

المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون

أبحاث - مناقشات - توصيات

«التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون»

١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م

معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية

في لبنان - التابع

لجمعية الإصلاح الإسلامية

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿إن أريد إلا الإصلاح ما استطعت وما توفيقي إلا بالله عليه
توكلت واليه أنيب﴾

صدق الله العظيم

إن الأفكار الواردة في الأبحاث والمناقشات،
والمشورة في هذا الكتاب، لا تعبر بالضرورة
عن رأي المجلس العلمي للمعهد.

الطبعة الأولى

١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م

جميع حقوق الطبع محفوظة

لمعهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية

إخراج وتنفيذ وطباعة

مطابع

جمعية المقاصد الخيرية الإسلامية في بيروت

هاتف: ٠١/٣٠٩٦٢٧ - ٠١/٨١٩١٥٤

المراسلات:

توجه باسم معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية
طرابلس - أبو سمراء - مجمع الإصلاح الإسلامي - لبنان.

هاتف: ٠٦/٤٤٧٢٠٠ - ٠٦/٤٤٧٢٠١ - ٠٣/٢١١٧٤٢ - فاكس ٠٦/٤٤٧٢٠٢

Email : islah@t - net. com. lb

الفهرس

٧ - الهيئات والشخصيات المشاركة

٩ - مقدمة

- حفل افتتاح المؤتمر

- ١ - كلمة رئيس المجلس العلمي في معهد طرابلس الجامعي
للدراستات الإسلامية المحامي الشيخ محمد رشيد الميقاتي . ١٣
- ٢ - كلمة سماحة مفتي الجمهورية اللبنانية الدكتور محمد رشيد
قباني ١٨
- ٣ - كلمة رئيس جمعية المقاصد الخيرية الإسلامية الأستاذ
النائب تمام سلام ٢٣
- ٤ - كلمة فضيلة شيخ قراء دمشق الشيخ كريم راجح ٢٧
- ٥ - كلمة ممثل رابطة الجامعات الإسلامية الدكتور مصطفى
الشكعة ٣٠
- ٦ - كلمة دولة رئيس مجلس الوزراء الدكتور سليم الحص ٣٣

الجلسة الأولى:

- الموضوع: النظام العام والتحكيم المطلق ٣٩
- الباحث الأول: المحامي الدكتور وائل طيارة ٤١
- الباحث الثاني: المحامي الدكتور غالب صبحي محمصاني ٦٥
- المناقش: المحامي الدكتور رأفت محمد رشيد الميقاتي ٨٣

الجلسة الثانية:

- الموضوع: النظام العام والتحكيم ١٠١
- الباحث: الأستاذ الدكتور فايز الحاج شاهين ١٠١
- المناقش: الأستاذ الدكتور حمزة حداد ١١٩
- الموضوع: التحكيم بالصلح في الشريعة الإسلامية ١٢٩

١٢٩	الباحث: المحامي الدكتور عبد الحميد الأحذب
٢٤٣	المناقش: الأستاذ الدكتور عبد الله مبروك النجار
الجلسة الثالثة:		
٢٥٣	الموضوع: تحكيم الشريعة الإسلامية في نظر القانون
٢٥٣	الباحث: الأستاذ الدكتور فتحي والي
٢٦٧	المناقش: المحامي الدكتور محمد نديم الجسر
٢٦٧	الموضوع: وجوب تحكيم الشريعة الإسلامية ووسائلها
٢٧٥	الباحث: المحامي الدكتور رأفت محمد رشيد الميقاتي
٢٨٥	المناقش: الأستاذ الدكتور رأفت عثمان
٢٩٧	الموضوع: القواعد الفقهية للتحكيم في الشريعة الإسلامية
٢٩٧	الباحث: الأستاذ الدكتور عبد السلام حامد
٣٠٩	المناقش: الأستاذ الدكتور عبد الله مبروك النجار
		الموضوع: العدالة والإنصاف في التحكيم بين الشريعة والقانون
٣١٧	المقارن
٣١٧	الباحث: الأستاذ الدكتور علي حامد الغتيت
٣٢٥	المناقش: المحامي الدكتور فريد محمد نزار فنري
٣٣١	— التوصيات والمقررات

الشخصيات والهيئات المشاركة في المؤتمر

- ١ - رئيس مجلس الوزراء الدكتور سليم الحص ممثلاً بوزير الإصلاح الإداري الدكتور حسن شلق.
- ٢ - سماحة مفتي الجمهورية اللبنانية الشيخ الدكتور محمد رشيد القباني ممثلاً بسماحة مفتي طرابلس والشمال الشيخ الدكتور طه الصابونجي.
- ٣ - رئيس جمعية المقاصد الخيرية الإسلامية النائب الأستاذ تمام سلام ممثلاً بالأستاذ الدكتور رضوان السيد.
- ٤ - رابطة الجامعات الإسلامية في العالم وجامعة عين شمس في القاهرة ممثلةً بالأستاذ الدكتور مصطفى الشكعة.
- ٥ - وزير النقل والأشغال العامة الأستاذ محمد نجيب الميقاتي ممثلاً بالدكتور عبد الإله الميقاتي.
- ٦ - سعادة سفير نيجيريا في لبنان الأستاذ محمد صالح عبد الوهاب.
- ٧ - النواب السادة: المحامي عمر مسقاوي والأستاذ جان عبيد والمحامي صالح الخير ونائلة معوض والمهندس جهاد الصمد وموريس الفاضل ومحمد عبد اللطيف كجارة ممثلاً بالأستاذ عصام كجارة.
- ٨ - رجل الأعمال المحسن الكريم الأستاذ محمد الصفدي.
- ٩ - رئيس بلدية طرابلس العميد سمير شعراني وأعضاء المجلس البلدي.
- ١٠ - رئيس جمعية الإنقاذ الإسلامية اللبنانية المحامي الدكتور محمد علي الضناوي.
- ١١ - جمعية التعليم الديني في بيروت ممثلة بمديرها العام الحاج علي مرعي.

- ١٢ - الجماعة الإسلامية في طرابلس ممثلةً بفضيلة الشيخ ناصر تكريتي.
- ١٣ - الأمين العام لحركة التوحيد الإسلامي فضيلة الشيخ بلال شعبان.
- ١٤ - رئيس بلدية القلمون الأستاذ طلال دنكر وأعضاء المجلس البلدي.
- ١٥ - النقباء الأستاذ عدنان الجسر والأستاذ رشيد درباس والدكتور منذر كيارة.
- ١٦ - المحامون: الدكتور محمد الجسر، دلال سلهب ميقاتي، حمد الصمد، رياض الجسر، مصطفى عجم وبسام الداية وسليم حنوف.
- ١٧ - نخبة من علماء الأزهر الشريف وجامعة القاهرة وجامعة عين شمس وجامعة الكويت وجامعة عمان وجامعتي دمشق وحلب.
- ١٨ - نخبة من علماء دمشق.
- ١٩ - ممثلون عن المؤسسات الثقافية والتربوية والنسائية والجمعيات الإسلامية والاجتماعية.
- ٢٠ - حشد من الأساتذة والمحامين في بيروت وطرابلس وصيدا.
- ٢١ - رئيس غرفة التجارة والصناعة والزراعة في الشمال الأستاذ عبد الله غندور.
- ٢٢ - رئيس تجمع شباب طرابلس الدكتور جمال بدوي.

المقدمة

الحمد لله الحكيم العدل أنزل الكتاب بالحق والميزان ليقوم الناس بالقياس ، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيدنا محمد الصادق الأمين خاتم الأنبياء والمرسلين أرسله الله تعالى رحمة للعالمين فأرسي قواعد الحق بين الناس وأقام العدل بينهم ، وتركهم على المحجة البيضاء ليلها كنهارها لا يزيغ عنها إلا هالك.

أما بعد . .

فهذا هو الكتاب الثاني الذي يُصدره المؤتمر الإسلامي للشرعية والقانون في لبنان. وقد تناول هذا المؤتمر موضوع «التحكيم المطلق»، ذلك أن أهمية التحكيم باتت لا تخفى على أحد من رجال الفقه والقانون أو رجال المال والأعمال.

وعملاً بقوله تعالى: ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً﴾ سورة النساء - الآية رقم ٦٥.

وقوله تعالى: ﴿وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ومن يعص الله ورسوله فقد ضلّ ضلالاً مبيناً﴾ سورة الأحزاب - الآية رقم ٣٦.

وبناء على أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر بموجب المرسوم الاشتراعي رقم ٩٠ تاريخ ١٦/٩/١٩٨٣ والتعديلات الواردة عليه لا سيما المادة ٧٧٧ منه التي تنص على ما يلي:

«في التحكيم المطلق يُعفى المحكم أو المحكمون من تطبيق قواعد القانون وأصول المحاكمة العادية ويحكمون بمقتضى الإنصاف».

وحيث أن التشريع اللبناني والتشريعات العربية والأجنبية اعترفت

بالتحكيم المطلق الذي يجيز للطرفين المتحاكمين تولية محكم يفصل بينهما بمقتضى العدالة والإنصاف، بما يتيح المجال لتحكيم الشريعة الإسلامية الفراء وتلافي الوقوع في المخالفات الشرعية التي نصت عليها القوانين الوضعيّة مما يستوجب العمل على إنشاء مركز إسلامي للتحكيم.

لذلك كانت الدعوة لهذا المؤتمر بموضوع : «التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون»، والذي افتتح أعماله يوم الأحد تاريخ ١٧ صفر ١٤٢١ هـ الموافق ٢١ أيار ٢٠٠٠ م في مجمع الإصلاح الإسلامي بطرابلس - لبنان .

وقد خلص المؤتمر إلى سدّ ثغرة هامة في المكتبة الفقهية والقانونية في لبنان والعالمين العربي والإسلامي .

كما أنّ توصيات المؤتمر إتّجهت نحو الجانب العملي التطبيقي دون الاغراق في النظريّات ، وذلك إيماناً منه بأن تغيير واقع التعامل والتقاضى بين الناس إنما يكون بطرح بدائل قويمه وعملية نأمل أن تأخذ طريقها للتنفيذ قريباً إن شاء الله تعالى .

وفي الختام ... لا بد من كلمة شكر وعرفان لجميع الاخوة الباحثين والمناقشين الذين وفدوا إلى لبنان من البلاد العربية الشقيقة وشاركوا في أعمال المؤتمر ... كما نخص بالشكر جمعية المقاصد الخيرية الاسلامية في بيروت ومطابع المقاصد الزاهرة التي أخرجت هذا العمل الوثائقي إلى النور ، جزى الله تعالى الجميع كل خير .

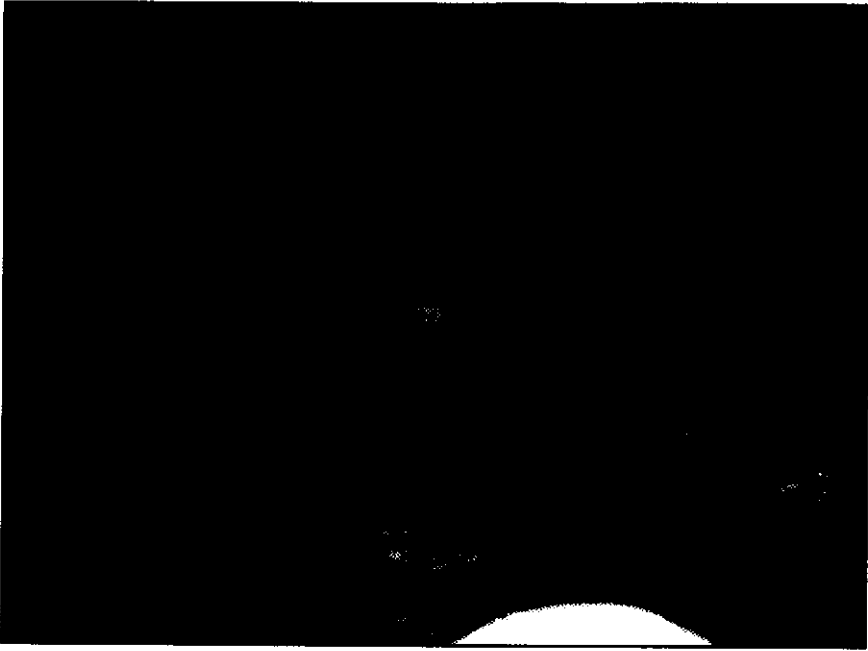
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

طرابلس في: ٦ ذي القعدة ١٤٢١ هـ رئيس المجلس العلمي

الموافق ٣٠/١/٢٠٠١ م الشيخ الخامي محمد رشيد الميقاتي

حفل افتتاح المؤتمر

- ١ - كلمة رئيس المجلس العلمي في معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية المحامي الشيخ محمد رشيد الميقاتي
 - ٢ - كلمة سماحة مفتي الجمهورية اللبنانية الدكتور محمد رشيد قباني
 - ٣ - كلمة رئيس جمعية المقاصد الخيرية الإسلامية الأستاذ النائب تمام سلام
 - ٤ - كلمة فضيلة شيخ قراء دمشق الشيخ راجح كرّيم
 - ٥ - كلمة ممثل رابطة الجامعات الإسلامية في العالم الدكتور مصطفى الشكعة
 - ٦ - كلمة دولة رئيس مجلس الوزراء الدكتور سليم الحص
-
-



الخطباء على المنصة



جانب من الحضور

كلمة سماحة الشيخ محمد رشيد الميقاتي

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على جميع الأنبياء والمرسلين وخاتمهم صاحب الخلق العظيم المبعوث رحمة للعالمين «محمد» وعلى آله وأصحابه أجمعين..

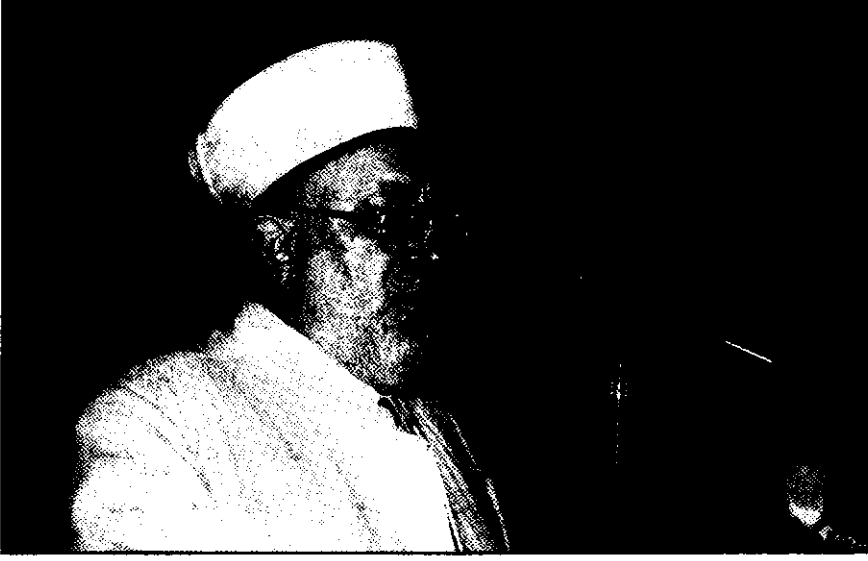
صاحب السماحة.. دولة الرئيس - أصحاب المعالي والفضيلة والسعادة.. ايها الحفل الكريم

يسعدني أن أرحب بكم جميعاً في بلدكم وفي مدينتكم الفيحاء.. مدينة العلم والعلماء.. في رحاب «مجمع الإصلاح الإسلامي» و «معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية» - نواة جامعة طرابلس الإسلامية.. باسم إخواني أعضاء مجلس إدارة جمعية الإصلاح الإسلامية والمجلس العلمي.. وباسمي الشخصي أرحب بكم جميعاً.. أجمل ترحيب سائلاً المولى عز وجل أن يبارك هذا الحفل الكريم وهذا المؤتمر الإسلامي الكبير.

مناسبات متعددة شاء المولى عز وجل أن نجتمعها في حفل واحد:

تخريج الدفعة الحادية عشرة من طلبة معهدنا الجامعي..

وافتح قسمي الدراسات العليا والقراءات وعلوم القرآن الكريم.. والمفاجأة: «تدشين المكتبة الجامعية الجديدة المتخصصة في الشريعة والدراسات الإسلامية».. وافتتاح المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون بموضوع: التحريك المطلق في ضوء الشريعة والقانون.. أما التخريج أيها السيدات والسادة فيتزامن مع العام الثامن عشر لإنشاء هذه المؤسسة الجامعية التي أسست على التقوى بإذن الله تعالى من أول يوم.. وفي ظلال الحرب الضروس التي أكلت الأخضر واليابس في لبنان، ولكنها لم تتمكن من أكل إيماننا العميق بالله عز وجل ورسالته السماوية وعزيمتنا القوية وإرادتنا الصلبة وتصميمنا على أن نبني الإنسان الأمثل والغد الأفضل ببلدنا..



سماحة الشيخ محمد رشيد الميقاتي في حفل الافتتاح

كوكبة جديدة تنضم إلى قافلة الخريجين والخريجات.. من الدعاة إلى الله تعالى والأئمة والمدرسين والباحثين.. يزينهم نيجيري أسود - لكن قلبه أبيض - وتايلاندي فنان وخطاط في العربية..

أما المؤسسون لهذه المؤسسة الجامعية.. الأموات منهم.. سماحة مفتي طرابلس والشمال العلامة الشيخ رامز الملك والدكتور مصطفى علم الدين والدكتور جميل الصيّاخ والدكتور جهاد الأيوبي وشيخ القراء محمد صلاح الدين كباره.. رحمهم الله تعالى جميعاً.. اسمحوا لنا أن نهدي إلى أرواحهم الطاهرة (سورة الفاتحة) بهذه المناسبة.. وأما الأحياء من المؤسسين وفي طليعتهم معالي الوزير الأستاذ عمر مسقاوي والأخوة الأساتذة والمدرسون المحسنون المؤازرون فنوجه إليهم بأسمى آيات الشكر والعرفان.. وفي طليعتهم المحسن الكبير الأستاذ محمد الصفدي - رجل البر والإحسان - حفظه الله تعالى وجزاه خيراً..

والى أبنائنا الخريجين والخريجات نتوجه بأسمى آيات التبريك والتهناني لما بذلوه من جهود طيبة في النهل من ينابيع العلم والمعرفة

وندعو لهم بالخير والتوفيق ونوصيهم بتقوى الله عز وجل والدعوة إليه بالحكمة والموعظة الحسنة والثبات على طريق الحق والهدى وندعوهم إلى متابعة دراساتهم العليا.. عملاً بقوله تعالى: ﴿وقل رب زدني علماً﴾.. ولقد يسر الله تعالى لهم هذا العام افتتاح قسم الدراسات العليا في الشريعة والدراسات الإسلامية والعلوم الأخرى.. وهذه فرصة ذهبية لهم والإخوانهم فلا يضيعوها..

وإذا كان لا بد من كلمة بموضوع الدراسات العليا، التي سبق لنا أن أعلننا عن عزمنا على افتتاح قسمها ثم كان التأجيل حتى أذن الله تعالى هذا العام وفي مطلع شهر شوال وبعد أن جرى استكمال جميع الترتيبات الأكاديمية والقانونية والعلمية والتي توجت هذا الصباح بتدشين المكتبة الجديدة الكبرى المتخصصة في الشريعة والدراسات الإسلامية والعلوم الأخرى.. والتي نأمل أن تكبر يوماً بعد يوم بدعم الإخوة المحبين للعلم والثقافة في هذا البلد ودور النشر والطباعة وفاعلي الخير.. لهم منا أسمى آيات الشكر والعرفان على ما قدموه وما سوف يقدمونه.. (ومن أجل إعداد علماء على مستوى العصر نقرأ ونعلم ونربي ونعمل.. لأن ديننا هو دين العلم والمعرفة والرقي والحضارة.. هكذا كنا عبر التاريخ، أساتذة العالم وحملة مشاعل النور والهداية.. ومن أجل أن نساهم في نهضة هذه الأمة، نهضة مرتبطة بجذورها العميقة التي أصلها ثابت ومتين وفرعها في السماء، ومن أجل بناء حضارة راقية، حضارة إيمانية قرآنية سمحاء لا تغيب عنها الشمس.. نكافح ونجاهد.. من أجل إعداد أجيال صالحة وبناء مجتمع أفضل وإنسان أمثل.. من أجل إصلاح النفوس قبل النصوص.. عمل الأنبياء والمرسلين والمصلحين ونحن على دربهم سائرون.. نحب الله ورسوله والصالحين ونعمل من أجل محاربة الفساد وهداية المفسدين في الأرض.. لا نقنط من رحمة الله ولا نميل ذات اليمين ولا ذات الشمال.. نسير على الصراط المستقيم ﴿وأن هذا صراطي مستقيماً فاتبعوه ولا تتبعوا السبل فتفرق بكم عن سبيله، ذلكم وصاكم به لعلكم تتقون﴾. لا ندامن ولا

نتظرف لا نتعصب ولا نتغطرس.. نؤمن بالحق وندعو إليه، نؤمن بالتعايش
الكريم بين أبناء الوطن الواحد.. التعايش المبني على مبادئ العدالة
والمساواة، ونرفض الظلم والتمييز الطائفي.. لا نرتهن لأحد لأننا بعنا
أنفسنا لله الواحد القهار.. ﴿إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم
بأن لهم الجنة﴾.

ومن أجل خدمة القرآن الكريم وعلومه النافعة كان افتتاحنا لقسم
القراءات وعلوم القرآن الكريم، هذا العلم العظيم الذي صنفه الفقهاء على
أنه «فرض كفاية».. فشكراً لجميع الإخوة القراء والعلماء الأفاضل والخيرين
الذين مدوا لنا يد المساعدة حتى أبصر هذا القسم النور والله الحمد..
وتحية خالصة نرسلها إلى أختينا فضيلة شيخ القراء محمد صلاح الدين
كبارة الذي حضر الاجتماع التأسيسي الأول لهذا القسم ودعا لنا بالتوفيق
مع نخبة كريمة من علماء دمشق الأفاضل الذين شرفونا هذه الساعة
بحضور هذا الاحتفال.. أهلاً وسهلاً بهم في بلدهم وفي دارهم.

أما «مؤتمرنا الإسلامي الثاني للشريعة والقانون» فهو حلقة في سلسلة
طويلة بدأناها في الأول من شهر ذي الحجة عام ١٤١٨ هـ الموافق ٢٩/٣/
١٩٩٨م.. بموضوع: «التحديات العلمانية - مشروع قانون الأحوال
الشخصية الاختياري - الزواج المدني».. وقد سبقته ابتداء من عام ١٩٩١م
(مؤتمرات تربوية أربع) تناولت المشكلات والقضايا التربوية وتصدينا في
عام ١٩٩٦م لموضوع: «التعليم الديني» الذي ألغاه الضالّون في هذا البلد
من المناهج الجديدة للتعليم في لبنان ثم أعادته مشكورة الحكومة الحالية
وبرئاسة دولة رئيس مجلس الوزراء الدكتور سليم الحص نكرر شكرنا له،
ممثلاً بمعالي الدكتور حسن شلق، ولجميع الوزراء الأكارم الذين أبدوا
إعادة التعليم الديني إلى المناهج الرسمية في لبنان.. وكان لصاحبي
السماحة مفتي الجمهورية ورئيس المجلس الإسلامي الشيعي الأعلى وقفة
مشهودة وموقفة جزى الله العاملين - الذين تعاونوا وتضامنوا وجميع النواب،
نواب طرابلس والشمال الذين وقعوا معنا على عريضة للمجلس النيابي من

أجل إعادة التعليم الديني وجعله إلزامياً في لبنان - كل خير.. ثم تلا ذلك في العام الماضي مؤتمر تربوي خامس حول: (مناهج التعليم الجديدة في الميزان).. وكانت هناك دراسات علمية وأبحاث قيمة وضعت النقاط على الحروف وسلطت الأضواء على الثغرات والأخطاء التي نأمل من وزارة التربية الوطنية والمركز التربوي للبحوث والإنماء أن يولوها الاهتمام الكبير الذي تستحق.

واليوم أيها الحفل الكريم.. نفتتح معاً «المؤتمر الثاني للشرعية والقانون» بموضوع: «التحكيم المطلق» وهو موضوع الساعة في العالم.. عالم التشريع والقضاء.. علماء أفاضل وفدوا إلى فيحائنا من كبرى الجامعات العربية والإسلامية.. من القاهرة العامرة.. من جامعات الأزهر وعين شمس والقاهرة والاسكندرية.. ومن جامعتي دمشق وحلب الشهباء وجامعة الكويت والجامعة الأردنية وكبار رجال القانون في لبنان والعالم العربي.. فأهلاً وسهلاً بهم جميعاً وبارك الله جهودهم العلمية المثمرة وجزاهم الله تعالى كل خير.. نتمنى للجميع إقامة سعيدة في ربوع لبنان وسدد الله تعالى خطاهم.. ﴿وكذلك جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون﴾ ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً﴾ ﴿وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم﴾.

وفي الختام.. أسأل الله تعالى أن يحفظ هذا البلد الطيب وبلاد العروبة والإسلام من كيد اليهود والصهاينة المجرمين الذين أغاروا على لبنان هذه الليلة فأراقوا الدماء وقتلوا ودمروا نسأل الله عز وجل أن يطهر بلدنا من رجس احتلالهم قريباً ومن رجس المنافقين أجمعين ونسأل الله سبحانه وتعالى أن يوفقنا إلى ما يحب ويرضى..

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

محمد رشيد الميقاتي

كلمة سماحة مفتي الجمهورية اللبنانية

الشيخ الدكتور محمد رشيد قباني^(١)

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد رسول الله
وعلى إخوانه أنبياء الله.

أيها الإخوة الأكارم: عليكم من الله سلام ولكم من سماحة المفتي
سلام والله تعالى يفتح لكم أبواب السلام ويعدكم الخلود في دار السلام
أما بعد،

فقد شرفني صاحب السماحة مفتي الجمهورية اللبنانية الدكتور
محمد رشيد قباني منذ لحظات لألقي كلمته أمامكم وكان حريصاً كل
الحرص على أن يكون معكم، ولكن ظرفاً قاهراً وطارئاً حال دون وصوله
ولكن الصلة معه والعاطفة منه قائمة مستمرة.

أيها الأخوة:

أبدأ كلمتي وقد استمعت إلى كلمة رئيس المجلس العلمي
بالكلمة التورانية التي هي منهج كامل للوعي والتبصر والإدراك «من يرد الله
به خيراً يفقهه في الدين» ومن أولى من هذه الأمة في هذا العصر أن تفقه
دينها وأن تفقه الناس بدينها، لأن العالم اليوم قد استوفى كل شرائط
الإدراك والفهم والتمحيص والتحليل والحكم السوي، ولم يعد أمامه إلا أن
يتعرف حقيقة إلى الإسلام في ينايحه الأولى، وفي مصادره اليقينية لكي
يتألف مع هذا الإسلام، ولكي يقر بالحقيقة التي يقر بها كل عالم منصف.

فالإسلام ما زالت عجائبه في كنوزها، وما زالت قضاياها العليا أمام
بصائر الناس تجلو لهم الأمور، وتفرض لهم المشكلات وتفجر عنهم

(١) ألقاها سماحة مفتي طرابلس والشمال الشيخ الدكتور طه الصابونجي.



سماحة مفتي طرابلس والشمال الشيخ الدكتور طه الصابونجي في حفل الافتتاح

الأزمات، وترفعهم إلى معارج الكمال لكي يستوفوا نصيبهم من حياة كريمة راشدة، ولكي يبلغوا أعلى مستويات الإنسانية الفاضلة.

فالإسلام ليس كلمات تردد، وليس شعارات ترفع، وليس مواريث تتلقى، وليس متاحف ما زالت تعيش في بطون التاريخ، إن الإسلام حقائق أساسها النور وموضوعها الهدى وميدانها الإنسانية في شتى آفاقها وأرحب مستوياتها. فإذا كان المسلمون بحاجة اليوم لكي يستوحوا فقههم بوعي وبصيرة فإن العالم الذي وصل في مستوياته الفكرية والثقافية وقد أسقط كل الحواجز التي كانت تقوم بين الشعوب وبين الثقافات، هذا العالم اليوم ينتظر كلمة الإسلام، لا من خلال ألسنة حداد، ولا من خلال أقوال جوفاء، ولكن ينتظر الإسلام من خلال فقهه الرشيد.

كذلكم يحتاج الفقه الإسلامي اليوم إلى بيان وإلى استعلاء، لأن قضيتنا اليوم تقع بين أزميتين خطيرتين يقودهما المشوّهون والمشوّهون، هاتان الأزميتان تضربان عالمنا الإسلامي لتجعل الإسلام في موقف الاتهام، وتجعل المسلمين في موقف القلق والاضطراب بين مشوّه لا يعلم حقائق

الإسلام بل يسقط فهمه وهواه وقصوره ونوازه على الإسلام نفسه حتى يستخرج من الأحكام والفتاوى ما يضرب الإسلام في عمقه وما يناقض الحقائق الإيمانية.

لا يعكسون على الإسلام وعلى تاريخه وعلى ثقافته وعلى تراثه وعلى مكتسباته إلا الصورة السوداء لهذا الواقع الذي يعاني منه الإسلام ويضطرب له المسلمون. هؤلاء المشوّهون الذين يسطون على الإسلام ويستخرجون من أفانين تخلفهم الفكري وضآلتهم العلمية وجهالتهم المعرفية، يستخرجون الفتاوى ليمارسوا شتى أنواع التطرف والشذوذ، ويستخرجون من التراث ما لا يشكل حكماً شرعياً ولا قضية إجماعية، ولا سلامة اجتهادية فيطرحونها على أنها الإسلام، بينما يقف علماء الإسلام ومرجعيات الإسلام ومؤسسات العلوم الإسلامية صامتة أمام هذا التطاول والاستخفاف والعدوان على الإسلام وحقائق المسلمين.

وأما المشوّهون فهم أولئك الذين يخرجون اليوم في كثافة وتنسيق مشبوه ليضعوا أمام الإسلام حاجزاً مصطنعاً من الإبداع والحرية والثقافة ليموهوا على المسلمين وغير المسلمين أن مجابتهم للإسلام إنما تصدر عن حقيقة الإبداع وعن ضرورات الثقافة، وعن لوازم الحرية فيخضع بذلك المسلمون البسطاء، ويفتر بذلك المتعلمون أو أشباه المتعلمين، وتكون هذه الهيجة التي توشك أن تضغط على العالم الإسلامي في شبه مناورة ولا أقول مؤامرة، لتعويق الإسلام تحت ألف شعار وتحت ألف ستار.

هذه الهجمة التي تثار اليوم ضد الإسلام، بعملية تشويه متعمد تحت ستار من التزييف الإبداعي والثقافي والحزبي والاجتهادي هي المشكلة الكبرى التي لجأ إليها هؤلاء المشوّهون لكي يستروا كرههم للدين ولكي يغطوا نواياهم الفاسدة ضد الأديان جميعاً.

لقد كان الفكر المادي طوال القرن العشرين عاملاً بصراحة ووقاحة ضد الأديان وضد الإسلام بصفة خاصة، وبعد انكسار حدة الفكر المادي يستيقظ اليوم الفكر العلماني، تحت شعارات مزيفة وأقاويل مكذوبة ليثير

في عالمنا العربي هذا التهجّم وهذا التوافق وهذا الإيذاء، حتى يصل البغي للتناول على الذات الإلهية وعلى المقدسات المسيحية والإسلامية، وعلى الأخلاق الفاضلة السوية.

وما لنا نذهب بعيداً وقد تحول الوسط اللبناني إلى مباءة للإفساد الديني، فلکم قرأنا وسمعنا وتابعنا من نشرات وكتب وأبحاث تتناول على السيد المسيح عليه السلام وتطمس سيرته المشرفة وتنسب إليه القبائح والمفاسد ثم إذا بنا أمام الهيجة المصطنعة التي أثارها رواية ساقطة تحت ستار الإبداع، إذا بالذين يتنادون اليوم في لبنان لنصرة هذا الباطل وتأييد هذا الزيف تبلغ بهم الوقاحة والدناءة إلى أن يصفوا تفسير القرآن وكلمات الله والمفسرين بالشعوذة والخرافات والأساطير. إنها إذن مجموعة تتناصر لتشويه الحقائق الدينية ولطمس كل معالم الصحوة الإيمانية في هذا العالم.

أيها الأخوة:

إن اشتداد هذه الضراوة لا يفسر إلا بحقيقة واحدة هي أن العالم اليوم الذي لا يريد أن يخلق واقعاً ومستقبلاً على أساس قوالب التاريخ وعلى أساس ثقافة التاريخ وعلى أساس اجتهادات الأشخاص التاريخيين، إنما يقيم حقائقه على الإسلام الحق وعلى كتاب الله وسنة رسوله.

أيها الأخوة:

إن هذه البدعة بدعة الزعم بالإبداع حيث يلقيها هؤلاء على أنفسهم كذبوا على الناس بأنهم إبداعيون وصدقوا أنفسهم بأنهم إبداعيون وبأنهم ثقافيون وبأنهم تحرريون، وما هم إلا أنصاف علماء، وما هم إلا آخذون بالعثانة من الثقافة والسطحية من التفكير، والتبعية للانقياد، لذلك حين نلتقي بمثل هذه الملتقيات ونبحث في موضوع تخريج طلاب يحملون شهادات بالعلم الشرعي وملتقي في مؤتمرات علمية وفقهية، ثم نجوب في تطلعات مستقبلية لعلوم إسلامية عليا ودراسات قرآنية مستنيرة، إنما نكون على الطريق السوي وفي خطوة متقدمة لنستخرج حقائق الإسلام ونضعها في

وجه المشوّهين وفي وجه المشوّهين لنعود إلى كلمة الله ﴿قل هذه سبيلي أدعو إلى الله على بصيرة أنا ومن اتبعني وسبحان الله وما أنا من المشركين﴾.

إنها البصيرة إذن، البصيرة بالدين، والبصيرة بالفكر والبصيرة بالواقع والبصيرة بالحدائث، ثم إيجاد القاسم المشترك الذي يعيد الإبداع والثقافة والحرية إلى مركز التوازن، وإلى محور الاعتدال، وإلى الرابط الوثيق بين الإيمان والناس أجمعين.

أيها الأخوة:

وإذا كنا نحن اليوم أمام هذه الموجات والهجمات التي لا تقوم على حق، ولا تستند إلى عقل، ولا تتوازن مع واقع، وإنما تشير إلى خطر آت قريب، إلى خطر الثقافة التلمودية، التي تتربص بكل الأديان، بكل الحقائق، بكل القيم، بكل الأخلاق، ولقد أصبحت على حدودنا، ويوم تفتح هذه الحدود يكون الخطر الأكبر ويكون الموت المحتم لأمة لا تعرف كيف تحافظ على وجودها، وكيف تعتصم بذاتيتها، وكيف تؤمن بثقافتها، وكيف تواجه مختلف الظروف والمناورات والأزمات التي تحضر للقضاء على الثقافة الإيمانية في العالم، وعلى الثقافة الإسلامية بوجه أخص. من هنا تبدأ عملية تكريمنا وإكبارنا وتأييدنا ومودتنا لمثل هذا التجمع، ولمثل هذا الموقع، ولمثل هذا الهدف والله الحمد في الآخرة والأولى، وأقول هنا كلمة أخرى أشار إليها الشيخ محمد رشيد الميقاتي حين أشار إلى التعليم الديني في لبنان، ومن حقنا ومن واجب الوفاء ومن واجب الشكر أن نشكر من كان له اليد الطولى في إعادة التعليم الديني في لبنان. فيوم كنا نتحدث ونطوف باسم المرجعيات الدينية وجدنا السند الأكبر والكلمة الحاسمة من فخامة رئيس الجمهورية اللواء العماد اميل لحود، فكل من يقول كلمة خير نشكره، وكل من يمد إلينا يداً نصافحه، وكل من يمشي معنا نعضده، وكل من يرفع كلمة الله فنحن معه.

كلمة الأستاذ تمام سلام^(١)

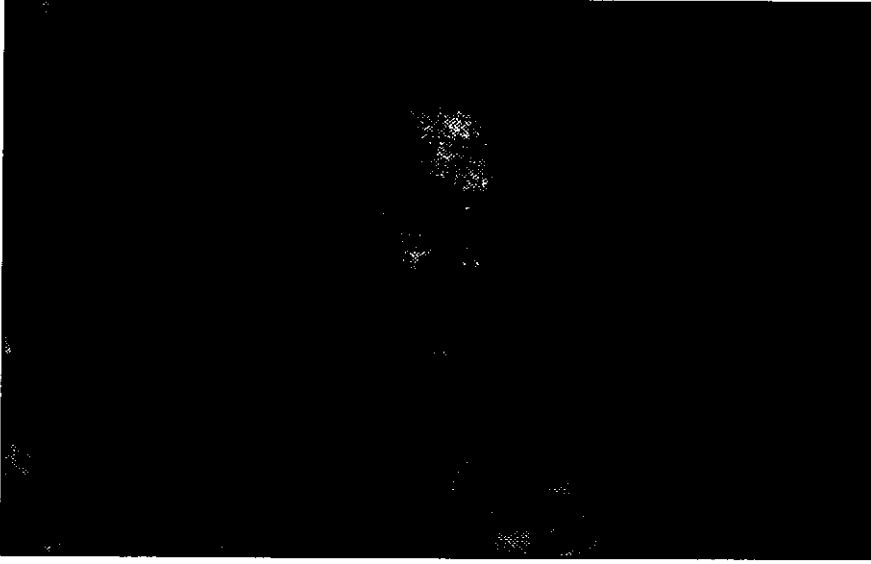
رئيس جمعية المقاصد الخيرية الإسلامية

سماحة الشيخ محمد رشيد الميقاتي، رئيس المجلس العلمي بمعهد
طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية.
الزملاء الأفاضل،

لقد كلفني الأستاذ تمام سلام رئيس جمعية المقاصد الخيرية
الإسلامية أن أنقل إليكم تحياته، لمعهد طرابلس الجامعي للدراسات
الإسلامية من جهة، ولهذا المؤتمر المهم الذي تفتتحونه اليوم. فقد سنَّ
معهد طرابلس، بفضل ووعي القائمين عليه، سنة حميدة، تمثلت في إقامة
المؤتمرات والندوات العلمية، مرةً أو أكثر كل سنة، لتدرس موضوعات
بالغة الأهمية في الحياة المعاصرة للمسلمين. بدأ ذلك بالمؤتمرات
والندوات التربوية، وقضية التعليم الديني، ونشهد اليوم المؤتمر الثاني
للشريعة والقانون، وموضوعه: «التحكيم في ضوء الشريعة والقانون».

لقد مضى على الفقهاء المسلمين زمان، اعتبروا فيه أن كل ما
يجري خارج نظام القضاء الشرعي وضمن الإجراءات والقوانين الجديدة أيام
السلطنة العثمانية أواسط القرن التاسع عشر، إنما هو قانون وضعي، فارقته
المشروعية، لأن الشريعة الإسلامية لا تحكم فيه، كما أن الأجانب هم
المهيمنون على إجراءاته. ثم عمد الإصلاحيون العثمانيون إلى التوفيق بين
الأميرين عن مجلة الأحكام العدلية، ووضع نظام جديد لإجراءات التقاضي.
وعلى الرغم من انحسار نطاق تطبيق الأحكام الشرعية واقتصاره على
مجال الأحوال الشخصية بعد زوال الدولة العثمانية، فإن المتضرعين في
القانون، وفي الدراسات الفقهية، ظلوا مقتنعين بالإسهام الفقهي الإسلامي

(١) ألقاها بالنيابة عنه الأستاذ الدكتور رضوان السيد مدير المعهد العالي للدراسات
الإسلامية.



الأستاذ الدكتور رضوان السيد في حفل الافتتاح

الكبير في مجالات القانون الدولي العام، والقانون الدولي الخاص، والحقول القانونية الأخرى، وقد تبين ذلك في البحوث التي أجريت بين الثلاثينات والستينات من القرن العشرين في هذه الميادين كلها. وقد أطلعت على عدة بحوث في التكييف الشرعي أو التكييف الفقهي لهذا النوع الجديد نسبياً من أنواع القضاء أو حل النزاعات بين الأفراد والهيئات والدول، وأعني به التحكيم والتحكيم المطلق. بيد أن هذه البحوث جاءت دراسات لحالات معينة، أو اقتراحات لتصنيف وتكييف السائد والمعمول، لذلك يبقى المجال واسعاً للاجتهاد والتجديد والتبئية والتكييف والتصنيف، واستكشاف الإمكانيات استناداً إلى التراث القضائي والفقهي الشري، أو إلى مقاصد الشريعة، أو بالنظر في أطروحات الإصلاحيين، ونقدها في ضوء مقولات فقهاء الإحياء الإسلامي والصحوة الإسلامية. نحن نعرف أنه كان هناك نوع من التحكيم سابق على النظام القضائي الإسلامي، لكن هذا ما لا أقصده، إنما قصدت ما كان معروفاً في العصور الوسطى الإسلامية تحت اسم قضاء أهل الذمة. وعندنا كتب تورد وجوه التقابل ووجوه التوافق

بين النوعين من القضاء أو النظام التشريعي والقضائي ونسمي هذا النظام الذي يسميه ابن عبد الحق في كتاب الأحكام الكبرى في الأندلس نسميه قضاء أهل الذمة، ثم وثائق الجنيزة في القاهرة تثبت أنه كان هناك نظام للتجارة الدولية بين المناطق الحضارية العالمية الكبرى الثلاث أوروبا والصين والعالم الإسلامي بزعامة مصر وأنه كان يسود نظام يشبه أن يكون نظاماً للتحكيم بين هذه المجالات الكبرى بمعنى أنه كان يقضي بنفس الأعراف وبنفس القانون للتجار في حال النزاعات بينهم في محطاتهم في هذه المناطق الحضارية الثلاث . بمعنى الموانئ الإيطالية والموانئ الإسلامية والموانئ الصينية.

طبيعة هذا النظام عندنا إشارات متعددة عنه، بالذات في الآثار الفقهية الأندلسية، وهناك كلام بعض التجار اليهود عنه في الوثائق التي اكتشفت في القاهرة، وهذا يعني أن هذا التراث الفقهي والقضائي الإسلامي يمكن أن يعاد النظر فيه في ضوء ما يجري الآن في محاولة، للتكييف الشرعي والقانوني لهذا النوع الجديد.

هل نعتبره قضاءً، هل نعتبره مصالححة أياً يكن ما نعتبره فإن هذا التراث الفقهي مفهوم ومنظور إليه في ضوء الفقه الإسلامي، ضوء مقاصد الشريعة التي ترمي إلى تحقيق المصالح الكبرى للعباد يمكن أن يكون ذلك مناصلاً لفهام جديدة ولاجتهادات جديدة.

وإن هذا المؤتمر الثاني للشريعة والقانون، بمعهد طرابلس الجامعي، والذي يجمع هذه النخبة من علماء الشريعة والقانون، أهل لاستشراف هذا الموضوع المهم الحساس، في نطاق الأهداف التي وضعها له مقيم المؤتمر. ونأمل أن يفيد من ذلك كله القضاة وخبراء التحكيم، والمهتمون بتطور التشريع في البلدان العربية والإسلامية، والمعنيون بتتبع العلاقات المؤارة والمتغيرة بين الفقه والقانون.

ومعهد طرابلس الجامعي، يضيف إلى هذه الفضيلة، فضيلة البحث

العلمي الإسلامي العميق الجاد، افتتاح قسمي الدراسات العليا، والقراءات
وعلم القرآن.

لذلك أود باسم رئيس جمعية المقاصد الخيرية الإسلامية أن أقدر
لمعهد طرابلس الجامعي هذا الطموح العلمي المحمود، وأن أرجو له مزيد
التقدم والمضي في طرائق وسبل خدمة الإسلام وعلومه. ﴿والذين جاهدوا
فينا لنهدينهم سبلنا وإن الله لمع المحسنين﴾.

وبالله التوفيق

كلمة شيخ قراء دمشق الشيخ كريم راجح

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته،

الحمد لله أحمدته وأستعينه وأستغفره وأعوذ بالله من شرور أنفسنا
ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فهو المهتد ومن يضلل فلا هادي له.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن سيدنا محمداً
عبده ورسوله وصفيه وخليله وهو خير نبي أرسله.

اللهم صل على نبيتنا محمد، وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان.

أما بعد،

أيها السادة الحضور من أصحاب المعالي والفضيلة والسماحات.

إنه عندما تلقيت دعوتي إلى هذا المؤتمر وهذا المجتمع وهذا
المعهد شعرت بأن طرابلس ما تزال والحمد لله تتصل بجسم العالم
الإسلامي كله وأن العالم الإسلامي كله مدد لطرابلس في كل ما تقوم به
من أعمال الخير، وكل ما تقوم به من هذه الأعمال التي تؤيد فيها الشريعة
الإسلامية والفقهاء الإسلامي.

لأننا نعلم جميعاً بأن العالم لا يمكن أن يستمر على سبيل الفساد،
وأن العقل البشري غير صالح لأن يضع قوانين من عنده وكما أن قوت
الناس يتنزل من السماء بواسطة الماء الذي ينزله الله فلا يأكل الناس
ولا يشربون إلا بواسطة هذا الماء الذي ينبت الزرع فإن أحوالهم القانونية
لا يمكن أن يضعوها هم، كما أنهم لا يستطيعون أن يخلقوا الماء
لا يستطيعون أن يضعوا القوانين وإنما يضع الشريعة والقانون خالق
السموات والأرض، الله جل جلاله فنحن في فكرنا نعيش على مائدة
السماء، وفي بطوننا وحياتنا نعيش على مائدة السماء.

لذلك أيها الأخوة..



فضيلة شيخ قراء دمشق الشيخ كريم راجح في حفل الافتتاح

جئت من دمشق إلى هنا من أجل أن نبارك افتتاح هذه الكلية للقراءات وأنتم تعرفون أن القرآن نزل على سبعة أحرف كلها شاف كاف، فاقروا ما تيسر منه، وهذه القراءات اعتنى بها أسلافنا وكانت ذات سند يتصل من عند القارئ إلى سيدنا رسول الله إلى رب العزة.

فلو أريتكم الآن إجازتي لرأيتوني أخذت هذه القراءات عن شيخي وهو أخذها عن شيخه وشيخه عن شيخه هكذا... إلى سيدنا رسول الله ﷺ بالسند المتصل إلى جبريل عليه السلام إلى رب العزة وهذه مفخرة من المفآخر لا يمكن أن نجدها في الدنيا أبداً إلا في عالم الإسلام، وعالم القرآن وعالم قراءاته. هذا المعهد الكريم أراد أن يفتح هذه الدراسات القرآنية فأسأل الله له أن يبارك في ذلك.

أيها الإخوة الأحباب...

هذه الأعمال التي نقوم بها هنا، نقوم بها في دمشق، وتقوم في القاهرة وتقوم في كل أنحاء العالم الإسلامي.

فعدنا في دمشق والحمد لله معاهد كثيرة من هذا النوع، أسأل الله تعالى أن يبارك فيها وعليها، وفي هذا المعهد له وعليه، وأنا أجد نفسي - ولا أستحي أن أقول: خادماً لكل ما يتعلق بالدراسات القرآنية واللهجات القرآنية والأحرف القرآنية بل ولكل ما يتعلق بهذه الشريعة الإسلامية من كل النواحي التي تتصل بها.

ولا أتكلم باسمي فحسب بل أتكلم باسم إخواني أيضاً من دمشق كلنا نؤمن بأننا خدم للقرآن الكريم ولمثل هذه الأعمال.

ويسرني جداً أن نلتقي بإخواننا من الأنحاء الإسلامية الأخرى وأن نستمع إلى كلماتهم وهم يباركون: معلمون ومربون وأسأل الله تعالى للجميع الخير والبركة والتوفيق.

وبارك الله في لبنان وطرابلس وبيروت وكل محافظات وبارك في العالم الإسلامي كله وأنا رسول دمشق إليكم، وإخواني، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

كلمة الأستاذ الدكتور مصطفى الشكعة^(١)

حضرة صاحب الدولة.

حضرة صاحب السماحة الصديق العلامة.

حضرات أصحاب الفضيلة والمعالي والسعادة.

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته أحملها إليكم من ربوع مصر
ومنتدياتها ومحافلها ومعامل العلم فيها، وأنثرها في محفلكم هذا، مباركة
القصد معطرة الأردن.

وحين تلقيت الدعوة الكريمة إلى هذا المؤتمر بل هذا المهرجان،
كان علي - طبقاً لتقاليد الجامعات - أن أقصد إلى مكتب رئيس جامعة
عين شمس - جامعتي العتيقة - كي أستأذنه في تلبية الدعوة، وإذا بي أفاجأ
بقوله في سماحة وارتياح: نعم اذهب إلى طرابلس واشترك في المهرجان
ولكن ليس باسمك وحدك ولا باسمي معك، ولكن كن ممثلاً لجامعة
عين شمس رئيساً ونواباً وأستاذة وطلاباً، وها أنا ذا أمثل بين أيديكم بهذه
الصفة التي تشكل عبئاً أرجو أن أكون أهلاً لأدائه، وواجباً أمل أن أكون -
على قدر طاقتي - جديراً بوفائه.

ولكن ما إن وطئت قدماي أرض طرابلس في معية إخواني العلماء
المصريين، الأستاذ العالم الدولي الدكتور علي الغنيت (رئيس قسم القانون
الدولي بكلية الحقوق)، والأستاذ العالم الفقيه الدكتور محمد رأفت عثمان
(عميد كلية الشريعة بالأزهر الشريف)، والأستاذ العالم الشاب الدكتور
عبد الله النجار، حتى وجدت ووجدنا المهمة التي سعيينا إلى هنا من
أجلها ثلاث مهمات وليست مهمة واحدة.

الأولى: افتتاح المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون لكي يعالج

(١) يمثل رابطة الجامعات الإسلامية في العالم وجامعة عين شمس في جمهورية مصر العربية.



الأستاذ الدكتور مصطفى الشكعة في حفل الافتتاح

موضوعاً دقيقاً عميقاً هو «التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون».

والثانية: افتتاح قسم للدراسات العليا، وقسم للقراءات وعلوم القرآن الكريم.

والثالثة: تخريج الدفعة الحادية عشرة من حملة إجازة الشريعة والدراسات الإسلامية.

فامتألت صدورنا انشراحاً، وازدادات قلوبنا انفتاحاً، وملئت أرواحنا ارتياحاً، إنه مهرجان علم كبير، والعلماء يفرحون باندوات العلم وحلقات الحوار، ففيها تتلاقح العقول، وتتصافح القلوب، ويخرج كل منا بتجربة جديدة كثرمة طيبة للقاء طيب استهدف الخير ولبى نداء العقيدة.

نعم فإن طلب العلم فريضة في ديننا، والعلماء ورثة الأنبياء، ومن يرد الله به خيراً يفقهه في الدين، لأن الدين يهذب النفس ويرتقي بها إلى

سدة مكارم الأخلاق ومن ذلك نقترّب من الهدف الشريف المتمثل من قول الرسول الكريم إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق.

أيها الجمع الكريم.

إن مدينة طرابلس مؤهلة للقيام بهذه المهمة، بل بتلك المهمات، وجديرة بهذا الشرف بحكم موقعها وعلماؤها وتاريخها ومواطنيها ذوي السمائل والخلائق وإن طرابلس مستجيبة لهذا النداء، ملبية لكل رغبة في التقدم العلمي، فالمدارس منتشرة في ربوعها والمعاهد تصنع النور في أرجائها، سائغة النهل، معطرة الأنسام كفعل عطرها وشذاها، وزهرها ونورها في شهر نيسان، ولست أنسى في هذا المقام أن أشيد بفضلها عليّ وعلى ولديّ اللذين تعلمنا من معاهدها وحصلنا على الثانوية العامة من مدارسها وأحبوها وأحبتهم وهما بفضل الله وبفضلها الآن أستاذان في الجامعات المصرية.

أيها الإخوة الأحباب،

إن ذلك الزحف العلمي المبارك هو نفحة من نفحات الرحمن خلعها على جمعية الإصلاح الإسلامية في هذا البلد التي أثمر غرسها، تلك الثمرة المباركة الممثلة في معهد طرابلس الجامعي، الذي لن يلبث أن يصير جامعة متعددة الكليات متكاثرة التخصصات، فالعلم الذي ننشده ليس علم الدين وحده وإنما هو علم الدين والدنيا.

واسمحو لي في هذه المناسبة أن أحيي أخي وصديقي العلامة الشيخ محمد رشيد الميقاتي رئيس مجلس المعهد وأشد على يديه وأذكره بأن الشجرة كانت بذرة والبحيرة كانت قطرة، والجبل كان حصوة، والجامعة كانت معهداً، فسر على بركة الله موفقاً أنت ورفاقتك الذين يحملون العبء معك في صبر وجلد، وغداً سيكون المعهد جامعة وإن غداً لناظره قريب.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

كلمة رئيس مجلس الوزراء^(١)

الدكتور سليم الحص

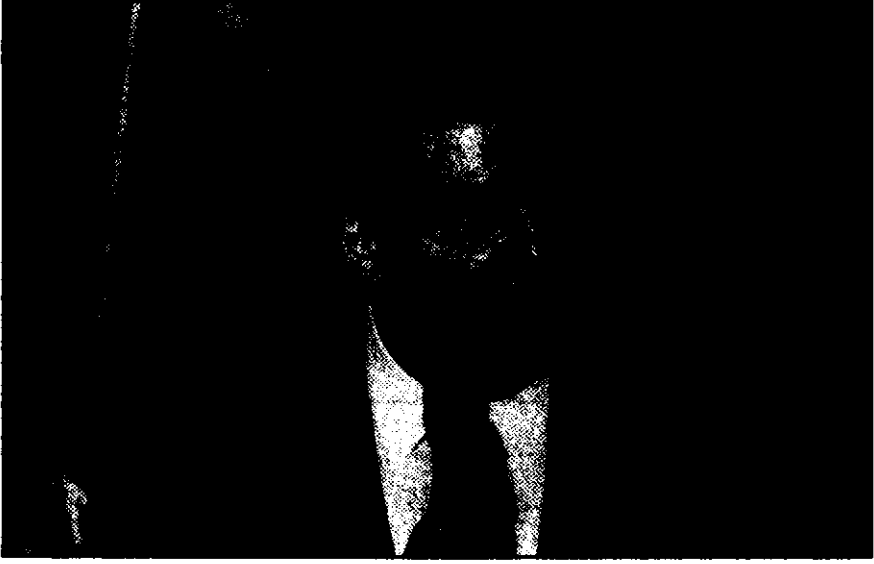
أيها الأخوة،

يسعدني اليوم أن أشارك في حفلكم الكريم بحضور سماحة مفتي الجمهورية اللبنانية الشيخ الدكتور محمد رشيد قباني الذي نجل ونحترم لنقدم أطيب التهاني لهذه المؤسسة الجامعية اللبنانية وللقائمين عليها ولجمعية الإصلاح الإسلامية التي أنشأتها منذ ثمانية عشر عاماً ولأبنائنا وبناتنا الخريجين والخريجات من كافة الجنسيات متمنين لهم مستقبلاً زاهراً في خدمة لبنان والأمة العربية والإسلامية. كما نرحب بضيوف لبنان من العلماء الأجلاء الوافدين من مصر وسوريا والمملكة العربية السعودية والمملكة الأردنية الهاشمية والكويت أملين لهم إقامة سعيدة في ربوع لبنان وداعين لهم ولمؤتمرهم الإسلامي الثاني للشريعة والقانون بالتوفيق والسداد في عصر بات فيه التحكيم نظاماً عالمياً رديفاً للقضاء.

إن لبنان بأمس الحاجة وبصورة خاصة في هذه الظروف العصيبة أن يعود إلى تراثه المجيد لينهل أبناؤه من ينابيع الثقافة والمعرفة الأصيلة العريقة وليواجه التحديات الصهيونية وعريدة العدو الإسرائيلي وغطرسته الآثمة والغزو الثقافي الذي يتعرض له.

إن معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية والمعاهد العلمية الأخرى التي ينهل أبناؤها منها العلم الأصيل والروح الوطنية هي المناجم التي توفر للوطن العلماء الأفاضل والأبطال الوطنيين الحقيقيين، المجاهدين في سبيل الله والوطن ووقود الفداء في سبيل الأمة. وها هي حدود لبنان الجنوبية تشتعل كل يوم بوهج دمائهم حرباً على إسرائيل وأعوانها وتنزل بهم الهزائم والويلات. وها هم اليوم يدحرونهم بالقوة فيلوذون بالفرار

(١) مثلاً بمعالي الوزير الدكتور حسن شلق - وزير الإصلاح الإداري.



معالي الوزير حسن شلق ممثلاً رئيس مجلس الوزراء الدكتور سليم الحص في حفل الافتتاح

متستريين بالمكر والخديعة والتذرع باحترام القوانين الدولية التي ما احترموها يوماً من الأيام. بمثل هؤلاء الخريجين يلتهب ساح النضال، ويجلون بالقوة أعداء ما تسلحوا إلا بالقوة ليقهروا الأمة العربية كلها. ولكنهم بالقوة ذاقوا اليوم كأس الهزيمة لأول مرة في تاريخ وجودهم، والقوة من بلادنا يخرجون ويحاولون أن يلتفوا على هزيمتهم ليقضوا قسماً من أرضنا ويجادلوننا وكأنهم باتوا يعرفون حدود بلادنا أكثر منا، وبتوا يشيرون أفكاراً ضبابية غامضة حيناً حول مزارع شبعاً واضحة جليلة حيناً آخر. ﴿ومكروا مكراً ومكرنا مكراً وهم لا يشعرون﴾. وما نحن نواجههم كل يوم بالحجة البينة وبالبيانات القاطعات المانعة في الأمم المتحدة وفي مجلس الأمن، وبسيل من الحجج والوثائق التي تثبت أن حقنا واضح كالشمس. ولكن هل يرعون؟ والخير لهم وللمنطقة بأسرها أن يعتبروا ويجنحوا للسلم الحقيقي، ويكفوا عن ألعايب الصبية، ومكر الثعالب.

إنني أهنيء منظمي هذا المؤتمر وأهنيء المشاركين فيه على عمق

نظرتهم العلمية الإسلامية العادلة، والوطنية المنصفة في إدراج موضوعات التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون: لرحمتها وسداها.
وفقكم الله إلى ما تبتغون في مؤتمركم هذا من خير الأمة والحقيقة والعلم.

ولكم مجدداً، التحية والاحترام خاصة بالشكر ممثل سماحة مفتي الجمهورية اللبنانية الأخ الشيخ الدكتور محمد رشيد قباني والمحامي الصديق سماحة الشيخ محمد رشيد ميقاتي رئيس هذا المعهد جزاكم الله كل خير.

وما دام العريف تعرض إلى الإصلاح فلا بد أن أشير إلى الإصلاح بعبارات مقتضبة: قال الإمام علي كرم الله وجهه في رسالة منه إلى الأشرار النخعي: «واختر للوظيفة الأكفاء، وأسبغ عليهم الأرزاق فإن في ذلك قوة لهم على تحصين أنفسهم، وغنى لهم عن تناول ما تحت أيديهم، وحجة عليهم إن خالفوا».

هذا يقطع بأن الإصلاح يقوم على الجدارة والاستحقاق وعلى كفاية الراتب..

والخليفة أبو بكر الصديق قال: «كاد الفقر أن يكون كفراً».

والخليفة عمر بن الخطاب عندما جاء إليه ابن أبي بلتعة وقال له خادمي سرقني قال له: أتني بخادمك فجاءه بخادمه فقال له لم سرت مخدومك، قال إنه يعطيني ٤ دراهم وهذا لا يكفيني مع عيالي وأنا صاحب عيال فنأدى الخليفة على ابن أبي بلتعة أعطه ما يكفيه وعياله فإن سرق ثانية قطعت يدك لأنك أنت الذي عودته على ذلك.

ويقول الإمام علي كرم الله وجهه: «عجبت لإنسان جئع كيف يبيت ليلته ولا يخرج قاطعاً رقبة الغني بسيفه».

وهناك شاعر من الشعراء الأفذاذ في لبنان قال لرئيس جمهورية عربية من الرؤساء الأفذاذ في الدول العربية:

شرفاً أبا حسان كل زعامة
تنهار غير زعامة الإصلاح
فأفترق بنفسك لست تملك أمرها
هي للمكارم من علا وطماح
والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

الجلسة الأولى:

رئيس الجلسة: فضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور مصطفى البغا.

الموضوع: النظام العام والتحكيم المطلق.

الباحث الأول: المحامي الدكتور وائل طيارة.

الباحث الثاني: المحامي الدكتور غالب صبحي محمصاني.

المناقش: المحامي الدكتور رافت محمد رشيد الميقاتي.

الجلسة الأولى:

الموضوع: النظام العام والتحكيم المطلق.
الباحث الأول: المحامي الدكتور وائل طيارة.

النظام العام والتحكيم المطلق

مقدمة عامة:

عرفت محكمة استئناف بيروت النظام العام (قرار رقم ٢٦٧، تاريخ ١٦/٣/١٩٩٥): «أنه مجموعة القواعد القانونية التي ترمي إلى تحقيق مصلحة عامة قد تكون سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى ومقومات وجوده وهي تعلق على مصلحة الأفراد الذين يجب عليهم مراعاتها باعتبار أن المصالح الفردية لا يجوز أن تتقدم أمام المصلحة العامة». وقد نصت المادة ٨٠٠، الفقرة السادسة، أصول مدنية، «على أن الطعن بطريق الإبطال ضد قرار تحكيمي لا يكون جائزاً إلا في حالات محددة ومنها إذا كان مخالفاً لقاعدة تتعلق بالنظام العام. كما ورد في الفقرة الأولى من هذه المادة أيضاً، أن الإبطال يتناول القرار التحكيمي المبني على اتفاق تحكيمي باطل أي إذا كان مبنياً على أسباب أو مواضيع باطلة بحد ذاتها وإنما غير مخالفة لمقتضيات النظام العام. فهذه العبارة لا تقتصر على كل ما له ارتباط بالنظام العام أو بأحكام القانون الإلزامية كأن يكون البند أو العقد التحكيمي باطلاً مثلاً لكونه مشوباً بعيب من عيوب الرضا، فإن النص المذكور يرى وجهاً للتطبيق في جميع هذه الحالات. وهو من المسائل التي لن نتطرق إليها في هذا البحث إلا بصورة هامشية.

إن النظام العام في المجال الدولي، يتميز عن النظام العام الداخلي بأمور عدة منها مرونته وكونه مستقلاً إجمالاً عن فكرة النظام العام الداخلي وأقل شمولية منه. فالقرار التحكيمي الدولي أو القرار المانع للاعتراف أو المكتسي بالصيغة التنفيذية طبقاً لأحكام المادة ٨١٧ أصول مدنية، فقرتها الخامسة، لا يجوز بدوره أن يستند على مخالفة لقاعدة تتعلق بالنظام العام الدولي، وإلا فتحجب عنه الصيغة التنفيذية هذه.

إن التحكيم الدولي ينصب أساساً على كل ما يتعلق بمصالح



المهامي الدكتور وائل طيارة متحدثاً في الجلسة الأولى (أقصى اليمين)

التجارة الدولية كما يستفاد من حكم المادة ٨٠٩ أصول مدنية.

ولن نتوقف إلا قليلاً عند مفهوم النظام العام في التحكيم الدولي، لأن مدلول عنوان البحث يستشف منه أن الموضوع يتعلق بتحكيم داخلي بصورة أصلية وبما يمكن أن يتناول القرار التحكيمي من بنود أو فقرات مخالفة لمقتضيات النظام العام. علماً بأن المحكم المطلق في التحكيم الداخلي، كما هو حال المحكم الدولي، يمكنهما تجاوز شكليات معينة ويتشابهان في مواضيع لن نورد هنا إلا تلميحاً في معرض هذا البحث لأنها تتطلب وقتاً إضافياً لا يسمح لنا به المجال.

إن التحكيم المطلق يتحرّر من أحكام القانون، كما تنص عليه المادة ٧٧٧ أصول مدنية التي تعفي المحكم صراحة من موجب تطبيق قواعد القانون وأصول المحاكمة العادية باستثناء الأصول المتعلقة بالنظام العام.

عند قيام المحكم بالتدقيق في الملف التحكيمي الموضوع بين يديه يتساءل: هل إنه سوف يبت في أساس النزاع عن طريق تطبيق قواعد النظام

العام، أي هل عليه أن يقوم بعمل إيجابي أو أن دوره هو في اجتناب ما يعتبر مخالفاً لها، وبالتالي الوقوف موقفاً سلبياً حيالها؟ وذلك في معرض تطبيقه للقواعد المتعلقة بالإنصاف المرتبطة بالمبادئ الكلية السامية أو بالحقوق الطبيعية .

يتبين أن القانون لا يطبق في مجال التحكيم المطلق انطلاقاً من تعريفه. فالمحكم المطلق يتساءل: أليس مفهوم النظام العام هو مفهوم قانوني؟ وهل يمكنه أن يتجاوزه أو أن يناقضه طالما أنه يحكم بمقتضى الإنصاف؟. وهل أن مفهوم النظام العام مرادف للأحكام القانونية الصارمة والملزمة؟. وهل هو مقتن أم أنه مفهوم استثنائي؟

لقد جرى الفقه على اعتماد فروقات عدة لمفاهيم النظام العام: منها ما يتعلق باتفاق التحكيم ومنها ما هو ملحوظ للقرار التحكيمي.

إن موضوع التحكيم يتناول جميع المنازعات المدنية والتجارية القابلة للصلح وذلك عملاً بأحكام المادتين ٧٦٢ و ٧٦٥ أصول مدنية.

ومن العودة إلى المواد ١٠٣٧ و ١٠٣٩ و ١٠٤٠ من قانون الموجبات والعقود يتبين أن المشرع قد منع المصالحة على أمور محددة فيها: منها الأمور المختصة بالأحوال الشخصية أو بالنظام العام أو بحقوق الشخصية التي لا تعد مالاً بين الناس أو على حق الطعام أو على حقوق إرثية غير معلومة من الورثة، في حين أنه أجاز المصالحة في قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين انطلاقاً من حكم المادة ١٦٤ من قانون تنظيم القضاء الشرعي. فالنص المذكور أوجب على القاضي الشرعي أن يسعى في مصالحة الفريقين المتنازعين منذ جلسة المحاكمة الأولى. علماً بأن المادة ١٧٢ منه أجازت كذلك للمحكمة تدوين اتفاق الصلح إذا لم يكن من مانع قانوني يحول دون هذا الأمر. يفهم مما ورد في القانون المدني اللبناني، وهو قانون الموجبات والعقود، أنه إذا كانت هذه المواضيع غير قابلة لأن تكون موضوعاً لمصالحة، فإنها بالتالي تكون غير

قابلة للتحكيم، إلا أن عدم إمكانية النظر فيها تحكيمياً غير مانع من أن تنظر المحاكم العادية في مبدأ وجودها أو توجبها أو مقدارها وهو مما يخرج عن إطار البحث الحاضر.

في الواقع إن نطاق التحكيم ضيق إجمالاً. فمن حيث المبدأ لا يجوز للمحكم ان ينظر بمسألة بطلان العقد لمخالفته قواعد النظام العام الواردة في بند تحكيمي أو اتفاق تحكيمي لأنه يتعرض بذلك إلى اختصاصه بالذات. وعليه عندئذ أن يرفع يده عن نظر النزاع لهذه العلة. والمحكم لا ينظر في جميع المواضيع كما قد يتصور البعض بل بمواضيع تتعلق بتفسير أو بتنفيذ العقود بصورة عامة. مع الإشارة إلى أن قلة من الحقوقيين أو من علماء القانون تستطيع ان تمارس التحكيم المطلق لما يثيره هذا النوع من التحكيم التي لا يطبق فيها القانون من إشكالات متنوعة. لذا فإن التحكيم المطلق يعتبر خطيراً جداً حتى بالنسبة للمحكم المتمرس لأنه يتطلب منه معلومات إضافية عن تلك التي يملكها أو يضطلع بها المحامون والقضاة عادة. وهو أمر يتطلب ثقافة حقوقية عالية وإدراكاً عميقاً لمفاهيم ليست دائماً واضحة في ذهن من يمارسها أو من يطلب إليه تطبيقها أو يحكم بمقتضاها.

لذا، سوف نقسم البحث إلى مبحثين اثنين: أولهما يتعلق بالقرار التحكيمي الصادر عن محكم مطلق والذي لا يمس فيه الانتظام العام لأن موضوعه يخرج عن الحالات التي اعتبرها القانون أو الاجتهاد ماسة بقاعدة من قواعد النظام العام. أما في المبحث الثاني: فإننا سنتناول القرار التحكيمي الذي يمس النظام العام وما يترتب على ذلك من نتائج ودور المحكم المطلق في اجتناب تعرض قراره للبطلان من قبل مرجع الطعن ضده.

المبحث الأول: القرار التحكيمي الذي لا يمس الانتظام العام
لأن موضوعه يخرج عن الحالات التي اعتبرها القانون أو الاجتهاد ماسة بقاعدة من قواعد النظام العام.

النظام العام له مفهوم خاص، كما أن له توجهات وغايات معينة. ويهدف إلى حفظ الاستقرار والسلامة والأمان بصورة إجمالية في كل مجتمع. وعلى ذلك ينبغي أن يبنى القرار التحكيمي على بند أو عقد تحكيمي صحيح وليس مخالفاً بحد ذاته لأحكام النظام العام.

إن الطعون التي توجه ضد القرار التحكيمي والمسندة إلى مخالفته لقاعدة من قواعد النظام العام ليست كلها طعوناً جديدة مع أن من يطعن فيه يثير دائماً هذا السبب. والمحاكم لا تقبل الطعن بطريق الإبطال سنداً لهذه الحالة إذا كان ما يتصوره الطاعن لا يدخل فعلاً وقانوناً وحقيقة في مفهوم النظام العام.

إن الانتظام العام في القانون الداخلي يشمل معظم القوانين الآمرة. وهذه القوانين تحدّ إجمالاً من مبدأ الحرية التعاقدية. وهي تفرض على الفريقين المتعاقدين فلا يمكنهما الشذوذ عنها. والأمر هو كذلك أيضاً بالنسبة للمحكم المطلق كما للقاضي. فهو كقاضٍ خاص، عليه أن يراعي مفاهيم النظام العام المعتمدة قضاء بهذا الخصوص، وبالتالي أن لا يقوم بتطبيق ما يعتقده مخالفاً للنظام العام حتى لا يتعرض قراره للبطلان لخرقه مقتضياته، وإلا فالمحاكم العليا ستكون بالمرصاد لمثل هذا القرار، فإذا خالفها استحق قراره البطلان.

إن النظام العام لا يمسّ إطلاقاً القوانين التفسيرية وهي القوانين الواجبة التطبيق عندما لا يبدي الفريقان إرادة صريحة مخالفة. ونحن مع الرأي القائل إن الانتظام العام لا يستمد مصادره من القانون فقط وإنما من مبادئ موجودة في كل زمان ومكان. وإنما تختلف من دولة إلى أخرى أو حتى من مجتمع إلى آخر في الدولة نفسها.

وإن القوانين الآمرة هي عادة وفي معظمها من النظام العام إلا قلة منها يعود أمر تحديدها إلى المحكم أو إلى القاضي فيما إذا رأى أنها تتوخى حماية مصالح فردية أو خاصة. والنتيجة هي ألا يكون القرار

التحكيمي باطلاً في حال مخالفته لهذا النوع من القوانين الآمرة والخارجة عن مفهوم مقتضيات النظام العام أي المرتبطة بحماية مصالح خاصة وليست عامة.

ونحن من مؤيدي الرأي القائل: بأن القوانين الآمرة المتعلقة بالمصلحة العامة العليا هي وحدها من النظام العام. وإن التعداد لهذه القوانين الآمرة المتعلقة بالمصلحة العامة العليا ليست كلها أيضاً متجانسة فيما بينها، مع أنها قد تؤدي إلى البطلان المطلق. نعطي أمثلة على مصادر الانتظام العام.

- فهنالك نظام عام اقتصادي ونظام عام إداري:

مثل أول:

هل إن قاعدة المساواة بين الدائنين في الإفلاس هي قاعدة من النظام العام أم لا؟ تجيب المحاكم اللبنانية بالإيجاب، وبالتالي فإن القرار التحكيمي الذي يعطي لدائن المفلس حقوقاً على سواه في معرض تحكيم مطلق يتعرض للبطلان من هذه الناحية.

مثل آخر:

يوجد انتظام عام اقتصادي، عندما تهدف بعض القوانين إلى حماية الممثل التجاري اللبناني على من عداه، فالقرار التحكيمي يمكن أن يبطل لهذه العلة، إذا خالف قواعد الحماية المقررة للممثل التجاري اللبناني، كما تأخذ به بعض محاكم الدرجة الأولى خلافاً لما تذهب إليه المحكمة العليا.

مثل ثالث:

إن الاتفاقات الجماعية التي تنوحي حماية الأجراء تعرض القرار التحكيمي الذي يخالفها إلى البطلان لهذه العلة.

- هنالك نظام عام سياسي وأخلاقي: فالأمور التي تتعلق بالضرورية

أو بسلطات الدولة أو السلطات العامة إجمالاً أو تلك التي تنظم فصل السلطات والتي تكون موضوع تحكيم يؤدي تجاوزها إلى إبطال القرار الفاصل بها لمخالفته قواعد مرتبطة بالنظام العام الداخلي.

— إن كل شيء يتعلق بالأحوال الشخصية وخارجاً عن مفهوم الذمة المالية يدخل في باب النظام العام. والتعرض له يبطل القرار التحكيمي الصادر عن المحكم المطلق مع التحفظ لجهة ما هو وارد في قانون تنظيم القضاء الشرعي.

— إن التعرض للأداب العامة وهو المظهر الأخلاقي للانتظام العام كمثل خلاف على بيت دعارة وعلى مردوده. فهل يعود للمحكم أن يقرر فتح بيت الدعارة أو لا؟ وهل برأيكم يتعرض القرار التحكيمي الفاصل في مثل هذا النزاع للإبطال أم لا إذا ما جرى الطعن به أمام محكمة الاستئناف؟ الجواب هو إيجابي طبعاً.

— إن النظام العام يتداخل أيضاً مع مفهوم التجارة والاجتماع. فهل أن دفع هدايا إلى موظف أو إيجاد منافسة معينة بين التجار عن طريق تقديم عروض وهدايا بقصد الاحتكار وإغراق السوق أو حمل المؤسسات على الإغلاق يمكن أن تكون موضوع تحكيم مطلق بين الأشخاص المتنازعين بشأنها؟ نرى أن ذلك يخالف فعلاً مفهومنا للنظام العام في هذا المجال بالنسبة للحالة الأولى، أما بالنسبة لسواها فإن القضاء اللبناني يتجاوز أمرها ولا يعتبرها من النظام العام بحجة أن المنافسة أمر مشروع.

— مخالفة قاعدة من قواعد النظام العام الواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية ونكتفي بإيراد بعض الأمثلة عليها.

● عندما يخالف المحكم أصول المحاكمات المتعلقة بالنظام العام كمخالفة قراره للقاعدة التي توجب وقف المحاكمة التحكيمية حتى يتم الفصل بالدعوى الجزائية التي من شأنها أن تؤثر على حل النزاع المعروض عليه، فإن قراره يضحى قابلاً للإبطال. وقد تستى لمحكمة

التمييز، غرفتها الثانية، أن تصدّت لهذا الموضوع في قرارها رقم ١،
تاريخ ١٩٨٦/٥/٢٦، دعوى عبد الله ضد الخوري، مجموعة باز
١٩٨٦ و ١٩٨٧، الجزء ٢٧، صفحة ٤٧، (ملحق رقم ١).

