عقد أتعاب المحاماة

دراسة فقهية قانونية قضائية

تأليف الدكتور
عبدالعزيز بن سعد الدغيثر
في ١٤٤٢/٠٧/٢٠هـ

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

السيرة الذاتية المختصرة للمؤلف

د. عبدالعزيز سعد الدغيثر

- دكتوراه– قسم الأنظمة بالمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية (عنوان الرسالة: الرقابة على اندماج الشركات في ضوء أنظمة المنافسة) – بتقدير ممتاز مع مرتبة الشرف الأولى سنة 1435-1436هـ.
- ماجستير أنظمة من المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام (عنوان الرسالة: تسوية النزاعات المصرفية).
- بكالوريوس شريعة من كلية الشريعة بجامعة الإمام في يونيو 2005م.
- بكالوريوس هندسة ميكانيكية من جامعة الملك فهد للبترول والمعادن في 30 ديسمبر 1998م.

- عمل في وزارة المواصلات وشركة الكهرباء وشركة الاتصالات السعودية، ثم في المجموعة الشرعية لبنك الراجحي.
- محكم معتمد من مركز التحكيم التجاري بالرياض محامي مرخص من وزارة العدل. رقم الترخيص 32/135، وموثق مرخص.
- عضو تدريس متعاون في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ومدرب متعاون لدى مركز التدريب العدلي التابع لوزارة العدل السعودية.
- شارك بصياغة ومراجعة العديد من الأنظمة واللوائح لعدة وزارات مثل وزارة العدل والاقتصاد والتخطيط ووزارة العمل والتنمية الاجتماعية ومعهد الإدارة العامة ووزارة الصحة ووزارة التعليم ووزارة الإسكان ووزارة التجارة والهيئة العامة للأوقاف.
- شارك بالكتابة بمقالات قانونية واقتصادية وتنموية في صحيفة أرقام الإلكترونية وصحيفة الشرق السعودية.
- ألف العديد من الكتب والبحوث تتجاوز 200 بحث قضائي وقانوني قدمت لشركات مالية وجهات قانونية.
- ساهم بالبحث في العديد من المجالات القانونية والقضائية في عدة مؤتمرات ومجلات محكمة، وصحف سعودية.
- شارك في العديد من البرامج الفضائية في قناة CNBC وكذلك في إذاعة الرياض.
- قدم العديد من المحاضرات والدورات وورش العمل وأهمها دورة تدريبية في الهندسة المالية الإسلامية، دورة تدريبية في تمويل المشاريع الصغيرة، دورة في أساسيات العمل المصرفي، دورة في أعمال الخزينة، دورة في نظام الشركات.

المقدمة

الحمد لله وحده والسلام على من لا نبي بعده محمد وعلى آله وصحبه أما بعد:

فإن من المسائل التي يكثر فيها النزاع مسألة أتعاب المحاماة، ومع أهمية مسائلها وتنوع صورها إلا أن البحوث التي تطرقت لها لم توفها حقها، ولم أجد من أفردها بالبحث، وإنما ذكرت عرضا في البحوث التي تكلمت عن المحاماة، وفيما يأتي بعضها:

١-كتاب: المحاماة رسالة وأمانة، للأستاذ أحمد حسن كرزون، وقد تحدث في صفحة ٨٢ عن الجشع في تقدير الأتعاب، ولم يتحدث عن الأحكام، وكلامه أقرب إلى أخلاقيات المحامي.

٢-كتاب: المحاماة في ضوء الشريعة الإسلامية والقوانين العربية، للدكتور مسلم اليوسف، وقد نشر الكتاب مؤسسة الريان، وهو بحث ضخم، وقد تطرق لمسائل أتعاب المحاماة في مبحث كامل من صفحة ٢١١ إلى صفحة ٢٢٦. وتطرق للمسائل المستحقة للأتعاب، والحالات التي تستحق فيها الأتعاب، واستحقاق الأتعاب في حال وجود اتفاق، وفي حال عدمه، ودرجة دين أتعاب المحاماة.

٣-كتاب: المحاماة في النظام السعودي، للشيخ حماد الحماد، وهو من إصدارات دار عالم الكتب، وقد تحدث عن أجرة المحامي في فقرة من صفحة ٢٦٨ إلى صفحة ٢٧٠، وتحدث عن الأتعاب في فقرة أخرى من صفحة ٤٩٧ إلى صفحة ٥٠٣.

٤-كتاب: نظام المحاماة في الفقه الإسلامي، وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية للدكتور محمد الخريف، وهو من منشورات دار كنوز أشبيليا. وقد تحدث عن أجرة المحامي في صفحة ٤٤٦، كما علق على مواد نظام المحاماة المتعلقة بالأتعاب من صفحة ٦١٣ إلى صفحة ٦١٥.

٥-كتاب: المحاماة في الفقه الإسلامي – دراسة فقهية مقارنة مع دراسة تطبيقية لنماذج المحاماة في المملكة العربية السعودية، للدكتور بندر اليحيى، وهو رسالة علمية منشورة سنة ١٤٢٦هـ

٦-بحث أحكام الشفاعة – الوساطة – المحاماة وأثرها في الحقوق لخلدون محمد حماشا، وقد تحدث عن المحاماة باختصار، والكتاب في ١٣٤ صفحة.

٧-كتاب: المحاماة تاريخها وموقف الشريعة الإسلامية منها، للشيخ مشهور حسن سلمان، وقد نشر سنة ١٤٠٧هـ

٨-كتاب: المحاماة في الفقه الإسلامي والقانون للدكتور دمبا جلو، وهي رسالة علمية مقدمة لأكاديمية الأمير نايف للعلوم الأمنية.

٩-كتاب: أحكام عقد المحاماة، للدكتور حسن القرني، وقد نشر سنة ١٤٤١هـ

١٠- بحث: الوكالة على الخصومة وأحكامها المهنية في الفقه الإسلامي ونظام المحاماة السعودي، لمعالي الشيخ عبدالله آل خنين، وقد نشر في العدد الخامس عشر من مجلة العدل، الصادر في شهر رجب من سنة ١٤٢٣هـ، وقد تحدث فضيلته عن أجرة المحامي من صفحة ٨٣ إلى صفحة ٨٥، وقد اقتبس هذا المبحث في صفحة: مادة نظامية، في مجلة العدل - العدد ٣٩ الصادر في شهر رجب سنة ١٤٢٩هـ، وقد تحدث فضيلته عن توفية المحامي أجرته في عدة أسطر من صفحة٢٨٥ من العدد المذكور.

١١- كتاب الإجارة بجزء من العمل، للأستاذ الدكتور عبدالرحمن الجلعود، وهو صادر عن دار كنوز أشبيليا، ويقع في ٣٨ صفحة، وانتهى فيه إلى أن عقد أتعاب المحاماة إجارة بكل حال.

١٢- مواد نظام المحاماة السعودي الصادر سنة ١٤٢٢هـ، ويشمل المواد ٢٦-٢٧-٢٨، كما يشمل المادة ٢٢.

وبالنظر فيما سبق، لم أجد من جمع صور الأتعاب الشائعة في سوق المحاماة وأحكامها وآثارها، ولذا فقد عقدت العزم على بحثها، ومن الله أستمد العون.

وقد اشتمل هذا البحث على عدة مباحث:

المبحث الأول: المحاماة في قضاء الدولة المسلمة
المبحث الثاني: حكم امتهان المحاماة
المبحث الثالث: وسائل إثبات أتعاب المحاماة
المبحث الرابع: صور أتعاب المحاماة
المبحث الخامس: أتعاب المحامي في حال عدم إكمال عمله
المبحث السادس: تحصيل أتعاب المحاماة
المبحث السابع: حكم تحميل المدين المماطل نفقات تحصيل الدين
المبحث الثامن: الاختصاص القضائي في نظر أتعاب المحاماة
المبحث التاسع: التوجهات القضائية في المحاكم العامة فيما يخص أتعاب المحاماة
المبحث العاشر: التوجهات القضائية في المحاكم التجارية فيما يخص أتعاب المحاماة
المبحث الحادي عشر: الأحكام النظامية لأتعاب المحاماة
المبحث العاشر: الأحكام النظامية لأتعاب المحاماة

وأما المنهج في هذا البحث، فإني لم ألتزم بالطريقة المتبعة في البحوث الأكاديمية من ترجمة لكل علم في البحث، والإطالة في التخريج، وبيان تفاصيل كل مرجع إذ يمكن التحقق من النقل عن طريق البرامج الحاسوبية. كما أن لم ألتزم بالنقل عن المذاهب بالنص بل بالفهم ولم أقم بمناقشة الأقوال بذكر الإيرادات ومناقشة الأدلة، ولم أطل في التعريفات والحدود للمصطلحات، لكون المراد حصر الأوجه التي نعمل بها – معاشر المحامين – والموقف القضائي من هذه الصور، ووجه جواز كل صورة باختصار يناسب الحال.
والله أسأل أن يكون في هذا البحث ما يفيد القارئ الكريم، وأن يلهمنا الصواب في ما ذكر في هذا الكتاب.

المحامي الدكتور: عبدالعزيز بن سعد الدغيثر
٠٥٠٥٨٤٩٤٠٦
asd9406@gmail.com

تمهيد في بيان المقصود بأتعاب المحاماة

نصت المادة الأولى من نظام المحاماة الصادر بالمرسوم الملكي الكريم م / ٣٨ وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ، على الآتي:

" يقصد بمهنة المحاماة في هذا النظام :

- الترافع عن الغير أمام المحاكم وديوان المظالم، واللجان المشكلة بموجب الأنظمة والأوامر والقرارات لنظر القضايا الداخلة في اختصاصها،

- ومزاولة الاستشارات الشرعية والنظامية.

ويسمى من يزاول هذه المهنة محامياً ويحق لكل شخص أن يترافع عن نفسه."

وأما أتعاب المحاماة فهي العوض الذي يتفق عليه بين الموكل والمحامي ، وقد نصت المادة السادسة والعشرون من نظام المحاماة على الآتي:

تحدد أتعاب المحامي وطريقة دفعها باتفاق يعقده مع موكله، فإذا لم يكن هناك اتفاق أو كان الاتفاق مختلفاً فيه أو باطلاً قدرتها المحكمة التي نظرت في القضية عند اختلافهما، بناءً على طلب المحامي أو الموكل بما يتناسب مع الجهد الذي بذله المحامي والنفع الذي عاد على الموكل. ويطبق هذا الحكم كذلك إذا نشأ عن الدعوى الأصلية أي دعوى فرعية.

ويشمل ذلك الاتفاق المكتوب والاتفاق الشفهي حسب ما ورد في المادة ٢/٢٦ من اللائحة التنفيذية للنظام.

توطئة في قواعد مؤثرة في الباب

١) من مقاصد الشريعة منع الغرر

أكثر ما يؤثر مسائل أتعاب المحاماة الاختلاف في توافر الغرر المحرم المانع من صحة العقد، وقد ثبت في صحيح مسلم عن أبي هريرة – رضي الله عنه – "نهى النبي - ﷺ - عن بيع الغرر"[١] وهو أصل عظيم من أصول الشرع[٢].

وعملاً بهذا الأصل اشترط العلماء أن يكون المبيع مقدوراً على تسليمه، وأن يكون الثمن والمثمن معلومين لأن جهالة أحدهما تدخله في الغرر [٣].

وقد حرم الشارع أنواعاً من البيوع لاشتمالها على الغرر ومن ذلك: النهي عن عسب الفحل [٤] أو بيع ضراب الفحل [٥]، وبيع السمك في الماء[٦]، وبيع حبل الحبلة[٧]، ونهى - ﷺ - عن الملامسة والمنابذة في البيع[٨]، ونهى - ﷺ – عن بيع الحصاة[٩]، وقال - ﷺ -: " لا تبع ما ليس عندك" [١٠]، وورد نهيه - ﷺ - عن بيع الحمل في البطن وبيع ما في ضروع الأنعام وبيع العبد الآبق، وشراء الصدقات حتى تقبض وشراء المغانم حتى تقسم وعن ضربة الغائص[١١]، كما

---

(١) رواه مسلم (٣/٥).

(٢) أوسع كتاب جامع لأحكام الغرر كتاب: الغرر وأثره في العقود للصديق الأمين الضرير، والذي صدر عن دار نشر الثقافة بمصر سنة ١٣٧٦هـ ثم طبع سنة ١٤١٠هـ دار الجيل، ثم سنة ١٤١٣هـ، ومن الكتب المهمة التي تجمع أحكام الميسر والقمار كتاب: الميسر والقمار لرفيق يونس المصري، وقد نشرته دار القلم، الطبعة الأولى سنة ١٤١٣هـ.

(٣) تراجع المراجع السابقة.

(٤) رواه البخاري برقم ٢٢٨٤ عن ابن عمر - ﷺ -.

(٥) رواه مسلم برقم ٣٩٨١ عن جابر - ﷺ -.

(٦) رواه أحمد ٣٨٨/١ عن ابن مسعود - ﷺ - عن النبي - صلى الله عليه وسلم -، وصوب أهل العلم وقفه على ابن مسعود - ﷺ -. ينظر: نيل الأوطار للشوكاني ١٠٦٨/٢ – طبعة دار المعرفة.

(٧) رواه البخاري برقم ٣٨٤٣ ومسلم برقم ٣٧٨٨، واختلفوا في المقصود من الحديث، وينظر تفسيره في نيل الأوطار للشوكاني ١٠٦٨/٢ – طبعة دار المعرفة.

(٨) رواه البخاري برقم ٢١٤٤ ومسلم برقم ٣٧٨٥ عن أبي سعيد الخدري - ﷺ -.

(٩) رواه مسلم (٣/٥).

(١٠) رواه أبو داود برقم ٣٥٠٣ والترمذي برقم ١٢٣٢ والنسائي برقم ٤٦٢٧ وابن ماجه برقم ٢١٨٧ عن حكيم بن حزام - ﷺ -.

(١١) أخرجه أحمد (٤٢/٣) والترمذي (١٥٦٣) وابن ماجه (٢١٩٦) عن أبي سعيد الخدري - ﷺ -، وضعفه الألباني في إرواء الغليل برقم ١٢٩٣، ولبعضها شواهد تنظر في نيل الأوطار للشوكاني ١٠٦٨/٢ – طبعة دار المعرفة.

روي عن النبي - ﷺ – أنه نهى أن يباع ثمر حتى يُطعم أو صوف على ظهر أو لبن في ضرع أو سمن في لبن [١]، ونهى - ﷺ – عن الثنيا – وهو الاستثناء في البيع - إلا أن تعلم [٢]، ونحوها.

والغرر منه الغرر الفاحش الكثير الذي يتفق العلماء على حرمة البيع عند وجوده، ومنه الغرر اليسير الذي لا يمكن الاحتراز منه، ومنه ما بين ذلك مما يختلف فيه العلماء المجتهدون، قال الإمام الشاطبي [٣] - رحمه الله -:" أجمعوا – أي العلماء - على منع بيع الأجنة والطير في الهواء، والسمك في الماء، وعلى جواز بيع الجبة التي حشوها مغيب عن الأبصار، ولو بيع حشوها بانفراده لامتنع، وعلى جواز كراء الدار مشاهرة مع احتمال أن يكون الشهر ثلاثين أو تسعة وعشرين، وعلى دخول الحمام مع اختلاف عادة الناس في استعمال الماء وطول اللبث، وعلى شرب الماء من السقاء مع اختلاف العادات في مقدار الري فهذان طرفان في اعتبار الغرر وعدم اعتباره لكثرته في الأول وقلته مع عدم الانفكاك عنه في الثاني فكل مسألة وقع الخلاف فيها في باب الغرر فهي متوسطة بين الطرفين، آخذة بشبه من كل واحد منهما فمن أجاز مال إلى جانب اليسارة [٤]، ومن منع مال إلى جانب الآخر" [٥].

والحكمة في تحريم بيع الغرر ومعاملاته هي بعينها الحكمة من تحريم الميسر حيث قال تعالى: " إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ " (المائدة:٩٠)، وقال تعالى " إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ " (المائدة:٩١) [٦].

٢) من مقاصد الشريعة تصحيح العقود ما أمكن

قرر الفقهاء أن تصحيح العقود واجب ما أمكن؛ لأن أمور المسلمين محمول على الصلاح دون الفساد، إلا إذا تعذر حملها على الصلاح [٧].

وفي حكم مصدق من محكمة الاستئناف برقم ورد فيه: الأصل تصحيح العقود ما أمكن، لا سيما إذا ترتب على إبطالها ضرر بأحد المتعاقدين.

٣) قد يرى المنظم أن يكون العقد ملزما ولو تضمن شيئا من الغرر بسبب الحاجة العامة

قد تقتضي المصلحة تنظيما معيناً في وقت معين، ثم تزول المصلحة في زمن آخر، ولذا فإن المنظم السعودي يحرص على مراجعة الأنظمة وتحديثها أولاً بأول، ويحرص على تلقي ملحوظات المختصين، وأصحاب الشأن من الجهات القضائية والتحقيقية والتنفيذية. وقد نبه الإمام الشاطبي - رحمه الله – إلى أهمية مراعاة تغير الزمان واختلاف المكان عند النظر في المصالح فقال:": "كل ما كان من المحدثات له وجه صحيح فليس بمذموم بل هو محمود، وصاحبه الذي سنه ممدوح فأين ذمها بإطلاق أو على العموم ؟ وقد قال عمر بن عبد العزيز ﷺ: "تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور". فأجاز .كما ترى .إحداث الأقضية واختراعها على قدر اختراع الفجار للفجور، وإن لم يكن لتلك المحدثات أصل[٨].

---

(١) رواه الدارقطني في سننه ١٤/٣ عن ابن عباس - ﷺ -، وصوب ابن أبي شيبة وقفه على ابن عباس - ﷺ -. نيل الأوطار ١٠٦٩/٢ – طبعة دار المعرفة.

(٢) رواه الترمذي برقم ١٢٩٠ والنسائي برقم ٤٦٤٧ عن جابر - ﷺ -.

(٣) الشاطبي هو إبراهيم بن موسى بن محمد، أبو إسحاق، اللخمي الغرناطي، الشهير بالشاطبي، من علماء المالكية. كان إمامًا محققًا أصوليًا مفسرًا فقيهًا محدثًا، توفي سنة ٧٩٠هـ من تصانيفه: الموافقات في أصول الفقه والاعتصام. شجرة النور الزكية ص ٢٣١، والأعلام للزركلي ١ / ٧١.

(٤) أي التيسير.

(٥) الموافقات للشاطبي – تحقيق مشهور آل سلمان ١١٧/٥-١١٨.

(٦) ينظر: معالم السنن للخطابي ٤٧/٥، ولا يخالف ذلك القول بأن العلة أكل أموال الناس بالباطل، لأنه سبب العداوة.

(٧) موسوعة القواعد الفقهية للبورنو – القاعدة ٩٩.

(٨)الموافقات للإمام الشاطبي ٣٠١/١-٣٠٣، وفي ٣٢٠/١ قال الشاطبي - رحمه الله - : لم أره ثابتا من طريق صحيح. أ هـ، وقد انتشرت نسبتها لعمر بن عبدالعزيز - رحمه الله -، كما في المقدمات المهدات ٣٠٩/٢ والذخيرة للقرافي ٢٠٦/٨، وغيرها، كما أنها رويت عن الإمام مالك كما في الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢٠٠/١.

وقال الشاطبي – رحمه الله – :" فاعتبار الضرر العام أولى فيمنع الجالب أو الدافع مما هم به، لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة بدليل النهي عن تلقي السلع وعن بيع الحاضر للبادي، واتفاق السلف على تضمين الصناع مع أن الأصل فيهم الأمانة" [١] .

وقال الحجوي – رحمه الله – في الفكر السامي: " لأن المعاملات إذا عم الفساد وكانت فاسدة على سبيل العموم يترخص فيها، وهؤلاء الخلفاء الراشدون لما رأوا احتياج الناس إلى تضمين الصناع، أوجبوه مع منافاته للقياس " [٢] .

وقال الزركشي [٣] - رحمه الله – في البحر المحيط:" ونقل عن الشيخ عز الدين بن عبد السلام أنه قال: يحدث للناس في كل زمان من الأحكام ما يناسبهم، وقد يتأيد هذا بما في البخاري عن عائشة أنها قالت: لو علم النبي - صلى الله عليه وسلم - ما أحدثته النساء بعده لمنعهن من المساجد، وقول عمر بن عبد العزيز: يحدث للناس أقضية على قدر ما أحدثوا من الفجور، أي يجددون أسبابا يقضي الشرع فيها أمورا لم تكن قبل ذلك؛ لأجل عدمه منها قبل ذلك، لا لأنها شرع مجدد. فلا نقول: إن الأحكام تتغير بتغير الزمان بل باختلاف الصورة الحادثة"[٤] .

٤) الأصل: الالتزام بما ورد في الأنظمة الصادرة عن ولي الأمر في أحكام أتعاب المحاماة لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف

قال القرافي – رحمه الله - :" الفرق السابع والسبعون بين قاعدة الخلاف يتقرر في مسائل الاجتهاد قبل حكم الحاكم وبين قاعدة مسائل الاجتهاد يبطل الخلاف فيها ويتعين قول واحد بعد حكم الحاكم) وذلك القول هو ما حكم به الحاكم على الأوضاع الشرعية اعلم أن حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف ويرجع المخالف عن مذهبه لمذهب الحاكم وتتغير فتياه بعد الحكم عما كانت عليه على القول الصحيح من مذاهب العلماء" [٥] .

وقال الزركشي – رحمه الله - : " [حكم الحاكم]: الأول: في المسائل الاجتهادية - هل يغير الحكم باطنا؟ فيه وجهان (أصحهما) ، كما (قاله) الرافعي في باب القسامة، إن (الذي) إليه ميل الأئمة الحل باطنا. ويتفرع عليها فروع كثيرة: (منها) للشافعي طلب شفعة الجوار من حنفي مثلا، وفيه وجهان أصحهما الحل. الثاني) : قالوا حكم الحاكم في المسائل المختلف فيها يرفع الخلاف، وهذا مقيد بما لا ينقض فيه حكم الحاكم، أما ما ينقض فيه فلا. الثالث: (مدار نقض الحكم) على (تبين) الخطأ، والخطأ إما في اجتهاد الحاكم في الحكم الشرعي (حيث) تبين النص أو الإجماع أو القياس الجلي بخلافه ويكون الحكم مرتبا على سبب صحيح، وإما في السبب، حيث يكون الحكم مرتبا على سبب باطل، كشهادة الزور (وفي) القسمين (تبين) أن الحكم لم ينفذ في الباطن، خلافا لأبي حنيفة في (الثاني) في العقود والفسوخ، وأما الحكم الصادر على سبب صحيح وهو موافق لحكم الشرع إجماعا أو نصا أو قياسا جليا، فنافذ قطعا ظاهرا وباطنا والصادر على سبب صحيح، ولكنه في محل مختلف فيه أو مجتهد فيه (متقدم) فيه خلاف، ولا دليل على رده (فنافذ) ظاهرا (وباطنا) أيضا، وقيل، لا ينفذ باطنا في حق من لا يعتقده. ومثاله - شفعة الجوار، إذا حكم بها حنفي والأصح (حلها) على ما قاله صاحب المهذب" [٦] .

المبحث الأول: المحاماة في قضاء الدولة المسلمة

تنقسم أعمال المحامي في الوقت الحالي إلى:

---

(١) الموافقات ٢ / ٢٥٠.

(٢) الفكر السامي ٢/ ٥٦٣.

(٣) هو محمد بن بهادر بن عبد الله ، أبو عبد الله ، بدر الدين ، الزركشي . فقيه شافعي أصولي . تركي الأصل ، مصري المولد سنة ٧٤٥هـ والوفاة سنة ٧٩٤هـ، من تصانيفه : " البحر المحيط " في أصول الفقه ، و " إعلام الساجد بأحكام المساجد " ، و " الديباج في توضيح المنهاج " فقه ، " المنثور " يعرف بقواعد الزركشي. الأعلام ٦ / ٢٨٦.

(٤) البحر المحيط للزركشي ١/ ٢٢٠.

(٥) الفروق ٢/ ١٠٣.

(٦) المنثور ٢/ ٧٠. وينظر: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحموي ٣/ ١١٣.

١) المرافعة والمدافعة أمام القضاء، وتمثيل العملاء لدى الجهات الحكومية والقضائية. وهذا يمثله الوكالة في الخصومة.

٢) صياغة العقود والاتفاقيات وكتابة اللوائح والخطابات، وهذه وظيفة الموثقين، قال ابن فرحون المالكي – رحمه الله – عن مهنة التوثيق في كتابه تبصرة الحكام ٢٨٢/١ :" فهي صناعة جليلة شريفة، وبضاعة عالية منيفة، تحتوي على ضبط أمور الناس على القوانين الشرعية، وحفظ دماء المسلمين وأموالهم، والاطلاع على أسرارهم وأحوالهم".

وقال ابن مازه المالكي – رحمه الله – في الاستعانة بمن يكتب اللوائح القضائية، وأن ذلك في مصلحة القضاء: " المدعي متى أتى باب القاضي يشاور بعض الوكلاء على باب القاضي حتى يشيروا على الكاتب، ثم الكاتب يكتب دعواه في رقعة واسمه واسم خصمه فإذا حضر خصمه تقدما إلى القاضي مع الرقعة، فيكون ذلك أيسر على القضاة، ولا يحتاج الخصم إلى كثير تردد بين يدي القاضي والكاتب". شرح أدب القاضي ٣٢١/١.

٣) تقديم المشورة القضائية، وهذه مذكورة في كتب أدب القضاء، إلا أنها لم تكن مهنة تكسب، والله أعلم.

٤) وينضاف إلى ذلك بعض الأعمال الأخرى كتحصيل الديون والتحكيم والصلح والتسوية الودية والتوثيق وتصفية التركات والحراسة القضائية وأمانة الإفلاس والتدريب.

المبحث الثاني: حكم امتهان المحاماة

المحاماة (بالمرافعة المدافعة عن الغير في مجلس القضاء) جائزة بشرط أن يكون فيه إيصال الحق إلى أهله، لقوله تعالى:" ولا تكن للخائنين خصيما" (النساء: ١٠٥).

وقد نقل السرخسي الإجماع العملي على هذا العمل، فقال – رحمه الله –:" وإذا وكل الرجل بالخصومة في شيء فهو جائز؛ لأنه يملك المباشرة بنفسه، فيملك هو صكه إلى غيره ليقوم فيه مقامه، وقد يحتاج لذلك، إما لقلة هدايته، أو لصيانة نفسه عن الابتذال في مجلس الخصومة، وقد جرى الرسم على التوكيل على أبواب القضاة من لدن رسول الله - ﷺ - إلى يومنا هذا، من غير نكير منكر، ولا زجر زاجر" [(١)]. وفي روضة القضاة:" وهو عمل الناس في جميع الأمصار" [(٢)].

قال الشيخ السعدي رحمه الله:" أي: لا تخاصم عن مَن عرفت خيانته، من مدع ما ليس له، أو منكرٍ حقا عليه، سواء علم ذلك أو ظنه. ففي هذا دليل على تحريم الخصومة في باطل، والنيابة عن المبطل في الخصومات الدينية والحقوق الدنيوية.

ويدل مفهوم الآية على جواز الدخول في نيابة الخصومة لمن لم يعرف منه ظلم "[(٣)].

وقال الإمام ابن حزم – رحمه الله -:"والإجارة جائزة على التجارة مدة مسماة في مال مسمى، أو هكذا جملة، كالخدمة والوكالة، وعلى نقل جواب المخاصم طالباً كان أو مطلوباً، وعلى جلب البينة وحملهم إلى الحاكم، وعلى تقاضي اليمين، وعلى طلب الحقوق، وعلى المجيء بمن وجب إحضاره؛ لأن هذه كلها أعمال محدودة داخلة تحت أمر رسول الله - ﷺ – بالمؤاجرة" المحلى ١٩٦/٨.

وقال الشيخ عبدالعزيز بن باز رحمه الله:" لا أعلم حرجاً في المحاماة ، لأنها وكالة في الدعوى والإجابة إذا تحرى المحامي الحق ، ولم يتعمد الكذب كسائر الوكلاء ."[(٤)].

---

(١) المبسوط ١٩/٤.

(٢) روضة القضاة ١٨١/١.

(٣) تفسير السعدي – طبعة الرسالة ص ١٩٩.

(٤) فتاوى إسلامية

وفي فتوى للجنة الدائمة للإفتاء:" إذا كان في الاشتغال بالمحاماة أو القضاء إحقاق للحق وإبطال للباطل شرعا ورد الحقوق إلى أربابها ونصر للمظلوم – فهو مشروع؛ لما في ذلك من التعاون على البر والتقوى، وإلا فلا يجوز؛ لما فيه من التعاون على الإثم والعدوان، قال الله تعالى: { وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ } (سورة المائدة الآية ٢)[١].

