التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي

رسالة لنيل درجة الماجستير

مقدمة من الباحث

خالد عبد العزيز عبدالله الهاجري

تحت إشراف

أ.د/ الشحات إبراهيم منصور
أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية
عميد كلية الحقوق – جامعة بنها سابقاً

أ.د/ محمد سعد حمزة
أستاذ الشريعة الإسلامية
كلية الحقوق – جامعة بنها
وكيل كلية الحقوق لشئون الطلاب

٢٠٢٠

الفصل التمهيدي

التعريف بالتحكيم وتطوره التاريخي مع بيان دليل مشروعيته في الإسلام

المبحث الأول

ماهية التحكيم وتطوره التاريخي

المطلب الأول

ماهية التحكيم في اللغة والإصطلاح

أولاً: التحكيم في اللغة: "حكم" الحكم القضاة، وقد حكم بينهم، بحكم بالضم حكماً وحكم له وحكم عليه، والحكم أيضاً، الحكمة من العلم، والحكيم العالم وصاحب الحكمة، والحكيم أيضاً المتقن للأمور[٢٢١٩].

وبذلك يتضح أن التحكيم هو القضاء بالمعنى اللغوي، حيث أن المحكم يعد قاضياً، كما أن القاضي يعد محكماً.

والحكم لله سبحانه وتعالى، أحكم الحاكمين، وهو الحكيم، له الحكم، ومن صفات الله سبحانه وتعالى الحكم والحكيم، وهما بمعنى الحاكم وهو القاضي، فهو على وزن فعيل بمعنى مفعل، ويقال كذلك: حاكمه إلى الحاكم بمعنى دعاه وخاصمه، والمحاكمة المخاصمة إلى الحكام[٢٢٢٠].

والتحكيم في اللغة حسب ما تقدم نرى انه يفيد إطلاق يد المحكم ليحكم في موضوع النزاع أو الخلاف بين المحتكمين، يقال مثلاً حكَّم فلان فلاناً في ماله إذا منحه حرية التصرف فيه والمفوض إليه في النزاع يسمى حكماً.

ثانياً: تعريف التحكيم في الاصطلاح:

لقد عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية بالعديد من التعريفات وذلك على النحو الأتي:

١- المالكية: التحكيم، أن الخصمين إذا حكَّما بينهما رجلاً وارتضياه كي يحكم بينهما جاز ذلك[٢٢٢١].

٢- الحنفية: تولية الخصمين، حاكما يحكم بينهما، وركنه اللفظ الذي يدل عليه، مع قبول الآخر، وشرطه من جهة المحكم بالكسر، العقل، لا الحرية، ومن جهة المحكم – بالفتح – صلاحيته للقضاء ويكون أهلاً للشهادة، فلو حكم عبداً أو صبيا أو ذمياً أو محدوداً في قذف لم يصح[٢٢٢٢].

([٢٢١٩]) مختار الصحاح، للشيخ الإمام العالم، العلامة، البحر، الفهامة، وحيد دهره وفريد عصره، محمد ابن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، رحمه الله ونفع به أمين، ط١، المطبعة الكلية على نفقة صاحبها، عبدالله محمد الكبتي، ويباع بمكتبتها بالسكة الحديد بمصر، وبالمكاتب الشهيرة، سنة ١٣٢٩هـ، ص٤٧٠.

([٢٢٢٠]) جمال الدين محمد بن مكرم بن علي بن احمد الأنصاري، المعروف بابن منظور، ١٨٣٣م، لسان العرب، ج٢، ص١٥١، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ١٩٩٩.

([٢٢٢١]) الإمام العلامة برهان الدين بن فرحون، خرج أحاديثه وعلق عليه وكتب هوامشه الشيخ جمال مرعشلي، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع الرياض، طبعة خاصة، ٢٠٠٣، ص٥٥.

٣- الحنابلة: عرفه الحنابلة بأنه: "إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكَّماه بينهما ورضياه، وكان مما يصلح للقضاء فحكم بينهما، جاز ذلك ونفذ حكمه عليهما"[٢٢٢٣].

٤- الشافعية: عرفه الشافعية بأنه هو أن يتخذ الخصمان رجلاً من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه في بلد فيه قاصر أو ليس فيه قاضي جاز لأن عمر بن الخطاب وأبي بن كعب تحاكما إلى زيد بن ثابت[٢٢٢٤].

المطلب الثاني

التطور التاريخي للتحكيم في الأمم السابقة وعند العرب قبل الإسلام

أولاً: التحكيم عند الأمم السابقة (غير العرب) قبل الإسلام:

١- **التحكيم عند الرومان:** لم يعرف القانون الروماني التحكيم الدولي لأنهم كانوا ينكرون مفهوم المساواة في السيادة بين الدول، ولكنهم كانوا يقتصرون في التحكيم على القانون الخاص فقط[٢٢٢٥].

٢- **التحكيم عند الإغريق:** كان يتم الفصل في المنازعات التي تتم بين المدن اليونانية القديمة (الإغريق)، مجلس دائم للتحكيم يسمى (الأمفيوكوتيوني) حيث كان التحكيم هو الوسيلة التي يتم بمقتضاها القضاء في المنازعات وذلك في المراحل الأولى من الحضارة في بلاد العراق القديم [٢٢٢٦].

وقد عرف الإغريق، التحكيم في العلاقات الداخلية وذلك على نطاق واسع، ليس هذا فحسب بل عرف كذلك في العلاقات الخارجية، أن يسجل اسمه في قائمة المحكمين للقيام بمهنة التحكيم[٢٢٢٧]، أما في مجال العلاقات الخارجية، فكان هناك المجلس الدائم للتحكيم الذي يتولي الفصل في المنازعات القائمة بين المدن الإغريقية القديمة [٢٢٢٨].

([٢٢٢٢]) تكملة البحر الرائق، شرح كنز الدقائق للإمام العلامة الشيخ محمد بن حسين بن علي الطوري القادري الحنفي، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ زكريا عميرات، ج٧، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٩٧، ص٤١.

([٢٢٢٣]) المغني، موفق الدين أبي محمد عبدالله بن احمد ابن محمد بن قدامه المقدسي، الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، تحقيق د. عبدالله بن عبد المحسن التركي، د. عبد الفتاح محمد الحلو، ج١٤ (الرابع عشر)، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ص٩٢.

([٢٢٢٤]) أدب القاضي، تأليف أبي الحسن بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي، تحقيق محي هلال سرحان، الكتاب الرابع، ج٢، مطبعة العاني بغداد، ١٩٧٢، ص٣٧٩.

([٢٢٢٥]) د. قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط١، دار الفرقان، عمان، الأردن، ٢٠٠٢، ص٣٦.

([٢٢٢٦]) د. قحطان عبد الرحمن الدوري، مرجع سابق، ص٣٧.

([٢٢٢٧]) د. فخري أبو سيف مبروك، مظاهر القضاء الشعبي، لدى الحضارات القديمة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة (٦)، العدد (١)، يناير ١٩٧٤، ص١٠٣، ١٠٤.

([٢٢٢٨]) د. عبد الحسين القطيفي، التحكيم في المنازعات الدولية، مجلة العلوم القانونية بغداد، العدد (١)، سنة ١٩٦٩، ص٣٢.

٣- التحكيم عند بابل وأشور: ونظر لكون التحكيم كان معروفاً وسائداً لدى الأوربيين قديماً[٢٢٢٩] فكان الأمر كذلك لدى الدول في الشرق خاصة بابل وأشور، حيث كان يعتمد الفصل في الخصومات التي تتم بين المتخاصمين، على الكهنة ورجال الدين وتحكيم الآلهة في ذلك الوقت [٢٢٣٠].

٤- التحكيم عند قدماء المصريين: حيث كان يمارس العمل القضائي عند قدماء المصريين، الفرعون وذلك في معظم الحالات التي تعرض عليه كخوصمات ما عدا الخصومات التي تكون بين الأفراد فكان يقضي فيها موظفون من الكهنة يحكمون بموجب التشريع الصادر لهم من المعابد، ثم بعد ذلك تم تعيين قضاه لمحاكم الأقاليم، وبعد ذلك انفرد أمراء الأقاليم عن الفرعون في عهد الأسرة السادسة بالسلطة حيث أصبح أمير الإقليم هو القاضي بدلاً من الفرعون حيث يفصل في المنازعات بحكم لا يقبل الطعن، ورغم ذلك كان للأفراد الحق في أن يلجأوا إلى فض منازعاتهم عن طريق التحكيم، وكان يتم تحديد المحكمين من خلال اتفاق التحكيم[٢٢٣١].

([٢٢٢٩]) د. إسماعيل الاسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ١٩٨٦، ص٢٧.

([٢٢٣٠]) د. شعيب احمد سليمان، التحكيم في منازعات الخطة الاقتصادية العامة، دار الرشيد للنشر، بغداد، ص١٤.

([٢٢٣١]) د. فؤاد عبد المنعم محمد، حكم الإسلام في القضاء الشعبي، بحث مقارن، ٢٠١١، ص١٨.

ثانياً: التحكيم عند العرب قبل الإسلام:

حيث أن النظام القبلي، كان سائدا قبل ظهور الإسلام بعاداته وتقاليده فقد كان للقبائل حكامها الذين كانوا يتمتعون بالعقل الراجح والإدراك الواسع والاتصاف بالعدل والبعد عن الدنايا، والالتزام بالصدق عند الفصل في المنازعات، ولم يكن هناك مشرع يضع لهم القوانين التي يطبقونها على المنازعات [٢٢٣٢].

وكان المحكوم عليه يخضع لحكم، الحكم، تحت سلطان الوضع الأدبي أو العرف السائد أو سلطان الرأي العام أو ربما يخشى عاقبة الوقوع في معارك أخرى عند رفض حكم المحكم [٢٢٣٣].

صور التحكيم عند العرب قبل الإسلام:

١- **الاحتكام إلى حكام العرب قبل الإسلام:** فكان للعرب في الجاهلية حكام يلجأون إليهم لفض منازعاتهم ممن اتصفوا بأصالة الرأي وسعة الإدراك ورجاحة العقل ويقظة الضمير وممن لهم علم بأعراف القوم وتقاليدهم[٢٢٣٤].

٢- **الاحتكام إلى الكهنة:** قبل الإسلام، كانت تشد الرحال إلى حكام العرب، ونفس الأمر إلى الكهنة، وذلك طلباً منهم أن يحكموا بين المتنازعين لإنهاء الخصومات وذلك لاعتقاد الناس في هذا الوقت بأن الكاهن له القدرة على معرفة الغيب ومن ثم معرفة من هو الظالم ومن هو المظلوم، أي معرفة صاحب الحق من غيره[٢٢٣٥].

٣- **الاحتكام إلى النار:** عرفت العرب وسيلة أخرى للتحكيم وهي الاحتكام إلى النار، وذلك عند نشوب منازعات بينهم حيث كانوا يعتقدون أن النار تقضي على الظالم ولا تمس البريء بأي أذى[٢٢٣٦].

والاحتكام إلى النار، أمر مازال قائماً ومعروفاً إلى يومنا هذا عند العرب المقيمين بشمال سيناء بمصر [٢٢٣٧].

([٢٢٣٢]) د. قحطان عبد الرحمن الدوري، مرجع سابق، ص٤٠، ٤١.

([٢٢٣٣]) د. قحطان عبد الرحمن الدوري، مرجع سابق، ص٤٣، ٤٤.

([٢٢٣٤]) د. إسماعيل الأسطل، مرجع سابق، ص٣١ وما بعدها.

([٢٢٣٥]) د. قدري محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض، ١٤٣٠هـ، ص٣٦.

([٢٢٣٦]) السيرة النبوية، عبد الملك بن هشام، مرجع سابق، ص٢٣.

([٢٢٣٧]) د. احمد صفوت، مقدمة القانون، ط٢، ١٩٢٤، ص٣٧٨.

٤- الاحتكام إلى الرسول صلى الله عليه وسلم وأصحابه قبل الإسلام:

كان الرسول صلى الله عليه وسلم يحتكم إليه الناس في الجاهلية[٢٢٣٨] وقد احتكم العرب إليه في وضع الحجر الأسود عند بناء الكعبة فانتهى بحكمه النزاع. وكمثال لأصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم سنتناول عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأرضاه، فكان عمر بن الخطاب يقضي قبل الإسلام بين الناس، قال رباح بن الحارث: كان عمر بن الخطاب يقضي فيما سبت العرب بعضها من بعض قبل الإسلام وقبل أن يبعث النبي صلى الله عليه وسلم[٢٢٣٩].

هذا عن التحكيم من الرسول صلى الله عليه وسلم وأصحابه في الجاهلية ولما ظهر الإسلام، كان هناك حالات عديدة للتحكيم ورد بصددها الكثير من الأحاديث النبوية الشريفة وأخبار عن صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم والتابعين وتابعي التابعين فقد حكم الرسول صلى الله عليه وسلم لسعد بن معاذ في بني قريظة[٢٢٤٠].

وأما عن التحكيم في عصر الخلفاء الراشدين، فكان يطابق بشكل كبير عصر الرسول صلى الله عليه وسلم، والفرق بينهما هو وجود النبي صلى الله عليه وسلم، الذي كانت له السلطة الأخيرة للفصل في الأمور التي يختلفون فيها[٢٢٤١].

([٢٢٣٨]) الطبقات الكبير، ج١، محمد بن سعد بن منيع الزهري، تحقيق د. علي محمد عمر، مكتبة الخانكي، القاهرة، ٢٠٠٢، ص١٥٧.

([٢٢٣٩]) طبقات بن سعد، ج١، ص١٥٣.

([٢٢٤٠]) صحيح مسلم، الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري التيسابوري، ط١، المطبعة العامرة في دار الخلافة العلية، ١٣٣٠، ص٩٢.

([٢٢٤١]) د. نجيب احمد الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص٨٦.

المبحث الثاني

التحكيم في الإسلام ودليل مشروعيته

المطلب الأول

مشروعية التحكيم بالكتاب والسنة

أولاً: مشروعية التحكيم بالكتاب: إن الدليل على جواز التحكيم مطلقاً من القران الكريم:

١- قوله تعالى: "فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا"[٢٢٤٢] ووجه الاستدلال، أن هذه الآية نزلت في تحكيم الزوجين[٢٢٤٣] ولما جاز التحكيم في حق الزوجين، دل ذلك على جواز التحكيم في سائر الخصومات والدعاوى[٢٢٤٤] فكان الحكم من الحكمين بمنزلة حكم القاضي المقلد إلا أنهما يفترقان في أشياء مخصومة، منها انه الحكم في الحدود والقصاص لا يصح.....[٢٢٤٥].

وقد استدل ابن عباس رضي الله عنهما بهذه الآية على الخوارج في إنكارهم التحكيم في "صفين"[٢٢٤٦] وقد قال في ذلك، الكمال بن الهمام: أن الاستدلال بهذه لأية على جواز التحكيم محل نظر ولكنه لم يبين ذلك[٢٢٤٧]، إلا أن ابن نجيم قال في بيان ذلك: "أن كلا من المحكمين لم يتراضيا عليه، خصوصاً أن الضمير في قوله "فابعثوا" عائد إلى الحكام، العائد إليهم ضمير "وإن خفتم"، ولان الحكم عند الحنفية، إنما يصلح فقط، وليس له إيقاع الطلاق، فهو وكيل، فلم يكن من هذا القبيل[٢٢٤٨].

([٢٢٤٢]) سورة النساء، الآية ٣٥.

([٢٢٤٣]) تبيين الحقائق، ج٤، شرح كنز الرقائق، تأليف فخر الدين عثمانيين بن علي الزيلحي الحنفي، وبهامشه حاشية كمال الدين احمد الشلبي، ط١، المطبعة الاميرية، بولاق، مصر، ١٣١٣هـ، ص١٩٣.

([٢٢٤٤]) شرح أدب القاضي، برهان الأئمة حسام الدين بن عبد العزيز بن مازة البخاري، بغداد، ج٤، الدار العربية للطباعة، ١٩٧٨، ص٥٨.

([٢٢٤٥]) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، تحقيق وتعليق، الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل احمد عبد الموجود، ج٩، ص٩٣ منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط٢، ٢٠٠٢.

([٢٢٤٦]) روح المعاني في تفسير القران العظيم والسبع المثاني، لأبي الفضل شهاب الدين محمود الألوسي البغدادي، ج٥، إدارة الطباعة المنيرية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان ص٢٧.

([٢٢٤٧]) فتح القدير، الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري ا لمعروف بابي الهمام الحنفي على الهداية شرح بداية المبدى تأليف شيخ الإسلام برهان الدين علي ابن أبي بكر المرغيناني. علق عليه وشرح آياته وأحاديثه الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي منشورات محمد علي بيضون لنشر كتب السنة وا لجماعة، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ج٥، ص٤٩٨.

([٢٢٤٨]) البحر الرائق في شرح كنز الرقائق للإمام العلامة، محرر المذهب النعماني وأبي حنيفة الثاني، الشيخ زين الدين الشهير بابن نجيم وبهامشه الحواشي المسماه بمنحه الخالق على البحر الرائق لخاتمة المحققين السيد محمد أمين الشهير بابن عابدين، ط١، المطبعة العلمية، ج٧، ص٢٥.

٢- عموم ما دل عليه وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر[٢٢٤٩] ووجه الاستدلال هنا، أن الحكم يعين صاحب الحق على أن يأخذ حقه، وهذا أمر بالمعروف، وينبه من ليس له حق إلى انه باطل ما يطالب به أو يحرص عليه وهو نهى عن منكر.

([٢٢٤٩]) مفتاح الكرامة، في شرح قواعد العلامة السيد محمد جواد الحسيني العاملي حققه الشيخ محمد باقر الخالصي، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم، إيران، ص١٣.

ثانياً: من السنة الشريعة: ما يدل على مشروعية التحكيم ما يلي:

قال أبو داوود في سننه: حدثنا الربيع بن نافع عن يزيد – يعني أبي المقدام بن شريح – عن أبيه، عن جده شريح عن أبيه هانئ: انه لما وفد إلى الرسول صلى الله عليه وسلم، مع قومه فقال: إن الله هو الحكم واليه الحكم، فلم تكني أبا الحكم؟ فقال إن قومي إذا اختلفوا في شيء، أتوني فحكمت بينهم، فرضى كلا الفريقين، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أحسن هذا، فمالك من الولد؟ قال لي شريح ومسلم وعبدالله، فقال فمن أكبرهم أبو شريح، قال أبو داوود، شريح هذا هو الذي كسر السلسلة وهو ممن دخل تستر قال أبو داوود، وبلغني أن شريحا كسر باب ستر، وذلك انه دخل من سرب[٢٢٥٠].

