

بحث محكم

الأحكام الفقهية للتحكيم

إعداد :

عبدالعزیز بن سعد الدغیثر

الباحث في الشؤون العدلية



ملخص البحث

لما كان التحكيمُ مسرَّعاً لنفاذ الأحكام، كان جمع الأحكام الفقهية المتعلقة بالتحكيم تسريعاً لنفاذ التحكيم نفسه..

لهذا جاء هذا البحث مورداً أحكام التحكيم بعشرة مطالب: من حكم التحكيم، والالتزام بشرطه، واشتراط التحكيم في العقد، وموقف القضاء، وعزل المحكم، وشروطه، وما يمكن فيه التحكيم، ومنع ولي الأمر القاضي من نظر قضية فيها شرط التحكيم، وموقف القانون من ذلك.

مقدمة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد:
فإن التحكيم من وسائل تسوية النزاعات التي لها أهمية بالغة في التخفيف عن
الجهاز القضائي، وتسريع الأحكام وإيصال الحقوق إلى أهلها، وفي هذا البحث
إيراد لأهم أحكام التحكيم، لتكون تذكراً للمنتهي وتبصرة للمبتدي.

ويشمل البحث المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف التحكيم والتميز بينه وبين الصلح والقضاء

المطلب الثاني: حكم التحكيم

المطلب الثالث: حكم الالتزام بشرط التحكيم

المطلب الرابع: اشتراط التحكيم في العقد، والاختلاف في تعيين المحكم

المطلب الخامس: موقف القضاء من حكم المحكم

المطلب السادس: عزل المحكم

المطلب السابع: شروط المحكم

المطلب الثامن: ما يمكن فيه التحكيم

المطلب التاسع: منع ولي الأمر القاضي من نظر قضية فيها شرط التحكيم

المطلب العاشر: موقف القانون من نظر قضية فيها شرط التحكيم

المطلب الأول

تعريف التحكيم والتمييز بينه وبين الصلح والقضاء

التَّحْكِيمُ فِي اللِّغَةِ: مَصْدَرُ حَكْمِهِ فِي الْأَمْرِ وَالشَّيْءِ، أَي: جَعَلَهُ حَكْمًا، وَفَوْضَ الْحُكْمَ إِلَيْهِ^(١).

وَفِي الْإِصْطِلَاحِ: التَّحْكِيمُ: تَوَلِيَةُ الْخُصْمَيْنِ حَاكِمًا يَحْكُمُ بَيْنَهُمَا^(٢). وَفِي مَجَلَّةِ الْأَحْكَامِ الْعَدْلِيَّةِ: التَّحْكِيمُ عِبَارَةٌ عَنِ اتِّخَاذِ الْخُصْمَيْنِ حَاكِمًا بَرِضَاهُمَا لِفَصْلِ خُصُومَتِهِمَا وَدَعْوَاهُمَا^(٣). وَهَذَا الْحَاكِمُ يُقَالُ لَهُ: حَكَمَ بَفَتْحَتَيْنِ، وَمَحْكَمٌ بِضَمِّ الْمِيمِ، وَفَتْحِ الْحَاءِ، وَتَشْدِيدِ الْكَافِ الْمَفْتُوحَةِ.

كَمَا عَرَفَ التَّحْكِيمَ بِأَنَّهُ تَوَلِيَةُ الْمُتَخَاصِمِينَ رَجُلًا أَوْ أَكْثَرَ بِالْحُكْمِ بَيْنَهُمَا^(٤). وَمِنَ الْمَعْلُومِ أَنَّ إِزَالََةَ النِّزَاعِ تَكُونُ بَعْدَ طَرُقِ هِيَ الصَّلْحِ وَالتَّحْكِيمِ وَالْقَضَاءِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ بَيَانُهَا فِي التَّمْهِيدِ.

وَأَمَّا فِي الْقَانُونِ فَتَنْقَسِمُ الطَّرِيقُ الْمَلَائِمَةُ أَوْ الْمُنَاسِبَةُ الْبَدِيلَةَ لِفُضِّ الْمُنَازَعَاتِ إِلَى عِدَّةِ أَقْسَامٍ عَلَى أَسَاسِ دَرَجَةِ التَّدْخُلِ مِنْ قَبْلِ الْغَيْرِ فِي النِّزَاعِ أَوْ الْخِلَافِ وَوَفْقًا لِدَرَجَةِ التَّدْخُلِ فِي النِّزَاعِ تَنْقَسِمُ إِلَى:

١- المفاوضات.

٢- الوساطة أو التوفيق.

٣- التحكيم.

(١) القاموس المحيط - رسم حكم.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي ٢٤/٧.

(٣) مجلة الأحكام العدلية - مادة ١٧٩٠.

(٤) القضاء في الإسلام لمحمد أبو فارس ص ١٥٧.

وكل طريق مما ذكر تختلف عن الطرق الأخرى في طبيعتها ومبادئها وآثارها فمثلاً التحكيم يختلف عن الوساطة والمصالحة ففي التحكيم يتفق الطرفان على محكمين لحسم النزاع أما في الصلح فأطراف الخصومة أنفسهم يحسمونها. والصلح يقتضي تنازلاً من الجانبين على خلاف التحكيم إذ المحكمون كالقضاة يحكمون بالحق لصاحبه^(٥).

المطلب الثاني

حكم التحكيم

التحكيم مشروع بإجماع العلماء^(٦)، ومستند الإجماع ما يأتي:

١- قوله تعالى: «وإن خفتن شقاقَ بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها، إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما» (النساء: ٣٥). قال القرطبي (ت: ٦٧١هـ)^(٧): إن هذه الآية دليل إثبات التحكيم^(٨).

٢- أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - رضي بتحكيم سعد بن معاذ - رضي الله عنه - في يهود بني قريظة، حين جنحوا إلى ذلك ورضوا بالنزول على

(٥) تقييد الرجوع للقوانين في العقود واللقود للجوء للتحكيم إلى الهيئات الشرعية - للدكتور عبد الحميد البعلي ص ٥٧-٥٨.

