

مبدأ التحكيم في فض المنازعات

دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي

رسالة الماجستير

هذه الرسالة قدّمت إلى جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج لاستيفاء شرط من شروط الحصول على درجة الماجستير في الشريعة والقانون

إعداد الطالب

محمد علي عبد الحميد مؤمن

رقم التسجيل : 13780026



قسم الشريعة والقانون

كلية الدراسات العليا

جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج

2014 – 2015م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ
بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ
وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [النساء: 65].

صدق الله العظيم

الإهداء

إلى بهاء الفجر الأبدى... أبي الحبيب.
وإلى ميناء العشق الأزلي... أُمي الحبيبة.
إلى أبي الروحي وشيخي الفاضل... د. أحمد
القطعاني.
وإلى شموع الوفاء الدائمة... إخوتي الأحبة.
وإلى ربيع الإخلاص الدائم في قلوب
أصدقائي.

أقدم لهم جميعاً هذا الجهد المتواضع

شكر وتقدير

انطلاقاً من قول الحق تبارك وتعالى: ﴿لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾⁽¹⁾، وقول النبي صلى الله عليه وسلم: (من لا يشكر الناس لا يشكر الله)⁽²⁾ أشكر الله وأحمده تعالى حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه، ملء السماوات وملء الأرض وملء ما شئت من شيء بعد أهل الثناء والمجد أحق ما قال العبد وكلنا لك عبد.

فله الشكر سبحانه على نعمه التي لا تحصى، ومن أعظمها نعمة الإسلام، ونعمة طلب العلم الشرعي في منهله الصافي.

وعرفاناً بالجميل أتقدم بالشكر الجزيل للمسئولين في جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية، وعلى رأسهم رئيس الجامعة الأستاذ البروفيسور: موجيا راهارجو حفظه الله ورعاه الذي سهل لنا بفضل الله عز وجل التدارس في هذه الجامعة المباركة فجزاه الله خيراً.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى مدير الدراسات العليا البروفيسور: عبد المهيمن وإلى الأساتذة الأفاضل في جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية، وأخص بالشكر الدكتور منير العابدين الذي كان لنا نعم الأستاذ والأب في مشوار دراستنا في هذه الجامعة المباركة.

وأدين بالفضل والتقدير للدكتور عباس عرفان المشرف الأول على هذا البحث الذي مد لي يد العون في إخراجه إلى حيز الوجود، فقد ألفتته مشرفاً

(1) سورة إبراهيم ، الآية 7 .

(2) رواه الترمذي عن أبي هريرة: كتاب البر والصلة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: باب ما جاء في الشكر لمن أحسن إليك: 298/4-299 رقم الحديث (1954) ، وقال عنه : حديث حسن صحيح، وصححه الألباني في صحيح الجامع: 1122/2 ، رقم الحديث (6601).

معيناً موجهاً بدقة عند المسير ومنبهاً عند الوئيد مسيراً لي سبل الالتقاء به أعظم التيسير فبذل جهده بكل إخلاص وشجعني على متابعة البحث بكل جد ونشاط ولم يأل جهداً في التوجيه والنصح فقد كان لي نعم المعلم ونعم المرشد فبارك الله فيه وفي ذريته ونفعه الله بعلمه في الدارين.

كما أتقدم بجزيل الشكر والعرفان **للدكتور عون الرفيق**، المشرف الثاني على البحث، فقد كان من اسمه نصيب في مد يد العون في هذه الرسالة، فجزاه الله عنا خير الجزاء ووفقه الله في دينه ودنياه.

وأشكر أيضاً **جميع الموظفين والعاملين** في هذه الجامعة على جميع المساعدات.

وأنتقدم بشكري وامتناني أيضاً إلى عمي **الاستاذ طارق مؤمن** الذي مد لي يد العون، فقد كان متابعاً لي في سفري ومراحل دراستي فبارك الله فيه وفي أسرته الكريمة.

وفي الختام والختام مسك أتوجه بشكري إلى أصل الفكرة، وشرارة الانطلاقة، شيخينا الفاضل صاحب الفكر الوقاد، **الشيخ الدكتور بشير عبد الله القلعي**، الذي مد لي يد العون في جميع مراحل دراستي منذ المرحلة الثانوية وحتى هذه اللحظة وهو يقدم لي النصح والإرشاد، فقد كان لي نعم المنهل في دراسة العلوم الشرعية، فجزاه الله كل خير وحفظه هو وأسرته الكريمة، وأخص منهم بالذكر **الاستاذ يونس بشير القلعي** الذي أعانني بالبحث في سجلات المحاكم عن قضايا للتحكيم، فجزاه الله كل خير.

وأسأل الله أن يوفقنا لما يحبه ويرضاه، وصلى الله على عبده ورسوله سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

محتويات البحث

ر.الصفحة	الموضوع
أ	الآية القرآنية
ب	الاهداء
ج	شكر وتقدير
هـ	محتويات البحث
الفصل الأول: الإطار العام	
1	أ. المقدمة
5	ب. مشكلة البحث
6	ج. أسئلة البحث
7	د. أهداف البحث
7	هـ. أهمية البحث
8	و. حدود البحث
8	ز. مصطلحات البحث
10	ح. الدراسات السابقة
الفصل الثاني: الإطار النظري	
15	المبحث الأول: تعريف التحكيم وأهميته وتطوره التاريخي
15	أولاً: تعريف التحكيم لغة واصطلاحاً، وأهميته، والألفاظ ذات العلاقة

15	أ. التحكيم لغة واصطلاحاً
16	ب. أهمية التحكيم
17	ج. التحكيم والألفاظ ذات الصلة
23	ثانياً: التطور التاريخي للتحكيم
23	أ. التحكيم في ظل الدولة القديمة (المدن القديمة)
26	ب. التحكيم عند العرب قبل الإسلام
28	المبحث الثاني: التحكيم بين المتخاصمين في نصوص الشريعة الإسلامية والقانون الليبي
28	أولاً: التحكيم في القرآن الكريم
30	ثانياً: التحكيم في السنة المطهرة
35	ثالثاً: التحكيم في القانون الليبي
37	المبحث الثالث: أركان التحكيم وأنواعه والموضوعات التي يجوز ولا يجوز فيها التحكيم بين الشريعة والقانون
37	أولاً: أركان التحكيم وشروطه في الشريعة والقانون الليبي
37	أ. أركان التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي
40	ب. الشروط الموضوعية للتحكيم " الرضا - المحل - الأهلية "
42	ج. الشروط الشكلية للتحكيم
43	ثانياً: أنواع التحكيم
43	أ. أنواع التحكيم في الشريعة الإسلامية

65	ب. أنواع التحكيم في القانون الليبي
67	ثالثاً: الموضوعات التي يجوز ولا يجوز فيها التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي
67	أ. الموضوعات التي يجوز ولا يجوز فيها التحكيم في الشريعة الإسلامية
80	ب. الموضوعات التي يجوز ولا يجوز فيها التحكيم في القانون الليبي
الفصل الثالث: منهجية البحث	
83	أولاً: نوع البحث
85	ثانياً: مصادر جمع البيانات
85	ثالثاً: أدوات جمع البيانات
86	رابعاً: أسلوب تحليل البيانات
87	خامساً: هيكل البحث
الفصل الرابع: تحليل البيانات	
91	المبحث الأول: فض المنازعات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي في مسألة الشقاق بين الزوجين
91	المطلب الأول: مسألة الشقاق بين الزوجين في الشريعة الإسلامية

113	المطلب الثاني: مسألة الشقاق بين الزوجين في القانون المدني الليبي
121	المبحث الثاني: التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي في المنازعات العقارية
121	المطلب الأول: المنازعات العقارية في الشريعة الإسلامية
127	المطلب الثاني: التحكيم في المنازعات العقارية في القانون المدني الليبي
130	الفرع الأول: الدعاوى العقارية بوجه عام
139	الفرع الثاني: دعاوى صحة التعاقد
الفصل الخامس: الخاتمة	
150	النتائج
150	التوصيات
153	قائمة المصادر والمراجع

جمهورية إندونيسيا

وزارة الشؤون الدينية

جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية بمالانج

كلية الدراسات العليا قسم الشريعة والقانون



اعتماد لجنة المناقشة

عنوان البحث: مبدأ التحكيم في فض المنازعات

دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي

بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير قسم الشريعة والقانون

إعداد الطالب: محمد علي عبد الحميد مؤمن

رقم التسجيل: 13780026

قد دافع عن هذا البحث أمام لجنة الجامعة وتقرر قبوله شرطاً لنيل درجة الماجستير

في الشريعة والقانون وذلك يوم

وتتكون لجنة المناقشة من السادة الأساتذة:

- | | | |
|---------------------|-----------------|----------------|
| 1- د. منير العابدين | رئيساً ومناقشاً | التوقيع: |
| 2- د. اسوندي | مناقشاً | التوقيع: |
| 3- د. عباس عرفان | مشرفاً ومناقشاً | التوقيع: |
| 4- د. عون الرفيق | مشرفاً ومناقشاً | التوقيع: |

يعتمد

عميد كلية الدراسات العليا:

أ.د. مهيمن

رقم التوظيف: 195612111983031005

إقرار الطالب

أنا الموقع أدناه وبياناتي كالاتي :

الاسم : محمد علي عبد الحميد مؤمن

رقم التسجيل : 13780026

العنوان : مبدأ التحكيم في فض المنازعات (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي)

أقر بأن هذه الرسالة التي حضرتها لتوفير شرط للحصول علي درجة الماجستير في الشريعة و القانون كلية الدراسات العليا بجامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج ، حضرتها و كتبتها بنفسي وما زورتها من إبداع غيري أو تأليف شخص آخر . وإذا ادعي احد مستقبلاً أنها من تأليفه وتبين أنها فعلاً ليست من بحثي فانا أتحمّل المسؤولية عن ذلك ولن تكون المسؤولية علي المشرف أو علي كلية الدراسات العليا بجامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج .

هذا، حررت هذا الإقرار بناء علي رغبتني الخاصة ولم يجبرني احد علي ذلك .

باتو ، 26 يناير 2015م.

الطالب المقر : محمد علي عبد الحميد مؤمن

مبدأ التحكيم في فض المنازعات

دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي

رسالة الماجستير

هذه الرسالة قدّمت إلى جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج لاستيفاء شرط من شروط الحصول على درجة الماجستير في الشريعة والقانون

إعداد الطالب

محمد علي عبد الحميد مؤمن

رقم التسجيل : 13780026



قسم الشريعة والقانون

كلية الدراسات العليا

جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج

2014 – 2015م

جمهورية إندونيسيا

وزارة الشؤون الدينية

جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية

كلية الدراسات العليا - قسم الشريعة والقانون



تقرير

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه .

أما بعد:

فبعد الإطلاع على مقترح البحث المقدم من

الطالب: محمد علي عبد الحميد مؤمن . رقم التسجيل: 13780026

قسم : الشريعة والقانون .

موضوع البحث :

((مبدأ التحكيم في فض المنازعات))

دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي

وافق المشرفان على تقديمه لمجلس الجامعة للمناقشة.

يعتمد من قبل:

المشرف الأول: د. عباس عرفان (197212122006041004) التوقيع:.....

المشرف الثاني: د. عون الرفيق (1970928200003101) التوقيع:.....

يعتمد: رئيس القسم

د. الفضيل (.....)

التوقيع :

ملخص بحث

مبدأ التحكيم في فض المنازعات

دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي

رسالة الماجستير

إعداد الطالب

محمد علي عبد الحميد مؤمن

رقم التسجيل : 13780026



قسم الشريعة والقانون

كلية الدراسات العليا

جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج

2014 – 2015م

الفصل الأول

الإطار العام والدراسات السابقة

أ. المقدمة :

التحكيم هو أحد وسائل الفصل في المنازعات القائمة بين الأطراف المعنية بواسطة شخص من الغير بعيداً عن قضاء الدولة، وتعود نشأة التحكيم إلى بداية البشرية، وهو قديم قدمها، فقد عرفته البشرية قبل أن تعرف القضاء العام، واعترفت به كافة الأنظمة الأساسية التي كانت سائدة آنذاك، كالحضارات اليونانية والرومانية والإسلامية وغيرها، وهو الآن محل اعتراف أيضاً من كافة الأنظمة التشريعية الوطنية والدولية، ويعتبر التحكيم في هذا العصر مساراً للفصل في المنازعات الى جانب مسار القضاء الرسمي. ويعيش الآن أزهى عصور ازدهاره، خصوصاً على صعيد التجارة الدولية. وقد كان القانون الليبي منفتحاً على التحكيم الداخلي، فأدخله في صلب قانون المرافعات المدنية والتجارية، أما التحكيم الدولي فقد تم إنشاء مركز له، وهو باسم "المركز الدولي للتحكيم - ليبيا" (1).

(1) تأسس المركز الدولي للتحكيم - ليبيا عام 2008 وهو عضو اعتباري بإتحاد المحامين الأفريقي والدولي وذلك لتلبية الاحتياجات والمتطلبات المحلية والدولية المعاصرة ومواكبة عصر العولمة لسرعة انجاز الفصل المنازعات التجارية والمدنية باللجوء إلى المركز الدولي للتحكيم - ليبيا بدلا من مراكز التحكيم الأجنبية وبث ثقافة التحكيم وجذب الاستثمار الأجنبي

فالتحكيم لا يزال وسيلة مقبولة لتسوية المنازعات المحلية والدولية ،
 وازدادت أهميته في الوقت الحاضر وخاصة في إطار العلاقات الزوجية،
 وما يعيننا هنا التحكيم الاختياري الذي يتم باتفاق الأطراف، ويثور التساؤل
 في هذا المقام عن موقف الشريعة الإسلامية بما في ذلك الفقه الإسلامي
 من التحكيم بهذا المفهوم .

فقد وردت عدة آيات قرآنية حول الوفاء بالتعهدات عموماً بما في ذلك
 العقود، وآيات خاصة بالتحكيم بمعنى تسوية المنازعات بين الناس .
 فبالنسبة للنوع الأول، هناك آيات كثيرة نستنتج منها ما يلي :
 1. وجوب الوفاء بالتعهدات والعقود على صيغة الأمر، ومن ذلك الآيات
 التالية :

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (١) (2).

﴿.... وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئَلًا﴾ (٣٤) (3).

﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾ (٩١) (4) .

﴿... وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ...﴾ (١٥٢) (5).

2. إن عدم الوفاء بالعهد يؤدي إلى المسائلة والجزاء سواء في الدنيا أو

لليبيا، وهو احد المؤسسين للاتحاد العربي لمراكز التحكيم والذي يضم عدداً من مراكز التحكيم
 على مستوى الدول العربية وكذلك الاتحاد المغاربي للتحكيم. ولمزيد من المعلومات حول هذا
 المركز أرجو زيارة الصفحة الرسمية له : <http://www.ica-ly.com> .

(2) سورة المائدة، الآية 1.

(3) سورة الإسراء ، الآية 34.

(4) سورة النحل، الآية 91.

(5) سورة الأنعام، الآية 152.

الآخرة أو كليهما معا، وهو ما يشير إليه القرآن الكريم في الآية التي سبق ذكرها ﴿.... وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ (٦). وبالمقابل، فإن من يفي بالعهد، ينال أجره ﴿.. وَمَنْ أَوْفَى بِمَا عَاهَدَ عَلَيْهِ اللَّهُ فَسَيُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ (٧)، وعلى الأغلب يكون ذلك في الآخرة، وربما في الدنيا ايضا .

3. إن الوفاء بالعهد واجب حتى مع غير المؤمنين أي المشركين، ما داموا قائمين على العهد لم ينقضوه. وفي ذلك، يقول القرآن الكريم ﴿إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنْقُصُوكُمْ شَيْئًا وَلَمْ يُظَاهِرُوا عَلَيْكُمْ أَحَدًا فَأَتِمُّوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَىٰ مُدَّتِهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ﴾ (٨).
 4. ان الوفاء بالعهد هو من الإيمان، إذ من صفات المؤمنين إنهم ﴿.. لِأَمْنَتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾ (٩) ، أي الذين هم ينفذون تعهداتهم. وجاء في موطن آخر من القرآن إن من صفات الأبرار أو المؤمنين ﴿... وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا...﴾ (١٠) ، إلى أن تصل الآية إلى القول، أن من تتوفر فيهم هذه الصفات، فإنهم ﴿... أُولَٰئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ﴾ (١١)

(6) سورة الإسراء، الآية 34.

(7) سورة الفتح، الآية 10.

(8) سورة التوبة، الآية 4.

(9) سورة المؤمنون، الآية 8.

(10) سورة البقرة، الآية 177.

(11) سورة البقرة، الآية 177.

وبالنسبة للنوع الثاني، وردت آيات متعددة في الحكم بين الناس بمعنى

القضاء في منازعاتهم. ومن مجمل هذه الآيات نستدل ما يلي:

1. أن القرآن الكريم لا يفرق في الحكم بين الناس بين القضاء الرسمي والتحكيم الاختياري بالمفهوم القديم الجديد .

2. يجوز التحكيم في كافة المنازعات الإنسانية، وبشكل خاص في المنازعات المالية ومنازعات الأحوال الشخصية، وعلى التحديد، بالنسبة للأخيرة، المنازعات بين الأزواج. فبالنسبة للأولى، يقول القرآن الكريم: ﴿خَصَّامَانِ بَغَىٰ بَعْضُنَا عَلَىٰ بَعْضٍ فَأَحْكُمَ بَيْنَنَا بِالْحَقِّ وَلَا تُشْطِطْ وَاهْدِنَا إِلَىٰ سَوَاءِ الصِّرَاطِ ۖ إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعَجَةً وَلِي نَعَجَةٌ وَاحِدَةٌ فَقَالَ أَكْفِلْنِيهَا ۖ﴾ (12). وبالنسبة للثانية جاء في القرآن الكريم ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُّوفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ۖ﴾ (13) .

3. إن التحكيم يمكن أن يكون إجبارياً يفرضه القانون الوضعي بصرف النظر عن نتيجة التحكيم. ويتضح ذلك من الآية المشار إليها في البند السابق حول نزاع الزوجين، أو اختياريًا يلجأ إليه المتخاصمون بطوع إرادتهم، كما في تحكيم (الأخوين) الخصمين، اللذين ذهبا إلى نبي الله داود ليحكم في النزاع بينهما حول نعاجهما، وفق ما ذكرته الآية المبينة في البند السابق .

(12) سورة البقرة، ص 22.

(13) سورة النساء، الآية 35.

4. إن قرار التحكيم يجب أن يبنى على العدل والحق، دون تفرقة ما بين

إنسان وآخر، أو مؤمن وكافر. ويقول القرآن الكريم في هذا الشأن:

﴿وَإِذَا حَكَّمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ﴾

﴿إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾ (14).

﴿وَأُمِرْتُ لِأَعْدِلَ بَيْنَكُمُ﴾ (15).

﴿وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى﴾ (16).

﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَنِ﴾ (17).

وتطبيقا للنصوص القرآنية السابقة وغيرها، فقد أجاز الفقهاء المسلمون، عموما، التحكيم مع الاختلاف في التفاصيل والاجتهادات الفقهية، شأنهم في ذلك شأن غيرهم من فقهاء القانون في كل زمان ومكان في تفسير النصوص ومجال تطبيقها (18).

ب . مشكلة البحث :

إن نظر القضايا امام المحاكم وتداولها ، كما هو مشاهد فإنها تضيع الحقوق بالتأجيلات وتبقى الحقوق في أدراج المحاكم لسنوات طويلة ، فالتحكيم من شأنه أن يسرع في عملية الفصل في الحقوق والمنازعات ،

(14) سورة النساء، الآية 58.

(15) سورة الشورى، الآية 15.

(16) سورة الأنعام، الآية 152.

(17) سورة النحل، الآية 90.

(18) قحطان الدوري، عقد التحكيم، ط1، 1985، بغداد؛ الموسوعة الفقهية، وزارة الاوقاف الكويتية، مادة "تحكيم".

وإعطاء كل ذي حق حقه ، ثم إن التحكيم يجعل الأطراف المتخاصمة تجلس إلى طاولة الحوار ، وتقارب وجهات النظر بينهم ، فالتحكيم أقرب أن يكون مبنياً على المكارمة ، وعلى التساهل ، والقضاء مبني على المشاحه والمكايسة ومغالبة الخصم ، فالتحكيم له دور كبير جداً في تليين الجانب ، وفي تسريع حل الإشكال ، فمن هنا آمل أن يعالج بحثي هذا إحياء مبدأ التحكيم ومفهومه وإلزاميته للأطراف المتنازعة ، ودعوة الناس إليه لأنه أسرع في فض المنازعات ، فحكم التحكيم التي تعددت بشأنها آراء الفقهاء بحيث انعكس هذا التعدد على موقف القانون والقضاء المقارن، وهذه المقومات هي الطبيعة القانونية للحكم الفاصل في النزاع والصادر عن هيئة التحكيم، والآثار المترتبة على هذا الحكم ، وطرق الطعن فيه حيث تعددت وجهات النظر حول هذه الطبيعة وهذا أدى إلى التعدد ذاته بشأن الآثار المترتبة على حكم التحكيم وكيفية الطعن فيه ، وهذه الجوانب هي بحد ذاتها إشكالية البحث.

ج . أسئلة البحث :

1. كيف يتم فض المنازعات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي في مسألة الشقاق بين الزوجين؟.
2. كيف يتم التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي في المنازعات العقارية ؟.

د. أهداف البحث :

تكمن أهداف البحث فيما يلي :

1. شرح أحكام التحكيم بين الزوجين في حالة الشقاق بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي .
2. شرح أحكام التحكيم في المنازعات العقارية بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي.

هـ . أهمية البحث :

إن اختيار موضوع الرسالة وتناوله في البحث ينطلق من أهميتين هما:

- 1- الأهمية النظرية وتتمثل في:
 - مفهوم التحكيم ومقارنته بالقانون الليبي .
 - بيان النصوص الشرعية في جواز التحكيم وآراء الفقهاء في ذلك .
 - شرح أحكام التحكيم في القانون الليبي ، وبيان أنواعه وأهم قضاياها.
 - فتشابه العلاقات تحتاج إلى فض نزاع بينهما ، مما فرض اللجوء إلى التحكيم لحل هذه النزاعات، لما يتسم به هذا النظام من مزايا، ربما لا يتسم بها القضاء.

2- الأهمية العملية وتتمثل في:

- صيرورة التحكيم أمر واقع فرضت إقرار قوانين تنظم جميع جوانبه.
- النزاعات المتعلقة بالتحكيم تطلبت تدخل القضاء، وهذا التدخل واضح في بعض الصور، ويثير صعوبات في صور أخرى.

- قانون التحكيم الليبي في بابه الرابع في قانون المرافعات المدنية والتجارية لم ينل الدراسة الكافية التي تبين مزاياه وعيوبه فيما يتعلق بهذه الجوانب.

وهذا يتطلب دراسة جوانب نظام التحكيم التي تتطوي على أهمية قانونية وعملية وبيان موقف الفقه والقانون والقضاء منها دراسة مقارنة تساعد على التعرف على مزايا القانون محل الدراسة وعيوبه، والخروج بالتوصيات اللازمة التي تجعله منسجماً مع التطورات الحاصلة في هذا المجال.

و. حدود البحث:

ينحصر اهتمام هذه الخطة بدراسة التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي، من حيث تعريفه وأهميته والأدلة على جوازه، وبيان أقسامه ومعرفة أركانه وشروطه، أما القانون محل الدراسة فسيكون قانون التحكيم المنصوص عليه في الباب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي.

ز. مصطلحات البحث:

التحكيم: " هو عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاها لفصل خصومتها ودعواها"⁽¹⁹⁾.

(19) مجلة الأحكام العدلية ، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية ، تحقيق : نجيب هوويني ، دار نور محمد كارخانه تجارتي كتب آرام باغ : كراتشي ، ج 1، ص365.

فض المنازعات: هو حل المنازعات التي تجري بين المتعارضين؛ لتحقيق حق أو لإبطال باطل⁽²⁰⁾.

الشريعة الإسلامية: ما شرعه الله لعباده من العقائد والعبادات والأخلاق والمعاملات ونظم الحياة في شعبها المختلفة لتحقيق سعادتهم في الدنيا والآخرة⁽²¹⁾.

فبعد أن تمايزت العلوم الإسلامية، واستقرت مصطلحاتها وتحددت، أصبح معنى الفقه أخص من معنى الشريعة. فأحكام الفقه جزء من أحكام الشريعة، فبينهما عموم وخصوص وجهي، فقد صار الفقه يُراد به العلم بأحكام العبادات والمعاملات دون باقي الأحكام، أما الشريعة فتشمل بمعناها بالإضافة إلى أحكام العبادات والمعاملات أحكام العقائد والأخلاق. وعلى هذا فإن بحثي سيكون في الشريعة الإسلامية لما له شمول في الأحكام والعبادات، فموضوع التحكيم هو موضوع لا يزال يدرج تحت مواضيع عدة، ولا يمكن حصره في الفقه الإسلامي فقط، ولذلك كان موضوع دراستي في الشريعة الإسلامية من حيث استدلال بنصوصها سواء كان القرآن الكريم، أو السنة المطهرة.

(20) علي بن محمد الجرجاني ، التعريفات ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية بيروت : لبنان ، سنة 1983م ، ص135.

(21) مناع خليل القطان ، وجوب تحكيم الشريعة الإسلامية، دون طبعة ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية : السعودية ، سنة 1985م ، ص9.

ح. الدراسات السابقة:

تم الاستناد إلى العديد من المصادر والمراجع ذات الصلة بموضوع البحث والمتمثلة في

القوانين والكتب والدوريات ووقائع المؤتمرات والأطروحات الجامعية والأبحاث المنشورة على المواقع الإلكترونية، وذلك كله وفق المبين في قائمة المصادر والمراجع، لكن هذه المراجع لم تتناول موضوع الرسالة بشكل مباشر، إنما تمت الإشارة إلى الطبيعة القانونية لحكم التحكيم عند دراسة الطبيعة القانونية لنظام التحكيم أو المهمة التحكيمية.

سيتم الإشارة إلى بعض المراجع التي تم الاطلاع عليها وفق الآتي:

1- محمود السيد عمر التحيوي: الطبيعة القانونية لنظام التحكيم⁽²²⁾.

تناول هذا المرجع التعريف بنظام التحكيم، وبيان عناصره، ومضمون النظريات الفقهية التي قيلت بصدد تحديد هذه الطبيعة، وأسانيدھا، والانتقادات الموجهة إليها، لكن لم يتناول آثار حكم التحكيم وطرق الطعن فيه.

2- نبيل إسماعيل عمر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية⁽²³⁾.

أشار هذا المرجع إلى النظريات الفقهية التي قيلت بصدد تحديد الطبيعة

(22) محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دون طبعة، منشأة المعارف: مصر، سنة النشر 2003م.

(23) نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة: الاسكندرية مصر، سنة النشر 2005م.

القانونية للتحكيم بشكل موجز، وأشار إلى اتفاق التحكيم وأركانه والنطاق الموضوعي له، وإلى خصومة التحكيم، وكيفية قيام المحكم بالفصل في النزاع المعروض عليه، وأشار إلى بعض آثار حكم التحكيم منها: استنفاد الولاية، وحجية الأمر المقضي به، وتنفيذ هذا الحكم وفقاً للقانون المصري محل الدراسة، وأشار إلى الطعن بالبطلان باعتباره الطريق الذي حددها القانون المصري للطعن في حكم التحكيم.

إلا أن رسالتي ستكون في التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي فلذلك كان محل دراسة المرجع بعيداً عن محل دراستي.

3- محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي⁽²⁴⁾. تناول هذا المرجع موضوعات كثيرة تتعلق بالتحكيم منها: التعريف بالتحكيم وطبيعته القانونية، واتفاق التحكيم وآثاره، وكيفية تشكيل هيئة التحكيم، وأشار إلى حجية حكم التحكيم وكيفية تنفيذه في ظل قانون التحكيم المصري محل الدراسة، وفي ظل القانون الفرنسي واتفاقية نيويورك، إضافة إلى بطلان حكم التحكيم في ظل قانون التحكيم المصري محل الدراسة، وفي ظل القانون الفرنسي، والاتفاقيات الدولية.

ونظراً لأن هذا الكتاب متخصص في القانون التجاري، فقد كتب جزئياً في التحكيم بصفة عامة، وعكف على تبيان التحكيم التجاري الدولي.

4- محمد سليم العوا ، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن⁽²⁵⁾.

(24) محمود مختار أحمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الرابعة ، دار النهضة العربية ، سنة النشر 2010م.

(25) محمد سليم العوا ، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن ، دون طبعة ، دار الكتب

كتب المؤلف فصوله في مناسبات سابقة جمعها فيه. بعضها كتب لينشر في دورية متخصصة، وبعضها قدم إلى مؤتمرات عقدت لمناقشة التحكيم ونظمه، وبعضها أصله محاضرة ألقى في بعض دورات تدريب المحكمين وإعدادهم.

وهذا الكتاب، وإن كان لا يغني قارئه عن المراجع والمصادر المهمة في موضوعه، فإنه قد يجد فيه ما يعنيه على خوض غمار البحث فيها بعدة كافية.

إلا أنه تخصص في التحكيم المصري بصفة خاصة، وبحثي سيكون عن التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي.

الفصل الثاني

الإطار النظري

المبحث الأول: تعريف التحكيم، وأهميته، وتطوره التاريخي.

أولاً: تعريف التحكيم لغة واصطلاحاً، وأهميته، والألفاظ ذات العلاقة.

أ. التحكيم لغة واصطلاحاً.

ب. أهمية التحكيم.

ج. التحكيم والألفاظ ذات الصلة.

ثانياً: التطور التاريخي للتحكيم.

أ. التحكيم في ظل الدولة القديمة (المدن القديمة)

ب. التحكيم عند العرب قبل الإسلام.

المبحث الثاني: التحكيم بين المتخاصمين في نصوص الشريعة الإسلامية والقانون الليبي.

أولاً: التحكيم في القرآن الكريم.

ثانياً: التحكيم في السنة المطهرة.

ثالثاً: التحكيم في القانون الليبي.

المبحث الثالث: أركان التحكيم وأنواعه والموضوعات التي يجوز ولا يجوز

فيها التحكيم بين الشريعة والقانون.

أولاً: أركان التحكيم وشروطه في الشريعة والقانون الليبي.

أ. أركان التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي.

ب. الشروط الموضوعية للتحكيم " الرضا - المحل - الأهلية " .

ج. الشروط الشكلية للتحكيم.

ثانياً: أنواع التحكيم.

أ. أنواع التحكيم في الشريعة الإسلامية.

ب. أنواع التحكيم في القانون الليبي.

ثالثاً: الموضوعات التي يجوز ولا يجوز فيها التحكيم في الشريعة

الإسلامية والقانون الليبي.

أ. الموضوعات التي يجوز ولا يجوز فيها التحكيم في الشريعة

الإسلامية.

ب. الموضوعات التي يجوز ولا يجوز فيها التحكيم في القانون الليبي.

المبحث الأول: تعريف التحكيم وتطوره التاريخي.

أولاً: تعريف التحكيم لغة واصطلاحاً، وأهميته، والألفاظ ذات العلاقة.

أ. التحكيم لغة واصطلاحاً.

التحكيم في اللغة مصدرٌ للفعل (حكم) بمعنى قضى، والحُكم: القضاء. ويقال: حكم بينهم يحكم بالضم حُكما وحكم له وحكم عليه. وحكمه في ماله تحكماً إذا جعل إليه الحكم فيه فاحتكم عليه في ذلك. واحتكموا إلى الحاكم وتحاكموا بمعنى، والمحاكمة: المخاصمة إلى الحاكم⁽²⁶⁾.

وبذلك يظهر أن التحكيم لا يختلف عن القضاء في المعنى اللغوي، فالمحكم قاضٍ والقاضي محكمٌ. وليس الأمر كذلك في الاصطلاح إذ يفترقان:

قال صاحب البحر الرائق (وأمّا في الاصطلاح: فَهُوَ تَوَلِيَةُ الْخَصْمَيْنِ حَاكِماً يَحْكُمُ بَيْنَهُمَا)⁽²⁷⁾، وفي مجلة الأحكام العدلية (التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاها لفصل خصومتها ودعواها)⁽²⁸⁾، فهو عند الفقهاء دون مرتبة القضاء إذ يتولى طلبه من الغير الخصوم أنفسهم وليس السلطان أو من يقوم مقامه من أصحاب الولاية على الناس كما هو الحال في القضاء.

(26) محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: محمود خاطر، ط: 1، مكتبة لبنان ناشرون: بيروت، 1995م، ج 1، ص 62.

(27) زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، طبعة الثانية، دار الكتاب الإسلامي: القاهرة، دون سنة نشر، ج 7، ص 24.

(28) مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هوايني، دار النشر: كارخانه تجارت، ج 1 ص 365.

ب. أهمية التحكيم.

أولاً: السرعة في فض المنازعات لأن المحكمين عادة ما يكونون متفرغين للفصل في خصومة واحدة وعموماً لا تتعدى أكثر من 3 أشهر.

ثانياً: الاقتصاد في المصروفات: حيث ان نفقات التحكيم اقل كثيراً من نفقات رسوم المحاكم واتعاب المحاماة واجراءات التنفيذ.

ثالثاً: السرية: حيث إن ملف الخصومة بين الطرفين يبقى تحت علم المحكمين حصراً في حين جلسات التقاضي في المحاكم علنية ولا ننسى ان المحكمين يقسمون اليمين في كل قضية يتولون التحكيم فيها للمحافظة على الحياد والسرية.

رابعاً: يمتاز التحكيم ببساطة إجراءاته والحرية المتاحة الى هيئة التحكيم بحسم الخلاف غير مقيدة الا بما ينفع حسم الموضوع.

خامساً: طريقة اختيار المحكمين برضا تام من الفرقاء المتنازعين بحيث يشعر كل منهم بكامل الاطمئنان لأنهم اختاروا بإرادتهم من يحكم بينهم.

سادساً: تلافي الحقد بين المتخاصمين اغلب الأحيان يأتي القرار أقرب ما يكون للتراضي لأنه تم من محكمين حائزين على ثقة الجميع فيؤدي القرار الى وأد الخصومة والمشاحنات وبالتالي اطمئنان النفوس والرضا واعادة العلاقات الطيبة⁽²⁹⁾.

