مما سبق فإن المواقف التي اعتبرها مجلس الأمن تمثل تهديداً للسلم والأمن الدوليين أو تخل بهما متعددة، وبعضها من حيث الوقائع ومن حيث المنطق لا يمكن اعتباره من مهددات الأمن والسلم الدوليين، إذ أنها لا تتعدى أن تكون قضايا داخلية تخص الدول التي وقعت بها أو أنها قضايا تسليم مجرمين، وهذا النوع من القضايا له قواعد وضوابط أُخرى حددتها القوانين الدولية والداخلية، إلا أنه من الواضح أن مجلس الأمن يتأثر بما تمارسه بعض الدول دائمة العضوية من نفوذ كالولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وفرنسا وروسيا والصين حسب مصالح كل دولة، مما يؤثر على حيادية قراراته فيما يعتبر مهدداً للسلم والأمن الدوليين وما لا يعتبر كذلك .

بتتبع كل ما سبق وما جاء به القانون الدولي من قواعد لحفظ الأمن والسلم الدولي يمكن تلخيص قواعد حفظ السلام في القانون الدولي العام المعاصر على النحو التالي:

١- حل النزاعات عن طريق الوسائل السلمية، كالمفاوضات والوساطات والتحكيم والوسائل القضائية وغيرها من الوسائل السلمية التي تؤدي إلى تجاوز الخلاف وحل النزاع والاجتهاد في ذلك بكل الوسائل بما فيها تدخل المنظمات و الوكالات الإقليمية للمساهمة في حل النزاع حتى لا يصبح مهدداً للسلم والأمن الدوليين.

٢- استخدام وسائل الضغط غير العسكرية لإعادة الأمور إلى نصابها وذلك من خلال استخدام المقاطعة الاقتصادية وقطع سبل التعاون والاتصال مما يؤدي إلي عزلة الدول المتنازعة والتفكير في العودة إلى الشرعية الدولية ونبذ الخلاف .

٣/ استخدام الوسائل العسكرية والقتال بكل الوسائل بمختلف أنواعها، الجوية والبحرية والبرية، لإرغام الدول المتنازعة على ترك ما يعتبر مهدداً للسلم والأمن الدوليين وفرضه بالقوة.

المبحث الرابع

المقارنة بين قواعد حفظ السلام في الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الدولي

المطلب الأول: المقارنة من حيث الموضوع:

بالاستناد إلى ما توصلت إليه الدراسة من قواعد لحفظ السلام في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام يمكن الإقرار بكل موضوعية بأن الشريعة الإسلامية قد سبقت النظم القانونية الوضعية في إيجاد منظومة متكاملة من قواعد حفظ السلام وأقرت لها من الضوابط والقواعد ما يضمن فعاليتها في تحقيق الأمن والسلم الدوليين، وذلك من خلال التربية السلوكية للفرد المسلم وعلاقته بغيره من أفراد المجتمع المسلم أو علاقته بغير المسلمين، كما أن الشريعة الإسلامية اهتمت بالجماعة وحثت على تعاون الأفراد وتعاضدهم واجتماعهم على البر والتقوى ليشكلوا مجتمعاً يسوده الإخاء والمحبة والتعاون والسلام، وينهى عن كل ما من شأنه أن يضعف من قوته، ولابد أن القوانين المعاصرة قد تأثرت بما جاء به التشريع الإسلامي من خلال الفتوحات الإسلامية والقوافل الدعوية والتجارية مما ترك أثراً على العديد من الثقافات المعاصرة .

ولقد أورد ذلك بعض الكُتاب المعاصرين وفقاً لذلك: (يرى كثير من الباحثين أن العرب كانوا في طليعة الأمم التي حرمت الحرب في العلاقات الدولية وحبذت اللجوء إلى الوسائل السلمية لتسوية النزاعات الدولية ، فقد ورد في القرآن الكريم قوله تعالى:﴿وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّـهِ فَإِن فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّـهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾[1]، ويفهم من هذه الآية أنه إذا نشب نزاع بين فئتين من المؤمنين وجب على بقية المؤمنين أن يسعوا إلى تسوية النزاع بالوسائل السلمية والعادلة، فإن أخفقت في وساطتها، بسبب تعنت أحد الطرفين وعدم قبوله الحل السلمي، كان على هؤلاء

(١)-سورة الحجرات، الآية (٩).

المؤمنين مقاتلة الطرف الباغي، فإن رضخ بعد التدخل الجماعي المسلح كان على المؤمنين إيقاف القتال وإلزام الطرق المتعنت قبول التسوية السلمية)[1] .

ونلاحظ استخدام وصف العرب بدلاً من المسلمين وهذا الخطأ أصبح شائعاً حيث أن كثير من الباحثين أرتبط عنده الإسلام بالعرب بالرغم من عالمية الرسالة الإسلامية حيث أن الرسول ﷺ بُعث للناس كافة إذ يقول المولى عز وجل في محكم التنزيل: ﴿قُل يا أَيُّهَا النّاسُ إِنّى رَسولُ اللَّـهِ إِلَيكُم جَميعًا الَّذى لَهُ مُلكُ السَّماواتِ وَالأَرضِ لا إِلـهَ إِلّا هُوَ يُحيى وَيُميتُ فَآمِنوا بِاللَّـهِ وَرَسولِهِ النَّبِيِّ الأُمِّيِّ الَّذى يُؤمِنُ بِاللَّـهِ وَكَلِماتِهِ وَاتَّبِعوهُ لَعَلَّكُم تَهتَدونَ﴾[2] ،وفي موضع أخر قال الحق تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِّلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا وَلَـكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾[3].

فرسالة الإسلام كرسالة سماوية خاتمة نزلت للناس جميعاً عرباً وعجماً، إلا أن الدين الإسلامي ارتبط بجزيرة العرب كونها مهبط الوحي وموطن الرسول ﷺ، لذا اختلط على بعض من الباحثين استخدام كلمة العرب بدلاً من المسلمين، ونستدل على ذلك بما أوردناه أعلاه من أحكام شرعية إسلامية تخص البشرية جمعاء، وإلى ذلك نخلص إلى أن هنالك اتفاقاً بين ما جاءت به الشريعة الإسلامية من أحكام وقواعد لحفظ السلام والأمن في المجتمع مع ما وضعه فقهاء القانون الدولي المعاصر يتمثل في الآتي :

أولاً: نبذ الخلاف والنزاع بين أعضاء المجتمع، والدعوة إلى بسط السلام والأمن والاستقرار.

ثانياً: الأصل حل أي نزاع حال نشوبه بالوسائل السلمية المختلفة من مصالحة وتفاوض وتحكيم ونصح وقضاء وغيره من الوسائل السلمية الأخرى.

(١)- القانون الدولي العام ،د.محمد المجذوب، مرجع سابق، ص٦٧٥.

(٢)- سورة الأعراف، الآية (١٥٨).

(٣) - سورة سبأ، الآية (٢٨) .

ثالثاً: إذا لم يمتثل طرفي النزاع أو أحدهما للحلول السلمية للنزاع ويلتزم بالشرعية وجب على أطراف المجتمع أن يستخدموا وسائل الضغط والإكراه لإعادته إلي حظيرة الجماعة بما في ذلك استخدام القتال والقوة العسكرية.

رابعاً: عدم الإفراط في استخدام القوة، واستخدام القوة على قدر الحاجة لفض النزاعات ثم العمل على الإصلاح بين المتقاتلين لتجنب القتال مستقبلاً.

وإلى ذلك فإن القانون الدولي المعاصر من حيث القواعد الموضوعية قد وافق ما هو موجود أصلاً من قواعد أرستها الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: المقارنة من حيث التطبيق:

إذا كان هنالك اتفاق عند مقارنة ما جاءت به الشريعة الإسلامية وما وضعه القانون الدولي العام المعاصر من قواعد موضوعية، فإنه من حيث التطبيق نجد اختلافاً بين قواعد التطبيق في الشريعة الإسلامية وما جاء به القانون الدولي المعاصر ويظهر ذلك في الآتي :

أولاً: تمنع الشريعة الإسلامية موالاة غير المسلمين في مقاتلة المسلمين حتى لو كان الغرض من ذلك حفظ السلام والأمن الدوليين، ولا يشرع للمسلمين أن يتعاونوا مع غيرهم ضد طرف مسلم آخر بأي طريقة من الطرق التي تُيسر لغير المسلم مقاتلة المسلم مثل: استخدام الأجواء وفتح الطرق والسماح للقوات غير المسلمة بعبور أراضي المسلمين لمقاتلة طرف آخر مسلم، وإذا حدث نزاع بين فئتين مسلمتين وجب على الأطراف المسلمة الأخرى التدخل العادل لإزالة أسباب النزاع سواء كان عبر الوسائل السلمية أو عن طريق القتال إذا استدعى الأمر ذلك، حتى تعود الفئة الباغية إلى حكم الله[1].

ثانياً: ثبت من خلال تقارير عديدة أوردتها منظمات إنسانية دولية أن قوات حفظ السلام التابعة للأمم المتحدة قد قامت بانتهاكات كثيرة لحقوق الإنسان، وقامت بممارسات غير أخلاقية عديدة تمثلت في الاغتصاب والاعتداء الجنسي

(١)- فقه السنة ، السيد سابق ، مرجع سابق ، ص١٢ .

