

## الفصل الثاني

### الأحكام العامة للتحكيم والمُحكَّم والمسؤولية، وأركان عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون السوري

#### ١,٢ تمهيد

بما أنّ المُحكَّم هو حجر الزاوية في عملية التحكيم، وفي ظل عدم وجود تعريفٍ تشريعيٍّ له، وفي ظلّ ما أثير من جدل بين الفقهاء حول تعريفه، فلا بدّ وفي بداية هذه الدراسة من تحديد مفهوم المُحكَّم، وإزالة الخلط بينه وبين من يقوم بأعمال مشابهة لمهامه كالقاضي والوكيل والخبير وغيره<sup>٢٣</sup>، كما لا بدّ في بداية هذه الدراسة من تعريف المصطلحات المقترنة به والموضوعات التي سيتناولها البحث، وكذلك بيان أركان عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون السوري، ذلك أنّ بيان هذه الأركان يُساعد في فهم الشروط المطلوبة في المُحكَّم ومتى يمكن مساءلته.

#### ٢,٢ الأحكام العامة للتحكيم

بدايةً لا بدّ من تحديد مفهوم التحكيم لغةً، وكذلك وفق ما جاء به فقهاء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون، وكما جاء في تعريفات المحاكم والقضاء.

#### ١,٢,٢ مفهوم التحكيم لغةً

التحكيم في اللغة مصدر حَكَمَ يُحَكِّمُ حَكِيمًا، ومعناه التفويض في الحكم، فالتحكيم هو مصدر حَكَمَ، ويُقال حَكَمُوهُ بينهم أي أمره أن يحكم، كما يُقال حَكَمْتُ فلاناً في مالي أي فوضت الحكم إليه، ويقال كذلك استحكمت فلاناً مأل فلان أي أجاز فيه حكمه<sup>٢٤</sup>، كذلك يُطلق الحكم على من يُختار للفصل بين المتخاصمين، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾<sup>٢٥</sup>، وحُكِمَ فلانٌ في الشيء أو الأمر يعني جعله حَكَمًا، ومنه قوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾<sup>٢٦</sup>، والحُكْم هو القضاء بالعدل، وعلى هذا اشتقّ التالي:

٢٣- الغنام، طارق. ٢٠١٦م. دور المحكم في نظام التحكيم السعودي. الجيزة: مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع. ص. ١٣.

٢٤- ابن فارس، أحمد. ١٩٩١م. معجم مقاييس اللغة. بيروت: دار الفكر، مادة حكم. ج. ٢. ص. ٩١.

٢٥- القرآن. النساء: ٣٥:٤.

٢٦- القرآن. النساء: ٦٥:٤.

الحكم: ومعناه منع الظلم.

الحكمة: ومعناها معرفة أفضل الأشياء بأفضل العلوم<sup>٢٧</sup>، وسميت بالحكمة لأنها تمنع الجهل وسوء الأخلاق<sup>٢٨</sup>.

سورة محكمة: أي غير منسوخة، أما الآيات المحكمة فهي التي لا تحتاج إلى تأويل لبيانها مثل أحكام المواريث<sup>٢٩</sup>.

يتضح مما سبق أن التحكيم بمعناه اللغوي يفيد إطلاق اليد في مسألة ما أو في التفويض للغير طلباً للحكم وحل الخلاف بين الخصمين.

٢،٢،٤ مفهوم التحكيم وفق الفقه الإسلامي

عند الأحناف: تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما<sup>٣٠</sup>، وركنه لفظه الدال عليه مع قبول الآخر<sup>٣١</sup>.

عند المالكية: أن الخصمين إذا حكّم بينهما رجلاً من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا<sup>٣٢</sup>.

عند الشافعية: أن يتخذ الخصمان رجلاً من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا<sup>٣٣</sup>.

عند الحنابلة: إذا تحاكم رجلان إلى رجلٍ وحكماه بينهما ورضياه وكان مما يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز<sup>٣٤</sup>.

- 
- ٢٧- ابن منظور، جمال الدين. د.ت. لسان العرب. القاهرة: طبعة دار المعارف. ج. ٢. ص. ٩٥١.
- ٢٨- الفيومي، أحمد. ١٩٨٧م. المصباح المنير. بيروت: مكتبة لبنان. ص. ٥٦.
- ٢٩- الفيروز ابادي، محمد بن يعقوب. ٢٠٠٥م. القاموس المحيط. بيروت: مؤسسة الرسالة. ط. ٨. ص. ١٠٩٦.
- ٣٠- ابن نجيم، زين الدين. د.ت. البحر الرائق شرح كنز الدقائق. القاهرة: دار الكتاب الإسلامي. ط. ٢. ج. ٧. ص. ٢٤.
- ٣١- ابن عابدين، محمد. ١٩٩٢م. رد المختار على الدر المختار. بيروت: دار الفكر. ط. ٢. ج. ٥. ص. ٤٢٨.
- ٣٢- ابن فرحون، إبراهيم. ١٩٨٦م. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام. القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية. ج. ١. ص. ٦٢.
- ٣٣- الهمداني، شهاب الدين. ب.ت. أدب القاضي. بغداد: مطبعة الإرشاد. ج. ١. ص. ١٤٤.
- ٣٤- ابن قدامة، موفق الدين. د.ت. المغني وبهامشه الشرح الكبير. القاهرة: دار الغد العربي. ج. ١١. ص. ٣١٢.

وفق مجلة الأحكام العدلية العثمانية<sup>٣٥</sup>: عرفتھا المادة (١٧٩٠): "اتخاذ الخصمين شخصاً آخر برضاها لفصل خصومتها ودعواها".

وفق مجلة الأحكام الشرعية<sup>٣٦</sup>: عرفتھا المادة (٢٠٩١): "أن يُحكّم الخصمان رجلاً يرتضيانه ليحكم بينهما فينفذ حكمه في كل ما ينفذ فيه حكم القاضي".

وفق المجمع الفقهي الإسلامي<sup>٣٧</sup>: "اتفاق طرفي خصومة معينة على تولية من يصل في منازعة بينهما بحكم ملزم يطبق الفقه الإسلامي"<sup>٣٨</sup>.

يلاحظ من خلال تعريفات فقهاء الشريعة للتحكيم اتفاهم على مفهوم واحد للتحكيم مع اختلاف العبارات، فلا تخرج هذه التعاريف على:

أ- اتفاق الخصمين على تعيين المحكم بينهما للفصل في النزاع بواسطة التحكيم، ما يعني أن اللجوء إلى التحكيم لا يمكن أن يكون إلزامياً بخلاف ما هو الحال عليه أمام القضاء، حيث أن القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة للفصل في النزاعات وبالتالي فإن التحول عن هذا القضاء لا يتم إلا بصفة اختيارية ولكن ضمن حدود معينة حددها الشارع.

ب- وجود محل للنزاع بين المتخاصمين<sup>٣٩</sup>.

ج- اختيار شخص أو أكثر للقيام بمهمة فض النزاع القائم بين المتخاصمين، وحيث يكون هناك لكل طرف من أطراف النزاع الحرية في اختيار المحكم، وإن كان المحكم فرداً وجب رضا كامل المتخاصمين به

٣٥- مجلة الأحكام العدلية العثمانية: هي تقنين للفقه الحنفي صدرت عام ١٨٦٩م لتطبيق على الأراضي التي كانت خاضعة للخلافة العثمانية، واحتوت على (١٨٥١) مادة، وبقيت مطبقة في أكثر البلاد العربية حتى بدايات القرن العشرين.

٣٦- مجلة الأحكام الشرعية: هي أول محاولة لتقنين الشريعة في تاريخ السعودية صدرت عام ١٩٨١م استناداً إلى فقه المذهب الحنبلي، وكان ذلك على يد الشيخ أحمد القاري المكي (١٣٠٩-١٣٥٩هـ) الذي كان رئيساً للمحكمة الكبرى بمكة المكرمة.

٣٧- المجمع الفقهي الإسلامي: هو عبارة عن هيئة علمية إسلامية ذات شخصية اعتبارية مستقلة، داخل إطار رابطة العالم الإسلامي، مكونة من مجموعة مختارة من فقهاء الأمة الإسلامية وعلمائها، أنشئ بتاريخ ١١/١٢/١٩٧٧م. المصدر:

<http://ar.themwl.org/node/11>

٣٨- قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: ٩١ (٩/٨) في دورة مؤتمره التاسع بأبو ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة المنعقد عام ١٩٩٥م ومنشور في مجلة المجمع (العدد التاسع. ج. ٤٠. ص. ٥).

٣٩- السرطاوي، محمود. ٢٠٠٧م. التحكيم في الفقه الإسلامي. بيروت، دار الفكر للنشر والتوزيع. ص. ١١.

وذلك بخلاف القاضي في القضاء العادي الذي يعين من قبل السلطان، وتُحدد له المهام المُكلف بها ويفرض هذا القاضي فرضاً على المتخاصمين<sup>٤٠</sup>.

د- وجود نزاع قائم أو محتمل.

هـ- الفصل في النزاع وفق أحكام الفقه الإسلامي.

٣,٢,٢ مفهوم التحكيم وفق الفقه القانوني

تعددت تعريفات التحكيم لفقهاء القانون نذكر منها:

عرفه أحمد أبو الوفا: "الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحاكم المختصة بحكم ملزم"<sup>٤١</sup>.

عرفه الدكتور محمد أبو العينين: "اتفاق بين طرفين أو أكثر على إخراج نزاع أو عددٍ من النزاعات من اختصاص القضاء العادي، وأن يعهد به إلى هيئة تتكون من مُحكِّم أو أكثر للفصل فيه بقضاء ملزم"<sup>٤٢</sup>.

عرفه الفقه الفرنسي: "طريقٌ يهدف إلى إيجاد حلٍ لقضية تخص العلاقات بين شخصين أو أكثر عن طريق مُحكِّم أو مُحكِّمين يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص بين الأطراف، ويتخذون قرارهم على أساس الاتفاق المذكور دون أن يكونوا محولين من قبل الدولة بهذه المهمة"<sup>٤٣</sup>.

ويلاحظ أنّ جميع التعريفات التي جاء بها الفقه تؤكد على ضرورة وجود اتفاق بين المتخاصمين بعيداً عن سلطة الدولة وقانونها، هذه الإرادة صاحبة الأثر المنشأ لاتفاق التحكيم بحيث يُعرض النزاع على مُحكِّم أو أكثر، ولا خلاف بين هذه التعاريف من الناحية الجوهرية، إلا أنّ البعض يرى أنّ أهم ما يمكن التطرق إليه عند تعريف التحكيم حتى يكون شاملاً هو اشتماله على جميع العمليات التي يتألف منها، لذا وبحق قيل أنّ التعريف المناسب والشامل للتحكيم ما قاله البعض بأنه: "مجملة العمليات التي تستهدف الفصل

٤٠- المنجد. ٢٠١٣م. التحكيم الإسلامي في نظام غير إسلامي. ط. ٢. ص. ٤٩.

٤١- أحمد أبو الوفا. ٢٠٠١م. التحكيم الاختياري والاجباري. القاهرة: منشأة المعارف للنشر والتوزيع. ص. ١٥.

٤٢- محمد أبو العينين. ١٩٩٩م. "المبادئ القانونية التي يقوم عليها التحكيم في الدول العربية والإفريقية التي تبنت قانون اليونسسترال النموذجي

للتحكيم". مجلة التحكيم العربي. القاهرة: دار النهضة العربية. عدد (١). ص. ٨.

٤٣- Jean Robert. L'arbitrage droit interne, droit international prive 6 ed; Dallooz;

Paris; 1983; p3.

في نزاع من أنزعة القانون الخاص بمقتضى اتفاق بين المعنيين به عن طريق قضاة خاصين مختارين من قبلهم لا معينين من قبل الدولة"٤٤.

٤٢،٤ مفهوم التحكيم وفق القانون والقضاء

عرفه قانون التحكيم السوري: "أسلوبٌ اتفاقيٌّ قانونيٌّ لحلّ النزاع بدلاً من القضاء، سواء أكانت الجهة التي ستتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمةً أو مركزاً دائماً للتحكيم أم لم تكن كذلك"٤٥.

عرفه قانون التحكيم المصري: "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كلٍّ أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقةٍ قانونيةٍ معينةٍ عقديةٍ كانت أو غير عقدية"٤٦.

عرفته محكمة النقض المصرية: "طريقٌ استثنائيٌّ لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، ومن ثمّ فهو مقصور حتماً على ما تنصرف إرادة المحكّمين على عرضه على هيئة التحكيم"٤٧.

عرفته محكمة التمييز الأردنية: "طريقٌ استثنائيٌّ لفض الخصومات، ومقصود على ما تنصرف إليه إرادة الفريقين إلى عرضه على المحكّم"٤٨.

هذا ويُلاحظ من التعريفات السابقة ما يلي:

١- اتفاقها على أنّ التحكيم أسلوبٌ اتفاقيٌّ أنشأته إرادة طرفي الخصومة.

