقوله تعالى: (حافظات)، أي أن تحفظ المرأة ماء زوجها في رحمها وأن لا تحتال في إسقاطه، ويحتمل أن يكون المقصود من ذلك، حفظ فراشها عليه وفراشه عليها أي على زوجها فحسب، وقيل يحتمل أن يكون المقصود من قوله تعالى: (حافظات) أي لما في بيوتهن من مال أزواجهن ولأنفسهن، وقيل يجوز أن يكون المراد من ذلك جميع ما ذكر من تفسيرات واحتمالات لأن اللفظ في الآية الكريمة يحتمل كل ذلك.

وهذا الرأي الأخير هو الذي أميل إليه لأن القرآن حمال ذو وجوه، وحمل كلام البليغ على ما فيه تكثير المعاني أولى.

2. ما جاء في قوله تعالى: (الرجال قوامون على النساء) فالآية الكريمة تفيد وجوب لزوم المرأة طاعة زوجها، وذلك لأن الله تبارك وتعالى وصف الزوج بالقيام على زوجته، ووصف الزوج بمثل هذا الوصف يقتضي من الزوجة طاعة زوجها، لهذه الصفة. ومما يؤكد هذا المعنى قوله تعالى: (وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً) فهذه الآية جاءت لكي تؤكد

¹ انظر ص 81-84.

على أنه يجب على الزوجة طاعة زوجها في نفسها وترك النشوز والتعالي عليه: ومما جاء في الحديث الشريف والذي يروى عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "خير النساء امرأة إذا نظرت إليها سرتك وإذا أمرتها أطاعتك وإذا غبت عنها حفظتك في مالك ونفسها ثم قرأ: (الرجال قوامون على النساء) (الآية) وطاعة الزوجة لزوجها فيه بعض التفصيل لا مجال لذلك في هذا المقام، إلا أنني أجمل فأقول: إن طاعة الزوجة لزوجها واجبة بدليل الآيات المبينة آنفاً، وأن عليها أن تمتثل لأوامره في كل ما كان موافقاً لأوامر الإسلام وشريعته السمحة، وبما يرضى الله ورسوله، أما إن أمرها بأن تفعل المعصية أو أن ترتكب الحرام وما لا يرضى الله عنه ولا رسوله فلا طاعة له عليها إذ لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق.

بعد ذكر هذه الحقوق المتبادلة والمشاركة بين الزوجين أقول إن هذه الحقوق تمثل الأساس في الحقوق التي يجب على كل من الزوجين أن يؤديها للآخر، وهذا لا يعني أنه لا توجد حقوق أخرى بين الزوجين لم أتناولها على سبيل الاستقصاء خشية الإطالة بهذا الصدد.

(فائدة) من خلال البحث في هذا المجال (الحقوق الزوجية) نرى أن هنالك تفاضلاً بين الرجل والمرأة فالله عز وجل فضل الزوج على زوجته في الحقوق الممنوحة له عليها، من ذلك قوله تعالى: (وللرجال عليهن درجة) فالآية تفيد تفضيل الرجل على المرأة بأن جعل الله له عليها درجة، وأيضاً ما جاء في قوله تعالى: (الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض)، فالآية تفيد بأن الرجل مفضل على المرأة بأن جعله قيماً عليها. حيث فضل بعض الرجال على بعض النساء.

وأيضاً قوله تعالى: (وبما أنفقوا من أموالهم) فهذه الآية أيضاً من الآيات التي تحقق للرجل التفضيل على الزوجة.

وأيضاً مما فضل به الرجل على المرأة، بأن ألزمها الله تعالى طاعته بقوله تعالى: (فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً).

ومن وجوه التفضيل عليها ما ملك الرجل من فراقها بالطلاق، الأمر الذي لا تملكه المرأة. وأن الله تعالى جعل للرجل أن يتزوج على زوجته ثلاثاً سواها ولم يجعل لها الحق في أن تتزوج غيره ما دامت في عصمته أو معتدة من طلاق.

ومن وجوه التفضيل، أن على الزوجة أن تنتقل إلى حيث يريد الزوج وليس على الزوج إتباعها في النقلة والسكنى، وأنه ليس لها أن تصوم تطوعاً إلا بإذن زوجها¹.

هذا وقد جاءت السنة النبوية المطهرة لكي تروي لنا ضرورياً أخرى من تفضيل الزوج على زوجته سوى ما ذكر آنفاً نسوق منها بعض الأخبار عن النبي صلى الله عليه وسلم:

1. من ذلك: ما جاء في حديث جابر بن عبد الله الأنصاري رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا ينبغي لبشر أن يسجد لبشر، ولو كان ذلك، كان النساء لأزواجهن"².

2. عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا يصلح لبشر أن يسجد لبشر ولو صلح أن يسجد لبشر لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها من عظم حقه عليها، والذي نفسي بيده لو كان من قدمه إلى مفرق رأسه قرحة بالقيح أو الصديد ثم لحسته لما أدت حقه"³.

لقد أردت من خلال عرضي لهذه الحقوق المشتركة وغير المشتركة بين الزوجين أن أصل إلى حقيقة أن لكل سبب مسبباً، وأن الأمور لم توجد جزافاً، فالنشوز لا يكون إلا إذا منع أحد الزوجين حقوق صاحبه الواجب عليه الوفاء بها، أو تنكر لها، وأن الفقهاء الأفاضل عند تعريفهم للنشوز بينوا أن الأصل في النشوز هي المرأة على وجه الخصوص بأن تمنع زوجها حقه أو أن تجيبه إلى أمر من الأمور وهي متبرمة⁴.

وبعضهم تطرق إلى نشوز الزوج على زوجته لرغبته عنها، أو لمرضها أو كبرها، أو غيرهما⁵ دون تعرضه لباقي الحقوق الواجبة لها عليه.

وعليه فإنني أجتهد في صياغة تعريف جديد للنشوز غير الذي صاغه الفقهاء والذي سبق أن ذكرته في بحثي هذا⁶.

¹ أنظر الجصاص / أحكام القرآن لجصاص / 444/1.

² أنظر دلائل النبوة للبيهقي / 6 / 146 / 4 (2268).

³ الجصاص / أحكام القرآن للجصاص / 445-444/1.

⁴ ابن تيمية الحراني / عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن تيمية الحراني / المحرر في الفقه / 44/2 باب النشوز الرياض - مكتبة المعارف - الطبعة الثانية سنة 1404 هـ.

⁵ ابن قدامة / عبد الله بن قدامة المقدسي / الكافي في فقه ابن حنبل / 3 / 138 / بيروت - المكتب الإسلامي الطبعة الخامسة سنة 1408 هـ سنة 1988م - تحقيق زهير الشاويش.

⁶ أنظر ص 78.

فالنشوز:- هو منع أحد الزوجين صاحبه من الحقوق التي أوجبها الله تعالى عليه، من غير عذر شرعي يسوغ له ذلك.

(الفاحشة المبيّنة)

أما عن المقصود بالفاحشة المبيّنة في قوله تعالى: (إلا أن يأتين بفاحشة مبينة). فقد اختلف المفسرون والفقهاء في المقصود من هذه الآية أي بالفاحشة المبيّنة، إلى قولين وهما:-

1. ذهب ابن مسعود، وابن عباس، وسعيد بن المسيب، والشعبي، والحسن البصري، ومحمد بن سيرين، وسعيد بن جبير، ومجاهد، وعكرمة، وعطاء الخرساني، والضحاك وأبو قلابة، وأبو صالح، والسدي، وزيد بن اسلم، وسعيد بن أبي هلال وهو مذهب الشافعي. إلى أن المراد بالفاحشة المبيّنة الزنا، وقالوا إن الزوجة إذا زنت فللزواج أن يسترجع منها الصداق الذي أعطاه، ويضاجرها حتى تتركه له ويخالعها¹، كما قال تعالى: (وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ حِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ)².

2. ذهب ابن مسعود، وابن عباس في قول آخر لهما، وقتادة، وعكرمة، والضحاك: إلى أن الفاحشة المبيّنة في هذه الآية، البغض والنشوز، وذهب هؤلاء إلى أنه إذا نشزت الزوجة على زوجها حل له أن يأخذ مالها، وهذا هو مذهب الإمام مالك رحمه الله³.

وقد ذهب ابن جرير الطبري إلى الجمع بين القولين فقال: (وأولى ما قيل في تأويل قوله تعالى: (إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) أنه معني به كل فاحشة، من بذاء باللسان على زوجها، وأذى له، وزنا بفرجها، وذلك أن الله جل ثناؤه عم بقوله:

¹ انظر ابن كثير / أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي سنة 700 - 774 هـ / تفسير القرآن العظيم / 241/2 / المدينة المنورة - دار طبية للنشر والتوزيع - الطبعة الثانية سنة 1420 هـ - 1999م - تحقيق - سامي بن محمد سلامة - البغوي / أبو محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي الشافعي / معالم التنزيل / 409/1 / بيروت ، لبنان ، دار المعرفة ، الطبعة الأولى ، سنة 1406 هـ ، سنة 1986م ، تحقيق خالد عبد الرحمن العك - مروان سوار - أحكام القرآن للشافعي / 1 / 150.

² سورة البقرة / آية: 229.

³ القرطبي / 5 / 96.

(إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) كل فاحشة متبينة ظاهرة¹.

وقد ذهب ابن جرير الطبري رحمه الله: إلى أن الفاحشة بأشكالها كافة سواء أكانت بمعنى الزنا أو النشوز تبيح للزوج مضاجرة زوجته حتى تبرئه من حقها أو بعضه ويفارقها².
ومن أهل العلم من التابعين من يرى أن أخذ المال من الناشز على جهة الخلع، إلا أنهم يرون ألا يتجاوز ما أعطاهم ركونا إلى قوله تعالى: (لِتَدْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ)³، أي ببعضه لا كله.
وقال مالك رحمه الله وجماعة من أهل العلم: للزوج أن يأخذ من الناشز جميع ما تملك⁴ وقد ذهب الحنفية إلى أنه إذا كان النشوز من الزوج في الخلع، فلا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته شيئا بإزاء الطلاق لقوله تعالى: (وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج) إلى أن قال: (فلا تأخذوا منه شيئا).

أما إن كان النشوز من قبلها، فله أن يأخذ منها بالخلع مقدار ما ساق إليها من الصداق لقوله تعالى: (فلا جناح عليهما فيما افتدت به)، ولو أراد أن يأخذ منها زيادة على ما ساق إليها، فذلك مكروه في رواية الطلاق، وفي الجامع الصغير يقول: لا بأس بذلك⁵.

وهذا معناه أنه يقتضي حلَّ الأخذ مطلقا إذا رضيت الزوجة، أي إذا كان النشوز منه أو منها أو منهما، وإنما تبقى حرمة الأخذ فيما لو كان ذلك بلا حق ثابت باجماع الفقهاء⁶.
وأنا أرى أن ما ذهب إليه ابن جرير الطبري في تفسير قوله تعالى: (إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) بأن الفاحشة تشمل جميع المعاني من بذاء باللسان أو زنا وما إلى ذلك، فهذا تفسير فيه شمولية وواقعية تتمشى مع عظمة القرآن وإعجازه، فإذا ظهر أي شكل من أشكال الفاحشة من قبل الزوجة أبيع للزوج مضاجرة زوجته حتى تبرئه من حقها أو بعضه ومن ثم يفارقها، أما أن يضارها قبل إتيانها بفاحشة من أجل أن تفتدي نفسها فهذا أمر لا يقره شرع ولا قانون ولا تقره الفطر السليمة، والله تعالى أعلى وأعلم.

تعريف اصطلاح (النزاع والشقاق)

¹ انظر الطبري / أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الاملي الطبري / جامع البيان عن تأويل أي القرآن / 118/8 / مؤسسة الرسالة - الطبعة الأولى سنة 1420 هـ / سنة 2000م تحقيق أحمد محمد شاكر.

² ابن كثير / تفسير القرآن العظيم / 241/2.

³ سورة النساء / آية 19.

⁴ القرطبي / 96/5.

⁵ المبسوط / 106/8.

⁶ حاشية رد المحتار / 489/2.

الشقاق لغة:- قال ابن فارس: ("شقو" الشين والقاف والحرف المعتل أصل يدل على المعاناة، وخلاف السهولة والسعادة، والشقوة: خلاف السعادة)¹.
وأشق الشيء: إذا انفرج فيه فرجة، و(شاقه)(مشاقه) و(شقاقا): خالفه²، والشقاق: الخلاف والعداوة³.

قال الفيومي:- (وحقيقته أن يأتي كل منهما – أي من المختلفين ما يشق على صاحبه، فيكون كل منهما في شق غير شق صاحبه)⁴.

النزاع والشقاق اصطلاحاً: أن ينال كل واحد من المفترقين من صاحبه ما كربه وأذاه، وأثقلته مساءته⁵. أو أن يحرص كل واحد من الفريقين على ما يشق على صاحبه⁶.

ويمكنني صياغة تعريف آخر لمصطلح النزاع والشقاق وهو:- أن يأتي كل من الزوجين بكل أمر فيه ضرر على صاحبه يوغر صدره وينعكس سلباً على الحياة الزوجية بما يسخط الله عز وجل.

وللربط بين مصطلحي النشوز والنزاع والشقاق نجد أن النشوز سبب في حصول النزاع والشقاق بين الزوجين وأن النزاع والشقاق سبب في اللجوء إلى التحكيم بين الزوجين على ما سيأتي بيانه في المبحث الثالث من هذا الفصل والذي يتحدث عن اللجوء إلى التحكيم.

"المبحث الثاني"

¹ أنظر ابن فارس / معجم مقاييس اللغة / 202/3 / القاهرة - مكتبة الخانجي - الطبعة الثالثة سنة 1402 هـ تحقيق: عبد السلام هارون.

² الفيومي / المصباح المنير في غريب الشرح الكبير / 319/1 / بيروت - المكتبة العلمية بدون تاريخ.

³ مختار الصحاح / ص 343.

⁴ المصباح المنير / 319/1.

⁵ تفسير الطبري / 116/3.

⁶ تفسير القرطبي / 143/2.

(سلطة التأديب)

لقد شرع الله سبحانه وتعالى للزوج أن يقوم بتأديب زوجته إذا ظهر منها علامات النشوز أو دلالاته حتى ترجع إلى رشدها وصوابها وتعامل زوجها بالمعروف وتطيعه فيما ألزمها الله عز وجل به من طاعة، والدليل على ذلك قوله تعالى: (وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً)¹.

فالآية الكريمة أصل في منح الزوج سلطة التأديب لزوجته في حال ظهور النشوز منها أو أماراته.

فقوله تعالى: (واللاتي تخافون نشوزهن) قيل إن في الخوف قولين:

1. أنه بمعنى العلم، وهو ما قاله ابن عباس، بمعنى أن يعلم الزوج يقينا نشوز زوجته عليه، ومنه قوله تعالى: "فمن خاف من موص جنفاً"، أي علم.

2. بمعنى الظن، لما يبدو من دلائل النشوز، وهو ما قاله الفراء².

وأياً كان المعنى المراد من الآية الكريمة، العلم أو الظن فإن الهدف واحد وهو السعي نحو تأديب المرأة الناشز، فمتى ظهر للزوج من زوجته أمارات النشوز فليعظها وليخوفها عقاب الله في عصيانه لأن الله تعالى قد أوجب حق الزوج عليها وطاعته، وحرّم عليها معصيته لما له عليها من الفضل والافضال³.

وقد اشترط الفقهاء الترتيب في عملية التأديب، فبدأً أولاً بعظها بالرفق واللين، بأن يقول لها كوني من الصالحات القانتات الحافظات للغيب، ولا تكوني من كذا وكذا، فلعلها تقبل الموعظة فتترك النشوز، فإن أثمرت فيها الموعظة، ورجعت إلى فراش الزوجية فيها ونعمت، وإلا انتقل الزوج إلى الركن الآخر من عملية التأديب ألا وهو الهجر في المضجع أو الفراش⁴.

والمقصود بذلك أن الزوجات، إن لم ينزعن عن نشوزهن بالوعظ والقول الجميل، يلجأ الزوج إلى سلطة أخرى ووسيلة أخرى من وسائل تأديبه لزوجته، بأن يهجرها في المضجع، قال ابن

¹ انظر سورة النساء / آية 34.

² ابن الجوزي / الامام ابو الفرج جمال الدين عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي القرشي البغدادي / زاد المسير في علم التفسير / 75/2 / بيروت ، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر ، الطبعة الاولى ، سنة 1384 هـ ، سنة 1964م

³ ابن كثير / تفسير القرآن العظيم / 294/2 - البغوي / 423/1.

⁴ البغوي / 423/1.

عباس: هجرانه لها في المضجع بأن يوليها ظهره في الفراش ولا يكلمها، وقال غيره، يعتزل عنها إلى فراش آخر¹.

وقيل يخوفها بالهجر أولا والاعتزال عنها، وترك الجماع والمضاجعة، فإن تركته وإلا هجرها، لعل نفسها لا تحتمل الهجر².

وعليه فإن الفقهاء قد اختلفوا في المعنى المراد من الهجر في المضجع على أربعة أقوال:

1. قيل هو ترك الجماع، رواه سعيد بن جبير، وابن أبي طلحة، والوعوفي، عن ابن عباس، وبه قال ابن جبير ومقاتل.

2. قيل هو ترك الكلام، لا ترك الجماع، رواه أبو الضحى، عن ابن عباس، وخصيف، عن عكرمة، وبه قال السدي والثوري.

3. قيل هو قول الهجر من الكلام في المضاجع، روي عن ابن عباس، والحسن، وعكرمة، فيكون المعنى: قولوا لهن في المضاجع هجرا من القول.

4. قيل هو هجر لفراشها أي لفراش الزوجة، ومضاجعتها، روي عن الحسن، والشعبي، ومجاهد، والنخعي، وقتادة³.

وكما أن الفقهاء رضي الله عنهم اختلفوا في المعنى المراد من الهجر فقد اختلفوا أيضا في كيفية الهجر إلى أقوال أربعة وهي:

1. قيل يهجرها بأن لا يجامعها، ولا يضاجعها على فراشه.

2. وقيل يهجرها بأن لا يكلمها في حال مضاجعته إياها، لا أن يترك جماعها ومضاجعتها، لأن ذلك حق مشترك بينهما، كما بيناه سابقا، فيكون في ذلك عليه من الضرر ما عليها: فلا يؤديها بما يضر بنفسه ويبطل حقه.

3. وقيل يهجرها بأن يفارقها في المضجع، ويضاجع أخرى في حقها وقسمها، لأن حقها عليه في القسم، في حال الموافقة وطاعتها له وحفظها لحقوقه التي ألزمها الله تعالى بها، وفي حال حفظ حدود الله تعالى، لا في حال التضييع وخوف النشوز والتنازع⁴.

¹ انظر بدائع الصنائع / 173/6 - البغوي / 423/1.

² زاد المسير / 75/2.

³ بدائع الصنائع/173-174 - زاد المسير / 75/1.

⁴ بدائع الصنائع / 173/6 - 174.

4. وقيل يهجرها بترك مضاجعتها، وجماعها لوقت غلبة شهوتها وحاجتها، لا في وقت

حاجته إليها ، لأن هذا للتأديب والزجر، فينبغي أن يؤدبها، لا أن يؤدب نفسه بامتناعه

عن المضاجعة في حال حاجته إليها¹.

يقول ابن عباس رحمه الله: (اهجرها في المضجع، فإن أقبلت وإلا فقد أذن الله لك أن تضربها ضربا غير مبرح).

وفي ذلك انتقال من وسيلة إلى وسيلة في إرجاع الزوجة عن نشوزها فيهجرها في المضجع، فإن تركت النشوز، وإلا ضربها عند ذلك ضربا غير مبرح ولا شائن، وقال عطاء: ضربا بالسواك²، فالضرب الهين البسيط كالضرب بالسواك مباح، إلا أن الصبر دون ذلك مثال للزوج التقى الورع الكريم. وقد جاء في الحديث الشريف عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "حق المرأة أن تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت"³.

فإذا استكمل الزوج الوسائل الثلاث في تأديب الزوجة وإرجاعها عن نشوزها، كما يقول المولى جل شأنه في نهاية الآية الكريمة: (فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا) أي لا تجنوا عليهن الذنوب، وقال ابن عيينة: لا تكلفوهن محبتكم فإن القلب ليس بأيديهن. (إن الله كان علياً كبيراً) أي إن الله تعالى كان متعالياً من أن يكلف العباد ما لا يطيقونه⁴.

فظاهر الآية الكريمة: (واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن) وإن كان بحرف الواو الموضوع لجمع المطلق، لكن المراد منه الجمع على سبيل الترتيب ، والواو تحتل ذلك، فإن نفع الضرب، وإلا رفع الأمر إلى القاضي ليوجه إليهما حكمين، حكما من أهله، وحكما من أهلها على ما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى في المبحث القادم من هذا الفصل.

وأنا أوافق أهل العلم والفقهاء فيما ذهبوا إليه من أن تأديب الزوج لزوجته يجب أن يكون على النحو المنصوص عليه في القرآن الكريم وعلى الترتيب المبين في الآية الكريمة وأن

¹ انظر بدائع الصانع / 173/6 - 174.

² المرجع السابق - البغوي / 423/1.

³ أخرجه أبو داود في النكاح ، باب في حق المرأة على زوجها / 67/3 - 68 / وابن ماجه في النكاح، باب في حق المرأة على الزوج يرفع (1850): 594/1 / وابن حبان برقم (1286) ص 313 من موارد الظمان / وصححه الحاكم في المستدرک: 187/2 - 188 / ووافقه الذهبي/ وعزاه المنذري للنسائي في السنن الكبرى / وأخرجه الإمام أحمد في المسند / 446/4-447 عن معاوية بن حيدة / والمصنف في شرح السنة / 160/9.

⁴ البغوي / 423/1.

يتعامل الزوج مع زوجته عند تأديبه لها على النحو الذي يحفزها على ترك نشوزها والعودة إلى فراش الزوجية على نحو يوقع الضرر بمصالحها لا بمصالحه مثلما ذكرنا في كيفية هجرانه لها على وجه الخصوص.

وأرى أن وسائل التأديب في الآية الكريمة تفيد الترتيب في علاج النشوز، والضرب لا يكون إلا عند تكرره من الزوجة أي النشوز، واللجاج فيه، كما أنني أرى أنه لا يجوز الضرب عند ابتداء النشوز موافقا في ذلك قول الإمام أحمد رحمه الله ومخالفا بذلك قول الإمام الشافعي رحمه الله: الذي يجيز ضرب الزوجة في ابتداء نشوزها¹، هذا والله تعالى أعلى وأعلم.

¹ أنظر زاد المسير / 76/2.

"المبحث الثالث"

"اللجوء إلى التحكيم، ومتى يلجأ إلى ذلك"

علمنا مما سبق أن النشوز سبب مباشر لإيصال الزوجين إلى النزاع والشقاق، فإذا وقع النزاع والشقاق بين الزوجين وتكدر صفو عيشهما فيجب أن يعالج ذلك الأمر بالحكمة والروية بين الزوجين وأن يصبر كل منهما على الآخر، فإن كانت الزوجة هي السبب في تعكير صفو الحياة الزوجية وظهر منها أمارات النشوز فعلى الزوج أن يتصرف بحكمة وروية مستعينا في ذلك بولاية التأديب التي منحها الله عز وجل إياها من أجل إرجاع الزوجة عن نشوزها حتى يحافظ على بيت الزوجية قائما ينعم بالمودة والرحمة، وهذه الولاية أو السلطة (هي التي أشرت إليها سابقا في بحثي هذا) والتي تشمل الوعظ والهجر والضرب.

فإن بلغ الشقاق والنزاع بين الزوجين إلى درجة يصعب فيها الإبقاء على الحياة الزوجية قائمة ومستمرة، وكان السبب في ذلك النزاع والشقاق الزوج، فقد شرع الله له أي الزوج ومنحه حقاً آخر وسلطة أخرى يستطيع من خلالها أن يتخلص من ذلك النزاع والشقاق بينه وبين زوجته بسبب كرهه لها، بأن يستعمل صلاحيته في إيقاع الطلاق عليها، أما إن كانت الزوجة هي الكارثة لزوجها المتمادية في نشوزها، فلها أن تفتدي نفسها بمال تبذله وتقدمه لزوجها لكي تنال نتيجة لذلك حريتها وتستطيع أن تتخلص من زوجها، وهذا ما يسمى بالمخالعة في شرعنا.

فإن تمادى الزوجان في النزاع والشقاق وأدعى كل منهما أن الخلاف والنزاع والشقاق القائم بينهما سببه الزوج الآخر، ولم يستطيعا أن يحللا أي الزوجين خلافهما بنفسيهما، ولم ينفع توسط أهل الخير في حل الخصام القائم بينهما ولم تفلح وساطات الصلح في التوفيق بينهما وإعادة المياه إلى مجاريها، عندها فقد أوجب الله تبارك وتعالى على الحاكم المسلم أو القاضي أن يتدخل من أجل إنهاء النزاع والشقاق بينهما وفي ذلك يقول الله تبارك وتعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا) (35) ¹، فهذه الآية الكريمة أصل في إيصال الزوجين إلى التحكيم عند ظهور النزاع والشقاق بينهما يقينا أو عند ظن ظهوره.

¹ انظر سورة النساء / آية: 35.

فقوله تعالى: (وإن خفتن شقاق بينهما) أي شقاقا بين الزوجين، والخوف الوارد في الآية الكريمة (وإن خفتن) بمعنى اليقين ، أي إنكم إن تيقنتم وقوع النزاع والشقاق بين الزوجين، وقيل إن المقصود بالخوف في الآية الكريمة إنما هو الظن، أي إن ظننتم شقاق بينهما. ولعله أولى أن يكون المراد ، لأنه ربما لا يتيقن من ذلك.

وجملة القول في هذه الآية الكريمة، أنه إذا ظهر بين الزوجين شقاق وأشتبه حالهما فلم يفعل الزوج الصصح مع زوجته ولم يتبع في ذلك مفارقتها بالمعروف، ولم تلجأ المرأة إلى تأدية الحق لزوجها ولم تفتد نفسها، وخرجا أي الزوجان إلى ما لا يحل لهما قولاً وفعلاً، بعث الإمام أو القاضي حكماً من أهله إليه وحكماً من أهلها إليها¹، على ما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى في الفصل القادم.

ولم أجد أحداً من أهل العلم خالف في بعث الحكمين إلى الزوجين واللجوء إلى التحكيم من أجل فض النزاع والشقاق بينهما.

وعليه فإنني أخلص إلى القول إن التحكيم أمر متأصل في شرعنا الحنيف وبخاصة التحكيم بين الزوجين، أصلته الآيات الكريمة في القرآن الكريم، وأحاديث المصطفى صلى الله عليه وسلم، فالسنة النبوية جاءت لكي تؤكد هذه الآيات وهذه الأحكام المبينة في القرآن الكريم، وكذلك فإن عمل الصحابة رضوان الله تعالى عليهم وإجماعهم على مشروعية التحكيم والعمل به، ومن ثم إجماع الأمة من بعدهم إنما هي أسس متينة جاءت لكي تؤصل العمل بهذا الأمر وتبين مشروعيته.

¹ انظر البيهقي/ 423/1 _ احكام القرآن للشافعي/ 148-149.

"الفصل الرابع"

"التحكيم بين الزوجين"

"وفيه ثلاثة مباحث"

المبحث الأول: دعوى النزاع والشقاق، تحتاج إلى بينة.

المبحث الثاني: الأحكام الفقهية المتعلقة بالتحكيم بين الزوجين وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بعث الحكيم.

المطلب الثاني: باعث الحكيم، وما يعلانه بعد تنصيهما.

المطلب الثالث: حكمة كونهما من الأهل، وشروطهما.

المبحث الثالث: تفريق الحكيم بين الزوجين.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: هل تفريق الحكيم طلاق بائن أم فسخ؟

المطلب الثاني: المفاوضة على المخالعة قبل الدخول وبعده.

المطلب الثالث: غياب أحد الحكيم أو إذا غلب على عقله.

المطلب الرابع: الإغماء والجنون والغياب للزوجين أو أحدهما.

المطلب الخامس: العجز والاختلاف وفعل القاضي حيال ذلك.

"المبحث الأول"

دعوى النزاع والشقاق، تحتاج إلى بينة:

قبل الخوض في هذه المسألة لا بد لنا من وقفة نقفها مع بعض المصطلحات المتعلقة بها من أجل كشفها وتبيانها، وهي الدعوى، المدعى، والبيينة. فهذه اصطلاحات فقهية تتعلق بالدعوى يجب أن نقف على معانيها من أجل أن نصل إلى الغرض المطلوب من بحثنا في هذه المسألة.

1. الدعوى: هي طلب أحد حقه من آخر في حضور الحاكم، ويقال للطالب: المدعى، وللمطلوب منه: المدعى عليه¹.

