

أثر التحكيم في الفقه الإسلامي

إعداد الدكتور / عبد المجيد محمد السوسوه*

ملخص البحث:

يتمثل أثر التحكيم في أن حكم المحكم مُلزمٌ للخصمين فيجب عليهما تنفيذه حالاً للتراع وفصلاً للخصومة، ولا مجال للطعن فيه إلا في الحالات التي يُطعن بها في حكم القاضي.

ويجوز للخصمين أن يرجعا عن المحكم ويعزلاه قبل إصداره للحكم، وإذا أراد أحد الخصمين الرجوع عن المحكم بعد سماع المحكم للبيانات وقبل إصداره للحكم فليس له ذلك إلا إذا وافقه الخصم الآخر.

وإذا صدر حكم المحكم صحيحاً موافقاً لقواعد الشريعة فيصير مُلزماً للخصمين، ولا يُشترط رضاها بالمحكم طالما لم يعزلاه المحكم قبل إصداره للحكم.

ويجب على المحكوم عليه أن يُبادر إلى تنفيذ الحكم، فإن امتنع فُجبره القضاء على التنفيذ، ويجوز للمحكوم عليه أن يطعن في حكم المحكم لدى القضاء إذا ما وجد مبرر شرعي.

ويجب على القضاء إمضاء حكم المحكم وتنفيذه وإلزام المحتكمين بمقتضاه، وليس لأحد من القضاء نقض حكم المحكم إلا في الحالات التي يجوز فيها نقض حكم القاضي المولى من قبل الإمام.

*دكتوراه في الفقه وأصوله من جامعة القاهرة ١٩٩٢م أستاذ مشارك بكلية الشريعة في جامعي صنعاء والشارقة.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه
ومن اتبع هداه إلى يوم الدين، وبعد:

فكثيراً ما يتعد صاحب الحق عن المحاكم لاستخلاص حقه عن طريق القضاء
ويفضل الاتفاق مع خصمه لتحكيم من يرضونه ليحكم بينهم بعد أن ينظر في
خصومتهم ويسمع بيناتهم. وبهذا فإن التحكيم يحسم النزاع ويحقق الغرض من
اللجوء إلى القضاء بطريق أيسر وبإجراءات أسهل ولهذا كان التحكيم من مرتكزات
نظام القضاء في الإسلام؛ لأنه سبيل مشروع للفصل بين المتنازعين والقضاء فيما
بينهم^(١).

ويتم التحكيم عبر اتفاق بين المتخاصمين على حكم يحكم بينهما ولذلك فقد
عرّفه العلماء بأنه "تولية خصمين حكماً يحكم بينهما"^(٢). وعرّفه مجمع الفقه
الإسلامي بأنه "اتفاق طرفي خصومة معينة على تولية من يفصل في منازعة بينهما،
بحكم ملزم يطبق الشريعة الإسلامية"^(٣).

-
- (١) نظام القضاء في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان طبعة مؤسسة الرسالة طبعة ثالثة ١٩٩٥م
ص ٢٩١.
- (٢) انظر البحر الرائق شرح كثر الدقائق لابن نجيم طبعة دار المعرفة بيروت (بدون تاريخ) ج ٧ ص ٢٧
والدر المختار بحاشية رد المختار طبعة دار الكتب العلمية بيروت (بدون تاريخ) ج ٥ ص ٤٢٨.
- (٣) انظر قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي بجدة القرار رقم ٩١ في مؤتمره التاسع بتاريخ ٦ إبريل
١٩٩٥، ذو القعدة ١٤١٥.

ويعتبر التحكيم من أقدم الوسائل التي اتخذتها الأمم والشعوب والأفراد لحل المنازعات وفصل الخصومات ولجأوا إليه في مختلف الأزمنة والعصور حتى غدا في عصرنا اليوم من أبرز الوسائل لحل المنازعات وخصوصاً المنازعات التجارية حيث صار التحكيم فيها مظهراً من مظاهر العصر.

وقد دلّ على مشروعية التحكيم الكتاب والسنة وعمل الصحابة ومن ذلك قوله تعالى ﴿وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدان إصلاحاً يوفق الله بينهما﴾^(١). فهذه الآية تدل على جواز التحكيم لحل ما ينشأ بين الزوجين من خلاف، ولما جاز التحكيم في حق الزوجين دلّ ذلك على جواز التحكيم في سائر الخصومات والدعاوى^(٢). ومن الأدلة على مشروعية التحكيم أن النبي ﷺ عندما وفد قوم أبي شريح وسمعهم يكتونه أبا الحكم فدعا رسول الله ﷺ فقال له: إن الله هو الحكم وإليه الحكم، فلم تكن أبا الحكم؟ فقال إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم، فرضي كلا الفريقين، قال: ما أحسن هذا فما لك من الولد؟ قال: لي شريح وعبد الله ومسلم، قال: فمن أكبرهم؟ قال: شريح، قال: فأنت أبو شريح، فدعا له ولولده^(٣).

(١) سورة النساء الآية ٣٥.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، دار الكتاب العربي طبعة ثالثة ١٣٨٧هـ/١٩٦٧م ج ٥ ص ١٧٩، ١٧٨ وانظر أحكام القرآن لابن العربي مطبعة السعادة مصر ج ٢ ص ٢٥٧ ١٣٣١هـ.:

(٣) سنن النسائي ١٩٩/٨ ورواه البيهقي في السنن الكبرى باب في التحكيم ١٤٥/١٠.

وهناك آثار عن أصحاب رسول الله ﷺ منهم عمر بن الخطاب وأبي بن كعب وزيد بن ثابت رضي الله عنهم، تدل على جواز التحكيم، فسيدنا عمر بن الخطاب ﷺ لما خَاصَمَ أبا بن كعب في أرضٍ حَكَّمَا زيد بن ثابت فحَكَمَ بينهما. وتحاكم عثمان وطلحة إلى جُبَيْر بن مُطْعَم ولم يكن قاضياً^(١).

ولأهمية التحكيم فقد تناوله العلماء بالبحث والدراسة من كل الجوانب فناقشوا مفهومه ومشروعيته وطبيعته وأركانه وشروطه ونطاقه وآثاره حتى صار كل واحد من هذه المحاور يمثل موضوعاً للبحث والمناقشة، ولقد أحبت البحث في موضوع أثر التحكيم باعتباره الثمرة والنتيجة التي يتمخض عنها التحكيم من حيث فصله للخصومات وحله للمنازعات، وقد قَسَّمت البحث إلى تمهيد ومبحثين وخاتمة. أما التمهيد فسأتحدث فيه عن مفهوم أثر التحكيم، وفي المبحث الأول سأناقش مدى لزوم حَكَم المحكم، وفي المبحث الثاني سأناقش مدى وجوب تنفيذ حَكَم المحكم، وفي الخاتمة سأبين النتائج التي انتهت إليها البحث.

تمهيد عن مفهوم أثر التحكيم:

إن التحكيم ينشأ نتيجة اتفاق الخصوم عليه إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، بمعنى أن للأطراف حرية الاتفاق على التحكيم أو عدم الاتفاق عليه، وهذا يعني أنه يكفي لانعقاد التحكيم الإرادة المشتركة وحدها دون أي شكل أو إجراء آخر، وأن إرادة

(١) سنن البيهقي باب القاضي ١٤٤/١٠ والبحر الرائق ٢٧/٧ والمغني لابن قدامة طبعة مكتبة القاهرة ١٣٨٨ هـ ١٩٦٨ م، ١٠/٩٥.

أطراف العقد هي التي تحدد مضمونه وأنه لا يجوز تعديله إلا باتفاق أطرافه، أو للأسباب التي يقررها التشريع.

ولكن هل تظل إرادة أطراف التحكيم هي الأساس في استمرار التحكيم حتى نهايته بصدور حكم المحكم، ومن ثم الالتزام به أم أن هذه الإرادة ينتهي أثرها عند مرحلة تنصيب المحكم وبعد ذلك ينتهي دورها في القبول أو الرفض للمحكم وحكمه وتصير ملزمةً بالتحكيم وما ينتج عنه؟ وهل أطراف الخصومة إذا أنشأوا التحكيم يصيرون ملزمين بالاستمرار فيه، والالتزام بما ينتج عنه من حكم وليس لأحدهم نقضه أو عزل المحكم؟ وهل حكم المحكم إذا ما صدر وفق الأصول المشروعة والقواعد المقررة لزم حكمه ونفذ بحيث لا يستطيع أي من الخصوم التحلل منه ولا يستطيع أحد من القضاة رده بل يعمل على إمضائه وتنفيذه وإلزام المحكمتين بمقتضاه؟

والإجابة على هذه التساؤلات تعني بيان أثر التحكيم من حيث إلزام الخصمين بالاستمرار فيه والتنفيذ لما ينتج عنه من حكم، وهذا الأثر لحكم المحكم يعبر عنه بحجية حكم المحكم التي تعني أن حكم المحكم متى صدر صحيحاً مستوفياً لشروطه حالياً من أي مخالفة لقواعد الشريعة يكون ملزماً للمحكمتين ويجب تنفيذه والعمل به وعدم إعادة البحث فيه لغير دليل، واعتباره حجة إلى أن يقوم الدليل على بطلانه^(١).

(١) حجية الحكم القضائي بين الشريعة والقانون د. محمد نعيم ياسين، دار الفرقان - عمان ١٩٨٤ ص ١٠.

ولكن هذا الإجمال عن أثر حكم المحكم قد تناوله العلماء بالتفصيل والمناقشة وذلك من جهتين: الجهة الأولى المرحلة التي يصير فيها المختصمان ملزمين بالمحكم وليس لأحدهما عزله أو التراجع عن تحكيمه، والجهة الثانية مدى اشتراط رضا الخصمين بحكم المحكم بعد صدوره لكي يصير الحكم ملزماً لهما. وللمناقشة أقوال العلماء في هذين الأمرين سنعرض ذلك في مبحثين:

المبحث الأول نناقش فيه لزوم حكم المحكم، والمبحث الثاني نناقش فيه نفاذ حكم المحكم.

المبحث الأول

لزوم حكم المحكم

إن إلزام المتخاصمين بحكم المحكم هو النتيجة التي يتمخض عنها التحكيم وهو الغاية من التحكيم في كونه وسيلة لحل المنازعات وفصل الخصومات. ولكن العلماء اختلفوا في التوقيت الذي ينقطع فيه خيار المتخاصمين في الرجوع عن المحكم وعزله^(١) و يصير فيه الخصمان ملزمين بما يحكم به المحكم وذلك إلى أربعة اتجاهات:

(١) وتجدر الإشارة إلى أن العلماء قد اتفقوا على أن للمتخاصمين الحق في عزل المحكم قبل شروعه في الحكم ولا يعتد بحكمه بعد عزله أما بعد شروعه في الحكم فذلك ما اختلف فيه العلماء على النحو المبين في هذا المبحث انظر البحر الرائق ٢٨/٧، المنتقى شرح موطأ مالك مطبعة السعادة طبعة أولى ١٣٣١هـ: ٥/٢٦٦ الخرشي على مختصر خليل المطبعة الأميرية بولاق ١٤٦/٧، الشرح الصغير للدردير طبعة دار المعارف مصر ١٩٧٢م ٥١٦/٢، المعني لابن قدامة طبعة مكتبة القاهرة ١٣٨٨هـ: ١٩٦٨م ٩٥/١٠، الاختيار لتعليل المختار طبعة دار المعرفة بيروت - لبنان ١٣٩٥هـ: ١٩٧٥م ج ٢ ص ٩٤، مجلة الأحكام العدلية المادة (١٨٤٧).

