



darulfunun ilahiyat

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 24.01.2024
Revizyon Talebi: 07.03.2024
Son Revizyon: 11.03.2024
Kabul: 19.03.2024
Online Yayın: xx.xx.xxxx

تطبيق نظام التحكيم الشرعي في البلاد التي لا تحكم الشريعة الإسلامية في القضاء حكمه ومجالاته

Yargılamada İslam Hukukunu Esas Almayan Ülkelerde İslam Hukukuna Göre Arabuluculuğun Uygulanmasına Dair (Hükmü ve Kapsamı)

Concerning The Application of Mediation in Accordance with Islamic Sharia in Countries That Are Not Governed by Islamic Sharia (Rule and Scope)

Hüseyin Sudan*

المُلخَص:

إن الشريعة الإسلامية لم تجعل للقضاء طريقة واحدة فقط، بل اعتمد بجانب القضاء في المحاكم الرسمية عند القضاة طريقة أخرى مرنة خارج المحاكم الرسمية وهي نظام التحكيم. فقد تناول هذا البحث إمكانية تطبيق نظام التحكيم الذي هو طريق من طرق فض النزاع في الشريعة الإسلامية، وذلك في البلاد التي لا تجعل من الشريعة الإسلامية أساساً لها في القضاء، ولا تحكم بها. وقد بحث حكم تطبيق نظام التحكيم في تلك البلاد ومجالات تطبيقه. ومن المتفق عليه بين علماء الإسلام وجوب تحكيم المسلمين للشريعة الإسلامية في القضاء والحكم. ومن هذه الجهة فإن تطبيق نظام التحكيم في تلك البلاد يحقق فرصة للمسلمين لقيامهم بتلك المسؤولية الدينية. وبذلك يحظى نظام التحكيم أهمية من حيث إنه سيسهم في تطبيق الشريعة الإسلامية في تلك البلاد. وقد وصل البحث إلى النتائج التالية: مجال التحكيم أولاً هو الأحكام التي لا تتعلق بالعبادات التي لا تكون محللاً للقضاء. ولا يكون التحكيم كذلك في مجال المحاكمة الجنائية والعقوبات التي تدخل في صلاحيات السلطة العامة. وإلى جانب ذلك ينبغي أن يكون مجال التحكيم الشرعي في الإطار الذي تسمح به قوانين البلد الذي يطبق فيه التحكيم. فإن محاولة تطبيق نظام مواز في القضاء مخالف لقوانين الدولة التي يراد تطبيق نظام التحكيم الشرعي فيها، سيؤدي إلى نتائج غير مرغوبة لا تصوبها الشريعة الإسلامية.

الكلمات المفتاحية: الشريعة الإسلامية، التحكيم، القضاء، عدم وجود القضاء الشرعي، ولاية العلماء

Öz

İslam hukukunda tek tip yargılama yöntemi esas alınmamıştır. Mahkeme ve hâkim tarafından icra edilen yargılama yönteminin yanı sıra mahkeme dışında daha esnek nitelikte olan bir yöntem olan arabuluculuk yöntemi de kabul edilmiştir. Makale, yargılamada İslam hukukunu esas almayan ülkelerde İslam hukukuna göre hukuki anlaşmazlıkları çözmeye yöntemlerinden biri olan arabuluculuk yönteminin uygulanma imkanını ele almaktadır. Bu bağlamda İslam hukukunda arabuluculuk yönteminin uygulanmasının hükmü ve uygulanma kapsamı incelenmiştir. Müslümanların yargı ve yönetimlerinin İslam hukukuna göre düzenlenmesi İslam ulemasının ittifak ettiği bir husustur. Bu ülkelerde arabuluculuk yönteminin uygulanması İslam hukuku ile yönetilmeyen ülkelerde bu dini sorumluluğun yerine getirilebilmesi bağlamında bir fırsat sunmaktadır. Bu açıdan İslam hukukunun etkin hale getirilmesine katkı sunacak olan arabuluculuk yöntemi önemi haizdir. Bu amaçlar doğrultusunda makale şu sonuçlara ulaşmıştır: Arabuluculuğun kapsamı yargılama alanına girmeyen ibadetlerle alakalı dini hükümler dışında kalan konulardır. Ayrıca ceza hukuku gibi kamu hukuku alanına giren konularda arabuluculuk söz konusu olamaz. Bunun yanı sıra İslam hukukuna göre uygulanacak arabuluculuk yönteminin uygulanacağı ülkenin mevzuatının müsaade ettiği çerçevede olması elzemdir. Aksi takdirde ülkenin mevzuatına aykırı paralel bir yargı yönteminin uygulanmaya çalışılması istenmeyen sonuçlara yol açacağından dolayı İslam hukuku açısından da tasvip edilecek bir durum değildir.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Arabuluculuk, Yargı, İslami Yargının Bulunmaması, Alimlerin Velayeti

* Sorumlu Yazar: Hüseyin Sudan (Necmettin Erbakan Üniversitesi İslam Hukuku Ana Bilim Dalı Doktor Öğretim Görevlisi. E-posta: hnsudan@gmail.com ORCID: 0009-0005-5690-5313

Atf: Sudan, Hüseyin. "Yargılamada İslam Hukukunu Esas Almayan Ülkelerde İslam Hukukuna Göre Arabuluculuğun Uygulanmasına Dair (Hükmü ve Kapsamı)." *darulfunun ilahiyat* 35, 'Aile Arabuluculuğu' Özel Sayısı (2024): 209–230. <https://doi.org/10.26650/di.2024.44.2.1425285>



Abstract

Islamic law is not based solely on a uniform trial method. The mediation method, which is a more flexible non-court method, is also accepted alongside the trial method as performed by a court and judge. The article discusses the possibility of applying the mediation method as one of the methods for resolving legal disputes in accordance with Islamic law in countries whose judicial system does not rely on Islamic law. In this context, the article examines the provisions and scope for applying the mediation method with respect to Islamic law. Applying this mediation method offers the opportunity to fulfill a religious responsibility in countries not governed by Islamic law. The mediation method contributes to making Islamic law effective, and applying it is important in this respect. With these aims, the article has reached the following conclusions: The scope of mediation does not concern issues related to provisions regarding worship that are outside the scope of jurisdiction. In addition, having the mediation method be within a framework permitted by the country's legislation is essential, otherwise the application of a parallel judicial method contrary to the country's legislation is unacceptable in terms of Islamic law as it would lead to undesirable results.

Keyword: Islamic law, mediation, judiciary, non-Islamic judiciary, guardianship of scholars

Extended Summary

In accordance with the religious responsibility imposed on Muslims through the Quran and the Sunnah, having the judiciary and administration of Muslims be in accordance with Islamic law is an issue upon which Islamic scholars agree. The application of the mediation method offers the opportunity to fulfill this religious responsibility in countries not governed by Islamic law. The mediation method contributes to making Islamic law effective and is important in this respect. The scope of mediation does not cover matters that do not require a judicial ruling, such as worship. In addition, having the mediation method that is to be applied according to Islamic law also fall within a framework permitted by the legislation of the country where it will be applied is important. Otherwise, trying to apply a parallel judicial method contrary to a country's legislation is not acceptable in terms of Islamic law as this will lead to undesirable results.

Every Muslim needs to apply to jurisprudence based on Islamic law, whether or not they are in a country that adheres to Sharia law. A mediation method carried out in accordance with Islamic law replaces the authority of Sharia for Muslims living in countries not governed by Islamic law. According to Islamic law, mediation is mandatory for those who live in a country where Islamic law has no jurisdiction. This is because applying the jurisprudence of Islamic law is incumbent upon a Muslim. In cases where this is not possible, mediation in accordance with Islamic law is to be resorted to. Previous scholars have stated that referring to scholars is necessary in order to rule on a case in accordance with Sharia rule when an imam is not present, and this is expressed in the principle of the guardianship of the scholars.

No need exists for mediation in matters that do not require judicial ruling, such as worship, avoiding haram acts, and financial transactions where rights are clear and certain. Such provisions can be applied individually by a Muslim. Scholars disagree on the scope of mediation under Islamic law, but they agree that it is permissible with regard to financial matters and not permissible regarding public rights such as criminal law. In

cases where Islamic jurisdiction is not available, the scope of arbitration is limited to the extent permitted by the laws of the country. Mediation is permissible in areas where the state allows arbitration. Meanwhile arbitration is not permissible in areas where the state does not allow it, because resorting to mediation in such areas will expose Muslims to the accusation of rebelling against the law and being separatists.

In the ninth conference session of the Islamic Fiqh Council, the council decided that arbitration is permissible for everything involving a pure human right, such as sales, marriage, and the like. This is because persons' rights are legislated for their benefit, and they have the option if they wish to fulfill or ignore it. Thus, arbitration is permissible here. Arbitration is impermissible in everything that is rightful to God Almighty, such as punishments. Matters in which a ruling requires proving or denying a ruling with regard to non-litigants over whom the arbitrator has no jurisdiction are also not permissible for mediation, such as a curse due to the right of parentage over a child being linked to the child.

The jurisprudential differences regarding when arbitration is permissible do not have a great impact for Muslims who live outside Islamic lands because the matter ultimately depends on what the laws of their country allow regarding arbitration. This is a wide opportunity for Muslim jurists and experts to learn about everything where laws permit arbitration.

As for the person who should arbitrate in the cases of Muslims living outside the lands of Islam, the scholars' statements agree that Muslims outside the lands of Islam must gather with their scholars and refer to them on all matters and make one of them an arbitrator. Some researchers have called this the principle of the guardianship of scholars. This principle does not mean the multiplicity of political authorities in one country. Rather, what is meant is for Muslims outside the lands of Islam to unite under their scholars. The decisions of the European Council for Fatwa and Research has stated that parties may choose one arbitrator, either a man or woman, or an arbitration panel of several individuals, and their number must be odd in number so that they can make the decision by a majority vote. The arbitrators are required to have knowledge of Sharia rulings and applicable laws and to be known for their integrity and uprightness. The European Council for Fatwa and Research has issued a list of executive procedures and legal provisions for arbitration with the aim of applying them regarding Sharia arbitration in countries not governed by Sharia law. The list includes the terms and scope of arbitration, the qualities and appointment of arbitrators, the arbitration instrument (i.e., arbitration charter party, arbitration contract), methods of ruling, procedures, and evidence in arbitration. The list also addresses issuing, communicating, and enforcing the arbitration award, as well as setting it aside, implementing the executive form of the award, and appealing an arbitration award.