٢- تركيز بعض التعاريف على أنّ المسائل التي يمكن أن تعرض على التحكيم قد تكون عقدية أو غير عقدية، وأنّ التحكيم يقتصر على ما انصرفت إليه إرادة المحكّمين، وأنّ التحكيم هو طريق استثنائي لفض الخصومات.

٤٤ - مصطفى الجمال وعكاشة محمد عبد العال. ١٩٩٨م. التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. ص. ٢٣.

٤٥- المادة (١) من قانون التحكيم السوري الصادر بموجب القانون رقم (٨) تاريخ ٢٥/٣/٢٠٠٨.

٤٦- المادة (١٠) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧)، لعام (١٩٩٤)، تم نشره في الجريدة الرسمية في العدد (١٦) تاريخ ٢١/٤/١٩٩٤.

٤٧- نقض مدني. ١٩٩٨م. الطعن رقم ١٠٠٤، جلسة ٢٧/١٢/١٩٩٧م. مجلة القضاة. القاهرة: نادي القضاة. عدد (٢-١).

٤٨- تمييز حقوق. ١٩٩٥م. رقم ١٧٧٤/٩٤. مجلة النقابة. عمان: نقابة المحامين الأردنيين. عدد (٧-٨). ص. ١٩٨٥.

ولكن مع اختلاف العبارات بين ما تمّ عرضه من تعاريفٍ للتحكيم، يمكن القول أنّ كلّ ما جاء من عباراتٍ في هذه التعاريف هي عباراتٌ صحيحةٌ تصف التحكيم، ويبدو تعريف التحكيم في القانون السوري الأكثر شمولاً ولو كان بحاجةً للتنبؤ على أنّ التحكيم يكون مقصوراً على الموضوع الذي اتجهت إليه إرادة أطراف الخصومة.

#### مقارنات

باستعراض هذه التعاريف نجد أنّها تنصبُّ على تعريف اتفاق التحكيم بأنه الوسيلة التي يتمّ بناءً عليها الالتجاء إلى التحكيم، ولا تنصبُّ على التحكيم بذاته كمنظّمٍ للفصل في المنازعات يقوم بجانب القضاء العادي، ورغم تعدد وتنوع هذه التعاريف، فإنّها جميعها تدور حول جوهرٍ واحدٍ وتُعبّر عن معنى ومضمون واحد، وهو أنّ التحكيم هو عبارة عن طريقةٍ وقضاءٍ خاصٍ واستثنائي لتسوية النزاعات دون الحاجة إلى الالتجاء إلى السلطة القضائية على اختلاف جهاتها وتنوع محاكمها وتعدد درجاتها وتباين اختصاصاتها.

ويتبين من خلال التعريفات السابقة أنّ التحكيم بمعناه الشرعي متفقٌ مع معناه اللغوي في اعتبار التحكيم توليةً وتفويضاً من طرفي الخصومة التحكيمية لحل النزاع القائم بينهم، كما يتبين أنّ معنى التحكيم في الفقه والقضاء والقانون لا يختلف عن معناه في الفقه الإسلامي، فتعاريف التحكيم وإن لم تكن متطابقة في العبارات لكنها وردت في عبارات مترادفة تؤدي نفس المعنى، فلم يخرج الفقه القانوني في تعريفه للتحكيم عن التعريف الذي جاء به علماء الشريعة من حيث كونه سبيل اتفاقٍ لحل الخصومات بعيداً عن سلطة الدولة، وهذا الاتفاق يستلزم تطابقاً لإرادة المتخاصمين على حسم نزاعٍ محددٍ بينهما عن طريق التحكيم بعيداً عن القضاء، وإن اختلفا في أنّ التحكيم في الفقه الإسلامي يجب أن يتوافق مع أحكام الفقه الإسلامي بينما لا يشترط ذلك في قوانين التحكيم الوضعية المذكورة آنفاً.

ويمكن تلخيص العناصر المشتركة بين الفقه الإسلامي والقانون السوري في التالي:

- ١- اعتماد مبدأ الإرادة الكاملة للأطراف في اللجوء إلى التحكيم
- ٢- يكون التحكيم في كلّ من الفقه الإسلامي والقانون السوري في واقعةٍ معينةٍ ينفق عليها الخصوم ولا يتجاوز التحكيم هذه الواقعة إلى وقائع أخرى.

٣,٢ الأحكام العامة للمُحكّم

إنَّ تحديد مفهوم المُحكِّم يساعد على معرفة طبيعة عمله وصلاحياته وحتى صفاته، وما هو مطلوب منه من التزامات، فلو كان المُحكِّم يُعتبر وكيلًا لحقِّ له إبراز المذكرات نيابةً عن الخصوم، ولو كان مُصالحاً لكان حكمه غير ملزمٍ لأطراف الخصومة.

وقد وردت تعريفاتٌ عديدةٌ للمُحكِّم، وفي كلِّ الأحوال تتشابه هذه التعريفات مع بعضها البعض، وتكاد تتفق على أنَّ المُحكِّم هو الشخص الذي يجب أن يتمتع بالثقة والحكمة والخبرة في مجال المنازعة التي يفصل بها، ويجب أن يكون موضوعياً ومجرداً من الميل لأحد أطراف الخصومة على حساب الطرف الآخر، وسوف نتناول مفهوم المُحكِّم في اللغة والفقهاء الإسلامي وكذلك وفق الفقه القانوني وأخيراً وفق القانون والقضاء وفق التالي:

١,٣,٢ مفهوم المُحكِّم لغةً

المُحكِّم بتشديد الكاف مع الفتح الحُكم والفاصل، يُقال حُكِمَ بمعنى قضى وفصل، وتحكَّم في الأمر أي حُكِمَ فيه وفصل بالرأي عن نفسه من غير أن يبرر وجهاً للحكم، وتصرف فيه وفق مشيئته، وحكم حكمه أي ولاه وجعله حُكماً<sup>٤٩</sup>، والمُحكِّم هو الذي يُفوض إليه الحكم في الشيء، وقيل هو الرجل المجرب المنسوب إلى الحكمة، أو هو من نُصب للفصل بين المتخاصمين<sup>٥٠</sup>، والخلاصة فالمُحكِّم بالمعنى اللغوي يفيد التفويض لشخصٍ للحكم في أمر، ويُلاحظ من المعاني السابقة أننا عندما نقول مُحكِّم فالأمر يتعلق بالرجل المجرب الحكيم، ذلك أنه عند العرب لم يكن يتصدر التحكيم إلا رجالٌ عُرفوا بالحكمة والصدق والأمانة.

٢,٣,٢ مفهوم المُحكِّم وفق الفقه الإسلامي

عرفه أحمد البراك: "هو الذي يتخذه الخصمان حاكماً برضاها للفصل في خصوماتهما ودعواهما على الوجه الشرعي"<sup>٥١</sup>.

عرفته مجلة الأحكام العدلية: "التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاها لفصل خصومتها ودعواها، ويُقال لذلك حكم بفتحين، ومُحكِّم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة"<sup>٥٢</sup>، ولا بدَّ

٤٩ - ابن منظور. ١٩٨٢م. لسان العرب. بيروت: دار صادر. ج. ٨. ص. ٤٠.

٥٠ - الرازي. ١٩٩٥هـ. مختار الصحاح. محمود خاطر (محقق). بيروت: مكتبة البيان. ص. ٦٢.

٥١ - أحمد البراك. ٢٠٠٥م. أعوان القاضي وأحكامهم الفقهية. الرياض: مؤسسة نورة الشام. ص. ١٣.

٥٢ - المادة (١٧٩٠) من مجلة الأحكام العدلية.

من الإشارة إلى أن لفظ الحاكم الوارد في التعريف السابق، لا يقصد به الحاكم المعين من السلطان، بل يقصد به المُحكّم المعين من قبل أطراف الخصومة<sup>٥٣</sup>.

إذاً ووفقاً لما سبق فالمُحكّم هو الذي يُعين باتفاق الخصمين، وبالتالي لا يجوز تعيينه من قبل السلطان للفصل في الخصومة، وبالتأكيد وفق أحكام الفقه الإسلامي ليفصل في مسألة محددة.

٣,٣,٢ مفهوم المُحكّم وفق الفقه القانوني

عرفه الدكتور أحمد أبو الوفا: "المُحكّم هو شخصٌ يتمتع بثقة الخصوم، أولوه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهم، وقد يتم تعيينه من قبل المُحكّمة المختصة في الحالات التي نصّ عليها النظام للقيام بذات المهمة المتقدمة"<sup>٥٤</sup>.

عرفه الدكتور فتحي والي: "عملٌ قضائيٌ يتميز أنّ من يصدره ليس قاضياً معيناً من الدولة ضمن تنظيمها القضائي القائم دائماً والذي يعمل باطراد، وإنما يصدر من شخصٍ يتم اختياره بالنسبة لكل تحكيم على حده يسمى المُحكّم"<sup>٥٥</sup>.

ويلاحظ في التعريف الأول تأكيده على أنّ المُحكّم يُعين في خصومة قائمة، وبالتالي استثنى التعريف شرط التحكيم الذي يتم فيه تعيين أو اختيار المُحكّم لاحقاً، أما التعريف الثاني فقد أكد أنّ تعيين المُحكّم يتم بشكل رضائي، ولم يتعرض لمسألة تعيين المُحكّم من قبل القضاء الذي قد يتم في بعض الحالات.

٤,٣,٢ تعريف المُحكّم وفق القانون والقضاء

لم يتطرق القانون السوري إلى تعريف المُحكّم بالرغم من أنه في المادة الأولى من قانون التحكيم السوري قد عرّف التحكيم وهيئة التحكيم واتفاق التحكيم وغيره، وحبذا لو اشتملت هذه المادة على تحديد مفهوم المُحكّم، كما لم تتطرق المحاكم السورية في قراراتها واجتهاداتها إلى تعريف المُحكّم، ولذلك سنورد ما جاء في قرارات واجتهادات المحاكم الأخرى التي يتشابه قانونها مع القانون السوري وبخاصة القانون المصري.

٥٣- البجاد، محمد. ١٩٩٩م. التحكيم في المملكة العربية السعودية. القاهرة: دار الفجر للنشر والتوزيع. ص. ١٢٤.

٥٤- أحمد أبو الوفا. ١٩٧٨م. التحكيم الاختياري والإجباري. الإسكندرية: منشأة المعارف. ص. ١٤٤.

٥٥- فتحي والي. ٢٠٠٧م. قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق. الإسكندرية: دار المعارف. ص. ١٩٧.

عرفته محكمة النقض المصرية: "هو الشخص الذي يُعهد إليه بفض النزاع بين طرفين أو أكثر، ويكون له نظر النزاع والاشتراك في المداولة بصوت محدود، وفي إصدار الحكم، وفي التوقيع عليه"<sup>٥٦</sup>.

كما عرفته محكمة النقض المصرية في حكم آخر بأنه: "هو على ذلك ليس طرفاً في خصومة التحكيم، وإنما هو شخصٌ يتمتع بثقة الخصوم، ويفصل فيما شجر بينهم بحكمٍ يحوز حجية الشيء المحكوم به بمجرد صدوره"<sup>٥٧</sup>.

إذاً، ووفقاً لما ورد في التعريفين السابقين، فالمُحكَّم يُعين من قبل أطراف الخصومة كي يفصل بينهم فيما شجر من خصومات.

#### مقارنات

يُلاحظ من التعريفات السابقة للمُحكَّم أنّ تعريف فقهاء القانون والمحاكم متوافق إلى حدٍ ما مع ما ذكره فقهاء الفقه الإسلامي بهذا الخصوص، إلا أنّ تعريف فقهاء الشريعة وصف المُحكَّم بكلمة الحاكم، وهي كلمة أكثر دقةً من غيرها، ويبدو ذلك تقريراً للرأي المشهور عند فقهاء الشريعة بكون المُحكَّم هو بمنزلة القاضي.

لم يُعرف قانون التحكيم السوري ولا المحاكم السورية المُحكَّم، ولكن نظراً للتوافق الكبير بين القانونين المصري والسوري أمكننا الاستعانة بما أوردته المحاكم المصرية التي وصفت المُحكَّم: "بالشخص الذي يُعهد إليه لفصل الخلاف بحيث لا يكون أحد طرفي الخصومة ولا يُمثل أيّاً منهما، ولكنه يتمتع بثقة الخصوم"، وفي الفقه الإسلامي للمُحكَّم نفس الصفات مع إضافة عبارة الحاكم بدل المُحكَّم، ولا يكون هناك إرغامٌ على شخص المُحكَّم إلا في بعض الحالات التي حددها القانون السوري والتي ستمر معنا لاحقاً في موضوع تعيين المُحكَّم، ولكن يبقى الأصل هو الحرية الكاملة في تعيين المُحكَّم، ويكمن الاختلاف في المواصفات التي تتطلبها الشريعة في المُحكَّم والتي ستمر معنا لاحقاً.

