مفهوم التحكيم عند الفقهاء والقانونيين

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله الذي نور بالعلم قلوب المؤمنين، وفقَّه من أحبَّ من عباده في الدين، وجعلهم من ورثة الأنبياء والمرسلين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، نبينا وقدوتنا محمد، وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فإن الاختلاف بين الناس في الآراء والتطلعات سمة من سمات البشر، وهذا الاختلاف قد يتطور ويصبح نزاعا وخصومة، وللناس مذاهب شتى في اختيار الطريقة المناسبة لحل النزاعات وفض الخصومات، ومن الطرق المهمة التي يغفل عنها كثير من الناس: (التحكيم)، ومن أسباب غفلة الناس عنه عدم اتضاح صورته وحقيقته؛ فما المقصود بالتحكيم عند فقهاء الشريعة؟ وما المقصود به عند شراح القانون؟ وما الفرق بين تناوله عند الفقهاء والقانونيين؟ هذه الأسئلة لم أقف على بحث يخصها بعينها. ومن هنا جاءت فكرة البحث الذي بعنوان: (مفهوم التحكيم عند الفقهاء والقانونيين).

**ولهذا البحثِ أهدافٌ؛ أهمها:**

1. أن يشعر القارئ بمزيد من الثقة والطمأنينة تجاه الأحكام الشرعية؛ إذ ما من طريق عادل لحل النزاعات، وفض الخصومات إلا والشريعة الإسلامية سباقة إليه.
2. أن يكون عنده تصورٌ لحقيقة التحكيم عند الفقهاء وعند القانونيين.
3. أن يكون قادرا على التفرقة بين مصطلح التحكيم ومصطلح القضاء.
4. أن تكون قادرا على توعية الناس بحقيقة التحكيم، وفاعليته في الفصل في المنازعات.

وللوصول إلى هذه الأهداف تم وضع **خطة للبحث**، مكونة من ثلاثة مباحث -بالإضافة إلى المقدمة والخاتمة:

المقدمة. (وهي التي بين أيدينا)، وتشمل: أهمية الموضوع وتساؤلاته وأهدافه وخطة البحث ومنهج دراسته.

المبحث الأول: حقيقة التحكيم عند فقهاء الشريعة. وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التحكيم لغة.

المطلب الثاني: تعريف التحكيم في الاصطلاح الفقهي.

المطلب الثالث: التعريف الراجح للتحكيم ومحترزاته.

المطلب الرابع: الفرق بين التحكيم والقضاء.

المطلب الخامس: أركان التحكيم وشروطه.

المبحث الثاني: حقيقة التحكيم عند شراح القانون. وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التحكيم لدى بعض القوانين الإقليمية والدولية.

المطلب الثاني: تعريف التحكيم لدى الباحثين القانونيين.

المطلب الثالث: تعريف التحكيم في النظام السعودي، والتعليق عليه.

المطلب الرابع: التعريف المختار للتحكيم عند القانونيين.

المبحث الثالث: المقارنة بين حقيقتي التحكيم عند فقهاء الشريعة وشراح القانون. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أبرز أوجه التشابه في حقيقة التحكيم عند الفقهاء والقانونيين:

المطلب الثاني: أبرز أوجه الاختلاف في حقيقة التحكيم عند الفقهاء والقانونيين:

الخاتمة. وفيها أبرز النتائج.

**وقد تم توخي المنهج العلمي الآتي:**

**أولا: منهج إعداد البحث:**

المنهج الذي سلكته عند إعداد البحث هو المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي الاستنباطي؛ بحيث أتتبع المسائل الفقهية ذات الصلة بموضوعات البحث، وما ذكره العلماء فيها من آراء واستدلالات ومناقشات، وبعد الاستقراء أقوم بالتحليل لما تم تتبعه، واستنباط النتائج المناسبة لكل عنصر من عناصر البحث.

**ثانيا: منهج صياغة البحث وإجراءاته:**

1- كتابة الآيات برسم المصحف، مع بيان اسم السورة ورقم الآية في صلب البحث بين معقوفين [...].

2- تخريج الأحاديث والآثار: فإن كان الحديث بلفظه في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بتخريجه منهما. وإن لم يكن في أي منهما خرجته من أهم المصادر الأخرى المعتمدة، مع ذكر ما قاله أهل الحديث فيه.

3- فيما يتعلق بالخلافات الفقهية: حرصت على تجنبها قدر الاستطاعة؛ لأن المقصود من البحث إعطاء تصور إجمالي للحقيقة المتفق عليها عن التحكيم لدى الفقهاء ورجال القانون.

4- فيما يتعلق بالأعلام: اكتفيت بالإشارة إلى العصر الذي عاش العلم فيه من خلال ذكر سنة الوفاة عقب ذكر الاسم مباشرة في الصلب.

5- فيما يتعلق بالنقول: عزوت نصوص العلماء وآرائهم لكتبهم مباشرة، ولم أعز بالواسطة إلا عند تعذر الوقوف على الأصل. وجعلت الإحالة إلى المصدر في حالة النقل منه بالنص بذكر اسمه والجزء والصفحة، وفي حالة النقل بالمعنى تكون الإحالة بذكر ذلك مسبوقًا بكلمة: (انظر...). وإذا تعددت المصادر في الإحالة الواحدة وكانت على درجة متقاربة في توثيق المعلومة: جعلت ترتيب هذه المصادر على حسب وفاة المؤلف.

وفي ختام هذه المقدمة أحمد الله تعالى وأشكره كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه على أن يسر لي إتمام هذا البحث، والشكر موصول لكل من أسدى إليّ معروفا، هذا والله أعلم وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

المبحث الأول:

حقيقة التحكيم عند فقهاء الشريعة

المطلب الأول: تعريف التحكيم لغة:

التحكيم في اللغة مصدر حكَّم، يقال: حَكَّمَ يُحَكِّمُ تحكيمًا، وطالبُ التحكيمِ: مُحَكِّمٌ، والمطلوب منه التحكيم: مُحَكَّم. والمادة الأصلية: (حَكَمَ)، وهي بجميع مشتقاتها ترجع إلى أصل واحد وهو المنع؛ قال ابن فارس (ت395هـ): «الْحَاءُ وَالْكَافُ وَالْمِيمُ أَصْلٌ وَاحِدٌ، وَهُوَ **الْمَنْعُ**. وَأَوَّلُ ذَلِكَ الْحُكْمُ، وَهُوَ الْمَنْعُ مِنَ الظُّلْمِ،... تقول: ... **حُكِّمَ فُلَانٌ فِي كَذَا، إِذَا جُعِلَ أَمْرُهُ إِلَيْهِ**»([[1]](#footnote-1)).

وقال الفيومي (ت770هـ) :«الْحُكْمُ الْقَضَاءُ، وَأَصْلُهُ الْمَنْعُ، يُقَالُ: حَكَمْتُ عَلَيْهِ بِكَذَا؛ إذَا مَنَعْتَهُ مِنْ خِلَافِهِ، فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْخُرُوجِ مِنْ ذَلِكَ. وَحَكَمْتُ بَيْنَ الْقَوْمِ؛ **فَصَلْتُ** بَيْنَهُمْ، فَأَنَا حَاكِمٌ وَحَكَمٌ بِفَتْحَتَيْنِ... **وحَكَّمتُ الرجلَ (بالتشديد)؛ فَوَّضْتُ الْحُكْمَ إلَيْهِ**»([[2]](#footnote-2)).

**وعلى هذا فالتحكيم في اللغة: التفويض في الفصل بين المتنازعين، وفي المنع من ظلم أحدهما الآخر. والمحكِّم هو من يَصْدُرُ منه هذا التفويض. والمحكَّم هو الطرف الذي يتم تفويضه بإصدار الحكم القضائي، بحيث يُجعل الأمر إليه، ويسمى أيضا (الحَكَمُ).**

المطلب الثاني: تعريف التحكيم في الاصطلاح الفقهي:

أولا: تعريف التحكيم عند علماء الحنفية:

عرفه ابن نجيم (ت970هـ)؛ بقوله: «هو تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما»([[3]](#footnote-3)).

**ويمكن أن يعترض على هذا التعريف باعتراضين:**

**الاعتراض الأول:** أنه يؤدي إلى الدور؛ لأنه أورد في التعريف (حاكما) و(يحكم)، وهذان لفظان يشتركان مع المعرَّف في أصل الاشتقاق، مما يجعل معرفة معنى (التحكيم) متوقِّفة على معرفة (الحاكم) و(تحكيم)، ومعرفة معناهما متوقفة على معرفة (التحكيم)! وهذا دورٌ ممنوع في التعريفات.

