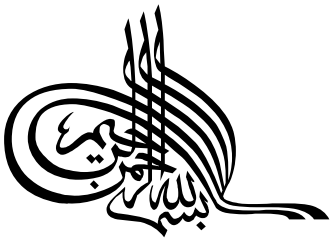
التحكيـــم
حجيته وطبيعته القضائية
في الشريعة الإسلامية

دراسة مقارنة

د. محمد علي هاشم ألأسدي

جامعة الكوفة كلية القانون



المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على خير خلقه محمد وعلى آله الذين اذهب عنهم الرجس وطهرهم تطهيرا وعلى أصحابه الأخيار

وبعد:

ان التحكيم هو نوع من القضاء يتميز بمصدره الاتفاقي وصفته الخاصة وانه لم يكن وليد العصور المتأخرة بل لم يكن الاسلام أول من عمل به فقد عرفت فكـــرة التحكيم عند المجتمعات القديمة واتخذت منه اداة لحـــسم المنازعـــات بـــين أفرادهـــا لاحقاق الحق وتجنب الالتجاء الى القوة بناءاً على تركيز السلطات العامة في يـــدها. وهكذا تطور ليصبح قضاءاً مستقلاً لصيقاً بالقضاء الرسمي ، ثم اتسع نطاقه لينفلـــت من قضاء الدولة الى قضاء خاص ينصبه أطراف النزاع بأنفسهم.

وجد القضاء التحكيمي في الاسلام في وقت مبكر –وكمـــا يتبـــين– ومـــنح مشروعية وقوة الزامية شرعية بعد توفر شروطه لكنه خالٍ من سلطة التنفيذ.

ويبدو ان انكماشه وحصره نظرياً أكثر مما هو عليه في القانون الوضعي هو أفول الدولة الاسلامية وسيطرة القوى العلمانية مما أدى الى قصره على المنازعـــات الشخصية النادرة بين الأفراد دون توسعها الى التحكيم الدولي. وبعد التطور السياسي والقانوني صرنا بحاجة شديدة الى مثل هذا النوع من التحكيم وخاصة مما سيتبين من الموقف الاسلامي السلبي من اللجوء لمثل تلك المحاكم من حيث الحكم الأولي كونـــه ركون للذين ظلموا[1]، أو حكم بما لم ينزل به الله[2]. لذا فالعـــالم الاســـلامي بحاجـــة ماسة الى البحث بهذا الموضوع وتقنينه وانشاء محكمة دولية خاصة به على غـــرار محاكم التحكيم العالمية لتأخذ على عاتقها الفصل في المنازعات التـــي تحـــدث بـــين الدول الاسلامية على مختلف نزاعاتها السياسية والاقتصادية وغيرها وهـــذا البحـــث لايُدَّعى به انه اللبنة الأولى لهذا الموضوع بل هو لَبَنَةٌ للنزاع الشخصي ومشروعية

اللجوء لقضاء التحكيم ولزومه وحجيته حتى يمكــن أن يقــاس عليــه فــي النزاعات الدولية لأن المتخاصم واحد في كليهما.

تمهيد

ان الطريق الذي يلجأ اليه المتنازعان لفض النزاعات بينهمــا هــو القــضاء الرسمي لكن لا يعني ان الأمر منحصر فيه بل قد يلجأ المتنازعان الى الصلح والذي لا يعد بالمفهوم الاصطلاحي قضاءاً أو يلجأ المتنازعان الى التحكيم[٣]. أي ان يتفــق الطرفان الى اللجوء الى شخص أو جهة غير رسمية لفض النزاع بينهما.

وبالتأكيد فان التحكيم لا يعد من النوع الثاني (وهو الصلح) بل هو بعيد عنــه أما انه يفترق عن القضاء في بعض الأمور –والتي سنبحثها في المباحث القادمــة ان شاء الله– فصار من الالزام أن يدرج الى جانب القضاء ليصبح من الأمور اللــصيقة به والتي لا غنى عنها للباحث في موضوعه. بينما يرى آخرون ان التحكيم نوع من أنواع العقود[٤].

لذا سيكون أمام بحثنا هذا مسائل عدة تحتاج الى المعالجة وهي:

اولاً– مفهوم التحكيم.

ثانياً– حجية التحكيم.

ثالثاً– شرائط المحكَّم.

رابعاً– الموارد التي يجري فيها التحكيم.

خامساً– طبيعة الحكم التحكيمي القضائية.

كل هذا سيتم بحثه في المباحث الآتية.

المبحث الأول

التحكيم مفهومه، حجيته

وللكلام عن ذلك ينتظم البحث في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم التحكيم

التحكيم في اللغة: هو تفويض الأمر الى شـخص يحكـم سـواء كـان المفوض واحد أو أكثر بنزاع بينهم دون اشتراط شئ فيه. يقول الفراهيدي: "وحكّمنـا فلاناً: أمرنا أن يحكم بيننا"[٥]. وبمثل هذا قال الجوهري[٦] وابـن فـارس والفيـروز آبادي[٧].

ويقول ابن منظور: "يقال حكّمنا فلاناً فيما بيننا أي أجرينا حكمه بيننا"[٨].

أما المعنى الاصطلاحي فيبدو من كلمات الفقهاء لمعنى التحكيم انه منحـدر عن المعنى اللغوي لكنهم أرادوا به المعنى الخاص له فيعرفه ابـن نجـيم الحنفـي بـ"تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما"[٩].

ويقول الشيخ الطوسي في معرض كلامه عن التحكيم: "اذ تراضى نفسان في رجل من الرعية يحكم بينهما وسألاه الحكم بينهما"[١٠].

وبمثل هذا قال المحقق الحلي: "لو تراضى خصمان بواحد من الرعية وترافع اليه وحكم بينهما ....."[١١].

ونجد عند آخرين انهم لم يجعلوا له حداً منطقياً. يقول ابن فرحون المـالكي: "..... ومعنـاه ان الخـصمين اذا حكـم بينهمـا رجـل وارتـضياه لأن يحكـم بينهما....."[١٢]، وبمثل هذا عند ابن قدامة[١٣].

اذن فالتحكيم لا يختلف عن القضاء الا في نصب الامام وعدمه. فـالأول لا يحتاج الى تنصيب الامام انما يكون التنـصيب مـن المتخاصـمين أي بتراضـيهما وترافعهما اليه. والثاني من المناصب ويحتاج القاضي في كونه قاضياً الـى نـصب الامام.

وبهذا الاتجاه يعرفه فقهاء القانون حيث يعنون به الاتفاق على احالة ما ينـشأ بين الأفراد من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو احالة أي نزاع بينهم بفعل علـى حد واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين ليفصلوا في النزاع المذكور بدلاً مـن أن يفصل فيه القضاء المختص[١٤].