المطلب الثاني

مشروعية التحكيم بالإجماع وعمل الصحابة والدليل العقلي

أولاً: الإجماع وعمل الصحابة: فقد كان صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم مجتمعين على جواز التحكيم[٢٢٥١]، لأن ذلك وقع لجمع من الصحابة ولم ينكر مع اشتهاره، فكان إجماعاً[٢٢٥٢].

ومن الآثار التي رويت في ذلك ما يلي:

روى أبو داوود في سننه، عن عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث عن أبيه عن جده، قال:

اشترى الأشعث رقيقاً من رقيق الخمس من عبدالله بعشرين ألفاً، فأرسل عبد الله إليه في ثمنهم، فقال: إنما أخذتهم بعشرة ألاف، فقال عبدالله: فاختر رجلاً يكون بيني وبينك، قال الأشعث: أنت بيني وبين نفسك، قال عبدالله، فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينه فهو ما يقول رب السلعة أو يتتاركان"[٢٢٥٣].

([٢٢٥٠]) سنن أبي داوود – ٣٥ كتاب الأدب – ٧٠ باب في تغيير الاسم القبيح – رقم ٤٩٥٥، ج٥، ص٣٤٠ وهو في سنن أبي داوود بحاشية عون المعبود، ج٤ ص٤٤٤ وفيه قال المنذري وأخرجه النسائي.

([٢٢٥١]) المبسوط، لشمس الأئمة أبي بكر محمد بن احمد السرخسي طبعة جديدة محققة اعتنى بها أ. سمير مصطفى رباب، دار المعرفة – بيروت، ج٢١، ص٦٢.

([٢٢٥٢]) تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواش الشرواني والعبادي، احمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ١٩٨٣، ج١٠، ص١١٨.

([٢٢٥٣]) سنن أبي داوود في ١٧ كتاب البيوع والإجارات، ٧٤ باب إذا اختلف البيعان، والمبيع قائم، ج٣ ص٧٨٠ رقم ٣٥١١، رواه عن محمد بن يحيى بن فارس، حدثنا عمر بن حفص بن غياث، حدثنا أبي عن أبي عميش، اخبرني عبد الرحمن بن قيس.

ثانياً: الدليل العقلي على جواز التحكيم مطلقاً فهو ما يلي:

١- إن للمحكمين ولاية على أنفسهما، فصح تحكيمها[٢٢٥٤] لأن صحة تحكيم المحكمين مبنية على تمتعهما بالولاية على النفس[٢٢٥٥].

٢- التحكيم يتم به فض المنازعات وإصلاح ذات البين، وعدم جوازه يؤدي إلى ضياع الحقوق واشتداد المشاحنات ومن ثم فالعقل لا يمنع جوازه، كما أن التحكيم من العقود التي تعارف عليها الناس قبل الإسلام ولم يرد نص يحرمه، والأصل في الأشياء الإباحة[٢٢٥٦].

الباب الأول

عقد التحكيم وأركانه وشروطه

الفصل الأول: أركان عقد التحكيم في الشريعة الإسلامية

المبحث الأول: الإيجاب والقبول (صيغة العقد)

الصيغة هي الدالة على التراضي، والتراضي هو الركن الجوهري في العقد والرضا، هو ارتياح النفس وانبساطها عن عمل ترغب فيه[٢٢٥٧].

أولاً: ماهية الإيجاب والقبول:

تتكون صيغة العقد من عنصرين هما الإيجاب والقبول[٢٢٥٨] فالعبرة في التفرقة بين الإيجاب والقبول، في أن الإيجاب هو ما يصدر أولاً والقبول هو ما يصدر استجابة لهذا الإيجاب.

لذلك ركن التحكيم عند الحنفية هو لفظة الدال عليه مع قبول الآخر، أي اللفظ الدال على التحكيم، كأحكم بيننا أو جعلناك حكماً أو حكمناك في كذا، فليس المراد خصوص لفظ التحكيم، ومع قبول الآخر أي المحكم بالفتح، فلو لم

([٢٢٥٤])وشرح أدب القاضي لابن مازه، ج٤، مرجع سابق، ص٥٥.

([٢٢٥٥]) تبين الحقائق، ج٤، مرجع سابق، ص١٩٣ (المتن والشرح).

([٢٢٥٦]) د. قحطان عبد الرحمن الدوري، مرجع سابق، ص١١٠

([٢٢٥٧]) د. احمد أبو الفتوح، مختصر المعاملات في الشريعة الإسلامية، ط١، ص١٧٣.

([٢٢٥٨]) د. الشحات إبراهيم محمد منصور، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، ص١٧١.

يقبل لا يجوز حكمه إلا بتجديد التحكيم[٢٢٥٩] وذلك كقول الحكم للمتنازعين: أحكم بينكما، فقبلا فسواء ابتدأ الخصمان الحكم أم ابتدأ الحكم الخصمين[٢٢٦٠].

وليس هناك مانع من انعقاد عقد التحكيم كذلك بالإشارة لمن لا يحسن التعبير اللفظي كإشارة الأخرس إذا فهم منها معنى العقد وذلك عندما لا يكون قادراً على الكتابة، أو بالكتابة إذا كان طرفي العقد غائباً، فيصح أن يرسل كتاباً للطرف الآخر يذكر فيه ما يريده (صيغة الإيجاب) فعند وصول هذا المكتوب إلى علم الطرف الآخر المرسل إليه وأبدى قبولاً لهذا الإيجاب المكتوب ينعقد العقد، وليس هذا فحسب بل بالمراسلة كذلك، فإذا حمل رسول إيجاب من الطرف الأول إلى الطرف الآخر فقبله هذا الأخير ينعقد عقد التحكيم[٢٢٦١].

فمن المعلوم أن الكلام هو أصل التعبير عن الإرادة ومن يتعاقد باللفظ يكون تعبيره في هذه الحالة من أقوى الوسائل للتعبير عن إرادة المتعاقد، ولا يشترط أن يتم انعقاد العقد بلفظ معين، بل بكل لفظ يدل على الرضا وبأي لغة كانت طالما أنها لغة المتعاقدين والتي بها يفهمان ما يقصدانه من هذا التعبير اللفظي، وقد اتفق الفقهاء على ذلك ولم يكن لهم من اختلاف إلا بصدد عقد الزواج فقط، حيث يرى فقهاء الشافعية والحنابلة[٢٢٦٢] أن هذا العقد لا ينعقد إلا بلفظ الزواج أو النكاح أو ما اشتق منهما ولا ينعقد بغير ذالك من الألفاظ.

ويرى الحنفية والمالكية أن عقد الزواج يمكن انعقاده بغير هذين اللفظين فيصح كذلك بالهبة والتمليك والبيع والعطية وما يرادفهم من أي لغة في حال وجود القرينة الدالة على مراد إيجاب الزواج[٢٢٦٣].

كما اتفق الفقهاء كذلك على جوار التعاقد بالكتابة سواء كانا المتعاقدان يقدران على النطق أم غير قادران عليه أو كان احدهما قادر على النطق والآخر غير قادر عليه سواء كانا في مجلس واحد أو احدهما حاضراً والأخر غائب بشرط أن تكون الكتابة ظاهر وواضحة وإن تكون مكتوبة بالطريقة التي اعتاد الناس عليها[٢٢٦٤] وقد استثنى من ذلك أيضاً عقد الزواج فلا ينعقد بالكتابة بين الحاضرين طالما أنهما قادران على النطق.

([٢٢٥٩]) رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الإبصار لخاتمة المحققين محمد أمين، الشهير بابن عابدين، دراسة وتحقيق وتعليق الشيخ عادل احمد عبد الموجود، الشيخ علي محمد معوض، قدم له وقرضة د. محمد بكر إسماعيل ج٨، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، طبعة خاصة، ٢٠٠٣، ص١٢٥ ، ١٢٦.

([٢٢٦٠]) حاشية الطحاوي على الدر المختار، شرح تنوير الإبصار في مذهب الإمام أبو حنيفة، بواسطة احمد بن محمد بن إسماعيل الطحاوي، ج٣، ص٢٠٧.

([٢٢٦١]) د. عبد الرحمن الدوري، مرجع سابق، ص١٢١.

([٢٢٦٢]) د. الشحات إبراهيم محمد منصور، مرجع سابق، ص١٨٥ ، ١٨٦ هامش (١) الأم للإمام الشافعي ٤٠/٥ ط دار الفكر، ط٢ الروض المربع، ص٤٤٠.

([٢٢٦٣]) د. الشحات إبراهيم محمد منصور، مرجع سابق، ص١٨٧.

([٢٢٦٤]) د. الشحات إبراهيم محمد منصور، مرجع سابق، ص١٩٢ ، ١٩٣.

كما ينعقد كذلك العقد بالإشارة التي تدل دلالة واضحة على أن المتعاقد أراد إنشاء العقد ورضي به[٢٢٦٥].

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم صحة التعاقد بالإشارة من القادر على النطق لأن الأصل في التعبير عن الإرادة هو الكلام ولا يتجاوز هذا الأصل إلا لضرورة[٢٢٦٦].

ويذهب فقهاء المالكية إلى أن الإشارة من القادر على النطق إذا كانت واضحة ودالة على إرادة إبرام العقد فهي صحيحة مثل اللفظ والكتابة[٢٢٦٧].

واتفاقاً مع حاجة الناس ومقتضيات التعامل نتفق مع رأي جمهور الفقهاء.

أما بصدور الإشارة من غير القادر على النطق لكنه يحسن الكتابة فقد اختلف في ذلك الفقهاء، فمنهم من يرى صحة التعاقد، وذهب فريق آخر إلى عدم صحة التعاقد بالإشارة حتى من العاجز عن النطق طالما انه قادر على الكتابة[٢٢٦٨].

وبإنزال ذلك كله على عقد التحكيم نرى انه يمكن انعقاده بالإشارة أو بالكتابة في حالة عدم المقدرة على الكلام وذلك حسب التفصيل الوارد في الآراء الفقهية السابق الإشارة إليها.

ثانياً: شروط صيغة العقد (الإيجاب والقبول)

حتى يكون الصيغة العقد آثراً شرعياً ويكون لهذا العقد وجوداً في نظر الشارع الحكيم فلابد من توافر عدة شروط في كل من الإيجاب والقبول هي

١- وجوب مطابقة القبول للإيجاب في جميع المسائل التي وردت به [٢٢٦٩].

ولا يفيد حكم المحكم، أي لا ينفع إلا برضاهما، أي الخصمين من قبل الحكم، ويشترط استمراره إلى نهاية الحكم [٢٢٧٠].وقد اختلف الفقهاء على اشتراط الرضا بعد صدور حكم المحكم

وللشافعي في ذلك قولين:

القول الأول: لا يلزمهما الحكم إلا بالتزامه بعد الحكم كالفتيا لأنه لما وقف على خيارهما في الابتداء وجب أن يقف على خيارهما في الانتهاء وهو قول المزني والقول الثاني: وهو انه يكون بحكم المحكم لازما لهما ولا يقف بعد

([٢٢٦٥]) المسالك إلى مذهب الإمام مالك لصاحبه العلامة الفقيه "أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير العدوي، ج٣، ص١٢.

([٢٢٦٦]) الشرح الصغير، مرجع سابق، ص١٣.

([٢٢٦٧]) الشرح الصغير، ج٣، ص١٤، مرجع سابق، ص١٤.

([٢٢٦٨]) الشرح الصغير، مرجع سابق، ص١٥.

([٢٢٦٩]) د. احمد زكي عويس، د. زكي زكي حسين زيدان، مرجع سابق، ص٢٦٧.

([٢٢٧٠]) إعانة الطالبين للعلامة الفاضل الكامل السيد أبي بكر المشهور بالسيد البكري ابن العارف بالله السيد محمد شطا الدمياطي نزيل مكة المشرفة، على حل ألفاظ فتح المعين للعلامة زين الدين الملياري، ج٤، مطبعة دار إحياء الكتب العربية لأصحابها عيسى البابي الحلبي وشركاه، ص٢٢١.

الحكم على خيارهما لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فعليه لعنة الله فكان الوعيد دليل على لزوم حكمه [٢٢٧١].

مما سبق يتضح لنا أن هناك ثلاث أوجه بصدد الرضا بعد صدور الحكم، الوجه الأول: يجب الرضا ابتداء وبعد الحكم، الوجه الثاني بصدور الحكم يلزم المحتكمين ولا يقف الحكم بعد صدوره على رضاهما، الوجه الثالث وهو أن الرضا في التحكيم يتقطع بالشروع في الحكم، فيصير لازماً للمحتكمين بهذا الشروع وإن كان موقوفاً قبل الحكم على رضاهما ومن جانبنا نؤيد ما قال به أصحاب الرأي الأول وهو عدم اشتراط الرضا بعد الحكم وهذا هو الرأي الذي نرجحه وذلك لعدة اعتبارات:

١- حيث أن المحتكمين قد التزما ما يراه المحكم ووافقا عليه في البداية كما أن الحكم، مثله في ذلك مثل الحاكم المولي ولو لم يكن حكمه لازماً لم يكن للترافع أي معنى.

٢- ألا يفصل بين الإيجاب والقبول، فاصل، يدل على الأعراض عرفاً [٢٢٧٢].

٣- أن يكون محل العقد قابلاً للتعاقد شرعاً[٢٢٧٣].

٤- أن يكون العاقد أهلا للتعاقد[٢٢٧٤].

وقد اعتبر الفقهاء هذا الشرط في المحكم لأنه لما كان كالقاضي اعتبرت فيه شروط القاضي.

([٢٢٧١]) أدب القاضي للماوردي، ج٢، مرجع سابق، ص٣٨٢ ، ٣٨٣.

([٢٢٧٢]) د. احمد زكي عويس، د. زكي زكي حسين زيدان، مرجع سابق، ص٢٦٨ ، ٢٦٩

([٢٢٧٣]) د. احمد زكي عويس، د. زكي زكي حسين زيدان، مرجع سابق، ص ٢٧٠.

([٢٢٧٤]) د. محمد نجيب عوضين، مرجع سابق، ص١٣٢ ، ١٣٣.

المبحث الثاني

مدى لزوم حكم التحكيم بالنسبة للخصوم عند توافر شروط وأركان عقد التحكيم

ذكر الإمام الشافعي أن حكم المحكم لا يلزم المتحاكمين إلا برضاهما لأنه لما وقف على رضاهما في بداية إبرام عقد التحكيم، وجب أن يقف على رضا المتحاكمين بعد الحكم وهذا قول المازني[٢٢٧٥].

وعندما يحكم الخصمان شخصاً ويكون لديه مؤهلات التحكيم، ثم قام أحد المحتكمين بالرجوع في هذا الاختيار أو كلاهما، وقبل أن يشرع هذا الحكم في إصدار حكمه في النزاع، فلا يلتزمان هذا الخصمان بالاحتكام إليه، كما انه لو قام هذا الحكم بإصدار حكماً بعد ذلك فلا يلتزمان بتنفيذ هذا الحكم لأنه يعد مقلداً من جانبهما وهما الموليان والمختاران له، فلهما كذلك أن يعزلاه قبل إصداره لحكمه[٢٢٧٦].

وحتى يكون حكم المحكم ملزماً للمحتكمين ونافذاً في مواجهتهما لابد من توافر عدة شروط:

١- أن يكون الحكم الصادر من المحكم مقصوراً على المحتكمين[٢٢٧٧].

٢- عدم وجود قاض في البلد.

٣- لا يجوز للمحكم أن يتصدى للحكم في الحدود والقصاص[٢٢٧٨].

٤- ألا يتصدى المحكم للحكم في مواجهة أصوله أو فروعه أو لشريكه فيما يختص بمال الشركة والزوجية ولا يكون حكماً في مواجهة من يكون بينه وبين المحكم عداواه لأن ذلك يؤدي إلى الشبهة وعدم الحكم بما يرضى الله ورسوله، حيث أن المحكم كالقاضي يجب أن يكون بعيداً مواطن الشبهة والريبة والشك[٢٢٧٩].

([٢٢٧٥]) أدب القاضي، تأليف احمد بن أبي احمد الطبري، المعروف بابن القاضي، المحقق حسين خلف الجبوري، ١٩٨٩، ط١، مكتبة الصديق للنشر والتوزيع، مكة المكرمة، ص٣٢٥.

([٢٢٧٦]) أدب القضاء، تأليف عيسى بن عثمان بن عيسى بن غازي الغزي أبو روح شرف الدين، الناشر مكتبة نزار مصطفى الباز، ١٩٩٦، مكة المكرمة، ص١٣٩.

([٢٢٧٧]) د. محمد عبد القادر أبو فارس، القضاء في الإسلام، دار الفرقان للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٩٩٥، ص١٨٠.

([٢٢٧٨]) روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام النووي، ج١١، إشراف زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط٣، ١٩٩١، بيروت، لبنان، ص١٢١.

([٢٢٧٩]) انظر في ذلك الفصل الأول من الباب الأول، المبحث الثاني (المطلب الأول).

الفصل الثاني

شروط عقد التحكيم في الشريعة الإسلامية من حيث الأشخاص والموضوع

المبحث الأول: الشرط الواجب توافرها في أشخاص التحكيم من حيث الحكم والمحتكم

المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في المحكم أو المحكمين

ويشترط في المحكم على ما ذهب إليه أكثر الفقهاء، ما يشترط في القاضي المولي، من البلوغ والعقل والإسلام والذكورة والعدالة والحرية وسلامة الحواس، أي أن شروط ولاية وصحة التحكيم في المحكم في الفقه الإسلامي إجمالاً فهي[٢٢٨٠]:

١- أن يكون المحكم معلوماً[٢٢٨١].

٢- أن يكون المحكم ممن يصلح للقضاء بكونه أهلاً لشهادة[٢٢٨٢] وعلى ذلك أكثر فقهاء المذاهب الأربعة، على خلاف فيما بينها في تحديد عناصر تلك الأهلية[٢٢٨٣].

وعند الشافعية في قولهم: أن هذا الشرط يمكن الاستغناء عنه عندما لا يوجد الأهل لذلك، ومنهم من قال عدم اشتراطه مطلقاً ومنهم من قيد جواز التحكيم بعدم وجود قاض، أو قيل: بتقييد المال دون القصاص والنكاح، أي إثبات عقد النكاح[٢٢٨٤].