بعد استعراض ما جاء من تعاريفٍ للمُحكَّم، يمكن وضع تعريفٍ للمُحكَّم هو التالي: "المُحكَّم هو شخصٌ يتمتع بثقة الخصوم يتم تعيينه للفصل في خصومةٍ محددةٍ قائمةٍ أو قد تقوم مستقبلاً، كما يمكن أن

٥٦ - نقض مدني. مصري جلسة ١٤/٢/١٩٨٨م. في الطعن ١٦٤٠ لسنة ٥٤ قضائية.

٥٧ - نقض تجاري. الطعن رقم ٨٨٧ و١١٥٤ لسنة ٥٩ قضائية. جلسة ١٤/١/١٩٩١م. منشور في قضاء النقض التجاري.

يعين من قبل القضاء أو مراكز التحكيم في حالاتٍ خاصة"، وإذا كان هذا التعريف يتناسب مع القانون السوري فيمكن إضافة عبارة وفق أحكام الفقه الإسلامي ليكون متوافقاً مع الفقه الإسلامي.

## ٤,٢ تمييز مهمة المُحكّم عن غيرها من المهام

إنّ تحديد مهمة المُحكّم وتمييزه عن غيره من المهام من الأهمية بمكان من أجل تحديد سلطاته والتزاماته ومهامه أمام الخصوم، ذلك أنّ عمل المُحكّم قد يتشابه أحياناً مع عمل بعض الأشخاص كالوكيل، ولهذا التمييز أهمية بالغة أثبتتها الوقائع العملية أمام المحاكم، فكما سيمر معنا في الفصل الخامس من هذا البحث، فقد قامت محكمة الاستئناف المدنية بحماه بإبطال حكم التحكيم نظراً لتصرف عضوين من أعضاء هيئة التحكيم الثلاثية كوكلاء عن الخصوم وإبرازهم مذكرات كتابية بدلاً منهم؛ فكان لا بدّ من تحديد مهمة المُحكّم منعاً لهذا اللبس.

## ٤,٢ (١) تمييز المُحكّم عن الوكيل

عرفت المادة (٦٦٥) من القانون المدني السوري عقد الوكالة بأنه: "عقد يلتزم الوكيل بمقتضاه بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل"، إذاً وبالرجوع إلى مفهوم المُحكّم فكلاهما يقوم بعملٍ قانوني، وبالتأكيد ففي كلا الحالتين يقوم الاعتبار الشخصي بالدور الرئيس في الاختيار، ويتم الاختيار في كلا الحالتين بشكلٍ رضائي، ومن صفات الوكيل أنه يستمد سلطته من الموكل، فلا يجوز له تجاوز حدود وكالته، ولا يتمتع الوكيل إلا بما يمكن أن يقوم به الموكل<sup>٥٨</sup>، ويجوز للموكل عزله في أي وقت، وهو يعمل لصالح الموكل، وليس له أن يخالفه<sup>٥٩</sup>، أما المُحكّم فهو يتمتع بعد تعيينه بالاستقلال عن الخصوم، ويكتسب الصفة القضائية، ولا يمكن عزله إلا في حال اتفاق الخصوم على ذلك<sup>٦٠</sup>، وهذا ما يؤكد اختلاف المُحكّم عن الوكيل<sup>٦١</sup>.

## ٤,٢ (٢) تمييز المُحكّم عن القاضي

إن أهم نقاط الاتفاق بين القاضي والمُحكّم أنّ كلاهما يفصل في الخصومات بحكمٍ ملزمٍ لأطراف الخصومة، أما أهم نقاط الاختلاف فهي أنّ القاضي يُعين عن طريق الدولة ويُعتبر موظفاً حكومياً يحصل

٥٨ - الغنام، طارق. ٢٠١٥م. التنظيم القانوني للمحكم. الجيزة: مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع. ص. ٣٦.

٥٩ - المناصير. ٢٠١٦. التزامات وسلطات المُحكّم في الإثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة. ص. ٨٦.

٦٠ - نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٠) من قانون التحكيم السوري: "لا يجوز عزل المُحكّم أو المحكمين إلا باتفاق الخصوم جميعاً"

٦١ - العُكّله. ٢٠١٨. مسؤولية المحكم. ص. ٣٤.

على راتب ثابت، وبالتالي فلا دور للخصوم في اختيار القاضي، أما في التحكيم فيتم اختيار المحكم من قبل أطراف الخصومة مقابل أجر متفق عليه أو بدون أجر، وقد يتم التعيين عن طريق الدولة في حالات خاصة<sup>٦٢</sup>.

٣,٤,٢ تمييز المحكم عن الخبير

عرف الدكتور حسان هاشم الخيرة بأنها: "استعانة المحكم أو الخصوم بأشخاص متخصصين في وسائل يفترض عدم علم المحكمين بها على صعوبات تعوق الوصول إلى الحكم الصحيح في الدعوى"<sup>٦٣</sup>، إذاً يُعدُّ الخبير من أعوان القاضي أو المحكم، يتم تعيينه لتقديم المشورة الفنية في المسألة المعروضة على القاضي أو المحكم من أجل إزالة الغموض في مسألة ما<sup>٦٤</sup>، ومن صفاته أن قراره غير ملزم للقاضي أو المحكم، وتُنحصر وظيفته في المسائل الواقعية بعيداً عن الأمور القانونية، ويشترط فيه الدراية الفنية في الموضوع المعروض عليه<sup>٦٥</sup>، ولا يجوز الطعن بقرار الخبير لأنه لا يصدر حكماً<sup>٦٦</sup>، أما المحكم فإن قراره ملزم لأطراف الخصومة، وينظر في المسائل القانونية لا الفنية، ويجوز الطعن في حكم المحكم والقرار الذي يصدره ملزم للخصوم<sup>٦٧</sup>.

٤,٤,٢ تمييز المحكم عن المصالح

المصالح هو شخص يختاره الأطراف لحل نزاعهم استناداً إلى قواعد العدل والإنصاف وذلك بأن يتنازل كلٌّ منهم للآخر عن بعض ادعاءاته<sup>٦٨</sup>، ويتشابه الصلح مع التحكيم في كونهما سيلتان لتسوية الخلاف بعيداً عن ساحات القضاء، أما ما يميز به المصالح بأنه لا يلتزم بقواعد وإجراءات محددة، كما أن حل الخلاف يقوم على تنازل كل خصم عن بعض مطالبه وصولاً لصيغة يرضى به الطرفان<sup>٦٩</sup>، ويكون القرار

٦٢ - البتاتوني، خيري. ٢٠١٣م. مفهوم المحكم في التحكيم التجاري الدولي. القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع. ص. ٢٦١.

٦٣ - حسان هاشم. ٢٠٠١م. الخبرة في قانون التحكيم المصري. القاهرة: دار النهضة العربية. ص. ٩.

٦٤ - أبو الوفاء، أحمد. ١٩٧٤م. عقد التحكيم وإجراءاته. الإسكندرية: منشأة المعارف. ط. ٢. ص. ٦.

٦٥ - يوسف، سحر. ٢٠٠٦م. المركز القانوني للمحكم. القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع. ص. ٣٩.

٦٦ - العكله. ٢٠١٨. مسؤولية المحكم. ص. ٣٨.

٦٧ - البتاتوني، خيري. ٢٠١٣م. مفهوم المحكم في التحكيم التجاري الدولي. القاهرة: دار النهضة العربية. ص. ١٢١.

٦٨ - بريري، محمود. ١٩٩٩م. التحكيم التجاري الدولي. القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع. ص. ٣٠.

٦٩ - الشerman. ٢٠١٥م. المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي. ص. ١٢٨ - ١٢٩.

الذي يصدره المصالح غير ملزم للأطراف<sup>٧٠</sup>، أما المحكم فيطبق قواعد وإجراءات محددة، ويصدر حكمه وفق ما يراه بعد سماع أقوال الخصوم، وليس بناءً على تنازل الأطراف عن بعض ادعاءاتهم، ويكون الحكم الذي يصدره ملزماً للمتخاصمين<sup>٧١</sup>.

## ٥,٢ الأحكام العامة للمسؤولية

يختلف مفهوم المسؤولية في الفقه الإسلامي عنه في القانون، وبيان مفهوم المسؤولية سنقوم بتعريف المسؤولية في كل من اللغة العربية والفقه الإسلامي والفقه القانوني والقانون والقضاء وفق التالي:

### ١,٥,٢ مفهوم المسؤولية لغةً

المسؤولية في اللغة هي مصدر صناعي من سأل يسأل سؤالاً ومسألة، ورجلٌ سؤالٌ أي كثير السؤال، والسين والهمزة واللام كلمة واحدة<sup>٧٢</sup>، فلفظ المسؤولية من سأل فهو مسؤول، ومعنى المسؤولية أن الإنسان مؤاخداً على أفعاله، وأقرب المعاني لكلمة المسؤولية يمكن أن نوردتها كالتالي:

(أ) معنى المحاسبة كقوله تعالى: ﴿وَقِفُوهُمْ إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ﴾<sup>٧٣</sup>، وقوله تعالى: ﴿فَوَرَبِّكَ لَنَسْأَلَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ﴾<sup>٧٤</sup>، وقوله (ﷺ): "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته"<sup>٧٥</sup>.

(ب) معنى الطلب كقوله تعالى: ﴿يَسْأَلُهُ مَنْ فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ كُلَّ يَوْمٍ هُوَ فِي شَأْنٍ﴾<sup>٧٦</sup>.

إذاً فالمسؤولية في اللغة تعني المحاسبة والطلب، وهي (بوجه عام) حال من يسأل عن أمرٍ تقع تبعته عليه، ويُقال إني بريءٌ من مسؤولية هذا الفعل، والمسؤولية (أخلاقياً) تطلق على التزام الشخص بما يصدر

٧٠ - أبو الوفاء، أحمد. ٢٠١٧م. التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح. الإسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية. ص. ٣١.

٧١ - الغنام. ٢٠١٦م. دور المحكم في نظام التحكيم السعودي. ص. ٤١.

٧٢ - ابن فارس. ١٩٧٩م. معجم مقاييس اللغة. عبد السلام هارون (محقق). بيروت: دار الفكر. ج. ٣. ص. ١٢٤.

٧٣ - القرآن. الصفات: ٣٧: ٢٤.

٧٤ - القرآن. الحجر: ١٥: ٩٢.

٧٥ - البخاري، محمد بن إسماعيل. ١٤٢٢هـ. صحيح البخاري. محمد زهير الناصر (محقق). بيروت: دار طوق النجاة. باب الجمعة في القرى

والمدن. ج. ٢: ٥. رقم الحديث. ٨٩٣.

٧٦ - القرآن. الرحمن: ٥٥: ٢٩.

عنه عملاً أو قولاً، والمسؤولية (قانوناً) تطلق على "التزام الشخص بإصلاح الخطأ الذي قد يقع على الغير"<sup>٧٧</sup>، وعرفها معجم المنجد بأنها "ما يكون به الإنسان مسؤولاً ومطالباً عن أمور وأفعال أتاها"<sup>٧٨</sup>.

٢٠٥،٢ مفهوم المسؤولية وفق الفقه الإسلامي

لم يُعرف فقهاء الفقه الإسلامي الأقدمون لفظ المسؤولية، بل استخدموا ألفاظاً أخرى ولكنها لا تختلف عن عبارة المسؤولية في الجوهر والمعنى<sup>٧٩</sup>، ومن هذه الألفاظ كلمة "المخالفة" سواءً كانت مخالفة أخلاقية أو مخالفة قانونية أو غير ذلك، ورتب الفقهاء على المخالفة الضمان من المال أو العقوبة بدون الضمان المالي، أما فقهاء الفقه الإسلامي المعاصرون فيأهم عرفوا المسؤولية، ونورد من هذه التعاريف:

عرفها الدكتور صالح الحميد: "حالة يكون فيها الإنسان صالحاً للمؤاخذه على أعماله وملزماً بتبعاتها المختلفة"<sup>٨٠</sup>.

عرفها الدكتور أحمد الحلبي: "هي أهلية الشخص أن يكون مطالباً شرعاً بامتنال المأمورات واجتناب المنهيات ومحاسباً عليها"<sup>٨١</sup>.

عرفها الدكتور وهبة الزحيلي: "الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية"<sup>٨٢</sup>.

عرفتها مجلة الأحكام العدلية: "هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات"<sup>٨٣</sup>.

٧٧- إبراهيم مصطفى وآخرون. ١٩٨٩م. المعجم الوسيط. إسطنبول: دار الدعوة. ج. ١. ص. ٤١١.

٧٨- الأزوري، علي. ٢٠٠٣م. المنجد في اللغة والإعلام. بيروت: دار المشرق. ط. ٤٠. ص. ٣١٦.

