التَّحْكِيمُ الْعُرْفِيُّ وَأَثَرُهُ فِي فَضِّ الْمُنَازَعَاتِ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِي

إِعْدادُ:

د. خالد بن معيض آل كاسي

الأستاذ المساعد بكلية الشريعة في جامعة الملك خالد

المقدمة

يُعد الفصل في الخصومات وقطع المنازعات بين الناس على أساس العدل – مقصداً من مقاصد الشريعة الغراء، قال تعالى: ﴿ وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعۡ أَهۡوَآءَهُمۡ ﴾[١]،قال تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِ ﴾[٢]، وموضوع البحث له أهمية كبيرة لما يقوم به من دور هام وفعال في تحقيق هذا المقصد – من حيث إنه يعمل على قطع المخاصمة وحل النَّزاع وإزالة المفاسد المترتبة على ذلك وذلك بإيصال الحق إلى أهله وما يترتب عليه من إصلاح بين المتخاصمين وإزالة ما بينهم من حقد وضغائن، وهذا ما يميزه عن القضاء الذي قد يورث الضغينة، كما تظهر فائدة التحكيم في أنه يؤدي إلى سرعة الحكم في القضايا التي قد يستغرق الفصل فيها في القضاء إلى شهور، بل في بعضهم إلى سنين نظراً لتكدس القضايا وكثرتها، كما يعد التحكيم طريقاً موصلاً للحقوق إلى أصحابها في الحالات التي لا تكون الدعوى فيها مسموعة أمام القضاء بسبب مرور زمن التقادم كما قد يصعب في بعض الأحيان على الناس الحضور إلى مجلس القضاء بسبب مرض أو قد يكون موضوع النِّزاع لا يستدعي رفع الدعوى أمام القضاء[٣]، لذلك عمدت إلى بحث شرعيته لوسيلة من وسائل فض المنازعات وبيان القواعد والنصوص التي تضبطه وتنظمه وذلك في ثلاثة فصول وخاتمة.

(١) سورة المائدة، من الآية ٤٩.

(٢) سورة النساء، من الآية ٥٨.

(٣) المبسوط، السرخسي ج١٦، ص٧٣، مغني الحكام، الطرابلسي ص٢٥، ط دار الفكر. الماوردي، أدب القاضي، ج٢، ص٢٧٩.

الفصل الأول: تعريف التحكيم ومشروعيته وموقف الفقهاء من تلك المشروعية. وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تعريف التحكيم وتمييزه عن غيره.

المبحث الثاني :مشروعية التحكيم، وموقف الفقهاء منه.

الفصل الثاني: شروط صحة التحكيم وحكم المحكم، وسلطات المحكم وعوامل تحديدها. وفيه مبحثان:

المبحث الأول: شروط صحة التحكيم وحكم المحكم.

المبحث الثاني: سلطات المحكم وعوامل تحديدها.

الفصل الثالث: حجية حكم المحكم، وأساسها ونطاقها.

وفيه مبحثان: المبحث الأول: حجية حكم المحكم وأساسها.

المبحث الثاني: نطاق حجية حكم المحكم.

الخاتمة: وتشتمل على أهم النتائج.

الفصل الأول: تعريف التحكيم، وتاريخه ، وتمييزه عن غيره مما يختلط به أو يشتبه معه ، ومشروعيته، وموقف الفقهاء من تلك المشروعية، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تعريف التحكيم ، وتاريخه، وتمييزه عن غيره مما يختلط به أو يشتبه معه، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التحكيم وتاريخه.

المطلب الثاني: تعريف التحكيم العرفي.

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

المبحث الثاني: مشروعية التحكيم وموقف الفقهاء منه ، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مشروعية التحكيم

المطلب الثاني: موقف الفقهاء من التحكيم.

المبحث الأول: تعريف التحكيم ، وتاريخه، وتمييزه عن غيره مما يختلط به أو يشتبه معه، وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: تعريف التحكيم وتاريخه

جاء في معاجم اللغة: التحكيم مصدر (حكَّم) بتشديد الكاف وهو يعني التفويض ورفع الأمر للمخاصمة يقال: حكموه فيما بينهم. أي أمروه أن يحكم بينهم[١]، وجاء في أدب القاضي والتحكيم، هو أن يتخذ الخصمان رجلاً من الرعية ليقضي فيما بينهما فيما تنازعاه[٢]، فيفهم مما ورد في كتب معاجم اللغة وكتب الفقهاء أن التحكيم لا يخرج عن كونه تفويض بالفصل والقضاء في الأمور المتنازع فيها[٣]، هذا وقد عرف العالم القديم قبل الإسلام نظام التحاكم للإصلاح بين المتخاصمين كبديل من اللجوء إلى الاحتكام إلى القوة الذي كان سائداً[٤]، فالإغريق اليونان طبقوا التحكيم في مجال العلاقات الداخلية والخارجية المدنية منها والتجارية[٥]، وفي روما أنشأ الملك وظيفة خاصة تتولى

(١) لسان العرب، ابن منظور ج٣، ص٩٧١، تاج العروس، الزبيدي ج٥، ص٢٥٢، ط دار صادر – بيروت، ط ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م.

(٢) أدب القاضي، الماوردي ج٣ بند ٣٥٩٦– ط دار الإرشاد بغداد – ط ١٣٩١هـ/١٩٧١م.

(٣) البحر الرائق، في نفس المعنى ابن نجيم ج٧، ص٢٤، تبصرة الحكام، ابن فرحون ج١، ص٤٣، المغني، ابن قدامة ج٩، ص١٠٧، والمدخل الفقهي العام، من المعاصرين د. مصطفى أحمد الزرقاء ج١، ص٥٥٥، شرح مجلة الأحكام العدلية، د. منير القاضي، الكتاب السادس عشر ج٤، ص٥٢٣، اتفاق التحكيم، د. سميحة القليوبي– ص٢.

(٤) تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، د. صوفي أبو طالب ص٣٧، تاريخ النظام الاجتماعية والقانونية في مصر، د. محمود سلام زناتي –ص٨٨.

(٥) مظاهر القضاء الشعبي لدى الحضارات القديمة، مقال بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، د. فخري أبو سيف مبروك، السنة السادسة– العدد ١ يناير ١٩٧٤م– ص١٠٣ وما بعدها.

الفصل في المسائل المدنية يتولاها حاكم يسمى (بريتو) الذي كان يسجل ادعاءات الخصوم ويرفع النِّزاع برمته إلى الحكم الذي يختاره الخصوم ليفصل في نزاعاتهم(١)، كما عرف البابليون والأشوريون نظام التحكيم في الخصومات فقد عثر على لوح حجري مكتوب عليه باللغة السومرية نصوص معاهدة اشتملت على شرط التحكيم لفض أي نزاع ينشأ بين مدينتين سومريتين بشأن الحدود(٢).

وكان للعرب في الجاهلية حكام يلجأون إليهم لفض منازعاتهم ممن اتصفوا برجاحة العقل ويقظة الضمير مثل أكثم بن صيفي بن رباح وعامر بن الظرب العدواني وابنته خصيلة بنت عامر بن الظرب(٣).

كما شد العرب الرحال إلى الكهنة للحكم فيما بينهم من منازعات.

أما في عهد النبي (ﷺ) فقد كان التحاكم قاصراً عليه بقوله تعالى ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾(٤).

المطلب الثاني: تعريف التحكيم العرفي

التحكيم العُرفي: وسيلة متعارف عليها للفصل بين الخصوم وأحكامه لها قوة الإلزام الفاعلة في المجتمعات القبلية، ويكون موثقاً من الجهات الأمنية والرسمية بالدولة، وتلجأ إلية الدولة أحيانا لفض المنازعات الكبيرة بين أفراد المجتمعات القبلية، للقضاء على الثأر(٥).

(١) مبادئ القانون الروماني، د. محمد عبد المنعم البدراوي ص٢٠و ٢٤.

(٢) حكم الإسلام في القضاء الشعبي، د. فؤاد عبد المنعم ص١٨، ص١٩٨٣م.

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

(٤) سورة النساء، الآية ٦٥.

(٥) انظر: قضاء العرف والعادة للدكتور: عبد الكريم عيد، والقانون العرفي للدكتور: محمود سالم.

المطلب الثالث: تمييز التحكيم عما يختلط به أو يتشابه معه

يختلط التحكيم كوسيلة من وسائل فض المنازعات مع غيره من الوسائل ذات الصلة بالحكم في الخصومات قبل اللجوء إلى القضاء مثل الوكالة والقضاء والصلح وسوف نعرض لهذا فيما يلي:

أولاً: التحكيم والوكالة: سبق تعريف التحكيم أما الوكالة فهي عبارة عن إنابة الإنسان غيره ليقوم مقام نفسه في تصرف جائز معلوم قابل للنيابة[١]، وفي هذا التعريف يتبين أن التحكيم والوكالة يتفقان من حيث إن كلاً منهما يعد نوعاً من الولاية وأن الرضا هو المثبت لهذه الولاية والمبين لحدودها، فالوكيل لا يستطيع أن يباشر العمل الموكل به إلا إذا أذن له الموكل به وارتضاه، والمحكم لا يستطيع نظر النِّزاع إلا إذا ارتضاه المحتكمين وفي الحدود المرسومة، كما يتفقان في أنهما من العقود الرضائية غير اللازمة فالموكل إنهاء الوكالة قبل تمام العمل موضوع الوكالة، وللمحتكم إنهاء التحكيم بإرادته المنفردة قبل صدور الحكم، لكنهما يختلفان من حيث إن الوكيل يتصرف بإرادة موكله الصريحة أو الضمنية ولا يملك مخالفة تلك الإرادة، أما المحكم فبعد أن تعقد له سلطة فض النِّزاع يباشر عمله باستقلال وله أن يوجه حكمه إلى أي منهما ويكون حكمه لازماً ما لم يكن به جور أو حيف بيّن[٢].

(١) مختصر كتاب المعاملات، د. أحمد أبو الفتوح، ص٢٦٢، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، د. محمد يوسف موسى، ص٢٦٢.

(٢) راجع في أوجه الاختلاف، د. عبد الرازق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، ص٢٥٦، ط ١٩٦٨م التحكيم بين الأفراد في الفقه الإسلامي، د. أحمد عبد العليم عبد اللطيف، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط، العدد الحادي عشر ج٢، ص٥٢٢.

ثانياً: التحكيم والقضاء:

القضاء هو تبيين الحكم الشرعي والإلزام به ، وفصل الخصومات [١].