Muslims living in countries not governed by Islamic law should request comprehensive provisions and laws that consider their religious characteristics from the countries in which they live and to give them the authority to resolve their problems in all areas through arbitration in compliance with Sharia law.

For countries not governed by Sharia law to have Islamic arbitration institutions that conduct sharia arbitration in Islamic cases is important. This institution includes scholars in Sharia, each of whom specializes in one of the fields in which arbitration can be conducted. These institutions should be based on specific regulations and instructions based in line with how they are governed.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحابه الطيبين الطاهرين.

إن أحكام الشريعة الإسلامية عامة لكل الناس في كل زمان ومكان، ويجب على المسلمين جميعاً أن يتحاكموا إلى الشريعة الإسلامية، لكن الأمة الإسلامية تعاني اليوم أزمة سياسية وقانونية بالنسبة لعدم تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، وعدم تحكيمها في القانون والقضاء؛ فأغلب بلاد المسلمين لا تحكم الشريعة الإسلامية في قوانينها وقضائها، وكذلك هناك أقليات مسلمة بعدد كبير في بلاد الغرب، مما سبب في مشكلة تحاكم المسلمين إلى القضاء غير الشرعي، لعدم وجود القضاء الشرعي. ومن هنا نرى أهمية التحكيم الشرعي وضرورته كحل لهذه المشكلة بالنسبة للمسلمين الذين يعيشون إما خارج ديار الإسلام، أو في بلاد المسلمين التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية وهي أغلب بلاد المسلمين.

بناء على ذلك رأيت من الأهمية بمكان أن أتناول في هذا البحث مشكلة عدم التحاكم إلى الشريعة الإسلامية في البلاد التي لا تحكم بها، وحل تلك المشكلة من خلال نظام التحكيم الشرعي الذي يفتح مجالاً واسعاً للمسلمين لحل قضاياهم وفق حكم الشرع. وقد بينت في هذا البحث حكم التحكيم الشرعي بالنسبة للمسلمين الذين يعيشون في البلاد التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية، مجالات التحكيم الشرعي في تلك البلاد، وكيف يمكن تحقيق وتطبيق تحكيم الشريعة الإسلامية في البلاد التي لا يوجد فيها القضاء الشرعي.

الدراسات السابقة: وهناك دراسات وأبحاث تتناول موضوع التحكيم/الوساطة وإصلاح ذات البين في الشريعة الإسلامية، منها:

- تبليغ ألقاه الدكتور عبد الرحمن جاندان في مؤتمر نبينا والعائلة، بعنوان "منهج الوساطة وإصلاح ذات البين الذي وصاه النبي صلى الله عليه وسلم في حل المشاكل العائلية"¹. فهذا التبليغ يبحث عن أهمية إصلاح ذات البين مستنداً بالآيات القرآنية والأحاديث النبوية، وعن حكمة مشروعيتها، وحكمة كون الحكم من أهل الزوج والزوجة، وألقى نظرة عامة على تاريخ الوساطة وإصلاح ذات البين، فالبحث لم يؤصل لقضية التحكيم ومجالاته وأهلية المحكم أصلاً فهو بحث وعظي أكثر مما يكون بحثاً أكاديمياً.

- بحث نشر في مجلة كلية الإلهيات جامعة هيتيت/تركيا، للدكتور يوسف شن، بعنوان "التحكيم/الوساطة وإصلاح ذات البين في الشريعة الإسلامية"². فقد تناولت تلك الدراسة مشروعية التحكيم/الوساطة وإصلاح ذات البين في الكتاب والسنة وتطبيقات الصحابة، وأهلية المحكم، ومجالات التحكيم، والإجراءات المتبعة في تطبيقه، ووظائف المحكم، وكيفية تطبيقه في نظام القانون المعاصر. فهذا البحث يضع نظرة عامة عن التحكيم/الوساطة وإصلاح ذات البين في الشريعة الإسلامية، ولم تتطرق لقضية تطبيق التحكيم الشرعي في الأنظمة التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية، ولم تتطرق كذلك للقضايا التي تحتاج إلى حكم القضاء والتي لا تحتاج إليها.

1 CANDAN, Abdurrahman, "Aile İçi Problemlerin Giderilmesinde Hz. Peygamber'in Önerdiği Arabuluculuk Yöntemi" Uluslararası Mevlid-İ Nebi Sempozyumu Peygamberimiz ve Aile, (DİB-Antalya) 21-24 (Kasım 2019), 791-817.

2 ŞEN, Yusuf. "İslâm Hukukunda Arabuluculuk". Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 11/22 (Aralık 2012), 105-135. <https://doi.org/10.14395/jdiv34>.

- بحث نشر في مجلة مجموعة الحقوق في جامعة كرك قلعو/تركيا، للدكتور مصطفى آق ترك، بعنوان "مقارنة بين قانون العائلة التركي وبين طرق فض النزاع في الشريعة الإسلامية"،³ فقد تناول البحث تعريفا عاما عن التحكيم والوساطة والإصلاح في القانون التركي وعمل مقارنة مع أحكام التحكيم والوساطة وإصلاح ذات البين في الشريعة الإسلامية، وليس البحث متخصصا في أحكام التحكيم وشروط المحكم وإنما ألقى نظرة عامة عليها فقط. وكذلك لم تتطرق لقضية تطبيق التحكيم الشرعي في الأنظمة التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية، ولم تتطرق كذلك للقضايا التي تحتاج إلى حكم القضاء والتي لا تحتاج إليها.

ما يميز بحثي عن الدراسات السابقة: إن بحثي يتميز عن تلك الأبحاث بالأمور التالية: يختص بحثي بتقديم تنظير وتأسيس لإمكانية تطبيق نظام التحكيم في الدول التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية، بما فيها الوساطة وإصلاح ذات البين من حيث كونها بديلا للمسلمين عن المحاكم الرسمية التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية. ويتميز بحثي كذلك بتناوله بشكل مفصل للمجالات التي تحتاج إلى حكم القضاء في الشريعة الإسلامية، والتي لا تحتاج إليها، وبالتالي يكون التحكيم فيها حلا بديلا للمسلمين عن المحاكم الشرعية في البلاد التي لا توجد فيها المحاكم الشرعية. وكذلك يتناول بحثي إضافة لذلك التأصيل الأصولي والفقهية لولاية العلماء عند غياب الحكم الشرعي. وبذلك يقدم بحثي تأسيسا شرعيا لتحديد المجالات التي ينبغي إيجاد التحكيم فيها في حالة غياب الحكم الشرعي.

1. حقيقة التحكيم ومشروعيته

1.1.1 معنى التحكيم لغة واصطلاحا وخصائصه

التحكيم لغة: مصدر من فعل حَكَمَ يحكِّمُ يحكِّمُ الكاف مع الفتح، الحاء والكاف والميم معناه المنع، ومنه الحكم وهو المنع من الظلم؛ يقال حكمت الدابة إذا أخذت على يديها، ويقال حكمت فلانا تحكيما منعه عما يريد. ويستعمل بمعنى جعل الأمر إلى شخص يقال حكم فلانا في كذا أي جعل أمره إليه. ويقال حكموه فيما بينهم إذا جعلوه حكما فيما بينهم؛⁴ ومنه قوله تعالى: (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)⁵

وأما التحكيم اصطلاحاً: فهو اتفاق طرفي الخصومة على تولية شخص أو أكثر أهلاً، -وهو المحكم أو الحكم- ليفصل فيما تنازعه بحكم الشرع دون القاضي المولى. فالتحكيم له ثلاث مراحل: المرحلة الأولى: الاتفاق على التحكيم طريقاً لحل النزاع بدلا من اللجوء إلى القضاء. المرحلة الثانية: الاتفاق بين الخصوم والشخص الذي سيتولى الفصل في النزاع على أن يتولى الحكم في خصوماتهم، وهذه المرحلة هي مرحلة تولية وتقليد الحكم بالإيجاب والقبول. المرحلة الثالثة: تبدأ بالإجراء وتنتهي بالحكم.⁶ وأما التحكيم كنظام فهو: نظام إسلامي أصيل للفصل في الخصومات يختلف عن الوكالة والخبرة، وهو فوق الصلح والإفتاء لكن دون سلطة التنفيذ، ودون القضاء لكن مع الإلزام.⁷

3 AKTÜRK, Mustafa. "İSLAM HUKUKUNDAKİ ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARININ TÜRK AİLE HUKUKUNA MUKAYESESİ". Kırıkkale Hukuk Mecmuası 2, sy. 1 (Nisan 2022): 91-113.

4 ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 91/2؛ الزمخشري، أساس البلاغة، 206/1؛ ابن المنظور، لسان العرب، 143/12-144.

5 سورة النساء، رقم الآية: 65.

6 الأسطل، "التحكيم في الشريعة الإسلامية"، 18-19.

7 القضاء، "التحكيم في الشريعة الإسلامية"، 9.