٧٩- العجلان، عبد الرحمن. ١٤٢٨هـ. المسؤولية العقدية للمحكم. (رسالة ماجستير). جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية. ص. ١٥.

٨٠- صالح الحميد وآخرون. ١٤١٨هـ. موسوعة نضرة النعيم في مكارم أخلاق الرسول (ﷺ). جدة: دار الوسيلة للنشر والتوزيع. ط. ٤. ج. ٨. ص. ٣٤٠١.

٨١- أحمد الحلبي. ١٩٩٤م. المسؤولية الخلقية والجزاء عليها. الرياض: مكتبة الرشد. ص. ٧١.

٨٢- وهبة الزحيلي. ١٩٩٨م. نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة. دمشق: دار الفكر. ص. ٢٢.

٨٣- المادة (٤١٦) من مجلة الأحكام العدلية.

ولا تختلف التعريفات السابقة في كون المسؤولية في الفقه الإسلامي مرتبطة بأهلية الشخص أولاً ثم تحمله تبعات عمله ومحاسبته عليها، ولعلّ تعريف الدكتور وهبة يُعدّ أشمل هذه التعاريف كونه ذكر تلف المال أو ضياع المنافع وكذلك ذكر الضرر المادي والضرر المعنوي الواقع على النفس.

٣,٥,٢ مفهوم المسؤولية وفق الفقه القانوني

وردت تعريفات كثيرة من فقهاء القانون للمسؤولية نورد بعضها:

عرفها الفقيه عبد الرزاق السنهوري: "هي تعويض الضرر الناشئ عن عملٍ غير مشروع، وقد يكون هذا العمل الغير مشروع هو الإخلال بعقدٍ أبرم، وهذه هي المسؤولية التعاقدية، وقد يكون إضراراً بالغير عن عمد أو غير عمد وهذه هي المسؤولية التصديرية"<sup>٨٤</sup>.

عرفها الدكتور مصطفى الزرقا: "التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير"<sup>٨٥</sup>.

عرفها الدكتور فواز صالح: "هي حالة الشخص الذي ارتكب فعلاً يستوجب المؤاخذة، وهي إما ان تكون أخلاقية أو تكون قانونية"<sup>٨٦</sup>.

عرفها محمد العكله: "هي الحالة التي يؤاخذ فيها الشخص عن عملٍ أتاها، وهذا العمل يفترض إخلالاً بقاعدة، فإن كانت القاعدة قانونية فالإخلال بها يستتبع مسؤولية قانونية يقابلها جزاءٌ حدده القانون، وإذا كانت القاعدة أخلاقية فالمسؤولية تكون أدبية وتكون المؤاخذة بالصفة ذاتها"<sup>٨٧</sup>.

ويلاحظ من التعريفات السابقة أنّ مفهوم المسؤولية في الفقه القانوني يتركز على القيام بعمل غير مشروع، ومن ثمّ وجوب التعويض عن هذا الضرر، ويبدو أنّ تعريف السنهوري هو أدقّ التعاريف وأوضحها حيث ميز بين المسؤولية العقدية والتصديرية، وألزم الخصم في الحالتين بالتعويض عن الضرر الناشئ.

٤,٥,٢ مفهوم المسؤولية وفق القانون والقضاء

لم يعرف القانون السوري المسؤولية وكذلك المحاكم السورية، وكل ما جاء في القانون السوري هو أركان المسؤولية التصديرية، حيث نصت المادة (١٦٤) من القانون المدني السوري: "كل خطأ سبب ضرراً للغير

٨٤- عبد الرزاق السنهوري. د.ت. الوسيط في شرح القانون المدني. بيروت: دار إحياء التراث العربي. ج. ١. ص. ٧٤٨.

٨٥- مصطفى الزرقا. ٢٠٠٤م. المدخل الفقهي العام. دمشق: دار القلم. ط. ٢. ج. ٢. ص. ١٠٣٥.

٨٦- فواز صالح. ٢٠١٨م. القانون المدني ٢. دمشق: الجامعة الافتراضية السورية. ص. ١.

٨٧- العكله. ٢٠١٨. مسؤولية المحكم. ص. ١٦.

يلزم من ارتكبه بالتعويض"، إذا تقوم المسؤولية التقصيرية على وجود خطأ أدى إلى ضرر والصلة السببية بينهما<sup>٨٨</sup>، وبالتالي وبما أنه لا يوجد تعريف واضح للمسؤولية في القانون السوري والمحاكم السورية يمكننا الرجوع إلى ما قاله فقهاء القانون وإلى خصائص المسؤولية في القانون السوري لمحاولة الوصول إلى تعريف جامع للمسؤولية، ويمكن القول بأنّ المسؤولية هي: إلزام مرتكب الفعل غير المشروع بالتعويض عما سببه للغير من ضرر سواءً كان هذا الفعل ناتج عن التزام تعاقدي أو غير تعاقدي.

#### مقارنات

لم يعرف فقهاء الشريعة الأولون لفظ المسؤولية، بل استخدموا ألفاظاً أخرى تعطي نفس المعنى مثل كلمة المخالفة، بينما نرى فقهاء الشريعة المعاصرون قد استخدموا لفظ المسؤولية، ومن خلال ما أورده فقهاء الفقه الإسلامي يمكن القول أنّ الفكرة الأساسية للمسؤولية هي ارتباطها بأهلية الشخص أولاً ومن ثمّ تحمله تبعاً لعمله ومحاسبته عليه ثانياً.

أما القانون السوري فلم يُعرف المسؤولية، ولكن فقهاء القانون الوضعي لم يخرجوا عما ذهب إليه فقهاء الفقه الإسلامي من ضرورة توفر الأهلية ومحاسبة المخطئ والتعويض عن الضرر.

#### ٦,٢ الفرق بين عقد التحكيم وشرط التحكيم

بدايةً تجدر الإشارة إلى أنّ فقهاء القانون يطلقون على عقد التحكيم أحياناً اسم اتفاق التحكيم أو مشاركة التحكيم، وهي جميعها عبارات تحمل ذات المعنى وهي تختلف عما يسمى شرط التحكيم، وفي كلا الحالتين لا بدّ من وجود الاتفاق على حلّ النزاع بطريق التحكيم، وبدون هذه الإرادة التي تصدر من المتخاصمين لا يمكن أن يجري التحكيم.

أما عقد التحكيم فهو - كما مرّ معنا - اتفاق أطراف الخصومة على اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاع الذي قام فعلاً بين الخصوم، بحيث يشمل هذا الاتفاق الإجراءات المتبعة وتسمية المحكّم وغيره من الشروط والتفاصيل التي يكون من اليسير الاتفاق عليها باعتبار أنّ النزاع أصبح أمراً واقعاً، بينما شرط التحكيم فهو إدراج بندٍ في علاقةٍ تعاقديةٍ أو غير تعاقدية (وقد يكون في وثيقة مستقلة) يتضمن اتفاق أطراف الخصومة

٨٨- قرار ٢٠١١/١٣٧٠. أساس ١٢٤٦. صادر عن محكمة النقض. الدائرة المدنية الرابعة.

على اللجوء إلى التحكيم في حال قيام نزاع بينهما<sup>٨٩</sup>، إذاً في شرط التحكيم لم يقع النزاع ولم يتم تسمية المحكم.

وبناءً على ما سبق فإنّ الفارق بين الطريقتين يتمثل في:

أ- يتم الاتفاق على التحكيم في عقد التحكيم بعد نشوء النزاع، بينما يتم الاتفاق على التحكيم في شرط التحكيم قبل نشوء النزاع ويتم إدراجه كبنود في العقد أو في وثيقة مستقلة.

ب- يتم الاتفاق على تسمية المحكم في عقد التحكيم مباشرةً كون النزاع أصبح قائماً، بينما في شرط التحكيم لا يتم تسمية المحكم وإنما يتم ذلك لاحقاً عند قيام النزاع.

#### ٧،٢ أركان عقد التحكيم

لكلّ عقدٍ أركانٌ يجب توفرها فيه، وتختلف أيُّ ركنٍ من هذه الأركان يؤدي إلى بطلان العقد، وبالتالي تعتبر أركان العقد ذات أهمية كبيرة، ولذلك سيتم دراسة أركان عقد التحكيم بالتفصيل، بحيث سنتناول أولاً أركان عقد التحكيم في الفقه الإسلامي ثم أركان عقد التحكيم في القانون السوري:

#### ١،٧،٢ أركان عقد التحكيم في الفقه الإسلامي

إنّ عقد التحكيم هو عقدٌ بين طرفي الخصومة والمُحكّم، لذا فلا بدّ من أن تتوفر أركان هذا العقد، وأركان العقد في الفقه الإسلامي ثلاثة هي الإيجاب والقبول، والعاقدين، والمحل، وبالتالي فإنّ اختلال أيّ ركنٍ من أركان هذا العقد قد يؤدي إلى بطلانه، لذلك فإنّ دراسة هذه الأركان يعدّ أمراً هاماً لسلامة العملية التحكيمية، وقد يؤدي عدم مراعاة هذه الأركان إلى مساءلة المُحكّم كما سيمر معنا، وعلى هذا سنقوم بدراسة كل ركنٍ بشكلٍ مستقل، وهنا لا بدّ من الإشارة إلى وجود اختلاف بين الفقهاء في اعتبار ما إذا كانت هذه الأمور الثلاثة أركاناً للعقد، فالأحناف يرون أنّ الركن في أيّ عقدٍ يجب أن يكون جزءاً من الشيء، وعليه فإنّ ركن العقد لديهم هو الإيجاب والقبول فقط، أما العاقدان والمحل فهما ليسا من أجزاء العقد، وإنما من لوازم الإيجاب والقبول، وقد أخذت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية<sup>٩٠</sup> بهذا الرأي، حيث نص المعيار رقم ٣٢/ لعام ٢٠٠٧م في المادة رقم ١/٦: "ركن التحكيم

٨٩ - القليوبي، سميحة. ٢٠١٠م. الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤م. القاهرة: دار النهضة العربية. ص. ٢٤-٢٥.

٩٠ - هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI): هي منظمة دولية غير هادفة للربح، تضطلع بإعداد وإصدار معايير المحاسبة المالية والمراجعة والضبط وأخلاقيات العمل والمعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية خاصة والصناعة المصرفية والمالية

الصيغة (تبادل الإيجاب والقبول) بين طالبي التحكيم و المٌحكّم"، أما جمهور الفقهاء فيرون أنّ أركان العقد هي الثلاثة معاً، لأن الركن عندهم هو ما لا بدّ منه لتصور العقد ووجوده، سواءً أكان جزءاً منه أم محتصاً به<sup>٩١</sup>، وبناءً على ما سبق سيتم دراسة الأركان وفق ما ذكره جمهور الفقهاء.

#### أ) الإيجاب والقبول

الإيجاب هو ما صدر أولاً من أحد العاقدين، والقبول هو ما صدر ثانياً من العاقد الثاني، وهذا قول الحنفية<sup>٩٢</sup>، ولذلك قال الحنفية أن ركن التحكيم هو إيجاب المٌحكّمين بلفظٍ دال عليه، أي لفظٌ دالٌ عليه من الموجب مع قبول الآخر، كما في قولنا: احكم بيننا، أو جعلناك حكماً، أو حكمناك في كذا<sup>٩٣</sup>، كذلك يصحّ التحكيم بكل لفظٍ دالٍ على معناه كقولنا: اقض بيننا، ويبيّن حق كل منا في هذه المسألة<sup>٩٤</sup>، وعليه فإن عقد التحكيم ينعقد بأي صيغة تصدر عن المتخاصمين وتدلّ عليه، ولكن إذا حكما رجلاً فلم يقبل فعندئذ لا يجوز حكمه إلا بتجديد التحكيم بعد قبوله بموجب إيجاب وقبول استوفيا كامل شروطهما<sup>٩٥</sup>، وينعقد التحكيم أيضاً بالإشارة لمن لا يحسن الكلام، كإشارة الأخرس إذا فهم منها إيجاب أو قبول بالتحكيم وفي حال كان لا يحسن الكتابة<sup>٩٦</sup>، وعليه فإنه يصحّ التحكيم بالكتابة سواءً كان الكاتب حاضراً أو غائباً، فعند وصول الكتاب إلى الطرف الآخر ينعقد التحكيم، وكذلك يصحّ التحكيم إذا حمله رسولٌ شفاهةً، فبوصول الرسول وقبول الطرف الآخر ينعقد التحكيم<sup>٩٧</sup>.

يشترط في الإيجاب والقبول شرطان ليتحقق الارتباط بينهما وبالتالي ينعقد عقد التحكيم، وفقدان أي شرطٍ منهما يترتب عليه عدم انعقاد العقد، وهذه الشروط هي:

#### ١- توافق الإيجاب والقبول.

الإسلامية على وجه العموم، تأسست الهيئة بموجب اتفاقية التأسيس التي وقعها عدد من المؤسسات المالية الإسلامية بتاريخ ١ صفر ١٤١٠ هـ الموافق ٢٦ فبراير (شباط) ١٩٩٠م في الجزائر، قد تم تسجيل الهيئة في ١١ رمضان ١٤١١ هـ الموافق ٢٧ مارس (آذار) ١٩٩١م في البحرين. المرجع: <http://aaoifi.com/>.