اتجاه يرى أن المتخاصمين يصيرا ملزمين بحكم المحكم منذ ارتضائهما بالمحكم وقبل أن ينظر في البينة أو يستمع إلى أقوالهما. واتجاه يرى أن المتخاصمين يصيرا ملزمين بحكم المحكم بشروع المحكم في الحكم أي باستيفائه للبيئات وكشفه لحال الخصوم. واتجاه ثالث يرى أن حكم المحكم لا يصير ملزما إلا بعد صدوره أي أن للمتخاصمين أن يرجعا عن تحكيم المحكم ويعزلاه بعد شروعه في الحكم وسماعه للبيئات ما لم يصدر الحكم، فإن لم يرجع المتخاصمان عن المحكم ولم يعزلاه حتى صدر منه الحكم فإنهما يصيران ملزمين بذلك الحكم وليس لهما الرجوع عنه.

واتجاه رابع يرى أن المتخاصمين لا يلزمان بحكم المحكم في أي مرحلة من مراحل التقاضي أي أن للمتخاصمين أن يعزلا المحكم و يرجعا عنه وعن حكمه حتى ولو أصدر حكمه في القضية فإنه لا يكون ملزما للمتخاصمين إلا إذا ارتضيا بذلك الحكم بعد صدوره ولتفصيل هذه الاتجاهات الأربعة وبيان أدلتها نعرض لها على النحو الآتي:

الاتجاه الأول:

ذهب بعض المالكية^(١) ومنهم العلامة ابن الماجشون^(٢) إلى أن المتخاصمين يصيرا ملزمين بحكم المحكم منذ ارتضائهما بالمحكم وقبل أن ينظر في البينة أو يستمع

(١) المنتقى شرح الموطأ ج ٥ ص ٢٢٧ والفروق للقرافي ١٣/٤ الفرق رقم ٢٠٤
(٢) ابن الماجشون: هو عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله التيمي بالولاء ابن مروان ابن الماجشون: فقيه مالكي توفي سنة ٥٢١٢هـ، الأعلام للزركلي ٣٠٥/٤

إلى أقوالهما، فالرضا لازم إلى وقت المثول أمام المحكم وعلى ذلك لا يجوز عزل المحكم من أحد الطرفين بعد الاتفاق على التحكيم وحتى صدور الحكم.

واستدلوا بالطبيعة القضائية للتحكيم وأن التحكيم من باب الولاية تختص بالحكم على الخصمين بخلاف ما يرضيانه، على خلاف الوكالة، إذ لا تكون بحضور الموكل إلا بما يرضاه^(١)، ثم إن الحكم أوجب لخصمه حقاً بالتحكيم وهو فصل النزاع عن طريق التحكيم فليس له أن يرجع عن ذلك إلا برضاه^(٢).

قال ابن القاسم^(٣) في المجموعة: "وقال ابن الماحشون: ليس لأحدهما أن يبذله، كان ذلك قبل أن يفتحه صاحبه أو بعد ما نشأت الخصومة، وحكمه لازم لهما، كحكم السلطان لمن أحب منهما أو كرهه، نظر لصاحبه كما ينظر السلطان في حق الغائب. ووجه قوله - أنه يلزم بالتحكيم ورضاه به - لأنه يحكم بين آدميين فلزم بالقول كالتحكيم بين الزوجين^(٤)."

وقد ذهب إلى هذا القول بعض الحنابلة^(٥) وقول مرجوح عند الزيدية^(٦) حيث يرون أنه لا يجوز لأحد الخصوم عزل المحكم بعد اتفاقهما على تحكيمه، واستدلوا

(١) المنتقى ٢٢٧/٥.

(٢) حاشية الرهوني على الزرقاني ٣٠١/٧.

(٣) ابن القاسم هو عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جادة الفقيه المصري أبو عبد الله ويعرف بابن القاسم، فقيه جمع بين الزهد والعلم وتفقه على يد الإمام مالك مولده ووفاته بمصر (١٣٢-٥١٩١) له (المدونة) رواها عن الإمام مالك، يراجع الأعلام للزركلي ٩٧/٤.

(٤) المنتقى للبايجي ٢٢٧/٥ وتراجع التبصرة ٥٥٥/١-٥٦.

(٥) المغني والشرح الكبير ج ١١ ص ٤٨٤.

(٦) البحر الزخار ١١٤/٦.

بأن إرادة كلا الخصمين هي المنشئة لولاية المحكم فلا يمكن أن يستبد أحدهما بعزله بل لا بد من اتفاق إرادتهما على عزله.

ثم إن الخصم أوجب حقاً بالتحكيم وهو فصل النزاع عن طريق نظام التحكيم وبالتالي العدول عن نظر النزاع بواسطة القضاء، فليس له أن يرجع عن ذلك إلا برضاه، ولأن العزل يؤدي إلى التهرب من الحكم إذا كان لا يوافق المحكوم عليه فيبطل المقصود من التحكيم، والله سبحانه وتعالى أمر بالوفاء بالعقود بقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾^(١) وقالوا إن حكم المحكم صحيح لازم فلم يجوز فسخه لمخالفة رأيه كحكم من له الولاية^(٢).

الاتجاه الثاني:

ذهب عامة المالكية وبعض الشافعية وبعض الزيدية، وهو القول المشهور عند الحنابلة وهو ما اختاره وذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي بجدّة - إلى أنه متى شرع المحكم في القضية وبدأ باستيفاء البنات انقطع خيار المحكم فليس للمتخاصمين ولا لأحدهما الرجوع عن التحكيم وما يحكم به المحكم بعد ذلك يكون لازماً وناظراً شرعاً في حق المحكمين^(٣) قال ابن القاسم في المجموعة: إذا حكماه وأقاما البينة عنده، ثم بدا لأحدهما قبل أن يحكم، قال: أرى أن يقضي بينهما، ويجوز حكمه،

(١) سورة المائدة رقم ١
(٢) المغني والشرح الكبير ٤٨٤/١١ ويراجع التحكيم في القانون اليمني دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية رسالة مقدمة لكلية الحقوق جامعة الإسكندرية ١٩٩٦م للدكتور نجيب احمد عبد الله ص ١٨٧ و ٣٦٩ - ٣٧٠
(٣)

ونحوه في كتاب ابن حبيب لمطرف وأصبغ. قال مطرف: له التزوع قبل نظر الحاكم بينهما في شيء فأما بعد أن ينشبا في الخصومة عنده ونظره في شيء من أمرهما فلا نزوع لواحد منهما، ويلزمهما التماضي. قال أصبغ: كما ليس له إذا ترافعا الخصومة عند القاضي أن يوكلا وكيلاً أو يعزلا وكيلاً له. ووجه قول ابن القاسم - أنه يلزم بشروعه في النظر بينهما ولا يلزم بالقول - هو: ما احتج به أصبغ، من أنها كالكالسة لا يصح للموكل أن يعزل وكيله بعدما شرع في الخصومة عند القاضي وله ذلك قبل أن يشرع فيها^(١). وقال ابن قدامة: "فإن لكل واحد من الخصمين الرجوع عن تحكيمه قبل شروعه في الحكم؛ لأنه لا يثبت التحكيم إلا برضاه، فأشبهه ما لو رجع عن التوكيل قبل التصرف فإن رجع بعد شروعه ففيه وجهان:

أحدهما: له ذلك؛ لأن الحكم لم يتم أشبهه قبل الشروع. والثاني: ليس له ذلك؛ لأنه يؤدي إلى أن كل واحد منهما إذا رأى من الحكم ما لا يوافق رجع، وبطل المقصود به" (٢).

(١) تبصرة الحكام - طبعة دار الكتب العلمية بيروت لبنان - طبعة أولى ١٣٠١هـ - ٥٦/ والبحر الزخار طبعة مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٧٥م ج ٦ ص ١١٤، الشرح الصغير للدردير ٥١٦/٢، أدب القاضي للماوردي ٣٨٢/٢، المغني لابن قدامة ٩٥/١٠، وانظر قارا بجمع الفقه الإسلامي بجمده رقم ٩١ في مؤتمره التاسع بتاريخ ٦ ذي القعدة ١٤١٥هـ: إبريل ١٩٩٥م.
(٢) المنتقى للساجي ج ٥ ص ٢٧٧ وانظر التبصرة ج ١ ص ٥٥ - ٥٦ وعقد التحكيم في الفقه الإسلامي للدكتور قحطان الدوري طبعة وزارة الأوقاف العراق طبعة أولى ١٩٨٥م ص ١٤٠.

وقد احتج أصحاب هذا الاتجاه بالآتي:

- ١ - إنه لو أجاز للمتخاصمين الرجوع عن حكم المحكم بعد سماع المحكم للبيئة منهما
- ٢ - لأدى هذا إلى بطلان المقصود من التحكيم في فض المنازعات إذ أن كل واحد من الخصمين لو رأى أن مسار البيئات ليس لصالحه وأن الحكم متوجه عليه فسيرجع، وبذلك يبطل الغرض من التحكيم^{(١)(٢)}. بل ينعكس التحكيم إلى أن يكون سببا للمماطلة وإضاعة الحق على أهله.
- ٣ - إن المحكم كالحاكم المنصوب من قبل الإمام، فإنه إذا شرع في الحكم فليس للخصمين الرجوع^(٣). واعترض على هذا الاستدلال بأن المحكم يختلف عن الحاكم المنصوب في كون الثاني لم يشترط فيه تراضي الخصمين عليه بينما المحكم اشترط فيه تراضي الخصمين عليه، لذلك كان لهما الرجوع عن المحكم لأنهما نصباه برضاهما فلهما أن يعزلاه ويرجعا عنه أثناء نظره في الخصومة ما لم يصدر حكما وبذلك فلا يقاس المحكم على الحاكم المنصوب.

(١) المغني لابن قدامة ٩٥/١٠ وذكر الماوردي أن الوجه الثالث في المسألة عند الشافعيين أن خيار المختكمين في التحكيم ينقطع بشروع المحكم في الحكم، أدب القاضي للماوردي ٣٨٢/٢.
(٢) المغني لابن قدامة ج ١١ ص ٤٨٤ وأدب القاضي للماوردي ٣٨٣/٢.
(٣) البحر الزخار ج ٦، ص ١١٤.

٤ - استشهد بعض الفقهاء على أنه ليس للمتخاصمين أن يرجعا عن المحكم بعد سماعه لدعواهما - ولو لم يكن قد حكم بينهما - بما فعله علي بن أبي طالب رضي الله عنه عندما اعترض عليه الخوارج واحتجوا على التحكيم بينه وبين معاوية ومطالبتهم له بالرجوع عن التحكيم قبل أن يحكم الحكمان، إذ قالوا له: "إنا أخطأنا حين رضينا بالحكمين وقد بان لنا زللنا فرجعنا إلى الله وتبنا، فارجع يا علي وتب إلى الله". فقال لهم رضي الله عنه: "ويحكم أبعد الرضا والميثاق نرجع؟ أليس الله قد قال: ﴿وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلاً﴾^(١) وقال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾^(٢) (٣).

الاتجاه الثالث:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن حكم المحكم لا يصير ملزماً للمتخاصمين إلا بعد تمامه أما قبل تمام الحكم فإن للمتخاصمين أو أحدهما الرجوع عن المحكم ولو شرع في الحكم وسمع البيّنات، أما إذا صدر منه الحكم فليس لهما أو لأحدهما الرجوع عن حكم المحكم، فهذا المذهب يجعل لكل واحد من أطراف النزاع حق الرجوع عن التحكيم ما لم يصدر المحكم حكمه في القضية فإذا حكم لزم حكمه

(١) سورة النحل آية ٩١

(٢) سورة المائدة: آية ١

(٣) شرح مَجِّحِ البلاغة لابن أبي الحديد ٢/٢٣٨ وأنساب الأشراف ٢/٣٥٢ والتحكيم في الشريعة الإسلامية لمسعود الجهني طبعة مكتبة دار الإيمان - المدينة المنورة - السعودية طبعة أولى ١٩٩٤م ص ١٤٢.

