

أ.د. خالد بن عبد العزيز بن سليمان آل سليمان

مفهوم التحكيم عند الفقهاء والقانونيين

أ.د. خالد بن عبد العزيز بن سليمان آل سليمان (*)

المقدمة:

الحمد لله الذي نور بالعلم قلوب المؤمنين، وفقّه من أحبّ 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 نزاعاً 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 شرح 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 البحث أهداف؛ أهمها:

١. أن يشعر القارئ بمزيد من الثقة والطمأنينة تجاه الأحكام الشرعية؛ إذ ما من طريق عادل لحل النزاعات، وفض الخصومات إلا والشرعية الإسلامية سباقاً إليه.

(*) أستاذ أصول الفقه قسم الدراسات الإسلامية والعربية - كلية الدراسات العامة - جامعة الملك فهد للبترول والمعادن.

مفهوم التحكيم

٢. أن يكون عنده تصورٌ لحقيقة التحكيم عند الفقهاء وعند القانونيين.
٣. أن يكون قادراً على التفرقة بين مصطلح التحكيم ومصطلح القضاء.
٤. أن تكون قادراً 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 ومحتجزاته.

المطلب الرابع: الفرق بين التحكيم والقضاء.

المطلب الخامس: أركان التحكيم وشروطه.

* المبحث الثاني: حقيقة التحكيم عند شرح 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 وشرح

القانون. وفيه مطلبان:

أ.د. خالد بن عبد العزيز بن سليمان آل سليمان

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. ثم قائمة المصادر والمراجع.

وقد تم توخي المنهج العلمي الآتي:

أولاً: 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.

ثانياً: منهج صياغة البحث وإجراءاته:

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

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

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

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

مفهوم التحكيم

٥- فيما يتعلق بالنقول: عزوت نصوص العلماء وآراءهم 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 مسبقاً 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 أحمده الله تعالى وأشكره كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه على أن يسر لي إتمام هذا البحث، والشكر موصول لكل من أسدى إليّ معروفاً، 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 حَكَمَ، يقال: حَكَمَ يُحَكِّمُ تحكيماً، وطالبُ التحكيم: مُحَكِّمٌ، والمطلوب منه التحكيم: مُحَكَّمٌ. والمادة الأصلية: (حَكَمَ)، وهي بجميع مشتقاتها ترجع إلى أصل واحد وهو المنع؛ قال ابن فارس (ت ٣٩٥هـ): «الْحَاءُ وَالْكَافُ وَالْمِيمُ أَصْلٌ وَاحِدٌ، وَهُوَ الْمَنْعُ. وَأَوَّلُ ذَلِكَ الْحُكْمُ، وَهُوَ الْمَنْعُ مِنَ الظُّلْمِ،... تقول: ... حَكَمَ فُلَانٌ فِي كَذَا، إِذَا جُعِلَ أَمْرُهُ إِلَيْهِ»^(١).

وقال الفيومي (ت ٧٧٠هـ): «الْحُكْمُ الْقَضَاءُ، وَأَصْلُهُ الْمَنْعُ، يُقَالُ: حَكَمْتُ عَلَيْهِ بِكَذَا؛ إِذَا مَنَعْتَهُ مِنْ خِلَافِهِ، فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْخُرُوجِ مِنْ ذَلِكَ. وَحَكَمْتُ بَيْنَ الْقَوْمِ؛ فَصَلْتُ بَيْنَهُمْ، فَأَنَا حَاكِمٌ وَحَكَمٌ بِفَتْحَيْنِ... وَحَكَمْتُ الرَّجُلَ (بالتشديد)؛ فَوَضْتُ الْحُكْمَ إِلَيْهِ»^(٢).

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

(١) المقاييس في اللغة، مادة «حكم»، ص ٢٧٧. بتصريف

(٢) المصباح المنير، مادة «حكم»، ١/١٤٥. بتصريف

مفهوم التحكيم

المطلب الثاني: تعريف التحكيم في الاصطلاح الفقهي:

أولاً: تعريف التحكيم عند علماء الحنفية:

عرفه ابن نجيم (ت ٩٧٠هـ)؛ بقوله: «هو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما»^(١).

ويمكن أن يعترض على هذا التعريف باعتراضين:

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

الاعتراض الثاني: أنه غير مانع؛ لأن الحاكم قد لا يكون مؤهلاً، وإذا كان مؤهلاً قد لا يكون موضوع التحكيم قابلاً للنظر غير القاضي الشرعي، وإذا كان الموضوع قابلاً للنظر قد لا يقبل الحكم التحكيم أصلاً. فهذه الصور كلها يتناولها التعريف، على الرغم من كونها غير داخلية في المعرف، مما يجعل التعريف غير مانع.

ثانياً: تعريف التحكيم عند علماء المالكية:

عرف الدردير (ت ١٢٠١هـ) القضاء والتحكيم معا فقال: «وفي الشرع: هو حكم حاكم أو محكم بأمر ثبت عنده؛ كدين، وحبس، وقتل،... ليرتّب على ما ثبت عنده مقتضاه أو حكمه بذلك المقتضى»^(٢).

(١) البحر الرائق، ٢٤/٧؛ حاشية ابن عابدين (رد المحتار)، ٤٢٧/٥؛ وانظر: مجلة الأحكام

العدلية، مادة ١٧٩٠. فقد عرفوا التحكيم بأنه: «اتخاذ الخصمين برضاها حاكماً يفصل

خصومتها ودعواهما».

(٢) الشرح الصغير للدردير، ١٨٦/٤.