● من المستغرب أن الاجتهاد الفرنسي اعتبر أن مخالفة القرار التحكيمي
حجية القضية المحكوم بها ليست من النظام العام في حين أنه اعتبر
أن مخالفة قوة القضية المقضية هي من النظام العام. علماً بأن كل
قرار قضائي يعتبر متمتعاً بالحجية فور صدوره وعندما يصبح قطعياً أي
غير قابل لطرق الطعن العادية فإنه يعتبر متمتعاً بقوة القضية المقضية.
مع الإشارة أيضاً إلى أن المادة ٣٠٣ أصول مدنية اعتبرت أن
الأحكام النهائية حجة فيما فصلت فيه من الحقوق وأنه لا يجوز
قبول دليل ينقض هذه الحجية. وقد قيّدت هذه الحجية ضمن حدود
النزاع القائم بين الخصوم أنفسهم من دون أن تتغير صفاتهم وعلى أن
يتناول النزاع الموضوع والسبب عينهما. وقد شدّدت هذه المادة
كذلك على أنه يكون للمحكمة أن تشير هذه الحجية من تلقاء
نفسها. وهي بالتالي من النظام العام الأصولي. لذا فإنه يتعين على
المحكم أن يشير هذه الحجية عفواً ومن ثم فإن مخالفته لنص هذه
المادة من شأنها أن تؤدي إلى اعتباره أنه قد خالف قاعدة من قواعد
النظام العام الأصولي في التحكيم الداخلي. وفي ضوء النصوص
الوضعية اللبنانية نرى أن على المحكم مراعاة ليس فقط قوة القضية
المقضية، بل أيضاً حجية كل قرار قضائي أو حتى قرار تحكيمي
آخر، وذلك خلافاً لتوجه القضاء الفرنسي لهذه الناحية. ولا يفهم
كيف يمكن أن تشير المحكمة عفواً مسألة ما، دون أن يكون السند
المنطقي لها هو وجود مخالفة لقاعدة كلية.

ونرى أن هذا النص من النظام العام. كما نرى أيضاً تطبيقه على
حائتي الدفع الناتجة عن الصفة والمصلحة المنصوص عنها في المادة
٦٤ أصول مدنية. فإذا كان للمحكمة أن تشير تلقائياً دفع عدم القبول الناتج

عن انتفاء الصفة أو المصلحة فإنه على المحكم المطلق أن يراعي هذه النصوص وأمثالها لأنها مرتبطة بالنظام العام برأينا حتى وإن بدا ظاهرياً أنها مصلحة خاصة.

فالنظام العام كمفهوم كلي مرن وواسع، والحال ما ذكر، يطال جميع القواعد الأصولية المنصوص عنها في قانون أصول المحاكمات المدنية والتي تفرض على المحكمة إثارتها عفواً إذا ما ورد نص صريح بشأنها.

- مثال ذلك: إذا كان القرار التحكيمي صادراً عن هيئة مؤلفة من محكمين بعدد زوجي فإن صدور مثل هذا القرار يعتبر باطلاً لمخالفته النظام العام وذلك عملاً بنص صريح وارد في المادة ٧٧١ أصول مدنية، فقرتها الأولى، والتي فرضت أن يكون عدد المحكمين وترأ.

- إذا أصدر المحكم العادي الذي أوجب عليه القانون تطبيق أحكام القانون وأصول المحاكمات المدنية قراراً من دون أن يتقيد بهذه الأحكام، وقضى بمقتضى قواعد الإنصاف والعدالة والضمير والوجدان، فإن القرار الذي جاوز فيه حدود صلاحية المحكم العادي، يعتبر اجتهاداً مخالفاً لقاعدة من قواعد النظام العام.

- كما هو واقع القرار التحكيمي الذي يخالف أيضاً مبدأ الوجاهية وحقوق الدفاع، مما يعتبر متعلقاً أيضاً بالنظام العام.

- ذهب الاجتهاد أبعد من ذلك أيضاً عندما اعتبر أن عدم تسبیب القرار أو إيراد تعليقاته يشكل مخالفة لقاعدة من قواعد النظام العام الداخلي.

نلاحظ أن معظم هذه الحالات تندرج في مفهوم النظام العام إلا أنه في ضوء ورود نص صريح بها، فإنها لا تتداخل مع مفهوم النظام العام ومقتضياته الملحوظة في المادة ٨٠٠ فقرة ٦ أصول مدنية، الذي يعيننا. وما نريد إيراده هنا هو كون القرار التحكيمي من حيث جوهره قد خالف

قاعدة من قواعد النظام العام غير المنصوص عليها من بين حالات الإبطال المحددة في سائر فقرات المادة ٨٠٠ أصول مدنية أو في أحكام أخرى. ونقصد بذلك أن يرفض المحكم تطبيق قاعدة من قواعد النظام العام المتعلقة فعلاً بالنظام العام بمعنى أن يتجنبها لأنه لا يجوز له أن يخالفها.

أما في إطار مفهوم النظام العام الدولي، فإننا أشرنا قبل قليل إلى أنه نظام عام أكثر مرونة من النظام العام الداخلي. فإذا كان القاضي الوطني لا يعتد إلا بنظام عام واحد يهدف إلى استبعاد كل ما يخالف قانونه الوطني إلا أن المحكم الدولي أي الناظر في نزاع داخل في نطاق التجارة الدولية، لا يكون تابعاً مبدئياً لوطن ما أو لدولة ما، ويكون بالتالي متحرراً من أحكام قوانين دولته، ومع ذلك وبصورة إجمالية فإن على المحكم الدولي أن يتقيد بقواعد الأمن العام وبالأنظمة العائدة للدول التي ترتبط بعلاقات أو باتفاقيات فيما بينها.

فالتحكيم المطلق في نطاق التحكيم الدولي جائز، وبه يعني الطرفان المتحاكمان المحكم من بعض الأمور التي تخرج عن نطاق القوانين الآمرة الداخلية أو المتعلقة بالنظام العام الداخلي، وبذلك يستطيع المحكم الدولي أن يستبعد تطبيق أحكام هذا النظام العام.

ففي نطاق التحكيم الدولي أوجبت المادة ٨١٣، فقرة ٢، أصول مدنية على المحكم أن يفصل في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الخصوم وإلا فوفقاً للقواعد التي يراها مناسبة. وهو يعتد في جميع هذه الأحوال بالأعراف التجارية. وهو يفصل في النزاع كمحكم مطلق إذا حددت اتفاقية التحكيم مهمته على هذا الوجه.

ومن المواضيع التي نرى أن مخالفتها تتعلق بالنظام العام الدولي: تجارة الرقيق أو الأولاد أو تجارة المخدرات. فعلى المحكم المطلق أن يتجنب النظر في هذه النزاعات لأنها مخالفة للانتظام العام الدولي، كما عليه أيضاً أن يمكن الخصوم من ممارسة حقوق الدفاع، وبالتالي عليه

مراعاة قاعدة الجاهية.

إن معظم القضايا التحكيمية يمكن إعطاء حل لها دون احتمال مخالفة أحكام النظام العام. فالعقل البشري والحقوقى يمكن أن يعطي حلولاً تكتسب بالتحليل والتفكير والمناقشة والدراسة. والقرار التحكيمي قد يتضمن حلولاً عدة تبرر النتيجة التي توصل إليها المحكم المطلق. فإذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام ورأت محكمة الاستئناف أنه توجد أسباب أخرى كافية لإعطاء حل صحيح للقضية فإنها تقرر إبطال الشق من القرار المخالف للانتظام العام من حيث التعليل، إلا أنها لا تبطله من حيث النتيجة. وإن إبطاله بكامله غير مبرر في مثل هذا الحال طالما أن أسبابه الأخرى كافية ومعللة بشكل مقنع وصحيح.

أما إذا لم يكن للقرار التحكيمي إلا سبب واحد اعتمده المحكم، فإنه لا بد من إبطال هذا القرار.

وقد تسنى لمحكمة استئناف بيروت، غرفتها التاسعة (رقم ٢٦٧/٩٥، تاريخ ١٦/٣/١٩٩٥، دعوى الأمين على جمعية أرض البشر، منشور في مجموعة المحامي الياس أبو عيد، القرارات الكبرى في الاجتهاد اللبناني والمقارن والمجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الأول، صفحة ٧٦) أن تصدت لمسألة تتعلق بالانتظام العام وأحكام القانون الأمرية معاً، وذلك في النزاع الذي نظرت طعناً بقرار صادر عن محكم مطلق في معرض تطبيقه قوانين تتعلق باكتساب أجنبي عن لبنان حقوقاً عينية عقارية فيه.

نورد في الملحق رقم ٢: بعض المقتطفات من هذا القرار المتعلقة بمخالفة المحكم لقواعد النظام العام بحيث اعتبرت المحكمة أن القرار باطل لجهة مخالفته قانون تملك الأجانب. أما بالنسبة لمخالفة القرار أحكام القانون الإلزامية المتعلقة بالأبنية القابلة للتسوية فإن بوسع المحكم المطلق أن يخالفها.

المبحث الثاني: القرار الذي يمسّ النظام العام، وما يترتب على ذلك من نتائج ودور المحكم في اجتناب تعرض قراره للبطلان من قبل مرجع الطعن ضده.

لحظ القانون اللبناني حالات عدة أوجب فيها على المحكم المطلق الذي يصدر قراراً تحكيمياً أن يتبع قواعد أو أصولاً معينة تحت طائلة اعتبار القرار الصادر عنه مخالفاً لقاعدة من قواعد النظام العام المتعددة. فإذا كان البند التحكيمي أو الاتفاق التحكيمي باطلاً لمخالفة أي منهما أحد مقتضيات النظام العام، فإنه من الطبيعي أن يكون القرار التحكيمي المبني على أي منهما باطلاً عملاً بالقاعدة الكلية القائلة: «بأن ما بني على باطل فهو باطل».

يتعين على المحكم المطلق سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي أن يكون ملماً بالأصول المدنية طبقاً للقانون الداخلي ولأية أصول أخرى يرى أن النزاع مرتبط بها أو بأحد طرفي العلاقة التحكيمية، ذلك لأنه من حيث المنطلق والمبدأ يكون المحكم ابن بيئته، متمرساً بالعلوم القانونية الوطنية. وقلة من المحكمين هم الذين يتعاطون بقوانين تابعة لدول أخرى.

ففي التحكيم المطلق يتحرر مبدئياً المحكم من تطبيق أصول المحاكمات المدنية وقواعد القانون، إلا أن عليه أن يدرك أن القرار التحكيمي يرمي إلى تحقيق غاية أساسية وهي أن يجري تنفيذه في بلد ما، مما يوجب عليه أن يكون ملماً بطريقة تنفيذه وما قد يواجهه من صعوبات في معرض طلب التنفيذ. فما قيمة قرار تحكيمي إذا بقي قراراً نظرياً أو غير قابل للتنفيذ عبر رفض إكسائه الصيغة التنفيذية من قبل رئيس محكمة الدرجة الأولى أو إبطاله من قبل محكمة الاستئناف؟

إن المحكم المطلق في النطاق الداخلي كما في الدولي، لا يكفي أن يكون راشداً أو غير محجور عليه أو غير محروم من حقوقه المدنية أو غير مفلس حتى تناط به مهام تحكيمية. فإذا كان القاضي الخاص يوازي

القاضي الرسمي وكان قرار المحكم المطلق يخضع لطرق الطعن بطريق الإبطال أمام محكمة الاستئناف، فإنه من الواجب على الأقل أن يكون بالمستوى الأكاديمي والخبرة التي يتصف بهما القاضي الرسمي إن لم نقل أكثر من ذلك. وإن إناطة التحكيم بأشخاص يجهلون القانون وما يسمو عليه من مبادئ كلية، هو أمر خطير ويرتد سلباً على مؤسسة التحكيم ككل. وعندما ينتقل قاض من القضاء الرسمي إلى المحاماة أو إلى التحكيم فإنه يطلع على صعوبات مهنة المحاماة التي يعانيتها المحامي كما على تلك التي يصادفها المحكم المطلق. ففي إطار عمل هذا الأخير، عليه أن يستوعب القانون كما أن يتجاوزه ويتسامى عليه، حتى لا يكون تحكيمه تحكيمياً عادياً أي مراعيّاً أحكام القانون وأصول المحاكمات العادية. ومن ثم فإنه في التحكيم المطلق علينا أن نقوم بنقلة نوعية أي أن يكون المحكم المطلق على اطلاع أكبر على أحكام القانون وأن يتحسس وجدانياً وضعيات الطرفين المتحاكمين أمامه. ففي نظرية الحوادث الطارئة التي لا تطبق وضعياً في لبنان يمكنه أن يأخذ بها، والقوة القاهرة يمكن أن لا تتوافر فيها الشروط كافة المفروضة قانوناً ومع ذلك يرى المحكم أن العدالة تقضي وفقاً لظروف القضية بإعفاء المدين من موجباته العقدية نتيجة لذلك. فالمحكم المطلق عليه أن يتعرف على ماهية أحكام القانون الإلزامية ومقتضيات النظام العام وكلها مفاهيم سامية تتطلب معلومات لا تتوافر في الشخص العادي عادة. فلا يجوز برأينا أن يناط التحكيم إلا بحقوقيين مارسوا مهاماً قانونية وحقوقية إن في القضاء أو في المحاماة أو التعليم الجامعي ما لا يقل عن عشرين سنة حتى يكون التحكيم قابلاً للصمود أمام أي طعن أو تشكيك به. فالتحكيم ليس حلاً عشوائياً، بل يتعين تسببه وبيان الناحية الحقوقية فيه، وذلك من خلال استعراضه للقواعد القانونية التي تنطبق على النزاع ومن ثم استبعادها لعدم ائتلافها مع التحكيم المطلق الذي يخضع لمبادئ العدالة والإنصاف، الأمر الذي من شأنه تأمين أطر ومفاهيم واضحة للتحكيم المطلق هذا، وهو ما اتجهت إليه إرادة الطرفين عند تسميتهما للمحكم المطلق. ففي نظرية

الحوادث الطارئة كما نوهنا يعفى المحكم من تطبيق أحكام القانون ويطبق هذه النظرية إعمالاً لقواعد الإنصاف التي تتصف بالمرونة على خلاف القواعد القانونية المقتنة والجامدة، التي إذا ما طبقت أعطت حلولاً تتصف بالظلم والإجحاف في هذا النوع من القضاء الخاص. فالمحكم المطلق يجب أن يكون أعلم من القاضي أو المحامي الممارس لمهنته. ومن هنا تنشأ الصعوبة في أن قلة ضيئلة من القانونيين تعتبر مؤهلة اليوم لتولي مهام التحكيم المطلق ولا تكفي الدراسة النظرية للتحكيم حتى يكون المرء ضليعاً به، لأن الحياة العملية أوسع مدى وشمولية من هذا العلم، وذلك * بالنظر لما يتعرض له المحكم المطلق من قضايا شائكة أو معقدة.

وإن المحكم المطلق لا يخضع فقط لمقتضيات النظام العام إنما يخضع أيضاً لإشراف ورقابة من محكمة الاستئناف عند الطعن في قراره بطريق الإبطال أو عند طلب إكساء قراره المذكور الصيغة التنفيذية من لدن رئيس محكمة الدرجة الأولى، لأنه قاض خاص يتمتع قراره بالحجية على غرار قرار القاضي الرسمي.

تنص المادة ٧٩٩ أصول مدنية على أن القرار الصادر عن محكم مطلق لا يقبل الاستئناف، ما لم يكن الخصوم قد احتفظوا صراحة بحق رفع هذا الطعن في اتفاقية التحكيم، وفي هذه الحال، تنظر محكمة الاستئناف في القضية كمحكم مطلق. في حين أن الاستئناف هو طريق عادي من طرق المراجعة. ويهدف إلى إبطال أو تعديل حكم صادر بداية. وعادة تقوم محكمة الاستئناف بمراقبة مدى مخالفة الحكم المستأنف لأحكام القانون. ونتساءل: ماذا يمكن أن تراقب محكمة الاستئناف إذا كان التحكيم مطلقاً أو كان القرار صادراً عن محكم مطلق معفى من تطبيق أحكام القانون؟ نعتقد أن هذا النص لم ير تطبيقاً له حتى اليوم لانتهاء موضوعه. أما ماذا يمكن أن يدلي به الراغب في الطعن بقرار تحكيمي مطلق صادر عن المحكم المعفى أصلاً من تطبيق أحكام القانون، فإننا نؤكد أنه لغاية اليوم لم يرد طعن بطريق الاستئناف بقرار

تحكيمى مطلق حتى وإن أورد الطاعن عنواناً مشتركاً أنه يطعن فيه بطريق الاستئناف أو بطريق الإبطال، إلا أنه من الملاحظ أن عناوين طعنه لا تتناول إلا أسباب البطلان. وهذا ما ينم عن ضعف طعن الطاعن عند إيراد أسباباً استئنافية مع أنه ليس باستئناف. أما الطعن بطريق الإبطال فهو من الأمور المتعلقة بالنظام العام بحد ذاته. فلا يجوز أن يعتبر التنازل عن هذه الطريق من طرق الطعن أمراً مقبولاً إعمالاً لنص المادة ٨٠٠ أصول مدنية الذي يسري على التحكيم العادي كما يسري على التحكيم المطلق مما يعني أن الطعن يبقى ممكناً بالرغم من أي اتفاق مخالف. وما يهمنا هو القيد الوارد للحالة السادسة من هذه المادة. فالرقابة القضائية تتناول مخالفة القرار التحكيمى لإحدى مقتضيات النظام العام. ويعود لمحكمة الاستئناف الناظرة بالطعن بطريق الإبطال أن تتحرى عن إحدى أوجه المخالفة لقواعدها. وإن قرار المحكم المطلق، سواء في التحكيم الداخلي أو الخارجي، إذا ما تضمن أية مخالفة للنظام العام الداخلي أو الخارجي فإنه يتعرض للإبطال من قبل المحكمة الناظرة في دعوى البطلان بطريق الإبطال. وعندها تملك هذه المحكمة صلاحية النظر في الموضوع في حدود المهمة المعينة للمحكم. أما في النطاق الدولي، فإنه يمتنع على محكمة الاستئناف أن تنظر في أساس النزاع لأنها لا تعتبر في هذا المجال مرجعاً للمحكم كمحكمة الدرجة الثانية، إذ أن المحكم الدولي ليس بمثابة قاض وطني تحل محله محكمة الاستئناف.

ومن الملاحظ أنه إذا قبلت محكمة الاستئناف الطعن بطريق الإبطال بقرار تحكيمى دولي صادر عن محكم مطلق فإن حجيته تزول، فلا يعود للمحكمة أن تنظر في أساس النزاع للفصل به من جديد لأن نص المادة ٨٠١ أصول مدنية الذي يرى وجهاً للتطبيق في التحكيم الداخلي فحسب، لا يطبق في التحكيم الدولي. ويعود بالتالي لأصحاب العلاقة أن يقوموا مجدداً بإجراءات التحكيم على أن يراعي المحكم المطلق مقتضيات النظام العام التي أحل بها وذلك انطلاقاً من اتفاقية التحكيم.

في الختام، نرى أن يصار إلى تأهيل من يقوم بأعمال التحكيم تأهيلاً صحيحاً من خلال ترمس أكيد على أصول التحكيم المطلق والنظام العام مع التمني على الفقه أن يساهم في وضع جداول مرنة ومتحركة ضمن مفاهيم النظام العام الداخلي لكل بلد بالإضافة إلى النظام العام الدولي حتى يكون قرار المحكم في التحكيم الداخلي أو الدولي بمنأى من احتمال إبطاله لأن ذلك يترد سلباً على مؤسسة التحكيم ككل وهي لا تزال في بدء انطلاقها في لبنان.

وإننا نرى أن حسن اختيار المحكم هو الضمان الوحيد لتجاوز العقبات العادية والاستثنائية التي يواجهها التحكيم المطلق. وإن الدراسات التي تناولت هذا الموضوع لا زالت قاصرة عن الإحاطة بمعظم قواعد ومقتضيات النظام العام الداخلي والدولي.

وائل طبارة

ملحق رقم ١:

قرار صادر عن محكمة التمييز اللبنانية، غرفتها الثانية، تاريخ ٢٦/٥/١٩٨٦، تحت رقم (١).

«بما أنه من الضروري، بادية ذي بدء وبنوع خاص لدى السبب الذي أثاره المميزان الرامي إلى وجوب التوقف عن متابعة التحكيم ريثما يبت بالدعوى الجزائية المقامة من المميز عليهم، المتعلقة ببطلان عقد ١٩٨٣/١٢/٢٤، عملاً بالقاعدة القائلة ان الجزاء يعقل الحقوق، لأن هذا السبب يتعلق بالانتظام العام ومن المفروض بحثه حسب الأصول قبل التطرق إلى الأسباب الرئيسية الأخرى.....»

«وبما أن المميز هو من جهة أخرى موضوع ملاحقة جزائية مقدمة بحقه من قبل المميز عليهم إلى قاضي التحقيق في بيروت بتاريخ ١٧/٤/١٩٨٤، ترمي إلى توقيفه وإعلان بطلان عقد ١٩٨٣/١٢/٢٤ بداعي أنه انتزعه بالإكراه والاحتيال.»

«وبما أنه بمقتضى المادة ٧٨٤ أصول مدنية جديد يتوجب على المحكم التوقف عن متابعة التحكيم كلما أدلي أمامه، بحادث جزائي يتصل بالنزاع العالق لديه، أي كلما كان هنالك صلة فعلية أو علاقة لأحدهما بالآخر قد تؤدي عملياً إلى نتائج متضاربة، وليس من الضروري، كما يدلي المميز عليهم أن تكون الدعوى الجزائية مطابقة في موضوعها وسببها للنزاع القائم أمام المحكمة...»

«وبما أنه لم يكن إذاً للمحكم أن يأمر بتنفيذ عقد ١٢/٢٤/١٩٨٣، أو أن يأمر بإلغائه تبعاً لمخالفته الأمر بالتنفيذ، بل كان عليه أن يترث عن متابعة التحكيم إلى حين معرفة مصير الدعوى الجزائية الرامية إلى إبطال العقد نفسه المختلف على تنفيذه تطبيقاً لأحكام المادة ٧٨٤ أصول مدنية جديد.

«وبما أن محكمة الاستئناف التي لم تبطل القرارين التحكيمين المشوبين بهذه المخالفة لقاعدة متعلقة بالنظام العام (المادة ٨٠٠، فقرة ٦) معطوفة على المادة ٧٨٤ أصول مدنية جديدة) تكون قد خالفت القانون وعرضت قرارها للنقض.»

ملحق رقم ٢:

قرار محكمة استئناف بيروت، غرفتها التاسعة، رقم ٩٥/٢٦٧ تاريخ ١٦/٣/١٩٩٥.

فقد جاء فيه:

«حيث أنه لا خلاف بين الطرفين على أن القرار صدر في إطار تحكيم مطلق وأن مثل هذا القرار لا يقبل الاستئناف (المادة ٧٩٩ أصول مدنية) وإنما الطعن بطريق الإبطال ولأسباب محددة حصراً في المادة ٨٠٠ من هذا القانون.

«وحيث أن الاستئناف يهدف إلى إبطال أو تعديل الحكم المطعون

فيه لمخالفته إما الواقع أو القانون (المادة ٦٣٨ أصول مدنية) أي إنه يرمي إلى حسن تطبيق قواعد القانون على النزاع بصورة إجمالية مراعيًا واقع الحال.

«وحيث ان دور المحكمة في الطعن بطريق الإبطال يختلف عن دورها في الطعن بطريق الاستئناف إذ إن المخالفات القانونية أو تشويه الوقائع أو سوى ذلك لا تشكل أسباباً مؤدية إلى إبطال القرار التحكيمي ما لم تندرج في إحدى الحالات الملحوظة قانوناً. وتبرير ذلك أن المحكم في التحكيم المطلق يحكم بمقتضى الإنصاف (المادة ٧٧٧ أصول مدنية) أي أن المشرع أجاز له كقاض خاص أن يقضي بما يراه متفقاً وقناعته المستمدة من بعض المفاهيم العامة كالعدالة والضمير والوجدان شرط أن يتقيد ببعض الحدود الدنيا عند إصدار قراره، وهي عدم ارتكابه لأية مخالفة من تلك الواردة في المادة ٨٠٠ أ.م.م. المنوّه بها. فإذا خالفها استحق القرار الجزاء المقدر له. فلا أهمية لذهول المحكم عن تطبيق أحكام القانون العادية إذا كان محكماً مطلقاً.

«وحيث أنه في هدي ما تقدم يتعين الفصل في النزاع لمعرفة ما إذا كان المحكم قد خالف في قراره المطعون فيه قاعدة من قواعد النظام العام. وترى المحكمة أن التحكيم المطلق يقرب من مفهوم «القرار الحر» شرط مراعاة مقتضيات النظام العام.

«وحيث إن القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي تلك التي يقصد بها المشرع تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى ومقومات وجوده. وهي تعلق على مصلحة الأفراد الذين يجب عليهم جميعاً مراعاتها وعلى المحكم المطلق أن يراعيها مثله مثل مراعاة الأفراد لها باعتبار أن المصالح الفردية لا يجوز أن تتقدم أمام المصلحة العامة (المادة ١٦٦ موجبات وعقود).

فمن ناحية أولى،

«وحيث أن الجهة الطاعنة تدلي بأن القرار التحكيمي خالف الانتظام العام عندما حدّد مهلة الوعد بالبيع بخمس سنوات جديدة في حين أن الوعد بالبيع الصالح المطعون ضدها، وهي من التابعة الأجنبية، لا يصلح إلا لمدة سنة تحت طائلة البطلان إذا لم يتم الاستحصال على ترخيص به كشرط لاكتساب الملكية العقارية في لبنان. وإن هذه المهلة قد انقضت وإن ادعاءها هذا قد تأيّد بما هو وارد في قانون تعليق المهل رقم ٩١/٥٠ التي استتنت المادة ٣ بند عشرة منه من التمديد لرخص التملك المعطاة للأجانب وبالتالي ومن باب أولى المهل المحددة للاستحصال على هذه الرخص.

«وحيث إن المادة ٢٠ من قانون تملك غير اللبنانيين الحقوق العينية العقارية أجازت للأشخاص المعنويين غير اللبنانيين أن يعقدوا اتفاقات خاصة يكون موضوعها إنشاء حق عيني مشروط نفاذها على الحصول على الترخيص الواجب تحت طائلة البطلان ودون لزوم لأية معاملة إذا انقضت المهلة المعينة فيها للحصول على الترخيص شرط أن لا تزيد هذه المهلة على سنة واحدة.

«وحيث أنه لفهم أبعاد هذا النص وسواه فإن المحكمة ترى أن التشديد يرمي إلى تقييد حرية تملك الأجنبي للأموال غير المنقولة بهدف حماية أرض الوطن، التي تقوم عليها سيادة الدولة، من أن تتسرب لغير أبنائه. فالأرض اللبنانية يجب أن تبقى في يد أشخاص لبنانيين لأن لهم وحدهم حق استثمارها والاستفادة من خيراتها (يراجع بالنسبة لأغراض هذا التشريع لموازاة حق الإيجار من أجنبي لمدة عشر سنوات بالحق العيني، استئناف بيروت رقم ٩٣/٢٠٠ تاريخ ٩٣/٤/٥ - العدل ١٩٩٣ - عدد / ١ / الاجتهاد - صفحة ١٨٧).

«وحيث طالما أن الخيار الناتج عن وعد بالبيع هو حق عيني، صريح النص، فإنه يأخذ منزلة سائر الاتفاقات الجارية على أية حقوق عينية أخرى والتي تؤدي إلى اكتساب حق عيني عقاري. وقد قضت المادة

الأولى من القانون المنفذ بالمرسوم رقم ١١٦١٤ تاريخ ١٩٦٩/١/٤ بعدم جواز اكتساب الشخص المعنوي غير اللبناني أي حق عيني عقاري في الأراضي اللبنانية إلى ما بعد الحصول على ترخيص...

«وحيث إن المشرع باعتباره الاتفاقات الخاصة هذه باطلة بعد انقضاء مهلة السنة بصورة حكومية لم يشأ ترك الأمر الماس بسيادة الدولة على أراضيها، رهناً بإرادة طرفيها من لبنانيين وأجانب. فالمادة ١٦٦ من قانون الموجبات والعقود أخضعت العقود لمبدأ حرية التعاقد ونصت على أن للأفراد، من لبنانيين وغير لبنانيين، أن يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاءون بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والأحكام القانونية التي لها صفة إلزامية. فحرية أطراف العقد تبقى مقيدة بالقاعدة المذكورة. فإذا حادوا عنها أبطلت اتفاقيتهم هذه حكماً أي بقوة القانون أو بحكم يعلنه القضاء المختص.

«وحيث إنه يتحصل مما تقدم، أن مهلة الخيار المحددة بخمس سنوات تخفض تبعاً للنص إلى سنة واحدة بمعزل عن الظروف التي ألمحت إليها المطعون ضدها في الأوراق. مع الإشارة إلى أن الاتفاق قد يكون ملزماً لجانب واحد أو لطرفيه دون تمييز بينهما. فالوعد بالبيع ينشأ صحيحاً ولكن ممارسة حق الخيار لا يمكن أن تتم خارج مهلة السنة وهي المهلة عينها المحددة للاستحصال على المرسوم القاضي بالترخيص. فالمشرع بموازاته الوعد بالبيع بالعقد نفسه الهادف إلى إنشاء حق عيني لا يجوز أن ينسب إليه أنه أعطى بيد ما أخذه باليد الأخرى. فهو المؤمن على مصالح الوطن العليا. وله أن يعطل إرادة الأفراد ودون معقب عليه من القضاء لهذه الناحية الذي عليه أن يبطل اتفاقاتهم ويعتبرها غير موجودة (المادة ١٦ من قانون تملك الأجانب).

«وحيث إن القرار التحكيمي الذي ذهب في الصفحة ٥٩ منه، إلى القول بأن إدلاء الجهة الطاعنة بأسباب مسندة إلى القانون الموضوع موضع التنفيذ بالمرسوم رقم ٦٩/١١٦١٤ هو غريب عن النزاع المعروض على

المحكم، وبأن قواعد التحكيم المطلق تطبق على التحكيم الحاضر مجردة من أي قيد ناجم عن اعتبارات الانتظام العام المستمدة من هذا القانون يكون قد خالف الأحكام المنوه بها واستحق الإبطال تبعاً لذلك سنداً للمادة ٨٠٠ فقرة ٦ أصول مدنية.

«وحيث إنه يقتضي بالتالي إبطال الفقرتين الأولى والثانية من هذا القرار.

«وحيث إن المحكمة تلاحظ أيضاً أن المشرع علق حكماً بقانون تعليق المهل رقم ٩١/٥٠ تاريخ ١٩٩١/٥/٢٣ جميع المهل القانونية إلا ما استثناءها بشكل خاص.

«وحيث أن رخص التملك المعطاة للأجانب هي ضمن الاستثناءات.

«وحيث إنه على افتراض أن المطعون ضدها قد استحصلت فعلاً على الترخيص خلال مهلة السنة من تاريخ الوعد بالبيع، فإن الترخيص يعتبر ساقطاً بعدم العمل به خلال سنة من تاريخ النشر في الجريدة الرسمية (المادة ١٠ من قانون ١٩٦٩/١/٤). علماً بأنها، في مطلق الأحوال، لم تباشر طلب الاستحصال على الترخيص المنوه عنه إلا بعد انقضاء مهلة السنة على توقيع العقد متجاوزة المهلة المنصوص عليها في المادة ١٠ منه ودون أن تنجز معاملته كافة.

«وحيث إنه ومن باب القياس فإنه لا يجوز تمديد المهل القانونية التي شاء المشرع استثناءها من التمديد أو التعليق.

«وحيث إنه كما لا يجوز للقضاء الرسمي التابع للدولة تمديد مهلة الخيار لمخالفة ذلك أحكام القانون الماس بسيادة الدولة، فإنه لا يجوز للقضاء الخاص أي للمحكم مخالفة هذه الأحكام أيضاً.

«وحيث إنه بعد الوجهة التي انتهت إليها المحكمة لهذه الناحية فإنه لا يعود من فائدة لأية استفاضة في بحث سائر أقوال الطرفين بالخصوص المذكور ويتعين ردها.

«وحيث إن الجهة الطاعنة تبدي أن المطعون ضدها أساءت استعمال المأجور لأنها قامت بتخريبات وتعدييات وإضافات رئيسية أرهقت كاهلها بمخالفات كانت السبب في عدم إمكانية إعمال تسجيل الإنشاءات. وأن المخالفات تعدت حدود العقارين، موضوع النزاع، إلى الأملاك العامة، وأن قسماً من هذه المخالفات يجوز تسويته عملاً بقانون تسوية مخالفات البناء والقسم الآخر يستلزم هدمه على نفقة المالك مع تحميله الغرامة. وأنه لا يجوز وصف الأعمال المتعدية والمخالفات بالتحسين.

«وحيث إن القرار التحكيمي اعتبر أن الأعمال التي نفذتها المطعون ضدها لم تمس هيكل البناء ولم تشوّهه بل أدت إلى تحسين وضعه بعد إعادة أعمال التوريق والطرش والدهان. وأنه في مطلق الأحوال فإن التحسينات جميعاً يمكن إزالتها وإعادة حال العقارين إلى ما كانت عليه دون المساس بهيكل البناء، وأنها قابلة للتسوية باستثناء الأعمال التي تشكل تعدياً على الملك العام والتي تمت بتاريخ سابق. وأن المطعون ضدها لا تعتبر مسؤولة عنها.

«وحيث إنه يتضح من القرار أنه أكد أن التعدي على الملك العام لا تعود مسؤوليته إلى المطعون ضدها بمعنى أنه اعتبر ضمناً أن المسؤولية تقع على عاتق الجهة الطاعنة.

«وحيث إنه ليس في هذا القرار ما يخالف الانتظام العام طالما أنه يمكن إزالة التعدييات عن طريق الهدم دون المساس بمتانة البناء خاصة وأن التعدييات ارتكبتها الطاعنان لا المطعون ضدها. وقد مارس المحكم سلطان تقديره في هذا الجانب من النزاع فلا مجال للتعقيب عليه في ضوء أن التحكيم المنوط به هو تحكيم مطلق.

«وحيث أنه فيما يتعلق بالتعدييات والمخالفات، وهل هي من قبيل التحسين؟ فهي من الأمور التي لا تمس بدورها الانتظام العام.

«وحيث أنه لا يجوز للمحكمة الناظرة في الطعن بطريق الإبطال أن

تراقب مدى انطباق القرار على أحكام القانون «الإلزامية» القابلة للتسوية طالما أن هذه الأحكام لا تتعلق بالانتظام العام. ويقتضي أعمال التفريق بين هذين النوعين من أحكام القوانين واعتبار أن الأحكام المتعلقة بالانتظام العام التي يخالفها المحكم هي وحدها التي تجيز لهذه المحكمة مباشرة الرقابة على قراره. فضلاً عن أن الجهة الطاعنة فيما أدلت به بقي في إطار العموميات في إشارتها لعدد من القوانين. فيهمل الرد عليه للجهاالة.

«وحيث إنه يقتضي بالتالي رد الطعن الموجه ضد قرار المحكم المتعلق بإساءة استعمال المأجور ويقتضي تصديق الفقرات الثالثة والرابعة والخامسة لعدم مخالفتها أية قاعدة من قواعد النظام العام. علماً بأنها أعطيت الصيغة التنفيذية سابقاً بحيث إنه لا يعود من حاجة لمنحها مجدداً (المادة ٨٠٧/أ.م.م.).»

«وحيث إنه بموجب المادة ٨٠١ أصول مدنية إذا أبطلت المحكمة القرار التحكيمي فإنها تنظر في الموضوع في حدود المهمة المعينة للمحكم.»

«وحيث طالما أن القرار وجد مخالفاً للانتظام العام في الشق المتعلق بمدة الوعد بالبيع فإنه لا يسع هذه المحكمة لليلة ذاتها إعطاء هذا الوعد بالبيع مدة إضافية من أجل أن تمارس المطعون ضدها حقوقها. فالمدة غير قابلة للتمديد أو للتطوير طالما أن هذه الأخيرة غير لبنانية، والأمر يتعلق بحق عيني عقاري، وأن قانون ١٩٦٩/١/٤ بما يتضمنه من أحكام واجبة التطبيق هي من النظام العام مما يمنع مساواتها باللبنانيين الذين يكتسبون حقوقاً عينية عقارية على الأرض اللبنانية.»

«وحيث إن المهلة تكون، تأسيساً على ما تقدم، مخفضة إلى سنة واحدة وغير قابلة للتمديد.»

«وحيث إن المطعون ضدها تكون قد فقدت حق ممارسة الخيار الناتج عن الوعد بالبيع تبعاً لانقضائه، وبكل حال لعدم استحصالها على

الترخيص القانوني خلال فترة السنة من تاريخ إبرام عقد الوعد بالبيع والاستفادة منه عبر العمل به في هذه الفترة.

وحيث إنه يتوجب تصديق القرار لجهة بقاء الإجارة مستمرة وبالتالي عدم سقوط المطعون ضدها من حقها بالتمديد لأن أحكام القانون المتعلقة بمخالفة وجهة استعمال المأجور ليست من النظام العام.

لهذه الأسباب

تقرر بالإجماع:

أولاً: قبول طلب الإبطال شكلاً.

ثانياً: في الأساس.

١ - تصديق الفقرات: ثالثاً ورابعاً وخامساً من القرار الصادر عن المحكم بتاريخ ١٧/١/١٩٩٤..

٢ - إبطال القرار التحكيمي المذكور في فقراته: أولاً وثانياً وسادساً وسابعاً والحكم مجدداً باعتبار أن مهلة الخمسة أعوام المنصوص عليها في عقد ٢٤/٨/١٩٨٨ مخفضة إلى سنة واحدة وأن هذه المهلة قد انقضت وأنها غير قابلة للتمديد وأن المطعون ضدها فقدت حقها في خيار الوعد لعدم استعمال حقها ضمن مهلة السنة المذكورة وعدم استحصالها على الإذن اللازم لاكتساب حق عيني في الأراضي اللبنانية.

ثالثاً: رد سائر الأسباب والمطالب المدلى بها من الطرفين الزائدة أو المخالفة.

رابعاً: تضمين الطرفين الرسوم والمصاريف القانونية مناصفة بما في ذلك رسماً المحاماة وتعاضد القضاة.

قراراً أعطي في بيروت وأفهم علناً بتاريخ صدوره الواقع في ١٦/٣/

١٩٩٥.

الدكتور وائل طيارة

الجلسة الأولى:

الموضوع: النظام العام والتحكيم المطلق.

الباحث الثاني: المحامي الدكتور غالب صبحي محمصاني.

مميزات التحكيم المطلق

الدكتور غالب صبحي المحمصاني^(١)

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته وبعد،

يسعدني أن نلتقي معاً في رحاب هذا الصرح التعليمي المبارك في عاصمة لبنان الثانية طرابلس لنبحث موضوعاً جوهرياً من مواضيع التحكيم وهو «التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون» وضمن هذا الإطار لتبيين ميزات وخصائص هذا التحكيم.

لن نستفيض نظراً لعنصر الوقت في البحث حول أهمية التحكيم وتاريخ نشأته والتطور الهائل الذي يشهده في الأيام الحاضرة محلياً وإقليمياً ودولياً وأسباب هذا التطور. حسبنا أن نشير في هذه المداخلة، أن الإسلام قد اعترف بشرعية التحكيم الذي ورد ذكره في القرآن الكريم كما هو مبين في بعض آياته البينات التي كرست مبدأ التحكيم ومنها:

﴿وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدان إصلاحاً يوفق الله بينهما﴾^(٢).

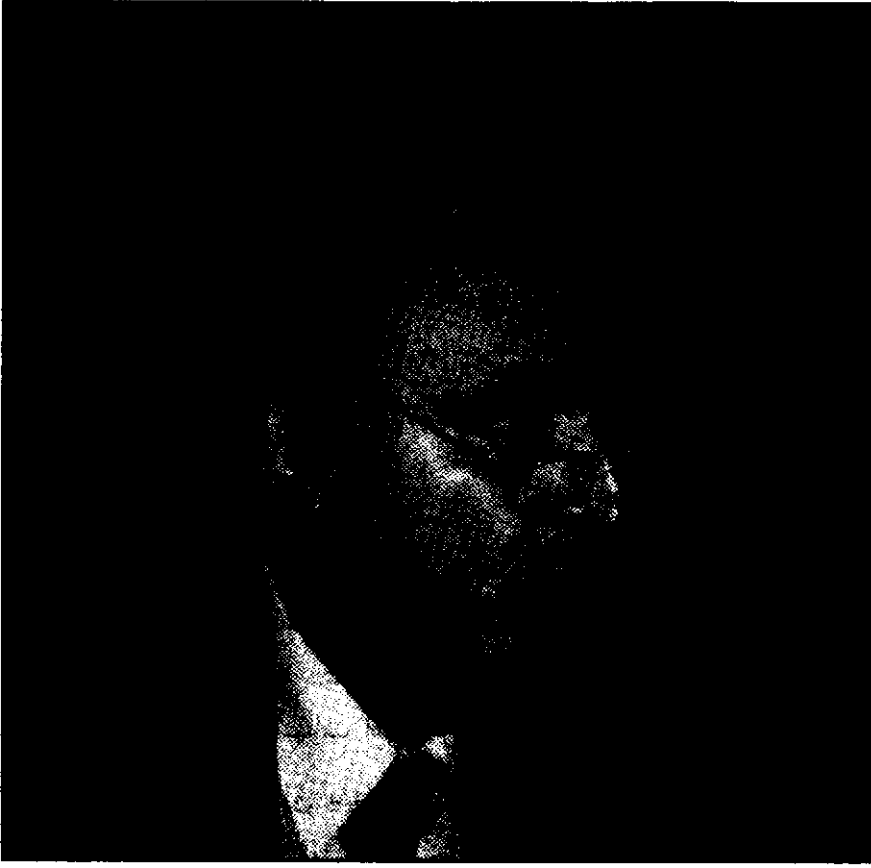
﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعمًا يعظكم به إن الله كان سميعاً بصيراً﴾^(٣).

ولم تكن مشروعية التحكيم مشار جدل بين فقهاء الإسلام الذين جعلوا للتحكيم موقعا متميزا في الشريعة الإسلامية إنما حصل تباين بينهم حول خصائص التحكيم ولا سيما مدى إلزامية الاتفاق التحكيمي من جهة والقرار التحكيمي من جهة أخرى.

(١) محام بالاستئناف عضو محكمة التحكيم الدولية في باريس.

(٢) الآية ٣٥ من سورة النساء.

(٣) الآية ٥٨ من سورة النساء.



المحامي الدكتور غالب صبيحي المحمصاني في الجلسة الأولى

وقد تقاسم هذا الموضوع نظريتان:

- نظرية أولى تعتبر أن التحكيم هو تحكيم بالصلح غير إجباري بين الأطراف وغير ملزم لهما، بحيث لا يكون هناك قرار تحكيمي إلزامي ونافذ إلا برضى المتنازعين وباعتماد القاضي له.
 - ونظرية ثانية ترى أن القرار التحكيمي يجب أن يكون عادلاً وملزماً للفرقاء بحيث لا يختلف دور المحكم عن دور القاضي.
- غير أنه لا بد من الإشارة هنا إلى أن مفهوم التحكيم في الشريعة الإسلامية. سواء اعتبرناه توفيقياً أو إلزامياً، يختلف عن مفهوم التحكيم

المعروف في التشريعات الوضعية الحديثة لأن لكل منهما خصائص لا تتطابق بالضرورة مع خصائص الآخر، وذلك بفعل اختلاف الأساس والتراث الذي ينبع منه كل منهما.

ولقد تناولت المذاهب الفقهية الإسلامية الأربع المشهورة موضوع التحكيم انطلاقاً من النظريتين المذكورتين، فاعتبرت جميعها أن التحكيم عمل مشروع وأنه ليس مقيداً في تطور مفاهيمه وقواعده القانونية إلا بما نصت على حظره مصادر التشريع الإسلامي وذلك مثل حظر التحكيم في حقوق الله وحدوده كالحد والقصاص وغيرها، وأن الإباحة في اللجوء إلى التحكيم في المعاملات هي الأصل، والاستثناء هو ما حرّمته الشريعة الإسلامية من الأمور غير القابلة للصلح.

ويمكن القول أن الاتجاه الغالب في الفقه كان يعتبر التحكيم ذا طبيعة توافق ومصالحة أكثر من كونه اختصاصاً قضائياً تحكيمياً ذا صفة إلزامية.

فالاتفاق التحكيمي وشرط التحكيم كلاهما عقد صحيح لا يخالف روح الشريعة ولا ينافي مفهوم العقد وفيه منفعة للطرفين، إلا أنه يفتقر إلى الصفة الإلزامية تجاه أطرافه وبإمكان أي من الأطراف أن يرجع عنه طالما أن المحكم لم يباشر بعد النظر في النزاع، وذلك باعتبار أن هذا التحكيم يركز على نوع من أنواع التفويض الاختياري الحاصل لمحكم من قبل الفرقاء ويجوز بالتالي الرجوع عنه في أية لحظة قبل بداية التحكيم ولا يسلب اختصاص القاضي إلا إذا شرع المحكم في مهمته.

ولقد تطور مفهوم التحكيم في الإسلام تبعاً لتطور الفقه الإسلامي تمشياً مع التغييرات الزمنية وما رافقها من تغييرات في الظروف والحاجات الاجتماعية وذلك عملاً بالقاعدة الكلية «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان»، بحيث كانت أجوبة الفقه على المسائل المتعلقة بالتحكيم تتطور باستمرار لتلائم تلك الحاجات المتغيرة ضمن إطار ما أباحت الشريعة

الإسلامية وما حرّمته من أمور.

وفي الفترة الأخيرة من العهد العثماني، تم وضع أول تقنين للشريعة الإسلامية تحت اسم «مجلة الأحكام العدلية» الصادرة عام ١٨٧٦ التي استقت موادها من فقه المذهب الحنفي والتي جرى تطبيقها واستمر في كافة أنحاء الامبراطورية العثمانية ومنها البلاد العربية لغاية إصدار كل بلد قانونه الوضعي الخاص به، ولقد خصصت المجلة فصلاً كاملاً للتحكيم واعتمدت مفهوماً له يقارب الصلح والتوافق أكثر من مقارنته للحكيم القضائي عملاً بالطبيعة التعاقدية للتحكيم والمفهوم الراجح في الفقه الإسلامي، كما ذكرنا.

وبموجب هذه الأحكام، يعود لكل من الطرفين عزل المحكم طالما لم يصدر قراره، وذلك بالرغم من كل اتفاق مخالف، إلا إذا كان تعيين المحكم قد جرى تثبيته من قبل القاضي، فيعتبر عندئذ بمثابة ممثل للقاضي ولا يجوز عزله.

أما بعد صدور القرار التحكيمي، فإن هذا الأخير يعتبر بمثابة عقد مصالحة ملزماً للأطراف ويقتضي عليهم تنفيذه وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية باعتبار أن له قوة تنفيذية مماثلة لقوة العقد، غير أن قوة القرار التحكيمي تبقى أدنى من قوة القرار القضائي إذ يجوز للقاضي أن يلغي هذا القرار إذا كان مخالفاً لقناعاته.

واليوم، فإننا نرى معظم البلاد العربية قد وضعت لنفسها تشريعات مدنية خاصة بها وقد خصصت للتحكيم إما فصلاً خاصاً في قوانين مرافعاتها وإما قوانين خاصة بالتحكيم وإجراءاته. ولكن جاءت معظم هذه التشريعات مستقاة بالدرجة الأولى من القواعد المدنية الحديثة الواردة في التشريعات الغربية ولا سيما القانون الفرنسي، إلا أن معظم هذه التشريعات قد حرصت على مراعاة أحكامها للشريعة الإسلامية وعدم تعارضها معها كما حرصت على تطويرها بما يتفق مع روح العصر، فضلاً عن أن معظم

الدساتير العربية قد جعلت من الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع لديها.

وفي هذا المجال، تقتضي الإشارة إلى أن لبنان، نظراً لتكوينه ولتعدد الطوائف فيه ولما تتمتع به هذه الطوائف من حقوق سياسية ودينية واجتماعية وثقافية وغيرها، لم يكن بإمكانه أن يدرج الشريعة الإسلامية في دستوره كمصدر من مصادر تشريعات الدولة المطبقة على كافة اللبنانيين من مختلف الطوائف، كما أن استيحاء المشرع اللبناني لأحكام الشريعة الإسلامية لدى وضع القوانين الحديثة قد تضاءل مع الوقت، إذ في حين أن القوانين الصادرة في العشرينات والثلاثينات كانت في بعض جوانبها لا تزال متأثرة ببعض أحكام الشريعة الإسلامية كما هي مدونة في المجلة، فإننا نرى هذا التأثير قد اضمحل حالياً بحيث أن كافة التشريعات الجديدة تستوحي - وتستوحي فقط - القوانين الغربية الحديثة المنظمة للنشاطات الاقتصادية والتقنية المستجدة.

وضمن هذا الإطار، فإن الأحكام المنظمة للتحكيم، في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية قد جاءت خالية من أي تأثير للشريعة الإسلامية ومستوحاة كلياً من قواعد التحكيم المنصوص عليها في القانون الفرنسي أو في الاتفاقيات الدولية المرعية الإجراء.

غير أن ذلك لا يعني أن هذه الأحكام مخالفة أو متعارضة مع الشريعة الإسلامية. لا بل يمكن دون تردد القول أن الأحكام الواردة في القانون اللبناني (والمماثل معظمها لما هو وارد في سائر التشريعات العربية) أكان لجهة شرط التحكيم وصحته أم لجهة إجراءات التحكيم ونفاذ القرار التحكيمي تتوافق كلياً مع قواعد الشريعة الإسلامية باعتبار أنه بموجب هذه القواعد، لا قيد على تطور أحكام التحكيم القانونية إلا بما نصت على حظره مصادر التشريع الإسلامي الأربعة دون غيرها، وليس في أحكام قانون التحكيم ما يقع تحت مثل هذا الحظر.

ولهذه الجهة، لقد لحظ القانون اللبناني صراحة في المادة ٧٧٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية نوعين رئيسيين من أنواع التحكيم:

- التحكيم العادي الذي يتوجب فيه على المحكمين تطبيق قواعد القانون وأصول المحاكمات العادية باستثناء ما لا يتفق منها مع أصول التحكيم، مع حق الفرقاء بإعفاء المحكمين من تطبيق أصول المحاكمة العادية أو بعضها فيما خلا تلك التي تتعلق بالنظام العام (المادة ٧٧٦ من القانون).

- والتحكيم المطلق الذي بموجبه يعني المحكمون من تطبيق قواعد القانون وأصول المحاكمات العادية فيما خلا قواعد القانون المتعلقة بالنظام العام والمبادئ الأساسية لأصول المحاكمة ويحكمون بمقتضى الإنصاف (المادة ٧٧٧ من القانون)، وهو ما يعرف أيضاً بالتحكيم بالصلح في قوانين بعض البلاد العربية وبالفرنسية Amiable composition.

ومن هذا المنطلق، نلج موضوع بحثنا حول ميزات التحكيم المطلق وخصائصه، متسائلين في قسم أول حول مفهوم التحكيم المطلق أو التحكيم بالصلح في ظل الشريعة الإسلامية، لنستعرض في قسم ثان، خصائص التحكيم المطلق في القانون اللبناني ومدى إمكانية تطبيق الشريعة الإسلامية من خلاله.

القسم الأول - مفهوم التحكيم المطلق أو التحكيم بالصلح في الشريعة الإسلامية

لم يعرف الفقه الإسلامي التمييز الواضح والقاطع بين التحكيم العادي (والتحكيم بالقانون) والتحكيم المطلق (أو التحكيم بالصلح) طالما أن مفهوم التحكيم نفسه، كما سبق وبيننا، كان يقارب مفهوم المصالحة والتوفيق أكثر من مقارنته مفهوم الحكم القضائي الملزم.

فالصلح كان في صلب طبيعة التحكيم ومهمة المحكم بما تفترضه من رغبة متبادلة في التوافق وفي التنازل المتبادل حبياً عن بعض الحقوق، وهذا المفهوم كان يأبى أن يعطي للمحكم سلطة الحكم لفريق على الآخر بكامل مطالبه وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف كما في التحكيم المطلق الحديث، إذ أن مفهوم الصلح ومفهوم الإنصاف يرتكزان ويرتبطان بالطبيعة التعاقدية للصلح وبما تفترضه من ضرورة التنازلات المتبادلة، ولذا، كان الإلتباس شائعاً وواسعاً بين مهمة المحكم بالصلح ومهمة الشخص المولج بالتوفيق ليس إلا.

وتجدر الإشارة إلى أن المبدأ الأساسي في التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية، هو خضوع هذا التحكيم إلزامياً لأحكام الشريعة، إن لجهة الأحكام المطبقة على أساس النزاع أو لجهة أحكام الإثبات وسائر القواعد الاجرائية.

وهذا، المبدأ اعتمده صراحة المذهب الحنفي وقد جرى تكريسه في مجلة الأحكام العدلية، غير أن هذا المذهب، ومن بعده المجلة، قد لحظ إمكانية استعمال نوع من التحكيم بالصلح الذي يشبه، على الأقل في نتائجه إن لم يكن في عناصره، مفهوم التحكيم المطلق كما هو معروف في التشريعات الوضعية الحديثة، وذلك باستبعاد قواعد الإثبات والاجراءات من جهة وتطبيق أحكام الشريعة المتعلقة بالصلح والمصالحة على أساس النزاع بدلاً من الأحكام التي ترعى أساساً موضوع النزاع من جهة أخرى.

وقد كرست المادة ١٨٥٠ من المجلة هذا النوع من التحكيم بالصلح وحددت آليته فنصت على أنه:

«إذا أذن الخصمان بالصلح الحكيم اللذين أذناهما بالحكم توفيقاً لأصوله المشروعة فعلاً صح صلحهما. بينما إذا وكل أحد الخصمين هذا الحكم ووكل الخصم الآخر الحكم الآخر بالصلح في الأمر الذي تنازعا

فيه فصالحهما الحكمان توفيقاً للمسائل المندرجة في كتاب الصلح فليس لأحد الخصمين أن يتمنع عن قبول الصلح».

فيموجب هذا النص، يمكن لكل من الفريقين المتنازعين أن يعين محكماً عنه وأن يفوضه ويجيز له الصلح وتسوية النزاع صلحاً، فإذا توصل المحكمان إلى مصالحة وتسوية للنزاع، اعتبرت التسوية صلحاً صحيحاً ونافاذاً ولا يجوز لأحد الطرفين أن يتمنع عن قبول هذا الصلح والتسوية. وتتميز هذه الآلية بأنها تؤدي إلى تبسيط الاجراءات عن طريق استبعاد تطبيق أحكام الشريعة المتعلقة بالبينات والأحكام المطبقة على الموضوع أساس النزاع، غير أنها تبقى خاضعة للأحكام والقيود التي ترعى عقد الصلح المنصوص عليها في المواد ١٥٣٩ إلى ١٥٦٠ من المجلة، وذلك خلافاً لما هو معمول به في التحكيم المطلق الحديث الذي يتحلل المحكمون بموجبه من تطبيق كافة أحكام القانون، باستثناء ما يتعلق منها بالنظام العام، ويحكمون بموجب الانصاف Equité.

كذلك فإن لقرار المحكمين بالصلح لا يخضع لطرق الطعن القضائية التي قد يخضع لها القرار التحكيمي العادي إذ أن عقد المصالحة والتوفيق الموقع أصولاً هو غير قابل للرجوع وذو صفة تنفيذية إلزامية سناً للمادة ١٥٥٦ من المجلة.

يتبين مما تقدم أن التفويض بالصلح الحاصل للمحكمين في ظل الشريعة الإسلامية لا يجعل من هذا التحكيم تحكيمياً مطلقاً بالمعنى المتعارف عليه في القوانين الحديثة، بل يبقى مقارباً لمفهوم الصلح التعاقدية الخاضع لأحكام الشريعة المطبقة على الصلح.

ولقد جرى التساؤل، لا سيما في بعض البلاد العربية التي لحظت قوانينها الحديثة إمكانية التحكيم بالصلح دون تحديد ما هو المقصود به والتي تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع فيها، عما إذا كان للمفوض بالصلح ميزة تطبيق قواعد العدالة والإنصاف دون تطبيق نصوص

القانون ودون التوقف عند أحكام عقد الصلح المقررة في الشريعة والقانون أسوة بما هو جار في التحكيم المطلق بالمعنى المتعارف عليه في القوانين الحديثة.

فذهب فريق من أصحاب الرأي إلى اعتبار أن منح المحكم صلاحية تطبيق قواعد العدالة والإنصاف وتجاوز أحكام القانون يتنافى مع منطلق الأمور إذ يجعل المحكم متمتعاً بسلطات واسعة غير مبررة وبلا أدنى رقابة عليه، في حين ذهب الرأي الآخر إلى القول بجواز منح المحكم صلاحية الحكم بمقتضى الإنصاف والعدالة، لعدم وجود أي نص إلزامي يحظره ولانسجامه مع أحكام القوانين الحديثة المتعلقة بالتحكيم المطلق.

والواقع أن إعطاء المحكم بالصلح في ظل الشريعة الإسلامية صلاحية تطبيق قواعد العدالة والإنصاف هو من باب تحصيل الحاصل لأن نصوص القرآن والسنة هي نصوص أمرة لا يجوز الخروج عنها في أكثر الأحيان كما أنه لا يتصور عدم عدالتها وإنصافها بحسب طبيعتها، أما سائر مصادر التشريع الإسلامي كالأجتهاد والقياس فهي أحكام اجتهادية ولا يتصور أيضاً أن يخرج المحكم المجتهد عن قواعد العدالة والإنصاف التي هي من أسس الشريعة الإسلامية.

وخلاصة القول إن المحكم في ظل الشريعة الإسلامية سواء كان مفوضاً بالصلح أم لا، يتوجب عليه في كل حال تطبيق قواعد العدالة والإنصاف لأنها أمور ملتصقة بأحكام الشريعة ولا تفرق عنها إطلاقاً.

ويتبين بالتالي أن التحكيم بالصلح في الشريعة الإسلامية هو بالواقع نوع من الصلح الاتفاقي المتحرر من قواعد الاجراءات وإنما الخاضع لأحكام الشريعة التي تطبق على الصلح، وأنه يبقى مختلفاً في الكثير من عناصره وأوجهه عن التحكيم المطلق المنصوص عليه في القانون الوضعي، كما يتبين أن تطبيق قواعد العدالة والإنصاف لا يشكل صلاحية مستقلة معطاة للمحكم في التحكيم بالصلح أو غيره وإنما يعتبر حاصلًا حكماً

حتى في التحكيم العادي أو التحكيم بالقانون، بفعل تطبيق أحكام الشريعة الإلزامية التي هي بطبيعتها أحكاماً تتميز بالعدالة والإنصاف.

القسم الثاني - خصائص التحكيم المطلق في القانون اللبناني ومدى إمكانية تطبيق الشريعة الإسلامية من خلاله

لقد عرف القانون اللبناني التحكيم المطلق بأنه التحكيم الذي يعنى المحكمون بموجبه من تطبيق أحكام القانون وأصول المحاكمة العادية ويحكمون بمقتضى الإنصاف، على أن تستثنى من هذا الإعفاء قواعد القانون المتعلقة بالنظام العام والمبادئ الأساسية لأصول المحاكمة لا سيما المتعلقة بحق الدفاع وتعليل الحكم وأيضاً القواعد الخاصة بنظام التحكيم.

ومما لا شك فيه أن للتحكيم المطلق ميزات وفوائد هامة أدت إلى شيوع اللجوء إليه لا سيما في النطاق الدولي. غير أن له أيضاً وبالمقابل مخاطر جمة ناتجة عن احتمال خطأ أو غش المحكم، بحيث يكون من المقتضى التروي والحذر في اعتماده وفي اختيار المحكم سواء من الناحية العلمية أو من الناحية الخلقية، إذ أن التحكيم المطلق يفترض ثقة لا حدود لها بالمحكم من قبل الفرقاء.

إن السلطات الممنوحة للحكم المطلق عن طريق إعفائه من تطبيق أحكام القانون وأصول المحاكمات العادية تعطي للتحكيم المطلق خصائص وميزات تجعله مختلفاً كل الاختلاف عن التحكيم العادي، في وظيفته ونتائجه، وإن كان يبقى مماثلاً له من حيث الطبيعة القانونية.

فالتبيعة القانونية للتحكيم المطلق تبقى طبيعة قضائية كما في التحكيم العادي، إذ أن المحكم يقوم بعمل قضائي وهو يفصل نزاعاً بين طرفين وطبيعة مهماته لا تتغير وتبقى محددة بالقضاء بمطلب أو مطالب، إلا أن ما يتغير هو الوسائل المستخدمة للوصول بهذه المهمة إلى الغاية

المطلوبة. وهذه الوسائل تشمل تنازل الفريقين عن حق إقرار الجزاء القانوني لبعض حقوقهم الذاتية وتفويض إرادي للمحكم بتقرير حل للنزاع على ضوء قواعد الإنصاف، وبالتالي بت المطالب مع استيحاء روح المصالحة وتضمن هذا البت جانباً من التوفيق والتسوية.

وإننا سوف نستعرض بإيجاز مختلف الميزات والسلطات التي يتمتع بها المحكم المطلق أثناء قيامه بمهامه:

أولاً - الإعفاء من تطبيق أحكام القانون:

١ - إن الميزة الأساسية للتحكيم المطلق هي أن المحكم معنى من تطبيق أحكام القانون الذي يرعى أساس موضوع النزاع المعروف عليه. وهذا الإعفاء يتناول جميع القواعد القانونية، المكمل منها لإرادة الطرفين والتي يجوز الإتفاق على عكسها من قبلهما، والأمره أي الإلزامية شرط أن لا تكون متعلقة بالنظام العام، بحث تكون منظمة لحقوق قابلة للتصرف وبالتالي من الجائز للفرقاء التنازل عن أحكامها.

ولقد ذهب الفقه والاجتهاد إلى أبعد من ذلك فميز، ضمن إطار أحكام النظام العام، بين الأحكام المتعلقة بالنظام العام الموضوع للحماية والأحكام المتعلقة بالنظام العام الأساسي الموضوع للمصلحة العامة، فأجاز بالنسبة للقسمة الأول التنازل عنها بشرط أن تكون الحقوق المسندة إليها قد اكتسبت وبعد إتمام هذا الاكتساب، وعلى هذا الأساس، يكون الإعفاء شاملاً لكافة الأحكام القانونية المتعلقة بالعقود المدنية والتجارية والتي يجوز التنازل عنها كأثار العقود وموجباتها وقواعد الإعفاء من المسؤولية، والقوة القاهرة والمقاصة والتضامن وقواعد الإثبات والبيئات ومرور الزمن، بما فيها مرور الزمن المسقط الذي يجوز العدول عنه إنما بعد الحصول عليه وليس مقدماً. وتبقى الأحكام المتعلقة بأساس النظام العام غير جائز التنازل عنها وتبقى بالتالي واجبة التطبيق من قبل المحكم المطلق كنظام الأسعار والجمارك والنقد والتسليف وقواعد الإفلاس، والأحكام المعدة

لحماية الأخلاق العامة والمحددة للأشياء غير القابلة للتصرف، والحقوق الدستورية والإنسانية والأحكام المنظمة لسلطات الدولة وعلاقات الدولة مع المواطنين، إلخ...

٢ - ويمتد الإعفاء في التحكيم المطلق ليشمل أيضاً قواعد المحاكمة العادية كما هي واردة في قوانين أصول المحاكمات، وهذه الميزة هامة جداً، ويجيز القانون إدراج مثل هذا الإعفاء حتى في التحكيم العادي، إذ من شأن ذلك تحقيق غاية أساسية من غايات التحكيم ألا وهي تبسيط الاجراءات وتأمين سرعة البت بالنزاع وبالتالي ترك الحرية للمحكمين في تحديد إجراءات التحكيم على ضوء واقع النزاع وظروفه، بغية التخفيف قدر الإمكان من الاجراءات الشكلية المعقدة والحفاظ على الطابع الخاص والودي للتحكيم وعلى نوع من روح التوفيق والتسوية.

غير أن المحكم المطلق يبقى ملزماً باحترام وتطبيق مبادئ أصول المحاكمة الأساسية والتي تتعلق جميعها بالنظام العام وأهمها: مبدأ الوجاهية، ومبدأ احترام حقوق الدفاع، ومبدأ التعليل. فهذه جميعها ضمانات أساسية لأية محاكمة مهما كان شكلها، قضائياً أو تحكيمياً، إذ يقتضي أن يبلغ الفرقاء بكافة المستندات ومواعيد الجلسات وأن يتاح لهم حق إبداء وجهة نظرهم ومناقشة كافة المستندات المبرزة في النزاع بصورة متساوية ومتوازنة دون إعطاء أي تفضيل لفريق على الآخر وضمن مهل معقولة وكافية، كما يقتضي إلزام المحكم بتعليل الحلول التي يتوصل إليها وبالرد على مطالب الفرقاء ووسائل دفاعهم بصورة واضحة وكافية لكي تمكن الفرقاء من إجراء الرقابة على كيفية اتخاذ القرار التحكيمي.

ونحن نرى أنه يقتضي التشدد أكثر في تطبيق مبادئ المحاكمة السالف ذكرها في التحكيم المطلق، نظراً للسلطات الواسعة التي يتمتع بها المحكم والتي يفترض أن يقابلها رقابة صارمة على تطبيق مبادئ المحاكمة الأساسية المذكورة.

٣ - إن سلطة المحكم في استبعاد تطبيق القانون هي مجرد إمكانية مقرر له، وهو غير ملزم بعدم التطبيق بل يمكنه أن يعتبر أن الإنصاف بحد ذاته

يقضي بتطبيق قواعد القانون، كلياً أو جزئياً. فالقانون يعني من تطبيق القانون ولكن لا يمنع هذا التطبيق. والواقع أن المحكم يبدأ عادة بالبحث عن الحل الذي يعطيه القانون للنزاع المعروض عليه فيصح نتائج القانون باستبعاده كلياً أو جزئياً إذا تبين له أن تلك النتائج غير منصفة ويعتمد نتائج القانون إذا تبين له أن تلك النتائج تشكل حلاً عادلاً ومنصفاً للنزاع، ومن المقرر أنه يجب دائماً أن يتضح من أسباب القرار أن الحل المعتمد مبني على ما للمحكم من سلطة للحكم بالإنصاف.

ثانياً - الإغفاء من تطبيق أحكام العقد:

لقد دار جدل كبير في الفقه حول ما إذا كان المحكم المطلق يحق له استبعاد تطبيق بعض بنود العقد الجاري بين الطرفين أو تعديل الحقوق الناشئة عن هذا العقد. فذهب رأي أول إلى أن المحكم المطلق لا يتمتع بسلطة تعديل العقد وإنما يجب عليه احترام بنود العقد باعتبارها ممثلة لإرادة الطرفين عملاً بمبدأ استقلال الإرادة والحرية التعاقدية، وأن احترام العقود هو مبدأ أساسي يتعلق بالنظام العام ولا تجوز مخالفته، أما الرأي الآخر فيعتبر أن العقد يستمد قوته من القانون الذي يكرس مبدأ استقلال الإرادة وأن هذه القاعدة هي من القواعد القانونية المكتملة التي يجوز التنازل عنها للفريقين، وإن تفويض المحكم بالتحكيم المطلق يفيد هذا التنازل، لا سيما وأن التنازل عن جزء الحق الذي يفترضه التحكيم المطلق هو نفسه ولا فرق إذا كان مصدره القانون أو العقد.

ولقد حسم الاجتهاد هذا الجدل فأقر، بالاستناد إلى الرأي الثاني، بسلطة المحكم المطلق في تعديل آثار العقد وتعديل نتائج التطبيق الصارم والدقيق للبنود التعاقدية، غير أن سلطة المحكم لهذه الجهة ليست مطلقة إذ تبقى مقيدة بمقتضيات الإنصاف. واستناداً إليها، يعود للمحكم المطلق أن يعيد التوازن إلى بنود العقد إذا طرأ على هذا التوازن خللاً أثناء التنفيذ بفعل عوامل وظروف معينة بحيث يعيد الفرقاء إلى الوضع التوازني الأصلي الذي كان موجوداً لدى إنشاء العقد. غير أنه لا يحق له إعادة النظر

بالتوازن الأصلي والأساسي في العقد إذا تبين له أن هناك خللاً أو عدم توازن موجوداً منذ إنشاء العقد، إذ يكون في مثل هذه الحالة قد تخطى سلطاته كمحكم وحل محل الفرقاء في تعديل شروط عقدهم الأساسي، وهذا غير مقبول. فالإنصاف، في قطاع الأعمال، يقضي بإعادة التوازن الاقتصادي إلى العقد إذا اختلف نتيجة تطور محيطه كزيادة الأعباء على فريق دون فريق مثلاً، ولا يقضي بإصلاح الخلل الأصلي الناتج عن إهمال أو خفة أحد طرفيه، وعلى سبيل المثال، يعود للمحكم المطلق أن يعدل في قيمة حقوق أحد فرقاء العقد إذا كانت هذه القيمة قد تدنت كثيراً بفعل انهيار العملة أثناء تنفيذ العقد بحيث انعدم التوازن الأصلي للعقد وزادت أعباء أحد الفرقاء بصورة فاحشة.

ثالثاً - الحكم وفقاً لمقتضيات الإنصاف:

إن السلطة المعطاة للمحكم المطلق بالحكم وفقاً لقواعد الإنصاف تبعاً لما أعطي من سلطة في استبعاد أحكام القانون تجعل من التحكيم المطلق أداة لتحقيق أغراض تختلف عن الأغراض المتوخاة من التحكيم العادي أو من الاجراءات القضائية التقليدية حيث الهدف هو فصل نزاع وإعطاء الحق لصاحبه وفقاً لما يقضي به القانون مهما كان الحل قاسياً أو غير عادل ومهما كان وضع الفرقاء ودون الإلتفات إلى نتائج الحل على علاقة الفرقاء ببعضها البعض.

فالتحكيم المطلق يجعل من مهمة المحكم مهمة تهدئة بين الفريقين اللذين، باتفاقهما على مبدأ التحكيم المطلق، يعتبران قد أعلنوا عن إرادتهما في التعاون بحسن نية وعن استعدادهما للتخلي عن بعض حقوقهما تسهلاً لهذا التعاون وبروح من التوفيق والتسوية، بحيث يصبح التحكيم المطلق أداة لتحقيق تعايش هادىء ومستمر بين المتنازعين.

فمن هذه الزاوية، يتميز التحكيم المطلق بإضعاف الصفة القانونية القاطعة للنزاع وبترجيح العناصر والمعطيات التجارية والنفسانية وسائر

المعطيات البعيدة عن المعطى القانوني الصرف.

ويؤدي تطبيق قواعد الانصاف إلى تقرير الحلول التي يراها المحكم من جهة عادلة وفقاً لمعطيات المحيط والبيئة التجارية والاجتماعية للنزاع وأطرافه، مع أخذ حسن النية لطرف أو لآخر في الاعتبار، ومن جهة أخرى مقبولة من الفريقين بالإشارة إلى إرادتهما المفترضة في متابعة التعاون فيما بينهما دون الوصول إلى قطع العلاقات، فيسعى المحكم إلى تحقيق تسوية بين مطالب الفريقين، لا سيما في العقود الطويلة الأجل التي يتتابع تنفيذها في الزمن والتي تكون مصلحة الطرفين فيها هي في المحافظة على علاقات تجارية جيدة بينهما، وفي ضمان مخاطر العقد التي لم يتمكن الطرفان من السيطرة عليها.

ورب سائل يتساءل ما هي قواعد الاتفاق التي يطبقها المحكم المطلق ومن أين يستقيها؟

والجواب هو أنه لا حدود لمصادر القواعد المنصفة التي يمكن للمحكم المطلق أن يلجأ إليها. فكما أنه يمكن أن يلقاها في القانون نفسه، فإنه في معظم الأحيان يستخلصها من المبادئ العامة، الاجتماعية والأخلاقية والإنسانية، التي تشكل عاملاً مشتركاً بين كافة فئات المجتمع، ومن إحساس ذاتي دفين بمقاييس العدالة وحسن النية، ومن الروح التوفيقية والتصالحية التي تؤدي إلى التسوية.

كذلك يمكن للمحكم المطلق أن يستوحي في ذلك الأعراف والعادات، سواء ارتقت إلى منزلة القواعد القانونية أم لا، ولا سيما الأعراف السائدة في محيط تجاري معين أو في مهنة أو علاقات تعاقدية معينة.

ونحن نرى أنه، ضمن هذا الإطار، لا شيء يحول دون لجوء المحكم المطلق إلى أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء لاستخلاص قواعد الإنصاف منها ولتقرير الحلول المنصفة للنزاع المعروض عليه، إذ إن أحكام الشريعة هي منصفة بطبيعتها وبفعل مصدرها الذي هو القرآن الكريم

والسنة، ويمكن للمحكم، دون الاقتصار على الأحكام الملزمة، أن يستوحي ما يراه مناسباً من اجتهادات ومن تعاليم المدارس الفقهية المختلفة إذا كان يرى في ذلك الحل المنصف لفريقي النزاع.

وزيادة في الإيضاح، ان الشريعة تعترف بالأعراف والعادات كمصدر، وان ثانوي، للتشريع وللأحكام، فكم بالحري أن يلجأ المحكم المختص إلى مثل تلك الأعراف والعادات من خلال تطبيقه لأحكام الشريعة الإسلامية.

غير أنه يبقى من البديهي أن لجوء المحكم المطلق إلى الشريعة الإسلامية لاستخلاص قواعد الإنصاف لا يمكن تصوره إلا إذا كان فريقي النزاع ينتمون إلى الدين الإسلامي، إذ لا يمكن حالياً تصور تطبيق الشريعة الإسلامية بصورة صريحة على غير المسلم وإن تم ذلك من باب قواعد الإنصاف. وهذا التطبيق، وإن كان جائزاً على الصعيد القانوني المحض، إلا أنه يصطدم بعقبات عملية وطائفية لا نرغب في الدخول في متاهاتها هنا ولا نرى مجالاً لتخطيها حالياً من الناحية الواقعية.

وفيما عدا هذا التحفظ، يبقى المجال واسعاً في التحكيم المطلق، وهذه إحدى مميزات الأساسية للجوء المحكم إلى أحكام الشريعة لاستخلاص قواعد الإنصاف التي يوجب القانون عليه الحكم بموجبها.

