

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

كلية أصول الدين والشريعة

قسنطينة-

قسم: الشريعة والقانون

الرقم التسلسلي:

رقم التسجيل:

التحكيم في المنازعات التجارية الدولية

وتطبيقاته في الجزائر

-دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون

تحت إشراف الأستاذ الدكتور: راشد راشد

إعداد الطالبة: ليندة بومحراث

الجامعة الأصلية	الرتبة	الاسم واللقب	أعضاء لجنة المناقشة
جامعة منتوري قسنطينة	أ.التعليم العالي	أ.د.محمد الأخضر مالكي	الرئيس:
جامعة منتوري قسنطينة	أ.التعليم العالي	أ.د.راشد راشد	المقرر والمشرف:
جامعة الأمير عبد القادر	أ. محاضر	د. بلقاسم شتوان	العضو:
جامعة منتوري قسنطينة	أ. محاضر	د.محمد زغداوي	العضو:
جامعة الأمير عبد القادر	أ.مكلف	أ.السبتي بن ستيرة	العضو:

بالدروس

المناقشة يوم:

السنة الجامعية: (1424-1425هـ/2003-2004م)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ
يُحْكَمُوا فِيهَا شَجَرًا بَيْنَهُمْ ثُمَّ
لَا يَجِدُوا فِيهَا أُنفُسَهُمْ حَرًا
مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلَّمُوا تَسْلِيمًا﴾

(سورة النساء: الآية 65).

شكر وتقدير

أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي الدكتور "بلقاسم شتوان" الذي تبني هذا البحث وأشرف عليه ورعاه، ولم يبخل علي بتوجيهاته وملاحظاته القيمة رغم كثرة مشاغله ومسؤولياته.

كما أتوجه بالشكر إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد، وخاصة أساتذتي بجامعة الأمير عبد القادر قسم فقه وأصوله، وعمال المكتبة.

كما أخص بالشكر عمال مجلس قضاء قسنطينة على ما قدموه لي من خدمات.

كما لا يفوتني أن أشكر المحامية مليط التي لم تبخل علي بتقديم المساعدة كلما توجهت إليها.

الإهداء

إلى روح هذا الدين الكامل التام.
إلى التي أرضعتني.. هزت سريري ورعتني.. أمي
إلى معيل أسرتي... وقائدي وقدوتي.. أبي
إلى أشقاء وشقيقات مضغتي
إلى شاحن همتي ومقوي عزيمتي.. عمي العزيز صالح
إلى كل من ساهم من قريب أو بعيد في إنجاح خروج هذا
المولود إلى النور، وأخص بالذكر زميلاتي (مجموعة
الصدق والوفاء)، وإلى القابلة التي قطعت حبله السري..
شبيبة زايد.
إلى كل هؤلاء أهدي هذا المولود.

شكر خاص

أتقدم بشكر خاص إلى أستاذي الدكتور "بلقاسم شتوان" الذي تبني هذا البحث كمشرف مساعد ورعاه حتى خرج إلى الوجود بهذا الشكل، ولم يبخل علي بتوجيهاته وملاحظاته القيمة رغم كثرة مشاغله ومسؤولياته، فجزاه الله عني كل خير، وأدامه في خدمة العلم وطلابه.

هـ

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين خاتم الأنبياء أجمعين وعلى من تبعه بإحسان إلى يوم الدين.

يعد التحكيم من أقدم السبل التي اهتدى إليها الفكر البشري لفض النزاعات الناشئة بين بني البشر، وقد تطور مع التطور الحضاري للبشرية، فلم يعد دوره مقتصرًا على فض النزاعات بين آحاد الناس، بل أصبح طريقًا لفض المنازعات على المستوى الدولي (سواء تعلق الأمر بنزاعات بين أفراد من دول مختلفة أهم بين دول فيما بينها أو بين أفراد من جهة ودولة أو دول من جهة أخرى).

وقد زاد انتشار التحكيم وبرزت أهميته في وقتنا الحاضر خاصة في مجال التجارة الدولية، إذ أنه لا يكاد يخلو عقد من عقودها من النص على أن ما ينشأ عن ذلك العقد من منازعات يُلجأ بطريق التحكيم لا القضاء، ومن هنا ظهر ما يسمى بالتحكيم التجاري الدولي الذي سيكون موضوع هذه الدراسة بحول الله.

أسباب اختيار الموضوع:

يرجع اختياري لهذا الموضوع إلى جملة من الأسباب أو جزها في الآتي:

- 1- الاهتمام الكبير الذي يوليه المجتمع الدولي للتحكيم في مجال التجارة الدولية، والذي يظهر من خلال الكم الهائل للاتفاقيات والمعاهدات التي أبرمت بشأنه، ناهيك عن المداولات والمؤتمرات التي تعقد من حين لآخر لمناقشة جزئياته، مما حرك فضولي لمعرفة السبب وراء كل هذا الاهتمام.
- 2- ظهور عدد كبير من مراكز التحكيم الدائمة: دولية وإقليمية ووطنية، وانتشارها في مختلف الدول الغربية والعربية على حد سواء بشكل ملفت للانتباه.
- 3- الرغبة الملحة في معرفة موقف الشريعة الإسلامية من التحكيم التجاري الدولي باعتباره أحد فروع التحكيم الذي حظي بعناية واهتمام فقهاءنا.
- 4- الاطلاع على تفاصيل فض المنازعات بهذا الطريق ومدى فاعلية أحكامه في إنهاء النزاعات.

أهمية الموضوع والأهداف المرجوة منه:

أصبح التحكيم التجاري الدولي واقعا يفرض نفسه على الساحة العربية والدولية باعتباره أفضل الوسائل لفض المنازعات -على حد تعبير المتعاملين في مجال التجارة الدولية-، ويظهر ذلك بشكل خاص من خلال اهتمام الدول وسعيها لتطوير قواعد التحكيم الوطنية، ومن خلال انضمام العديد من الدول إلى الاتفاقيات الدولية التي تسهل وتضمن الالتزام بتنفيذ أحكام التحكيم الدولية، كما أنه حاز على اهتمام جل القانونيين، فكثرت فيه المؤلفات وتعددت الندوات والمؤتمرات المنعقدة بشأنه والتي تسعى لتبسيط مفهومه لدى المتعاملين به، وكذا للقضاء على مختلف المشاكل التي تعترضه، أما هذه الدراسة فتهدف أساسا إلى:

1- تسليط الضوء على بعض جوانب التحكيم التجاري الدولي، ومحاولة إعطاء صورة واضحة عن كيفية فصل المنازعات بهذا الطريق.

2- محاولة استثمار الموروث الفقهي الإسلامي، والكشف عنه، وبالتالي إثبات ريادة الشريعة الإسلامية ومواكبتها لمستجدات الحياة.