(٦) قال ابن المنذر في كتاب الإجماع ط دار طيبة ١٤٠٢ هـ ص ٧٥: وأجمعوا على أن ما قضى قاضي غير قاض، جائز إذا كان مما يجوز. قال الإمام ابن تيمية - رحمه الله - في مجموع الفتاوى ٢٨ / ٢٥٤: «والقاضي اسم لكل من قضى بين اثنين وحكم بينهما سواء كان خليفة، أو سلطاناً، أو نائباً، أو والياً، أو كان منصوباً ليقضي بالشرع أو نائباً له، حتى من يحكم بين الصبيان في الخطوط إذا تخيروا، هكذا ذكر أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهو ظاهر».

(٧) هو محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي الأندلسي، أبو عبد الله، القرطبي: من كبار المفسرين. صالح متعبد من أهل قرطبة. رحل إلى الشرق واستقر بمنية ابن خصيب (في شمالي أسبوط، بمصر) وتوفي فيها سنة ٦٧١هـ. من كتبه "الجامع لأحكام القرآن الأعلام ٣٢٢/٥.

(٨) الجامع لأحكام القرآن ١٧٩/٥.

حكمه»^(٩).

٣- أن أبا شريح هانئ بن يزيد - رضي الله عنه - لما وفد إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - مع قومه، سمعهم يكتونونه بأبي الحكم. فقال له رسول الله - صلى الله عليه وسلم: إن الله هو الحكم، وإليه الحكم، فلم تكني أبا الحكم؟ فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني، فحكمت بينهم، فرضي كلا الفريقين. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما أحسن هذا. فما لك من الولد؟ قال: لي شريح، ومسلم، وعبد الله. قال: فما أكبرهم؟ قلت: شريح. قال: أنت أبو شريح. ودعا له ولولده»^(١٠).

٤- وقد أجمع الصحابة على مشروعية التحكيم لورود عدة نزاعات أنهيت بطريق التحكيم فمن ذلك:

أ) ما رواه البيهقي عن إسماعيل عن عامر قال كان بين عمر وأبي - رضي الله عنهما - خصومة في حائط فقال عمر - رضي الله عنه - : بيني وبينك زيد بن ثابت. فانطلقا، فطرق عمر الباب، فعرف زيد صوته، ففتح الباب، فقال: يا أمير المؤمنين ألا بعثت إلي حتى آتيك؟ فقال: في بيته يؤتى الحكم^(١١).

ب) واختلف عمر مع رجل في أمر فرس اشتراها عمر بشرط السوم، فتحاكما إلى شريح (ت: ٧٨هـ).

(٩) رواه البخاري في صحيحه (الفتح ٦/١٦٥) ومسلم (شرح النووي ١٢/٩٢).

(١٠) رواه أبو داود في مسنده ٥/٢٤٠ والنسائي في المجتبى (بحاشية السندي) ٨/١٩٩، والبيهقي في السنن الكبرى ١٠/١٤٥، وصححه الألباني في إرواء الغليل ٨/٢٣٧ وحسنه الشيخ عبدالقادر الأرناؤوط في تعليقه على جامع الأصول لابن الأثير ١/٣٧٣.

(١١) رواه البيهقي في السنن الكبرى ١٠/١٤٥، ورواه البيهقي أيضا ١٠/١٤٤ بزيادة من طريق الشعبي ولم يدرك عمر ولا أبي رضي الله عنهما، فهو مرسل.

ج) كما تحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم - رضي الله عنهم - ولم يكن زيد ولا شريح (ت: ٧٨هـ) ولا جبير من القضاة. وقد وقع مثل ذلك لجمع من كبار الصحابة، ولم ينكره أحد فكان إجماعاً^(١٢).

المطلب الثالث

حكم الالتزام بشرط التحكيم

بمعنى هل يمكن لأحد الطرفين الرجوع عن تحكيم المحكم؟ وقد ذهب الفقهاء في لزوم عقد التحكيم إلى عدة أقوال بيانها فيما يأتي:

القول الأول: ليس لأحدهما الرجوع ولو قبل بدء الخصومة، وإليه ذهب عبد الملك ابن الماجشون (ت: ٢١٢هـ)^(١٣) من المالكية^(١٤).

القول الثاني: لكل واحد منهما الرجوع ما لم تبدأ الخصومة أمام المحكم، فإن بدأت تعين عليهما المضي فيها حتى النهاية، وإليه ذهب أصبغ (ت: ٢٢٥هـ)^(١٥) من المالكية^(١٦).

القول الثالث: لا يشترط دوام رضا الخصمين إلى حين صدور الحكم، بل لو أقاما البيّنة عند الحكم، ثم بدا لأحدهما أن يرجع عن التحكيم قبل الحكم. تعين

(١٢) البحر الرائق ٢٤/٧، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ١٩٨/٤، مغني المحتاج ٣٧٨/٤، مطالب أولي النهى ٤٧١/٦.

(١٣) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله التيمي بالولاء أبو مروان ابن الماجشون: فقيه مالكي فصيح، دارت عليه الفتيا في زمانه، وعلى أبيه قبله. توفّي سنة ٢١٢هـ. الأعلام ١٦٠/٤.

(١٤) تبصرة الحكام ٦٣/١.

(١٥) أصبغ بن الفرّج بن سعيد بن نافع: فقيه من كبار المالكية بمصر. قال ابن الماجشون: ما أخرجت مصر مثل أصبغ. وكان كاتب ابن وهب. توفّي سنة ٢٢٥هـ. الأعلام ٣٣٣/١.

(١٦) تبصرة الحكام ٦٣/١.

على الحكم أن يقضي، وجاز حكمه. وإليه ذهب جمهور المالكية^(١٧).
القول الرابع: لكل من الخصمين أن يرجع عن التحكيم قبل الشروع في الحكم، لأنه لا يثبت إلا برضاه، فأشبهه ما لو رجع عن التوكيل قبل التصرف، فإن شرع المحكم في الحكم فليس له ذلك لأنه يؤدي إلى أن كل واحد منهما إذا رأى من الحكم ما لا يوافق رجوع فبطل المقصود به، وهو قول عند الشافعية والوجه الراجع عند الحنابلة^(١٨).