أ.د. خالد بن عبد العزيز بن سليمان آل سليمان

ثم خص الحَكَمَ بذكر صفاته، ومجال تحكيمه، فقال: «وجاز تحكيمُ عدلٍ، غيرِ خصمٍ وجاهلٍ، في مالٍ وجرحٍ، إلا حدًّا، وقتلٍ، ولعانٍ، وولاءٍ، ونسبٍ، وطلاقٍ، وفسخٍ، وعتقٍ، ورُشدٍ، وسفهٍ، وأمرٍ غائبٍ، وحبسٍ، وعقدٍ (مما يتعلق بصحته وفساده)»^(١).

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

ويمكن أن يعترض عليه بأربعة اعتراضات:

الاعتراض الأول: أنه يرد عليه الاعتراض الأول الوارد على تعريف ابن نجيم الحنفي (ت ٩٧٠هـ)؛ وهو أنه يؤدي إلى الدور؛ لأن (التحكيم) و(المحكم) مشتركان في أصل الاشتقاق.

الاعتراض الثاني: أنه غير مانع؛ لأنه يشمل ما لو كان الحُكْمُ صدرَ 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 فصل في التحكيم عاد ليخرج هذه الصور.

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

(١) الشرح الصغير للدريير، ٤ / ١٩٨. بتصرف

مفهوم التحكيم

ثالثاً: تعريف التحكيم عند علماء الشافعية:

عبر عنه الماوردي (ت ٤٥٠هـ) بأنه: «[أن يحكّم]»^(١).. خصمان رجلاً من الرعية؛ ليقضي بينهما فيما تنازعا»^(٢).

ويمكن أن يعترض على هذا التعبير^(٣) بثلاثة اعتراضات:

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

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

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

(١) ما بين معقوفين بتصريف 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 التصريف بناء على عدم الوقوف على تعريف صريح للتحكيم عند الشافعية؛ لا بالحد الحقيقي، ولا بالحد الرسمي.

(٢) الحاوي الكبير، ٣٢٥/١٦؛ وانظر: أدب القاضي للماوردي أيضاً، ٣٧٩/٢. بتصريف

(٣) يحسن التنبية 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.

أ.د. خالد بن عبد العزيز بن سليمان آل سليمان

رابعاً: تعريف التحكيم عند علماء الحنابلة:

عبر عنه البهوتي (ت ١٠٥١هـ) بأنه: «[أن يَأْتِي] تحاكم^(١) شخصان إلى رجل يصلح للقضاء»^(٢).

ويمكن أن يعترض على هذا التعبير بالاعتراض الأول الوارد على التعريفات 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 وينفقان معه على التحكيم، وأيضاً ورد فيه قيد مهم، وهو أن الرجل الذي يتم التحاكم عنده يصلح للقضاء.

المطلب الثالث: التعريف الراجح للتحكيم، ومحترزاته:

أولاً: التعريف الراجح للتحكيم:

يمكن أن يقال في تعريف التحكيم:

هو عقدٌ يتولى بموجبه مؤهلاً الفصلَ بين المتنازعين، في قضايا تخصصهما، بتقويض منهما، ويكتسب ما ينتج عن هذا العقد صفةً القطعيةً بتصديق القضاء الشرعي عليه.

ثانياً: 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؛

(١) ما بين معقوفين بتصريف 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.

(٢) كشف القناع، ١٥/٦٢.

مفهوم التحكيم

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 ملزماً لطرفي العقد؛ فلا حاجة للتصريح بالإلزام في صيغة التعريف.

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

مؤهل: هذا فصل ثانٍ يبين أهم صفة في الحكم، وهي أنه مؤهل للولاية، سواء أكان شخصاً واحداً 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 موافقاً للشرع، ومن لا يكون أهلاً لإصدار الحكم القضائي لا ثقة بكون حكمه موافقاً للشرع. ويسمى هذا العاقد الذي أُعطي الولاية: (الحكم)، و(المحكم).

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 تخصصهما: وهذا فصل رابع، يحدد ضابط القضايا القابلة للتحكيم، وهي الحقوق المحضة للمحكّمين؛ لأن الحق لا يعدّ ضابطاً حينئذ. وخرج بذلك ما لو تعلقت بالقضية حقوق أخزٍ لغير المحكّمين، فلا يملك الاستقلال باختيار المحكمّ 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 طرفاً النزاع. وكونه يحصل بتفويض من طرفي النزاع يدل على أهمية التوافق

أ.د. خالد بن عبد العزيز بن سليمان آل سليمان

والتراضي بينهما على المحكّم. 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 رضا الآخر. وأيضا يخرج بذلك حكم القاضي؛ لأن ولايته صادرة من ولي الأمر وليس من المتنازعين. ولا يرد على ذلك ما لو كان تحديد الحكّم من قبل القاضي؛ لأن تدخل القضاء لا يكون إلا عند عدم توافقهما على الاختيار؛ وهذا بمثابة التفويض منهما للقاضي، فيكون مؤداه أن تحديده برضاها واختيارهما.

ويكتسب ما ينتج عن هذا العقد صفة 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 المحكّم) إلى القطعية والنفاذ الملزم قضاء إلا بتصديق من الولاية العامة، المتمثلة في القضاء الشرعي، بحيث يكون ذلك وفقا للطريقة التي حددها ولي الأمر، وغالبا ما تكون الطريقة منصوصا عليها في نظام تحكيم 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 عقداً تراضت الأطراف عليه ابتداء، فلزمهم ما ينتج عنه، شأنه شأن العقود الأخرى.

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 الحُكْم الصادر من القاضي ومن المحكّم حكمٌ ملزمٌ، بخلاف الصلح والإفتاء والوساطة، فليس فيها إلزام؛ لهذا سيتم

مفهوم التحكيم

الاقتنصار على أوثق الألفاظ صلة بالتحكيم، وهو القضاء على النحو الآتي:

أولاً: أوجه الشبه بين التحكيم والقضاء:

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

بين التحكيم والقضاء:

١. أنهما يتكونان من ثلاثة أطراف، الخصمان وطرف ثالث محايد وهو القاضي أو الحكم.