(29) د. علي خليل الحديثي ، محامي ومحكم دولي ، دكتوراه في عقود الاستثمار ونقل التكنولوجيا ، مستشار غرفة تجارة وصناعة عجمان - التحكيم وأهميته - مقال على الشبكة العنكبوتية .

ج. التحكيم والألفاظ ذات الصلة.

يشارك التحكيم مع بقية وسائل فضّ النزاعات بين الناس في بعض الأمور ويفترق في بعضها الآخر، ولذلك لا بد من بيان أوجه الاتفاق والاختلاف حتى تتمايز الأشياء ويستطيع أهل العلم بيان أحكام (التحكيم)، فإن الحكم على الشيء فرعٌ عن تصوّره. (30).

1. التحكيم والقضاء:

التحكيم شعبةٌ من شعب القضاء. قال صاحب تبصرة الأحكام (وأما ولاية التحكيم بين الخصمين فهي ولاية مستفادة من آحاد الناس وهي شعبة من القضاء متعلقة بالأموال دون الحدود واللعان والقصاص) (31)، ولذلك يذكره الفقهاء عادةً في باب القضاء، فكلٌّ من المحكم والقاضي يستمدّ سلطته ممن ولّاه، فالقاضي يعيّنه الإمام والمحكم يعيّنه الخصوم، وينعزل كلٌّ منهما إذا عزله من ولّاه، والحكم الصادران كلٌّ منهما حكمٌ شرعيّ متى كان صحيحاً مستوفياً لشروطه.

قال ابن النقيب الشافعيّ جامعاً لهذه الأحكام (ويجوز في بلدٍ قاضيان فأكثر، ولا يصحّ إلا بتولية الإمام له أو نائبه، وإن حكم الخصمان رجلاً يصلح للقضاء جاز ولزم حكمه وإن لم يتراضيا به بعد الحكم، لكن إن رجع

(30) دكتور عجيل النشمي ، مقال التحكيم والتحاكم الدولي في الشريعة الإسلامية ، وهو بحثٌ

مقدم للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث للدورة العادية التاسعة المنعقدة في فرنسا.

(31) أبي عبد الله محمد بن فرحون البعمري ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام

، تحقيق: جمال مرعشلي ، دار الكتب العملية : بيروت بنان ، سنة 2001م ، ج 1 ص

فيه أحدهما قبل أن يحكم امتنع الحكم⁽³²⁾.

وبذلك أخذت مجلة الأحكام العدلية فنصت في مادتها رقم 1448 بالقول (كما أن حكم القضاة لازم الإجراء في حق جميع الأهالي الذين في داخل قضائهم، كذلك حكم المحكمين لازم الإجراء على الوجه المذكور في حق من حكمهم وفي الخصوص الذي حكموا به، فلذلك ليس لأي واحد من الطرفين الامتناع عن قبول حكم المحكمين بعد حكم المحكمين حكماً موافقاً لأصوله المشروعة)⁽³³⁾

ويظهر أيضاً مما سبق من أقوال أهل العلم بعض الفروق: ففي التحكيم يجب رضا الخصمين بالمحكم، ولا تجب إجابة الخصم للتحكيم أمام شخص بعينه إلا إذا تعين، ويجوز الرجوع من أحد الطرفين قبل الحكم، وتنحصر صلاحية المحكم فيما حكمه فيه الخصمان فقط فليست له سلطة على غيرهما حتى وإن كان ذلك من مستلزمات قضائه بينهما، وليس له النظر في قضايا الحدود والقصاص واللعان، وسيأتي بيان ذلك تفصيلاً في المبحث الثالث إن شاء الله.

وأخيراً فإن (التحكيم أوسع من القضاء في الاختصاص المكاني، فالتحكيم يصح بين الطرفين، ولو اختلفت أمكنتهم، أما قضاء القاضي فمقيد بالنظر وفق الاختصاص المكاني، وبالتالي يجوز للحكم أن ينظر في قضية برضى الطرفين ولو كان المدعى عليه لا يقيم في بلد التحكيم)⁽³⁴⁾.

(32) أحمد بن النقيب المصري ، عمدة السالك وعدة الناسك ، دار الجيل: بيروت ، ص 163.

(33) مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق ، ج 1 ، ص 396 .

(34) دكتور زيد عبد الكريم، مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي الزيد ، بحث عالانترنت، ص 4.

2. التحكيم والإفتاء :

كلّ من التحكيم والإفتاء بيانٌ لحكم الشرع في واقعةٍ بعينها، لكنّ التحكيم بيانٌ مع الإلزام والسلطة، والإفتاء بيانٌ بغير إلزامٍ ولا سلطة تنفيذ. ففي الفروق للقرافي مع هوامشه (الفتوى محض إخبار عن الله تعالى في إلزام أو إباحة والحكم إخبار ما له الإنشاء والإلزام أي التنفيذ والإمضاء لما كان قبل الحكم فتوى)⁽³⁵⁾ والفتوى لا تقتصر على المستفتي وحده بل يعمل بها غيره اختياريّاً بينما التحكيم خاصٌّ بالخصوم. وبين التحكيم والإفتاء عمومٌ وخصوص حيث أن (كل ما يتأتى فيه الحكم تتأتى فيه الفتوى ولا عكس، وذلك أن العبادات كلها على الإطلاق لا يدخلها الحكم البتة بل إنما تدخلها الفتيا فقط فكل ما وجد بها من الإخباريات فهي فتيا فقط فليس لحاكم أن يحكم أن هذه الصلاة صحيحة أو باطلة)⁽³⁶⁾ ، كما أن الفتوى تكون في كل أبواب الفقه والتحكيم لا يكون إلا في القضية محل النظر إن كانت فيما يجوز فيه التحكيم أصلاً ، كما في غير الحدود والقصاص واللعان على ما سيأتي بيانه في موضعه.

(35) أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي ، الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق ، تحقيق : خليل المنصور ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية - بيروت ، سنة 1418هـ -

1998م ، ج 4 ، ص 112.

(36) المرجع السابق ، ج 4 ص 114.

3. التحكيم والصلح:

عرّفت المادة 1531 من مجلة الأحكام العدلية الصلح بأنه (عقد يرفع النزاع بالتراضي)⁽³⁷⁾. وفي شرح المجلة (أي بتراضي الطرفين المتخاصمين ويُزيل الخصومة ويقطعها بالتراضي. وركنُهُ عبارة عن الإيجاب والقبول، ويتعقد ويصحّ بحصول الإيجاب من طرف والقبول من الطرف الآخر)⁽³⁸⁾.

فيظهر من التعريف وشرحه أن الصلح وسيلة لفض الخلاف، لكن الذي يتولى ذلك هو الخصوم أنفسهم في الأعم الأغلب، ويكون ذلك بتنازل كل طرف عن جزء من حقه طوعاً لا كرهاً إلى أن يصل الطرفان إلى حل وسط فيتفقان عليه. ولا يمنع ذلك وجود طرف ثالث، فقد قال تعالى موجهاً في مسألة حل الخلافات الزوجية (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما)⁽³⁹⁾.

وبالمقارنة مع التحكيم: فإن كلا منهما وسيلة لفض النزاع بعيداً عن القضاء الرسمي، إلا أن التحكيم فيه صفة الإلزام من المحكم والصلح لا إلزام فيه، ويترتب على ذلك غالباً رضى الطرفين في الصلح وعدم رضاهما-أو أحدهما على الأقل-في التحكيم. والصلح فيه تنازل اختياري عن بعض الحقوق المدّعاة من الخصوم، والتحكيم لا يستوجب ذلك بل قد

(37) مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج 1، ص 407.

(38) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار

الكتب العلمية - لبنان / بيروت، ج 4، ص 2.

(39) سورة النساء، الآية 35

يستأثر أحد الخصوم بالحق كله عند الحكم له.

4. التحكيم والوكالة:

تعرف الوكالة بأنها (إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم)⁽⁴⁰⁾ وتوسعت مجلة الأحكام مع شرحها في تعريف الوكالة فنصت على أنها (تفويض أحد في شغل معلوم من المعاملات مع بقاء حق التصرف في يده وذلك مما يجوز له التصرف فيه بنفسه ويكون فيه مالكا للتصرف ومقتدراً عليه بالنسبة إلى أهلية نفسه وأصل التصرف وإقامته في ذلك الشغل مقام نفسه)⁽⁴¹⁾.

فالتفويض الذي هو مقتضى الوكالة يوجب أن يعمل الوكيل لما فيه مصلحة الموكل وأن ينوب عنه في تحصيل ما يدعيه من الحق أمام خصمه ولا يتصرف إلا بإذنه وأمره، لا أن يخضع الموكل للتحقيق والحكم على موقفه صحةً وخطأً كما هو الحال في التحكيم، فالفرق بينهما كالفرق بين القاضي ومحامي الدفاع حيث أن المحامي وكيل بالخصومة. قال ابن العربي المالكي مظهراً الفرق بينهما في معرض شرحه لقوله تعالى (وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها، إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما)⁽⁴²⁾ ما نصّه: (هذا نص من الله سبحانه في

(40) ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت ، سنة 1421هـ ، ج 7 ، ص 265 .

(41) علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، مرجع سابق، ج 3 ، ص 524 .

(42) سورة النساء ، آية 35

أنهما قاضيان لا وكيلان وللوكيل اسم في الشريعة ومعنى وللحكم اسم في الشريعة ومعنى، فإذا بين الله سبحانه كل واحد منهما فلا ينبغي لشاذ فكيف لعالم أن يركب معنى أحدهما على الآخر فذلك تلبيس وإفساد للأحكام⁽⁴³⁾.

5. التحكيم والخبرة⁽⁴⁴⁾.

الخبير هو صاحب الاختصاص في مجال معين، كأن يكون طبيباً أو تاجراً أو محاسباً أو غير ذلك من المهن والاختصاصات، ومنه قوله تعالى (ولا ينبئك مثل خبير)⁽⁴⁵⁾ ، ويدلي الخبير برأيه وخبرته في الوقائع محل النزاع إذا شقّ على المحكمة الإمام بمسألة بعينها من الناحية الفنية، وإذا طُلب منه ذلك فقط ، إما من القاضي أو من أحد الخصوم، وليس لرأيه إلزامٌ فلا يقيد الخصوم ولا يقيد المحكمة. ولا مانع أن يكون الخبير محكماً إذا اتفق عليه الطرفان وكان أهلاً للتحكيم على ما سيأتي بيانه في شروط المحكم.

ويظهر بذلك اتفاق التحكيم مع الخبرة في أن كلا من المحكم والخبير

(43) أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي ، أحكام القرآن ، تحقيق : محمد عبد القادر عطا ، دار الفكر للطباعة والنشر - لبنان ، ج 1 ، ص 539 .

(44) تم الاقتباس لهذه الفقرة من بحث بعنوان (الفرق بين التحكيم والوسائل الأخرى في حسم المنازعات) ص 3 و 4 لسلطان راشد العاطفي، مدير إدارة التحكيم في وزارة العدل بدولة الكويت. وليس البحث مطبوعاً أو منشوراً فيما أعلم، وإنما متاح على شبكة الإنترنت على الرابط <http://www.moj.gov.sa/documentations/tahkeem/6new.doc>

(45) سورة فاطر، آية 14.

ليسا من أعضاء الجهاز القضائي ويصدران رأياً فنياً في قضية معينة. ويختلفان في أن الخبير يبدي رأيه في الوقائع دون القانون فلا يحكم، والمحكم يبدي رأيه في كليهما فيحكم بناءً على خبرته القضائية. ولا يشترط تعيين الخبير بالاسم ويشترط في المحكم. ولا يجوز الطعن في شهادة الخبير ويجوز أن يطعن الخصوم في حكم المحكم.

ثانياً : التطور التاريخي للتحكيم .

أ. التحكيم في ظل الدولة القديمة (المدن القديمة)

بعد ان استقرت المجتمعات البشرية في نظام سياسي، وزال معه عهد الاحتكام الى القوة وظهر دور القضاء في الدولة، أصبح التحكيم في هذه المرحلة اجبارياً وفق قواعد قانونية ثابتة، وسنتحدث عن بعض من هذه المدن القديمة:

1. التحكيم عند السومريين:

عرف السومريون في جنوب العراق التحكيم، حيث عثر خلال العقد الأول من القرن الحالي على لوح حجري كتبت عليه باللغة السومرية نصوص معاهدة صلح أبرمت في القرن الحادي والثلاثين قبل الميلاد، بين الطورين الأول، والثاني من عصر فجر السلالات، بين دولتي مدينة (لجش)، المعروفة اليوم باسم (تلو) قرب (الشطرة)، ومدينة (أوما) القرية منها، وتعرف اليوم أنقاضها باسم (جوشي جوخة).

كان بين هاتين المدينتين نزاع مستمر بسبب تحديد الحدود ومياه الإرواء، فالتجأتا إلى التحكيم، وكان المحكم ملكاً محايداً من ملوك مدينة (كيش)،

وهي الآن (تل الأحير) قرب (الحلة)، واسمه (مسيلم) الذي قام بالوساطة في تحديد الحدود وتعليمها بنصب أقامه بين الدولتين، فنصت المعاهدة على وجوب احترام خندق الحدود بين المدينتين، وعلى شرط التحكيم لفض أي نزاع قد ينشأ بينهما بشأن الحدود⁽⁴⁶⁾.

2. التحكيم عند الرومان:

كان الملك في روما يتولى بمعاونة الكهنة مهمة الفصل في المنازعات بين الافراد وتحديد العقوبات، ولما كثرت المنازعات أصبح من اللازم احداث جهة تتولى الفصل في هذه المنازعات، وتم احوالها الى والي القضاء (البريتور). ومنذ ذلك الحين كان الخصمان يحضران الى المحكمة امام البريتور للبدء بإجراءات التقاضي، وبعد ان يسمع البريتور ادعاءاتهما يسمح لهما او يمنعهما من الاستمرار بالدعوى، فان سمح لهما بمواصلة الدعوى فانه يأمرهما بالامتناع عن القيام باي عمل من اعمال العنف قبل ان يفحص صحة اقوالهما محكم كان يطلق عليه اسم قاضي، حيث كان المحكم يطلب من كل منهما ان يحلف اليمين عن صحة ادعائه ويستمتع الى ادعاء كل منهما ثم يقضي بصحة يمين أحدهما.

اما في عهد الامبراطورية الرومانية فقد تم انشاء المحاكم العامة، وبقي التحكيم الى جانب هذه المحاكم للنظر في المسائل المدنية والتجارية قائماً، حيث إذا قضى المحكم لاحد أطراف النزاع بمبلغ من المال، وامتنع الطرف الاخر عن تنفيذه كان للمحكوم له ان يرفع دعوى بالمبالغ المحكوم به،

(46) طه باقر ، مقدمه في تاريخ الحضارات القديمة تاريخ الفرات القديم ، الطبعة الأولى ، بغداد ، سنة النشر : 1955م ، ج 1 ، ص 107 .

وكان القاضي يحكم به دون النظر في أصل النزاع، وفي عهد الامبراطورية جوستيان أصبح الحكم الذي يصدر عن المحكم واجب التنفيذ دون اللجوء الى اقامة دعوى متى كان التحكيم يستند الى عقد بين الطرفين.

كما كانت الانظمة الاجرائية الرومانية تميز بين نوعين من القضاة، قضاة دائمون ولهم اختصاصات محددة ينظرون بالدعوى التي موضوعها سؤال محدد في احكام القانون، وافراد عاديون يتم اختيارهم في كل قضية وتنتهي مهمتهم بانتهاء النزاع، ويطلق عليهم اسم محكمين. وكانت المنازعات التي ينظرها المحكم تتطلب تقيماً وفقاً لأحكام مبدأ حسن النية. وكانت القاعدة العامة ان يقوم الطرفان باختيار المحكم من بين القوائم المعلقة في الساحة العامة والتي يعدها البريتور ، اما في عهد الامبراطورية السفلى الرومانية ، فقد عرف الرومان ما يسمى بدعوى تعيين محكم للنظر في دعاوى الدين الناتج عن تعهد او وعد بدفع مبلغ من المال ، وفي دعاوى القسمة والتخمين ، كما عرف الرومان في هذا العهد القضاء التحكيمي الذي كان يتم على يد المطارنة ، بحيث كان يسمح لأي من المتقاضين ان يطلب اثناء رؤية الدعوى احالتها على المطران الذي يكون لحكمه قوة التنفيذ ، أما التحكيم الدولي فلم يكن يعرفوه ، لأنهم أنكروا المساواة بين الدول⁽⁴⁷⁾.

(47) د. خالد كمال عكاشة ، دور التحكيم في فض المنازعات الدولية والاستثمار ، دون طبعة ، سنة 2013 ، ص4.

ب. التحكيم عند العرب قبل الإسلام.

كان العرب في الجاهلية يعيشون حياة قبلية اتسمت بالتنقل والترحال جرياً وراء الكلاً والماء وهذا كان له أكبر الاثر على حياتهم الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، فكانت القبيلة الواحدة مكونة من مجموعة من الأفراد تربط بينهم رابطة الدم وحسن الجوار، وكان لكل قبيلة شيخ يدير شؤونها الداخلية والخارجية مع غيرها من القبائل الأخرى.

ولهذا لم يكن للعرب في الجاهلية نظام قضائي منظم يتولى الفصل في منازعاتهم، بل كانت تحل عن طريق الاحتكام الى شيخ العشيرة او القبيلة، وكان حكم الشيخ القبيلة ينفذ على افراد القبيلة لكونه صاحب مكانة بينهم او خوفاً من سطوه وبشطه إذا كان صاحب جماعة قوية وكبيرة.

ولم يكن الاحتكام الى شيخ العشيرة هو الصورة الوحيدة للتحكيم عند العرب في الجاهلية، بل كان هناك احتكام الى اشخاص اشتهروا بجودة الراي، واصالة الحكم من افراد القبيلة او غيرها من القبائل الاخرى، امثال أكثم بن صفي بن رباح الذي كان يقول لقومه إذا رأيتم مني حسناً فاقبلوه، وإذا رأيتم غير ذلك فقوموني استقم، ولما علم بالإسلام دعا قومه اليه، والاقرع بن حابس، وعامر بن الطرب، وقيس بن ساعده، وحاجب ابن زرارة. وعبد المطلب بن هشام وغيرهم.

كما عرف العرب الاحتكام الى الكهنة، فقد كان العرب في الجاهلية يحتكمون الى الكهنة اعتقاداً منهم بان الكاهن يفرق بين المظلوم من الظالم، فقد تحاكم عبد المطلب جد النبي (صلى الله عليه وسلم) وقريش عندما نازعته في تحديد حفر بئر زمزم الى كاهنه بني سعد بإشراف الشام،

وحاكم قريش عندما حاولت منعه من تنفيذ نذره بذبح ابنه عبد الله الى عرافة بالحجاز.

كما ان العرب في الجاهلية فقد جعلوا حكامهم ممن منحوا مواهب، جعلت الناس يركنون إليهم في حل المشكلات، وإما كهان لجأ الناس إليهم لاعتقادهم بصحة أحكامهم، وإما عُرَاف، صادفوا من يثق بما يقولون أو ينبؤون به، وإما: فقهاء ومفتون: أي رجال دين كالقلامسة يفتون في أمور الدين⁽⁴⁸⁾.

(48) جواد علي ، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام ، الطبعة : الرابعة ، دار الساقى : بيروت ، سنة 2001 ، ص 635-638 بتصرف .

المبحث الثاني: التحكيم بين المتخاصمين في نصوص الشريعة الإسلامية والقانون الليبي.

أولاً: التحكيم في القرآن الكريم.

﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾ (٥٨) (49).

﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ (٣٥) (50).

﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ (٦٥) (51).

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾ (٨) (52).

(49) سورة النساء، الآية 58.

(50) سورة النساء، الآية 35.

(51) سورة النساء، الآية 65.

(52) سورة المائدة، الآية 8.

﴿سَمْعُونَ لِلْكَذِبِ أَكْلُونَ لِلْأَسْحَةِ فَإِنْ جَاءُوكَ فَأَحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ (53).

﴿وَكَيْفَ يُحْكِمُونَكَ وَعِنْدَهُمُ التَّوْرَةُ فِيهَا حُكْمُ اللَّهِ ثُمَّ يَتَوَلَّوْنَ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَمَا أُولَئِكَ بِالْمُؤْمِنِينَ﴾ (54).

﴿إِذْ دَخَلُوا عَلَى دَاوُدَ فَفَزِعَ مِنْهُمْ قَالُوا لَا تَخَفْ خَصْمَانِ بَغَى بَعْضُنَا عَلَى بَعْضٍ فَأَحْكُم بَيْنَنَا بِالْحَقِّ وَلَا تُشْطِطْ وَاهْدِنَا إِلَى سَوَاءِ الصِّرَاطِ﴾ (55).

﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ﴾ (56).

فهذه الآيات الكريمة السابقة دليل على جواز التحكيم بصفة عامة، وقد استدل بها فقهاء الشريعة الإسلامية في جواز التحكيم، وسيأتي تفصيل بيانها في موضعها.

(53) سورة المائدة ، الآية 42.

(54) سورة المائدة ، الآية 43.

(55) سورة ص ، الآية 22.

(56) سورة ص ، الآية 26.

ثانياً: التحكيم في السنة المطهرة.

ثبتت مشروعية التحكيم بالسنة النبوية سواء كانت قولية او فعلية

او تقريرية ومن ذلك:

1. عن هاني رضي الله عنه أنه لما وفد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم مع قومه سمعهم يكتفون 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 فرضى كلا الفريقين. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: [ما أحسن هذا!، فمالك من الولد؟] قال: لي شريح ومسلم وعبد الله. قال: [فمن أكبرهم؟] قلت: شريح. قال: [فأنت أبو شريح] (57).

فقد استحسّن النبي صلى الله عليه وسلم هذا الأسلوب، وهو تحكيم القوم لهاني، وحكمه بينه، (وأتى النبي صلى الله عليه وسلم بصيغة التعجب مبالغة في حسنه) (58).

2. عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال (نزل أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ فأرسل النبي صلى الله عليه وسلم إلى سعد، فأتاه على

(57) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب الأدب ، باب في تغيير الاسم القبيح . واللفظ له ، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود 3 / 936 رقم الحديث 4145 . وأخرجه النسائي في سننه ، كتاب آداب القضاة ، باب إذا حكموا رجلاً فقضى بينهم . مصورة عن الطبعة الأولى (بيروت : دار الفكر 1348) ج 8 ، ص 226 .

(58) العظيم آبادي ، عون المعبود شرح سنن ابن داود ، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان ، الطبعة الثانية ، المكتبة السلفية: المدينة ، سنة 1389هـ ، ج 13 ، ص 296-297 .

حمار، فلما دنا من المسجد قال للأنصار: -قوموا على سيدكم - أو خيركم -
 - فقال: هؤلاء نزلوا على حكمك. فقال: -تقتل مقاتلهم وتسبي ذراريهم.
 قال: قضيت بحكم الله. وربما قال: بحكم الملك (59).

قال ابن حجر رحمه الله تعالى (وفيها تحكيم الأفضل من هو مفضل) (60). قال النووي رحمه الله تعالى (. فيه جواز التحكيم في أمور المسلمين وفي مهماتهم العظام وقد أجمع المسلمون عليه ولم يخالف فيه إلا الخوارج) (61).

3. عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم [اشترى رجل من رجل عقارا، فوجد الرجل الذي اشترى العقار في عقاره جرة فيها ذهب، فقال له الذي اشترى العقار: خذ ذهبك مني، إنما اشتريت منك الأرض ولم ابتع منك الذهب، وقال الذي له الأرض: إنما بعتك الأرض وما فيها، فتحاكما إلى رجل، فقال الذي تحاكما إليه: ألكما ولد؟ قال أحدهما: لي غلام، وقال الآخر: لي جارية. قال: أنكحوا الغلام الجارية، وأنفقوا على أنفسهما منه وتصدقا] (62). وقد ذكر ابن حجر رحمه

(59) أخرجه البخاري ومسلم (متفق عليه) واللفظ للبخاري، صحيح البخاري المطبوع مع فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر، كتاب المغازي، باب مرجع النبي صلى الله عليه وسلم من الأحزاب، 411/7 رقم 4121، وصحيح مسلم المطبوع مع شرح النووي 92/12.

(60) أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق محب الدين الخطيب، دار المعرفة: بيروت، 1379هـ، ج7، ص416.

(61) أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي - بيروت، 1392هـ ج12، ص92.

(62) متفق عليه واللفظ للبخاري، صحيح البخاري المطبوع مع الفتح، كتاب أحاديث الأنبياء،

الله ما يمكن أن يستدل بظاهر قوله (فتحاكما) على أن الذي جرى هنا تحكيم، وإن كان بعض العلماء يرى أنهما تحاكما إلى قاض منصوب للناس وليس إلى محكم. (63).

4. وردت عدة قضايا تحكيمية من الصحابة رضي الله عنهم، بل قد نقل بعض العلماء إجماع الصحابة على جواز التحكيم⁽⁶⁴⁾، ومن هذه القضايا التحكيمية:

أ. قال الشعبي رحمه الله تعالى (كان بين عمر رضي الله تعالى عنه وأبي رضي الله تعالى عنه خصومة فقال عمر: اجعل بيني وبينك رجلا. قال: فجعل بينهما زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه. قال: فأتوه. قال: فقال عمر رضي الله عنه أتيناك لتحكم بيننا وفي بيته يؤتى الحكم. قال فلما دخلوا عليه أجلسه معه على صدر فراشه. قال: هذا أول جور جرت في حكمك. أجلسني وخصمي مجلسا. قال: فقصا عليه القصة. قال: فقال زيد: لأبي اليمين على أمير المؤمنين، فإن شئت أعفيت. قال: فاقسم عمر رضي الله عنه على ذلك. ثم أقسم له لا تترك باب القضاء حتى لا يكون لي عندك على أحد فضيلة)⁽⁶⁵⁾. فقد حكم عمر وأبي رضي الله تعالى عنهما

باب رقم (54) ، رقم الحديث 3472 . وصحيح مسلم المطبوع مع شرح النووي ، كتاب الأفضية ، باب استحباب الإصلاح الحاكم بين الخصمين ، ج 12 ، ص 19-20.

(63) ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، مرجع سابق ، ج 6 ، ص 519 .

(64) عميرة ، حاشية قليوبي وعميرة ، دار إحياء الكتب العربية : القاهرة ، ج 4 ، ص 298 .

(65) أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسرُوْجُردِي الخراساني "المكنى" أبو بكر البيهقي ، السنن الكبرى ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، الطبعة الثالثة ، دار الكتب العلمية: بيروت - لبنان ، سنة 2003 ، كتاب آداب القاضي ، باب القاضي لا يحكم لنفسه ، ج 10 ، ص 144-145 .

زيد بن ثابت رضي الله عنه في نزاع بينهما فدل على مشروعية التحكيم.
 ب. عن أبي مليكة رحمه الله تعالى (أن عثمان رضي الله تعالى اتباع من طلحة بن عبيد الله رضي الله تعالى أرضا له بالكوفة، فلما تبايعا ندم عثمان، ثم قال بايعتك ما لم أراه فقال طلحة: إنما النظر لي، إنما ابتعت مغيبا، وأما أنت فقد رأيت ما ابتعت. فجعلا بينهما حكما، فحكما جبير بن مطعم رضي الله تعالى، ففضى على عثمان أن البيع جائز، وأن النظر لطلحة أنه ابتاع مغيبا)⁽⁶⁶⁾. وقد استدل به بعض الفقهاء -كأبن قدامة والبهوتي - على مشروعية التحكيم⁽⁶⁷⁾.

ج. التحكيم الذي جرى بين علي بن أبي طالب رضي الله تعالى ومعاوية بن أبي سفيان رضي الله تعالى عنهما، حيث حكم علي أبا موسى الأشعري رضي الله تعالى عنهما، وحكم معاوية عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنهما يوم صفين.⁽⁶⁸⁾ وقد استدل بعض الفقهاء بهذه القصة على مشروعية التحكيم. قال الدسوقي في الشرح الكبير (وأما تحكيم شخصين في نازلة معينة فلا أظنهم يختلفون في جوازه، وقد فعله علي

⁽⁶⁶⁾ البيهقي ،السنن الكبرى ، المرجع السابق ، كتاب البيع ، باب من قال يجوز بيع العين الغائبة ج5 ، ص267- 268 .

⁽⁶⁷⁾ أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي ، المغني ، بدون طبعة ، مكتبة القاهرة-القاهرة 1968م ، ج9 ، ص108 . منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي ، كشف القناع عن متن الإقناع ، دار الكتب العلمية - بيروت ، ج6 ، ص309 .

⁽⁶⁸⁾ ابن كثير ، البداية والنهاية ، الطبعة الرابعة ، مكتبة المعارف: بيروت ، سنة 1402هـ ، ج7 ، ص276 .

ومعاوية في تحكيمهما أبا موسى وعمرو بن العاص⁽⁶⁹⁾. وقال الماوردي (ولأنه لما حكم على ابن أبي طالب في الإمامة كان التحكيم فيما عداها أولى)⁽⁷⁰⁾.

د. عن عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث عن أبيه عن جده، قال: اشترى الأشعث رقيقاً من رقيق الخمس، من عبد الله بعشرين ألفاً، فأرسل عبد الله في ثمنهم، فقال: إنما أخذتهم بعشرة آلاف، فقال عبد الله: فاختر رجلاً يكون بيني وبينك، فقال الأشعث: أنت بيني وبين نفسك. فقال عبد الله: فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: [إذا اختلف البيعان، وليس بينهما بينة، فهو ما يقول رب السلعة أو يتتاركان]⁽⁷¹⁾. وهذه قصة صريحة في التحكيم، قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى (وإذا حكم أحد الخصمين على خصمه جاز لقصة ابن مسعود)⁽⁷²⁾. وقال السهارنفوري في بذل المجهود (" فقال عبد الله فاختر رجلاً يكون بيني

(69) الدسوقي ، الشرح الكبير ، دون طبعة ، دار الفكر : بيروت ، دون تاريخ ، ج 4 ، ص 134 .
 (70) أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني ، المحققين الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية : بيروت - لبنان ، سنة 1999م ، ج 16 ، ص 325 . الماوردي ، أدب القاضي ، تحقيق محيي هلال السرحان ، الطبعة الأولى ، مطبعة الإرشاد : بغداد ، سنة 1391هـ ، ج 2 ، ص 379.
 (71) أخرجه أبو داود وابن ماجه واللفظ لأبي داود وصححه الألباني . صحيح سنن أبي داود ، كتاب البيع ، باب إذا اختلف البيعان ، والمبيع قائم ج 2 ، ص 670 رقم 2997 . وابن ماجه ، صحيح سنن ابن ماجه للألباني الطبعة الثانية ، مكتب التربية العربي لدول الخليج : الرياض ، سنة 1408هـ ، كتاب التجارات ، باب البيعان يختلفان ج 2 ، ص 13 ، رقم 1779 .
 (72) ابن اللحام ، الاختيارات الفقهية ، دون طبعة ، المؤسسة السعيدية : الرياض ، دون تاريخ نشر ، ص 576 .

وبينك " حكما يحكم بيننا " فقال الأشعث أنت الحكم⁽⁷³⁾.

ثالثاً: التحكيم في القانون الليبي:

قام المشرع بكتابة قانون التحكيم في الباب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية ، وهي من المواد "739" حتى المادة "777"، فتحدث في الفصل الأول عن التحكيم بصفة عامة، وأردف عناوين لها حول الاتفاق على التحكيم والأحوال التي لا يجوز فيها التحكيم، وأحوال المحكم، واثبات مشاركة التحكيم، وتحديد موضوع النزاع، وتعدد المحكمين، والتفويض بالصلح، والاختلاف على المحكمين، وقبول المحكمين للتحكيم، وتثني المحكمين وعزلهم، ووفاة أحد الخصوم، وأثر تعيين المحكم الجديد، وميعاد التحكيم، وعدم الحكم في الأجل المعين، وإجراءات التحكيم، وإجراءات المحكمين المفوضين بالصلح، وغيرها من الاجراءات التي تستند عليها المحكمة في اجراءاتها، والفصل الثاني أفرد المشرع في التحكيم بين الزوجين.

ومما يعيب باب التحكيم الليبي أن المشرع لم يفرد له قانون مستقل، بل جعله باباً من أبواب قانون المرافعات المدنية والتجارية، ولم يذكر أنواعه صراحة، بل ذكرها ضمناً بين نصوصه، وكذلك لم نرى أي اهتمام من قبل رجال القانون أن يوصوا بعمل مركز للتحكيم يعتني بالمنازعات التي تحدث بين الأفراد من جهة، وبين الأفراد والمؤسسات من جهة أخرى، فضلاً عن

(73) السهارنفوري ، بذل المجهود في حل أبي داود ، دون طبعة ، دار الكتب العلمية : بيروت ، دون تاريخ نشر ، ج 15 ، ص 189 .

النزاعات التي تحدث بين المؤسسات، وخصوصاً النزاعات التي تحدث بين الأفراد في المنازعات العقارية، التي نراها اليوم في أدرج المحاكم لسنوات طويلة.



المبحث الثالث: أركان التحكيم وأنواعه والموضوعات التي يجوز ولا يجوز فيها التحكيم بين الشريعة والقانون.

أولاً: أركان التحكيم وشروطه في الشريعة والقانون الليبي.

أ. أركان التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي.

يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في أن اتفاق التحكيم عقد رضائي ، وليس شكلياً يتوقف على شكل معين ، لكنه يختلف معه في إثبات الاتفاق على التحكيم يتوقف على كونه مكتوباً نظراً لأهميته ، وخطورته (74)، وكذلك الأمر بالنسبة لجميع شروطه وبنوده في حين أن الفقه الإسلامي لا يشترط الكتابة فيه ، بل يجوز إثباته بها ، وبالاتفاق الشفهي أيضاً ، وبالشهادة ، لكن الفقه الإسلامي يندب إلى إثبات الحقوق بكل الوسائل المتاحة ، ومن هنا فلو اشترطت الدولة ، أو الطرفان أن لا يتم التحكيم إلا مكتوباً فلا أخل أن في ذلك مخالفة للشريعة الغراء التي أمرت بالكتابة في عصر كانت الكتابة فيه نادرة ، فقال تعالى : (فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب

(74) نص المشرع الليبي في باب التحكيم في قانون المرافعات المدنية في المادة 742 " لا تثبت مشاركة التحكيم إلا بالكتابة " ، وقد نصت معظم القوانين الوضعية على ذلك مثل القانون الفرنسي في المادة (1005) ، وقانون المرافعات المصري في مادته (501) ، وقانون المرافعات العراقي في مادته (252) ، وغيرها من القوانين . قحطان عبد الرحمن الدوري ، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، الطبعة الأولى ، دار الفرقان للنشر والتوزيع : الأردن ، سنة 2002م ، ص 82 .

