الجامعة الاسلامية العالمية

اسلام آباد

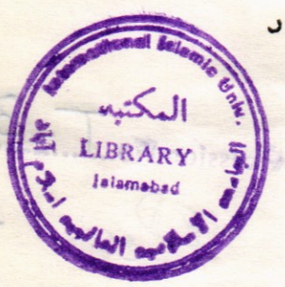
DATA ENTERED

كلية الشريعة - قسم الدراسات العليا

T-311

"التحكيم في الشريعة والقانون"

اعداد



مصباح الدين

اشراف

دكتور: شرف الدين خطاب

١٩٨٦م.

30/06/2009

MS
٣٤٠٫٥٩٠٩
م ص ت
١- فقه اسلامي- تحكيم
٢- عنوان

DATA ENTERED

DATA ENTERED
13/02/14

بسم الله الرحمن الرحيم

ملخص الرسالة

تهدف هذه الرسالة الى دراسة موضوع " التحكيم فى الشريعة والقانون " و تشتمل على مقدمة و ثلاثة ابواب مع فصول و المباحث و خاتمة البحث . اما الباب الاوّل فيتضمن تعريف التحكيم و مشروعية و اركانه و شروطه والفرق بينه و بين القضأ و قد قسمته الى ثلاثة فصول :

الفصل الاوّل : فى تعريف التحكيم و مشروعيته فى الفقه والقانون و فى

الفصل الثانى : اركان التحكيم و شروطه فى الفقه والقانون . و فى

الفصل الثالث: الفرق بين التحكيم والقضأ .

اما الباب الثانى : يتضمن موضوع التحكيم مع بيان سلطة و اختصاص المحكم والرجوع عن التحكيم مع سلطة القاضى على احكام المحكم و عزله فى الشريعة والقانون . و قد قسمته الى اربعة فصول .

الفصل الاوّل : فى موضوع التحكيم فى الفقه والقانون و قد جعلته فى مبحثين :

المبحث الاوّل : فى موضوع التحكيم فى الفقه و

المبحث الثانى : فى موضوع التحكيم فى القانون . و اما

الفصل الثانى : فيتضمن سلطة و اختصاص المحكم فى الفقه والقانون ، و قد جعلته فى ثلاثة مباحث ،

المبحث الأول : سلطة واختصاص المحكم في الفقه و في ،

المبحث الثاني : سلطة و اختصاص المحكم في القانون الوضعي . و

المبحث الثالث : يتعلق بالمقارنة بين الشريعة والقانون . و اما ،

الفصل الثالث : يتعلق في الرجوع عن التحكيم في الفقه والقانون و فيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول : في الرجوع عن التحكيم في الفقه ، و في

المبحث الثاني : الرجوع عن التحكيم في القانون الوضعي . و

المبحث الثالث : يتعلق بالمقارنة بين الشريعة والقانون . و اما

الفصل الرابع : فيتعلق في سلطة القاضي على احكام المحكم و عزله في الفقه والقانون و فيه ستة المباحث .

المبحث الأول : في سلطة القاضي على احكام المحكم في الشريعة و في ،

المبحث الثاني : سلطة القاضي على احكام المحكم في القانون الوضعي و في

المبحث الثالث : المقارنة بين الفقه والقانون . و

المبحث الرابع : يتعلق في عزل المحكم في الشريعة و في ،

المبحث الخامس : عزل المحكم في القانون . و في ،

المبحث السادس : المقارنة بين الفقه والقانون الوضعي . اما

الباب الثالث : في تطبيقات على التحكيم و فيه فصلان ،

الفصل الاول : التحكيم في صيد الحرم .

الفصل الثاني : التتحكيم في الاروش غير المقدرة .

ثم ختمت ذلك البحث بخاتمة اوردت فيها اهم نتائج البحث

والله اسأل ان ينفع بعملي هذا انه سميع مجيب .

مصباح الدين

فهـــــــــرس الـمـوضـوعـات

الـمـوضـوع		الصفحـــة
ملخـص الرسالة	.....	١
مقـدمـــة	.....	٩
الباب الاوّل	تعريف التحكيم و مشروعية و اركانه و شروطه والفرق بينه و بين القضاء	١١
الفصل الاوّل	تعريف التحكيم و مشروعيته فى الشريعة والقانون	١١
	تعريف التحكيم فى الشريعة الاسلاميـــــة	١١
	تعريف التحكيم فى القانون الوضعى	١٥
	مشروعـية التحكيم	١٧
الفصل الثانى	اركان التحكيم و شروطه فى الفقه والقانون	٢٤
	اركان التحكيم فى الشريعة	٢٤
	اركان التحكيم فى القانون الوضعى	٢٦
	شروط التحكيم فى الشريعة الاسلامية	٢٨
	شروط التحكيم فى القانون الوضعى	٣٣

الموضوع		الصفحة
الفصل الثالث	الفرق بين التحكيم والقضاء	٣٥
الباب الثاني	موضوع التحكيم مع سلطة و اختصاص المحكم والرجوع عن التحكيم مع سلطة القاضي على احكام المحكم و عزله في الفقه والقانون ...	٤٠
الفصل الأول	موضوع التحكيم في الفقه والقانون ...	٤٠
المبحث الأول	موضوع التحكيم في الفقه الاسلامي ...	٤٠
المبحث الثاني	موضوع التحكيم في القانون الوضعي ...	٤٣
الفصل الثاني	سلطة و اختصاص المحكم في الفقه والقانون .	٤٦
المبحث الاول	سلطة و اختصاص المحكم في الشريعة ...	٤٧
المبحث الثاني	سلطة واختصاص المحكم في القانون ..	٤٩
المبحث الثالث	المقارنة بين الشريعة والقانون ..	٥٢
الفصل الثالث	الرجوع عن التحكيم في الشريعة والقانون ...	٥٥
المبحث الأول	الرجوع عن التحكيم في الشريعة	٥٥
المبحث الثاني	الرجوع عن التحكيم في القانون الوضعي ...	٥٨
المبحث الثالث	المقارنة بين الشريعة والقانون في الرجوع ...	٦١

الموضـــوع		الصفحـــة
الفصل الرابع	سلطة القاضي على احكام المحكم و عزله في الفقه و القانون الوضعي . . .	٦٣
المبحث الأول	سلطة القاضي على احكام المحكم في الشريعة . .	٦٤
المبحث الثاني	سلطة القاضي على احكام المحكم في القانون . .	٦٧
المبحث الثالث	المقارنة بين الفقه والقانون . . .	٧٣
المبحث الرابع	عزل المحكم في الشريعة . . .	٧٤
المبحث الخامس	عزل المحكم في القانون . . .	٧٨
المبحث السادس	المقارنة في الشريعة والقانون . . .	٨٠
الباب الثالث	تطبيقات على التحكيم . . .	٨٢
الفصل الأول	التحكيم في جزاء صيد الحرم . . .	٨٢
الفصل الثاني	التحكيم في الارش غير المقدره . . .	٩٢
خاتمة البحث	. . .	١٠١
المراجع	. . .	١٠٥

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين نحمده و نستعينه و نستغفره و نعوذ بالله من شرور انفسنا و سيئات اعمالنا من يهده الله فلا مضل له و من يضلل فلا هادى له. و اشهد ان لا اله الا الله و حده لا شريك له و اشهد ان محمد اعبده و رسوله قال الله تعالى .

" و ان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله و حكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينها ان الله كان عليما خبيرا . "

فهذا بحث عن " التحكيم فى الشريعة والقانون الوضعى مقارنا بالقانون الوضعى الباكستانى .

فان القضا فى الاسلام كما قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه طريقة محكمة و سنة متبعة ، فقد امرنا الله سبحانه و تعالى ان نحكم بين الناس بالعدل لان فيه استمرار حياة الامم ، فان دولة الكفر تدوم مع العدل و دولة الاسلام لا تدوم مع الظلم .

قال الله تعالى " واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل ،،

هذا و يعتبر التحكيم نوع من انواع القضاء في الاسلام و هو ان يلتجئ المتخاصمين الى من يرضون بحكمه ليفصل بينهما ، و موضوع التحكيم في غاية الاهمية للتفريق بين الحق والباطل ولعدم تجاوز الناس حدودهم. والتحكيم يستعمل في كثير من الاحيان لفض الخصومات والنزاعات التي تحصل بين الناس ، لكن للتحكيم واختيار المحكم صفات معينة في الشريعة الاسلامية والذي رأيته في بعض التشريعات الوضعية . قانون التحكيم لم يكن مطابقا للشريعة الاسلامية تمام المطابقة ، و سوف اذكر تفاصيل ذلك في اثناء البحث ان شاء الله تعالى . و ماهي وجوه الاختلاف بين التحكيم في الشريعة الاسلامية و القانون الوضعي الباكستان يسمى قانون التحكيم ١٩٤٠م او في انكليزية Arbitration Act,1940) و ماهي السبيل الى تصحيح الاخطاء الموجودة حالية في قانون التحكيم.

الباب الاوّل

تعريف التحكيم و مشروعيته و اركانه و شروطه و الفرق بينه و بين القضاء .

الفصل الاوّل : تعريف التحكيم و مشروعيته فى الشريعة والقانون الوضعى .

تعريف التحكيم فى الفقه :

- عرف التحكيم فى الفقه بمعنيين اولا اللغوى و ثانيا الاصطلاحى . سنعرف اولا التحكيم كما عرفه اهل اللغة و بعدها سنعرفه فى الاصطلاح كما عرفه علماء الفقه .

اولا : تعريفه التحكيم فى اللغة :

- التحكيم فى اللغة هو مصدر من حكم بالتشديد يقال حكمه اى فوض اليه الحكم ،و ياتى حكم بمعان مختلفه كالعلم والفقه والقضاء بالعدل .

الاول : حكم : في اسماء الله تعالى و من صفات الله تعالى الحكم والحكيم و هما بمعنى الحاكم و هو القاضي ، و الحكيم يجوز ان يكون بمعنى المحاكم مثل قدير بمعنى قادر و عليم بمعنى عالم (١) .

الثاني : حكم : بمعنى المنع لاصلاح و منه سميت اللجام حكمة الدابة فقيل حكمتالدابة ، و قيل للحاكم بين الناس حاكم لانه يحكم بين الناس ، و يمنع الظالم من الظلم ، و اصل الحكومة رد الرجل عن الظلم (٢) .

الثالث: الحكم: الحكم بالضم القضاء في الشيء بانه كذا او ليس بكذا سواء لزم ذلك غيره ام لا (٣) .

و نقله الازهري الحكم القضاء بالعدل قال النابغة ،

و احكم كحكم فتاة الحي اذا نظرت

الى حمام سراع وارد الثمد

١- لسان العرب للامام العلامة ابي الفضل جمال الدين ج / ١٢ ص ١٤٠ . ١٣٠٠هـ (حكم)

٢- المفردات في غريب القرآن للحسين محمد بن الفضل اصفهاني : ص/ ١٢٦ كتاب الحاء

٣- تاج العروس للسيد محمد المرتضى الزبيدي ج / ٨ ص ٢٥٢ . الطبعة الاولى ١٣٠٦هـ مصر .

و قال اللـــه تعـــالـى " واذا حكمتـم بين النـاس ان تحكـموا بالعـــدل ، (١) .

و نقلـه مصـباح المنيـر بمعنى القضاء ، و اصله المنع يقال حكمته عليه بكذا اذا منعتـــه من خـلافه ، و حكمت بين القوم فصلت بينهـم ، و يقال حكمـــت الرجل بالتشـديد فوضت الحكم اليـه (٢) .

الرابـع: الحكـم بمعنـى العلم والفقـه قال اللـه تعـالـى .

" و آتينـاه الحكـم صبيا ،، اى علما و فقهـا (٣) . و قال عليه السلام المستحكم و قليل فاعله ،، و قوله عليه السلام " ان من الشعر لحكمـا اى ان في الشعر كلاما نافعـا يمنع من الجهـل والسفه و ينهى عنهما (٤).

و قد راى بعض العلماء اللغة وجود فرق بين حاكم و حكم يقال حاكـــم و حكام لمن يحكم بين الناس . قال اللـه تعـالى " و تدلوا بها الى الحكام (٥) . والحكـم المتخصص بذلك فهـو ابلـغ. قال اللـه تعـالى " افغير الله ابتغى حكما (٦) و قال عزوجل " فابعثوا حكما من اهله و حكما من اهلها (٧) . و انما قال حكما ولم يقل حاكما تنبيها ان من شرط الحكمين ان يتولى الحكم عليهم ولهم بحسب ما يستصوبانه من غير مراجعة لهم في ذلك (٨) .

١- الاية سورة النساء رقم ٥٨
٢- مصباح المنير ج/ ١ ص ٢٠٠
٣- سورة مريم اية رقم ١٢
٤- لسان العرب ج/ ١٢ ص ١٤١
٥- سورة البقرة اية رقم ١٨٨
٦- سورة انعام اية رقم ١١٥
٧- سورة النساء اية رقم ٣٥
٨- المفردات في غريب القرآن للحسين محمد بن الفضل الاصفهاني ص/ ١٢٦ (كتاب الطبع بالكتاب)

ثانيا : تعريف التحكيم في اصطلاح الفقهاء

قد عرف الفقهاء التحكيم بتعريفات مختلفة و بعضهم التاليـــة

الاول:

" ان التحكيم هو تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما " (١) .

الثاني :

التحكيم هو " اتفاق الخصمين على رجل يحكمانه فيما تشب بينهما من خلاف (٢) .

الثالث:

ان التحكيم هو " اتخاذ الخصمين برضاهما حاكما يفصل خصومتهما و دعواهما (٣) .

١- البحر الرائق شرح كنز الدقائق للامام زين الدين الشهير بابن نجيم ج/٧ :ص ٤ ٢ (باب التحكيم)
٢- موسوعة فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه / دكتور/ محمد رواس ص/ ٥٢ الطبع الاولى ١٤٠١هـ ١٩٨١م مصر
٣- شرح المجلة سليم رستم باز مادة رقم ١٧٩٠ . طبع باكستان ١٣٠٤هـ .

تعـــريـــف التحكيـــــم فـــى القانـــون الوضعـــــى

قـد عـــرف رجـال القانـــون التحكيـم بتعـريفات مختلفة لكـن غايتهـا واحـــدة ، و هـو ان التحكيـم " تفويض الخصومة للفصـل لشخص اجنبـــي ،، او فـى عبارة اخـرى هـو انتخـاب كل طـرف مـن الطـرفين المختاصمين حكمـا او جملة محكمين يرضى الطرفان عنهـــم و يثقان بنـزاهتهـــم و بعدلهـــم و بعـــدم انحيازهم الـى احـد الطـرفيـــن ، فتعـرض عليهـم القضية للفصـــل فيهـــا ، و يقـال لذلك التحكيم و فـى انكليـــزية (Arbitration) و لمـن ينظـــرون فيه " المحكمـون ،، و تقابل كلمـــة حكـم لفظـــة (Arbitrator) فـــى انكليـــزية .

قـد عـرف رجـال القانـــون التحكيـم بتعـريفات الا تية .

اولا : ان التحكيـم هـو " تصفيـــة الخصومة بحكـم غيـر محكمة القانونيـــــة المـاد يـة او السامية لكـن بالشخص أو بأكثـر مـن الا شخـاص يسمى محكمـــــــــون الا نكليـــزية (Arbitrators) الـذين يـرضـى ويقبـل حكمـه الفـريقيـن بالزام ان كان يوافقـان باقرار المحكميـــن او ليس يوافقـــــان (١) .

١- 1) Law Terms and Phrases by Sardar Muhammad Iqbal P.107, 1978 Lahore (Pakistan).

1) Arbitration: - "Arbitration is a settlement of a dispute by the decision not of a regular and ordinary court of the law but of one or more persons who are called Arbitrators whose decision the parties agree to accept as binding whether they agree to the decision or not".

ثانيـا : ان التحكيـم هـو حكـم على المسألة النـزاع غيـر فى محكمـــــــة القانـونيـة لكـن مـن شخص يسمـى محكـم(١) .

ثالثا : ان التحكيـم هـو وسيلـة او طـريقـة لتصـفـية النـزاع بين الفريقيـن بتقـديم الى فـريق منصـف الـذى يرد الحكـم او يقـضى بـه(٢) .

3)"Arbitration is the process of settling a dispute between parties by submitting it to an impartial third party who renders a decision or makes an award".

رابعـا : ان التحكيم هـو " احالـة النـزاع لشخص الثالث الذى يختـار الفريقين المتخاصمين و يرضا بتقيـد على حكـم المحكـم قبـل صـدوره بعـد سمـاع الفريقين (٣)

4) Arbitration:- is the reference of a dispute to an impartial (third) person chosen by the parties to the dispute who agree in advance to abide by the arbitrator's award issued after a hearing at which both parties have an opportunity to be heard.

---

1) Law terms and phrases by Sardar Muhammad Iqbal P.107, 1978 Lahore(Pakistan).
2) Encyclopedia of Americana Vol. 2 P.173.
3) Black's Law Dictionary 5th Ed. P.96.

مشروعية التحكيم في الفقه

التحكيم مشروع بالكتاب والسنة والاجماع.

اما الكتاب: فقد جاء في القرآن الكريم في موضوع التحكيم و حدوث الشقاق قال الله تعالى: وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله و حكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما خبيرا (١)... هذه الاية تدل على جواز التحكيم و بعث الحكمين اذا وقع التشاجر بين الزوجين و جهلت احوالهما في التشاجر والمراد منه تحكيم الزوجين، و يصح تحكيمهما، لان لهما ولاية على انفسهما بدليل هذه الاية.

واتفق الفقهاء في جواز التحكيم في كل ما يملك الخصمان فعله بأنفسهما وهي حقوق العباد، فيجوز التحكيم في الاموال و في المتعلقة بحقوق الناس و في الطلاق والنكاح.