المحامي غالب محمصاني

الجلسة الأولى:

المناقش: المحامي الدكتور رافت محمد رشيد الميقاتي

المحامي الدكتور رأفت ميقاتي

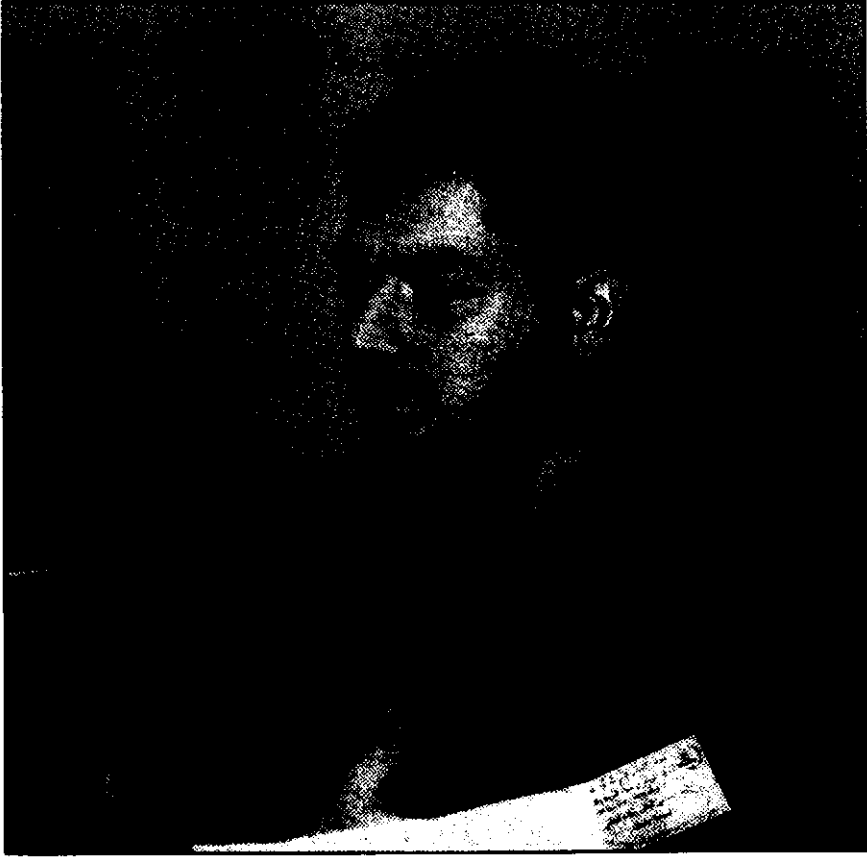
كسباً للوقت وحرصاً على الانضباط بالموضوع، وحرصاً على أن يشاركنا الجميع في الوصول إلى ثمرة من هذين البحثين النفيسين، أشرع بتسليط الضوء على ثمرتين هامتين توصلنا إليهما بعد سماعنا لما استمعنا إليه.

أولاً: سلط أستاذنا الدكتور وائل طبارة حفظه الله الضوء على نصين قانونيين هامين في التقنين اللبناني أحدهما في قانون الموجبات والعقود (١٠٣٧م) والآخر في قانون تنظيم القضاء الشرعي (١٦٤م).

ولكننا لا نستثمرهما، وواجبنا أن نستثمر كل فرصة فيها إمكانية لإحياء فريضة العدل في حياتنا اليومية، هذان النصان يتيحان لكل شخص أن يبرم عقداً تحكيمياً يتعلق بالدية مثلاً، لأن الدية من الأمور المالية المتعلقة بمسألة جنائية.

وهذا مما يحميه القانون ويعترف به بمعنى أنه إذا تم لجوء طرفين إلى التحكيم بموجب عقد صريح مستوف لكامل الشروط القانونية، يكون بالإمكان الاستحصال من القضاء على الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي الصادر وفقاً للأصول.

والنقطة الثانية: إمكان التحكيم في مجال هام، وهذا المجال هو المهور، حيث إن ما استقرت عليه اجتهادات المحكمة الشرعية العليا في بيروت أن المهر يصرف للزوجة كما سُمي دون أن يقوّم بغض النظر عن اختلاف قيمة العملة، وهذا يتيح مجالاً لرماة السهام على الشريعة الإسلامية لاتهامها بالظلم، في حين أن دراسة قانونية أعدت وقدمت للمراجع المختصة في لبنان، أثبتت أن رأي الإمام أبي يوسف يتجه نحو الأخذ بتقويم هذا المهر أي بحسب قيمة العملة ذهباً في الوقت الذي فرض وسمي للزوجة. وبالتالي يكون بإمكان المحكم بين الزوجين خارج نطاق المحكمة أن يفصل بمقتضى هذا الاجتهاد ريثما تنصف الزوجة قضاء.



الحامي الدكتور رأفت ميقاتي مناقشاً في الجلسة الأولى

فها نحن إذن أمام نتيجتين هامتين يحميهما القانون.

ثانياً: نقطتان فقهيّتان نريد أن نسلط الضوء عليهما بعجالة ووضوح:

النقطة الأولى: أن هناك عولمة تشريعية، هذه العولمة تكتسح كل البلاد التي أمامها: ثوبها الخارجي، معاهدات واتفاقات دولية، أو إعلانات وتوصيات وقرارات أو ما يسمى بالأعراف الدولية.

في الواقع مسألة النظام العام غير منفصلة عن هذه العولمة، بمعنى أن هيئة التحكيم الأمريكية A.A.A. أصدرت كراساً فيه عشرون قاعدة لا يسمح بهدر مضمونها، وهذا من قبيل العرف الدولي الذي يكرس شيئاً فشيئاً.

وأنا أدعو من خلال هذه المناقشة إلى تسليط الضوء على هذه القواعد لدراستها ومناقشتها وغربلتها حتى نكون عمليين في ما نتكلم.

المسألة الثانية: هي أن النظام العام ما زال شيئاً ملفوماً، وغير مضبوط، ولذلك يدخله الفقه الفرنسي تحت إطار المفاهيم ذات المضمون المتغير، يعني *Notions à contenu variable* كل عصر يغير مضمون هذا النظام العام، في حين أنهم في اللاوعي، عندهم، قد حددوا النظام العام بالعديد من الأمور، وهذا ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ ٩٣/٩/٣٠ والمنشور في مجلة التحكيم الفرنسية عام ٩٤ - ص ٣٥٩ و الذي تعتبر فيه حماية الآثار من النظام العام، ومكافحة المخدرات ومكافحة الإرهاب ومكافحة عملية غسيل الأموال غير المشروعة والتصدي للفساد المتمثل في الرشوة والعمولات غير المشروعة.

وبالتالي يهدر الحكم التحكيمي لعله عدم قابلية مثل هذا النزاع لعرضه على التحكيم ؛ فشرط من شروط صحة التحكيم قابلية النزاع لأن يعرض على التحكيم وهذا ما يعرف بال *Arbitrabilité*.

وقد استهل باحثنا الأول بقوله: «إن النظام العام أمر يتعلق بالمصلحة العامة في المفهوم اللسامي التي لا يجوز إهدارها فضلاً عن التي تتعلق بحقوق الله التي لا يجوز التحكيم بشأنها، فلا يجوز مثلاً أن أعقد عقداً تحكيمياً بين طرفين: زوجين على سبيل المثال صدر الطلاق جزماً من الزوج ثلاثاً متفرقات ثم يحكم المحكم بأن الصلح سيد الأحكام ونعيد المسألة إلى مجاريها. هذا كلام يهدر وغير محترم.

المسألة التي عرض لها الباحث الثاني جزاه الله خيراً، إشارته الكريمة إلى مجلة الأحكام العدلية إشارة رائعة ودليل جديد أن التشريع الإسلامي تشريع غني لا يحتاج إلى من يخدمه وغير صحيح ما يقال إن الشريعة الإسلامية صارت عاجزة عن مواكبة التطور: ذلك أن تشريع نابليون هو أقدم من مجلة الأحكام العدلية وما زال ساري المفعول. فتشريع نابليون

١٨٠٤ ومجلة الأحكام العدلية ١٨٧٥م... وهذا ما يؤكد صلاحية الشريعة الإسلامية لأن تُحكّم في حياتنا اليومية على الأقل عقدياً إن لم نقل على المستوى التشريعي.

ثم اطمئن - في النقطة ما قبل الأخيرة - الأستاذ الدكتور محمصاني إلى أن بعض القوانين العربية عزّفت التحكيم بالصلح وهو التحكيم الذي يتحلل فيه المحكم من قواعد الموضوعية ومن أصول المحاكمات مرة واحدة، فقانون التحكيم المصري الجديد عزّف في المادة ٣٩ والفقرة الرابعة على سبيل التحديد: عزّف التحكيم بالصلح وأورد أنه التحكيم الذي بإمكان الطرفين المتحاكمين فيه تطبيق قواعد العدالة والإنصاف فهذا تعريف واف على الأقل من جهة المشرع لأنه ليس من واجب المشرع ولا من مهامه أن ينص على التعريفات.

المسألة الأخيرة أوردها الباحث الثاني الأستاذ الدكتور المحمصاني جزاه الله خيراً ورحم والده الحبيب:

مسألة أن الطرفين إذا كانا غير مسلمين فليس بإمكانهما تحكيم الشريعة الإسلامية وهنا أخالفه في هذه النقطة إذ أنّ من واجب الحَكَم أن يطبق القانون الواجب التطبيق الذي اتفق عليه الطرفان، فالاختلاف في العقيدة لا يورث بطلاناً في مآل التحكيم؛ وهذا جرى أيام النبي (ﷺ) إذ احتكم إليه غير المسلمين، وواجب الحَكَم هنا أن يطبق الشريعة الإسلامية باعتبارها القانون الواجب التطبيق فضلاً عن احترام مبدأ سلطان الإرادة فهما قد لجأ إلى عدالة الشريعة...

واعتقد أن هذا متوفر في العديد من التحكيمات في عالمنا العربي وبإمكان الأساتذة الزملاء المصريين أن يتوسعوا في هذه النقطة.

إن أحد البنوك والمصارف المصرية أدرج - وهو بنك إسلامي - بنداً تحكيمياً يُلزم أي طرف ذا صلة بهذا البنك أن يلجأ إلى التحكيم في حال نشوب نزاع بين الطرفين، وبالتالي سيكون التحكيم وفقاً للشريعة

الإسلامية، علماً أن بنك فيصل الإسلامي في مصر اكتتب فيه كثير من الأقباط غير المسلمين لإيمانهم بأن الربا حرام وبالتالي فهؤلاء يحتكمون إلى الشريعة الإسلامية، والحكم التحكيمي الذي سيصدر سيكون له الحجية وغير معرض للإبطال لمجرد النظر إلى أن أحد الطرفين المتحاكمين غير مسلم.

والحمد لله رب العالمين

الجلسة الأولى:

د. محمصاني: أود أن أشكر الدكتور رأفت على ملاحظاته القيمة إنما أود أن أوضح التباساً ربما طرأ بسبب القراءة السريعة في الصفحات الأخيرة وأنا موافق كلياً على ما تفضّل به وهي عندما يتفق فريقان على تحكيم الشريعة الإسلامية سواء كانا مسلمين أو غير مسلمين فهذا نص جائز وصحيح، إنما ما تطرقت إليه هو ضمن إطار التحكيم المطلق عندما لا يكون هناك أي اتفاق، ويكون للمحكم أن يختار من مبادئ العدالة والإنصاف ما يرغب في تطبيقها، فقلت: إنه يحق له أن يستوحي ويطبق ما يراه مناسباً من أحكام يراها منصفة وعادلة في الشريعة الإسلامية.. وأضفت طبعاً هذه المبادئ، فعندما يشير أنه قد اعتمد الشريعة الإسلامية من باب الحل فلا يمكن أن نجعلها إلزامية على غير المسلم إذا لم يكن قد وافق مسبقاً بالاتفاق على تطبيقها. أما إذا وافق فهذا مستحب ونحن متفقون أنه لا خلاف على قانونيته... وشكراً.

الجلسة الأولى:

مداخلة: فضيلة الأستاذ الدكتور مصطفى البغا

الدكتور مصطفى البغا

إن شاء الله لا أطيل، فقط بعض ملاحظات بسيطة من أجل التوثيق لبعض الأفكار التي ذكرت. فبالنسبة للنظام العام الذي تُكلم عنه في المحاضرتين، وقد أشير في بعضها إلى أن النظام العام في ظل الشريعة الإسلامية هو ما كان حقاً لله تعالى، وكلمة أنه حق لله تعالى يعني هو حق لعامة المسلمين، ولذلك فالفقهاء يذكرون مثلاً: أن المصالحة على الدية: فلو قُتل إنسان عمداً أو خطأً فيمكن أن يصلح على الدية إذا وجد أولياء المقتول ويمكن أن يكون المصالح عليه أقل من الدية... إذا لم يكن لهذا المقتول ولي أو أولياء وفي هذه الحالة، فالسلطان ولي من لا ولي له، فلا يجوز للحاكم أن يُصالح على أقل من الدية، لأن الحق لكل المسلمين والقاعدة الفقهية تقول: «تصرف الراعي منوط بمصلحة الرعية». وأيضاً مما ذُكر من النظام العام: الحدود... فذكر الأخ الدكتور رأفت مسألة (لو طلقت ثلاثاً) فلا تجوز المصالحة بعد ذلك على الزواج، وهنا الفقهاء يذكرون حديث العسيف وذلك أن رجلاً كان أجيراً عند رجل فارتكبت الفاحشة بامرأته أي زنا بها، فجاء هذا الرجل مع والد الفاعل إلى النبي ﷺ فقال ذلك الرجل اقض بيننا بكتاب الله فقال اخر اقض بيننا بكتاب الله، وأذن لي أن أتكلم، «ان ابني هذا كان عسيفاً عند هذا فزنا بامرأته فافتديت منه بمئة شاة ووليدة فسألت أهل العلم فقالوا لي إن على ابني الجلد وعلى امرأة هذا الرجم فقال له النبي ﷺ: الوليدة والشياه رد عليك وعلى ابنك جلد مئة وتغريب عام واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ومن هنا قال الفقهاء لا يصح الصلح على حد من حدود الله تعالى..

أما العفو عن الحد فيمكن أن يكون قبل أن يصل إلى القاضي.. وأيضاً الصلح مقيد في الشريعة الإسلامية كما ذكر، والصلح يدخل في التحكيم بشرط أن لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً، هذا حديث النبي ﷺ «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً».



الأستاذ الدكتور مصطفى البغا في الجلسة الأولى

الأخ الدكتور رأفت ذَكَر مسألة أن بعض الناس يهاجمون الشريعة الإسلامية، فمثلاً المطلقة أو المتوفى عنها زوجها تعطى مهرها الذي كان متفقاً عليه، مهر والدتي ٥٠٠ قرش سورّي.. في تلك الأيام كان لها شأنها، وطبعاً والدي توفي وهي سامحته بهذا المهر، لكن هل لو كانت هذه الزوجة تطالب بحقها، فكما ذكر الدكتور رأفت حفظه الله تعالى، هناك رأي للفقهاء كأبي يوسف رحمه الله تعالى يقول: تقدر بقيمة الذهب في ذلك الوقت أو بالقيمة الشرائية، أما غيره من الفقهاء فلم يقولوا بذلك لأن الأسعار لم تكن لتختلف هذا الاختلاف البين كما هو حاصل في أزمنتنا الحاضرة، لكن هنا أقول: مزية الشريعة الإسلامية أن لها مؤيدات دنيوية ومؤيدات أخروية. المؤيدات الدنيوية هي العقوبات.

أما المؤيدات الأخروية فهي ما في هذا الشرع الإلهي من ترغيب وترهيب فالمسلم المؤمن بالله والمؤمن ببلقائه عز وجل يستقر في نفسه حديث رسول الله ﷺ حين سمع خصوماً في بابه فخرج إليهم وقال إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من

بعض فأقضي له على نحو ما أسمع فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً فإنما أقطع له قطعة من النار فليأخذها أو ليدعها ومن هنا قال العلماء: قضاء القاضي لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً وينفذ ظاهراً ولا ينفذ باطناً.

وأيضاً مرت فكرة فيما يتعلق بالقاصر... القاصر لا يحق لأحد أن يصلح بشأنه فيما فيه إسقاط لحقه، لأن هذه المصالحة تعتبر تبرعاً ولا يملك أحد أن يتبرع بمال القاصر، قال العلماء: إلا إذا كانت هناك مصلحة بينة لهذا القاصر. ومثال ذلك: أن الحق المدعى به ليس لولي القاصر عليه بينة، والمدعى عليه ينكر وهذا في فقه أبي حنيفة لأن الصلح على الإنكار لا يصح عند الشافعي.

ففي هذه الحالة ماذا يفعل الولي، يصلح هذا المدعى عليه لأنه يحصل على أقل نصيب من حق هذا القاصر الذي ينكر ذلك الإنسان حقه.

وبالنسبة للصلح والتحكيم:

أولاً: لا بد أن يكون هناك رضا من الطرفين المحكمين كما ذكر الأخ الدكتور رأفت تعقيباً على ما ذكره د. محمصاني حفظه الله تعالى، فإذا كان المحكمان رضياً بالتحكيم سواء كان المحكم على دينهما أم على دين غيرهما فمعنى ذلك أنهما يقبلان بهذا الحكم ولا سيما إذا كان من شرط المحكم أن يكون عدلاً ومعروفاً بالدين والأمانة والعدالة وما إلى ذلك.

وفي هذه الحالة يرضى هؤلاء الخصوم جميعاً، على أنني أقول: إذا كان المحكمان من غير المسلمين، أليست القوانين العامة والدولية تُفرض القانون على المواطنين سواء كانوا يدينون بدين الدولة أو لا يدينون بدينها؟

القانون يفرض على الجميع، فإذا افترضنا أن المحكم له سلطة قضائية، لأنه كما أشار الأستاذ حفظه الله تعالى، هل المحكم يجب تنفيذ حكمه أو قضائه أو لا يجب؟ هذا يبني على خلاف فقهي: هل المحكم يُعتبر نائباً عن القاضي أم أنه يعتبر وكيلاً؟ فالذين قالوا يعتبر وكيلاً عن

القاضي أو نائباً عن القاضي قالوا حكمه لازم. أما الذين قالوا هو في حكم الوكيل عن المحكمين فقالوا حكمه ليس بلازم في هذه الحالة وهنا يرد كلام لسيدنا علي رضي الله عنه قال للمحكمين: ﴿فإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها﴾. قال إن رأيتما أن تجمعا بينهما فاجمعا وإن رأيتما أن تفرقا ففرقا.

ومن أخذ بهذا القول قال: حكمهما حكم القاضي...

أخيراً هناك ملاحظات أخرى، بالنسبة للتحكيم أذكر تحكيماً على أرقى مستوى: فالنبي ﷺ حين حاصر بني قريظة رجاء أخذهم أن يرفق بهم فقال: ترضون أن يحكم فيكم واحد منكم؟ قالوا: نعم فطلب سعد بن معاذ رضي الله عنه، فجاء وقال إن هؤلاء قد نزلوا على حكمك.. اليهود من بني قريظة رضوا أن ينزلوا على حكم سعد بن معاذ لأنه كان حليفهم في الجاهلية، والأوس رضوا بحكمه والنبي عليه الصلاة والسلام هو الذي طلب أن يحكمه، فقبل أن يبدأ سيدنا سعد بالتحكيم وكان النبي عن يمينه وكان الأوس عن يساره، فقال: أحكمي نافذ عليكم قالوا نعم قال وعلى من ها هنا أبدأ مع النبي ﷺ. قال له النبي ﷺ: وعلى من ها هنا فحكم سعد ونفذ حكمه في هؤلاء قتلة الأنبياء والمرسلين...

وأشار الدكتور رأفت إلى أن أولئك الذين بادروا إلى البنوك الإسلامية بادروا إليها لعلمهم بأن الربا حرام. نعم الربا حرام في كل الديانات، قال تعالى: ﴿فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم وبصدهم عن سبيل الله كثيراً وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل﴾. ولا نحتاج لدليل على أكلهم لأموال الناس بالباطل: هؤلاء إخوان القردة والخنازير.

أما أخيراً فأقول للأخ رأفت كيف تتهم الفقهاء والعلماء المسلمين وها أنتم تقومون بهذه الجهود العظيمة بأن الفقه الإسلامي يحتاج إلى من يخدمه. هل في اقتناعك أن الفقه الإسلامي يحتاج إلى من يخدمه أم أنه

يحتاج إلى من ينفذه؟.. يحتاج إلى من ينفذه، وأنت تطالب الطلاب
بكتابة أبحاث حول الفقه وما إلى ذلك، وكلهم يكتب والرسائل التي
كتبت كثيرة وليس هناك جانب من الجوانب القانونية إلا وقد كتب فيه
ولكن المدار على التنفيذ وليس المدار على الكتابة.
اعتذر إن أطلت لكنني لم أطل...



الباحثون والمناقشون في الجلسة الثانية

الجلسة الثانية:

رئيس الجلسة: الأستاذ الدكتور علي حامد الفتيت.

الموضوع: النظام العام والتحكيم

الباحث: الأستاذ الدكتور فايز الحاج شاهين.

المناقش: الأستاذ الدكتور حمزة حداد.

الموضوع: التحكيم بالصلح في الشريعة الإسلامية.

الباحث: المحامي الدكتور عبد الحميد الأحديب.

المناقش: الأستاذ الدكتور عبد الله مبروك النجار

الجلسة الثانية:

الموضوع، النظام العام والتحكيم.
الباحث الأول، الأستاذ الدكتور فايز الحاج شاهين.

الباحث: الأستاذ الدكتور فايز الحاج شاهين

النظام العام في مادة التحكيم

مقدمة:

١ - إن القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والتي تطبق في مادة التحكيم عديدة ومتنوعة. البعض منها ملحوظ في قانون الموجبات والعقود والبعض الآخر في قانون أصول المحاكمات المدنية.

٢ - تضمن قانون الموجبات والعقود نصين يشيران إلى النظام العام في مادة التحكيم: الأول عام والثاني خاص. النص العام هو نص المادة ١٦٦ التي جاء فيها:

«إن قانون العقود خاضع لمبدأ حرية التعاقد، فلأفراد أن يرتبوا علاقاتهم القانونية.

وكما يشاؤون بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة إلزامية».

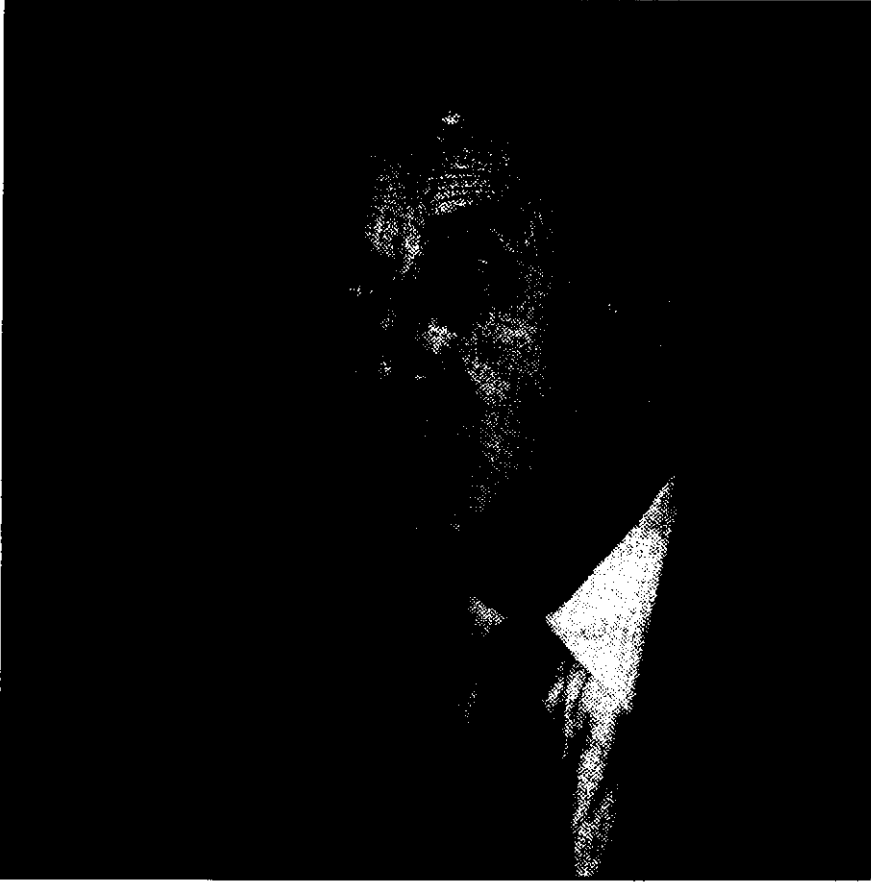
وبما أن اتفاقية التحكيم خاضعة لمبدأ حرية التعاقد فإنها خاضعة، في الوقت نفسه لقيود النظام العام.

والنص الخاص هو نص المادة ١٠٣٧ م.ع. التي جاء فيها:

«لا تجوز المصالحة على الأمور المختصة بالأحوال الشخصية أو بالنظام العام ولا على الحقوق الشخصية التي لا تعد مالا بين الناس. وإنما تجوز على مصلحة مالية ناشئة عن «أمر يتعلق بالأحوال الشخصية أو بإحدى الجرائم».

وبما أن المادة ٧٦٢ م.أ.م. تعرف المنازعات القابلة للتحكيم بأنها المنازعات القابلة للصلح فإن المادة ١٠٣٧ المشار إليها تطبق في مادة التحكيم.

(١) محام وأستاذ في كلية الحقوق - بيروت.



الأستاذ الدكتور فايز الحاج شاهين باحثاً في الجلسة الثانية

٣ - أما نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية التي تشير بشكل صريح إلى النظام العام الآتية:

- الفقرة ٣ من المادة ٧٧٦، المتعلقة بالتحكيم العادي، التي جاء فيها: «يجوز للخصوم إعفاء المحكم أو المحكمين من تطبيق أصول المحاكمة العادية أو بعضها «باستثناء تلك التي تتعلق بالنظام العام».

- المادة ٧٧٧، المتعلقة بالتحكيم المطلق، التي جاء فيها:

«في التحكيم المطلق يعفى المحكم أو المحكمون من تطبيق قواعد

القانون وأصول المحاكمة العادية ويحكمون بمقتضى الإنصاف تستثنى من هذا الاعفاء قواعد القانون المتعلقة بالنظام العام والمبادئ الأساسية لأصول المحاكمة لا سيما المتعلقة بحق الدفاع وتعليل الحكم وأيضاً القواعد الخاصة بنظام التحكيم».

- المادة ٨٠٠ فقرة ٦ المتعلقة بالتحكيم الداخلي التي تسمح لكل من الخصوم، على الرغم من كل اتفاق مخالف، بأن يطلب إبطال القرار التحكيمي إذا كان مخالفاً للنظام العام.

- المادة ٨١٤ فقرة أولى المتعلقة بالتحكيم الدولي والتي تشترط لأجل الاعتراف بالقرارات التحكيمية الصادرة في الخارج أو في التحكيم الدولي أن تكون هذه القرارات غير مخالفة «بصورة واضحة للنظام العام الدولي».

- المادة ٨١٧ المتعلقة بالتحكيم الدولي والتي تجيز استئناف القرار الذي يمنح الاعتراف أو الصيغة التنفيذية إذا كان القرار التحكيمي «مخالفاً لقاعدة تتعلق بالنظام العام الدولي». إلى جانب هذه النصوص الصريحة، يتضمن القانون اللبناني نصوصاً أخرى إلزامية متعلقة بالنظام العام وإن كان المشترك لا يستعمل حرفياً عبارة «نظام عام».

ستتطرق إلى هذه النصوص في متن هذه المحاضرة.

٤ - أن تكون مادة التحكيم مقيدة بقواعد النظام العام أمر ليس بالمستغرب لأن كل مواد القانون خاضعة لسيادة النظام العام سواء أكان ذلك في مواد الحق العام أو في مواد الحق الخاص، في الحقل الداخلي كما في الحقل الدولي، في القانون المدني أو التجاري أو الجزائي أو في قانون العمل أو أصول المحاكمات المدنية أو الجزائية. ولكن ما يميز النظام العام في مادة التحكيم عن سائر المواد هو أن مسألة تطبيقه تثار أمام مرجعيتين: أمام المحكم وأمام القاضي، أما في سائر المواد فالمسألة تثار أمام مرجعية واحدة فقط هي القاضي.

٥ - إن هذه الملاحظة، أو بالأحرى، هذه الميزة، تدعونا إلى بحث ثلاث نقاط:

- تحديد الحالات التي تطرح فيها مسألة النظام العام أمام المحكم.
- تحديد الحالات التي تطرح فيها مسألة النظام العام أمام القاضي.
- إجراء مقارنة بين النظام العام المشار أمام المحكم وبين النظام العام المشار أمام القاضي.

أولاً: في الحالات التي تطرح فيها مسألة النظام العام أمام المحكم:

- ٦ - إن مسألة تطبيق قواعد النظام العام أمام المحكم تطرح في ثلاث حالات:
- الحالة الأولى: عندما ينازع أحد الخصوم أمام المحكم في مبدأ أو مدى الولاية العائدة له للنظر في القضية المعروضة عليه (المادة ٧٨٥ أ.م.م. جديد).

- الحالة الثانية: عندما يطبق المحكم القواعد المتعلقة بأصول المحاكمة.

- الحالة الثالثة: عندما يطبق المحكم القواعد المتعلقة بالأساس.

١ - في تطبيق قواعد النظام العام عندما تطرح أمام المحكم مسألة مبدأ أو مدى ولايته:

نصت المادة ٧٨٥ أ.م.م. جديد على ما يلي:

«إذا نازع أحد الخصوم أمام المحكم في مبدأ أو مدى الولاية العائدة له للنظر القضية المعروضة عليه، فيكون له أن يفصل في هذه المنازعة».

إن هذا النص بالغ الأهمية لأنه حسم جدلاً كبيراً كان قائماً في ظل القانون القديم حول صلاحية المحكم للبت في مسألة صلاحيته. يحق

للمحكم، بموجب هذا النص أن يصدر قراراً يفصل فيها مسألة ما إذا كان صالحاً للبت في القضية المعروضة عليه ليس فقط لجهة مدى هذه الصلاحية بل أيضاً لجهة مبدئها. فإذا رأى ان الدفع بعدم الاختصاص المشار أمامه صحيح فإنه يصدر قراراً يعلن بموجبه عدم اختصاصه، وإذا رآه غير صحيح فيقرر اختصاصه ويفصل في الموضوع.

إن الأسباب التي قد يدلي بها الخصوم لأجل المنازعة في مبدأ أو مدى ولاية المحكم عديدة يمكن تصنيفها إلى فئتين:

- تلك التي لا تتعلق بالنظام العام.

- وتلك التي تتعلق به.

ما يهمنا، في هذه المحاضرة، هو الأسباب التي تدخل في الفئة الثانية. من الأمثلة على الأسباب المتعلقة بالنظام العام:

- بطلان اتفاقية التحكيم لعلّة عدم قابلية الموضوع للتحكيم.

- بطلان العقد الأساسي المشتمل على البند التحكيمي لأنه مخالف للنظام العام.

يمكن للفرقاء الإدلاء بعدم اختصاص المحكم في أي وقت ومن غير الضروري إثارة هذه المسألة في بدء المحاكمة وقبل المناقشة في الأساس.

كما يجوز للمحكم إثارة مسألة عدم اختصاصه من تلقاء نفسه.

وذلك لأن المحكم الذي لا يشير هذه المسألة من تلقاء نفسه يعرض قراره التحكيمي للبطلان عملاً بأحكام المادة ٨٠٠ أ.م.م. جديد فمن المستحسن اجتناب إبطال القرار التحكيمي من قبل القضاء وإصدار قرار تحكيمي يقضي بعدم الاختصاص.

٢ - في تطبيق قواعد النظام العام المتعلقة بأصول المحاكمة:

إن المحكم ملزم بتطبيق قواعد النظام العام المتعلقة بأصول المحاكمة وهذا في جميع الأحوال أي سواء أكان التحكيم مطلقاً أم عادياً معفاً من تطبيق أصول المحاكمة العادية. إن هذا الحل مكرس بصورة مباشرة بالمادتين ٧٧٦ فقرة ٣ و ٧٧٧ فقرة ٢ المتعلقة بالتحكيم الداخلي وبصورة غير مباشرة بالمادتين ٨١٤ فقرة أولى و ٨١٧ فقرة ٥ المتعلقة بالتحكيم الدولي.

وهنا لا بد من إبداء ملاحظتين:

الملاحظة الأولى:

إن المشرع اللبناني يميز بين:

- المبادئ الأساسية لأصول المحاكمة مثل:

- التقيد بنطاق النزاع

- مبدأ حياد المحكم

- مبدأ الوجاهية

- مبدأ احترام حق الدفاع

- قاعدة تعليل القرارات.

- وبين القواعد الاجرائية المتعلقة بالنظام العام مثل:

- قاعدة التوقف عن متابعة التحكيم إذا اتخذت أثناء

التحكيم إجراءات جزائية تتعلق بتزوير مستندات معروضة أمام المحكم
(٧٨٤٠ أ.م.م. جديد)

- قاعدة قوة القضية المحكمة.

إن الاختلاف بين هاتين الفئتين من هذه القواعد شكلي لأن المبادئ الأساسية المشار إليها هي أيضاً متعلقة بالنظام العام ويمكن القول

إن كل مبدأ من هذه المبادئ الأساسي متعلق بالنظام العام أما العكس فغير صحيح بمعنى أن كل قاعدة متعلقة بالنظام العام ليست بالضرورة مبدأ أساسياً من مبادئ المحاكمة. والسؤال المطروح هو الآتي:

طالما لا يوجد أي اختلاف، من حيث المضمون، بين هاتين الفئتين من القواعد فما هو السبب الذي حمل المشرع على أن يلحظ أحكاماً خاصة بالمبادئ الأساسية مستقلة عن النص العام المتعلق بالنظام العام. السبب واضح وهو أن المشرع أراد أن يعزز الطابع الإلزامي للمبادئ الأساسية أعلاه وأن يخرج هذا الطابع من دائرة سلطة تقدير القاضي.

الملاحظة الثانية:

إن قواعد النظام العام المتعلقة بأصول المحاكمة لدى المحكم ليست واحدة في التحكيم الداخلي وفي التحكيم الدولي. فقد تكون أوسع أو أضيق. إن قاعدة تعليل القرارات التحكيمية في التحكيم الداخلي متعلقة بالنظام العام لكنها لا تعتبر كذلك في التحكيم الدولي أو في القرارات التحكيمية الصادرة في الخارج.

إن الفقه والاجتهاد يعتبران ان اختيار الخبير من جنسية غير تلك التي يحملها الفرقاء يعتبر قاعدة متعلقة بالنظام العام في التحكيم الدولي علماً بأن مسألة جنسية الخبير غير مطروحة في التحكيم الداخلي.

٣ - في تطبيق قواعد النظام العام المتعلقة بأساس النزاع:

إن مسألة تطبيق مثل هذه القاعدة تطرح عندما يكون النزاع قابلاً للتحكيم وعندما يطلب من المحكم تطبيق قاعدة من قواعد النظام العام.

مثلاً الموضوع متعلق بعقد بيع والمطلوب من المحكم تطبيق المادة ٤٣١ من قانون الموجبات والعقود المتعلقة بالنظام العام والتي تنص على أن البائع وإن اشترط عدم إلزامه بضمان ما يبقى ملزماً بضمان فعله الشخصي. وكل اتفاق مخالف يكون باطلاً.

قد يضطر المحكم إلى تطبيق قواعد متعلقة بالنظام العام لجهة الأساس مثلاً: القواعد المتعلقة بالنقد أو بنظام الأسعار أو بألية عمل الشركات المغفلة وعلاقة الأجهزة فيها بعضها ببعض.

أو بالتسليف أو بالعمليات المالية المنظمة...

وهنا لا بد من التفريق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي.

في التحكيم الداخلي لا تطرح مسألة هوية النظام العام فهو النظام العام الداخلي للبلد حيث يكون التحكيم.

أما في التحكيم الدولي فتطرح مسألة هوية النظام العام المطبق:

لأجل تحديد هذه الهوية يجب التفريق بين حالتين لحظتهما المادة ٨١٣ أ.م.م. جديد وهما:

- الحالة التي يكون فيها المحكم قد طبق القواعد التي اختارها الخصوم.

- الحالة التي يكون فيها المحكم قد طبق القواعد التي يراها مناسبة.

ففي الحالة الأولى يطبق المحكم قواعد النظام العام الملحوظة في القانون الذي اختاره الفرقاء.

أما في الحالة الثانية فيطبق:

- إما قاعدة النظام العام الملحوظة في القانون الذي يكون قد اختاره وغالباً ما يكون النظام العام العائد لبلد مكان تنفيذ القرار التحكيمي.

- أما قاعدة النظام العام غير المرتبط بدولة معينة أي النظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي للكلمة *Ordre public reellement international* أي النظام العام الناشئ عن الأوساط الدولية المهنية أي الأعراف الإلزامية المعمول بها في عالم التجارة الدولية دون أن تكون هذه القواعد مرتبطة

بالضرورة بالنظام القانوني المعتمد في دولة معينة Lex Mercatoria.

ومن الأمثلة على قاعدة متعلقة بالنظام العام بالمعنى الحقيقي للكلمة: القاعدة التي تحظر الرشوة، القاعدة التي تحظر تبييض الأموال، قاعدة الالتزام الدقيق بقواعد حسن النية.

وهي قواعد متعارف عليها دولياً حتى لو لم تكن مرتبطة بنظام دولة معينة.

تجدر الإشارة إلى أن المادة ٨١٣ المذكورة تسمح بالكلام عن نظام عام دولي بالمعنى الحقيقي للكلمة لأنها تنص على أن المحكم الدولي يعتد في جميع الأحوال بالأعراف التجارية. إن في عبارة الأعراف التجارية إشارة واضحة إلى قانون التعامل التجاري الدولي Lex Mercatoria.

هذا عن النظام العام المثار أمام المحكم. فماذا عن النظام العام المثار أمام القاضي:

ثانياً - في الحالات التي تطرح فيها مسألة النظام العام أمام القاضي: تطرح مسألة النظام العام أمام القاضي في مرحلتين:

- قبل صدور القرار التحكيمي.

- بعد صدور القرار التحكيمي.

١ - في النظام العام قبل صدور القرار التحكيمي:

نصت المادة ٧٦٤ فقرة ٢ على ما يلي:

«إذا رأى رئيس الغرفة الابتدائية ان البند التحكيمي باطل بشكل واضح أو أنه غير كاف كي يتيح تعيين المحكم أو المحكمين فيصدر قراراً يثبت فيه ذلك ويعلن أن لا محل لتعيين هؤلاء».

يستفاد مما تقدم أن المشتري أعطى القاضي سلطة رفض تعيين

المحكم أي سلطة منع المحاكمة التحكيمية إذا كان البطلان واضحاً.
والسؤال المطروح ما هو المقصود بالصفة الواضحة لبطلان اتفاق
التحكيم؟

من المتفق عليه علماً واجتهاداً أن مفهوم «البطلان الواضح» يجب
أن يفسر بصورة حصرية «بحيث لا ينحصر بحالة البطلان اليقيني الذي
لا يدع أي مجال للشك فيه»^(١).

كمثل على البطلان اليقيني يمكننا إعطاء الحالة التي لا يكون فيها
البند التحكيمي غير محرر في مستند خطي طبقاً للمادة ٧٦٣ فقرة ١ أو
غير موقع من الفرقاء.

والسؤال المطروح هو الآتي: هل تعتبر مخالفة البند التحكيمي للنظام
العام حالة من حالات البطلان الواضح؟

للجواب على هذا السؤال ينبغي التفريق:

- بين مخالفة النظام العام المتمثلة بعدم قابلية النزاع للتحكيم كالأحوال
الشخصية وحق النفقة والقضايا الجزائية.

- بين مخالفة النظام العام في الحالات الأخرى.

ففي الحالة الأولى يمكن القول بأن البطلان ينطبق عليه وصف
البطلان الواضح مما يعطي الصلاحية لرئيس محكمة البداية لأجل رفض
البند التحكيمي.

أما في الحالات الأخرى فصلاحيّة تقدير مطابقة أو عدم مطابقة البند
التحكيمي للنظام العام فتعود لقاضي الأساس.

٢ - في النظام العام بعد صدور القرار التحكيمي:

بعد صدور القرار التحكيمي تطرح مسألة النظام العام.

(أ) عند تطبيق المادة ٨٠٠ فقرة ٦.م.م. جديد بالنسبة للتحكيم

الداخلي.

(ب) عند تطبيق المادة ٨١٤ فقرة أولى بالنسبة للتحكيم الدولي.

(ج) عند تطبيق المادة ٨١٧ فقرة ٥ بالنسبة للتحكيم الدولي أيضاً.

(أ) النظام العام بمعنى المادة ٨٠٠ فقرة ٦ أ.م.م. جديد:

أعطت المادة ٨٠٠ فقرة ٦ أ.م.م. جديد للقاضي سلطة إبطال القرار التحكيمي إذا كان مخالفاً للنظام العام.

والنظام العام المقصود بالمادة ٨٠٠ المذكورة هو النظام العام الداخلي المتعلق بأصول المحاكمة والمتعلق بالأساس.

لا بد من الإشارة إلى أن المادة ٨٠٠ تلحظ ٦ حالات لأجل إبطال القرار التحكيمي. إن الحالات الخمس الأولى كلها حالات تدرج تحت فئة النظام العام وإن كانت تحمل تسمية غير تسمية النظام العام (قراءة النص). أما الفقرة ٦ فتتضمن صراحة تسمية النظام العام. مما يعني أن حالات مخالفة النظام العام بمعنى الفقرة ٦ تختلف عن الحالات الملحوظة في الفقرات الخمس الأولى بعبارة أخرى أن الحالات الخمس المذكورة هي حالات تطبيقية لمخالفة النظام العام أما الفقرة ٦ فهي الحالة العامة التي تطبق في جميع مخالفات النظام غير تلك المذكورة في الفقرات الخمس أعلاه.

الأمثلة على مخالفة النظام بمعنى الفقرة ٦ عديدة نذكر منها:

- قاعدة الجزاء يعقل الحقوق.

- القاعدة المتعلقة بالتعامل في البورصة.

- القاعدة المتعلقة بعمل أجهزة الشركة المساهمة.

(ب) النظام العام بمعنى المادة ٨١٤ فقرة أولى:

نصت المادة ٨١٤ على ما يلي:

«يعترف بالقرارات التحكيمية وتعطى الصيغة التنفيذية إذا أثبت الشخص الذي يتذرع بها وجودها ولم تكن مخالفة بصورة واضحة للنظام العام الدولي».

يستفاد مما تقدم أن المشتري جعل من عدم المخالفة الواضحة للنظام الدولي شرطاً من شروط الاعتراف بالقرار التحكيمي الدولي أو الصادر في الخارج وإعطائه الصيغة التنفيذية.

إن هذا الشرط يحتاج إلى إيضاحين:

- الإيضاح الأول متعلق بالطابع الواضح لمخالفة النظام العام الدولي.

- الإيضاح الثاني متعلق بمفهوم النظام العام الدولي.

إن مفهوم «الطابع الواضح» لمخالفة النظام العام الدولي بمعنى المادة ٨١٤ م.م. جديد شبيه بمفهوم «الطابع الواضح» المنصوص عليه في المادة ٧٦٤ فقرة ٢ والذي أشرنا إليه أعلاه ومعنى ذلك الطابع اليقيني لمخالفته النظام العام أي المخالفة التي تسطع والتي لا يحتاج التحقق منها إلى تدقيق وغوص في الأساس.

أما النظام العام الدولي، فهو ليس النظام العام الداخلي لدولة القاضي الناظر في مسألة الاعتراف أو الصيغة التنفيذية.

وليس النظام العام الداخلي للدولة الأجنبية المطبق قانونها على التحكيم.

بل النظام العام الدولي بمعنى القانون الدولي الخاص. وهو يشمل ليس فقط قواعد أصول المحاكمة بل أيضاً النظام العام الدولي المتعلق بالأساس.

(ج) النظام العام بمعنى المادة ٨١٧ فقرة ٥ م.م. جديد:

نصت المادة ٨١٧ فقرة ٥ على جواز استثناء القرار الذي يمنح الاعتراف أو الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي الدولي إذا كان هذا الأخير

مخالفاً لقاعدة متعلقة بالنظام العام الدولي.

إن صياغة المادة ٨١٧ تختلف عن صياغة المادة ٨١٤. فالأولى تشير إلى مخالفة النظام العام أما الثانية فتتكلم عن المخالفة الواضحة للنظام العام.

إن الاختلاف بين هذين النوعين من النظام العام ليس اختلافاً من حيث الطبيعة *difference de nature*، ففي الحالتين النظام العام هو النظام العام الدولي، بل هو اختلاف فمن حيث الدرجة *difference de degre* ناشيء عن قوة سطوع المخالفة.

إن هذه المقارنة توصلنا إلى القسم الثالث والأخير المتعلق بمقارنة النظام العام المثار أمام المحكم والنظام العام المثار أمام القاضي.

ثالثاً - في مقارنة النظام العام المثار أمام المحكم والنظام العام المثار أمام القاضي:

إن إجراء هذه المقارنة تدعونا إلى تحديد نقاط التشابه ونقاط الاختلاف.

إن النظام العام المثار أمام المحكم والنظام العام المثار أمام القاضي متشابهان:

١ - لجهة التعريف: أن مفهوم النظام العام واحد فالقاعدة المتعلقة بالنظام العام هي القاعدة الأمرية التي تفرض نفسها على الفرقاء وعلى المحكم وعلى القاضي.

٢ - لجهة النظام القانوني الذي تخضع له قاعدة النظام العام: ففي الحالتين يمكن للفرقاء إثارة مسألة مخالفة النظام العام في كل طور من أطوار المحاكمة كما يحق للمحكم وللقاضى إثارة هذه المسألة عفوياً.

أما نقاط الاختلاف فهي الآتية:

١ - إن النظام العام الذي يطبقه القاضي أرجح من النظام العام الذي يطبقه

المحكم وذلك لأن المشتري يعطي للقاضي سلطة مراقبة القرارات التحكيمية من خلال مفهوم النظام العام بحيث لا يؤخذ بالنظام العام الذي يطبقه المحكم إلا إذا كان مطابقاً للنظام العام الذي يطبقه القاضي.

٢ - نقطة الاختلاف الثانية متعلقة بوظيفة النظام العام.

للنظام العام أمام المحكم وظيفة إيجابية بمعنى أنه يؤدي إلى تطبيق القواعد الإلزامية والعمل بموجبها سواء أكان ذلك بالنسبة لأصول المحاكمة أم بالنسبة لأساس النزاع.

أما وظيفة النظام العام الذي يطبقه القاضي فهي سلبية لأنها تؤدي:

- إما إلى استبعاد البند التحكيمي وفقاً للمادة ٧٦٤ فقرة ٢.أ.م.م. جديد إذا كان البند مخالفاً بشكل واضح للنظام.

- إما إلى إبطال القرار التحكيمي الداخلي عملاً بأحكام المادة ٨٠٠ فقرة ٦.أ.م.م. جديد.

- وإما إلى حجب الاعتراف أو الصيغة التنفيذية من القرار التحكيمي الدولي بأحكام المادة ٨١٤ فقرة ١ أو ٨١٧ فقرة ٥.

وتجدر الإشارة إلى أن إبطال القرار التحكيمي الداخلي وفقاً لأحكام المادة ٨٠٠ فقرة ٦ يعيد الصلاحية إلى محكمة الاستئناف لكي تفصل في أساس النزاع في حدود المهمة المعينة للمحكم وفي هذه الحالة الأخيرة يمكن لمحكمة الاستئناف أن تطبق النظام العام بوظيفته الإيجابية أي بتطبيق قاعدة متعلقة بالنظام العام والعمل بموجبها.

أما في حالة حجب الاعتراف أو الصيغة التنفيذية فدور القاضي يتوقف عند هذا الحد: أي الرفض أو القبول ولا مجال لإعادة النظر في أساس النزاع.

٣ - أما نقطة الاختلاف الثالثة والأخيرة فهي متعلقة بمصدر النظام العام.

إن النظام العام الذي يطبقه القاضي هو بالضرورة نظام عام مرتبط

بدولة *Ordre public etatique* وهو دولة القاضي الناظر في إبطال القرار التحكيمي الداخلي أو الناظر في مسألة منح الاعتراف أو الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي الدولي.

أما النظام العام الذي يطبقه المحكم فمن الطبيعي أن يكون مرتبطاً بدولة معينة ولكن هذا الأمر ليس مفروضاً بشكل دائم وحتمي بمعنى أنه يحق للمحكم في التحكيم الدولي أن يطبق قاعدة من قواعد النظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي للكلمة أي بالنظام العام الذي أفرزته أعراف التعامل التجاري الدولي *Lex Mercatoria*. صحيح أن القاضي قد يأخذ، في معرض تطبيقه للنظام العام الدولي، قاعدة إلزامية من القواعد التي أفرزتها هذه الأعراف ولكن في هذه الحالة يبقى النظام العام مرتبطاً بدولة وذلك لأن القاضي يكون قد وسع مفهومه للنظام العام الداخلي وأدخل هذا العرف الإلزامي الدولي ضمن دائرة النظام العام الدولي المرتبط بدولته.

إن نقاط الاختلاف هذه وإن كانت حقيقية يجب ألا تحملنا على القول بأن مهمة المحكم ومهمة القاضي متعارضتان. إنهما متكاملتان. إن إصدار القرارات التحكيمية ليس هدفاً بحد ذاته (كما الفن للفن) بل المهم هو فعالية هذه القرارات عن طريق الاعتراف بها أو منحها الصيغة التنفيذية والفعالية لا تمنح إلا من قبل القضاء. إن منح الفعالية من قبل القاضي هو تنويج للقرار التحكيمي. والتنويج القضائي لا يعتبر، في دولة القانون نقضاً لسلطة المحكم أو انتقاصاً منها.

الجلسة الثانية:

الموضوع: النظام العام والتحكيم.

المناقش الأول، الأستاذ الدكتور حمزة حناد.

الدكتور حمزة حداد^(١) (مناقشاً):

أبدأ بتقديم جزيل الشكر والامتنان لمعهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية الذي أتاح لنا فرصة هذا اللقاء في المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون حول التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون.

كما أتوجه بالشكر إلى الأخ الأستاذ الدكتور رأفت الميقاتي الذي شرفني وكرمني بهذه الدعوة الكريمة في هذا الموضوع الهام والخطير فعلاً في الحياة العملية وخاصة في العلاقات الدولية الإسلامية، والعلاقات الإسلامية سواء مع بعضها البعض أو مع غيرها من الدول الغربية أو غيرها ألا وهو التحكيم بالشريعة الإسلامية وعلى التحديد التحكيم المطلق.

والأستاذ الدكتور فايز الحاج شاهين، أشكره على كلمته حول النظام العام في القانون اللبناني حيث قدم لنا ورقة عمل مفصلة في التفرقة بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي وموقف قانون الموجبات والعقود اللبناني وقانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني والنظام العام أمام المحكم والنظام العام أمام القضاء، عندما يرفع القرار التحكيمي للقضاء للتنفيذ.. طبعاً هناك الكثير من النقاط القابلة للبحث والمناقشة حول ورقة العمل القيمة التي قدمت الآن من الأستاذ الدكتور فايز الحاج شاهين.

ولكن زميلي وصديقي الدكتور رأفت طلب مني وربما أمرني أن أركز في تعليقي الآن حول الشريعة الإسلامية والتحكيم المطلق، فرضخت لأمره واستجمعت أفكاري لأشير خلال هذه الدقائق القليلة إلى بعض النقاط التي قد تكون نقاط خلاف واجتهاد وفكر، وأنا سعيد جداً أن نتناقش في هذه الأفكار لنخرج من المحنة التي نواجهها نحن كأشخاص ولا يواجهها القانون الإسلامي.

(١) وزير العدل السابق في المملكة الأردنية الهاشمية والعميد الأسبق لكلية الحقوق في الجامعة الأردنية. محام - ورئيس مركز القانون والتحكيم في عمان.



الأستاذ الدكتور حمزة حداد مناقشاً في الجلسة الثانية

نحن نواجه الأزمة في القانون الإسلامي وفي الشريعة الإسلامية كأشخاص ولكن باعتقادي الشخصي وفي رأيي الشخصي لا أزمة في القانون الإسلامي ولا أزمة في الشريعة الإسلامية وإنما الأزمة في أنفسنا، في فهم النصوص وفي شرح النصوص وفي التعليق على النصوص، وأحياناً بالانغلاق في مفهوم معين ورأي معين بحيث لا نخرج عن هذا الرأي تحت أي ظرف من الظروف مما يؤدي إلى وجود التصادم الفكري بيننا وبين غيرنا وعلى الأغلب فإن شبابنا للأسف يتجهون في أغلب الأحيان إلى غيرنا بسبب عدم قدرتنا أولاً على الإقناع وثانياً بسبب قدرة غيرنا على

السيطرة الفكرية والثقافية بالوسائل الحديثة من تلفزيون وراديو وإنترنت وساتلايت وما إلى ذلك.

والوقت لا يعطينا مجالاً لإثارة كثير من المواضيع التي نواجهها، وأنا سأتكلم مع الأخوة الحاضرين بها وهي من واقع المشاكل العملية التي واجهناها ونواجهها حقيقة في التحكيم وفي تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية فمثلاً من المسائل الهامة التي واجهناها في الحياة العملية عندما يأتي شخص كان يعمل مع شركة أجنبية يطلب تنفيذ قرارات تحكيمية صادرة في الخارج، ويطلب تنفيذها مثلاً في الأردن، من الدفوع التي توجه إلى هذه القضية، من حيث الشكل أنها مخالفة للشريعة الإسلامية، طبعاً القانون الأردني لا يحكم بالشريعة الإسلامية القانون الأردني هو قانون غربي إلى حد كبير مع بعض النصوص المستقاة من الشريعة الإسلامية سواء في القانون المدني أو في قانون الأحوال الشخصية، لكن بشكل عام القانون عندنا هو قانون أقرب إلى القانون الغربي منه إلى القانون الإسلامي.

وسوف أشير إلى هذه النقطة بعد قليل إن شاء الله.

وفيما يتعلق بالشريعة الإسلامية والقانون الإسلامي، لا شك أن القانون الإسلامي فيما يتعلق بتسوية المنازعات يذهب في اتجاهين، من الواضح أنه يذهب إلى الصلح، أو يذهب إلى التحكيم، يعني أنه يشير إلى الصلح والتحكيم.

فهناك آيات قرآنية كريمة، أستند إليها في هذا الشأن، وأرجو من الأخوة الحضور أن يصححوا إن أنا أخطأت.

ففيما يتعلق بالصلح يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿والصلح خير﴾.

وآية أخرى يقول الله عز وجل: ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما﴾ هذا على سبيل الأمر.

وآية ثالثة على سبيل المثال: ﴿إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم﴾.

إن القرآن الكريم يميل في تسوية المنازعات سواء كانت منازعات سياسية أو منازعات مالية أو منازعات في الأحوال الشخصية، يميل إما إلى الصلح أو إلى التحكيم كما هو واضح من آيات القرآن الكريم.

ولو انتقلنا إلى التحكيم لوجدنا القرآن الكريم في كثير من الآيات يشير إلى تسوية المنازعات بالتحكيم.

وإذ ذكر منها آيتين: الأولى تتعلق بتسوية المنازعات المالية والثانية تتعلق بتسوية المنازعات في الأحوال الشخصية.

الآية الأولى بحسب ما أذكر تتعلق بخصمين اختلفا فذهبا إلى سيدنا داوود عليه الصلاة والسلام، أحدهما يملك ٩٩ نعجة والآخر يملك نعجة واحدة والذي يملك ٩٩ نعجة قال أكفنيها، فذهبا إلى سيدنا داوود عليه السلام فقالا: ﴿خصمان بفا بعضنا على بعض فاحكم بيننا بالحق ولا تشطط واهدنا إلى سواء الصراط، إن هذا أخى له تسع وتسعون نعجة ولي نعجة واحدة فقال أكفنيها...﴾.

وأنا أستخلص من هذه الآية الكريمة أن النزاع هنا نزاع مالي واضح.

نزاع مالي وقع بين أخوين شقيقين فذهبا إلى سيدنا داوود عليه السلام ليحكم بينهما بالحق.

والآية الثانية فيما يتعلق بتسوية منازعات الأحوال الشخصية وهي الآية المعروفة لدى الجميع: ﴿وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها، إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما﴾ والواضح من هاتين الآيتين الكريمتين أن القرآن الكريم يتجه لتسوية المنازعات المالية بالتحكيم في الآية الأولى.

كما يتجه إلى التحكيم في الآية الثانية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، والقواعد التي يجب أن يقوم عليها حكم المحكم، بل أهم قاعدة يقوم عليها هي العدل.

كما ذكرت في لقاء بالأمس في الجامعة اليسوعية: من عظمة القرآن وعظمة الإسلام أنه لا يفرق بين الناس.

فالناس كلهم متساوون من حيث الإنسانية، ولا شك أن لكل شخص عقيدته ودينه ولا يستطيع أن نفرض ديننا على أحد كما لا يجوز لأحد أن يفرض علينا دينه بالقوة.

والآيات القرآنية واضحة وصريحة في هذا الشأن أشد الوضوح: ﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ﴾ ﴿وَجَادِلْهُمْ بَالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي دِينِنَا﴾ ﴿لَمْ نَجِدْ فَرْقًا بَيْنَ شَخْصٍ وَآخَرَ﴾ فيما يتعلق بالقرار التحكيمي الذي سيصدر في هذا الشأن.

لذلك يقول الله سبحانه وتعالى وهو يخاطب المسلمين والمؤمنين والناس كافة فيقول: ﴿وَإِذَا حُكِمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾.

قال بين الناس وما قال بين المسلمين.. ولا قال بين الإخوة إنما قال بين الناس سواء كان هذا الإنسان من المؤمنين أو من غير المؤمنين، لأن النزاع فعلاً قد يقع بين مسلم وغير مسلم كما يقع بين مؤمن وغير مؤمن، لذلك يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِذَا حُكِمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ وآية أخرى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى﴾.

وإذا: فالمبدأ الذي يجب أن يقوم عليه قرار التحكيم والمحكمين هو العدل بين الناس أجمعين.

والنبي عليه الصلاة والسلام يقول كما ورد في القرآن الكريم: ﴿وَأَمْرٌ لِأَعْدَلِ بَيْنَكُمْ﴾.

وإذا فالعدل هو أساس القرار التحكيمي الذي يجب أن يصدر. وعندنا ثلاث مسائل يجب أن أشير إليها باختصار، وهذه أحدثت

شقاقتاً وخلافاً بين المسلمين بين الفقهاء والقانونيين.

المسألة الأولى:

النظام العام والفائدة التي أشرت إليها أعني الربا هل هي جائزة في القانون الإسلامي، والشريعة الإسلامية؟

ما أعتقد أنه لا خلاف بين المسلمين في هذا الشأن فالربا محرم، وهذا ليس موضع خلاف: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾.

لكن السؤال الذي يبقى يطرح نفسه عندئذ هل الفائدة تعتبر من الربا أم لا؟ وما هو الأساس في ذلك؟

لا أريد أن أبدي وجهة نظري، لكن أريد أن أقول إن الفقهاء المسلمين أغلبهم يذهبون إلى أنها ربا، لكن هنالك فريقاً يذهب إلى القول: إن الفائدة المصرفية ليست من الربا، وبالتالي هي جائزة. والآراء مطروحة ومنهم فريق يقول: إذا كانت الدولة هي المودعة فيحق لها أن تأخذ الفائدة لسبب معين وتقوم بتوزيعها على الفقراء وما إلى ذلك.

لا أريد أن أطيل في هذا الشأن فكتب الفقه والكتب الفكرية الحديثة، تحدثت عن هذا الموضوع، ولكن الرأي الفكري الإسلامي مختلف حول هذه المسألة.

وهناك مثل أحب أن أذكره في مثل هذه اللقاءات وقد سبق وذكرته في الجامعة اليسوعية، وأرجو من إخواني الكرام وأخواتي الكريمات أن يسمعوا هذا المثل وهو مثل واقعي سمعته من إحدى الجهات في المملكة العربية السعودية، إن أحد المتنفذين الكبار في السعودية ذهب إلى بنك من البنوك، وطلب منه قرضاً قيمته ثلاثة ملايين ريال، واتفق معه على أن تكون الفائدة ١٠ في المائة سنوياً لمدة ثلاث سنوات، وانقضت مدة السنوات الثلاث، فجاء ذلك الرجل المدين إلى المصرف ليدفع الدين، وقال له هذه الملايين الثلاثة التي استدنتها منك، فقال له أين الفائدة؟ وقيمتها ١٠ في المائة.. عليك أن تدفعها قال له الرجل نحكم بيننا وبينك شرع الله.. إن

شرع الله لا يجيز الفائدة وبالتالي نذهب إلى القاضي الشرعي لتحكيم شرع الله في هذه القضية.

واضطر المسؤول عن المصرف أن يذهب إلى الملك فيصل رحمه الله، ليقول له إذا كانت الأمور المالية ستجري في السعودية علي هذا الشكل فنحن لا نريد الاستثمار في أرضكم وستغادر.

فاستدعى الملك فيصل ذلك المتنفذ وسمع منه: خصمان بغا بعضهما على بعض سمع منه وسمع من الآخر.

فسمع من المتنفذ قوله: يا مولانا ألا تريد أن تحكم الشرع؟ شرع الله يقول:

﴿فلکم رؤوس أموالکم﴾ فلا فائدة، إنها نوع من الربا.. وكل الفقهاء في السعودية يقولون إنها ربا.

وفكر الملك فيصل قليلاً في المسألة وقال: نعم نريد أن نحكم شرع الله، الحق لك إن الفائدة عبارة عن ربا ولا تدفع إلى البنك ربا ولكن سأقضي عليك بشرع الله عليك أن تقرض هذا البنك ثلاثة ملايين ريال لمدة ٣ سنوات بدون فائدة ابتداءً من هذا اليوم.

فقال له هنالك موازنة، قال هذا هو شرع الله.

فذهب الرجل المتنفذ وقال: الأفضل أن أدفع الفائدة، ولا أنفذ شرع الله ودفع الفائدة فعلاً للبنك وسارت الأمور على هذا الأساس.

المسألة الثانية التي ثارت في الفكر الإسلامي: هل يجوز للمحكم أن يكون أنثى؟ وباختصار كما يعلم الإخوة فالأغلب في الفقه الإسلامي أن المحكم يجب أن يكون ذكراً ولكن هنالك رأي فقهي يذهب إلى أنه يجوز أن يكون أنثى وأنا مع هذا الرأي الإسلامي المنفتح أنه يجوز للأنثى أن تكون قاضياً وكما يجوز لها أن تكون محكمة.

والمسألة الأخيرة التي أشير إليها وقد أشار إليها الفقهاء المسلمون

يجب أن يكون المحكم مسلماً وأنا أيضاً مع الرأي المخالف لوجهة النظر هذه وأقول: نعم يجب أن يكون مسلماً حيث يكون التحكيم إسلامياً وحيث تطبق الشريعة الإسلامية وحيث يكون هنالك دولة إسلامية وهوية إسلامية وخلق إسلامي إلخ..

لكن حيث يكون المتخاصمان من المسلمين في بلد لغير المسلمين ويحصل نزاع مالي بحت بينهما ويطبق قانون أجنبي بإرادتهما أو رغم أنفسهما فعند ذلك لا مانع أن يكون المحكم غير مسلم ومثال على ذلك مسلم فرنسي ومسلم إنكليزي: هذا مسلم وهذا مسلم، هذا يحمل الجنسية الإنكليزية، وهذا يحمل الجنسية الفرنسية، حصل بينهما خلاف مالي بحت لا علاقة للشريعة الإسلامية فيه حول تسليم البضاعة في فرنسا، والبضاعة مستوردة من بريطانيا. واتفقا على أن يكون القانون الفرنسي هو القانون الواجب التطبيق واتفقا على محكم.. فلا أعتقد أن الشريعة الإسلامية تصر في هذا الشأن على أن المحكم يجب أن يكون مسلماً.

إذاً باختصار من الممكن أن يكون المحكم مسلماً ومن الممكن أن لا يكون مسلماً بحسب الظروف وحسب المواصفات والنبي عليه الصلاة والسلام يقول: أتم أدرى بشؤون دنياكم. وشكراً لكم أجمعين.

الجلسة الثانية:

الموضوع: التحكيم بالصلح في الشريعة الإسلامية.
الباحث الثاني: المحامي الدكتور عبد الحميد الأحمد.

التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامي

عبد الحميد الأحذب^(١)

القسم الأول: التحكيم في التشريع الإسلامي

الفرع الأول: نظرة عامة

المبحث الأول: النظام القضائي في التشريع الإسلامي

يتميز التنظيم القضائي في الشريعة الإسلامية بتفريقه ما بين «القضاء العادي» والقضاء غير العادي.

ومع أن هذين التعبيرين لا يتأنيان من المفردات المعهودة في العقيدة الإسلامية، فإنه من الثابت أن هناك مسلكية قضائية، تمارس من خلال قواعد إجرائية وثبوتية محددة ومقيدة بالنصوص، مماثلة لما يطلق عليه في التعبير الغربي «Ordo Judiciorum Privatorum» ومسلكية قضائية متحررة من هذه القواعد، ومتروكة لتقدير الجهة التي ترعاها، ومرتكزة على أصول الإنصاف والعدالة.

وان الشكل القضائي الأول المشار إليه أعلاه. هو ما يطلق عليه تسمية القضاء، والشكل الثاني ينطبق بشكل أساسي على ما يطلق عليه تسمية «المظالم».

١ - «القاضي» أو القضاء العادي:

إن «القاضي» هو دون شك، العضو الأبرز في التنظيم القضائي الإسلامي، وهو الذي يتمثل به القضاء العادي، وذلك في مقابلة قضاة موظفين متعددين آخرين، يمثلون تنظيمات قضائية مختلفة، تتم الممارسة القضائية غير العادية من خلالها.

(١) أمين عام مجلس التحكيم العربي الأوروبي، محام وأستاذ في كلية الحقوق - بيروت.



المحامي الدكتور عبد الحميد الأحذب باحثاً في الجلسة الثانية

واختصاصات «القاضي» وصلاحياته الموضوعية، محددة بموجب التشريع، الذي وإن كان غير مقنن، إنما هو حائز على اجتماع أئمة الفقه. وهذه الاختصاصات والصلاحيات هي عامة، وتتناول كافة الميادين القانونية.

ويحدد القانون نفسه القواعد المعتمدة في أصول المحاكمة لدى «القاضي»، متمثلة في ما لديه من سلطة تنفيذ بعض الأوامر والقرارات.

وتمكيناً للقاضي من إحقاق الحق وتطبيق الأصول، في ما تعلق بالاجراءات والتحقيقات المعتمدة، فإن القانون وفقاً للمذهب المالكي، يقر

للقاضي العادي بسلطة إلزامية وقمعية جد واسعة. أما لدى بقية المذاهب الإسلامية، فإن هذه السلطة هي أقل مدى واتساعاً. وهكذا فإنه من المسلم به، إن للقاضي الحق في حبس المدعى عليه، الذي يرفض أن يعترف بصحة مطالب خصمه أو ينكرها^(١). وكذلك الأمر بالنسبة لنفس هذا المدعى عليه، الذي يرفض الامتثال إلى أمر القاضي، بإحضار الغرض المنقول موضوع النزاع. فإن بإمكان القاضي إعطاء الأمر بحبسه وإبقائه موقوفاً، حتى تحقق الغاية من هذا الإحضار، أو حصول الإثبات بأن الغرض موضوع النزاع، قد ضاع أو تلف^(٢). وللقاضي أيضاً سلطة إكراهية مماثلة، تجاه المتداعين في ما يتعلق بالتنفيذ الإكراهي لبعض قرارات التحقيقات القضائية.

وهذه المبادئ الثابتة المتعلقة بالصلاحية، تتضمن في الوقت نفسه بعضاً من الاستثناءات الهامة.

ففي المكان الاستثنائي الأول، فإن للقاضي في المذهب المالكي، فضلاً عن صلاحيته كقاض عادي، سلطة نابعة من القضاء غير العادي، تطلق عليها تسمية «السياسة الشرعية». وهي عبارة عن نهج في الاجتهاد، يعطي للقاضي حرية واسعة للتوصل إلى حل عادل للنزاع المعروف عليه. الأمر الذي أدى في بلاد المغرب العربي، خاصة حيث للمذهب المالكي انتشار واسع، إلى حصر نطاق تطبيق سياسة المظالم بصورة ملحوظة.

وفي المكان الاستثنائي الثاني، ونظراً للابتعاد عن التقيد بسياسة المظالم في بقية بلدان العالم الإسلامي، وللأهمية المتعاضمة لموقع «القاضي» فيه، فإن للسلطات العليا أن تعهد إلى القاضي، إضافة إلى مهامه وصلاحياته في إطار «القضاء العادي» بسلطة حرة نابعة من تشريع «المظالم».

(١) ابن عابدين: رد المحتار، الجزء الرابع، ص ٥٨٥.

(٢) الغزالي: الوجيز، الجزء الثاني، ص ١٤٨.

٢ - «المظالم» أو القضاء غير العادي:

هناك سلطة قضائية أخرى يشار إليها عادة بالتعبير العام: «المظالم»، وهي في النظام القضائي الإسلامي العام، تتمثل في قضاء ذي مرتبة عليا، ميدانه واسع وغير مقيد بأية قاعدة ثابتة ومحددة.

إن ميزات القضاء غير العادي تتمثل في «المظالم»، في ميدانين أساسيين: الصلاحية المتعلقة بهذا القضاء، والسلطة الصالحة لممارسته.

ففي ما خص الصلاحية، ليس هناك أي نص ولا أية قاعدة مكتوبة أو عرفية، تحدد أنواع النزاعات الخاضعة لهذا القضاء. فمن جهة، إن نطاقها يمتد إلى جميع النزاعات التي تدخل في صلاحية «القاضي» في القضاء العادي، وفي صلاحية القضاء الاستثنائي. ومن جهة ثانية، واستناداً إلى توسع مفرط لمفهوم العدالة والقضاء، فإن إجراءات «المظالم» قد أدخلت إلى كافة أنواع النزاعات، وهي قد طبقت في الواقع على جميع الحالات القضائية.

وفي ما يتعلق بالسلطة الصالحة لممارسة هذا النهج القضائي، فإن تحديدها يتأتى بشكل أساسي من ثلاثة اعتبارات:

أ - إذا وجد «القاضي» في القضاء العادي، نفسه عاجزاً عن تأمين العقاب في قضية ناشئة ضمن صلاحيته، يقتضي اللجوء إلى سلطة أعلى وأقدر، بحيث لا يكون المرتكب قادراً على تحدي سلطتها^(١). إن إجراءات المظالم تتمثل في تأمين تنفيذ حكم العدالة، بوضع سلطة أعلى من سلطة القاضي تحت تصرفها، حيث أن القاضي ليس معزولاً عن الضغوط المختلفة، كما وليس بإمكانه دائماً تنفيذ أحكامه وأوامره.

ولهذا السبب فإنه من ضمن مفهوم نظرية «المظالم»، يقتضي أن يكون المسؤول عنها شخصاً لا يمكن أن يكون على مدى سلطته

(١) الماوردي: أدب القاضي.

أي حد أو مأخذ، وأن تكون قدرته فوق كل قدرة سواها. وبالنتيجة، فإن معظم خصائص إجراءات «المظالم» تفترض لدى المسؤول عن مهامها. أن يلجأ إلى هذه السلطة، وإلى هذه المقدره العليا.

ب - إن إجراءات «المظالم» هي إجراءات كيفية، في ما يتعلق بسلطة القرار ووسائل الإثبات. وهي لا تشتمل على التحديات والقواعد الصارمة في الإجراءات العادية. وبالتالي، فإنه لا يمكن تطبيقها إلا بواسطة أشخاص، لا يفرض القانون عليهم حدوداً وموانع خلال ممارسة سلطتهم.

ج - إن الأفعال والوقائع القضائية في إجراءات «المظالم»، يمكن أن تنتج عن تصرفات أشخاص أو مجموعات أو مؤسسات... إلخ... ولذلك يقتضي أن يكون الشخص المولج إليه تنفيذ عدالة «المظالم» واستناداً إلى موقعه السلطوي، متمتعاً بسلطة قانونية وواقعية تطاول الجميع، وتتناول كل الوقائع والأفعال، وأن يكون بالتالي المرجع الأعلى، الذي لا يمكن الطعن بصلاحيته، لأي سبب من الأسباب.

لذلك فإن سلطة القرار في هذا القضاء لا تحدها حدود. ولذلك أيضاً فإن الأمير، الحاكم المطلق وحده، هو الذي تجتمع إليه هذه الصفات والقدرات اللازمة، لتأمين تحقيق الاعتبارات الثابتة المذكورة.

وإلى ذلك يقتضي أن يضاف كما سبق القول، إن تنظيم محكمة «المظالم»، ليس خاضعاً لقواعد محددة. وبالطبع هناك دائماً مسؤول عن المهام القضائية، أو مندوب عنه، إلا أن هذا المسؤول أو مساعده يمارس كل منهما عمله القضائي منفرداً تارة، وطوراً مستعيناً بمساعديه. وإن دور هؤلاء المساعدين ليس واحداً في كل الحالات، فتارة يشاركون في حضور الجلسات بدور سلمي، ولمجرد المواكبة وإضفاء الهيئة على سلطة الرئاسة، وطوراً يعهد المسؤول إليهم ببعض من صلاحياته. وبسبب صفتها

غير العادية المرتبطة بالسلطة، فإن إجراءات «المظالم» لا تتداخل مع النظام الفقهي للقانون الوضعي الإسلامي.

ولهذا السبب أيضاً، فهي ليست مطبقة في أيامنا هذه، في البلاد العربية، حتى في الحالات التي يجري فيها تعيين بعض المحاكم والهيئات القضائية، استناداً إلى تسمية هذا المرجع.

المبحث الثاني: التطور التاريخي للتحكيم في الشريعة الإسلامية

أولاً - مرحلة ما قبل الإسلام:

كانت الحياة في الصحراء^(١) تركز على مبدأ الانتقام الشخصي. ولم يكن هناك من سلطة مركزية، لحفظ النظام وحماية حقوق الأفراد.

وقد كان ذلك هو الرأي والنهج السائد لدى القبائل. كما وكانت القواعد والعادات القبلية، هي المعتمدة كمرجع. وقد كان ناتج ذلك أنه لم يكن لدى العرب في مرحلة ما قبل الإسلام، سلطة قضائية حقيقية، بمقدورها أن تفصل في النزاعات، وأن تفرض احترام الحقوق، وأن تضع حداً للسلط.

وعوضاً عن سلطة قضائية منظمة، كانت هناك سلطة قبلية ممثلة بشيخ القبيلة، متأقلمة مع الشكل المتناسب مع وضع حياة القبائل البدائية.

لقد كان التحكيم معروفاً من عرب الجاهلية. وكان من الرائج أن يلجأ إليه الأفراد في نزاعاتهم في ما بينهم، وأن تلجأ إليه القبائل في نزاعاتها فيما بينها وذلك بهدف الوصول إلى حل لهذه النزاعات. وكان هذا التحكيم يعتمد بموجب اتفاق يتضمن ذكر موضوع النزاع، كما

(١) هذا العرض للنظام القضائي ولقواعد التحكيم، التي كانت سارية المفعول ما قبل الإسلام، هي مستقاة من كتاب الدكتور صبحي المحمصاني: الأوضاع التشريعية في البلاد العربية، ماضيها وحضارها (الجزء الثاني - دار العلم للملايين ص ٣١ - ٣٢ - ٣٣).

يتضمن تسمية الحكم أو «الحكيم» المكلف بالنظر فيه، والتاريخ القبلي حافل بهذا الصدد بالأمثلة التحكيمية. وعديدون هم الحكام الذين برزوا في ذلك الماضي البعيد، وباتت لهم شهرتهم الواسعة^(١).

وقد كان التحكيم اختيارياً، ومتروكاً لحرية الفرقاء في الاختيار. كما أن تنفيذ القرار التحكيمي لم تكن له الصفة التنفيذية الإلزامية. وكان ذلك التنفيذ يعتمد بشكل أساسي، على مجرد سلطة الحكم المعنوية. ولهذا السبب، فإن بعض الحكام كانوا يفرضون على الفرقاء التزامات محددة، مستهدفين بذلك التأكد من أن قراراتهم ستقبل من الفرقاء، وسيجري تنفيذها.

وقد كانت الاجراءات التحكيمية بسيطة وبدائية، إلا أن ذلك لم يكن يمنع، من أن يعتبر الحكام توجب حضور كلا فريقى النزاع للمحاكمة، شرطاً أساسياً لصحة التحكيم.

كما كانوا يعتبرون أن أي مطلب لأي من الفرقاء، يقتضي إثباته، لأن القاعدة كانت تنطلق من أن الموجب غير موجود، وإذا كان هناك من موجب فيقتضي إثباته.