إشكالية البحث:

رغم ما حظي به التحكيم التجاري الدولي من اهتمام، إلا أنه مازال يطرح تساؤلات عديدة، يأتي على رأسها:

- تحديد طبيعة الحكم التحكيمي أهو من طبيعة عقدية أم قضائية؟ أم أنه من طبيعة أخرى؟

- ما هي الضوابط الموضوعية التي من شأنها تحديد دولية التحكيم التجاري؟

- ما مدى مواكبة التحكيم التجاري الدولي للتطورات السريعة التي شهدتها وتشهدها التجارة الدولية؟

الدراسات السابقة:

إن الدراسات التي تناولت التحكيم بصفة عامة والتحكيم التجاري الدولي بصفة خاصة كثيرة ومتعددة، إلا أن جلها يتناول التحكيم التجاري الدولي من منظور قانوني بحت، أما الدراسات التي تعتمد

على المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي فقليلة نوعا ما، إذ لم يتسن لي الحصول إلا على ثلاثة وهي:

1- «عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي»، وهي دراسة للدكتور قحطان عبد الرحمن الدوري، تناول فيها التعريف بالتحكيم شرعا وقانونا، وتطوره التاريخي وإجراءاته وآثاره، كما تناول بعض تطبيقات التحكيم في الفقه الإسلامي مثل التحكيم في جزاء الصيد وعند الشقاق بين الزوجين ونكاح التحكيم... ومع أن هذه الدراسة كانت دقيقة ووافية إلى حد ما، إلا أن صاحبها لم يتطرق إلى التحكيم التجاري الدولي رغم أهميته، إلا في معرض الحديث عن أنواع التحكيم، وكان ذلك بصفة مقتضية جدا.

2- «التحكيم في المملكة العربية السعودية»، وهي دراسة للأستاذ محمد بن ناصر بن محمد البجلد، وقد تناولت هذه الدراسة التحكيم في المملكة العربية السعودية المستقى من الشريعة الإسلامية أساسا مع بعض الإضافات التي تجعل منه مواكبا للتطور الذي شهده التحكيم على المستوى الدولي، وهذه الدراسة أيضا لم تول عناية كبيرة للتحكيم التجاري الدولي.

3- «النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجاري دراسة مقارنة»، للأستاذ محمود محمد هاشم، وهذه الدراسة أيضا لم تتناول التحكيم التجاري الدولي بصفة خاصة، إلا أنها تناولت التحكيم بصفحة عامة بكثير من التركيز، وقد استفدت منها كثيرا.

منهج الدراسة:

استعنت في هذا البحث بعدد من المناهج:

أولها المنهج التحليلي، الذي اعتمدت عليه في تحليل مختلف نصوص الشريعة الإسلامية وأدلتها، وكذا نصوص القانون.

وثانيها المنهج المقارن، انطلاقا من طبيعة الدراسة التي تتطلب مقارنة تنظيم الشريعة الإسلامية للتحكيم بتنظيم القانون الوضعي لذات الموضوع.

كما استعنت بالمنهج التاريخي، وهذا في معرض الحديث عن تطور التحكيم عبر التاريخ.

منهجية البحث:

حرصت خلال إنجازي لهذا البحث على التركيز على جملة من الأمور، رأيت أنه من الضروري الاهتمام بها وعدم إغفالها:

- 1- الأمانة العلمية في نسبة الآراء والأقوال إلى أصحابها.
- 2- تحري الرجوع إلى المصادر الأصلية في المسائل المطروحة ما تسنى لي ذلك. وقد اقتصررت في المسائل الفقهية على المذاهب السنية الأربعة، مع إشارات طفيفة للمذهب الظاهري.
- 3- دعمت البحث بنصوص من القرآن الكريم والسنة النبوية وأقوال العلماء لأجل التاصيل الشرعي، وبنصوص من بعض الاتفاقيات والمعاهدات الدولية وبعض القوانين الوطنية لإثراء الجانب القانوني.
- 4- حرصت على نقل نصوص الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والقوانين الوطنية من مراجع متخصصة، حتى أضمن إلى حد ما عدم الوقوع في أخطاء.
- 5- قمت بتخريج الأحاديث الواردة في البحث في الهامش، وذلك بالرجوع إلى كتب التخريج المعتمدة، فإن كان الحديث في أحد الصحيحين، اكتفيت بذلك، وإن كان في غيرهما ذكرت منهما اثنين ما تيسر لي ذلك، وقد أغفلت في بعض الأحيان ذكر معلومات النشر لكتب التخريج في الهوامش المطولة.
- 6- ترجمت لمعظم الأعلام الذين أوردت آراءهم في البحث، إلا من تعذر عليّ تعريفهم من القانونيين، وقد استعنت بكتب التراجم المشهورة.
- 7- استعنت - ما استطعت - ببعض المراجع الأجنبية إثراء للموضوع، خاصة وأنه من المواضيع التي تكسي الصبغة الدولية.
- 8- قمت بشرح المصطلحات والألفاظ التي يصعب فهمها ما أمكن، وذلك بالرجوع إلى الكتب المتخصصة.
- 9- حرصت على تطعيم الهامش، وذلك بذكر أكبر عدد ممكن من المصادر والمراجع في الإحالة الواحدة.

10- إذا ذكرت المصدر أو المرجع لأول مرة في الهامش، أقوم بذكر جميع معلومات النشر، أما إذا تكرر ذكره، فأكتفي بالإشارة إلى المؤلف والعنوان.

11- استعملت عبارة "المصدر نفسه" و"المرجع نفسه" إذا تكرر المصدر أو المرجع في الصفحة الواحدة ولم يفصل بينهما هامش أخرى، في حين استعملت عبارة "المصدر السابق" و"المرجع السابق" إذا تكرر ذكر المصدر أو المرجع في ذات الصفحة وفصل بينهما هامش أو أكثر.

12- استعملت بعض الرموز، وذلك للاختصار: دم عوضا عن "دون مكان"، دت عوضا عن "دون تاريخ"، دن عوضا عن "دون ناشر"، ط عوضا عن "الطبعة"، دط عوضا عن "دون طبعة"، / عوضا عن ذكر الجزء والصفحة.

13- ذيلت البحث بفهارس متنوعة . للآيات والأحاديث والآثار والأعلام والمصادر والموضوعات التي احتواها، ورتبتها حسب ما هو معهود في هذه الدراسات.

14- ارتأيت إثراء البحث ببعض الملاحق التي من شأنها إفادة القارئ وإعطائه صورة واقعية مقربة عن موضوع البحث.