الدليل الثاني: دليل الثاني في جواز التحكيم هو واقعة التحكيم في سورة "ص" جاء في القرآن الكريم.

١- سورة النساء اية رقم ٣٥

قال الله تعالى: " اذ تسوروا المحراب ففزع منهم قالوا لا تخف خصمان بغى بعضنا على بعض فاحكم بيننا بالحق ولا تشطط واهدنا الى سواء الصراط (١) .

هذه الاية تدل على جواز التحكيم لان الله تعالى قد ذكر فى سورة " ص " واقعة التحكيم لما جاء الخصمان الى داود عليه السلام لتصفية النزاع بينهما على حكمه .

الدليل الثالث : الدليل الثالث فى جواز التحكيم من الكتاب كما قال الله تعالى : " وداؤد وسليمان اذ يحكمان فى الحرث اذا نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين . ففهمناها سليمان وكلا اتينا حكما وعلما وسخرنا مع داؤد الجبال يسبحن والطير وكنا فاعلين (٢) .

هذان الايتان تدلان على جواز التحكيم فى الخصومات ، وذكر الله تعالى فيه واقعة الخصمان اذ يحكمان فى الحرث لما جاء الى داؤد عليه السلام فحكم داؤد بدفع الغنم الى صاحب الحرث لان ثمنها كان قريبا منه .

١- سورة " ص " اية رقم ٢٢
٢ - سورة الانبياء اية رقم ٧٨ ، ٧٩

و حكم السليمان بدفع الغنم الى صاحب الحرث ، والحرث الى صاحب الغنم حتى اذا عاد الزرع حالة التى اصابته الغنم ، رد كل واحد منهما ماله الى صاحبه (١) هذه الواقعة تدل على جواز التحكيم لان حكم داؤد عليه السلام كان قضية و حكم فى الخصومة ،و حكم سليمان عليه السلام كان برضاء الخصمان ، و حكم داؤد عليه السلام على حكم سليمان عليه السلام كان توثيقها ، لان التحكيم هو فصل الخصومة برضاء الفريقين كما ذكره القاضى فى تفسيره .

و حكم المحكم بمنزلة الصلح كما قال صاحب الكتاب " رد المحتار على در المختار ،، الاصل ان حكم المحكم بمنزلة الصلح (٢) . و قال صاحب التفسير ان حكم السليمان عليه السلام كان الصلح و قضية داؤد عليه السلام كان حكم والصلح خير من الحكم (٣) .

الدليل الرابع : الدليل الرابع فى جواز التحكيم كما قال الله تعالى

يا ايها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد و انتم حرم ، و من قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة

١- تفسير القرطبى لابى عبد الله محمد بن احمد القرطبى الجزء الحادى عشر ص / ٣٠٧ طبع مصر ١٣٨٧ھ ، ١٩٦٧م

٢- حاشية ابن عابدين در المحتار على رد المحتار ج / ٥ : ص ٤٢٩ (كتاب التحكيم)

٣- تفسير مظهرى قاضى ثناء الله عثمانى پانى پتى ج / ٧ ص: ٤٩٦ طبع پاكستان ١٩٨٠م

او كفارة طعام مساكين او عدل ذلك صياما ليذوق وبال أمره عفا الله عما سلف ومن عاد فينتقم الله منه والله عزيز ذو انتقام(١).

هذه الاية تدل على جواز التحكيم فى جزاء الصيد الحرم .

إن من قتل الصيد فى الحرم فعليه مثل ماقتله ، و يقوم عدلان قيمة الصيد الذى قتله ، اى يحكم بذلك عدلان اى فقيهان عالمان من اهل الدين والفضل .

حدثنا ابن بشار قال ثنا عبد الرحمن قال ثنا شعبة عن منصور عن ابى وائل قال اخبرنى ابن جرير البجلى قال أصبت ظبيا وأنا محرم فذكرت ذلك لعمر رضى الله عنه فقال ائت رجلين من اخوانك فليحكما عليك فأتيت عبد الرحمن وسعيد فحكما علي ليسا اعفر" قال ابو جعفر رضى الله عنه الاعفر الابيض(٢) .

وقد ذكر صاحب كتاب" جامع بيان العلم و فضله ،، المناظرة بين عبد الله ابن عباس والخوارج لما بعثه على اليهم ليعرف وجوه النزاع بينهم. والنزاع بين على والخوارج على ثلاثة امور. وكان فيهم ان عليا يعمل على حكم المحكم

١- سورة المائدة اية رقم ٩٥

٢- جامع البيان فى تفسير القران (الطبرى) لابى جعفر محمد بن جرير الطبرى جلد خامس ص٣٢ طبع بيروت . طبع رابع ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م .

و قد اجاز التحكيم فى الامور ، والاصل ان الحكم لله فقط.

قال عبد الله ابن عباس للخوارج ان جئت بالكتاب فى جوازه هل تقبلونه قالوا نعم

قال عبد الله ابن عباس ان الله سبحانه و تعالى قد اجاز التحكيم " قال الله تعالى

" يا ايها الذين امنوا لا تقتلوا الصيد وانتم حرم و من قتله منكم متعمدا

فجزاؤه مثل ما قتل من النعم يحكم به ذواعدل منكم (١) . و هكذا فى

حدوث الشقاق بين الزوجين ، فقرأ، قال الله تعالى " وان خفتم شقاق بينهما

فابعثوا حكما من اهله و حكما من اهلها .. الخ .(٢)

بعد قراءة هذه الاتيين وافقوا سمعه فى جواز التحكيم(٣) .

جواز التحكيم فى السنة:

ورد عدة احاديث فى جواز التحكيم و بعضها

١- اخبرنا ابو على الروذ بارى انبا محمد بن بكر ثنا ابوداؤد قال ثنا الربيع

بن نافع عن يزيد بن المقدام بن شريح عن ابيه عن جده شريح عن ابيه

١- سورة المائدة اية رقم ٩٥

٢- سورة النساء اية رقم ٣٥

٣- العلم والعلماء مترجم عبد الرزاق ملیح آبادی لکتاب جامع البیان العلم و فضله لابن عبد البر ص / ٢٠٣ ، ٢٠٣ طبع پاکستان .

هانئ انه لما وفد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم اتى المدينة فسمعهم يكنونه بابى الحكم فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان الله هو الحكم واليه الحكم فلم تكنى ابا الحكم قال ان قومى اذا اختلفوا فى شئ اتونى فحكمت بينهم فرضى كلا الفريقين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما احسن هذا فمالك من الولد قال لى شريح و مسلم وعبدالله قال فمن اكبرهم قال قلتشريح (١) .

٢- اخبرنا ابو الحسن على بن احمد بن محمد بن داؤد الرزاز ببغداد أنبا ابو بكر محمد بن عبدالله الشافعى ثنا محمد بن الجهم السمرى ثنا يعلى بن عبيد عن اسماعيل عن عامر قالكان بين عمر رضى الله عنه و ابى رضى الله عنهما خصومة فى حائط فقال عمر رضى الله عنه بينى و بينك زيد بن ثابتفانطلقا فطرق عمر رضى الله عنه الباب فصرف زيد رضى الله عنه صوته ففتح الباب فقال يا امير المؤمنين الا بعثتالى حتى اتيتك فقالفى بيته يوتى الحكم(٢) .

٣ حدثنى محمد ابن بشار قال حدثنا غندر قال حدثنا شعبة عن سعد

١- السنن الكبرى البيهقى للامام ابى بكر احمد بن الحسين بن على البيهقى ج / ١٠ : ص / ١٤٥ (باب ماجاء فى التحكيم)

٢ - السابق المرجع.

قال سمعت ابا امامة قال سمعت ابا سعيد الخدري يقول نزل اهل القريظة على حكم سعيد بن معاذ فارسل النبي صلى الله عليه وسلم الى سعد فاتى على حمار فلما دنا من المسجد قال للانصار قوموا الى سيدكم او اخيركم فقال هؤلاء نزلوا على حكمك فقال تقتل مقاتلتهم و تسبى ذراريهم قال قضيت بحكم الله و ربما قال بحكم الملك (١) .

الاجماع

اما الاجماع فاجمع الصحابة على جواز التحكيم . واجمع على ان النبي صلى الله عليه وسلم عمل بحكم سعد بن معاذ في بني قريظة لما اتفقت اليهود على الرضاء بحكمه فيهم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم.

١- الصحيح البخاري ج / الثاني ب / مرجع النبي صلى الله عليه وسلم (من الاحزاب) ص : ٦٩١ .

الفصل الثانـــــى

اركان التحكيـــــم و شـــروطـه فى الفقـــه والقانـون الوضعـــى

اركان التحكيـم فى الشريعـة

اركان جمع ركن والركن فى اللغـة احدا الجوانب التى يستند اليهـــــا الشـئ ويقـــوم بهـــا (١) .

و فى اصطـلاح الفقهـاء الحنفيـة هو ما كان جـزء من الشئ ولا يوجد الا به و فى عبارة اخـرى هـو مايكـون قوام الشـئ بحيث يعـد جزءا داخـلا فى ماهيتـه (٢) . و عـرف غيـر الاحناف ان الركن هو مالابد منـه لتصـور الشـئ فعـلا سـواء اكان جـزءا منـه امختـصـا به (٣) .

كما ثبت من التعريفات التحكيم فى الفقه والقانون الوضعى ان التحكيم هـو عقـد على فصـل الخصومة بيـن الطـرفين برضاهمـا على شخص الثالث يسمى الـحكـــــم

١- المعجم الوسيط (مجمع اللغة العربية) الجزالاول ص : ٣٧٢ طبع تهران .
٢- فتح القدير ج/ ٥ ص: ٧٤ (باب البيع)
٣- الشرح الكبير لدردير حاشية الدسوقى ج/ ٣ ص: ٢ (باب البيع)

والعقـــد كما عرف علماء اللغة هو تعلق على ما فيه ربط بيـن اطراف الشـئ يقال عقد الحبل و يراد به الضمان والعهـد (١) .

فالعقـــد عند اهل اللغة يشمل كل ما فيه معنى الربط او التوثيق والالتـــزام مـن جانب واحد او من جانبيـــن .

و فى اصطلاح فقهـاء الاحناف هو تعلق كلام احد العاقـدين بالاخـر شرعا على وجـه يظهر اثره فـى المحل (٢) .

و يقـــول الجصاص ان العقـد ما يعقـده العـاقد على امر يفعله هو او يعقـد على غيره على وجه الزامه اياه (٣) . فالعقـد كل ما شرطه الانسان على نفســـه فى شئ يفعله فى المستقبـل فهو عقـــد . والعقـد لا ينعقـد الا بالايجاب والقبـول يقال الصيغة ، لان الصيغـة هو ركن العقـد عند الاحناف (٤) . وعنـــد غيـر الاحناف للعقد ثـلاثـة اركان .

١- العـاقـــدين - ٢ - الصيغـــة - ٣ - محـل العقـــد -

هكذا فى التحكيـم يتفـق و يعقـد الفـريقيـن على فصل الخصومة بشخص آخـــر و يشترط على نفسهما تنفيذ لحكـم المحكـم فى المستقبـل اذا صـدر .

اما الركن التحكيـم عند الاحناف هو اللفظ الدال عليه مع قبول الآخـــــر (٥) .

اى اللفظ الـدال على التحكيـم كأحكـم بيننا او جعلناك حكما او حكمناك فى كذا

١- القاموس باب الدال فصل العين ج / ١ ص: ٣١٥ و ٣١٦ ، المصباح المنير ص ٧٥

٢- العناية على هامش الفتح القدير ج / ٥ ص: ٧٤ .

٣- ايات الاحكام (تفسير) ج / ٢ ص: ٢٩٤ .

٤- البدائع الصنائع علاء الدين الكاساني ج / ٥ ص : ١٣٢ (كتاب البيوع)

٥- البحر الرائق شرح كنز الدائق للامام زين الدين ابن نجيم ج ٧ ص ٢٤ (باب التحكيم)

مع قبول المحكم ، فلو لم يقبل لا يجوز حكمه الا بتجدد التحكيم واما الشافعية والمالكية والحنابلة فانهم لم يذكروا اركان التحكيم صراحة بل فهمت من كلامهم حيث ذكروا شروطالكل ركن من هذه الاركان . وثبت من هذا ان عند الجمهور ثلاثة اركان كما في كل عقد من العقود وهو .

١- المحكمين ٢- المحكم (بالفتح) ٣- المحكوم به (١) .

اركان التحكيم في القانون الوضعي

في القانون الوضعي للتحكيم ركن واحد وهو عهد التحكيم يقال في انكليزية (Agreement/Arbitration) وعهد التحكيم هو اساس للتحكيم في القانون الوضعي ، ولا ينفذ حكم المحكم بدون عهد التحكيم لان في عهد التحكيم الخصومات والنزاعات التي يريد الفريقان فصلها بالتحكيم.

وقد عرف في القانون التحكيم الوضعي ١٩٤٠م. في المادة رقم ٢ (الف) ان عهد التحكيم " معناه عهد سرقوم لاحالة النزاعات الحالية والاليه الى التحكيم (١) .

١- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج فقه الشافعي لشمس الدين جلد ٨ صفحة ٢٣٠ و الانصاف على مذهب حنبلي لعلا والدين ابي الحسن على بن سليمان المرداوى ج / ١١ ص: ١٩٧ . حاشية الدسوقي على شرح كبير لشمس الدين الدسوقي ج / ٤ ص: ١٣٥ (باب في القضاء)

٢- قانون التحكيم ١٩٤٠م. (الباكستاني) مادة رقم ٢ (الف) .

اذا ننظر الى هذا التعريف فيظهر منه ان فى القانون الوضعى العهد الذى يكتب فيه النزاعات او الخصومات التى تحتاج للفصل بين الفريقين على التحكيم ضرورى . ولا بد للعهد ان يكون مرقوما لان غير المرقوم لا ينفذ فى القانون الوضعى كما ثبت فى قضاء المحكمة العدلية قال :

" بند توضيح القانون التحكيم ١٩٤٠م . المعاهدة الشفوية لا تنفذ (١) . والعهد المرقوم هو الذى يظهر منه رضا الفريقين على قض الخصوماتهم على التحكيم كما ظهر من قضية المحكمة العدلية قال : " المعاهدة المرقومة هى الكتابة يظهر منه الرضا على تفويض النزاعات الى التحكيم" (٢) . فركن التحكيم فى القانون الوضعى هو عهد التحكيم التى تحتاج الى للفصل على التحكيم ، ولا يشترط فيه اسم المحكم كما ذكر فى تعريف عهد التحكيم .

Arbitration Agreement; "means a written agreement to submit present or future differences to arbitration whether an arbitrator named or not".(3)

---

1. P.L.D. Dacca, 1960. P.255.
2. P.L.D. Karachi, 1966. P.197.
3. Arbitration Act 1940 Section 2 (a)

شروط التحكيم فى الشريعة والقانون الوضعى

شروط التحكيم فى الشريعة

يقسم فقهاء المسلمين شروط التحكيم ثلاثة اقسام

الأول: شروط التحكيم من جهة المحكم (بالكسر)

الثانى : شروط التحكيم من جهة المحكم (بالفتح)

الثالث: شروط التحكيم من جهة المحكوم به .

١- شروط التحكيم من جهة المحكم (بالكسر) .

يشترط الفقهاء فى المحكم ان يكون عاقلا و بالغا لان التحكيم تفويض و تحكيم الصبى والمجنون لا يجوز لانعدام اهليته (١) . ولا يجوز تحكيم الوكيل بغير اذن موكله ولا يجوز تحكيم ولي ان أمر بموليه (٢) .

ولا يشترط الفقهاء فى المحكم ان يكون حرا ، و يجوز تحكيم المكاتب والعبد الماذون ولا يشترط فى المحكم الاسلام ، فتحكيم الذمى ذميا صحيح لانه اهل للشهادة بين اهل الذمة دون المسلمين ، و يكون تراضيهما عليه فى حقهما كتقليد السلطان اياه ، و تقليد الذمى ليحكم بين اهل الذمة صحيح لا بين المسلمين .

١- شرح فتح القدير للعاجز الفقير لكمال الدين محمد بن عبد الواحد ج / السادس ص : ٤٠٧ ، حاشية الدسوقى على شرح الكبير لشمس الدين الدسوقى ج / ٤ ص ١٣٥ (بتصرف)

٢- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج (فقه الشافعى) لشمس الدين الشافعى الصغير ج / ٨ ص: ٢٣٠ طبع رياض (كتاب القضاء)

ولو اسلم احد الخصمين قبل الحكم لم ينفذ حكم الكافر في المسلم وينفذ للمسلم على الذمي . واختلف فقهاء الاحناف في ما بينهم في جواز التحكيم المرتد .

قال ابو حنيفة ان تحكيم المرتد موقوف، فان حكم ثم قتل او لحق بطل وان اسلم نفذ . وقال الصاحبان تحكيم المرتد يجوز بكل حال (١) .

الثاني : شروط التحكيم من جهة المحكم (بالفتح) .

يشترط الفقهاء في الحكم ان يكون صالحا للقضاء لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط فيه ما يشترط في القاضي ، حتى لو حكما كافرا او عبدا محجورا او محدودا في قذف او صبيا لا يجوز لانه لا يصلح قاضيا لا لقدام اهليته الشهادة فكذا حكما موكل من تقبل شهادته في امر جاز ان يكون حكما فيه ومن لا فلا . ويشترط الفقهأ في المحكم ان يكون الحكم اهلا للشهادة وقت التحكيم ووقت الحكم جميعا حتى انه اذا لم يكن اهلا للشهادة وقت التحكيم وصار اهلا لشهادة وقت الحكم بان كان عبدا فاعتق وحكم لا ينفذ حكمه ، وهكذا لو حكما صبيا فبلغ او ذميا فاسلم ثم حكم لم ينفذ ،وكذا لو كان مسلما وقت التحكيم ثم ارتد لا ينفذ حكمه (٢) .