بحق نساء وفتيات وأطفال قُصَّر، بالإضافة إلى حالات النهب واستغلال السكان المحليين في الدول التي ينتشرون فيها مقابل الطعام والمال، ولقد عدد تقرير لمنظمة اللاجئين الدوليين عدة دول حدثت بها انتهاكات جنسية على النساء والأطفال منها هاييتي وليبيريا والكونغو والبوسنة والهرسك و كمبوديا وتيمور[١].

ومن الطبيعي أن تنتفي هذه التصرفات والانتهاكات حال كانت قوات حفظ السلام من الدول المسلمة، ومن ثم فإن فرص حل النزاعات وحفظ السلام بين الأطراف المسلمة يكون أعلى درجة، وذلك لأن الإسلام حَرَّم الاعتداء والظلم وهتك الأعراض والنهب، وشَدَّد في العقوبة على من يقترف أي من هذه التصرفات والانتهاكات في الدنيا من خلال العقوبات الشرعية التي يطبقها ولي الأمر المسلم على رعيته ،أو من خلال العقوبة الأخروية، التي تجعل المسلم يُحْجِم عن ارتكاب مثل هذه المعاصي التي تعرضه لغضب الله وعذاب جهنم يوم القيامة[٢].

ثالثاً: اختلاف دوافع التدخل لحل النزاعات بين أطراف النزاع ، فالشريعة الإسلامية توجب تدخل أطراف ليسوا طرفاً في النزاع في قتال الفئة الباغية لإعادتها إلى جادة الصواب، وتدعو إلى استخدام الوسائل السلمية لحل النزاعات بين فئات المجتمع المسلم، من مناصحة ومفاوضة وإصلاح وقضاء دون بغضاء أو شحناء إنما بالعدل والقسط، وإذا تطلب الأمر استخدام القوة لحل النزاع وردع الفئة الباغية فإن القوة تستخدم بالقدر الذي يعيد هذه الفئة إلى طريق الحق فإن فاءت فعليهم الإصلاح بين أطراف النزاع لإعادة الوضع إلى ما كان عليه من استقرار وسلام، أما بالنسبة للقانون الدولي العام فإن التدخل قد تقتضيه المصالح المشتركة للدول مما يؤثر في الموازيين التي تحدد القوة المستخدمة ض النزاع فقد تتأثر القوات المستخدمة لحفظ السلام وفض النزاعات

(١)- تقرير منظمة اللاجئين الدوليين،الشبكة الدولية للمعلومات،على الرابط التالي http://dw.com/p/6hA2 بتاريخ 16/05/2015.

(٢)-التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج ، وهبة الزحيلي، طبعة دار الفكر المعاصر، بيروت ١٩٩١م، ص١٨٨ .

بعلاقتها بالدول المتنازعة أو بمصالحها مع الدول العظمى التي تؤثر في ميزان العدل الدولي.

رابعاً: إن قواعد حفظ السلام في الإسلام تصلح للتطبيق في جميع الحالات أي في النزاعات الداخلية أو الدولية إذ أن هذه القواعد هدفها صد العداءات والخلافات والنزاعات بين أعضاء المجتمع الواحد وهي قواعد شرعها الله سبحانه وتعالى وهو أعلم بمصالح خلقه منهم، فكانت قواعد الشريعة الإسلامية أكثر دقة وانضباطاً وأيسر تطبيقاً على الواقع خاصة وأن الذين ينفذون هذه القواعد يؤمنون بأنها دين واجب الإتباع ، يراعون فيها مرضاة الله ويتجنبون سخطه.

استناداً إلى ما سبق وفي ظل ما يمر به العالم الإسلامي اليوم في العراق و وسوريا وأفغانستان والصومال وليبيا واليمن وغيرها من الدول المسلمة، تظهر الحاجة الماسة لإيجاد منظومة تتوحد فيها الدول الإسلامية في ظل كيان واحد عودةً لأصل الدولة الإسلامية، وأن يكون لهذا الكيان شرعية وآلية جدية تُمَكِّنُه من حل النزاعات بين جميع أطراف المنظومة، وفقاً لما أوجبته الشريعة الإسلامية من قواعد وضوابط، عندئذ ستكون مساعي حل النزاعات بين هذه الدول أكثر فاعلية، و ستكون أكثر قبولاً لدى أطراف النزاع، فهي بمثابة إتباع للدين الحق واحتكام لما حكم الله به ورسوله، تحقيقاً للعدالة والإخاء والتعاون بين المسلمين في كل أنحاء المعمورة، وتأكيداً لوحدة الأمة الإسلامية التي قال عنها ﷺ : (مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى)[1] ، وامتثالاً لقوله تعالى:﴿كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّـهِ وَلَوْ آمَنَ أَهْلُ الْكِتَابِ لَكَانَ خَيْرًا لَّهُم مِّنْهُمُ الْمُؤْمِنُونَ وَأَكْثَرُهُمُ الْفَاسِقُونَ﴾[2].

(١)-صحيح البخاري،أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، مرجع سابق ص٤٥٤.

(٢)-سورة آل عمران، الآية (١١٠).

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وبمنه وكرمه يكون التوفيق والسداد، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيد الأوليين والآخرين سيدنا محمد بن عبد الله النبي الأُمي الأمين وعلى آله وصحبه أجمعين.

لقد حاولت في هذه الدراسة الوقوف على الضوابط والقيود التي أتت بها الشريعة الإسلامية، وما ورد في القانون الدولي العام من قواعد تحكم آليات حفظ السلام الدولي، فقمت بإتباع المنهج الاستقرائي التحليلي للمقارنة بين ما جاء في التشريع الإسلامي حول حفظ الأمن والسلام في المجتمع المسلم، سواء أن كان فيما يخص علاقة المسلمين ببعضهم، أو فيما يخص علاقتهم بغيرهم، وما جاء من قواعد أقرها القانون الدولي العام المعاصر فيما يخص هذا الموضوع .

النتائج

أولاً: لقد سبق الإسلام جميع التشريعات الوضعية في إيجاد منظومة متكاملة لحفظ السلم والأمن في المجتمع الواحد، وهو نظام لا يتأثر بما يسود في عالم اليوم من انتهاكات للحقوق، ولا بالمصالح الدنيوية التي أثرت على منظمات المجتمع الدولي الحالي.

ثانياً: إن المجتمع المسلم يُبنى على الإخاء والمودة والتعاون على البر والتقوى، وينبذ الفرقة، والتنازع والاختلاف فيما بين المجتمع الواحد، وأن التشريع الإسلامي شمل على الكثير من القواعد والضوابط الشرعية التي تؤدي إلى تكوين مجتمع معافى لا ظلم فيه ولا فساد.

ثالثاً: أن الأصل في علاقة الجماعة المسلمة بغيرها هو السلم، ما دامت هذه الجماعات تلتزم بالضوابط والقواعد التي تبينها الشريعة الإسلامية، وجعلتها أساساً للتعايش السلمي بين المسلمين وغيرهم، والتي تضمنتها مصادر التشريع الإسلامي المختلفة.

رابعاً: أن القتال في الإسلام ليس غاية، ولا وسيلة لإكراه الناس على إتباعه بالقوة وحد السيف كما يدعي البعض، إنما هو ضرورة يلجأ إليها المسلمون منعاً للعدوان عليهم، وتأميناً لنشر الدعوة الإسلامية، ومناصرة فيما بينهم ضد أعدائهم .

التوصيات

١- تأصيل مناهج الدراسة فيما يخص حفظ الأمن والسلم الدوليين في جامعات الدول الإسلامية لما في التشريع الإسلامي من مبادئ سامية في هذا المجال.

٢- على الدول الإسلامية العمل على إيجاد تنظيم ملزم لجمع الدول الإسلامية، وذلك لتحكيم مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعدها فيما يخص علاقات المجتمع الإسلامي فيما بينه وعلاقته بغيره.

٣- على الدول المسلمة السعي لإنشاء معهد أو مركز للقانون الدولي العام لنشر المبادئ والقواعد التي جاء بها التشريع الإسلامي فيما يخص العلاقات الدولية.

٤- على الدول الإسلامية السعي لإيجاد حلف عسكري فيما بينها للاستفادة من إمكانيات الدول الإسلامية مجتمعة لرد العدوان الخارجي وبسط الأمن الداخلي من خلال تأديب الفئة الباغية.

٥- على الباحثين طرق هذا الموضوع فما زالت هنالك جوانب تحتاج لمزيد من البحث والدراسة.

المصادر والمراجع:

القرآن الكريم

١- تفسير القرآن العظيم، عماد الدين إسماعيل بن عمر بن كثير، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون تاريخ طبع، ١٩٨٢.

٢- صفوة التفاسير، محمد علي الصابوني، بدون رقم طبعة وتاريخ.

٣- التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، دوهبة الزحيلي، ط دار الفكر المعاصر، بيروت١٩٩١م.

٤- نحو تفسير موضوعي لسور القرآن الكريم ، الشيخ محمد الغزالي، ط دار الشروق القاهرة، ١٩٩٧م.

٥- أيسر التفاسير كلام العلي الكبير وبهامشه نهر الخير، أبوبكر جابر الجزائري، راسم للطباعة والنشر، ط٤ ، بدون تاريخ .

كتب الحديث :

٦- صحيح البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بردزبه البخاري ، تحقيق الشيخ قاسم الشماغي، شركة دار الأرقم للطباعة والنشر بيروت، لبنان، ط٣، ١٩٩٧.