وقال الشيخ العثيمين رحمه الله:" إذا كان المحامي يريد إيصال الحق إلى أهله؛ فلا بأس أن يمارس هذه المهنة، وإن كان يريد أن يغلب الناس في قوله ومحاماته بالحق أو بالباطل؛ فهذا حرام."[٢]. وقال في فتوى أخرى:" المحاماة في الإسلام إذا كان الإنسان يريد إحقاق الحق وإبطال الباطل فهي خير ومأمور بها، لما فيها من إزالة الظلم عن المظلوم، ومعاونة صاحب الحق على حقه. وأما إذا كان الإنسان يحامي بالباطل بأن يكون كلامه هو المنتصِر فهذا حرام، فهي ترجع إلى نية المحامي. "[٣].

وفي فتوى مفصلة قال رحمه الله:" المحاماة مفاعلة من الحماية ، والحماية إن كانت حماية الشر ودفاع عنه فلا شك أنها محرمة ، لأنه وقوع فيما نهى الله عنه في قوله " ولا تعاونوا على الإثم والعدوان " . وإن كانت المحاماة لحماية الخير عنه فإنها حماية محمودة مأمور بها في قوله - تعالى- " وتعاونوا على البر والتقوى " . وعلى هذا فإن من أعد نفسه لذلك يجب عليه قبل أن يدخل في القضية ويدرسها فإن كان الحق مع طالب المحاماة دخل في المحاماة وانتصر للحق ونصر صاحبه ، وإن كان الحق في غير جانب من طلب المحاماة فإنه يدخل في المحاماة أيضا لكن المحاماة هنا تكون عكس ما يريد الطالب ، بمعنى أنه يحامي عن هذا الطالب حتى لا يدخل فيما حرم الله عليه، وفي دعوى ما ليس له أو إنكار ما هو عليه ، وذلك لأن النبي ، ، قال " انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً ، قالوا يا رسول الله هذا المظلوم فكيف ننصره إذا كان ظالماً ؟ قال تمنعه من الظلم فذلك نصرك إياه " . فإذا علم أن طالب المحاماة ليس له حق في دعواه فإن الواجب أن ينصحه وأن يحذره وأن يخوفه من الدخول في هذه القضية، وأن يبين له وجه بطلان دعواه حتى يدعها مقتنعاً بها"[٤].

وقال ابن فرحون في التبصرة: مسألة : ولا تجوز الوكالة من المتهم بدعوى الباطل ولا المجادلة عنه ، قال ابن العربي في أحكام القرآن : في قوله تعالى: "ولا تكن للخائنين خصيما } إن النيابة عن المبطل المتهم في الخصومة لا تجوز ، بدليل قوله تعالى لرسوله عليه السلام { واستغفر الله إن الله كان غفورا رحيما" .

المبحث الثالث: وسائل إثبات أتعاب المحاماة

يثبت عقد المحاماة بأحد طريقين:

١. تحرير عقد محاماة يشتمل على تاريخ البدء في الموكل فيه، وقدر الأتعاب، وصفة دفعها عند التوكيل، ونوع القضية، ومكان نظرها على أن يحتفظ كل منها بنسخة، كما في المادة ١/٢٦ من لائحة نظام المحاماة.

٢. التعاقد شفاهة، كما في المادة ٢/٢٦ من لائحة نظام المحاماة.

وأما قانون المحاماة السوداني م٤٢/أ الصادر سنة ١٩٨٣فلا يعتبر العقد ملزما إلا إذا كان مكتوباً [٥].

وقد نصت المادة الثانية والعشرون على ما يأتي: على المحامي عند انقضاء التوكيل أن يرد لموكله عند طلبه سند التوكيل والمستندات والأوراق الأصلية، ومع ذلك يجوز له إذا لم يكن قد حصل على أتعابه أن يستخرج على نفقة موكله صوراً من جميع المحررات التي تصلح سنداً للمطالبة، وأن يبقي لديه المستندات والأوراق الأصلية حتى يؤدي له الموكل الأتعاب الحالة ومصروفات استخراج الصور، ولا يلزم المحامي أن يسلم موكله مسودات الأوراق

(١) فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ٧٩٣/١.
(٢) الباب المفتوح – اللقاء ٣٣.
(٣) الباب المفتوح – اللقاء ١٣٤.
(٤) فتوى غير منشورة
٥(٥) المحاماة في النظام السعودي، للشيخ حماد الحماد، - ص ٤٩٩ دار عالم الكتب.

التي قدمها في الدعوى، ولا الكتب الواردة إليه، ومع ذلك يجب على المحامي أن يعطي موكله صوراً من هذه الأوراق بناءً على طلب الموكل وعلى نفقته.

ونصت اللائحة على الآتي:

١/٢٢ يقصد بانقضاء التوكيل الوارد في هذه المادة إنهاء القضية، أو المهمة الموكل فيها المحامي، ولا يسمى انتهاء تاريخ التوكيل -إن كان مؤقتاً- انقضاءً للتوكيل.

٢/٢٢ على المحامي إعادة أصل سند التوكيل للموكل عند انقضاء التوكيل وطلب الموكل رد التوكيل حتى ولو لم يحصل على أتعابه كلها، أو بعضها.

٣/٢٢ إذا طلب الموكل إعادة المستندات، والأوراق الأصلية فعلى المحامي إعادتها عند انقضاء التوكيل إذا أدى له الأتعاب الحالة، ومصروفات استخراج صور جميع المحررات، حتى ولو بقي أتعاب مؤجلة.

٤/٢٢ لا يلزم المحامي إعادة سند التوكيل، والمستندات، والأوراق الأصلية، وصور المحررات، إذا تم إيداعها في ملف القضية.

٥/٢٢ يستثنى من أحكام هذه المادة إذا وجد اتفاق كتابي، أو مشافهة، بين الموكل ومحاميه فيعمل به.

يستحق المحامي الأتعاب بالآتي:

١-إنهاء العمل المحدد في عقد المحاماة.

٢-عزل الموكل للمحامي دون سبب مشروع [١].

٣-إذا توصل الموكل مع خصمه لصلح دون علم المحامي وموافقته [٢].

وليس للقضاء أي سلطة في تخفيض الأتعاب الزائدة عن المتعارف عليه، وبعض القوانين تتيح ذلك، فقد أجاز قانون تنظيم مهنة المحاماة اللبناني للقضاء تخفيض أتعاب المحاماة إذا تجاوزت النسبة ٢٠% من قيمة المتنازع فيه [٣].

المبحث الرابع: صور أتعاب المحاماة

صور أتعاب المحاماة كثيرة، ويمكن إرجاعها إلى عدد من الصور حسب ما اطلعت عليه من عقود. وفيما يأتي بيان هذه الصور، وحكمها باختصار.

الصورة الأولى: إذا كانت الأتعاب أجرة مقطوعة لكل جلسة

المقرر فقها جواز ذلك، لكونه أجرة على عمل مباح معلوم، فقد نقل ابن فرحون في تبصرة الحكام عن بعض فقهاء المالكية:

ولو توكل على أن يحضر معه مجلس السلطان في كل يوم كذا يناظر عنه كان جائزا ، وإن لم يعلم قدر مقامه من الساعات ، قال غيره : لأن ذلك خفيف القدر متقارب الأمر ، قال ولو حضر معه اليوم فلم يجلس من يخاصم إليه فانتظره إلى آخر مجلسه وجب له حقه ، وإن انصرف في أول ما حضر بطل ذلك ولم يكن عليه حضور يوم آخر؛ لأن اليوم الذي كان أجره فيه قد ذهب [٤].

وكثير من القوانين تقرر عدم صحة هذه الطريقة، لأن المحامي غير الأمين سيحرص على تكثير الجلسات ليحصل على عوض أكثر [٥]. ولم يرد منع في نظام المحاماة ولائحته لهذه الصورة، ويلزم المحامي التقيد بأخلاقيات المهنة من الصدق والنظر في مصلحة العميل، وألا يكثر الجلسات والإمهالات بلا مبرر.

---

(١) قانون المحاماة السوري م٧/٥٣.

(٢) قانون المحاماة السوري م٢/٦٠.

(٣) قانون تنظيم مهنة المحاماة اللبناني م٦٩.

(٤) تبصرة الحكام ١/١٨٥.

(٥) ينظر: كتاب: المحاماة في ضوء الشريعة الإسلامية والقوانين العربية، للدكتور مسلم اليوسف، مؤسسة الريان ص٢١٧.

الصورة الثانية: إذا كانت الأتعاب مقابل الساعة الاستشارية أو مقابل صياغة عقد أو لائحة

من الصور الشهيرة أن تكون الأتعاب مقابل الساعة الاستشارية الشفهية أو الكتابية، ويكون المحامي مصدقاً في مقدار الساعات المستهلكة.

كما أن من الصور الاتفاق على مبلغ مقطوع مقابل صياغة عقد أو اتفاقية أو لائحة أو مراجعة لأي وثيقة.

وتدخل هذه الطريقة ضمن عقود الإيجار من حيث لزوم العقد، واشتراط تحديد الثمن. ودليل ذلك ما ورد وعن أبي سعيد الخدري – ﷺ - أن النبي -ﷺ قال: - من استأجر أجيرا، فليسلم له أجرته - رواه عبد الرزاق وفيه انقطاع، ووصله البيهقي من طريق أبي حنيفة [1]. وفي حديث آخر عن أبي سعيد قال (نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن استئجار الاجير حتى يبين له أجره وعن النجش واللمس وإلقاء الحجر). رواه أحمد [2].

وفي الصورة محل البحث لا يظهر مانع ولو كانت مجموع الساعات غير معلومة، لأنها تؤول إلى العلم، ويشترط أن يكون التعامل بصدق في تحديد الساعات الفعلية وألا تحسب الانقطاعات ضمن ساعات العمل، لأنه أكل لأموال الناس بالباطل.

الصورة الثالثة: إذا كانت الأتعاب أجرة سنوية للاستشارات بغض النظر عن كثرة الأعمال أو قلتها

إذا كانت الأتعاب أجرة سنوية أو شهرية للاستشارات كما إذا طلب المحامي ١٠٠ ألف ريال من العميل ليقدم له استشارات شرعية وقانونية، دون النظر إلى كثرة العمل أو قلته، فقد لا يطلب منه إلا عشر استشارات وقد تزيد أكثر من ذلك.

والإشكال الفقهي واضح في هذه المسألة لوجود الغرر الكثير، وقد صح من حديث أبي هريرة ﷺ أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر[3].

ويلحظ أن الشارع حرم أنواعاً من البيوع؛ لاشتمالها على الغرر ومن ذلك: بيع الشارد، وبيع الطير في الهواء، والسمك في الماء، وبيع ما لم يره، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه، وبيع الحمل في البطن، وبيع حبل الحبلة، وبيع الملامسة، والمنابذة، والحصاة، ونحوها. ومن المعلوم أن كل جهالة فهي تؤول إلى العلم، ورضى أطراف العقد بما فيه غرر لا يبيحه، ولكن الأئمة الذين خففوا في بعض المسائل راعوا اعتبارات كثيرة وهي:

١-قلة الغرر.

٢-وجود حاجة شديدة ومصلحة للناس.

٣-تعذر المعاملة بدون غرر، كبيع الجزر في الأرض ونحو ذلك، فلا يوجد بديل.

وأما في المسألة محل البحث، فالغرر كثير، فقد تكون الاستشارات خلال السنة عشر استشارات وقد تكون الضعف، كما أن التنبؤ بعددها متعذر، والبديل موجود وهو أن يكون العقد بالساعات، بأن يقال: الأجرة ١٠٠ ألف ريال خلال سنة، بما لا يزيد في كل يوم عمل عن عمل ساعتين، فإن مضى يوم بلا عمل، بلا تقديم استشارات من الموكل، فله حالان حسب الاتفاق:

الحال الأولى: أن يتم الاتفاق على أن كل يوم بيومه، والأجرة على الاستعداد لتقديم المشورة.

الحال الثانية: أن ترحل الساعات في الأيام التي لم يتم تقديم المشورة فيها.

---

(١)رواه عبد الرازق في " المصنف " (٨ / ٢٣٥ / رقم ١٥٠٢٣). ورواه أحمد (٣ / ٥٩ و ٦٨ و ٧١) من طريق حماد، ولكن عن أبي سعيد وحده بلفظ: " نهى عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره " وهو منقطع كسابقه. وأما البيهقي فرواه (٦ / ١٢٠) بسند ضعيف، ورواه النسائي (٧ / ٣١) من طريق ابن المبارك، عن شعبة، عن حماد، عن إبراهيم، عن أبي سعيد، قال: إذا استأجرت أجيرا، فأعلمه أجره وتابع شعبة على ذلك الثوري، فقال عبد الرازق في " المصنف " (١٥٠٢٤). " قلت للثوري: أسمعت حمادا يحدث عن إبراهيم، عن أبي سعيد؛ أن النبي -ﷺ- قال: من استأجر أجيرا، فليسم له إجارته؟ قال: نعم. وحدث به مرة أخرى، فلم يبلغ به النبي -ﷺ-".وقال ابن أبي حاتم نقل عن أبي زرعة في " العلل " (١ / ٣٧٦ / رقم ١١١٨) قوله: " الصحيح موقوف على أبي سعيد " قال الهيثمي: وإبراهيم لم يسمع من أبي سعيد فيما أحسب. ورواه أبو داود في المراسيل من وجه آخر، وهو عند النسائي غير مرفوع (تلخيص الحبير ٣ / ٦٠ المطبعة الفنية المتحدة)

(٢)رواه أحمد (٣/٥٩، ٦٨، ٧١).

(٣) رواه مسلم ٣/١١٥٣.

الصورة الرابعة: أن تكون الأتعاب أجرة قدرها نسبة مما سيحصل عليه موكله بحكم أو صلح أو نحوه

إذا اتفق المحامي مع عميله على أن تكون أجرة الأتعاب نسبة مما سيحصل عليه الموكل بحيث تكون نسبة من المديونية عند التنفيذ، أو توزع النسب على مراحل القضية، على أن يكون الاتفاق ملزماً وليس جائزا كعقد الجعالة، فإن هذه الصورة هي الأكثر شيوعاً وهي المنصوص عليها في نظام المحاماة بأنها ملزمة، وهي التي اختلفت فيها أنظار فقهاء وقضاة هذا العصر.

فقد اختلف الفقهاء في حكم ما إذا كانت الأجرة بعض المعمول على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية والشافعية إلى تحريم أن تكون الأجرة بعض المعمول ، أو بعض الناتج من العمل المتعاقد عليه ، لما يأتي:

١. لما فيه من غرر ؛ لأنه إذا هلك ما يجري فيه العمل ضاع على الأجير أجره ، وقد ورد عن أبي سعيد – رضي الله عنه - أيضا قال (نهى عن عسب الفحل وعن قفيز الطحان [١]). رواه الدارقطني [٢] .

٢. ولأن المستأجر يكون عاجزا عن تسليم الأجرة ، ولا يعد قادرا بقدرة غيره . ومثاله : سلخ الشاة بجلدها ، وطحن الحنطة ببعض المطحون منها ، لجهالة مقدار الأجر ؛ لأنه لا يستحق جلدها إلا بعد السلخ ، ولا يدري هل يخرج سليما أو مقطعا [٣] . وقد وافقهم في مسألة منع سلخ الشاة بجلدها المالكية لأنه لا يعلم كيف يخرج [٤] .

القول الثاني: ذهب الحنابلة إلى جواز ذلك إذا كانت الأجرة جزءا شائعا مما عمل فيه الأجير ، تشبيها بالمضاربة والمساقاة ، فيجوز دفع الدابة إلى من يعمل عليها بنصف ربحها [٥] ، والزرع أو النخل إلى من يعمل فيه بسدس ما يخرج منه ؛ لأنه إذا شاهده علمه بالرؤية وهي أعلى طرق العلم [٦] .

قال في "الإنصاف": " وقد نص أحمد في رواية جماعة - فيمن قال : أجرتك هذه الأرض بثلث ما يخرج منها - أنه يصح، وهذه مزارعة بلفظ الإجارة...والصحيح من المذهب : أنّ هذه إجارة، وأن الإجارة تجوز بجزءٍ مشاعٍ معلومٍ مما يخرج من الأرض المأجورة " [٧] .

وقال في "شرح المنتهى: "وتصح مساقاة بلفظ إجارة...وتصح المزارعة أيضاً بلفظ إجارة: كاستأجرتك لتعمل على هذا البستان حتى تكمل ثمرته بثلثها ، أو استأجرتك لتزرع هذا الحب بهذه الأرض وتعمل عليه حتى يتم بالربع ونحوه ؛ لأن هذا اللفظ مؤد للمعنى" ، ثم قال ما يأتي:

"وتصح إجارة أرض بجزء مشاع معلوم كالنصف والثلث مما يخرج منها ؛ أي : الأرض المؤجرة ، طعاماً كان كبرٌ و شعير أو غيره كقطن وكتان ، وهي إجارة حقيقية يشترط لها شروط الإجارة ، فكما تصح بالدراهم تصح بالخارج منها ، وقال أبو الخطاب ومن تبعه: هي مزارعة بلفظ الإجارة ، وعلم منه : أنه لو أجره بآصع معلومة مما يخرج منها: لم تصح، كما لو كان الجزء المشاع معلوما" [٨] .

ونقل عن الإمام أحمد جواز الإجارة على أن تكون الأجرة بنسبة شائعة من ثمن العين التي قام الأجير فيها بعمل معلوم، ففي المغني: "وإن دفع غزلا إلى رجل ينسجه ثوبا بثلث ثمنه أو ربعه: جاز" [٩]

---

(١)قال المجد ابن تيمية – رحمه الله -: وفسر قوم قفيز الطحان بطحن الطعام بجزء منه مطحونا لما فيه من استحقاق طحن قدر الأجرة لكل واحد منهما على الآخر وذلك متناقض. وقيل لا بأس بذلك مع العلم بقدره وإنما المنهي عنه طحن الصبرة لا يعلم كلها بقفيز منها وإن شرط حبا لان ما عداه مجهول فهو كبيعها الا قفيزا منها.

(٢)رواه الدارقطني (٤٧/٣)، البيهقي (٣٣٩/٥)، وفي إسناده هشام أبو كليب، قال ابن القطان والذهبي: لا يعرف وان كان وثقه ابن حبان. (تلخيص الحبير ٣ / ٦٠)

(٣) الهداية ٣ / ٢٤٢، والفتاوى الهندية ٤ / ٤٤٤، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٢٢، والشرح الصغير ٤ / ١٨ ط دار المعارف، وبداية المجتهد ٢ / ٢٤٦، ومنهاج الطالبين وحاشية القليوبي ٤ / ٦٨، ٦٩

(٤) مواهب الجليل ٤٦٩/٥ عن استحداث العقود لمحمد حزواني ص ٨٨ فما بعدها.

(٥) المغني والشرح الكبير ٦ / ١٣

(٦) المغني والشرح الكبير ٦ / ٧٢

(٧) الإنصاف" (٤٦٧/٥-٤٦٨)

(٨) شرح المنتهى (٣٤٤/٢).

٩ المغني١١٧/٧، كشاف القناع ٥٢٥/٣.

كما أجازوا الإجارة بثمن يؤول إلى العلم، وقد وردت النصوص بجواز صور من الإجارات مجهولة الأجرة إذا كانت الأجرة تؤول إلى العلم والجهالة يسيرة، فقد ورد عن علي – ﷺ - قال (جعت مرة جوعا شديدا فخرجت لطلب العمل في عوالي المدينة فإذا أنا بامرأة قد جمعت مدرا فظننتها تريد بله فقاطعتها كل ذنوب على تمرة فمددت ستة عشر ذنوبا حتى مجلت يداي ثم أتيتها فعدت لي ست عشرة تمرة فأتيت النبي - ﷺ - فأخبرته فأكل معي منها). رواه أحمد. [١] . وأخرج البيهقي وابن ماجه من حديث ابن عباس بلفظ (أن عليا عليه السلام أجر نفسه من يهودي يسقي له كل دلو بتمرة وعندهما إن عدد التمر سبعة عشر) [٢] .

وأجاز المحققون من الفقهاء بيع الصبرة كل قفيز بدرهم، وهو مذهب الجمهور فإليه ذهب الصاحبان وهو المفتى به في المذهب الحنفي وإليه ذهب المالكية والشافعية والحنابلة ، خلافاً لأبي حنيفة[٣].جاء في المقنع: " وإن باعه الصبرة كل قفيز بدرهم والقطيع كل شاة بدرهم والثوب كل ذراع بدرهم : صح " . قال في الشرح: " وإن لم يعلما قدر قفزانها حال العقد " . قال في الإنصاف: " وهو المذهب وعليه الجمهور "[٤].

وذكر ابن رشد أنه : قد ذهب عدد من الفقهاء إلى جواز كراء الأرض بجزء مما يخرج منها. منهم الثوري والليث وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وابن أبي ليلى والأوزاعي[٥].

وسئل شيخ الإسلام عن رجل استأجر أرضا بجزء من زرعها ، وتسلمها ، ولم يزرعها ، فهل للمالك عليه أجرة المثل ؟.

فأجاب : أن هذه مختلف في صحتها. وظاهر المذهب: صحتها، سواء سميت إجارة أو مزارعة. ثم ذكر في العوض الواجب قولين:

أحدهما : أجرة المثل، وهو ظاهر المذهب.

والثاني: قسط المثل ، وهذا هو التحقيق ، في رأيه [٦].

هذا إذا لم تزرع الأرض ، أمّا إذا زرعها فلم تنبت ، ففي هذه الحالة أيضا لا يختلف الحكم عما سبق. ففي شرح المنتهى:

"فإن لم تزرع أرض أُجِّرَتْ بجزء مشاع معلوم مما يخرج منها ، قلت: أو زرعت فلم تنبت: نُظِرَ- بالبناء للمجهول - إلى معدّل المغلّ ...أي الموازن لما يخرج منها لو زرعت ، فيجب القسط المسمى لرب الأرض ، فإن فسدت فأجرة المثل " [٧]. وقال في الاختيارات:" ويصح إجارة الأرض للزرع ببعض الخارج منها، وهو ظاهر المذهب وقول الجمهور"[٨].

كما ذكر الفقهاء الحنابلة صورة أخرى يمكن أن يخرج جواز الإجارة التي تؤول إلى العلم، ففي المغني "وإن دفع غَزْلاً إلى رجل ينسجه ثوباً بثلث ثمنه أو ربعه : جاز"[٩].

وقال في المطالب - عقب ذكر النص السابق - :" فإن جعل له معه – أي الجزء- درهماً ونحوه كدينار: لم يصح نصاً " [١٠].

و" قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يقول: لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والربع"[١١] .

---

(١)رواه أحمد (١٣٥/١)، ابن ماجه (٢٤٤٧).

(٢)وفي إسناده حنش راوية عن عكرمة وهو ضعيف. نيل الأوطار.

(٣) حاشية ابن عابدين ٤ / ٢٨.، عقد الجواهر ٢/ ٣٤٢، مغني المحتاج ٢ / ١٧.، المقنع مع الشرح والإنصاف ١١ / ١٣٦ – ١٣٨. وينظر معونة أولي النهى ٤ / ٤٦. وكشاف القناع ٣ / ١٧٤ – ١٧٥..

٤ المقنع مع الشرح والإنصاف ١١ / ١٣٦ – ١٣٨. وينظر معونة أولي النهى ٤ / ٤٦. وكشاف القناع ٣ / ١٧٤ – ١٧٥.

(٥) بداية المجتهد٤/١٣٤١-١٣٤٢،طبعة بيروت، دار ابن حزم، ومجمع الأنهر٢/٥٠٢.

(٦) مجموع الفتاوى٣٠/١٢٢-١٢٣.

(٧) شرح منتهى الإرادات (٣٤٤/٢)

(٨) الاختيارات للبعلي تحقيق أحمد الخليل ص ٢٢٩.

(٩) المغني (١١٧/٧)، وكشاف القناع (٥٢٥/٣)

(١٠) "مطالب أولي النهى" (٥٤٣/٣)

(١١) المغني (١١٧/٧).

وفي مسائل أبي داود:" سمعت أحمد سئل عن الثوب يُعطى على الثلث والربع للحائك ؟ فقال : لا بأس به "[١].
ويحتمل أنه من باب المشاركات وليس من باب الإجارة، والمسألة محل نظر.
ويقرب من ذلك قول بعض المالكية بجواز أجرة الدلال بربع عشر الثمن[٢].
وقد أورد الزيلعي الحنفي صورة من هذا القبيل ، وهي أن يدفع إلى الحائك غزلا ينسجه بالنصف . وقال : إن مشايخ بلخ جوزوه لحاجة الناس ، ونقل في أنهم أجازوا استئجار الأجير ليعمل له بجزء من الخارج، لتعارف الناس[٣]، لكن قال في الفتاوى الهندية : الصحيح خلافه[٤] . ورده ابن عابدين بأن العرف لم يكن عامًّا[٥].
وقد أجازت الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي الأجرة المجهولة إذا آلت إلى العلم في اتفاقيات الصناديق، فقد ورد في قرارها ذا الرقم (٤٢٦) والتاريخ ١٤٢١/٨/٢٢هـ وفيه: "خامساً: لا مانع من أن تكون أجرة مدير الصندوق نسبة شائعة من إجمالي أصول الصندوق، سواء أكان تقويم الصندوق في بداية كل فترة أم كان التقويم في نهاية كل فترة؛ لأن مآله إلى العلم، وقد قال عدد من الأئمة كالإمام أحمد والثوري والليث وأبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة وابن أبي ليلى والأوزاعي بجواز كراء الأرض بجزء مما يخرج منها، ومعلوم أن ما يخرج منها ليس معلوماً عند العقد ولكنه يؤول إلى العلم"اهـ
والصحيح في هذه الصورة الجواز لأن الغرر المؤثر هو ما خفيت عاقبته وكان كثيرا أصلياً في عقد معاوضة لم تدعُ إليه حاجة. فالجهالة إذا كان يسيرة، وتؤول إلى العلم، ولا تفضي إلى النزاع، فليست من الغرر المحرم، وقد قرر الإمام ابن تيمية – رحمه الله – أن مفسدة الغرر أقل من الربا[٦].
وذكر الإمام ابن تيمية – رحمه الله – أن الغرر ثلاثة أنواع:
٣. المعدوم كحبل الحبلة وبيع السنين، وبيع المعدوم لا يحرم إلا إذا كان فيه غررٌ، ولم يرد في الكتاب والسنة النهي عن بيع المعدوم، بل ورد النهي عن بيع الغرر، ومن المعدوم ما هو غرر، ومنه ما ليس بغرر[٧].
٤. وإما المعجوز عن تسليمه كالعبد الآبق.
٥. وإما المجهول وهو ثلاثة أنواع:
أ) المجهول المطلق كبيع المنابذة والملامسة، أو
ب) المعين المجهول العين، كبعتك ما في بيتٍ أو
ج) المعين المجهول جنسه أو قدره كقوله بعتك عبدا أو بعتك ما في بيتي أو بعتك عبيدي[٨].
وقد أجاز كثير من المحققين صورا من الجهالة اليسيرة للأجرة التي تؤول إلى العلم فمن ذلك:
١. أجاز طائفة من الفقهاء منهم الثوري والليث وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وابن أبي ليلى والأوزاعي إجارة الأرض بجزء مما يخرج منها.[٩] وهذا هو المعتمد عند الحنابلة.
٢. وكذلك بيع المغيبات في الأرض لأن الغرر فيها يسير، والحاجة إليها ماسة[١٠].
٣. ومسألة البيع بثمن المثل، ذهب عدد من الفقهاء إلى أنه يصح البيع بسعر السوق أو بما ينقطع به السعر ، وهو رواية عن الإمام أحمد [١] ووجه عند الشافعية [٢] ، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله وجمع من الحنابلة [٣].

(١) المسائل ص (١٩٩)
(٢) (انظر: التاج والإكليل٥/ ٣٩٠، نقلاً عن الوساطة المالية للدكتور عبد الرحمن الأطرم، ص٣٤٣)
(٣) البناية ٣٥٩/٩ استحداث العقود لمحمد حزواني ص ٨٨ فما بعدها.
(٤) الفتاوى الهندية ٤ / ٤٤٥.
(٥) رد المحتار ٦٨/٩ استحداث العقود لمحمد حزواني ص ٨٨ فما بعدها.
(٦) مجموع الفتاوى ٢٣/٢٩-٣٣.
(٧) مجموع الفتاوى ٥٤٢/٢٠.
(٨) مجموع الفتاوى ٢٥/٢٩.
٩ بداية المجتهد١٣٤١/٤-١٣٤٢،ط:دار ابن حزم، ومجمع الأنهر ٥٠٢/٢.
(١٠) مجموع الفتاوى ٣٣/٢٩ وما بعدها، وإعلام الموقعين ٥/٤ وما بعدها.