ونفذ على من حكمه رضى أم أبي^(١) فلا يشترط تراضي الخصمين على الحكم بعد صدوره فإذا حكم المحكم نفذ حكمه على المتحاكمين ولزمهما، وليس لأحدهما أن يرجع عن تحكيمه وهذا يعني أنه يشترط للزوم الحكم استدامة رضا المتخاصمين بالمحكم من ابتداء التحكيم إلى تمام الحكم فإن رجع أحدهما قبل تمام الحكم، ولو بعد إقامة البينة والشروع فيه فليس للمحكم أن يحكم، لعدم استمرار الرضا فإن حكم بعد العزل فحكمه غير ملزم وهذا هو قول جمهور الفقهاء من الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والحنابلة^(٤) وهو أحد قولي الشافعية^(٥) والراجح عند الزيدية^(٦) وبه قال الظاهرية^(٧). وتجدر الإشارة إلى أن أصحاب هذا المذهب يسوون في جواز الرجوع قبل تمام الحكم بين أن يكون الرجوع من كلا الخصمين أو أحدهما فإنه يتحقق

- (١) جاء في أدب القضاة لابن أبي الدم بتحقيق الزحيلي طبعة دمشق ١٩٧٥ م ١٣٩ وفي فتح القدير لابن الهمام طبعة الأميرية القاهرة ١٣١٥ هـ: ٥٠٠/٥ أنه إذا اختار المتحاكمان حكما واستمع إليهما ثم حكم بعد ذلك فحكمه ملزم للطرفين ونافذ بحقهما ولا يشترط رضا الخصمين بالحكم بعد صدوره.
- (٢) الهداية وفتح القدير والعناية عليها ٤٩٩/٥ والبحر الرائق ٢٦/٧ ورد المختار ٤٢٩/٥ والمبسوط الطبعة الأولى بمطابع السعادة القاهرة ١٣٢٤ هـ: ١١١/١٦ والفتاوى الهندية المطبعة الأميرية القاهرة ١٣١٥ هـ: ٣٩٧/٥ وبدايع الصنائع دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٦ هـ: ٤٠٨٠/٩-٤٠٨١ وجمع الأهر المطبعة العثمانية ١٣٢٧ هـ: ١٧٣/٢ وتبيين الحقائق المطبعة الأميرية القاهرة ١٣١٤ هـ: ١٩٣/٤.
- (٣) بداية المصنف طبعة دار الكتب العلمية بيروت طبعة عشرة ١٩٨٨ م ٤٥٢/٢ والقوانين الفقهية طبعة دار العلم للملايين بيروت ص ٣٢٥ والشرح الكبير على مختصر خليل للدردير مع حاشية الدسوقي طبعة دار الفكر بدون تاريخ ١٣٦/٤ والخرشني ١٤٦/٧ والحطاب ١١٣/٦ والمنتقى شرح الموطأ ٢٢٦/٥.
- (٤) المغني وبهامشه الشرح الكبير ج ١١ ص ٤٨٣ والإقناع و كشف القناع عليه مكتبة النصر الحديثة الرياض ٣٠٨/٦ ومنتهى الإرادات ٥٧٨/٢.
- (٥) منهاج الطالبين مع مغني المحتاج مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة ١٩٥٨ م ٣٧٩/٤ والمهذب ٢٩١/٢ وأسنى المطالب شرح روض الطالب المطبعة الميمنية القاهرة (بدون تاريخ) ٢٨٨/٤ وأدب القاضي للماوردي ٢/٣٨٢ وروضة القضاة ٧٩/١.
- (٦) البحر الزخار ١١٤/٦.
- (٧) المحلى لابن حزم طبعة دار التراث - القاهرة ٤٣٥/٩ م.

بذلك عزل المحكم^(١). ورغم أن هذا القول هو ما ذهب إليه المالكية إلا أن احد علماء المالكية وهو العلامة الدردير قد خالفهم في هذا القول حيث ذهب إلى التفرقة بين رجوع أحد الخصمين وبين رجوعهما معاً ففي حالة الرجوع من أحدهما فقط فلا يعزل المحكم وإن كان الرجوع من كلا الخصمين فيعزل المحكم ولا يمضي حكمه إن حكم بعد العزل من كليهما. يقول الدردير رحمه الله: "هل يشترط لنفوذ الحكم من المحكم دوام رضاهما (أي الخصمين) به حتى يحكم فإن رجع أحدهما قبله لم ينفذ حكمه عليه أولاً يشترط فليس لأحدهما رجوع قبل الحكم ولو رجع لم ينفعه رجوعه وله بت الحكم عليه، وإن لم يرض، ويرتفع الخلاف (قولان) الراجح الثاني، وأما لو رجعا معاً فلهما ذلك وليس له أن يحكم ولا يمضي إن حكم وهذا بخلاف القاضي فلا يشترط دوام رضاهما للحكم بلا نزاع؛ لأن المحكم دخلا عليه باختيارهما بخلاف القاضي فإنه نصب للإلزام وإن لم يرض أحدهما به"^(٢).

(١) وهو قول الحنفية والشافعية وبعض المالكية وبعض الحنابلة، والبحر الرائق ٢٦/٧، والهداية وعليها العناية وفتح القدير، وتبيين الحقائق ١٩٣/٤، مجمع الأثر ١٧٣/٢، والاختيار ٢٦٤/١، الدرر المختار ورد المختار عليه ٢٩/٥، المبسوط ١١/١٦، منهاج الطالبين وعليه معنى المحتاج ٣٧٩/٤، نهاية المحتاج طبعة الحلبي القاهرة ١٩٦٧ م ٢٣١/٨، أدب القاضي للماوردي ٣٨٠/٢، أسنى المطالب ٢٨٨/٤، روضة القضاة طبعة طبعة الرسالة بيروت الطبعة الثانية ١٩٨٤ م ٧٩/١، إعانة الطالبين طبعة الحلبي ١٣٤٢ هـ: ٢٢١/٤.

(٢) الشرح الكبير للدردير ١٤١/٤.

وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه بالآتي:

- ١ - روي عن النبي ﷺ أنه قال: (من حكم بين اثنين تراضيا به، فلم يعدل بينهما فعليه لعنة الله)^(١) وجه الدلالة في هذا الحديث، أن الوعيد الشديد دل على لزوم حكم المحكم بما أبداه^(٢) ولو كان لزوم الحكم متوقفاً على رضا الخصمين به يعد صدوره لما توعد الله المحكم بذلك العذاب، إذ إن بإمكان المتخاصمين أن لا يأخذوا به.
- ٢ - روى الشعبي: أن امرأة نشزت على زوجها فاختصما إلى شريح فقال: ابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها، فنظر الحكمان في أمرهما، فرأيا أن يفرقا بينهما فكره الرجل فقال شريح ففيم كان اليوم؟ - يعني أنه لا سبيل إلى الرجوع - وأجاز قول الحكيمين^(٣) وجه الدلالة في هذا أن إنكار شريح على الرجل في عدم رضاه بحكم المحكم يدل على أن حكم المحكم ملزم ولو كان لزومه متوقفاً على رضا الخصمين به بعد صدوره لما أنكر شريح على ذلك الرجل عدم قبوله بحكم المحكم.

(١) هذا الحديث روي عن طريق يحيى بن عبد الحميد الحماني وقد ضعفه بعض أهل الحديث. ولكن لم يسلم هذا الاتهام بتضعيفه فقد حكى الذهبي توثيقه عن ابن معين وغيره. انظر المغني في الضعفاء للذهبي ٧٣٩/٢ فهذا الحديث وإن كان في إسناده مقال عند بعض العلماء إلا أنه قد وثقه بعضهم كما أن واقع الحال يؤيد مدلوله، وقد استدل به كل من الماوردي وابن قدامة واعتمده انظر أدب القاضي للماوردي ٣٨٢/٢ والمغني لابن قدامة ٩٤/١٠.

(٢) أدب القاضي للماوردي ج ٢ ص ٣٨٢-٣٨٣ وانظر المغني ج ١١ ص ٤٨٤ وكشاف القناع ٣٠٩/٦.

(٣) جامع البيان في تأويل القرآن لابن جرير الطبري طبعة مصطفى الباي الحلبي مصر ١٣٨٨هـ: ٧٤/٥.

٣- بما أن تولية المحكم تمت باتفاق المتخاصمين فإن لهما عزله قبل أن يحكم وهذا قياس على حالة القاضي المولى من السلطان حيث إن للسلطان الذي ولاه أن يعزله قبل أن يحكم، ولو حكم قبل عزله نفذ، وعزله بعد ذلك لا يبطله، فكذا حالة المحكم^(٤) وعلى هذا فإنه إذا صدر الحكم منه فإنه يصير ملزماً للمتخاصمين ولا يشترط رضاهما بذلك الحكم مادام لم يعزلاه قبل صدور الحكم منه.

٤- بما أن التحكيم من الأمور الجائزة فإن لكل واحد منهما أن ينفرد بنقض التحكيم قبل الحكم، كما ينفرد أحد العاقدين، بنقض العقد وفسخه كما في الشركة فإن لكل من الشريكين فسخها^(٥) فإن قيل: إن التحكيم ثبت بتراضي الطرفين فوجب أن لا يصح عزل المحكم إلا باتفاقهما أجب: بأن التحكيم من الأمور الجائزة من غير لزوم فيستبد أحدهما بنقضه، كما في المضاربات والشركات والوكالات^(٦).

٥- الرضا هو أساس التحكيم فإذا تخلف الرضا برجوع أحد الخصمين قبل الحكم زالت ولاية المحكم أما بعد صدور الحكم فلا أثر للرجوع وذلك كالموكل إذا رجع عن الوكالة قبل مباشرة الوكيل التصرف الموكل به

(١) الهداية وعليها العناية وفتح القدير ٥/٥٠٠ والبحر الرائق ٧/٢٦ وتبيين الحقائق ٤/١٩٣ والاختيار ١/٢٦٤ ومجمع الأثر ٢/١٧٣ وعقد التحكيم للدوري ص ١٣٦
(٢) الدر المختار ورد المختار عليه ج ٥ ص ٤٢٩ والبحر الرائق ٧/٢٦ وتبيين الحقائق ٤/١٩٣ ومجمع الأنهر ٢/١٧٣ وعقد التحكيم للدوري ص ١٣٧
(٣) تبيين الحقائق ٤/١٩٣

فإنها تزول الوكالة أما بعد المباشرة للتصرف الموكل به فلا أثر للرجوع^(١). فالمحكم بتمتلة الوكيل حيث للموكل أن يعزل الوكيل متى شاء عما يستقبل من عمله^(٢)، وهذا ما يجعل المحكم يختلف عن القاضي حيث إن القاضي ليس وكيلا وبالتالي ليس للمتخاصمين عزله.

٦- إن التحكيم أشبه بالصلح بل هو أكثر منه إلزاما وإذا كان ما يصطلح عليه الخصمان يصير ملزما لهما وليس لواحد منهما بعد تمام الصلح أن يرجع عن الصلح فبالأولى ما يتم فيه التحكيم حيث يصير حكم المحكم بعد تمامه ملزما للخصمين ولا يحتاج إلى أن يرتضيا به بعد صدوره وليس لأحدهما أن يرجع عنه^(٣).

٧- لا يشترط رضا الخصمين بحكم المحكم بعد صدوره لأن الحكم صدر ممن له ولاية شرعية كاملة عليهما فالمحكم كالحاكم المولى من جهة الإمام فإذا قضى نفذ حكمه ولا يبطله العزل بعد الحكم^(٤).