٧- صحيح مسلم ،لابي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري،تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، دار الفكر ،بيروت ١٤٠٣هـ .

٨- سنن آبي داؤود ،سليمان بن الأشعث السجستاني، إعداد وتعليق عزت عيد دعاس وعادل السيد ، دار الحديث ، ط١ ١٣٨٨هـ .

كتب الفقه:

٩- المغنى،للشيخ الإمام موفق الدين ابي محمد عبدالله بن احمد بن قدامة ، دار الفكر ، بيروت١٩٨٤م.

١٠- فقه السنة، السيد سابق، مكتبة دار التراث، القاهرة، بدون رقم طبعة وتاريخ.

١١- مختصر الفقه الإسلامي، محمد إبراهيم التويجري، مطابع موسى يونس،جدة،ط٩،د ت.

١٢- جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، للشيخ صالح عبد السميع الأبي الأزهري، دار إحياء الكتب العربية، بدون تاريخ ورقم طبعة.

١٣- حاشية الشرق على تحفة الطلاب بشرح تحرير وتنقيح للباب لشيخ الإسلام أبي يحي زكريا الأنصاري، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت لبنان، بدون تاريخ ورقم طبعة .

١٤- شرح الكبير على متن المقنع ، عبدالرحمن بن محمد بن احمد بن قدامة ،دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بدون تاريخ ورقم طبعة .

١٥- نصب الراية لأحاديث الهداية ، جمال الدين أبي محمد عبدالله بن يوسف الزيلعي، دار الحديث، القاهرة ،بدون تاريخ ورقم طبعة.

١٦- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط٢ ١٤٠٢هـ .

كتب اللغة :

١٧- لسان العرب، لجمال الدين محمد مكرم بن منظور الأفريقي، دار صادر، بيروت،د ت.

١٨- مختار الصحاح ، لمحمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، بيروت ، لبنان،د ط،د ت.

السيرة:

١٩- السير للشيباني، ج١ ،ص٩٩ ط الدار المتحدة للنشر ، بيروت ط١٩٧٥،١م.

٢٠- السيرة النبوية لابن هشام الجزء الثالث ص٢٤ ،دار الحديث، القاهرة،ط١٩٩٦.

٢١- فقه السيرة النبوية مع موجز تاريخ الخلافة الراشدة- ص٣٥٠،دار الفكر المعاصر بيروت.

القانون:

٢٢- ام الأمن الجماعي في القانون الدولي، عبدالله محمد آل عيون، دار التيسير ، عمان ، بدون رقم طبعة، بتاريخ ١٩٨٥ .

٢٣- تدخل الأمم المتحدة في النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، د.سعد عبدالرحمن ، دار التيسير ، عمان ، ط١ ، ١٩٨٥م .

٢٤- السلام والحرب في الإسلام، مجيد قدوري، الدار المتحدة للنشر، بيروت ١٩٧٥م.

٢٥- القانون الدولي العام،د.محمد المجذوب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط٥، ٢٠٠٤م.

٢٦- الجزاءات الدولية بين النظرية والتطبيق ، د.السيد أبو عطية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، مصر ، الإسكندرية ، بدون رقم طبعة وتاريخ .

مواقع إلكترونية:

27-ARA News © 2014.

28-http://aranews.org/2015/04 23/05/2015.03:07pm

٢٩- تقرير منظمة اللاجئين الدوليين - http://dw.com/p/6hA216/05/2015

اتفاق التحكيم صوره وشروط صحته

د. يوسف زكريا عيسى أرباب[۞]

۞- أستاذ مساعد، كلية الشريعة والقانون، جامعة الجزيرة.

ملخص البحث

يسعى الباحث من خلال هذا البحث بالتحقيق والتأصيل لبيان اتفاق التحكيم صوره وشروطه، وذلك من خلال المدوّنات الفقهية والقانون الوضعي، حيث درس الباحث بالتحليل تعريفات التحكيم واتفاق التحكيم، فالتحكيم يعنى العملية التحكيمية بكاملها من اتفاق وإجراءات، بينما اتفاق التحكيم ينحصر في شرط التحكيم والمشارطة، وهما صور اتفاق التحكيم، وقد تناول مشارطة التحكيم (العقد التحكيمي) والتي هي ليست من العقود المسماة، فبيّن منهجية الفقهاء في التعامل مع العقود الجديدة المستحدثة، كذلك تناول شرط التحكيم مقارناً له بالشرط المقترن بالعقد لمعرفة صحة هذا الشرط من عدمها، كما تناول الباحث حكم اتفاق التحكيم مبيناً شروط صحة اتفاق التحكيم، وسلك الباحث المنهج الاستقرائي التحليلي حيث توصل الباحث إلى جملة من النتائج والتوصيات ومنها:

١- الخروج بتعريف شامل لاتفاق التحكيم يستوعب جميع العناصر والصور الرئيسة لمصطلح اتفاق التحكيم وهو اتفاق ذوي الشأن بمناسبة عقد مدني، تجاري أو بدون عقد بمقتضاه يتم عرض نزاع معيّن قائم بالفعل أو منازعات مستقبليه تثور بصدد تفسير هذا العقد أو صحته أو تنفيذه على أشخاص تتوافر فيهم الثقة والنزاهة والحيدة ليتولوا هم النزاع دون اللجوء لمحكمة الدولة المختصة أصلاً بنظر النزاع.

٢- الفقه الإسلامي لا يضيق باتفاق التحكيم بصورتيه (شرط التحكيم ومشارطة التحكيم) وباعتبارهما وسيلة لفض النزاع وفيه منفعة للعاقدين، أو تحقق لهما سرعة وكفاءة الفصل في النزاع.

٣- شرط التحكيم شرط صحيح حتى عند من يضّيقون من نطاق الشروط العقدية كالأحناف لأنّه شرط يقتضيه العقد، ويلائم مقتضاه ولو كان سابقاً للنزاع، اذ لا يتضّمن غرراً ولا مقامرة وليس فيه زيادة منفعة لأحد العاقدين ولا يتضّمن ربا فضلاً على ذلك أنّه جرى به التعامل فصار عرفاً.

ومن أهم التوصيات:

١- يوصي الباحث بالاهتمام بكتب الفقه الإسلامي ومعرفة النوازل وإيجاد النظائر لها في كتب الفقه الإسلامي القديمة ثم استخراج الأحكام بناءً على ذلك.

٢- يوصي الباحث الأشخاص باللجوء لاتفاق التحكيم بصورتيه في معاملاتهم كوسيلة لحسم النزاعات فيما بينهم، لما فيه من سرعة وكفاءة الفصل في النزاع.

٣- يوصى الباحث بالعناية والدراسة لقواعد الفقه الكلية والتي يمكن من خلالها التعرّف على كنوز الفقه الإسلامي وبناء الجزئيات على الكلّيات.

Abstract

The researcher through this study seeking to investigate the clarification of arbitration conformity, the types and conditions, among the Fegh records (Islamic legislation) and postural laws, where the researcher study analytically the definitions of arbitration and arbitration conformity. So, arbitration meaning is arbitrational operation completely like conformity and procedures, but arbitration conformity limited on arbitration conditions and stipulation which are the forms of arbitration. The researcher tackles arbitration Musharata or stipulation (arbitrational contract) which is not from the named contracts, so the researcher clarified the legislator's methods in dealing with the new modern contracts, and tackles the arbitration conditions compared with accompanying condition with contract to know the adjustment of this condition. The researcher also deals with the rule of arbitration conformity clarifying the conditions of the accurate arbitration conformity. In this study the researcher uses the analytical inductive method and then find out many results which are:

1- Emerging by comprehensive definition of arbitration conformity includes all elements and main forms of the arbitration conformity term, which is the compliance of the concerned parties for civil, commercial contract or non-contract by which reflect a determinate existence conflict or expected

conflicts can emerged by interpretation, or rectification or implementation of the contract with trust and integrity persons to preside this conflict without returning to the state court.

2-The Islamic Figh opening to enclose the arbitration conformity on its both forms (arbitration conditions and arbitration stipulation) as it considered a means to stop conflict and have a benefit for the contractors addition to the efficiency to discontinue conflict.

3-Arbitration condition is a corrected term even for those who don't want the contracting conditions like Ahnaf, because emerged or imposed by contract, and be suitable with its term even before conflict, because it doesn't includ proclamation or threat or any other benefit for anyone as it haven't any usury, moreover is a custom.

The study recommendations are:

*The researcher recommends by interesting and aware by Islamic legislation and be acquainted with previous cases and find the similarity on the traditional Islamic legislation and emerging the arbitrations.

*People must Return to conformity of arbitration on its both forms as a mean of decisively deal with existing or future conflict byhurry in efficiency in deciding the dispute.

*Interesting to study the total juristic rules through it can aware by Islamic legislation and building the particles based on colleges.