بالعدل⁽⁷⁵⁾.

وأركان العقد معروفة وهي العاقدان، والصيغة المعبرة عن العقد، ومحل التحكيم هو الأمر المتنازع عليه، ولا أدخل في تفاصيل الشروط العامة لأركان العقد⁽⁷⁶⁾، ولكنني اذكر أهم الشروط الخاصة بالتحكيم وهي:

1. أن يكون المحكم أهلاً لولاية القضاء، لأن المحكم كالقاضي⁽⁷⁷⁾.

2. أن لا يكون محل التحكم في الحدود واللعان عند جماهير الفقهاء (الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة في رواية على تفصيل داخل المذاهب ، ولا القصاص والديات عند جماعة من الفقهاء منهم الحنفية ، وذلك لخطورة هذه الأمور وأنها منوطة بالسلطة القضائية⁽⁷⁸⁾ ، وقد وضع ابن عرفة معياراً لذلك وهو أنه يجوز التحكيم فيما يصح لأحدهما ترك حقه فيه⁽⁷⁹⁾ وهو معيار صحيح دقيق لأن الحقوق العامة كما في الحدود واللعان لا يمتلكها الإنسان نفسه ، في حين أن ظاهر كلام أحمد أن التحكيم جائز في جميع القضايا ، قال القاضي أبو يعلى : (وينفذ حكم من حكماء في جميع الأحكام إلا أربعة أشياء : النكاح ، واللعان ، والقذف والقصاص ، لأن لهذه الأحكام مزية على غيرها فاختص الإمام بالنظر

(75) سورة البقرة / الآية (28) .

(76) علي محي الدين القره داغي ، مبدأ الرضا في العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، الطبعة الثانية ، دار البشائر الإسلامية : بيروت ، سنة 2002م .

(77) الموسوعة الفقهية الكويتية ، الصادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت ، طبعة الثانية ، دار السلاسل : الكويت ، دون سنة نشر ، ج 10 ، ص 237 .

(78) الدسوقي ، الشرح الكبير على حاشية الدسوقي ، مرجع سابق ، ج 4 ، ص 136 .

(79) ابراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون ، تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الأحكام ، مرجع سابق ، ج 1 ، ص 43-44 .

فيها ، ونائبه يقوم مقامه ، وقال أبو الخطاب : ظاهر كلام أحمد أنه ينفذ حكمه فيها ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين (80).

3. تراضي طرفي الخصومة على التحكيم، أما إذا عين القاضي المحكم فلا يشترط رضاها، لأنه نائب عن القاضي والمقصود أن يتم اتفاقهما على قبول مهمة التحكيم إما في العقد نفسه قبل نشوب النزاع، أو بعده (81).

وهذا التراضي يمثل ركن التحكيم وجوهه، لأنه عقد لا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول ولذلك يشترط فيهما الشروط التي ذكرها الفقهاء من كونهما متصلين واقعين على محل واحد، ثم إن هذا التواصي قد يعبر عنه العاقدان المحكمان (بكسر الكاف المشددة) صراحة كم لو قالوا: اتفقنا على التحكيم، أو حكمناك فيما بيننا، وقد يظهر دلالة كما لو اختصما إلى رجل ليحكم بينهما (82).

وللمحكمين الحق في تقييد رضاها أو إطلاقهما ووضع الشروط ما دام ذلك لا يخالف نصاً من الكتاب والسنة، كما أن لهما تعليقه، أو إضافته إلى المستقبل عند بعض الفقهاء منهم أبو يوسف (83).

(80) ابن قدامة المقدسي ، المغني ، مرجع سابق ، ج 9 ، ص 108 .

(81) المرجع السابق .

(82) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي ، رد المحتار على الدر المختار ، الطبعة الثانية ، دار الفكر : بيروت ، سنة 1992 ، ج 5 ، ص 428 .

(83) ابن نجيم المصري ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، مرجع سابق ، ج 7 ، ص 24-29 .

ب. الشروط الموضوعية للتحكيم (الرضا، المحل، الأهلية).

1. الرضا:

لا بد أن يتوافر شرط التراضي بين الطرفين ويلزم توافر ذلك أن يدرك المتعاقدين معنى التصرف الذي يقصدانه⁽⁸⁴⁾.

ويترتب على هذا أنه لا يعتد بإرادة الصبي غير المميز لفقدانه الأهلية. كذلك لا يعتد برضا المجنون أو السكران سكرًا بينما يفقده القدرة على التمييز.

وليس لاتفاق التحكيم خصوصية في هذا الشأن إلا في صورة شرط التحكيم المدرج في عقد أصلي يكون هذا الشرط تابعًا له، وهذا ما نصت عليه الفصل (740) من قانون المرافعات المدنية في فصل التحكيم⁽⁸⁵⁾، مما يعني انعدام التمييز لدى أحد العاقدين لا بد أن يصيب العقد الأصلي، واتفاق التحكيم الملحق به معًا، بحيث لا يستقل أحدهما عن الآخر، ومن ثم فإذا دفع أحد طرفي التحكيم ببطلان العقد لانعدام إرادته عند التوقيع، فإن البطلان لا يقتصر على العقد الأصلي وحده، وإنما يمتد إلى عقد التحكيم، وبطلان اتفاق التحكيم في هذه الحالة إنما يكون لعيب ذاتي فيه وليس لمجرد ارتباطه بالعقد الأصلي. وهو لذلك لا ينفي استقلال شرط

(84) نادية محمد عرض ، التحكيم التجاري الدولي، دون طبعة ، دار النهضة العربية : القاهرة ، سنة 2002م ، ص63.

(85) نصت المادة "740" من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي في فصل التحكيم مانصه " ولا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه ولا في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح" .

التحكيم على نحو تظل النتائج المترتبة على مبدأ استقلال التحكيم قائمة. ولا يكفي أن يتوافر الرضا لدى المتعاقدين، بل يجب أن تتجه إرادتهما إلى إحداث الأثر القانوني الذي يترتب عليه التصرف، وبناء على ذلك إذا كان الرضا صوريا انتفى الرضا لانقضاء الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني الذي يترتب عليه العقد، وبالتالي فإن الاتفاق لا يقوم إلا إذا اتجهت إرادة الطرفين بوضوح إلى فكرة التحكيم بدرجة التحديد على نحو لا يكفي معه مجرد الاتفاق على مجرد الالتجاء إلى القضاء للقول بوجود اتفاق على التحكيم⁽⁸⁶⁾.

2. المحل:

يقصد بمحل التحكيم موضوع المنازعات الواردة في اتفاق التحكيم والتي ينص على حلها بحكم تحكيمي، أو في بعض الأحيان لا ترد بالتفصيل في اتفاق التحكيم وكأن يشار فقط إلى أن النزاعات بين الطرفين بالنسبة لنوعية البضاعة يصار حلها بالتحكيم، وهذا الاتفاق إما يتمثل في شرط التحكيم اتفق عليه قبل نشوب النزاع وأدرج في العقد أو في وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم أحال إليها⁽⁸⁷⁾، العقد أو في اتفاق مستقل، وقد يتمثل الاتفاق في مشاركة تحكيم تبرم بعد قيام النزاع ويتفق فيها على إحالة النزاع إلى التحكيم للفصل فيه، ويشترط في محل الاتفاق ألا يكون مخالفا للنظام العام

(86) د. مصطفى الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية: القاهرة، دون سنة نشر، ص 388.

(87) وقد نص على ذلك المشرع الليبي في قانون المرافعات فصل التحكيم في المادة "739" مانصه "يجوز للمتعاقد أن يشترطوا بصفة عامة عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين ويجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بمشارطة تحكيم خاصة".

أو الآداب العامة ويجب أن يكون محل الاتفاق من الأمور التي يجوز فيها التحكيم (88).

3. الأهلية:

يقصد بالأهلية هنا الأهلية اللازمة للاتفاق على حسم النزاع بالتحكيم ولا يمكن للشخص أن يجري اتفاقا على ذلك، إلا إذا كانت له أهلية التصرف في الحقوق المتعلقة بالنزاع المراد حسمها بالتحكيم وهو ما نص عليه المشرع الليبي في المادة " 740 " من قانون المرافعات المدنية والتجارية. ولأجل معرفة القواعد القانونية التي تحكم مسائل الأهلية يتم الرجوع إلى القانون الشخصي لأطراف الاتفاق، والقانون الشخصي يتحدد بموجب الرابطة بين الشخص وبين الدولة التي يخضع ذلك الشخص لقانونها.

ج. الشروط الشكلية للتحكيم.

يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا حرر ووقعه الطرفان، والكتابة شرط لازم لصحة اتفاق التحكيم، فهو شرط صحة وليس مجرد وسيلة إثبات وإن تخلفها يترتب عليه بطلان التحكيم وهذا الأمر جاء به قانون المرافعات الليبي في فصل التحكيم في المادة "742" (89) وللكتابة عدة أشكال فقد تفرغ في محور يوقعه الطرفان،

(88) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة ، طبعة الرابعة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع :القاهرة ، سنة 2010م ، ص 126-127.

(89) جاء في المادة "742" من قانون المرافعات الليبي مانصه " لا تثبت مشاركة التحكيم إلا بالكتابة".

أو فيما يتبادلانه من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة⁽⁹⁰⁾.

ثانياً: أنواع التحكيم.

أ. أنواع التحكيم في الشريعة الإسلامية.

عند استقراءي للتحكيم في الشريعة الإسلامية لم أقف على أنواع له، وإنما كانت مجالات أو تطبيقات في الفقه الإسلامي على التحكيم، وعند الوقوف على هذه التطبيقات فإننا نراها تنقسم لستة تطبيقات:

1. التحكيم في جزاء الصيد.
 2. التحكيم عند شقاق الزوجين.
 3. نكاح التحكيم عند المالكية.
 4. التحكيم في أخذ المال من الحربيين التجار.
 5. التحكيم عند الخلاف بين الإمام ومجلس الشورى.
 6. حكومة العدل في الديات.
- وسنتحدث عن كل نوع من هذه التطبيقات من الناحية العملية:
1. التحكيم في جزاء الصيد.

قال الله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن

قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم

...) ⁽⁹¹⁾. فالآية صريحة في إرجاع الحكم بالجزاء إلى حكمين عدلين فقط

(90) نادية محمد معوض، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 77.

(91) سورة المائدة ، الآية (95)

وليس إلى غيرهما، فهذا تحكيم إجباري طبقه الخلفاء الراشدون، والصحابه الكرام ومن تبعهم بإحسان⁽⁹²⁾ كما أن الراجح أن هذا التحكيم مستمر في كل حادثة قتل لصيد الحرم دون الاكتفاء بما صدر عن العصور السابقة من الأحكام، وهذا هو قول طاووس، وابن أبي ليلى، والحسن بن حي، والثوري، وأبي حنيفة، ومالك والزيدية في أحد قوليهما⁽⁹³⁾.

وقد طبق الخلفاء الراشدون هذا التحكيم والتزموا به، فعن ميمون بن مهران أن أعرابياً أتى أبابكر . رضي الله عنه . فقال: قتلت صيداً وأنا محرم فما ترى عليّ من الجزاء؟ فقال أبوبكر لأبي بن كعب وهو جالس عنده: ما ترى فيها؟ قال: فقال الاعرابي: أتيتك وأنت خليفة رسول أسألك، فإذا أنت تسأل غيرك، فقال أبوبكر: وما تتكر؟ يقول الله تعالى: (فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل) فشاورت صاحبي حتى إذا اتفقنا على أمر أمرناك به⁽⁹⁴⁾.

(92) القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي ، أحكام القرآن ، مرجع سابق ، ج 2 ، ص 674 . أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي ، تحقيق محمد صادق القمحاوي ، دون طبعة ، دار إحياء التراث العربي : بيروت ، سنة 1405 هـ ، ج 2 ، ص 469 .

(93) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دون طبعة ، دار الفكر : بيروت ، دون تاريخ نشر ، ج 2 ، ص 83 . ، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دون طبعة ، دار الحديث : القاهرة ، سنة 2004 م ، ج 1 ، ص 346 . والمغني مع الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج 3 ، ص 535 .

(94) عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي ، الدر المنثور ، دون طبعة ، دار الفكر : بيروت ، دون سنة نشر ، ج 2 ، ص 329 . أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي ، تفسير القرآن العظيم (ابن كثير) ، تحقيق محمد حسين شمس الدين ،

وحدث مثل هذه القصة مع عمر . رضي الله عنه . حيث قال قبيسة بن جابر : حججنا زمن عمر فقتل أحد أصحابه ظبياً وهو محرم ، فأتينا عمر فسألناه عن ذلك ، وإذا على جنبه رجل ، يعني عبدالرحمن بن عوف ، فالتفت إليه فكلمه ، ثم أقبل على صاحبنا .. فأمره بذبح شاة .. قال قبيسة : فقلت لصاحبي : أيها الرجل أعظم شعائر الله ، والله ما درى أمير المؤمنين ما يفتيك حتى شاور صاحبه ، اعمد إلى ناقتك فانحرها ... فبلغ عمر مقالتي ، فلم يفجأنا إلا ومعه الدرة ..⁽⁹⁵⁾ . والمقصود أن هذا التحكيم إجباري بأن يحتكم قاتل الصيد إلى حكمين عدلين ، وليس له غير هذا بنص القرآن الكريم .

2. التحكيم عند شقاق الزوجين :

قال الله تعالى : (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما)⁽⁹⁶⁾ ، فالآية صريحة في دلالتها على الوجوب وقد تبني هذا الرأي القاضي ابن العربي فقال : (إذا علم الإمام من حال الزوجين الشقاق لزمه أن يبعث إليهما حكمين)⁽⁹⁷⁾ ، وقد ذكر القاضي أن المراد بالمخاطب هو ولي الأمر ونائبه المتمثل في

الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية : بيروت ، سنة 1419 هـ ، ج 2 ، ص 99 .

(95) السيوطي ، الدر المنثور ، مرجع سابق ، ج 2 ، ص 329 ، وقال أخرجه ابن جرير وابن المنذر وابن أبي حاتم والطبراني .

(96) سورة النساء / الآية (35)

(97) القاضي ابن عربي ، أحكام القرآن ، مرجع سابق ، ج 1 ، ص 427 .

القاضي⁽⁹⁸⁾، حيث لا يجوز له البت في الأمر إلا بعد هذا الإجراء ، وهو إرسال حكم من أهله ، وحكم من أهلها ، أو أن المراد أولياء الزوجين إذا كانا محجورين ، وأن الحكمين هما بمثابة القاضيين وليس وكيلين ، قال القاضي ابن العربي : (هذا نص من الله تعالى من أنهما قاضيان لا وكيلان ، وللوكيل اسم في الشريعة ومعنى ، وللحكم اسم في الشريعة ومعنى ، فإذا بين الله سبحانه كل واحد منهما فلا ينبغي لشاذ . فكيف لعالم أن يركب معنى أحدهما على الآخر فذلك تلبيس وفساد للأحكام ، وإنما يسيران بإذن الله تعالى ويخلصان النية لوجه الله وينظران فيما عند الزوجين بالثبوت ، فإن رأيا للجمع وجهاً جمعاً ، وإن وجداهما قد أنابا تركاهما،...) وإن وجداهما قد اختلفا ولم يمكن الجمع بينهما ، أو أن الجمع لا ينفع لوجود تجارب أخرى فرقا بينهما وهذا مروي عن عليّ وابن عباس ومعاوية والشعبي ، وهو مذهب مالك دافع عنه القاضي ابن العربي دفاعاً مستميتاً ، وقد ذكر عدة أدلة على ذلك⁽⁹⁹⁾.

وقال إذا فرقا فتكون الفرقة طلاقاً بائنة ، وأن هذه الفرقة لوقوع الخلل في مقصود النكاح من الألفة وحسن العشرة (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان)⁽¹⁰⁰⁾، وقد ردّ على من قال : بأن الظلم من أحد الزوجين لا

(98) الرازي ، التفسير الكبير ، الطبعة الأولى ، دار احياء التراث العربي : بيروت ، دون سنة

نشر ، ج10 ، ص92 .الدكتور عبدالعزيز بن عبدالله الحميدي ، تفسير ابن عباس ومروياته

في الكتب الستة ، دون طبعة . جامعة أم القرى : مكة المكرمة ، ج1 ، ص237 .

(99) القاضي ابن عربي ، أحكام القرآن ، مرجع سابق ، ج1 ، ص421 - 424 .

(100) سورة البقرة ، الآية 299 .

ينافي النكاح ، بأن هذا نظر قاصر يتصور في عقود الأموال ، فأما عقود الأبدان فلا تتم إلا بالاتفاق والتآلف وحسن التعاشر ، فإذا فقد ذلك لم يكن لبقاء العقد وجه ، وكانت المصلحة في الفرقة ، ثم أوضح بأن حكم الحكّمين كما أنه ملزم في الجمع ، أو الفرقة ، ملزم كذلك فيما يخص بقية الحقوق المالية من المنازلة أو أخذ شيء من أحدهما⁽¹⁰¹⁾ ، ثم بيّن بأن القاضي لا يقضي بعلمه ، ولكن الشرع خصّ هاتين الواقعتين (الشقاق وجزاء الصيد) بحكّمين لينفذ حكمهما بعلمهما وترتفع بالتعدد التهمة عنهما⁽¹⁰²⁾.

ومع وجود هذا التحكيم الإجباري في حالة الشقاق فإنه لا مانع شرعاً من التحكيم الاختياري من الزوجين أو من أهلها، أو من أوليائهما سواء اختارا حكّمين، أو حكماً واحداً، أو أكثر من اثنين لأن التحكيم جائز وينفذ حكم المحكم إذا توافرت شروط التحكيم⁽¹⁰³⁾.

3. نكاح التحكيم عند المالكية:

هذا النوع من التحكيم قال به فقهاء المالكية، ولا بد أن نميزه عن نكاح التفويض، ونبين ما هو القدر المشترك بينهما.

(101) القاضي ابن عربي ، أحكام القرآن ، مرجع سابق ، ج 1 ، ص 425 .

(102) المصدر السابق ، ، ج 1 ، ص 425 . الرازي ، التفسير الكبير ، مرجع سابق ، ج 10 ، ص 93 .

(103) القاضي ابن عربي ، أحكام القرآن ، مرجع سابق ، ج 1 ، ص 427 .

نكاح التحكيم:

هو عقد نكاح بلا ذكر مهر، ولا إسقاطه، مع صرفه لحكم أحد (104) ،
أي يصرف الحكم في قدر صداقه لحكم حاكم، إما أحد الزوجين أو غيرهما
(105).

وهو غير نكاح التفويض، لأن نكاح التفويض هو: عقد بلا ذكر مهر، ولا
إسقاطه، ولا صرفه لحكم أحد (106) .

فالقدر المشترك بينهما هو : عدم ذكر المهر ، أي : عدم تسمية قدره .
ولكنهما اختلفا في : أن نكاح التفويض لم يصرف قدر مهره لحكم أحد،
أما نكاح التحكيم فإنه صرف قدر مهره لحكم حاكم (107).
بيان مقدار المهر للزوجة :

للزوجة طلب بيان قدر المهر في نكاح التفويض والتحكيم ، قبل البناء ،
ويكره لها تمكينه من نفسها قبله (108) ، لتكون على بصيرة من ذلك .

(104) الشيخ صالح عبد السميع الأبّي الأزهرى ، جواهر الإكليل شرح مختصر الشيخ خليل في
مذهب الإمام مالك ، دون طبعة ، دار التنزيل : القاهرة ، سنة 1332هـ ، ج 1 ، ص 314 .

(105) شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف
بالخطاب الرّعيني المالكي ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، طبعة الثالثة ، دار
الفكر : بيروت ، سنة 1992هـ ، ج 2 ، ص 515.

(106) الشيخ صالح عبد السميع الأبّي الأزهرى ، جواهر الإكليل شرح مختصر الشيخ خليل في
مذهب الإمام مالك ، ج 1 ، ص 314.

(107) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، مرجع
سابق ، ج 2 ، ص 313 .

(108) محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي ، منح الجليل شرح مختصر خليل ،
دون طبعة ، دار الفكر : بيروت ، سنة 1989 ، ج 2 ، ص 127 .

لذلك قال المواق :

" قلت : إن أرادت - أي الزوجة - أن يفرض لها قبل البناء ، وأبى إلا بعده - أي الزوج - ، قال : قال مالك : ليس له أن يبني حتى يفرض لها مهر مثلها على ما أحب أو كره ، فإن شاء طلق ، وإن شاء أمسك "(109).
حكم نكاح التحكيم :

لا اختلاف بين أهل العلم في أن نكاح التفويض جائز (110) ، وقد نقل الباجي الاتفاق على جوازه أيضاً (111)، فيجوز الإقدام عليه بلا خلاف (112).
أما نكاح التحكيم فقد ذكره فقهاء المالكية ، واختلفوا فيه على ثلاثة أقوال:

القول الأول : إن ذلك جائز ، قياساً على نكاح التفويض .
القول الثاني : أن ذلك لا يجوز ، ويفسخ قبل الدخول وثبت بعده ، ويكون فيه صدق المثل .
القول الثالث : أن ذلك جائز إن كان الزوج هو المحكم ، ولا يجوز إن

(109) محمد بن يوسف المواق ، التاج والاكلیل لمختصر خليل ، طبعة الأولى ، دار الكتب

العلمية : بيروت ، سنة 1994م ، ج3 ، ص515 .

(110) أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الملقب بابن الرشد الجد ، المقدمات الممهدات ،

تحقيق محمد حجي وسعيد أعراب ، طبعة الأولى ، دار الغرب الإسلامي : بيروت ، سنة

1988م ، ص356 .

(111) الشيخ صالح عبد السميع الأبي الأزهرى ، جواهر الإكليل شرح مختصر الشيخ خليل في

مذهب الإمام مالك ، مرجع سابق ، ج1 ، ص314 .

(112) احمد بن محمد الصاوي ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ، دون طبعة ، دار

المعارف : القاهرة ، دون تاريخ نشر ، ج2 ، ص449 .

كان المحكم غير الزوج ، كانت الزوجة أو غيرها⁽¹¹³⁾.

قال ابن رشد :

فإن قلنا : إن النكاح جائز ، فإن كان الزوج هو المحكم ، فلا اختلاف أن الحكم في ذلك حكم نكاح التفويض : إن فرض الزوج فيه للزوجة صداق المثل لزمها النكاح ، وإن أبى من ذلك فرق بينهما ، إلا أن يدخل بها ، فيجب عليه صداق المثل⁽¹¹⁴⁾.

فالزوج إن فرض للزوجة مهر مثلها لزم الزوجة الرضا بما فرض لها ، ولا يلزمه أن يفرض لها صداق المثل ، لأن المرأة هنا منزلة من وهب سلعته للثواب ، فإن دفع الموهوب له القيمة للواهب لزمته ، وإن لم يدفع له القيمة لم تلزمه .

ولا يلزم الزوج أن يفرض شيئاً ، بل إن شاء طلق ولا شيء عليه⁽¹¹⁵⁾. فالزوج له أن يفرض أقل من مهر المثل ، لكن لا يلزم الزوجة⁽¹¹⁶⁾ ، فلها الخيار ، فإن رضيت به فبها ، وإلا قيل له : إما أن تزيد وإما أن تطلق .

المحكم في تقدير المهر الزوجة أو غير الزوج سواء كان ولياً أو أجنبياً:

(113) ابن رشد الجد ، المقدمات الممهدات ، مرجع سابق ، ص 365 .

(114) المرجع السابق .

(115) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج 2 ، ص 315 .

(116) محمد بن أحمد بن محمد عlish ، أبو عبد الله المالكي ، منح الجليل شرح مختصر خليل ، مرجع سابق ، ج 2 ، ص 127 .

إن كانت الزوجة هي المحكّمة وحدها، أو مع سواها ، أو الزوج مع غيره ، اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن الحكم في ذلك حكم نكاح التفويض : إن فرض الزوج لها صداق مثلها لزمها النكاح ، ولم يكن للمحكّم من كان في ذلك كلام . وإن رضي المحكّم بصداق المثل أو أقل لم يلزم ذلك الزوج إلا أن يشاء .

وهذا يأتي على ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن ابن القاسم وابن الحكم وأصبغ⁽¹¹⁷⁾.

وهو قول بعض الصقليين⁽¹¹⁸⁾، واختاره اللخمي والمّتيطي وابن عرفه⁽¹¹⁹⁾.

القول الثاني: الحكم في التحكيم عكس الحكم في التفويض، يُنزل المحكّم في التحكيم منزلة الزوج في التفويض:

إن فرضت الزوجة صداق المثل فأقل إن كانت هي المحكّمة، أو فرض ذلك المحكّم برضاها لزم ذلك الزوج ، ولم يكن له في ذلك كلام . فإن فرض الزوج صداق المثل فأكثر لم يلزم ذلك الزوجة ، إلا أن ترضى به ، كانت هي المحكّمة أو غيرها .

وهذا القول ذهب إليه أبو الحسن بن القّاسي ، وقاله تأويلاً على ما في المدونة .

(117) ابن رشد ، المقدمات الممهّدات ، مرجع سابق ، ص 365-366 .

(118) الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ، مرجع سابق ، ج 2 ، ص 315 .

(119) المرجع السابق .

قال ابن رشد : وهو تأويل بعيد⁽¹²⁰⁾.

ونقل قول القابسي بعبارة أخرى هي :

" إن فرض المحكم المثل لزم الزوجين الرضا به ، وإن فرض صداقاً أقل من المثل لزم الزوج فقط ، فلا يلزم الزوجة ، وتخير في الرضا به وعدمه ، وإن فرض أكثر منه لزم الزوجة فقط ويخير فيه الزوج⁽¹²¹⁾.

القول الثالث : النكاح لا يلزم إلا بتراضي الزوج والمحكم - كانت الزوجة أو غيرها - على الفريضة :

إن فرض الزوج صداق المثل فأكثر فلم ترض بذلك الزوجة إن كانت هي المحكمة أو المحكم إن كان غيرها لم يلزمها النكاح بذلك إلا أن تشاء . وإن فرضت هي إن كانت المحكمة أو المحكم إن كان غيرها صداق المثل فأقل برضاها لم يلزم ذلك الزوج إلا أن يشاء .

وهو ظاهر ما في المدونة ، وإليه ذهب أبو محمد بن أبي زيد ، ونصره ابن رشد⁽¹²²⁾ ، واستظهره خليل⁽¹²³⁾.

(120) ابن رشد ، المقدمات الممهدة ، مرجع سابق ، ص 366 .

(121) الشيخ صالح عبد السميع الأبى الأزهرى ، جواهر الإكليل شرح مختصر الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك ، مرجع سابق ، مرجع سابق ، ج 1 ، ص 315 .

(122) ابن رشد ، المقدمات الممهدة ، مرجع سابق ، ص 366 .

(123) جواهر الإكليل السابق ، وهذه الأقوال الثلاثة التي ذكرها ابن رشد في المقدمات الممهدة هي لشروحات خليل السابقة المشار إليها ، وقد نقلها عنه محمد بن يوسف المواقي في التاج والاكلیل لمختصر خليل ، مرجع سابق ، ج 3 ، ص 516 .

4. التحكيم في أخذ المال من الحربيين التجار .

نص المالكية على أنه :

إن قدم بلادنا حربيون بتجارة ، وطلبوا الدخول بأمان ، وقالوا : نرضى بما يحكم به علينا فلان من أخذ ما يُرضيه من الأموال التي بأيدينا .
فإن دخلوا ، وقال : حكمْتُ بالعشر ، فأبوا ذلك ، فإنهم يُجبرون على ماحكم به فلان من أخذ العشر أو غيره⁽¹²⁴⁾.

5. التحكيم عند الخلاف بين الإمام ومجلس الشورى .

وفيه مسألتين :

المسألة الأولى : الاختلاف بالرأي بين مجلس الشورى والإمام

أوجبت الشريعة الإسلامية اتباع ماورد به نص عن الشارع ، وإذا لم يرد به نص ، واتفقت آراؤهم ، فلذلك واضح في نفاذ ما اتفقوا عليه .
وأما إذا اختلف الإمام ومجلس الشورى في أمر ما فيجب رده إلى الله ورسوله ، قال تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾⁽¹²⁵⁾.

وللمفسرين في المخاطبين بقوله تعالى ﴿ فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ ﴾ قولان :

القول الأول : إنهم العامة⁽¹²⁶⁾ ، أي : للمؤمنين مطلقاً⁽¹²⁷⁾.

(124) الدسوقي على الشرح الكبير للدريير ، مرجع سابق ، ج2 ، ص158 .

(125) سورة النساء ، الآية 59 .

(126) شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي ، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم

وفي تفسير المنار : هم غير أولي الأمر ، والأولى أن يقال : هم مجموع الأمة⁽¹²⁸⁾.

وتكون المنازعة بينهم وبين أولي الأمر ، باعتبار بعض الأفراد ، وهم الأمراء⁽¹²⁹⁾.

وعلى هذا يكون للأمة أن تقيم من يحكم فيما يختلف فيه أولو الأمر برده إلى الكتاب والسنة⁽¹³⁰⁾.

القول الثاني : إنهم أولو الأمر على طريق الالتفات عن الغيبة إلى الخطاب⁽¹³¹⁾ ، ليصح إرادة العلماء ، لأن للمجتهدين مجادلة بعضهم بعضاً⁽¹³²⁾.

وعامة الناس لا يعرفون كيفية الرد إلى كتاب الله وسنة رسوله ، فثبت أنه خطاب للعلماء⁽¹³³⁾.

وعلى هذا يكون أولو الأمر مخيرين في طريقة رد الشي المتنازع فيه

والسبع المثاني ، تحقيق علي عبد الباري عطية ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية : بيروت ، سنة 1415 هـ ، ج 5 ، ص 66 . محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن منلا علي خليفة القلموني الحسيني ، تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار) ، دون طبعة ، الهيئة المصرية العامة للكتاب : مصر ، سنة 1990 م ، ج 5 ، ص 155 .

(127) الجصاص ، أحكام القرآن ، ج 2 ، ص 258 يفسر المخاطبين بالمؤمنين .

(128) محمد رشيد رضا ، تفسير المنار ، مرجع سابق ، ج 5 ، ص 155-156 .

(129) شهاب الدين الألوسي ، روح المعاني ، مرجع سابق ، ج 5 ، ص 66 .

(130) محمد رشيد رضا ، تفسير المنار ، مرجع سابق ، ج 5 ، ص 156 .

(131) المرجع السابق ، ج 5 ، ص 155 ، الجصاص ، أحكام القرآن ، مرجع سابق ، ج 2 ، ص 257 .

(132) شهاب الدين الألوسي ، روح المعاني ، مرجع سابق ، ج 5 ، ص 66 .

(133) الجصاص ، أحكام القرآن ، مرجع سابق ، ج 2 ، ص 257 .

إلى الله والرسول : بين أن يكون ذلك بواسطة بعضهم أو غيرهم ، بشرط أن يكونوا عالمين بالكتاب والسنة والمصالح العامة⁽¹³⁴⁾.

ويؤيد هذا القول :

قوله تعالى ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَدَّعَوْا بِهٖ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولَى الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لَاتَّبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِلَّا قَلِيلًا﴾⁽¹³⁵⁾.

فبيّن سبحانه وتعالى أن ما ينظر فيه أولو الأمر هو المسائل العامة كمسائل الأمن والخوف ، وأن العامة لا ينبغي لها الخوض في ذلك ، بل عليها أن تردّه إلى الرسول وإلى أولي الأمر ، وأن من هؤلاء من يتولّى أمر استنباطه وإقناع الآخرين به⁽¹³⁶⁾.

المسألة الثانية : بقاء الاختلاف بين مجلس الشورى والإمام

إذا بقي الاختلاف بين مجلس الشورى والإمام في ما لا نص فيه من الأمور الاجتهادية ، وأصر كل على رأيه ، فقد اختلف الباحثون في ذلك على ثلاثة أقوال :

الأول : الأخذ برأي أغلبية أعضاء مجلس الشورى .

الثاني : التحكيم .

الثالث : الأخذ برأي الإمام .

(134) محمد رشيد رضا ، تفسير المنار ، مرجع سابق ، ج 5 ، ص 155.

(135) سورة النساء ، الآية 83 .

(136) محمد رشيد رضا ، تفسير المنار ، مرجع سابق ، ج 5 ، ص 156.

وما يهمننا في هذا الموضوع هو القول الثاني (التحكيم) الذي سنتحدث فيه باستفاضة :

عند إصرار كل من الإمام أو مجلس الشورى على رأيه ، يرفع الأمر إلى هيئة ، وتكون بمثابة محكمة عليا ، يختار أعضاؤها من قائمة يقدمها إلى المجلس الإمام أو العكس⁽¹³⁷⁾.

ويجب أن يكون لهؤلاء الأعضاء مكانتهم العلمية والفهم الثاقب للشرعية الإسلامية والرأي الجيد والمعرفة بشؤون الدولة وأحوال العالم ، وتعطى لهم الضمانات الكافية لاستقلالهم بالعمل.

ومهمة هذه الهيئة هي الفصل في الخلاف بين الإمام ومجلس الشورى فقط، ورأيها يكون ملزماً⁽¹³⁸⁾.

واحتكام الإمام ومجلس الشورى إلى محكمة دستورية عليا يكون فيما يتعلق بالأخذ بالنصوص الثابتة التي تحتل اختلاف وجهات النظر، وتحتاج إلى ترجيح بين ظواهرها المتعارضة.

أما المسائل الاجتهادية البحتة التي يقصد بها تحقيق المصالح المرسله، والتي لا تتعارض مع مقاصد الشريعة، فينبغي أن يكون حكم أهل الشورى فيها نهائياً بعد الاستعانة بآراء الفنيين في اللجان البرلمانية، والمجالس

(137) محمد أسد ، منهاج الإسلام في الحكم ، تحقيق منصور محمد ماضي الطبعة السادسة ، دار العلم للملايين ، 1983م ، ص125-126 . محمد عبد الله العربي ، نظام الحكم في الإسلام ، دون طبعة ، دار الفكر : لبنان ، دون تاريخ نشر ، ص97-98 .