(١) تبين للحقائق ١٩٤/٤، البحر الرائق ٢٦/٧، المنتقى ٢٧٧/٥، تبصرة الحكام لابن فرحون ٤٤/١، مغني المحتاج ٣٧٩/٤، أدب القاضي للماوردي ٣٧٦/٢، المغني لابن قدامة ج ٩ ص ١٠٨، الإقناع ٣٧٦/٤.
 (٢) المنتقى للباي ٢٢٧/٥ والتبصرة ٥٦-٥٥/١.
 (٣) المبسوط للسرخسي ١١١/١٦، فتح القدير لابن همام ٥٠٠/٥، تبين الحقائق ١٩٣/٤، الفتاوى الهندية ٣١٦/٣.
 (٤) فتح القدير ٥٠٠/٥ والبحر الرائق ٢٦/٧ وتبين الحقائق ١٩٣/٤ ومجمع الأثر ١٧٣/٢ ومغني المحتاج ٣٧٩/٤ وهماية المحتاج ٢٣١/٨ المهذب للشيرازي طبعة عيسى الحلبي القاهرة (بدون تاريخ) ٢٩١/٢ المغني ٤٨٤/١١ والشرح الكبير للدردير ١٣٦/٤.

٨- إن من جاز حكمه لزم حكمه (١) ومادام المحكم يجوز له أن يحكم بين المتخاصمين فإن حكمه بينهما يصير ملزما لهما بمجرد صدور الحكم دون حاجة إلى رضاهما بالمحكم بعد صدوره.

٩- لو كان حكم المحكم غير ملزم للخصمين لكان الترافع إلى المحكم ليس له معنى. ولكون حكم المحكم ملزما لذلك فإن الخصوم يتراجعون إليه ليحكم بينهم (٢).

الاتجاه الرابع:

ذهب إلى أن حكم المحكم لا يصير ملزما للمتخاصمين إلا إذا رضي المتخاصمان بذلك الحكم بعد صدوره (٣). فهذا المذهب يشترط للزوم الحكم رضا الخصمين بذلك الحكم بعد صدوره، فحكم المحكم - عند أصحاب هذا المذهب - كالفتوى. وقد ذهب إلى هذا الرأي الشافعي في أحد قولي، وصوب هذا القول المزني - من أصحاب الشافعي - وعلل ذلك بأن حكم المحكم ضعيف (٤).

(١) المهذب ٢/٢٩١ وروضة القضاة ١/٧٩.
(٢) عقد التحكيم لقحطان الدوري ص ١٥١.
(٣) المجموع شرح المهذب طبعة مكتبة الإرشاد - جدة (بدون تاريخ) ١٩/١١٩، الإنصاف للمرداوي طبعة السنة المحمدية القاهرة طبعة أولى ١٣٧٥هـ: ١١/١٩٨ - ١٩٩.
(٤) أدب القضاة ١٣٩

وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه بالآتي:

- ١- إنه لما اعتبر رضا المتخاصمين في ابتداء التحكيم اعتبر رضاهما بلزوم الحكم أي أنه مادام رضا المتخاصمين معتبراً في أصل الحكم فهو كذلك معتبر في لزوم الحكم بعد صدوره^(١) لأنه لما وقف على خيارهما في الابتداء، وجب أن يقف على خيارهما في الانتهاء^(٢).
- ٢- إن حكم المحكم لا يلزم إلا بالرضا به ولا يتحقق الرضا بالحكم إلا بعد معرفة ذلك الحكم^(٣).
- ٣- إن الإلزام بحكم المحكم فيه افتيات على القاضي والإمام^(٤). وذلك أنه إذا قلنا بلزوم حكم المحكم دون تراضي الطرفين عليه بعد الصدور فإننا في هذا نكون قد ساوينا سلطة المولين للمحكم بسلطة الإمام، وفي هذا تعدي على اختصاص الإمام كما أن هذا يكون عزلاً للقضاة لأن عدم اعتبار رضا المتخاصمين على الحكم عند القضاة مستفاد من سلطة الوالي - المنصب لهم القائم بالولاية العامة - إذ إن نظره نافذ على الكافة دون اعتبار الرضا، وبذلك فالقول بلزوم حكم المحكم دون تراضي الطرفين

(١) المجموع ١١٩/١٩ ومغني المحتاج ٣٧٩/٤ المهذب ٢٩١/٢ ونهاية المحتاج ٢٣١/٨.
 (٢) أدب القاضي للماوردي ٣٨٢/٢.
 (٣) المغني ٤٨٣/١١.
 (٤) المهذب ٣٨٢/٢ وروضة القضاة ج ١ ص ٧٩.

عليه بعد صدور فيه مساواة لسلطة المولين للمحكم بسلطة الإمام، وهذا فيه تعد على اختصاص الإمام ومن ثم يكون عزلاً للقضاة^(١).

والذي أميل إليه وأرجحه هو أنه يمكن للخصمين أن يرجعا عن المحكم ويعزلاه وذلك قبل تمام الحكم بشرط أن يتفق على هذا الرجوع كلا الخصمين أما إذا رجع عن التحكيم أحدهما واستمر الآخر بعد أن سمع المحكم البيئات فإن هذا الرجوع الحاصل من طرف واحد فقط لا يعزل المحكم وإنما للمحكم أن يستمر في نظره ويصدر حكمه ويكون ملزماً لأنه مادام التحكيم قد بدأ باتفاقهما معا فإنه لا يعزل إلا باتفاقهما معاً وإلا كان ذلك مدعاة للمماطلة وضياع الحقوق حيث سيعمل الخصم الذي يرى - وخصوصاً بعد سماع المحكم للبينة - أن حكم المحكم لن يكون في صالحه على إبطال التحكيم مما يضيع حق الآخر ويؤدي إلى المماطلة وبذلك يبطل المقصود من التحكيم. أما إذا عزلاه معا فإن ذلك دليل على قناعتهما بعدم صلاحيته وليس في هذا ضياع للحقوق. وأما إذا لم يتراجع المتحاكمان عن التحكيم أو تراجع أحدهما واستمر الآخر حتى أصدر المحكم حكمه فإن حكم المحكم يصير ملزماً بمجرد صدوره دون اشتراط رضا المتخاصمين به بعد صدوره وذلك: لأن الطرفين قد التزما بما يراه الحكم ووافقا عليه ابتداءً، وهما ذوا ولاية على أنفسهما. ثم إن الحكم كالحاكم المولى، ولولا لزوم حكمه، لم يكن للترافع إليه معنى^(٢). ولأن

(١) التحكيم في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية مسعود عواد حمد البرقاني الجهني مكتبة دار الإيمان ص ٢٣٩.

(٢) عقد التحكيم في الشريعة الإسلامية. د. قحطان الدوري ص ١٥٤.

حكم المحكم صادر من له ولاية صحيحة كالقاضي المولى من قبل الإمام فيثبت في حق المختصمين ولو لم يرضوا به لأن من جاز تقليده صح حكمه (١).

أما حجج القائلين بأنه يشترط للزوم حكم المحكم رضا المتحاكمين به بعد صدوره فيرد عليها بما يأتي:

أولاً: إن قولهم بأنه مادام قد اعتبر رضا المتحاكمين في أصل الحكم فإنه يعتبر كذلك في لزوم الحكم، فيرد على هذا بأن الخصوم قد تراضوا ابتداءً بحكم المحكم فاحتكامهما إلى المحكم وارتضاؤهما به هو ارتضاء منهما بحكمه، فالغرض من التحكيم والترافع إلى المحكم هو أن يحكم بينهما ويفصل في النزاع وليس لكي يفتيهما أو يشير عليهما. فتواضع الطرفين على المحكم وتفويضه في أن ينظر فيما تنازعا فيه يعني ذلك أنهما قد التزما مقدماً بما يحكم به عليهما، فليس لأحدهما رده بعد صدوره، و في حكم لسعد بن معاذ رضي الله عنه على بنو قريظة، حيث أنه لم يعترض أحدٌ منهم على ذلك الحكم، رغم شدة ذلك الحكم وقسوته عليهم وما ذاك إلا لأنهم نزلوا على حكمه وسبق منهم الرضا به فلزمهم رضوا أم لا. ولهذا لم يرتفع لهم صوت بالنكير وما كان منهم إلا التسليم بالحكم (٤).

ثانياً: قولهم أن الإلزام بحكم المحكم فيه افتيات على القاضي والإمام يرد على هذا القول بأن المحكم لا يفتات على القاضي ولا على الإمام وذلك لأنه يمارس

(١) المهذب للشيرازي ٣٧٢/٢

(٢) التحكيم في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية. للجهنى ص ٢٤٠

حكمه فيما له فيه صلاحية أي فيما للمتخاصمين حق بأن يترافعا فيه إلى محكم ولا يحكم فيما يختص القضاة بالحكم فيه كالحجر على السفينة والولاية على اليتيم، وبذلك فإنه لا سبيل معه إلى دعوى الافتيات على سلطة الإمام ولا صحة للدعوى بأن في ذلك عزلا للقضاة، ولأن المتخاصمين لا يقلدان المحكم إلا فيما هو من حقوقهما دون حقوق غيرهما لقصور ولايتهما على أنفسهما^(١).

والحقيقة أن اختلاف علماء الشريعة في مدى لزوم حكم المحكم على الخصمين وفي المرحلة التي يجوز للخصمين أو أحدهما عزل المحكم يعود إلى اختلافهم في تكييف نظام التحكيم وطبيعته فمن رأى أنه ذو طبيعة تعاقدية ووصفه بالوكالة أجاز للخصوم الرجوع وعزل المحكم، ومن وصفه بأنه قضاء لم يجز لهم ذلك إلا باتفاق الخصوم جميعا. فقيام التحكيم على عقد وانتهائه بحكم أدى إلى اختلاف الرأي حول طبيعة التحكيم، فمنهم من رأى أنه ذو طبيعة تعاقدية ومنهم من رأى بأنه ذو طبيعة قضائية ومنهم من رأى أنه ذو طبيعة مختلطة. فذهب البعض من فقهاء المالكية والزيدية^(٢) إلى أن نظام التحكيم له طبيعة تعاقدية فهو من باب الوكالة لذلك لا يشترطون في المحكم ما يشترط في القاضي، كما أنهم يجيزون للخصوم عزل المحكم في أي مرحلة. وذهب أكثر فقهاء المسلمين إلى أن التحكيم له صفة

(١) عقد التحكيم في الشريعة الإسلامية د. قحطان الدوري ص ١٥٥.

(٢) البحر الرائق ج ٧ ص ٢٥، المنتقى ج ٥ ص ٢٢٧، مغني المحتاج ج ٣ ص ٢٦١، المغني ج ٧ ص ٣٢١، البحر الزخار ج ٦ ص ١١٤، المحلى ج ١٠ ص ٨٧.

قضائية^(١) ولذلك اشترطوا في المحكم ما يشترط في القاضي كما جعلوا المحكم المحكم قوة إلزامية كقوة الحكم القضائي، ولم يجزوا عزل المحكم إلا باتفاق الخصمين وقبل أن يصدر حكمه.

وذهب بعض فقهاء الحنفية إلى أن التحكيم ذو طبيعة خاصة^(٢). يعني أنه يجمع بين كونه وكالة عن الخصمين وبين كونه حكما قضائيا فهو لذلك أرقى من الوكالة وأدنى من القضاء فالقضاء ولاية عامة والتحكيم ولاية خاصة وبناء على هذا جعلوا لحكم المحكم صفة الحكم القضائي إذا ارتضاه الخصمان فيكون بذلك قد أخذ الصيغة التنفيذية. ولكنه أيضا لا يكون له صفة الحكم القضائي إذا اتفق الخصمان على رفض الحكم وعدم تنفيذه^(٣).