**الاعتراض الثاني:** أنه غير مانع؛ لأن الحاكم قد لا يكون مؤهلا، وإذا كان مؤهلا قد لا يكون موضوع التحكيم قابلا لنظر غير القاضي الشرعي، وإذا كان الموضوع قابلا للنظر قد لا يقبل الحَكَم التحكيم أصلا. فهذه الصور كلها يتناولها التعريف، على الرغم من كونها غير داخلة في المعَرَّف، مما يجعل التعريف غير مانع.

ثانيا: تعريف التحكيم عند علماء المالكية:

عرفَ الدرديرُ (ت1201هـ) القضاءَ والتحكيمَ معا فقال: «وفي الشرع: هو حكمُ حاكمٍ أو **محكَّمٍ** بأمر ثبت عنده؛ كدين، وحبس، وقتل،... ليرتِّبَ على ما ثبت عنده مقتضاه أو حكمه بذلك المقتضى»([[4]](#footnote-4)).

ثم خص الحَكَم بذكر صفاته، ومجال تحكيمه، فقال: «وجاز تحكيمُ عدلٍ، غيرِ خصمٍ وجاهلٍ، في مالٍ وجرحٍ، إلا حدٍّ، وقتلٍ، ولعانٍ، وولاءٍ، ونسبٍ، وطلاقٍ، وفسخٍ، وعتقٍ، ورُشدٍ، وسفهٍ، وأمرٍ غائبٍ، وحبسٍ، وعقدٍ (مما يتعلق بصحته وفساده)»([[5]](#footnote-5)).

وهذا التعريف على الرغم من أنه أدخل التحكيم في القضاء، بيد أنه التعريف الوحيد الذي وجدته فيما وقفت عليه من كتب المالكية، وبقية كتبهم يفسرون التحكيم بذكر صورته.

**ويمكن أن يعترض عليه بأربعة اعتراضات:**

**الاعتراض الأول:** أنه يرد عليه الاعتراض الأول الوارد على تعريف ابن نجيم الحنفي (ت970هـ) ؛ وهو أنه يؤدي إلى الدور؛ لأن (التحكيم) و(المحكم) مشترِكان في أصل الاشتقاق.

**الاعتراض الثاني:** أنه غير مانع؛ لأنه يشمل ما لو كان الحُكْمُ صدَرَ من غير مخاصمة، حيث لم يرد في التعريف إشارة إلى الخصوم.

**الاعتراض الثالث:** أنه أدخل التحكيم في القضاء، على الرغم من وجود فروق جوهرية بينهما؛ لذلك عندما ذكر الصور الداخلة في التعريف ذكر من بينها: الحبس والقتل وغيرهما، وعندما فصَّل في التحكيم عاد ليخرج هذه الصور.

**الاعتراض الرابع:** أنه ذكر في التعريف طائفة من الصور والأمثلة، وهذا خروج عن طبيعة التعريفات؛ لأنها لبيان ماهية المعرَّفِ فحسب، والأمثلة شأن آخر مقاسم للتعريفات، وليست جزءا منها.

ثالثا: تعريف التحكيم عند علماء الشافعية:

عبر عنه الماوردي (ت450هـ) بأنه: «[أن يحكِّم]([[6]](#footnote-6)).. خصمان رجلاً من الرعية؛ ليقضي بينهما فيما تنازعاه»([[7]](#footnote-7)).

**ويمكن أن يعترض على هذا التعبير**([[8]](#footnote-8)) **بثلاثة اعتراضات:**

**الاعتراض الأول:** أنه يرد عليه الاعتراض الأول الوارد على التعريفين السابقين؛ وهو أنه يؤدي إلى الدور؛ لأن (التحكيم) و(يحكّم) مشترِكان في أصل الاشتقاق.

**الاعتراض الثاني:** أنه غير جامع؛ لأن قيد (من الرعية) وإن كان المراد به إخراج من له سلطة قضائية، بيد أنه أخرج صورا داخلة في المعرف؛ كما لو كان من الرعية ولكن غير مؤهل لتولي التحكيم.

**الاعتراض الثالث:** ورد في التعريف: (ليقضي بينهما)، ومن المعلوم أن القضاء مصطلحٌ مستقلٌ مقاسمٌ للتحكيم، وهذا الاعتراض وإن كان يندفع بأن المراد بـِ (يقضي) المعنى اللغوي، بيد أن الأولى أن يستعيض عنه بمرادف لغوي (كأن يقول: ليفصل بينهما)؛ خروجا من الإشكال.

رابعا: تعريف التحكيم عند علماء الحنابلة:

عبر عنه البهوتي (ت1051هـ) بأنه: «[أن يـَ] تحاكم ([[9]](#footnote-9)) شخصان إلى رجل يصلح للقضاء»([[10]](#footnote-10)).

**ويمكن أن يعترض على هذا التعبير****بالاعتراض الأول** الوارد علىالتعريفات الثلاثة السابقة؛ وهو أنه يؤدي إلى الدور؛ لأن (التحكيم) و(تحاكم) مشتركان في أصل الاشتقاق.

وهذا أجود التعريفات السابقة؛ إذ صدر بلفظ (التحاكم) بمعنى أن الطرفين هما من يختاران الرجل الذي يحكم بينهما ويتفقان معه على التحكيم، وأيضا ورد فيه قيد مهم، وهو أن الرجل الذي يتم التحاكم عنده يصلح للقضاء.

المطلب الثالث: التعريف الراجح للتحكيم، ومحترزاته:

**أولا: التعريف الراجح للتحكيم:**

**يمكن أن يقال في تعريف التحكيم:**

**هو عقدٌ يتولى بموجَبِهِ مؤهلٌ الفصلَ بين المتنازعين، في قضايا تخصهما، بتفويض منهما، ويكتسب ما ينتج عن هذا العقد صفةَ القطعيةِ بتصديق القضاء الشرعي عليه.**

**ثانيا: شرح التعريف الراجح ومحترزاته:**

**عقد:** العقد كالجنس في التعريف، يشمل أي عقد، وفيه تصريح بأهم أركان العقد وهي الصيغة، كما يستلزم بقية أركان العقد وهي العاقدان والعوضان؛ لأن العقد هو ذاته الإيجاب والقبول، ولا يحصل إيجاب وقبول إلا من عاقدين، عند وجود معقود عليه. كما أن من فوائد التعبير بالعقد: بيان كونه ملزم لطرفي العقد؛ فلا حاجة للتصريح بالإلزام في صيغة التعريف.

**يتولى بموجَبه:** هذا فصل أول يبين طبيعة العقد، وهو أنه عقد ولاية، فخرج بذلك بقية العقود الأخرى.

**مؤهل:** هذا فصل ثانٍ يبين أهم صفة في الحَكَم، وهي أنه مؤهل للولاية، سواء أكان شخصا واحدا أم أكثر، فهو بشخصه أو هم بمجموعهم لا بد أن تتحقق فيهم الأهلية الكافية للولاية المتعاقد عليها. فخرج بذلك ما لو كان غير مؤهل لولاية إصدار الحكم القضائي؛ لأن الفصل في الخصومة يجب أن يكون موافقا للشرع، ومن لا يكون أهلا لإصدار الحكم القضائي لا ثقة بكون حكمه موافقا للشرع. ويسمى هذا العاقد الذي أُعطِي الولاية: (الحَكَم)، و(المحكَّم).

**الفصل بين المتنازعين:** هذا فصل ثالث يبين حقيقة المعقود عليه، وهو الفصل في النزاع، وإنهاؤه بشكل عادل يحفظ لصاحب الحق حقه. وخرج بذلك ما لو كانت الولاية في شأن آخر غير الفصل بين الخصوم؛ كولاية النكاح ونظر الوقف والوصاية.

**في قضايا تخصهما:** وهذا فصل رابع، يحدِّد ضابطَ القضايا القابلة للتحكيم، وهي الحقوق المحضة للمحكِّمين؛ لأن الحق لا يعدوهما حينئذ. وخرج بذلك ما لو تعلقت بالقضية حقوق أُخَرُ لغير المحكمين، فلا يملكان الاستقلال باختيار المحكَّم حينئذ؛ لأن فاقد الشيء لا يعطيه. كما لو كان في القضية حق لله تعالى؛ كالحدود، أو حق عام؛ كالقتل والتزوير والرشوة.