مصادر ومراجع البحث وكيفية الاستفادة منها:

إن طبيعة الدراسة اقتضت استعمال مصادر متنوعة شرعية وقانونية ومقارنة، بداية بمصادر الشريعة الإسلامية المتخصصة ككتب التفسير والحديث و الفقه و أصول الفقه من مختلف المذاهب، وكذا بعض الكتب الفقهية الحديثة، والدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون، أما الكتب القانونية فكانت كثيرة ومتنوعة هي الأخرى، إذ كان منها المتخصصة أي الذي يتناول دراسة الموضوع بصفة مستقلة مثل كتاب "الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي" للأستاذ رضوان أبو زيد، وكتاب "قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية" للدكتور منير عبد المجيد، ومنها ما يتناول الموضوع في معرض الحديث عن التحكيم بوجه عام أو عن الطرق السلمية لفض المنازعات.

أما التشريعات فقد رجعت إلى التقنين الجزائري بصفة خاصة، إضافة إلى جملة من قوانين الدول الغربية والعربية التي تسنى لي الحصول عليها، كما استعنت على نصوص الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، وكذلك لوائح وأنظمة مراكز التحكيم الدولية والإقليمية والوطنية التي توفرت لي، إضافة إلى الاستعانة

بعض المراجع الأجنبية التي تُخدم موضوع البحث، وكان على رأسها مؤلف الدكتور P. Fouchard الذي يحمل عنوان L'arbitrage commercial international.

وكذا بعض مواقع الأنترنت، وعلى رأسها موقع مركز التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس C.C.I. وللإستفادة من هذه المراجع على أكمل وجه، عملت على بحث المسألة في الشريعة الإسلامية ثم في القانون الوضعي للوصول إلى أوجه الاختلاف والاتفاق، وهو المنهج المتبع عادة في الدراسات المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

خطة الدراسة:

قسمت هذا البحث إلى مقدمة وثلاثة فصول وخاتمة.

تناولت في الفصل التمهيدي ماهية التحكيم، تطوره ونطاقه، وذلك في ثلاثة مباحث؛ البحث الأول: خصصته للحديث عن مفهوم التحكيم في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وذلك في مطلبين، والبحث الثاني: تناولت فيه التطور التاريخي للتحكيم في مطلبين أيضا، في حين خصصت البحث الثالث للحديث عن نطاق التحكيم، وجاء هو الآخر في مطلبين.

أما الفصل الأول، فتعرضت فيه: لتنظيم التحكيم التجاري الدولي، وذلك في ثلاثة مباحث، البحث الأول: تناولت فيه مفهوم التحكيم التجاري الدولي، وذلك في مطلبين، والبحث الثاني: تناولت فيه أنواع التحكيم التجاري الدولي وضوابط دوليته وجاء في مطلبين، أما البحث الثالث، فقد خصصته للاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، وذلك في مطلبين أيضا.

وأخيرا الفصل الثاني، والذي تناولت فيه الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي وتطبيقاته في الجزائر، وذلك في ثلاثة مباحث، خصصت البحث الأول للقانون الواجب تطبيقه في التحكيم التجاري الدولي، وذلك في مطلبين، وتناولت في البحث الثاني حكم التحكيم في مطلبين، أما البحث الثالث، فقد خصصته للآفاق المستقبلية للتحكيم التجاري الدولي وتطبيقاته في الجزائر، وجاء في مطلبين أيضا.

وختمت الدراسة بخاتمة تضمنتها أهم نتائج البحث، وبعض التوصيات التي من شأنها أن تفتح آفاقا جديدة للبحث.

في الأخير لم أجد عبارات أحتّم بها أحسن من قول العماد الأصفهاني - رحمه الله تعالى - : «إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يوم إلا قال في غده أو بعد غده لو غير هذا لكان أحسن ولو زيد هذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص في جملة البشر».

مكتبة الأمير عبد القادر للقانون للعلوم الإسلامية

المفصل التمهيدي
ماهية التحكيم، تطوره و نطاقه

المبحث الأول: مفهوم التحكيم

المبحث الثاني: التطور التاريخي للتحكيم

المبحث الثالث: نطاق التحكيم

تمهيد:

حاول الإنسان منذ القديم إيجاد طرق لتسوية المنازعات التي تنشأ بينه وبين بني جنسه، وكانت القوة أولى الطرق التي اعتمدها لاقتضاء حقوقه والدفاع عنها، وبذلك ظهر ما يسمى بالقضاء الخاص Justice privé، حيث يتكفل كل فرد بحماية حقوقه واسترجاعها بنفسه.

ومع مرور الوقت وتقدم الفكر القانوني اهتدى الإنسان إلى وسائل أخرى لفض المنازعات، وكان من أهمها الصلح والتحكيم، هذا الأخير الذي يتمثل في عرض النزاع على طرف محايد للفصل فيه، ومع أن الحكم الذي يصدره الطرف المحايد لم تكن له أية قوة إلزامية، إلا أن المحكوم ضده كان ينفذ الحكم في أغلب الأحيان طواعية، استنادا إلى أن الفصل في النزاع كان يتم بشكل ودي.

وبعد ظهور الدولة الحديثة -بعد مراحل تاريخية طويلة- بسلاطتها المختلفة وشخصيتها الاعتبارية تدخلت في الحياة الاجتماعية والاقتصادية، وأخذت على عاتقها عبء إقامة العدالة وحماية الحقوق والمراكز القانونية سواء بالنسبة لمواطنيها أم بالنسبة للمقيمين على أراضيها، حيث أقامت سلطة خاصة كلفتها بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد كأصل عام أسمتها "السلطة القضائية"، وبهذا ألغت نظام القضاء الخاص. غير أنها لم تلغ التحكيم، بل أقرته ونظمته وجعلت منه استثناء من الأصل العام، حيث سمحت للأفراد أن يختاروا بينه وبين نظامها القضائي العام للفصل في بعض المنازعات، وذلك نظرا لما يقدمه من فوائد للمتخاصمين، إضافة إلى أنه يخفف نوعا ما من العبء الملقى على كاهل السلطة القضائية.

وسنحاول في هذا الفصل تحديد مفهوم التحكيم (في مبحث أول)، ثم بيان تطوره التاريخي (في

مبحث ثان)، ثم الحديث عن نطاقه في مبحث ثالث.

المبحث الأول: مفهوم التحكيم

إن الحديث في موضوع التحكيم والإشكاليات التي يطرحها، يتطلب منا أولاً إعطاء مفهوم دقيق له، إذ أنه لا يمكن مناقشة أي موضوع قبل إدراك مفهومه.

