

المؤتمر الثاني للتحكيم الهندسي، تنظيم الهيئة السعودية للمهندسين بالتعاون مع
مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي، الرياض، ٢٥ صفر ١٤٢٣ هـ
الموافق ٥ مايو ٢٠٠٢ م

التحكيم وشرطه في الفقه الإسلامي

دكتور محمد سليم العوّا

دراسة مقدمة إلى المؤتمر الثاني للتحكيم الهندسي
الرياض: ٢٣-٢٥ من صفر الخير ١٤٢٣ هـ
الموافق ٦-٨/٥/٢٠٠٢ م

الفقه الإسلامي والتحكيم

١- ورث الإسلام التحكيم عن العادات العربية التي كانت متبعة عند بعثة النبي (صلى الله عليه وسلم). فقد كان العرب قبل الإسلام لا يعرفون سوى التحكيم طريقاً لفض المنازعات التي تقع بينهم - أفراداً أو جماعات - بديلاً للقتال الفردي أو الجماعي. وكان من مفاخر القبائل أن يكون فيها " حَكَمٌ " ينزل الناس عند حكمه، فقال ذو الإصبع العذواني يمدح ابن قبيلته عامر بن الظرب العذواني:

ومنا حكم يقضي فلا ينقض ما يقضي !

وذمّ الفرزدق - الشاعر الذائع الصيت - غريمه بقوله :

ما أنت بالحكم الرضى حكومته ولا الأصيل ولا ذي الرأي والجدل!

وجعل العرب في قصصهم قصة أرنب وثعلب احتربا : إذ اختطف الثعلب من الأرنب ثمرة ، فتضاربا ، فأتيا جحر ضب فحكماه بينهما في حديث عذب جميل حفظه التاريخ فكان منه قول الضب : في بيته يؤتي الحكم !^(١)

واشتهر بين العرب قبل الإسلام عدد من " المحكمين " أو " الحكام " ، « عرفوا بالعقل والحلم والحكمة ، وباختلاف الناس إليهم للحكم فيما يشتجرون فيه، منهم الحاجب بن زرارة ، والأقرع بن حابس ، وقس بن ساعدة ، وأكثم بن صيفي، وعبد المطلب بن هاشم ».^(٢)

واشتهرت بعض النساء بذلك أيضاً منهن صُحْر بنت لقمان (أو أخته) ، وهند بنت الخُسّ ، وجمعة بنت حابس ، وبنت عامر بن الظرب.^(٣)

٢- وقد استدل المعاصرون، وبعض الأقدمين، على مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي بأية التحكيم في الخلافات بين الزوجين: «*وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما، إن الله كان عليماً خبيراً*» (النساء: ٣٥). وهذه الآية لا تتحدث عن تحكيم يتم بإرادة الأطراف بل عن تحكيم يتم بقرار من القاضي، وهو تحكيم توفيقى لا يلزم الطرفين فيه ما ينتهي إليه الحكمان، وإنما يلزمهما حكم القاضي. ولذلك لا يصح الاستناد إلى هذه الآية الكريمة لإثبات مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي.

وبأية العدل: «*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*» (النساء: ٥٨). والمراد بالحكم في هذه الآية أشمل من أن يقصد به التحكيم فحسب، بمفهومه القانوني، والخطاب في الآية عام لكل من جلس للفصل في الخصومات بين الناس، أياً كان سند ولايته، فلا يصح الاستدلال بها على أصل مشروعية نظام من نظم التقاضي بعينه، تحكيمياً كان أم غيره.

وبالآية الأمرة بالانتهاء عند حكم الرسول (صلى الله عليه وسلم): «*فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً*» (النساء: ٦٥). وهذه الآية تتعلق بصفة الرسول باعتباره مبلغاً عن الله عز وجل، ولذلك ارتبط الرضا بحكمه بالإيمان، وليس ذلك من شأن التحكيم الذي هو موضع البحث هنا، قطعاً.

وبأية الإعراض عن اليهود: «*سماعون للكذب أكالون للسحت فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم، وإن تعرض عنهم فلن يضروك شيئاً، وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين*» (المائدة: ٤٢). وهذه الآية خوطب بها الرسول بصفته رئيساً للدولة الإسلامية وصاحب السلطة القضائية التي كانت تتبع دين المتقاضين. ولذلك فهي لا تتعرض للتحكيم المعروف قانوناً، من قريب أو بعيد، حتى يصح الاحتجاج بها في شأن مدى مشروعيته.

وبأية الحكم بالتوراة بين أهلها من اليهود: «*إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون الذين أسلموا للذين هادوا والربانيون والأحبار بما استحفظوا من كتاب الله وكانوا عليه شهداء، فلا تخشوا الناس واخشوني، ولا تشتروا بآيتي ثمناً قليلاً، ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون*» (المائدة: ٤٤). والخطاب في هذه الآية عام للمسؤولين في هذه الأمة الإسلامية وفي كل الأمم، ومعنى الحكم فيها يشمل السياسي والقضائي والمسؤوليات كافة. فهي ليست نصاً في التحكيم.

وبأية التحكيم في الصيد: «*يأياها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هدياً بالغ الكعبة..*» (المائدة: ٩٥). والحكم هنا رأي خبيرين يقدران الثمن، والمثل، وما إلى ذلك، ولا يحكمان في خصومة قضائية بين طرفين.

٣- ولكن البحث المتعمق في المسألة ينتهي إلى أن سند مشروعية التحكيم، في الفقه الإسلامي، هو العرف - الذي أقره الإسلام - والمصلحة التي يحققها التحكيم لأطرافه. وقد أقرت ذلك العرف لما فيه

من مصلحة السنة الصحيحة، ففي الحديث الذي رواه النسائي وغيره عن أبي شريح أن قومه كانوا يكونونه (أبا الحكم)، فدعاه رسول الله (صلى الله عليه وسلم) وقال له: «إن الله هو الحكم وإليه الحكم، فلم تكني أبا الحكم؟» فقال: «إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم، فرضي كلا الفريقين^٤» فقال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): «ما أحسن هذا»^(٤)

وقد عمل الصحابة بالتحكيم في وقائع كثيرة من أهمها التحكيم بين علي ومعاوية رضي الله عنهما في شأن الدماء والأموال بعد وقعة صفين، وهو تحكيم لم ينكره من الصحابة أحد، فكان إجماعاً، أو يكاد.^(٥)

٤- ولا تقوم للتحكيم قائمة إلا باتفاق طرفيه، أو أطرافه.