وعليه، ووفقاً لما ذهب إليه أحد الحكام^(٢)، فإن الإثبات هو على من ادعى، واليمين على من أنكر^(٣) وقد اعتمدت الشريعة الإسلامية لاحقاً هذه القواعد نفسها^(٤). وهي قواعد غالباً ما نجدها في العديد من القوانين

(١) نذكر من هؤلاء: أكثم بن صيفي وحاجب بن زرارة والأقرع بن حابس وربيعة بن مخاشن من قبيلة تميم، وعامر بن الطرب العدواني وغيلان ابن سلمة الثقفي من قبيلة قيس، وعبد المطلب بن هاشم وأبو طالب ابن هاشم والعلاء بن حارثة من قبيلة قريش - يراجع في هذا الموضوع، كتاب بلوغ الأرب، الجزء الأول، ص ٣٠٨ - ٣٤٢ - والميداني الجزء الأول ص ٣٥ والأغاني (الجزء الثالث ص ٢).

(٢) قيس بن ساعدة الأيادي.

(٣) الميداني (جزء ١ ص ٩٩).

(٤) المادة ٧٦ من المجلة العثمانية «فلسفة التشريع» (ص ٢٩٤).

المعاصر. وذلك يعني أن على المدعي أن يوفر الإثبات على مدعاه، إلا أن بإمكانه في حال لم يتمكن فيها من النجاح في ذلك الإثبات، أن يطلب خصمه إلى حلف اليمين. وقد كان لذلك أهمية استثنائية في موضوع إيصال النزاعات إلى شاطئء الحلول. وهكذا فقد جرى حلف اليمين مرات عديدة في مواجهة تمثال «هبل» الذي كان معلقاً في الكعبة^(١). وقد مارس العديد من الكهنة مهنة التحكيم، في عصر ما قبل الإسلام^(٢).

ومع ظهور الإسلام، فقد حصل تحول أساسي وجذري في شبه جزيرة العرب، التي لم تعد مجرد أرض يعيش عليها جملة من القبائل المتقاتلة، بل أضحت إطاراً جغرافياً لدولة ذات سلطة، يحكمها النبي (ﷺ) ومن بعده خلفاؤه الراشدون.

ثانياً: النظرية الإسلامية في التحكيم

ما هو الموقف الذي اتخذه الإسلام من التحكيم؟

لقد اعترف الإسلام بشرعية التحكيم الذي ورد ذكره في القرآن الكريم، وهو محدد في إحدى آياته البينات التي اعتمدت مبدأه^(٣).

﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعمًا يعظكم به إن الله كان سميعاً بصيراً﴾.

وقد قبل الرسول (ﷺ) أن يكون حكماً في إحدى القضايا التي عرضت عليه. بل هو لمزيد من الدقة، قد عين حكماً، ووافق على القرار

(١) أصبحت لاحقاً: الحجر المقدسي في الإسلام، يراجع عبد الرحيم (ص ٦).

(٢) السيوطي «لباب النقول في أسباب النزول»،

ملاحظة «الجلالين» (القاهرة ص ٨٤) - بلوغ الأرب (جزء ٣ ص ٦٦ ص ٣٠٠).

(٣) الآية ٥٨ من سورة النساء.

الذي أصدره هذا الأخير بصدد النزاع الحاصل^(١) كما أنه نصح إحدى القبائل^(٢) بأن تعمد إلى حل نزاعاتها بواسطة التحكيم^(٣). وقد اتبعه الخلفاء الراشدون في ذلك، في ما تعلق بالنزاعات المتعلقة بالأموال.

وقد أكدت «السنة» على اعتماد النهج التحكيمي^(٤). وقد أجمع صحابة النبي على الاعتراف بصحته^(٥) بعد حصول نزاع حاد، ما بين الخليفة عمر بن الخطاب، ورجل من عامة الناس، يدعى أبي بن كعب^(٦). اتفق الفريقان على حل هذا النزاع بواسطة أحد الحكام، وذهب لرؤيته لهذه الغاية. وقد دهش الحكم المختار لذلك وسأل الخليفة، لماذا يستدعه إليه، بدلاً من أن يكلف نفسه عناء المجيء إلى بيته، فأجابه الخليفة: عندما نحتكم، يقتضي أن نأتي إلى بيت الحكم للطلب إليه أن يفصل في النزاع. حينئذٍ دعاها الحكم للدخول إلى بيته، وقدم للخليفة وسادة ليرتاح إليها، فرفضها الخليفة قائلاً: هذا أول تصرف من قبلك يفتقر إلى الإنصاف».

يستنتج من ذلك أنه كان مفترضاً في الحكم أن يتصرف في تحكيمه كالقاضي، وأن يتسم بالحياد التام ما بين الفرقاء. وقد كان تقديم الوسادة للخليفة بمفرده دون خصمه، يعتبر، وقد حصل خلال عملية التحكيم، عملاً مفترضاً إلى العدالة والإنصاف.

(١) أبو عبد الله بن خراج المالكي، المعروف باسم ابن الصلاح «أحكام النبي» بحث الدكتور محمد ضياء العظمي - الصادر عام ١٩٧٨ ص ٦٧٦. الحكم، كان رجلاً يسمى الأعور بن بشانه.

(٢) بني كزناطة.

(٣) علي حيدر: «درر الحكماء في شرح مجلة الأحكام» كتاب التنظيم القضائي، العنوان الرابع: الحكم كان سعد بن معاد.

(٤) نقلت عن ابن طلافني كتابه: أحكام نبي الله - ص ٦٧٦.

(٥) مبسوط، الإمام الصرصافي.

(٦) وكان الحكم زيد بن ثابت.

وقد كان الإجماع، وهو ثالث منابع الشريعة الإسلامية، أكثر وضوحاً، في ما يتعلق بتحديد التحكيم وفي تحديد ميدان تطبيقه. من ذلك يستنتج أن صحة التحكيم وشرعيته، لم تكن إطلاقاً مجالاً لأي شك، أو أية مناقشة في الشريعة الإسلامية.

وقد كان هناك منحى مخالف في ما يتعلق بميدان التحكيم. فقد حصلت مناقشة في موقعه صفيين، حول معرفة ما إذا كان باستطاعة التحكيم، أن يتطرق إلى موضوع تعيين خلف للخليفة، وبشكل عام، أن يتطرق للنزاعات المتعلقة بالسلطة والحكم.

وقد كان الأمر كذلك بالنسبة للمناقشة التي حصلت ما بين جملة من المدارس، ذات الاتجاهات المختلفة حول التفسير الذي يقتضي إعطاؤه للتحكيم، وما إذا كان يقتضي أن يعتبر مجرد محاولة لاحقاً الصلح ما بين المتنازعين (أي التحكيم بالصلح)، أو إذا كان يقتضي أن يعهد إلى الحكم الفصل في النزاع (أي اعتباره تحكيمياً بالمفهوم المعتمد في العالم الغربي في هذه الأيام).

أ - ميدان التحكيم:

لقد ورد ذكر التحكيم في موضوع النزاعات العائلية صراحة، في القرآن الكريم في إحدى آياته البينات^(١):

﴿وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً﴾.

وكذلك في الآية:

﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً﴾.

(١) الآية ٣٥ من سورة النساء.

وإذا كان التحكيم مشروعاً في موضوع النزاعات العائلية، ومعتراً به في موضوع الأموال، فهل الأمر كذلك في ما خص النزاعات المتعلقة بمواضيع السلطة والحكم؟

إن أول نزاع يتعلق بالسلطة والحكم، قد نشب عقب وفاة الخليفة عثمان بن عفان (ثالث الخلفاء الراشدين)، إذ عمد معاوية إلى رفض الاعتراف بحق الخليفة علي بن أبي طالب بالخلافة^(١). فنشبت نتيجة لذلك حرب أهلية بين المسلمين. وقد طرحت هذه الحرب جملة من المسائل، ومن بينها معرفة ما إذا كان بالإمكان تطبيق التحكيم، في مادة النزاعات المتعلقة بخلافة النبي (ﷺ).

وبتعبير آخر، كان المطروح تحديد المدى الذي يمكن انتهاجه في الموضوع التحكيمي. وفي وقائع ذلك، ان جيش الخليفة علي بن أبي طالب وجيش معاوية تلاقيا في صفين. وعند تلاقيهما رفع أتباع معاوية القرآن الكريم، كل على رمحه، مما أجبر علياً على وقف المعارك. وأرسل إلى معاوية رسلاً يستفسرون عن الهدف من هذا التصرف، فأجاب معاوية: «لقد أردت أن أختار واحد من رجالي، وأن تختار واحد من رجالك، كيما يفصلا في نزاعنا، وأن يصدرا قرارهما، استناداً إلى أحكام كتاب الله.

وقد عاد المرسلون بهذه الإجابة إلى علي.

فحاز العرض على موافق غالبية رفاقه. ومع وجود معارضة الأقلية لهذا العرض، فقد وقف علي إلى جانب رأي الأكثرية.

واتبع ذلك بتعيين حكّمين، التقيا وحدداً معاً وكتابياً، مجمل النقاط التي اتفق عليها الفريقان، وبذلك فقد تحدد اتفاق التحكيم كتابياً.

(١) كان الإمام علي بن أبي طالب رابع الخلفاء الراشدين المنتخبين. وكان معاوية بن أبي

سفيان حاكم دمشق. وقد حصل بينهما نزاع حول حق الإمام علي بالخلافة.

وبدون أن نعد إلى سرد هذا المستند، فإننا نكتفي بملاحظة الأمور التالية:

- ١ - إننا هنا بصدد أول تطبيق عملي للتحكيم، وفقاً لما دعا إليه القرآن الكريم، في حالات النزاعات العائلية. ومن ثم انتقل إطار تطبيقه إلى الدولة، وإلى النزاعات المتعلقة بالسلطة، وذلك انطلاقاً من مبدأ «القياس».
 - ٢ - وللمرة الأولى في التاريخ، فقد كان التحكيم وسيلة اعتمدت لحل النزاع والصراع على السلطة.
 - ٣ - إن هذا المستند، هو مماثل تماماً للاتفاقات التحكيمية الحاصلة في أيامنا هذه.
 - ٤ - يلاحظ أن هذا الاتفاق قد حدد الاجراءات التحكيمية التي يقتضي اتباعها، وكذلك الأمر بالنسبة للقانون الذي يقتضي اعتماده، وهو هنا... القرآن الكريم.
 - ٥ - كما يلاحظ أنه حدد المحكمة التحكيمية، والحكم المعين من قبل كل فريق.
 - ٦ - ويلاحظ ذلك، أن الاتفاق قد نص على أن القرار التحكيمي الصادر، له بحد ذاته، صفة تنفيذية، ولا يحتاج لأية صيغة لاحقة لتنفيذه.
 - ٧ - يبقى أن هناك نقصاً غريباً وهاماً، وهو أن هذا الاتفاق التحكيمي، لا يذكر الغرض والموضوع الذي يرمي إليه هذا التحكيم.
- وعلى أثر هذا الاتفاق، قام نزاع عنيف ما بين الخليفة علي بن أبي طالب وبين الخوارج الذين اعتبروا أن هذا الأخير لم يكن له الحق باللجوء إلى التحكيم.
- وقد أدى هذا النزاع الحاد، إلى سلسلة من الصراعات الدامية. ويحكى بهذا الصدد، ان الخوارج الذين كانوا يقتلون كل الأشخاص الذين دفعوا بالإمام علي بن أبي طالب إلى القبول بالتحكيم، فاجئوا الإمام «أبي

«حنيفة» مرة بدخولهم إلى منزله، وكان واحداً من الذين أيدوا التحكيم بين الإمام علي ومعاوية، وهددوه بوجوب الإقرار بذنبه والتراجع عن موقفه بتأييد التحكيم. وإلا فإن مصيره الموت. فطلب الإمام أبو حنيفة النقاش مع رئيسهم، فكان له ذلك، فسأله أبو حنيفة: وما يحصل إذا لم نتفق على الموقف الذي علي اتخاذه، فأجابه رئيس الخوارج: نعين حكماً يفصل في ما بيننا من نزاع، فأجاب «أبو حنيفة»: «ها انكم توافقون على التحكيم إذن». فتراجع الخوارج عنه دون أن يثبتوا بينت شفة^(٢).

٢ - نظرية التحكيم في الشريعة الإسلامية:

لقد نشأ خلاف بصدد نظرية التحكيم في الشريعة الإسلامية بحد ذاتها، ولكن ذلك لم يتخذ في تطوره منحى دامياً، كذلك الذي اتخذ بصدد النزاع المتعلق بميدان تطبيق التحكيم. تلك الخلافات نفسها واكبت في الواقع تطور مختلف القوانين الغربية، بما فيها القانون الإنكليزي، والقوانين الأوروبية المختلفة الناتجة عن القانون الروماني.

تعاكس في هذا الصدد نظريتان^(٣):

١ - النظرية الأولى: تنطلق من أن التحكيم هو بالنتيجة «تحكيم بالصلح» أو بالأحرى مصالحة غير إجبارية ما بين الفرقاء. وتستند هذه النظرية إلى إحدى الآيات القرآنية^(٤):

﴿وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من

(١) أبو المذهب السني الحنفي.

(٢) دكتور عبد الرحمن الشرفاوي، أئمة الفقه التسعة ص ٦٢.

(٣) كتاب شرح المذاهب - كتاب الاقضية - جزء ٢٠ وكتاب القضاء لشهاب الدين ابن إسحق المعروف باسم ابن أبي الدم الحموي، أبحاث الدكتور وهبي الزحيلي - منشورات المجمع العلمي ص ١٣٨ - ١٣٩.

(٤) الآية ٣٥ من سورة النساء.

إن عدد الحكام في هذه الآية هو مزدوج. ولا يكون القرار التحكيمي نهائياً ولا إلزامياً، إلا في الحالة التي يتم فيها القبول به من قبل فرقاء النزاع. وإن مؤيدي واتباع هذه النظرية، يعتبرون أنه في الحالة المعاكسة أي، في حالة ما إذا كان القرار التحكيمي ملزماً للفريقين، فإن ذلك يعادل الطعن والتشكيك بالقضاة الحكوميين، مما يشكل طعناً وتشكيكاً بسلطة الإمام والسلطات العامة.

ووفقاً لرأي للإمام الشافعي^(١)، فإن القرار التحكيمي ليس قابلاً للتنفيذ، إلا بموجب توافق الفريقين على تنفيذه، لذلك فإن التحكيم وفقاً للإمام الشافعي، ليس له الطابع القضائي، بل هو يداني المصالحة، وهو أقرب ما يكون إليها.

٢ - والنظرية الثانية تستند هي الأخرى إلى آية قرآنية كريمة^(٢):

﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ...﴾.

ومن هذه الآية يتبدى أنه، إن يكن الحق للحاكم بالحكم، فذلك يعني إصدار أحكام ذات طابع إلزامي. وإن القرار الذي يصدر عن التحكيم، والذي يقتضي أن يفصل في النزاع، يتوجب أن يكون ملزماً للفرقاء. ينتج عن ذلك أن الهيئة المكلفة بالمهمة التحكيمية، يقتضي أن تكون مشكلة بوضعية تمكنها من فصل النزاعات، أي بطريقة تمكن الأغلبية من اتخاذ القرار، إذا كان من المعذر اتخاذه بالإجماع. وبالتالي فإن عدد الحكام يقتضي أن يكون وترأ.

ولكن أيضاً من النظريات لم تعتمد موقفاً واضحاً في هذا الإطار.

(١) المورد في «أدب القاضي» جزء ٢ ص ٣٨٢.

(٢) الآية ٥٨ من سورة النساء.

وهناك بهذا الصدد جملة واسعة من الآراء، في كل من المذاهب الإسلامية السنية الأربعة، وهي المذهب الحنفي والحنبلي والشافعي والمالكي، وكذلك هو الأمر بالنسبة للمذهب الشيعي.

وكان لكل من كبار علماء ومفكري الشريعة الإسلامية رأيه الخاص الذي يخالف به رأي الآخرين. وذلك في ما يتعلق بالموضوع التحكيمي. إلا أن جميع وجهات النظر كانت تنتسب بالنتيجة، إلى إحدى النظريتين الأساسيتين المشار إليهما.

إلا أنه يقتضي في مطلق الأحوال أخذ الحذر والابتعاد عن الاستنتاج السهل، المتمثل في مزج النظريتين المشار إليهما بالنظريات التحكيمية والحديثة في الغرب. والأمر نفسه يسري بصدد مزجها بالنظرية الاشتراكية للتحكيم.

إن النظريتين هاتين المعروفتين في الشريعة الإسلامية، لهما خصائص لا تتطابق بالضرورة مع النظريتين المعروفتين حالياً في العالم. وفي الواقع، إذا كان التحكيم المرتكز إلى محاولات توفيقية غير ملزمة للفرقاء، يمكن مقارنته إلى التحكيم بالصلح المعروف في الغرب، إلا أن المسلم به أنه لا يتماثل تماماً مع التحكيم المعتمد من قبل المدرسة الحديثة في الغرب، والأمر عينه بالنسبة للتحكيم المؤدي إلى قرار إلزامي. ذلك أنه إذا كان هذا التحكيم على شيء من التماثل مع التحكيم المعروف في القوانين الغربية، إلا أنه لا يمكن مطابقته به بشكل كامل.

وقد اعتمدت المجلة العثمانية التي كانت أول تشريع مدني إسلامي مقنن، حلاً آخر يتلخص كما يلي: إن التحكيم هو مصالحة، إلا أنه يمكن في أي وقت طلب رد المحكم، إلا إذا كان القاضي قد أجاز تعيينه، أو وافق على هذا التعيين. فيكون الحكم في هذه الحالة، ممثلاً ومنتدباً من القاضي، ولا يمكن بالتالي المطالبة برده.

وقد ذهب البعض إلى درجة التأكيد، بأن التحكيم بالصلح في

الشريعة الإسلامية، هو القاعدة، وان التحكيم وفقاً للقانون ليس إلا الاستثناء. وفي غياب تعبير واضح للفرقاء عن رغبتهم في اللجوء إلى التحكيم وفقاً للقانون، فإن التحكيم المذكور من قبلهم دونما تحديد، يكون المقصود به هو التحكيم بالصلح^(١).

٢ - التحكيم في المذاهب الإسلامية الأربعة^(٢):

أ - المذهب الحنفي:

يعتبر المذهب الحنفي ان التحكيم عمل مشروع، انطلاقاً من أنه مجاز في القرآن الكريم والسنة والاجماع والقياس، وإن أئمة هذا المذهب يرون أنه مجاز ومشروع على صعيد اجتماعي آخر، ذلك أنه يلبي حاجات اجتماعية هامة، إذ ييسر من إجراءات اللجوء إلى المحاكم، وهو أقل منها تعقيداً^(٣).

وقد ذهب بعض هؤلاء الأئمة إلى القول، إن المحكم يمارس تجاه

(١) عمر القاضي: التحكيم الدولي بين الشريعة الإسلامية والقانون الفرنسي والمصري ص ١٩٠ - ١٩١ - أطروحة دكتوراه باريس ١١.

(٢) الموردي: «أدب القاضي» ص ٣٧٩.

- ابن عابدين «رد المحتار» جزء ٤ ص ٤٨٢.

- ابن فرحوم: تبصرة الحكام - القاهرة ١٣٧٨ هجرية.

- سيدي خليل الحطاب: «مواهب الجليل» القاهرة ١٣٢٩ هجرية.

- ابن قدامة: «المفتي» ص ٤٨٢.

- دسوقي: (الشرح ص ١٥٣).

- ابن ديوان: (منار السبيل) ص ٤٥٩.

- الغزالي: «الوجيز» ص ٢٣٨.

- الراملي: «نهاية المحتاج».

(٣) معين الحكام ص ٢٤ - ٢٥.

- شرح فتح القدير جزء ٥ ص ٤٩٨.

- ابن عابدين: «رد المحتار».

الفرقاء المهمة نفسها التي للقاضي، وأنه لا يتمثل كمصلح بين الفرقاء إلا بالنسبة للغير.

ويعتبر المذهب الحنفي أخيراً أن التحكيم يقترب كثيراً من التفويض والمصالحة^(١).

ب - المذهب الشافعي:

يعتبر أئمة هذه المدرسة أن تعيين شخص من قبل الفرقاء، مختار من جمهرة الناس العاديين (أي من الأشخاص الذين ليس لهم منصب قضائي)، يهدف إلى الفصل في نزاع ما، قائم في ما بينهم، يشكل عملاً سليماً وقانونياً، بغض النظر عما إذا كان هناك قاض معين، في المكان الذي نشأ فيه النزاع أم لا^(٢). وهذا المذهب يبرر شرعية التحكيم استناداً إلى التاريخ الإسلامي، حيث ذهب المسلمون إلى الخليفة عمر بن الخطاب، واختاروه حكماً للفصل في نزاعاتهم.

إلا أن هذا المذهب يعتبر من جهة أخرى، إن للمحكم موقفاً ودوراً يقل في أهميته عن موقع القضاة. إذ إن بالإمكان عزله، بينما يتعذر ذلك بالنسبة للقاضي. وهو يعتبر إضافة إلى ذلك، أن التحكيم تزداد أهميته وضرورته، في المراحل التي ينتشر فيها الفساد في الجسم القضائي^(٣).

ج - المذهب المالكي^(٤):

ويعطي المذهب المالكي للتحكيم ثقة كبيرة، إلى درجة أنه يخول لأحد الفرقاء أن يكون حكماً في قضية، إذا كان خصمه قد اختاره لهذه المهمة. وتبرير ذلك أن هذا النهج، يعيد حل النزاع إلى ضمير الخصم،

(١) «الفتاوي الهندية» جزء ٣ ص ٤٦٨.

(٢) الموردي: «أدب القاضي» ص ٣٧٩.

(٣) ابن عابدين: «رد المحتار» جزء ٤ ص ٤٨٢.

(٤) ابن فرحوم: تبصرة الحكام - القاهرة ١٩٥٨ جزء ١ ص ٥٥.

كما هو الأمر في اليمين الحاسمة، التي تقترب في هذا المنحى من التحكيم، إذ يعمد كلاهما إلى تحكيم ضمير الخصم. ويعتبر المذهب المالكي من جهة أخرى، أن قرار المحكم له الصفة الإلزامية، إلا في الحالة التي يبرز فيها في القرار «ظلم فاضح». ومن جهة أخرى، وفقاً لأئمة هذا المذهب، لا يكون من نتائج التحكيم، كف يد القاضي الذي يحتفظ ببعض سلطة الرقابة والتأكد، من أن المحكم لم يصدر قراراً يحتوي على «ظلم فاضح».

وأخيراً، ووفقاً للمذهب المالكي، فإن نتائج التحكيم محصورة بالفرقاء، ولا يمكن أن تطاول الغير بآثارها وقراراتها.

د - المذهب الحنبلي:

يعتبر مجتهدو المذهب الحنبلي أن القرار الصادر عن المحكم، له نفس الصفة الإلزامية التي يتمتع بها حكم القاضي. والمحكم الذي يقتضي أن يكون أهلاً لممارسة مهام القاضي، تكون قراراته ملزمة للفریقین اللذين عمدا إلى تعيينه^(١).

ثالثاً - قواعد التحكيم وتطور قوانينها مع مرور الزمن:

إن أجوبة الفقه على المسائل المتعلقة بالتحكيم، قد تحققت قبل حصول التطور الاقتصادي والتجاري، ووصله إلى مواقعه الحالية المتطورة. وهي ليست في كل حال، أجوبة ثابتة ومستقرة، ولا يمكن أن تشكل استثناء للقاعدة الدولية، التي بموجبها يقتضي للقوانين أن تتطور مع تطور الزمن، لأن الشريعة ليست راکدة وجامدة. وهي لا ترتبط إلا بما يُملّيه القرآن الكريم، والسنة النبوية والإجماع والقياس.

(١) ابن قدامة: المغني جزء ٩ - النشرة الثالثة - القاهرة ١٣٦٧ هجرية ص ١٠٧.

ابن عابدين: «رد المحتار» ص ٤٨٣.

الطرابلسي: «معين الحكام» ص ٣٢.

يعود الدكتور عبد الرزاق السنهوري^(١) إلى إهرنج^(٢) (IHRING)، أكبر فقهاء الألمان في كتابه الذي صدر في القرن التاسع عشر، عن تطور القانون الروماني. ويقول السنهوري إن الفقه الإسلامي على عكس ما يقول المستشرقون، كان له تطور مستقل وبعيد عن القانون الروماني، ولكنه مثل القانون الروماني، ومثل كل القوانين في العالم، اجتاز نفس مراحل التطور.

ويلخص السنهوري قول إهرنج كما يلي:

«إن الصناعة القانونية المهدبة في نظام قانوني محكم، تقتضي في مراحلها الأولى تبسيط الفكرة القانونية، عن طريق التقسيم والتحليل، وذلك بغية الوصول إلى العناصر الأولى، التي تتكوّن منها أدوات الصناعة القانونية. ومن أهمها العقد والدعوى...».

وتتوخى الصناعة القانونية في الشوط الأول التبسط في هذه الأدوات. ذلك أن أول ضرورات الصناعة القانونية، وهو الاستقرار وثبات التعامل. ثم إن حاجات الحياة تقتضي التجديد والتطور، فيجب التوفيق ما بين الاستقرار والثبات من جهة، والتجديد والتطور من جهة أخرى.

ويقول السنهوري نقلاً عن إهرنج، «إن ما انتهت إليه الصناعة القانونية الحديثة أفسحت المجال لأمر، وتميزت بمرونة، كان من الخطر التسليم بها في الصناعة القانونية القديمة، إذ كانت تطلق العنان للفوضى، وكانت لا تستطيع أن تمسك بزمام القانون، لتجعله قائماً على أساس صلب من الثبات والاستقرار. ولم يكن يجوز للصناعة القانونية في مراحلها الأولى، أن تتخلى عن هذه الصلابة وهذا التشدد. فبفضلها تمكنت من السيطرة على الأوضاع القانونية، والإمساك بزمامها وتوجيهها التوجيه الواجب. وكان لا بد للصناعة القانونية في بداية أمرها، من أن تضحى

(١) عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي - الجزء الثالث - المجمع العلمي العربي الإسلامي، ص ١٣٢.

(٢) روح القانون الروماني، ج ٤ - ص ١٠ - ٢٣٤.

بالمرونة والتجدد، في سبيل المحافظة على ثبات الأوضاع القانونية واستقرارها. فإن هذا الثبات والاستقرار، هما اللذان مكثا للأوضاع القانونية من أن تستكمل تكوينها، فتستطيع بعد أن تقوم على أساس ثابت، تستطيع أن تتطور بعد ذلك لمجاراة مقتضيات الحضارة، وأن تنطوي على المرونة الواجبة دون أن يخشى عليها من أعاصير التقلبات، إذا ما تعرضت لها، دون أن تكون قد استكملت مقوماتها الذاتية وكيانها الراسخ...»

ويقول السنهوري: على أن الفقه الإسلامي، لم يلبث جامداً عند المرحلة الأولى للفكر القانوني، بل خطا خطوات واسعة في طريق التطور، فأخذ يدفع إلى طريق من التطور، يوسّع ما ضاق منه سداً لحاجات التعامل.

إن مفهوم التحكيم القانوني وقواعده، تتطور وتتغير بتغير الأزمان، عملاً بالقاعدة التي وضعها الفقه الإسلامي. وليس التحكيم مقيداً في تطور مفاهيمه وقواعده القانونية، إلا بما نصت على حظره مصادر التشريع الإسلامي، أي القرآن والسنة والإجماع والقياس، مثل حظر التحكيم في حقوق الله كالحد والقصاص إلخ...

أما ما عدا ذلك، فالقاعدة التي اعتمدها الشرع الإسلامي في المعاملات هي الإباحة، والاستثناء هو الحظر^(١).

من هنا فإن تطور مفاهيم التحكيم في الفقه الإسلامي إلى روح العصر، ليست خروجاً عن الفقه الإسلامي، بل هي عودة للفقه الإسلامي. وكما أن الاتجاه في الفقه الإسلامي لاعتماد الكتابة أساساً في نظام الإثبات، ليست خروجاً عن الفقه الإسلامي، بل عودة إلى مصدر الشرع الإسلامي.

(١) فتاوى ابن تيمية - ٣ - صفحة ٣٢٦.

عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي - ج ١ - ص ٨٠ - ٨٣.

كل اتجاه في الفكر القانوني الإسلامي نحو العصر، ليس خروجاً عن الفقه الإسلامي، ولا تقليداً أو نقلاً عن القوانين الأخرى، إذا بقي تمحيص الفكر القانوني ملتزماً، بما أباحته مصادر الشرع وما حرّمته!

فالقاعدة في الشرع الإسلامي هي أن «المشقة تجلب التيسير» ضمن ما أباحته بالطبع مصادر الشرع.

رابعاً – التحكيم وفقاً للمجلة:

تشكل «مجلة الأحكام العدلية» المجلد التقني الأول في الشريعة الإسلامية^(١) في عهد الامبراطورية العثمانية. وإن هذا المؤلف الذي يتناول الأمور المتعلقة بالقانون المدني، يشكل ما يمكن تسميته بالقانون المدني الإسلامي، الذي جرى تطبيقه على مجمل امتدادات الامبراطورية العثمانية، وفي البلاد العربية التي كانت جزءاً من أجزائها.

وقد لبث هذا القانون مطبقاً في بعض بلدان الامبراطورية العثمانية، وذلك لفترة طويلة من الزمن أعقبت سقوطها. ودام ذلك حتى جاء الوقت الذي اعتمدت فيه تلك البلدان قوانينها المدنية الخاصة، وخصصت المجلة فصلاً كاملاً^(٢) للتحكيم. وقد جاءت أحكامه الأساسية، لتنبئ عن طبيعة التحكيم التعاقدية التي تقارب التوافق والمصالحة، أكثر من مقاربتها للأحكام القضائية. ووفقاً لما يذهب إليه مفسرو المجلة^(٣)، فإن لقرار

(١) استقت «المجلة» موادها من الفقه عقيدة واجتهاداً المتعلق بالمواد المدنية والمستقاة من الرأي السائد في المذهب الحنفي. وقد عهد بجمع وتقنين مواد المجلة، إلى لجنة يرأسها أحمد جودت باشا رئيس الديوان القضائي. جرى تعيين اللجنة عام ١٨٦٩، وأنهت مهامها بعد ٧ سنوات في عام ١٨٧٦. وقد جرت دراسات عديدة للمجلة من جملة الكتاب والمؤلفين. وإن الكتاب التفسيري الأكثر اتساعاً وانتشاراً بصدها، هو ذلك الذي كتبه بالتركية علي حيدر، تحت عنوان «در الحكام في شرح مجلة الأحكام» وقد ترجمه إلى العربية المحامي فهمي الحسيني.

(٢) الباب الرابع: في بيان المسائل المتعلقة بالتحكيم من المادة ١٨٤١ إلى ١٨٥١.

(٣) علي حيدر ص ٦٣٩ وما يليها.

التحكيم قوة أدنى من قوة الحكم القضائي. وللقاضي أن يلغي القرار التحكيمي، إذا كان مخالفاً لقناعاته، بينما هو مجبر على تنفيذ الحكم القضائي الصادر عن قاضٍ آخر سواه.

إلا أن ضعف القوة التنفيذية للقرار التحكيمي بالمقارنة مع الحكم القضائي، لا يعفي الفرقاء من تنفيذ القرار وفقاً لأحكام الشريعة، مثلما ليس لهؤلاء الفرقاء النكول، عن تنفيذ مضمون مصالحة في ما بينهم.

وبالتالي، للقرار التحكيمي قوة تنفيذية إلزامية، في ما بين الفرقاء، مماثلة لقوة العقد.

١ - في حال تعدد المحكمين يتخذ قرار التحكيم بالإجماع^(١). لأنه إذا انتفى الإجماع، يكون وكأن كل محكم قد أصدر قراره وحده، وهذا مخالف لإرادة الأطراف الذين عتّبهم ليحكموا بالإجماع^(٢).

٢ - لكل من الطرفين عزل المحكم قبل الحكم، ولكن المحكم المعين من قبل الأطراف، والمجاز من قبل القاضي المنصوب من السلطان، يعتبر بمثابة ممثل للقاضي، وبالتالي لا يمكن عزله^(٣).

وعزل المحكمين يبقى ممكناً بالرغم من كل اتفاق مخالف^(٤). بشرط أن يحدث العزل قبل صدور الحكم، لأن الحكم بعد صدوره، يعتبر بمثابة عقد مصالحة بين الأطراف، ويكون ملزماً لهم. ومهمة المحكمين يمكن مقارنتها بتفويض من الأطراف إلى المحكمين لعقد المصالحة

٣ - إن هذا التحليل جرى التأكيد عليه بموجب حكمين من أحكام المجلة. وفقاً للحكم الأول^(٥): «إذا أذن الطرفان للمحكمين...

(١) علي حيدر ص ٦٤٣.

(٢) علي حيدر ص ٦٤٣.

(٣) المادة ١٨٤٧ من المجلة.

(٤) علي حيدر ص ٦٤٤.

(٥) المادة ١٨٥٠ من المجلة.

بتسوية الأمر صلحاً، تعتبر تسوية المحكمين للخلاف صلحاً... ولا يجوز لأحد الطرفين أن يمتنع عن قبول هذا الصلح والتسوية». ووفقاً للثاني^(١): «إذا فصل أحد الدعوى الواقعة بين شخصين بدون أن يحكم في ذلك، ورضي الطرفان بذلك وأجازا حكمه، ينفذ حكمه».

وتطبيقاً للمادة ١٤٥٣ التي تنص بأن الإجازة اللاحقة، هي في حكم الوكالة السابقة.

٤ - وأخيراً، فإن بالإمكان التأكيد على هذا التحليل انطلاقاً من عدة اعتبارات:

- يقتضي لقرار الحكم أن يستحصل على موافقة الفرقاء، عكس ما هو عليه الحال بالنسبة للحكم القضائي.
- إن الصلاحية الممنوحة للمحكمين، هي أقل اتساعاً من تلك الممنوحة للقضاة، وهي تشمل على المواضيع القابلة لإجراء المصالحة بصددها.
- يمكن إلغاء الحكم التحكيمي من قبل القاضي، الأمر المتعذر بالنسبة للحكم القضائي.

الفرع الثاني: التحكيم

المبحث الأول: شكل اتفاقية التحكيم

إن للاتفاق التحكيمي والشرط التحكيمي، موقعاً متميزاً في الشريعة الإسلامية، بسبب القضايا والمواضيع التي يثيرانها.

- من جهة، يثير الاتفاق التحكيمي مسألة معرفة، في أية مقاييس وحدود يمكن اعتباره اتفاقاً إلزامياً للفرقاء، ذلك أن الاتفاقية التحكيمية ليست من ضمن العقود المسماة في الشريعة الإسلامية، إذ إن الفقه الإسلامي

(١) المادة ١٨٥١ من المجلة.

اعتمد عقوداً مسماة ولم يعتمد نظرية للعقد.

- ومن جهة أخرى لم يرد ذكر للشرط التحكيمي في المؤلفات الفقهية الإسلامية^(١). وعندما بدأ استعمالها في الحياة العملية، بدأت تطرح تساؤلات حول شرعيتها وصحتها، نظراً لطبيعتها غير المحققة والمشكك بصحتها.

إنطلاقاً من هذه الاعتبارات، ما هو موقف الفقه إذن من الاتفاقية التحكيمية؟ وهل هناك توجيهات نظرية حديثة حول هذا الموضوع؟

أولاً - الاتفاق التحكيمي:

هناك عدة توجيهات في هذه النظرية في ما يتعلق بصحة الاتفاق التحكيمي وقوته الإلزامية.

١ - صحة الاتفاق التحكيمي وقوته الإلزامية:

أ - النظرية التقليدية: الاتفاق التحكيمي ليس من ضمن العقود المسماة، وليست له الصفة الإلزامية.

ليست هناك في الشريعة الإسلامية نظرية عامة للعقود، كما لا يوجد أيضاً بين مجموعة العقود الملزمة، إلا عدد محدود من العقود المسماة تعتمد هذه النظرية إلى دراستها عقداً عقداً، دون أن تربطها بأية وسيلة تحليلية عامة، لدرجة أنه يمكننا الاعتقاد بأن الفقه الإسلامي لا يحتوي إلا على هذه العقود المسماة، وأن أي عقد لا يدخل ضمن نطاقها، لا يكون عقداً إلزامياً، بل هو بالأحرى عقد غير ساري المفعول.

فهل الاتفاق التحكيمي غير الوارد ضمن هذه العقود المسماة، هو بالتالي عقد صحيح؟ وهل هو ملزم للفرقاء، وهل يحجب عنه صلاحية

(١) عبد الرزاق السنهوري: «مصادر الحق في الفقه الإسلامي» جزء ١ ص ٧٧.

شحاتة: النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ص ١٢٣ - ١٢٤.

المحاكم؟ لقد أعطى الفقه أجوبة حاسمة على هذه الأسئلة، وقد أجمع الفقهاء على ما يلي^(١):

١ - إن الاتفاق التحكيمي هو عقد صحيح، ولكن ليست له الصفة الإلزامية. وبإمكان أي فراقه أن يطلب رده في أي وقت، طالما أن المحكم لم يباشر بعد النظر في النزاع. ويذهب البعض إلى الاعتبار أنه لا يكتسب صفته الإلزامية، إلا عند إصدار القرار التحكيمي، ولا يصبح الفراق أمام استحالة رفضه وطلب رده، إلا في هذه المرحلة.

٢ - إن الاتفاق التحكيمي لا يجرد المحاكم من صلاحياتها تجاهه، وذلك لافتقاره إلى صفته الإلزامية تجاه الفراق.

فإذا لجأ أحدهم إلى المحكمة رغم وجود هذا الاتفاق، فإنها تعتمد إلى النظر به وإصدار قرارها بشأنه، دون أن تأخذ الاتفاق التحكيمي بعين الاعتبار.

٣ - إن الاتفاق التحكيمي هو فوق ذلك خيار يمكن الرجوع عنه، وأن الالتزام التعاقدي والعلاقة ما بين المحكم والفراق، يرتكزان إلى تفويض حاصل ما بين المحكم وكل من الفراق.

ب - المجلة: شروط صحة العقد التحكيمي.

أقرت المجلة للاتفاق التحكيمي صحته بشروط أربعة:

١ - يقتضي أن يكون النزاع قد نشأ بصورة واضحة ومحددة.

٢ - يقتضي أن يكون الفراق قد اعترفوا بحصوله بصورة متبادلة، وأن يتوجهوا إلى المحكم طالبين تحكيمه بالعبارات التالية: «احكم بيننا أو إننا نصبناك حكماً»^(٢).

(١) ابن الهمام: «شرح فتح القدير» جزء ٥ ص ٥٠٠.

الموردى: «أدب القاضي» ٣٦١٦ - ص ٣٨٤.

رد المختار جزء ٤ ص ٤٨٥.

(٢) علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام المادة ١٨٤١.

٣ - يقتضي أن يكون المحكم معيناً بالاسم، فإذا ذكر الفرقاء أنهم قد عينوا حكماً، أول شخص يصادفونه في الطريق، أو أي شخص يحضر إلى المسجد، فإن التحكيم يكون باطلاً^(١).

٤ - يقتضي أن تتوفر في الحكم أهليته للدلاء بالشهادة .

ج - الاتجاهات الفقهية الحديثة: الاتفاق التحكيمي يشكل عقداً إلزامياً يقول ابن تيمية وهو من أركان المذهب الحنبلي: «إن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم ويطل منها إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص أو قياس»^(٢).

ويستدل ابن تيمية لصحة ما يقول بالنقل والعقل. أما النقل فلنقله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾. وأما العقل فإنه يقول: «إن العقود والشروط من باب الأفعال العادية - أي ليست من العبادات - والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم فيها التحليل، حتى يدل دليل على التحريم. كما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم، وقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَضَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ عام في الأعيان والأفعال. وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة، لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة^(٣).

فالوفاء بالعقد إذن واجب بالنقل والعقل، وبخاصة بعد أن رضيها المتعاقد مختاراً. فإن الأصل في العقود رضا المتعاقدين، ونتيجتها هي ما أوجباه على نفسيهما بالتعاقد، لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾. وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة، وإذا كان كذلك، فإذا تراضى المتعاقدان، ثبت حلاله بدلالة القرآن، إلا أن يتضمن ما حرمه

(١) علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام المادة ١٨٤١.

(٢) فتاوى ابن تيمية - ٣ - صفحة ٣٣٦.

(٣) فتاوى ابن تيمية - ٣ - صفحة ٣٣٤.

الله ورسوله، كالتجارة في الخمر ونحو ذلك^(١).

ويستخلص ابن تيمية من ذلك أن أي عقد ملزم، إلا إذا تضمن موضوعاً حرمه الله، أو كان مخالفاً للنظام العام.

ويقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري من جهته^(٢) إن النظرية التي تميز بين العقود الإلزامية والعقود غير الإلزامية هي نظرية سطحية، وإن هناك قاعدة فقهية تفرض على المسلمين احترام التزاماتهم التعاقدية، وإن كل عقد يتضمن أي شرط مقبول بموجب الشرع الإسلامي هو عقد قانوني، وبالتالي، هو عقد إلزامي. ويستند الدكتور السنهوري في ذلك إلى كتاب «البدائع» حيث ورد فيه:

«وروي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: المسلمون عند شروطهم، فظاهره يقتضي لزوم الوفاء بكل شرط إلا ما خص بدليل، لأنه يقتضي أن يكون كل مسلم عند شروطه، وإنما يكون كذلك إذا لزمه الوفاء به... وهذا لأن الأصل أن تصرف الإنسان يقع على الوجه الذي أوقعه، إذا كان أهلاً للتصرف والمحل قابلاً وله ولاية عليه^(٣). ويستخلص الدكتور السنهوري من ذلك:

«ومن ثم فما ذكره الفقهاء من العقود المسماة، إنما هي العقود التي يغلب أن يقع بها التعامل في زمنهم، فإذا استحدثت الحضارة عقوداً أخرى توافرت فيها الشروط المقررة فقهاً، كانت عقوداً مشروعة أي عقوداً لازمة.

ينتج من كل ذلك، واستناداً إلى المبادئ العامة التي تذهب إلى أن القوانين تتطور مع الزمان، والمشقة تجلب التيسير، وأن الاتفاق التحكيمي الذي لا يعتبر عقداً من العقود المسماة، يقتضي أن يكون عقداً صحيحاً

(١) فتوى ابن تيمية - ٣ - صفحة ٣٣٦.

(٢) الدكتور عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي - ج ١ - ص ٨٠.

(٣) البدائع - ج ٥ - ص ٢٩٥.

والزامياً ما بين الفرقاء، واستناداً إلى ما هو حاصل من تطور على صعيد الحياة الاقتصادية. فضلاً عن أن التحكيم يلعب دوراً هاماً في المعاملات الدولية. وأنه من العوامل التي تسهلها. إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن هذا الرأي لم يستحصل بعد على إجماع المؤلفين والفقهاء.

٢ - الإثبات في الاتفاق التحكيمي:

إن الإثبات في الاتفاق التحكيمي يحصل وفقاً لوسائل الإثبات المعتمدة في الشريعة الإسلامية، والتي لا تقبل من حيث المبدأ، إلا وسيلة الإثبات بالبينة الشخصية. إلا أن الاتجاه السائد حالياً يذهب إلى قبول البينة الكتابية، في نفس المرتبة التي تقبل فيها البينة الشخصية.

ثانياً: الشرط التحكيمي

١ - ليس في الفقه إشارة إلى الشرط التحكيمي:

إن الشرط التحكيمي مدرج في العقد، وهو جزء لا يتجزأ منه. وقد أطلقت عليه التشريعات العربية المختلفة تسميات متعددة. فالقانون السعودي والقانون السوري يسميانه «الشرط الخاص» (شروط التحكيم)^(١)، والقانون اللبناني يسميه: البند التحكيمي^(٢)، والقانون التونسي يسميه الشرط التحكيمي^(٣)، والقانون الكويتي^(٤) والعراقي^(٥) الاتفاق التحكيمي، والقانون الليبي^(٦) الشرط التحكيمي، وكذلك الأمر بالنسبة للقانون المغربي^(٧)، ولم

(١) المادة ١٠ من قانون التحكيم السعودي.

(٢) المادة ٥١٢ من قانون أصول المحاكمات السوري.

(٣) المادة ٧٦٢ من قانون أصول المحاكمات اللبناني.

(٤) المادة ٢٦١ من قانون أصول المحاكمات التونسي.

(٥) المادة ١٧٣ من قانون أصول المحاكمات الكويتي.

(٦) المادة ٢٥١ من قانون أصول المحاكمات العراقي.

(٧) المادة ٧٤٢ من قانون أصول المحاكمات الليبي.

(٨) المادة ٣١٥ من قانون أصول المحاكمات المغربي.

تعتمد باقي القوانين العربية أي تسمية خاصة للشرط التحكيمي.

وبالنسبة للفقهاء الإسلامي، فهو لم يعتمد إلى منح الشرط التحكيمي، بل كان متجاهلاً له، الأمر الذي لم يثر أي مشكلة في القرون السابقة، لأن الضرورات الاقتصادية لم تكن تتطلبه. فالتجارة لم تكن على مثل تطورها في هذه الأيام، ولم تكن اتفاقيات التحكيم تحصل وتنظم، إلا بعد حصول النزاع.

ولكن، ومع تطور العمليات التجارية، سواء الداخلي منها أم الدولي، فقد درج أن أصبحت العقود متضمنة في الكثير من الحالات لشروط تحكيمية.

هل هذه الشروط هي شروط صحيحة في الفقه الإسلامي؟ وهل لها قوة إلزامية بين الفرقاء؟

٢ - هل الشرط التحكيمي صحيح؟

لم يتطرق الفقهاء الإسلامي إلى التساؤل عما إذا كان الشرط التحكيمي صحيحاً أم لا، لأنه لم يأت على ذكر شرط التحكيم. ومن الضروري وبالتالي العودة، إلى موقع الشرط في الفقه الإسلامي.

الأصل في الفقه الإسلامي هو حرية التعاقد، لكن هذه الحرية تصطدم بالنظام العام كما هو حال باقي التشريعات في العالم، إلا أن دائرة النظام العام في الشرع الإسلامي أوسع منها في الفقه الغربي. فتحريم العقود الربوية، وتحريم عقود الغرر، يوسعان كثيراً من هذه الدائرة في الفقه الإسلامي. وكذلك نظرية الشرط المقترن بالعقد، تزيد في توسيع الدائرة إلى حد بعيد.

إن معظم فقهاء الشرع الإسلامي^(١) يميزون بين فئتين من الشروط:

(١) السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، جزء ٣، ص ١٠١ وما يليها.

أ - الشرط أو البند الصحيح:

يكون الشرط صحيحاً إذا كان:

- ١ - شرطاً يقتضيه العقد.
- ٢ - أو شرطاً يلائم العقد، ولا بد لصحته أن يكون تاماً نافذ الأثر. وقت العقد. فإذا كان مجهولاً، أو كان يخفي مقامرة أو غرراً أصبح فاسداً. وكذلك يجب أن لا يكون فيه زيادة منفعة لا يقتضيها العقد، وإلا كان يخفي ربا.
- ٣ - أو شرطاً جرى التعامل به بين الناس^(١).

ب - الشرط الفاسد:

هناك فئتان من الشروط الفاسدة:

- ١ - الفئة الأولى: شرط فاسد يسقط ويبقى العقد صحيحاً، وهو الشرط الذي لا منفعة فيه لأحد الأطراف، ولا يمكن المطالبة بتنفيذه.
- ٢ - الفئة الثانية: شرط فاسد يسقط ويؤدي سقوطه إلى فساد العقد بكامله. ونميز ما يلي:
 - الشروط التي تتضمن فائدة، أو تتضمن زيادة منفعة لا يقابلها عوض لأنها ربا، أو كانت صفتين في صفقة واحدة، والرسول نهى عن ذلك^(٢).
 - والشروط التي تتضمن غرراً والتي حرمتها الشريعة، لتجنب المقامرة والمراهنة، إن نظرية الغرر قد اتسعت دائرتها، لتشمل الشروط التي يمكن أن تتضمن نوعاً من المضاربة، عندما يكون الأطراف في وضع لا يسمح لهم معرفة ما هو مدى التزامهم. ومثلاً على ذلك، نورد الشرط الذي يتضمن تنازلاً عن موجب

(١) البدائع جزء ٥، ص ١٦٨ - ١٧٤.

(٢) فتح القدير ج ٥، ص ٢١٦ - البدائع ج ٥، ص ١٧٠.

تقديم الإثبات بواسطة الشهادة^(١).

إلا أن ما تجدر ملاحظته هو أن الفقهاء ليسوا مجتمعين على هذا التمييز. ويمكننا أن نذكر، مع الدكتور السنهوري^(٢)، ولعل أبعد تطور للفقهاء الإسلامي وفي مسألة اقتران الشرط بالعقد، كان في مذهب أحمد بن حنبل، لا سيما إذا استكملنا هذا المذهب بما أضافه إليه ابن تيمية، وهو من أكبر فقهاء.

فعند الحنابلة يقع الشرط فاسداً، على سبيل الاستثناء، إذا كان ينافي مقتضى العقد، كأن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه أو يؤجره. أو كان ورد في نهي خاص وينافي الشريعة في تحليله ما هو محرم. فما دام الشرط لا ينافي مقتضى العقد، فهو في الأصل صحيح سواء كان العقد يقتضيه أو لا يقتضيه، وسواء لاءم مقتضى العقد أو لم يلائمه. ثم إنه لا حاجة في صحة الشرط إلى جريان التعامل به، خلافاً لما يذهب إليه الفقهاء الحنفي^(٣).

ويلاحظ الدكتور عبد الرزاق السنهوري:

«المذهب الحنبلي بعد تجديد ابن تيمية، يتقدم تقدماً كبيراً في التطور، فينبذ مبدأ وحدة الصفقة، ويضيق من منطقة الشروط الفاسدة. فلا يكون الشرط فاسداً إلا إذا كان منافياً لمقتضى العقد، أو إلا إذا كان مناقضاً للشرع، أي إلا إذا كان مخالفاً للقانون أو للنظام العام أو للآداب. فيقترب المذهب الحنبلي على هذا النحو كثيراً من الفقه الغربي، الذي يعتبر أن كل شرط يقترن بالعقد يكون صحيحاً، إلا إذا كان شرطاً مستحيلاً، أو شرطاً يخالف القانون أو النظام العام أو الآداب، فيلغى الشرط

(١) عبد المنعم فرج الصدق في الإثبات، ص ٢٠ وحسين المؤمن: نظرية الإثبات ج ٣ - الشهادة ص ٦٧٤.

(٢) السنهوري: مصادر الحق في الشرع الإسلامي - ج ٣ - ص ١٦١.

(٣) الشرح الكبير على المقنع - ج ٣ - ص ٤٥.

ويصح العقد، ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد، فيبطل العقد أيضاً^(١)».

من هذا العرض يتبين أن الفقه الإسلامي، وإن لم يأت على ذكر شرط التحكيم، إلا أن شرط التحكيم لا يقع في حقل الشروط الفاسدة المقترنة بالعقد.

- أ - إذ يقتضيه العقد ولا سيما عقد التجارة الدولية.
 - ب - لأنه يلائم العقد ولو كان سابقاً للنزاع، إذ لا يتضمن غرراً أو مقامرة على شيء، بل احتكاماً لإحقاق الحق وإعطاء للعدالة، وإحالة الاختصاص من القاضي إلى المحكم، وليس فيه زيادة منفعة لا يقتضيها العقد.
 - ج - وهو شرط جرى به التعامل في التحكيم الداخلي، ويكاد يصبح هو القاعدة في التحكيم الدولي.
 - د - لا يتضمن ربا، وإذا كانا عقدين في عقد واحد، فإن العقد الثاني لا يخفي ربا.
 - هـ - وهو شرط فيه منفعة للفريقين، إذ يحق الحق بسرعة أكثر من سرعة القاضي في البت.
- وهو حتى لو اعتبر قيماً على اختصاص المحاكم أو اختصاص القاضي، فإنه قيد معقول، وقد جرى التعارف عليه والتعامل به.

(١) عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٣ - ص ١٧٥.

المبحث الثاني: شروط صحة الاتفاقية التحكيمية

أولاً - الرضا:

إن الاتفاقيات التحكيمية في ما خص الرضا، لا تختلف عموماً عن العقود التي يتوجب لصحتها رضا معطى بصورة سليمة. ويقتضي إلا أن يكون هذا الرضا مشوباً بأي عيب. وإذا كان هناك من فساد أو عيب في هذا الصدد، فإن الأحكام التي تطبق بشأنه، هي الأحكام نفسها التي ترعى العقود بشكل عام.

ما هي هذه الأحكام وفقاً للشريعة الإسلامية؟

هذه الأحكام هي مشتتة وغير مترابطة في ما بينها بنظرية عامة، ويتعلق الأمر غالباً بحلول معتمدة لحالات محددة. وهي من جهة أخرى، تتوفر في عدد أصغر أو أكبر، وفقاً لما إذا كان هناك من عيب ذي صفات موضوعية، كما هو الأمر في الغبن والإكراه، أو عيب ذي صفات شخصية، كالخطأ والخداع. وإن العيوب ذات الصفة الموضوعية قد شكلت موضوعاً ومجالاً للتطور، أكثر من العيوب ذات الصفة الشخصية، الأمر الذي يعتبر أمراً طبيعياً، بسبب ما اتسمت به الشريعة الإسلامية من اتجاهات إيجابية.

ثانياً: الأهلية

إن الاتفاق التحكيمي يشكل عقداً، وإن الرضا فيه يكون صحيحاً إلا بشرطين، أن لا يكون مشوباً بعيب وفقاً لما تم ذكره أعلاه، وأن يكون صادراً عن أشخاص متمتعين بالأهلية القانونية المطلوبة، لكل نوع من أنواع العقود.

ثالثاً: المواد التحكيمية

بصرف النظر عن الجدل القائم حول إمكانية التحكيم بالنسبة للنزاعات المتعلقة بالسلطة، والتي سبق التطرق إليها، فمن المتفق عليه أن التحكيم هو إجباري في موضوع التفريق ما بين الزوجين المتنازعين،

ومسموح به في موضوع الأموال أو الحقوق المالية^(١).

وقد استثنى القرآن الكريم من ذلك، بعض المواضيع، كموضوع الوصاية على الأيتام القاصرين، الذي لا يجاز فيه التحكيم، ويقتضي إحالته إلى المحاكم القضائية دون سواها. وكقاعدة عامة، فإن التحكيم ليس مجازاً في المواضيع التي تتعلق «بحقوق الله» أو بالنظام العام، الذي يتمتع بميدان واسع، يغطي في الوقت نفسه القانون الجزائي، والقوانين المتعلقة بالأموال والذمم المالية. وإن اللجوء إلى التحكيم بهذا الصدد، هو بمثابة عقد مصالحة غير مجاز.

الفرع الثالث المحكم

أولاً: التعيين

يعين المحكم باتفاق الفرقاء، ويقتضي عليه أن يقبل المهمة التي عين لها. ووفقاً لأحكام المجلة، يقتضي أن يعين المحكم عند اللجوء إلى التحكيم، أي في الاتفاقية التحكيمية التي تعقب نشوء النزاع، وهو الأمر الذي أوجبه لمدة طويلة، القانون الفرنسي، وعدد من القوانين العربية المعاصرة، وذلك بهدف تجنب شل العملية التحكيمية وتدخل السلطة القضائية. الأمر الذي يشكل معاكسة للهدف المتوخى من التحكيم.

وقد أقرت المجلة لكل من المدعي والمدعى عليه، الحق بتعيين محكم من قبله^(٢). ولم تتطرق الشريعة الإسلامية إلى إمكانية تعيين المحكم من قبل طرف ثالث. ويمكننا القول بأنها لم تمنع كما لم تقرر مثل هذا التدبير.

ثانياً: العدد

يمكن أن يكون هناك تعدد في المحكمين. أي أن من المقبول أن

(١) المادة ١٨٤١ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) المادة ١٨٤٣ من المجلة.

يعمد إلى تعيين حكيمين أو أكثر في قضية واحدة^(١). وقد وردت هذه القاعدة في «المجلة» فهي قاعدة لا تفرض عدداً مزدوجاً أو مفرداً من المحكمين، وتترك للفرقاء الحرية الكاملة للاتفاق على العدد الذي يرونه مناسباً. ويقتضي الإشارة في الوقت نفسه، إلى أن المجلة لم تعرض بالنتيجة إلا إلى وجهة نظر المذهب الحنفي وإن أئمة الفقه الآخرين لم يعرف لهم رأي في هذا الموضوع. إلا أنه في التعامل العادي في هذا النطاق، فإن الغالب كان تعيين محكم واحد.

ثالثاً: الأهلية

يتمثل الاتجاه الغالب في الفقه، في اعتبار ان المحكم يقتضي أن يتمتع بالمزايا نفسها التي يقتضي ان تكون للقاضي^(٢)، وأن يداوم على التحلي بها طيلة الدعوى التحكيمية.

ويقتضي أن يكون القاضي، وبالتالي المحكم، وفقاً لأحكام المجلة، ذكراً بالغاً، حكيماً حراً، مسلماً وعادلاً. كما يقتضي أن تكون له الصفات التي تخوله الشهادة. وبالتالي، لا يمكن أن يعين حكماً كل من المرأة والقاصر والعبد والمسيء والفاسق. ووفقاً للنظرية السائدة، فإنه ليس بالإمكان تعيين غير المسلمين حكماً. وهذا التوجه مستوحى من الآية القرآنية الكريمة التي تقول^(٣) ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾.

الأمر الذي يعني أن غير المسلم، لا يمكنه أن يكون وصياً على مسلم. ويدخل في نطاق ذلك وصاية المحكم على الفرقاء، ووصاية الزوج على زوجته، وهذا التوجه الغالب يعتبر أن هذا هو السبب الذي سمح

(١) المادة ١٨٤٣ من المجلة.

(٢) تراجع الزيلعي.

(٣) الآية ١٤١ من سورة النساء.

الإسلام به بزواج مسلم من كتابية، دون أن يسمح بزواج مسلمة من كتابي^(١).

وعندما يكون المحكم مسلماً، يقتضي أن يكون عالماً في الشريعة أو على الأقل له ثقافة إسلامية واسعة^(٢). وهذا الشرط مفيد لتأمين الصحة والفاعلية للتحكيم، حتى لا يكون القرار التحكيمي مخالفاً للشريعة وللنظام العام الإسلامي، ولكنه ليس إلزامياً.

إذ إن هناك اتجاهات معاكساً، يركز على الآية القرآنية الكريمة القائلة^(٣):

﴿وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها أن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً﴾.

ومؤيدو هذا الاتجاه الذين يسمحون بأن يعهد بالتحكيم إلى محكمين غير مسلمين، يذهبون إلى أنه بموجب هذه الآية، يمكن للتحكيم في حالة ما إذا كانت الزوجة غير مسلمة، أن يقع خيارها على محكم غير مسلم. لأنه ليس هناك في النص القرآني الوارد أعلاه، أي استثناء في ما يتعلق بتطبيق هذه القاعدة على غير المسلمين. وبالتالي، فإن القرار التحكيمي يصدره في هذه الحالة حكمان: مسلم وغير مسلم. وهذه النظرية ترى أنه ليس هناك أي نص يمنع تحكيم غير المسلمين المنتمين إلى دين سماوي كتابي، بل هناك نص صريح يجيز لهم ذلك.

ووفقاً لهذه النظرية^(٤)، هناك استثناء بخصوص إسلامية الحكم في ما يتعلق بالتحكيم في الخارج، أي خارج ديار الإسلام للفرقاء المسلمين

(١) كشف القناع عن متن الإقناع، جزء ٦، ص ٣٠٩.

(٢) Louis MILLIOT: «Introduction à l'étude du Droit Musulman» Sirey 1971- no962.

(٣) الآية ٣٥ من سورة النساء.

(٤) عمر القاضي: التحكيم الدولي بين القانون الإسلامي والقانون والفرنسي والمصري. أطروحة دكتورا، باريس ١٩٨٤.

المقيمين في الخارج، إذ لهم أن يختاروا محكمين غير مسلمين. وهذه النظرية تجيز هذا الاستثناء بالقياس مع الآية القرآنية^(١) التي تجيز للمسلم المقيم في الخارج، وهو على فراش الموت أن يستعين في وصيته بشاهدين، من المسلمين أو من غيرهم. وهذا الاستثناء المعتمد في القرآن الكريم، والذي يعتمد على حالة الضرورة الملحة، يمكن اعتماده للتحكيم الحاصل في الخارج.

رابعاً: منع التفويض في المهمة

لا يمكن للمحكم أن ينصب من مهامه، منتدباً وموكلاً حكماً لسواه، مهما كانت الجهة والوسيلة التي تم بها تعيينه. وإن أي قرار تحكيمي يصدر في حالة الانتداب والتوكيل هذه، يعتبر باطلاً وكأنه لم يكن^(٢).

خامساً: عزل المحكم

للمحكم في الشريعة الإسلامية، موقع ودور دون موقع ودور القاضي، ويمكن بالتالي عزله، بينما يتعذر ذلك بالنسبة للقاضي.

القاعدة إذن أنه يمكن عزل المحكم في أي وقت، قبل صدور هذا القرار التحكيمي. وإن المدارس الفقهية الإسلامية، مجمعة على الاعتبار أنه لا يعود بالإمكان عزل المحكم بعد المصادقة على تعيينه من قبل القاضي. ووفقاً للمجلة، يمكن لأي من الفرقاء عزل المحكم قبل صدور القرار التحكيمي، إلا أنه إذا ما تم تعيينه من قبل أحد الفرقاء، وصادق القاضي المعين من قبل السلطات على ذلك، وكان للقاضي صلاحية الانتداب، فإن المحكم يكتسب في هذه الحالة صفة ممثل القاضي، ويحل في موقعه

(١) سورة ٥ - الآية ١٠٦. ﴿...أو آخران من غيركم...﴾.

(٢) رد المحتار: جزء ٤ ص ٤٨٥ - الفتاوى الهندية جزء ٣ ص ٤٧١ - موهب الجليل إلى محمد بن عبد الرحمن المسمى الحطاب القاهرة ١٣٢٩ هجرية جزء ٦ ص ١١٢.

وصلاحياته محل هذا الأخير^(٢).

وهكذا فإنه بإمكان أي فريق عزل المحكم قبل صدور القرار التحكيمي سواء في الحالة التي يكون فيها المحكمون متوافقين، أم في الحالة التي يقدم فيها طلب العزل، من قبل أحد الفريقين دون الفريق الآخر. ويمكن أيضاً عزل المحكم حتى ولو كان هناك نص اتفاقي لا يجيز ذلك.

سادساً: طلب رد المحكم

يشترط الفقه أن يكون الفريق الذي يصدر القرار التحكيمي لمصلحته، ألا يكون زوجاً أو من أصول أو فروع المحكم، الأمر الذي يعني أن هذا الأخير لا يمكن أن يمارس مهامه التحكيمية لمصلحة هذه الفئة من الأشخاص، إلا أن بإمكانه القيام بذلك ضدهم^(١).

الفرع الرابع: الدعوى التحكيمية

أولاً: التحكيم غير مرتبط بإجراءات تحكيمية معينة:

تعفي الشريعة المحكم من موجب التقيد بالأصول الاجرائية المعتمدة لدى المحاكم. وهكذا فإن المكان الذي يجري فيه التحكيم، ليس له أي تأثير على الأصول الاجرائية التي يقتضي اعتمادها. ويمكن للمحكم أن يصدر حكمه في مكان آخر، غير المكان الذي جرت فيه عملية التحكيم. وبإمكان المحكم أن يختار بنفسه هذا المكان، إلا إذا كان الفرقاء قد اتفقوا على خلاف ذلك. ومع ذلك يقتضي عليه أن يحترم جملة من المبادئ الأساسية، ومن بينها بصورة خاصة، مبدأ وجاهية المحاكمة^(٢).

(٤) المادة ١٨٤٧ من المجلة.

(١) درر المحكام في شرح مجلة الأحكام شرح المادة ١٨٤٨ (التحكيم) ص ٦٤٥.

(٢) رد المختار، جزء ٤، ص ٤٨٥.

- الفتاوى الهندية، جزء ٣، ص ٤٧١.

- مواهب الجليل إلى محمد بن عبد الرحمن المسمى الحطاب، القاهرة ١٣٢٩هـ،

جزء ٦، ص ١١٢.

ثانياً: حق الدفاع، وموجب الاستماع إلى أقوال الخصم، أو الصفة
الوجاهية للأصول الاجرائية.

يقتضي أن يتم الاستماع إلى أقوال ودفع الفريقين، ويقتضي أن
يتضمن القرار التحكيمي إشارة، إلى أن المحكم قد أخذ علماً بوجهة نظر
الخصم، وإن الاجراءات التحكيمية قد تمت بحضور الفريقين^(١).

ثالثاً: قواعد الإثبات

لم تكن أصول الإثبات في القانون الإسلامي، تولي البيّنة الكتابية
نفس الأهمية التي للبيّنة الشخصية. وبالتالي، فإن البيّنة الشخصية كانت
وسيلة الإثبات الأساسية المعتمدة بينما كانت البيّنة الكتابية تشكل مجالاً
لحذر شديد من قبل الفقهاء، الذين كانوا يعتبرون (وربما عن حق وفي
عصر لم يكن بالإمكان التحقق من صحة المستند الكتابي)، إن الكتابة
قابلة للتقليد والتزوير، وبالتالي لم يكن بالإمكان الركون إليها. ويزيد من
منطقية هذا التوجه، أن الكتابة لم تكن منتشرة، ولم يكن بالإمكان اعتبارها
وسيلة أساسية من وسائل الإثبات.

لقد قام نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية على الشهادة الشخصية،
أما الإثبات الكتابي فقد أهمل، رغم أن القرآن الكريم قد أشار إلى وسيلة
الدفاع هذه في إحدى آياته البينات إذ تقول:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ
وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ
فَلْيَكْتُب وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ

(١) رد المحتار، جزء ٤، ص ٤٨٥.

- الفتاوى الهندية، جزء ٣، ص ٤٧١.

- مواهب الجليل إلى محمد بن عبد الرحمن المسمى الحطاب، القاهرة ١٣٢٩هـ،
جزء ٦، ص ١١٢.

وكتب الدكتور السنهوري بهذا الصدد^(٢):

«الأولية في الإثبات للكتابة. ولكن لما كانت حضارة العصر تقتصر دون ذلك، وتقف عن مجارة هذا التقدم، لم يستطع الفقهاء إلا أن يسايروا حضارة عصرهم، فإذا بالفقه الإسلامي يرتفع بالشهادة إلى مقام تنزل عنه الكتابة نزولاً بيتاً. ومن العجيب أن عصر التقليد في الفقه الإسلامي لم يدرك العوامل التي كانت وراء تقديم الشهادة على الكتابة، فظل يردد ما قاله الفقهاء الأولون في تقديم الشهادة، وذلك بالرغم من أنهم كانوا يستطيعون أن يقلبوا الوضع فيقدموا الكتابة، يؤازرهم في ذلك انتشار الكتابة، وتظاهرهم آيات القرآن الكريم».

وقد ثار ابن القيم الجوزية على تحديد الفقهاء للأدلة في الإثبات تحديداً جامداً، وتقيدهم بشهادة الشهود، وأخذهم بها دون القرائن والأدلة الأخرى، ونادى بوجوب ترك الإثبات حراً.

ومع تغير الزمن، فإن تلامذة الفقهاء ومريديهم غيروا من هذا التوجه، وأخذ الاتجاه الشرعي يعتمد البيّنة الكتابية بصورة أكثر اتساعاً^(٣). وهكذا وبموجب هذا التوجه، فقد تم الإقتراب من المعين القرآني الذي وضع الكتابة في المقام الأول.

على من يقع عاتق الإثبات؟ لقد اتخذت الشريعة الإسلامية من هذا التساؤل موقفاً يلخص في نقطتين:

١ - البيّنة على المدعي الذي يدعي بعكس الظاهر، واليمين على من أنكر أي على الذي يتشبه بهذا الظاهر.

(١) الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٢) السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني - الإثبات ص ٢٨.

(٣) المجلة والقانون المدني العراقي (من أكثر القوانين المتأثرة بالشريعة الإسلامية).

٢ - القاعدة غياب الموجب والحفاظ على الأشياء على حالها.

وهذان المبدأان مأخوذان من الحديث الشريف الذي يقول:

«البينة على المدعي واليمين على من أنكر».

وكذلك من الحديث الشريف الذي يقول:

«لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء قوم وأموالهم ولكن البينة على المدعي»^(٢).

هذه القاعدة التي بموجبها يقع عبء الإثبات على عاتق المدعي، لم تكن مطروحة بصورة دائمة، وهي لم تظهر في القانون الروماني، إلا عندما أخذ المقرض يعمد إلى التصرف بما يؤدي إلى حماية ملكه. وكان يحمي بذلك الحالة الظاهرة، واضعاً عبء الإثبات على عاتق الذي يدعي عكس الظاهر.

وفي القانون الفرنسي القديم، كان من المتبع أن يوضع عبء الإثبات على عاتق المدعي عليه، وليس على عاتق المدعي. وإذا كان ذلك أمراً مستغرباً، فهو يعود إلى طبيعة الفعل الجنائية، ولم تظهر القاعدة التي أصبح عبء الإثبات بموجبها في القانون الفرنسي القديم على عاتق المدعي، إلا بصورة تدريجية تحت تأثير القانون الروماني والقانون الكنسي^(٢). ويكون من الخطأ بالتالي، اعتبار هذه القاعدة بديهية، وقد فرضتها طبيعة الأشياء. فالحقيقة أنها لم تظهر إلا بعد أن سارت العدالة في خطي التنظيم، وبعد أن أصبح مبدأ حماية الظاهر مبدأً مطروحاً. هذه التفاصيل، يمكن أن توضح لنا تطور القانون الإسلامي، الذي عمد إلى طرح هذه القاعدة منذ البداية.

(١) البخاري ومسلم الطرق القضائية في الشريعة الإسلامية (أحمد إبراهيم ص ١٦).

(٢) تيفينييه «THEVENET»: عبء الإثبات أطروحة دكتوراة ليون ١٩٢١ ص ١١.

رابعاً: مهلة التحكيم

هل التحكيم مرتبط بمهلة تنجز مهمته خلالها، سواء كانت مهلة قانونية أو تعاقدية؟

لا يعطي الفقه أية إجابة على هذا التساؤل. ويمكن القول إنه يترك للفرقاء حرية تحديد مهلة مناسبة لإنجاز التحكيم، فإن لم يتم خلالها، لا يعود التحكيم خاضعاً لأية مهلة إضافية.

تشير المجلة إلى المهلة التعاقدية^(١)، وتذهب إلى أن التحكيم يعتبر منتهاً بنهاية هذه المهلة. فإذا عين محكم فلا يمكنه إصدار قراره التحكيمي بعد انقضاء المهلة المحددة، وإلا لا يعود قراره مكتسباً للصيغة التنفيذية.

وعليه فإن التحكيم ليس مرتبطاً إذاً بمهلة قانونية. ولكن يمكن الاتفاق على مهلة تعاقدية، يقتضي أن يصدر القرار التحكيمي خلالها أو عند نهايتها، وإلا اعتبر القرار غير قائم وقابل للإبطال. هذا على الأقل ما ذهب إليه المذهب الحنفي، الذي استخلصت منه المجلة هذه القاعدة. أما بقية المذاهب الفقهية فهي لم تتخذ أي موقف بهذا الصدد.

خامساً: إنتهاء التحكيم

يعطي غالبية الفقه في هذا الصدد لكل فريق الحق بالإنسحاب من التحكيم على أن يتم الإنسحاب قبل صدور القرار التحكيمي.

وفي كل الأحوال، ووفقاً لأحد الآراء^(٢)، لا يمكن للفرقاء الإنسحاب بعد ابتداء النظر في القضية المطروحة، حتى لا يفقد التحكيم من فاعليته.

(١) المادة ١٨٤٦ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) أبو سعيد الاسطخري المذكور في المورد «أدب القاضي» ص ٣٨٢ وما يليها.

وينتهي التحكيم بإنهاء المهلة التعاقدية المحددة.

وبموجب المذهب الحنفي وأحكام المجلة، ينتهي التحكيم أيضاً:

- أ - بصدور القرار التحكيمي^(١).
- ب - بموت المحكم، فيقتضي آنذاك الإنطلاق مجدداً بالإجراءات التحكيمية من نقطة الصفر، بعد أن يكون الفريقان قد اتفقا على تعيين حكم جديد. وينتهي التحكيم كذلك في الحالة التي يفقد فيها الحكم أهليته المدنية، أو أهليته للشهادة أو الصفات المطلوبة في الحكم.
- ج - بعزل المحكم.
- د - بموت أحد الفرقاء، حتى ولو كان جميع ورثته راشدين.

الفرع الخامس: القرار التحكيمي

أولاً: الصفة القضائية أو التعاقدية للقرار التحكيمي

لقد تفحصنا سابقاً، الخلافات المتعلقة بنظرية التحكيم في الشريعة الإسلامية بحد ذاتها، والنظريات المختلفة التي تعارضت في ما بينها في هذا الموضوع:

تحكيم بالصلح أو مصالحة من جهة، وتحكيم بموجب القانون من جهة ثانية. وقد سبق أن نوهنا إلى أنه من الصعب تفهم هاتين النظريتين المتعلقتين بالقانون الإسلامي، بالمقارنة مع القوانين المعروفة حالياً في القوانين الحديثة.

ونفس الخلافات تظهر في ما تعلق بصفة القرار التحكيمي: قضائية أو تعاقدية؟

(١) وفقاً لأحد الآراء يمكن للمحكم إعادة النظر في القرار التحكيمي الصادر.

١ - فوقاً لرأي منسوب للإمام الشافعي^(١)، فإن الصفة الإلزامية للقرار التحكيمي، تتركز على إرادة الفرقاء. وإن موافقة هؤلاء هي ضرورية لتنفيذ القرار التحكيمي حتى بعد صدوره.

ويبدو أن المجلة قد اعتمدت نفس النظرية التعاقدية، التي تقرب القرار التحكيمي إلى المصالحة.

٢ - ووفقاً لرأي راجح آخر، منسوب إلى الإمام الشافعي^(٢)، فإن القرار التحكيمي مستقل عن إرادة الفرقاء، وذلك منذ صدوره، ويصبح والحالة هذه ملزماً لهم.

هذه النظرية تعتبر القرار التحكيمي بمثابة الحكم القضائي، وتسبغ عليه صفة قضائية. وإن مؤيدي هذا التحليل يستندون إلى الوقائع التالية:

- إن السلطة العامة موضوعة تحت تصرف المحكم لتمكينه من فرض الإحترام لقراره:

فله سلطة الأمر والحبس، في حال وجود أي تمنع عن تنفيذ قراره^(٣).

- يقتضي أن يتمتع المحكم بالصفات والأهلية التي تخوله أن يكون قاضياً^(٤).

ويقتضي التنويه في مطلق الأحوال، بأن القرار التحكيمي، رغم ما له من صفة قضائية، فهو يختلف عن الأحكام القضائية. فإذا كان للقرار التحكيمي بحد ذاته الصفة التنفيذية، فإنه ليست للمحكم سلطة التنفيذ، ويحتاج لتدخل من القاضي ليتمكن من تنفيذ قراره.

(١) (٢٠١) الماوردي «أدب القاضي» جزء ٢ ص ٣٨٢.

(٢) رد المحتار جزء ٤ ص ٤٨٦.

(٤) مواهب الجليل جزء ٦ ص ١١٢.

