موقف الفقه الإسلامي

من تنفيذ الأحكام الأجنبية قضاءً وتحكيماً وشروطه*

تمهيد

إن الأحكام المقررة في الشريعة الإسلامية ذات الصلة بمسائل القضاء والتحكيم ترتبط ارتباطاً وثيقاً بحال قوة الدولة الإسلامية، سواء كان النزاع محصوراً بين مسلمين، أو بين مسلم وغير مسلم، أو بين غير المسلمين القاطنين في بلد إسلامي أو فيما يسمى بدار الإسلام. وهذه الأحكام تتفق مع الأصل أو القاعدة العامة في التشريع الإسلامي.

فإن كان المسلمون في حال ضعف، أو كانوا متفرقين فرقاً كثيرة ودولاً متعددة، أو في حال تطبيق القوانين الوضعية التي تسوي بين المواطنين مسلمين وغيرهم، أو عدم وجود محكمة عدل إسلامية، فيكون

---

* مقدم لندوة التحكيم في الشريعة الإسلامية دبي - الإمارات، ٢٠-٢١ تشرين الأول (أكتوبر) ٢٠٠١م، مركز التحكم التجاري لدول مجلس التعاون لدى الخليج العربية التابع لغرفة تجارة وصناعة دبي.

obeikandl.com

للتحكيم أو القضاء في الظرف الاستثنائي قواعد وضوابط أخرى تنسجم مع حالة الاستثناء، وهذا ينطبق على وضعنا الحاضر وحالتنا الراهنة، في مظلة الضرورات أو الحاجات التي لها حكم الضرورة.

ومنطق البحث وهو «موقف الفقه الإسلامي من تنفيذ الأحكام الأجنبية قضاءً وتحكيماً وشروطه» يقتضي التعرض لما يأتي:

- تعريف القضاء والتحكيم والفرق بين القاضي والمحكَّم.
- أنواع التحكيم ومجالاته.
- مدى لزوم الحكم القضائي وحكم المحكَّمين.
- مدى مشروعية قضاء وتحكيم غير المسلمين (آراء الفقهاء المختلفة).
- شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة من المحاكم أو هيئات التحكيم.
- موقفنا من التحكيم التجاري الحديث.
- حقيقة التحكيم التجاري المعاصر.
- حالات رد حكم المحكّم أو القاضي وعدم تنفيذه (الطعن في الحكم).

تعريف القضاء والتحكيم والفرق بين القاضي والمحكَّم

إن فض الخصومات بين الناس وإنهاء المنازعات، على أساس من الحق والعدل والمساواة وتحديد صاحب الحق، يعتمد على طرق أهمها ثلاثة:

obeikandl.com

١ - **الصلح**: وهو الاتفاق الاختياري القائم على التراضي لإنهاء المنازعة وتصفية الخلاف بالطرق الودية، وهو مشروع لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا﴾ [الحجرات: ٤٩/٩]، وقوله سبحانه: ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ٤/١٢٨][(١)]، وقوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرَّم حلالاً أو أحل حراماً»[(٢)].

٢ - **القضاء**: وهو فصل الخصومة بين خصمين فأكثر، بحكم الله تعالى[(٣)] أو هو تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الخصومة. وهو مشروع لقوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٥/٤٩] وقوله: «إذا حكم الحاكم فاجتهد، فأصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد، فأخطأ فله أجر واحد»[(٤)].

٣ - **التحكيم**: تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما[(٥)]، وهو مشروع لقوله تعالى في تقدير جزاء الصيد المقتول في حرم مكة: ﴿يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [المائدة: ٥/٩٥] وقوله سبحانه في التحكيم بين الزوجين: ﴿فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ﴾ [النساء: ٤/٣٥]، وتحكيم الرسول ﷺ سعد بن معاذ في بني قريظة[(٦)] وغير ذلك من الوقائع. ومن

---

(١) بعلها: أي زوجها.

(٢) رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وزاد: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرّم حلالاً أو أحل حراماً» من حديث عمرو بن عوف، قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(٣) مغني المحتاج ٤/ ٣٧٢.

(٤) رواه الجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) إلا الترمذي عن عمرو بن العاص رضي الله عنه.

(٥) الدر المختار مع رد المحتار ٤/ ٣٤٧، دار الكتب العلمية.

(٦) إرشاد الساري شرح صحيح البخاري لابن المنير ٥/ ١٦٢، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٨/ ٧٤٦، ط الشيخ محمد بن راشد آل مكتوم.

أشهرها التحكيم الذي جرى بين علي ومعاوية في واقعة صِفِّين[١].

وهناك فروق كثيرة بين القضاء والتحكيم منها[٢] :

١ - أن القضاء سلطة إلزامية مفروضة من الدولة أي إنه ولاية كالإمارة والإمامة، والتحكيم يتم برضا الخصمين.

٢ - أن سلطة القضاء تتناول الحكم في كل شيء من المنازعات المدنية والتجارية والجنائية ومنها الحدود والقصاص، أما التحكيم فلا يصح في حق الله تعالى كالحدود والقصاص.

٣ - أن سلطة القضاء دائمة ما لم يعزل القاضي من الدولة، أما سلطة التحكيم فهي مؤقتة ويجوز للمحكِّمين عزل المحكَّم بعد اختياره.

يترتب على هذا أن منصب القاضي أعلى رتبة من منصب المحكَّم، وأن صلاحية القاضي أوسع، فله الحبس والإلزام واستيفاء ما حكم به، وليس للمحكَّم ذلك. وأن للقاضي النظر في جميع القضايا التي ينظر فيها القاضي، والاجتهاد شرط في القاضي، وليس شرطاً في المحكَّم.