وللوقوف على مفهوم محدد للتحكيم يتعين علينا إعطاء تعريف دقيق له مع تبين أساس مشروعية هذا النظام الذي احتل مكانة هامة على الصعيدين الداخلي و الدولي (في مطلب أول)، ثم تمييزه عن بعض المصطلحات المشابهة له، والتي قد تختلط به في بعض الأحيان (في مطلب ثان).

المطلب الأول: تعريف التحكيم ومشروعيته .

نتناول في هذا المطلب تعريف التحكيم (في فرع أول)، ثم نتناول أساس مشروعيته في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (في فرع ثان).

الفرع الأول: تعريف التحكيم :

للتحكيم كغيره من المصطلحات تعريف لغوي و آخر اصطلاحي .

أولاً: التعريف اللغوي: التحكيم مشتق من حكم يحكم، و الحكم القضاء، و حاكمه إلى الحاكم . دعاه وخاصمه، و حكمه في الأمر تحكيماً أمره أن يحكم⁽¹⁾ و حكمه في ماله تحكيماً إذا جعل إليه الحكم . فيه، و في الحديث "إن الجنة للمحكمين"، وهم قوم من أصحاب الأخدود حكموا وخيروا بين القتلى والكفر فاختاروا الثبات على الإسلام مع القتل⁽²⁾.

ويقول ابن منظور: «حكموه بينهم أمره أن يحكم بينهم ، ويقال حكمنا فلان فيما بيننا أي أجز حكمه بيننا ، و حكمه في الأمر فاحتكم جاز فيه حكمه و الاسم منه الأحكومة و الحكومة»⁽³⁾.

ومن هنا يمكن القول أن التحكيم لغة هو تفويض الحكم إلى الغير .

ثانياً: - التعريف الاصطلاحي:

1- في الشريعة الإسلامية: عرّف فقهاء الشريعة الإسلامية التحكيم بأنه: «تولية الخصمين حاكم

يحكم بينهما»⁽⁴⁾. و المراد بالخصمين هو الفريقان المتخاصمان فيشمل ما لو تعدد الفريقان، و المراد

(1)- ينظر: الفيروزبادي، القاموس المحيط، ط1، (مصر: بولاق المطبعة الميرية 1301هـ)، 97/4 .

(2)- ينظر: أبو بكر الرازي، مختار الصحاح، ضبط و تصحيح أحمد شمس الدين ، ط1، (لبنان، بيروت ، دار الكتب العلمية، 1415هـ/1994م) ، ص186 . أبو الحسين أحمد بن زكريا، مجمل اللغة، دراسة وتحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، ط2، (دم، مؤسسة الرسالة، 1406هـ-1986م، 98/1).

- ابن منظور: هو محمد بن مكرم بن علي بن أحمد أبي القاسم بن حبة بن منظور الرويفعي الإفريقي المصري، حيا في القرنين 6 و 7 هـ، ولد سنة 620هـ، وتوفي سنة 711هـ، من مصنفاته: مختار الأغانى في الأخبار والتواريخ، مختصر تاريخ دمشق لابن عساكر، مختصر مفردات ابن البيطار ولسان العرب. (ينظر: محمد بن شاكر الكندي، فهارس الوفيات والذيل عليها، تحقيق: إحسان عباس، د.ط، (بيروت، دار الثقافة، د.ت)، ص3914. و جلال الدين السيوطي، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، ط2، (د.م، دار الفكر، 1399هـ-1979م)، 248/1

(3)- ابن منظور، لسان العرب ، مادة حكم، ط1، (مصر ، القاهرة ، دار المعارف ، د.ت)، 952/2.

(4) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، ط1، (لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، 1418هـ/1997م)، 41/7. و ابن عابدين، حاشية رد المختار، ط3، (دمشق ، دار الفكر 1399هـ/1979م)، 428/5.

بالحاكم هو ما يعم الواحد و المتعدد⁽¹⁾.

ومنه فإن تعريف الفقهاء لم يخرج عن التعريف اللغوي إذ أن تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما
معناه أنهما يفوضان إليه الحكم في خصومتها .

و بالمعنى نفسه عرفته مجلة الأحكام العدلية العثمانية، إذ جاء في المادة "1790" منها أن " التحكيم
هو عبارة عن اتخاذ الخصمين آخر حكما برضاها لفصل خصومتها ودعواها"⁽²⁾.

وجدير بالذكر أن أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية عند الحديث عن التحكيم يقتضون على شرح
معناه وتبيين حكمه، دون أن يضعوا له تعريفا «وذلك اكتفاء منهم بما قر في الأذهان من معناه اللغوي ،
وبما تواضع عليه العرف و العمل»⁽³⁾.

ومن ذلك : قول ابن قدامة في المغني: «و إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكما بينهما ورضياه
وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز»⁽⁴⁾.

وقول الشيرازي: " «فإن تحاكم رجلان إلى من يصلح أن يكون حاكما ليحكم بينهما جاز»⁽⁵⁾.

(1)- ابن عابدين، حاشية رد المختار، مصدر سابق، 428/5 .

(2)- علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، د.ط، (بيروت، دار الجيل، 1991)، 98/4.

(3)- محمد حبر الألفي ، التحكيم في الفقه الإسلامي، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي (ع.9، 1417هـ/1996م)، 172/4.

* -ابن قدامة: هو أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، بن مقدم المقدسي، الدمشقي الخنلي،
ولد بجماعيل سنة 541 هـ و نشأ بدمشق، رحل إلى بغداد فسمع بها من الشيخ عبد القادر الكيلاني وغيره، مات
بدمشق سنة 620هـ. من تصانيفه : المغني في شرح الخرقى، الكافي، الروضة ، البرهان في مسألة القرآن، ومنهاج
القاصدين في قضاء الخلفاء الراشدين، ومختصر الهداية لأبي الخطاب ومناسك الحج ... (ينظر: ابن العماد، شذرات الذهب،
ط1، (لبنان، بيروت دار الكتب العلمية 1410هـ-1990م)، 88/5. وخير الدين الزركلي، الأعلام، ط7، (بيروت، دار
العلم لملايين، 1986)، 64/4).

(4)- موفق الدين ابن قدامة، المغني ، ط1، (لبنان، بيروت، دار الكتاب العربي (1403هـ-1983م))، 483/11.

** -الشيرازي: هو إبراهيم بن علي بن يوسف، يكنى أبا إسحاق ويلقب جمال الدين ، ولد سنة 393 هـ في بلدة
فيروزآباد، من شيوخه: أبو عبد الله محمد بن عمر الشيرازي ، أبي أحمد عبد الوهاب البغدادي ، و أبي عبد الله البيضاوي،
توفي ببغداد سنة 476هـ تاركاً جملة من المؤلفات منها: المهذب في المذهب، التنبيه في الفقه، النكت في الخلاف، اللمع،
التلخيص، طبقات الفقهاء. (ينظر: جمال الدين الإسنوي، طبقات الشافعية، تحقيق: كمال الحوت، ط2، (لبنان-بيروت،
دار الكتب العلمية، 1417هـ-1977م)، 27/2. وابن العماد، شذرات الذهب، مصدر سابق، 349/3).