2. المدعى: هو الشيء الذي ادعاه المدعى، ويقال له: المدعى به أيضا².

3. البيينة: هي الحجة القوية³، أي ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه، فإذا ثبت في زمان ملك شيء لأحد يحكم ببقاء الملك ما لم يوجد ما يزيله⁴.

فدعوى النزاع والشقاق هي من الدعاوي المتعلقة بحقوق الناس، فلكي يتمكن القاضي من النظر فيها وإعطاء حكمه، فإنه يشترط نتيجة لذلك سبق الدعوى، أي أنه يشترط لكي يحكم الحاكم أو القاضي بأمر متعلق بحقوق الناس أن يدعيه واحد على الآخر في أول الأمر، وعليه فإنه لا يصح الحكم الواقع بدون سبق دعوى⁵.

ودعوى النزاع والشقاق بين الزوجين كسائر الدعاوي الأخرى المتعلقة بحقوق الناس، لا بد لأحد الزوجين من أن يرفع الدعوى إلى القضاء من أجل أن يفصل فيها. وعليه فقد ذهب فقهاء المالكية إلى القول بأنه في حال ظلم أحد الزوجين للآخر فإن القاضي يحكم بدرء ظلم الظالم منهما، ولكي يستبين للقاضي من المتعدي منهما في حال (عدم وضوحه، أي عدم البيينة)، فإن القاضي يقوم بإسكانهما بين قوم صالحين إن لم يكن بينهم صالحون قبل ذلك، فإذا اشتكت المرأة إضرار زوجها بها ورفعت إلى الحاكم أمرها وتكررت بالشكوى وعجزت عن إثبات الدعوى فإن الحاكم أو القاضي يأمر زوجها بإسكانها بين قوم صالحين ويكلفهم تفقد خبرهما واستعلام ضررهما، فإن كانت ساكنة معه في مثل هؤلاء القوم لم يلزمه نقلها إلى غيرهم.

¹ أنظر المجلة / ص 429 / مادة: (1613) / الكتاب الرابع عشر في الدعوى.

² المرجع السابق / ص 429 / مادة: (1614) / الكتاب الرابع عشر في الدعوى.

³ المرجع السابق / ص 450 / مادة: (1676) / الكتاب الخامس عشر في البيئات والتحليف.

⁴ المرجع السابق / ص 87 / مادة: (10) / المقدمة: في بيان القواعد الفقهية.

⁵ المرعي في القانون الشرعي / ص 7 - 8 / مادة: 1829 - بيان شروط الحكم.

وفي حال أشكل الأمر على الحاكم أو القاضي فعمي عليه خبرهما ولم يتبين له من الظالم منهما، لم يمنعه ذلك من أن ينظر في أمرهما، فبيعت عند ذلك الحكمين لاستبيان أمرهما ومعرفة المضارّ منهما¹.

وهذا القول ذهب إليه أيضا فقهاء الحنبلية حيث قالوا: أنه إذا ادعى كل واحد منهما ظلم صاحبه له أي الزوجان، أسكنهما الحاكم إلى جانب ثقة ليصرف عليهما ويلزمهما الإنصاف، وهذا الثقة يشهد بما رآه، ليعرف القاضي الحال فيمنع الظلم²، وهذا هو قول الشافعية³ أيضا، وأن ذلك لا يكون إلا قبل بعث الحكمين، أي إسكان الزوجين إلى جانب ثقة يستبين حالهما.

في حين يرى فقهاء الحنفية أن لا حاجة إلى نصب مشرف ثقة يستكشف حال الزوجين، بل إذا ادعى كل من الزوجين ظلم صاحبه بعث الحاكم أو القاضي حكيمين مباشرة⁴.

وأنا أرى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنبلية فيه العدل والإنصاف إذ من التعسف إلقاء الشقاق بين الزوجين إلى بعث الحكمين مباشرة، إذ لا بد من التروي في ذلك واستبيان الأمر من خلال تنصيب ثقات يبينون من الظالم للآخر، من كلا الزوجين، لما في دعوى النزاع والشقاق بين الزوجين من دقة يصعب من خلالها التعرف على المتعدي، وأن النشوز وإثباته فيه من الصعوبة ما فيه، وعليه فإنني أرى وجوب العمل بالبيئة والأخذ بها عند وقوع النزاع والشقاق بين الزوجين لقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الشريف. والذي يعتبر قاعدة في القضاء: "البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر إلا في القسامة"⁵.

إلا أن المعمول به في المحاكم الشرعية في فلسطين المحتلة عام 48 هو ما عليه فقهاء الحنفية، من بعث الحكمين مباشرة من أجل النزاع والشقاق القائم بين الزوجين، لأن العمل بالقول الأول وهو قول الجمهور فيه من صعوبة التطبيق والعمل به ما يمنع من إمكانية إسكان الزوجين أو الزوجة إلى جانب مشرف ثقة يستبين حالهما، والصعوبة في ذلك أنه لا يمكن أن يترك المرء بيته وينتقل للسكن بين صالحين حتى يستبينوا حالهما، وإن كانوا يسكنون إلى جوار صالحين فإن

¹ أنظر ابن أبي القاسم العبدري / أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير بالموافق / التاج والاكليل لمختصر خليل / 16/4 / بيروت - دار الفكر - الطبعة الثانية سنة 1398 هـ.

² المرادوي / أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي / الإنصاف للمرادوي / 378/8 / بيروت - دار إحياء التراث العربي - تحقيق - محمد حامد الفقي.

³ النووي / محي الدين يحيى بن شرف ابو زكريا النووي المتوفى سنة 676هـ / روضة الطالبين وعمدة المفتين / 348/6 / بيروت ، لبنان - دار الفكر سنة 1415هـ سنة 1995م.

⁴ الجصاص / أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص / أحكام القرآن للجصاص / 151/3 / بيروت - دار إحياء التراث العربي سنة 1405 هـ - تحقيق - محمد الصادق قمحاوي.

⁵ سنن الدار قطني / 486/7 / ح (3238).

الناس في زماننا يرفضون أن يتعرضوا لمثل هذه الأمور وأن يدلوا بشهادتهم أمام القاضي لكشف الظالم من كلا الزوجين.

إلا أن العمل في المحاكم الشرعية في فلسطين المحتلة عام 48 والذي يأخذ بقول الحنفية يتيح الفرصة للحكمين في أن يستبينا حال الزوجين وكشف المتعدي منهما على ما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى في الفصل الخامس من هذا البحث والذي يتعرض للجانب التطبيقي لعمل الحكمين في المحاكم الشرعية.

"المبحث الثاني"

"الأحكام الفقهية المتعلقة بالتحكيم بين الزوجين"

وفيه ثلاثة مطالب:

"المطلب الأول": بعث الحكمين.

أريد أن أبين في هذا المطلب حكم بعث الحكمين إلى الزوجين، هل هو من باب الوجوب أم من باب الاستحباب؟ والتعرض إلى أقوال الفقهاء في ذلك. فهذه مسألة خلافية اختلف الفقهاء في بيانها على قولين:

1. القول الأول: ينص على وجوب بعث الحاكم أو القاضي للحكمين من أجل فض النزاع والشقاق بين الزوجين.

وهو القول المعتمد عند فقهاء الشافعية¹، وبه جزم الماوردي²، وهو ظاهر قول ابن العربي من المالكية³.

فقد ذهب هؤلاء إلى القول بأن بعث الحكمين من قوله تعالى في الآية الكريمة: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا) (35) (4).

الآية أصل في ذلك وأن بعثهما واجب كما صححه في زيادة الروضة وجزم به الماوردي من الشافعية وهو ظاهر نص الأم⁵.

قال البغوي: عليه بعثهما، (أي الحاكم عليه بعث الحكمين) وظاهره الوجوب وحجته الآية الكريمة⁶.

¹ انظر روضة الطالبين / 348/6 .

² مغني المحتاج / 333/3 .

³ تفسير القرطبي / 178/5 .

⁴ سورة النساء / آية 35 .

⁵ مغني المحتاج / 333/3 .

⁶ روضة الطالبين / 348/6 .

قال ابن العربي: (مسألة الحكمين نص الله عليها وحكم بها، ثم ظهور الشقاق بين الزوجين واختلاف ما بينهما، وهي مسألة عظيمة اجتمعت الأمة على أصلها في البعث وإن اختلفوا في تفاصيل ما ترتب عليه)¹.

2. القول الثاني: ينص على استحباب بعث القاضي للحكمين، وهو قول آخر لفقهاء الشافعية².

كما صحح في المهمات، والاستحباب لنقل البحر له عن نص الشافعي. وخلاصة القول، أن الفريقين اختلفوا في تأويل الأمر الموجه في الآية الكريمة (فابعثوا) فذهب أصحاب الفريق الأول إلى حمل الأمر في هذه الآية على الوجوب، في حين ذهب أصحاب الفريق الثاني إلى حمل الأمر في الآية الكريمة على الندب والاستحباب. وهذه مسألة أصولية اختلف علماء الأصول فيها، إلا أن القول الراجح عندهم أن الأمر في خطاب الشارع جل شأنه محمول على الوجوب، وأنه لا يصرف من الوجوب إلى الاستحباب إلا بقريضة³.

والراجع ما ذهب إليه أصحاب الفريق الأول، من أن الأمر في قوله تعالى: (فابعثوا) محمول على الوجوب في بعث الحكمين، وهو ما أميل إليه وأختاره، وذلك للتوضيح التالي:

1. أن أصحاب الفريق الثاني قالوا بأن الأمر في قوله تعالى (فابعثوا) يفيد الندب والاستحباب وحملوا هذا القول على نص للشافعي.

فرد عليهم بما قاله الأذرعي: بأن ظاهر نص الأم للشافعي هو الوجوب⁴.

2. أن مهمة القاضي دفع الظلم عن الناس، والأمر بينهم بالمعروف والنهي عن المنكر. وهذا النزاع الحاصل بين الزوجين يجب على القاضي تسويته، حفاظاً على الأسرة وحقوقها. وطريقة فض هذا النزاع بينها القرآن الكريم ببعث

¹ انظر تفسير القرطبي / 178/5.

² مغني المحتاج / 333/3.

³ المحصول في علم الأصول / 46/2.

⁴ مغني المحتاج / 333/3.

الحكمين، فوجب حمل البعث على الوجوب لا على غيره¹. لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

3. أن الله تبارك وتعالى أحاط عقد النكاح بقدسية عظيمة ووصفه بالميثاق الغليظ، بقوله تعالى: (وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا (21))².

فعمد بهذه العظمة وهذه القدسية وبهذه العناية والرعاية والإحاطة من الله عز وجل لا بد له إن تعرض لشيء من الزلزلة والتصدع ، وهذه الأسرة كذلك التي أراد الله لها المودة والرحمة والسكينة إن تعرضت لما يهدد استقرارها وبقائها ، لا بد لها من أن تستعمل كل وسيلة ممكنة ومشروعة من أجل الإبقاء على عقد النكاح وعلى الأسرة المسلمة قائمة، ولهذا كان حمل الأمر في بعث الحكمين على الوجوب من باب أولى، لما فيه من محاولة الحفاظ على إبقاء عقد النكاح قائما والأسرة باقية يسودها المودة والرحمة والسكينة.

¹ أنظر دراسة سابقة / الدوري / د. قحطان عبد الرحمن الدوري / عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي / ص 389 / بغداد - مطبعة الخلود - الطبعة الأولى سنة 1405 هـ سنة 1985م.
² سورة النساء - تفسير ابن كثير / 245/2.

"المطلب الثاني"

"باعث الحكمين ، وفعلها بعد تنصيبهما"

اختلف العلماء في تعيين من يبعث الحكمين، تبعا لاختلافهم في فهم المقصود من قوله تعالى: (وإن خفتم) وتحديد المخاطب فيها على أقوال:

1. القول الأول: قيل المأمور بذلك: السلطان الذي يُرفع ذلك إليه (أي شقاق الزوجين). وهذا قول سعيد بن جبير: حيث قال في المختلعة: يعظها، فإن انتهت وإلا هجرها. فإن انتهت، وإلا ضربها. فإن انتهت، وإلا رفع أمرها إلى السلطان، فيبعث حكما من أهله وحكما من أهلها، فيقول الحكم الذي من أهلها: "يفعل بها كذا"، ويقول الحكم الذي من أهله: "تفعل به كذا". فأيهما كان الظالم رده السلطان وأخذ فوق يديه، وإن كانت ناشزا أمره أن يخلع. وقد روي عن الضحاك في قوله تعالى: (وإن خفتم شقاق بينهما فأبعثوا...) قال: بل ذلك إلى السلطان¹.

وهذا قول جمهور الفقهاء²: من الحنفية³، والشافعية⁴، والحنبلية⁵. وذهب ابن جزى⁶: إلى أن مشهور مذهب مالك: أن الحاكم هو الذي يبعث الحكمين⁷. ونقل الطبري الإجماع⁸ عليه.

¹ انظر تفسير الطبري / 319/8 - 320

² تفسير القرطبي / 175/5.

³ أحكام القرآن للجصاص / 151/3.

⁴ مغني المحتاج / 333/3 _ روضة الطالبين / 348/6.

⁵ كشاف القناع / 211/5 _ الإنصاف للمرداوي / 379/8.

⁶ ابن جزى الكلبي: هو محمد بن احمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي، ابو القاسم، 693هـ - 741هـ، سنة 1294م-1340م. فقيه من العلماء بالاصول واللغة، من اهل غرناطة.

من كتبه: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تقريب الوصول الى علم الاصول، الفوائد العامة في لحن العامة، التسهيل لعلوم التنزيل (تفسير)، الانوار السنية في الالفاظ السنية، وسيلة المسلم في تهذيب صحيح مسلم، البارع في قراءة نافع، وفهرست كبير اشتمل على ذكر كثيرين من علماء المشرق والمغرب. وهو من شيوخ لسان الدين ابن الخطيب.

انظر الأعلام للزركلي، 325/5-الكتاني/عبد الحي بن عبد الكبير/فهرس الفهارس والاثبات ومعجم المعاجم والمشیخات والمسلسلات/1/306/ بيروت-دار الغرب الاسلامي-الطبعة الثانية سنة1982م-المحقق-احسان عباس.

⁷ أحكام القرآن للجصاص / 151/3.

⁸ تفسير الطبري / 329/8.

وحجة القائلين بأن الذي يبعث الحكامين هو الحاكم (السلطان) :

1. الأثر الوارد في هذا الشأن عن سعيد بن جبير ، المبين في الصفحة السابقة.
2. قيل في قوله تعالى: (وإن خفتم شقاق بينهما)، الأولى أن يكون خطابا للحاكم الناظر بين الخصمين والمانع من التعدي والظلم، وذلك لأن الله تبارك وتعالى قد بين أمر الزوج وأمره بوعظ الزوجة وتخويفها بالله ثم بهجرانها في المضجع إن لم تنزجر، ثم يضربها إن أقامت على نشوزها، ثم لم يجعل بعد الضرب للزوج إلا المحاكمة إلى من ينصف المظلوم منهما من الظالم ويتوجه حكمه عليهما¹.
- قال أبو بكر الجصاص: إن الخطاب موجه للحاكم في بعث الحكامين، وقد كان هذا نظير العنين والمجبوب والايلاء، في باب أن الحاكم هو الذي يتولى النظر في ذلك والفصل بينهما بما يوجبه حكم الله².
3. قالوا أنه إذا ورد الخطاب مطلقا فيما طريقه الأحكام كان منصرفا إلى الأئمة والقضاة ، كقوله تعالى: (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا)³.
- وقوله تعالى: (الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ)⁴.
- وكذلك الأمر هنا في هذه المسألة⁵.
4. فيه تكليف الحكام ملاحظة أحوال العامة والاجتهاد في إصلاح أحوالهم⁶.

2. القول الثاني: قيل المقصود بالخطاب في قوله تعالى: (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا...) هما الزوجان.

وهو قول للإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، وابن عباس ، والسدي. وهو قول للمالكية، وإليه مال الإمام الشافعي⁷، وقد نقل الطبري الإجماع عليه⁸.

¹ انظر أحكام القرآن للجصاص / 151/3-152.

² المرجع السابق / 151/3.

³ سورة المائدة / آية 38.

⁴ سورة النور / آية 2.

⁵ عقد التحكيم / قحطان الدوري / ص 393.

⁶ المرجع السابق.

⁷ ابن العربي / أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي / أحكام القرآن / 423/1 / دار احياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي وشركاه ، الطبعة الأولى 1376 هـ ، 1957 م ، تحقيق علي محمد البجاوي.

⁸ تنبيه: نرى أن الإمام الطبري قد نقل الإجماع على القولين الأول والثاني ، والمقصود بذلك: أن جميع العلماء والفقهاء اجمعوا على أن بعثة الحكامين في ذلك ليست لغير الزوجين، وغير السلطان الذي هو سائنس امر المسلمين ، او من اقامه في ذلك مقام نفسه ، أي ان الامر في الآية الكريمة لم يخصص بذلك بعضهم دون بعض / انظر الطبري / 329/8.

وقد استدل هذا الفريق بما يلي:

1. قول وفعل الإمام علي رضي الله عنه، فقد روي عن يعقوب بن إبراهيم قال، حدثنا ابن عُلَيَّة، عن أيوب، عن محمد، عن عبيدة قال: جاء رجل وامرأته بينهما شقاق إلى علي رضي الله عنه، مع كل واحد منهما فنام¹ من الناس، فقال علي رضي الله عنه: ابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها. ثم قال للحكمين: "تدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا، وإن رأيتما أن تفرقا، أن تفرقا، قالت المرأة: رضيت بكتاب الله، بما عليّ فيه ولي. قال الرجل: أما الفرقة فلا، فقال علي رضي الله عنه: كذبت والله، لا تنقلب حتى تقر بمثل الذي أقرت به².

2. بما قاله السدي، من أن المقصود بقوله تعالى: (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) قال السدي: إن ضربها. فإن رجعت، فإنه ليس له عليها سبيل. فإن أبت أن ترجع وشاقتها، فليبعث حكما من أهله، وتبعث حكما من أهلها³.

3. القول الثالث: أن المقصود بالخطاب في الآية الكريمة (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا) هما الوليان أي وليا الزوجين إذا كانا محجورين. والذي يفيد هذا القول لفظ الجمع في الآية الكريمة (فابعثوا)، فقد يفعله السلطان تارة وقد يفعله الوصي أخرى.

وإذا أنفذ الوصيان حكّمين فهما نائبان عنهما، فما انفضاه نفذ، كما لو انفضاه الوصيان⁴. والذي يترجح لي من خلال هذه الأقوال هو ما ذهب إليه الإمام الطبري رحمه الله، بعد عرضه في تفسيره للقول الأول والثاني من أن المخاطب في الآية الكريمة (فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) هما الزوجان والسلطان، ويذكره لمن قال بهما. حيث قال الإمام الطبري رحمه الله: (وأولى الأقوال بالصواب في قوله تعالى: "فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها"، أن الله خاطب المسلمين بذلك، وأمرهم ببعث الحكمين عند خوف الشقاق

¹ الفنام: الجماعة الكثيرة.

² تفسير الطبري / 320/8 - 321 - الأثر (9407) - وقد رواه الشافعي في الأم / 177/5 من طريق عبد الوهاب بن عبد المجيد الثقفي، عن أيوب بن أبي تميم، بمثله سواء/ وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى / 305/7 - 306. وقال الشافعي: "حديث علي ثابت عندنا" والخبر في سنن الدار قطني / 55/9 - أثر (3825) من باب المهر من طريق أحمد بن علي بن علاء عن زياد بن أيوب عن يحيى بن زكريا بن أبي زائدة عن ابن عون عن ابن سيرين عن عبيدة.

³ المرجع السابق / 320/8 أثر (9406) من طريق محمد بن الحسين عن أحمد بن المفضل عن أسباط عن السدي.

⁴ أحكام القرآن لابن العربي / 423/1.

بين الزوجين للنظر في أمرهما، ولم يخصص بالأمر بذلك بعضهم دون بعض. وقد أجمع الجميع على أن بعثة الحكيم في ذلك ليست لغير الزوجين، وغير السلطان الذي هو سانس أمر المسلمين، أو من أقامه في ذلك مقام نفسه.

واختلفوا في الزوجين والسلطان، ومن المأمور بالبعثة في ذلك: الزوجان أم السلطان؟ ولا دلالة في الآية تدل على أن الأمر بذلك مخصوص به أحد الزوجين، ولا أثر به عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، والأمة فيه مختلفة. وإذا كان الأمر على ما وصفنا فأولى الأقوال في ذلك بالصواب: أن يكون مخصوصا من الآية ما أجمع الجميع على أنه مخصوص منها. وإذا كان ذلك كذلك، فالواجب أن يكون الزوجان والسلطان ممن قد شمله حكم الآية".

فالإمام الطبري رحمه الله نقل لنا من خلال ترجيحه ما انعقد الإجماع عليه بزمانه، وهو أن المأمور ببعثة الحكيم الزوجان أو السلطان، وجعل هذا الإجماع هو المخصوص من الآية¹. والذي يتراءى لي أن الآية الكريمة تذهب بشموليتها إلى جميع المسلمين في محاولتهم لإرجاع الزوجين عن شقاقهم، فيكون من حق كل صالح من أبناء الأمة الإسلامية تتوفر فيه شروط الحكم أن يتولى مهمة بعث الحكيم من أجل الإصلاح بين الزوجين، إلا أن الأمر يبقى فيه خصوصية للسلطان أو للقاضي في بعث الحكيم لما للسلطان أو للقاضي من صفة الإلزام على الرعية في أن يفعلوا أو لا يفعلوا، والله تعالى أعلى وأعلم.

¹ انظر تفسير الطبري / 328/8-329.

"فعل الحكمين بعد تنصيبهما"

ينبغي للحكمين بعد تنصيبهما من أجل مباشرة عملهما في فض النزاع والشقاق بين الزوجين، أن ينويا الإصلاح بينهما، وأن يتلطفوا في القول حتى يتمكنوا من إرجاع الزوجين عن نشوزهما أو شقاقهما لقوله تعالى: (إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما). وينبغي على الحكمين أن ينصفا ويرغبا ويخوفا ولا يخصا بذلك أحدهما دون الآخر ليكون ذلك أقرب للتوفيق بين الزوجين¹.

فيسير الحكمان بإذن الله ويخلصان النية لوجه الله، وينظران فيما عند الزوجين بالتثبت، فإن رأيا للجمع وجها جمعا، وإن وجداهما قد أنابا إلى بعضهما تركاهما، فقد روي أن عقيل بن أبي طالب تزوج فاطمة بنت عتبة بن ربيعة، فقالت: اصبر لي وأنفق عليك، وكان إذا دخل عليها قالت: يا بني هاشم، لا يحبكم قلبي أبدا، أين الذين أعناقهم كأباريق الفضة، ترد أنوفهم قبل شفاهم، أين عتبة بن ربيعة؟ أين شيبه بن ربيعة؟ فيسكت حتى دخل عليها يوما وهو برم.

فقالت له: أين عتبة بن ربيعة؟ فقال على يسارك في النار إذا دخلت، فنشرت عليها ثيابها. فجاءت عثمان، فذكرت له ذلك، فأرسل ابن عباس ومعاوية فقال ابن عباس، لأفرقن بينهما. وقال معاوية: ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف.

فأتياهما فوجداهما قد سدا عليهما أبوابهما، وأصلحا أمرهما.

وقد ذهب جماعة من أهل العلم، منهم علي وابن عباس والشعبي ومالك إلى أن الحكمين قاضيان يحكمان في أمر الزوجين بأمرهما وليسا وكيلين للزوجين، فإن وجد الحكمان أن الزوجين قد اختلفا، سعيا في الألفة بينهما، وذكرهما بالله تعالى وبالصحبة، فإن أنابا وخافا أن يتمادى ذلك في المستقبل بما ظهر في الماضي، فإن يكن ما طلعا عليه في الماضي يخاف منه التماذي في المستقبل فرقا بينهما.

وقال الحسن وابن زيد أن الحكمين ما هما إلا شاهدان يرفعان أمر الزوجين إلى السلطان ويشهدان بما يظهر لهما من حال الزوجين. وقد روي ذلك عن ابن عباس، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

وقد نقل ابن العربي بأن الذي صح عن ابن عباس أنها حكمان لا شاهدان أي أنهما قاضيان².

¹ انظر البهوتي / منصور بن يونس بن ادريس البهوتي / كشف القناع عن متن الاقتاع / 211/5 / بيروت ، عالم الكتب ، سنة 1403 هـ ، سنة 1983 م.

² أحكام القرآن لابن العربي / 425/1.

وفي ذلك إجماع من العلماء على أن الحكمين يملكان حق الجمع بين الزوجين، وإن لم يوكلهما الزوجان بذلك، لأن الغرض من بعث الحكمين هو الإصلاح.

إلا أن العلماء قد اختلفوا في أنهما أي الحكمان، هل لهما أن يلجيا الجمع والتفريق إن رأيا ذلك¹. أي هل يملكان التفريق بين الزوجين بدون إذنهما، مثل أن يطلق حكم الرجل، أو يفترق حكم المرأة بشيء من مالها؟ أو لا يملكان هذا الحق؟

1. فذهب جماعة من أهل العلم، منهم عثمان² وعلي وابن عباس والشعبي ومالك والسدي

والضحاك وابن سيرين وسعيد بن جبير وشريح، وهو أحد أقوال الشافعية³ والحنبلية⁴ وصححه ابن تيمية⁵ وابن القيم⁶. وإليه ذهب ابن حزم الظاهري⁷. فذهب هؤلاء.

إلى القول بأنهما حكمان: فلهما حق التفريق بين الزوجين بعوض يأخذانه من المرأة للرجل حتى يكون خلعا. أو بغير عوض. وحكهما في ذلك نافذ سواء وكلهما الزوجان بذلك أم لم يوكلهما، وسواء رضي الزوجان بذلك أم لم يرضيا، وسواء وافق حكم القاضي أو خالفه⁸.

وقد احتج أصحاب هذا القول بما يلي:

1. ظاهر الآية الكريمة: (فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) فسامها الله سبحانه

وتعالى حكمين، والحكم كما أشرنا في الفصل الأول من هذا البحث عندما عرفناه لغويا، هو الحاكم، وإذا جعله الله عز وجل حاكما فقد مكنه من الحكم. فالآية نص صريح من الله عز وجل بأنهما حكمان (قاضيان) لا وكيلان ولا شاهدان.

يقول الإمام القرطبي في تفسيره الجامع: (للكيل إسم في الشريعة ومعنى، وللحكم إسم في الشريعة ومعنى، فإذا بين الله كل واحد منهما فلا ينبغي لشاذ، فكيف لعالم أن يركب معنى أحدهما على الآخر)¹.

¹ أنظر الألويسي / ابو الفضل شهاب الدين السيد محمود بن عبد الله الالوسي البغدادي / روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني / 86/2 / القاهرة ، دار القومية العربية للطباعة ، سنة 1964-1969م ، تحقيق وضبط وتنسيق وتصحيح _ محمود زهري النجار .

² تفسير القرطبي / 176/5 .

³ تفسير الطبري / 321/8 - 328 - القرطبي / 176/5 .

⁴ المغني لابن قدامة / 168/8 .

⁵ مجموع فتاوى شيخ الإسلام احمد بن تيمية / 25/32 .

⁶ ابن قيم الجوزية / شمس الدين ابو عبد الله محمد بن ابي بكر الزرعي الدمشقي سنة 691-751هـ / زاد المعاد في هدي خير العباد / 190/5 / بيروت ، مؤسسة الرسالة / الكويت مكتبة المنار الاسلامية - الطبعة الثالثة عشر سنة 1406هـ سنة 1986م ، حقق نصوصه ، وخرج احاديثه ، وعلق عليه - شعيب الارنؤوط - عبد القادر الارنؤوط .

⁷ ابن حزم الظاهري / ابو محمدا علي بن احمد بن سعيد بن حزم ، المتوفى سنة 456هـ / المحلى / المجلد السابع / 88/10 / بيروت ، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع ، سنة 1969م ، تحقيق الشيخ احمد محمد شاكر .

⁸ تفسير القرطبي / 176/5 .

فالحكم من له ولاية الحكم والإلزام، وليس للوكيل شيء من ذلك/ لأن الوكيل مأذون ليس بحكم، والوكيل لا يسمى حكماً في لغة القرآن، ولا في لسان الشرع، ولا في العرف العام والخاص².

2. أن الله سبحانه وتعالى خاطب غير الزوجين إذا خافا الشقاق بين الزوجين بإرسال الحكمين، وإذا كان المخاطب غيرهما فكيف يكون ذلك بتوكيلهما؟ ولا يصح لهما حكم إلا بما اجتمعا عليه، والتوكيل من كل واحد لا يكون إلا فيما يخالف الآخر، وذلك لا يمكن ههنا³.