[٣]. قال شيخ الإسلام: "عوض المثل في البيع والإجارة أولى بالعدل ... فإذا كان الشارع جوز النكاح بلا تقدير، فهو بجواز البيع والإجارة بلا تقدير ثمن وأجرة، بل بالرجوع إلى السعر المعلوم والعرف الثابت: أولى وأحرى، وعلى هذا عمل المسلمين دائماً"[٤] ، وقال ابن القيم رحمه الله قوله: " والقول الثاني وهو الصواب المقطوع به وهو عمل الناس في كل عصر ومصر جواز البيع بما ينقطع به السعر وهو منصوص الإمام أحمد واختاره شيخنا وسمعته يقول هو أطيب لقلب المشتري من المساومة يقول لي أسوة بالناس اخذ بما يأخذ به غيري قال والذين يمنعون من ذلك لا يمكنهم تركه بل هم واقعون فيه وليس في كتاب الله ولا سنة رسوله ولا إجماع الأمة ولا قول صاحب ولا قياس صحيح ما يحرمه"[٥] . وقال ابن تيمية في موضع آخر: "والمرجع في الأجور إلى العرف، وكذلك في البيع، فقد نص أحمد على أنه يجوز أن يأخذ بالسعر من الفامي وغيره، فيجوز الشراء بالعوض المعروف، وكذلك التزوج بالعوض المعروف، بل عوض المثل في البيع والإجارة أولى بالعدل...فإذا كان الشارع جوز النكاح بلا تقدير، فهو بجواز البيع والإجارة بلا تقدير ثمن وأجرة، بل الرجوع إلى السعر المعلوم والعرف الثابت: أولى وأحرى، وعلى هذا عمل المسلمين دائماً"[٦] وجاء في موضع آخر من الفتاوى: "والناس دائماً يتناكحون مطلقاً، وقد تراضوا بالمهر المعتاد في مثل ذلك، وهو مهر المثل، كما يتبايعون دائماً، وقد تراضوا بالسعر الذي يبيع به البائع في مثل تلك الأوقات، كما يشترون الخبز والأدام والفاكهة واللحم وغير ذلك من الخباز واللحام والفومي وغير ذلك، وقد رضوا أن يعطيهم ثمن المثل، وهو السعر الذي يبيع به للناس، وهو ما ساغ به مثل تلك السلعة في ذلك المكان والزمان، وهذا البيع صحيح، نص عليه أحمد، وإن كان في مذهبه نزاع فيه"[٧]

٤. ومسألة البيع بما ينقطع به السعر، قال ابن القيم: "البيع بما ينقطع به السعر هو بيع بثمن المثل، وقد نص أحمد على جوازه وعمل الأمة عليه ... فحاجة الناس إلى هذه المسألة تجري مجرى الضرورة، وما كان هكذا لا يجيء الشرع بالمنع منه ألبتة"[٨].

٥. ومسألة بيع الاستجرار، وهو أن يقبض المشتري من البائع المبيع شيئاً فشيئاً على وجه البيع، دون تصريح بالثمن. قال الحصكفي في الدر المختار: "ما يستجره الإنسان من البيّاع إذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها: جاز استحسانا"[٩]، و تسامح الغزالي منهم فأباح هذا البيع، وقد اعتمد في ذلك العرف[١٠]، وأجاز أحمد بيع الاستجرار على وجه السلم قال ابن قدامة: "قال الأثرم: قلت لأبي عبد الله: الرجل يدفع إلى الرجل دراهم في الشيء يؤكل، فيأخذ منه كل يوم من تلك السلعة؟ فقال: على معنى السلم إذن؟ فقلت: نعم. قال: لا بأس. ثم قال: مثل الرجل القصاب، يعطيه الدينار على أن يأخذ منه كل يوم رطلاً من لحم قد وصفه. وبهذا قال مالك"[١١]، وقال البهوتي:"يصح أن يسلم في شيء كلحم وخبز وعسل، يأخذه كل يوم جزءاً معلوماً مطلقاً: أي سواء بين ثمن كل أو لا؛ لدعاء الحاجة إليه، ومتى قبض البعض وتعذر الباقي رجع بقسطه من الثمن. ولا يجعل للمقبوض فضلاً على الباقي؛ لأنه مبيع واحد متماثل الأجزاء، فقسط الثمن على أجزائه بالسوية"[١٢]

---

١ ينظر مجموع الفتاوى ٣٤/ ١٢٧.

٢ ينظر المجموع ٩/٤٠٤.

٣ ينظر: نظرية العقد ص ٢٠٣، والاختيارات ص ١٢١، والفروع ٤/ ٣٠.

٤ نظرية العقد ص١٦٤-١٦٥.

٥ إعلام الموقعين ٤/٦،بيروت:دار الجيل.

٦ نظرية العقد ص١٦٤-١٦٥

٧ مجموع الفتاوى ٢٩/٣٤٤ -٣٤٥

٨ بدائع الفوائد٤/٥١،بيروت، دار الكتاب العربي.

٩حاشية ابن عابدين٤/١٢

١٠انظر:الموسوعة٩/٤٥، بيع الاستجرار، ومغني المحتاج٢/٤.

١١المغني٦/٤١٩.

١٢شرح منتهى الإرادات٢/٢١٨-٢١٩، عالم الكتب، بيروت.

٦.ومسألة بيع الاسترسال، جاء في المقدمات: "وأما بيع الاستئمان والاسترسال فهو أن يقول الرجل: اشتر مني سلعتي كما تشتري من الناس، فإني لا أعلم القيمة، فيشتري منه بما يعطيه من الثمن ... فالبيع والشراء على هذا الوجه جائز"[١] .

٧.وبيع الشمع وتحديد الثمن بعد استعماله، عن الشماعين الذين يكرون الشمع . ثم إنهم يزنونه . أولا فإذا رجع وزنوه ثانيا وأخذوا نقصه . فهل يكره ذلك ؟ وإذا كسر الشمع فهل يلزم الذي اكتراه ؟ أم لا ؟ فأجاب :

"أما الشمع إذا أعطاه لمن يوقده وقال : كلما نقص منه أوقية بكذا فإن هذا جائز . وليس هذا من باب الإجارات ولا باب البيع اللازم ؛ فإن البيع اللازم لا بد أن يكون المبيع فيه معلوما ؛ بل هذا معاوضة جائزة لا لازمة . كما لو قال : اسكن في هذه الدار كل يوم بدرهم ولم يوقت أجلا فإن هذا جائز في أظهر قولي العلماء . فمسألة الأعيان نظير هذه المسألة في المنافع وهو إذن في الإتلاف على وجه الانتفاع بعرض كما لو قال : ألق متاعك في البحر وعلي ثمنه ؛ فإن هذا جائز بلا ريب ؛ لأن ذلك مما ينتفع به ملتزم الثمن للتخفيف كما ينتفع بلزوم الثمن هنا فإيقاد الشمع بالكراء جائز إذا علم توقيده ؛ لكن لا بد أن يكون الإيقاد في أمر مباح لا محظور[٢] .

ويرى الإمام ابن تيمية – رحمه الله – بأنه يجوز بيع إصبع من قناته[٣]، ونص كلامه في الفتاوى الكبرى:" ومن ملك ماء نابعا كبئر محفورة في ملكه أو عين ماء في أرضه فله بيع البئر والعين جميعا، ويجوز بيع بعضها مشاعا كأصبع أو أصبعين من قناة"[٤].

وقد نص من المعاصرين على لزوم العقد الذي يذكر فيه أن الأجرة نسبة من العمل الشيخ عبدالرحمن الأطرم [٥] [٥] ، وأما الدكتور عبدالله السلطان فذهب إلى أن المرجع في ذلك إلى العرف، فإن كان العرف أن النسبة المشترطة في تحصيل الديون عقد إجارة ملزم فيؤخذ بالعرف[٦] ، وهذا مرده لصحة العقد وإجازته، لأن عرف المحامين أنه عقد ملزم ويعد من عقود المعاوضات الملزمة، وبه صدر النظام السعودي في نظام المحاماة، وعليه العمل القضائي .

وقد قال ابن عبدالبر – رحمه الله – :" وكثير الغرر لا يجوز بإجماع وقليله متجاوز عنه لأنه لا يسلم بيع من قليل الغرر" [٧] .

الصورة الخامسة: في حال كان التعاقد بين المحامي وعميله على أن عقد الأتعاب جعالة بنسبة أو مبلغ محدد من المبلغ المطالب به

عرّف المالكيّة الجعالة: بأن يجعل الرّجل للرّجل أجراً معلوماً، ولا ينقده إيّاه على أن يعمل له في زمن معلوم أو مجهول، ممّا فيه منفعة للجاعل، على أنّه إن أكمل العمل كان له الجعل، وإن لم يتمّه فلا شيء له، ممّا لا منفعة فيه للجاعل إلاّ بعد تمامه.

وعرّفها الشّافعيّة: بأنّها التزام عوض معلوم على عمل معيّن معلوم، أو مجهول يعسر ضبطه.

وعرّفها الحنابلة: بأنّها تسمية مال معلوم لمن يعمل للجاعل عملاً مباحاً ولو كان مجهولاً أو لمن يعمل له مدّة ولو كانت مجهولة [٨] .

١المقدمات الممهدات٢/١٣٩

(٢) مجموع الفتاوى ٣٠/١٩٥.

(٣) الاختيارات ص ٢١٧.

(٤) الفتاوى الكبرى ٥/٣٨٨.

(٥) الوساطة التجارية ص ١٠٤.

(٦) التوصيف الفقهي للمعاوضة على تحصيل الديون – مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ع ٩٤ ص ٢٠٨.

(٧) الاستذكار ٧/٤٠٩.

(٨)الموسوعة الفقهية الكويتية في المجلد الخامس عشر في رسم جعالة.

فيلحظ أن المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة –وهم القائلون بصحة عقد الجعالة[1] - يشترطون العلم بالجعل، وقد نصوا على ذلك صراحة فقالوا بأنه يشترط لصحّة عقد الجعالة أن يكون الجعل مالاً معلوماً جنساً وقدراً، لأنّ جهالة العوض تفوّت المقصود من عقد الجعالة، إذ لا يكاد أحد يرغب في العمل مع جهله بالجعل، هذا فضلا عن أنّه لا حاجة لجهالته في العقد، بخلاف العمل والعامل حيث تغتفر جهالتهما للحاجة إلى ذلك.

ومعلوميّة الجعل تحصل بمشاهدته أو وصفه إن كان عيناً، وبوصفه إن كان ديناً.

إلا أن الفقهاء استثنوا صورا لا يشترط فيه معلوميّة الجعل، فقد قال الشّافعيّة: يستثنى من اشتراط المعلوميّة في الجعل حالان:

الأولى: ما لو جعل الإمام أو قائد الجيش لمن يدلّ على فتح قلعة للكفّار المحاربين جعلا منها كفرس ونحوه، فإنّه يجوز مع جهالة العوض للحاجة إلى مثل ذلك وقت الحرب.

الثّانية: ما لو قال شخص لآخر: حجّ عنّي بنفقتك، فإنّه يجوز مع جهالة النّفقة، وقال الماورديّ: هي جعالة فاسدة، وصرّح بذلك الشّافعيّ في الأمّ[2].

وقال الحنابلة [3] : يحتمل أن تجوز الجعالة مع جهالة الجعل إذا كانت الجهالة لا تمنع التّسليم، نحو أن يقول الجاعل: من ردّ ضالّتي فله ثلثها، أو قال القائد للجيش في الغزو: من جاء بعشرة رءوس فله رأس، أو جعل جعلاً لمن يدلّه على قلعة أو طريق سهل مثلاً، وكان الجعل من مال الأعداء، فيجوز أن يكون مجهولاً كفرس يعيّنها العامل.

أمّا المالكيّة فقد استثنوا حالات أخرى [4] :

الأولى: أن يجاعل غيره على أن يغرس له أصولاً حتّى تبلغ حدّاً معيّناً فتكون هي - أي الزّيادة - والأصل بينهما، فإنّه يجوز.

الثّانية: أن يجاعله على تحصيل الدّين بجزء - أي معلوم كثلث أو ربع ممّا يحصّله -، فإنّه جائز على الأظهر عند المالكيّة، وإن كان المرويّ عن مالك أنّه لا يجوز.

الثّالثة: أن يجاعله على حصاد الزّرع، أو جذّ النّخل على جزء منه يسمّيه، فإنّه لا خلاف في جواز المجاعلة فيه على هذا، لأنّه لا يلزم واحداً منهما .

والمالكية في بعض الصور التي يمكن فيها علم الأجر بالتقدير يتجهون وجهة الحنابلة ، فيقولون:

١-إن قال : احتطب ، أو : احصد ولك نصف ما احتطبت أو حصدت ، فيجوز إن علم ما يحتطبه بعادة[5] ، فذلك فذلك جائز على أنه من قبيل الجعالة [6]، وهي يتسامح فيها ما لا يتسامح في الإجارة .

٢-ومثل ذلك في جذ النخل ولقط الزيتون وجز الصوف ونحوه . وعلة الجواز العلم[7] .

مع أن المنصوص عندهم عدم جواز أخذ نسبة من تحصيل الدين، قال ابن فرحون في تبصرة الحكام:

مسألة : واختلف في الجعل على الخصومة ، على أنه إن فلح فله كذا وإلا فلا شيء له على قولين ، ومن أجازه شبهه بمجاعلة الطبيب على البرء .

وفي التهذيب : وكره مالك الجعل على الخصومة على أنه لا يأخذ إلا بإدراك الحق ، قال ابن القاسم فإن عمل على ذلك فله أجر مثله ، وروي عن مالك أنه جائز ، وإنما كره مالك رحمه الله ذلك ؛ لأنها على الشر والمجادلة ؛ ولأنها

---

(١) الحنفية يمنعون من عقد الجعالة إلا في رد الآبق.

(٢)نهاية المحتاج ٤ / ٣٤٥، وحاشية البجيرمي على الخطيب ٣ / ١٧٣، وأسنى المطالب ٢ / ٤٤١، ومغني المحتاج ٢ / ٤٣١، وحاشيتي قليوبي وعميرة على شرح المحلي ٣ / ١٣١.

(٣)المغني ٦ / ٣٥١.

(٤)الخرشي وحاشية العدوي عليه ٧ / ٧٦، والمقدمات ٢ / ٣٠٥، والحطاب والتاج والإكليل بهامشه ٥ / ٤٥٢.

(٥) التفريع ٢/ ١٩٠ استحداث العقود لمحمد حزواني ص ٨٨ فما بعدها.

(٦) الشرح الصغير ٤ / ٢٤، ٢٥

(٧) التفريع ٢/ ١٩٠ استحداث العقود لمحمد حزواني ص ٨٨ فما بعدها.

قد تطول ولا ينجز منهما غرض الجاعل فيذهب عمله مجانا ، والرواية بإجازة ذلك لما بالناس من الضرورة إلى ذلك .

وفي الطرر قال الشعباني : لا خير في الوكالة على الخصومة إذا كانت بالأجرة حتى تنقطع ؛ لأنها قد تطول وتقصر . والراجح الجواز، ودليله عدم المانع، وحديث النهي عن قفيز الطحان ضعيف، وبالقياس على المغارسة والمزارعة، وقد أجاز الشرع الاشتراك في الربح في المضاربة، وهذا أولى بالجواز، قال العيني: "إن المصنف لم يقم دليلا على الفساد سوى أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجرة...وحصوله بفعل الأجير، فلا يعد هو قادراً بفعل غيره، وهذا لا يعوَّل، فإن المزارع يأخذ جزءاً من الخارج، والمضارب جزءا من الربح، فإن الذي يؤخذ منه الجزء هنا محقق الوجود، وهناك معدوم على خطر الوجود، ولم يكن هذا المعنى مانعاً من جواز المزارعة والمضاربة فهنا أحق وأولى ألا يمنع"[١].

ويظهر بعد عرض هذه الأقوال جواز أن يشترط المحامي نسبة من الدين المحصل قل أو كثر، وأن الجهالة فيه غير مؤثرة لأن القاعدة أنه يغتفر في الجعالة من الجهالة ما لا يغتفر في الإجارة.

ولكن هذه الصورة إنما تثبت في حال كان العقد لم ينص على أن النسبة لازمة، وأنه لا يحق للعميل التنصل من العقد. فأما إن ذكر الطرفان في العقد أن الأجرة محددة بنسبة أو بمبلغ مقطوع عند التحصيل، فقد تلاقت إرادة الطرفين على أن يكون العقد عقد إجارة، وقد تقدم الكلام عليه.

وفي هذه الحال فإن للموكل أن يعزل الوكيل وينهاه عن التصرف الذي أمره به،كما أن للوكيل أن يعزل نفسه منها أيضا، وهذا باتفاق الفقهاء في الجملة [٢] .

وقد اشترط المالكية والشافعية لصحة عزل الموكل وكيله أن لا تكون الوكالة قد وقعت على سبيل الإجارة، فإن وقعت على سبيل الإجارة فهي لازمة لكل منهما .

أما إذا وقعت الوكالة على سبيل الجعالة فللفقهاء في لزوم عقد الوكالة وعدمه خلاف.

فقد ذهب المالكية إلى أنه عند شروع العامل في العمل فليس للجاعل أن يفسخ عقد الجعالة – عند المالكية – حتى ولو كان العمل الذي شرع فيه العامل قليلا لا أهمية ولا قيمة له، لأن العقد لازم بالنسبة له بعد الشروع في العمل [٣] .

وأما الشافعية والحنابلة فذهبوا إلى أنه يجوز لكل من الجاعل والعامل أن يفسخ عقد الجعالة قبل شروع العامل في العمل، وكذا بعد شروعه في العمل قبل تمامه؛ لأنها عقد غير لازم قبل تمام العمل [٤] .

وحيث إن العمل في المحاكم بالقول الثاني، فيمكن حماية حق المحامي عبر الوسائل الآتية:

1. **يذكر في عقد الأتعاب عبارة:" وقد علم الطرف الثاني (العميل) أنه لا يحق له إلغاء الوكالة بعد شروع الطرف الأول(المحامي) في العمل.**
2. **تضاف عبارة:" علم الطرف الثاني (العميل) والتزم بما ورد في نظام المحاماة (المادة ٢٧) ومقتضاها أنه عند إلغاء الوكالة بسبب غير مشروع فإن العميل ملزم بدفع كامل الأتعاب [٥] .**

---

(١) البناية ٣٥٩/٩.

(٢)البدائع ٦ / ٥١ ، وتكملة ابن عابدين ٧ / ٣٨٢ ، وحاشية الدسوقي ٣ / ٣٩٦ ، ومغني المحتاج ٢ / ٢٣١ ، وروضة الطالبين ٤ / ٣٣٠ ، ٣٣٢ ، والمغني ٥ / ٢٤٢.

(٣)الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٤ / ٦٨.

(٤)مغني المحتاج ٢ / ٤٣٣، وكشاف القناع ٢ / ٤١٩.

(٥)في المادة ٢٧ نظام المحاماة الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٨) وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ: للموكل أن يعزل محاميه، وعليه أن يدفع كامل الأتعاب المتفق عليها إذا ثبت أن العزل بسبب غير مشروع، ما لم تر المحكمة المختصة بنظر القضية غير ذلك بالنسبة للعزل وكامل الأتعاب. وفي اللائحة: ١/٢٧ على الموكل إذا عزل محاميه إبلاغه بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، وكذا إبلاغ الجهة ناظرة القضية بذلك ، ولا يحق له الإعلان في أي وسيلة إعلامية إلا بعد موافقة الإدارة . ٢/٢٧ النظر في سبب عزل المحامي يكون من قبل القاضي المختص بنظر قضية الأتعاب .

٣. **يمكن بناء عقد المحاماة على الإجارة إن صلح لذلك، كما إذا كانت المطالبة بمئة ألف، فإن الأجرة تكون على النحو الآتي: ١٠ آلاف ريال عند توقيع العقد، و١٠ آلاف عند الانتهاء من القضية وتحصيل المبلغ. والجهالة في العمل قد تغتفر لإمكان تقدير عدد الجلسات حسب العادة والعرف.**

الصورة السادسة: تحصيل مبلغ محدد من المديونية وما زاد عنه فللمحامي

يظهر أن هذه المسألة لها حكم مسألة إذا قال الموكل للوكيل: بع العين بكذا، فما زاد فهو لك. وقد اختلف أهل العلم في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب ابن عباس – ﷺ – والزهري، وقتادة، وأيوب، وابن سيرين[١] والشعبي[٢] والحسن[٣] وإسحاق وأحمد بن حنبل[٤]، وهو من مفردات الحنابلة[٥] إلى أن الموكل إذا قال للوكيل: بع ثوبي بكذا فما زاد فهو لك، فإن الوكيل يستحق الزيادة إن باعه بها، واستدلوا بما يأتي:

١. لأن عطاء روى عن ابن عباس أنه كان لا يرى بأسا أن يعطي الرجلُ الرجلَ الثوب أو غيره فيقول بعه بكذا فما ازددت فهو لك[٦]، ولا يعرف له في عصره مخالف فكان إجماعا[٧].

٢. ولأنها عين تنمَّى بالعمل عليها، أشبه دفع ماله مضاربة، ولذا قال أحمد عن هذه المسألة: هل هذا إلا كالمضاربة؟.

٣. ولأنه تصرف لغيره لا يلزمه، فهو كرد الآبق.

ويشترط أن يبيعها بثمن حالٍّ، لحديث ابن عباس – ﷺ - "إذا استقمت بنقد فبعت بنقد فلا بأس به، وإذا استقمت بنقد فبعت بنسيئة فلا خير فيه". وقد سئل الإمام أحمد: ما المستقيم؟ قال: الرجل يدفع إلى الرجل الثوب فيقول: بعه بكذا وكذا، فما ازددت فهو لك[٨].

قال ابن قدامة – رحمه الله -: "إذا دفع إلى رجل ثوباً ، وقال : بعه بكذا ، فما ازددت فهو لك: صح. نص عليه أحمد، في رواية أحمد بن سعيد ، وروي ذلك عن ابن عباس. وبه قال ابن سيرين ، وإسحاق. ...فإن باعه بزيادة : فهي له ؛ لأنه جعلها أجرة ، وإن باعه بالقدر المسمى من غير زيادة، فلا شيء له ؛ لأنه جعل له الزيادة ، ولا زيادة ههنا"[٩].

وقال أبو عبيد في غريب الحديث: قوله: (إذا استقمت) يعني: قَوَّمْتَ، وهذا كلام أهل مكّةَ يقولون: استقمت المتاع، أيّ قوّمت، ومعنى الحديث: أن يدفع الرّجل إلى الرّجل الثوب فيقوّمه بثلاثين درهماً، ثمّ يقول له: بعه فما زاد عليها فلك.

وسئل الشيخ محمد ابن عثيمين – رحمه الله – السؤال الآتي:

أخذ أخي من تاجر عسلاً وقال له قيمة الواحدة منه ثلاثمائة ريال، وإذا بعته بزيادة عن ذلك فلك الزيادة، فأصبح يبيع الواحدة منه بثلاثمائة وخمسين ريالا، ما حكم هذا البيع وماذا عليه وجزاكم الله خيرا؟

فأجاب: إذا وكله في بيع شيء عسل، أو طعام، أو غير ذلك وقال له بعه بكذا وما زاد فلك، فلا بأس به، لكن بشرط أن يكون البائع الذي وكله عالما بسعر السوق، فإن لم يكن عالما فله دعوى الربح؛ لأن الإنسان قد تكون عنده السلعة قد مل منها، وتعب منها، فيوكل شخصا في بيعها، هذا بكذا وكذا وما زاد، فهو له هو لم يسأل عن سعرها، ولعلها قد زادت قيمتها زيادة كبيرة، فإذا قال له: خذ هذه السلعة بعها بمائة، وما زاد فهو لك وعرف الوكيل أن هذا

---

(١) مصنف عبدالرزاق (١٥٠١٨).

(٢) مصنف عبدالرزاق (١٥٠١٩).

(٣) مصنف عبدالرزاق (١٥٠٢٠).

(٤) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه لإسحاق بن منصور المروزي برقم ١٧٩٢.

(٥) الكافي لابن قدامة ٢/٢٥٢، المقنع مع الشرح والإنصاف ١٣/٥٥٧.

(٦) مصنف عبدالرزاق (١٥٠٢٠).

(٧) قال في كشاف القناع ومطالب أولي النهى: إسناده جيد.

(٨) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه لإسحاق بن منصور المروزي برقم ١٧٩١، ١٧٩٦.

(٩) المغني (٨/٧١-٧٢)

الرجل ليس عنده علم بالأسعار عليه أن يبين، فيقول: يا فلان السلعة تساوي مائتين، فإذا قال: وإن يكن الأمر كذلك، بعها بمائة فما زاد، فلك فحينئذ أقول: يبيعها بما تساوي في السوق، ولو بلغت ثلاثمائة وأربعمائة، ويرد إلى مالكها المائة التي اشترطها لنفسه.

القول الثاني: كراهة ذلك، وهو قول إبراهيم النخعي وحماد[١] ونسبه شمس الدين ابن قدامة إلى أبي حنيفة والثوري والشافعي وابن المنذر، وأما في المغني فنسب إلى الشافعي أنه لا يصح، وهو من المواطن القليلة التي خالف فيها الشمس ابن قدامة في الشرح الكبير شيخه صاحب المغني، واستندوا إلى أنه أجر مجهول يحتمل الوجود والعدم[٢]. والمعروف من مذهب الحنفية عدم صحة ذلك، وقد ورد في المادة (١٢٠٢) من مجلة الأحكام العدلية أنه إذا جهل الجعل لزم أجر المثل. وفي فتوى السغدي الحنفي: "والخامس إجارة السمسار لا يجوز ذلك وكذلك لو قال بع هذا الثوب بعشرة دراهم فما زاد فهو لك وإن فعل فله اجر المثل"[٣].

وسبب ذلك أن الوكالة بأجر تأخذ حكم الإجارة، ويشترط فيها العلم بالأجرة، ولذا فقد نص الشافعية على أن عقد الوكالة عقد لازم[٤] في حال كونه بأجر، كما إذا بدأ الوكيل في الترافع في الخصومة[٥]. وقال المالكية بأن الوكيل إذا أوغل في الخصومة فليس للموكل عزله[٦]، مع أن عقد الوكالة عندهم عقد جائز[٧].

وقال الشافعية: (بل هو نوع من التراضي) يعني أن العامل يتبرع على صاحبه بالحج وصاحبه يتبرع عليه بالنفقة، ومثله ما يقع أن المالك يقول لآخر : بع هذا بكذا وما زاد فهو لك فإن امتنع المالك بعد من دفع الزائد فلا شيء للآخر؛ إذ ليس هنا عقد فاسد ولا صحيح . ا هـ[٨].

والمالكية يفرقون بين الوكالة التي لها حكم الإجارة والتي لها حكم الجعالة، ففي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير:" التوكيل على اقتضاء الدين تارة يكون إجارة وتارة يكون جعالة، ففي الإجارة لا بد من بيان القدر الموكل على اقتضائه وأن يبين من عليه الدين ليعلم حين العقد هل هو معسر أو موسر أو مماطل أو لا كوكالتك على اقتضاء كذا من فلان ولك كذا أجرة، وأما في الجعالة فالواجب بيان أحد الأمرين إما القدر أو من عليه الدين"[٩].

والصحيح صحة التعاقد على أن يحصل المحامي مبلغاً محدداً، وما زاد عليه فيكون للمحامي والله أعلم.

الصورة السابعة: أن تكون الأتعاب ما تحكم به الجهة القضائية من تعويض عن مصاريف الدعوى وأتعاب المحاماة

في بعض الحالات، يتراضى العميل والمحامي على أن يكتفي المحامي بما تحكم به الدائرة القضائية، وهي على الأنواع:

١-اللجنة المصرفية تحكم بتعويض قدره ٥% من المبلغ المطالب به سنوياً، ويشمل أتعاب المحاماة ومصاريف الدعوى وحبس النقود.

٢-المحاكم العامة وبعض دوائر القضاء التجاري لا تحكم في الدعوى المنظورة، بل لا بد من رفع دعوى مستقلة بأتعاب المحاماة، وتحدد أتعاب المثل عن طريق الهيئة السعودية للمحامين بصفتها جهة خبرة وفقا لتعميم وزارة العدل المرفق في آخر هذا البحث.

---

(١) مصنف عبدالرزاق (١٥٠٢٢).

(٢)المقنع مع الشرح والإنصاف ٥٥٧/١٣.

(٣)النتف في الفتاوى (٥٧٥/٢)، تأليف: أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السغدي، دار النشر: دار الفرقان / مؤسسة الرسالة - عمان الأردن / بيروت لبنان - ١٤٠٤ - ١٩٨٤، الطبعة: الثانية، تحقيق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي.

(٤) الأصل عندهم أن الوكالة إذا كانت بلفظ الإجارة فإنه لازمة، وإن كانت بلفظ الوكالة فهو عقد جائز. مغني المحتاج ٢١٧/٢.

(٥) مغني المحتاج للشربيني ٢٥٧/٣.

(٦) شرح الخرشي على مختصر خليل ٦٩/٦.

(٧) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٩٦/٣.

(٨)حاشية شرح البهجة في فقه الشافعية ٣١١/٣

(٩)حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٩٧/٣.

٣-الجهات القضائية الأخرى (غالب دوائر القضاء التجاري والإداري والجهات ذات الاختصاص القضائي ... إلخ)، تحكم في الدعوى نفسها بتقدير لأتعاب المثل.

ويشكل على هذه الصورة أن الجعل مجهول، وتقدم أن المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة –وهم القائلون بصحة عقد الجعالة - يشترطون العلم بالجعل في الأصل.