مقدمة

الحمد لله حمد المتذللين لجلاله، الطامعين في جزيل نواله، الشاكرين لأنعمه وأفضاله ثم الصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، الذي أرسى قواعد الحق وأقام بين الناس العدل، وبعد:

فقد أضحت للتحكيم كوسيلة من وسائل فض المنازعات أهمية لا تخفي على أحد من رجال الفقه والقانون ورجال المال والأعمال، وقد درج هؤلاء في الغالب الأعظم على الاشتراط في تعاقداتهم على حسم أي نزاع ينشأ بينهم مستقبلاً بشأن هذه العقود عن طريق التحكيم، كذا الذين لم يتفقوا على ذلك من قبل فعند نشوء النزاع يتم الاتفاق على حسمه عن طريق التحكيم، سواء كان النزاع منظور أمام المحكمة أم لم يتم عرضه عليها بعد بواسطة أحد المتنازعين، وهو ما تعارف عليه باسم اتفاق التحكيم، فقد أصدرت تشريعات وأنشئت مؤسسات ومراكز وهيئات خاصة بشؤون التحكيم ووضع القواعد واللوائح التي تنظم ذلك مما يستفاد منه أنّ مسائل التحكيم معظمها اجتهادية، يتّسع فيها مجال النظر، ولا يضيق الفقه الصحيح بتعدد الآراء في كل مسألة، مادام الاجتهاد يمارسه المؤهلون له، والآراء تحمل معها دليلها.

أسباب اختيار الموضوع:

- ❖ إن اتفاق التحكيم يتوقف عليه وجود التحكيم من عدمه، وقد أضحى التحكيم من الوسائل الهامة لفض النزاعات.
- ❖ الوقوف على أحكام اتفاق التحكيم بصورتيه في الفقه الإسلامي.
- ❖ بيان الشروط الواجب توافرها في اتفاق التحكيم في كل من الفقه والقانون.
- ❖ بيان موقف الفقه الإسلامي وكيفية التعامل مع العقود المستحدثة.
- ❖ بيان صحة شرط التحكيم ومقارنته بالشرط المقترن بالعقد عموماً.

مشكلة البحث:

يهدف الباحث من خلال هذا البحث الوقوف على الآتي:

❖ هل اتفاق التحكيم عقد من العقود المسماة أم أنّه من العقود المستحدثة ؟ وإذاكان كذلك فما هي منهجية التعامل مع العقود المستحدثة ؟.

❖ هل شرط التحكيم معروفاً عند الفقهاء الأوائل ؟ وإذا لم يكن معروفاً عندهم هل هو صحيح أم لا مقارنة بالشرط المقترن بالعقد ؟

❖ ما هي الشروط التي يجب توفّرها في اتفاق التحكيم ليكون صحيحاً في الفقه الإسلامي؟ وهل تنطبق مع ذات الشروط الموجودة في القانون أم لا ؟.

أهداف البحث:

❖ بيان موقف الفقه الإسلامي من ما أصطلح على تسميته قانوناً باتفاق التحكيم.

❖إبراز أنّ مقاصد الشريعة ترمى إلى تحقيق المصالح الكبرى للعباد ويمكن أن يكون ذلك مناط اجتهادات جديدة.

❖ إثراء المكتبة القانونية وإتاحة مادة ثرّة لممارسي التحكيم والمهتمين بقضاياه من القانونيين وطلاب القانون ورجال الأعمال.

❖ إبراز أنّ الشريعة صالحة لكل زمان ومكان وأنها تستوعب كافة الجزئيات المستحدثة وإيجاد الأحكام وتطبيقها على النوازل.

أسئلة البحث:

يحاول الباحث الإجابة عن الأسئلة التي تتعلق باتفاق التحكيم صوره وشروطه، ومن أهمّها:

❖ ما حقيقة اتفاق التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون ؟

❖ ما الفرق بين التحكيم واتفاق التحكيم ؟

❖ ما هي صور اتفاق التحكيم ؟

❖ المشارطة من العقود المستحدثة فكيف يتم التعامل مع هذه العقود المستحدثة ؟

❖ هل شرط التحكيم صحيحاً أم لا ؟

❖ ما حكم الشرع من اتفاق التحكيم ؟

أهمية الدراسة:

❖ تطوّر الاقتصاد والتجارة ودخول عنصر الزمن في مفهوم الربح والخسارة وحسم النزاع.

❖ يتمثل في أنّه أحد صور الاستقرار الإنساني والاجتماعي والاقتصادي كعمل اتفاقي رضائي لحل الخصومات.

❖ يعتبر عنصراً أخلاقياً عن طريقه يهدأ الشعور الداخلي لدى طرفي النزاع في حسم خلافاتهم ليعرف كل منهم حقه في أقرب زمن.

❖ إثراء البحث العلمي في مجال قانون التحكيم استجابة للتطورات الحديثة في هذا المجال.

منهج البحث:

❖ استخدم الباحث المنهج الاستقرائي التحليلي عن طريق جمع المادة العلمية من مظانّها ومن أمهات الكتب المعتمدة وتحليلها ومقارنتها بالقانون الوضعي.

الدراسات السابقة:

لمّا كان الباحث يبدأ من حيث انتهى غيره ويشير إلى من سبقه، فإنّ هنالك عدد من الدراسات التي تناولت موضوع اتفاق التحكيم ومنها ما تناول موضوع التحكيم منها:

❖ التحكيم في القانون السوداني، دراسة مقارنة، إبراهيم محمد أحمد دريج، الطبعة الأولى ،٢٠٠٤م.

❖ التحكيم الإسلامي في نظام غير إسلامي، سميرة الزعيم المنجد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

❖ عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، قحطان عبد الرحمن الدوري، ط١ مطبعة الخلود، ١٩٨٥م.

هيكل البحث :

اتفاق التحكيم صوره وشروط صحته:(دراسة مقارنه)

المبحث الأول: تعريف اتفاق التحكيم في اللغة والفقه الإسلامي والقانون

المطلب الأول: تعريف اتفاق التحكيم في اللغة.

المطلب الثاني: تعريف اتفاق التحكيم في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: تعريف اتفاق التحكيم في القانون.

المبحث الثاني: صور اتفاق التحكيم في الفقه والقانون.

المطلب الأول: صور اتفاق التحكيم في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: صور اتفاق التحكيم في القانون.

المبحث الثالث: شروط صحة اتفاق التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون.

المطلب الأول: شروط صحة اتفاق التحكيم في الفقه.

المطلب الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم في القانون.

الخاتمة

المبحث الأول

تعريف اتفاق التحكيم في اللغة والفقه الإسلامي والقانون

المطلب الأول: تعريف اتفاق التحكيم في اللغة:

هذا المصطلح مكون من كلمتين (اتفق) و (حكّم).

اتفاق لغة:(مصدر اِتَّفَقَ)، حَصَلَ اتفاق بَيْنَهُمَا: تَعَاقَدَ فِي أَمْرٍ مَّا، مَا بَيْنَ فَرِيقَيْنِ أَوْ شَخْصَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ اتفاق اِقْتِصَادِيٌّ، اتفاق تجَاريٌّ، عَمَّ الأمْرُ باتفاق الطَرَفيْنِ، بالتَّرَاضِي فيمَا بَيْنَهُمَا، اتفاقاً، مُصَادَفَةً،واتفاق:جمع اتفاقات،مصدر اتَّفقَ، اتَّفقَ على، اتَّفقَ في.[1]

اتفاق مَبْدئيّ:اتفاق أوَّليّ، من حيث المبدأ ،باتفاق الآراء:بالإجماع، يعقد اتفاقا مع فلان: يوقِّع وثيقة معه،و(السياسة) وثيقة تراضٍ تتمّ بين دولتين فأكثر على إثر نزاع بإحالة النزاع على التحكيم،اتفاق سياسيّ: مُلزم للطَّرفين،اتفاق عدم الاعتداء،و(القانون) قبولٌ بتراضٍ بين طرفيْن فأكثر:اتفاق تجاريّ،واتفاق ضمنيّ : (السياسة)اتفاق حاصل بين شخصين أو أكثر بطريقة غير معلنة أو غير مباشرة، أي بوسيلة لا تتَّفق والمألوف بين الناس في الكشف عن الإرادة، ولكن يمكن أن تستنبط منها دلالة التعبير في ضوء ظروف الحال، وليس هناك فارق بين الاتفاق الصريح والاتفاق الضمنيّ من حيث النتيجة .

ثانياً: التحكيم لغة:

يعني التفويض في الحكم، يقال حكَمه في الشيء أي جعله حكماً وفوَض إليه الحكم فيه وحكَّمه في الأمر أي أمره أن يحكم[2]، وحكّموه بينهم أي أمروه أن يحكم بينهم ويقال حكّمن فلاناً بيننا أي أجزنا حكمه بيننا[3]، وفي التنزيل العزيز

(١) - معجم المعاني الجامع، النسخة الإلكترونية على الإنترنت www.almaany.com.

(٢) - القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز الشيرازي _ طبعة دار العلم للجميع _ بيروت- ج ع ص ٩٨.

(٣) - لسان العرب لمحمد بن علي بن حقبه بن منظور الأنصاري الافريقي المصري _ طبعة دار صابر _ بيروت – ج ١٢ ص ١٤٢.

قوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾[١].

ويطلق التحكيم على من يُختار للفصل بين المتنازعين[٢] قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّـهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّـهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[٣].

والحكمٌ بالضم القضاء في الشيء بأنَّه كذا أو ليس كذاوأصله المنع يقال حكمت عليه إذ منعته من خلافه وحكمت بين القوم فصلت بينهم وجمعه أحكام[٤].