3. قوله تعالى: (إن يريدوا إصلاً يوفق الله بينهما)، يفيد أن الحكمين يمضيان أمرهما، وأنهما إن قصدا الحق وفقهما الله للصواب من الحكم. وهذا لا يقال للوكيلين، لأنه لا يجوز لواحد منهما أن يتعدى ما أمر به⁴.

4. استدلو بما رواه محمد بن سيرين عن عبيدة السلماني في هذه الآية: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا)⁵.

"قال جاء رجل وامرأة إلى علي رضي الله عنه مع كل واحد منهما فنام من الناس" في الحديث الذي سبق وأن ذكرناه⁶ في بحثنا هذا. فقد أخذ أصحاب هذا القول من ذلك النص وذلك الأثر عن سيدنا علي رضي الله عنه ما يلي:

أ - أن الحكمين بعثا من غير رضا الزوجين، فليس للزوج أو الزوجة أمر في ذلك ولا نهى، وذلك لأن المرأة قالت بعدما مضيا من عند علي رضي الله عنه: رضيت بما في كتاب الله تعالى لي وعلي. وقال الزوج: لا أرضى.

فرد عليه علي رضي الله عنه، تركه الرضا بما في كتاب الله، وأمره أن يرجع عليه كما يجب على كل مسلم، أو ينفذ ما فيه بما يجب عليه من الأدب¹.

¹ انظر تفسير القرطبي / 177/5.

² زاد المعاد / 190/5 - مغني المحتاج 333/3 - مجموع فتاوى شيخ الاسلام احمد بن تيمية / 25/32 - 26.

³ أحكام القرآن/ لابن العربي/ 423/1.

⁴ أحكام القرآن للجصاص / 392/4 _ زاد المعاد / 190/5.

⁵ سورة النساء / آية 35.

⁶ ص 105.

ب – أن للحكمين الجمع والتفريق بين الزوجين، فأقل ما في قول الإمام علي رضي الله عنه (عليكما إن رأيتما أن تجمعا، أن تجمعا، وان رأيتما أن تفرقا، أن تفرقا)، أنه يجوز للحكمين ذلك أي الجمع والتفريق بين الزوجين².
فلو كانا وكيلين أو شاهدين لم يقل لهما: أتدريان ما عليكما؟ إنما كان الأولى به أن يقول: أتدريان بما وكنتمما، أو وكلاكما؟ ويسأل الزوجين ما قال لهما³.

5. قول ابن عباس: (لأفرقن بينهما) ، حين أرسله عثمان مع معاوية في خلاف عقيل بن أبي طالب وزوجته فاطمة بنت عتبة⁴.

6. اتفاق الصحابة على أن الحكم للحكمين، فعثمان وعلي وابن عباس ومعاوية جعلوا الحكم إلى الحكمين، ولا يعرف لهم من الصحابة مخالف، وإنما يعرف الخلاف بين التابعين فمن بعدهم⁵.

7. قيل أنه حين وقع الشقاق بين الزوجين، وأشتبه الظالم منهما، جاز التفريق بينهما من غير رضاهما، كما لو قذفها وتلاعنا⁶.

2. "القول الثاني"

والذي يرى القائلون به أن الحكمين لا يملكان الفرقة بين الزوجين. إلا أن القائلين بهذا القول قد انقسموا إلى فريقين¹.

¹ انظر أحكام القرآن لابن العربي / 423/1 _ الرازي / محمد الرازي فخر الدين ابن العلامة ضياء الدين عمر المشتهر بخطيب الري سنة 604-544هـ / تفسير الفخر الرازي ، المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب / م 5 ج 96/10 / دار الفكر ، الطبعة الثالثة سنة 1405هـ -1985م.

² تفسير الرازي / م 5 ج 96/10.

³ تفسير القرطبي / 177/5.

⁴ الشرح الكبير لابن قدامة / 171/8.

⁵ زاد المعاد / 191/5.

⁶ المهذب / 70/2.

أ - فريق يرى أن الحكمين لا يفرقان إلا برضى الزوجين، أي أن الحكمين وكيلان للزوجين.
ب - وفريق يرى أن الحكمين لا يفرقان مطلقاً، ولكن يبعثهما الحاكم ليشهدا عنده، ويعرفاه
الظالم من المظلوم، أي أن الحكمين، شاهدان للحاكم يشهدان له بما رأياه من أمر الزوجين
وتبيان الظالم من المظلوم.

أ - وأصحاب هذا الفريق وهذا القول هم: علي بن أبي طالب²، وعمرو بن العاص³، وعبد
الله بن عباس⁴، وابن زيد، وعطاء، وهو مروى عن الحسن وأبي ثور وهو أحد قولي
الشافعي (الجديد منهما) وبه قال الحنفية⁵، وهو أشهر قولي الحنابلة⁶، وبه قال الطبري،
والسدي⁷ وأبو الحسن بن المغلس من الظاهرية⁸، وهو قول نقل عن بعض المالكية⁹.
فذهب هذا الفريق إلى أن الحكمين ما هما إلا وكيلان للزوجين، فهما لا يفرقان إلا برضا
الزوجين، فيوكل الزوج إن شاء حكمه بطلاق، وقبول عوض خلع. وتوكل الزوجة حكمها
إن شاءت ببذل عوض للخلع وقبول طلاق به، كسائر الوكلاء، ويفرق الحكمان بينهما إن
رأياه صواباً¹⁰.

فإذا وكل الزوج حكمه بطلاق، فليس له أن يخالع، وإذا وكله بقبول عوض خلع فليس له أن
يطلق مجاناً¹¹.

وعليه فإنه لا يجوز للحكمين أن يحكما في أمر الزوجين حتى يستأمر الرجل والمرأة،
ويشترطا عليهما إن شاء جمعا وإن شاء فرقا.

وقد احتج هذا الفريق بأن الحكمين وكيلان بما يلي:

1. قوله تعالى: (فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها). وقالوا: إن الذي من أهله وكيل له،
وإن الذي من أهلها وكيل لها، فكأن الله تبارك وتعالى قال: فابعثوا رجلاً من قبله ورجلاً

¹ تفسير الطبري / 331/8.

² انظر تفسير الطبري / 320/8 - 321.

³ الخلاف للطوسي / 426/2.

⁴ المرجع السابق / 426/2. قال ابن العربي في أحكام القرآن / 425/1 (والذي صح عن ابن عباس أنهما حكمان لا شاهدان).

⁵ تفسير القرطبي / 176/5.

⁶ المغني / 167/8.

⁷ تفسير الطبري / 322/8 و 329-331.

⁸ المحلى / 88/10.

⁹ تفسير القرطبي / 176/5.

¹⁰ مغني المحتاج / 333/3 _ إغانة الطالبين / 378/3 _ المغني / 167/8 _ كشف القناع عن متن الإقناع / 211/5.

¹¹ تحفه المحتاج / 457/7 - نهاية المحتاج / 385/6.

- من قبلها. وبذلك يكون هذا الفريق قد أبطل قول من يقول: إن للحكمين أن يجمعا إن شاء، وإن شاءا فرقا بغير أمرهما¹.
2. قوله تعالى: (إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما)، فنص الآية يدل على أنه ليس للحكمين أن يفرقا، لأنه لم يقل إن يريدوا فرقة².
3. احتجوا بخبر الزوجين الذين جاء إلى الإمام علي رضي الله عنه ومعهما فئام من الناس، عندما قال الإمام علي للزوج حين قال: أما الفرقة فلا، فرد عليه الإمام علي بقوله: كذبت والله حتى تقرّ بما أقرت به.
- فالزوج لما لم يرض بالفرقة، توقف الإمام علي رضي الله عنه فاعتبر في ذلك إذن الرجل، ولو كانا حكّمين لم يعتبر التراضي، وقد احتج لهذا القول أيضا بأن الله تبارك وتعالى عندما ذكر الحكمين، لم يضيف إليهما إلا الإصلاح، وهذا يقتضي أن يكون ما وراء الإصلاح وهو التفريق غير مفوض إليهما³.
4. الأخبار المروية عن بعض الصحابة والتابعين، تدل على أن الحكمين يبعثان بتوكيل من الزوجين، وليس لهما أن يعملا شيئا إلا بما وكلهما به الزوجان⁴.
5. قالوا بأن تحكيم الحكمين قد يفضي إلى الفراق بين الزوجين، وعليه فإن البضع حق الزوج، والمال حق الزوجة وهما رشيدان فلا يولى عليهما في حقهما، إذ أن الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج، ذلك أن البضع حقه، وبذل المال أي الخلع ليس بيد أحد سوى الزوجة لأن المال حقها.
- وعليه فإنه يشترط توكيل الزوجين لهما أي للحكمين فيما يفعلان. فيوكل الزوج حكّمه في التطليق والخلع، وتوكل الزوجة حكّمها في البذل للعوض والقبول للطلاق⁵.
6. قالوا: إنه لا خلاف أن الزوج لو أقر بالإساءة لزوجته لم يفرق بينهما ولم يجبره الحاكم على طلاقها قبل تحكيم الحكمين، وكذلك لو أقرت المرأة بالنشوز لم يجبرها الحاكم على خلع ولا على رد مهرها، فإذا كان كذلك حكّمهما قبل بعث الحكمين فكذلك بعد بعثهما⁶.

¹ أنظر أحكام القرآن للجصاص / 389/4.

² المرجع السابق / 395/4.

³ تفسير الرازي / م 5 ج 96/10 _ نقلا عن الإمام الشافعي.

⁴ تفسير الطبري / 320/8 - 322.

⁵ أسنى المطالب / 497/15.

⁶ أحكام القرآن للجصاص / 390/4.

فلا يجوز إيقاع الطلاق من جهتهما من غير رضا الزوج وتوكيله، ولا إخراج المهر عن ملكها من غير رضاها، ولذلك فإنه لا يجوز خلعهما إلا برضا الزوجين.

وعليه فإنه ليس للحكمين أن يفرقا إلا برضا الزوجين، لأن الحاكم لا يملك ذلك فكيف يملكه الحكمان؟ وإنما الحكمان وكيلان لهما، أحدهما وكيل المرأة والآخر وكيل الزوج في الخلع أو التفريق بغير جعل إن كان الزوج قد جعل إليه ذلك¹.

7. قالوا: لا بد من رضا الزوجين بالطلاق بعد إيقاعه، أو أخذ مال غيره، لأنه قد يدعي أحد الزوجين أن ذلك الطلاق، أو أخذ ذلك المال، خلاف المصلحة. فإن قيل: ما معنى الحكمين، إذا كان الأمر على ما وصف، من أن الحكمين وكيلان ليس لهما أن يحدثا بينهما شيئاً من طلاق أو أخذ مال؟ قيل: اختلف في ذلك.

فقال بعض العلماء: معنى الحكم، النظر العدل، كما قال الضحاك بن مزاحم: "أنتما قاضيان تقضيان بينهما".

وقال آخرون: معنى ذلك، أنهما القاضيان يقضيان بينهما ما فوض إليهما الزوجان².

ب - الفريق الثاني: الذين يرون أن الحكمين لا يفرقان مطلقاً.

وإلى هذا القول ذهب كل من ابن عباس، وسعيد بن جبير، والحسن البصري، وقتادة، وهو قول عند المالكية، وابن حزم الظاهري. فهذا الفريق يقول: بأن الحاكم يرسل الحكمين ليعرفا الظالم من المظلوم من الزوجين، فيرفعا إلى الحاكم أمرهما، ويشهدا بما ظهر لهما، ليأخذا على يد الظالم. وليس لهما التفريق، فلا ينفذ طلاقهما إلا إذا رضي به الحاكم ونفذه³.

فقد روي عن ابن عباس أنه قال في قوله تعالى: (وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ)⁴، قال هي المرأة التي تنتشر على زوجها، فلزوجها أن يخلعها حين يأمر الحكمان بذلك، وهو بعد أن تقول الزوجة لزوجها: والله لا أبر لك قسماً ولاذنن في بيتك بغير أمرك.

¹ أنظر أحكام القرآن للجصاص / 390/4 - 391.

² تفسير الطبري / 330/8.

³ المرجع السابق / 322/8.

⁴ سورة النساء / آية 34.

ويقول السلطان: لا نجيز لك خلعا، حتى تقول المرأة لزوجها والله لا أغتسل لك من جنابة، ولا أقيم لك صلاة، فعند ذلك يقول السلطان: اخلع المرأة¹.
وقال سعيد بن جبير إن التفريق إلى الحاكم بما ينهيه إليه الحكمان².
وفي ذلك يقول الحسن البصري وقتادة: بأن الحكمين إنما يبعثان ليصلحا ويشهدا على الظالم بظلمه، وأما الفرقة فليست في أيديهما، ولم يملكا ذلك³.
وقد ذهب ابن حزم: إلى أن الحكمين شاهدان، ينهيان إلى الحاكم ما وقفنا عليه من أمر الزوجين، ليأخذ الحق ممن هو قبّله، ويأخذ على يد الظالم.
لكن ليس للحكمين ولا للحاكم التفريق بين الزوجين.

وقد احتج ابن حزم لقوله بما يلي:

1. احتج بقوله تعالى: (إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا)⁴ فنص الآية يدل على أنه، إنما يوفق الله تعالى بينهما إن أرادا إصلاحا، والإصلاح هو قطع الشر بين الزوجين، وقد رد الله عز وجل الصلح إلى اختيار الزوجين لا إلى غيرهما، ولا يعرف في اللغة ولا في الشريعة، أصلحت بين الزوجين، أي طلقتهما عليه.
 2. قال أنه ليس في الآية الكريمة التي تحدثت عن بعث الحكمين ولا في شيء من السنن أن للحكمين أن يفرقا، ولا أن ذلك للحاكم. وقال عز وجل: (ولا تكسب كل نفس إلا عليها)⁵، فصح أنه لا يجوز أن يطلق أحد على أحد، ولا أن يفرق بين رجل وامرأته، إلا حيث جاء النص بوجوب فسخ النكاح فحسب، ولا حجة في قول أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم.
- وعليه فإن ابن حزم يرى أن الوكالة في الطلاق غير جائزة، فقال: (وكل مكان ذكر الله تعالى فيه الطلاق، فإنه خاطب به الأزواج لا غيرهم، فلا يجوز أن ينوب غيرهم عنهم

¹ أنظر تفسير الطبري / 324/8.

² المحلى / 88/10.

³ تفسير الطبري/8/322-323.

⁴ سورة النساء / آية 35.

⁵ سورة الأنعام / آية 164.

لا بوكالة ولا بغيرها، لأنه يكون تعدياً لحدود الله عز وجل، وقد قال تعالى: (وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (229))¹.

يقول ابن حزم: (وما نعلم إجازة التوكيل في الطلاق عن أحد من المتقدمين إلا عن إبراهيم والحسن)².

وخلاصة القول فإن عمل الحكّمين لا يخرج عن دائرة إما أن يكونا قاضيين بتفويض مطلق يخول لهما الجمع والتفريق بين الزوجين دون أن يرجعا في ذلك إلى أحد سواء أكان السلطان أو الزوجان، وإما أن يكونا وكيلين للزوجين فلا يفرقان بينهما إلا بإذنها، ولا أي شيء من ذلك القبيل كالخلع بعوض أو بغير عوض إلا بالرجوع إلى الزوجين في ذلك، أما أمر الجمع فإنهما لا يحتاجان إلى وكالة فيه لأن أمر الجمع بين الزوجين مجمع عليه بين جميع الفقهاء والمفسرين فلا يحتاج الحكّمان فيه الرجوع إلى الزوجين، وإما أن يكونا أي الحكّمين شاهدين من قبل السلطان ليس لهما من الأمر شيء إلا أن يتوجها إلى الزوجين فيعملان على إصلاح شقاقهما وإرجاعهما عن نشوزهما فإن لم ينجحا في ذلك، يقومان بفحص سبب الشقاق بين الزوجين وتبيان الظالم من المظلوم ومن ثم كتابة تقرير في ذلك ورفعها إلى الحاكم أو القاضي حتى ينظر في أمر الزوجين ويعطي حكمه فيهما.

وعليه فإنني أرى أن ترجيح قول علي آخر في هذا المضمار فيه من الصعوبة ما فيه إذ أن كل فريق بين أدلته وتفسيره في ذلك وهي في مجملها مقنعة وموضحة لوجهة نظر كل فريق وهذا ما يزيد من صعوبة ترجيح قول علي آخر.

إلا أنني أرى أن عمل الحكّمين في هذه المسألة يصب في دائرة أن الحكّمين ما هما إلا وكيلان للزوجين يعملان بأمرهما في الجمع والتفريق، صحيح أن الآية الكريمة تفيّد، كما أشرت مسبقاً وجوب الأمر في بعث الحكّمين عندما قال الله تعالى: (فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها). إلا أنني أرى أن ذلك الوجوب ينحصر في دائرة بعث الحكّمين إلى الزوجين عند نزاعهما وشقاقهما والعمل قدر المستطاع على إصلاح شأنهما فحسب،

¹ أنظر سورة البقرة / آية 229.

² المحلى / 87-88.

ذلك أن عقد النكاح أحاطه الله عز وجل بقدسية عظيمة وأراد له الديمومة والاستمرار فكان لزاما نتيجة لذلك أن يعمل كل مسلم توفرت فيه صفات الصلاح وصفات الحكم على أن يعمل على بعث الحكيم، وإنما تأكد الوجوب في بعث الحكيم على السلطان دون غيره من المسلمين لما ذكرناه مسبقا من أنه يتمتع بالإرادة المطلقة على الرعية وإنفاذ حكمه عليهم وإلزامهم به، وهو أي السلطان دون غيره من المسلمين الأحق في تنفيذ أوامر الله عز وجل وتطبيقها على نفسه وعلى الرعية.

أما ما كان خارج دائرة الإصلاح والتوفيق بين الزوجين فليس للحكيم فيه أي إرادة إلا بأن ينالا التفويض من الزوجين وبخاصة إذا تعلق الأمر بحق من حقوق الزوج ألا وهو الطلاق، والذي لا يملك أحد إيقاعه على الزوجة إلا الزوج وإن كان ذلك السلطان. أو إذا تعلق ذلك الأمر بشكل معاكس بحق من حقوق الزوجة كبذلها لمالها في مقابل أن تفتدي نفسها بخلعها من زوجها، فإذا كان الأمر كذلك فكيف يجوز للحكيم أن يوقعا طلاقا أو خلعا من غير رضا الزوجين، وقد نص الله عز وجل على أنه لا يحل للزوج أن يأخذ شيئا مما أعطى لزوجته إلا بطيبة من نفسها، ولا أن تفتدي به، وفي ذلك يقول الله تبارك وتعالى: (وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُنَّ نَفْسًا فَكُلُوهُنَّ حِينًا مَّرِيًّا (4))¹. وقال تعالى: (وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِن خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ)².

هذا والله تعالى أعلى وأعلم.

¹ انظر سورة النساء / آية 4.

² سورة البقرة / آية 229.

"المطلب الثالث"

"حكمة كون الحكمين من الأهل وشروطهما"

من المعلوم من الدين بالضرورة أن الله عز وجل لم يأمرنا بأمر من الأمور ولم يحثنا على فعل من الأفعال إلا وجعل الله تعالى فيه خيرا كثيرا وحكما جليلا، ومن هذه الأمور بعث الحكمين بسبب الزوجين واشترطه جل شأنه بالأساس أن يكونا من أهل الزوجين.

وعليه فإن ظاهر الآية الكريمة (فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها)، يفيد على أن الحكمين لا يكونان إلا من أهل الزوجين أحدهما من قِبَل الزوج والآخر من قِبَل المرأة، إلا أن لا يوجد في أهلها من يصلح لذلك فيرسل الحكمان من غير أهل الزوجين¹.

وقد اختلف الفقهاء في شرط كون الحكمين من أهل الزوجين (إن وجدا)، هل هو من باب الوجوب أم من باب الاستحباب؟

1. فذهب المالكية إلى القول: بأن شرط كون الحكمين من أهل الزوجين إن وجدا، هو شرط وجوب².

2. ذهب الشافعية³ والحنبلية⁴ إلى القول: بأن شرط كون الحكمين من أهل الزوجين إن وجدا، إنما هو من باب الاستحباب، فيجوز عندهم أن يكون الحكمان من غير أهل الزوجين مع وجودهما، إلا أنه يستحب أن يكونا من أهل الزوجين.

وقد استدل أصحاب الفريق الأول على قولهم بما يلي:

1. قوله تعالى: (فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها).

2. قالوا: إن التحكيم نظر في الجمع والتفريق، وهو أولى من ولاية عقد النكاح، لا سيما إن جعلنا الحكمين بمنزلة الحاكمين لما هو الصواب.

¹ انظر ابن رشد القرطبي / بداية المجتهد ونهاية المقتصد / 167/2 / الرياض - مكة المكرمة - مكتبة نزار مصطفى الباز دار المعرفة سنة 1415 هـ سنة 1995م - حقه أبي الزهراء حازم القاضي / ضبط أصوله أسامة حسن، خرج أحاديثه ياسر إمام - يتضمن هذا الكتاب أبحاث الحافظ ابن حجر العسقلاني والحافظ الزيلعي والشيخ الألباني وغيرهم من أئمة علماء الحديث.

² أحكام القرآن لابن العربي / 426/1 _ تفسير القرطبي / 175/5 .

³ مغني المحتاج / 333/3.

⁴ المغني / 98/16.

3. قالوا: إن الأهل أعرف بحال الزوجين، وكيفية صلاحهما ومحبتهما وكراهتهما، ولأن الأهل يسكن إليهم ويطمئن إلى حكمهم بخلاف الأجنبي¹.
يقول ابن العربي في تفسيره أحكام القرآن: (قال علماؤنا (أي فقهاء المالكية): فإن لم يكن لهما أهل، أو كان، ولم يكن فيهم من يصلح لذلك لعدم العدالة أو غير ذلك من المعاني فإن الحاكم يختار حكيم عدلين من المسلمين، لهما أو لأحدهما، كيفما كان عدم الحكمين منهما أو من أحدهما، ويستحب أن يكونا جارين، وهذا لأن الغرض من الحكمين معلوم، والذي فات بكونهما من أهلها يسير، فيكون الأجنبي المختار قائماً مقامهما، وربما كان أوفى منهما)². وفي ذلك إشارة من المالكية إلى أنه يندب كون الحكمين جارين في صورة بعث الأهلين إن أمكن، كذلك يندب أن يكون أحد الحكمين من الأهل والآخر من الأجانب إن لم يوجد الحكمان معاً، من الأهل.

3. الفريق الثاني استدل على قوله بما يلي:

أ- قوله تعالى: (فابعثوا حكماً من أهلهم وحكماً من أهلها). قالوا بأن الآية الكريمة فيها تقييد للأغلبية³.
ب- استدلوا: بواقعة عقيل وزوجته، التي سبق أن ذكرناها، عندما بعث عثمان رضي الله عنه ابن عباس حكماً من أهلهم، ومعاوية حكماً من أهلها⁴.
وببعث عمر بن الخطاب رضي الله عنه، لعبد الله بن عباس وعثمان بن عفان ليحكم بين زوجين، أحدهما من بني هاشم والآخر من بني عبد شمس⁵.
ج- قالوا: إن القرابة لا تشترط في الحاكم ولا في الوكيل⁶. فكان الأمر الوارد في الآية الكريمة سابقة الذكر بالنسبة لبعث الحكمين من الأهل إنما هو من باب الإرشاد والاستحباب⁷، فكونهما من الأهل كما جاء في الآية الكريمة جاء ليبين إلى ما هو الأصلح والأنفع للزوجين من أجل إصلاح شأنهما.

¹ انظر كنز العرفان/373/3_ الروضة البهية/133/2_ منهاج الصالحين/298/2.

² أحكام القرآن لابن العربي / 426/1.

³ كنز العرفان / 73/3.

⁴ المهذب / 70/2.

⁵ البحر الزخار / 90/4.

⁶ مغني المحتاج / 333/3_ المهذب / 70/2.

⁷ المغني / 98/16.

د- قالوا إن الإصلاح بين الزوجين كما أنه يحصل بحكمين من الأهل، كذلك فإن الغرض نفسه يحصل بالأجنبي¹.

وعليه فإن الذي يترجح لي هو، القول الثاني، إذ إن القيد الذي جاء في الآية الكريمة (من أهله، من أهلها) إنما بني على الغالب والله تعالى أعلم، والصحابة رضوان الله تعالى عليهم والخلفاء الراشدون عمر وعثمان يكونون قد فهموا هذا من الآية الكريمة، كما مر معنا في الأثرين السابقين. فشرط القرابة في رأيي لا يفيد الوجوب، فجاز أن يكون الحكمان من غير أهل الزوجين، إلا أنه يستحب أن يكونا من أهلها، هذا إذا علمنا أن الغرض من بعث الحكمين حاصل بالقرب، وحاصل أيضاً بالأجنبي. والله تعالى أعلى وأعلم. ما دام أن الحكمين من غير أهل الزوجين ينظران إلى مصلحة الزوجين.

أما عن شروط الحكمين المبعوثين إلى الزوجين فهي:

1. ذهب الحنفية إلى أن شروط الحكمين هي: الحرية، والإسلام، والبلوغ، والعدالة، والفقء، والبصر، وأن يكونا غير محدودين ولا واحد منهما في قذف².
 2. وذهب المالكية إلى أن شروط الحكمين هي: الذكورة، والبلوغ، والحرية، والإسلام، وهي شروط للإمام مالك رحمه الله³.
 3. وذهب الشافعية إلى أن شروط الحكمين هي: التكليف، والإسلام، والعدالة، والحرية، والاهتداء إلى المقصود من بعثهما له، وإنما اشترط فيهما ذلك في حال كونهما وكيلين، وذلك لتعلق وكالتهما بنظر الحاكم، ويسن كونهما ذكراً⁴.
- وقالوا أيضاً ويجوز أن يكون الحكمان ذكراً عدلين، لأنهما في أحد القولين عند الشافعية حاكمان وفي الآخر وكيلان، إلا أن يحتاج فيه إلى الرأي والنظر في الجمع والتفريق، ولا يكمل لذلك إلا ذكران عدلان، فإذا قلنا: إنهما حاكمان، لم يجز أن يكونا إلا فقيهين، وإن قلنا: أنهما وكيلان جاز أن يكونا من العامة⁵.

¹ انظر الروضة البهية / 133/2.

² الشروط الصغير للطحاوي / 781/2.

³ الإمام مالك بن انس / المدونة الكبرى / 365/2 / بيروت ، دار صادر ، دون رقم للطبعة .

⁴ فتح الوهاب / 111/2 _ مغني المحتاج / 333/3.

⁵ المجموع / 452/16.

4. وذهب الحنبلية إلى أن شروط الحكمين هي: التكليف، والإسلام، والعدالة والحرية، ومعرفة الجمع والتفريق¹.

وذكر في المغني: العقل والبلوغ والعدالة والإسلام. لأنهما من شروط العدالة، سواء كانا حاكمين أم وكيلين².

وهناك شروط أخرى، فرعية وثانوية، لبعض الفقهاء والمفسرين، منها الصلاح للحكومة والإصلاح بين الزوجين³، ومنهم من اشترط بأن يكون الحكم رجل عدل عارف، حسن السياسة والنظر في حصول المصلحة⁴.
وعليه فإن المذاهب الأربعة قد اجتمع رأيهم على شروط معينة في الحكمين واختلفوا في شروط.

فقد اتفقوا على أن من شروط الحكمين: العقل والبلوغ (التكليف)، والإسلام، والعدالة. في حين اختلفوا بالنسبة لشروط الذكورة، والحرية، فالمالكية يشترطون الذكورة في الحكمين بينما الحنفية لا يشترطونها، والمالكية يشترطون الحرية، سواء أكان الحكمان قاضيين أم وكيلين في حين أن الحنفية يجيزون توكيل العبد، وأيا كان الخلاف بالنسبة لهذا الشرط فإن العبودية لم تعد قائمة في عصرنا هذا بحيث أصبحت مجرد حكم تاريخي.
وأنا لا أريد أن أخوض كثيراً في شروط الحكمين في النزاع والشقاق بين الزوجين بل أؤكد على الشروط الرئيسة المتفق عليها بين الفقهاء⁵، وأضيف إليها ما ذهب إليه البعض منهم من اشتراط الفقه في الحكمين، أو، كما قال الشافعية والحنبلية الاهتداء إلى المقصود مما بعثا له، إذ أننا نرى اليوم في محاكمنا الشرعية أن مسألة التخكيم بين الزوجين تفتقر إلى تعيين أصحاب الكفاءة والخبرة والفقه في هذا الجانب وأصبحت تأخذ جانباً من الاحتراف أو ما يسمى بالعمل الإضافي لدى البعض الذين يعود عليهم ذلك بالمنفعة المادية، هذا إذا علمنا أن الحكمين يأخذان أجراً مقابل عملهم على إصلاح ذات البين بين الزوجين.

¹ انظر الإقناع / 96/2.

² المغني / 98/16.

