التحكيم في الفقه الإسلامي وقانون التحكيم لسنة2005م

✍ **د. عبده عبد الله حسن داؤود** (★)

ملخص البحث:

احتوى هذا البحث على ثلاثة مباحث، تحت كل مبحث، ثلاثة مطالب، وذلك على النحو الآتي:

جاء المبحث الأول بعنوان: مفهوم التحكيم في اللغة والاصطلاح وقانون التحكيم لسنة 2005م حيث عرف فيه التحكيم في اللغة العربية، وفي اصطلاح الفقهاء حسب مصنفات الفقه الإسلامي وفي القانون، حسب قانون التحكيم لسنة 2005م وبعض القوانين ذات الصلة.

أما المبحث الثاني، فتناول مجال واتفاق التحكيم في الفقه الإسلامي وقانون التحكيم لسنة(2005م)، وأهلية أو شروط المحكم في الفقه الإسلامي والقانون واتفاق التحكيم وشروط المحكم في الفقه الإسلامي والقانون.

وأما المبحث الثالث: فتناول، أنواع التحكيم والفرق بينه وبين الصلح في الفقه الإسلامي وقانون التحكيم، ومن خلال هذا تبين أن التحكيم داخلي ودولي

(★) أستاذ مشارك بجامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية.

أو وطني ودولي، والوطني أو الداخلي، اختياري وإجباري، ووضُع كل نوع في مطلبه بما فيه كفاية واستقصاء لكل نوع حسب الفقه والقانون.

ووضُح البحث في هذا المبحث، الفرق بين التحكيم والصلح، وبيَن من خلال ذلك أوجه الشبه والاختلاف بين التحكم والصلح.

ثم من خلال هذا كله توصل الباحث إلى أن التحكيم في الفقه الإسلامي يستمد أحكامه من مصادره الأصلية في القران الكريم والسنة النبوية المطهرة وأن قوانين التحكيم التي صدرت أخيراً وأطلت على المجتمعات والدول، بادعاء أن التحكيم قانون جديد، فما تلك إلا دعو ى باطلة لا يسنده ا دليل لا منطق، فكان من الأجدر لهؤلاء جميعاً أن يعترفوا بصلاحية منهج الإسلام في معالجة قضايا المجتمعات البشرية كافه، مسلمين وغير مسلمين، وأن يتصالحوا مع أنفسهم أولاً، ليصالحوا من بعد مع أمانته م العلمية التي شوشت وكدرت بسبب العداء لله ورسوله والمؤمنين ورسالة الإسلام.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين القائل : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾(النساء: ٣٥)[1].

والقائل: ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعًۢا بَصِيرًا ﴾(النساء: ٥٨ [2]).

والصلاة والسلام على رسول الله الأمين القائل: (ما أحسن هذا) وذلك عندما قال أبو شريح ابن هانئ: إن قومي إذا اختلفوا في شئ أتوني فحكمت بينهم، فرضي كلا الطرفين[3].

فإنه من سعة الشريعة الإسلامية أن جعلت عدة طرق ووسائل لفض النزاع بين الخصوم،وذلك لتعدد ساحات العدالة، ويسهل على المتخاصمين فض أو حسم النزاع الذي نشأ أو ينشأ بينهم بأيسر السبل وأسرعها وذلك بإرادتهم الحرة، دون إجبارهم أو إرغامهم على اللجوء إلى ساحات القضاء والسلطات الرسمية القائمة.

ومن هذه السعة، ورفع الحرج، وتمكين الخصوم من فض نزاعهم بالتحكيم، الذي هو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما، وقد يكون ذلك الحاكم أو الحكم

(1) سورة النساء الآية (35).
(2) سورة النساء الآية (58).
(3) سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داوود، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1416هـ، 1996م، ج(3)، ص (294).

باختيارهما، ويسمى بالتحكيم الاختياري، ويقصد به: توافق الإرادات الخاصة، على عرض نزاع بينهما، أو محتمل على فرد أو أفراد عاديين، يختارونهم، يبينوا طريقة اختيارهم للفصل فيه، وفقاً لقواعد القانون، أو وفقاً لقواعد العدالة، دون عرضه على قضاء الدولة، أو إجبارياً، ويسمى بالتحكيم الإجباري، وهو عكس التحكيم الاختياري من حيث سلب الإرادات، عن المتنازعين في اللجوء إلى القضاء، وجعل التحكيم قضاءً إلزامياً بينهما، مع ترك الحرية للخصوم، لاختيار المحكمين، والقواعد أو القانون الواجب التطبيق، هذا في حال اتفاق الطرفين على حل النزاع عن طريق التحكيم، سواء كان شرط في العقد، أو اتفاق لاحق.

من تلك السعة والمرونة، الصلح، الذي هو انتقال حق أو دعوى بعوض، لرفع نزاع، أو خوف وقوعه، أو هو قبض الشيء عن عوض.

ومن ثم، فإن التحكيم في الفقه الإسلامي قديم قدم رسالة الإسلام، وبالرجوع إلى مؤلفات الفقهاء ومصادر الفقه الإسلامي، نجد أن التحكيم له مصادره في القرآن الكريم، وسنة النبي ﷺ .

وما التحكيم الذي وضعت له القوانين وقامت له الهيئات والمؤسسات إلا عالة على التحكيم في الفقه الإسلامي، مهما تعددت تشريعاته، وتوسعت موضوعاته، وتطورت تعديلاته.

مشكلة البحث :

ما أوجه الاتفاق والاختلاف في التحكيم في الفقه الإسلامي وقانون التحكيم لسنة 2005م ؟

تمثلت مشكلة البحث في التساؤلات الآتية :.

(أ) هل استند قانون التحكيم لسنة 2005م في مرجعيته على الفقه الإسلامي ؟

(ب) لماذا أخذ قانون التحكيم لسنة2005م بما جاء في الفقه الإسلامي ؟

(ج) هل قانون التحكيم لسنة 2005م يعدّ قانوناً شرعياً إسلامياً ؟

أهمية البحث :

تأتي أهمية هذا البحث من حيث الموضوع ، أنه يتناول المصادر الشرعية والفقهية التي استند إليها قانون التحكيم لسنة 2005 م وذلك عن طريق البحث و التحليل و المقارنة ، فاتضح أنه مستمد من الفقه الإسلامي ، وتأتي تلك الأهمية ، لكشف الستار عن هذا القانون لتبيين أصالته الفقهية ، ومعاصرته ومواكبته لكل زمان ومكان وظرف وحال

وتناول مرجعية هذا القانون مهم جداً في هذه الأوقات العصيبة التي تتكالب فيها القوي العلمانية علي الإسلام بمحاربة قوانينه ونظمه وأوضاعه وعلي المسلمين ، كي تردهم بعد إيمانهم كافرين ، بإخضاعهم للعهود والأوضاع الدولية الوضعية الظالمة .

أهداف البحث :. يهدف هذا البحث لتبيين وتوضيح الأتي :

(أ) تعريف وتبصير المسلمين بالمرجعية الفقهية لقانون التحكيم لسنة 2005 م

(ب) تأصيل القانون التحكيم بإرجاعه إلي الأصل الذي أخذ منه ، سواء كان ذلك من القرآن الكريم ، أو السنة النبوية المطهرة .

(ج) التعريف بأن التحكيم مبدأ إسلامي أصيل سبقت إليه الشريعة الإسلامية .

منهج البحث :

استخدم الباحث المنهج الاستنباطي والتحليلي والمقارن ، وذلك بالرجوع إلى النصوص وأخذ الأحكام التي تتعلق بها ، وتحليلها ، ومقارنتها بما أخذ به القانون 0

المبحث الأول:

مفهوم التحكيم في اللغة والاصطلاح وقانون التحكيم لسنة 2005م

ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم التحكيم في اللغة.

المطلب الثاني: مفهوم التحكيم في الاصطلاح.

المطلب الثالث: مفهوم التحكيم في قانون التحكيم لسنة 2005م.

المبحث الثاني:

مجال واتفاق التحكيم وشروطه وأهلية المحكم في الفقه الإسلامي وقانون التحكيم لسنة 2005م.

ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مجال واتفاق التحكيم في الفقه الإسلامي وقانو ن التحكيم لسنة 2005م.

المطلب الثاني: شروط التحكيم في الفقه الإسلامي وقانو ن التحكيم لسنة 2005م.

المطلب الثالث: أهلية المحكم في الفقه الإسلامي وقانون التحكيم لسنة 2005م.

المبحث الثالث:

أنواع التحكيم والفرق بينه وبين الصلح في الفقه الإسلامي وقانون التحكيم لسنة2005م.

ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التحكيم الداخلي في الفقه الإسلامي وقانو ن التحكيم لسنة 2005م.

المطلب الثاني: التحكيم الدولي في الفقه الإسلامي وقانو ن التحكيم لسنة 2005م.

المطلب الثالث: الفرق بين التحكيم والصلح في الفقه الإسلامي وقانو ن التحكيم لسنة 2005م.

الخاتمة:

تحتوي على أهم النتائج والتوصيات

المبحث الأول:

مفهوم التحكيم في اللغة والاصطلاح وقانون التحكيم لسنة 2005م

ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول:

مفهوم التحكيم في اللغة.

المطلب الثاني:

مفهومه ومشروعية التحكيم في الاصطلاح:

المطلب الثالث:

مفهوم التحكيم في قانون التحكيم لسنة 2005م.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم في اللغة

التحكيم في اللغة، مصدر حكمه في الأمر الشئ، أي جعله حكماً وفوض الحكم إليه. وفي التنزيل : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾(النساء: ٦٥)(1). وحكمه بينهم: أمره أن يحكم بينهم، فهو حكم، ومن معاني التحكيم في اللغة: الحكم. يقال: قضى بين الخصمين، وقضى له، وقضى عليه(2).