القول الخامس: ذهب الحنفية^(١٩)، وسحنون (ت: ٢٤٠ هـ)^(٢٠) من المالكية^(٢١) وجمهور الشافعية^(٢٢) وهو وجه عند الحنابلة^(٢٣) إلى أن لكل خصم أن يرجع عن التحكيم قبل صدور الحكم، فإن رجع كان في ذلك عزل للمحكم.
والراجح والله أعلم القول الرابع، وهو أن الحكم إذا شرع في الحكم، فإنه لا يحق لأي طرف أن يرجع عن التحكيم، لقوة مأخذه واتفاقه مع المقصد الشرعي لمشروعية عقد التحكيم.

ويمكن للأطراف أن يتفقوا على إسقاط حق الرجوع من بداية التحكيم،

(١٧) تبصرة الحكام ١/٦٣.

(١٨) الإنصاف المطبوع بحاشية المنع والشرح الكبير ٢٨/٣٢٨.

(١٩) البحر الرائق ٧/٢٦.

(٢٠) هو عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي، الملقب بسحنون: قاض، فقيه، انتهت إليه رئاسة العلم في المغرب. كان زاهدا لا يهاب سلطانا في حق يقوله. أصله شامي، من حمص، ومولده في القيروان سنة ١٦٠هـ، وتوفي سنة ٢٤٠هـ. روى «المدونة» في فروع المالكية، عن عبد الرحمن بن قاسم، عن الإمام مالك. الأعلام ٤/٥.

(٢١) تبصرة الحكام ١/٦٣.

(٢٢) مغني المحتاج ٤/٣٧٩.

(٢٣) الإنصاف المطبوع بحاشية المنع والشرح الكبير ٢٨/٣٢٨.

فقد نقل المرادوي الحنبلي (ت: ٨٨٥هـ)^(٢٤) عن صاحب الرعاية الكبرى قوله: إن أشهد عليهما بالرضا بحكمه قبل الدخول في الحكم، فليس لأحدهما الرجوع^(٢٥).

وأما بعد صدور الحكم فللفقهاء قولان في الإلزام بحكم الحكم: القول الأول: فمذهب الجمهور من الحنفية والمالكية وهو الراجح عند الشافعية والحنابلة أن حكم المحكم لازم، لأن حكمه صادر عن ولاية شرعية كاملة عليهما، فحكمه كحكم القاضي المولى من جهة الإمام. القول الثاني: وذهب الشافعية في قول عندهم إلى أن حكم المحكم غير ملزم للخصوم، لأنه لما اعتبر رضاهما في ابتداء الحكم اعتبر رضاهما بلزوم حكمه^(٢٦). والراجح مذهب الجمهور، وإليه ذهب المنظم السعودي.

المطلب الرابع

اشتراط التحكيم في العقد، والاختلاف في تعيين المحكم

إذا اشترط في العقد اللجوء للتحكيم عند حصول أي نزاع، فإن الشرط صحيح، وملزم، فقد نصت المادة العاشرة من نظام التحكيم السعودي الصادر برقم م ٤٦ في ١٢/٧/١٤٠٣ هـ على ما يأتي: «وإذا كان بين الخصوم شرط

(٢٤) هو علي بن سليمان بن أحمد المرادوي ثم الدمشقي: فقيه حنبلي، من العلماء. ولد في مرदा (قرب نابلس) سنة ٨١٧هـ وانتقل في كبره إلى دمشق فتوفي فيها سنة ٨٨٥ هـ. من كتبه «الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف»، و«التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع»، و«تحرير المنقول» في أصول الفقه، وشرح «التحبير في شرح التحرير»، و«الدر المنتقى المجموع في تصحيح الخلاف». الأعلام ٤/٢٩٢.

(٢٥) الإنصاف المطبوع بحاشية المقنع والشرح الكبير ٢٨/٣٢٨.

(٢٦) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٥/٤٢٩، منح الجليل ٤/١٥٤، مغني المحتاج ٤/٣٧٩، الإنصاف المطبوع بحاشية المقنع والشرح الكبير ٢٨/٣٢٥.

خاص بتعيين المحكم وكان هذا الشرط مقبولاً شرعاً ونظماً وجب العمل به، فإذا امتنع أحد الخصوم عن تنفيذ هذا الشرط فإنه يحق للآخر أن يتقدم للجهة القضائية المختصة بنظر هذه الخصومة أصلاً طالباً منها إلزام خصمه بتعيين حكم من قبله وتقوم هذه الجهة القضائية بالفصل في هذا الطلب وتعيين المحكم إذا استمر الخصم على رفضه، ويكون حكماً نهائياً غير قابل للتمييز أو الطعن».

المطلب الخامس

موقف القضاء من حكم المحكم

قد يفرض الحكمان أو أحدهما حكم المحكم، فيرفع إلى القضاء، وفي هذه الحال: هل للقاضي أن ينقض الحكم؟ ذهب الحنفية^(٢٧) والشافعية^(٢٨) والحنابلة^(٢٩) وقريب منهم المالكية^(٣٠) إلى أن القاضي إذا رفع إليه حكم المحكم لم ينقضه إلا بما ينقض به قضاء غيره من القضاة.

وأما إذا رفع من الحاكم المحكم من أطراف النزاع، فقد قال في الفتاوى الهندية: «وإذا رفع حكم الحاكم المحكم إلى القاضي المولى فالقاضي ينظر في حكمه فإن كان موافقاً لرأيه نفذه وإن كان مخالفاً لرأيه أبطله وإن كان مما يختلف

(٢٧) قال في فتح القدير ٥/ ٤٨٧: وإذا رُفِعَ إلى القاضي حُكْمُ حاكمٍ أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع بأن يكون قولاً لا دليل عليه.