³ الإمام سيدي محمد الزرقاني / شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك / 214/3 / دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بدون تاريخ ، صححت هذه الطبعة وروجعت بمعرفة لجنة من العلماء.

⁴ روح المعاني للألوسي / 86/2.

⁵ انظر ص 55-66.

"المبحث الثالث"

"المطلب الأول"

"هل تفريق الحكمين طلاق بائن أم فسخ؟¹"

ذكرت فيما سلف من بحثي أن الحكمين إذا بعنا إلى الزوجين فوجدهما قد اختلفا ولم يصطلحا وتفاقم أمرهما، سعيا في الألفة جهدهما، وذكراهما بالله وبالصحبة، فإن أنابا ورجعا تركاهما، وإن كانا غير ذلك ورأيا الفرقة فرقا بينهما.

وقد نقل الإمام القرطبي في تفسيره عن الإمام مالك أنه قال: (وتفريقهما "أي الحكمين" جائز على الزوجين، وسواء وافق حكم قاضي البلد أو خالفه، وكلهما الزوجان بذلك أو لم يوكلاههما، والفرق في ذلك طلاق بائن)².

وعليه فإن فقهاء المالكية قد ذهبوا إلى القول: بأن الحكم لا يحتاج فيما يوقعه من الطلاق إلى إذن الزوج كالولي، وذلك لأنه حاكم أو قاض.

واختلف في الحكمين يطلقان ثلاثا، فقال الإمام مالك: تلزمه طلقة واحدة، وليس للحكمين التفريق بين الزوجين بأكثر من طلقة واحدة بائنة، وهو أيضا قول ابن القاسم³.

فالحكمان عليهما أن ينظرا في أمر الزوجين، فإن رأيا الإساءة من قبل الزوج فرقا بينهما، وإن رأيا الإساءة من قبل المرأة تركاهما واستأمناه عليهما، وإن كان من قبلهما جميعا فرقا بينهما على بعض ما أصدقها.

وقد روى هذا القول ابن المواز⁴ عن أشهب.

وعليه فإن فرق الحكمين بين الزوجين بطلقة، بشيء أخذاه للزوج من الزوجة فهو خلع، والطلقة بائنة، وإن كانت بغير عوض فهي أيضا طلقة بائنة.

¹ الفرق بين الطلاق والفسخ: هناك فروق عدة بين الطلاق والفسخ وهي: ان الطلاق لا يكون الا في الزواج الصحيح، اما الفسخ فخالبا يكون في العقد الفاسد. الطلاق يحتسب من الطلقات الثلاث، بخلاف الفسخ فلا يحتسب من الطلقات التي يملكها الرجل. الطلاق بيد الرجل، فليس للمرأة ان تطلق زوجها بل لها المطالبة بالفسخ.

² أنظر تفسير القرطبي / 176 / 5 _ البحر المحيط / 125/4.

³ تفسير القرطبي / 176/5 - 177 _ شرح ابن بطلال / 429/13.

⁴ ابن المواز: هو الامام ابو عبد الله محمد بن ابراهيم بن زياد المواز، بالواو المشددة والزاي، الاسكندراني المالكي، صاحب التصانيف المشهورة، له تصنيف حافل في الفقه، رواه ابن ابي مطر وابن مبشر عنه، قدم دمشق بصحبة ابن طولون وانتهت اليه رئاسة المذهب والمعرفة بتفريعه ودقائقه، توفي سنة احدى وثمانين ومائتين هجرية. انظر الصفدي / الوافي بالوفيات / 145/1.

قال أشهب: (إذا فرق الحكمان بالبتة، فهي واحدة بانئة، وإن كانت طلقة بغير عوض، وإنما قلنا إنها واحدة بانئة، لأنها فرقة أوقعها حكم من غير اختيار الزوج ولا تملكه، فكانت بانئة كالفرقة بسبب العقد)¹.

أما إن حكّم الحكمان بالثلاث طلقات، فقد روى ابن حبيب عن مطرف، ما أخطأ فيه السلطان ففرق بثلاث فيما يفرق فيه بواحدة فقد أخطأ وتكون واحدة، وكذلك الأمر بالنسبة للحكمين. وقال أشهب: تلزمه واحدة بانئة.

وقال ابن القاسم: تلزمه البتة أو الثلاث تطليقات، وبه قال اصبح، والخلاف في ذلك مبني على الخلاف في العبد تزوج بغير إذن سيده فيفرق السيد بينهما بثلاث تطليقات، والأمة تعتق تحت العبد فتختار نفسها بثلاث تطليقات هل تكون ثلاثاً أو واحدة؟²

وقد قال ابن القاسم ذلك: أي الحكمان تلزمهما الثلاث تطليقات في حال اجتماع أمرهما واتفاقهما عليها³.

أما في حال اختلاف الحكمان في حكمهما، فحكم أحدهما بواحدة، والآخر بثلاث. قال محمد هي واحدة، وروى ابن حبيب عن اصبح أن ذلك ليس بشيء. ووجه قول محمد أنها قد اتفقا على إيقاع واحدة فيجب أن يصح ويبطل ما اختلفا فيه، وهو ما زاد على الواحدة. ووجه قول اصبح: أن حكم الواحدة غير حكم الثلاث فلا يوجد اتفاقهما على أحد الحكمين فيجب أن يبطل ذلك كله.

أما إن حكم أحد الحكمين بطلقة على مال، والآخر بواحدة بغير مال ما لم يكن ذلك باجتماع منهما، فإن رضيت أن تمضي له ذلك مع المال لزم الطلاق.

وهذا ما قاله ابن القاسم في المدونة، ومعنى ذلك، أن الحكمين قد اجتمعا على الطلقة، وإنما اختلفا فيما يأخذ الزوج من مال الزوجة فلا يلزم ذلك الزوجة إلا برضاها فلا حجة للزوج⁴. ومذهب جمهور العلماء أن الحكمين إليهما الجمع والتفرقة، قال إبراهيم النخعي في قوله تعالى: (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها). قال: ما صنع الحكمان من

¹ انظر المنتقى شرح الموطأ / 311/3.

² المرجع السابق / 311/3.

³ تفسير القرطبي / 176/5.

⁴ المنتقى شرح الموطأ / 311/3.

شيء فهو جائز على الزوجين إن طلقا ثلاثا فهو جائز عليهما. وإن طلقا واحدة وطلقها على جعل فهو جائز وما صنعا من شيء فهو جائز¹.
وقال إبراهيم النخعي: إن شاء الحكمان أن يفرقا بين الزوجين بطلقة أو بطلقتين أو ثلاث فعلا. وهو رواية عن مالك رحمه الله².

وعليه فإنني أرى أن تفريق الحكمين بين الزوجين إنما هو طلاق بائن ولم أجد أحداً من أهل العلم قال بأنه فسخ: والقول بأنه طلاق بائن عائد إلى أمرين اثنين:

1. أن الأمر الذي لأجله تم الفراق والطلاق بين الزوجين، إنما هو بسبب الشقاق الذي وقع بينهما، ولو شرعت فيه الرجعة لعاد الشقاق، كما كان قائماً بين الزوجين، ولما افدنا شيئاً من إرجاع الزوجين لبعضهم في حينه، فامتنعت الرجعة لأجل الشقاق³.
2. كل طلاق ينفذه الحاكم فإنه بائن⁴، فهذه فرقة أوقعها حكم من غير اختيار الزوج ولا تملكه، فكانت بائنة كالفرقة بسبب العقد⁵.

وبهذا الحكم أخذت المادة 131⁶: من قانون قرار حقوق العائلة⁷ الكتاب الثاني في الافتراق، الباب الأول، الفصل الثالث في خيار التفريق، ما نصه:
"الحكم الصادر بالتفريق وفقاً للمواد السابقة يتضمن الطلاق البائن، وتسجل الكيفية في محلها على الأصول".

وقد تضمنت المواد السابقة من هذا الفصل في خيار التفريق، التفريق بسبب العيب، والغيبة، والعنة، ووجود عله في الزوج كالجنون وغيره، وأيضا التفريق بين الزوجين إذا ظهر بينهما نزاع وشقاق.

وعليه فإنني أرى أن التفريق بين الزوجين للنزاع والشقاق يقع بطلقة واحدة بائنة بينونة صغرى في حال إنه كان النزاع والشقاق والتفريق الأول بين الزوجين، وذلك حتى نتيح لهم الفرصة من جديد بأن يرجعوا لبعضهم البعض في حال أنهم ندموا على ما وصلوا إليه، ومن ثم نضمن بأن

¹ انظر تفسير الطبري / 327/8.

² تفسير ابن كثير / 297/2.

³ أحكام القرآن لابن العربي / 426/1.

⁴ المرجع السابق.

⁵ المنتقى شرح الموطأ / 311/3.

⁶ المجلة / ص 539.

⁷ قانون حقوق العائلة: هو القانون المعمول به في المحاكم الشرعية داخل فلسطين المحتلة عام 48.

الأمل ما زال قائماً في الإبقاء على هذه الأسرة المسلمة من الضياع والتفكك، والله تعالى أعلى وأعلم.

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني والمعمول به في المحاكم الشرعية في الضفة الغربية، بقول المالكية¹ الذين أجازوا للحكمين التفريق بين الزوجين عند عدم إمكان الإصلاح بينهما. حيث جاء في المادة 132 البند "هـ"²: "إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وظهر لهما أن الإساءة جميعها من الزوجة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريانه على أن لا يقل عن المهر وتابعه، وإذا كانت الإساءة كلها من الزوج، قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة، على أن للزوجة أن تطالبه بسائر حقوقها الزوجية، كما لو طلقها بنفسه".

فقانون الأحوال الشخصية الأردني المعمول به في المحاكم الشرعية بالضفة الغربية حدد بأن التفريق بين الزوجين للنزاع والشقاق يكون بطلقة واحدة بائنة، في حين أن قانون قرار حقوق العائلة المعمول به في المحاكم الشرعية داخل فلسطين المحتلة عام 48 جاء عاماً عندما أشار بأنه طلاق بائن ولم يحدد عدد الطلقات هل هي واحدة أو اثنتان أو ثلاث.

وأظن أن ذلك راجع إلى تقدير القاضي حيث أنه يوقعه على الزوجين بطلقة واحدة بائنة، لما علمناه مسبقاً من أن تطليق الحاكم يقع واحدة بائنة، إذ أن الحكمين ليس لهما من الأمر شيء على ما سنراه إن شاء الله تعالى في الفصل الخامس القادم والذي يتناول الجانب التطبيقي لموضوع التحكيم.

¹ انظر شرح قانون الأحوال الشخصية للسرطاوي /465/2_ شرح قانون الأحوال الشخصية للتكروري/ ص 232-233.
² المراجع السابقة.

"المطلب الثاني"

"المفاوضة على المخالعة قبل الدخول وبعده"

علمنا مما سبق أن العلماء اختلفوا في جواز بعث الحكمين من غير رضا الزوجين إلى قولين: فأشار الإمام البغوي في تفسيره: أن أصح القولين أنه لا يجوز إلا برضاها، وليس لحكم الزوج أن يطلق دون رضاه، ولا لحكم المرأة أن يخالع على مالها إلا بإذنها، وهذا قول أصحاب الرأي، لأن علياً رضي الله عنه، حيث قال الرجل: أما الفرقة فلا، قال علياً: كذبت حتى تقر بمثل الذي أقرت به، فثبت أن تنفيذ الأمر موقوف على إقراره ورضاه.

والقول الثاني: يجوز بعث الحكمين دون رضاها، ويجوز لحكم الزوج أن يطلق دون رضاه، ولحكم المرأة أن يخلع دون رضاها، إذا رأيا الصلاح، كالحاكم يحكم بين الخصمين وإن لم يكن على وفق مرادهما، وبه قال مالك، ومن قال بهذا قال: ليس المراد من قول علي رضي الله عنه للرجل حتى تقر: أن رضاه شرط، بل معناه: إن المرأة رضيت بما في كتاب الله (فقال الرجل: أما الفرقة فلا، يعني: الفرقة ليست في كتاب الله) فقال علي: كذبت، حيث أنكرت أن الفرقة في كتاب الله، بل هي في كتاب الله، فإن قوله تعالى: (يوفق الله بينهما) يشتمل على الفراق وغيره. لأن التوفيق أن يخرج كل واحد منهما من الوزر وذلك تارة يكون بالفرقة، وتارة بصلاح حالهما في الوصل¹.

والمفاوضة على المخالعة لا يكون إلا بعد أن تنتشر المرأة على زوجها، عندها يجوز لزوجها أن يخلعها حين يأمر الحكمان بذلك، وهو بعدما تقول لزوجها: والله لا أبر لك قسماً، ولأذنن في بيتك بغير أمرك، ويقول السلطان: لا نجيز لك خلعاً، حتى تقول المرأة لزوجها: والله لا أغتسل لك من جنابة، ولا أقيم لله صلاة، فعند ذلك يجيز السلطان خلع المرأة².

وقد ذهب الحسن وابن سيرين: إلى أنه لو فرق الحكمان بين الزوجين خلعاً برضا الزوجين، فلا يصح ذلك من غير أمر السلطان، ولا يجوز الصلح منهما إلا عند السلطان. في حين ذهب عمر وعثمان وابن عمر وجماعة من الصحابة والتابعين، وإليه ذهب مالك، وأبو حنيفة، وأصحابه

¹ انظر تفسير البغوي / 424-425.

² تفسير ابن أبي حاتم / 143/4 _ الدر المنثور / 113/3.

والشافعي: إلى أنه يصح ذلك من الحكمين من غير أمر السلطان¹. قال الإمام مالك في تفسير قوله تعالى (فابعثوا حكماً من أهله): أن الحكمين لهما أن يتفقا على الخلع² إن كان الصلاح فيه³. وقد ذهب الحنفية إلى القول: بأن الحكمين لا يفرقان ولا يخلعان إلا بتوكيل من الزوجين⁴. وقد ذهب ابن يونس من فقهاء المالكية: إلى أن الحكمين إن طلقا الزوجين واختلفا في المال، أي العوض بأن قال أحدهما بعوض وقال الآخر بلا عوض، فإن لم تلتزمه المرأة فلا طلاق يلزم الزوج، ويعود الحال كما كان، وإن إلتزمته وقع وبانت منه⁵. قال مالك: "من يريد العبادة أو ترك الجماع لغير ضرر ولا علة، قال له إما وطئت أو طلقت. وعلى الحكمين الإصلاح بين الزوجين، وإن تعذر، فإن أساء الزوج طلقاً بلا خلع وبالعكس ائتمناه عليها أو خلعا له بنظرهما".

قال ابن شاس: "الذي على الحكمين أن ينظرا فإن قدرا على الإصلاح أصلحا وإن لم يقدرنا نظرا فإن رأيا الإساءة من قبل الزوج فرقا بينهما، وإن كانت من قبل المرأة ائتمناه عليها، وإن رأيا صلاحاً أن يأخذاً له منها شيئاً ويطلقاها عليه فعلاً. وإن أساء فهل يتعين الطلاق بلا خلع أولهما أن يخالعا بالنظر، وعليه الأكثر، تأويلان".

من المدونة قال ربيعة: يجوز بغرم على المرأة إن كان الظلم منها.

قال ابن يونس: قال بعض الشيوخ: لا يعطى شيئاً إن كان الضرر من قبلهما معاً⁶. وإذا نزع الزوجان عن دعواهما قبل إصدار الحكم فلا يفرق بينهما. وإن طلقا الحكمان واختلفا في المال، فإن لم تلتزمه المرأة فلا طلاق.

وقال ابن الحاجب: لو اتفقا على إيقاع الطلاق واختلفا في الخلع فللغارم المنع⁷. إن اتفق الحكمان على وقوع الطلاق، واختلفا في المال أي العوض. فقال أحدهما بعوض، وقال الآخر مجاناً أي بلا عوض.

¹ انظر تفسير البحر المحيط / 125/4.

² تفسير أبي السعود / 79/2.

³ الخلع: أن يطلق زوجته على عوض تبذله له، وفانته إبطال الرجعة إلا بعقد جديد.

⁴ فتح القدير / 99/9.

⁵ الشرح الكبير للشيخ الدردير / 346/2 - 347.

⁶ التاج والإكليل لمختصر خليل / 5 / 499 - 500.

⁷ المرجع السابق / 1/6 _ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير / 467/8.

فإن التزمت المرأة المال وقع الطلاق وبانت من زوجها، وإن لم تلتزم المال فلا يقع الطلاق ولا يلزم الزوج به، ويعود الحال كما كان، لأن الزوج يدعي أن الطلاق معلق على شيء لم يتم، لأن مجموع الحكمين بمنزلة حاكم واحد، ولا وجود للمجموع عند انتفاء بعضه. وينبغي الرجوع إلى خلع المثل¹ في حال اختلف الحكمان في قدر المال أو صفته أو نوعه في حال تم الخلع، ما لم يزد خلع المثل على دعوتهما جميعاً أو ينقص عن دعوى أقلهما، ذكره الأجهوري².

وأما لو اختلفا في قدره: أي بأن قال أحدهما: طلقت بعشرة، وقال الآخر بثمانية، أو اختلفوا في صفته، أي بأن قال أحدهما: بمقطع هندي³، وقال الآخر: ببليدي⁴، أو اختلفوا في نوعه، أي بأن قال أحدهما بفرس والآخر: ببيعر، فالحكم، أن ذلك الاختلاف يوجب للزوج خلع المثل⁵.

وكل ما ذكر سابقاً في حال تم التفريق أو الخلع بين الزوجين بعد الدخول. أما إن كان التفريق بين الزوجين قبل البناء أو بعده فليس للحكمين أن يبطلا ما يرجع إلى الزوج من نصف الصداق قبل البناء، كما أنه ليس لهما أن يفرقا بينهما على شيء يأخذانه للزوجة من الزوج، ووجه ذلك أن الطلاق حق من حقوق الزوج، فليس للحكمين أن يخرجاه عن يده على شيء يأخذانه منه، فيكون العوضان من جهته.

وإنما يجوز لهما أن يوقعا لشيء يأخذانه له من مال الزوجة ليكون ما يأخذانه منها يصير إلى الزوج عوضاً عما أخرج عن ملكه من الطلاق⁶.

وقد فصل المالكية في هذا الجانب أكثر فقالوا: إنه لو كانت المرأة ممن لم يدخل بها هل يجري أمرها مع الحكمين مجرى المدخول بها، وكيف يكون أمرهما في الصداق إن كان قد وصل إليها أو لم يصل إن رأى الحكمان أن يبطلا ما لهما من نصف الصداق إذا طلقاها وقد كان أوصل الصداق إليها، أو حكما عليها برد الصداق كله إليه أو بزيادة؟.

فقليل يجري مجرى المدخول بها، وليس لهما أن يبطلا ما يرجع إلى الزوج من نصف الصداق، وقالوا إن مالكا لا يرى أن يؤخذ منه للمدخول بها ويطلقانها عليه؟.

¹ خلع المثل:- هو المقدار من المال الذي تؤديه مثيلاتها من الزوجات عند المخالعة وتبعا لما يقتضيه العرف في ذلك.

² انظر حاشية الصاوي على الشرح الصغير / 240/5 - منح الجليل شرح مختصر خليل / 356/7.

³ هندي:- الاصل في التهديد عمل الهند، يقال سيف مهتد وهندي وهندواني اذا عمل ببلاد الهند وأحكّم عمله.

انظر لسان العرب 437/3.

⁴ بلدي:- بمعنى انه صناعة محلية.

⁵ حاشية الصاوي على الشرح الصغير / 240/5.

⁶ المنتقى شرح الموطأ / 311/3.

وان حكما أي الحكمان على الزوج برد الصداق كله فهو جائز، لأن الأمام مالك رحمه الله يقول في المدخول بها، إن رأى الحكمان أن يأخذا منها ويكون خلعا فعلا¹.

وقد ذهب الشافعية إلى القول: أنه إذا قلنا هما حكمان لم يشترط رضا الزوجين في بعثهما، وإذا رأى حكم الزوج الطلاق استقل به ولا يزيد على طلقة، لكن إن راجعها الزوج وداما على الشقاق طلق ثانية وثالثة، وإن رأى الخلع ووافقه حكمها تخالعا، وإن لم يرض الزوجان .

ولو رأى الحكمان أن تترك المرأة بعض حقها من قسّم ونفقة أو أن لا يتسرى أو لا ينكح عليهما غيرها لم يلزمه ذلك بلا خلاف، وإن كان لأحدهما على الآخر مال متعلق بالنكاح، أو غير متعلق لم يجز للحكم استيفاؤه من غير رضا صاحبه بلا خلاف².

والشافعية يقولون بأن الحكمين وكيلان عن الزوجين، فليسا بحاكمين من جهة الحاكم، لأن الحال قد يؤدي إلى الفراق، والبضع حق الزوج، والمال حق الزوجة، وهما رشيدان فلا يولى عليهما في حقهما، فيוכל الزوج حكّمه بطلاق وقبول عوض خلع، والزوجة توكل حكمها ببذل عوض وقبول طلاق به، فإن لم يرضيا ولم يتفقا على شيء أدب القاضي الظالم واستوفى للمظلوم حقه³.

وقال الأذرعي: ويلزم كلا من الحكمين أن يحتاط، فلو قال أحد الزوجين لحكّمه، خذ مالي منه وطلق أو خالع أو عكسه - تعين أخذ المال أولا، وإن قال: طلق أو خالع ثم خذ، جاز تقديم أخذ المال وعكسه. وينبغي أن لا يخفي أحد الحكمين عن الآخر شيئا إذا اختلفا به⁴.

وأنا أرى أن الحكمين وكيلان للزوجين فلا يملكان أن يفاوضا على المخالعة ولا على أي شيء من حقوق الزوجين، وذلك لأن الزوجين رشيدان فلا يملك أحد أن يتصرف بحقوقهما أو يفاوض عليهما إلا بإذن وتفويض منهما، والله تعالى أعلى وأعلم.

¹ انظر المدونة / 370/2.

² روضة الطالبين وعمدة المفتين / 349/6.

³ شرح البهجة الوردية / 278/15 - مغني المحتاج / 333/3.

⁴ حاشية الجبرمي على الخطيب / 424/10 - 425.

"المطلب الثالث"

"غياب أحد الحكمين أو غلب على عقله"

ذهب الحنفية: إلى أن الحكم لو غاب، أو أغمي عليه وبريء منه، أو قدم من سفره أو حُيسَ كان على حُكمِهِ، لأن هذه الأشياء عند الحنفية لا تُبطلُ الحُكُومَةَ. وقالوا أن المُحَكِّمُ إنما يخرج عن الحُكُومَةِ بأحد الأسباب الثلاثة وهي: إما بالعزل، أو بانتهاة فترة حكومته بأن كانت مؤقتة بوقت فمضى الوقت، أو بخروج الحكم من أن يكون أهلاً للشهادة بأن عمي أو ارتد والعياذ بالله تعالى، وإن لم يلحق بدار الحرب¹.

وذهب المالكية: إلى أن الحكم إذا مرض أو سافر فإن حُكْمَهُ لا ينفذ إلا إذا أنفذه القاضي الذي استخلفه².

وذهب الإمام الشافعي رحمه الله إلى القول: (وإن غاب أحد الحكمين أو غلب على عقله بعث حكماً غير الغائب أو المغلوب المصلح، من قبل الحاكم، وبالوكالة إن وكله بها الزوجان)³. وفي ذلك إشارة من الإمام الشافعي رحمه الله بأن الحكمين ما هما إلا وكيلان يعملان وفق أمر القاضي أو الزوجين.

ومذهب الشافعية أن الحكم ينعزل بعزله لنفسه كالوكيل وبالجنون والإغماء ولا تعود إليه ولايته إلا بتولية جديدة في الأصح⁴.

والذي يتراءى لي أن ما ذهب إليه الإمام الشافعي رحمه الله أقرب إلى الواقع المعمول به وخاصة في أيامنا لأن الحكم يعمل وفق فترة زمنية محددة الأمر الذي يجعل من الصعوبة بمكان أن ننتظر رجوعه من غيبته أو إفاقة من إغماءه وغير ذلك، ولأن الحكم ما هو إلا وكيل يعمل وفق أمر القاضي أو الزوجين.

¹ انظر تبين الحقائق شرح كنز الدقائق 132/12 _ البحر الرائق شرح كنز الدقائق 44/18.

² مواهب الجليل في شرح مختصر خليل 70/17.

³ الأم / 209/5.

⁴ فتح المعين 255/4 - 256.

"المطلب الرابع"

"الإغماء والجنون والغياب للزوجين أو أحدهما"

لو جن أحد الزوجين أو أغمى عليه لم يجز بعث الحكمين¹.
قال الإمام الشافعي رحمه الله: (وإن غلب أحد الزوجين على عقله لم يمض الحكمان بينهما شيئاً، حتى يعود إليه عقله ثم يجدد وكالة)².

والشافعية كمذهب يرون أنه لو جن أحد الزوجين بعد استعلام الحكمين رأيه، لم يجز تنفيذ الأمر، لأنهما إن جعلاً وكيلين فالوكيل ينعزل بالجنون، أو إن جعلاً حكمين فيعتبر دوام الخصومة، وبعد الجنون لا يعرف دوامها³.

أما بالنسبة لغياب الزوجين أو أحدهما، فقد رأى الشافعية: أن نظر الحكمين في أمر الزوجين لا ينقطع بسبب غيبة الزوجين أو أحدهما، وذلك لأن الوكالة لا تنقطع بغيبة الموكل⁴، وبعبارة أخرى وكما قال الإمام الشافعي رحمه الله: (إن غاب أحد الزوجين، ولم يفسخ الوكالة أمضى الحكمان رأيهما، ولم تقطع غيبة واحد منهما الوكالة)⁵.

وعليه فإن الشافعية يرون: أن نظر الحكمين في القضية بين الزوجين ينقطع بجنون الزوجين أو جنون أحدهما ونحوه، أي إن الجنون مما يبطل الوكالة كحجر لسفه، كسائر أنواع الوكالة⁶.
وليست غيبتهما أو غيبة أحد منهما (أي الزوجين).

وعليه فإنني أرى أن الشافعية يرون أن بعث الحكمين لفض النزاع بين الزوجين إنما هو من باب أنهما وكيلان للزوجين أو للقاضي وهو ما أميل إليه وعلى هذا الأساس يتعامل الشافعية مع مسألة التحكيم بين الزوجين على أنها وكالة لا تحكيم، وأن ما ساقوه من تحليل في مسألة غياب الزوجين أو أحدهما، أو جنونهما أو أحدهما، إنما هو وفي رأبي تحليل منطقي يجب أن يتعامل معه على هذا الأساس، ألا وهو أن غياب الزوجين أو أحدهما لا يؤثر على عمل الحكمين لأنهما قد حصلوا من بداية القضية على تفويض وتوكيل بموجبه تحدد لهما عملهما في القضية، أما في

¹ انظر شرح البهجة الوردية / 278/15.

² الأم / 209/5 _ مختصر المزني / 186/1.

³ شرح البهجة الوردية / 278/15.

⁴ مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى / 439/15 _ مغني المحتاج 3/261.

⁵ الأم / 209/5 _ مختصر المزني / 186/1.

⁶ مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى / 439/15 _ مغني المحتاج 3/261.

حال جنون الزوجين أو أحدهما، فإنه أمر بدهي أن يتوقف عمل الحكّمين في القضية ، لأنه لم يعد له أي حضانة تمكن الحكّمين من الاستمرار في عملهما وفيما وكلوا به، والله تعالى أعلى وأعلم.

"المطلب الخامس"

العجز والاختلاف وفعل القاضي حيال ذلك

إن اختلف الحكماء فلم يخرجوا بحكم واحد ملزم للزوجين، لا ينفذ قولهما ولا يلزم من ذلك التحكيم شيء إلا ما اجتمعا واتفقا عليه معا. وكذلك الأمر بالنسبة لكل حكمين حكما في أمر من الأمور، فإن حكم أحدهما بالفرقة ولم يحكم بها الآخر، أو حكم أحدهما بمال وأبى الآخر، فلا يلزم من ذلك شيء حتى يتفقا¹. وهذا ما ذهب إليه المالكية²، والشافعية³، والطبري⁴، ونقل الإجماع عليه⁵. وحجة ذلك ما يلي:

1. قال الإمام مالك: إن إلى كل واحد من الحكمين ما إلى صاحبه باجتماعهما عليه⁶.
2. قيل: إنه اختلاف محض كالشاهدين إذا شهد أحدهما ببيع والآخر بهبة فإنه لا ينفذ اتفاقا⁷. فإن نفذ قولهما لزم الترجيح من غير مرجح، أو الجمع بين النقيضين⁸. وقد روي عن الإمام علي رضي الله عنه أنه قال: "إذا حكّم أحد الحكمين، ولم يحكّم الآخر فليس حكمه بشيء حتى يجتمعا⁹".
- وعليه فإنه في حال اختلاف الحكمين فإن الأمر يحال إلى القاضي، والقاضي أمامه عدة خيارات في ذلك المجال بحسب آراء واختلاف الفقهاء في ذلك.
- فقيل: إنه وفي حال اختلف رأي الحكمين، هل يبعث القاضي حكمين غيرهما، أو يعين حكماً ثالثاً وهو المرجح، أو يُخير بينهما؟

¹ أنظر تفسير القرطبي / 177/5.