هذه الفروق ترشد إلى ما يترتب على كل منهما من آثار، وإن كانا يتفقان في شروط الأهلية، والإلزام بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، ومن أهم هذه الأحكام، الحكم بمقتضى قواعد العدل والحق والإنصاف، دون تحيز لأحد الخصمين على حساب الآخر، وكون كل منهما مأمونين ثقتين، قال ابن العربي: لا خلاف في اشتراط كون الحكمين مأمونين، فلا يبعث القاضي أو الجماعة المسلمة الحكمين إلا مأمونين برضا الزوجين وتوكيلهما للحكمين أن يجمعا أو يفرِّقا إذا رأيا ذلك[٣].

---

(١) تاريخ الطبري ٥/ ٤٨.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ١٩٣، دار المعرفة، البحر الرائق لابن نجيم ٧/ ٢٧، دار المعرفة، بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ٣، دار الكتب العلمية.

(٣) أحكام القرآن ١/ ٤٢٢.

أنواع التحكيم ومجالاته:

التحكيم المعاصر في القوانين الوضعية نوعان بحسب توافر حرية الإرداة وعدمها وهما: الاختياري والإجباري[١]:

١ - **التحكيم الاختياري**: هو أن يكون للخصوم الخيار بين اللجوء إلى القضاء العادي، أو عرض النزاع على التحكيم. وحالاته كثيرة منها:

أ - تحكيم العمل: وهو المختص بحسم المنازعات التي تحدث بين العمال وبين أصحاب العمل، وهواختياري في إنكلترا وأمريكا والعراق، وإلزامي في فرنسة وألمانية.

ب - التحكيم التجاري الدولي: وهو المتعلق بحسم المنازعات الخاصة بالتجارة الدولية، وهو محل البحث.

ج - التحكيم في المنازعات البحرية: وهو الذي يلجأ إليه لحسم المنازعات الناشئة عن النقل البحري، وهذا تابع للبحث لتعلقه بشؤون التجارة.

٢ - **والتحكيم الإجباري**: وهو الالتزام مقدماً بإحالة أي نزاع قد ينشأ في المستقبل على التحكيم. ويتم في حالتين:

أ) أن تقرر الدولة أنه لا يجوز إطلاقاً اللجوء إلى القضاء.

ب) أو تقرر أنه لا يجوز التقاضي إلا بعد عرض النزاع على هيئة تحكيم.

ويلاحظ أن التحكيم في المنازعات الدولية أصبح منذ القرن الماضي وفي عصرنا إلزامياً يقوم على أساس معاهدة توجب حسم المنازعات بالتحكيم.

---

(١) عقد التحكيم د. قحطان الدوري: ص٧١.

وأما مجالات التحكيم الجائزة وغير الجائزة أو المحكوم به في الفقه الإسلامي: ففيها آراء يمكن تلخيصها في اتجاهين:

اتجاه الحنفية والمالكية والشافعية الراجح، واتجاه الحنابلة المعتمد.

وأما **الاتجاه الأول**[١] فهو أنه يجوز التحكيم في الأموال والعقود والديون والزواج والنفقة ونحوها لأن الخصمين ارتضيا بأن يحكم بينهما المحكم، ويجوز التوكيل في ذلك، ولا يجوز في الحدود والقصاص[٢]، لأن الإمام هو المتعين لاستيفائها فيكون في التحكيم افتيات على الإمام الحاكم، ولأن حكم الحكم بمنزلة الصلح، وهذه لا تجوز بالصلح، فلا تجوز بالتحكيم، ولأن المحكِّمين لا يملكان إباحة دمهما، فلا يجوز حكم المحكَّم فيهما ولأن في التحكيم شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات، ولأن التحكيم تفويض، والتفويض يصح بما يملك المفوِّض فيه بنفسه، ولا يصح فيما لا يملك كالتوكيل، ولأن حدود الله تعالى ليس لها طالب معين، ولأن هذه الحدود لا تسمع فيها الدعوى عند القاضي، فكيف عند المحكَّم؟! وهذه حجج قوية ومعقولة.

وقد نص الحنفية على جواز التحكيم في تضمين السرقة، لأنه مال. ونص الشافعية على جواز التحكيم في ثبوت هلال رمضان، فإذا حكم المحكَّم به، وجب الصوم على من رضي بحكمه دون غيره، لكن لا يجوز

---

(١) البدائع ٧/ ٣، دار الكتب العلمية - بيروت. البحر الرائق ٧/ ٢٦، دار الكتب العلمية، فتح القدير ٦/ ٤٠٨ دار إحياء التراث العربي، بيروت. رد المحتار ٤/ ٣٤٨، دار الكتب العلمية. نهاية المحتاج ٨/ ٢٣٠ وما بعدها، المكتبة الإسلامية بمصر سنة ١٩٣٩، مغني المحتاج ٤/ ٣٧٩ دار الفكر - بيروت. الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/ ١٣٦، دار الفكر - بيروت، الخرشي ٧/ ١٤٥، دار صادر - بيروت.

(٢) وألحق الماوردي بحقوق الله تعالى الولاية على اليتيم وإيقاع الحجر على مستحقه، فهما مما اختص القضاء بالإجبار عليه.

التحكيم في الطلاق والعتق عند أصحاب هذا الاتجاه، لما فيه من حق الله تعالى، إذ لا يجوز أن تبقى المطلقة والبائن في العصمة، ولا أن يرد العتيق إلى الرق وإن رضي.

ولا يجوز التحكيم في اللعان، لخطورته، فيناط بنظر القاضي ومنصبه. ولأن اللعان يتعلق به حق الولد في نفي نسبه من أبيه، فقد ينفيه الحكَم، وليس له ولاية على تقرير مصير الولد.