٢. أن مهمة القاضي والحكم الفصل في النزاع بين الخصمين.

٣. أن تولي مهمة الفصل بين المتنازعين ناتجة من طرف آخر، سواء أكان ولي الأمر كما في القضاء، أم المتنازعين كما في التحكيم.

٤. أن قرار القاضي والحكم ملزم للمتنازعين.

٥. أن ما يصدر منهما لا يمثل رأيهما الشخصي، وإنما يمثل ما يعتقدان أنه حكم الله تعالى في الفصل بين المتنازعين.

ثانياً: 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:

١. 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 الحكم ولاية التحكيم، ولهما تقيدهما بما

يتراضيان عليه، ولكن ليس لهما حق تعديّة سلطته إلى غيرهما.

أ.د. خالد بن عبد العزيز بن سليمان آل سليمان

٢. «حُكْمُ الْحَكْمِ إِنَّمَا يَنْفِذُ فِي حَقِّ الْخَصْمِينَ، وَمَنْ رَضِيَ بِحُكْمِهِ، وَلَا يَتَعَدَّى إِلَى مَنْ لَمْ يَرْضَ بِحُكْمِهِ، بِخِلَافِ الْقَاضِي الْمَوْلَى»^(١).
٣. «يَجُوزُ حُكْمُ الْقَاضِي؛ رَضِيَ الْخَصْمُ بِذَلِكَ أَمْ لَا. وَلَا يَجُوزُ حُكْمُ الْحَكْمِ إِلَّا بِرِضَا الْخَصْمِينَ»^(٢).
٤. أن القضاء هو الأصل، والتحكيم من فروعهِ^(٣).
٥. لو حصل خلاف بين أطراف التحكيم رجعوا إلى القضاء، دون العكس.
٦. لو كان نفاذُ حُكْمِ الْحَكْمِ متوقفاً على تدخل السلطات التنفيذية، فلا بد من مصادقة القضاء على الحكم، بخلاف العكس.

المطلب الرابع: أركان التحكيم وشروطه:

أولاً: أركان التحكيم:

عقد التحكيم شأنه شأن العقود الأخر له خمسة أركان؛ هي العاقدان، والعضوان، والصيغة:

الركن الأول: العاقد الأول، ويسمى: المحكّم، 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: المحكّم، وأيضا الحَكَم. وهو من طُلب منه التحكيم. وقد يكون فرداً 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.

(١) الفتاوى الهندية، ٣/٣٩٧؛ وانظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ٨/١١٧.

(٢) البناية، ٩/٥٨.

(٣) انظر: البناية، ٩/٥٨؛ البحر الرائق، ٧/٢٤؛ حاشية ابن عابدين (رد المحتار)، ٥/٤٢٨.

مفهوم 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 رضا أطراف العقد، وهم: المحكَّمان المتنازعان من جهة، والحَكَم الذي سيفصل في النزاع بينهما من جهة أخرى.

والصيغة أهم أركان أي عقد؛ لأنه بوجودها تحصل الأركان الأخرى تبعاً؛ وبدونها لا أثر للأركان الأخرى؛ لهذا عدها علماء الحنفية الركن الوحيد لعقد التحكيم ولأي عقد آخر^(١).

ثانياً: شروط التحكيم:

لقد أدرك فقهاؤنا الأوائل أهمية ضبط التحكيم، فأعطوا الشروط جل اهتمامهم من بين بقية أحكام التحكيم الأخرى؛ لأن لجوء المختلفين إلى التحكيم يحصل في الغالب عندما يكونان متفاهمين بشكل كبير، ويرغبان في تضييق دائرة الخلاف بينهما قدر الاستطاعة، وأيضاً 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 استنفدوا فرصاً كثيرة للحل، مما يجعل التحكيم بلا جدوى وإنما عبء إضافي فحسب.

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

(١) انظر: البحر الرائق، ٥/ ٢٨٣، ٧/ ٢٤.

أ.د. خالد بن عبد العزيز بن سليمان آل سليمان

الشرط الأول: أن تتحقق شروط العقد، ومن بينها: أن يكون المحكّم والمحكّم أهلاً للتعاقد؛ لأن التحكيم عقد، ولا يصح التعاقد إلا من جاز التصرف^(١).

الشرط الثاني: أن يكون الحكّم أهلاً للتحكيم. وهذا الشرط بهذه الصيغة محل وفاق بين الفقهاء^(٢)، لكن متى يكون الحكّم أهلاً للتحكيم؟ هذا محل خلاف لدى الفقهاء.

والذي يظهر - والله أعلم - أنه لا بد أن يكون الحكّم أهلاً للاجتهاد والقضاء، أو يرجع إلى أهل الاجتهاد قبل إصداره للحكم؛ لأن ما يصدره حكّم شرعي، يحصل به إرجاع الحقوق إلى أصحابها، فتعين أن يكون موافقا للشرع. فالمحكّم أقرب إلى القاضي منه إلى المصلح؛ لأن الخصمان عندما يلجآن إلى المحكّم ليس باعتبارهما مستعدين 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 المحكّم أهلاً للاجتهاد، أو على أقل تقدير يرجع إليهم قبل إصدار الحكم^(٣).

(١) انظر: مغني المحتاج، ٢٦٨/٦؛ البحر الرائق، ٢٤/٧؛ الشرح الصغير للدردير، ١٩٨/٤؛ منح الجليل شرح مختصر خليل، ٢٨٤/٨؛ كشاف القناع، ٣٠/١٥.