وفي قول عند الحنابلة: "إن المحكم لا تشترط فيه كل صفات القاضي".

٣- أن يكون حراً بالغاً عاقلاً مقبول الفتوى، عالماً بالشريعة: بمعنى أن يتسم بصفات تؤدي به أن يوليه الإمام القضاء بشكل مطلق[٢٢٨٥].

وهذا الشرط محل اتفاق الفقهاء[٢٢٨٦].

وقد أجاز "اصبغ" من المالكية تحكيم الصبي، أي جعله حكماً إذا ما عقل وعرف [٢٢٨٧].

([٢٢٨٠]) وهذه الشروط لازم توافرها في المحكم من بداية التحكيم حتى نهايته بصدور حكم في النزاع، د. شوكت محمد عليان، السلطة القضائية في الإسلام، دراسة موضوعية مقارنة، دار الرشيد للنشر والتوزيع، الرياض، ١٤٠٢هـ، ص٤٦٣.

([٢٢٨١]) الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمكيرية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، تأليف العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام وجماعته من علماء الهند الإعلام، ضبطه وصححه عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص٢٩٦.

([٢٢٨٢]) د. إسماعيل الاسطل، المرجع السابق، ص٩٧.

([٢٢٨٣]) البحر الرائق، شرح كنز الدقائق، للأمام العلامة الشيخ محمد بن حسين بن علي الطوري القادري الحنفي، ضبطه وخرج آياته وأحاديث الشيخ زكريا عميرات، ج٧، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص٢٤.

([٢٢٨٤]) الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ص٢٩٧.

([٢٢٨٥]) أدب القضاء، للقاضي شهاب الدين ابن إسحاق إبراهيم بن عبدالله الهمداني الحموي المعروف بابن أبي الدم الشافعي، تحقيق د. يحي هلال السرحان، ط١، ١٩٨٤، مطبعة الإرشاد، نشر وزارة الأوقاف العراقية، ص١٧٨.

([٢٢٨٦]) د. قحطان الدوري، مرجع سابق، ص١٨٤.

٤- ألا يكون المحكم خصماً[٢٢٨٨].

٥- أن يكون المحكم مسلماً: ومن ثم لا يجوز تحكيم الكافر ليتولى الفصل في الخصومات بين المسلمين، كما لا يجوز توليته القضاء ليحكم بين المسلمين، لأن الكافر لا يصح شهادته على المسلم ومن ثم فمن لا تجوز شهادته لا تجوز ولايته، وعلى ذلك فإن حكم غير مسلم في نزاع بين مسلمين، يكون حكمه باطلاً، لأن الإسلام شرط للصلاحية ولصحة الولاية في القضاء، وفي التحكيم ولصحة الحكم بين المسلمين، وهذا متفق عليه بين فقهاء المسلمين[٢٢٨٩].

فلقد فرق الحنفية بين التقليد والقضاء بالفعل، وقالوا بأهلية غير المسلم لتولي القضاء، ولكنه لا يصح قضاؤه بين المسلمين، فإذا تولى ذمي القضاء ثم اسلم فحكم بين المسلمين صح حكمه دون الحاجة إلى تولية جديدة، وكذلك التحكيم، فإذا حكم ذميان، ذمياً ثم اسلم الحكم كان على حكومته دون حاجة إلى تحكيم جديد، إلا أن يخرجاه أو احدهما عن الحكومة قبل الحكم، أما إذا اسلم الخصمان خرج عن حكومته، وإذا حكم بعد إسلامهما بطل حكمه وإن أجازاه لعدم الولاية[٢٢٩٠]. وبالنسبة لحكم المرتد عند الحنفية فهو حكم موقوف، فإن عاد إلى الإسلام صح وإلا كان باطلاً، وعند أبي يوسف ومحمد جائز في كل حال، ومن ثم لو حكم مسلم ومرتد، رجلاً، فحكم بينهما ثم قتل المرتد، أو لحق بدار الحرب لم يجز حكمه عليهما[٢٢٩١].

٦- ألا يكون المحكم امرأة: وفيه قولان:

الأول: يجوز تحكيم المرأة: وهو قول الحنفية[٢٢٩٢] والطبري والظاهرية[٢٢٩٣] وقد أجاز الحنفية تحكيمها فيما سوى الحدود والقصاص، لأن التحكيم مبني على الشهادة والمرأة تصلح شاهدة فيما سوى الحدود والقصاص فتصلح حكماً[٢٢٩٤]. الثاني: لا يجوز تحكيمها وهو قول الشافعية ومثالها الخنثى[٢٢٩٥].

([٢٢٨٧]) أبو الوليد سليمان بن خلف بن أيوب المنتقى، شرح موطأ الإمام مالك بن انس ج٥، مطبعة السعادة، ط١، سنة ١٣٣٢هـ، مصر، ص٢٢٨.

([٢٢٨٨]) د. شوكت محمد عليان، السلطة القضائية في الإسلام، دراسة موضوعية مقارنة، الرياض دار الرشيد للنشر، والتوزيع، ١٤٠٢ هـ، ص٤٦٢.

([٢٢٨٩]) تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام، الإمام العلامة برهان الدين اربي الوفاء إبراهيم بن الإمام شمس الدين أبي عبدالله محمد بن فرحون اليعمري المالكي تعليق، الشيخ جمال مرعشلي، ج١، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ص٣.

([٢٢٩٠]) الفتاوى الهندية، ج٣، مرجع سابق، ص٣٩٨.

([٢٢٩١]) البحر الرائق، ج٧، مرجع سابق، ص٢٤، ٢٥.

([٢٢٩٢]) البحر الرائق، ج٧، مرجع سابق، ص٢٦.

([٢٢٩٣]) هذا بناء على قول الطبري في جواز أن تكون المرأة حاكماً على الإطلاق في كل شيء، وعلى قول بن خزم الطاهري في جواز قضائها مطلقا دون الخلافة.

([٢٢٩٤]) المحيط البرهاني في الفقه النعماني، محمود بن احمد بن عبد العزيز بن مازه البخاري أبو المعالي، تحقيق عبد الكريم سامي الجندي، الناشر دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤، ص٣٩٨.

وذهب جمهور الفقهاء إلى انه لا يجوز أن تتولى المرأة القضاء أو التحكيم حتى في الأحوال التي يجوز فيها الشهادة وإلا كان حكماً باطلاً[٢٢٩٦]. كما ذهب البعض من المالكية – على عكس مذهبهم في تولية القضاء – إلى جواز تحكيم المرأة، لأن التحكيم من باب الوكالة وليس من باب الولاية، وحيث انه من الجائز وكالة المرأة كالرجل، فيصح حكمها في التحكيم وينفذ مالم يكن جوراً[٢٢٩٧]. كما استدلوا أيضاً بأن عمر بن الخطاب قد ولي الشفاء وهي أم سليمان بن أبي حثمة، سوق المدينة، ولابد لوالي السوق من الحكم بين الناس، ولو في صغار الأمور[٢٢٩٨].

٧- أن يكون المحكم عدلاً: فالعدالة عند جمهور الفقهاء معتبرة في القضاء، وفي كل ولاية وهي أن يكون الحكم صادق اللهجة ظاهر الأمانة، عفيفاً عن المحارم، متوقياً للمآثم، بعيداً عن الريب، مأموناً في الرضا والغضب، مستعملاً لمروءة مثله في دينه[٢٢٩٩]،أما الحنفية فالعدالة عندهم شرط أولوية وليست شرطاً لصحة الولاية[٢٣٠٠].

٨- ألا يكون المحكم جاهلاً:

لقد اشترط الفقهاء في الحكم أن يكون من أهل الاجتهاد، أي عالماً بالأحكام الشرعية علماً مشتملاً على العلم بأصولها[٢٣٠١] ولكنهم اختلفوا في نطاق هذا الاجتهاد ومداه وذلك على النحو الأتي:

القول الأول: اشتراط الاجتهاد مطلقاً: وقد قال بذلك الشافعية[٢٣٠٢] والحنابلة[٢٣٠٣]، وابن حزم الظاهري[٢٣٠٤] ومن ثم يشترط في الحكم أن يكون مجتهداً على وجه الإطلاق في مسألة بعينها.

([٢٢٩٥]) حاشتيان، الأولى لشهاب الدين احمد بن احمد بن سلامة القليوبي، الثانية لشهاب الدين احمد البرلسي الملقب بعميرة، على شرح جلال الدين بن محمد بن احمد المحلي على منهاج الطالبين للأمام أبي زكريا يحي بن شرف النووي في فقه الشافعية، ط٣، ١٩٥٦، مكتبة ومطبعة مصطفى البال الحلبي وأولاده بمصر، ج٤، ص ٢٩٨.

([٢٢٩٦]) أدب القاضي للموارديِ، ج١، مرجع سابق، ص٦٢٥ – ١٢٨.

([٢٢٩٧]) التبصرة لأبن فرحون، ج١، مرجع سابق، ص٤٤.

([٢٢٩٨]) المنتقي، شرح موطأ أمام دار الهجرة، مالك بن انس، تأليف أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، دار الكتب العلمية، ١٩٩٩، لبنان، بيروت، ص٢٢٨.

([٢٢٩٩]) مغني المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن محمد الخطيب الشربيني منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠، ج٤، ص٣٧٩.

([٢٣٠٠]) تبين الحقاق، شرح كنز الدقائق، تأليف الإمام فخر الدين عثمان علي الزيلعي الحنفي وبهامشه حاشية الشيخ شهاب الدين احمد الشعبي، ط١، المطبعة الكبرى، الأميرية ببولاق مصر، ١٣١٤هـ، ج٤، ص١٩٣

([٢٣٠١]) الأحكام السلطانية للأمام أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي، تحقيق احمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٦٦.

([٢٣٠٢]) مغني المحتاج للخطيب، ج٤، مرجع سابق، ص٣٧٨.

([٢٣٠٣]) المغني، موفق الدين بن قدامة المقدسي، ج٩، ص٤١.

([٢٣٠٤]) المحلي، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي أبو محمد، ج٩، ص٤١.

أما القول الثاني: فهو اشتراط الاجتهاد فيما حكم فيه: وقد قال بهذا الماوردي من الشافعية[٢٣٠٥] وجمع متأخر منهم[٢٣٠٦]. وأخذاً بشرط الاجتهاد، قيل انه لا يجوز تحكيم الجاهل، وإذا حكم لا ينفذ حكمه[٢٣٠٧] وهو قول المالكية، والراجح عند الشافعية والحنابلة والظاهرية، لأن تحكيم الجاهل فيه خطر وغرر. وأجاز الحنفية[٢٣٠٨] والمالكية[٢٣٠٩] والشافعية عند الضرورة وفي عقد النكاح[٢٣١٠] تحكيم الجاهل إذا ما استرشد العلماء، فالجاهل المشاور للعلماء فيما حكم حكم لا يعتبر حكمه حكم جاهل، بل يعتبر حكماً بما انزل الله سبحانه وتعالى، يحصل به المقصود من التحكيم بقطع النزاع وإيصال الحق إلى أصحابه والله تعالى يقول: " وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلاَّ رِجَالاً نُوحِي إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لا تَعْلَمُونَ "[٢٣١١]

وفي قول لأبن حبيب: "فإن لم يكن معه علم ومعه عقل وورع، فذلك يكفي، لأن بالعقل يسأل، وبالورع يعف، فإن طلب العلم وحده، وإن طلب العقل إذا لم يكن فيه لم يجده[٢٣١٢].

([٢٣٠٥]) اسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، الناشر دار الكتاب الإسلامي، ٢٠١٠، ج٤، ص٢٨٨

([٢٣٠٦]) إعانة الطالبين على فتح المعين، أبو بكر عثمان بن محمد شطا الدمياطي البكري لشرح قرة العين بمهمات الدين، زين الدين عبد العزيز بن زين الدين الليباري، ضبط من سالم هاشم، ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ص٣٤٢.

([٢٣٠٧]) حاشية الخرشي، شرح مختصر خليل الخرشي، ترجمة محمد بن عبدالله الخرشي، المالكي أبو عبد الله، دار الفكر للطباعة، بيروت، ٢٠١٠، ج٧، ص١٤٥.

([٢٣٠٨]) جامع الفصولين، محمود بن إسرائيل الشهير بابن قاضي سماونه، ج١، ص ١٦٢.

([٢٣٠٩]) حاشية الخرشي، مرجع سابق، ص١٤٤.

([٢٣١٠]) حاشية البيجيرمي على شرح منهج الطلاب، المساماه التجريد لنفع العبيد، ج٤، طبعت بمطبعة مصطفى البابي الحلي، مصر، ١٣٤٥هـ، ص٢٤٨.

([٢٣١١]) سورة النحل الآية ٤٣.

([٢٣١٢]) الزرقاني على مختصر خليل، وهو الامام ضياء الدين خليل ابن إسحاق ابن موسى الخبري المالكي ومعه الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، ضبطه وصححه وخرج آياته عبد السلام محمد أمين ج٧، منشورات، محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص١٢٥.

المطلب الثاني

الشروط الواجب توافرها في المحتكم أو المحتكمين

والمحتكم أو ما يسمى بالمحكم وذلك بكسر الكاف المشددة، ويراد به الاثنان اللذان يحتكمان إلى حكم ليفصل بينهما[٢٣١٣].

ومن أهم الشروط الواجب توافرها في المحتكم ما يلي:

أولاً: العقل وقد نص عليه الحنفية[٢٣١٤] فشرط المحكم، العقل لا الحرية فتحكيم المكاتب والعبد المأذون صحيح، كما نص على هذا الشرط كذلك الشافعية[٢٣١٥].

أما الصبي المميز المأذون له والذي يصح قيامه بالصلح ويكون صلحه صحيح وكذلك خصومته وجميع تصرفاته فهي أيضاً صحيحة في حدود الإذن الممنوح له، ورغم ذلك إذا كان تحكيمه يضر بغرمائه فلابد من موافقتهم حتى يكون حكم المحكم نافذاً في مواجهة هؤلاء الغرماء[٢٣١٦].

وفي حالة قيام الصبي المميز بإبرام عقد تحكيم دون إذن وليه، فهنا رأيان في هذا الصدد، عند أبي حنيفة يصح وينفذ هذا العقد ويكون الحكم الصادر نافذاً في حقه (حق المحتكم عند ما يجيزه وليه) أما عند الشافعية فتصرفات هذا الصبي المميز غير المأذون له والتي تدور بين النفع والضرر فهي باطلة ولا يصححها الإذن السابق أو اللاحق[٢٣١٧].

وبالنسبة لإبرام عقد التحكيم من جانب الولي أو الوصي عن الصغير فانه يكون صحيحاً ومن ثم إذا اصدر المحكم حكماً بناء على تحكيم الولي أو الوصي فإن هذا الحكم يكون نافذاً وصحيحاً وذلك إذا كان الحكم في مصلحة الصغير وليس ضاراً به[٢٣١٨].

كما يعد تحكيم الوكيل صحيحاً عندما يأذن له الموكل بذلك، حيث أن الوكالة تعد ولأية قاصرة وهي تكون في حدود الإذن الصادر بالوكالة، ومقيد بامتثال أمر الموكل فلكل منهما العزل وحقيقته انه فسخ عقد الوكالة أو قطعه،

([٢٣١٣]) البحر الرائق، شرح كنز الدقائق، ج٧، مرجع سابق، ص ٤١..

([٢٣١٤]) البحر الرائق، المرجع السابق، ص٤١.

([٢٣١٥]) البحر الرائق، المرجع السابق، ص٤١.

([٢٣١٦]) الجوهرة النيرة، شرح مختصر القروري في فروع الحنفية للإمام أبي بكر بن علي بن محمد الحداد الزبيدي، تحقيق إلياس قبلان، المجلد الثاني، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص٢٤٥.

([٢٣١٧]) د. عبد الرازق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون المدني، دار النهضة العربية، ١٩٦٩، ص٣٠٦.

([٢٣١٨]) البحر الرائق ج٧، مرجع سابق، ص٤١.

والوكالة عقد من العقود القابلة للفسخ، واختلف الأصحاب فيما إذا كانت بلفظ الإذن، هل هي عقد فيقبل الفسخ أو إباحة، فلا تقبله؟ لأن الإباحة لا ترتد بالرد والمشهور، الأول، وفي الفرق بين الوكالة والإذن غموض[٢٣١٩].

فإذا إذن الموكل لوكيله بإجراء التحكيم، فإن العقد يكون صحيحاً ونافذاً في مواجهة الموكل، وفي هذا الصدد فإن الوكالة العامة لا تكفي لإجراء التحكيم، بل لأبد أن تكون الوكالة منصوص فيها على التحكيم فقط.

ثانياً: الديانة:

لم يشترط في المحتكم، الإسلام، فتحكيم الذمي ذمياً يعد تحكيماً صحيحاً وبالنسبة للمرتد عن الإسلام فهو عند الحنفية موقوف فإذا ابرم عقد التحكيم من المرتد وقتل جزاء ارتداده أو لحق بدار الحرب فإن عقده يكون باطلاً، وإن عاد إلى حظيرة الإسلام مرة أخرى ينفد ما ابرمه بصدد التحكيم، وعند الشافعية (محمد وأبي يوسف) فهو جائز بكل حال[٢٣٢٠].

([٢٣١٩]) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي أبو الفضل، دار الكتاب العلمية، ١٩٨٣، ص١٠٥.

([٢٣٢٠]) البحر الرائق، ج٧، مرجع سابق، ص٤١.

المبحث الثاني

الشروط الواجب توافرها في موضوع التحكيم (المحل)

وشروط صحة الحكم في الفقه الإسلامي

المطلب الأول

الشروط الواجب توافرها في موضوع التحكيم (محل التحكيم) في الفقه الإسلامي

اختلف الفقه الإسلامي في مدى جواز التحكيم في الموضوع محل التحكيم من عدمه وذلك على التفصيل الأتي:

أولاً: رأي الشافعية:

وقد اختلف الشافعية فيما يجوز فيه التحكيم وما لا يجوز على ثلاثة أقوال:

القول الأول: جواز التحكيم بمال، لأنه اخف، دون القصاص والنكاح ونحوهما[٢٣٢١].

القول الثاني: وهو الذي يرى أن لا يأتي التحكيم في حدود الله تعالى[٢٣٢٢].

القول الثالث: قول الشافعي والغزالي حيث رجحا المنع، وقيل القولان في الأموال فقط، فأما النكاح واللعان والقصاص وحد القذف وغيرها فلا يجوز فيها التحكيم قطعا[٢٣٢٣].