**بتفويض منهما:** هذا فصل خامس يبين حقيقة الطرف الثاني في العقد، وهو طرفا النزاع. وكونه يحصل بتفويض من طرفي النزاع يدل على أهمية التوافق والتراضي بينهما على المحكَّم. وطرفا النزاع يشمل ما لو كانا خصمين، وما لو كانا أكثر من ذلك من باب أولى. فخرج بذلك ما لو كان بتفويض من أحد الطرفين مع عدم رضى الآخر. وأيضا يخرج بذلك حكم القاضي؛ لأن ولايته صادرة من ولي الأمر وليس من المتنازعين. ولا يرد على ذلك ما لو كان تحديد الحَكَمِ من قبل القاضي؛ لأن تدخل القضاء لا يكون إلا عند عدم توافقهما على الاختيار؛ وهذا بمثابة التفويض منهما للقاضي، فيكون مؤداه أن تحديده برضاهما واختيارهما.

**ويكتسب ما ينتج عن هذا العقد صفةَ القطعية بتصديق القضاء الشرعي عليه**: هذا قيد إضافي خاص بالتحكيم الذي له صفة النفاذ الملزم للمتنازعين وللجهات المعنية بتنفيذ هذا الحكم. فلا يرتقي ما ينتج عن عقد التحكيم (وهو الحكم الصادر من المحكَّم) إلى القطعية والنفاذ الملزِم قضاء إلا بتصديقٍ من الولاية العامة، المتمثلة في القضاء الشرعي، بحيث يكون ذلك وفقا للطريقة التي حددها وليُّ الأمر، وغالبا ما تكون الطريقة منصوصا عليها في نظامِ تحكيمٍ صادر من ولي الأمر، أو في باب من أبواب نظام المرافعات (أو ما يقوم مقامه من الأنظمة والقوانين الإجرائية).

وإذا لم يرفع إلى جهة قضائية لا يعني أن الحكم فيه غير ملزم؛ لأنه يبقى عقدًا تراضت الأطراف عليه ابتداء، فلزمهم ما ينتج عنه، شأنه شأن العقود الأُخر.

المطلب الثالث: الفرق بين التحكيم والقضاء:

هناك عدة مصطلحات تشارك التحكيم في المعنى العام، وهو حَلُّ الخلافات، وإزالة الخصومات، كالقضاء والصلح والفتوى والوساطة، ولكن أقربها إلى التحكيم هو مصطلح القضاء؛ لأن الحُكْمَ الصادر من القاضي ومن المحكَّمِ حكمٌ ملزمٌ، بخلاف الصلح والإفتاء والوساطة، فليس فيها إلزام؛ لهذا سيتم الاقتصار على أوثق الألفاظ صلة بالتحكيم، وهو القضاء على النحو الآتي:

**أولا: أوجه الشبه بين التحكيم والقضاء:**

دافع التفريق بين مصطلحين هو وجود أوجه شبه بينهما؛ ومن أوجه الشبه بين التحكيم والقضاء:

1. أنهما يتكونان من ثلاثة أطراف، الخصمان وطرف ثالث محايد وهو القاضي أو الحَكَم.
2. أن مهمة القاضي والحَكَم الفصل في النزاع بين الخصمين.
3. أن تولي مهمة الفصل بين المتنازعين ناتجة من طرف آخر، سواء أكان ولي الأمر كما في القضاء، أم المتنازعين كما في التحكيم.
4. أن قرار القاضي والحَكَم ملزم للمتنازعين.
5. أن ما يصدر منهما لا يمثل رأيهما الشخصي، وإنما يمثل ما يعتقدان أنه حكم الله تعالى في الفصل بين المتنازعين.

**ثانيا: أوجه الفرق بين التحكيم والقضاء:**

هناك فروق كثيرة بين القضاء والتحكيم، ولكن بعضها مبني على آراء فقهية لطائفة من الفقهاء، لا يوافقهم عليها فقهاء المذاهب الأخرى، ومن المناسب تجاوز هذه الفروق، والاكتفاء بالفروق بين الحقيقتين المتفق عليهما. فمن هذه الفروق:

1. أن ولاية القضاء ولاية عامة صادرة من ولي أمر المسلمين، فهو المرجع في تحديد اختصاصات القضاة. بينما ولاية التحكيم فهي ولاية خاصة، صادرة من المتنازعين، فهما اللذان أعطيا الحَكَم ولاية التحكيم، ولهما تقيدها بما يتراضيان عليه، ولكن ليس لهما حق تعدية سلطته إلى غيرهما.
2. «حكمُ الحَكَمِ إنما ينفذ في حق الخصمين، ومن رضي بحكمه، ولا يتعدى إلى من لم يرض بحكمه، بخلاف القاضي المولى»([[11]](#footnote-11)).
3. «يجوز حكم القاضي؛ رضي الخصم بذلك أم لا. ولا يجوز حكم الحَكَم إلا برضى الخصمين»([[12]](#footnote-12)).
4. أن القضاء هو الأصل، والتحكيم من فروعه([[13]](#footnote-13)).
5. لو حصل خلاف بين أطراف التحكيم رجعوا إلى القضاء، دون العكس.
6. لو كان نفاذُ حُكْمِ الحَكَم متوقفٌ على تدخل السلطات التنفيذية، فلا بد من مصادقة القضاء على الحكم، بخلاف العكس.

المطلب الرابع: أركان التحكيم وشروطه:

**أولا: أركان التحكيم:**

عقد التحكيم شأنه شأن العقود الأُخَر له خمسة أركان؛ هي العاقدان، والعوضان، والصيغة:

**الركن الأول:** العاقد الأول، ويسمى: المحكِّم، وهو الطرفان المتنازعان اللذان طلبا التحكيم؛ سواء أكانا شخصين أم أكثر من باب أولى، وسواء أكانا شخصيتين حقيقيتين أم اعتباريتين، أم أحدهما كذلك دون الآخر.

**الركن الثاني:** العاقد الثاني، ويسمى: المحكَّم، وأيضا الحَكم. وهو من طُلب منه التحكيم. وقد يكون فردًا أو أكثر، كما أنه قد يكون هيئة اعتبارية.

**الركن الثالث:** المعقود عليه، وهو ما طُلب من الحَكَم الفصل فيه؛ لذلك ليس له النظر في طلب غير وارد في اتفاق التحكيم.

**الركن الرابع:** العوض، وهو ما يستحقه الحَكَم مقابل التحكيم، سواء أكان من طرفي النزاع أم من طرف ثالث، وسواء أكان العوض ماديا أم معنويا. كما يملك الحَكَم التنازل عن العوض والتحكيم مجانا.

**الركن الخامس:** الصيغة، وهي الإيجاب والقبول، فهي ما تعبر عن رضى أطراف العقد، وهم: المحكِّمَان المتنازعان من جهة، والحَكَم الذي سيفصل في النزاع بينهما من جهة أخرى.

والصيغة أهم أركان أي عقد؛ لأنه بوجودها تحصل الأركان الأخَرُ تبعا؛ وبدونها لا أثر للأركان الأخر؛ لهذا عدها علماء الحنفية الركن الوحيد لعقد التحكيم ولأي عقد آخر([[14]](#footnote-14)).

**ثانيا: شروط التحكيم:**

لقد أدرك فقهاؤنا الأوائل أهمية ضبط التحكيم، فأعطوا الشروط جل اهتمامهم من بين بقية أحكام التحكيم الأخَر؛ لأن لجوء المختلفين إلى التحكيم يحصل في الغالب عندما يكونان متفاهمين بشكل كبير، ويرغبان في تضييق دائرة الخلاف بينهما قدر الاستطاعة، وأيضا يسعيان إلى إنهائه في أقصر وقت ممكن، فيتراضيان على اختيار الحَكَم الذي سيفصل بينهما. فمهمة التحكيم يجب أن تكون وفق شروط واضحة وضوابط دقيقة؛ حتى لا يؤدي التحكيم إلى تعقيد القضية المتنازع عليها، مما يضطر الأطراف (بما فيهم الحَكَم) إلى اللجوء إلى القضاء، فيعودون إلى بداية النزاع بعد أن استنفذوا فرصا كثيرة للحل، مما يجعل التحكيم بلا جدوى وإنما عبء إضافي فحسب.

