التحكيم العرفي

ومدي لزوم حجيته لأطراف الخصومة

دراسة فقهية

إعداد الدكتـور

خالد عبد العظيم أحمد

الأستاذ المساعد بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

قسم الفقه العام

الملخص :

يعد التحكيم طريقاً موصلاً الحقوق إلى أصحابها في الحالات التي لا تكون الدعوى مسموعة أمام القضاء بسبب مرور زمن التقادم فيلجأ المتخاصمون إلى الحَكَمْ الذي يسمع الدعوى ويصدر فيها حكمه؛ لتلك الأهمية البالغة لموضوع البحث عمدنا إلى بحث شرعية التحكيم كوسيلة من وسائل فض المنازعات وبيان القواعد تضبطه والنصوص التي تنظمه، حتى يكون الأفراد على بينة من أمرهم حال اللجوء إلى هذه الوسيلة.

Summary :

Arbitration is a way of communicating the rights to the owners in cases where the lawsuit is not heard before the courts because of the passage of the limitation period, the litigants resort to the ruling that hears the case and issues its judgment. For this very importance of the subject of the research, we discussed the legitimacy of arbitration as a means of settling disputes, And the texts that regulate it, so that individuals are aware of the matter when resorting to this means.

المقدمة وتشتمل علي :

أولاً : أهمية دراسة موضوع البحث وسبب اختياره،خطة البحث:

ـ لما كان الفصل في الخصومات وقطع المنازعات بين الناس على أساس العدل يعد مقصداً أسمى من مقاصد الشريعة الغراء، حيث أمر الله تعالى نبيه محمد (ﷺ) والمؤمنين من بعده بالحكم بما أنزل الله وأن أحكم بينهم بما أنزل الله[1]، وبالعدل الذي قامت عليه السموات والأرض ، قال سبحانه وتعالى : { وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ }[2]؛ لذا فإن التحكيم موضوع البحث له أهمية كبيرة لما يقوم به من دور هام وفعّال في قطع المخاصمة وحل النزاع وإزالة المفاسد المترتبة على ذلك وذلك بإيصال الحق إلى أهله، وغالباً ما يؤدي هذا إلى الإصلاح بين الأفراد المتخاصمين، وإزالة ما بينهم من حقد وضغينة وكل ما من شأنه أن يوغر الصدور، وبذلك يعم السلم الاجتماعي والاستقرار في المعاملات في المجتمع، خاصة وأن المحكمين غالباً ما يطبقون في أحكامهم نصوص الشريعة الإسلامية التي تلقي قبولاً ورضوخاً لأحكامها لدى الأفراد والجماعات، كما أن للتحكيم دور بارز في تخفيف العبء عن الأفراد ورفع الحرج عنهم فقد لا يستطيع الفرد أن ينتظر في طابور القضاء شهور وسنين عديدة إلى أن يأتي دوره للفصل في خصومته، كما قد يشق عليه الترافع أمام القاضي نظراً لبعد المسافة أو لكثرة التكاليف التي يتكبدها أو لبطء الإجراءات القضائية وتعقدها نظراً لتكدس القضايا وعدم الفصل فيها، جاء في أحكام القرآن " إن الحكم بين الناس إنما هو حقهم لا حق الحاكم؛ بيد أن الاسترسال على التحكيم خرم لقاعدة الولاية ومؤدٍ إلى تهارج الناس ، فلابد من نصب فاصل ، فأمر الشارع بنصب الوالي ليحسم قاعدة

(١) سورة المائدة ، جزء من الآية رقم (٤٩) .
(٢) سورة النساء ، جزء من الآية رقم (٥٨) .

الحرج وأذُن في التحكيم تخفيفاً عنه وعنهم في مشقة الترافع لتتم المصلحتان وتحصل الفائدتان "[1].

ـ كما يعد التحكيم طريقاً موصلاً الحقوق إلى أصحابها في الحالات التي لا تكون الدعوى مسموعة أمام القضاء بسبب مرور زمن التقادم فيلجأ المتخاصمون إلى الحَكَمْ الذي يسمع الدعوى ويصدر فيها حكمه[2]؛ لتلك الأهمية البالغة لموضوع البحث عمدنا إلى بحث شرعية التحكيم كوسيلة من وسائل فض المنازعات وبيان القواعد تضبطه والنصوص التي تنظمه، حتى يكون الأفراد على بينة من أمرهم حال اللجوء إلى هذه الوسيلة.

ثانياً:خطة البحث

المقدمة في:أهمية دراسة موضوع البحث

المبحث التمهيدي في: تعريف التحكيم، وخصائصه، والتطور التاريخي له، وتمييزه عما يشتبه معه أو يختلط به .

المطلب الأول:تعريف التحكيم.

المطلب الثاني:خصائص التحكيم.

---

(١) ابن العربي – أحكام القرآن ج٢ ، ص٦١٩ ، ط الحلبي ، ط ١٩٥٧م ، والحرج يعني : الضيق والمشقة التي تلحق بالمكلف إذا قام بعمل خارج عن حدود طاقته وهو مرفوع ويعبر عنه بقاعدة "المشقة تجلب التيسير" أو " إذا ضاق الأمر اتسع " أو " الضرورات تبيح المحظورات " . التوقيف على مهمات التعريف للمناوي ، تحقيق محمد رضوان الداية ، ص٢٧٣ ، ط١ ، دار الفكر – بيروت ، الأشباه والنظائر لابن السبكي ، ج١ ، ص٦١ ، ط دار الكتب العلمية ١٤١١هـ/١٩٩١م .

(٢) في نفس المعنى : الحموي – غمز عيون البصائر لشرح الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ج٢ ، ص٢٧١ ، ط دار الكتب العلمية – بيروت ط ١٩٨٥م . والتقادم : لغة مصدر تقادم يقال : تقادم الشيء أي صار قديماً، وقد عبرت عنه مجلة الأحكام العدلية بمرور الزمان ، ولا يخرج المعنى الاصطلاحي في الجملة عن المعنى اللغوي . الموسوعة الفقهية الكويتية الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت ، ج١٣ ، ص١١٨ ، ط٢ السلاسل – الكويت ، مجلة الأحكام العدلية – المادة ١٦٦٠ وما بعدها ، ص٣٣٤.

المطلب الثالث:التطور التاريخي للتحكيم.

المطلب الرابع:تمييز التحكيم عما يختلط به أو يتشابه معه.

المطلب الخامس:

الفصل الأول : **أحكام التحكيم** .

المبحث الأول : مشروعية التحكيم .

المبحث الثاني : موقف الفقهاء من مشروعية التحكيم .

المبحث الثالث : حكم التحكيم ،والحكمة من مشروعيته.

المبحث الرابع : شكل اتفاق التحكيم.

الفصل الثاني : شروط صحة اتفاق التحكيم .

المبحث الأول : الشروط الخاصة بالخصوم المحتكمين .

المطلب الأول : توافر الأهلية .

المطلب الثاني : رضا المحتكم .

المبحث الثاني : الشروط الخاصة بالمحكمين (المحتكم إليهم).

المطلب الأول : توافر الأهلية .

المطلب الثاني : الإسلام شرط للتحكيم .

المطلب الثالث : الذكورة كشرط للتحكيم .

المطلب الرابع : العدالة كشرط للتحكيم .

المطلب الخامس: أهلية الاجتهاد .

المبحث الثالث : الشروط التي ترجع إلى موضوع النزاع المحكم فيه .

الفصل الثالث : شروط صحة حكم المحكم،ومدي لزومه وحجته .

المبحث الأول : شروط صحة حكم المحكم، ومدي لزومه.

المطلب الأول : اشتراط الرضا .

المطلب الثاني : صدور الحكم ممن له ولاية إصداره .

المطلب الثالث : أن يكون في خصومة شرعية .

المطلب الرابع : أن يكون الحكم في مواجهة من يجوز أن يشهد له أو عليه .

المطلب الخامس : أن يكون الحكم موافقاً للأصول الشرعية

المبحث الثاني : صحة ولاية الحكم وانتهائها وسلطاته، وعوامل تحديدها .

المطلب الأول : صحة ولاية الحكم .

المطلب الثاني : انتهاء ولاية الحكم .

المطلب الثالث : سلطات الحكم وعوامل تحديدها .

المبحث الثالث : لزوم حكم المحكم للمحتكمين، وحجيته أمام القضاء المولي. "

المطلب الأول :لزوم حكم المحكم للمحتكمين .

المطلب الثاني : حجية حكم المحكم وأساسها

المطلب الثالث : نطاق حجية المحكم.

فهرس المراجع، فهرس الموضوعات .

المبحث التمهيدي

تعريف التحكيم وخصائصه

والتطور التاريخي له وتمييزه عما يشتبه معه أو يختلط به

المطلب الأول

تعريف التحكيم

الفرع الأول: تعريف التحكيم في اللغة:

ـ التحكيم مصدر – حكَّم – بتشديد الكاف وهو يعني التفويض ورفع الأمر للمخاصمة ، يقال : حكَّمت فلاناً في مالي إذا فوضت إليه الحكم فيه ، ويقال : حكَّموه فيما بينهم أي أمروه أن يحكم بينهم[1] وحاكمته إلى الحاكم : خاصمته إليه ودعوته لحكمه وحاكمته إلى الله تعالى أي دعوته إلى حكمه ، واحتكموا أو تحاكموا إلى الحاكم إذا رفعوا أمرهم إليه، والمحاكمة : المخاصمة[2] والمحكّ هو الذي يفوض إليه الحكم في الشيء، وقيل هو الرجل المجرب[3]، كما يطلق التحكيم ويقصد به : المنع، يقال : حكمت الرجل وحكمته : إذا منعته مما أراد. ومنه قول جرير:

أبني أمية أحكموا سفهاءكم ... إني أخاف عليكم أن أغضبَ[4] .

ومعنى " أحكموا " في البيت أي ردوهم وامنعوهم من التعرض لي والحَكَمُ بالتحريك اسم من أسماء الله تعالى يراد به من يُختار للفصل بين المتنازعين[5] .

---

(١) الزبيدي – تاج العروس – ج ٥ ، ص٢٥٢ ، ط دار صادر بيروت ، ط ١٣٨٦هـ ١٩٦٦م ابن منظور – لسان العرب ج ٣ ، ص٩٧١ ، ط دار إحياء التراث العربي – بيروت – لبنان .

(٢) الأزهري – تهذيب اللغة ج٢ ، ص٩٥٣ مادة حكَّم – ط الدار المصرية للتأليف والترجمة .

(٣) ابن سيدة – المحكم في اللغة ج٣ ص٥، الحلبي، ط ١٣٧٧هـ –١٩٥٨م، لسان العرب لابن منظور – ج٣ ، ص٣٧١ – دار إحياء التراث – بيروت ، معجم مقاييس اللغة لابن فارس تحقيق عبد السلام محمد هارون – ج٢ – ص٩١ طبعة الحلبي ١٣٩٠هـ/١٩٧٠م .

(٤) ابن منظور – لسان العرب ج٣ ، ص٩٥٣ .

(٥) مجمع اللغة العربية – المعجم الوسيط ج١ ، ص٢٩٠ ، الطبعة الأولى .

الفرع الثاني : تعريف التحكيم في الاصطلاح :

يفهم من العبارات الواردة في كتب الفقهاء القدامى والمعاصرين أن التحكيم لا يخرج في معناه الشرعي عن المعنى اللغوي في كونه تفويض بالفصل والقضاء في الأمور المتنازع فيها ، جاء في كتاب أدب القاضي " والتحكيم هو أن يتخذ الخصمان رجلاً من الرعية ليقضي فيما بينهما فيما تنازعاه "[١] .

. وجاء في تبصرة الحكام " إن اتخذ الخصمان حكماً ليحكم بينهما ويرتضياه فإذا فعلا ذلك جاز "[٢]، وجاء في المغنى " أن يتحاكم الرجلان إلى رجل يحكِمّاه بينهما ويرتضياه ويكون ممن يصلح للقضاء "[٣]، وجاء في البحر الرائق "التحكيم تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما "[٤]، وجاء في بعض كتب المعاصرين " التحكيم عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصاً آخر حكماً بينهما للفصل في خصوماتهما"[٥]، وجاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٧٩٠ التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاهما لفصل خصوماتهما ودعواهما[٦] .

. من النصوص السابقة يتبين أن التعريفين اللغوي والشرعي وإن اختلفت ألفاظهما إلا أنهما يتفقان معاً على أن التحكيم عقد بين طرفين في الخصومة يتولاه شخص واحد يفصل ويحكم بينهما بمناسبة علاقة معينة عقديه كانت أو غير عقدية .

، كما يرتب آثاراً إذا ما تم سليماً، كما يعد أسلوباً لفض المنازعات ملزماً لأطرافه، يرتكز على اختيار الخصوم بإرادتهم للمحكمين للفصل بينهم فيما يثور من نزاع أو يحتمل أن يثور[٧]، وهذا يدل على أن فقهاء القانون قد تأثروا تأثراً كبيراً بما ورد في

---

(١) الماوردي – أدب القاضي – ج٣ ، بند ٣٥٩٦ ، ط الإرشاد – بغداد ، ط١٣٩١هـ – ١٩٧١م . تحقيق محيي هلال السرحان .

(٢) ابن فرحون– تبصرة الحكام، ج١، ص٤٣، ط دار الكتب العلمية، ط١٣٠١هـ

(٣) ابن قدامة – المغني ، ج٩ ، ص١٠٧ ، ط مكتبة الرياض ، ط١٤٠١هـ – ١٩٨١م .

(٤) ابن نجيم – البحر الرائق ، ج٧ ، ص٢٤ ، ط دار المعرفة – بيروت .

(٥) د. مصطفى الزرقا – المدخل الفقهي العام ، ج١ ، ص٥٥٥ ، ط١٩٥٢م .

(٦) شرح مجلة الأحكام العدلية لمنير القاضي – الكتاب السادس عشر – ص٥٢٣ – ج٤ – دار الكتب العلمية – بيروت .

(٧) د/ محمد سعيد أمين التحكيم في العقود الإدارية – ص٣، د/ سميحة القليوبي – اتفاق التحكيم – ص٢ .

كتب فقهاء الإسلامي القدامى، وهذا مما يميز الشريعة الإسلامية على سائر التشريعات الوضعية وغيرها .

المطلب الثاني
خصائص التحكيم

من العبارات السابقة الواردة في تعريف التحكيم نستطيع إبراز الأساسيات الآتية لكي يزداد معنى التحكيم وضوحاً عند القارئ **ومن هذه المبادئ ما يلي** :

(١) أن التحكيم بالمعنى المتقدم يعد بديلاً لنظام التقاضي أمام المحاكم فاتفاق أطراف علاقة ما على اللجوء إلى التحكيم لفض نزاع معين إنما يعني في حقيقته سلب لاختصاص قضاء الدولة الذي كان يجب عرض النزاع عليه للفصل فيه لو لم يوجد اتفاق التحكيم[١] .

وهو أمر يترتب عليه بالضرورة انتهاء الخصومة بمجرد صدور قرار من المحكمين[٢] .

(٢) يتميز التحكيم بأنه يعطي لأطراف العلاقة قدراً كبيراً من الحرية في تحديد المحكمين الذين ينظرون في النزاع، وأن القانون لا يشترط فيهم أن يكونوا قضاة إنما يكفي أن يكونوا أشخاصاً عاديين لكن لهم خبرة بموضوع النزاع[٣].

(٣) إذا اختار الأطراف وسيلة التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ عن علاقة معينة يجب أن يفصح الأطراف عن عزمهم في إخضاع هذه المنازعات للتحكيم دون الاكتفاء بإشارة عابرة بإخراج النزاع من سلطة القضاء إنما يجب الإشارة إلى هيئة التحكيم ولا يلزم تقنين هذه الهيئة بالاسم أو الصفة ويجوز لأطراف النزاع تسمية المحكم أو المحكمين بأسمائهم أو صفاتهم فإذا لم يتفق الأطراف على اختيار المحكمين وكانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة اختياره ، أما إذا كانت الهيئة مشكلة من ثلاث محكمين اختار كل طرف محكماً ثم يتفق الطرفان على اختيار المحكم الثالث خلال ثلاثين يوماً وإلا تولت المحكمة

---

(١)د/ سميحة القليوبي ، المرجع السابق ، ص٥ .

(٢) المرجع السابق – نفس الموضع .

(٣) المرجع السابق – ص ٥ .

اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين ويكون المحكم الذي اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم[١] .

(٤) أن اتفاق التحكيم يعني تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في النزاع وقبول أطرافه لحكمها وذلك سواءً تم تقنين الهيئة اتفاقاً أو قضاءً ومن ثم فلا يجوز للطرفين أو لأحدهما الالتجاء إلى القضاء في حالة رفضهما أو أيهما حكم الهيئة[٢].

(٥) يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تعيين النزاع محل علاقة محددة حتى تتحدد ولاية المحكمين ويتسنى رقابة مدى التزامهم حدود ولايتهم ، سواءً في ذلك أن يكون الاتفاق سابق على قيام النزاع أم بعده ، وسواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد ، وبذلك أخذ القانون والقضاء[٣] ، ولا يمنع اشتراط تحديد عناصر النزاع باتفاق التحكيم أن يكون الاتفاق شاملاً لعدة عقود تغطي جميعها عملية واحدة متكاملة كما هو الشأن في عقود نقل التكنولوجيا الشاملة المتضمنة عدة عقود كتدريب العمالة وبناء المصنع وتوريد الأجهزة والمعرفة الفنية وتشغيل المصنع وتسليمه وإنتاج المنتجات وتسويقها ، كما لا يشترط أن يكون النزاع الذي تم تحديده وقت الاتفاق قائماً بالفعل فيجوز أن يكون الاتفاق على المنازعات التي تنشأ أو من الممكن أن تنشأ بينهم في المستقبل[٤] .

(٦) إذا ورد الاتفاق على شرط التحكيم بالعقد الأصلي فخروجاً على القواعد العامة التي تجعل شرط التحكيم يدور وجوداً أو عدماً مع العقد الذي ورد فيه أخذ الفقه والقانون المصري بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي يعني إخضاع كل منهما لقانون مختلف عن الآخر أو بمعنى أوضح أن بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو انقضاؤه لا أثر له على شرط التحكيم الذي يظل صحيحاً قائماً ويجب إعماله طالما كان الشرط صحيحاً في ذاته والعكس أيضاً صحيح بمعنى أن بطلان اتفاق التحكيم لا أثر له على صحة العقد الأصلي[٥] .

---

(١) د. سميحة القليوبي – المرجع السابق ، ص٧ .

(٢) المرجع السابق ، ص٨ .

(٣) راجع المادة العاشرة ، فقرة ثانية من القانون رقم ١٩٩٤/١٧م ، راجع حكم محكمة النقض في الجلسة ١٩٨٨/٣/٣٠م في الطعن رقم ١٠٥٣لسنة ٥١ق .

(٤) د. سميحة القليوبي – المرجع السابق ، ص١ .

(٥) راجع نص المادة (٢٢) من قانون التحكيم رقم ١٩٩٤/٢٧م ، ومن الفقه د. سميحة القليوبي – المرجع السابق ، ص١١ .

المطلب الثالث

التطور التاريخي للتحكيم

لمحة تاريخية عن اتفاق التحكيم في الحضارات القديمة، والتشريعات غير المقننة :

ـ عرف العالم القديم قبل الإسلام نظام التحكيم كوسيلة بديلة من اللجوء إلى الاحتكام إلى القوة أو الانتقام الفردي أو الجماعي الذي كان سائداً[١] .

وفي هذا يقول بعض شراح القانون " يعتبر التحكيم أعلى مراحل التطور الذي وصلت إليه الجماعات الفطرية، وقد استقرت فكرة التحكيم في أذهان الناس وأَلِفوا الالتجاء إليها، حتى أضحت عادة أصيلة في نفوسهم"[٢]، فالإغريق اليونان طبقوا التحكيم في مجال العلاقات الداخلية المدنية منها التجارية، حيث كان يلزم كل مواطن من مواطني أثينا أن يقوم بتسجيل اسمه في قوائم المحكمّين للقيام بهذه المهمة وكان ذلك بسبب ازدياد العبء على المحاكم الشعبية – ثم قرروا جزاءً على مخالفة هذا الواجب يتمثل في الحرمان من بعض الحقوق وكانت مهمة المحكّم الإصلاح بين المتخاصمين[٣]، وفي مجال العلاقات الخارجية فقد كان هناك مجلس دائم للتحكيم يتولى الفصل في المنازعات التي تقوم بين المدن اليونانية، سواءً فيما يتعلق بالمسائل المدنية أو التجارية ، كما عرف الإغريق اليونان معاهدات التحكيم الدائمة[٤] .

ـ وفي روما أنشأ الملك وظيفة خاصة تتولى الفصل في المسائل المدنية يتولاها حاكم يسمى " بريتور " الذي كان يسمع ادعاءات الخصوم ويسجلها ثم يرفع النزاع برمته إلى الحَكَمْ الذي يختاره الخصوم ليفصل في نزاعاتهم "[٥] .

---

(١) صوفي أبو طالب ، تاريخ النظام القانونية والاجتماعية ، ص٣٧ ، ٣٨ ، دار النهضة العربية ، د/ محمود سلام زناتي ، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية في مصر ، ص٨٨ ، ط ١٩٨٩م .

(٢) د. صوفي أبو طالب – مبادئ تاريخ القانون – ص٧٩ ، ط مكتبة النهضة العربية ، ط١٩٥٧م .

(٣) د. فخري أبو سيف مبروك – مظاهر القضاء الشعبي لدى الحضارات القديمة– مقال بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية – السنة السادسة – العدد الأول / يناير ١٩٧٤م ، ص١٠٣ وما بعدها .

(٤) د. عبد الحسين القطيفي – التحكيم في المنازعات الدولية – مقال بمجلة العلوم القانونية – بغداد – العدد الأول سنة ١٩٦٩م ، ص٣٢ .

(٥) راجع في التحكيم عند الرومان – د. محمد عبد المنعم بدر ، د. عبد المنعم البدراوي ، مبادئ القانون الروماني ، ص٢٠، ٢٤ ط د. محمود السقا – تاريخ القانون المصري – ص٢٥٤ ، ٢٧٠ ط مكتبة القاهرة الحديثة ، ط١٩٧٠م . د. أبو زيد رضوان – الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي – ص٤ ، ط دار الفكر ط ١٩٨١م .

ـ كما عرف البابليون والأشوريون نظام التحكيم في الخصومات الذي كان يعتمد على تحكيم الآلهة والكهنة، فقد عثر على لوح حجري مكتوب عليه باللغة السومرية نصوص معاهدة أبرمت في القرن الحادي والثلاثين قبل الميلاد نصت هذه المعاهدة على احترام خندق الحدود بين مدينتي سومريتين كما اشتملت على شرط التحكيم لفض أي نزاع ينشأ بينهما بشأن الحدود[١]، وأعطى الملك عند القدماء المصريين بجانب ما يقوم به أمير الإقليم من الفصل في الخصومات للأفراد حق اللجوء إلى التحكيم لفض ما ينشأ فيما بينهم من منازعات، وكان اتفاق التحكيم هو الذي يحدد أعضاء هيئة التحكيم التي تتولى التحكيم ويحدد أيضاً الإجراءات المتبعة أمام تلك الهيئة، والجزاء الذي يوقع، وكان حكم الهيئة يعتبر حكم نهائي قابل للتنفيذ دون حاجة إلى عرضه على القضاء[٢] .

. وكان للعرب في الجاهلية حكام يلجأون إليهم لفض منازعاتهم ممن اتصفوا بإصابة الرأي، وسعة المدرك ورجاحة العقل، ويقظة الضمير وممن لهم علم بأعراف القوم وتقاليدهم ومن أمثلة هؤلاء أكتم بن صيفي بن رباح، وعامر بن الظرب العدواني، وحاجب بن زرارة بن عدس التميمي، وهاشم بن عبد مناف القرشي ، وعبد المطلب بن هاشم جد الرسول (ﷺ)، بل لم يقتصر أمر التحكيم على الرجال إنما كانت هناك نساء محكمات ممن اتصفن بإصابة الحكم وفصل الخصومات [٣]، كخصيلة بنت عامر بن الظرب العدواني فقد كانت العرب تتحاكم عندها فيما يثور بينهم من مشاجرات في الأنساب وغيرها[٤] .

. كما شد العرب الرحال إلى الكهنة للحكم فيما يقع بينهم من منازعات اعتقاداً منهم بأن الكاهن يستطيع بما يعلمه من الغيب أن يعلم الظالم من المظلوم وصاحب الحق من غيره[٥] .

---

(١) د. شعيب أحمد سليمان – التحكيم في منازعات الخطة الاقتصادية العامة ، ص١٤ منشورات وزارة الثقافة والإعلام– العراق – ط دار الرشيد للنشر ، ط١٩٨١م .

(٢) د. فؤاد عبد المنعم – حكم الإسلام في القضاء الشعبي ، ص١٨ ، ط١٣٩٣هـ – ١٩٨٣م .

(٣) الألوسي – بلوغ الأدب – ج١ ، ص٢٧٨ تصحيح محمد بهجة الأثري ، ط دار الكتب العلمية – بيروت – اليعقوبي – تاريخ اليعقوبي ، ج١ ، ص٢٥٨ .

(٤) المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام ، د/ جواد علي ، ج٤ ، ص٣٤٤ .