والراجح أن التحكيم له طبيعته الخاصة فهو يجمع في ذاته بين حقيقتين: حقيقة كونه يتبع الأسس والإجراءات القضائية المتبعة أمام المحاكم، وحقيقة كونه يقوم على أساس اتفاق منشؤه إرادة الخصوم ويطبق بشأنه القواعد القانونية الواجبة التطبيق، وبهذا فإن حكم المحكم ليس له صفة تعاقدية؛ لأنه وإن كان قد بدأ بداية إرادية

(١) الخرشبي ج ٤ ص ١٠ و ج ٥ ص ١٤٥ وبداية المجتهد ج ٤ ص ١٠ و ج ٢ ص ٨١ تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن) الطبعة الثالثة - دار الكتاب العربي ١٩٦٧ م ج ٥ ص ١٧٦ المنتقى ج ٧ ص ٢٢٧ ج ٤ ص ١١٣ ومغني المحتاج ج ٣ ص ٢٦١ والمغني مع الشرح الكبير ج ٨ ص ١٦٧ والبحر الزخار ج ٦ ص ١١٤ والقرطبي ج ٥ ص ١٧٦.

(٢) فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٨.

(٣) ولناقشة الآراء حول طبيعة التحكيم وأدلة كل رأي يتم الرجوع إلى المطولات في هذا الموضوع ومنها المراجع السابقة ويراجع عقد التحكيم في الشريعة الإسلامية للدكتور فحطان الدوري والتحكيم في القانون اليمني دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية للدكتور نجيب أحمد عبد الله ص ٤١ - ٥٨.

باتفاق الخصوم إلا أنه ينتهي بحكم قضائي نافذ جبراً على المحتكمين^(١). في حين أن العقود لا تنفذ جبراً.

المبحث الثاني

نفاذ حكم المحكم

إذا أصدر المحكم حكمه وكان موافقاً لقواعد الشريعة وأصولها وفي نطاق الاختصاص المخول له شرعاً واكتمل في المحكم والمحتكمين أهلية التحكيم فإن هذا الحكم يكون ملزماً للمحتكمين ويجب عليهم تنفيذه ولا يستطيع الخصوم أو أحدهم التهرب أو الرجوع عن حكم المحكم لأنه حكم صحيح صادر عن ولاية شرعية كاملة، فولاية المحكم على المتحاكمين كولاية القاضي المولى من قبل الإمام إذ أن رضا المتحاكمين بالمحكم في البداية يعني رضائهما بحكمه في النهاية فيصبح نافذا عليهما^(٢) ولأن الخصمين حين ارتضياه حكماً فقد أعطياه الولاية فحكمه عندئذ يلزمهما. وإذا لم يبادر الطرف المحكوم عليه بتنفيذ الحكم فإن المحكم يرفع الحكم إلى القاضي المختص لتوثيقه وإجبار الطرف الممتنع على تنفيذه. وذلك بحسب الممتنع أو الحجر عليه أو بيع ماله. وعلى المحكم أن يبادر برفع الحكم إلى القاضي حتى يغلق على المحكوم عليه الباب من المماطلة في التنفيذ، وهذا ما عمله سعد بن معاذ عندما

(١) التحكيم في الشريعة الإسلامية للجهني ص ٢٦٦ .

(٢) البحر الرائق شرح كتر الدقائق ٢٦/٧ .

أصدر حكمه في بني قريظة حيث رفعه إلى قاضي الأمة وهو الرسول ﷺ فسدد الرسول حكم سعد وأمضاه (١).

وللمحكوم له أن يلجأ إلى القضاء طالبا تنفيذ حكم المحكم إذا لم ينفذه المحكوم عليه بالتراضي، وللمحكوم عليه حق الطعن في الحكم لدى القضاء وطلب نقضه ويقبل طلبه إذا كان مع المتظلم حجة تجعل طلبه مئتملا للصحة أما إذا خلا عن الحجة فلا ينظر فيه.

ولا يجوز للمحكم بعد إصداره للحكم إعادة النظر في النزاع، وذلك حسما للنزاع ولأن سلطة المحكم في مسألة معينة تزول بالحكم فيها، بحيث لا يجوز له الرجوع ثانية إلى مباشرة سلطة استنفدها، فإذا حكم المحكم في خصومة فلا يملك معاودة بحثها و يصير قضاؤه ملزما، وبالتالي يمتنع على المحكم نظر النزاع من جديد (٢) كما أنه ليس للمحكم أن يحكم في حادثة ثم يرجع عن ذلك الحكم أو أن يعدله بعد صدوره؛ لأن حكم المحكم كحكم القاضي لا يجوز نقضه أو إبطاله إذا كان موافقا للأصول الشرعية، وليس للمحكم أن يرجع عن حكمه فلو رجع وقضى للآخر لم يصح قضاؤه، لأن الحكومة قد تمت بالقضاء الأول، فكان القضاء الثاني باطلاً لأنه لو جاز للمحكم أن يفسخ حكمه الأول إلى حكم ثانٍ لجاز فسخ الثاني باطلاً لأنه لو جاز للمحكم أن يفسخ حكمه الأول إلى حكم ثانٍ لجاز فسخ

(١) التحكيم في الشريعة الإسلامية للجهني ص ٢٧١-٢٧٢.

(٢) التحكيم في القانون اليمني (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي د/نجيب أحمد عبد الله ص ٤٣٩-٤٤١).

الثاني إلى حكم ثالث والثالث إلى رابع.. وهكذا ولا يقف ذلك على حد، وعندئذ لا يثق أحد بما يصدر عنه من أحكام وذلك ضرر شديد^(١).

وليس لأحد من القضاة رد حكم المحكم بل يجب عليهم إمضاؤه وتنفيذه والزام المحكّمين بمقتضاه وليس لهم نقض الحكم إلا في الحالات التي يجوز فيها نقض حكم القاضي المولى من قبل الإمام؛ كأن يكون الحكم قد تضمن جوراً واضحاً أو جاء مخالفاً لنصوص الكتاب أو السنة^(٢) أو الإجماع أو القواعد والأصول الشرعية أو أن يكون المحكم قد حكم لنفسه أو لأحد فروعها أو أصوله أو لشريكه فيما يختص بالشراكة أو حكم لأي شخص ممن لا تقبل شهادته للمحكم وذلك ضماناً لحياة المحكم وعدم تأثره بأي نوع من المؤثرات وإبعاداً له عن مواطن الشبهات^(٣)، وكذلك يقبل الطعن في حكم المحكم إذا حكم على من بينه وبينه عداوة دنيوية لأن المحكم لا تقبل شهادته عليه فكذلك حكمه أما إذا كان بين المحكم وبين أحد

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٧١.

(٢) لأن الحكم بهذه المخالفة يكون باطلاً فيجب نقضه لأنه منكر والمنكر يجب تغييره، وقد بين ذلك عمر رضي الله عنه عندما كتب لأبي موسى الأشعري رضي الله عنه وقال له لا تمنعك قضاء قضيت به، ثم راجعت نفسك فهديت لرشدك أن تراجع الحق فإن الحق قدم لا يطله شيء وأن الرجوع إلى الحق أولى من التماسي في الباطل والقصد من ذلك هو الرجوع إلى الحق المقطوع به (المبسوط ج ١٦ ص ٦٢) ولذلك يقصد بمخالفة نصوص الكتاب والسنة بما إذا كانت المخالفة لنص قطعي الثبوت والدلالة فإن كان ظنياً فيهما أو في أحدهما كان من المجتهدين، والقضاء فيه لا ينقض إلا أن يكون فيه خروج على جميع الاحتمالات الشرعية السائغة (حجية الحكم القضائي محمد نعيم ياسين طبعة دار الفرقان ط ١٤٠٤ هـ: ١٩٨٤ م ص ٥٨).

(٣) وقد ذهب إلى هذا بعض العلماء وذهب آخرون إلى أنه يجوز ولو كان أحد الخصوم أقارب المحكم لأن التحكيم يفترق عن القضاء باعتبار التحكيم وسيلة استثنائية لحل النزاع وبالتالي جاز للخصوم الاتفاق على محكم معين ولو كان المحكم قريباً لأحد الخصوم وشرط ذلك معرفة الطرف الآخر لهذه القرابة (المعني ٢٥١/٩ بدائع الصنائع ص ٤٠٦٢ الأحكام السلطانية للماوردي الطبعة الثانية ١٣٨٦ هـ: ١٩٦٦ م ص ٧٣ والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٧٣).

الخصمين عداوة دينية فحكمه جائز ونافذ وملزم للطرفين لأن دين المحكم يمنعه من الظلم وإن كان يحكم على غير أبناء دينه كاليهود والنصارى^(١). وكذلك يقبل الطعن في حكم المحكم إذا تجاوز المحكم اختصاصه بأن حكم فيما لا يجوز فيه التحكيم وإنما هو من اختصاص الإمام أو نائبه أو من يوليه القضاء^(٢).

وينقض حكم المحكم إذا تعدى أطراف النزاع لأن الإلزام في حكم المحكم منحصر في الخصمين فقط، ولا يتعدى إلى غيرهما، وذلك لأنه صدر بمقهما عن ولاية شرعية نشأت من اتفاقهما على اختيار الخصمين للمحكم فيما بينهما من نزاع وخصومة، ولا ولاية له على غيرهما^(٣)، فلا يسري أثر حكم المحكم على غيرهما، فحكمه مقصور على الخصمين بموجب الاتفاق المبرم بينهما.

(١) البحر الرائق ٢٨/٧ وشرح فتح القدير ٤٩٩/٥ وتبصرة الحكام ٥٦/١ وروضة الطالبين ١١/٢٢٢.

(٢) ولقد اختلف العلماء في المجالات التي يجوز فيها التحكيم وذلك إلى ثلاثة آراء:
الأول: وإليه ذهب جمهور الأحناف، وجمهور المالكية، وفريق من الشافعية وفريق من الحنابلة إلى جواز التحكيم في كل شئ إلا في الحدود والقصاص والنكاح واللعان؛ لأن التحكيم تفويض، والتفويض يصح بما يملك المفوض فيه بنفسه، ولا يصح فيما لا يملك كالتوكيل، ولأن حكم المحكم بمنزلة الصلح، ولا يجوز استيفاء القصاص والحد بالصلح، ولأنها تندري بالشبهات.
الثاني: وإليه ذهب جمهور الحنابلة وفريق من الشافعية، جواز التحكيم في كل شئ، لأن من صح حكمه في حكم من الأحكام صح في جميع الأحكام كالحاكم الذي ولاه الإمام.
الثالث: وإليه ذهب بعض الشافعية، وبعض الحنابلة، وبعض المالكية جواز التحكيم في الأموال فقط، ولا يجوز فيما عداها، لأن الباقي أمور نص عليها الشرع فلا يجوز أن يتولاها إلا الإمام أما جوازه في الأموال فلأنه من الحقوق الخالصة للفرد فله الخيرة إن شاء استوفاه أو أسقطه فجاز فيه التحكيم.
فتح القدير ج ٤٩٩/٥، البحر الرائق ج ٧ ص ٢٧، تبين الحقائق ج ٤ ص ١٩٣، القوانين الفقهية لابن حزمي ص ٢٥٥، تبصرة الحكام لابن فرحون ج ١ ص ٤٤، المهذب ج ٢ ص ٢٩١، مغني المحتاج ج ٤ ص ٣٧٦، المغني مع الشرح الكبير ج ١١ ص ٤٨٤.
(٣) شرح فتح القدير ٤٩٩/٥ البحر الرائق ٢٦/٧.