والجواب عن هذا الإشكال:

١.أن الفقهاء أجازوا الجهالة في الجعل في بعض الصور، قال في مطالب أولي النهى: " (ويجوز أن يجعل) الأمير (جعلا معلوما) من مال المسلمين، (ويجوز) أن يجعل (من مال كفار مجهولا لمن يعمل ما) ، أي: شيئا (فيه غناء) ، أي: نفع للمسلمين كنقب سور، أو صعود حصن، (أو يدل على طريق) سهل، (أو) على (قلعة) لتفتح، (أو) على (ماء) مفازة (ونحوه) كدلالة على مال يأخذه المسلمون، أو عدو يغيرون عليه، أو ثغرة يدخل منها إليه لأنه - صلى الله عليه وسلم - «قد استأجر هو وأبو بكر في الهجرة من دلهم على الطريق» و «جعل للسرية الثلث والربع مما غنموه» وهو مجهول، لأن الغنيمة كلها مجهولة، ويستحقه مجهول له بفعل ما جوعل عليه" [(١)] .

٢.أن الجهالة يسيرة، فهي تقارب ١٠% ، ومثل هذه الجهالة يتسامح فيها الناس، وخصوصا أن هذه الصورة تناسب أصحاب الحقوق الذين ليس لديهم قدرة على دفع الأتعاب، ويكون المال المطالب به لغيرهم (مثل الوكيل والولي والوصي وناظر الوقف). كما أن العميل يعلم وثوق المحامي من عمله إذا عرض أتعابه بهذه الصورة.

الصورة الثامنة: أن تكون الأتعاب مبلغاً محددا، وحافزا تشجيعيا (مكافأة نجاح) يمثل نسبة أو مبلغاً مقطوعاً بعد نجاح القضية

ينقسم العقد في هذه الحال قسمين:

١)عقد إجارة لدراسة القضية، وإعداد ملفها، ورفعها للدائرة القضائية المختصة، وإعداد لائحة الجلسة الأولى بمستنداتها، بمبلغ مقطوع، وهذا جائز كما تقدم.

٢)عقد جعالة عند نجاح القضية،

وهذه المسألة تعرف بالحافز التشجيعي، وقد أجازها الفقهاء المعاصرون.

فقد ورد في المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما - المعيار الشرعي رقم (١٢) : الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ما نصه:

٣/٣/١/٣يجوز تعيين مدير من غير الشركاء بأجر محدد يحتسب من مصروفات الشركة. و يجوز تخصيص نسبة من أرباح الشركة بالإضافة للأجر المحدد حافزا له . أما إذا حدد مقابل الإدارة بنسبة من الأرباح فالمدير مضارب بحصة من الربح إن وجد، ولا يستحق حينئذ أجرا نظير الإدارة .

وفي المعيار الشرعي رقم (٢٤): التمويل المصرفي المجمع

(د) الوكالة بأجر معلوم: بشرط أن يكون التوكيل بعقد مستقل، وأن يكون العمل موصوفا والزمن مقدرا، ويستحق الوكيل الأجرة سواء تحققت الأرباح أم لا. ويمكن أن يستحق الوكيل حافزا بمبلغ مقطوع أو بنسبة محددة من الربح إذا زادت الأرباح عن حد معين دون إخلال باستحقاق المؤسسة ربح مساهمتها إن وجدت.

وفي المعيار الشرعي رقم (٤٦): الوكالة بالاستثمار

٤/٥ يجوز أن يشترط للوكيل بالاستثمار مع الأجرة جميع أو بعض ما زاد عن الربح المتوقع حافزاً له على حسن الأداء(٢).

وورد في المعيار الشرعي رقم (٥٨): إعادة الشراء

---

(١) مطالب أولي النهى ٥٣٦/٢.

(٢) مستند مشروعية تخصيص ما زاد عن الربح المتوقع للوكيل بالاستثمار هو أن ذلك من قبيل الهبة المعلقة، وهو حافز.

ث: لا يجوز أن تشتمل الاتفاقية على شرط يؤدي إلى قطع المشاركة في الأرباح في المشاركة، كأن يتفق على أن يكون الربح كله لأحد الطرفين إلى حد معين وما زاد فهو للآخر، ويجوز أن يشترط حافز أداء للمدير بأن يشترك العاقدان في الأرباح وما زاد من الربح عن حد معين يكون للمدير.

والذي تفتي به الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي إجازة الحافز التشجيعي كما في القرارات الآتية:

١-القرار ذي الرقم ٧٤١ وعنوانه "إجازة اتفاقية "صندوق الراجحي للشركات الخاصة والاكتتابات الأولية"، وإلغاء الاتفاقية المجازة بالقرار (٧٢٩)" وورد فيه في المادة ١٩ فقرة ٣: " يستحق مدير الصندوق حافزاً تشجيعياً يحسب عندما يتجاوز معدل ربح الصندوق الموزع....٪ للسنة الواحدة (العائد الداخلي) فيستحق مدير الصندوق.....٪ مما زاد عن تلك النسبة، يدفع له بعد تصفية الصندوق...".

٢-القرار ذي الرقم ٨٤٤، وقد ورد فيه في الملحق ١ فقرة ٣:" يتقاضى الطرف الأول حافزاً تشجيعيا مقداره (...%) ولا يؤخذ هذا الحافز إلا عند زيادة صافي أرباح المحفظة عن معدل أداء مؤشر السوق الإرشادي...".

٣-ورد في اتفاقية صندوق الأسهم المحلية المعدلة بتوجيه الهيئة الشرعية في البند ١٣ الفقرة ت ما يأتي:" يستحق مدير الصندوق أتعابا مقابل تجاوز أداء الصندوق لأداء المؤشر الإرشادي (أتعاب الأداء)...".

الصورة التاسعة: ألا يوجد اتفاق على الأتعاب

في حال عدم الاتفاق على الأتعاب أو كان الاتفاق باطلاً واختلف الموكل والمحامي في الأتعاب، فإن القاضي ناظر القضية يفصل فيها ويقوم بتحديدها وفقا لعرف المحامين بما يتناسب مع الجهد الذي بذله المحامي والنفع الذي عاد على الموكل. ويطبق هذا الحكم كذلك إذا نشأ عن الدعوى الأصلية أي دعوى فرعية.

وقد ورد في كيفية تحديد الأجرة عند عدم الاتفاق عليها ما رواه البخاري في صحيحه في باب: باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم: في البيوع والإجارة والمكيال والوزن، وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة عن أنس بن مالك ﷺ، قال: «حجم رسول الله ﷺ أبو طيبة، فأمر له رسول الله ﷺ بصاع من تمر، وأمر أهله أن يخففوا عنه من خراجه» [(١)].

وحددت اللائحة في المادة ٣/٢٦ الجهة التي تحدد الأتعاب بأن المرجع فيها أهل الخبرة.

وقد جرى العمل على اعتماد الهيئة السعودية للمحامين جهة خبرة في تحديد أتعاب المحامين.

الصورة العاشرة: أن يتبرع المحامي بالعمل بلا أتعاب كالمحاماة عن المحتاجين والجمعيات الخيرية.

لا شك أن إعانة المظلوم – مجانا – لإزالة مظلمته وتحصيل حقه من أفضل الأعمال، وفيها فضل وأجر كبير، ويهمنا في هذا البحث التوصيف الفقهي له، والذي يظهر أن هذا العقد ليس من عقود المعاوضات وإنما هو من عقود التبرعات بالعمل، وأثره أنه يحق لأي من الطرفين الفسخ في أي مرحلة من مراحل العمل لقوله تعالى:" مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ (٩١)" التوبة: ٩١.

الصورة الحادية عشرة: أن تكون أتعاب المحامي حصة في شركة

يكثر عند المحامين المهتمين برواد الأعمال أن يقدموا الأتعاب على أنها حصة مشاركة، بحيث يخف على رائد الأعمال سداد أتعاب المحاماة في بداية مشروعه، ويدخل المحامي في المخاطرة بصفة تمويل رأس المال الجريء.

ومثال ذلك أن يتضمن العقد النص الآتي: "١) يكون رأس مال المشروع مبلغاً قدره مليون ريال. ٢) يلتزم المحامي بجميع الأعمال القانونية للمشروع من تسجيل لدى الجهات المختصة، واستخراج السجل التجاري وحجز الاسم التجاري والعلامة التجارية وإعداد عقد تأسيس الشركة وصياغة العقود التأسيسية للشركة وأدلة الإجراءات والسياسات والهيكل التنظيمي بمبلغ قدره ١٠٠ ألف ريال يمثل حصة في الشركة قدرها ١٠%".

(١)قال ابن المنير في المتواري على أبواب البخاري (ص ٢٤٦): ووجه دخول حديث أبي طيبة في الترجمة أنه - عليه السلام - لم يشارطه اعتمادا على العرف في مثله. وذكر ابن حجر في (فتح الباري ٤٠٦/٤) أن سعيد بن منصور روى من طريق بن سيرين أن ناسا من الغزالين اختصموا إلى شريح في شيء كان بينهم فقالوا: إن سنتنا بيننا كذا وكذا، فقال: سنتكم بينكم. (فتح الباري ٤٠٦/٤).

وقد ذهب جمع من الفقهاء إلى لا يجوز أن يكون رأس المال عرضا على المذهب [١] .

- والذي يظهر صحة العقد، وقد نص على جواز أن يكون رأس مال الشركة بضاعة الإمام ابن تيمية رحمه الله بشرط أن تقوم البضاعة بالدراهم، وتكون هي رأس مال الشركة[٢].

وأما إن **كان رأس المال منفعة كأجرة عقار، أو عمل لمدة معنية:** أجابت الهيئة الشرعية لمجموعة البركة بأن رأس المال لا يجوز أن يكون عملاً[٣]. ويفهم من فتوى ابن تيمية رحمه الله جواز ذلك، فقد أجاز أن يدفع السفينة لمن يعمل بها والربح بينهما، أو يدفع الماشية والنحل لمن يقوم عليها، والصوف واللبن والعسل والولد بينهما[٤]. وقال البهوتي في الكشاف: "(وإن اشترك اثنان لأحدهما آلة قصارة وللآخر بيت فاتفقا على أن يعملا) أي أن يقصرا ما يتقبلان عمله من الثياب (بآلة هذا في بيت هذا والكسب بينهما صح) ذلك؛ لأن الشركة وقعت على عملهما والعمل يستحق به الربح في الشركة والآلة والبيت لا يستحق بهما شيء؛ لأنهما يستعملان في العمل المشترك فصارا كالدابتين اللتين يحملان عليهما ما يتقبلان حمله في ذمتهما (فإن فسدت الشركة) لنحو جهالة ربح (قسم الحاصل بينهما على قدر أجر عملهما، و) على قدر (أجرة الدار والدابة) ؛ لأن العوض قد أخذ في مقابلة تلك المنافع، فلزم توزيعه عليه بالمحاصة كما لو أجروها بأجر واحد" [٥] .

- وذكر البهوتي مسألة صحة جمع صور الشركات في صورة مبتكرة، فقال: (وإن جمعا) أي اثنان فأكثر (بين شركة عنان وأبدان، ووجوه ومضاربة صح) ؛ لأن كل واحدة منها تصح مفردة فصحت مجتمعة [٦] .

الصورة الثانية عشرة: أن تحدد أتعاب المحامي بصيغة: كل عقد أو مشورة بمبلغ محدد، ثم تحدد المحاسبة في نهاية كل شهر

ذهب المحققون من الفقهاء إلى جواز الأجرة إذا آلت إلى العلم، إن كانت بصيغة: أعمل لك كل عمل بثمن محدد، ولم يعلم قدر العمل حين العقد، ودليل ذلك ما ورد عن علي – ﷺ - قال (جعت مرة جوعا شديدا فخرجت لطلب العمل في عوالي المدينة فإذا أنا بامرأة قد جمعت مدرا فظننتها تريد بله فقاطعتها كل ذنوب على تمرة فمددت ستة عشر ذنوبا حتى مجلت يداي ثم أتيتها فعدت لي ست عشرة تمرة فأتيت النبي - ﷺ - فأخبرته فأكل معي منها). رواه أحمد. [٧] . وأخرج البيهقي وابن ماجه من حديث ابن عباس بلفظ (أن عليا عليه السلام أجر نفسه من يهودي يسقي له كل دلو بتمرة وعندهما إن عدد التمر سبعة عشر) [٨] .

وقد بين ابن قدامة – رحمه الله – الرد على من منع ذلك في المغني فليرجع إليه [٩] .

الصورة الثالثة عشرة: أن تحدد أتعاب المحامي سنوياً بمبلغ محدد دون تحديد العمل ومقداره

هذه الصورة لا تخلو من حالات:

١) أن تحدد الساعات الخاصة بالعميل، مثل أن يقال: يعمل المحامي للشركة ٥ ساعات يومياً، فهذا له حكم الأجير الخاص، ولا إشكال في جواز هذه الصورة.

٢) أن يستعد بالعمل دون تحديد لساعات عمل محددة، ولا عدد للاستشارات، وهي بهذه الصورة فيها غرر، وقد ورد عن أبي هريرة - ﷺ - قال: - نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر - رواه مسلم [١] . وعن علي

---

(١) الكشاف ٥٢٩/٣.
(٢) مجموع الفتاوى ٧٤/٣٠.
(٣) الفتاوى الشرعية لمجموعة البركة ص ١٩٨ (ج.ت.ن٢٠٠٣/١).
(٤) مجموع الفتاوى ٦٢/٢٥ و ٧٧/٢٩ و ١٢٥ و ١١٤/٣٠.
(٥) الكشاف ٥٢٩/٣.
(٦) الكشاف ٥٣١/٣.
(٧) رواه أحمد (١٣٥/١)، ابن ماجه (٢٤٤٧).
(٨) وفي إسناده حنش راوية عن عكرمة وهو ضعيف. نيل الأوطار.
(٩) المغني ٣٧٦/٥.

قال: «سيأتي على الناس زمان عضوض يعض الموسر على ما في يده ولم يؤمر بذلك، قال الله عز وجل: "ولا تنسوا الفضل بينكم" [البقرة:٢٣٧] ويبايع المضطر، وقد نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع المضطر، وعن بيع الغرر وبيع الثمرة قبل أن تدرك» رواه أحمد وأبو داود [٢]، قال الخطابي: وفي إسناده رجل مجهول.

فإن تم تحديد عدد للاستشارات أو القضايا أو الجلسات أو الساعات فيكون المحامي أجيرا مشتركاً [٣] ، ويكفي تحديد حد أعلى لتلك الاستشارات.

وإن لم تحديد لعدد الساعات، فيمكن أن يصحح العقد بأن المراد ساعات العمل المعتادة وهي ثمان ساعات.

الصورة الرابعة عشرة: أن يكون مقدار أتعاب المحامي معلقاً حسب مدة الإنجاز

مثال هذه الصورة: أن يشترط العميل أن تكون أجرة المحامي مئة ألف إن أنهى العمل خلال سنة، وخمسين ألفا إن أنهاه خلال سنتين.

وقد ذهب الجمهور للمنع [٤] ، لما في ذلك من جهالة العوض، وتردده.

وذهب للجواز الحنفية ورجح ابن القيم، وبه صدر معيار الإجارة الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية [٥] .

ودليل ذلك ما رواه البخاري في صحيحه معلقا بصيغة الجزم بقوله: وعامل عمر، «الناس على إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر، وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا»[٦].

قال ابن القيم – رحمه الله - :" وتعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة؛ فلا يستغني عنه المكلف، وقد صح تعليق النظر بالشرط بالإجماع ونص الكتاب، وتعليق الضمان بالشرط بنص القرآن، وتعليق النكاح بالشرط في تزويج موسى بابنة صاحب مدين وهو [من] أصح نكاح على وجه الأرض، ولم يأت في شريعتنا ما ينسخه، بل أتت مقررة له كقوله - ﷺ -: " إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج " فهذا صريح في أن حل الفروج بالنكاح قد يعلق على شرط، ونص الإمام أحمد على جواز تعليق النكاح بالشرط، وهذا هو الصحيح، كما يعلق الطلاق والجعالة والنذر وغيرها من العقود، وعلق أمير المؤمنين عمر - ﷺ - عقد المزارعة بالشرط، فكان يدفع أرضه إلى من يعمل عليها على أنه إن جاء عمر بالبذر فله كذا وإن جاء العامل بالبذر فله كذا، ذكره البخاري، ولم يخالفه صاحب، ونص الإمام أحمد على جواز تعليق البيع" .... إلى أن قال:" وقال في كتاب الحرث: وعامل عمر الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فلهم الشطر، وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا. وهذا صريح في جواز: " إن خطته اليوم فلك كذا، وإن خطته غدا فلك كذا " وفي جواز: " بعتكه بعشرة نقدا أو بعشرين نسيئة " فالصواب جواز هذا كله للنص والآثار والقياس"[٧].

وقال :" المثال الخامس والستون: قد تدعو الحاجة إلى أن يكون عقد الإجارة مبهما غير معين، فمثاله أن يقول له: إن ركبت هذه الدابة إلى أرض كذا فلك عشرة وإن ركبتها إلى أرض كذا فلك خمسة عشر، أو يقول: إن خطت هذا القميص اليوم فلك درهم، وإن خطته غدا فنصف درهم، وإن زرعت هذه الأرض حنطة فأجرتها مائة، أو شعيرا فأجرتها خمسون، ونحو ذلك؛ فهذا كله جائز صحيح، لا يدل على بطلانه كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا قياس، بل

---

(١)رواه مسلم (١٥١٣)، أبو داود (٣٣٧٦)، النسائي (٢٦٢/٧)، الترمذي (١٢٣٠)، ابن ماجه (٢١٩٤)، أحمد (٤٣٦/٢، ٤٣٩).

(٢)الدارقطني (٦٨/٣)، الحاكم (٦٤/٢)، البيهقي (١٢٨/٩) وضعفه الألباني في الضعيفة (٢٠٧٦).

(٣) تبيين الحقائق ١٣٤/٥، المغني ٣٨٩/٥.

(٤) مواهب الجليل ٤٠٤/٥، روضة الطالبين ١٧٥/٥، المغني ٣٧٦/٥.

(٥) المعايير ص ٢٤٨.

(٦) رواه البخاري قبل رقم ٢٣٢٨.

(٧) إعلام الموقعين ٣٠٠/٣-٣٠١.

هذه الأدلة تقتضي صحته، وإن كان فيه نزاع متأخر، فالثابت عن الصحابة الذي لا يعلم عنهم فيه نزاع جوازه كما ذكره البخاري في صحيحه عن عمر أنه دفع أرضه إلى من يزرعها وقال: إن جاء عمر بالبذر من عنده فله كذا، وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا، ولم يخالفه صحابي واحد، ولا محذور في ذلك، ولا خطر، ولا غرر، ولا أكل مال بالباطل، ولا جهالة تعود إلى العمل ولا إلى العوض، فإنه لا يقع إلا معينا، والخيرة إلى الأجير؛ أي ذلك أحب أن يستوفي فعل، فهو كما لو قال [له] أي ثوب أخذته من هذه الثياب فقيمته كذا، أو أي دابة ركبتها فأجرتها كذا، أو أجرة هذه الفرس كذا [وأجرة هذا الحمار كذا] ، فأيها شئت فخذه، أو ثمن هذا الثوب مائة وثمن هذا مائتان، ونحو ذلك مما ليس فيه غرر ولا جهالة ولا ربا ولا ظلم، فكيف تأتي الشريعة بتحريمه؟ وعلى هذا فلا يحتاج إلى حيلة على فعله، وكثير من المتأخرين من أتباع الأئمة يبطل هذا العقد، فالحيلة على جوازه أن يقول: استأجرتك لتخيطه اليوم بدرهم، فإن خطته غدا فلك أجرة مثله نصف درهم، وكذا يقول: آجرتك هذه الدابة إلى أرض كذا بعشرة، فإن ركبتها إلى أرض كذا وكذا فعليك أجرة مثلها كذا وكذا، فإن خاف أن يكون يده يد عدوان ضمنه فليقل: فإذا انقضت المسافة الأولى فهي أمانة عندك، هذا عند من لم يصحح الإجارة المضافة، ومن صححها فالحيلة عنده أن يقول: فإذا قطعت هذه المسافة فقد آجرتكها إلى مسافة كذا وكذا، فإذا انتهت آجرتكها إلى مسافة كذا وكذا، فإن خشي المستأجر أن ينقضي شغله قبل ذلك فيبقى عقد الإجارة لازما له وقد فرغ شغله فالحيلة أن يقول: إذا انقضت المسافة أو المدة فقد وكلتك في إجارتها لمن شئت، فليؤجرها لغيره ثم يستأجرها منه، فإن خاف أن لا تتم هذه الحيلة على أصل من لا يجوز تعليق الوكالة بالشرط فليوكله في الحال وكالة غير معلقة، ثم يعلق تصرفه بالشرط، فيقول: أنت وكيلي في إجارتها، فإذا انقضت المدة فقد أذنت لك في إجارتها" [(١)] .

الصورة الخامسة عشرة: أن يكون مقدار أتعاب المحامي معلقاً حسب نجاح القضية

مثال هذه الصورة: أن تكون الأتعاب مئة ألف إن كسب المحامي القضية، وعشرة آلاف إن خسر القضية.

وقد أجاز مثلها الحنفية وهو وجه عند الحنابلة، ورجحه ابن القيم ولجنة المعايير الشرعية [(٢)] .

والجمهور على المنع [(٣)] ، وتقدم في الصورة السابقة وجه المنع وأوجه الجواز وهو الراجح

الصورة السادسة عشرة: أن تكون أتعاب المحامي مقابل إيجار المكتب أو جزء منه

هذه الصورة نادرة الحدوث، لكنني اطلعت عليها، حيث كان العميل لديه قضية، وليس لديه مال لكون حساباته موقوفة، فاتفق مع المحامي أن يتولى المحاماة عنه مقابل إعفائه من الإيجار.

وهذا جائز، ودليله ما رواه عتبة بن النُّدَّر – ﷺ - قال: كنا عند النبي - ﷺ - فقرأ طس حتى بلغ قصة موسى عليه السلام فقال إن موسى أجر نفسه ثمان سنين أو عشر سنين على عفة فرجه وطعام بطنه". رواه ابن ماجه [(٤)] .

المبحث الخامس: أتعاب المحامي في حال عدم إكمال عمله

ويشمل ذلك الآتي:

المطلب الأول: في حال وفاة المحامي وعدم الاتفاق مع الورثة، أو وجد في الورثة قاصر. أو في حال فقد المحامي الأهلية قبل الانتهاء من العمل المتفق عليه.

وفي معناه: في حال غياب المحامي مدة تزيد على ثلاثة أشهر وتعذر معرفة مكانه أو عنوان إقامته وقد قدرت المادة ٢٨ من نظام المحاماة طريقة تقدير الأتعاب في هذه الحال بأن ينظر للعوامل الآتية:

١- الجهد المبذول

---

(١) إعلام الموقعين ٣/٣١١.

(٢) بدائع الصنائع ٤/١٨٥، والمغني ٥/٣٧٧، وإعلام الموقعين ٣/٣١١، والمعايير ص ٢٤٨.

(٣)مواهب الجليل ٥/٤٠٤، روضة الطالبين ٥/١٧٥، المغني ٥/٣٧٧.

(٤)رواه ابن ماجه (٢٤٤٤)، وهو عند الطبراني في "الكبير" (١٧/١٣٥).

٢- والنفع الذي عاد على الموكل
٣- والمرحلة التي بلغتها القضية
٤- والاتفاق المعقود
كما أشار قانون المحاماة المصري لعوامل لا تقل أهمية عن العوامل السابقة وهي:
١-أهمية الدعوى
٢-ملاءة الموكل.
٣-أقدمية درجة قيد المحامي.
٤-ألا تزيد عن ٢٠% ولا تقل عن ٥% من قيمة ما حققه المحامي من فائدة لموكله [١].
وقد بينت المادة ٤/٢٨ أن هذه المعايير إنما هي استرشادية للقاضي، وليست ملزمة له.
وقد جرى العمل على اعتماد الهيئة السعودية للمحامين جهة خبرة في تحديد أتعاب المحامين.
المطلب الثاني: في حال اعتذار المحامي عن إتمام العمل
إذا اعتذر المحامي عن إتمام العمل فله حالان:
الأولى: أن يكون الاعتذار بسبب مشروع
ووفقا للمادة ٤/٢٤/د من اللائحة، فإن المحكمة المختصة تحدد الأتعاب المستحقة للمحامي. ويكون التحديد بسؤال أهل الخبرة، وقد جرى العمل على اعتماد الهيئة السعودية للمحامين جهة خبرة في تحديد أتعاب المحامين.
الثانية: أن يكون الاعتذار بسبب غير مشروع.
وفي هذه الحال، لا يستحق المحامي المؤخر، ومكافأة النجاح المشروطة عند نجاح القضية، وأما إن كان العمل على أجزاء كالعقود السنوية، فيستحق بمقدار ما أنجز من عمل.
المطلب الثالث: في حال عزل الموكل للمحامي دون سبب مشروع
قررت اللائحة أن الموكل إذا عزل المحامي دون سبب مشروع، فإن له ذلك، فلا يجبر الموكل على الاستمرار مع المحامي، ويشترط لصحة ذلك الآتي:
١. أن يقوم الموكل بإبلاغ المحامي بالعزل بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول،
٢. أن يقوم الموكل بإبلاغ الجهة ناظرة القضية بعزله للمحامي
٣. أن يستأذن إدارة المحاماة في حال رغب في الإعلان عن العزل في أي وسيلة إعلامية [٢].
وفي الجانب الآخر حفظ المنظم حق المحامي في استحقاق أتعابه كاملة [٣].
وعند الاختلاف في مشروعية السبب فإن المرجع في ذلك للقاضي ناظر القضية.
المطلب الرابع: في حال عزل الموكل للمحامي بسبب مشروع
إذا عزل الموكل محاميه بسبب مشروع، لا يستحق المحامي المؤخر، ومكافأة النجاح المشروطة عند نجاح القضية، وأما إن كان العمل على أجزاء كالعقود السنوية، فيستحق بمقدار ما أنجز من عمل.
المطلب الخامس: إذا تم عزل، أو منع المحامي من جهة خارجة عن الطرفين،
ومثال ذلك ما إذا كان المنع من إدارة المحاماة، وقد نصت المادة ٤/٢٦/ج على اختصاص القاضي ناظر القضية الأصلية بتحديد الأتعاب وفقا لما يقدره أهل الخبرة.

المبحث السادس: تحصيل أتعاب المحاماة

(١) قانون المحاماة المصري الصادر سنة ١٩٨٣م، م ٨٢، عن كتاب المحاماة في النظام السعودي، للشيخ حماد الحماد، ص ٥٠٠، دار عالم الكتب.
(٢) لائحة نظام المحاماة، م١/٢٧.
(٣) لائحة نظام المحاماة، م٢/٢٧.

المطلب الأول: وسائل تحصيل المحامي لحقه:

يحق للمحامي حجز مستندات القضية لحين الحصول على حقوقه، فقد ورد في النظام ولائحته ما يأتي:

ـ المادة الثانية والعشرون: على المحامي عند انقضاء التوكيل أن يرد لموكله عند طلبه سند التوكيل والمستندات والأوراق الأصلية، ومع ذلك يجوز له إذا لم يكن قد حصل على أتعابه أن يستخرج على نفقة موكله صوراً من جميع المحررات التي تصلح سنداً للمطالبة، وأن يبقي لديه المستندات والأوراق الأصلية حتى يؤدي له الموكل الأتعاب الحالة ومصروفات استخراج الصور، ولا يلزم المحامي أن يسلم موكله مسودات الأوراق التي قدمها في الدعوى، ولا الكتب الواردة إليه، ومع ذلك يجب على المحامي أن يعطي موكله صوراً من هذه الأوراق بناءً على طلب الموكل وعلى نفقته.

وقد بينت اللائحة هذه المادة بخمس فقرات هي:

١/٢٢ يقصد بانقضاء التوكيل الوارد في هذه المادة إنهاء القضية، أو المهمة الموكل فيها المحامي، ولا يسمى انتهاء تاريخ التوكيل -إن كان مؤقتاً- انقضاءً للتوكيل.

٢/٢٢ على المحامي إعادة أصل سند التوكيل للموكل عند انقضاء التوكيل وطلب الموكل رد التوكيل حتى ولو لم يحصل على أتعابه كلها، أو بعضها.

٣/٢٢ إذا طلب الموكل إعادة المستندات، والأوراق الأصلية فعلى المحامي إعادتها عند انقضاء التوكيل إذا أدى له الأتعاب الحالة، ومصروفات استخراج صور جميع المحررات، حتى ولو بقي أتعاب مؤجلة.

٤/٢٢ لا يلزم المحامي إعادة سند التوكيل، والمستندات، والأوراق الأصلية، وصور المحررات، إذا تم إيداعها في ملف القضية.

٥/٢٢ يستثنى من أحكام هذه المادة إذا وجد اتفاق كتابي، أو مشافهة، بين الموكل ومحاميه فيعمل به.

وتنص العديد من القوانين على حق المحامي الحبس على الأموال والمنقولات المسلمة إليه تنفيذا لوكالته حتى يتسلم كامل أتعابه [١].