وهذا الاتفاق يتخذ إحدى صورتين: الأولى، صورة شرط التحكيم، الذي يرد في عقد من العقود- أياً كانت طبيعة ذلك العقد وموضوعه - فيرد فيه شرط يتفق الطرفان بمقتضاه على إحالة أي نزاع يتصل بهذا العقد أو ينشأ عنه إلى التحكيم.

وقد يحددان طريقة تشكيل هيئة التحكيم، والقانون الذي تطبقه، ومكان انعقادها، ولغة التحكيم، إلى غير ذلك من شروطه الإجرائية والموضوعية. وقد يتركان تلك الشروط لما يميلان إليه من نظم التحكيم المؤسسي مثل قواعد التحكيم المقرر لدي غرفة التجارة الدولية ICC في باريس، أو لدى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري والدولي، أو لدى مركز التحكيم التجاري لدول الخليج العربية، أو غيرها من المراكز المحلية أو الدولية.

والصورة الثانية هي: وثيقة التحكيم، أو مشاركة التحكيم، وهي اتفاق شامل لكل متطلبات التحكيم يتضمن ما التقت عليه إرادة طرفي التحكيم، مما يجوز الاتفاق عليه، من مثل كيفية تشكيل هيئة التحكيم، وتحديد مدى ولايتها، وتقرير الإجراءات التي تتبعها، وتحديد القواعد الموضوعية واجبة التطبيق على النزاع، واللغة التي تتم بها الإجراءات، ومكان التحكيم، والمدة التي يجب على المحكمين الفصل فيها في النزاع بحكم منه للخصومة، وشروط مدها، وأما هذا المد، وقد تشمل تحديد أتعاب التحكيم ومصروفاته وكيفية صرفها ومن يلتزم بها من الطرفين.^(٦)

ووثيقة التحكيم قد يسبقها وجود شرط في عقد ينص على اللجوء إلى التحكيم، لكنه شرط مجمل، فتأتي الوثيقة لبيان هذا الإجمال وتفصيله.

وقد تكون الوثيقة غير مسبقة بشرط في عقد فتكون هي ذاتها عقداً مستقلاً للاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في نزاع قائم بالفعل، أو يحتمل أن يقوم في المستقبل.

وقد يأخذ الاتفاق على التحكيم صورة عقد يبرمه الأطراف بعد وقوع نزاع بينهم بسبب تنفيذ عقد آخر أو تفسير نصوصه، فيبرمان اتفاقاً على اللجوء إلى التحكيم مجملاً، ثم تقوم هيئة التحكيم، أو يقوم الأطراف أنفسهم، مباشرة أو بواسطة المحامين الممثلين لهم، بصياغة وثيقة التحكيم التي يطلق عليها

Terms of References وتكون هي المتضمنة تفاصيل النزاع المطلوب من هيئة التحكيم التصدي لحسمه، والشروط الخاصة بالإجراءات واجبة الاتباع وبالقانون المنفق على تطبيقه . . . إلخ . وهذا كله جائز في القوانين التي تنظم التحكيم العربي والمقارن ، إذ مرجعه هو إرادة الأطراف أولاً وأخيراً .^(٧)

وقد فرّق القضاء المصري من وقت بعيد بين شرط التحكيم ومشارطته فقضى بأن: « شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه المتعاقدان قبل قيام أي منازعة بالالتجاء إلى التحكيم كمبدأ عام لعرض ما قد ينشأ بينهما من نزاع بمناسبة عقد معين دون حاجة للجوء إلى القضاء ، على أن يتم الاتفاق بعد ذلك على طريقة الأخذ به واشتراطاته . أما مشارطة التحكيم فهي العقد الذي بموجبه يتفق الطرفان المتنازعان على الالتجاء إلى محكمين للفصل فيما شجر بينهما من خلاف أو نزاع معين بدلاً من المحكمة المقررة . وهو بهذه الصورة الخطوة الأولى لإنهاء النزاع بحكم يصدر بمعرفة أشخاص يختارهما الطرفان كقضاة . وعلى ذلك فشرط التحكيم ينطبق على نزاع محتمل وغير محدود في حين أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون خاصاً بنزاع قائم فعلاً ».^(٨)

والجديد الذي جاء به قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ ، في المادة العاشرة ، هو إجازة إبرام مشارطة التحكيم أو وثيقتة قبل نشوء النزاع ؛ على خلاف ما كان مستقراً ، في ظل نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية السابقه ، من أن مشارطة التحكيم أو وثيقتة يتم الاتفاق على إبرامها بعد نشوء النزاع فعلاً ، على نحو ما بيّن الحكم القضائي سالف الذكر . وقد حذا القانون الأردني الجديد (قانون التحكيم لسنة ٢٠٠١) حذو القانون المصري فأجاز الاتفاق السابق على نشوء النزاع « سواء كان مستقراً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات أو بعضها ».^(٩)

العقد والشرط في الفقه الإسلامي

٥- المشارطة ، إذن ، هي عقد قائم بذاته ، موضوعه الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم ، في شأن نزاع قائم أو مستقبل ، والشرط نصٌّ أو بند في عقد ، مضمونه اللجوء إلى التحكيم بشأن نزاع محتمل أو مستقبل ، ولا يتصور وروده بشأن نزاع قائم .

فما هو موقف الفقه الإسلامي من هاتين الصورتين من صور الاتفاق على التحكيم؟

٦- يعرف العقد عند الفقهاء بأنه « ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله »^(١٠) والأصل الشرعي هو حرية العقود ووجوب الوفاء بكل ما يلتزمه العاقدان ، ما لم يكن في نصوص الشريعة أو قواعدها ما يمنع من عقد معين ، فعندئذ يكون الاتفاق عليه باطلاً . وهذا المذهب هو أساس الاجتهاد الحنبلي ، وهو مذهب القاضي شريح ومذهب عبد الله بن شبرمة .^(١١)

وسند هذا المذهب هو قول الله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » (المائدة: ١) . وقول النبي صلى الله عليه وسلم : « المسلمون على شروطهم » وفي رواية « عند شروطهم » .^(١٢) والشارع ،

وفقاً لهذا الاجتهاد ، قد فوّض إلى إرادة العاقدين تحديد مقتضيات العقود ، وفقاً لحاجتهما في كل ما لا يصادم نصاً من نصوص الشريعة ، ولا ينفى أصلاً من أصولها الثابتة .^(١٣)