وكذلك ينقض حكم المحكم إذا تعدى النازلة التي حكم فيها إلى غيرها لأنه ليس له أن يتعدى ما حكم فيه إلى غيره إلا بتحكيم جديد^(١).

وينقض حكم المحكم إذا لم يكن المحكم صحيح التولية وفق الشروط الشرعية^(٢) ففي كل تلك الحالات يجوز الطعن في حكم المحكم، ويجب نقضه إذا ثبت فيه شيء من تلك المخالفات باعتباره باطلا لمخالفته القواعد والأصول الشرعية، جاء في مجلة الأحكام العدلية (المادة ١٨٤٩) أنه: "إذا عرض حكم المحكم على القاضي المنصوب من قبل السلطان فإذا كان موافقا للأصول صدق وإلا نقض". ومعنى هذا أن حكم المحكم بعد صدوره - من قبل المحكم - يجوز الطعن فيه - أمام القضاء - من قبل أحد أطراف التحكيم.

ويقوم القاضي بفحص الحكم فإذا تبين له موافقة الحكم للقواعد الشرعية صدقه وأيده و إلا نقضه وألغاه بحاله من سلطة وولاية عامة في الفصل في الخصومات وحسم المنازعات بين الناس، وفي هذا يقول شارح مجلة الأحكام: "إذا عرض حكم

(١) رد المحتار ٤٢٩/٥ ومجلة الأحكام العدلية المادة ١٨٤٢ وشرح مجلة الأحكام العدلية (درر الحكم شرح مجلة الأحكام) لعلي حيدر - مكتبة النهضة بيروت (بدون تاريخ) ٦٤١/٤.

(٢) وقد اشترط جمهور العلماء أن يتوفر في المحكم الشروط التي يجب توفرها في القاضي المولى من جهة الإمام لأن المحكم صار بالتحكيم قاضيا وحكمه ملزم كحكم القاضي بينما ذهب بعض العلماء إلى أنه لا يشترط في المحكم جميع الشروط التي يجب توفرها في القاضي لأن التحكيم من باب الوكالة لا القضاء والوكيل لا يشترط فيه شروط القاضي، ونتيجة لهذا فقد اتفق العلماء على أنه يشترط في المحكم البلوغ والعقل والإسلام (إذا حكم بين المسلمين) واختلفوا في اشتراط العدالة والذكورة والاجتهاد وسلامة الحواس فذهب الجمهور إلى اشتراطها ولم يشترطها بعض العلماء. انظر في تفصيل هذا تبين الحقائق ٤/١٩٣، البحر الرائق ٢/٢٨، تبصرة الحكم لابن فرحون ١٨/٢، الأحكام السلطانية للماوردي ص ٦٥، أدب القضاء لابن أبي الدم ص ١٤٠، المغني على شرح الكبير ٣٧/١٢.

المحكم على القاضي المنسوب من قبل السلطان أو على محكم ثان ليدقق الحكم مرة ثانية فإذا كان موافقاً للأصول صدقه لأنه لا فائدة من نقض الحكم الموافق للأصول والحكم ثانياً^(١).

وعلى هذا فقد ذهب جمهور العلماء^(٢) إلى أنه لا يجوز نقض حكم المحكم إلا من حيث ينقض حكم القاضي - كما سبق التفصيل - وهذا الرأي مبني على القول بلزوم حكم المحكم وأنه لا يشترط للزومه رضا الخصمين بالحكم بعد صدوره بل هو حكم صحيح وملزم كحكم من له ولاية، وهذا القول هو ما ذهب إليه واختاره مجمع الفقه الإسلامي حيث نص في قراره رقم (٩١) المادة الخامسة أن "الأصل أن يتم تنفيذ حكم المحكم طواعية فإن أبي الاحتكام عرض الأمر على القضاء لتنفيذه، وليس للقضاء نقضه ما لم يكن جوراً بيناً أو مخالفاً لحكم الشرع"^(٣).

وعلى القاضي أن ينفذ حكم المحكم مادام مستوفياً للأصول الشرعية ولا يشترط أن يكون الحكم موافقاً لمذهب القاضي، وليس للقاضي أن ينقض الحكم إذا جاء مخالفاً لمذهبه وقد خالف الحنفية في هذا، حيث اشترطوا - لكي يمضي القاضي حكم المحكم - أن يكون الحكم موافقاً لمذهب القاضي وأنه إذا خالف

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ص ٦٤٥.

(٢) مغني المحتاج ٣٧٩/٤ ونهاية المحتاج ٢٣١/٨ المغني ٤٨٤/١١، تبيين الحقائق ١٩٤/٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٤٥/٢، التبصرة ٥٦/١، أدب القاضي للماوردي ٣٨٣/٢، المغني ٤٨٤/١١ وبهامشه الشرح الكبير ٣٩٢/١١، البحر الزخار ١١٤/٦.

(٣) انظر قرارات مجمع الفقه الإسلامي بجمعه القرار رقم (٩١) بتاريخ ٦ ذي القعدة ١٤١٥ هـ: الموافق ٦ إبريل ١٩٩٥ م المؤتمر التاسع.

مذهب القاضي فللقاضي أن ينقضه ولا يمضيه^(١) وقد احتج الجمهور وكذا الحنفية ببعض الحجج وذلك على النحو الآتي:

أولا احتج الجمهور على نفاذ حكم المحكم بالآتي:

- ١- إن المتخاصمين قد احتكما إلى المحكم. بمحض إرادتهما وارتضياه للفصل بينهما وهذا يعني أنهما قد ارتضيا مقدما ما يحكم به المحكم والتزما بذلك فهما بذلك ملزمان بتنفيذ الحكم وليس لهما رده ما لم يكن فيه مطعنا فيرفعان ذلك إلى القضاء، وعلى القاضي إذا ما رفع إليه الحكم أن ينفذه على المتخاصمين ما لم يجد فيه مطعناً يجعل الحكم باطلاً فينقضه^(٢).
- ٢- إن المحكم حاكم نافذ الأحكام كالحاكم المولى من قبل الإمام فالحكم له ولاية شرعية، وسلطة كاملة على المتخاصمين بما ارتضياه وولياه على أنفسهما، فالحكم كالقاضي المولى من الإمام في كونه صاحب ولاية شرعية فيما ولي فيه^(٣).
- ٣- لولا لزوم حكم المحكم ووجوب تنفيذه على الخصوم لما كان للتحكيم معنى، وبالتالي إذا حكم المحكم لأحد الأطراف وتهرب الطرف الآخر من

(١) المبسوط للسرخسي ١١/١٦، فتح القدير ٥/٥٠٠، بدائع الصنائع ٩/٤٠٨١، الفتاوى الهندية ٣/٣٩٨، القوانين لابن الجزي ص ٣٢٥. هذا هو الرأي الثابت عند عامة فقهاء الحنفية المنصوص عليه في مصنفاتهم الشهيرة إلا أن بعض الحنفية كابن نجيم لم يسلم بهذا الرأي وذهب إلى رأي الجمهور انظر البحر الرائق ٧/٢٥.

(٢) المنتقى شرح الموطأ ٥/٢٢٦.

(٣) تبين الحقائق ٤/١٩٤، المغني وبهامشه الشرح الكبير ١١/٤٨٤، البحر الزخار ٦/١١٤.

حكم المحكم بعد صدوره صحيحا فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى ضياع الحقوق ولا فائدة من التحكيم، ويصبح طريقا للمماطلة، وازدياد النفقات وتحويل مميزاته إلى عيوب.

٤ - ولأن حكم المحكم قد بناه على الاجتهاد ونقض القاضي له بالاجتهاد لا يجوز عملا بالقاعدة المشهورة: "الاجتهاد لا ينقض بمثله" لأن نقض الاجتهاد بالاجتهاد يؤدي إلى مفسدة عامة، حيث لا يستقر حكم من الأحكام فكما جاز بالاجتهاد نقض الأول جاز بالاجتهاد نقض الثاني وهلم جرا فيكون النقض معرضاً للنقض.

ثانيا: احتج الحنفية على رأيهم في أن القاضي لا ينفذ حكم المحكم إلا إذا كان موافقا لمذهب القاضي بالآتي:

١ - إن ولاية المحكم مقصورة على المتخصصين فقط، فلا ولاية له على القاضي صاحب الولاية العامة، وبالتالي فلا يلزم القاضي بإنفاذ حكم المحكم^(١).

٢ - إن تقليد المختكمين للمحكم بمتزلة اصطلاحهما على شئ من المجتهدين وللقاضي أن يبطله أو ينفذه فكذلك حكم المحكم للقاضي أن ينفذه أو يبطله لأنه مجرد اصطلاح من المتخصصين، وبالتالي فاللقاضي أن ينفذ

(١) البحر الرائق ١٧/٧ والاختيار ٢٦٥/١ ومجمع الأثر ١٧٤/٢ وتبيين الحقائق ١٩٤/٤.

حكم المحكم أو يبطله لأنه مجرد أمر اجتهادي بين المتخاصمين وليس حكماً نافذاً، وهذا يعني أن حكم المحكم موقوف على إجازة القاضي فإن أحازه كان نافذاً وإلا فلا، ومادام حكم المحكم موقوفاً على إجازة القاضي فللقاضي فسخه كالعقد الموقوف في حقه^(١).

وإذا تأملنا في كلا المذهبين نجد أن ما ذهب إليه الجمهور هو الراجح وذلك لقوة أدلتهم وضعف أدلة الحنفية المتناقضة مع ما ذهبوا إليه من "أن التحكيم ليس دون الصلح وأنه إذا تم الصلح ليس لواحد أن يرجع"^(٢). فإذا كان لم يجز لأحد المتحاكمين أن يرجع وهو صاحب الحق كان من باب أولى أن لا يرد القاضي ما اصطاح عليه الخصمان مما لم يخالف قواعد الشريعة^(٣).

كما أننا لا نسلم لهم بأن حكم المحكم موقوف على إجازة القاضي بل هو حكم صحيح نافذ وعلى القاضي تنفيذه وليس له رده أو إبطاله إلا إن وجد فيه ما يبطل الأحكام التي يصدرها القاضي، وليس له أن يبطله إذا خالف رأيه أو اجتهاده أو مذهبه فالمحكم يحكم بالأدلة التي يحكم بها القاضي، ولأن المتخاصمين حين ارتضياه حكماً فقد منحاه الولاية عليهما وحكمه عندئذ يلزمهما وهو مقصور عليهما^(٤). إلا أننا نميل إلى ما ذهب إليه الإمام ابن تيمية^(٥). وذهب إليه بعض

(١) فتح القدير ٥٠٠/٥ والمبسوط ١١١/١٦ والمغني لابن قدامة ٩٥/١٠.

(٢) فتح القدير ٥٠٠/٥.

(٣) التحكيم في الشريعة الإسلامية للجهني ٢٦٢.

(٤) عقد التحكيم في الشريعة الإسلامية للدكتور قحطان الدوري ص ٦٣٥.

(٥) الاتصاف ١٩٨/١١.

الفقهاء المعاصرين^(١). من أن حكم المحكم لا يتم نفاذه على الوجه الأكمل إلا بعد تعميم القاضي للحكم وذلك للأسباب الآتية^(٢):

١. لكي يكون مقبولاً للتنفيذ في دوائر الإجراء.
 ٢. لكي يُتاح بذلك السبيل لتحقيق اعتراضات الخصوم على حكم المحكمين ونظر القضاء فيها فإن وجد أن تلك الاعتراضات قاذحة في الحكم أبطل الحكم وإلا أيد الحكم وأنفذه.
 ٣. لكي يتاح من خلال رفع أحكام المحكمين إلى القضاء رقابة القضاء على المحكمين فيكون ذلك دافعا لهم إلى التدقيق في الأحكام والتزامهم بأصول الشريعة وقواعدها.
 ٤. إن رفع أحكام المحكمين إلى القضاء يتيح فرصة لمراجعتها من قبل القاضي فتكون بذلك أكثر دقة وضبطا بعد مراجعتها.
- وهذه المبررات في غاية الأهمية خصوصا في هذا العصر الذي تشبعت فيه الأمور وتعقدت فيه المشاكل.