(٥) ابن هشام – سيرة ابن هشام ، ج١ ، ص١٦٦ ، ط دار الفكر السهيلي – الروض الأنيق ، ج١ ، ص١٤٨ – ط مكتبة الكليات الأزهرية .

كما عرف العرب قبل الإسلام الاحتكام إلى النار اعتقاداً منهم أن الظالم تأكله النار، وأن البرئ

لا تمسه بسوء ومازال لهذه الوسيلة إلى التحاكم أثر بقية عند العرب في شمال سيناء[1]، كما عرف العرب التحاكم إلى الأزلام في الظن والإقامة والتجارة وأمور النكاح وفض الخصومات[2] وظل الحال على هذه حتى جاء الإسلام فحرم هذه الوسائل لما فيها من الإشراك بالله والحكم بغير ما أنزل الله تعالى .

قال تعالى : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ }[3] واستبدل الإسلام الوسائل المحرمة بوسائل أخرى مثل التحاكم إلى أولى الفضل بعد الرسول (ﷺ) أما في عهد النبي (ﷺ) فقد كان التحاكم قاصراً عليه (ﷺ) بأمر الله تعالى :{ فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىَ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجاً مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيماً }[4]

ثم قال تعالى : { وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحاً يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا }[5]

(١) د. أحمد صفوت– مقدمة القانون ، ص٣٧٨ ، ط١٩٢٤م ، الألوسي – المرجع السابق ، ج٣، ص٦٦ – الطبري ، تفسير الطبري ، ج٦ ، ص٧٦ وما بعدها .

(٢) الألوسي – المرجع السابق ، ج٣ ، ص٦٦ ، الطبري ، تفسير الطبري ، ج٦ ، ص٧٦ وما بعدها .

(٣) سورة المائدة – الآية ٩٠ .

(٤) سورة النساء – الآية ٦٥ .

(٥) سورة النساء – الآية ٣٥ .

المطلب الرابع
تمييز التحكيم عما يختلط معه أو يشتبه به

يختلط التحكيم كوسيلة من وسائل فض المنازعات في كونه إنابة فرد أو هيئة في فض المنازعات الفردية أو الدولية بغيره من الوسائل ذات الصلة بفض المنازعات كالقضاء والخبرة والصلح؛ نتعرض لأوجه الاتفاق والاختلاف بين هذه الوسائل والتحكيم **وذلك فيما يلي**

سبق القول بأن التحكيم هو أسلوب لفض المنازعات يرتكز على اختيار الخصوم بإرادتهم أفراداً عاديين أو هيئة للفصل فيما يثور بينهم أو يحتمل أن يثور بينهم من نزاع[١] .

أولاً: التحكيم والقضاء

القضاء يعني الحكم الذي يفصل بالإدانة أو البراءة على سبيل الحسم والإلزام في جريمة يعاقب عليها الشرع بالحد أو التعزير أو الغرامة وفي نطاق الاختصاص المنوط بالمحكمة أو الهيئة التي أصدرت الحكم[٢]، والتحكيم كما عرَّفه بعض فقهاء القانون بأنه : عقد يتم بين طرفين ويتبع ذلك ضرورة توافر شروط صحة هذا العقد من أهلية أطرافه وتوافر شروط الرضا بالإضافة إلى وجود سبب ومحل مشروعين، كما يرتب شرط التحكيم آثاراً إذا ما تم سليماً وفقاً لشروط صحته[٣]، ومن تعريف القضاء والتحكيم نلحظ وجود أوجه اتفاق وأوجه اختلاف بينهما .

أوجه الاتفاق:

يتفق التحكيم والقضاء في ضرورة توافر الأهلية القانونية في شخصية من يباشرها أعني المَحَكمّ والقاضي فلابد من توافر البلوغ والعقل إلى غير ذلك من الشروط التي يجب توافرها في أهلية الشهادة والاجتهاد[٤] .

---

(١) د. محمد سعيد أمين – التحكيم في العقود الإدارية – المرجع السابق ، ص٣ .

(٢) د. عبد الحسيب سند عطية – حجية الحكم الجنائي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، ص٣١ .

(٣) د. سميحة القليوبي – اتفاق التحكيم – البحث السابق ، ص٢ .

(٤) بدائع الصنائع ، ج٦ ، ص٢٦٧ ، ط١ ، دار إحياء الكتاب العربي ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ، ج٤، ص١٢٩ ،/ ١٣٥ ، ط دار إحياء الكتب العلمية ، شرح مختصر خليل للخرشي ، ج٧ ، ص١٣٨ ، ١٤٥ ، ط دار الفكر العربي ، أدب القاضي للماوردي ، ج٢ ، ص٣٧ ، ط دار الكتب العلمية ، المحلي لابن حزم ، ج٩ ، ص٣٦٣ ، ط دار الآفاق العربية .

. كما يتفق التحكيم والقضاء في أنهما وسيلتين من وسائل الفصل في النزاع إذ أن الحكم الذي يصدره المَحَكّم يكون بمنزلة حكم القاضي المقلد[١]، أو بمعنى آخر نستطيع القول بأن التحكيم صورة من صور القضاء .

أوجه الاختلاف

القضاء والتحكيم يفترقان في عدة وجوه منها :

(١) أنَّ المُحَكّم لا يتقيد ببلد أو قرية معينة؛ وذلك بخلاف القضاء الذي يتقيد ببلد القاضي[٢] .

(٣) حكم المحكّم أدنى درجة من القاضي وإذا كان حكم المحكم مخالفاً لمذهب القاضي فيبطله القاضي بعكس حكم القاضي[٣] .

(٤) للمحكمين عزل المحكم قبل الحكم وليس لهما عزل القاضي[٤] .

(٥) المحكم هو ما كان مقاماً من قبل الخصوم، أما القاضي فهو ما كان مقاماً من طرف السلطان[٥] .

ثانياً : التحكيم والخبرة

الخبرة هي العلم والمعرفة بباطن الأمور[٦]، والخبير هو العالم الذي برع في علم من العلم أو فن من الفنون وتنحصر مهمته في إبداء رأيه بناءً على خبرته في موضوع معين طلب منه القاضي أو المحكم إبداء الرأي فيه دون أن يكتسب هذا الرأي صفة الإلزام لا للخصوم ولا للقاضي فهو مجرد رأي استشاري للمُحَكّم أو للقاضي

(١) الكاساني – بدائع الصنائع – ج٧ ، ص٥ .

(٢) ابن فرحون – تبصرة الحكام – ج١ ، ص٤٤ – ابن نجيم – البحر الرائق ، شرح كنز الدقائق ، ج٧ ، ص٢٧ وما بعدها – الماوردي – الحاوي الكبير ، ج١٦ ، ص٣٢٥ ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي – ج٣ ، ص٤٦٧ .

(٣) در الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ، ج٤ ، ص٥٧٨ ، ط دار الجيل – بيروت .

(٤) حاشية ابن عابدين ، ج٤ ، ص٣٤٨ ، بدائع الصنائع ، ج٧ ، ص٥ ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٤٤ .

(٥) بلغة السالك لأقرب المسالك – ج٢ ، ص٣٠٥ ، ط المكتب التجارية .

(٦) مختار الصحاح للرازي – ص١٩٦، تحقيق محمود خاطر – مكتبة لبنان – بيروت – ١٤١٥هـ/١٩٩٥م، الجرجاني – التعريفات – ص٨٧ .

الأخذ به أو تركه[١]. أما حكم المُحَكم فإنه إذا ما صدر صحيحاً كان ملزماً للخصوم حتى وإن خالف رغباتهم وأهوائهم الشخصية[٢] .

ثالثاً : التحكيم والصلح:

الصلح : عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتخاصمين بتراضيهما[٣]، ومما سبق من تعريف التحكيم يتبين أن هناك وجه اتفاق بينهما وأوجه اختلاف .

أوجه الاتفاق

يتفق التحكيم والصلح من حيث أن كليهما يعتبر عقداً رضائياً وأنهما يؤديان إلى إنهاء النزاع بل غالباً ما يؤدي التحكيم إلى نفس ما يؤديه الصلح من حيث التصالح بين المتخاصمين وعودة الوئام والاستقرار بينهما، وهذا يؤدي إلى استقرار التعامل بين الأشخاص[٤] .

أوجه الاختلاف :

(١) يختلف التحكيم عن الصلح من حيث أن الأصل في الأول عدم اللزوم لطرفيه عند إبرام عقد التحكيم ، فكل منهما له حق الرجوع بالفسخ ما لم يصدر المُحَكّم حكمه فإذا صدر الحكم صار ملزماً لا يصح الرجوع بالإرادة المنفردة لأحد أطرافه ، بخلاف عقد الصلح فإنه لازم منذ إبرامه متى كان العقد صحيحاً مستوفياً لأركانه وشروطه فليس لأي طرف حق الرجوع إلا بتراضي الطرف الآخر[٥] .

(٢) كما يختلف التحكيم عن الصلح من حيث أن الأول لا يتضمن النزول عن الحق أو جزء منه فهو يهدف إلى إيصال الحقوق إلى مستحقيه؛ وذلك بخلاف

---

(١) د. محسن شفيق – التحكيم التجاري الدولي – ص٢٥ .

(٢) في نفس المعنى : ابن جزي ، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزي ، ص٣١٢ ، ط عالم الفكر ، بدائع الصنائع ، ج٩ ، ص٤٠٨ ، د. أحمد أبو الوفا – التحكيم الاختياري والإجباري – ص٢٨ ، ط١٩٧٨م .

(٣) الشيخ / محمد قدري باشا – مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان المادة ١٠٣٦ .

(٤) الشيخ / علي الخفيف – مختصر أحكام المعاملات الشرعية ، ص٢٤٩ .

(٥) الشيخ علي الخفيف – المرجع السابق ، ص٢٤٩ ، في نفس المعنى د/ يس محمد يحيى ، عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني ، ص١٧٥ ، ط دار الفكر العربي .

الصلح الذي يتضمن عادة النزول عن بعض الحق؛ لذا لا يقبل من الولي أو الوصي صلح عن عائد لصغير أو قاصر على بدل أقل من قيمة هذه الحقوق[١] .

(٣) كما يختلف عقد الصلح عن التحكيم من حيث أن المصالح يكون على بينة من أمره بشأن الحق الذي يتنازل عنه أو بعضه وبما سيؤول إليه الحكم من حيث معرفته بما سيتنازل عنه أو بما سيعود عليه ، في حين أن المتحكم لا يعلم بمصير الحكم فهو في ريبة من أمره أيقضي له أم عليه[٢]

(١) الشيخ / علي الخفيف – المرجع السابق – نفس الموضع ، د. يس محمد يحيى ، المرجع السابق ، نفس الموضع .

(٢) د. مصطفى الزرقا – المدخل الفقهي العام – بند ٢٨٤ .

الفصـــل الأول

أحكـــام التحكيم

وينقسم إلى أربعة مباحث :

المبحث الأول : **مشروعية التحكيم**.

المبحث الثاني : **موقف الفقهاء من هذه المشروعية**.

المبحث الثالث : **حكم التحكيم ،والحكمة من مشروعيته**.

المبحث الرابع : **شكل اتفاق التحكيم**.

المبحث الأول
مشروعية التحكيم

ـ التحكيم كوسيلة من وسائل تسوية المنازعات بين الخصوم مشروع دلت على مشروعيته النصوص من الكتاب والسنة ، كما انعقد إجماع علماء الأمة قديماً وحديثاً على جواز الأخذ بنظام التحكيم في الخلافات الأسرية والحقوق المدنية والقضايا الجنائية ، **وسوف نعرض لهذه الأدلة فيما يأت :**

أولاً : أدلة مشروعية التحكيم من القرآن الكريم :

(١) قوله تعالى { **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحاً يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا** }[١] .

وجه الاستدلال :

يمكن الاستدلال بهذه الآية على مشروعية التحكيم **من وجهين :**

أولهما : أن هذه الآية نزلت في التحكيم بين الزوجين ، حيث أمر الله تعالى ببعث حكمين من أهل الزوجين في حالة الشقاق أو الخوف من وقوعه ، وذلك حفاظاً على وحدة الأسرة وكيانها ، وإذا كان الشرع قد شرع التحكيم لرأب الصدع الذي يحدث بين الزوجين فجوازه فيما يقع بين أفراد المجتمع من خصومات ودعاوى أولى[٢] .

ثانيهما : قال بعض الفقهاء أن الآية أصل في جواز التحكيم بين الخصمين وأن الأمر في قوله تعالى { **فَابْعَثُواْ** } يفيد الوجوب ولا يصرف عن الوجوب إلا بقرينة تدل عليه ولم توجد فيبقى الأمر للوجوب ، وإن كان الحكمين من الأقارب فالأمر على سبيل الندب[٣] .

(٢) قوله تعالى { **فَإِن جَآؤُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُم أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئاً** }[٤] .

---

(١) سورة النساء – الآية ٣٥ .

(٢) السرخسي – المبسوط – ج٢١ ، ص٣٢ ، الولوالجي – فتح الولوالجي – مخطوط بالأزهر برقم ٦٨٧٢/٢٠٣٣ ، ج٢ ، ص١٢٧ ، ابن نجيم – البحر الرائق ، ج٧ ، ص٢٥ .

(٣) الخصاف – شرح الجصاص – أدب القاضي – بند ٦٧٣ ، ص٥٨٤ ، ط منشورات الجامعة الأمريكية – القرطبي – الجامع لأحكام القرآن ، ج٥ ص٧٨ ، ط دار الكتب المصرية ، ط١٩٦٧م .

(٤) سورة المائدة من الآية ٤٢ .

وجه الدلالة :

أن الله تعالى خيرَّ رسوله (ﷺ) بين الحكم أو الإعراض عن أهل الكتاب متى احتكموا إليه في خصوماتهم ، وأخبره أنه لا ضرر عليه في الدين أو الدنيا إذا ما أختار أياً من الأمرين .

ثانياً : مشروعية التحكيم في السنة النبوية ومنها :

(١) ما رواه مسلم وغيره عن أبي سعيد الخدري أنه قال: نزل أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ فأرسل النبي (ﷺ) إليه فأتى على حمار، فلما دنا من المسجد، قال (ﷺ) هؤلاء نزلوا على حكمك، فقال : تقتل مقاتلهم وتسبى ذراريهم قال قضيت بحكم الله أو ربما قال (ﷺ) قضيت بحكم الملك[١] .

وجه الدلالة :

الحديث صريح في جواز التحكيم حيث إن النبي (ﷺ) قبل تحكيم بني قريظة، ثم جعل الحكم فيهم لسيدنا سعد بن معاذ فلو لم يكن التحكيم مشروعاً لما حكَّم (ﷺ) سعداً ولما عمل بحكمه في بني قريظة .

(٢) ما رواه مسلم عن بريدة أن رسول (ﷺ) كان إذا أمرَّ أميراً على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيراً حيث قال " وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم على حكم الله ، ولكن أنزلهم على حكمك ، فإنك لا تدري أتصيب حكم الله فيهم أم لا "[٢] .

وجه الدلالة :

الحديث صريح في أن الرسول (ﷺ) كان يأمر قواده في الجيوش والسرايا بقبول التحكيم متى طلب

خصومهم ذلك، وأنه كان يوصي قواده بأن ينزلوا الخصوم على حكمهم، فدل ذلك على أن التحكيم مشروع .

---

(١) ابن نجيم – البحر الرائق – ج٥ صـ٤٩٨ .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه ، ج٢ ، ص٦٩ ، باب تأمير الإمام الأمراء على البعوث ووصيته إياهم بآداب الغزو وغيرها ، ط الحلبي .

ثالثاً : مشروعية التحكيم بالإجماع :

لقد ورد في كتب الفقهاء[١] ما يدل على أن أكابر الصحابة كانوا يحكِّمون فيما يثور بينهم من منازعات وخصومات، فقد تحاكما عمر وأُبى بن كعب إلى زيد بن ثابت، وأن عثمان وطلحة تحاكما إلى جبير بن مطعم وكان ذلك بمحضر من الصحابة ، ولم ينقل عن أحد منهم الإنكار فكان ذلك إجماعاً سكوتياً على مشروعية التحكيم "[٢].

رابعاً : مشروعية التحكيم من المعقول :

ذكر بعض فقهاء الحنفية أن التحكيم مشروع لحاجة البشر إليه، وأن القول بعدم جوازه يوقع العباد في الضيق والحرج، إذ قد يصعب على بعض الخصوم الحضور إلى مجلس القضاء للفصل فيما يثور بينهم من منازعات والضيق والحرج مرفوع عن الأمة فجاز التحكيم للحاجة[٣] .

المبحث الثاني
موقف الفقهاء من مشروعية التحكيم

رغم أن النصوص القرآنية والأحاديث النبوية يومي ظاهرها بمشروعية التحكيم، إلا أن تلك المشروعية لم ترق إلى درجة الأمر المسلم به لدى جميع الفقهاء خاصة مع وجود القاضي؛ لذا فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى في حكم اللجوء إلى التحكيم، **ويمكن حصر الخلاف في ثلاثة أقوال** :

---

(١) السرخسي – المبسوط ، ج٢١ ، ص٦٢ ، الميداني – البناية شرح الهداية ، ج٧ ، ص٦٦ – الأنصاري – أسنى المطالب شرح روض الطالب ، ج٤ ، ص٢٨٧ ، الزيلعي – تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج٤، ص١٩٣ .

(٢) المغني لابن قدامة ، ج٩ ، ص١٠٨ ، مكتبة الجمهورية – شرح فتح القدير على الهداية – ج٧ ، ص٣١٦، طبعة الحلبي .

(٣) الزيلعي – تبيين الحقائق – ج٤ ، ص١٩٣ – الطرابلسي – معين الحكام – فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ، ص٢٥ ، ط دار الفكر – بيروت ، د– نصر فريد واصل – السلطة القضائية في الإسلام – ص١٧٨ ، مطبعة الأمانة ١٤٠٣هـ/١٩٨٢م .

القـول الأول

يرى جمهور الشافعية : عدم جواز التحكيم مطلقاً وُجدَ القاضي أم لم يوجد وقد احتجوا لهذا القول " بأن حكم المحَكّم افتيات على رأي الإمام ونوابه وهم القضاة وأن التحكيم يؤدي إلى اختلال أمر الحكام وقصور نظرهم والافتيات عليهم، وقد أولوا النصوص الواردة بالتحكيم بأنها واردة في نواب الأمراء وهم القضاة بدليل قصة سعد بن معاذ حيث أنابه النبي (ﷺ) في التحكيم[١] .

القـول الثاني

ذهب جمهور الحنفية وبعض الشافعية إلى القول بجواز التحكيم مطلقاً أي ولو مع وجود القاضي في البلد الذي ثار فيه النزاع .

وقد احتج هـؤلاء بقـولهم : أن للمحكمّين الولاية على أنفسهما فصح تحكميهما لأن صحة تحكيم المحكمّين مبنية على تمتعهما بالولاية على النفس، كما أن القول بعدم جواز التحكيم مع وجود القاضي فيه تضييق الأمر على الناس لأنه قد يصعب في بعض الأحيان على الناس الحضور إلى مجلس القضاء، أو قد يكون موضوع النزاع لا يستدعي رفع الدعوى أمام القضاء[٢] .

القـول الثالث

ويرى أنصاره وهم الظاهرية وبعض الحنفية جواز التحكيم عند عدم القاضي وقد احتجوا لهذا بقولهم أن القاضي أصل في القضاء في المنازعات وأن المحكم نائب عنه أو بدل فلا يجوز اللجوء إلى المحكم الذي هو بدل عن القاضي إلا عند عدمه[٣] .

الترجيـح :

بعد عرض آراء الفقهاء في مشروعية التحكيم نرى ترجيح القول بجواز التحكيم مطلقاً لما سبق من عرض الأدلة الدالة على جواز التحكيم من غير تقييد بوجود قاضي أو بعدم وجوده، أضف إلى ذلك أن الغرض من نصب القاضي هو الفصل في

---

(١) في نفس المعنى ٠٠ الشيخان قليوبي وعميرة حاشيتهما ، ج٤ ، ص٢٩٨ ، الشربيني الخطيب – مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٢٧٩ .

(٢) السرخسي – المبسوط ، ج١٦ ، ص٧٣ ، الفتاوى الهندية ، ج٣، ص٣٩٧ ، الطرابلسي – معين الحكام – المرجع السابق ، نفس الموضع – الماوردي – أدب القاضي ، ج٢ ، ص٢٧٩ .

(٣) ابن حزم – المحلي – ج٩ ، ص٤٣٥ – ابن الهمام – فتح القدير ، ج٥ ، ص٤٩٨ .

الخصومات وقطع المنازعات والمشاجرات التي تقوم بين الأشخاص بحكم الشرع، والتحكيم لا يخرج عن حكم الشرع في تحقيق هذا المقصود.

المبحث الثالث

حكم التحكيم ، والحكمة من مشروعيته

التحكيم عند القائلين بمشروعيته مطلقاً – سواءَ في حالة وجود قاضي أم عدم وجوده ، تعتريه أحكام تكليفية ثلاثة هي الوجوب والجواز والحظر – فيكون واجباً إذا ورد به نص كما في حالة اشتداد الشقاق بين الزوجين – أي الخلاف بين الزوجين، فإنه يجب على القاضي، أن يبعث حكمين لأنه من باب رفع الظلم وهو من الفروض العامة على الحاكم[١]

قال سبحانه وتعالى { فَابْعَثُواْ حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَا }[٢] والأمر إذا تجرد من القرائن دل على الوجوب حقيقة ولا يصرف عنه إلا بقرينة تدل عليه، ولم توجد ، فبقى الأمر للوجوب[٣] .

ويكون واجباً أيضاً إذا أمر به الحاكم أو السلطان ورأى أن من المصلحة إنهاء الخصومة عن طريق التحكيم فله ذلك، لأن تصرف الحاكم أو السلطان منوط بتحقيق المصلحة فيجب تنفيذ أمره[٤] .

ـ وقد يكون محظوراً إذا رأى السلطان أن المصلحة في حظره ومنعه إذ السلطان له تنظيم ولاية القضاء من حيث الزمان والمكان والموضوع فلأن يكون له منع التحكيم للمصلحة أولى[٥] .

---

(١) الرملي – نهاية المحتاج ، ج٦ ، ص٣٩٢ .
(٢) سورة النساء ، من الآية ٣٥ .
(٣) د. محمد سلام مدكور – الأمر في نصوص التشريع الإسلامي ، ص١٣٨ .
(٤) د. محمد سلام مدكور – الإباحة عند الأصوليين ، ص٣٤٠ .
(٥) ابن الفرس – الفواكه البدرية ، ص٧٥ .

وفيما عدا الحالات السابقة يكون التحكيم مباحاً أي جائزاً قبل صدور الحكم[١] واللزوم بعده[٢] .

ثانياً : الحكمة من مشروعية التحكيم :

مما لا شك فيه أن للمحكّم دور هام في :

(١) الفصل في الخصومات والتي من شأنها أن توقد نار العداوة والضغائن بين الناس متى تركت دون بت فيها – وحكم المحكم بالتحكيم يحقق مصلحتين[٣] هما تخفيف العبء عن القضاء، ومصلحة الأفراد في رفع الشُقَةِ[٤]، عنهم من الانتظار في ساحات القضاء، وسرعة القضاء في دعواهم، وهذا من باب التيسير على العباد الذي حث عليه الشارع بقوله تعالى { **يُرِيدُ اللّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ** }[٥] .

(٢) يمتاز الفصل في الخصومات بطريق التحكيم عن الفصل بالقضاء أن الأول ينهي النزاع بما يؤدي إلى إصلاح ذات البين، أما فصل القضاء وإن كان يؤدي إلى إنهاء النزاع إلا أنه إنهاء بغير رضا فيورث الضغائن قال سيدنا عمر بن الخطاب ٠٠ فصل القضاء يورث في القوم الضغائن[٦]؛ لذلك كان ينهي عنه بين الأقارب .

المبحث الرابع

شكل اتفاق التحكيم

ـ اعتد فقهاء الشريعة الإسلامية بكل اتفاق على التحكيم أياً كانت صورته فسواءً ورد هذا الاتفاق في عقد التحكيم أم في اتفاق مستقل، وسواءً أكان الاتفاق سابقاً على العقد أم لاحقاً له، وسواءً عينا شخص المحَكّم بنفسيهما أم عهدا بذلك إلى

---

(١) المقصود بالجواز في الشريعة عدة أمور – أولاها : رفع الحرج وهو أعم من أن يكون واجباً أو مندوباً أو مكروهاً ، ثانيها : يطلق على مستوى الطرفين وهو التخيير بين الفعل والترك ، ثالثها : يطلق على ما ليس بلازم . وهذا اصطلاح الفقهاء في العقود يقولون الوكالة والشركة عقدان جائزان ويعنون بذلك ما للعاقد فسخه ، راجع : الحموي – شرح الأشباه ، ج٣ ، ص٤٣٧ .

(٢) ابن نجيم – البحر الرائق ، ج٧ ، ص٢٥ – ابن فرحون – تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٤٣ ، الشربيني الخطيب – مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٣٧٨ ، ابن قدامة – المغني ، ج٩ ، ص١٠٧ .

(٣) ابن العربي – أحكام القرآن ، ج٢ ، ص٦١٩ .

(٤) الشقة : من الشق وهو المشقة ، ومنه قوله تعالى { إلا بشق الأنفس } ، والشقة من الثياب ، والشقة أيضاً : السفر البعيد . يقال شقة شاقة . (مختار الصحاح) للرازي ، ص٣٥٤ .