وقد عبر عن هذا المذهب أوضح تعبير شيخ الإسلام ابن تيمية ، رحمه الله ، فقال : « إن العقود إنما وجب الوفاء بها لإيجاب الشارع الوفاء بها مطلقاً إلا ما خصه الدليل . على أن الوفاء بها من الواجبات التي اتفقت عليها الملل والعقلاء جميعهم ، وأدخلها في الواجبات العقلية من يقول بالوجوب العقلي [يقصد المعتزلة الذين يقولون بالحسن والقبح العقليين] . والأصل في العقود رضا المتعاقدين ، ونتيجتها ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد » .^(١٤)

٧- ولا فارق بين عقد التحكيم - وثيقته أو مشارطته - وبين سائر العقود في خصيستي حرية المتعاقدين في إبرام العقد ، وضرورة الوفاء به . ولا يقدح في ذلك ما يقول به جانب من الفقه الإسلامي من أن عقد التحكيم عقد غير لازم ، بمعنى أنه يجوز لكل من الطرفين فسخه بإرادته المنفردة قبل صدور حكم المحكم ، وهو ما نصت عليه المادة (١٨٤٧) من مجلة الأحكام العدلية .

ذلك أن المنصوص عليه في هذه المادة - وفي أصولها من مصادر الفقه الحنفي - هو أنه : « لكل من الخصمين عزل المحكم قبل الحكم . ولكن إذا أجاز تحكيمه الحاكم المنصوب من قبل السلطان والمأذون بنصب النائب كان الحكم بمنزلة نائب هذا الحاكم لأنه استخلفه » . أي إن المحكم الذي يقر اختياره قاضٍ ، مفوض بتعيين قضاة للمناطق أو للنظر في بعض أنواع الدعاوى ، لا يجوز عزله .

فنص المجلة يتحدث عن عزل المحكم لا عن فسخ عقد التحكيم . وعزل المحكم لا يمنع من تعيين غيره إما بإرادة من عين المحكم المعزول ، وإما بأمر من القاضي كما نصت عليه المادة (١٨٤٧) نفسها ، وعندئذ لا يكون لأحد من الطرفين عزله بإرادته المنفردة .

وهذا هو الحال في ظل نظام التحكيم السعودي الذي تنيط المادة (٣) من لائحته التنفيذية^(١٥) « بالجهة القضائية المختصة أصلاً بنظر النزاع أن تصدر قراراً باعتماد وثيقة التحكيم » بعد أن أوجبت المادة (٦) أن يتم تعيين المحكم أو المحكمين « باتفاق المحتكمين في وثيقة تحكيم يحدد فيها موضوع النزاع تحديداً كافياً . . . » .

والرأي الذي تبناه أصحاب مجلة الأحكام العدلية - وهو مردد في بعض المذاهب الأخرى غير المذهب الحنفي - يقوم على اعتبار إرادة الأطراف مطلقة في التعيين والعزل لقياس أصحابه المحكم على الوكيل .

ولكن هذا القياس ليس صحيحاً . لأن الوكيل لا يملك العمل لغير مصلحة موكله ، والمحكم يملك الحكم على من عينه أو الحكم له ، بحسب ما يتبين له أنه الحق . وهذا الفارق - وحده - بين المحكم والوكيل يقطع بعدم صحة سند هذا الرأي حتى لو فرضنا أن معناه - كما يقول الفقهاء الأحناف - عدم لزوم عقد التحكيم .

فيبقى القول بوجوب الوفاء بعقد التحكيم هو الأصح من قولي الفقهاء ، وهو الذي لا يجوز ترجيح سواه في الاجتهاد الفقهي المعاصر .^(١٦)

٨- ويؤكد ذلك ذهاب جمهور الفقهاء إلى أن التحكيم له طبيعة قضائية ، ولذلك اشترطوا في المحكم ما يشترط في القاضي من أوصاف ، بمن في ذلك فقهاء الأحناف أنفسهم ، وهو أرجح القولين عند المالكية والشافعية والحنابلة .^(١٧)

٩- فإذا تبين هذا ، فإن عقد التحكيم ، أو وثيقته أو مشارطته ، ليست إلا صورة من صور العقود المباحة في الفقه الإسلامي ، وإذا عقدها العاقد فإنه يجب عليه الوفاء بها ولا يجوز له ، بإرادته المنفردة التحلل منها .

١٠- والشرط الخاص بالتحكيم ، الذي يرد في عقد من العقود ، ليس إلا شرطاً من شروط العقد التي توافقت عليها إرادة طرفيه .

والأصل في الشروط العقدية هو حرية المتعاقدين ، من ناحية ؛ ووجوب التزامهما بما اتفقا عليه من شروط ، من ناحية أخرى . وهذا الأصل مأخوذ من الحديث النبوي الصحيح « المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً » .^(١٨)

وقد يعترض بعض طلاب الفقه على إيراد شرط التحكيم في عقد من العقود بأنه شرط معلق على أمر لم يقع ، وهو التنازع أو الاختلاف في شأن من الشؤون المتصلة بالعقد أو المترتبة عليه . وحقته في هذا الاعتراض ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من عدم جواز التعليق في جميع العقود ، واعتبروا الشرط المعلق ، أو العقد المتضمن شرطاً يعلق عليه ما ينشؤه العقد من التزام في أحد الجانبين أو كليهما ، باطلاً .

وهذا الاعتراض مردود بأن هذا الأمر ليس موضع إجماع بل هو محل خلاف فقهي مشهور . فالأحناف أجازوا التعليق في أنواع عديدة من العقود ، وإن قيدوا هذه الإجازة بالشرط الملائم ، أو الموافق ، لمقتضى العقد دون الشرط غير الملائم .^(١٩) والحنابلة أباحوا جميع أنواع الشروط في جميع العقود إلا الشرط الذي ورد بتحريمه نص من الكتاب أو السنة ، وهو الشرط الذي يحل حراماً أو يحرم حلالاً .