(138) محمد أسد ، منهاج الإسلام في الحكم ، مرجع سابق ، ص125-127 . د.عبد الكريم زيدان ، الفرد والدولة ، الطبعة الخامسة ، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع : بيروت ، سنة 1990م ، ص27 .

الفنية التي تعاون السلطة التنفيذية وسائر الهيئات التي تضم أهل الخبرة والمختصين كالجامعات والنقابات (139).

وإن أعضاء هذه الهيئة إذا اختلفوا فيمكن إصدار القرارات برأي الأكثرية فيها ، هذا إذا لم تصدر قرارات أخرى عن المحكمة نفسها تلغي القرارات السابقة أو تعدلها (140) .

وقد يُستأنس لهذا الحل - التحكيم - بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه : أنه توجه إلى الشام ، فأخبر في الطريق بوقوع وباء في الشام ، فاستشار المهاجرين في الرجوع أو السير فاختلّفوا ، واستشار الأنصار فاختلّفوا ، فدعا من كان موجوداً من مشيخة قريش من المهاجرين الأولين واستشارهم ، فأشاروا بالرجوع ، فأخذ برأيهم ، ورجع بمن معه (141).

6. حكومة العدل في الديات .

ما يؤخذ زيادة على الدية

يجوز الصلح على القصاص باتفاق الفقهاء ، ويسقط به القصاص سواء أكان الصلح بأكثر من الدية أم بمثلها أم بأقل منها وسواء أكان حالاً أم مؤجلاً ومن جنس الدية ومن خلاف جنسها بشرط قبول الجاني؛ لأن الصلح ليس مالا. أما الصلح على الدية فلا يجوز بأكثر من الدية حتى لا

(139) عبد الله الأشعل ، الفكر القانوني والسياسي في القرآن الكريم ، الطبعة الأولى ، مكتبة الشروق الدولية : القاهرة ، ص 125-126 .

(140) محمد أسد ، منهاج الإسلام في الحكم ، مرجع سابق ، ص 127 .

(141) محمد رشيد رضا ، تفسير المنار ، مرجع سابق ، ج 5 ص 160 .

يقع المتصالحان في الربا⁽¹⁴²⁾.

فإذا تقرر هذا، فهل يجوز أخذ الزيادة على الدية من قبيل التعويض وما إليه:

اختلف الباحثون المعاصرون في المسألة على اتجاهين:

الاتجاه الأول: الجواز

وإليه ذهب د. محمد فوزي فيض الله⁽¹⁴³⁾ والشيخ علي الخفيف⁽¹⁴⁴⁾ و د. محمد أحمد سراج⁽¹⁴⁵⁾.

النصوص التي اعتمد عليها أصحاب هذا الاتجاه:

1- جاء في المبسوط⁽¹⁴⁶⁾: (وقد روي عن محمد في الجراحات التي تتدخل على وجه لا يبقى لها أثر تجب حكومة بقدر ما لحقه من الألم وعن أبي يوسف رحمه الله يرجع على الجاني بقدر ما احتاج إليه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء حتى اندملت، وأبوحنيفة رحمه الله قال: لا يجب شيء لأنه لا قيمة لمجرد الألم ألا ترى أن من ضرب ضربة تألم بها ولم يؤثر فيه شيء لا يجب شيء أرايت لو شتمه شتيمة أكان عليه أرش باعتبار إيلاام حل

(142) وهبة بن مصطفى الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الرابعة ، دار الفكر : دمشق ، سنة 1433هـ ، ج6 ، ص293.

(143) محمد فوزي فيض الله ، المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون ، رسالة دكتوراه من جامعة الأزهر ، ص144 .

(144) الشيخ علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي : بيروت ، سنة 2000م ، ص310 .

(145) د. محمد أحمد سراج ، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، المؤسسة العربية للدراسات : بيروت ، سنة 1993م ، ص340 وما بعدها.

(146) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي ، المبسوط ، دون طبعة ، دار المعرفة : بيروت ، سنة 1993م ، ج26 ، ص81 .

فيه.

2- جاء في المغني⁽¹⁴⁷⁾: (وفي قطع حلمتي الثديين ديتهما نص عليه أحمد رحمه الله وروي نحو هذا الشعبي والنخعي والشافعي وقال مالك والثوري إن ذهب اللبن وجبت ديتهما وإلا وجبت حكومه بقدر شينه) أي: بقدر العيب الجسدي الذي يصيب المرأة.

3- جاء في الدر المختار⁽¹⁴⁸⁾: (.. أو التحم شجه أو التحم جرح حاصل بضرب ولم يبق له أثر فإنه لا شيء فيه. وقال أبو يوسف: عليه أرش الألم وهي حكومة عدل.

4- جاء في فتح الوهاب⁽¹⁴⁹⁾: (.. فإن لم ينقص إلا حال سيلان الدم ارتقينا إليه واعتبرنا القيمة والجراحة سائلة فإن لم ينقص أصلاً فقل يعزز فقط إلحاقاً للجرح باللطم والضرب للضرورة وقل يفرض القاضي شيئاً باجتهاده ورجحه البلقيني).

5- جاء في البحر الزخار⁽¹⁵⁰⁾: (وفي الألم حكومة.. في الإيلام حكومة).

وفيه (ولا شيء في قطع طرف الشعر، ولا يؤثر في الجمال، فإن أثر بأن

(147) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 8، ص 30.

(148) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، الطبعة الثانية، دار الفكر: بيروت، سنة 1992، ج 10، ص 198.

(149) زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دون طبعة، دار الفكر: بيروت، سنة 1994م، ج 2، ص 143.

(150) أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق بن خالد بن عبيد الله العتكي المعروف بالبزار، مسند البزار المنشور باسم البحر الزخار، تحقيق محفوظ الرحمن زين الله وآخرون، الطبعة الأولى، مكتبة العلوم والحكم: المدينة المنورة، سنة 2009، ج 6، ص 280.

أخذ النصف فما فوقه فحكمه لما فيه من الزينة⁽¹⁵¹⁾.

أولاً: رأي د. محمد فوزي فيض الله⁽¹⁵²⁾.

إمكان قبول فكرة التعويض المالي عن الضرر في إطار الفقه الإسلامي
استناداً إلى:

أ. أن الشريعة قد أقرت التعزيز عن الضرر الأدبي.

ب. أن للحاكم أن يلجأ في أساليب التعزير إلى ما يراه أقمع للفساد وأبلغ
في الإصلاح.

ج. في زماننا يكون التعزير بأخذ المال في الأضرار الأدبية والمعنوية
أمضى في العقاب وأحسن في تحقيق النتائج الأدبية. فليكن حق الله
بالعقوبات الواقعة على الجسم والنفس على حسب الأحوال وليكن حق العبد
بفرض الغرامات المالية.

ثانياً: رأي الشيخ علي الخفيف⁽¹⁵³⁾.

إن الديات والأروش ليست تعويضاً كاملاً، وإنما هي تعويض عن حق
الحياة الذي يتساوى جميع الناس في التمتع به. وهذا لا يمنع القول بان
ينال المجني عليه تعويضاً مالياً ينظر فيه إلى تعويض ما حدث.
يؤيد ذلك:

1- ما ذهب إليه بعض الفقهاء من جواز زيادة التعويضات المقدرة من

(151) المرجع السابق ، ج 6 ، ص 282 .

(152) محمد فوزي فيض الله ، المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون ، مرجع سابق ،
ص 144 .

(153) الشيخ علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 310 وما بعدها .

الشارع بطريق التعزير إذا اقتضت مصلحة المجتمع ذلك، إذا لم يكن تقديرها مانعاً من الزيادة عليها عندئذ.

2- إذا رُوي أن ثمة ضرراً كبيراً نزل بالمجني عليه بسبب هذه الجريمة فليس من العدل عدم مراعاته والتسوية في الجزاء بين جريمتين أحدهما لم تحدث ضرراً ذا بال وأخرى أحدثت ضرراً عظيماً وكيف يمكن حينئذ أن نتصور التماثل في الصورتين بين الجريمة والجزاء في حين أن الجزاء فيما واحد والجريمة مختلفة ومتفاوتة وكذلك ضررها تفاوتاً عظيماً.

3- أن التعويض بالمال في الفقه الإسلامي قد قام على أساس المبادلة والمعاوضة بين المال الفاقد والجزاء، فإنه يجب لذلك أن ما يدفع من المال تعويضاً مضافاً إلى الديات والأروش مقابلاً بضرر مالي يجوز الاعتياض عنه.

4- أن التعويض يجب أن يكون عن ضرر مالي يتمثل في فقد مال كان قائماً وذلك ما لا يتحقق غالباً في الأحوال التي تجب فيها الديات والأروش وهذا ما تقضى به نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ولكن إذا أمكن إقامة الضمان على نظرية أخرى هي تخفيف الألم عن المصاب وإرضاء نفسه واعتلال الغل والحق من قلبه وذلك ما يقوم به المال يدفع إليه إرضاءً له أمكن حينئذ على هذا الأساس القول بجواز التعويض عن ضرر لم يلاحظ في فرض الدية وتقديرها.

5- إن الشريعة حين أقرت الدية في وسط البادية حيث يعيش أهلها من الرعي ونتاج الحيوانات والنعم وثمار النخيل وما أشبه ذلك أقرتها دون نظر إلى الصناعة والعمل على مستوى الناس جميعاً إذ لم يكن ضرر الجرائم

في هذا الوسط يتعدى إلى غير الألم الجسماني أو النفسي الذي يعتاض عنه بالديات، أما في عصرنا هذا فقد تضاعفت فيه متطلبات الحياة وحقوقها وواجباتها وتكاليفها مما جعل غالب الناس يعيش من عملهم وكان ضرر الجريمة لا يقف عند الأضرار الجسمانية أو النفسية بل كثيراً ما يتجاوزها إلى أضرار مادية تحول دون العمل وكسب المال مما كان متوافراً للمجني عليه من قبل، وفي مثل هذه الأحوال قد يرى من العدل أن يكون لمن أصابته تلك الأضرار أن يطالب بتعويض عنها فوق ما يعطاه من الدية.

ثالثاً: رأي د. محمد أحمد سراج⁽¹⁵⁴⁾.

إن الدية تمثل الحد الأدنى للغرامة التي قدرها الشرع في إتلاف النفس أو المعاني القائمة بها، وفي هذا يستوي الناس جميعاً لا فرق بين كبيرهم وصغيرهم وشريفهم ووضيعهم أما الزيادة على هذا الحد لوجود سبب يبيح هذه الزيادة وفق القواعد الشرعية للمسؤولية فهو الذي يحقق مبدأ العدالة بالتناسب بين الضرر والواجب واستحسن ترك أسباب التغليب وتقدير الواجب بكل سبب للقضاة لتمكينهم من مراعاة الظروف المتنوعة للمتقاضين وأنواع الأضرار وقوة العدوان.

فالدية تنصرف إلى تأكيد معنى المساواة بين الناس جميعاً في التعويض عن الأضرار المتعلقة بالنفس الإنسانية ومعانيها على حين ينصرف التغليب إلى تأكيد معنى العدالة.

(154) د. محمد أحمد سراج ، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ، ص 340 وما بعدها.

مؤيدات جواز الزيادة:

1. قاعدة عموم رفع الضرر.
2. اعتبار فقهاء الأحكام الألم من الأضرار التي يجوز للقاضي تعويضها.

الاتجاه الثاني: المنع.

وإليه اتجه الأستاذ مصطفى الزرقا رحمه الله⁽¹⁵⁵⁾.

وخلاصة رأيه أن الشريعة حسمت الخلاف وحددت مقدار الدية في الجناية على النفس وفي إضافة تعويض آخر لا حدود له فوق الدية مخالفة شرعية صارخة.
ذلك:

1. أنه يخالف أحكام الإرث الشرعية بترك القاضي يوزع التعويض على أحظ أفراد العائلة من الحزن والفجعة.
2. إن الشريعة أخذت في مبدأ الزجر على المعتدين على أعراض الناس وسمعتهم بعقوبة التعزيز لا بالتعويض المالي في الضرر الأدبي.
3. أن الأخذ بالتعويض نقل غير حكيم عن الآراء الأجنبية⁽¹⁵⁶⁾.

المناقشة:

وقد أخذ الأستاذ الزرقا⁽¹⁵⁷⁾ على رأي د. محمد فوزي فيض الله المآخذ

(155) مصطفى أحمد الزرقا ، الفعل الضار والضمان فيه ، طبعة الأولى ، دار الشامية للطباعة والتوزيع : بيروت ، سنة 1988 ، ص 126 .

(156) المرجع السابق ، ص 125 وما بعدها.

(157) المرجع السابق ، ص 123 وما بعدها.

التالية:

1. الأمثلة الفقهية جميعاً التي استشهدوا بها على التعويض عن الضرر الأدبي ليست من الضرر الأدبي في شيء، فالألم، والشين، وفوات الزينة الطبيعية بفقدان الشعر كلها أضرار مادية لا نزاع في جواز التعويض المالي عنها ولا تصلح بحال للاحتجاج شرعاً على التعويض المالي عن الضرر الأدبي، على أنه يلاحظ أن بعض ما يوصف تساهلاً بأنه ضرر أدبي هو في حقيقته ضرر مادي يمكن تعويضه وفق القواعد الشرعية في تعويض الأضرار المادية ومن ذلك:

- إيقاع الألم بالضرب أو اللطم ولو لم يترك أثراً.
- نقص جمال عضو من الأعضاء.
- الضرر الأدبي الذي له انعكاسات مالية يقبل التعويض كأني ضرر مالي، ومثاله: اتهام طبيب بالجهل بالطب، أو اتهام تاجر بأنه عديم الأمانة أو أنه على وشك الإفلاس.. إلخ، مما يصرف الناس عن التعامل معه ويضر بمورده المالي.

2. لقد تضافرت النصوص الشرعية على تأكيد شدة تحريم الشريعة للإضرار الأدبي وأن حد القذف في الشريعة مثال واضح على ذلك، لكن الأسلوب الذي اتبعته الشريعة في معالجة الإضرار الأدبي إنما هو التعزيز الزاجر، وليس التعويض المالي، إذ لا تعد الشريعة شرف الإنسان وسمعته مالاً متقدماً يعوض يمال آخر إذا اعتدى عليه.

3. لو سلمنا بالتعزيز المالي لمن أضرّ بغيره أدبياً لوجب أن يذهب المال إلى خزانة الدولة لا إلى جيب المتضرر. وهذا لا يقولون به، وليس هو مراد

المستدلين بجواز التعزير المالي شرعاً.

الترجيح:

يترجح لدى الباحث أن جواز أخذ الدية زيادة هو الأدعى والأصلح وذلك كما ذكرنا سابقاً أن الشريعة قد أقرت التعزير عن الضرر الأدبي فما بالك بالضرر الجسدي، وللحاكم التقدير فيما يراه مصلحة للعامة ودفع المفساد عنهم، والتعزير بأخذ المال في الأضرار الأدبية والمعنوية أمضى في العقاب وتحقيق الردع الخاص للجاني.

وكذلك أن الطب تطوّر وأصبح لكل ضرر يلحق المجني عليه يستدعي تدخلاً طبياً، فيكون التعويض المالي هو المنشود في شفاء المضرور.

ب. أنواع التحكيم في القانون الليبي.

المشرع لم يذكر صراحة أنواع وتقسيمات التحكيم وإنما يمكن استخلاصها من قانون التحكيم في بابه الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية ، حيث ذكر في المادة "739" مانصه : "يجوز للمتعاقدين أن يشترطوا بصفة عامة عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين ويجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بمشارطة تحكيم خاصة".

ومن هذا النص نستخلص أن للتحكيم نوعين وهما: 1. التحكيم الاختياري .

2. التحكيم الإجباري .

1. التحكيم الاختياري : الذي يلجا إليه الطرفان بإرادتهم الكاملة كوسيلة

لما ينشأ عن معاملاتهم من نزاع⁽¹⁵⁸⁾ ، وهو الأصل في التحكيم ، لأن الأصل فيه الاختيار لا الإجماع ، و عليه فلا إجماع لأي من الطرفين على الآخر في اللجوء إلى التحكيم ، و الأصل في التشريعات جميعها أن القضاء هو أحد مظاهر السيادة للدولة على الشعب و هي الوحيدة التي لها الحق في فرض إرادتها على الأفراد في إخضاعهم للقضاء الوطني (أو الدولي في حال وجود الظرف الذي يسمح) ، و عليه فإن القوانين بناء على السلطة المطلقة على أرض الإقليم هي التي تخضع الأفراد أيضاً للجوء إلى التحكيم في بعض أنواع المنازعات و التي غالباً ما تتعلق بالاستثمار و بعض أنواع العقود البترولية إلا أن ذلك لا ينفي في النهاية الصفة الاختيارية برغم ذلك الإجماع ، حيث أن التحكيم لا بد و أن تتم صياغته في شكل اتفاق دائماً .

2. التحكيم الإجماعي: فهو ذلك التحكيم الذي يفرض على الأطراف ففي بعض المنازعات ينص القانون على خضوعها للتحكيم، ولا يجوز للأطراف اللجوء فيها للقضاء العادي ابتداء⁽¹⁵⁹⁾.

ومن ذلك قانون البترول فقد جعل المشرع له قانون خاص يفرض على المتعاقدين الاحتكام إليه إذا وجد تنازع فيما بينهما.

وكذلك من حيث مكان صدور الحكم، فقد نص باب التحكيم في مادته

(761) مايلي: " يجب أن يصدر حكم المحكمين داخل حدود الأراضي

(158) منتدى المحامين العرب، انواع التحكيم، <http://www.mohamoon-montada.com/default.aspx?Action=Display&ID=86185&Type=3>

(159) هيئة مستشاري التحكيم الدولي، موقع الكتروني، <http://www.aiastate.com/?p=42>

الليبية وإلا اتبعت في شأنه القواعد المقررة للأحكام الصادرة في بلد أجنبي".
ففي هذا النص قد فرّق المشرع بين نوعين من التحكيم، وهما التحكيم
الوطني أو الداخلي، والتحكيم الأجنبي.

ثالثاً : الموضوعات التي يجوز ، ولا يجوز فيها التحكيم في الشريعة
الإسلامية والقانون الليبي .

أ. الموضوعات التي يجوز ولا يجوز فيها التحكيم في الشريعة
الإسلامية.

اشتراط الفقهاء في الحق موضوع التحكيم شرطاً واحداً، وهو أن يكون
الحق موضوع التحكيم، مما يصح أن يكون موضوعاً للتحكيم، وهذا يقودنا
إلى بيان أنواع الحقوق، لمعرفة ما يصلح محلاً للتحكيم وما لا يصلح.

أنواع الحقوق:

لقد عنى الأصوليون والفقهاء بمبحث الحق وأنواعه باعتبار من يستحق
الحق، فقسموه إلى قسمين رئيسيين وهما: حق الله وحق العبد، واحدهما
يشارك مع الآخر ويكون هو المذهب، فيكون لدينا أربعة أقسام.
يقول الإمام السرخسي: اعلم أن جملة ما يثبت بالحجج الشرعية الموجبة
للعلم قسمان:

الأحكام المشروعة، وما يتعلق بها المشروعات، والأحكام أربعة: حقوق الله
خالصاً، وحقوق العباد خالصاً، وما يشمل على الحقين وحق الله فيه أغلب،

ويشمل عليهما وحق العباد فيه اغلب (160).

أولاً: حقوق الله تعالى: وهو ما يتعلق بالنفع العام من غير اختصاص بأحد، وما فهم من الشرع انه لا خيرة فيها للمكلف، سواء كان الحق له معنى معقول أو غير معقول-أي غير معلوم العلة ولا يثبت بالقياس- فحقوق الله تعالى هي الحقوق التي تتعلق بواجبات العباد، أو الصالح العام للأمة، ولا سيما الحدود التي شرعها الله، لأنه عليها يتوقف كيان المجتمع، وهي التي تسمى اليوم في لغة القوانين الدستورية [حقوق الدولة] أو [الحقوق العامة] وفي الإسلام على الضد من ذلك تسمى [واجبات على الدولة] [وحقوقا لله تعالى] (161).

وعرفها ابن تيمية -رحمه الله-: بانها التي ليست لقوم معينين بل منفعتها لمطلق المسلمين او انواع منهم وكلهم محتاج اليها، وتسمى [حدود الله] او [حقوق الله] وهي نوعان احدهما: الحدود والثانية: الحقوق المالية (162).
ثانياً: حقوق العباد: وهي التي تكون محض حق العباد وشرعت لمصلحة دنيوية خاصة بالفرد دون المجموع ، وهي اكثر من ان تحصى، نحو

(160) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي ، اصول السرخسي ، طبعة الأولى ، دار الكتب العلمية : بيروت ، 1993م ، ج2 ، ص289 .

(161) عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخاري الحنفي ، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي ، الطبعة الأولى ، الشركة الصحافية العثمانية : تركيا ، سنة 1308 هـ ، ج4 ، ص320 .

(162) إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغزنائي الشهير بالشاطبي ، الموافقات ، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ، طبعة الأولى ، دار ابن عفان : القاهرة ، سنة 1997 ، ج2 ، ص320.

ضمان الدية ، وبديل المتلفات ، والمغصوب ، والديون ، والاثمان ، وحق الشفعة ، وحق الارتفاق ، وما اشبه ذلك مما يتعلق به مصلحة خاصة، ولا يقصد به في الواقع الا حقوق الامتلاك للأفراد، او التي تتعلق بالمصلحة الخاصة.

ثالثاً: ما اجتمع فيه الحقان وحق الله فيه اغلب: كحد القذف عند الحنفية، إذ لا خلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد، فانه شرع لدفع العار عن المقدوف، وهو الذي ينتفع به على وجه الخصوص، فمن هذا الوجه حق العبد ، ثم انه شرع زاجراً، والقصد من شرع الزواجر درء المفسد، وهذا دليل على انه حق الشرع، إذ لم يختص بهذا إنسان دون غيره. إلا أن بعض الفقهاء كالشافعية واحمد مالا إلى تغليب حق العبد، تقديماً لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ويجري فيه العفو والإبراء والإرث ولا يجري فيه التداخل.

رابعاً: ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد فيه أغلب:

كحق القصاص، فان فيه حق الله تعالى، ولهذا يسقط بالشبهات، وهي جزاء الفعل، وأجزية الفعل تجب لحق الله تعالى، ولكن لما كان وجوبها بطريق المماثلة عرفنا أن معنى حق العبد راجح فيها، وان وجوبها للجبران بحسب الإمكان لقوله تعالى: [ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب](163).

ولهذا جرى فيه الإرث والعفو والاعتياض بطريق الصلح بالمال كما في

(163) سورة البقرة ، الآية 179.

حقوق العباد (164) .

آراء الفقهاء فيما يصلح ان يكون موضوعاً للتحكيم وفيما لا يصلح:

لقد جاء تدخل الشريعة لتحديد مسار إرادة الطرفين في التحكيم، فموضوع التحكيم لا يسمح المشرع فيه لإرادة الطرفين أن تصول وتجول على النحو الذي يتراءى لها.

فهناك من الموضوعات لا يحق للتحكيم أن يلج ميدانها ،لأنه يجب أن يتولاها القاضي الذي يعينه ولي الأمر ،وذلك إما استجابة لطبيعة هذه الموضوعات التي لا ترقى إرادة الطرفين إلى المساس بها ، أو لتعلق حق غيرهما بها مما يحول بينهما وبين الانفراد بالنيل منها ،أو لان ولي الأمر رأى أن من الصالح العام أن لا يحكم فيها غير من يرى فيه الأهلية الخاصة لذلك.

فإرادة الطرفين لا تقوى في بعض الحالات على تعيين حكم يفصل في هذه المنازعات ،لأنها لا تملك ترك الحق فيها ، ولا يصح تراضي الأفراد بشأنها (165) .

والتحكيم كما يقول الفقيه المالكي ابن عرفة :وهو ما يصح لأحدهما ترك حقه فيه (166) .

(164) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي ، اصول السرخسي ، مرجع سابق ، ج 2 ، ص 272.

(165) محمد سلام مذكور ، نظرية الإباحة عند الأصوليين ، طبعة الثانية ، دار النهضة العربية : بيروت ، سنة 1984م ، ص 337.

(166) محمد بن يوسف المواق ، التاج والاكلیل لمختصر خليل ، طبعة الأولى ، دار الكتب

وفيم يلي عرض لآراء الفقهاء فيما يصلح أن يكون محلاً للتحكيم وفيما لا يصلح :

فقهاء الحنفية:

ما لا يجوز التحكيم فيه:

1. لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقاً لله تعالى باتفاق الروايات وحجتهم :أن استيفاء عقوبتهما مما يستقل به ولي الأمر، وأن حكم المحكم ليس بحجة في حق غير الخصوم، فكان فيه شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات .وأما ما اختاره السرخسي من جواز التحكيم في حد القذف فضعيف، لأن الغالب فيه حق الله تعالى، فالأصح في المذهب عدم جواز التحكيم في الحدود كلها⁽¹⁶⁷⁾ .
2. لا يجوز التحكيم في القصاص، فقد روي عن أبي حنيفة: انه لا يجوز التحكيم فيه، واختاره الخصاص ،وهو الصحيح من المذهب ،لأن التحكيم بمنزلة الصلح والإنسان لا يملك دمه حتى يجعله موضعاً للصلح. وأما ما روي من جوازه في القصاص قياساً على غيره من الحقوق ،فضعيف رواية ودراية ،لأن القصاص ليس حقاً محضاً للإنسان - وإن كان الغالب حقه - وله شبه بالحدود في بعض المسائل⁽¹⁶⁸⁾ .

العلمية : بيروت ، سنة 1994م ، ج 6 ، ص 112.

- (167) زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، طبعة الثانية ، دار الكتاب الإسلامي : القاهرة ، دون سنة نشر ، ج 7 ، ص 26.
- علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، طبعة الثانية ، دار الكتب العلمية : بيروت ، سنة 1986م ، ج 7 ، ص 3.
- (168) زين العابدين إبراهيم ابن نجيم ، البحر الرائق ، مرجع سابق ، ج 7 ، ص 26 . علاء

3. لا يجوز التحكيم في ما يجب من الدية على العاقلة، لأنه لا ولاية للحكمين على العاقلة، ولا يمكنهما الحكم على القاتل وحده بالدية، لمخالفته حكم الشرع الذي لم يوجب دية على القاتل وحده دون العاقلة، إلا في مواضع محددة كما لو اقر بالقتل خطأ⁽¹⁶⁹⁾.

4. وليس للحكم ان يحكم في اللعان كما ذكر البرجندي، وان توقف فيه ابن نجيم، وعلة ذلك أن اللعان يقوم مقام الحد⁽¹⁷⁰⁾.

5. ليس للمحكم الحبس، إلا ما نقل عن صدر الشريعة من جوازه⁽¹⁷¹⁾. جاء في الهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني "ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص، لأنه لا ولاية لهما على دمهما، ولهذا لا يملكان الإباحة فلا يستباح برضاها...وان حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لأنه لا ولاية له عليهم إذ لا تحكيم من جهتهم"⁽¹⁷²⁾.

الدين الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 7، ص 3. لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، طبعة الثانية، دار الفكر: بيروت، سنة 1310هـ، ج 3، ص 168.

(169) زين العابدين ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج 7، ص 26. علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 7، ص 3.

(170) احمد بن محمد بن اسماعيل الطحاوي، حاشية الطحاوي على الدر المختار، دار ابن نفيس: الاسكندرية، سنة 1982، ج 2، ص 208.

(171) محمد بن علي بن محمد بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، طبعة الأولى، دار الكتب العلمية: بيروت، سنة 2002م، ج 5، ص 432.

(172) ابو الحسن علي بن ابي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، تحقيق نعيم أشرف نور محمد، طبعة الأولى، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية: باكستان، سنة 1417هـ، ج 3، ص 108-109.

وجاء في تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي [وشرط لنفوذ حكمه - أي المحكم- أن يكون في غير حد وقود ودية على العاقلة ،لان تحكيمهما بمنزلة الصلح بينهما ،وليس لهما ولاية على دمهما ولهذا لا يملكان إباحته ،وكذا لا ولاية لهما على العاقلة فلا ينفذ حكم من حكماه على عاقلته ،ولا على القاتل لعدم التزام العاقلة حكمه ،ولكونه مخالفا لحكم الشرع لان الدية تجب على العاقل لا على القاتل ،ولو ثبت القتل بإقراره أو ثبت جراحته ببينة وأرشها اقل مما تتحملة العاقلة خطأ كانت الجراحة خطأ او عمدا او كان قدر ما تتحملة ولكن الجراحة كانت عمدا لا توجب القصاص نفذ حكمه عليه ،لان العاقلة لا تعقله (173).

وجاء في المحيط البرهاني [ولا يجوز التحكيم في شيء من الحدود ولا زنا ولا شرب خمر ولا سرقة ولا لعان ولا قذف، وان فعل ذلك فهو باطل، لأنهما لا يملكان التفويض إلى الغير (174).
ما يجوز فيه التحكيم:

1. يجوز التحكيم فيما يملك الأفراد فعله بأنفسهم من حقوق العباد، كالدعوى المتعلقة بالأموال والديون والبيع والإجارة والرهن ونحوها (175).

(173) فخر الدين عثمان ابن علي الزيلعي ، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق ، طبعة الأولى ، المطبعة الكبرى الأميرية : بولاق - القاهرة ، سنة 1313هـ ، ج 12 ، ص 129 - 130 .
(174) برهان الدين محمود بن احمد مازة ، المحيط البرهاني في الفقه النعماني ، تحقيق عبد الكريم سامي الجندي ، طبعة الأولى ، دار الكتب العلمية : بيروت ، سنة 2004م ، ج 8 ، ص 610 - 611 .

(175) ابراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون ، تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الأحكام

2. يجوز التحكيم في سائر المجتهديات، كالطلاق والنكاح ونحوها، ولكن لا يفتى به في المذهب دفعا لتجاسر العوام⁽¹⁷⁶⁾.

جاء في العناية شرح الهداية للبابرتي [وتخصيص القديري الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهديات، كالكنايات في جعلها رجعية، والطلاق المضاف، وهو الظاهر عن أصحابنا وهو الصحيح، ولكن المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك. قال شمس الأئمة الحلواني في مسألة حكم المحكم تعلم ولا يفتى بها، وكان يقول: ظاهر المذهب انه يجوز إلا أن الإمام أبي علي النسفي كان يقول: يكتم هذا الفصل ولا يفتى به، كي لا يتطرق الجهال إلى ذلك فيؤدي إلى هدم مذهبنا]⁽¹⁷⁷⁾.

3. يجوز التحكيم في تضمين السرقة دون القطع، لأنه خالص حق المسروق منه، وله ولاية الاستيفاء⁽¹⁷⁸⁾.

4. يجوز التحكيم في الدية على القاتل إذا ثبت القتل بإقراره، لأن العاقلة لا تعقله، وأما أروش الجراحات فإن كانت بحيث لا تتحملها العاقلة وتجب في مال الجاني، بأن كان دون أرش الموضحة وهو

، طبعة الأولى ، مكتبة الكليات الأزهرية : القاهرة ، سنة 1986 هـ ، ج 1 ، ص 140 .
(176) أبي الحسن بن أبي بكر المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدئ ، مرجع سابق ، ص 108 .

(177) محمد بن محمد البابرتي ، العناية شرح الهداية ، دون طبعة ، دار الفكر : بيروت ، دون تاريخ نشر ، ج 10 ، ص 298 - 299 .

(178) عبدالله بن محمود الموصلي ، الاختيار لتعليل المختار ، دون طبعة ، مطبعة الحلبي : القاهرة ، سنة 1937 م ، ج 2 ، ص 99 ، . ، برهان الدين محمود بن احمد مازة ، المحيط البرهاني ، مرجع سابق ، ج 8 ، ص 611 .

خمسمائة درهم وثبت بالإقرار والنكول أو كان عمدا وقضى على الجاني جاز ، لأنه لا يخالف حكم الشرع ، وقد رضي الجاني بحكمه عليه فيجوز (179).

فقهاء المالكية:

التحكيم جائز عندهم إلا في ثلاثة عشر موضعا هي: الرشد، وضده، والوصية، والحبس [الوقف] وأمر الغائب، والنسب، والولاء، والحد، والقصاص، ومال اليتيم، والطلاق، والعنق، واللعان، لان هذه مما يختص بها القضاء (180).

فلا يجوز التحكيم في الحدود كقصاص أو جلد أو رجم، ولا في قتل في ردة أو حراة ولا في لعان، وكذلك لا يجوز التحكيم في طلاق ولا في فسخ لنكاح ونحوه ، ولا في عتق ولا في امر غائب، مما يتعلق بماله وزوجته وحياته وموته، ولا في حبس ولا في عقد، مما يتعلق بصحته وفساده لان هذه الامور يحكم فيها القضاة، فلا يجوز التحكيم فيها بغير الخصمين، اما الله تعالى كالحدود والقتل والعنق والطلاق، واما لأدمي كاللعان والولاء والنسب، ففي اللعان حق الولد بقطع نسبه، وفي الولاء والنسب ترتيب احكامها وعدمه وارث وعدمه وغير ذلك على الذرية التي ستوجد (181) . وقد وضع ابن عرفة حدا لما يجوز فيه التحكيم فقال: ظاهر الروايات انه

(179) محمد بن محمد البابر تي ، العناية شرح الهداية ، مرجع سابق ، ج 10 ، ص 298-310.

(180) محمد بن محمد الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج 17 ، ص 18-22.

(181) احمد بن محمد الصاوي ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ، دون طبعة ، دار المعارف : القاهرة ، دون تاريخ نشر ، ج 9 ، ص 314 - 315.

يجوز التحكيم فيما يصح لأحدهما ترك حقه فيه.

وقال اللخمي وغيره: إنما يصح في الأموال وما في معناها.

والحاصل أن كل ما لا يجوز التحكيم فيه وكان الحكم فيه مختصاً بالقضاة إذا وقع ونزل وحكم فيه المحكم وكان حكمه صواباً فإنه يمضي وليس لأحد الخصمين ولا للحاكم نقضه، وأما ما هو مختص بالسلطان كالاقتاعات فحكم المحكم فيه غير ماض قطعاً⁽¹⁸²⁾.