ثانياً: شكل الحكم

وفقاً للشريعة الإسلامية، يقتضي أن يكون القرار التحكيمي خاضعاً لنفس قواعد الشكل التي يخضع لها الحكم القضائي. وهذا الأخير ينفذ تحت إشراف القاضي الذي أصدره، ولم تكن الكتابة واجبة لصحة الحكم، فالكتابة لم تكن ضرورية إلا بالنسبة للإثبات^(٢)، عندما كان يجري تنفيذ الحكم تحت إشراف قاضٍ آخر، غير الذي أصدره.

تجدر الإشارة إلى أنه في الواقع العملي، فإن الأحكام القضائية كانت مكتوبة، ولكن الكتابة بحد ذاتها لم تكن، كافية للإثبات، وكان يتوجب لها شهود يشهدون أن الحكم المكتوب هو ذلك الحكم الصادر عن القاضي، وهؤلاء الشهود أطلقت عليهم تسمية، شهود القاضي.

ثالثاً: القواعد المطبقة في الأساس: التحكيم في القانون أو التحكيم المطلق بالصلح

﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ان الله نعمًا يعظكم به، إن الله كان سميعاً بصيراً﴾^(٢).

إن الفكرة السائدة في الشريعة الإسلامية المستقاة من هذه الآية الكريمة، أن المحكم يفصل النزاع وفقاً لأصول المساواة والعدالة، مع مراعاة أحكام النظام العام. وهذا الوضع متقارب مع وضع المحكم بالصلح في القانون الفرنسي مثلاً، الذي يتوجب عليه أن يفصل في النزاع، بروح مماثلة لتلك التي يفترض أن تكون سائدة بين الفرقاء، في حال قاموا بالمصالحة فيما بينهم.

(١) معين الحكام ص ١١٨ وما يليها.

ابن فرحون تبصرة الحكام القاهرة ١٩٥٨ ج ٢ ص ٩ وما يليها.

(٢) الآية ٥٨ من سورة النساء.

ولكن المحكم بالصلح الذي يسير وفقاً لأصول العدالة والإنصاف، لا يعني إعفاء الحكم من تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية، عندما يتطرق النزاع إلى موضوع ترعاه النصوص، الأمر الذي يعتبر نادراً في ميدان الأعمال^(١). وعموماً، يعود لمبادئ الإنصاف والعدالة أن تقود الحكم في بحثه عن الحل.

ويقتضي على المحكم أيضاً أن يأخذ بعين الاعتبار، المبادئ المعتمدة في القانون التجاري، والتي استقاها أحد المؤلفين (الإمام الغزالي) من القرآن الكريم ومن السنة، تحت عنوان السيرة الحسنة في علاقات التجارة^(٢). وهذه المبادئ القريبة من العادات والأعراف الحالية في التجارة الدولية، تأتي لنجدة القاضي أو المحكم، عندما يكون هناك احتمال بأن يؤدي التطبيق المباشر للأحكام التعاقدية، إلى إحداث ضرر، أو يبدو بعيداً عن العدالة، ويعطي للمحكم سلطة قادرة على إضفاء الاعتدال وإحقاق التوازن ما بين فرقاء النزاع.

ونعدد من هذه المبادئ أو العادات:

- يقتضي أن يؤخذ بعين الاعتبار تغير الظروف الاقتصادية، التي تجعل من تنفيذ الموجبات التعاقدية غير قابلة للإحتمال، وذلك للحفاظ على التوازن ما بين الفرقاء المتعاقدين.
- إن حسن النية يفرض البحث عن المصلحة المشتركة والعدالة المتعلقة بكل من الفرقاء.
- إن حسن السيرة والتعامل يفرض أن تكون الموجبات التعاقدية منفذة بحرص وعناية.

(١) يمكن سرد بعض التحريمات كمنع الفائدة وتجارة الخمر والخنزير وعقود الغرر.

(٢) الغزالي: إحياء علوم الدين، المنشورات المكتبية التجارية مصر جزء ٢ ص ٧٩ وما يليها.

- إن حسن السيرة والتعامل يفرض الأخذ بعين الاعتبار، ليس فقط تغير الظروف الإقتصادية بل وأيضاً، الحالة الشخصية لكل من المتعاقدين.

رابعاً: إجماع أو أغلبية

لا يبدو أن هذا الموضوع قد جرى التطرق إليه في الفقه. أما المجلة فقد ذهبت إلى أنه في حال تعدد المحكمين، فيقتضي عليهم أن يتذكروا سوية في القرار التحكيمي ويصدروه معاً، ولا يحق لأي منهم أن يصدر قراراً منفرداً^(١). وإذا لاحظنا أن القرار التحكيمي يقتضي أن يصدر بالإجماع، فإن المجلة تكون قد اعتمدت التحكيم بالصلح، ذا الطبيعة التعاقدية القريبة من المصالحة، أكثر مما اعتمدت التحكيم ذي الطبيعة القضائية، والهادف إلى الفصل في النزاع.

وهذا الرأي تؤكده المادة ١٨٥٠ من أحكام المجلة، وبموجبها، فإن الوكالة المجيزة للصلح والمعطاة للمحكم، تؤدي إلى مصالحة ملزمة للفرقاء.

خامساً: تعليل القرار التحكيمي

يفرض الفقه الإسلامي هذه القاعدة قياساً مع الأحكام القضائية ووجوب تعليلها. إلا أن تعليلاً يقتصر على العموميات يعتبر كافياً^(٢). وهذا التعليل هو ضروري لفرض نوع من المراقبة للقرار التحكيمي، ومعرفة ما إذا كان يتضمن خللاً، أو ظلماً فاضحاً. وعندما يوضع التعليل بصورة عامة، يمكن القاضي الذي عهد إليه تنفيذ القرار التحكيمي، أن يستوضح عنه من الحكم^(٣).

(١) المادة ١٨٤٤ من المجلة..

(٢) و٣) معين المحكمات ١٩٧٣، ص ١١٩.

رد المحتار، جزء ٤، ص ٤٨٥.

الفتاوى الهندية، جزء ٣، ص ٤٧١.

مواهب الجليل محمد بن عبد الرحمن المسمى الحطاب، القاهرة ١٣٢٩هـ، جزء ٦،

ص ١١٢.

سادساً: قوة القضية المقضية

يستتج من إجماع الفقه أن القرار التحكيمي له الصفة النهائية:

- الرأي السائد في الفقه يذهب إلى أن الطبيعة القضائية للقرار التحكيمي، لها كافة صفات ومفاعيل الحكم القضائي.
- الرأي الأقل شيوعاً في الفقه، يذهب إلى أن للقرار التحكيمي طبيعة تعاقدية ومن العقد يأخذ التطور التحكيمي قوة الإلزام^(١).

وبمجرد صدور القرار التحكيمي، تصبح له قوة القضية، وهي مرتبطة بموضوع النزاع القائم ما بين الفرقاء، وليس له من أثر إلا في ما بينهم^(٢).

سابعاً: تفسير وتصحيح الأخطاء المادية في القرار التحكيمي

إن سلطة تفسير القرارات التحكيمية وتصحيح أخطائها المادية، يعهد بها إلى المحكمين اعتباراً من تاريخ صدور القرار التحكيمي، وحتى تاريخ اللجوء إلى القاضي، لطلب تنفيذ هذا القرار أو لطلب إبطاله^(٣) وبعد ذلك يصبح الأمر من اختصاص القاضي.

ثامناً: تنفيذ القرار التحكيمي

الرأي الراجح في الفقه، إن الفقرة الحكمية تشكل بحد ذاتها سنداً تنفيذياً، ولكن ليس للمحكم سلطة فيما يتعلق بالتنفيذ. ولأجل ذلك، أصبح من الضروري تدخل القاضي لتأمين القرار التحكيمي. وليس للقاضي سلطة إعادة النظر في صلب النزاع، والمنطق القانوني المتبع من قبل الحكم، بل له الحق فقط بتفحص الشروط الشكلية، كتلك التي ترمي إلى

(١) المادة ١٨٤٩ من المجلة.

(٢) المادة ١٨٤٢ من المجلة.

(٣) معين الحكام ص ٢٩ - ٣٠.

التأكد من أن هناك اتفاقاً تحكيمياً صحيحاً وسليماً، وإلى التأكد من أن القرار التحكيمي قد أصدره المحكمون معاً، وإلى أن التحكيم قد تناول الموضوع المحدد في الاتفاق التحكيمي.. إلخ...

وفي حال وجود أي عيب في الشكل، فإن للقاضي أن يرفض تنفيذ القرار التحكيمي، بل بإمكانه أن يعمد إلى إلغائه، إذا تضمن خطأً أو خللاً أو ظمناً فادحاً^(١)، أو إذا كان مخالفاً للنظام العام. ولا نكون في هذه الحالة بصدد درجة ثانية من درجات المحاكمة، بل بصدد نوع من المراقبة التي تتناول ذلك القرار التحكيمي.

وفي الفقه الإسلامي، فإن نظرية النظام العام تستند إلى احترام لروح الشريعة ولمصادرها (القرآن والسنة... إلخ) وإلى المبدأ الذي يذهب إلى أنه يتوجب على الأفراد احترام اتفاقاتهم، إلا تلك التي تحرم حلالاً، أو تلك التي تحلل حراماً.

تاسعاً: القرارات التحكيمية الأجنبية

يستند موقف الشرع الإسلامي تجاه الأفعال، والأحكام والقرارات الأجنبية، على المبدأ الذي يعطي لغير المسلمين حرية التعاقد وأن تكون لهم علاقات ونشاطات في ما تعلق بالأعمال المشروعة والمجازة من قبل دينهم، دون الأخذ بعين الاعتبار لنظرية التحليل والتحريم في الشريعة الإسلامية.

على سبيل المثال، ان العقد المتعلق ببيع الخمر، هو عقد صحيح ما بين غير المسلمين. وهو باطل بطلاناً مطلقاً ما بين المسلمين. إلا أنه في حال دخول طرف مسلم في هذه العلاقة التعاقدية، يصبح القانون

(١) مواهب الجليل القاهرة جزء ٦ ص ١١٢.

- برهان الدين تبصرة الحكام القاهرة ١٩٥٨ جزء ١.

- علاء الدين: معين المحكم القاهرة ١٩٧٣ ص ٢٥.

الإسلامي هو واجب التطبيق، أخذاً بعين الاعتبار قواعد التحليل والتحرير، كما هي محددة في التشريع الإسلامي الأصولي، ويلجأ في هذه الحالة إلى أخذ النظام الإسلامي العام بعين الاعتبار.

إنطلاقاً من هذا المبدأ، فإن التحكيم، ومن بعده القرار التحكيمي، يعتبران أجنبيين في الحالات التالية:

١ - عندما يجري التحكيم في أرض الإسلام، يعتبر تحكيمياً أجنبياً إذا كان الفرقاء أجنبياً من غير المسلمين، أو مواطنين غير مسلمين، عندما يكون موضوع النزاع مشروعاً وفقاً لديانتهم^(١).

ولم يعتمد هذا التحليل بصورة إجماعية، فقد اعتبر بعض الفقهاء أن الشريعة الإسلامية يقتضي أن تطبق على جميع المقيمين في أرض الإسلام، مهما كانت جنسيتهم، ومهما كانت ديانتهم^(٢).

٢ - عندما يجري التحكيم خارج أرض الإسلام، فإن الرأي المطروح بصدده يبدو أقل وضوحاً، بسبب تعدد الآراء بهذا الصدد.

بالنسبة للبعض^(٣)، فإن التحكيم الذي يجري خارج أرض الإسلام، هو دائماً تحكيمياً أجنبياً. والشريعة الإسلامية وقوانينها لا تطبق على الأعمال والأحكام والقرارات التحكيمية الصادرة في الخارج، وذلك دونما تمييز بين مسلم وغير مسلم، أو وفقاً لطبيعة العمل مدنياً كان أم تجارياً أم جزائياً.

وبالنسبة لآخرين لا يعتبر التحكيم أجنبياً، إلا إذا كان يدور بين أجنبياً، أو كان يدور بين مسلمين في الخارج، فقط بالنسبة للأعمال والأفعال المتعلقة بالمسؤولية الجزائية، وذلك لتجنب ازدواجية العقاب.

(١) أبو زكريا الأنصاري «أصل المطالب في شرح رواد الطالب» جزء ٤ ص ٢٠٤ وما يليها.

(٢) رأي لأبي يوسف في «بدائع الصنائع» الجزء السابع ص ١٣٢ وما يليها.

(٣) رأي لأبي حنيفة في «بدائع الصنائع» ج ٧ ص ١٣٢ وما يليها.

وفي المقابل، وعندما يتعلق الأمر بأفعال ذات طابع مدني، أو تجاري، فلا يعتبر التحكيم في هذه الحالة تحكيمياً أجنبياً.

وبالنسبة لآخرين أيضاً^(١)، فإن التحكيم الذي يدور في الخارج لا يعتبر تحكيمياً أجنبياً، إلا بين فرقاء أجنبياً، وبمجرد أن يدخله طرف مسلم لا يعود التحكيم أجنبياً، مهما كانت طبيعة العمل المدني أو التجاري أو الجزائي. وفي كل مرة يتم اعتبار التحكيم فيها، أجنبياً، لا يعود بمقدور القاضي المسلم إبطال القرار التحكيمي الأجنبي، أو رفض تنفيذه لأسباب متعلقة بالنظام الإسلامي العام، أخذاً بعين الاعتبار تحليل وتحريم الشريعة الإسلامية وقوانينها. ولا يمكنه أن يلجأ إلى الإبطال، إلا عندما يتضمن القرار التحكيمي الأجنبي، خللاً أو ظلماً فاضحاً، أو إذا كان مخالفاً للآداب العامة الإسلامية.

الفرع السادس: طرق المراجعة

تقرر الشريعة الإسلامية وفقهها تقديم طلب إبطال، عن طريق استئناف القرار أو عن طريق اعتراض الغير.

أولاً: مراجعة الإبطال

وهي وسيلة المراجعة الوحيدة التي تطرق الفقه إليها ودرسها. وتعتبر المجلة^(٢) أن القرار التحكيمي هو إلزامي، ولا يمكن لأي فريق أن يعترض عليه، بعد أن يكون المحكمون قد أصدروه نهائياً، إلا أن طبيعة القرار التحكيمي التعاقدية، وهي الطبيعة الراجعة في المجلة، تجعل منه شديد القرب من المصالحة، مما يوحي بأنه بالإمكان إبطال القرار التحكيمي،

(١) الإمام مالك في مواهب الجليل جزء ٣ ص ٣٥٥.

الإمام الشافعي في «المهذب» جزء ٢ ص ٣٥٢.

الإمام ابن حنبل في «المغني» جزء ١٠ ص ٤٣٩.

(٢) المادة ١٨٤٨ من المجلة.

وفقاً لنفس الأسس والأسباب التي يتم فيها إبطال العقد: عيوب الرضا... إلخ...

أما مؤيدو الطبيعة القضائية للفرار التحكيمي، فيرون أن مراجعة الإبطال تقبل في حال وجود خطأ واضح في القرار^(١): إذا كان المحكم قد أصدر قراره متعلقاً باتفاق تحكيمي باطل، أو انقضت مدته، أو إذا لم يكن للمحكم الصلاحية المطلوبة، أو إذا كان القرار التحكيمي ينال من النظام العام، أو يتضمن خللاً، أو ظلماً واضحاً، أو إذا لم يكن للفرقاء أهلية اللجوء إلى التحكيم، أو إذا نال القرار من مبدأ احترام حق الدفاع.. إلخ.

يقدم طلب إبطال القرار التحكيمي لدى القاضي المختص أو، بمناسبة تنفيذ ذلك القرار، لدى القاضي المكلف بالتنفيذ.

كما يمكن تقديم مثل هذا الطلب لدى قاضي القضاة^(٢).

وفي حالة إلغاء القرار التحكيمي، فإن القاضي لا يعيد النظر في القضية، إلا إذا طلب إليه ذلك كلا الفريقين أو أحدهما. وفي الحالة المعاكسة، فإن قراره يعتبر بمثابة أمر تنفيذي.

ثانياً: الاستئناف

هذه الوسيلة من وسائل المراجعة، والتي هي إمكانية لحق وليست حقاً، قد جرى الخلط بينها وبين المراجعة بهدف طلب الإبطال.

تقدم المراجعة الاستئنافية لدى قاضي القضاة، وللأسباب نفسها التي تعتمد في تقديم طلب الإبطال. وفي المرحلة الاستئنافية، يعمد القاضي إلى إلغاء القرار التحكيمي^(٣)، ويصدر قراراً تحكيمياً جديداً يفصل فيه النزاع.

(١) «معين الحكام» ص ٢٩ وما يليها «تبصرة الحكام» ص ٧٣ وما يليها.

(٢) معين الحكام ص ٣٠ وما يليها تبصرة الحكام ص ٧٣ وما يليها.

(٣) الماوردي: «أدب القاضي» جزء ٢ رقم ٣٦١٧ ص ٣٨٤.

ثالثاً: اعتراض الغير

لا يمكن أن يمتد أثر القرار التحكيمي إلى أشخاص آخرين غير فرقاء النزاع^(١). أما الأشخاص الآخرون الذين يمكن أن يكون لهم اهتمام ما، في تنفيذ القرار التحكيمي، فيمكنهم تقديم أي اعتراض من قبلهم لدى القاضي.

القسم الثاني: التحكيم بالصلح

الفرع الأول: نظرة عامة

إذا كان التحكيم هو ابن الزمن، ونشأ قبل قضاء الدولة وقبل الدول، فإن التحكيم بالصلح كان أول شكل أطل فيه التحكيم على التاريخ.

فالمجتمعات البدائية كان الصلح فيها هو سيد الأحكام، وكان كل نزاع يحسمه شيخ القبيلة الذي بيده السلطة، في أزمنة لم تكن تفرق بين سلطة قضائية وسلطة تنفيذية أو تشريعية، وكان شيخ القبيلة يفرض مصالحة بين الطرفين، تكون حلاً متوازناً بين الطرفين، يأخذ من طرف بقدر ما يعطي طرفاً آخر، وأحياناً أخرى يعطي أحد الطرفين كثيراً أو قليلاً، ويأخذ من الطرف الآخر قليلاً أو كثيراً، ولكنه لم يكن يحسم النزاع بأن يحكم بين حق وباطل. من هنا فإن المصالحة كان فيها لكل طرف حصة كبيرة أو صغيرة ولكن أي من الطرفين لم يكن يخرج منها خالي الوفاض.

أما إذا خرج النزاع عن نطاق القبيلة، فإن حسمه يصبح أمام أحد طريقين، حسم بالصلح أو حسم بالحق، أي بحث عن صيغة مصالحة أو الحكم بمن هو على حق ومن هو على باطل. وهذا الشق الذي أخذ يتطور مع الزمن ليصبح الوجه الآخر للتحكيم، هو الذي سمي «التحكيم بالقانون».

من هنا، فإن التحكيم بالصلح قد وجد قبل المحاكم وكان أو

(١) الماوردي: «أدب القاضي» جزء ٢ رقم ٣٦١٧ ص ٣٨٤.

شكل أطل به التحكيم في التاريخ. من هنا كانت البداية، ولكن الزمن سار
بالتحكيم بالصلح حتى وصل إلى مفترق طرق بعد أن تبلورت في العالم
أربعة أنظمة قانونية هي:

١ - الشرع الإسلامي.

٢ - القوانين المدنية.

٣ - أعراف القوانين الانجلو أميركية.

٤ - القوانين الاشتراكية.

١ - في الشرع الإسلامي:

عرف الشرع الإسلامي التحكيم بالصلح كما عرف التحكيم
بالقانون. فالآية الكريمة التي تقول: ﴿وإن خفتم شقاق بينهما.. فابعثوا
حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن
الله كان عليماً خبيراً^(١)﴾. هي بنظر الفقه^(٢) أساس التحكيم بالصلح أو
بالأحرى التوفيق غير الإلزامي للأطراف. لا سيما وأن عدد المحكمين هو
شعبي، وحكمهم غير نهائي وغير ملزم، إلا إذا قبل به الأطراف.

أما التحكيم بالقانون فهو يعتمد الآية الكريمة التي تقول: ﴿إن الله
يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن
تحكموا بالعدل إن الله نعماً يعظكم به إن الله كان سميعاً بصيراً^(٣)﴾.

فالحكم يجب أن يحسم النزاع، وحتى يمكن حسم النزاع بحكم،
فلا بد من القبول بقرار أكثرية المحكمين الذين يجب أن يكونوا وترأ، وأن

(١) الآية ٢٦ من سورة النساء.

(٢) كتاب شرح المذهب - كتاب الأفضية - المجلة ٢٠ - كتاب القضاء لشهاب الدين ابن
اسحاق المعروف باسم ابن أبي الدم الحموي - أبحاث أطروحة دكتوراة للزحيلي - دار
المجمع العلمي - ص ١٣٨.

(٣) الآية ٥٨ من سورة النساء.

يكون قرارهم إلزامياً. ولكن الفقه لم يأخذ موقفاً محدداً واضحاً في التفرقة، بين التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون. لا سيما وأن الفقه القديم وضع أحكاماً لزمانه ويصعب قياسها مع الأحكام المعاصرة، ولكن الشرع ترك أبواب الاجتهاد مفتوحة.

والملاحظ أن التشريع الإسلامي الذي قنن في مجلة الأحكام العدلية، أخذ موقفاً يميل نحو التحكيم بالصلح ولا يسمح إلا في مجال ضيق للتحكيم بالقانون، ويتلخص في ما يلي:

١ - القاعدة هي أن التحكيم هو توفيق والمحكم يمكن عزله في أي وقت، إلا إذا ثبته القاضي.

وقد ذهب البعض إلى القول بأن القاعدة في الشرع الإسلامي هي التحكيم بالصلح والاستثناء هو التحكيم بالقانون^(١)، وإنه في غياب التعبير عن إرادة صريحة باختيار التحكيم بالقانون، فإن التحكيم بالصلح هو الذي يغلب. وهذا الاتجاه يعتبر أن الشرع الإسلامي يتضمن قرينة لصالح التحكيم بالصلح.

٢ - إذا تعدد المحكمون فإن إجماعهم واجب^(٢).

٣ - إذا أذن الطرفان للمحكمين تسوية الأمر صلحاً، تعتبر تسوية المحكمين للخلاف صلحاً، ويكون المحكمان وكيلين، وليس لأحد الطرفين الرجوع عن هذا الصلح^(٣).

٤ - إذا فصل أحد في الدعوى الواقعة بين شخصين بدون أن يحكم في ذلك، ورضي الطرفان بذلك وأجازا حكمه ينفذ^(٤)، لأن الإجازة اللاحقة هي في حكم الوكالة السابقة.

(١) عمر القاضي: التحكيم الدولي بين الشرع الإسلامي والقانونين الفرنسي والمصري - ص ١٩٠ - ١٩١ أطروحة دكتورا قدمت في جامعة باريس الحادية عشر.

(٢) المادة ١٨٤٤ المجلة.

(٣) المادة ١٨٥٠ المجلة.

(٤) المادة ١٨٥١ المجلة.

والملاحظ أن المحكم بالصلح في الشرع الإسلامي يطبق العدل. ولكن تطبيق العدل لا يعفي المحكم من تطبيق نصوص القانون، إذا تعرض نص القانون للأمر، موضوع النزاع، ولا سيما القواعد الإلزامية المتعلقة بالنظام العام كالربا وتجارة الخمر مثلاً. والملاحظ أن مجلة الأحكام العدلية تغلب الطابع التعاقدي في التحكيم بالصلح على الطابع القضائي^(١). ومن خلال الطابع التعاقدي، فإن للمحكم التحكيمي بالصلح الذي يتوصل إليه «الوكلاء» المحكمون:

- أ - إذا تكشف له، خلال نظر المنازعات، عيوب في عمل المشروعات المتنازعة أمامه، فيجب أن يحدد أسبابها ويبلغ قادة المشروع عنها.
- ب - يتولى تحليل المشاكل الاقتصادية ويقدم الاقتراحات بشأن علاجها.
- ج - يقوم تحكيم الدولة في الاتحاد السوفياتي، الملحق بمجلس الوزراء، مع وزارات أخرى، بتقديم التفسيرات للمشروعات، كما يتولى، بالاتفاق مع وزارة التجارة الخارجية، توضيح كيفية تطبيق شروط تنفيذ وحدات الاستيراد، بطلبات المؤسسات السوفياتية، ويوضح القرارات الخاصة بتوريد المنتجات، ذات الأهمية الإنتاجية والفنية للمشروعات العامة، وكذلك وضع شروط توريد سلع الإنتاج الشعبي.

من هنا يتضح سبب غياب التحكيم بالصلح عن التحكيم في القوانين الاشتراكية. ويقول الفقه^(٢) «إن دور المحكم (في القوانين الاشتراكية) ليس إعادة السلام بين الخصوم، وإنما قبل كل شيء إعطاء الأولوية لمصلحة الدولة العليا. ويضع نصب عينيه، قبل كل شيء، إنفاذ الخطة الاقتصادية».

وبالواقع، فإن المحكم يملك غالباً حرية التحديد عن تطبيق القانون

(١) المادة ١٨٥٠ المجلة.

(٢) René DAVID: «L'égalité socialiste ou dépérissement du droit». Cahier du Mond Russe et Soviétique, Janvier - Mars 1961, p. 78..

بصرامة، من أجل إيجاد الحلول الأكثر ملاءمة، التي تتطلبها المصحلة الاقتصادية العامة... من هنا، فإن البحث عن الحلول الاقتصادية الملائمة، تتطلب أحياناً عدم التشدد في تطبيق نص القانون وقواعده.

في القوانين الاشتراكية، التجارة الداخلية هي بيد الدولة، وخلافات هذه التجارة تحلها هيئات تحكيمية أوجدتها قرارات حكومية وربطتها بغرف التجارة، التي يتولى إدارتها موظفون حكوميون. من هنا يصعب القول إن التحكيم بالصلح الذي يطبق العدالة وليس نص القانون ليس له وجود في القوانين الاشتراكية. والأحكام التحكيمية التي تصدر عن المحكمين المنتسبين إلى الهيئات التحكيمية في غرف التجارة، تطبق نصوص القانون وليس العدالة والضمير.

والتجارة هي بيد الدولة، ولكن التجارة الخارجية تخضع لنظام تحكيمي، يختلف عن النظام التحكيمي للتجارة الداخلية. فالتجارة الخارجية هي مع دول أو شركات أجنبية، وهي إذا كانت من الدول الاشتراكية فإنها تخضع للنظام التحكيمي الذي تفصله اتفاقية موسكو التحكيمية بين الدول الاشتراكية. أما إذا كانت دولاً أو شركات ليبرالية، فإن الاتفاقات الدولية التحكيمية هي التي ترعاها وهي تقر التحكيم بالصلح، إلى جانب التحكيم بالقانون. ولكن الدول الاشتراكية شديدة الحذر من التحكيم بالصلح ومن تطبيق العدالة التي يختلف مفهومها باختلاف المفاهيم الفلسفية والاجتماعية والاقتصادية. والدول الاشتراكية حذرة من أن يكون مفهوم الدول الليبرالية للعدالة مختلفاً عن مفهومها للعدالة. لذلك فهي تفضل الرجوع إلى معيار موضوعي، هو قانون معين، بدلاً من معيار ذاتي هو العدل والضمير.

٣ - القوانين الإنكليزية:

التحكيم في القوانين الإنكليزية هو جزء من الجسم القضائي. ولا تعرف القوانين الإنكليزية التحكيم بالصلح لا بل تعتبره نقيضاً لمفهومها

للتحكيم وخارجاً عن القانون وتعتبر التحكيم بالصلح كنوع من أنواع الصلح.

ويتميز النظام التحكيمي الإنكليزي التقليدي بوصاية ورقابة محاكم الدولة عليه. وتعود رقابة المحاكم إلى أسباب تاريخية، إذ كانت أعراف القوانين «Common Law» في إنكلترا، تقاتل من أجل سيطرتها وحدها، وكانت المحاكم التابعة للملك حريصة على تأكيد سيادتها على كل المحاكم الأخرى من كهنوتية إلى إقطاعية إلخ...

أخيراً أقر المبدأ وانتصرت أعراف القوانين أي ال «Common law» وأصبحت القاعدة إن أي اتفاق يجرّد المحاكم من اختصاصها، يكون دون أي أثر فأصبح من حق كل من يبرم عقداً تحكيمياً مراجعة المحاكم، بالرغم من اتفاق التحكيم، ويطلب الخصم إذ ذاك من المحكمة تعليق الدعوى إذا كان متمسكاً باتفاق التحكيم. ولا ترد المحكمة الدعوى لعدم الاختصاص بل تعلقها، وتبقى المحكمة القضائية ساهرة على سير التحكيم، إذ إن الدعوى عالقة لديها حتى انتهاء التحكيم. هكذا يحق لأي خصم، خلال التحكيم، أن يطلب من المحكمة أن تعلق إجراءاتها لفترة معقولة، لكي تتيح لهذا الخصم مراجعة المحكمة القضائية، التي تأمر المحكم بهذا التعليق إذا لم يفعله من تلقاء نفسه.

وهكذا يتضح سبب تناقض نظام التحكيم الإنكليزي مع التحكيم بالصلح. وقد صدرت حديثاً قوانين إنكليزية تنظم التحكيم، ولا سيما قانون ١٩٧٩. وهي تخفف حدة هذا التناقض، لا سيما في التحكيم الدولي، ولكن التحكيم بالصلح يبقى بشكل عام مناقضاً للقانون الإنكليزي^(١).

(١) وتجدر الإشارة إلى أنه، وخلافاً للقانون الإنكليزي، فإن المحكمين يمكن أن يحكموا

في النزاع كمحكمين بالصلح.

٤ - القوانين المدنية:

القوانين المدنية تمتد جذورها إلى القانون الروماني. والقانون الروماني كان يفرق بين التحكيم «Boni-Viri» والتحكيم «Ex Compromisso». ولم يكن يعترف بسلطان الإرادة. وبالتالي، فإن العقد التحكيمي لم يكن ملزماً بالتحكيم وكذلك الحكم التحكيمي. ومن أجل إعطاء العقد التحكيمي مفاعيل إلزامية، فإن الأطراف كانوا يتفقون على أنه في حال عدم الالتزام باللجوء إلى التحكيم، فإن الطرف الملح يدفع للآخر غرامة، وهذا هو التحكيم «Ex Compromisso» وهو يختلف عن التحكيم «Boni-Viri» في أنه كان يفضي إلى نتائج لها قوة إلزامية. ولكن كلاً من التحكيمين لم يكن يختلف عن الآخر من حيث سلطة المحكم بتطبيق القانون، بل كان اختلافهما محصوراً في قوة الإلزام في كل من التحكيمين.

ثم أخذت القوانين المدنية تطور التحكيم بالصلح إلى نوع من المصالحة والتوفيق، التي يصدر بنتيجتها حكم غير ملزم، إلى أن انتهت بإيجاد نظام تحكيمي مزدوج، فيه تحكيم بالقانون وتحكيم بالصلح يتميز فيه التحكيم بالصلح بأنه يتضمن تنازلاً من الطرفين عن تطبيق نصوص القانون.

وقد مر ذلك عبر الثورة الفرنسية، والدور الذي لعبته فرنسا في تقنين القوانين المدنية. فقد بدأت الثورة الفرنسية بإنزال التحكيم منزلة رفيعة، كردة فعل لتجاوزات المحاكم الملكية، فكرست حرية التحكيم بنص دستوري في دستور سنة ١٧٩١.

ولكن قانون المرافعات الذي صدر سنة ١٨٠٦ بعد الثورة الفرنسية، كان حذراً من التحكيم، لأن الاتجاه في التشريع كان يبحث عن تركيز السلطة، بعد أن بعثرتها عواصف الثورة ورياحها ثم الثورات المضادة. وكان هذا القانون حذراً أكثر من التحكيم الذي يجري بعيداً عن نصوص القانون

وهو التحكيم بالصلح. وهكذا، فإن قانون المرافعات الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٦، والذي بقي ينظم التحكيم بالقانون أكثر من قرن من الزمن، والذي نظم التحكيم، بروح ليست شديدة الترحيب به، كان حذراً من التحكيم بالقانون مرة، وحذراً من التحكيم بالصلح مرتين. ولكنه أقر التحكيم بالصلح ولم ينكره ولا حرمه. وقد اعتمد المشرع لترجيح التحكيم بالقانون، على التحكيم بالصلح، قرينة تقول إن التحكيم حين ينبع من سلطان الإرادة، فإنه يعتبر تحكيمياً بالقانون، وإن المحكمين ملزمين بتطبيق القانون، إلا إذا أعلن سلطان الإرادة، بشكل واضح، اختيار التحكيم بالصلح. إذ ذاك تسقط قرينة التحكيم بالقانون، ويجري تحكيم يعتمد تطبيق العدالة وليس نص القانون.

ولكن هدم هذه القرينة يحتاج إلى إرادة صريحة. فإذا ساد الشك أو الإلتباس، فإن قرينة التحكيم بالقانون تبقى، ويبقى التحكيم مقيداً بتطبيق نص القانون.

٥ - التصادم بين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح:

مع تطور دور التحكيم في التجارة، لا سيما بحكم تطور آفاق التجارة الدولية، فإن تصادماً أخذ يحصل بين حقوقي القوانين الإنكليزية، الذين يعتبرون التحكيم بالصلح خارجاً عن قانونهم وحقوقي القوانين المدنية، الذين يعتبرون التحكيم بالصلح جزءاً مشروعاً من قوانينهم.

وأصبح التناقض بين القوانين الإنكليزية والقوانين المدنية، حول التحكيم بالصلح، ظاهرة بدأت أوروبية، وتطورت انعكاساتها إلى كل دول العالم التي غرفت من معين القانونيين.

بل إن توحيد تشريعات التحكيم أو تنسيقها أو تقريبها، كما وإتفاقيات التحكيم الدولية، أصبح كل ذلك يصطدم بالتصادم الحاصل بين القانون الإنكليزي والقوانين المدنية حول التحكيم بالصلح. وبينما تولت إنكلترا قيادة التيار المعادي للتحكيم بالصلح، في المؤتمرات القانونية،

فإن فرنسا قادت التيار المدافع عن التحكيم بالصلح، وأصبحت أنظمة التحكيم بالعالم منقسمة بين أنظمة تحكيمية.

أ - تعترف بشئائية التحكيم وتفرق بين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح.

ب - لا تعترف ولا تفرض شئائية التحكيم، أي لا تفرق بين التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون.

ج - لا تعترف إلا بنوع واحد من التحكيم هو «التحكيم القضائي» الذي ليس فيه مكان للتحكيم بالصلح.

الفرع الثاني: التفرقة بين التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون

التحكيم هو وسيلة لحسم المنازعات، وقد اختلفت الأنظمة القانونية في العالم، في تحديد مفهوم هذه الوسيلة وتحديد نطاقها وخصائصها. ويجب أن نلاحظ أن أكثر القوانين لم يعط تعريفاً للتحكيم بالصلح، والذي أعطى منها تعريفاً جزئياً، اكتفى بإعطاء تعريف ناف بحيث لم تعرف ما هو التحكيم بالصلح، بل عرفت متى لا يكون التحكيم بالصلح. من هنا، فإنه يصعب تعريف التحكيم بالصلح، بشكل دقيق، وضمن حدود واضحة، يؤدي تجاوزها إلى الانتقال من تحكيم إلى تحكيم من نوع آخر. ذلك أن الحدود حين لا تكون واضحة فإن القدم حين تظاً أرضاً لا تعود على بينة أين هي تماماً ولكن الفقه الغالب متفق على أنه إذا كان التحكيم بالقانون هو حسم للنزاع يختار فيه الأطراف استبدال القاضي بالمحكم، إلا أن التحكيم بالصلح هو عدالة أخرى وشكل آخر من أشكال التحكيم.

ولكن أحد أهم الخلافات الأساسية هو بين أنظمة تقرر شئائية التحكيم وأنظمة لا تقرر هذه الشئائية.. ويمكن اعتماد مقياس أساسي للتفرقة بين التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون، ولإلقاء ضوء على طبيعة كلا التحكيمين وخصائص كل منهما من جهة أخرى، يمكن اعتماد مقياس التفرقة بالقول ان التحكيم بالصلح يتضمن تنازلاً من المتفقين عليه عن

تطبيق نص القانون وقواعد القانون وهو عودة إلى العدالة وضمير المحكم. ولكن المشكلة الأساسية هي كيف التفريق في حال عدم وجود تعبير صريح من المتعاقدين عن إرادتهم باختيار أحد التحكيمين.

المبحث الأول: الأنظمة القانونية التي تعترف بشأية التحكيم:

بالصلح وبالقانون: القرينة على أن التحكيم بالقانون

وأهم البلدان التي تفرق قوانينها بين التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون هي: الدول العربية باستثناء الأردن والسودان، بالإضافة إلى فرنسا، هولندا، بلجيكا، دول أميركا اللاتينية، إيطاليا، سويسرا، إسبانيا.

وقد كان القانون الفرنسي سابقاً إلى هذه القرينة، بين الدول التي تفرق بين التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون. فقد كان هناك جدل فقهي حول ما إذا كانت القرينة تذهب إلى التحكيم بالصلح أم إلى التحكيم بالقانون. فلو كانت القرينة ذهبت إلى التحكيم بالصلح، فإن عقد التحكيم يكون تحكيمياً بالصلح إلا إذا عبر موقعوه عن إرادتهم في نقل التحكيم إلى القانون. هكذا إذا اكتفوا بالإشارة إلى أن الخلاف يحسم عن طريق التحكيم، فإنه كان سيحسم عن طريق تحكيم بالصلح. ولكن المشرع الفرنسي، حين وضع قانون مرافعات سنة ١٨٠٦، كان يجد صعوبة حتى في قبول مبدأ التحكيم ذاته، لأنه كان خارجاً من الثورة الفرنسية التي صبت جام غضبها على المحاكم الملكية، وجعلت التحكيم خياراً شعبياً مشروعاً وبديلاً للمحاكم الملكية.

وكان المشرع يبحث عن الإستقرار، وكان القضاء يشعر أن التحكيم هو منافس له. هكذا نظر المشرع الفرنسي إلى التحكيم، بكثير من الحذر. وكان من الطبيعي، في جو كهذا، أن تأتي القرينة إلى صالح التحكيم بالقانون، إلا إذا قلب أطراف عقد التحكيم القرينة، بشكل واضح، وعبروا صراحة عن ترجيحهم للتحكيم بالصلح. إذ ذلك تسقط القرينة ويتحول التحكيم إلى الصلح، أما إذا التزم الأطراف الصمت واكتفوا

بالإشارة إلى التحكيم، فيكون التحكيم إلزاماً بالقانون.

ويعبر الفقه عن قرينة التحكيم بالقانون بقوله: «إن الأطراف بتخليهم عن محاكم الدولة ومراجعتهم التحكيم يريدون قضاة آخرين، ولكنهم لا يريدون عدالة أخرى»^(١).

فالتحكيم الفرنسي يهدف إلى تنظيم التحكيم، بعيداً عن محاكم الدولة، ولكن تحت أنظارها. وهو لا يبحث عن صهر وإدغام التحكيم في الجسم القضائي، كما يفعل التحكيم الإنكليزي، الذي يجد المحكم نفسه داخل الجسم القضائي الإنكليزي، شأن أي محكمة دنيا أمام أي محكمة عليا في النظام القضائي.

والفارق بين التحكيم الفرنسي والتحكيم الإنكليزي، بهذا الشأن، أن التحكيم الفرنسي إذ أوجد قرينة على أن التحكيم هو بالقانون، إلا أنه ترك الحرية للأطراف لقلب هذه القرينة وإثبات عكسها، بينما جعل القانون الإنكليزي قرينة التحكيم بالقانون غير قابلة لإثبات العكس. وهكذا يصبح التحكيم بالقانون هو القاعدة والتحكيم بالصلح هو الاستثناء في النظام الفرنسي.

هذا هو التيار الغالب في التشريع في هذه الدول التي تبنت ثنائية التحكيم، مرجحة التحكيم بالقانون على التحكيم بالصلح عن طريق هذه القرينة. ولكن الواقع في هذه البلدان، لم يطابق تماماً اتجاه المشرع. وكذلك الفقه لم يكن مؤيداً تماماً لهذا الموقف.

فهناك اتجاه هام في فقه هذه الدول يدعو إلى اعتماد قرينة معاكسة، أي اعتماد القرينة إلى صالح التحكيم بالصلح. وترك الحرية للأطراف لعكسها. فتصبح القاعدة هي التحكيم بالصلح والاستثناء هو التحكيم

Boncennes, Tome VI, 609.

(١)

بالقانون^(١). ولكن هذا الاتجاه في الفقه لم يتمكن بعد من أن يصبح هو الغالب، إذ أن اتجاهاً آخر يعارضه^(٢) ويعتبر أنه من الضروري أن يكون موقعو عقد التحكيم على بينة من الفارق، بين التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون، وعلى بينة من النتائج المترتبة على اختيارهم للتحكيم بالصلح.

فهذا التيار الفقهي يعتبر أن التحكيم بالصلح «يخضع أطراف النزاع لسلطان إرادة المحكم وحده دون سواه»^(٣)، وأن هذا الوضع يستدعي أن يكون الأطراف على بينة من الأمر وأن يدركوا جيداً أين يذهبون مع المحكم بالصلح، الذي يجب أن يكون متمتعاً بثقة ورصيد كبيرين، لدى أطراف النزاع. لهذا فرض القانون المصري السابق للتحكيم، تسمية أشخاص المحكمين في شرط التحكيم بالصلح تحت طائلة البطلان.

يبقى أنه وإن كان المشرع قد وضع قرينة لصالح التحكيم بالقانون يؤيده بذلك التيار الفقهي الغالب، فإن الواقع العملي ذاته قد أوجد توازناً، بين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح. ففي إحصاء نشر في «La Revue de l'Arbitrage» حول سلطات المحكمين، منذ سنة ١٩٥٥، على عينة من ١٢٣ تحكيمياً داخلياً، يتبين أن الأطراف اختاروا التحكيم بالقانون، في ٥٩ تحكيمياً، مما يعني أن تحكيمياً على اثنين هو تحكيم بالصلح، وإن التحكيم بالصلح يقاسم التحكيم بالقانون ثقة الأطراف الذين يختارون نزع اختصاص المحاكم والذهاب إلى التحكيم. وقد كانت النتائج، على صعيد التحكيم الدولي، مطابقة لنتائج إحصاء التحكيم الداخلي^(٤).

Le Congrès des Docteurs-1971, Nice. Revue de l'Arbitrage, 1971, p. 69. (١)

Eric LOQUIN: L'Amiable Composition en Droit Comparé et International. (٢)
Librairies Techniques. Paris, 1980.

LEVEL: Juris-Classeur-Procédure Civile. Fasc IX, p. 48. (٣)

Eric LOQUIN: «L'Amiable Composition en droit comparé et International», (٤)
Librairies Techniques. Paris, 1980, p. 64.

المبحث الثاني: الأنظمة القانونية الموحدة للتحكيم

التي لا تفرق بين التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون

وأهم البلدان التي لا تفرق قوانينها بين التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون هي: الولايات المتحدة الأميركية، ألمانيا، اليابان، الدول السكندنافية والنمسا. في قوانين هذه الدول التحكيم موحد وليس ثنائياً، ويصف الفقه هذا الوضع بقوله «يخرج التحكيم (في هذه القوانين) من الأجنحة المحلية التي حفظت القوانين الوطنية نفسها فيها»^(١).

فهذه القوانين تعتمد بالصلح، لجهة ثنائية التحكيم، ولا تتحدث سوى عن التحكيم. فلا تجيز التحكيم بالصلح ولا تحرمه ولا تعتمد التحكيم بالقانون حصراً. وهي لا تنص على أن يطبق القانون في التحكيم كما لا تحظر فيه تطبيق العدالة والضمير، ولكنها لا تخضع الحكم التحكيمي لمراجعة القاضي ولا لرقابته. وهذا وضع يجعل التحكيم بالصلح إلى جانب التحكيم بالقانون متعايشين بالفعل والواقع، وإن لم يتعايشا باعتراف رسمي من المشرع.

١ - القرينة على أي تحكيم؟

الأنظمة القانونية للتحكيم في هذه الدول، لم تأخذ بقرينة لصالح التحكيم بالقانون، بل عكست تماماً هذه القرينة وأخذت موقفاً من اثنين:

- أ - إن القرينة هي لصالح التحكيم بالصلح. فإن اكتفى الأطراف بالإشارة إلى التحكيم، دون تحديد لخصائصه، وما إذا كان يطبق القانون أو العدل والضمير، فإن تشريعات هذه الدول تعتبر أنه في هذه الحالة، تكون هناك قرينة على أن التحكيم يكون بالصلح، وإن المحكم ليس ملزماً بتطبيق القانون.
- ب - تشريعات دول أخرى في هذه المجموعة تركت الأمر كله لسلطان

René DAVID: Cours de Droit Privé Comparé 1968-1969, p. 104. (١)

الإرادة بدون أي قرينة. وتركت استخراج واستنتاج حقيقة إرادة الطرفين، في حال غياب التعبير الصريح عن الإرادة من خلال ظروف التعاقد ومن خلال البحث عن نيتهما التعاقدية. فالبحث يجري عن إرادة الطرفين من خلال المؤشرات التي يمكن أن تلقي ضوءاً عليها. وهكذا، فإن الدول التي تبنت نظام التحكيم الموحد اعتمد بعضها:

- ١ - قرينة على التحكيم بالصلح وحرية لسلطان الإرادة في عكسها.
- ٢ - حرية لسلطان الإرادة وحدها لتقرر ما تشاء، بدون أي قرينة، وإلا فإن المحكم يصبح حراً في تطبيق القانون أو تطبيق العدالة والضمير.

فاجتهاد المحاكم الأميركية يعتبر أن «الحكم، في غياب اتفاق بين الطرفين يحد من سلطته، لا يمكن إعادة النظر به ولا التصدي لسلطته ولا إبطال حكمه وحتى لخطأ في الوقائع أو في القانون»^(١).

والتحفظ الوحيد الذي أخذته المحاكم الأميركية هو «Misconduct» إساءة التصرف أو «التصرف المعيب».

والأنظمة التي تترك للإرادة وحدها سلطان التقرير، شأن نظام التحكيم الأميركي، تضع سلطان المحكم بعد سلطان إرادة المحكمين، أو بالأحرى عند غياب التعبير عن سلطان الإرادة، فإن المحكم يملك حرية تقرير ما إذا كان سيطبق القانون أم العدالة. وفي حال اختيار المحكم أن يطبق العدالة، فإن التحكيم يصبح «إلزاماً تحكيمياً بالصلح، تطبق فيه العدالة والضمير وليس القانون، ويصبح الحكم فيه نهائياً وغير قابل لطرق المراجعة. ففي غياب تعبير عن سلطان الإرادة، وفي حال تعذر الوصول إليها، فإن أمر التحكيم يصبح بيد المحكم الذي يملك تحويله إلى

(١) قضية: «Bonles V. Bilerman «The law and practice of commercial Arbitration»

القانون كما يملك تحويله إلى الصلح.

والاتجاه الآخر في الاجتهاد الأميركي، هو الغالب، يعتبر أن هناك قرينة على أن التحكيم هو بالصلح وللأطراف حرية عكسها. فقد اعتبر الاجتهاد الأميركي أنه «إذا لم يتضمن عقد التحكيم ما قيده، فإن المحكم بإمكانه عدم التقيد بقواعد القانون ولا بقواعد الإثبات وعدم التقيد سوى بالعدالة والضمير»^(١). وكذلك اعتبر الاجتهاد أنه «إذا كان الأطراف في العقد التحكيمي لم يشددوا على تطبيق القانون على الحكم الصادر عن المحكمين، فإن بإمكان هؤلاء المحكمين النظر بالنزاع، وفقاً لمفهومهم للعدالة والضمير»^(٢). ويضيف الاجتهاد الأميركي بقوله: «المحكم بإمكانه أن يقرر ويقضي بما ليس لأي قاض الحق بأن يقرره أو يقضيه»^(٣)

ويؤكد الاجتهاد ذلك ويوضحه أكثر بقوله: «العقد التحكيمي هو طريقة تعاقدية، يتفق فيها الطرفان على حسم النزاع بإيجاد قضاء خاص بهما، فيختاران القضاة، ويتنازلان عن طرق المراجعة، وعن تطبيق قواعد الإثبات ويتركان لهؤلاء المحكمين، الذين تم اختيارهم حرية حسم المواضيع التي يطرحانها أمامهم، وفقاً لمفهوم هؤلاء المحكمين للعدالة والضمير متنازلين عن تطبيق أي قانون»^(٤).

ويعتبر الفقه^(٥) إن العقد التحكيمي لا يحتاج لأي تنازل عن تطبيق القانون، فمجرد اتفاق الطرفين على قضاء غير قضاء محاكم الدولة، وإبرام

(١) حكم في قضية: «Fudickar» Guardian Mutual life Insurance.

(٢) وكذلك حكم المحكمة العليا في Minnesota الصادر في ١٩٥٤/٧/٢٧ والمنشور في: Revue de l'arbitrage 1955, p. 65.

(٣) A. Wenger Co v. Propper Silk Hosiery Mills, 239. N.Y. 19.203, 146. NE 203 (1921).

(٤) 12 Avril 1955, Arb. Journ, 1955 No 2, p. 101.

(٥) Dombre: The law and practice of commercial Arbitration- Callaghan 1968, p. 256.

هذا الاتفاق هو بحد ذاته، تنازل عن تطبيق قانون المحاكم القضائية.

وبالتالي، فإن العقد التحكيمي ذاته هو تنازل عن تطبيق القانون، في الأنظمة التي تعتبر القرينة لصالح التحكيم بالصلح مثل النظام الأميركي، ولو لم يتضمن هذا العقد أي إشارة للتحكيم بالصلح.

ويفسر البروفسور René David بقوله أنه في الولايات المتحدة المحكمون في أكثر الأحيان ليسوا من الحقوقيين. فإذا كان القانون هو الذي سيطبق لحسم النزاع، فذلك يعني «أن التحكيم، بدلاً من أن يكون نهاية النزاع، يصبح بدايته»^(١).

ولكن المحكمين، وإن كان الأطراف قد أعفوهم من تطبيق القانون وتنازلوا عن تطبيق القانون، إلا أن الإحصاءات تدل على أن المحكمين يلجؤون للقانون طوعاً، لإيجاد العدالة فيه.

فمن إحصاء أجرته هيئة التحكيم الأميركية A.A.A. يتبين أن ٨٠٪ من المحكمين قد طبقوا القواعد القانونية في أحكامهم، وإن كانوا غير ملزمين بذلك، ولكنهم أضافوا أنهم ما كانوا يسلكون هذا الدرب لو أنهم وجدوا أن اتباع طريق آخر كان سيفضي بهم إلى حل أكثر عدلاً وإنصافاً^(٢).

ويقول الفقه إن التحكيم الذي يعفي المحكم من تطبيق القانون وقواعده ونصوصه وإجراءات المحاكمة، هو أقرب لظروف رجال الأعمال وأوضاعهم، وأقدر على حل خلافاتهم التجارية.

ولكن القانون الألماني لم يكن في وضوح القانون الأميركي، بهذا الشأن، بل اعتبر أن التوفيق والمصالحة هما تحكيم الصلح وأن الصلح

(١) Philipps, «Rule of Law or laissez-faire in commercial arbitration», 47, Harward Law Review, 1934, p.602.

(٢) Mentchikoff, «Commercial Arbitration». Col. L. Rev., 864 (1961). مذكور في:

ليس حسماً قضائياً للنزاع. وبالتالي، فقد بقي يعتبر أنه ليس بإمكان الأطراف التنازل عن تطبيق القانون.

ولكن، مع تطور مفهوم التحكيم بالصلح، فإن الفقه الألماني كما والاجتهاد انقسما حول التنازل عن تطبيق القانون. ويعبر الفقه الألماني عن عدم الحاجة إلى التنازل بقوله: «إن التحكيم بالصلح غير معروف في القانون الألماني لأنه ليس بحاجة لذلك، إذ أن الحكم التحكيمي أصلاً ليس مقيداً بالقانون»^(١).

ولكن الفقه يبقى منقسماً في ألمانيا، حول حق الأطراف في التنازل عن تطبيق القانون، وإن كان التيار الغالب أصبح هو التيار الذي يعتبر التنازل عن تطبيق القانون مشروعاً.

والاجتهاد الألماني، شأن الفقه، منقسم حول هذا الموضوع. ولكن الفقه والاجتهاد في ألمانيا متفقان على شيء واحد، وهو أن التحكيم بالعدل والضمير مشروع وينبع من إرادة الأطراف الصريحة والانقسام لم يعد حول جواز التنازل عن تطبيق القانون وتطبيق العدالة، بل أصبح يدور حول شروط هذا التنازل، وهل يجب أن يرد نص صريح حوله في العقد التحكيمي أم لا. فالنظام التحكيمي الألماني لا يقيد المحكم إلا بسلطان الإرادة، ولكن الخلاف هو حول طريقة التعبير عن سلطان الإرادة، وهل يجب أن يدخل العقد التحكيمي في كل التفاصيل. ويشير سلطان الإرادة إلى التنازل الصريح عن تطبيق القانون، حتى لا يطبق القانون حكماً وإلزاماً في التحكيم... هذا هو السؤال الذي ما زال الفقه والاجتهاد الألماني يجدان صعوبة في الإجابة عنه.

وهكذا يتضح بأنه في البلدان التي لا يفرق نظامها التحكيمي، بين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح، فإن هذا التفريق يبقى موجوداً في

Schottelius, «Allemagne, IUA, T.I., p. 46.

(١)

الواقع، ولكنه في أغلب هذه الأنظمة، ليس هناك قرينة ترجح تحكيمياً على آخر، بل إن سلطان الإرادة وحده هو الذي يقرر، وإلا فإن المحكم يصبح سلطاناً في هذا الشأن.

والنظام الألماني يسمي التحكيم بالصلح «التحكيم بالعدل»، أما النظام الأميركي فهو يسميه «التحكيم بالضمير».

وإذا كان المشرع في هذه البلدان، لا يفرق بين التحكيمين، فإن القاضي يبطل الحكم التحكيمي الذي يخالف إرادة الطرفين. فإذا اختار سلطان الإرادة تحكيمياً بالصلح وأصدر المحكم تحكيمياً بالقانون، فإن حكمه معرض للإبطال في ألمانيا مثلاً. والنظام التحكيمي الياباني يعتبر أن هناك قرينة على أن التحكيم هو بالصلح، إلا إذا اتفق الأطراف على عكس ذلك، فيصبح إذ ذاك التحكيم تحكيمياً بالقانون^(١). والفقهاء الياباني يعتبر أن التحكيم بالصلح يتيح المجال لإعطاء أحكام عادلة وحكيمة^(٢).

ويصف الفقهاء الياباني التحكيم بالصلح بأنه التحكيم «الذي لا يكون فيه المحكمون مقيدون بقواعد إجراءات في المحاكمة، ولا بقواعد قانونية تطبق على أساس النزاع»^(٣).

وأنظمة التحكيم في البلدان السكندنافية وفي النمسا، تعتبر أن سلطان الإرادة هو الذي يحدد ما إذا كان التحكيم بالصلح أم بالقانون، والمحكم ليس مقيداً إلا بسلطان الإرادة^(٤).

وهكذا، فإن التحكيم بالصلح، إذا غاب عن النص، فإنه يظهر في

Union Internationale des Avocats: Arbitrage Commercial International. (١)
1960, p. 85.

L'Arbitrage maritime dans la pratique japonaise. Droit maritime, Mars 1973, (٢)
p. 181.

TNAKA-Union Internationale des Avocats p.85. (٣)

RIEDBERG-Stockholm Chamber of Commerce. «Arbitration in Sweden». (٤)

واقع الحياة التشريعية في هذه البلدان.

وصمت المشرعين ليس رفض اعتراف بالتحكيم بالصلح ولا ترجيحاً للتحكيم بالقانون، وإنما هو يعني ببساطة ان المشرع يقف على الحياد وأنه قد اختار عدم التدخل، وترك الأمر لحرية واستتساب أطراف النزاع لترجيح هذا التحكيم على الآخر.

المبحث الثالث: التحكيم القضائي: لا تحكيم بالصلح

التحكيم القضائي مصدره التحكيم الإنكليزي والذي هو تحكيم بالقانون. وقد مر قانون التحكيم الانكليزي بمرحلتين:

أ - ما قبل قانون ١٩٧٩.

ب - ما بعد قانون ١٩٧٩.

إذ أن قانون تحكيم ١٩٧٩ فتح كثيراً من الأبواب والنوافذ أمام التحكيم ولا سيما التحكيم الدولي. وأجاز بعض الاستثناءات في خصائص التحكيم بالقانون التي تقره بعض الشيء من خصائص التحكيم بالصلح.

من هنا، يجب استعراض ومقارنة التحكيم الانكليزي قبل قانون ١٩٧٩. إذ إن التعديلات التي أدخلت على نظام التحكيم الانكليزي مع قانون ١٩٧٩ والتي جعلت بعض خصائص التحكيم بالصلح ممكنة، في النظام الانكليزي، هي تعديلات جذرية على النظام التحكيمي الانكليزي.

والدول التي تطبق نظام التحكيم القضائي إلى جانب إنكلترا هي أستراليا والهند والباكستان وسيلان ونيجيريا وكندا.

وسيكون لقانون الـ ٧٩ تأثير على هذه الدول التي كانت متأثرة بالقانون الانكليزي القديم، كما سيكون للقانون الفرنسي الجديد للتحكيم الصادر سنتي ٨٠ و ٨١ تأثير على الدول المتأثرة بالقانون الفرنسي السابق للتحكيم.

رأينا أن أنظمة التحكيم الثنائية أوجد فيها المشرع قرينة على أن التحكيم هو بالقانون، ولكنها قرينة قابلة لإثبات عكسها بإرادة الطرفين. أما الأنظمة القانونية التي لا تعرف سوى التحكيم الموحد، فإنها تركت لسלטان الإرادة أن يحدد أي تحكيم يريد، وامتنعت عن وضع أي قرينة لصالح أي من التحكيمين. أما التحكيم القضائي فهو قد أوجد قرينة على أن التحكيم هو بالقانون حتماً، وأن هذه القرينة لا تقبل العكس، فالأطراف إذا اختاروا التحكيم فليس أمامهم سوى تحكيم، ليس بالقانون فحسب، بل تحكيم يجري تحت وصاية وإشراف القضاء أيضاً خلال سيره، ولا يمكنهم الاتفاق على أي تحكيم آخر، فإما هذا التحكيم وإلا فلا تحكيم. ذلك أن التحكيم هو جزء من الجسم القضائي، والمحكم هو قاض أدنى من القاضي الذي هو قاض أعلى. فالمحكم يسير على نفس طريق القاضي الذي يطبق القانون، وهو مقيد بإجراءات المحاكمة أمام القاضي.

ويقول الفقه في وصف هذا التحكيم القضائي بأنه «منافسة بين محاكم الدولة والمحكمين للوصول للقرار الصحيح وفقاً لقواعد القانون»^(١). هذا النظام التحكيمي ليس فيه مكان للتحكيم بالصلح، لأنه ملزم بتطبيق القانون، وقواعده ونصوصه والمحاكم القضائية تبطل الحكم التحكيمي الذي لا يتقيد بالقانون.

والمحاكمة القضائية لها وصاية على التحكيم، خلال سيره، عن طريق ما يسمى «Special Case» لأن التحكيم ذاته لا ينزع أصلاً اختصاص المحاكم القضائية، بل يعلقه حتى انتهاء التحكيم. وخلال ذلك، يحق لأي خصم خلال سير التحكيم أن يطلب من المحكم تعليق النظر

(١) M.Nestor-Rapport à la CNUDCI, 10 Avril 1978. Annuaire de la CNUDCI

في أي نقطة قانونية، وإحالتها للمحكمة القضائية لحسمها، فيبقى على المحكم أن يعلق التحكيم ل يتيح لهذا الخصم مراجعة المحكمة القضائية، لفترة معقولة، يحصل خلالها، على قرار من المحكمة القضائية يكون ملزماً للمحكم. وإذا لم يوقف المحكم المحاكمة التحكيمية من تلقاء نفسه، فإن المحكمة القضائية تأمره بذلك إذا راجعها الخصم مباشرة. وكما يجوز للأطراف مراجعة المحكمة القضائية، كذلك يجوز للمحكمن ذلك. فهذا التحكيم القضائي ليس فيه قرينة على التحكيم بالقانون، بل هو مصبوب على قالب لا يقبل أن يحيد عنه أطراف النزاع قيد أنملة، فهو تحكيم بالقضاء وبالقانون.

والاجتهاد الانكليزي، في ظل القانون السابق لسنة ١٩٧٩. كان يرفض رفضاً حاسماً أن يكون التحكيم وسيلة لحسم النزاعات، بدون الرجوع إلى القانون وقواعده ونصوصه. والقاضي الانكليزي يقول بهذا الشأن: «هناك بالفعل للتحكيم التجاري شعبية في أوساط التجار، وهذه الشعبية تستمر طالما بقي للقانون سلطة كافية عليه، من أجل الوقاية وضبط أي انحراف عن العدالة من المحكمن، وللسهر على أن يكون القانون الذي يطبقه المحكم هو في مضمونه قانون الدولة وليس قانون المحكم أو قانون أي هيئة كانت»^(١). والقضاء الانكليزي يقول إنه «يخشى أن لا يتصرف المحكم كقاض بين الأطراف بل كأية منزلة عليهم»^(٢).

ولكن يجب إبداء نقطتين أساسيتين هنا، لتأتي الصورة صحيحة وبنيت الواقع. فالقانون هو نظرياً شيء وتطبيقه الفعلي هو شيء آخر في بعض الأحيان، ولا سيما في مسألة التحكيم في النظام الانكليزي حيث الأحكام التحكيمية الانكليزية ليست معللة والمحكم يعتبر أنه يتصرف

M.ANCEL: «Valeur actuelle des études de droit comparé» in Legal Essays in (١) honor of H.E. Yntema-Leyden 1961.

Lord President CLYDE cité par MANN: Lex Facit, Arbitrum, Liber (٢) Amicorum for M.Domke, p. 157.

بحذر حين لا يعلل حكمه، إذ يتجنب هكذا إعطاء الطرف الذي خسر الحكم فرصة عرضه أمام المحاكم القضائية^(١). والفقهاء يعتبر أن عدم التعليل هو الوسيلة الخبيثة لعدم تطبيق القانون على التحكيم، إذ أن القاضي لا يمكنه محاسبة المحكم والتدقيق في تطبيق القانون في غياب التعليل.

ب - بعد قانون ١٩٧٩:

ألغى قانون التحكيم الإنكليزي الصادر سنة ١٩٧٩ الـ «Special Case» مزيلاً بذلك عقبة ضخمة، أمام التحكيم بالصلح، ومخففاً أو منزلاً عبء الوصاية القضائية عن كاهل التحكيم.

كما ألغى قانون ١٩٧٩ سلطة المحكمة العليا، بإبطال الحكم التحكيمي للخطأ الفادح في القانون أو في الوقائع. فيكون قد ألغى قالب التحكيم القضائي والقانوني السابق، الذي لم يكن بالإمكان للمحكم أن يحدد عنه وإذا لم يوجد القانون الجديد قرينة لصالح التحكيم بالقانون ولا لصالح التحكيم بالصلح، إلا أنه يفتح أمام التحكيم بالصلح أبواباً ونوافذ ضيقة جداً، ولكنها كانت محكمة الإغلاق في القانون السابق.

بعد أن استعرضنا معايير التفرقة ما بين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح، في مختلف الأنظمة التحكيمية، وكذلك القرينة الموضوعية أولاً لصالح هذا أو ذلك النوع من التحكيم، سنعرض لأهم خصائص التحكيم بالصلح والتي تمكن من تفريقه عن التحكيم بالقانون.

الفرع الثالث: خصائص التحكيم بالصلح

ما هو التحكيم بالصلح؟ وهل هناك قالب مصبوب للتحكيم بالصلح لا يمكن لأي طرف أن يحدد عنه، أم إن التحكيم بالصلح هو مناخ للتحكيم، مع خصائص تتسع وتضيق وفقاً لسלטان الإرادة حيناً، ولإرادة المشرع أحياناً؟

MACASSEY-UJA p.82.

(١)

الأکید أنه ليس هناك تحكيم بالصلح مصبوب على قالب على الصعيد الدولي. فكل مشروع فهم التحكيم بالصلح على شكل، يختلف قليلاً أو كثيراً عن غيره، ولكل بلد تحكيمه بالصلح.

وحتى البلدان التي ليس في قوانينها تحكيم بالصلح، فإن ظللاً منه، يبقى من الممكن أن فيهما أن يقوم تحكيم بالصلح.

من هنا فليست كلمتا «التحكيم بالصلح» هما اللتان تحددان نظاماً تحكيمياً مختلفاً عن التحكيم بالقانون تعرف خصائصه ومميزاته وحدوده. بل الأمر يعود لسلطان الإرادة ولسلطان المشرع ولكن يبقى مع ذلك مؤشرات حول التحكيم بالصلح كما أن هناك مؤشرات حول التحكيم الدولي وتميزه عن التحكيم الداخلي.

وأهم خصائص التحكيم بالصلح هي:

١ - إنه يطبق العدالة والضمير وهو معنى من تطبيق القانون ونصوصه وقواعده، ولكن إلى أي حد؟ وهل تطبيق العدالة هو إلزام للمحكم أم ان التحكيم بالصلح هو مجرد إعفائه من تطبيق القانون على أن يبقى أمامه طريق الرجوع إليه مفتوحاً؟ وما معنى العدالة والضمير وما هي سلطة المحكم في التصدي للعقد موضوع النزاع أو للنظام العام؟

٢ - إنه يعفى من تطبيق الاجراءات المتبعة أمام المحاكم القضائية، ولكن ضمن أي حدود؟ وهل هناك إجراءات وقواعد من إجراءات المحاكم القضائية تبقى إلزامية مقيدة للتحكيم، برغم إعفائه من سائر الاجراءات؟

٣ - الحكم التحكيمي غير قابل للاستئناف، ولكن ألا يقبل هذا المبدأ العكس؟ وهل ان مجرد الإشارة في العقد التحكيمي إلى أن التحكيم يجري بالصلح يفضي إلى إقفال باب المراجعة الاستئنافية؟ أم إن التنازل عن تطبيق القانون، لا يعني حتماً التنازل عن الاستئناف ولا علاقة لأحدهما بالآخر؟

من خلال هذه الخصائص، يظهر تحكيم مختلف عن التحكيم بالقانون. ولا يشترط أن تجتمع هذه الخصائص كلها، بل يكفي أحدها ليكون التحكيم بالصلح أحياناً، ولا تكفي كلها أحياناً أخرى لتجعل التحكيم تحكيمياً بالصلح.

وكل مؤشر له ظروفه وله اعتباراته التي تعطي ضوءاً ساطعاً على طبيعة التحكيم الذي يجري والتي يمكن أن تقر به من التحكيم بالقانون أو تقر به من التحكيم بالصلح.

هذه المؤشرات والمواضيع سنحاول بحثها لعلنا نستطيع أن نلقي ضوءاً على خصائص ومميزات التحكيم بالصلح. ولكن قبل النظر بخصائص التحكيم بالصلح، نعتقد أنه من الضروري دراسة الطبيعة القانونية للتحكيم بالصلح، ومعرفة ما إذا كان الحكم التحكيمي بالصلح هو مصالحة إلزامية أم أنه حسم يعطي طرفاً ويأخذ من طرف؟ وهذا يطرح الطبيعة القانونية للحكم التحكيمي بالصلح. هل هو عقد صلح أم أنه حكم له طابع قضائي؟

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للتحكيم بالصلح:

تعاقدية أم قضائية

هل تغلب في التحكيم بالصلح الطبيعة التعاقدية على الطبيعة القضائية، ليتحول التحكيم إلى عقد صلح أم إن الطبيعة القضائية تبقى قائمة، رغم رياح الصلح التي تحرك أغصان هذا التحكيم؟

١ - الطبيعة التعاقدية: الصلح

المحكم بالصلح يضطلع بأعباء مهمة محددة، وهي إعطاء حل «مهدىء» يطيب الخواطر. فالتحكيم بالصلح يهدف إلى «التهدئة والتسكين»، بحيث يأتي المحكم بحل يكون برداً وسلاماً على القلوب التي بدأت تشتعل فيها الخلافات وتتصادم بينها المصالح والحقوق.

اختيار التحكيم بالصلح قبل وقوع النزاع، يعبر عن إرادة كل من الطرفين في التعاون الصادق، ويدل على أنهما على استعداد في حال وقوع خلاف، على التخلي عن جانب من حقوقهما لتسهيل التعاون^(١). ومن هذه الزاوية، فإن التحكيم بالصلح يسير على دروب مختلفة عن تلك التي يسير عليها النزاع التقليدي. فهي تتميز بخفة الثقل القضائي للنزاع وأرجحية الطابع الشخصي، إن كان من ناحية علاقة أطرافه ببعضهم أو علاقتهم بالمحكم. فالتحكيم بالصلح هو من هذه الزاوية «تعايش سلمي بين الهيئات وفي الأعمال»^(٢).

فالتحكيم بالصلح يلزم المحكم بأن يبحث عن الحل الذي يكون الأكثر قبولاً من الطرفين. من هنا، فإن المحكم يجب أن يراعي في حكمه إرادة الطرفين الضمنية في أن يستمر في التعاون معاً. وهذا يفترض أن يقرأ المحكم بين سطور عقد التحكيم بالصلح. فالطرفان إذا اختارا التحكيم بالصلح، فإنما كانا يهدفان إلى الحيلولة دون انقطاع العلاقات بينهما، حتى لو طرأت خلافات أو هبت رياح هزت هذه العلاقات.

من هنا، فإن المحكم يبحث قبل أي تفكير ومنطق قانوني عن حل وسط، عن تحقيق اتفاق بين الادعاءات المتناقضة المتضاربة للأطراف^(٣). كل هذا يفترض حسن نية الطرفين. أما إذا كان ثمة غش أو سوء نية، فإن مهمة المحكم بالصلح ليست إيجاد تعايش سلمي، بين حسن النية وسوء النية، ولا تهدئة وتسكين حسن النية، لمكافأة سوء النية والغش.

فالمحكم بالصلح يظل باحثاً عن حل وسط، طالما كان الطرفان في موقف حسن نية، أما إذا ظهر غش أو سوء نية من أحد الطرفين، فذلك يلزم المحكم بالصلح بأن لا يكون شريكاً في هذا الغش وأن يدينه

(١) Juris-Classeur: procédure Civile, Fasc. 1038 (218) N°117.

(٢) René DAVID: Arbitrage et Droit Comparé. Rev. Dr. com. 1959. p.1.

(٣) Juris-Classeur, Procédure Civile. Fasc. 1038 (218), N°116.

ويقمعه. فمهمة المحكم بالصلح هي إيجاد الحل الوسط، الذي يحقق تعايشاً سلمياً في الأعمال تكون مكافأة لحسن نية الطرفين ولا يعود لها أي مبرر وتنتهي حين تبدأ سوء النية والغش^(١).

٢ - الطبيعة القضائية: حسم النزاع

إذا كان التحكيم بالصلح تعايشاً بين الهيئات وفي الأعمال، والحكم التحكيمي حلاً وسطاً يهدف إلى التهدئة والتسكين ويكون هو الحل الأكثر قبولاً بين الطرفين، إلا أن ذلك لا يجرد التحكيم بالصلح من طابعه القضائي. فالمحكم بالصلح ليس وكيلاً عن أحد الطرفين لإبرام مصالحة، بل المحكم بالصلح يمارس عملاً قضائياً.

إذ هو، كما يفعل القاضي، يتثبت ويتحقق ثم يزن. وهو يقوم بهذا التثبت والتحقق والموازنة، وفقاً لمقاييس ومعايير مختلفة. فهو يعتمد العدل والضمير. بينما القاضي والمحكم بالقانون يعتمدان القانون بنصه وقواعده.

وفي النهاية، فإن الحكم التحكيمي صلحاً كان أم بالقانون يعتمد ادعاء من اثنين بعد أن يقوم بالتثبت والتحقق. ولكن مضمون ما يتوصل إليه، يكون حلاً وسطاً يطبق العدالة وليس القانون.

من هنا، فإن الفقه يصف طبيعة الحكم التحكيمي بالصلح، بأنه يحل النزاع أكثر مما يحسمه^(٢).

وبالتالي، فإن الطبيعة القضائية للتحكيم بالصلح هي من نوع خاص، فهي لا تحسم بين مزاعم متناقضة فتعطي الحق لطرف وتحكم بإدانة طرف آخر.

ومهما كان أمر الجدل حول الطبيعة القضائية الخاصة للتحكيم بالصلح، فإنه لا جدل حول أن التحكيم بالصلح تبقى له الطبيعة القضائية ويتأكد ذلك من:

(١) نفس المرجع.

(٢) Juris-Classur, Procédure Civile. Fasc. 1038 (218) N° 116.

(٢)

أ - كون المحكم بالصلح ملزم باحترام حق الدفاع تحت طائلة بطلان حكمه.

ب - كون المحكم بالصلح ملزم بمراعاة قاعدة وجاهية المحاكمة.

ج - كون المحكم بالصلح قابل للعزل لأسباب عزل القاضي.

د - كون الحكم التحكيمي يجب أن يكون معللاً وإن كان تعليل المحكم بالصلح لحكمه يعتمد العدل والضمير، إلا أنه يجب أن يبين الأسس التي اعتمدها عدلاً وضميراً لتكوين قناعته.

صحيح ان التحكيم بالصلح قد بدأ مسيرته توفيقاً وصلاحاً يتوصل إليه الأطراف. ولعله بدأ عقد مصالحة، ولكن الطبيعة القضائية أخذت مع التطور تغلب على طبيعته التعاقدية.

ولعل معنى المصالحة هو الذي جعل المحكم ملزماً في حكمه بأن يضع المصالحة التي كان يجب أن يتوصل إليها الفريقان^(١) ولكنها مصالحة تصدر في حكم معلل، ومن خلال إجراءات محاكمة تراعي حق الدفاع ومبدأ وجاهية المحاكمة وتصدر من محكمين قابلين للعزل إذا لم يكونوا متجردين، وهكذا يعرض الحكم لتزاع بين طرفين ويحسمه.

والاجتهاد ما يزال يلزم ان التحكيم بالصلح هو مصالحة وتوضيحات متبادلة بين الطرفين^(٢). ويشاركه كثير من الفقه في ذلك^(٣). ولكن التيار الغالب في الفقه أصبح يسلم بالطبيعة القضائية للتحكيم بالصلح^(٤).

COLDMAN, Préface à la thèse de M.FOUCHARD. (٣)

Caen, 6 mars 1849, S. 1839. II. 424. (٢)

RIPERT: Intervention à la session d'Amsterdam de l'Institut de Droit International, Annuaire 1957, p. 421. Egalement, Sauser Hall, même référence, p.452. (٣)

Règlement de la Chambre Arbitrale de Strasbourg, art. 11 (cf. La reproduction de ce règlement en annexe du commentaire sur le code d'usage pour les fruits, légumes et primeurs frais et comestibles C.E.E., par C.A.DitGES, Verlag Appelhauss, 1971, p.89). (٤)

المبحث الثاني: إعفاء المحكم من تطبيق القانون وقواعده

ونصوصه وتطبيق العدالة والضمير

التحكيم بالصلح معفى من تطبيق القانون وقواعده ونصوصه. فالقانون يلزم القاضي بتطبيق القانون، لأن الدولة في المجتمع تسهر على تطبيق القانون الذي يمثل المصلحة العليا للمجتمع، ولأن الأصل هو التذرع بالقانون وأحكامه وليس لأحد أن يتذرع بجهل القانون.