وأما خصائصه: إن التحكيم عقد رضائي بالإيجاب من طرفي الخصومة، والقبول من المحكم، فالأصل فيه عدم اللزوم قبل الحكم؛ فلكل من طرفيه فسخ التحكيم وعزل المحكم قبل أن يصدر حكمه أو يبدأ بالتحكيم على خلاف بين الفقهاء وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي أنه يجوز الرجوع لكل من الطرفين ما لم يشرع الحكم في التحكيم.⁸

التحكيم ولاية حكم أدنى مرتبة من ولاية القضاء، والحكم بعد انعقاد عقد التحكيم يمارس سلطته بنظر النزاع باستقلال عن إرادة طرفي النزاع، وإن كان في الأصل أن إرادتهما هي المثبتة لسلطته، ولكن طرفا الخصومة يمكنهما تقييد سلطته أثناء العقد، وتحديدتها من حيث الزمان والمكان والموضوع.⁹

2.1. مشروعية التحكيم

إن الشريعة الإسلامية أقرت نظام التحكيم كبديل للقضاء، ويجوز التحكيم عند جمهور العلماء، سواء وجد القضاء الشرعي أو لم يوجد.¹⁰ وقد صرح القرآن الكريم بمشروعيته في بعض المسائل؛ مثل حل مشكلة النزاع بين الزوجين، وتحديد مثل ما قتل المحرم من النعم، ويمكن أن يقاس عليه سائر الحقوق والدعاوى؛

يقول الله تعالى في سورة النساء: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا)¹¹ فقد أمر الله تعالى بتحكيم شخصين أحدهما من أهل الزوج والثاني من أهل الزوجة لحل النزاع بين الزوجين. وإذا شرع الله التحكيم للحفاظ على تماسك كيان الأسرة وهي النواة الأولى لكيان المجتمع المسلم، كان جوازه أولى فيما يقع بين أفراد المجتمع من خصومات ومنازعات، حفاظا على كيان المجتمع المسلم وتماسكه.¹²

ويقول تعالى في سورة المائدة: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمَّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلٌ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ)¹³ فالآية دلت على مشروعية تحكيم عدلين في تحديد جزاء من قتل الصيد، وهذا الحكمان ليسا شخصين مؤبنيين من قبل الدولة مثل القاضي، وإنما يتم تحكيمهما من قبل الشخص الذي قتل الصيد وبرضى منه.¹⁴ هذه فكرة نظام التحكيم الذي هو نظام ترك للمسلمين حق الخيار في تحديده. وقد استدل عبد الله ابن عباس رضي الله عنهما بهذه الآية على جواز التحكيم في مخاصمته للخوارج بعد ما خرجوا على أمير المؤمنين علي رضي الله عنه بعد قبوله التحكيم بينه وبين معاوية، فقال: ننشدكم الله أحكم الرجال في أرناب ونحوها أفضل، أم حكمهم في دمانهم وإصلاح ذات بينهم، ولو شاء الله لم يجعل الحكم في ذلك للرجال.¹⁵

8 منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 9:1969.

9 الأسطل، "التحكيم في الشريعة الإسلامية"، 20-21.

10 الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، 78-108.

11 سورة النساء، رقم الآية: 35.

12 الأسطل، "التحكيم في الشريعة الإسلامية"، 35؛ الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، 84-83.

13 سورة المائدة، رقم الآية: 95.

14 الأسطل، "التحكيم في الشريعة الإسلامية"، 42-43.

15 انظر: المستدرك على الصحيحين، الحاكم، كتاب قتال أهل البغي، رقم الحديث: 2656، تعليق الذهبي: على شرط مسلم.

وأما الاستدلال بقوله تعالى: (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)¹⁶ على مشروعية التحكيم فليس استدلالاً مستقيماً؛ لأن الآية تدل على ضرورة التحاكم إلى الشريعة الإسلامية عموماً، ولا تدل على التحكيم بخصوصه؛ إذ أن التحكيم الذي نحن بصدده أمر رضائي في ابتدائه، وأما الآية فإنها تنفي كون الرضا والخيار في التحكيم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، ويجعل تحكيمه صلى الله عليه وسلم أمراً ضرورياً يرتبط بالإيمان به وجوداً وعدمًا، فلذلك فالمقصود من التحكيم في الآية مطلق التحاكم إلى الشريعة الإسلامية عموماً، وتكون الآية دليلاً على وجوب التحاكم إلى الشريعة الإسلامية وليست دليلاً على خصوص التحكيم.

ومن هنا نرى بأن الشريعة الإسلامية قد فتحت مجالاً واسعاً للمسلمين بتشريعه لنظام التحكيم، وترك للمسلمين حرية اختيار من يحكمهم، ولم يجبرهم بالمحاكمة إلى القضاء في جميع المسائل. فالدولة في النظام الإسلامي ليست دولة مستبدة تتدخل في جميع شؤون الناس مثل بعض الدول التي يحكمها المستبدون، وإنما هناك مجال دنيائي لا يدخل تحت حكم القضاء،¹⁷ وكذلك هناك مجال للتحكيم يمكن للناس أن يحلوا بعض مشاكلهم ونزاعاتهم من دون الرجوع إلى القضاء الذي هو مكلف من الناحية المادية وشاق من الناحية النفسية. وسأوضح مجالات التحكيم في المبحث الثاني.

وتظهر أهمية التحكيم كذلك في تمكين الاستفادة منه كبديل للقضاء في الدول التي لا وجود للقضاء الشرعي فيها، -وهو موضوع هذا البحث- علماً بأن المحاكم النظامية في كثير من الدول الإسلامية تقوم على أسس غير شرعية من الناحية الموضوعية في أحكامها، ويلزم القضاة الحكم بأحكام ومواد مقررة قانوناً ربما تخالف شرع الله تعالى، الأمر الذي يجعل كثيراً من الناس تنفر من القضاء في مثل هذه الخصومات وتلجأ إلى التحكيم الذي يحقق لهم ارتباطهم بالشريعة ديانة وتطبيقاً عملياً.¹⁸

2. التحكيم عند عدم وجود القضاء الشرعي

1.2. ضرورة التحاكم إلى الشريعة الإسلامية

لا خلاف بين العلماء في فرضية التحاكم إلى الشريعة الإسلامية، وأنه يجب على المؤمن أن يرجع إليها في كل شأن من شؤون حياته، وأنه يجب عليه أن يتحاكم إليها عند الاختلاف مع غيره؛¹⁹ لأن التحاكم إلى الشريعة من أسس الدين الذي يعتبر من رفضه أخل في إيمانه، ولا خيار للمؤمن في عدم قبول حكم الشرع؛ يقول الله تعالى في سورة الأحزاب: (وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مِؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَىٰ اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا)²⁰ يقول ابن كثير في تفسير هذه الآية: «فهذه الآية عامة في جميع الأمور، وذلك أنه إذا حكم الله ورسوله بشيء، فليس لأحد مخالفته ولا اختيار لأحد هانئاً، ولا رأي ولا قول.»²¹ ويقول تعالى: (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ

16 سورة النساء، رقم الآية: 65.

17 انظر في التفريق بين مجال الديانة والقضاء إلى رسالة الباحث بعنوان: التفريق بين الديانة والقضاء، وأثره في الأحكام الشرعية، رسالة ماجستير، قدمت في جامعة اليرموك، 2019 م.

18 نعيم سمارة المصري ومحمد محمد لافي، «التحكيم الشرعي مجالته وولاية المحكم»، 51.

19 الشيخي، نظرية القضاء الشرعي خارج ديار الإسلام، كتاب المجلس (7): 15.

20 سورة الأحزاب، رقم الآية: 36.

21 ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، 6/ 423.

لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)²² ويقول ابن كثير في تفسير الآية: «يقسم تعالى بنفسه الكريمة المقدسة: أنه لا يؤمن أحد حتى يحكم الرسول صلى الله عليه وسلم في جميع الأمور، فما حكم به فهو الحق الذي يجب الانقياد له باطنا وظاهرا»²³

وإن أحكام الشريعة الإسلامية عامة لجميع الناس فلا يختص بها فريق دون آخر؛ يقول الإمام الشاطبي: «الشريعة بحسب المكلفين كلية عامة، بمعنى أنه لا يختص بالخطاب بحكم من أحكامها الطلبية بعض دون بعض، ولا يحاشي من الدخول تحت أحكامها مكلف البتة» ويستدل الشاطبي على ذلك بعدة أدلة منها: «أحدها: النصوص المتضاربة، كقوله تعالى: (وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيرا ونذيرا)،²⁴ وقوله تعالى: (قل يا أيها الناس إني رسول الله إليكم جميعا)²⁵»²⁶

بناء عليه فإن الأصل أنه لا يجوز للمسلم في البلاد التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية أن يتحاكم إلى المحاكم غير الإسلامية، لأن هذا نوع من الولاية، وقد قال الله تعالى: (وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا)²⁷ ولقوله تعالى: (أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَمَا نُزِّلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا)²⁸

يقول ابن القيم رحمه الله تعالى: «من تحاكم، أو حاكم إلى غير ما جاء به الرسول الله، فقد حكم الطاغوت، وتحاكم إليه، والطاغوت كل ما تجاوز به العبد حده من معبود، أو متبوع، أو مطاع، فطاغوت كل قوم من يتحاكمون إليه غير الله، ورسوله، أو يعبدونه من دون الله، أو يتبعونه على غير بصيرة من الله، أو يطيعونه فيما لا يعلمون أنه طاعة لله»²⁹

ولكن قد يضطر المسلم إلى التحاكم إلى المحاكم غير الإسلامية، إذا كانت الطريقة الوحيدة لضمان حقه، وذلك مثل أخذ الحقوق من غير المسلمين، مثل الحوادث والاعتداء، ولا يمكن ذلك إلا عن طريق المحاكم، أو أن قانون البلد الموجود فيها لا يوافق على الحكم إلا إذا صدر في ظل قوانين البلد، والضرورات تبيح المحظورات.³⁰

وقد اعتبر مجمع الفقه الإسلامي عدم وجود محاكم دولية إسلامية بمثابة الحاجبات المعتبرة، حيث نص في دورة مؤتمره التاسع المنعقد في الإمارات سنة 1995 على ما يأتي: «إذا لم تكن هناك محاكم دولية إسلامية، يجوز احتكام الدول، أو المؤسسات الإسلامية إلى محاكم دولية غير إسلامية، توصلاً لما هو جائز شرعاً»³¹.

22 سورة النساء، رقم الآية: 65.

23 ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، 349/2.

24 سورة سبأ، رقم الآية: 28.

25 سورة الأعراف، رقم الآية: 158.

26 الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، 407/2.

27 سورة النساء، رقم الآية: 141.

28 سورة النساء، رقم الآية: 60.

29 ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، 40/1.

30 شليليك، «التحكيم الشرعي أصوله وضوابطه»، 21؛ الشیخی، نظریة القضاء الشرعی خارج ديار الإسلام، كتاب المجلس 24:(7).

31 مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع، ج/9 ص/1969.