(٢) انظر: بدائع الصنائع، ٣/٧؛ المغني، ٩٤/١٠؛ الذخيرة للقرافي، ٣٤/١٠؛ تبصرة الحكام، ٤٣/١؛ مواهب الجليل للحطاب، ١١٢/٦؛ البحر الرائق، ٢٤/٧؛ مغني المحتاج، ٦/٢٦٧؛ كشاف القناع، ٦٢/١٥؛ منح الجليل شرح مختصر خليل، ٢٨٤/٨.

(٣) هنا يرد تساؤل مهم؛ وهو ما الحكم إذا كان المحكّم غير مسلم؟

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

* اشتراط التحكيم أو التحاكم إلى قانون وضعي في عقود المؤسسات المالية الإسلامية، أ.د. عجيل النشمي، مقدم للدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي التابع للرابطة والمنعقد في مكة المكرمة في ١٩-٢٣ محرم ١٤٣٢هـ.

* حكم شرط الإسلام في المحكم في المنازعات التحكيمية، د. خالد الخضير، منشور في مجلة (القضائية) العدد الرابع، رجب ١٤٣٣هـ.

مفهوم التحكيم

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

١. قوله تعالى: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ [النساء: ٦٥].

فالآية صريحة بأن التحاكم 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.

٢. قوله تعالى: ﴿ أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا أُنزِلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنزِلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا ﴾ [النساء: ٦٠].

فالآية وصفت من يريد الإعراض عن شرع الله إلى غير شرع الله، بأنه يتحاكم إلى الطاغوت، ومن يفضل 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 للحكم بشرع الله تعالى، على الرغم من قدرته التحاكم إلى شرع الله تعالى.

٣. قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ [النساء: ٣٥].

أ.د. خالد بن عبد العزيز بن سليمان آل سليمان

ويلحظ في هذه الآية أنها تختلف عن الآيتين السابقتين في كونها تتعلق بالصلح، وليس الفصل في الخصومات؛ حيث جاء فيها ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾؛ فقد أجازت تحكيم حكيمين، أحدهما يمثل الزوج، والثاني يمثل الزوجة، وقد أتى لفظ الحَكَم مطلقاً 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: ألا يكون الحَكَم متهمًا بمحاباة أحد الخصمين، أو معاداته^(١). وهذا محل إجماع، قال القرافي (ت ٦٨٤هـ): «التهمة تقح في التصرفات إجماعاً من حيث الجملة»^(٢)؛ لهذا على المحكّم أن يتتحي من تلقاء نفسه إذا لم يجد نفسه محايداً؛ وأيضاً يجوز لمن يظن أنه سيتضرر من حكمه المطالبة برده؛ وفقاً لإجراءات رد القاضي.

الشرط الرابع: أن يكون محل التحكيم قابلاً للتحكيم.

وهذا الشرط بهذه الصيغة - أيضاً - محل وفاق بين الفقهاء^(٣)، 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 يعيننا وضع ضابط للمسائل القابلة للتحكيم:

(١) انظر: مغني المحتاج، ٢٦٩/٦.

(٢) أنوار البروق في أنواء الفروق للقرافي، ٤/٤٣؛ وانظر لفظاً قريباً من هذا النص إلى: نظام القضاء في الشريعة د. عبد الكريم زيدان، ص ٢٧١، فقرة ٤١٨؛ وانظر في نقض قضاء القاضي إذا حكم على عدوه إلى الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه، ٤/١٥٤.

(٣) انظر: المغني، ١٠/٩٥؛ تبصرة الحكام؛ ١/٦٢؛ مغني المحتاج، ٦/٢٦٨؛ الشرح الصغير للرددير، ٤/١٩٨؛ الفتاوى الهندية، ٣/٣٩٧.

مفهوم التحكيم

الذي يظهر - والله أعلم - أنه (لا بد أن يكون محل التحكيم حقًا خاصًا 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 العربي (ت ٥٤٣هـ): «إن كل حق اختص به الخصمان جاز التَّحْكِيمَ فيه، ونفذ تحكيم المحكَّم فيه»^(١).

وقال ابن عرفة (ت ٨٠٣هـ): «ظاهر الروايات أنه إنما يجوز التحكيم فيما يصح لأحدهما ترك حقه فيه»^(٢).

وقال واضعو الفتاوى الهندية: «يجوز التَّحْكِيمَ في كل ما يملك المحكَّمان فعله في أنفسهما في حقوق الجار»^(٣).

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 جَبَائِرٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، إِلَّا صِدْلًا حَرَمَ حَلَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا، وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرْطًا حَرَمَ حَلَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا))^(٤).

(١) أحكام القرآن، ١٢٥/٢.

(٢) نقله عنه صاحب منح الجليل شرح مختصر خليل، ٢٨٤/٨.

(٣) الفتاوى الهندية، ٣٩٧/٣.

(٤) أخرجه الترمذي (واللفظ له)، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن النبي صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، ٦٢٦/٣، ح ١٣٥٢؛ وابن ماجه، كتاب الأحكام، باب الصلح، ٣٣٧/٢، ح ٢٣٥٣؛ والطبراني، ٢٢/١٧؛ والحاكم، كتاب البيوع، ٥٧/٢، ح ٢٣٠٩. جميعهم عن عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ عَوْفٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ. ومما قاله أهل العلم في هذا الحديث: =

المبحث الثاني

حقيقة التحكيم عند شرح القانون

المطلب الأول: تعريف التحكيم لدى بعض القوانين الإقليمية والدولية:

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

- عرف قانون التحكيم المصري (اتفاق التحكيم) بأنه: «اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كلِّ أو بعض المنازعات التي نشأت، أو يمكن أن تنشأ بينهما، بمناسبة علاقة قانونية معينة؛ عقدية كانت أو غير عقدية»^(١).
- أما القانون المغربي فقد ذكر تعريفاً للتحكيم، ثم أعقبه بتعريف لاتفاق التحكيم؛ حيث جاء في أحد فصوله (مواده): «التحكيم: حل نزاعٍ من لدن هيئةٍ تحكيمية، تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم»^(٢).