والمحكم يطبق القانون إلا إذا أعفاه سلطان الإرادة من ذلك. فالقانون هو الذي يلزم القاضي بتطبيق القانون! والقانون يلزم المحكم بتطبيق القانون أيضاً ولكنه - أي القانون - يجيز للأطراف إعفاء المحكم من ذلك. من هنا فإن القانون هو منبع تطبيق القانون أمام القاضي وأمام المحكم، وسلطان الإرادة هو منبع إعفاء المحكم من تطبيق القانون ليطبق العدالة والضمير بدلاً منه.

هذا هو التحكيم بالصلح، أو هذا هو أهم ركن من أركانه. وهو قد يكون شرطاً لازماً ولكنه ليس كافياً في بعض الأنظمة Condition nécessaire mais non suffisante وهو في كل الأنظمة، الشرط الأساسي الذي يميز التحكيم بالصلح عن التحكيم بالقانون. واستبدال تطبيق القانون وقواعده بالعدالة والضمير، من أجل حسم الخلافات، هو عملية تبديل معايير موضوعية بمعايير ذاتية. من هنا، فإن التحكيم كله يصبح هو المحكم. فبينما التحكيم بالقانون هو قانون وقاضي، فإن التحكيم بالصلح

Règlement de la Chambre Arbitrale de Paris, art. 4 (cf. La reproduction de ce règlement: RUBELLIN DEVICHI, op.cit., annexes p.367. Pour un commentaire: PLAISANT-LOYGUE, «La Chambre Arbitrale de Paris», Rev. Arb., 1955, 6).

Chambre Arbitrale de Marseille, art. 33.

Chambre Arbitrale des Cotons du Havre.

Chambre Arbitrale Maritime.

H.MOTULSKY: «Ecrits», Tome 11, p.34.

هو أولاً وأخيراً محكم، فهو عدالة يرجع إليها ضمير المحكم ولا رقابة للقاضي عليها.

ومفهوم هذه العدالة هو مفهوم ضمير المحكم لمعنى العدالة. من هنا، فإن التحكيم بالصلح تلعب فيه شخصية المحكم أهمية بالغة الخطورة، لأن المحكم يعيش في التحكيم بالصلح مع ضميره في وحدة موحشة، من هنا، فإن اختيار المحكم بالصلح هو أهم ما في التحكيم إذا كان هذا التحكيم بالصلح، أو على الأقل، فإن التحكيم بالصلح يبدأ باختيار محكم حائز على ثقة كبيرة من الطرفين. لهذا اشترطت بعض القوانين أن يسمى المحكم بالصلح في شرط التحكيم السابق للنزاع، بالنظر للسلطات الهائلة التي يتمتع بها، ولأن المحكم يحسم هو النزاع مع ضميره ومفهومه للعدالة، وليس القانون هو الذي يحسم النزاع.

والتحكيم بالصلح لا يشترط قالباً معيناً، ولا صياغة تسميته بعبارة معينة. فقد يسمي العقد التحكيمي التحكيم صلحاً، ولا يفرضي إلى إعفاء المحكم من تطبيق القانون، وقد لا يسمي العقد التحكيمي التحكيم صلحاً، ويفرضي إلى إعفاء المحكم من تطبيق القانون. فالأمر متوقف على الإرادة الحقيقية للطرفين، وما إذا كانت قد اتجهت إلى تحكيم يطبق العدل ويعفى فيه المحكم من تطبيق القانون أم لا...

وذلك لا يستدل عليه من مجرد تسمية عابرة للتحكيم، تأتي أحياناً غامضة وفيها التباس فلا يعفى التحكيم من تطبيق القانون، إلا إذا تجلت بوضوح وصراحة إرادة الطرفين إعفاء المحكم من تطبيق القانون وتطبيق العدالة بدلاً من ذلك. فإذا كان ثمة شك أو التباس، فإنه يصعب تفسيره بأنه تنازل عن تطبيق القانون، أسوة بقاعدة تفسير التنازل تفسيراً ضيقاً. ومن هنا، فإن الشك يفسر لصالح التحكيم بالقانون.

ومن ناحية أخرى، فإن ثمة خلاف حول الزمن الذي يجوز فيه التنازل عن تطبيق القانون. فالقانون ليس مفهوماً غامضاً، بل هو حقوق

تعطيها أحكامه للأطراف، يأتي المحكم فيطبقها ويحسم بواسطتها النزاع. فهل يجوز التنازل عن حقوق قبل ولادتها وقبل أن تستحق أو قبل أن يصبح الحق حقاً، أو بعبارة أخرى هل يمكن التنازل عن المجهول؟

هذه الزاوية هي جزء من الجدل حول صحة الشرط التحكيمي الذي طرح ضجيجاً صاخباً في تاريخ التحكيم. فالشرط التحكيمي السابق للنزاع شهد صراعاً طويلاً قبل أن يسلم المشرعون بصحته. فالاتجاه الذي كان سائداً لم يكن يقر إلا بالعقد التحكيمي اللاحق للنزاع ولا يقر الشرط التحكيمي السابق للنزاع.

وبعد أن ربح الشرط التحكيمي الحرب وحاز على اعتراف شرعي أكثر الدول به، فإنه حل موضوع زمان التنازل عن تطبيق القانون.

ولكن المحكم حين يعود إلى ضميره ليتقصى العدالة ألا يجده مشعباً بالقانون ويجد قواعد القانون ونصوصه في كل زاوية من زوايا الضمير والعدالة؟ سؤال ولو حير الفكر القانوني كثيراً وسال من أجله حير كثير... إلا أن الأکید أن في كل تحكيم بالقانون ظللاً وعطراً من التحكيم بالصلح، وفي كل تحكيم بالصلح ظللاً وعطر من التحكيم بالقانون.

التحكيم بالصلح هو إذا:

أ - تنازل من الأطراف موقعي عقد التحكيم بالصلح عن التذرع بتطبيق القانون، ولكنه ليس تنازلاً من أحد الطرفين للطرف الآخر، بل هو تنازل مشترك من الطرفين لشخص ثالث هو المحكم. وتفويضه سلطة اختصاص واسعة جداً لحسم النزاع، أوسع وأشمل من سلطات المحكم في التحكيم بالقانون.

ب - إن سلطات المحكم بالصلح وإن كانت واسعة إلا أنها تبقى مرتبطة بموضوع النزاع، فالمحكم يستطيع ويملك ما لا يستطيعه ولا يملكه القاضي، ولكن المحكم بالصلح يبقى محصوراً ومقيداً

بموضوع النزاع وبالمهمة التحكيمية التي عهد بها إليه أطراف النزاع، حين سموه محكماً بالصلح، فإذا خرج عن موضوع النزاع، فإنه يكون قد عرض حكمه للإبطال.

ج - القاضي يستمد سلطة من القانون الذي يلزمه بتطبيق القانون، أما المحكم بالصلح فهو يستمد سلطاته من سلطان الإرادة الذي يعفيه من تطبيق القانون ولا يلزمه إلا بتطبيق العدالة.

من هنا، فإن سلطة القاضي كما سلطة المحكم بالقانون، هي أضيق كثيراً من سلطة المحكم بالصلح، التي لا يقيدتها نص قانوني ولا قاعدة قانونية ولا تقف سوى عند حدود النظام العام.

د - المحكم بالصلح إذا كان مرتبطاً بموضوع النزاع إلا أنه ليس مرتبطاً، شأن المحكم بالقانون، بالأسباب القانونية للنزاع، ولا بالصفة التي يعطيها أطراف النزاع للعقد. فإذا كان الأطراف قد أعطوا العقد وصف «عقد إيجار» فليس ما يمنعه أن يعطيه صفة «عقد بيع» إذا اقتنع ضميره وعلمه بذلك. وهو غير مقيد بالأسس القانونية التي اعتمدها أطراف النزاع، بل بإمكانه اللجوء إلى أسس قانونية أخرى لم يطرحها أحد من طرفي النزاع. فالمحكم بالصلح مطلق اليدين في بحثه عن حل، وهو غير مرتبط بالأسس التي أدلى بها الطرفان. لا يربطه سوى موضوع النزاع ولا يلزمه إلا حسمه بحل لا يتنافى مع النظام العام.

يبقى بعد ذلك أن نعالج أربعة مواضيع يقف أمامها المحكم بالصلح الذي أعفي من تطبيق القانون حائراً وهي:

- ١ - هل الإعفاء من تطبيق القانون يعني إلزاماً بتطبيق العدالة؟ وهل أن تطبيق العدالة لا يجيز تطبيق نصوص القانون وقواعده؟ أم أن المحكم الذي يطبق العدالة يبقى بإمكانه أن يطبق نصوص القانون؟
- ٢ - ما هي العدالة؟
- ٣ - ما هي حدود سلطة المحكم بالصلح؟ وأين تنتهي حدود العدالة

ويبدأ موجب تطبيق القانون؟ إذا كان في النظام العام الحد الفاصل، الذي يطبق، فهل النظام العام هو القوانين الإلزامية أم العادية أيضاً؟ وهل التحكيم الداخلي يختلف عن التحكيم الدولي في هذا الشأن؟

٤ - ما هي سلطة المحكم وحدودها في التصدي للعقد موضوع النزاع؟ أولاً: هل الإعفاء من تطبيق القانون يلزم بعدم تطبيقه؟

التحكيم بالصلح هو إعفاء المحكم من تطبيق القانون وترك الحرية له ليطبق العدالة بعودته إلى الضمير.

ولكن هل يملك المحكم حرية التحليل في رحاب العدالة وحقوقها الشاسعة، فيقطع فكرة من هنا ونظرية من هناك وربما نصاً قانونياً من هنالك، أم أنه محظور عليه الدخول إلى حقل النصوص القانونية؟

هل المحكم بالصلح يجب أن يبقى في حقل العدالة الدافئ، ذي الصدر الرحب، ولا يدخل إلى صقيع النصوص التي لا تتسع لبعض الحالات؟ هناك عدة إجابات على هذا السؤال، منها أن الطرفين قد اختارا التحكيم بالصلح الذي يعني من تطبيق القانون ونصوصه وتنازلاً عن التدرج بالقانون، فهما يكونان قد اختارا مناخاً محدداً للتحكيم. فإذا خرج المحكم عن هذا المناخ ودخل إلى أجواء القانون ونصوصه، فإنه يكون قد خرج عن إرادة الطرفين، اللذين لو أراداه أن يطبق القانون، لكانا قد اختارا التحكيم بالقانون، ولكنهما استبعدا تطبيق القانون، إذ اختارا التحكيم بالصلح. فإرادتهما تلزم المحكم ولا تترك له الحرية.

الاتجاه الغالب في الفقه والاجتهاد يرفض هذا المنطق، ويعتبر ان المحكم بالصلح يمكنه تطبيق العدالة، كما يمكنه تطبيق نصوص وقواعد القانون بحرفيتها ووحدها دون سواها^(١). لأن التحكيم بالصلح وإن أعفى

(١) LEVEL Juris-Classeur, Procédure Civile, Fasc, IX, 1er Cahier, p.18, N°44, note sous Paris, 21 Février 1966, JCP 1966, II, 14828.

MEZGER, «L'arbitrage commercial et l'ordre public», Rev. Trim. Dr. Com., 1948,

المحكم من تطبيق القانون، إلا أنه لا يمنعه من ذلك. فالمحكم بالصلح قد يجد في القانون العدالة التي يبحث عنها، فيطبق القانون وإن كان غير ملزم به؟ وهذا فارق أساسي بين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح. فالمحكم بالقانون لا يمكنه أن يطبق العدالة والضمير، بل هو ملزم بتطبيق نص القانون أما المحكم بالصلح، فهو وإن كان معفى من تطبيق القانون، إلا أنه حر في تطبيق أحكامه ونصوصه أو عدم تطبيقها.

فالعدالة ليست نقيض القانون، ولا هي غريبة عنه حتى يكون المحكم بانتقاله من العدالة إلى القانون، منتقلاً من عالم إلى آخر. فبين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح، انتقال من قانون أشد إلى قانون أقل شدة، من قانون ضيق إلى قانون أرحب، من النص الذي يبحث عن الروح إلى الروح ذاتها، ولكنه ليس هجرة ولا انتقالاً من عالم إلى آخر.

هذا رأي...

ورأي آخر يقول إن الأطراف اختاروا التحكيم بالصلح تعبيراً عن حركة «تمرد» على القانون. لأن نص القانون لا يصلح لحل مشاكل بعض المهن.

كما أن الأطراف في بعض الأحيان، لا يريدون تطبيق قانون دولة أحدهم، فإذا اختاروا التحكيم بالصلح، فلكي لا يطبق نص وقواعد قانون أية دولة. فإذا كان بإمكان المحكم بالصلح، تطبيق القانون، فذلك يعني أن بإمكان المحكم أن يخالف إرادة المتعاقدين. وبالتالي، يكون مخالفاً

p.616.

COLDMAN, «Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes Privées», p.140..

GONFREVILLE, «LA réforme de la procédure arbitrale en france», Rev. Arb., 1963, p.3.

BOLDING, «Arbitration and LITigation», Stockholm, 1956.

RIEDBERG, «Der Amiable Compositeur in Internationale Privaten Schiedgerischswesen», 1962, PP.81 et 82..

للإرادة التي ولدت التحكيم وولدت سلطته. فيكون ناقضاً ومنقوضاً في آن واحد. فيكون المحكم بالصلح قد جابه حركة «التمرد على القانون بخيانة الأمانة» التي عهد بها إليه أطراف النزاع.

١ - العدالة خيار:

وقد أخذ هذا الموضوع جدلاً طويلاً، إلى أن استقر أغلب الاجتهاد والفقهاء على القاعدة الآتية «لا يحق للمحكم بالصلح الرجوع إلى قواعد القانون، إلا إذا اعتبرها ملائمة لإعطاء حل أكثر عدلاً للنزاع»^(١).

والفقهاء يعتبر أن المحكم بالصلح مفوض بمهمة، وليس متمتعاً بسلطة، وهو إذا عاد إلى حرفية قواعد القانون وحدها، فإنه لا يكون أميناً لمهمته. والفقهاء يعتبر أن المحكم يرجع إلى القانون وقواعده، أولاً للبحث عن حل، ولا يستبعد هذه القواعد القانونية، ثم يطبق بعد ذلك العدالة إذا وجد أن الحل الذي تفضي إليه القواعد القانونية، لا يعطي حلاً، فإنه يعود للعدالة. ففي حكم تحكيمي بالصلح، اعتبر المحكم «أن طلب التعويض ليس له أساس من وجهة النظر القانونية المحضمة»، ولكنه من عودته إلى العدالة وإلى سلطته كمحكم بالصلح فإنه قد بحث إذا كانت العدالة تعطي للمدعي الحق بهذا التعويض، ووجد أنه من العودة إلى الضمير والعدالة، فإن المدعي يستحق تعويضاً عن الضرر اللاحق به». وهكذا قرر له تعويضاً عن التخلي عن تمثيل مؤسسة تجارية هامة في فرنسا^(٢).

بل ذهب التحكيم بالصلح أكثر من ذلك، إذ لاحظ أن تطبيق نص القانون يبرر رد لوائح المدعي ولكنه يعود إلى مقتضيات العدل فيجد أن

(١) حكم صادر عن محكمة استئناف باريس في ١٥/٣/١٩٨٤م.

(٢) حكم تحكيمي بالصلح صادر في ١١/١٢/١٩٦٣ عن غرفة التجارة الدولية (غير منشور) - رقمه ١٢٧٩.

بإمكانه تصحيح هذه النتيجة التي تبدو له غير عادلة^(١).

وبالإجمال، فإن المحاكم القضائية، لا تأخذ على الأحكام التحكيمية بالصلح، تطبيقها للقانون بقواعده ونصوصه. إذا كانت تبرر ذلك وتعلله باعتبارات العدالة^(٢).

والذي استقر عليه الاجتهاد إجمالاً، يحدد أكثر عن قواعد القانون ويعتبر أنه «لا يحق للمحكم بالصلح الرجوع إلى قواعد القانون، إلا إذا اعتبرها أكثر ملاءمة لإعطاء حل أكثر عدلاً للنزاع».

فالعدل هو الأساس والقانون وقواعده ونصوصه يمكن الاستعانة بها من أجل تسهيل الحلول العادلة.

هذا الاتجاه، وإن رجح العدل على القانون، إلا أنه يترك متسعاً للقانون ومجالاً لتبرير ذلك بمقتضيات العدالة.

٢ - «العدالة» إلزام:

أما الاتجاه الآخر في الفقه والاجتهاد فهو يعتبر أن «المحكم بالصلح لا يمكنه أن يطبق نص القانون، إلا بعد إن يتثبت من أن هذا النص يطابق العدالة»^(٣).

٣ - «العدل» أساس الحكم بالصلح:

يبقى أن القانون ليس بعيداً عن العدالة، ولا العدالة منقطعة عن القانون، بل الصلة بينهما هي صلة أرحام وعصبات وأكثر. فالعدالة فيها

(١) حكم تحكيمي بالصلح صادر في ١٢/٥/١٩٧٠ - غرفة التجارة الدولية - القضية رقم ١٤٩٤.

(٢) Juris-Classeur, Procédure Civile Fasc. 1038 (218) N° 73.

(٣) هو الاتجاه الذي ذهب إليه المحاكم الإيطالية، Cass. Italie, 28 Septembre 1954, Riv. Dir. Proc, 1955, 173, note CARNELUTTI.

Cass. Italie, 23 Septembre 1974, Rass. Dell. Arb., 1976, Som. P.73.

سعة وليس في القانون ضيق. ولكن العدالة تكون أكثر ملاءمة لبعض الظروف، كما القانون يكون فيه ملاءمة. وهذا لا يعني عدم استعانة أحدهما بالآخر، ولا أن لا يكون في كل تحكيم بالصلح قانون وأن لا يكون في كل تحكيم بالقانون صلح. بل كل منهما احتياط وزاد للآخر. فالعدل يعزز القانون حين يعوزه السند، والقانون يعزز العدل حين يعوزه السند، ولكن المحكم بالصلح، إذ يحمل عبء مهمة فإنه لا يتمتع بمجرد سلطة، بل إنه ملزم أن يضع العدل نصب عينيه وأن يبحث عن الحل على ضوء العدل، ويترك قواعد القانون احتياطاً يلجأ إليه عند الضرورة وعند الحاجة، ولا يبدأ به مسيرة البحث عن العدل.

فالمحكم بالصلح يحمل مصباح العدل في يده ليستدل على الطريق، ويحفظ نص القانون في حقيبته، هذا القانون الذي فيه خريطة الطريق. فإذا استشرق الحل في ذهنه وضميره، واستكشف الطريق على ضوء المصباح الذي بيده، فلا يكون بحاجة للاستعانة بالخريطة. أما إذا استعصى عليه الأمر، فإنه يفتح حقيبته ويخرج منها الخريطة ويتفحص خطوطها على ضوء مصباح العدالة. فإذا وجد الطريق، أي وجد حلاً، فيجب أن يكون حلاً قد استعصى إيجاده على ضوء المصباح وحده. والحل يجب أن يأتي من تسليط نور المصباح على أحرف الخريطة. ولكنه حلال، والحلال العذب هو الذي يأتي من نور العدل وحده، لأن الأطراف حين اختاروا وضع الخريطة وكتاب القانون جانباً، والاحتكام إلى نور المصباح، فقد كانت لهم ظروفهم وأسبابهم التي تدعوهم لذلك. فهم يعرفون بأن في الكتاب عدلاً، وأن فيه خريطة تدل على طريق قد يكون أو لا يكون طريقهم، ولكنه أثروا نور المصباح وعدله الذي يكشف لهم الطريق على الكتاب والخريطة! وآثروا أن يستكشفوا الطريق وبدون العودة إلى الخريطة إذ قد لا يكون فيها طريقهم من الأساس لأن الخريطة على رغم دقتها، قد لا تدل على الطريق الذي يبحثون عنه!

فالمحكم حامل المصباح ينبغي أن يحترم إرادتهم، طالما أنه قبل

المهمة فعليه أن يسمى! فالكتاب والخريطة هما احتياطات فقط. ولكن الأساس والأصل هو نور المصباح والطريق الذي يهدي إليه هذا النور. فالخريطة في الحقيقية، ولكنها لا تحتوي حتماً على طريقهم وإلا لما آثروا استكشاف الطريق على نور المصباح وبضوء الضمير!

ثانياً: ما هي العدالة؟

المحكم بالصلح الذي يحمل بيده مصباح العدالة، ليستكشف طريق حل النزاع في عقله وضميره، على ضوء نور هذا المصباح، هذا المحكم يطبق العدالة والضمير ولا يطبق القانون، يعود إلى ضميره ليجد طريق الحق ولا يعود لأية خريطة، فالمحكم بالصلح يحكم بالعدل، ولكن كيف؟

العدل حدس. وهو في خفايا الضمير، يشعر به المحكم ولا يقرؤه، ليس هو في النصوص بل في النفوس.

العدالة تكون في مسلك الرجل حسن النية، المتسم بالاستقامة والشفافية والأمانة والإنصاف والضمير، والذي ينفذ موجباته بصدق واستقامة.

ولكن لكل محكم عدله، إذ لكل محكم ثقافته وفكره ومفهومه للعدالة. وكل محكم ينظر إلى العدل بنظارة يختلف لونها عن سواها.

وكما شغلت الفكر القانوني فكرة «حسنة النية» سواء في القوانين المدنية أو في أعراف القوانين الانجلو أميركية، كذلك العدالة. وقد سال حير كثير في البحث عن تعريف «لحسن النية». ورغم كل الخلافات والتفسيرات، فإن اتجاهاً غالباً في الفقه والاجتهاد مال إلى تفسير حسن النية بأنها «تعاون وبذل وعطاء بين أفراد المجتمع، من أجل المصلحة العليا لهذا المجتمع، كما هو التعاون بين الشركاء في الشركة من أجل خير ونجاح وازدهار شركتهم التي تجمع بينهم، ففكرة حسن النية لا يمكن فهمها من خلال علاقة دائن بمدين».

وقد تبنت أكثر القوانين فكرة حسن النية، ووضعتها كموجب قانوني في تنفيذ العقد، ولا سيما القانون الكويتي (١٩٠ مدني) اليمني (٢١٠) الفرنسي (١١٣٤ - ١١٣٥) الألماني (٢٤٢) المصري (١٤٨) السوري (١٤٩) الليبي (١٤٨) العراقي (١٥٠) إلخ...

وقد ساعدت فكرة «حسن النية» على إنقاذ كثير من الحقوق التي لم يكن المحكمون أو القضاة يجدون نصاً في القانون يساعدهم على إحقاقها. فكان لهم في «حسن النية» فكرة يصعب تعريفها بنص ضيق، ولكن عطر العدالة والحق كان يفوح منها، فإذا هي تتسع للتعويض عن ضرر وتقويم أي اعوجاج، وإحقاق الحق عند غياب النص. فالعدالة ليست مختلفة عن القانون، بل الملاحظ أن القانون ذاته، كثيراً ما يحيل إلى العدالة كما يحيل إلى حسن النية.

والفقه يصف العدالة بأنها نوع من «التعايش السلمي بين الهيئات»^(١)، وهي «تتطلع إلى المستقبل وتهدف إلى نشر السلام، أكثر مما تهدف إلى قطع الرقاب». فالعدالة هي من أجل إعطاء حلول تحترم ما كان يبحث عنه كل من الفريقين المتعاقدين من أهداف، لم تكن متناقضة إطلاقاً حين توافقا وتراضيا وتلاقت إرادتهما في العقد. وهي موجب يفترض بالمحكم إيجاد حل يرضى به الطرفان لكي لا يقع الطلاق بينهما، الأمر الذي يعود بالضرر عليهما معاً. والعدالة هي من أجل أن تؤمن استمرار سير العمل المشترك، الذي تراضى عليه الطرفان، ومن أجل التغلب على المصاعب التي تعترض مسيرتهما المشتركة.

ومع ذلك تبقى العدالة أمراً نسبياً وموضع جدل. وهي فلسفة وفكرة وليست نصاً قانونياً يحدد أين تبدأ وأين تنتهي، هي شعوراً ربما من هنا فإنها تتوقف على المحكم ويختلف مفهومها، بين محكم وآخر، ويصعب إعطاء تعريف حصري محدد لها.

René DAVID: L'Arbitrage en Droit Comparé.

(١)

وبالنتيجة، فإن العدالة لها دور في فك عقدة النزاعات المعقدة، وإزالة فتيل الانفجار في علاقات تعاقدية، من أجل استمرارها، والتغلب على المصاعب وتضارب المصالح والحقوق، وهي أساساً تصلح كثيراً ولا يصلح سواها لتصفية أوضاع في غاية التعقيد، وليست العدالة موجودة لاستبعاد تطبيق القوانين.

هكذا يفرف المحكمون من فكرة العدالة، كما يفرفون من فكرة حسن النية، لإيجاد حلول للنزاعات التي لا يجدون لها حلاً في النصوص القانونية.

كما نص المشرعون على «حسن النية» كوجه من وجوه العدالة، كذلك فإن الفكر القانوني أوجد معياراً لموجب «بذل العناية» حين فرق بينه وبين موجب «تحقيق الغاية» فجعل من شخصية «رب العائلة الصالح» «Bon père de famille» مقياساً يقاس به تنفيذ الملزم بهذا الموجب، واعتبر رب العائلة الصالح هو «الرجل المتوسط العادي المتروي الحذر المتبه المهر، والمتقن المعتني بعمله». من هنا، يمكن اعتبار الرجل العادل هو الرجل حسن النية، المتسم بالاستقامة والشرف والأمانة والإنصاف والضمير، الذي ينفذ موجباته بصدق واستقامة.

ثالثاً: إعفاء المحكم من تطبيق القانون، هل يجيز له مخالفة القانون؟

إذا كان المحكم بالصلح معفى من تطبيق القانون فهل يحق له مخالفة القانون؟ التحكيم بالصلح هو تنازل أطراف عقد التحكيم عن التذرع بتطبيق القوانين، ولكن الحكم التحكيمي، إذ استبعد تطبيق بعض القوانين الإلزامية فقد يعتريه عيب يهدده بالإبطال، أو على الأقل، يجعله غير قابل للتنفيذ.

لا بد هنا من التفريق بين القوانين الإلزامية والقوانين التكميلية.

أ - القوانين المكتملة لسلطان الإرادة:

وهي تعطي الأطراف حرية تامة في الحركة. والتنازل عن تطبيق القوانين في التحكيم بالصلح، يجعل المحكم في وضع مريح مع هذه القوانين التي يمكن استبعاد تطبيقها.

ب - القوانين التي لا يجوز استبعادها:

وهي قوانين وضعت لحماية أوضاع تتسم بالضعف والقصر أو عدم الأهلية، أو تتعلق بمصالح عامة اقتصادية أو اجتماعية. هذه القوانين لا يمكن التنازل عن تطبيقها، لأن ذلك يشكل مخالفة للنظام العام، هذا في التحكيم الداخلي. أما في التحكيم الدولي، فإنه يجب الأخذ بعين الاعتبار:

١ - إن اتفاقات التحكيم الدولية، ولا سيما اتفاقية نيويورك، تجيز عدم تنفيذ الحكم إذا كان مخالفاً للنظام العام، في البلد المطلوب فيه التنفيذ، ويجيز أيضاً عدم تنفيذه، إذا أبطل في البلد الذي جرى فيه التحكيم.

فالتحكيم الدولي بالصلح، وإن أعفى من تطبيق القانون، إلا أن المحكم يجب أن يصدر حكماً قابلاً للتنفيذ في الخارج. من هنا، فإنه ملزم بعدم مخالفة القوانين الإلزامية في البلد الذي يجري فيه التحكيم. وبالتالي عدم استبعادها وإن كان معفى من تطبيق القانون. كما هو ملزم بعدم استبعاد القوانين الإلزامية، في البلد الذي سيجري فيه تنفيذ الحكم التحكيمي بالصلح حتى لا يبقى الحكم حبراً على ورق.

٢ - إن اتجاهاً بدأ في الاجتهاد والفقهاء الدوليين، ثم أخذ المشرعون يتبنونه، يذهب إلى التفريق بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، بحيث لا يصطدم الحكم التحكيمي الدولي بالصلح، إلا بالنظام العام الدولي. وهذا الاتجاه يعطي النظام العام الدولي مفهوماً واسعاً، بحيث يضيق كثيراً حقل الإلزام والألغام في الأحكام

التحكيمية الدولية، فلا يعود الحكم التحكيمي الدولي معرضاً
للاصطدام بألغام النظام العام أو على الأقل تقل هذه المخاطر.

رابعاً: سلطة المحكم في التصدي للعقد موضوع النزاع

المحكم بالصلح يملك سلطة حسم النزاع، بحل وسط باسم
العدالة. وهو يملك سلطة التعديل بأن يفرض حلاً مهدئاً ويلزم الأطراف به.
فهو يكبح أي تطرف ولو كان على حق، فيخفف ويحد من مفاعيل وآثار
الشروط التعاقدية المبالغية أو القاسية أو الصارمة، ويحول دون أي ظلم
فادح. وهو معنى من تطبيق القانون، وليس مقيداً سوى بالعدالة والضمير.
ولكن هل هذه السلطة التي يمارسها باسم العدالة في التعديل «المخجول»
والضميني لأحكام تعاقدية، هل يستطيع أن يذهب بها بعيداً، بحيث يعدل
صراحة، وليس ضمناً، شرطاً تعاقدياً؟

هل يمكنه أن ينقض تعريفاً تعاقدياً للقوة القاهرة، أعطاء الطرفان في
العقد ويستبدله بتعريف آخر؟ هل يمكنه تحديد مهل للتنفيذ، مختلفة عن
المهل المشروطة في العقد المتوافق عليه من الطرفين؟ هل بإمكانه تعديل
مواضيع الالتزامات المتبادلة المنصوص عنها في العقد؟

هل بإمكانه تعديل الالتزامات العينية إلى التزامات نقدية؟ وباختصار،
هل يمكن للمحكم بالصلح أن يذهب بسلطة التعديل الضمني، التي
تخوله إياها العدالة وتنازل الأطراف عن تطبيق القانون؟ هل يمكنه أن
يذهب بهذه السلطة بعيداً، إلى حد تعديل صريح في أحكام ونصوص
العقد الذي ينظر فيه؟

هل يملك سلطة تصحيح آثار العقد، باسم العدالة، ليكيفه مع
الطوارئ الاقتصادية، فيطبق نظرية الظروف الطارئة، وإن لم يكن منصوصاً
عليها لا في العقد ولا في القانون؟

الفقه منقسم في الإجابة عن هذا التساؤل:

أ - فتيار^(١) يعتبر أنه ليس هناك أي أساس قانوني يمكن للمحكم بالصلح، أن يعتمد لتعديل العقد أو إعادة النظر بأحكامه، من أجل أن يأخذ الظروف الاقتصادية الطارئة بعين الاعتبار.

ب - وتيار آخر^(٢) يعتبر أن التعديل أو إعادة النظر ممكنان، إذا جاءا منسجمين مع روح العقد، لأنهما يقومان على المحافظة على التوازن الأساسي للعقد. فالمحكم بالصلح مهمته أن يعيد إحياء العقد إذا كان قد مات، أو أن يقيه على قيد الحياة إذا كان مهدداً بخطر الموت!

أما إذا كانت روح العقد لا تجيز إحياء العقد، حين تهب عليه الأعاصير والزوايع، فإن سلطة المحكم في التعديل الصريح لأحكام العقد تكون محدودة بل معدومة!

والاجتهاد ما يزال شديد الحذر حول هذا الموضوع. ذلك أن الموضوع يتعلق بحرمة سلطان الإرادة من جهة، وسلطة المحكم التي تحل محل سلطان الإرادة، وحتى أنها تحل محل سلطة القوانين المكملة لسلطان الإرادة، الأمر الذي يصطدم بالنظام العام، ويدخل حقلاً مليئاً بالألغام!

ولكن الموضوع سيبقى يقدر الفكر القانوني وسيسيل من أجله حبر كثير. فالمحكم بالصلح، الذي تنازل له الطرفان عن تطبيق أحكام ونصوص وقواعد القانون، لا يعفيانه حكماً من التقيد أيضاً بنصوص العقد؟ طبعاً المحكم بالصلح ليس وكيلاً عن الطرفين، لإعادة مفاوضة العقد وتحديد موجبات وحقوق جديدة عن الطرفين ومكان الطرفين. وهو حكم لتفسير وإنفاذ العقود، وليس حكماً لإنشاء العقود، وهو طيبب لإنقاذ العقود، طالما أن الطرفين قد عهدا إليه بمهمة إيجاد حل وسط يبقى على

(١) Jean ROBERT: «L'Amiable Composition et le Contrat» - Revue de l'arbitrage 1984, N° 269.

(٢) E.LOQUIN المرجع المذكور سابقاً ص: ٢٧١ وما يليها.

العلاقة القائمة بينهما.

ولا شك أنه إذا طلب الخصمان من المحكم بالصلح أن يذهب بعيداً، وإلى حد إعادة النظر بالعقد، باسم العدالة التي تفوضه التعديل الضمني الضروري في العقد، فإن هذا الطلب المشترك هو تفويض وتأكيد صريح، من سلطان الإرادة للمحكم، لإعادة النظر بالعقد.

ولكن السؤال الذي لم يتفق على جوابه هو ما إذا كان المحكم بالصلح يتمتع بهذه السلطة، بمجرد طلب المدعي منه ذلك.

أما إذا لم يطلب أحد الخصمين من المحكم بالصلح ذلك، فإن ذهابه بعيداً في ممارسة هذه السلطة، وبدون طلب أي من الفريقين، يبدو أمراً معقداً، ومن شأنه تعقيد التحكيم، وإن يكن الحكم التحكيمي بداية لمنازعات وليس نهاية لها.

ولكن الممارسة العملية للتحكيم تشير إلى أن المحكمين ليسوا مستعدين للمضي في هذا الاتجاه. ونذكر في هذا الصدد حكم تحكيمي صادر عام ١٩٧٩، تحت رعاية غرفة التجارة الدولية، في القضية رقم ٣٣٢٧^(١). فقد جاء فيه:

«على الرغم من أن بعض الآراء في الفقه تعتبر أن المحكمين بالصلح يمكنهم «استبعاد نصوص وأحكام اتفاق الفرقاء، فإن هذا الرأي ليس مقبولاً في التحكيم الدولي. خلافاً لذلك، هناك مبدأ مقبول عامة في التحكيم الدولي، وهو أن أول عمل يقوم به المحكم، حتى ولو كان محكماً بالصلح، هو تطبيق اتفاق الفرقاء، إلا إذا ثبت أن شروط الاتفاق تخالف، بشكل واضح، نية الفرقاء الحقيقية أو تخل بمبدأ يتعلق بالنظام العام^(٢). وتعتبر المحكمة التحكيمية أن هذا المبدأ هو شرط أساسي

Cf. Clunet 1980, p. 966. (١)

FOUCHARD: «L'Arbitrage Commercial International», pp. 404-405.. (٢)

لضمان التجارة الدولية.

يبقى أن ثمة ملاحظتين من التطبيق العملي للتحكيم بالصلح وهما:

١ - إذا كان المحكم حقوقياً، فإنه سيعود حتماً للقانون، ولن يجد العدل إلا في المبادئ العامة للقانون وقواعده ونصوصه. فالمحكم بالصلح سلطان باسم العدل. ومفهوم العدل بين محكم وآخر يتوقف على ثقافته وعقليته. والثقافة الحقوقية تبقى لها الغلبة لدى الحقوقيين، الذين إذا وجدوا أن نظرية قانونية لا تحقق العدالة، بالنسبة لنزاع مطروح أمامهم، فإنهم يبحثون عن العدالة في نظرية قانونية أخرى، وفي قاعدة أو نص قانوني آخر، ولكنهم يبقون في مناخ القانون.

٢ - إن المحكم بالصلح يبحث دائماً عن سند قانوني لحكمه، والمحكم بالقانون يبحث عن مساندة العدالة والضمير للحل القانوني الذي توصل إليه. ففي كل حكم تحكيمي بالصلح سند قانوني، وفي كل حكم تحكيمي بالقانون عدالة تدعمه، وتؤمن له طريق التنفيذ.

المبحث الثالث

إعفاء المحكم من تطبيق إجراءات المحاكمة المتبعة أمام المحاكم؟

التحكيم بالصلح هو أولاً قرينة على إعفاء الحكم من تطبيق القانون وقواعده ونصوصه، وإجراءات المحاكمة المتبعة أمام المحاكم القضائية، ولكن التحكيم بالصلح يبقى له طابع قضائي لا يتجرد عنه. ويبدو أن معظم الفقهاء متفقين على أن هناك وحدة في الصلاحيات ما بين المحكم بالصلح والمحكم بالقانون فيما يتعلق بإجراءات المحاكمة، وإن المحكم بالصلح لا يتمتع في هذا النطاق بصلاحيات خاصة. وفي الواقع، فإن الشرط الذي يعني من التقييد بقواعد الإجراءات أو بشكليات الإجراءات، له وجوده الخاص. ويمكن أن يستفيد من هذا الشرط المحكم بالقانون.

لماذا يجب أن يتضمن التحكيم بالصلح، إعفاء من شكليات الاجراءات؟ على عكس ذلك، بالنسبة لبعض الفقهاء، فإنه يمكن التساؤل إذا كان على المحكم بالصلح، الذي يمكن أن يكون معرضاً لأن ينجر في مغامرة العدالة، أليس هو مقيد أكثر باحترام قواعد الاجراءات التي تشكل خطأ أحمر للمحكم بالصلح.

من هنا، فإن التحكيم بالصلح إذا أعفي من تطبيق إجراءات المحاكمة، أمام المحاكم القضائية، إلا أنه يبقى رغم ذلك ملزماً ومقيداً بإجراءات وقواعد في سير المحاكمة، لا يستطيع أطراف العقد إعفاء المحكم منها، لأن هذه القواعد والاجراءات هي جزء من النظام العام، فلا يمكن التنصل منها، لأن التحكيم بالصلح يبقى له طابع قضائي، وهو عدالة خاصة، وإن كانت مختلفة عن محاكم الدولة، إلا أن الضمانات الأساسية لسير العدالة يجب أن تبقى مضمونة فيها.

فعلنية المحاكمة من قواعد النظام العام في إجراءات المحاكمات القضائية، والتحكيم لا يراعي هذه القاعدة، سواء كان بالصلح أم بالقانون. من هنا، فإن القواعد والاجراءات الإلزامية في المحاكمة القضائية، والتي تشكل النظام العام القضائي، لا تقبل المخالفة أمام القضاء، ولكنها تخالف في التحكيم.

ولكن هذا لا يعني أن التحكيم بالصلح حر غير مقيد، خلال سير المحاكمة، بأي إجراءات أو قواعد إلزامية. بل التحكيم بالصلح، رغم إعفاء المحكم من التقيد بالاجراءات المطبقة أمام المحاكم القضائية، إلا أنه يبقى مع ذلك مقيداً، بقليل من الاجراءات الإلزامية، التي هي ضمانات للعدالة، سواء كانت هذه العدالة هي عدالة الدولة أو عدالة خاصة، أنشأها الأطراف، حتى ولو اختار الأطراف أن تكون هذه العدالة حرة من القيود، إلا أنها، بحكم كونها عدالة، ستحسم نزاعاً وستوزع حقوقاً، من هنا فإن ضمانات العدل تبقى ملزمة لها. وهكذا فالتحكيم بالصلح يعفى من تطبيق إجراءات المحاكمة المطبقة أمام المحاكم القضائية إلا ما يلي:

١ - احترام حق الدفاع:

ليس هناك تعريف ثابت لحق الدفاع، وليس سهلاً إعطاء تعريف لذلك. والبعض يمزجه بقاعدة وجاهية المحاكمة. مع أن الوجاهية قد تكون جزءاً من حق الدفاع ولكنها ليست حق الدفاع كله، ولا تصلح تعريفاً لحق الدفاع.

والفقه يعطي التعريف الآتي لحق الدفاع بأنه «احترام الدفاع عن مصالح كل من الطرفين»^(١).

والفكر القانوني متفق على أن احترام حق الدفاع هو في أن يكون لكل من الطرفين، أمام المحكمة، فرص متعادلة لعرض حججهما.

٢ - وجاهية المحاكمة

وهي القاعدة الثانية التي تلزم بها المحكمة التحكيمية، وهي قاعدة بحد ذاتها، وإن تفرعت من حق الدفاع. وهذه القاعدة تقضي بحرية كل طرف في أن يوضح كل ما هو ضروري لنجاح طلبه أو دفاعه.

كما يستلزم أن كل ما يقدمه أحد الطرفين من حجج أو مستندات أو إثبات، يجب أن يبلغ للطرف الثاني ويناقش بحرية في جلسة المحاكمة^(٢).

وهذا المبدأ يمنع المحكم أن يبني حكمه على معلومات لم تكن واضحة، خلال المحاكمة، ولم تعرض على الطرف الآخر، أو على الطرفين.

(١) MOTULSKY: «Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la défense en procédure civile». Mélanges Roubier, p.183.

(٢) Dictionnaire Juridique Français-Arabe par I, NAJJAR, A.Z. BADAoui, Y. CHELLALAH.

٣ - تسبب أو تعليل الحكم:

وكانت قاعدة تعليل الحكم غير متفق عليها في العالم. إذ أن الأنظمة التحكيمية الانكلوسكسونية لم تكن تلزم المحكم بأن يكون حكمه معللاً. وكان المحكمون يتجنبون تعليل أحكامهم حتى يبعدها عن رقابة المحاكم القضائية. ولكن مع صدور قانون التحكيم الانكليزي، سنة ١٩٧٩، فإن قاعدة تعليل الأحكام التحكيمية أصبحت عامة في القوانين المدنية وفي أعرف القوانين الانكلو أميركية.

والتحكيم بالصلح وإن كان معفى من تطبيق الاجراءات المطبقة أمام المحاكم، إلا أنه ملزم بأن يكون حكمه التحكيمي معللاً.

والتعليل وحده هو الذي يلقي الضوء ويعطي صورة، عما إذا كان التحكيم قد احترام حق الدفاع ووجاهية المحاكمة. والتعليل حتى يكون كاملاً ويحمي الحكم من الإبطال والفسخ، لا يكفي أن يبين الأسس التي اعتمدها المحكم لتكوين قناعته، بل يجب أن يناقش ويرد على كل نقطة في الوقائع وفي القانون، سبق للطرفين إثارتها خلال المحاكمة. والتحكيم بالصلح، وإن كان في غالب الأحيان لا يقبل الاستئناف، إلا أن الحكم التحكيمي بالصلح يبقى قابلاً للإبطال، على الأقل، عند طلب إعطائه صيغة التنفيذ.

فالتحكيم بالصلح إذا هو معفى من تطبيق إجراءات المحاكمة المطبقة أمام المحاكم، ولكن الحكم التحكيمي الصادر عنه يجب أن يكون معللاً.

٤ - احترام إرادة الطرفين: لناحية موضوع النزاع

إختصاص القاضي هو إختصاص عام وشامل. أما في التحكيم، فإن منيع الإختصاص هو سلطان الإرادة الذي يمنح المحكم سلطة وإختصاصاً استثنائياً، وينزع المحاكم القضائية التي كانت هي مختصة أصلاً. لهذا فإن المحكم لا يمكنه أن يخرج عن المهمة التحكيمية التي عهد بها إليه

سلطان الإرادة، إذ أخرجها من اختصاص القضاء وأدخلها في اختصاص التحكيم، وهو استثناء للقاعدة، لأن القاعدة هي أن الاختصاص الشامل لحسم المنازعات هو للقضاء ويكون التحكيم استثنائياً إذا اختار ذلك سلطان الإرادة، ولكن ضمن حدود المهمة التحكيمية، وضمن ما أخرجها سلطان الإرادة من اختصاص القضاء الشامل إلى اختصاص التحكيم، بكل دقة وحرص، على أن لا يتعدى المحكم اختصاصه، فيتعدى على اختصاص القاضي وبنفس الوقت يتعدى على سلطان الإرادة، حين يتجاوز، ولو قيد أنملة، حدود المهمة التحكيمية التي حددها له سلطان الإرادة. من هنا، فالمحكم بالصلح، وإن أعفي من إجراءات المحاكمة، فإنه مقيد، خلال سير الاجراءات، بموضوع النزاع، فلا يمكن سماع شهادة شاهد خارجة عن موضوع النزاع، أو القبول بمناقشة مستند لا علاقة له بموضوع النزاع.

وإذا كان المحكم بالقانون مقيداً بموضوع النزاع وأسبابه، فإن المحكم بالصلح مقيد بالموضوع، ولكنه ليس مقيداً بأسبابه، وسلطاته على هذا الصعيد واسعة جداً. وهي أوسع من سلطان المحكم بالقانون، وهي ليست مقيدة إلا بموضوع النزاع. فقواعد الإثبات مثلاً ليست ملزمة، وبإمكانه أن يثير هو أي نقطة قانونية عفواً، ولو لم يكن أحد الطرفين قد أثار.

٥ - احترام إرادة الطرفين إذا اختارا إجراءات معينة للمحاكمة:

يبقى سلطان الإرادة حراً في التحكيم بالصلح، بأن يقيد المحكم بإجراءات معينة من تلك التي تطبق أمام المحاكم، رغم أن التحكيم بالصلح معنى من تطبيق هذه الاجراءات. ولكن، طالما أن التحكيم بالصلح ينبع أصلاً من سلطان الإرادة، فإنه يبقى مقيداً بأي قيد وضعه سلطان الإرادة في مهمة المحكم، أو قيد به مهمة هذا المحكم. فالتحكيم يبقى بالصلح ولو قيده الأطراف بإجراءات متبعة أمام المحاكم.

فالأطراف يمكنهم أن يضعوا نظاماً لاجراءات التحكيم بالصلح، يعفي التحكيم بذلك من الاجراءات المطبقة، أمام المحاكم، وينتقل إلزاماً لتطبيق الاجراءات التي اختارها الطرفان.

طبعاً لا يمكن للطرفين التخلي عن قواعد تتعلق بالنظام العام القضائي، في إجراءات المحاكمة مثل حق الدفاع ووجاهية المحاكمة. فالتحكيم بالصلح هو تنازل عن تطبيق الاجراءات المطبقة أمام المحاكم القضائية وإعفاء المحكم من التقيد بها، على أن سلطان الإرادة ذاته يبقى مقيداً بقاعدتين:

أ - حق الدفاع.

ب - وجاهية المحاكمة.

من هنا فإنه إذا نص عقد التحكيم بالصلح على إعفاء المحكم من التقيد بإجراءات المحاكمة، فإن المحكم بالصلح يكون معفى من التقيد بالاجراءات، سوى ما ألزم سلطان الإرادة المحكم به، وما ألزم المشرع وقواعد العدل المحكم بها أي:

أ - حق الدفاع.

ب - وجاهية المحاكمة.

ج - تعليل الحكم.

د - موضوع النزاع.

وما عدا ذلك، فالمحكم بالصلح معفى من أي إجراء من الاجراءات المطبقة أمام المحاكم. سواء لجهة المهل أو سماع الشهود واستجوابهم وتنظيم المحاضر وشفهية المحاكمة أم جعلها خطية إلخ...

فهو إذا مفوض بأن يضع إجراءات، غير الاجراءات المطبقة أمام المحاكم، ولا سيما لجهة قواعد الإثبات. وهذه سلطة خطيرة تكون بيد المحكم، لا سيما في التحكيم الدولي، إذ لا يعود مقيداً لا بنظام

الإثبات «Inquisitoire» الذي يلزم القاضي بالبحث عن الأدلة، ولا بنظام الإثبات «Accusatoire» الذي يترك للأطراف وحدهم حركة الإثبات. فالحكم بالصلح يمكن أن يجمع حسنات النظامين إذا لم يكن مقيداً بنظام إجراءات محاكمة معين، لأنه معفى من التقيد بالاجراءات التي تطبقها المحاكم.

وأهم ما يفضي إليه التحكيم بالصلح، هو أنه يقلب قاعدة احترام حق الدفاع ووجاهية المحاكمة.

إذا قدم طلب إبطال الحكم التحكيمي أمام المحكمة القضائية، فإن عبء إثبات عدم احترام حق الدفاع لا يعود على عاتق الذي ربح الحكم، لأن هذا الحكم يعتبر حائزاً على قرينة أن التحكيم قد راعى حق الدفاع، لأن المحكم بالصلح معفى من تطبيق إجراءات المحاكمة وهذا يعطيه قرينة على أن يحترم القواعد الأساسية للعدالة.

وعلى طالب الإبطال هدم هذه القرينة، بينما في التحكيم بالقانون، فإنه إذا استند طالب الإبطال إلى أن حق الدفاع لم يراع، خلال سير التحكيم، أو خرقت قاعدة الوجاهية، وهو تحكيم مقيد بإجراءات المحاكمة القضائية، إذ ذاك يجب على رابح الحكم التحكيمي أن يثبت عكس ذلك، فيكون عبء الإثبات على المطلوب الإبطال ضده. وبالتالي، فإن التحكيم بالصلح يقلب عبء الإثبات لجهة التقيد أو عدم التقيد بالقواعد، التي تبقى إلزامية على رغم التحكيم بالصلح.

فالإثبات في التحكيم بالقانون إذا طلب إبطال الحكم لمخالفة قاعدة الوجاهية، هو على عاتق المطلوب إبطال الحكم ضده، بينما هو على عاتق طالب الإبطال في التحكيم بالصلح.

تبقى ملاحظة هامة تستوقفنا عند التفريق، بين التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون، على صعيد إعفاء المحكم من تطبيق الاجراءات المطبقة أمام المحاكم. فأغلب التشريعات التحكيمية الحديثة لم تعد تلزم

المحكم بالتقيد بإجراءات المحاكمة المطبقة أمام المحاكم، إلا إذا اختار سلطان الإرادة غير ذلك، وأصبحت تترك للمحكم حرية واسعة في رسم الاجراءات التي يراها مناسبة.

كذلك، فإن ظهور هيئات التحكيم الدائمة بأنظمتها التحكيمية، التي تشكل نظاماً كاملاً لإجراءات المحاكمة، يضع قواعد مبسطة وسريعة، مختلفة عن الاجراءات المطبقة أمام المحاكم، كما ويترك للمحكمن حرية واسعة لقيادة دفعة المحاكمة، خلال سيرها، وهي إجراءات أقرب لإعفاء المحكم من التقيد بإجراءات المحاكمة منها إلى إلزامه بالتقيد بها، فهي ترجع من هذه الزاوية، التحكيم بالصلح على التحكيم بالقانون لجهة سير إجراءات المحاكمة.

ذلك يفضي أكثر فأكثر إلى سقوط الحدود، بين التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون، لجهة إعفاء المحكم من تطبيق إجراءات المحاكمة. فقد أصبحت أكثر التشريعات الحديثة تترك للمحكم حريات، وتعفيه من كثير من إجراءات المحاكمة المطبقة أمام المحاكم، بحيث لم يعد هناك ثمة فارق كبير بين التحكيم بالصلح الذي يعفي المحكم من التقيد بإجراءات المحاكمة، إلا تلك الأساسية للعدالة، وبين التحكيم بالقانون، الذي صار هو أيضاً يترك للمحكم حريات كبيرة، فيعفيه من تطبيق إجراءات المحاكمة سوى الأساسي منها للعدالة. إذا فالتحكيمان يلتقيان أكثر فأكثر على هذا الصعيد.

لقد كان المحكم بالقانون ملزماً بتطبيق إجراءات المحاكمة المطبقة أمام المحاكم، إلا إذا اختار العقد التحكيمي تحكيمياً بالصلح. الآن، أصبح المحكم بالقانون كما المحكم بالصلح لهما حرية واسعة في إدارة سير المحاكمة التحكيمية، إلا إذا ألزمهما العقد التحكيمي بقيود وإجراءات معينة.

المبحث الرابع: الحكم التحكيمي بالصلح لا يقبل الاستئناف؟

هل يقبل الحكم التحكيمي بالصلح الاستئناف؟

أو بالأحرى هل يجب أن ينص العقد التحكيمي على أن الحكم التحكيمي لا يقبل الاستئناف، حتى لا يكون قابلاً لهذه المراجعة أم أن مجرد اختيار التحكيم بالصلح هو تنازل عن الاستئناف؟

وهذا السؤال يقود لتساؤل آخر وهو إذا كان التحكيم بالصلح يعني التنازل عن تطبيق القانون. فهل يعني حتماً التنازل عن طرق المراجعة، أم أن الأمرين منفصلان عن بعضهما؟ ليس في قوانين مجموعة الدول التي تقر ثنائية التحكيم، وبالتالي، التحكيم بالصلح، جواباً واحداً بل يختلف التشريع والفقهاء والاجتهاد بين اتجاهين:

الأول: التنازل عن القانون هو تنازل عن الاستئناف

يعتبر أن التنازل عن تطبيق القانون مرتبط بالتنازل عن الاستئناف وان الاثنين مترابطان. إذ أن ترك باب الاستئناف مفتوحاً أمام حكم تحكيمي بالصلح صادر، وفقاً للضمير، سيجعله حتماً وحكماً مفسوخاً أمام الاستئناف، لأن المحكمة القضائية الاستئنافية تطبق القانون على نزاع جرى حسمه على أساس العدل والضمير، وليس على أساس القانون. وبالتالي، إذا لم يكن التنازل عن تطبيق القانون مفضياً إلى تنازل عن الاستئناف، فإن التحكيم بالصلح يفقد معناه، لأنه سيذهب أدراج الرياح، وسيصدر بالنتيجة حكم قضائي يطبق القانون عن المحاكم القضائية. يغير كثيراً أو قليلاً في الحكم التحكيمي بالصلح. فإذا كان الطرفان قد اختارا التحكيم بالصلح، فهما قد اختارا حتماً تنازلاً أيضاً عن الاستئناف وإلا فما معنى خيارهم لتحكيم يصدر حكماً بالعدالة سيصطدم حتماً بالتعديل أو الإبطال أمام محكمة الاستئناف التي تطبق القانون وليس العدالة!

ويضيف هذا الاتجاه أن الحكم بالصلح الذي يصدر وفقاً للعدالة، لا يخرج عن رقابة المحاكم إذا كان غير قابل للاستئناف، لأنه بالنتيجة

قابل للإبطال، وسيحتاج إلى صيغة لتنفيذه من المحكمة المختصة، فإذا لم يطبق المحكم فيه العدالة، فإنه يكون قد خرج من المهمة التحكيمية وعرض الحكم للإبطال.

ويقول أصحاب هذا الرأي أنه حتى لو أجاز المشرع للمحكمة الاستئنافية أن تنظر بالحكم بالصلح، وفقاً للعدالة، فإن مفهوم العدالة لدى القاضي سيكون حتماً مختلفاً عن مفهوم العدالة لدى المحكم.

الثاني: التنازل عن تطبيق القانون ليس تنازلاً عن الاستئناف

الاتجاه الآخر يعتبر أن التنازل عن تطبيق القانون لا يفضي ولا يعني إطلاقاً تنازلاً عن الاستئناف، وأن المتنازلين ليسا مرتبطين ببعضهما. فإذا اختار الطرفان، لسرعة البت بالنزاع، التنازل عن الإستئناف، فذلك لا يعني إطلاقاً تنازلاً منهما عن تطبيق القانون، فالمحكم يبقى ملزماً بتطبيق قواعد القانون أو نص القانون وإجراءات المحاكمة أمام المحاكم، إذا لم يكن الأطراف قد اتفقوا على التنازل عن تطبيق القانون. ولكن حكمه لا يكون قابلاً للاستئناف، لأن إرادة الأطراف بأن يكون التحكيم غير قابل للمراجعة، لا يجب أن تفضي إلى استبعاد تطبيق القانون وتطبيق العدالة. فهذا استنتاج لتنازل الأطراف عن القانون، والتنازل إما أن يأتي صريحاً وواضحاً أو لا يأتي إطلاقاً، ولا يمكن تفسير التنازل تفسيراً واسعاً!

من هنا، فإن هذا الاتجاه يعتبر أن التنازل عن الإستئناف لا يعني حتماً تحكيمياً بالصلح، ولا التنازل عن تطبيق القانون يعني تنازلاً عن الإستئناف. فالمحكمة الإستئنافية، وفقاً لهذا الرأي، بإمكانها أن تنظر استئنافاً بالحكم، وفقاً للعدالة، وليس وفقاً للقانون إذا أجاز لها ذلك المشرع. وبالفعل، أجازت بعض التشريعات للمحاكم الاستئنافية أن تنظر استثناءً، وفقاً للعدالة، وليس وفقاً للقانون، بالحكم التحكيمي بالصلح الصادر وفقاً للعدالة! من هنا فإن مجرد اختيار التحكيم بالصلح، لا يفضي إلى إقفال باب المراجعة الاستئنافية، إذا لم يتضمن العقد التحكيمي تنازلاً

صريحاً واضحاً بهذا الشأن.

أما في البلدان التي لا تعرف سوى نظام موحد للتحكيم، فإن الحكم التحكيمي لا يقبل الاستئناف، وإن كان المشرع لا يفرق بين تحكيم بالصلح وتحكيم بالقانون. ومن باب أولى، أن لا يقبل الحكم التحكيمي الاستئناف، إذا كان الطرفان قد اتفقا على التحكيم بالصلح أو اكتفيا بإحالة النزاع إلى التحكيم دون ذكر لأي تحكيم. فالنظام والقانون الأميركي شأنه شأن كل الأنظمة المتأثرة بأعراف القوانين الانكليزية لا يعرف الاستئناف أصلاً، ليس بشأن الأحكام التحكيمية فحسب بل بشأن الأحكام القضائية أيضاً.

أما في نظام التحكيم القضائي كالنظام الانكليزي الذي لم يكن يعرف التحكيم بالصلح، فلم يكن يعرف الاستئناف كطريق لمواجهة الحكم التحكيمي بالقانون ومن باب أولى للحكم التحكيمي بالصلح ولكن قانون ١٩٧٩ أجاز الاستئناف وأبقاه محصوراً في النقاط والمواضيع القانونية، كما كان وضع «Special Case». ولكن قانون ١٩٧٩ تميز بجديد كان نقطة تحول في النظام التحكيمي الانكليزي، ولا سيما في تقريب النظام التحكيمي الانكليزي من التحكيم بالصلح، فبعد أن كان الاتفاق بين الأطراف على عدم إخضاع التحكيم لرقابة المحاكم القضائية ولطرق المراجعة أمامها باطلاً، فإن هذا الحظر لم يعد مطلقاً بل أصبح نسبياً، وأصبح يطبق على عقود معينة، ولا يطبق على عقود أخرى.

الفرع الرابع: التحكيم الدولي والتحكيم بالصلح

أولاً: التحكيم بالصلح وعقود الاستثمار الدولي

عقود التوظيف والاستثمار الدولية أكثرها طويل المدى، يستمر عدة سنوات. والأطراف محكومون إلزاماً بأن يبقوا على علاقات طيبة، طيلة هذه السنوات، ولو طرأت خلافات بينهم، حول تفسير العقد أو الحقوق والموجبات التعاقدية التي ينص عليها.

فتنفيذ العقد يستدعي أن لا يقف كل طرف بالمرصاد للطرف الآخر، ولا أن ينزل أي طرف إلى خندق النصوص الحرفية القانونية، بل الأهم من النصوص هو النفوس التي يجب أن يبقى فيها الصلح سيد الأحكام، حتى يستمر تنفيذ العقد والسير به بسلام وأمان. صحيح ان تنفيذ العقد يشترط «حسن النية» من الطرفين، كما يقول الفقه^(١). ولكن العقد يصبح بالنسبة للطرفين أقرب ما يكون لعقد الزواج، والطلاق فيه مكلف ويعود بالخسائر على الطرفين.

من هنا، فإن أصلح طريقة لحسم المنازعات التي تنشأ في هذه العقود، هي في التحكيم بالصلح.

وكذلك، فإن التوظيف والاستثمار الأجنبي يخشى، عند توقيع العقد، أن تطرأ تغييرات وتعديلات قانونية في الدولة التي يوظف فيها، فتحمله هذه التغييرات إلى مجابهة التحكيم، وفي ظل أوضاع تشريعية مختلفة عن تلك التي كانت سائدة عند التوقيع.

أما الدول التي يجري فيها التوظيف والاستثمار الأجنبي، والتي هي بحاجة إليه، فإنها إذا طالبت بأن يكون قانونها هو المطبق فهذا ينسجم مع السيادة، لأن من حقها أن تبقى خياراتها وثوراتها تحت سلطة قوانينها وسيادتها.

ومن أجل تجنب التناقض في المصالح الذي يفضي إلى تناقض في القوانين المطلوب تطبيقها، وبغية تجنب التغييرات القانونية التي تأتي سريعة في بعض الأحيان، فإن التحكيم بالصلح يبدو أهون بكثير من التحكيم بالقانون، لمعالجة مثل هذه الأوضاع.

وهذا ما يفسر ان قوانين الاستثمار والتوظيف في الدول الافريقية

BERNINI: Les techniques permettant de résoudre les problème qui (١) surgissent lors de la formation et de l'exécution des contrats à long terme, Rev. de l'Arbitrage 1975, p.23..

مثلاً، نصت كلها بصراحة على أن يكون التحكيم بالصلح^(١). وكذلك فإن عقود الامتياز التي منحها كثير من الدول، أحال الشرط التحكيمي فيها على التحكيم بالصلح. يقول الفقه في تفسير ذلك أن شرط التحكيم بالصلح يجب أن يفسر بأنه يعطي المحكمين إمكانية اختيار القانون المطبق على العقد، الأمر الذي يفضي إلى النتيجة الآتية: أن نسلم أن الدولة تتنازل بموجبه عن تطبيق قانونها حكماً أو أن هناك قرينة على ذلك: كما ولا يجب فهم القانون المطبق بأنه قانون داخلي ولا انه إحالة الفكرة غامضة حول العدالة، بل يجب فهم التحكيم بالصلح في هذا الظرف، بأن سيطبق مجموعة القواعد القانونية الملائمة للقضية بما فيها الأعراف السائدة في الأوساط المعنية بالخلاف^(٢).

ثانياً: التحكيم بالصلح في مرتكزات التحكيم الدولي

١ - في اتفاقية نيويورك ١٩٥٨

نصت المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك على أنه لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم، إلا إذا قدم الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليه الاعتراف والتنفيذ، الدليل على «أن تشكيل محكمة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف، أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق».

من هنا، فإن اتفاقية نيويورك إذ كرست سلطان الإرادة في اختيار القانون المطبق، ولم تربطه بمكان التحكيم، فإنها فتحت مجالاً أوسع لتطبيق التحكيم بالصلح الذي لم يعد مقيداً بمكان التحكيم بل بإرادة الطرفين. ولكن إرادة الطرفين ذاتها مقيدة أيضاً، حتى ولو اختارت التحكيم

(١) وعلى سبيل المثال: الكاميرون المادة ٣١ - الكونغو المادة ١٤١ - الغابون المادة ٤٧ - الداعومي المادة ٣٨ - تشاد المادة ٢٧ - النيجر المادة ٢١ - روندا المادة ٢٥.

(٢) KAHN: «Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique Française» p. 384.

بالصلح، بقيود تشكل خطراً على التحكيم بالصلح، إذ إن بالإمكان جعل الحكم التحكيمي غير قابل للتنفيذ إذا أبطل^(١).

من هنا، فإن الحكم التحكيمي يكون قابلاً للإبطال وفقاً لاتفاقية نيويورك:

- أ - إذا لم يراع قانون البلد الذي جرى فيه التحكيم.
- ب - إذا رفضته السلطة في البلد الذي يطلب فيه تنفيذه، لأنه تبين لها أن قانونها لا يجيز تسوية النزاع، عن طريق التحكيم، أو كان في التنفيذ مخالفة للنظام العام.

فتكون اتفاقية نيويورك إذ كرس سلطان الإرادة في اختيار التحكيم، ولا سيما التحكيم بالصلح، إلا أن هذا السلطان يبقى مقيداً بأن لا يصطدم بقانون بلد مكان التحكيم ولا بقانون بلد التنفيذ، حتى لا يفقد الحكم التحكيمي بالصلح آثاره.

٢ - في اتفاقية جنيف الأوروبية ١٩٦١:

قضت اتفاقية جنيف بأن ينظر المحكمون بالنزاع «كمحكمين بالصلح»، إذا كانت هذه رغبة الأطراف التي عبروا عنها، في العقد التحكيمي^(٢)، ولكن الاتفاقية تشترط أن يكون القانون المطبق على التحكيم مجيزاً للتحكيم بالصلح، لأن التحكيم بالصلح غير معروف في النظام التحكيمي الانكليزي.

٣ - قواعد تحكيم الانسترا:

أجازت قواعد الانسترا للمحكمين النظر بالنزاع كمحكمين بالصلح ولكنها اشترطت:

- أ - أن يكون اختيار الطرفين للتحكيم بالصلح صريحاً واضحاً وليس

(١) المادة من اتفاقية نيويورك.

(٢) المادة ٧ من اتفاقية جنيف الفقرة - ٢ - .

ضمنياً.

ب - أن يكون قانون إجراءات المحاكمة المطبق على التحكيم، يجيز التحكيم بالصلح، لأن النظام الانكليزي لا يعترف بالتحكيم بالصلح.

٤ - القانون النموذجي للتحكيم الذي وضعته الانسترا

أجاز القانون النموذجي للتحكيم الذي وضعته الانسترا بأن ينظر المحكمون بالخلاف على أساس التحكيم بالصلح، ولكنه اشترط أن يجيز الطرفان ذلك صراحة، مكرراً بذلك الشرط الذي وضعت قواعده تحكيم الانسترا، ولكنه لم يتبن الشرط الثاني الذي وضعته قواعده الانسترا وهو: «أن يكون هذا النوع من التحكيم مجازاً في القانون المطبق على إجراءات التحكيم. ولكن القانون النموذجي لم يسم التحكيم بالصلح باسمه بل سماه «التحكيم الودي».

٥ - في هيئات التحكيم الدولية الدائمة:

تبنى نظام غرفة التجارة الدولية في باريس النظام التحكيمي بالصلح، وقضى بأن يكون للمحكم سلطة المفوض بالصلح، إذا اتفق الطرفان على منحه إياها. كذلك أجاز نظام مركز تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، أجاز التحكيم بالصلح إذا اتفق الطرفان على ذلك. كذلك أجاز نظام مجالس تحكيم الغرف التجارية العربية الأوروبية التحكيم بالصلح، حين أعطى الأطراف حرية الاتفاق، ليس على القانون المطبق، بل على القواعد المطبقة على أساس النزاع.

وإذا لم يتفق الطرفان على هذه القواعد، فإن المحكم هو الذي يحددها على أن يأتي خياره بعد موافقة المجلس ومتفق مع النظام العام، في البلد الذي يجري فيه التحكيم، وفي البلد الذي سينفذ فيه الحكم التحكيمي. فيكون نظام مجالس تحكيم الغرف العربية الأوروبية قد فتح باباً واسعاً للتحكيم بالصلح، إذ أكد أن الذي يطبق هو القواعد العامة

وليس نصوص القانون، تاركاً للأطراف حرية واسعة في هذا الاختيار، على أن لا يصطدم خيار القواعد العامة بالنظام العام لا في بلد التحكيم ولا في بلد التنفيذ.

الجلسة الثانية

الموضوع: التحكيم بالصلح في الشريعة الإسلامية.

المناقش الثاني، الأستاذ الدكتور عبد الله مبروك النجار.

مناقشة الأستاذ الدكتور عبد الله مبروك النجار^(١)

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد ﷺ وعلى آله وأصحابه الطيبين وبعد،

أخص بالشكر العالم الجليل فضيلة الأستاذ الشيخ محمد رشيد الميقاتي رئيس المجلس العلمي في هذا المركز الإسلامي العلمي الأكاديمي المبارك والأخ العزيز الأستاذ الدكتور رأفت محمد رشيد الميقاتي العالم الواعد الذي يرجى منه الخير الكثير إن شاء الله.

ذلك بالنسبة للمناسبة، أما بالنسبة للموضوع الذي أتشرف بالتعليق عليه، فهو للأخ العزيز الأستاذ عبد الحميد الأحذب وهو كما سمعتم ورأيتم بعنوان «التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامي».

والتحكيم بصفة عامة يعتبر من الموضوعات الأساسية، لأن التحكيم أصبح في وقتنا الحالي مطلباً إنسانياً ملحاً، وذلك للخروج من وطأة الضغط الكبير على الأجهزة القضائية في الدول المختلفة، وعلى نحو يتخيم القضاء بالآلاف من القضايا، مما يجعل العدل بطيئاً إلى حد يصل إلى الظلم، فضلاً عن أن تزامم القضايا في الأجهزة النظامية القضائية في مختلف دول العالم، يؤدي إلى عدم تبصير العدالة، وإلى عدم صدور حكم قضائي يقوم على التمهيص وعلى موازنة الأدلة وعلى التروي والموضوعية التي تضمن حكماً عادلاً في النزاع.

ولذلك كان هذا الموضوع على درجة كبيرة من الأهمية، لأنه يقيم الحق ويؤدي إلى انتصار ميزان العدل، والعدل هو أمنية من الأمنيات التي تسعى الإنسانية في كل العصور وفي جميع الأماكن إلى تحقيقها وإلى الحصول عليها، لا لأنه عدل مطلوب وواجب في ذاته وربما كان الحق

(١) محام، وعضو مجمع البحوث الإسلامية في جمهورية مصر العربية، أستاذ في كلية الشريعة والقانون في جامعة الأزهر.

من أسماء الله عز وجل ، فهو الله تبارك وتعالى الذي كان أول من تسمى بالحق ولكن لأن العدل أصبح مطلباً أساسياً للتنمية وللتقدم وللنهوض في كل دول العالم تقريباً.

فالحقيقة أن الموضوع على درجة كبيرة من الأهمية، ومما زاد في سعادتي أن الأخ العزيز الدكتور عبد الحميد الأحذب قدم موضوعاً كبيراً حتى أنني قد وجدت مشقة كبيرة في الإلمام به وفي قراءته.

فهو قد تكلم مثلاً في الخطة المنهجية في قسمين: القسم الأول تكلم عن التحكيم في التشريع الإسلامي وفي القسم الثاني تكلم عن التحكيم بالصلح وتحت كل قسم فروع وتحت كل فرع من هذه الفروع مباحث، وكان ترتيبه لهذه الفروع ولهذه الجزئيات من البحث ترتيباً منطقياً يقوم على نسق علمي منهجي يتفق مع الأعراف العلمية.

وكذلك كانت نظرتة شاملة لعلاج الموضوع فتكلم عن الأركان الأساسية وعن العناصر الرئيسة التي يأتلف منها هذا الموضوع.

والحقيقة أنني أشكره على هذا الجهد العلمي الطيب، وأعرب عن سعادتي أيضاً أنني أشترك في مناقشته، والوصول إلى أفضل الصيغ وإلى تنقيح الأفكار بما يثري الجلسة ويصل إلى نتائج طيبة من خلال هذا المؤتمر المبارك إن شاء الله...

الأخ العزيز الأستاذ الدكتور عبد الحميد تكلم في الفرع الأول عن نظرة عامة من القسم الأول وهو التحكيم في التشريع الإسلامي، وفي المبحث الأول تكلم عن النظام القضائي وفي المبحث الثاني تكلم عن التطور التاريخي للتحكيم في الشريعة الإسلامية وقسمه إلى فروع ففي الفرع الثاني تكلم عن التحكيم.

وهناك مبحثان اثنان: مبحث عن شكل اتفاقية التحكيم وكلمة الشكل ربما يتفق معي أنها كلمة تثير فكرة الشكل التي نتكلم عنها في القانون والتي تعني تسجيل العقد بصورة معينة وفقاً لقوانين الشهر العقاري

لأنه عندما نتكلم عن الشكل في القانون نقول إنها العقود التي تصاغ في شكل معين وفقاً للقوانين السارية لنظم الشهر في القوانين المختلفة.

وربما يحمل التعبير بهذا اللفظ هذا اللبس في الموضوع، فأنا أقترح - لأنني ربما - اختلف معه في هذه الصياغة. وأرى أن الصيغة العملية لاتفاقية الشكل ربما تكون في نظري - وإن كان رأيه والبحث بحثه وخلافي معه لا يدل على تمايز ولا على أي شيء إنما هو من باب تنقيح الأفكار كما قلت.

الأمر الثاني فيما يتعلق بشروط صحة الاتفاق، ونحن نعرف - لا شك - أن التحكيم له صيغة تعاقدية، وأنا - في نظري - أن الاتفاق هو أساس هذا النظام لأن غاية العدل التراضي، والتراضي لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال توافق الإرادات للوصول إلى حد معين من الرضا أو من المنطقة التي يلتقي عندها جميع الأطراف.

وفي نظري أن التحكيم نظام رضائي، وربما يكون الخلاف في بعض النقاط التي وردت في البحث نابعة من فهمي هذا لنظام التحكيم، فهو نظام رضائي لأنني أخلعه من سلطة القضاء وأخلعه من الإجراءات الشكلية التي تفرضها النظم القضائية.

وأخلعه من الشكل العام المتبع في المحاكم ليخفف الناس العبء عن أجهزة القضاء فيصلوا إلى اتفاق يحسم النزاع فيما بينهم، ولذلك كان هو في الأساس يقوم على هذا المبدأ: مبدأ التراضي. بالتراضي إذاً نكون قد رجعنا إلى الأصول العامة، وللعقود في الشريعة والقانون ولقد تعلمنا أن المبادئ الأساسية للعقود هي الرضا والمحل والسبب. أما الرضا في الاتفاق التحكيمي فهو أمر لازم لأن الرضا لا يمكن أن يتم عمل إلا به وعندما نتكلم عنه فإنما نتكلم عن وجود الرضا في ذاته، فلا يصح أن يكون الشخص عديم الرضا، وأن يكون الرضا بصيراً ورشيداً فلا يكون مختلطاً بعب من العيوب كالغلط والتدليس والاستغلال والإكراه.

كذلك أيضاً المحل وهو أن يكون بين الأطراف الذين يتفقون على التحكيم، فالاتفاق يكون على عمل معين وهو أن يحسم النزاع فيما بينهم وفقاً لمبادئ معينة أو لأصول معينة.

هذه الأصول لا بد أن تتقيد بما أحله الله وحرمه، فعندما نقول: إننا نتفق على الرضا بأمر ما أو نحسم النزاع الذي بيننا، فلا بد أن يكون هذا النزاع متفقاً كمحل لاتفاق تحكيمي مع المبادئ الأساسية في التشريع الإسلامي وكذلك أيضاً المبادئ الأساسية في القانون.

المبادئ الأساسية في القانون في نظري، أن فكرة النظام العام ربما لا تتفق مع نظام التحكيم إنما الأدق والأصوب أن نقول فكرة النصوص الآمرة، لأن النص الأمر يكون محدداً ومعروفاً وأستطيع أن أتجنبه وحتى لا أكبل عنق المحكم بأن يبحث عن فكرة النظام العام وهي فكرة غير محددة، وغير منضبطة، وهي متغيرة في البلاد المختلفة بل في البلد الواحد تتغير من زمان إلى آخر ومن مكان إلى آخر.

وفكرة تحديد النظام العام ليست مهمة فرد إنما هي مهمة مجتمع يصوغ المبادئ الأساسية فيه والمقومات الضرورية التي يقوم عليها ويحددها ويضع نصوصاً وفقاً لهذه القواعد ولهذه المبادئ فأنا أستسمح الإخوة العلماء الحاضرين في أن فكرة النظام العام غير محددة وغير منضبطة، فهذه سوف تلقي على المحكم عبئاً ثقيلاً جداً جداً ربما لا يستطيع تحملها لأنها تختلف من وقت إلى آخر ومن زمان إلى آخر ومن مكان إلى آخر ومن مناسبة إلى أخرى، فأنا أرى أن الأضبط والأخف والأيسر في هذا المجال الذي يتفق مع نظام التحكيم أن نقول: «النصوص الآمرة».

فيما يتعلق بالفرع الثالث وهو المحكم تكلم الأستاذ عبد الحميد كلاماً وافياً عن التعيين والعدل وعن الأهلية وكنت أتمنى أن يتكلم عن الجنس وإن كان الأخ العزيز الأستاذ المحاضر الثاني تكلم عنه.