وبهذا المعنى يشير قانون المرافعات العراقي ويقيد ثبوت الاتفاق بالكتابة[١٥].

المطلب الثاني: مشروعية قضاء التحكيم ولزومه

اتفق الفقهاء على حجية الحكم القضائي بوصفه صادراً عن قاضٍ منـصوب ذو ولاية في مجاله واختلفوا في الحكم التحكيمي هل هو بمثابة الحكم القضائي فيكون للحكم التحكيمي حجية الحكم القضائي من الالزام بحيث لا يكون الرجوع عنه أمـراً اختيارياً. وكانوا على رأيين نعرض لهما بنوع من التفصيل لأهميتهما في الموضوع:

الرأي الأول: القول بجواز التحكيم ولزومه.

وهو المشهور بين المذاهب الخمس[١٦].

فقد ادعى الشيخ الطوسي انه لا خلاف في جوازه كما في قولـه الـسابق : "..... كان جائزاً بلا خلاف فاذا حكم بينهما لزم الحكم ولـيس لهمـا بعـد ذلـك خيار"[١٧]، بل هو المشهور عند الامامية ولم يذكروا فيه خلافـاً كمـا ينقـل الـشهيد الثاني[١٨].

ويقول المحقق الحلي "نعم لو تراضى خصمان بواحد من الرعية وترافعا اليه فحكم بينهما لزمهما الحكم ولا يشترط رضاهما بعد الحكم"[١٩].

وفي أدب القضاء: "وحُكْم الحَكَم لازم للخصمين كما يلزم القاضي"[٢٠].

ويقول ابن فرحون المالكي: "واذا حكم المحكَّم فلـيس لأحـدهما ان يـنقض حكمه وان خالف مذهبه"[٢١].

بيد ان هنالك رأي لبعض الامامية يحدد مشروعية قضاء التحكيم في زمـــن حضور الامام المعصوم فقط. أما بعد انتهاء عصر الحضور فلا مشروعية لقاضـــي التحكيم.

يقول الشهيد الثاني: "وعلى هذا فقاضي التحكيم مختص بحال حضور الامـــام ليفرق بينه وبين غيره من القضاة بكون القاضي منصوباً وهذا غير منـــصوب مـــن غير الخصمين وأما في حال الغيبة فسيأتي ان المجتهد ينفـــذ قـــضائه لعمـــوم الأذن وغيره لا يصح حكمه مطلقاً فلا يتصور حالتها قاضي التحكيم"[٢٢]. وبمثل هـــذا فـــي القواعد للعلامة الحلي[٢٣].

بل هنالك رأي لبعضهم –أي الامامية– يذهب الى أبعد من هذا فيحدده بزمن النبي (ص) يقول صاحب الجواهر: "نعم يتصور فيما قبله مما لا أذن فيـــه لمطلـــق المجتهد كزمن النبي بل لعله خاص فيه أيضاً"[٢٤].

معللاً ذلك بأن ادلة نصب المجتهد ظاهرة في جميع زمان الجور وهو شامل لعصر الأئمة (عليهم السلام) كما هو المفهوم من كلامه: "لظهر دليل نصب المجتهـــد لجميع زمان الجور الذي نُهينا فيه عن المرافعة الـــى قـــضاتهم مـــن حيـــث غلبـــة الجائرين"[٢٥].

ويرى بعض الشافعية وابن حزم الظاهري ان الجواز منحصر بعدم وجـــود قاض في البلد[٢٦].

أدلتهم:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة عدة منها:

أولاً– من الكتاب[٢٧].

١- عموم الآيات الدالة على لزوم الحكم بالعدل والقسط وبما انـــزل الله كقولـــه تعالى (وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ) [٢٨]وقوله تعالى (يا أيها الذين آمنـــوا يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآَنُ قَوْمٍ عَلَـــى أَلَّـــا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ)[٢٩] وقوله تعـــالى (وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ... الظَّالِمُونَ.... الْفَاسِقُونَ)[٣٠].

٢- قوله تعالى في بيان حل النزاع بين الزوجين: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًـــا خَبِيرًا)[٣١].

حيث استفاد منها البعض مشروعية التحكيم[٣٢]. ذلك ان جـــوازه فـــي حـــق الزوجين دلالة على جوازه في سائر الخصومات فيستفاد مما مر من آيـــات صـــحة الحكم بالحق والعدل لكل مؤمن لأن فيه احقاق الحق وابطال الباطل وهو مـــا تبنـــاه صاحب الجواهر[٣٣] والسيد الخوئي[٣٤] وغيرهما.

٣- عموم الآيات الدالة على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر كقوله تعـــالى: "وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَأُوْلَـــئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ "[٣٥].

فالحكم يعين على احقاق الحق وابطال المنكر.

ثانياً- من السنة

١- قوله (ص): "من حكم بين اثنين فتراضيا بـــه فلـــم يعـــدل فعليـــه لعنـــة الله تعالى"[٣٦].

يقول الشهيد الثاني: "لو لم يكن لحكمه اعتبار ولزوم لما كان لهـــذا التهديـــد معنى ولكان التحذير على فعله لا على عدم العدل ولأن من التهديد على عدم العـــدل يدل على أن العلة عدمه ولو لم يكن جائزة لكان التهديد بالأعم أولى"[٣٧].

٢- تحكيم الرسول (ص) سعد بن معاذ في بني قريضة[٣٨].

٣- اقرار الرسول لأبي الحكم (أبي شريح) حينما أعلمه انه يحكم بين النـــاس اذا اختلفوا في شئ بقوله (ص) ما أحسن هذا[٣٩].

واستدل الامامية اضافة لما سبق بما روي عن أئمتهم (عليهم السلام) منها:

أ- خبر أبي خديجة: قال أبو عبد الله جعفر بن محمد الصادق (ع): "أياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً الى أهل الجور ولكن انظروا الى رجل منكم يعلـــم شـــيئاً مـــن قضايانا فاجعلوه بينكم فاني قد جعلته قاضياً فتحاكموا اليه"[٤٠].

وتقريب ذلك ان الرواية ناظرة من قبل المتخاصمين فالنتيجة كما يقول السيد الخوئي: "ان المستفاد منها ان من جعله المتخاصمين بينهما حكماً هو الـــذي جعلـــه الامام (ع) قاضياً فلا دلالة فيها على نصب القاضي ابتداءاً ذلك لأن قوله (ع) فـــأني قد جعلته قاضياً متفرع على قوله (فاجعلوه بينكم)[٤١]. الذي هو قاضي التحكيم.

ب- رواية الحلبي: قلت لأبي عبد الله (ع) ربما كـــان بـــين الـــرجلين مـــن أصحابنا المنازعة في شئ فيتراضيان برجل منا. فقال: ليس هو ذاك؟ انما هو الـــذي يجبر الناس على حكمه بالسيف والسوط[٤٢]، وتقريب ذلك ان الرواية تدل على جواز التحكيم لقوله (ع) (ليس هو ذاك).