وقد علل ذلك الإمام ابن قيم الجوزية بقوله : « إن تعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة ، فلا يستغني عنه المكلف . وقد نص الإمام أحمد على جواز تعليق النكاح بالشرط كما يتعلق الطلاق ، وعلى جواز تعليق البيع والإبراء » .^(٢٠)

وقد أشارت مجلة الأحكام العدلية نفسها إلى أن المذهب الموافق لحاجة الناس هو مذهب عبد الله بن شبرمة الذي كان يرى احترام الشروط في العقود كافة ،^(٢١) وقد كان ابن شبرمة يتمثل بقول أحد

مشاهير المحكمين عند العرب - الأفعى الجرهمي - « الشرط أمك ، عليك أم لك » ليدل به على ما نسميه اليوم في القانون « العقد شريعة المتعاقدين » (٢٢)

١١ - فشرط التحكيم الذي يورده المتعاقدون في عقودهم - إذن - شرط صحيح في الفقه الإسلامي ، وهو ملزم لطرفيه احتراماً لقاعدة وجوب الوفاء بالعقود ، المقررة بالقرآن الكريم ، ولقاعدة وجوب نزول المسلمين على شروطهم ، المقررة بالسنة النبوية الصحيحة .

ولا محل لاعتراض - قد يثار هنا - مؤداه ضرورة أن يكون شرط التحكيم موافقاً لمقتضى العقد وإلا كان باطلاً . لا محل لمثل هذا الاعتراض لأن الذي عناه الفقهاء القائلون بمراعاة مقتضى العقد ينصرف إلى الشروط المرتبة للالتزامات الأطراف الموضوعية ، والحاكمة لها . ولا كذلك شرط التحكيم ، فهو شرط إجرائي بحت لا يؤثر سلباً ولا إيجاباً ولا زيادة ولا نقصاناً فيما أراد العاقدان تحقيقه بعقدتهما من منافع لكل منهما ، وإنما ينظم طريق فض المنازعة - إن كانت - بينهما على نحو سريع وحاسم تحفظ به أسرارهما التجارية أو الصناعية أو المهنية أو المالية وتتحقق به العدالة لكليهما .

مدى استقلال شرط التحكيم

١٢ - يقصد باستقلال شرط التحكيم استقلاله عن العقد الأصلي الذي يرد فيه باعتباره بنوداً من بنوده . وتثور هذه المسألة عندما يطعن على العقد الأصلي بالبطلان ، أو يقضى ببطلانه فعلاً . أو عندما يقوم أحد الطرفين بفسخه - إذا كان ذلك له - أو يتفق الطرفان على الفسخ . فإذا قيل في كل هذه الأحوال إن شرط التحكيم تابع للعقد الأصلي ، فيبقى ببقائه ويزول بزواله ، فإنه لا يكون مستقلاً عنه ، ويستحيل إعماله مع زوال العقد الأصلي ، ولا يكون أمام الطرفين إلا اللجوء إلى القضاء . وعلى العكس من ذلك ، إذا قيل باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه ، فإن شرط التحكيم - عندئذ - لا يتأثر بالعوارض التي قد تصيب العقد الأصلي ولا بمصيره . فيظل شرط التحكيم قائماً ومنتجاً لأثاره ، وتختص هيئة التحكيم بالنظر في صحة العقد الأصلي أو بطلانه أو إنهائه أو فسخه ، وتكون الهيئة نفسها المختصة بتقرير ولايتها على النزاع وتقدير حدود هذه الولاية . (٢٣)

والمقرر الآن في القانون المقارن ، وفي قوانين التحكيم العربية الحديثة (اليمني والمصري والعماني والأردني وغيرها) أن شرط التحكيم شرط مستقل عن العقد الأصلي ، وهو ما نصت عليه - مثلاً - المادة (٢٣) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بقولها : « يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى . ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه ، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته » . (٢٤)

فما هو موقف الفقه الإسلامي من استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي يرد فيه؟

١٣- أغفل بعض الكاتبيين في التحكيم في الفقه الإسلامي بحث هذه المسألة أصلاً. (٢٥) وذهب آخرون إلى القول بأن الفقه الإسلامي يعرف نظرية انتقاص العقد ، فهو ، من ثم ، يجيز الأخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي . واستند صاحب هذا الرأي إلى قول في المذهب المالكي وقول في المذهب الشافعي .

فأما القول المالكي ، فهو قول ابن جُزَي في القوانين الفقهية : « إذا اشتملت الصفقة على حرام وحلال كالعقد على سلعة وخمر أو خنزير أو نحو ذلك فالصفقة كلها باطلة ، وقيل يصح البيع فيما عدا الحرام بقسط من الثمن » .

وأما القول الشافعي ، فقول السيوطي في الأشباه والنظائر إن الجمع في عقد بين حرام وحلال « فيه قولان أصحهما الصحة في الحلال » . (٢٦) وقد استدل صاحب هذا الرأي - في موضع آخر - على استقلال شرط التحكيم في الفقه الإسلامي بإباحة الأحناف تعليق الحكم على شرط احتمالي ، كأن يقول المختصمان للحكم : « إذا أهل الهلال فاحكم بيننا » أو « إذا قدمت فاحكم بيننا » . وإباحتهم إضافة التحكيم إلى أجل ، كأن يقولوا للحكم « جعلناك حكماً غداً » . (٢٧)

١٤- ويذهب بعض الباحثين إلى الاستدلال على جواز القول باستقلال شرط التحكيم بما تضمنته القواعد الفقهية ، التي أوردت زمرة كبيرة منها مجلة الأحكام العدلية (م/٢ إلى مادة/١٠٠) . « فالقاعدة رقم (٨١) من قواعد المجلة ونصها : [قد يثبت الفرع وإن لم يثبت الأصل] ، تدل على أنه لا مانع من الناحية الفقهية من أن يكون بعض شروط العقد سارياً ومؤثراً على الرغم من بطلان العقد الأصلي أو انتهائه أو فسخه لأي سبب كان » .

« ويؤكد ذلك أن المادة (٨٣) من المجلة تنص على أنه : [يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان] ، وشرط التحكيم مع شرط على كل حال ، فإذا أمكن الإبقاء عليه وتطبيقه على الرغم من سقوط العقد ، فإن ذلك يكون متفقاً قواعد المجلة غير مخالف لها » . (٢٨)

١٥- وهذا القول - في نظرنا - شديد لاسيما إذا أخذ في الاعتبار ما أيدته به صاحبه من أولوية الاستدلال بالقواعد الكلية على الاستدلال بالفتاوى في المسائل الجزئية أو الفروع الفقهية ، لما هو معروف من أن القواعد الفقهية هي أحكام كلية يتخرج على كل منها ما لا يحصى من الأحكام الجزئية ، في فروع الفقه المختلفة ، ومن أنها تكاد تكون موضع إجماع الفقهاء في المذاهب كافة خلافاً للآراء الفقهية في الفروع التي هي محل اختلاف في الغالب . وقديماً قال القرافي - فيما أذكر الآن - ما معناه : « من ضبط الفقه بالقواعد لم تعسر عليه المسائل . ومن رام حفظ المسائل أنفق عمره ولم يحصل منها ما يريد » !