وحكموه بينهم: أمروه أن يحكم. ويقال: حكمنا فلاناً فيما بيننا،أي أجزنا حكمه بيننا، وحكمه في الأمر، فاحتكم: جاز فيه حكمه، جاء فيه المطاوع على غير بابه، والقياس فتحكم، والاسم، الاحكومة، والحكومة(3). وحكمه في الأمر، فوض إليه الحكم، وأمره أن يحكم: أجاز حكمه. واحتكموا إليه: تخاصموا إليه، وجعلوه حكماً بينهم. وحاكمه إلى فلان: خاصمه إليه ليكون حكماً ينهما(4). وحكم له، حكم عليه، وحكم بينهم: قضى، وحكم الفرس جعل للجامه حكمه،

(1) سورة النساء الآية (65).
(2) محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي،لسان العرب، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، 1413هـ، 1993م، ج3، ص (271).
(3) المرجع السابق، ص (271).
(4) الشيخ أحمد رضا، معجم متن اللغة، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1377هـ، 1958م، ج2، ص (139-140).

وهي الحديدة التي تكون في فم الفرس(1). والتحكيم: مفرد تحكيمات (لغير المصدر) مصدر حكم. تحكيم قضائي – هيئة التحكيم: هيئة أو لجنة تقويم بالحكم في القضاء، وبين الأطراف المتنازعة، وفي المباريات الرياضية ونحوها. والتحكيم شعار الحرورية من الخوارج الذين قالوا: (لا حكم إلا لله) في الخلاف بين علي ومعاوية رضي الله عنهما، وهو تفويض القاضي إلى شخصين عدلين للفصل بين الزوجين في حالة الشقاق، يفضل القاضي اللجوء إلى التحكيم قبل النظر في الطلاق، وهو تسوية النزاع بين فريقين، على يد فرد يكون حكماً، أو هيئة محكمة، وما تقوم به أطراف متنازعة من عرض مسألة النزاع ليتم الحكم فيها من فرد محايد أو مجموعة من الأفراد(2). والله تعالى، أحكم الحاكمين، وهو الحكيم له الحكم، سبحانه وتعالى، قال الليث: الحَكَمُ الله تعالى، وقال الأزهري: من صفات الله تعالى، الحَكَمُ والحكيم، والحاكم ومعاني هذه الأسماء متقاربة، والله أعلم بما أراد بها، وعلينا الإيمان بأنها من أسمائه وقال ابن الأثير: في أسماء الله تعالى الحكم والحكيم وهي بمعني الحاكم وهو القاضي(3).

المطلب الثاني: مفهومه ومشروعية التحكيم في الاصطلاح:

(1) أحمد مختار عمر، معجم الصواب اللغوي، الطبعة الأولى، القاهرة، عالم الكتب، 1429هـ، 2008م،ج1، ص (327).
(2) أحمد مختار عمر، المرجع السابق،ج1، ص (538).
(3) ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج3، ص(270).

أما مفهوم التحكيم في الاصطلاح : عرفه السرخسي: بأنه إذا حكم الحكم بين رجلين، ثم تخاصما إلى حكم آخر، فحكم بينهما سوي من ذلك، ولم يعلم بالأول، ثم ارتفعا إلي القاضي، فإنه ينفذ حكم يوافق القاضي من ذلك، لما بين ا، أن حكم كل واحد منهما غير ملزم شيئا(1).من هنا يتبين أن التحكيم، حكم، أو فصل في موضوع بين طرفين عن طريق حكمين. وعرفه الجرجاني بأنه: وضع الشئ في موضعه، وقيل: هو ماله عاقبه محمودة(2). فإذا اختصم رجلان في حق من الحقوق المالية، فحكما رجلاً، هل ينفذ حكمه؟ فيه قولان، وفي النكاح قولان مرتبان عليه، وفي العقوبات قولان مرتبان عليه ولا يخف ى علي الفقيه وجه الترتيب(3).والتحكيم في اصطلاح الفقهاء، تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما، ويمكننا أن نعرفه بأنه: تولية المتخاصمين، رجلاً، أو أكثر بالحكم بينهما، وإنما قلنا: رجلاً أو أكثر، لأنه قال: قَالَ تَعَالَىٰ:﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ ﴾ (النساء: ٣٥) [4] يكون المحكم أكثر من واحد، كما في التحكيم عند الشقاق بين الزوجين، وذكرنا رجلاً، منعاً لدخول النساء في التحكيم(5).وقال الشوكاني عند تفسيره لقوله تعالي: ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ ﴾(النساء: ٣٥) وهذا

(1) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج(21)، ص(59).
(2) أبو الحسين علي بن محمد بن علي الجرجاني الحنفي، التعريفات، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1424هـ،2003م، ص(96).
(3) شهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبي الدم الحموي، كتاب أدب القضاء، ألطبعة الثانية، بيروت، لبنان، دار الفكر، 1402هـ، 1982م، ص(176).
(4) سورة النساء الآية(35).
(5) محمد عبد القادر أبو فارس،الفقهاء في الإسلام،عمان،الأردن، دارا لفرقان،1430هـ،2009م، ص(171).

نص من الله تعالى، أنهما قاضيان، لا وكيلا ن، ولا شاهدا ن. وقال الكوفيون، وعطاء، وابن زيد، والحسن، وهو أحد قولي الشافعي، إن التفريق هو للإمام، أو الحاكم في البلد، لا إليهما، ما لم يوكلهما الزوجان، أو يأمرهم ا الإمام أو الحاكم، لأنهما رسولان، شاهدان، فليس إليهما التفريق، ويرشد إلى هذا قوله: (إن يريدا)، أي: الحكمان"إصلاحاً" بين الزوجين "يوفق الله بينهما". لاقتصاره على ذكر الإصلاح دون التعريف، أي يوقع الموافقة بين الزوجين حتى يعودا إلى الالفه، ومعنى الإرادة: خلوص نيتها، لصلاح الحال بين الزوجين أي يوفق بين الحكمين في اتحاد كلمتهما(1). وقال الرازي، قال الشافعي، ﷺ: المستحب أن يبعث الحاكم عدلين، و يجعلها حكمين، والأولى أن يكون واحد من أهله، وواحد من أهلها، لأن أقاربهما أعرف بحالهما من الأجانب، وأشد طلباً للصلاح، فإن كانا أجنبيين جاز، وفائدة الحكمين، أن يخلو كل واحد بصاحبه، ويستكشف حقيقة الحال، ليعرف أن رغبته، في الإقامة على النكاح، أو في المفارقة، ثم يجتمع الحكمان فيفعلان ما هو صواب من إيقاع طلاق أو خلع(2).

وأما مشروعية التحكيم : فتستمد من أساس وجوده وجوازه في الفقه الإسلامي من كتاب الله عز وجل ومن سنة نبيه صلي الله عليه وسلم وإجماع الصحابة رضوان

(1) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، دار الفرقان، 1430هـ، 2009م، ج(1)، ص(590).

(2) فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي، التفسير الكبير، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1421هـ، 2000م، ج(10)، ص(75).

الله عليهم.فإما القرآن الكريم: فيقول الله عز وجل ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ (النساء: ٣٥) (1). ففي هذه الآية الكريمة، يأمرنا الله عز وجل بإجازة الالتجاء إلى التحكيم في فض المنازعات بين الزوجين ،خشية الشقاق بينهما، ويأمرنا في غيرها كذلك إلى اللجوء إلى التحكيم لفض النزاعات، فهي دليل إثبات التحكيم، وجوازه بين الخصمين. وفي القرآن الكريم أسس وشواهد للتحكيم في المسائل المتعلقة بالأحوال، حيث يقول الله عز وجلَّ : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعًۢا بَصِيرًا ﴾ (النساء: ٥٨)(2)ويقول سبحانه وتعالى: ﴿ سَمَّٰعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّٰلُونَ لِلسُّحْتِ ۚ فَإِن جَآءُوكَ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ۖ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْـًٔا ۖ وَإِنْ حَكَمْتَ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِٱلْقِسْطِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ﴾ (المائدة: ٤٢) (3) فإن الله تعالي خيّر نبيه ﷺإذا ما جاءه أهل الكتاب محتكمين إليه، طالبين منه الحكم في خصوماتهم، خيّره بين الحكم، أو الإعراض عنهم، وأخبره أن الإعراض عن المحتكمين إليه، لا يرتب عليه ضرراً، لا في الدين ولا في الدنيا وهذا هو عين التحكيم، فللحاكم مطلق الخيار في أن يحكم أو

(1) سورة النساء الآية(35).
(2) سورة النساء الآية(58).
(3) سورة المائدة الآية(42).

يعرض عن المحتكمين إليه، وإذا اختار الإعراض عنهم فلا سبي ل لإلزامه ولا جزاء عليه، خلافاً للحاكم المنصّب للفصل في الخصومات بين الناس فلا خيار له بين الحكم أو الإعراض بين الخصوم إذا ما ترافعوا أو أحدهما إليه(1) وأما السنة النبوية المطهرة: أن أبا شريح هانئ بن يزيد ﷺ، لما وفد إلى الرسول ﷺمع قومه، سمعهم يكنونه بأبي الحكم، فقال له رسول الله ﷺ"إن الله هو الحكم، واليه الحكم، فلم تكنونه بأبي الحكم " فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني، فحكمت بينهم فرضي كلا الطرفين. فقال: رسول الله صلي الله عليه وسلم "ما أحس ن هذا، ومالك من الولد" قال: لي شريح، ومسلم، وعبد الله، قال:"فما أكبرهم؟ " قلت: شريح، قال: "أنت أبوشريح، ودعا له ولولده"(2). فإقرار الرسول الله ﷺ، لأبي شريح، على حكمه، بين قومه، بتراضيهما دليل على جواز التحكيم، ومشروعيته. وقال السيوطي: أي الذي ذكرت من أحسن الحكم على وجه يرضي المتخاصمين، فإنه لا يكون دائماً على هذا الوجه، إلا بكونه عدلاً(3) وأما الإجماع: فقد كان بين عمر وأبي بن كعب، رضي الله عنهما، منازعة في نخل ، فحكما بينهما، زيد بن ثابت ﷺ. واختلف عمر م ع رجل في أمر فرس اشتراها عمر، بشرط السوم،

(1) سيد أحمد محمود، التحكيم العادي، الطبعة الأولى، 1419هـ، 1998م، ص(13،14).
(2)أبو داوود، سنن أبي داوود، مصدر سابق،ج(3)، ص(294)، هو أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن على بن بحر بن سنان بن دينار النسائي، سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي، الطبعة الأولي ،بيروت، دار الفكر 1348هـ،1930م، ج(8)، ص(226)، ومحمد بن الأثير الجزري جامع الأصول في أحاديث الرسول، الطبعة الثانية ، بيروت، دار الفكر،1403هـ، 1983م، ج(1)، ص(373).
(3) أبو داوود، سنن أبي داود بشرح السيوطي، مصدر سابق، ج(3)، ص(294).