وكذلك نص المجلس الأوروبي للإفتاء إلى ذلك، فقال: «الأصل أن يختار المسلم عند حاجته إلى تحكيم محكمين مسلمين، أو مراكز تحكيم، ملتزمة بأحكام الشريعة الإسلامية، وإذا لم يمكن ذلك، فيجوز الاحتكام إلى جهات غير إسلامية، توصلًا لما هو مطلوب شرعاً»³²

ولكن لو كان الخلاف والنزاع بين المسلمين، ففي هذه الحالة يجب عليهم أن يبحثوا ويرجعوا إلى من يقوم بحل هذا الخلاف والنزاع، وهو المحكم المسلم، من ذوي الاختصاص الشرعي، حتى يستطيع أن يعطي حكماً سديداً؛ وسوف أبين في المطلب التالي حكم التحكيم بالنسبة للمسلمين الذين يعيشون في البلاد التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية، وإلى من ينبغي تحكيمه في قضاياهم.

2.2. حكم التحكيم عند عدم وجود القضاء الشرعي

الأصل في التحكيم أنه جائز؛ لأنه مبني أساساً على رضا الطرفين وخيارهما، ولكن قد يكون التحكيم واجباً في بعض الحالات؛

أولاً إذا ورد نص أمر للتحكيم، مثل التحكيم في النزاع بين الزوجين، فإن نص الآية تأمر بالتحكيم والأمر إذا أطلق يفيد الوجوب، وقد جاءت نصوص الفقهاء على وجوبه، يقول صاحب نهاية المحتاج: «فإن اشتد الشقاق) أي الخلاف (بعث القاضي) وجوباً للآية لأنه من باب دفع الظلمات، وهو من الفروض العامة على القاضي (حكماً) ويسن كونه (من أهله وحكما) ويسن كونه (من أهلها)»³³.

ثانياً: يجب التحكيم كذلك إذا صدر قانون من الدولة يوجب التحكيم في فض بعض النزاعات في مجالات معينة؛ فإن القاعدة الفقهية تقول: بأن تصرف الإمام منوط بالمصلحة³⁴، وللإمام جعل المباح واجبا أو محظوراً³⁵، إذا رأى المصلحة في ذلك ما لم يخالف قاعدة عامة ولا نص قطعي ولا إجماع³⁶.

وقد يكون التحكيم محظوراً، إذا رأى الإمام أن المصلحة في حظره مطلقاً أو قيده بحالات معينة زماناً أو مكاناً أو موضوعاً، فيحرم اللجوء إلى التحكيم في تلك الحالات؛ فإن الإمام يملك سلطة تقييد ولاية القاضي، من حيث الزمان أو المكان أو الموضوع، فتقييده للتحكيم أولى³⁷.

ولكن هذه الأحكام، والقول بإباحة التحكيم هو عند وجود القضاء الشرعي الرسمي الذي تتبناه الدولة وتشرف عليه، فما دام القضاء الشرعي منصوباً فإن من يلجأ من الخصوم للقضاء أو يلجأ لمحكم يحكم بشرع الله فقد احتكم إلى الشرع وبرأت ذمته بذلك. ولكن ما الحكم إذا لم يكن هناك قضاء شرعي؟ إن إجابة هذا السؤال هو ما يجب أن يستفيض به البيان للمسلمين المقيمين خارج ديار الإسلام ممن ليس لهم إلا خياران: القضاء غير الإسلامي أو التحكيم الإسلامي، بل حتى للمسلمين المقيمين في العالم الإسلامي وتحكمهم أنظمة علمانية لا تقيم للشريعة وزناً، فإن هؤلاء ينطبق عليهم ما ينطبق على سابقهم من عدم وجود قضاء إسلامي يحكمون إليه³⁸.

32 قرار حول: التحكيم في المنازعات، رقم 4-11، www.e-cfr.org.

33 شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج، 392/6.

34 أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، 10-309.

35 المذكور، الإباحة عند الأصوليين، 340.

36 الأسطل، "التحكيم في الشريعة الإسلامية"، 61.

37 الأسطل، 62.

38 القضاء، "التحكيم في الشريعة الإسلامية"، 13.

يمكن للإجابة على هذا السؤال بالرجوع إلى قاعدتين شرعيتين؛ قاعدة الوسائل تأخذ حكم المقاصد، وقاعدة الميسور لا تسقط بالمعسور.

قاعدة الوسائل تأخذ حكم المقاصد: يقول الإمام القرافي مقررًا أن الوسائل تأخذ حكم المقاصد «فإن القاعدة الشرعية أن وجوب الوسائل تبع لوجوب المقاصد ولأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب»³⁹ بمعنى أنه متى كان المقصد واجباً كانت الوسيلة لهذا المقصد واجبةً أيضاً.

وفي مسألتنا هذه، إذا كان الاحتكام للشرع واجباً وأصلاً عظيماً من أصول الدين كما سبق، أو مقصداً على حدّ عبارة القرافي، وكان تطبيق هذا الأصل لا يتمّ خارج ديار الإسلام إلا بالتحكيم الشرعي، فالتحكيم وسيلة لهذا المقصد، وهو واجبٌ شرعاً، لأن ما لا يتمّ الواجب إلا به فهو واجب.⁴⁰

قاعدة الميسور لا تسقط بالمعسور: يقول العز ابن عبد السلام في شرح هذه القاعدة: «من كلف بشيء من الطاعات فقدر على بعضه وعجز عن بعضه فإنه يأتي بما قدر عليه ويسقط عنه ما عجز عنه لقوله سبحانه وتعالى: (لا يكلف الله نفساً إلا وسعها)⁴¹ وقوله عليه السلام: إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم».⁴²

بناء على هذه القاعدة فإن المسلمين الذين يعيشون في البلاد التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية إذا عجزوا عن التحاكم إلى الشريعة الإسلامية في جميع مجالاتها مثل السياسة والاقتصاد والجنائيات؛ لأن نظام تلك الدول لا يسمح بذلك، لا تسقط عنهم المطالبة بالتحاكم إلى الشريعة في المجالات التي يستطيعونها مثل القضايا المالية، والقضايا الأسرية،⁴³ والتي يمكن إعمال نظام التحكيم فيها كما سألينا في المبحث الثاني.

وقد صرح بوجوب التحكيم عند عدم وجود القضاء الشرعي عددٌ من علماء السلف عبر القرون؛ فمن علماء القرن الخامس نذكر قول الإمام الجويني في كتابه الشهير (غياث الأمم) الذي حاول فيه التنبؤ بزوال الدولة الإسلامية وفقدان الحاكم المسلم،⁴⁴ وما الذي يجب على الناس فعله للحكم بالشرع؛ يقول الإمام الجويني: «وإذا لم يصادف الناس قواماً بأمرهم يلوذون به، فيستحيل أن يؤمروا بالعودة عما يقتدرون عليه من دفع الفساد، فإنهم لو تقاعدوا عن الممكن، عم الفساد البلاد والعباد... وقد قال بعض العلماء: لو خلا الزمان عن السلطان فحق على قطان كل بلدة، وسكان كل قرية، أن يقدموا من ذوي الأحلام والنهي، وذوي العقول والحجا من يلتزمون امتثال إشاراته وأوامره، وينتهون عن مناهيه ومزاجره»⁴⁵ فهو يقرّر وجوب قيام الناس بتنصيب قاضٍ أو محكم بحسب إمكانهم، لضرورة دفع المفسدة عن المسلمين، وأنه يجب على المسلمين ما يستطيعون في تحكيم الشريعة الإسلامية.

يقول ابن الهمام من علماء القرن التاسع: «وإذا لم يكن سلطان، ولا من يجوز التقلد منه، كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار، كقرطبة في بلاد المغرب الآن، وبلنسية، وبلاد الحبشة، وأقروا المسلمين عندهم على مال يؤخذ منهم، يجب عليهم أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه والياً، فيولي قاضياً، أو يكون هو الذي يقضي بينهم»⁴⁶

39 القرافي، الفروق، 302/1.

40 القضاة، "التحكيم في الشريعة الإسلامية"، 14.

41 سورة البقرة، رقم الآية: 286.

42 ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، 7/2.

43 الشیخی، نظرية القضاء الشرعي خارج ديار الإسلام، كتاب المجلس (7): 28.

44 بسطامي، مسائل معاصرة في فقه السياسة، 104.

45 الجويني، الغيائي، 387-88.

46 ابن الهمام، فتح القدير، 264/7.

ويقول ابن عابدين من فقهاء الحنفية المتأخرين: «وإذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقليد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة الآن يجب على المسلمين أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولي قاضيا ويكون هو الذي يقضي بينهم وكذا ينصبوا إماما يصلي بهم الجمعة»⁴⁷

فيظهر من هذه النقول أن الكلمة مجتمعة على وجوب الحكم بالشريعة حتى مع الإقامة خارج ديار الإسلام، وحتى عند عدم وجود السلطان أو وجود السلطان الكافر أو المعطل لأحكام الشرع متى كان الناس قادرين على ذلك. وقد دعا المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث-ضمن قرارات الدورة التاسعة قرار 32 (9/1) - المسلمين في أوروبا إلى اللجوء إلى التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية في كل ما لا يتعارض مع القوانين السارية في البلاد الأوروبية ولاسيما في أحوالهم الشخصية ومعاملاتهم الماليّة، وذلك من أجل الإسراع في حسم منازعاتهم والتخفيف عن المحاكم الرسمية.⁴⁸

ويمكن للمسلمين في البلاد العلمانية لتطبيق التحكيم الشرعي في قضاياهم أن يشترطوا التحكيم في العقود التي يقومون بها، وقد جاء في قرارات المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث: «يمكن أن يتم التحكيم عن طريق الاشتراط في العقد، أو عن طريق وضع اتفاق تحكيمي عند حصول الخلاف، ومن الأفضل توثيق العقد الأصلي أو الاتفاق التحكيمي لدى كاتب العدل أو أي جهة رسمية أخرى».⁴⁹

3.2. من يقوم بالتحكيم عند عدم وجود القضاء الشرعي (ولاية العلماء)