ثانياً: رأي الحنابلة:

وإن تحاكم رجلان إلى رجل يصلح للقضاء فحكماه بينهما، فحكم، نفذ حكمه في المال، وينفذ في القصاص والحد والنكاح واللعان وهو الظاهر من كلام احمد بن حنبل، ذكره أبو الخطاب، ومن ثم يجوز أن يقضي الحكم في ما يقضي فيه القاضي سواء بسواء[٢٣٢٤].

ثالثاً: رأي الحنفية:

فقد أجازوا التحكيم فيما يملك الأفراد فعله من حقوق العباد مثل الدعاوى المتعلقة بالأموال كالأعيان والديون والبيوع والإجارة والرهن وغيرها[٢٣٢٥] أما حقوق الله سبحانه وتعالى، فلا يجوز فيها التحكيم كالحدود التي توجب حقا لله كحد السرقة وحد الشرب وحد الزنا [٢٣٢٦].

([٢٣٢١]) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، للشيخ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، ج٤، دار المعرفة، بيروت لبنان، ص٥٠٧.

([٢٣٢٢]) مغني المحتاج، مرجع سابق، ص٥٠٧.

([٢٣٢٣]) روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام النووي، ج١١، إشراف زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط٣، ١٩٩١، بيروت، لبنان، ص١٢١.

([٢٣٢٤]) الإنصاف في معرفة الراجح في الخلاف، تأليف القاضي علاء الدين علي بن سليمان المرداوي، شيخ المذهب ومصححه ومنقحه، ص١٩٧.

فالأصل أن حقوق الله سبحانه وتعالى سواء كانت عبادات، كالصلاة والزكاة، أو كانت عقوبات كالحدود أو كانت مترددة بين العقوبة والعبادة كالكفارات، أو غير ذلك من الحقوق التي تثبت للعبد بصفة ذاتية بمقتضى الشريعة كحق الولاية على الصغير، وحق الأبوة والأمومة وحق الابن في الأبوة والنسب، هذه الحقوق لا تقبل الإسقاط من أحد من العباد لأنه لا يملك الحق في ذلك، ومن حاول إسقاط حق من حقوق الله تعالى فانه يقاتل كما فعل أبو بكر الصديق رضي الله عنه بمانعي الزكاة بل أن السنن التي فيها إظهار الدين وتعتبر من شعائره كالأذان لو اتفق أهل بلده على تركه وجب قتالهم[٢٣٢٧]

أما ما اجتمع فيه حق الله وحق العبد كالقذف مع الاختلاف في تغليب احدهما، فإن من غلب فيه جانب العبد لا يجوز العفو فيه بعد الرفع إلى المحاكم، وذلك عند الحنفية، وفي رواية عن أبي يوسف انه يجوز.

هذا بالنسبة للحدود، أما التعزير فما كان منه حقا للآدمي جاز العفو عنه وما كان منه حقا لله فهو موكول إلى الإمام بحسب ما يراه من المصلحة وهذا في الجملة.

كما أن من حقوق الله تعالى ما شرع أصلاً لمصلحة العباد ولذلك لا يسقط بالإسقاط لمنافاة الإسقاط لما هو مشروع من ذلك ولاية الأب على الصغير، فهي من الحقوق التي اعتبرها الشارع وصفا ذاتيا لصاحبها، فهي لازمة له ولا تنفك عنه فحقه ثابت بإثبات الشرع، فيعتبر حقا لله تعالى ولذلك لا يسقط بإسقاط العبد ومن ذلك السكنى في بيت العدة، فعلى المعتده أن تعتد في المنزل الذي يضاف إليها بالسكنى حال وقوع الفرقة، والبيت المضاف إليها في قوله تعالى: "لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ " هو البيت الذي تسكنه ولا يجوز للزوج ولا لغيره إخراج المعتده من سكنها وليس لها أن تخرج وإن رضي الزوج بذلك لأن في العده حقا لله تعالى وإخراجها أو خروجها من سكن العده مناف للشرع فلا يجوز لأحد إسقاطه وهكذا في كل حق لله تعالى مما شرع مصلحة العباد لا يجوز إسقاطه.

وما دامت حقوق الله تعالى لا تقبل الإسقاط من العباد فلا يجوز الاعتياض عن إسقاطها، فلا يصح أن يصالح أحد سارقا أو شاربا للخمر ليطلقه ولا يرفعه للسلطان لأنه لا يصح اخذ العوض من مقابلته، والصلح على حقوق الله تعالى باطل، ويجب على من اخذ عوضا يرده لأنه أخذه بغير حق وإذا كانت حقوق الله تعالى لا تقبل الإسقاط من جهة العباد فإنها تقبل الإسقاط من قبل صاحب الشرع رحمة بالعباد وتخفيفاً عنهم، ولذلك يقول الفقهاء: إن حقوق الله مبنية على المسامحة بمعنى انه سبحانه وتعالى لن يلحقه ضرر في شيء ومن ثم قبل الرجوع عن الإقرار بالزنى

([٢٣٢٥]) شرح فتح القدير، للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد العيواسي المعروف بابن همام الحنفي، على الهداية شرح بداية المتبدي، تأليف شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، ج٦ منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص٤٠٩.

([٢٣٢٦]) قدري محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض، ط١، ٢٠٠٩، ص٢٢٦.

([٢٣٢٧]) الموسوعة الفقهية، ج١٨، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ص٢٤.

فيسقط الحد بخلاف حقوق الادميين فإنهم يتضررون ولذلك كان من أسباب سقوط الحد، الشبهة المعتبرة لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "ادرءوا الحدود بالشبهات"[٢٣٢٨].

وحكم المحكم اقل درجة من حكم القاضي المولي، الأمر الذي يترتب عليه عدم نفاذه إلا في مواجهة من رضي به.

وقد ذهب البعض من الحنفية إلى أن التحكيم جائز في القصاص وحد القذف حيث أن فيهما حقاً للعبد، حيث أن ولي الدم (المقتول) لو استوفى القصاص وتم تنفيذه في القاتل دون الرجوع إلى السلطات، جاز، كذلك إذا حكم فيه كما في الأموال[٢٣٢٩].

رابعاً: رأي المالكية:

يرون انه يجوز التحكيم في الأموال كالأعيان والديون [٢٣٣٠].

ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص، لأنه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الإباحة فلا يستباح برضاهما

المطلب الثاني

شروط الحكم الصادر بصدد موضوع التحكيم (المحل) في الفقه الإسلامي

يتضح أن الفقهاء قد اشترطوا عدة شروط حتى يكون الحكم الصادر من المحكمين في النزاع المعروض عليهما حكماً صحيحاً وذلك على النحو الأتي:

أولاً: أن يرضى الخصوم بالحكم الذي أصدره المحكمين:

لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في وجوب توافر الرضا الصحيح الخالي من عيوب الرضا في صدد التحكيم ذاته ابتداء، إلا أن الخلاف قد ثار بين الفقهاء حول استمرار توافر الرضا منذ بداية التحكيم وحتى صدور الحكم، وللفقهاء في ذلك عدة أقوال:

١– قول يذهب إلى استمرار الرضا إلى أن يتم صدور الحكم: وهذا هو ما قال به الشافعية والبعض من الحنابلة والمالكية [٢٣٣١].

([٢٣٢٨]) الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص ٢٥، ٢٦.

([٢٣٢٩]) د. قدري محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص٢٢٨.

([٢٣٣٠]) د. إسماعيل الاسطل، مرجع سابق، ص١٣٧.

([٢٣٣١]) تبين الحقائق، شرح كنز الرقائق، تأليف الإمام العالم فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، ط١، المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق، مصر، سنة ١٣١٤هـ، ج٤، ص١٦٣.

٢- وقد ذهب ابن الماجشون المالكي بكفاية الرضا على حكم المحكمين ابتداء[٢٣٣٢].

٣- كذلك فقد ذهب البعض، إلى القول بأنه لو رجع أحد الخصمين قبل شروع الحكم في حكمه، فله ذلك وإن رجع بعد شروعه وقبل تمام الحكم ففيه رأيان، الأول: له ذلك، الثاني، ليس له ذلك وهذا هو قول الحنابلة[٢٣٣٣].

أما الحنفية وما عليه المذهب الشافعي فهم يشترطون أن يتوافر الرضا لدى الخصوم بالتحكيم إلى حين الانتهاء من الحكم الذي سيصدره المحكمين[٢٣٣٤].

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز أن يحكم الخصمان رجلان غير القاضي ويكون لحكمه بينهما اعتبار وقد خالفهم في ذلك الإمام والغزالي، فرجحا المنع، وقيل القولان في الأموال فقط، وأما النكاح واللعان والقصاص وحد القذف وغيره فلا يجوز فيها التحكيم قطعاً[٢٣٣٥].

ثانياً: صدور الحكم ممن له الولاية في إصداره:

الأصل أن يصدر حكم التحكيم بناء على رضا المحتكمين وذلك لثبوت ولاية المحكمين، وإلا زالت هذه الولاية بزوال هذا الرضا ومن ثم وفي حالة زوال الرضا الذي يؤدي إلى زوال الولاية يمتنع على المحكم، أن يحكم في النزاع وإلا كان حكمه غير صحيح وغير قابل للتنفيذ[٢٣٣٦]. ويجوز للمحتكمين أن يتحاكما إلى اثنين ومن ثم لا ينفذ حكم احدهما حتى يجتمعا[٢٣٣٧] لأن الرضا لا يكون من جانب أحد المحكمين، بل من جانبهم جميعاً، فلابد من اجتماع المحكمين على رأي واحد[٢٣٣٨]

([٢٣٣٢]) المنتقي، شرح موطأ الإمام مالك ابن انس رضي الله عنه، تأليف القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي من أعيان السادة المالكية، ط٢، ١٣٣٢هـ، مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر، ج٥، ص٢٢٦.

([٢٣٣٣]) الإنصاف في معرفة البرامج من الخلاف، تأليف علي بن سليمان المرداوي علاء الدين أبو الحسن، ج١١، مطبعة السنة المحمدية، ط١، ٢٠٠٩، ص١٩٩.

([٢٣٣٤]) تكملة البحر الرائق، شرح كنز الرقائق، للإمام العلامة الشيخ محمد بن حسين بن علي الطوري القادري الحنفي، ج٧، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٩٧، ص٤٢.

([٢٣٣٥]) روضة الطالبين وغرة المفتين للإمام النووي، ج١١، إشراف زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط٣، ١٩٩١، بيروت، لبنان، ص١٢١.

([٢٣٣٦]) د. إسماعيل الاسطل، مرجع سابق، ص١٩٣.

([٢٣٣٧]) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشيخ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني على متن منهاج الطالبين للإمام أبي ذكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، ج٤، دار المعرفة، بيروت لبنان، ط١، ١٩٩٧، ص٥٠٧.

([٢٣٣٨]) د. إسماعيل الاسطل، مرجع سابق، ص١٠٤، ١٩٣.

ثالثاً: صدور الحكم في خصومة شرعية:

عند تحكيم المحكم، في حالة عدم تحقق الخصومة الشرعية أي الموضوع الواجب إصدار الحكم فيه، بمعنى أن تكون هناك خصومة قائمة بين المحتكمين وأن تكون هذه الخصومة حقيقية، وأن يكون هناك منازعة في هذا الصدد بين المتخاصمين وهذا الشرط هو محل اتفاق عند المذهب الشافعي والحنفي[٢٣٣٩].

رابعاً: يجب أن يكون حكم المحكم موافقاً لمقاصد الشريعة الإسلامية:

إذا صحت الدعوى، يسأل القاضي (أو المحكم)، المدعي عليه عنها، فإن اعترف، قضى عليه بها وإن أنكر سال المدعي البينة[٢٣٤٠]، فإن احضرها قضى بها، وإن عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه، استحلف عليها، فإن قال لي بينة حاضرة، فطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله، ولا ترد اليمين على المدعي ولا تقبل بينة صاحب السيد في الملك المطلق، وإن نكل المدعي عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول ولزمه ما ادعى عليه به، وينبغي أن يقول له القاضي (أو المحكم) أني اعرض عليك اليمين ثلاثاً فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما إدعاه وإذا كرر العرض ثلاث مرات قضى عليه بالنكول، وإن كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة رجمه الله، ولا يستحلف في النكاح والرجعة والفئ في الإيلاء والرق والاستيلاء والنسب والولاء والحدود، وقالا يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود، وإذا ادعى اثنان عينا في يد آخر، كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة قضى بها بينهما، وإذا ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما البينة[٢٣٤١] لم يقض بواحدة من البينتين ورجع إلى تصديق المرأة لأحدهما.

ولا خلاف بين الفقهاء في أن المحكم لا يقضي على خلاف علمه كالقاضي المولى، فالقاضي لا يقضي بغير علمه بالإجماع، وهل يجوز له أن يقضي بعلمه أم لا؟ قال أبو حنيفة: ما شاهده الحاكم من الأفعال الموجبة للحدود قبل القضاء وبعده لا يحكم فيها بعلمه، وما علمه من حقوق الناس حكم فيها بما علمه قبل القضاء وبعده، وقال مالك واحمد: لا يقضي بعلمه أصلا وسواء في ذلك حقوق الله عز وجل وحقوق الآدميين، والصحيح من مذهب الشافعي

([٢٣٣٩]) د. إسماعيل الاسطل، مرجع سابق، ص ١٦٤ ، ١٦٥.

([٢٣٤٠]) مختصر القدوري في الفقه الحنفي، تأليف الشيخ أبي الحسن احمد بن محمد بن احمد بن جعفر القدوري الحنفي البغدادي، تحقيق الشيخ كامل محمد محمد عيوضة، منشورات محمد على بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٩٧، ص٢١٤ هامش(٢) ولا تثبت الدعوى إلا بدليل يستبين به الحق ويظهر، نص أمين عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لو يعطي الناس بدعواهم لا دعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه" رواه مسلم في الأقضية (١).

([٢٣٤١]) مختصر القدوري في الفقه الحنفي، تأليف الشيخ أبي الحسن احمد بن محمد بن احمد بن جعفر القدوري الحنفي البغدادي، تحقيق الشيخ كامل محمد محمد عويضة، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٩٧، ص٢١٤ ، ٢١٥، هامش (١) ويشترط في الدليل أن يكون قطعياً لأن الدليل العلني لا يفيد اليقين لقوله تعالى "وَإِنَّ الظَّنَّ لا يُغْنِي مِنْ الْحَقِّ شَيْئاً" [النجم الآية ٢٨].

يقضي بعلمه إلا في حدود الله[٢٣٤٢]. فالمعتمد في المذهب انه يمنع على المحكم من الحكم بعلمه نهاية وأسنى، أي ولو كان مجتهداً، أي خلافاً لشرح المنهج، عبارة السلطان عليه قوله وقضية كلامهم أن للمحكم أن يحكم بعلمه وهو ظاهر، المعتمد انه لا يجوز له ولا لقاضي الضرورة الحكم بعلمهما، ويندب للإمام[٢٣٤٣].

والراجح أن المحكم ليس له أن يحكم بعلمه لانحطاط رتبته[٢٣٤٤] مما سبق يتضح أن الغالبية من فقهاء الشريعة الإسلامية لا يجيزون للمحكم أن يحكم بعلمه وذلك نظراً لما يسود هذه الأيام من قلة الضمير وانحطاط الذمم.

الباب الثاني

التحكيم في القانون الكويتي

الفصل الأول

التحكيم القضائي في القانون الوضعي الكويتي

المبحث الأول

ماهية التحكيم القضائي وتشكيله واختصاصاته

المطلب الأول: ماهية التحكيم القضائي مع بيان تشكيله

أولاً: ماهية التحكيم القضائي:

التحكيم القضائي هو التحكيم الذي تقوم به هيئة تشكل من عنصر قضائي "ثلاثة قضاة" وعنصر غير قضائي "اثنان من المحكمين العاديين" أي تشكيل مختلط، وتنعقد في مقر محكمة الاستئناف أو خارجها بأمر من رئيسها الذي يكون عادة مستشار، ويكون اللجوء إليها اختيارياً بحتاً أو إجبارياً أو اختيارياً – إجبارياً، يطلب بدون رسوم للفصل في المنازعات المدنية أو التجارية أو المالية غير المتعلقة بالنظام العام في حضور أمين سر في جلسة سرية ولكن الحكم يصدر في جلسة علنية يعلن بها طرفا التحكيم بأغلبية الآراء مع ذكر رافض التوقيع عليه ويحوز الحكم قوة الأمر المقضي ومذيل بصيغة تنفيذية – بناء على طلب المحكوم له – من إدارة كتاب محكمة الاستئناف ولا يقبل الطعن عليه بالتمييز ولأسباب محددة قانوناً.

ويتسم التحكيم القضائي وفقاً للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ بالخصائص الآتية:

([٢٣٤٢]) جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، تأليف الشيخ العلامة شمس الدين محمد بن احمد المنهاجي الأسيوطي، القرن التاسع الهجري، ج٢، ط٢، المصورة على الطبعة الأولى المطبوعة على نفقة الأديب الكبير محمد سرور الصبان وزير مالية المملكة العربية السعودية، ص٣٦٤.

([٢٣٤٣]) حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج١٠، بواسطة عبد الحميد الشرواني واحمد بن قاسم العبادي، الناشر المكتبة التجارية الكبرى، بمصر، صاحبها مصطفى محمد، ص١١٩.

([٢٣٤٤]) النجم الوهاج في شرح المنهاج في الفقه على المذهب الشافعي، ج٦، بواسطة كمال الدين محمد بن موسى بن عيسى الدميري، ص٤٠٦.

أ) الطابع المختلط لتشكيل الهيئة وغلبة العنصر القضائي فيه.

ب) مجانية اللجوء إلى التحكيم القضائي: تنص المادة الثانية من قانون التحكيم الجديد على أن تنظر هيئة التحكيم المنازعات التي تعرض عليها بغير رسوم[٢٣٤٥].

ومن جانبي أرى وجوب أن يكون هناك رسوماً لنظر منازعات التحكيم حتى لا يترك مرفق القضاء، ويتم اللجوء إلى التحكيم القضائي، وهو الأمر الذي يزيد من أعبائه ويجعل مرفق القضاء في هذه المسائل خلواً من المتقاضين.