² المرجع السابق _ المدونة / 369/2.

³ الأم / 119/4.

⁴ تفسير الطبري / 329/8.

⁵ بداية المجتهد / 167/2.

⁶ المدونة / 369/2.

⁷ أحكام القرآن لابن العربي / 427/1.

⁸ كنز العرفان للسيوري / 74/3.

⁹ السنن الكبرى للبيهقي / 306/7.

1. فذهب الشافعية إلى القول: بأن القاضي يبعث حكمن آخرين غير اللذين بعثهما في البداية، وذلك حتى يجتمعا على شيء¹.
 2. يعين القاضي حكما ثالثا²، فيضمه إلى الحكمن المختلفين، ويأخذ بقول الأكثرية. وهذا ما نصت عليه المادة(130) من قانون قرار حقوق العائلة المعمول به في المحاكم الشرعية داخل فلسطين المحتلة عام 48 والمادة (132) البند "ح" من القانون الأردني³ المعمول به في المحاكم الشرعية بالضفة الغربية.
 3. تعيين هيئة حكومية أخرى، غير الحكمن المختلفين، أو أن يضم إليهما حكما ثالثا مرجحا. وهذا ما نصت عليه المجلة في المادة(130)⁴ أيضا من قانون قرار حقوق العائلة المعمول به في المحاكم الشرعية داخل فلسطين المحتلة عام 48. وأيضا القانون الأردني في المادة (132) البند "ح"⁵ والذي ينص على أنه: "إذا اختلف الحكمان، حكّم القاضي غيرهما، أو ضم إليهما ثالثا مرجحا وفي الحالة الأخيرة يؤخذ بقرار الأكثرية". وهو المعمول به في المحاكم الشرعية في الضفة الغربية.
- وأنا أرى أن هذه الأقوال في جملتها إنما هي أقوال اجتهادية، وإنما يحال الأمر كما أشرت في السابق إلى القاضي وذلك عند اختلاف الحكمن، والقاضي بدوره يلجأ إلى الطريقة التي يرتئها، لأن الأمر في النهاية يرجع إليه، كما سنرى في الفصل القادم التطبيقي في بحثي هذا، وذلك لأن الحكمن ليس لهما من الأمر شيء في إيقاع الفرقة أو غيرها على الزوجين كما أشرت سابقا. وإنما يقومون برفع توصية إلى القاضي كما سنرى يبينون له فيها ما توصلوا إليه، ويرجع الأمر في الحكم للقاضي لا لهما.
- إلا أنني أرى أن القاضي إن عمل بالقول الثاني وهو ضم حكم ثالث للحكمن المختلفين، يكون بذلك قد تفادى الوقوع في إطالة قضية التحكيم وسعى في فض النزاع بين الزوجين بأسرع وقت. والله تعالى أعلى وأعلم.

¹ انظر مغني المحتاج / 333-334 _ نهاية المحتاج / 385/6.

² المجلة / ص 539.

³ الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني / د. عمر سليمان الأشقر / ص 282.

⁴ المجلة / ص 539.

⁵ شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني / عمر سليمان الأشقر / ص 282.

"الفصل الخامس"

تطبيقات التحكيم في المحاكم الشرعية (وبخاصة بين الزوجين). وفيه مبحثان:

المبحث الأول:

إجراءات التحكيم ونصه شرعاً وقانوناً في المحاكم الشرعية في فلسطين المحتلة عام 48 والصفة الغربية، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: نص مادة التحكيم في المحاكم الشرعية.

المطلب الثاني: المقارنة بين القانون الأردني¹ وقرار حقوق العائلة.

المبحث الثاني:

الحكمان تعيينهم وعزلهم وأجرهم، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: هل يجوز عزل الحكّمين وتعيين بدل منهم؟

المطلب الثاني: من المخول بإجراء العزل والتعيين؟

المطلب الثالث: هل يجوز للحكم أن يتقاضى أجراً على عمله؟

¹ القانون الفلسطيني الذي لم يقر بعد.

"الفصل الخامس"

سأتناول في هذا الفصل بمشيئة الله تعالى الجانب التطبيقي للتحكيم بين الزوجين في المحاكم الشرعية بفلسطين المحتلة عام 48، والصفة الغربية، وذلك من وقت تقديم دعوى النزاع والشقاق إلى المحكمة، إلى تنصيب الحكيم وبعثهما إلى الزوجين، ومباشرة الحكيم لعملهما، وانتهاء بالتقرير أو التوصية التي يرفعانها إلى المحكمة أو إلى القاضي من أجل أن يحكم في القضية المعروضة على المحكمة.

وفي حال أن الحكيم لم يتوصلا إلى اتفاق بينهما من أجل إصدار تقرير واحد يبينان فيه الظالم من المظلوم من كلا الزوجين، سنرى فيما إذا كان بالإمكان عزل الحكيم وتعيين هيئة جديدة مكانهم، أو فيما إذا كان هناك حل آخر لهذه الحالة، و سنتعرف من خلال هذه المسألة على الجهة المخولة بإجراء العزل للحكيم وتعيين بدلهم.

وأخيراً +سأبين فيما إذا كان يحق للحكيم أن يتقاضوا أجرا على عملهم هذا، وهل لذلك العمل أصل شرعي؟ وإن لم يكن فما الحكم بالنسبة لهذه المسألة؟
والله أسأل السداد والتوفيق وبه المستعان، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

"المبحث الأول":

إجراءات التحكيم في المحاكم الشرعية بفلسطين المحتلة عام 48، والضفة الغربية.

"المطلب الأول":

"نص مادة التحكيم في المحاكم الشرعية".

في البداية يجب أن أبين في بحثي هذا، أن المحاكم الشرعية داخل فلسطين المحتلة عام 48 تعمل وفق ما جاء في قانون قرار حقوق العائلة، حيث صدر هذا القانون في تركيا سنة 1917م، وقد سري مفعوله في فلسطين باسم قانون قرار حقوق العائلة سنة 1919م، ورد في قوانين فلسطين عنه:

في المجلد الثاني صفحة 1164 من مجموعة درايوتون، الباب 96، أمر يقضي بالعمل بالقانون المذكور:

مادة 1: يطلق عل هذا القانون اسم قانون تطبيق قانون حقوق العائلة.

مادة 2: تعمل المحاكم الشرعية بأحكام قانون حقوق العائلة العثماني لسنة 1333 هجرية المختص بالأحوال الشخصية للمسلمين.

مادة 3: لا تسري على غير المسلمين أحكام القانون المذكور المتعلقة بالأحوال الشخصية وبالصلاحية في مثل هذه المسائل. (25 أيلول 1919)¹.

وعليه فإن المحاكم الشرعية داخل فلسطين المحتلة عام 48 تعمل في الأساس وفق قانون قرار حقوق العائلة العثماني، فإن لم يوجد نص أو حكم ما، لأي مسألة من المسائل فإنه يعمل في هذه الحالة، وفق قانون الأحوال الشخصية، على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان.

في حين أننا نرى أن المحاكم الشرعية في الضفة الغربية تعمل وفق قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد (المؤقت)، والذي صدر سنة 1976م رقم (61)².

وقد جاء في المادة الأولى من هذا القانون: "يسمى هذا القانون: قانون الأحوال الشخصية لسنة 1976م) ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية. ويلاحظ أن هذه المادة سمت هذا

¹ انظر المرعي في القانون الشرعي / د. مقال ناطور / ص 226.
² الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني / عمر سليمان الأشقر / ص 16.

القانون بقانون الأحوال الشخصية، بعد أن كان يسمى بقانون حقوق العائلة في القوانين السابقة وقبل تاريخ إصدار هذا القانون الجديد والمؤقت¹.

"نص مادة التحكيم في المحاكم الشرعية داخل فلسطين المحتلة عام 48".

فقد جاء في المادة (130) من قانون قرار حقوق العائلة النكاح والافتراق، الكتاب الثاني في الافتراق، الباب الأول، الفصل الثالث: "في خيار التفريق" ما نصه: "إذا ظهر بين الزوجين نزاع وشقاق وراجع أحدهما الحاكم، يعين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وإذا لم يجد حكما من أهلها أو وجد ولكن لم تتوفر فيهما الأوصاف اللازمة، يعين من غير أهلها من يراه مناسباً. فالمجلس العائلي الذي يتألف على هذه الصورة يصغي إلى شكاوى الطرفين ومدافعاتهم، ويدقق فيها، ويبذل جهده لإصلاح ذات بينهما، فإذا لم يمكن الإصلاح، وكان الذنب على الزوج يفرق بينهما، وإذا كان على الزوجة يخالعه²، على كامل المهر، أو على قسم منه. فإذا لم يتفق الحكمان يعين الحاكم (هيئة حكومية) أخرى من أهليهما حائزة للأوصاف اللازمة أو حكما ثالثاً من غير أهليهما، ويكون حكم هؤلاء قطعياً وغير قابل للاعتراض³".

"نص مادة التحكيم في المحاكم الشرعية في الضفة الغربية".

أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني المعمول به في المحاكم الشرعية في الضفة الغربية، بقول المالكية الذين أجازوا للحكمين التفريق بين الزوجين عند عدم إمكان الإصلاح بينهما⁴. حيث بينت المادة (132) من هذا القانون، الخطوات التي يتبعها القاضي عندما يرفع أحد الزوجين دعوى يطلب فيها التفريق بينه وبين زوجته بسبب الضرر الذي أصابه من منازعته له ومشاقته إياه، وللقاضي إذا لم يفلح في المصالحة بين الزوجين أن يحيل الدعوى إلى حكمين يعينهما.

وقد أبانت هذه المادة الشروط التي يجب توفرها في الحكمين، كما حددت الخطوات التي يسلكها المحكمان للنظر في دعوى الشقاق والنزاع، وكيف يحكمان في ذلك النزاع⁵.

¹ انظر الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني / عمر سليمان الأشقر / ص 16-17.

² الخلع: هو تطليق الزوج زوجته بمقابل شيء من المال.

³ المجلة / ص 538 - ص 539.

⁴ الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني / عمر الأشقر / ص 280.

⁵ المرجع السابق / عمر الأشقر / ص 280 - ص 281.

نص المادة (132): "إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين، فلكل منهما أن يطلب التفريق إذا ادعى إضرار الآخر به، قولاً أو فعلاً، بحيث لا يمكن مع هذا الإضرار استمرار الحياة الزوجية".

وقد تضمنت هذه المادة أحكاماً عديدة وهي ما يلي:

- أ. إذا كان طلب التفريق من الزوجة، وأثبتت إضرار الزوج بها، بذل القاضي جهده في الإصلاح بينهما، فإذا لم يمكن الإصلاح، أنذر الزوج بأن يصلح حاله معها، وأجل الدعوى مدة لا تقل عن شهر، فإذا لم يتم الإصلاح بينهما، أحال الأمر إلى الحكّمين.
- ب. إذا كان المدعي هو الزوج، وأثبت وجود النزاع والشقاق، بذل القاضي جهده في الإصلاح بينهما، فإذا لم يمكن الإصلاح، أجل القاضي دعواه مدة لا تقل عن شهر، أملاً بالمصالحة، وبعد انتهاء الأجل، إذا أصر على دعواه ولم يتم الصلح، أحال القاضي الأمر إلى الحكّمين.
- ت. يشترط في الحكّمين أن يكونا رجلين عدلين قادرين على الإصلاح، وأن يكون أحدهما من أهل الزوجة، والآخر من أهل الزوج إن أمكن، وإن لم يتيسر ذلك، حكّم القاضي رجلين من ذوي الخبرة، والعدالة، والقدرة، على الإصلاح¹.
- ث. يبحث الحكّمان أسباب الخلاف والنزاع بين الزوجين معهما، أو مع جيرانهما، أو مع أي شخص يرى الحكّمان فائدة في بحثهما معه، وعليهما أن يدونا تحقيقاتهما بمحضر يوقع عليه، فإذا رأيا إمكان التوفيق والإصلاح على طريقة مرضية أقرّاهما.
- ج. إذا عجز الحكّمان عن الإصلاح وظهر لهما أن الإساءة جميعها من الزوجة، قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريانه، على أن لا يقل عن المهر وتوابعه، وإذا كانت الإساءة كلها من الزوج، قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة، على أن للزوجة أن تطالب بسائر حقوقها الزوجية، كما لو طلقها بنفسه.
- ح. إذا ظهر للحكّمين أن الإساءة من الزوجين، قررا التفريق بينهما على قسم من المهر بنسبة إساءة كل منهما.

¹ انظر السرطاوي / الأستاذ الدكتور محمود علي السرطاوي / شرح قانون الأحوال الشخصية 2 / 465 / الأردن - عمان - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - الطبعة الأولى سنة 1417 هـ سنة 1997م.

وإذا جهل الحال، ولم يتمكن من تقدير نسبة الإساءة، قررا التفريق بينهما، على العوض الذي يريان أخذه من أيهما.

خ. إذا حكم على الزوجة بأي عوض، وكانت هي طالبة التفريق، فعليها أن تؤمن دفعه قبل قرار الحكمين بالتفريق، ما لم يرض الزوج بتأجيله. وفي حال موافقة الزوج على التأجيل، يقرر الحكمان التفريق على البديل ويحكم القاضي بذلك.

أما إذا كان الزوج هو طالب التفريق، وقرر الحكمان أن تدفع الزوجة عوضاً فيحكم القاضي بالتفريق والعوض، وفقاً لقرار الحكمين.

د. إذا اختلف الحكمان، حكم القاضي غيرهما، أو ضم إليهما ثالثاً مرجحاً، وفي الحالة الأخيرة، يؤخذ بقرار الأكثرية.

ذ. على الحكمين رفع التقرير إلى القاضي بالنتيجة التي توصلوا إليها، وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه، إذا كان موافقاً لأحكام هذه المادة¹.

وقد نصت المادة (133) على أن صفة التفريق بسبب النزاع والشقاق يقع طلاقاً بانئذ، ونص المادة: "الحكم الصادر بالتفريق يتضمن الطلاق البائن"¹.

¹ أنظر الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني / عمر الأشقر / ص 281 - ص 282. شرح قانون الأحوال الشخصية / محمود السرطاوي / 2 / 466 - 467.

المبحث الأول

"المطلب الثاني"

"المقارنة بين القانون الأردني وقرار حقوق العائلة المطبق في فلسطين المحتلة سنة 48"

من خلال التدقيق في القانون الأردني وقانون قرار حقوق العائلة نجد التباين بينهما حيث إن قانون قرار حقوق العائلة والذي هو في أصله مستمد من الفقه الحنفي، أشار إلى أنه عند وقوع النزاع والشقاق بين الزوجين فإن الحاكم هو الذي يقوم بتعيين الحكيم في حال مراجعة أحد الزوجين له في ذلك الأمر، والهدف الرئيس من عمل الحكيم هو الإصلاح بين الزوجين، فإن لم يستطيعا، أي الحكمان، الإصلاح بين الزوجين، فإنهما يقومان بضبط شكاوى ومدافعات كلا الزوجين حتى يتمكننا من تحديد من الذي عليه الذنب، وبيينا ذلك في تقريرهما الذي يرفعانه للقاضي وعليه يقوم القاضي، بالتفريق بينهما، وإن كانت الزوجة هي المذنبه قام القاضي بمخالعتها وفي ذلك إشارة إلى أن أمر التفريق بين الزوجين أو المخالعة راجع إلى قرار القاضي وأن الحكيم ما هما إلا شاهدان أو وكيلان للقاضي يقومان بوصف حال الزوجين وضبطها في محضر ومن ثم رفعها إلى القاضي وهو الذي يبت في أمر الزوجين.

في حين أننا نرى أن القانون الأردني الذي يأخذ بقول المالكية يجيز للحكيم التفريق بين الزوجين عند عدم إمكان الإصلاح بينهما.

وفرق آخر نلمسه من خلال إطلاعنا على كلا القانونين الأردني وقانون قرار حقوق العائلة أن القانون الأردني جاء مفصلاً ومبيناً أكثر من قانون قرار حقوق العائلة، حيث إنه جاء مقسماً إلى بنود وضح من خلالها كيفية العمل بالتحكيم بين الزوجين من حيث العمل على إصلاح الحال بين الزوجين وإعطائهم مهلة زمنية لأجل ذلك إلى حين تعيين الحكيم من قبل القاضي، وقد بينت هذه البنود الواردة في القانون الأردني الشروط الواجب توفرها في الحكيم، وتوسع الحكيم في عملية البحث عن المذنب من كلا الزوجين، ومن ثم إصدارهم للحكم الذي يريانه في تلك القضية ورفعها إلى القاضي الذي يقوم بدورة بإقراره وإنفاذه بين الزوجين. بعبارة أخرى عند المقارنة بين القانون الأردني وقانون قرار حقوق العائلة نجد بأن القانون الأردني مفسر ومبين وموضح أكثر من قانون قرار حقوق العائلة.

"المبحث الثاني"

"عزل الحكمين وتعيين بدلهم"

"المطلب الأول":

"هل يجوز عزل الحكمين وتعيين بدل منهم؟"

تقدم في بحثي هذا أن الفقهاء والمفسرين قد اختلفوا في صفة الحكمين المبعوثين إلى الزوجين عند النزاع والشقاق، فمنهم من قال بأن الحكمين المبعوثين وكيلان للزوجين، ومنهم قال بأنهما حكمان.

فالحنفية والشافعية، يقولون بأن الحكمين وكيلان للزوجين، في القول المعتمد عندهم، وقد قالوا بأن الحكمين في الشقاق إنما يتصرفان بوكالة محضه كسائر الوكالات¹. وعليه فإنهما، أي الحكمان، ينعزلان بما ينعزل به الوكيل، كجنون الموكل أو الوكيل أو وفاة الموكل وغيرها².

في حين أن المالكية يرون بأن الحكمين المبعوثين إلى الزوجين عند النزاع والشقاق لهما صفة الحكم فهما حكمان، وقد فصلوا في هذه المسألة فقالوا: إذا نزع أحد الزوجين، بأن رجع عن التحكيم، فقام بعزل الحكمين، أو أن يكونا أي الزوجان قد نزعا جميعاً قبل حكم الحكمين، أي تراجعاً عن التحكيم معاً. ففي هذه المسألة لا يخلو الأمر من أن يكون الذي بعث الحكمين، السلطان أو غيره.

1. فإن كان السلطان هو من قام ببعث الحكمين إلى الزوجين، فعندها لا يمكن للزوجين النزوع³، أي ليس لهما الإقلاع عن التحكيم، ولو لم يستوعبا، والمقصود بذلك مدة استيعاب الحكمين، أي في الكشف عن حال الزوجين⁴، وذلك لأن تحكيم الحكمين حكم من السلطان فليس لهما نقضه⁵.

¹ أنظر أحكام القرآن للجصاص / 4 / 391 _ المجموع / 16 / 452 _ مغني المحتاج / 3 / 333 _ حاشية الجمل / 17 / 459.
² المجلة / ص 402 _ الفصل السادس _ بيان المسائل المتعلقة بعزل الوكيل - من المادة (1521) إلى المادة (1530).
³ المنتقى شرح الموطأ / 3 / 311.
⁴ منح الجليل شرح مختصر خليل / 7 / 355.
⁵ المنتقى شرح الموطأ / 3 / 311.

2. أما إن قام غير السلطان ببعث الحكمين، عندها يجوز للزوجين الرجوع عن التحكيم وعزل الحكمين، ما لم يستوعب الحكمان الكشف عن حالهما، وما لم يعزما على الحكم على الطلاق¹.

أما في حال أن الحكمين كانا قد إستوعبا الكشف عن حال الزوجين وعزما على الطلاق بينهما، ففي ذلك قولان داخل المذهب المالكي وهما:

1. الأول يرى بأنه لا عبرة برجوع من رجع من الزوجين عن التحكيم، ويلزمهما أي الزوجان ما حكما به، سواء رجع أحدهما أم رجعا معا، وبعبارة أخرى فإن ظاهر الأمر يفيد أن الحكمين لو عزما على الطلاق، فليس لهما، أي الحكمان، الإقلاع عن حكمهما، وإن رضي الزوجان بالبقاء معا على الزوجية.

هذا ظاهر الموازية² (به قال ابن المّواز)³، وهو أيضا قول للباقي⁴.

وقد علل ابن المّواز قوله هذا فقال: (لو أن رجلين حكما بينهما رجلا فلما ظهر وجه الحق وعلم أحدهما أنه محكوم عليه أراد النزوع لم يكن له ذلك)⁵.

2. القول الثاني يرى بأن لا عبرة بالرجوع عن التحكيم في حال رجع أحد الزوجين، أما إذا رجعا أي الزوجان معا، ورضيا بالبقاء على الزوجية، فينبغي أن لا يفرق بينهما. وهو قول ابن يونس⁶. والذي اعتمده بعض الشراح⁷.

¹ أنظر المنتقى شرح الموطأ / 3 / 311.

² الموازية: لمحمد إبراهيم الإسكندري المعروف بابن مّواز، وهو أجل كتاب ألفه المالكيون وأصحّه وأبسّطه كلاما وأوعبه، وقد رجحه القابسي على سائر الأمهات، وقال: إن صاحبه قصد إلى بناء فروع أصحاب المذهب على أصولهم في تصنيفه، وغيره إنما قصد جمع الروايات، ونقل نصوص السماعيات، ومنهم من ينقل الإختيارات في شروحات أفرادها، وإجابات لمسائل سنل عنها، ومنهم من كان قصده الذب فيما فيه الخلاف، إلا ابن حبيب فإنه قصد بناء المذهب على معان تأدت إليه. وفي هذا الكتاب جزء تكلم فيه على الشافعي، وعلى أهل العراق.

³ المنتقى شرح الموطأ / 3 / 311.

⁴ منح الجليل شرح مختصر خليل / 7 / 356.

⁵ المنتقى شرح الموطأ / 3 / 311.

⁶ منح الجليل شرح مختصر خليل / 7 / 356.

⁷ حاشية الصاوي على الشرح الصغير / 5 / 239.

المبحث الثاني

"المطلب الثاني"

من المخول بإجراء العزل والتعيين؟

لقد بينت في بحثي هذا أن الحاكم والزوجين لهما تعيين الحكمين وعزلهما ما لم يستوعبا الكشف عن حال الزوجين في أي مرحلة من مراحل القضية ما لم يصدر الحكمان حكمهما في القضية المعروضة عليهما وذلك باتفاق المذاهب الأربعة.

أما ما جاء في المادة (130) من قانون قرار حقوق العائلة المعمول به في المحاكم الشرعية داخل فلسطين المحتلة عام 48، والمادة (132) من قانون الأحوال الشخصية الأردني المعمول به في المحاكم الشرعية في الضفة الغربية فإن أمر تعيين الحكمين وعزلهما وتعيين بدلها أو إضافة هيئة تحكيم أخرى إليهما فإن ذلك عائد في الأساس إلى القاضي لا غير ، وهذا ما أشارت إليه المادة (132) من قانون الأحوال الشخصية الأردني في البندين (ب) و(ج). وما تضمنته المادة (130) من قانون قرار حقوق العائلة.

المبحث الثاني

"المطلب الثالث"

هل يجوز للحكم أن يتقاضى أجرا على عمله؟.

بعد البحث والتمحيص لم أجد نصا شرعيا يبين الجواز أو عدم الجواز في أن يتقاضى الحكم أجرا على عمله، ولكن هناك قاعدة فقهية تقول أن من حبس على غيره فنفته واجبة عليه، تماماً كما هو حال المرأة التي تحبس لزوجها وفي بيت الزوجية فإن نفقتها تكون واجبة على زوجها. أيضاً فإن القانون والمحاكم الشرعية داخل فلسطين المحتلة عام 48 والصفة الغربية، تخصص مبلغاً معيناً كبديل أتعاب أو مصاريف يقوم الحكم بأخذها بعد قيامه بمهمة التحكيم، وفي ذلك جواز قانوني.

وعليه فإنني أرى أنه لا مانع لدي من أن يتقاضى الحكم أجرا على عمله كبديل أتعاب أو مصاريف، بشرط أن لا يكون ذلك الحكم محترفاً لهذا الأمر أي أنه لا يعمل إلا في هذا المجال، فإن كان كذلك فإنني أرى أن ذلك ينصب في دائرة الحرف الدنيئة كما هي الحجامة في عهد النبي صلى الله عليه وسلم، هذا إذا علمنا أن هذه الأتعاب أو المصاريف تؤخذ من الزوجين وترد على الحكّمين، ونحن نعلم أن غالباً ما تنتهي مثل هذه القضايا بالطلاق (أي خراب البيوت)، هذا إذا علمنا أن بينهما أولاداً سيكون مصيرهم في حكم المجهول. هذا والله تعالى أعلى وأعلم.

إجراءات التحكيم

دعوى تفريق للشقاق والنزاع من زوجة على زوجها.

أ. بيان لائحة الدعوى:

إن المدعى عليه هو زوج المدعية وداخل بها بصحيح العقد الشرعي، وقد ظهر نزاع وشقاق بينهما وأستحكم وقد أضر بالمدعية قولاً وفعلاً بحيث لا يمكن مع هذا الإضرار إستمرار الحياة الزوجية بينهما، وتفصل المدعية وتبين ذلك.

"الطلب"

تطلب المدعية التفريق بينها وبين المدعى عليه عملاً بالمادة (130) من قانون قرار حقوق العائلة، أو المادة (132) من قانون الأحوال الشخصية الأردني، (المادة (130) إذا كانت الدعوى مقدمة في المحاكم الشرعية داخل فلسطين المحتلة عام 48 ، والمادة (132) فيما لو كانت الدعوى مقدمة في المحاكم الشرعية في الضفة الغربية). وتضمنه أي المدعى عليه الرسوم والمصاريف وإجراء المقتضى.

ب. "سير المحاكمة"

1. تعيين موعد للجلسة، تبلغ للمدعى عليه.
2. يوم الجلسة يعقد مجلس شرعي للمحاكمة تحضر المدعية أو وكيلها فيه، (أي المحامي عنها)، وأما المدعى عليه إما أن يحضر ويقر بالدعوى بعد تكرارها من المدعية أو ينكر الدعوى، وإما أن يتغيب بعد تبلغه حسب الأصول المعمول بها في المحاكم الشرعية، وبناء عليه تقرر المحكمة محاكمته غيابياً بناء على طلب المدعية، وتكرر المدعية دعواها في غيابه، وفي حالة حضوره وإنكاره الدعوى أو غيابه تكلف المدعية إثبات دعواها بالوجه الشرعي، فإن أقر المدعى عليه بالدعوى حال حضوره، أو أثبتتها المدعية بحضوره بعد إنكاره يبذل القاضي جهده في الإصلاح بينهما، فإذا لم يمكن الإصلاح، أنذر الزوج بأن

يصلح حاله مع زوجته، وأجل الدعوى مدة لا تقل عن شهر، فإذا لم يتم الإصلاح بينهما أحال القاضي الأمر إلى الحكّمين.

أما في حال أثبتت المدعية الدعوى في غياب زوجها أجل القاضي الدعوى لجلسة تالية يبلغ فيها المدعى عليه للحضور من أجل بذل الجهد في الإصلاح بينهما، فإذا حضر المدعى عليه بذل القاضي الجهد في الإصلاح بينهما، فإن لم¹ يتمكن من الإصلاح أنذر القاضي الزوج بأن يصلح حاله معها، وأجل الدعوى مدة لا تقل عن شهر، فإذا لم يتم الإصلاح بينهما أحال الأمر إلى الحكّمين كما بين.

وإذا بلغ المدعى عليه جلسة الحضور من أجل بذل الجهد للإصلاح بينه وبين زوجته حسب الأصول ولم يحضر حوكم غايباً بناء على طلب المدعية، وبذل القاضي جهده مع المدعية للإصلاح بينهما وبين زوجها، فإذا لم يتمكن من الإصلاح أنذر الزوج بأن يصلح حاله مع المدعية وأجل الدعوى مدة لا تقل عن شهر ويبلغ المدعى عليه ذلك، فإذا لم يحضر بعد تبليغه وقررت المدعية أنه لم يصلح حاله معها حلفتها المحكمة اليمين على عدم حصول هذا الصلح تعريزاً لقولها.

وعلى كل إذا لم يتم الصلح بينهما أحال القاضي الأمر إلى الحكّمين، وأجل الدعوى حتى تقريرهما، ويشترط في الحكّمين أن يكونا رجلين عدلين قادرين على الإصلاح، وأن يكون أحدهما من أهل الزوجة والآخر من أهل الزوج إن أمكن، وإن لم يتيسر ذلك حكم القاضي رجلين من ذوي الخبرة والعدالة والقدرة على الإصلاح من غير أهليهما.