تتمه حول الفرق بين أثر التحكيم في حالة المشاركة وحالة الشرط:

الاتفاق على التحكيم يتم بإحدى صورتين:

(١) عقد التحكيم في الشريعة الإسلامية. قحطان الدوري ص ٦٣٥

(٢) المرجع السابق.

مشاركة التحكيم، وشرط التحكيم، فأما المشاركة فتكون في حالة ما إذا تم الاتفاق على التحكيم بين الأطراف بشأن نزاع معين قائم بينهم بالفعل.

وأما شرط التحكيم فيكون في حالة ما إذا تم الاتفاق على التحكيم بين الأطراف في صورة شرط يرد في عقد من العقود، يتفق بموجبه الأطراف على حل ما قد ينشأ بينهم من نزاع بسبب تنفيذ هذا العقد وتفسيره عن طريق التحكيم بدلاً من المحكمة المختصة^(١).

فمشاركة التحكيم يكون إبرامها دائماً بعد وقوع النزاع في حين شرط التحكيم يكون إبرامه قبل وقوع النزاع، ولبيان الفارق بين هاتين الصورتين من حيث أثر التحكيم فقد بحثت في كتب الفقه فلم أجد فيها حديثاً عن هاتين الصورتين، والفارق بينهما من حيث أثر التحكيم، إلا أن الأصل الشرعي هو حرية العقود أنواعاً وشروطاً، ما لم يكن هناك نص أو قياس يمنع من عقد معين أو شرط محدد، فعندئذٍ يمتنع بخصوصه على خلاف القاعدة ويعتبر الاتفاق عليه باطلاً كالتعاقد على الربا أو الغرر ونحو ذلك.

(١) انظر الوسيط في قانون القضاء المدني للدكتور فتحي والي - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٨٧ ص ٨٩٤ ومايلها والنظرية العامة للتحكيم للدكتور محمود هاشم، دار الفكر العربي بالقاهرة ص ٧٣ ومايلها ودور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم للدكتورة آمال أحمد الفزاري طبعه منشأة المعارف بالاسكندرية ص ٤٦.

والدليل على هذا العموم قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ (١) وقوله ﷺ: "المسلمون على شروطهم" (٢) وهو مقيد بقوله ﷺ في حديث بريدة "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل" (٣)، والمراد به ما أحل حراماً أو حرّم حلالاً كما جاء في الحديث عن الرسول ﷺ "المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرّم حلالاً" (٤) وورد في الحديث عن أنس وعائشة - رضي الله عنهما - أنه قال: "المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك" (٥).

وجاء في (مجموع فتاوى ابن تيمية): "الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ولا يبطل إلا ما دلّ الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً" (٦).

ويقول ابن القيم: "الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه وهذا القول هو الصحيح" (٧).

(١) سورة المائدة آية رقم (١).

(٢) أخرجه أبو داود والترمذي والبيهقي وابن حبان والحاكم وغيرهم، واستشهد به البخاري في صحيحه في باب أجر السمرة من كتاب افجارة، وصححه بعض العلماء وقال الترمذي: حديث حسن صحيح (انظر فتح الباري ٤/٤٥١، مختصر سنن أبي داود للمنذري ٥/٢١٤، عارضته الأحوذى ٦/١٠٣، السنن الكبرى للبيهقي ٦/٧٩، المستدرک ٢/٤٩ - ٥٠، إرواء الغليل ٥/١٤٢).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تجل ج ٣ ص ١٩٩ ومسلم في صحيحه ١١٤١/٢.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى باب الشرط في الشركة ج ٦ ص ٧٩.

(٥) رواه الحاكم في المستدرک ج ٢ ص ٥٧.

(٦) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/١٣٢، ١٣٣.

(٧) إعلام الموقعين: ١/٣٤٤.

وبناءً على ما سبق، وبالعودة إلى الأحكام التي تنظم التحكيم وما يترتب عليه من آثار يمكن لنا القول بالآتي:

١- إن شرط التحكيم يكفي بذاته لإلزام أطرافه بالتحكيم، أي أن التحكيم إذا تم في صورة شرط تحكيم فإنه يكفي بذاته كمصدر لإلزام أطرافه بالتحكيم. بمجرد التوقيع على الاتفاق الذي تضمنه، شأنه في ذلك شأن المشاركة وأن له أثره المحدد وهو التزام أطرافه بتشكيل محكمة التحكيم عند وقوع النزاع، دون حاجة لإبرام مشاركة التحكيم^(١).

٢- إن شرط التحكيم له ذاتيته المتميزة من حيث شروطه وقواعده وأحكامه عن العقد الأصلي الذي تضمنه، ويترتب على هذا أنه لا أثر لبطلان شرط التحكيم عن العقد الذي تضمنه إذا كان العقد ذاته صحيحاً، ويسترد القضاء العادي ولايته بالفصل في المنازعات الناشئة عن هذا العقد، والعكس صحيح. بمعنى أن طلب بطلان أو فسخ العقد الأصلي لا يحول دون إعمال شرط التحكيم الوارد به، إلا إذا كان سبب البطلان يشمل أيضاً شرط التحكيم، لكن إذا حكم ببطلان العقد أو بالفسخ فإنه يترتب على ذلك زوال العقد الأصلي بما تضمنه من شرط التحكيم^(٢).

(١) انظر الوسيط في قانون القضاء المدني للدكتور فتحي والي ص ٨٩٥ والنظرية العامة للتحكيم للدكتور محمود هاشم ص ٨٥ وما يليها ودور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم ص ٥١.

(٢) انظر الوسيط في قانون القضاء لفتحي والي ص ٩١٢ والنظرية العامة للتحكيم للدكتور محمود هاشم ص ٨٨ وأنواع التحكيم للدكتور محمود السيد عمر التحيوي طبعة دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ٢٠٠٢ ص ١٤٣ ودور قضاء الدولة في فاعلية التحكيم للدكتورة آمال أحمد ص ٥١.

٣- الاتفاق على التحكيم سواء كان في صورة شرط التحكيم، أم كان في صورة مشاركة تحكيم يكون عقداً من العقود التي تنظمها النظرية العامة للعقد شأنه في ذلك شأن أي عقد آخر، بالإضافة إلى خضوعه للأحكام الخاصة الواردة بشأنه، فالاتفاق على التحكيم تنطبق عليه القواعد العامة في العقد، وأهمها القواعد التي تحكم إبرامه وتحديد أركانه وشروطه وصحته، والجزاء المترتب على تخلفها - وهو البطلان أو القابلية للإبطال، كما يخضع لما يرد بشأنه من أحكام خاصة المنظمة للتحكيم وقواعد الاتفاق عليه^(١).

٤- اتفاق التحكيم لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق أطرافه أو للأسباب التي يقرها التشريع، وليس لأحد المتعاقدين أن يتصل مما التزم به في العقد ولا أن يغير أو يبدل فيه بإرادته المنفردة بل يجب على كل منهما أن ينفذ ما التزم به، وليس لأحد من أطرافه أن يعزل المحكم من تلقاء نفسه دون رضا الطرف الآخر.

٥- يترتب على اتفاق التحكيم سواء كان مشاركة أو شرطاً أن يتم الفصل في المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بواسطة المحكمين وليس بواسطة قضاء الدولة، وهذا يعني أن اتفاق التحكيم يتضمن التنازل عن اللجوء إلى القضاء وحل النزاع وحسمه عن طريق هيئة تحكيمية، ولا يجوز رفع

(١) المراجع السابقة نفس الصفحات .

الدعوى أمام القضاء إلا بعد استنفاد طريق التحكيم، وعلى ذلك فإن شرط التحكيم أو مشارطته تلزم أطرافهما ولو ألغي العقد طالما لا يتعارض مع نص تشريعي آخر^(١).

٦- يترتب على اتفاق التحكيم - سواء كان مشاركة أو شرطاً - أن يمضي أطرافه في التحكيم وليس لأحد أطرافه التراجع عن التحكيم أو عزل المحكم إلا إذا اتفق الخصوم على ذلك، وأيضا يترتب على اتفاق التحكيم الالتزام بحكم المحكم عند صدوره دون حاجة إلى رضا الخصوم عليه بل يجب عليهم تنفيذه، ولا يستطيع أحد التنصل عنه، وللمحكوم له أن يلجأ إلى القضاء لتنفيذه في حالة إذا رفض المحكوم عليه تنفيذه طواعية، كما أن للمحكوم عليه أن يطعن في الحكم أمام القضاء إذا ما كان في الحكم ما يصادم نصاً أو إجماعاً أو أصلاً أو قاعدةً شرعية، وليس للقضاء رد حكم المحكم بل عليه تنفيذه طالما كان صحيحاً، والفارق هنا بين مشاركة التحكيم وشرط التحكيم إنما هو في كون شرط التحكيم يلزم الخصوم الترافع أمام محكمين - إذا ما وجد نزاع - دون حاجة لعقد اتفاق جديد، أما مشارطة التحكيم فهي عبارة عن اتفاق على التحكيم بعد وجود النزاع، أما بعد إبرام التحكيم فلم يعد هناك فارق بين

(١) التحكيم والقضاء بالصلح د/أحمد أبو الوفاء الطبعة الأولى ١٩٦٤ نشأة المعارف بالإسكندرية ص ١٩ فقرة ١٣ والتحكيم بين الشريعة والقانون، عامر علي رحيم، دار الجماهيرية ليبيا ١٩٨٧ ص ٦٧-٦٨.

مشاركة التحكيم وشرط التحكيم من حيث لزوم حكم المحكم،
ووجوب تنفيذه (١).

(١) هذا البند مبني على ما سبق أن ذكرناه من أثر التحكيم في المبحثين السابقين.

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث أعرض النتائج التي انتهى إليها وهي على النحو الآتي:

١- إن التحكيم - باعتباره تولية خصمين حكما يحكم بينهما - من أقدم الوسائل التي اتخذت لحل الخلافات وفصل الخصومات وظل وسيلة قضائية في كل العصور إلا إن دوره في عصرنا اليوم يبدو أكثر وضوحاً خصوصاً في المنازعات التجارية حيث صار التحكيم فيها مظهراً من مظاهر العصر.

٢- إن أثر التحكيم يعتبر من أهم موضوعات التحكيم وذلك لكون هذا الأثر هو الثمرة التي يتمخض عنها التحكيم والنتيجة المرجوة منها والمتمثلة في كون حكم المحكم ملزماً للخصمين يجب تنفيذه حلاً للتراع وفصلاً للخصومة ولا مجال للطعن فيه إلا في الحالات التي يطعن بها في حكم القاضي.

٣- لقد اختلف العلماء في التوقيت الذي ينقطع فيه خيار المتخاصمين في الرجوع عن المحكم وعزله وذلك إلى ثلاثة اتجاهات يرى أن المتخاصمين ليس لهما الرجوع عن المحكم وعزله إذا كان المحكم قد شرع في الحكم أي بمجرد استيفاء المحكم للبيانات وكشف حال الخصوم. واتجاه يرى أن حكم المحكم لا يصير ملزماً إلا بعد صدوره أي أن

للمتحاكمين أن يرجعوا عن تحكيم المحكم ويعزلانه بعد شروعه في الحكم وسماعه للبيّنات ما لم يصدر الحكم، فإن لم يتراجعا حتى صدور الحكم فيصير ملزماً لهما. واتجاه ثالث يرى أن المتحاكمين لا يلزمان بحكم المحكم في أي مرحلة، أي أن للمتخاصمين أن يعزلا المحكم و يرجع عنه و عن حكمه حتى و لو أصدر حكمه في القضية، فإن حكم المحكم لا يكون ملزماً للمتخاصمين إلا إذا ارتضيا بذلك الحكم بعد صدوره.