مسائل التحكيم اجتهادية

١٦- عندما أتيح لي، في مناسبة نظمها مركز التحكيم التجاري لدول الخليج العربية (دبي: شعبان ١٤٢٢= أكتوبر ٢٠٠١)، أن أحاضر بعض الزملاء، من المشتغلين بالفقه الإسلامي والقانون المقارن، عن شرط التحكيم في الفقه الإسلامي، أثيرت في المناقشات موضوعات بالغة الأهمية، بعضها يقتضي اجتهاداً جديداً من الفقهاء المؤهلين لذلك . وقد رأيت أن أضع أهم هذه الموضوعات بين يدي المعنيين من رجال الفقه ورجال القانون ليكون لنا نظرنا المستقل في كل منهما، وفي مثيلاتها، مما يثيره نظام التحكيم - في المجالات كافة - من مشكلات متجددة .

١٧- من ذلك أن النقاش يدور بصورة متكررة حول مدى حجية أقوال الفقهاء الأقدمين فيما قرروه بشأن التحكيم من قواعد أو فتاوى .

والأصل، في نظرنا، أن هذه الشريعة مبنية على اليسر ورفع الحرج، بذلك نطق القرآن الكريم في مثل قوله تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » (البقرة: ١٨٥) ؛ وقوله سبحانه : « وما جعل عليكم في الدين من حرج » (الحج: ٧٨) ؛ وقوله : « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج » (المائدة: ٦) .

والقرآن الكريم يشير إلى رفع الحرج في ثلاثة عشر موضعاً : في الأمور الدينية البحتة، وفي الأمور الاجتماعية والعلاقات الإنسانية، وفي مسائل الزواج وما اتصل به، وفي الخروج للقتال والاستعداد له، وفي القضاء والتسليم بما حكم القاضي به؛ مما يجعل الأمر، بغير شك، أمر تقرير قاعدة عامة في التشريع كله . وإذا كانت آية « اليسر » واردة في سياق أحكام الصيام، وهو من أركان الإسلام، فأولى أن نتخذ اليسر شعاراً في شأننا كله .

ولذلك صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما خير بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً » . وصح أنه أمر صاحبين له، بعثهما لمهمة جلييلة، بقوله: « بشرأ ولا تنفرا ويسراً ولا تعسرا .

والمصلحة المشروعة واجبة التحقيق، إذ هي التي تحقق العدل الذي حيثما أسفر وجهه فتم شرع الله ودينه، كما يقول العلامة الإمام ابن القيم الجوزية . ولذلك رأينا في الفقه قواعد من مثل : الذريعة كما تسد تفتح، والضرورات تبيح المحظورات، والحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة، والعادة محكمة، والعرف في الشرع له اعتبار، لذا عليه الحكم قد يدار !

والواجب - في ضوء هذا ونظائره الكثيرة، التي يعرفها أهل العلم بوجوده الفقه وأصول النظر فيه، أن نختار من أقوال فقهاءنا الأولين - في المذاهب المتبعة كافة - ما يحقق مصالح الناس ويلانم مبادئ التيسير ورفع الحرج . هذا عند الاختيار من أقوال الفقهاء السابقين والأئمة المتبوعين . فإذا كانت المسألة، التي تحتاج بياناً للحكم الفقهي، مما لم يسبق فيه اجتهاد مذهبي أو فردي معتبر، أو إذا كانت مما أصبح الاجتهاد القديم فيه لا يلانم ظروف العصر وأوضاعه المحلية أو الدولية، فإن الواجب علينا - عندئذ - أن نجتهد في بيان الحكم المطلوب دون أن نتردد في ذلك أو نهابه، شريطة

ألا يجتهد إلا من تأهل للاجتهد، وإلا كررنا ما أدى ببعض فضلاء أسلافنا إلى القول العجيب : (قفل باب الاجتهاد) وكفى بذلك سبياً لتوقف الفقه عن تنظيم الحياة، وهو ما لا يقبل أن يحمل تبعته مسلم ملتزم بأحكام دينه عاملٍ لرفعته .

والحق أن باب التحكيم كله اجتهادي، مما يجوز الاختلاف فيه بين أهل الاختصاص، دون تثريب على أحد من المختلفين، ما دام لكل رأي دليله . وليس لازماً في أية مسألة فروعية / اجتهادية أن يتفق الناس على قول واحد أبداً .

١٨- وبعض أهل العلم يبيح للمسلمين قبول قواعد التحكيم الدولية العامة والخاصة - من مثل قواعد التحكيم في العقود الهندسية (فيدك) وقواعد التحكيم في المنازعات بين الدول وغيرها - من باب الضرورة فقط .^(٢٩)

والصحيح أن الضرورة التي تقصد هنا ليست تلك المعروفة في أحكام الحلال والحرام، أي ليست التي تبيح تناول الميتة وشرب الخمر وأكل لحم الخنزير لمن أشرف على الهلاك جوعاً أو عطشاً . فهذه الضرورة قد لا تقع أصلاً في العلاقات الدولية . ولكن الضرورة المقصودة هي « الحرج » و « الصعوبة » التي تتمثل في استحالة فض النزاع، أو استعصائه على الحل، أو تعذر ذلك لمدة طويلة يضر طولها بالطرفين أو أحدهما، فعندئذ لا يمتنع على المسلم - فرداً كان أم شركة أم دولة - أن يلجأ إلى التحكيم وفق القواعد التي يرضيها الطرفان .

ولنكن على ذكر - دائماً - من أن نظام التحكيم كله نظام إجرائي لا نص فيه، وباب الاجتهاد فيه مفتوح لا يجوز سده، ولا صد الناس المؤهلين عن ولوجه !

١٩- وتساءل بعض طلبة العلم النابهين عن كيفية أداء « المحكم المفوض بالصلح » مهمته التحكيمية في ظل عقد ينص على أن الشريعة الإسلامية أو أحكام مذهب معين منها هو الذي يحكم ذلك العقد .