وعبارة المالكية: أن التحكيم يقع فيما ليس من اختصاص القضاء العادي وعدُّوا ما يختص به القضاء وهو ثلاثة عشر موضعاً وهي: الرشد، وضده، والوصية، والوقف، وأمر الغائب، والنسب، والولاء، والحد، والقصاص، ومال اليتيم، والطلاق، والعتق، واللعان. فلا يجوز التحكيم في هذه الأحوال لتعلق الحق فيها بغير الخصمين: إما لله تعالى كالحدود، وإما لآدمي معين كاللعان والنسب، فلا يجوز فيها التحكيم لاستلزامها إثبات حكم أو نفيه عن غير المتحاكمين، ومن عدا هذين المتحاكمين، لم يرض بحكم هذا الحكم.

وأما **الاتجاه الثاني**[1] وهو للحنابلة في ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله: فهو أنه ينفذ حكم المحكَّم في كل ما ينفذ فيه حكم من ولاه الإمام أو نائبه، حتى في الدماء والحدود والنكاح واللعان وغيرها، وحتى مع وجود قاض، لأن المحكم كالقاضي، كل منهما يقضي في كل شيء، أي إن المحكم كقاضي الإمام الذي ينفذ حكمه في جميع الأحكام.

والذي أراه هو ترجيح وجهة نظر الاتجاه الأول، لأن ما أجازوا التحكيم فيه من الأموال والعقود المالية وجميع المسائل التجارية مشروع

---

(١) الكافي في فقه الحنابلة ٤/ ٢٨٠ دار الفكر - بيروت، كشاف القناع ٦/ ٣٠٨ عالم الكتب - بيروت. الإنصاف للمرداوي ١١/ ١٩٨ دار إحياء التراث - بيروت. المغني والشرح الكبير ١١/ ٤٨٤، مطبعة المنار بمصر سنة ١٣٤٨هـ.

لرعاية المصلحة الخاصة، ولصاحب هذه المصلحة استيفاء حقه فيها أو إسقاطه، فجاز فيه التحكيم.

وما لم يجيزوا فيه التحكيم من حدود أو حقوق الله تعالى والقصاص أو مما لا يجوز الصلح فيه، فهي مشروعة لرعاية المصلحة العامة، فلا يملك أحد إسقاطها، وليس له الاختيار في استيفائها أو العفو عنه والإبراء منها. وقد تبين أن في الطلاق حقاً لله تعالى، فلا يملك أحد إعادة المطلقة البائن إلى زوجها، وذلك متوقف على التراضي بعقد جديد إن جاز إبرامه كالبائن بينونة صغرى، ولا يجوز في البائن بينونة كبرى. ولكن في حال تسوية الخلافات الزوجية والإصلاح بين الزوجين أو التفريق بينهما يجوز للحكمين الجمع والتفريق بين الزوجين، سواء رضيا بذلك أو لم يرضيا أخذاً برأي جماعة من الصحابة والتابعين (عثمان وعلي وابن عباس ومعاوية)[1] وهو قول للشافعي ورواية عن أحمد، لأن الحكمين قاضيان لا وكيلان ولا شاهدان، وهو إعمال لنص الآية: ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ﴾ [النساء: ٤/ ٣٥].

مدى لزوم الحكم القضائي وحكم المحكمين

من المعلوم أن الحكم القضائي إذا صدر من المحكمة أو القاضي، واكتسب الدرجة القطعية باستنفاد فرص الطعن فيه، صار ملزماً، ويتمتع الحكم الصادر بالقوة الملزمة، ويجب تنفيذه، ويحق لمن صدر الحكم لصالحه وضع الحكم في دائرة التنفيذ وإلزام خصمه به، وهذا نابع من طبيعة أحكام القضاء، وكفالة الدولة توفير الاحترام والحماية لها، وإن لم يرض به المحكوم عليه أو عزل القاضي بعد صدور الحكم.

---

(١) تفسير القرطبي ٥/ ١٧٦.

وكذلك حكم المحكم لازم يجب تنفيذه واحترامه، ويتعين احترامه وإنفاذه، دون توقف على رضا الخصمين مؤخراً لرضاهما السابق بإلزامه لهما، ويبقى هذا الحكم حتى ولو غاب الحكَم أو أغمي عليه أو حبس أو سافر، لأن حكمه صدر عن ولاية شرعية على الخصمين، كالقاضي إذا حكم لزم حكمه، ولأنه لو لم يكن حكم المحكم لازماً، لفقد التحكيم غايته أو معناه، ولما كان للترافع إليه معنى. وقد عرف هذا في السنة النبوية حين رضي النبيﷺ بحكم سعد بن معاذ في تحكيمه بشأن بني قريظة، وتثبت سعد سلفاً من لزوم الحكم المحكوم به على هؤلاء وعلى النبي ذاته.

ولقولهﷺ: «من حكم بين اثنين تحاكما إليه، وارتضيا به، فلم يعدل بينهما بالحق فعليه لعنة الله»[(١)]. وهو دليل على أن حكم المحكم يلزم الخصمين، بسبب هذا الوعيد، فهو دليل على لزوم حكمه، وإلا لما استحق المحكَّم هذا الذم والتهديد بالطرد من رحمة الله، ولأن التحكيم ليس أقل من الصلح، وبعد تمام الصلح لا يملك أحد المتصالحين الرجوع عنه.

ويترتب على ذلك أنه لا يشترط رضا الخصمين بعد صدور الحُكْم، وإنما ينفذ على المتحاكمين ويلزمهما، وليس لأحد الرجوع عن تحكيمه، وهذا باتفاق المذاهب الثمانية[(٢)].

---

(١) ذكره الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ١٨٥، ط مصر ١٣٨٤هـ.

