التحكيم القضائي أركانه وشروطه في الفقه والنظام السعودي

د . مشعل بن عواض السلمي

الأستاذ المشارك في كلية الدراسات القضائية والأنظمة – قسم الدراسات القضائية

جامعة أم القرى - مكة المكرمة

المقدمة

الحمد لله الحكم العدل , أمر بالإحسان ونهى عن الظلم والعدوان , والصلاة والسلام على نبينا الأمين وعلى آله الطيبين الطاهرين وعلى أصحابه الغر الميامين وعلى من سار على نهجهم واستن بسنتهم إلى يوم الدين وبعد :-

فإننا نشهد تطوراً تنظيمياً واسعاً في الأنظمة العدلية في المملكة العربية السعودية في السنوات الماضية وهو مما يدعو إلى الفرحة والسرور وينبيء بمستقبل مزهر في الشؤون العدلية ومن جملة التطويرات المتسارعة والتي تسير في ظل الخطة التنموية للبلاد صدور نظام التحكيم عام 1433هـ بعد أن ظلّ النظام القديم عشرين عاماً , ولا شك أنه في العشرين عاماً ظهرت تغييرات جوهرية تستلزم تحديث النظام , علماً أن التحكيم قد تحدث عنه فقهاء الإسلام بل تحدثوا عن أدق التفاصيل والتي تبهر القاريء للتراث وقد رأيت أن أكتب في (التحكيم القضائي أركانه وشروطه في الفقه والنظام) وأوجز أسباب اختيار الموضوع في الآتي:

أولاً: أهمية هذا الموضوع وتعلقه بجانب مهم وهو القضاء والفصل بين المتنازعين .

ثانياً: تتمثل أهمية الأركان والشروط في كونها أساس العقد وأي اختلال فيها يؤدي إلى اختلال العقد .

ثالثاً: عدم وعي كثير ممن يعمل في مجال التحكيم بالتفصيلات المهمة في الشروط والأركان.

رابعاً: الانتشار الواسع لقضايا التحكيم مما دعاني للكتابة في هذا الموضوع.

فجاء هذا البحث في مبحثين وخاتمة فيها التوصيات والنتائج وهي على النحو التالي:

المبحث الأول: تعريف التحكيم القضائي في اللغة والاصطلاح .

المبحث الثاني : أركان عقد التحكيم القضائي وشروطه في الفقه والنظام

المبحث الأول

تعريف التحكيم القضائي في اللغة والاصطلاح

أولاً : تعريف التحكيم في اللغة .

التحكيم مأخوذٌ من (حَكَمَ) الحاءُ والكافُ والميمُ أصل واحد، وهو المنعُ، وأوّلُ ذلك الحُكْمُ، وهو المنع من الظلم.(1)

وحكَّمه في الأمر تحكيماً: أمره أن يَحْكُم فاحْتَكَمَ.(2)

والحَكَم بفتحتين الحاكم، وحَكَّمه في ماله تحكيماً إذا جعل إليه الحكم فاحتكم عليه في ذلك.(3)

الخلاصة أن المنع من الظلم معنًى يرتبط بالمصطلح الذي نبحثه وهو التحكيم.

ثانيًا: تعريف التحكيم في الاصطلاح:

يختلف تعريف التحكيم في الاصطلاح باختلاف نوعه ولذلك يختلف التحكيم في الشقاق الزوجي والتحكيم في جزاء الصيد والتحكيم في الحروب عن مصطلح التحكيم العام (القضائي) عند الفقهاء وعند القانونيين، وسوف يكون حديثي عن التحكيم العام (القضائي) عند الفقهاء وفي النظام وهو كما يلي:

ثانياً :تعريف التحكيم في الاصطلاح

(التحكيم عند الفقهاء):

---

(1) مقاييس اللغة، ابن فارس، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر – 1399هـ، 91/6.

(2) القاموس المحيط، الفيروز آبادي، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، بيروت، ط8 – 1426هـ، 1095/1.

(3) مختار الصحاح، الرازي، مكتبة لبنان، تحقيق محمود خاطر، ط1415هـ، 167.

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف التحكيم ومن أبرز التعريفات ما يلي:

- (تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما).[1]

- جاء في مجلة الأحكام العدلية: (هو عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما).[2]

وعرفه ابن قدامة بأنه: (تولية شخصين حكماَ صالحاً للقضاء يرتضيانه بينهما).[3]

وعرفه الشيخ آل خنين بأنه: (ارتباط طرفين برضاهما بأن يفصل بينهما ثالث صالحٌ للقضاء فيما شجر بينهما مما يسوغ فيه ذلك شرعاَ).[4]

ومن خلال استعراض التعاريف السابقة يمكن أن نعرِّف التحكيم بأنه:

اتفاق طرفين أو أكثر على أن يختارا طرفاً آخر ليفصل فيما شجر بينهم من خصومة مما يسوغ الحكم فيه دون اللجوء إلى القضاء.

شرح التعريف:

اتفاق: يستفاد منها أن التحكيم عقد رضائي ولا علاقة له بالقضاء العام والذي لا يكون في الأصل رضائياً.

طرفين أو أكثر: يشمل الشخصية الطبيعية سواءً كان ذكرًا أو أنثى، ويشمل أيضاً الشخصية الاعتبارية مثل: الشركات والمؤسسات والدوائر الحكومية، وقد يكون المحتكمين أكثر من طرفين ولذلك جاء في التعريف قيد: أو أكثر.

على أن يختارا: سواءً كان اختيارهم قبل النزاع أو بعده في صورة شرط أو

(1) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، دار الكتاب الإسلامي، ط2، 34/7.

(2) مجلة الأحكام العدلية، تحقيق نجيب هواويني، 365.

(3) المغني، ابن قدامة، دار إحياء التراث، بيروت – 1985م، 107/9.

(4) التحكيم في الشريعة الإسلامية، الشيخ عبد الله آل خنين، دار الحضارة، ط1- 1441هـ، ص34.

مشارطة، وهذا هو الأصل أن الخصم هو الذي يختار محكمهُ ولهذا الأصل شروط وضوابط كما في بعض الأنظمة.

طرفاً آخر: (المحكَّم) سواءً اتفقا على أن يكون المحكم واحداً فرداً أم يختار كل منهم محكمهُ الخاص بحسب اتفاق التحكيم أو شرطه.

وقد عبَّرت بـ(طرف آخر) لأن الاختيار قد يكون مبنياً على إحالة إلى مركز تحكيم وهو الذي يتولى اختيار المحكم بناءً على قوائمه ولوائحه التنظيمية.

ليفصل فيما شجر بينهم من خصومة: الإشارة إلى محل التحكيم وهو الفصل في النزاع.