ويتضح مما تقدم أنَ التحكيم في المعنى اللغوي يفيد إطلاق اليد في الشيء أو التفويض إذا أطلق يده فيه والمفوض إليه في الخصومة يسمى حكماً، الأمر للغير للعمل على فض النزاع أو الخلاف بين الخصمين يقال حَكَّمَ زيد عمراً في حاله.

المطلب الثاني: تعريف اتفاق التحكيم في الفقه الإسلامي

عرّف الفقهاء التحكيم بعدة تعريفات كالآتي:

فقد ذهب الحنفية إلى أنّ التحكيم هو: (تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما برضاهما للفصل في خصومتهما)[٥].

أمّا المالكية فقد عرّفوه بأنّه: (أنّ الخصمين إذا حكمّا بينهما رجلاً وارتضاه لأن يحكم بينهما جاز)[٦].

وقد ذهب الشافعية إلى أن التحكيم هو :(أن يتخذ الخصمان رجلاً من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه)[٧].

(١) - سورة النساء الآية ٦٥.

(٢) - المعجم الوسيط وضع مجمع اللغة العربية ج (١) ص ١٩٠.

(٣) -سورة النساء الآية ٣٥.

(٤) - تاج العروس للزبيدي ج ٨ ص ٢٥٢.

(٥) - رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين الجزء الرابع، ص ٣٤٩، دار احياء التراث العربي بيروت

(٦) - تبصرة الحكام، لابن فرحون الجزء الاول، ص ٤٣، الطبعة الاولى دار الكتب العلمية بيروت

(٧) - أدب القاضي للماوردي، الجزء الثاني ص ٣٧٩.

والحنابلة عندهم بأنه: (إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكّماه بينهما ورضيا كان ممّا يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز)[1].

وقد عرّفته مجلة الأحكام العدلية بأنّه: (عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً يحكم بينهما برضاهما للفصل في خصومتهما)[2].

وذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى تعريفه بأنّه: (أن يُحكّم المتخاصمان شخصاً آخر أو أكثر لفض النزاع القائم بينهما أو الذي يمكن أن يقوم وفقاً لحكم الشرع)[3].

وباستقراء التعريفات السابقة نجدها قد اتفقت على أنّ الخصمين اتخذا واختارا طرفاً ثالثاً للفصل في ما يتنازعانه لذا يكون الفقهاء قد اتفقوا على أنّ التحكيم هو اتفاق بين الخصمين المتنازعين على عرض النزاع الناشئ بينهما على شخص أخر غير القاضي للفصل فيه، على الرغم من عدم الإشارة في هذه التعريفات إلى مكان الاتفاق على حلّ النزاع الذي قد ينشأ بين الطرفين في المستقبل عن طريق التحكيم

عليه يمكن تعريف اتفاق التحكيم بأنّه عقد تولية وتقليد من طرفي الخصومة إلى طرف ثالث ليفصل فيما تنازعا فيه وهو المختار لدى الباحث.

المطلب الثالث: تعريف اتفاق التحكيم في القانون

أولاً: تعريف التحكيم:

لقد عرّف فقهاء القانون التحكيم بتعريفات عديدة ولا يخرج مضمونها من كونها تعريفاً واحداً[4] فقد عرّفه بعضهم بأنّه: (الاتفاق على إحالة ما ينشأ بين الأفراد من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو إحالة أي نزاع قائم بينهم بالفعل على واحد أو

(١) - المغني لابن قدامة، مكتبة الرياض الحديثة طبعة ١٤٠١ه_١٩٨١م الجزء التاسع، ص ١٠٧.

(٢) - مجلة الاحكام العدلية المادة ١٧٩٠.

(٣) - الفقه الاسلامي وأدلته د- وهبه الزحيلي ، الجزء الثامن ، ص ٦٢٥ ، دار الفكر دمشق.

(٤) - التحكيم الداخلي والدولي (النظرية والتطبيق) د- ابراهيم محمد احمد دريج الطبعة الثانية ص ١٤.

أكثر من الأفراد يسمّون (محكّمين) ليفصلوا في النزاع المذكور بدلاً من أن يفصل فيه القضاء المختص)[٥].

وعرّفه البعض بأنّه: (اختيار الخصمين حاكماً يحكم فيما وقع بينهما من نزاع دون التقيد بالقواعد التي ينبغي إتّباعها أمام قضاء الدولة)[١].

كما ذهب بعضهم إلى أنّه: (هو نظام تسوية النزاعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها)[٢].

أمّا قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠٠٥م فقد عرّف التحكيم بأنّه: (يقصد به اتفاق الأطراف في المنازعات ذات الطبيعة المدنية على إحالة ما ينشأ بينهم من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع قائم بينهم ليحل عن طريق هيئات أو أفراد يتم اختيارهم بإرادتهم واتفاقهم)[٣].

ومن خلال التعريفات السابقة للتحكيم يتضح أنّ للتحكيم مقوّمات أساسيه تتمثل في وجود خصومه واتفاق الطرفين باللجوء للتحكيم واختيار محكّم للفصل في هذه الخصومة بناءً على رغبة طرفي النزاع لحسم النزاع القائم بينهما فعلاً عن طريق اختيارهما محكّم للفصل فيه، تجدر الإشارة إلى أنّ القانون السوداني في تعريفه للتحكيم قد قصره على المنازعات ذات الطبيعة المدنية دون سواها، ويمكن أنّ نعرف التحكيم بأنّه هو: (اتفاق طرفين أو أكثر على عرض نزاع قائم بينهما فعلاً أو ما يثور بينهما مستقبلاً من نزاع بشأن أي علاقةتعاقدية بينهما أمام شخص أو أشخاص محكّمين للفصل فيه دون القضاء المختص وهو المختار.

ثانياً: تعريف اتفاق التحكيم:

لم يتطرّق أغلب المؤلفين من فقهاء القانون في كتبهم لتعريف اتفاق التحكيم إلاّ القليل ، فقد ذهب بعضهم إلى أنّ اتفاق التحكيم هو: (اتفاق بين ذوي الشأن بمناسبة

(٥) - عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي د- قحطان عبدالرحمن الدوري الطبعة الأولى مطبعة الخلود بغداد ١٤٠٥ه_١٩٨٥م، ص ٢١.

(١) - القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي والقانون اليمني، أحمد رسلان الطبعة الثالثة ١٩٩٧م الناشر دار النهضة العربية، ص ٢١٤.

(٢) - الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي لأبوزيد رضوان ١٩٨١م ، دار الفكر العربي ص ١٩م.

(٣) - قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠٠٥م المادة (٤) تفسير.

عقد مدني، تجاري أو بدون عقد بمقتضاه يتم عرض نزاع معيّن قائم بالفعل أو منازعات مستقبلية تثور بصدد تفسير هذا العقد أو بصدد صحته أو تنفيذه على أشخاص تتوافر فيهم الثقة والنزاهة والحيدة ليتولوا حسم النزاع دون اللجوء إلى محكمة الدولة المختصة أصلاً بنظره)[١].

وذهب بعضهم إلى أنّه: (هو العقد الذي يبرمه الطرفان سواء كتابة أو شفاهة أو بأي وسيله أخرى على حلّ النزاع القائم بينهما أو الذي يمكن أن ينشأ في المستقبل بشأن أي علاقة قانونية بينهما عقدية كانت أو غير عقدية عن طريق التحكيم دون القضاء المختص)[٢].

وقد جاء تعريف القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بأنّه: (هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم في جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو ستنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية أو غير تعاقدية)[٣].

أمّا قانون التحكيم السوداني فقد عرّف اتفاق التحكيم بأنّه: (يقصد به كل اتفاق يتعهّد فيه الأطراف بعرض منازعاتهم للفصل فيها عن طريق التحكيم أو كل اتفاق لاحق لإحالة النزاع القائم للتحكيم[٤].

ومن خلال التعريفات السابقة لاتفاق التحكيم يتبيّن أن اتفاق التحكيم هو الأساس الذي تقوم عليه عملية التحكيم وبدون هذا الاتفاق المتمثل في حل النزاع القائم بينهم أو ما ينشأ مستقبلاً بشأن علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية عن طريق التحكيم يصبح التحكيم لا وجود له ولابد من التعرّف ابتداءً على مكنون إرادة الطرفين المتمثلة في عرض نزاعهما على المحكّمين دون القضاء.

كما يتضح ومن خلال التعريفات السابقة أنّ اتفاق التحكيم يتكوّن من صورتين هما:

(١) - التحكيم العادي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي مرجع سابق ، ص ١٥٦.

(٢) - التحكيم في القانون السوداني، دراسة مقارنة، د. إبراهيم محمد أحمد دريج، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م، ص٢٢.

(٣) - القانون التجاري الدولي الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في ٢٥/يونيو/١٩٨٥ المادة السابعة الفقرة الأولى.

(٤) - قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠٠٥م المادة (٤).

الأولى: الاتفاق على إحالة ما ينشأ من نزاع وذلك قبل وقوع النزاع سواء كان هذا الاتفاق مستقل بذاته أو وارد في عقد معيّن وهو ما يسمى بشرط التحكيم.

الثانية: الاتفاق على إحالة نزاع قائم بالفعل بينهما للتحكيم وهو ما يسمى بشرط التحكيم.