وأما بالنسبة للشخص الذي ينبغي تحكيمه في قضايا المسلمين الذين يعيشون خارج ديار الإسلام، فقد اتفقت أقوال العلماء على أنه يجب على المسلمين خارج ديار الإسلام أن يجتمعوا على علمائهم، وأن يرجعوا إليهم في كل الأمور ويجعلوه حكماً، وهذا سماه بعض الباحثين بمبدأ ولاية العلماء عند أهل السنة والجماعة؛⁵⁰ أي أن يقوم علماء البلد الذي لا يخضع سلطانه للإسلام ببعض مهام إمام المسلمين حسب القدرة والاستطاعة، ولا يفهم من هذا المبدأ تعدد السلطات السياسية في بلد واحد، وإنما المقصود أن تجتمع كلمة المسلمين خارج ديار الإسلام على علمائهم.⁵¹ يقول إمام الحرمين الجويني في ولاية العلماء عند عدم وجود الإمام: «فإذا شغل الزمان عن الإمام وخلا عن سلطان ذي نجدة وكفاية ودراية، فالأمور موكولة إلى العلماء، وحق على الخلاق على اختلاف طبقاتهم أن يرجعوا إلى علمائهم، ويصدروا في جميع قضايا الولايات عن رأيهم، فإن فعلوا ذلك، فقد هودوا إلى سواء السبيل، وصار علماء البلاد ولاة العباد».⁵²

وقد استدل على مبدأ ولاية العلماء بآية (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا)⁵³ لأن من ضمن المقصود من مفهوم أولي الأمر هم العلماء؛ فإن المفسرين اختلفوا في المقصود من أولي الأمر فقال بعضهم بأنهم هم الأمراء، وبعضهم بأنهم هم العلماء، والراجح أن المقصود العلماء والأمراء معا وتجب طاعتهما، ولكل منهما ولاية في مجال معين، مثل كون العلماء ولاة البلاد في غياب الحاكم

47 ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 5/3.

48 قرار حول: التحكيم في المنازعات، رقم 32 (9-1)؛ www.e-cfr.org.

49 قرار حول: التحكيم في المنازعات، رقم 32 (9-1)؛ www.e-cfr.org.

50 بسطامي، مسائل معاصرة في فقه السياسة، 102.

51 الشیخی، نظرية القضاء الشرعي خارج ديار الإسلام، كتاب المجلس (7): 53-65.

52 الجويني، الغيائي، 391.

53 سورة النساء، رقم الآية: 59.

المسلم.⁵⁴ ولهذا كان قوام الناس بأهل الكتاب وهم العلماء، وأهل الحديد وهم الأمراء - كما قال ابن تيمية-، إذا صلحوا صلح الناس، فالله أنزل الكتاب والحديد، فالكتاب يهدي والسيف ينصر.⁵⁵ ويقول الرازي: والأنبياء لهم صفتان العلم والقدرة أما العلماء فهم نواب الأنبياء في العلم، وأما الملوك فهم نواب الأنبياء في القدرة.⁵⁶

وأما في القوانين المعاصرة فيجوز أن يقوم بالتحكيم كل من يملك أهلية الأداء، بناء عليه فينبغي على المسلمين أن يرجعوا في التحكيم إلى من عنده علم شرعي في المجال الذي يحتكم إليه، أو يرجع إلى هيئات تحكيمية إسلامية إن وجدت؛ وقد جاء في قرارات المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث: «يمكن أن يختار الأطراف محكماً واحداً، رجلاً كان أو امرأة، أو هيئة تحكيمية من عدة أفراد، ويجب أن يكون عددهم وتراً حتى يمكنهم اتخاذ القرار بالأغلبية، ويشترط في المحكمين أن يكون من بينهم من لديه إمام بالأحكام الشرعية والقوانين السارية وأن يكونوا معروفين بالنزاهة والاستقامة».⁵⁷

ومن هنا نرى من الأهمية بمكان أن تكون في الدول التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية مؤسسات تحكيمية إسلامية تقوم بالتحكيم الشرعي في قضايا المسلمين، وتضم هذه المؤسسة علماء في الشريعة يكون كل منهم متخصصاً في مجال من المجالات التي يمكن التحكيم فيها، ويكون لتلك المؤسسات لوائح وتعليمات محددة تحكم على أساسها. وقد أصدر المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث لائحة الإجراءات التنفيذية وأحكامها الشرعية للتحكيم بهدف تطبيقها في التحكيم الشرعي في البلاد التي لا تحكم بالشريعة، وتضمنت شروط التحكيم ومجاله، وصفات المحكمين وتعيينهم، وصك التحكيم (مشاركة التحكيم، عقد التحكيم)، وطرق الحكم والإجراءات والإثبات في التحكيم، وإصدار قرار التحكيم، وإبلاغ قرار التحكيم وإنفاذه، نقض أو تنفيذ الحكم (الصيغة التنفيذية للحكم)، والطعن بالقرار التحكيمي.⁵⁸

3. مجال التحكيم في البلاد التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية

فالتحكيم -كما بينا- عقد رضائي بالإيجاب من طرفي الخصومة، والقبول من المحكم، وهو ولاية حكم أدنى مرتبة من ولاية القضاء، ولا يصار إلى التحكيم في جميع القضايا، وإنما هو نظام اختياري سمح به الشرع الحنيف يمكن للناس من خلاله أن يحلوا بعض مشاكلهم ونزاعاتهم من دون الرجوع إلى القضاء. هذا من جانب ومن جانب آخر فإن التحكيم نظام مثل نظام القضاء يلجأ الناس إليه في القضايا التي لا يمكن للأفراد أن يحلوا بأنفسهم ويحتاجون فيها إلى حكم حاكم سواء كان محكماً أو قاضياً، فلذلك لا بد أن نبين أولاً ما هي القضايا التي يشترط فيها حكم الحاكم - سواء كان قاضياً أو محكماً- وتحتاج إليه ولا تنفذ بالإرادة الفردية، حتى نصل من خلاله إلى المجالات التي يجب التحاكم فيها إلى حكم المحكم على المسلمين الذين يعيشون في البلاد التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية.

بناء عليه سآبين أولاً الأحكام التي تحتاج إلى حكم الحاكم ولا تنفذ بدونه، ثم أنتقل إلى مجال التحكيم عموماً، وما هي القضايا التي يمكن التحكيم فيها بالنسبة للمسلمين الذين يعيشون في البلاد التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية.

54 بسطامي، مسائل معاصرة في فقه السياسة، 108-112.

55 ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، 90/1.

56 فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب، 27/563.

57 قرار حول: التحكيم في المنازعات، رقم 32 (9-1)؛ www.e-cfr.org.

58 انظر لتفصيلات اللائحة: لائحة الإجراءات التنفيذية وأحكامها الشرعية للتحكيم www.e-cfr.org.

1.3. ضوابط الأحكام الشرعية التي تحتاج إلى حكم الحاكم

إن بعض الأحكام الشرعية يثبت بحكم الديانة ولا يحتاج إلى حكم الحاكم، وينفذ من غير حاجة إليه، ولكن هناك أحكام شرعية أخرى لا تثبت بمجرد حكم الديانة وإنما يحتاج إلى حكم الحاكم لتحقيق المصالح الدينية والدنيوية، وإرجاع الحقوق إلى أهلها، فهذه الأحكام الشرعية تحتاج في نفاذها إلى حكم الحاكم ولا تنفذ بدونه.⁵⁹

فالأحكام الفقهية من هذه الجهة قسمان:

القسم الأول: الأحكام التي تنفذ من دون حاجة لحكم القضاء فيها، وإنما يكفي فيها مجرد الحكم الشرعي

القسم الثاني: الأحكام التي تحتاج في ثبوتها إلى حكم القضاء، ولا تنفذ إلا بحكم القاضي.⁶⁰

وإذا أردنا أن نصنف الأحكام التي تثبت بمجرد حكم الديانة، ولا تحتاج إلى حكم الحاكم فهي:

أولاً الأحكام المتعلقة بالعبادات: فأحكام العبادات لا يتدخل فيها حكم الحاكم غالباً، وبالتالي تثبت من دون حاجة إلى حكم؛ فإنه إذا لم يمكن للقضاء أن يتدخل في أحكام العبادات فبطريق أولى لا تحتاج إلى حكم القضاء أو الحكم. وبالتالي فالمسلمون الذين يعيشون خارج ديار الإسلام أو في بلاد لا تحكم بالشريعة الإسلامية لا يحتاجون في أداء عباداتهم من صلاة وصوم وزكاة وحج إلى اللجوء إلى محكم، وإنما يجب عليهم الرجوع إلى من يفنيهم فيها والقيام بها بحكم الديانة. ولكن قد يحتاجون إليها في بعض الأحكام المتعلقة بالعبادات في القضايا التي لها علاقة بأمر العامة مثل ثبوت الهلال أو إقامة الجمعة.⁶¹

ثانياً الأحكام المتعلقة بالمحرمات: معنى عدم حاجة المحرمات في الشرع إلى حكم القضاء فيها، أنه يجب اجتنابها من دون حاجة إلى حكم قاض أو محكم، وتكون المسؤولية فيها ديانية من حيث إنها لا تحتاج إلى حكم القضاء لاجتنابها، فاجتناب المحرمات وظيفة دينية لكل المسلمين. وبالتالي فالمسلمون الذين يعيشون خارج ديار الإسلام أو في بلاد لا تحكم بالشريعة الإسلامية لا يحتاجون في اجتناب المحرمات إلى اللجوء إلى محكم، وإنما يجب عليهم اجتنابها بحكم الديانة.

ثالثاً بعض أحكام المعاملات: مثل، وفاء الدين وردّ الودائع والمغصوب.⁶² وضابط ذلك القاعدة التي ذكرها القرافي: “أن كل أمر مجمع على ثبوته، وتعين الحق فيه، ولا يؤدي أخذه لفتنة، ولا تشاجر ولا فساد عرض أو عضو فيجوز أخذه من غير رفع للحاكم”⁶³

وهذه الأنواع من الأحكام الفقهية لا تقتصر إلى حكم القضاء استقلالاً، ولكن قد يدخلها حكم القاضي بطريق العرض.⁶⁴ فهذه الأحكام لا تحتاج إلى التحكيم أيضاً وإنما يقوم بها المسلمون الذين يعيشون في البلاد التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية بحكم الديانة.