(٥) سورة البقرة من الآية ١٨٥ .

(٦) ابن أبي شيبة – مصنفه في الأحاديث والآثار ، ج٧ ، ص٢١٣ .

غيرهما[١]، كما أجاز الفقهاء للقاضي المختص بنظر النزاع أصلاً أن يعين لهما حكماً – جاء في البدائع " وإن نزلوا على حكم رجل غير معين للإمام أن يعين رجلاً صالحاً للحكم "[٢]

ـ كما عرف الفقه الإسلامي التحكيم بالإحالة وذلك فيما إذا اصطلحا الخصمان على حَكَمْ ليفصل في خصومتهما ولم يعيناه ولكنهما اختصما إليه بالفعل فإذا حكم بينهما صح حكمه[٣].

وشرط التحكيم باعتباره عقداً الأصل فيه أن يكون منجزاً برتب حكمه فور انعقاده لكن أجاز الفقهاء تعليقه على شرط كأن يقول المحتكمان لشخص إذا قدم فلان فاحكم بيننا، كما يجوز إضافته إلى المستقبل كأن يقولا لرجل أحكم بيننا غداً أو بعد غد، كما يجوز تقييد التحكيم بنوع من القضايا أو بوقت معين كأن يقولا للمحَكّم أحكم بيننا في العقار دون المنقول، أو تقيده ببلد معين أو بوقت معين كأن يقولا حكمناك على أن تحكم في مجلسك هذا، فإذا مضى الوقت المحدد في التحكيم ولم يصدر حكمه انتهت ولايته فإذا قضى بعد ذلك لا ينفذ حكمه[٤]، واشترط الفقهاء تعيين الحكم فإذا اتفق الخصوم على تحكيم رجل ولم يعيناه لم يجز إجماعاً للجهالة كأن يتفقا على تحكيم أول من يدخل عليهما[٥] .

---

(١) الإمام الطحاوي – حاشيته – ج٣ ، ص٢٠٧ ، علماء الهند – الفتاوى الهندية، ج٣ ، ص٤٠٠ – الشيخ علي حيدر – شرح مجلة الأحكام العدلية ، ج٤ ، ص٦٤ .

(٢) الكاساني – البدائع ، ج٩ ، ص٤٣٢٣ .

(٣) علماء الهند – المرجع السابق ، ج٣ ، ص٣٩٨ .

(٤) ابن سماوة – جامع الفصوليين ، ج٢ ، ص٣ – الزيلعي – تبيين الحقائق ، ج٥ ، ص١٥ ، ابن نجيم – البحر الرائق ، ج٧ ، ص٢٧ . الحصكفي – شرح الدار المنار ، ج٢ ، ص١٥٠ ، ابن فرحون – تبصرة الحكام – ج١ ، ص٤٤ – ابن تيمية – الفتاوى الكبرى ، ج٣٥ ، ص٣٦ – د. سلام مدكور – المدخل للفقه ، ص٦٠٦ . د. مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج١ ، ص٥٠٧.

(٥) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، نفس المرجع السابق ، ص١٦ ، الطحاوي ، حاشيته ، ج٣ ، ص٢٠٧ ، الشيخ علي قراعة ، الأصول القضائية ، ص٢٤٥ ، د. إبراهيم عبد الحميد ، نظام القضاء في الإسلام ، ص٤٧ .

الفصـــل الثـــاني
شروط صحة اتفاق التحكيم

تمهيد :

ثمـة شـروط ينبغـي توافرهـا حتـى يكـون التحكيم صـحيحاً منتجـاً لآثـاره وهـذه الشروط بعضها يرجـع إلـى الخصوم المحتكمين وبعضها يرجـع علـى الفرد أو الهيئـة التـي تقوم بالتحكيم (المحَكّمين) وبعضها يرجع إلى موضوع النزاع محل التحكيم . وسوف نتناول بيان كل شرط على حدة من الناحية الشرعية في المباحث الآتية :

المبحث الأول :الشروط الخاصة با لمحتكمين .
المبحث الثانى:الشروط الخاصة با لمحكمين .
المبحث الثالث:الشروط التى ترجع إلى موضوع النزاع المحكم فيه .

المبحث الأول
الشروط الخاصة بالخصوم(المحتكمين)

لما كان التحكيم تصرف يرتب آثاراً شرعية؛ لذا فإنه يشترط في المحتكم توافر أهلية التصرفات وأيضاً الرضا بالتصرف الذي يبرمه، وسوف نتناول هذين الشرطين بمزيد من الإيضاح ، **وذلك فيما يلي** :

المطلب الأول
توافر الأهلية

اتفقت كلمة فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى والمعاصرين على أنه يجب أن تكون عبارة المحتكم معتبرة شرعاً ، وهذا يعني أنه يجب أن يتوافر فيه العقل والبلوغ لأنهما مناط التكليف وهما شرط في صحة التصرفات؛ لذا فلا يصح تحكيم الصبي غير المميز فإن كان مميزاً مأذوناً له صح تحكيمه في حدود الإذن اللهم إلا إذا كان تحكيمه ضاراً بغرمائه فلابد من توافر رضاهم حتى ينفذ تحكيمه في مواجهتهم(١)، أما الصبي المميز غير المأذون له فتحكيمه موقوف على إذن وليه، فإذا أجازه صح ونفذ حكم المحكم في حقه عند بعض الفقهاء، ويرى البعض أن تصرفات الصبي المميز غير المأذون له والتي تدور بين النفع والضرر باطلة ولا يصححها إلا الإذن السابق على التعاقد اللاحق(٢)، والعلة في عدم جواز التحكيم من الصبي غير المميز والمجنون ومن في حكمها انعدام أهليتهما، فإذا أبرم أيّاً منهما عقد التحكيم فإن تصرفه

---

(١) علماء الهند – الفتاوى الهندية – ج٢ ، ص٢٩٨ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٤٤ ، الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٣٧٥ ، البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦ ، ص٣٩ ، ابن حزم المحلي ، ج٦ ، ص٣٦٣ ، محمد يوسف موسى ، الأموال ونظرية العقد ، ص٣٢٢ ، ط ٢ ، دار الكتاب العربي ، ١٩٥٢م .

(٢) ابن نجيم – البحر الرائق – ج٧ ، ص٢٤ ، ط دار المعرفة – بيروت – ابن فرحون – تبصرة الحكام – ج١ ، ص١٨ ، أدب القاضي ، ج١ ، ص٦١٩ ، مغني المحتاج ، ج٢ ، ص٧ ، التلويح على التوضيح للتفتازاني ، ج٢ ، ص٣٤٢ ، وما بعدها ، ط دار الكتب العلمية ١٤١٦هـ/١٩٦٦م ، المغني لابن قدامة ، ج٤ ، ص٣٢١ ، ط دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠٥هـ .

يكون باطلاً ولا ينتج أي أثرٍ شرعي[١] لأنهما ليس لهما ولاية على أنفسهما، فمن باب أولى ألا تكون لهما ولاية على غيرهما[٢].

المطلب الثاني
رضا المحتكم

لا يكفي لانعقاد اتفاق التحكيم وصحته توافر الأهلية في المحتكمين بل لابد من رضاهما بذلك الاتفاق ، ويشترط أن يكون الرضا بالتحكيم من وقت الاتفاق عليه وحتى صدور الحكم فيه، فإذا رضى به أحدهما ولم يرض الآخر، أو رضيا به ثم رجعا أو أحدهما بطل التحكيم ولم ينفذ الحكم ، سواءً كان الحكم في صالح من رضي به أم في مصلحة من رجع منهما[٣]

المبحث الثاني
الشروط الخاصة بالمحكمين (المحتكم إليهم)

تمهيد :

. المحكَّم – بتشديد الكاف مع الفتح – هو الشخص الذي يمنحه المتخاصمان سلطة الفصل في خصومتهما[٤] فهو يقوم مقام القاضي المولَّي؛ لذا فإن غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية يقولون أنَّ ما يشترط في المحَكّم هو ما يشترط في القاضي المَولَّي[٥] في حين أنَّ بعض الفقهاء لا يرتضون هذه التسوية على الإطلاق وحجتهم في ذلك أن التحكيم من باب الوكالة لا الولاية ، أما القضاء فهو من باب الولاية

(١) الإمام القدوري – مختصره ، ج٢ ، ص٢٤٥ .
(٢) الماوردي ، أدب القاضي ، ج١ ، ص٦١٩ ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص١٨ .
(٣) في نفس المعنى : الكمال بن الهمام – شرح فتح القدير ، ج٧ ، ص٣١٧ ، القرافي – الذخيرة ، ج١٠ ، ص٣٦ – ابن فرحون – تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٤٣ ، النووي – المجموع ج٢٢ ، ص٣٢٤ – ابن قدامة – المغني ، ج١١، ص٤٨٤ .
(٤) لسان العرب – ج٣ : ص٣٧١ – شرح مجلة الأحكام العدلية ، ص٥٢٣ .
(٥) الكاساني – بدائع الصنائع – ج٧ ، ص٣ – ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٤٤ – الماوردي – أدب القاضي ، ج٢ ، ص٣٨١ .

والوكيل لا يشترط فيه ما يشترط في القاضي المَولَّى[1]، هذا وقد أخذ القانون برأي الجمهور بأن جعل ما يشترط لصحة اتفاق التحكيم توافر شروط فيمن يعهد إليه بالفصل في النزاع سواءَ تم التعيين اتفاقاً أم قضاءً، وأخذاً برأي جمهور فقهاء الشريعة فإنه يشترط في المحكم توافر الأهلية وأن يكون حسن السير والسلوك، وسوف نتناول بيان هذه الشروط في الفقه الإسلامي في المطالب التالية :

المطلب الأول
توافر الأهلية

اشترط جمهور الفقهاء توافر الأهلية في المحكّم[2] وتتحقق أهلية المحكّم بالعقل والبلوغ إذ هما مناط التكليف، فلا يصح تحكيم الصبي غير المميز ولا المجنون لقول الرسول (ﷺ) " رفع القلم عن ثلاث عن " النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق "[3]، فالتكليف مرفوع عن الصبي والمجنون فلا ولاية لهما على أنفسهما ولا على غيرهما من باب أولى، كما أنهما لا يستطيعان فهم خطاب الشارع ومن كانت هذه حالته لا يمكنه الحكم بالعدل الذي أوجبه الله تعالى[4]، وأجاز بعض المالكية تحكيم الصبي إذا ما عقل وعرف، وأساس ذلك عندهم أن التحكيم من الوكالة لا الولاية فيكفي فيه الإدراك[5] .

---

(١) في نفس المعنى الشيخ / مصطفى الرحيباني – مطالب أولي النهي ، ج٦ ، ص٤٧١ – البهوتي – كشاف القناع – ج٦ ، ص٣٩ .

(٢) علماء الهند – الفتاوى الهندية ، ج٢ ، ص٢٩٨ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١، ص٤٤ – الشربيني الخطيب – مغني المحتاج ، ج٤، ص٣٧٥ ، البهوتي – كشاف القناع ، ج٦ ، ص٣٩ – ابن حزم – المحلي – ج٩ ، ص٣٦٣ .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الحدود ، باب ٢٢ ، ج١٢ ، ص١٢٠ وفي كتاب الطلاق ، باب ١١ ، ج٩ ، ص٢٨٨ .

(٤) في نفس المعنى الماوردي – أدب القاضي ، ج١ ، ص٦١٩ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص١٨ .

(٥) الباجي – المنتقى ، ج٥ ، ص٢٢٢ ، ط السعادة .

المطلب الثاني
الإسلام شرط للتحكيم

لا خلاف بين الفقهاء في عدم جواز تحكيم الكافر للفصل في الخصومات بين المسلمين[١] قياساً على عدم توليته القضاء ليحكم بين المسلمين : ذلك لأن التحكيم ولاية، ولا ولاية للكافر على المسلم قياساً على عدم جواز شهادة الكافر على المسلم، قال تعالى { وَلَن يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً }[٢]، وعليه فإنه إذا حكَّم مسلمان ذمياً ليحكم فيما تنازعاه فإن توليته باطلة ، وإذا حكم بينهما فحكمه باطل، ولا خلاف أيضاً بين الفقهاء في جواز تحكيم الكافر في حق الكافر، لأنه من أهل الشهادة في حقه، وسواء اتحدت ملتهم أم اختلفت لأن الكفر كله ملة واحدة[٣]، لكن وقع الخلاف بين الفقهاء فيما إذا كان التحكيم بين مسلم وغير مسلم .

فذهب الجمهور إلى عدم الجواز أيضاً[٤]، وذهب الحنفية إلى الجواز على أن يكون حكم الذمي نافذاً في حق الذمي دون المسلم، جاء في الفتاوى الهندية " مسلم وذمي حكَّما ذمياً جاز حكمه على الذمي دون المسلم، وكذلك مسلم وذمي حكَّما مسلماً وذمياً فإن حكما للمسلم على الذمي جاز، وإن حكما للذمي على المسلم لا يجوز[٥]،

وحجة الأحناف أن كل من تقبل شهادته في أمر جاز أن يكون حكماً فيه ومن لا فلا، وشهادة الذمي للذمي جائزة فيجوز تحكيمه له[٦]،وبذلك يترجح قول

---

(١) الكاساني – بدائع الصنائع ، ج٧ ، ص٣ – ابن فرحون – المرجع السابق ، ج١، ص٤٤ – الشربيني الخطيب – المرجع السابق ، ج٤ ، ص٣٧٥ . الماوردي – المرجع السابق ، ج٢ ، ص٣٨١ – ابن حزم – المرجع السابق، ج٩ ، ص٣٦٣ .

(٢) سورة النساء ، الآية ١٤١ .

(٣) السمنائي – روضة القضاء ، ج١، ص٢٠٢، ط مؤسسة الرسالة، ط١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م .

(٤) الباجي – المنتقى – الموضع السابق – الشربيني – المرجع السابق ، نفس الموضع – البهوتي – المرجع السابق – الموضع السابق .

(٥) علماء الهند – المرجع السابق ، ج٢ ، ص٢٩٨ .

(٦) الطرابلسي – معين الحكام ، ص٢٥ – الخصاف – أدب القاضي ، ص٥٨٦ – ط منشورات الجامعة الأمريكية .

الجمهور بعدم التفرقة في القول بعدم جواز تحكيم غير المسلم سواءً كانت الخصومة بين مسلمين أو بين مسلم وغيره .

المطلب الثالث
الذكورة شرط للتحكيم

قياساً على حكم تولية المرأة القضاء، اختلف الفقهاء في حكم تحكيم المرأة **ويمكن حصر الخلاف في ثلاثة أقوال نذكرها فيما يلي :**

القـول الأول :

يرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة عدم جواز تحكيم المرأة مطلقاً ، وإذا حكمت ثم قضت كان حكمها باطلاً[1] ولا ينفذ وإن وافق الكتاب والسنة لأن الذكورة شرط للجواز والصحة في تولي القضاء .

القـول الثاني :

يرى جواز تحكيم المرأة مطلقاً ما لم يشتمل حكمها على خطأ بيّن[2]، وممن ذهب إلى هذا القول ابن جرير الطبري وابن حزم وبعض المالكية قال ابن الماجشون " وإذا كان العبد والمرأة بصيرين عارفينّ مأمونيّن فإن تحكيمهما جائز إلا في خطأ بيّن"[3] .

---

(١) الباجي – المنتقى ، ج٥ ، ص٢٢٨ – القرافي – الذخيرة ، ج١٠ ، ص٣٦، ابن أبي الدم – أدب القضاء – ج١ ، ص٤٢١ ، مطبعة الإرشاد – بغداد ، ط ١٩٨٤م – الشيرازي – المهذب ، ج٢ ، ص٢٠٧ ، وما بعدها ، البهوتي – شرح منتهى الإرادات ، ج٣ ، ص٤٦٤ .

(٢) الماوردي – أدب القاضي ، ج١ ، ص٦٢٦ – ابن حزم – المحلي ، ج٩ ، ص٤٩٠ ، ابن فرحون – تبصرة الحكام – ج١ ، ص٤٤ .

(٣) الإمام الباجي – المرجع السابق نفس الموضع .

القـول الثالث :

يرى جواز تحكيم المرأة فيما تجوز شهادتها فيه ومنع التحكيم في الحدود والقصاص، وإذا حكمت ثم قضت كان حكمها باطلاً في الحدود والقصاص، وممن ذهب إلى هذا القول الحنفية[١] .

الأدلـة :

أدلة القول الأول : استدل الجمهور على قولهم بعد جواز التحكيم مطلقاً بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول .

(١) أما الكتاب فقوله تعالى : { **الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاء** }[٢] .

وجه الدلالة :

إن الله تعالى جعل القوامة للرجال بالرعاية والتوجيه والإرشاد وما ذلك إلا لخلل في التحمل

والأداء ومن كان هذا شأنه لا يصلح للفصل في الخصومات[٣] .

يقول **ابن العربي** : إن الله جعل القوامة للرجل على المرأة لأجل تفضيله عليها وذلك لثلاثة أشياء: **الأول** : كمال العقل والتمييز، **الثاني** : كمال الدين والطاعة في الجهاد والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وغير ذلك، والثالث : بذله لها المال من الصداق والنفقة وقد نص الله عليها ها هنا[٤] .

---

(١) الزيلعي – تبيين الحقائق – ج٤ ، ص١٩٢ ، ابن نجيم – البحر الرائق ، ج٧، ص٢٤ – البابرتي – العناية على الهداية هامش فتح القدير ، ج٦ ، ص٤٠٧ – الطرابلسي – معين الحكم – ص٨٨٤ ، مما ينبغي التنبيه عليه : أن الحنفية لم يجوزوا تولية المرأة للقضاء لكنهم قالوا لو وليت وحكمت في بعض القضايا فإنه لا ينفذ قضاؤها إلا في الأمور التي تصبح فيها شهادتها فالذكورة عند الحنفية ليست شرطاً في صحة التولية وإن كانت التولية محرمة شرعاً ويأثم من يوليها القضاء لارتكابه المحرم ولكن إن ولاها صحت التولية وإذا قضت بالفعل يصح قضاؤها وينفذ في غير الحدود والقصاص بشرط أن يوافق الكتاب والسنة .

(٢) سورة النساء – من الآية ٣٤ .

(٣) في نفس المعنى الشربيني الخطيب – مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٣٧٥ .

(٤) أحكام القرآن لابن العربي ، ج١ ، ص٤١٦ ، ط دار المعرفة – بيروت .

ويقول **الإمام الرازي** : إن التفضيل بين الذوات العاقلة أو العالمة – يكون بأمرين العلم والقدرة وقد بحثنا فوجدنا أن الرجل أكثر علماً وأكثر قدرة إما بالقول أو بالعقل[1] .

ويقول **الإمام الزمخشري** في التعليق على آية القوامة : أنها دليل على أن الولاية إنما تستحق بالفضل لا بالتغلب والاستطالة والقهر وقد ذكروا في فضل الرجال العقل والحزم والقوة والكتابة في الغالب والفروسية والرمي والشهادة في الحدود والقصاص ... الخ .

اعتراض : اعترض البعض على مسألة القوامة كسبب لعدم تولية المرأة للقضاء بحجة أن المراد بالقوامة في الآية ليست القوامة العامة التي تشمل القضاء بل المراد بالقوامة هنا القوامة الخاصة برب الأسرة على أسرته وبمعنى أوضح تعني الولاية الأسرية المتعلقة بالحياة العائلية لا بسياسة الدولة وهذا مرجعه إلى أسباب منها :

١– أن سبب نزول الآية أنها نزلت بشأن نزاع عائلي بين سعد بن الربيع وزوجته حين نشزت ولطمها فجاءت تشكوه للنبي (ﷺ) فقال لها " بينكما القصاص " فنزل قوله تعالى { **وَلا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِن قَبْلِ أَن يُقْضَىٰ إِلَيْكَ وَحْيُهُ** }[2] .

فأمسك النبي (ﷺ) " حتى نزل قوله تعالى { **الرجال قوامون على النساء** } فقال (ﷺ) أردت أمراً وأراد الله أمراً غيره[3] وفي هذا دليل على أن المراد بالقوامة قوامة الزوج على زوجته بالتأديب[4]، ويرد على هذا السبب بأن الرأي الغالب عند الأصوليين العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب .

السبب الثاني : صلاحية المرأة للولايات الخاصة كالوصاية على اليتيم والنظارة على الوقف إذن الآية لا تقيد العموم لكن يرد على هذا بأن يقاس الولايات العامة على الخاصة قياس باطل لأن الولاية العامة تحتاج إلى قدرة عالية تتناسب مع كثرة الأعباء بخلاف الولاية الخاصة فقد لا تحتاج إلى هذا كله فمن كانت لديه القدرة على القيام

(١) التفسير الكبير للرازي ، ج٢ ، ص٤٣٤ ، بدون .
(٢) سورة طه ، الآية ١١٤ .
(٣) أحكام القرآن لابن العربي ، ج١ ، ص٤١٥ .
(٤) النظام القضائي في الإسلام – د. محمد رأفت عثمان ، ص١٢٦ ، ١٢٧ ، مطبعة دار البيان .

بعمل خاص فقد لا يستطيع القيام بعمل عام[١] لأن الولاية العامة تختلف من الولاية الخاصة من حيث ضخامة الأعباء والمسؤوليات وخطورتها مما يستلزم كمال الرأي والمرأة قليلة الرأي .

٢- قوله تعالى { وقرن في بيوتكن ولا تبرجن تبرج الجاهلية الأولى }[٢] .

وجه الدلالة من الآية الكريمة : أن مقام المرأة ومستقرها البيت ولا تخرج إلى المجتمع إلا عند الضرورة الحتمية، وإذا خرجت فلتخرج في حشمة ووقار، لكن خروجها للقضاء والتحكيم يستلزم منها حضور محافل الرجال ومجالستهم والاستماع إليهم كخصوم وشهود وهذا مناف لما يطلبه الإسلام من ضرورة القرار في البيت وعدم وجود الضرورة الحتمية لهذا الخروج .

اعترض على مسألة القرار في البيت الذي جاء في الآية الكريمة بحجة أن هذا خاص بأمهات المؤمنين لكن يرد على ذلك : بأن الآية الكريمة تشمل زوجات النبي (ﷺ) وغيرهن من المسلمات، فإذا كانت هذه الآيات مختصة بزوجات النبي (ﷺ) فمعنى ذلك أن المولى سبحانه وتعالى أذن لسائر المسلمات أن يتبرجن تبرج الجاهلية الأولى، وهذا محال شرعاً على المولى عز وجل أن يأذن بذلك[٣] .

(٢) وأما السنة فمنها قول الرسول (ﷺ) "لن يفلح قومٌ ولو أمرهم امرأةٌ "[٤] .

وجه الدلالة :

الحديث صريح في نفي الفلاح عمن ولوا أمرهم امرأة وهذا دليل على عدم الاطمئنان لقضائها وحكمها وكل ما فيه شك وريبة تركه أولى ، وهذا يدل أن السنة المطهرة تؤكد على عدم جواز ولاية المرأة للقضاء .

---

(١) المرجع السابق ، ص١٢٩ ولاية المرأة القضاء د. طارق عبد الجواد ، ص٢٩٦ .

(٢) سورة الأحزاب ، الآية ٣٣ .

(٣) الحقوق السياسية للمرأة في الإسلام . د. عبد الحميد الشواربي – ص٦١ ، مكتبة المعارف بالإسكندرية – ولاية المرأة القضاء – دراسة مقارنة – د. طارق عبد الجواد شبل ، ص٢٨٥ ، ط دار النهضة العربية

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الفتن ، ج٣ ، ص٨٤ ، ج٤ ، ص٣٧٦ ، وأخرجه النسائي في سننه ، ج٢ ، ص٣٠٥ – والترمذي في سننه ، ج٣ ، ص٤٣ ، والحاكم في المستدرك ، ج٣ ، ص١١٨ .

(٣) كما استدل الجمهور بالإجماع حيث لم يثبت عن النبي (ﷺ) ولا عن أحد من الصحابة ولا التابعين أنهم ولوا امرأةً قضاءً فكان ذلك إجماعاً سكوتياً على عدم صحة قضاء المرأة وحكمها[١] .

القيـاس : إذا كان لا يجوز للمرأة رياسة الدولة وإمامة الناس في الصلوات الخمس وصلاة الجمعة والعيدين، كما أنها لا تملك حق الطلاق الذي قررته الشريعة الغراء للرجل، ولا يجوز لها السفر بمفردها دون محرم أو رفقة مأمونة فمن باب أولى لا تجوز ولايتها للقضاء من باب أولى ويقاس على ذلك التحكيم[٢] .

(٤) كما استدل الجمهور بالمعقول فقالوا : إن تحكيم المرأة يفضي إلى الاختلاط مع الرجال من الشهود والخصوم وما يستتبع ذلك من النظر والخلوة[٣] ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح وهذه قاعدة عظيمة من قواعد التشريع الإسلامي[٤]

.أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بجواز تحكيم المرأة مطلقاً بالأثر والمعقول .

(١) أما الأثر – فيما روى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولىَّ الشفاء وهي امرأة من قومه ولاية الحسبة على سوق المدينة[٥] .

وجه الدلالة :

إن تولية عمر بن الخطاب رضي الله عنه – لامرأة على السوق دليل على جواز التحكيم ؛ إذ لابد لوالي السوق من الحكم بين الناس ، ولو في صغار الأمور فما جاز في صغيرها يجوز فيما كبر منها[٦] .