مما يسوغ الحكم فيه: الإشارة إلى قيد مهم وهو نطاق التحكيم سواءً كان النظر فيه فقهياً أو مقيداً من خلال الأنظمة المرعية، وهو ما سيأتي الحديث عنه مفصلاً في نطاق التحكيم في الفقه والنظام.

دون اللجوء إلى القضاء: هذا القيد في التعريف هو الفيصل في الفرق بين التحكيم والقضاء؛ لأن اتفاق التحكيم يسمح للخصم بالتحاكم إلى طرف ثالث ليس مولًى من الحاكم كما هو الحال في القضاء.

ثالثًا: تعريف التحكيم في النظام

اختلف فقهاء القانون في صياغة تعريف للتحكيم لكنهم اتفقوا على معنى محدد للتحكيم هو: (أن التحكيم اتفاق وطريقة وأسلوب لفض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بين أطراف في نزاع معين عن طريق أفراد عاديين يتم اختيارهم بإرادة أطراف المنازعة للفصل فيها بدلاً من فصلها عن طريق القضاء).[1]

وعرَّفه بعضهم بأنه: نظام خاص للتقاضي ينشأ من الاتفاق بين الأطراف

(1) انظر: نظام التحكيم السعودي الجديد دراسة مقارنة، د.محمود عمر محمود، ط1- 1434هـ، خوازم العلمية، ص18.

المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي.[1]

وقد اتفق أهل القانون مع الفقهاء في العناصر التالية:

1- الاتفاق بين خصمين على حسم النزاع بينهما بطريق التحكيم لا بطريق القضاء.

2- (طرفي التحكيم):

الطرف الأول: الخصمان ولو تعددوا.

الطرف الثاني: الحَكم ولو هيئة تحكيم يعيَّن باتفاق الخصمين ويحسم النزاع بينهما.

3- (محل التحكيم):

وهو فض النزاع القائم بين الخصمين.[2]

تعريف التحكيم في النظام السعودي:

لم يذكر النظام السعودي تعريفاً للتحكيم إنما عرَّف اتفاق التحكيم، حيث جاء في المادة الأولى: (1- اتفاق التحكيم: هو اتفاق بين طرفين أو أكثر على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما في شأن علاقة نظامية محددة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية سواءً أكان اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أم في صورة مشارطة تحكيم مستقلة).[3]

(1) الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، حفيظة السيد حداد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1- 2004م، ص44.

(2) عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د.قحطان الدوري، دار الفرقان، 1422هـ، ص23.

(3) انظر: نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/34 بتاريخ 1433/5/24هـ.

وقد أحسن المنظم السعودي حيث لم يقصد وضع تعريف للتحكيم؛ لأن التعاريف هي مهمة شرَّاح القانون وليس مكانها الأنظمة.

المبحث الثاني : أركان عقد التحكيم القضائي وشروطه في الفقه والنظام

الركن عند الجمهور: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وإن لم يكن جزءاً من حقيقته.

الركن عند الحنفية: هو ما توقف عليه وجود الشيء وكان داخلاً في الماهية.

ففي المعاملات مثلاً: الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامها هو ركن العقد عند الحنفية، أما الجمهور فالأركان عندهم ثلاثة: عاقد، معقود عليه، صيغة. وفي نظري أن الخلاف لفظي فبقية الأركان عند غيرهم تسمى شروط عند الحنفية.[1]

وعليه فإن ركن عقد التحكيم عند الحنفية هو (الصيغة).[2]

وأما الجمهور فالأركان عندهم ستة:

1- الصيغة (الإيجاب والقبول).

2- المحكِّم (العاقدان) ويسمى الطرفان في التحكيم (المحتكِم والمحتكَم ضده).

3- المحكَّم (الحَكَمْ أو المحتكَم إليه).

4- المحكَّم فيه (محل التحكيم).

5- أتعاب التحكيم.[3]

---

(1) حاشية الدسوقي 2/4، شرح منتهى الإرادات 351/2، تبيين الحقائق 105/5.

(2) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام 696/4.

انظر: الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عبد المنعم إبراهيم، دار الكتب العلمية، ط1- 1423هـ، 474/1.

(3) إذا كان التحكيم بدون عوض فتكون الأركان خمسة أما إن كان بعوض فتكون ستة أركان.

6- الحكم التحكيمي.

(الركن الأول وشروطه): الصيغة [الإيجاب والقبول].

أولًا: في الفقه.

وتكون الصيغة باللفظ أو الكتابة أو الإشارة، وقد اشترط الفقهاء للصيغة في العقود عدَّة شروط وهي كما يلي[1]:

1- أن تكون الصيغة مفهمة بحيث يعلم كل واحدٍ منهم مراد الآخر.[2]

2- أن تكون الصيغة صادرة من ذي أهلية شرعية وهو البالغ العاقل.[3]

3- تطابق الإيجاب والقبول.[4]

4- أن يتصل الإيجاب بالقبول.[5]

ثانيًا: في النظام.

تحدث المنظّم السعودي في المادة الأولى من نظام التحكيم الصادر عام 1433هـ عن صيغة عقد التحكيم والذي يكون على هيئة شرط تحكيم أو مشارطة تحكيم مستقلة، وقد بينت سابقاً الفرق بين الشرط والمشارطة والأثر المترتب على صياغة العقد قبل حدوث النزاع أو بعده.

---

(1) التزمت الاختصار في كثير من التفصيلات الفقهية مراعاة لهدف الكتاب.

(2) انظر: كشاف القناع، البهوتي، 39/5.

يرى شيخ الإسلام ابن تيمية: أن العقود تنعقد بكل ما دلَّ على مقصودها من قول أو فعل فلا يلزم أن تكون هناك صيغة معينة للإيجاب والقبول. (القواعد النورانية، شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق: محمد الفقهي، 104/1).

(3) انظر: بداية المجتهد، ابن رشد، 301/2.

(4) انظر: كشاف القناع، البهوتي، 146/3.

(5) وهذا الشرط خاصة إذا كان التحكيم بعوض، وهو ليس محل اتفاق بين العلماء حيث يرى بعضهم جواز تراخي القبول عن الإيجاب كما هو المذهب عند الحنابلة. (انظر: كشاف القناع، البهوتي، 463/3).

جاء في المادة الأولى: (1- اتفاق التحكيم: هو اتفاق بين طرفين أو أكثر على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما في شأن علاقة نظامية محددة، تعاقدية كانت أم غير تعاقدية، سواءً أكان اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد، أم في صورة مشارطة تحكيم مستقلة).

وتحدثت المادة (9) عن الأثر المترتب عن اتفاق التحكيم قبل النزاع أو بعده حيث جاء فيها: (١- يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء أكان مستقلاً بذاته، أم ورد في عقد معين.

كما يجوز أن يكون اتفاق التحكيم لاحقاً لقيام النزاع، وإن كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام المحكمة المختصة، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم، وإلا كان الاتفاق باطلاً.