جـــ- ما روي عن أبي عبد الله (ع): "قال في رجل كان بينه وبـــين أخ لـــه مماراة في حق، فدعاه الى رجل من اخوانه ليحكم بينه وبينه فأبى الا أن يرافعه الـــى هؤلاء.. كان بمنزلة الذين قال الله عز وجل (ألم تر الى الذي يزعمون انهم آمنوا بما انزل اليك وما أنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا الى الطـــاغوت وقـــد أمـــروا أن يكفروا به)*"[٤٣].

فدلالة الرواية على مشروعية التحكيم بل على وجوبه عند عدم وجود قـــاضٍ منصوب في البلد وعدم اللجوء الى قاض الجور.

د- تحاكم الرسول (ص) والاعرابي الى بعض أصحابه[٤٤].

ثالثاً- الاجماع

وقد مر (الاجماع) على لسان البعض أو (عدم الخلاف) عن البعض الآخـــر فيما يخص الامامية وكذلك عند غيرهم من المذاهب بل نقل اجمـــاعهم الكثيـــر مـــن الفقهاء[٤٥].

يقول الشهيد الثاني: "بل قد وقع في زمن الصحابة ولـــم ينكـــر أحـــد مـــنهم ذلك"[٤٦].

وان تحاكمْ الصحابة بعضهم الى بعض دون انكار الآخرين دلالة على جوازه كتحاكم عمر (رض) وأُبيّ الى زيد وتحاكم عثمان وطلحة الى جبيـــر ابـــن مُطعـــم (رض)[٤٧]، ولم يكونا قاضيين في وقتهما.

ومن مظاهر حجية القضاء التحكيمي:

١- عدم تعقب قاضي البلد لأحكام المحكمين.

٢- عدم رجوع المحكَّم عن حكمه بعد صدوره.

٣- الزام الخصوم بحكم المحكوم شرعاً

الرأي الثاني: عدم جواز قضاء التحكيم مطلقاً[٤٨].

وبهذا قال بعض الشافعية[٤٩]. والخوارج على ما هو المعروف من مـــذهبهم بعد معركة صفين[٥٠].

وينقل الشربيني حجتهم بقوله: "لا يجوز التحكيم مطلقاً لما فيه من الافتيـــات على الامام"[٥١].

والراجح لدى الباحث هو ما ذهب اليه الجمهور من القول بجواز التحكيم من حيث حكمه الأولي دون تحديده بزمن معين لتنوع ادلتهم وقوتهـــا ، مـــا دام حكمـــه موافق للشريعة الاسلامية سواء كان عن اجتهاد أو تقليد.

الرأي القانوني

أشارت المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية العراقـــي علـــى جـــواز التحكيم في المنازعات المدنية حيث نصت على انه: "يجوز الاتفاق على التحكيم فـــي نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيـــذ عقد معين ...".

وبنفس المعنى تشير قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الامم المتحدة للقـــانون التجاري الدولي. حيث نصت المادة (١-١) من الفصل الأول "اذا اتفقا طرفـــا عقـــد كتابة على احالة المنازعات المتعلقة بهذا العقد الى التحكيم وفقاً لنظام التحكيم الـــذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الـــدولي وجـــب عندئـــذ تـــسوية هـــذه المنازعات وفقاً لهذا النظام مع مراعاة التعديلات التي قـــد يتفـــق عليهـــا الطرفـــان كتابة"[٥٢].

وقد قيد القانون تنفيذ قرار المحكمين المدني بتصديق المحكمة المختصة.

فقد نصت المادة (٢٧٢-١) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انـــه: "لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء كان تعيينهم قضاة أو اتفاقـــاً مـــا لـــم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناءاً على طلب احد الطـــرفين وبعـــد دفـــع الرسوم المقررة".

وللمحكمة المختصة أن تصادق على قرار التحكيم أو تبطله كلاً أو بعـــضاً. وهو ما نصت المادة (٢٧٤) من القانون أعلاه.

وقيد القانون لزومه بعدم توفر سبب من أسباب بطلانه أما اذا توفر أحد هـــذه الأسباب فللخصوم الحق التمسك ببطلانه وللمحكمة أن تبطل قرار المحكَّم.

فقد أشارت المادة (٢٧٣) على ما يأتي: "يجوز للخصوم عندما يطرح قـــرار المحكمين على المحكمة المختصة ان يتمسكوا ببطلانه وللمحكمة من تلقاء نفـــسها أن تبطله في الأحوال الآتية:

١- اذا كان قد صدر بغير بينة تحريرية او بناءاً على افاق باطل أو اذ كـــان القرار قد خرج عن حدود الاتفاق.

٢- اذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام أو الأدب أو قاعـــدة مـــن قواعد التحكيم المبينة في هذا القانون.

٣- اذا تحقق سب من الأسباب التي يجوز من أجلها اعادة المحكمة.

٤- اذا وقع خطأ جوهري في القرار أو في الاجراءات التي تؤثر في صحة القرار".

المطلب الثالث: شرائط قاضي التحكيم

لم يتفق الفقهاء المسلمون في شرائط قاضي التحكيم فاختلفوا في كونـــه هـــل يشترط فيه كل ما يشترط في القاضي المنصوب ســـواء كونـــه غيـــر منـــصباً أو لا يشترط فيه سوى الشروط العامة من بلوغ وعقل وإسلام وإيمان.

فاتجهوا اتجاهات عدة يمكن ضم بعضها الى بعض لنخرج برأيين[٥٣]:

الرأي الأول: يشترط في قاضي التحكيم ما يشترط في القاضي المنصوب[٥٤]. وتبنى هذا القول كثيـــر مـــن الإماميـــة[٥٥]، وجمهـــور الحنفيـــة[٥٦]، والحنابلـــة[٥٧]، والشافعية[٥٨]، والمازري من المالكية[٥٩]، مستدل بعضهم بأن قاضي التحكـــيم بعملـــه هذا صار حاكماً وحكمه ملزم كالقاضي[٦٠].

الرأي الثاني: لا يشترط في قاضي التحكيم سوى الشروط العامـــة كـــالبلوغ والعقل والاسلام والايمان وهو ما يميل اليه صاحب الجواهر من الاماميـــة بعـــد أن يستدل بالأخبار الواردة عن أهل البيت (عليهم السلام) والتي مر ذكرها في مشروعية التحكيم.

ويقول: " الى غير ذلك من النصوص الظاهرة والـصريحة بـالإذن بـالحق والعدل وهو الذي عندهم وشيعتهم أجمع نواب عنهم في ذلك ؛ لأن المدار على الحكم بين الناس بحكمهم"[٦١].