وهذه الشروط تختلف من مذهب إلى آخر ولاسيما في التفاصيل، وليس هذا مقامًا لبسطها؛ لأن موضوع البحث يركِّز على حقيقة التحكيم المتفق عليها بين الفقهاء والقانونيين؛ لهذا سيتم الاكتفاء بالشروط الأساسية التي هي محل وفاق (في الجملة) بين الفقهاء:

**الشرط الأول:** أن تتحقق شروط العقد، ومن بينها: أن يكون المحكِّمان والحَكَم أهلا للتعاقد؛ لأن التحكيم عقد، ولا يصح التعاقد إلا من جائز التصرف([[15]](#footnote-15)).

**الشرط الثاني:** أن يكون الحَكَم أهلا للتحكيم. وهذا الشرط بهذه الصيغة محل وفاق بين الفقهاء([[16]](#footnote-16))، لكن متى يكون الحَكَم أهلا للتحكيم؟ هذا محل خلاف لدى الفقهاء.

والذي يظهر –والله أعلم- أنه لا بد أن يكون الحَكَم أهلا للاجتهاد والقضاء، أو يرجع إلى أهل الاجتهاد قبل إصداره للحكم؛ لأن ما يصدره حكمٌ شرعي، يحصل به إرجاع الحقوق إلى أصحابها، فتعين أن يكون موافقا للشرع. فالمحكَّم أقرب إلى القاضي منه إلى المصلِح؛ لأن الخصمان عندما يلجآن إلى المحكَّم ليس باعتبارهما مستعدان للتنازل عن بعض الحق، كما هو الحال في التصالح؛ وإنما للفصل في النزاع بما يغلب على الظن أنه شرع الله تعالى، وهذا لا يتحقق إلا إذا كان المحكَّم أهلا للاجتهاد، أو على أقل تقدير يَرجِع ُإليهم قبل إصدار الحكم ([[17]](#footnote-17)).

والأدلة على وجوب الحكم في فصل الخصومات بشرع الله تعالى، وعدم جواز التحاكم إلى غيره كثيرة جدا؛ منها:

1. قوله تعالى: ﮋ ﯜ ﯝ ﯞ ﯟ ﯠ ﯡ ﯢ ﯣ ﯤ ﯥ ﯦ ﯧ ﯨ ﯩ ﯪ ﯫ ﯬ ﯭ ﯮ ﯯ ﮊ [النساء: ٦٥].

فالآية صريحة بأن التحاكمَ إلى شرع نبينا صلى الله عليه وسلم شرط الإيمان، وبالإعراض عنه إلى غيره ينتفي الإيمان. ولا يكفي مجرد طلب الحكم بشرع الله، بل لابد أن يكون ذلك في منتهى الرضا والتسليم بالنتائج. وعلى هذا فلا يجوز للمسلم التحاكم إلى شخص أو جهة وهو يعلم بأنها غير مؤهلة للحكم بشرع الله تعالى.

2. قوله تعالى: ﮋ ﭑ ﭒ ﭓ ﭔ ﭕ ﭖ ﭗ ﭘ ﭙ ﭚ ﭛ ﭜ ﭝ ﭞ ﭟ ﭠ ﭡ ﭢ ﭣ ﭤ ﭥ ﭦ ﭧ ﭨ ﭩ ﭪ ﭫ ﭬ ﭭ ﭮ ﭯ ﮊ [النساء: ٦٠].

فالآية وصفت من يريد الإعراض عن شرع الله إلى غير شرع الله، بأنه يتحاكم إلى الطاغوت، ومن يفضِّل حكم الطاغوت على حكم الشرع؛ فهو غير صادق في زعمه الإيمان بالله تعالى. وعلى هذا فلا يجوز للمسلم التحاكم إلى شخص أو جهة وهو يعلم أنها غير مؤهلة بالحكم بشرع الله تعالى، على الرغم من قدرته التحاكم إلى شرع الله تعالى.

3. قوله تعالى: ﮋ ﭾ ﭿ ﮀ ﮁ ﮂ ﮃ ﮄ ﮅ ﮆ ﮇ ﮈ ﮉ ﮊ ﮋ ﮌ ﮍ ﮎﮏ ﮐ ﮑ ﮒ ﮓ ﮔ ﮕ ﮊ [النساء: ٣٥].

ويلحظ في هذه الآية أنها تختلف عن الآيتين السابقتين في كونها تتعلق بالصلح، وليس الفصل في الخصومات؛ حيث جاء فيها ﮋ ﮉ ﮊ ﮋ ﮌ ﮍ ﮎﮏﮊ ؛ فقد أجازت تحكيم حكمين، أحدهما يمثل الزوج، والثاني يمثل الزوجة، وقد أتى لفظ الحَكَم مطلقا دون اشتراط العلم الشرعي؛ لأنهما يجتهدان في حل مشكلة اجتماعية محضة بحسب الأصلح للأسرة فحسب. بل فيها إشارة إلى أن الزوجين إذا كانا صادقين في نيتهما الإصلاح فإن الله سيوفق بينهما. وهذا يدل على أن مجال الصلح واسع، بحيث لا يشترط في المصلح أهلية الاجتهاد.

**الشرط الثالث:** ألاَّ يكون الحَكَمُ متهمًا بمحاباة أحد الخصمين، أو معاداته([[18]](#footnote-18)). وهذا محل إجماع، قال القرافي (ت684هـ): «التهمة تقدح في التصرفات إجماعًا من حيث الجملة»([[19]](#footnote-19))**؛** لهذا على المحكّم أن يتنحى من تلقاء نفسه إذا لم يجد نفسه محايدا؛ وأيضا يجوز لمن يظنُّ أنه سيتضرر من حكمه المطالبة برده؛ وفقا لإجراءات رد القاضي.

**الشرط الرابع:** أن يكون محل التحكيم قابلا للتحكيم.

وهذا الشرط بهذه الصيغة - أيضا - محل وفاق بين الفقهاء([[20]](#footnote-20))، لكن حصل خلاف بينهم فيما لا يقبل التحكيم. وعد أصناف المسائل التي لا تقبل التحكيم يتفاوت من مذهب إلى آخر، بل قد يتفاوت في كتب المذهب الواحد. والذي يعنينا وضع ضابط للمسائل القابلة للتحكيم:

الذي يظهر –والله أعلم- أنه (لا بد أن يكون محل التحكيم حقًّا خاصًّا ومحصورًا في المتخاصمين، بحيث لا يتعداهما إلى غيرهما)؛ لأنهما حينئذ مستقلان في هذا الحق، فساغ لهما التراضي على اختيار من يفصل بينهما فيه.

وهذا الضابط مما نص على معناه طائفة من الفقهاء:

قال ابن العربيّ (ت543هـ) : «إنّ كل حقّ اختصّ به الخصمان جاز التّحكيم فيه، ونفذ تحكيم المحكَّم فيه»([[21]](#footnote-21)).

وقال ابن عرفة (ت803هـ): «ظاهر الروايات أنه إنما يجوز التحكيم فيما يصح لأحدهما ترك حقه فيه»([[22]](#footnote-22)).

وقال واضعو الفتاوى الهندية: «يجوز التّحكيم في كل ما يملك المحكِّمان فعله في أنفسهما في حقوق الجار»([[23]](#footnote-23)).

**الشرط الخامس:** الالتزام بأي شرط يرد في عقد التحكيم سواء أكان من قبل المتحاكمين، أم الحَكَم، ما لم يخالف الشرع؛ لأن التحكيم تولية من الخصمين للمحكَّم، ومن حق الخصمين أن يقيدا الحكم بما يتراضيان عليه من الشروط، وكذلك العكس، وهذه الشروط واجبة الوفاء؛ ومن أدلة ذلك: قول النبي صلى الله عليه وسلم: ((الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ المُسْلِمِينَ، إِلا صُلْحًا حَرَّمَ حلالا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا، وَالمسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ، إلا شَرْطًا حَرَّمَ حلالا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا))([[24]](#footnote-24)).

المبحث الثاني:

حقيقة التحكيم عند شراح القانون

المطلب الأول: تعريف التحكيم لدى بعض القوانين الإقليمية والدولية:

نظرا لأهمية التحكيم، فقد عُنيتْ به جل القوانين المعاصرة، ومن الطبيعي أن تخصه ببيان المعنى الاصطلاحي له، وهذه عينات متفرقة من تعريفات القوانين الإقليمية والدولية:

* عرف قانون التحكيم المصري (اتفاق التحكيم) بأنه: «اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كلِّ أو بعضِ المنازعات التي نشأت، أو يمكن أن تنشأ بينهما، بمناسبة علاقة قانونية معينة؛ عقدية كانت أو غير عقدية»([[25]](#footnote-25)).
* أما القانون المغربي فقد ذكر تعريفا للتحكيم، ثم أعقبه بتعريف لاتفاق التحكيم؛ حيث جاء في إحدى فصوله (مواده): «التحكيم: حل نزاعٍ من لدنْ هيئةٍ تحكيمية، تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم»([[26]](#footnote-26)).