المطلب الثاني: درجة دين أتعاب المحاماة

تنص العديد من قوانين المحاماة على أن أتعاب المحاماة من الديون الممتازة [٢]، وأما النظام السعودي فيعد الدين الناتج عن أتعاب المحاماة من الديون العادية.

المطلب الثالث: وقت استحقاق المحامي للأتعاب

تقدم أن صور عقود أتعاب المحاماة مختلفة، فمنها ما ينتهي عمل المحامي بإتمام العمل مثل صياغة عقد أو مراجعته أو الانتهاء من تسجيل شركة لدى الجهات المنظمة، ومنها ما يكون بتقديم المشورة دورياً، فيستحق المحامي أتعابه بانتهائه من العمل.

وأما الأعمال المرتبطة بقضايا، فله ثلاث صور:

١)أن تستحق الأتعاب بصدور الحكم النهائي، فيلزم العميل دفع الأتعاب بمجرد صدور الحكم النهائي القابل للتنفيذ إما بمصادقة الاستئناف عليه أو بمضي المدة دون اعتراض أو لكون القضية لا ينظرها الاستئناف. فإن التمس الطرف الآخر ، أو طلب نقض الحكم لدى المحكمة العليا، فإن الأتعاب لا تعاد للعميل، ويلزم المحامي – أدبياً – تمثيل عميله حتى الانتهاء من القضية.

٢)أن يكون الاستحقاق برفع الحكم للتنفيذ، فيلزم تسليم الأتعاب بإتمام إجراءات التنفيذ ولو أعسر المحكوم عليه.

(١) المحاماة في ضوء الشريعة الإسلامية والقوانين العربية، للدكتور مسلم اليوسف، مؤسسة الريان ص٢٢٠-٢٢١.

(٢) قانون تنظيم مهنة المحاماة اللبناني م٧٢، كتاب: المحاماة في ضوء الشريعة الإسلامية والقوانين العربية، للدكتور مسلم اليوسف، مؤسسة الريان ص٢٢٠.

٣)أن يكون الاستحقاق بتسليم الثمن للمدعي، فيستحق المحامي الأتعاب إذا تم التنفيذ على المدعى عليه وسلم المحكوم به للمدعي.

ودليل ذلك أن الشريعة جاءت بلزوم تنفيذ الشروط بين أطراف العقد، ودليل ذلك حديث عمرو بن عوف المزني - ﷺ - أن رسول الله - ﷺ - قال: - الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما - رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وصححه [١]. وحديث عائشة ﷺ، عن رسول الله ﷺ قال: «المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق» وفي رواية: ما وافق الحق من ذلك» أخرجه الحاكم وغيره [٢].

ودليل تحريم تأخير أجرة المحامي دون مبرر شرعي حديث ابن عمر -ﷺ- قال: قال رسول الله - ﷺ - أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه - رواه ابن ماجه [٣]. وحديث أبي سعيد الخدري – ﷺ - أن النبي -ﷺ قال: - من استأجر أجيرا، فليسلم له أجرته - رواه عبد الرزاق وفيه انقطاع، ووصله البيهقي من طريق أبي حنيفة [٤]. وحديث أبي سعيد قال (نهى رسول الله - ﷺ - عن استئجار الاجير حتى يبين له أجره وعن النجش واللمس وإلقاء الحجر). رواه أحمد [٥]. وحديث أبي هريرة – ﷺ - قال: قال رسول الله - ﷺ - قال الله - عز وجل - ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرا ، فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا ، فاستوفى منه، ولم يعطه أجره - رواه البخاري [٦].

وقد دونت في المادة ٢٥ وثيقة المنامة للقانون الموحد للمحاماة لدول الخليج العربي الصادرة سنة ١٤٢٦هـ أن المحامي يستحق أتعابه كاملة إذا صدر حكم نهائي في الموضوع، أو أتم الأمر المكلف به أو انتهى بالصلح، ما لم ينص على غير ذلك.

المبحث السابع: حكم تحميل المدين المماطل نفقات تحصيل الدين

من المقرر فقها أن المدين المماطل يتحمل كل ما تحمله الدائن في سبيل تحصيل دينه، فقد قال الإمام ابن تيمية رحمه الله:" إذا امتنع المدين المليء عن وفاء دينه، أو جحَده، فرفع الدائن أمره إلى القاضي، فإنه يرجع عليه في كل ما ينفقه لتحصيل حقه منه"[٧].

وقال رحمه الله:" إذا كان الذي عليه الحق قادرًا على الوفاء ومطل صاحبه حتى أحوجه إلى الشكاية، فما غرمه بسبب ذلك فهو على الظالم المماطل ، إذا كان غرمه على الوجه المعتاد "[٨].

---

(١)رواه أبو داود (٣٥٩٤) والترمذي في السنن رقم (١٣٥٢)، وقال: " هذا حديث حسن صحيح ". وأنكروا عليه؛ لأن راويه كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف ضعيف. وكأنه اعتبره بكثرة طرقه. وقد صححه ابن حبان من حديث أبي هريرة وأخرجه الحاكم من حديث أبي هريرة وقال: على شرطهما وأخرج له الحاكم شاهدين عن أنس وعائشة، وذكر الحافظ ابن كثير في "إرشاده" أن أبا داود روى الحديث عن أبي هريرة بإسناد حسن ورواه ابن حبان (١١٩٩). وصححه الألباني – رحمه الله -و الإرواء برقم (١٣٠٣)بمجموع طرقه.

(٢) رواه الحاكم في مستدركه (٢٣١٠) والبيهقي في الكبرى (١٤٤٣٥) والدارقطني (٢٨٩٣) كلهم عن عائشة – ﷺ - وفيه العزيز البالسى الجزرى اتهمه الإمام أحمد (الإرواء برقم (١٣٠٣) وقال الحافظ في " التلخيص " (٢٣/٣): " وإسناده واه ".. ورواه ابن الجارود (٦٣٧) و (١٠٠١) والبيهقي في الصغرى (٢١٠٥) والكبرى (١١٤٢٩) وشعب الإيمان (٤٠٣٩) عن أبي هريرة – ﷺ -. ورواه البزار (٥٤٠٨) عن ابن عمر – ﷺ -. وأخرجه العقيلي في " الضعفاء (ص ٣٧٥) وقال: " محمد بن الحارث ، قال ابن معين ليس بشيء " ثم قال: " وهذا يروى بإسناد أصلح من هذا ، بخلاف هذا اللفظ ".

(٣)رواه ابن ماجه (٢٤٤٣)، ومن حديث أبي هريرة: رواه الطحاوي في " المشكل " (٤ / ١٤٢)، والبيهقي (٦ / ١٢١) وأبي يعلى (٦٦٨٢) وصححه الألباني – رحمه الله -.

(٤)رواه عبد الرازق في " المصنف " (٨ / ٢٣٥ / رقم ١٥٠٢٣). ورواه أحمد (٣ / ٥٩ و ٦٨ و ٧١) من طريق حماد، ولكن عن أبي سعيد وحده بلفظ: " نهى عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره " وهو منقطع كسابقه. وأما البيهقي فرواه (٦ / ١٢٠) بسند ضعيف، ورواه النسائي (٧ / ٣١) من طريق ابن المبارك، عن شعبة، عن حماد، عن إبراهيم، عن أبي سعيد، قال: إذا استأجرت أجيرا، فأعلمه أجره وتابع شعبة على ذلك الثوري، فقال عبد الرازق في " المصنف " (١٥٠٢٤). " قلت للثوري: أسمعت حمادا يحدث عن إبراهيم، عن أبي سعيد؛ أن النبي -ﷺ- قال: من استأجر أجيرا، فليسم له إجارته؟ قال: نعم. وحدث به مرة أخرى، فلم يبلغ به النبي -ﷺ-".وقال ابن أبي حاتم نقل عن أبي زرعة في " العلل " (١ / ٣٧٦ / رقم ١١١٨) قوله: " الصحيح موقوف على أبي سعيد "

(٥)رواه أحمد (٣/٥٩، ٦٨، ٧١).

(٦)رواه البخاري (٢٢٢٧)،.

(٧) مجموع الفتاوى ٢٤/٣٠، مختصر الفتاوى المصرية ص ٣٤٦،

(٨) مجموع الفتاوى ٢٥/٣٠. الاختيارات للبعلي ص ٢٣٨.

وقال تلميذه ابن مفلح في الفروع:" ومن مطل غريمه، حتى أحوجه إلى الشكاية، فما غرمه بسبب ذلك لزم المماطل"[١].

ونقله متأخرو الحنابلة مقرين له[٢].

إلا أن الحكم بتحميل المدين لأتعاب المحاماة ونفقات التقاضي له قيود وضوابط

فقد سئل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم – رحمه الله –عن نفقات المنتدبين للنظر في قضية من القضايا هل تكون على المحكوم عليه تبذلها الجهة التي منها الانتداب وتكون سلفة حتى تقتص من المحكوم عليه ؟ فأجاب بأن العلماء رحمهم الله نصوا على أن كل من غرم غرامة بسبب عدوان شخص آخر، فإن ذلك الشخص هو الذي يحمل تلك الغرامة...ثم نقل النصوص السابقة ثم قال: وقال شيخ الإسلام : لو غرم بسبب كذب عليه عند ولي الأمر رجع به على الكاذب".

وحيث كان الأمر ما ذكر فإن نفقات المنتدبين على من تبين أنه الظالم وهو العالم أن الحق في جانب خصمه ولكنه أقام الخصومة عليه مضارة لأخيه المسلم أو طمعًا في حقه.

ثم بين – رحمه الله – أن المحكوم عليه لا يلزم بالمصاريف مطلقًا بل له حالتان:

إحداهما : أن يتحقق علمه بظلمه وعدوانه فليزم بذلك المخاصمة مع علمه بأنه مبطل،

الثانية : ألا يتضح علمه بظلمه في مخاصمته بل إنما خاصم ظانًّا أن الحق معه أو أنه يحتمل أن يكون محقًّا ويحتمل خلافه فهذا الأوجه شرعًا عدم إلزامه بتلك النفقات .

وبهذا يرتدع المخاصمون بالباطل عن خصوماتهم ويأمن أرباب الحقوق على حقوقهم غالبًا ويستريح القضاء من كثير من الخصومات[٣].

وسئل – رحمه الله - عمن يتعمد المشاغبة والإضرار بغيره عن طريق المداعاة وما تستلزمه المداعاة من نفقات السفر والإقامة ونحوه، فأجاب بأن للحاكم الشرعي الاجتهاد في مثل هذه الأمور وتقرير ما يراه محققا للعدل مزيلا للظلم والعدوان زاجراً من يتعمد الإضرار بإخوانه المسلمين ورادعا لغيره ممن تسول لهم أنفسهم ذلك وفي مثل هذا قال في الاختيارات ....إلخ "[٤].

وفي قضية قتل قال – رحمه الله - : " الحكم عليه بكل ما يترتب على الحادث من إجار سيارات وغيرها لقاء المداعاة فلم يظهر لنا وجه صحته حيث إنما أشار إليه أهل العلم في مثل هذا خاص بالحق الثابت إذا كان على شخص فطالبه صاحبه به فماطله عن أدائه مما دفعه إلى الشكاية فما غرمه بسب هذه المماطلة والشكاية فعلى المماطل إذا كان الغرم على وجه معتاد، وقد اشار إلى هذا شيخ الإسلام ابن تيميه رحمه الله في الاختيارات ... "[٥]

وسئل – رحمه الله - : إذا أحوج إلى شكوى وعجز إلا بالشكوى ؟ فأجاب: ما يؤخذ في الشكوى على الظالم ، وهو هنا المماطل[٦].

وخلاصة ضوابط مطالبة الدائن للمدين بمصاريف الشكاية المستخلصة مما تقدم من كلام أهل العلم شروط التعويض عن نفقات التقاضي وأجرة المحاماة هي:

١. وجود دين ثابت.

٢. أن يكون الدين حالاً.

٣. امتناع المدين عن السداد بجحده أو مماطلته.

---

(١) الفروع –طبعة التركي ٤٥٧/٦.

(٢) الإنصاف ٢٠٦/٥، المبدع ١٩٠/٤، وبه أفتى الشيخ عبدالله أبا بطين كما في الدرر السنية ٤٧/٧.

(٣) فتاوى سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم ١٣/ ٥٥.

(٤) فتاوى سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم ١٣/ ٣٥٨.

(٥) فتاوى سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم ١٣/ ٣٥٩.

(٦) فتاوى سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم ٦/٨.

٤. رفع الدعوى لدى القضاء.
٥. أن يحكم بالمبلغ المطالب به لا بأقل منه، وهذا مأخوذ من الأحكام القضائية.
٦. أن يترتب نفقات فعلية على المطالبة.
٧. أن تكون تلك النفقات على الوجه المعتاد.
فإذا كان عقد المحاماة أكثر من المعتاد، فيحكم القاضي بالأتعاب المعتاده حسب رأي أهل الخبرة.

المبحث الثامن: الاختصاص القضائي في نظر أتعاب المحاماة

حددت المادة السادسة والعشرون من نظام المحاماة الاختصاص القضائي للنظر في النزاع حول الأتعاب بين المحامي والموكل بأن الاختصاص ينعقد للمحكمة التي نظرت في القضية عند اختلاف المحامي والموكل، بناءً على طلب المحامي أو الموكل بما يتناسب مع الجهد الذي بذله المحامي والنفع الذي عاد على الموكل. ويطبق هذا الحكم كذلك إذا نشأ عن الدعوى الأصلية أي دعوى فرعية.
ويشمل ذلك النزاع في الآتي:
١) تحديد أتعاب المحامي في حال عدم تسمية الأتعاب
٢) تحديد طريقة دفعها في حال الاختلاف في طريقة دفعها
٣) تحديد الأتعاب في حال بطلان العقد
٤) في حال نشوء قضية فرعية لم يتفق عليها وتابعها المحامي حتى أنجزها[١].
وأما في حال كون القضية نظرت في جهة غير المحاكم، فقد بينت اللائحة في المادة ٥/٢٨ أنه إذا كان قد تم نظر القضية الأصلية في جهة أخرى غير المحاكم فتنظر قضية الأتعاب حسب الاختصاص النوعي للمحاكم الوارد في نظام المرافعات الشرعية.
ويقترح أن يحال النزاع في البداية إلى الهيئة السعودية للمحامين للتوفيق بين المحامي ووكيله، وعند عدم الوصول لنتيجة مرضية للطرفين تتم الكتابة بمرئيات الهيئة للقاضي ناظر القضية.

المبحث التاسع: التوجهات القضائية في المحاكم العامة فيما يخص أتعاب المحاماة

١) اتفق الطرفان على إلغاء قرار خلال ثلاثة أشهر وتسلم المحامي ٢٥ ألف ريال، ولم تحصل النتيجة المطلوبة، فحكم القاضي برد المبلغ. (أحكام سنة ١٤٣٤هـ المنشورة في موقع وزارة العدل –جزء ٨ صفحة ٢٧)
٢) اتفق الطرفان شفهيا، ولم يتم تحرير عقد الأتعاب، ولم يكن للمدعي بينة، ورفض المدعى عليه اليمين، فردت اليمين للمدعي فأداها، فحكم القاضي بموجب ذلك، واستند أيضا إلى أن الأتعاب ٣ مليون لا تتجاوز ٣% من العقار (قيمته ٣٠٠ مليون) (أحكام سنة ١٤٣٤هـ المنشورة في موقع وزارة العدل –جزء ٨ صفحة ٤٠)
٣) قرر القضاء بأن دعوى أتعاب المحاماة تقام بدعوى مستقلة، ولو كان عقد البيع بالتقسيط تضمن أن المشتري يتحمل أتعاب المحاماة إذاا ماطل بالسداد، واضطر الدائن للرفع للقضاء. (أحكام سنة ١٤٣٥هـ المنشورة في موقع وزارة العدل – الرقم التسلسلي ٢٤)
٤) قرر القضاء العام بإلزام المدعى عليه بأتعاب المحاماة، وفقا لتقدير قسم الخبراء، مع أن الدعوى ضد وكيل في تسليم مبلغ وفرط بعدم توثيقه لذلك، وحكم بموجب يمين المدعي، وقد حدد قسم الخبراء الأتعاب ٤٠ ألف ريال وأصل المبلغ ٣٠٠ ألف ريال. (أحكام سنة ١٤٣٥هـ المنشورة في موقع وزارة العدل – الرقم التسلسلي ١٧٣)
٥) صدر حكم القضاء العام بإلزام المدعى عليه بأن يسدد أتعاب المحاماة لكل جلسة ٢٠٠٠ ريال، وفقا لقرار المحكم الذي اتفق عليه الطرفان. (أحكام سنة ١٤٣٥هـ المنشورة في موقع وزارة العدل – الرقم التسلسلي ٢٧٥)

(١) نظام المحاماة م٢٦.. واللائحة م ٥/٢٨.

٦) اختلف الطرفان، هل النسبة المددة للمحامي في عقد الأتعاب ٢٠% من المبلغ المطالب به أو من المحكوم به، فقدم المدعى عليه شاهدا واحدا مع يمينه بأنه من المحكوم به، فصدر الحكم بموجب ذلك. (أحكام سنة ١٤٣٥هـ المنشورة في موقع وزارة العدل – الرقم التسلسلي ٢٧٦)

٧) انتهت قضية بالصلح، فطالب المحامي بكامل أتعابه، مستندا لاتفاقية الأتعاب التي نصت أن المحامي يستحق كامل الأتعاب إن انتهت القضية بحكم أو صلح، فحكم القاضي ببقية الأتعاب وفقا لاتفاقية الأتعاب. (أحكام سنة ١٤٣٥هـ المنشورة في موقع وزارة العدل – الرقم التسلسلي ٢٧٧)

المبحث العاشر: التوجهات القضائية في المحاكم التجارية فيما يخص أتعاب المحاماة

١) اتفق المحامي والمدعى عليه على استحقاق المحامي كامل الأتعاب إن انتهت القضية بحكم أو صلح، وتم انتهاؤها بصلح، ولم يسدد المدين، وطالب المحامي بأتعابه كاملة لانتهاء عمله المتفق عليه، فحكمت الدائرة باستحقاق المحامي كامل أتعابه بموجب اتفاقية الأتعاب. (حكم الدائرة التجارية سنة ١٤٢٩هـ المنشور في موقع ديوان المظالم –صفحة ١٠٤٣)

٢) حكمت الدائرة برفض دعوى المدعية، لعدم قيامها على أساس صحيح، ولثبوت تنازلها عن المطالبة، فرفع المدعى عليه دعوى بطلب التعويض عن أتعاب المحاماة، مستندا للمادة ٥٦١ من نظام المحكمة التجارية حيث قررت مبدأ ضمان المحكوم عليه للمحكو له جميع المصاريف المتعلقة بالمحاكمة. وقدر استندت الدائرة التجارية إلى ما قرره الفقهاء بأن من خاصم ظاناً أن الحق معه، أو أنه يحتمل أن يكون محقاً ويحتمل خلافه، فلا وجه لإلزامه بما غرمه خصمه لأجل الشكاية كما في كشاف القناع للبهوتي، ولذا قررت الدائرة التجارية عدم كيدية الدعوى وبالتالي رد الدعوى. (حكم الدائرة التجارية سنة ١٤٣١هـ المنشور في موقع ديوان المظالم –صفحة ٢٠٧٥)

٣) حكمت الدائرة التجارية في الدعوى الأصلية بسداد ٧٠٠ ألف للمدعي، والتعويض عن أتعاب المحاماة بمبلغ ١٠٠ ألف ريال، ولا يصح رفع دعوى جديدة بالأتعاب، ولذا رفضت الدائرة الدعوى. (حكم الدائرة التجارية سنة ١٤٣٤هـ المنشور في موقع ديوان المظالم –صفحة ٢٩٤٥)

٤) رفع المدعي على المدعى عليه دعوى وساطة (سعي) فحكمت الدائرة التجارية له باستحقاقه نسبة السعي، فرفع دعوى أخرى بطلب التعويض عن أتعاب المحاماة وقدرها ٢٠٠ ألف ريال، وأبرز إثباتا بسداد المبلغ للمحامي، وأنها تمثل ١٠% من المبلغ المحكوم به في القضية الأولى، فحكمت الدائرة التجارية بأتعاب المحاماة، دون أن تحيلها للخبير. (حكم الدائرة التجارية سنة ١٤٣٧هـ المنشور في موقع ديوان المظالم –صفحة ١٨٩)

٥) طلب المدعي الحكم بأتعاب المحاماة على المدعى عليه، وقدر الأتعاب المدفوعة للمحامي نسبة ٢٠% من المبلغ المحكوم به، فقررت الدائرة التجارية أن المستقر قضاء أن أتعابالمحاماة لا تتجاوز ١٠% من قيمة المطالبة، وحكمت بموجب ذلك. (حكم الدائرة التجارية سنة ١٤٣٧هـ المنشور في موقع ديوان المظالم –صفحة ٤١٤)

٦) رفع المدعي دعواه على المدعى عليه بطلب تعيين حارس قضائي على الشركة المملوكة لهما، فصدر حكم الدائرة التجارية برفض الدعوى، فرفع المدعى عليه دعوى بطلب التعويض عن أتعاب المحاماة التي تكبدها نتيجة للدعوى الكيدية، فرفضت الدائرة لأن شروط الدعوى الكيدية لا تنطبق. (حكم الدائرة التجارية سنة ١٤٣٧هـ المنشور في موقع ديوان المظالم –صفحة ١٩٤)

٧) حكمت الدائرة التجارية للمدعي بثبوت استحقاقه للدين على المدعى عليه، وأفهمته بإقامة دعوى للمطالبة بأتعاب المحاماة، فرفع دعوى بطلب تعويضه عن أتعاب المحاماة فرفضت الدائرة، لكونه لا يمتهن المحاماة،

ولكونه لم يحكم له بكل الدين المدعى في الدعوى الأولى. (حكم الدائرة التجارية سنة ١٤٣٧هـ المنشور في موقع ديوان المظالم –صفحة ١٩٨)

٨)رفضت الدائرة تمثيل المحامي للمدعية وحكمت بتصفية الشركة، ومع ذلك واصل المحامي لدى الجهات الأخرى، وطالب بأتعاب المحاماة، مع أن العقد غير محرر، فرفضت الدائرة، لكونه مفرط، والمفرط أولى بالخسارة. (حكم الدائرة التجارية سنة ١٤٣٧هـ المنشور في موقع ديوان المظالم –صفحة ٢٠٢)

٩) حكمت الدائرة للمدعي ب ١٠ مليون ريال، فرفع المدعي دعوى جديدة بالتعويض عن أتعاب المحاماة لثبوت مماطلة المدعى عليها، فقررت الدائرة ثبوت مماطلة المدعى عليها، واستحقاق المدعية للتعويض عن أتعاب المحاماة، وقدرتها ب ٥٠ ألف ريال مقابل ٧ جلسات، وهي عدد جلسات القضية وعللت حكمها بالآتي: " ولما كانت الدائرة هي الخبير الأول في النزاع والمطلعة عليه فلا حاجة حينئذ لندب خبرة، فهي الأقدر على القيام بتقدير تلك الأتعاب" . (حكم الدائرة التجارية سنة ١٤٣٧هـ المنشور في موقع ديوان المظالم –صفحة ٢٠٨)

المبحث الحادي عشر: الأحكام النظامية لأتعاب المحاماة

المسائل الواردة في المادة السادسة والعشرين:

نصت المادة السادسة والعشرون على الآتي:

تحدد أتعاب المحامي وطريقة دفعها باتفاق يعقده مع موكله، فإذا لم يكن هناك اتفاق أو كان الاتفاق مختلفاً فيه أو باطلاً قدرتها المحكمة التي نظرت في القضية عند اختلافهما، بناءً على طلب المحامي أو الموكل بما يتناسب مع الجهد الذي بذله المحامي والنفع الذي عاد على الموكل. ويطبق هذا الحكم كذلك إذا نشأ عن الدعوى الأصلية أي دعوى فرعية.

١/٢٦ على المحامي قبل البدء في القضية عقد اتفاق كتابي مع موكله يشتمل على تاريخ البدء في الموكل فيه، وقدر الأتعاب، وصفة دفعها عند التوكيل، ونوع القضية، ومكان نظرها على أن يحتفظ كل منها بنسخة [١] .

٢/٢٦ يشمل الاتفاق الوارد في هذه المادة الاتفاق المعقود بين المحامي وموكله كتابيا، أو مشافهة.

٣/٢٦ يكون تقدير أتعاب المحامي من أهل الخبرة في ذلك، وبأمر المحكمة المختصة بنظرها .

٤/٢٦ يلحق بالحالات التي تقوم المحكمة فيها بتقدير الأتعاب ما يلي:

أ- إذا بطل التوكيل بفقد المحامي الأهلية الشرعية قبل إنهائه ما وكل فيه.

ب - إذا عزل الموكل محاميه بسبب مشروع قبل إنهاء ما وكل فيه.

ج – إذا تم عزل، أو منع المحامي من غير جهته، أو جهة موكله قبل إنهاء ما وكل فيه.

د - إذا تخلى المحامي عما وكل فيه قبل انتهاء الدعوى بسبب مشروع .

هـ - الحالة الواردة في المادة (٢٨) من النظام.

و- الحالة الواردة في البند رقم (١/٢٨) من هذه اللائحة .

٥/٢٦ للمحامي المطالبة باستيفاء النفقات التي دفعها في سبيل سير القضية إذا لم يشملها العقد.

المسائل التي تطرقت لها هذه المادة:

المسألة الأولى: مشروعية كتابة عقد المحاماة وحفظ النسخ لدى أطرافه

دليل مشروعية كتابة العقد قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ .... (٢٨٣) ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. ومن السنة حديث أبي هريرة - ﷺ -عن رسول الله عليه وسلم حديثا وفيه أن الله أرى آدم ذريته فقال تعالى:" هؤلاء ذريتك، فإذا كل إنسان مكتوب عمره بين عينيه، فإذا فيهم رجل أضوؤهم أو من أضوئهم، قال: يا رب من هذا؟ قال: هذا ابنك داوود، وقد كتب له عمر أربعين سنة. قال: يا رب زد في عمره، قال: ذاك الذي كتبت

(١)

له، قال: أي رب فإني قد جعلت له من عمري ستين سنة، قال: أنت وذاك، ثم أسكن الجنة ما شاء الله، ثم أهبط منها، فكان آدم يعد لنفسه، فأتاه ملك الموت، فقال له آدم: قد تعجلت، قد كتب لي ألف سنة، قال بلى، ولكنك جعلت لابنك داوود ستين سنة، فجحد فجحدت ذريته، ونسي فنسيت ذريته، فمن يومئذ أمر بالكتاب والشهود"[1]. وحديث أبي موسى الأشعري - ﷺ -عن رسول الله عليه وسلم قال: " ثلاثة يدعون فلا يستجاب لهم: رجل كانت تحته امرأة سيئة الخلق فلم يطلقها، ورجل كان له على رجل مال فلم يشهد عليه، ورجل آتى سفيها ماله وقد قال الله عز وجل: * (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم). رواه الحاكم وقال: " صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه لتوقيف أصحاب شعبة هذا الحديث على أبي موسى الأشعري ". ووافقه الذهبي [(٢)]. وقد فعله النبي صلى الله عليه وسلم في أحد عقوده، فقد صح عن العداء بن خالد - ﷺ -في قصة شرائه - ﷺ - منه وأنه كتب كتابا بذلك جاء فيه:" بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ، هذا ما اشترى العداء ابن خالد بن هوذة من محمد رسول الله - ﷺ - ، اشترى منه عبدا أو أمة على ألا داء ولا غائلة ولا خُبثة، بيع المسلم للمسلم"[3].

وقد أكد المنظم على أهمية كتابة العقد منعاً للنزاعات، وحفظاً للحقوق.

المسألة الثانية: صحة العقد الشفاهي

وبيان ذلك أن الكتابة والإشهاد ليست واجبة في الأصل، لأن الله تعالى قال في التجارة الحاضرة ﴿إِلَّا أَن تَكونَ تِجٰرَةً حاضِرَةً تُديرونَها بَينَكُم فَلَيسَ عَلَيكُم جُناحٌ أَلّا تَكتُبوها﴾ [البقرة: ٢٨٢ - ٢٨٢]. فرفع الحرج في التجارة وأمر به في المداينة. قال ابن عباس: "فأمر بالشهادة بينهم عند المكاتبة؛ لكيلا يدخل في ذلك جحود ولا نسيان؛ فمن لم يشهد على ذلك منكم، فقد عصى" تفسير ابن المنذر١/٦٧. ورجح الطبري الوجوب. والراجح قول الجمهور لأن التوثيق حق للدائن، وله أن يسقط الدين كله، فتوثيقه من باب أولى.

وكلما غلب الظن بالخصومة والنزاع وعظم المال وكثر الشركاء؛ تأكدت الكتابة. قال تعالى: ﴿ذٰلِكُم أَقسَطُ عِندَ اللَّهِ﴾ [البقرة: ٢٨٢ - ٢٨٢].

ومما يدل على عدم الوجوب:

١- قوله تعالى: ﴿فَإِن أَمِنَ بَعضُكُم بَعضًا فَليُؤَدِّ الَّذِى اؤتُمِنَ أَمٰنَتَهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣ - ٢٨٣].