فتحاكما إلي شريح. كما تحاكم عثمان وطلحة، إلى جبير بن مطعم ﷺ. وقد وقع مثل ذلك، لجمع من كبار الصحابة. ولم ينكره أحد فكان إجماعا (1)

المطلب الثالث: مفهوم التحكيم في قانون التحكيم لسنة2005م:

جاء في المادة (4) من قانون التحكيم لسنة 2005م ما يلي:

التحكيم يقصد به، أتفاق 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(2). نجد أن القانون عرف كلمة تحكيم بصوره واضحة وشامله، لأنه أساس الموضوع، ونص على أن التحكيم، يقصد به أتفاق طرفي النزاع ذو الطبيعة المدنية، ليخرج من هنا المنازعات ذات الطبيعة الجنائية والأسرية، وغيرها، ثم يتفق الخصمان بحر إرادتهما على حل النزاع الذي ربما ينشأ بينهما، كذلك الاتفاق على حل النزاع القائم بينهما بالفعل عن طريق التحكيم، وقد ثار جدل فقهي وقانوني بشأن الاتفاق على حل المنازعة التي لم تنشأ بعد عن طريق التحكيم، حيث يرى بعض الفقهاء: أن هذا أتفاق على مجهول، ويرجع الحكمة من الاتفاق على ما ينشأ من نزاع مستقبلي عن طريق التحكيم، ذلك أن طرفي النزاع، ربما يتوقعا حدوث نزاع بشأن تنفيذ العقد بإخلال أحدهما، أو تعثره في تنفيذ التزاماته ويتضح هذا الأمر بصورة

(1) أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي،المبسوط، الطبعة الأولي،بيروت، لبنان،دار الكتب العلمية،1421هـ-2001م،ج(21)، ص(58،59).

(2) قانون التحكيم لسنة 2005م، ص(2).

جلية في العقود الهندسية، نسبة لتعدد مراحل تنفيذها، وتعدد الجهات المنفذة، وارتباط ذلك بتمويل ضخم، وكذلك العقود المدنية والتجارية، محلية كانت أم دولية، يتوقع عدم تنفيذها بصورة دقيقة، مائة بالمائة، لذلك يسعى الطرفان ابتداء "تبييت النية" على استبعاد المحاكم الوطنية عن حل ذلك النزاع المتوقع لأسباب يقدرونها تفضيل التحكيم على القضاء(1).وقد عرف التحكيم بعض القانونين بقولهم: هو نوع من العدالة الخاصة ينظمه القانون ويسمح بمقتضاه إخراج بعض المنازعات عن ولاية القضاء العام في حالات معينة، كي تحل بواسطة أفراد عاديين، يختارهم الخصوم كقاعدة، وتسند إليهم مهمة القضاء، في حالات معينة، بالنسبة لهذه المنازعات(2).أو هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص، أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون اللجوء للمحكمة المختصة به. وبمقتضى هذا التحكيم يتنازل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء، مع التزامهم بطرح النزاع على محكم، أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم. وقد يكون هذا الاتفاق تبعاً لعقد معين، ويسمى شرط التحكيم. وقد يكو ن بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل، بين الخصوم ويسمى في هذه الحالة مشارطه التحكيم.

(1) إبراهيم محمد أحمد دريج، شرح قانون التحكيم لسنة 2005م، الطبعة الأولى، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة، (2005م)، ص(7).
(2) إبراهيم محمد أحمد دريج، التحكيم في القضاء السوداني دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، 2004م، ص(3،4).

ويفهم من هذه المقارنة بين التحكيم في الفقه الإسلامي وقانون التحكيم لسنة 2005م، أن التحكيم في القانون مستمد من التحكيم في الفقه الإسلامي ، إذ لا اختلاف بينهما ، لأن القانون اتخذ الفقه الإسلامي مرجعية له .

المبحث الثاني

مجال واتفاق التحكيم وشروطه وأهلية المحكَّم في الفقه الإسلامي وقانون التحكيم لسنة 2005م

ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول:

مجال واتفاق التحكيم في الفقه الإسلامي وقانون التحكيم لسنة 2005م.

المطلب الثاني:

التحكيم في الفقه الإسلامي وقانون التحكيم لسنة 2005م.

المطلب الثالث:

أهلية المحكَّم في الفقه الإسلامي وقانون التحكيم لسنة 2005م.

المطلب الأول: مجال واتفاق التحكيم في الفقه الإسلامي وقانون التحكيم لسنة 2005م

للتحكيم مجالات بينها الفقهاء تتعلق بموضوع وطبيعة التحكيم التي يعمل فيها. والموضوعات التي يجري فيها التحكيم أو لا يجر ي فيها وقد اختلف الفقهاء حول مجال التحكيم، والسبب في ذلك، أن اختلافهم يرجع إلي طبيعة التحكيم ذاته، وهل هو وكالة عن الخصمين، وعليه لا يحك م المحكّم إلا بما وكل به، أم أن المحكّم يعتبر حاكم ا وهنا لا يلتز م بتوجيه الخصوم. قال الإمام مُحَمَّد عبده: واختلفوا في

وظيفة الحكمين، فقال بعضهم؛ أنهما وكيلان لا يحكما ن إلا بما وكلا به، وقال بعضهم: إنهما حاكمان "وذكر مذهب علي وابن عباس"1.

ويري فقهاء المذهب الحنفي: أن التحكيم بمنزلة الصلح، فما يجري فيه الصلح، يجري فيه التحكيم، فهو في أي نزاع، ما عدا الحدود والجنايات. ولهذا قال أبو يوسف: لا يجو ز تعليقه بالشرط، وإضافته إلى وقت، بخلاف القضاء، لكونه صلحاً، من وجه ويشمل سائر المجتهدات من حقوق العباد، وما ذكره من منعه في القصاص تبعاً للكنز وغيره، هو قول الخصَاف، وهو الصحيح، كما في الفتح، وما في المحيط من جوازه فيه، لأنه من حقوق العباد، ضعيف، رواية ودراية، لأن فيه حق الله تعالى أيضاً، وإن كان الغالب حق العبد، وكذا ما اختاره السرخس ي من جوازه في حق القذف ضعيف بالأولى، لأن الغالب فيه حق الله تعالى على الأصح(2).

وقال الكاساني: فكان الحكم من الحكمين، بمنزلة حكم القاضي المقلَّد، إلا أنهما يفترقان في أشياء مخصوصة، منها: أن الحكم في الحدود قصاص لا يصح. ومنها: أنه ليس بلازم مالم يتصل به الحكم، حتى ولو رجع أحد المتحاكمين قبل الحكم، يصح رجوعه، وإذا حكم صار لازماً ومنها: أنه إذا حكم في فصل مجتهد فيه، ثم

(1) أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، بيروت، لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر، 1424هـ/2003م، ج20، ص(398).

(2) محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 2003م-1424هـ، ج(8)، ص(126-127).

رفع حكمه إلى القاضي، ورأيه يخالف رأي الحاكم المحكَّم، له أن يفسخ حكمه(1).

وعند المالكية أن التحكيم يكون في الأموال والجراحات، لا في الحدود والقصاص يقول الشيخ الصاوي: الحاصل أنه يحكم في الأموال والجراحات، عمدها وخطئها، لا في الحدود، ومنها: قطع اليد في السرقة، ولا في النفوس، ولا في الحدود، لأن المقصود من الحدود الزجر، وهو حق الله، والقتل لأنه إما لردة أو حرابة، وكله حق الله، لتعدي حرماته، والعدل، لأنه لا يجوز رد العبد إلى الرق، ولو رضي بذلك، وكذلك الطلاق البائن، لا يجوز رد المرأة إلى العصمة ولو رضيت بذلك(2).

أما عند الشافعية: أن يكون التحاكم بالتحكيم في أحكام مخصوصة: وهي حقوق الأموال وعقود المعاوضات، وما يصح فيه العفو والإبراء.

ولا يجوز التحكيم في ما اختص القضاة بالإجبار عليه من حقوق الله تعالى والولايات على الأيتام، وإيقاع الحجر على مستحقه. وهنالك نوع مختلف فيه بين الفقهاء، هل مجال التحكيم أم لا، وهو النكاح، واللعان، والقذف، والقصاص، ففي جواز التحكيم فيه وجهان:أحدهما: يجوز، لوقوفها على رضا المتحاكمين.

(1) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، دار الفكر، 1417هـ-1969م، ج(7)، ص(5). وأبو عبد الله الشيخ محمد أحمد عليش، بيروت، لبنان، دار المعرفة، ج(2)، ص(36).

(2) الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، الطبعة الأولى، الخرطوم، الدار السودانية للكتب، 1418هـ/1998م، ج4، ص(657).

والثاني: لا يجوز، لأنها حدود وحقوق يختص الولاة بها(1).

وخلاصة الآراء الفقهية حول مجال التحكيم، أنهم متفقون على أن التحكيم يكون في حقوق العباد الخالصة كالأموال والمعاوضات وكل ما للعبد حق فيه بعفو أو إبراء.

أما ما يتعلق بالحقوق الخاصة لله عز وجل فلا يجوز فيها التحكيم كالحدود والقصاص فأمرها يتعلق بالولاة "القضاة".

وأما اتفاق التحكيم، فيقصد به اتفاق الخصمين ، الذين اتفقا فيما بينهما على فض النزاع بواسطة المحكَّم.