حيث يستظهر من تلك النصوص جواز حكم قاضي التحكيم مطلقاً مـن دون اشتراط الشروط الخاصة بالقاضي المنصوب.

ولهذا القول يميل العاملي في مفتاح الكرامـة[٦٢]، والـشيخ الانـصاري[٦٣]، والسيد الخوئي[٦٤]، حيث يقول: "أما قاضي التحكيم فالـصحيح انـه لا يعتبـر فيـه الاجتهاد خلاف المشهور"[٦٥].

وقد عبر بعض الحنفية عن ذلك كونه أهلاً للشهادة[٦٦]. وهو ما ذهب اليه ابن حزم الظاهري لكنه لا يشترط الايمان فيه[٦٧]، والعبرة في موافقة حكمه للحـق ينفـذ والا فلا.

ويبدو أن موافقة الحكم لأحكام الشريعة امر مسلّم به عند أصحاب هذا القول أي ان يسترشد بفتاوى الفقهاء في حكمه وهو ما ينص عليه بعض العلماء[٦٨].

والراجح لدى الباحث هو اشتراط الامور العامة في قاضي التحكيم ومراعـاة حكمه للحق، أما اشتراط كونه مجتهداً فلا معنى لبحثه. كونه مأذوناً له فـي القـضاء بالأذن العام.

الرأي القانوني

ويبدو من خلال الاطلاع على نصوص القانون الوضعي للوهلة الأولى انـه لا يختلف كثيراً عما ذهب اليه أصحاب القول الثاني. حيث نصت المادة (٢٥٥) مـن قانون المرافعات المدنية "لا يجوز ان يكون المحكم من رجال القضاء إلا بأذن مـن مجلس القضاء ولا يجوز أن يكون قاصراً أو محجوراً أو محروماً من حقوقه المدنية أو مفلساً لم يرد اليه اعتباره".

لكن في الواقع انه يقيد قرار تنفيذه للقاضي المختص حيث لم تك هناك مـــن صلاحية لسلطة التنفيذ إلا بعد تصديقه من قبل المحكمة المختصة كما أشـــارت اليـــه المادة (٢٧٢-١) والتي مر ذكرها في المطلب السابق.

المبحث الثاني
الموارد التي يجري فيها التحكيم

مر الكلام في حكم التحكيم وشروطه بناءً على مشروعية قضاء التحكيم فهل يجري في جميع الموارد التي يجري فيها القضاء أم بعض من دون الآخر؟

فقد اختلف الفقهاء المسلمون في ذلك على أربعة مذاهب:

المذهب الأول: القول بجواز التحكيم مطلقاً سواءً أكـــان حقـــاً لله أم للعبـــاد وسواء كان في الأمور المالية أو الأحوال الشخصية أم الجنائية.

وهو قول جمهور الحنابلة[٦٩]. وبعض الإمامية[٧٠]، وبعض الشافعية[٧١].

يقول ابن قدامة الحنبلي: ولنا ان هذا حكم صحيح لازم فلـــم يجـــز فـــسخه لمخالفته رأيه كحكم من له ولاية. وما ذكروه غير صحيح فإن حكمه لازم للخصمين فكيف يكون حكمه موقوفاً؟ ولو كان كذلك لملك فسخه وان لم يخالف رأيه ولا نـــسلم الوقوف في العقود"[٧٢].

ويقول المحقق الحلي: ".....ويعم الجواز كل الأحكام"[٧٣].

ويقول العلامة الحلي: "ولو تراضى خصمان بحكم بعـــض الرعيـــة فحكـــم لزمهما حكمه في كل الاحكام حتى العقوبات ولا يجوز نقض ما حكـــم بـــه فيمـــا لا تنقض فيه الأحكام وان لم يرضيا بعده اذا كان بشرائط القاضـــي المنـــصوب عـــن الامام[٧٤].

ويرى بعض الامامية ان حكم قاضي التحكيم في العقوبات لا ينفذ على غيـــر المترافعين فليس من حقه الزام الدين على عاقلة المدعى عليه كونه لا ولاية قضائية على غير المتراضيين.

يقول الشهيد الأول: "ويلزم الخصمين المتراضيين به حكمه حتى في العقوبـــة ولا يتعدى حكمه المتراضيين. فلا يضرب الدية على عاقلة المدعى عليه ولا يستثنى من التحكيم النكاح والقصاص واللعان والقذف بفقد المخصص"(٧٥).

المذهب الثاني: ذهب أصحابه الى أن قاضي التحكيم لا تتعـــدى صـــلاحيته حقـــوق المتنازعين وبذلك لا تشمل حقوق الله تعالى. فعليه: ان اقامة الحدود الواجبة ليس من صلاحيته وهو مذهب الحنفية(٧٦). وبعض الامامية(٧٧)، حيث يتوقف فـــي صـــلاحيته لاستيفاء العقوبة ويرى أنها موضع اشكال كـــون ذلـــك مـــن صـــلاحيات القاضـــي المنصوب واستدل الامامية بقول الامام الصادق (ع): "اقامة الحدود الـــى مـــن اليـــه الحكم"(٧٨).والاحتياط في الدماء وعصمتها تقتضي المنع(٧٩).

يقول العلامة الحلي بهذا الصدد: " .....لزمهما حكمه –أي محكّم– في كـــل الأحكام حتى العقوبات..... وهل له الحبس واستيفاء العقوبة. اشكال"(٨٠).

ويقول الشهيد الثاني: "نعم يختص بحكم الآدمي حيث انه متوقف على نـــص المتخاصمين فلا يحكم في حقوق الله إذ ليس لها خصم معين ويختص حكمـــه بمـــن رضي به"(٨١).

وقد ألحق الحنفية اللعان بالحدود لأنه قائم مقام الحد(٨٢).

المذهب الثالث: يجوز التحكيم في كل الاحكام ما عدا أربعة: هي: النكـــاح، والقذف، واللعان، والقصاص، وهو ما ذهب اليه بعض الحنابلة(٨٣).

المذهب الرابع: ان التحكيم جائز في الأمور المدنية سواء أكان المالية منهـا أم الأسرية[٨٤].

وقال آخرون يجوز كذلك في الأمور المالية وهو قول بعـض الـشافعية[٨٥]، واضاف آخرون المال والجروح[٨٦].

القول المختار: يرى الباحث أن اختصاص قاضي التحكيم بحقوق المتنازعين الخاصة بهم من دون غيرها من الدعاوى هو القول الراجح. ذلك أن حقوق الله لـيس لها خصم معين. أما حقوق الناس فان لم تك خاصـة بالمتنـازعين ويـشترك فيهـا آخرون، (كالزام العاقلة بقتل الخطأ واللعان والنسب والولاء والحجر)، فلـيس مـن حقهم الفصل فيها لأنها خارجة عن صلاحيته وتحتاج الى رضا أطراف أخرى غيـر المتخاصمين يختص حكمه بمن رضي به واطلاق النصوص خير دليل على ذلك[٨٧].