ومن تعريف التحكيم والقضاء يتبين أنهما يتفقان في أنهما وسيلتان من وسائل الفصل في الخصومات[٢]، وفي ضرورة توافر الأهلية وهي البلوغ والعقل والعدالة والاجتهاد[٣]، لكنهما يختلفان من حيث إن التحكيم عقد رضائي يستلزم تراضي واتفاق الخصمين على ارتضاء المحكم وهو ما كان مقاماً من قبل الخصوم ومن ثم لهما عزله، كما أن حكمه ليس ملزماً للقاضي فله إبطاله متى كان مخالفاً لمذهبه[٤]، بينما لا يشترط في القاضي رضا الخصمين لأنه يكون بتولية الإمام الذي ينوب عن جميع المسلمين[٥]، ومن ثم فليس لهما عزله[٦]، كما يختلفان من حيث إن التحكيم يؤدي إلى قطع النِّزاع حقيقة بالوصول إلى الحق وحكماً بإيجاد المودة والمحبة بين الخصمين بعد الحكم – أما القضاء فهو ينطوي على الإلزام بالتقاضي الذي قد يورث الضغينة قال سيدنا

---

(١)كشاف القناع، البهوتي ج٦ص٢٨٥.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني ج٧، ص٢٥، ط دار إحياء الكتب العربية.

(٣) المرجع السابق، الكاساني ج٦، ص٢٦٧، حاشية الدسوقي ج٤، ص١٢٩ و١٣٥، حاشية الخرشي على مختصر خليل ج٧، ص١٣٨، ١٤٠، أدب القاضي، الماوردي ج٢، ص٣٧، المحلى، ابن حزم ج٩، ص٣٦٣.

(٤) درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، الشيخ/ علي حيدر ج٤، ص٥٧٨، د. أحمد عبدالعليم عبداللطيف، المرجع السابق ص٥٢٣.

(٥) رد المحتار، ابن عابدين ج٤، ص٣٤٨، تبصرة الحكام، ابن فرحون ج١، ص٤٤.

(٦) د. أحمد عبد العليم عبد اللطيف، المرجع السابق ص٥٢٤.

عمر رضي الله عنه: "القضاء يورث الضغائن"[١].

أما التحكيم يحقق مصلحتين هما تخفيف العبء عن القضاء ومصلحة الأفراد في رفع الشقه عنهم بالانتظار في ساحات القضاء، وهذا من باب التيسير على العباد الذي حث عليه الشارع بقوله تعالى﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾[٢].

ثالثاً: التحكيم والصلح:

الصلح: عقد وضع لرفع النِّزاع وقطع الخصومة بين المتخاصمين بتراضيهما[٣]، ويتفق التحكيم والصلح في أن كلا منهما يعتبر عقداً رضائياً وأنهما يؤديان إلى إنهاء النِّزاع وعودة الوئام والاستقرار بين المتخاصمين[٤]، لكنهما يختلفان من حيث أن الأصل في التحكيم عدم اللزوم لطرفيه عند إبرام عقد التحكيم فلكل منهما حق الرجوع بفسخ عقد الاتفاق ما لم يصدر المحكم حكمه أما الصلح فهو عقد لازم منذ إبرامه وليس لأي طرف حق الرجوع إلا بتراضي الطرف الآخر[٥]، كما أن التحكيم لا يتضمن النزول عن الحق أو أي جزء منه ولذلك فإن المحتكم لا يعلم بمصير الحكم أيقضى له أم عليه؟ بخلاف الصلح فهو يتضمن عادة النّزول عن بعض الحق ومن ثم يكون المصالح على علم بما سيؤول إليه الحكم[٦].

(١) الأثر في مصنف ابن أبي شيبة في الأحاديث والآثار، ج٧، ص٢٠١٣.

(٢) سورة البقرة، من الآية ١٨٥.

(٣) مرشد الحيران، الشيخ/ محمد قدري باشا، المادة ١٠٣٦.

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

(٥) عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، د. يسن يحيى – ص٧٥.

(٦) المدخل الفقهي العام، د. مصطفى الزرقاء، بند ٢٨٤.

المبحث الثاني: مشروعية التحكيم وموقف الفقهاء منه، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مشروعية التحكيم

التحكيم كوسيلة من وسائل تسوية المنازعات بين الخصوم في الخلافات الأسرية والحقوق المدنية والقضايا الجنائية مشروع، دلت على مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أما الكتاب: فقوله تَعَالَىٰ: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ﴾[1].

وجه الدلالة: الآية واضحة في وجوب إبعاث حكمين من أهل الزوجين في حالة الشقاق أو الخوف من وقوعه إذ الأمر في قوله فابعثوا يفيد الوجوب وأقل ما يفيده الأمر الجواز والندب[2].

وأما السنة: فمنها ما روي عن أبي سعيد الخدري(رضي الله عنه)[3] أنه قال: نزل أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ فأرسل النبي(ﷺ) إلى سعد فأتى على حمار فلما دنا من المسجد قال(ﷺ) قوموا إلى سيدكم ، ثم قال: هؤلاء نزلوا على حكمك قال: تقتل مقاتلهم وتسبى ذراريهم.

قال(ﷺ) قضيت بحكم الله يا سعد[4].

---

(١) سورة النساء، الآية ٣٥.

(٢) المبسوط، السرخسي ج٢١ – ص٣٢، الجامع لأحكام القرآن، القرطبي ج٥، ص٧٨.

(٣) الإمام المجاهد، مفتي المدينة، سعد بن مالك بن سنان، أحد البدريين، شهد الخندق، وبيعة الرضوان حدث عن النبي(ﷺ) كان أحد الفقهاء المجتهدين، مات سنة ٧٤هـ، ينظر: أسد الغابة ج٢ص٢٨٩، سير أعلام النبلاء ج٣ ص١٦٨.

(٤) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه ج٤، ص٦٧ برقم ٣٠٤٣، ومسلم في صحيحه ج٣، ص١٣٨٩ برقم ١٧٦٨.

وجه الدلالة:

الحديث واضح في جواز التحكيم حيث إن النبيﷺقبل التحكيم بني قريظة، ثم جعل التحكيم فيهم لسيدنا سعد بن معاذ)[١].

وأما الإجماع: فقد ورد عن أكابر الصحابةأنهم كانوا يحكمون فيما يثور بينهم من منازعات وخصومات حيث تحاكما عمر، وأبَي بن كعب[٢] إلى زيد بن ثابت[٣] وغير ذلك.

ولم ينقل عن أحد منهم الإنكار، فكان ذلك إجماعاً سكوتياً على مشروعية التحكيم[٤].

وأما المعقول:

فهو أن حاجة البشر داعية إلى مشروعية التحكيم إذ قد يصعب على بعض الخصوم الحضور إلى مجلس القضاء للفصل فيما يثور بينهم نظراً لبعد المسافة أو لمرض[٥].

---

(١) البحر الرائق، ابن نجيم ج٥، ص٤٩.

(٢) هو: أبَي بن كعب بن قيس بن عبيد، أبو المنذر، من بني النجار من الخزرج، صحابي، أحد كتّاب الوحي، شهد المشاهد كلها، وأمَره عثمانبجمع القرآن الكريم، وعن أنس بن مالك عن النبيﷺ قال: أقرأ مني أبَي بن كعب، توفي سنة ٢١هـ. ينظر: الطبقات الكبرى لابن سعد ج٢ص٣٤٠، الاستيعاب لابن عبد البر ج١ ص٦٥، الإصابة في تمييز الصحابة، لابن حجر ج١ص١٨١، أسد الغابة، لابن الأثير ج١ص١٦٨.

(٣) هو: زيد بن ثابت بن الضحاك، أنصاري خزرجي، من أكابر الصحابة، كان كاتب الوحي، ولد بالمدينة، ونشأ بمكة، وهاجر مع النبيﷺ، كان رأساً في القضاء والفتيا والقراءة والفرائض، توفي سنة ٤٥هـ. ينظر: التهذيب ج٣ص٣٨٩، الأعلام للزركلي ج٣ص٥٧.

(٤) المبسوط، السرخسي ج٢١ – ص٦٢، تبيين الحقائق، الزيلعي ج٤، ص١٩٣، أسنى المطالب، شرح روض الطالب، الأنصاري ج٤، ص٢٨٧، المغني، ابن قدامة ج٩، ص١٠٨.

(٥) الزيلعي، المرجع السابق ص٤، ص١٩٣، معين الحكام، الطرابلسي ص٢٥، ومن المعاصرين: =

المطلب الثاني: موقف الفقهاء من التحكيم

رغم النصوص القرآنية والأحاديث النبوية وتحكيم الصحابة وحاجة البشر الداعية إلى مشروعية التحكيم على نحو ما سبق عرضه إلا أن تلك المشروعية لم ترق إلى درجة الأمر المسلم به لدى جميع الفقهاء خاصة مع وجود القاضي، لذا فقد اختلف فقهاء المذاهب الإسلامية في حكم اللجوء إلى التحكيم.

ويمكن حصر الخلاف في قولين:

القول الأول:

ويرى عدم جواز التحكيم مطلقاً وجد القاضي أم لم يوجد، وممن ذهب إلى هذا جمهور الشافعية، ووافقهم الظاهرية وبعض الحنفية عند وجود القاضي[1]، وبعض المالكية[2].

وقد عللوا قولهم ذلك بأن حكم المحكم إفتيات على رأي الإمام ونوابه وهم القضاة وأنه يؤدي إلى اختلال أمر الحكام وأولوا ما جاء في النصوص على أنه وارد في نواب الأمراء وهم القضاة بدليل قصة سعد حيث أنابه النبيﷺ في التحكيم[3]، كما احتجوا بأن القاضي أصل في القضاء في المنازعات وأن

= د. نصر فريد واصل، السلطة القضائية في الإسلام ص٧٨، ط مطبعة الأمانة، ط١٤٠٣هـ/١٩٨٢م.

(١) مغني المحتاج، الشربيني الخطيب ج٤، ص٢٧٩، حاشيتا قليوبي وعميرة ج٤، ص٢٩٨، شرح فتح القدير، ابن الهمام ج٥، ص٤٩٨، المحلي، ابن حزم ج٩، ص٤٣٥.

(٢) التاج والإكليل ج٦ص١١٢، وحاشية الدسوقي ج٤ص١٣٥. وظاهر كلام المالكية نفاذه بعد الوقوع ، مواهب الجليل ج٦ص١١٢، حاشية الدسوقي ج٤ص١٣٥.

(٣) الشربيني الخطيب، المرجع السابق، الموضع نفسه.

المحكم نائب عنه أو يدل فلا يجوز اللجوء إلى النائب إلا عند عدم الأصل[١].

القول الثاني:

ويرى جواز التحكيم مطلقاً، وممن ذهب إلى هذا جمهور الحنفية وبعض الشافعية.

ووافقهم الظاهرية وبعض الحنفية عند عدم وجود القاضي[٢]، والمذهب عند الحنابلة[٣]، واحتجوا لذلك بقولهم أن للمحتكمين الولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما لأن صحة تحكيم المحكمين مبنية على تمتعهما بالولاية على النفس، كما أن القول بعدم المشروعية مع وجود القاضي يؤدي إلى الحرج والضيق على الناس لأن بعضهم قد يصعب عليه الحضور إلى مجلس القضاء أو قد يكون موضوع النِّزاع لا يستدعي رفع الدعوى[٤].