٢-حديث عمارة بن خزيمة الأنصاري، أن عمه، حدثه وهو من أصحاب النبي ﷺ: أن النبي ﷺ ابتاع فرسا من أعرابي، فاستتبعه النبي ﷺ ليقضيه ثمن فرسه، فأسرع النبي ﷺ المشي، وأبطأ الأعرابي، فطفق رجال يعترضون الأعرابي فيساومون بالفرس، لا يشعرون أن النبي ﷺ ابتاعه، حتى زاد بعضهم الأعرابي في السوم على ثمن الفرس الذي ابتاعه به النبي ﷺ، فنادى الأعرابي النبي ﷺ فقال: إن كنت مبتاعا هذا الفرس فابتعه، وإلا بعته. فقام النبي ﷺ حين سمع نداء الأعرابي، فقال: " أوليس قد ابتعته منك؟ " قال الأعرابي: لا والله ما بعتك. فقال النبي ﷺ: " بلى قد ابتعته منك " فطفق الناس يلوذون بالنبي ﷺ والأعرابي وهما يتراجعان، فطفق الأعرابي يقول: هلم شهيدا يشهد أني بايعتك، فمن جاء من المسلمين قال للأعرابي: ويلك إن النبي ﷺ لم يكن ليقول إلا حقا. حتى جاء خزيمة لمراجعة النبي ﷺ ومراجعة الأعرابي، فطفق الأعرابي يقول: هلم شهيدا يشهد أني بايعتك. قال خزيمة: أنا أشهد أنك قد بايعته. فأقبل النبي ﷺ على خزيمة فقال: " بم تشهد؟ " فقال: بتصديقك يا رسول الله. فجعل النبي ﷺ شهادة خزيمة شهادة رجلين [(٤)].

١رواه الترمذي (٥٠٧٢) وقال: حسن صحيح والحاكم ٦٤/١ و ٣٢٥/٢ وصححه ووافقه الذهبي، وصححه الألباني في صحيح الجامع/٥٢٠٩، والمشكاة/٤٦٦٢.

(٢) رواه الحاكم (٣٠٢/٢) وصححه الألباني في الصحيحة (١٨٠٥).

٣ رواه الترمذي ٣٤٤/٢ وابن ماجه ٧٥٦/٢ وعلقه البخاري ١٠/٣، بلفظ آخر (الفتح ٣١٠/٤) وحسنه الألباني في صحيح الجامع/٢٨٢١.

(٤)أخرجه أحمد (٢١٨٨٣) وأبو داود (٣٦٠٧) ، وابن أبي عاصم في "الآحاد والمثاني" (٢٠٨٥) و (٢٠٨٩) ، والطحاوي في "شرح معاني الآثار" ١٤٦/٤، وفي "شرح مشكل الآثار" (٤٨٠٢) ، والطبراني ٢٢/ (٩٤٦) ، والحاكم ١٧/٢-١٨، والبيهقي ١٤٥/١٠-١٤٦ وأخرجه ابن سعد ٣٧٨/٤-٣٧٩، والنسائي ٣٠١/٧-٣٠٢، والحاكم ١٧/٢-١٨، والبيهقي ١٤٥/١٠-١٤٦، وصححه الألباني في الإرواء (١٢٨٦)والأرنؤوط في تعليقه على المسند.

٣-حديث عمارة بن خزيمة أن عمه حدثه وكان من أصحاب النبي - ﷺ - «أنه ابتاع فرسا من أعرابي فاستتبعه النبي - ﷺ - ليقض ثمن فرسه فأسرع النبي - ﷺ - المشي وأبطأ الأعرابي فطفق رجال يعترضون الأعرابي يساومونه بالفرس، لا يشعرون أن النبي - ﷺ - ابتاعه، فنادى الأعرابي النبي - ﷺ - فقال: إن كنت مبتاعا هذا الفرس فابتعه وإلا بعته، فقال النبي - ﷺ -: حين سمع نداء الأعرابي: أوليس قد ابتعته؟ قال الأعرابي: لا والله ما بعتك، فقال النبي - ﷺ -: بلى قد ابتعته، فطفق الأعرابي يقول: هلم شهيدا، فقال خزيمة: أنا أشهد أنك قد ابتعته، فأقبل النبي - ﷺ - على خزيمة بم تشهد؟ قال: بتصديقك يا رسول الله، فجعل شهادة خزيمة بشهادة رجلين» رواه أحمد والنسائي وأبو داود ورجال إسناده ثقات وأخرجه الحاكم في "المستدرك" [١].

المسألة الثالثة: تقدير الأتعاب من أهل الخبرة

الخبير هو العالم بالشيء، يقال: خبرت الشيء خبرا، أي بلوته وامتحنته وعرفت خبره على حقيقته، والخبرة: معرفة كُنهِ الشيء وحقيقة أمره[٢].

والاستعانة بالخبراء طريق لفهم الواقعة القضائية على حقيقتها، وهي سبيل للوصول للحكم الصحيح، ومن القواعد المعتبرة أنه ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. وسعي القاضي للوصول للحكم العدل أمر واجب، ولا يحصل ذلك إلا بالاستعانة بالخبراء في القضايا التي يحتاج إلى الخبير فيها.

ودليل كون الاستعانة بالخبراء من طرق القضاء قوله تعالى:" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ" (المائدة:٩٥).

ووجه الدلالة أن الله تعالى جعل بيان المماثلة إلى اثنين من أهل الخبرة في هذا المجال، فدل على مشروعية العمل بالخبرة[٣].

وقد سئل النبي ﷺ عن الرطب بالتمر، فقال: أينقص الرطب إذا يبس؟ قالوا: نعم، فنهى عنه"[٤].

ومن ذلك أن الشريعة جاءت باعتبار قول القافة[٥] في القضاء، ودليل ذلك حديث مجزز المدلجي لما رأى أقدام زيد بن حارثة وابنه أسامه وأنه قال:" إن هذه الأقدام بعضها من بعض" فسر النبي ﷺ بقوله[٦]. وبه أخذ الجمهور من المالكية[٧] والشافعية والحنابلة والظاهرية[٨].

ووجه الدلالة من الحديث أن النبي ﷺ اعتدَّ بقول القائف ولم ينكره، وهو خبير بهذا الأمر، مما يدل على اعتبار قول الخبير في كل مجال خبرته.

وقد ذهب سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ رحمه الله إلى أنه إن كان عمل الخبير تقويم متلف مثلا، أو تحديد أجرة فاسدة ونحو ذلك فلا بد من خبيرين، لقوله تعالى:" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ" (المائدة:٩٥)، ولشبهها بالشهادة، فقال رحمه الله:" القاسم يكفي واحد، إلا أن يكون تقويما فلابد من اثنين، كما أن القاضي

---

(١)أحمد (٥/٢١٥)، النسائي (٧/٣٠١)، أبو داود (٣٦٠٧)، الحاكم (٢/٢١)، وهو عند البيهقي (٧/٦٦)، والطبراني في "الكبير" (٩٤٦).

(٢)معجم مقاييس اللغة، والقاموس المحيط، رسم: خبر.

(٣)التحكيم في الشريعة الإسلامية ص ١٦.

(٤)رواه أحمد في مسنده برقم ١٥٤٤ النسائي في الكبرى برقم ٦١٣٧ وأبو داود في سنه برقم ٣٣٥٩ وابن ماجه في سننه برقم ٢٢٦٤، والترمذي في سننه برقم ١٢٢٥ وقال: هذا حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم، وصححه أحمد شاكر في تعليقه على مسند الإمام أحمد برقم ١٥١٥.

(٥) القافة جمع قائف، وهو في اللّغة : من يتّبع الأثر، كما في المعجم الوسيط ٢/٧٦٦، وفي اصطلاح الفقهاء: الّذي يتتبّع الآثار ويتعرّف منها الّذين سلكوها، ويعرف شبه الرّجل بأبيه وأخيه ويلحق النّسب عند الاشتباه، بما خصّه اللّه تعالى به من علم ذلك.

٦ رواه البخاري (١٣٦٥) ومسلم (١٠٨٢).

(٧)لم يجوز مالك الأخذ بقول القافة إلا في الأحرار، والحديث حجة عليه رحمه الله.

٨ ترتيب الفروق ٢/٢٦٧-٢٦٨، المحلى ١٠/٦٤١.

يكفي واحد، والظاهر أن كلام الشيخ أنه يكفي واحد، وهم قالوا هذا بالنسبة إلى باب الشهادة، والله أعلم أن القول الراجح أنه من باب الخبر "[1].

المسألة الرابعة : الحالات التي يقدرها الخبير بطلب من القاضي الناظر للقضية

ورد في اللائحة أنها تشمل الآتي:

١. إذا لم يتم الاتفاق على الأتعاب،
٢. إذا بطل التوكيل بفقد المحامي الأهلية الشرعية قبل إنهائه ما وكل فيه.
٣. إذا عزل الموكل محاميه بسبب مشروع قبل إنهاء ما وكل فيه.
٤. إذا تم عزل، أو منع المحامي من غير جهته، أو جهة موكله قبل إنهاء ما وكل فيه.
٥. إذا تخلى المحامي عما وكل فيه قبل انتهاء الدعوى بسبب مشروع .
٦. في حالة وفاة المحامي وعدم اتفاق الورثة والموكل على تحديد الأتعاب تقدر المحكمة التي نظرت في القضية أتعابه في ضوء الجهد المبذول والنفع الذي عاد على الموكل والمرحلة التي بلغتها القضية والاتفاق المعقود
٧. إذا توفي الموكل قبل إنهاء المحامي لما وكل فيه، ما لم يتفق ورثة الموكل مع المحامي على الاستمرار في القضية. وإذا كان في الورثة غير مكلف.

المسائل الواردة في المادة السابعة والعشرين:

نصت المادة السابعة والعشرون ولائحتها على الآتي:

للموكل أن يعزل محاميه، وعليه أن يدفع كامل الأتعاب المتفق عليها إذا ثبت أن العزل بسبب غير مشروع، ما لم تر المحكمة المختصة بنظر القضية غير ذلك بالنسبة للعزل وكامل الأتعاب.

١/٢٧ على الموكل إذا عزل محاميه إبلاغه بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، وكذا إبلاغ الجهة ناظرة القضية بذلك ، ولا يحق له الإعلان في أي وسيلة إعلامية إلا بعد موافقة الإدارة .

٢/٢٧ النظر في سبب عزل المحامي يكون من قبل القاضي المختص بنظر قضية الأتعاب.

المسائل التي تطرقت لها هذه المادة:

المسألة الأولى: أن عقد أتعاب المحاماة عقد ملزم وليس بعقد جائز، وبهذا يخالف عقد الجعالة، ويطابق عقد الإجارة في هذه الجزئية. فإذا عزل العميل محامية فإنه يستحق الأتعاب تامة بشرط أن يكون العزل بسبب غير مشروع، وإثبات المشروعية تقع على العميل، بإثبات التعدي أو التفريط.

المسألة الثانية: آلية العزل

بينت المادة لزوم اتباع الخطوات الآتية:

١- الكتابة للمحامي عن طريق خطاب مسجل، وتدل الفقرة على أن الإيميل ورسائل الجوال والتبليغ الشفهي لا يكفي، مع أن الفقه الإسلامي جعل التبليغ بأي وسيلة بانتهاء التوكيل كافياً لعزل الوكيل، ولكن المنظم منع أي طريق للنزاع والادعاءات التي قد يستغلها ضعاف النفوس للإضرار بالمحامين.
٢- إبلاغ الجهة ناظرة القضية بذلك بخطاب رسمي، ولم ينص في المادة بشروط للتبليغ، وحيث إن الدوائر القضائية تستقبل التبليغات عن طريق الإيميل وعن طريق ناجز، فيكون البليغ بالوسائل الإلكترونية كافياً
٣- لا يحق له الإعلان في أي وسيلة إعلامية إلا بعد موافقة الإدارة العامة للمحاماة بوزارة العدل، لما في ذلك من تشويه لسمعة المحامي .

المسألة الثالثة: الجهة المختصة بنظر مشروعية سبب العزل

(١) مجموع فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم، جمع الشيخ محمد ابن قاسم رحمه الله، م ٤٢٩٣.

بينت الفقرة أن النظر في سبب عزل المحامي يكون من قبل القاضي المختص بنظر قضية الأتعاب، وهو القاضي الناظر لأصل القضية.

المسائل الواردة في المادة الثامنة والعشرين:

نصت المادة الثامنة والعشرون ولائحتها على الآتي:

في حالة وفاة المحامي وعدم اتفاق الورثة والموكل على تحديد الأتعاب تقدر المحكمة التي نظرت في القضية أتعابه في ضوء الجهد المبذول والنفع الذي عاد على الموكل والمرحلة التي بلغتها القضية والاتفاق المعقود.

١/٢٨ يسرى ما ذكر في المادة على ما يلي :

أ- إذا توفي الموكل قبل إنهاء المحامي لما وكل فيه، ما لم يتفق ورثة الموكل مع المحامي على الاستمرار في القضية.

ب. إذا كان في الورثة غير مكلف.

٢/٢٨ في حالة وفاة المحامي أو غيابه مدة تزيد على ثلاثة أشهر وتعذر معرفة مكانه أو عنوان إقامته فللموكل المطالبة لدى المحكمة المختصة بما له من سندات أو أوراق أو مبالغ لدى المحامي في مقر مزاولته المهنة أو فرعه أو في حساب له بأحد البنوك أو الشركات المصرفية أو جهة أخرى .

٣/٢٨ يقصد بالقضية الواردة في المواد (٢٦، ٢٧، ٢٨) من النظام : القضية الأصلية التي توكل المحامي فيه عن موكله .

٤/٢٨ للمحكمة المختصة بنظر قضية الأتعاب الاستناد في تقديرها على غير ما ذكر في هذه المادة وفي المادة (٢٦) من النظام إذا رأت الأخذ به .

٥/٢٨ نظر قضايا أتعاب المحامين من اختصاص المحاكم، وتنظر من القاضي الذي نظر القضية الأصلية؛ أما إذا كان قد تم نظر القضية الأصلية في جهة أخرى غير المحاكم فتنظر قضية الأتعاب حسب الاختصاص النوعي للمحاكم الوارد في نظام المرافعات الشرعية.

المسائل الواردة فيها:

المسألة الأولى: اختصاص المحكمة في تحديد الأتعاب في حال وفاة المحامي أو وفاة العميل واختلف الورثة أو كان بينهم قاصر

بينت المادة ولائحتها أنه في حال وفاة المحامي أو وفاة الموكل واختلف الورثة أو كان بينهم قاصر فإن المحكمة المختصة بنظر القضية الأصلية هي المختصة بتحديد أتعاب المحاماة، وفقا لما ورد في المادة ٢٦.

المسألة الثانية: المحكمة المختصة بنظر طلب العميل الحصول على مستنداته والمبالغ المدفوعة مقدما للمحامي في حال وفاته أو غيبته مدة تزيد على ثلاثة أشهر

بينت اللائحة أنه في حال وفاة المحامي أو غيابه مدة تزيد على ثلاثة أشهر وتعذر معرفة مكانه أو عنوان إقامته فللموكل المطالبة لدى المحكمة المختصة وهي المحكمة التي نظرت أصل النزاع بما له من سندات أو أوراق أو مبالغ لدى المحامي في مقر مزاولته المهنة أو فرعه أو في حساب له بأحد البنوك أو الشركات المصرفية أو جهة أخرى.

المسألة الثالثة: معايير تقدير الأتعاب غير ما ذكر في المادة

يمكن للمحكمة الاستناد على ما ذكر من معايير لتحديد الأتعاب، ويمكن الإستناد إلى معايير أخرى في تقدير أتعابه بأعراف المهنة والمنافسة المشروعة، ويأخذ في الحسبان العوامل المؤثرة في تقدير الأتعاب، ومنها على سبيل المثال لا الحصر:

(١) تقدير الوقت والجهد المطلوب، والمهارات المناسبة المطلوبة لمتابعة قضية.

(٢) المدة الزمنية المتاحة لإنجاز الموضوع، وعمر القضية أو الموضوع محل الاستشارة.

(٣) ما إذا كانت الموافقة على تولي قضية أو موضوع ما سوف يَحُول دون تولّي المحامي لقضايا أو مواضيع أخرى يُمكن أن تنشأ من هذه الصفقة، وفي كل الأحوال يجب أن يكون هذا التقدير والتوقع منطقيًّا، أو أنه سيفقد وظائف أخرى، أو يتعرض لخلاف مع موكلين آخرين جرَّاء توليه لتلك القضية أو الموضوع.

(٤) الرسوم التي جرت العادة بأخْذِها مقابل خدمات مشابهة، أو كانتْ مقررةً استرشادًا بأنظمة وتعليمات ذات صلة بالموضوع.

(٥) مقدار المبلغ المتعلق بالقضية، والفوائد التي سيجنيها الموكلُ لقاءَ هذه الخدمات التي ستُقدِّم نفعًا أو تَدْرَأ خطرًا.

(٦) احتمالية أو تأكيد التعويض المتوقع بناءً على استراتيجية الدفاع، أو ما تُحققه الاستشارة مِن فوائدَ بأقل التكاليف المعتادة.

(٧) طبيعة الموضوع أو القضية، وما إذا كانت الخدمة مُقَدَّمة لموكل وعميل دائم أم لا [١].

المسألة الرابعة: جهة الاختصاص في تقدير الأتعاب والنزاع حول الأتعاب

نصت الفقرة على أن نظر قضايا أتعاب المحامين من اختصاص المحاكم، وتنظر من القاضي الذي نظر القضية الأصلية؛ أما إذا كان قد تم نظر القضية الأصلية في جهة ذات اختصاص قضائي مثل اللجان المصرفية والتمويلية والتأمينية ونزاعات الأوراق المالية والجمركية وغيرها فتنظر قضية الأتعاب حسب الاختصاص النوعي للمحاكم الوارد في نظام المرافعات الشرعية وهي المحاكم العامة، لأن العقد مدني وليس تجاري.

الملاحق

(١) قواعد السلوك المهني للمحامي الصادرة عن الهيئة السعودية للمحامين المادة(٢٣) الأتعاب.

ملحق (١):
اعتبار هيئة المحامين جهة خبرة في تحديد أتعاب المحامين

المملكة العربية السعودية
وزارة العدل
[٢٧٧]
إدارة التعاميم

وزارة العدل

الرقم: ٣/ت/٧٧١١
التاريخ: ١٤٣٨/٦/٢٠هـ
المرفقات: ــــــــــ
الموضوع: اعتبار الهيئة السعودية للمحامين جهة خبرة تقوم بتقدير أتعاب المحامين مع عملائهم

تعميم إداري
على كافة المحاكم

فضيلة/ **حفظه الله**

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته، أما بعد:

إشارة إلى المادة (٣/٢٦) من نظام المحاماة ولائحته التنفيذية ونصها: (يكون تقدير أتعاب المحامي من أهل الخبرة في ذلك وبأمر المحكمة المختصة بنظرها).

وإشارة إلى كتاب سعادة الأمين العام للهيئة السعودية للمحامين المقيد برقم ٣٨/١٨٦٦٨٦٤ في ١٤٣٨/٥/١٧هـ المشار فيه إلى أن المنازعات بين المحامين وعملائهم والتي تحال من المحاكم إلى جهة خبرة تقوم بتقدير الأتعاب سواءً بالغرف التجارية أو الإدارة العامة للمحاماة، وأنه وفقاً لأهداف الهيئة فإن الهيئة تعتبر جهة خبرة في تقدير هذه الأتعاب، وطلب سعادته اعتبار الهيئة جهة خبرة تقوم بتقدير الأتعاب التي تنظرها المحاكم في المنازعات التي تكون بين المحامين وعملائهم.

للاطلاع. والله يحفظكم.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

وكيل وزارة العدل للشؤون القضائية

عبدالرحمن بن عبدالواحد بن نوح

التصنيف: وكالة
صورة لـ:
= المجلس الأعلى للقضاء
= مكتب معالي الوزير
= الهيئة السعودية للمحامين
= فضيلة وكيل الوزارة للتنفيذ
= فضيلة وكيل الوزارة لشؤون الأنظمة والتعاون الدولي
= السكرتارية الخاصة بمكتب معالي الوزير
= محاكم الاستئناف
= فروع الوزارة
= مركز الوثائق والمحفوظات مع المسودة
= المحكمة العليا
= مكتب معالي وكيل الوزارة
= مكتبنا
= فضيلة وكيل الوزارة للتوثيق والتسجيل العيني للعقار
= سعادة وكيل الوزارة للتخطيط والتطوير والمعلومات
= سعادة مدير عام الشؤون الإدارية والمالية
= الإدارة العامة للمحاماة
= إدارة التعاميم مع الأساس
القيد رقم (٣٨/١٨٦٦٨٦٤ في ١٤٣٨/٥/١٩هـ) الفالح

طبع في ١٤٣٥هـ
نموذج ٠٠٣-٠٠٧-١

بسم الله الرحمن الرحيم

أتعاب التحكيم

مُقدِّمة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد:

فقد اتجهت كثير من المنشآت إلى التحكيم عوضاً عن القضاء لحل النزاعات المترتبة على تنفيذ عقودها، لعدة أسباب، أهمها بوجهة نظري:

١) لما يميز التحكيم من سرعة في إنهاء النزاع.

٢) لما في إجراءات التحكيم من مرونة بعقد الجلسات في المكان والزمان المناسبين للأطراف والأعضاء.

٣) لما في التحكيم من إمكانية اشتراط اللغة والإجراءات الملائمة للطرفين.

٤) للحفاظ على سرية الجلسات، حيث إن جلسات المحاكم مفتوحة لحضور من شاء وخصوصا المحاكم التجارية، وأكثر رجال الأعمال وأصحاب المنشآت لا يرغب بهذا الوضع.

٥) لكون التحكيم أخف وطأة على نفس المحتكم ضده، فإن الشكوى لدى المحاكم لها قد توغر الصدور، وأما التحكيم بهيئة مختارة من الطرفين فهي أطيب للنفوس.

والله أسأل أن يوفقنا لصالح القول والعمل، وأن يجعلنا مباركين أينما كنا.

وأشكر ابنتي الكريمة دينا بنت عبدالعزيز الدغيثر، على إعانتي في إخراج البحث، ومراجعة الكتاب، ووضع اللمسات الإخراجية عليه، وأتمنى لها التوفيق في دراستها الحقوقية لتكون لبنة صالحة في المجتمع الحقوقي.

والحمد لله أولا وآخرا.

عبدالعزيز بن سعد الدغيثر

الجوال: 0505849406

البريد الإلكتروني: asd9406@gmail.com

التمهيد: التعريف بنظام التحكيم

صدر نظام التحكيم بمرسوم ملكي رقم م / ٣٤ بتاريخ ٢٤ / ٥ / ١٤٣٣ بتاريخ ١٤٣٣/٠٥/٢٤هـ - الموافق : ٢٠١٢/٠٤/١٦ م، ونشر في صحيفة أم القرى بتاريخ ١٤٣٣/٠٧/١٨هـ - الموافق : ٢٠١٢/٠٦/٠٨ م.

وقد تضمن ثمانية أبواب وثمانٍ وخمسين مادة، وفيما يأتي التعليق على مسائل الأتعاب الخاصة بها.

وثمت مسائل مهمة ينبغي التنبيه لها:

المسألة الأولى: مسؤولية المحكم وهيئة التحكيم

ينبغي للمحكم أن يعلم أن أساس عقد التحكيم المبرم معه أو تصرف تعاقدي إرادي، وإن كان القرار الصادر فيه يعد عملا قضائياً، وعليه:

- إذا لم يتم تنفيذ المتعاقد عليه بسبب لا يعود للمتعاقد، فإنه لا يستحق الأتعاب، فإذا طلب المحكم التنحي أو حصلله عارض سحي أو توفي، فإن الأتعاب غير مستحقة.
- إذا حصل من المحكم تعد أو تفريط باتخاذ إجراءات سببت في بطلان التحكيم من المحكمة المختصة، فإنه لا يستحق الأتعاب.
- أن التحكيم المؤسسي عبر مراكز التحكيم في السعودية وهي :

١. المركز السعودي للتحكيم التجاري
٢. المركز السعودي للتحكيم الهندسي.
٣. المركز السعودي للتحكيم العقاري.
٤. مركز هيئة المحامين للتحكيم والتسوية.

- يحمي الأطراف من وقوع الأخطاء الإجرائية التي تتسبب في بطلان التحكيم، وبالتالي الوقوع في خسائر الطرفين في تعيين محكمين آخرين ومطالبة هيئة التحكيم الأولى بالأتعاب.

المسألة الثانية: تقسيم التحكيم بالنظر للمحكم

ينقسم التحكيم قسمين بالنظر للمحكم :

الأول: التحكيم الحر، وللطرفين فيه اختيار من شاؤوا، واختيار الإجراءات التي يريدون، والأتعاب وفقا لما يتفق عليه الأطراف، ويعيب هذا النمط :

١) المغالاة الكبيرة في الأسعار،

٢) وكثرة وقوع الخلل في الإجراءات، وغالب شروط التحكيم تكون خالية من القانون الحاكم والإجراءات المتبعة، وفي حال خلوها من ذلك يطبق النظام العام في البلد والإجراءات النظامية المعتادة في نظام التحكيم ونظام المرافعات.

الثاني: التحكيم المؤسسي، بحيث ينص على مركز تحكيم معتمد، له إجراءاته المنشورة في المهل والتعيين والتبليغ وعقد الجلسات، واحتساب الأتعاب ونحوها، وعددها في السعودية أربعة مراكز وهي (المركز السعودي للتحكيم التجاري وهو أهمها وأكثرها جودة، ويحظى بدعم حكومي وقضائي، والمركز السعودي للتحكيم الهندسي، والمركز السعودي للتحكيم العقاري، ومركز هيئة المحامين للتحكيم والتسوية).

كما يختار بعض الأطراف غرفة باريس أو غرفة القاهرة لإجراء التحكيم وفقاً لإجراءاتها. ونادرا ما يتجه الأطراف لاختيار مراكز خارجية إلا إذا كان أحد الأطراف جهة غير سعودية.

المسألة الثالثة: تقسيم التحكيم بالنظر لسلطة المحكم

يمكن لأطراف التحكيم تقييد سلطة هيئة التحكيم بأن تفوضهم بالصلح، ويشترط في هذه الحالأن يكون القرار بالإجماع، ومهمة الهيئة التقريب بين وجهات النظر.

وغالب حالات التحكيم، تتسع سلطة هيئة التحكيم للفصل بين الأطراف بحكم ملزم، وهذا هو التحكيم عند الإطلاق.

المسألة الرابعة: تقسيم التحكيم بالنظر لمكانه:

إذا كانت أطراف التحكيم منشآت سعودية الجنسية أو أفراد يقيمون في السعودية فإنه يسمى تحكيماً محلياً، وأما إن كانت إحدى الأطراف منشأة غير سعودية فإن التحكيم يسمى تحكيما دولياً، ولم يفرق النظام السعودي بين التحكيمين من جهة الإجراءات.

المطلب الأول: تعريف التحكيم والتمييز بينه وبين الصلح والقضاء

التّحكيم في اللّغة: مصدر حكّمه في الأمر والشّيء، أي: جعله حكماً، وفوّض الحكم إليه[١].

وفي الاصطلاح: التّحكيم: تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما[٢]. وفي مجلّة الأحكام العدليّة: التّحكيم عبارة عن اتّخاذ الخصمين حاكماً برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما[٣]. وهذا الحاكم يقال له: حكم بفتحتين، ومحكّم بضمّ الميم، وفتح الحاء، وتشديد الكاف المفتوحة.

كما عرف التحكيم بأنه تولية المتخاصمين رجلا أو أكثر بالحكم بينهما[٤].

ومن المعلوم أن إزالة النزاع تكون بعدة طرق هي الصلح والتحكيم والقضاء، وقد تقدم بيانها في التمهيد.

وأما في القانون فتنقسم الطرق الملائمة أو المناسبة البديلة لفض المنازعات إلى عدة أقسام على أساس درجة التدخل من قبل الغير في النزاع أو الخلاف ووفقاً لدرجة التدخل في النزاع تنقسم إلى:

١. المفاوضات.
٢. الوساطة أو التوفيق.
٣. التحكيم.

وكل طريق مما ذكر تختلف عن الطرق الأخرى في طبيعتها ومبادئها وآثارها فمثلاً التحكيم يختلف عن الوساطة والمصالحة ففي التحكيم يتفق الطرفان على محكمين لحسم النزاع أما في الصلح فأطراف الخصومة أنفسهم يحسمونها. والصلح يقتضي تنازلاً من الجانبين على خلاف التحكيم إذ المحكمون كالقضاة يحكمون بالحق لصاحبه[٥].

المطلب الثاني: حكم التحكيم

التّحكيم مشروع بإجماع العلماء[٦]، ومستند الإجماع ما يأتي:

١. قوله تعالى: "وإنْ خِفْتُم شِقَاقَ بينهما فابْعَثُوا حَكَمَاً من أهلِه وحَكَمَاً من أهلِها، إنْ يُرِيدا إصلاحاً يُوَفّقِ اللّهُ بينهما" (النساء: ٣٥). قال القرطبيّ (ت: ٦٧١هـ)[٧]: *إنّ هذه الآية دليل إثبات التّحكيم*[١].