والأنثى هل يحق لها أن تكون محكمة؟ (والفقهاء قد تكلموا عن

شرط الذكورة في تعيين القاضي والجمهور) وأستاذنا الدكتور رأفت موجود وله مؤلف ضخمة في نظام التقاضي في النظام الإسلامي، وهناك خلاف بين الفقهاء والجمهور يرون أن الذكورة شرط لصحة تولي القضاء.

فهل يسري هذا الأمر على التحكيم؟ وأنا في تصوري أن هذا الشرط لا يسري في التحكيم وإنه إذا كان التحكيم فضلاً للنزاع بالتراضي فإنه يجوز أن تكون المرأة محكمة في نظام التحكيم.

لكن القسم الذي لم أفهمه هو منع المفوض من التفويض في مهمة أخرى. أنا لا أتصور أن يكون الإنسان مفوضاً في قضية ويكون تفويضه ذلك سبباً في منعه من نظر فض النزاع في أمور أخرى خاصة إذا كان الوقت والصحة والاستطاعة تمكنه من ذلك.

والمبدأ أن التحكيم نظام رضائي، ولذلك ما يقال من الشك وما يقال من الاستئناف هو ليس حكماً قضائياً لكي أستأنفه.

طبعاً الاستئناف في نظري لا يرد هنا، لأن الحكم ليس حكماً قضائياً لكي أظعن به، بل هو اتفاق، والاتفاق الذي نصل إليه يصبح في هذه الحالة مكتسباً صفة الإلزام من التراضي.

والإلزام جاء من قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

فطالما اتفقت وارتضيت حل النزاع، وفقاً لهذا الموضوع عندئذٍ معناه أنني التزمت.

والقاعدة العامة: هي أن وفاء الالتزامات يتم اختياراً وإذا لم يتم اختياراً فالرجوع إلى القضاء، الذي يلزم المتفقين على تنفيذ التزامهم، ولذلك هذا يبقى دائماً من الأسس التي تؤكد الرضائية، والبعد عن النظام العام أو الفكرة الشكلية أو النظم القانونية.

أكتفي بهذا القدر وأشكركم على حسن الاستماع.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الجلسة الثالثة:

رئيس الجلسة، سماحة الشيخ محمد رشيد الميقاتي.

الموضوع، تحكيم الشريعة الإسلامية في نظر القانون.

الباحث، الأستاذ الدكتور فتحي والي.

المناقش، المحامي الدكتور محمد نديم الجسر.

الموضوع، وجوب تحكيم الشريعة الإسلامية ووسائلها.

الباحث، المحامي الدكتور رافت محمد رشيد الميقاتي.

المناقش، الأستاذ الدكتور رافت عثمان.

الموضوع، القواعد الفقهية للتحكيم في الشريعة الإسلامية.

الباحث، الأستاذ الدكتور عبد السلام حامد.

المناقش، الأستاذ الدكتور عبد الله مبروك النجار.

الموضوع، العدالة والإنصاف في التحكيم بين الشريعة والقانون المقارن..

الباحث، الأستاذ الدكتور علي حامد الفتيت.

المناقش، المحامي الدكتور فريد محمد نزار فنري.



الباحثون والمناقشون في الجلسة الثالثة

الجلسة الثالثة:

الموضوع: تحكيم الشريعة الإسلامية في نظر القانون.

الباحث: الأستاذ الدكتور فتحي والي.

تحكيم الشريعة الإسلامية في نظر القانون المصري واللبناني

الدكتور فتحي والي^(١)

(١) كان التحكيم وسيلة لحل المنازعات معروفاً في الجزيرة العربية قبل الإسلام، يتولاه من يختاره المتنازعون فيحتكمون إليه، ويقبلون حكمه بما له من مكانة أو بما يتعاهدون عليه من قبول ما يصدره من حكم.

وعندما جاء الإسلام لم ينكر الإلتجاء إلى التحكيم، بل حث المؤمنين عليه، وعلى تحكيم الرسول عليه الصلاة والسلام نفسه فيما شجر بين المؤمنين من خلافات. ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً﴾ (آية رقم ٦٥ من سورة النساء).

وظل التحكيم معروفاً ومعترفاً به لدى فقهاء المسلمين، وطريقاً يلجأ إليه المتخاصمون إلى جانب التجاؤم إلى القضاة.

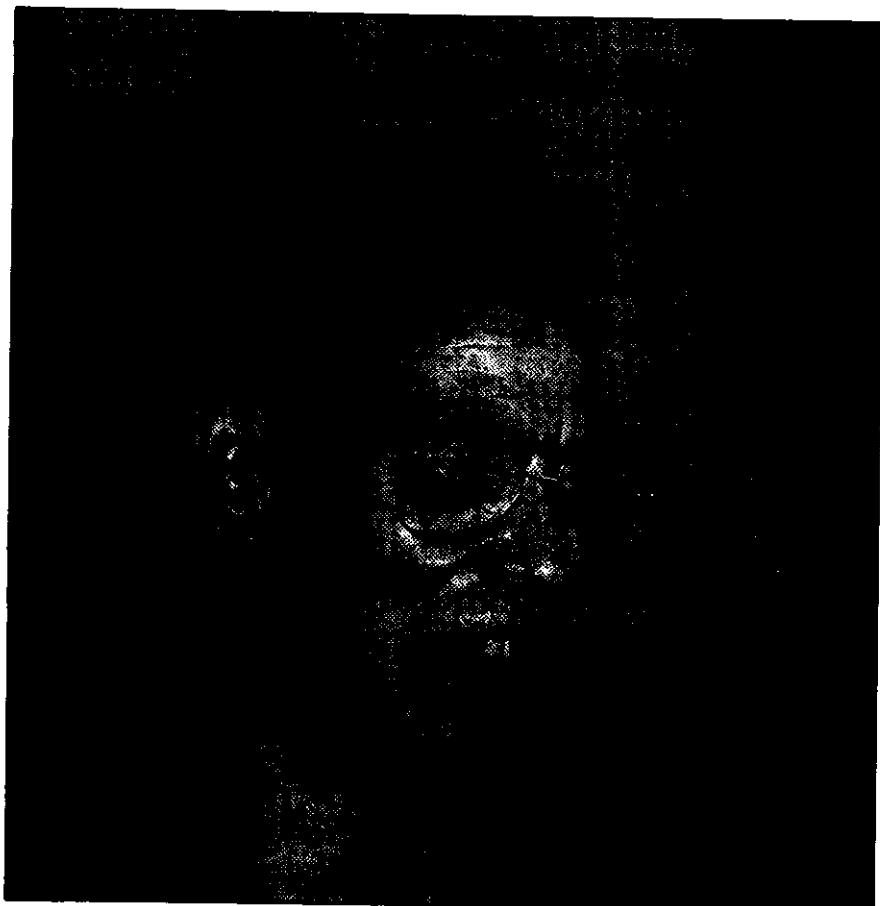
وفي العصر الحديث، ظهر أول تقنين للفقهاء الإسلامي في مجال التحكيم فيما تضمنته مجلة الأحكام العدلية الصادرة باللغة التركية سنة ١٨٦٩ من مواد منظمة للتحكيم. وهي المواد من ١٨٤١ إلى ١٨٥١.

(٢) وكانت مصر هي أول دولة عربية تصدر نصوصاً تشريعية لتنظيم التحكيم، تضمنتها المواد من ٧٠٢ إلى ٧٢٧ من مجموعة المرافعات الصادرة سنة ١٨٨٣.

وفي مجموعة المرافعات سنة ١٩٤٩، وردت نصوص التحكيم أكثر تنظيماً وتفصيلاً (المواد من ٨١٨ إلى ٨٥٠). كما تضمنت مجموعة المرافعات المصرية الحالية نصوصاً تنظم التحكيم في المواد من ٥٠١ إلى ٥١٣.

(١) محام بالنقض، والعميد الأسبق لكلية الحقوق جامعة القاهرة، أستاذ قانون المرافعات،

محكم دولي.



الأستاذ الدكتور فحي والي باحثاً في الجلسة الثالثة

وهذه النصوص كانت تنظم التحكيم الداخلي غير معيرة أي انتباه إلى التحكيم التجاري الدولي الذي لم تكن قد برزت أهميته عند وضع تلك التشريعات.

وحدثت الطفرة التشريعية في التحكيم في مصر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. إذ حرص المشرع المصري على تلبية نداء الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر في سبتمبر سنة ١٩٨٥ والذي يدعو الدول الأعضاء لتعديل تشريعاتهم الوطنية وفقاً للقانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية «الانسترال». وتم وضع مشروع قانون

للتحكيم التجاري الدولي وفقاً للقانون النموذجي. وعندما نوقش هذا المشروع، رأى المشرع أن يعدل نصوصه لكي تنطبق على كل من التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي. وهكذا صدر القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية لينطبق على كل من النوعين.

أما في لبنان، فقد عمد المشرع اللبناني إلى تنظيم التحكيم تنظيمياً حديثاً في نصوص أدرجها ضمن قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني. فقد أصدر المشرع اللبناني المرسوم الاشتراعي رقم ٨٣/٩٠ متضمناً نصوصاً تنظم التحكيم على النحو الذي سار عليه القانون الفرنسي عامي ١٩٨٠ و ١٩٨١، وأدرج هذه النصوص ضمن مواد قانون أصول المحاكمات اللبناني بدلاً من النصوص القديمة. (المواد ٧٦ وما بعدها). وقد خصص القانون اللبناني القسم الأول من باب التحكيم للتحكيم في القانون الداخلي، وخصص القسم الثاني للتحكيم الدولي.

(٣) ولست أقصد بتحكيم الشريعة الإسلامية في نظر القانون - موضوع هذا البحث، النظر فيما إذا كان نظام التحكيم الذي عرفه الفقهاء المسلمون يعتبر تحكيمياً عادياً أم تحكيمياً مطلقاً، أم أن الفقه الإسلامي عرف النظامين معاً.

فالمعروف أن الفقه الإسلامي قد اختلف في نظريته للتحكيم. فرأى البعض، وعلى رأسهم الإمام الشافعي، ان التحكيم هو مصالحة بين الطرفين. واستند في هذا إلى الآية الكريمة ﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما﴾ (سورة النساء آية رقم ٣٥). وعلى هذا فالتحكيم في هذا الرأي هو محاولة التوفيق بين طرفين متنازعين. ولهذا يمكن أن تتكون هيئة التحكيم من اثنين فقط. ولا يصدر الحكم إلا بإجماع هيئة التحكيم. فإن صدر الحكم التزم به الطرفان إذا كان قد أذن للمحكمن بتسوية الأمر صلحاً، أو إذا رضي الطرفان بالحكم بعد صدوره.

وهذا هو الرأي الذي أخذت به مجلة الأحكام العدلية (مادة ١٨٤٤ ومادة ١٨٥٠ من المجلة).

ورأى البعض الآخر من الفقه، ان حكم المحكم حكم ملزم للطرفين، وهذا هو رأى الفقه الحنبلي. فالتحكيم في هذا الرأى ليس صلحاً بل قضاء.

على أنه حتى وفقاً لهذا الرأى لا يجوز التحكيم في بعض الأمور كالحدود والقصاص.

ومن ناحية أخرى، فإن الغالب في الفقه الإسلامى هو أن المحكم يجب أن يفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة والانصاف دون إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية. إذ يقول الله تعالى: ﴿أَنْ اللَّهُ يَأْمُرَكُمْ أَنْ تَوَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾^(١).

وأياً كانت نظرة الفقه الإسلامى إلى نظام التحكيم، وأياً كان وجه الشبه أو الخلاف بين هذا النظر وبين نظام التحكيم في القوانين الحديثة، فإن هذه المسألة تخرج عن نطاق موضوعنا. لأن هذا البحث ليس بحثاً في الشريعة الإسلامية أو الفقه الإسلامى فلكليهما فرسانه في هذا المؤتمر. وإنما هو بحث في القانون الوضعى. والمقصود بهذه الورقة هو بيان المحل في كل من القانون الوضعى المصرى والقانون الوضعى اللبنانى في حالة ما إذا اتفق الطرفان على أن تحكم هيئة التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية.

(٤) ووفقاً لأحكام كل من قانون التحكيم المصرى، ونصوص التحكيم في قانون أصول المحاكمات اللبنانى، يعرف القانون الوضعى نوعين من التحكيم: التحكيم العادى، وفيه تلتزم هيئة التحكيم بتطبيق القانون. والتحكيم مع التفويض بالصلح (التحكيم المطلق) وفيه يجوز لهيئة التحكيم أن تقضى على مقتضى قواعد العدل والانصاف دون التقيد

(١) سورة النساء آية رقم ٥٨ .

بأحكام القانون.

وهكذا تنص المادة ٣٩ من قانون التحكيم المصري على ما يلي:

١ - تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان. وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك.

٢ - وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع.

وتضيف المادة ٣٩ في فقرتها الرابعة: «يجوز لهيئة التحكيم - إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح - أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقييد بأحكام القانون».

وتنص المادة ٧٧٥ من قانون أصول المحاكمات اللبناني «يجوز أن يتفق الخصوم في البند التحكيمي أو في عقد التحكيم أو في عقد مستقل على أن يكون التحكيم عادياً أو مطلقاً كما يجوز تفويض المحكم أو المحكمين التوفيق بين الخصوم».

وتضيف المادة ٧٧٦ أصول محاكمات:

«في حالة الشك في وصف التحكيم فإنه يعتبر تحكيمياً عادياً».

في التحكيم العادي يطبق المحكم أو المحكمون قواعد القانون وأصول المحاكمة العادية باستثناء ما لا يتفق منها مع أصول التحكيم ولا سيما القواعد المبينة في هذا الباب.

يجوز للخصوم إعفاء المحكم أو المحكمين من تطبيق أصول المحاكمة العادية أو بعضها باستثناء تلك التي تتعلق بالنظام العام وبشرط أن تكون متفقة مع قواعد وأصول التحكيم - ولا يجوز أن يتناول الإعفاء بوجه خاص المبادئ المنصوص عليها في المواد ٣٦٥ إلى ٣٦٨ و

٣٧١ إلى ٣٧٤».

لا يثبت الإعفاء المشار إليه إلا بنص صريح في اتفاق التحكيم أو في اتفاق مستقل».

وتنص المادة ٧٧٧ في التحكيم المطلق يعنى المحكم أو المحكمون من تطبيق قواعد القانون وأصول المحاكمة العادية ويحكمون بمقتضى الإنصاف.

تستثنى من هذا الإعفاء قواعد القانون المتعلقة بالنظام العام والمبادئ الأساسية لأصول المحاكمة لا سيما المتعلقة بحق الدفاع وتعليل الحكم وأيضاً القواعد الخاصة بنظام التحكيم».

وتنص المادة ٧٨٩ على أن «يفصل المحكمون في النزاع وفق القواعد المعينة في المادة ٧٧٦ ما لم يخولهم الخصوم في عقد التحكيم صلاحية فصله كمحكّمين مطلقين فيطبقون عندئذ القواعد المعينة في المادة ٧٧٧».

وهذه النصوص سالفة الذكر في القانون اللبناني خاصة بالتحكيم الداخلي.

أما التحكيم الدولي الخاضع للقانون اللبناني، فقد نصت المادة ٨١٢ على عدم تطبيق هذه المواد عليه. وإنما تطبق عليه المادة ٨١٣ التي تنص على أن: «يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الخصوم، وإلا فوفقاً للقواعد التي يراها مناسبة. وهو يعتد في جميع الأحوال بالأعراف التجارية».

وهو يفصل في النزاع كمحكم مطلق إذا حددت اتفاقية الخصوم مهمته على هذا الوجه».

(٥) ولا شك في أنه يجوز سواء في القانون المصري أو في القانون اللبناني الاتفاق على أن «تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً للشرعة

الإسلامية». وهي إجازة مستمدة في القانون المصري من نص المادة ٣٩ من قانون التحكيم على أن «تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان». فهذه المادة لم تجز فقط الاتفاق على تطبيق قانون دولة معينة، بل أجازت الاتفاق على تطبيق القواعد التي يتفق عليها الطرفان ولو لم تكن تنتمي إلى قانون بلد معين. وآية ذلك ما تضيفه نفس الفقرة الأولى من أنه «وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة... إلخ». وهو ما يفترض أنه يمكن الاتفاق على تطبيق قواعد قانونية لا تنتمي إلى قانون دولة معينة.

(٦) أما في القانون اللبناني فإن الوضع يحتاج إلى توضيح: فوفقاً للمادة ٧٧٦ من قانون أصول المحاكمات، وهي تنطبق على التحكيم الداخلي «في التحكيم العادي يطبق المحكم أو المحكمون قواعد القانون». والمقصود بالقانون هنا هو قواعد القانون اللبناني.

ولهذا فإنه إذا كان التحكيم داخلياً، فإنه وفقاً للقانون اللبناني لا يعتبر الاتفاق على تطبيق الشريعة الإسلامية تحكيمياً عادياً. إذ في التحكيم العادي يطبق المحكمون - إلزاماً - قواعد القانون اللبناني، ولا يمكن أن تعتبر الشريعة الإسلامية جزءاً من القانون اللبناني.

على أن الاتفاق على تطبيق الشريعة الإسلامية في التحكيم الداخلي وفقاً للقانون اللبناني يمكن أن يعتبر اتفاقاً على تحكيم مطلق، وفقاً للمادة ٧٧٥ أصول محاكمات التي تنص على جواز أن يتفق الخصوم في التحكيم الداخلي على أن يكون التحكيم مطلقاً، وإعمالاً لما تنص عليه المادة ٧٧٧ من أنه «في التحكيم المطلق يعفى المحكم أو المحكمون من تطبيق القانون... ويحكمون بمقتضى الإنصاف».

فإذا اتفق الخصوم على أن يفصل المحكمون في النزاع وفقاً للشريعة الإسلامية، فإنه يمكن تفسير هذا الاتفاق على أنه إعفاء للمحكمين من تطبيق قواعد القانون، وتخويل المحكمين سلطة الحكم

وفقاً لقواعد الإنصاف. باعتبار أن قواعد الشريعة الإسلامية هي قواعد الإنصاف وفقاً لما اتجهت إليه إرادة الطرفين، وباعتبار أن جوهر الاتفاق على التحكيم المطلق هو إعفاء المحكمين من تطبيق القانون (الوضعي)، أي عدم التقيد بأحكام القانون الوضعي. فالاتفاق على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية هو في جوهره إلزام للمحكمين بتطبيق قواعد العدالة والإنصاف، إذ غاية الشريعة الإسلامية هي تحقيق العدل. فالمحكمون في التحكيم المطلق ينطلقون من قيد القانون ويسعون نحو تحقيق العدل بتطبيق قواعد الشريعة الإسلامية، والأطراف باتفاقهم على تطبيق الشريعة الإسلامية يتفقون على تطبيقها باعتبارها محققة للعدالة كما يقدرونها.

(٧) أما بالنسبة إلى التحكيم الدولي الذي يخضع للقانون اللبناني فليست هناك مشكلة. فالمادة ٨١٣ أصول محاكمات تنص على أن «يفصل المحكم وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الخصوم...». وعلى هذا فإنه إذا تضمن بند التحكيم أن يفصل المحكمون في النزاع وفقاً للشريعة الإسلامية، فإن هذا يعتبر اتفاقاً على تطبيق القواعد الواردة في الشريعة الإسلامية إعمالاً لهذا النص. ويكون التحكيم تحكيمياً عادياً، يلتزم فيه المحكمون بتطبيق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبارها «القواعد القانونية التي اختارها الخصوم».

(٨) وعلى هذا، فإنه وفقاً لأحكام القانون اللبناني، يعتبر اتفاق الطرفين على تطبيق الشريعة الإسلامية تحكيمياً مطلقاً إذا كان التحكيم تحكيمياً داخلياً، ويعتبر تحكيمياً عادياً إذا كان التحكيم دولياً.

أما في القانون المصري، فإن الاتفاق على تطبيق الشريعة الإسلامية يعتبر تحكيمياً عادياً سواء كان تحكيمياً داخلياً أو تحكيمياً تجارياً دولياً.

(٩) ويترتب على اختلاف تكييف تحكيم الشريعة الإسلامية اختلاف في سلطة هيئة التحكيم، بالنسبة لقواعد الشريعة الإسلامية واجبة التطبيق.

ويجب التفرقة في هذا الصدد بين الشريعة والفقہ. وبالتالي بين أحكام الشريعة وآراء الفقهاء.

ومن المعروف أن ما تتضمنه أحكام الشريعة ينقسم إلى خمسة أنواع: الفرض أو الواجب، والمندوب، والحرام، والمكروه، والمباح.

أما الفقہ فهو علم القانون الإسلامي. وهو ينقسم إلى أصول وفروع. فإذا اعتبر التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية تحكيمياً عادياً، فإن هيئة التحكيم تطبق جميع أحكام الشريعة الملزمة أي الفرض والحرام والمباح، معتمدة في ذلك على مصادر الشريعة المتفق عليها وهي القرآن والسنة والإجماع والقياس. فهي لا تستطيع أن تسند حكمها إلى ما تتضمنه الأحكام الشرعية غير الملزمة وهي المندوب والمكروه.

أما إذا اعتبر التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية تحكيمياً مطلقاً، فإنه يجوز لهيئة التحكيم أن تسند حكمها إلى أي حكم من أحكام الشريعة ولو كان من أحكام المندوب أو المكروه. كما أنها تستطيع أن تسند حكمها إلى مصادر الشريعة غير المتفق عليها كعرف من قبلنا والعرف والاستحسان.

وفي الحالين، سواء اعتبر التحكيم وفقاً للشريعة عادياً أو مطلقاً، فإن هيئة التحكيم تستعين في استخلاص الحكم الشرعي بالفقہ الإسلامي دون التقيد بمذهب معين، أو برأي لفقہ معين. وسواء كان الحكم الشرعي ينتمي إلى الأصول أو الفروع.

(١٠) على أنه يجب ملاحظة أنه سواء كان التحكيم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية تحكيمياً عادياً أم تحكيمياً مطلقاً، فإن هيئة التحكيم ملزمة بعدم مخالفة القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام.

فإن كان التحكيم داخلياً فيجب عدم مخالفة قواعد النظام العام الداخلي في الدولة التي يجري فيها التحكيم. أما إذا كان التحكيم دولياً فإنه يمكن لهيئة التحكيم تجاهل القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام

الداخلي، ولا يقيدتها سوى قواعد النظام العام الدولي.

وعلى هذا فإنه إذا اعتبر بطلان شرط الذهب متعلقاً بالنظام العام الدولي، فإنه لا يجوز لهيئة التحكيم في التحكيم الدولي المتفق على تحكيمها وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية أن تحكم بصحة هذا الشرط لمجرد أن الشريعة الإسلامية لا تبطله. هذا ولو كان هذا الشرط ليس مخالفاً للنظام العام الداخلي في الدولة التي يجري فيها هيئة التحكيم.

ومن ناحية أخرى، فإنه إذا كان القانون الوضعي ينص على قاعدة آمرة متعلقة بالنظام العام، كالنص على امتداد عقد الإيجار بقوة القانون أو النص على حد أقصى لسعر سلعة معينة، فإن هيئة التحكيم - في التحكيم الداخلي - يجب أن تحترم هذه النصوص ولو كانت الشريعة الإسلامية لا تعرفها.

(١١) وإذا اتفق الطرفان على تحكيم قواعد الشريعة الإسلامية، فلم تلتزم هيئة التحكيم بهذا الاتفاق، فطبقت قواعد قانونية أخرى، أو طبقت أحكام الشريعة الإسلامية ولكنها في تطبيقها خالفت حكماً من أحكامها كأن أنكرت اشتمالها على حكم معين أو أكدت وجود حكم بها من غير أحكامها، أو أخطأت في تطبيق حكم من أحكام الشريعة بأن طبقته على واقعة لا ينطبق عليها، أو طبقته عليها على نحو يخالف قصد الشارع، أو رفضت تطبيق حكم من الشريعة على واقعة ينطبق عليها، أو أخطأت في تأويل حكم من أحكام الشريعة قبل تطبيقه.

فعندئذ ما هو أثر هذه المخالفة أو تلك على الحكم الصادر من هيئة التحكيم؟

يختلف الحل في القانون المصري عنه في القانون اللبناني.

فوفقاً لقانون أصول المحاكمات اللبناني إذا كان التحكيم الداخلي تحكيمياً عادياً، فإن الحكم يقبل الطعن بالاستئناف ما لم يكن الخصوم قد اتفقوا في اتفاقية التحكيم على عدم الاستئناف، أما إذا كان التحكيم

مطلقاً، فعندئذ لا يقبل حكم التحكيم الاستئناف إلا إذا كان الخصوم قد احتفظوا صراحة في اتفاقية التحكيم بحقهم في الاستئناف. (مادة ٧٩٩ أصول محاكمات). وعندما تنظر محكمة الاستئناف في النزاع نتيجة لاستئناف الحكم المستأنف، فإنه يكون لها مراقبة ما وقع في الحكم من خطأ بالنسبة لأحكام الشريعة الإسلامية، أو بالنسبة لتطبيقها أو تأويلها وتصدر محكمة الاستئناف حكماً في النزاع متجاوزة هذا الخطأ فإن كان التحكيم مطلقاً نظرت محكمة الاستئناف في النزاع «كمحكم مطلق» (مادة ٧٩٩ أصول محاكمات).

وهو ما يعني أنه إذا كان الأطراف قد اتفقوا على تحكيم الشريعة الإسلامية في تحكيم مطلق، فإن محكمة الاستئناف تطبق أحكام الشريعة الإسلامية ولا تطبق القانون الوضعي، شأنها في ذلك شأن المحكم في التحكيم المطلق.

ووفقاً للقانون اللبناني، إذا كان الخصوم قد عدلوا عن الاستئناف (في التحكيم العادي) أو لم يحتفظوا صراحة بحق الاستئناف (في التحكيم المطلق)، فإن لهم الطعن في حكم التحكيم بطريق دعوى الإبطال بالرغم من أي اتفاق مخالف. (مادة ٨٠٠ أصول محاكمات). ودعوى الإبطال لا تقبل إلا لأسباب واردة على سبيل الحصر، وليس من بينها حالة استبعاد تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه.

ولهذا، فإنه إذا لم يكن للأطراف الحق في استئناف حكم التحكيم (وفقاً لما سلف بيانه)، فإنه لا يجوز لهم رفع دعوى بإبطال الحكم أياً كانت المخالفة التي ارتكبتها هيئة التحكيم في حكمها بالنسبة لأحكام الشريعة الإسلامية التي اتفق الأطراف على تطبيقها. ولو كانت هيئة التحكيم قد استبعدت تطبيق الشريعة أو خالفت حكماً من أحكامها أو أخطأت في تطبيقه أو في تأويله.

(١٢) والوضع مختلف في القانون المصري. فوفقاً لأحكام القانون

المصري، لا يقبل حكم التحكيم الطعن فيه بالاستئناف (مادة ٥٢ من قانون التحكيم). ولكن يجوز رفع دعوى بطلانه إذا توافرت حالة من الحالات التي تنص عليها المادة ٥٣ من قانون التحكيم.

ومن هذه الحالات وفقاً للمادة ٥٣/د حالة «إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع».

وعلى هذا، فإنه إذا اتفق الأطراف على تطبيق الشريعة الإسلامية، فاستبعدت هيئة التحكيم تطبيقها وطبقت قواعد قانونية أخرى بخلاف الشريعة الإسلامية، فإنه يمكن رفع دعوى بطلان هذا الحكم.

فإذا حدث وطبقت هيئة التحكيم أحكام الشريعة الإسلامية، احتراماً لاتفاق الأطراف، ولكنها ارتكبت مخالفة لها أو أخطأت في تأويلها أو في تطبيقها، فإنه عندئذ لا مجال لرفع دعوى بطلان الحكم، إلا إذا وصلت المخالفة حداً من الجسامه بحيث تعتبر خروجاً على أحكام الشريعة الإسلامية المتفق على تطبيقها. إذ عندئذ يصدق عليها وصف استبعاد القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه. ويمكن عندئذ رفع دعوى بطلان الحكم استناداً إلى المادة ٥٣/د من قانون التحكيم سالف الذكر.

فإذا أبطلت محكمة الاستئناف حكم التحكيم لهذا السبب، فإنه - وفقاً لقانون التحكيم المصري - لا تنظر النزاع، وإنما يجري نظره مرة أخرى من هيئة التحكيم إعمالاً لاتفاق التحكيم. وتلتزم الهيئة عندئذ بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية المتفق على تطبيقها.

الجلسة الثالثة:

الموضوع: تحكيم الشريعة الإسلامية في نظر القانون.
المناقش: المحامي الدكتور محمد نديم الجسر.

د. محمد الجسر

أستاذنا الكبير الدكتور فتحي والي، السادة الحضور.

إن الامتحان من أصعب الامتحانات، ذلك الذي يفرض على المرید مناقشة أستاذه. فما بالك إذا كان الأستاذ شيخاً من شيوخ القانون والفكر والعلم؟

لقد تتلمذنا على يد الدكتور والي ونحن طلبة في الجامعة أواخر الستينات. وتتلّمذنا على يده محامين وساعين لطلب رتبة الدكتور على مدى السبعينات والثمانينات، وما زلنا حتى اليوم نتلمذ على يد هذا العالم الجليل.

وانني إذ أشكر صاحب السماحة الشيخ محمد رشيد الميقاتي على تفضله باختيارني مناقشاً أمام الأستاذ الكبير فتحي والي، لا يسعني إلا أن أشير إلى أن البحث المقتضب الوافي الذي تكرم به الدكتور، لم يصلني إلا مؤخراً، فعذراً إن بدا أمامكم بعض تقصيري.

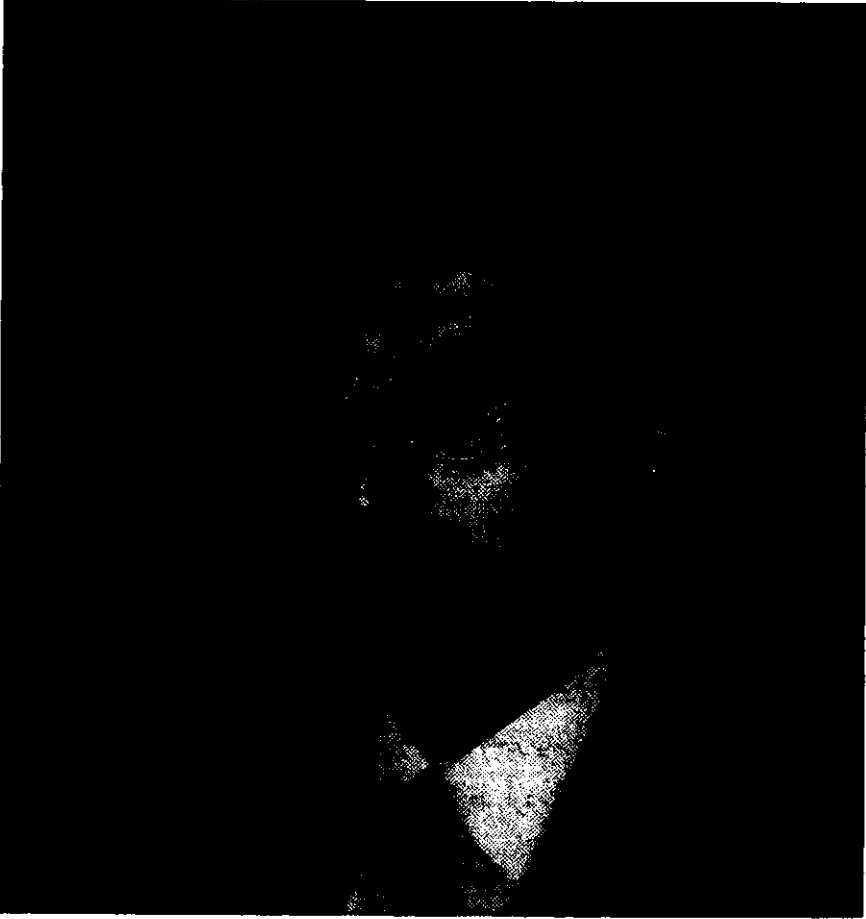
وسأتناول في مناقشتي خمس نقاط أردت أن أركز عليها من خلال بحث الدكتور والي.

١ - ما المقصود بالشرية الإسلامية؟

إن الفكر القانوني المتكون حول الشريعة الإسلامية فكر متعدد إن من حيث اتجاهاته أو مذاهبه. وهو وإن كان موحداً حول الأساسيات، فإنه غير متشابه ولا متماثل في ما يتعلق بالجزئيات والفرعيات.

وإذاً، فهناك تساؤل أساسي كان من المفروض في نظرنا، مع كامل الاحترام، أن يُطرح بدايةً، وهو: ما هو المقصود بالشريعة الإسلامية عندما يرتضيها الأطراف قاعدة للتحكيم في نزاعاتهم؟

إن موقف الشريعة موحد في القواعد الإلزامية المستمدة من القرآن والسنة، أي القواعد الصريحة الواضحة المعتمدة والحائزة على الإجماع. وهي طبعاً تعتبر من النظام العام ولا يمكن مخالفتها ولا تجاوزها ولا إهمالها.



المحامي الدكتور محمد نديم الجسر مناقشاً في الجلسة الثالثة

أما إذا انتقلنا إلى إطار خارج النظام العام الإسلامي، فإن المذاهب، السنية الأربعة، اختلفت في الآراء والتحليلات والاستنتاجات.

هل تحكيم الشريعة يشمل شكل اتفاقية التحكيم وإثبات الاتفاق التحكيمي والإثبات حول المنازعة بحد ذاتها؟

ومع أن التسليم بمثل هذه الموضوعات يخضع في رأينا الشخصي، لقانون العقد الأساسي، فإنه لا يمكن فصل القانون الذي يخضع له العقد، عن القانون الذي تخضع له اتفاقية التحكيم.

الاتفاق على تطبيق الشريعة الإسلامية في التحكيم الداخلي ليس بالضرورة تحكيمياً مطلقاً.

وسنبين الأسباب:

أولاً: المادة ٧٧٦ أ.م.م. تنص على أنه في حال قيام شك في وصف التحكيم فإنه يعتبر تحكيمياً عادياً.

والمادة تنص في فقراتها التالية على أنه يجوز إعفاء المحكمين في التحكيم العادي من تطبيق أصول المحاكمة العادية لا بعضها، باستثناء تلك التي تتعلق بالنظام العام وشرط أن تكون متفقة مع قواعد التحكيم وأصوله. على أن مثل هذا الإعفاء لا يثبت إلا بنص صريح في اتفاق التحكيم أو في اتفاق مستقل.

طبعاً، هذا النص يتكلم عن القواعد الشكلية وليس عن القواعد الموضوعية ولكن إذا ما قرأنا المادة ٧٧٦ مع تلك التي تليها إلى المادة ٧٧٧ لوجدنا أن في التحكيم يعفى المحكمون من تطبيق قواعد القانون وأصول المحاكمة العادية ويحكمون بمقتضى الإنصاف.

هنا شمل النص كلاً من القواعد الشكلية والموضوعية. وهذه الشمولية من غير الممكن استنتاجها منطقاً لمجرد اعتبارنا أن الاتفاق على تحكيم الشريعة يمكن تفسيره «بأنه إعفاء للمحكمين من تطبيق قواعد القانون». إن كون الاتفاق على تطبيق الشريعة الإسلامية هو في جوهره إعفاء للمحكمين من تطبيق القانون الوضعي، لا يعني من وجوب النص على أن التحكيم مطلق، وذلك لأن الاستنتاج المنطقي بحصول الإعفاء لا يشمل منطقاً ضرورة الإعفاء من حيث قواعد الشكل التي أوجبت المادة ٧٧٦ أن يكون بنص صريح.

ثانياً: إن مضمون اتفاق الأطراف على تحكيم الشريعة الإسلامية يفترض في جوهره إلزام المحكمين بتطبيق أحكامها المرتكزة أساساً إلى

العدالة والإنصاف. ولكن هذا الإلزام لا يتأتى من نص المادة ٧٧٧، التي أعفت المحكم من تطبيق قواعد القانون، ولكنها لم تلزمه إلزاماً صريحاً واضحاً بعدم إسناد حكمه إلى قواعد قانونية موضوعية قد يرى هو فيها العدالة والإنصاف، وقد يكون في بعض هذه القواعد ما هو مخالف للقواعد الإلزامية التي اعتمدها الشريعة الإسلامية.

ولقد سار الاجتهاد والفقهاء اللبنانيان على أن المحكم المطلق بالصلح لا يمنع من العودة إلى النصوص القانونية الوضعية إذا شاء. أما تحكيم الشريعة فقد يحظر، في بعض الحالات، أن يلجأ إلى نصوص قانونية وضعية متعارضة أساساً مع مقتضيات الشريعة وأحكامها الإلزامية.

ثالثاً: إن قواعد التحكيم الداخلي المنصوص عنها في قانون أصول المحاكمات اللبناني، لم تتضمن مادة صريحة بشأن إمكان اختيار الخصوم القواعد القانونية التي يرتأونها، كما جاء في المادة ٨١٣ المتعلقة بالتحكيم الدولي. وهذا يطرح إشكالية أساسية: هل يجوز للأطراف في التحكيم الداخلي اختيار القواعد التي يرغبون بتطبيقها بشأن النزاع بينهم؟ أم أن التحكيم المطلق يترك للمحكم حرية الاختيار ضمن مفهوم واسع وشامل: هو قواعد العدل والإنصاف؟

رابعاً: إن نص المادة ٧٧٧ في فقرتها الأخيرة لا يترك أي مجال للاستنتاج: فهو يشترط أنه لا يثبت التحكيم المطلق إلا بمقتضى نص صريح في اتفاقية التحكيم أو في اتفاقية مستقلة. إذًا، من غير الجائز استنتاج نوع التحكيم إلا من خلال عبارات الاتفاق التحكيمي، تلك العبارات التي ينبغي إلزاماً أن تكون صريحة وواضحة وغير قابلة لأي شك أو تأويل أو تفسير مخالف. خامساً: إن اعتبار تحكيم الشريعة الإسلامية تحكيمياً مطلقاً يفترض أن حكم المحكمين غير قابل للإسئناف في حال لم يحتفظ الخصوم

صراحة في اتفاقية التحكيم بحقهم في الاستئناف بالنظر في
المراجعة لحكم المحكمين مع أن الأطراف لم يحتفظوا، بحق
الاستئناف في اتفاقية التحكيم؟

في اختلاف تكييف تحكيم الشريعة وأثره على سلطة هيئة التحكيم
برأينا الشخصي، إن اعتبار تحكيم الشريعة عادياً أو مطلقاً يجب أن
يستند إلى مفهوم القانون الوضعي للتحكيم العادي أو التحكيم المطلق،
وليس بالنسبة إلى الشريعة ذاتها.

ولا ندري إذا كان بالإمكان التفريق بين تحكيم عادي أو مطلق
بالنسبة للشريعة الإسلامية كما هو الأمر بالنسبة للقوانين الوضعية.

وإذا كانت الشريعة تقبل من حيث المبدأ باتفاق الأطراف حول
التحكيم وشروطه وكيفيته وإجراءاته، إلا أن الفقه الإسلامي لم يبين الثنائية
التي اعتمدها الفكر القانوني الغربي حول التحكيم العادي والتحكيم
المطلق.

في أثر مخالفة المحكمين للشريعة الإسلامية على القرار التحكيمي:

الكلام هنا محصور في الاستئناف وليس في الإبطال، إذ إن حالات
الإبطال منصوص عليها حصراً في المادة ٨٠٠ م.أ.م. فعلى فرض إمكان
الاستئناف عن طريق احتفاظ الأطراف بها صراحة في اتفاقية التحكيم، فإن
محكمة الاستئناف ليست ملزمة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية. إلا إذا
سلمنا بإمكان اتفاق الأطراف على اختيار القواعد القانونية الناظمة لخلافهم
في إطار التحكيم الداخلي.

علماً - كما أشرنا - أن نص المادة ٧٧٧ رتب آثاراً قانونية على
وصف التحكيم بالمطلق، ولم يعط صراحة للأطراف اختيار القواعد
القانونية التي يرغبون بتطبيقها في نزاعهم، كما هي الحال في إطار
التحكيم الدولي في المادة ٨١٣ م.أ.

الجلسة الثالثة:

الموضوع: وجوب تحكيم الشريعة الإسلامية ووسائلها.

الباحث: المحامي الدكتور رافت محمد رشيد الميقاتي.

المناقش: الأستاذ الدكتور رافت عثمان.

وسائل تحكيم الشريعة الإسلامية

الباحث: المحامي الدكتور رافت محمد رشيد الميقاتي^(١)

الحمد لله الحكيم العدل الذي منّ علينا بالشريعة الغراء والصلاة والسلام على سيدنا محمد القدوة والأسوة وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد.

فإن معيار النجاح والرفقي لأمة من الأمم يكمن في إقامة العدل بين أبنائها. ولهذا العدل ميزان لا موازين. ومن رحمة الله تعالى بعباده أن أنزل الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط ولا شك أنه إذ ضاع الميزان أو هجر ضاعت العدالة، كما لا يمكن الاحتكام إلى أهواء الناس التي لا ضابط لها والتي يشوبها دائماً القصور البشري فتكون عرضة للتعديل والتبديل في الزمن الواحد والبلد الواحد. ولذلك خاطب الله تعالى خاتم النبيين محمداً ﷺ قائلاً: ﴿ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون * إنهم لن يفتنوا عنك من الله شيئاً وإن الظالمين بعضهم أولياء بعض والله ولي المتقين﴾^(٢)، كما عاب القرآن الكريم على المذبذبين في احتكامهم إلى الشريعة الغراء في كل عصر وفي أي مصر بحيث يلجؤون إلى تحكيمها إذا وافقت مصالحهم الخاصة وإلا أعرضوا فقال تعالى: ﴿وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون * وإن يكن لهم الحق يأتوا إليه مذعنين، أفي قلوبهم مرض أم ارتابوا أم يخافون أن يحيف الله عليهم ورسوله بل أولئك هم الظالمون﴾^(٣).

فلاحتكام إلى الشريعة الإسلامية إن غاب عن التشريع والقضاء في كثير

(١) عضو المجلس العلمي في معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية محاضر في كلية الحقوق - جامعة بيروت العربية.

(٢) سورة الجاثية - الآيات ١٨ و ١٩ .

(٣) سورة النور - الآيات ٤٧ - ٥٠ .



المحامي الدكتور رأفت الميقاتي باحثاً في الجلسة الثالثة

من دولنا ينبغي ألا يغيب على المستوى التحكيمي الذي ترعاه قاعدة سلطان الإرادة وحرية المتحاكمين في اختيار القواعد الواجبة التطبيق إجرائياً وموضوعياً. وإن اللجوء إلى تحكيم الشريعة الإسلامية يقتضي معرفة الجهود المعاصرة في أحكام هذه الشريعة وتبسيطها وتبويبها ووضعها في إطار من التقنين مما يعزز الثقة لدى المحتكمين إليها. وبناءً عليه سأقوم بعرض الوسائل التي يمكن الاستعانة بها في صياغة اتفاقات التحكيم التي يرغب أطرافها بأن يقوم المحكم أو الهيئة التحكيمية بفصل النزاع بينهم بمقتضى العدالة الإلهية المقررة موازينها في الشريعة الإسلامية وأختم بتساؤلين وتوصيات.

أولاً: في عام ١٩٧٧ عهد إلى أستاذنا الكبير عليه رحمة الله الدكتور عبد المنعم فرج الصده ولجنة من كبار القانونيين في مصر بإعداد مشروع لتقنين مدني على هدي أحكام الشريعة الإسلامية فقام بإعداده وقدم إلى مجلس الشعب سنة ١٩٨٢ - ولم يخرج إلى النور إلى يومنا هذا - باعتبار أن الدستور المصري ينص في مادته الثانية على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس للتشريع وهذا يقتضي أن تكون القوانين مأخوذة من الشريعة الإسلامية تحت طائلة الدفع بعدم دستورتها.

لقد أنفق أكثر من ٥ سنوات وهو يضع هذا المشروع الذي يتعلق بمحورين أساسين في حياتنا اليومية: محور العقود ومحور المسؤولية، وجاءت ميزات هذا المشروع على نحو دقيق ومفصل في صفحات طويلة، لست الآن بصدد ذكرها كلها، لكنني أجد من المفيد ذكر بعض الملامح الهامة فيه منها:

أ - المادة الثالثة التي تعتبر من النظام العام أحكام الشريعة الإسلامية القطعية ومن ثم يقع باطلاً كل نص أو اتفاق يخالف هذه الأحكام.

ب - المادة ٣٧: أقرت نظرية التعسف في استعمال الحق.

ج - المادة ٢٣٥: قضت ببطان كل اتفاق على تقاضي فوائد سواء كان ذلك بمقابل انتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء وسواء كانت الفائدة ظاهرة أو مستترة، وقدمت البديل الإسلامي إذ الإسلام ليس قائمة ممنوعات كما يحب ويصر على ذلك كثير من الذين يقبحون الشريعة الإسلامية بطرحهم، إنما هناك حلول ومن هذه الحلول المادة ٢٣٦ من المشروع المذكور التي أجازت للدائن المطالبة بتعويض الضرر الذي لحقه - أي تعويض الضرر المحقق لا المفترض - إذا تأخر المدين بالوفاء بمبلغ من النقود وهو ما يجيزه الفقه الإسلامي تطبيقاً للقواعد العامة مثل قاعدة «الضرر يزال».

د - وينطلق هذا المشروع ليقرر سد باب الغرر (المادة ١١٩) وإقرار

عدم جواز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة - خلافاً للمادة ٢١٧ من القانون المدني المصري والتي لها نظير في العديد من التقنيات العربية - أو على إعفائه من المسؤولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى (المادة ٢٢٩).

هـ - كما قدم هذا المشروع إلى مجلس الشعب المصري بدائل في مجال عقود الإجارة والعارية والوديعة والوكالة والمقاوله.

و - وأخذ بنظام العقد الموقوف المستمد من الشريعة الإسلامية.

ز - كما أرسى قواعد المسؤولية بعيداً عن نظرية الخطأ التي تركتها الآن كثير من التقنيات الغربية والتي درست في الجامعات وصارت الآن بالية (١٦٩ و ١٧٠) من المشروع.

ح - كذلك فإن المشروع أوجب على عديم التمييز جبر الضرر لأن الضرر يزال كائناً من كان مرتكبه.

ط - أخذ هذا المشروع - الذي هو تقنين جاهز بين أيدينا لتطبيقه إذا ما لجأنا إلى الشريعة الإسلامية بشكل منضبط وواضح - بمبدأ عدم سماع الدعوى لمرور الزمن بدلاً من مبدأ سقوط الحق الشخصي بالتقادم ومبدأ كسب الحق العيني بالتقادم أيضاً اللذين أخذ بهما التقنين الوضعي، وذلك مستند إلى حديث النبي ﷺ: «لا يطل حق امرئ مسلم وإن قدم».

ي - نص على أنواع بيوع جديدة - لا تدرس في كليات الحقوق كبيع المرابحة والسلم والتولية والوضيعة وهذه اصطلاحات أصبحت غريبة عن الثقافة التشريعية لأجيال الحقوقيين رغم أنها البدائل في فقهننا الإسلامي لكثير من البيوعات،

ك - لم يغفل المشروع النص على شركات وعلى أنواع هذه الشركات من المضاربة والأعمال والوجوه وهي شركات لها أنظمة أصيلة في الفقه الإسلامي، وقد تم النص عليها بالتفصيل في إطار أحكام واضحة.

رفع المشروع الواجبات الخلقية إلى مستوى الواجبات القانونية
وإليك الأمثلة الآتية:

١ - المسؤولية عن الامتناع عن تقديم معونة سواء في إطار هدر
نفس أو دماء أو هدر مال، ارتقى بهذه المسؤولية بحيث وجب ترتيب
المسؤولية على من كان قادراً على درء الخطر فلم يفعل.

٢ - أقر المشروع عدم جواز استرداد الموجب الطبيعي فإذا ما قام
أحد بأدائه لا يستطيع أن يسترده.

٣ - أخذ المشروع بالإقرار بالحق دون اعتبار لمرور الزمن.

٤ - أعفى المؤجر - وهذه قضية يعاني منها لبنان بشكل واسع جداً
- من التنفيذ العيني إذا كانت نفقات تجديد العين المؤجرة - أو نفقات
ترميمها أو إصلاح ما فيها من عيب - باهظة لا تتناسب مع الأجرة ولا
يكون للمستأجر عندها إلا طلب الفسخ أو إنقاص الأجرة.

هذا بديل أول، بديل تطبيق الشريعة الإسلامية بحيث إذا رغب
الأطراف في عقد تحكيمي بأن يفصل النزاع بمقتضى الشريعة الإسلامية
فإن بالإمكان تطبيق أحكام هذا المشروع وعندها ينضبط بقواعد محددة
كما أسلف أستاذنا الدكتور فتحي والي حفظه الله.

ثانياً: أن اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام
الشريعة الإسلامية في دولة الكويت عملت منذ عدة سنوات بالتعاون مع
كبار أساتذة الفقه والقانون في العالم العربي على تنقية التقنيات المدنية
والتجارية من كل ما يخالف الشريعة الإسلامية، فإذا نحن أمام قانون مدني
ليس فيه ما يخالف أحكاماً قطعية في الشريعة الإسلامية، فما الذي يمنعنا
من أن نص في اتفاقات التحكيم على جعله القانون الواجب التطبيق على
موضوع النزاع.

لسنا الآن بصدد قراءة ما فيه، ونظيره كثير من التقنيات في كل
باب من الأبواب.

ثالثاً: عمد مجمع البحوث الإسلامي في مصر على إصدار تقنيات لكل مذهب من المذاهب الإسلامية، وقد حصلنا على نسخة منها بحيث أن المذهب الحنفي ما عاد منجماً كما يحلو لكثير من الناس أن يصفوه وما عاد لججاً نسبح فيها بل هو مقنن مادة مادة، وفق القول الأرجح والأظهر، فهو مقنن وفق أحكام الكتب المعتمدة في المذهب.

وكذلك المذهب الشافعي والمالكي والحنبلي: فالقواعد واجبة التطبيق على أساس النزاع جاهزة للتطبيق لكن لا يتقصدنا إلا أن ننص على ذلك، فنتخير: إما أن نطبق هذا المشروع، مشروع المعاملات والقانون المدني الذي قدم في مصر إلى مجلس الشعب ولم يقر حتى الساعة أو المشروع الذي أقرته اللجنة الاستشارية العليا في الكويت أو التقنيات التي أقرها مجمع البحوث الإسلامي في القاهرة فالمجال رحب لكن نحتاج إلى أن نسارع إلى التطبيق.

رابعاً: يمكن القول أن البديل الرابع هو أن نحكم قانوناً ساري المفعول من قوانين الدول التي تطبق الشريعة الإسلامية فننص على أنه إذا حدث النزاع فسيكون قانون المعاملات الإماراتي هو الفصل بيننا لأنه أقرب التقنيات الوضعية إلى الشريعة الإسلامية أو القانون المعمول به في المملكة العربية السعودية وهو قانون معروف أنه مستقى من المذهب الحنبلي علماً أن قواعد المذهب الحنبلي تمت صياغتها في إطار مجلة وضعها الفقيه القاري رحمه الله.

إنني أتساءل ما الذي يمنعنا من تحكيم فقهاءنا الذي شرح وتعاقب على شرحه كثير وكثير من العلماء من المشرق إلى المغرب، فنحن عندما نقرأ القرطبي ماذا يكتب فكأن فقيهاً إسبانياً وهو في بلاد الأندلس يشرح الشريعة الإسلامية. إنها عالمية الشريعة... التي قدر الله لها أن تخدم عبر التاريخ، وإن مسألة عدم جواز تحكيم غير الشريعة الإسلامية، عرض لها الإمام المجدد الشيخ محمد رشيد رضا، عندما تحدث عن حالة المسلمين في الهند الذين اضطروا إلى تحكيم المحاكم الإنكليزية.

من جهة أخرى فإني أطرح تساؤلين:

الأول: أن المحكم في لبنان إذا سمي محكماً مطلقاً وكان عليه أن يحكم بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية ولم يحكم كما أسلف أستاذنا الدكتور فتحي والي، صحيح أنه لا يوجد في القانون اللبناني نص نظير للنص المصري الذي ينص في حالات البطلان على أن عدم تطبيق القانون من قبل المحكم يجعل الحكم التحكيمي عرضة للإبطال لكن أسأل أستاذي ألا يوافق معي أن معنى النص المصري متحقق في المادة ٨٠٠ فقرة ٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني التي تعتبر تجاوز المحكم لحدود المهمة، حالة من حالات البطلان، فإذا ما عرّف هذا المحكم عن الحكم بمقتضى الشريعة الإسلامية يعتبر أنه خرج عن المهمة التي كلف بها.

الثاني: أسأل أستاذي الكريم، هل أن تحكيم قانون سابق في دولة من الدول هو تحكيم قانوني أم تحكيم مطلق، الأقرب إلى الذهن أنه تحكيم قانوني فالقواعد محددة ولذلك بالإمكان أن ألجأ إلى تحكيم الشريعة الإسلامية عبر تحكيم مجلة الأحكام العدلية أو تحكيم المئة قاعدة الواردة في مطلع المجلة والتي لا ينص القانون اللبناني على إهدارها والغائها ولست هنا بصدد تفصيل الأدلة على اعتبارها سارية المفعول فالقانون اللبناني يقوى بها ولا تقوى به وأكتفي بالإحالة إلى الدراسة القيمة التي تقدم بها الأستاذ الدكتور فايز الحاج شاهين إلى مؤتمر التحكيم الدولي بتاريخ ١٢/١/١٩٩٩ بدعوة من المركز اللبناني للتحكيم حيث أثبت صواب هذا الرأي. وفي كلا الاحتمالين نكون أمام تحكيم تحميه القوانين الوضعية.

أختم بتوصيات:

١ - إقامة دورات في كليات الشريعة وكليات الحقوق بالتعاون مع نقابة المحامين في طرابلس وبيروت يحضرها المحامون والمستشارون

القانونيون وكتاب العدل يتم خلالها التركيز على أهم المسائل في نظرية العقد ونظرية المسؤولية التي تشكل فصل التفرقة بين أحكام الإسلام وغيره من القوانين المرعية الإجراء، والتدريب على كيفية إبرام عقود خالية مما يناقض أحكام الشريعة الإسلامية لأننا نؤمن بالعدالة الوقائية قبل أن نسقط في الخصومات.

٢ - تشجيع اعتماد بند تحكيمي يتم النص بموجبه على تحكيم قانون دولة معينة تطبق في قانونها المدني والتجاري أحكام الشريعة الإسلامية وتشجيع اعتماد بند تحكيمي فيه تحكيم أحكام الشريعة الإسلامية الغراء.

٣ - التوجه إلى مراكز التحكيم الدائمة في العالم العربي وغير العربي لاطلاع المسؤولين في هذه المراكز على إمكانية تحكيم الشريعة الإسلامية وعلى إمكانية أن يكون خبراء الشريعة الكبار المعتمدون أعضاء في الهيئة التحكيمية بحيث تشكل هذه الهيئة من الشرعيين والقانونيين ولا أعني بالشرعيين من اتقن علم فقه العبادات وإنما أعني بالشرعيين خبراء الشريعة الإسلامية وعلماءها الذين فقهوا أحكام الشريعة وفقه العصر والمعاملات المالية الحديثة.

٤ - تشجيع تحكيم مذهب معين في إطار التقنيات التي وضعها مجمع البحوث الإسلامي مشكوراً.

٥ - وأخيراً إقامة مركز تحكيم إسلامي يكون على غرار المركز الذي أسس في جامعة الأزهر عام ٩٣ والذي يستقبل الآن تحكيمات عديدة تجارية مالية والذي يعتمد اشتراك علماء الشريعة الغراء وعلماء القانون - الذين يعرفون حق الشريعة الإسلامية وفضلها - في عضوية هيئات التحكيم.

والحمد لله رب العالمين.

الجلسة الثالثة:

الموضوع: وجوب تحكيم الشريعة الإسلامية ووسائلها.
المناقش: الأستاذ الدكتور رافت عثمان.

فضيلة الأستاذ الدكتور رافت عثمان:

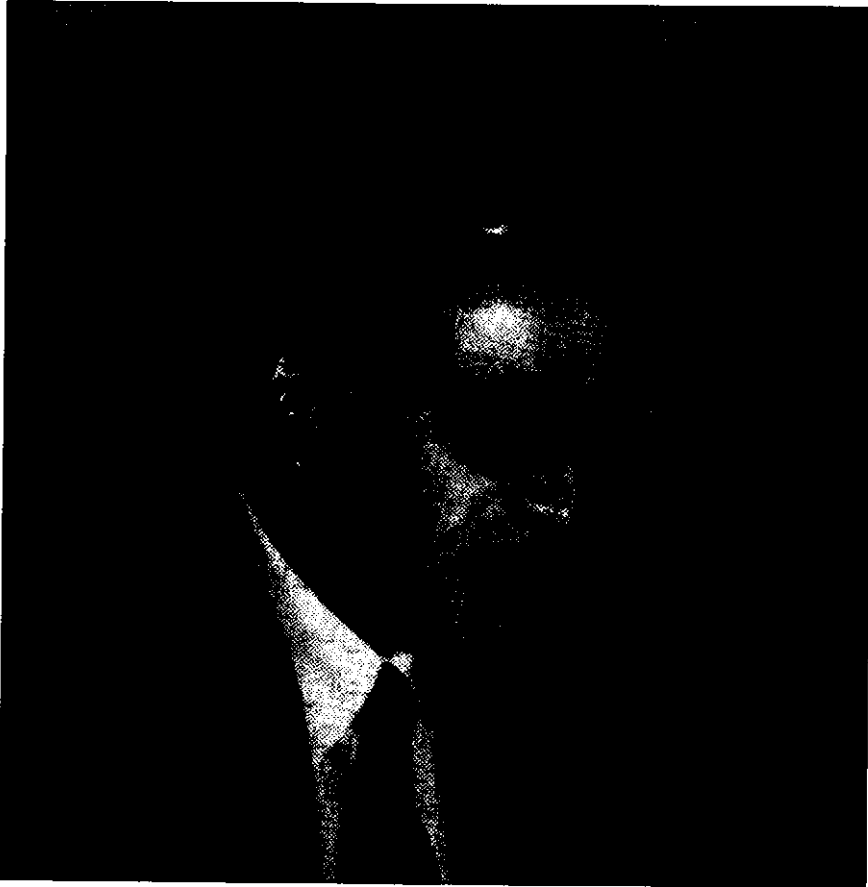
أحمد الله سبحانه وتعالى وأستعينه وأستهديه وأصلي وأسلم على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين. وبعد فإنني أشكر لمعهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية ولرئيس المجلس العلمي فيه الأستاذ الشيخ محمد رشيد الميقاتي وكل المسؤولين في المعهد الكريم على هذه الدعوة التي وجهت إلينا، وأدعو الله تبارك وتعالى أن يثيبهم على هذا العمل الخير وأن يوفق خطواتهم في طريق الإصلاح والخير للمسلمين.

بداية أحب أن أبين أن هناك اختلافاً في وضع التحكيم والقضاء والصلح بين الشريعة والقانون. ففي القانون هناك توحيد بين هذه الأمور الثلاثة كما سمعت من بعض البحوث لكن في الشريعة الإسلامية وفي الفقه الإسلامي الذي يمثل الشريعة الإسلامية هناك فارق بين القضاء وهو الفصل في الخصومات على وجه الإلزام بحكم الشرع.. والتحكيم وهو ليس بهذه الصفة أي ليس فصلاً في الخصومات على وجه الإلزام رضي الطرفان أم أياً من البداية.

وإنما هو وضع آخر أقل من القضاء العادي، كذلك بين هذين النوعين القضاء والتحكيم والصلح.

الصلح هو نوع من التفاوض بين الطرفين لمحاولة التقريب بين وجهة النظر لكل من الفريقين. أما القضاء فهو حكم ملزم لكل طرف من الأطراف المتنازعة رضوا أم أبوا والتحكيم كما بين علماءنا رضي الله عنهم لا بد أن يكون بالرضا من البداية فليس المدعى عليه في التحكيم مجبراً على الحضور أمام الحكم لكنه مجبر على الحضور أمام القاضي.

وليس الحكم ملزماً لكلا الطرفين، إلا إذا رضي الطرفان من البداية بحكمه على خلاف بين ذلك في الفقه الإسلامي. وهل للحكم النظر بالخصومة التي تعرض عليه إذا تاهب للحكم فرفض أحد الطرفين - أن



الأستاذ الدكتور رأفت عثمان مناقشاً في الجلسة الثالثة

يستمر في نظر هذه الخصومة أو في قبول حكمه: على خلاف بين العلماء.

البعض يقول إن الطرفين ملزمان بالرضا بالحكم، ما دام الحكم قد نظر في القضية ونظر في الخلاف، والبعض يرى أن الطرفين ليسا ملزمين إلا إذا رضيا حتى بعد صدور حكم التحكيم كما هو ثابت في تاريخ العرب قبل الإسلام، من أمور كانت في الجاهلية قبل بزوغ شمس الإسلام.

فليست الجاهلية كما يظن البعض شراً مطلقاً وإنما كان الغالب عليها الشر، وكان هناك نوع من الأمور أقرها الإسلام ومن هذه الأمور:

التحكيم، والقسامة، والزواج الشرعي، إلى جانب أنواع أخرى كانوا يسمونها زواجاً وليست زواجاً، والتحكيم كان هو الذي يفصل في القضايا أو في الخصومات التي كانت تحدث في هذه البيئة الجاهلية ولم يكن هناك قضاء لأن القضاء نوع من التنظيم الحكومي يرتبط بالدولة وبنظام الدولة والعرب في الجاهلية قبل الإسلام لم يكن لهم دولة، إنما كانوا بدواً أو شبه بدو يعيشون في الصحراء في مدن تحكم بنظم البداوة، حتى الذين كانوا يعيشون في مكة ويشرب والطائف وغيرها كانت تحكهم العادات والتقاليد البدوية.

فلم يكن هناك إذاً نظام قضائي وإنما كان هناك تحكيم، ولهذا نقرأ في بعض كتب الأدب أن بني فلان كانوا مشهورين بالحكومة، أي كان يوجد بينهم حكام، يدعون للحكم بين المتخاصمين، واشتهر في تاريخ العرب أناس من الرجال والنساء بهذا النوع من التحكيم. وكان آخرهم عبد المطلب جد رسول الله ﷺ بل واشتهر بعض النساء في الفصل في الخصومات اسمها حذام وهي التي يضرب بها المثل في الحكمة واسمها علم مبني على الكسر لأنه معدول عن حاذمة.

إذا قالت حذام فصذقوها

فإن القول ما قالت حذام

وجاء الإسلام فأقر التحكيم ووردت نصوص شرعية وأدلة تبين مشروعية التحكيم والله تبارك وتعالى يقول في مجال العلاقات الزوجية ﴿وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها﴾.

والسنة الشريفة تقر مشروعية التحكيم في أحاديث متعددة تبين هذه المشروعية كما في حديث سعد بن معاذ عندما رضي بنو قريظة بتحكيمه، وهو ليس قضاء وإنما كان تحكيمياً لأن القضاء لا يلجأ فيه إلى تبين رأي الطرف الثاني، أو الخصم، وإنما هو نوع من التحكيم ورضوا هم بتحكيم سعد بن معاذ.

وأيضاً هناك أدلة أخرى مثل حديث أبي شريح فهو يقول: يا رسول الله إن قومي إذا اختلفوا فيما بينهم فأتوني فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان، فقال ﷺ: ما أحب هذا، واستحسان الرسول ﷺ هو نوع من السنة.

والسنة كما تعلمون هي أحد مصادر التشريع، بل هي المصدر الثاني بعد كتاب الله تعالى. والسنة التقريرية، هي النوع الثالث من أنواع السنة: القولية والفعلية والتقريرية، وإذن فمشروعية التحكيم ثابتة. وإن كان هناك بعض الآراء التي لا ترقى إلى هدم هذا المبدأ وهو مشروعية التحكيم، فرأي يقول إن التحكيم ليس مشروعاً لأنه نوع من التطاول على الحاكم، الذي يوليه الحكم رئيس الدولة، أو الحاكم الأعلى، ولكن هذا الرأي كما نعلم تصادره النصوص الشرعية. وبعض الآراء الأخرى تفرق بين منطقة فيها قاض ممثل للدولة ومنطقة ليس فيها قاض، فإذا كان فيها قاض فلا يجوز التحكيم، وإذا لم يكن فيها قاض جاز التحكيم. ويقولون إن الحنفية يرون أنه يجوز أن تتولى المرأة القضاء في الأمور التي يصح لها أن تشهد فيها، هذا خطأ علمي، وقد حققته في أحد كتبي.

الحنفية يصرحون في كتبهم أن المرأة لا يجوز لها شرعاً أن تتولى القضاء كما يقول جمهور العلماء لكن جمهور العلماء عندما قالوا إنه لا يجوز أن تتولى القضاء يقولون أيضاً لو وليت فلا نأخذ بأحكامها إلا إذا أجبرنا على ذلك.

لكن الحنفية يختلفون عن الجمهور في هذه الجزئية ويقولون إن المرأة لو ولاها الحاكم فإنه يأنم وتأنم هي ولكننا ننفذ أحكامها في القضايا التي يصح لها أن تشهد فيها وهي ما عدا قضايا القصاص والحدود ولا يجوز لنا أن ننفذ أحكامها في قضايا القصاص والحدود.

وبالتالي جاء السؤال هل تشترط الذكورة في الحكم أو يشترط الإسلام؟ هذا كما قلت: مبني على أن التحكيم هل هو نوع من القضاء أم

هو نوع من التوكيل.

ومن النقط التي أحب أن أقول رأيي فيها وهي أن هناك نوعين من التحكيم في القانون: التحكيم المطلق والتحكيم العادي وكل منهما له مجاله والأمور التي تحكمه، لكن الأمر في الشريعة الإسلامية مختلف، فليس هناك اختلاف بين التحكيم المطلق والتحكيم العادي، لماذا؟ لأن التحكيم هو نوع من إبداء الحكم الشرعي في القضية المطروحة، إذا احتجنا إلى حكم في قضية ما فلا بد أن نخضع لحكم الشرع، لا فرق بين تحكيم وتحكيم. وليس هناك في الشرع تحكيم مطلق محرر من قيود الشرع، وبل كل قضية أو خلاف بين اثنين فأكثر ينظر فيه، فلا بد أن تنطبق فيه أحكام الشرع، لقوله تبارك وتعالى: ﴿وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ وقوله عز وجل: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾.

أجل، ليس هناك في الشريعة شيء اسمه تحكيم مطلق بل هناك تحكيم خاضع لأحكام الشرع، فالقضاء والتحكيم لهما قاسم مشترك هو إظهار حكم الشرع، وغاية ما هناك أن إظهار الحكم الشرعي في هذه الأنواع الثلاثة يختلف من حيث ضرورة الإلزام وعدم الإلزام فالقضاء إظهار لحكم الشرع على سبيل الإلزام.

والتحكيم إظهار لحكم الشرع باختيار الطرفين من البداية.

والفتوى إظهار لحكم الشرع ليس على سبيل الإلزام.

فالإفتاء ليس ملزماً، ويمكن أن أتوجه إلى شخص لأسأله مسألة ثم لا أرضى فتواه فألجأ إلى شخص آخر.

ومما يثار كثيراً ويسأل هل هناك فرق بين الشريعة والفقهاء؟ وأنا أحب أن أبين أنه ليس هناك فارق بين الشريعة والفقهاء.

فالفقهاء مع أنه عمل بشري لكنه عمل بشري ذهني في فهم نصوص

الشرع وبمقتضاه انتهى إلى حكم يجب علي قطعاً - إذا كان الحكم لا يقبل الشك - يجب علي شرعاً وقطعاً أن أعتقد أن هذا هو حكم الله.

وإذا كان الحكم قد اهتديت إليه أو اهتدى المجتهد إليه بغالب ظنه فهو أيضاً مطالب بحكم الشرع أن يعتقد أو يغلب على ظنه أن هذا هو حكم الله.

فمثلاً في المسائل الخلافية: كل من الأئمة الذين اختلفوا في مسائل الفقه، كل منهم يرى أن هذا هو حكم الشرع، ولو لم يعتقد هذا لما جاز له أن يبدي هذا الحكم، وكيف يمكن أن أتصور أن إماماً وليكن أبا حنيفة مثلاً يقول إن لمس المرأة الأجنبية التي ليست محرماً له لا تنقض الوضوء، هل هذا حكم الشرع في نظره أم ليس حكماً للشرع؟ الإمام الشافعي، يقول: إن لمس المرأة الأجنبية ولو عرضاً بدون قصد يبطل الوضوء، هل الشافعي يقول هذا الكلام، وهو يعتقد هذا، أو يغلب على ظنه، نقول هو لا يعتقد إنما هو يغلب على ظنه.

علمونا أنهم في المسائل الظنية التي اختلف فيها، لم يقطعوا فيها بأن رأيهم هو الصحيح ورأي غيرهم هو الباطل كما قال الشافعي رضي الله عنه «رأيي صواب يحتمل الخطأ ورأي غيري خطأ يحتمل الصواب».

وكما قال أبو حنيفة: «علمنا هذا رأي، وهذا أقصى ما وصلنا إليه فمن جاءنا بأحسن منه قبلنا، إذا الفقيه المجتهد الذي يستنبط الأحكام الشرعية من مصادرها الشرعية، سواء أكانت قرآناً أو سنة أو إجماعاً أو قياساً أو غير ذلك من أدلة اختلف فيها العلماء، هي في رأي حكم الشرع وإلا ما جاز له أن يبديه فأنا أسأله عن حكم الشرع في مسألة، فيقول كذا، هذا هو حكم الشرع في رأي، إذا هناك من الفقه الإسلامي ما نقطع بأنه شريعة، كوجوب الصلاة ووجوب الصوم ووجوب الزكاة... والأركان التي اتفق عليها العلماء في الوضوء والصلاة وأركان الصيام، كل الأمور التي قطع فيها العلماء برأيهم في مسائل الفقه هي حكم الشرع قطعاً.

وأما الأمور المظنونة التي اختلفوا فيها فهي في نظر كل فقيه شرع، وفي نظري أنا إذا قلدت إماماً من الأئمة الفقهاء شرع بالنسبة لي أيضاً.
إذاً التفرقة بين الفقه الإسلامي والشرع ليست تفرقة صحيحة ولذلك أقر الرسول المجتهدين على آرائهم.

فلما جاء يعين قاضياً من القضاة وهو معاذ بن جبل أراد أن يطمئن، فهو رئيس الدولة والرجل الذي له سلطة تعيين القضاة، يريد أن يعين قاضياً فيسأله بماذا تقضي؟ قال له بكتاب الله قال فإن لم تجد؟ قال فبسنة رسول الله. قال فإن لم تجد؟ قال أجتهد رأيي ولا ألوي، وأظهر الرسول ﷺ رضاه بذلك وضرب على صدر معاذ وقال «الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي الله ورسوله».

إذاً اجتهاد معاذ هو حكم من حكم الله، وحكم رسوله، بغالب الظن..

ومن الأسئلة التي طرحت في هذه الندوة المباركة أيضاً:

ما معنى تحكيم الشريعة ومن أي مذهب؟

وأنا لا أحب لأختي أساتذة الشريعة وأساتذة القانون أن يطرحوا هذا السؤال. لأن بعض من لا ينتسبون إلى الشريعة ولا إلى القانون يطرحون هذا السؤال ليصلوا إلى غاية ممقوتة، يقولون: بأي مذهب تريدون أن تحكموا؟ ثم يرتبون على هذا أنه ليس هناك اتفاق بين المذاهب وبالتالي فلا داعي للشريعة الإسلامية.

فلا أحب أن يطرح هذا السؤال من إخوة أكن لهم كل حب وأقدرهم علمياً ودينياً.

لأن هذا السؤال يأخذه غيرنا ويطرحه ليتوصل به إلى شيء ممقوت وهو أنه لا حاجة لنا بتطبيق ما يسمى شريعة، لأنه لا نعرف أي شريعة سنطبق: شريعة أبي حنيفة أم مالك أم الشافعي، أم أحمد بن حنبل؟

والسؤال الأخير الذي تفضل الرئيس بإرساله إلي: أرجو أن يتكرم المناقش بالإجابة عن سؤال الباحث الذي ورد في بحثه أين أصبح مشروع التقنين المدني وفق أحكام الشريعة الإسلامية في مصر؟

هو فعلاً منذ سنوات عديدة وفي عصر الدكتور الأستاذ الفاضل «صوفي أبو طالب» عندما كان رئيساً لمجلس الشعب، اشترك الأزهر الشريف وأنا اشتركت في بعض هذه الجلسات، وعُمل قانون مدني من كل المذاهب الأربعة والمشروع الآن في الأزهر: فمشروع قانون مدني على مذهب أبي حنيفة، مشروع قانون مدني على مذهب الشافعي، ومشروع على مذهب الإمام مالك ومشروع على مذهب الإمام أحمد، وأنا لست خبيراً بما يدور وراء الكواليس حتى أقطع من الذي أوقف هذا المشروع، ولكن المشروع ما زال موجوداً. وهذا ما يبين أن الشريعة تقن بسهولة.

وهذا يعني أنه ليس هناك عقبات، وعندما نختلف يمكن أن تكون اللجنة التي شكلت لتقنين أو تعيد الشريعة الإسلامية، فيها فقهاء قانونيون وكذا وكذا... وأصحاب رأي، وعندما يختلفون في مسألة من المسائل تطبق أقوى الآراء في نظرهم أو أقوى رأي من الوجهة الشرعية والعلمية وهذا أيضاً من الأمور التي يلجأ إليها بعض العابثين بالدين في الصحف، والعلمانيين والشيوعيين، والماركسيين، وذيولهم، الذين يلتقطون أي حاجة ويقول ماذا تقولون في الاقتصاد وماذا تقولون في السياسة بلغة المتهمك المنكر.