٢- يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وإلا كان باطلاً.

٣- يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر صادر من طرفي التحكيم، أو إذا تضمنه ما تبادلاه من مراسلات موثقة، أو برقيات، أو غيرها من وسائل الاتصال الإلكترونية، أو المكتوبة. وتعد الإشارة في عقد ما، أو الإحالة فيه إلى مستند يشتمل على شرط للتحكيم، بمثابة اتفاق تحكيم. كما يُعدّ في حكم اتفاق التحكيم المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي، أو اتفاقية دولية، أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد).

كما أن المنظم اهتم بسريان عقد التحكيم وعدم بطلانه واستقلاله عن العقود الأخرى ولو كان مضمناً لعقد آخر.

جاء في المادة (21): (يعدَّ شرط التحكيم الوارد في أحد العقود اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى. ولا يترتب على بطلان العقد ـ الذي يتضمن شرط

التحكيم . أو فسخه أو إنهائه بطلان شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته).

وقد أكَّد المُنظم على أن يكون العقد صادراً من ذي أهلية شرعية، حيث جاء في المادة (10): (١- لا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن يملك التصرف في حقوقه سواء أكان شخصاً طبيعيًّا . أو من يمثله . أم شخصاً اعتباريًّا).

ويتعيَّن على الأولياء والأوصياء والنظار – باستثناء ولاية الأب على أبنائه – الحصول على إذن القاضي قبل اللجوء إلى التحكيم، وهؤلاء لابد من رقابة القضاء عليهم حماية لمصلحة المشمول بالولاية أو الوصاية أو النظارة.[1]

(الركن الثاني وشروطه): المحكِّم (العاقدان) ويسميان (المحتكِم والمحتَكَم ضده].

أولًا: في الفقه.

ويشترط فيهما ما يلي:

1- شرط الصفة في العاقدين (المحتكِم والمحتكَم ضده).[2]

ويعني: أن يكون (المحتكِم والمحتكَم ضده) أصحاب حق يصح لهم التصرف.

وهذا شرط في العقود كلها لقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام رضى

(1) شرح نظام التحكيم، الموجان، 86.

تنبيه: إذا كانوا مندمجين ضمن كيان اعتباري في شركة استقلالاً أو ضمن غيرهم فلهؤلاء في حكم الشركة.

(انظر: التفهيم شرح نظام التحكيم، آل خنين، ص94).

(2) انظر: التحكيم في الشريعة الإسلامية، آل خنين، ص104.

الله عنه : (لا تبع ما ليس عندك).[1]

ويقوم مقام صاحب الحق من ينوب عنه بوكالة أو ولاية.

2- شرط أهلية العاقدين.

لابد أن يكون (المحتكِم والمحتَكَم ضده) ممن اتصفا بأهلية التعاقد على التحكيم، وذلك بأن يكونا بالغين عاقلين، فلا يصح التحكيم من مجنون ولا صبي، وبذلك صرَّح الحنفية[2]، ولا تمنعه بقية المذاهب وإن لم يصرحوا به، ولم يشترط الحنفية الحرية والإسلام.[3] وهذا الشرط نابعٌ من أهمية التحكيم حيث تترتب عليه آثار مهمة فوجب أن يكون الخصمان بالغين عاقلين ليكونا على دراية ومعرفة وخبرة بما يجريانه ويقدمان عليه من تحكيم.[4]

والأهلية شرط في العقود كلها لقوله صلى الله عليه وسلم : (رفع القلم عن ثلاثة، عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق).[5]

ثانياً: في النظام.

(1) سنن النسائي، باب بيع ما ليس عند البائع، 289/7. ح(4613)، صحيح ابن ماجه، ح(2178)، مسند الإمام أحمد، ح(6671).

(2) انظر: الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الحصكفي، 474/1.
انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، 24/7.
انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 696/4.

(3) انظر: التحكيم في الشريعة الإسلامية، آل خنين، 108.
انظر: عقد التحكيم في الفقه والقانون الوضعي، قحطان الدوري، 176، 177.
انظر: الدر المختار، الحصكفي، 474/1.

(4) انظر: التحكيم في الشريعة الإسلامية، آل خنين، 108.

(5) سنن الترمذي، ح(1423)، سنن ابن ماجه ح(2041)، سنن أبي داود ح(4401).

تحدث المنظم السعودي عن شروط العاقدين وهما: (الصفة والأهلية) حيث منع المنظم الاتفاق على التحكيم ممن لا يملك التصرف في حقوقه وهو غير البالغ وغير العاقل، كما أن المنظّم منع الجهات الحكومية من الاتفاق على التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، وفي هذه الحالة يكون التصرف من قبل الإدارة من دون الشرط المذكور تصرفاً من غير ذي صفة فيكون باطلاً، وقد تحدثت سابقاً عن الأنظمة التي استثنت هذا الشرط.

جاء في المادة (10) من نظام التحكيم الصادر عام 1433هـ: (١- لا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن يملك التصرف في حقوقه سواء أكان شخصاً طبيعيًّا . أو من يمثله . أم شخصاً اعتباريًّا.

٢- لا يجوز للجهات الحكومية الاتفاق على التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ما لم يرد نص نظامي خاص يجيز ذلك).

(الركن الثالث وشروطه): المحَكَّم [الحكم أو المحتَكَم إليه]

أولًا: في الفقه.

تحدثت سابقاً عن تكييف عقد التحكيم، هل هو قضاء أو وكالة أو يجمع بينهما أو هو صلح؟

وقد رجَّحت أنه (قضاء خاص) وقد يجمع بين الوكالة والقضاء في مسألة واحدة نصَّ عليها نظام التحكيم السعودي وهي في حالة ما إذا فوِّض المُحكَّم بالصلح.

وبناءً على ذلك فمن وصفه بأنه عقد وكالة فيشترط له ما يشترط للوكيل، ومن وصفه بأنه صلح فيشترط له ما يشترط للمصلح، ومن وصفه بأنه قضاء فيشترط له ما يشترط في القاضي.

وقد رجَّحت أنه (قضاء خاص) وعليه فإنه يشترط له ما يشترط في القاضي، وقد اشترط أهل العلم عدَّة شروط في القاضي على خلاف بين الفقهاء في بعضها

وهي كما يلي[1]:

الشروط المتفق عليها في القاضي:

1- الإسلام 2- التكليف (البلوغ والعقل)

3- الحرية 4- النطق والسمع.

الشروط المختلف فيها[2]:

1- الذكورة 2- أهلية الاجتهاد

3- العدالة 4- البصر.