١- المرجع السابق

٢- معين الحكام برحاشية لسان الحكام علاوالدين ابى الحسن الطرابلسي ص: ٢٧ ، الانصاف (مذهب الحنبلي) علاوالدين ابى الحسن على بن السلمان المرداوى جلد ١١ ص: ١٦٧ (١٩٥٧م) و النهاية المحتاج شرح المنهاج الشمس الدين ج/ ٨ ص: ٢٣٠ .

و يختلف فقهاء المذهب الاربعة فى جواز التحكيم المرأة والفاسق كما يختلف فى جواز قضاء المرأة والفاسق .

عند الاحناف : لا يجوز تحكيم الفاسق لانعدام اهليته القضاء اعتبار باهلية الشهادة لكن اذا حكم ينفذ اى ينفذ حكم المحكم لكن الاولى ان لا يحكم فاسقا . والمراة تصلح حكما لان التحكيم يبنى على الشهادة والمرأة تصلح شاهدة فيما سوى الحدود القصاص فتصلح حكما ، و يجوز تحكيم المرأة فيما سوى الحدود والقصاص(١) .

عند جمهور الفقهاء (الشافعية والمالكية والحنابلة) لا يجوز تحكيم المراة و الفاسق لانعدام صلاحيتهما للقضأ ،لان الحكم لبمنزلة القاضى فيما بينهما فيشترط فيه ما يشترط فى القاضى . و قضا المرأة والفاسق لا يجوز عند الجمهور لان الذكورة والعدالة من الشروط القضاء عند الجمهور(٢) .

و قال صاحب الكتاب " ادب القاضى ،، فى شروط المحكم ،،

" و يشترط فى المحكم ان يكون حرا بالغا عاقلا عدلا مقبول الفتوى عالما بالشريعة والضابط فيه ان يكون على صفة يجوز للامام ان يوليه القضاء مطلقا (٣) ،،

الثالث: شروط التحكيم من جهة المحكوم به

يتفق فقهاء المذاهب الاربعة فى الشروط المحكوم به ان يكون فيما يملك المحكم اقامته بنفسه ، لان التحكيم تفويض من وجه و صلح من وجه ، و التفويض

١- المحيط لبرهان الدين ج / ٤ ص : ٢٥١٣ باب التحكيم (عكسى نقل .)

٢- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج لشمس الدين ج ٧ ص: ٢٣٠ و حاشية الدسوقى على شرح الكبير لشمس الدين الدسوقى جلد ٤ / ص: ١٣٥ (باب القضاء)

٣- ادب القضاء لشهاب الدين مادة رقم ٣٩ (فصل فى من التحكيم)

يصح بما يملك المفوض فيه بنفسه ولا يصح فيما لا يملك كالتوكيل. والصلح يجوز فيما يجوز فيما يجوز استيفاءه بالصلح.

فالشروط المحكوم به يتفق فيه فقهاء المذاهب الاربعة هي الاتية.

١- ان يكون التحكيم في الاموال وفي سائر حقوق المالية.

٢- ان يكون المحكوم به حقوق العباد.

٣- ان يكون في غير حد ودية على العاقلة (١).

وذكر صاحب المجلة: يجوز التحكيم في دعاوى المال المتعلقة بحقوق الناس (٢).

ويختلف فقهاء المذاهب في جواز التحكيم في النكاح والطلاق والقصاص القذف.

عند الاحناف: يجوز التحكيم في الاموال والطلاق والعتاق والنكاح والقصاص، وينفذ حكم المحكم في سائر المجتهدات نحو الكنايات والطلاق والعتاق (٣).

لكن اختلف فقهاء الاحناف في جواز التحكيم في القصاص والقذف.

عند ابي حنيفة: ان التحكيم لا يجوز في القصاص والقذف واتفق صاحب الفتح ان التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص، واستدل بقوله لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة. وقال في دليل الحدود لان حكم المحكم

١- المحيط لبرهان الدين ج ٤ / ص: ٥١٣ المهذب لابي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف ج / ٢ ص: ٢٩١ الانصاف للمرداوي جلد ١١ / ص: ١٩٧ ، ١٩٥٧م بيروت.

٢- مجلة الاحكام مادة (١٨٤) طبع باكستان ١٣٠٥هـ.

٣- معين الاحكام برحاشية لسان الاحكام لعلاوالدين الطرابلسي ص: ٢٧، ٢٨، طبع مصر.

ليس بحجة فى حق غير المحكمين فوجدت فيه شبهة ، والحدود والقصاص لا تستوفى بالشبهات(١) . وعند بعض الاحناف يجوز التحكيم فى القصاص والقذف لان الاستيفاء اليهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كما فى الاموال(٢) . وذكر فى المحيط ان القصاص من حقوق العباد وهما يملكان الاستيفاء بانفسهما فيملكان التفويض الى غيرهما قياسا على سائر حقوق العباد (٣) .

عند الشافعية : يشترطون فى المحكوم به ان يكون التحكيم فى الاموال فقط ولا يجوز عندهم فى الحدود والقصاص والطلاق والعتاق والقذف لانها حقوق بنيت على الاحتياط فلم يجز فيها التحكيم(٤) .

عند المالكية : يشترط ان يكون التحكيم فى الاموال وفى الجروح فقط . ولا يجوز عندهم فى سبعة و هو الحدود اى سائر الحدود ، واللعان وقتل و ولاء و نسب ولا فى الطلاق والعتاق (٥) .

عند الحنابلة : فى ظاهر مذهب الحنابلة يشترط ان يكون التحكيم يجوز فى الاموال والحدود والقصاص والنكاح والطلاق .

قوله : " وان تحاكم رجلان الى رجل يصلح للقضاء فحكماه بينهما . فحكم: نفذ حكمه

١- شرح فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبدالواحد ج / السادس ص: ٤٠٨ طبع بيروت ١٣٤٠هـ
٢- المرجع السابق .
٣- المحيط لبرهان الدين ج / ٤ ص: ٢٥١٥ طبع باكستان .
٤- المهذب لابى اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف جلد ٢ ص/ ٢٩١ مصر كتاب الفرضية .
٥- حاشية الدسوقى على شرح الكبير لشمس الدين الدسوقى ج / ٤ ص: ١٣٦ .(باب فى الخطأ)

فى المال ، وينفذ فى القصاص والحد والنكاح واللعان فى ظاهر كلامه (١) .

لكن يختلف بعض الحنابلة . وقال القاضى لا ينفذ الا فى الاموال الخاصة .

وعنه لا ينفذ فى قود وحد قذف ونكاح (٢) .

شروط التحكيم فى القانون الوضعى

فى القانون التحكيم الوضعى ١٩٤٠م. حينما يعقد الفريقين لتحكيم فيكتب الفريقين عند وقت العهد ان لوجاء النزاع بينهم فى المستقبل عليهم ان يحيله للفصل الى التحكيم و يسمى هذا العهد عهد التحكيم و فى انكليزية (Arbitration Agreement) و يظهر منه رضاء الفريقين على فصل الخصومة بالتحكيم .فى الحقيقة قانون التحكيم ١٩٤٠م. المروجة فى الباكستان مع القانون العقد ١٨٧٢م. فى باكستان يسمى فى انكليزية (Contract Act) لان عند قانون التحكيم يحيل النزاعات التى توجد لها المعاهدة بين الفريقين قبل التحكيم و ان يكون مرقوما لان معاهدة الشفوية لا تنفذ فى القانون الوضعى (٣) . فى عهد التحكيم فى القانون الوضعى كالعهد موافقا فى القانون العقد . ولم يذكر فى قانون التحكيم المروجه فى باكستان شروط التحكيم بالصراحة. فالشروط التحكيم فى القانون الوضعى هو الاتية :

١- الانصاف (فقه حنبلى) لعلاوالدين المرداوى جلد ١١ ص : ١٩٧ طبع بيروت،١٩٥٧م .
٢- المرجع السابق .
٣- P.L.D.1960, DACCA, P.255.

١- شـرط الا ول للعهـد التحكيـم ان يكـون هناك خصـم بيـن الفريقيـــــن

٢- ان يكـون عهـد مرقوم بين الفريقيـن المتخاصميـن لفصـل خصوماتهـــــم بالتحكيـــــم.

٣- ان يكتـب كل الامـور المتنازعـة بيـن الفريقيـن فى عهـد التحكيـم لا ن حكم المحكـم ينفـذ فيما احال له فقـط(١).

٤- و يشترط فـى العهـد المرقوم امضاء الفريقيـن علـى الوثيقـــة.

٥- و يشترط فى عهـد التحكيـم آن يعقـد بيـن الفريقيـــن برضاهما موافقا للمادة رقم العاشـر قانون العقـد ١٨٧٢م.

٦- و يشترط ان لا يعقـد العقد بتاثيـر غير مشروع اى لا يوجـد تاثيـــر غيـر مشروع فـى انعقاد العقـــد.

٧- ولا يشترط فى عهـد التحكيم ان يكتب اسم المحكـم(٢).

---

1. P.L.D. 1954, Sind P.56.
2. Arbitration Act 1940, S.2 (a).

الفصل الثالث : الفرق بين التحكيم والقضاء

التحكيم هو نوع من انواع القضاء و فرع من فروع القضاء والمحكم ادنى مرتبة من القاضي لا قتصار حكمه على من رضي بحكمه و عموم ولاية القاضي . والقاضي يقضي فيما لا يقضي المحكم لان القضاء فيه ولاية عامة واما التحكيم هو ولاية خاصة

القضاء في اللغة : الحكم قال الله تعالى ،، و قضى ربك الا تعبدوا الا اياه (١) . واصله قضاى لانه من قضيت الا ان الياء لما جاءت بعد الالف همزت و يقال فضى عليه يقضي قضاء و قضية (٢) .

و في الاصطلاح القضاء هو اخبار عن حكم شرعي على سبيل الالزام (٣) . ان القضاء هو قول ملزم يصدر عن ولاية عامة (٤) . و قال سيد محمد سنقلجي في كتبه ان القضاء هو ولاية شرعية على الحكم والمصالح العامة من قبل الامام (٥) .

و قد عرف الكاساني ان القضاء هو الحكم بين الناس بالحق والحكم بما انزل الله عزوجل (٦) .

١- سورة اسرى اية رقم ٢٤
٢- تاج العروس للامام اللغوى السيد محمد مرتضى الزبيرى ج / ١٠ ص : ٢٩٦ . مصر ١٣٠٦ هـ .
٣- معين الحكام برحاشية لسان الحكام لعلمي بن خليل الطرابلسي ص/ ٦ طبع مصر .
٤- الاختيار شرح المختار ج/ ٢ ص: ٨٢ . طبع مصر .
٥- القضاء في الاسلام لسيد محمد سنقلجي ص/ ٩ طبع تهران .
٦- بدائع الصنائع (باب القضاء) علاوالدين الكاساني ج / ٧ ص : ١ . باكستان ١٣٨٨ هـ

اما التحكيم كما سبق تعريفاته هو تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما و في عبارة اخرى هو اتخاذ الخصمين برضاهما حاكما يفصل خصومتهما و دعواهما .

اذا امعنا النظر في هذه التعريفات يتبين لنا ان التحكيم هو نوع من انواع القضاء لكن حكم المحكم ادنى من حكم القاضي بوجوه الاتية .

اولا : ان القضاء فيه ولاية عامة على الناس لعموم ولاية الخليفة المقلد له ، و اما التحكيم فيه ولاية خاصة ينفذ حكمه على المتخاصمين في الخصومات التي رفعت اليه .

ثانيا : ان القضاء فيه الزام من السلطان على تنفيذ حكم القاضي بخلاف التحكيم فيه يصدر الحكم برضاء الفريقين المتخاصمين .

ثالثا : ان حكم القاضي يجوز في كل شئ لان ولاية عامة الناس و حقيقة القضاء اقامة العدالة والقسط بين الناس .

اما حكم المحكم يجوز في دعاوى المال المتعلقة بحقوق الناس . و هكذا حكم المحكم

لا يجوز ولا ينفذ الا في حق الخصمين الذين حكماه و في الخصوص الذي حكماه به فقط ولا يتجاوز غير ذلك ولا يشمل سائر خصوماتهما (١)

رابعا : ان حكم المحكم ادنى من حكم القاضي ،ولهذا اذا خالف حكمه مذهب القاضي الذي رفع اليه ابطله ، ولهذا لا يجوز حكمه في الحدود والقصاص بخلاف حكم القاضي . فان القاضي ينفذ حكمه اذا لم يكن مخالفا لنص الكتاب والسنة والاجماع و يجوز حكم القاضي في الحدود والقصاص ولا يجوز حكم المحكم فيهما و هكذا يجوز حكم القاضي رضي الخصم ام لا ولا يجوز حكم المحكم الا بعد رضا الخصمين (٢) .

و قد ذكر صاحب الكتاب " البحر الرائق " سبعة عشر مسائل التي فيها الحكم مختلف عن القاضي و هي:

١- ان حكم المحكم لا يتعدى الى العاقلة بخلاف حكم القاضي اى لو حكماه في دم خطاء و قضى بالدية على العاقلة او على القاتل في ماله لا يجوز.

٢- انه لا بد من تراضيهما على كونه حكما بينهما بخلاف القاضي .

١- المجلة الاحكام مادة رقم ١٨٤٢ ص/ ٣٧٥ طبع باكستان ٢٠٠٥م

٢- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق فخرالدين بن علي الزيلعي الحنفي ج/ ٤، ٣ ص/ ١٩٣. طبع باكستان (باب التحكيم)

٣- لا يجوز تعليقه و اضافته عند ابى يوسف بخلا ف القضاء.

٤- لا يجوز التحكيم فى الحدود والقصاص والدية على العاقلة بخلاف القضاء.

٥- لا يفتى بجوازه فى فسخ اليمين المضافة بخلاف القضاء به.

٦- ان حكمه لا يتعدى الى الغائب لو كان مايدعى عليه سببا لما يدعى على الحاضر.

٧- كتاب المحكم الى القاضى لا يجوز كما لا يجوز كتاب القاضى اليه.

٨- لا يحكم المحكم بكتاب قاضى الا اذا رضى الخصمان.

٩- المحكم اذا ارتد العزل فاذا اسلم فلا بد من تحكيم جديد بخلاف القاضى

١٠- لو رد المحكم الشهادة بتهمة ثم اختصما الى اخر او قاضى فزكيت البينة يقضى لان المحكم لم يكن قاضيا فى حق غير الخصمين ، ولم يتصل بهذه الشهادة رد قاضى من قضاة المسلمين انما اتصل بها رد واحد من الرعاية فكان للقاضى ابطال هذا الرد بخلاف مالو رد قاضى شهادته للتهمة لا يقبلها قاض آخر لان القضاء بالرد نفذ على الكفاية.

١١- لا يتعدى حكمه من وارث الى الباقى والميت حتى لوادعى عند المحكم رجل على

وارث بدين على الميت و اقام بينة فحكم له بما ادعاه على ذلك الوارث لم يكن حكما على بقية الورثة ولا على الميت لعدم رضاهم بتحكيمه بخلاف حكم القاضي .

١٢- لا يتعدى حكمه بالعيب من المشترى على بائعه الا برضاء بائع بائعه .

١٣- لا يتعدى حكمه على وكيل بعيب المبيع الى موكله .

١٤- لا يصح حكمه على وصي صغير بما فيه ضرر عليه .

١٥- لا يتقيد بهلد التحكيم وله الحكم في البلاد كلها .

١٦- ان حكمه بالوقف لا يرفع الخلاف.

١٧- ان القضاء يتعدى الى الكافة في اربع الحرية والنسب والنكاح والولاء ولم يصرحوا بحكمها من المحكم و يجب ان لا يتعدى ، فتسمع دعوى الملك من المحكوم بمنقة من المحكم بخلاف القاضي ، و ينبغي ان لا يلي المحكم الحبس ولم اره و كذا لم ار حكم قبوله الهدية . (١) .

---

١ . البحر الرائق شرح كنز الدقائق زين الدين ابن نجيم جلد ٧/ ص: ٢٨ (باب التحكيم)

الباب الثانـــــى

موضـــوع التحكيـــــم مـــــع بيـــــان سلطـــــــــة

و اختصـــــاص المحكـــــم والـــــرجـــوع عـــــن التحكـــــــــــم

مـــع سلطـــــة القاضـــــى علـــــى احـــكام المحكـــــــــــم

و عـــــزلـه فـــى الشـــــريعـــــة والقانـــــون .

الفصـــل الا وّل

مـــوضـــوع التحكيـــم فـــى الفقـــه والقانـــون الوضعـــى .

المبحث الاول : موضوع التحكيم فى الفقه الاسلامى

التحكيم هو اتخاذ الخصمين برضا هما حاكما يفصل خصومتهما و دعواهما . فالتحكيم يصح فى كل شئ يملك الخصمان فعله بانفسهما و هى حقوق العباد . ولا يصح فى حقوق الله . فيجوز التحكيم فى الاموال والطلاق والعتاق والنكاح والقصاص، وتضمين السرقه ولا يجوز فى الحدود كحد الزنا والسرقة والقذف ، لان التحكيم تفويض والتفويض يصح فيما يملك المفوض فعله بنفسه ولا يصح فيما لا يملك (١) .