وهو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهم ا، فيشمل ما لو تعدد الفريقان ولذا أعيد عليها ضمير الجماعة في قوله تعالى: ﴿هَٰذَانِ خَصۡمَانِ ٱخۡتَصَمُواْ فِي رَبِّهِمۡۖ فَٱلَّذِينَ كَفَرُواْ قُطِّعَتۡ لَهُمۡ ثِيَابٞ مِّن نَّارٖ يُصَبُّ مِن فَوۡقِ رُءُوسِهِمُ ٱلۡحَمِيمُ﴾(الحج: ١٩)[2]، وفي المصباح: الخصم يقع على المفرد وغيره، والذكر والأنثى، بلفظ واحد(3)، ويعني ذلك اتفاق المتخاصمين على حكم المحكَّم والرضا به وإلا كان التنازع قائماً.

قال الماوردي: وحكى سعيد الأصطخري: أن خيارهما في التحكيم، ينقطع بشروعه في الحكم، فإذا شرع فيه، صار لازماً لهما، وإن كان قبل شروعه فيه كان

(1)الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق ج20، ص(398).
(2)سورة الحج، الآية (19).
(3)ابن عابدين، الدر المحتار، مصدر سابق، ج8، ص(125).

موقوفاً على خيارهما، لأن خيارهما بعد الشروع في الحكم مفضٍ إلى أن لا يلزم بالتحكيم حكم إذا رأى أحدهما توجه الحكم عليه فيصير التحكيم لغواً (1).

مما تقدم يتضح أن اتفاق التحكيم يقصد به: اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ، أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.

ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقبلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين، وفي هذه الحالة، يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليها.

قال الطبري: اختلف أهل التأويل فيما يبعث له الحكمان، وما الذي يجوز للحكمين من الحكم بينهما، وكيف وجه بعثهما بينهما؟ فقال بعضهم يبعثهما الزوجان، بتوكيل منهما إياهما بالنظر بينهما وليس لهما أن يعملا شيئاً في أمرهما إلا ما وكلاهما به، وكل واحد منهما بما إليه، فيعملان بما وكلهما به من وكلهما من الرجل والمرأة، فيجوز توكيلهما فيه، أو توكيل من وكل منهما في ذلك(2).

وقال الزمخشري: ليس إليهما ذلك إلا بإذن الزوجين، فقيل ذلك إليهما، وما جعلا حكمين إلا وإليهما بناء الأمر على ما يقتضيه اجتهادهما، وعن عبيدة السلماني، شهدت علياً ﷺ، وقد جاءته امرأة وزوجها، ومع كل واحد منهما فئام من الناس،

(1)الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج20، ص(399).

(2)أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، دفع البيان عن تأويل آية قرآن، بيروت، لبنان، دار الفكر، 1408هـ/1988م، ج5، ص(71).

فأخرج هؤلاء حكما وهؤلاء حكماً، فقال علي ﷺ للحكمين: أتدريان ما عليكما؟ إن عليكما أن رأيتما أن تفرقا فرقتما، وإن رأيتما أن تجمعا جمعتما، فقال الزوج: أما الفرقة فلا، فقال علي: كذب، والله لا تبرح حتى ترضى بكتاب الله لك أو عليك، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله لي وعلي(1).وهكذا لا يدعو المنهج الإسلامي إلى الاستسلام لبوادر النشوز والكراهية ولا إلى المسارعة بفصم عقدة النكاح، وتحطيم مؤسسة الأسرة على رؤوس من فيها، من الكبار والصغار الذين لا ذنب لهم ولا يد ولا حيلة، فمؤسسة الأسرة عزيزة على الإسلام، بقدر خطورتها في بناء المجتمع، وفي إمداده باللبنات الجديدة، اللازمة لنموه ورقيه وامتداده.إنه يلجأ إلى هذه الوسيلة الأخيرة –عند خوف الشقاق– فيبادر قبل وقوع الشقاق فعلاً، تبعث حكماً من أهلها ترتضيه، وحكماً من أهله يرتضيه، ليجتمعان في هدوء بعيدين عن الانفعالات النفسية، والرواسب الشعورية، والملابسات المعيشية، التي كدرت صفو العلاقات بين الزوجين، طليقين من هذه المؤثرات التي تفسد جو الحياة وتعقد الأمور، وتبدو – لقربها من نفسي الزوجين– كبيرة تغطي على كل العوامل الطيبة الأخرى في حياتهما، حريصين على سمعة الأسرتين الأصليتين، مشفقين على الأطفال الصغار، بريئين من الرغبة في غلبة أحدهما على الآخر، كما يكون الحال مع الزوجين في هذه الظروف، راغبين في خير الزوجين وأطفالهما،

(1)أبو القاسم جاد الله محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي، الكشاف، الطبعة الأولى، بيروت، دار الفكر، 1397هـ/1977م، ج1، ص(552).

ومؤسستهما المهددة بالدمار وفي الوقت ذاته هما مؤتمنان على أسرار الزوجين، لأنهما من أهلهما، لا خوف من تشهيرهما بهذه الأسرار، إذ لا مصلحة لهما في التشهير، بل مصلحتهما في دفنها ومداراتها[1].

وأما مجال واتفاق التحكيم في قانون التحكيم لسنة 2005م:

يكون مجال التحكيم في القانون في القضايا التي يجوز فيها الصلح، مثل الأموال فيما دون السرقة الحدية، والجراحات، وعقود المعاوضات، ولا يجوز في الحدود والقصاص، وبمعنى آخر يجوز في المسائل التي هي حقوق خالصة للعباد والتي يمكن أن يبعث فيها الحكمان، ولا يكون في الحقوق الخالصة لله تعالى، والتي لا تكون ولاية الفصل فيها إلى القاضي أو الحاكم.وأما اتفاق التحكيم، فيقصد به: كل اتفاق يتعهد فيه الأطراف بعرض منازعاتهم للفصل فيها عن طريق التحكيم، أو كل اتفاق لاحق لإحالة النزاع القائم للتحكيم(2). من الأركان المهمة في قضاء التحكيم (الاتفاق) بين طرفي النزاع، إذ به يعرف مكنون إرادة الطرفين من العزوف عن عرض نزاعهما أمام القضاء المختص وبه تباشر هيئة التحكيم عملها، وتنظر على أساسه، كما لا يتم تنفيذ قرار المحكمين إلا بوجوده، وهذا الاتفاق هو العقد الذي يبرمه الطرفان، سواء كتابة أو شفاهة أو بأي وسيلة أخرى على حل النزاع القائم بينهما أو الذي يمكن أن ينشأ في المستقبل بشأن أي علاقة قانونية بينهما

(1)سيد قطب، في ظلال القرآن، الطبعة السابعة، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، 1391هـ/1971م، ج2، ص(363-364).

(2)قانون التحكيم لسنة 2005م، ص(2).

عقدية كانت أو غير عقدية، عن طريق التحكيم دون القضاء المختص ولم يعرف القانون السوداني لاتفاق التحكيم في إطار القواعد الخاصة بالتحكيم في قانون الإجراءات المدنية السوداني، لسنة 1983م وكذا تشريعات التحكيم في دول أخرى(1). ولا يمكن عرض النزاع على محكمين إلا باتفاق الطرفين ذوي الشأن وذلك على خلاف التحكيم الإجباري، كالتحكيم الذي كان منصوصاً عليه في قانون القضاء العام، والذي أصدر القانون رقم (203) لسنة 1991م في شأن شركات قطاع الأعمال بإلغائه، بما تضمنه من نصوص التحكيم الإجباري التي كانت واردة به. ذلك أن اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية.ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع، سواء قام مستقلاً بذاته، أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين، وفي هذه الحالة يجب تحديد موضوع النزاع في بيان الدعوى، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان باطلاً(2).

المطلب الثاني: شروط التحكيم في الفقه الإسلامي وقانون التحكيم لسنة 2005م:

يشترط الفقه الإسلامي للتحكيم ما يأتي:

(1)إبراهيم أحمد دريج، التحكيم في القانون السوداني، مرجع سابق، ص(21).
(2)عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1995م ، ص(27).

قيام نزاع وخصومة حول حق من الحقوق، وهذا الشرط يقتضي حُكْماً قيام طرفين متشاكسين، كل يدعي حقاُ له قبل الآخر.

تراضي طرفي الخصومة على قبول حكمه، أما المعين من قبل القاضي، فلا يشترط رضاهما، لأنه نائب عن القاضي. ولا يشترط عند الحنفية، تقدم رضا الخصمين عند التحكيم، بل لو رضيا بحكمه بعد صدوره جاز، وعند الشافعية لا بد من التراضي.

ج. اتفاق المتخاصمين والحكم على قبول مهمة التحكيم، ومجمل هذين الاتفاقين يشكل ركن التحكيم الذي هو لفظه الدال عليه مع قبول الآخر.وهذا الركن قد يظهر صراحة، كما لو قال الخصمان: حكمناك بيننا، أو قال لهما: أحكم بينكما فقبلا. وقد يظهر دلالة، فلو اصطلح الخصمان على رجل بينهما، ولم يعلماه بذلك، ولكنهما اختصما إليه، فحكم بينهما جاز وإن لم يقبل الحكم، لم يجز حكمه إلا بتجديد التحكيم(1). يلتزم المتحاكمان بقرار المحَكِّم عند الحنفية والحنبلية. ولكل واحد الرجوع عن التحكيم، قبل إصدار الحكم عند الحنفية، والراجح عند المالكية، أن لا يشترط دوام رضائهما حتى صدور الحكم، فإن رجعا

(1)وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، الطبعة الخامسة، الكويت، 1425هـ/2004م، ج10، ص(22). وأبن عابدين، رد المحتار ، مصدر سابق، ج8، ص(125).

معاً ولم يرتضيا قبل الحكم، فلهما ذلك، وإن رجع أحدهما فله ذلك عند سحنون، وليس له حق الرجوع عند ابن الماجشون(1).

وكذلك لو اتفقا على تحكيم رجل معين، فليس له أن يفوض غيره بالتحكيم، لأن الخصمين لم يرضيا، بتحكيم غيره.