(5)- الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ط1، (لبنان- بيروت، دار الفكر، د.ت)، 291/2.

وقول ابن فرحون⁴ في معرض الحديث عن التحكيم دائما : «ومعناه أن الخصمين إذا حكما بينهما رجلا وارتضياه لأن يحكم بينهما فإن ذلك جائز»⁽¹⁾. غير أن عبارات الفقهاء هذه وإن كانت مجرد شرح لمعنى التحكيم و تبيين لحكمه إلا أنه يمكن أن نستخلص منها التعريف المتقدم والذي هو: «تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما مطبقا شرع الله طبعاً».

2- في القانون الوضعي: لم يخرج تعريف فقهاء القانون الوضعي للتحكيم عن التعريف اللغوي والشرعي المتقدم إذ عرفوه بأنه :

«نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عادين يختارهم الخصوم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها، أو هو مكنة أطراف النزاع بإقضاء منازعاتهم عن الخصوم لقضاء المحاكم المخول لها طبقاً للقانون، كما تحل عن طريق أشخاص يختارونهم»⁽²⁾.

كما عرفوه على أنه: «الاتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة»⁽³⁾.

فبمقتضى التحكيم يتزل الخصوم عن اللجوء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم .

الفرع الثاني : مشروعية التحكيم :

سأتناول في هذا الفرع مشروعية التحكيم في كل من الشريعة الإسلامية، والقانون الوضعي .

أولاً: في الشريعة الإسلامية: التحكيم باعتباره طريقة من طرق تسوية المنازعات مشروع في النظام الإسلامي بالكتاب و السنة و الإجماع، وسيبين ذلك من خلال الآتي:

⁴- ابن فرحون: هو أبو الوفاء إبراهيم بن علي بن محمد اليعمرى المالكي، ولد بالمدينة ونشأ بها، وولي قضاءها، تفقه و برع، مات سنة 799هـ ودفن بالقيع، من مؤلفاته: تبصرة الحكام والديباج المذهب. (ينظر: محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، د.ط، (د.م، دار الفكر، د.ت)، ص222 وابن العماد، المصدر السابق، 357/6).

⁽¹⁾- ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ط1، (مصر، مكتبة الكليات الأزهرية 1446هـ-1986م)، 62/1.

⁽²⁾- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط1، (القاهرة، دار الفكر العربي، 1981م)، ص19

⁽³⁾- أحمد أبو الوفاء، عقد التحكيم و إجراءاته، ط2، (مصر: الإسكندرية، منشأة المعارف، 1974م)، ص15.

أ-القرآن الكريم: وردت الإشارة إلى التحكيم في القرآن الكريم في أكثر من موضع، نذكر منها :

1- قال تعالى : ﴿وَإِنْ حِفْظُهُ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِمَا إِنْ يُرِيدَا إِحْلَاقًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁽¹⁾.

فهذه «الآية دليل على إثبات التحكيم⁽²⁾» ومشروعيته إذ لما جاز في حق الزوجين دل ذلك على جوازه في سائر الخصومات والدعاوى⁽³⁾، أي في المعاملات الدنيوية الأخرى لدونها في الأهمية من العلاقات الأسرية⁽⁴⁾.

ومع هذا فهناك من قال بأن الاستدلال بهذه الآية فيه نظر ومن هؤلاء الكمال بن الهمام، غير أنه لم يبين وجه اعتراضه على الاستدلال بها⁽⁵⁾. كما أن البعض يرى أن دلالتها على التحكيم الرضائي يتطرق إليه الاحتمال⁽⁶⁾ لذلك لم يستدل بها على جواز التحكيم .

وعلى الرغم مما تقدم فقد استشهدت بهذه الآية للتدليل على مشروعية التحكيم وذلك لأن في هذا الموضوع أريد فقط أن أثبت إقرار القرآن الكريم لمبدأ التحكيم بغض النظر عن كونه تحكيماً رضائياً (اختيارياً)، أو إجبارياً.

(1)-سورة النساء، الآية: 35.

(2)-القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط1، (مصر، دار الكتاب العربي، 1387هـ-1967م)، 179/5.

(3)-ينظر: الخصاصف، شرح أدب القاضي، شرح: عمر بن عبد العزيز، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني وأبو بكر محمد اخشاشي، ط1، (لبنان-بيروت، دار الكتب العلمية، 1414هـ-1994)، ص482.

(4)-عبد العزيز بن عثمان التويجري، التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، 9، (1417هـ/1996م)، ص262.

*-الكمال بن الهمام: هو كمال الدين بن محمد بن همام الدين عبد الواحد بن حميد الدين عبد الحميد السيواسي الكندري القاهري، من أجلة الحنفية كان عميق الفكر، بلغ رتبة الاجتهاد. من تلاميذه: زكريا الأنصاري، والسخاوي صاحب الضوء اللامع، و السيوطي وقاسم بن قطلوبغا، توفي بالقاهرة سنة 861هـ، من مؤلفاته شرح فتح القدير شرح الخداية، والتحرير في أصول الفقه. (ينظر: ابن العماد، شذرات الذهب، مصدر سابق، 279/7. محي الدين بن أبي الوفاء القرشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلوة، ط2، (مصر، دار هجر، 1413هـ-1993م)، 86/2).

(5)-الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، ط2، (لبنان- بيروت، دار الفكر، د.ت)، 315/7.

(6)-محمد بدر يوسف النياوي، مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، 9، (1417هـ/1996م)، ص32.

2- قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَعْلَمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾⁽¹⁾.

قال القرطبي: «و الأظهر في الآية أنها عامة في جميع الناس ، فهي تناول الولاية فيما إليهم من الأمانات في قسمة الأموال ورد الظلمات و العدل في الحكومات وهذا اختيار الطبري ، كما تناول من دونهم من الناس في حفظ الودائع و العدل في الشهادات ، وغير ذلك كالرجل يحكم في نازلة»⁽²⁾.

فهذه الآية إذن تناول خطابا عاما لكل المسلمين وليس خطابا موجها للقاضي فقط، فالخطاب بهذا موجه إلى كل من ينظر في نزاع بين الناس ومنه يمكن الاستدلال بما على مشروعية التحكيم.