ولكونه ورد في نهاية هذا الفصل مصطلح (اتفاق التحكيم) أعقبه واضعو القانون بتعريف هذا المصطلح في الفصل التالي، ونصه: «اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم؛ قصد حل نزاع نشـأ، أو قد ينشـأ عن علاقة قانونية معينة؛ تعاقدية أو غير تعاقدية»([[27]](#footnote-27)).

* وأما القانون الفرنسي فقد فصَلَ مصطلح (اتفاقية التحكيم) عن مصطلح (شرط التحكيم)، وعرَّف كلاًّ منهما على حدة، حيث جاء في إحدى مواده: «اتفاقية التحكيم هي عقد يحيل بموجبه أطرافُ نزاعٍ ناشئٍ هذا النزاع إلى تحكيمٍ من قبل شخصٍ أو أكثر»([[28]](#footnote-28)).

وجاء في مادة أخرى (قبلها): «شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يتعهد بموجبه المتعاقدون على إحالة النزاعات التي قد تنشأ عن العقد إلى التحكيم»([[29]](#footnote-29)).

* كما عرَّفتْ لجنةٌ في الأمم المتحدة (يونسيترال) اتفاقَ التحكيم بأنه: «اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات، التي نشأت أو قد تنشأ بينهما، بشأن علاقة قانونية محددة؛ سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية. ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد، أو في شكل اتفاق منفصل»([[30]](#footnote-30)).

المطلب الثاني: تعريف التحكيم لدى الباحثين القانونيين:

عرف الأستاذ مصطفى الزرقا التحكيم بأنه: «عقد بين طرفين متنازعين، يجعلان فيه برضاهما شخصا آخر حكما بينهما لفصل خصوماتهما بدلا من القاضي»([[31]](#footnote-31)).

كما ذكر أ. د. قحطان الدوري تعريفا مستخلصا من طائفة كبيرة من المراجع القانونية؛ حيث قال:

«عرف أهل القانون التحكيم بأنه: الاتفاق على إحالة ما ينشأ بين الأفراد من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين، أو إحالة أي نزاع ينشأ بينهم بالفعل، على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكَّمين؛ ليفصلوا في النزاع المذكور، بدلا من أن بفصل فيه القضاء المختص»([[32]](#footnote-32)).

المطلب الثالث: تعريف التحكيم في النظام السعودي، والتعليق عليه:

يعد تعريف اتفاق التحكيم في النظام السعودي من أحدث التعريفات، كما أنه يكاد يكون متطابقا مع تعريف لجنة الأمم المتحدة (يونسيترال)؛ لهذا من المناسب أن يخص بالتعليق.

**أولا: نص التعريف:**

**«**اتفاق بين طرفين أو أكثر على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة، التي نشأت أو قد تنشأ بينهما، في شأن علاقة نظامية محددة، تعاقدية كانت أم غير تعاقدية، سواء أكان اتفاق التحكيم في صورة شرطِ تحكيمٍ واردٍ في عقد، أم في صورةِ مشارطةِ تحكيمٍ مستقلةٍ**»([[33]](#footnote-33)).**

**ثانيا: توضيح التعريف:**

يلحظ أنه جاء في نهاية التعريف مصطلحان مهمان، يحتاجان إلى توضيح، هما شرط التحكيم، ومشارطة التحكيم، والفرق بينهما يرجع إلى وقت الاتفاق على التحكيم، فإن كان قبل حصول النزاع (بأن كان تحديد الجهة التحكيمية من بنود التعاقد الأصلي بين الطرفين)؛ سُمِّيَ شرط التحكيم، أما إذا كان بعد حصول النزاع، فإنه يسمى مشارطة التحكيم. بيد أن هذه المسميات ليست محل وفاق لدى القوانين المعاصرة؛ قال أ. د. قحطان الدوري: «وسموا الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بعد نشوئه: مشارطة التحكيم. وسموا الاتفاق (مقدَّما وقبل قيام النزاع) على عرض المنازعات التي قد تنشأ في المستقبل، خاصة بتنفيذ عقد معين على محكَّمين: شرط التحكيم.

ويسمي القانون اللبناني شرط التحكيم: (الفقرة الحكمية)، بينما يسمي (مشارطةَ التحكيم): (العقدَ التحكيمي).

ويسميه القانون المصري الجديد: (وثيقة التحكيم)

بينما يسميه المجمع اللغوي المصري: (اتفاق التحكيم)»([[34]](#footnote-34)).

**ثالثا: الاعتراضات التي يمكن أن ترد على التعريف:**

**يمكن أن يعترض على هذا التعريف بثلاثة اعتراضات:**

**الاعتراض الأول:** أن فيه تطويلا؛ والشأن في التعريفات أن تكون بألفاظ دقيقة ومختصرة.

**الاعتراض الثاني:** الإكثار من (أو) و(أم)؛ حيث تكرر الحرفان خمس مرات في تعريف واحد! وهذا إذا لم يكن له مبرر مما تعاب به التعريفات؛ لأنه يوحي بالتردد، وعدم الجزم، والذي يظهر أن الغرض منها هنا لا يعدو أن يكون تفصيلات لأحوال التحكيم، وهذه التفصيلات يمكن التعبير عنها بما يجمعها، ثم تذكر التفاصيل في شرح التعريف، أو تحت عنوان مستقل، وذكرها في التعريف على سبيل الحصر قد يوقع في إشكال كبير، وهو أن الجهد البشري قاصر، فقد تظهر صور من التحكيم غير الصور الواردة في التعريف، مما يوقع في حرج نظامي؛ لأن حقها أن تدخل في المعرَّف، ولكن التعريف حصر صور التحكيم، ومفهوم الحصر يستدعي نفي ما عدا تلك الصور! ثم إن تخصيص بعض الأوصاف التفصيلية بالذكر يفتح الباب لإشكال آخر؛ وهو: ما الذي جعل المعرِّف يخص الأوصاف المذكورة في التعريف دون بقية الأوصاف؟

المطلب الرابع: التعريف المختار للتحكيم عند القانونيين:

الذي يترجح والله أعلم أن التحكيم حري بأن يفرد بتعريف مختصر شامل لجيع ما يدخل تحته، دون الدخول في التفصيلات؛ لأن التعريف لبيان ماهية المعرَّف بشكل عام، بينما التفاصيل حقها أن تفرد لها عناوين قسيمة للتعريف، كأركان المعرف، وأنواعه، والشروط والثمرة... إلخ. وإذا كان لبعض هذه التفصيلات مصطلح يخصها فحري أن تفرد بتعريف مستقل عن تعريف التحكيم.

وبناء على هذا فلدينا ثلاث مصطلحات يناسب أن يفرد كل واحد منها بتعريف مستقل:

**المصطلح الأول: التحكيم:**

ومن التعريفات القانونية المناسبة له: تعريف القانون المغربي؛ حيث جاء فيه: «التحكيم: حل نزاعٍ من لدنْ هيئةٍ تحكيمية، تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم»([[35]](#footnote-35)).

كما أن التعريف الذي تم ترجيحه (عند دراسة التعريف الفقهي للتحكيم) يناسب إيراده هنا أيضا؛ إذ هو بعمومه يشمل المعنى الفقهي والقانوني للتحكيم. حيث تم تعريف عقد التحكيم بأنه: (عقدٌ يتولى بموجَبِهِ مؤهلٌ الفصلَ بين المتنازعين، في قضايا تخصهما، بتفويض منهما، ويكتسب ما ينتج عن هذا العقد صفةَ القطعيةِ بتصديق القضاء الشرعي عليه).

**المصطلح الثاني: شرط التحكيم (أو الفقرة الحكمية):**

ومن التعريفات القانونية المناسبة له: تعريف القانون الفرنسي؛ حيث جاء فيه: «شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يتعهد بموجبه المتعاقدون على إحالة النزاعات التي قد تنشأ عن العقد إلى التحكيم»([[36]](#footnote-36)).