الترجيح:

بعد عرض الآراء نرى أن القول بجواز التحكيم مطلقاً هو الأولى بالقبول لما سبق عرضه من الأدلة الدالة على مشروعية التحكيم وهي عامة في حالة وجود القاضي أو عدم وجوده خاصة وأن الغرض من تنصيب القاضي هو الفصل في الخصومات وقطع المنازعات والمشاجرات التي تقوم بين الأشخاص بحكم الشرع والتحكيم لا يخرج عن حكم الشرع في تحقيق هذا المقصود.

---

(١) شرح فتح القدير، ابن الهمام ج٥، ص٤٩٨، المحلى، ابن حزم ج٩، ص٤٣٥.

(٢) المبسوط، السرخسي ج١٦ – ص٧٣، الفتاوى الهندية، علماء الهند ج٣، ص٣٩٣، أدب القاضي، الماوردي ج٢، ص٢٧٩.

(٣) كشاف القناع، البهوتي ج٦ص٣٠٦.

(٤) معين الحكام، الطرابلسي ص٢٥.

الفصل الثاني: شروط صحة التحكيم وحكم المحكم، وسلطات المحكم وعوامل تحديدها، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: شروط صحة التحكيم وحكم المحكم، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: شروط صحة اتفاق التحكيم.

المطلب الثاني: شروط صحة حكم المحكم.

المبحث الثاني: سلطات المحكم وعوامل تحديدها، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: سلطات المحكم.

المطلب الثاني: عوامل تحديد سلطات المحكم.

المبحث الأول: شروط صحة التحكيم وحكم المحكم ، وفيه مطلبان

المطلب الأول: شروط صحة اتفاق التحكيم

لكي يكون التحكيم صحيحاً منتجاً لآثاره ينبغي توافر شروط يرجع بعضها إلى المتخاصمين وبعضها إلى المحكمين وبعضها إلى موضوع النِّزاع وبعضها يرجع إلى عقد التحكيم، وسوف نتناول هذه الشروط فيما يلي:

أولاً: الشروط الواجب توافرها بالمتخاصمين (المحتكمين):

يشترط في المحتكم توافر أهلية التصرفات والرضا بالتصرف.

أولاً: أهلية المتخاصمين (المحتكمين):

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه: "يجب أن تكون عبارة المحتكم معتبرة شرعاً، وهذا يعني أنه يجب أن يتوافر في المحتكم العقل والبلوغ لأنهما مناط التكليف ومن ثم فلا يصح تحكيم الصبي غير المميز غير المأذون، فإن كان مميزاً مأذوناً له صح تحكمه في حدود الإذن وذلك بأن يكون التحكيم فيما هو نافع له[١].

وكذا لا يجوز تحكيم المجنون لأنه ليس له ولاية على نفسه، فمن باب أولى لا تكون له ولاية على غيره[٢].

(١) البحر الرائق، ابن نجيم ج٧، ص٢٤، تبصرة الحكام، ابن فرحون ج١، ص٤٤، مغني المحتاج، الشربيني الخطيب ج٢، ص٧، المغني، ابن قدامة ج٤، ص٤٢١.

(٢) الفتاوى الهندية، علماء الهند ج٢، ص٢٩٨، التلويح على التوضيح، التفتازاني ج٢، ص٣٤٢، كشاف القناع، البهوتي ج٦، ص٣٩، المحلى، ابن حزم ج٦، ص١٦٣، ومن المعاصرين: د. محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد ص٣٢٢، ط دار الكتب العلمية– ط ١٩٥٢م.

ثانياً: رضا المحتكم:

يشترط لصحة التحكيم رضا المحتكمين بذلك الاتفاق من وقت الاتفاق وحتى صدور الحكم فيه، فإذا رضي به أحدهما ولم يرض الآخر ، أو رضيا به ثم رجعا أو أحدهما بطل التحكيم ولم ينفذ الحكم، سواءً أكان الحكم في صالح من رضي به أم في مصلحة من رجع(١).

ثانياً: الشروط الخاصة بالمحكمين المحتكم إليهم:

١) يشترط في المحكم الذي يمنحه المتخاصمان سلطة الفصل في خصوماتهما توافر الأهلية، وتتحقق بالعقل والبلوغ كما مر فلا يصح تحكيم الصبي غير المميز ولا المجنون لأن التكليف مرفوع عنهما بقول الرسولﷺ: "رفع القلم عن ثلاث٠٠ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق"(٢).

ولأن لا ولاية لهما على أنفسهما ولا على غيرهما كما أنهما لا يستطيعان فهم خطاب الشارع(٣).

---

(١) شرح فتح القدير، الكمال بن الهمام ج٧، ص٣١٧، الذخيرة، القرافي ج١٠، ص٣٦، المجموع، النووي ج٢٢ – ص٣٢٤، المغني، ابن قدامة ٤٨٤.

(٢) الحديث أخرجه أحمد في مسنده (٦/١٠٠-١٠١) ، والدارمي في كتاب الحدود. باب: رفع القلم عن ثلاثة (٢/١٧١)، وأبو داود في كتاب الحدود، باب: في المجنون يسرق (٤/٥٥٨)، والنسائي في كتاب الطلاق، باب: من لا يقع طلاقه من الأزواج (٦/١٥٦)، وابن ماجة في كتاب الطلاق، باب: طلاق المعتوه والصغير والنائم برقم (٢٠٤١)، وصححه الألباني رحمه الله في إرواء الغليل (٢/٤-٥) .

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

وأجاز بعض المالكية تحكيم الصغير إذا عقل وعرف لأن التحكيم وكالة فيكفي فيه الإدراك[١].

٢) كما يشترط في المحكم الإسلام، فلا يجوز تحكيم الكافر للفصل في الخصومات بين المسلمين قياساً على تولية القضاء ذلك لأن التحكيم ولاية، ولا ولاية للكافر على المسلم قياساً على عدم جواز شهادة الكافر على المسلم قال تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾[٢]، وبطلان تحكيم الكافر على المسلم يترتب سواءً أكانت الخصومة بين مسلمين أو بين مسلم وذمي[٣].

٣) كما يشترط في المحكم الذكورة قياساً على القضاء ومن ثم فلا يجوز تحكيم المرأة مطلقاً فإذا حكمت ثم قضت كان حكمها باطلاً ولا ينفذ، وممن ذهب إلى هذا جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية[٤]، ووافقهم الحنفية في تحكيمها في الحدود والقصاص[٥].

وقد علل الجمهور قولهم بأن الله تعالى جعل القوامة للرجل لكمال عقله ودينه والطاعة والجهاد والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

---

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

(٢) سورة النساء، الآية ١٤١.

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني ج٧، ص٣، معنى الحكام، الطرابلسي ص٢٥، تبصرة الحكام، ابن فرحون ج١، ص٤٤، الشربيني الخطيب، المرجع السابق ج٤، ص٣٧٥، المحلى، ابن حزم ج٩، ص٣٦٣.

(٤) المنتقى، الباجي ج٥، ص٢٢٨، أدب القضاء، ابن أبي الدم ج١، ص٤٢١.

(٥) تبيين الحقائق، الزيلعي ج٤، ص١٩٢، البناية على الهداية بهامش فتح القدير، البابرتي ج٦، ص٤٠٧، معين الحكام، الطرابلسي ص٨٨٤.

قال تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾[1]، كما أن حكمها فيه ريبة وشك لقصور عقلها قال رسول الله (ﷺ): "لن يفلح قوم ولو أمرهم امرأة"[2].

كما أن الله تعالى أمرهن بالمكث في البيوت بقوله تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ ٱلْجَٰهِلِيَّةِ ٱلْأُولَىٰ﴾[3]، والتحكيم يستلزم حضور محافل الرجال ومجالستهم والاستماع إليهم وما يستتبع ذلك من النظر والخلوة[4]، كما لم يثبت عن النبيﷺ ولا عن أحد من الصحابة أو التابعين أنهم ولوا أمرهم امرأة قضاءً، فكان ذلك إجماعاً سكوتياً على عدم صحة قضاء المرأة وتحكيمها[5].

٤) كما يشترط في المحكم العدالة والتي تقتضي أن يكون المحكم صادق اللهجة ظاهر الأمانة عفيفاً عن المحارم متوقياً الإثم بعيداً عن الشك مأموناً في حالة الرضاء والغضب[6].

جاء في التعريفات: "العدل في اصطلاح الفقهاء من اجتنب الكبائر ولم يصر على الصغائر وغلب صوابه واجتنب الأفعال الخسيسة كالأكل في الطريق أو التبول"[7].

---

(١) سورة النساء، من الآية ٣٤.

(٢) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الفتن – ج٣، ص٨٤، ج٤، ص٣٧٦، والنسائي في سننه ج٢، ص٣٠٥، والترمذي ج٣، ص٤٣.

(٣) سورة الأحزاب، من الآية ٣٣.

(٤) المهذب، الشيرازي ج٢، ص٢٠٧، ومن المعاصرين: د. عبد الحميد الشواربي، الحقوق السياسية للمرأة في الإسلام ص٦١.

(٥) مغني المحتاج، الشربيني الخطيب ج٤، ص٣٧٥، شرح منتهى الإرادات، البهوتي ج٣، ص٣٦٤.

(٦) الأحكام السلطانية، الماوردي ط ٦٦، ط وزارة الأوقاف، ط ١٣٩٢هـ/١٩٧٢م.

(٧) التعريفات، الجرجاني، ص٢٨، بدائع الصنائع، الكاساني ج٦، ص٢٦٨.

لذلك يرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة عدم جواز تحكيم الفاسق وأن الخصمان المتحاكمان إذا حكماه ثم قضي بينهما لا ينفذ حكمه حتى ولو صادق الحق[١]، وقد استدل الجمهور لقولهم بأدلة من الكتاب والمعقول:

أما الكتاب: فقوله تعالى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ ﴾[٢].

وجه الدلالة:

الآية صريحة في عدم الاعتداد على أقوال الفاسق وأنه يجب التثبت قبل الحكم بناءً على أقوالهم على الغير.

وأما المعقول فقالوا: أن الفاسق لا تصح شهادته ومن لا تصح شهادته لا يصح قضاؤه والتحكيم يؤدي إلى القضاء فلا يصح من الفاسق[٣].

وذهب الحنفية وبعض المالكية والشافعية إلى أن العدالة شرط لوجوب القبول لا لصحته بمعنى أن الأولى أن لا يحكم الفاسق أما إذا حكمه الطرفان وكانا يعلمان بفسقه فإنه لا ينعزل؛ ومن ثم فإذا قضى صح حكمه وينفذ ضرورة[٤].