ب- السنة : وردت آثار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تبين أنه عمل بالتحكيم و أقره لعدد من صحابته رضي الله عنهم فكانت دليلا على مشروعية التحكيم، من ذلك :

1- «مارواه الربيع بن نافع عن يزيد^{**} يعني بن المقدم بن شريح - عن أبيه^{***} عن جده شريح، عن أبيه

(1)-سورة النساء، الآية: 58.

*-القرطبي: هو أبو عبد الله بن محمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري القرطبي، المفسر، كان عباد الله الصالحين و العلماء العارفين المورعين، استقر بمصر وتوفي بها في شوال من سنة 671هـ، من مصنفاته: تفسير جامع أحكام القرآن، شرح الأسماء الحسنى، التذكار في فضل الأفكار، والتذكرة في أحوال الآخرة. (ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، ط1، (مصر، مطبعة السعادة، 1329هـ)، ص317. محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، مصدر سابق، ص197).

(2)-القرطبي، أحكام القرآن، مصدر سابق، 256/5.

*-الربيع بن نافع: هو أبو توبة الحلبي، نزيل طرطوس، مات سنة 241هـ، روى عن أبي إسحاق الفزاري ويزيد بن المقدم وغيرهما، وروى عنه أبو داود فأكثر. (ينظر: ابن حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، ط2، (دم، دن، 1975)، 246/1. ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، (مصر: دار الفكر 1984)، 251/3).

**-يزيد: هو يزيد بن المقدم بن شريح بن هانيء الحضرمي الحارثي الكوفي، روى عن أبيه، وروى عنه قتيبة و يحيى بن يحيى وأبو بكر بن أبي شيبة وغيرهم. (ينظر: ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، مصدر سابق، 362/11، وابن حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، مصدر سابق، 371/2).

***-المقدم بن شريح: هو المقدم بن شريح بن هانيء بن يزيد الحارثي الكوفي، ثقة، روى عن أبيه و روى عنه ابنه يزيد والأعمش والثوري وآخرون. (ينظر: ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، مصدر سابق، 287/10. ابن حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، مصدر سابق، 272/2).

هاني* أنه لما وفد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم مع قومه وسمعهم يكتونه بأبي الحكم، فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: «إن الله هو الحكم وإليه الحكم فلم تكني أبا الحكم؟» فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين. فقال صلى الله عليه وسلم: «ما أحسن هذا! فمالك من الولد؟» قال: لي شريح، ومسلم وعبد الله. فقال: «فمن أكبرهم؟» قال: شريح. فقال صلى الله عليه وسلم: «فأنت أبو شريح»⁽¹⁾.

فاستحسانه ﷺ لفعل أبي شريح دليل واضح على مشروعية التحكيم إذ لو لم يكن مشروعاً لما استحسنت فعل من قام به .

2- ما روي مرفوعاً عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من حكم بين اثنين تراضياً به فلم يعدل بينهما فعليه لعنة الله»⁽²⁾. و في رواية فهو ملعون.

جاء في المغني: و لولا أن حكمه يلزمهما لما لحقه هذا الذم⁽³⁾. وكون الحكم ملزم لهما دليل واضح على مشروعية التحكيم .

3- رضاه ﷺ بتحكيم سعد بن معاذ رضي الله عنه، في أمر يهود بني قريظة فقد أخرج

* هاني: هو هاني بن يزيد بن هيثم بن دريد الضبابي ويقال المذحجي الخارثي، روى عن النبي ﷺ فرده إليه، وهو كناه أبا شريح. ذكره ابن سعد وغيره في أهل الكوفة. (ينظر: ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، مصدر سابق، 23/11. وابن الأثير: أسد الغابة في معرفة الصحابة، د.ط، (بيروت، دار إحياء التراث العربي، د.ت)، 52/5).

(1)- أخرج أبو داود في سننه، 35 كتاب الأدب، 70 باب في تغيير الاسم القبيح، رقم 4955، ط1، (د.م، د.ن)، 1371هـ-1952م)، 585/2. أخرج البيهقي في سننه، كتاب آداب القاضي. باب: ما جاء في التحكيم، دط، (دم، دار الفكر، دت)، 145/10. كما ذكره الحاكم في مستدركه، كتاب الإيمان وقد سكت عنه الذهبي، (المستدرک، 24/1).

(2)- لم أقف على تخريج هذا الحديث في كتب التخريج المعتمدة، غير أني استشهدت به لأنه ذكر في معظم الكتب الفقهية القديمة في مجال الاستدلال على مشروعية التحكيم، ومنها: البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مراجعة: هلال مصيلحي مصطفى هلال، (لبنان- بيروت، دار الذكر 1402هـ-1982م)، 309/6. موفق الدين بن قدامة، المغني، مصدر سابق، 484/11.

(3)- موفق الدين بن قدامة، المصدر نفسه، 484/11.

** سعد بن معاذ، هو سعد بن معاذ بن النعمان سيد الأوس في الجاهلية و الإسلام، أسلم بالمدينة بين العقبة الأولى والثانية على يدي مصعب بن عمير، و شهد بدرًا وأحداً والخندق، و رمي يوم الخندق بسهم فعاش شهراً ثم انتفض جرحه فمات و كان ذلك سنة 5هـ و الذي رماه بالسهم حبان بن العرقة، و قال خذها وأنا بن العرقة، فقال ﷺ: «عرق الله وجهه في النار». و قال عليه الصلاة و السلام: «اهتز العرش لموت سعد بن معاذ». (ينظر: ابن عبد البر، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق: علي محمد البجاوي، ط1، (بيروت: دار الجيل، 1412هـ-1992م)، 602/2. ابن الأثير، أسد الغابة، مصدر سابق، 296/2).

البخاري في صحيحه عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال : «لما نزلت بنو قريظة على حكم سعد - هو ابن معاذ- بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إليه و كان قريبا منه فحاء على حمار، فلما دنا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «قوموا إلى سيدكم». فحاء فجلس إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال له: «إن هؤلاء نزلوا على حكمك». قال: فإني أحكم أن تقتل المقاتلة. و أن تسي الذرية. قال: «لقد حكمت فيهم بحكم الملك»⁽¹⁾.

وفي الروايات التي نقلت هذه الحادثة ما يؤكد أن بني قريظة اقترحت سعد بن معاذ حكما بينهما وبين رسول الله صلى الله عليه وسلم، و أن سعدا حين حضر استوثق من رضا الطرفين بحكمه ، كما استوثق من قبولهم تنفيذة و كان مما فعله في هذا الصدد أنه توجه إلى بني قريظة قائلا : عليكم عهد الله وميثاقه أن الحكم فيكم ما حكمت؟ فقالوا : نعم، ثم قصد الناحية التي بها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو معرض بوجهه إجلالا له صلى الله عليه وسلم، وقال: وعلى من ها هنا؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : نعم⁽²⁾.