وهذه الشروط هي بناءً على القول الذي يشترط شروط القاضي في المحكَّم، وقد خالف في ذلك بعض أهل العلم وهي المسألة التالية:

هل يشترط في المحكَّم ما يُشترط في القاضي أو لا؟

اختلف أهل العلم في ذلك على قولين:

القول الأول: أنه يشترط في المُحَكَّم ما يُشترط في القاضي. وهو مذهب الحنفية[3] والمالكية[4] والشافعية[5] والحنابلة[6].

واحتجوا: بأن المحَكَّم بمنزلة القاضي فيشترط له ما يشترط للقاضي.

---

(1) انظر: التنظيم القضائي، أ.د. ناصر بن محمد الغامدي، دار طيبة الخضراء – مكة، ط1- 1437هـ، ص264- 312.

(2) هذه الشروط هي مثار خلاف كبير بين الفقهاء، والتزامًا بمنهج الكتاب في الاختصار فإني لن أفصِّل الخلاف فيها اكتفاءً بالإشارة لها.

(3) الدر المختار، الحصكفي، 474/1.

(4) المنتقى شرح الموطأ، 228/5، تبصرة الحكَّام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، ابن فرحون، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1- 1406هـ، 63/1.

(5) نهاية المحتاج، الرملي، 242/8.

(6) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي، دار إحياء التراث، ط2، 199/11.

القول الثاني: أنه لا يُشترط في المُحَكَّم شروط القاضي.

وبذلك قال بعض المالكية[1]، وهو قول شيخ الإسلام ابن تيمية[2]، وابن حزم.[3]

واحتجوا: أما المالكية القائلون بذلك فاحتجوا بأنه وكالة حسب وصفهم له.

وأما شيخ الإسلام فقد نقل صاحب الاختيارات عنه ذلك حيث قال: (ويشترط في القاضي عشر صفات، قال أبو العباس: هذا الكلام إنما اشترطت هذه الصفات فيمن يولى لا فيمن يحكِّمه الخصمان).[4]

ولم يذكر له مستنداً أو حجةً، ويظهر – والله أعلم – أن شيخ الإسلام ابن تيمية يفرق بين ولاية القضاء العامة فيشترط لها ما يشترط للقاضي، و(القضاء الخاص) وهو نوعُ ولاية ويتمثل في التحكيم فلا تشترط له تلك الشروط التي تشترط للقاضي، ويبقى أن شيخ الإسلام لم يفصِّل في تلك الشروط أو يبينها وهو محل بحث ونظر وتأمل.

وأما ابن حزم فرأيه مبني على أنه لا يجوز الحكم إلا ممن ولّاه الإمام القرشي الواجب طاعته، فإن لم يقدر على ذلك فكلَّ من أنفذ حقًّا فهو نافذ، ومن أنفذ

(1) انظر: المنتقى شرح الموطأ، 228/5، تبصرة الحكام، ابن فرحون، 63/1.

(2) الاختيارات العلمية من الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية، علي بن محمد البعلي، موقع مشكاة الإسلام، 294/1.

(3) المحلى بالآثار، ابن حزم، 536/8.

(4) الاختيارات العلمية من الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية، علي بن محمد البعلي الحنبلي، موقع مشكاة الإسلام، 294/1.
الصفات العشر هي: كونه بالغًا عاقلاً ذكراً حراً مسلماً عدلًا سميعاً بصيراً متكلمًا مجتهدًاً انظر: المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، عبد السلام بن عبد الله، ابن تيمية الحراني، أبو البركات، مجد الدين، مكتبة المعارف ـ الرياض. الطبعة الثانية 1409هـ- 1984م.

باطلاً فهو مردود.[1]

واستدل بأنه إذا لم يقدر على ذلك فإنه يحكم وحكمه نافذ إن كان حقًا بقول الله تعالى: ﴿۞ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلۡقِسۡطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوۡ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمۡ أَوِ ٱلۡوَٰلِدَيۡنِ وَٱلۡأَقۡرَبِينَۚ إِن يَكُنۡ غَنِيًّا أَوۡ فَقِيرٗا فَٱللَّهُ أَوۡلَىٰ بِهِمَاۖ فَلَا تَتَّبِعُواْ ٱلۡهَوَىٰٓ أَن تَعۡدِلُواْۚ وَإِن تَلۡوُۥٓاْ أَوۡ تُعۡرِضُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعۡمَلُونَ خَبِيرٗا﴾[النساء: 135]، وقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ لِلَّهِ شُهَدَآءَ بِٱلۡقِسۡطِۖ وَلَا يَجۡرِمَنَّكُمۡ شَنَـَٔانُ قَوۡمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعۡدِلُواْۚ ٱعۡدِلُواْ هُوَ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۚ إِنَّ ٱللَّهَ خَبِيرُۢ بِمَا تَعۡمَلُونَ﴾ [المائدة: 8]، وهذا عموم لكل المسلمين.

ويرجّح الباحث القول الثاني اطّراداً لرأيه في أصل طبيعة عقد التحكيم وهو أنه قضاء خاص .

ثانيًا: في النظام.

تحدثت المواد (13، 14، 16) عن شروط المحكَّم وحياده والصلاحيات المخوَّلة له.

جاء في المادة (13) وصف هيئة التحكيم: (تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر، على أن يكون العدد فردياً وإلا كان التحكيم باطلاً).

وجاء في المادة (14) شروط المحكَّم: (يشترط في المحكَّم ما يأتي:

١. أن يكون كامل الأهلية.

٢. أن يكون حسن السيرة والسلوك.

٣. أن يكون حاصلاً على الأقل على شهادة جامعية في العلوم الشرعية أو

(1) انظر: المحلى بالآثار، ابن حزم، 536/8.

النظامية، وإذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم فيكتفى توافر هذا الشرط في رئيسها).

حيث بينت هذه المادة شروط المحكَّم ويظهر من سردها أنها ليست هي شروط القاضي الواردة في نظام القضاء الصادر عام 1428هـ في المادة (31): يشترط فيمن يولى القضاء:

أ – أن يكون سعودي الجنسية بالأصل.

ب – أن يكون حسن السيرة والسلوك.

جـ – أن يكون متمتعاً بالأهلية الكاملة بحسب ما نص عليه شرعاً.

د – أن يكون حاصلاً على شهادة إحدى كليات الشريعة بالمملكة أو شهادة أخرى معادلة لها بشرط أن ينجح في الحالة الأخيرة في امتحان خاص يعده المجلس الأعلى للقضاء.

هـ– ألا تقل سنه عن أربعين سنة (إذا كان تعيينه في درجة قاضي استئناف) وعن اثنتين وعشرين سنة (إذا كان تعيينه في إحدى درجات السلك القضائي الأخرى).

و– ألا يكون محكومًاً عليه بجريمة مخلة بالدين أو الشرف أو صدر في حقه قراراً تأديبياً بالفصل من وظيفة عامة ولو كان قد رُدَّ إليه اعتباره).

علماً أن الشروط المنصوص عليها في النظام أوجب النظام تحققها إذا كان المحكَّم فردًاً أو رئيساً لهيئة التحكيم.