---

(١) القاموس المحيط – رسم حكم.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي ٢٤/٧.

(٣) مجلة الأحكام العدلية – مادة ١٧٩٠.

(٤) القضاء في الإسلام لمحمد أبو فارس ص ١٥٧.

(٥)تقييد الرجوع للقوانين في العقود واللجوء للتحكيم إلى الهيئات الشرعية- للدكتور عبدالحميد البعلي ص ٥٧-٥٨.

(٦)قال ابن المنذر في كتاب الإجماع ط دار طيبة ١٤٠٢ هـ ص ٧٥: وأجمعوا على أن ما قضى قاضي غير قاض، جائز إذا كان مما يجوز. قال الإمام ابن تيمية -رحمه الله- في مجموع الفتاوى ٢٨/ ٢٥٤ : "والقاضي اسم لكل من قضى بين اثنين وحكم بينهما سواء كان خليفة، أو سلطانا، أو نائبا، أو واليا، أو كان منصوبا ليقضي بالشرع أو نائبا له، حتى من يحكم بين الصبيان في الخطوط إذا تخايروا، هكذا ذكر أصحاب رسول الله -ﷺ- وهو ظاهر"

(٧) هو محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي الأندلسي، أبو عبد الله، القرطبي: من كبار المفسرين. صالح متعبد.من أهل قرطبة. رحل إلى الشرق واستقر بمنية ابن خصيب (في شمالي أسيوط، بمصر) وتوفي فيها سنة ٦٧١هـ من كتبه " الجامع لأحكام القرآن الأعلام ٣٢٢/٥.

٢. أن رسول الله - ﷺ - رضي بتحكيم سعد بن معاذ - ﷺ -في يهود بني قريظة، حين جنحوا إلى ذلك ورضوا بالنّزول على حكمه "[٢].

٣. أنّ أبا شريح هانئ بن يزيد - ﷺ -لمّا وفد إلى رسول الله - ﷺ - مع قومه، سمعهم يكنّونه بأبي الحكم. فقال له رسول الله - ﷺ: إنّ الله هو الحَكَم، وإليه الحُكْمُ، فلم تكنّى أبا الحكم ؟ فقال: إنّ قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني، فحكمت بينهم، فرضي كلا الفريقين. فقال رسول الله ﷺ: ما أحسن هذا. فما لك من الولد ؟ قال: لي شريح، ومسلم، وعبد الله. قال: فما أكبرهم ؟ قلت: شريح. قال: أنت أبو شريح. ودعا له ولولده "[٣].

٤. وورد عن عائشة – ﷺ – أنها قالت: كان بيني وبين رسول الله ﷺ كلام، فقال: أجعل بيني وبينك أباك؟ قلت: نعم" [٤].

٥. وقد أجمع الصحابة على مشروعية التحكيم لورود عدة نزاعات أنهيت بطريق التحكيم فمن ذلك:

أ. ما رواه البيهقي عن إسماعيل عن عامر قال كان بين عمر وأبي - ﷺ - خصومة في حائط فقال عمر - ﷺ - : بيني وبينك زيد بن ثابت. فانطلقا، فطرق عمر الباب، فعرف زيد صوته، ففتح الباب، فقال: يا أمير المؤمنين ألا بعثت إلي حتى آتيك؟ فقال: في بيته يؤتى الحكم[٥].

ب. واختلف عمر مع رجل في أمرِ فرسٍ اشتراها عمر بشرط السّوم، فتحاكما إلى شريح (ت: ٧٨هـ)[٦].

ج. وتحاكم عمر والعباس إلى أبي بن كعب في دار كانت للعباس بجانب المسجد، فقضى للعباس [٧].

د. كما تحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم - رضي الله عنهم - ولم يكن زيد ولا شريح (ت: ٧٨هـ) ولا جبير من القضاة.

هـ. وروى أبو داود عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث، عن أبيه، عن جده، قال: اشترى الأشعث رقيقا من رقيق الخمس، من عبد الله بعشرين ألفا فأرسل عبد الله إليه في ثمنهم، فقال: إنما أخذتهم بعشرة آلاف، فقال عبد الله: فاختر رجلا يكون بيني وبينك، قال الأشعث: أنت بيني وبين نفسك، قال عبد الله: فإني سمعت رسول الله ﷺ، يقول: «إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فهو ما يقول رب السلعة، أو يتتاركان» [٨].

وقد وقع مثل ذلك لجمع من كبار الصّحابة، ولم ينكره أحد فكان إجماعاً[٩].

المطلب الثالث: حكم الالتزام بشرط التحكيم

بمعنى هل يمكن لأحد الطرفين الرجوع عن تحكيم المحكم، وقد ذهب الفقهاء في لزوم عقد التحكيم إلى عدة أقوال بيانها فيما يأتي.

القول الأول: ليس لأحدهما الرّجوع ولو قبل بدء الخصومة، وإليه ذهب عبدالملك ابن الماجشون (ت: ٢١٢هـ) [١] من المالكية[٢].

---

(١) الجامع لأحكام القرآن ١٧٩/٥.

(٢) رواه البخاري في صحيحه (الفتح ١٦٥/٦)ومسلم (شرح النووي ٩٢/١٢).

(٣)رواه أبو داود في مسنده ٢٤٠/٥ والنسائي في المجتبى (بحاشية السندي)١٩٩/٨، والبيهقي في السنن الكبرى ١٤٥/١٠، وصححه الألباني في إرواء الغليل:٢٣٧/٨ وحسنه الشيخ عبدالقادر الأرناؤوط في تعليقه على جامع الأصول لابن الأثير ٣٧٣/١.

(٤) رواه الطبراني في الأوسط وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ١٩٦/٤: فيه صالح بن أبي الأود وهو ضعيف.

(٥)رواه البيهقي في السنن الكبرى ١٤٥/١٠، ورواه البيهقي أيضا ١٤٤/١٠ بزيادة من طريق الشعبي ولم يدرك عمر ولا أبيا ﷺ، فهو مرسل.

(٦) أخبار القضاة لوكيع ١٨٩/٢.

(٧) طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٣.

(٨) رواه أبو داود برقم (٣٥١١) والدارقطنى (٢٩٧) والحاكم (٤٥/٢) والبيهقى (٣٣٢/٥) وقال: " هذا إسناد موصول ، وقد روى من أوجه بأسانيد مراسيل ، إذا جمع بينها صار الحديث بذلك قويا ". وقال الحاكم: " صحيح الإسناد "ووافقه الذهبى. قال الألباني في إرواء الغليل ١٦٩/٥: أما أن الحديث قوى بمجموع طرقه ، فذلك مما لا يرتاب فيه الباحث ، وأما أن إسناده هذا حسن أو صحيح ، ففيه نظر ، فقد أعله ابن القطان بالجهالة فى عبد الرحمن وأبيه وجده ، كما نقله عنه الحافظ فى " التلخيص " ، وضعفه ابن حزم فى " المحلى " (٤٦٧/٨ . ٤٦٨) .

(٩) البحر الرائق ٢٤/٧، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ١٩٨/٤، مغني المحتاج ٣٧٨/٤، مطالب أولي النهى ٤٧١/٦.

القول الثاني: لكلّ واحد منهما الرّجوع ما لم تبدأ الخصومة أمام الحكم، فإن بدأت تعيّن عليهما المضيّ فيها حتّى النّهاية، وإليه ذهب أصبغ (ت:٢٢٥هـ)[٣] من المالكية[٤].

القول الثالث: لا يشترط دوام رضا الخصمين إلى حين صدور الحكم، بل لو أقاما البيّنة عند الحكم، ثمّ بدا لأحدهما أن يرجع عن التّحكيم قبل الحكم. تعيّن على الحكم أن يقضي، وجاز حكمه. وإليه ذهب جمهور المالكية[٥]. وقال الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ رحمه الله : " وإذا تراضى اثنان على شيء وقبلاه فهو نظير التحكيم بينهم، فيلزم إلا أن يشتمل على محرم" [٦].

القول الرابع: لكلّ من الخصمين أن يرجع عن التّحكيم قبل الشّروع في الحكم، لأنه لا يثبت إلا برضاه، فأشبه ما لو رجع عن التوكيل قبل التصرف، فإن شرع المحكّم في الحكم فليس له ذلك لأنه يؤدي إلى أن كل واحد منهما إذا رأى من الحَكَم ما لا يوافقه رجع فبطل المقصود به، وهو قول عند الشافعية والوجه الراجح عند الحنابلة[٧].

القول الخامس: ذهب الحنفيّة[٨]، وسحنون (ت: ٢٤٠هـ) [٩] من المالكيّة[١٠] وجمهور الشافعية[١١]وهو وجه عند الحنابلة[١٢] إلى أنّ لكلّ خصم أن يرجع عن التّحكيم قبل صدور الحكم، فإن رجع كان في ذلك عزل للمحكَّم.

والراجح والله أعلم القول الرابع، وهو أن الحَكَم إذا شرع في الحكم، فإنه لا يحق لأي طرف أن يرجع عن التحكيم، لقوة مأخذه واتفاقه مع المقصد الشرعي لمشروعية عقد التحكيم.

ويمكن للأطراف أن يتفقوا على إسقاط حق الرجوع من بداية التحكيم، فقد نقل المرداوي الحنبلي (ت: ٨٨٥هـ)[١٣] عن صاحب الرعاية الكبرى قوله:"*إن أشهد عليهما بالرضا بحكمه قبل الدخول في الحكم، فليس لأحدهما الرجوع*"[١٤].

وأما بعد صدور الحكم فللفقهاء قولان في الإلزام بحكم الحكم:

القول الأول: فمذهب الجمهور من الحنفية والمالكية وهو الراجح عند الشافعية والحنابلة أن حكم المحكم لازم، لأن حكمه صادر عن ولاية شرعية كاملة عليهما، فحكمه كحكم القاضي المولى من جهة الإمام.

القول الثاني: وذهب الشافعية في قول عندهم إلى أن حكم المحكم غير ملزم للخصوم، لأنه لما اعتبر رضاهما في ابتداء الحكم اعتبر رضاهما بلزوم حكمه[١٥].

والراجح مذهب الجمهور، وإليه ذهب المنظم السعودي.

---

(١) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله التيمي بالولاء أبو مروان ابن الماجشون: فقيه مالكي فصيح، دارت عليه الفتيا في زمانه، وعلى أبيه قبله. توفي سنة ٢١٢هـ الأعلام ١٦٠/٤.

(٢) تبصرة الحكام ٦٣/١.

(٣)أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع: فقيه من كبار المالكية بمصر. قال ابن الماجشون: ما أخرجت مصر مثل أصبغ. وكان كاتب ابن وهب. توفي سنة ٢٢٥هـ الأعلام ٣٣٣/١.

(٤) تبصرة الحكام ٦٣/١.

(٥)تبصرة الحكام ٦٣/١.

(٦) فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن إبراهيم ٣٣١/١٢.

٧(٧)الإنصاف المطبوع بحاشية المقنع والشرح الكبير ٣٢٨/٢٨.

(٨)البحر الرائق ٢٦/٧.

(٩) هو عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي، الملقب بسحنون: قاض، فقيه، انتهت إليه رياسة العلم في المغرب. كان زاهدا لا يهاب سلطانا في حق يقوله. أصله شامي، من حمص، ومولده في القيروان سنة ١٦٠هـ، وتوفي سنة ٢٤٠هـ روى " المدونة " في فروع المالكية، عن عبد الرحمن بن قاسم، عن الامام مالك. الأعلام ٥/٤.

(١٠) تبصرة الحكام ٦٣/١.

(١١) مغني المحتاج ٣٧٩/٤.

(١٢)الإنصاف المطبوع بحاشية المقنع والشرح الكبير ٣٢٨/٢٨.

(١٣) هو علي بن سليمان بن أحمد المرداوي ثم الدمشقي: فقيه حنبلي، من العلماء. ولد في مردا (قرب نابلس) سنة ٨١٧هـ وانتقل في كبره إلى دمشق فتوفي فيها سنة ٨٨٥ هـ من كتبه " الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف " ، و" التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع " و" تحرير المنقول " في أصول الفقه، وشرح " التحبير في شرح التحرير " و" الدر المنتقى المجموع في تصحيح الخلاف". الأعلام ٢٩٢/٤.

(١٤)الإنصاف المطبوع بحاشية المقنع والشرح الكبير ٣٢٨/٢٨.

(١٥) حاشية ابن عابدين على الدر المحتار ٤٢٩/٥، منح الجليل ١٥٤/٤، مغني المحتاج ٣٧٩/٤، الإنصاف المطبوع بحاشية المقنع والشرح الكبير ٣٢٥/٢٨.

المطلب الرابع: اشتراط التحكيم في العقد، والاختلاف في تعيين المحكم

إذا اشتُرط في العقد اللجوء للتحكيم عند حصول أي نزاع، فإن الشرط صحيح، وملزم، فقد نصت المادة العاشرة من نظام التحكيم السعودي الصادر برقم م ٤٦ في ١٤٠٣/٧/١٢ هـ على ما يأتي: "*وإذا كان بين الخصوم شرط خاص بتعيين المحكم وكان هذا الشرط مقبولاً شرعاً ونظاماً وجب العمل به، فإذا امتنع أحد الخصوم عن تنفيذ هذا الشرط فإنه يحق للآخر أن يتقدم للجهة القضائية المختصة بنظر هذه الخصومة أصلاً طالباً منها إلزام خصمه بتعيين حكم من قبله وتقوم هذه الجهة القضائية بالفصل في هذا الطلب وتعيين المحكم إذا استمر الخصم على رفضه، ويكون حكماً نهائياً غير قابل للتمييز أو الطعن*".

المطلب الخامس: موقف القضاء من حكم المحكم

قد يرفض الحكمان أو أحدهما حكم المحكم، فيرفع إلى القضاء، وفي هذه الحال: هل للقاضي أن ينقض الحكم.

ذهب الحنفية[١] والشّافعيّة[٢] والحنابلة[٣] وقريب منهم المالكية[٤] إلى أنّ القاضي إذا رفع إليه حكم المحكّم لم ينقضه إلاّ بما ينقض به قضاء غيره من القضاة.

وأما إذا رفع من الحاكم المحكّم من أطراف النزاع، فقد قال في الفتاوى الهندية:"*وإذا رفع حكم الحاكم المحكم إلى القاضي المولى فالقاضي ينظر في حكمه فإن كان موافقا لرأيه نفذه وإن كان مخالفا لرأيه أبطله وإن كان مما يختلف فيه الفقهاء*"[٥]. ومستند هذا القول أن حكم المحكم لا يلزم إلا أطراف النزاع، فإذا احتاج إلى تنفيذ، والتنفيذ بيد القاضي فإن له أن يبطله إن خالف مذهبه[٦].

المطلب السادس: عزل المحكّم

ينعزل الحكم بأيٍّ من الأسباب الآتية:

١. العزل من أحد أطراف النزاع بالشرط المتقدم، فلكلّ من الطّرفين عزل المحكّم قبل الحكم، إلاّ إذا كان المحكّم قد وافق عليه القاضي، فليس لهما عزله، لأنّ القاضي استخلفه[٧].

٢. عزل المحكم نفسه، قبل الشروع في نظر الدعوي، وأما بعد الشروع فيها فقد صرح بعض الفقهاء من المالكية بأنه لا يحق للحكم عزل نفسه بغير رضا الخصمين إذا شرع في نظر الدعوى التحكيمية وذلك لأن حق الخصمين قد تعلق بولاية الحَكَم فليس له عزل نفسه بغير رضاهما[٨].

٣. خروج المحكم عن أهليّة التّحكيم [٩].

٤. انتهاء الوقت المحدّد للتّحكيم قبل صدور الحكم [١٠]. ففي الفتاوى الهندية:"*وإذا اصطلحا على حكم يحكم بينهما في يومه هذا أو مجلسه هذا فهو جائز، وإن مضى ذلك اليوم وقام عن مجلسه ذلك لا يبقى حكما*"[١١].

---

(١)قال في فتح القدير ٥/ ٤٨٧: وإذا رُفِعَ إلى القاضي حُكْمُ حاكمٍ أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع بأن يكون قولاً لا دليل عليه.

(٢) مغني المحتاج ٣٧٩/٤.

(٣)كشاف القناع ٣٠٣/٦.

(٤)ذهب المالكيّة إلى أنّ القاضي لا ينقض حكم المحكّم إلاّ إذا كان جوراً بيّناً أو بخلاف شاذ. نقله صاحب التاج والإكليل ١١٣/٦ عن ابن العربي. واكتفي ابن فرحون في تبصرة الحكام ٦٣/١ بحال الجور البيّن.

(٥) الفتاوى الهندية ٣٩٨/٣.

(٦)البحر الرائق ١٧/٧.

(٧)مجلة الأحكام العدلية المادة ١٨٤٧.

(٨)المنهل العذب السلسبيل ١٤٧/٣، ١٤٨ عن الرقابة القضائية على التحكيم - د.ناصر بن إبراهيم المحيميد، مقدم لندوة (الصلح والتحكيم)التي تنظمها وزارة العدل ممثلة برئاسة محاكم الطائف وذلك بمحافظة الطائف- يوم الثلاثاء ١٥/٥/ ١٤٢٤هـ - نسخة إلكترونية.

(٩) البحر الرائق ٢٨/٧. وانظر الموسوعة الفقهية ٢٤٦/١٠.

(١٠) الموسوعة الفقهية ٢٤٦/١٠.

(١١) الفتاوى الهندية ٣٩٨/٣.

٥. كما ينعزل المحكم بسبب انتهاء موجب الدعوى التحكيمية التي يتولى نظرها، بانتهاء الخصومة بصلح أو إبراء[١].

٦. صدور الحكم، لأن المحكم هنا كالقاضي والقاضي إذا ولي في قضية بخصوصها فإنه ينعزل بصدور الحكم فيها[٢].

(١)البحر الرائق ٢٥٥/٧.

(٢)البحر الرائق ٢٧/٧، ٢٨.

التعليق على مواد نظام التحكيم المتعلقة بالأتعاب

المادة الرابعة والعشرون:

١) يجب عند اختيار المحكم إبرام عقد مستقل معه توضح فيه أتعابه، وتودع نسخة من العقد لدى الجهة التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا النظام [١]

٢) إذا لم يتم الاتفاق بين طرفي التحكيم والمحكمين على تحديد أتعاب المحكمين، فتحددها المحكمة المختصة [٢] التي يجب عليها أن تفصل فيه بقرار غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن. وإذا كان تعيين المحكمين من قبل المحكمة المختصة وجب معه تحديد أتعاب المحكمين.

المادة الثانية والأربعون:

٣) يصدر حكم التحكيم [٣] كتابة ويكون مسبباً [٤] ، ويوقعه المحكمون [٥] ، وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يُكتفى بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن يثبت في محضر القضية أسباب عدم توقيع الأقلية.

٤) يجب أن يشتمل حكم التحكيم على تاريخ النطق به ومكان إصداره، وأسماء الخصوم، وعناوينهم [٦] ، وأسماء المحكمين، وعناوينهم، وجنسياتهم، وصفاتهم، وملخص اتفاق التحكيم، وملخص لأقوال وطلبات طرفي التحكيم، ومرافعتهم، ومستنداتهم، وملخص تقرير الخبرة . إن وجد . ومنطوق الحكم، وتحديد أتعاب المحكمين، ونفقات التحكيم [٧] ، وكيفية توزيعها بين الطرفين [٨] . دون إخلال بما قضت به المادة (الرابعة والعشرون) من هذا النظام .

---

(١) يجب إيداع العقد لدى أي مركز تحكيم وفقا للائحة م ٧-١..

(٢) المراد محكمة الاستئناف المختصة (عام أو تجاري أو إداري حسب النزاع والأطراف).

(٣) ورد في اللائحة (م ١٤) ما يوجب أن ينطق بالحكم بعد إقفال باب المرافعة، ويمكن فتح باب المرافعة بعد إقفاله قبل النطق بالحكم، وذلك بقرار يبلغ للطرفين يتضمن أن الهيئة فتحت باب المرافعة مع أسباب الفتح بعد الإقفال.

وتدل هذه المادة على وجوب النطق الشفهي بالحكم، ولا يكتفى بالقرار المكتوب، ووجوب إقفال باب المرافعة بعد إعذار الطرفين بعدم وجود ما يضيفانه، فإذا لم يتم اتباع ذلك فإن الحكم مدعاة للإبطال من الاستئناف.

(٤)في إحدى القضايا المرفوعة لدى محكمة الاستئناف لم تفصل هيئة التحكيم في سبب رفضها لبعض الطلبات ومع ذلك رفضت محكمة الاستئناف نقض الحكم. القضية ١٠٩ – ١٤٤١.

(٥) تضمنت هذه الفقرة شروط صحة حكم التحكيم وهي:

١- أن يصدر الحكم مكتوباً

٢- أن يكون الحكم مسبباً في كل جزئية من الحكم، وهذا خطأ يقع فيه الكثير من هيئات التحكيم، فإنهم يقررون – مثلا- الحكم بإلزام المدعى عليه بمبلغ كذا.، ويحكمون برد بقية طلبات المدعي دون ذكرها مفصلة وأسباب الرد، وهذا مخالف للتسبيب الواجب.

٣- أن يتم توقيع الحكم من جميع المحكمين أو أكثرهم مع تسبيب عدم توقيع البقية في محضر القضية، ويغني عن التوقيع الورقي:

a. المصادقة الإلكترونية عن طريق وزارة الداخلية (مثل موقع أبشر) كما هو الحال في القضاء العادي.

b. التوقيع الإلكتروني (مثل التوقيع عن طريق موقع دوكيو ساين)، ونحوه من مواقع التوقيع الإلكتروني.

٤- وأضافت اللائحة: النطق بمختصر الحكم شفهياً كما هو الحال في القضاء العادي.

(٦) يرى كثير من الشراح أن كل ما لا يؤثر في الحكم موضوعياً، فلا يبطل الحكم التحكيمي بعدمه، والمتقرر عند شراح قوانين التحكيم أن مخالفة المحكم لأي قاعدة من القواعد الواجبة الاتباع من قبلهم عند إصدار حكم التحكيم لا يؤدي بالضرورة لإبطال الحكم، ففي كتاب الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم ص ٢٠٢ ما نصه: "لا يؤدي إغفال القواعد والأحكام المتعلقة بشكل الحكم من ضرورة اشتماله على أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم إلى آخره، إلى إمكانية الطعن بالبطلان على حكم التحكيم الذي أهمل هذه البيانات، إذ إن مخالفة هذه القواعد ليس من شأنه الإضرار بالأطراف المشاركة في التحكيم ولا المساس بمصالحهم بشكل مباشر"..

(٧)قررت محكمة الاستئناف أن أتعاب التحكيم على المحكوم عليه. القضية ٣٩٧٧/ق لعام ١٤٣٦هـ و قررت محكمة الاستئناف أن الطرف الخاسر يتحمل مصاريف التحكيم والمحاماة، وقد تكرر هذا في كثير من الأحكام، . القضية ٢٠٢٦ – ١٤٤٠

وفي حال رأت هيئة التحكيم عدم تحميل الخاسر مصاريف التحكيم والمحاماة، فإنه اجتهاد لا ينقض، فقد قررت محكمة الاستئناف تأييد حكم التحكيم بعدم تحميل المدعية أتعاب التحكيم والمحاماة مع عدم الحكم له. القضية ١٦٦- ١٤٤٠هـ

ومن جهة أخرى قررت محكمة الاستئناف تأييد حكم هيئة التحكيم بتحمل المحتكم (المدعي) مصاريف التحكيم إذا لم تثبت دعواه . القضية ١٥٩٠ – ١٤٤٠

(٨)تضمنت هذه الفقرة شروط صحة وثيقة حكم التحكيم وهي أن يشتمل الحكم على الآتي:

١- تاريخ النطق به

المادة السابعة

١) تودع نسخة من العقد المبرم مع المحكم [١] - بحسب الأحوال - لدى مركز التحكيم السعودي [٢] ، أو لدى هيئة أو منظمة أو مركز للتحكيم [٣] .

٢) للمحكمة [٤] - عند تحديد أتعاب المحكمين - طلب نسخة من العقود المبرمة مع المحكمين إن وجدت.

المادة الثانية عشرة

١) على هيئة التحكيم أن تبين في قرارها المتعلق بتعيين الخبير مهمته والتدابير العاجلة التي يؤذن له في اتخاذها، والميعاد المحدد لإيداع التقرير، وتقدير أتعابه، ومبلغ السلفة الذي يودع لحساب مصروفات الخبير - عند الاقتضاء -، والطرف المكلف بإيداعها والميعاد المحدد لذلك [٥]

٢) في حال تخلف الطرف المكلف بإيداع مبلغ السلفة، ولم يبادر الطرف الآخر بإيداعه، يعد الخبير غير ملزم بأداء مهمته، ولهيئة التحكيم المضي في الإجراءات، وليس للطرف المكلف أن يتمسك بالقرار الصادر بتعيين الخبير إذا وجدت هيئة التحكيم أن تخلفه عن الإيداع كان بغير عذر مقبول.

٣) لهيئة التحكيم أن تستبدل الخبير أو تتخذ ما تراه مناسباً عند تخلفه عن إيداع تقريره في الميعاد المحدد بغير عذر مقبول

مسائل في استحقاق المحكم لأتعاب التحكيم:

١) يمكن للمحكم التنحي إن طلب رده، دون إبداء أي سبب. (اللائحة م ٥-١)، وفي هذه الحال يلزمه رد الأتعاب التي حصل عليها. وتنظر المادة ١٩

٢) في حال رد المحكم يلزمه إعادة الأتعاب كاملة، ما عدا المصاريف التي تكبدها فعلياً من أجور السفر والإقامة والمواصلات وفقا للمادة ١٧ – ٤ من نظام التحكيم. وتنظر المادة ١٩

٣) يلزم المعزول إعادة الأتعاب كاملة، ما عدا المصاريف التي تكبدها فعلياً من أجور السفر والإقامة والمواصلات وفقا للمادة ١٨ – ٢ من نظام التحكيم. وتنظر المادة ١٩

٢- ومكان إصداره،

٣- وأسماء الخصوم (ويدخل فيها هوياتهم) ، وعناوينهم، وجنسياتهم، وصفاتهم(أصلاء أو ممثلين عن الأصلاء ومتند التمثيل (وكالة – أو عقد تأسيس الشركة ... إلخ)، فلو خلى الحكم من الأسماء والهويات فإن الحكم مدعاة للإبطال.

٤- وأسماء المحكمين (ويدخل فيها هوياتهم)، وعناوينهم، وجنسياتهم، وصفاتهم، فلو خلى الحكم من الأسماء والهويات فإن الحكم مدعاة للإبطال.

٥- وملخص اتفاق التحكيم، فلو خلى الحكم من الملخص فإن الحكم مدعاة للإبطال.

٦- وملخص لأقوال وطلبات طرفي التحكيم، ومرافعتهم، ومستنداتهم، فلو خلى الحكم من تلخيص الأقوال والطلبات والمرافعة والمستندات فإن الحكم مدعاة للإبطال.

٧- وملخص تقرير الخبرة .إن وجد .فلو خلى الحكم من ذلك الملخص إن وجب فإن الحكم مدعاة للإبطال.

٨- ومنطوق الحكم، فلو خلى الحكم من منطوق بالحكم بما يقطع النزاع فإن الحكم مدعاة للإبطال.

٩- وتحديد أتعاب المحكمين، ونفقات التحكيم (بموجب عقد التحكيم المشترط في المادة ٢٤ من النظام)، وكيفية توزيعها بين الطرفين. فلو خلى الحكم من تحديد كيفية توزيع أتعاب التحكيم فإن الحكم مدعاة للإبطال. وأما تحديد الأتعاب والنفقات فوجودها شرط تكميلي لأنها مذكورة في عقد التحكيم، وعادة يرفق بالحكم.

(١) إذا لم يتم إيداع نسخة من العقد المبرم، فلا يؤثر ذلك في صحة التحكيم. ويظهر أن غرض الإيداع هو أرشفة قضايا التحكيم الحر، كما أن في ذلك إبلاغ للجهات المختصة بالإيرادات الناتجة عن التحكيم لهيئة التحكيم.

(٢) تغير اسمه إلى: المركز السعودي للتحكيم التجاري.

(٣) مراكز التحكيم الحالية هي: ١- المركز السعودي للتحكيم التجاري، ٢- المركز السعودي للتحكيم الهندسي، ٣- المركز السعودي للتحكيم العقاري، ٤- مركز هيئة المحامين للتحكيم والتسوية. وأما مركز التحكيم الرياضي السعودي، فهو أشبه بلجنة قضائية، لأن أعضاءها معينون من الجهات الرسمية، وتسميته بمركز التحكيم محل انتقاد.

(٤) هذه المادة جوازية، ولا أثر لعدم إرفاق العقود مع المحكمين للمحكمة في صحة أو إبطال الحكم التحكيمي فيما بعد.