الرأي القانوني

يرى رجال القانون ان التحكيم يكون في حق الخصوم فقـط وفـي الأمـور المالية سواء أكان العقود المالية الشخصية أو التجاريـة أو مـا يتعلـق بالنزاعـات الأسرية.

حيث نصت المادة (٢٧٢-٢) من قـانون المرافعـات المدنيـة العراقـي " لا ينفذ قراراً المحكمين الا في حق الخصوم الذين حكموهم وفي الخـصوص الـذي جرى التحكيم من أجله".

المبحث الثالث

طبيعة الحكم التحكيمي القضائية

مر الكلام في مشروعية قضاء التحكيم وأن جمهور الفقهاء يرى لزوم الحكم التحكيمي وحجيته والخلاف انما حصل في الموارد التي يجري فيها وقد بينا ذلك.

لكن الشئ الذي لابد من بحثه هو طبيعة الحكم التحكيمي ؛ هل هـــو عقـــد أم قضاء أم هو أمر آخر هذا من جهة ومن جهة أخرى وبناءاً على لزومه فمـــن أيـــن يُستمد اللزوم في التحكيم؟ هل من كونه عقداً أم من كونه قضاءاً؟ أم كونه ذا طبيعـــة مختلطة؟ أي انه عقد وقضاء في آن واحد.

فبالاطلاع على النصوص الواردة في هذا الباب وكذا ما هـــو مبثـــوث مـــن كلمات الفقهاء يمكن القول ان هنالك اتجاهات ثلاث في طبيعة التحكيم.

الإتجاه الأول: وهو الاتجاه الذي يدرج التحكيم ضمن المعـــاملات الخاصـــة بالأفراد والتي تستند الى مصدر عقدي هو عقد التحكيم والمحكمون ليسوا قضاة انمـــا هم أفراد اعتياديون يعهد اليهم بتنفيذ هذا العقد وهم يستمدون سلطتهم منه[٨٨]. بحيـــث يستمد قرار محكمين حجيته بالنسبة للأطراف من عقد التحكيم الذي يلزم فيه الطرفان بالخضوع لهذا القرار. وقد نتلمس هذا الاتجاه في النصوص والفتاوى الواردة في هذا الباب:

أولاً- النصوص. وهي كثيرة منها:

١- ما روي عن النبي (ص) انه قال: "من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعـــدل بينهما فعليه لعنة الله"[٨٩].

٢- ما روي عن أبي عبد الله الصادق (ع): "قال في رجل كان بينه وبين اخ لـــه ممارة في حق فدعاه الى رجل من اخوانه ليحكم بينه وبينهم فأبى الا ان يرافعه الى هؤلاء كان بمنزلة الذين قال الله عز وجل (أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَـــا أُنْزِلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنْزِلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّـــاغُوتِ وَقَـــدْ أُمِـــرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا)[٩٠]" [٩١].

٣- ما رواه الحلبي عنه (ع) أيضاً: "ربما كان بين رجلين من أصحابنا المنازعة في الشئ فيتراضيان رجل منا فقال: ليس هو ذاك انما هو الذي يجبر النـــاس علـــى حكمه بالسيف والسوط"[٩٢].

ثانياً- فتاوى الفقهاء

والتي لا تشترط في المحكَّم سوى الشروط العامة في المتعـــاقبين مـــن دون اشتراط العدالة من شروط القاضي وقد مر ذلك في شروط قاضي التحكيم، منها: مـــا نص عليه ابن قدامة قبل قليل "ولنا ان هذا حكم صحيح لازم فلم يجز فـــسخه..... ولو كان كذلك لملك فسخه وان لم يخالف رأيه ولا نسلم الوقوف في العقود[٩٣].

وقال المحقق الحلي: "ولو استقضى أهل البلد قاضياً لم تثبت ولايته. نعم لـــو تراضى الخصمان بواحد من الرعية فترافعا اليه فحكم لزمهما حكمه وان كان هنـــاك قاض منصوب بل وان كان امام"[٩٤].

ويعلّق الشيخ الانصاري على هذا القول: "ويشترط فيه (أي قاضي التحكـــيم) ما يشترط في (القاضي المنصوب) انا لم نجد مستنداً لاعتبار تلك الشروط في قاضي التحكيم"[٩٥].

فنستطيع من خلال ما سبق أن نستظهر من النصوص بأنها تـــشكل اتجاهـــاً في اسناد قضاء التحكيم الى مصدر عقدي لا غير وان حجيته تستمد من ذلك العقـــد الذي يحصل بين المتنازعين والمحكَّم ولابد لهم من الالتزام بنص العقد. وقد توفرت

أركان العقد، وهي الصيغة (أي الايجـــاب والقبـــول) والمتعاقـــدان ومحـــل العقد[٩٦]. ويميل الدوري لهذا الاتجاه وانه من المسلمات دون النقاش به[٩٧].

وقد بحث فقهاء القانون بعد قرون مما أقرته الشريعة فـــي هـــذا الموضـــوع فتطور بحثهم حتى صار نظرية وهي النظرية العقدية في التحكيم.

الاتجاه الثاني

وهو الاتجاه الذي يرى أن المحكم هو قاضٍ كالقاضي المنصوب ولا بـــد ان يتصف بنفس صفاته فما يشترط في القاضي المنصوب يشترط في قاضي التحكيم الا انه يفترق عنه ان الأول ينصب تنصيباً رسمياً ممن له حق التنـــصيب. أمـــا الثـــاني فينصب من قبل المتنازعين. فعليه ، لا يستطيع الزامهما بما حكم فـــي ظـــل القـــوة. فالمحكَّم يعد قاضياً بحكم وظيفته وهي الفصل في المنازعات وهـــو يـــصدر حكمـــاً حقيقياً في المنازعة أي يؤدي عملاً قضائياً يحوز حجية الأمر المقضي به.

ويبدو انه يمثل هذا الاتجاه كل من يشترط بقاضي التحكيم شـــروط القاضـــي المنصوب وكونه لا يختلف عنه الا في التنصيب الرسمي .

يقول الماوردي: "ان قاضي التحكيم بعمله هذا صار حاكماً وحكمـــه صـــار ملزماً كالقاضي"[٩٨].

ويقول المرداوي: "اذا تحاكم رجلان الى رجل يصلح للقضاء فحكما بينهمـــا نفذ حكمه"[٩٩].

ويقول ابن نجيم الحنفي في معرض كلامه عن حجية قضاء التحكيم: "بالنسبة الى الحكم اللزوم. فليس لأحد نقضه حيث كان مجتهـــداً فيـــه ومـــستوفياً شـــرائطه الشرعية"[١٠٠].