والقارئ للشروط يظهر له الفرق جلياً بين شروط المحكَّم هنا وشروط القاضي في نظام القضاء.[1]

(1) لم يشترط نظام التحكيم الرعوية السعودية، ولم يشترط نظام التحكيم سنًا معينًا للمحكَّم.
ولم يشترط... الجنس.حيث لم يتحدث نظام التحكيم عن تحكيم المرأة.وقد حسمت الخلاف محكمة

=

إلا أن المنظَّم راعى الطبيعة القضائية للتحكيم واشترط شروطاً إضافية وأوصافاً مهمة كما في المادة (16) حيث جاء فيها:

(١- يجب ألا يكون للمحكم مصلحة في النزاع، وعليه ـ منذ تعيينه وطوال إجراءات التحكيم ـ أن يصرح – كتابةً – لطرفي التحكيم بكل الظروف التي من شأنها أن تُثير شكوكاً لهما ، إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطهما علماً بها.

٢- يكون المحكم ممنوعاً من النظر في الدعوى وسماعها – ولو لم يطلب ذلك أحد طرفي التحكيم – في الحالات نفسها التي يُمنع فيها القاضي).

وقد راعى المنظم أيضاً حالات تعيين المحكين في حال عدم الاتفاق كما في المادة (15) :

١- لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين، فإذا لم يتفقا اتبع ما يأتي:

أ – إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المختصة اختياره.

ب – إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكماً عنه، ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال خمسة عشر يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال خمسة عشر يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما ؛ تولت المحكمة المختصة اختياره

الاستئناف الإدارية بديوان المظالم بالمنطقة الشرقية حيث أصدرت الدائرة التجارية الأولى بمحكمة الاستئناف الإدارية لديوان المظالم بالمنطقة الشرقية قرارها بشأن تشكيل هيئة تحكيمية صادقت فيها على تعيين محكمة (امرأة).(انظر: شرح نظام التحكيم، الموجان، 120).

بناءً على طلب من يهمه التعجيل، وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب، ويكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان، أو الذي اختارته المحكمة المختصة رئاسة هيئة التحكيم، وتسري هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين.

٢ – إذا لم يتفق طرفا التحكيم على إجراءات اختيار المحكمين، أو خالفها أحد الطرفين، أو لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يلزم اتفاقهما عليه، أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عُهد به إليه في هذا الشأن، تولت المحكمة المختصة – بناءً على طلب من يهمه التعجيل – القيام بالإجراء، أو بالعمل المطلوب، ما لم ينص في الاتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل.

٣ – تراعي المحكمة المختصة في المحكم الذي تختاره الشروط التي نص عليها اتفاق الطرفين، وتلك الشروط التي يتطلبها هذا النظام، وتُصدر قرارها باختيار المحكم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الطلب.

٤ – مع عدم الإخلال بأحكام المادتين (التاسعة والأربعين) و(الخمسين) من هذا النظام، يكون قرار المحكمة المختصة بتعيين المحكم وفقاً للفقرتين (١ و ٢) من هذه المادة غير قابل للطعن فيه استقلالاً بأي طريق من طرق الطعن.

(الركن الرابع وشروطه): المُحَكَّم فيه [محل التحكيم]

أولًا: في الفقه.

اشترط الفقهاء لمحل التحكيم عدة شروط وهي كما يلي(1):

1- أن يكون المحل مما يجوز فيه التحكيم.

2- أن يكون المحل معلوماً.

(1) انظر: التحكيم في الشريعة الإسلامية، آل خنين، ص115- 128.

3- أن يكون المحل مباحاً.

1- أن يكون المحل مما يجوز فيه التحكيم:

وهذه المسألة تسمى (نطاق التحكيم).

وقد اختلف العلماء فيما يجوز فيه التحكيم وما لا يجوز فيه على ستة أقوال وهي كما يلي:

القول الأول: يجوز التحكيم في كل شيء يحكم فيه قاضي الإمام.

وهو قولٌ للشافعية(1) وقولٌ عند الحنابلة(2)، وهو المذهب عندهم وهو قول الظاهرية(3).

واحتجوا:

1- حديث شريح: (أن أباه هانئًا كان يحكِّمه قومه فيحكم بينهم ويرضون بحكمه فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «ما أحسن هذا»).(4)

فقد استحسن النبي صلى الله عليه وسلم ما صنع هانئ من غير استفسار منه عما يحكم فيه، فدلَّ ذلك على عمومه لجميع ما يدخله حكم من ولَّاه الإمام.(5)

(1) مغني المحتاج، الشربيني، 268/6.

(2) دقائق أولى النهى لشرح المنتهى، منصور بن يونس البهوتي، دار عالم الكتب، ط1- 1414هـ، 495/3.

الإقناع، الحجاوي، تحقيق: عبد اللطيف السبكي، دار المعرفة – بيروت، 376/4.

(3) المحلى بالآثار، ابن حزم، 536/8.

وهو مبني على رأيه في اشتراط ولاية القضاء من الإمام القرشي فإن لم يوجد فإنه يصح التحكيم من عموم المسلمين إذا كان حكمه حقًا فهو نافذ وإن كان باطلًا فهو مردود، وعليه فإنه يرى أن التحكيم في كل ما يحكم فيه القاضي.

(4) انظر (ص؟؟؟).

(5) التحكيم في الشريعة الإسلامية، آل خنين، 116.

2- أنه مثل حاكم الإمام الذي ينفذ حكمه في جميع الأحكام.[1]

القول الثاني: يجوز التحكيم في كل شيء ومن ذلك حد القذف والقصاص ما عدا الحدود الواجبة حقًا لله تعالى فلا يجوز فيها.

وهو قول الحنفية.[2]

واحتجوا:

1- أن الإمام هو المتعيِّن لاستيفائها؛ لأنها حقٌ لله تعالى.

2- أن حُكم الحَكَم بمنزلة الصلح وهذه لا تجوز فيها الصلح فلا يجوز فيها التحكيم.[3]

وأما جوازه في حد القذف والقصاص فلأنها حقٌ للعبد.[4]

القول الثالث: يجوز التحكيم في كل شيء إلا في الحدود والقصاص.

وهو قولٌ عند الحنفية.[5]

واحتجوا:

1- بأن الحدود حقٌ لله تعالى واستيفاؤها خاص بالإمام وأنها تدرأ بالشبهات.

2- حكم المحكمين بمنزلة الصلح والقصاص – كحد القذف – لا يجوز

(1) الشرح الكبير على متن المقنع، عبد الرحمن بن قدامة، دار الكتاب العربي، 393/11.

(2) المبسوط، السرخسي، 111/16، الدر المختار، الحصكفي، 429/5.
تنبيه: ألحق الحنفية اللعان بالحدود؛ لأنه قائم مقام الحد.