يرد على ذلك فيما نسب لعمر بن الخطاب – رضي الله عنه – ولي الشفاء بنت عبد الله الحسية في السوق فقد ذهب ابن العربي في مؤلفه أحكام القرآن " بأن هذا لم يصح ولا يلتفت إليه إنما هو من دسائس المبتدعة في الأحاديث[٧] .

---

(١) في نفس المعنى : البهوتي – شرح منتهى الإرادات ، ج٣ ، ص٣٦٤ .

(٢) الحقوق السياسية للمرأة في الإسلام والفكر والتشريع المعاصر – د/ محمد أ،س جعفر – ص٣٤ – ط دار النهضة العربية .

(٣) في نفس المعنى ، الشيرازي – المهذب – الموضع السابق .

(٤) القواعد الفقهية – د. عبد العزيز عزام ، ص١٤٥ .

(٥) المحلي لابن حزم ، ج٩ ، ص٤٢٩ ، ٤٣٠ .

(٦) في نفس المعنى الباجي – المنتقى – ج٥ ، ص٢٢٨ .

(٧) أحكام القرآن لابن العربي – تحقيق محمد علي البجاوي ، ج٣ ، ص١٤٤٥ ، ط٢ .

(٢) كما استدل القائلون بالجواز مطلقاً بالمعقول فقالوا : إن التحكيم من باب الوكالة لا الولاية والمرأة يجوز أن تكون وكيلة وهي والرجل في الوكالة سواء ، فيجوز تحكيمها ما لم يكن جوراً[١] .

أدلة القول الثالث :

استدل الحنفية على قولهم بجواز تحكيم المرأة فيما تجوز شهادتها فيه بالقياس فقالوا : إنَّ المرأة لما كانت أهلاً للشهادة في غير الحدود والقصاص فإنها تكون أهلاً للقضاء في غيرهما، ومن جاز قضاؤها في غير الحدود فلأن يجوز تحكيمها من باب أولى[٢]، جاء في شرح القدير " ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا الحدود والقصاص[٣] وجاء في حاشية المحتار " أن المرأة تقضي في غير حد وقود وإن أثم المولى[٤] .

الترجيح :

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم يتبين لنا رجحان قول الجمهور بعدم جواز تحكيم المرأة مطلقاً لما يترتب على تحكيمها من مخالطة الرجال ، كما أنه من المصلحة عدم جواز تحكيم المرأة محافظة على مقصود الشارع من حفظ الدين، والنفس، والعقل والنسل والعرض، والمال، لأن كل ما يتضمن حفظ هذه الأصول العظيمة فهو مصلحة ينبغي بل ويجب مراعاتها وكل ما يضيع هذه الأصول فهو مفسدة يجب أن تدرأ كما هو معلوم من قواعد الشرع الحنيف، وولاية المرأة للتحكيم تتعارض مع مقصود الشارع في حفظ هذه الأصول لأن المرأة تتعرض لمخالطة الرجال والاحتكاك بهم وربما تكون ذات جمال باهر فتحدث فتنة، كما أن المرأة قليلة الرأي ٠٠ الخ ذلك من الأمور التي تعتريها في عوارضها من أجل هذا كله كما سبق نرجح رأي الجمهور[٥]

---

(١) الخرشي– حاشيته ، ج٧ ، ص١٤٦ – الإمام الدردير – الشرح الصغير ، ج٥، ص٥١٣ .

(٢) الكمال بن الهمام – فتح القدير – ج٧ ، ص٢٩٧ – ابن عابدين – حاشيته المسماة رد المحتار على الدار المختار – ج٥ ، ص٤٢٨ .

(٣) شرح فتح القدير ، من شرح العناية على الهداية ، ج٥ ، ص٤٨٥ ، ٤٨٦ ، ط الحلبي .

(٤) حاشية رد المحتار ، ج٤ ، ص٣٩٢ ، ٢٩٣ ، ط المطبعة الأميرية – بولاق .

(٥) بتصرف : فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ، ج١٣ ، ص١٥٧ ، دار المعرفة – بيروت ، المستصفى للغزالي ، ج١ ، ص٢٨٦، ٢٨٧ ، المهذب للشيرازي ، ج٢ ، ص٣٧٢ ، ٣ ، الحلبي ١٣٩٦هـ/١٩٧٦م .

المطلب الرابع
العدالة شرط للتحكيم

العدالة تعني أن يكون المحكّم صادق اللهجة ظاهر الأمانة عفيفاً عن المحارم متوقياً الإثم بعيداً عن الشك مأموناً في حالة الرضا والغضب[١]، وحد المحَكّم أن تكون له ملكة راسخة في النفس تمنع من اقتراف الكبائر أو الصغائر الدالة على الخسة وتمنع أيضاً من فعل المباح الذي يخل بالمروءة[٢] جاء في التعريفات " العدل في اصطلاح الفقهاء " من اجتنب الكبائر ولم يصر على الصغائر وغلب صوابه ، واجتنب الأفعال الخسيسة كالأكل في الطريق "[٣]، وقيل لم يعرف عليه جريمة في دينه فهو عدل[٤]، ولما كان تحقق كل هذه الصفات في شخص من الصعوبة بمكان أو أن البحث عن الذي تتحقق فيه هذه الصفات قد يستغرق وقتاً قد تفوت فيه بعض الحقوق ذات الأمد القصير عادة كالإجارة وغيرها[٥]؛ لذا فقد اختلف الفقهاء في حكم تحكيم الفاسق، **ويمكن حصر الخلاف في قولين نذكرهما فيما يلي** :

القـول الأول

يـــرى الجمهـــور : مـن المالكيـة والـشافعية والحنابلـة عـدم جـواز تحكـيم الفاسـق وأنَّ الخصمان المتحاكمان إذا حكمّاه ثم قضى بينهما لا ينفذ حكمه حتى ولو صادف الحق[٦] .

القـول الثاني :

يرى الحنفية : أن العدالة شرط لوجوب القبول لا لصحته بمعنى أنَّ الأوّلى أنْ لا يحكم الفاسق أما إذا حكمّه الطرفان المحتكمان وكانا يعلما بفسقه فإنه لا ينعزل وإذا

---

(١) الماوردي – الأحكام السلطانية ، ص٦٦ ، ط وزارة الأوقاف – العراق – ١٣٩٢هـ/١٩٧٢م .
(٢) الإمام السيوطي – الأشباه والنظائر ، ص ٣٨٤ .
(٣) الإمام الجرجاني – التعريفات – ص١٢٨ ، ط الحلبي .
(٤) بدائع الصنائع للكاساني – ج٦ ، ص٢٦٨ .
(٥) في نفس المعنى : د. إسماعيل الأسطل – التحكيم في الشريعة الإسلامية – ص٩٤ .
(٦) الإمام القرافي – الذخيرة – ج١٠ – ص٢٦ ، الباجي ، المنتقى ، ج٥ ، ص٢٢٨ ، الماوردي الحاوي ، ج١٦ ، ص١٥٨ ، نفس المؤلف أدب القاضي، ج١ ، ص٦٢٥ – الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج ج٤، ص٣٧٥، ابن قدامة المقدسي – المقنع، ج٣، ص٦٠٩، البهوتي – شرح منتهى الإرادات ، ج٢، ص٥٧٦.

قضى بينهما صح حكمه[١]، وقد نقل وذكر الإمام الغزالي والنووي عن الرافعي وبعض المالكية أن حكم الفاسق ينفذ للضرورة[٢]

الأدلـــة :

أدلة الجمهور :

استدل الجمهور من الفقهاء على قولهم بعدم صحة تحكيم الفاسق بأدلة من الكتاب والمعقول .

(١) أما الكتاب فقوله تعالى { **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْماً بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ** }[٣] .

وجه الدلالة :

الآية صريحة في عدم الاعتماد على أقوال الفاسق وأنه يجب التثبيت قبل الحكم بناءً على أقواله على الغير بدعم هذا قراءة فتثبتوا .

(٢) كما استدل الجمهور على قولهم بعدم صحة تحكيم الفاسق بالمعقول فقالوا: أن الفاسق لا يصح أنْ يكون شاهداً ومن لا يجوز أنْ يكون شاهداً لا يصح قضاؤه والتحكيم من باب القضاء فلا يصح من الفاسق[٤] .

أدلة القول الثاني :

استدل الحنفية على قولهم بصحة تحكيم الفاسق متى حكَّمَه الخصمان بالمعقول فقالوا : أن القاضي إذا قبل شهادة الفاسق وحكم بناءً عليها صح حكمه ٠٠ والتحكيم شأنه القضاء مبني على الشهادة فيصح تحكيم الفاسق قياساً على صحة قبول شهادته[٥] .

---

(١) الكاساني – بدائع الصنائع ، ج٧ ، ص١٧ ، المرغيناني – الهداية ، ج٢ ، ص٥٧٦ . الزيلعي – تبيين الحقائق ، ج٤ ، ص١٩٣ ، ابن نجيم – المختصر في علم القضاء، ص٩٥ – القاضي سماوة – جامع الفصوليين ، ج١ ، ص١٦، الفتاوى الهندية ، ج٣ ، ص٣٩٧ .

(٢) الإمام الغزالي – الوجيز في فقه الشافعي ، ج٢ ، ص٢٢٧ ، الإمام العدوي – حاشيته على هامش الخرشي ، ج٧ ، ص١٣٩ ، الإمام النووي – روضة الطالبين ، ج١١ ، ص٩٦ ، ط المكتب الإسلامي – بيروت ١٤٠٥هـ .

(٣) سورة الحجرات من الآية رقم ٦ .

(٤) في نفس المعنى البهوتي – شرح منتهى الإرادات ، ج٣ ، ص٤٦٤ .

(٥) الكمال بن الهمام – فتح القدير والعناية على الهداية ، ج٧ ، ص٥٦ ، وما بعدها – ابن مودود – الاختيار لتعليل المختار – ، ج٢ ، ص٣٠ .

الترجيح :

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم نحو ترجيح قول الحنفية ومن وافقهم بأن العدالة شرط أولوية وليست شرطاً في صحة الولاية ، فمتى تعذر الحكم العدل وضاق الوقت صح قبول تحكيم من لم تجتمع فيه جميع الصفات التي ذكرها الجمهور .

المطلب الخامس

الاجتهاد شرط للتحكيم

أهلية الاجتهاد في المحكّم تعني أنْ لا يكون مقلداً لغيره أو جاهلاً بأحكام النزاع الذي يحكم فيه، ولقد اختلف الفقهاء في اشتراط أهلية الاجتهاد في المحكّم، **وحاصل الخلاف في قولين تذكرهما فيما يلي :**

القـول الأول

ذهب الجمهور من الشافعية والحنابلة والظاهرية وبعض المالكية إلى القول باشتراط أهلية الاجتهاد في المحَكّم وأنّ الجاهل إذا قضى ولم يشاور العلماء كان حكمه باطلاً ولا ينفذ[1] .

القـول الثـاني

يرى الحنفية وبعض المالكية أن شرط الاجتهاد شرط أولوية وليس شرطاً للتولية فيجوز عند الضرورة تحكيم المقلد لأن الغرض منه فصل الخصومة فإذا أمكنه ذلك بالتقليد جاز، والجاهل الورع الذي يعرف حكم الله في النزاع[2]، والمراد به من تلبس بالعلم والفقه وتأهل في الجملة ولم يبلغ درجة الاجتهاد[3]، جاء في الاختيار

---

(١) الماوردي – أدب القاضي – ج٢ ، ص٣٨١ ، ابن أبي الدم – أدب القضاء ، ج١ ، ص٤٣١ – الماوردي – الحاوي الكبير ، ج١٦ ، ص٣٢٥ – ابن قدامة – المغني ، ج١ ، ص٣٨٣ – ابن حزم – المحلي ، ج٩ ، ص٣٦٣ ، ابن حجر الهيتمي – الفتاوى الكبرى ، ج٤ ، ص٢٩٨ ، ابن فرحون – تبصرة الحكام – ج١ ، ص٤٤ .

(٢) بتصرف ابن الهمام – فتح القدير والعناية على الهداية ، ج٧ ، ص٢٥٦ وما بعدها – الكاساني – بدائع الصنائع ، ج٧ ، ص٢ ، ابن قاضي سماوة – جامع الفصولين ، ج١ ، ص١٤ – الخرشي – حاشيته – ج٧ ، ص١٤٤ .

(٣) موسوعة الحضارة الإسلامية ، ج٨ ، التشريع والقضاء في الفكر الإسلامي – د. أحمد شلبي ، ص٢٧٢ ، ط٤ ، ١٩٨٩م .

ذُكر عن أبي يوسف قوله " لئن يكون القاضي ورعاً أحب إليَّ من أن يكون مجتهداً"[١] .

وجاء في حاشية الزرقاني " قال ابن حبيب " فإن لم يكن معه علم ومعه عقل وورع فذاك يكفي لأنه بالعقل يسأل ، وبالورع يعف فإن طلب العلم وجده ، وإن طلب العقل إذا لم يكن فيه لم يجده "[٢] .

الأدلـــة

أدلة القول الأول :

استدل الجمهور على قولهم باشتراط أهمية الاجتهاد في المحكّم بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول :

(١) أما الكتاب فقوله تعالى : { وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللهُ }[٣] .

وقوله تعالى : { لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللهُ }[٤] ،وقوله تعالى : { فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللهِ وَالرَّسُولِ }[٥] .

وجه الدلالة :

أن الآيات صريحة في اشتراط أن يكون حكم المحكم موافقاً لما أنزل الله والجاهل والمقلد لا يمكنهما الحكم بما أنزل الله ٠٠ إنما حكما بغير علم – والحكم بغير علم باطل[٦] .

مناقشة الاستدلال :

ناقش الحنفية ومن معهم ما استدل به المانعون فقالوا : إن الجاهل المشاور للعلماء المجاور لهم

---

(١) ابن مودود الموصلي – الاختيار لتعليل المختار ، ج٢ ، ص١٣١ .

(٢) الزرقاني – حاشيته على مختصر خليل – ج٧ ، ص١٢٥ .

(٣) سورة المائدة من الآية ٤٩ .

(٤) سورة النساء من الآية ١٠٥ .

(٥) سورة النساء من الآية ٥٩ .

(٦) البجيرمي – حاشيته على منهج الطلاب ، ج٤ ، ص٣١٨ .

لا يعتبر حكمه بغير علم إنما يعتبر حكماً بما أنزل الله إذ المقصود من التحكيم هو قطع النزاع وإيصال الحقوق إلى مستحقيها وهذا حاصل بسؤال العلماء، قال تعالى : {فَسْأَلُواْ أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ}(١) .

(٢) وأما السنة فمنها ما روى بريدة عن رسول الله (ﷺ) أنه قال : " القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة ، قاض عرف الحق فقضى به فهو في الجنة ، وقاض قضى بجهل فهو في النار، وقاض عرف الحق فجار فهو في النار(٢).

وجه الدلالة :

الحديث صريح في أنَّ الذي يقضي بجهل في النار فدل ذلك على عدم جواز حكمه(٣)

وأما المعقول فلقد استدل الجمهور على قولهم بعدم جواز تحكيم الجاهل فقالوا: أن المحَكمّ ملزم بالحكم بما أنزل الله شأنه شأن القاضي، والجاهل بحكم الله لا يمكنه الحكم به فيكون حكمه باطلاً(٣) .

أدلة القول الثاني :

استدل الحنفية والمالكية على قولهم بأن شرط الاجتهاد شرط للأولوية وليس شرطاً للتولية وأن حكم الجاهل المواقف لما أنزل الله صحيح **بأدلة من السنة والمعقول نذكرهما في يلي:**

(١) أما السنة فمنها ما رواه أحمد في مسنده أن علياً رضي الله عنه قال أنفذني رسول الله (ﷺ) إلى اليمن وإنما حديث السنة فقلت تنفذني إلى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لي بالقضاء فقال إن الله سيهدي لسانك ، ويثبت قلبك ، فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك "(٤) .

---

(١) سورة النحل الآية ٤٣ .

(٢) رواه أبو داود ، كتاب الأقضية ، ج٣ ، ص٣٩٩ ، رقم ٣٥٧٣ ، والبيهقي في سننه ، ج١٠ ، ص١٦٦، الحاكم في المستدرك ، ج٤ ، ص٩٠ .

(٣) في نفس المعنى – ابن حزم – المحلي ، الموضع السابق .

(٤) رواه الإمام أحمد في مسنده ٦٨/٢ (٦٣٦) ، ط٢ ، مؤسسة الرسالة – بيروت – سنة ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م، بتحقيق شعيب الأرناؤوط، والبيهقي في سننه الكبرى ١٠٨٦ (٢٠٦٤٩) ، ط١ ، مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند سنة ١٣٤٤هـ ، وأبو يعلى في مسنده ٣٢٣/١ (٤٠١) ، ط دار المأمون للتراث – دمشق – بتحقيق حسين سليم أسد سنة ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م ، وذكره المتقي الهندي في كنز العمال=

وجه الدلالة :

الحديث صريح في أن الإمام علي حين بعثه رسول الله (ﷺ) إلى اليمن للحكم لم يكن من أهل الاجتهاد فدل ذلك على أن اشتراط أهلية الاجتهاد في المحكم ليست شرطاً[١]

(٢) كما استدل الأحناف ومن وافقهم على جواز تحكيم الجاهل والمقلد بالمعقول فقالوا : أن المقصود من القضاء والتحكيم هو إيصال الحق إلى مستحقيه وأن الجاهل أو المقلد يمكنه أن يقضي بفتوى غيره لتحصيل ذلك المقصود[٢] .

المبحث الثالث

الشروط التي ترجع إلى موضوع النزاع المحكم فيه

يقصد بموضوع النزاع محل التحكيم الذي تم الاتفاق على حله[٣] ، ولقد احتدم الخلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية، فيما يجوز وما لا يجوز التحكيم فيه **وسوف نعرض لتحرير محل النزاع فيما يلي :**

اتفق جمهور الفقهاء ومن قبلهم كبار الصحابة على جواز التحكيم في الأموال وما يجري مجراها كعقود المعاوضات (البيع – الإجارة – الكفالة بالمال)[٤]، كما اتفقوا على عدم جواز التحكيم في الحدود التي هي حق خالص لله تعالى كحد الزنا والسرقة والشرب، وحجتهم في ذلك أن هذه الحدود ليس لها مطالب معين من الخلق، كما أن الإمام هو المنوط به استيفاء الحدود، وأن حكم التحكيم فيه شبهة والحدود لا تستوفى

= ١٢٤/١٣ (٣٦٣٩٥) ، ط٥ ، مؤسسة الرسالة – بيروت – سنة ١٤٠١هـ/١٩٨١م وعزاه إلى ابن جرير وقال بأنه صححه .

(١) في نفس المعنى – الكمال بن الهمام – فتح القدير والعناية على الهداية – ج٧، ص٢٥٨ .

(٢) ابن الهمام – المرجع السابق – نفس الموضع – ابن فرحون – المرجع السابق – نفس الموضع – الخرشي – حاشيته – ج٧ ، ص١٤٤ .

(٣) د. سميحة القليوبي – المرجع السابق ، ص١٦ .

(٤) الإمام السرخسي – المبسوط ، ج١٦ ، ص١١١ ، ط دار الكتب العلمية ، بيروت ، القرافي – الذخيرة ، ج١٠ ، ص٣٧ ، الشربيني الخطيب – مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٣٧٩ ، البهوتي – شرح منتهى الإرادات ، ج٣ ، ص٤٦٧.

مع الشبهات[1]، ولكنهم اختلفوا في حكم التحكيم في الحدود والحقوق التي تعد حقاً خالصاً للعبد، أو هي مشتركة بين الله تعالى وبين العبد كالقصاص والطلاق والنكاح والعتاق واللعان والنسب والولاء **ويمكن حصر الخلاف في قولين** :

القـول الأول

ذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى جواز التحكيم في كل شيء[2] .

القــول الثاني

ذهب المالكية : إلى عدم جواز التحكيم في هذه الحقوق[3] .

ووافقهم بعض الشافعية ، ورواية عن الحنابلة في حد القذف والقصاص والنكاح[4]، وبعض الحنفية في حد القذف والقصاص[5] .

الأدلـــة

أدلة الجمهور :

استدل الجمهور على قولهم بجواز التحكيم في كل حق أو حد بالمعقول **من وجهين :**

الوجه الأول :أن حد القذف والقصاص من حقوق العباد فيجوز التحكيم فيها كالأموال وإذا كان التحكيم جائزاً في القذف والقصاص وهما من الأمور التي لا يجوز الاجتهاد فيها ٠٠ فجوازه في غيرهما من الأمور المجتهد فيها من باب أولى[6]

---

(١) المراجع السابقة ، الهامش السابق ، ابن نجيم – البحر الرائق ، ج٧ ، ص٢٤ – ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٤٣ – النووي – المجموع، ج٤ ، ص٣٢٤ – ابن قدامة – المغني ، ج١١ ، ص٤٨٥ .

(٢) الكمال بن الهمام – فتح القدير والعناية على الهداية ، ج٧ ، ص٣١٨ . الماوردي – الحاوي الكبير – ج١٦ ، ص٣٢٥ وما بعدها – ابن قدامة المغني ، ج١١ ، ص٤٨٥ مغني المحتاج ، ج٤ ، ص٣٧٩ .

(٣) ابن فرحون – تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٤٤ – القرافي – الذخيرة – ج١٠، ص٣٤ ، الباجي – المنتقى – ج٥ ، ص٢٢٨ .

(٤) الشربيني الخطيب – مغني المحتاج ، ج٤ ص٣٧٩ ، البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٣ ، ص٤٦٧

(٥) الكمال بن الهمام ، المرجع السابق ، نفس الموضع .

(٦) الكمال بن الهمام – المرجع السابق – نفس الموضع .

الوجه الثاني : أن التحكيم في هذه الحقوق يقع برضا المحكمين فيجوز[١] .

أدلة القول الثاني : استدل المالكية ومن وافقهم على قولهم بعدم جواز التحكيم في حق أو حد بأدلة من المعقول فقالوا :

(١) إن هذه الحدود والحقوق يناط الحكم فيها إلى الإمام لما يحتاجه الحكم فيها من الاحتياط فلا يحكم فيها إلا من قام بالولاية العامة فالقاضي لا يتولى القضاء إلا بعد معرفة الإمام بأحواله التي تقتضي ذلك له أو يؤمن في غالب أمره[٢] .

(٢) إن الحكم في هذه الحدود والحقوق يستلزم إثبات حكم أو نفيه عن غير المتحاكمين ومن عداهما لم يرض بحكم هذا المحكمّ، فاللعان مثلاً يتعلق به حق الولد في نفي نسبه من أبيه فقد ينفيه هذا المحكم وليس له ولاية على الحكم على هذا الولد، والنسب والولاء يسري حكم المحكمّ فيهما على غير المحكمين ومن يسري إليه الحكم لم يرضى بحكم المحكم فلا يكون لحكمه فائدة[٣] .

(٣) لأن هذه الحقوق يتعلق بها حق لغير الخصمين إما لله تعالى كما في الحدود والقتل والطلاق وإما للآدمي كما في اللعان والنسب[٤] .

(٤) إن الخصوم لا ولاية لهم على دمهم ومن ثم فهم لا يملكون الإباحة فلا يستباح دمهم برضاهم لأن الإمام وحده فقط المنصب لاستيفاء الحدود[٥] .

---

(١) الماوردي – المرجع السابق – نفس الموضع .

(٢) القرافي – المرجع السابق – نفس الموضع – ابن أبي الدم – شرح أدب القاضي ، ج١ ، ص٤٢٨ ابن قدامة – المغني – ج١١ ، ص٤٨٥ ، الكمال بن الهمام ، المرجع السابق ، نفس الموضع .

(٣) ابن فرحون – تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٤٤ ، الباجي – المرجع السابق – نفس الموضع ، القرافي – المرجع السابق ، نفس الموضع .

(٤) بلغة السالك لأقرب المسالك – ج٢ ، ص٣٠٩ ، طبعة المكتب التجارية – حاشية الخرشي – ج٥ ، ص١٤٤ ، المطبعة العامرة – ط١ ، ١٣١٧هـ .

(٥) البحر الرائق – ج٧ ، ص٢٨ ، المطبعة العلمية ، ط١ ، فتح القدير على الهداية ، ج٧ ، ص٢١٨ ، مطبعة أنصار السنة المحمدية .

(٥) حكم المحكم بمنزلة الصلح فكل ما جاء استحقاقه بالصلح جاز التحكيم فيه والحدود والقصاص لا يجوز استحقاقها بالصلح فلا يجوز التحكيم فيها[١] .

لذلك يمكن القول بعد عرض أدلة القول الثاني وبناءً عليها يظل التحكيم جائزاً في الأموال وما في معناها فلا يقيم المحكم حداً ولا يلاعن الزوجين ولا يحكم في قصاص ولا في قذف ولا طلاق ولا عتاق ولا نسب ولا ولاء فيختص الإمام أو نائبه بهذه الأحكام[٢] .

(١) حاشية ابن عابدين ، ج٥ ، ص٢٤٩ ، ط الحلبي ، ط٢ ، ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م .

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ، ج١ ، ص٤٣ ، طبعة دار الكتب العلمية ، ج١ ، الذخيرة للقرافي ، ج١ ، ص٣٤ ، طبعة دار الغرب الإسلامي ، ط ١٩٩٤م .