- ٩١- الدوري، قحطان. ٢٠٠٢م. عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. عمان: دار الفرقان للنشر والتوزيع. ص. ١١٩.
- ٩٢- ابن الهمام، محمد. د.ت. فتح القدير. بيروت: دار الفكر. ج. ٣. ص. ١٩٠.
- ٩٣- ابن عابدين. ١٩٩٢م. رد المختار على الدر المختار. ج. ٥. ص. ٤٢٨.
- ٩٤- السرتاوي. ٢٠٠٧م. التحكيم في الفقه الإسلامي. ص. ٢٩.
- ٩٥- ابن نُجيم. د.ت. البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ج. ٧. ص. ٢٤.
- ٩٦- الدوري. ٢٠٠٢م. عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. ص. ١٢١.
- ٩٧- المصدر نفسه. ص. ١٢٢.

٢- اتصال القبول بالإيجاب.

وسنين هذين الشرطين تبعاً:

الشرط الأول: توافق الإيجاب والقبول.

يتوافق الإيجاب مع القبول إذا تلاقت إرادة المتعاقدين في كل جزئية من جزئيات عقد التحكيم، والأمر سياتي في الموافقة الصريحة والضمنية، فلو قال زيدٌ لعمرو: بعثك سيارتي بألف دينار، فقال عمرو: قبلت شراء دارك بألف دينار، فلا ينعقد العقد في هذه الحالة لمخالفة القبول للإيجاب، أما إذا قال زيدٌ لعمرو بعثك سيارتي بألف دينار، فقال عمرو قبلت، فالموافقة هنا صريحة وكاملة وينعقد العقد، وهنا تطرح عدة تساؤلات:

(أ) متى يبطل الإيجاب؟

يبطل الإيجاب في خمس حالات هي:

١- رجوع الموجب عن إيجابه قبل قبول الآخر سواءً كان الرجوع صراحةً أو ضمناً: ومن أمثلة الرجوع الصريح قول الموجب أحثكم معك إلى زيد من الناس، ولكن وقبل صدور القبول من الآخر قال الموجب: لا بل أحثكم معك إلى عمرو، أما مثال الرجوع الضمني قول الموجب أحثكم معك إلى زيد من الناس، ولكن وقبل صدور القبول من الآخر انتقل الموجب لحديث آخر دون وجود ضرورةٍ لذلك، ومن أمثلة ذلك صدور الإيجاب من الموجب ثم قوله وفي نفس مجلس العقد رجعت عن إجابي بخصوص التحكيم، ثم بعد ذلك قبل الطرف الآخر، كان القبول باطلاً لأنه صدر بعد زوال الإيجاب، ولكن في حال كان العاقدان في مجلسين مختلفين وأرسل الموجب عمرو رسوله إلى زيد، وقال عمرو للرسول: قل له إن عمرواً قد أرسلني إليك، وقال لي قل له إنني قد بعثك داري بمبلغ ألف دينار، فذهب الرسول وأوصل الرسالة، فهنا عند وصول الرسالة إلى زيد إذا قال قبلت انعقد العقد، وكان العقد كما لو حضر عمرو بنفسه، فإذا رجع عمرو عن إيجابه قبل وصول الرسول صح رجوعه، كذلك ولو لم يكن الرسول يعلم هذا الرجوع، كذلك صح الرجوع لو وصل الرسول إلى زيد وقبل قبوله، أما بعد قبول زيد فلا يجوز الرجوع عن الإيجاب<sup>٩٨</sup>، وذهب أكثر المالكية إلى أن الموجب لا

٩٨- أحمد إبراهيم بك. ١٩٣٤م. العقود والشروط والخيارات. مجلة القانون والاقتصاد. القاهرة: جامعة القاهرة. عدد (١). ص. ٦٥٦.

يملك الرجوع عن إيجابه وأنّ الإيجاب يبقى قائماً ممن أصدره إلى أن يصدر الرفض من الطرف الآخر أو ينتهي مجلس العقد<sup>٩٩</sup>.

٢- خروج الموجب عن أهليته قبل القبول: أي لو صدر الإيجاب بالتحكيم من الموجب وهو أهلٌ للتعاقد، ولكن قبل القبول أو الرفض خرج الموجب عن أهليته للتعاقد، كما لو أصيب بالجنون أو مات أو غيره، فإن العقد لا ينعقد، وصار الإيجاب الصادر عن الموجب كأن لم يكن، فلو صدر القبول بعد ذلك كان كأن لم يكن، وهذا الأمر يتفق مع ما قاله فقهاء الأمة في الفقرة السابقة، ولكنه لا يستقيم مع ما قاله فقهاء المالكية من أنّ الموجب لا يملك الرجوع عن إيجابه لأنّ الإيجاب إذا بقي قائماً - كما قال فقهاء الشافعية - في حال رجوع الموجب عن إيجابه فيجب أن يبقى قائماً في حالة خروج الموجب عن أهليته؛ لأنّ الموجب إذا أظهر رجوعه عن الإيجاب علمنا أنه لا يريد إنشاء العقد وبطل إيجابه ولكن فيما لو مات أو جن فلا يوجد ما يدل على أنه لا يريد إنشاء العقد<sup>١٠٠</sup>.

٣- رفض الإيجاب من قبل من وجه إليه الإيجاب صراحةً أو ضمناً: ويكون رفض الإيجاب صريحاً كما لو قال الموجب أريد أن أحتكم معك إلى زيدٍ من الناس، فأجابه الخصم: لا أقبل؛ أما مثال الرفض الضمني كما لو قال الموجب أحتكم معك إلى زيدٍ من الناس، فانتقل الخصم لحديث آخر دون وجود ضرورة لذلك.

٤- تغيير المعقود عليه تغييراً جوهرياً، فإذا هلك محل عقد التحكيم فإنّ هذا من شأنه أن يجعل الإيجاب والقبول كأن لم يكونا<sup>١٠١</sup>.

٥- انتهاء مجلس العقد: فلو انتهى مجلس العقد وبقي الإيجاب معلقاً يعتبر الإيجاب غير موجود، كذلك لو اتفق الطرفان على عدم انعقاد العقد أو عرض أحدهما فإنّ مجلس العقد يعتبر منتهياً.

ب) هل يشترط استدامة الرضا حتى صدور الحكم؟

٩٩- الخطاب. ١٩٩٢م. مواهب الجليل شرح مختصر خليل. بيروت: دار الفكر. ط. ٣. ج. ٤. ص. ٢٤١.

١٠٠- عيسوي، أحمد عيسوي. د.ت. الفقه الإسلامي ونظرية العقد. القاهرة: مطبعة دار التأليف. ط. ٢. ص. ٤١١.

١٠١- رحيم، عامر. ١٩٨٧م. التحكيم بين الشريعة والقانون. بنغازي: الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان. ص. ٧٨.

ذهب الحنفية<sup>١٠٢</sup> والشافعية<sup>١٠٣</sup> إلى ضرورة وجود الرضا بالتحكيم ابتداءً وأن يستمر حتى الانتهاء من التحكيم، وقالوا أنه لو رجع أحدهم قبل تمام الحكم ولو بعد إقامة البينة جاز له ذلك ويتم فسخ عقد التحكيم، وحجتهم في ذلك:

- ١- المُحكّم يحكم برضا الطرفين، وكما للسلطان أن يعزل القاضي قبل الحكم فهنا كذلك<sup>١٠٤</sup>.
- ٢- التحكيم من الأمور الجائزة وليس وجوبياً فيجوز لأحد طرفيه نقضه قبل صدور الحكم وذلك أسوةً بعقود المضاربة والشركة والوكالة<sup>١٠٥</sup>.

فيما ذهب بعضُ الفقهاء إلى أنه لا يشترط توفر الرضا عند صدور الحكم ويكتفى بتوافره ابتداءً<sup>١٠٦</sup>، فيما قال ابن الماجشون: "ليس لأحدهما أن يرجع مطلقاً بعد اتفاق التحكيم"<sup>١٠٧</sup>.

ويبدو أنّ ما ذهب إليه ابن الماجشون أصحّ الأقوال ذلك أنّ التحكيم عقدٌ وبعد الاتفاق عليه وجب على كلّ طرفٍ فيه احترام هذا العقد، قال رسول الله (ﷺ): "المسلمون عند شروطهم"<sup>١٠٨</sup>، فعلى المسلم أن يوفي ما اتفق عليه طالما أنّ الاتفاق ليس متعارضاً مع نصٍّ أو أصلٍ شرعي، كما أنّ إعطاء الأطراف خيار الرجوع عن التحكيم يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات بين الناس، كما أنّ البعض قد يلجأ للرجوع عن التحكيم بعد البدء به فيما لو ظهر من خلال سير التحكيم رجحان أدلة خصمه على أدلته.

(ج) هل يشترط الرضا بعد صدور الحكم؟

انقسمت آراء الفقهاء على رأيين:

١٠٢- ابن الهمام. د.ت. فتح القدير. ج. ٨. ص. ١٠٠.

١٠٣- الشريبي، محمد الخطيب. ١٩٨٥م. مُغني المحتاج. القاهرة: شركة ومطبعة مصطفى الباي الحلبي. ج. ٤. ص. ٣٧٩.

١٠٤- ابن نُجيم. د.ت. البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ج. ٧. ص. ٢٥.

١٠٥- محمود، قديري. ٢٠١٤. التحكيم في ضوء الفقه الإسلامي. القاهرة: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع. ص. ١٤٤.

١٠٦- المصدر نفسه. ص. ١١٩.

١٠٧- ابن فرحون. ١٩٨٦م. تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام. ج. ١. ص. ٦٣.

١٠٨- البخاري. ١٤٢٢هـ. صحيح البخاري. باب أجر السمسرة. ج. ٣: ٩٢.

الرأي الأول: قال به الحنفية<sup>١٠٩</sup> والمالكية<sup>١١٠</sup> والشافعية<sup>١١١</sup> في أحد قوليه والحنابلة<sup>١١٢</sup> إلى أنه لا يشترط الرضا بعد صدور حكم التحكيم لانتهاء التحكيم بصدور الحكم، وحجتهم في ذلك:

١- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ<sup>١١٣</sup>﴾ فالوعيد في هذه الآية يدل على لزوم الحكم بالشهادة.

٢- قوله (ﷺ): "إِذَا كُنْتُمْ ثَلَاثَةً فَأَمَرُوا أَحَدَكُمْ"<sup>١١٤</sup>، فصار بتأميرهم له نافذ الحكم كنفوذه لو كان والياً عليهم.

٣- إن الْمُحْتَكِمِينَ قَدَمَا الْحُكْمَ لِلْحُكْمِ بَيْنَهُمَا بِمَا يَرَاهُ هُوَ مُنَاسِبًا، وبالتالي وجب عليهم الرضا بما يقضيه بينهما.

٤- إن الحكم بينهما هو كالقاضي المعين من جهة الإمام، فإذا قضى ثم عُزل لا يبطل قضاؤه<sup>١١٥</sup>.

٥- بدون لزوم حكم التحكيم لا معنى للتحكيم.

٦- التحكيم لا يكون دون الصلح، وبعدها تم الصلح ليس لأحد أن يرجع، فكان أولى التحكيم<sup>١١٦</sup>.

١٠٩- ابن عابدين. ١٩٩٢م. رد المختار على الدر المختار. ج. ٥. ص. ٤٢٩.

١١٠- القرطبي، ابن رشد. ١٩٨٩م. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. بيروت: دار الجيل. ج. ٢. ص. ٤٥٢.

١١١- الشربيني. ١٩٨٥م. مُغْنِي المحتاج. ج. ٤. ص. ٣٧٩.

١١٢- ابن قدامة، موفق الدين. د.ت. المُغْنِي وبهامشه الشرح الكبير. ج. ١١. ص. ٤٨٢-٤٨٤.

١١٣- القرآن. البقرة: ٢: ٢٨٣.

١١٤- الشوكاني، محمد. ١٩٩٣م. نيل الأوطار. عصام الدين الصباطي (محقق). مصر: دار الحديث. ج. ٨. ص. ٢٩٤.

١١٥- الصدر الشهيد، عمر. ١٩٧٧م. شرح أدب القاضي للخصاف. محيي هلال السرحان (محقق). بغداد: مطبعة الإرشاد. ج. ٤. ص. ٦٠.

١١٦- السرخسي، محمد. ١٩٩٣م. المبسوط. بيروت: دار المعرفة. ج. ١٦. ص. ١١١.

الرأي الثاني: قال به المُزني وهو أحد قولي الشافعي<sup>١١٧</sup> وقالوا يشترط رضا الخصمين بعد الحكم، والحكم لا يلزمهما إلا بتراضيهما عليه، وحجتهم في ذلك:

١- المُحكّم ليس بحاكم.