والجواب عن هذا أن المحكم المفوض بالصلح، في القانون الوضعي المحلي والمقارن، له أن يحكم غير مقيد بأحكام القانون الذي ينطبق أصلاً على محل النزاع . لكن المحكم المفوض بالصلح في الشريعة الإسلامية لا يملك مخالفة نصوصها الموضوعية الأمرة، فهو لا يملك الحكم بجواز الربا، أو بصحة العقد على الخمر، أو بصحة عقد بيع سلاح لعدو المسلمين يتقوى به على مقاتلتهم، أو بإقرار عقد يفرط به في أرض المسلمين، أو ممتلكاتهم، أو حقوقهم على مياهم، أو ثرواتهم . . . إلخ . وإنما يقتصر التفويض بالصلح على إعطاء المحكم سلطة مخالفة اجتهاد فقهي إلى آخر، أو سلطة تحري المصلحة المحققة للطرفين، أو الغالبة، أو سلطة الاجتهاد المبتدأ - إن كان من أهله - للوصول إلى حل يحسم به النزاع الذي يحكم فيه .

٢٠- ويستنكر بعض أهل العلم أن يكون المحكم غير مسلم، في نزاع أحد طرفيه من المسلمين أو كلاهما . وهم يبنون هذا الاستنكار على ما يتردد في كتب المذاهب الفقهية من أن المحكم يشترط فيه ما

يشترط في القاضي من شروط، على نحو ما سلفت الإشارة إليه . وعلى أن القرآن الكريم صريح في أنه لا يجوز قضاء غير المسلم على المسلم، وذلك بقول الله تعالى : « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً » (النساء: ١٤١) . وصرح بعضهم بأنه إذا حكم للمسلم فحكمه جائز وإن حكم لغير المسلم فحكمه لا يصح ولا ينفذ ! (٣٠)

والحق أن ولاية القضاء تختلف عن ولاية التحكيم . فالقاضي ولايته عامة، وهو، في التصور الفقهي الإسلامي السائد، نائب عن الإمام (ال خليفة) صاحب الولاية الأعم . وولاية المحكم ليست من هذا الباب في كثير ولا قليل . فهو يستمد ولايته من اتفاق الطرفين، وولايته محدودة بنزاع معين لا يجاوزه وإلا كان حكمه باطلاً . ونفاذ حكمه في النظم كلها - في الشريعة الإسلامية، وفي القانون المقارن - رهن بأمر القاضي - صاحب الولاية الأصلية - بتنفيذه .

فالقياص مع الفارق إذن . وحكمه معروف لا يحتاج إلى بيان .

وآية سورة النساء لا تفهم إلا في سياقها وسباقها، وهو حديث عن المؤمنين والكافرين (يبدأ من الآية رقم ١٣٦ وينتهي بنهاية الآية رقم ١٤٦) وبعد ذكر بعض سيئات الكافرين والمنافقين قال ربنا - تبارك اسمه - عن المنافقين: « الذين يتربصون بكم فإن كان لكم فتح من الله قالوا ألم نكن معكم، وإن كان للكافرين نصيب قالوا ألم نستحوذ عليكم ونمنعكم من المؤمنين ؟ فالله يحكم بينكم يوم القيامة ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً » (النساء: ١٤١) . وللعلماء أقوال ثلاثة في معنى جملة « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً » ، أحدها، أنه متعلق بيوم القيامة (وهو قول على وابن عباس رضي الله عنهما) ؛ وثانيهما، أنه يعني أن النصر النهائي سيكون للمؤمنين لا للكافرين؛ وثالثهما، أنه لا يكون للكافرين سبيل على المؤمنين إلا إذا تواصى المؤمنون بالباطل، وتركوا التناهي عن المنكر، وتقاعدوا عن التوبة، وتركوا الجهاد، فيكون تسليط العدو عليهم من قبل أنفسهم، وهذا نظير قوله تعالى: « وما أصابكم من مصيبة فبما كسبت أيديكم » (الشورى: ٣٠) (٣١) فلا صلة للآية - إذن - بالتحكيم والقضاء، ولا وجه للاحتجاج بها في شأنهما .

وقد يضاف إلى الاحتجاج بالآية - وقد تبينت فيه - الاحتجاج بالقاعدة المشهورة : « لا ولاية لغير المسلم على المسلم » . وهو احتجاج مردود بأن الولاية المقصودة هنا هي الولاية العامة لا الولاية الخاصة (٣٢) فلا حجة في هذه القاعدة كذلك .

بقي أن نشير إلى قول المفرقين بين حالة قضاء المحكم غير المسلم على المسلم وقضائه له . وهذه التفرقة لا أساس لها أصلاً لا من الفقه الإسلامي ولا من النظر الصحيح في معنى التحكيم ووظيفته واحتياج الناس إليه . وهي تفرقة تذكرك بقول الله تعالى في بعض اليهود : « وإن يكن لهم الحق يأتوا إليه مذعنين » (النور: ٤٩) . وهو مسلك لا يليق بالمؤمنين أن يسلكوه لا في التحكيم ولا في غيره، وإنما الشأن فيهم أن يقبلوا الحق عليهم كان أو لهم ولا فرق . ولذلك فإن هذا القول لا حجة فيه .

ويبقى من الضروري - عند النظر في هذا الأمر - مراعاة طبيعة التكوين البشري للمجتمعات المعاصرة، وطبيعة النظم السياسية المستقرة في الدولة القومية أياً كانت أعراق مواطنيها، وهي كلها تقضي بأن المواطنين أمام القانون سواء، ويستحيل في ظل هذه الأوضاع أن يحال بين المواطن غير المسلم وبين أن تكون له ولاية التحكيم عندما يختاره الأطراف لمباشرتها .

ولا يرد على ذلك بما تنص عليه اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي في مادتها رقم (٣) من أن « يكون المحكم من الوطنيين أو الأجانب المسلمين . . . » . لأنه في شأن الوطنيين ليس ثمة محل لبحث الموضوع، فالمواطنون في المملكة العربية السعودية كلهم مسلمون، وفي شأن الأجانب لا يثير النص إلا مسألة الاختيار الفقهي وهي يسيرة، لكن مشاكل المساواة بين المواطنين واحترام حقوق الأقليات، التي تثور في المجتمعات متعددة الأديان، ليست قائمة في المجتمع السعودي أصلاً . وهو وضع خاص لا يقاس عليه ولا يقتدى به .