(٢) المبسوط ١٦/ ١١١، مطبعة السعادة بمصر. الفتاوى الهندية ٥/ ٣٩٧ . البدائع ٧/ ٣ مطبعة الإمام بمصر. الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/ ١٣٦. بداية المجتهد ٢/ ٤٥٢ مطبعة الاستقامة. مغني المحتاج ٤/ ٣٧٩ دار الفكر - بيروت. المهذب ٢/ ٢٩١ دار الفكر. المغني والشرح الكبير ١١/ ٤٨٣ وما بعدها. المحلى ٩/ ٤٣٥، م ١٨٠٧. الروضة البهية ١/ ٣٧. الخلاف للطوسي ٣/ ٤٢٢. البحر الزخار ٦/ ١١٤.

مدى مشروعية قضاء وتحكيم غير المسلمين

اتفق فقهاؤنا على اشتراط شروط واحدة تقريباً في القاضي والمحكَّم، لاتفاق القضاء والتحكيم في مهمة أساسية وصفة جوهرية وهي: إقامة الحق والعدل وإنصاف الخصوم، وصلتهما بأحكام الشريعة الإسلامية التي لها الحاكمية، وضرورة التطبيق، ووجوب التنفيذ على المجتمع الإسلامي في دار الإسلام، التي تطبق فيها هذه الأحكام (إقليمية الشريعة) على المسلمين والمعاهدين الذميين (أهل الذمة، أي العهد والأمان) لأن دار الإسلام: تعني كون السلطة فيها للمسلمين، وتنفيذ أحكام الإسلام فيها.

وهذه الشروط في كل من القاضي والحاكم مشروطة لتحقيق غاية واحدة ومقصد واحد وهو ما ذكرته.

أما شروط القاضي أو القضاء فهي عشرة[١] : الإسلام، والحرية، والذكورة، والتكليف، والعدالة، والبصر، والسمع، والنطق، والكتابة، والعلم بالأحكام الشرعية، وهذا هو المقرر في المذاهب الأربعة.

وهذا يعني أن الكافر والعبد والمرأة والصبي ومثله المجنون ليسوا في شريعتنا من أهل القضاء، وإن ولّوا لم تنعقد ولايتهم ولا أحكامهم.

وكذلك الفاسق[٢] لا تصح ولايته، ولا ينفذ حكمه، ولا يقبل قوله، لأنه لا تقبل شهادته، فعدم قبول حكمه أولى، فلو ولاّه الإمام أو نائبه أو

---

(١) أدب القضاء وهو الدرر والمنظومات في الأقضية والأحكام لابن أبي الدم الحموي (ت٦٤٢هـ) ص٧٠، ط دار الفكر بدمشق. الدر المختار ورد المحتار ٥/ ٣٦٥، ٣٥٤، ط بولاق بمصر. القوانين الفقهية: ص٣٢٣ ط بيروت، مغني المحتاج ٤/ ٣٧٥،ط البابي الحلبي. منتهى الإرادات ٢/ ٥٧٦، دار العروبة بمصر.

(٢) ضابط الفسق المانع من تولية القضاء: هو ارتكاب المحرَّمات المتفق عليها، أو التي يعتقدها المكلف حراماً، ويرتكبها تتبّعاً شهوات نفسه.

ذو الشوكة (السلطة) فحكم بين الناس على فسقه، لم تنفذ أحكامه قطعاً، بغير خلاف، لكن قال الغزالي: ويعصي السلطان بتفويض القضاء إلى الفاسق والجاهل، ولكن بعد أن ولاّه، فلابد من تنفيذ أحكامه للضرورة.

ولا يصح تقليد الأعمى القضاء، ولا الأصم إن كان بحيث لا يسمع أصلاً، فإن كان بحيث يسمع لو أُسمع، صحت توليته، ولا الأخرس وإن كانت إشارته مفهومة، ولا الأمي وهو الذي لا يحسن الكتابة، ولا الجاهل بالأحكام الشرعية.

واشترط جمهور الفقهاء (غير الحنفية) أن يكون القاضي بالغاً رتبة الاجتهاد: وهو أن يكون عالماً بالكتاب والسنة والإجماع والقياس وأقاويل الناس ولسان العرب.

واشترط فقهاؤنا في المحكَّم: أن يكون حراً، عاقلاً، مقبول الفتوى، عالماً بالشريعة، والضابط فيه أن يكون على صفة يجوز للإمام أن يوليه القضاء مطلقاً[١]، وهو مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والمازري من المالكية[٢]. بل هو باتفاق المذاهب الأربعة، فإذا لم تتوافر هذه الشروط في القاضي أو المحكَّم، كان الحكم الصادر باطلاً، والباطل لا ينفذ، إلا إذا أخذنا برأي الغزالي المتقدم المتضمن أنه لابد من تنفيذ الأحكام الصادرة إذا اختل شرط من الشروط للضرورة.

والذي يهمنا من هذه الشروط المتفق عليها في القضاء والتحكيم فيما يتعلق بالأحكام الأجنبية، أي كون الحكم الصادر من قاض غير مسلم أو محكّم غير مسلم هو: شرط الإسلام، وما يترتب على انتفائه.

---

(١) أدب القضاء، المرجع السابق: ص١٧٨.

(٢) فتح القدير ٥/ ٤٩٩، ط مصطفى محمد. مغني المحتاج ٤/ ٣٧٨، ط البابي الحلبي. مطالب أولي النهي ٦/ ٤٧١ ط المكتب الإسلامي بدمشق. الحطاب ٦/ ١١٢، مطبعة السعادة بمصر.

ولابد من إيراد آراء الفقهاء تفصيلاً في هذا الموضوع، لأنه موضع البحث، وهذا يشمل تحكيم الكافر، وتحكيم الذمي، وتحكيم المرتد.

أ - تحكيم الكافر:

ذهب الحنفية والمالكية[١]: إلى أنه لا يجوز تحكيم الكافر إن حكَّمه المسلمون، وإذا حكم لم ينفذ حكمه، وإن وافق الصواب، وإذا حكم ولم يصب، فعليه الضمان، كما لو قَتَل (حكم بالقتل) شخصاً، تكون الدية على عاقلته (أي عصبته) وإذا ترتب على الحكم إتلاف مال، كان الضمان في ماله.