وأما الأحكام الفقهية التي تحتاج إلى حكم الحاكم ولا تنفذ بدونه فلها ضوابط عديدة؛ وقد ذكر القرافي

59 القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، 151-161؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، 86؛ سودان، “التفريق بين الديانة والقضاء”، 145-146.

60 القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، 158-161.

61 سودان، “التفريق بين الديانة والقضاء”، 148.

62 القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، 159؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، 87.

63 القرافي، الفروق، 143/4.

64 ابن فرحون، تبصرة الحكام، 87.

ضوابط لبيان الأحكام الفقهية التي تحتاج إلى حكم القاضي، ووصفها بالأسباب الموجبة للافتقار إلى حكم الحاكم، نذكر منها؛

الضابط الأول: كون ذلك الحكم يحتاج إلى نظر وتحرير، وبذل جهد في تحرير سببه ومقدار مسببه؛ مثل الطلاق بالإعسار، والتفديرات في مقدار الجناية والتعزيرات، والتطبيق على المولي. ⁶⁵ وعلّة احتياج تلك الأحكام إلى حكم القضاء واضح؛ لأن القاضي أو الحكم هو الذي يستطيع أن يحرر أسباب الحكم ويقدر مسبباته، ولا يمكن ترك ذلك للناس أنفسهم. ⁶⁶

الضابط الثاني: كون تفويضها للناس يؤدي إلى الفتن والشحناء، والقتل والقتال، وفساد النفس والمال بين الناس؛ مثل الحدود، وقسمة الغنائم، وجباية الجزية وأخذ الخراجات؛ لأن هذه الأحكام لا يمكن تفويضها للناس؛ لأنه يؤدي إلى الفوضى والشحناء بين الناس وإلى إدخال الطمع في نفوسهم في الحكم لمنافعهم الشخصية. ولكن هذه الأحكام تدخل في حقوق الله تعالى ولا يجوز التحكيم فيها عند جمهور العلماء كما سألنا ذلك عند الكلام عن مجالات التحكيم.

وأما إذا لم يتحقق تلك الضوابط فإنه لا يحتاج فيه إلى حكم القضاء، وكذلك إلى حكم الحكم ولخص القرافي ذلك في قاعدة، وهي: "أن كل أمر مجمع على ثبوته، وتعين الحق فيه، ولا يؤدي أخذه لفتنة، ولا تشاجر ولا فساد عرض أو عضو فيجوز أخذه من غير رفع للحاكم" ⁶⁷

وبناء على هذه الضوابط والأسباب يمكن تصنيف الأحكام الفقهية التي لا بد فيها من حكم القاضي أو الحكم كالتالي:

أولاً تنفيذ العقوبات: لا خلاف بين الفقهاء في أن العقوبات من قصاص وحدود وتعزيرات لا يجوز تنفيذها من قبل الأفراد وإنما يجب رفعها إلى القاضي؛ ⁶⁸ لأن هذه الأمور عظيمة الخطر والفائت لا يعوض فيها، والخطأ فيها لا يستدرك فوجب الاحتياط في إثباتها. فلذلك لا تتحقق العقوبات إلا بالرفع إلى الحاكم لينظر فيها وفي أسبابها وشروطها، وصاحب الحق ليس لديه من الوسائل اللازمة للتحري في ذلك. ولأنه لو جعل للناس استيفاء ما لهم من عقوبات لكان في ذلك ذريعة لتعدي بعض الناس على بعض؛ فيكون هذا سبباً لتحريك الفتنة بين الناس، ولأن كثيراً من العقوبات لا تنضب إلا بحكم القاضي أو الإمام، ولأن استيفاء العقوبات ينبغي أن يكون على وجه تحقيق الزجر، وهذا لا يتحقق إلا بواسطة الحاكم. ⁶⁹ ولكن تنفيذ العقوبات لا يجوز التحكيم فيها عموماً عند جمهور العلماء كما سألنا ذلك عند الكلام عن مجالات التحكيم.

ثانياً تحصيل الحقوق الشرعية المحضة:

والحقوق الشرعية المحضة هي ما عدا الأعيان والديون من الحقوق المتعلقة بالنكاح واللعان والإيلاء والرجعة والطلاق بالإعسار والإضرار؛ لأنها أمور خطيرة كالعقوبات فيجب الاحتياط في إثباتها واستيفائها،

65 القرافي، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، 151-152.

66 القرافي، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، 153-161؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، 86.

67 القرافي، الفروق، 143/4.

68 السرخسي، المبسوط، 219/10؛ القرافي، الفروق، 144/4؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 192/7؛ عليش، منح الجليل، 8/9-9/8.

266؛ ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، 436/8.

69 ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، 286/10؛ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 277/5؛ ابن عبد السلام، قواعد الأحكام،

198/2؛ ياسين، نظرية الدعوى، 111-108.

ولأنها أمور تحتاج إلى الاجتهاد والتحريير، في تحقيق أسبابها، فلذلك يختص بها الحاكم.⁷⁰ ويجوز التحكيم في مثل هذه الأمور على خلاف بين العلماء كما سيأتي.

ثالثاً تحصيل الحقوق العينية والديون في حالة خوف الفتنة والفساد:

لا يجوز استيفاء الحقوق العينية والديون من غير حكم القضاء أو الحكم، إذا ترتبت على ذلك فتنة أو مفسدة تزيد على مفسدة ضياع الحق كفساد عضو أو عرض؛ مثل أن ينسب إلى السرقة إذا أخذها بنفسه.⁷¹ وقال بعض الفقهاء إذا ترتب عليه إرعاب المسلم وترويعه⁷² لأن ترويع المسلم حرام. ولعل مقتضى القواعد الشرعية أن يقارن في ذلك بين مفسدتين؛ الأولى المفسدة التي ترتبت على ترك الحق، والثاني المفسدة المترتبة على أخذ الحق بغير حكم القضاء؛ فإن كانت الأولى أشد من الثانية جاز لصاحب الحق أخذه بغير قضاء، وإن كان العكس وجب اللجوء إلى القضاء.⁷³

وأما إذا أدى استيفاء الحق إلى خيانة الأمانة كما لو كان عنده ودیعة لمن له عليه حق، ففيه خلاف؛ لا يجوز استيفاءه عند الإمام مالك لقوله - عليه السلام - ”أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنْ ائْتَمَنَكَ، وَلَا تَخُنْ مِنْ خَائِكَ“⁷⁴ ويجوز عند الإمام الشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم لهند ابنة عتبة امرأة أبي سفيان لما شكت إليه أنه بخيل لا يعطيها وولدها ما يكفيهما فقال صلى الله عليه وسلم لها: ”خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَلَوْلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ“⁷⁵ ومنشأ الخلاف هو: هل هذا القول منه - عليه السلام - فتياً مثل ما يقوله الإمام الشافعي أو أن ذلك قضاء منه مثل ما يقوله الإمام مالك.⁷⁶

وأما في غير تلك الحالات فيجوز تحصيل الأعيان المستحقة ديانة بغير حكم القضاء أو المحكم، وذلك إذا عجز صاحب الحق عن أخذ حقه منه لعدم اعترافه، أو عدم وجود البيينة عليه، وأما إذا كان المدين مقراً بها باذلاً لها فلا يجوز استيفاءه بغير القضاء أو التحكيم.⁷⁷

2.3. مجالات التحكيم عند عدم وجود القضاء الشرعي

وبعد بيان الأحكام التي يجب الرجوع فيها إلى حكم الحاكم سواء كان قاضياً أم حكماً، سآبين في هذا المطلب مجالات التحكيم عموماً، ومجالاته عند عدم وجود القضاء الشرعي خصوصاً؛ فإن التحكيم ليس مثل القضاء، ولا يدخل في جميع الحقوق والدعاوى، وإنما له مجال معين عند الفقهاء، ولكن الفقهاء قد اختلفوا في تحديد مجال التحكيم، وخالصة آرائهم كالتالي:

جميع الفقهاء متفقون على أن التحكيم يدخل في كل ما يتعلق بالحقوق المالية، وما يجري مجراها من

70 القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، 151؛ ابن حسين، تهذيب الفروق، 4/123؛ ياسين، نظرية الدعوى، 111.

71 القرافي، الفروق، 4/144؛ القرطبي، جامع أحكام القرآن، 2/355؛ ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، 10/287.

72 ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، 10/287؛ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 4/462.

73 ياسين، نظرية الدعوى، 112-113.

74 أخرجه الإمام أحمد في مسنده في مسند المكيبين بعنوان حديث رجل عن النبي صلى الله عليه وسلم، رقم الحديث/1524 ج/24 ص/150؛ أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، رقم الحديث/1524، حكم الألباني: صحيح.

75 أخرجه الإمام أحمد، مسند النساء، من مسند الصديقة عائشة بنت الصديق رضي الله عنها، رقم الحديث/24119. إسناده صحيح على شرط الشيخين.

76 القرافي، الفروق، 4/144-145.

77 ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، 1/87؛ ياسين، نظرية الدعوى، 113-116.