(3) المراجع السابقة.

(4) المراجع السابقة.

(5) العناية شرح الهداية، العيني، دار الكتب العلمية – بيروت، ط1- 1420هـ، 60/9.
البحر الرائق، ابن نجيم، 26/7.

استيفاؤه بالصلح فلا يجوز التحكيم.[1]

القول الرابع: يجوز التحكيم في كل شيء إلا الفروج.

وهو قولٌ للحنابلة.[2]

واحتجوا: بأن ذلك مثل تصرف الإنسان عند الضرورة في تركة الميت في غير فرج.[3]

القول الخامس: يجوز التحكيم في كل شيء إلا العقوبات التي لله من حدٍّ أو تعزير، وحق الله الذي لا طالب له معيَّن والولاية على الأيتام وإيقاع الحجر على مستحقِّه.

وهو قولٌ عند الشافعية.[4]

واحتجوا:

1- أن هذه الأمور لا طالب لها معين فلا يجوز فيها التحكيم.

2- لأن رضا الخصمين هو المثبت للولاية فلابد من تقدمه.[5]

3- أن الحدود تدرأ بالشبهات.

القول السادس: يجوز التحكيم في الأموال ولا يجوز في الحدود واللعان والقصاص والطلاق والعتاق والنسب والولاء.

وهذا مذهب المالكية[1]، وقولٌ عند الشافعية[2]، وقولٌ عند الحنابلة.[3]

---

(1) المراجع السابقة.

(2) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي، دار إحياء التراث، 198/11.

(3) المرجع السابق.

(4) مغني المحتاج، الشربيني، 268/6.
نهاية المحتاج، الرملي، 242/8.

(5) المراجع السابقة.

واحتجوا:

1- أن إقامة الحدود للإمام.

2- لأن لها مزية على غيرها وللتغليظ فيها، فلا يتولى الحكم فيها إلا الإمام أو نائبه.[4]

الترجيح:

يظهر للباحث بعد استعراض الأقوال ما يلي:

1-يجوز التحكيم في الأموال وما في معنى الأموال مما يجوز بذله والعفو عنه والصلح عليه.

2-لا يجوز التحكيم في العقوبات من الحدود والتعزيرات والقذف ولا في الأموال العامة ولا في اللعان والنكاح ونحوه مما لا يجوز بذله ولا العفو عنه ولا الصلح عليه، ولا يجوز التحكيم في القصاص إلا إذا أذن فيه الإمام بخصوص الواقعة المتنازع فيها، وقصة تحكيم النبي صلى الله عليه وسلم واليهود لسعد بن معاذ رضي الله عنه تدل على ذلك.[5]

ثانيًا: في النظام.

---

(1) المنتقى شرح الموطأ، الباجي، 228/5.
تبصرة الحكام، ابن فرحون، 62/1.
التاج والإكليل لمختصر خليل، المؤّاق، دار الكتب العلمية، ط1- 1416هـ، 100/8.

(2) روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي- بيروت، ط3- 1412هـ، 121/11.

(3) الإنصاف، المرداوي، 198/11.

(4) المراجع السابقة.

(5) هذا هو رأي شيخنا الشيخ عبد الله آل خنين في كتابه التحكيم في الشريعة الإسلامية، وهو رأي وجيه من عالم فقيه وقاضٍ ومفتٍ. (انظر: التحكيم في الشريعة الإسلامية، آل خنين، 119).

المتأمل في نظام التحكيم يجد أنه راعى الشروط التي اشترطها الفقهاء في محل التحكيم وهي:

1-أن يكون المحل مما يجوز فيه التحكيم.

2-أن يكون المحل معلوماً.

3-أن يكون المحل مباحاً.

أما ما يتعلق بمحل التحكيم (نطاقه) فقد مَنَع النظام الجديد الصادر عام 1433هـ من التحكيم في الأحوال الشخصية والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح بخلاف النظام القديم والذي كان يسمح بالتحكيم في الأحوال الشخصية.[1]

فلا يجري التحكيم على النزاعات المتعلقة بالأحوال الشخصية مثل: عقود الزواج، الإرث[2]، اللعان، النسب، الطلاق، فسخ النكاح، الخلع، الحجر.

ويتضح أن هذه المسائل جميعها متعلقة بالنظام العام ومن ثم امتنع جريان التحكيم بشأنها.

أما المنازعات المتعلقة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن فسخ عقد الزواج وكذا النزاعات المتعلقة بقسمة التركة وإدارتها فيجوز التحكيم فيها؛ لأنها حقوق مالية وليست داخلة ضمن نطاق الأحوال الشخصية.

وأما المسائل التي لا يجوز فيها الصلح فهي في حقوق الله الخالصة أو ما اجتمع فيه حق الله وحق العبد، وكذلك في القصاص[3]، وكذلك لا يصح الصلح

(1) انظر المادة (2) من نظام التحكيم الصادر عام 1433هـ. وانظر المادة (2) من نظام التحكيم الصادر عام 1403هـ.

تنبيه: حديثي هنا عن النطاق الموضوعي لمحل التحكيم.

(2) المنع في النزاع المتعلق بالإرث في كون هذا الشخص وارث أو غير وارث.

(3) التنازل عن القصاص وطلب الدية مما يصح الصلح فيه.

ولا التحكيم في مسائل النظام العام مثل: المسائل الجزائية كثبوت الجريمة أو العقوبة المستحقة، بخلاف الحقوق المالية الناشئة عن ارتكاب جريمة والتي يملك أصحابها إسقاطها فيصح فيها الصلح والتحكيم.[1]

وأما ما يتعلق بشرط معلومية المحل فقد اشترط المنظم أن يكون معلوماً ولو في الجملة، ولذلك جاز في اتفاق التحكيم أن يكون فيما ينشأ بينهما في التعامل من جهة تنفيذه أو تفسيره أو آثاره، وذلك تخريجاً على عقد الجعالة، فإنه يكتفى فيه بتعيين العمل في الجملة لا بالتفصيل، وإذا وقعت المشارطة على التحكيم بعد نشوء النزاع وجب أن تحدد المسائل التي يشملها التحكيم.[2]

جاء في المادة (9): (١- يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء أكان مستقلاً بذاته، أم ورد في عقد معين.

كما يجوز أن يكون اتفاق التحكيم لاحقاً لقيام النزاع، وإن كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام المحكمة المختصة، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم، وإلا كان الاتفاق باطلاً).

وأما ما يتعلق بإباحة المحل فإنه من المقرر شرعاً أنه لا يجوز أن يكون التحكيم في أمرٍ محرمٍ شرعاً وإن لم ينص عليه نظام التحكيم صراحة إلا أنه يفهم ذلك إشارة من المادة (2): (مع عدم الإخلال بأحكام الشريعة الإسلامية وأحكام الاتفاقيات الدولية).