فقهاء الشافعية:

ذكر الإمام الماوردي في الحاوي الكبير شروط التحكيم المعتبر، ومن هذه الشروط: أن يكون التحاكم في أحكام مخصوصة فقال [والأحكام تنقسم ثلاثة أقسام:

قسم يجوز فيه التحكيم: وهو حقوق الأموال وعقود المعاوضات، وما يصح فيه العفو والإبراء.

وقسم لا يجوز فيه التحكيم: وهو ما اختص القضاة بالإجبار عليه من حقوق الله تعالى والولايات على الأيتام، وإيقاع الحجر على مستحقه.

وقسم مختلف فيه وهو أربعة أحكام: النكاح واللعان والقذف والقصاص.

ففي جواز التحكيم فيه وجهان: أحدهما: يجوز لوقوفهما على رضا المتحاكمين.

(182) محمد بن أحمد الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ج 17 ، ص 18 - 20 . برهان الدين إبراهيم بن علي ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، مرجع سابق ، ج 1 ، ص 140 .

الثاني: لا يجوز لأنها حقوق وحدود يختص الولاية بها⁽¹⁸³⁾.

وجاء في المجموع للإمام النووي [واختلف أصحابنا فيما يجوز فيه التحكيم، فمنهم من قال يجوز في كل ما تحاكم فيه الخصمان، كما يجوز حكم القاضي الذي ولاه الإمام، ومنهم من قال يجوز في الأموال، فأما النكاح والقصاص واللعان وحد القذف فلا يجوز فيها التحكيم، لأنها حقوق بنيت على الاحتياط فلم يجز فيها التحكيم]⁽¹⁸⁴⁾.

ولا يجوز التحكيم في حق الله تعالى المالي الذي لا طالب له معين، كالزكاة إذا كان المستحقون غير محصورين⁽¹⁸⁵⁾.

ولا ينفذ حكم المحكم إلا على راض به لفظاً، فلا يكفي رضا قاتل في ضرب دية على عاقلته، بل لا بد من رضا العاقلة بذلك، ويشترط استدامة الرضا إلى إتمام الحكم⁽¹⁸⁶⁾. ويجوز التحكيم في ثبوت هلال رمضان، كما بحثه الزركشي، وينفذ على من رضي بحكمه، فيجب عليه الصوم دون غيره⁽¹⁸⁷⁾.

(183) أبو الحسن الماوردي ، الحاوي الكبير ، تحقيق الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، طبعة الأولى ، دار الكتب العلمية : بيروت ، سنة 1999م ، ج 16 ، ص 648 - 650 .

(184) أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، المجموع شرح المذهب ، دون طبعة ، دار الفكر : بيروت ، سنة 1997هـ ، ج 2 ، ص 127 - 128 .

(185) محمد بن أحمد الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، طبعة الأولى ، دار الكتب العلمية : بيروت ، سنة 1994م ، ج 19 ، ص 76 .

(186) رجب نوري المشوح ، دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي ، نسخة الكترونية ، ج 4 ، ص 139 .

(187) سليمان بن محمد البيجرمي ، حاشية البيجرمي على شرح المنهاج ، دون طبعة ، مطبعة الحلبي : غزة ، سنة 1950م ، ج 16 ، ص 287 .

فقهاء الحنابلة:

اختلف فقهاء المذهب فيما يجوز فيه التحكيم.

ففي ظاهر كلام احمد أن التحكيم يجوز في كل ما يمكن أن يعرض على القاضي من خصومات، يستوي في ذلك المال والقصاص والحد والنكاح وغيرها، ذكره أبو الخطاب في الهداية، وهو المذهب حتى مع وجود قاض، لأنه كالقاضي ولا فرق.

وقال القاضي أبو يعلى بجواز التحكيم في الأموال خاصة، وأما النكاح والقصاص والحد فلا يجوز فيها التحكيم، لأنها مبنية على الاحتياط، فلا بد من عرضها على القضاء للحكم⁽¹⁸⁸⁾.

ورجح بعض علماء الشافعية ما ذهب إليه الإمام أحمد من جواز التحكيم في كل ما يجوز للقاضي أن يحكم فيه، حيث قال الشربيني الخطيب في مغني المحتاج: [والصحيح عدم الاختصاص، لان من صح حكمه في مال صح في غيره، كالمولى من جهة الإمام]⁽¹⁸⁹⁾.

خلاصة أقوال الفقهاء:

نلاحظ أنه لا خلاف بين الفقهاء على انه يجوز التحكيم في الأموال وما يجري مجراها حيث ذهب فقهاء الحنفية إلى أن التحكيم يجوز في سائر

(188) أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجعافيلي المقدسي ، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، طبعة الأولى ، دار الكتب العلمية : بيروت ، سنة 1994م ، ج 4 ، ص 221 . منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، كشف القناع ، مرجع سابق ، ج 22 ، ص 107 .
(189) محمد بن احمد الشربيني ، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ، مرجع سابق ، ج 19 ، ص 76 .

الأمر التي يجوز فيها الاجتهاد من نكاح وبيع وغيرها، ولا يجوز في الحقوق الواجبة حقاً لله تعالى، وذلك لأن الحدود لا يجوز فيها الصلح. وذهب فقهاء المالكية إلى أن التحكيم جائز في ثلاثة عشر موضعاً كما بينا، لأن الأمور إما حقوق يتعلق بها حق الله تعالى، أو حقوق لغير المتحاكمين.

وذهب فقهاء الشافعية إلى القول بأن التحكيم يجوز في كل أمر إلا في الحدود، وكذلك ما اختص القضاة بالإجبار عليه من حقوق الله تعالى، واختلفوا في النكاح واللعان والقذف والقصاص.

وذهب فقهاء الحنابلة إلى القول بأن التحكيم يجوز في جميع الأحكام بحجة أن من يقوم بالتحكيم المحكم هو كالحاكم ينفذ حكمه في جميع الأحكام، إلا ما ورد عن القاضي بجواز التحكيم في الأموال، دون النكاح والقصاص والحد، لأنها مبنية على الاحتياط.

وقد أفتى بما سبق مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره التاسع المنعقدة بدولة الإمارات العربية المتحدة من 1-6 ذي القعدة 1415 هـ، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع [مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي] وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله قرر ما يلي: [لا يجوز التحكيم 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⁽¹⁹⁰⁾.

وأخيرا يمكن تأصيل قاعدة ما لا يجوز التحكيم فيه عند المذاهب فيما يلي:

عند الحنفية: كل ما كان حقا لله تعالى، أو فيما لا ولاية للمحكمين عليه.
عند المالكية: كل ما كان حقا لله تعالى، أو تعلق به حق غير الخصمين .

عند الشافعية: كل ما كان حقا لله تعالى خالصا، أو عقوبة له عز وجل، أو في كل ما ليس له طالب معين، وأضافوا النكاح واللعان ربما لتعليل المالكية في تعلق الحق بغير الخصمين.
عند الحنابلة: كل ما كان حقا لله خالصا، مع إضافة النكاح واللعان للتعليل السابق.

ب. الموضوعات التي يجوز ولا يجوز فيها التحكيم في القانون الليبي.

حدد المشرع المادة 740 في المواضيع التي لا يجوز فيها التحكيم فقال ما نصه " لا يجوز التحكيم في الأمور المتعلقة بالنظام العام أو المنازعات بين العمال وأرباب العمل بشأن تطبيق الأحكام الخاصة بالتأمين الاجتماعي وإصابات العمل وأمراض المهنة والمنازعات المتعلقة بالجنسية أو بالحالة الشخصية بما في ذلك التفريق البدني على أنه يجوز أن يكون

(190) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الاسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الاسلامي، قرار رقم 91
8/9-.

موضوع التحكيم تقديراً لنفقة واجبة في النظام الزوجي والعائلي أو في الخلاف على مقدار المهر أو البائنة أو دعوى مالية أخرى ناشئة عن قضايا الأحوال الشخصية كما يجوز التحكيم بين الزوجين فيما تجيزه أحكام الشريعة الإسلامية⁽¹⁹¹⁾

يرى المشرع أن من الأحوال التي لا يجوز فيها التحكيم هو ما ورد بها نص خاص وأعطى أمثلة على ذلك منها "الأمر المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز فيها الصلح مثل الضريبة والمساءلة الجنائية ، ومساءلة الأحوال الشخصية مثل الحضانة والنسب وغيرها، وكذلك التأمين الاجتماعي، وإصابات العمل التي تنطوي تحت قانون العمل، وكذلك المنازعات التي تتعلق بالجنسية، وختم قوله بأنه يجوز التحكيم بين الزوجين فيما تجيزه أحكام الشريعة الإسلامية ، ومفهوم المخالفة لهذا النص أنه لا يجوز التحكيم بين الزوجين في الأمور التي رأت الشريعة الإسلامية بعدم الصلح فيها " .

(191) مادة 740 ، الباب الرابع في التحكيم ، فصل الاول : التحكيم عامة ، قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي .

الفصل الثالث: منهجية البحث

نوع البحث

مصادر جمع البيانات

أدوات جمع البيانات

أسلوب تحليل البيانات

هيكل البحث

الفصل الثالث

منهجية البحث

يشتمل منهج هذا البحث كما يلي:

أولاً: نوع البحث:

من خلال دراسة هذا البحث العلمي يستخدم الباحث في نوع البحث هو " البحث المقارن " وهو ذلك المنهج الذي يعتمد على المقارنة في دراسة الظاهرة حيث يبرز أوجه الشبه والاختلاف فيما بين ظاهرتين أو أكثر، أو هي عملية عقلية تتم بتحديد أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بين حادثتين اجتماعيتين أو اقتصاديتين، أو أكثر تستطيع من خلالها الحصول على معارف أدق نميز بها موضوع الدراسة أو الحادثة في مجال المقارنة والتصنيف وهذه الحادثة يمكن أن تكون كيفية قابلة للتحليل أو كمية لتحويلها الى كم قابل للحساب وتكمن أهميتها في تمييز موضوع البحث عن الموضوعات الأخرى وهنا تبدأ معرفتنا له.

وبشكل عام يمكن القول إنه تشمل طريقة المقارنة على إجراء مقارنة بين ظاهرتين اجتماعيتين أو اقتصاديتين أو طبيعيتين، بقصد الوصول الى حكم معين يتعلق بوضع الظاهرة في المجتمع والحكم هنا مرتبط باستخدام عناصر التشابه أو التباين بين الظاهرتين المدروستين أو بين مراحل تطور ظاهرة ما.

وبالتالي فالمقارنة نوع من البحث يهدف الى تحديده أوجه التشابه والاختلاف بين ظاهرتين أو أكثر أو بالنسبة لظاهرة واحدة ولكن ضمن فترات زمنية مختلفة.

على الرغم من أن المنهج المقارن هو منهج مستقل بحد ذاته ولكن معظم الدراسات المقارنة لا يمكن أن تتم دون الاعتماد على مناهج أخرى مساندة مثل المنهج التحليلي حتى أن الكثير من الباحثين يقيمون دراساتهم على منهج يطلق عليه المنهج التحليل المقارن دلالة على اعتماد المقارنة على بيانات تحليلية ويمكن أن يعتمد على المنهج التاريخي للمقارنة أو المنهج التجريبي أن البعض ذهب الى أن المنهج المقارن "هو منهج شبه تجريبي يختبر كل من العناصر الثابتة والعناصر المتغيرة لظاهرة ما في أكثر من مجتمع أو أكثر من زمان"⁽¹⁹²⁾. ويعتمد الباحث من خلال ذلك على مجموعة من الخطوات من أجل الوصول إلى الحقيقة العلمية المتعلقة بالظاهرة المدروسة ، وتستعين العلوم القانونية بالمنهج المقارن في الكثير من الدراسات ، وذلك بمقارنة الشريعة الإسلامية بالقوانين الوضعية الأخرى، وأن هذا البحث نظري كتابي "مكتبي" ، يحتاج الباحث إلى آراء العلماء وأقوالهم فيما يتعلق ب مفهوم التحكيم وأثره في فض المنازعات وهي دراسة فقهية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الليبي ، من بطون الكتب المتخصصة في التحكيم أو الكتب الفقهية التي أدرجت التحكيم كجزء من كتبها ، وما يتعلق من المواد والنصوص التي نص عليها المشرع

(192) د.جميل صليبا ، أساليب البحث العلمي ، الطبعة الثانية ، منشورات عويدات : بيروت ،لبنان ، سنة 1987، ص497.

في القانون الليبي في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، وذلك من خلال المناقشات وغير ذلك حتى يستطيع الباحث أن يحصل على الحقائق الكاملة حول الموضوع ، ليتسنى حل مشكلة البحث .

ثانياً: مصادر جمع البيانات:

أ. المصادر الأولية:

إن مصادر بيانات هذا البحث كما ذكر الباحث تتكون من فهم النصوص القرآنية من سورة النساء الآيات "65،58،35" وسورة المائدة الآيات "43،42،8" وسورة ص في الآيتين "26،22" ، وكذلك كتب السنة المطهرة، وأقوال العلماء المعتبرون من أهل السنة والجماعة حول التحكيم، وكذلك كتب علماء القانون المدني العربي في التحكيم، وشروحاتهم على النصوص التحكيمية.

ب. المصادر الثانوية:

أما المصادر الثانوية التي ارتكز عليها الباحث في بحثه هي الرسائل الجامعية التي تختص بالتحكيم، والمجلات الخاصة بها، مثل مجلة الأحكام العدلية وغيرها.

ثالثاً: أدوات جمع البيانات:

يستخدم الباحث في جمع المعلومات لكتابة هذا البحث على المصادر و الوثائق ، ونعني بالمصادر هنا ، هي المصادر الأولية الثانوية لكتابة هذا البحث وهي المصادر التي تنقل معلوماتها عن المصادر الأولية بشكل

مباشر أو غير مباشر ، وفي بعض الأحيان ينقل المعلومات عن المصادر الأولية بشكل مباشر وهي الكتب المتخصصة في مختلف موضوعات التحكيم ، والموسوعات ودوائر المعارف التي تجمع عادة من مختلف المصادر ، وكذلك مقالات ودوريات التحكيم مثل الصحف والمجلات العامة ، وطريقة الوثائق في هذا البحث تحتوي على الكتب التي بُحث فيها عن مفهوم التحكيم وأثره في فض المنازعات بين الشريعة الإسلامية والقانون الليبي ، حتى يتمكن الباحث من فهم الأقوال وإدراك معانيها لمعرفة المقصود منها ، لكي يتمكن الباحث من الوصول إلى مختلف نتائج هذا البحث .

رابعاً: أسلوب تحليل البيانات:

يقوم الباحث بجمع مصادر البيانات من بطون كتب علماء القانون الإسلامي، وكذلك علماء القانون الوضعي، وذلك لإبراز مقارنة فقهية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية في موضوع البحث، وكذلك المجالات والدوريات والمؤتمرات الخاصة بهذا الشأن، ثم يقوم بتحريرها وبناءً على نوعية البيانات التي يتحصل عليها الباحث بالأسلوب المقارن، حيث يقوم الباحث في عملية تحليل البيانات لهذا البحث بطريقة تحليل المضمون، الذي تحصل عليها من الكتب المتعلقة بموضوع البحث، لكي يسهل فهمها للقارئ.

خامساً: هيكل البحث :

هيكل البحث

آية قرآنية.....	
الإهداء.....	
شكر وتقدير.....	
محتويات البحث.....	
الفصل الأول: الإطار العام	
أ. المقدمة.....	
ب. مشكلة البحث.....	
ج. أسئلة البحث.....	
د. أهداف البحث.....	
هـ. أهمية بحث التحكيم.....	
و. حدود البحث.....	
ز. مصطلحات البحث.....	
ح. الدراسات السابقة.....	
الفصل الثاني: الإطار النظري	

المبحث الأول: تعريف التحكيم وتطوره التاريخي	
أولاً: تعريف التحكيم لغة واصطلاحاً، وأهميته، والألفاظ ذات العلاقة.....	
أ. التحكيم لغة واصطلاحاً	
ب. أهمية التحكيم.....	

- ج. التحكيم والألفاظ ذات الصلة
- ثانياً: التطور التاريخي للتحكيم
- أ. التحكيم في ظل الدولة القديمة (المدن القديمة).....
- ب. التحكيم عند العرب قبل الإسلام
- المبحث الثاني: التحكيم بين المتخاصمين
- في نصوص الشريعة الإسلامية والقانون الليبي.....
- أولاً: التحكيم في القرآن الكريم.....
- ثانياً: التحكيم في السنة المطهرة
- ثالثاً: التحكيم في القانون الليبي
- المبحث الثالث: أركان التحكيم وأنواعه والموضوعات التي يجوز
- ولا يجوز فيها التحكيم بين الشريعة والقانون
- أولاً: أركان التحكيم وشروطه في الشريعة والقانون الليبي
- أ. أركان التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي
- ب. الشروط الموضوعية للتحكيم " الرضا - المحل - الأهلية " ...
- ج. الشروط الشكلية للتحكيم
- ثانياً: أنواع التحكيم
- أ. أنواع التحكيم في الشريعة الإسلامية
- ب. أنواع التحكيم في القانون الليبي
- ثالثاً: الموضوعات التي يجوز ولا يجوز فيها التحكيم
- في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي
- أ. الموضوعات التي يجوز ولا يجوز فيها التحكيم في الشريعة

الإسلامية.....

ب.الموضوعات التي يجوز ولا يجوز فيها التحكيم في القانون

الليبي.....

الفصل الثالث: منهجية البحث

أولاً: نوع البحث.....

ثانياً: مصادر جمع البيانات.....

ثالثاً: أدوات جمع البيانات.....

رابعاً: أسلوب تحليل البيانات.....

خامساً: هيكل البحث.....

الفصل الرابع: تحليل البيانات

المبحث الأول: فض المنازعات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني

الليبي في مسألة الشقاق بين الزوجين.....

المطلب الأول: مسألة الشقاق بين الزوجين في الشريعة

الإسلامية.....

المطلب الثاني: مسألة الشقاق بين الزوجين في القانون المدني

الليبي.....

المبحث الثاني: التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي

في المنازعات العقارية.....

المطلب الأول: المنازعات العقارية في الشريعة الإسلامية.....

المطلب الثاني: التحكيم في المنازعات العقارية في القانون المدني

.....اليبي

.....الفرع الاول: الدعاوي العقارية بوجه عام

.....الفرع الثاني: دعاوى صحة التعاقد

.....الفصل الخامس: الخاتمة

.....النتائج

.....التوصيات

.....قائمة المصادر والمراجع



الفصل الرابع

تحليل البيانات

المبحث الأول:

فض المنازعات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي في
مسألة الشقاق بين الزوجين.

المطلب الأول: مسألة الشقاق بين الزوجين في الشريعة الإسلامية
الحياة الزوجية سنّة من سنن الله تعالى في الخلق والتكوين، وهي
ليست مقتصرة على الإنسان فقط، بل هي سنّة تشمل النبات والحيوان.
قال تعالى: «وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ»⁽¹⁹³⁾، وقال
تعالى أيضاً: «سُبْحَانَ الَّذِي خَلَقَ الْأَزْوَاجَ كُلَّهَا مِمَّا تُنْبِتُ الْأَرْضُ وَمِنْ
أَنْفُسِهِمْ وَمِمَّا لَا يَعْلَمُونَ»⁽¹⁹⁴⁾.

والحالة الزوجية، هي الطريقة الوحيدة والفضلى، الذي اختاره الله
تعالى للتناسل والتكاثر وديمومة الحياة على الأرض، وبالنسبة للإنسان؛
لتنظيم غريزة الجنس، من خلال ضوابط خاصة لخدمته هو، على أن لا
ينفلت العقل من يديه، فتتحول الحالة الزوجية المقدسة والبنّاءة، الى

(193) سورة الذاريات ، الآية 49 .

(194) سورة يس ، الآية 36 .

ممارسة جنسية فوضوية، لا قانون ولا ضوابط تحدّها. لذا وضع الله تعالى نظاماً متكاملًا للإنسان من شأنه حفظ كرامته ومكانته بين سائر المخلوقات، وذلك من خلال نعمة العقل، وجعل الأسرة الكيان والبناء المحكم والمتماسك، وشرع له نهجاً وقوانين أفصحت عن مدى الاهتمام الكبير من لدنه تعالى، وقد أورد القرآن الكريم العديد من الآيات الكريمة التي تحدد بنود وفقرات من هذا النهج الرباني، وبما ان الأسرة تمثل المجتمع الصغير، ومنها يتشكل المجتمع الكبير، فقد أكد الاسلام على مسألة الاحترام المتبادل بين الزوجين، وعلى توثيق العلاقة بينهما، لكي تسير على وفق ما أَرَادَهُ اللهُ تعالى وتحقيق الهدف السامي من الزواج، لكن نظراً لاختلاف الافكار والأمزجة، وهي بحد ذاتها سنّة أخرى من سنن الله تعالى في حياة البشر، فان هنالك بعض التقاطعات والمشكلات تعترض مسيرة الحياة الزوجية، وحسب معظم العلماء والخبراء، فان الخلافات الزوجية والعائلية، تبدأ دائماً بسيطة وسطحية، وحول أمور صغيرة، لكن لا تلبث أن تتحول الى معول لهدم بناء العش الزوجي، وتكون سبباً لزعزعة استقرار الحياة الزوجية، بسبب استمرار واستحكام هذه الخلافات والمشكلات، ومردّ ذلك الى أسباب عديدة؛ أولها: وساوس الشيطان واستفزازاته وإثاراته المستمرة للإنسان، وبما ان الشيطان هو العدو الأول للإنسان، وان اجتماع الرجل والمرأة تحت سقف واحد برباط الزوجية المقدس، لبناء الأسرة الناجحة، مما لا يرتضيه الشيطان، فانه يحاول بكل الحيل والمكائد، الايقاع بين الزوجين، مستغلاً وجود بعض الاختلاف وعدم التطابق في الصفات والخصال، ليجعل منها سبباً لتضعيف البنية

التحتية لكيان الأسرة، وقد تكون بداية الاختلاف، اقتصادية أو اجتماعية أو حتى نفسية. ثم تتعقد المشاكل لتكون نتيجتها الانفصال أو «الشقاق».

وكما أسلفنا فإن أغلب أسباب الخلافات الزوجية تبدأ بسيطة وتافهة، لذا يجدر بالزوج والزوجة التحلي بمزيد من الوعي والثقافة والصبر لمعالجة هذه الخلافات، وحلّها بحكمة وعقلانية، بسلوك طريق الحوار والتفاهم والتنازل من الطرفين، وعدم اللجوء الى التشنيع والتعصب والانانية؛ لأن الرابط المقدس للزواج يحفظ لكلا الطرفين شخصيتهما وكرامتهما لدى التنازل للآخر، فالعلاقة الحميمة بين الزوجين بإمكانها تذويب وتسوية كل الخلافات والمنغصات، وربما هذا ما لا يوجد في المشاكل والازمات التي تقع بين سائر الأفراد في المجتمع، سواء بين الأخوة، أو بين الابوين والأولاد، أو بين الاصدقاء وهكذا.

فالمشكلة المعقدة هنا؛ عندما تتضخم الخلافات الزوجية وتتصاعد الى حالة النفرة والكراهية بين الزوجين، فيقف كل واحد منهما في اتجاه مغاير، ولا يرضى أحد بالآخر، وهذا ما يسمى بـ «الشقاق»، على ما وصفه القرآن الكريم، «ويُراد به «الناحية»، ويتضمن فعل الإثنين، لأن الطرفين تشاركاً في التعدي والتباعد بسبب حصول الكراهة والاختلاف بينهما»، مما يؤدي في الغالب الى الطلاق إذا لم يتم تدارك الأمر بالحل والتقارب.

وقد بينت الشريعة الاسلامية أنه في حال حصول الشقاق بين الزوجين وعدم تمكن الزوجين من حل هذا الشقاق بينهما، يُصار الى الطريق أو الحل بالطرق الاجتماعية، وهو يعتمد على الوساطة والتشاور من خلال

تعيين حكمين من أهلها، يقول الله تعالى: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا
حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ
كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا» (195).

وهنا على الحكمين أن يجتهدا في تحقيق الإصلاح بين الزوجين، وأن
يبدلا قصارى جهدهما، فإذا أخلصا نيتهما وعملهما، وفقهما الله وأصلح
الزوجين على يديهما، وبذلك يعودا الى عش الزوجية بخير وسلام. أما
في حال عجزهما عن تحقيق هذا الهدف، فإن الأمر يُصار الى الطلاق.
وقد لخص الشيخ محمد حسين فضل الله دور الحكمين والغاية من
تشريع هذا النوع من العلاج، فقال: (وهذه حالة جديدة تحتاج إلى نوع
آخر من العلاج، وهي حالة الشقاق المشترك، وذلك فيما إذا لم تكن
المشكلة من طرف واحد، بل كان كل منهما ضالعا في ذلك، فكيف يمكن
حل المشكلة؟ إن القرآن يطرح أسلوب ما سماه البعض (مجلس التحكيم
العائلي) وذلك باختيار شخص واحد أو أكثر من أهل الزوج مطلع على
ظروفه النفسية والعائلية والاجتماعية، واختيار شخص أو أكثر من أهل
الزوجة بنفس المواصفات، ثم يجتمعان في جلسة تحكيم عائلية، ليدرسا
المشكلة من جميع جوانبها السلبية والإيجابية، ويتداولوا في إمكانيات الحل
بتحديد بعض التنازلات من هذا الطرف أو ذاك، ومحاولة التوفيق بينهما
للوصول إلى النتيجة المرجوة في العودة بالبيت الزوجي إلى حالة السلام
العادل) (196).

(195) سورة النساء ، الآية 35 .

(196) محمد حسين فضل الله، من وحي القرآن، الطبعة الثالثة، دار الملاك للطبع والتوزيع:

وقد سمي الشيخ ناصر الشيرازي هذا النوع من العلاج بمحكمة الصلح العائلية، وذكر من ميزات هذه المحكمة التي تفرقها عن سائر المحاكم ما يلي⁽¹⁹⁷⁾:

– أن البيئة العائلية بيئة عاطفية، ولذلك فإن المقياس الذي يجب أن يتبع في هذه البيئة يجب أن يختلف عن المقاييس المتبعة في البيئات الأخرى، فكما أنه لا يمكن العمل في المحاكم الجنائية بمقياس المحبة والعاطفة، فإنه لا يمكن في البيئة العائلية العمل بمقياس القوانين الجافة، فهنا يجب حل الخلافات العائلية بالطرق العاطفية بحد الإمكان، ولهذا يأمر القرآن الكريم أن يكون الحكمان في هذه المحكمة ممن تربطهم بالزوجين رابطة النسب والقربة ليمكنهما تحريك المشاعر والعواطف باتجاه الإصلاح بين الزوجين.

– أن المدعي والمدعى عليه في المحاكم العادية مضطرين تحت طائلة الدفاع أن يكشفوا عن كل ما لديهما من الأسرار، ومن المسلم أن الزوجين لو كشفوا عن الأسرار الزوجية أمام الأجانب لجرح كل منهما مشاعر الطرف الآخر، بحيث لو اضطر الزوجان أن يعودا بحكم المحكمة إلى البيت لما عادا إلى ما كانا عليه من الصفاء والمحبة السالفة، ولقد دلت التجربة أن الزوجين اللذين يضطران إلى التحاكم إلى مثل هذه المحاكم لحل ما بينهما من الخلاف لم يعودا ذينك الزوجين

لبنان ، سنة 2007، ج7، ص173.

(197) ناصر مكارم شيرازي، الأمثل في كتاب الله المنزل، الطبعة الأولى، دار الأميرة للنشر

والتوزيع: بيروت ، سنة 2005م، ج3، ص198.

السابقين.

– أن الحكمين في المحاكم العادية المتعارفة لا يشعران عادة بالمسؤولية الكاملة في قضايا الخلاف والمنازعات، ولا تهمهما كيفية انتهاء القضية المرفوعة على المحكمة، في حين أن الأمر في محكمة الصلح العائلية يختلف عن ذلك لشعور الحكمين بالمسؤوليات الناشئة عن ذلك.

– أن مثل هذه المحكمة لا تعاني من أية مشكلات، ولا تحتاج إلى أي ميزانيات باهظة، كالمحاكم العادية، بل تستطيع أن تقوم بأهدافها وتحقق أغراضها من دون أي تشريفات، وفي أقل مدة من الزمن.

ومع كل هذه الميزات نرى تقصيرا كبيرا في الواقع لاستعمال هذا العلاج سواء من العائلات أو من المحاكم، وليس هذا تقصيرا حديثا، فقد ذكر ابن العربي تفريط الناس والقضاة في هذه الناحية المهمة فقال في تفسيره للآية التي تحت على هذا العلاج: (هي من الآيات الأصول في الشريعة، ولم نجد لها في بلادنا أثرا ؛ بل ليتهم يرسلون إلى الأمانة، فلا بكتاب الله تعالى انتمروا، ولا بالأقيسة اجتزوا)⁽¹⁹⁸⁾.

ويحدث عن تجربته في ذلك فقال: (قد ندبت إلى ذلك فما أجابني إلى بعث الحكمين عند الشقاق إلا قاض واحد، ولا إلى القضاء باليمين مع الشاهد إلا قاض آخر، فلما ولّاني الله الأمر أجريت السنة كما ينبغي، وأرسلت الحكمين، وقمت في مسائل الشريعة كما علمني الله سبحانه من

(198) أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي ، أحكام القرآن ، تحقيق : محمد عبد القادر عطا ، دار الفكر للطباعة والنشر - لبنان ، ج1، ص537.

الحكمة والأدب لأهل بلدنا لما غمرهم من الجهالة⁽¹⁹⁹⁾.

لذلك نرى أن على المحاكم الشرعية استعمال هذه الوسيلة قبل اللجوء إلى أي حكم، وقبل توكيل الأمر إلى المحامين الذين لا تهمهم عادة إلا مصالحهم أو مصالح موكلهم في أحسن الأحوال.

فتقول الآية الكريمة عندما يظهر النزاع والخلاف بين الزوجين فعلى الأهل أن لا يقفوا مكتوفي الأيدي بل يتدخلوا للإصلاح بينهما عن طريق إيفاد الحكّمين من أهل الزوج وأهل الزوجة ليتفاوضا ويقربا وجهات النظر فيما بينهما؛ فالفعل (فابعثوا) أي وجهوا حكما من قوم الزوج وحكما من قوم الزوجة لينظرا فيما بينهما، واختُلف في المخاطب بإيفاد الحكّمين من هو؟ قيل هو الحاكم الشرعي الذي يتراجع الزوجان عنده كما سنشير إليه في البحث الفقهي.

كما ذكرت الآية إن على الحكّمين التفاوض بنية حسنة ورغبة صادقة في الإصلاح فإنهما إن كانا كذلك أعانها الله ووفق بين الزوجين بسببهما ويرفع ما بينهما من العداوة والشقاق، وأن كان بعض المفسرين قد اعتبر ضمير المثنى في قوله تعالى: (إن يريدوا إصلاحا) عائد إلى الزوجين أي إذا كانت نية الزوجين الإصلاح بدون عناد أو لجاج فسوف يوفق الله بينهما.

ومن أجل تحذير الحكّمين وحثّهما على استخدام حسن النية فإن الله سبحانه يقول في ختام الآية "إن الله كان عليماً خبيراً".

(199) ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج1، ص537.

فإنّها محكمة تؤسّسها العائلة من أجل التوفيق والإصلاح وتعتبر من مبتكرات الإسلام العظيمة وتتميز هذه المحكمة بميزات تقتقر إليها المحاكم الأخرى يمكن إيجازها بما يلي:

1. إن العمل في هذه المحكمة يكون على أساس المحبة والعاطفة بعكس المحاكم الجنائية التي لا تلتفت الى هذا الجانب بل يكون عملها على أساس القوانين الجافه الصارمة والخالية من روح العاطفة، لذا يأمرنا القرآن ان يكون الحكمان من أهل الزوجين وممن تربطهما بهما رابطة النسب والقرابة ليتمكننا من تحريك المشاعر والأحاسيس باتجاه الإصلاح بين الزوجين

2. إن الزوجين باعتبارهما مدّعي ومدّعي عليه في حالة الشقاق ؛ فسوف يحاول كل منهما الدفاع عن نفسه مما يؤدي الى كشف كل ما لديهما من أسرار، وإن كشف تلك الأسرار في المحكمة الجنائية وأمام الغرباء سوف يؤدي الى الحرج الشديد، وجرح كل منهما مشاعر الآخر ، فلو حصل الصلح وعادت الحياة الزوجية بينهما فإن الصفاء والمحبة لن يبقيا على ما كانا عليه سابقا وسوف يعيشان في المستقبل كشخصين غريبين مجبرين على الحياة تحت سقف واحد والقيام بوظائف معينة ، اما في محاكم الصلح العائلية فإن الحياء من الحكّمين القريبين سوف يمنع الزوجين من البوح بأي اسرار ، وحتى لو طرحت بعض الأمور فإنها تطرح في جو عائلي فلا تتطوي على ذلك الأثر السيئ .

3. الحاكم في المحاكم الجنائية عادة لا يشعر بالمسؤولية الكاملة تجاه الزوجين، ولا تهمه كيف تنتهي القضية، هل سيعود الزوجان لبعضهما او

سينفصلان بالطلاق وبالتالي ستتهدم الأسرة وتتشتت العائلة، في حين إن الحكمين في محكمة الصلح العائلية يههما مستقبل العائلة بحكم القرابة مما يجعلهما يسعيان جهد إمكانهما لتحقيق السلام والوئام بين الزوجين وإنقاذ الزواج من الانهيار.

4. محكمة العائلة لا تحتاج الى ميزانية باهظة وتستطيع القيام بعملها وتحقيق اهدافها بأقل ما يمكن من التكاليف المادية.

أ. من له إرسال الحكمين:

اختلف الفقهاء فيمن يتولى إرسال الحكمين على قولين:

القول الأول: أن الذي له سلطة إرسال الحكمين هو الحاكم أو القاضي أو من ينوب عنهما ولو بغير رضا الزوجين، وهو قول جمهور العلماء، بل قد نقل الإجماع على ذلك، قال ابن بطال: (أجمع العلماء على أن المخاطب بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا﴾ (النساء: 35) الحكام وأن المراد بقوله تعالى: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ (النساء: 35) الحكمان، وأن الحكمين يكون أحدهما من جهة الرجل والآخر من جهة المرأة إلا أن لا يوجد من أهلها من يصلح فيجوز أن يكون من الأجانب ممن يصلح لذلك) (200)، ومن الأدلة على ذلك (201):

عن عمرو بن مرة قال: سألت سعيد بن جبيرة عن الحكمين، فغضب وقال: (ما ولدت: إذ ذاك) : فقلت: إنما أعني حكمي شقاق، قال: (إذا

(200) ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج9، ص403.