=*قال الترمذي: «هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ».

*وقال الحافظ في تعليق التعليق -٢٨١/٣: «وَأَمَّا حَدِيثُ الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ فَرَوِيَّ مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ وَعَمْرُو بْنُ عَوْفٍ وَأَنْسُ بْنُ مَالِكٍ وَرَافِعُ بْنُ خَدِيجٍ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرِو وَغَيْرِهِمْ وَكُلُّهَا فِيهَا مَقَالٌ لَكِنْ حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ أَمْثَلُهَا».

*وقال الألباني في الإرواء -١٤٢/٥، ح ١٣٠٣: «صحيح».

وله شواهد من حديث عائشة، وأنس بن مالك، وعمرو بن عوف، ورافع بن خديج، وعبد الله ابن عمر -رضي الله عنهم.

(١) قانون التحكيم المصري، رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م، مادة ١/١٠.

(٢) القانون رقم ٠٨-٠٥ القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، الصادر بتاريخ ٦ ديسمبر ٢٠٠٧ في الجريدة الرسمية، عدد ٥٥٨٤، الصفحة ٣٨٩٥، الفصل ٣٠٦.

مفهوم التحكيم

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 نشأ، أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة؛ تعاقدية أو غير تعاقدية»^(١).

• وأما القانون الفرنسي فقد فصلَ مصطلح (اتفاقية التحكيم) عن مصطلح (شرط التحكيم)، وعرّف كلاً منهما على حدة، حيث جاء في إحدى مواده: «اتفاقية التحكيم هي عقد يحيل بموجبه أطرافُ نزاعٍ ناشئٍ هذا النزاع إلى تحكيم من قبل شخصٍ أو أكثر»^(٢).

وجاء في مادة أخرى (قبلها): «شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يتعهد بموجبه المتعاقدون على إحالة النزاعات التي قد تنشأ عن العقد إلى التحكيم»^(٣).

• كما عرّفت لجنةُ في الأمم المتحدة (يونسيترال) اتفاقَ التحكيم بأنه: «اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا 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»^(٤).

(١) المصدر السابق، الفصل ٣٠٧.

(٢) القانون الفرنسي للمرافعات المدنية الجديد (مرسوم ١٤/٥/١٩٨٠)، المادة ١٤٤٧.

(٣) القانون الفرنسي للمرافعات المدنية الجديد (مرسوم ١٤/٥/١٩٨٠)، المادة ١٤٤٢.

(٤) القانون النموذجي للتحكيم الصادر من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (يونسيترال)، في دورتها رقم ٣٩، لعام ٢٠٠٦م، (م. ١/٧).

أ.د. خالد بن عبد العزيز بن سليمان آل سليمان

المطلب الثاني: تعريف التحكيم لدى الباحثين القانونيين:

عرف الأستاذ مصطفى الزرقا التحكيم بأنه: «عقد بين طرفين متنازعين، يجعلان فيه برضاها شخصاً آخر حكماً بينهما لفصل خصوماتهما بدلاً من القاضي»^(١).

كما ذكر أ. د. قحطان الدوري تعريفاً مستخلصاً 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 محكمين؛ ليفصلوا في النزاع المذكور، بدلاً من أن يفصل فيه القضاء المختص»^(٢).

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

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

أولاً: نص التعريف:

«اتفاق بين طرفين أو أكثر على أن يحيلوا 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 شرط تحكيم وارد في عقد، أم في صورة مشاركة تحكيم مستقلة»^(٣).

(١) المدخل الفقهي العام، ٦١٩/١، فقرة ١٩/٤٦.

(٢) عقد التحكيم، أ. د. قحطان الدوري، ص ٢١؛ وانظر: التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية لقدري محمد، ص ٢١.

(٣) نظام التحكيم (السعودي)، ص ٧.

مفهوم التحكيم

ثانياً: توضيح التعريف:

يلحظ أنه جاء في نهاية التعريف مصطلحان مهمان، يحتاجان إلى توضيح، هما شرط التحكيم، ومشاركة 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 مشاركة التحكيم. بيد أن هذه الأسماء ليست محل وفاق لدى القوانين المعاصرة؛ قال أ. د. قحطان الدوري: «وسموا الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بعد نشوئه: مشاركة التحكيم. وسموا الاتفاق (مقدماً وقبل قيام النزاع) على عرض المنازعات التي قد تنشأ في المستقبل، خاصة بتنفيذ عقد معين على محكّمين: شرط التحكيم.

ويسمى القانون اللبناني شرط التحكيم: (الفقرة الحكمية)، بينما يسمى (مشاركة التحكيم): (العقد التحكيمي).

ويسميه القانون المصري الجديد: (وثيقة التحكيم)

بينما يسميه المجمع اللغوي المصري: (اتفاق التحكيم)»^(١).

ثالثاً: الاعتراضات التي يمكن أن ترد على التعريف:

يمكن أن يعترض على هذا التعريف بثلاثة اعتراضات:

الاعتراض الأول: أن فيه تطويلاً؛ 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 يوحى بالتردد، وعدم الجزم، والذي يظهر أن الغرض منها هنا لا يعدو أن يكون

(١) عقد التحكيم، أ. د. قحطان الدوري، ص ٢٢.