ولو فرض، وحكم الثاني بغير رضاهما، فأجاز الأول حكمه، لم يجز لأن الإذن منه في الابتداء لا يص ح، فكذا في الانتهاء، ولابد من إجازة الخصمين بعد الحكم.وقيل: ينبغي أن يجوز، كالوكيل الأول، إذا أجاز بيع الوكيل الثاني إلا أن تعليق الحكم على شرط، كما لو قال لعبد: إذا أعتقت فأحكم بيننا وإضافته إلى وقت، كما لو قال لرجل: جعلناك حكماً غداً، أو قال: رأس الشهر كل ذلك لا يجوز على قول أبي يوسف ومُحَمَّد، والفتوى على القول الأول. وليس للخصمين أن يتفقا على محكِّمٍ ليس أهلاً للتحكيم، ولو حكم غير المسلم بين مسلمين، فأجازا حكمه، لم يجز، كما لو حكماه في الابتداء. والإشهاد على الاتفاق على التحكيم ليس بلازم، ولكنه من المأمول وجود هذا الإشهاد، خوفاً من جحود المحكوم عليه من الخصمين، لوجود التحكيم حيث لم يقبل قول الحكم، إن الجاحد حكَّمه إلا ببينة. ويجب أن يستمر الاتفاق على التحكيم حتى

(1)أنظر: ابن عابدين، رد المحتار، مصدر سابق، ج8، ص(23). وأبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب ابن وارث الباجي، المنتقى، الطبعة الأولى، مصر، مطبعة السعادة، 1338هـ، ج5، ص(228). ومحمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بيروت، لبنان، دار الفكر، ج4، ص(135). والسرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج21، ص(59).

صدور الحكم، إذ أن رجوع أحد الخصمين عن التحكيم قبل صدور الحكم يلغي التحكيم. فلو قال الحكم لأحدهما: أقررت عندي، أو قامت عندي بينة عليك بكذا، وقد ألزمتك، وحكمت بهذا، فأنكر المقضي عليه الإقرار أو البينة، لم يلتفت لقوله، ومضى القضاء، لأن ولاية المحكم قائمة، وهو في هذه الحالة كالقاضي.أما إن قال ذلك بعد أن عزله الخصم، فإن قوله وحكمه لا يعتد به كالحكم الذي يصدره القاضي بعد عزله(1). قال إمام الحرمين: ثم لابد في تحكيمه من رضا الخصمين، ونزولهما جميعاً عند حكمه، فلو تعلق الحكم بثالث، لم يصدر منه الرضا والتحكيم، فحُكم المحكِّم لا ينفذ عليه ثم إذا رضي الخصمان بحكمه ابتداء، فأنشأه، فهل نشترط استفتاح رضاً بعد الحكم؟ فعلى وجهين ذكرهما العراقيون: أحدهما: أنه لابد من ذلك، وبه يحصل الالتزام التام، ولو رضيا، ثم رجع أحدهما، قبل أن يتم حكمه، لم ينفذ حكمه وفاقاً وإنما الخلاف فيه إذا استمرا على الرضا حتى حكم، ولم يحددا رضاً هذا هو المذهب. ومن أصحابنا من قال: إذا رضيا أولاً، ثم لما خاض، رجع أحدهما، لم يؤثر رجوعه، ونفذ الحكم، وهذا بعيد، ولو رضيا، ثم رجع أحدهما قبل أن ينشئ الخوض، فلا وجه إلا إبطال الحكم، وفيه

(1)محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير، الطبعة الأولى، القاهرة، دار الحديث، 1413هـ/1993م، ج1، ص(695). وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مصدر سابق، ج10، ص(242).). والسرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج21، ص(63).

شئ، ولا تخفى المراتب الثلاث التي أشرنا إليها، فليرتب الناظر البعض منها على البعض(1).أما شروط التحكيم في قانون التحكيم لسنة 2005م:

يقصد بشرط التحكيم، الاتفاق الذي ينص عليه الطرفان في صلب عقد معين يتفقان فيه على إحالة ما ينشأ من نزاع تنفيذاً لأحكام العلاقة القانونية القائمة بينهما على التحكيم، وقد يكون هذا الاتفاق مفصلاً ليوضح بعض المسائل المهمة، وقد يكون موجزاً.وشرط التحكيم هو الأكثر شيوعاً في الواقع العملي، سعياً من الطرفين تجنب الخلاف وبالتالي المحاكم المختصة، خاصة وأن هذا الشرط يتم في جو ودي بين الطرفين. ونجد بعد شرط التحكيم، ما يعرف بمشارطة التحكيم، وهو الاتفاق الذي يتم بين الخصمين على حل النزاع القائم بينهما بالفعل عن طريق التحكيم، سواء كان هذا النزاع أمام محكمة أم لا. ودائماً ما تكون المشارطة بعد قيام النزاع، وظهور المسائل محل الخلاف، وترد أكثر تفصيلاً من شرط التحكيم بعد صياغتها في ورقة منفصلة مفصلة تتضمن ما يلي:

النقاط موضوع الخلاف.

أسماء المحكمين وكيفية تعيينهم.

ج. لغة ومكانة التحكيم ومدة الفصل في النزاع القائم.

د. القانون الواجب التطبيق على النزاع القائم.

(1)عبد الملك بن عبدالله بن يوسف الجويني، إمام الحرمين، نهاية المطلب ، الطبعة الثانية، قطر، 2009/1430م، ج18، ص(583).

هـ. مصروفات التحكيم وأتعاب المحكمين.

و. المحكمة المختصة بالتنفيذ، والشهود.

تتم صياغة هذا الاتفاق بطريقة محكمة تقطع شأفة الخلاف والتأويل بين طرفي النزاع(1).

ويصدر حكم التحكيم كتابة، ويوقعه المحكَّمون، وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكِّم، يُكتفى بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم التوقيع عن الذين لم يوقعوا.

ويجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً، إلا إذا اتفق الطرفان على غير ذلك، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم. كما يجب أن يشتمل حكم التحكيم على أسماء الخصوم وعناوينهم، وأسماء المحكمين وعناوينهم، وجنسياتهم، وصفاتهم وصورة اتفاق التحكيم، وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وتاريخ ومكان إصداره وأسبابه إذا كان ذكرها واجباً، ويجب أن يصدر الحكم من ذات المحكمين الذين يعهد إليهما التحكيم، دون أن يشركوا في ذلك غيرهم في الحكم أو المداولة، أو في الرأي وإلا كان الحكم باطلاً. ويصح الحكم متى وقعته أغلبية المحكمين ولو لم تسبقه مداولة، وفي حالة تسبيب الحكم، لا يلزم دقة هذا التسبيب، التي تلزم في أحكام القضاء، فلا ينال منه عدم كفاية التسبيب، أو إيراده في صورة عامة مادام

(1)إبراهيم دريج، التحكيم في القانون السوداني، مرجع سابق، ص(22-23).

ما انتهى إليه لا يخالف القانون(1).ويشترط أن يكون التحكيم في القضايا التي يجوز فيها التحكيم والتي أمر القضاء فيها إلى الولاة أو الحكام والقضاة، وقد عدها الفقهاء، وهي قسم متفق عليه وقسم مختلف فيه، فأما المتفق على أن التحكيم لا يجري فيه فيشمل: الحدود واللعان والقتل والولاء والنسب والطلاق والعتق، فيمتنع التحكيم في واحدة من هذه السبعة، ويكون التحكيم في الأموال والجراحات وعقود المعوضات في البيوع وغيرها، هذا في الفقه الإسلامي والقانون.

المطلب الثالث: أهلية المحكَّم في الفقه الإسلامي وقانون التحكيم لسنة 2005م.

يشترط الفقه الإسلامي للمحكَّم شروطاً تتمثل في:

أن يكون معلوماً، فلو حكَّم الخصمان أوَّل من يدخل المسجد مثلاً، لم يجز بالإجماع، لما فيه من الجهالة، إلا إذا رضوا به بعد العلم فيكون حينئذ تحكيماً لمعلوم.

أن يكون أهلاً لولاية القضاء، وعلى ذلك اتفاق المذاهب الأربعة على خلاف فيما بينها في تحديد عناصر تلك الأهلية.

والمراد بأهلية القضاء هنا: الأهلية المطلقة للقضاء، لا في خصوص الواقعة موضوع النزاع(2).

وفي قولٍ للشافعية: أن هذا الشرط يمكن الاستغناء عنه، عندما لا يوجد الأهل مثله لذلك. ومنهم من قال: بعدم اشتراطه مطلقاً، ومنهم من قيد جواز التحكيم

(1)عبدالحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص(65-66).
(2) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مصدر سابق، ج10، ص(237-238).

بعدم وجود قاضٍ، وقيل: يتقيد بالمال دون القصاص والنكاح أي إثبات عقد النكاح(1).

وفي قول للحنابلة: إن المحكَّم لا تشترط فيه كل صفات القاضي(2).

وذهب الحنفية إلى أن أهلية القضاء يجب أن تكون متحققة في المحكَّم من وقت التحكيم إلى وقت الحكم، ومن ذلك: أنه يشترط في المحكَّم: الإسلام إن كان حكماً بين مسلمين، أو كان أحدهما مسلماً، أما إذا كانا غير مسلمين فلا يشترط إسلام المحكِّمين، وعلة ذلك أن غير المسلم أهل للشهادة بين غير المسلمين، فيكون تراضي الخصمين عليه كتولية السلطان إياه.

ومعلوم أن ولاية غير المسلم الحكم بين غير المسلمين صحيحة، وكذلك التحكيم ولو كانا غير مسلمين، وحكما غير مسلم جاز. فإن أسلم أحد الخصمين قبل الحكم لم ينفذ حكم المحكَّم على المسلم، وينفذ له، وقيل: لا ينفذ له أيضاً.

أما المرتد: فتحكيمه عند أبي حنيفة ﷺ موقوف، فإن عاد إلى الإسلام صح، وإلا بطل، وعند أبي يوسف ومُحَمَّد جائز في كل حال.

وعلى ذلك فلو حكم مسلم ومرتد رجلاً، فحكم بينهما، ثم قتل المرتد، أو لحق بدار الحرب، لم يجز حكمه عليهما(3).