(٢٨) مغني المحتاج ٤/ ٣٧٩.

(٢٩) كشاف القناع ٦/ ٣٠٣.

(٣٠) ذهب المالكية إلى أن القاضي لا ينقض حكم المحكم إلا إذا كان جوراً بيناً أو بخلاف شاذ. نقله صاحب التاج والإكليل ٦/ ١١٣ عن ابن العربي. واكتفي ابن فرحون في تبصرة الحكام ١/ ٦٣ بحال الجور البين.

فیه الفقهاء^(٣١). ومستند هذا القول إن حکم المحکم لا یلزم إلا أطراف النزاع، فإذا احتاج إلى تنفيذ، والتنفيذ بيد القاضي فإن له أن یبطله إن خالف مذهبه^(٣٢).

المطلب السادس عزل المحکم

ینعزل المحکم بأي من الأسباب الآتية:

١- العزل من أحد أطراف النزاع بالشرط المتقدم، فلكل من الطرفين عزل المحکم قبل حکم، إلا إذا كان المحکم قد وافق علیه القاضي، فليس لهما عزله، لأن القاضي استخلفه^(٣٣).

٢- عزل المحکم نفسه، قبل الشروع في نظر الدعوى، وأما بعد الشروع فيها فقد صرح بعض الفقهاء من المالكية بأنه لا یحق للمحکم عزل نفسه بغير رضا الخصمین إذا شرع في نظر الدعوى التحكيمية، وذلك لأن حق الخصمین قد تعلق بولاية الحکم فليس له عزل نفسه بغير رضاهما^(٣٤).

٣- خروج المحکم عن أهلية التحكيم^(٣٥).

٤- انتهاء الوقت المحدد للتحكيم قبل صدور حکم^(٣٦). ففي الفتاوى

(٣١) الفتاوى الهندية ٣/٣٩٨.

(٣٢) البحر الرائق ٧/١٧.

(٣٣) مجلة الأحكام العدلية المادة ١٨٤٧.

(٣٤) المنهل العذب السلسبيل ٣/١٤٧، ١٤٨ عن الرقابة القضائية على التحكيم - د. ناصر بن إبراهيم المحيميد، مقدم لندوة (الصلح والتحكيم) التي تنظمها وزارة العدل ممثلة برئاسة محاكم الطائف وذلك بمحافظة الطائف - يوم الثلاثاء ١٥/٥/١٤٢٤ هـ - نسخة إلكترونية.

(٣٥) البحر الرائق ٧/٢٨. وانظر الموسوعة الفقهية ١٠/٢٤٦.

(٣٦) الموسوعة الفقهية ١٠/٢٤٦.

الهندية: «وإذا اصطلحا على حكم يحكم بينهما في يومه هذا أو مجلسه هذا فهو جائز، وإن مضى ذلك اليوم وقام عن مجلسه ذلك لا يبقى حكماً»^(٣٧).

٥- كما ينزل المحكم بسبب انتهاء موجب الدعوى التحكيمية التي يتولى نظرها، بانتهاء الخصومة بصلح أو إبراء^(٣٨).

٦- صدور الحكم، لأن المحكم هنا كالقاضي والقاضي إذا ولي في قضية بخصوصها فإنه ينزل بصدور الحكم فيها^(٣٩).

المطلب السابع

شروط المحكم

من أهم مسائل التحكيم؛ معرفة أهلية المحكم، لأنه ليس للخصمين أن يتفقا على محكم ليس أهلاً للتحكيم^(٤٠). وقد ذهب الفقهاء إلى اتجاهين في شروط المحكم:

الأول: أنه يشترط فيه ما يشترط في القاضي، والمقصود توافر الأهلية المطلقة للقضاء، وإليه ذهب جماهير الفقهاء من أتباع الأئمة الأربعة^(٤١)، إلا أن الشافعية استثنوا التحكيم في عقد النكاح فيصح ممن لم يكن مجتهداً^(٤٢).

الثاني: أنه لا يشترط في المحكم أن تجتمع فيه شروط القاضي، وإليه ذهب

(٣٧) الفتاوى الهندية ٣/٣٩٨.

(٣٨) البحر الرائق ٧/٢٥٥.

(٣٩) البحر الرائق ٧/٢٧، ٢٨.

(٤٠) البحر الرائق ٧/٢٤.

(٤١) البحر الرائق ٧/٢٤، مواهب الجليل ٦/١١٢، مغني المحتاج ٤/٣٧٨، الكافي ٣/٤٣٦.

(٤٢) مغني المحتاج ٤/٣٦٧.

بعض الشافعية وهو قول عند الحنابلة. وهو قول أكثر المالكية^(٤٣).
وبه قال ابن حزم (ت: ٤٥٦هـ) في حال عدم وجود القاضي الشرعي المعين
من الخليفة، فقد قال: «ولا يجوز الحكم إلا لمن ولاه الإمام القرشي الواجبة
طاعته فإن لم يقدر على ذلك فكل من أنفذ حقا فهو نافذ ومن أنفذ باطلا فهو
مردود»، ويستدل على ذلك بقوله: «فإذا لم يقدر على ذلك فالله تعالى يقول:
(كونوا قوامين بالقسط) وقال تعالى: (اعدلوا هو أقرب للتقوى) وهذا عموم
لكل مسلم»^(٤٤).

وقال الإمام ابن تيمية (ت: ٧٨٢هـ) - رحمه الله - : «العشر صفات التي
ذكرها في المحرر في القاضي لا تشترط فيمن يحكم الخصمان فيحكم بينهما»^(٤٥).
قال سليمان بن خلف أبو الوليد الباجي (ت: ٤٧٤هـ)^(٤٦) في ذكر سبب
الخلاف: «وأصل هذا كله أن من جعله من باب الوكالة لم يراع فيه شيئا من
ذلك إذا لم يكن ذاهب العقل، ومن جعله من باب الولاية في حكم خاص لم يجز
فيه إلا من قدمنا وصفه قبل هذا ممن اجتمعت فيه صفات الحكم»^(٤٧).
وقد اتفق الفقهاء على شروط يجب توافرها في الحكم الذي يحكم بين خصوم أحدهم
مسلم، وهي أن يكون الحكم مسلما مكلفا عدلا. وفيما يأتي أهم مسائل الخلاف.