لكن أجاز الحنفية تحكيم الكافر في حق الكافر، لأنه أهل للشهادة في حقه، وكذا يجوز تقليده القضاء بين أهل الذمة.

وكذلك نص الشافعية[٢] على عدم جواز تحكيم الكافر، ولو في خصم كافر. لكن إذا حكم وجب تنفيذ حكمه على رأي أبي حامد الغزالي، كما تقدم.

واشترط الحنابلة[٣] في المحكَّم الإسلام والعدالة، والكافر غير أهل للقضاء الذي يستلزم العدالة.

يفهم من هذا أن المذاهب الأربعة بل وغيرها متفقة على بطلان تعيين

---

(١) تبيين الحقائق، دار المعرفة - بيروت ٤/ ١٩٣. فتح القدير ٥/ ٤٩٩. الفتاوى الهندية ٥/ ٣٩٧. البحر الرائق ٧/ ٢٥. دار المعرفة - بيروت، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤/ ١٣٥ وما بعدها المكتبة التجارية بمصر. الخرشي ٧/ ١٤٥، دار صادر - بيروت.

(٢) حاشية قليوبي وعميرة على شرح المحلي للمنهاج ٤/ ٢٩٨، ط عيسى البابي الحلبي.

(٣) كشاف القناع ٦/ ٣٠٩ عالم الكتب - بيروت. الإنصاف للمرداوي ٦/ ٤٧٢ ط بيروت. مطالب أولي النهى ٦/ ٤٧٢، ط المكتب الإسلامي، دمشق.

غير المسلم في القضاء والتحكيم، وهذا هو الأصل أو القاعدة العامة وهو ألا يحكَّم في المسلمين غير المسلم، لأن التحكيم قضاء، ولا يجوز أن يتقاضى المسلمون أمام قاض غير مسلم، لأن القضاء ولاية وسلطة، ولا ولاية لغير المسلم على المسلمن لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٤/ ١٤١].

لكن لابد - كما قال الغزالي من تنفيذ حكم القاضي أو المحكم غير المسلم للضرورة، ونظراً لعدم وجود محكمة عدل إسلامية يحتكم إليها، ولأن مقتضى الضرورة أحياناً تفضي باللجوء إلى تحكيم غير المسلمين في بعض القضايا استثناء لحالات خاصة، سواء في المسائل التجارية وغيرها كنزاعات الحدود بين دولتين إسلامية، كما حدث في التحكيم بين قطر والبحرين، وصدور قرار محكمة العدل الدولية في أوائل عام ٢٠٠١م ولأن القواعد الشرعية الكلية تقول: «الضرورات تبيح المحظورات» «والضرورة تقدر بقدرها».

ومراعاة لظروف الواقع وحالة الضرورة أو الحاجة الملحّة، أخذ مجمع الفقه الإسلامي الدولي بهذا الرأي، ونص في قراره رقم ٩٥ (٨/ د٩) بتاريخ ١-٦ من ذي القعدة سنة ١٤١٥هـ الموافق ١-٦/ ٤/ ١٩٩٥ في دورته التاسعة المنعقدة في أبو ظبي على ما يأتي:

«إذا لم تكن هناك محاكم دولية إسلامية، يجوز احتكام الدول والمؤسسات الإسلامية إلى محاكم دولية غير إسلامية، توصلاً لما هو جائز شرعاً».

وإذا جاز الاحتكام لغير المسلمين أحياناً، وبقدر الضرورة، وجب تنفيذ الحكم الصادر من القضاء أو التحكيم لهيئة غير إسلامية، في المسائل التجارية والمنازعات الدولية.

ب - تحكيم الذمي:

الذمي: هو المعاهد المقيم في دار الإسلام، وهو غير المسلم. وينطبق عليه الكلام السابق في تعيينه قاضياً أو محكماً، فلا يجوز قضاؤه، ولا يجوز للمسلمين تحكيمه فيما بينهم. وقد نص على ذلك فقهاء الحنفية والمالكية[١] بل وغيرهم.

أما إذا حكَّم أهل الذمة ذمياً فيما بينهم فقط، فيصح عند الحنفية فقط[٢]، لأنه من أهل الشهادة فيما بينهم، ويكون تراضي الخصمين عليه في حقهما كتقليد السلطان إياه، وتقليد الذمي ليحكم بين أهل الذمة صحيح.

وإذا أسلم أحد الخصمين قبل إصدار الحكم، لم ينفذ حكم الكافر على المسلم، وينفذ للمسلم على الذمي.

وإذا حكَّم مسلم وذمي مسلماً وذمياً، فإن حكما للمسلم على الذمي، جاز، وإن حكما للذمي على المسلم لا يجوز.

ولو حكم ذمي بين المسلمين، فأجازاه، لم يجز، كما لو حكّماه في الابتداء.

ولو حكّم ذميان ذمياً، فأسلم الحكَم قبل الحُكْم، فهو على حكومته[٣].

---

(١) فتح القدير ٥/ ٤٩٩، مطبعة مصطفى محمد بمصر، رد المحتار على الدر المختار ٤/ ٣٤٨، مطبعة البابي الحلبي سنة ١٩٦٦، المنتقى للباجي على الموطأ ٥/ ٢٢٨، مطبعة السعادة بمصر.

(٢) المرجعان السابقان عند الحنفية، حاشية الطحطاوي على الدر ٣/ ٢٠٧، دار المعرفة - بيروت.

(٣) انظر في المسائل الأربع الفتاوى الهندية ٣/ ٣٩٧-٣٩٨، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

ج - تحكيم المرتد:

المرتد: هو الذي فارق الإسلام إلى دين آخر أو إلى غير دين.