٤ - بعد مناقشة أدلة الاتجاهات الثلاثة السابقة تبين أن الراجح هو أنه يمكن للخصمين أن يرجعوا عن المحكم ويعزلاه قبل تمام الحكم لا بعده بشرط اتفاق الخصمين على الرجوع، أما إذا رجع أحد الخصمين واستمر الآخر بعد أن سمع المحكم البيّنات فإن هذا الرجوع لا يعزل المحكم بل يستمر المحكم في نظره ويصدر حكمه ويكون ملزماً؛ لأنه مادام قد بدأ باتفاقهما معاً فإنه لا يعزل إلا باتفاقهما معاً، وإلا كان ذلك مدعاة للمماطلة وضياع الحقوق، حيث سيعمل الخصم الذي يرى - بعد سماع المحكم للبيّنات - أن حكم المحكم لن يكون في صالحه على إبطال التحكيم مما يضيع حق الآخرين ويؤدي إلى المماطلة وبذلك يبطل المقصود من التحكيم. أما إذا عزلاه معاً فإن ذلك دليل على قناعتها بعدم صلاحيته وليس في هذا ضياع للحقوق. وأما إذا لم يتراجع المتحاكمان عن التحكيم أو تراجع أحدهما واستمر الآخر حتى أصدر المحكم حكمه فإن

حكم المحكم يصير ملزماً بمجرد صدوره دون اشتراط رضا المتخاصمين به بعد صدوره.

٥- إن اختلاف العلماء في مدى لزوم حكم المحكم وفي المرحلة التي يجوز فيها للخصمين أو أحدهما عزل المحكم يعود هذا الاختلاف في سببه الحقيقي إلى اختلاف العلماء في تكييفهم لنظام التحكيم وطبيعته فمن رأى أنه ذو طبيعة تعاقدية ووصفه بالوكالة أجاز للخصوم الرجوع وعزل المحكم، ومن وصفه بأنه قضاء لم يجز للخصوم الرجوع إلا باتفاقهم جميعاً.

٦- إذا أصدر المحكم حكمه وكان موافقاً لقواعد الشريعة وأصولها وفي نطاق الاختصاص المخول له شرعاً واكتمل في المحكم والمحتكمين أهلية التحكيم فإن هذا الحكم يكون ملزماً للمحتكمين ويجب عليهم تنفيذه.

٧- إذا لم يبادر الطرف المحكوم عليه بتنفيذ الحكم فإن المحكم يرفع الحكم إلى القاضي المختص لتوثيقه وإجبار الطرف الممتنع على تنفيذه.

٨- للمحكوم له أن يلجأ إلى القضاء طالبا تنفيذ حكم المحكم إذا لم ينفذه المحكوم عليه بالتراضي، وللمحكوم عليه حق الطعن في الحكم لدى القضاء وطلب نقضه وقبول طلبه إذا كان مع المتظلم حجة تجعل طلبه محتملاً للصحة وإلا فلا يقبل طلبه.

- ٩ - لا يجوز للمحكم بعد إصداره للحكم إعادة النظر في النزاع الذي حكم فيه كما لا يجوز له أن يرجع عن حكمه أو أن يعدله بعد صدوره.
- ١٠ - ليس لأحد من القضاة رد حكم المحكم بل يجب عليهم إمضاؤه وتنفيذه وإلزام المحتكمين بمقتضاه وليس لهم نقض الحكم إلا في الحالات التي يجوز فيها نقض حكم القاضي المولى من قبل الإمام.

المراجع

١. الأحكام السلطانية لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي
الطبعة الثانية ١٩٦٦م ١٣٨٦هـ.
٢. الأحكام السلطانية لأبي يعلي محمد بن الحسين الفراء الحنبلي الطبعة
الثانية ١٣٨٦هـ ١٩٦٦م.
٣. أحكام القرآن لأبي بكر محمد عبد الله بن أحمد المعروف بابن العربي -
مطبعة السعادة مصر ١٣٣١هـ.
٤. الاختيار لتعليل المختار: لعبد الله محمود بن مودود الموصلني الحنفي دار
المعرفة بيروت - لبنان - ١٣٩٥هـ ١٩٧٥م.
٥. أدب القضاء لشهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله المعروف
بابن أبي الدم الحموي الشافعي تحقيق محمد مصطفى الزحيلي دمشق
١٩٧٥م.
٦. أسنى المطالب شرح روض الطالب لأبي يحيى زكريا بن محمد بن أحمد
بن زكريا الأنصاري السبكي المصري. المطبعة الميمنية - القاهرة
(بدون تاريخ).

٧. إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لأبي بكر ابن محمد سطا
الدمياطي طبعة الحلبي ١٣٤٢هـ.
٨. الإقناع على فقه الإمام أحمد بن حنبل لشرف الدين موسى الحجاوي
مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة لم يذكر تاريخ النشر.
٩. أنواع التحكيم للدكتور محمود السيد عمر - طبعة دار المطبوعات
الجامعية بالأسكندرية - ٢٠٠٢م.
١٠. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد لعلاء
الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي تحقيق محمد حامد الفقي
الطبعة الأولى ١٣٧٥هـ مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة.
١١. البحر الرائق شرح كثر الدقائق لزين الدين بن إبراهيم بن محمد بن
نجيم الحنفي دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت (بدون تاريخ).
١٢. البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحيى بن
المرتضى مؤسسة الرسالة بيروت ١٩٧٥م.
١٣. بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن
أحمد بن رشد القرطبي دار الكتب العلمية - بيروت طبعة عاشره
١٩٨٨م.

- ١٤ . بدايع الصنایع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٦هـ.
- ١٥ . تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام لبرهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون البصري دار الكتب العلمية بيروت لبنان طبعة أولى ١٣٠١هـ.
- ١٦ . تبیین الحقائق: شرح كتر الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي المطبعة الكبرى الأميرية القاهرة ١٣١٤هـ.
- ١٧ . التحكيم بين الشريعة والقانون، عامر علي رحيم، دار الجماهير ليبيا ١٩٨٧م.
- ١٨ . التحكيم والقضاء بالصلح، دكتور أحمد أبو الوفا - الطبعة الأولى ١٩٦٤م - منشأة المعارف بالإسكندرية.
- ١٩ . التحكيم في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية، مسعود عواد أحمد البرقاني الجهني مكتبة دار الإيمان، المدينة المنورة - السعودية طبعة أولى ١٩٩٤م.
- ٢٠ . التحكيم في القانون اليمني دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية للدكتور نجيب أحمد عبد الله الجبلي رسالة مقدمة لكلية الحقوق جامعة الإسكندرية ١٩٩٦م.

٢١. الجامع لأحكام القرآن: لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي
الطبعة الثالثة - دار الكتاب العربي ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م.
٢٢. جامع البيان عن تأويل آي القرآن للطبري ط ٣ مطبعة مصطفى البابي
الحلبي مصر ١٣٨٨هـ.
٢٣. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين الشيخ محمد عرفة
الدسوقي مطابع عيسى الحلبي القاهرة.
٢٤. حجية الحكم القضائي د. محمد نعيم ياسين - طبعة دار الفرقان -
الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤.
٢٥. درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر - مكتبة النهضة بيروت لم
يذكر تاريخ النشر.
٢٦. دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم للدكتورة آمال أحمد
الفيراي - طبعة منشأة المعارف بالإسكندرية.
٢٧. رد المحتار على الدر المختار (المعروف بحاشية بن عابدين) لمحمد أمين
بن عمر بن عبد العزيز المشهور بابن عابدين دار الكتب العلمية -
بيروت (بدون تاريخ).
٢٨. روضة القضاة علي بن محمد بن أحمد الرحي السمناني حققها الدكتور
صلاح الناهي - مؤسسة الرسالة بيروت الطبعة الثانية ١٩٨٤م.

٢٩. شرح الخرشي على مختصر خليل لأبي عبد الله محمد الخرشي المطبعة الأميرية ببولاق ١٣١٧هـ.
٣٠. الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير - دار المعارف مصر ١٩٧٢م.
٣١. شرح فتح القدير لكamal الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام المطبعة الكبرى الأميرية القاهرة ١٣١٥هـ.
٣٢. الشرح الكبير على مختصر خليل لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير مطبوع بهامش حاشية الدسوقي عليه طبعة دار الفكر (بدون تاريخ).
٣٣. عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي للدكتور قحطان عبد الرحمن الدوري طبعة وزارة الأوقاف في العراق طبعة أولى ١٩٨٥م.
٣٤. الفتاوى الكبرى لتقي الدين أبو العباس أحمد بن الشيخ شهاب الدين ابن تيمية مؤسسة الحلبي ١٣٢٦هـ.
٣٥. الفتاوى الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان للعلامة نظام الدين وجماعة من علماء الهند - المطبعة الأميرية القاهرة ١٣١٠هـ.

٣٦. قرارات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي قراراته وتوصياته للدورات ١ - ١٤ - طبعة وزارة الأوقاف بقطر - الطبعة الرابعة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
٣٧. القوانين الفقهية لمحمد بن أحمد بن جزى دار العلم للملايين - بيروت
٣٨. كشف القناع على متن الإقناع لمنصور بن يونس البهوتي مكتبة النصر الحديثة الرياض.
٣٩. المسوط لشمس الدين محمد بن أحمد السرخسي الطبعة الأولى بمطابع مطبعة السعادة القاهرة ١٣٢٤هـ.
٤٠. مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لعبد الرحمن بن شيخ محمد بن سليمان المعروف بشيخ زادة المطبعة العثمانية ١٣٢٧هـ.
٤١. المجموع شرح المهدب لأبي زكريا يحيى بن شرف بن مري الحزامي النووي. طبعة مكتبة الإرشاد - جدة بدون تاريخ.
٤٢. المحلى لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري طبعة دار التراث القاهرة لم يذكر تاريخ النشر.
٤٣. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لشمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة ١٩٥٨م.

- ٤٤ . المغني لأبي محمد عبد الله بن أحمد محمد بن قدامة مكتبة القاهرة
١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.
- ٤٥ . المنتقى شرح الموطأ لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي
الأندلسي الطبعة الأولى ١٣٣١هـ - مطبعة السعادة بمصر.
- ٤٦ . مواهب الجليل شرح مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد
الرحمن الطرابلسي المصري المعروف بالحطاب طبعة مكتبة النجاح
القاهرة ١٣٢٩هـ.
- ٤٧ . المهذب لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز بادي
الشيرازي طبع بمطبعة عيسى الحلبي القاهرة لم يذكر تاريخ النشر.
- ٤٨ . نظام القضاء في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان - طبعة
مؤسسة الرسالة - الطبعة الثالثة ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م ص ٢٩٢.
- ٤٩ . النظرية العامة للتحكيم للدكتور محمود هاشم - دار الفكر العربي -
القاهرة.
- ٥٠ . نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي
مطبعة الحلبي - القاهرة - ١٩٦٧م ١٣٧٦هـ.
- ٥١ . الوسيط في قانون القضاء، للدكتور فتحي والي - دار النهضة العربية
- القاهرة ١٩٨٧م.