وقد استدل هؤلاء على قولهم بالمعقول فقالوا: أن القاضي إذا قبل شهادة الفاسق وحكم بناءً عليها صح حكمه والتحكيم شأنه شأن القضاء مبني على الشهادة فيصح تحكيم الفاسق[٥].

---

(١) الذخيرة، القرافي ج١٠، ص٢٦، مغني المحتاج، الشربيني الخطيب، ج٤، ص٣٧٥، المقنع، المقدسي ج٣، ص٦٠٩، شرح منتهى الإرادات، البهوتي ج٣، ص٥٧٦.

(٢) سورة الحجرات، من الآية ٦.

(٣) شرح منتهى الإرادات، البهوتي ج٣، ص٤٦٤.

(٤) الهداية، المرغيناني ج٢، ص٥٧٦، جامع الفصولين، القاضي سماوة ج١، ص١٦، حاشية العدوي على هامش الخرشي ج٧، ص١٣٩، روضة الطالبين، النووي ج٨، ص٩٦.

(٥) شرح فتح القدير، الكمال بن الهمام ج٧، ص٥٦، الاختيار لتعليل المختار، ابن مودود الموصلي ج٢، ص٣٠.

الترجيح:

بعد عرض الأقوال نرى أن القول بصحة تحكيم الفاسق هو الأولى بالقبول وذلك نظراً لصعوبة تحقيق كل صفات العدالة التي ذكرها الفقهاء في كتبهم في شخص كما أن البحث عن هذا الشخص قد يستغرق وقتاً تفوت فيه بعض الحقوق ذات الأمد القصير.

٥) كما يشترط في المحكم توافر أهلية الاجتهاد، وذلك بأن لا يكون مقلداً لغيره أو جاهلاً بأحكام النِّزاع الذي يحكم فيه، فإذا قضى الجاهل ولم يشاور العلماء كان حكمه باطلاً ولا ينفذ، وممن ذهب إلى هذا الشافعية والحنابلة والظاهرية وبعض المالكية[(١)].

ووافقهم الحنفية وبعض المالكية في حالة عدم الضرورة[(٢)]. وقد استدل هؤلاء بقوله تعالى:﴿ وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ﴾[(٣)].

وقوله تعالى: ﴿فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ ﴾[(٤)].

وقول الرسولﷺ: "القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة... وقاضي قضى بجهل فهو في النار..."[(٥)]، فقالوا: إن هذه الآيات والحديث صريحة في

---

(١) أدب القاضي، الماوردي ج٢، ص٣٨١، الحاوي الكبير ج١٦، ص٣٢٥، المغني، ابن قدامة ج١٠، ص٣٨٣، المحلى، ابن حزم ج٩، ص٣٦٣، تبصرة الحكام، ابن فرحون ج١، ص٤٤.

(٢)الاختيار، ابن مودود الموصلي ج٢، ص١٣١، حاشية الزرقاني، على مختصر خليل ج٧، ص١٢٥.

(٣) سورة المائدة، من الآية ٤٩.

(٤) سورة النساء، من الآية ٥٩.

(٥) الحديث أخرجه أبو داود ج٣، ص٣٩٩ برقم ٣٥٧٣، البيهقي ج١، ص١٦٦، والحديث صحيح، فيض القدير شرح الجامع الصغير، المناوي ج٤ ص٥٣٧ قال: "سكت عليه أبو داوود، وصححه الحاكم. =

اشتراط أن يكون حكم المحكم موافقاً لما أنزل الله والجاهل والمقلد لا يملكون الحكم بما أنزل الله فيكون حكمه باطلاً[١].

وذهب الحنفية وبعض المالكية إلى أنه يجوز عند الضرورة تحكيم المقلد لأن الغرض منه فصل الخصومة وقد ذكر عن أبي يوسف القول: لأن يكون القاضي ورعاً أحب إليَّ من أن يكون مجتهداً وقد استدلوا بالمعقول فقالوا: أن المقصود من التحكيم هو القضاء والتحكيم هو إيصال الحق إلى مستحقه وأن الجاهل أو المقلد يمكن أن يقضي بفتوى غيره فيحصل ذلك المقصود[٢].

ثالثاً: الشروط التي ترجع إلى موضوع النزاع:

ما يجري فيه النِّزاع قد يكون في الأموال وعقود المعاوضات كالبيع والإجارة والكفالة بالمال، كما قد يكون في القصاص والحدود كحد الشرب والسرقة والزنا وحد القذف كما قد يتعلق بقضايا الأحوال الشخصية كالنكاح والطلاق واللعان والنسب[٣]، وسوف أوضح مذاهب الفقهاء :

الحنفية: لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقا لله تعالى .

حجتهم: أن استيفاء عقوبتها مما يستقل به ولي الأمر، وأن حكم المحكم ليس بحجة في حق غير الخصوم ، فكان فيه شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات .

وما اختاره السرخسي من جواز التحكيم في حد القذف ضعيف؛ لأن

قال الذهبي في الكبائر: صححه الحاكم، والعهدة عليه"، الصنعاني ج٢ ص٥٦٥ قال: "رواه الأربعة وصححه الحاكم".

(١) المحلى، ابن حزم ج٩، ص٣٦٣.

(٢) شرح فتح القدير، ابن الهمام ج٧، ص٢٥٨، حاشية الخرشي ج٧، ص١٤٤.

(٣) البحر الرائق، ابن نجيم ج٧، ص٢٤، المجموع، النووي ج٤، ص٣٢٤.

الغالب فيه حق الله تعالى، فالأصح في المذهب عدم جواز التحكيم في الحدود كلها[1].

أما القصاص فقد روي عن أبي حنيفة[2] أنه لا يجوز التحكيم فيه، واختاره الخصاف وهو الصحيح في المذهب؛ لأن التحكيم بمنزلة الصلح، والإنسان لا يملك دمه حتى يجعله موضعاً للصلح.

وما روي من جوازه في القصاص قياس على غيره من الحقوق فضعيف رواية ودراية؛ لأن القصاص ليس حقاً محضاً للإنسان –وإن كان الغالب فيه حقه – وله شبه بالحدود في بعض المسائل[3].

ولا يصح التحكيم في ما يجب من الدية على العاقلة ،لأنه لا ولاية للحكمين على العاقلة ولا يمكنهما الحكم على القاتل وحده بالدية لمخالفته حكم الشرع الذي يوجب دية على القاتل وحده دون العاقلة إلا في مواضع محدده كما لو اقر بالقتل خطأ[4].

وليس للحكم ان يحكم في اللعان كما ذكر البرجندي[5]، وأن توقف فيه

---

(١) البحر الرائق، ابن نجيم ج٧ص٢٦، بدائع الصنائع، الكاساني ج٧ص٣.

(٢) أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطى، التميمي الكوفي، مولى بني تيم الله ثعلبة، أحد أئمة الإسلام المتبوعين، فقيه الملة، وعالم العراق، إليه المنتهى في التدقيق في الرأي، توفى سنة ٥١هـ. ينظر: التاريخ الكبير ج٨ص٨١، الجرح ج٨ص٤٤٩، الجواهر المضيئة ج١ص٤٩.

(٣) البحر الرائق، ابن نجيم ج ٧ص٢٦، بدائع الصنائع، الكاساني ج ٧ص٣، الفتاوى الهندية ج٣ص٢٦٨.

(٤) البحر الرائق، ابن نجيم ج٧ص٢٦، بدائع الصنائع، الكاساني ج٧ص٣.

(٥) هو: عبد العلي بن محمد بن حسين البرجندي، فلكي، من فقهاء الحنفية، نسبة إلى بنرجنده بتركستان، من تصانيفه: "شرح مختصر المازني في أصول الفه، شرح النقاية في مختصر الوقاية، حاشية على شرح ملخص الجغميني لقاضي زاده. توفى ٩٣٥هـ، ١٥٢٨م. ينظر: معجم المؤلفين لعمر حكالة ج٥ص٢٦٦، الأعلام للزركلي ج٤ص٣٠.

ابن نجيم[١] .

وعلة ذلك أن اللعان يقوم مقام الحد[٢].

وأما ما عدا ما ذكر آنفا فإن التحكيم جائز فيه ونافذ[٣].

المالكية: التحكيم جائز إلا في ثلاثة عشر موضعاً هي: الرشد وضده، والحبس "الوقف"، وأمر الغائب، والنسب، والولاء، والحد، والقصاص، ومال اليتيم، والطلاق، والعتق، واللعان، ح لأن هذه مما يختص به القضاء[٤].

وسبب ذلك أن هذه الأمور أما حقوق يتعلق بها حق الله تعالى كالحد، والقتل، الطلاق، أو حقوق لغير المتحاكمين كالنسب واللعان.

وقد وضع ابن عرفة حداً لما يجوز فيه التحكيم فقال: ظاهر الروايات أنه يجوز التحكيم فيما يصلح لأحدهما ترك حقه فيه.

وقال اللخمي وغيره: إنما يصح في الأموال، وما في معناها[٥].

الشافعية: التحكيم لا يجوز في حدود الله تعالى؛ إذ ليس فيها طالب معين، وعلى هذا المذهب، ولو حكم خصمان رجلاً في غير حد الله تعالى جاز مطلقاً بشرط أهلية القضاء.

وفي قول لا يجوز.

---

(١) هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم من اهل مصر فقيه واصولي حنفي كان عالماً محققاً ومكثراً من التصنيف، أخذ عن شرف الدين البقليني، وشهاب الدين الشلبي، وغيرهما، أجيز بالإفتاء والتدريس، وانتفع به خلائق، من تصانيفه: ط البحرالرائق في شرح كنْز الدقائق، الأشباه والنظائر، وشرح المنار في الأصول". ينظر شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لابن العماد ج١٠ص٥٢٣، الأعلام للزركلي ج٣ص١٠٤.

(٢) حاشية الدرر ج٢ص٣٣٦، حاشية الطحاوي ج٣ص٣٠٨.

(٣) الدر المختار ج٥ص٤٣٠، الفتاوى الهندية ج٣ص٢٦٨.

(٤) حاشية الدسوقي لابن عرفة ج٤ ص١٣٦، تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ص٤٤،٤٣.

(٥) تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ص٤٢، الشرح الكبير للدردير ج٤ص١٣٦.

وقيل: يجوز بشرط عدم وجود قاض بالبلد.

وقيل: يختص التحكم بالأموال دون القصاص والنكاح ونحوهما[1].

الحنابلة: اختلفوا فيما يجوز فيه التحكيم :

ففي ظاهر كلام الإمام أحمد[2] أن التحكيم يجوز في كل ما يمكن أن يعرض على القاضي من خصومات .

كما قال أبو الخطاب[3] يستوي في ذلك المال والقصاص والحد والنكاح واللعان وغيرها حتى مع وجود قاض؛ لأنه كالقاضي ولا فرق.

وقال القاضي أبو يعلى[4]: يجوز التحكيم في الأموال الخاصة.