(٤٣) حاشية ابن عابدين ٣/٣٤٨، وتبصرة الحكام ١/٦٣، وأدب القاضي للماوردي ٢/٣٨٠، ونهاية المحتاج
٢٤٢/٨.

(٤٤) المحلى ٩/٤٣٥ مسألة ١٨٠٧.

(٤٥) الاختيارات للبعلي ص ٣٣٦.

(٤٦) سليمان بن خلف بن سعد التجيبي القرطبي، أبو الوليد الباجي: فقيه مالكي كبير، من رجال
الحديث. أصله من بطليوس ومولده في باجة بالأندلس سنة ٤٠٣هـ. وتوفي بالمرية سنة ٤٧٤هـ، من

أشهر كتبه المنتقى في شرح موطأ الإمام مالك، وإحكام الفصول، في أحكام الأصول. الأعلام ٢/١٢٥.

(٤٧) المنتقى ٥/٢٢٨.

الفرع الأول: اشتراط كون المحكم مسلماً

يكثر في العقود أن يذكر شرط التحكيم في غرفة التجارة بباريس، وليس لهذا الشرط وجه شرعي، فهو شرط باطل، فقد قال الحنفية: لو حكم غير المسلم بين مسلمين، فأجازا حكمه، لم يجوز، كما لو حكماه في الابتداء^(٤٨).

وقال المالكية: فأما صفة من يحكم فأن يكون رجلاً حراً مسلماً بالغاً عاقلاً عدلاً رشيداً قال سحنون (ت: ٢٤٠ هـ) في المجموعة وكتاب ابنه: « لو حكما مسخوطاً أو امرأة أو مكاتباً أو عبداً أو كافراً فحكم بينهما فحكمه باطل... وإن أصابوا الحكم لم يجوز حكمهم^(٤٩) ».

وقال أحمد القليوبي (ت: ١٠٦٩ هـ)^(٥٠) من الشافعية: قوله: (وبشرط أهلية القضاء) أي غير الاجتهاد فلا يجوز تحكيم أعمى ولا أصم ولا امرأة ولا خنثى ولا رقيق، ولا كافر ولو في خصم كافر^(٥١).

مسألة:

إذا كان طرفاً النزاع غير مسلمين، واشترطاً تحكيم شخص غير مسلم هذه المسألة مبنية على أن شروط المحكم هي شروط القاضي. وقد انفرد الحنفية بالقول بجواز تقليد الكافر القضاء بين أهل دينه ففي الفتاوى الهندية: « المراد من عدم جواز تحكيم الذمي أن لو كان الذمي حكماً بين المسلمين، أما لو كان الذمي حكماً فيما بين الذميين فإنه يجوز. وذكر في المبسوط

(٤٨) البحر الرائق ٢٤/٧.

(٤٩) المنتقى ٥/٢٢٨.

(٥٠) هو أحمد بن أحمد بن سلامة، أبو العباس، شهاب الدين القليوبي: فقيه متأدب، من أهل قليب (في مصر) له حواشٍ وشروح ورسائل، وتوفي سنة ١٠٦٩ هـ. الأعلام ١/٩٢.

(٥١) حاشيتي قليوبي وعميرة ٤/٢٩٨.

وإن حكم الذمي بين أهل الذمة جاز؛ لأنه أهل الشهادة بين أهل الذمة دون المسلمين ويكون تراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان إياه وتقليد حكومة الذمي ليحكم بين أهل الذمة صحيح وتقليده بأن يحكم بين المسلمين باطل وكذلك التحكيم»^(٥٢)، واحتجوا بما يأتي:

- ١- جواز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض.
 - ٢- ولأنه لما جازت ولايتهم في المناكح جازت في الأحكام.
 - ٣- واعتباراً بالعرف الجاري في تقليدهم.
- وأما الجمهور القائلين بأن التحكيم ولاية فاشترطوا أن يكون القاضي مسلماً، لأن القضاء ولاية، ولا يجوز تولية الكافر بإطلاق^(٥٣).
- وأما من قال من العلماء بأن التحكيم أشبه بالوكالة، فيرد عليهم أمر آخر، وهو أن الكافر غير ثقة، ويبعد أن يكون تحكيمه مستنداً إلى الأحكام الشرعية.

الفرع الثاني: اشتراط الذكورة في المحكم

أجاز الحنفية قضاء المرأة فمن باب أولى يجوز تحكيمها، ولا مانع عندهم من جواز تحكيم المرأة لصلاحيتها للقضاء^(٥٤). وهو مختص فيما عدا الحدود والقصاص. لأن المرأة تصلح شاهدة فيما سوى الحدود والقصاص، فتصلح حكماً^(٥٥).

وأجاز أصبغ (ت: ٢٢٥هـ) وأشهب (ت: ٢٠٤هـ)^(٥٦) من المالكية أن تكون

(٥٢) الفتاوى الهندية ٣/٣٩٧.

(٥٣) حاشية ابن عابدين ٥/٣٥٤، تبصرة الحكام ١/٢٦، أسنى المطالب ٤/٢٧٧، كشاف القناع ٦/٢٨٥.

(٥٤) البحر الرائق ٧/٢٦.

(٥٥) الفتاوى الهندية ٣/٣٩٨.

(٥٦) أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري الجعدي، أبو عمرو: فقيه الديار المصرية في عصره، كان صاحب الامام مالك. ولد سنة ١٤٥هـ وتوفي بمصر سنة ٢٠٤هـ. الأعلام ١/٣٣٣.

المرأة محكّمة مع كونهم منعوا أن تكون قاضية^(٥٧)، وكأنهم نظروا إلى كون التحكيم أقرب إلى الوكالة منه إلى القضاء.