عليه فإنّ الباحث يجد التعريف الأوّل هو التعريف المختار، لأنّه تعريف شامل جامع مانع لاستيعابه صور اتفاق التحكيم، كما يلاحظ ومن خلال التعريف المختار لاتفاق التحكيم فإن تعريف اتفاق التحكيم يختلف عن تعريف التحكيم، ذلك لأنّه يعني العملية التحكيمية بأكملها من اتفاق وإجراءات بينما؛اتفاق التحكيم ينحصر في الشرط والمشارطة.

المبحث الثاني

صور اتفاق التحكيم في الفقه والقانون

المطلب الأول: شرط التحكيم في الفقه والقانون:

إن اللجوء إلى التحكيم لا يكون عادة إلا بإحدى طريقتين:

الطريقة الأولى: استناداً إلى اتفاق لاحق للنزاع ويكون ذلك بموجب عقد تحكيمي وهو ما يعرف بمشارطة التحكيم.

الطريقة الثانية: تستند إلى بند أو فقرة أو شرط تم النص عليه بين الطرفين مسبقاً في علاقة تعاقدية بينهما.

أولاً: الصورة الأولى: العقد التحكيمي (مشارطة التحكيم):

المشارطة هي عقد قائم بذاته موضوع الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في شأن نزاع قائم وباستقراء الفقه الإسلامي فإن العقد التحكيمي ليس من العقود المسماة، ولمّا كان العقد التحكيمي ليس من العقود المسماة فلابد من الوقوف على منهجية التعامل مع العقود الجديدة والمستحدثة.

للفقهاء في التعامل مع العقود الجديدة والمستحدثة في هذا العصر قولان:

الأول: أن الأصل في العقود المنع حتى يقوم الدليل على الإباحة[1].

أما الثاني: الأصل في العقود الجواز والصحة، ولا يمنع منها إلا ما دل الدليل على تحريمه[1].

استدل أصحاب القول الأول بالآتي:

١- من القرآن الكريم:

❖ قوله تعالى:﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾[2]، وقوله تعالى:﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾[3].

وجه الدلالة للمانعين: فقد بينه الشيخ أبو زهرة[4]، إذ يقول: الشريعة قد رسمت الحدود، وأقامت معالم لرفع الحق، وتسود المعاملة بين الناس بلا شطط، ولم تترك أمر الناس فرطاً بلا ضوابط ولا حدود ولا قيود تمنع الظلم والغرر والجهالة المفضية إلى النزاع، وكل عقد لم يرد به دليل مثبت له من الشرع، ولا يعتمد على أصوله الثابتة بلا ريب في ثبوتها، فهو تعد لحدود الله تعالى وما يكون فيه تعد لحدودها لا تقره ولا توجب الوفاء به، ومن ألزم في الشريعة الوفاء بأمر لم يرد في مصادرها ما يوجب الوفاء به، فقد حرم حلالاً وأحل حراماً، وذلك افتراء على الله الكذب[5].

---

(١) - المحلى لابن حزم، ٤٠٤/٨ وما بعدها.

(١) - مجموع الفتاوى، لابن تيمية، ١٥٢/٤٩، أعلام الموقعين، لابن القيم، ٣٤٤/١.

(٢) -سورة الطلاق، الآية ١.

(٣) - سورة البقرة، الآية ٢٢٩.

(٤) - أبو زهرة: هو محمد بن أحمد من علماء الشريعة الإسلامية، ولد بمدينة المحلة الكبرى، ١٣١٦هـ-١٨٩٨م، وتربى بالجامع الأحمدي، وتعلم بمدرسة القضاء الشرعي وكان وكيلاً لكلية الحقوق بجامعة القاهرة، ١٣٩٤هـ-١٩٧م، من آثاره الملكية ونظار العقد في الشريعة الإسلامية، وكتاب الأحوال الشخصية. انظر معجم المؤلفين عمر رضا كحالة، ط١، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، ٤٣/٣.

(٥)- الفتاوى الكبرى لابن تيمية، ٤٨٣/٣، الملكية ونظرية العقد، لأبي زهرة، ص٢٥٩-٢٦٠.

٢- من السنة:

❖ الحديث الذي روته السيدة عائشة (رضي الله عنها) عن النبيﷺ(ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق وشرط الله أوثق)[١].

وجه الدلالة:إن أي شرط يشترط في العقد لم يرد النص عليه فهو باطل فمن باب أولى أن يكون العقد الذي لم يأت الدليل عليه باطلاً.

❖ الحديث الذي روته السيدة عائشة (رضي الله عنها) عن النبي ﷺأنه قال: (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد)[٢].

ووجه الدلالة:إن كل عقد عقده الإنسان والتزم به باطل إلا ما جاء النص عليه والأمر بالتزامه.

استدل أصحاب القول الثاني بالآتي:

١- من القرآن الكريم:

❖ قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ إِنَّ اللَّـهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ﴾[٣].

وجه الدلالة: إن الله تعالى أمر بالوفاء بالعقود دون تعيين، فكل ما يطلق عليه اسم العقد وجب الوفاء به بنص الآية ما لم يرد من الشرع نهي عن مثل هذا العقد.

❖ قوله تعالى:﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّـهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾[٤].

---

(١) - صحيح البخاري، ١٧٤/١، حديث رقم ٤٤٤، كتاب الصلاة، باب ذكر البيع والشراء على المنبر. وأخرجه مسلم في صحيحه، ٢٠ كتاب العتق، ٢ باب إنما الولاء لمن أعتق، ١١٤٢/٢، حديث رقم ٧-١٥٠٤.

(٢) - مسند الإمام أحمد بن حنبل، ج٦، ص١٨٠، حديث رقم ٢٥٥١. وأخرجه مسلم في صحيحه ٣٠- كتاب الأقضية باب ٨ نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، ١٣٤٤/٢، ح رقم ١٧١٨، صحيح مسلم للإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ط٢، تونس، دار سحنون ١٤١٣هـ=١٩٩٢م.

(٣)- سورة المائدة، الآية (١).

(٤) - سورة النساء، الآية (٢٩).

وجه الدلالة: أن كل ما يطلق عليه اسم التجارة يجب الوفاء به وبالتالي يجب الوفاء بهذه العقود قياساً على التجارة بجامع التراضي في كل منهما[١].

٢- من السنة:

❖ الحديث الذي رواه حذيفة بن اليمان[٢]ﷺ قال:ما منعني أن أشهد بدراً إلا أني خرجت وأبي حسيل فأخذنا كفار قريش فقالوا إنكم تريدون محمداً؟ فقلنا: ما نريده،ما نريد إلا المدينة، فأخذوا منا عهد الله وميثاقه لنصرفن إلى المدينة ولا نقاتل معه، فأتينا رسول الله ﷺفأخبرناه الخبر، فقال: انصرفنا نفي بعهدهم ونستعين الله عليهم[٣].

وجه الدلالة:

إن النبي ﷺ أقر العهد أو العقد الذي أبرمه حذيفةﷺ، بل وأمر هذا الصحابي بالوفاء به، فدل على أن العقود الأصل فيها الإباحة.

❖ الحديث الذي رواه أبو الدرداء[٤]ﷺ وقد رفع الحديث إلى رسول الله ﷺ قال: ما أحل الله في كتابه فهو حلال وما حرم فهو حرام وما سكت عنه فهو عافية، فأقبلوا من الله العافية، فإن الله لم يكن نسياً[٥]، ثم تلا هذه الآية: ﴿وَما نَتَنَزَّلُ إِلّا بِأَمرِ رَبِّكَ لَهُ ما بَينَ أَيدينا وَما خَلفَنا وَما بَينَ ذلِكَ وَما كانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾[٦].

وجه الدلالة:

إن هذا الحديث أثبت أن الأصل في الأشياء الإباحة إذ لم يأت ما يدل على الحرمة أو ما يدل على الحل، وهذا ينطبق على موضوع النقاش، كذلك إن العقود تعد

(١) - القواعد النورانية لابن تيمية، ٢٠١/١، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة، مرجع سابق، ص٢٦١.

(٢) - حذيفة بن اليمان القطيعي، يكنى أبا عبد الله واسم اليمان حسيل بن جابر واليمان واليمان لقب هو حذيفة بن حسيل ويقال حسيل بن جابر، أمه امرأة من الأنصار من الأوس بن بني عبد الأشهل واسمها الرباب بنت كعب، كان حذيفة من كبار الصحابة، وهو الذي بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الخندق ينظر إلى قريش – مات حذيفة سنة ٣٦هـ. انظر الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبد البر القرطبي، المتوفى ٤٦٣هـ، تحقيق الشيخ علي محمد معوض، ط١، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م، ٣٩٣/١.

(٣) - صحيح مسلم، ١٤١٤/٢، حديث رقم ١٧٨٧، مرجع سابق، كتاب الجهاد والسير، باب الوفاء بالعهد.

(٤) - أبو الدرداء: واسمه عويمر بن عامر بن مالك بن زيد بن قيس أمه محبة بنت واقد بن عمرو بن الأطنابة، شهد ما بعد أحد من المشاهد، توفى سنة ٣٢هـ بدمشق في خلافة عثمان. انظر الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبد البر، ٢١١/٤.

(٥) - المستدرك للحاكم، ٤٠٦/٢، حديث رقم ٣٤١٩، ٢٧ كتاب التفسير، ما جاء في تفسير سورة مريم. وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. انظر المستدرك على الصحيحين للحاكم النيسابوري، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، ط٢، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م.

(٦) - سورة مريم، الآية ٦٤.