(201) الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج1، ص270.

كان بين الرجل وامرأته درء وتدارؤا بعثوا حكمين فأقبلا على الذي جاء التدارؤ من قبله فوعظاه، فإن أطاعهما وإلا أقبلا على الآخر، فإن سمع منهما وأقبل إلى الذي يريدان وإلا حكما بينهما، فما حكما من شيء فهو جائز) وعنه في المختلعة: (يعظها فإن انتهت وإلا هجرها وإلا ضربها، فإن انتهت وإلا رفع أمرها إلى السلطان، فبيعت حكما من أهلها وحكما من أهله، فيقول الحكم الذي من أهلها يفعل كذا ويفعل كذا، ويقول الحكم الذي من أهله تفعل به كذا وتفعل به كذا، فأيهما كان أظلم رده إلى السلطان وأخذ فوق يده، وإن كانت ناشزاً أمره أن يخلع).

أن الأولى في الآية التي نصت على الحكمين أن يكون الخطاب فيها للحاكم الناظر بين الخصمين والمانع من التعدي والظلم وذلك ؛ لأنه قد بين أمر الزوج وأمره بوعظها وتخويفها بالله ثم بهجرانها في المضجع إن لم تنزجر ثم بضربها إن أقامت على نشوزها، ثم لم يجعل بعد الضرب للزوج إلا المحاكمة إلى من ينصف المظلوم منهما من الظالم ويتوجه حكمه عليهما.

القياس على العنين والمحبوب والإيلاء لأن الحاكم هو الذي يتولى النظر في ذلك والفصل بينهما بما يوجبه حكم الله.

القول الثاني: أن المكلف بإرسال الحكمين هم الأولياء برضى الزوجين، أو الزوجان نفسيهما، فالحكمان في هذا القول وكيلان عن الزوجين، وهو قول الشافعي، ويدل على ذلك قوله: (وجدت الله أذن في نشوز الزوج أن يصطلحا وسن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ذلك، وأذن في نشوز المرأة بالضرب وأذن في خوفهما أن لا يقيما حدود

الله بالخلع، ودلت السنة أن ذلك برضا من المرأة وحظر أن يأخذ لرجل مما أعطى شيئاً إذا أراد استبدال زوج مكان زوج، فلما أمر فيمن خفنا الشقاق بينه بالحكمين دل ذلك على أن حكمهما غير حكم الأزواج غيرهما.. فإذا كان هذا بعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها ولا يبعث الحكمين إلا مأمونين وبرضا الزوجين ويوكلهما الزوجان بأن يجمعاً أو يفرقاً إذا رأيا ذلك⁽²⁰²⁾.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو أن كل ذلك يجوز، فيجوز للزوجين في حال الشقاق أن يختارا من يوكلائه في النظر في الشقاق الحاصل بينهما، ويستطيع الأهل فعل ذلك، بل يستطيع الأجانب المقربون إن رأوا في تدخلهم مصلحة أن يوكلوا من يحكم بينهما، وهذا بناء على ما سنذكره من أنه ليس للحكمين التفريق بين الزوجين، أما على القول بذلك، فإن الأرجح هو ما ذكره أصحاب القول الأول.

ب. شروط الحكمين:

اشتراط الفقهاء في الحكمين شروطاً اتفقوا في بعضها واختلفوا في البعض الآخر، وهي كثيرة يمكن حصرها في الشروط التالية⁽²⁰³⁾:

(202) أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دون طبعة، دار المعرفة: بيروت، سنة 1990م، ج5، ص124.

(203) أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن واثق التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة: مصر، سنة 1332هـ، ج4، ص113.

1. الأهلية الكاملة:

ونقصد بها أهلية التكليف من العقل والبلوغ، فلا يجوز تحكيم الصغير والمجنون، بالإضافة إلى أنواع الأهلية الأخرى التي تكتمل بها الأهلية الشرعية، وهي:

○ الإسلام، فلا يحكم غير المسلم في المسلم، لأن الغرض من التحكيم هو رد الزوجين إلى شرع الله، ولا يكون ذلك إلا من مسلم متمكن في الإسلام.

○ العدالة، وقد مر تفسيرها ووجه اشتراطها سابقا، ويشتد اشتراطها في الحكمين.

○ العلم بأحكام التحكيم، وهو أهم الشروط لتعلق التحكيم بالمعرفة بالأحكام الشرعية المرتبطة بهذا الجانب.

2. أن يكونا من أهل الزوجين:

الواجب الأصلي في الحكمين أن يكونا من أهل الزوجين⁽²⁰⁴⁾، لأن الأهل أعرف بأحوال الزوجين، وأقرب إلى أن يرجع الزوجان إليهما، قال الجصاص: (وإنما أمر الله تعالى بأن يكون أحد الحكمين من أهلها والآخر من أهلها لئلا تسبق الظنة إذا كانا أجنبيين بالميل إلى أحدهما، فإذا كان أحدهما من قبله والآخر من قبلها زالت الظنة وتكلم كل واحد منهما عن من قبله)⁽²⁰⁵⁾.

(204) وهو قول المالكية، وهو ما نص عليه القرآن الكريم، والقول الثاني ان ذلك على سبيل النذب لا الوجوب.

(205) الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج1، ص270.

فإن لم يكن لهما أهل، أو لم يكن فيهم من يصلح لذلك لعدم العدالة، فإن المرسل يختار حكمين عدلين من المسلمين لهما أو لأحدهما كيما 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 قائما مقامهما، وربما كان أوفى منهما⁽²⁰⁶⁾.

3. الذكورة:

وقد اختلف الفقهاء في اشتراطها على قولين:

القول الأول: اشتراط الذكورة في الحكمين، وهو قول المالكية والشافعية في مقابل الأظهر، والحنابلة في القول الثاني، واستدلوا على ذلك بأن الحكمين هنا حاكمان، ولا يجوز جعل المرأة عندهم حاكما.

القول الثاني: عدم اشتراط الذكورة، وهو قول الجمهور.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة عدم اشتراط الذكورة لعدم ورود الدليل النصي الذي يشترطها، ولأن الغرض الشرعي من التحكيم هو الإصلاح بين الزوجين، وذلك قد يتحقق أحيانا من المرأة أكثر من الرجل، ولكنه في حال اختيار الحكمين للتفريق، فالأولى أن لا يقتصر في التحكيم على النساء، لما سنراه في أحكام الطلاق.

4. عدد الحكام:

نص الفقهاء على أنه يجزئ إرسال حكم واحد، واستدلوا على ذلك بأن

(206) ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج1، ص542.

الله تعالى حكم في الزنى بأربعة شهود، ومع ذلك أرسل -صلى الله عليه وسلم -إلى المرأة الزانية أنيسا وحده، وقال له: إن اعترفت فارجمها.

قال الباجي: (ولو جعل الزوجان ذلك إلى رجل واحد جاز إذا كان من أهل الحكم قاله ابن القاسم في المدونة، قال القاضي أبو الوليد -رضي الله عنه - : ووجه ذلك عندي أن يكون من جهة الزوجين، لأن الحق في ذلك لا يخرج عنهما ولا يجوز للسلطان ولا لولي اليتيمين، لأن في ذلك إسقاطا لحق الزوجين ولا يجوز ذلك في جزاء الصيد، لأنه حق لله، ولم يأمر فيه إلا بحكمين)⁽²⁰⁷⁾.

5. أهلية الزوجين:

أن يكون الزوجان كاملي الأهلية راشدين، وذلك في حال كون الحكمين موكلين من الزوجين بالتفريق، لما في ذلك من احتمال رد بعض المهر، أو التفريق من غير سبب كاف، فذلك لو وكل الزوجان الحكمين بالتفريق، ثم جن أحدهما أو أغمي عليه قبل التفريق، لغا التوكيل، ولم يكن للحكمين غير التوفيق، فإن غاب أحد الزوجين قبل التفريق لم ينعزل الحكمان، ويكون لهما التفريق في غيبته ؛ لأن الغيبة لا تبطل الوكالة، بخلاف الجنون والإغماء.

ج. دور الحكمين:

يمكن تلخيص دور الحكمين . على ما نص عليه الفقهاء . في الأدوار الثلاثة التالية:

(207) الباجي، المنتقى في شرح الموطأ، مرجع سابق، ج4، ص114.

1. التحقيق في الظالم من الزوجين:

وقد ذكر الفقهاء طريقة ذلك⁽²⁰⁸⁾ ، وهي أن يخلو الحكم من أهل الزوج به، ويقول له: أخبرني بما في نفسك أتهواها أم لا حتى أعلم مرادك؟ فإن قال لا حاجة لي فيها خذ لي منها ما استطعت، وفرق بيني وبينها، فيعرف أن من قبله النشوز، وإن قال إني أهواها فأرضها من مالي بما شئت ولا تفرق بيني وبينها، فيعلم أنه ليس بناشز.

ويخلو الحكم من جهتها بالمرأة ويقول لها أتهوى زوجك أم لا؟ فإن قالت: فرق بيني وبينه، وأعطه من مالي ما أراد، فيعلم أن النشوز من قبلها وإن قالت: لا تفرق بيننا ولكن حثه على أن يزيد في نفقتي ويحسن إلي علم أن النشوز ليس من قبلها.

2. الوعظ والزجر:

إذا ظهر لهما الناشز من الزوجين يقبلان عليه بالعظة والزجر والنهي والإمهال إلى أن يصطلحا، وقد روي أن عقيل بن أبي طالب تزوج فاطمة بنت عتبة بن ربيعة فكان إذا دخل عليها تقول: يا بني هاشم والله لا يحبكم قلبي أبدا، أين الذين أعناقهم كأباريق الفضة ترد أنوفهم قبل شفاههم؟ أين عتبة بن ربيعة أين شيبه بن ربيعة؟ فيسكت عنها 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

(208) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن "تفسير القرطبي"، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الطبعة الثانية، دار الكتب المصرية: القاهرة، سنة 1964م، ج 5، ص 175.

فأرسل ابن عباس ومعاوية، فقال ابن عباس: لأفرق بينهما وقال: معاوية ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف، فأتياهما فوجداهما قد سدا عليهما أبوابهما وأصلحا أمرهما⁽²⁰⁹⁾.

فإن وجداهما قد اختلفا ولم يصطلحا وتفاقم أمرهما سعيًا في الألفة جهدهما وذكرًا بالله وبالصحبة، فإن أنابا ورجعا تركاهما وإن كانا غير ذلك ورأيا الفرقة فرقا بينهما.

3. التفريق بين الزوجين:

اختلف الفقهاء في تمكين الحكمين من التفريق بين الزوجين على قولين:

القول الأول: أنه ليس لهما ذلك ما لم يوكلهما الزوج في ذلك، ثم يعرفا الإمام بقرارهما، وذلك بناء على أنهما رسولان شاهدان، ثم الإمام يفرق إن أراد ويأمر الحكم بالتفريق، وهو قول الحنفية⁽²¹⁰⁾، وأحد قولي الشافعي⁽²¹¹⁾، وهو قول عطاء وابن زيد والحسن وأبي ثور، وهو قول

(209) تفسير القرطبي، مرجع سابق، ج5، ص176. تفسير ابن كثير، مرجع سابق، ج1، ص494.

(210) وقد زعم بعضهم أن أبا حنيفة وأصحابه لم يعرفوا أمر الحكمين لقولهم هذا، وقد رد عليه الجصاص بقوله: «هذا تكذب عليهم، وما أولى بالإنسان حفظ لسانه لا سيما فيما يحكيه عن العلماء.. وأمر الحكمين في الشقاق بين الزوجين منصوص عليه في الكتاب، فكيف يجوز أن يخفى عليهم مع محلهم من العلم والدين والشرعة ولكن عندهم أن الحكمين ينبغي أن يكونا وكيلين لهما، أحدهما وكيل المرأة والآخر وكيل الزوج» أحكام القرآن للجصاص: 270/1.

(211) للشافعي في المسألة قولان هما:

القول الأول: أنهما وكيلان فلا يملكان التفريق إلا بإذنهما لان الطلاق إلى الزوج وبذل المال إلى الزوجة فلا يجوز إلا بإذنهما.

الظاهرية، قال ابن حزم: (إذا شجر بين الرجل وامرأته بعث الحاكم حكما من أهله ، وحكما من أهلها عن حال الظالم منهما ، وينهيا إلى الحاكم ما وقفا عليه من ذلك ، ليأخذ الحق ممن هو قبله ، ويأخذ على يدي الظالم ، وليس لهما أن يفرقا بين الزوجين ، لا بخلع، ولا بغيره)⁽²¹²⁾ ، واستدلوا على ذلك بما يلي:

- أن الله تعالى قال: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ (النساء: 35) ولم يقل: إن يريدَا فرقة، وإنما يوجه الحكمان ليعظا الظالم منهما وينكرا عليه ظلمه وإعلام الحاكم بذلك ليأخذ هو على يده، قال ابن حزم: (إنما رد عز وجل هذا الصلح إلى اختيار الزوجين، لا إلى غيرهما، وعليهما، ولا يعرف في اللغة، ولا في الشريعة: أصلحت بين الزوجين -أي طلقتهما عليه)⁽²¹³⁾.
- أن عليا -رضي الله عنه -لما قال لهم: ابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها، والزوجان حاضران، إنما خاطب به الزوجين أو من أعرب عنهما بحضرتهم بوكالة الزوجين أو رضاهما بما قال.
- أنه لو كان للحاكم أن يبعث حكمين بفرقة بلا وكالة الزوج ما احتاج علي -رضي الله عنه -إلى أن يقول لهما ابعثوا ولبعث

القول الثاني: هما حاكمان فلهما أن يفعلا ما يريان من الجمع والتفريق بعوض وغير عوض، انظر: المذهب: 70/2.

(212) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى بالآثار، دون طبعة، دار الفكر: بيروت، دون تاريخ نشر، ج9، ص246.
(213) المرجع السابق، ج9، ص247.

هو، ولقال للزوج: إن رأيا الفراق أمضيا ذلك عليك، وإن لم تأذن به ولم يحلف لا يمضي الحكمان حتى يقر، ولو كان للحاكم جبر الزوجين على أن يوكلأ كان له أن يمضيه بلا أمرهما.

- أن الأصل المجتمع عليه أن الطلاق بيد الزوج أو بيد من جعل ذلك إليه.

- أنه لا خلاف أن الزوج لو أقر بالإساءة إليها 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 حكمهما قبل بعث الحكمين فكذلك بعد بعثهما لا يجوز إيقاع الطلاق من جهتهما من غير رضى الزوج وتوكيله ولا إخراج المهر عن ملكها من غير رضاها ؛ فلذلك لا يجوز خلعهما إلا برضى الزوجين.

- أن الحاكم لا يملك ذلك فكيف يملكه الحكمان؟ وإنما الحكمان وكيلان لهما أحدهما وكيل المرأة والآخر وكيل الزوج في الخلع أو في التفريق بغير جعل إن كان الزوج قد جعل إليه ذلك.

- أنه قد يحكم الرجلان حكما في خصومة بينهما ويكون بمنزلة الوكيل لهما فيما يتصرف به عليهما، فإذا حكم بشيء لزمهما، بمنزلة اصطلاحهما على أن الحكمين في شقاق الزوجين ليس يغادر أمرهما من معنى الوكالة شيئا ؛ وتحكيم الحكم في الخصومة بين رجلين يشبه حكم الحاكم من وجه ويشبه الوكالة من وجه آخر، والحكمان في الشقاق إنما يتصرفان بوكالة

محضة كسائر الوكالات.

- أنه يجوز أن يكونا سميا حكمين لقبول قولهما عليهما، وجائز أن يكونا سميا بذلك ؛ لأنهما إذا خلعا بتوكيل منهما وكان ذلك موكولا إلى رأيهما وتحريمهما للصالح سميا حكمين: لأن اسم الحكم يفيد تحري الصلاح فيما جعل إليه وإنفاذ القضاء بالحق والعدل، فلما كان ذلك موكولا إلى رأيهما وأنفذا على الزوجين حكما من جمع أو تفريق مضى ما أنفذه فسميا حكمين من هذا الوجه. فلما أشبه فعلهما فعل الحاكم في القضاء عليهما بما وكلا به على جهة تحري الخير والصالح وسميا حكمين، ويكونان مع ذلك وكيلين لهما ؛ إذ غير جائز أن تكون لأحد ولاية على الزوجين من خلع أو طلاق إلا بأمرهما.
- أن الله تعالى حظر على الزوج أخذ شيء مما أعطاهما إلا على شريطة الخوف منهما ألا يقيما حدود الله، فأباح حينئذ أن تقتدي بما شاءت وأحل للزوج أخذه فكيف يجوز للحكمين أن يوقعا خلعا أو طلاقا من غير رضاهما.
- أن الله تعالى نص على أنه لا يحل له أخذ شيء مما أعطى إلا بطيبة من نفسها ولا أن تقتدي به فالقائل بأن للحكمين أن يخلعا بغير توكيل من الزوج مخالف لنص الكتاب، قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ (النساء: 29) فمنع كل أحد أن يأكل مال غيره إلا برضاه. وقال الله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ

بِالْبَاطِلِ وَتُدُلُّوا بِهَا إِلَى الْخُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿البقرة: 188﴾، فأخبر تعالى أن الحاكم وغيره سواء في أنه لا يملك أخذ مال أحد ودفعه إلى غيره، فثبت بذلك أن الحاكم لا يملك أخذ مالها ودفعه إلى زوجها، ولا يملك إيقاع طلاق على الزوج بغير توكيله ولا رضاه.

القول الثاني: أن تفريقهما بين الزوجين جائز، سواء وافق حكم الحاكم أو خالفه، وكلهما الزوجان بذلك أو لم يوكلاهما واعتبرا أن الفراق في ذلك طلاق بائن، وهو قول مالك⁽²¹⁴⁾، والشافعي والأوزاعي وإسحاق وروي عن عثمان وعلي وابن عباس وعن الشعبي والنخعي، واستدلوا على ذلك بما يلي:

- أن الله تعالى قال: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ (النساء: 35)، وهو نص من الله تعالى بأنهما قاضيان لا وكيلان ولا شاهدان وللوكيل اسم في الشريعة ومعنى وللحكم اسم في الشريعة ومعنى.
- روي أنه جاء رجل وامرأة إلى علي - رضي الله عنه - مع كل واحد منهما فئام من الناس، فأمرهم فبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها، وقال للحكمين: هل تدریان ما عليكما، عليكما إن

(214) نص المالكية على أنه إذا كانت الإساءة من قبل الزوج فرق بينهما ، وإن كانت من قبل المرأة انتمناه عليها ، وإن كانت منهما فرقا بينهما على بعض ما أصدقها، ولا يستوعبانه له ، وعنده بعض الظلم ، رواه محمد عن أشهب ، وهو تفسيرهم لقوله تعالى: (فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) ﴿ انظر: أحكام القرآن لابن العربي: 541/1.

رأيتما أن تفرقا ففرقتما، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله بما علي فيه ولي، وقال الزوج: أما الفرقة فلا، فقال علي: كذبت والله لا تبرح حتى تقر بمثل الذي أقرت به)، ووجه دلالة هذه الحادثة أنهما لو كانا وكيلين أو شاهدين لم يقل لهما أتدريان ما عليكما إنما كان يقول أتدريان بما وكلتما.

- عن مالك أنه بلغه أن علي بن أبي طالب -رضي الله عنه -قال في الحكمين: (إن إليهما الفرقة بينهما، والاجتماع)، قال مالك: وذلك أحسن ما سمعت من أهل العلم أن الحكمين يجوز قولهما بين الرجل وامرأته في الفرقة، والاجتماع.

- أن طلاق الحكمين من باب طلاق السلطان على المولى والعينين.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو أن الدور الأساسي للحكمين هو التحقيق في أسباب الشقاق بين الزوجين ومعرفة المتهم منهما، زيادة على معرفة رغبة كليهما في البقاء أو التفريق.

والقصد من هذه المعرفة هو تلمس السبل للإصلاح من ناحية، وإبلاغ الحاكم بالحالة في حال تعذر الإصلاح من ناحية ثانية، أما الاستبداد بالتفريق فليس لهما ذلك سدا لهذه الأبواب كما سنرى مقصد الشارع من ذلك في الأجزاء التالية.

وقد قال الجصاص ملخصا هذه الأدوار: (فهما في حال شاهدان، وفي حال مصلحان وفي حال آمران بمعروف وناهيان عن منكر ووكيلان في حال إذا فوض إليهما الجمع والتفريق. وأما قول من قال إنهما يفرقان

ويخلعان من غير توكيل من الزوجين، فهو تعسف خارج عن حكم الكتاب والسنة⁽²¹⁵⁾.

اختلاف الحكمين:

اتفق الفقهاء القائلون بقدرة الحكمين على التفريق على أن الحكمين إذا اختلفا لم ينفذ قولهما ولم يلزم من ذلك شيء إلا ما اجتمعا عليه، وكذلك في كل حكم حكما به في أمر، فإن حكم أحدهما بالفرقة ولم يحكم بها الآخر أو حكم أحدهما بمال وأبى الآخر فلا يقبل منهما حتى يتفقا، وقد اختلف قول المالكية فيما لو اختلف الحكمان، فحكم أحدهما بواحدة، والآخر بثلاث فقال عبد الملك: ينفذ الواجب، وهي الواحدة التي اتفقا عليها ويلغو ما زاد. وقال ابن حبيب: لا ينفذ شيء، لأنهما اختلفا. وقال محمد: لا ينفذ شيء مثل قول ابن حبيب. ولو طلق أحدهما طقة والآخر طلقين فعلى قول ابن القاسم تلزمه طلقتان⁽²¹⁶⁾.

نوع التفريق⁽²¹⁷⁾:

اختلف الفقهاء القائلون بقدرة الحكمين على التفريق في نوع التفريق الذي يحكم به الحكمان على الرأيين التاليين:

القول الأول: لزوم طقة واحدة، وهو قول مالك وابن القاسم، قال مالك في الحكمين يطلقان ثلاثا: تلزم واحدة وليس لهما الفراق بأكثر من واحدة

(215) أحكام القرآن للجصاص: 271/1.

(216) أحكام القرآن لابن العربي: 542/1.

(217) المرجع السابق، ج 1، ص 445.

بائنة.

القول الثاني: تلزمه الثلاث إن اجتمعا عليها وهو قول المغيرة وأشهب وابن الماجشون وأصبغ وقول لابن القاسم، واستدلوا على ذلك بأن المعنى الذي لأجله وقع الطلاق هو الشقاق، ولو شرعت فيه الرجعة لعاد الشقاق، كما كان أول مرة، فلم يكن ذلك يفيد شيئاً، فامتنعت الرجعة لأجله.

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو ما ذكرنا سابقاً من أنه لا يحق لهما التفريق بحال، فإن قيل بذلك، فإنه فسخ لا طلاق، لأن الطلاق لا يكون إلا من الرجل، وبقصد منه.

المطلب الثاني: مسألة الشقاق بين الزوجين في القانون المدني الليبي

وقد تطرق القانون المدني الليبي في قانون المرافعات المدنية والتجارية في بابه الرابع في الفصل الثاني حيث جاء في المادة رقم (772) ما نصه: " في حالة الشقاق بين الزوجين إذا عجزت المحكمة عن الإصلاح بينهما فإنها تبعت حكمين للتوفيق بينهما".

وهذا واضح من نص المادة أن المشرع أعطى صلاحيات للمحكمة بأن تبعت حكمين لمحاولة الإصلاح بين الزوجين، إذا عجزت عن الإصلاح بينهما، وإزالة الشقاق والتوفيق بينهما.

وتأتي المادة التي بعدها لتبين شروط المحكمين وترسم الطريق للمحكمة بقولها: "يشترط في المحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل

الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما".

هنا قد سلك المشرع مسلك الشريعة الإسلامية بخصوص إصلاح ذات البين بين الزوجين عن طريق الحكّمين وهذا شيء جيد، ولكن عند عدم وجود الحكّمين من أهل الزوج والزوجة، فسوف تنتدب المحكمة خبراء من العاملين لديها، وغالباً يكونون غير جدّيين بأمر الإصلاح، لأن الأمر لا يعنيهما من الناحية الاجتماعية، إلى جانب الإجراءات الروتينية الطويلة في المحاكم التي تؤدي إلى عدم تحقيق النتائج المرجوة، إن لم تسبب في تفاقم الأزمة بسبب استمرار الخلاف والشقاق مع مرور الأيام.

أما المادة (774) فنقول: "على الحكّمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبدلا جهدهما في الإصلاح إن أمكن على طريقة معينة قرراها". وقد بينت هذه المادة أن مهمة الحكّمين هي الإصلاح وعليهما أن يجتهدا فيه، وإن يبدلا قصارى جهدهما، فإذا تعذر عليهما ذلك، يرفعان تقريراً إلى القاضي يبينان فيه ذلك، كما يبينان فيه نسبة تقصير كل من الزوج والزوجة، وعلى أساس هذا التقصير يسقط المقدار من المهر المؤجل للزوجة، وهذا ما بينته المادة (775) بقولها "إذا عجز المحكمان عن إصلاح بين الزوجين وكانت الإساءة من الزوج أو منهما أو من جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة بعوض أو بغير عوض".

فمن المعلوم أن الأمر لا يقف عند قرار الحكّمين، فلا بد أن قاضي المحكمة سيضمن في حكمه ما جاء في قرار الحكّمين، وبذلك يكون حكم المحكمة ملزماً للزوجين، ويجب على الحكّمين أن يصلحا ما استطاعا

بين الزوجين، فإن تعذر الإصلاح حكماً بالطلاق، ويكون الطلاق طلاقاً واحدة بائنة بينونة صغرى إذا كانت الأولى أو الثانية، وإذا كانت الثالثة فهي بينونة كبرى، وإذا أوقع الحكمان الطلاق بالثلاث فلا يلزم الزوج إلا طلاقاً واحدة؛ لأن الزائد على الواحدة خارج عن معنى الإصلاح.

وأما ما يترتب على قرار الحكمين من التفريق بعوض أو بغير عوض ففيه التفصيل الآتي:

1 - أن يطلقاً بلا خلع أي بلا مال يأخذانه من الزوجة للزوج، وذلك إذا كانت الإساءة من الزوج.

2 - أن يطلقاً بخلع أي مال تدفعه الزوجة للزوج بحسب ما يراه الحكمين ويتم الاتفاق عليه وذلك إن كانت الإساءة من الزوجة، أو يأمر الزوج بالصبر عليها وعدم معاملتها بالضرر الواقع منها، إذا اقتضى نظرهما ذلك.

3 - أن يتعين الطلاق بدون خلع، إذا لم ترض الزوجة بالمقام مع الزوج، وذلك إذا كانت الإساءة منهما معاً، وكان كل واحد منهما يضر بصاحبه (218).

ويبدو أن المشرع الليبي يعول كثيراً على خيار التحكيم، وهو محق في ذلك، إلا أن هذا الحرص ومع شديد الأسف لا يتناسب مع ما موجود على أرض الواقع، وفي أروقة المحاكم، وحالة التحكيم الروتينية من حيث عدم الاختيار الجيد، ودقة المواصفات والكفاءة، وعدم أهلية بعض

(218) الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، دون طبعة، دار ابن حزم: بيروت، دون تاريخ نشر، ج3، ص336.

المحكمين لأداء هذه المهمة الحساسة.

وهذا جميعاً؛ يؤكد دور الإصلاح والوساطة على جميع الأصعدة، لأن الخلافات دائماً قابلة للحل، لاسيما بعد أن تهدأ عاصفة المواجهات الكلامية والمواقف المتسارعة بعد فترة من الزمن، وسعي أهل الخير والصالح ووجهاء القوم، من خلال المساعي الحميدة، وكذلك رغبة الزوجين بالإصلاح والحفاظ على كيان الأسرة والعلاقة الزوجية.

ومن حيث الجانب العملي في الدعوى المقيدة بالسجل العام تحت رقم 2010/164 ، ورقم الحكم 2010/224م، في محكمة قصر بن غشير الجزئية في الدائرة الشرعية الثانية ، جاء فيها ما يلي : "وبالنداء على الخصوم فقد حضر المدعي شخصياً وهو الزوج رفقة دفاعه بموجب توكيل أرفق بالأوراق، وحضرت المدعية عليها وهي الزوجة رفقة دفاعها بموجب تفويض أرفق بالأوراق، وتمسك المدعي بصحيفة الدعوى، وطلب إحالة الدعوى للحكمين ودفاع المدعي عليها لا مانع من إحالة الدعوى للحكمين، فقررت المحكمة تأجيل الجلسة إلى أن يرفع الحكمين قرارهما إلى المحكمة إما بالإصلاح أو التفريق، وفي الجلسة التالية قامت المحكمة بالنداء على الخصوم، فحضر المدعي شخصياً، وحضرت المدعى عليها رفقة دفاعها السابق، وطلب المدعي تأجيل الجلسة إلى أن يحضر محامي ، ودفاع المدعي عليها اعترض بأن الدعوى كانت مؤجلة لحضور الحكمين، وذكر بأن حكم المدعي عليها موجود خارج القاعة، والمحكمة عرضت الصلح على المدعي فرفض الصلح.

وبالنداء على حكم المدعي عليها وأخذ بياناته، وحلف اليمين القانوني،

وتقرر تأجيل الجلسة إلى أن يقوم المدعي بإحضار حكم الكاتب.
وبالنداء على الخصوم في الجلسة التالية: حضر المدعي شخصياً،
وحضرت المدعي عليها شخصياً رفقت دفاعها السابق، وقد دفاع المدعي
عليها محضر اتفاق على إنهاء العلاقة الزوجية، والمحكمة قررت عقد
جلسة سرية بين الطرفين، وقامت المحكمة بعرض الصلح عليهما، وأصر
الزوج على إنهاء العلاقة الزوجية وتلفظ أمام المحكمة أن زوجته طالق
وهي الطلقة الثانية منه عليها.

والمحكمة قررت تفريغ محضر الاتفاق، حيث جاء في محضر الاتفاق
ما يلي:

1. استلمت الزوجة كافة حقوقها الزوجية ومؤخر صداقها البالغ ثلاثة
الآلاف دينار.
 2. استلمت مقدم صداقها وقدره الفان دينار.
 3. استلمت الزوجة نفقة الإهمال.
 4. استلمت الزوجة من زوجها تعويض مبلغ وقدره سبعة الآلاف دينار،
ومبلغ وقدره ثلاثمائة دينار مؤنة طلاق.
- وقد تعهد الزوج بدفع مبلغ وقدره مائة دينار مقابل نفقة لابنته.
ولا يوجد لأي طرف دعوى وطلب لدى الطرف الآخر، وقاما الطرفين
بالتوقيع والبصم على صحة أقوالهما.
- وقررت المحكمة على ما يلي:
- أولاً: اثبات صحة الطلاق الذي أوقعه الزوج على زوجته أمام المحكمة
بتاريخه، واعتباره الطلاق الثاني منه عليها.

ثانيا: اعتماد محضر الصلح واعطاءه قوة السند .

ونرى في هذه الدعوى أن المحكمة كانت شديدة الحرص في الاصلاح بين الزوجين، وذلك بتأجيل الجلسة أكثر من ثلاث مرات لمعرفة رأي المحكمين في هذا النزاع، وعلى ضوء ما رآه المحكمين قررت المحكمة اثبات صحة الطلاق، وذلك لعجز المحكمين الاصلاح بين الزوجين، واصرار الزوجين على الطلاق.

الخلاصة :

في عموم المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي فهم متفقون في أغلب مواضيع التحكيم بين الزوجين، واختلفوا في بعض الأمور الفقهية نذكر منها مايلي :

عنوان المقارنة	الشريعة الإسلامية	القانون المدني الليبي
قربة الحكمين من أهل الزوجين	الواجب الأصلي في الحكمين أن يكونا من أهل الزوجين، ويجوز غيرهم إن لم يوجد من أهلها من يصلح للتحكيم.	أجاز القانون الليبي أن يكون الحكمين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما.

القانون الليبي يشترط في المحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهلين الزوجين أو غيرهما .	اشتراط الذكورة في الحكمين، وهو قول المالكية والشافعية، والحنابلة في القول الثاني، أما الجمهور فأجازوا للمرأة أن تكون حكماً.	اشتراط الذكورة
أوجب المشرع الليبي أن يكونا حكمين	نص الفقهاء على أنه يجزئ إرسال حكم واحد.	عدد الحكام
نص المشرع الليبي على أنه على المحكمين أن يرفعا إلى المحكمة ما يقرانه وعلى المحكمة أن تحكم بمقتضاه، بمعنى أنه ليس على المحكمين إيقاع الطلاق بين الزوجين وإنما مهمتهم الإصلاح ومعرفة الشقاق فقط.	القول الأول وهو قول الحنفية وأحد قولي الشافعي أن ليس لهما ذلك ما لم يוכלهما الزوج بذلك، ويعرفا الإمام بقرارهما. القول الثاني أن تقريعهما بين الزوجين جائز، سواء وافق حكم الحاكم أو خالفه، وكلهما الزوجان بذلك أو لم يוכלاهما واعتبروا أن الفراق في ذلك طلاق بائن، وهو قول مالك، والشافعي والأوزاعي وإسحاق وروى عن عثمان وعلي وابن عباس وعن الشعبي والنخعي.	التفريق بين الزوجين

إذا اختلف الحكمان أمرتهما المحكمة بمعاودة البحث فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما.	اختلفا لم ينفذ قولهما ولم يلزم من ذلك شيء إلا ما اجتمعا عليه، وكذلك في كل حكم حكما به في أمر، فإن حكم أحدهما بالفرقة ولم يحكم بها الآخر أو حكم أحدهما بمال وأبى الآخر فلا يقبل منهما حتى يتفقا	اختلاف الحكمين
--	---	-----------------------

وختاماً نقول أن الزواج العرفي وهو الزواج الذي لم يسجل في المحكمة لا يمكن أن تقرر المحكمة التفريق بين الزوجين؛ وذلك لأن اثبات الطلاق يكون بالكتابة، ويتضمن رقم الحكم وتاريخه ورقم ملف يرشد إلى قرار تلك المحكمة، فكيف تبني المحكمة طلاق على زواج لم يكن أصلاً في سجلاتها، فضلاً على أن التحكيم لا تثبت مشاركته إلا بالكتابة كما ذكره المشرع في باب التحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي في المادة (742)، فمن باب أولى أن يكون الزواج مكتوباً ومقيداً في سجلاتها، أما الشريعة الإسلامية فتعتبر الزواج العرفي زواج صحيح الأركان والشروط، وكتابة عقد الزواج مستحب فيه، وكذلك الأمر بالنسبة للتحكيم فكتابته يندرج تحت حكم النذب، فيجوز التحكيم فيه خلافاً للقانون المدني الليبي.