---

(١) روضة الطالبين ج١١ ص١٢١، نهاية المحتاج ج٨ ص٢٣٠، مغني المحتاج للشربيني ج٤ ص٣٧٨، ٣٧٩.

(٢) هو أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، ثم البغدادي، أبو عبد عبد الله، ولد سنة ١٦٤هـ، شيخ الإسلام، وسيد المسلمين في عصره، الحافظ، الحجة، أيد الله به الدين يوم المحنة، صنف كتاب المسند، وجمع فيه مائة ألف وعشرين ألفاً، والناسخ والمنسوخ، والتاريخ، والمقدم والمؤخر في القرآن، والمناسك الكبير والصغير، توفي سنة ٢٤١هـ ببغداد. ينظر: تذكرة الحفاظ ج٢ص٤٣١، ومناقب الإمام أحمد لابن الجوزي ص٤٣.

(٣) هو محفوظ بن أحمد بن الحسن بن أحمد الكلوذاني، أبو الخطاب، الإمام، العلامة، الورع، أحد الأئمة في المذهب الحنبلي وأعيانه، ولد سنة ٤٣٢هـ، درس الفقه على يد القاضي أبي يعلى، ولزمه حتى برع في المذهب والخلاف، وقرأ عليه بعض مصنفاته، وكتب بخطه كثيراً من مسموعاته، وصار إماماً وفقيهاً، وفريد عصره في الفقه، ودرس، وأفتى، وصنف كتباً في المذهب والأصول والخلاف، منها: الهداية، والانتصار في المسائل الكبائر، ورؤوس المسائل، والتهذيب في الفرائض، والتمهيد في اصول الفقه، وغيرها، توفى سنة ٥١٠هـ ببغداد. ينظر: سير أعلام النبلاء ج١٩ ص٣٤٨، الذيل على طبقا ت الحنابلة ج٣ ص١١٦.

(٤) هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء، ولد سنة ٣٨٠هـ، القاضي =

وأما النكاح والقصاص والحد فلا يجوز فيها التحكيم ،لأنها مبنية على الاحتياط، فلابد من عرضها على القضاء للحكم[١].

الترجيح: يرى الباحث أن التحكيم يجوز في الأموال وما في معناها؛ لأن الجميع متفق على جوازه فيها وأخذا بالاحتياط، ولكي لا تصبح الحقوق لعبة بين أيدي الناس.

رابعاً: الشروط التي ترجع إلى اتفاق التحكيم:

اعتد فقهاء الشريعة بكل اتفاق على التحكيم أياً كانت صورته وسواءً أكان الاتفاق في عقد التحكيم أم ذكر مستقلاً، وسواءً كان سابقاً على العقد أم لاحقاً، وسواءً عينا شخص المحكم بنفسهما أم عهدا بذلك إلى غيرهما كأن يكون القاضي المختص بنظر النِّزاع[٢].

كما يجوز تعليق التحكيم على قدوم شخص أو إضافته إلى المستقبل أو تخصيصه بنوع معين من القضايا كأن يكون في العقارات – غاية الأمر أنه يشترط تعيين المحكم، فإذا اتفقا الخصمان على تحكيم رجل ولم يعيناه لم يجز للجهالة[٣]، إلا في حالة أن يختصما إلى رجل بالفعل وإن لم يعيناه من قبل وهو ما يسمى بالتحكيم بالإحالة[٤].

= الكبير، إمام الحنابلة، كان عالم زمانه، وفريد عصره، له في الأصول والفروع القدم العالي، وعنه انتشر مذهب الإمام أحمد، له تصانيف كثيرة، منها: أحكام القرآن، والمعتمد، وعيون المسائل، والعدة في أصول الفقه، والأحكام السلطانية، وغيرها كثير. توفى سنة ٤٥٨هـ ببغداد. ينظر: طبقات الحنابلة ج٢ص١٩٣، المنهج الأحمد ج٢ص١٠٥.

(١) الكافي لابن قدامة ج٣ص١٩١، مطالب أولي النهى ج٦ص٤١٧.

(٢) حاشية الطحاوي ج٣، ص٢٥٧.

(٣) جامع الفصولين، القاضي سماوة ج٢، ص٣.

(٤) الفتاوى الهندية، علماء الهند ج٣، ص٣٩٨.

المطلب الثاني: شروط صحة حكم المحكم

الأصل في اتفاق التحكيم عدم اللزوم؛ إذ يجوز للطرفين أو لأحدهما اللجوء إلى القضاء وفسخ اتفاق التحكيم؛ لذا ينبغي لصحة ولزوم حكم المحكم توافر عدة شروط منها: أولاً: رضا الطرفين باختيار التحكيم:

اتفق الفقهاء على ضرورة توافر رضا الطرفين بالتحكيم ابتداءً حتى تنفذ ولاية المحكم وتكون له سلطة فض النِّزاع المطروح عليه(١).

كما يجب توافر هذا الرضا إلى حين الانتهاء من الحكم، وذلك لأن عدم توافر الرضا إلى حين الانتهاء يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات خاصة إذا رأى أحدهما إن الحكم لا يعجبه ولا يأتي على هواه(٢).

ثانياً: صدور الحكم ممن له ولاية إصداره:

لما كانت ولاية المحكم قاصرة على من رضي به ومحددة بموضوع النِّزاع الذي خصص له؛ لذا يجب على المحكم أن يراعي هذا فلا يقضي في الزروع ما دام خصص للحكم في العقار ولا يقضي في الأمور التي اختص ولي الأمر بالحكم فيها كالحدود(٣).

ثالثاً: أن يكون الحكم في خصومة شرعية:

يجب على المحكم التحقق من وجود خصومة بين مدعي ومدعى عليه وأن التنازع قائم بينهما بالفعل على المدعى عليه، وعلى ذلك كانت الدعوى مسموعة بحسب الظاهر والمحكم يعلم أن باطن الأمر ليس كظاهره وأنه لا

---

(١) أدب القاضي، الزيلعي ج٢، ص٢٧٥، المغني، ابن قدامة ج٩، ص١٠٨.

(٢) البحر الرائق، ابن نجيم ج٧، ص٢٦، حاشية الخرشي ج٧، ص١٥١، حاشية الرهوني على الزرقاني ج٧، ص٢٠١، مغني المحتاج، الشربيني الخطيب ج٤، ص٣٧٩، المغني، ابن قدامة ج٩، ص١٠٨.

(٣) نهاية الزين في إرشاد المبتدئين، الجاوي ص١٠٤، شرح مجلة الأحكام، على حيدر ج٤، ص٦٤٢.

تنازع حقيقي فإذا تغاضى عن ذلك وقضي فإن حكمه وقضاءه لا ينفذ[١].

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

لا خلاف بين الفقهاء في جواز حكم المحكم بغير نفسه وبغير أبويه وعبده وعلى ذلك فلا يجوز يحكم المحكم لمن يشهد له أو عليه كالأصول والفروع وزوجته ووالدها وأمها وامرأة ابنه وزوج ابنته لأن حكم المحكم لهؤلاء يورث التهمة

وأسبابها أنه يجر لنفسه نفعاً أو يدفع عن نفسه ضرراً[٢].

خامساً: أن يكون حكم المحكم موافقاً للأصول الشرعية:

للاعتداد بحكم المحكم يجب أن يستند في حكمه على الأصول الشرعية التي يحكم بها القاضي وهي البينة أو الإقرار أو اليمين في حالة النكول؛ ومن ثم فلا يحوز حكم المحكم بعلمه لأن الحكم الذي لا يستند إلى هذه الأصول الثلاثة تعتريه التهمة أو شائبتها وهذا يجعل الحكم باطلاً[٣].

(١) المجاني الزهوية، د. محمد صالح الجارم الحنفي ص١٤٤، على حيدر ج٤، ص٦١١، الأصول القضائية، د.علي قراعة ص٢٣٥.

(٢) تبيين الحقائق، الزيلعي ج٤، ص١٩٤، روضة الطالبين، النووي ج١، ص١٢١، حاشية الخرشي ج٧، ص١٦٢، المغني، ابن قدامة ج١١، ص٤٨٣.

(٣) البحر الرائق، ابن نجيم ج٧، ص٢٦، القوانين الفقهية، ابن جزي ص٥٩، الفتاوى الكبرى ابن حجر الهيثمي ج٤، ص٢٩٠، المغني، ابن قدامة ج١١، ص٤٨٠.

المبحث الثاني: سلطات المحكم وعوامل تحديدها، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: سلطات المحكم

تتمثل سلطات المحكم في ثلاث صور نعرضها فيما يلي:

أولاً: سلطة المحكم في توقيع العقوبة:

ليس للمحكم أن يقضي بعقوبة واجبة لله تعالى كالحكم بالجلد أو القصاص لأن هذه الأمور من سلطة ولي الأمر كما ليس له أن ينفذ ما حكم به ولا حق الحبس والترسيم وهو منع المطلوب للعدالة من مغادرة مكان معين، غاية الأمر أن له إنشاء الحكم(١).

ثانياً: سلطة المحكم في إجراء الصلح:

لا خلاف بين الفقهاء في أن مهمة المحكم الأولى في مسألة الشقاق بين الزوجين هي الإصلاح بينهما أما في غير مسائل الأحوال الشخصية فإن سلطة المحكم بالصلح مقيدة بالإذن من المحتكمين ولا يلزمهم إلا إذا رضوا به طواعية(٢).

ثالثاً: سلطة المحكم في استخلاف غيره:

لا خلاف بين الفقهاء في صحة حكم المحكم المستخلف متى كان المحكم الأصلي مأذوناً له بالاستخلاف فإن لم يكن مأذوناً له بطل حكم المحكم المستخلف حتى وإن أجازه الحكم الأول أو القاضي أم لا(٣).

---

(١) روضة الطالبين، النووي ج١١، ص١٢١، الفتاوى الكبرى، ابن حجر الهيثمي ج٤، ص٢٩٠.

(٢) درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، الشيخ/ علي حيدر ج٤، ص١٨، ٤١.

(٣)شرح فتح القدير، ابن الهمام ج٢، ص٥٥، الفتاوى الهندية، علماء الهند ج١٦، ص٦٥٥ المغني، ابن قدامة ج١١، ص٤٨٠.

المطلب الثاني: عوامل تحديد سلطات المحكم

تتمثل عوامل سلطات تحديد سلطات المحكم في ثلاث هي:

١) عقد التحكيم: فهو الذي يحدد سلطات المحكم والأشخاص الذين يلزمهم حكم التحكيم والمكان الذي يقع فيه التحكيم، وقد يحدده بزمن، فإذا خالف المحكم ما جاء بالعقد كان حكمه باطلاً[١].

٢) ولي الأمر: فهو صاحب السلطة العامة، فله أن يقيد التحكيم من حيث الزمان والمكان والموضوع إذا رأى مصلحة في أن يقصر التحكيم على نوع من الخصومات فليس للمحكم أن يتعدى ذلك[٢].