من الأفعال التي هي في الحقيقة من العادات والأصل في العادات العفو فلا يمنع إلا ما منعه الشرع[١].

الرد على من قال إن الأصل في العقود المنع:

إن الأدلة التي استدل بها هذا الفريق لا تنهض لدعواهم لأن العقد لا يكون مخالفاً لكتاب الله إذا لم يكن مما حرمه الله تعالى أو رسوله الكريم ﷺ، وبالتالي: من اشترط أمراً ليس في حكم الله أو في كتابه بواسطة أو بغير واسطة فهو باطل، كما أن ما لا يكون في كتاب الله بخصوصه يكون في الأمر بإتباع السنة، وإتباع السنة سبيل المؤمنين فيكون في كتاب الله بهذا الاعتبار[٢].

وإلا حرمنا العقود التي لم يرد من الله تعالى ما يدل على تحريمها تكون قد حرمنا ما أحل الله تعالى، ونكون قد تهجمنا على شرع الله تعالى دون دليل أو سلطان[٣].

الرد على من قال إن الأصل في العقود الإباحة:

إن بعض ما استدللتم به منسوخ وبعضه الآخر مخصص ببعض العقود والشروط وقد جاءت نصوص أخرى تبينها كما في قوله ﷺ: لا نذر في معصية الله[٤]، وقوله: من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصه فلا يعصه[٥]، فتبين أن هذه الآيات والأحاديث فيمن شرط أو نذر أو عاقد أو عاهد على ما جاء القرآن والسنة بإلزامه فقط[٦].

(١) - مجموع الفتاوى لإبن تيمية، مرجع سابق، ١٥٢/٢٩.

(٢) - الفتاوى الكبريمرجع سابق ،٤٨٨/٣- ٤٩٠.

(٣) - الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة، مرجع سابق، ص٢٦٤.

(٤) - صحيح مسلم، ١٢٦٢/٣، حديث رقم ١٦٤١، كتاب النذر، باب لا وفاء لنذر في معصية الله.

(٥) - الترمذي، سنن الترمذي، ١٠٤/٤، حديث رقم ١٥٦٢، كتاب النذر، باب من نذر أن يطيع الله، وقال عنه الترمذي حديث حسن صحيح.

(٦) - ابن حزم، الإحكام، ١٧/٥.

إن حديث حذيفة ساقط لا يصح سنده أما من طريق شعبة فهو مرسل، ولا حجة في مرسل، وأما الطريق الآخر فمن رواية الوليد بن جميع[١] وهو ساقط مطرح[٢].

إن ما استدللتم به معارض بنصوص أخرى (هي أدلة المانعين) وهذه النصوص المعارضة تدل على إبطال كل عقد ووعد وشرط ليس في كتاب الله الأمر به أو النص على إباحته[٣].

إن كل عقد وشرط لم يأت نص يدل عليه لا يخلو من أحد وجوه أربعة:

١- إما إباحة ما حرم الله ورسوله.

٢- أو تحريم ما أباحه الله ورسوله.

٣- أو إسقاط ما أوجبه الله ورسوله.

٤- أو إيجاب ما أسقطه الله ورسوله.

فإذا ملكتم المتعاقد جميع ما ذكر فقد انسلختم من الدين وإن ملكتموه البعض دون البعض تناقضتم وكان لنا سؤالكم ما الفرق بين ما يملكه من ذلك ومن لا يملك؟[٤].

الرد على اعتراضات المانعين:[٥].

١- أما دعوى النسخ فباطلة، لأنها تعني أن هذه النصوص ليست من دين الله، وأن العمل به لا يحل وليس معكم دليل على دعواكم هذه، بل هي مخالفة لأصولكم خصوصاً الاستصحاب.

٢- وأما دعوى التخصيص فلا له، لأنها تعني إبطال ما دلت عليه النصوص من العموم، وهذا لا يجوز إلا ببرهان من الله ورسوله.

---

(١) - الوليد بن جميع هو الوليد بن عبد الله بن جميع الزهري الكوفي، والد ثابت بن الوليد بن عبد الله بن جميع، وقد ينسب إلى جده أيضاً قال: أبو حاتم صالح، وذكره ابن حبان في الثقات، روى له البخاري في الأدب والباقون سوى ابن ماجة. انظر تهذيب الكمال في أسماء الرجال، جمال الدين أبي الحجاج يوسف المزي، تحقيق د. بشار عواد معروف، ط١، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٢هـ=٢٠٠٢م، ٣٥/٣١.

(٢) - المرجع السابق، ٢٣/٥.

(٣) - المرجع السابق، ١٧/٥.

(٤) - المرجع السابق، ١٥/٥.

(٥) - هذه الردود ذكرها ابن القيم في كتابه إعلام الموقعين، ٣٤٧/١-٣٤٨.

٣- أما دعوى ضعف بعض الأحاديث من جهة السند فلا يقدح ذلك في سائر الأحاديث مع أن الحديث الذي تكلمتم عليه مما تلقته الأمة بالقبول لأنّه ورد في صحيح مسلم.

٤- أما دعوى المعارضة، فهذه معارضة في أذهانكم وجلاؤها بتحديد معنى (كتاب الله) الوارد في الحديث فليس المقصود من هذه العبارة القرآن لأن أكثر الشروط ليست في القرآن الكريم، بل علمت من سنة المصطفىﷺفدل على أن المقصود من عبارة (كتاب الله) هو (حكم الله) وذلك كقوله تعالى: (كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ) ومما لا يختلف فيه اثنان أن كل شرط ليس في حكم الله فهو مخالف له فيكون باطلاً، ومن هنا كان اشتراط الولاء لغير من أعتق كان باطلاً لأنّه مخالف لحكم الله في أن الولاء للمعتق، لكن أين دليل دعواكم أن ما سكت عن تحريمه من العقود والشروط هو حرام باطل؟؟.

٥- أما الأقسام الأربع الذي ذكرتموها فقد فاتكم قسم خامس ألا وهو ما أباح الله سبحانه وتعالى للمكلف تنويع أحكامه بالأسباب التي ملكه إياه فيباشر من الأسباب ما يحله له بعض أن كان محرماً عليه، كما في نكاح المرأة أو يحرمه بعد حلاله كما في طلاقها.

مما سبق يتضح أن الأصل في العقود الصحة حتى يثبت العكس[(١)].

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية[(٢)]: البيع والهبة والإجارة وغيرها هي من العادات التي يحتاج الناس إليها في معاشهم كالأكل والشرب واللباس، فإن الشريعة قد جاءت في هذه العادات بالآداب الحسنة، فحرمت منها ما فيه فساد وأوجبت ما لابد منه، وكرهت ما لا ينبغي، واستحبت ما فيه مصلحة راجحة في أنواع هذه العادات

(١) - انظر في شأن هذه القاعدة، الزركشي، المنثور في القواعد، ١٥٥/١، السيوطي، الأشباه والنظائر، ٦٧/١، البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، ٤٣٦/١.

(٢) - ابن تيمية: هو أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم الخضر الحنبلي، ولد ٦٦١هـ، وسجن بقلعة دمشق، وتوفى معتقلاً سنة ٧٢٨هـ، له عدة مؤلفات عدة مصنفات مفيدة، منها مجموع الفتاوى ومجموعة الرسائل، ورفع الملام عن الأئمة الأعلام. انظر ترجمته في النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، جمال الدين أبي المحاسن يوسف بن تغربرديالأتابكي، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٣٦١هـ-١٩٤٢م، ٢٧١/٩، والبداية والنهاية، لابن كثير، المتوفى ٧٧٤هـ، ط٢، مكتبة المعارف، بيروت، ١٤١١هـ-١٩٩٢م، ١٣٥/١٤.

ومقاديرها وصفاتها، وإذا كان كذلك فالناس يتبايعون ويستأجرون كيف شاءوا ما لم تحرم الشريعة، كما يأكلون ويشربون كيف شاؤوا ما لم تحرم الشريعة، وإن كان بعض ذلك قد يستحب أو يكون مكروهاً، وما لم تحد الشريعة في ذلك حداً فيبقون فيه على الإطلاق الأصلي[1].

يقول الشيخ مصطفى الزرقا[2]: (والشرع الإسلامي لم يحصر التعاقد في موضوعات معينة يمنع تجاوزها إلى موضوعات أخرى، وليس في نصوص الشريعة ما يوجب تحديد أنواع العقد أو تقييد موضوعاتها إلا بأن تكون غير منافية لما قرره الشرع من القواعد والشرائط العامة في التعاقد والمبدأ العام في هذا الشأن قول الله سبحانه:﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ﴾[3].

عليه وباستقراء آراء الفقهاء السابقة نرى أن الأصل في العقود الجواز والصحة ولا يمنع منها إلا ما ذهب الدليل على تحريمه وهو ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني وهو المختار لدى الباحث.

ثانياً: الصورة الثانية: شرط التحكيم:

لم يعرف الفقهاء القدامى الشرط التحكيمي، ولو عرفوه ووقع في عصرهم لقاموا ببحثه ولوضعوا له الأحكام، وبما أن شرط التحكيم لم يعرفه الفقه الإسلامي قديماً فلابد من معرفة ما إذا كان هذا الشرط صحيحاً أم لا، وذلك بمقارنة شرط التحكيم بالشرط المقترن بالعقد عموماً وللفقهاء في ذلك قولان:

الأول: قول يذهب إلى أن الأصل في العقود والشروط الإباحة: وهو رأي سائر الفقهاء وقد استدل أصحاب هذا الرأي بالحديث النبوي الشريف: (المسلمون على شروطهم إلا

(١) - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ١٨/٢٩.