٢١- وبعض أهل العلم يرى أن المرأة لا تصلح لتولي التحكيم . فإن كان سند هذا المذهب هو قياس التحكيم على القضاء، فقد سبق لنا بيان الفارق بينهما، وهو لا يصح معه القياس .

وإن كان سنده قول الرسول (صلى الله عليه وسلم) : « لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة » . (٣٣) فأصح الأقوال في هذا الحديث أنه ليس على إطلاقه، وإنما هو مقيد بالولاية العامة (الخلافة) . وهو لا يصلح سنداً - في صحيح النظر - لحرمان المرأة من أية ولاية تصلح لها بحكم تأهيلها وخبرتها. (٣٤) والرأي - عندي - أن ولاية المرأة للتحكيم جائزة من الناحية الشرعية .

و الخلاصة

٢٢- أن التحكيم مشروع في الشريعة الإسلامية ولذلك عني الفقهاء به وبحث أحكامه واجتهدوا في شأن مسائل كثيرة من مسائله . وقد دل على مشروعيته إقرار الرسول صلى الله عليه وسلم له، وعمل الصحابة رضوان الله عليهم به .

٢٣- وأن الفقه الإسلامي لا يضيق بشرط التحكيم باعتباره صورة من صورتي الاتفاق عليه ، يتضمنها عقد آخر ، لينظم المتعاقدان به (أي بشرط التحكيم) وسيلة فض المنازعات المحتملة بينهما .

وهو شرط صحيح حتى عند من يضيقون من نطاق الشروط العقدية - كالأحناف - لأنه :

« أ - يقتضيه العقد ولاسيما عقد التجارة الدولية .

ب - يلائم مقتضى العقد ولو كان سابقاً للنزاع ، إذ لا يتضمن غرراً ولا مقامرة ، وليس فيه زيادة منفعة لأحد العاقدين .

ج - جرى به التعامل الداخلي والدولي فصار عرفاً .

د - لا يتضمن ربا محرماً .

هـ - فيه منفعة للعاقدين ، إذ يحقق لهما سرعة وكفاءة في الفصل في النزاع . » (٣٥)

٢٤- ولا يُردُّ على ذلك بما يقوله بعض الكاتبيين من أن رسول الله ﷺ " نهى عن بيع وشرط " فإذا تضمن العقد شروطاً لا تتصل به كانت باطلة ، أو كان العقد و الشرط معاً باطلين .^(٣٦) لأن هذا الحديث ضعيف السند فلا يحتج به .^(٣٧) ولأنه على فرض صحته يجب حمل معناه على لفظ الأحاديث الصحيحة التي تخص بالنهي الشرط الذي يحل الحرام أو يحرم الحلال . وليس في شرط التحكيم من هذا المعنى قليل ولا كثير .

والقواعد الفقهية تسوِّغ القول باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي صحة وبطلاناً وبقاءً وانتهاءً .

٢٥- ومعظم مسائل التحكيم - إن لم تكن كلها - اجتهادية يتسع فيها مجال النظر . ولا يضيق الفقه الصحيح بتعدد الآراء في كل مسألة، ما دام الاجتهاد يمارسه المؤهلون له، والآراء تحمل معها دليلاً .

والله تعالى أعلم وأحكم .

- (١) محمد سليم العوّا، اختيار المحكم وواجباته، بحث ضمن كتاب مؤتمر التحكيم الأول بنقابة المهندسين، القاهرة ١٩٩١ ص ٢٦١.
- (٢) فاطمة محمد العوّا، عقد التحكيم في الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه من جامعة الإسكندرية نشرها المكتب الإسلامي، بيروت ٢٠٠٢ بند رقم ١٧٧.
- (٣) الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مادة "حكم"
- (٤) الحديث رقم ٤٩٨٠ في صحيح سنة النسائي للألباني، ط مكتبة التربية العربي لدول الخليج، الرياض ١٤٠٩ = ١٩٨٨، ج ٣ ص ١٠٩١.
- (٥) راجع في تفصيل ما تقدم في الفقرتين ٣ و٢، ولاسيما في انتقاد الاستدلال بالآيات القرآنية سألقة الذكر، رسالة الدكتوراة فاطمة محمد العوّا، المصدر السابق، البنود ١٨٤-١٩٧. وفي التحكيم بين علي ومعاوية رضي الله عنهما كتابنا: في النظام السياسي للدولة الإسلامية، ط دار الشروق بالقاهرة، ١٩٨٩ ص ٩٥ وما يليها.
- (٦) مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة، ١٩٩٨، ص ٣٥٨.
- (٧) أنظر مثلاً نص المادة ٢/١٠ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والمادة الأولى من نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٦ وتاريخ ١٢/٧/١٤١٣ هـ، والمادة الثانية من قانون التحكيم اليمني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢، والمادة ١٧٣ من قانون المرافعات المدنية الكويتي، والمادة ٥٠٦ من قانون أصول المحاكمات السوري والمادة ٨٢٨ من قانون أصول المحاكمات اللبناني وهو يسمى شرط التحكيم (الفقرة التحكيمية)، ويسمى وثيقة التحكيم (العقد التحكيمي)
- (٨) حكم محكمة السويس الابتدائية - دائرة استئنافية - في القضية رقم (٢٠) لسنة ١٩٦٣ الصادر بجلسة ٢٣/٢/١٩٦٤. منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول من السنة التاسعة (يناير - مارس ١٩٦٥) ص ١٦٢.
- (٩) المادة (١١) من قانون التحكيم لسنة ٢٠٠١، وقد صدر في ١٦ تموز/ يوليو ٢٠٠١ ونشر في العدد رقم (٤٤٩٦) من الجريدة الرسمية، ونصت مادته (١) على أن يعمل به بعد ثلاثين يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.
- (١٠) محمد مصطفى شلبي، نظام المعاملات في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى ١٩٥٦، ص ٢٢٨ ومصطفى الزرقا المدخل الفقهي العام، الطبعة المطورة، ١٩٩٨، ج ١ ص ٣٨٢.
- (١١) مصطفى الزرقا، السابق، ص ٥٥٢ وما بعدها.
- (١٢) حديث صحيح، نصه الكامل هو: "الصلح جائز بين المسلمين. إلا صلحاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً. والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً". رواه الترمذي وابن ماجه، راجع صحيح الترمذي للألباني ج ٢ ص ٤١ الحديث رقم ١٠٨٩ وأورده البخاري في صحيحه معلقاً بصيغة الجزم، فقال: "وقال النبي صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم"، فتح الباري ج ٤ ص ٤٥١.
- (١٣) مصطفى الزرقا، السابق، ص ٥٥٤.
- (١٤) مجموعة الفتاوى، ط دار الوفاء بمصر، ١٩٩٨، المجلد ١٥، ج ٢٩ ص ٨٤.
- (١٥) الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٠٢١/٧/م وتاريخ ١٤٠٥/٩/٨ هـ.