(1) الجويني، نهاية المطلب، مصدر سابق، ج18، ص(584).
(2) البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص(309).
(3) ابن عابدين، الدر المحتار، مصدر سابق، ج8 ، ص(126).

وقال القرطبي: والحكمان لا يكونان إلا من أهل الرجل والمرأة، إذ هما أقعد بأحوال الزوجين، ويكونان من أهل العدالة، وحسن النظر والبصر بالفقه، فإن لم يوجد من أهلهما من يصلح لذلك، فيرسل من غيرهما عدلين عالمين، وذلك إذا أشكل أمرهما، ولم يدر ممن الإساءة منهما(1).

ويشترط في المحكِّم أن يكون أهلاً للشهادة رجلاً كان أو امرأة، وأن تتوفر فيه هذه الأهلية وقت الحكم، وأن يكون الموضوع في غير الحدود والقصاص لاختصاص الإمام بالنظر فيها وفي استيفائها، فيصح التحكيم في القضايا المالية وفي الأحوال الشخصية من زواج وغيره(2).

وجاز تحكيم رجل غير خصم، أي أحد الخصمين لأن الشخص لا يحكم بنفسه، ولا عليها فيها مع غيره، لو أن رجلين حكَّما بينهما رجلاً فحكم بينهما، أمضاه القاضي ولا يرده إلا أن يكون جوراً بيِّناً، وإنما يجوز التحكيم بعدل مجتهد غير جاهل أو عامي يحكم باسترشاد العلماء، وغير كافر، اتفقت أقوال أهل العلم على أن لا يحكم جاهل بالحكم، لأنه تخاطر، ولا يجوز تحكيم كافر ولا مجنون ولا مُوَسْوِسْ اتفاقا، أشار ابن رشد، واللخمي، المازري، إلى أن الجاهل: يتفق على بطلان حكمه، لأن تحكيمه خطر وغرر، ولا يجوز تحكيم شخص غير مميز، لجنون ووسوسة وإغماء، ويجوز التحكيم للعدل العالم في مال وجرح لا حدٍ وقتلٍ ولعانٍ

(1) أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، بيروت، مؤسسة مناهل العرفان، ج5، ص(157).

(2) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة العاشرة، بيروت، دار الفكر، 2007/1428م، ج8، ص(6251).

ونسبٍ وولاءٍ وطلاقٍ وعتقٍ، لخطر هذه المسائل، وتعلق حق غير الخصمين بها، إما لله تعالى كالطلاق والعتق، وأما الآدمي كحق الولد في اللعان والنسب والعصبة في الولاء، ومضى حكم المحكِّم في حدٍ، أو قتل أو لعان، أو ولاء أو نسب أو طلاق، أو عتق، فلا ينقضه الإمام أو القاضي إن حكَم المحكَّم في شئ منها حكماً صواباً وأُدِّبَ(1).

أما أهلية المحكِّم في القانون: تنص المادة (13) من قانون التحكيم لسنة 2005م على أن: لا يجوز أن يكون المحكَّم قاصراً، أو محجوراً عليه، أو سبق الحكم عليه في جريمة مُخِلَّةٍ بالشرف أو الأمانة(2).

هذه الشروط المذكورة في القانون تتسق تماماً في المعنى مع ما جا ء في الفقه الإسلامي، والتي تشترط: أن يكون المحكَّم أهلاً لتولي القضاء وبعبارة أخرى يصلح لتولي منصب القضاء، لكونه أهلاً للشهادة.

ونجد أن التشريعات القانونية في مجال أهلية المحكَّم تتفق في طابعها العام ومضمونها الذي تحتوي عليه، وتنص على أن المحكِّم لا بد أن يكون كامل الأهلية المدنية، حتى تسند إليه مهمة الفصل في النزاع، ويتجلى هذا من خلال النص عليه صراحة في تشريعات بعض الدول، كاليمن والكويت والبحرين، ومصر، وليبيا، وذلك بأن

(1) الشيخ محمد بن أحمد بن محمد عليش، منح الجليل شرح على مختصر العلامة خليل، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1424هـ/2003م، ج8 ، ص(186-187).

(2) قانون التحكيم لسنة 2005م ، ص(4).

لا يكون المحكِّم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية، بسبب عقوبة جنائية أو مفلساً، لم يرد إليه اعتباره(1).

والأهلية بصورة عامة تعني قدرة الشخص على أداء الواجبات، وتحمل الالتزامات وذلك لا يكون إلا بالفعل والإدراك والبلوغ والاختيار، وقد يتطلب القانون صفات إضافية، بشأن عمل من الأعمال، وفي قضاء التحكيم يتطلب توفر هذه الأهلية من قبل طرفي النزاع، ومن قبل المحكَّمين.

المبحث الثالث:

أنواع التحكيم والفرق بينه وبين الصلح في الفقه الإسلامي وقانون التحكيم لسنة 2005م.

ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول:

التحكيم الداخلي في الفقه الإسلامي وقانون التحكيم لسنة 2005م.

المطلب الثاني:

التحكيم الدولي في الفقه الإسلامي وقانون التحكيم لسنة 2005م.

المطلب الثالث:

(1) إبراهيم دريج، التحكيم الداخلي والدولي، مرجع سابق ، ص(81-82).

الفرق بين التحكيم والصلح في الفقه الإسلامي وقانون التحكيم لسنة 2005م.

المطلب الأول: التحكيم الداخلي في الفقه الإسلامي في قانون التحكيم لسنة 2005م.

الأصل في الشريعة الإسلامية أنها عالمية لا مكانية، جاءت للعالم كله لا لجزء منه، وللناس جميعاً لا لبعضهم، فهي شريعة الكافة، لا يختص بها قوم دون قوم، ولا جنس دون جنس، ولا قارة دون قارة، وهي شريعة العالم كله، يخاطب بها المسلم وغير المسلم، وساكن البلاد الإسلامية، وساكن غير البلاد الإسلامية، لكن لما كان الناس جميعاً لا يؤمنون بها، ولا يمكن فرضها عليهم فرضاً، فقد قضت ظروف الإمكان أن لا تطبق الشريعة، إلا على البلاد التي يدخلها سلطان المسلمين، دون غيرها من البلاد، وهكذا أصبح تطبيق الشريعة الإسلامية وقوتها، فكلما اتسعت الأقاليم التي تقع تحت سلطان المسلمين اتسع نطاق تطبيق الشريعة، وكلما انكمش سلطانهم، انكمشت الحدود التي تطبق فيها الشريعة، فالظروف والضرورة هي التي جعلت من الشريعة الإسلامية، شريعة إقليمية وإن كانت الشريعة في أساسها شريعة عالمية، ولهذا نستطيع أن نقول: إن الشريعة الإسلامية شريعة عالمية، إذا نظرنا إليها من الوجهة العلمية، ولكنها في تطبيقها شريعة إقليمية، إذا نظرنا إليها من الوجهة العملية.

وقد نظر الفقهاء إلى هذا الاعتبار، حين قسموا العالم كله إلى قسمين لا ثالث لهما: الأول: يشمل كل بلاد الإسلام، ويسمى دار الإسلام، والثاني: يشمل كل البلاد الأخرى، ويسمى دار الحرب، لأن القسم الأول يجب فيه تطبيق الشريعة الإسلامية، أما القسم الثاني فلا يجب فيه تطبيقها، لعدم إمكان هذا التطبيق(1). ودار الإسلام: تشمل البلاد التي تظهر فيها أحكام الإسلام، أو يستطيع سكانها المسلمون أن يظهروا فيها أحكام الإسلام(2) فيدخل في دار الإسلام، كل بلد سكانه كلهم أو أغلبهم مسلمون، وكل بلد يقع تحت سلطان المسلمين، ويحكمونه ولو كانت غالبية السكان من غير المسلمين، ويدخل في دار الإسلام، كل بلد يحكمه غير المسلمين، مادام فيه سكان مسلمون، يظهرون أحكام الإسلام، أو لا يوجد لديهم ما يمنعهم من إظهار أحكام الإسلام، وسكان دار الإسلام نوعان: مسلمون وهم كل من آمن بالدين الإسلامي، وذمّيون، وهم غير المسلمين الذين يلتزمون أحكام الإسلام، ويقيمون إقامة دائمة في دار الإسلام، بغض النظر عن معتقداتهم الدينية، فيصح أن يكونوا مسيحيين، ويصح أن يكونوا يهوداً، ويصح أن يكونوا مجوساً، ويصح أن يكونوا صابئة، أو عباد ما استحسن أو ممن لا يدينون بدين.

(1) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مقارناً بالقانون الوضعي، الطبعة الثالثة، القاهرة، مطبعة المدني، 1383هـ/1963م، ج1 ، ص(274)،(275).
(2) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج7، ص(130).

سكان دار الإسلام جميعاً معصومو الدم والمال، لأن العصمة في الشريعة تكون بالإيمان والأمان.

ودار الحرب: وتشمل دار الحرب، كل البلاد غير الإسلامية، التي لا تدخل تحت سلطان المسلمين، أو لا تظهر فيها أحكام الإسلام، سواء كانت هذه البلاد تحكمها دولة واحدة أو تحكمها دول متعددة. ويستوي أن يكون بين سكانها المقيمين بها إقامة دائمة مسلمين أو لا يكون، مادام المسلمون عاجزون عن إظهار أحكام الإسلام . وهكذا الشأن في التحكيم الداخلي في الفقه الإسلامي إذ أن الإسلام تشمل أحكامه كل ديار الإسلام فليس هنالك تحكيم خارج رقعة البلاد، لأن التحكيم في الأصل ينشأ لفض نزاع بين المتنازعين، وأن جميع عناصره في حالة التحكيم الداخلي داخل حدود الدولة المسلمة وتحت ولايتها وخاضعة لسلطانها.

وأما القانون: لم ينص قانون التحكيم لسنة 2005م صراحة علي تعريف التحكيم الداخلي، أو يبيّن المقصود منه، ولكنه تحدث عن الاختصاص المكاني للتحكيم، وبيَّن أن المحكمة المختصة لها صلاحية نظر مسائل التحكيم حتى ولو كان خارج السودان.