وتحكيم المرتد بحسب الشروط السابقة في المحكّم لا يصح. أما إذا ارتد بعد أن كان مسلماً، وقد تم تحكيمه قبل الردة، فينعزل، ولابد حينئذ من تحكيم جديد.

إلا أن تحكيم المرتد عند الإمام أبي حنيفة موقوف، فإن حَكَم ثم قتل أو لحق بدار الحرب، بطل حكمه، وإن أسلم نفذ، لأن بالارتداد يخرج من أن يكون أهلاً للحكومة، كما يخرج القاضي المولى من أهلية القضاء بالارتداد، فكذا الحَكَم. ويرى الصاحبان أن حكم المرتد بعد إسلامه جائز بكل حال.

والفتوى على أنه لا ينعزل الحكم بالردة، فإذا أسلم لايحتاج إلى تولية جديدة[1].

شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة من المحاكم أو هيئات التحكيم

يشترط بداهة لتنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة من المحاكم أو هيئات التحكيم توافر أهلية القضاء أو التحكيم، وما يجوز فيه التحكيم في شرعنا، ومراعاة القواعد الشرعية العامة في الأحكام.

أما أهلية القاضي أو المحكَّم: فيشترط توافر الأهلية المقررة لمنصب القضاء أو التحكيم وهي أهلية الأداء من كونه راشداً خبيراً بالقضاء أو التحكيم، وأن يرضى الخصمان بالتحكيم، لأن طبيعة التحكيم عموماً

---

(١) رد المحتار على الدر المختار ٥/ ٤٣٢ دار الكتب العلمية، بيروت، البحر الرائق ٧/ ٢٨، دار الكتب العلمية، بيروت.

تتطلب رضا الخصمين بالمحكَّم، فلا يصح التحكيم بناء على رضا أحد الخصمين أو ثبوت وجود رشوة أو وساطة دولة أو مؤسسة تؤثر في ميزان العدالة.

وأما ما يجوز فيه التحكيم: فهو بحسب قواعد شريعتنا مقصور على الأموال والعقود التجارية والمنازعات الدولية المتعلقة بإقرار السلام والأمن الدوليين أو ذات الصلة بالحدود المتنازع عليها بين دولتين، ولا يجوز في حقوق الله تعالى كالحدود والقصاص، كما تقدم.

وأما قواعد الشريعة التي تجب مراعاتها فهي المقررة في شريعتنا، ومنها المتفقة مع قواعد القضاء والتحكيم العالمية التي لا اختلاف فيها في المنطق القانوني ومقتضيات القانون الطبيعي والعدالة، فتراعى بداهة أصول الحق والعدل وحرية الدفاع، وأصول الإجراءات أو طرق الإثبات المقررة في جميع الشرائع أو أغلبها من إقرار وشهادة ويمين وقرينة قطعية، فلا تنفذ الأحكام الجائرة أو الظالمة أو المطعون في إثباتها.

وينبغي أيضاً ألا تتصادم الأحكام الأجنبية مع أصول شريعتنا، وأحكامها الثابتة المنصوص عليها في صريح القرآن الكريم والسنة النبوية، فلا ينفذ من الأحكام القضائية أو أحكام المحكمين التي تؤدي إلى إحلال الحرام، وتحريم الحلال، مما اتفقت عليه الأديان أو كانت من مقاصد الشريعة العامة أو الأصول الخمس الكلية وهي المحافظة على الدين، والنفس، والعقل، والعرض، والمال، لأن المساس بهذه الأصول يجيز الطعن بالأحكام وردها أو نقضها في محاكم النقض أو المحاكم العليا الموجودة في كل بلد في العصر الحديث.

ولا تنفذ الأحكام القضائية أو الصادرة عن المحكمين إذا تعارضت صراحة مع قوانين الدولة المحلية أو العالمية ذات الصفة العامة أو المجردة، والتي يقرها منطق القضاء العالمي أو التحكيم الدولي.

ويمكن إيراد أمثلة عامة يستأنس بها لتوضيح ما ذكر فيما يأتي:

- نصت المادة (٥١) من اتفاقية نيويورك أنه تجوز المعارضة في حكم التحكيم بأحد الأسباب الآتية:

١ - طلب مراجعة الحكم: وتكون المراجعة إذا تم اكتشاف وقائع جديدة لم تكن معروضة أمام المحكمة، ويكون من شأنها تغيير الحكم، ولكن يشترط ألا تكون هذه الوقائع معلومة من المحكمة ومقدم الطلب.

٢ - طلب تفسير مضمون الحكم وتحديد نطاقه، ويتم ذلك بمعرفة المحكمة التي أصدرت الحكم كلما كان ذلك ممكناً.

٣ - طلب إبطال الحكم، وهذا إذا توافرت فيه أحد الأسباب الآتية:

- إذا كان تشكيل المحكمة غير صحيح، وفقاً لنصوص الاتفاقية.

- إذا تجاوزت المحكمة حدود اختصاصها المحددة.

- إذا وقع فساد أو رشوة من أحد أعضاء المحكمة.

- إذا لم تراع المحكمة أحد القواعد الإجرائية الجوهرية.

- إذا كان الحَكَم قد أصدر قراره دون اتفاق في التحكيم، أو استناداً إلى اتفاق ملغي، أو انتهت فترة صلاحيته.

هذا مثال من أحوال جواز الطعن في الأحكام وردها، ونحن جزء من هذا العالم، واحترام شريعتنا واجب، ولا أجد في هذه الحالات ما يتعارض مع شريعتنا، لأن أغلبها في الإجراءات، وهذه لا تثير مشكلة، وأما الناحية الموضوعية التي يمكن الطعن بها أو بسببها فتتفق مع الأحكام المقررة في فقهنا، كحدوث التحكيم دون اتفاق بين الخصمين عليه.