٣) الوظيفة: فالمحكم له الفصل في مسائل الأحوال الشخصية وفي غيرها من المسائل: ففي مسألة الشقاق بين الزوجين هو حاكم فله أن يفصل بما يراه من جمع أو تفريق برضاء الزوجين أم بغير رضاهما[٣].

وقال البعض الآخر أن المحكم وكيل فليس له أن يقضي في الجمع أو التفريق إلا برضا الطرفين[٤]، أما في غير مسائل الأحوال الشخصية، فيرى الجمهور أن المحكم إنما هو حاكم حكمه نافذ كأحكام الإمام، بينما يرى البعض أن المحكم يعتبر وكيلاً في بعض الأحوال لا يمكنه مباشرة عمله إلا بتحكيم الخصوم له ووليا من جانب لأنه يشبه القاضي في أنه يعمل باستقلال عن إرادة الخصوم[٥].

---

(١) درر الحكام، الشيخ: علي حيدر ج٤، ص٦٤٣.

(٢) شرح غمز العيون، الحموي ج٢، ص٣٧١.

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

(٤) بداية المجتهد، ابن رشد ج٢، ص٨٣، الشربيني الخطيب ج٢، ص٢٦١، المغني، ابن قدامة ج٧، ص٣٤٧.

(٥) أحكام القرآن، الجصاص ج٢، ص٢٣٢، ومن المعاصرين: د. إسماعيل الأسطل، المرجع السابق ص١٢٦.

الفصل الثالث: حجية حكم المحكم وأساسها ونطاقها، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: حجية حكم المحكم وأساسها، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حجية حكم المحكم.

المطلب الثاني: أساس حجية حكم المحكم.

المبحث الثاني: نطاق حجية حكم المحكم، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: النطاق الموضوعي لحجية حكم المحكم.

المطلب الثاني: النطاق الشخصي لحجية حكم المحكم.

المبحث الأول: حجية حكم المحكم وأساسها، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حجية حكم المحكم

الحجية تعني جمل الحكم على الصحة في الظاهر محققاً للعدالة واجب التنفيذ ولا يقبل من أحد الخصمين طلب إعادة النظر فيه أو طلب تأجيل أو عدم تنفيذه أو نقضه ما لم يقترن هذا الطلب بدليل قوي يرجح نقضه، وأنه إذا لم ينفذه المحكوم عليه اختياراً كان للمحكوم له رفع أمره إلى الحاكم طالباً تنفيذه جبراً لأن لزوم الحكم سد باب إبطاله(١)، هذا وقد اتفق الفقهاء على ثبوت حجية حكم المحكم وعدم جواز نقضه متى كان ذلك في المسائل المجتهد فيها وذلك كأن يخالف حكمه أولى القياسين من قياس المعنى الخفي أو أولاهما من قياس التقريب في الشبه أو أن يخالف حكمه معنى نص الكتاب أو السنة(٢).

وعدم إبطال حكم المحكم في هذه الحالة تطبيقاً لقاعدة الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد(٣)، كما أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لم يشرك بين الإخوة لأم والإخوة الأشقاء، وشرك بينهما في عام آخر، فلما سئل عن ذلك قال: تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا(٤)، وقال الشعبي: حفظت عن عمر رضي الله عنه في

(١) الأشباه والنظائر، ابن نجيم ج٢، ص٢٢٦، المبسوط، السرخسي ج١١، ص٢٠٠، ج١٦، ص١٦٣ – ج٢٠، ص١٣٢، الذخيرة، القرافي ج١، ص٤٦، أدب القاضي، الماوردي ج١، ص٦٩٤، الالتزامات في الشريعة الإسلامية، الشيخ/ أحمد إبراهيم ص١٨٢، الأموال ونظرية العقد، د. محمد يوسف موسى ص٤٤٦.

(٢) المبسوط، السرخسي ج١١، ص٢٠٠، الذخيرة، القرافي ج١، ص٤٦.

(٣) البيهقي ج١٠، ص١٢٠، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه ج١٠، ص٢٤٩.

(٤) المغني، ابن قدامة ج٢٢ص٧ مع الشرح الكبير، التحقيقات المرضية ... د/الفوزان – =

الحد سبعين قضية لا يشبه بعضها بعضاً[1].

أما إذا كان حكم المحكم قد أخطأ فيما لا يسوغ فيه الاجتهاد كأن يخالف حكمه نصاً من كتاب أو سنة أو إجماع أو أن يخالف من قياس المعنى القياس الجلي أو قياس التحقيق من قياس الشبه فقد اختلف الفقهاء في حكم نقض حكم المحكم، ويمكن حصر الخلاف في قولين:

القول الأول: ويرى وجوب نقض حكم المحكم إذا خالف أصول الفقه الموضحة عاليه.

وممن ذهب إلى هذا الشافعية والحنابلة وأبو ثور وداود الظاهري والإمام مالك[2].

القول الثاني: ويرى عدم نقض الحكم إذا خالف أصول الفقه من الكتاب والسنة ... إلخ. وممن ذهب إلى هذا الحنفية والمالكية[3].

الأدلة:

أدلة الجمهور: استدل الجمهور على قولهم بنقض حكم المحكم المخالف للكتاب أو السنة بالآتي:

١) قوله ﴿فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ﴾[4]**، أي فإن اختلفتم في حكم فردوه إلى حكم الله وحكم الرسول.**

٢) ما روي عن عمر رضي الله عنه قال: لا ترث المرأة من دية زوجها. فقال له الضحاك

= ص١٧٨.

(١) المبسوط، السرخسي ج١٦، ص٧٤.

(٢) تكملة المجموع، المطيعي ج٢٠، ص١٥٥، الحاوي الكبير، الماوردي ج١٦، ص١٧٣، المغني ابن قدامة، ج١١، ص٤٠، تبصرة الحكام لابن فرحون ج١ص٤٤، مواهب الجليل ج٦ص١١٢.

(٣) المبسوط، السرخسي ج١١، ص٢٠٠، حاشية الدسوقي ج٤، ص١٣٠، ١٥٧.

(٤) سورة النساء، من الآية ٥٩.

ابن سعيد. كتب إليَّ رسول الله (ﷺ) أن أورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها فرجع عمر عن حكمه[١].

٣) كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه [٢] ولا يمنعك قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه لرأيك وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق، لأن الحق قديم ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل[٣].

فهذه الآثار لم يظهر فيها للصحابة مخالف فكانت إجماعاً[٤].

٤) أن حكم المحكم إذا خالف نصاً أو إجماعاً في قضائه لم يصادف شرطه وهو عدم وجود النص[٥].

أدلة القول الثاني: استدل القائلون بعدم نقض حكم المحكم إذا خالف نصاً أو إجماعاً بالقياس على حكم المحكم الذي لا نص فيه وقياساً على عدم إعادة الصلاة على من اجتهد في جهة القبلة فصلى ثم بان له خطؤه[٦].

---

(١) الأثر أخرجه البيهقي، ج٨، ص٥٧ برقم ١٦٤٨٨، الطبراني، المعجم الكبير ج٨، ص٣٠٠.

(٢) هو عبد الله بن قيس بن سليم ، الإمام الأكبر ، صاحب رسول الله ﷺ الفقيه المقرئ، حدث عنه جمع من الصحابة والتابعين، أقرأ اهل البصرة، استعمله النبيﷺ على زبيد وعدن، وولى إمارة الكوفة لعمر، جاهد مع النبيﷺ، توفي سنة ٤٤هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء ج٢ص٣٨٠، الاستيعاب ج٣ص٩٧٩.

(٣) الأثر أخرجه البيهقي ج١٠، ص١٥٠ برقم ١٠٤٢.

(٤) الحاوي الكبير، الماوردي ج١٦، ص١٧٣.

(٥) المغني، ابن قدامة ج١١، ص٤٠٤.

(٦) المبسوط، السرخسي ج١٦، ص٧٤، الذخيرة، القرافي ج١، ص١٤٦، المغني، ابن قدامة ج١١، ص٤٠٤.

الترجيح:

بعد عرض الآراء نرى أن الرأي الأولى بالقبول هو القائل بنقض الحكم الذي يخالف النص أو الإجماع لأن القول بعدم النقض يترتب عليه التقديم على حكم الله وحكم الرسول. المنهي عنه بقوله تعالى:﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُقَدِّمُواْ بَيْنَ يَدَيِ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ﴾[1].

المطلب الثاني: أساس حجية حكم المحكم

يمر التحكيم بمرحلتين: المرحلة الأولى: انعقاد العقد وهي تعني توافق إرادتي المحكم والمحتكمين وتفويض المحتكمين للمحكم بنظر النّزاع وقبول هذا الأخير، وفي هذه المرحلة تكون الصفة العقدية هي أساس حجية حكم المحكم في مواجهة أطراف التحكيم ؛لذا يمتنع عليهم عدم تنفيذ حكمه والمطالبة بنقضه إلا لسبب يوجب النقض.

أما المرحلة الثانية: وهي مرحلة ما بعد انعقاد ولاية المحكم لنظر النِّزاع وإبداء المحتكمين الحجج والأدلة إلى حين صدور الحكم وفي هذه المرحلة فإن الصفة القضائية هي التي تغلب على عمل المحكم والتي على أساسها يمتنع على القاضي المولي نقض حكم المحكم إلا مما ينقض به قضاء غيره من القضاة[2]، وفي هذا تحقيق للمصلحة العامة وهو صيانة ولاية القضاء من كل ما من شأنه أن يؤدي إلى تعطيل فض المنازعات وفصل الخصومات[3]، ولأن

---

(١) سورة الحجرات، من الآية ١.

(٢) روضة الطالبين، النووي ج١١، ١٢١، أسنى المطالب، الأنصاري ج٤، ص٢٨٨، ومن المعاصرين: د. إسماعيل الأسطل ص١٩٨.

(٣) درر الحكام، ملا خسروا ج٢، ص٤٠٩، تبصرة الحكام، ابن فرحون ج١، ص٥٧ المستصفى، الغزالي ج٢، ص٣٨٢، أدب القاضي، الماوردي ج١، ص٦٩.

الإجماع قائم على أن حكم الله تعالى هو ما حكم به المحكم في المسائل الاجتهادية، ولأن في إعطاء حق نقض حكم المحكم بغير دليل يترتب عليه عدم الاستقرار في الأحكام[١].