أ.د. خالد بن عبد العزيز بن سليمان آل سليمان

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 المعرف، 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 المعرف 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 لجميع ما يدخل تحته، دون الدخول في التفصيلات؛ لأن التعريف لبيان ماهية المعرف بشكل عام، بينما التفاصيل حقها أن تفرد لها عناوين قسيمة للتعريف، كأركان المعرف، وأنواعه، والشروط والثمار... إلخ. وإذا كان لبعض هذه التفصيلات مصطلح يخصها فحري أن تفرد بتعريف مستقل عن تعريف التحكيم. وبناء على هذا فلدينا ثلاثة 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 نزاع من لدن هيئة تحكيمية، تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم»^(١).

(١) القانون رقم ٠٥-٠٨ القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، الصادر بتاريخ ٦ ديسمبر ٢٠٠٧ في الجريدة الرسمية، عدد ٥٥٨٤، الصفحة ٣٨٩٥، الفصل ٣٠٦.

مفهوم التحكيم

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 بموجبه مؤهلاً الفصلَ بين المتنازعين، في قضايا تخصصها، بتفويض منهما، ويكتسب ما ينتج عن هذا العقد صفةً القطعية بتصديق القضاء الشرعي عليه).

المصطلح الثاني: شرط التحكيم (أو الفقرة الحكيمة):

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»^(١).

المصطلح الثالث: مشاركة 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 نشأ، أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة؛ تعاقدية أو غير تعاقدية»^(٢).

**

(١) القانون الفرنسي للمرافعات المدنية الجديدة (مرسوم ١٩٨٠/٥/١٤)، المادة ١٤٤٢.

(٢) المصدر السابق، الفصل ٣٠٧.

المبحث الثالث

المقارنة بين حقيقتي التحكيم

عند فقهاء الشريعة وشرح 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:

١. أن التحكيم عندهما: اتفاق بين المتنازعين على اختيار جهة تحكيمية غير القضاء الرسمي.
٢. أنه مبني على التعاقد بين ثلاثة أطراف، هي المتنازعان والحكم، وهذا التعاقد يستدعي التراضي بينهم.
٣. يشترط في كل طرف من الأطراف الثلاثة أهلية التصرف.
٤. يشترط أن يكون الحكم أهلاً للتحكيم، ومحايداً؛ بحيث لا تكون له مصلحة تستدعي الميل لأحد الطرفين.
٥. أن المعقود عليه هو الفصل في النزاع بين المتنازعين.
٦. أن يكون محل التحكيم قابلاً للتحكيم، أي تجوز إحالته إلى التحكيم.
٧. يجوز تفويض الحكم بالصلح على حل توافقي، ولو كان ذلك يقتضي تنازل أحد الأطراف عن بعض حقه الذي كفله له الشرع (أو القانون).
٨. أن الحكم الصادر من الحكم ملزم للمتنازعين.
٩. أن هذا الحكم لا بد أن يكون مسيئاً.
١٠. أن القضاء الرسمي سلطة أعلى من التحكيم، فإذا كان تنفيذه يستدعي تدخل الجهات التنفيذية في البلد، أو نشأ نزاع بين الحكم والمتحاكمين عنده فالمرجع في ذلك هو القضاء الرسمي.

مفهوم التحكيم

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

١. تتركز حقيقة التحكيم عند الفقهاء على كونه عقد ولاية مؤقتًا يولي فيه المتنازعان طرفًا ثالثًا ليفصل بينهم في النزاع المتحقق. بينما تتركز حقيقته عند القانونيين على كونه اتفاق المتعاقدين على تحديد الجهة التي يتحاكمون إليها في النزاع المتحقق أو الذي قد يتحقق في المستقبل.
٢. لا يشترط عند الفقهاء كتابة عقد التحكيم، إلا إذا رأى ولي الأمر المصلحة في ذلك. بينما تشترط الكتابة عند شرح القانون.
٣. يركز الفقهاء على أحكام التحكيم في الشقاق الذي يحصل بين الزوجين. وأما القانونيون فيركزون على التحكيم في القضايا التجارية ولاسيما المتعلقة بالتجارة الدولية؛ حيث يكون لحل الخلافات التي تنشأ بين الأطراف الذين هم 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.
٤. التحكيم في القانون قد يكتسب قوة السلطة القضائية وإن سمي تحكيميا، كما في بعض هيئات التحكيم الدولية المختصة التي قد لا يكون للمتنازعين سلطة في اختيارها أو تقييد صلاحياتها. وليس الأمر كذلك في الفقه الإسلامي.
٥. تفاصيل التحكيم عند الفقهاء تهتم بالجانب الموضوعي في التحكيم، أما لدى القانونيين فالاهتمام الأكبر بالجانب الإجرائي.

الخاتمة

في نهاية المطاف من المناسب بيان أهم نتائج البحث:

١. التحكيم في اللغة: التفويض في الفصل بين المتنازعين، وفي المنع من ظلم أحدهما الآخر. والمحكم هو من يصدُر منه هذا التفويض. والمحكم هو الطرف الذي يتم تفويضه بإصدار الحكم القضائي، بحيث يُجعل الأمر إليه، ويسمى أيضا (الحكم).
٢. التعريف الاصطلاحي الراجح للتحكيم: هو عقدٌ يتولى بموجبه مؤهلُ الفصل بين المتنازعين، في قضايا تخصصها، بتفويض منهما، ويكتسب ما ينتج عن هذا العقد صفةً القطعيةً بتصديق القضاء الشرعي عليه.
٣. من شروط التحكيم في الفقه: أن تتحقق شروط العقد، ومن بينها: أن يكون المحكمين وأهلًا للتعاقد.
٤. من شروط التحكيم -أيضا: أن يكون الحكم أهلًا للتحكيم، بأن يكون المحكم أهلًا للاجتهاد والقضاء، أو يرجع إلى أهل الاجتهاد قبل إصداره للحكم.
٥. من شروط التحكيم -كذلك: ألا يكون الحكم متهما بمحاباة أحد الخصمين، أو معاداته.
٦. من شروط التحكيم -أيضا: أن يكون محل التحكيم قابلا للتحكيم؛ بأن يكون محل التحكيم حقا خاصا بالمتخاصمين، بحيث لا يتعداهما إلى غيرهما.
٧. من شروط التحكيم -كذلك: الالتزام بأي شرط يرد في عقد التحكيم سواء أكان من قبل المتحاكمين، أم الحكم، ما لم يخالف الشرع.
٨. من التعريفات القانونية المناسبة للتحكيم: «التحكيم: حل نزاعٍ من لدن هيئة تحكيمية، تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم».