لكن اختلف بعض الفقهاء الاحناف و جوزوا التحكيم فى القصاص والقذف لان الاستيفاء اليهما و هما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كما فى الاموال . و قالوا ان القصاص من حقوق العباد و هما يملكان الاستيفاء بانفسهما فيملكان التفويض الى غيرها قياسا على سائر حقوق العباد (٢) . و نقل الناصحى عن ابى بكر الرازى فى القصاص ينبغى ان يجوز لان ولى القصاص لو استوفى القصاص من غير ان يرفع الى السلطان جاز ، فكذا

١ـ شرح فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبد الواحد ج / السادس ص: ٤٠٨ بيروت.
٢- المحيط لبرهان الدين ج ٤ / ص : ٢٥١٥

اذا حكم فيه لانه من حقوق بنى آدم . وخالف صاحب الفتح بانهما لا ولاية لهما دمهما ولذا لا يملكان الاباحة يعنى لو قال لشخص اقتلنى لا يصح امره ولا يحل للاخر قتله (١) . وهكذا لا يجوز التحكيم فى الدم الخطاء لان العاقلة لم ترض به وحكم المحكم انما ينفذ على من يرضى بحكمه وان قضى بالدية على القاتل لا يجوز لان هذا الحكم مخالف للشرع فان الدية فى قتل الخطاء على العاقلة الا ان يكون القاتل اقر بالقتل الخطاء فيجوز حينئذ حكمه بالدية عليه لان ما يجب بالاعتراف لا تتحمله العاقلة وانما يجب على المقر وكان حكمه موافقا فنفذ (٢) . وقال المشائخ من الحنفية ان تخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم فى سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما (٣) .

وفى ظاهر مذهب الحنابلة يجوز التحكيم فى الاموال والقصاص والحد واللعان والنكاح (٤) .

وقال الشيخ الحنابلة وان حكم احدهما خصمه او حكما مفتيا فى مسئلة اجتهادية جاز (٥) . لكن اختلف بعض الحنابلة فى جواز التحكيم فى القصاص وحد قذف ولعان ونكاح . وقال القاضى ان التحكيم يجوز فى الاموال فقط (٦) .

---

١ شرح فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبد الواحد جلد السادس ص/ ٤٠٩-١٣٤١ ، بيروت .
٢- المرجع السابق .
٣- ايضا
٤- الانصاف لعلاء الدين المرداوى ج/ ١١ ص : ١٩٧ . ١٩٥٧م . بيروت .
٥- كشاف القناع عن متن الاقناع منصور بن يونس بن ادريس البهوتى ج/ السادس ص: ٣٠٩ . ١٠٤٦ هـ رياض
٦- الانصاف لعلاء الدين المرداوى ج/ ١١/ ص : ١٩٨ . ١٩٥٧م .

وهكذا في مذهب الشافعية لا يجوز التحكيم الا في الاموال فقط. اما النكاح والقصاص واللعان وحد القذف فلا يجوز التحكيم فيها لانها حقوق بنيت على الاحتياط فلم يجز فيها التحكيم(١).

واما مذهب المالكية في موضوع التحكيم يجوز التحكيم عندهم في الاموال والجروح والسقم كقطع يد او رجل (٢). ولا يجوز في الحد واللعان والقتل والطلاق والعتاق والولا ونسب والرشد والسفه وفي مفقود الخبر والوقف والوصية والحبس المعقب ومال يتيم.

فموضوع التحكيم عند فقهاء مذاهب الاربعة هو كما يلي:

موضوع التحكيم عند فقهاء الاحناف: ١- الاموال ٢- والطلاق ٣- والعتاق ٤- والنكاح ٥- وتضمين السرقة ٦- والكتابة ٧- والكفالة بالنفس ٨ والكفالة بالمال ٩ - والشفعة ١٠- والنفقة ١١- والديون ١٢- والقروض ١٣- والتبرع ١٤- والقصاص ١٥- ارش الجراحات ١٦- قطع يد عمد ١٧- سائر حقوق العباد.

موضوع التحكيم عند الشافعية: الاموال والحقوق المتعلقة بالمال.

موضوع التحكيم عند الحنابلة: ١- الاموال ٢- القصاص ٣- والحد ٤- والنكاح ٥- واللعان.

موضوع التحكيم عند المالكية: ١- الاموال ٢- والقروض ٣- الحقوق المتعلقة بالاموال ٤- البيوع ٥- الجروح مثلا جائفة، آمة، منقلة، موضحة ٦- والقطع كقطع يد او رجل

١- المهذب لابي اسحاق ابراهيم ج / ٢ ص: ٢٣١ طبع مصر مرتقاب الدقيقة)

٢- الشرح الصغير لدردير ج / ص: ١٩٨ وحاشية الدسوقي على شرح الكبير لشمس الدين الدسوقي ج ٤ / ص: ١٣٦. مصر (باب في القضاء).

المبحث الثانـــى : مـوضـوع التحكيـم فى القانـون الوضعـــى

التحكيـم هو تصفية الخصومة بحكم غير محكمة القانونية العادية او العامية لكـن بشخص يسمى المحكم. فيقدم للتحكيـم الامـور التى يملك الفريقيـن و هو الامور المدنية و حقوق المدنية. فينفذ حكم المحكم فيما يحيل له للفصل و فى الخصوص الذى فيه للفريق حق الاحالة الى التحكيم.

و فى القانون الوضعى لم يذكر موضوع التحكيم بالصراحة لكن يظهر منه و من الاحكام المحكمـة العدلية الامور التى يستحق احالته للتحكيم هى الاتية:

١- كل الامور المدنية التى تدخل تحت قانون المدنى او يتدخل فى اختصاص محكمة المدنية (١).

٢- جميع الامور والنزاعات يتعلق بالعقود (٢).

٣- أمر الخداع والتدليس يتعلق بالعقد يفصل بالتحكيـم (٣).

٤- الخصومة التى تتعلق الحجر والافلاس يحيل الى التحكيم تحت مادة رقم ٧ قانون التحكيم ١٩٤٠م. (٤).

٥- يمكن التحكيم فى الدعاوى المدنية فى المحكمة القانونية تحت مادة رقم ٢١ قانون التحكيـم ١٩٤٠م (٥).

-١

1. A.I.R. 1926 Sind P.128(i)
2. Arbitration Act 1940. S.2(a).
3. P.L.D. 1968, Karachi P.652.
4. Arbitration Act 1940, S.7
5. Arbirtation Act 1940, S.21.

وغير هذه الامور، الا سور آخر ايضا يمكن فيها التحكيم فى القوانين الوضعى المروجة فى الباكستان غيرقانون التحكيم ١٩٤٠م. ويشمل بينهم مادة التحكيم ويمكن التحكيم فى الموضوعات التى ذكرت فى هذه القوانين الباكستانى وهو الاتية: (1)

١- فى القانون الاحراز الاراضى ١٨٩٤م. فى المادة (١١، ١٢، ١٨، ٢٦.

1. The land acquisition Act 1894 vide Section 11,12,18 and 26.

٢- قانون أوقاف المذهبية او دينية ١٨٦٣ م فى المادة رقم ١٦، ١٧.

2. The Religious Endowments Act 1863 vide Section 16, 17.

٣- قانون سلطة الامين والمرتهن ١٨٦٦ فى المادة رقم ٣٨.

3. The trustees and Mortgagees power Act 1866 vide section 38.

٤- قانون الامانة ١٨٨٢ المادة ٤٣.

4. The trust Act 1882 section 43

٥- قانون التفليس ١٩٠٩ فى المادة رقم ٦٨

5. The Insolvency Act 1909 vide section 68.

٦- قانون البرقيات ١٩١٠م فى المادة رقم ٥٢.

6. The Electricity Act 1910. vide section 52.

٧- قانون جمعيات تعاونية ١٩١٢م فى المادة رقم ٤٣.

7. The Co-operative Societies Act 1912 vide section 43.

٨- قانون الشركات ١٩١٣ فى المادة ١٥٢.

8. The Companies Act 1913, vide section 152

---

1. Arbitration Act 1940, S.46.

٩- قانون التفليس الاقليمي ١٩٢٠م. في المادة ٥٢.

9. The Provincial Insolvency Act 1920. Section 52.

١٠- قانون كانتونمنت ١٩٢٤م في المادة رقم ٢٦٠ الى ٢٦٥.

10. The Contonments Act 1924, vide section 260-265.

١١- قانون النزاعات التجاري ١٩٢٩ في المادة رقم ٣ الى ١٤.

11. The Trade dispute Act 1929 vide section 3 to 14.

١٢- قانون سكة حديدية ١٨٩٠ في المادة رقم ٣٦، ٣٦ الف، ٣٦ ب، ٤٨.

12. The Railways Act 1890 vide section 46,46 A, 46 B, and 48.

و هكذا يمكن التحكيم في النزاعات تحت قانون ضرائب الاراضي ١٩٦٧م

يتعلق في المادة رقم ١٥١. يقول " و للموظف ضرائب حق ان يحيل النزاعات

للفصل بالتحكيم برضاء الفريقين تحت هذا القانون (١).

Any Revenue Officer may with the consent of the parties refer to arbitration any dispute arrising before him in any matter under this Act.

---

1. Land Revenue Act 1967 Section 151.

الفصـــــــل الثانـــــــى

سلطـــــة و اختصـــاص المحكـــــــــم في الفقـــه والقانـــون .

المبحث الاول : سلطة واختصاص المحكم في الشريعة

ان التحكيم هو تفويض الخصومة للفصل للشخص اجنبي يسمى المحكم فالمحكم فيما بين المحكمين بمنزلة القاضي لكن حكم هذا المحكم يفارق حكم القاضي المولى من حيث ان حكم هذا الحكم ينفذ في حق الخصمين من رضي بحكمه ، ولا يتعدى الى من لم يرضى بحكمه كان حكم واحد من الرعايا، بخلاف القاضي المولى . و ذكر صاحب المجلة ان للمحكم حق ان يحكم بما فوض له و ينفذ حكمه على الفريقين المتخاصمين اذا صدر قبل العزل . قال : حكم المحكم لا يجوز ولا ينفذ الا في حق الخصمين الذين حكماه و في الخصوص الذي حكماه به فقط ولا يتجاوز غير ذلك ولا يشمل سائر خصوصاتها (١) . وليس للمحكم آن يفوض التحكيم الى غيره لان الخصمين انما رضيا برايه دون رأى سواه ، فان فوض وحكم الثاني بغير رضاهما و اجاز الحكم الاول لم يجز الا ان يجيز الخصمان . لكن قال بعض الفقهاء الحنفية انه يجوز كالوكيل الاول اذا اجاز بيع الوكيل الثاني جاز (٢) . و ذكر صاحب المجلة ان للمحكمين ان يحكموا

١- مجلة الاحكام مادة رقم ١٨٤٢ طبع باكستان ، ص١٣٠٥ .

٢- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخرالدين الزيلعي ج/٣ ص : ١٩٢ (باب التحكيم)

آخر ان كانوا مأذونين من الخصمين والا فلا (١) .

وللمحكم حق ان يسمع البينة و ياخذ الحلف فى القضية ،وله حق ايضا لو انكر عن الحلف يقضى بانكاره ، و هكذا له حق القضى فى الاقرار كما ذكر فى الهداية، قال : و يجوز ان يسمع البينة و يقضى بالنكول وكذا بالاقرار(٢) . وللمحكم حق ان يحكم فى البلاد كلها ولا تيقيد ببلد التحكيم(٣) .

واختلف فقهاء الحنفية فى سلطة المحكم فى الحبس اى هل للمحكم ان يحبس ؟ والمذهب انه لا يحبس بل ليس له الا الاثبات . قال : ينبغى ان لا يلى المحكم الحبس (٤) .

و قال بعض الفقهاء الحنفية ان يحبس المحكم و قال فائدة الزام الخصم ان المتبايعين ان حكما فالحكم يجبر المشترى على تسليم الثمن والبائع على تسليم المبيع و من امتنع يحبسه فهذا اصريح فى ان الحكم يحبس ، ولا خلاف انه ممنوع من استيفاء العقوبات (٥) .

و ذكر فى كتب الشافعية انه ليس للمحكم ان يحبس، قال : ليس له حبس ولا ترسيم ولا استيفاء عقوبة لا دمى ثبت موجبها عنده لئلا يخرق ابهتهم فلا افتيات(٦) .

١- المجلة الاحكام مادة رقم ١٨٤٥ طبع باكستان ١٣٠٥ھ .
٢- الهداية برهان الدين المرغينانى ج / ٣ (باب التحكيم) ص: ١٩ .
٣- البحر الرائق شرح كنز الدقائق زين الدين ابن نجيم ج / ٧ ص : ٢٨ .(باب التحكيم)
٤- المرجع السابق .
٥- رد المختار على درالمختار (حاشية ابن عابدين) ج / ٤ ص: ٣٨٩ . ١٣٩٩ھ باكستان .
٦- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج لشمس الدين الشافى الصغير ج ٨/ ص: ٢٣٠ .

و مذهب الحنابلة ان ليس للمحكم حق ان يحبس، قال: وليس له حبس في عقوبة ولا استيفاء قود ولا ضرب دية الخطاء على عاقلة من وصى بحكمه (١).

و حكم المحكم ينفذ للاخوة و اولادهم ولأعمام لان شهادته لهم جائزة و كذا لابى امرأة و زوج ابنته اذا كان حيا. و حكم الحاكم لابويه و زوجته و ولده باطل (٢).

المبحث الثاني: سلطة واختصاص المحكم في القانون الوضعي

ان المحكم في القانون الوضعي لا يكون الا القاضي الخصوصي للمحكمة الخاصة يسمى في انكليزية (Private Tribunal) و يعطى الحكم الخاص يسمى في انكليزية (Award). والمحكم يحكم فيما يقدم له موافقة قاعدة القانون الطبيعي و نظام الانصاف. والمحكم لا ملزم بالفنية القانونية و اجراء الشهادة، و حكم المحكم في التحكيم حكم النهائي و قطعي(٢).

١- كشاف القناع عن متن الاقناع ... جلد ٦ / ص: ٢١٠ /

٢- 2. P.L.D. 1967 Karachi P.598.

اما سلطة واختصاص المحكم في القانون الوضعي ذكر في المادة ١٣ قانون التحكيم ١٩٤٠م. هو:

اذا لم يوجد في العهد مخالفا ، المحكم او المنصف له حق و سلطة ان ،

١- ان ياخذ الحلف من الفريقين والشاهدين ،

٢- ان يكتب للمحكمة القانونية قضية خاصة لأخذ الراية يتعلق بموضوع القانونية او يكتب الحكم كليا او جزئيا بشكل قضية خاصة لأخذ رأي المحكمة القانونية ،

٣- يحرر حكم المشروط او معدل ،

٤- يصحح في الحكم اى غلط الكتابي او غلط يصدر عن الحذف او الا غلاط طارى ،

٥- يطلب من الفريقين اشتجواب الذى اهم في راى المحكم او المنصف. (١) .

Section 13: Arbitration Act, 1940.

Power of Arbitrator. The arbitrator or umpire shall, unless a difference intention is expressed in the agreement, have power to:-

a) administor oath to the parties and witnesses appearing;
b) state a special case for the opinion of the Court on any questionof law involved, or state the award, wholly or in part, in the form of special case of such question for the opinion of the Court.
c) make the award conditional or in the alternative;
d) correct the award any clerical mistake or error arising from any accidental slip or omission;
e) administrt to any party to the arbitration such interrogatories as may, in the opinion of the arbitrators or umpire, be necessary.

---

1. Arbitration Act 1940 Section 13.

٢- سلطة و اختصاص المحكم موافقا للمادة رقم ٢٧ قانون التحكيم ١٩٤٠م،

ان للمحكم والمنصف حق ان يعطى حكم الوقت فى التحكيم اذا لم

يوجد مخالفا فى عهد التحكيم. (١).

Section 27. Arbitration Act 1940.

Power of arbitrator to make an interim award.

1. unless a different intention appears in the arbitration agreement, the arbitrat or umpire may, if they think fit, make an interim award.

٣- و موافق مادة رقم ٦ (ب) قانون التحكيم ١٩٤٠م،

للمحكم حق ان يحكم فى عهد التحكيم بعد موت الفريقين اى لا يفسخ

حق حق المحكم بموت الفريق من الفريقين (٢).

Section 6. Arbitration Act 1940.

Arbitration agreement not to be discharged by death of party thereto.

2. The authority of arbitrator shall not be revoked by the death of any party by whom he was appointed.

وليس للمحكم حق ان يدخل الفريقين فى عقد جديد او يشمل

كلمات جديدة فى العقد.

---

1. Arbitration Act 1940, Section 27.
2. Arbitration Act 1940, Section 6(2).

المبحث الثالث:

المقارنة بين سلطة و اختصاص المحكم في الشريعة والقانون الوضعي

١- ان المحكم في الشريعة الاسلامية بمنزلة القاضي فيما بين المحكمين و يحكم في النزاع الذى يفوض اليه و ينفذ حكمه على من رضى بحكمه. فالحكم يحكم برضاء الفريقين و ليس له حق ان يحكم ان لم يرضى بحكمه لكن اذا حكم برضاهما فحكمه ينفذ.

و في القانون الوضعي رضاء الفريقين يحتاج في انتخاب المحكم فقط، ولكل من الفريقين حق ان يعين الحكم، لكن بعد تعيين المحكم لا يبقى حق المحكمين في عزل المحكم او حق الرجوع عن التحكيم ان رضى بحكمه او لم يرضى بحكمه كما ذكر في المادة رقم ٥ قانون التحكيم ١٩٤٠م.

يقول: ان سلطة المحكم او المنصف لا يبطل بدون اذن محكمة القانونية اذا لم يوجد مخالفا في عهد التحكيم(١).

---

1. Arbitration Act 1940, Section 5.

Section 5, Arbitration Act 19400

Authority of appointed arbitrator or umpire irrevocable except by leave of Court.

The abuthority of an appointed arbitrator or umpire shall not be revocable except with the leave of the court, unless contrry intention is expressed in the arbitration agreement.

٢- في الشريعة الاسلامية لا يتعدى حكم المحكم على غيره، ولا ينفذ على غير المحكمين، وينتهي التحكيم بموت الفريق من الفريقين قبل الحكم (١).