- (١٦) محمد أبو العينين ، المستشار مدير مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم ، بحثه باللغة الإنجليزية بعنوان: Liberal Trends in Islamic Law (sharia) on Peaceful Settlement of Disputes. منشور في القسم الإنجليزي من مجلة : التحكيم العربي التي تصدرها الأمانة العامة لمراكز التحكيم العربية ، العدد الثاني ، يناير ٢٠٠٠ ص ٦ .
- (١٧) نجيب الجبلي ، التحكيم في القانون اليمني ، رسالة دكتوراه من جامعة الإسكندرية ، ١٩٩٦ ص ٤٧ ، وقارن فاطمة العوّا ، المصدر السابق بند ٢٠٥ ، ومحمد رأفت عثمان ، النظام القضائي في الفقه الإسلامي ، الكويت ١٩٨٩ ص ٥٤ .
- (١٨) سبق ذكره والإشارة إلى بعض مصادره من كتب السنة في الحاشية رقم (١١) .
- (١٩) مصطفى الزرقا ، السابق ص ٥٦٤ و ٥٨٠ - ٥٨٣ .
- (٢٠) مصطفى الزرقا ، السابق ص ٥٦٥ وهو ينقل عن إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ج ٣ ص ٢٣٧ - ٢٣٨ ، مُختصراً .
- (٢١) مقدمة المجلة ، الطبعة التي شرحها سليم رستم باز اللبناني ، بيروت ١٩٢٣ ص ١٣ .
- (٢٢) الزرقا ، السابق ، ص ٣٠١ . وتنص المادة (١/١٤٧) من القانون المدني المصري على أن " العقد شريعة المتعاقدين . فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون " ، وتقابلها المادة (١٤٨) من القانون المدني السوري ، والمادة (١٩٦) من القانون المدني الكويتي ، ولهذه النصوص نظائر في معظم القوانين المدنية العربية .
- (٢٣) مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٣٤٩ - ٣٥٦ .
- (٢٤) وقريب منه نص المادة (١٦) من قانون التحكيم اليمني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٢ ، ويتضمن قانون التحكيم العماني رقم (٤٧) لسنة ١٩٩٧ نصاً مماثلاً ، ويتضمن هذا النص بحروفه القانون الأردني لسنة ٢٠٠١ ، في مادته (٢٢) (ما عدا كلمة يعتبر فقد استعملت بدلاً منها كلمة يعد - وكلاهما زيادة تؤذي اللغة، فقد كان الأجمل أن يقال شرط التحكيم مستقل . . .) فلعل المشرعين العرب يعتنون بمثل هذا ليكون النص التشريعي أقوم وأحكم .
- (٢٥) عبد الحميد الأحذب ، التحكيم : أحكامه ومصادره ج ١ ص ٧٣ وما بعدها .
- (٢٦) نجيب الجبلي ، المصدر السابق ، ص ٩٣ .
- (٢٧) السابق ، ص ١٧٩ .
- (٢٨) فاطمة محمد العوّا ، المصدر السابق ، ص ٤٥٠ - ٤٥٢ .
- (٢٩) الدكتور وهبة الزحيلي، موقف الفقه الإسلامي من تنفيذ الأحكام الأجنبية، بحث مقدم إلى ندوة التحكيم في الشريعة الإسلامية، مركز التحكيم لدول الخليج، دبي : ٢٧-٢٨/١٠/٢٠٠١ ، ص ١١ .
- (٣٠) الدكتور وهبة الزحيلي، المصدر السابق حيث ينقل عن بعض متأخري الأحناف .
- (٣١) راجع تفسير الآية في : ابن الجوزي، زاد المسير في علم التفسير، ط المكتب الإسلامي ودار ابن حزم في بيروت، ١٤٢٣ = ٢٠٠٢ ص ٣٣٦، والقرطبي، أحكام القرآن ج ٥ ص ٤١٩ .
- (٣٢) راجع كتابنا : الفقه الإسلامي في طريق التجديد، ط ٢ المكتب الإسلامي في بيروت ١٩٨٨، ص ٧٦ .

(٣٣) رواه الإمام البخاري في صحيحه برقم (٤٤٢٥) وبرقم (٧٠٩٩) بسند واحد، ورواه الإمام أحمد في مسنده،
والترمذي والنسائي في سننهما .

(٣٤) في تفصيل ذلك راجع كتابنا : الإسلاميون والمرأة، دار الوفاء، القاهرة ٢٠٠٠ ، ص ٢٨ وما يليها .

(٣٥) عبد الحميد الأحذب ، السابق ، باختصار ، ص ٧٥ .

(٣٦) تروى في هذا الصدد طرفة لطيفة : يقال إن رجلاً أتى أبا حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة يسألهم عن " عقد
وشرط" فقال أبو حنيفة : العقد باطل والشرط باطل . وقال ابن أبي ليلى : " العقد صحيح والشرط باطل " . وقال
ابن شبرمة : " العقد صحيح والشرط صحيح " . فقال الرجل في نفسه : " يا سبحان الله ! ثلاثة من فقهاء العراق
يختلفون هذا الاختلاف في مسألة واحدة ! " ثم عاد إلى كل منهم فحكى له ما قال أصحابه . فقال أبو حنيفة : " نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط " فالشرط باطل والعقد باطل . وقال ابن أبي ليلى : " أجاز رسول الله
صلى الله عليه وسلم بيع بريرة من أصحابها وأبطل اشتراطهم الولاء لهم ، بقوله : إنما الولاء لمن أعتق . فالعقد
صحيح والشرط باطل " . وقال ابن شبرمة : " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : المسلمون عند شروطهم إلا
شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً . فالعقد صحيح والشرط صحيح " . وهذه القصة - مهما يكن من أمر سندها - تبين
جانبا مهما من أسباب اختلاف الفقهاء .

(٣٧) الزرقا ، المصدر السابق ، ص ٥٥٤ وهامش (١) من الصفحة نفسها .