وفي ذلك نصت المادة (5) من قانون التحكيم لسنة 2005م علي الآتي:

مع مراعاة الأحكام التي وردت في الفصل الثاني من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم، وفقا لأحكام هذا القانون للمحكمة المختصة أما إذا كان التحكيم خارج السودان، يكون الاختصاص

للمحكمة العامة بالخرطوم ما لم يتفق الأطراف علي انعقاد الاختصاص لمحكمة أخرى بالسودان(1).

هذا النص يتعلق بالمحكمة المختصة، بنظر المسائل التي يحيلها إليها قانون التحكيم، وما جا ء في المادة(14) من قانون الإجراءات المدنية، بشأن تحديد المحكمة المختصة، محلياً، فيما يتعلق بقضايا موضوعها أطرافها خارج السودان، حيث أتاحت الفرصة للمدعي لإقامة دعواه أمام المحكمة التي يقع في دائرتها محل إقامة النزاع ، أو مكان عمله، أو أمام محكمة الخرطوم، أما بشأن هذا النص فإن الاختصاص بشأن التحكيم، الذي تم، أو تتم إجراءاته خارج السودان فإن المحكمة المختصة بنظر المسائل المتصلة بها هي محكمة الخرطوم المدنية العامة، لكن هذا الاختصاص يكون في حالة عدم اتفاق طرفي النزاع على انعقاد الاختصاص لأي محكمة أخرى بالسودان حتى ولو كانت محكمة ابتدائية، بشرط، أن تكون مختصة بنظر المنازعات المدنية والتجارية بحسب الحال(2).

وأما معيار التفرقة بين التحكيم الداخلي، والتحكيم الدولي، الذي اتجه إليه الفقه الحديث، هو المعيار الذي يتعلق بطبيعة النزاع، فالتحكيم الدولي هو الذي يتعلق بنزاع ذو طبيعة دولية، أي يتعلق بمعاملة تجارية دولية، ولو كان يجري بين شخصين يحملان الجنسية ذاتها، وجرى التحكيم في الدولة التي ينتميان إلى جنسيتها(3).

(1) قانون التحكيم لسنة 2005م ،ص (4)
(2) إبراهيم دريج، شرح قانون التحكيم لسنة 2005م، مرجع سابق، ص (9،10).
(3) عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص (19) .

ويقسم فقهاء القانون التحكيم الداخلي إلى نوعين:

أحدهما: التحكيم الاختياري: هو توافق الإرادات الخاصة على عرض نزاع بينهما، أو محتمل، على فرد، أو أفراد عاديين يختارونهم، أو يبينوا طريقة اختيارهم للفصل فيه، وفقاً لقواعد القانون، أو وفقاً لقواعد العدالة، دون عرضه على قضاء الدولة. وعلى ذلك فالتحكيم الاختياري، نوع من العدالة الخصوصية المسموح بها قانوناً، دون اللجوء إلى العدالة العامة، التي يحققها القضاء باعتباره ممثلاً للسلطة العامة، في الدولة، فالمشرع الإجرائي– في مجال الحقوق الخاصة– قد رسم طريقاً عاماً لاقتضائها، وهو القضاء الذي يخضع تنظيمه لقانون السلطة القضائية، وكذلك لقانون المرافعات، الذي يحدد مقدماً، عن طريق قواعد الاختصاص، المنازعات التي تدخل في نطاق سلطة كل محكمة كذلك قواعد التقاضي والإجراءات الواجبة الإتباع(1).

أما التحكيم الإجباري؛ فهو عكس التحكيم الاختياري، من حيث سلب إرادة المتنازعين، في اللجوء إلى القضاء، وجعل التحكيم قضاءً إلزامياً بينهما مع ترك الحرية للخصوم لاختيار المحكِّمين، والقواعد أو القانون الواجب التطبيق، هذا في حال اتفاق الطرفين على حل النزاع عن طريق التحكيم، سواء كان شرطاً في العقد، أو اتفاقاً لاحق، كما يتم فرض ذلك بواسطة المشرع، وهو نظام موجود في السودان، وفي معظم الدول، ويهدف المشرع من وراء ذلك، إخراج بعض المنازعات

(1) سيد أحمد محمود، التحكيم العادي، مرجع سابق، ص (62،63).

ذات الطبيعة الخاصة عن مظلة القضاء وإحالته للتحكيم بموجب إجراءات، ووسائل معينة تختلف من تشريع دولة إلى أخرى.

نص قانون العمل لسنة 1997م في المادة(112)، (113) على إلزامية حل النزاع الذي ينشأ بين العامل ورب العمل عن طريق التحكيم، بعد فشل مساعي التوفيق وذلك بما نصه: إحالة النزاع إلى هيئة التحكيم: إذا لم تتم تسوية النزاع ودياً، خلال المدة المشار إليها في المادة(109). وجب إحالة النزاع إلى هيئة التحكيم دون موافقة الطرفين المتنازعين للفصل فيه متى ما كان ذلك ضرورياً(1).

المطلب الثاني: التحكيم الدولي في الفقه الإسلامي وقانون التحكيم لسنة 2005م.

التحكيم الدولي: سمي دولياً بالنظر إلى طبيعة الصراع الناشئ بين طرفي النزاع، وعادة ما ينشأ مثل هذا النزاع بين طرف وطني وطرف أجنبي، أو طرفين أجنبيين. وقد عرفت القواعد الإسلامية عند المتقدمين، نظام التحكيم الدولي، ولكنها قصرت ذلك على التحكيم في منازعات الحروب فقط، وسبب ذلك يعزى إلى أنّ حركة المعاملات الدولية لم تكن قد توسعت، أو بالأصح لم تكن معروفة في ذلك الوقت، فلم تكن الدول تدخل في علاقات تجارية، سواء مع الأفراد أو مع غيرها من الدول. فنجد أن الرسول عليه الصلاة والسلام قد حسم النزاع بينه وبين بني قريظة بالتحكيم، عندما طلبوا ذلك ورشحوا لهذه المهمة سيدنا سعد بن معاذ ﷺ

(1) قانون العمل لسنة 1997م ، المادة (112،113)

ووافق الرسول ﷺ على ذلك، ومن ثم نزلوا عند حكمه[1] . وكذلك في مرافعة صفين بين سيدنا علي بن أبي طالب ومعاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهما [2].

ولم يخالف من فقهاء الإسلام في جواز هذا النوع من التحكيم إلا الخوارج فأنكروا جوازه(3). وقد رد عليهم سيدنا علي رضي الله عنه بجوازه، وأخبرهم أن طلب التحكيم في صفين، حيلة، وهي كلمة حق أريد بها باطل، ولكن الخوارج، ردوا عليه، أنا لم نحكِّم الرجل ، ولكن حكَّمنا القرآن الكريم : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا ﴾(النساء: ٥٩)[4].

وبعد أن وافق سيدنا علي رضي الله عنه، مكرهاً علي التحكيم، خالفه أهل العراق في اختياره لابن عباس، الذي انتدبه علي ليمثلهم في التحكيم وأشاروا إلي أبي موسي الأشعري ووافق سيدنا علي على أبي موسى الأشعري مكرهاً، وهكذا اجتمع الحكمان ، بدومة الجندل، وكان التحكيم. وفي الحديث قال رسول الله ﷺ: (إذا حاصرتم أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم علي حكم الله، فلا تنزلهم علي حكم الله، ولكن أنزلهم على حكمك، فإنك لا تدري أتصيب حكم الله فيهم أم لا) [5].

(1) مسلم بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم، الطبعة الأولى، بيروت، دار ابن حزم، 1416هـ/1995م، ج3 ،ص (113).
(2) إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي، البداية والنهاية، الطبعة الأولى، 1351هـ، ج8،ص (184)
(3) محمد بن عبد الكريم بن أبي بكر أحمد الشهرستاني، الملل والنحل، بيروت، دار الفكر، ص (156).
(4) سورة النساء الآية (59).
(5) مسلم، صحيح مسلم، مصدر سابق، ج3، ص(113).

قال الإمام النووي: هذا النهي أيضاً للتنزيه والاحتياط وفيه حجه لمن يقول: ليس كل مجتهدٍ مصيب، بل المصيب واحد، وهو الموافق لحكم الله تعالي في نفس الأمر وقد يجيب عنه القائلون: بأن كل مجتهدٍ مصيب، بأن المراد، أنك لا تأمن أن ينزل عليَّ وحي بخلاف ما حكمت وهذا المعنى منتفٍ بعد النبي ﷺ[1].

وفي مصالحة الرسولﷺ لبني قريظة، وتحكيم سعد بن معاذ قال النووي: فيه جواز مصالحة أهل قرية أو حصن على حكم حاكم مسلم عدل، صالح للحكم، أمين على هذا الأمر، وعليه الحكم بما فيه مصلحة المسلمين، وإذا حكم بشيء، لزم حكمه، ولا يجوز للإمام الرجوع عنه ولهم الرجوع قبل الحكم(2).

وعلى هذا يمكننا القول: إن التحكيم الدولي له أسسه وقواعده الخاصة به، وغالباً ما يكو ن في ظروف الحروب والنزاع بين المسلمين وغيرهم أو بين الدولة الإسلامية والدول غير الإسلامية.

ولا يجيز الإسلام في أحكامه تحكيم غير المسلم في شؤون المسلمين أما ما يجري الآن من التحاكم إلى هيئات تحكيميه دولية أعضاؤها من غير المسلمين، إنما تمليه الضرورة وحالة الضعف التي يعيشها العالم الإسلامي في ظل غيبة دولة الخلافة الإسلامية وضعف شوكة المسلمين.

(2،1)المصدر نفسه، ج12، ص(40).