ويبلغ الحكّمان حسب الأصول (أي أصول المحاكمات) للقيام بعملهما، وهما بدورهما يعينان جلسة يبلغانها للزوجين عن طريق المحكمة، ويجتمع الحكّمان بالزوجين، ويبحث الحكّمان أسباب الخلاف والنزاع بين الزوجين، معهما أو مع جيرانهما أو مع أي شخص يرى الحكّمان فائدة في بحثهما معه وعليهما أن يدونا

¹ انظر داود/ د. الشيخ احمد محمد علي داود/القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية/1/246/دار الثقافة الطبعة الأولى سنة 1427 هـ -2006م.

تحقيقاتهما بمحضر يوقع عليه، فإذا رآيا إمكان التوفيق والإصلاح على طريقة مرضية أقرأها.

وإذا عجز الحكمان عن الإصلاح وظهر لهما أن الإساءة جميعها من الزوجة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريانه على أن لا يقل عن المهر وتوابعه وإذا كانت الإساءة كلها من الزوج قررا التفريق بينهما بطلقة باننة على أن للزوجة أن تطالبه بسائر حقوقها، كما لو طلقها بنفسه.

وإذا ظهر للحكمين أن الإساءة من الزوجين قررا التفريق بينهما على قسم من المهر بنسبة إساءة كل منهما، وإن جهل الحال ولم يتمكن من تقدير نسبة الإساءة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريان أخذه من أيهما.

وإذا حكم على الزوجة بأي عوض، وكانت هي طالبة التفريق، فعليها أن تؤمن دُفعةً قبل قرار الحكمين بالتفريق، ما لم يرض الزوج بتأجيله، وفي حالة موافقة الزوج على التأجيل يقرر الحكمان التفريق على البذل، ويحكم القاضي بذلك.

وإذا اختلف الحكمان حكم القاضي غيرهما، أو ضم إليهما ثالثا مرجحا، وفي الحالة الأخيرة يؤخذ برأي الأكثرية. وعلى الحكمين أن يوقعا التقرير، ويؤرخانه، وعليهما رفع التقرير إلى القاضي بالنتيجة التي توصل إليها، وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه، إذا كان موافقا لأحكام المادة (130) من قانون قرار حقوق العائلة أو المادة (132) من قانون الأحوال الشخصية الأردني. وذلك فيما إذا كانت الدعوى مقدمة في المحاكم الشرعية داخل فلسطين المحتلة عام 48 فيؤخذ بالمادة (130) أو فيما إذا كانت الدعوى مقدمة في المحاكم الشرعية في الضفة الغربية فيؤخذ بالمادة (132).

والحكم الصادر بالتفريق بين الزوجين يتضمن الطلاق البائن.

الخاتمة

الحمدُ لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الخلق ، حبيب الحق وإمام المرسلين ، سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه ومن سار على دربه واهتدى بهديه إلى يوم الدين.

أما بعد:

فإنه بعد بذل الطاقة وإفراغ الوسع في بحثي هذا ، خرجتُ بهذه النتائج ، والتي أجملها في نقاطٍ محورية هي ما يلي:

- (1) التحكيم مشروع في شرعنا الحنيف ، وذلك مثبت بالدليل النقلي من القرآن الكريم ، والسنة النبوية المطهرة ، وإجماع الصحابة على جوازه وصحة العمل به ، وأيضاً مثبت بالدليل العقلي لما فيه من فض النزاع وإصلاح ذات البين بين الخصوم.
- (2) التحكيم معروف لدى الإنسان منذ بداية التاريخ البشري ، ومع بداية تكون الفكر القانوني والسياسي عند الإنسان.
- (3) التحكيم عقد كسائر العقود ، لأنه توفر فيه ركن العقد وهو الإيجاب والقبول ، وله شروطه، وتترتب عليه آثاره.
- (4) التحكيم عقد اختياري غير ملزم للخصوم قبل إصدار الحُكم، ما لم يكن السلطان أو نائبه هو الذي عين الحكّمين فيكون ملزماً وليس لأي من الخصمين حق الاعتراض قبل صدور الحُكم.
- (5) التحكيم في شرعنا متنوع وله مجالات عدّة للعمل به، كالتحكيم في جزاء الصيد، والتحكيم في الحرب، والتحكيم في أخذ المال من الحربيين التجار، والتحكيم بين الزوجين، ونكاح التحكيم، وحكومة العدل في الديارات.
- (6) العمل بالتحكيم ناتج عن حرص الإسلام على إقامة العدل وفض المنازعات بين الخصوم ، وقد اكتسب التحكيم في الإسلام ميزات جعلت الكثير من الناس يفضلونه على غيره ، مثل الإسراع في فض الخصومة ، والاقتصاد في النفقات ، وتلافي الحقد بين المتخاصمين.

- (7) يمكن إثبات التحكيم بالكتابة والمراسلة وكل وسيلة تدل عليه إذا علمنا أن ركنه الإيجاب والقبول.
- (8) إلزام الخصوم بعدم جواز رفع الدعوى أمام المحكمة إذا اتفقوا على التحكيم ، وعدم إلزام الحُكْم بقبول التحكيم ، وعدم جواز تنحي الحُكْم بعد قبوله التحكيم بغير عذر مقبول ، وتعيين مدة يُلزم الحُكْم بإصدار الحُكْم فيها.
- (9) للحُكْم شروط يجب أن يتمتع بها وعلى رأسها أن يكون أهلاً للقضاء لأنه بمنزلة القاضي.
- (10) إذا تعذر الحُكْم في قضية ما بسبب اختلاف الحكمين ، فلا مانع من تعيين بدلهم أو إضافة حُكْم آخر مرجح من أجل إصدار الحُكْم في القضية المتنازع عليها.
- (11) الحُكْم في قضايا النزاع والشقاق ليس بشرط أن يكون من الأهل وإنما ذلك من باب الاستحباب.
- (12) لمّا كان التحكيم عقداً ، كان له آثاره المترتبة عليه وهي:
- أن حُكْم الحُكْم نافذ ، ولزام للمحكّمين ، فلو غاب الحُكْم ، أو أغمي عليه وبريء من ذلك ، كان على حُكْمه وذلك لأن حكمه لازم ، باق لا يتغير.
- (13) لا يتعدى حُكْم الحُكْم إلى غير المتحاكمين.
- (14) الحُكْم في قضايا النزاع والشقاق بين الزوجين له صفة الوكيل ولا يتعدى إلى كونه حاكماً لأنه لا يملك التفريق بينهما إلا بأذن منهما أو من الحاكم أو القاضي.
- (15) لا مانع من أن يأخذ الحُكْم أجراً أو بدلاً على عمله في التحكيم ، شرعاً وقانوناً ، بشرط أن لا يحترف الحُكْم هذا الأمر ويجعل منه مصدر رزقه الوحيد.

"التوصيات"

بعد اطلاعي على الجانب التطبيقي للتحكيم في المحاكم الشرعية بفلسطين المحتلة عام 48 والصفة الغربية ، تبين لي بعض الأمور والتي على أساسها أضع هذه التوصيات.

(1) العمل في التحكيم بالمحاكم الشرعية في فلسطين المحتلة عام 48 والصفة الغربية ، مقتصر على جانب التحكيم في قضايا النزاع والشقاق بين الزوجين.

وعليه فأني أوصي بأن تعمل المحاكم الشرعية على إقرار قانون توصي من خلاله على تفعيل جانب العمل بالتحكيم ليشمل جميع مجالاته.

(2) تعيين الحكّمين في المحاكم الشرعية ، وبخاصة في فلسطين المحتلة عام 48 يتم من قبل القاضي والذي غالباً ما يكون ذلك التعيين على أساس المعرفة الشخصية كالصدّاقة والقرابة أو الانتماء الفكري والسياسي بين القاضي والحكّم ، دون الالتفات إلى تأصيل الشروط المنصوص عليها في فقهننا الاسلامي والتي يجب أن يتمتع بها الحكّم.

وعليه فأني أوصي أصحاب الفضيلة القضاة الشرعيين بأن يُعيّنوا أصحاب الكفاءة لهذا الشأن ، ممن أحاطوا علماً بالقضية المعروضة عليهم على وجه الخصوص ، على أن يكون الحكّم المعين لمثل هذه القضايا على جانب كافٍ من العلم والفقّه ، وأخص بذلك أهل العلم الشرعي وطلابه.

(3) بعد الأخذ بالتوصية الثانية ، أوصي بأن يُعطى الحكّم صلاحيات أكبر من المعطاة له ، هذا إذا علمنا بعد الاطلاع على الجانب التطبيقي للتحكيم في المحاكم الشرعية أن الحكّم لا يتعدى كونه شاهداً على إثبات النزاع والشقاق بين الزوجين ، أو نفيه ، ولا يملك من أمره شيئاً في أن يجمع أو يُفرق بين الزوجين ، فهو لا يملك إلا أن يرفع توصية إلى القاضي بهذا الخصوص ، والقاضي هو الذي يُصدر حكمه في القضية ، وقد يعلم الحكّم بعد ذلك بالحُكم الصادر وقد لا يعلم.

في حين أنني أرى أن شرعنا الحنيف قد منح الحكّم صلاحية أكبر إن لم يكن حاكماً فهو وكيل على أقل التقديرات.

الملاحق

"نموذج قرار حكم وجاهي"

بناء على الدعوى والطلب والتصديق والإقرار وتقرير الحكّمين وعملا بالمواد 79 و 130 و 131 من المجلة (في المحاكم الشرعية داخل فلسطين المحتلة عام 48) و 132 و 133 من قانون الأحوال الشخصية الأردني (في المحاكم الشرعية للضفة الغربية) حكمت بمقتضى قرار الحكّمين بالتفريق بين المدعية.. المذكورة، وزوجها الداخل بها بصحيح العقد الشرعي المدعى عليه. المذكور بطلقة واحدة باننة للشقاق والنزاع وإن عليها العدة الشرعية اعتبارا من تاريخ الحكم (وإذا كان لها الحق بمطالبته بشيء من المهر حسب الإساءة يدون ذلك في الحكم، بأن لها حق مطالبته بمبلغ.. حسب نسبة الإساءة بينهما) حكما وجاهيا قابلا للاستئناف وتابعا له موقوف النفاذ على تصديقه من قبل محكمة الاستئناف الشرعية تحريرا (تاريخ الحكم). وبعد ذلك ترفع القضية لمحكمة الاستئناف الشرعية للتدقيق عملا بالمادة (138) من قانون أصول المحاكمات الشرعية وذلك بعد شهر من تاريخ الحكم الوجيه أو من تاريخ تبليغ الحكم الغيابي أو الغيابي بالصورة الوجيهة.

"دعوى تفريق للشقاق والنزاع من زوج على زوجته"

أ - بيان لائحة الدعوى:

إن المدعى عليها زوجة للمدعي وداخل بها بصحيح العقد الشرعي وقد ظهر نزاع وشقاق بينهما إذ أضرت المدعى عليها بالمدعي قولا وفعلا بحيث لا يمكن مع هذا الأضرار استمرار الحياة الزوجية بينهما (ويفصل المدعي ويبين ذلك).

"الطلب"

يطلب المدعي التفريق بينه وبين المدعى عليها للشقاق والنزاع وإجراء المقتضى. (ملاحظة): تقديم لائحة الدعوى لا يتم إلا بعد دفع رسوم المحكمة.

ب- "سير المحاكمة"

1. تعيين جلسة تبلغ للمدعى عليها.

عقد مجلس شرعي للمحاكمة ويسار في الدعوى وفق الخطوات المبينة في المادة (130) من قانون قرار حقوق العائلة، أو وفق الخطوات المبينة في المادة (132) من قانون الأحوال الشخصية الأردني (كل بحسب جريان المحكمة). فإذا أثبت المدعي دعواه بوجود النزاع والشقاق بينه وبين المدعى عليها، بذل القاضي جهده في الإصلاح بينهما، فإذا لم يمكن الإصلاح أجل القاضي دعواه مدة لا تقل عن شهر أملا بالمصالحة، وبعد انتهاء الأجل إذا أصر على دعواه ولم يتم الصلح أحال القاضي الأمر إلى حكّمين ينتخبا ويقوما بعملهما وفق ما ورد في المادة (130) أو المادة (132) المذكورين أعلاه.

3. في الدعوى المرفوعة من قبل الزوج على زوجته إذا قرر الحكمان أن تدفع الزوجة عوضا فيحكم القاضي بالتفريق والعوض وفق قرار أو تقرير الحكّمين المرفوع للقاضي.

"نموذج قرار حكم وجاهي"

بناء على الدعوى والطلب والتصديق والإقرار وتقرير الحكّمين وعملا بالمواد: 79 و 130 و 131 من المجلة (في المحاكم الشرعية داخل فلسطين المحتلة عام 48) أو عملا بالمواد 79 و 132 و 133 من قانون الأحوال الشخصية الأردني (في المحاكم الشرعية للضفة الغربية)، حكمت بمقتضى قرار أو تقرير الحكّمين بالتفريق بين المدعي.. المذكور وزوجته الداخل بها المدعى عليها.. المذكورة وإن عليها العدة الشرعية. وحكمت بالعموض وقدره.. للمدعى على المدعى عليها وفق قرار وتقرير الحكّمين، وهذا في حال قرر الحكّمان أو توصلا في تقريرهما بأن تدفع الزوجة عوضا. وذلك اعتبارا من تاريخ الحكم حكما وجاهيا قابلا للاستئناف وتابعا له موقوف النفاذ على تصديقه من قبل محكمة الاستئناف الشرعية. تحريرا (تاريخ الحكم).

وبعد ذلك ترفع القضية لمحكمة الاستئناف الشرعية للتدقيق بعد شهر من تاريخ الحكم الوجيه بالتفريق أو من تاريخ تبليغ الحكم، إذا كان غايبا علما أن الدعوى إذا حكم بردها لا ترفع للتدقيق إلا إذا استؤنف الحكم الصادر فيها¹.

تنبيه: يجب الإشارة هنا أن التحكيم في المحاكم الشرعية داخل فلسطين المحتلة عام 48 والضفة الغربية غير معمول به إلا في هذا الجانب ألا وهو التحكيم للنزاع والشقاق بين الزوجين.
"مثال":

"لقرار صادر عن محكمة الاستئناف الشرعية في القدس الشريف" "حول قضية نزاع وشقاق".

محكمة الاستئناف الشرعية

أورشليم - القدس

استئناف رقم _____ / _____

المستأنفة - فلانة من البلد (_____).

المستأنف ضده - فلان من البلد (_____).

بواسطة - وكيله المرافع فلان من بلدة (_____).

¹ أنظر القضايا والأحكام الشرعية / أحمد محمد علي داود / 1 / 246 - 249.

"قرار"

1. لقد أصدرت محكمة عكا الشرعية بتاريخ ____ / ____ / ____ بملف ____ / ____ قرارا يقضي بالتفريق بين المدعي (____) المذكور (المستأنف ضده) وبين المدعى عليها (____) المذكورة (المستأنفة) بموجب المادتين 130 و 131 من قانون قرار حقوق العائلة وإلزام المدعي (____) المذكور بأن يدفع للمدعى عليها مبلغ 12000 شيكل جديد) مربوطة بجدول غلاء المعيشة اعتبارا من تاريخ الحكم مع تضمينه رسوم وأتعاب محاماة بمبلغ ألف شيكل جديد مربوطة بجدول غلاء المعيشة مع نفقة عدتها حتى انتهائها والحكم لها بملابسها وأغراضها الخاصة.
2. استأنفت المدعى عليها (____) المذكورة هذا القرار مدعية بأن محكمة البداية قد أخطأت حيث لم تأخذ بتقرير حكمي كل من الزوجين وما دوناه في تقريرهما المشترك، ولو رجعنا إلى تقرير محكم الزوج لتبين لنا أن الذنب كله على الزوج حيث بينت أنني مستعدة للصلح مع الزوج والرجوع إلى بيت الزوجية وأن محكمي بين أن السبب في الطلاق ورفض الصلح هو الزوج وأن غرض المدعي التخلص مني وأن محكمة البداية لم تأخذ بما قدره الحكمان في توضيحهما المؤرخ في ____ / ____ / ____ حيث بينت أنني مستعدة للرجوع إلى بيت الزوجية حسب ما اقترحه الحكمان علي بأن يدفع لي المدعي 1000 شيكل جديد. شهريا للإنفاق علي وعلى طفلاتي من المدعى عليه، ولكنه رفض ذلك حيث قال هو ووالده نحن لا نريد الرجوع بشروط، وأن المحكم الفيصل" قد أخطأ في عدم الحكم لها بجميع مهرها المؤجل على الرغم من إطلاعه على ما قرره الحكمان من أن الذنب كله على المدعي (الزوج) وأن محكمة البداية قد أخطأت في عدم ربط المبلغ المحكوم به بجدول غلاء المعيشة من تاريخ عقد الزواج، وطلبت فسخ القرار المستأنف ورد دعوى المدعي، ومن ثم عادت وطلبت الحكم لها بجميع مؤجل صداقها ونفقة عدتها ومبلغ 12000 شيكل جديد. كتعويض والأغراض التي طلبتها حسب القائمة المرفقة، وربط المبالغ بجدول غلاء المعيشة من تاريخ العقد¹.

¹ أنظر الكشاف عن قرارات الاستئناف الصادرة عن محكمة الاستئناف الشرعية العليا في القدس الشريف لعام 1992-1993/70/1-71/الطبعة الأولى 1419 هـ-1999م.

3. أجاب المدعى عليه ((___)) المذكور (المستأنف ضده) بواسطة وكيله المرافع (___) المذكور مدعياً بأن قرار محكمة البداية موافق للأصول الشرعية والقانونية وهذا يستلزم رد الاستئناف حيث إن محكم الزوج أصر على الطلاق ولكنه فرق نسبة الذنب كما جاء في تقريره وأن ما جاء في الاستئناف هو غير صحيح وغير واقعي كما وأن حكمي الزوج والزوجة قد اتفقا على التفريق (كما جاء في تقريرهما المؤرخ في ___ / ___ / ___ والموقع من قبل المحكمين المذكورين).

إن المحكم الفصيل "قد وافق المحكمين على التفريق وقسم الذنب وحكم بما حكم به محكم الزوج، وليس للمحكمة الموقرة أن تتجاوز رأي المحكمين وأن محكمة البداية تحكم بما يقرره المحكمون، استناداً لما جاء في القرار الاستئنافي رقم ___ / ___ / ___ وطلب رد الاستئناف وتصديق قرار محكمة البداية وتضمين المستأنفة الرسوم والمصاريف وأتعاب المرافعة.

4. ترى محكمة الاستئناف الشرعية من الاطلاع على التقارير المقدمة من المحكمين وما وضعه محكما الزوج والزوجة بتاريخ ___ / ___ / ___ أن لا ذنب على الزوجة وأن ما نسب إليها مما أدى إلى الانتقاص من مهرها المؤجل لم يكن له ما يبرره من سبب شرعي أو قانوني، كما أن طلب الزوجة (المستأنفة) الحكم لها بملغ اثني عشر ألف شيكل جديد. عدا مهرها المؤجل ليس له ما يبرره أيضاً وإن ربط الحكم بالمهر من تاريخ العقد لا من تاريخ الحكم موافق للأصول الشرعية والقانونية، وأنه لا يجوز الحكم بمجهول كما ورد في المادة 1620 "مجلة"¹ وعليه واستناداً للمادة (10 فقرة ب)² من نظام تأسيس محكمة الاستئناف الشرعية فإننا نقرر تصديق حكم محكمة البداية فيما

¹ "مادة: 1620": معلومية المدعى به بالإشارة أو الوصف والتعريف، وهو أنه إذا كان عينا منقولاً وكان حاضراً في مجلس المحاكمة فالإشارة إليه كافية، وإن لم يكن حاضراً فبالوصف والتعريف وبيان قيمته يكون معلوماً، وإذا كان عقاراً يعين ببيان حدوده، وإن كان ديناً يلزم بيان جنسه ونوعه ومقداره.

أنظر المجلة / ص 430 - ص 431.

² (نص المادة 10) من نظام تأسيس محكمة الاستئناف الشرعية: إن محكمة الاستئناف ستفصل بالاستئناف بمطالعة الوقائع في القضية، وبدون سماع محاوره شفاهية ولها إما أن:

أ - تصادق على الحكم المستأنف عليه إذا كانت الإجراءات صحيحة وقرار المحكمة البدائية مطابق للقانون حسب الوقائع المثبتة أو،

ب - تعكس أو تعدل الحكم المستأنف عليه كلياً أو جزئياً، إذا كانت الإجراءات صحيحة ولكن حكم المحكمة البدائية ليس مطابقاً للقانون أو،

ج - فسخ الحكم المستأنف عليه، كلياً أو جزئياً، وإرجاع جميع القضية إلى المحكمة البدائية بتوجيه أن يعاد النظر في جميع القضية من جديد أو في أي قسم طرأ منها على شرط وبصورة دائمة، لا تفسخ محكمة الاستئناف أي حكم لغلطة أو إهمال في مراعاة الإجراءات الصحيحة إلا إذا كان من رأيها بأن الغلطة والإهمال ممكن أن يؤدي إلى عرقلة سير العدالة.

أنظر المرعي في القانون الشرعي / د. منقار ناطور / ص 127 - ص 128 - من تشريع فلسطين سنة 1918 - سنة 1925 (1) المحاكم الدينية الإسلامية، نظام تأسيس محكمة الاستئناف الشرعية.

يتعلق بالتفريق بين المتداعيين ونفقة العدة، وقبول الاستئناف فيما يتعلق بالحكم بمؤخر
صداق المدعى عليها () المذكورة، فإننا نقرر الحكم للمدعى عليها ()
المذكورة بكامل مهرها المؤجل والمسجل في عقد زواجهما رقم () على ()
المذكور (المستأنف ضده)، وربط هذا المبلغ بجدول غلاء المعيشة من تاريخ عقد
الزواج الواقع في ___ / ___ / ___، وتقرر إعادة القضية إلى محكمة البداية للفصل
فيما ادعته المدعى عليها () المذكورة من أغراض وملابس لها لدى المدعى
() المذكور.

5. تحريراً في اليوم والشهر والسنة هجرية، وفق اليوم والشهر والسنة الميلادية¹.

رئيس المحكمة	عضو المحكمة	عضو المحكمة
فلان بن فلان بن فلان	فلان بن فلان بن فلان	فلان بن فلان بن فلان

ملاحظه: هذا وتجدر الإشارة إلى أنه قد صدر عن محكمة الاستئناف الشرعية داخل الخط
الأخضر في القدس الشريف مرسوم جديد والذي من شأنه أن يفعل جانب التحكيم في المحاكم
الشرعية، وللفائدة العلمية ومن باب الإحاطة بالشيء أعرضه للقارئ كما صدر.

¹ الكشاف عن قرارات الاستئناف / 1 / 71 - 72.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
מדינת ישראל

محكمة الاستئناف الشرعية العليا

The High Court of Appeals
President's Office

ديوان الرئيس
القدس الشريف

בית הדין השרעי העליון לערעורים
לשכת הנשיא

الثلاثاء، ٠٦ شباط ٢٠٠٧

١٩ محرم، ١٤٢٨

حضرة المحامي/ة الموقرة

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته،

استمراراً لمسيرة الاطلاق والإصلاح الجارية في المحاكم الشرعية، يطيب لنا أن نرفق بهذا المرسوم
القضائي رقم (٤) - الصادر عن رئاسة محكمة الاستئناف الشرعية، لأطلاعكم وعنايتكم .

واعين الله أن يوفقنا وإياكم إلى ما يحب ويرضى .

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام،

أسامه فؤاد حريري

ديوان رئيس محكمة الاستئناف الشرعية



بم دفتار الرئیس الرسمى مكتبه الإستشارات الشرعیة الرسمى الشرعیة الرسمى

مرسوم قضائى رقم (٤)

ویرا ١٦٦١

الى أصحاب الفضيلة قضاة الشرع الشريف
السلام عليكم ورحمة الله ،

الموضوع : القضاء فى المعاملات

١. تحكيم الشرع فرض على المسلمين :

منذ أمد بعيد ، حُرمت محاكم الشرع الحنيف من دورها الرئیس فى فض
الخصومات بین الناس فى میادین المعاملات والعقوبات والسیر والأحكام السلطانية ، وفقاً
للشريعة الإسلامية العراء ، وأنیط الاختصاص بهذا الجانب من حیاتهم بالمحاكم النظامية .
وذلك فضلاً عن بعض أمور المناکحات التي أنیطت باختصاص موازٍ بالمحاكم النظامية .
ولما كانت هذه المحاكم النظامية قائمة على تطبيق القوانين الوضعية التي شرعت ولا زالت
تشرع من قبل سلطة التشريع التابعة للدولة اليهودية - كما تعرف نفسها ، فإن هذه القوانين

تستوحى في الغالب من الشريعة اليهودية ومن تراث الشعب اليهودي . وطبيعي أن المسلمين وغيرهم من العرب في هذا الحال ، كلما تشبب بينهم بعض خصومات في المعاملات من معاوضات وأراض وعقود وعروض ومدائنات وبيوع واستصناع وأجرة آدمي وما إلى ذلك من شؤون ، لا يجدون إلا أن يلجئوا إلى هذه المحاكم التي ستقضي بطبيعة الحال بمعزل عن أحكام شرع الله ، وأحيانا كثيرة بخلافها تماما . من جهة أخرى ، فإن التوجه العام لدى تلك السلطة التشريعية والمحاكم النظامية ، العليا منها خاصة ، هو تعميق التدخل في شؤون المسلمين والمسيحيين القضائية من خلال اقتحام حياتهم اليومية ، حتى طال الأمر أحوالهم الشخصية . وإنك لترى أن الدولة منذ أول أيامها قد سارعت إلى سن قوانين جارت على المسلمين يوم صادرت أوقافهم ، ثم جاءت المحكمة العليا لتزيد ضخما على أباله ، فقضت أيضا بانعدام اختصاص المحاكم الشرعية في الوقف المصادر . هذا ، وهناك قوانين تناقض أحكام القرآن الكريم وجاهة ، كقانون الميراث لسنة ١٩٦٥ ، وقانون التبني لسنة ١٩٨١ ، على سبيل المثال فحسب . يضاف إلى ذلك أن المحكمة العليا قد بالغت في قراراتها في الولوج في أحكام الشرع الحنيف (قرار فلاة ضد فلان ، استئناف مدني ٩٠/٣٠٧٧ بشأن ما سمي "بالأبوة المدنية ") ، (وقرار محكمة عدل عليا ٩٩/٩٣٤٧ - حمزة ضد محكمة الاستئناف الشرعية في القدس ن هـ (٢) ٥٩٢ بشأن محاولة تفسير مادة شرعية ، وقرار محكمة عليا رقم ٩٦/٦٤٥٢ بشأن سلب اختصاص المحكمة الشرعية بأمور الأوقاف المستولى عليها) .

إننا إزاء هذا المد المتماذي ، وبعد أن حُرمت المحاكم الشرعية من اختصاصها الأصل هذا ، بموجب قوانين وضعية ، حددت مجالات الاختصاص باسم صاحب السيادة ، فإننا نرى أن الوقوف موقف المتفرج قد يؤدي في نهاية المطاف إلى إلقاء أرواح المسلمين في مسبح الأجل جرأ القضاء على المحاكم الشرعية تماما ، واستبدالها نهائيا بمحاكم نظامية .

عندها ، سيقطع بأمور الناس ليس فقط في المعاملات المدنية وإنما أيضا في المناكحات وهي التي تعرف بالأحوال الشخصية ، وفقا لأحكام وضعية غير إسلامية من جهة ، وأمام

جهاز قضائي غريب على المسلمين والعرب عقيدةً وفكراً وثقافةً من جهة أخرى ، الأمر الذي يضعنا في حال لا نحسد عليه جراء العزوف عن حكم الله واستبداله بأحكام الناس من غير المسلمين . ومع أن هذا الحال قد يرى بعين المراقب ، وكأنه حال قسري لا خيار فيه ، إلا أنه في حقيقته ليس كذلك ، لأن هناك مُخرج صدق يغني المسلمين عن هذا التدهور ، بل إنه أقرب إليهم من حبل الوريد . وبذا ، فإن حالهم هذا لا يعتبر ضرورة تبيح المحظور ، لأن بيدهم الاحتكام إلى شرع الله من خلال تفعيل آلية التحكيم التي شرعها الله في كتابه العزيز حين قال : " فابعدوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما " (النساء ٣٥) . وعليه ، فإنه لم يعد لهم عنر في منع تختيار الأحكام وتحريمه مطلقاً إزاء قوله تعالى : " وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم . ومن يعص الله ورسوله فقد ضلّ ضلالاً مبيناً (الأحزاب ٣٦) .