مفهوم التحكيم

٩. من التعريفات القانونية المناسبة لشرط التحكيم: «شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يتعهد بموجبه المتعاقدون على إحالة النزاعات التي قد تنشأ عن العقد إلى التحكيم».

١٠. من التعريفات القانونية المناسبة لمشاركة التحكيم: «اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم؛ قصد حل نزاع نشأ، أو قد ينشأ 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.

١١. من أوجه الاختلاف في حقيقة التحكيم عند الفقهاء والقانونيين:

أ. تتركز حقيقة التحكيم عند الفقهاء على كونه عقد ولاية مؤقتاً يولّي فيه المتنازعان طرفاً ثالثاً ليفصل بينهم في النزاع المتحقق. بينما تتركز حقيقته عند القانونيين على كونه اتفاق المتعاقدين على تحديد الجهة التي يتحاكمون إليها في النزاع المتحقق أو الذي قد يتحقق في المستقبل.

ب. لا يشترط عند الفقهاء كتابة عقد التحكيم، إلا إذا رأى ولي الأمر المصلحة في ذلك. بينما تشترط الكتابة عند شراح القانون.

ج. يركز الفقهاء على أحكام التحكيم في الشقاق الذي يحصل بين الزوجين. وأما القانونيون فيركزون على التحكيم في القضايا التجارية ولاسيما المتعلقة بالتجارة الدولية.

د. التحكيم في القانون قد يكتسب قوة السلطة القضائية وإن سمي تحكيمياً، كما في بعض هيئات التحكيم الدولية المختصة التي قد لا يكون للمتنازعين سلطة في اختيارها أو تقييد صلاحياتها. وليس الأمر كذلك في الفقه الإسلامي.

أ.د. خالد بن عبد العزيز بن سليمان آل سليمان

هـ. تفاصيل التحكيم عند الفقهاء تهتم بالجانب الموضوعي في التحكيم، أما 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 جميعاً، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

**

قائمة المصادر والمراجع

١. أحكام القرآن. محمد بن عبد الله، ابن العربي الإشبيلي (ت ٥٤٣هـ). تحقيق: محمد عبد القادر عطا. بيروت: دار الكتب العلمية. ط الثالثة، ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م.
٢. أدب القاضي. علي بن محمد، الشهير بالماوردي (ت ٤٥٠هـ). دار نشر الثقافة. عام ١٩٧٠م.
٣. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل. محمد ناصر الدين الألباني (ت ١٤٢٠هـ). تحقيق: زهير الشاويش. بيروت: المكتب الإسلامي. ط الثانية ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م.
٤. اشتراط التحكيم أو التحاكم إلى قانون وضعي في عقود المؤسسات المالية الإسلامية، أ.د. عجيل النشمي، مقدم للدورة العشرين لمجمع الفقه الإسلامي التابع للرابطة والمنعقد في مكة المكرمة في ١٩-٢٣ محرم ١٤٣٢هـ.
٥. أنوار البروق في أنواء الفروق (المشهور بالفروق). أحمد بن إدريس، شهاب الدين القرافي (ت ٦٨٤هـ). بيروت: عالم الكتب. (مصور عن طبعة دار إحياء الكتب العربية، عام ١٣٤٧هـ).
٦. البحر الرائق شرح كنز الدقائق. زين الدين بن إبراهيم، ابن نجيم المصري (ت ٩٧٠هـ). بيروت: دار الكتاب الإسلامي. ط الثانية. (د. ت).
٧. بدائع الصنائع. أبو بكر بن مسعود الكاساني (ت ٥٨٧هـ). بيروت: دار الكتب العلمية. ط الثانية، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م.
٨. البناية. محمود بن أحمد، بدر الدين العيني (ت ٨٥٥هـ). بيروت: دار الكتب العلمية. ط الأولى، ١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م.

أ.د. خالد بن عبد العزيز بن سليمان آل سليمان

٩. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام. إبراهيم بن علي، ابن فرحون (ت ٧٩٩هـ). القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية. ط الأولى، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م.

١٠. التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية. قذري محمد محمود. الرياض: دار الصمعي. ط الأولى، ١٤٣٠هـ/ ٢٠٠٩م.

١١. تغليق التعليق على صحيح البخاري. أحمد بن علي، الحافظ ابن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ). تحقيق: سعيد عبد الرحمن القرقي. بيروت: المكتب الإسلامي، عمان: دار عمار. ط الأولى، ١٤٠٥هـ.

١٢. رد المختار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين). محمد أمين بن عمر، ابن عابدين (ت ١٢٥٢هـ). بيروت: دار الفكر. ط الثانية، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.

١٣. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي. علي بن محمد، الشهير بالماوردي (ت ٤٥٠هـ). تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود. بيروت: دار الكتب العلمية. ط الأولى، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٩م.

١٤. حكم شرط الإسلام في المحكم في المنازعات التحكيمية. د. خالد الخضير، بحث محكم ومنشور في مجلة القضائية العدد الرابع، رجب ١٤٣٣هـ.

١٥. الذخيرة. أحمد بن إدريس، الشهير بالقرافي (ت ٦٨٤هـ). بيروت: دار الغرب الإسلامي. ط الأولى، ١٩٩٤م.