٢- حُكْم المُحكّم ملزم برضا الطرفين، والرضا لا يكون إلا بعد معرفة الحكم.

٣- رضا الخصمين معتبرٌ في أصل الحكم وعليه كان كذلك في لزومه.

والرأي الراجح فيما سبق ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول لقوة أدلتهم، ولما أوردناه في السؤال السابق، ويضاف إليه أنّ من صدر الحكم بحقه قد لا يقوم بتنفيذ حكم التحكيم طواعيةً إذا صدر ضده وهذا يجعل عملية التحكيم نوعاً من أنواع اللغو الذي لا قيمة له خاصةً أننا في زمنٍ فسدت فيه الذمم وضعف رادع الدين.

الشرط الثاني: اتصال القبول بالإيجاب

والمقصود هنا أن يصدر القبول متصلاً بالإيجاب في مجلس العقد دون أن يفصل بينهما فاصل<sup>١١٨</sup>، وذلك بغية التأكد أنّ إرادة المتعاقدين قد ذهبت فعلاً إلى إنشاء عقد التحكيم بصورةٍ لا لبس فيها، هذا إن كان الخصمان حاضرين نفس المجلس، وفي حال تغيب أحدهما فيجب على الغائب أن يرد بالقبول فور علمه بالإيجاب دون فاصل، ولكن الفقهاء اختلفوا في المراد من اتصال القبول بالإيجاب.

يرى الحنفية وفق ما ذهبوا إليه من تيسيرٍ وتوسعةٍ على أنه لا يشترط الفورية في القبول لأنّ القابل يحتاج إلى التدبر والتأمل، ومع الفورية لا يمكنه التأمل، وفي اشتراط الفورية تضيق عليه ذلك أنه إن رفض فوراً ضاع منه العقد، وإن قبل فوراً ربما تحقق عليه ضرر بسبب العجلة، فقالوا: إن القابل يحتاج للتدبر والتأمل<sup>١١٩</sup>، ولكن لا يجوز أن يسمح للقابل بالتأخر في الرد دون تحديد مدة للرد لما في ذلك من ضررٍ على الموجب، وعلى هذا قدرت فترة التدبر والتأمل بمدة مجلس العقد، كذلك يعتبر المجلس منتهياً إذا رجع

١١٧- الشريبي. ١٩٨٥م. مُغني المحتاج. ج. ٤. ص. ٣٧٩.

١١٨- الدوري. ٢٠٠٢م. عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. ص. ١٧٠.

١١٩- الكاساني، علاء الدين. ١٩٨٦م. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. بيروت: دار الكتب العلمية. ط. ٢. ج. ٥. ص. ١٣٧.

الموجب عن إيجابه قبل القبول أو ترك أي من الطرفين مجلس العقد قبل القبول، أو تم الانتقال لحديث آخر في مجلس العقد أو الانشغال بأمرٍ آخر<sup>١٢٠</sup>.

ويرى الشافعية أن المقصود به هو صدور القبول فوراً عقب صدور الإيجاب من غير فاصل ولو كان يسيراً، فإذا توسط الإيجاب والقبول كلاماً أو فعلاً يكون ذلك مانعاً من انعقاد العقد<sup>١٢١</sup>، إلا أنهم أثبتوا له خيار المجلس حتى يتسنى للقبول التروي قبل القبول ولا يضارَ من العجلة في القبول<sup>١٢٢</sup>، وبالتالي خفف خيار المجلس من تشدد أصحاب المذهب الشافعي في موضوع ضرورة اتصال الإيجاب بالقبول مباشرةً.

أما الرأي الراجح فهو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الحنفي لما فيه من تيسير على المتعاقدين طالما أنه تم التأكد من سلامة الإيجاب والقبول وارتباطهما ببعضٍ وتوافقهما مع بعض، ذلك أنّ عقد التحكيم قد يرتب آثاراً كبيرةً على الأموال أو على حقوق الأطراف، وبالتالي كان إعطاء أطراف هذا العقد ضمانات إضافية فيما يتعلق باتفاق التحكيم وطريقة صياغته أمراً محموداً.

(ب) العاقدين

المقصود بالعاقدين طرفا عقد التحكيم اللذين اتفقا على اللجوء للتحكيم لحلّ نزاع قائمٍ بينهما، سواءً كانا شخصين أو أكثر<sup>١٢٣</sup>، فحتى يوجد العقد لا بد من اتفاق إرادة العاقدين على إنشاء العقد وحصول الارتباط بين هاتين الإرادتين، ولكنّ الناس غير متساوين في صلاحية التعاقد بل يخضع ذلك للأهلية التي يتمتعون بها، ومن هنا كان لا بدّ من تفصيل هذه الأهلية لتحديد النوع من الأهلية المطلوبة للتعاقد<sup>١٢٤</sup>، ولمعرفة الأهلية المطلوبة في العاقدين لا بدّ أولاً من التعرف على أقسام الأهلية ومن ثمّ تحديد الأهلية المطلوبة في التعاقد:

تنقسم الأهلية إلى أهلية وجوب وأهلية أداء:

---

١٢٠- الماوردى. ٢٠٠٠م. الإقناع في الفقه الشافعي. طهران: دار إحسان للنشر والتوزيع. ص. ٩١.  
١٢١- محمود. ٢٠١٤. التحكيم في ضوء الفقه الإسلامي. ص. ١٢٥.  
١٢٢- الدوري. ٢٠٠٢م. عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. ص. ١٧١.  
١٢٣- السرطاوي. ٢٠٠٧م. التحكيم في الفقه الإسلامي. ص. ٣٤.  
١٢٤- رحيم. ١٩٨٧م. التحكيم بين الشريعة والقانون. ص. ٩١.

أ- أهلية الوجوب: يقصد بها صلاحية الإنسان لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات<sup>١٢٥</sup>، وسميت بأهلية الوجوب لأنها تتعلق بما يجب للشخص من حقوق وما يتوجب عليه من التزامات، ومن أمثلتها النسب والميراث والوصية له، وهي نوعان:

النوع الأول: أهلية وجوب ناقصة وهي صلاحية الإنسان لثبوت الحق له، وتبتدى هذه الأهلية عندما يكون الإنسان جنيناً في بطن أمه (كالنسب والميراث)<sup>١٢٦</sup>.

النوع الثاني: أهلية وجوب كاملة وهي صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق له (كالنسب والميراث) وعليه (كالزكاة)<sup>١٢٧</sup>.

ب- أهلية الأداء: وهي ما يهمننا في هذا المجال، وعرفها علماء الشريعة بأنها صلاحية المكلف لأن تعتبر شرعاً أقواله وأفعاله<sup>١٢٨</sup>، بحيث إذا صدر منه تصرف كان معتبراً شرعاً وألزماً وترتبت عليه أحكامه، وإذا صلى أو صام أو فعل أي واجب كان ذلك معتبراً شرعاً ومسقطاً عنه الواجب، وإذا اعتدى على غيره عوقب بدنياً ومالياً، وهي على ثلاثة أنواع:

١- عديم أهلية الأداء أو فاقدها أصلاً، وتكون للطفل زمن طفولته والمجنون في أي سن كان لكونهما لا عقل لهما، فكل ما يصدر عنهما من تصرفات تعتبر باطلة<sup>١٢٩</sup>، ولا يترتب عليها أي أثر شرعي إلا في حال التعدي على مال الغير أو نفسه فيسأل عندها مالياً لا بدنياً<sup>١٣٠</sup>.

٢- أهلية أداء ناقصة، وذلك عندما يكون الشخص ناقص العقل والتمييز، وهو المميز الذي لم يبلغ الحلم والمعنوه والجاهل فكلاهما ضعيف العقل، فهؤلاء تصح منهم بعض الأقوال والأفعال<sup>١٣١</sup>، أي تصح تصرفاتهم النافعة كقبول الهدايا والصدقات، ولا تصح تصرفاتهم الضارة

١٢٥- الكبيسي، محمود. ١٩٨١. الصغير بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء. (رسالة ماجستير). جامعة أم القرى. ص. ٥١.

١٢٦- رحيم. ١٩٨٧م. التحكيم بين الشريعة والقانون. ص. ٩٢.

١٢٧- الغزالي، أبو حامد. د.ت. المستصفي من علم الأصول. حمزة حافظ (محقق). المدينة المنورة: شركة المدينة المنورة للطباعة. ج. ١. ص. ٨٤.

١٢٨- الدوري. ٢٠٠٢م. عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. ص. ١٧٢.

١٢٩- بدران، بدران. ١٩٩٨م. الفقه الإسلامي تاريخها ونظرية الملكية والعقود. الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة. ص. ٣٦٩.

١٣٠- خلاف، عبد الوهاب. ب.ت. علم أصول الفقه. القاهرة: مكتبة الدعوة الإسلامية. ط. ٨. ص. ١٣٧-١٣٨.

١٣١- الكبيسي. ١٩٨١. الصغير بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء. ص. ٦٣.

كالترع ولو أجازها الولي، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتصح بشرط إجازة الولي، فهي تبقى موقوفة على إجازة الولي، إن أجازها صحت وإن لم يُجزها بطلت.

٣- أهلية أداء كاملة: وذلك عندما يكون الشخص كامل العقل والتمييز، بحيث يكون أهلاً لتوجيه الخطاب له ووجوب الأداء عليه، أي أنّ الإنسان بلغ الحلم عاقلاً، والبلوغ هو معيار اكتمال أهلية الأداء لأن البلوغ مظنة العقل، والبالغ سواءً كان بلوغه بالسن أو بالعلامات يعتبر عاقلاً ما لم يوجد دليل على اختلال العقل أو نقصانه<sup>١٣٢</sup>.

وكون عقد التحكيم من عقود المعاوضات (لأنّ كل طرف يتلقى عوضاً عما التزم به) فإن الأهلية المطلوبة هنا هي أهلية الأداء الكاملة، وهي مضبوطة في الفقه الإسلامي بسن البلوغ، ذلك أنّ البلوغ يعطي مظنة فهم الخطاب الشرعي، فإذا بلغ الإنسان عاقلاً تحققت القدرة لديه على فهم خطاب الشارع ومن ثمّ كانت أهليته كاملة<sup>١٣٣</sup>، غير أن هذه الأهلية قد يصيبها ما يزيلها أو ينقصها وتسمى العوارض أو الموانع، وتقسّم هذه العوارض إلى قسمين:

١- عارض سماوي: لا يد للإنسان فيه كالجنون والعتة<sup>١٣٤</sup> والنسيان.

٢- عارض كسبي: يقع بكسب الإنسان واختياره كالسكر والسّفه والجهل والدّين<sup>١٣٥</sup>.

هذه العوارض منها ما يعدم الأهلية كالجنون والنوم والإغماء، فما وجب على المجنون بمقتضى أهليته للوجوب من واجبات مالية يؤديها عنه وليه، وما وجب على النائم والمغمى عليه من واجبات بدنية أو مالية يؤديها كلّ منهما بعد يقظته، ومنها ما ينقص الأهلية كالعته، لذلك صحت بعض تصرفات المعتوه دون غيرها، ومنها ما لا يؤثر على الأهلية ولكن تتغير بعض أحكامها كالسّفه والغفلة والدّين، فكلّ من السفه والمغفل بالغ عاقل ذو أهلية أداء كاملة، ولكن حُجِر على تصرفاته المالية حفاظاً على أمواله من الضياع، أما المدّين فحُجِر عليه حفاظاً على حقوق دائنيه.

١٣٢- الدوري. ٢٠٠٢م. عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. ص. ١٥٩.

١٣٣- الكبيسي. ١٩٨١. الصغير بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء. ص. ٦٤.

١٣٤- الفرق بين العته والجنون هو أن المعتوه قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير ولكنه لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون. المصدر:

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. ١٩٩٤م. الموسوعة الفقهية الكويتية. ج. ١٦. ص. ٩٩.

١٣٥- الخادمي، نور الدين. ٢٠٠٥م. تعليم علم الأصول. الرياض: مكتبة العبيكات. ط. ٢. ص. ١١٣.

وبناءً على ما ورد فإنَّ الأهلية المطلوبة في عقد التحكيم هي أهلية الأداء الكاملة، ويجب أن يُرعى في عقد التحكيم توفر هذه الأهلية لدى أطراف عقد التحكيم ولدى المُحكِّم تحت طائلة البطلان، وهذا ما سار عليه الفقه الحديث حيث نصت المادة ١/٨ من المعيار رقم ٣٢/ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلاميَّة: "يشترط في المُحكِّم أن تتوفر فيه أهلية الأداء الكاملة"، ولكن لم يذكر هذا المعيار متى تكون أهلية الأداء كاملةً هل بالبلوغ أم حسب قانون الدولة التي يتمُّ التحكيم فيها، ولكن الأرجح أنَّ المقصود بالأهلية الكاملة هنا حسب قانون الدولة التي سيتمُّ التحكيم فيها.