الفصل الثالث
شروط صحة حكم المحكم،ومدى لزومه وحجته
المبحث الأول
شروط صحة حكم المحكم ، ومدى لزومه

تمهيد :

لمّا كان اتفاق التحكيم الأصل فيه عدم اللزوم إذ يجوز للطرفين أو لأحدهما اللجوء إلى القضاء؛ لذا ينبغي لصحة ولزوم حكم المحكم توافر الرضا من الطرفين باختيار هذا الطريق، وأن يصدر الحكم ممن توافرت له ولاية إصداره، وأن يكون الحكم قد صدر في خصومة شرعية ، وفي مواجهة من يجوز أن يشهد له المحكمّ أو عليه ، وأن يكون الحكم موافقاً للأصول الشرعية ، **وسوف نتناول بيان هذه الشروط في المطالب التالية :**

المطلب الأول :اشتراط الرضا .

المطلب الثانى: صدور الحكم ممن له ولاية إصداره .

المطلب الثالث:أن يكون في خصومة شرعية .

المطلب الرابع: أن يكون الحكم في مواجهة من يجوز له أو يشهد عليه .

المطلب الأول
اشتراط الرضا

اتفق الفقهاء[1] على ضرورة رضا الطرفين بالتحكيم ابتداءً حتى تنعقد ولاية المحكّم للحكم وتكون له سلطة نظر النزاع المطروح عليه، لكنهم اختلفوا في مدى توافر الرضا إلى حين صدور الحكم من عدمه – فيرى الحنفية والشافعية[2] ضرورة توافر الرضا إلى حين الانتهاء من الحكم، وعلى ذلك فإنه إذا حكم المحكّم في بعض جزئيات موضوع النزاع ثم رجع أحد المحتكمين صح رجوعه ويمتنع على المحكّم الحكم فيما لم يحكّم فيه قبل الرجوع، لكن إذا استمر رضا الخصوم بشخص المحكم حتى الشروع في الحكم كان الحكم الصادر من المحكم بين الخصوم نافذاً ولا خيار فيه لأنه صدر من شخص له ولاية في إصداره هذا من جانب ومن جانب آخر لو أجزنا عدم نفاذ الحكم

(١) الزيلعي – تبيين الحقائق – ج٤ ، ص١٩٤ ، ابن فرحون – تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٤٤ ، الماوردي ، أدب القاضي ، ج٢ ، ص٢٧٩ ، ابن قدامة – المغني ، ج٩ ، ص١٠٨ .

(٢) ابن نجيم – البحر الرائق – ج٧ ، ص٢٦ – الشربيني – مغني المحتاج ، ج٤، ص٢٧٩ .

للرجوع عن التحكيم بعد صدور الحكم لأدى ذلك أن الخصوم إذا رأى أحدهم أن الحكم لا يعجبه ولا يتأتى على هواه يرجع عنه فيبطل المقصود به[1] وهو عدم استقرار المعاملات واستمرار المنازعات والتشاجر بين الناس .

ويرى المالكية وبعض الفقهاء: أن الرضا من حين الابتداء إلى حين الشروع في الحكم ولو قبل تمامه، فالتحكيم ينعقد برضا الخصوم واختيارهم، وقد تم ذلك بقبول المحكم فكما لا يجوز للخصوم إذا ما ترافعوا إلى الحاكم ليس لأحدهما أن يوكل غيره أو أن يعزل وكيلاً فكذا التحكيم[2] .

المطلب الثاني

صدور الحكم ممن له ولاية إصداره

ولاية المحكم قاصرة على من رضي به ومحددة بموضوع النزاع الذي خصص له فإذا تعدد المحكمّون ولم يتفقوا على الحكم بأن قضى أحدهما بغير ما قضى به الآخر أو قضى أحدهما دون الآخر، لا يصح الحكم، لأن الرضا إنما كان برأي المحكمّين جميعاً لا برأي بعضهم دون البعض، وليس للمحكّم أن يقضي خارج نطاق سلطاته، فإذا ثار نزاع بين شخصين مثلاً في عقار وزروع وارتضياه حكماً ليفصل بينهما في العقار فليس للمحكم أن يقضي في الزروع[3]، وإذا قضى لا ينفذ حكمه إلا برضا الخصوم[4]؛ كما أنه يجب على المحكم مراعاة ما يضعه السلطان من قيود على سلطته كأن يكون موضوع النزاع مما اختص ولي الأمر بالحكم فيه كما في الحدود التي تجب حقاً لله تعالى كحد الشرب أو الزنا .

---

(١) المغني لابن قدامة ، ج٩ ، ص١٠٨ ، مكتبة الجمهورية – مغني المحتاج ، ج ، ص ، ط١ ، الحلبي الأخيرة ، ١٩٥٨م ، فقه السنة للشيخ سيد سابق ، ج٣ ، ص٣١٦ ، مكتبة الدعوة الإسلامية .

(٢) الخرشي – حاشيته – ج٧ ، ص١٥١ ، الزرقاني – حاشيته على مختصر خليل ، ج٧ ، ص٢٠١ – الرهوني – حاشيته على الزرقاني – ج٧ ، ص٢٠١– البهوتي ، كشاف القناع ، ج٦ ، ص٢٠٩ – المرداوي – الإنصاف، ج١١ ، ص١٩٩ .

(٣) الجاوي : محمد بن عمر بن علي بن نووي ، أبو عبد المعطي ، نهاية الزين في إرشاد المبتدئين ، ص١٠٤ .

(٤) الشيخ / علي حيدر – شرح مجلة الأحكام العدلية ، ج٤ ، ص٦٤٢ .

المطلب الثالث

أن يكون في خصومة شرعية[١]

القضاء في حقوق العباد، سواءً كان صادراً من القاضي أو من المحكّم يستلزم أن تسبقه الخصومة الشرعية، فيجب على المحكّم التحقق من وجود خصومة حقيقية بين مدعي ومدعى عليه (المحتكمين) وأن التنازع قائم بينهما بالفعل على المدعى به موضوع الدعوى، وعليه : إذا اتفق شخصان على تحكيم آخر وحضر أحدهما وأقام البينة عند المحكّم على حقه وقضى له المحكّم بناءً على ما قدم من الحجج والبينات وبدون تنازع وتخاصم وتداعي بينهما فإن حكمه لا ينفذ[٢]، ولتحقق الخصومة الشرعية يجب أن يكون هناك تطابق بين الدعوى في الظاهر والواقع، فإذا كانت الدعوى مسموعة بحسب الظاهر والمحكّم يعلم أن باطن الأمر ليس كظاهره وأنه لا تنازع حقيقي بين الخصوم في الأمر المدعَى به فلا يجوز له سماع الدعوى، وإذا تغاضى عن ذلك وحكم فإن حكمه وقضاءه لا ينفذ أما إذا كان المحكّم لا يعلم بصورية الدعوى فإنه يُعْذر وينفذ قضاؤه[٣]

المطلب الرابع

أن يكون الحكم في مواجهة من يجوز أن يشهد له أو عليه

لمّا كان التحكيم كالقضاء يهدف إلى إحقاق الحق ورفع الظلم؛ لذا يجب أن لا تكون هناك شائبة الميل لأحد أطراف الخصومة بسبب قرابة أو عداوة؛ لذا أوجب الفقهاء أن يصدر حكم المحكّم في مواجهة من يجوز أن يشهد له أو عليه؛ إذ أن الشهادة ولاية ومن لا تكون له ولاية الشهادة أولى أن لا تكون له ولاية التحكيم[٤]، وتحرير محل النزاع في هذه المسألة، أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن ما حكم به المحكّم لغير نفسه ولغير أبويه ولغير عبده ولغير كل من يختلف في قبول شهادته له

---

(١) راجع في شروط الدعوى الصحيحة – الشيخ / علي حيدر – أصول استماع الدعوى الحقوقية – شرح مجلة الأحكام العدلية ، ص٥٠ مطبعة الترقي ، ط١٩٢٣م .

(٢) الشيخ / محمد صالح الجارم الحنفي – المجاني الزهوية على الفواكه البدرية للشيخ ابن الفرس ، ص١٤٤ ، ط النيل ، د/ علي قراعة – الأصول القضائية، ص٢٣٥ .

(٣) الشيخ / علي حيدر – شرح مجلة الأحكام ، ج٤ ، ص٦١١ .

(٤) الزيلعي – تبيين الحقائق ، ج٤ ، ص١٩٤ – الخرشي – حاشيته ، ج٧ ، ص١٦٢ ، النووي – روضة الطالبين – ج١١ ، ص١٢١ – ابن قدامة المقدسي المغني مع الشرح الكبير ، ج١١ ، ص٤٨٣ .

من ذوي رحمه ومن ولده، ومن ولد ولده من كل وجه وإخوته وأخواته ومن هو في كفالته وصديقه الملاطف وعلى عدوه ٠٠ أن حكمه جائز إن وافق الحق[١]، كما اتفقوا على جواز قضائه على أصوله وفروعه وزوجته[٢]، لكنهم اختلفوا في حكم المحكم لأصوله أو لزوجته ووالدها وأمها أو امرأة ابنه أو لزوج ابنته **ويمكن حصر الخلاف في قولين :**

القول الأول:

ويرى أن حكم المحكّم لمن لا يجوز أن يشهد له باطل ولا ينفذ، وإذا رفع إلى القاضي أبطله وافق الحق أم خالفه، وممن ذهب إلى هذا جمهور الحنفية وهو الراجح عند الشافعية وهو قول عند أحمد وهو المختار عند المالكية[٣] .

القول الثاني :

ويرى صحة حكم المحكّم لأصوله وفروعه وعلى عدوه، وممن ذهب إلى هذا بعض الشافعية وقول عند أحمد[٤] .

الأدلـــة

أدلة القول الأول :

استدل الجمهور على قولهم بعدم صحة الحكم للفروع والأصول بالمعقول فقالوا : إن حكم الحاكم

للأصول والفروع يورث التهمة وأسبابها لأنه يجر لنفسه نفعاً، أو لأنه إما يدفع عن نفسه ضرراً كشهادة العاقلة الأغنياء الأقربين على شهود القتل الخطأ بالفسق[٥] .

---

(١) ابن حزم – مراتب الإجماع – ص٤٩ – ط دار الكتب العلمية – بيروت .

(٢) راجع في الرأي المعاكس – السيوطي – جواهر العقود ، ج٢ ، ص٤٤٣ .

(٣) ابن نجيم – البحر الرائق – ج٧ ، ص٢٧ – العيني – البناية شرح الهداية ، ج١ ، ص٧٢ – الماوردي – أدب القاضي – ج٢ ، ص٣٨٥ ، ابن تيمية – الفتاوى الكبرى ، ج٤ ، ص٢٩٠ ، ابن سلمون – العقد المنظم هامش تبصرة الحكام ، ج٢ ، ص٢٠٤ .

(٤) الماوردي – أدب القاضي ، ج٢ ، ص٣٨٥ وما بعدها – ابن قدامة – المغني – الشرح الكبير ، ج١١ ، ص٤٨٣ .

(٥) الزيلعي – المرجع السابق – نفس الموضع – النووي – روضة الطالبين – ج١١ ، ص١٢١ .

أدلة القول الثاني :

استدل الشافعية وبعض الحنابلة على قولهم بصحة الحكم للأصول والفروع بالمعقول فقالوا : أن التحكيم ولاية مستمدة من رضا الخصوم وبالرضا تنتفي التهمة؛ لأن الشهادة تخالف التحكيم فيجوز الحكم لأصوله وفروعه وعلى عدوه وإن لم يجز أن يشهد لهم أو عليهم[١] .

الراجـح :

مما سبق يتبين لنا رجحان رأي الجمهور القائل بعدم جواز الحكم للأصول والفروع للتهمة التي لا تزول بالرضا لأن المحتكمين لا ينسب إليهم الرضا بحكم من قامت لدى أحدهم شبهة الميل للآخر .

المطلب الخامس

أن يكون الحكم موافقاً للأصول الشرعية

. استلزم الفقهاء للاعتداد بحكم القاضي المولّى أن يستند في حكمه إلى البينة أو الإقرار أو النكول وصورته : أنه إذا ما عجز المدعي عن إثبات دعواه أمام المحكّم فله أن يطلب تحليف المدعي عليه، فإذا نكل قضى عليه بنكوله، ولما كان المحكّم أدنى مرتبة من القاضي؛ لذا فإن لزوم الاستناد إلى الحجج الثلاث السابقة في الحكم أولى، وبناءً عليه ثار الخلاف بين الفقهاء في شرعية حكم المحكّم بعلمه الذي لا يستند إلى الحجج كأن يسمع المحكّم رجلاً يقر لرجل بمال أو رآه وهو يدفع ثمن المبيع للبائع ثم اختصما لديه، **ويمكن حصر الخلاف في قولين** :

القول الأول :

. ذهب الحنفية ومالك وأحمد وهو المعتمد في المذهب الشافعي إلى عدم جواز حكم المحكّم بعلمه[٢] جاء في مجمع الأنهر : " وإذا ما قضى – أي المحكّم – بناءً على علمه فإنه لا ينفذ "[٣] وجاء في البحر الرائق " وشرط أن يكون حكمه بحجة من

(١) ابن أبي الدم – أدب القضاء – ج١ ، ص٤٢١ – ابن قدامة – المغني مع الشرح الكبير – ج١١ ، ص٤٨٣ .

(٢) الزيلعي – تبيين الحقائق ، ج٧ ، ص١٩٢ – ابن جزي – القوانين الفقهية ، ص٥٩ – السيوطي – جواهر العقود – ج٢ ، ص٢٦٤ – ابن حجر – الفتاوى الكبرى ، ج٤ ، ص٢٩٠ .

(٣) الشيخ زاده – مجمع الأنهر – شرح ملتقى الأبحر ، ج٢ ، ص١٦٥ .

الثلاث ليوافق حكم الشرع وإلاَّ يقع باطلاً وظاهره أنه لا يحكم بعلمه ولم أره صريحا "[١] وجاء في حاشية الرملي " والراجح أنه ليس له – أي المحكّم – أن يحكم بعلمه لانحطاط رتبته "[٢] .

وجاء في الشرح الكبير " أما إذا ثبت له حق بإقرار، فسأله المقر أن يُشهد على نفسه شاهدين لزمه ذلك، لأن الحاكم لا يحكم بعلمه "[٣] .

القول الثاني :

. ذهب بعض الشافعية إلى جواز قضاء المحكّم بعلمه جاء في تحفة المحتاج " وللمحكّم أن يحكم بعلمه خلافاً لمن نازع فيه إذ لا وجه لمنعه "[٤] .

الأدلة

أدلة الجمهور :

استدل الجمهور على قولهم بعدم صحة قضاء المحكم بعلمه بالمعقول فقالوا : أن الحكم الذي يستند إلى أحد هذه الأدلة الثلاث حكم موافق لأصول الشرع وما عداها تعتريه التهمة وكل حكم تعتريه شائبة التهمة باطل ولا ينفذ[٥] .

أدلة القول الثاني : استدل بعض الشافعية على قولهم بصحة قضاء المحكّم بعلمه بالمعقول فقالوا : حكم المحكّم بعلمه نوع من الاجتهاد والعمل بالاجتهاد جائز متى كان من ظاهر التقوى والورع[٦] .

الترجيح :

مما سبق بتين ترجيح قول الجمهور لأن تهمة الميل والحيف قائمة وخاصة في زماننا والمظان الكلية هي مناط الأحكام .

---

(١) ابن نجيم – البحر الرائق – ج٧ ، ص٢٦ .

(٢) الرملي – حاشيته على هامش أسنى المطالب ، ج٢ ، ص٢٨٨ .

(٣) ابن قدامة – المغني الشرح الكبير ، ج١١ ، ص٤٨٠ .

(٤) الهيتمي – تحفة المحتاج – هامش حاشيتي الشرواني وابن القاسم ، ج١١ ، ص١١٩ .

(٥) ابن نجيم – البحر الرائق – ج٧ ، ص٢٦ .

(٦) الرملي – نهاية المحتاج – ج٨ ، ص٢٤٢ .

المبحث الثاني
صحة ولاية المحكم وانتهائها ،وسلطاته وعوامل تحديدها
المطلب الأول
صحة ولاية المحكم

التحكيم عقد من عقود الأمانات[١] فهو تولية وتفويض كالوكالة والقضاء وهذان يجوز تعليقهما على شرط أو إضافتهما إلى المستقبل أو تقييدهما بالشرط فكذا التحكيم.

تعليق التحكيم على شرط :

ويقصد به : ربط حصول أمر بحصول أمر آخر في المستقبل[٢]، وهو عكس التنجيز وصورته كأن يقول المحتكمان إذا قدم فلان فاحكم بيننا .

ـ إضافة التحكيم إلى المستقبل :

ويقصد به : تأخير حكم التصرف القولي المنشأ إلى زمن مستقبل معين، كأن يقولا لرجل : أحكم بيننا غداً أو أول الشهر القادم[٣] .

. تقييد التحكيم بالشرط :

ويقصد به : التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف حال إطلاقه، كأن يقول المحتكمون للمحكم احكم بيننا في العقار دون المنقول[٤] .

تأقيت التحكيم بوقت معين :

ويجوز تأقيت التحكيم بوقت معين، كأن يقول المحتكم لرجل حكمتك على أن تحكم في مجلسك هذا أو في يومك هذا .

تعيين الحكم :

يشترط لصحة ولاية التحكيم أن يكون الحكم معيناً، فإذا اتفق الخصوم على تحكيم رجل ولم يعيناه لم يجز إجماعاً للجهالة[٥]، كأن يتفقا على تحكيم أول من

---

(١) د. محمد سلام مدكور – المدخل للفقه ، ص٦٠٦ .
(٢) د.مصطفي الزرقاء – المدخل الفقهي العام – ج١ ، ص٥٠٧ .
(٣) المرجع السابق ، ص٥٠٦ .
(٤) في نفس المعنى الزيلعي – تبيين الحقائق – ج٤ ،ص١٩٤ .
(٥) الحصكفي – شرح الدر المختار – ج٢ ، ص١٥٠ .

يدخل عليهما أو أول من يصادفهما في الطريق[١]، ولا يصح تحكيم غير المعلوم سواءً وقعت الجهالة في شخص الحكم أو في صفته[٢] .

ويستوي أن يتم الاتفاق على شخص المحكّم في عقد التحكيم أو في اتفاق مستقل سابق للعقد، أم لاحقُ له، وللمحتكمين تعيين الحكم بنفسيهما ولهما أن يجعلا ذلك إلى تعبيرهما برضاهما[٣] .

تعدد المحكمين :

يجوز تحكيم اثنين فأكثر أهلاً للقضاء لنظر النزاع ويستوي أن يكون عددهم شفعاً أو وتراً، وإذا تعدد المحكّمون وجب اتفاقهم على الحكم، فإذا اختلفوا في الحكم لم ينفذ ولو برأي الأغلبية[٤] .

تحكيم الخصم :

اختلف الفقهاء في حكم تحكيم الخصم، ويقصد بالخصم من تثبت بينه وبين أحد المتداعين خصومة دنيوية وإن لم تصل إلى حد العداوة، وفي حكم تحكيمه اختلف الفقهاء .

فذهب الحنفية إلى عدم صحة تحكيم الخصوم كما لا تجوز شهادتهم لقاعدة من لا تصح شهادته لا يصح تحكيمه[٥] .

وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز تحكيم الخصم ابتداءً، وإذا حكم نفذ حكمه ما لم يكن جوراً بيناً[٦] .

عزل المحكم :

يشترط لصحة تولية المحكّم عدم عزله سواءً من قبل أحد الخصوم أو يعزل نفسه بعد الترافع إليه والمخاصمة، وعلى ذلك فإنه لا خلاف بين الفقهاء في أن للمحكّمين الاتفاق على عزل المحكّم قبل أن يصدر حكمه حتى ولو بعد الترافع أمامه وإقامة البينة كما أنه لا خلاف بينهم في أنه يجوز للمحكّم أن يعزل نفسه قبل إصداره

---

(١) القرافي – الفروق – الفرق الثالث والتسعون بعد المائة .

(٢) د. علي قراعة – الأصول القضائية ، ص٢٤٥ .

(٣) الكاساني – بدائع الصنائع – ج٩ ، ص٤٢٢٢ .

(٤) علماء الهند – الفتاوى الهندية – ج٢ ، ص٤٠٠ ، علي حيدر – شرح مجلة الأحكام ، ج٤ ، ص٦٤٢ .

(٥) الخصاف – أدب القاضي – ص٥٨٨ .

(٦) المرداوي – الإنصاف – ج١١ ، ص١٩٨ .

الحكم بشرط إعلام المحتكمين بعزله[١]، لكنهم اختلفوا في حكم العزل بعد الترافع أو بعد إصدار الحكم **ويمكن حصر الخلاف في ثلاثة أقوال :**

القـول الأول :

يرى جمهور **المالكية والحنابلة** : أن لأي من الخصوم عزل المحكّم بالرجوع عن التحكيم قبل الترافع إليه، أما بعد الترافع فلا عبرة برجوع من رجع وللمحكّم أن ينظر الدعوى ويلزم الخصوم التمادي فيها حتى صدور الحكم[٢]، وحجتهم في ذلك أنه إذا أتيح للخصوم الرجوع عن التحكيم بعد الشروع أدى ذلك إلى أنه لا يلزم بالتحكيم حكم ويبطل المقصود[٣] .

القـول الثاني :

يرى **الحنفية والشافعية وبعض المالكية** : أنه لا يجوز للمحكّمين عزل المحكّم بعد صدور الحكم أما بعد الترافع فيجوز، واستدلوا بأن التحكيم من العقود الجائزة غير اللازمة بمعنى أنه لأي من طرفيه فسخه بإرادته المتفردة كما في عقد الشركة والمضاربة[٤] .

القول الثالث :

ذهب ابن الماجشون من المالكية : إلى عدم جواز عزل المحكم بعد الاتفاق على تحكيمه وحتى صدور الحكم واستدل بأن إعطاء الخصم إنهاء التحكيم بإرادته المتفردة فيه مخالفة للقاعدة الشرعية التي تقضي بعدم تمكين الشخص نقض ما تم من جهته[٥]

---

(١) الزيلعي – تبيين الحقائق – ج٤ ، ص١٩٣ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج١ ، ص٤٤ – النووي ، روضة الطالبين ، ج١١ ، ص١٢١ ، ابن قدامة – المغني ، ج٩ ، ص١٠٨ .

(٢) الباجي – المنتقى – ج٥ ، ص٢٣٧ .

(٣) البهوتي – كشاف القناع – ج٦ ، ص٢٠٩ .

(٤) السمنائي – روضة القضاة – ج١ ، ص١١٨ – الماوردي – أدب القاضي ، ج٢ ، ص٣٧٩ ، الباجي – المنتقى ، ج٥ ، ص٢٣٧ .

(٥) الرهوني – حاشيته على الزرقاني – ج٧ ، ص٢٠١ .

الترجيح :

نرى أن القول بحق المحتكم في الرجوع قبل صدور الحكم هو الأولى بالقبول، لأن الأصل في عقد التحكيم الجواز وليس اللزوم شأن العقود غير اللازمة كالوكالة والمضاربة[١] .

المطلب الثاني

انتهاء ولاية المحكم

تنتهي ولاية المحكّم بإحدى طرق ثلاث، هي العزل، انتهاء مهمة المحكّم، سقوط أهلية المحكم، **وسوف نتناول بيان هذه الطرق فيما يلي :**

أولاً : العــزل :

سبق القول أن ولاية المحكم تنتهي بالعزل سواءً كان من نفسه أو بعزل المحتكمين أو أحدهما، فإذا عُزل المحكم زالت ولايته وأصبح كآحاد الناس فلا يستطيع أن يفصل في موضوع النزاع إن لم يكن قد فصل فيه قبل العزل[٢] .

ثانياً : انتهاء مهمة المحكم :

تنتهي مهمة الحكم بانتهاء المهمة الموكول بها إليه، ذلك لأن الغاية من التحكيم هي صدور الحكم فاصلاً في موضوع النزاع على الوجه المشروع، فإذا أصدر المحكّم قراره انتهت مهمته ويصبح كآحاد الناس، وإذا كان التحكيم مؤقتاً انتهت ولاية الحكم بمرور الوقت المحدد حتى وإن لم يصدر الحكم خلال تلك الفترة ولا يكون للمحكّم نظر النزاع إلا بتجديد التولية[٣] .

ثالثاً : سقوط أهلية المحكّم : تسقط الأهلية بالردة أو الجنون أو العمى، فإذا وجدت إحدى هذه العوارض انتهت أهلية المحكّم وبالتالي لا يصح حكمه حتى وإن زالت هذه العوارض إلا بتجديد التحكيم مرة ثانية[٤] .

---

(١) الحموي – شرح الأشباه والنظائر – ج٢ ، ص٣٧٤ .

(٢) الكمال بن الهمام – فتح القدير ، ج٦ ، ص٤٠٨ .

(٣) الزيلعي – تبيين الحقائق – ج٤ ، ص١٩٤ .

(٤) علماء الهند – الفتاوى الهندية – ج٢ ، ص٣٩٨ .

المطلب الثالث

سلطات الحكم وعوامل تحديدها

أولاً : عوامل تحديد سلطات الحكم :

. تتمثل عوامل تحديد سلطات الحاكم في ثلاثة هي : العقد – ولي الأمر – الوظيفة .