"-البخاري، هو أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، ولد سنة 194هـ ببخارى، له رحلات واسعة بحثا في الحديث، حتى صار إماما فيه، توفي سنة 256 هـ، من مؤلفاته "الجامع الصحيح"، وهو أصح كتاب بعد كتاب الله تعالى، وله أيضا "التاريخ" وغيرهما. (ينظر: أبو عبد الله شمس الدين محمد الذهبي، تذكرة الحفاظ، د.ط، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت)، 555/2. ابن حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، مصدر سابق، 55/2، رقم: 5445)

"-أبو سعيد الخدري: هو سعد بن مالك بن سنان الخزرجي، صحابي جليل أول مشاهده الخندق، غزا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر غزوة، كان من نجباء الأنصار وعلماهم، توفي سنة 74هـ وقيل غير ذلك. (ينظر: ابن عبد البر، الاستيعاب، مصدر سابق، 602/2. وابن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، د.ط، لبنان-بيروت، دار الكتاب العربي، د.ت)، 32/2).

(1)-صحيح البخاري، كتاب: المغازي، باب: مرجع النبي صلى الله عليه وسلم من الأحزاب ومخرجه إلى بني قريظة ومحاصرته إيأهم، 50/5. وكتاب: الجهاد، باب: مناقب سعد بن معاذ رضي الله عنه، 227/4. (د.ط، بيروت، دار الفكر، 1404هـ/1981م). وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: الجهاد. باب: جواز قتال من نقض العهد وجواز إنزال أهل الحصن على حكم حاكم عدل أهل للحكم، (صحيح مسلم بشرح النووي، 6/335).

(2)-وردت هذه الحادثة بروايات متقاربة في :

ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب المغازي، ط1، (لبنان-بيروت، دار المعرفة، د.ت)، 411/7. والشوكاني: نيل الأوطار، تحقيق: طه عبد الرؤوف مصطفى ومصطفى محمد الهواري، كتاب الجهاد والسير، باب الكفار يحاصرون فيترلون على حكم رجل منهم، 231/9. وابن هشام، سيرة النبي صلى الله عليه وسلم. تحقيق: محمد محمي الدين عبد الحميد. د.ط، (بيروت، دار الفكر، 1401هـ-1981م)، 258/3.

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن رسول الله ﷺ قبل بتحكيم سعد بن معاذ، وأمضى حكمه، كما أن سعدا حرص على الاستيثاق من رضا الطرفين بتحكيمه وقبولهم تنفيذ ما يحكم به وكان ذلك جهرا، فلو لم يكن التحكيم مشروعا لما قبله عليه الصلاة والسلام .

4- إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لئبي العنبر حين انتهبوا مال الزكاة: «اجعلوا بيني وبينكم حكما»، فقالوا: يا رسول الله الأعور بن بشامة، فقال: «بل أسيدكم ابن عمرو» قالوا: يا رسول الله الأعور بن بشامة، فحكّمه رسول الله صلى الله عليه وسلم وآله وسلم. فحكم أن يفدى شطر ويعتق شطر⁽¹⁾. ووجه الدلالة من هذا الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اقترح التحكيم وقبل الحكم الذي ارتضاه الخصم وأصرّ عليه، فكان هذا دليلا واضحا على مشروعية التحكيم .

ج- الإجماع : أجمع الصحابة رضي الله عنهم على جواز التحكيم⁽²⁾، إذ أنه وقع لجمع منهم ولم ينكره أحد مع اشتهاره⁽³⁾، و نظرا لعدم اتساع المجال لذكر كل الوقائع الدالة على ذلك سأكتفي بذكر البعض منها فقط .

1- قال الشعبي: " كان بين عمر و أبي رضي الله عنهما خصومة فقال عمر : اجعل بيني وبينك

* -الأعور بن بشامة: هو الأعور بن بشامة بن نضلة بن سنان بن جندب بن الحارث بن العنبر بن ميم. قال ابن الكلبي اسمه ناشب والأعور لقب. (ينظر: ابن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، مصدر سابق، 69/1).

(1)- ينظر: ابن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، مصدر سابق، 69/1. (وهو مروى من ابن شاهين بإسناده عن ابن عباس -رضي الله عنهما- وقيل أن في إسناده جهالة.

(2)- ينظر: السرخسي، المبسوط، تصنيف خليل الميس، دط، (لبنان، بيروت، دار المعرفة، 1406هـ-1986م)، 62/21.

(3)- ينظر: الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ط1، (لبنان، بيروت، دار الفكر، 1404هـ/1984م)، 242/8 .

* -الشعبي: هو عامر بن شراحيل بن عبد الهذاني الكوفي، ولد سنة جلولاء، (أي سنة 17 هـ)، كان إماما حافظا فقيها، قال العجلي: مرسل الشعبي صحيح، لا يكاد يرسل إلا صحيحا، سمع من ابن عمر، وتعلم الحساب من الحارث الأعور، وشهد وقعة الجمامم مع ابن الأشعث نجا من سيف الحجاج وعفا عنه، وولي قضاء الكوفة. توفي سنة 104هـ- وقيل غير ذلك . (ينظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، مصدر سابق، 79/1. الشيرازي، طبقات الفقهاء، تحقيق: إحسان عباس، ط2، (لبنان، بيروت، دار الرائد العربي، 1401هـ-1981م)، ص81.

* -عمر: هو عمر بن الخطاب بن نفيل العدوي أبو حفص، ثاني الخلفاء الراشدين، مضرب المثل في العدل، كان في الجاهلية من أبطال قريش وأشرافهم. هو أول من لقب بأمر المؤمنين، وهو من أرخ التاريخ من الهجرة. قتله أبو لؤلؤة الفارسي الجوسي سنة 32هـ. (ينظر: ابن عبد البر، الاستيعاب، مصدر سابق، 1144/3. ابن الأثير، أسد الغابة، مصدر سابق، 52/4).

* -أبي: هو أبي بن كعب بن قيس بن عبيد الأنصاري الخزرجي أقرأ الصحابة وسيد القراء، روى عن النبي ﷺ.

رجلا قال : فجعلنا بينهما زيد بن ثابت .

قال : فأتوه، قال : فقال عمر رضي الله عنه : أتيناك لتحكم بيننا ، وفي بيته يؤتى الحكم . قال : فلما دخلوا عليه ، أجلسه معه على صدر فراشه . قال : فقال (يقصد عمر) هذا أول جور جرت في حكمك ، أجلسني وخصمي مجلسا . قال : فقصا عليه القصة . قال : فقال زيد لأبي : اليمين على أمير المؤمنين، فإن شئت أعفيتها، قال : فأقسم عمر رضي الله عنه على ذلك، ثم أقسم لا تدرك باب القضاء حتى لا يكون لي عندك على أحد فضيلة⁽¹⁾.