(ج) المحل

سيُعرض هذا المطلب لموضوع المحل لبيان مفهومه كونه أحد أركان العقود ولكن بشيءٍ من الإيجاز كونه لا يعد من الموضوعات المباشرة في هذا البحث.

١- مفهوم المحل

المقصود بالمحل هو ما كان التعاقد بخصوصه وواقعاً عليه<sup>١٣٦</sup> أي المعقود عليه، ويشترط في المحل أن يكون قابلاً للتعاقد شرعاً، وقد يكون المحل:

- أعياناً مالية: كالكتاب والدار.
- منافع مال: كسكنى الدار وركوب السيارة.
- منافع ما ليس بمال: كالمنفعة المترتبة على عقد الزواج.
- عملاً: كعمل الطبيب والمحامي والمهندس والحارس.

وبناءً على ما ذُكر فلو كان المحلُّ ليس بأعيانٍ ماليةٍ كلحم الميتة، أو كان محلُّ العقد منفعةً مالٍ غير جائزٍ شرعاً كاستئجار سلاحٍ لقتل شخصٍ ما بغير حق، أو كان محلُّ العقد منفعةً ما ليس بمالٍ كالزواج بمُحرم، أو كانت المنفعة عملاً نُهي عنه الشارع كالتعامل مع طبيبٍ لإسقاط جنينٍ بغير عذرٍ شرعي، ففي كل هذه الحالات لا يُعقد العقد ولا قيمة للإيجاب والقبول<sup>١٣٧</sup>.

١٣٦- الدوري. ٢٠٠٢م. عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. ص. ١٦٩.

١٣٧- الدوري. ٢٠٠٢م. عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. ص. ١٦٩.

## ٢- شروط المحل

اشترط الفقهاء في العقود عليه شروطاً قالوا بضرورة توفرها وهذه الشروط هي:

١- قابلية المحل لحكم العقد، والمقصود بحكم العقد الأثر المترتب على العقد، هذا ويختلف الأثر المترتب على العقد باختلاف العقود، ففي عقد البيع مثلاً فإنّ الأثر المترتب على العقد هو انتقال الملكية، حيث يشترط في المبيع أن يكون مالاً متقوماً مملوكاً للبائع حتى يتمكن من نقل ملكيته للمشتري، وبالتالي ما لا يكون مالاً بالمعنى الشرعي لا يجوز بيعه كما في الميتة، أما لحم الخنزير فإنه بالنسبة لغير المسلمين مال ولكنه غير متقوم عند المسلمين فيحرم بيعه<sup>١٣٨</sup>.

٢- أن يكون محلّ العقد معلوماً لطرفي العقد علماً ينفي الجهالة المفضية إلى النزاع بين الطرفين، ويمكن أن يتحقق هذا العلم بالإشارة أو المعاينة أو الوصف إذا كان من الأشياء القيمية أو بالنوع والكمية والوزن أو غيره من وحدات القياس إذا كان من الأشياء المثلية<sup>١٣٩</sup>.

٣- أن يكون محل العقد في الإمكان تسليمه ولو حكماً، وبناءً على ذلك تنهى الفقه الإسلامي عن بيع الطير في الهواء والسمك في الماء والجمل الشارد في الصحراء، لأن هذه غير مقدور على تسليمها، وقد اتفق الفقهاء على اشتراط هذا الشرط في عقد المعاوضات المالية<sup>١٤٠</sup>.

إذاً وفي موضوع المحل كان لزاماً على المحكّم التأكد من سلامة المحل وتوافقه مع ما ذكره فقهاء الفقه الإسلامي ليكون حكمه صالحاً للتنفيذ وغير قابل للإبطال.

٢,٧,٢ أركان عقد التحكيم في القانون السوري

يعتبر التحكيم عقداً شأنه في ذلك شأن سائر العقود الأخرى، وعلى هذا فإنه يخضع لمفهوم العقود الوارد في القانون المدني السوري، وبالتالي فإنّ أركان عقد التحكيم لا تختلف عن أركان سائر العقود

١٣٨- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. ١٩٩٤م. الموسوعة الفقهية الكويتية. ج. ٣٠. ص. ٢٢٤.

١٣٩- أحمد النعيمي. ٢٠١٨م. أثر الجهالة في صيغة عقد البيع "دراسة مقارنة". مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية. الموصل: جامعة الموصل.

المجلد. ١٤. عدد (٢). ص. ٤٦٣.

١٤٠- رحيم. ١٩٨٧م. التحكيم بين الشريعة والقانون. ص. ٨٥.

الأخرى<sup>١٤١</sup>، وإذا أردنا معرفة أركان العقد فلا بدّ من الرجوع إلى أحكام القانون المدني السوري، والقانون المدني السوري حدد أركان العقد في ثلاثة هي كالتالي:

#### (أ) الرضا (الإيجاب والقبول)

إنّ عقد التحكيم شأنه شأن باقي العقود الأخرى في القانون السوري يقوم على إرادة الأطراف في إنشاء العقد، فلا بدّ من توفر الرضا في هذا العقد، ويقصد بالرضا أن يتبادل طرفا العقد الإيجاب والقبول بما يعبر عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يشترطه القانون<sup>١٤٢</sup>، فإذا انعدمت الإرادة انعدم التراضي، والناس غير متساوين في صلاحية التعاقد بل يخضع ذلك للأهلية التي يتمتعون بها، ومن هنا وكما مرّ معنا في أركان عقد التحكيم في الفقه الإسلامي لا بدّ من تفصيل هذه الأهلية لمعرفة الأهلية المطلوبة للتعاقد<sup>١٤٣</sup>.

تنقسم الأهلية في القانون السوري إلى أهلية وجوب وأهلية أداء، وتختلف الأهلية المطلوبة للتصرفات القانونية حسب المرحلة العمرية، ولا بدّ بدايةً من تعريف أهلية الوجوب وأهلية الأداء وفق القانون وتجدد الإشارة إلى عدم وجود تعريف للأهلية وفق القانون السوري أو اجتهادات المحاكم السورية ولذلك سيتم اللجوء إلى تعريف الأهلية بالرجوع إلى فقهاء القانون ودراسته.

(أ) أهلية الوجوب: هي صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق وأن تتقرر في ذمته التزامات أي القابلية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات<sup>١٤٤</sup>.

(ب) أهلية الأداء: هي صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية بنفسه، ومناطق هذه الأهلية هو التمييز والإدراك<sup>١٤٥</sup>.

يمر الإنسان تبعاً لموضوع الأهلية بأربعة مراحل عمرية هي كالتالي:

---

١٤١- كيلاني. ٢٠١٣. الشرح الكامل لقانون التحكيم السوري. ص. ٥٠.

١٤٢ - نصت المادة (٩٢) من القانون المدني: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد."

١٤٣- رحيم. ١٩٨٧م. التحكيم بين الشريعة والقانون. ص. ٩٢.

١٤٤ - نوال بوريع ونجيمة فرجي. ٢٠١٦. النظام القانوني لعوارض الأهلية بين القانون المدني الجزائري وقانون الأسرة. (رسالة ماجستير) جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية. ص. ١٢.

١٤٥- قاسم، محمد حسن. ٢٠٠٦. المدخل لدراسة القانون، القاعدة القانونية- نظرية الحق. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. ج. ٢. ص. ٤٢٥.

١) مرحلة الجنين: وهي المرحلة التي يكون فيها الإنسان في بطن أمه، حيث تثبت له أهلية وجوب ناقصة كالنسب والإرث والوصية، ولا يتمتع بأهلية الأداء مطلقاً لكون أهلية الأداء تتطلب الإدراك والتمييز.

٢) مرحلة عدم التمييز: تبدأ هذه المرحلة من ولادة الجنين وحتى سن السابعة<sup>١٤٦</sup>، ويتمتع فيها الطفل بأهلية وجوب كاملة ولكن أهلية الأداء معدومة لديه لكون أهلية الأداء تتطلب الإدراك والتمييز، وبالتالي فإن جميع تصرفات الطفل غير المميز تعتبر باطلة ولا يترتب عليها أي أثر قانوني<sup>١٤٧</sup>.

٣) مرحلة التمييز: تبدأ هذه المرحلة من سن السابعة وحتى بلوغ الطفل سن الرشد وهي ثمانية عشر عاماً<sup>١٤٨</sup>، يتمتع الطفل في هذه المرحلة بأهلية وجوب كاملة وبأهلية أداء ناقصة كونه ناقص الإدراك والتمييز، وتنقسم التصرفات التي يقوم بها الصغير في هذه المرحلة إلى ثلاثة أنواع:

١- تصرفات نافعة نفعاً محضاً: تعتبر هذه التصرفات صحيحة.

٢- تصرفات ضارة ضرراً محضاً: تعتبر هذه التصرفات باطلة.

٣- تصرفات دائرة بين النفع والضرر: تعتبر هذه التصرفات صحيحة قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول الحق بالإبطال إذا أجاز القاصر هذا التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا أجاز ولي القاصر أو المحكمة المختصة هذا التصرف<sup>١٤٩</sup>، هذا ويعتبر عقد التحكيم من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر.

ولم يتعرض القانون السوري أو المحاكم السورية لموضوع أن يكون أحد طرفي الخصومة مميزاً، ولكن يبدو أنه ليس من مانع قانوني أن يكون أحد طرفي التحكيم مميزاً، وتخضع العلاقة التحكيمية لما سبق ذكره من

١٤٦- تنص الفقرة الثانية من المادة (٤٧) قانون مدني سوري " وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز "

١٤٧- تنص المادة (١١١) قانون مدني سوري "ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة"

١٤٨- تنص الفقرة الثانية من المادة (٤٦) قانون مدني سوري "وسن الرشد هي ثمانية عشر سنة ميلادية كاملة"

١٤٩- تنص المادة (١١٢) قانون مدني سوري "إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً. أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفق القانون".

إجازة وإبطال، أما بالنسبة للمُحكّم ذاته فقد جاء النص صريحاً في المادة (١٣) من قانون التحكيم التي اشترطت ألا يكون المُحكّم قاصراً<sup>١٥٠</sup>.

٤) مرحلة الرشد: وتبدأ هذه المرحلة من سن الثامنة عشرة حتى وفاة الشخص، ويتمتع الشخص في هذه المرحلة بأهلية الأداء والوجوب الكاملتين، وباعتبار التحكيم من عقود المعاوضات فكان لا بدّ من توفر أهلية الأداء الكاملة<sup>١٥١</sup>، وتحديد المشرع السوري لأهلية التعاقد بسن الثامنة عشر يقوم على قرينة هي أنّ بلوغ هذه السن يعني اكتمال العقل والتمييز وهذا الأمر ليس بحاجة للإثبات<sup>١٥٢</sup>، وهذا الأمر يُعتبر من النظام العام<sup>١٥٣</sup>، فلا يجوز إعطاء الأهلية لشخص أو الاتفاق على حرمانه منها<sup>١٥٤</sup>.

أما عوارض الأهلية في القانون السوري فهي أربعة؛ اثنان منها لا يحتاجان لصدور قرار بالحجر وهما الجنون والعتة، فهذان العارضان ينقصان من أهلية الشخص وتجعل التصرفات باطلة وبالتالي لا يجوز للمجنون والمعتوه تولي مهمة التحكيم أو الاتفاق على التحكيم في خصومة له مع الغير<sup>١٥٥</sup>، والعارضان الآخران هما السفه والغفلة<sup>١٥٦</sup>، فيعتبر الشخص هنا ناقص الأهلية كالصبي المميز، فهنا لا بدّ من صدور قرار الحجر وبالتالي تعتبر تصرفات السفه والمغفل صحيحة قبل صدور قرار الحجر إلا إذا كانت التصرفات قد تمت نتيجة تواطؤ<sup>١٥٧</sup>.

١٥٠ - تنص الفقرة الأولى من المادة (١٣) من قانون التحكيم: "لا يجوز أن يكون المُحكّم قاصراً أو محجوراً عليه أو مجرداً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجنابة أو جنحة شائنة ما لم يكن قد رد إليه اعتباره".

١٥١ - تنص المادة (٤٦) قانون مدني سوري: "١- كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ٢- وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة".

١٥٢ - تنص المادة (١١٠) قانون مدني سوري: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها القانون".

١٥٣ - النظام العام هو "القواعد الآمرة الملزمة للأفراد ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها كوتها من الأسس والمصالح الجوهرية للجماعة والتي يتعارض الإخلال بها مع المصلحة العامة التي يجب تقديمها على المصلحة الخاصة". المصدر: كصير، محمد خير، ٢٠١٢. حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ص. ١٢٨.

١٥٤ - تنص المادة (٥٠) قانون مدني سوري: "ليس لأحد التنازل عن أهليته، ولا التعديل في أحكامها".