ج) بساطة الإجراءات وسهولتها حيث إن خصومة التحكيم القضائي لا تتقيد بإجراءات معينة "بيانات أو مواعيد أو أماكن معينة" إلا إذا كان منصوصاً عليها في قانون التحكيم القضائي أو في القرار الوزاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٩٥ المنفذ له. فلا توجد شكلية معينة لإخطار المدعي عليه بالحضور[٢٣٤٦] "وعدم التقيد بأن يكون الوكيل محامياً، كما يصدر الحكم دون التقيد بمدة معينة"[٢٣٤٧].

د) السرعة: يتسم التحكيم القضائي بطابع السرعة في حسم المنازعات فيتجنب البطء في التقاضي وذلك بعدم التقيد بإجراءات التقاضي العادية المعقدة والمركبة[٢٣٤٨]، أو مواعيدها[٢٣٤٩] (م٩ من القرار الوزاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٩٥).

كما تنعقد الهيئة في مقر محكمة الاستئناف أو خارجها وفقاً لقرار رئيسها[٢٣٥٠].

كما يجوز للخصم الآخر منعاً من التعديل أن يدفع أتعاب محكم إذا ما تقاعس الأخير عن دفعها[٢٣٥١] وإلا ترتب على عدم دفع الإتعاب حفظ الطلب، كما لا يترتب على رد المحكم وقف إجراءات التحكيم بقوة القانون. وعند الحكم برده أو اعتزاله أو عزله لأي سبب يعين من يحل محله بذات الإجراءات التي اتبعت عند تعيينه، م٨ من القرار

([٢٣٤٥]) على الرغم من أن المادة الحادية عشرة من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٣ الخاص بالرسوم القضائية تنص على أن: "تحصل الرسوم المستحقة جميعاً عند تقديم صحيفة الدعوى أو الطلب أو الأمر وذلك مع عدم الإخلال بما ينص عليه القانون من أحكام مخالفة وتطبيقاً للمادة ٢٠ من نفس القانون التي تنص على أن "لا تخل أحكام هذا القانون بأحكام القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦١ الخاص بإعفاء الحكومة من الرسوم القضائية وغيرها ولا بالإعفاءات من هذه الرسوم المنصوص عليها في قانون آخر". فإن قانون التحكيم القضائي في مادته الثانية قد نص على أن تنظر هيئة التحكيم المنازعات التي تعرض عليها بغير رسوم مما يعني إعفاء منازعات التحكيم من الرسوم في كل الأحوال، بعكس المنازعات التي تطرح على القضاء فلا تعفى من الرسوم إلا إذا نص القانون على غير ذلك.

([٢٣٤٦]) انظر في ذلك نص المادة (٤) من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥، والمادة (١٧٩) مرافعات كويتي.

([٢٣٤٧]) انظر في ذلك المادة (٧) من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

([٢٣٤٨]) انظر في ذلك المادة (٤) من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

([٢٣٤٩]) انظر المادة (١/٧) من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥، المادة (٨١) من قانون المرافعات الكويتي.

([٢٣٥٠]) انظر المادة ٢/١ من قانون ١١ لسنة ١٩٩٥، والمادة (٢/١) من القرار الوزاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٩٥

([٢٣٥١]) انظر في ذلك نص المادة (٢/٣) من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥

الوزاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٩٥[٢٣٥٢]. ويصدر الحكم بأغلبية الآراء[٢٣٥٣] في جلسة علنية يعلن بها طرفا التحكيم[٢٣٥٤]. ويمكن للهيئة مراجعة الحكم بغير الطعن فهي لتصحيحه[٢٣٥٥] أو لتفسيره أو لتكملة ما تم إغفاله "م٨ق تحكيم" ويجوز الحكم على قوة الأمر المقضي وينفذ بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه من إدارة كتاب محكمة الاستئناف[٢٣٥٦]، يجوز الطعن فيه بالتمييز[٢٣٥٧]، وللأسباب الواردة في المادة العاشرة من قانون التحكيم رقم ١١ لسنة ١٩٩٥.

هـ) السرية: تتسم خصومة التحكيم القضائي بالسرية سواء في جلسات التحقيق أو المرافعة – مما يحفظ لأطراف النزاع سمعتهم وأسرار معاملاتهم[٢٣٥٨] – بعكس جلسة النطق بالحكم التي تكون علنية ويعلن بها طرفا التحكيم[٢٣٥٩]، كما لا يجوز نشر حكم هيئة التحكيم أو أجزاء منه إلا بموافقة الطرفين[٢٣٦٠].

ثانياً: تشكيل هيئة التحكيم:

أ) العنصر القضائي:

يعين المجلس الأعلى للقضاء ثلاثة قضاة ضمن تشكيل هيئة التحكيم على أن يكون احدهم بدرجة مستشار ليرأس الهيئة وذلك لمدة عامين من تاريخ صدور قرار المجلس الأعلى للقضاء[٢٣٦١]، كما لا يؤدي القاضي المعين في

([٢٣٥٢]) يكون الرد أمام محكمة التمييز خلال خمسة أيام

([٢٣٥٣]) في التحكيم العادي أيضاً صدر حكم المحكمين بأغلبية الآراء "م١٨٣ق مرافعات"، طعن رقم ١٩٧٧/٣٩ تجاري، ١٩٧٨/٦/٧، مجموعة القواعد السابق ذكرها، ص٩٢.

([٢٣٥٤]) على عكس التحكيم العادي حيث الجلسات تتم في سرية دون علانية. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، المرجع السابق، ص١٤، ويجب تسبيب الأحكام الصادرة من هيئة التحكيم القضائي "م٢/٧ من قانون التحكيم القضائي". انظر كذلك نص المادة ٢/٧ من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

([٢٣٥٥]) بصدد حكم التحكيم العادي، فإن تصحيح الأخطاء المادية يكون أمام هيئة التحكيم نفسها إذا كانت مدة التحكيم لازالت قائمة، ويكون أمام محكمة الطعن في الحكم أو المحكمة التي تنظر بطلانه ابتداء إذا انتهت مدة التحكيم، طعن رقم ١٩٧٤/١٩ تجاري، ١٩٧٦/٦/٧، مجموعة القواعد السابق ذكرها، ص٩٣.

([٢٣٥٦]) بالنسبة لحكم التحكيم العادي فلا يكون قابلاً للتنفيذ إلا بأمر يصدره رئيس المحكمة التي أودع الحكم إدارة كتابها بناء على طلب أحد ذوي الشأن، وفقاً للمادة ١٨٥ من قانون المرافعات، والطعن ٧٨/٢١ تظلمات، جلسة ١٩٨٨/١/١١، مجلة القضاء والقانون، السنة السادسة عشر، العدد الأول، ص٢٦١، طعن رقم ٨٨/١٦٦ تجاري، جلسة ١٩٨٨/٢/٨، مجلة القضاء والقانون، السنة السادسة عشر، العدد الأول، ص٩٢، انظر المادة ٩ من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

([٢٣٥٧]) لكن في التحكيم العادي فإن استئناف حكم المحكم غير جائز إلا إذا اتفق الخصوم قبل صدوره على خلاف ذلك "م١٨٦ مرافعات"، طعن رقم ١٩٨٣/٤٦ تجاري، جلسة ١٩٨٤/٢/٢٢، مجلة القضاء والقانون، السنة الثانية عشرة، العدد الأول، ص١٣٣.

([٢٣٥٨]) د. وجدي راغب، خصومة التحكيم، محاضرة مكتوبة ألقيت على طلاب الدورة التدريبية المتعلقة بالتحكيم والتي تمت بكلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٩٢م، ص٥.

([٢٣٥٩]) وهذا يعد تطبيقاً للمادة ١٦٥ من الدستور، والمادة ١٣ من قانون تنظيم القضاء، انظر المادة ٢/٧ من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

([٢٣٦٠]) انظر في ذلك المادة ١/٧ أخيرة من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

([٢٣٦١]) انظر المادة ١ من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

تشكيل الهيئة اليمين مرة ثانية لأنه سبق أن أداها عند مباشرة الوظيفة[٢٣٦٢]، ولا يتقاضون أتعاباً من الخصوم بل مكافأة من الدولة على كل قضية يتم انجازها. كما يخضع القاضي المعين لهيئة التحكيم للقواعد التي يخضع لها القاضي في محكمة الدولة المتعلقة بعدم صلاحيته.

ب) العنصر غير القضائي "العنصر الفني":

يختار أطراف النزاع – ولو تعددا – اثنين من المحكمين العاديين من بين المحكمين المقيدين بالجداول المعدة لذلك بإدارة التحكيم بمحكمة الاستئناف أو من غيرهم[٢٣٦٣].

ويؤدي عضو التحكيم المختار يميناً أمام رئيس الهيئة قبل مباشرة العمل بأن يؤدي عمله بالأمانة والصدق[٢٣٦٤]. كما لا يشترط أن يكون المحكم المختار ذكراً أو وطنياً بل قد يكون امرأة أو أجنبياً، حيث من الممكن أن يكون من غير المقيدين بالجداول المعدة لذلك في إدارة التحكيم بمحكمة الاستئناف[٢٣٦٥]. كما لا يجوز للقاضي أن يكون محكماً دون موافقة مجلس القضاء الأعلى ولو بدون حصوله على اجر، حتى ولو كان النزاع غير مطروح على القضاء إلا إذا كان أحد أطراف النزاع قريباً أو صهراً له حتى الدرجة الرابعة[٢٣٦٦]. وعلى أية حال يشترط أن يكون المحكم المختار شخصاً طبيعياً وليس شخصاً معنوياً. كما يتقاضى المحكم المختار أتعاباً تسوى بين الخصم والمحكم وإلا يحددها رئيس الهيئة ويدفعها الخصم الذي اختاره خلال عشرة أيام – وعند الخلاف – يقوم خصمه الآخر بدفع الأتعاب التي حددها رئيس الهيئة خلال عشرة أيام أخرى وإلا يحفظ الطلب بأمر من رئيس الهيئة[٢٣٦٧].

ويقوم بأمانة سر الهيئة أحد موظفي محكمة الاستئناف وتعقد الهيئة جلساتها بمقر محكمة الاستئناف أو في أي مكان آخر يعينه رئيس الهيئة[٢٣٦٨].

([٢٣٦٢]) انظر المادة ٢٤ من قانون تنظيم القضاء رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠.

([٢٣٦٣]) انظر في ذلك المادة (١) من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

([٢٣٦٤]) انظر المادة (٧) من قرار وزير العدل رقم ٤٣ لسنة ١٩٩٥.

([٢٣٦٥]) انظر في ذلك المادة (١) من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

([٢٣٦٦]) انظر في ذلك المادة (٢٦) من قانون تنظيم القضاء الكويتي ٢٣ لسنة ١٩٩٠.

([٢٣٦٧]) انظر في ذلك المادة ٢/٣ من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

([٢٣٦٨]) انظر في ذلك المادة ٢/١ من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

المطلب الثاني

اختصاصات هيئة التحكيم القضائي وسلطاته

أولاً: اختصاصات هيئة التحكيم القضائي الكويتي:

تنص المادة الثانية من قانون التحكيم رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ على عدة اختصاصات:

١- الفصل في المنازعات – المدنية أو التجارية – التي يتفق ذوو الشأن.

٢- الفصل دون غيرها في المنازعات التي تقوم بين الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية وبين الشركات التي تملك الدولة رأس مالها بالكامل أو فيما بين هذه الشركات.

٣- الفصل في طلبات التحكيم التي يقدمها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة ضد الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة في المنازعات التي تقوم بينهم. وتلتزم هذه الجهات بالتحكيم مالم تكن المنازعة قد سبق رفعها أمام القضاء.

وتنظر الهيئة المنازعات التي تعرض عليها بغير رسوم".

نستخلص من هذا النص أن اللجوء إلى التحكيم القضائي قد يكون اختيارياً بحتاً وقد يكون إجبارياً بحتاً، وقد يكون اختيارياً إجبارياً في نفس الوقت.

ثانياً: سلطات هيئة التحكيم القضائي الكويتي:

تنظر هيئة التحكيم القضائي المنازعات المدنية أو التجارية غير المتعلقة بالنظام العام وتستبعد بالتالي مسائل الأحوال الشخصية والمسائل الإدارية والمسائل الجزائية من الخضوع لهيئة التحكيم القضائي إلا الآثار المالية المترتبة على هذه المسائل فتخضع للتحكيم القضائي.

وتصدر هيئة التحكيم القضائي حكماً يحوز قوة الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بعد وضع الصيغة التنفيذية عليها من إدارة كتاب محكمة الاستئناف دون حاجة إلى إجراء آخر[٢٣٦٩]. ولا يقبل الطعن فيه إلا بالتمييز ولأسباب محدودة قانوناً[٢٣٧٠].

([٢٣٦٩]) انظر في ذلك المادة (٩) من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

([٢٣٧٠]) وهي مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله، وقوع بطلان في الحكم أو في الإجراءات اثر في الحكم، أو عند قضاء هيئة التحكيم على خلاف حكم سبق صدوره بين ذات الخصوم وجاز حجية الأمر المقضي أو عند تحقق سبب من أسباب التماس إعادة النظر انظر في ذلك المادة ٩ من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

كما خول القانون لمحكمة التمييز سلطة الفصل في طلب رد أي من أعضاء هيئة التحكيم "م٦ من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥"، كما أجاز الطعن على الحكم الصادر من هيئة التحكيم بالتمييز في حالات محددة "المادة ١٠ من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥"، كما أن الأحكام الصادرة تحوز قوة الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بعد وضع الصيغة التنفيذية عليها على الحكم بمعرفة إدارة كتاب محكمة الاستئناف انظر في ذلك المادة ٩ من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

المبحث الثاني

أشخاص وموضوع التحكم القضائي الكويتي

المطلب الأول

أشخاص الخصومة

يقصد بأشخاص الخصومة هو كل شخص له صلة بالخصومة سواء كان طرفاً فيها "مدعى ومدعى عليه" أو ممثلاً لأحد أطرافها "ممثل قانوني كالولي، أو قضائي كالوصي والقيم، أو اتفاقي كالوكيل أو كان مشتركاً فيها بوصفه شخصاً من الغير "كالمحكم وأعوانه". فهؤلاء الأشخاص يمثلون الخصومة على مسرح العدالة ولكنهم لا يحتلون مكاناً أو مركزاً متماثلاً[٢٣٧١]

إن علاقات أشخاص الخصومة تتوزع على ثلاثة محاور[٢٣٧٢]:

أ) علاقة أطراف الخصومة بعضهم بالبعض الآخر "المدعى والمدعى عليه" فهذه العلاقة تطرح مبدأ حق الدفاع والمواجهة.

ب) ثم علاقة أطراف القضية بهيئة التحكيم "سواء شكلت من محكم واحد أو أكثر من محكم" فهذه العلاقة تطرح مسالة نطاق مهمة المحكم والقيود التي تحددها.

ج) علاقة أعضاء هيئة التحكيم بعضهم بالبعض الآخر إذا تعددوا أو علاقة المحكم مع نفسه إذا كانت الهيئة تشكل من محكم واحد وهذه العلاقة تطرح مسألة سرية المداولات واحترام مبدأ المواجهة.

وعلى ذلك فإن أشخاص خصومة التحكيم تتمثل في أطرافها أو ممثليهم من ناحية وفي المحكم وأعوانه من ناحية أخرى.

أولاً: أطراف الخصومة أو ممثلوهم

إن أطراف الخصومة أو ممثليهم يلعبون دوراً أساسياً فيها لأنهم يحددون مع المحكم وأعوانه، العنصر البشري فيها[٢٣٧٣].وإذا كان أحد أطراف الخصومة ناقص الأهلية أو عديمها فإن مباشرتها لا تتم بواسطته بل بواسطة ممثله

([٢٣٧١]) انظر. د. سيد احمد محمود، التقاضي بقضية وبدون قضية في المواد المدنية والتجارية، دار الكتب القانونية، ط١، ٢٠٠٨، ص٥٠، ٣٠٥ وما يليها.

([٢٣٧٢]) د. سيد احمد محمود التقاضي بقضية وبدون قضية المرجع السابق، ص٤٩.

([٢٣٧٣]) د. وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، ١٩٩٧، ص٧١، ٧٣، لنفس المؤلف مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠١، ص٤٢٨، د. سيد احمد محمود، التقاضي بقضية وبدون قضية، مرجع سابق.

القانوني "كالولي" أو القضائي "كالوصي أو القيم بالنسبة لبالغ سن الرشد الذي يصاب بعارض من عوارض الأهلية[٢٣٧٤]، كما يحدث أن يكون أطرافها كاملي الأهلية ولانشغاله بوكيل غيره في مباشرتها "الممثل الاتفاقي"[٢٣٧٥].

١- أطراف الخصومة:

إن الخصومة تقوم بين أطرافها الأصليين "كطبيعيين أو اعتباريين" حيث تبدأ بشخصين رئيسيين هما المدعي والمدعى عليه.

٢- ممثلو أطراف الخصومة:

أ) الممثل الإجرائي وهو الذي يختص بمباشرة إجراءات التحكيم

الممثل الإجرائي هو ذلك الشخص الذي يباشر الإجراءات باسم ولحساب الأصيل "صاحب الصفة في التقاضي" وبالتالي يمثل أحد أطراف الخصومة نتيجة لانعدام أهليته "الممثل القانوني كالولي أو الوزير أو مدير المؤسسة أو إدارة الفتوى والتشريع أو مدير الشركة أو نتيجة نقصانها" الممثل القضائي كالوصي "أو نتيجة لإصابته بعارض من عوارض الأهلية كالجنون "الممثل القضائي كالقيم أو نتيجة لانشغاله رغم كمال أهليته "الممثل الاتفاقي كالوكيل". فهو ذلك الشخص الذي يباشر الإجراءات باسم ولحساب الخصم أمام القضاء أو أمام هيئة التحكيم.

والتمثيل الإجرائي شرط لصحة الإجراءات ولقبول الدعوى لذا فإن تخلفه يؤدي إلى بطلانها وليس عدم قبول الدعوى، كما أن زواله أثناء الخصومة يؤدي إلى انقطاعها "٩٢ مرافعات بناء على الإحالة إليها الواردة في المادة ١٢ من قانون التحكيم"[٢٣٧٦].

ب) الممثل الفني:

هو الشخص الذي تثبت له الوكالة بالخصومة – لما له من خبرة ودراية بالأعمال الإجرائية – للدفاع "الحضور والمرافعة" عن أحد أطرافها أمام القضاء وهو يقتصر على المحامي أو أحد الأزواج أو الأقارب أو الأصهار حتى

([٢٣٧٤]) يستطيع ناقص الأهلية إذا كان مأذوناً له بإدارة أمواله "م٩٢ مدني كويتي" أن يبرم اتفاق التحكيم ويباشر بنفسه الخصومة أمام هيئة التحكيم، كذلك من حقه أن يتفق مع الطرف الآخر على استبعاد المسائل المستعجلة من اختصاص هيئة التحكيم. أما في غير هذه الحالة فلا يستطيع القاصر أن يبرم اتفاق التحكيم أو يباشر بنفسه الخصومة أمام هيئة التحكيم.