أولاً : عقد التحكيم :

عقد التحكيم شأنه خطاب تعيين القاضي المولّى هو الذي يحدد سلطات الحكم بالنسبة لنظر الموضوع والأشخاص الذين يلزمهم حكم المحكّم والمكان الذي يقع فيه التحكيم ، ويُلزم المحكّم في إصدار حكمه بالأشخاص أطراف التعاقد (المحتكمين) وإذا قيد المحتكمون المحكّم بنظر النزاع بمكان معين أو زمن معين التزم به فإذا قضي في غير المكان المحدد في العقد أو بعد صدور الزمن المحدد فإنه يعتبر تصرفاً صدر من غير ذي صاحب ولاية يوجب بطلانه[1] .

ثانياً : تقييد ولي الأمر لسلطات المحكّم :

لولي الأمر باعتباره صاحب السلطة العامة أن يقيد التحكيم من حيث الزمان والمكان والموضوع

فله إذا رأى مصلحة في أن يقصر التحكيم على نوع معين من الخصومات دون غيرها، وله أن يجيزه في إقليم دون آخر، وإذا قصر السلطان التحكيم على نوع معين أو حدده بإقليم أو زمن فليس للمحكّم أن يتعدى ذلك وإلا كان تصرفه باطلاً[2] .

ثالثاً : تكييف وظيفة المحكّم ودورها في تحديد سلطاته :

أولاً : تكييف وظيفة المحكّم في مسائل الأحوال الشخصية :

ـ لقد اختلف الفقهاء حول تكييف وظيفة المحكم في مسألة الشقاق بين الزوجين ، **ويمكن حصر الخلاف في قولين** :

القـول الأول :

يرى الجمهور[3] أن الحكمين في الشقاق بين الزوجين هما حاكمان لا وكيلان لهما أن يفعلا ما يريان من جمع أو تفريق برضا الزوجين أو بغير رضاهما .

---

(١) علي حيدر – شرح مجلة الأحكام ، ج٤ ، ص٦٤٣ .

(٢) الحموي شرح الأشباه – ج٢ ، ص٣٧١ ، علي حيدر – أصول استماع الدعوى الحقوقية ، ص٤٧ .

(٣) الجصاص – أحكام القرآن – ج٢ ،ص٢٣٢ ، الإمام مالك – المدونة الكبرى ، ج٥ ، ص٥٤ – ابن قدامة – المغني ، ج٧ ، ص٤٨ .

القـول الثاني :

ويرى أن الحكمين في الشقاق بين الزوجين هما وكيلان عن الزوجين لا حاكمان لا يفصلان إلا ما وكلا به من قبل الزوجين من جمع أو تفريق بمقابل أو غير مقابل(١).

ثانياً : وظيفة الحكم في غير مسائل الأحوال الشخصية :

- على نظير الأمر في مسألة الأحوال الشخصية اختلف الفقهاء في تكييف وظيفة الحكّم في غير مسألة الشقاق بين الزوجين **ويمكن حصر الخلاف في ثلاثة اتجاهات نعرضها فيما يلي :**

القول الأول :

يرى الجمهور أن المحكّم في غير مسألة الشقاق بين الزوجين إنما هو حاكم نافذ الأحكام شأن القاضي المولّى(٢)، جاء في الإنصاف " فعلى المذهب يلزم من يكتب إليه تحكيمه القبول وتنفيذه كحاكم الإمام "(٣) .

القول الثاني :

يرى بعض المالكية أن المحكّم يعتبر وكيلاً وليس حاكماً لأن التحكيم عندهم من باب الوكالة لا الولاية(٤) .

القول الثالث :

يرى الحنفية أن عمل المحكم، وكالة في جانب ولاية في جانب آخر فهو يشبه القاضي في أنه يعمل باستقلال عن إرادة الخصوم، ويشبه الوكيل في أنه لا يمكنه مباشرة عمله إلا بتحكيم الخصوم له(٥).

---

(١) الجصاص – أحكام القرآن ، ص٢١٢ – ابي رشد – بداية المجتهد ، ج٢ ، ص٨٣ ، الشربيني – مغني المحتاج – ج٢ ، ص٢٦١ – ابن قدامة – المغني ، ج٧ ، ص٤٧ .

(٢) الدردير – الشرح الصغير – ج٥ ،ص٥١٢ – النووي – روضة الطالبين – ج١١ ، ص١٢١ – البهوتي – كشاف القناع – ج٦ ، ص٣٠٩ .

(٣) المرداوي – الإنصاف – ج٨ ، ص٣٨٠ .

(٤) الباجي – المنتقى ، ج٥ ص٣٢٧ .

(٥) الجصاص – أحكام القرآن – ج٢ ، ص٢٣٢ .

وقد رجح القول بتكييف وظيفة المحكم بالتعددية وبحسب المراحل بعض الفقهاء المعاصرين[١] .

ثانياً : سلطات المحكّم :

تتمثل سلطات المحكّم في ثلاث صور هي الاستخلاف، الصلح، توقيع العقوبة.

أولاً : سلطة المحكّم في استخلاف غيره :

اتفق الفقهاء على صحة حكم المحكّم المستخلف متى كان المحكّم الأصلي مأذوناً له بالاستخلاف ومتى كان الحكم ليس فيه جور بيّن[٢]، لكنهم اختلفوا في صحة ولزوم حكم المستخلف إذا كان المحكم الأصلي ليس مأذوناً له بالاستخلاف، **ويمكن حصر الخلاف في قولين :**

القول الأول

ويرى عدم صحة حكم المستخلف وعدم لزوم حكمه سواء أجازه الحكم الأول أو لا، وسواءً أجازه القاضي المولّي أم لا وحجتهم أن ولاية الحكومة منقادة من المحتكمين لا من جهة القاضي[٣] .

القول الثاني

ويرى صحة الحكم الذي يصدره الحكم الثاني إذا ما أجازه الحكم الأول لأن الحكم الثاني خليفة الحكم الأول فإذا حكم بحضرته أو أجازه متى كان في غيبته صح ويعتبر كأنه باشره بنفسه[٤] .

ثانياً : سلطة الحكم في إجراء الصلح :

مهمة المحكمين الأولى في مسألة الشقاق بين الزوجين هي الإصلاح بينهما ما استطاعا وبغير إذن الزوجين، أما عدا مسألة الشقاق فإن سلطة الحكم بالصلح

---

(١) د. إسماعيل الأسطل – التحكيم في الشريعة الإسلامية ، ص١٢٦ .

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي ١٤٣/٧، مواهب الجليل للحطاب ٦٩/٨ ، ط دار عالم الكتب ، ١٤٢٣هـ ، شرح فتح القدير للكمال بن الهمام ٥٥/٢ ، ط دار الفكر – بيروت ، الحاوي الكبير للماوردي ، ٦٥٥/١٦ ، ط دار الفكر ، بيروت ، المغني لابن قدامة ٤٨٠/١١ وفيه : " ٠٠ فإذا ولى قاضياً ، استحب أن يستخلف؛ لأنه قد يحتاج إلى ذلك، فإذا أذن له في الاستخلاف ، جاز له بلا خلاف نعلمه" .

(٣) علماء الهند – الفتاوى الهندية ، ج٢ ، ص٤٠٠ ، وراجع المادة ١٨٤٥ من مجلة الأحكام .

(٤) الرافعي – التحرير المختار لرد المحتار – ج١ ، ص١٩٩ ، ط المطبعة الكبرى الأميرية ، ط ١٣٢٣هـ.

مقيدة بالإذن من المحتكمين فإن أذنا لهما بتسوية النزاع بالصلح لهم ذلك، أما إذا لم يأذن الخصوم بتسوية النزاع صلحاً وانتهى المحكّمون مع ذلك إلى الصلح فلا يلزم الصلح المحتكمين إلا إذا رضوا به طواعية[1] .

ثالثاً : سلطة الحكم في توقيع العقوبة :

لما كانت غاية المحكّم الإثبات والحكم؛ لذا فليس له أن يقضي بعقوبة واجبة حقاً لله تعالى كالحكم بالجلد أو القطع أو القتل إذ أن هذا من سلطة ولي الأمر فإذا حكم المحكّم بشيء من ذلك لا ينفذ عند الجمهور، وعند المالكية يمضي إن كان حكمه صواباً، كما ليس للمحكّم أن ينفذ ما حكم به إذ أن
التنفيذ أمر لاحق للحكم والمحكّم ليس له إلا إنشاء الحكم، وأما قوة التنفيذ فأمر زائد عن كونه حاكماً[2]
واختلف الفقهاء في حق الحبس فذهب البعض إلى أن المحكّم ليس له الحبس ولا الترسيم[3] .

وذهب بعض الشافعية إلى أن للمحكّم أن يأمر بحبس من امتنع[4] .

المبحث الثالث

لزوم حكم المحكّم للمحتكمين، وحجيته أمام القاضي المولّي

المطلب الأول

لزوم حكم المحكّم للمحتكمين

حكم المحكّم لا يخلو من أن يكون موافقاً لقواعد الشرع أو مخالفاً لها، ومن البديهي إمكان التحلل من حكم المحكّم متى كان هذا الحكم مخالفاً لنص أو إجماع لأنه يعتبر باطلاً ولا يجوز العمل به شرعاً، فللمحكوم عليه رفع الأمر إلى القضاء لنقض الحكم المخالف وتتبع الطرق الموصلة للحكم الصحيح، إنما تثور المشكلة في حالة ما إذا كان حكم المحكّم قد صدر صحيحاً موافقاً لقواعد الشرع ولم يخالف نص

---

(١) علي حيدر – شرح مجلة الأحكام ، ج٤ ، ص١٨ ، ٤٧ .

(٢) راجع في هذه المسألة ابن عابدين – رد المحتار – ج٥ ، ص٣٦٥ ، ابن أبي الدم – أدب القضاء ، ج١ ، ص٤٢٨ – الخرشي – حاشيته ، ج٧ ، ص١٤٦ .

(٣) الترسيم – هو منع المطلوب للعدالة من مغادرة مكان معين – مختار الصحاح ، ص١٣٠ .

(٤) النووي – روضة الطالبين ، ج١١ ، ص١٢١ ، الهيتمي – الفتاوى الكبرى ، ج٤ ، ص٢٩٠ .

أو إجماع وأراد أحد المحتكمين أن يتحلل من الحكم، وفي هذا الفرض اختلف الفقهاء، **ويمكن حصر الخلاف في قولين :**

القول الأول :

يرى الجمهور أن حكم المحكّم لازم بنفسه متى كان صحيحاً موافقاً لأصوله المشروعة ولم يخالف نصاً أو إجماعاً، وليس لأي من المحتكمين أن يتحلل منه لعدم رضاه به، وأن للمحكوم له أن يلجأ إلى القاضي طالباً تنفيذ حكم المحكم إذا لم ينفذه المحكوم عليه طواعية[١] .

القول الثاني :

ويرى أن حكم المحكّم لا يكون لازماً للمحتكمين إلا برضاهم به بعد صدوره ولأي منهما أن يتحلل

من الحكم بعد صدوره متى كان غير راض به وممن ذهب إلى هذا الإمام الشافعي في أحد قوليه وأختاره المُزني[٢] .

الأدلة :

أدلة الجمهور :

استدل الجمهور على قولهم بلزوم حكم المحكّم للمحتكمين **بأدلة من السنة والأثر والمعقول :**

. أما السنة فمنها – حكم سعد رضي الله عنه في بني قريظة[٣] .

---

(١) البابرتي – البناية على الهداية ، مطبوع بفتح القدير – ج٦ ، ص٤٠٨ – ابن فرحون ، تبصرة الحكام – ج١ ، ص٤٤ – النووي – روضة الطالبين ، ج١١، ص١٢١ – ابن قدامة – المغني ، ج١١ ، ٣٩٢ ، ص٤٨٤ .

(٢) الماوردي – أدب القاضي – ج٢ ، ص٢٨٢ ، الشيخ محمد حسين العقبي – تكملة المجموعة ، ج١٨ ،ص٢٦٢ ، ط الإمام – الناشر زكريا علي يوسف .

(٣) رواه البخاري في صحيحه ٦٧/٤ (٣٠٤٣) بتحقيق زهير ناصر ، ط١ ، دار طوق النجاة ١٤٢٢هـ ، ومسلم في صحيحه ١٣٨٩/٣ (١٧٦٨) عن أبي سعيد الخدري – رضي الله عنه – قال : لما نزلت بنو قريظة على حكم سعد – هو ابن معاذ – بعث رسول الله (ﷺ) : وكان قريباً منه، فجاء على حمار. فلما دنا قال رسول الله (ﷺ) " قوموا إلى سيدكم " فجلس إلى رسول الله (ﷺ) فقال له : " إن هؤلاء نزلوا على حكمك " قال : فإني أحكم أن تقتل المقاتلة " وأن نسبي الذرية . قال : " لقد حكمت فيهم بحكم الملك " .

وجه الدلالة :

أنه لو لم يكن حكم المحكّم لازماً لما عمل به الرسول (ﷺ) ولكانت الفرصة أمام بني قريظة للتحلل من حكم سعد للحصول على حكم أخف من القتل .

- ومنها قول الرسول (ﷺ) إذا خرج ثلاثة في سفر فليؤمروا أحدهم[١] .

وجه الدلالة :

أن الرضا بالتأمير رضا بالحكم فيصير بتأميرهم عليهم نافذ القول فيهم، كما لو كان والياً عليهم .

وأما الأثر : فمنه ما روى عن الشعبي أن امرأة نشزت على زوجها فأختصمها إلى شريح القاضي فقال ابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها فحكما بالتفريق وكره الرجل ذلك فقال شريح " ففيم كنا فيه اليوم " وأجاز أمرهما [٢] .

وجه الدلالة :

أن شريح أقر رأي المحكمين بالتفريق بين الزوجين ولم يكن لعدم رضا الزوج من أثر على نفاذ الحكم ولزومه[٣] .

كما استدل الجمهور على قولهم بلزوم حكم المحكّم بالمعقول **من وجهين منها** :

أولهما : قياس التحكيم على القضاء ووجهه أن المحكّم بين الخصمين بمنزلة القاضي المولَّى فكما أنه ليس لأي من الخصمين التحلل من حكم القاضي بعد صدوره طبقاً للقواعد الشرعية فكذا حكم المحكّم بالنسبة للمحتكمين[٤] .

ثانيهما : أن في إعطاء الحق لأي من المحتكمين التحلل من حكم المحكّم لعدم رضاه به يؤدي إلى فوات الحكمة من مشروعية التحكيم التي تتمثل في تيسير حصول

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه ، ج٢ ، برقم ٢٦٠٨ .

(٢) الأثر أخرجه البيهقي في سننه الكبرى ٣٠٦/٧ (١٥١٨٧) .

(٣) الإمام الطبري – جامع البيان في أحكام القرآن ، ج٥ ، ص٧٤ .

(٤) في نفس المعنى الخصاف – أدب القاضي ، ص٥٨٥ ، المقدسي – الكافي في فقه الإمام أحمد ، ج٣ ، ص٤٤٦ – الشيرازي – المهذب ، ج٢ ، ص٣٠٨ ، ابن نجيم البحر الرائق ، ج٧ ، ص٢٦ . البهوتي – كشاف القناع ، ج٦ ، ص٢٠٩ ، السرخسي المبسوط ، ج١٦ ، ص١١١ ، ابن الهمام – فتح القدير ، ج٦ ، ص٤٠٧ .

صاحب الحق على حقه وتنقلب فوائد التحكيم إلى مضار[1]، خاصة أن هناك بعض الحقوق تفوت منفعتها وفائدتها بمرور الزمن .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بعدم لزوم حكم المحكم إلا برضا الخصوم بالمعقول من وجهين :

أولهما : قياس حكم المحكّم على الفتوى – ووجهه أن حكم المحكّم بمنزلة الفتوى وكما أن الفتوى لا تلزم المستفتي إلا بالالتزام بها بعد صدورها وكذا حكم المحكّم لا يلزم المحكوم عليه إلا بالرضا به بعد صدوره[2] .

ثانيهما : أن الرضا معتبر في أصل الحكم والرضا بالحكم لا يكون إلا بعد معرفته وهذا لا يتحقق إلا بعد صدوره فوجب الرضا بالحكم بعد صدوره كما وجب الرضا به قبل صدوره[3] .

مناقشة المعقول :

ناقش الجمهور ما استدل به المانعون للزوم حكم المحكّم فقالوا لا نسلم لكم القول بلزوم الرضا

بالتحكيم انتهاءً كما يلزم به ابتداءً والوكيل لا تنفذ له ولاية التصرف إلا برضا الموكل ابتداءً ولا يلزم لنفاذ تصرفه في مواجهة الأصيل رضا الموكل[4] .

المطلب الثاني

حجية حكم المحكّم وأساسها

أولاً- حجية المحكم:

الحجية تعني : حمل الحكم على الصحة في الظاهر، محققاً للعدالة واجب التنفيذ، ولا يقبل من أحد الخصوم إعادة النظر فيه أو طلب تأجيل أو عدم تنفيذه أو نقضه ما لم يقترن بدليل قوي يرجح نقضه، وأنه إذا لم ينفذه المحكوم عليه اختياراً كان للمحكوم له

---

(١) في نفس المعنى– ابن قدامة – المغني ، ج٩ ، ص١٠٨ – الماوردي – أدب القاضي، ج٢ ، ص٣٨٣ .

(٢) الإمام السيوطي – جواهر العقود – ج٢ ، ص٢٦٧ – الماوردي – أدب القاضي – الموضع السابق – الإمام الشعراني – الميزان – ج٢ ، ص١٨٥ .

(٣) الشربيني الخطيب – مغني المحتاج – ج٤ ، ص٤٩ – الشيرازي – المهذب ، ج٢ ، ص٢٠٨ .

(٤) في نفس المعنى ابن نجيم – البحر الرائق – ج٧ ، ص٢٦ .

أن يرفع أمره إلى الحاكم طالباً تنفيذه جبراً، ويترتب على تلك الحجية لحكم القاضي أنه لا يجوز طرح النزاع أمام المحكمة نفسها أو أي محكمة أخرى بعد صدور الحكم[١]، كما يترتب على تلك الحجية أنه يجب على القاضي احترام حكم غيره إذا ما رفع إليه لتنفيذه أو باعتباره دليلاً للإثبات[٢]، وقد أثبت الفقهاء تلك الحجية لحكم القاضي متى كان ذلك في المسائل المجتهد فيها تطبيقاً لقاعدة " الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد " وقد نص الفقهاء صراحة في كتبهم على تلك الحجية متى تحقق شرطها ، جاء في الأشباه " القضاء محمول على الصحة ما أمكن، ولا ينقض بالشك "[٣] وجاء في أدب القاضي " ظاهر الأحكام نفوذها على الصحة، ويجب صيانة الحكام فيها عن البذلة[٤] " وجاء في شرح الجصاص " يقول الخصاف " ولا يصدق على نقض القضاء على المقضي له، إذا كان قد وقع على وجه يجوز في الظاهر "[٥] ونظراً لأهمية هذه المسألة وهي حجية حكم المحكّم ونقض حكمه نعرض لبيان أقوال الفقهاء فيها فنقول : إذا بان للقاضي أو المحكّم أنه قد أخطأ في حكمه، أو بان له أن غيره من القضاة أو المحكمّين قد أخطأ في حكمه فذلك ضربان:

أحدهما : أن يكون قد أخطأ فيما يسوغ فيه الاجتهاد .

ثانيهما : أن يكون قد أخطأ فيما لا يسوغ فيه الاجتهاد .

فإن كان قد أخطأ فيما يسوغ فيه الاجتهاد : وهو أن يخالف أولي القياسين من قياس المعنى الخفي أو أولاهما من قياس التقريب في الشبه، كان حكمه نافذاً، وحكم غيره من القضاة به نافذاً لا يتعقب بفسخ ولا نقض[٦] .

فإن سيدنا عمر – رضي الله عنه – لم يشرك في عام بين الإخوة لأم والإخوة الأشقاء، وشرك بينهما في عام، فلما قيل له : إنك لم تشرك في العام الماضي بين

(١) الإمام الحموي – شرح الأشباه – ج٢ ، ص٤٠١ .

(٢) في نفس المعنى – علماء الهند – الفتاوى الهندية ، ج٢ ، ص٤٠٠ . ابن فرحون – تبصرة الحكام – ج١ ، ص٦٤ – ابن قدامة – المغني ، ج٩ ، ص٥٨ .

(٣) ابن نجيم – الأشباه والنظائر ، ج٢ ، ص٢٢٦ .

(٤) الماوردي – أدب القاضي ، ج١ ، ص٦٩٤ .

(٥) الجصاص وشرحه ، ص٢٦٥ ، منشورات الجامعة الأمريكية .

(٦) الحاوي الكبير للماوردي ١٧٢/١٦ ، المغني ٤٠٤/١١ .

ولد الأم وبين ولد الأب والأم فكيف تشرك الآن؟ قال : تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا[١] .

وحكم أبو بكر– رضي الله عنه – بالتسوية بين المهاجرين والأنصار في العطاء ولم يفَضَّل بالسابقة في الإسلام وقال : " إنما عملوا لله، وإنما أجورهم على الله، وإنما الدنيا بلاغ "، ولم يفرض للعبيد مع ساداتهم، وفَضَّل عمر – رضي الله عنه – بين المهاجرين والأنصار بالسابقة في الإسلام وفرض للعبيد.وسَوّى علي – رضي الله عنه – بين المهاجرين والأنصار كفعل أبي بكر وفرض للعبيد كفعل عمر. ولم ينقض بعضهم حكم بعض لنفوذه باجتهاد سائغ[٢] .

وقال الشعبي رحمه الله : حفظت من عمر – رضي الله عنه – في الحد سبعين قضية لا يشبه بعضها بعضاً[٣] .

وذكر عن شريح – رحمه الله – أنه كان يقضي بالقضاء ثم يبدو له فيرجع عنه ولا يرجع فيما كان قضي به. يعني في المجتهدات كان إذا تحول رأيه بنى فيما يستقبل على ما أدى إليه[٤] .

أما إذا كان قد أخطأ فيما لا يسوغ فيه الاجتهاد : وهو أن يخالف نصاً من كتاب أو سنة أو إجماع، أو يخالف من قياس المعنى القياس الجلي، أو يخالف من قياس الشبه قياس التحقيق، فقد اختلف الفقهاء في نقض حكمه وحكم غيره به في هذه الحالة إلى مذهبين :

المذهب الأول : يرى أصحابه به ينقض به حكمه وحكم غيره، إلى هذا ذهب الشافعية والحنابلة، وروي أيضاً عن أبي ثور وداود الظاهري، وحي عن الإمام مالك أنه قال بهذا أيضاً في قضاء نفسه[٥] .

المذهب الثاني : يرى أصحابه أنه لا ينقض الحكم إن خالف معنى نص الكتاب أو السنة أو قياس جلي أو خفي، أما إن خالف نصاً أو إجماعاً فإنه ينقض،

(١) رواه البيهقي في سننه الكبرى ١٢٠/١٠ ، وعبد الرزاق في مصنفه ٢٤٩/١٠ ، ٢٥٠ .
(٢) الحاوي الكبير للماوردي ١٧٣/١٦، المغني ٤٠٤/١١ .
(٣) المبسوط للسرخسي ٧٤/١٦ .
(٤) المصدر والموضع السابقان .
(٥) الحاوي الكبير للماوردي ١٧٣/١٦، تكملة المجموع للمطيعي ١٥٥/٢٠، المغني ٤٠٤/١١ .

وإلى هذا ذهب الحنفية والمالكية. إلا أن أبا حنيفة قال بأنه إذا حكم ببيع متروك التسمية أو حكم بين العبيد بالقرعة ينقض حكمه. وقال صاحبه محمد بن الحسن : إذا حكم بالشاهد واليمين نقض حكمه. كما قال المالكية بأنه إذا حكم بالشفعة للجار ينقض حكمه[1] .

الأدلة والمناقشات :

أدلة المذهب الأول :

استدل أصحاب المذهب الأول بالكتاب والسنة والآثار والإجماع والمعقول :

أما الكتاب فقوله تعالى : { **فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً** }[2]، يعني إلى حكم الله وحكم الرسول (ﷺ) .

وأما السنة : فما رواه الشيخان عن عائشة – رضي الله عنها – قالت : قال رسول الله (ﷺ) : " من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد "[3] .

وأما الآثار فمنها :

١– ما رواه البيهقي في سننه الكبرى عن عمر – رضي الله عنه – أنه قال : " يا أيها الناس ردوا الجهالات إلى السنة "[4] .

٢– وما رواه البيهقي في سننه الكبرى والطبراني في الكبير عن الزهري عن سعيد قال : كان عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – يقول : الدية للعاقلة، لا ترث المرأة من دية زوجها، حتى قال له الضحاك بن سفيان : كتب إلى رسول الله (ﷺ) أن أورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها ، فرجع عمر – رضي الله عنه[5] .

---

(١) المبسوط للسرخسي ٢٠٠/١١ ، ١٦٣/١٦ ، ١٣٢/٣٠ ، الذخيرة للقرافي ٤٦/١ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٣٠/٤ ، ١٥٧ ، الحاوي الكبير للماوردي ١٧٣/١٦ ، تكملة المجموع للمطيعي ١٥٥/٢٠ ، المغني ٤٠٤/١١ .

(٢) سورة النساء ، الآية ٥٩ .

(٣) صحيح البخاري ١٨٤/٣ (٢٦٩٧)، صحيح مسلم ١٣٤٣/٣ (١٧١٨) .

(٤) السنن الكبرى للبيهقي ٤٤٢/٧ (١٥٩٥٣) .