ومن الاتفاقيات العربية - الإسلامية ماجاء في مواد مركز التحكيم التجاري الدولي لدول الخليج العربية، حيث نصت المادة (١٥) على ما يأتي:

«إن الحكم الصادر من هيئة التحكيم وفقاً لهذه الإجراءات يكون ملزماً للطرفين ونهائياً، تكون له قوة النفاذ في الدول الأطراف، بعد الأمر بتنفيذه من قبل الجهة القضائية المختصة».

ونصت المادة (٣٥) في الفقرة الثانية:

«على الجهة القضائية المختصة الأمر بتنفيذ حكم المختصين، ما لم يتقدم أحد الخصوم لإبطال الحكم وفقاً للحالات التالية حصراً:

١ - إذا كان قد صدر دون وجود اتفاق للتحكيم، أو بناء على اتفاق باطل، أو سقط بتجاوز الميعاد، أو إذا خرج المحكَّم عن حدود الاتفاق.

٢ - إذا صدر الحكم من محكَّمين لم يعينوا طبقاً للقانون، أو صدر بناء على اتفاق تحكيم لم يحدد فيه موضوع النزاع، أو صدر من شخص ليست له أهلية الاتفاق على التحكيم.

هذه الأحكام لا تتعارض مع شريعتنا، سواء فيما يتعلق بتحكيم بين مسلمين عند محكَّم مسلم، أو بتحكيم جهة أجنبية

وكذلك الشأن فيما تضمنته أغلب الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية جنيف سنة ١٩٢٧ الخاصة بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، واتفاقية نيويورك سنة ١٩٥٨ بإشراف الأمم المتحدة المتعلقة بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، والاتفاقية الأوربية بخصوص التحكيم التجاري في جنيف سنة ١٩٦١، والاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات عن طريق التحكيم المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، برعاية

البنك الدولي للإنشاء والتعمير، واتفاقية موسكو سنة ١٩٧٢ بخصوص تسوية المنازعات بين الدول الإشتراكية عن طريق التحكيم.

واتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى. وقواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية «اليونيسترال» واتفاقية عُمان العربية للتحكيم التجاري سنة١٩٨٧ والتي أنشأت مؤسسة دائمة للتحكيم التجاري، ومقرها الرباط، واتفاقية أمريكا الشمالية للتجارة الحرة «نافتا» سنة ١٩٩٢م.

والذي يجعلنا نقبل هذه الاتفاقات في حال قبول التحكيم من محكَّمين أجانب أنها تُخضع عقد التحكيم لقواعد القانون الدولي أو للمبادئ العامة للقانون.

والتحكيم التجاري الدولي قد يثير مشكلات منها كون المحكم غير عالم بالقانون، ومشكلة اللغة وترجمتها إلى العربية، وانغلاق محكّم على ثقافته دون اعتبار الثقافات الأخرى، وتحديد القانون المطبق، ووجود شرط تحكيمي معيب مثل الإحالة إلى مركز تحكيم باسم غامض غير واضح أو تعذر العمل بإجراءات التحكيم، مثل المدة القصيرة جداً، والشرط المركب الذي يحيل إلى التحكيم وإلى اختصاص المحاكم القضائية معاً.

موقفنا من التحكيم التجاري الحديث

يلاحظ أن تنفيذ الأحكام الصادرة من هيئة تحكيم أجنبية بالنسبة للمسلمين أمر سهل مادام مقصوراً على أحوال استثنائية أجزنا فيها هذا التحكيم للضرورات أو الحاجات الملحة، ومادامت أنظمة التحكيم التجارية الدولية في غالبها إجرائية، لا نجد فيها مصادمة لنص شرعي أو

قاعدة شرعية كلية أو عامة، أو إجماع ثابت، أو مقصد تشريعي من مقاصد الشريعة.

وتلتزم هيئات التحكيم الأجنبية غالباً بما يتفق مع شريعتنا كشروط التحكيم، وأهلية المحكَّمين، وخطوات إنجاز القرارات، ومنها اعتماد التحكيم على الرضا الذي هو أساس عام في شريعتنا في جميع العقود، والتزام المحكمين بتحقيق العدالة التي تؤدي إلى رضا المتنازعين بحكم المحكَّمين، ومراعاة أحكام الإسلام المعروفة عالمياً.

وإذا كنا نشترط لتنفيذ الأحكام الأجنبية ما شرطناه سابقاً من شروط أهمها ألا يتصادم الحكم الصادر مع أصول شريعتنا في الحلال والحرام، فإن هذا الاتجاه مرعي حتى في القوانين الوضعية.

فقد أجمعت القوانين العربية والأجنبية على أنه لا يجوز التحكيم فيما لا يتفق مع النظام العام، على تباين طفيف فيما بينها، في تعداد ما لا يجوز فيه التحكيم، وخاصة فيما يتعلق بالأحوال الشخصية.

بل إن الفقه الإسلامي قد يكون أكثر توسعاً فيما يجوز فيه الاتفاق على التحكيم من القوانين الوضعية، حيث أجازه فيما فيه حق الله تعالى أو الحق المشترك بين حق الله وحق الإنسان مثل حد القذف.

وهذا مثال لذلك من القانون المدني السوري حيث نصت المادة (٥١٩) على أنه لا يجوز التحكيم فيما يلي:

١ - المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، كالنزاع حول البنوة والأبوة، أو صحة الزواج.

٢ - المسائل المتعلقة بالنظام العام، وتدخل فيها الجنسية لتعلقها بالنظام العام، أما النزاع حول مصلحة مالية، ولو كانت ناشئة عن ارتكاب جريمة، فإن يجوز التحكيم فيها، لأنه يجوز الصلح عليه.