بالنسبة للولي أو الوصي أو القيم يجوز له أن يتصرف دون إذن المحكمة في أموال ناقص الأهلية أو عديمها متى كانت في حدود ٢٠٠ ألف دينار كويتي وبالتالي يبرم اتفاق التحكيم دون إذن من المحكمة في حدود هذا المبلغ.

([٢٣٧٥]) لقيام الممثل الاتفاقي "الوكيل" بمباشرة إبرام اتفاق التحكيم أو إجراءات الخصوم أمام هيئة التحكيم فلابد من أن تكون وكالته خاصة "م٥٧ق المرافعات الكويتي".

([٢٣٧٦]) حيث تنص المادة ١٢ من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥ على انه: "يعمل بأحكام هذا القانون بالنسبة لهيئات التحكيم الواردة به، كما تسرى عليها أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون" – انظر كذلك نص المادة ٩٢ مرافعات في هذا الصدد.

الدرجة الرابعة[٢٣٧٧] لكن في خصومة التحكيم القضائي فإن الممثل الفني ليس قاصراً على المحامي فيمكن للشخص أن يوكل غيره للدفاع عنه أمام هيئة التحكيم سواء كان محامياً أو مهنياً أو حرفياً أو موظفاً.

ثانياً: المحكم وأعوانه

١- المحكم:

هو الشخص الذي يتولى مهمة الفصل في النزاع المعروض على التحكيم[٢٣٧٨]، ويشكل هيئة التحكيم. ونظراً للطابع المختلط لتشكيل هيئة التحكيم فإن المحكم قد يكون مفوضاً، وقد يكون مختاراً وبالتالي فالمحكم المفوض قد يكون قاضياً أو مستشاراً "موظفاً عاماً" أي شخص مفروض على الخصوم ويعين بواسطة المجلس الأعلى للقضاء لمدة سنتين. وقد يكون شخصاً عادياً أي يكون فرداً مختاراً من قبل أطراف التحكيم "المدعى أو المدعى عليه" وفي كل الأحوال يجب أن يكون شخصاً طبيعياً[٢٣٧٩].

والمحكم المختار – كما نعتقد – قد يكون ذكراً أو أنثى أو وطنياً أو أجنبياً[٢٣٨٠] وهذا يفهم من عبارة "أو من غيرهم" الواردة في الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون التحكيم.

كما أن المحكم المختار يجوز أن يكون قاضياً متى كان حاصلاً على موافقة المجلس الأعلى للقضاء إلا إذا كان زوجاً أو قريباً أو صهراً حتى الدرجة الرابعة لأحد أطراف التحكيم[٢٣٨١].

٢- أعوان هيئة التحكيم:

يقصد بأعوان هيئة التحكيم الأشخاص الذين تكون مهمتهم مخصصة لتسهيل ومعاونة التحكيم في حسن إقامة العدالة كالموظفين العموميين مثال إدارة التحكيم[٢٣٨٢]. وكأمين سر الهيئة الذي يكون أحد موظفي محكمة

([٢٣٧٧]) انظر المادة ٥٤ من قانون المرافعات الكويتي.

([٢٣٧٨]) انظر المادة (١) من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

([٢٣٧٩]) حيث يشترط أن يكون عددهم وتراً، فلا يجوز أن يكون العدد زوجياً، وذلك حيث يسهل تكوين رأي الأغلبية، كما لا يجوز أن يكون المحكم شخصاً معنوياً كشركة أو جمعية أو هيئة أو مؤسسة عامة وإنما يجب أن يكون شخصاً أو أشخاصاً طبيعيين، بصدد التحكيم الخاص. انظر: د. وجدي راغب وعزمي عبد الفتح، مبادئ القانون المدني الكويتي، ١٩٨٤م، ص٤٢٣، انظر المادة (١) من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

([٢٣٨٠]) يجوز أن يكون المحكم امرأة، كما يجوز أن يكون أجنبياً أو غير مسلم أو جاهلاً لا يعرف القراءة أو الكتابة أو لا يعرف اللغة العربية. ويجوز أن يكون موظفاً بالحكومة طالما لا يمنعه القانون من ذلك انظر د. وجدي راغب وعزمي عبد الفتاح، مبادئ القانون المدني الكويتي، ١٩٨٤م، ص٤٢٣.

([٢٣٨١]) حيث تنص على ذلك المادة (٢٦) من قانون تنظيم القضاء الكويتي رقم ٢٣ لسنة على انه: "لا يجوز للقاضي بغير موافقة المجلس الأعلى للقضاء أن يكون محكماً ولو بغير اجر، ولو كان النزاع غير مطروح على القضاء، إلا إذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة"

الاستئناف[٢٣٨٣]، وكإدارة كتاب محكمة الاستئناف المكلفون ليسوا بمساعدة المحكمين فقط في أداء مهمتهم بل وأطراف التحكيم المتعسرين غالباً في المنعطفات التحكيمية.

ملحوظة:

لا توجد النيابة أمام هيئة التحكيم أو من ضمن تشكيلها لأن القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية تعتبر من النظام العام – ما عدا الآثار المالية المترتبة عليها – وبالتالي لا تعرض على هيئة التحكيم ثم القضايا الأخرى التي يحق للنيابة العامة أن ترفعها أمام القضاء كشهر إفلاس التجار لا تخضع لهيئة التحكيم لأنها متعلقة بالنظام العام أيضاً ولا يجوز فيها الصلح[٢٣٨٤].

المطلب الثاني

موضوع خصومة التحكيم القضائي

يتجسد موضوع خصومة التحكيم القضائي في النزاع بين الخصوم الذي يطرح من خلال طلبات "أصلية وعارضة"، وأوجه دفاع أي موضوع النزاع وذلك على النحو الأتي:

أولاً: النزاع:

إن فكرة النزاع تعني تعارض المصالح بين الخصوم وتتضمن ادعاءات متعارضة "في شكل طلب أصلي يقابله دفاع أو في شكل طلب عارض يقابله دفاع".

فالنزاع يمثل موضوع خصومة التحكيم والذي يجب أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

١- أن يكون نزاعاً مدنياً أو تجارياً[٢٣٨٥]

٢- أن يكون النزاع المدني أو التجاري متعلقاً بحق خاص

وليس بمسألة تعتبر من النظام العام وذلك لأن الأصل في المسالة التي تخضع للتحكيم أن تكون خاضعة للصلح[٢٣٨٦]. كما أن شهر إفلاس التجار والمسائل المترتبة عليه – رغم انه منازعة تجارية – لا يكون من اختصاص

([٢٣٨٢]) انظر المادة (١، ٣، ٤) من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥، المواد (١، ٥، ٦) من القرار الوزاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٩٥، والقرار الوزاري رقم ٤٤ لسنة ١٩٩٥ (المادة ١ إلى ٦).

([٢٣٨٣]) انظر المادة (٢/١) من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥، المادة ١/١ من القرار الوزاري ٤٣ لسنة ١٩٩٥.

([٢٣٨٤]) وعلة إخراج المنازعات التي يجب على النيابة العامة التدخل فيها، هي أن إجازة التحكيم فيها يؤدي إلى عدم تحقيق رغبة المشروع ف ي وجوب حدوث هذا التدخل، إذ إن النيابة لا تعمل أمام المحكمين. د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ١٩٩٣م، بند ٤٣٩، ص٩٠٨، فالنيابة العامة لا تمثل أبداً أمام هيئة التحكيم. فتحي والي، المرجع السابق، بند ٤٤٦، ص٩٩٢.

([٢٣٨٥]) لقد كان شرط التحكيم باطلاً في المسائل المدنية على عكس المسائل التجارية في القانون الفرنسي.

([٢٣٨٦]) حيث تنص المادة ١٧٣ مرافعات على انه: "يجوز الإنفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشا عن تنفيذ عقد معين.

هيئة التحكيم القضائي بل هو من الاختصاص النوعي للمحكمة الكلية لأنه من المسائل المتعلقة بالنظام العام. أما قبل شهر الإفلاس وفترة الريبة فإن المنازعات المتعلقة بالتاجر يمكن – كما نعتقد – عرضها على التحكيم القضائي وعلى ذلك فكل ما يتعلق بحالة الشخص أو أهليته أو مسائل الأحوال الشخصية غير المالية أو الجرائم أو المنازعات الإدارية المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية تخرج عن اختصاص هيئة التحكيم لأنها متعلقة بالنظام العام[٢٣٨٧]، فلا يجوز فيها الصلح وبالتالي لا يجوز فيها التحكيم القضائي[٢٣٨٨].

٣- أن يكون النزاع المدني أو التجاري المتعلق بالحق الخاص داخلاً في حالة من حالات اختصاص هيئة التحكيم الواردة في المادة الثانية من قانون التحكيم القضائي: كحدوث اتفاق بين ذوي الشأن على عرض النزاع المدني أو التجاري بينهم الناشئ عن العقود على هيئة التحكيم[٢٣٨٩] أو إجبار الأشخاص الاعتبارية العامة عند النزاع بينهم وبين الشركات التي تملك الدولة كامل رأس مالها أو فيما بين هذه الشركات على عرض المنازعات على هيئة التحكيم القضائي[٢٣٩٠]، أو أن يكون الطلب مقدماً من الأفراد "الأشخاص الطبيعيين" أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة ضد

ولا يثبت التحكيم إلا بالكتابة.

ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، ولا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع....."

كما تنص المادة ٥٥٤ مدني كويتي على انه: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام، ولكنه يجوز على الحقوق المالية المترتبة عليها".

([٢٣٨٧]) تنص المادة ٥٦٣ من قانون التجارة رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ على انه: "١- تختص بشهر الإفلاس، المحكمة الكلية التي يقع في دائرتها موطن المدين التجاري فإذا لم يكن له موطن تجاري، كانت المحكمة المختصة هي التي وقف عن الدفع في دائرتها.

٢- وتختص المحكمة المبنية في الفقرة السابقة بنظر كل دعوى تنشأ عن التفليسة، وتعتبر الدعوى ناشئة عن التفليسة بوجه خاص إذا كانت متعلقة بإدارتها أو كان الفصل فيها يقتضي تطبيق أحكام الإفلاس".

([٢٣٨٨]) تطبيقاً لتلك "لا يجوز التحكيم على حق الزوج في الطلاق أو على حق الزوجة في النفقة أو على حق المواطن في الانتخاب، وعلة إخراج المنازعات التي لا يجوز الصلح فيها، هي رغبة المشرع بمنع الصلح – في بسط ولأية القضاء العام على هذه المنازعات، وهي ما يقتضي أيضاً منع التحكيم بشأنها". فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ١٩٩٣م، بند ٤٣٩، ص٩٠٨.

([٢٣٨٩]) حيث تنص المادة ١/٢ من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥ على انه: "تختص هيئة التحكيم بالمسائل الآتية: ١- الفصل في المنازعات التي يتفق ذو الشأن على عرضها كما تختص بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرم بعد العمل بهذا القانون وتتضمن حل هذه المنازعات بطريق التحكيم مالم ينص في العقد أو في نظام خاص بالتحكيم على غير ذلك".

([٢٣٩٠]) تنص المادة ٢/٢ من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥ على انه: "تختص هيئة التحكيم بالمسائل الآتية: ١- الفصل دون غيرها في المنازعات التي تقوم بين الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة وبين الشركات التي تمتلك الدولة رأس مالها بالكامل أو فيما بين هذه الشركات".

الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة بصدد المنازعات التي تثور بينهم وتلتزم هذه الجهات بالتحكيم مالم تكن المنازعة قد سبق رفعها أمام القضاء"[٢٣٩١].

ثانياً: موضوع النزاع:

يطرح النزاع على هيئة التحكيم من خلال طلبات يقابلها أوجه دفاع للطرف الآخر.

ولذا سنعرض لموضع النزاع من خلال الطلبات والدفاع وذلك على النحو الأتي:

١- الطلبات

الطلب بالمعنى الواسع هو كل ما يتمسك ويطالب به الخصوم أياً كانت مركزهم الإجرائي مدعى أو مدعى عليه، متدخل أو مدخل "فتشمل بذلك كل أنواع الطلبات "الأصلية أو الفرعية أو العارضة أو المرتبطة أو التبعية أو القابلة للتجزئة أو غير القابلة للتجزئة"[٢٣٩٢].

كما يقصد بالطلب من حيث صور الحماية القانونية الطلب الموضوعي من ناحية والطلب الوقتي أو المستعجل من ناحية أخرى.

أ) الطلبات الموضوعية:

هي الطلبات التي يتمسك فيها الخصم بتقرير أو إنشاء أو الإلزام بحق أو مركز قانوني معين يكون محله عقاراً أو منقولاً.

وتنقسم الطلبات الموضوعية إلى طلبات أصلية وطلبات عارضة:

الطلبات الأصلية (مفتتحة للخصومة)

هي رغبة المدعي في إصدار حكم لصالحه حول ما يتمسك به من حق أو مركز لتقريره "طلب الملكية" أو لإنشائه "كطلب الشفعة أو الفسخ أو الغبن" أو لإلزام المدعي عليه به "كطلب مبلغ من النقود أو طلب تسليم عقار أو منقول".

كما يجب أن تتوافر في هذا الطلب شروط قبوله من مصلحة وصفة وهي الواردة في المادة الثانية من قانون المرافعات التي أحال قانون التحكيم القضائي إلى تطبيق قواعده فهو لا يتعارض معه[٢٣٩٣]. وينظر الطلب الأصلي بغير رسوم[٢٣٩٤].

([٢٣٩١]) تنص المادة ٣/٢ من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥ على انه: "تختص هيئة التحكيم بالمسائل الآتية: ٣- الفصل في طلبات التحكيم التي يقدمها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة ضد الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة في المنازعات التي تقوم بينهم وتلتزم هذه الجهات بالتحكيم، مالم تكن المنازعة قد سبق رفعها أمام القضاء".

([٢٣٩٢]) د. احمد ماهر زغلول، دروس في المرافعات، ج١، ط ١٩٩٢، ص٢٩٨ وما بعدها.

في جلسة سرية لكن جلسة النطق بالحكم تكون دائماً علنية يعلن بها طرفا التحكيم.

٢- الطلبات العارضة:

الطلبات العارضة هي الطلبات التي تقدم أثناء سير الخصومة – سواء من المدعى أو المدعى عليه أو من الغير – وقد يتضمن تغييراً أو تعديلاً في الطلب الأصلي "زيادة أو إضافة أو نقصاناً أو تنازلاً"[٢٣٩٥].

والنزاع يعني ادعاءات متعارضة "طلب أصلي – طلب عارض" يتكون من وقائع وأدلة ومستندات ومذكرات "مظهر مادي" من ناحية وقاعدة واجبة التطبيق "مظهر قانوني" من ناحية أخرى.

أ) المظهر المادي لموضوع الخصومة:

المظهر المادي هو الادعاءات الموجودة في العمل الافتتاحي للخصومة وفي المذكرات الشارحة من المدعي ومذكرات الدفاع أو الطلبات العارضة من المدعى عليه.

ب) المظهر القانوني لموضوع الخصومة:

يقصد بالمظهر القانوني لموضع الخصومة أي القواعد القانونية الواجبة التطبيق على وقائع النزاع التي يجب على هيئة التحكيم أن تطبقها

ج) الطلبات الوقتية أو المستعجلة:

الطلب الوقتي أو المستعجل هو إجراء وقتي أو تدابير مستعجلة لا تمس أصل الحق قد تكون تدابير تحفظية "للمحافظة على الإمكانيات العملية لتنفيذ الحق في المستقبل" أو معجلة "لإشباع مصلحة فورية لطالب الحماية".

ويثار التساؤل هل تختص هيئة التحكيم بالطلب المستعجل؟

إن الوضع في ظل التحكيم العادي وفقاً لقانون المرافعات هو عدم اختصاص المحكم أو هيئة التحكيم بالمسائل المستعجلة وإن كان يجوز للأطراف الاتفاق صراحة على خلاف ذلك[٢٣٩٦].

([٢٣٩٣]) حيث تنص على ذلك المادة (٢) من قانون المرافعات الكويتي على انه: "لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لرفع ضرر محدق أو الأستثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه"

([٢٣٩٤]) انظر في ذلك المادة ٢/ فقرة أخيرة من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥ والتي تنص على انه: ".... وتنظر الهيئة المنازعات التي تعرض عليها بغير رسوم".

([٢٣٩٥]) د. احمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط ٢٠١١، ص٢٩٦.

([٢٣٩٦]) وجدي راغب وعزمي عبد الفتاح، مبادئ القضاء المدني، ١٩٨٤م، ص٤١٩. تنص المادة (١٧٣) من قانون المرافعات الكويتي على انه: "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشا عن تنفيذ عقد معين...."

أما قانون التحكيم القضائي الجديد رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ فلقد تصدى في الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة منه على أن "تفصل هيئة التحكيم في المسائل المستعجلة المتعلقة بموضوع النزاع مالم يتفق الطرفان صراحة على غير ذلك". وهكذا فإن القانون الجديد جعل الأصل في اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في المسائل المستعجلة المتعلقة بموضوع النزاع، والاستثناء هو اتفاق الأطراف صراحة على خلاف ذلك[٢٣٩٧].

مدى اختصاص هيئة التحكيم بإصدار الأوامر على العرائض وأوامر الأداء:

أ) الأوامر على العرائض:

الأصل في التحكيم العادي انه لا يجوز الاتفاق على سلب اختصاص القضاء العادي بالنسبة لإصدار الأوامر على العرائض[٢٣٩٨]، وذلك لأن اختصاصها به يكون قاصراً عليه حيث لا يجوز إعفاء المحكم من مبدأ المواجهة[٢٣٩٩]، وإن المحكم لا يملك سلطة الأمر التي يتمتع بها قاضي الأمور الوقتية[٢٤٠٠]

ب) أوامر الأداء:

كذلك بالنسبة لأوامر الأداء فإن المشرع جعلها استثناء من القواعد العامة في رفع الدعاوى أمام القضاء فهي استثناء على شكل الطلب وليس على الاختصاص وبما أن موضوع أوامر الأداء هو حقوق خاصة "مبلغ من النقود أو منقولات" فيجوز الاتفاق حولها على أن تصدر من هيئة التحكيم القضائي التي يغلب على تشكيلها الطابع القضائي خاصة رئيسها بمراعاة الشروط الواردة في المادة ١٦٦ من قانون المرافعات وذلك بناء على الإحالة الواردة إليه في المادة ١٢ من قانون التحكيم القضائي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥[٢٤٠١]

٢- الدفاع:

الدفاع بالمعنى الواسع هو الوسيلة القانونية للرد على الطلب، فقد يكون الرد على الطلب عن طريق تقديم طلب مثله "أي بوسيلة هجومية كالطلب العارض من المدعى عليه والهجوم خير وسيلة للدفاع" وقد يكون للرد على الطلب

([٢٣٩٧]) انظر في ذلك نص المادة ٥ فقرة أخيرة من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

([٢٣٩٨]) انظر في ذلك المادة (١٦٣ – ١٦٥) مرافعات كويتي.