لكن في القانون الوضعي لاينتهي سلطة المحكم بموت الفريق من الفريقين، وله حق الحكم وينفذ حكمه على ورثته كما ذكر في المادة رقم ٦ (ب) في القانون التحكيم ١٩٤٠م.

يقول: للمحكم حق ان يحكم في عهد التحكيم بعد موت الفريق من الفريقين (٢).

٣- ان في الشريعة الاسلامية ان يوخذ المحكم الحلف في القضية وله حق لو انكر عن الحلف يقضي بانكاره.

اما القانون الوضعي هو ان قضية المحكم بانكار المدعا عليه عن الحلف غير موافق للانصاف (٣).

١- البحر الرائق شرح كنز الدقائق زين الدين ابن نجيم ج/٧ ص: ٢٧ (باب التحكيم)
٢- قانون التحكيم مادة رقم ٦ (ب) ١٩٤٠م.
٣- قضية محكمة القانونية) ١٩٥٧م. كراتشي ص: ٧٥٣ باكستان.

3. held, that the arbitrator was not justified in disbelieving defendent's case on the ground that he had refused to take the special oath. The award was set aside.(1.)

٤- ان فى الشريعة الاسلامية حكم الحكم لا بويه و زوجته و ولده باطل..

لكن فى القانون الوضعى للفريق حق فى تعيين الحكم، و اى شخص يحكم فى التحكيم ان رضاء الفريقين، ولم يذكر هذا لشرط فى القانون الوضعى .

---

1. P.L.D. 1957 Karachi, P.753.

الفصل الثالث : الرجوع عن التحكيم فى الشريعة والقانون

المبحث الأول :

الرجوع عن التحكيم فى الشريعة الاسلامية

ان التحكيم هو اتفاق الخصمين على رجل يحكمانه فيما نشب بينهما من خلاف .

فالتحكيم هو اتفاق الطرفين المتخاصمين فى النزاعات للفصل على شخص يسمى المحكم و يرضا بحكمه فحكم المحكم ينفذ على من يختارة فى خصوماته و ينفذ حكمه فى الخصوص الذى رفع اليه .

فلكل واحد من المحكمين ان يرجع مالم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا (١) .

كما ينعقد و يحكم المحكم برضا الفريقين ، هكذا لكل واحد من الفريقين حق فى الرجوع عن التحكيم لكن قبل صدور الحكم ، ولا يرجع عن التحكيم بعد صدور الحكم .

١- الهداية (باب التحكيم) برهان الدين المرغينانى ج / ٣ ص ١٠٩ .

و يتفق فقهاء الجمهور فى الرجوع عن التحكيم قبل الحكم اذا صدر.

و ينفرد احدهما بنقضه (اى التحكيم) بعد وقوعه كما ينفرد احد العاقدين فى مضاربة و شركة و وكالة بلا التماس(١) .

لكن لا يرجع عن التحكيم بعد اذا صدر الحكم ، لان حكمه صدر عن ولاية شرعية عليهما كالقاضى اذا حكم لزم ثم بالعزل لا يبطل حكمه فكذا هكذا ، و لان حكمه لا يكون دون صلح جرى بينهما تراضيهما و فيه لا يكون لاحدهما ان يرجع عنه بعد تمامه (٢) .

و عند الحنابلة يجوز الرجوع عن التحكيم قبل شروعه فى الحكم لانه لا يلزم حكمه الا برضاء الخصمين ، ولكل واحد من الخصمين الرجوع عن تحكيمه قبل شروعه فى الحكم ،كرجوع المؤكل عن التوكيل قبل التصرف فيما و كل فيه ولا يصح رجوع احدهما بعد شروعه فى الحكم قبل تمامه كرجوع المؤكل بعد صدور ما وكل فيه من وكيله (٣) .

و هكذا يتفق فقهاء الشافعية فى الرجوع عن التحكيم قبل الحكم ، لكن يختلف بعض الشافعية فى جواز الرجوع عن التحكيم بعد التحكيم.

١- رد المختار على در المختار (حاشية ابن عابدين) ج / ٤ ص: ٣٨٧ ، ١٣٩٩ هـ باكستان .

٢- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق فخر الدين الزيلعى ج / ٣ ص: ١٩٣ ، (باب التحكيم)

٣- كشاف اكقناع عن متن الاقناع (منصور بن يونس البهوتى ج / ٦ ص: ٣٠٩ ، ١٤٠٢ هـ رياض

قال المزني : لا يلزم الحكم الا بتراضيهما بعد الحكم و لكل واحد من الخصمين حق الرجوع قبل الحكم و بعد الحكم ايضا لان حكم المحكم لا يلزم الا برضا الطرفين (١) .

و ذكر صاحب المجلة في حق الطرفين الرجوع عن التحكيم ،

قال : لكل من الطرفين عزل المحكم قبل الحكم (٢) .

فالرجوع عن التحكيم يجوز قبل الحكم اذا صدر ، لان حكم المحكم ينفذ على من يرضى بحكمه ، وليس لاحد الطرفين حق الرجوع بعد الحكم المحكم و يلزم حكمه عليهما .

١- المهذب لابي اسحاق ابراهيم علي بن يوسف ج / ٢ ص : ٢٩١ طبع مصر (كتاب الفرائض)
نهاية المحتاج الى شرح المنهاج لشمس الدين ج / ٨ ص : ٢٣١ الرياض.

٢- المجلة الاحكام مادة ١٨٤٨ باكستان . ١٣٠٥هـ .

المبحث الثانى : الرجوع عن التحكيم فى القانون الوضعى

اذا يعقد الفريقين عهد التحكيم و يرضا بفصل خصوماتهم بالتحكيم موافقا للقانون الوضعى، فلا يبقى حق الرجوع لأحد الفريق من الفريقين عن التحكيم بعد عهد التحكيم بدون اذن حكم المحكمة العدلية. موافقا لقانون العقد ١٨٧٢م. و هذا العقد يجوز و ينفذ فى القانون الوضعى الذى يعقد بين الفريقين بفصل خصوماتهم بالتحكيم غير فى محكمة العدلية(١).

Section - 28 Contract Act 1872.
Exception No. 2

"Nor shall this Section render illegal any contract in writing by which two or more persons agree to refer to arbitration any question between them which has already arison or effect any provision of any law inforce for the time being as to references to arbitration."

و هكذا ليس لاحد من الفريقين حق ان يرجع الى المحكمة العدلية لفصل خصومة بعد عهد التحكيم ، لكن لو رجع احد من الفريقين الى محكمة القانونية او العدلية لفصل خصومته ، فللآخر حق ان يمتنع اجراء

---

(1) Contract Act 1872 Section - 28 Exception (2).

القانـــون موافقـا لمادة رقم ٤ ٣قانـون التحكيـــم ١٩٤٠م (١) .

Section - 34 Arbitration Act. 1940.

Power to stay legal proceedings where there is an arbitration agreement.

Where any party to an arbitration agreement or any person claiming under him commences any legal proceedings against any other party to the agreement or any person claiming under him in respect of any matter agreed to be referred, any party to such legal proceedings may, at any time before filing a written statement or taking any other steps in the proceedings apply to the judicial authority before which the proceedings are pending to stay the proceedings; and satisfied that there is no sufficient reason why the matter should not be referred in accordance with the arbitration agreement and that the applicant was, at the time when the proceedings were commenced, and still remains, ready andy willing to do all things necessary to the proper conduct of the arbitration, such authority may make an order staying the proceedings.

و هكـذا للفريق آخـر حق ان يجبر الفريق الا خـر بحكم القاضـى علـى فصـل الخصـومة بالتحكيـم موافقـا لمادة رقم (٢ قانـون الوضعـى يسمـى فى انكلـيزية

(1) Arbitration Act 1940, Section - 34.

Specific Relief Act) اذا يجد عهد التحكيم بين الفريقين(١) .

لكن لو احد الفريق من الفريقين يرد ان يرجع عن التحكيم

بعد عهد التحكيم ، له حق ان يرجع عن التحكيم باذن العدالة

برفع العريضة للعدالة تحت مادة رقم ٣٣ ، قانون التحكيم ١٩٤٠م. ، ان

يعترض فيه على صحة التحكيم او عهد التحكيم(٢) .

Section 33 Arbitration Act, 1940

Arbitration agreement or award to be contrested by application.

any party to an arbitration greement or any person under him desiring to challenger the existence or an arbitration greement or an award or to have the either determined shall apply to the court and the decided the question on affidavits:

claiming validity of effect of Court

ولكل واحد من الفريقين حق الرجوع فى التحكيم فى حالة اذا يجد حق

الرجوع فى عهد التحكيم ، لكن اذا لم يوجد هذا الحق فليس له الرجوع

عن التحكيم. وهكذا ليس للفريق حق الرجوع عن حكم المحكم لو حكم برضاء

الفريقين بالصلح بينهما ، وليس لاحد ان يعترض او يرفع العريضة بخلاف

---

(1) Specific Relief Act Section - 21.

(2) Arbitration Act, 1940 Section 33.

-١-

حكم المحكم الى العدالة لوحصل حكم المحكم برضاهما بالصلح (١) .

ولا يستحق الفريق ان يرفع الفريضة بعد شموله فى اجراء التحكيم و بعد صدور الحكم الى العدلية (٢) .

المبحث الثالث:

المقارنة بين الشريعة والقانون الوضعى فى الرجوع عن التحكيم

١- ان فى الشريعة الاسلامية كما ينعقد التحكيم برضاء الفريقين و يحكم المحكم برضاهما ، هكذا لكل واحد من الفريقين حق الرجوع عن التحكيم قبل صدور حكم المحكم.

وعند بعض الشافعية ، (المزنى) قال لكل واحد من الطرفين حق الرجوع قبل الحكم و بعد الحكم ايضا لان حكم المحكم لا يلزم الا برضاء الفريقين (٣) .

لكن فى القانون التحكيم الوضعى بعد عهد التحكيم لا يرجع احد الفريق

---

(1) P.L.D. 1967 Karachi Page 508.

(2) P.L.D. 1977 Lahore Page 1013.

٣- المهذب لابى اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف ج / ٢ ص: ٢٩١ طبع مصر

عن التحكيم بدون اذن المحكمة (١).

٢- ان في الشريعة لو عقد الطريقان بعدم الرجوع عن التحكيم، لا يلزم هذا العقد على احد من الفريقين، ولكل واحد من الفريقين حق الرجوع عن التحكيم قبل حكم المحكم. لان التحكيم كالتوكيل وهو من العقود الغير اللازمة (٢).

لكن في القانون الوضعي لا يستحق الفريق ان يرجع عن التحكيم بعد العقد اذا انعقد بينهما (٣). وفي القانون الوضعي عهد التحكيم يلزم على الفريقين، ولكل واحد من الفريقين حق ان يجبر الفريق الاخر باداء العقد (٤).

٣- ان في الشريعة الاسلامية لكل واحد من الفريقين حق الرجوع قبل صدور الحكم بدون اذن القاضي، ولا يحتاج الى رفع القاضي.

لكن في القانون الوضعي لا يرجع عن التحكيم احد من الفريقين بدون اذن القاضي، وعليه ان يرفع العريضة للرجوع عن التحكيم ولفسخ عهد التحكيم او حكم المحكم (٥).

١- قانون التحكيم مادة رقم ٥، ١٩٤٠م باكستان.
٢- شرح المجلة محمد خالد الاتاسي ج/ ٥ ص ٦ ص: ١٨٠، ١٤٠٣هـ باكستان.
٣- (3) Contract Act 1872 Section 27 Exception(2).
٤- (4) Specific Relief Act Section 28.
٥- (5) Arbitration Act 1940 Section 55.

الفصل الرابع

سلطة القاضي على أحكام المحكم وعزله في الشريعة والقانون

المبحث الاول : سلطة القاضي على احكام المحكم في الشريعة

ان التحكيم ادارة لفصل الخصومات يقدم الفريقين مشاكلهم اليها و هي شعبة من القضاء في قضية خاصة ، و المحكم يحكم فيما يفوض اليه و يتفذ حكم المحكم فيما فوض اليه ، و ينفذ حكمه على المتخاصمين في الخصومات التي رفع اليه بسبب ولاية خاصة .

اما القضاء فيه ولاية عامة على الناس لعموم ولاية الخليفة المقلد له .

و في التحكيم لكل واحد من الفريقين حق الرجوع قبل صدور حكم المحكم و يلزم عليهما ان حكم برضاء الفريقين . لكن بعد صدور حكم المحكم لكل واحد من الفريقين حق الرجوع الى القاضي ان لم يرضى بحكمه و في الشريعة للقاضي حقين في رفع الحكم المحكم اذا رفع اليه - هو

١- حق الامضاء .

٢- حق الفسخ او الابطال

١- حق الامضاء : اذا رفع حكم المحكم الى القاضي فللقاضي حق ان يمضي حكم المحكم اذا وافق رأيه . واذا رفع حكمه (المحكم) الى القاضي موافق مذهبه امضاه . وليس للقاضي آخر حق ان ينقض هذا الامضاء اذا رفع الى القاضي يرى خلافه لان امضاءه بمنزلة قضائه ابتداء (١) .

٢- حق الفسخ او الابطال لحكم المحكم

للقاضي حق ان يفسخ حكم المحكم ان خالف مذهبه .

قال : وان خالفه بطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه (٢) .

لان لهما ولاية على انفسهما وليس لهما ولاية على القاضي وقد كان للقاضي رأى في هذه الحادثة لو ارتفعا اليه ولا يبطل رأيه بحكم المحكم .

وخالف مالك وابن ابي ليلى : قال هو كالمقلد فلا يبطله الا ان يكون جورا ويخالف الكتاب او السنة او الاجماع اى لا يبطل القاضي حكم المحكم في المجتهدات الا ان يكون جورا .

وقال في جوابه ان ولاية القاضي عامة على الناس لعموم ولاية الخليفة المقلد له ، بخلاف المولين له لهما ولاية على انفسهما فقط .

١- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لشيخ زين الدين ابن نجيم ج / ٧ ص: ٢٧ (باب التحكيم).
٢- الهداية (باب التحكيم) لبرهان الدين المرغيناني ج الثالث ص: ١٠٩ ، ١١٠ .

لا علـى القاضـى فلا يلـزم حكمـه القاضـى لانـه لم يحكمـه ولان تقليـد هما اياه بمنـزلة اصطـلاحهمـا علـى شـى فى المجتهـدات كان للقاضـى ان يبطـله او ينفـذه (١) .

و ذكر المجلـة فى بيان اذا عـرض حكم المحكـم على القاضـى .

قال : اذا عـرض حكـم المحكـم على الحاكـم المنصـوب من قبـل السلطان صدقةً ان كان موافقـا للاصـول و الا نقضـه (٢) .

فللقاضـى حق ان يمضـى حكـم المحكـم اذا رفـع اليـه ان وافـق مذهبـه ، و ان لم يوافق مذهبـه له حق ان يبطـله لان حكـم المحكـم لا يرفـع خـلافا فى المجتهـدات لقصـور ولا يتـه على المحكميـن دون غيـرهما والقاضـى الـذى رفـع اليـه حكمـه غيـرهما .

١- تبيـن الحقائـق شرح كنـز الدقائق فخـرالدين الزيلعـى ج / ٣ ص: ١٦٤ . باب التحكيم.
٢- المجلـة الاحكام مادة رقم ١٨٤٩م طبـع باكستان ٥٠٣ هـ .

المبحث الثاني : سلطة القاضي على احكام المحكم في القانون الوضعي

في القانون الوضعي لو يحكم المحكم بين الفريقين و يصدر حكما يسمى في الكليزية (Award) فلكل واحد من الفريقين حق ان يرجع الى القاضي لو لا يصدر هذا الحكم برضاء الفريقين برفع العريضة تحت مادة رقم ٣٣ قانون التحكيم ١٩٤٠م (١) .

و اذا رفع الفريق العريضة للقاضي بخلاف حكم المحكم فللقاضي حق في ثلاثة جهات تحت قانون الوضعي .

١- فسخ حكم المحكم

٢- تعديل او تصحيح حكم المحكم

٣- رد الحكم للمحكم

١- فسخ حكم المحكم: إن في القانون الوضعي اذا رفع احد الفرقين العريضه بخلاف حكم المحكم و يظهر على القاضي ان حكم المحكم مخالف للقانون والاصول ، فينشي هذا سببا لفسخ حكم المحكم موافقا للمادة رقم ٣٠ قانون التحكيم ١٩٤٠م. و يستحق القاضي ان يفسخ

1. Arbitration Act 1940, Section - 33.

حكم المحكم اذا يجد احد السبب او اكثر الذى ذكر فى المادة رقم ٣٠

قانون التحكيم ١٩٤٠م. وهو الاتية،(١).

الاسباب للفسخ حكم المحكم

الف - ان وجد مغايرة اصول العدالة فى حكم المحكم (من الحكم او المنصف)

ب - لو حكم المحكم بعد صدور حكم القاضى بفسخ التحكيم او بعد صدور حكم القاضى بابطال اجراءات التحكيم تحت المادة رقم ٣٥.

ج - لو حصل حكم المحكم بطريقة غير مشروع او من ناحية اخرى غير صحيح.

Section 30. Arbitration Act, 1940.

Grounds for setting aside award. An award shall not be set aside except on one or more of the following grounds, namely:-

(a) that an arbitrator or unmpire has misconducted himself or the proceedings;

(b) that an award has been made after the issue of an order by the Court superseding the arbitration or after arbitration proceedings have become invalid under section 35;

(c) that an award has been improperly procured or is otherwise invalid.

---

1. Arbitration Act, 1940 Section - 30.

وللقاضي حق ان يفسخ عهد التحكيم مع فسخ الحكم المحكم تحت المادة رقم ١٩. قانون التحكيم ١٩٤٠م(١).

Section 19. Arbitration Act,1940.