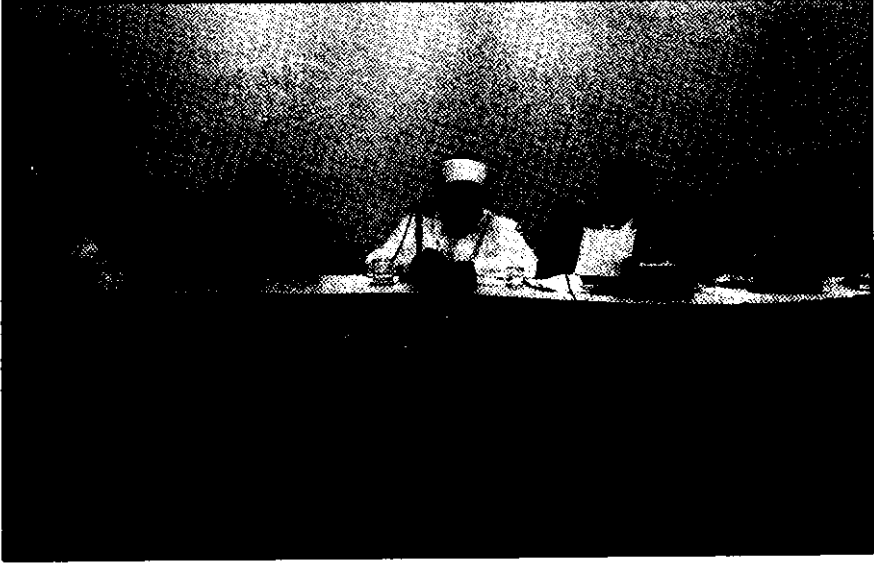
وهناك مسائل يجب أن نعرفها جميعاً وهي أن الشريعة في الأمور التي يعلم الله عز وجل أن المصلحة فيها لا تتغير من عصر إلى عصر قد فصلت تفصيلاً إما في القرآن الكريم أو على لسان رسوله ﷺ بحيث لا يترك لنا أي اجتهاد فيها، لأن هذا علمه أن هذا هو الذي يصلح حال البشر. وهذا موجود في نواح متعددة. مثلاً في نظام تقسيم التركات، هو على صورة معينة لا يجوز إطلاقاً تغييره وفي العقوبات، أيضاً الله يعلم وهو

الحكيم العليم الخالق البارئ يعلم نفس الإنسان وطبيعته وسلوكه يعلم أن هناك أنواعاً من الجرائم لا تردع إلا بنوع من العقوبة محدد بحيث لو غير أو ظهر فيه اجتهاد أو تبديل فلا يردع المجرم الذي يقترب هذه الجرائم، وما عدا ذلك من الأمور التي يعلم الله عز وجل أن مصلحة الإنسان تتغير فيها من عصر إلى عصر فقد تبين لنا فيها قواعد عامة: في الاقتصاد قواعد عامة، وفي السياسة والحكم، وفي العلاقات الدولية، وفي العلاقات الأسرية، وفي كذا وكذا، وفي كل القضايا الأسرية التي جددت على الساحة الاجتماعية، مثل الاستنساخ، والتحكم في نوع الجنين، والتبرع بالرحم والإخصاب الطبي المساعد، وبنوك الأجنة والنطف، هناك قضايا نقولها، فهل في القرآن والسنة دليل بخصوصها؟ لا. نحن نطبق قواعد عامة فيها، وبالتالي فالذين يطعنون في الشريعة ويقولون: هل ستبقون لنا مذهب أبي حنيفة أم مذهب مالك، في السياسة، أو في الاقتصاد، أو في كذا وكذا؟

هؤلاء نقول لهم: إن الشريعة الإسلامية لا تحتاج إلى دفاع عنها.

والسؤال الأخير الذي أظن أنني أجبت عنه هو أن المشروع موجود فعلاً ويحتاج فقط إلى أن يطلبه مجلس الشعب في مصر أو أي هيئة تشريعية في أي بلد إسلامي سواء كان عربياً أو غير عربي موجود في الأزهر الشريف.

ويمكن لأي جهة إسلامية عربية أو غير عربية أن تخاطب صاحب الفضيلة الإمام الأكبر الشيخ محمد سيد طنطاوي وتطلب منه نسخة وبكل سرور ستعطى هذه النسخة إلى هذه الجهة. وشكراً لحضرتكم والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.



الباحثون والمناقشون في القسم الثاني من الجلسة الثالثة

الجلسة الثالثة:

الموضوع: القواعد الفقهية للتحكيم في الشريعة الإسلامية.
الباحث: الأستاذ الدكتور عبد السلام حامد.

أثر التحكيم بين الرفع والإثبات في ضوء القواعد الفقهية الدكتور عبد السلام صبحي حامد

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد بن عبد الله
الرسول الأمي وعلى آله وصحبه وسلم وبعد،

فإن الشريعة الإسلامية تفرض نصب القضاة لتحقيق الاستقرار وثبات
الملك وإرجاع الحقوق وفض المنازعات والخصومات التي تنشأ بين الناس
وهو أمر مستمر حصوله وصمام الأمان فيه هو طرق دفعه التي دعت إليها
الشريعة ونظمتها على أحسن وجه وأكمل حال وإن تغيرت الأحوال.

فرفع النزاع وفض الخصومات بين الناس مقصد شرعي لتحقيق
الوفاق والأمان في ربوع المجتمع وذلك من خلال طرق مقررة شرعاً من
نحو الصلح أو القضاء أو التحكيم.

ويبدو لي أن القواعد الفقهية التي يندرج تحتها هذا الأمر هي:

- الضرر يزال.

- الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.

- الرضا بالشيء رضا بما يتولد عنه واعتراف بصحته (أشباه ابن

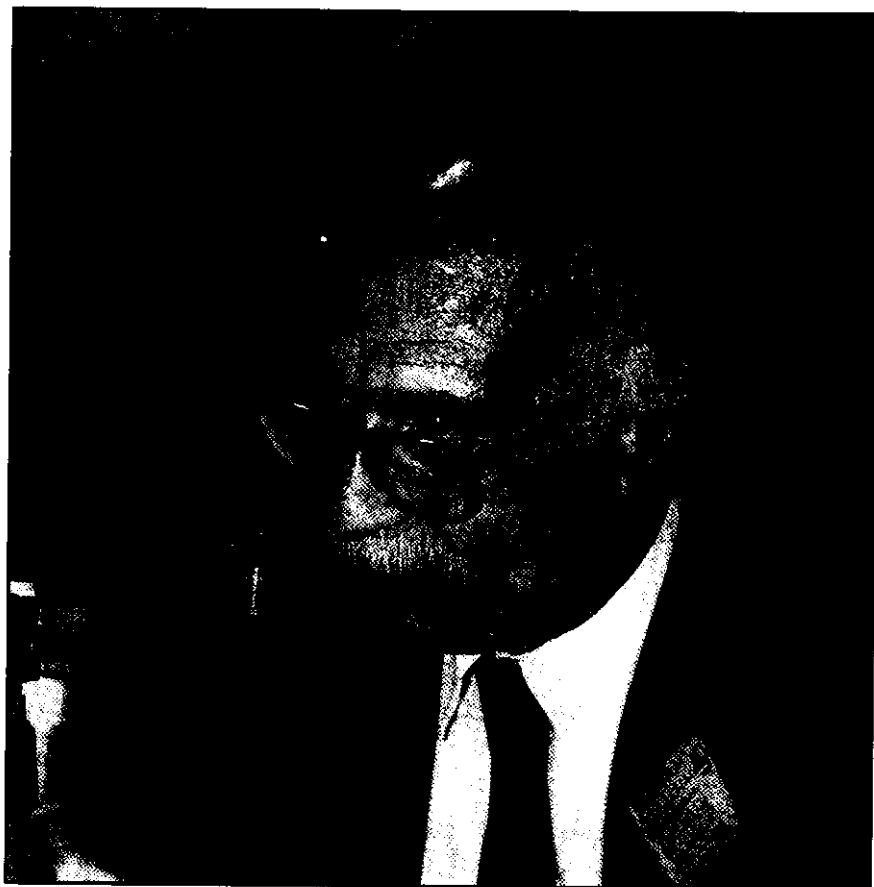
السبكي ١/١٥٢).

- لأن من يرضى بأمر يكون رضاؤه شاملاً لكل ما ينتج عنه.

ولعل بحث هذا المحور يلقي الضوء على جدوى تكريس هذا
الخط في فصل الخصومات وفض المنازعات واستقرار الأحكام والملك.

(١) رئيس قسم الفقه وأصول الفقه، العميد المساعد للشؤون العلمية والدراسات العليا

سابقاً، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت.



الأستاذ الدكتور عبد السلام صبحي حامد باحثاً في الجلسة الثالثة

وصفوة القول إن هذا البحث مجرد ورقة تتضمن بإيجاز شديد
الوضع الشرعي لأثر التحكيم من حيث الرفع أو النقض أو الطعن، ومن
حيث الاستقرار أو الثبات أو الإلزام.

وتشتمل هذه الورقة على مبحثين وخاتمة:

* المبحث الأول: بيان مفهوم التحكيم ومشروعيته، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في مفهوم التحكيم.

المطلب الثاني: في مشروعيته.

- * المبحث الثاني: أثر التحكيم، وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: لزوم الحكم ونفاذه،
- المطلب الثاني: رفع الحكم ونقضه.
- * الخاتمة: النتائج والمقترحات.

المبحث الأول

بيان مفهوم التحكيم ومشروعيته

- ١ - المطلب الأول: في مفهوم التحكيم. «لغة واصطلاحاً».
- أ - التحكيم في اللغة: مصدر حَكَّمَه في الأمر والشيء، أي: جعله حَكَمًا، وفُوضَ الحكم إليه. قال الله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾^(١) وحكمه بينهم: أمره أن يحكم بينهم فهو حَكَمٌ، ومحكَّمٌ^(٢).
- ومن معاني التحكيم في اللغة: الحُكْم. يقال: قضي بين الخصمين وقضى له وقضى عليه^(٣).
- ب - وفي الاصطلاح: التحكيم: تولية الخصمين حاكمًا يحكم بينهما^(٤).
- وفي مجلة الأحكام العدلية: التحكيم عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكمًا برضاهما لفصل خصومتها ودعواهما^(٥). وهو بهذا الاصطلاح يندرج تحت القضاء لأن القضاء هو الأصل في فض

(١) الآية (٦٥) من سورة (النساء).

(٢) القاموس المحيط، تاج العروس، لسان العرب، معجم مقاييس اللغة.

(٣) لسان العرب والقاموس المحيط.

(٤) الدر المختار للحصكفي (٤٢٨/٥)، مع حاشية ابن عابدين - طبعة: البابي الحلبي،

البحر الرائق لابن نجيم (٢٤/٧) طبعة: دار المعرفة - بيروت.

(٥) مجلة الأحكام العدلية المادة: (١٧٩٠)، وانظر شروحها.

النزاعات وأن التحكيم فرع عنه، وأن التولية كما تكون من الخصمين تكون من القاضي.

٢ - المطلب الثاني: في مشروعيته:

التحكيم مشروع، وقد دلّ على ذلك الكتاب والسنة، ووقوعه من الصحابة.

أ - أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وإن خفتم شقاقَ بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما﴾^(١). قال القرطبي: إن هذه الآية دليل إثبات التحكيم^(٢).

ب - وأما السنة: فإن رسول الله ﷺ رضي بتحكيم سعد بن معاذ رضي الله عنه في أمر اليهود من بني قريظة حين جنحوا إلى ذلك ورضوا بالنزول على حكمه^(٣).

ج - وأما وقوعه من صحابة رسول الله ﷺ، فقد وقع ذلك في حالات عديدة^(٤) منها:

- تحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم رضي الله عنهم، ولم يكن جبير من القضاة. ولم ينكر مثل هذا التحكيم من أحد من الصحابة رضي الله عنهم.

وبالتالي ذهب الفقهاء في ضوء هذه الأدلة إلى جواز التحكيم^(٥)

(١) الآية (٣٥) من سورة (النساء).

(٢) تفسير القرطبي (١٧٩/٥)، طبعة: دار الكتب المصرية.

(٣) تحكيم سعد بن معاذ في أمر اليهود/أخرجه البخاري (فتح الباري (١٦٥/٦) - طبعة: السلفية)..

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي (٦٢/٢١)، المغني لابن قدامة (١٩٠/١٠)، كشاف القناع (٣٠٣/٦)، مغني المحتاج (٣٧٨/٤)، فتح القدير (٤٩٨/٥)، مواهب الجليل (٦/١١٢).

(٥) المراجع السابقة مع بدائع الصنائع (٣/٧).

غير أن من الحنفية من منعه سداً لباب تجاسر العوام ومن كان في حكمهم على تحكيم أمثالهم فيحكم الحكم بجهله بغير ما شرع الله من الأحكام وهذا مفسدة عظيمة، ولذلك قالوا بمنعه، وقد وافق هذا البعض من الحنفية بعض الشافعية^(١).

والظاهر جوازه.

المبحث الثاني

أثر التحكيم بين الرفع والإثبات

يراد بأثر التحكيم: ما يترتب عليه من نتائج.

وهذا الأثر يتمثل في لزوم الحكم ونفاذه، كما يتمثل في إمكان نقضه من قبل القضاء.

٣ - المطلب الأول: لزوم الحكم ونفاذه:

متى أصدر الحَكْمُ حكمه أصبح هذا الحكم ملزماً للخصمين المتنازعين وتعيّن إنفاذه دون أن يتوقف ذلك على رضا الخصمين، وعلى ذلك الفقهاء، وحكمه في ذلك كحكم القاضي.

وليس للحَكْم أن يرجع عن حكمه، فلو رجع عن حكمه وقضى للآخر لم يصح قضاؤه، لأن الحَكْم قد تم بالقضاء الأول فكان القضاء الثاني باطلاً^(٢).

ولكن هذا الإلزام الذي يتصف به حُكْم الحَكْم ينحصر في الخصمين فقط، ولا يتعدى إلى غيرهما، وذلك لأنه صدر بحقهما عن ولاية شرعية نشأت من اتفاقهما على اختيار الحَكْم للحُكْم فيما بينهما من نزاع وخصومة، ولا ولاية لأي منهما على غيره فلا يسري أثر حكم

(١) روضة الطالبين (١٢١/١١)، نهاية المحتاج (٢٣٠/٨ - ٢٣١).

(٢) البحر الرائق (٢٧/٧)، الفتاوى الهندية (٢٧١/٣).

الحكم على غيرهما^(١).

وهذا واضح تخريجه على قاعدة الاجتهاد لا يُنقض بالاجتهاد وقاعدة الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه.

٤ - المطلب الثاني وهو لب الموضوع: رفع الحكم ونقضه:

قد يرضى الخصمان بالحكم، فيعملان على تنفيذه، وقد يرى أحدهما رفعه إلى القضاء لمصلحة يراها، على الخلاف بين الفقهاء، ونقول بشأنه ما يلي:

وبصياغة أخرى لهذا المطلب، إن رفع حكم المحكم أو نقضه يدخل تحت القاعدة الكلية أو الحكم الكلي «الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد» أو بمثله وهذه الصيغة عند الحنفية والشافعية^(٢).

وأوردها المالكية بصيغة أخرى؛ «الظن هل ينقض بالظن أم لا؟» ورجح ابن الحاجب عدم النقض من القاضي أو من غيره^(٣).

وأورد الحنابلة مضمونها من المادة (٢٠٨٠) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الحنابلة^(٤). وأصل هذه القاعدة في قواعد الكرخي: «الأصل أنه إذا مضى بالاجتهاد لا يفسخ باجتهاد مثله ويفسخ بالنص»^(٥) والكرخي معروف زمانه، ومعروف ما كان يعاصره من قوانين في غير البلاد الإسلامية وكيف كان حاله فلتقارنوا ولتستتجوا، وإطلاق هذه القاعدة أو

(١) البحر الرائق (٢٦/٧)، نهاية المحتاج (٢٣١/٨)، الكافي لابن قدامة (٤٣٦/٣)، وكشاف القناع (٣٠٣/٦).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠١، الأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرح غمز عيون البصائر للحموي ٣٢٥/١، المنشور للزركشي ٩٣/١.

(٣) مجلة الأحكام العدلية المادة (١٦).

إيضاح المسالك إلى قواعد مذهب الإمام مالك للونشريسي قاعدة (٧) ص ١٤٩.

(٤) مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الحنابلة/للشيخ أحمد عبد الله القاري/السعودية.

(٥) أصول الكرخي مطبوع مع تأسيس النظر للدبوسي ص ١١٨.

هذا الحكم الكلي بالنظر إلى أن الأصل أو الغالب من حال القاضي أن يكون من الفقهاء المجتهدين على معنى مراتبه، وربما يختلف بعض السامعين من الأساتذة الأفاضل معي في هذا فهذه وجهة نظر تُيسر علينا فهم الموضوع من وجهة نظري، وهي:

- المجتهدون اجتهاداً مطلقاً، - المجتهدون في المذهب، - المجتهدون في استنباط أحكام المسائل، - المجتهدون في الترخيص على أصول المذهب، - المجتهدون في الترجيح بين روايات المذهب، والميرغثاني منهم الذي ندرس كتابه الهداية، - ثم الفقيه العامل باجتهاده على التمييز بين الضعيف والقوي وهو ظاهر الرواية، - ثم الفقيه المقلد دون ترجيح أو تمييز^(١).

* وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة في الجملة، في جانب حكم القاضي أو المحكم، الفقيه المجتهد على أنه لا ينقض حكمه إلا:

- إذا خالف النص (القرآن والسنة)، أو خالف شرط الواقف، أو خالف الإجماع ويلحق به مخالفة المذاهب الأربعة مجتمعمة - كما قال السبكي وابن نجيم والكمال ابن الهمام، أو كان الحكم عن غير دليل، أو خالف القواعد العامة، أو خالف القياس الجلي.

هذا ما ذكره، ابن نجيم والسيوطي، وابن السبكي، والونشريسي والمقبري والقرافي، والزرکشي، وشراح مجلة الأحكام العدلية، واللحجي (من علماء السعودية)^(٢).

* وأما إذا كان القاضي أو الحكم من درجة الفقيه العامل باجتهاده على التمييز بين الضعيف والقوي وما هو ظاهر الرواية، أو من درجة الفقيه المقلد دون ترجيح أو تمييز.

(١) ابن عابدين على الدر المختار ٥٧/١.

(٢) انظر المراجع السابقة كلها، مع الفروق للقرافي الفرق (٢٢٣)، وإيضاح القواعد الفقهية للشيخ عبد الله اللحجي ٥١.

فينقدح في ذهني لهذه الفئة قاعدة تقول: التقليد لا ينقض بالتقليد فهو مقلد لا يسعه إلا الالتزام بمن يقلده وليس هذا القول بأولى من هذا فما حكم به بتقليده له لا ينتقل إلى غيره لينقضه في نفس الحادثة بعد الحكم لا قبله، ومع ذلك فقد ذكر فقهاؤنا رضي الله عنهم قضية ما إذا حكم بخلاف مذهبه أو بقول ضعيف في مذهبه، أو رفع إليه قضية حكم فيها على خلاف مذهبه أو بقول ضعيف في مذهبه وكان كلامهم في هذا الجانب في القاضي بشكل عام دون تعيين مرتبة والظاهر أنه في الخامسة وما بعدها.

فذكر ابن نجيم في أشباهه مع شرح الحموي القول بأنه: إذا حكم بقول ضعيف في مذهبه أو برواية مرجوع عنها فإن القضاء لا ينفذ.

وأما إذا خالف مذهبه عامداً أو ناسياً فينفذ عند الإمام، وفي النسيان رواية واحدة، وفي العمدة روايتان عنه، وعندما لا ينفذ في الوجهين، واختلفت الفتوى فقيل على قولهما، وقيل على قوله، وكذا إذا قضى بخلاف المفتى به^(١).

وقال ابن الحاجب في مختصره الفقهي: فلو حكم قصداً فظهر أن غيره أصوب، فقال ابن القاسم: يفسخ الأول، وقال ابن الماجشون وسحنون (٢٤٠هـ): لا يجوز فسخه وصوبه الأئمة - من المالكية^(٢).

وقال الشيخ القاري من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الحنابلة في المادة (٢٠٨٠) «يجب على القاضي أن ينقض حكمه إذا خالف نص كتاب أو سنة صحيحة، أو إجماعاً قطعياً فيثبت عنده السبب الموجب للنقض فينقضه ولا يعتبر لذلك طلب رب الحق»^(٣).

(١) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ١/٣٢٦٠٣٢٥.

(٢) إيضاح المسالك مع حاشية المحقق ص ١٤٩.

(٣) أنظر شرح منتهى الإرادات/للبيهوتي ٢٧٣/٤ و ٣٣٢ الطبعة الأولى، كشاف القناع للبيهوتي ١٩١/٤-١٩٢، الطبعة الأولى.

وأختم هذا المطلب بما ذكره الزركشي في المنشور حيث قال معللاً لعدم نقض الاجتهاد بالاجتهاد: «لأنه لو نقض به لنقض النقض أيضاً، لأنه ما من اجتهاد إلا ويجوز أن يتغير ويتسلسل فيؤدي إلى أنه لا تستقر الأحكام».

ومن ثم اتفق العلماء على أنه لا ينقض حكم الحاكم في المسائل المجتهد فيها وإن قلنا المصيب واحد، لأنه غير مُتَعَيَّن، ولو حكم القاضي باجتهاده ثم تغير باجتهاد آخر لا ينقض الأول، وإن كان الثاني أقوى منه، غير أنه إذا تجدد له لا يعمل إلا بالثاني بخلاف ما لو بان له الخطأ باليقين، فإنه ينقض، ولو تقدم خصمان إلى القاضي فقلا كان بيننا خصومة في كذا وتحاكمتنا فيها إلى القاضي فلان فحكم بيننا بكذا لكننا نريد أن نستأنف الحكم فيها عندك، فقبل يجيبهما، والأصح المنع بل يحضي الحكم الأول^(١) هـ.

وذكر نحو ذلك، ابن السبكي، والسيوطي، وابن نجيم^(٢)، والقرافي، وأريد أن أعلق على كلمة واحدة قال: «لكننا نريد أن نستأنف» يدعي، أو هناك دعوى أن الاستئناف ليس معروفاً، في الشريعة فهذا نص عمره ٧٠٠ سنة وارجعوا إلى دراسة القانون عند غيرنا كيف كانت عندهم الأمور.

ومن المقترحات:

- إنشاء مركز للتحكيم الشرعي في إدارة المحاكم الشرعية. أنا أتفق مع التوصية التي سمعتها بإنشاء مركز تحكيم إسلامي عام... فليكن لنصلح دارنا لنحمي أنفسنا ولتستقر أملاكنا وحقوقنا ولا مانع أن نشارك الآخرين في أحكامهم وفي نقل الملك أو الحقوق لهم.
- إنشاء مركز للتحكيم الشرعي في دائرة الإفتاء والأوقاف للفصل في

(١) المنشور للزركشي ٩٣/١.

(٢) المراجع السابقة.

المنازعات الخاصة بالأوقاف في ضوء الأحكام الشرعية وحتى منازعاتهم مع المؤسسات الأخرى.

- إنشاء مركز لتدريس القضاء الشرعي والتحكيم في معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية، ذات المستوى الأكاديمي العالي، تحت مظلة التنسيق التام، وهذا ما أدعو إليه.

- إنشاء نقابة للمحكّمين الشرعيين والمحامين الشرعيين وكل هذه الإنشاءات تكتسب حق الترحيب والمساندة من الدولة وذلك توسعاً في فهم المادة (٧٧٧) - وهذا من وجهة النظر، حتى تكون الأمور في إطار الدستور والقانون الذي يعيش الناس في ظله، بل إن هذه المادة تعين الدولة على إيصال الحقوق إلى أصحابها.

ملاحظة هامة:

ومما أجده يحتاج إلى نظر ولم ألحظ التعرض له في هذا المؤتمر هو أنه إذا تم التحكيم وفق الشريعة الإسلامية في الميدان أو المجال الذي يجوز فيه التحكيم وكان حكمه مشتملاً على ما ينقض به فكيف ينقض ومن ينقضه، معنى ذلك أن هناك محاذير هي:

١ - إحاطة هذا النظام بقواعد تحميه من أن يكون مدخلاً لإضاعة الحقوق والعبث.

٢ - رفع ونقض الحكم الشرعي بحكم بشري.

٣ - إثبات ما يخالف الشرع بالقانون.

وبالتالي من الضوابط التي ينبغي وضعها: من يقوم بنقضه وعلى أي أساس يتم نقضه. والله المستعان.

الجلسة الثالثة:

الموضوع، القواعد الفقهية للتحكيم في الشريعة الإسلامية.
المناقش، الأستاذ الدكتور عبد الله مهروك النجار.

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وأصحابه ومن والاه.

بداية الورقة جميلة وفيها كلام طيب، وأعجبني فيها بصفة خاصة أنه حين تعرض لبيان المشروعية ذكر الأدلة التي تفيد الدلالة على الموضوع مباشرة، وأعجبني جداً أنه لم يستدل على التحكيم بهذه الآية ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم﴾ لأن هذه الآية ليست دليلاً على التحكيم الذي ندرسه بصفة خاصة، وأن دلالتها هي تحكيم شرع الله في كل صغيرة وكبيرة من أمور حياتنا وتخصيص المعنى العام بالتحكيم برأبي أنه تخصيص بلا مخصص وهو لا يجوز كما يقول علماء الأصول.

لقد كان ذكياً حين لم يستدل بهذه الآية وأتى بالأدلة التي تفيد الدلالة على مشروعية هذا الموضوع مباشرة.

لكن الحقيقة ربما اختلف معه في أنه حين تكلم عن الجواز قال «والظاهر جوازه» وأنا أرى أن هذا الجواز كثيراً ما يعدل فيه عن أصله، فقد يكون التحكيم واجباً إذا تعين طريقاً لفض النزاع والقضاء على الفساد الذي يمكن أن يجره قيام النزاع بين شخصين، وكما يقولون فإن للوسائل حكم المقاصد، وما يوصل إلى الشيء إلا به فله حكمه. ولذلك كنت أود أن أقول إن هذا الجواز قد يتحول إلى الوجوب عند تعيينه.

القاعدة: لقد أتى بمجموعة قواعد (جيدة) لكني أرى أنه لا قواعد هنا، وأتهم نفسي بعدم فهمها في الموضوع مثلاً أتى بقاعدة: أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد وأنا أعلم أن الإجماع لا ينقض بالإجماع، أما «الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد» فأنا لم أستطع أن أفهمها في مجال



الأستاذ الدكتور عبد الله مبروك النجار مناقشاً في الجلسة الثالثة

التحكيم. إن عندنا: «أن الآثار الصحيحة، تدل على أن الحق قديم وأن الرجوع إلى الحق خير من التماسي بالباطل، وإن أئمتنا ومنهم الإمام الشافعي لم يستكف حين وجد أدلة جديدة في أن يغير ما اجتهد فيه وما أفتى به، بل وما انتهى إليه في مذهبه القديم، وعدل عن الاجتهاد الذي حصل وغير رأيه في كثير من المسائل الفقهية.

وعبد الله بن مسعود كان قد أفتى رجلاً في المسجد النبوي لفترة، ثم استبان له أن فتياه خاطئة فرجع إلى المسجد في اليوم التالي، وكان الرجل من الأقاليم ومن البدو فأخذ الفتوى وجرى ينفذها وكانت تتعلق

بحل محرم له (على ما أذكر، لا تحضرني التفاصيل) على ما أذكر تتعلق
بحل أخت زوجته له، فذهب عبد الله بن مسعود إلى المسجد ونادى
بأعلى صوته أيها الناس من أفتيته بالأمس بكذا فإن الفتوى خاطئة وصحتها
كذا وكذا وكذا ومن كان حاضراً فليعلمه.

أنا أريد أن أقول إن الرجوع إلى الحق واجب، لا يجوز الاعتصام به
بقاعدة «الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد»، والأثر الصحيح المروري عن
علي بن أبي طالب رضي الله عنه: لا يمنعك قضاء قضيت به اليوم أن
تراجع به نفسك إذا استبان لك وجه الحق في غيره فإن الحق قديم
والرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل، ولذلك ربما لا أكون في
الحقيقة قد فهمت تطبيق هذه القاعدة في هذا الموضوع الذي تكلم فيه،
أخي العالم الفاضل الأستاذ عبد السلام صبحي.

ربما يقول: «الاجتهاد لا يؤخذ بمثله» وربما يكون قد اختلط في
الأمر فقضاء عمر بن الخطاب في مسألة الحجرية، عندما أفتى بإشراك
الأخوة الأشقاء مع الإخوة لأم وكان قد أفتى بعدم الإشراك ثم جاء الإخوة
في الفترة التالية وقالوا له يا أمير المؤمنين: أنت قد حرمتنا وإذا كان الإخوة
يدلون إلى الميت بأمرهم فإننا ندلي إلى الميت بأمرنا وأبيننا وحتى في الأثر
الذي جاء في هذه القصة أنهم قالوا هب أبانا كان حجراً في اليمن،
أليست أمنا واحدة، فأفتى وأشركهم في الميراث مع الإخوة لأم.

وعلم الذين سبق لهم بالإفتاء منه بخلاف هذا الحكم فجاؤوا إليه
وقالوا له يا أمير المؤمنين أنت حكمت علينا بعكس ما قضيت به اليوم
ونريد أن يطبق علينا هذا الحكم فقال لهم الأثر المشهور عنه: ذاك على
ما قضينا وذلك على ما نقض به.

هذا الأثر يستدل به على أن الحكم الذي قضى به بناء على اجتهاد
ما لا يجوز الرجوع فيه وأنا في تصوري أن هذا الأثر لا يؤكد هذه
القاعدة لأن الهدف هنا ليس الرجوع، وما إلى ذلك، وإنما الهدف أن

الحكم قد تم وتنفيذه قد سرى واستقرار الأوضاع والمراكز القانونية والحقوقية من الأهداف المشتركة في كل من الشريعة والقانون فلم يشأ عمر بن الخطاب أن يقضي عنهم سيما وأنه كان قائماً على حكم اجتهاد سائر وصحيح.

هناك ناحية أريد أن أستفسر من أخي الدكتور عبد السلام عنها، وهي مسألة ترتيب المجتهدين ونحن نقول التحكيم، ونريد أن نخلع التحكيم من حكم القضاء النظامي، لكي نيسر على الناس فصل المنازعات، فعندما أقول إن من شروط الحكم ونقول المجتهدون المطلقون، المجتهدون في المذهب، المجتهدون في استنباط أحكام المسائل، المجتهدون في التخريج على أصول المذهب اعتقد مثل هذا الترتيب ربما اختلف معه وإن كان له رأيه وهو صاحب البحث ورأيه له وجهه وأسبابه وخلفياته التي احترامها والتي أقدرها، وإن كنت ربما اختلف معه في هذا الأمر والآثار التي أتى بها بعد ذلك تؤكد الكلام الذي قلته لأنه في النص الذي نقله عن القاري يقول وهو في مجلة الأحكام العدلية، والنص وفقاً لما ذكره الأخ عبد السلام يقول: يجب على القاضي أن ينقض حكمه إذا خالف نص الكتاب أو سنة صحيحة أو إجماعاً قطعياً، فيثبت عنده السبب الموجب للنقض فينقضه ولا يعتبر أي طلب بخلاف ذلك.

بقيت نقطة أخيرة، عندما نقول: إننا ننقض الحكم ونعود إلى الحق فهذا ليس معناه كما يقول الأخ العزيز رفع ونقض الحكم الشرعي بحكم بشري أبداً، أنا لا أحكم بحكم بشري، ولكن اجتهاداً بواقع أدلة الشرع وقواعده وأحكامه. استبان لي أن هذا الحكم ليس متفقاً مع الحق ومع الصواب وعدلت عنه وهذا معروف واسمه الاستحسان وهو العدول في مسألة عن غير ما حكم به في نظائرها لدليل هو أقوى.

أما إثبات ما يخالف الشرع بالقانون، فأنا أرى أن المسألة كلها هي اجتهاد وبني على التراضي في مجال حل النزاع.

وأما أن يكون الأمر مسألة اتهام مضاد للشرع بالقانون أو مضاد للقانون بالشرع، فلا أتصوره في هذا الأمر أبداً.

وأنا في نظري أنه ليس تصحيحاً بشرياً وإنما أرى أنه تصحيح الحكم بما هو أقوى منه دليلاً. والحقيقة أنهم نفسي بعدم فهم ما كتب أخي الأستاذ العزيز الأستاذ الدكتور عبد السلام صبحي وإن كان ذلك من باب المراجعة والاستفهام، ومع ذلك لا يفوتني أن أكرر التعبير عن سعادتني في الاشتراك مع في هذا البحث القيم الجيد الذي لا تنال منه تلك المداخل أو هذه الاستفسارات التي علّت بي وربما تكون قد نشأت من ثقل فهمي لما كتب، لكنني مع ذلك أشكركم وأشكره على حسن استماعكم.

وأشكر الذين نظموا هذا المؤتمر العلمي العظيم الذي أتاح لنا أن نلتقي هذه الكوكبة العظيمة المباركة من العلماء العظام وأدعو الله تعالى دائماً أن يجمعنا على الخير وأن يوفقنا لخدمة دينه وشريعته وأن يؤلف بين قلوبنا وأن يحجب إلينا الإيمان ويكره إلينا الكفر والفسوق والعصيان أقول قولني هذا وأستغفر الله لي ولكم وصى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الجلسة الثالثة:

الموضوع: العدالة والإنصاف في التحكيم بين الشريعة والقانون المقارن.

الباحث: الدكتور علي حامد الفتيت

العدالة والإنصاف في التحكيم بين الشريعة والقانون المقارن الأستاذ الدكتور علي الفتيت^(١)

إنه لشرف أعز به ودعوة كريمة بادرت للاستجابة إليها، وأنا أعلم أهمية الموضوع المطروح والإشكالية الجوهرية التي يثيرها، والشوق العارم إلى حلها والاستجابة إلى ضرورات الواقع الذي نعيش فيه... ولا يساويه إلا الشوق إلى حل إشكالاته.

وقد سبقني من تحدثوا وهم من أفاضل الرجال وأعلامهم، شكوا من قدر المناقش أو قدر الباحث، وأنا الآن أتحدث في نهاية هذا المؤتمر الوافر العلم والمعرفة أشكو من أنني لا أجد ما أضيفه.

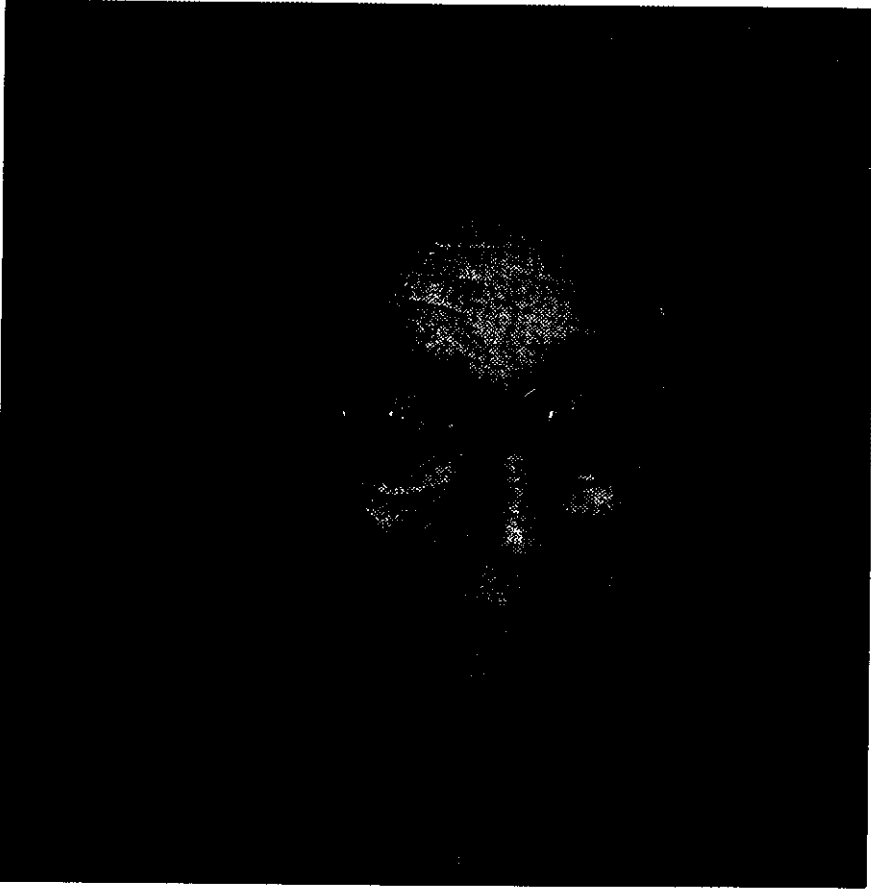
فجهدي هو جهد المقل وأرجو أن يحوز القبول عند الله فهذا مقصدي، ورضاكم إن كان لنا إلى ذلك من سبيل.

قضية تطبيق الشريعة الإسلامية في مسائل التحكيم وفي إطار بحثي المحدود هو الإطار الدولي.

فتطبيق الشريعة الإسلامية ليس مسألة جديدة على التحكيم الدولي.. وليس جديداً أيضاً أن كلما ورد النص عليه في اتفاق التحكيم فغالباً ما استبعدت، وهذا أمر نستطيع أن نتصور له أسباباً نعرف أغلبها، ولو ضربنا لها مثلاً لوجدنا أنه في حكم تحكيمي شهير في دولة من دول الخليج في أواخر الأربعينات، كان المحكمون فيها من الجنسية البريطانية، والقانون الواجب الذي تم اختياره، إذا اتفق الأطراف على تطبيقه على منازعتهم كان هو الشريعة الإسلامية نصاً صريحاً.

ومع ذلك، فإن المحكم أو المحكمين بدءاً أو ابتداءً قالوا إن أماننا

(١) رئيس مجمع التحكيم الاقتصادي الدولي للبحر المتوسط في الشرق الأوسط نائب رئيس الجمعية المصرية للقانون الدولي.



الأستاذ الدكتور علي حامد الفتيت باحثاً في الجلسة الثالثة

عقبة. نحن نعلم أن مؤتمر القانون المقارن في سنة ١٩٣٦ أقر وأعترف بأن الشريعة الإسلامية هي من الشرائع المعتبرة في القانون المقارن إلا أن المحكمين وجدوا صعوبة في التعرف على مبادئ الشريعة الإسلامية التي تناسب تلك المنازعة البترولية، ومن هنا قالوا نحن مضطرون إذاً إلى البحث عن مجموعة من القواعد التي ترشدنا إليها لائحة محكمة العدل الدولية في مادتها الثامنة والثلاثين عندما نتحدث عن المبادئ العامة الواردة في التشريعات أو في القوانين المتمدينة وتشريعات الدول المتمدينة.

ثم في التفاتة أخرى قال المحكم البريطاني إنه لما كان الأمر متصلاً بالشرائع المتمدينة ولما كان القانون البريطاني هو نموذجاً للشرائع المتمدينة فالأقرب إذاً أن نطبق القانون البريطاني بحسبانه ممثلاً للمبادئ القانونية العامة لشرائع الدول المتمدينة.

فنزاع عنه الصفة البريطانية وأسماء مبادئ عامة لشرائع الدول المتمدينة تهيئة لسحب البساط من الشريعة الإسلامية، وإذاً فالقضية ليست قضية حديثة، والإلتفاف حولها ليس أمراً جديداً وإنما الإشكالية ممكن حلها الآن.. كيف؟

سوف أستعرض عدداً من الأساليب أساليب المهارات التقليدية التي نراها بين يوم وآخر وأنتم أعلم مني بهذا.

ففي القاعدة أساتذة أجلاء أدين لهم بعلم، وفضل، ويفوقونني خبرة أيضاً.

تحدث المُحكّمون عن القواعد التي يراها المحكم مناسبة لحسم النزاع ثم يتحدثون عن مجموعة الأعراف، أعراف التجار وهذا تعبير بثوا فيه الحراك من جديد بعد أن كان تعبيراً عن الناحية التاريخية يعود إلى المراحل الأولى في التجارة العالمية حيث كانت البندقية (فينيسيا) وموانئ شرق البحر المتوسط والإسكندرية إلخ كانت تقوم بينها التجارة وكانت الأعراف بين التجار، وكانت الخلافات والمنازعات تحسم في الأسواق، ومن هنا كان تعبير *Lex mercatoria* وهذه أيضاً قواعد يختارها المحكم بعد أن ينشأ النزاع وبعد أن ينظر تعادل النزاع والمتنازعين أمامه.

وهو عندما ينظر في كل هذا يراعي مصالح الأطراف، ويرى أن المرجح فيها ما يناسب المنازعة.

كما تحدثوا أيضاً عن مجموعات القواعد الموحدة، وهذه قواعد نرى فيها اتفاق غرف التجارة أو غرف التجارة المتخصصة، كغرف تجارة الحبوب وغرف تجارة الحديد (غرف تجارية متخصصة) وهذه أعراف

تجارية حق ولا اعتراض عليها، وفي عبارة سريعة، أستطيع أن أقول إنها متضمنة قواعد موضوعية اتفق عليها أطراف التجارة ومن ثم أطراف النزاع ابتداءً والكل على علم مسبق بها. وقد يكون هذا النوع من التحكيم هو أقرب شيء إلى التحكيم المطلق...

وأنا أعلم أن في هذا تجاوزاً في التعبير.

ومن الناحية الموضوعية قواعد هذا التحكيم معلومة عرفية ليست بالضرورة في صلب، قانون معين، ولكنها قواعد يعلمها الأطراف.

وبالتالي تقترب كثيراً من معنى الحكم المطلق أو التحكيم بالتصالح وإن كانت تخضع لضوابط إجرائية تمكن من إبطال الأحكام.

الشرعية الإسلامية وُصفت ظلماً بأنها لا تقدم حلاً، وأنها غامضة، وأنها تفتقد للانضباط في مسائل التجارة الدولية، وإني أزعم بحق والزمع للتواضع غير مقبول ولكنني ما زلت أقول أزعم، لأن هذا الأمر لم ينتشر بالقدر الكافي في كتاباتنا الدولية حتى يمكن القول بأنها حقيقة فقهية وهذا بالمناسبة منهاج اتبعه أهل الغرب وأهل التفتح المبكر لأنهم كتبوا ودونوا وداوموا على الكتابة إلى أن أصبحت قواعدهم مستمرة بحكم التكرار، تكرر النشر، أقول إن الشريعة وفقهاء الشريعة الإسلامية، منذ وقت مبكر جداً، منذ نحو ٩٢٠ عاماً وضعوا ثلاثة مبادئ رئيسية:

أما المبدأ الأول فهو مبدأ احترام الحقوق التي اكتسبت في ظل نظام قانوني مختلف ووضعوا لذلك ضابطاً أساسه عدم جواز مخالفة هذه الحقوق المكتسبة للنظام العام في الأمة الإسلامية، ثم إنهم وضعوا قواعد موضوعية تفصل في المنازعات بين مختلف الرعوية، ضبطاً للعلاقات بين الأمة الإسلامية وبين الأمم الأخرى في حال السلم، وعندما وقعت الحروب بين بيزنطة والدولة الإسلامية، نشأ تعبير «دار الحرب ودار السلم» وليس هذا مبدأ في الإسلام، بل هما حالتان: حالة السلام وحالة الحرب، وضعت مجموعة من القواعد يسميها فقهاء القانون الدولي العام: قواعد

القانون الدولي العام في حالة السلم، و «قواعد القانون الدولي العام المنظمة لحالة الحرب». أقول أيضاً إن فقهاء الشريعة الإسلامية عرفوا وحددوا ضوابط للمصالح، ومقاصد الشريعة، ووضعوا لها ضوابط وقواعد لا يُخْتَلَف على توافر أركانها في صياغة منضبطة، وقابلوا بين هذه المصالح وبين المصالح النفعية التي نراها في الفكر المادي منذ زمن طويل.

وأنا لا أقول إن هناك تصادماً وإنما أقول إن هناك اجتهاداً ومهارة من جانب الفقه الغربي وحاجة إلى حركة وحراك من جانب الفقه الإسلامي حتى توضع هذه القواعد الموضوعية في إطار التنفيذ والنشر. ويمكن أن أعود فأقول إن من أهم المسائل التي نواجهها في إشكالات التحكيم الدولية والمنازعات الاقتصادية الدولية أننا نركز أو نجعل كل اهتمامنا في خصوص اختيار القانون واجب التطبيق عند المنازعة، وأنا أقول إن من أهم المسائل التي يجب علينا أن نتوجه إليها تضمين العقود، عقود التجارة الدولية، أحكاماً موضوعية منضبطة مستقاة من الشريعة الإسلامية، ثم يستمر خضوع هذا العقد بأحكامه لأحكام الشريعة الإسلامية إذا اتفق الأطراف على قواعدها الموضوعية التي عرفنا من جلسات متتالية، أنها قواعد بعضها موجود ومنضبط وبعضها محتاج إلى تطوير، ولكننا نحتاج إلى نشرها منضبطة باللغة العربية وباللغة الأجنبية مع الكتابة الفقهية لنشر هذه الضوابط حتى تستقر القلوب والأفئدة والعقول وينقطع السبيل على من يدعي أن الشريعة الإسلامية لا تفي باحتياجات التعامل الدولي المعاصر.

وإذ كنا نذكر قول أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه في شأن إنفاذ الحقوق وأن الحقوق بغير إنفاذ فلا طائل تحتها، فإنني متصور كيف استعان نابليون بونابرت في إعداد CODE المعروف باسمه في بداية القرن التاسع عشر، وهذه مسألة محققة - بمدونة الفقه المالكي: ومن هنا وجه عدم التناقض بين القانون المدني المصري الذي استمرت أحكامه بعد تنقية قام بها السنوي باشا ورجال الفقه في مصر، عدم تناقضه مع أحكام الفقه الإسلامي.

هذه مجموعة من الأفكار أردت أن أطرحها لأننا إذا لم نعتن بها فقهاً وضبطاً في القواعد وشرحاً للفقهاء نستمر في هذا الغموض، ونستمر في هذه المناقشات التي قد تكون فقهياً ونظرياً مشمرة للغاية، وأريد بهذه المناسبة أن أقول إنَّ ما تفضل به الأستاذ الدكتور فتحي والي في شأن هذه التفرقة البصيرة بين تعبير: اختيار القواعد الواجبة التطبيق في قانون التحكيم المصري واختيار القانون الواجب التطبيق في قانون أصول المحاكمات في القانون اللبناني إنما هي مسألة كانت محلاً لمناقشة وأخذ ورد لجلسات ممتدة في لجنة إعداد القانون المصري للتحكيم وكانت مسألة اختيار تعبير القواعد من ناحية وتفضيلها على تعبير القانون محلاً لنا لعله أثمر في النهاية الآن فيما خرج اليوم نتاجاً تصوره البعض ولكننا لم نكن نراه تماماً كما نراه اليوم، فلا شك أن لقاءتنا وأعمال الفقه وضبط القواعد الموضوعية أمر مطلوب، ويجب أن نبادر لإعداده اليوم حتى نستطيع أن نحل هذا الإشكال.

وشكراً.

الجلسة الثالثة:

الموضوع: العدالة والإنصاف في التحكيم بين الشريعة والقانون المقارن.
المناقش: المحامي الدكتور فريد محمد نزار فنري.

المحامي الدكتور فريد محمد نزار فنري مناقشاً^(١):

سوف أعقب إن شاء الله في ثلاث مسائل سريعة وبسيطة لن تأخذ أكثر من خمس دقائق إذا سمحتم لي في نفس إطار بحث الدكتور علي الذي هو العدالة والإنصاف في التحكيم بين الشريعة والقانون.

أسلط الضوء على ثلاث مسائل:

المسألة الأولى التي أشار إليها الدكتور علي وهي استبعاد الشريعة في مجال التحكيم التجاري الدولي بخاصة.

وهذا أرى أحد أسبابه الرئيسة الحرب الإعلامية الفظيعة التي تشن على الإسلام وعلينا بشكل عام من خلال الدول الغربية وإسرائيل بشكل خاص ولا ندخل في السياسة، إنما الإعلام ودوره المهم في هذا المجال، ونحن مقصرون أشد التقصير في هذا المجال وأيضاً مدى عدالة وإنصاف الشريعة الإسلامية وهي بخاصة قانون إلهي، وليست من وضع بشر كما هي القوانين الوضعية الحالية وبالتالي أجزم بأن أي مسلم حقيقي يؤمن بالعدالة المطلقة للشريعة الإسلامية وإنصافها للمسلمين ولغير المسلمين على حد سواء، ولذلك نطالب جميعاً من أي منبر اعتليناه سواء في الجامعات أو في المدارس أو بين التجار أو في أي مكان آخر بتوضيح هذا الدور بتسليط الأضواء على عدالة وإنصاف الشريعة الإسلامية وقواعدها الكلية التي لم تترك أمراً لم تبحه وخاصة فقهاؤنا الذين لم يتركوا من عقد التأمين إلى الربا إلى التحكيم إلى كل الأمور التي تهمنا في هذا المعرض بشكل عام.

ولقد شملت نقطتين هما العدالة والإنصاف واستبعادها في مجال التحكيم التجاري الدولي.

النقطة الأخيرة أنا لي رأي شخصي في هذا المجال، أوله من خلال

(١) محام وأستاذ في كلية الحقوق جامعة حلب.



المحامي الدكتور فريد محمد نزار فنري مناقشاً في الجلسة الثالثة

محاولة البعض والبعض كثير جداً للأسف عدم إتاحة الفرصة لتطبيق الشريعة الإسلامية في مجال التحكيم بشكل علني، خاصة البلاد التي لا تستطيع الأفراد الذين يهمهم تطبيق الشريعة الإسلامية، البوح بذلك.

وطبعاً مفهوم ما هي البلاد التي لا نستطيع القول فيها بشكل علني بتطبيق الشريعة أو المناداة بتطبيق الشريعة.

فأنا أرى شخصياً أنه يمكن تطبيق الشريعة الإسلامية ولو على النطاق الداخلي أو الوطني مبدئياً من خلال تطبيق شخصي للشريعة الإسلامية دون التصريح بذلك.

عندنا في سوريا نشاهد تحكيمات، وغالب التحكيمات يعين فيها المحكّمون من قبل المحكمة إذا استتكَف الأطراف كما تعلمون.

ويستطيع المحكم بكل بساطة أن يطبق الشريعة الإسلامية، وأنا شخصياً طبقت هذا الكلام في تحكيم بين أرمنيين: أعني أن المتنازعين كانا من الأرمن ومع ذلك تبنينا الشريعة الإسلامية وسيكون الحكم عادلاً حُكماً.

شكراً لكم.

معهد طرابلس الجامعي
للدراستات الإسلامية
طرابلس - لبنان

توصيات ومقررات
المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون
١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م

التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون

مقدمة:

إن المجلس العلمي في «معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية» التابع لجمعية الإصلاح الإسلامية، انطلاقاً من شعوره بالمسؤولية أمام الله تعالى، عمل بالتعاون مع نخبة من العلماء ورجال القانون لإقامة «المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون» الذي بحث في موضوع: «التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون» في مناخ أكاديمي موضوعي.

وبرعاية الله تعالى وتوفيقه افتتح المؤتمر أعماله يوم الأحد تاريخ ١٧ صفر الخير ١٤٢١هـ الموافق ٢١ مايو/أيار ٢٠٠٠م في (مجمع الإصلاح الإسلامي) بطرابلس بحضور ومشاركة الشخصيات الآتية:

- ١ - رئيس مجلس الوزراء الدكتور سليم الحص ممثلاً بوزير الإصلاح الإداري الدكتور حسن شلق.
- ٢ - سماحة مفتي الجمهورية اللبنانية الشيخ الدكتور محمد رشيد القباني ممثلاً بسماحة مفتي طرابلس والشمال الشيخ الدكتور طه الصابونجي.
- ٣ - رئيس جمعية المقاصد الخيرية الإسلامية النائب الأستاذ تمام سلام ممثلاً بالأستاذ الدكتور رضوان السيد.
- ٤ - رابطة الجامعات الإسلامية في العالم وجامعة عين شمس في القاهرة ممثلة بالأستاذ الدكتور مصطفى الشكعة.
- ٥ - وزير النقل والأشغال العامة الأستاذ محمد نجيب الميقاتي ممثلاً بالدكتور عبد الإله الميقاتي.
- ٦ - سعادة سفير نيجيريا في لبنان الأستاذ محمد صالح عبد الوهاب.
- ٧ - النواب السادة: المحامي عمر مسقاوي والأستاذ جان عبيد والمحامي صالح الخير ونائلة معوض والمهندس جهاد الصمد وموريس الفاضل ومحمد عبد اللطيف كباره ممثلاً بالأستاذ عصام كباره.
- ٨ - رجل الأعمال المحسن الكريم الأستاذ محمد الصفدي.

- ٩ - رئيس بلدية طرابلس العميد سمير شعراني وأعضاء المجلس البلدي.
- ١٠ - رئيس جمعية الإنقاذ الإسلامية اللبنانية المحامي الدكتور محمد علي الضناوي.
- ١١ - جمعية التعليم الديني في بيروت ممثلة بمديرها العام الحاج علي مرعي.
- ١٢ - الجماعة الإسلامية في طرابلس ممثلة بفضيلة الشيخ ناصر تكريتي.
- ١٣ - الأمين العام لحركة التوحيد الإسلامي فضيلة الشيخ بلال شعبان.
- ١٤ - رئيس بلدية القلمون الأستاذ طلال دنكر وأعضاء المجلس البلدي.
- ١٥ - النقيب الأستاذ عدنان الجسر والأستاذ رشيد درباس والدكتور منذر كباره.
- ١٦ - المحامون: الدكتور محمد الجسر، دلال سلهب ميقاتي، حمد الصمد، رياض الجسر، مصطفى عجم وبسام الداية وسليم حتوف.
- ١٧ - نخبة من علماء الأزهر الشريف وجامعة القاهرة وجامعة عين شمس وجامعة الكويت وجامعة عمّان وجامعتي دمشق وحلب.
- ١٨ - نخبة من علماء دمشق.
- ١٩ - ممثلون عن المؤسسات الثقافية والتربوية والنسائية والجمعيات الإسلامية والاجتماعية.
- ٢٠ - حشد من الأساتذة والمحامين في بيروت وطرابلس وصيدا.
- ٢١ - رئيس غرفة التجارة والصناعة والزراعة في الشمال الأستاذ عبد الله غندور.
- ٢٢ - رئيس تجمع شباب طرابلس الدكتور جمال بدوي.

وقد اشتمل المؤتمر على حفل افتتاح وثلاث جلسات، تحدث في حفل الافتتاح السادة:

- ١ - رئيس المجلس العلمي لمعهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية فضيلة الشيخ محمد رشيد الميقاتي.
 - ٢ - سماحة مفتي طرابلس والشمال الشيخ الدكتور طه الصابونجي ممثلاً سماحة مفتي الجمهورية اللبنانية الشيخ الدكتور محمد رشيد القباني.
 - ٣ - الأستاذ الدكتور مصطفى الشكعة ممثلاً رابطة الجامعات الإسلامية في العالم وجامعة عين شمس في القاهرة.
 - ٤ - الأستاذ الدكتور رضوان السيد ممثلاً رئيس جمعية المقاصد الخيرية الإسلامية النائب الأستاذ تمام سلام.
 - ٥ - الدكتور حسن شلق وزير الإصلاح الإداري ممثلاً دولة رئيس مجلس الوزراء الدكتور سليم الحص.
- وأنت الجلسات على الشكل الآتي:

الجلسة الأولى:

- الموضوع: النظام العام والتحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون.
- رئيس الجلسة: فضيلة الشيخ الدكتور مصطفى البغا (وكيل كلية الشريعة للشؤون العلمية في جامعة دمشق).
- الباحث الأول: المحامي الدكتور وائل طيارة (رئيس سابق لمحكمة الاستئناف المدنية في بيروت وجبل لبنان).
- الباحث الثاني: المحامي الدكتور غالب صبحي محمصاني - بيروت.
- المناقش: المحامي الدكتور رأفت محمد رشيد الميقاتي.

الجلسة الثانية: ١ - الموضوع النظام العام والتحكيم

رئيس الجلسة: الأستاذ الدكتور علي حامد الفنتيت (رئيس مجمع التحكيم الاقتصادي الدولي للبحر المتوسط ونائب رئيس الجمعية المصرية للقانون الدولي).

الباحث: الأستاذ الدكتور فايز الحاج شاهين (محام وأستاذ في كلية الحقوق - جامعة القديس يوسف - بيروت).

المناقش: الأستاذ الدكتور حمزة حداد (وزير العدل السابق في المملكة الأردنية الهاشمية ورئيس مركز القانون والتحكيم في عمان).

٢ - الموضوع: التحكيم المطلق والشريعة الإسلامية.

الباحث: الأستاذ الدكتور عبد الحميد الأحذب (أمين عام مجلس التحكيم الأوروبي العربي).

المناقش: المحامي الدكتور عبد الله مبروك النجار (محام وعضو مجمع البحوث الإسلامية في جمهورية مصر العربية - أستاذ في كلية الشريعة والقانون في جامعة الأزهر).

الجلسة الثالثة:

١ - الموضوع: تحكيم الشريعة الإسلامية في نظر القانون.

رئيس الجلسة: المحامي الشيخ محمد رشيد الميقاتي (رئيس المجلس العلمي في معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية).

الباحث: الأستاذ الدكتور فتحي والي (محام وعميد سابق وأستاذ في كلية الحقوق في جامعة القاهرة).

المناقش: المحامي الدكتور محمد نديم الجسر.

٢ - الموضوع: وجوب تحكيم الشريعة الإسلامية ووسائله.

الباحث: المحامي الدكتور رأفت محمد رشيد الميقاتي.

المناقش: الأستاذ الدكتور رأفت عثمان (عميد كلية الشريعة والقانون
بجامعة الأزهر - القاهرة).

٣ - الموضوع: القواعد الفقهية للتحكيم في الشريعة الإسلامية.

الباحث: الأستاذ الدكتور عبد السلام حامد (رئيس قسم الفقه
وأصوله في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية في جامعة
الكويت).

المناقش: المحامي الدكتور عبد الله مبروك النجار (عضو مجمع
البحوث الإسلامية في جمهورية مصر العربية - وأستاذ في
كلية الشريعة والقانون في جامعة الأزهر - القاهرة).

٤ - الموضوع: العدالة والإنصاف في التحكيم بين الشريعة والقانون
المقارن.

الباحث: الأستاذ الدكتور علي حامد الغتيت (رئيس مجمع التحكيم
الاقتصادي الدولي للبحر المتوسط - نائب رئيس الجمعية
المصرية للقانون الدولي).

المناقش: المحامي الدكتور فريد محمد نزار فنري (أستاذ في كلية
الحقوق - جامعة حلب).

الأسباب الموجبة:

عملاً بقوله تعالى: ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً﴾ [سورة النساء، الآية: رقم ٦٥].

وقوله تعالى: ﴿وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ومن يعص الله ورسوله فقد ضلّ ضلالاً مبيناً﴾ [سورة الأحزاب، الآية رقم ٣٦].

وبناءً على أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر بموجب المرسوم الاشتراعي رقم ٩٠ تاريخ ١٦/٩/١٩٨٣ والتعديلات الواردة عليه لا سيما المادة ٧٧٧ منه التي تنص على ما يلي:

«في التحكيم المطلق يُعفى المحكّم أو المحكّمون من تطبيق قواعد القانون وأصول المحاكمة العاديّة ويحكمون بمقتضى الإنصاف».

وحيث إن إجراءات التقاضي - وفقاً لأحكام قانون أصول المحاكمات المدنية - تستغرق مدة طويلة قد يموت خلالها الأطراف المتنازعون أو بعضهم قبل صدور الأحكام القضائية وتنفيذها أو قد يضطر خلالها بعضهم إلى استيفاء حقه بالذات مما يؤدي إلى الدخول في منازعات جزائية جديدة.

وحيث إن القضاء اليوم ينوء بالدعاوى الكثيرة والمتزايدة المكدسة في خزائنه، نتيجة طغيان المادة وانحطاط المستوى الأخلاقي للمجتمع.

وحيث إن التحكيم يتميّز بالبساطة والحرية في اختيار المحكّم والقانون الذي يجب تطبيقه على أصول المحاكمة التحكيمية وعلى موضوع النزاع فضلاً عن السرعة في فصل الخصومة وسرية المحاكمة وقلة التكاليف والرسوم والمصاريف وأتعاب المحامين واختزال درجات التقاضي.

وحيث إن القانون يسبغ على القرار التحكيمي حجية الأمر المقضي ويتيح للمحكوم له طلب الصيغة التنفيذية من المحكمة المختصة.

وحيث إن التحكيم أصبح الوسيلة الرديفة للقضاء لتسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ وتفسير عقود التأمين وإعادة التأمين وأعمال البنوك وأسواق الأوراق المالية والاستثمار والطاقة (البتروول والغاز والكهرباء) والمناقصات والمزايدات الدولية والملكية الفكرية والنقل البحري والجوي وعقود البناء والتشغيل والتحويل B.O.T.

وحيث إن التشريع اللبناني والتشريعات العربية والأجنبية اعترفت بالتحكيم المطلق الذي يجيز للطرفين المتحاكين تولية محكم يفصل بينهما بمقتضى العدالة والإنصاف، بما يتيح المجال لتحكيم الشريعة الإسلامية الغراء وتلافي الوقوع في المخالفات الشرعية التي نصت عليها القوانين الوضعيَّة.

لذلك كانت الدعوة لهذا المؤتمر بموضوع: «التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون».

وبناء عليه أصدر المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون التوصيات الآتية:

أولاً: الدعوة لإقامة مراكز تحكيم إسلامية بالتعاون مع المركز الإسلامي للتحكيم في جامعة الأزهر ومراكز التحكيم العربية.

ثانياً: التوجه إلى مراكز التحكيم الدائمة لاطلاع الخصوم على إمكانية تحكيم الشريعة الإسلامية، وكذلك اشتراك علماء الشريعة الغراء في هيئات التحكيم.

ثالثاً: الاستفادة من التقنيات الإسلامية الحديثة الصادرة عن مجمع البحوث الإسلامية في القاهرة واللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في دولة الكويت وقرارات

مجمع الفقه الإسلامي في مكة المكرمة.

رابعاً: الدعوة لاعتماد بند تحكيمي في العقود ينص على تحكيم الشريعة الإسلامية الغزاة أو تحكيم قانون دولة معينة تطبق في قانونها المدني والتجاري أحكام الشريعة الإسلامية.

خامساً: الدعوة لاعتماد نص صريح بتحكيم الشريعة الإسلامية في عقود التحكيم المبرمة.

سادساً: الدعوة لإقامة دورات مكثفة في التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية بالتعاون مع نقابات المحامين في البلاد العربية والإسلامية وكليات الشريعة والحقوق يشارك فيها: المحامون والمستشارون القانونيون وكتاب العدل وأساتذة كليات الشريعة والحقوق، يتم من خلالها التركيز على نظرية العقد والمسؤولية، والتدريب على كيفية إبرام العقود مع استبعاد ما يخالف حكماً قطعياً في الشريعة الإسلامية.

ويتوجه المؤتمر بأسمى آيات الشكر والتقدير إلى دولة رئيس مجلس الوزراء الدكتور سليم الحص وسماحة مفتي الجمهورية الشيخ الدكتور محمد رشيد قباني والوزير الدكتور حسن شلق والأستاذ محمد نجيب الميقاتي ورابطة الجامعات الإسلامية في العالم وسعادة سفير نيجيريا في لبنان الأستاذ محمد صالح عبد الوهاب والعلماء والشخصيات والهيئات الكريمة التي شاركت في أعماله، وبصورة خاصة الأخوة الباحثين والمناقشين من الدول العربية الشقيقة، الذين بذلوا جهداً مباركاً ومشكوراً.. ويتمنى على المسؤولين في وزارات العدل في لبنان والعالم العربي والإسلامي إعطاء هذه التوصيات ما تستحقه من الاهتمام والعناية..

وفي الختام نحمد الله تعالى ان تزامن مؤتمرنا مع اندحار العدو الإسرائيلي المحتل وجلائه عن أرض الجنوب والبقاع الغربي

وانتصار المقاومة الإسلامية الباسلة التي نحييها ونبارك لها وللبنان
والأمة العربية والإسلامية.. سائلين المولى عز وجل أن يتم نعمته
علينا بتحرير المسجد الأقصى المبارك وسائر الأراضي المحتلة.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

**Tripoli University Institute for Islamic Studies
Tripoli, Lebanon**

**Recommendations and Resolutions
The Second Islamic Conference on Shari'ah and Law
1421 Hijri /2000 A.D.
under the subject:
(Arbitration in the light of Shari'ah and Law)**

Introduction :

The Academic Board of "Tripoli University Institute for Islamic Studies" of Islah Islamic Association,

Being aware of their responsibility to God,

Acting in cooperation with a select group of scholars and jurists,

Held the "Second Islamic conference on Shari'a and Law" at the Islamic Islah Campus in Tripoli to discuss the subject of 'Free Arbitration in the light of shari'a and Law" , in an academic and objective atmosphere.

By the grace of God, the conference began its work on Sunday, the 17th of Safar, 1421 Hijri/ the 21st. of May, 2000 A.D. attended by their Excellencies:

1- Dr. Hasan Shalaq , Minister of Administrative Reform, representing Prime Minister Dr. Salim Al- Hoss.

2- His Eminence the Mufti of Tripoli and North Lebanon, Dr.Taha Sabonji, representing his Eminence the Mufti of Lebanon, Dr. Mohammad Rachid Qabbani.

3- Dr. Radwan Sayyid , representing Deputy Tammam Salam, president of Makasid Islamic Charitable Association .

4- Dr. Mustafa Al-Shake'ah, representing The world league of Islamic Universities, and the University of Ain Shams in Cairo .

5- Dr. Abed Al Ilah Al Mikati, representing Mr. Muhammad Najeeb Al Mikati, Minister of Transport and public work.

6- His Excellency Mr. Muhammad Saleh Abd Al Wahhab,the Ambassador of Nigeria.

7- Their Excellencies: Deputies, Lawyer Omar Mesqawi , John Obeid , Lawyer Saleh Al Khair , Na'ela' Mo'awwad, Jihad al Samad, Maurice Al Fadel, And Mr. Isam Kabbara representing Deputy Muhammad Abd Al Latif Kabbara.

8- Mr. Muhammad Al Safadi ,The businessman and man of charity.

9- General Samir Sha'rani , President of Tripoli Municipal council and the members of the council.

10- Lawyer Dr. Muhammad Ali Dannawi, President of the Islamic Salvation Association.

11- the General Director Hajj Ali Mar'i, representing The Association of Religions Teaching in Beirut.

12-Sheik Nasser Al Takriti, representing the Islamic Society in Tripoli.

13-Sheik Bilal Sha'ban, representing the General Secretary of the Islamic Unification Movement.

14-Talal Dankar, President of the Municipality of Qalamoun , and the Members of the council.

15- Heads of Unions : Adnan Al Jisr, Rashid Derbas, Dr. Monzer Kabbara.

16- Lawyers: Dr. Muhammad Al Jisr, Dalal Salhab Mikati , Hammad Al Samad, Riad Al Jisr, Mustafa Ajam, Bassam Al Dayeh, and Salim Hannouf.

17- Scholars from the University of Azhar, Cairo, Ain Shams, Kuwait, Amman, Damascus, and Aleppo (Halab).

18- Scholars from the city of Damascus.

19- Representations from different cultural, educational, social, and Islamic associations.

20- A numbers of professors and lawyers from Beirut, Tripoli, and Sidon.

21- President of the chamber of commerce, Industry, and Agriculture in North Lebanon, Abd Allah Ghandour.

22- President of the Assembly of the youth in Tripoli Dr. Jamal Badawi.

The conference comprised of an opening ceremony and three sessions in the opening ceremony, there were speeches from :

1- President of the scientific Board in the "Tripoli University" Institute for Islamic Studies, lawyer sheik Muhammad Rashid Mikati.

2- Mufty of Tripoli and North Lebanon Sheik, Dr. Taha Sabonji, representing the Mufti of Lebanon sheik, Dr Muhammad Rashid Mikati.

3- Prof. Dr. Mustafa shak'ah , representing the world league of Islamic Universities.

4- Prof. Dr. Radwan Al sayyed , representing the president of Makassed Islamic Association Deputy Tammam Salam .

5- Dr. Hasan Shakaq , Minister of Administrative Reform, representing prime Minister Dr. Salim Al Hoss.

The working sessions come as follows:

First Session:

Topic : General System and Arbitration in the light of shari'ah and law.

-Chairman : Sheik Dr Mustafa Al Bagha (Deputy Dean of the Faculty of shari'ah for Academic Affairs at the University of Damascus).

-First Researcher: Lawyer Dr Wa'el Tabbara (ex- chairman of the Appeals court in Beirut and Mount Lebanon).

-Second researcher: Lawyer Dr. Ghaleb Sobhi Mahmasani , Beirut .

-Discussant : Lawyer Dr Ra'fat Muhammad Rachid Mikati .

Second Session:

1- Topic : General System and Arbitration .

-Chairman: Prof. Dr. Ali Hamed Al Ghatet (chairman of the International Council for Economic Arbitration for the Mediterranean, and vice president of the Egyptian Association for International Law).

-Researchers: Prof. Dr. Fayez Al Hajj Shaheen (Lawyer and lecturer at the Faculty of Laws , Saint Joseph University, Beirut).

-Discussant: Prof. Dr. Hamza Haddad (Ex- Minister of Justice in the Hashemiti kingdom of Jordan , and president of the centre for Law and Arbitration in Amman).

2-Topic: Arbitration and Islamic shari'ah .

-Researchers: Lawyer Dr Abd Allah Mabrouk Al Najjar (Lawyer and member of the Islamic research council in the Arab Republic of Egypt

lecturer at the Faculty of shari'ah and law at the University of Azhar).

Third Session:

1- Topic : Islamic shari'ah Arbitration in the view of law .

-Chairman: Lawyer sheik Muhammad Rashid Mikati (President of the Academic Board in the Tripoli Universtity Institute for Islamic Studies).

-Researcher : Prof Dr. Fathi Wali (Lawyer, and ex- Dean, and lecturer at the Faculty of Law , University of Cairo).

-Discussant: Lawyer Dr. Muhammad Nadim Al Jisr.

2- Topic : The necessity and means of arbitration in Islamic shari'ah. -
Researcher : Lawyer Dr. Ra'fat Muhammad Rashid Mikati .

-Discussant : Prof Dr. Ra'fat Othman (Dean of the Faculty of shari'ah and Law at the University of Azhar, Cairo).

3- Topic : Jurisprudential rules of Arbitration in Islamic Shari'ah.

-Researchers: Prof Dr. Abd Al Salam Hamed (head of the department of jurisprudence and its principles in the Faculty of shari'ah and Islamic Studies, University of Kuwait).

-Discussant: Lawyer Dr. Abd Allah Mabrouk Al Najjar (Member of the Islamic Research council in the Arab Republic of Egypt, and Lecturer at the Faculty of shari'ah and law at the University of Azhar, Cairo).

4- Topic: Justice and Fairness in Arbitration between shari'ah and comparative law.

-Researches: Prof Dr. Ali Hammed Al Ghateet (chairman of the international council for Economic arbitration for the mediterranean , and vice president of the Egyptian Association for International Law).

-Discussant: Lawyer Dr Farid Muhammad Niwar Fanari (Lecturer at the Faculty of Laws, University of Aleppo).

Motives:

As stipulated by God in the Koranic verse No,65,of An-Nisaa'sura: "But no, by thy Lord, they can have no faith until they make you judge in all disputes among them, then find in their mind no resistance against your decisions, and accept them with all conviction".

In verse No.36of Al-Ahzab sura: "It is not fitting for a Believer, man or woman, when a matter has been decided by God and his Messenger, to have

any option about their decision: if any one disobeys God and his Messenger, he is indeed on a clearly wrong path".

Now, according to the provisions of the Lebanese Law pertaining to the Basic Rules of civil trials, issued by legislative Decree No.90, on 16/9/1983, and according to the Amendments thereafter, particularly those related to Article 777 which reads:

"In arbitration , the arbitrator or arbitrators are exempted from applying the Law and the rules of ordinary trials: they pass judgments based on fairness".

And, as litigation procedures-according to the provisions of the Law for Basic Rules of Civil Trials - Take such a long time that all or some litigants may die before court decisions are issued and executed, or some of the litigants may be obliged to discharge their claims in person, thus leading to new penal disputes.

And, as courts are too busy these days with so many lawsuits that are increasing and piled up in stores, as a result of an increasing interest in worldly gains and the decline of moral values.

And, as Arbitration is marked with simplicity and unrestraint in the choice of the Arbitrator as well as the Law to be applied on the rules of Arbitration Trial and on the subject of dispute, let alone the speed in making a decision, the insignificance of cost, fees and taxes, expenses, lawyer fees, and the abridgment of litigation steps and phases.

And, as Law attributes appropriateness of the decision made to the Arbitrator, and allows the winner to request the competent court to provide the executive version for such decision.

And, as Arbitration has become another legal means , next in line to the judiciary, to settle disputes arising from the execution and the interpretation of insurance policies, reinsurance, banking, stock markets, investment, power(oil, gas, electricity), international biddings, (copyriht literary property), shipping, sea and air transpotation , construction contracts, and B.O.T.

And, as Lebanese legislation as well as Arab and Foreign legislations have recognised free Arbitration that allows the two parties in dispute to appoint an arbiter to judge in conformity with justice and Fairness, thus making room for the generous Islamic Shari'a to be the judge, avoiding religious contraventions that the manmade positive laws have stipulated.

Therefore, In view of the above reasons , this conference was held to

discuss the subject of "Free Arbitration in the light of Shari'a and Law".

The second Islamic conference on Sharia'a and Law issued the following recommendations:

1- To call for the establishment of Islamic Arbitration Centers in cooperation with the Islamic Arbitration Center at Al-Azhar University, and the Arab Arbitration Centers.

2- To turn to incessant arbitration centers to show the opposing parties the ability of Islamic Sharia'a in arbitration, and let Islamic Law scholars join the boards of arbitration.

3- To benefit from and utilize recent Islamic Research council in Cairo and the High Consultative Committee entrusted with concluding the application of the Islamic Law in Kuwait, as well as the resolutions of the Islamic Jurisprudence Council in Mecca.

4- To call for the use of an arbitration clause in contracts, referring to the Islamic Law as source of judgment, or the law of a certain state that applies Islamic rules in its civil and commercial laws.

5- To call for a plain stipulation in the concluded arbitration contracts that the Islamic Law is the source of judgment.

6- to call for the holding of intensive courses in "Arbitration according to the Islamic Law" , in cooperation with lawyers Associations in the Arab and Muslim countries, and shari'a and law Schools . Taking part are: lawyers , counsellors, notaries, and Shari'a and Law school professors. Such courses should focus on the theory of "contract and accountability", and teach participants how to conclude contracts while setting aside all what is contrary to a definite rule in the Islamic Law.

The conference expresses its gratitude and appreciation to their Excellencies Dr. salim Hoss, the Mufti of Lebanon Dr Muhammad Rashid Qabbani , the Ministers Dr. Hasan shalaq and Mr. Najib Mikati , to the World League of Islamic Universities , the Ambassador of Nigeria in Lebanon Mr. Muhammad Salah Abd Wahhab , the scholars and participants from Arab countries whose efforts are greatly appreciated.

The conference hopes that its recommendations will meet with due attention in the Ministries of justice in Lebanon and the Arab and Muslim Worlds.

We conclude by expressing our due praise and thanks to the Almighty God as the holding of our conference coincided with the disgraceful

withdrawal of the Israeli army from South Lebanon and Western Beqaa, and the victory of the brave Islamic Resistance which we warmly salute and congratulate, as we do to Lebanon and to all Arab and Islamic nations.

Hoping and praying to God for the liberation of Al-Aqsa Mosque and all occupied territories.

We praise the Most Gracious God , our Lord and the Lord of all worlds.

Tripoli-Lebanon: 25 Safar , 1421 Hijri.

29 May, 2000 A.D.

معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية

— لبنان —

- * مؤسسة لبنانية خاصة للتعليم العالي أنشأتها جمعية الإصلاح الإسلامية عام ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م في مدينة طرابلس لبنان، منطقة زيتون طرابلس (أبو سمراء) - شارع الإصلاح، مجمع الإصلاح الإسلامي.
- * رخص بموجب المرسوم الجمهوري رقم ٣٤٨٤ تاريخ ١٥/١٠/١٩٨٦م.
- * أصدرت لجنة المعادلات في وزارة التربية الوطنية بتاريخ ٢٥/٦/١٩٩١م قرارها النهائي القاضي بالاعتراف بشهادة الإجازة في الشريعة والدراسات الإسلامية الصادرة عن المعهد.
- * أصدرت لجنة المعادلات في المجلس الشرعي الإسلامي الأعلى قرارها بتاريخ ١٠/١/١٩٩١ القاضي بالاعتراف بشهادة الإجازة الصادرة عن المعهد.
- * يتولى الإشراف على المعهد مجلس علمي من أصحاب الاختصاص، بالإضافة إلى مستشارين علميين على مستوى العالم الإسلامي.
- * ينظم المجلس العلمي للمعهد مؤتمرات تربوية ومؤتمرات إسلامية للشريعة والقانون.
- * عضو رابطة الجامعات الإسلامية في العالم.