([٢٣٩٩]) د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، ١٩٩٠م، ط جامعة الكويت، ص١٧١، هامش ٤٧٨.

([٢٤٠٠]) عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، المرجع السابق، ص١٧١، هامش ٤٧٩، ومن هذا الرأي د. احمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، بند ٤٩، ص١٢٧.

([٢٤٠١]) حيث تنص المادة ١٦٦ مرافعات على انه: "استثناء من القواعد العامة في رفع الدعاوى ابتداء، فتتبع الأحكام الواردة في المواد التالية إذا كان حق الدائن ثابتاً بالكتابة وحال الأداء وكان كل ما يطالب به ديناً من النقود معين المقدار أو منقولاً معيناً بنوعه ومقداره أو معنياً بذاته تعييناً نافياً للجهالة.

وتتبع هذه الأحكام أيضاً إذا كان صاحب الحق دائناً بورقة تجارية واقتصر رجوعه على الساحب أو المحرر أو القابل أو الضامن الاحتياطي لأحدهم، أما إذا أراد الرجوع غير هؤلاء وجب عليه إتباع القواعد العامة، في رفع الدعوى"

من خلال الاعتراض عليه تفادياً للحكم ضده به أو أخيراً للفصل فيه أي الدفع[٢٤٠٢] سواء أكان منصباً على إجراءات الطلب فيسمى دفع إجرائي "الدفع بعدم الاختصاص أو الدفع ببطلان الإجراءات" أو يكون منصباً على الادعاء فيسمى دفع بعدم القبول "لانعدام المصلحة أو لانعدام الصفة أو لوجود المنازعة القضائية"، أو يكون منصباً على موضوع الادعاء فيسمى دفع موضوعي "كعدم وجود الحق أو المركز المدعى به أو انقضاؤه أو تقادمه أو عدم وجود اتفاق تحكيم أو عدم شموله لما يبديه الطرف الآخر من طلبات أثناء نظر النزاع".

(٢٤٠٢) د. احمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط٥، ١٩٧٧، ص٣٨٢ انظر د. وجدي راغب، د. سيد احمد محمود، قانون المرافعات الكويتي، مرجع سابق، ص ٤٣٤ – ٤٥٨.

الفصل الثاني

المراحل التي تمر بها خصومة التحكيم القضائي

المبحث الأول

بداية ميلاد الخصومة

هي المرحلة التي تولد فيها الخصومة بإيداع الطلب وقيده في إدارة التحكيم بمحكمة الاستئناف من ناحية وإعلان الخصوم بتاريخ الجلسة وبتشكيل الهيئة وبموعد تقديم المستندات والدفاع من ناحية أخرى[٢٤٠٣].

أولاً: الطلب:

١- تقديم الطلب:

يقدم الطلب – أياً كان شكله – بعد تحريره – من ذوي الشأن أو من يمثلهم – إلى إدارة التحكيم في قسم الجداول بها على أن يكون من أصل وعدد من الصور بقدر عدد الخصوم – علاوة على صورة لإدارة التحكيم في اعتقادنا – دون توقيعه من محام[٢٤٠٤].

كما يجب أن تتوافر في الطلب بيانات معينة نصت عليها م ٤ من القرار الوزاري ٤٣ لسنة ١٩٩٥ بشأن إجراءات التحكيم القضائي[٢٤٠٥].

ويرفق قيد الطلب بالجدول الخاص في يوم تقديمه في إدارة التحكيم لدى قسم الجدول بها[٢٤٠٦]

٢- اختيار المحكم العادي:

إذا تلقت إدارة التحكيم الطلب، تقوم بإخطار – دون أن يحدد القانون شكلاً أو وقتاً له – كل من طرفي التحكيم لاختيار محكمة من بين المقيدين في الجداول المعدة لذلك بإدارة التحكيم حيث أن المادة (٢) من القرار رقم ٤٣ لسنة ١٩٩٥ وضعت شروط القيد بالجدول والمادة (٣) حددت لجنة لاختيار الأشخاص المقبولين للقيد بالجداول[٢٤٠٧] أو

([٢٤٠٣]) انظر في ذلك المادة (٤/٣) من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

([٢٤٠٤]) بصدد التحكيم العادي، فإن الطلب يرتب نفس الأثر، د. أحمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، الطبعة الأولى، ١٩٩٦ م، بند ٦٠، ص ١٦١ وما يليها، حيث تنص المادة ١٨ من قانون المحاماة الكويتي رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٤ المعدل إنه "لا يجوز تقديم صحف الاستئناف أمام آية محكمة إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين" انظر في لك المادة ٤٤٨ مدني كويتي الخاصة بانقطاع التقادم لعدم سماع الدعوى.

([٢٤٠٥]) انظر نص المادة (٤) من القرار الوزاري ٤٣ لسنة ١٩٩٥ بشأن إجراءات التحكيم القضائي.

([٢٤٠٦]) لقد نظم القرار الوزاري رقم ٤٤ لسنة ١٩٩٥ بإنشاء إدارة التحكيم بمحكمة الاستئناف، د. وجدي راغب وعزمي عبد الفتاح، مبادئ القضاء المدني الكويتي، ١٩٨٤ م، ص ٤٢٥ انظر المادة ١/٣ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥.

([٢٤٠٧]) الشروط هي: أن يكون كويتي الجنسية – أن يكون محمود السيرة حسن السمعة – ألا يكون قد سبق فصله من الخدمة بقرار تأديبي، ما لم تمضي على صدوره ثلاث سنوات على الأقل – ألا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة ما لم يكن قد رد إليه اعتباره – أن تتوافر لديه الخبرات العلمية أو العملية المناسبة التي تقررها اللجنة المبينة بالمادة

غيرهم[٢٤٠٨] خلال العشرة أيام التالية لإخطاره بذلك وإلا تعين الإدارة المذكورة من خلال قسم الجدول المحكم صاحب الدور بجداول المحكمين المتخصصين في موضوع النزاع لعضوية الهيئة[٢٤٠٩].

ويقسم كل من العضوين المختارين يميناً – أمام رئيس الهيئة قبل مباشرة العمل – بأن يؤدي عمله بالأمانة والصدق (م ١) من القرار الوزاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٩٥ وعلى آية حال يجب ألا يكون المحكم المختار قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلساً ما لم يرد إليه اعتباره (م ١٧٤) من قانون المرافعات بناء على الإحالة إليه وفقاً للمادة ١٢ من قانون التحكيم القضائي[٢٤١٠].

٣– أتعاب المحكم المختار:

إذا لم يقم المحكم المختار بإخطار الإدارة بتسوية أتعابه تقوم الإدارة من خلال قسم الجداول خلال الثلاثة أيام التالية وهو ميعاد تنظيمي لا يؤدي عدم مراعاته أو إغفاله إلى البطلان لاختيار باقي المحكمين بعرض الطلب على رئيس الهيئة لكي يقدر هذه الأتعاب[٢٤١١]

٤-- تحديد جلسة لنظر الطلب:

عند تسوية الأتعاب بين المحكم ومن اختاره وإيداعها خزانة إدارة التحكيم من طرفي التحكيم أو أحدهم تقوم هذه الإدارة من خلال قسم الجدول خلال الثلاثة أيام التالية – وهو ميعاد تنظيمي – لهذا الإيداع بعرض طلب التحكيم على رئيس هيئة التحكيم لتحديد جلسة لنظره[٢٤١٢] ومكان انعقادها[٢٤١٣].

التالية – كما نصت المادة الثالثة من نفس القرار المذكور على ألا تشكل لجنة لاختيار المحكمين المقبولين للقيد بالجداول، تتكون من ١– المستشار رئيس محكمة الاستئناف رئيساً – وكيل الوزارة المساعدة لشئون الخبرة والتحكيم عضواً ٢– وكيل الوزارة المساعد للشئون المالية وشئون قصر العدل عضواً ولقد حل محل هذه اللجنة مجلس لشئون التحكيم القضائي وفقاً للمادة ٢ من القرار الوزاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٩٨ الذي حدد تشكيله واختصاصاته.

(٢٤٠٨) انظر المادة (١) من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

(٢٤٠٩) انظر في ذلك المادة (١) من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥، المادة (٥) من القرار الوزاري ٤٣ لسنة ١٩٩٥.

(٢٤١٠) انظر المادة (١) من القرار ٤٣ لسنة ١٩٩٥، المادة ١٧٤ من قانون المرافعات.

(٢٤١١) على عكس التحكيم العادي حيث قضت محكمة التمييز إنه "ليس للمحكم سلطة تقدير أتعابه ومصروفاته إلا إذا اتفق الخصوم على ذلك"، طعن ٨٧/٤٥ مدني، جلسة ٨٨/١/٢٥، مجلة القضاء والقانون السنة السادسة عشرة، العدد الأول، ص ٢٨٩، ولمحكمة الموضوع سلطة تقدير أتعاب المحكم ومصروفاته، طعن ٧٨/٤٥، جلسة ٨٨/١/٢٥، مجلة القضاء والقانون، السنة السادسة عشر، العدد الأول، ص ٢٨٩.

(٢٤١٢) انظر في ذلك المادة (٤) من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

(٢٤١٣) انظر في ذلك المادة (٤) من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥ والمادة ٢/٦ من القرار الوزاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٩٥.

ثانياً: الإعلان

تقوم إدارة التحكيم من خلال قسم الإعلان بها بعد تسليم الطلب من قسم الجداول بإعلان طرفي التحكيم بجلسة نظر الطلب ومكانها وبكامل تشكيل الهيئة وبموعد تقديم مستنداتها ومذكراتهما وأوجه دفاعهما قبل الجلسة[٢٤١٤].

كما يقوم قسم الإعلان بإدارة التحكيم بإخطار المحكمين المختارين بتاريخ الجلسة الأولى المحددة لنظر النزاع ويمكن انعقادها بمحكمة الاستئناف[٢٤١٥].

(٢٤١٤) انظر في ذلك المادة (٤) من قانون التحكيم الكويتي، المادة (٤) من القرار الوزاري ٤٤ لسنة ١٩٩٥، المادة ٢/٦ من ذات القرار.

(٢٤١٥) انظر في ذلك المادة (٤) من القرار الوزاري رقم ٤٤ لسنة ١٩٩٥ بإنشاء إدارة التحكيم بمحكمة الاستئناف.

المبحث الثاني

سير الخصومة ونهايتها

المطلب الأول

سير الخصومة

أولاً: السير الطبيعي للخصومة

١- انعقاد الجلسة

يرأس الجلسة مستشار يتولى إدارتها وضبطها[٢٤١٦] ويحضرها أمين سر الهيئة [٢٤١٧].

وتعقد الهيئة جلساتها بمقر محكمة الاستئناف أو في أي مكان أخر يعينه رئيس الهيئة وتكون الجلسة سرية ما لم يتفق الخصوم على غير ذلك[٢٤١٨]

٢- حضور الخصوم أو ممثليهم:

لا يشترط حضور الخصوم أو ممثليهم أمام الهيئة – متى أعلنوا بها احتراماً لمبدأ المواجهة بين الخصوم ولحقوق الدفاع – فيصدر الحكم على ضوء ما يقدم من مستندات أو مذكرات حتى ولو كانت من طرف واحد طالما أتيحت الفرصة للطرف الأخر لتقديمها[٢٤١٩].

٣- المذكرات والمستندات وأوجه الدفاع

يعلن طرفا التحكيم من خلال قسم الإعلان بإدارة التحكيم بميعاد إيداع مستنداتهما ومذكراتهما وأوجه دفاعهما قبل الجلسة المحددة لنظر النزاع[٢٤٢٠].

([٢٤١٦]) حيث تنص المادة (١/١) على إنه: (... وتكون رئاسة الهيئة لأقدم الأعضاء من رجال القضاء على أن يكون بدرجة مستشار) انظر كذلك المادة (١) من القرار الوزاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٩٥.

([٢٤١٧]) تنص المادة (١/د) من قانون التحكيم على إنه: "ويقوم بأمانة سر الهيئة أحد موظفي محكمة الاستئناف" انظر كذلك المادة (٤) من القرار رقم ٤٤ لسنة ١٩٩٥.

([٢٤١٨]) حيث تنص على ذلك المادة (٢/١) من ذات القانون السابق على إنه: "وتعقد الهيئة جلساتها بمقر محكمة الاستئناف أو أي مكان أخر يعينه رئيس الهيئة، انظر كذلك القرار الوزاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٩٥ في مادته الثانية، د. وجدي راغب، خصومة التحكيم، محاضرة، مرجع سابق، ص ١٠.

([٢٤١٩]) كما لا يشترط حضور الخصوم أو من يمثلهم في الجلسات وإنما يجوز أن تصدر هيئة التحكيم حكماً بناء على ما يقدمه أحد الخصمين أو كليهما من مذكرات ومستندات دون حضورهم في الجلسة المحددة لهذا فلا مجال لتطبيق قواعد الحضور والغياب المقررة للخصومة أمام المحاكم العادية كما إنه لا محل لشطب الخصومة إذا غاب الخصمان معاً، د. وجدي راغب، خصومة التحكيم محاضرة، مرجع سابق، ص ١٠، انظر في ذلك المادة (٤) من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

([٢٤٢٠]) وجدي راغب، د. عزمي عبد الفتاح، مبادئ القضاء المدني الكويتي، ١٩٨٤ م، ص ٤٢٨، انظر كذلك المادة (٤) من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥، المادة ٢/٦ من القرار الوزاري ٤٣ لسنة ١٩٩٥.

٤- إجراءات الإثبات:

يجوز لهيئة التحكيم – ولو من تلقاء نفسها[٢٤٢١] أن تأمر باتخاذ إجراءات الإثبات كسماع الشهود أو المعاينة أو الاستجواب أو ندب خبير، وهي التي تحدد موعد هذه الإجراءات وشكلها، على أن يقوم أعضاء الهيئة مجتمعين بإجراءات التحقيق وأن يوقع كل منهم على المحاضر ما لم يجمعوا على ندب واحد منهم لإجراء معين ويثبتوا ندبه في محضر الجلسة أو كان اتفاق التحكيم يخول أحدهم الانفراد بذلك[٢٤٢٢].

كما تتمتع هيئة التحكيم بعكس المحكم العادي بسلطة إصدار الأوامر والأحكام عند امتناع الشاهد عن الحضور أو عن الإجابة أو عند امتناع الغير عن تقديم مستند أو محرر أو الأمر بالإنابات القضائية وفقاً للمادة ١/١٨٠ أ، ب، ج من قانون المرافعات[٢٤٢٣].

٥- الطلبات العارضة

لقبول الطلبات العارضة يجب أن تكون واردة في اتفاق التحكيم "الشرط أو المشارطة" وإلا يجب التمسك بالدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يبديه الطرف الأخر من طلبات أثناء نظر النزاع فور إبدائها وإلا سقط الحق فيه كما يتم الفصل فيه قبل الفصل في الموضوع أو تضمها إليه للفصل فيهما معاً[٢٤٢٤].

تفصل الهيئة في المسائل الأولية المتعلقة بنزاع مدني أو تجاري لسرعة الفصل في النزاع ولغلبة الطابع القضائي في تشكيلها بعكس المحكم العادي طالما أنها غير متعلقة بالنظام العام[٢٤٢٥].

كما يجوز التعويض عن الدعوى أو عن الدفاع الكيدي أمام هيئة التحكيم كنوع من الاختصاص التبعي المطلق، طالما كانت هيئة التحكيم مختصة بالدعوى أو بالدفاع الكيدي[٢٤٢٦].

([٢٤٢١]) وجدي راغب، خصومة التحكيم، محاضرة، مرجع سابق، ص ١٣، أو الاستعانة بخبير أو أكثر وإذا تعدد المحكمون ووجب أن يقوموا مجتمعين بإجراءات التحقيق وأن يوقع كل منهم على الحاضر ولكن يجوز لهم أن يجمعوا على ندب واحد منهم لإجراء معين ويثبتوا هذا الندب في محضر الجلسة، كما يجوز ندب أحدهم لذلك بناء على اتفاق التحكيم "م ٢/١٧٩ مرافعات"، وجدي راغب وعزمي عبد الفتاح، مبادئ القضاء المدني، ١٩٨٤، ص ٤٢٨.

([٢٤٢٢]) فيجوز لهيئة التحكيم استجواب أحد الخصوم أو سماع الشهود دون حاجة إلى صدور حكم تحضيري بذلك وإنما يلزم تحرير محضر للاستجواب أو للشهادة إذا تم ذلك في غيبة الخصم الأخر احتراماً لمبدأ المواجهة، وجدي راغب، خصومة التحكيم، محاضرة سابقة، ص ١٣، انظر في ذلك المادة (٥) من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

([٢٤٢٣]) وهذا يساعد على سرعة الفصل في النزاع وذلك نظراً لغلبة الطابع القضائي في تشكيل الهيئة بعكس المحكم الخاص "٢/١٨٠ مرافعات" الذي يوقف نظر النزاع ويلجأ إلى المحكمة المختصة أصلاً نظر النزاع لتوقيع الجزاءات على الشاهد المتخلفة عن الحضور أو الممتنع عن الإجابة أو التكليف الغير بإبراز المستند المنتج في الدعوى أو الأمر بالإنابات القضائية، انظر كذلك المادة ١/١٨٠ أ، ب، ج من قانون المرافعات الكويتي والمادة ٤/٥ من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

([٢٤٢٤]) انظر في ذلك المادة ١/٥، ٣ من قانون التحكيم الكويتي ١١ لسنة ١٩٩٥.

([٢٤٢٥]) انظر المذكرة الإيضاحية للقانون ١١ لسنة ١٩٩٥ بصدد المادة ١/٥ منه.