وأما الشافعية فيمنعون أن تكون المرأة حكماً^(٥٨)، لأن ولاية التحكيم ولاية قضائية، والقاضي لا يكون إلا رجلاً. لحديث أبي بكر مرفوعاً: «لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة»^(٥٩).

وأما الحنابلة، فقد ذكروا شروط الحكم، ولم أجد من اشترط أن يكون المحكّم ذكراً، قال ابن قدامة (ت: ٦٢٠هـ) في تقرير صحة تحكيم الحكم: «إذا كان مسلماً حراً بالغاً عاقلاً من أهل الاجتهاد»، وقال في الإنصاف: «ومن شرطه: أن يكون عدلاً. ولم يذكره المصنف هنا، ولا في الرعاية الصغرى، والحاويين، والهداية، والمذهب، وغيرهم. وقال في البلغة: يعتبر فيه شروط القاضي إلا البصر»^(٦٠). وعلى قول صاحب البلغة يشترط في المحكّم أن يكون ذكراً.

الفرع الثالث: اشتراط عدالة المحكّم

ذهب الحنفية إلى عدم جواز تحكيم الفاسق، فإن حكم فإن حكمه صحيح لا ينقض إلا بما ينقض به حكم القاضي. قال في الفتاوى الهندية: ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي، والفاسق إذا حكم يجب أن يجوز عندنا^(٦١).

(٥٧) تبصرة الأحكام ٦٣/١، والشرح الكبير للدردير ١٣٦/٤.

(٥٨) حاشيتي قليوبي وعميرة ٢٩٨/٤.

(٥٩) تقدم تخريجه ص ٦٦.

(٦٠) الإنصاف ١٤٠/٤ - طبعة دار إحياء التراث العربي.

(٦١) الفتاوى الهندية ٣٩٧/٣.

وقال عمر بن عبد العزيز ابن مازه (ت: ٥٣٦هـ)^(٦٢): « لا يقلد الفاسق القضاء، وإذا قُلد يصير قاضيا، فكذا هنا: الأولى أن لا يُحْكَمَ الفاسق، وهو مع هذا إذا حكمه وحكم بينهما نفذ حكمه فيما بينهما»^(٦٣).

وأجاز أصبغ (ت: ٢٢٥هـ) وأشهب (ت: ٢٠٤هـ) من المالكية أن يكون الفاسق حكماً، ومنع منه من المالكية مطرف وعبد الملك بن الماجشون (ت: ٢١٢هـ)، وهو قول أكثر المالكية^(٦٤).

وأما الشافعية والحنابلة فيمنعون تحكيم الفاسق بإطلاق، كما تقدم النقل عنهم في وجوب توافر شروط القاضي في المحكم.

الفرع الرابع: اشتراط الاجتهاد للمحكم

اشترط الجمهور الاجتهاد في القاضي، إلا أنهم صححوا قضاء المقلد وأسموه: قاضي الضرورة، وأما مع وجود المجتهد فلا يصح تولية غير المجتهد بحال. وأما المحكم فقد اختلف أهل العلم في اشتراط كونه فقيهاً مجتهداً على أقوال: الأول: اشتراط كونه فقيهاً مجتهداً، وهو قول الشافعية والمازري (ت: ٥٣٦هـ) من المالكية^(٦٥)، وقال سليمان الجمل (ت: ١٢٠٤هـ)^(٦٦): (قوله أهلاً للقضاء)

(٦٢) عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازه، أبو محمد، برهان الأئمة، حسام الدين، المعروف بالصدر الشهيد: من أكابر الحنفية، من أهل خراسان. ولد سنة ٤٨٣هـ وقتل بسمرقند ودفن في بخارى سنة ٥٣٦هـ. من كتبه: شرح أدب القاضي للخصاف، وبعض الفتاوى المجموعة. الأعلام ٥/٥١.

(٦٣) شرح ابن مازه على أدب القاضي للخصاف ٤/٦٦ عن عقد التحكيم للدوري ص ١٩٨.

(٦٤) الشرح الكبير للدردير ٤/١٣٦، تبصرة الحكام ١/٦٣.

(٦٥) تبصرة الحكام ١/٦٣، مغني المحتاج ٤/٣٧٨.

(٦٦) هو سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل: فاضل من أهل منية عجيل (إحدى قرى الغربية بمصر) انتقل إلى القاهرة. وتوفي سنة ١٢٠٤هـ. له مؤلفات، منها: الفتوحات الإلهية، حاشية على تفسير الجلالين، والمواهب المحمدية بشرح الشماثل الترمذية، وفتوحات الوهاب- حاشية على شرح المنهج، في فقه الشافعية. الأعلام ٣/١٣١.

وهو المجتهد بشرطه، وقال الزركشي المراد الأهلية المطلقة لا بالنسبة لتلك الحادثة فقط قال ونقل في الذخائر الاتفاق على ذلك من المجوزين للتحكيم»^(٦٧). وهذا مع وجود القضاء الشرعي، فإن عدم القاضي الشرعي، فلا يشترط أن يكون المحكم من أهل الاجتهاد عند الشافعية، لأنه يكون كقاضي الضرورة. قال القليوبي (ت: ١٠٦٩هـ) من الشافعية: «(وبشرط أهلية القضاء وقيل يجوز بشرط عدم وجود قاض بالبلد) هو المعتمد ولو لغير الأهل فيمتنع تحكيم غير الأهل، مع عدم وجود قاضي الضرورة إلا إن كان يأخذ ما لاله وقع بحيث يضر حال الغارم فيجوز التحكيم، وإن كان القاضي مجتهدا وهذا ما قاله شيخنا فهما من كلام شيخنا الرملي»^(٦٨).

الثاني: اشتراط الاجتهاد أو سؤال أهل الاجتهاد، وهو ما يفهم من كلام الحنفية، ففي الفتاوى الهندية: «وإذا اصطلحا على حكم يحكم بينهما على أن يسأل فلانا الفقيه ثم يحكم بينهما جاز. وكذا إذا اصطلحا على حكم بينهما على أن يسأل الفقهاء ثم يحكم بينهما بما أجمعوا عليه جاز»^(٦٩).