وهنا نعود إلى النظام الأساسي للحكم والذي جاء فيه في المادة (7): (يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى وسنة رسوله وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة).

(1) شرح نظام التحكيم، الموجان، 30- 32. انظر: التفهيم شرح نظام التحكيم، آل خنين، 60، 61.

(2) انظر: التفهيم شرح نظام التحكيم، آل خنين، ص88.

(الركن الخامس وشروطه): أتعاب المحكَّم.

أولًا: في الفقه.

يلتزم المحكم بجملة من الواجبات وله مقابل ذلك جملة من الحقوق ومنها حقه في الحصول على الأتعاب، وليس هذا محل إشكال، ولكن الإشكال في التكييف الفقهي لأتعاب المحكَّم، وقبل البدء في الحديث عن هذه المسألة يحسن بنا معرفة أنواع العقود وهي ما سأذكره فيما يلي:

يقسّم الفقهاء العقود إلى ثلاثة أنواع[1]:

1- عقود تبرع، كالهبة والعارية والوقف.

2- عقود معاوضة، كالبيع والإجارة.

3- عقود توثيق، كالكفالة والرهن.

وعقد التحكيم لا يخرج عن النوعين الأولين، فهو إما أن يكون عقد تبرع أو عقد معاوضة، والمؤثر في إلحاقه بأحدهما هو وجود العوض في العقد، فإن خلا العقد عن العوض فهو عقد تبرع، وإن وُجِدَ العوض فهو عقد معاوضة، ويتضح هذا من خلال صيغة العقد غالباً، واختلاف نوع العقد يترتب عليه اختلاف في الأحكام بما يؤثر في عقد التحكيم.

وعليه فإنه قد يأخذ أحد الصورتين التاليتين:

الصورة الأولى: التحكيم بغير عوض:

ولا إشكال هنا أنه من عقود التبرعات، إلا أن هنا قدراً زائداً عن العقود الجائزة والتي يجوز لأحد العاقدين فسخه متى شاء، فليس من حق المحكَّم ترك التحكيم بعد البدء في إجراءاته إلا لمسوّغ شرعي أو نظامي لما يترتب على ذلك من ضرر.

(1) انظر: المحاماة في الفقه، د.بندر اليحيى، 261/1.

الصورة الثانية: التحكيم بعوض:

فإذا كان التحكيم بعوض فهو إما أن يكون إجارة[1] أو جعالة[2]، على أنه لا يجتمع الأمران في عقد واحد، فإما أن يكون عقد إجارة أو عقد جعالة؛ لأن الإجارة لا تنعقد إلا معلوماً في معلوم، الجعالة تجوز في المجهول فهما أصلان مفترقان لافتراق أحكامهما فمتى جمع بينهما فسدا.[3]

وبناءً على ما سبق فهل يوصف عقد التحكيم بأنه (إجارة) أو (جعالة)؟

فأقول وبالله التوفيق، أن من العلماء المعاصرين[4] من وصفه بأنه عقد (جعالة) وذلك بناءً على تكييفه لعقد التحكيم بأنه قضاء وبناءً عليه فلا يصح للقاضي أن يتقاضى أجراً مقابل القضاء، وإنما يجوز أن يجعل له جعلاً أو رزقاً، يقول الرحيباني في شرحه لغاية المنتهى: (فإن لم يجعل له شيء من بيت المال وليس له ما يكفيه وعياله، وقال للخصمين: لا أقضي بينكما إلا بجعل جاز له أخذ الجُعل لا الأجرة... قلت: والمحكّم مثله؛ إذْ لا فرق بينهما، وعلم منه أنه إن كان له ما يكفيه فليس له أن يأخذ الجعل).[5]

ومقتضى ذلك أن للمحكم أخذ المال على التحكيم بشروط ثلاثة:

1- أن يكون المأخوذ من الخصوم على سبيل الجعل وليس على سبيل الأجرة .

(1) تعريف الإجارة شرعاً: هو بذل عوض معلوم في منفعة معلومة من عين معينة، أو موصوفة في الذمة في عمل معلوم. (الإنصاف، المرداوي، 3/6).

(2) تعريف الجعالة شرعاً: هو جعل الشيء من المال لمن يفعل كذا (الإنصاف، 389/6).

(3) التاج والإكليل، المؤاق، 503/7.

(4) انظر: التحكيم في الشريعة الإسلامية، آل خنين، 220.

(5) مطالب أولي النهى، الرحيباني، 46/6.

2- ألا يكون للمحكّم شيء من بيت المال على ذلك .

3- ألا يكون للمحكّم مال يكفيه ويكفي عياله.[1]

ويظهر للباحث: أن تكييف عقد التحكيم بأنه جعالة لا يستقيم، لاختلاف صورة أتعاب المحكمين عن الجعالة والتي تحدث عنها الفقهاء، وأن الأقرب أنها (إجارة)، والذي دعا البعض لتكييفه أنه (جعالة) هو تكييف العقد نفسه أنه (قضاء) ولذلك رفض فكرة (الإجارة)، ولكن التكييف الذي يرى أن طبيعة عقد التحكيم أنه (قضاء خاص) له طبيعته التعاقدية الرضائية لا يمنع أن تكيَّف أتعاب التحكيم بأنها (إجارة).

وفيما يلي أوجه الشبه والاختلاف بين (الإجارة) و(الجعالة):

أولًا: أوجه الشبه:

1- وجود صيغة دالة على الإذن في العمل بالعوض الملتزم به.[2]

2- أن العوض فيهما لابُدّ أن يكون معلوماً .[3]

3- لا يجوز في العقدين أن يكونا على محرم.[4]

ثانيًا: أوجه الاختلاف:

1- أن الجعالة عقد جائز، والإجارة عقد لازم باتفاق الفقهاء.[5]

(1) انظر: التحكيم في الشريعة الإسلامية، آل خنين، 220 , يرى الشيخ آل خنين أن أتعاب المحكمين تكيّف على أنها جعالة ولكنه يرى جواز أخذ الجعل حتى لو كان له مال يكفيه , لأن المال مقابل الجهد الذي يبذله المحكم .

(2) جواهر العقود ومعين القضاة والشهود، أحمد بن علي الأسيوطي، تحقيق: مسعد السعدني، دار الكتب العلمية – لبنان، 328/1.

(3) المغني، ابن قدامة، 159/8.

(4) المرجع السابق، 327/8.

(5) المغني، ابن قدامة، 120/8.

2- أن عقد الجعالة من العقود التي تحتمل الغرر، وتنعقد مع جهالة العمل والمدة، فالعمل مجهول؛ لأنه لا يعرف مكان الضالة، والمدة مجهولة كرد الضالة إلى شهر أو أكثر، أما عقد الإجارة فلا يحتمل الجهالة والغرر، فلابد أن يكون العمل والمدة معلومين.(1)

3- لا يُشترط في عقد الجعالة أن يكون العامل معيناً، فتصح الجعالة مع العامل المعيَّن وغير المعيَّن لقوله تعالى: {﴿وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٢٧﴾﴾ [يوسف: 72].