١٥٥ - تنص المادة (١/٢٠٠) من قانون الأحوال الشخصية السوري: "الجنون والمعتوه محجوران لذاتهما ويقام على كل منهما قيم بوثيقة".

١٥٦ - الفرق بين السفه والغفلة هو أن السفه من لا يستطيع إدارة أمواله بنفسه كونه يعاني من ضعف الملكات النفسية، أما المغفل فهو من يسهل خداعه عند ممارسة نشاطاته. مهند وخالد الحداد. ٢٠٠٨م. مدخل لدراسة علم القانون. الرياض: مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع. ص. ٤٠٢.

١٥٧ - تنص المادة (٢٠٠) في الفقرات ٤، ٣، ٢ من قانون الأحوال الشخصية السوري:

٢- السفه والمغفل يحجران قضاءً وتصرفاتهما قبل القضاء نافذة ويقام على كل منهما قيم بقرار الحجر نفسه أو بوثيقة على حدة.

٣- السفه هو الذي يبذر أمواله ويضعها في غير مواضعها بإنفاقه ما يعد من مثله تذبذباً.

٤- المغفل هو الذي تغلب عليه الغفلة في أخذه وعطائه ولا يعرف أن يحتاط في معاملته لبلأهته.

أما التعبير عن الإرادة فقد يكون بالكتابة أو اللفظ أو الإشارة كما لو كان المتعاقد أخرس، أو اتخاذ موقف لا مجال للشك في تأويله<sup>١٥٨</sup>، وقد يكون ضمناً<sup>١٥٩</sup> يستنتج من خلال ظروف التعاقد، فلو بقي المستأجر في المأجور رغم انتهاء مدة الإيجار ولم يعترض على ذلك المؤجر فهذا يفسر ضمناً أنهما أرادا تجديد العقد، ويكون في التجديد الضمني الإيجاب والقبول ضمناً، والأصل في التعبير أن يكون صريحاً لا لبس فيه ولا غموض، لذا نجد أن المشرع استلزم أحياناً التعبير الصريح وفضله على التعبير الضمني، فما اشترطه الشكلية لبعض العقود إلا دليل<sup>١٦٠</sup> بأنه أراد أن يعبر المتعاقدان عن إرادتهما تعبيراً صريحاً.

#### ● انتهاء الإيجاب:

إذا صدر الإيجاب وأصبح له وجود قانوني أي اتصل بعلم من وجه إليه، فإنه قد يسقط أي يزول كل أثر له ويعتبر غير موجود في الأحوال التالية:

- ١- إذا حُدد في الإيجاب ميعاد القبول، فإنه يسقط بانقضاء هذا الميعاد إذا لم يقترن به القبول، وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال وطبيعة المعاملة وقصد الموجب<sup>١٦١</sup>، وإذا لم يحدد الموجب ميعاداً للقبول يبقى الإيجاب ملزماً إلى الوقت الذي يتسع لوصول القبول<sup>١٦١</sup>.
- ٢- إذا رفضه من وجه إليه حتى لو صدر الرفض قبل انقضاء الميعاد المحدد للقبول.
- ٣- إذا كان التعاقد بين حاضرين، وانقض مجلس العقد قبل أن يقترن به القبول.
- ٤- إذا رجع فيه الموجب قبل أن يقترن به القبول، حتى ولو تم الرجوع قبل انقضاء مجلس العقد.

#### ● القبول:

القبول هو تعبير عن إرادة من وجه الإيجاب له، يفيد موافقته على الإيجاب ويؤدي القبول إلى إتمام العقد متى وصل إلى علم الموجب وكان الإيجاب لا يزال قائماً أي لم يكن قد سقط بسبب من الأسباب المذكورة في الفقرة السابقة.

١٥٨- نقض مدني سوري. م. ١٩٥٤. قرار رقم (١٩٥٤). أساس (١٣٨٤). منشورات مجلة المحامون لعام ١٩٥٤ م.

١٥٩- نصت المادة (٩٣) من القانون المدني:

١- التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداوله عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود.

٢- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً.

١٦٠- تنص المادة (٩٤) قانون مدني سوري: "١- إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد، ٢- وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة".

١٦١ - نقض مدني سوري. م. ١٩٩٢. قرار رقم (٣٠٩). أساس (٢٥١٥). منشورات مجلة المحامون. إصدار ٥ و ٦ لعام ١٩٩٣ م.

● مطابقة القبول للإيجاب:

يجب -لكي يتم العقد- أن يطابق القبول الإيجاب فإذا لم يكن مطابقاً بأن كان يتضمن إضافة أو نقصاً أو تعديلاً للإيجاب فإن العقد لا ينعقد ويعتبر هذا القبول رفضاً للإيجاب، وأصبحنا أمام إيجابٍ جديد، ويشترط أن يطابق القبول الإيجاب في جميع المسائل التي اشتمل عليها الإيجاب سواء ذلك في المسائل الأساسية في التعاقد أو المسائل التفصيلية، هذا مع ملاحظة أن عدم ذكر المسائل التفصيلية لا يمنع من إبرام العقد<sup>١٦٢</sup>.

والقبول يجب ألا يقع تحت سلطان الإكراه وإلا كان قابلاً للإبطال، والإكراه يكون إذا ما تم القبول من شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال<sup>١٦٣</sup>.

(ب) المحل

المحل هو ما يلتزم به المدين عند التعاقد، ولا يشترط أن يكون المحل حالاً فيجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً، غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون<sup>١٦٤</sup>، فإذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً<sup>١٦٥</sup>، أما إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره، وإلا كان العقد باطلاً<sup>١٦٦</sup>، ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف، أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بأن

١٦٢ - تنص المادة (٩٧) من القانون المدني: "إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب، أو يقيد منه، أو يعدل فيه، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً".

١٦٣ - تنص الفقرة ١ من المادة (١٢٨) قانون مدني سوري: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس".

١٦٤ - تنص المادة (١٣١) قانون مدني سوري: "يراعى في تطبيق المادة السابقة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالعين في بعض العقود أو بمعدل الفائدة".

١٦٥ - تنص المادة (١٣٣) قانون مدني سوري: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً".

١٦٦ - تنص المادة (١٣٤) قانون مدني سوري: "١. إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره، وإلا كان العقد باطلاً".

٢. ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف، أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط".

يسلم شيئاً من صنف متوسط، وإذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر ما لم ينص القانون على أحكام خاصة بتحويل النقد الأجنبي، وفي حال كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً<sup>١٦٧</sup>، وفي قانون التحكيم السوري فقد جاء بنصٍ خاصٍ فيما يتعلق بالمحل حيث نصت المادة (٩): "١- لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته، ٢- لا يجوز الاتفاق على التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح أو المخالفة للنظام العام أو المتعلقة بالجنسية أو بالأحوال الشخصية باستثناء الآثار المالية المترتبة عليها"، كما أنّ المادة (٥١٩) من القانون المدني السوري جاء ببعض الاستثناءات حيث نصت: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم"، وبناءً على ما سبق يمكن تحديد المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها وفق التالي:

- ١- المسائل المتعلقة بتركة إنسان.
- ٢- المحل المستحيل كالهواء.
- ٣- المسائل التي لا يجوز الصلح فيها كالنسب.
- ٤- المسائل المتعلقة بالنظام العام.
- ٥- المسائل المتعلقة بالجنسية.
- ٦- المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية باستثناء الآثار المالية المترتبة عليها مثل النفقة.

### ج) السبب

سبب العقد هو الدافع الرئيسي الذي يحمل الشخص على قبول التعاقد والذي لولاه لما أبرم العقد، ويترتب بطلان العقد إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب<sup>١٦٨</sup>، وكل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً<sup>١٦٩</sup>، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك، ويعتبر السبب

---

١٦٧- تنص المادة (١٣٦) قانون مدني سوري: "إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام، أو الآداب، كان العقد باطلاً".  
١٦٨- تنص المادة (١٣٧) قانون مدني سوري: "إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً".  
١٦٩- جاء في اجتهاد لمحكمة النقص: "إذا كان سبب الالتزام محرراً في العقد فيعتبر هو السبب الصحيح ولا يجوز نقضه إلا بدليل كتابي يعادله في قوة الإثبات إلا إذا كان السبب مخالفاً للنظام العام". نقض مدني سوري. ٢٠١٠م. قرار رقم (٢٠٢). أساس (٢١١). منشورات مجلة المحامون. إصدار ١١ و ١٢ لعام ٢٠١١م.

المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك. فإن قام الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه، ومن أمثلة السبب في عقد البيع فإنَّ سبب التزام البائع بنقل الملكية هو التزام المشتري بدفع الثمن وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية.

#### مقارنات

عرفنا فيما سبق أنَّ أركان عقد التحكيم في الفقه الإسلامي هي ثلاثة مع وجود خلافٍ حول اعتبار هذه الثلاثة أركاناً للعقد أم لا، وإن كان الرأي الراجح اعتبار أركان العقد الثلاثة معاً، كما عرفنا أنَّ الأركان الثلاثة أيضاً في القانون السوري، وفيما يلي سوف نتعرف على أوجه التوافق والاختلاف في هذا الموضوع:

١- يُشترط لقيام العقد في كلا القانونين توفر الإيجاب والقبول بين طرفي عقد التحكيم، ويجب أن يحصل التوافق أيضاً بين الإيجاب والقبول، ويُلاحظ عدم وجود فروق فيما يتعلق بتحديد مدة للقبول أو في حال رجوع الموجب قبل صدور القبول.

٢- يختلف السن المطلوب لأهلية التعاقد في الفقه الإسلامي عنه في القانون السوري، فالأهلية المعتبرة والمطلوبة في الفقه الإسلامي هي أهلية الأداء الكاملة، ويتمتع الشخص بأهلية الأداء الكاملة إذا بلغ الحلم عاقلاً، وبالتالي فإنَّ الفقه الإسلامي لم تُحدد سناً محددة لبلوغ الشخص أهلية الأداء الكاملة، ويختلف هذا السن باختلاف البلدان واختلاف الأشخاص فقد تكون في سن الخامسة عشر أو أقل أو أكثر، أما عوارض هذه الأهلية فقد ذكر الفقهاء الجنون، العته، النسيان، السكر، الغفلة، الجهل، والدَّين، أما القانون السوري فقد اشترط أهلية الأداء الكاملة وحددها بثماني عشرة سنة ميلادية، واعتبر المشرع بلوغ هذه السن قرينة على اكتمال العقل دون الحاجة لإثبات ذلك، أما عوارض الأهلية التي جاء بها المشرع السوري فهي الجنون، العته، السفه، والغفلة، وبالتالي فإنَّ الفقه الإسلامي جاء بعوارض للأهلية أكثر مما نصَّ عليه القانون السوري.

٣- اعتبر المشرع السوري السبب ركناً من أركان العقد واشترط أن يكون مشروعاً تحت طائلة بطلان العقد، بينما لا نجد فيما ذكر من أركانٍ للعقد في الفقه الإسلامي السبب كركن، ولكن تحدث الفقهاء عن ضرورة وجود السبب المشروع في العقد، وقد كان السبب موضع خلافٍ بين الفقهاء، فقد فقال فقهاء الشافعية والحنفية أن السبب يجب أن يدخل في صيغة العقد وليس من الضرورة ذكره بشكلٍ صريح ولكن يمكن أن يتم استنتاجه من بواعث ودوافع العقد، ورتبوا بطلان العقد في حال كان السبب غير

مشروع، أما فقهاء المالكية والحنابلة فقالوا أن العبرة بالمقاصد والنيات حتى لو لم يتم ذكرها في العقد، فالسبب لديهم هو الدافع للتعاقد، بالتالي يجب الاعتداد به ولو لم يتم ذكره<sup>١٧٠</sup>، إذاً وفي كلا القانونيين يجب أن يكون سبب العقد مشروعاً تحت طائلة البطلان.

خاتمة

بعد هذا العرض عرفنا أنّ المفاهيم الثلاثة التي تقدم ذكرها وهي التحكيم والمُحكّم والمسؤولية تتشابه إلى حدٍ كبيرٍ بين الفقه الإسلامي والقانون السوري، أما في موضوع أركان عقد التحكيم فكذلك الأمر هناك تشابه كبيرٌ بين القانونين من حيث اشتراط توفر أهلية الأداء الكاملة، وأن يكون المحل مشروعاً، مع وجود اختلاف في السن المطلوبة للتمتع بأهلية الأداء الكاملة فهي محددة بالبلوغ في الفقه الإسلامي، وبسن الثامنة عشر في القانون السوري، واختلاف المحل الذي لا يجوز التعامل به لأنّ المحل مرتبطٌ بسيادة الدولة والنظام العام في القانون السوري، وبقاعدتي الحلال والحرام في الفقه الإسلامي.

---

١٧٠ - موسى، خالد. ٢٠١٧م. مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية. الرياض: دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع. ص.