من هنا ، فإن اللجوء إلى عملية التحكيم برضى الخصمين ، تلك التي تضبطها رقابة قاضي الشرع الشريف ، تضمنان إجرائها وفقاً لشرع الله - وهو الأصل ، يصبح معادلة النجاة مما نحن فيه . وفضلاً عن أن هذا يخضع عملية فض الخصومات لأسس العدل ، فإنه أيضاً يحفظ حقوق الناس من حيث كونه أقل تكلفة وأقصر وقتاً ، ناهيك عن أنه ينزل على قلوب الخصوم طمأنينةً وسكينة لنقاء مصدر الحكم أولاً ، ولرضاء الفرقاء باختيارهم الطوعي لجهة الإحتكام وهويتها ثانياً . لذا ، ولما استعدت المحاكم الشرعية ، على كافة قضاتها لحمل هذه الأمانة ، فإن أهلنا في هذه البلاد مدعوون للجوء إلى آليات المحاكم الشرعية للإتفاق على إجراء تحكيم شرعي شرص حكماً وحكماً في كل ما يشجر بينهم من خصومات ، حفظاً لدينهم ودنياهم . كما أن أهلنا العرب كافة مدعوون هم الآخرون لاستخدام هذه الآلية المباركة للقضاء على خصوماتهم على النحو الذي يرضي الله ويرضيهم .

٢. التحكيم ومشروعيته :

التحكيم هو اتخاذ الخصمين آخر أو أكثر حاكماً برضاهما للفصل في الخصومة بينهما ، ويقال له " حَكَم " و " مُحَكَّم "، وهو عقد اتفاق يتم بينهما للقضاء على النزاع بينهما، وقد يكون طارئاً - بعد حدوث الخلاف الناشب بين الخصوم، ومؤصلاً - قبل نشوب الخلاف ، بحيث يشمل أصل التعاقد بينهم ، تحسباً لوقوع الخلاف .

وهو مشروع في الكتاب والسنة والإجماع والمعقول، فقد قال تعالى : "وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله و حكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما...." (سورة النساء : ٣٥) وان دلت الآية الكريمة على جواز التحكيم بين الزوجين فهو جائز في سائر الخصومات عدا المستثنيات التي سيأتي ذكرها .

قال السرخسي إن الصحابة مجمعون على جواز التحكيم . وقال النووي : إن العلماء قد أجمعوا على جواز التحكيم في أمور المسلمين وفي مهماتهم العظام ولم يخالف فيه إلا الخوارج . (النووي ، محيي الدين : صحيح مسلم شرح النووي ، ج ١٢ ، ط ١ ، ١٤١٨ هـ ، ١٩٩٨ ميلادي ، ص ٩٢ ، مكتبة الفيض - مصر .) كما أن التحكيم مشروع في المعقول ، لأن الحاجة داعية إليه ، ففيه سعة على الناس في فصل أفضيتهم عن طريق من يختار من المحكمين ، وذلك نفعاً لطول أمد المرافعة والرغبة عن غشيان مجالس القضاء حال الخصومة ولأنه يشق على الناس الحضور إلى مجلس الحكم . (الطرابلسي ، الإمام علاء الدين وابن الشحنة ، الإمام أبو الوليد : معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام و لسان الحكام في معرفة الأحكام ، ص ٢٥ ، دار الفكر) .

وإنك لترى أن القول به سحق للاستغناء عن القضاء العام وعن الأحكام القضائية الجبرية ، كما أن للخصمين ولاية على نفسيهما فجاز لهما تعيين من يحكم بينهما عند النزاع ، لان التحكيم ولاية تستفاد من آحاد الناس .

هذا ، ولمّا اجمع الصحابة رضوان الله عليهم ، على جواز التحكيم ، فقد جاءت مجلة الأحكام العدلية ، وهي أول محاولة لتقنين أحكام المعاملات في الإسلام ، فأفادت بجواز التحكيم في دعاوى المال المتعلقة بحقوق الناس (المادة ١٨٤١) ، ثم وضعت آلية لتفعيل عملية التحكيم بإشارتها إلى جواز تعدد المحكمين في الدعوى الواحدة (المادة ١٨٤٤) ، مع إمكان عزل المحكم من قبل المحكمة ، ولكن ليس بعد إجازة تحكيمه من قبل الحاكم المنصوب من السلطان (المادة ١٨٤٧) . لقد بينت المجلة أيضاً ضرورة عرض حُكم الحكم على الحاكم - القاضي ليدققه ، فان كان موافقا للأصول الشرعية صدقه ، وإلا نقضه . معناه أن حُكم المحكم لا يكون نافذاً بحد ذاته ، لخضوعه لرقابة القاضي الذي يصدقه او ينقضه .

٣. ميادين التحكيم وشرائط الحكم :

يتبين لنا مما ذكر أن التحكيم جائز في المعاملات (وهو ما يعرف اليوم بالقضايا المدنية) - من عقود وبيع وهبة وكفالة ورهن وشفعة واستصناع وأجرة الأدمي والضرر والمعاوزات وما إلى ذلك من حقوق الناس ، ذلك لان حكم التحكيم كحكم الصلح ، فما جاز فيه

الصلح جاز فيه التحكيم . وعليه فلا تحكيم في الحدود والكفالات والزكوات ، لأنه لا صلح فيها ولا إسقاط . أما في حالنا هذا فطبيعي أنه لا يجوز التحكيم فيما لم يُجزه القانون من شؤون وأحوال ، أما إذا غُمَّ أمرٌ على أحد حول ما إذا كان أمرٌ ما جائز التحكيم فيه أم لا ، فإنه واجب الرفع الى رئيس محكمة الاستئناف الشرعية ليبيّن بجواز أو عدم جواز التحكيم فيه .

هذا ، ويشترط في الحكم ان يكون أهلاً للقضاء ، بأن يكون بالغاً ، عاقلاً ، ورشيداً . وطبيعي أن ينهج الحكم في تحكيمه وفقاً لأحكام الشرع أخذاً بوسائل الإثبات الشرعية كما القاضي ، من شهادة وإقرار ونكول عن اليمين . هذا ، ويُلَقَّت النظر الى أن هذه الآلية المقترحة هنا ليست مقصورة على المسلمين ، بل إن غير المسلمين ممن يشاؤون الاحتكام إلى هذه الآلية ، مدعوون بكل إغزاز وإكرام إلى المشاركة هم الآخرون في ذلك ، فيأتون بخصوصياتهم إلى القاضي لينصب لهم حكماً متفقاً عليه بينهم . وان كان الخصوم من أهل الكتاب ، فإن لهم أن يكون الحكم على دينهم .

هذا ، وقد تحسن الإشارة هنا أيضاً إلى أن القانون الوضعي لا يمنع تفعيل هذه الآلية ، بل يجيز هو الآخر اللجوء الى التحكيم والاحتكام إلى الشريعة الإسلامية ، كما هو وارد في قانون التحكيم لسنة ١٩٦٨ في المسائل التي يجوز فيها التحكيم .

لذا ، فإننا نرفق بهذا نموذج اتفاقية التحكيم التي ينبغي أن يوقعها الطرفان برضى واختيار ، أمام القاضي أو من ينيبه للمصادقة على اتفاقهما - الأمر الذي يضع إطاراً لعملية التحكيم ويحكمها شكلاً وجوهراً ، وهو الذي من شأنه أن يضمن سلامة مسار التحكيم والتزام أطرافه بحكم الحكم ولنزوم تنفيذه .

٤. اتفاق تحكيم

عقدت ووقعت في _____ بتاريخ _____ أمام قاضي محكمة _____ الشرعية.

- بين -

(فيما يلي : الفريق الأول)

السيد/ة

- وبين -

(فيما يلي : الفريق الثاني)

السيد/ة

حيث إن الفريقين يريدان حل النزاع الحاصل بينهما و/أو الذي قد يحصل بينهما مستقبلاً (فيما يلي -
النزاع) عن طريق التحكيم الرضائي:

حيث إن الفريقين اتفقا رضائياً على إحالة هذا النزاع إلى هيئة تحكيم ، مشكلة من محكم واحد أو
كثر (فيما يلي : هيئة التحكيم) ينصبها القاضي الشرعي في محكمة _____ للفصل في النزاع الحال
التحكيم وفقاً للشروط المتفق عليها في هذا الاتفاق ، ووفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

أما فقد تم الاتفاق بين الفريقين على الشروط الواردة في هذا الاتفاق كما يلي :

١- تعتبر مقدمة اتفاق التحكيم هذه جزءاً لا يتجزأ منه.

٢- أينما وردت صيغة المثني بالنسبة للخصوم أو صيغة المفرد للحكم فإنما تعني أيضاً صيغة

الجمع.

٣- (أ) اتفق الفريقان على إحالة النزاع الناشئ بينهما إلى هيئة التحكيم التي ينصبها القاضي في محكمة ----- والفصل فيه حسب الشروط المنصوص عليها في هذا الاتفاق ووفق أحكام الشريعة الإسلامية ^{فحصه} ولا تسري عليه الأحكام الواردة في ذيل قانون التحكيم لسنة ١٩٦٨ .

(ب) لقد اتفق الفريقان على تفويض قاضي المحكمة الشرعية في ----- (فيما يلي القاضي الشرعي) بتعيين هيئة تحكيم بموافقتهما لحل النزاع بينهما كما جاء في الفقرة (أ) من هذا البند ، ويجوز له بالتدقيق في حكم هيئة التحكيم وفحصه ، فإن كان موافقاً للشريعة الإسلامية صادق عليه وأمضاه ، وإلا فإن له نقضه .

(ج) عند حدوث خلاف حول تدقيق القاضي الشرعي لموافقة حكم هيئة التحكيم للأصول الشرعية يجري تمييزه امام رئيس محكمة الاستئناف الشرعية ، أو من ينيبه عنه من قضاة محكمة الاستئناف الشرعية لذلك ، ويكون حكمه في ذلك قطعياً . تسري على عملية التمييز أحكام تقديم الاستئناف وفقاً للأحكام الواردة في نظام تأسيس محكمة الاستئناف الشرعية لسنة (١٩١٨ - ١٩٢٥) .

(د) إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً ، ويعين حينئذ القاضي الشرعي من بينهم رئيساً لهيئة التحكيم .

٤- لا يعين حكماً من لا تسمع شهادته وفقاً لأحكامها الشرعية .

٥- رد المحكم

(أ) اتفق الفريقان على أنه لا يجوز رد المحكم المعين من قبل القاضي الشرعي بطلب من أحد الأطراف إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً حقيقية حول حيده واستقلاله .

(ب) يقدم طلب الرد إلى القاضي الشرعي مبيناً فيه أسباب الرد في ظرف لا يتعدى تسبعة أيام من تاريخ علم صاحب طلب الرد بتشكيل هيئة التحكيم أو بالظروف المبررة للرد ، فإذا لم يتنح المحكم المراد رده من تلقاء نفسه ، بعد إشعاره ، فصل القاضي الشرعي في الطلب ، ويكون قراره غير قابل للطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن .

(ج) يترتب على تقديم طلب الرد وقف إجراءات التحكيم إلى حين حسمه كما جاء أعلاه .

(د) إذا تعذر على المحكم أداء مهمته لأي سبب من الأسباب بما في ذلك رده من قبل القاضي الشرعي وجب تعيين بديل له من قبله بعد اتفاق الفرقاء على شخص البديل .

٦- إجراءات التحكيم

(أ) تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي تعين فيه هيئة التحكيم ما لم يتفق الفريقان على غير ذلك .

(ب) هيئة التحكيم - بموافقة القاضي المسبقة ، هي التي تعين مكان التحكيم في أي مكان تراه مناسباً للقيام بأي إجراء من إجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو الاطلاع على المستندات ، أو إجراء معاينة ، أو إجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك .

(ج) يجري التحكيم باللغة العربية ما لم تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى بعد تبيان الضرورة لذلك خطياً .

(د) يعامل فريقا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة كاملة ومتكافئة لعرض دعواه أو دفاعه .

٧- تقديم لائحة دعوى ولائحة جوابية

(أ) خلال الموعد الذي تعينه هيئة التحكيم يقدم مدعي النزاع إلى هيئة التحكيم لائحة مكتوبة بدعواه تشمل اسمه وعنوانه واسم المدعى عليه وعنوانه وشرحاً لوقائع الدعوى وتحديد المسائل موضوع النزاع وطلباته .

خلال الموعد الذي تعينه هيئة التحكيم للمدعى عليه أن يقدم إليها لائحة جوابية مكتوبة بدفاعه رداً على ما جاء في لائحة الدعوى وطلباته . يجوز لكل منهما حسب مقتضى الحال إرفاق صور عن الوثائق التي يستند إليها ، وأدلة الإثبات التي سيقدمها ، ولا يجوز ذلك دون حق هيئة التحكيم في أي مرحلة من مراحل التحكيم الطلب بتقديم أصول المستندات أو الوثائق التي يستند إليها أي من الفريقين .

(ب) ترسل صورة مما يقدمه أحد الفريقين إلى هيئة التحكيم، إلى الفريق الآخر وترسل إلى كل من الفريقين صورة عن كل ما يقدم إلى هيئة التحكيم من تقارير الخبراء والمستندات وغيرها من الأدلة .

٨- لكل من فرقي التحكيم تعديل طلباته أو أوجه دفاعه أو استكمالها خلال إجراءات التحكيم ما لم تقرر هيئة التحكيم عدم قبول ذلك منعاً من إعاقة الفصل في النزاع .

٩- (أ) تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من الفريقين من شرح موضوع التحكيم وعرض حججه وأدله وسجل ذلك في جدول أعمال المحكمة .

(ب) يجب إخطار فرقي التحكيم خطياً وسند رسمي من قِبَل المحكمة ، بمواعيد الجلسات والاجتماعات التي تقرر هيئة التحكيم عقدها قبل التاريخ الذي تعينه لذلك بوقت كاف تقدره هذه الهيئة .

(ج) تدون وقائع كل جلسة تعقدها هيئة التحكيم في محضر توقعه الهيئة والطرفان وتسلم صورة عنه إلى كل من الفريقين .

(د) يكون سماع الشهود والخبراء بعد أداء اليمين الشرعية حسبما ترى هيئة التحكيم مناسباً في ظروف الحال وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية .

١٠- (أ) إذا لم يقدم المدعى - دونما عذر بقبول لائحة بدعواه وفق الفقرة (أ) من البند ه للاتفاق ، يجوز لهيئة التحكيم أن تقرر إنهاء إجراءات التحكيم ما لم يتفق الفريقان على غير ذلك .
إذا لم يقدم المدعى عليه لائحته الجوابية وفقاً لنفس الفقرة ، تستمر هيئة التحكيم في إجراءات التحكيم دون أن يعتبر ذلك بذاته إقراراً من المدعى عليه بدعوى المدعي .

(ب) إذا تخلف أحد الفريقين عن حضور أي من الجلسات أو عن تقديم ما طلب منه من مستندات يجوز لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم حسب طلب الفريق منفذ المطلوب منه وإصدار حكم في النزاع استناداً إلى الأدلة الموافقة لديها .

١١- (أ) لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير خطي أو شفوي يُثبت في محضر الجلسة بشأن مسائل معينة تحددها ، وتبلغ الهيئة كلاً من الفريقين قرارها بتحديد المهمة المسندة إلى الخبير .

(ب) على كل من الفريقين أن يقدم إلى الخبير المعلومات المتعلقة بالنزاع وأن يمكنه من معاينة وفحص ما يطلبه من وثائق أو أي شيء آخر متعلق بالنزاع ، وتفصل هيئة التحكيم في كل نزاع يقوم به الخبير وأي من الفريقين بهذا الشأن .

(ج) ترسل هيئة التحكيم صورة عن تقرير الخبير إلى كل من الفريقين لإتاحة الفرصة له لإبداء رأيه فيه، وله الحق في الاطلاع على الوثائق التي استند إليها الخبير في تقريره وفحصه ومناقشته

بشان ما ورد في تقريره ، وله أن يقدم خبيراً من طرفه لإبداء الرأي في المسائل التي تناوّلها
تقرير الخبير المعين، ما لم يتفق فريقا التحكيم على غير ذلك .

١٢- يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق فريقا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في
موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدل والإنصاف والمصالحة وفق الشريعة الإسلامية.

١٣- يتفق الفريقان على أنه في كل أمر لم يرد فيه نص في هذا الاتفاق وحصل بينهما خلاف بشأنه،
فإنه يحكم إلى أحكام الشريعة الإسلامية للفصل فيه .

١٤- على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للنزاع خلال الموعد الذي اتفق عليه الفريقان ، فإن
لم يكن هناك اتفاق على ذلك وجب أن يصدر الحكم خلال موعد أقصاه ثلاثة أشهر من
تاريخ بدء إجراءات التحكيم ، ما لم يتفق الفريقان على مدة تزيد على ذلك .

١٥- إذا كانت هيئة التحكيم مُشكلة من أكثر من محكم واحد ، يتخذ أي قرار لهيئة التحكيم
بما في ذلك حكم التحكيم النهائي بالإجماع أو بأغلبية الأعضاء - على أنه يجوز أن تصدر
القرارات في المسائل الإجرائية عن المحكم الذي يرأس الهيئة إذا أذن له بذلك الفريقان أو جميع
أعضاء هيئة التحكيم خطياً .

١٦- إذا اتفق الفريقان خلال إجراءات التحكيم على تسوية تنهي النزاع كان لهما أن يطلبوا تدوين
شروط التسوية أمام هيئة التحكيم ، التي تصدر في هذه الحالة قراراً ينص على شروط
التسوية وينهي الإجراءات ، ويكون لهذا القرار ما لأحكام المحكمين من قوة التنفيذ .

- ١٧- يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً تمهيدية أو مؤقتة أو في أي جزء من الطلبات وذلك قبل إصدار الحكم المنهجي للنزاع كله.
- ١٨- يتم تدوين حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون.
- ١٩- يتفق الفريقان على أنه بعد إصدار حكم التحكيم ترفعه هيئة التحكيم إلى القاضي الشرعي للتدقيق فيه من قبله فإن كان موافقاً للشرعة الإسلامية صدقه والا نقضه في ضوء أحكام الشرعة.
- ٢٠- للقاضي أن يصدر تعليماته إلى هيئة التحكيم لتصويب أعمالها إذا ما قرر أن يعيد الأمر إليها لاستكمال الإجراءات حسب توجيهاته.
- ٢١- للقاضي أن يغير هيئة التحكيم بأخرى ، ويكلف هذه بإجراء التحكيم، ويكون اختيار أعضائها بموافقة الخصوم.
- ٢٢- هيئة التحكيم هي التي تقرر بشأن دفع أي مبلغ من المال بالنسبة لإجراءات التحكيم من قبل الفريقين ، وفي حالة نشوب خلاف بين الهيئة والفريقين يحال الخلاف إلى القاضي الشرعي ويكون قراره قطعياً غير قابل للطعن فيه.
- ٢٣- لقد وقع الفريقان على هذا الاتفاق برضائهما، وبعد أن فهما مضمونه وتبعاته الشرعية والقانونية دون ضغط أو إكراه من أحد.
- ٢٤- عقد هذا الاتفاق ووقع عليه في المكان والتاريخ المذكورين أعلاه.

توقيع الفريق الثاني

توقيع الفريق الأول

تصديق القاضي

وإننا إذ ننشُدُ في ما نرْمي إليه مرضاة رب العالمين أولاً ، ثم حماية أهلنا في دينهم وديارهم ، فإننا نبتهل إليه جلَّ شأنه ليهيئ لنا من أمرنا رشداً ، ويزيد في أعمالنا مئداً ، ويصوب على طريق الخير خطانا ويغفر لنا ما بدر من خطايانا .

إنه على ذلك لتقدير وبالإجابة جدير .

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

لعشر، خلت من شهر ذي القعدة لسنة ١٤٢٧ هجرية وفق ١١/٣٠/٢٠٠٦ ميلادية .

بإحترام ،

القاضي احمد حسن الناظور

رئيس محكمة الإستئناف الشرعية

أوافق والتزم ،

القاضي داوود زيني

عضو محكمة الإستئناف الشرعية

أوافق والتزم ،

القاضي عدنان عدوي

قاضي محكمة حيفا الشرعية

أوافق والتزم ،

القاضي ذوقان العطونة

قاضي محكمة بنر السبع الشرعية

أوافق والتزم ،

القاضي زياد لهواني

قاضي محكمة عكا الشرعية

أوافق والتزم ،

القاضي فاروق زعبي

عضو محكمة الإستئناف الشرعية

أوافق والتزم ،

القاضي عبد الحكيم سمارة

قاضي محكمة يافا الشرعية

أوافق والتزم ،

القاضي محمد زبدة

قاضي محكمة القدس الشرعية

أوافق والتزم ،

القاضي محمد ابو عبيد

قاضي محكمة الناصرة الشرعية

وإننا إذ نتمنى في ما نرعى إليه مرضاة رب العالمين نؤمل في حيازة أهلنا في فينيم وبنينهم ،
فإننا نبتغي لهم كل ما نرى لهم من أمرنا رشداً ، ونزيد في أصلنا مدداً ، وبحسبنا على

طريق الخير خطانا ونغفر لنا ما بيننا وبينكم ~~.....~~
بإذن الله على ذلك لتتبرر ربنا الجنة جنة

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

أحرر ، خلف من شهر ذي القعدة لسنة ١٤٢٧ هجرية وفق ١١/٢٠ - ٦/١١/٢٠ ميلادية .

بإحترام ،
القاضي أحمد صبيح الجليلي
رئيس محكمة الاستئناف الشرعية

أوافق وأتبرم ،
القاضي داود زيني
عضو محكمة الاستئناف الشرعية
أوافق وأتبرم ،

القاضي عدنان عدي
قاضي محكمة الاستئناف الشرعية
أوافق وأتبرم ،

القاضي نواف العنبري
قاضي محكمة بدر تسع الشرعية
أوافق وأتبرم -

القاضي زياد لواتي
قاضي محكمة عكا الشرعية

أوافق وأتبرم ،
القاضي طارق زكي
عضو محكمة الاستئناف الشرعية
أوافق وأتبرم ،

القاضي عبد الحكيم مسارة
قاضي محكمة الاستئناف الشرعية
أوافق وأتبرم ،

القاضي محمد زويد
قاضي محكمة القيس الشرعية
أوافق وأتبرم ،

القاضي محمد أبو عبيد
قاضي محكمة القيس الشرعية

فهرس المصادر والمراجع

(1) القرآن الكريم.

(2) احكام القرآن .

ابو بكر احمد بن علي الرازي الجصاص .
تحقيق: محمد الصادق قمحاوي . بيروت - دار احياء التراث العربي سنة 1405 هـ .
مطبعة البهجة الوردية - ادارة الملتزم سنة 1347 هـ.

(3) احكام القرآن .

ابو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي .
تحقيق: علي محمد البجاوي .
دار احياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي وشركاه - الطبعة الاولى سنة
1376 هـ - 1957 م.

(4) الاختيار لتعليل المختار .

عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي الحنفي .
استنبول - دار الدعوة سنة 1991 م - وعليه تعليقات الشيخ محمود ابو دقيقة.

(5) أسنى المطالب في شرح روض الطالب .

شيخ الاسلام ابو يحيى زكريا بن محمد بن احمد الانصاري الشافعي المتوفى سنة 926هـ .

تحقيق: محمد حامد الفقي .

بيروت - دار احياء التراث العربي .

وروض الطالب .

للامام شرف الدين اسماعيل بن ابي بكر بن عبد الله ابن ابراهيم اليماني الشافعي ، المعروف

بالمُقريء الزبيدي ، المتوفى سنة 837هـ .

بيروت - المكتبة الاسلامية، وهي مصورة على المطبوعة بالمطبعة الميمانية بمصر

سنة 1313هـ.

(6) اعانة الطالبين .

ابو بكر - المشهور بالسيد البكري محمد شطا الدمياطي المكي .

بيروت - دار الفكر.

(7) الاعلام .

خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس الزركلي الدمشقي سنة 1310-1396هـ.

بيروت - دار العلم للملايين - الطبعة الخامسة سنة 1980هـ .

(8) الاقناع في حل ألفاظ ابي شجاع .

شمس الدين محمد بن احمد الشربيني الخطيب القاهري الشافعي .

دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع.

(9) الام .

ابو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي .

بيروت - دار المعرفة - الطبعة الثانية سنة 1393هـ .

10) الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام احمد بن حنبل .

ابو الحسن علي بن سليمان المرداوي .

تحقيق: محمد حامد الفقي.

بيروت - دار احياء التراث العربي.

11) البحر الرائق شرح كنز الدقائق .

زين الدين بن ابراهيم بن محمد بن نجيم الحنفي .

بيروت - دار المعرفة - الطبعة الثانية سنة 1413 هـ.

12) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار .

الامام المهدي لدين الله احمد بن يحيى المرتضى ، المتوفي سنة 840 هـ .

بيروت - مؤسسة الرسالة - طبعة مصورة سنة 1975 م عن الطبعة الأولى التي طبعت في

القاهرة سنة 1949-1947 م.

13) البحر المديد في تفسير القرآن المجيد .

ابو العباس احمد بن محمد بن المهدي ابن عجيبة الحسني .

تحقيق: عمر احمد الراوي .

بيروت - لبنان - منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، سنة 1426 هـ ،

سنة 2005 م.

14) بداية المبتدئ .

علي بن ابي بكر بن عبد الجليل المرغيناني .

تحقيق: حامد ابراهيم كرسون - محمد عبد الوهاب بحيري .

القاهرة - مطبعة محمد علي صبيح - الطبعة الاولى سنة 1355 هـ.

15) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع .

علاء الدين ابو بكر بن مسعود بن احمد الكاساني او الكاشاني الملقب بملك العلماء ، المتوفى سنة 587هـ .

بيروت - دار الكتاب العربي - الطبعة الثانية سنة 1982م.

16) بداية المجتهد ونهاية المقتصد .

ابو الوليد محمد بن احمد بن الامام ابي الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي ، الملقب بابن رشد الحفيد المتوفى سنة 595هـ .

تحقيق: ابو الزهراء حازم القاضي - ضبط اصوله: اسامة حسن - خرّج حديثه: ياسر امام. الرياض - مكة المكرمة - مكتبة نزار مصطفى الباز سنة 1415هـ 1995م.

17) البناية في شرح الهداية .

ابو محمد محمود بن احمد العيني .

تصحیح المولوي محمد عمر ، الشهير بناصر الاسلام الرامفوري .

دار الفكر - الطبعة الاولى سنة 1401هـ 1981م.

18) التاج والأكليل لمختصر خليل .

ابو عبد الله محمد بن يوسف بن ابي القاسم العبدري الشهير بالمواق .

بيروت - دار الفكر - الطبعة الثانية 1398هـ.

19) تاج التراجم في طبقات الحنفية .

زين الدين قاسم بن قطلوبغا ، المتوفى سنة 879هـ .

الناشر: مكتبة المثنى ببغداد - مطبعة العاني - بغداد سنة 1962م.

20) تاريخ الحضارات العام (1) الشرق واليونان القديمة .

اندريه أymar - أستاذ في السوربون .

نقله الى العربي: فريد م. داغر - فؤاد ج ابو ریحان .

مطبعة - بيروت باريس منشورات عويدات - الطبعة الثانية سنة 1986م.

21) تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومنهاج الحكام .

القاضي برهان الدين ابراهيم بن علي بن ابي القاسم بن محمد بن فرحون المالكي المدني ،
المتوفي سنة 799هـ.

22) تحفة المحتاج بشرح المنهاج .

ابو العباس شهاب الدين احمد بن محمد ، الشهير بابن حجر المكي الهيثمي المتوفى سنة
974هـ .

وهو شرح منهاج الطالبين لمحيي الدين ابي زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى سنة
676هـ .

بيروت - دار صادر- وهي طبعة مصورة على المطبوعة بالمطبعة الميمنية بمصر سنة
1315هـ.

23) التحكيم في التشريع الاردني المقارن .

احمد المومني .

عمان - مطبعة التوفيق سنة 1402هـ.

24) التحكيم في المملكة العربية السعودية .

د. محمد بن ناصر بن محمد البجاد .

مركز البحوث والدراسات الادارية سنة 1420هـ 1999م.

(25) التحكيم في منازعات المشروع العام .

د. شمس مرغني علي .

القاهرة عالم الكتب سنة 1973م.

(26) تفسير ابي السعود / او إرشاد العقل السليم الى مزايا الكتاب الكريم .

للقاضي ابي السعود محمد بن محمد بن مصطفى العمادي الحنفي المتوفى سنة 982هـ .

وضع حواشيه عبد اللطيف عبد الرحمن .

بيروت - لبنان - منشورات: محمد علي بيضون - دار الكتب العلمية - الطبعة الاولى ،

سنة 1419 هـ ، سنة 1999 م.

(27) تفسير البحر المحيط .

اثير الدين ابو عبد الله محمد بن يوسف بن علي بن يوسف بن حيان الاندلسي ، الشهير بابن

حيان وبأبي حيان ، المتوفى سنة 754هـ .

الناشر: مكتبة ومطابع النصر الحديثة - الرياض .