ونصت المادة (٥٠٧) من قانون أصول المحاكمات السوري على أنه:

لا يصح التحكيم ممن له أهلية التصرف في حقوقه، ولا يصح التحكيم في نزاع يتعلق بالأحوال الشخصية أو بالجنسية أو بالمسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

حقيقة التحكيم التجاري المعاصر

التحكيم التجاري الحالي يقع بين المؤسسات والشركات، وهو محل ثقة بين أطراف النزاع، ويعتمد على قواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بتناوع القوانين، ويراعي حدود النظام العام، ويبيح للأفراد اختيار إجراءات التحكيم، ولغة التحكيم ومكانه والقانون الواجب التطبيق.

وقانون التحكيم التجاري مستمد من الأعراف والعادات والتقاليد التجارية الدولية، لضمان استقرار المعاملات التجارية، وجذب رؤوس الأموال الأجنبية. وله إجراءات إدارية خاصة متطورة تنسجم مع الظروف الاقتصادية والتقنية الحديثة، ويراعى فيه صفات شخصية ضرورية في المحكَّم التجاري وأهمها: الخبرة في المهنة أو النشاط التجاري، والإلمام بالأمور المصرفية، والعلم بالقوانين المقارنة، والانفتاح على التعددية القانونية وتنوع الثقافات.

ولا يختلف التحكيم التجاري عن غيره من أنواع التحكيم في الفقه الإسلامي، لذا يجب مراعاة القواعد والضوابط الشرعية فيه، وحينئذ يجب ألا يتصادم هذا التحكيم مع المقرر في شريعتنا.

فإن كان المحكم مسلماً، فلا شك في قبول الاحتكام إليه، ولا عبرة بما تصفه القوانين الوضعية بأنه تحكيم أجنبي، لأن شريعتنا لا تعترف بهذه الحدود المصطنعة.

أما إن كان غير مسلم: فهذ الذي لا يجوز تحكيمه إلا في حال الضرورة أو الحاجة كما تقدم.

ومستند القول بمشروعية التحكيم التجاري: هو انطباقه مع مشروعية التحكيم بكل أنواعه في حد ذاته، ولأنه يحقق مصلحة عامة، فيكون سبب مشروعيته قاعدة الاستصلاح الذي هو أحد مصادر الاجتهاد الشرعي.

حالات رد المحكَّم أو القاضي وعدم تنفيذه

يمكن الاعتماد على ما هو مقرر في شريعتنا للطعن في حكم المحكم، وعلى ما تقرره الاتفاقيات الدولية من جواز طلب إبطال الحكم كما تقدم، لأن تلك الأسباب المقررة في هذه الاتفاقيات ترجع إلى الطعن في أهلية المحكم أو بإحدى قواعد الإجراءات الجوهرية، أو في الشكليات بأن كان تشكيل المحكمة غير صحيح، أو كونها غير مختصة، أو للخلل بأدب القضاء والتحكيم كوقوع فساد أو رشوة لمحكم، أو لعدم مراعاة مبدأ الرضائية واتفاق الخصمين على التحكيم وهذه الأباب تقرها شريعتنا.

جاء في قانون المرافعات العراقي (م٢٦١/ ١): «يجوز رد المحكم لنفس الأسباب التي يردّ بها القاضي، ولا يكون ذلك إلا لأسباب تظهر بعد تعيين المحكم».

ونصت المادة (٩١) من القانون السابق على جواز الطعن في حكم القاضي، ومثله المحكم في حال وجود التهمة كالقرابة مع أحد الخصوم أو أصولهم أو فروعهم، أو أزواجهم، أو علاقة الزوجية، أو الخصومة أو العداوة، أو كونه وكيلاً لأحد الخصوم أو وصياً عليه أو قيِّماً أو وارثاً ظاهراً له، أو علاقة مصاهرة للدرجة الرابعة، وهذا كله مقبول في شريعتنا.

ويمكن المطالبة بنقض حكم المحكَّمين شرعاً إذا خالف نصاً شرعياً منصوصاً عليه في القرآن أو السنة، أو خالف إجماع المسلمين، أو مبدأً شرعياً عاماً أو قاعدة كلية.

لكن هل يجوز نقض حكم المحكم إذا اصطدم بما ليس فيه مصلحة للمسلمين، كتعريض بلادهم أو أمنهم أو اقتصادهم للخطر، وهو ما يعرف بالحكم بغير السائغ شرعاً؟

إذا كان المحكم مسلماً فيجب عليه مراعاة المصلحة الإسلامية العامة، وأما إذا كان غير مسلم، وحكم بما يتصادم مع المقرر في فقهنا من رعاية المصلحة الإسلامية، فإن الحكم الشرعي لدى المذاهب الإسلامية أن هذا الحكم لا ينفّذ، ولا يجوز للطرف المسلم أو للطرفين المسلمين قبول هذا الحكم.

وهذا هو المعقول فقهاً في حال قوة المسلمين.

لكن إذا كان المسلمون في حال ضعف، أو وجدت حالة إكراه أو قهر دولي، فيمكن استثناء وفي حدود ضيقة جداً قبول حكم هيئة التحكيم الأجنبية للضرورة كما تقدم، حتى تتوافر حالة القوة، ويتمكن المسلمون من نقض الحكم الصادر، أو رد حكم المحكمين، وهذه حالة نادرة.

وفي غير حالة الاستثناء هذه تجوز المطالبة بنقض حكم القاضي أو المحكم إذا كان جوراً بيِّناً، أو كان مخالفاً لما اتفق عليه الفقهاء، أو معارضاً لنص شرعي ثابت، سواء أكان قطعياً أم ظنياً، فيجوز حينئذ نقض حكم المحكّم دفعاً للظلم، وإحقاقاً للحق، وتصحيحاً لمسيرة التحاكم أو التقاضي.

والحكم لله رب العالمين