Power to supersede arbitration when award becomes void or is set aside. Where an award has become void under sub-section (3) of section 16 or has been set aside, the Court may be order supersede the reference and shall thereupon order that the arbitration agreement shall cease to have effect with respect to the difference referred.

٢- تعديل او تصحيح حكم المحكم

للقاضي حق ان يصحيح حكم المحكم او يعدل اذا رفع اليه تحت القانون الوضعي في المادة رقم ١٥ ، الذي يعطي حق للقاضي في تصحيح حكم المحكم اذا رفع اليه. يقول:

سلطة القاضي في تصحيح او تعديل حكم المحكم(٢).

الاسباب

الف- لو يظهر ان جزء الحكم يتعلق بالمسالة لا يحال للتحكيم، ويمكن ان يفرد هذا الجزء من الاجزاء الاخرى ولا يؤثر

1. Arbitration Act,1940. Section 19.
2. Arbitration Act,1940. Section 15.

ولا يؤثر على حكم فى مسألة الذى احال . او

ب - حيثما حكم المحكم فى شكل غير مشروع او يجد فيه غلط واضح الذى يمكن ان يصححه بدون اثر على هذا الحكم او

ج - حيثما يجد غلط الكتابى او خطأ فى الحكم يصدر عن الغلط او حذف طارئ .

فيستحق القاضى ان يصحح حكم المحكم باحد السبب من الاسباب الذى ذكر .

Section 15. Arbitration Act,1940.

Power of Court to modify award. The Court may by order modify or correct an award:-

(a) Where it appears that a part of the award is upon a matter not referred to arbitration and such part can be separated from the other part and does not affect the decision on the matter referred; or

(b) Where the award is imperfect in form, or contains any obvious error which can be amended without affecting such decision; or

(c) Where the award contains a clerical mistake or an error arising from an accidental slip or omission(1)

---

1. Arbitration Act,1940, Section - 15.

٣- رد الحكم المحكم:

للقاضي حق و سلطة على حكم المحكم ان يرده للمحكم للنظر فيه باحد السبب او اكثر من الاسباب الاتية ذكر في المادة رقم ١٦ قانون التحكيم ١٩٤٠م. يقول

سلطة القاضي في رد الحكم: يجوز للقاضي ان يرد الحكم او أى المسألة في التحكيم الى المنصف او الى التحكيم للنظر في الجزء الذى يظن القاضي مناسبا.

الف- لو ترك في الحكم بعض الجزء بدون النظر فيه الذى احال للتحكيم او حكم في الجزء الذى لا احيل للتحكيم. ولا يمكن تعيين هذا الجزء من الاجزاء التى احال للتحكيم بدون اثر عليه.

ب- حيثما حكم المحكم بالشكل غير متعين بحيث لا يمكن تنفيذه.

ج- حيثما اعتراض يجد في شرعية الحكم في الظاهر(١).

هذه هي الاسباب التى يرد به حكم المحكم له للنظر فيه بحكم القاضي.

---

1. Arbitration Act, 1940, Section 16.

Section 16. Arbitration Act,1940.

Power to remit award. (1) The Court may from time to time remit the award or any matter referred to arbitration to the arbitrators or umpire for reconsideration upon such terms as it thinks fit:-

(a) Where the award has left undetermined any of the matters referred to arbitration, or where it determines any matter not referred to arbitration and such matter cannot be separated without affecting the determination of the matters referred; or

(b) Where the award is so indefinite as to be incapable of execution; or

(c) Where an objection to the legality of the award is apparent upon the face of it.

---

1. Arbitration Act,1940, Section - 16.

المبحث الثالث: المقارنة بين الفقه والقانون الوضعي

ان في الشريعة الاسلامية للمحكم حق ان يحكم فيما يفوض اليه برضاء الخصمين و يلزم عليهما حكمه بعد الحكم اذا صدر.

ولكل من الفريقين حق رفع الدعوى الى القاضي في خلاف حكم المحكم وللقاضي حق ان وافق مذهبه امضاءه و ان لم يوافق مذهبه ابطله.

و قال ابى ليلى و مالك ان ليس للقاضي حق ان يبطل حكم المحكم الا ان يكون جورا او مخالفا لنص الكتاب او السنة(١). و هكذا ليس للقاضي حق في تصحيح او تعديل الحكم المحكم و لا يستحق ان يرده للمحكم للنظر فيه ثانيا.

لكن في القانون الوضعي التحكيم هو ادارة ذاتية تحت القاضي ،والقاضي حق في التحكيم، و سلطة على حكم المحكم في فسخ و تصحيح و تعديل و في رد للمحكم للنظر فيه ثانيا.

هكذا في القانون الوضعي للقاضي حق في تعيين المحكم و في عزله تحت المادة رقم ٨ قانون التحكيم ١٩٤٠م.(٢).

١- شرح فتح القدير لشيخ كمال الدين محمد بن عبد الواحد جلد السادس ص: ٤٠٨ بيروت ١٣٩٧هـ

٢- قانون التحكيم ١٩٤٠م. ماده رقم ٨.

المبحث الرابع: عزل المحكم في الشريعة

١- التحكيم هو نظام لتسوية المنازعات عن طريق افراد عاديين يختارهم الخصوم اما مباشرة او عن طريق وسيلة اخرى يرتضونها (١).

كما ثبت ان التحكيم ينعقد باتفاق الطرفين وبرضاء الطرفين هكذا ينتهي باتفاق الطرفين على انتهائها وبرجوع واحد من الطرفين عن التحكيم قبل تمامه، لان كما للفريقين حق في تكوينه هكذا لهما حق في نقضه.

وقد اتفق فقهاء المذاهب على ان حكم المحكم ينفذ على من يرضى بحكمه ولا ينفذ حكمه على من لم يرضى بحكمه.

ولكل واحد من المحكمين ان يرجع مالم يحكم عليهما، ولكل واحد من الطرفين حق ان يعزل المحكم قبل الحكم (٢).

وقد ذكر في كتب الفقه ثلاثة اسباب الذي يخرج به المحكم عن حكومته ويعزل عنه.

١- بالعزل.

٢- بانتهاء المدة.

١- الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي لدكتور ابو زيد رضوان، ص: ١٩ طبع قاهرة ١٩٨١.

٢- الهداية (باب التحكيم) لبرهان الدين المرغيناني ج/ الثالث ص: ١٠٩.

٣- بخروجه من اهلية الشهادة (١) .

١- بالعـــزل

يخرج المحكم عن حكومه بالعزل من الطرفين او من احد الطرفين و حكم المحكم بعد العزل لا ينفذ ولا يلزم على الطرفين .

و ذكر في المجلة ان " لكل من الطرفين عزل المحكم قبل الحكم ولكن اذا اجازه الحاكم المنصوب من قبل السلطان الماذون ينصب النائب بعد تحكيم الطرفين ايماه بمنزلة نائب هذا الحاكم لانه استخلفه " (٢) .

فلكل واحد من الطرفين حق العزل المحكم لانه مقلد من طرفهما و ولا يتمكنه منهما فيما كان عزله كما ان السلطان يملك عزل الحاكم الذي قلده .

فالتحكيم كالتوكيل و هو من العقود الغير اللازمة فلا يدخله خيار شرط فلو حكماه و شرطا عدم عزله لا ينعقد الشرط ولا حدهما عزله كالعارية والمضاربة والشركات فهي تنفسخ بفسخ احدهما لكن لا تتم الا برضى الفريقين .

والثاني : ان رضاء الفريقين ركن والشيء لا يقوم بركنه يتفرع على جواز العزل

١- المحيط لبرهان الدين جلد ٤ ص: ٢٥١٤ طبع باكستان .
تقريرات الرافعي على حاشية ابن عابدين ج / ١ - ٢ بيروت ١٣٢٣هـ .

٢- المجلة الاحكام مادة ١٨٤٨ طبع باكستان . ١٣٠٥م،

قبل الحكم ان احد الطرفين لو عزله اثناء المحاكمة على ظن انه سيحكم عليه ثم حكم بعد ذلك لا ينفذ حكمه لخروجه بالعزل عن ولاية الحكم. ولو حكماه فى دعاوى بينهما متعددة فحكم فى بعضها ثم عزل فحكم فى الباقى نفذ فيما قبل العزل لا بعده(١).

٢- بانتهاء المدة

يخرج الحكم عن ولاية الحكومة بانتهاء المدة ان كان موقتا فمضى الوقت. وقد ذكر فى المجلة انه يزول التحكيم بمرور وقته ان تقيد من الطرفين. " اذا تقيد التحكيم بوقت فيزول بمروره مثلا الحكم المنصوب على ان يحكم من اليوم الفلانى الى شهر ليس له ان يحكم الا فى مدة ذلك الشهر لا ان يحكم بعد انقضائه، واذا حكم الا انقضاء فلا ينفذ حكمه(٢).

١- شرح المجلة محمد خالد الاتاسى ج/ ٦ ص: ١٨٠، ١٤٠٣هـ باكستان.
٢- مجلة الاحكام مادة رقم ١٨٤٦. طبع باكستان ١٣٠٥هـ.

٣- يخـــروج المحكـــم عـــن اهليـــة الشهـــادة

يعـــزل المحكـــم عـــن حكـــومـــة بخـــروجـــه مـــن ان يكـــون اهـــلا للشهـــادة بان عمـــى الحكـــم ثـــم ذهـــب العمـــى و حكـــم لم يخـــزلان بالعمـــى خـــرج مـــن آن اهـــلا للحكـــومـــة ولـــو ارتـــد عـــن الاســـلام ثـــم اسلـــم و حكـــم لا يجـــوز حكمـــه لان بالارتـــداد يخـــرج مـــن ان يكـــون اهـــلا للحكـــومـــة كمـــا يخـــرج القاضـــى المـــولـــى عـــن اهليـــة القضـــاء (١) .

و هكـــذا يخـــرج و يعـــزل عـــن الحكـــومـــة ان فات صـــلاحيـــة للتحكيـــم و فات اهليـــة الشهـــادة.

١- المحيـط لبرهان الدين ج / ٤ ص: ٢٥١٤

المبحث الثاني : عزل المحكم في القانون الوضعي

ان في القانون الوضعي اذا يتفق الفريقين بفصل خصوماتهم بالتحكيم فيكتب العهد بينهم يسمى عهد التحكيم و يكتب فيها النزاعات التي تحتاج للفصل بالتحكيم، ولا يشترط في عهد التحكيم اسم المحكم (١) .

ولكل من الفريقين حق تعيين المحكم و هكذا للفريق حق ان يفوض حق التعيين المحكم لشخص آخر. و تعيين المحكم من شخص آخر يجوز تحت المادة رقم ٤ قانون التحكيم ١٩٤٠م(٢) .

لكن بعد تعيين المحكم ليس لاحد حق الرجوع و عزل المحكم عن احكومته بدون اذن القاضي (٣).

و هكذا الا ينتهي حكومة المحكم بموت الاحد الفريق من الفريقين في عهد التحكيم(٤) .

و هكذا حكومة المحكم لا ينتهي بترك منصبه او بعزل عن منتصبه اى

1. Arbitration Act 1940, Section 2(a)
2. Arbitration Act 1940, Section 4.
3. Arbitration Act 1940, Section 5.
4. Arbitration Act 1940, Section 6.

اذا لم يوجد منصبه وقت الحكم(١).

لكن للفريق حق ان يرفع العريضة للقاضي في عزل المحكم تحت المادة رقم ١١ قانون التحكيم ١٩٤٠م.و للقاضي حق ان يعزل المحكم بعريضة من احد الطرفين باحد السبب من البيين.

١- ان المحكم او المصف يرسب في رد المحكم في المسألة الذى احال اليه في وقت محددة و يتساهل في الامور القضائية.

٢- للقاضي حق ان يعزل المحكم ان وجد في حق المحكم مغايرة اصول العدالة في الاجراء (٢).

Section 11 Arbitration Act,1940.

Power to Court to remove arbitrators or umpire in certain circumstances (1) The Court may, on the application of any party to a reference, remove an arbitrator or umpire who fails to use all reasonable dispatch in entering on and proceeding with the reference and making an award.

(2)The Court may remove an arbitrator or umpire who has misconducted himself or the proceedings.

فيعزل المحكم عن حكومته اذا يجد في عهد التحكيم حق العزل للفريقين ولا يعزل المحكم بدون اذن القاضي عن حكومته اذا لم يوجد في عهد التحكيم.

---

1. P.L.D. 1977, Lahore, P.1013.
2. Arbitration Act,1940 Section 11.

المبحث السادس: المقارنة في الشريعة والقانون

ان في الشريعة الاسلامية كما ينعقد التحكيم برضا الفريقين هكذا ينتهي برضاء الفريقين او برجوع احد من الفريقين قبل صدور الحكم. واذا يجد عقد بعدم الرجوع عن التحكيم او بعدم عزل المحكم بين الفريقين، لا يلزم عليهما، ولكل واحد حق عزل المحكم قبل حكمه لان التحكيم كالتوكيل و هو من العقود الغير اللازمة في الشريعة. لكن في القانون الوضعي يستحق احد من الفريقين ان يعزل المحكم قبل صدور الحكم بشرط ان يكون هذا الحق يجد في عهد التحكيم واذا لم يوجد في عهد التحكيم فليس لاحد ان يعزل المحكم بدون اذن القاضي كما ذكر في المادة رقم ٥ قانون التحكيم ١٩٤٠م.(١).

Section 5. Arbitration Act,1940.

Authority of appointed arbitrator or umpire irrevocable except by leave of Court. The authority of an appointed arbitrator or umpire shall not be revocable except with the leave of the Court, unless a contrary intention is expressed in the arbitration agreement.

---

1. Arbitration Act,1940, Section 5.

٢- ان فى الشريعة عقد بين الطرفين على عدم الرجوع غير لازم ولا يلزم على احد الطرفين .

اما فى القانون الوضعى العقد بين الطرفين على التحكيم يلزم و ينفذ على الغريقين تحت المادة رقم ٢٨ قانون العقد ١٨٧٢م.(١) .

Section 28. The Contract Act,1872.

Exception 1. Saving of contract to refer to arbitration dispute that may rise. This section shall not render illegal a contract by which two or more persons agree that any dispute which may arise between them in respect of any subject or class or subjects shall be referred to arbitration, and that only the amount awarded in such arbitration shall be recoverable in respect of the dispute so referred.

---

1. The Contract Act,1872, Section 28, Exception 1.

الباب الثالث تطبيقات على التحكيم

الفصل الاول :

التحكيم فى جزاء الصيد الحرم

قال الله تعالى : " يا ايها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء ، مثل ما قتل من النعم يحكم به ذواعدل منكم هديا بالغ الكعبة او كفارة طعام مساكين او عدل ذلك صياما ليذوق وبال امره ، عفاالله عما سلف ومن عاد فينتقم الله منه والله عزيز ذوانتقام (١)

تعريف الصيد :

الصيد : هو الممتنع المتوحش فى اصل الخلقة: او هو الحيوان الممتنع المتوحش فى اصل الخلقة (الحيوان بمنزلة الجنس والممتنع هو الذى يمنع نفسه عمن قصده اما بقوائمه او بجناحيه يخرج الحيوانات الاهلية كالبقرة والغنم ونحوهما (٢)

الصيد : هو الاصطياد ويطلق على ما يصاد يعنى ان الصيد مصدر بمعنى الاصطياد وهو اخذ الصيد كالاحتطاب وهو اخذ الحطب ثم يراد به ما يصاد مجازا اطلاقا لاسم المصدر على المفعول وهو الممتنع المتوحش عن الادمى باصل الخلقة ماكولا كان او غيرماكول (٣)

١- سورة المائدة ، اية ٩٥

٢- شرح فتح القدير ج / الثالث ، ص / ٢ و بدائع الصنائع ج/٢، ص ١٩٦ (كتاب الحج

٣- نتائج الافكار فى كشف الرموز والاسرار شرح الهداية لشمس الدين آفندى ج ٩ ص ٤٢

الصيد : عند الجمهور: هو كل حيوان وحشي ما كول اللحم كالظبي والغزال و نحو ذلك (١)

اقسام الصيد : الصيد على نوعين (١) برى (٢) بحرى

١- صيد البرى: هو مايكون مولده و مثواه في البر سا هو متمنع لتوحشه الكائن في اصل الخلقة يعنى مايكون توالده في البر سواء اكان لا يعيش الا في البره او يعيش في البر والبحر، فالعبرة للتوالد .

٢- صيد البحرى: هو ما يكون مولده و مثواه في الماء يعنى الذى توالده في البحر سواء اكان لا يعيش الا في البحر او يعيش في البحر و البر (٢)

حكم صيد الحرم

لا يجوز للمحرم صيد البر و اصطياده او الدلالة عليه، لقوله تعالى " يا ايها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ....الخ (٣) و قوله تعالى " و حرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما ....الخ (٤)

و تحريم صيد البر والاشارة الى الصيد والدلالة عليه و الاكل منه واضح من حديث ابى قتاده رضى الله عنه لما صاد الحمار الوحشى و اصحابه محرمون فقال النبى صلى الله عليه وسلم لاصحابه " هل اشار اليه انسان او امره بشئ ؟ قالوا: لا ، قال : فكلوه ، كما جاء

١- المهذب ، ج /١ ص ، ٢١٦ (كتاب الحج) و حاشيه الدسوقى على الشرح الكبر ج ، ٢ / ص ، ٧٧

٢- شرح فتح القدير ج ، ٣ ص ، ٢٠٢ البدائع الصنائع، ٢ / ص ، ١٩٦

٣- سورة المائدة اية ، ٩٥

٤- سورة المائدة اية ، ٩٦

في حديث من الصحيح البخاري (١)

و يجوز للمحرم قتل الموذى المتعدى بالاذى غالبا كالاسد والذئب والحية والغارة و العقرب والعقور — او كل حيوان وحشي يخاف منه كالسباع (عند مالك) لقوله عليه السلام عن عائشة رضى الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: خمس من الدواب كلهن فاسق يقتلهن في الحرم ، الغراب والحداة والعقرب والغارة والكلب العقوره(٢)

و قوله عليه السلام عن نافع عن عبد الله بن عمر رضى الله عنه ان رسول الله صلى عليه وسلم قال: خمس من الدواب ليس على المحرم في قتلهن جناح الغراب والحداة والعقرب والغارة والكلب العقور (٣)

اما الاجماع : فاجمع العلماء على منع صيد البر للمحرم بحج او عمرة بدليل قوله تعالى : يا ايها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وانتم حرم " (٤) و قوله تعالى و حرم عليكم صيد البر ما دمتم حرم (٥)

و تحريم الاشارة الى الصيد و الدلالة عليه و الاكل منه لما ثبت من الصحيحين و حديث ابى قتادة رضى الله عنه لما صاد الحمار الوحشي و اصحابه محرمون .