المبحث الثاني:

التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي في المنازعات العقارية.

المطلب الأول: المنازعات العقارية في الشريعة الإسلامية

فالإسلام تحدّث عن آداب العقار من بناءها وآداب الجوار وغيرها حتى النزاعات فيها، ومما لا شك فيه أن صاحب المنزل هو أحق بمنزله من غيره من سائر الناس، ولا يحق لأحد أن يضايقه في منزله أو يستولي على جزء منه ولو كان يسيراً بدون رضا صاحب المنزل. ولهذا من سرق أو غيّر منار الأرض فهو مستحق للعذاب من الله تعالى.

فقد ثبت عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال (لعن الله من سرق منار الأرض)⁽²¹⁹⁾ وفي رواية (لعن الله من غير تخوم الأرض)⁽²²⁰⁾ وفي رواية (لعن الله من غير المنار)⁽²²¹⁾ والمقصود بمنار الأرض أي معالمها التي يفصل بعضها عن بعض

وروي عنه صلى الله عليه وسلم في التحذير من أخذ الأرض غصباً

(219) رواه مسلم ، كتاب الأضاحي، حديث 44 ، وفي مسلم شرح النووي، دار الفكر:

بيروت، ج13، ص 142 ، والنسائي كتاب الأضاحي الباب 34 .

(220) رواه أحمد في المسند ، ج1، ص 108 .

(221) رواه مسلم كتاب الأضاحي حديث 45 . وفي النووي على شرح مسلم ج13 ص 142

ط دار الفكر / بيروت .

أو نهباً أو نحو ذلك (من أخذ شبراً من الأرض طوقه يوم القيامة من سبع أرضين)⁽²²²⁾ وفي هذا وعيد شديد وعذاب أليم سيطوقه الله يوم القيامة.

وعن سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل، أن أروى خاصمته في بعض داره فقال: دعوها وإياها، هذه القطعة التي خاصمتني فيها دعوها لها، فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "من أخذ شبراً من الأرض بغير حق طوقه في سبع أرضين يوم القيامة"، ثم قال الصحابي: اللهم إن كانت كاذبة فأعم بصرها واجعل قبرها في دارها، قال -يعني الراوي-: فرأيتها عمياء تلتمس الجدر، تقول: أصابتني دعوة سعيد بن زيد، فبينما هي تمشي في الدار مرت على بئر في الدار فوقعت فيها فكانت قبرها⁽²²³⁾. رواه البخاري

وغيرها من الأدلة التي تبين خطورة الاعتداء على منازل أو أراضي المسلمين بدون علمهم ورضاهم.

ولكن هناك بعض الحالات التي قد يضطر إلى أخذ هذا المنزل أو هدمه للمصلحة العامة، ففي هذه الحالة لا يعارض الإسلام ذلك بشروط:-

أ. تحقق المصلحة العامة ضد المصلحة الفردية.

ب. التعويض المناسب من بيت مال المسلمين لصاحب هذا المنزل دون ضرر أو إضرار.

(222) رواه البخاري في كتاب المظالم الباب 13 ، وفي بدء الخلق الباب 2 . وفي الفتح ج 6 ص 292 ط السلفية.

(223) رواه البخاري حديث رقم "3198" ، ومسلم حديث رقم "1610" .

ج. إعطاء صاحب المنزل الوقت الكافي كي يقوم بتأمين مسكن مناسب له بدل مسكنه وتمكينه من ذلك.

وعموم الأدلة تقتضي ذلك.

من الكتاب قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَحِلُّوا شَعَائِرَ اللَّهِ وَلَا الشَّهْرَ الْحَرَامَ وَلَا الْهَدْيَ وَلَا الْقَلَائِدَ وَلَا آمِينَ الْبَيْتِ الْحَرَامَ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِنْ رَبِّهِمْ وَرِضْوَانًا وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ أَنْ صَدُّوكُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ أَنْ تَعْتَدُوا وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ) (224)

فلا شك أن مصلحة المسلمين وتقديمها على المصلحة الفردية من التعاون على البر والتقوى، ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) (225).

فالإسلام يدعو إلى منع الضرر والضرار على المسلمين وما من شك أن من يمتنع عن تقديم منزله للمصلحة العامة بشروطها، يضر المسلمين ويقدم مصلحته الشخصية على مصلحتهم العامة وهذا ممنوع في الإسلام، حيث إن (المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الفردية) وحيث إنه (لا مانع من ارتكاب أدنى المفسدتين دفعا لأعلاهما) (226).

وهذا ما فعله بعض الصحابة رضى الله عنهم: -

(224) سورة المائدة: 2.

(225) رواه أحمد في المسند، ج 1، ص 313.

(226) ابن رجب الحنبلي، القواعد الفقهية، دون طبعة، دار المعرفة بيروت، دون تاريخ نشر، ص 246.

يقول ابن الأزرقي -عن عمر وعثمان -وابن الزبير، أنهم هدموا البيوت المجاورة للكعبة المشرفة عندما أرادوا التوسعة فقد كان المسجد الحرام ليس عليه جدران محاطة إنما كانت الدور محدقة به من كل جانب، فضاقت على الناس فاشتري عمر رضى الله عنه دوراً فهدمها خاصة القريبة من الكعبة المشرفة وعوضهم عن منازلهم المهتمة وامتنع البعض عن أخذ القيمة شحاً بمنازلهم المجاورة للكعبة المشرفة، فوضع رضى الله عنه أثمانها في خزانة الكعبة حتى رضوا وأخذوها بعد زمن وحصل في عهد عثمان فهدم وضج الناس عليه لكنه لم يسمع منهم وحبس بعضاً من الذين امتنعوا حتى شفع لهم فأخرجوا . كذلك ابن الزبير فعل واشتري دوراً أدخلها في المسجد⁽²²⁷⁾. ولما كان المنزل الذي يراد هدمه للمصلحة العامة سيتلف فلا بد من تعويض صاحبه.

و ضمان ما أتلفه بمثله حيث إن من شروط ضمان المتلفات.
ما ذكره الفقهاء :-

أ. أن يكون الشيء المتلف مالا ولا شك أن العقار إذا هدم للمصلحة يعتبر مالا متقوماً.

ب. أن يكون هذا المتلف متقوماً⁽²²⁸⁾.

ولا شك أن العقار محترم له قيمته عند الناس وذكر الفقهاء أن

(227) أبو وليد محمد بن عبد الله بن أحمد الأزرقي، اختيار مكة وما جاء فيها من الآثار، تحقيق رشدي ملحس، الطبعة الثانية، دار الثقافة: مكة المكرمة، سنة 1385هـ، ج2، ص68 .

(228) ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج9، ص568 علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج7، ص167 .

الإتلاف بالغصب يترتب عليه التعويض فمنافع الأموال مضمونه بالتقويت بأجر المثل⁽²²⁹⁾. فإذا كان الغصب مضموناً بأجر المثل فمن باب أولى من هُدم عقاره للمصلحة العامة ولو رفض صاحب المنزل قبول التعويض وتَرَكَ منزله فلولي الأمر إجباره على ذلك.

أما بخصوص التحكيم فله أحكام عامة في جواز التحكيم بصفة عامة، ما لم يرتبط بحق من حقوق الله كالحدود وغيرها.

فإن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبي ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، قرر ما يلي:

أولاً: التحكيم اتفاق طرفي خصومة معينة، على تولية من يفصل في منازعةٍ بينهما، بحكمٍ ملزم، يطبق الشريعة الإسلامية. وهو مشروع سواء أكان بين الأفراد أم في مجال المنازعات الدولية.

ثانياً: التحكيم عقد غير لازم لكل من الطرفين المحتكمين والحكم، فيجوز لكل من الطرفين الرجوع فيه ما لم يشرع الحكم في التحكيم، ويجوز للحكم أن يعزل نفسه -ولو بعد قبوله- ما دام لم يصدر حكمه، ولا يجوز له أن يستخلف غيره دون إذن الطرفين، لأن الرضا مرتبط بشخصه.

ثالثاً: لا يجوز التحكيم في كل ما هو حق لله تعالى كالحدود، ولا فيما استلزم الحكم فيه إثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المتحاكمين ممن لا

(229) منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي ، كشف القناع عن متن الإقناع ، مرجع سابق، ج 4 ، ص 111 - 112 .

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.

رابعاً: يشترط في الحكم بحسب الأصل توافر شروط القضاء.

خامساً: الأصل أن يتم تنفيذ حكم المحكم طواعية، فإن أبى أحد المحتكمين، عرض الأمر على القضاء لتنفيذه، وليس للقضاء نقضه، ما لم يكن جوراً بيناً، أو مخالفاً لحكم الشرع.

سادساً: إذا لم تكن هناك محاكم دولية إسلامية، يجوز احتكام الدول أو المؤسسات الإسلامية إلى محاكم دولية غير إسلامية، توصلاً، لما هو جائز شرعاً.

ويوصي بما يلي: دعوة الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي إلى استكمال الإجراءات اللازمة لإقامة محكمة العدل الإسلامية الدولية، وتمكينها من أداء مهامها المنصوص عليها في نظامها⁽²³⁰⁾.

أما عن التحكيم في النزاعات العقارية، فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "اشتري رجل من رجل عقاراً له فوجد الرجل الذي اشترى العقار في عقاره جرّة فيها ذهب، فقال له الذي اشترى العقار: خذ ذهبك منّي؛ إنّما اشتريت منك الأرض ولم أبتع منك الذهب. فقال الذي شري الأرض: إنّما بعثتك الأرض وما فيها. قال: فتحاكما إلى رجل، فقال الذي تحاكما إليه: ألكما ولد؟ فقال: أحدهما لي غلام، وقال الآخر: لي جارية. قال أنكحوا الغلام الجارية، وأنفقوا على

(230) مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبي ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من 1-6 ذي القعدة 1415هـ الموافق 1-6 نيسان (أبريل) 1995م .

أنفسكما منه وتصدّقا" (231).

فهذا الدليل يفيد جواز التحكيم في النزاعات العقارية، أما أحكام التحكيم وتبعياته في هذه المسألة فيطبق فيها أحكام التحكيم الذي ذكره الباحث سلفاً، وذلك لأن الأحكام التي لا يجوز فيها التحكيم في الشريعة الإسلامية مذكورة على سبيل الحصر، والتحكيم في المنازعات العقارية ثبت العمل به في الحديث السابق.

المطلب الثاني: التحكيم في المنازعات العقارية في القانون المدني

الليبي

تمهيد:

جواز التحكيم في المنازعات العقارية من المقرر قانوناً، ووفقاً لباب التحكيم في القانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي في المادتين (739) والمادة (740) ما نصه "يجوز للمتعاقدین أن يشترطوا بصفة عامة عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين ويجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بمشارطة تحكيم خاصة. لا يجوز التحكيم في الأمور المتعلقة بالنظام العام أو المنازعات بين العمال وأرباب العمل بشأن تطبيق الأحكام الخاصة بالتأمين الاجتماعي وإصابات العمل وأمراض المهنة والمنازعات المتعلقة بالجنسية أو بالحالة الشخصية بما في ذلك التفريق البدني على أنه يجوز أن يكون موضوع التحكيم تقديراً لنفقة واجبة في النظام الزوجي والعائلي أو في الخلاف

(231) رواه البخاري 3472، ومسلم 1721.

على مقدار المهر أو البائنة أو دعوى مالية أخرى ناشئة عن قضايا الأحوال الشخصية كما يجوز التحكيم بين الزوجين فيما تجيزه أحكام الشريعة الإسلامية. ولا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه ولا في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

وعلى ذلك، فإن جواز الاتفاق على التحكيم في مسألة معينة يتوقف على جواز الصلح بشأنها لعدم تعلقها بالنظام العام من الناحية الموضوعية، فجميع مسائل الأحوال الشخصية، دون أثارها المالية، وكل المسائل الجنائية، دون أثارها المالية، لا يجوز فيها التحكيم لأنها متعلقة بالنظام العام من الناحية الموضوعية ومن ثم لا يجوز فيها الصلح. ولكن هناك مسائل لا تتعلق في ذاتها بالنظام العام من الناحية الموضوعية ومن ثم يجوز فيها الصلح، ولكنها تتعلق بالنظام العام من الناحية الإجرائية، وذلك فيما يخص الإجراءات الواجب اتباعها في رفع الدعاوي المتعلقة بها، بحيث يكون رفع دعوي تحكيمية بشأنها فيه مخالفة لقاعدة إجرائية متعلقة بالنظام العام أو التقاف حول تلك القاعدة، والجدير بالذكر أن عدم جواز التحكيم في مسألة تخالف النظام العام يسري على مخالفة المسألة للنظام العام موضوعيا وإجرائيا، ومن ثم فإذا كانت الدعوي التحكيمية تخالف قاعدة إجرائية متعلقة بالنظام العام فإنه يتعين الحكم بعدم قبولها.

ولكن ما الحكم بالنسبة للمنازعات العقارية، هل يجوز اللجوء إلى التحكيم للفصل في هذه الدعاوي التي تخص هذه المنازعات؟.

نشير بداية، وقبل الإجابة على هذا السؤال، إلى أن الدعاوي المتعلقة

بالمنازعات العقارية تنقسم إلى دعاوي شخصية عقارية، ودعاوي عينية عقارية. وسواء تعلق الأمر بمنازعات عينية عقارية أو شخصية عقارية⁽²³²⁾، فإنه يجوز الصلح في الحقوق المتنازع عليها محل تلك الدعاوي، لأن تلك الحقوق في ذاتها لا تتعلق بالنظام العام من الناحية الموضوعية، إذ أنها تخص مصالح خاصة ولا تتعلق بمصلحة عامة، حتي لو كانت هذه المصالح تتعلق بقاعدة آمرة، إذ أن القاعدة الآمرة في مثل هذه الحالة لا تتعلق بالنظام العام، وهذا ما نصت عليه المادة (740) سابقة الذكر، حيث اعتبر المشرع في هذه المادة أن القاعدة الآمرة لا تكون متعلقة بالنظام العام إذا تعلقت بمصالح خاصة، أما إذا تعلقت القاعدة الآمرة بالأسس العامة للمجتمع فإنها تكون متعلقة بالنظام العام، مثل الجنسية والأحوال الشخصية والمسائل الجنائية، وكون الإسلام هو دين الدولة، واللغة العربية هي اللغة الرسمية، فإذا نظرنا إلى المنازعات المتعلقة بالعقارات من زاوية جواز أو عدم جواز الصلح بشأنها، فإننا نقول أنه يجوز الصلح فيها لأنها لا تتعلق بالنظام العام من الناحية الموضوعية. ولكن هل الدعاوي المتعلقة بهذه المنازعات تتعلق بقواعد إجرائية من النظام العام، ولا يجوز مخالفتها، وبالتالي لا يجوز التحكيم

(232) يعرف الحق العيني بأنه " سلطة مباشرة لشخص على شيء معين تخوله إستعماله وإستغلاله والتصرف فيه تحت حماية القانون. " أما الحق الشخصي فهو "رابطه مديونية بين الدائن والمدين , حيث للدائن حق فى ذمة مدينه , يلتزم المدين بمقتضاه بأداء عمل أو الإمتناع عن عمل أو بتسليم وإعطاء شيء". رضا عبد الحميد عبد المجيد عبد الباري، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، جامعة بنها كلية الحقوق، ص6.

بشأنها؟ .

للإجابة على هذا السؤال يتعين التفرقة بين الدعاوى العقارية التي استلزم المشرع القيام بإجراءات معينة قبل رفعها ولم يرتب جزاءً إجرائياً على عدم القيام بها (الفرع الأول)، والدعاوى العقارية التي استلزم المشرع القيام بإجراءات معينة قبل رفعها ويترتب جزاءً إجرائياً على عدم القيام بها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الدعاوى العقارية بوجه عام

الدعاوى التي لم يرتب المشرع جزاءً إجرائياً على عدم إتباع إجراءات معينة في رفعها

نظم القانون رقم (12) لسنة 1988 م بشأن مصلحة التسجيل العقاري الاشتراكي والتوثيق، إجراءات رفع الدعاوى المتعلقة بالعقارات، سواء كانت دعاوى عينية عقارية أو دعاوى شخصية عقارية، حيث تنص هذه المادة (21) في فصلها الرابع المعنون بـ "المحررات الواجب تسجيلها وشهرها" على ما يلي "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب تسجيلها. ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من أثر سوى

الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن".

وكذلك ما تضمنته المادة (938) من قانون المدني الليبي ما نصه " انتقال الحقوق الخاضعة للشهر: 1. في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبنية في قانون تنظيم الشهر العقاري. 2. ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها سواء كانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر".

الواضح من نصوص المواد المذكورة أن المشرع قد أوجب شهر صحيفة كافة الدعاوى العقارية عينية كانت أو شخصية، وكذلك شهر الحكم الصادر فيها، ورغم أن المشرع قد أوجب على رافع الدعاوى المذكورة شهر صحفها إلا أنه لم يترتب أي جزاء إجرائي على عدم الشهر، الأمر الذي لا يجوز معه الحكم بأي جزاء إجرائي في حالة عدم شهر الصحيفة، فمن المقرر قانوناً أنه لا جزاء إلا بنص. والملاحظ في العمل أنه غالباً ما يتم الدفع بعدم قبول الدعاوى العقارية لعدم شهر صحفها إعمالاً لحكم المادة/21 من قانون رقم (12) لسنة 1988 م بشأن مصلحة التسجيل العقاري الاشتراكي والتوثيق، وكذلك المادة (938) من القانون المدني الليبي، قد استقر القضاء بالنسبة لهذا الدفع على أنه لا يترتب على عدم شهر صحف الدعاوى العقارية، فيما عدا دعوى صحة التعاقد (دعاوى الصحة والنفاذ)، الحكم بعدم قبولها، لأن المشرع لم ينص على هذا الجزاء في المادة المشار إليها من قانون

الشهر العقاري والتوثيق، ونص عليه فقط بالنسبة لدعوى الصحة والنفاز (دعوى صحة التعاقد)، وذلك في المادة/21 من قانون رقم 12 سنة 1988 ، حيث تنص هذه المادة على أن "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب تسجيلها. ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من أثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن".

وبمقارنة نص المادتين/21 من قانون رقم 12 لسنة 1988م، والمادة (938) من القانون المدني الليبي، يتبين أن جزاء عدم القبول قد ورد النص عليه صراحة في المادة/21 وبخصوص عدم شهر صحيفة دعوى الصحة والنفاز فقط، ولم ينص على هذا الجزاء بالنسبة لباقي الدعاوى العقارية، الأمر الذي لا يجوز معه الحكم بعدم قبول الدعوى لعدم شهر صحتها إلا بالنسبة لدعوى الصحة والنفاز فقط.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الخصوص بأنه: "ولئن كانت المادة/15 من القانون رقم 114 لسنة 1946 بتنظيم الشهر العقاري المعدل بالقانون رقم 25 لسنة 1976 أوجبت إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة قبل شهرها إلا أنه لم يرتب جزاء البطلان لمخالفة ذلك،

أما وأن المشرع قد وضع نص المادة/65⁽²³³⁾ من قانون المرافعات المدنية والتجارية بخصوص دعاوى صحة ونفاذ عقود البيع ونص فيها على "لا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية إلا إذا أشهرت صحيفةها"، ومفاد ذلك أن نص المادة 15 من قانون تنظيم الشهر العقاري المشار إليها لم يرتب أي جزاء.(نقض 664 لسنة 55 ق بجلسة 1989/4/26) .

وقد تم التمسك بالدفع بعدم قبول الدعوى التحكيمية لعدم شهر صحيفةها في إحدى الدعاوى التحكيمية المنظورة أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وقضى برفضه، حيث قضت هيئة التحكيم بأنه : "وحيث إنه عن الدفع المبدئ من الشركة المحكم ضدها بعدم جواز التحكيم في المنازعات محل الدعوى الماثلة لعدم جواز التصالح فيها فمردود، ذلك أن مبنى هذا الدفع هو أن القرار محل التحكيم لو كان باطلاً لكان باطلاً بطلاناً مترتباً على نص (القانون المادة (76) من القانون رقم 159 لسنة 1981 بإصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة)، وأن قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري نص في مادته رقم (11) على أنه: "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"⁽²³⁴⁾.

(233) وأحكامها مثل المادة (21) من قانون رقم 12 لسنة 1988م بشأن مصلحة التسجيل العقاري الليبي.

(234) وهي مانصت عليه المادة رقم (740) من قانون التحكيم الليبي في قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه : لا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه ولا في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح".

وحيث إن المسائل التي لا يجوز فيها الصلح هي الواردة على سبيل الحصر في نفس المادة (551) من القانون المدني المصري⁽²³⁵⁾ التي يجرى نصها على أنه " لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام. ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية، أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم". فإن مفاد هذا النص هو امتناع الاتفاق على التحكيم في نوعين من المسائل أحدهما هو المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والثاني هو المسائل المتعلقة بالنظام العام. ولا مرأى في أن نص المادة (76) من القانون رقم 159 لسنة 1981 وإن كان في بعض أجزائه نصاً آمراً إلا أنه لا يتعلق بالنظام العام ذلك "أن التشريعات إما أن تكون أمرة واجبة الإلتباع وإما أن تكون مفسرة أو مكملة لإرادة المتعاقدين، والقواعد الآمرة تنفرد إلى قواعد تتعلق بالنظام العام بحيث تقع مخالفتها باطلة بطلاناً مطلقاً بقوة القانون لا تمحوه الإجازة ويحق لكل ذي مصلحة التمسك به وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها، وأخرى -رغم وجوب إلتباعها- لا تتعلق بالنظام العام". (محكمة استئناف القاهرة، الدائرة السابعة التجارية، الحكم في الطعن رقم 40 لسنة 121 ق، تحكيم تجارى القاهرة، جلسة 2005/3/8).

(235) وهي مثل المادة رقم (550) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي التي تنص " لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام. ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية، أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم".

"فليست كافة القواعد الآمرة من النظام العام ... وإنما منها ما يتوقف شأنه عند حد الأمر أو النهي المتضمن فيه، دون أن يكون معبراً عن أي من كليات الجماعة أو أصول ارتكاز الدولة، وإنما مقصد تشريعه تغليب بعض المصالح الخاصة على غيرها من نوعها نفسه"⁽²³⁶⁾ وطالعة نص المادة (76) من قانون الشركات السالفة الإشارة إليها تقطع بأن البطلان المقرر فيها بطلان يتغيا مصلحة فئة معينة من المساهمين أو مصلحة المساهمين كافة- وهم فئة وعينة- فلا يجوز الحكم به إلا بناء على طلب المساهمين الذين اعترضوا على القرار في محضر جلسة الجمعية العامة للشركة أو الذين تغيبوا بسبب مقبول، ولا يتصور أن تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها من غير طلب. ويتصور عقلاً أن لا يطلب المعارضون على قرار ما، أو الغائبون بسبب مقبول، الحكم ببطلان القرار فيبقى قائماً منتجاً لآثاره، بل ويتحصن بمضي المدة المنصوص عليها في الفقرة الخامسة من المادة (76) من قانون الشركات.

واتفاق التحكيم غير الجائز هو الاتفاق المخالف لقواعد متصلة بالنظام العام وليس بمجرد قواعد آمرة⁽²³⁷⁾.

فهناك حالات لا يحول النظام العام دون وجود دور للإرادة فيها. ولكن النظام العام يأبى حل النزاع بشأنها حلاً يخالف قواعده، فالمتطلب القانوني

(236) عماد البشري ، فكرة النظام العام فى النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراة من كلية الحقوق جامعة الإسكندرية سنة 2002، ط الأولى 2005 ، المكتب الإسلامى فى بيروت، ص 100 .

(237) سمير الشرقاوي، التحكيم الدولي، دار النهضة العربية 2007 ص 75 .

هو ألا يؤدي التحكيم إلى نتائج تتعارض مع النظام العام، لأن الحكم عندئذ يكون باطلاً إعمالاً لنص المادة (740) من قانون التحكيم في المرافعات المدنية والتجارية الليبي.

لكن مجرد مساس المنازعة بالنظام العام أو اتصالها بمسألة تتعلق به لا يمنع عرض النزاع بشأنها على التحكيم ويكون الحكم صحيحاً إذا لم يخالف - هو نفسه - قاعدة من قواعد النظام العام وهيئة التحكيم تختص بنظر المسائل المتعلقة بمصالح خاصة وعليها ألا تخالف النظام العام في حكمها (238) .

والمقرر قانوناً أن " المعيار الذي يحسم هذا الأمر هو هل حدث إخلال بالنظام العام أم لا؟ فلا يكفي القول بتعلق المسألة بالنظام العام ... المعول عليه (هو) هل صدر حكم التحكيم متضمناً ما يخل بالنظام العام؟ " (239) .

ولا يكفي "لعدم القابلية للتحكيم مجرد قيام صلة بين محل التحكيم وقاعدة أمر متعلقة بالنظام العام بل يجب أن يستهدف اتفاق التحكيم التعدي على النظام العام" كأن يكون التحكيم متعلقاً بتنفيذ عقد بيع سلعة مسعرة بثمن يتجاوز التسعيرة المقررة.

"فلا بأس أن ينظر المحكمون النزاع الذي يتعلق بمسائل تتصل بالنظام العام... ولكن تكون الرقابة لاحقة أي بعد صدور الحكم أو عند طلب

(238) فتحي والى، قانون التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2007، ص 128.

(239) مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية: القاهرة،

سنة 2004، ص 57 .

تنفيذه... وليس مؤدى وجوب تطبيق قاعدة آمرة على النزاع أنه غير قابل للتحكيم إذ لا يجوز الخلط بين تطبيق قاعدة آمرة وعدم قابلية النزاع للتحكيم، ففكرة النظام العام لا تقدم معياراً لعدم قابلية النزاع للتحكيم، وإنما ينظر المحكم النزاع مقيداً بتطبيق القواعد المتعلقة بالنظام العام⁽²⁴⁰⁾ .

وقد قضت محكمة النقض بأن مخالفة النظام العام الموجبة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي طبقاً للمادة 28 من القانون المدني مناطها أن تكون هذه الأحكام متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في الدولة، مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع بما لا يكفى معه أن تتعارض مع نص قانوني آمر" (نقض 1983/6/13 في الطعن رقم 1259 لسنة 49 ق ، مج سنة 34 ج 2 ص 1416).

وقضت محكمة استئناف القاهرة بأن " القول بمخالفة الحكم محل التداعي للنظام العام يتعلق بسلطة هيئة التحكيم في فهم الواقع وإنزال حكم القانون عليه، والتحقق من مصلحة من صحة هذا النعي لا يتأتى إلا بإعادة النظر في موضوع النزاع ومراجعة ما قضى به الحكم المطعون فيه بشأنه من حيث الصواب والخطأ، وكلا الأمرين غير جائز لما هو مقرر من انه طبقاً للمادتين (52) و (53)⁽²⁴¹⁾ من قانون التحكيم لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن بالطرق المنصوص

(240) حسام الأهواني ، المسائل التي يجوز حلها بالتحكيم، دروس في مركز حقوق عين شمس للتحكيم، سنة 2006 ، ص 17-19 بتصرف .

(241) وهي مايوافقها في المواد (739) و (740) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي في باب التحكيم .

عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية ... ومن في قضاء هذه المحكمة أن رقابة محكمة الاستئناف لحكم حسماً للنزاع، ومن ثم يسوغ الحكم بالبطلان إلا إذا تضمن ذلك الحل ما يخالف النظام العام⁽²⁴²⁾.

ونحن من جانبنا نؤيد ما ذهبنا إليه محكمة النقض، وما قضى به حكم التحكيم المذكور، إذا أن عدم القبول، وهو جزاء إجرائي، لا يتقرر إلا بموجب نص صريح، وقد سبق الباحث بالتوضيح على أنه لم ينص على هذا الجزاء إلا بالنسبة لعدم شهر صحف دعاوى الصحة والنفاد فقط، ولم ينص عليه بخصوص الدعاوى العقارية الأخرى، ومن ثم فلا يطبق بشأن تلك الدعاوى الأخيرة لأنه لا جزاء بغير نص.

يبقى السؤال قائماً حول الأثر الذي يترتب على عدم شهر صحف الدعاوى الأخرى غير دعاوى الصحة والنفاد. ونحن نرى أن الأثر الذي يترتب على ذلك هو فقط عدم جواز التمسك بالحكم الصادر في الدعاوى الأخرى غير دعاوى الصحة والنفاد على الغير، ويظل أثر الحكم قاصراً من حيث حجتيه على أطرافه فقط.

(242) محكمة إستئناف القاهرة، الدائرة 91 تجارى، الطعن رقم 37 لسنة 119 ق - تحكيم تجارى القاهرة

الفرع الثاني

دعاوى صحة التعاقد

الدعاوى العقارية التي استلزم المشرع القيام بإجراءات معينة قبل رفعها ويترتب جزاءً إجرائياً علي عدم القيام بها

يقصد بدعوى صحة التعاقد تلك الدعوى التي ترفع للقضاء بصحة ونفاذ عقد معين ومن بينها عقود البيع، وتقوم المحكمة في هذه الدعوى بفحص بنود العقد لتتبين صحته أو بطلانه، فإذا تأكدت من صحة كافة بنوده قضت بصحته ونفاذه فيما بين أطرافه، وذلك على عكس دعوى صحة التوقيع، فالمحكمة في تلك الدعوى الأخيرة لا تفحص العقد ولا تتعرض لصحته أو بطلانه وإنما يقتصر دورها على الحكم (بأن التوقيع الممهور به هو توقيع منسوب للمدعى بتوقيعه عليه) (243).

وقد ورد النص على دعوى صحة التعاقد في أكثر من قانون، حيث نص عليها في القانون المدني وقانون الشهر العقاري والتوثيق.

أما القانون المدني الليبي فقد أوضح في المادة /213 منه الأحكام الموضوعية لتلك الدعوى، حيث تنص هذه المادة على أنه:

"في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام."

وحكم المادة المذكورة لا يهمننا في نطاق هذا البحث، إذ أن ما يعيننا

(243) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي

الحقوقية: بيروت، سنة 2000م، ج4، ص 488 وما بعدها .

هنا هو إجراءات رفع دعوى الصحة والنفاد ومدى تعلقها بالنظام العام، وتلك المسائل تناولها القانون المدني وقانون الشهر العقاري والتوثيق.

فتنص المادة /938 من القانون المدني الليبي على أنه:

" في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبنية في قانون تنظيم الشهر العقاري." .

وتنص المادة /23 من قانون رقم (12) لسنة 1988 م بشأن مصلحة التسجيل العقاري الاشتراكي والتوثيق على أنه " يجب تسجيل كافة الدعاوى التي ترفع ضد مالك عقار سبق تسجيله إذا تعلقته هذه الدعاوى بحق عيني عقاري أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها. ولا تقيد الدعاوى في المحكمة إلا بعد تقديم الشهادة الدالة على ذلك." .

يبين من هذه المواد أن المشرع استلزم قيام رافع دعوى الصحة والنفاد بشهر صحيفة الدعوى، بحيث يترتب على عدم شهرها الحكم بعد قبول الدعوى إعمالاً لحكم المادة /938 من القانون المدني الليبي.

وهذان الإجراءان المتعلق بالنظام العام قد استلزم المشرع القيام بها عند رفع الدعوى أمام القضاء، وقد خلا باب التحكيم من النص عليها، فهل تقبل تلك الدعوى أمام التحكيم، أم يقضى بعدم قبولها لأن اللجوء إلى التحكيم بشأنها ينطوي على مخالفة لإجراءات متعلقة بالنظام العام ويمثل التفافاً عليها، حيث أن المحتكم لا يشهر صحيفة الدعوى.

وقد اصدرت محكمة استئناف القاهرة عدم أحكام استقرت فيها على أنه

لا يجوز رفع دعوى صحة التعاقد أمام التحكيم، وذلك لما ينطوي عليه من التقاف حول قواعد إجرائية تتعلق بالنظام العام، إذ أن المحتكم يتخلص بهذه الدعوى من شهر صحيفتها.

وقد قضت محكمة استئناف القاهرة الدائرة (91) في القضية المقيدة بالجدول العمومي تحت طعن رقم 95 لسنة 2005/4/27م بجلسة 120ق تحكيم:

"وحيث أن التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامة الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، ويقوم على الاختيار الحر للأطراف، ومن ثم كان اتفاق التحكيم هو الأساس القانوني للتحكيم ودستوره الذي يحدد نطاقه ومداه ويخرج النزاع موضوعه من اختصاص القضاء صاحب الولاية العامة للفصل في المنازعات، ومنه يستمد المحكمون سلطاتهم للفصل في النزاع، ومن هنا يجب التحقق من استيفاء هذا الاتفاق لشروط الموضوعية والشكلية المقررة في القانون وللتأكد من خلوه من العوارض التي تبطله، ذلك أن بطلان اتفاق التحكيم يؤدي حتماً الى بطلان حكم المحكمين إعمالاً بنص المادة (53) من قانون التحكيم رقم 27/ 1994م⁽²⁴⁴⁾، وفيما يتعلق بالشروط الموضوعية فإنها لا تخرج عن الشروط المعروفة في نظرية العقد أي الشروط المتعلقة بالرضا والمحل والسبب، فيلزم أن يكون اتفاق التحكيم بناء على رضا صحيح،

(244) وهي ماتضمنته المواد (739) إلى المادة (742) من باب التحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي، بخصوص الاتفاق على التحكيم وفي أهلية التصرف، واثبات مشاركة التحكيم.

وأن يكون محلة ممكنا ومشروعاً، وأن يستند ذلك كله الى سبب لا يخالف النظام العام والآداب.