كما يجوز التدخل أو الإدخال بالنسبة للغير أمام هيئة التحكيم إذا نص اتفاق التحكيم على ذلك ووافق المتداخل أو المدخل على ذلك عند اللجوء اختياراً للتحكيم القضائي[٢٤٢٧].

كما يجوز إثارة الطلبات المستعجلة أمام هيئة التحكيم القضائي متى كانت متعلقة بموضوع النزاع ولم يتفق الطرفان صراحة على غير ذلك، وهذا يبرره غلبة الطابع القضائي لتشكيل الهيئة فضلاً عن الحاجة إلى سرعة الفصل في النزاع المطروح على الهيئة تلبية لمبدأ وحدة خصومة التحكيم القضائي وعدم تجزئتها[٢٤٢٨].

٦- المرافعة، وقفلها أو فتحها:

الأصل في المرافعة أن تكون شفوية واستثناء كتابية ولكن عملاً تكون المرافعة كتابية كأصل واستثناء شفوية[٢٤٢٩].

كما أن الأصل أن تكون جلسة المرافعة سرية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك عند اللجوء الاختياري البحت للهيئة، وعند صلاحيتها للحكم فأمر الهيئة بقفل باب المرافعة.

ثانياً: السير غير الطبيعي للخصومة

تكون حياة الخصوم غير طبيعية إذا أصيبت بعارض من العوارض الإجرائية والمحددة في قانون المرافعات كالشطب أو الوقف أو الانقطاع

([٢٤٢٦]) حيث تنص المادة ١٢٢ من قانون المرافعات الكويتي على إنه: "إذا قصد من الدعوى أو الدفاع فيها مجرد الكيد، جاز الحكم بالتعويض على من قصد ذلك وتختص بنظر هذا الطلب المحكمة التي نظرت الدعوى أو الدفاع الكيدي ويرفع إليها بطلب عارض أو بدعوى أصلية"

([٢٤٢٧]) انظر في ذلك المواد من ٨٤ إلى ٨٨ من قانون المرافعات الكويتي.

([٢٤٢٨]) حيث تنص على ذلك المادة ٥ فقرة أخيرة من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥ على إنه: "كما تفصل هيئة التحكيم في المسائل المستعجلة المتعلقة بموضوع النزاع ما لم يتفق الطرفان صراحة على غير ذلك".

([٢٤٢٩]) حيث تنص المادة (٤) من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥ على إنه: تعرض إدارة التحكيم طلب التحكيم خلال الثلاثة أيام التالية لإيداع المبلغ المخصص لأتعاب المحكمين المختارين على رئيس هيئة التحكيم لتحديد جلسة لنظرة وعليها إعلان الطرفين بتلك الجلسة وبكامل تشكيل الهيئة خلال الخمسة أيام التالية وتحديد موعد لهماه لتقديم مستنداتهما ومذكراتهما وأوجه دفاعهما.

المطلب الثاني

نهاية الخصومة

ومن حيث نهاية الخصومة سوف نقسمها كذلك إلى نهاية غير طبيعية ونهاية طبيعية.

أولاً: النهاية غير الطبيعية للخصومة

قد تنقضي الخصومة انقضاء مختصراً بسبب موضوعي "إرادي" كالتنازل أو الصلح في حالة اللجوء للتحكيم الاختياري البحت أو اللجوء الاختياري الإجباري[٢٤٣٠]، أو التسليم بالطلبات من أحد الخصوم أو العدول الاتفاقي صراحة أو ضمناً، أو غير إرادي كالوفاة أو اتحاد الذمة في أن يكون المدعي عليه هو الوارث الوحيد للمدعي[٢٤٣١].

أو بسبب إجرائي كبطلان الإجراءات أو الحكم بعدم الاختصاص أو بعدم القبول أو باعتبار الدعوى كأن لم تكن أو بسقوطها أو بانقضائها بمضي المدة أو بترك الخصومة بعدم حضور الخصوم جميعاً أمام الهيئة وعدم اتخاذ إجراءات أمامها عند التحكيم الاختياري البحت[٢٤٣٢] وكل هذه الحالات تعد تطبيقاً للتفسير الواسع للمادة ١٢ من قانون التحكيم القضائي[٢٤٣٣].

ثانياً: النهاية الطبيعية للخصومة

تنقضي الخصومة انقضاء طبيعياً بصدور حكم في موضوعها إيجاباً أو سلباً وتصدر الهيئة حكمها دون التقيد بمدة معينة

١- أجزاء الحكم: يتكون الحكم من:أ- الديباجة التي تشتمل على صدوره باسم سمو الأمير وإلا كان الحكم باطلاً بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام – تطبيقاً للمادة ٥٣ من الدستور والمادة ١٥ من قانون تنظيم القضاء

([٢٤٣٠]) انظر في ذلك المادة ١/٢، ٣ من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

([٢٤٣١]) حيث تنص المادة ٤٣٣ مدني كويتي على إنه "إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى التزام واحد انقضى هذا الالتزام بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة" كما تنص المادة ٤٣٤ مدني كويتي على إنه: "إذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي عاد الالتزام إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن".

([٢٤٣٢]) د. وجدي راغب، خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ١٨، انظر في ذلك المادة ١/٢ من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

([٢٤٣٣]) لذلك يترتب على الحكم بسقوط الخصومة أو بانقضائها بمضي المدة أو بتركها زوال الأحكام الصادرة فيها بإجراءات الإثبات وإلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك رفع الدعوى ولكنه لا يمس الأحكام أو القرارات الصادرة من الخصوم أو الإيمان التي حلفوها، على أن هذا لا يمنع الخصوم من التمسك بإجراءات التحقيق وأعمال الخبرة التي تمت ما لم تكن باطلة في ذاتها م ١٠١ من قانون المرافعات وفقاً للتفسير الواسع للإحالة الواردة في المادة ١٢ من قانون التحكيم.

وهومأكدته[٢٤٣٤] محكمة التمييز على عكس القضاء المصري[٢٤٣٥] وعلى تحديد أسماء أعضاء الهيئة التي أصدرته وتاريخ ومكان إصداره.

ب- وقائع القضية التي تتضمن أسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم ومواطنهم وعرض موجز لاتفاق التحكيم[٢٤٣٦] وملخص لأقوال الخصوم ومستنداتهم.

ج- تسبيب الحكم أو حيثياته: يجب بيان الأسباب القانونية والواقعية التي استندت إليها الهيئة في حكمها[٢٤٣٧] وذلك يكون واضحاً في مسودة الحكم ونسخته الأصلية.

د- منطوق الحكم: هو القرار الذي انتهت إليه الهيئة في القضية والذي يتلى في جلسة علنية يعلن بها طرفا التحكيم.

هـ- التوقيع: يجب أن يكون الحكم موقعاً من أغلبية المحكمين ويذكر من رفض التوقيع ويكون الحكم صحيحاً إذا وقعه أغلبية المحكمين ولو كان قد تنحى أو أعتزل واحد أو أكثر بعد حجز الدعوى للحكم وبدء المداولة.

٢- خطوات إصداره:

أ- يصدر الحكم بعد مداولة في جلسة سرية يشترك فيها من اشترك في الاستماع للمرافعة من أعضاء الهيئة وإلا كان باطلاً[٢٤٣٨].

ب- النطق بالحكم يكون في جلسة علنية يعلن بها – دون أن يحدد القانون شكلاً للإعلان – طرفا التحكيم[٢٤٣٩] على أن يحضر عند النطق به أعضاء هيئة التحكيم الذين اشتركوا في المداولة وإلا كان الحكم باطلاً.

([٢٤٣٤]) في ١٩٨٣/١١/١٦ طعن رقم ٣٢، ١٩٨٣/٣٣، حيث تنص المادة ٥٣ من الدستور الكويتي على إنه: "السلطة القضائية تتولاها المحاكم باسم الأمير في حدود الدستور، كما تنص المادة (١٥) من قانون تنظيم القضاء على إنه تصدر الأحكام وتنفذ باسم صاحب السمو أمير الكويت".

([٢٤٣٥]) مدني ١٩٧٩/٢/٢٧، طعن رقم ٤٩/٢ ق المكتب الفني، س ٣٠، عدد ١، رقم ١١٩، ٦٣٦، انظر المادة ١٠٠ من الدستور المصري ٢٠١٤ على إنه تصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب.

([٢٤٣٦]) وذلك لمعرفة حدود سلطة هيئة التحكيم في الحالة الأولى الواردة في البند الأول من المادة الثانية من قانون التحكيم وهي حالة التحكيم الاختياري البحت.

([٢٤٣٧]) قضي بأن إيراد أسباب حكم المحكمين بصفة عامة أو بطريقة مجمله لا يعيبه، طعن رقم ١٩٨٣/٤٦ تجاري، جلسة ١٩٨٤/٢/٢٢، مجلة القضاء والقانون، السنة الثانية عشرة، العدد الأول، ص ١٣٣، انظر في ذلك المادة ٣/٧ من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

([٢٤٣٨]) وإذا رفض واحد أو أكثر من المحكمين توقيع الحكم ذلك فيه "م ٢/٧ من قانون التحكيم" بعكس حكم المحكمة فلا يدون فيه الرأي المعروض لأن ذلك يكون موجوداً في النظام الانجلوسكسوني الذي يتبنى نظام السوابق القضائية، هذا الموضوع موجود في القانون، انظر د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، طبعة منقحة ومزيدة ١٩٩٣م، بند ٣٣٥، ص ٦٢٢.

انظر كذلك نص المادة ١/١١٢ مرافعات على إنه: "تكون المداولة في الأحكام سرية بين القضاة مجتمعين، ولا يجوز أن يشترك فيها غير القضاة الذين سمعوا المرافعة".

ج- يجب أن تودع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه موقعاً عليها من المحكمين عند النطق به[٢٤٤٠] ويودع أصل الحكم المنهي للخصومة مع أصل الاتفاق على التحكيم إدارة كتاب محكمة الاستئناف خلال خمسة الأيام التالي لإصداره[٢٤٤١] ولا يجوز نشر الحكم أو أجزاء منه إلا بموافقة الطرفين "فقرة أخيرة من قانون التحكيم" وتعطي الصورة التنفيذية للحكم من إدارة الاستئناف بعد توقيعها وختمها بخاتم المحكمة بعد تذييلها بالصيغة التنفيذية إلى ذوي الشأن[٢٤٤٢].

٣- آثار الحكم:

أ- يرتب الحكم الصادر من هيئة التحكيم القضائي أثاراً موضوعية تتمثل في اكتسابه حجية الأمر المقضي، وإذا كان الحكم الصادر حكماً إلزامياً يصلح كسند تنفيذي متى وضعت الصيغة التنفيذية من إدارة كتاب محكمة الاستئناف ويغير مدة سماع الدعوى من قصيرة إلى طويلة[٢٤٤٣].

ب- كما يرتب الحكم الصادر آثار إجرائية كالتالي:

١- استنفاد ولاية الهيئة:

بمجرد صدور الحكم – الإجرائي أو الموضوعي – تستنفد الهيئة ولايتها

٢- حكم التحكيم القضائي واجب النفاذ:

تحوز الأحكام الصادرة من هيئة التحكيم القضائي على قوة الأمر المقضي وتكون وواجبة النفاذ طبقاً للإجراءات المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بمجرد وضع الصيغة التنفيذية من إدارة كتاب محكمة الاستئناف[٢٤٤٤].

([٢٤٣٩]) على عكس التحكيم العادي حيث لا يلزم النطق بالحكم في جلسة علنية ما لم يتفق الخصوم على غير ذلك، د. وجدي راغب، د. عزمي عبد الفتاح، مبادئ القضاء المدني، المرجع السابق، ص ٤٢٩، انظر في ذلك المادة ٢/٧ من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

([٢٤٤٠]) د. وجدي راغب، ود. عزمي عبد الفتاح، مبادئ القضاء المدني، ص ٤٢٩، انظر في ذلك المادة ٢/٧ من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥، المادة (١٧٠) من قانون المرافعات الكويتي.

([٢٤٤١]) د. وجدي راغب، ود. عزمي عبد الفتاح، مبادئ القضاء، المرجع السابق، ص ٤٣٠، فتحي والي، قانون القضاء المدني الكويتي، بند ٣٥٥، ص ٤٥٤، انظر في ذلك المادة ٢/٧ من قانون التحكيم ١١ لسنة ١٩٩٥.

([٢٤٤٢]) عن تنفيذ حكم المحكمين العاديين في القانون الكويتي، انظر د. يعقوب يوسف صرخوه، أحكام المحكمين وتنفيذها، دراسة مقارنة في التحكيم التجاري، الطبعة الأولى، ١٩٨٦م/ ١٤٠٧هـ، ص ١٢٥ وما يليها، انظر في ذلك المادة ٧ فقرة أخيرة من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥ وكذلك المادة ٩ من ذات القانون.

([٢٤٤٣]) د. وجدي راغب، د. سيد أحمد محمود، قانون المرافعات الكويتي، ١٩٩٤م، المرجع السابق، ص ٣٥، وتنص المادة ٢/٤٥٠ من القانون المدني على إنه "ومع ذلك فإن المدة الجديدة تكون خمس عشرة سنة في الأحوال الآتية: أ- إذا حكم بالحق وحاز الحكم قوة الأمر المقضي وذلك فيما عدا ما يتضمنه الحكم من التزامات دورية متجددة وتكون مستحقة الأداء بعد صدوره"، انظر كذلك المادة ٩ من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

([٢٤٤٤]) حكم التحكيم العادي يصلح سنداً تنفيذياً متى توافرت فيه شروط معينة أهمها صدور أمر من القضاء بتنفيذه "م ١٨٥ من قانون المرافعات"، د. وجدي راغب، د. عزمي عبد الفتاح، مبادئ القضاء، المرجع السابق، ص ٤٣١، د. وجدي راغب، مذكرات في مبادئ

٣- لا يجوز الطعن في الحكم الصادر من هيئة التحكيم القضائي[٢٤٤٥] إلا بالتمييز ولأسباب محددة مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله إذا وقع بطلان في الحكم أو في الإجراءات أثر في الحكم – التناقض بين حكم نهائي صادر من الهيئة على خلاف حكم نهائي سابق صادر من هيئة أخرى أو محكمة أخرى بين ذات الخصوم إذا تحقق سبب من الأسباب التي يجوز من أجلها التماس إعادة النظر[٢٤٤٦]، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الحكم كقاعدة أو ظهور سبب من أسباب الالتماس ويتبع بشأن الطعن بالتمييز من حيث إجراءاته وقيده ونظره والفصل فيه أحكام المرافعات المقررة لهذا الطعن[٢٤٤٧].

ويتعين على الطاعن أن يقوم بإيداع مائة دينار عند تقديم الطعن على سبيل الكفالة[٢٤٤٨].

ولا يجوز الطعن على الحكم الذي يتم صدوره من هيئة التحكيم بأي طريق من طرق الطعن[٢٤٤٩].

٤- الحكم بالمصروفات:

يجوز للهيئة أن تحمل المحكوم عليه، من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الخصوم وفقاً للمادة ١١٩، ١٢٠ من قانون المرافعات بالمصروفات[٢٤٥٠] أو أن تحمل بها المحكوم له وفقاً للمادة ١٢١ من قانون المرافعات، إذا سلم المحكوم عليه بطلبات خصمه أو إذا ترك المحكوم عليه على جهل بما تحت يده من مستندات، أو إذا انفق المحكوم له

التنفيذ القضائي وفقاً للقانون الكويتي، ١٩٨١م، ص ٥١-٥٣، انظر في ذلك المادة ١٩٩، ٢٠٠ مرافعات كويتي وكذلك المادة (٩) من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

(٢٤٤٥) حكم التحكيم العادي لا يقبل الاستئناف إلا إذا اتفق الخصوم على ذلك أمام الدائرة الاستئنافية بالمحكمة الكلية كما يقبل الحكم رفع دعوى ببطلانه وفقاً للأسباب الواردة في المادة ٣/١٨٦ من قانون المرافعات، د. وجدي راغب، د. عزمي عبد الفتاح، مبادئ القضاء المدني الكويتي، ١٩٨٤م، ص ٤٣١ وما يليها.

(٢٤٤٦) انظر في ذلك المادة (١٠) من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

(٢٤٤٧) انظر في ذلك المادة (١١) من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

(٢٤٤٨) انظر في ذلك المادة ٢/١١ من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

(٢٤٤٩) انظر المادة (١٠) فقرة أخيرة من القانون ١١ لسنة ١٩٩٥.

(٢٤٥٠) تنص المادة ١١٩ من قانون المرافعات الكويتي على انه: "يجب على المحكمة عند إصدار الحكم الذي تنتهي به الخصومة أمامها أن تقضي من تلقاء نفسها في مصروفات الدعوى، ويحكم بها، بما في ذلك مقابل أتعاب المحاماه على الخصم المحكوم عليه في الدعوى، وإذا تعدد المحكوم ع ليهم، قضى بقسمة المصروفات بينهم بنسبة مصلحة كل منهم في الدعوى على حسب ما تقدره المحكمة ولا يلزمون بالتضامن في المصروفات إلا إذا كانوا متضامنين في أصل التزامهم المقضي فيه.

ويحكم بمصروفات التدخل إذا كانت له طلبات مستقلة وحكم بعم قبول تدخله أو برفض طلباته.

كما تنص المادة (١٢١) مرافعات على انه: "يجوز للمحكمة أن تقضي بإلزام الخصم الذي كسب الدعوى بالمصروفات كلها أو بعضها إذا كان الحق مسلماً به من المحكوم عليه أو كان المحكوم له قد تسبب في إنفاق مصروفات لا فائدة فيها، أو إذا كان قد ترك خصمه على جهل بما كان في يده من المستندات القاطعة في الدعوى أو بمضمون هذه المستندات.

مصروفات لا فائدة منها[٢٤٥١]، كما تختص الهيئة بالتعويض عن الدعوى الكيدية أو الدفوع الكيدية المرفوعة أمامها[٢٤٥٢]

([٢٤٥١]) حيث تنص المادة (١٢٢) مرافعات على انه: "إذا قصد من الدعوى أو الدفاع الكيدي، ورفع إليها بطلب عارض أو بدعوى أصلية".

([٢٤٥٢]) حيث تنص المادة (١٢٣) مرافعات على انه: "تقدر مصروفات الدعوى بأمر على عريضة يقدمها المحكوم له لرئيس الهيئة التي أصدرت الحكم ويعلن هذا الأمر للمحكوم عليه بها، ولا يسري عليه السقوط المقرر في المادة (١٦٣)