و هذا الاجماع في ماكول اللحم الوحشي كالظبي والغزال و نحو ذلك ، فاما غير الماكول من

١- صحيح البخاري (باب لا يشير المحرم الى الصيد لكى يصطاده الحلال)
٢- صحيح البخاري (باب مايقتل المحرم من الدواب)
٣- الموطا للامام مالك (كتاب الحج) " ما يقتل المحرم من الدواب"
٤- سورة المائدة اية ، ٩٥
٥- سورة المائدة اية ، ٩٦

حيوانات البر فعند الشافعي يجوز للمحرم قتلها و المالكية والحنابلة على تحريم قتلها ايضا ولا يستثنى من ذلك الا ماثبت في الصحيحين من طريق الذهري عن عروة عن عائشة ام المؤمنين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم: الغراب والحداة والعقرب والفارة والكلب العقور(١)

و قال مالك الكلب العقور الذي امربقتله، ان كل ما عقر الناس وعداعليهم و اخافهم مثل الاسد والنمر والفهد والذئب فهو الكلب العقور (٢)

و قال ابو حنيفة: المراد بالكلب هنا هو الكلب المتعارف خاصة، ولا يلحق به في هذا الحكم سوى الذئب (٣)

واحتج الجمهور لقوله تعالى " و ماعلمتم من الجوارح مكلبين" (٤) فاشتقها من اسم الكلب، ولقوله صلى الله عليه وسلم في ولد ابي لهب " اللهم سلط عليه كلبا من كلابك فقتله الاسد (٥)

واعلم ان الصيد عند الشافعي ماكول اللحم فقط فلا شيء عنده في قتل مالم يؤكل لحمه والصغار منه، والكبار عنده سواء، الا المتولد من بين ماكول اللحم، و غير ماكوله، فلا يجوز اصطياده عنده (٦)

وعند امام احمد: ان الصيد الذي حرم عليهم هو ما كان حلا لا لهم قبل الاحرام بدليل

١- صحيح البخاري / صحيح مسلم (باب ماينذب للمحرم الدواب في الحل والحرم)
٢- الموطا للامام مالك (كتاب الحج)
٣- بدائع الصنائع (كتاب الحج
٤- سورة المائدة اية ، ٤
٥- نقله القرطبي في تفسير سورة المائدة اية ، ٩٥
٦- المهذب للشافعي جلد ١، ص ، ٢١١

قوله تعالى : " وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرم " (١)

اسباب وجوب جزاء بقتل الصيد : يجب جزاء في صيد الحرم باسباب الاتية :

١- يجب جزاء بقتل الصيد : اذا قتل المحرم صيدا او دل عليه من قتله فعليه الجزاء اما قتل فيتفق فيه الفقهاء هو واضح من الاية ،

لا تقتلوا الصيد وانتم حرم " (٢)

اما الدلالة فيختلف فقها المذاهب فيها ، اذا دل المحرم حلالا على صيد فقتله ، فهل يجب على المحرم جزاء لتسببه في قتل الحلال للصيد بدلالته له عليه او لا ؟

فذهب ابو حنيفة و امام احمد الى ان المحرم الدال يلزمه جزاؤه كاملا (٣)

ودل لهذا القول سؤال النبي صلى عليه وسلم ، اصحابه ، هل اشار احد منهم الى ابي قتادة على الحمار الوحشي ؟ (٤) وانما يجب الجزاء على الدال لان المحرم باحرامه التزم امتناع عن التعرض فيضمن بترك ما التزمه كالمودع (٥)

وقال ابو يوسف و زفر رحمهما الله ان الدلالة الموجبة للجزاء ان لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد ؛ (٦)

عند الشافعي و مالك : لا ضمان على الدال كما لو دل الحلال حلالا على قتل صيد في الحرم ،

١- سورة المائدة اية ، ٩٦
٢- سورة المائدة اية ، ٩٥
٣- الهداية (كتاب الحج) ،
٤- صحيح البخاري (باب يشير المحرم الصيد لكي يصطاد ، الحلال)
٥- شرح فتح القدير ، ج ٣ / ص ، ٣
٦- المرجع السابق

لان الجزاء يتعلق بالقتل. ولا حجة في حديث ابي قتادة ، لان السؤال عن الاعانة والاشارة انما وقع ليبين لهم هل يحل لهم اكله اولا ؟ ولم يتعرض لذكر الجزاء.

فالمحرم اذا دل غيره على صيد فقتله لم يضمن كما لا يجب بالدلالة كفارة القتل ولا الدية لان الدلالة ليست بقتل ولا اتلاف(١)

٢- يجب الجزاء على المحرم: سبب الثاني لوجوب الجزاء في صيد الحرم هو ان يكون المحرم في حال احرامه. واجمع العلماء على منع صيد البر للمحرم بحج او عمرة ، ولا فرق بين احرام الحج واحرام العمرة ، سواء اكان مفردا ام قارنا لعموم النص فيهما ، ولا خلاف في ذلك لقوله تعالى : لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ، " وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما"(٢)

٣- ان يكون متعمدا : سبب الثالث في وجوب الجزاء في صيد الحرم هو ان يكون الجاني متعمدا في قتل الصيد ، لقوله تعالى : ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ماقتل من النعم(٣) لكن اختلف العلماء في صفة العمد الذي اوجب الله على صاحبه به الكفارة والجزاء في قتله الصيد .

ذهب بعض العلماء الى ان الناسي ، والمخطئ لا جزاء عليهما وبه قال الطبري ، واحمد بن حنبل وسعيد بن جبير وروى عن ابن عباس ايضا ، بدليل حديث عن سفيان بن وكيع قال ثنا ابن عيينة عن ابي نجيح عن مجاهد ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل

١- المهذب (كتاب الحج) وحاشية الدسوقي على شرح الكبير ،ج/ ٢ ، ص/ ٧٧
٢- سورة المائدة ، اية ٩٥و ٩٦
٣- المرجع السابق

من النعم من قتله منكم ناسيا لاحرامه ، متعمدا لقتله فذلك الذى يحكم عليه فان قتله ذاكرا لحرمه متعمدا لقتله لم يحكم عليه .

و قال سعيد ابن جبير المحرم اذا قتل الصيد خطأ لا يلزم شئ و هو قول داود لان النهى ورد عن التعمد و هو ان يقتله ذاكرا لاحرامه او عالما ان ما يقتله مما يحرم عليه قتله فان قتله و هو ناس لاحرامه او رمى صيدا و هو يظن انه ليس بصيد او رمى غير صيد فعدل السهم فاصاب صيدا فهو مخطئ لا شئ عليه لفقدان العمد (١)

والجمهور (الحنفية ، والمالكية ، والشافعية) على ان العامد والناسى سواء فى وجوب الجزاء عليه ، ويلزمه الضمان سواء قتل عمدا او خطأ قياسا على سائر محظورات الاحرام كحلق الراس وغيره ، والضمان يعتمد وجوبه الاتلاف فالعامد فيه كالناسى كما فى غرامات الاموال ، من حيث ان الضمان يدور مع الاتلاف غير مقيد بالعمد لا معلقا فان هذا الضمان يتادى بالصوم .

والدليل على العامد كما جاء فى القرآن على وجوب الجزاء فيه و تاثيمه بقوله تعالى " ليذوق وبال امره عفا الله عما سلف و من عاد فينتقم الله منه ،،

و جاءت السنة من احكام النبى صلى الله عليه وسلم و احكام اصحابه بوجوب الجزاء فى الخطأ

١- تفسير الطبرى لابن جرير ، ج / الخامس (سورة المائدة اية ٩٥)

لقـــول جابر " جعـل رسول الله صلى الله عليه وسلـم فى الضبـع يصيـد ، المحـــــرم كبشـــا (١)

فقتـــل الصيـد اتلاف والاتلاف يضمون فى العمـد و فـى النســيان لكـن المتعمـــد ماثـــوم والمخـــطئ غيـر ملوم .

٤- يجب الجـزاء فـى صيـد البر: يجب الجـزاء فـى صيـد البر دون البحر بخيـر خـلاف لقوله تعالـى : احل لكـم صيد البحـر و طعامـه متاعا لكـــم و للسـيارة ، و حرم عليكـــم صيـد البر ما دمتـم حـرما (٢) .

٢- كيفيـــــة و جـــوب الجـزاء بقتـل الصيـــــد :

ان الصيد ينقسـم الى قسميـن . (١) قسـم له شـل من النعـم كبقرة الوحش (٢) قسم لا شـل له من النعـم كالعصافيـــر .

قال الله تعالـى : " و من قتلـه منكـم متعمـــدا فجزاء شـل ما قتـل من النعم " (٣) اذا آصاب المحرم صيـدا فانه يحكـم عليه من النعـم و يجب عليه شله من النعـم .

لكن اختلـف فقهاء المذاهب فى الشـل ،

عنـد جمهـــور الفقهـاء (الشافعيه والمالكية والحنابلة) ان المراد بالشـل فى الصورة والخلقـة (٤) .

١- سنن البيهقى ، ج / ٥ ، ص / ١٨٣
٢- سورة المائدة اية ، ٩٦ .
٣- سورة المائدة اية ، ٩٥
٤- الشرح الصغير ، ج/ ٢ ، ص / ١١٢ و بعدها

وعند ابى حنيفه : ان المراد بالمثل معنوى و هو القيمة (١) .

فعند جمهور الفقهاء اذا قتل صيدا نظرت فان كان له مثل من النعم وجب عليه مثله من النعم ، والمراد بالمثل من النعم المشابهة للصيد فى الخلقة والصورة . فيجب فى النعامة بدنة و فى حمار الوحش و بقرة الوحش بقرة و فى الضبع كبش و فى الغزال غنز و فى الارنب عناق و فى اليربوع جفرة ، بدليل ان عمر رضى الله عنه جعل فى حمار الوحش بقرة و حكم فى الضبع بكبش و فى الارنب بعناق و فى اليربوع بجفرة (٢) .

و يجوز الاجتهاد فى معرفة المماثلة اذا لم يجد حكم الصحابة فيه ، فما حكم فيه الصحابة فلا يحتاج الى اجتهاد و مالم تحكم فيه الصحابة يرجع فى معرفة المماثلة بينه و بين النعم الى عدلين من اهل المعرفة (٣) . لقوله تعالى " يحكم به ذواعدل منكم "

و اذا وجب عليه المثل فهو بالخيار بين ان يذبح المثل و يفرقه و بين ان يقومه بالدراهم والدراهم طعاما و يتصدق به و بين ان يصوم عن كل مد يوما لقوله تعالى : " هديا بالغ الكعبة او كفارة طعام مساكين اوعدل ذلك صياما ".

١- شرح فتح القدير ، ج / ٣ ، ص / ٩

٢- الموطا امام مالك ، ١/ ٤١٤

٣- المهذب ، ج/ ١/ ٢١٦ و كشاف القناع عن متن الاقناع ، ج / ٢ ، ص/ ٤٦٣

قال ابو حنيفه و ابو يوسف ، تجب القيمة بقتل الصيد ، بان يقوم الصيد في المكان الذى قتله المحرم فيه او في اقرب المواضع منه (١) ثم يخير المحكوم عليه بالقيمة ، ان شاء اشترى بها هديا فذبح بمكة ان بلغت القيمة هديا مجزئا في الاضحية من ابل او بقر او غنم و ان شاء اشترى بها طعاما ، فتصدق به على كل مسكين نصف صاع من بر ، او صاعا من تمر او شعير و ان شاء صام يوما عن كل نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير ، فان فضل من الطعام اقل من نصف صاع فهو مخير ، ان شاء تصدق به و ان شاء صام عنه يوما كاملا .

و قال الشافعيه و الحنابلة: ان لم يكن له مثل ففيه قيمة ، و يتخير في جزاء اتلاف الصيد المثلي بين ثلاثة امور : ذبح مثله والتصدق به على مساكين الحرم ، او ان يقوم المثل بالدراهم و يشترى به طعاما لمساكين الحرم ، او يصوم عن كل مد يوما .

و غير المثلي : يتصدق بقيمة طعاما او يصوم عن كل مد يوما (٢) .

فتحصل ان ماله مثل من النعم يخير فيه بين ثلاثة اشياء هي : الهدى بمثله ، والاطعام ، والصيام .وان مالا مثل له يخير فيه بين شيئين فقط : الاطعام والصيام .

١- الهداية (باب الحج) و شرح فتح القدير ، ج / ٣ ، ص / ٩ .
٢- مغني المحتاج ، ١/ ٥٢٤ و بعدها و كشاف القناع عن متن الاقناع ،ج/ ٢ ،ص/ ٤٦٣

الفصل الثاني - الارش غير مقدرة اي حكومة عدل

الارش: في اللغة : الدية والخدش ، والجمع اروش ، (١) .

وفي الاصطلاح : هو المال الواجب المقدر شرعا في الجناية على ما دون النفس من الاعضاء وهي عقوبة بدلية في الشجاج (٢)

وتجب الدية كاملة بازالة جنس المنفعة كاتلاف اليدين ، ويجب الارش بازالة بعض المنفعة كاتلاف يد واحدا او اصبع واحدة.

والمالكية يطلق على ما يجب في جراح الرقيق من مال (٣)

اما الشافعية والحنابلة : انهم يستعملون الارش فيما يجب من مال فيما دون النفس (٤)

اقسام الارش: اذ تعذر تنفيذ القصاص في الجرح لعدم امكان تحقيق المماثلة يجب الارش ، والارش على نوعين .

١- ارش مقدر: هو ما حدد الشارع مقداره كارش اليد والرجل ويجب في الاعضاء وفي الشجاج والجراح ، ففي الاعضاء او الاطراف اما ان تجب الدية كاملة بتفويت جنس المنفعة كقطع اليدين او الرجلين او فق العينين و قطع الاذنين وقد يجب الارش بتفويت بعض منفعة الجنس ، فيكون الارش نصف الدية كما في

١- تاج العروس (باب الشين) ج/٤ ، ص/ ٢٧٩ .
٢- الدر المختار ابن عابدين ج/ ٥ ص/ ٤٠٦
٣- الشرح الكبير ، ج/٤ ، ص/ ٢٥٠
٤- كشاف القناع ، ج/٤ ، ص/٢ .

قطع يد او رجل واحدة او قلع عين او قطع اذن واحدة و قد يكون الارش ربع الدية كما في الجفن الواحد ، او الشفرا و هدب العين و قد يكون عشر الدية كما في قطع احدى اصابع اليد او الرجل . و قد يكون نصف عشر الدية اى خمس من الابل كما في السن او الضرس فهذا كله هو الارش المقدر (١)

٢- الارش غير مقدر: هو ما لم يرد فيه نص و ترك للقاضي تقديره ، اى ما لم يحدد له الشرع مقدارا معلوما ، و يسمى بحكومة العدل .

والقاعدة فيها ، ان مالا قصاص فيه من الجنايات على ما دون النفس و ليس له ارش مقدر ، فيه الحكومة كازالة الاشعار عند الشافعية والحنفية و مثل كسر الضلع وكسر قصبة الانف و نحوهما ففيه حكومة العدل (٢)

حكومة العدل حكومة العدل او الحكومة في اللغة: اسم لما يحكم به الحاكم ، و اصلها رد الرجل عن الظلم كما قال الاصمعي (٣) و قد اطلقه الفقهاء على الواجب فيما لا قصاص فيه من الجنايات الواقعة على ما دون النفس ، و ليس له ارش مقدر ، و ما كان كذلك لا يمكن هدره ، فوجب

١- البدائع الصانع، ٣١٤/٧
٢- البدائع الصانع، ٧/ ٣٢٣ مغني المحتاج ، ٧٧/٤
٣- تاج العروس (باب الشين) ج ، ٤/ ص، ٢٧٩

اعتباره بحكم العدل وهو ماثور عن عمر بن عبد العزيز والنخعي (١)

وفي الاصطلاح الفقهاء المذاهب : هي المال الذي يقدره القاضي بمعرفة الخبراء فيما ليس فيه مقدار محدد شرعا كالمد الشلاء ونحوها مما ذهب نفعه والجرح والتعطيل ونحوهما . ان يقال اذا اصيب انسان بجرح لا توجد لدية دية معلومة ، كم قيمة هذا المجروح لو كان عبدا لم يجرح هذا الجرح ؟ فاذا قيل مائة دينار ، قيل : كم قيمة وقد اصابه الجرح وانتهى برؤة ؟ قيل : تسعون ، فالذي يجب على الجاني هو عشر الدية فان زاد او نقص ، فعلى هذا المثال (٢)

واخرج الشافعية من الحكومة ما عرفت نسبة ارشه الى ارش مقدر في الشرع كان كان بقريبة موضحه او جائفة ، فعند ئذ وجب الاكثر من قسطه والحكومة (٣)

واخرج الحنابلة من الحكومة ما كان في معنى الجرح الذي فيه ارش مقدر ومقيس عليه كالاثنين الشدين والحاجبين (٤)

وطريقة لتقدير حكومة العدل عند الكرخي . وهي : ان تقرب الجناية الى اقرب الجنايات التي لها ارش مقدر ، ففي الشجاج مثلا ينظر كم مقدار الشجة من الموضحة ، فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية المقرر للموضحة (٥)

١- الهداية (كتاب الديات)
٢- بدائع الصنائع ، ٧/ ٣٢٤ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ٤/ ٢٧٠ الاقناع ، ج/ ٢ ص ، ١٦٩ و كشاف القناع ، ج / السادس ص ، ٢٤ وبعدها .
٣- نهاية المحتاج ، ج/ ٧ ص ، ٣٢٥
٤- المغني (ابن قدامه) ٨/ ٤٧٦
٥- الدر المختار ، ٥/ ٤١٢

وعند الائمة الاربعة : ان تقدر قيمة المجنى عليه اعتباره عبدا قبل الجرح ثم تقدر قيمته بعد الجرح والبشر منه ثم تعرف نسبة النقص فى القيمة ثم يوخذ من الدية بنسبة هذا النقص، فذلك هو ما يستحقه المجنى عليه ولكن يشترط ان لا تبلغ الحكومة ارش جرح مقدر ، فمثلا اذا كان الجرح ما قبل الموضحة كالسمحاق فلا يجوز ان يبلغ ارش الموضحة .