المبحث الثاني: نطاق حجية حكم المحكم، وفيه مطلبان:

سبق القول أن حكم المحكم يكتسب الحجية التي تعني أن لا يكون لغيره أن ينفض الحكم إلا بناءً على سبب، ولهذه الحجية نطاق موضوعي، ونطاق شخصي نعرضهما فيما يلي:

المطلب الأول: النطاق الموضوعي لحجية حكم المحكم

وهو يعني حجية الحكم الصادر في موضوع النِّزاع ولا يقبل من المحكم أن يقضي فيما لم يطلب منه الفصل فيه فإذا طلب من المحكم الفصل في ملكية عقار معين وبه منقولات فالحكم الذي يحوز الحجية هو الذي تعلق بالعقار دون المنقولات، ومن ثم فعلى الأطراف رفع دعوى مبتدأة أمام حاكم آخر للفصل في المنقولات[٢]، أما التصرفات التي لابد للمحكم من التعرض قبل صدور الحكم مثل تعديل الشهود أو تجريحهم أو إقرارات الخصوم أو إثبات أسباب المطالبات كثبوت مقدار قيمة المتلف في المتلفات كأن يقول المحكم ثبت عندي كذا فإنها لا تعد حكماً؛ ومن ثم لا تحوز الحجية ويجوز مخالفته فيها[٣].

---

(١) القرافي، الفروق ج١، ص١٠٥.

(٢) الفتاوى الكبرى الهيثمي ج٤، ص٢٠١، ط ١٣٠٨هـ، الفواكه البدرية، ابن الفرس ص٣٧ ومن المعاصرين: د. إسماعيل الأسطل ص١٩٩.

(٣) الهيثمي، المرجع السابق ج٤، ص٢٩٩، تبصرة الحكام، ابن فرحون ج١، ص٩١، راجع عكس هذا الرأي، لسان الحكام في معرفة الأحكام، أبو النمر الحنفي ج١، ص٢٢١، ط. =

وقد استدل الفقهاء على ذلك بالمعقول **فقالوا: أن الحكم إلزام وأن مراحل الإثبات وحالاته لا إلزام فيها إذ هي مرحلة سابقة على الحكم**[1].

المطلب الثاني: النطاق الشخصي لحجية حكم المحكم

ويقصد به الأشخاص الذين يسري في مواجهتهم حكم المحكم ويمنع عليهم إلا لسبب يوجب ذلك، وحجية هذا النطاق يختلف باختلاف صفة المحكم – فإن كان التحكيم قد صدر ممن له ولاية كالإمام أو القاضي ولا خلاف في أن حكم هذا يسري في مواجهة الكافة ولا يجوز لأحد أفراد الدولة مخالفته وذلك مثل دعاوى النسب والنكاح والولاية.

أما إذا كان التحكيم قد صدر من أحاد الناس (موضوع البحث) فإن حكم المحكم لا يسري إلا في مواجهة من رضي به ولا يتعداه إلى غيره إلا في بعض الأمور الاستثنائية منها:

١) إذا حكم المورث رجلاً وقضى عليه قبل وفاته بمبلغ، فإن هذا الحكم ينفذ في مواجهة جميع الورثة في حدود تركة الميت[2].

٢) إنه إذا حكم أحد الشريكين وغريما له رجلاً، فحكم بينهما وألزم الشريك شيئاً من المال فإن هذا الحكم ينفذ في حق الشريك الغائب.

٣) إذا حكم المحكم بالدية على القاتل فإن هذا الحكم يسري في مواجهة العاقلة.

تم بحمد الله تعالى.

= الحلبي، ط١٣٩٣هـ/١٩٧٣م، البهجة في شرح التحفة، التسولي ج١، ص٢٩.

(١) الفواكه البدرية ، ابن الفرس ص١٨٠، روضة الطالبين، النووي ج١١، ص١٨٥ .

(٢) البحر الرائق، ابن نجيم ج٧، ص٢٨.

الخاتمــة

وتشتمل على أهم النتائج وفهرس المراجع والموضوعات:

أولاً: أهم النتائج:

بعد هذه الرحلة العلمية في بطون كتب الفقهاء لدراسة هذا الموضوع استطعت أن استنبط بعض النتائج ومنها:

١) للتحكيم العرفي دور هام في قطع المخاصمة وحل النِّزاعات لما يؤدي إلى سرعة الحكم في القضايا التي يستغرق الفصل فيها في القضاء إلى شهور، بل قد يصل إلى سنين –كما يعد طريقاً موصلاً للحقوق إلى أصحابها في الحالات التي لا تكون الدعوى فيها مسموعة في القضاء.

٢) أن هذا النوع من الفصل في الأمور المتنازع عليها دون اللجوء إلى القضاء نظام عرفه العالم القديم مثل البابليون والأشوريون وكان العرب في الجاهلية حكام يلجأون إليهم لفض منازعاتهم ممن اتصفوا برجاحة العقل ويقظة الضمير، وكان التحكيم في عهد النبيﷺ قاصراً عليه ليفصل بين الناس فيما يثور بينهم من منازعات.

٣) يختلف التحكيم عن الوكالة من حيث إن الوكيل يتصرف بإرادة موكله ولا نملك مخالفة هذه الإرادة أما المحكم فبعد أن تعقد له سلطة فض النِّزاع فإنه يباشر عمله باستقلال، كما يختلف عن القضاء من حيث إن التحكيم عقد رضائي يستلزم تراضي واتفاق الخصمين على ارتضاء المحكم، بينما لا يشترط رضا الخصمين بالقاضي؛ لأنه نائب عن الإمام – والصلح عقد لازم منذ إبرامه فليس لأي طرف الرجوع إلا بتراضي الطرف الآخر أما الأصل في التحكيم عدم اللزوم فيه فلكل منهما حق الرجوع بفسخ عقد الاتفاق ما لم يصدر المحكم حكمه.

٤) التحكيم كعقد تفويض لفصل القضاء في الأمور المتنازع فيها مشروع بالكتاب والسنة بالإجماع والمعقول على نحو سبق عرضه في البحث وأنه من العقود الجائزة عند جمهور الحنفية والشافعية والظاهرية وخاصة عند عدم القاضي أو حالة تكدس القضايا بالمحاكم بما يؤدي إلى تأخير الفصل فيها.

٥) يشترط لصحة حكم المحكم توافر أهلية أطراف العقد (المحتكمين– المحكمين) ورضاهما – وأن يكون المحكم مسلماً ذكراً عدلاً وأن يكون مجتهداً لا مقلداً ولا جاهلاً بأحكام النِّزاع الذي يحكم فيه.

٦) اعتد الفقهاء بكل اتفاق على التحكيم، سواءً ورد هذا الاتفاق على جهة الاستقلال أم كان مدرجاً في عقد الاتفاق، وسواء كان سابقاً على العقد أم لاحقاً وسواء عين الأطراف الحكم أم عهداً بذلك إلى القاضي.

٧) يشترط لصحة الحكم المحكم رضا الطرفين باختيار التحكيم ابتداءً وحتى نهاية الحكم وأن يكون الحكم قد صدر ممن له ولاية إصداره وذلك في الأمور التي اتفق على التحكيم فيها – وأن يكون الحكم قد صدر في مواجهة من يجوز أن يشهد له أو عليه وذلك يستوجب عدم جواز تحكيم الأصول في الفروع والعكس وزوجته وأمها ووالدها وامرأة ابنه وزوج ابنته وأن يكون الحكم موافقاً للأصول الشرعية وهي البينة والإقرار واليمين حالة النكول.

٨) تتمثل سلطات المحكم في إجراء الصلح بين المتخاصمين وفي أن يستخلف غيره للحكم في هذا النِّزاع كما أن له إنشاء الحكم الذي يشتمل على العقوبة المناسبة لحل النِّزاع، ومن ثم فليس له أن يحكم بحد أو قصاص وأن الذي يحدد هذه السلطات هو عقد التحكيم المبرم بين الخصوم والمحكم كما أن لولي الأمر أن يحدد سلطات المحكم بأن يقصره على زمن أو مكان معين أو موضوع معين.

٩) يكتسب حكم المحكم الحجية التي تعني لزومه وعدم جواز نقضه إلا بناءً على سبب يوجب ذلك وذلك في المسائل الاجتهادية التي تخالف نصاً أو إجماعاً وأن أساس هذه الحجية هي الصفة التعاقدية لعقد التحكيم التي تستوجب الرضا بالحكم وتنفيذه وعدم طلب نقضه، أما بعد انعقاد العقد فإن الصفة القضائية هي التي تغلب على دعوى الحكم وعلى أساسها يمنع القاضي المولى نقض هذا الحكم إلا بما ينقض به قضاء غيره من القضاة.

١٠) أن نطاق حجية حكم المحكم الموضوعية تستوجب عدم جواز فصله في موضوع لم يطلب منه الفصل فيه – فإذا حكم الفصل في عقار وبه منقول فلا يفصل في المنقول – أما النطاق الشخصي لهذه الحجية فإنه يستوجب أن لا يسري حكمه إلا في مواجهة من رضي به ولا يتعداه إلى غيره إلا في حالات استثنائية منها قضاء المحكم على رجل قبل وفاته فإن هذا الحكم ينفذ في مواجهة جميع الورثة وكذلك حالة الحكم بثبوت الدية على القاتل يستوجب وجوبها على العاقلة.

المصادر والمراجع:

١) **أولاً: القرآن الكريم.**

ثانياً: كتب التفسير وعلوم القرآن:

٢) أحكام القرآن: أبو بكر أحمد بن علي، الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠هـ. ط المطبعة البهية – ط ١٣٤٧هـ.

٣) الجامع لأحكام القرآن: أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي المتوفى سنة ٣٧١هـ، دار الكتب المصرية – ط ١٩٦٧م.

ثالثاً: كتب السنة وشروحها:

٤) سنن أبي داود: الإمام أبو بكر أحمد بن الحسين المتوفى سنة ٤٥٨هـ. ط. دار الفكر.

٥) سنن الترمذي: أبو عيسى محمد بن سورة المتوفى سنة ٢٧٩هـ. ط.١٣٥٦هـ/١٩٣٧م.

٦) سنن النسائي: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب المتوفى سنة ٢٠٢هـ. ط. الحلبي – ط ١٩٦٤م.

٧) صحيح البخاري: الإمام أبو عبدالله محمد بن إسماعيل المتوفى سنة ٢٥٦هـ. صحيح البخاري – ط دار الشعب.

٨) صحيح مسلم: الإمام أبو الحسين بن الحجاج المتوفى سنة ٢٦١هـ. ط. الحلبي.

٩) مصنف ابن أبي شيبة: أبو عبد الله بن محمد بن أبي شيبة المتوفى سنة ٢٣٥هـ.

١٠) المنتقى شرح موطأ الإمام مالك: القاضي أبو الوليد سليمان بن حاف الباجي المتوفى سنة ٤٩٤هـ.

رابعاً: كتب معاجم اللغة:

١١) تاج العروس: السيد محمد مرتضى الزبيدي. ط. دار صادر – ط.١٣٦٨هـ/١٩٦٦م.

١٢) التعريفات: السيد الشريف علي بن محمد الجرجاني المتوفى سنة ٨١٦هـ. ط الحلبي – ١٩٣٧م.

١٣) لسان العرب: جمال الدين أبو الفضل محمد ابن منظور المتوفى سنة ٧١١هـ. ط دار إحياء التراث العربي.