وقال المحقق الحلي: "ويشترط فيه ما يشترط في القاضي المنصوب"[١٠١].

وقال الشهيد الأول: "القضاء قسمان أحدهما قضاء التعميم وهو مشروط بإذن الامام خصوصاً أو عموماً ..... والثاني قضاء التحكيم وهو سائر وان كـــان فـــي البلد قاضٍ"[١٠٢].

وقال الشهيد الثاني: "واما التحكيم وهو أن يحكم الخصمان واحدا من النـــاس جامعا لشرائط الحكم سواء نص من له التولية أم لا"[١٠٣]

فبالتمعن بالفتاوى السابقة لمشهوري المذاهب الاسلامية نجد ان المحكَّم هـــو قاضٍ لكنه منصّب من قبل المتنازعين وليس من قبل من له الولاية فـــي التنـــصيب فأصبح لا يستمد سلطته من عقد التحكيم وحده وانما من ارادة المشرع التي تعتـــرف به وتجعل لحكمه حجية الأمر المقضي مع غض النظر عما يشترط فيه.

ويقابل هذا الاتجاه في القانون: "النظرية القـــضائية للتحكـــيم هـــي النظريـــة السائدة الآن في كل من الفقه والقضاء المقارن"[١٠٤].

الاتجاه الثالث

وهو ما نستفيده من النصوص بأن يمكن التوفيق بين الاتجاهين السابقين وان كل منهما أصاب جزءاً من الحقيقة فالتحكيم، هو عقد وقضاء في آن واحد.

وبتعبير آخر انه اتجاه ذو طبيعة مختلطة بينهما. فهو يبدأ باتفاق الأطـــراف وينتهي بحكم قضائي يحوز حجية الأمر المقضي. وهكذا يبدأ عقداً وينتهي قضاءً.

فما ورد عن الامام أبي عبد الله الصادق (ع): "ينظران من كان ممـــن قـــد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فليرضوا به حكماً فـــاني قـــد جعلته عليكم حاكماً. فاذ حكم بحكمنا فلم يُقبل منه فانما استخف بحكم الله وعلينـــا رد والراد علينا الراد على الله وهو على حد الشرك بالله[١٠٥].

وقوله (ع) أيضاً: "أياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً الى أهـــل الجـــور ولكـــن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم فأني قد جعلتـــه قاضـــياً فتحاكموا اليه"[١٠٦].

فمما مر نستفيد ان التحكيم يبدأ باتفاق الطرفين المتنازعين فبمجـــرد العقـــد صار المحكَّم قاضياً وبه ينتهي.

وتأسيساً على ما تقدم نستنتج ان التحكيم هو عبارة عن مركب عقدي قـــضائي لا ينفك أحدهما عن الآخر فهو يبدأ عقداً مدنياً مشروعاً يحتوي على عنصر الالـــزام بعد الشروع في الحكم مستمداً الزامه وحجيته من القضاء.

فالتحكيم يحمل عناصر (أركان) العقد ومرتكزات القضاء فكونه عقداً حيـــث يتقوم بأركان العقد السائدة في المعاملات وهي:

١- العقد: بصيغة الايجاب والقبول.

٢- محل العقد: وهي القضية المتنازع فيها.

٣- طرفا العقد. وهما:

أ- المتنازعان: حيث لابد أن يتوفر فيهما أهلية التعاقد العامة كالبلوغ والعقل والاختيار.

ب-المحكَّم: وهو الطرف الذي يقوم بالقضاء بين المتخاصمين والذي يتصف بأهلية التعاقد العامة اضافة الى الشروط الخاصة والتـــي اختلـــف فيهـــا الفقهاء.

وكونه قضاءً يرتكز على:

١- قبول المحكَّم للسير في اجراءات التحاكم واصدار الحكم.

٢- شروع المحكَّم في اجراءات التحكيم.

٣- صدور الحكم القضية المتنازع فيها.

٤- مطابقة الحكم للحكم الشرعي.

وبمثل هذا كان اتجاه جمع من فقهاء القانون حيث قالوا بـــ(النظرية المختلطة للتحكيم) وان التحكيم في حقيقتـــه ذو طبيعـــة مختلطـــة او مركبـــة عقديـــة قضائية[١٠٧].

النتائج

وبعد هذا الكلام الموجز عن التحكيم تبين ما يأتي:

١- إن التحكيم انما هو قضاء من قبل شخص له أهلية من دون أهليـــة القاضـــي المنصوب واستمد مشروعية عمله من الشارع المقدس.

٢- يبدو ان اشتراط الاجتهاد في المحكَّم لا وجه له وخاصة على مبنى الاماميـــة مما نص على الأذن العام لكل مجتهد يحمل شروط القضاء لفض الخـــصومات بـــين الناس.

نعم يمكن أن يشترط فيه الشروط الاخرى من بلوغ وعقل وعدالـــة وعـــدم مخالفة حكمه للشريعة.

٣- جواز التحكيم من حيث حكمه الأول مطلقاً من دون تحديده بزمن معين.

٤- يختص قاضي التحكيم بحقوق المتنازعين ذلك ان حقوق الله ليس لها خـــصم معين أما حقوق الناس ان لم تكن خاصة بالمتنازعين ويشترك فيها آخـــرون كـــالزم العاقلة بالقتل الخطأ واللعان والنسب والولاء والحجر فليس من حقه الفصل فيها لأنها خارجة عن صلاحيته ويحتاج رضا أطراف أخرى غير المتخاصمين فيختص حكمه بمن رضي به.

٥- إن التحكيم يبدأ باتفاق بين المتنازعين وينتهي بالقضاء فهو ذو طبيعة مختلطة بينهما أي انه عبارة عن مركّب عقدي قضائي حيث يبدأ عقداً مديناً مشروعاً يحتوي على عنصر الالزام لكن بعد الشروع في الحكم يستمد الزامه وحجيته من القضاء لذا عده بعضهم من العقود والآخر من القضاء لكن الثاني اقرب لأن العبـــرة بخـــواتيم الأمر لا مقدماته فنرى الفقهاء والباحثين لا يبحثون في القضاء والا وبحث التحكـــيم الى جانبه ولم نجد من يبحثه ضمن أبواب العقود.