(٥) السنن الكبرى ٥٧/٨ (١٦٤٨٨)، المعجم الكبير للطبراني ٣٠٠/٨ (٥١٨٥) .

٣- وما روي عنه – رضي الله عنه – أيضاً أنه كان يفاضل بين ديات الأصابع، حتى روي له أن النبي (ﷺ) قال : " وفي كل إصبع مما هنالك عشر من الإبل"[١] .

٤- وما رواه البيهقي في سننه الكبرى عن أبي العوام البصري قال : كتب عمر إلى أبي موسى الأشعري – رضي الله عنهما – : أن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة ٠٠ ولا يمنعك من قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه لرأيك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق؛ لأن الحق قديم، لا يبطل الحق شيء، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل "[٢] .

ودلالة هذا الحديث وهذه الآثار على المدعي أوضح من أن توضح .

وأما الإجماع : فقد حكاه الماوردي رحمه الله حيث قال بعد أن روي هذه الآثار: " وهذه كلها آثار لم يظهر لها في الصحابة مخالف، فكانت إجماعاً "[٣] .

وأما المعقول فمن وجهين :

أحدهما : إن القاضي أو المحكم إذا خالف نصاً أو إجماعاً في قضائه، يكون قد حكم بحكم لم

يصادف شرطه، فوجب نقضه؛ كما لو لم يخالف الإجماع .

وبيان مخالفته للشرط : أن شرط الحكم بالاجتهاد عدم وجود النص، بدليل خبر معاذ – رضي الله عنه[٤] .

ثانيهما : إن القاضي في هذه الحالة ترك الكتاب والسنة، أي أنه فرط؛ فوجب نقض حكمه كما لو خالف الإجماع أو كما لو حكم بشهادة كافرين[٥] .

أدلة المذهب الثاني :

واستدل أصحاب المذهب الثاني على أن حكم الحاكم أو المحكم لا ينقض ما لم يخالف الإجماع، بالمعقول من وجهين :

---

(١) الحاوي الكبير ١٧٣/١٦ .
(٢) السنن الكبرى ١٥٠/١٠ (٢١٠٤٢) .
(٣) الحاوي الكبير ١٧٣/١٦ .
(٤) المغني ٤٠٤/١١ .
(٥) المغني ٤٠٤/١١ .

أحدهما : إن ما عدا النص والإجماع من أصول الفقه يسوغ فيها الخلاف، فلم ينقض الحكم المخالف لها، كما لا ينقض الحكم الذي لا نص فيه[١] .

ثانيهما : أنه إذا صلى الشخص بالاجتهاد إلى جهة ثم بان له الخطأ لم يعد صلاته، فكذلك إذا حكم القاضي أو المحكم بحكم وظهر خطؤه[٢] .

ثالثهما : إن الله تعالى شرع الشرائع لتحصيل المصالح الخالصة أو الراجحة، أو درء المفاسد الخالصة أو الراجحة، ويستحيل وجودها في النقيضين فيتحد الحكم[٣].

وقد نوقش الاستدلال بالوجه الأول : بأنه غير صحيح؛ لثلاثة وجوه :

أحدهما : إن الكتاب والسنة أصل للإجماع، لأنه لا يجوز أن ينعقد على ما خالف نص الكتاب أو السنة، فلما نقض حكمه بمخالفة الإجماع، كان نقضه بمخالفة الكتاب والسنة أولى[٤] .

ثانيهما : ما استدل به أصحاب المذهب الأول من أن القاضي إذا خالف نصاً في الكتاب أو السنة يكون قد فرط؛ وبالتالي فإن حكمه، يجب أن ينقض كما لو خالف الإجماع أو كما لو حكم بشهادة كافرين .

ثالثهما : إن مذهبهم هذا منقوض بما قاله أبو حنيفة من أنه: إذا حكم ببيع متروك التسمية أو حكم بين العبيد بالقرعة ينقض حكمه. وبما قاله محمد بن الحسن من أنه: إذا حكم بالشاهد واليمين نقض حكمه. وبما قاله المالكية من أنه: إذا حكم بالشفعة للجار ينقض حكمه[٥] .

كما نوقش الاستدلال بالوجه الثاني : بأن هذا قياس مع الفارق فلا يصح، وبيان الفارق من ثلاثة أوجه :

أحدها : إن استقبال القبلة يسقط حال العذر في حال المقاتلة، والخوف من عدو أو سبع أو نحوه مع العلم، ولا جوز ترك الحق إلى غيره مع العلم بحال .

ثانيهما: إن الصلاة من حقوق الله تعالى تدخلها المسامحة .

---

(١) المبسوط للسرخسي ٧٤/١٦، الذخيرة للقرافي ٤٦/١، الحاوي الكبير للماوردي ١٧٣/١٦، تكملة المجموع للمطيعي ١٥٥/٢٠، المغني ٤٠٤/١١ .

(٢) المبسوط للسرخسي ٧٤/١٦، المغني ٤٠٤/١١ .

(٣) الذخيرة للقرافي ١٤٦/١ .

(٤) الحاوي الكبير للماوردي ١٧٣/١٦ ، المغني ٤٠٤/١١ .

(٥) الحاوي الكبير للماوردي ١٧٣/١٦ .

ثالثها : إن القبلة يتكرر فيها الاشتباه فيشق القضاء، وههنا إذا بان له الخطأ لا يعود الاشتباه بعد ذلك[1] .

المذهب المختار :

بعد هذا العرض لمذهبي الفقهاء في هذه المسألة وأدلتهم وما ورد عليها من مناقشات، يترجح في نظري ما قال به أصحاب المذهب الأول من أنه إذا كان خطأ القاضي أو المحكم لمخالفة نص كتاب أو سنة أو إجماع نقض حكمه؛ وذلك لقوة أدلتهم وصحتها وسلامتها من المناقشة والمعارضة وضعف أدلة المخالفين كما هو واضح .

ولما كان حكم المحكّم في مواجهة الخصوم كحكم القاضي المولى فهذا يعني أن حكمه واجب الإجراء في حق المحتكمين ولا يجوز لأي منهما الامتناع عن تنفيذه، كما أن الاعتراف بلزوم الحكم للمحتكمين يقتضي جواز تنفيذه عليهم جبراً إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذه طواعية، كما يحق على القاضي إذا ما رُفع حكم المحكّم إليه عدم نقضه إلا بما ينقضي به قضاء غيره لأن لزوم الحكم سد باب إبطاله[2] .

ثانياً: أساس حجية حكم المحكّم:

. يمر التحكيم بمرحلتين – مرحلة توافق إرادتي المحكّم والمحتكمين وتفويض المحتكمين للمحكّم بنظر النزاع وقبول هذا الأخير لهذا التفويض، ومن هذه المرحلة فإن الصفة العقدية هي التي تغلب على التحكيم فيكون أساس حجية حكم المحكّم في مواجهة أطراف التحكيم هو العقد فيمتنع عليهم عدم تنفيذه أو المطالبة بنقضه إلا لسبب يوجب النقض لأنهم أولاً التزموا ذلك عقدياً، وثانياً أن الحكم هو حكم حاكم له ولاية شرعية .

أما المرحلة الثانية فهي مرحلة ما بعد انعقاد ولاية المحكّم لنظر النزاع أو إبداء المحتكمين الحجج والأدلة أمام المحكّم وتصرف هذا الأخير فيها حسب ما يراه محققاً للعدالة وإلى حين إصدار الحكم فإن الصفة القضائية هي التي تغلب على عمل

---

(١) المصدر والموضع السابقان .

(٢) الشيخ أحمد إبراهيم – الالتزامات في الشرع الإسلامي ، ص١٨٢ – في نفس المعنى د. محمد يوسف موسى – الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ، ص٤٤٦– د. محمد سلام مدكور – المدخل للفقه الإسلامي، ص٤٠ وما بعدها.

المحكّم والتي على أساسها يمتنع على القاضي المولى نقض حكم المحكم إلا بما ينقض به قضاء غيره من القضاة[١] .

ـ وقد ورد في كتب الفقهاء ما يدل على هذا المبدأ فقد جاء في الروضة " وإذا رفع حكم المحكّم إلى القاضي لم ينقض إلا بما ينقض به قضاء غيره[٢]، وجاء في أسنى المطالب " ويمضي القاضي حكمه – أي المحكّم – كالقاضي ولا ينقض حكمه إلا بما ينقض به قضاء غيره[٣]، وهذا وقد اختلف الفقهاء في أساس حجية حكم القاضي تجاه القاضي الآخر ، **ويمكن حصر الخلاف في قولين** :

القول الأول :

يرى **الجمهور من الفقهاء** : أن أساس حجية حكم القاضي تجاه الآخر هي المصلحة ووجهها : أن حل الحكم في الظاهر على الصحة يرمي إلى تحقيق مصلحة عامة تتمثل في المحافظة على ولاية القضاء وصيانتها من كل ما من شأنه أن يؤدي إلى تعطيل القيام بمهامها في فض المنازعات وفصل الخصومات، إذ لو أتيح نقض الأحكام بدون سبب شرعي يستلزمه لتوالي النقض إلى ما لا نهاية وبالتالي عزوف الأفراد عنه لعدم تلبيته لرغباتهم في قطع منازعاتهم وتحقيق العدالة لهم، وهذا ما سيؤدي إلى بقاء التنازع والتشاجر والتناحر، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى أن تحل الأهواء وسلطان القوة محل القضاء في فصل الخصومات مما يؤدي إلى إشاعة الفوضى وعدم الاستقرار في التعامل، وإلى أن يسود الظلم بدل العدالة[٤]، جاء في درر الحكام " القضاء حق الشارع فيجب صيانته ومن صيانته أنه يُلزمْ ولا يعترض عليه " وجاء في المستصفى " ولم ينقض الاجتهاد لمصلحة الحكم لأنه لو نقض الاجتهاد بالاجتهاد لنقض النقض أيضاً ولتسلسل فاضطربت الأحكام ولم يُثق بها[٥] .

---

(١) في نفس المعنى ، د. إسماعيل الأسطل – المرجع السبق ، ص١٩٨ .

(٢) النووي – روضة الطالبين ، ج١١ ، ص١٢١ .

(٣) الأنصاري – أسنى المطالب – شرح روض الطالب ، ج٤ ، ص٢٨٨ .

(٤) ملاخسرو – درر الحكام ، ج٢ ، ص٤٠٩ – ابن فرحون تبصرة الحكام . ج١ ، ص٥٧ . الغزالي – المستصفى ، ج٢ ، ص٣٨٢ ، الآمدى – إحكام الأحكام – ج٤ ، ص٢٠٣ ، الماوردي – أدب القاضي ، ج١ ، ص٦٩٠ .

(٥) ملاخسرو – المرجع السابق – نفس الموضع .

القول الثاني :

ويرى بعض المالكية أساس حجية حكم القاضي تجاه الآخر هو الإجماع القائم من الأئمة قاطبة على أن حكم الله تعالى هو ما حكم به الحاكم في مسائل الاجتهاد إذ أن الله تعالى جعل للحكام بعلمهم وجلالتهم إنشاء الأحكام في مواضع الاجتهاد وبحسب ما يقتضيه الدليل عنده أو عقد أمامه إذا كان مقلداً فهو منشئ لحكم الإلزام فيما يلزم والإباحة فيما يباح، فحكم الله تعالى في مواضع الاجتهاد هو ما حكم به القاضي فيجب إتباعه ويمتنع نقضه سواءً من القاضي الذي أصدر الحكم أو من غيره، كما أن عدم نقض حكم القاضي في مواضع الاجتهاد يرجع إلى قاعدة أصولية وهي تقديم الخاص على العام حال التعارض[1]، فدرء المفسدة المترتب على إعطاء حق نقض حكم القاضي بغير دليل يرجح نقضه مقدم على إعطاء حق النقض الذي يعد حق لمنصب القضاء كولاية عامه .

المطلب الثالث

نطاق حجية حكم المحكم

. يكتسب حكم المحكّم الحجية بحيث لا يكون لغيره أن ينقضه أو يقض بما يخالفه إلا بناءً على سبب موجب لذلك كمخالفة النص أو الإجماع، ولهذه الحجية نطاق موضوعي يتعلق بموضوع النزاع الذي طلب من المحكّم الفصل فيه ، ونطاق شخصي يتعلق بالأشخاص الذين يسري في مواجهتهم هذا الحكم ، **وسوف نعرض لهذين النطاقين بمزيد من التفصيل فيما يلي :**

أولاً : النطاق الموضوعي :

ـ يقصد بالنطاق الموضوعي لحجية حكم المحكّم – الحكم الصادر في موضوع النزاع سواءً كان الفصل جزئياً أم كلياً ولا يقبل من المحكّم أن يقضي فيما لم يطلب منه الفصل فيه، إنما يجب عليه أن يفصل فيما طلب منه ولا يتعداه[2]، بمعنى أنه إذا أثير نزاع حول ملكية عقار معين والمنقولات الموجودة به وطلب من المحكّم الفصل في ملكية العقار دون المنقولات، فإن الحكم الذي يحوز الحجية هو المتعلق

(١) القرافي – الفروق – ج٢ ، ص١٠٥ .

(٢) في نفس المعنى – الهيتمي – الفتاوى الكبرى ، ج٤ ، ص٢٠١ ، ط١٣٠٨هـ مصر . ابن الفرس – الفواكه البدرية ، مطبوع مع المجاني الزهرية ، ص٣٧.

بالجزء الذي تم طلب التحكيم فيه، أما المنقولات فيمكن لأطراف النزاع رفع دعوى مبتدأة بشأنها أمام حاكم آخر محكماً أو قاضياً[١] .

. والمحكّم باعتباره صاحب ولاية خاصة مستمدة من أحاد الناس؛ لذا فقد اتفق الفقهاء على أن هناك تصرفات لا تدخل في النطاق الموضوعي لحجية حكم المحكّم لأنها تستلزم فيمن يباشرها أن تكون له ولاية عامة ومن أمثلتها العقود التي يبرمها القاضي في أموال اليتامى والغائبين والمجانين، وعقد النكاح على من بلغ من الأيتام والتنفيذ وعقد الصلح مع الكفار أو عقد الجزية أو تقرير الخراج أو ما يؤخذ من تجار الحربيين[٢]؛ لكن ثار الخلاف بينهم في التصرفات التي لابد للمحكّم من التعرض لها قبل صدور الحكم مثل تعديل الشهود أو تجريحهم أو إثبات الحجج كإثبات التحليف عنده أو إقرارات الخصوم أو إقامة البينة أو إثبات أسباب المطالبات كثبوت مقدار قيمة المتلف في المتلفات وإثبات الديون على الغرماء أو النفقات للأقارب وللزوجات ونحوه، فهل يعتبر إثبات أمر من هذه الأمور حكماً لا يمكن لغيره من الحكام مخالفته إذا ما رفع الأمر إليه أم أنه لا يعتبر منه حكماً فيكون لغيره مخالفته؟اختلف الفقهاء في ذلك **ويمكن حصر الخلاف في ثلاثة أقوال نعرضها فيما يلي:**

القول الأول :

. ويرى أن حكم المحكم يمر بمراحل هي مرحلة الإدعاء ثم إثبات الإدعاء ثم الحكم ثم التنفيذ وعلى ذلك فإن الثبوت سواءً وقع على أسباب الحكم، أم على الحق المقتضي به لا يعتبر حكماً، وهذا هو الصحيح عند الشافعية والمالكية والحنابلة[٣]، جاء في روضة الطالبين "إذا قال الحاكم ثبت عندي هل هذا حكم أم لا؟ فيه قولان أحدهما : لا[٤]، وجاء في الفتاوى " أن الثبوت المجرد لا يعتبر حكماً بالثابت الأصح عندنا وعند المالكية والحنابلة "[٥]، وجاء في الإحكام " وأما الثبوت فهو قيام الحجج

(١) د. إسماعيل الأسطل – المرجع السابق، ص١٩٩ .

(٢) في نفس المعنى– ابن حجر الهيتمي–الفتاوى الكبرى،ج٤، ص٢٩٩، النووي–روضة الطالبين، ج١١، ص١٨٥، ابن فرحون– تبصرة الحكام ،ج١، ص٩١.

(٣) ابن حجر الهيتمي – الفتاوى الكبرى ، ج٤ ، ص٢٩٩ . النووي – روضة الطالبين – المرجع السابق – الموضع السابق ، ابن فرحون – المرجع السابق ، الموضع السابق.

(٤) النووي – المرجع السابق – نفس الموضع .

(٥) ابن حجر – المرجع السابق – نفس الموضع .

على ثبوت الأسباب عند الحاكم وفي ظنه فإذا ثبت بالبينة ... أو أنها زوجة للميت حتى ترث فلا ينبغي أن يختلف في هذا أنه ليس حكم "[1] .

القول الثاني :

يرى بعض **الحنفية** وبعض **المالكية** وبعض **الشافعية** : أن قول القاضي ثبت عندي كذا يعتبر

حكماً لا يجوز نقضه[2] .

القول الثالث :

ويرى التفريق بين حالتين من حالات الثبوت فقال أصحاب هذا الرأي أن الثبوت إذا وقع على أسباب الحكم ومقدماته وهو الثبوت المجرد كأن يقول القاضي ثبت عندي الحجر، فإن ذلك لا يعتبر حكماً، ولغيره مخالفته إذا رفع الأمر إليه فيقضي بحسب ما يقتضيه الدليل عادة، أما إذا وقع الثبوت على الحق المقضي به كأن يقول المحكم ثبت عندي ملك المشتري للعين المبيعة فإن قول المحكم يعد حكماً يمتنع نقضه، وممن اختار التفريق الشيخ تقي الدين السبكي وبعض الحنفية[3] .

الأدلة :

أدلة القول الأول :

. استدل القائلون بأن الثبوت المجرد لا يعد حكماً بالمعقول فقالوا : إن الحكم إلزام والثبوت لا إلزام فيه إذ هو مرحلة سابقة على الحكم[4] .

---

(١) القرافي – الأحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام ، ص٣٧ .

(٢) لسان الحكام في معرفة الأحكام لأبي اليمن الحنفي ٢٢١/١ ، ط الحلبي سنة ١٣٩٣هـ/١٩٧٣ ، البهجة في شرح التحفة " لأبي الحسن التسولي ٢٩/١ ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م .حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٥٧/٤ ، فتح العلي المالك للشيخ عليش ٨٠/٥ ، منح الجليل ٤٩٥/٨ ، أسنى المطالب ٢٩٨/٤، حاشية قليوبي ، ٣٠٤/٤، روضة الطالبين للنووي ١٨٥/١١ .

(٣) راجع في هذا ، الطرابلسي – معين الحكام ، ص٤٠ ، ابن فرحون – الفواكه البدرية – ص١٦ – ابن حجر الهيتمي – الفتاوى الكبرى ، ج٤ ، ص١٩٩ – ص٢٢١ – ابن فرحون – المرجع السابق ، ص٨٩ – الماوردي – أدب القاضي ، ج٢ ، ص١٠٣ .

(٤) النووي – روضة الطالبين – ج١١ ، ص١٨٥ .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بأن قول القاضي ثبت عندي كذا يعتبر حكماً بالمعقول فقالوا : إن قول المحكّم ثبت عندي إخبار عن تحقيق الشيء على سبيل الجزم إذ أن ثبوت الشيء عند القاضي يستلزم الحكم به[١] .

أدلة القول الثالث :

استدل القائلون بالتفريق على قولهم بأن الثبوت المجرد لا يعد حكماً بما استدل به أصحاب القول الأول[٢]، واستدلوا على قولهم بأن الثبوت على الحق المقضي به يعد حكماً بالمعقول فقالوا : إنه لا يشترط أن يكون الحكم بلفظ حكمت أو قضيت أو ألزمت وإنما يكفي أن يقول ثبت عندي أو ظهر عندي فإن قال أن هذا مبيع من زيد كان حكماً يمتنع نقضه[٣] .

الترجيح :

بعد عرض الأقوال وأدلتها تبين لنا رجحان القول بأن الثبوت المجرد لا يعد حكماً وعليه فإنه إذا ثبت شيء أمام المحكّم فلا يقيد غيره به وله مخالفته ومما يرجح هذا الترجيح : أن التفرقة التي قال بها أصحاب القول الثالث لا أثر لها من الناحية العملية فالحنيفة يرون : أن حكم المحكّم إذا رفع إلى القاضي المولّى فإنه ينفذه إن وافق رأيه وإلا رده[٤] .

ثانياً : النطاق الشخصي لحجية حكم المحكم :

. ويقصد بالنطاق الشخصي لحجية حكم المحكّم، الأشخاص الذين يسري في مواجهتهم حكم المحكّم، ويمتنع عليهم مخالفته أو نقضه إلا لسبب يوجب ذلك، كأن يكون حكم المحكّم مخالفاً لنص أو إجماع، وهذا النطاق يختلف باختلاف صفة المحكّم، فإذا كان التحكيم قد صدر ممن له ولاية كالإمام أو نائبه فلا خلاف أن حكم هذا المحكّم ينزل منزلة حكم القاضي المولَّى، ويسري في مواجهة الكافة بما فيهم

---

(١) الطرابلسي – معين الحكام – ص٥١ .

(٢) ابن الفرس – الفواكه البدرية – ص١٨ وما بعدها .

(٣) ابن حجر الهيتمي – الفتاوى الكبرى ، ج٤ ، ص٢٩٩ ، د. علي قراعة – الأصول القضائية ، ص٢٤٦ .

(٤) في نفس المعنى – علماء الهند – الفتاوى الهندية – ج٢ ، ص٤٠٥ .

الإمام ولا يكون لأحد أفراد الدولة أو السلطان مخالفته[١] جاء في الأشباه نقلاً عن الفتاوى الصغرى " أن القضاء يتعدى إلى الكافة في أربعة مواضع الحرية والنسب والنكاح والولاء فلا تسمع فيها دعوى أحد بعد الحكم[٢] .

. أما إذا كان التحكيم قد صدر من أحاد الناس فإن حكم المحكّم لا يسري إلا في مواجهة من رضي به أي بالتحكيم قبل صدور الحكم، ذكر الطحاوي في حاشيته " أن القضاء لا يتعدى إلى الكافة في أربع الحرية والنسب والنكاح والولاء " .

ولم يصرح الفقهاء بحكمها في المحكّم، فيجب أن لا يتعدى[٣]، وجاء في الفتاوى " حكم الحاكم العادل يلزم قوماً معينين تحاكموا إليه في قضية معينة لا يلزم جميع الخلق[٤]، وعدم تعدي الحكم إلى الغير مبني على قاعدة أن الأصل أن تكون الأحكام نسبية الأثر كالعقود ، فالحكم يقتصر على أطراف الخصومة ولا يتعدى إلى غيرهم[٥].

ويتفرع عن القول بأنَّ حكم المحكّم لا ينفذ كقاعدة عامة إلا في مواجهة من رضي به **عدة أمور منها** :

١- أنه إذا اتفق الدائن والكفيل على حَكم يحكم بينهما والأصيل غائباً، وقضى المحكّم بإلزام الكفيل بأداء الدين، فإن حكمه لا يسري في مواجهة الأصيل[٦] .

٢- أنه لو تخاصم البائع مع المشتري في عيب بالمبيع إلى محكّم، يرد المبيع إلى البائع الثاني ولا يكون للبائع رده إلى البائع الأول[٧] .

هذا ويرد على الأصل السابق وهو أن حكم المحكّم لا ينفذ إلا في مواجهة من رضي به عدة استثناءات ينفذ فيها الحكم على غير الحاضر والراضي **بالتحكيم منها** :

(١) أنه إذا حكّم المورث رجلاً، وقضى عليه قبل وفاته بمبلغ فإنَّ هذا الحكم ينفذ في مواجهة الورثة في حدود تركة المورث، مادام المورث قد أبرم عقد التحكيم في

---

(١) الحموي- شرح الأشباه ، ج٢، ص٢١٨ ، الخصاف- أدب القاضي، ص٥٨٨.
(٢) الحموي – المرجع السابق ، ج٢ ، ٢٢٨ .
(٣) الطحاوي – حاشيته – ج٢ ، ص٢٠٨ .
(٤) ابن تيمية – الفتاوى ، ج٢٥ ، ص٣٥٢ .
(٥) د. إسماعيل الأسطل – المرجع السابق ، ص٢١١ .
(٦) الخصاف – أدب القاضي – ص٥٨٨ .
(٧) الكمال ابن الهمام – فتح القدير – ج٦ ، ص٤٠٦ .

حال صحته وكمال رشده، ومتى صدر الحكم حال حياة المورث أما إذا صدر الحكم بعد موت المورث فإنَّ هذا الحكم لا ينفذ ولا يلزم الورثة إلا برضاهم[١] .

(٢) أنه إذا حكّم أحد الشريكين وغريماً له رجلاً فحكم بينهما وألزم الشريك شيئاً من المال فإنَّ هذا الحكم ينفذ في حق الشريك الغائب لأن الحكم يعد بمنزلة الصلح والصلح يقتضي الرضا من الشريكين[٢] .

(٣) أنه على القول بأن الدية تجب أولاً على القاتل ثم تتحملها العاقلة فإنَّ حكم المحكّم بالدية على القاتل يسري في مواجهة العاقلة[٣] .

والله أعلـــم

(١) ابن نجيم – البحر الرائق – ج٧ ، ص٢٨ .

(٢) الحموي – الأشباه – ج٢ ، ص٣٦٦ .