**المصطلح الثالث: مشارطة التحكيم (أو العقد التحكيمي، أو اتفاق التحكيم):**

ومن التعريفات القانونية المناسبة له: تعريف القانون المغربي؛ حيث جاء فيه: «اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم؛ قصد حل نزاع نشـأ، أو قد ينشـأ عن علاقة قانونية معينة؛ تعاقدية أو غير تعاقدية»([[37]](#footnote-37)).

المبحث الثالث:

المقارنة بين حقيقتي التحكيم عند فقهاء الشريعة وشراح القانون

حقيقة التحكيم الذي يتكلم عنه القانونيون هي ذاتها التي تكلم عنها الفقهاء، والخلاف إنما هو في جانب الاهتمام، وبعض التفاصيل. وهذا بيان لأهم الجوانب المتشابهة، وأهم الجوانب التي فيها افتراق:

المطلب الأول: أبرز أوجه التشابه في حقيقة التحكيم عند الفقهاء والقانونيين:

1. أن التحكيم عندهما: اتفاق بين المتنازعين على اختيار جهة تحكيمية غير القضاء الرسمي.
2. أنه مبني على التعاقد بين ثلاثة أطراف، هي المتنازعين والحَكَم، وهذا التعاقد يستدعي التراضي بينهم.
3. يشترط في كل طرف من الأطراف الثلاثة أهلية التصرف.
4. يشترط أن يكون الحَكَم أهلا للتحكيم، ومحايدا؛ بحيث لا تكون له مصلحة تستدعي الميل لأحد الطرفين.
5. أن المعقود عليه هو الفصل في النزاع بين المتنازعين.
6. أن يكون محل التحكيم قابلا للتحكيم، أي تجوز إحالته إلى التحكيم.
7. يجوز تفويض الحَكَم بالصلح على حل توافقي، ولو كان ذلك يقتضي تنازل أحد الأطراف عن بعض حقه الذي كفله له الشرع (أو القانون).
8. أن الحُكْمَ الصادرَ من الحَكَم ملزمٌ للمتنازعين.
9. أن هذا الحكم لا بد أن يكون مسبَّبا.
10. أن القضاء الرسمي سلطة أعلى من التحكيم، فإذا كان تنفيذه يستدعي تدخل الجهات التنفيذية في البلد، أو نشأ نزاع بين الحَكَم والمتحاكمين عنده فالمرجع في ذلك هو القضاء الرسمي.

المطلب الثاني: أبرز أوجه الاختلاف في حقيقة التحكيم عند الفقهاء والقانونيين:

1. تتركز حقيقة التحكيم عند الفقهاء على كونه عقد ولاية مؤقت يولِّي فيه المتنازعان طرفًا ثالثًا ليفصل بينهم في النزاع المتحقق. بينما ترتكز حقيقته عند القانونيين على كونه اتفاق المتعاقدين على تحديد الجهة التي يتحاكمون إليها في النزاع المتحقِّق أو الذي قد يتحقق في المستقبل.
2. لا يشترط عند الفقهاء كتابة عقد التحكيم، إلا إذا رأى ولي الأمر المصلحة في ذلك. بينما تشترط الكتابة عند شراح القانون.
3. يركز الفقهاء على أحكام التحكيم في الشقاق الذي يحصل بين الزوجين. بينما القانونيون فيركزون على التحكيم في القضايا التجارية ولاسيما المتعلقة بالتجارة الدولية؛ حيث يكون لحل الخلافات التي تنشأ بين الأطراف الذين من دول مختلفة؛ لأنهم يحتاجون عند التعاقد بينهم إلى تحديد الجهة التي يتحاكمون إليها عند حصول النزاع، وفي الغالب يختارون هيئة تحكيمية مستقلة؛ لأنها أكثر وضوحا وسرعة وحيادا في نظرهم.
4. التحكيم في القانون قد يكتسب قوة السلطة القضائية وإن سمي تحكيما، كما في بعض هيئات التحكيم الدولية المختصة التي قد لا يكون للمتنازعين سلطة في اختيارها أو تقييد صلاحياتها. وليس الأمر كذلك في الفقه الإسلامي.
5. تفاصيل التحكيم عند الفقهاء تهتم بالجانب الموضوعي في التحكيم، بينما لدى القانونيين فالاهتمام الأكبر بالجانب الإجرائي.

\*        \*        \*

الخاتمة

**في نهاية المطاف من المناسب بيان أهم نتائج البحث:**

1. التحكيم في اللغة: التفويض في الفصل بين المتنازعين، وفي المنع من ظلم أحدهما الآخر. والمحكِّم هو من يَصْدُرُ منه هذا التفويض. والمحكَّم هو الطرف الذي يتم تفويضه بإصدار الحكم القضائي، بحيث يُجعل الأمر إليه، ويسمى أيضا (الحَكَمُ).
2. التعريف الاصطلاحي الراجح للتحكيم: هو عقدٌ يتولى بموجَبِهِ مؤهلٌ الفصلَ بين المتنازعين، في قضايا تخصهما، بتفويض منهما، ويكتسب ما ينتج عن هذا العقد صفةَ القطعيةِ بتصديق القضاء الشرعي عليه.
3. من شروط التحكيم في الفقه: أن تتحقق شروط العقد، ومن بينها: أن يكون المحكِّمين والحَكَم أهلا للتعاقد.
4. من شروط التحكيم –أيضا-: أن يكون الحَكَم أهلا للتحكيم، بأن يكون المحكَّم أهلا للاجتهاد والقضاء، أو يرجع إلى أهل الاجتهاد قبل إصداره للحكم.
5. من شروط التحكيم -كذلك-: ألاّ يكون الحَكَم متهما بمحاباة أحد الخصمين، أو معاداته.
6. من شروط التحكيم–أيضا-: أن يكون محل التحكيم قابلا للتحكيم؛ بأن يكون محل التحكيم حقًّا خاصا بالمتخاصمين، بحيث لا يتعداهما إلى غيرهما.
7. من شروط التحكيم-كذلك-: الالتزام بأي شرط يرد في عقد التحكيم سواء أكان من قبل المتحاكمين، أم الحَكَم، ما لم يخالف الشرع.
8. من التعريفات القانونية المناسبة للتحكيم: «التحكيم: حل نزاعٍ من لدنْ هيئةٍ تحكيمية، تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم».
9. من التعريفات القانونية المناسبة لشرط التحكيم: «شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يتعهد بموجبه المتعاقدون على إحالة النزاعات التي قد تنشأ عن العقد إلى التحكيم».
10. من التعريفات القانونية المناسبة لمشارطة التحكيم: «اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم؛ قصد حل نزاع نشـأ، أو قد ينشـأ عن علاقة قانونية معينة؛ تعاقدية أو غير تعاقدية».

وعلى الرغم من وجود هذين المنهجين بيد أن قوانين التحكيم فيهما تتشابه إلى حد كبير في كثير من الأمور.

1. من أوجه الاختلاف في حقيقة التحكيم عند الفقهاء والقانونيين:
2. تتركز حقيقة التحكيم عند الفقهاء على كونه عقد ولاية مؤقت يولِّي فيه المتنازعان طرفًا ثالثًا ليفصل بينهم في النزاع المتحقق. بينما ترتكز حقيقته عند القانونيين على كونه اتفاق المتعاقدين على تحديد الجهة التي يتحاكمون إليها في النزاع المتحقِّق أو الذي قد يتحقق في المستقبل.
3. لا يشترط عند الفقهاء كتابة عقد التحكيم، إلا إذا رأى ولي الأمر المصلحة في ذلك. بينما تشترط الكتابة عند شراح القانون.
4. يركز الفقهاء على أحكام التحكيم في الشقاق الذي يحصل بين الزوجين. بينما القانونيون فيركزون على التحكيم في القضايا التجارية ولاسيما المتعلقة بالتجارة الدولية.
5. التحكيم في القانون قد يكتسب قوة السلطة القضائية وإن سمي تحكيما، كما في بعض هيئات التحكيم الدولية المختصة التي قد لا يكون للمتنازعين سلطة في اختيارها أو تقييد صلاحياتها. وليس الأمر كذلك في الفقه الإسلامي.
6. تفاصيل التحكيم عند الفقهاء تهتم بالجانب الموضوعي في التحكيم، بينما لدى القانونيين فالاهتمام الأكبر بالجانب الإجرائي.