أما التحكيم الدولي في القانون: فهو ذلك التحكيم الذي ينصب على علاقات تجارية، تكون بين أشخاص منتمين لدول مختلفة(تحكيم دولي خاص) أو تحكيم ينصب على منازعات بين الدول أو المنظمات أو الهيئات الدولية (تحكيم دولي عام) لذلك فالتحكيم الدولي الخاص، هو الذي يفصل في المنازعات التي تثور بصدد التجارة الدولية، حيث إن هذا النوع من النشاط، يثير مشكلة القانون الواجب التطبيق خصوصاً في ظل قانون التجارة الدولية المبني على أساس عادات وأعراف التجارة الدولية(1).

وقد أورد القانون السوداني التحكيم الدولي بأنه: (يكون التحكيم دولياً في الحالات الآتية:

أ. إذا كان المركز الرئيس لأعمال أطراف التحكيم في دولتين مختلفتين.

ب. إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة(2).

يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون، إذا كان نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية:

(1) سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص(60).

(2)أحمد عبد الكريم سلامه، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، دار النهضة العربية، ص(19).

(أ) إذا كان المركز الرئيس لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز وقت إبرام اتفاق التحكيم، فالعبرة بمحل إقامته المعتادة.

(ب) إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء، إلى منظمة تحكيم دائمة، أو مراكز للتحكيم داخل الدولة المعنية أو خارجها.

(ج) إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

(د) إذا كان المركز الرئيس لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة، وقت إبرام أتفاق التحكيم، وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة:

1. مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم، أو أشار إلى كيفية تعيينه.
2. وكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.
3. المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع.

مما تقدم يتضح أن القانون تبنى اتجاهين في تحديد الضوابط الدولية:

أولهما: ارتباط صفة الدولية بالضوابط الشرعية، وذلك فيما يتعلق بموضوع النزاع، وهو الاتجاه الذي عليه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

ثانيهما: ارتباط صفة الدولية بموضوع النزاع(1). والتحكيم الدولي عند فقهاء القانون الدولي العام: هو نظام قضائي خاص، يختار فيه الأطراف قضاتهم، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب، بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ، وقد نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم، وفقاً لمقتضيا ت القانون والعدالة، وإصدار قرار ملزم لهم(2).

المطلب الثالث: الفرق بين التحكيم والصلح في الفقه الإسلامي وقانون التحكيم لسنة 2005م.

تقدم معنا في هذا البحث أن التحكيم في الاصطلاح الفقهي: تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما. أو هو وضع الشيء في موضعه، وقيل: هو ما له عاقبة محمودة(3).

وأما الصلح لغة: فهو قطع النزاع و شرعاً: عقد وضع لرفع المنازعة وبعبارة أخرى: معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين، ولا يقع غالباً إلا بالأقل من المدعى به على سبيل المداراة لبلوغ الغرض. والمقصود من الكلام هنا، هو

(1) إبراهيم دريج، شرح قانون التحكيم ، مرجع سابق، ص(18-19).
(2) أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، دار النهضة العربية، ص(19).
(3) ابن أبي الدم الحموي، أدب القضاء، مصدر سابق، ص(176).والجرجاني، التعريفات، مصدر سابق، ص(96).

الصلح في المعاملات بين الناس، لا الصلح بين المسلمين والكفار، ولا الصلح بين الإمام والبغاة، ولا الصلح بين الزوجين عند الشقاق(1).

وقال النووي: الصلح والإصلاح والمصالحة، قطع المنازعة، وهو مأخوذ من صلَح الشيء، بفتح اللام وضمها، إذا كمل وهو خلاف الفساد يقال: صالحته، مصالحة، وصلاحاً، بكسر الصاد، وذكره الجوهري وغيره، والصلح، يذكر ويؤنث، وقال ابن عرفة: الصلح انتقال عن حق أو دعوى بغرض رفع نزاع أو خوف وقوعه، وقول ابن رشد: هو قبض الشيء عن عوض، يدخل في محض البيع وقول عياض: هو معاوضة عن دعوى. يخرج عنه صلح الإقرار، وقد يقال: إن حده غير جامع، ولأنه لا يدخل في الصلح على بعض الحق المقر به(2).

فالفرق بين التحكيم والصلح يتمثل في عدة نقاط: أولها: أن التحكيم يبعث الحكمان فيه الحاكم أو ولي الأمر، أما الصلح فلا يحتاج إلى ذلك وإنما متى اتفق الخصمان على الصلح في قضية من القضايا التي يجوز التصالح عليها تم ذلك.

وثانيها: أن التحكيم يحتاج إلى محكِّم أو محكِّمين للفصل بين طرفي النزاع وأما الصلح لا يحتاج إلى وسيط بين المتصالحين.

وثالثها: أن التحكيم يحتاج إلى أتفاق مسبق بين المتنازعين وليس هذا شرط في الصلح.

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مصدر سابق، ص(181).

(2) أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي، مواهب الجليل بشرح مختصر خليل، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، 1426هـ/1995م، ج7، ص(3).

فالصلح: عقد به يحسم المتنازعان، نزاعاً، قائماً بينهما، أو محتملاً، يترك بموجبه أي منهما جزء من إدعاءاته، على وجه التقابل لإرضاء الآخر، وقد يكون الصلح بواسطة الخصمين، دون تدخل طرف ثالث، على عكس التحكيم الذي يتم بواسطة محكِّمين معينين من قبل الخصوم، يبحثان عن حل النزاع وفقاً للقانون أو قواعد العدالة، وليس بالضرورة تنازل أحد الأطراف عن جزء من إدعاءاته كما في الصلح، على أنه يمكن للخصمين تفويض المحكِّم للفصل بينهما صلحاً، وذلك بتطبيق قواعد العدالة، دون القانون، وقد ينتهي النزاع بتوقيع الطرفين على الوثيقة التي يحررها المحكَّم المفوض بالصلح، على أن الصلح والتحكيم يلتقيان في أن كليهما يهدف إلى حل النزاع القائم أو المحتمل بعيداً عن القضاء(1).

إذن ثمة أوجه شبه، وأوجه اختلاف بين التحكيم والصلح، فأوجه الشبه تكمن في أن كل منهما، يتم حسب النزاع، والوجه الثاني: يجوز أن يكون النزاع في كل منهما محتمل الحدوث.

أما أوجه الاختلاف، فتكمن في طريقة الإجراءات المتبعة في كل منهما، فالصلح لا يشترط فيه إتباع إجراءات قانونية معينة، كما أنه لا يشترط فيه أن يتم أمام هيئة متخصصة، مثل هيئات التحكيم، كذلك هنالك فارق آخر، هو: أن الحكم التحكيمي بعد صدوره يكون ملزماً للأطراف بعكس الصلح، لا يكو ن

(1) أنظر: سيد أحمد محمود، التحكيم العادي، مرجع سابق، ص(86). وإبراهيم دريج، التحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص(39).

ملزماً إلا بعد الموافقة عليه بواسطة الأطراف، والوجه الآخر للتفرقة بينهما، أن التحكيم قراره يكون نابعاً من إرادة هيئة التحكيم، بعكس الصلح، فإن الإرادة في صدور قراره تكون نابعة من الخصوم أنفسهم، ويختلف النظامان أيضا في أن نظام الصلح، يتنازل كل طرف لخصمه عن شيء يدعي، مقابل أن يتنازل الطرف الآخر عن شيء مقابل له، وأحياناً يتم التنازل بدون الحصول على مقابل.

والفارق الجوهري بين التحكيم والصلح، هو أن التحكيم ينتهي بقرار حاسم لا يجوز لقضاء الدولة تعديله، أما الصلح: فإنه يجوز لقضاء الدولة تعديله ووضع يدها عليه(1).

وعلى ذلك، فإن التحكيم يتماثل مع الصلح، في أن كل منهما أداة قانونية للتسوية الودية للنزاع الحال، أو المحتمل حدوثه في المستقبل، بعيداً عن ساحة القضاء، وبالتالي فوجود إحداهما، يعني عدم جواز عرض النزاع على القضاء، والدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، كما أن كل منهما يتطلب وكاله خاصة وأهلية التصرف لإبرامه.

لكن التحكيم يختلف عن الصلح في أن حل النزاع في التحكيم يتم بقرار ملزم من المحكَّم لأطراف النزاع، أي تسوية ودية بواسطة الغير، أما حل النزاع في الصلح، فيتم باتفاق إرادي محض، بين ذوي الشأن، أي تسوية ودية ذاتية.

(1) هيثم مصطفى، التحكيم الدولي والوطني، ود مدني، مطبعة الولايات الوسطى، 2007م، ص(110،111).

الخاتمة

وتحتوي علي النتائج والتوصيات :

أولاً: النتائج:

توصلت من خلال هذا البحث إلي النتائج الآتية :

(أ) التحكيم أو التوفيق بين المتخاصمين في تسوية نزاعهما تدبير إسلامي ومبدأ مستمد من الشريعة الإسلامية في الفصل في الخصومات بعيداً عن مجلس أو سلطة أو قضاء .

(ب) فض النزاع عن طريق الحكمين فيه تطييب للنفوس وعلاج لو حر الصدور الذي غالباً ما ينتج عن إصدار الحكم القضائي .

(ج) التحكيم والأجاويد والوساطة وإن اختلفت ألفاظها تؤدي في النهاية الأمر إلي نتيجة واحدة ، هي فض النزاع عن طريق التراضي بما يصل إليه الحكمان .

(د) كل ما توصل إليه التقنين الدولي بشأن التحكيم استند فيه إلي ما جاء في الفقه الإسلامي .

ثانياً : التوصيات :

نوصي استناداً إلي محتوي هذا البحث بالاتي :

(أ) التحاكم إلي الشريعة الإسلامية سواء عن طريق التحكيم القضائي أو التحكيم العادي .

(ب) اللجوء إلي التحكيم العادي الذي يجعل طرفي النزاع علي رضاً تام بما يتوصل إليه الحكمان .

(ج) إنشاء وقيام مؤسسات تحكيم دولية إسلامية تنشر العدل بين الناس ، لتكون بديلاً عن مؤسسات التحكيم الدولي.

(هـ) إحياء روح التسامح بين المجتمعات الإسلامية وربط الأمر كله بالإخاء الإسلامي والاعتصام الجماعي بكتاب الله عز وجل وسنة نبيه .