فليس في الآية خطاب لمعيَّن، أما الإجارة فلا تصح إلا مع أجير معين.(2)

4- الجعالة عقد جائز يملك كلٌ من الجاعل والعامل الفسخ قبل تمام العمل، فإذا فسخ العامل أو الجاعل قبل الشروع في العمل، أو فسخ العامل بعد الشروع في العمل فلا يستحق شيئاً من الجعل؛ لأنه لم يعمل شيئاً ولم يحصل غرض الجاعل، وإن فسخه الجاعل بعد الشروع في العمل استحق العامل أجرة المثل.

أما عقد الإجارة فعقد لازم لا يملك المؤجِّر أو المستأجر الفسخ إلا برضا الطرف الآخر.(3)

ثانيًا: في النظام.

تحديد أتعاب المحكِّمين يتم من خلال ثلاث صور:

1- صورة (التحكيم الحُرّ).

إذا كان المحكَّم (فرداً) أو (رئيساً) فيتم الاتفاق معه على قدر أتعابه مع طرفي

(1) المرجع السابق، 325/8.
(2) نهاية المحتاج، الرملي، 465/5.
(3) المغني، ابن قدامة، 325/8.

التحكيم.

إذا كانت هيئة تحكيم اتفق كل حَكَمٍ مع محكِّمه على أتعابه ولا يضر تفاوتهما في قدر الأتعاب.(1)

رئيس هيئة التحكيم فيتفق مع طرفي الدعوى على أتعابه أو تحدد هيئة التحكيم أتعابه.

وهذا ما جرى عليه العمل.(2)

2- صورة (التحكيم المؤسسي) فإن الأتعاب محدَّدَّة في لوائح المركز التحكيمي ويخضع الأطراف لجداول الأتعاب حسب كل مركز، وباستقراء المراكز التحكيمية في طريقة تحديد الأتعاب تبيَّن لنا أنها تحدد الأتعاب بناءً على أحد الطريقين التاليين:

الطريق الأول: تقريرها بناءً على الزمن أو المدة التي يستغرقها التحكيم، سواء حدد ذلك الزمن بالساعات أو الأيام، ومن ثمَّ يتقرَّر إزاء الوحدة الزمنية مبلغاً، ووفقاً لهذه الطريقة فإن المبلغ النهائي لا يمكن تحديده إلا بعد الانتهاء من التحكيم.

الطريق الثاني: تقريرها بمبلغ مقطوع يحدد على أساس قيمة المنازعة، ومن ثمَّ فإن المبلغ النهائي يكون محدداً من بداية الاتفاق على الأتعاب ولا علاقة له بطول زمن الإجراءات أو قصره.(3)

جاء في المادة (24): (1- يجب عند اختيار المحكم إبرام عقد مستقل معه توضَّح فيه أتعابه، وتودع نسخة من العقد لدى الجهة التي تحددها اللائحة التنفيذية

(1) يجوز للخصوم المحتكمين أن يتفقوا على أن يتحمل الأتعاب الطرف الخاسر أو يوزعوها حسب ما يرون (شرح نظام التحكيم، الموجان، 179).

(2) التفهيم شرح نظام التحكيم، آل خنين، 163.شرح نظام التحكيم، الموجان، 179.

(3) شرح نظام التحكيم، الموجان، 178، 179.

لهذا النظام).

وقد حددت اللائحة التنفيذية للنظام[1] في المادة السابعة طريقة إيداع هذه النسخة حيث جاء في المادة (7):

(1- تودع نسخة من العقد المبرم مع المحكم – بحسب الأحوال – لدى مركز التحكيم السعودي، أو لدى هيئة أو منظمة أو مركز للتحكيم.

2- للمحكمة – عند تحديد أتعاب المحكمين – طلب نسخة من العقود المبرمة مع المحكَّمين إن وُجدت).

وهذا الإيداع ليس من النظام العام، وتخلفه لا يوجب بطلان الحكم، وليس هناك نص يبطله، فيجب هنا الرجوع إلى القواعد العامة في المرافعات في البطلان الإجرائي، وحاصله ما في المادة (5) من نظام المرافعات: (يكون الإجراء باطلاً إذا نصَّ النظام على بطلانه أو شابه عيبٌ تخلَّف بسببه الغرض من الإجراء ولا يحكم بالبطلان – برغم النص عليه – إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء).

الخاتمة

أولاً : النتائج .

١- لم يذكر المنظم السعودي تعريفاً للتحكيم ولكن عرّف اتفاق التحكيم ولا يختلف عن تعريفه في الفقه من حيث المعنى.

2- يحكم قضايا التحكيم في المملكة العربية السعودية (الشريعة والأنظمة المرعية والاتفاقيات الدولية التي وقعت عليها المملكة)

(1) اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم الصادرة عام 1438هـ.

3- اختلف الفقهاء قديماً وحديثاً في تكييف أتعاب التحكيم ، فمنهم من يرى أنه جعالة ومنهم من يرى أنه اجارة وهو ما رجّحة الباحث .

4- لا يشترط في المحكم شروط القاضي نظراً لطبيعة عقد التحكيم والتي تختلف عن القضاء.

5- اختلف الفقهاء في نطاق التحكيم الموضوعي ورجّح الباحث أنه يجوز التحكيم في الأموال وما في معنى الأموال مما يجوز بذله والعفو عنه والصلح عليه ولا يجوز التحكيم في العقوبات من الحدود والتعزيرات والقذف ولا في الأموال العامة ولا في اللعان والنكاح ونحوه مما لا يجوز بذله ولا العفو عنه ولا الصلح عليه، ولا يجوز التحكيم في القصاص إلا إذا أذن فيه الإمام بخصوص الواقعة المتنازع فيها.

وقد مَنَع النظام الجديد الصادر عام 1433هـ التحكيم في الأحوال الشخصية والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح بخلاف النظام القديم والذي كان يسمح بالتحكيم في الأحوال الشخصية .

6- يمنع اللجوء إلى القضاء في حال الاتفاق على التحكيم وعدم نقضه من الطرفين وهو ما جاء في الفقه والنظام السعودي

ثانياً : التوصيات .

١- الدعوة إلى التوجه إلى التحكيم المؤسسي لانضباطه وجودته بخلاف التحكيم الحر .

2- أوصي الباحثين بدراسة مسائل التحكيم ونوازله المتعددة والتي هي بحاجة للدراسة بشكل أكبر كما أنه يوجد جوانب تحتاج إلى هيئات علمية لبحثها ، مثل قضايا التحكيم الدولي .