وفي ختام هذا البحث أسأل المولى جل وعلا أن ينفع به كاتبه وقارئه، وأن يغفر لنا ما حصل فيه من خطأ أو تقصير، وأن يجعله في ميزان حسناتنا جميعا، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

\*        \*        \*

مصادر البحث

1. أحكام القرآن. محمد بن عبد الله، ابن العربي الإشبيلي (ت543هـ). تحقيق: محمد عبد القادر عطا. بيروت: دار الكتب العلمية. ط الثالثة، 1424هـ/ 2003م.
2. أدب القاضي. علي بن محمد، الشهير بالماوردي (ت450هـ). دار نشر الثقافة. عام 1970م.
3. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل. محمد ناصر الدين الألباني (ت1420ه).تحقيق: زهير الشاويش. بيروت: المكتب الإسلامي. ط الثانية 1405 هـ/ 1985م.
4. اشتراط التحكيم أو التحاكم إلى قانون وضعي في عقود المؤسسات المالية الإسلامية، لـِ أ.د. عجيل النشمي، مقدم للدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي التابع للرابطة والمنعقد في مكة المكرمة في 19-23 محرم 1432هـ.
5. أنوار البروق في أنواء الفروق (المشهور بالفروق). أحمد بن إدريس، شهاب الدين القرافي (ت684هـ). بيروت: عالم الكتب. (مصور عن طبعة دار إحياء الكتب العربية، عام 1347هـ).
6. البحر الرائق شرح كنز الدقائق. زين الدين بن إبراهيم، ابن نجيم المصري (ت970هـ). بيروت: دار الكتاب الإسلامي. ط الثانية. (د. ت).
7. بدائع الصنائع. أبو بكر بن مسعود الكاساني (ت587هـ). بيروت: دار الكتب العلمية. ط الثانية، 1406هـ/ 1986م.
8. البناية. محمود بن أحمد، بدر الدين العينى (ت855هـ). بيروت: دار الكتب العلمية. ط الأولى، 1420هـ/ 2000م.
9. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام. إبراهيم بن علي، ابن فرحون (ت799هـ). القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية. ط الأولى، 1406هـ/ 1986م.
10. التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية. قدري محمد محمود. الرياض: دار الصميعي. ط الأولى، 1430هـ/ 2009م.
11. تغليق التعليق على صحيح البخاري. أحمد بن علي، الحافظ ابن حجر العسقلاني (ت852هـ). تحقيق: سعيد عبد الرحمن القزقي. بيروت: المكتب الإسلامي، عمّان: دار عمار. ط الأولى، 1405ه.
12. رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين). محمد أمين بن عمر، ابن عابدين (ت1252هـ). بيروت: دار الفكر. ط الثانية، 1412هـ/ 1992م.
13. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي. علي بن محمد، الشهير بالماوردي (ت450هـ). تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود. بيروت: دار الكتب العلمية. ط الأولى، 1419هـ /1999م.
14. حكم شرط الإسلام في المحكم في المنازعات التحكيمية. د. خالد الخضير، بحث محكم ومنشور في مجلة القضائية العدد الرابع، رجب 1433هـ.
15. الذخيرة. أحمد بن إدريس، الشهير بالقرافي (ت684هـ). بيروت: دار الغرب الإسلامي. ط الأولى، 1994 م.
16. سنن ابن ماجه. محمد بن يزيد، ابن ماجه (273هـ). تحقيق: شعيب الأرنؤوط وشركاؤه. دار الرسالة العالمية. ط الأولى، 1430 هـ/ 2009م.
17. سنن أبي داود. سليمان بن الأشعث، أبو السِّجِسْتاني (ت275هـ). تحقيق: شعَيب الأرنؤوط وشريكه. بيروت: دار الرسالة العالمية. ط الأولى، 1430 هـ/ 2009م.
18. سنن الترمذي. (الجامع الكبير). محمد بن عيسى، أبو عيسى الترمذي، (ت279هـ). تحقيق: أحمد محمد شاكر وشريكيه. القاهرة: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي. ط الثانية، 1395هـ/ 1975م
19. الشرح الصغير لأقرب المسالك لمذهب الإِمام مالِك. أحمد بن محمد، أبو البركات الدردير (1201هـ). دار المعارف (د. ط. ت).
20. حاشية الدسـوقي على الشـرح الكبير. محمـد بـن أحمـد بـن عرفه الدسـوقي (ت1230هـ). القاهرة: دار إحياء الكتب العلمية (عيسى البابي الحلبي وشركاؤه) (د. ط. ت).
21. صحيح ابن حبان (الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان). محمد بن حبان، أبو حاتم الدارمي الشهير بابن حبان (ت354هـ). ترتيب: علي بن بلبان الفارسي (ت739هـ). تحقيق: شعيب الأرنؤوط. بيروت: مؤسسة الرسالة. ط الأولى، 1408هـ/ 1988م.
22. عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. أ. د. قحطان عبد الرحمن الدوري. عمان: دار الفرقان. ط الأولى، 1422هـ/ 2002م.
23. الفتاوى الهندية. لجنة من العلماء برئاسة نظام الدين البلخي. بيروت: دار الفكر. ط الثانية، 1310ه
24. قانون التحكيم المصري، رقم (27) لسنة 1994م.
25. القانون الفرنسي للمرافعات المدنية الجديد مرسوم 14/5/1980.
26. القانون النموذجي للتحكيم الصادر من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (يونسيترال)، في دورتها رقم 39، لعام 2006م.
27. القانون رقم 05-08 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، الصادر بتاريخ 6 ديسنبر 2007 في الجريدة المغربية الرسمية، عدد 5584، الصفحة 3895 ، الفصل 306.
28. كشاف القناع. منصور بن يونس البهوتي (ت1051هـ). تحقيق: لجنة في وزارة العدل السعودية. الرياض: وزارة العدل. ط الأول، 1429هـ/ 2008م.
29. مجلة الأحكام العدلية. لجنة من علماء الدولة العثمانية (مطبوعة مع شرحها: درر الحكام لعلي حيدر). دار الجيل، 1411هـ/ 1991م.
30. المحيط البرهاني في الفقه النعماني. برهان الدين محمود بن أحمد، ابن مَازَةَ البخاري (ت616هـ). تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي. بيروت: دار الكتب العلمية. الطبعة: الأولى، 1424 هـ/ 2004م.
31. المدخل الفقهي العام. مصطفى أحمد الزرقا (ت1420هـ). دمشق: دار القلم. ط الأولى، 1418هـ/ 1998م.
32. مستقبل التحكيم في العالم الإسلامي ـ د. حمزة أحمد حداد. ورقة عمل مقدمة لملتقى التحكيم في العالم الإسلامي. مكة المكرمة: تنظيم جامعة أم القرى بالاشتراك مع فريق التحكيم السعودي، في 16/2/ 2014م.
33. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. أحمد بن محمد الفيومي (ت770هـ). طرابلس لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب. (د. ط. ت).
34. المعجم الكبير. سليمان بن أحمد، أبو القاسم الطبراني (ت360هـ). تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي. القاهرة: مكتبة ابن تيمية. ط الثانية (د.ت).
35. المغني. عبد الله بن أحمد، ابن قدامة المقدسي (ت620هـ). القاهرة: مكتبة القاهرة. عام 1388هـ - 1968م (د. ط).
36. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت977هـ). بيروت: دار الكتب العلمية. ط الأولى، 1415هـ/ 1994م .
37. المقاييس في اللغة. أحمد بن فارس بن زكريا، أبو الحسين (ت395هـ). تحقيق: شهاب الدين أبو عمرو. بيروت: دار الفكر. ط الأولى، 1415هـ/ 1994م.
38. منح الجليل شرح مختصر خليل. محمد بن أحمد، ابن عليش (ت 1299هـ). بيروت: دار الفكر. عام 1409هـ/1989م (د. ط)
39. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. محمد بن محمد المغربي، ابن الحطاب (ت954هـ). بيروت: دار الفكر. ط الثالثة، 1412هـ/ 1992م.
40. نظام التحكيم (السعودي) . الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/34) وتاريخ 24/5/1433ه. الرياض: هيئة الخبراء بمجلس الوزراء. ط الأولى، 1434هـ.
41. نظام القضاء في الشريعة. د. عبد الكريم زيدان. بيروت: مؤسسة الرسالة، مكتبة البشائر. الطبعة الثامنة، 1409هـ/ 1989هـ.