(٥) يتضمن القرار ٧ معلومات مذكورة في هذه المادة، يجب أن تستوفى كلها.

٤) يلزم ورثة المحكم المتوفى إعادة الأتعاب كاملة، ما عدا المصاريف التي تكبدها فعلياً من أجور السفر والإقامة والمواصلات إذا انتهت مهمة المحكم بوفاته ،

٥) يلزم المحكم رد الأتعاب في حال تنحّيه، أو عجزه، أو لأي سبب آخر، وفقا للمادة ١٩ من نظام التحكيم.

[٦] .ورد في المادة الرابعة والثلاثون:بأنه إذا لم يقدم المدعي.دون عذر مقبول.بياناً مكتوباً بدعواه وفقا للفقرة (١) من المادة (الثلاثين) من النظام، وجب على هيئة التحكيم إنهاء إجراءات التحكيم في هذه الحال، وتستحق هيئة التحكيم أتعابها كاملة، ويتحملها المدعي.

[٧] بينت المادة ٣٩ من النظام أنه إذا تشعبت آراء هيئة التحكيم ولم يكن ممكناً حصول الأغلبية فلهيئة التحكيم اختيار محكم مرجح [١] خلال (١٥) يوماً من قرارها بعدم إمكان حصول الأغلبية وإلا عينت المحكمة المختصة [٢] محكماً مرجحاً وقد قررت محكمة الاستئناف تحديد أتعاب المرجح (م ٢٤ تحكيم) . القضية ٣٨٩ -١٤٤٠هـ.

٨) .ورد في المادة الحادية والأربعون بأنه تنتهي إجراءات التحكيم بصدور الحكم المنهي للخصومة [٣] ، أو بصدور قرار من هيئة التحكيم بإنهاء الإجراءات في الأحوال الآتية :

أ - إذا اتفق طرفا التحكيم على إنهاء التحكيم.

ب - إذا ترك المدعي خصومة التحكيم [٤] ، ما لم تقرر هيئة التحكيم بناءً على طلب المدعى عليه أن له مصلحة جدية في استمرار الإجراءات حتى يحسم النزاع.

ج - إذا رأت هيئة التحكيم لأي سبب آخر عدم جدوى استمرار إجراءات التحكيم أو استحالته .

د - صدور أمر بإنهاء إجراءات التحكيم [٥] وفقاً لحكم الفقرة (١) من المادة (الرابعة والثلاثين) من النظام [٦] ، ولا تنتهي إجراءات التحكيم بموت أحد طرفي التحكيم، أو فقد أهليته - ما لم يتفق من له صفة في النزاع مع الطرف الآخر على انتهائه - ولكن يمتد الميعاد المحدد للتحكيم ثلاثين يوماً، ما لم تقرر هيئة التحكيم تمديد المدة مدة مماثلة، أو يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك [٧] ، وتنتهي مهمة هيئة التحكيم بانتهاء إجراءات التحكيم [٨] .

٩) قررت محكمة الاستئناف أن أتعاب التحكيم على المحكوم عليه. القضية ٣٩٧٧/ق لعام ١٤٣٦هـ و قررت محكمة الاستئناف أن الطرف الخاسر يتحمل مصاريف التحكيم والمحاماة، وقد تكرر هذا في كثير من الأحكام، . القضية ٢٠٢٦ – ١٤٤٠

---

(١) المحكم المرجح هو الذي تختاره هيئة التحكيم في حال تشعب آراء هيئة التحكيم بما يتعذر معه صدور قرار بالأغلبية.

(٢) هي محكمة الاستئناف المختصة (العامة أو التجارية أو الإدارية حسب الاختصاص).

(٣)أبطلت محكمة الاستئناف حكم هيئة التحكيم القاضي بعدم الاختصاص الولائي لأن الحكم لم ينه الخصومة مخالفا الفقرة ١ م ٤٠ – ٤١ تحكيم. القضية ٨٦١ – ١٤٣٩.

(٤) له نوع شبه بشطب القضية واعتبارها كأن لم تكن في القضاء العادي.

(٥) في هذه الحال تستحق هيئة التحكيم أتعابها كاملة.

(٦) إذا صدر قرار بإنهاء إجراءات التحكيم فلا ينقضي اتفاق التحكيم، وفقا للائحة (م ١٥)، ومعنى ذلك لمدعي رفع الدعوى من جديد وفقا لشرط التحكيم.

ويثار السؤال: هل يتعاقد مع هيئة تحكيم جديدة أو يستمر مع هيئة التحكيم السابقة، وفي هذه الحال هل لهم أن يطلبوا أتعاباً جديدة أو يكون عملهم مستمراً للتحكيم السابق؟

لا شك أن الطرفين إذا اتفقا على هيئة التحكيم السابقة فلهم ذلك ، ويبدأ التحكيم من جديد، وللهيئة أن تطلب أتعاباً إضافية.

وأما إذا رأى أحد الطرفين تغيير مرشحه، فله ذلك.

وهذا يعني أن التحكيم الجديد لا علاقة له بالتحكيم الأول.

(٧) إن مات عضو هيئة التحكيم قبل الانتهاء من التحكيم أو فقد أهليته، فلا يستحق من أتعابه شيئا، ويحق للطرفين المطالبة بإعادة الأتعاب، لأنهم سيتحملون أتعاب المحكم الجديد.

(٨) إذا أنهت هيئة التحكيم الإجراءات بصدور الحكم أو القرار، فإنها تستحق كامل الأتعاب، ما لم يوجد شرط من الطرفين بأن تمام الاستحقاق بصدور قرار الاستئناف الاستئناف المختص بتنفيذ الحكم.

١٠) وفي حال رأت هيئة التحكيم عدم تحميل الخاسر مصاريف التحكيم والمحاماة، فإنه اجتهاد لا ينقض، فقد قررت محكمة الاستئناف تأييد حكم التحكيم بعدم تحميل المدعية أتعاب التحكيم والمحاماة مع عدم الحكم له. القضية ١٦٦- ١٤٤٠هـ

[١١] ومن جهة أخرى قررت محكمة الاستئناف تأييد حكم هيئة التحكيم بتحمل المحتكم (المدعي) مصاريف التحكيم إذا لم تثبت دعواه . القضية ١٥٩٠ – ١٤٤٠

١٢) بينت المادة الثانية والأربعون وجوب أن يشتمل حكم التحكيم على وتحديد أتعاب المحكمين، ونفقات التحكيم [١] ، وكيفية توزيعها بين الطرفين [٢] .

(١)قررت محكمة الاستئناف أن أتعاب التحكيم على المحكوم عليه. القضية ٣٩٧٧/ق لعام ١٤٣٦هـ و قررت محكمة الاستئناف أن الطرف الخاسر يتحمل مصاريف التحكيم والمحاماة، وقد تكرر هذا في كثير من الأحكام، . القضية ٢٠٢٦ – ١٤٤٠

وفي حال رأت هيئة التحكيم عدم تحميل الخاسر مصاريف التحكيم والمحاماة، فإنه اجتهاد لا ينقض، فقد قررت محكمة الاستئناف تأييد حكم التحكيم بعدم تحميل المدعية أتعاب التحكيم والمحاماة مع عدم الحكم له. القضية ١٦٦- ١٤٤٠هـ

ومن جهة أخرى قررت محكمة الاستئناف تأييد حكم هيئة التحكيم بتحمل المحتكم (المدعي) مصاريف التحكيم إذا لم تثبت دعواه . القضية ١٥٩٠ – ١٤٤٠

(٢)تضمنت هذه الفقرة شروط صحة وثيقة حكم التحكيم وهي أن يشتمل الحكم على الآتي:

١٠-تاريخ النطق به

١١-ومكان إصداره،

١٢-وأسماء الخصوم (ويدخل فيها هوياتهم) ، وعناوينهم، وجنسياتهم، وصفاتهم(أصلاء أو ممثلين عن الأصلاء ومتند التمثيل (وكالة – أو عقد تأسيس الشركة ... إلخ)، فلو خلى الحكم من الأسماء والهويات فإن الحكم مدعاة للإبطال.

١٣-وأسماء المحكمين (ويدخل فيها هوياتهم)، وعناوينهم، وجنسياتهم، وصفاتهم، فلو خلى الحكم من الأسماء والهويات فإن الحكم مدعاة للإبطال.

١٤-وملخص اتفاق التحكيم، فلو خلى الحكم من الملخص فإن الحكم مدعاة للإبطال.

١٥-وملخص لأقوال وطلبات طرفي التحكيم، ومرافعتهم، ومستنداتهم، فلو خلى الحكم من تلخيص الأقوال والطلبات والمرافعة والمستندات فإن الحكم مدعاة للإبطال.

١٦-وملخص تقرير الخبرة. إن وجد. فلو خلى الحكم من ذلك الملخص إن وجب فإن الحكم مدعاة للإبطال.

١٧-ومنطوق الحكم، فلو خلى الحكم من منطوق بالحكم بما يقطع النزاع فإن الحكم مدعاة للإبطال.

١٨-وتحديد أتعاب المحكمين، ونفقات التحكيم (بموجب عقد التحكيم المشترط في المادة ٢٤ من النظام)، وكيفية توزيعها بين الطرفين. فلو خلى الحكم من تحديد كيفية توزيع أتعاب التحكيم فإن الحكم مدعاة للإبطال. وأما تحديد الأتعاب والنفقات فوجودها شرط تكميلي لأنها مذكورة في عقد التحكيم، وعادة يرفق بالحكم.

الملحق الأول: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: ٩١ (٩/٨) بشأن: مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي

مجلة المجمع (ع ٩، ج٤ ص ٥)

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبي ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من ١-٦ ذي القعدة ١٤١٥هـ الموافق ١-٦ نيسان (أبريل) ١٩٩٥م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، قرر ما يلي:

أولاً: التحكيم اتفاق طرفي خصومة معينة، على تولية من يفصل في منازعةٍ بينهما، بحكمٍ ملزم، يطبق الشريعة الإسلامية. وهو مشروع سواء أكان بين الأفراد أم في مجال المنازعات الدولية.

ثانياً: التحكيم عقد غير لازم لكل من الطرفين المحتكمين والحكم، فيجوز لكل من الطرفين الرجوع فيه ما لم يشرع الحكم في التحكيم، ويجوز للحكم أن يعزل نفسه – ولو بعد قبوله – ما دام لم يصدر حكمه، ولا يجوز له أن يستخلف غيره دون إذن الطرفين، لأن الرضا مرتبط بشخصه.

ثالثاً: لا يجوز التحكيم في كل ما هو حق لله تعالى كالحدود، ولا فيما استلزم الحكمُ فيه إثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المتحاكمين ممن لا ولاية للحَكَم عليه، كاللعان، لتعلق حق الولد به، ولا فيما ينفرد القضاء دون غيره بالنظر فيه. فإذا قضى الحكم فيما لا يجوز فيه التحكيم فحكمه باطل ولا ينفذ.

رابعاً: يشترط في الحكم بحسب الأصل توافر شروط القضاء.

خامساً: الأصل أن يتم تنفيذ حكم المُحكّم طواعية، فإن أبى أحد المحتكمين، عرض الأمر على القضاء لتنفيذه، وليس للقضاء نقضه، ما لم يكن جوراً بيناً، أو مخالفاً لحكم الشرع.

سادساً: إذا لم تكن هناك محاكم دولية إسلامية، يجوز احتكام الدول أو المؤسسات الإسلامية إلى محاكم دولية غير إسلامية، توصلاً، لما هو جائز شرعاً.

ويوصي بما يلي:

دعوة الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي إلى استكمال الإجراءات اللازمة لإقامة محكمة العدل الإسلامية الدولية، وتمكينها من أداء مهامها المنصوص عليها في نظامها.

والله الموفق

الملحق الثاني: معيار التحكيم

المعيار الشرعي رقم (٣٢)

التحكيم

١- نطاق المعيار

يتناول هذا المعيار التحكيم في المعاملات المالية والأنشطة والعلاقات التي تتم بين المؤسسات، أو بينها وبين عملائها، أو موظفيها أو أطراف أخرى، سواء كانوا في بلد المؤسسة أم في بلد آخر.

٢- تعريف التحكيم

١/٢ التحكيم: اتفاق طرفين أو أكثر على تولية من يفصل في منازعة بينهم بحكم ملزم.

٢/٢ التحكيم المقصود في هذا المعيار هو (التحكيم الإسلامي) وهو الذي تطبق فيه أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية.

٣- صور اللجوء إلى التحكيم وطرفاه

١/٣ التحكيم إما أن يصار إليه باتفاق حين نشوء النزاع، وإما أن يكون تنفيذاً لاتفاق سابق على اشتراط المصير إلى التحكيم بدلاً من اللجوء إلى القضاء، وقد يصار إلى الاتفاق على التحكيم بإلزام قانوني.

٢/٣ يجب النص على وجوب الرجوع إلى التحكيم الإسلامي في الاتفاقيات التي لا يمكن تقييد الرجوع فيها للقوانين بعدم التعارض مع الشريعة الإسلامية .

٣/٣ طرفا التحكيم هما المتنازعان طالبا التحكيم، وقد يكونان أكثر من اثنين.

٤- مشروعية التحكيم

التحكيم مشروع [١]، سواء تم بين شخصين طبيعيين أم اعتباريين، أم بين شخص اعتباري وشخص طبيعي.

١- صفة التحكيم

١/٥ التحكيم لازم في الحالات التالية:

أ- إذا نص في العقد على اشتراط التحكيم.

ب- إذا اتفقا على التحكيم بعد نشوء نزاع وتعهدا بعدم الرجوع عنه.

٢/٥ التحكيم غير لازم في حق المحكم بغير أجر، فيجوز للمحكَّم أن يعزل نفسه بعد قبوله. أما إذا كان التحكيم بأجر فهو لازم للمحكم فإن عزل المحكَّم نفسه وترتب على ذلك ضرر فعلي فإنه يتحمل مقدار الضرر .(وينظر المعيار الشرعي رقم (٣٤) بشأن إجارة الأشخاص) .

٢- أركان عقد التحكيم

١/٦ ركن التحكيم الصيغة (تبادل الإيجاب والقبول) بين طالبي التحكيم والمحكم.

٢/٦ يشترط لصحة التحكيم ما يأتي :

أ- قيام نزاع بين طرفين أو أكثر حول حق مشروع.

ب- اتفاق طرفي النزاع على التحكيم، وتراضيهما على قبول حكم المحكم.

ج- قبول المحكم لمهمة التحكيم.

٣- مجال التحكيم (ما يجري فيه التحكيم شرعاً)

١/٧ يجوز التحكيم في كل ما يصلح لكل واحد من الطرفين ترك حقه فيه.

٢/٧ ولا يجوز التحكيم فيما يأتي:

---

(١) في التحكيم معنى الوكالة عن الأطراف، بالرغم من معنى الولاية الخاصة فيه.

١/٢/٧ كل ما هو حق لله تعالى، مثل الحدود.
٢/٢/٧ ما يستلزم الحكم فيه إثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المحتكمين.
٣/٧ إذا قضى المحكم فيما لا يجوز فيه التحكيم فحكمه باطل ولا ينفذ.

٨- صفات المحكم [١] وتعيينه

١/٨ يشترط في المحكم أن تتوافر فيه أهلية الأداء الكاملة.
٢/٨ الأصل أن يكون المحكم مسلماً، وإذا دعت الحاجة المتعينة إلى اختيار محكم غير مسلم فيجوز ذلك للتوصل لما هو جائز شرعاً. مع مراعاة البند ١/١١.
٣/٨ يجوز تحكيم واحد أو أكثر، والأولى أن يكون العدد فردياً ، فإن لم يكن كذلك فيعين أطراف النزاع أو المحتكمون أحد المحكمين رئيساً لهيئة التحكيم، ويكون رأيه مرجحاً عند تساوي الآراء.
٤/٨ يجوز تعيين محكم واحد عن كل طرف من أطراف النزاع، كما يجوز للمحكمين المعينين عن الطرفين أن يعينا محكما فيصلا إذا أذن لهما طرفا النزاع بذلك.
٥/٨ إذا لم يعين أحد طرفي النزاع محكما عنه تنفيذاً لشرط التحكيم في العقد يحق للطرف الآخر الرجوع للقضاء لاختيار محكم عن الطرف الممتنع إن لم يكن في شرط التحكيم نص لطريقة تعيين المحكم الآخر.
٦/٨ لا يجوز للمحكم أن يستخلف غيره إلا بإذن من اختاره للتحكيم ، لأن الرضا به مرتبط بشخصه ، إلا إذا كان التحكيم لمؤسسة أو لجنة تحكيمية ، وكان تعيين أعضائها مراعى فيه شروط تشكيلها المعلنة.
٧/٨ لا يحق للوكيل أو المضارب الموافقة على التحكيم إلا برضا الموكل، أو أرباب المال، أو بالنص على ذلك في شروط المضاربة مثل شروط حسابات الاستثمار، ولا يكون طرفاً في التحكيم عن المؤسسة ذات الشخصية الاعتبارية إلا من يمثلها رسمياً .

٩- مستند التحكيم [٢]

١/٩ ينشأ مستند التحكيم عن موافقة طرفي النزاع وموافقة المحكم على مهمة التحكيم ويسمى (عقد التحكيم) أو (اتفاق التحكيم) [٣] .
٢/٩ يجب أن يشتمل مستند التحكيم على أسماء طرفي النزاع والمحكم ومجمل موضوع النزاع ، والأجل المحدد للتحكيم، وأتعاب المحكم إن وجدت.
٣/٩ شرط التحكيم هو التزام طرفي عقد أو اتفاقية بإخضاع النزاعات التي تتولد عنهما للتحكيم، فإذا أدرج في أي اتفاقية أو عقد شرط التحكيم فإنه يكتفى به عن الاتفاق عند نشوء النزاع .
٤/٩ يجب على المحكم تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وإذا قيد المحكم بقانون معين فيجب عليه عدم مخالفة أحكام الشريعة.
٥/٩ يحق لطرفي التحكيم تقييد التحكيم بأي شرط مشروع يتعلق به غرض صحيح لهما ، مثل إنجاز الحكم في زمن معين ، أووفقاً لمذهب معين أو قانون معين لا يخالف الشريعة الإسلامية ، أو استشارة خبراء يتم تعيينهم بالاسم أو الصفة ولا يلزم المحكم برأي الخبراء.

---

(١) يشترط في المحكمين بحسب الأصل شروط القضاء شرعا ومنها الحياد، ويغتفر عند الحاجة تخلف بعض شروطه، مثل شرط الإسلام، على أن يكون حكم غير المسلم بما لا يخالف الشريعة.
(٢) مستند التحكيم: هو الوثيقة التي يوقعها طرفا النزاع بالمصير للتحكيم عند نشوبه.
(٣) اتفاق التحكيم: هو الشرط أو العقد السابق لنشوب النزاع، بالمصير إلى التحكيم عند نشوبه.

٦/٩ إذا انتهى الأجل المحدد لإصدار الحكم دون صدوره اعتبر المحكم معزولاً إلا بموافقة طرفي النزاع على تمديد الأجل، ويعتبر لبدء المدة تاريخ اكتمال توقيع مستند التحكيم من جميع المحتكمين، ولانتهائها توقيع قرار التحكيم من جميعهم.

٧/٩ يصح شرعاً عقد التحكيم شفوياً ، وينبغي في المؤسسات توثيق مستند الحكم كتابياً [١].

٨/٩ لا يشترط الإشهاد على الموافقة على التحكيم في مستند التحكيم ، ولكن الأولى الإشهاد.

١- طرق الحكم ، والإجراءات والإثبات في التحكيم:

١/١٠ يحق للمحكم الأخذ بجميع طرق الحكم المقبولة في القضاء، مثل الإقرار، والبينة (الشهادة) ، والتحليف، والحكم بالنكول، ولا يحق له الحكم بعلمه الشخصي . وإذا رد المحكم الشهادة لم يمتنع قبولها في تحكيم آخر أو في القضاء وإنما يمتنع قبولها إذا ردت في القضاء.

٢/١٠ يحق للمحكم طلب الوثائق والمستندات وكل ما يتعلق بموضوع النزاع أو صور عنها بعد مقارنتها بأصولها مع إطلاع الطرفين عليها لإبداء رأيهما فيها. كما يحق له طلب إفادات شفوية أو مكتوبة من طرفي النزاع أو من الشهود والرجوع إلى الخبراء عند الحاجة.

٣/١٠ لا يطلب في التحكيم تطبيق الأصول الإجرائية المطلوبة في القضاء ، كما لا يلزم المحكم التقيد بالقوانين ما لم تكن من النظام العام.

٤/١٠ لا يقتصر المحكم على قواعد الإثبات المنصوص عليها قانوناً، بل يحق له الاستناد إلى أي دليل آخر لا يتنافى قبوله مع أحكام الشريعة.

٥/١٠ يصدر قرار التحكيم بالإجماع، أو بالأغلبية، وإذا تساوت الأصوات يرجح الطرف الذي فيه الرئيس، وإذا كان في مستند التحكيم أو لوائح الجهة المحكمة ما ينظم ذلك على وجه آخر فيلتزم به.

٢- إصدار قرار التحكيم

١/١١ يشترط لصحة قرار التحكيم اتفاق الحكم مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية.

٢/١١ ينبغي أن يتضمن قرار التحكيم النهائي الفصل في جميع نقاط النزاع وتحديد حقوق أطرافه على أساس العدل. وإذا اقتصر المحكم على معالجة بعض جوانب النزاع فإن التحكيم لا يكون تاماً لعدم إغنائه طرفي النزاع عن الرجوع للقضاء. ولهم مطالبة المحكم باستكمال القرار بقرار تحكيم إضافي للفصل في النقاط التي لم يعالجها القرار الأصلي.

٣/١١ لا يجوز تجاوز موضوع النزاع، وتعتبر القضايا الخارجة عنه ليست من صلاحيات المحكم ، إلا إذا وافق طرفا النزاع على إلحاقها بموضوع التحكيم.

٤/١١ يجوز للمحكم ، بناء على تقديره أو بطلب طرفي النزاع، إصدار تفسير لقرار التحكيم، وكذلك تصحيح الأخطاء المادية[٢] التي وقعت فيه.

٥/١١ يحق للمحكم تجزئة إصدار القرار بإصدار قرارات تمهيدية أو جزئية أو تحديد المسؤولية دون تقدير التعويض.

٦/١١ الأولى بيان المستند الشرعي و القانوني لقرار التحكيم (التسبيب) وليس شرطاً إلا إذا كان القانون يشترط ذلك.

---

(١) يصح شرعا عقد التحكيم شفويا ، ولكن الأولى -ولا سيما في المؤسسات- توثيقه كتابيا، لأن القضاء لا يعترف به إلا مكتوبا وموقعا من المحكمين وأطراف النزاع.

(٢) الأخطاء المادية: ما وقع سهوا في الأسماء أو الأرقام، إذا دلت القرينة أو المستندات على وجه التصحيح.

٧/١١ الأصل إصدار قرار التحكيم في مجلس يضم المحكمين إن كانوا متعددين أو أكثرهم بعد دعوتهم، ويمكن إصداره بالتمرير بعد إعداده من المحكم الفيصل أو رئيس هيئة التحكيم أو أحد المحكمين بتكليف منهم وإرساله إلى باقي المحكمين لإقراره شريطة تحقق الإجماع في حالة التمرير.

٨/١١ يصدر قرار التحكيم بتوقيع جميع المحكمين في حال تعددهم بمن فيهم المعارضون مع إثبات تحفظهم أو معارضتهم، ويمكن توقيعه من أكثرية المحكمين مع بيان سبب عدم توقيع الآخرين، شريطة صدور القرار بمعرفتهم جميعاً من خلال محضر جلسة إصدار القرار.

٩/١١ يشتمل قرار التحكيم على نص الحكم وأسماء طرفي النزاع وهوياتهم وعناوينهم والإشارة إلى مستند التحكيم وتاريخه، وملخص موضوع النزاع وملخص ادعاءات طرفي النزاع ومستنداتها، وأسماء الشهود والخبراء المستعان بهم إن وجدوا، وأسماء المحكمين إن كانوا متعددين، ومكان إصدار القرار، وتاريخه، وتواقيع المحكمين، وكذلك توقيع طرفي النزاع إن أمكن، وأسباب القرار إلا إذا تضمن مستند التحكيم الإعفاء من بيانها ولم يوجد اشتراط قانوني.

١٠/١١ لا يشترط إصدار قرار التحكيم في مواجهة طرفي النزاع وإن كان الأولى إصداره بحضورهما لاختصار إجراءات التبليغ.

١١/١١ الأولى تذييل القرار بالطلب أو التوصية للجهات القضائية والجهات الرسمية المختصة لتنفيذ قرار التحكيم بجميع الوسائل النظامية المتبعة.

١٢/١١ لا يشترط رضا طرفي النزاع بقرار التحكيم، وهو ملزم لهما تلقائياً ما لم يتم نقضه لمخالفته أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام.

١٣/١١ يجوز أن يصدر قرار التحكيم بالصلح [١] بضوابطه الشرعية أو بالتسوية الاتفاقية[٢].

١٢-إبلاغ قرار التحكيم، ونفاذه

١/١٢ ينبغي إبلاغ طرفي النزاع بقرار التحكيم بالطرق المعتادة، ما لم يحدد مستند التحكيم أو متطلب قانوني طريقة معينة للإبلاغ، ويتم إبلاغهما مع التوقيع عليه.

٢/١٢ لا يشترط لنفاذ التحكيم الإشهاد على إبلاغ طرفي النزاع قرار التحكيم أو على رضائهما به، لكن الأولى الإشهاد لتجنب المنازعة.

٣/١٢ لا يشترط لنفاذ التحكيم التسجيل الرسمي لقرار التحكيم أو إيداعه في المحكمة المختصة، والأولى إجراء ذلك إذا كان إعطاء الصفة التنفيذية له قانونا يتطلب التسجيل أو الإيداع مع مراعاة المواعيد المحددة لذلك

٤/١٢ إذا كتب قرار التحكيم بأكثر من لغة فيجب تحديد اللغة المعتمدة عند الاختلاف.

٥/١٢ ينبغي تسليم نسخة موقعة من القرار لكل طرف من طرفي النزاع، مع احتفاظ كل واحد من المحكمين إذا كانوا متعددين بنسخة موقعة.

١٣-تنفيذ الحكم (الصيغة التنفيذية للحكم) ، أو نقضه

١/١٣ الأصل أن يتم تنفيذ الحكم من المحتكمين طواعية، فان أبى أحد المحتكمين يحق للآخر رفع الأمر إلى القضاء لتنفيذه وعليه لا يصار إلى التحكيم إذا كان لا يمكن تنفيذه.

٢/١٣ يجوز الرجوع إلى المحاكم التي لا تلتزم بالأحكام الإسلامية لإعطاء الصفة التنفيذية لقرار التحكيم الشرعي.

---

(١) الصلح: طلب التنازل عن بعض ما يراه المحكمون حقا لأحد أطراف النزاع. يمنع اتخاذه إذا كان أحد أطراف النزاع وكيلاً إلا بتفويض خاص بذلك. والأولى أن يستند إصدار قرار الصلح إلى النص الصريح في مستند التحكيم بصلاحية المحكمين للحكم بالصلح.

(٢) التسوية الاتفاقية: وهي اتفاق أطراف النزاع على تسوية النزاع -خارج مهمة التحكيم- على نحو يقبلونه ويطلبون من المحكمين إصدار قرار بتلك التسوية، وعلى المحكمين إجابة طلبهم ما لم تكن التسوية على وجه غير مشروع أو مخالفة للنظام العام.

٣/١٣ ليس للمحكم الرجوع عن حكمه إلا إذا صرح بأنه أخطأ فيه فله حينئذ إلغاؤه أو تعديله بمقتضى الشريعة وما يحقق العدل.

١٤-مصروفات التحكيم، وأجور المحكم

١/١٤ يحق للمحكم إذا لم يكن متطوعاً أو موظفاً عاماً مخصصاً للتحكيم الحصول على أجرة (أتعاب) عن مهمة التحكيم يتم الإعلان عن مقدارها أو نسبتها في شروط التحكيم المؤسسي[١] أو يتفق عليها في مستند التحكيم.

٢/١٤ إذا كانت هناك مصروفات انتقال المحكم أو الشهود أو الخبراء أو مصروفات طباعة ... الخ أو أجور للمحكم (أتعاب) فيجب النص في القرار على الطرف الذي يتحملها، مع مراعاة أن المصروفات الناشئة عن طلب أي طرف يتحملها بمفرده، والمصروفات المشتركة تقسم على أطراف النزاع ما لم يثبت سوء النية أو التسبب الضار فيها من أحدهم فيتم تحميلها له، هذا ما لم يتم الاتفاق على تحميل المصروفات والأتعاب لأحد الطرفين أو للمحكوم عليه.

١٤- تاريخ إصدار المعيار

صدر هذا المعيار بتاريخ ٣٠ شعبان ١٤٢٨هـ = ١٢ أيلول (سبتمبر) ٢٠٠٧م.

(١) التحكيم المؤسسي: هو اختيار مؤسسة تضم مؤهلين للتحكيم، للفصل في النزاع، وحينئذ لا يشترط تعيين شخص المحكم.