المعاوضات، مثل البيوع والإجارة والرهن ونحوها، أو ما يجوز للأفراد القيام بفعله بأنفسهم، وما يصح فيه العفو والإبراء. وكذلك جمهور الفقهاء متفقون على أن التحكيم لا يدخل في حقوق الله تعالى الخالصة مثل الحدود المتعلقة بحقوق الله والنظام العام ولا يملك أحد إسقاطها مثل حدود الزنا والسرقعة، وكذلك لا يدخل التحكيم في الحكم على الغائب، ولا فيما لا سلطة للمحكم عليه كحقوق غير الخصوم، ولا ينفذ إلا في مواجهة من رضي به.⁷⁸

ولكن الفقهاء اختلفوا فيما عدا ذلك من القضايا مثل أمور النكاح، والطلاق، واللعان، والقصاص، والدية، وحد القذف لما فيها من حقوق العباد؛ فذهب الحنابلة في المعتمد عندهم على جواز التحكيم في كل هذه الأمور، مثل القاضي فكل ما جاز التقاضي فيه جاز فيه التحكيم. ولكن ذهب بعضهم إلى عدم جواز التحكيم في غير الأموال من القصاص، واللعان، وحد القذف، والنكاح.⁷⁹ وذهب الحنفية في الصحيح عندهم إلى عدم جواز التحكيم في القصاص وحد القذف، والدية على العاقلة.⁸⁰ وذهب المالكية إلى عدم جواز التحكيم في الأمور التي يتعلق بها حق لغير الخصمين إما لله تعالى مثل القصاص في النفس، وحد القذف، والطلاق، وإما لأدمي مثل اللعان، والنسب، والوصية، والحجر للسفه، وأمر اليتيم.⁸¹ وذهب الشافعية⁸² في القول المعتمد عندهم على جواز التحكيم في غير الحدود والحقوق المتعلقة بالله والنظام العام، والتعزير.⁸³

وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره التاسع، جواز التحكيم في كل ما هو حق خالص للمكلف كالبيع والكفالة والنكاح ونحوه - لأن حق المكلف شرع لمصلحته، وله الخيرة إن شاء استوفاه وإن شاء أسقطه فجاز التحكيم فيه - وعدم جوازه في كل ما هو حق لله تعالى كالحدود، ولا فيما استلزم الحكم فيه إثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المتحاكمين ممن لا ولاية للحكم عليه، كاللعان لتعلق حق الولد به، ولا فيما ينفرد القضاء دون غيره بالنظر فيه. فإذا قضى الحكم فيما لا يجوز فيه التحكيم فحكمه باطل ولا ينفذ.⁸⁴

وأما مجالات التحكيم عند عدم وجود القضاء الشرعي: فيعد مراعاة أقوال العلماء في بيان تحديد مجالات التحكيم، ينبغي أن يعلم بأنه ليس للخلافات الفقهية فيما يجوز فيه التحكيم - مما سبق بيانه - عظيم أثر على أرض الواقع بالنسبة للمسلمين الذين يعيشون خارج الديار الإسلامية؛ لأن مرد الأمر في النهاية إلى ما تسمح بالتحكيم فيه قوانين هذه الدول. وهذا بابٌ واسعٌ لأهل القانون والخبرة من المسلمين أن يتعرفوا على كل ما

78 ابن الهمام، فتح القدير، 318/7؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، 62/1؛ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 267/4-268؛ الأسطل، "التحكيم في الشريعة الإسلامية"، 141-134.

79 المرادوي، الإنصاف، 197/11-198.

80 ابن الهمام، فتح القدير، 318/7-319.

81 ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، 62/1؛ نعيم سمارة المصري و محمد محمد لافي، "التحكيم الشرعي مجالاته وولاية المحكم"، 51-52.

82 الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 267-268/4.

83 يقول الماوردي: «قلو أن امرأة لا ولي لها خطبها رجل فتحاكما إلى رجل ليزوج أحدهما بالآخر؛ فإن كانا في دار الحرب أو في بادية لا يصلان إلى حاكم جاز تحكيمهما وتزويج المحكم لهما. وإن كانا في دار الإسلام وحيث يقدران فيه على الحاكم كان في جوازه وجهان على ما ذكرنا.» الحاوي الكبير، الماوردي، ج/16 ص/326، ويذكر العز بن عبد السلام بأن المرأة إن لم تجد ولياً ولا حاكماً فهل لها أن تحكّم أجنبياً بزوجها؟ أو تفوض إليه التزويج من غير تحكيم؟ قال بأن «فيه اختلاف، ومبنى هذه المسائل كلها على الضرورات ومسبب الحاجات، وقد يجوز في حال الاضطرار ما لا يجوز في حال الاختيار، كما يجوز لمن ظفر بمال غريمه الجاحد لدينه أن يأخذ من ماله مثل حقه، فإن كان من غير جنسه فله أن يأخذه ويبيعه.» قواعد الأحكام، ابن عبد السلام، ج/1 ص/87.

84 منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 9:1969.

تجزير القوانين التحكيم فيه، فبالد كالأليات المتحدة- مثلاً- قد تختلف قوانين التحكيم فيها من ولاية لأخرى.⁸⁵

وكذلك يجب التفريق بين المحكم الذي وأته الدولة وأعطت له صلاحية وبين التحكيم الفردي. فتحديد مجال التحكيم الذي اختلف فيه العلماء هو في التحكيم الفردي أي التحكيم الذي يصدر من أشخاص عاديين وليست لهم ولاية عامة، فلا يصح التحكيم الفردي في المجالات التي تقتضي ولاية عامة كما سبق، وأما التحكيم الذي يصدر ممن له ولاية عامة كرئيس الدولة أو من وظيفته الدولة، فإن التحكيم عندئذ ينفذ في جميع المجالات.⁸⁶ مثلاً فالدولة التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية إذا عينت قاضياً للمسلمين أو محكماً وسمحت بالحكم في جميع المجالات فإن ذلك جائز ونافذ في جميع المجالات التي تسمحها.⁸⁷ يقول الدكتور الأسطل بعد تفرقة بين هذين النوعين من التحكيم: «وبهذا نرى أن التحكيم أوسع نطاقاً مما تناوله الفقهاء في كتب الفقه، ومرجع ذلك أن الفقهاء تناولوا التحكيم باعتباره ولاية مستمدة من أحاد الناس، وليس مستمداً ممن له ولاية عامة.»⁸⁸

بناء عليه فالمسلمون الذين يعيشون في بلاد غير إسلامية، وقوانينها قوانين وضعية تخالف الشريعة الإسلامية، لا يستطيعون التحكيم في حكم يخالف قوانين البلاد التي يعيشون فيها، لأنهم سيوقعون أنفسهم في حرج شديد إذا فعلوا ذلك، ولكن يجوز تحكيمهم إلى المحكم في جميع أنواع الخصومات والمنازعات، الأسرية من زواج، وطلاق، ومعاملات مالية، وغيرها من المجالات المستطاعة والمقدور عليها بما لا يعرض المسلمين للمساءلة القانونية، أو المخالفات التنظيمية للدولة التي يعيشون فيها.⁸⁹

ومع ذلك ينبغي على المسلمين الذين يعيشون في البلاد التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية مطالبة الدول التي يعيشون فيها بإعطاء مساحات واسعة من الأحكام والقوانين التي تراعي خصوصيتهم الدينية وتعطي لهم صلاحيات في حل مشكلاتهم بالتحكيم الشرعي في جميع مجالاته.⁹⁰

ولكن في القضايا المتعلقة بحقوق الله تعالى كتنفيذ الحدود في الزنا والسرقه وشرب الخمر، والقصاص وغيرهما من العقوبات، أثقت كلمة الجمهور- كما بينت- على أنه لا يجوز التحكيم فيها؛⁹¹ لأنه يشترط في الحدود والقصاص وجود الإمام الذي يقوم بتطبيق الحدود الشرعية، والمحكم لا يستطيع فعل ذلك، إلا إذا كان يريد الصلح بالعفو في قضية القتل، أو دفع الدية فيجوز في هذه الحالة، والأسباب في عدم جواز التحكيم في الحدود والقصاص ما يلي:

1- إن تطبيق الحدود والعقوبات تختص بولي الأمر، أو نائبه، أو من يقوم مقامه، وما دامت الجاليات الإسلامية تعيش تحت قوانين غير إسلامية، ولا تحكم بالإسلام، فإنه لا يجوز لها فعل ذلك، خوفاً من وقوع الفساد، والاضطراب بين المسلمين، لأن إقامة الحدود تحتاج إلى شروط، وقيود معينة يجب توافرها في المحكم، حتى لا يدخل الهوى والحيف، وكذلك يجب توافر شروط معينة في ثبوت الحد، لأن من اتهم بحد، بالقول، أو بالفعل، قد يكون جاهلاً، أو مريضاً، أو مكرهاً، أو له تأويل خاطئ، ولا يستطيع معرفة ذلك إلا الحاكم.

85 القضاة، التحكيم في الشريعة الإسلامية»، 28.

86 الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية»، 141-142.

87 الشیخی، نظرية القضاء الشرعي خارج ديار الإسلام، كتاب المجلس (7): 86-87.

88 الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية»، 143.

89 الشیخی، نظرية القضاء الشرعي خارج ديار الإسلام، كتاب المجلس (7): 40؛ شلييك، التحكيم الشرعي أصوله وضوابطه»، 23.

90 الشیخی، نظرية القضاء الشرعي خارج ديار الإسلام، كتاب المجلس (7): 63-64.

91 القضاة، التحكيم في الشريعة الإسلامية»، 18.

2- إن المسلمين يعيشون تحت حكم دولة غير إسلامية، لها قوانين خاصة بها، ولا تسمح لأي فرد بتجاوز هذه القوانين، فإقامة الحد، أو القصاص تحت بلد لا يطبق الأحكام الشرعية، يؤدي إلى المساءلة القانونية، وإلى الإضرار بالمسلمين والإسلام في تلك البلاد.