هوامش البحث

(١) استنادا الى قوله تعالى ()
(٢) استنادا الى قوله تعالى
(٣) بحث الشيخ الطوسي التحكيم الى جانب القضاء في كتابيه الخلاف والمبسوط.
(٤) وقد بحثه الدكتور قحطان الدوري بحثا وافيا تحت عنوان (عقد التحكيم) في اطروحته للدكتوراه حيث عده من العقود كعنوان اقرب منه الى القضاء. وسنبين مخالفتنا له في هذا الباب بمبحث مستقل –ان شاء الله-.
(٥) العين/ مادة (حكم)
(٦) الصحاح مادة (حكم)
(٧) مقاييس اللغة/ وايضا القاموس المحيط (مادة حكم)
(٨) لسان العرب/ مادة حكم.
(٩) ابن نجيم/ زين الدين ابراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ص٧/ ٢٤ وانظر ايضا: الخصاف محمد بن علي، الدر المختار مع حاشية رد المحتار، لابن عابدين – دار احياء التراث العربي- بيروت، ٤٢٨/٥.
(١٠) الطوسي، ابو جعفر محمد بن الحسن، كتاب الخلاف، مؤسسة النشر الاسلامي – قم، ١٤١١هـ، ٢٤١/٦.
(١١) المحقق الحلي، نجم الدين جعفر بن الحسن، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام، تح: عبد الحسين محمد علي، مطبعة الآداب- النجف الاشرف، ١٣٨٩هـ، ٦٨/٤.
(١٢) ابن فرحون، برهان الدين ابو الوفاء ابراهيم اليعمري المالكي ، تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام، دار الكتب العلمية – بيروت، ٢٠٠١م، ٤٣/١.
(١٣) ابن قدامى، موفق الدين ابو محمد عبد الله بن احمد المغني مع الشرح الكبير، دار الفكر- بيروت، ١٠٧/٩.
(١٤) انظر: قانون المرافعات المدنية العراقي، رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ مادة (٢٥١) وانظر ايضا، الشرقاوي، عبد المنعم احمد، شرح المرافعات المدنية والتجارية، ص٦٢٠.
(١٥) انظر قانون المرافعات المدنية العراقي (مصدر سابق)
(١٦) الطوسي، المبسوط في فقه الامامية، المكتبة المرتضوية ، طهران ١٣٥١هـ، ١٦٤/٨، المحقق الحلي، شرائع الاسلام، ٦٨/٤، وانظر ايضا الشهيد الثاني، زين الدين بن علي، مسالك الافهام، الى تنقيح شرائع الاسلام، مؤسسة المعارف الاسلامية – قم، ١٤١٣هـ، ٣٣٢/٢، النجفي، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، دار الكتب الاسلامية، طهران، ١٤٠٥هـ، ٢٨/٤، الخطيب الشربيني،

شمس الدين محمد بن احمد، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، نشر المكتبة الاسلامية، ٣٧٨/٤، الماوردي، ابو الحسن علي بن محمد بن حبيب، ادب القاضي، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٣٩١، ٣٧٩/٢، الدر المختار، ٤٢٨/٥، البحر الرائع، ٢٤/٧، تبصرة الحكام، ٥٥/١، ابن رشد ابو الوليد محمد بن احمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٨هـ، ٤٥٢/٢، المغني مع الشرح الكبير، ٤٨٣/١١.
(١٧) الطوسي، الخلاف، ٢٤١/٦.
(١٨) المسالك، ٣٣٢/١٣.
(١٩) شرائع الاسلام، ٦٨/٤.
(٢٠) الخصاف ابي بكر احمد بن عمر، ادب القضاء،تح: محي هلال السرحان، طبع وزارة الاوقاف العراقية، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٧٧م، ص٥٨٥.
(٢١) تبصرة الحكام، ص٤٤.
(٢٢) المسالك، ٣٣٤/١٣.
(٢٣) العلامة الحلي، الحسن بن يوسف المطهر، قواعد الاحكام، المطبوع مع شرحه مفتاح الكرامة للسيد محمد جواد العاملي، دار احياء التراث العربي – بيروت، ٢/١٠.
(٢٤) جواهر الكلام، ٢٨/٤٠.
(٢٥) م.ن.
(٢٦) مغني المحتاج، ٣٧٩/٤، وانظر ايضا: ابن حزم الظاهري علي بن احمد بن سعيد، المحلى، المطبعة المنيرية،مصر، ١٣١٥هـ، ٤٥٣/٩.
(٢٧) السرخسي، شمس الدين محمد بن احمد بن ابي سهل، المبسوط، دار المعرفة- بيروت، ٦٢/٢١، وانظر ايضا: البحر الرائع، ٢٥/٧، جواهر الكلام، ١٥/٤٠، الخوئي، ابو القاسم الموسوي، مباني تكملة المنهاج، دار الزهراء- بيروت، ٩/١.

(٢٨) النساء، ٥٨.
(٢٩) المائدة، ٨.
(٣٠) المائدة، ٤٤- ٤٥، ٤٧.
(٣١) النساء، ٣٥.
(٣٢) القرطبي، شمس الدين محمد بن احمد بن ابي بكر، الجامع لاحكام القرآن، دار الكتب المصرية، ١٧٧/٥، وانظر ايضا: البيضاوي، عبد الله بن عمر بن محمد، انوار التنزيل واسرار التأويل، دار الكتب العربية، مصر، ٨٦/٢، البحر الرائق، ٥٥/٧.
(٣٣)
(٣٤) استدل بهذا الحديث، الخوئي، المباني، ٩١/١.

(٣٥) سورة
(٣٦) استدل بهذا الحديث، الشيخ الطوسي في الخلاف، ٢٤٢/٦، وابن قدامى في المغني، ١١، ٤٨٤.
(٣٧) المسالك، ٣٣٢/١٣.
(٣٨) البحر الرائق، ٢٥/٧.
(٣٩) فقد ذكر ابو داوود في سننه انه لما وفد الى الرسول (ص) مع قومه سمعهم يكنونه ابا الحكم فقال: ان الله هو الحكم فلم تكنى ابا الحكم، فقال: ان قومي اذا اختلفوا في شيء اتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الطرفين، فقال رسول الله (ص): ما أحسن هذا فما لك من الولد؟ قال: شريح ومسلم وعبد الله، قال: فمن اكبرهم؟ قلت: شريح، قال: فأنت أبو شريح...)) ظ: السنن الكبرى، كتاب الادب، باب تغيير الاسم القبيح، ٢٤٠/٥ وانظر ايضا:الدوري، عبد الرحمن، عقد ا لتحكيم في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، ص٨٧.
(٤٠) الحر العاملي محمد بن الحسن، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة، مؤسسة ال البيت لاحياء التراث- بيروت، ١٤/٢٧.
(٤١) الخوئي/ المباني، ٨/١.
(٤٢) الوسائل، ١٥/٢٧.
(٤٣) الوسائل/ ٣/١٨.
(٤٤) الكليمي، محمد بن يعقوب الكافي، دار الكتب الاسلامية، ط٢ – طهران، ١٣٩١هـ، ٤٠٠/٧، وانظر ايضا: المصدر السابق، ٢٧٦/٢٧.
(٤٥) الزيلعي، فخرالدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط٢، دار المعرفة، بيروت، ١٩٣/٤، الشربيني، مغني المحتاج، ٣٧٨/٤.
(٤٦) المسالك، ٣٣٢/١٣.
(٤٧) البيهقي،ابي بكر احمد بن الحسين، السنن الكبرى، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية،الهند، ١٣٥٢، ١٤٥/١٠.
(٤٨) وقد يلحق بهذا القول من يرى من الامامية اشتراط الاجتهاد في قضاء التحكيم. والاذن العام لكل مجتهد في كل زمان، نعم يمكن ان يكون صلحا لا قضاءا بناءا على هذا الرأي.
(٤٩) مغني المحتاج، ٣٧٩/٤، وانظر ايضا الرملي، شمس الدين محمد بن ابي عباس نهاية المحتاج، الى شرح المنهاج، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٣٨، ٢٣٠/٨.
(٥٠) ابن حزم المحلى، ٤٣٥/٩.
(٥١) مغني المحتاج،٣٧٨/٤، لكنه يقيده في حال الضرورة فقط.