وهو قول علي بن محمد اللخمي (ت: ٤٧٨هـ)^(٧٠) من المالكية، فقد نقل عنه ابن فرحون (ت: ٧٩٩هـ) أنه قال: «إنما يجوز التحكيم إذا كان المحكم عدلا من أهل الاجتهاد أو عاميا واسترشد العلماء فإن حكم ولم يسترشد رد وإن وافق قول قائل؛ لأن ذلك تخاطر منها»^(٧١).

(٦٧) حاشية الجمل ٣٣٩/٥.

(٦٨) حاشيتي قليوبي وعميرة ٢٩٨/٤.

(٦٩) الفتاوى الهندية ٣٩٧/٣.

(٧٠) هو علي بن محمد الربيعي، أبو الحسن، المعروف باللخمي: فقيه مالكي، له معرفة بالأدب والحديث، قيرواني الأصل. نزل سفاقس وتوفي بها سنة ٤٧٨هـ. صنف كتباً مفيدة، من أحسنها تعليق كبير على المدونة في فقه المالكية، سماه «التبصرة» أورد فيه آراء خرج بها عن المذهب. الأعلام ٣٢٨/٤.

(٧١) تبصرة الحكام ٦٣/١.

ووجه ذلك: أنه إن سأل الجاهل عالماً فأراه وجه الحق، فحكم به، لم يكن حكم جاهل^(٧٢).

الثالث: أن يكون فقيهاً في تلك المسألة التي سيحكم فيها، قال علي بن محمد الماوردي الشافعي (ت: ٤٥٠ هـ)^(٧٣): يشترط العلم بتلك المسألة فقط^(٧٤).

وهو قول الحنابلة، قال في الشرح الكبير: «ويعتبر من الفقه ما يتعلق به هذا الحكم مما يجوز فيه ويعتبر له ويجوز ذلك ولا يحتاج أن يكون مجتهداً في جميع الأحكام التي لا تعلق لها بهذا وقد حكم سعد بن معاذ ولم يثبت أنه كان عالماً بجميع الأحكام»^(٧٥).

والراجح - والله أعلم - القول الثالث، لقوة الاستدلال بقصة سعد بن معاذ - رضي الله عنه -.

الفرع الخامس: حكم ما إذا تعدد المحكمون، وأحدهم لا تنطبق فيه الشروط الشرعية

قال محمود بن أحمد ابن مازه (ت: ٦١٦ هـ)^(٧٦) في المحيط البرهاني: المسلمان

(٧٢) الشرح الكبير للدردير ١٣٦/٤.

(٧٣) هو علي بن محمد حبيب، أبو الحسن الماوردي: من العلماء أصحاب التصانيف الكثيرة النافعة. ولد في البصرة سنة ٣٦٤ هـ، وتوفي سنة ٤٥٠ هـ ببغداد. من كتبه «أدب الدنيا والدين» و«الأحكام السلطانية» و«النكت والعيون» و«في تفسير القرآن»، و«الحاوي» في فقه الشافعية، و«نصيحة الملوك» و«تسهيل النظر» في سياسة الحكومات. الأعلام ٣٢٧/٤.

(٧٤) نقله الجمل في حاشيته ٣٣٩/٥ عن شرح القاضي الماوردي للحاوي.

(٧٥) الشرح الكبير مع المغني ٤٢٣/١٠.

(٧٦) محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازه البخاري المرغيناني، برهان الدين: من أكابر فقهاء الحنفية. عدّه ابن كمال باشا من المجتهدين في المسائل. وهو من بيت علم عظيم في بلاده. ولد بمرغينان (من بلاد ما وراء النهر) سنة ٥٥١ هـ وتوفي ببخارى سنة ٦١٦ هـ. من كتبه (ذخيرة الفتاوى)، و(المحيط البرهاني)، وهو من أوسع ما كتب في الفقه، وقد طبع طبعين، وحقق في المعهد العالي للقضاء في أطروحات علمية. وله (تتمة الفتاوى) و(الواقعات) و(الطريقة البرهانية). الأعلام ١٦١/٧.

إذا حكما حرا وعبدا بينهما لم يجز، لأن العبد لا يصلح حكما، فخرج هو من البين، وبقي الحر منفردا، وهما ما رضيا برأي المنفرد^(٧٧).

المطلب الثامن

ما يمكن فيه التحكيم

ذهب الحنفية إلى أن الحدود والقصاص واللعان والدية لا يجوز فيها التحكيم، ومستندهم ما يأتي:

- ١- لأن التحكيم تفويض، لا يصح فيما لا يملكه المفوض كالوكيل.
 - ٢- ولأن المحكم بمنزلة المصلح، ولا يجوز استيفاء القصاص والحد بالصلح.
 - ٣- ولأن الحدود تدرأ بالشبهات^(٧٨).
- وأما المالكية، فإن التحكيم عندهم جائز إلا في ثلاثة عشر موضعاً هي: الرشد، وضده، والوصية، والحبس (الوقف)، وأمر الغائب، والنسب، والولاء، والحد، والقصاص، ومال اليتيم، والطلاق، والعتق، واللعان^(٧٩). وقد وضع ابن عرفة (ت: ١٢٣٠هـ)^(٨٠) حداً لما يجوز فيه التحكيم. فقال: ظاهر الروايات أنه يجوز

(٧٧) عن الفتاوى الهندية ٣/٣٩٧.

(٧٨) حاشية ابن عابدين ٥/٤٢٩، منح الجليل ٤/١٥٤، مغني المحتاج ٤/٣٨٧، الإنصاف المطبوع بحاشية المقنع والشرح الكبير ٢٨/٣٢٦.

(٧٩) حاشية الدسوقي ٤/١٣٦.