(٣) الماوردي – أدب القاضي – ج٢ فقرة ٣٦٢ – ابن أبي الدم – أدب القاضي – ج١ ، ص١٥٤ ، فقرة ٢٠٤ .

فهـــرس المراجـــع

أولاً : القرآن الكريم :

ثانياً : كتب التفسير وعلوم القرآن :

ـ ابن العربي: أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي ت ٥٤٦هـ
٢- أحكام القرآن – ط الحلبي – ط ١٩٥٧م .

ـ القرطبي : أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ت ١٧١هـ .
٣- الجامع لأحكام القرآن ط دار الكتب المصرية ط ١٩٦٧م .

ـ ابن كثير : أبو الفدا إسماعيل عماد الدين بن عمر بن كثير ت ٧٧٤هـ .
٤- التفسير العظيم ط مكتب التراث الإسلامي – حلب ، ط ١٩٨٠م .

ـ القاسمي : الإمام محمد جمال الدين القاسمي .
٥- محاسن التأويل ، ط دار إحياء الكتب العلمية – الحلبي – ط ١٩١٤م .

ـ الجصاص : أبو بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالجصاص ت ٣٧٠ هـ
٦- أحكام القرآن ، ط المطبعة البهية المصرية ، ط ١٣٤٧ هـ .

ـ الرازي : الإمام فخر الدين الرازي ت ٦٠٦ هـ .
٧- التفسير الكبير ، ط المطبعة البهية المصرية، ط ١٣٥٧هـ – ١٩٣٨م .

ـ الطبري : أبو جعفر محمد بن جرير الطبري ت ٣١٠هـ .
٨- جامع البيان عن تأويل أي القرآن ، ط الحلبي ، ط ١٣٨٨ هـ – ١٩٦٨م .

ـ الشوكاني : الإمام محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني – ت ١٢٥٠ هـ
٩- فتح القدير ، ط الحلبي ، ط ١٣٤٩ هـ

ثالثاً : كتب السنة وشروحها :

ـ مسلم : الإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري ت ٢٦١ هـ ط
١٠- صحيح مسلم – ط الحلبي .

ـ العسقلاني : الإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ت ٨٥٢ هـ .
١١- فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، ط المطبعة السلفية ،

ط ١٣٩٠ هـ .

ـ النووي : الإمام محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي – ت ٦٧٦هـ
١٢- شرح صحيح مسلم ، ط المطبعة المصرية ومكتبتها ، ط ١٣٤٩هـ .

ـ ابن أبي شيبة: أبو عبد الله بن محمد بن أبي شيبة إبراهيم بن عثمان الكوفي ، ت٢٣٥هـ .
١٣- مصنفه في الأحاديث والآثار .

ـ البخاري : الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ت٢٥٦ هـ .
١٤- صحيح البخاري ، ط دار الشعب .

ـ النسائي : أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب ، ت٢٠٢هـ
١٥- سنن النسائي – ط الحلبي ، ط١٩٦٤م

ـ الترمذي : أبو عيسى محمد بن سورة ، ت٢٧٩هـ
١٦- سنن الترمذي – تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، ط ١٣٥٦هـ – ١٩٣٧م .

ـ الحاكم : الإمام أبو عبد الله محمد بن عبد الله المعروف بالحاكم النيسابوري – ت٤٠٥هـ
١٧- المستدرك ، ط القصر الحديثة – الرياض.

ـ البيهقي : الإمام أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، ت٤٥٨هـ .
١٨- سنن البيهقي ، ط دار الفكر .

ـ أبو داود : الإمام أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ، ت٢٧٥هـ .
١٩- سنن أبي داود – الناشر – دار الفكر .

ـ الدار قطني: الإمام علي بن عمر الدار قطني ، ت٣٨٥هـ
٢٠- سنن الدار قطني – الناشر السيد عبد الله هاشم يماني المدني – المدبتة – ط١٣٧٦هـ

ـ الباجي : القاضي أبو الوليد سيلمان بن حاف بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي المتوفى ٤٩٤هـ
٢١- المنتقى – شرح موطأ الإمام مالك .

رابعاً : كتب معاجم اللغة :

ـ الزبيدي : السيد محمد مرتضى الزبيدي .
٢٢- تاج العروس ، ط دار صادر ، بيروت ، ط ١٣٨٦هـ –

١٩٦٦م .

ـ ابن منظور : جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي بن أحمد بن أبي القاسم ، ت٧١١هـ
٢٣- لسان العرب ، ط دار إحياء التراث العربي – بيروت .

. الأزهري : أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري . ٣٧٠هـ.
٤- تهذيب اللغة ، ط الدار المصرية للتأليف والترجمة .

. ابن سيدة : أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيدة ت٤٥٨هـ
٢٥- المحكم في اللغة، ط الحلبي، ط ١٣٧٧هـ – ١٩٥٨م .

ـ مجمع اللغة العربية ٢٦- المعجم الوسيط – الطبعة الأولى .

ـ الجرجاني : السيد الشريف علي بن محمد بن علي السيد الزين أبي الحسن الجرجاني ، ت٨١٦هـ .
٢٧- التعريفات – ط الحلبي ، ط ١٩٣٧هـ

ـ الرازي : الإمام محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي .
٢٨- مختار الصحاح – ط المطبعة الأميرية بالقاهرة ، ط ١٣٤٣هـ – ١٩٢٥م .

خامساً : كتب الفقه :

في الفقه الحنفي :

ـ الحموي : ٢٩ – غمز عيون البصائر – ط دار الكتب العلمية – بيروت – ط ١٩٨٥م .

ـ ابن نجيم : زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن بكر المعروف بابن نجيم ، ت٩٧٠هـ .
٣٠- البحر الرائق – ط دار المعرفة – بيروت

ـ السرخسي : محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر شمس الأئمة السرخسي ، ت٤٨٢هـ .
٣١- المبسوط ، ط دار المعرفة ، بيروت .

ـ الولوالجي : ظهير الدين إسحاق بن أبي بكر الحنفي
٣٢- فتاوى الولوالجي – مخطوط بالأزهر برقم ٢٨٦٧٢/٢٠٣٣

ـ الخصاف : أبو بكر أحمد بن عمرو الشيباني ت ٢٦١هـ
٣٣- أدب القاضي – منشورات الجامعة الأمريكية ، ط ١٩٧٧م
.

ـ العيني : أبو محمد محمود بن أحمد العيني ت٨٥٥هـ

٣٤- البناية شرح الهداية ، ط دار الفكر ، ط١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .

ـ الزيلعي : عثمان بن علي الزيلعي ت ٧٦٢هـ .
٣٥- تبيين الحقائق – شرح الكنز ، ط المطبعة الأميرية – ط ١٣١٤هـ .

ـ علماء الهند: جماعة من علماء الهند في القرن الحادي عشر برئاسة الشيخ نظام .
٣٦- الفتاوى الهندية – ط المطبعة الأميرية الكبرى ، ط١٢١٠هـ .

ـ ابن الهمام : كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد السيواسي السكندري ، ت٨٦١هـ .
٣٧- شرح فتح القدير، ط الحلبي، ط ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م .

ـ الطحاوي : أبو جعفر أحمد بن محمد الطحاوي ت٣٢١هـ
٣٨- حاشية الطحاوي – ط المطبعة المصرية ببولاق ، ط ١٣٨٣هـ .

ـ حيدر : الشيخ علي حيدر .
٣٩- درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، ط الترقي ، ط١٩٢٣م .

ـ الكاساني : الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ت٥٨٧هـ .
٤٠- بدائع الصنائع – ط مطبعة الإمام – الناشر زكريا علي يوسف .

ـ الحصكفي : محمد علاء الدين الحصكفي ، ت١٠٨٨هـ
٤١- شرح الدر المختار ، ط محمد علي صبيح.

ـ السمنائي : أبو القاسم علي بن محمد بن أحمد الرحبي السمناني ، ت٤٩٩هـ .
٤٢- روضة القضاء ، ط مؤسسة الرسالة ، ط١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م.

ـ البابرتي : محمد بن محمود البابرتي ، ت٧٨٦هـ .
٤٣- العناية على الهداية هامش فتح القدير .

ـ ابن عابدين : السيد محمد أمين عابدين بن السيد الشريف عمر عابدين ، ت ١٢٥٢هـ
٤٤- حاشيته رد المحتار على الدر المختار ، ط الحلبي ،

١٩٦٦م .

ـ المرغيناني: برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل القرعاني المرغيناني ، ت٥٩٣هـ
٤٥- الهداية شرح بداية المبتدي ، ط الحلبي، ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م .

ـ القاضي سماوة: بدر الدين محمود بن إسماعيل المشهور بالقاضي سماوة ت ٨٢٣هـ
٤٦- جامع الفصوليين، ط المطبعة الأزهرين ، ط١٣٠٠م .

ـ ابن مودود : عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي ، ت٦٨٣هـ .
٤٧- الاختيار لتعليل المختار ، ط محمد علي صبيح .

ـ ابن الفرس : محمد بن محمد بن خليل بن علي بن خليل القاهري الشهير بابن الفرس ، ت٨٩٤هـ .
٤٨- الفواكه البدرية ، ط النيل .

ـ ملا خسرو : القاضي محمد بن قرموز الشهير بملا خسرو، ت ٨٨٥هـ .
٤٩- درر الحكام في شرح غرر الأحكام، ط دار السعادة ، ط ١٣٢٩هـ .

ـ السمرقندي: علاء الدين بن أحمد بن محمد السمرقندي ، ت٥٣٩هـ .
٥٠- تحفة الفقهاء - ط دار الكتب العلمية - بيروت ، ط ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م .

ـ الطرابلسي : علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي، ت٨٤٤هـ .
٥١- معين الحكام ، ط الحلبي ، ط١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م .

ـ الجارم : الشيخ محمد صالح الجارم .
٥٢- المجاني الزهوية على الفواكه البدرية ، ط النيل .

ـ أماد أفندي : الشيخ محمد بن سليمان المعروف بأماد أفندي
٥٣- مجمع الأنهر شرح منتقى الأبحر ، ط دار إحياء التراث العربي.

ـ الفقه المالكي :

ـ ابن فرحون : برهان الدين أبو الوفا إبراهيم بن الإمام شمس الدين ابن عبد الله بن فرحون .
٥٤- تبصرة الحكام ، ط دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١٣٠١هـ.

ـ مالك : الإمام مالك بن أنس الأصبحي .
٥٥- المدونة الكبرى ط السعادة ١٣٣٣هـ.

ـ القرافي : شهاب الدين أبو العباسي أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المصري .
٥٦- الذخيرة ، ط دار الغرب الإسلامي ، ط ١٩٩٤م .
٥٧- الفروق – ط عالم الكتب ، بيروت .

ـ العدوي : الشيخ علي بن أحمد بن مكرم الله الصعيدي ، ت١١٨٩هـ .
٥٨- حاشيته على هامش الخرشي ، ط دار صادر – بيروت .

ـ الخرشي : أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي ، ت١١٠١هـ .
٥٩- حاشيته على مختصر خليل ، ط دار صادر ، بيروت .

ـ الزرقاني : سيدي عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد بن علوان ، ت١٠٩٩ هـ .
٦٠- حاشيته على مختصر خليل ، ط دار الفكر، بيروت ، ١٣٩٨هـ – ١٩٧٨م .

ـ الرهوني : الشيخ محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الرهوني ، ت ١٢٣٥هـ .
٦١- حاشيته علي الزرقاني ، ط الأميرية ، ط١٣٠٦هـ .

ـ ابن سلمون: أبو محمد عبد الله بن عبد الله بن سلمون .
٦٢- العقد المنظم هامش تبصرة الحكام ، ط المطبعة العامرية ، ط ١٣٠١ هـ .

ـ ابن جزي : أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد عبد البر ، ت٧٤١هـ .
٦٣- القوانين الفقهية ، ط دار العلم للملايين.

ـ الحطاب : أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي ، ت٩٥٤هـ .
٦٤- مواهب الجليل على مختصر خليل – ط مكتبة النجاح ، طرابلس – ليبيا .

ـ الفقه الشافعي :

ـ الماوردي : أبو الحسن عي بن محمد بن حبيب البصري ، ت٤٥٠ هـ .
٦٥- أدب القاضي ، ط الإرشاد ، بغداد ، ط ١٣٩١هـ – ١٩٧١م .
٦٦- الحاوي الكبير ، ط دار الكتب العلمية ، ط١٤١٤هـ –

١٩٩٤م

ـ الأنصاري : أبو يحيى زكريا الأنصاري ، ت٩٢٦هـ .

٦٧- أسنى المطالب شرح روض الطالب ، ط المكتبة الإسلامية ط ١٣١٣هـ .

ـ قليوبي : قليوبي وعميرة .

٦٨- حاشية قليوبي وعميرة على شرح المنهاج، ط دار إحياء الكتب العربية .

ـ الشربيني : الشيخ محمد الشربيني الخطيب .

٦٩- مغني المحتاج – ط دار إحياء التراث العربي – بيروت ت١٩٣٣م .

ـ الرملي : محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي ت ١٠٠٤هـ .

٧٠- نهاية المحتاج – ط مطبعة الأنوار ط ١٢٥٧هـ – ١٩٣٨م .

ـ النووي : أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي ت ٦٧٦هـ .

٧١- المجموع شرح المهذب – ط مطبعة التضامن الأخوي ت ١٣٤٤هـ .

ـ الشيرازي : الإمام الفيروز أبادي الشيرازي .

٧٢- المهذب .

ـ السيوطي : جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ت٩١١هـ

٧٣- الأشباه والنظائر – ط دار الكتب العلمية ط ١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م .

٧٤- جواهر العقود .

ـ الغزالي : ٧٥- الوجيز في فقه الشافعي – ط المؤيد بمصر.

ـ ابن أبي الدم القاضي شهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله ت ٦٤٢هـ .

٧٦- أدب القضاء – ط الإرشاد ط ١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م .

ـ الهيثمي : الإمام أحمد شهاب الدين بن محمد بن بدر الدين بن محمد شمس الدين، ت٩٧٤ هـ

٧٧- الفتاوى الكبرى ، ط الميمنية بمصر ، ط ١٣٠٨هـ .

٧٨- تحفة المحتاج حاشية الشرواني مطبوع هامش حاشية ابن القاسم.

ـ البجيرمي : الشيخ سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي ت١٣٢١هـ .
٧٩- حاشيته على منهج الطلاب ط الأميرية ببولاق ط ١٣٠٩هـ .
ـ العقبي : الشيخ محمد حسين العقبي .
٨٠- تكملة المجموع – ط مطبعة الإمام .
ـ الشعراني : الشيخ عبد الوهاب الشعراني .
٨١- الميزان ، ط المطبعة الأزهرية ، ط ١٣٥١هـ – ١٩٣٢م .
ـ الفقه الحنبلي :
ـ ابن قدامة : أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ت٦٢٠هـ .
٨٢- المغني – ط مكتبة الرياض الحديثة ط ١٤٠١هـ – ١٩٨١م .
ـ ابن تيمية : الفتاوى الكبرى – ط مطابع المختار الإسلامي ط ١٣٩٩هـ .
ـ البهوتي : الشيخ منصور بن إدريس البهوتي .
٨٣- كشاف القناع – ط دار الفكر .
٨٤- شرح منتهى الإرادات – ط المكتب السلفية بالمدينة .
ـ المقدسي : أبو محمد موفق الدين – عبد الله بن قدامة المقدسي ت ٦٢٠هـ .
٨٥- الشرح الكبير علي المغني .
٨٦- الكافي في فقه الإمام أحمد ط الكتاب الإسلامي – دمشق ط ١٩٦٣م .
ـ المرداوي : علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي – ت٨٨٥ هـ .
٨٧- الإنصاف ط ١٣٧٦هـ – ١٩٥٧م .
ـ الرحيباني : الشيخ مصطفى السيوطي الرحيباني ت ١٢٤٣هـ .
٨٨- مطالب أولى النهى – ط المكتب الإسلامي – ط ١٣٨٠هـ – ١٩٦١م .
ـ الفقه الظاهري :
ـ بن حزم : أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ت٤٥٦هـ .
٨٩- المحلي – ط الكتاب التجاري للطباعة – بيروت .
٩٠- مراتب الإجماع – ط دار الكتب العلمية – بيروت .
كتب فقهية معاصرة :
ـ الزرقاء : د. مصطفى أحمد الزرقاء .
٩١- المدخل الفقهي العام ط ١٩٥٢م مطابع ألف ياء – الأديب .
ـ عبد المنعم : د. فؤاد عبد المنعم .

٩٢- حكم الإسلام في القضاء الشعبي ط ١٣٩٣هـ - ١٩٨٣م .

- أبو الفتوح : د. أحمد أبو الفتوح .
٩٣- مختصر كتاب المعاملات ط ١٣٤٣هـ - ١٩٢٤م .

- موسى : د. محمد يوسف موسى .
٩٤- الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ط دار الكتاب العربي مصر- ط١٣٧٢هـ - ١٩٥٢م .

- قدري : الشيخ محمد قدري باشا .
٩٥- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان .

- الخفيف : الشيخ علي الخفيف .
٩٦- مختصر أحكام المعاملات الشرعية - ط ١٣٧١هـ - ١٩٥٢م.
٩٧- فرق الزواج - محاضرات بمعهد الدراسات جامعة الدول العربية- ١٩٥٨م.

- عبد الحميد: د. إبراهيم عبد الحميد .
٩٨- نظام القضاء في الإسلام .

- قراعة : د. علي قراعة .
٩٩- الأصول القضائية - ط مكتبة مصر .
١٠٠- العلاقات الدولية في الحروب - ط دار مصر ط ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م .

- إبراهيم : د. أحمد إبراهيم بك .
١٠١- طرق الإثبات الشرعية - ط مطبعة القاهرة الحديثة ط ١٤٠٥هـ - ١٩٨٢م.
١٠٢- الالتزامات في الشرع الإسلامي - ط دار الإبصار .

- مدكور : د. محمد سلام مدكور .
١٠٣- المدخل للفقه الإسلامي - ط١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م .
١٠٤- أحكام الأسرة في الإسلام .

- أبو زهرة : الشيخ محمد أبو زهرة .
١٠٥- الأحوال الشخصية - قسم الزواج .
١٠٦- العلاقات الدولية في الإسلام - ط الدار القومية ط ١٩٦٤م .
١٠٧- خاتم النبيين - ط دار الفكر العربي .

ـ الزحيلي : د. وهبة الزحيلي .
١٠٨- آثار الحروب – ط المكتبة الحديثة .
ـ الزرقا : الشيخ أحمد الزرقا .
١٠٩- شرح القواعد الفقهية .

ـ كتب تاريخية وسير وأصولية :

ـ ابن هشام : أبو محمد بن عبد الملك بن هشام بن أيوب العامري ت ٣١٣ هـ .
١١٠- سيرة النبي محمد – المسماة بسيرة ابن هشام – ط دار الفكر .
ـ السهيلي : أبو القاسم عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد بن أبي الحسن ت ٥٨١هـ .
١١١- الروض الأنيق – ط مكتبة الكليات الأزهرية .
ـ الدينوري : أحمد أبو داود أبو حنيفة الدينوري ت٢٨٢هـ
١١٢- الأخبار الطوال – ط دار إحياء الكتب العربية الحلبي ط ١٩٦٠م .
ـ حميد : د. محمد حميد الله .
١١٣- الوثائق السياسية – ط دار النفائس – بيروت – ط ١٩٨٥م .
ـ ابن العربي: القاضي أبو بكر بن العربي – ت٥٤٣ هـ .
١١٤- العواصم من القواصم – ط المطبعة السلفية ط ١٣٨٩هـ .
ـ ابن كثير : عماد الدين أبو الفدا إسماعيل بن عمر بن كثير ت٧٧٤ هـ .
١١٥- البداية والنهاية ط مكتبة المعارف – بيروت ط ١٩٧٧م .
ـ الطبري : المؤرخ محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي – ت٧٤٨هـ .
١١٦- تاريخ الطبري – ط دار المعارف .

مراجع متخصصة:

أمين: د- محمد سعيد
١١٧- التحكيم في العقود الإدارية .

طالب: د- صوفي أبو طالب .
١١٨ – تاريخ النظام القانونية والاجتماعية ، دار النهضة العربية .
١١٩ – مبادئ تاريخ القانون – ص٧٩ ، ط مكتبة النهضة العربية ، ط١٩٥٧م

زناتي:- د/ محمود سلام زناتي .
١٢٠- تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية في مصر ، ، ط ١٩٨٩م .
سيف- د. فخري أبو سيف مبروك .
١٢١- مظاهر القضاء الشعبي لدى الحضارات القديمة- مقال بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية – السنة السادسة – العدد الأول / يناير ١٩٧٤م ، وما بعدها .
القطيفي- د. عبد الحسين القطيفي
١٢٢- التحكيم في المنازعات الدولية – مقال بمجلة العلوم القانونية – بغداد – العدد الأول سنة ١٩٦٩م .
بدر – د. محمد عبد المنعم بدر ، د. عبد المنعم البدراوي .
١٢٣ – مبادئ القانون الروماني
السقا- د. محمود السقا .
١٢٤- تاريخ القانون المصري – ص٢٥٤ ، ٢٧٠ ط مكتبة القاهرة الحديثة ، ط١٩٧٠م .
رضوان- د. أبو زيد رضوان .
١٢٥- الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، ط دار الفكر ط ١٩٨١م .
سليمان- د. شعيب أحمد سليمان .
١٢٦- التحكيم في منازعات الخطة الاقتصادية العامة ، منشورات وزارة الثقافة والإعلام- العراق – ط دار الرشيد للنشر ، ط١٩٨١م .
منعم- د. فؤاد عبد المنعم .
١٢٧- حكم الإسلام في القضاء الشعبي ، ط١٣٩٣هـ – ١٩٨٣م .
صفوت – د. أحمد صفوت.
١٢٨-مقدمة القانون، ط١٩٢٤م .

فهـــرس الموضوعات

الموضـــــــــــــــوع	الصفحة
المقدمة : وتشتمل على :	٧٥
أولاً- أهمية دراسة موضوع البحث .	٧٥
ثانياً- خطة البحث .	٧٦
المبحث التمهيدي: تعريف التحكيم، وخصائصه، والتطور التاريخي له، وتمييزه عما يشتبه معه أو يختلط به .	٧٩
المطلب الأول: تعريف التحكيم.	٧٩
المطلب الثاني: خصائص التحكيم .	٨١
المطلب الثالث: التطور التاريخي للتحكيم.	٨٣
المطلب الرابع: تمييز التحكيم عما يختلط به أو يشتبه معه	٨٦
. التحكيم والقضاء .	٨٦
. التحكيم والخبرة .	٨٧
. التحكيم والصلح .	٨٨
الفصل الأول : أحكام التحكيم .	٩٠
المبحث الأول : مشروعية التحكيم .	٩١
المبحث الثاني : موقف الفقهاء من مشروعية التحكيم .	٩٣
المبحث الثالث : حكم التحكيم ،والحكمة من مشروعيته.	٩٥
المبحث الرابع : شكل اتفاق التحكيم.	٩٦
الفصل الثاني : شروط صحة اتفاق التحكيم .	٩٨
المبحث الأول : الشروط الخاصة بالخصوم المحتكمين .	٩٩
المطلب الأول : توافر الأهلية .	٩٩
المطلب الثاني : رضا المحتكم .	١٠٠

الموضـــــــــــــــوع	الصفحة
المبحث الثاني : الشروط الخاصة بالمحكمين (المحتكم إليهم).	١٠٠
المطلب الأول : توافر الأهلية .	١٠١
المطلب الثاني : الإسلام شرط للتحكيم .	١٠٢
المطلب الثالث : الذكورة كشرط للتحكيم .	١٠٣
المطلب الرابع : العدالة كشرط للتحكيم .	١٠٩
المطلب الخامس: أهلية الاجتهاد .	١١١
المبحث الثالث : الشروط التي ترجع إلى موضوع النزاع المحكم فيه .	١١٤
الفصل الثالث : شروط صحة حكم المحكم،ومدي لزومه وحجته	١١٨
المبحث الأول : شروط صحة حكم المحكم، ومدي لزومه.	١١٨
المطلب الأول : اشتراط الرضا .	١١٨
المطلب الثاني : صدور الحكم ممن له ولاية إصداره .	١١٩
المطلب الثالث : أن يكون في خصومة شرعية .	١٢٠
المطلب الرابع : أن يكون الحكم في مواجهة من يجوز أن يشهد له أو عليه .	١٢٠
المطلب الخامس : أن يكون الحكم موافقاً للأصول الشرعية	١٢٢
المبحث الثاني : صحة ولاية الحكم وانتهائها وسلطاته، وعوامل تحديدها .	١٢٤
المطلب الأول : صحة ولاية الحكم .	١٢٤
المطلب الثاني : انتهاء ولاية الحكم .	١٢٧

الموضـــــــــــــــوع	الصفحة
المطلب الثالث : **سلطات الحكم وعوامل تحديدها .**	١٢٨
المبحث الثالث : **لزوم حكم المحكم للمحتكمين، وحجيته أمام القضاء المولي. "**	١٣١
المطلب الأول :**لزوم حكم المحكم للمحتكمين .**	١٣١
المطلب الثاني : **حجية حكم المحكم وأساسها**	١٣٤
المطلب الثالث : **نطاق حجية المحكم.**	١٤٢
فهرس المراجع .	١٤٨
فهرس الموضوعات .	١٥٩