مطابع اوفست كونروغرافير - بيروت ، وهي طبعة مصورة على المطبوعة بمطبعة

السعادة التي تم طبعها اوائل سنة 1329هـ.

(28) تفسير الفخر الرازي ، المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب .

محمد الرازي فخر الدين ابن العلامة ضياء عمر المشتهر بخطيب الري سنة 604-544هـ.

دار الفكر - الطبعة الثالثة سنة 1405هـ 1985م.

(29) تفسير القرآن العظيم .

ابو الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي سنة 774-700هـ .

تحقيق: سامي بن محمد سلامة .

المدينة المنورة - دار طيبة للنشر والتوزيع - الطبعة الثانية سنة 1420هـ 1999م.

(30) تفسير القرآن العظيم .

الامام الحافظ ابو محمد عبد الرحمن بن ابي حاتم الرازي المتوفى سنة 327هـ .
تحقيق: اسعد محمد الطيب ، مكة المكرمة ، المملكة العربية السعودية .
مكتبة نزار مصطفى الباز ، سنة 1419-1417هـ ، سنة 1999-1997م .

(31) تفسير معالم التنزيل .

ابو محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي الشافعي .
تحقيق: خالد عبد الرحمن العك - مروان سوار .
بيروت - لبنان - دار المعرفة - الطبعة الاولى سنة 1406هـ 1986م .

(32) الجامع لاحكام القرآن .

ابو عبد الله محمد بن احمد بن ابي بكر بن فرح القرطبي .
القاهرة - دار الكتاب العربي للطباعة والنشر سنة 1387هـ 1967م .
القاهرة - دار الشعب - الطبعة الثانية سنة 1372هـ .
تحقيق: احمد عبد العليم البردوني .

(33) جامع البيان عن تاويل آي القرآن .

ابو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي الطبري .
تحقيق: احمد محمد شاکر .
مؤسسة الرسالة - الطبعة الاولى سنة 1420هـ 2000م .

(34) جمهرة اللغة .

ابو بكر محمد بن الحسن بن دريد الازدي البصري .
دار صادر - الطبعة الاولى سنة 1345هـ .

35) جواهر الاكليل شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الامام مالك امام دار التنزيل .

الشيخ صالح عبد السميع الأبي الازهري .
والمختصر للشيخ خليل بن اسحاق الجُندي المالكي ، المتوفى سنة 776هـ .
دار احياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي وشركاه بمصر.

36) حاشية البجيرمي علي الخطيب - المسماة: تحفة الحبيب علي شرح الخطيب .
الشيخ سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي ، المتوفى سنة 1221هـ .
مصر - مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده سنة 1951م.

37) حاشية الجمل على شرح المنهج .
الشيخ سليمان بن عمر بن منصور العجلي الازهري ، المعروف بالجمل ، المتوفى
سنة 1204هـ .
مصر - مكتبة ومطبعة مصطفى محمد سنة 1357هـ.

38) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير .
محمد عرفة الدسوقي المتوفى سنة 1230هـ .
بولاق - سنة 1865م.

39) حاشية رد المحتار .
محمد امين ابن عابدين .
بيروت - دار الفكر - الطبعة الثانية سنة 1386هـ.

40) حاشية الصاوي على الشرح الصغير .
احمد بن محمد الصاوي المالكي الخلوتي، المتوفى سنة 1241هـ .
مصر - مطابع دار المعارف سنة 1972-1974م.

(41) حرية الدفاع .

المستشار طه ابو الخير .

الاسكندرية - منشأة المعارف - الطبعة الاولى سنة 1971م.

(42) الخلاف .

ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي المتوفى سنة 460هـ .

طهران - شركة دار المعرفة الاسلامية .

(43) الدر المختار شرح تنوير الابصار في مذهب الامام ابي حنيفة .

محمد علاء الدين بن علي الحصفكي ، المتوفى سنة 1088هـ .

بيروت - دار الفكر - الطبعة الثانية سنة 1386م.

(44) الدر المنثور في التفسير بالمأثور .

جلال الدين عبد الرحمن بن ابي بكر السيوطي ، المتوفى سنة 911هـ .

بيروت - الناشر محمد امين دمج - وهي مصورة عن المطبوعة سنة 1314هـ .

بالمطبعة الميمنية بالقاهرة .

(45) دلائل النبوة للبيهقي .

ابو بكر احمد بن الحسين بن علي بن عبد الله بن موسى الخسروجردي البيهقي .

تحقيق: عبد المعطي امين قلعجي .

القاهرة - دار الريان للتراث سنة 1408هـ .

تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان .

بيروت - دار الفكر سنة 1418هـ .

(46) روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني .
أبو الفضل شهاب الدين السيد محمود بن عبد الله الالوسي البغدادي .
تحقيق وضبط وتنسيق وتصحيح: محمود زهري النجار .
القاهرة - دار القومية العربية للطباعة ، سنة 1964-1969م.

(47) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية .
زين الدين بن نور الدين علي بن احمد الجبعي العاملي، المتوفي سنة 965هـ .
طبع الجزء الاول في مطابع دار الكتاب العربي بمصر سنة 1378هـ .
وطبع الجزء الثاني في بيروت سنة 1379هـ .

(48) روضة الطالبين وعمدة المفتين .
محي الدين يحيى بن شرف ابو زكريا النووي المتوفى سنة 676هـ .
بيروت - لبنان - دار الفكر سنة 1415هـ 1995م.

(49) زاد المسير في علم التفسير .
الامام ابو فرج جمال الدين عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي القرشي البغدادي.
بيروت - المكتب الاسلامي للطباعة والنشر - الطبعة الاولى سنة 1384هـ 1964م.

(50) زاد المعاد في هدي خير العباد .
شمس الدين ابو عبد الله محمد بن ابي بكر الزرعي الدمشقي ، ابن قيم الجوزية سنة 691-
751هـ .

حقق نصوصه ، وخرج احاديثه ، وعلق عليه: شعيب الارنؤوط - عبد القادر الارنؤوط .
بيروت - مؤسسة الرسالة / الكويت - مكتبة المنار الاسلامية الطبعة الثالثة عشر سنة
1406هـ 1986م.

(51) السلطة القضائية وشخصية القاضي .

محمد عبد الرحمن البكر .

مطبعة - الزهراء للاعلام العربي - الطبعة الاولى سنة 1408 هـ ، 1988 م.

(52) سنن ابن ماجة .

ابو عبد الله بن الحسين بن علي البيهقي ، المتوفى سنة 458 هـ .

تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. مصر-دار احياء الكتب العربية- عيسى البابي الحلبي سنة 1952 م.

(53) سنن ابي داود .

الامام الحافظ المصنف المتقن - ابو داود سليمان بن الاشعث السجستاني الازدي .

القاهرة - الدار المصرية اللبنانية سنة 1408 هـ 1988 م.

(54) سنن البيهقي الكبرى .

احمد بن الحسين بن علي بن موسى ابو بكر البيهقي .

تحقيق: محمد عبد القادر عطا. مكة المكرمة - مكتبة دار الباز سنة 1414 هـ 1994 م.

(55) سنن الترمذي .

ابو عيسى محمد بن عيسى بن سورة ، المتوفى سنة 279 هـ .

تعليق: عزت عبيد الدعاس. حمص - مكتبة دار الدعوة سنة 1965 م.

(56) سنن الدار قطني .

علي بن عمر الدار قطني ، المتوفى سنة 385 هـ .

القاهرة - شركة الطباعة الفنية المتحدة سنة 1966 م.

(57) السنن الكبرى .

ابو بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي ، المتوفي سنة 458هـ .
بيروت - دار صادر سنة 1344هـ - 1355هـ .

(58) سنن النسائي .

احمد بن شعيب بن علي ، المتوفي سنة 303هـ .
بيروت - دار احياء التراث العربي سنة 1930م.

(59) شرح أدب القاضي .

برهان الأئمة حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري الخصاف المعروف
بالصدر الشهيد المتوفى سنة 536هـ .
تحقيق: محيي هلال السرحان .
بغداد - مطبعة الارشاد - الطبعة سنة 1397هـ 1977م.

(60) شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك .

الامام سيدي محمد الزرقاني .
دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بدون تاريخ ، صححت هذه الطبعة وروجعت بمعرفة
لجنة من العلماء .

(61) شرح فتح القدير .

محمد بن عبد الواحد السيواسي .
بيروت - دار الفكر - الطبعة الثانية .

(62) شرح قانون الاحوال الشخصية .

الاستاذ الدكتور محمود علي السرطاوي .
عمان - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - الطبعة الاولى سنة 1417هـ 1997م.

63) شرح قانون الاحوال الشخصية .

المحامي الدكتور عثمان التكروري .

عمان - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - الطبعة الاولى سنة 1998م.

64) الشرح الكبير شرح مختصر سيدي خليل .

ابو البركات احمد بن محمد بن احمد الدردير العدوي المالكي المتوفى سنة 1201هـ .

مصر - مطبعة مصطفى محمد سنة 1373هـ .

65) شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير، وأيضاً المختصر المبتكر شرح

المختصر في اصول فقه السادة الحنبلية .

تقي الدين ابو البقاء محمد بن شهاب الدين ابو العباس احمد بن عبد العزيز بن علي بن

ابراهيم الفتوحى .

القاهرة - مكتبة السنة المهدية سنة 1372هـ 1953م.

66) شرح مجلة الأحكام العدلية .

المرحوم - سليم رستم باز اللبناني - من اعضاء شورى الدولة العثمانية سابقاً .

بيروت - دار الكتب العلمية - الطبعة الثالثة سنة 1305هـ .

67) الشروط الصغير، مذيلاً بما عثر عليه من الشروط الكبير .

ابو جعفر احمد بن محمد بن سلامة الازدي الطحاوي ، المتوفى 321هـ .

تحقيق: روجي اوزجان، راجعه واشرف على طبعه: عبد الله محمد الجبوري.

رئاسة ديوان الاوقاف - احياء التراث الاسلامي. بغداد - مطبعة العاني - الطبعة الاولى

سنة 1974م.

(68) صحيح البخاري .

ابو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة بن بردزبة البخاري الجعفي ، المتوفى سنة 256هـ.

تحقيق: مصطفى ديب البغا .

بيروت: دار ابن كثير اليمامة - الطبعة الثالثة سنة 1407 هـ 1987 م .

(69) صحيح مسلم .

ابو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، المتوفى سنة 261 هـ .
بعناية: محمد فؤاد عبد الباقي .

بيروت - دار احياء التراث العربي سنة 1972 م.

(70) عقد التحكيم في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي .

د. قحطان عبد الرحمن الدوري .

بغداد - مطبعة الخلود - الطبعة الاولى سنة 1405 هـ 1985 م.

(71) عمدة الفقه .

عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي .

تحقيق: عبد الله العبدلي - محمد دغيب العتبي .

الطائف - مكتبة الطرفين .

(72) العناية على الهداية شرح فتح القدير.

كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري ، المعروف بابن الهمام الحنفي ،
على الهداية .

شرح بداية المبتدي: تأليف: برهان الدين علي بن ابي بكر المغيناني .

علق عليه وخرج احاديثه ، عبد الرزاق غالب المهدي .

بيروت- لبنان ، منشورات - محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، سنة 1424 هـ سنة
2003 م.

(73) العُرَرُ البُهَيَّةُ في شرح البهجة الوردية.

ابو يحيى زكريا بن محمد بن احمد الأنصاري الشافعي .

والبهجة الوردية: للامام ابو حفص زين الدين عمر بن مظفر بن عُمر بن محمد بن ابي
الفوارس الوردية.

(74) فتح القدير للعاجز الفقير .

كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري الحنفي ، المعروف بابن الهمام
المتوفى سنة 861 هـ .

مصر - المكتبة التجارية الكبرى - مطبعة مصطفى محمد صاحب سنة 1356 هـ.

(75) فتح المعين بشرح قرّة العين .

زين الدين بن عبد العزيز المليباري الفناني .

مطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده بمصر - الطبعة الثانية سنة 1356 هـ 1938 م.

(76) فتح الوهاب .

ابو يحيى زكريا بن محمد بن احمد بن زكريا الانصاري .

بيروت - دار الكتب العلمية - الطبعة الاولى سنة 1418 هـ.

(77) الفروع .

الامام شمس الدين ابو عبد الله بن مفلح المقدسي .

تحقيق: حازم القاضي .

بيروت - دار الكتب العلمية - الطبعة الاولى سنة 1418 هـ .

(78) الفقه الاسلامي وادلته .

د. وهبة الزحيلي .

دمشق - دار الفكر - الطبعة الثالثة سنة 1409 هـ 1989 م .

دمشق - دار الفكر المعاصرة - الطبعة الرابعة - معدل سنة 1418 هـ 1997 م .

(79) الفكر السياسي والحكم في الاسلام .

د. محمد عزيز نظمي سالم .

الناشر - مؤسسة شباب الجامعة الاسكندرية ، (بدون رقم طبعة).

(80) الفواكه الدواني .

احمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي .

بيروت - دار الفكر سنة 1415 هـ .

(81) القاموس المحيط .

مجد الدين محمد بن يعقوب بن ابراهيم الفيروز ابادي .

بيروت - مؤسسة الرسالة - الطبعة الثانية سنة 1407 هـ .

(82) القضايا والاحكام في المحاكم الشرعية .

د. الشيخ احمد محمد علي داود .

دار الثقافة - الطبعة الاولى سنة 1427 هـ 2006 م .

(83) الكافي في فقه ابن حنبل .

عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي .

تحقيق: زهير الشاويش .

بيروت - المكتب الاسلامي - الطبعة الخامسة سنة 1408 هـ 1988 م.

(84) الكافي .

ابو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي .

بيروت - دار الكتب العلمية - الطبعة الاولى سنة 1407 هـ .

(85) كتاب الحضارات .

لبيب عبد الساتر .

مطبعة - لبنان - بيروت - دار المشرق ، سنة 1969 .

(86) الكشف عن قرارات الاستئناف الصادرة عن محكمة الاستئناف الشرعية العليا في

القدس الشريف لعام 1992-1992 .

الطبعة الاولى سنة 1419 هـ .

(87) كشف القناع عن متن الاقناع .

منصور بن يونس بن ادريس البهوتي .

بيروت - عالم الكتب سنة 1403 هـ 1983 م.

(88) كشف الخفاء ومزيل الالباس عما اشتهر من الاحاديث على ألسنة الناس .

اسماعيل بن محمد بن عبد الهادي العجلوني الجراحي الشافعي ، المتوفى سنة 1162 هـ .

بيروت - دار احياء التراث العربي - الطبعة الثالثة سنة 1352-1351 هـ .

(89) كنز العرفان في فقه القرآن .

شرف الدين ابو عبد الله مقداد بن عبد الله بن محمد السيوري الحلي الاسدي ، المتوفى سنة

826هـ .

الناشر - دار الاضواء بالنجف .

(90) لسان العرب .

العلامة ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور .

دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، (صادر للطباعة والنشر) بيروت - لبنان - الطبعة

الاولى ، سنة 1410هـ - 1990م .

(91) المبدع في شرح المقتع .

ابو اسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلي سنة

816 الى 884هـ .

بيروت - المكتب الاسلامي - زهير الشاويش سنة 1400هـ - 1980م .

(92) المبسوط .

شمس الائمة ابو بكر محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي الحنفي المتوفى سنة 483هـ .

بيروت - دار المعرفة - الطبعة الثانية سنة 1331هـ .

(93) مجلة الاحكام العدلية فقه المعاملات في المذهب الحنفي، معها قرار حقوق العائلة، في

النكاح المدني والطلاق / النكاح ، الافتراق .

طبعة مضبوطة ومشكولة ومنسقة ومحبوكة الموارد مع شرح بعض غريبها .

بعناية: عبد الوهاب الجابي .

الجفان والجاني للطباعة والنشر سنة 1424هـ - 2004م .

(94) مجمع الزوائد ومنبع الفوائد .

الحافظ نور الدين علي بن ابي بكر الهيثمي المتوفى سنة 807 هـ .
القاهرة - بيروت - دار الريان للتراث - دار الكتاب العربي سنة 1407 هـ .

(95) المجموع شرح المذهب .

الامام ابو زكريا محي الدين بن شرف النووي المتوفى سنة 676 هـ .
دار الفكر .

(96) مجموعة فتاوى ابن تيمية .

شيخ الاسلام تقي الدين ابن تيمية الحراني ، المتوفى سنة 728 هـ .
دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، طبعة منقحة ومصححة سنة 1403 هـ 1983 م .

(97) مجموع فتاوى شيخ الاسلام احمد ابن تيمية .

شيخ الاسلام احمد بن تيمية .
بدون رقم طبعة - جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم ، بمساعدة ابنه محمد .

(98) المحرر في الفقه .

عبد السلام بن عبد الله بن ابي القاسم بن تيمية الحراني .
الرياض - مكتبة المعارف - الطبعة الثانية سنة 1404 هـ .

(99) المحلى .

ابو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري ، المتوفى سنة 456 هـ .
تحقيق: الشيخ احمد محمد شاكر .
بيروت - المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع سنة 1969 م .

100) المحيط في اللغة .

الصاحب اسماعيل بن عباد .

تحقيق: الشيخ محمد حسن آل ياسين .

بيروت عالم الكتب - الطبعة الاولى سنة 1414 هـ 1994 م .

101) مختار الصحاح .

محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي .

بيروت - دار الكتاب العربي - الطبعة الاولى سنة 1979 م.

102) مختصر خليل .

خليل بن اسحاق بن موسى المالكي .

تحقيق: احمد علي حركات .

بيروت - دار الفكر سنة 1415 هـ .

103) مختصر المزني .

الامام ابو ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزني الشافعي ، المتوفى سنة 246 هـ .

مطبوع بهامش الام للشافعي في الاجزاء 1-5 .

مصر - كتاب الشعب سنة 1968 م.

104) المدخل الفقهي العام .

مصطفى احمد الزرقاء .

دمشق - مطابع الف باء الاديب - الطبعة التاسعة منقحة ومزينة ، مذيلة بفهارس عديدة

وفهرس ابجدي - سنة 1967-1968 م .

105) المدونة الكبرى .

الامام مالك بن انس .

بيروت - دار صادر - بدون رقم .

(106) المرعي في القانون الشرعي .

د. منقار ناطور .

القدس الشريف - طبعة ثانية مزيده ومنقحة سنة 1417 هـ - 1997 م .

(107) المستدرك على الصحيحين .

الحافظ ابو عبد الله الحاكم النيسابوري محمد بن عبد الله ، المتوفى سنة 405 هـ .

حلب - مكتب المطبوعات الاسلامية .

(108) مسند الامام احمد بن حنبل ، المتوفى سنة 241 هـ .

بيروت - المكتب الاسلامي ودار صادر سنة 1969 م .

(109) مسند البزار .

ابو بكر احمد بن عمرو بن عبد الخالق البزار .

تحقيق: د. محفوظ الرحمن زين الله .

بيروت - المدينة - مؤسسة علوم القرآن - مكتبة العلوم والحكم - الطبعة الاولى سنة

1409 هـ .

(110) مشكل الآثار .

أبو جعفر بن محمد سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف

بالطحاوي سنة 321-229 هـ .

(111) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي .

احمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي .

بيروت - المكتبة العلمية ، بدون تاريخ .

(112) المصنف .

ابو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، المتوفى سنة 211 هـ .
تحقيق وتخريج وتعليق: حبيب الرحمن الاعظمي .
من منشورات المجلس العلمي في الهند .
بيروت - مطابع دار القلم - الطبعة الاولى سنة 1970-1972 م .

(113) المصنف .

عبد الله بن محمد بن ابي شيبه ابراهيم بن عثمان بن ابي بسكر بن ابي شيبه الكوفي العبسي
المتوفى سنة 235 هـ .
مكتب الدراسات والبحوث - بيروت - دار الفكر سنة 1409 هـ 1988 م .
ضبطه وعلق عليه: الاستاذ سعيد اللحام .

(114) مطالب اولي النهى في شرح غاية المنتهى .

مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الرحيباني الدمشقي ، المتوفى سنة 1243 هـ .
دمشق - منشورات المكتب الاسلامي - الطبعة الاولى سنة 1961 م .

(115) معجم اللغة .

ابو الحسين احمد بن فارس بن زكريا .
تحقيق: عبد السلام هارون .
القاهرة - مكتبة الخانجي - الطبعة الثالثة سنة 1402 هـ .

(116) معجم المطبوعات العربية والمعربة .

يوسف اليان سركييس .
منشورات - مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي سنة 1339 هـ 1919 م .

117) معرفة السنن والآثار عن الامام ابي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي: مخرج على

ترتيب مختصر ابي ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزني .

تصنيف: ابو بكر احمد بن حسين بن علي البيهقي .

تحقيق: سيد كسروي .

بيروت - لبنان - دار الكتب العلمية ، سنة 1412 هـ ، سنة 1991 م .

118) المغني .

موفق الدين ابو محمد عبد الله بن احمد بن محمد ابن قدامة .

بيروت - دار الكتاب العربي سنة 1392 هـ .

119) مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج .

شمس الدين محمد بن احمد الشربيني الشافعي الخطيب المتوفى سنة 977 هـ .

بيروت - لبنان - دار الفكر سنة 1415 هـ 1995 م .

120) المقدمات الممهדות لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الاحكام الشرعية

والتحصيلات المحكمات الشرعية لامهات مسائلها المشكلات .

ابو الوليد محمد بن احمد بن رشد المتوفى سنة 520 هـ .

بيروت - دار صادر - الطبعة الاولى سنة 1323 هـ .

121) منار السبيل .

ابراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان .

تحقيق: عصام القلعي .

الرياض - مكتبة المعارف - الطبعة الثانية سنة 1405 م .

- (122) المنتقى شرح موطأ الامام مالك .
القاضي ابو الوليد سليمان بن خلف الباجي الاندلسي ، المتوفى سنة 474هـ .
مصر - مطبعة السعادة - الطبعة الاولى سنة 1331-1332هـ .
- (123) منهاج الطالبين وعمدة المفتين .
مُحي الدين يحيى بن شرف أبو زكريا النووي .
بيروت - دار المعرفة - بدون تاريخ.
- (124) المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج - المسمى اختصاراً شرح صحيح مسلم .
الامام محيي الدين ابو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي .
بيروت - دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع - الطبعة الاولى سنة 1414هـ 1994م .
بيروت - دار احياء التراث العربي - الطبعة الثانية سنة 1392م.
- (125) المنهل الصافي والمستوفى بعد الوافي .
ابو المحاسن يوسف بن تغري بردي الاتاكي ، المتوفى سنة 874هـ .
تحقيق: احمد يوسف نجاتي . مطبعة دار الكتب المصرية - الطبعة الاولى سنة 1956م.
- (126) المهذب في فقه مذهب الامام الشافعي رضي الله عنه .
ابو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي الشيرازي ، المتوفى سنة 476هـ .
مطبعة عيسى البابي الحلبي بمصر .
- (127) موارد الظمان الى زوائد ابن حبان .
نور الدين علي بن ابي بكر الهيثمي .
حققه وخرج نصوصه: حسين سليم اسد الداراني .
دمشق: دار الثقافة العربية ، سنة 1411-1413 هـ ، سنة 1990-1992 م.

(128) مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل .
ابو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب المتوفى
سنة 954هـ .

بيروت - دار الفكر - الطبعة الثانية سنة 1398هـ .
مصر - مطبعة السعادة سنة 1329هـ .

(129) الموسوعة الفقهية الميسرة .
محمد رواس قلعة جي .
بيروت - دار النفائس - الطبعة الاولى سنة 1421هـ - 2000م .

(130) الموطأ .
الامام مالك بن انس الاصبجي ، المتوفى سنة 179هـ .
مصر - المكتبة التجارية الكبرى .

(131) الهداية شرح البداية .
علي بن ابي بكر بن عبد الجليل المرغيناني .
بيروت - المكتبة الاسلامية .

(132) نهاية الارب في فنون الادب .
شهاب الدين ابن عبد الوهاب النويري .
وزارة الثقافة والارشاد القومي ، المؤسسة المصرية العامة للتاليف والنشر سنة 1963م .

(133) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج .
شمس الدين محمد بن ابي العباس شهاب الدين احمد بن حمزة الرملي ، المنوفي المصري
الانصاري ، الشهير بالشافعي الصغير ، المتوفى سنة 1004هـ .
مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده بمصر سنة 1938م .

134) الواضح في شرح قانون الاحوال الشخصية الاردني .

د. عمر سليمان الاشقر .

دار النفائس للنشر والتوزيع - الاردن - طبعة مزيده ومنقحة - الطبعة الثانية سنة 1421هـ - 2001م.

135) الوافي بالوفيات .

صلاح الدين خليل بن ابيك الصفدي ، المتوفى سنة 764هـ .

باعثناء: هلموت ديتر .

دار النشر: فرانز شتاينر فيسبادن - الطبعة الثانية سنة 1961م .

136) الوجيز في التحكيم - شروطه اقسامه إجراءاته احكامه شرعاً وقانوناً بحث مقارنة .

المؤمن حسين .

بيروت - مطبعة الفجر سنة 1977م .

137) الوسيط .

ابو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي .

تحقيق: احمد محمود ابراهيم - محمد محمد تامر .

القاهرة - دار السلام - الطبعة الاولى سنة 1417هـ .

138) وفيات الاعيان وانباء ابناء الزمان .

ابو العباس شمس الدين احمد بن محمد بن ابي بكر بن خلكان .

تحقيق: احسان عباس .

بيروت - دار صادر سنة 1900م .

فهرس الموضوعات

4	* المقدمة
17	* خطة البحث
20	* التمهيد: التطور التاريخي للتحكيم
24	* الفصل الأول: التحكيم: مشروعيته وأنواعه وشروط وأركانه وفيه أربعة مباحث
25	المبحث الأول: تعريف التحكيم لغة واصطلاحاً
32	المبحث الثاني: الفرق بين التحكم والقضاء والحسبة والتوكيل. ومنزلة التحكيم بين طرق فض النزاع
38	المبحث الثالث: مشروعية التحكيم
45	المبحث الرابع: أنواع التحكيم ومجالاته في الشريعة الإسلامية
53	المبحث الخامس: شروطه وأركانه

56

* الفصل الثاني

الحكم ماهيته وأهميته وشروطه وصلاحياته وصفة حكمه

57 المبحث الأول: من هو الحكم؟، وما هي صفته؟، وهل هو حاكم أم وكيل أم شاهد؟

60 المبحث الثاني: شروط الحكم

72 المبحث الثالث: أهمية الحكم وصفة حكمه

76

* الفصل الثالث

بيان أساليب الاسلام في علاج الخلافات الزوجية

78 المبحث الأول: تعريف النشوز وممن يكون؟ وهل المقصود بالفاحشة المبيّنة

(الا أن يأتين بفاحشة مبيّنة) الزنا أم النشوز؟

89 تعريف اصطلاح "النزاع والشقاق"

90 المبحث الثاني: سلطة التأديب

94 المبحث الثالث: اللجوء الى التحكيم

* الفصل الرابع: التحكيم بين الزوجين

97 المبحث الأول: دعوى النزاع والشقاق، تحتاج الى بيئة

100 المبحث الثاني: الاحكام الفقهية المتعلقة بالتحكيم بين الزوجين

100 المطلب الأول: بعث الحكمين

103 المطلب الثاني: باعث الحكمين، وما يفعلانه بعد تنصيبهما

117 المطلب الثالث: حكمة كونهما من الاهل، وشروطهما

- 121 المبحث الثالث: تفريق الحكمين بين الزوجين
- 121 المطلب الأول: هل تفريق الحكمين طلاق بائن ام فسخ؟
- 125 المطلب الثاني: المفاوضة على المخالعة قبل الدخول وبعده
- 129 المطلب الثالث: غياب احد الحكمين او اذا غلب على عقله
- 130 المطلب الرابع: الإغماء والجنون والغياب للزوجين او احدهما
- 132 المطلب الخامس: العجز والاختلاف وفعل القاضي حيال ذلك

134

* الفصل الخامس

تطبيقات التحكيم في المحاكم الشرعية (وبخاصة بين الزوجين)

136

المبحث الأول:

- إجراءات التحكيم ونصه شرعاً وقانوناً في المحاكم الشرعية

في فلسطين المحتلة عام 48 والضفة الغربية

136

المطلب الأول: نص مادة التحكيم في المحاكم الشرعية

140

المطلب الثاني: المقارنة بين القانون الأردني وقرار حقوق العائلة

141

المبحث الثاني:

الحكمان تعيينهم وعزلهم وأجرهم

141

المطلب الأول: هل يجوز عزل الحكمين وتعيين بدل منهم؟

143

المطلب الثاني: من المخول باجراء العزل والتعيين؟

144

المطلب الثالث: هل يجوز للحكم أن يتقاضى أجراً على عمله؟

148

* الخاتمة

150

* التوصيات

151

* الملاحق

174

* فهرس المصادر والمراجع