(٨٠) هو محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي: من علماء العربية وفقه المالكية. من أهل دسوق (بمصر) تعلم وأقام وتوفي بالقاهرة سنة ١٢٣٠هـ. وكان من المدرسين في الأزهر. له كتب، منها: الحدود الفقهية - في فقه الإمام مالك، وحاشية على مغني اللبيب، وحاشية على السعد التنفازاني، وحاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل، وحاشية على شرح السنوسي لمقدمته أم البراهين. الأعلام ٦/١٧.

التَّحْكِيمَ فِيهَا يَصِحُّ لِأَحَدِهِمَا تَرَكَ حَقَّهُ فِيهِ^(٨١).
 وَأَمَّا الشَّافِعِيَّةُ فَإِنَّ التَّحْكِيمَ عِنْدَهُمْ لَا يَجُوزُ فِي النِّكَاحِ وَاللِّعَانِ وَالْقِصَاصِ
 وَحُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى. وَأَجَازَ ذَلِكَ الشَّرِيبِنِيُّ (ت: ٩٧٧هـ)^(٨٢).
 وَأَمَّا الْحَنَابِلَةُ: فَقَدْ اِخْتَلَفُوا فِيهَا يَجُوزُ فِيهِ التَّحْكِيمُ. فَفِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ (ت:
 ٢٤١هـ) أَنَّ التَّحْكِيمَ يَجُوزُ فِي كُلِّ مَا يُمْكِنُ أَنْ يُعْرَضَ عَلَى الْقَاضِي مِنْ خِصُومَاتٍ،
 كَمَا قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ (ت: ٥١٠هـ)، يَسْتَوِي فِي ذَلِكَ الْمَالُ وَالْقِصَاصُ وَالْحَدُّ
 وَالنِّكَاحُ وَاللِّعَانُ وَغَيْرَهَا، حَتَّى مَعَ وَجُودِ قَاضٍ، لِأَنَّهُ كَالْقَاضِي وَلَا فَرْقَ. وَهُوَ
 الْمُرْجَحُ عِنْدَ الْحَنَابِلَةِ^(٨٣)، وَهُوَ قَوْلُ فَرِيقٍ مِنَ الشَّافِعِيَّةِ. لِأَنَّ مِنْ صَحِّحِ حُكْمِهِ فِي
 حُكْمِ مِنَ الْأَحْكَامِ صَحِّحٌ فِي بَاقِيهَا، كَالْقَاضِي الَّذِي وَلَاهُ الْإِمَامُ.
 وَقَالَ الْقَاضِي مُحَمَّدُ بْنُ الْحُسَيْنِ أَبُو يَعْلَى الْفَرَّاءُ (ت: ٤٥٨هـ)^(٨٤) بِجَوَازِ
 التَّحْكِيمِ فِي الْأَمْوَالِ خَاصَّةً. وَأَمَّا النِّكَاحُ وَالْقِصَاصُ وَالْحَدُّ فَلَا يَجُوزُ فِيهَا
 التَّحْكِيمُ، لِأَنَّهَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْإِحْتِيَاظِ، فَلَا بَدَّ مِنْ عَرْضِهَا عَلَى الْقَضَاءِ لِلْحُكْمِ^(٨٥).
 فَيُظْهِرُ مِمَّا تَقَدَّمَ اتِّفَاقَ الْفُقَهَاءِ عَلَى جَوَازِ التَّحْكِيمِ فِي الْأَمْوَالِ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي

(٨١) التاج والإكليل لمختصر خليل بهامش مواهب الجليل ١١٢/٦.

(٨٢) مغني المحتاج ٣٧٩/٤.

(٨٣) معونة أولي النهى لابن النجار ٤٩/٩، الفروع - تحقيق التركي ١٢٩/١١، الإنصاف المطبوع بحاشية
 المقنع والشرح الكبير ٣٢٦/٢٨.

(٨٤) هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء، أبو يعلى: عالم عصره في الأصول والفروع
 وأنواع الفنون. من أهل بغداد. ولد سنة ٣٨٠هـ وارتفعت مكانته عند القادر والقائم العباسيين. وولاه
 القائم قضاء دار الخلافة والحريم، وحران وحلوان، وكان قدامتاً، واشترط أن لا يحضر أيام
 المواكب، ولا يخرج في الاستقبالات ولا يقصد دار السلطان، فقبل القائم شرطه. وتوفي سنة ٤٥٨هـ.
 له تصنيفات كثيرة، منها: الإيمان، والأحكام السلطانية، والكفاية في أصول، وأحكام القرآن، وعيون
 المسائل، وأربع مقدمات في أصول الديانات، وتبرئة معاوية، والعدة - في أصول الفقه، ومقدمة في
 الأدب، وكتاب الطب، وكتاب اللباس، والمجرد على مذهب الإمام أحمد. الأعلام ٩٩/٦.

(٨٥) المغني والشرح الكبير ١١/٤٨٣ - ٤٨٤، الكافي لابن قدامة ط المكتب الإسلامي ٤٣٦/٤.

التحكيم في غير الأموال.

المطلب التاسع

منع ولي الأمر القاضي من نظر قضية فيها شرط التحكيم

إذا منع ولي الأمر القاضي من نظر قضية يكون بين أطرافها اتفاق على التحكيم فيما لو حصل خلاف، فإن على القاضي أن يمثل أمرَ ولي الأمر، وتحال إلى التحكيم حسب الاتفاق المسبق^(٨٦).

المطلب العاشر

موقف القانون التجاري من نظر قضية فيها شرط التحكيم

نصت المادة الحادية والسبعين من القانون التجاري المصري الصادر سنة ١٩٩٩ م على ما يأتي: «يجوز في المواد التجارية الاتفاق على التحكيم قبل قيام النزاع أو بعد قيامه مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في القوانين الخاصة». وفي ذلك تخفيف على الجهات القضائية، وإعمال لسلطان الإرادة، ومبدأ إعمال الشروط التي لا تخالف الشرع. والله أعلم، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين.

(٨٦) سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي ص ١٦٤.