وحيث أنه فيما يتعلق بتوافر ركن الرضا فقد دفع المدعيان بتزوير اتفاق التحكيم وأنكرا توقيعهما عليه.

ولكنهما لم يتخذا إجراءات الطعن بتزويره، ولا ترى المحكمة تعطيل الفصل في الدعوى الماثلة انتظارا لتحقيق صحة أو تزوير التوقيع على اتفاق التحكيم المذكور أو محضر تشكيل هيئة التحكيم المؤرخ 2003/8/21م أو محضر جلسة هيئة التحكيم بتاريخ 2003/8/25 خاصة أن المدعين يمكنهما إنشاء دعوى تزوير أصلية بخصوص المحررات الثلاثة المذكورة طبقاً للمادة (59) من قانون المرافعات المدنية⁽²⁴⁵⁾.

فضلاً عن أن تحقيق تزوير اتفاق التحكيم في الدعوى الماثلة غير منتج إذا تبين من البحث عدم مشروعية الاتفاق على التحكيم بشأن صحة ونفاذ عقد بيع العقار، وحيث أنه من المقرر أنه لا يجوز التحكيم في

(245) وهذا مانصت عليه المادة (757) في باب التحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي حيث جاء في نص المادة "إذا عرضت خلال التحكيم مسألة أولية تخرج عن ولاية المحكمين أو طعن بتزوير في ورقة أو اتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها أو عن حادث جنائي آخر، وكذلك إذا عرضت مسألة يرى المحكمون أن لها تأثيراً في موضوع التحكيم - أوقف المحكمون عملهم وأصدروا أمراً للخصوم بتقديم طلباتهم إلى القاضي المختص، وفي هذه الحالة يتوقف سريان الميعاد المحدد للحكم إلى أن يعلن أحد الخصوم المحكمين بصدور حكم انتهائي في تلك المسألة العارضة، فإذا كان الباقي بعد ذلك من الموعد أقل من عشرين يوماً وجب مده إلى أن يصل إلى العشرين يوماً".

المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، وإنه لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، كما إنه من المقرر عدم قبول دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال المبينة في المادة (53) من قانون التحكيم على سبيل الحصر ومنها بطلان اتفاق التحكيم، وإنه على المحكمة التي تنتظر تلك الدعوى أن تقضى من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية .

وحيث أنه طبقاً للقانون رقم (12) لسنة 1988 م بشأن مصلحة التسجيل العقاري الاشتراكي والتوثيق، فقد نصت المادة (23) على أنه " يجب تسجيل كافة الدعاوى التي ترفع ضد مالك عقار سبق تسجيله إذا تعلقت هذه الدعاوى بحق عيني عقاري أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها. ولا تقيد الدعاوى في المحكمة إلا بعد تقديم الشهادة الدالة على ذلك."، ومؤدى ذلك أنه إذا اقام المدعى دعوى صحة ونفاذ عقد بيع عقار فإنه يتعين عليه شهر صحيفتها قبل تقديمها، فإن أغفل ذلك وجب على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى حتى ولو لم يدفع بذلك أحد الخصوم لأن هذا الجزاء المقرر لمخالفة الالتزام بشهر الصحيفة يتعلق بالنظام العام.

فقد أراد المشرع من ذلك هو حث اصحاب الشأن على التوجه الى شهر تصرفاتهم العقارية وعدم التحايل على هذا الطريق الذى قرره القانون رفع دعاوى صحة التعاقد، فلم يعد من الجائز التوجه الى القضاء بأي طلب يستهدف الحكم بصحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا شهر هذا الطلب، سواء في ذلك اتخذ شكل دعوى مبتدأه أو قدم

كطلب عارض أو طلب إنبنى عليه طلب تدخل في دعوى قائمة - أو كان طلباً بإثبات اتفاق الخصوم على صحة التعاقد على حق من الحقوق المذكورة وإحاقه بمحضر الجلسة) الفقرة الأخيرة من) ١٩٩١ /المادتين ١٠٣، ٦٥، والمادة ١٢٦ مكرر من قانون المرافعات المضافة جميعها بالقانون رقم ٦

وحيث بالبناء على ما تقدم، وأيا كان الحال بالنسبة للدفع بتزوير التوقيع على اتفاق التحكيم بين طرفي الدعوى الماثلة أو إنكاره، فإنه يسبق كل ذلك البحث في جواز الاتفاق على التحكيم بشأن صحة ونفاذ عقد البيع محل النزاع وقد انتهت المحكمة إلى عدم جواز هذا الاتفاق اعتباره إحدى حالات الغش نحو القانون والتحايل عليه، ومن ثم يكون الاتفاق المذكور باطلاً - وإذا كان هذا البطلان متعلقا بالنظام العام ومن ثم تقضى المحكمة من تلقاء نفسها - ببطلان حكم التحكيم الطعين عملاً بنص الفقرتين الأولى والثانية من المادة (53) من قانون التحكيم المصري - وهي ما يقابلها المادة (739) من باب التحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي - والمدعين وشأنهما فيما يتعلق باتخاذ إجراءات الطعن بتزوير اتفاق التحكيم المرفق صورته بالأوراق.

يثير موضوع التحكيم في دعاوى صحة التعاقد أكثر من مسألة تتمثل فيما يأتي:

المسألة الأولى: العلاقة بين قانون المرافعات وباب التحكيم:

يعتبر قانون المرافعات المدنية والتجارية هو الشريعة العامة في الإجراءات، أي أنه القانون العام في خصوص الإجراءات، ويعد قانون

التحكيم قانونًا خاصًا في هذا الشأن، الأمر الذي يقيد معه قانون التحكيم قانون المرافعات تطبيقًا للمبدأ الأصولي أن الخاص يقيد العام. فإذا ورد نص في قانون التحكيم يخالف نصًا في قانون المرافعات فيطبق النص الوارد في قانون التحكيم حتى ولو كان مخالفًا لنص متعلق بالنظام العام في قانون المرافعات، والأمثلة على ذلك عديدة نذكر منها على سبيل المثال :

قواعد وإجراءات الإعلان : فقد وضع قانون المرافعات مجموعة من القواعد والإجراءات في الإعلان تتعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها، أما قانون التحكيم فقد أورد في المادتين (754) و (755) منه مجموعة من القواعد والإجراءات تخالف تلك المنصوص عليها في قانون المرافعات حيث جاء فيهما ما يلي " للخصوم أن يضمنوا عقد التحكيم أو أي مشاركة أخرى للتحكيم أو أي اتفاق لاحق يحررونه قبل أن يبتدئ المحكمون في نظر القضية، قواعد معينة وإجراءات يسير عليها المحكمون، وفي حالة عدم قيامهم بذلك فللمحكمين أن يضعوا القواعد التي يرونها صالحة وإلا وجب مراعاة الأصول والمواعيد المتبعة أمام المحاكم. والمحكمون المفوضون بالصلح معفون من التقيد بأوضاع المرافعات وقواعد القانون".

أما إذا كان الإجراء المتعلق بالنظام العام قد ورد النص عليه في قانون المرافعات، وخلا من قانون التحكيم فيطبق هنا أحكام قانون المرافعات، والأمثلة على ذلك أيضًا عديدة نذكر منها على سبيل المثال :إعادة

الدعوى للمرافعة: في حالة تغير تشكيل هيئة المحكمة إبان فترة حجز الدعوى للحكم:

فتنص المادة /272 من قانون المرافعات الليبي على أنه "تجرى المداولة في الحكم سرّاً في غرفة المداولة، وتقتصر على القضاة الذين حضروا المرافعة".

ولم يرد في قانون التحكيم نصاً يعالج فرص تغيير تشكيل هيئة التحكيم إبان فترة حجز الدعوى للحكم، وهنا يطبق قانون المرافعات لخلو قانون التحكيم من حكم للمسألة.

وكذلك شهر صحيفة دعوى صحة التعاقد، فقد ورد النص عليها قانون رقم (12) لسنة 1988 م بشأن مصلحة التسجيل العقاري الاشتراكي والتوثيق في المادتين (21) و (23)، وجاء قانون التحكيم خالياً منها، الأمر الذي يطبق معه تلك المواد المذكورة، ويقضى بعدم قبول دعوى التحكيم في الصحة والنفاد لعدم شهر صحيفتها.

المسألة الثانية: أثر قيام المحكم بشهر صحيفة دعوى الصحة والنفاد على قبول الدعوى التحكيمية:

ذكرنا سلفاً أن عدم جواز التحكيم في دعاوى الصحة والنفاد كان راجعاً لمخالفة المحكم لقواعد إجرائية متعلقة بالنظام العام وإفلاته منها وهي شهر صحيفة الدعوى، فما الحكم لو أن المحكم قام بشهر صحيفة الدعوى، فهل تقبل دعواه أمام التحكيم حيث أنه لم يخالف القواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام؟

إن الإجابة على هذا السؤال تقضى بداية إبراز المخاطر التي يمكن أن تحدث من جراء صدور حكم تحكيم في دعوى الصحة والنفاذ، وبيان أثر تسجيل صحيفة الدعوى على الحد من هذه المخاطر.

فما يفضي منه في هذه الدعوى أن يتواطأ (أ) و (ب)، للاستيلاء على عقار مملوك لـ(ج) ، فيبرم (أ) بائع مع(ب) كمشتري عقد بيع لقطعة أرض مملوكة لـ(ج)، وينصان في العقد البيع على شرط تحكيم بشأن اية منازعات تنشأ عنه، ويكوّنان بالتواطؤ فيما بينهما هيئة تحكيم تصدر حكماً لـ(ب) بصحة ونفاذ العقد الذى أبرمه مع(أ)، ولا يطعنان عليه بالبطلان خلال مدة ثلاثين يوم من إعلانه⁽²⁴⁶⁾، ويستحصل(ب) على صيغة تنفيذية على هذا الحكم ويصبح بالتالي مالكا لقطعة الأرض المملوكة أصلاً لـ (ج)، ولا يكون أمام (ج) في هذه الحالة سوى رفع دعوى عدم نفاذ الحكم في مواجهته باعتباره من الغير ولم يمثل في خصومة التحكيم، وحتى في حالة علم المالك الحقيقي بتسجيل صحيفة الدعوى والتأشير بها في الشهر العقاري فإن علمه هذا لن يفيد في أن يتدخل في الدعوى التحكيمية لأنه لم يكن طرفاً في اتفاق التحكيم، ومن المقرر قانوناً أنه لا تدخل ولا إدخال في التحكيم وذلك على عكس الحال

(246) حيث جاء في نص المادة (770) من باب التحكيم على أنه " يرفع طلب البطلان بالأوضاع المعتادة إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وذلك خلال ثلاثين يوما من تبليغ الحكم ولا يقبل الطعن إذا انقضى عام على صدور الأمر بتنفيذه. ولا يمنع من قبول هذا الطلب تنازل الخصم عن حقه فيه قبل صدور حكم المحكمين".

أمام القضاء، فلو علم المالك الحقيقي بوجود دعوى صحة ونفاذ تخص أرضه فيستطيع التدخل فيها تدخلاً هجوماً ويطعن بالتزوير على العقد الذى اصطنعه (أ) معه ووضع عليه توقيع المزور⁽²⁴⁷⁾.

وإزاء هذه الخشية فإننا نبدي عدة مقترحات متمنين أن يوليها المشرع الأهمية التي تستحقها ويجرى تعديلاً على قانون التحكيم يجيز بموجبه صراحة جواز اللجوء إلى التحكيم في الدعاوى الصحة والنفاذ مع صون ملكية الأشخاص من الاعتداء عليها وسلبها، وتتمثل تلك الاقتراحات فيما يأتي:

الاقتراح الأول: النص صراحة على أن دعوى صحة التعاقد لا تقبل أمام التحكيم إلا إذا أشهت صحيفتها.

الاقتراح الثاني: أن ينص القانون على ضرورة إحضار المالك الوارد توقيع على العقد السابق على العقد المراد الحكم بصحته ونفاذه، وذلك بصفته من الغير الذي تحت يده مستند منتج في الدعوى، وهو العقد الذي تملك بموجبه الأرض محل النزاع.

الاقتراح الثالث: أن يوصغ المشرع من مفهوم الطرف في اتفاق التحكيم في الفرض المائل، بأن ينص صراحة على امتداد شرط التحكيم في عقد بيع العقار على أطراف العقود السابقة عليه، ونحن نرى أن تلك الفكرة ليست شاذة ولا مستغربة؛ ذلك لأننا بصدد دعوى عينية تخص ملكية

(247) رضا السيد عبد الحميد ، التحكيم في المنازعات العقارية، الدورة المتخصصة في التمويل

العقارى والمحاكم الاقتصادية والتحكيم ينظمها مركز خدمة المجتمع بالأكاديمية العربية

للعلوم والتكنولوجيا بالإشتراك مع مركز التحكيم الدولي ، ص22.

عقار، وبالتالي فالدعوى التي تتعلق بهذا العقار تهم كل من تداولت ملكيته بينهم.

الخلاصة:

مسألة النزاعات على العقارات في الشريعة الإسلامية والقانون الليبي لا تنحصر في موضوع التحكيم فقط، وإنما التحكيم فيها أمر لاحق في اثبات ملكية العقار للمتنازعين دون تدخل الإمام أو المحكمة في تلك الاجراءات، والاختلاف يكمن بينهما أن الشريعة الإسلامية استحبت كتابة العقود بصفة عامة ولم تنص على وجوب الكتابة في اثبات العقد أو في ملكية العقار، أما القانون المدني الليبي فقد جعل الكتابة وشهر صحيفتها من موجبات اثبات ملكية العقار في السجل العقاري كما ذكره الباحث سلفاً، ولكن التحكيم فيها أتى ناقصاً ومفرغاً من نص المشرع على أن لا يحكم المحكمين إلا بعد أن يقوموا بمراجعة اثبات العقار للمتنازعين فيه، وأن يكون هناك تعاون بين المحكمين من جهة وبين المحكمة والسجل العقاري من جهة أخرى.

الفصل الخامس

الخاتمة

بعد حمد الله سبحانه والثناء عليه، والصلاة والسلام على نبيه محمد صلى الله عليه وسلم يمكن تلخيص أهم النتائج التي توصل إليها الباحث خلال دراسة مباحثه في هذا البحث وذلك كما يلي:

1. أنه في عموم المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي في مسألة الشقاق بين الزوجين فهم متفقون في أغلب مواضيع التحكيم بين الزوجين، واختلفوا في بعض الأمور الفقهية.
2. أن مسألة النزاعات على العقارات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الليبي لا تنحصر في موضوع التحكيم فقط، وإنما التحكيم فيها أمر لاحق في اثبات ملكية العقار للمتازعين دون تدخل الإمام أو المحكمة في تلك الاجراءات، والاختلاف يكمن بينهما أن الشريعة الإسلامية استحبت كتابة العقود بصفة عامة ولم تنص على وجوب الكتابة في اثبات العقد أو في ملكية العقار، أما القانون المدني الليبي فقد جعل الكتابة وشهر صحيفتها من موجبات اثبات ملكية العقار في السجل العقاري.

وأهم التوصيات المقترحة:

1. متابعة نظام التحكيم بين كل فترة وفترة من أجل التعديلات القانونية للقوانين التي تعيق من جني ثمار التحكيم.
2. إيجاد مراقبة فنية تستمر في التوعية والتثبيته على عظم نظام التحكيم لأنه أمر من عند الله.

3. العمل على تثقيف كوادر تحكيمية تتبع لديوان التحكيم عن طريق الدورات والتدريبات واجتياز الإختبارات للمنتسبين أو مريدي الانتساب لهذه الدائرة.
 4. انشاء مركز للتحكيم يكون تابعيته للقضاء، وله ميزانية تتبع وزارة العدل؛ لتطوير كوادره، وعمل ورشات عمل وندوات علمية في الموضوع .
 5. العمل على إنشاء قانون مستقل للتحكيم، ليحل كل المشاكل التي تكدّست في أرفف المحاكم ولم يتم حلها، وذلك لبطيء سير الدعوى واجراءاتها .
 6. انشاء مركز للتحكيم الدولي الإسلامي، ويكون أعضائه من العلماء الضالعين في هذا المجال، ويسعون إلى تصديقها من الدول الإسلامية، لحل المشاكل العالقة بين الدول الإسلامية من جهة، وكذلك المشاكل الداخلية ان عجزت الدولة نفسها عن حلها، ويرفق بهذا المركز محكمة إسلامية، لها اختصاصات مثل اختصاصات محكمة الجنايات الدولية، ليكون للتحكيم قوة إلزامية في تنفيذ أحكامه.
 7. يوصي الباحث بدراسة هذا الموضوع بشكل أكبر وأكثر تعمقاً، نظراً لأن هذا الموضوع يتطور ليوكب مسيرة الحياة البشرية.
 8. يوجد العديد من الكتب الفقهية التي لم يسعفني الوقت للإطلاع عليها والاقتباس منها، فأوصي غيري بالاطلاع عليها، والنهل من علومها، والاسترشاد بنورها.
- وفي نهاية الخاتمة لا أملك إلا أن أقول إنني اجتهدت في إخراج هذا البحث، الذي يتناول موضوعاً من أهم الموضوعات المعاصرة، وبذلت وسعي في بحث مسأله، والعمل على تأصيلها، بحسب قدرتي

وإمكاناتي المتواضعة، ولا أدعي له الكمال، فما هو إلا جهد بشري،
وصاحبه أحوج الناس إلى التوجيه والإرشاد إلى الحق، والدلالة إلى
الصواب، فإن كنت قد أصبت فبفضل من الله وحده، له الحمد وله
الشكر، وإن كنت قد أخطأت فمن نفسي ومن الشيطان، أعاذنا الله
تعالى منه.

والله من وراء القصد

الباحث

مالانغ-اندونيسيا

2014/12/22م

قائمة المصادر والمراجع

آبادي ، العظيم . عون المعبود شرح سنن ابن داود . تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان . الطبعة الثانية . المكتبة السلفية : المدينة . سنة 1389هـ .

ابن العربي ، أبو بكر محمد بن عبد الله ، أحكام القرآن . تحقيق : محمد عبد القادر عطا . دار الفكر للطباعة والنشر - لبنان . دون سنة نشر .

ابن اللحام ، الاختيارات الفقهية . دون طبعة . المؤسسة السعيدية : الرياض . دون تاريخ نشر .

ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري . المحلى بالآثار . دون طبعة . دار الفكر : بيروت . دون تاريخ نشر .

ابن رشد الجد ، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي . المقدمات الممهدة . تحقيق محمد حجي وسعيد أعراب . طبعة الأولى . دار الغرب الإسلامي : بيروت . سنة 1988م .

ابن رشد الحفيد ، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي .

ابن طاهر، الحبيب . الفقه المالكي وأدلته . دون طبعة . دار ابن حزم : بيروت . دون تاريخ نشر .

ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي
رد المختار على الدر المختار . الطبعة الثانية . دار الفكر :

بيروت . سنة 1992م .

ابن فرحون ، إبراهيم بن علي بن محمد . تبصره الحكام في أصول
الاقضية ومناهج الأحكام . طبعة الأولى . مكتبة الكليات الأزهرية :

القاهرة . سنة 1986هـ .

ابن قدامة المقدسي ، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن
قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي . المغني . بدون

طبعة . مكتبة القاهرة : القاهرة . سنة 1968م .

ابن قدامة المقدسي ، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن
قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي . الكافي في فقه

الإمام أحمد بن حنبل . طبعة الأولى . دار الكتب العلمية : بيروت
. سنة 1994م .

ابن كثير ، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري . تفسير
القرآن العظيم (ابن كثير) . تحقيق محمد حسين شمس الدين .

الطبعة الأولى . دار الكتب العلمية : بيروت . سنة 1419هـ .

ابن كثير ، البداية والنهاية . الطبعة الرابعة . مكتبة المعارف : بيروت .
سنة 1402هـ .

ابن ماجه ، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني . سنن ابن ماجه . الطبعة
الثانية . مكتب التربية العربي لدول الخليج : الرياض . سنة

1408هـ .

ابن نجيم المصري ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف . البحر
الرائق شرح كنز الدقائق . طبعة الثانية . دار الكتاب الإسلامي :

القاهرة . دون سنة نشر .

الأرزقي، أبو وليد محمد بن عبد الله بن أحمد . اختيار مكة وما جاء فيها
من الآثار. تحقيق رشدي ملحق. الطبعة الثانية. دار الثقافة: مكة
المكرمة. سنة 1385هـ.

الأزهري ، صالح عبد السميع الأبى . جواهر الإكليل شرح مختصر الشيخ
خليل في مذهب الإمام مالك . دون طبعة . دار التنزيل : القاهرة .
سنة 1332هـ .

أسد ، محمد . منهاج الإسلام في الحكم . تحقيق منصور محمد ماضي .
الطبعة السادسة . دار العلم للملايين : بيروت . 1983م .
الأشعل ، عبد الله . الفكر القانوني والسياسي في القرآن الكريم . الطبعة
الأولى . مكتبة الشروق الدولية : القاهرة . دون سنة نشر .

الألوسي ، شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني . روح المعاني في
تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني . تحقيق علي عبد الباري عطية
الطبعة الأولى . دار الكتب العلمية : بيروت . سنة 1415هـ .

البابرتي ، محمد بن محمد . العناية شرح الهداية . دون طبعة . دار الفكر
: بيروت . دون تاريخ نشر .

الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي
القرطبي الأندلسي. المنتقى شرح الموطأ. الطبعة الأولى. مطبعة
السعادة: مصر. سنة 1332هـ.

- باقر ، طه. مقدمه في تاريخ الحضارات القديمه تاريخ الفرات القديم.
الطبعة الأولى . بغداد . سنة 1955م.
- البخاري ، عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين الحنفي . كشف
الأسرار شرح أصول البزدوي . الطبعة الأولى . الشركة الصحافية
العثمانية : تركيا . سنة 1308 هـ .
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد . دون طبعة . دار الحديث : القاهرة .
سنة 2004م .
- بريري ، حمود مختار أحمد . التحكيم التجاري الدولي . الطبعة الرابعة .
دار النهضة العربية : مصر . سنة النشر 2010م.
- البزار ، أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق بن خالد بن عبيد الله
العتكي . مسند البزار المنشور باسم البحر الزخار . تحقيق محفوظ
الرحمن زين الله وآخرون . الطبعة الأولى . مكتبة العلوم والحكم :
المدينة المنورة . سنة 2009 .
- البشري، عماد . فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق. رسالة دكتوراة من
كلية الحقوق جامعة الإسكندرية سنة 2002. الطبعة الأولى. سنة
2005 . المكتب الإسلامي في بيروت.
- البلخي ، لجنة علماء برئاسة نظام الدين . الفتاوى الهندية . طبعة الثانية .
دار الفكر : بيروت . سنة 1310هـ.
- بن زكريا الأنصاري ، زكريا بن محمد بن أحمد زين الدين أبو يحيى
السنيني . فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب . دون طبعة . دار
الفكر : بيروت . سنة 1994م .

البهوتي ، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي
 . كشف القناع عن متن الإقناع . دار الكتب العلمية : بيروت ،

دون سنة نشر .

البيجرمي ، سليمان بن محمد . حاشية البيجرمي على شرح المنهاج . دون
 طبعة . مطبعة الحلبي : غزة . سنة 1950م .

البيهقي ، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجَردي الخراساني .
 السنن الكبرى . تحقيق محمد عبد القادر عطا . الطبعة الثالثة .
 دار الكتب العلمية: بيروت لبنان . سنة 2003م .

التحيوي ، محمود السيد عمر . الطبعة القانونية لنظام التحكيم . دون
 طبعة . منشأة المعارف : مصر . سنة النشر 2003م .

الرجاني ، علي بن محمد . التعريفات . الطبعة الأولى . دار الكتب
 العلمية بيروت : لبنان . سنة 1983م .

الجصاص ، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الحنفي . أحكام القرآن .
 تحقيق محمد صادق القمحاوي . دون طبعة . دار إحياء التراث
 العربي : بيروت . سنة 1405هـ .

الجمال ، عبد العال ، مصطفى وعكاشة محمد . التحكيم في العلاقات
 الخاصة الدولية والداخلية . الطبعة الأولى . دار النهضة العربية :

القاهرة . دون سنة نشر .

الحديثي ، علي خليل . دكتوراه في عقود الاستثمار ونقل التكنولوجيا .
 مستشار غرفة تجارة وصناعة عجمان - التحكيم وأهميته - مقال
 على الشبكة العنكبوتية .

الحصكفي ، محمد بن علي بن محمد بن عبد الرحمن الحنفي . الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار . تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم . طبعة الأولى . دار الكتب العلمية : بيروت . سنة 2002م .

الخطاب الرعيني ، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي . مواهب الجليل في شرح مختصر خليل . طبعة الثالثة . دار الفكر : بيروت . سنة 1992هـ .

الحميدي ، عبدالعزيز بن عبدالله . تفسير ابن عباس ومروياته في الكتب الستة . دون طبعة . جامعة أم القرى : مكة المكرمة . دون سنة نشر .

الحنبلي، ابن رجب . القواعد الفقهية . دون طبعة . دار المعرفة : بيروت . دون تاريخ نشر .

حيدر ، علي . درر الحكام شرح مجلة الأحكام . تعريب: المحامي فهمي الحسيني . دار الكتب العلمية : لبنان بيروت . دون سنة نشر .
الخفيف ، الشيخ علي . الضمان في الفقه الإسلامي . الطبعة الأولى . دار الفكر العربي : بيروت . سنة 2000م .

الدسوقي ، الشرح الكبير . دون طبعة . دار الفكر : بيروت . دون تاريخ نشر .

الدسوقي ، محمد بن أحمد بن عرفة المالكي . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير . دون طبعة . دار الفكر : بيروت . دون تاريخ نشر .

الدوري ، قحطان عبد الرحمن . عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون

- الوضعي . الطبعة الأولى . دار الفرقان للنشر والتوزيع : الأردن .
سنة 2002م .
- الرازي ، التفسير الكبير . الطبعة الأولى . دار احياء التراث العربي :
بيروت . دون سنة نشر .
- الرازي ، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر . مختار الصحاح . تحقيق :
محمود خاطر . الطبعة الأولى . مكتبة لبنان ناشرون : بيروت .
1995م .
- الزحيلي ، وهبة بن مصطفى . الفقه الإسلامي وأدلته . الطبعة الرابعة .
دار الفكر : دمشق . سنة 1433هـ .
- الزرقا ، مصطفى أحمد . الفعل الضار والضمان فيه . طبعة الأولى . دار
الشامية للطباعة والتوزيع : بيروت . سنة 1988 .
- زيدان ، عبد الكريم . الفرد والدولة . الطبعة الخامسة . مؤسسة الرسالة
للنشر والتوزيع : بيروت . سنة 1990م .
- الزيلعي ، فخر الدين عثمان ابن علي . تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق .
طبعة الأولى . المطبعة الكبرى الأميرية : بولاق - القاهرة . سنة
1313هـ .
- سامي ، فوزي محمد . التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة . طبعة
الرابعة . دار الثقافة للنشر والتوزيع : القاهرة . سنة 2010م .
- سراج ، محمد أحمد . ضمان العدوان في الفقه الإسلامي . الطبعة الأولى
المؤسسة العربية للدراسات : بيروت . سنة 1993م .
- السرخسي ، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة . اصول السرخسي

- . طبعة الأولى . دار الكتب العلمية : بيروت . 1993م .
- السرخسي ، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة . المبسوط . دون
طبعة . دار المعرفة : بيروت . سنة 1993م .
- السنهوري، عبد الرزاق . الوسيط في شرح القانون المدني. الطبعة الثالثة.
منشورات الحلبي الحقوقية: بيروت. سنة 2000م.
- السهارنفوري ، خليل أحمد . بذل المجهود في حل أبي داود . دون طبعة .
دار الكتب العلمية : بيروت . دون تاريخ نشر .
- السيوطي ، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين . الدر المنثور . دون
طبعة . دار الفكر : بيروت . دون سنة نشر .
- الشاطبي ، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي . الموافقات .
تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان . طبعة الأولى . دار
ابن عفان : القاهرة . سنة 1997م .
- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس . الأم. دون طبعة. دار المعرفة:
بيروت. سنة 1990م.
- الشربيني ، محمد بن احمد . مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ
المنهاج . طبعة الأولى . دار الكتب العلمية : بيروت . سنة
1994م .
- شيرازي، ناصر مكارم. الأمتل في كتاب الله المنزل. الطبعة الأولى. دار
الأميرة للنشر والتوزيع: بيروت . سنة 2005م.
- الصاوي ، احمد بن محمد . حاشية الصاوي على الشرح الصغير . دون
طبعة . دار المعارف : القاهرة . دون تاريخ نشر .

- الطحاوي ، احمد بن محمد بن اسماعيل . حاشية الطحاوي على الدر المختار . دون طبعة . دار ابن نفيس : الاسكندرية . سنة 1982.
- عبد الباري، رضا عبد الحميد عبد المجيد . الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية. جامعة بنها كلية الحقوق.
- عبد الحميد، رضا السيد . التحكيم في المنازعات العقارية. الدورة المتخصصة في التمويل العقاري والمحاكم الاقتصادية والتحكيم ينظمها مركز خدمة المجتمع بالأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا بالإشتراك مع مركز التحكيم الدولي.
- العربي ، محمد عبد الله . نظام الحكم في الإسلام . دون طبعة . دار الفكر : لبنان . دون تاريخ نشر .
- عرض ، نادية محمد . التحكيم التجاري الدولي . دون طبعة . دار النهضة العربية : القاهرة . سنة 2002م .
- العسقلاني ، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل الشافعي . فتح الباري شرح صحيح البخاري . تحقيق محب الدين الخطيب . دون طبعة . دار المعرفة : بيروت . 1379هـ .
- عكاشة ، خالد كمال . دور التحكيم في فض المنازعات الدولية والاستثمار . دون طبعة . سنة 2013م.
- علي ، جواد . المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام . الطبعة : الرابعة . دار الساقى : بيروت . سنة 2001.
- عليش ، محمد بن أحمد بن محمد أبو عبد الله المالكي . منح الجليل شرح مختصر خليل . دون طبعة . دار الفكر : بيروت . سنة 1989 .

عمر ، نبيل إسماعيل . التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية . الطبعة الثانية . دار الجامعة الجديدة : الاسكندرية مصر . سنة النشر 2005م.

العوا ، محمد سليم . دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن ، دون طبعة ، دار الكتب القانونية : مصر ، سنة النشر 2008م .
فضل الله، محمد حسين . من وحي القرآن. الطبعة الثالثة. دار الملاك للطبع والتوزيع: لبنان . سنة 2007.

القرافي ، أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي . الفروق أو أنوار البروق في أنواع الفروق . تحقيق : خليل المنصور . الطبعة الأولى . دار الكتب العلمية : بيروت . سنة 1418هـ - 1998م .

القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخرجي شمس الدين . الجامع لأحكام القرآن "تفسير القرطبي" . تحقيق :أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش. الطبعة الثانية. دار الكتب المصرية: القاهرة. سنة 1964م.

القره داغي ، علي محي الدين . مبدأ الرضا في العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني . الطبعة الثانية . دار البشائر الإسلامية : بيروت . سنة 2002م .

القطان ، مناع خليل . وجوب تحكيم الشريعة الإسلامية . دون طبعة . جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية : السعودية . سنة 1985م .

القلموني ، محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء

الدين بن منلا علي خليفة الحسيني . تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار) . دون طبعة . الهيئة المصرية العامة للكتاب : مصر . سنة 1990م.

القليوبي ، عميرة ، أحمد سلامة وأحمد البرلسي . حاشيتا قليوبي وعميرة . دار الفكر : بيروت . سنة 1995م .

الكاساني ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . طبعة الثانية . دار الكتب العلمية : بيروت . سنة 1986م .

مازه ، برهان الدين محمود بن احمد . المحيط البرهاني في الفقه النعماني . تحقيق عبد الكريم سامي الجندي . طبعة الأولى . دار الكتب العلمية : بيروت . سنة 2004م .

الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي . الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني . المحققين الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود . الطبعة الأولى . دار الكتب العلمية : بيروت - لبنان . سنة 1999م.

الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي . أدب القاضي . تحقيق محيي هلال السرحان . الطبعة الأولى . مطبعة الإرشاد : بغداد . سنة 1391هـ .

مجلة الأحكام العدلية ، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية . تحقيق : نجيب هواويني . دار نور محمد كارخانه

- تجارتِ كتب آرام باغ : كراتشي . دون سنة نشر .
- مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبي ظبي
بدولة الإمارات العربية المتحدة من 1- 6 ذي القعدة 1415هـ
الموافق 1- 6 نيسان (أبريل) 1995م .
- مذكور ، محمد سلام . نظرية الإباحة عند الأصوليين . طبعة الثانية .
دار النهضة العربية : بيروت . سنة 1984م .
- المرغيناني ، ابو الحسن علي بن ابي بكر . الهداية شرح بداية المبتدئ .
تحقيق نعيم أشرف نور محمد . طبعة الأولى . إدارة القرآن والعلوم
الإسلامية : باكستان . سنة 1417هـ .
- المواق ، محمد بن يوسف . التاج والاكلیل لمختصر خليل . طبعة الأولى .
دار الكتب العلمية : بيروت . سنة 1994م .
- الموسوعة الفقهية الكويتية ، الصادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية
الكويت . طبعة الثانية . دار السلاسل : الكويت . دون سنة نشر .
- الموصلي ، عبدالله بن محمود . الاختيار لتعليل المختار . دون طبعة .
مطبعة الحلبي : القاهرة . سنة 1937م .
- النّسّمي ، عجيل . مقال التحكيم والتحاكم الدولي في الشريعة الإسلامية .
وهو بحثٌ مقدّم للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث للدورة العادية
التاسعة المنعقدة في فرنسا .
- النووي ، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف . المجموع شرح المذهب .
دون طبعة . دار الفكر : بيروت . سنة 1997هـ .
- النووي ، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف . المنهاج شرح صحيح

مسلم بن الحجاج . الطبعة الثانية . دار إحياء التراث العربي -
بيروت . 1392هـ .

اليعمري ، أبي عبد الله محمد بن فرحون . تبصرة الحكام في أصول
الأقضية ومناهج الأحكام . تحقيق: جمال مرعشلي . دار الكتب
العملية : بيروت لبنان . سنة 2001م .