\*        \*        \*

1. () المقاييس في اللغة، مادة «حكم»، ص 277. [↑](#footnote-ref-1)
2. () المصباح المنير، مادة «حكم»، 1/145. [↑](#footnote-ref-2)
3. () البحر الرائق، 7/24؛ حاشية ابن عابدين (رد المحتار)، 5/427؛ وانظر: مجلة الأحكام العدلية، مادة 1790. فقد عرفوا التحكيم بأنه: «اتخاذ الخصمين برضاهما حاكما يفصل خصومتهما ودعواهما». [↑](#footnote-ref-3)
4. () الشرح الصغير للدردير، 4/186. [↑](#footnote-ref-4)
5. () الشرح الصغير للدردير، 4/ 198. [↑](#footnote-ref-5)
6. () ما بين معقوفين بتصرف من الباحث، بينما جاء في تعبير الماوردي :«وإذا حكّم...»، وهذا التعبير أقرب ما يكون إلى تصوير التحكيم منه إلى التعريف. ويحصل المقصود بالاستعاضة عن ذلك بما بين معقوفين في الصلب. وتم الاضطرار إلى هذا التصرف بناء على عدم الوقوف على تعريف صريح للتحكيم عند الشافعية؛ لا بالحد الحقيقي، ولا بالحد الرسمي. [↑](#footnote-ref-6)
7. () الحاوي الكبير، 16/325؛ وانظر: أدب القاضي للماوردي أيضا، 2/379. [↑](#footnote-ref-7)
8. () يحسن التنبيه على أن عبارة الماوردي الأصلية لا ترد عليها هذه الاعتراضات؛ لأنه لم يرد بها التعريف بالحد المنطقي، وإنما مراده إيضاح صورة التحكيم وتقريبها للذهن فحسب. [↑](#footnote-ref-8)
9. () ما بين معقوفين بتصرف من الباحث، بينما جاء في تعبير البهوتي : «وإن تحاكم... »، وهذا التعبير أقرب ما يكون إلى تصوير التحكيم منه إلى التعريف. ويحصل المقصود بالاستعاضة عن ذلك بما بين معقوفين في الصلب. وتم الاضطرار إلى هذا التصرف بناء على عدم الوقوف على تعريف صريح للتحكيم عند الحنابلة؛ لا بالحد الحقيقي، ولا بالحد الرسمي. [↑](#footnote-ref-9)
10. () كشاف القناع، 15/62. [↑](#footnote-ref-10)
11. () الفتاوى الهندية، 3/397؛ وانظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني، 8/ 117. [↑](#footnote-ref-11)
12. () البناية، 9/58. [↑](#footnote-ref-12)
13. () انظر: البناية، 9/58؛ البحر الرائق، 7/24؛ حاشية ابن عابدين (رد المحتار)، 5/428. [↑](#footnote-ref-13)
14. () انظر: البحر الرائق، 5/ 283، 7/24. [↑](#footnote-ref-14)
15. () انظر: مغني المحتاج، 6/268؛ البحر الرائق، 7/24؛ الشرح الصغير للدردير، 4/198؛ منح الجليل شرح مختصر خليل، 8/284؛ كشاف القناع، 15/30. [↑](#footnote-ref-15)
16. () انظر: بدائع الصنائع، 7/3؛ المغني 10/ 94؛ الذخيرة للقرافي، 10/34؛ تبصرة الحكام، 1/43؛ مواهب الجليل للحطاب، 6/112؛ البحر الرائق، 7/24؛ مغني المحتاج، 6/ 267؛ كشاف القناع،15/62؛ منح الجليل شرح مختصر خليل، 8/284. [↑](#footnote-ref-16)
17. () هنا يرد تساؤل مهم؛ وهو ما الحكم إذا كان المحكَّم غير مسلم؟

    مضمون هذا السؤال كتبت فيه عدة بحوث علمية، يمكن الرجوع إليها؛ منها:

    1. اشتراط التحكيم أو التحاكم إلى قانون وضعي في عقود المؤسسات المالية الإسلامية، لـِ أ.د. عجيل النشمي، مقدم للدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي التابع للرابطة والمنعقد في مكة المكرمة في 19-23 محرم 1432هـ.

    2. حكم شرط الإسلام في المحكم في المنازعات التحكيمية لـِ د. خالد الخضير، منشور في مجلة (القضائية) العدد الرابع، رجب 1433هـ. [↑](#footnote-ref-17)
18. () انظر: مغني المحتاج، 6/269. [↑](#footnote-ref-18)
19. () أنوار البروق في أنواء الفروق للقرافي، 4/43؛ وانظر لفظا قريبا من هذا النص إلى: نظام القضاء في الشريعة لـ د. عبد الكريم زيدان، ص271، فقرة 418؛ وانظر في نقض قضاء القاضي إذا حكم على عدوه إلى الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه، 4/154. [↑](#footnote-ref-19)
20. () انظر: المغني، 10/95؛ تبصرة الحكام؛ 1/62؛ مغني المحتاج، 6/268؛ الشرح الصغير للدردير، 4/ 198؛ الفتاوى الهندية، 3/397. [↑](#footnote-ref-20)
21. () أحكام القرآن، 2/125. [↑](#footnote-ref-21)
22. () نقله عنه صاحب منح الجليل شرح مختصر خليل، 8/284. [↑](#footnote-ref-22)
23. () الفتاوى الهندية، 3/397. [↑](#footnote-ref-23)
24. () أخرجه الترمذي (واللفظ له)، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن النبي صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، 3/626، ح1352؛ وابن ماجه، كتاب الأحكام، باب الصلح، 2/337، ح2353؛ والطبراني، 17/22؛ والحاكم، كتاب البيوع، 2/57، ح2309. جميعهم عن عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِو بْنِ عَوْفٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ.

    ومما قاله أهل العلم في هذا الحديث:

    قال الترمذي: «هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ».

    وقال الحافظ في تغليق التعليق -3/281-: «وَأما حَدِيث الْمُسلمُونَ عِنْد شروطهم فَروِيَ من حَدِيث أبي هُرَيْرَة وَعَمْرو بن عَوْف وَأنس بن مَالك وَرَافِع بن خديج وَعبد الله بن عمر وَغَيرهم وَكلهَا فِيهَا مقَال لَكِن حَدِيث أبي هُرَيْرَة أمثلها».

    وقال الألباني في الإرواء -5/142، ح1303-: «صحيح».

    وله شواهد مِنْ حَدِيثِ عائشة , وأنس بن مالك , وعمرو بن عوف , ورافع بن خديج , وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم. [↑](#footnote-ref-24)
25. () قانون التحكيم المصري، رقم (27) لسنة 1994م، مادة 10/1. [↑](#footnote-ref-25)
26. () القانون رقم 05-08 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، الصادر بتاريخ 6 ديسمبر 2007 في الجريدة الرسمية، عدد 5584، الصفحة 3895 ، الفصل 306. [↑](#footnote-ref-26)
27. () المصدر السابق، الفصل 307. [↑](#footnote-ref-27)
28. () القانون الفرنسي للمرافعات المدنية الجديد (مرسوم 14/5/1980)، المادة 1447. [↑](#footnote-ref-28)
29. () القانون الفرنسي للمرافعات المدنية الجديد (مرسوم 14/5/1980)، المادة 1442. [↑](#footnote-ref-29)
30. () القانون النموذجي للتحكيم الصادر من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (يونسيترال)، في دورتها رقم 39، لعام 2006م، (م. 7/1). [↑](#footnote-ref-30)
31. () المدخل الفقهي العام، 1/619، فقرة 46/19. [↑](#footnote-ref-31)
32. () عقد التحكيم لـ أ. د. قحطان الدوري، ص21؛ وانظر: التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية لقدري محمد، ص21. [↑](#footnote-ref-32)
33. () نظام التحكيم (السعودي)، ص7. [↑](#footnote-ref-33)
34. () عقد التحكيم لـ أ. د. قحطان الدوري، ص22. [↑](#footnote-ref-34)
35. () القانون رقم 05-08 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، الصادر بتاريخ 6 ديسمبر 2007 في الجريدة الرسمية، عدد 5584، الصفحة 3895، الفصل 306. [↑](#footnote-ref-35)
36. () القانون الفرنسي للمرافعات المدنية الجديد (مرسوم 14/5/1980)، المادة 1442. [↑](#footnote-ref-36)
37. () المصدر السابق، الفصل 307. [↑](#footnote-ref-37)