١٦. سنن ابن ماجه. محمد بن يزيد، ابن ماجه (٢٧٣هـ). تحقيق: شعيب الأرنؤوط وشركاؤه. دار الرسالة العالمية. ط الأولى، ١٤٣٠هـ/ ٢٠٠٩م.

١٧. سنن أبي داود. سليمان بن الأشعث، أبو السجستاني (ت ٢٧٥هـ). تحقيق: شعيب الأرنؤوط وشريكه. بيروت: دار الرسالة العالمية. ط الأولى، ١٤٣٠هـ/ ٢٠٠٩م.

مفهوم التحكيم

١٨. سنن الترمذي. (الجامع الكبير). محمد بن عيسى، أبو عيسى الترمذي، (ت ٢٧٩هـ). تحقيق: أحمد محمد شاكر وشريكه. القاهرة: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي. ط الثانية، ١٣٩٥هـ / ١٩٧٥م
١٩. الشرح الصغير لأقرب المسالك لمذهب الإمام مالك. أحمد بن محمد، أبو البركات الدردير (١٢٠١هـ). دار المعارف (د. ط. ت).
٢٠. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي (ت ١٢٣٠هـ). القاهرة: دار إحياء الكتب العلمية (عيسى البابي الحلبي وشركاؤه) (د. ط. ت).
٢١. صحيح ابن حبان (الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان). محمد بن حبان، أبو حاتم الدارمي الشهير بابن حبان (ت ٣٥٤هـ). ترتيب: علي بن بلبان الفارسي (ت ٧٣٩هـ). تحقيق: شعيب الأرنؤوط. بيروت: مؤسسة الرسالة. ط الأولى، ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م.
٢٢. عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. أ. د. قحطان عبد الرحمن الدوري. عمان: دار الفرقان. ط الأولى، ١٤٢٢هـ / ٢٠٠٢م.
٢٣. الفتاوى الهندية. لجنة من العلماء برئاسة نظام الدين البلخي. بيروت: دار الفكر. ط الثانية، ١٣١٠هـ
٢٤. قانون التحكيم المصري، رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م.
٢٥. القانون الفرنسي للمرافعات المدنية الجديد مرسوم ١٤/٥/١٩٨٠.
٢٦. القانون النموذجي للتحكيم الصادر من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (يونسيترال)، في دورتها رقم ٣٩، لعام ٢٠٠٦م.
٢٧. القانون رقم ٠٥-٠٨ القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، الصادر بتاريخ ٦ ديسمبر ٢٠٠٧ في الجريدة المغربية الرسمية، عدد ٥٥٨٤، الصفحة ٣٨٩٥، الفصل ٣٠٦.

- أ.د. خالد بن عبد العزيز بن سليمان آل سليمان
٢٨. كشف القناع. منصور بن يونس البهوتي (ت ١٠٥١هـ). تحقيق: لجنة في وزارة العدل السعودية. الرياض: وزارة العدل. ط الأول، ١٤٢٩هـ / ٢٠٠٨م.
٢٩. مجلة الأحكام العدلية. لجنة من علماء الدولة العثمانية (مطبوعة مع شرحها: درر الحكام لعلي حيدر). دار الجيل، ١٤١١هـ / ١٩٩١م.
٣٠. المحيط البرهاني في الفقه النعماني. برهان الدين محمود بن أحمد، ابن مازة البخاري (ت ٦١٦هـ). تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي. بيروت: دار الكتب العلمية. الطبعة: الأولى، ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٤م.
٣١. المدخل الفقهي العام. مصطفى أحمد الزرقا (ت ١٤٢٠هـ). دمشق: دار القلم. ط الأولى، ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م.
٣٢. مستقبل التحكيم في العالم الإسلامي. د. حمزة أحمد حداد. ورقة عمل مقدمة لملتقى التحكيم في العالم الإسلامي. مكة المكرمة: تنظيم جامعة أم القرى بالاشتراك مع فريق التحكيم السعودي، في ١٦/٢/٢٠١٤م.
٣٣. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. أحمد بن محمد الفيومي (ت ٧٧٠هـ). طرابلس لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب. (د. ط. ت).
٣٤. المعجم الكبير. سليمان بن أحمد، أبو القاسم الطبراني (ت ٣٦٠هـ). تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي. القاهرة: مكتبة ابن تيمية. ط الثانية (د. ت).
٣٥. المغني. عبد الله بن أحمد، ابن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠هـ). القاهرة: مكتبة القاهرة. عام ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م (د. ط).
٣٦. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت ٩٧٧هـ). بيروت: دار الكتب العلمية. ط الأولى، ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م.

مفهوم التحكيم

٣٧. المقاييس في اللغة. أحمد بن فارس بن زكريا، أبو الحسين (ت٣٩٥هـ).
تحقيق: شهاب الدين أبو عمرو. بيروت: دار الفكر. ط الأولى، ١٤١٥هـ/
١٩٩٤م.
٣٨. منح الجليل شرح مختصر خليل. محمد بن أحمد، ابن عليش
(ت١٢٩٩هـ). بيروت: دار الفكر. عام ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م (د. ط.).
٣٩. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. محمد بن محمد المغربي، ابن
الخطاب (ت٩٥٤هـ). بيروت: دار الفكر. ط الثالثة، ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.
٤٠. نظام التحكيم (السعودي). الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤) وتاريخ
١٤٣٣/٥/٢٤هـ. الرياض: هيئة الخبراء بمجلس الوزراء. ط الأولى،
١٤٣٤هـ.
٤١. نظام القضاء في الشريعة. د. عبد الكريم زيدان. بيروت: مؤسسة الرسالة،
مكتبة البشائر. الطبعة الثامنة، ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.

* * *