3- المحرمات التي تستوجب العقوبات مفسدة عظيمة، يجب العمل على الحد منها، ولكن تقابل هذه المفسدة مفسدة أكبر منها، وهي تعريض من يقوم بالتحكيم فيها إلى المساءلة القانونية، والحكم عليه بالحبس، أو الإعدام، وإلى الإضرار بوجود الجالية الإسلامية، وإلى تشويه الإسلام والتضييق عليه، كالقول بأن المسلمين يريدون أن يقيموا دولة إسلامية داخل دولة وغير ذلك، فيجب في هذه الحالة دفع الضرر الأشد بالضرر الأخف، أخذاً بقاعدة: (إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما) فعدم التحكيم في الحدود والقصاص مفسدة، ولكن يقابلها مفسدة أعظم منها، فنأخذ بالأخف وهو القول بعدم التحكيم في الحدود والقصاص في بلاد الكفر، لدفع الضرر الأشد. وبقاعدة: (درء المفساد مقدم على جلب المصالح) ، وبقاعدة: (الضرر لا يزال بالضرر)، وبقاعدة: (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف)، فهذه القواعد وغيرها من القواعد، توضح أنه يجب دفع الضرر الأشد، بالأخف، وأنه لا يجوز دفع الضرر، بضرر مثله، أو أشد منه.⁹²

إلا أن هناك بعض الباحثين ادعى بجواز التحكيم في الحدود أيضاً إن سمحت به القوانين، ولكن باستبدال العقوبات البدنية إلى العقوبات المالية، وقال بأن للمحكم المسلم أن يُعزَّرَ بالمال من زنا أو قذف أو شرب خمرأ بدلاً من إقامة الحدِّ عليه إن سمحت بذلك القوانين، وأن ذلك أقصى ما في الوسع في بلاد لا تعتبر ما سبق من الجرائم، ولئن يغرم الزاني والشارب خيراً من أن يُنْزَكَ وشأنه فطُمس المنكرات ولا يُعاقب عليها البتة. واستدل على ذلك بأن ثرائنا الفقهي حفظ لنا فيما حفظ أن الحدود تسقط كلها أو بعضها وتُستبدل بالتعزير، وذلك في موضعين اثنين: الأول: عند عدم ثبوت الحدِّ، والثاني: في دار الحرب. وبينني عليه القول بجواز استبدال الحدود بعقوبة أخرى أو على الأقل تنفيذ ما يُستطاع منها ليس بدعاً من القول.⁹³

وهذا القول قد يكون له جانب من القبول، ولكنه يحتاج إلى تأصيل وتدليل وتفصيل أكثر من ذلك، والاستدلال بسقوط الحدود عند الفقهاء في بعض الحالات واستبدالها بالتعزير دليل قاصر؛ فإن الذي يوقع التعزير بدلا من الحد ويقرر ذلك هو الإمام وليس آحاد الناس، ويجب أن يبحث هل لغير الإمام صلاحية التعزير أم لا، والذي يستفاد من كلام الفقهاء عموماً هو أن التعزير من حق الإمام وصلاحيته.⁹⁴

خاتمة

التحاكم إلى الشريعة الإسلامية واجب على كل مسلم، سواء وجد القضاء الشرعي أو لا، والتحكيم الشرعي محل القضاء الشرعي للمسلمين الذين يعيشون في البلاد التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية.

التحكيم الشرعي واجب بالنسبة لمن يعيش في بلد لا وجود فيه للقضاء الشرعي؛ لأنه إما يتحاكم إلى قضاء غير شرعي وهذا غير جائز إلا في حالات الضرورة، وإما إلى تحكيم شرعي في القضايا التي تسمح الدولة للتحكيم فيها، وهذا الميسور بالنسبة له والقاعدة الشرعية تقول: إن الميسور لا تسقط بالمعسور.

وقد صرح العلماء السابقون بوجوب الرجوع إلى العلماء ليحكموا في قضاياهم بحكم الشرع عند عدم وجود إمام المسلمين، ويعبر عن هذا بمبدأ ولاية العلماء.

92 شليليك، "التحكيم الشرعي أصوله وضوابطه"، 23-24.

93 القضاء، "التحكيم في الشريعة الإسلامية"، 21-23.

94 الزرقا، المدخل الفقهي العام، 695/2-696.

الأحكام الدينية التي لا تحتاج إلى حكم الحاكم مثل العبادات والاجتناب عن المحرمات، وبعض المعاملات التي من قبيل المجمع على ثبوته، وتعين الحق فيه، ولا يؤدي أخذه لفتنة، ولا تشاجر ولا فساد عرض أو عضو يقوم به المسلمون الذين يعيشون خارج ديار الإسلام بأنفسهم ولا يحتاجون في ذلك إلى الرجوع إلى حكم المحكم.

اختلف العلماء في مجال التحكيم الشرعي، ولكنهم متفقون على جوازه في الأمور المالية، وعدم جوازه في الأمور المتعلقة بالحق العام مثل الحدود الشرعية في العقوبات. وأما تحديد مجال التحكيم عند عدم وجود القضاء الشرعي فمتروك إلى ما تسمح به قوانين الدولة، فما تسمح به للتحكيم فيه فيمكن فيه التحكيم، وما لا تسمح به فلا يمكن فيه التحكيم الشرعي؛ حتى لا يؤدي التحكيم الشرعي إلى مفسدة أكبر من مفسدة عدم التحاكم إلى الشرع، ومساءلة المسلمين وملاحقتهم، واتهامهم بالانفصالية والخروج على القوانين.

توصيات

ينبغي على المسلمين الذين يعيشون في البلاد التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية مطالبة الدول التي يعيشون فيها بإعطاء مساحات واسعة من الأحكام والقوانين التي تراعي خصوصيتهم الدينية وتعطي لهم صلاحيات في حل مشكلاتهم بالتحكيم الشرعي في جميع مجالاته.

ومن الأهمية بمكان أن تكون في الدول التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية مؤسسات تحكيمية إسلامية تقوم بالتحكيم الشرعي في قضايا المسلمين، وتضم هذه المؤسسة علماء في الشريعة يكون كل منهم متخصصا في مجال من المجالات التي يمكن التحكيم فيها، ويكون لتلك المؤسسات لوائح وتعليمات محددة تحكم على أساسها

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

المصادر والمراجع

- أحمد الزرقا. شرح القواعد الفقهية. الطبعة الثانية. دمشق: دار القلم، 1989.
- ابن المنظور، محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين. لسان العرب. بيروت لبنان: دار صادر، 1414.
- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي. فتح القدير. بيروت لبنان: دار الفكر، t.y.
- ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: 728هـ). الفتاوى الكبرى. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية، 1408.
- ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي. تحفة المحتاج في شرح المنهاج. 9 c. بيروت: دار إحياء التراث العربي، t.y.
- ابن حسين، محمد بن علي مفتي المالكية بمكة المكرم المتوفى: 1367هـ. تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية. القاهرة مصر: عالم الكتب، t.y.
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ). رد المحتار على الدر المختار. الطبعة الثانية. بيروت: دار الفكر، 1412.

- ابن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي. *قواعد الأحكام في مصالح الأنام*. القاهرة مصر: مكتبة الكليات الأزهرية، 1414.
- ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني. *معجم مقاييس اللغة*. بيروت: دار الفكر، 1399.
- ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى المتوفى: 799هـ. *تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام*. الرياض: دار عالم الكتب، 1423.
- ابن قيم الجوزية، 31. محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين. *إعلام الموقعين عن رب العالمين*. بيروت: دار الكتب العلمية، 1411.
- ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: 774هـ). *تفسير القرآن العظيم*. الطبعة الثانية. الرياض: دار طيبة للنشر والتوزيع، 1420.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري المتوفى: 970هـ. *البحر الرائق شرح كنز الدقائق*. الطبعة الثانية. بيروت: دار الكتاب الإسلامي، t.y.
- الأسطل، إسماعيل أحمد محمد. "التحكيم في الشريعة الإسلامية". دكتوراه، جامعة القاهرة، 1986.
- الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: 478هـ)، *الغياثي غياث الأمم في التياث الظلم*. القاهرة مصر: مطبعة نهضة مصر، 1401.
- الخطيب الشربيني، شمس الدين، محمد بن أحمد الشافعي (977هـ)، *مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج*. بيروت: دار الكتب العلمية، 1415.
- الدوري، قطان عبد الرحمن. *عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي*. بيروت: كتاب ناشرون، 2018.
- الزرقا، مصطفى أحمد. *المدخل الفقهي العام*. الطبعة الثانية. دمشق: دار القلم، 1425.
- الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: 538هـ). *أساس البلاغة*. بيروت: دار الكتب العلمية، 1419.
- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي المتوفى: 483هـ. *المبسوط*. بيروت: دار المعرفة، 1414.
- الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي. *الموافقات في أصول الشريعة*. بيروت: دار الكتب العلمية، 1425.
- الشيخي، سالم عبد السلام. *نظرية القضاء الشرعي خارج ديار الإسلام*. C. كتاب المجلس (7). إصدارات المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، t.y.
- القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي (المتوفى: 684هـ). *أنوار البروق في أنواء الفروق*. القاهرة مصر: عالم الكتب، t.y.
- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام*. بيروت: دار البشائر الإسلامية، 1995.
- القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر. *جامع أحكام القرآن*. القاهرة مصر: دار الكتب المصرية، 1384.
- القضاء، معن خالد. "التحكيم في الشريعة الإسلامية، التعريف والقواعد العامة للمقيمين خارج ديار الإسلام". *المجلة العلمية لجامعة الملك فيصل*، 2016.
- المردوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: 885هـ). *الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف*. الطبعة: الثانية. بيروت: دار إحياء التراث العربي، t.y.
- بسطامي، محمد سعيد خير. *مسائل معاصرة في فقه السياسة*. إصدارات هيئة الأعمال الفكرية، t.y.
- سودان، حسين. "التقريب بين الديانة والقضاء، وأثره في الأحكام الشرعية". رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، 2019.
- شليليك، أحمد الصويغي. "التحكيم الشرعي أصوله وضوابطه". *المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية*، 1436 2016.
- شمس الدين الرملي، محمد بن شهاب الدين أبي العباس أحمد بن حمزة. *نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج*. بيروت: دار الفكر، 1404.
- عليش، أبو عبد الله المالكي. *منح الجليل شرح مختصر خليل*. بيروت: دار الفكر، 1404.
- فخر الدين الرازي، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي خطيب الري (المتوفى: 606هـ). *مفاتيح الغيب = التفسير الكبير*. الطبعة: الثالثة. بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1420.
- مذكور، محمد سلام. *الإباحة عند الأصوليين*. بيروت: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1984.

منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة. مجلة مجمع الفقه الإسلامي. 9. C. جدة، t.y.
نعيم سمارة المصري، ومحمد محمد لافي. "التحكيم الشرعي مجالاته ولاية المحكم". مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث
والدراسات، sy العدد الثالث والأربعون (2018).
ياسين، محمد نعيم. نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية. عمان الأردن: دار النفائس،
.1420