ويرى بعض الفقهاء فى مذهب الشافعى ان يكون التقدير بالنسبة للعضو الذى حدثت به الاصابة لا بالنسبة للنفس ، اى انه علم لنسبة النقص قدر النقص على اساس دية العضو الذى اصيب لا على اساس دية النفس ، فان كان النقص هو العشر مثلا والجناية على اليد فالحكومة عشر دية اليد لا عشر دية النفس ، وان كانت الجناية على اصبع فالحكومة عشر دية الاصبع(١) .

١- نهاية المحتاج ، ٧/ ٣٢٥ و مغنى المحتاج ٤/ ٧٧

ما يجب فيه الحكومة

اذا تعذر تنفيذ القصاص في الجرح لعدم امكان تحقيق المماثلة وجب الارش. واذا لم يحدد الشارع لها ارش ففيه الحكومة مثل في كسر العظام كلها حكومة عدل الا السن خاصة لان استيفاء القصاص بصفة المماثلة فيما سوى السن متعذر ولم يرد الشرع فيه بارش مقدر فتجب فيه الحكومة وامكن استيفاء المثل في السن والشرع ورد فيها بأرش مقدر ايضا فلم تجب فيها الحكومة.

وفي لسان الاخرس والعينين القائمة الذاهب نورها والسن السوداء القائمة واليد الشلاء والرجل الشلاء وذكر الخصي والعنين حكومة عدل لانه لا قصاص في هذه الاشياء وليس فيها ارش مقدر ايضا، لان المقصود ههنا المنفعة ولا منفعة فيها ولا زينة ايضا لان العينين القائمة الذاهب نورها لا جمال فيها عند من يعرفها على ان المقصود من هذه الاشياء المنفعة ومعنى الزينة فيها تابع فلا يتقدر الارش لاجله، وفي الاصبع والسن الزائدة حكومة عدل لانه لا قصاص فيها وليس لها ارش مقدر ايضا لانعدام المنفعة والزينة لكنها جزء من النفس واجزاء النفس مضمونة مع عدم المنفعة والزينة. وكذا في ثدي الرجل وفي حلمة ثدي المرأة،

والكف المقطوع الاصابع ولسان الطفل مالم يتكلم وفي ثدي المرأة المقطوعة الحلمة والانف المقطوع الارنبة والجفن الذي لا اشفار له (١) وهذا مذهب الحنفية.

عند الجمهور الفقهاء (الشافعية والمالكية والحنابلة)

في لسان الاخرس : عند المالكية والشافعية حكومة (٢)

وعند الحنابلة : فيه ثلث الدية (٣)

في ذكر الخصي والعنين : عند المالكية على الراجح والشافعية : دية كاملة

وعند الحنابلة : حكومة (٤)

في ازالة شعر الرأس او اللحية او الحاجبين ولم ينبت بعد ذلك :

عند المالكية والشافعية : يجب في الكل حكومة عدل :

وعند الحنابلة : الدية (٥)

والثديان والحلمتان للمرأة والرجل : عند الشافعية والمالكية والحنابلة : الدية في ثدي المرأة لان فيها جمالا ومنفعة وتجب في احداهما نصف الدية. وتجب الدية ايضا كاملة في الحلمتين اذا قطعا دون الثديين وفي احدهما نصف الدية لان في الحلمتين منفعة الثديين.

١- شرح فتح القدير ج/ ٨/ ٣١١ وتكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٨/ ٣٣٢

٢- شرح كبير للدردير ٤/ ٢٧٧ و مغني المحتاج ٤/ ٦٣ .

٣- كشاف القناع عن متن الاقناع ، ج/ السادس ص ٥٠

٤- المرجع السابق .

٥- ايضا .

حكومة العدل في الجروح

الجرح : هو اثر الجراحة ، اذا كان في سائر غير الرأس والوجه .

لكن اذا كان في الراس والوجه يسمى الشجاج (١)

والشجة: واحد الشجاج وهي جرح الراس ، وهي عشرة

١- الحارصة : هي التي تخدش الجلد اى تخدشه ولا تخرج الدم.

٢- الدامعة: هي التي يسيل منها الدم.

٣- الباضعة: هي التي تبضع اللحم اى تقطعه.

٤- المتلاحمة : هي التي تذهب في اللحم اكثر مما تذهب الباضعة فيه دون تشق العظم.

٥- السمحاق: هي التي تصل الى السمحاق وهي الجلدة الرقيقة التي بين اللحم وعظم الراس.

٦- الموضحة: التي توضح العظم.

٧- الهاشمة : هي التي تهشم العظم.

٨- المنقلة: هي التي تنقل العظم بعد الكسر .

١- البدائع الصنائع ٧/ ٢٩٦ (كتاب الجنايات)

٩- الامـــــة: هي التي تصل الى ام الدماغ ، وام الدماغ هي الجلدة الرقيقة التي تجمع الدماغ.

١٠- الدامغـــة: هي التي تصل الى الدماغ.

فالجـــراح ما كان في سائر البدن غير الرأس والوجه وهي نوعـــان:

١- جائفـــة: هي التي تصل الى الجوف من الصدر او البطن او الظهر او الجنبيـــن او الدبر او الحلـــق ، ولا تكون الجائفـــة في اليدين والرجليـــن ولا في الرقبـــة لانه لا يصل الى الجـــوف.

٢- غير الجائفـــه: هي التي لا تصل الى الجوف كالرقبـــة او اليد او الرجل.

والتفقـــوا على ان مافيـــه ارش مقدر من الشجاج هو الموضحـــة فما بعـــدها ، لورود الشرع بتقديره كما يتبين من حديث عمرو بن حزم في الديات" وفي المأمومة ثلث الدية ، وفي الجائفه ثلث الدية ، وفي المنقله خمس عشر من الابل ، وفي كل اصبع من الاصابع اليد والرجل عشر من الابل ، وفي السن خمس من الابل ، وفي الموضحة خمس من الابل "(١)

واتفقـــوا على انه ليس في موضحة غير الراس والوجه ارش مقدر بل فيه حكومة لان ماورد فيه

١- نيـــل الاوطار ، ٦١/٧ .

النفس وهي خمس الحارصة، الدامعة والباضعة والمتلاحمة والسمحاق. (١)

اذ ليس فيه ارش مقدر في الشرع، ولا يمكن اهدارها، فوجب فيها حكومة عدل. وكذا الهاشمة والمنقلة في غير الوجه والراس فيه حكومة اذا كانت جناية على عضو لا مقدر له ان لا تبلغ دية النفس واذا كانت على عضو له مقدر بشرط ان لا تبلغ دية ذلك العضو فان بلغتها نقص منه شئ (٢)

١- البحر الرائق شرح كنز الدقائق جلد ٨ ص/ ٣٣٤ و كشاف القناع ج/ السادس ص/ ٥١
البدائع الصنائع ج/ ٧ ص/ ٣٢٤ وشرح كبير للدردير ٤/ ٢٧١

٢- المرجع السابق.

خـــاتمـــة البحـــث

التحكيـــم ادارة ذاتيـــة لفصـــل الخصـــومات يقـــدم الفريقيـــن مشاكلهـــم اليهـــا ،و يكـــون قضـــاءه واجـــب التسليـــم والعمـــل للفريقيـــن ، والشخـــص الـــذى يختـــار لفصـــل الخصـــومة يسمى محكـــما اوثالثـــا .

والقانـــون الوضعـــى المعروجـــة للتحكيـــم فى الباكســـتان يسمى (Arbitration Act 19) قانـــون التحكيـــم ١٩٤٠م .

والهـــدف من هـــذا القانـــون تسهيـــل فصـــل الخصـــومات واحتـــراز عـــن الطـــريق المتعـــب العـــدلية الـــذى يكلف كثيـــراً. و هكـــذا يوجـــد فـــى المحاكـــم الحكـــومية بنـــد بنســـبة التحكيـــم فى معـــاهـــداتهـــا مع التجـــار و كذلك الشركاء فى الشركات والتجـــار يضعـــون مادة التحكيـــم فى معاهـــداتهـــم لتحل مشاكلهـــم المنتجـــة من الشـــركات بـــدون تقـــديمهـــا الى المحكمـــة العـــدليـــة.

فنظـــرا الـــى ما ذكـــرنا ان القانـــون التحكيـــم ذات اهمية ويهـــم فهمـــه للمجتمـــع لانه طـــريق سهـــل سـاج و رخيـــص لفصـــل الخصومات، ولان صـــدور الحكـــم

فـي هـذا الطـريق يكـون على رغبـة الطـرفيـن و اختيـار الحكـم لفصـــل النـزاع نـوع مـن الصلـح برضـا الفـريقيـن لا تسبب شيأ مـن الحقـد والغضب بيـن الجانبيـن كمـا ان القضـاء الصـادر من المحكمـة العـدليـة لا ينظـف القلوب من الضغينـة، ولا يبـرئهـا من الحقـد و الحسـد كما كان سيدنا عمر رضي الله عنـه يكتـب الى عماله " رد القضـاء بيـن ذوى الارحـام حتى يصطلحـوا فان فصـل القضـاء يـورث الضغـائن .

والفائدة التحكيم التحكيـم اسهـل و سائل فصـل الخصومات و ارخصها كما ان المحكمة العدلية طريقتهـا غالية يكلف كثيـر .

فان نفـذت الدولة الباكستانية قانون التحكيـم و نظمتـه لفصـل الخصومات بيـن الناس فيكـون سببا موثرا لانهـا الضغائن والحـد بيـن الناس و ضامنا للامـن لان التحكيم صلح فـي الحقيـقة. و قال الله تعـالـى " والصلـح خيـر،، ففيـه خيـر كثير و حفـظ امـوال الناس و دمائهـم و عدضياع اوقاتهـم .

هنـاك اقتـراحات اخـرى اقدمهـا و هي ضـرورية عنـدى فـي مجـال التحكيـــــم .

اولا : لا بد من تعريف المحكم في القانون الحاضر و يجب ان تشترط فيه توفر الشروط التي شرطتها الشريعة الاسلامية للمحكم.

ثانيا : يجب التصريح القانوني بالخصومات التي ينبغي فصلها بالتحكيم و تميزها ما دونها كما توجد في كتب المذاهب الاربعة

ثالثا : يجب التوثيق القانوني للقضاءات التي صدرت بالتحكيم في فصل الخصومات بالطريقة الاهلية بين الناس فيما فصلوا بالتحكيم بينهم

رابعا : المادة القانونية رقم ٥ في تحقيق سلطات المحكم ذكر فيه ان ليس لاحد من الفريقين حق في عزل المحكم بدون اذن القاضي في حالة عدم حقه في عهد التحكيم. هذا الجزء مخالف للاصول الاسلام و يسبب العناء والتعب للفريق بدون طائل و ونافي الاهداف القانون الوضعي الحاضر فيجب فسخ هذا الجزء.

خامسا : وفقا للمادة رقم ٣٤ القانون الوضعي الباكستاني الفريق الذي دخل في عهد التحكيم مرة، لا حق له ان يرجع المحكمة العدلية حينما

الفريق الاخر له حق ان يمنع الاجراءات القانونية العدلية.

فهذا بعيد عن القسط والعدل و اجبار الفريق باعتجراف القضاء خلاف مرضاتها . حينما يكون هذا الاجبار سببا لتطويل التنازعات و لضياع المال والوقت.

فبا لعمل بالاقتراحات يمكن ان يحمل الناس على تقديم الخصومات الى التحكيم باختيار المحكم من جانبهم و بتوثيق قضاءهم يقل عباء المحكمة العدلية بالنسبة الى فصل النزاعات والخصومات و يكون سببا لتقليل النزاعات بين الناس ما هو هدف الدولة الباكستانية الحاضرة

والله اعلم بالصواب

المراجع

القرآن الكريم

التفسير

ابن كثير: اسماعيل ابن كثير
تفسر القرآن العظيم، طبع دارالمعرفة، بيروت.

الطبري: ابو جعفر محمد بن جرير
جامع البيان فى التفسير القرآن الكريم.
طبع دارالمعارف، بيروت.

القرطبي: ابو عبدالله محمد بن احمد
الجامع الاحكام القران، صبع دارالكتب المصرية.

المظهري: قاضى ثناء الله خمان بانى بتى
تفسير القرآن طبع باكستان.

الحـــديث

البخـــارى : محمـــد بن اسماعيـــل
الجامـع الصحيـح طبـع باكســتان .

البيهقـــى : ابـو بكـــر احمـــد بن الحسين بن علـى
السـنن الكبـــرى . طبـع دار الفكـــر ، بيـروت .

كتب اللغـــة

اصفهـانـى : حســين محمـد بن الفضـــل
المفـردات فـى غـريب القـران ، طبـع باكسـتان .

الزبيـــدى : ســيد محمـــد مـرتضـــى
تاج العـــروس ، طبـــع مصـــر .

الفيـــومى : احمـــد بن محمد بن علـى المقـرى
مصباح المنيـــر ، طبـــع القاهـــرة .

منظـــور : ابى الفضـــل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظـور
لسـان العـرب ، طبـع مصـــر .

الفقـــه الحنفـــي

ابن عـابـد ين: محمـــد أميـــن
رد المحتـــار على الدر المختار شـرح
تنـويـر الا بصـار، طبـع باكســـتان .

ابن نجيـــم: الشيـخ زيـن الـد ين ابن نجيـم
البحـر الرائـق شـرح كنـز الد قائـق، طبع باكستان

ابن الهمام: كمال الد ين محمـد بن عبـد الواحـــد
شـرح فتـح القـد يـر طبـع د اراحياء ، بيـروت.

الرافعـــي: عبـد القـادر الرافعـــي
تقـريـرات الـرافعـي علـى حاشيـة ابن عابد ين
طبـع بيـروت.

الـزيلعـي: فخـر الد يـن الزيلعـي
تبيـن الحقائـق شـرح كنـز الد قائق
طبـع باكســتان .

الطرابلسي : علاوالدين ابى الحسن على بن خليل
معين الحكام برحاشية لسان الحكام ،
طبع مصر .

الكاساني : علاوالدين الكاساني
البدائع الصنائع ، طبع كراتشى ، باكستان .

المرغيناني : برهان الدين
الهداية ، طبع المكتبة الاسلامية ، الرياض .

الفقه الشافعي

الشيرازى : ابى اسحاق ابراهيم بن يوسف
المهذب ، طبع مصر .

الشافعى الصغير : شمس الدين محمد بن ابى العباس
نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، طبع الرياض .

الفقه الحنبلي

ابن قيم: شمس الدين ابي عبد الله محمد بن ابي بكر
اعلام الموقعين ، طبع باكستان .

البهوتي : منصور بن يونس بن ادريس
كشاف القناع عن متن الاقناع، طبع رياض.

المرداوي : علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان
الانصاف، طبع بيروت.

الفقه المالكي

الدردير: ابو بركات احمد بن محمد
الشرح الصغير، طبع قاهرة.

الدسوقي لشمس الدين الشيخ محمد
حاشية الدسوقي على شرح الكبير
طبع دار احياء مصر.

الكتب المختلفة

ابراهيم: شهاب الدين ابي اسحاق ابراهيم
ادب القضاء، طبع دمشق.

رستم باز: سليم رستم باز
شرح المجلة طبع باكستان.

رواس: دكتور محمد رواس قطعه جي
موسوعه فقه عمر بن الخطاب طبع مصر.

رضوان: دكتور ابو زيد رضوان
الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي
طبع قاهرة، ١٩٨١م.

كتب القانون

The Arbitration Act,1940.

- The Contract Act,1872.
- The Co-operative Societies Act 1912.
- The Companies Act 1913.
- The Contonments Act 1924.
- The Electricity Act 1910.
- The Insolvency Act 1909.
- The Land acquisition Act 1894.
- The Land Revenue Act
- The Provincial Insolvency Act 1920.
- The Religious Endowments Act 1863.
- The Trustees and Mortgagees Power Act 1866.
- The Trust Act 1882.
- The Railways Act 1890.
- The Trade dispute Act 1929.

كتب اللغة

- Black's Law Dictionary, by Henry Campbell, 4th ed.St.Paul Minn, West Publication.
- Encyclopaedia, Americana Grolier incorporated,U.S.A.

الدوريات القانونية

- P.L.D. 1954, Sind.
- P.L.D. 1957, Karachi.
- P.L.D. 1968, Karachi.
- P.L.D. 1967, Karachi.
- P.L.D. 1977, Lahore.
- P.L.D. 1960, Dacca.
-

Accession No.....