(٥٢) الأحدب، د.عبدالحميد، موسوعة التحكيم، وثائق تحكيمية، ط٣، ٢٠٠٨، نشر الحلبي الحقوقية، ٥٨١/٣،
(٥٣) يرى الدوري ان هنالك اربعة أقوال في المسألة، ظ: عقد التحكيم، ص١٨٣.
(٥٤) وقد اشترطوا في القاضي، البلوغ، والعقل ، الحرية، والاسلام، والايمان، والعدالة، والاجتهاد وسلامة البصر، والنطق.
(٥٥) الطوسي المبسوط، ٦٤/٨، وانظر ايضا شرائع الاسلام ٦٨/٤، العلامة الحلي، قواعد الاحكام،مؤسسة النشر الاسلامي – قم، ٤١٩/٣ ، المسالك ٣٣٢/١٣.
(٥٦) الدر المختار بحاشية رد المحتار، ٤٢٨/٥، البحر الرائق، ٢٤/٧.
(٥٧) ابن قدامى، المغني، ٤٨٣/١١.
(٥٨) مغني المحتاج، ٣٧٨/٤، ابن ابي الدم، ابراهيم بن عبد الله، ادب القضاء، تحقيق: هلال السرحان، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٤٠/٢.

(٥٩) الحطاب، ابو عبد الله، محمد بن محمد الطرابلسي، مواهب الجليل، شرح مختصر سيدي خليل، نشر مكتب النجاح، ليبيا، طبع دار الكتاب اللبناني، ١١٢/٦.
(٦٠) الماوردي، ادب القاضي، ٣٨٠/٢، الدوري، عقد التحكيم، ص١٨٣.
(٦١) جواهر الكلام، ٣٠/٤٠.
(٦٢) ج١٠/ ص٣.
(٦٣) الانصاري، الشيخ مرتضى/ القضاء والشهادات، اعداد: لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم، مطبعة باقري، قم، ١٤١٥هـ.
(٦٤) الخوئي، المباني، ٩/١.
(٦٥) المصدر السابق.
(٦٦) البحر الرائق، ٢٨/٧.
(٦٧) المحلى، ٤٣٥/٩.
(٦٨) تبصرة الحكام، ٤٤/١.
(٦٩) ابن قدامى، المغني، ٤٨٤/١١.
(٧٠) الشهيد الأول، شمس الدين، محمد بن مكي العاملي، الدروس الشرعية في فقه الامامية، مؤسسة النشر الاسلامي، ٦٧/٢ وانظر ايضا: العاملي، مفتاح الكرامة، ٣/١٠.
(٧١) الماوردي، ٣٨١/٢، ابن قدامى، المغني، ٤٨٤/١١.
(٧٢) المصدر السابق.
(٧٣) شرائع الاسلام، ٦٨/٤، جواهر الكلام، ٣١/٤٠.
(٧٤) العلامة الحلي، قواعد الاحكام، ٤١٧/٣.
(٧٥) الشهيد الاول، الدروس، ٦٧/٢.
(٧٦) السرخسي، المبسوط، ١١/١٦، البحر الرائق، ٦٧/٧، الدر المختار، ٤٢٩/٥.

(٧٧) العلامة الحلي، القواعد، ٤١٩/٣، المسالك، ٣٣٣/١٣، جواهر الكلام، ٢٧/٤٠.
(٧٨) وسائل الشيعة ، باب ٢٨ من ابواب مقدمات الحدود.
(٧٩) جواهر الكلام، ٢٧/٤٠، المسالك، ٣٣٣/١٣.
(٨٠) قواعد الاحكام، ٤١٩/٣، جواهر الكلام، ٢٧/٤٠.
(٨١) مسالك الافهام، ٣٣٣/٣.
(٨٢) الدوري، عقد التحكيم، /٢٤٥.
(٨٣) ابن قدامة، المغني، ٤٨٤/١١.
(٨٤) الزحيلي، وهبة، الفقه الاسلامي وادلته، دار الفكر المعاصر، بيروت، ٧٥٦/٦.
(٨٥) مغني المحتاج، ٣٧٩/٤، الماوردي، ادب القاضي، ٣٨١/٢.
(٨٦) الدوري، عقد التحكيم، ٢٦٢/٢، والمصادر المشار اليها.
(٨٧) ذكرت هذه النصوص في ادلة القائمين بالجواز مطلقا.
(٨٨) وهو ما توصل اليه الدوري في اطروحته (كما اشرنا).
(٨٩) رواه الشيخ الطوسي في الخلاف واحتج به، ٦٠٢/٢.
(٩٠) النساء/ ٩٠.
(٩١) وسائل الشيعة، ٥/١٨.
(٩٢) المصدر السابق، ٣/١٥.
(٩٣) ابن قدامة، المغني، ٤٨٤/١١.
(٩٤) شرائع الاسلام، ٦٨/٤.
(٩٥) الانصاري، القضاء والشهادات، ص٤٧.
(٩٦) ظ: عقد التحكيم، ص١١٢ وما بعدها.
(٩٧) المصدر السابق.
(٩٨) الماوردي، ادب القاضي، ٣٨٠/٢.
(٩٩) المرداوي، الانصاف، ١٨٠/١١.
(١٠٠) البحر الرائق، ٢٨١/٦.
(١٠١) شرائع الاسلام، ٦٨/٤.
(١٠٢) الشهيد الأول، الدروس، ٦٦/٢-٦٧.
(١٠٣) المسالك، ٣٣٢/١٣.

(١٠٤) ابو الوفاء،احمد، التحكيم الاختياري و الاجباري، ١٩٨٨، ص١٨، ١٩.
(١٠٥) الوسائل، ٥/١٨.
(١٠٦) المصدر السابق.
(١٠٧)راشد، سامية، التحكيم في العلاقات الدولية