خامساً: كتب الفقه الحنفي:

١٤) الاختيار لتعليل المختار: عبد الله محمود بن مودود الموصلي المتوفى سنة ٦٨٣هـ – ط محمد صبيح.

١٥) أدب القاضي: أبو بكر أحمد الخصاف الشيباني المتوفى سنة ٢٦١هـ ط ١٩٧٧م.

١٦) البحر الرائق: زين الدين بن إبراهيم بن نجيم المتوفى سنة ٩٧٠هـ. ط دار المعرفة – بيروت.

١٧) بدائع الصنائع: الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني المتوفى سنة ٥٨٧هـ. – ط مطبعة الإمام.

١٨) تبيين الحقائق: عثمان بن علي الزيلعي المتوفى سنة ٧٦٢هـ – ط:المطبعة الأميرية – ط ١٣١٤هـ.

١٩) جامع الفصولين: بدر الدين محمود القاضي سماوة المتوفى سنة ٨٢٣هـ– المطبعة الأزهرية – ط ١٣٠٠هـ.

٢٠) حاشية رد المحتار: السيد محمد أمين ابن عابدين المتوفى سنة ٥١٢هـ. ط الحلبي – ط ١٩٦٦م.

٢١) حاشية الطحطاوي: أبو جعفر أحمد بن محمد الطحطاوي المتوفى سنة ١٢٣١هـ – ط المطبعة المصرية – ط١٣٨٣هـ.

٢٢) درر الحكام في شرح غرر الأحكام: الشيخ/ علي حيدر (المتوفى: ١٣٥٣هـ)– ط السعادة ط: ١٣٢٩هـ.

٢٣) شرح الدر المختار: محمد علاء الدين الحصكفي المتوفى سنة ١٠٨٨هـ– ط محمد صبيح.

٢٤) شرح فتح القدير: كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن الهمام المتوفى سنة ٨٦١هـ. ط الحلبي– ط–١٣٨٩هـ/ ١٩٧٠م.

٢٥) الفتاوى الهندية: جماعة من علماء الهند برئاسة الشيخ نظام – ط المطبعة الأميرية – ط ١٢١٠هـ.

٢٦) الفواكه البدرية: محمد بن محمد بن خليل ابن الفرس المتوفى سنة ٨٩٤هـ – ط النيل.

٢٧) المجاني الزهوية على الفواكه البدرية: الشيخ محمد صالح الجارم – ط النيل.

٢٨) المبسوط: محمد بن أحمد بن أبي سهل السرحسي المتوفى سنة ٤٨٢هـ – ط درر المعرفة.

٢٩) معين الحكام: علاء الدين أبي الحسن الطرابلسي المتوفى سنة ٨٤٤هـ، ط الحلبي – ط ١٣٩٣هـ/١٩٧٣م.

٣٠) ملا خسرو: القاضي محمد بن قرموز المتوفى سنة ٨٨٥هـ.

٣١) الهداية بهامش فتح القدير: برهان الدين أبو الحسن علي المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣هـ– ط الحلبي – ط ١٣٥٦هـ/١٩٣٧م.

سادساً: كتب الفقه المالكي:

٣٢) تبصرة الحكام: برهان الدين أبو الوفا إبراهيم ابن فرحون المتوفى سنة

٧٩٩هـ. ط دار الكتب العلمية – ط ١٣٠١هـ.

٣٣) حاشية الخرشي على مختصر خليل: أبو عبد الله محمد بن عبد الله المتوفى سنة ١١٠١هـ ط دار صادر.

٣٤) حاشية الرهوني على الزرقاني: الشيخ محمد بن أحمد المتوفى سنة ١٢٣٥هـ – ط الأميرية – ط ١٣٠٦هـ.

٣٥) حاشية الزرقاني على مختصر خليل: عبد الباقي بن يوسف المتوفى سنة ١٠٩٩هـ – دار الفكر – ط ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م.

٣٦) حاشية العدوي على هامش الخرشي: الشيخ علي بن محمد الصعيدي المتوفى سنة ١١٨٩هـ ط دار صادر.

٣٧) الذخيرة: شهاب الدين القرافي أبو العباسي– ط دار الغرب الإسلامي– ط ١٩٩٤م.

٣٨) الفروق: شهاب الدين القرافي أبو العباسي– ط عالم الكتب.

٣٩) القوانين الفقهية: أبو عمرو يوسف ابن جزي المتوفى سنة ٧٤١هـ. ط، دار العلم للملايين.

٤٠) المدونة الكبرى: الإمام مالك بن أنس الأصبحي – ط السعادة ط: ١٣٣٢هـ.

سابعاً: كتب الفقه الشافعي:

٤١) أدب القضاء: أبو الحسن علي بن محمد المتوفى سنة ٤٥٠هـ. ط الإرشاد – ط ١٣٩١هـ/١٩٧١م.

٤٢) أسنى المطالب شروح روض الطالب: أبو يحيى زكريا الأنصاري المتوفى سنة ٩٢٦هـ. ط: المكتبة الإسلامية – ط ١٣١٣هـ.

٤٣) الأشباه والنظائر: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفى سنة ٩١١هـ. ط ١٤٠٣هـ/١٩٨٣.

٤٤) **الحاوي الكبير: أبو الحسن علي بن محمد المتوفى سنة ٤٥٠هـ. ط، دار الكتب العلمية– ط ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.**

٤٥) **روضة الطالبين: أبو زكريا يحيى النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ. ط ١٣٤٣هـ.**

٤٦) **الفتاوى الكبرى: الإمام أحمد شهاب الدين الهيثمي المتوفى سنة ٩٧٤هـ. – ط ١٣٠٨هـ.**

٤٧) **المجموع شرح المهذب: أبو زكريا يحيى النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ. ط ١٣٤٤هـ.**

٤٨) **مغني المحتاج: الشيخ/محمد الشربيني الخطيب المتوفى سنة ٩٦٧هـ. ط دار إحياء التراث العربي– ط ١٩٣٣م.**

ثامناً: كتب الفقه الحنبلي والظاهري:

٤٩) شرح منتهى الإرادات: **الشيخ/ منصور بن إدريس البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١هـ– ط المكتبة السلفية.**

٥٠) الفتاوى الكبرى: **تقي الدين أبي العباس أحمد ابن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨هـ– ط ١٣٩٩هـ.**

٥١) الكافي في فقه الإمام أحمد: **أبو محمد عبد الله بن أحمد ابن قدامة المتوفى سنة ٦٢٠هـ ط الكتاب الإسلامي – ط ١٩٦٣م.**

٥٢) كشاف القناع: **الشيخ/ منصور بن إدريس البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١هـ– ط دار الفكر.**

٥٣) المحلى: **أبو محمد علي بن أحمد المتوفى سنة ٤٥٦هـ– ط الكتاب التجاري – بيروت.**

٥٤) المغني: **أبو محمد عبد الله بن أحمد ابن قدامة ت. ٦٢٠هـ ط، مكتبة الرياض– ط:١٤٠١هـ/١٩٨١م.**

تاسعاً: كتب فقهية معاصرة:

٥٥) الالتزامات في الشريعة الإسلامية: د. أحمد إبراهيم بك – ط دار الأنصار.

٥٦) الأصول القضائية: د. علي قراعه – ط مكتبة مصر.

٥٧) الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي: د. محمد يوسف موسى– ط دار الكتاب العربي – ط ١٣٧٢هـ/١٩٥٢م.

٥٨) تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية في مصر: د. محمود سلام زناتي.

٥٩) تاريخ النظم القانونية الاجتماعية: د. صوفي أبو طالب.

٦٠) التحكيم في الشريعة الإسلامية: د. إسماعيل الأسطل .

٦١) شرح مجلة الأحكام العدلية: د. منير القاضي.

٦٢) حجية الحكم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي: د. عبد الحسيب سند عطية.

٦٣) حكم الإسلام في القضاء الشعبي: د. فؤاد عبد المنعم ١٣٩٣هـ/١٩٨٣م.

٦٤) مبادئ القانون الروماني: د. محمد عبد المنعم البدراوي.

٦٥) مختصر كتاب المعاملات: د. أحمد أبو الفتوح– ط ١٣٤٣هـ– ط ١٩٢٤م.

٦٦) المدخل الفقهي الإسلامي: د. مجد سلام مدكور– ط ١٣٨٩هـ/١٩٦٩م.

٦٧) المدخل الفقهي العام: د. مصطفى أحمد الزرقاء– مطابع ألف باء– ط١٩٥٢م.

٦٨) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان: الشيخ/ محمد قدري.

٦٩) المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام: د. جواد علي.

٧٠) نظرية العقد الموقوف: د. عبد الرازق حسن فرج – ط ١٩٦٨م.

فهرس الموضوعات:

المقدمة ١٥١
المبحث الأول: تعريف التحكيم ، وتاريخه، وتمييزه عن غيره مما يختلط به أو يشتبه معه،
وفيه ثلاثة مطالب : ١٥٣
المطلب الأول: تعريف التحكيم وتاريخه ١٥٣
المطلب الثاني: تعريف التحكيم العرفي ١٥٤
المطلب الثالث: تمييز التحكيم عما يختلط به أو يتشابه معه ١٥٥
المبحث الثاني: مشروعية التحكيم وموقف الفقهاء منه، وفيه مطلبان: ١٥٨
المطلب الأول: مشروعية التحكيم ١٥٨
المطلب الثاني: موقف الفقهاء من التحكيم ١٦٠
الفصل الثاني: شروط صحة التحكيم وحكم المحكم، وسلطات المحكم وعوامل
تحديدها، وفيه مبحثان: ١٦٢
المبحث الأول: شروط صحة التحكيم وحكم المحكم ، وفيه مطلبان ١٦٣
المطلب الأول: شروط صحة اتفاق التحكيم ١٦٣
المطلب الثاني: شروط صحة حكم المحكم ١٧٤
المبحث الثاني: سلطات المحكم وعوامل تحديدها، وفيه مطلبان: ١٧٦
المطلب الأول: سلطات المحكم ١٧٦
المطلب الثاني: عوامل تحديد سلطات المحكم ١٧٧
الفصل الثالث: حجية حكم المحكم وأساسها ونطاقها، وفيه مبحثان: ١٧٨
المبحث الأول: حجية حكم المحكم وأساسها، وفيه مطلبان: ١٧٩
المطلب الأول: حجية حكم المحكم ١٧٩
المطلب الثاني: أساس حجية حكم المحكم ١٨٢
المبحث الثاني: نطاق حجية حكم المحكم، وفيه مطلبان: ١٨٣
المطلب الأول: النطاق الموضوعي لحجية حكم المحكم ١٨٣
المطلب الثاني: النطاق الشخصي لحجية حكم المحكم ١٨٤

الخاتمة **١٨٥**
المصادر والمراجع: **١٨٨**
فهرس الموضوعات: **١٩٤**