(٢) - مصطفى أحمد الزرقا، فقيه، مجتهد، خبير في الاقتصاد الإسلامي، من حلب، مات في الرياض ١٤٢٠هـ=١٩٩٩م، من آثاره المدخل الفقهي العام، معجم المؤلفين، محمد خير رمضان يوسف، الرياض، مطبوعات مكتبة الملك فهد الوطنية، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، ٧٧١/٢.

(٣)- سورة المائدة، الآية ١.

شرطاً أحل حراماً أو حرّم حلالاً)[١]، فالأصل في الشروط الصحة مالم يرد نص في الشرع بتحريمها[٢]، وجمهور الفقهاء متفق على أن الأصل في الشروط الصحة إذا لم تكن مخالفة للشرع، ولم تكن مخالفة لمقتضى العقد[٣]، وشدّد المذهب الحنفي في هذه المسألة أكثر من بقية المذاهب الأخرى. فالشرط الصحيح عند الأحناف هو (إمّا شرط اقتضاه العقد، مثل أن يشترط البائع تسليم الثمن ويشترط المشتري تسليم المبيع)[٤]، وهذا أمر لا خلاف فيه بين الفقهاء.

أو شرط جرى به التعامل بين الناس، قبل أن يخيط البائع قميصاً، وليس فيه مخالفة شرعيه، أو شرط يلائم العقد، مثل أن يشترط البائع على المشتري أن يكون هنالك كفيل لتسديد الثمن والكفيل كان حاضراً فقبل، لأن الكفالة والرهن هي شرعاً توثيق للثمن[٥] أو شرطاً جاء به المشرّع، مثل اشتراط الخيار لأمر المتعاقدين[٦].

الثاني: قول يذهب إلى أن الأصل في الشروط المنع : كما في العقود، إلا شرطاً أقرّه الشرع في القرآن أو السنة وهؤلاء هم الظاهرية وقد استدلوا بالحديث النبوي :(ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مئة شرط)[٧].

وقد اختلف الفقهاء أيضاً حول الشرط الفاسد وتأثيره على العقد نفسه:

فعند الأحناف الشرط يكون فاسداً ويؤدي إلى إفساد العقد إذا كان شرطاً لا يقتضيه وليس فيه عرف ظاهر وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، مثل أن يشترط على المشتري أن لا يبيع العبيد، والعبد يعجبه ألا تتناوله الأيدي، فهذا الشرط ينافي مقتضى العقد[٨].

---

(١) - رواه من حديث أبي هريره: أبو داؤد ١٩/٤-٢٠ في كتاب الأقضية باب(١٢) في الصلح، حديث رقم (٣٥٩٤) بسند صحيح. وإن ماجه في سننه٧٨٨/٢ ، في كتاب الأحكام باب(٢٣) في الصلح حديث رقم (٢٣٥٣).

(٢) - مجموع فتاوى الإسلام لابن تيميه، الجزء التاسع والعشرون، ص ٣٤٦ وما بعدها.

(٣) - المقني والشرح الكبير على المقنع، ابن قدامه الجزء الرابع، ص ٦٠ وما بعدها الطبعة الأولى، دار الفكر ١٩٨٤م ، الفقه الإسلامي وادلته، د- وهبه الزحيلي، الجزء الرابع ص ٣٥.

(٤) - بدائع الصنائع للكاساني الجزء الخامس، ص ١٧١ الطبعة الثانية دار الكتاب العربي بيروت ١٩٨٢.

(٥) - بدائع الصنائع، المرجع السابق ص ١٧١.

(٦) - الفقه الإسلامي وأدلته، وهبه الزحيلي مرجع سابق ص ٢٠٥.

(٧) - رواه البخاري في صحيحه: ٣٧٦/٤ في كتاب البيوع، باب (٧٣) إذ اشترط شروطاً في البيع لاتحل حديث رقم(٢١٦٨).

(٨) - بدائع الصنائع، مرجع سابق ج ٥، ص ١٦٩_١٧٠ طبعة دار الكتاب العربي الطبعة الثانية.

أمّا المالكية: فالشرط لا يقع فاسداً إلا على سبيل الاستثناء وخاصة إذا كان ينافي مقتضى العقد ويخل بالثمن مثل أنّ يشترط البائع على المشترى أن يستعيد السلعة حتى ردّ ثمنها له[١].

أمّا الشافعية: أنّ الشرط الذي لاغرض فيه ولا منفعة يؤدي إلى التنازع يفسد ويصح العقد أمّا الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضى العقد ولم يجر التعامل فيه فهو فاسد ويفسد معه العقد[٢].

أمّا الحنابلة : فعندهم لا يكون الشرط فاسداً إلا إذا كان ينافي مقتضى العقد، كأن يشترط أن لا خسارة عليه أو إذا ورد النهي عنه في نص خاص كأن يشترط على صاحبه عقد آخر كسلف أو قرض مع البيع، أو أن يشترط شرطاً يعلّق العقد مثل قوله: (بعتك إن جئتني بكذا).

وهناك رأيان في العقد الذي اقترن به الشرط الفاسد:

الأول: يعتبر أن العقد يبقى صحيحاً إذا فسد الشرط، وللبائع الرجوع على المشتري بما أنقصه الشرط في الثمن وللمشتري الرجوع على البائع بالزيادة إن كان هو المشترط.

الثاني: يعتبر أن الشرط الفاسد يبطل العقد[٣].

أمّا في حالة يكون الشرط فاسداً لورود نهي صريح عنه في نص خاص، فيكون العقد باطلاً، والشرط باطلاً أيضاً، كأن يشترط المتعاقد على الأخر عقد ثابت مستقلاً في مقابل الشرط الأول[٤].

وبعد عرض آراء الفقهاء يتبيّن أنّ شرط التحكيم هو شرط صحيح ويصح معه العقد مادام هذا الشرط يوافق مقتضى العقد ولا يتضمّن غرراً ولا رباً وليس فيه مخالفة لأحكام الشرع فلأصل في العقود رضا الطرفين كما أنّ اللّه ﷻ أمر بالوفاء بالعقود

(١) - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الجزء الثاني، ص ١٦٠، دار المعرفة بيروت، الطبعة الثانية.

(٢) - المهذّب للشيرازي ضمن تكملة المجموع، محمد نجيب المطبعي الجزء التاسع صفحة ٢٦٩، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث ٢٠٠١م.

(٣) - المغني والشرح الكبير على المقنع لابن قدامة الجزء الرابع ص ٦٠ وما يليها.

(٤) - المغني والشرح الكبير على المقنع لابن قدامة الجزء الرابع ص ٦٠ وما يليها.

وأنّ رسول الله ﷺ أمرنا بتنفيذ الشروط، كما أنّ شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم من التصرفات التي تراعي مصالح الناس.

المطلب الثاني: صور اتفاق التحكيم في القانون:

بناءً على ما ذهبت إليه التشريعات الوطنية وقواعد الاتفاقيات الدولية فإنّ التحكيم يأخذ صورتين:

الصورة الأولى: شرط التحكيم:

وهو الاتفاق الذي ينص عليه الطرفان في صلب عقد معيّن يتفقان فيه على إحالة ما ينشأ من نزاع تنفيذاً لأحكام العلاقة القانونية القائمة بينهما على التحكيم، هذا الاتفاق قد يكون منفصلاً يوضّح بعض المسائل الهامة كالجهة التي يتم التحكيم عن طريقها، لغة التحكيم، القانون الواجب التطبيق وكيفية اختيار المحكّمين وأتعابهم.

وقد يكون موجزاً كالاتفاق على إحالة ما ينشأ بينهما من نزاع إلى التحكيم ويترك التفصيل في وثيقة مشارطة التحكيم، وهذا الاتفاق قبل قيام النزاع وقوة هذا الشرط يظل حتى لو انتهى العقد وذلك فيما يمكن ان ينشأ بشأن علاقة مستقبلية، ومثال ذلك العقد الموّقع بين الهيئة العامة للطيران المدني ومصنع الوصيد للألمونيوم بتاريخ ٢٠٠١/٢/٢٤م[1]، التي نصّت الفقرة السادسة على أنّ: (في حالة نشوء نزاع بسبب تفسير هذا العقد يحل بالطرق الودية بين الطرفين وإذا فشلا يحال النزاع للجنة تحكيم وفق الشروط الآتية: يعيّن كل طرف محكّم واحد ويختار الاثنان محكّماً ثالثاً يرأس لجنة التحكيم، تتّبع لجنة التحكيم الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م ينعقد التحكيم، يكون قرار لجنة التحكيم نهائي وملزماً للطرفين وغير قابل للاستئناف بأي وجه، يتقاسم الطرفان تكاليف لجنة التحكيم.

وشرط التحكيم في العلاقة بين الطرفين يسلب القضاء ولاية نظر موضوع النزاع الذي نشأ بين الطرفين لأن الطرفين قد اتفقا على حل أي نزاع ينشأ بينهما في المستقبل

(١) - التحكيم الداخلي والخارجي د- إبراهيم محمد احمد دريج مرجع سابق ص ٥٧.