فقد تحاكم عمر وأبي إلى زيد بن ثابت ولم يكن قاضيا فدل على اشتهاه جواز التحكيم مطلقا فكان إجماعا⁽²⁾.

2- أن عمر رضي الله عنه ساوم بفرس، فحمل عليه رجل يشوره فعطب، فقال عمر رضي الله عنه هو من مالك، وقال صاحبه : بل هو من مالك . قال : اجعل بيني وبينك رجلا . قال : نعم ، شريح العراقي " فحكماه، فقال شريح : إن كنت حملته بعد السوم فهو من مالك يا أمير المؤمنين ، وإن كنت حملته قبل السوم فلا .

=قوله : "...أقرأ أمي زيد..." ، وهو أول من كتب لرسول الله صلى الله عليه وسلم مقدمه المدينة شهد درأ وجمع بين العلم والعمل ، روى عنه عبارة بن الصامت وابن عباس وعبد الله بن حباب اختلف في سنة وفاته فقيل كان ذلك سنة 19هـ وقيل سنة 22 هـ ، وذهب بعضهم إلى أن ذلك كان سنة 30هـ . (ينظر: ابن عبد البر، المصدر السابق، 65/1 . ابن الأثير، المصدر السابق، 49/1).

* زيد بن ثابت: هو زيد بن ثابت بن الضحاک الأنصاري الخزرجي، أبو خارجة، من كبار الصحابة وأحد كتّاب الوحي ، كان عمره أحد عشر سنة لما قدم الرسول صلى الله عليه وسلم إلى المدينة وأمره عليه الصلاة والسلام أن يتعلم خط اليهود فحوّد الكتابة ، وكتب الوحي وحفظ القرآن وأتقنه، وأحكم الفرائض انتدبه الصديق لجمع القرآن ، كما عينه عثمان لكتابة المصحف وثوقاً بحفظه ودينه وأمانته وحسن كتابته اختلف في وفاته فقيل سنة 54 هـ كما قيل سنة 55 هـ . (ينظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، مصدر سابق، 30/1 رقم 15 . ابن عبد البر، الاستيعاب، مصدر سابق، 537/2).

(1)- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، باب القاضي لا يحكم لنفسه، دط، (دم، دار الفكر، دت)، 144/10.

(2)- قطحان عبد الرحمن الدوري ، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، طه، (بغداد، مطبعة الخلود 1405هـ)، ص 97.

"- شريح العراقي: هو شريح بن الحارث بن قيس القاضي الكندي الكوفي، أبو أمية، استقضاه عمر رضي الله عنه على الكوفة ثم عليّ فمن بعده، وحدث عن عمر وعلي و ابن مسعود، استعفى من القضاء قبل موته بسنة من الحجاج، وثقه بن معين، كان فقيها شاعرا، كما كان أعلم الناس بالقضاء . قيل أنه مات سنة 78هـ، وقيل سنة 87هـ . (ينظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، مصدر سابق، 59/1 رقم 44 . ابن عبد البر، الاستيعاب، مصدر سابق، 701/2).

فعرّف عمر رضي الله عنه ذلك فبعثه قاضيًا على أهل الكوفة⁽¹⁾ فعدم إنكار الصحابة لهذا الأمر مع استناره
يثبت إجماعهم على جواز التحكيم .

3- تحكيم علي بن أبي طالب ومعاوية بن أبي سفيان لأبي موسى الأشعري^{***} وعمرو بن العاص^{****} إثر
اشتداد القتال في موقعة صفين ، وهذه الواقعة تعد من أبرز الوقائع التي تشهد للتحكيم، ولا يماري أحد في
وقوعها ولا في طرحها للبحث بين الصحابة أجمعين. وتفصيل الواقعة أنه: حين تسلّم الإمام علي رضي الله عنه زمام
الأمر بعد مقتل عثمان رضي الله عنه ، بادر إلى عزل الولاة الذين ولّاهم عثمان قبل أن تصل إليه بيعة

(1)- أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن أبي عيينة عن زكريا عن الشعبي، باب: الرجل يشتري الشيء لا أن يجزبه فيهلك،
224/8، رقم: 14979.

* -علي بن أبي طالب: هو علي بن أبي طالب بن عبد المطلب، ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم ، وزوج ابنته فاطمة رضي الله عنها، يلقب
بأبي الحسن الهاشمي، قاضي الأمة وفارس الإسلام وخبير المنصفين صلى الله عليه وسلم كان ممن سبق إلى الإسلام، وشهد
له النبي صلى الله عليه وسلم بالجنة، وهو رابع الخلفاء الراشدين الفقيه الجليل ذو المناقب الكبري، استشهد في السابع عشر من رمضان سنة
40 هـ. (ينظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، مصدر سابق، 10/1. وابن عبد البر، الاستيعاب، مصدر سابق، 1089/3).

** -معاوية بن أبي سفيان: هو معاوية بن أبي سفيان صخر بن حرب بن أمية، أو عبد الرحمن الأموي، أسلم يوم الفتح،
وقبل ذلك، من كتاب الوحي، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم، وعن أبي بكر وعمر وأخته أم حبيبة، وروى عنه
جرير بن عبد الله الجلي، وابن عباس وآخرون . ولّاه عمر بن الخطاب الشام بعد أخيه يزيد، فأقره عثمان مدة ولايته، ثم
ولّى الخلافة. قال ابن إسحاق: كان معاوية أميراً عشرين سنة وخليفة عشرين سنة، توفي سنة 60 هـ. (ينظر: ابن الأثير،
أسد الغابة، مصدر سابق، 385/4. السيوطي، تاريخ الخلفاء، تحقيق: أبو الفضل إبراهيم، دط، لبنان، بيروت، دار الفكر
العربي، دت)، ص 194).

*** -أبو موسى الأشعري: هو عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار بن حرب بن عامر بن عتر، أسلم بمكة وهاجر إلى
أرض الحبشة، ثم قدم مع أهل السفينتين ورسول الله صلى الله عليه وسلم بخير وقيل لم يهاجر إلى الحبشة وإنما أسلم بعدما بمكة ثم رجع إلى
بلادهم، ووافق قدومه على رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم أهل المدينتين. حدث عنه طارق بن شهاب وابن المسيب
والأسود وأبو وائل وغيرهم. ولّاه عمر بن الخطاب رضي الله عنه على البصرة فافتتح الأهواز وولّاه عثمان بن عفان على
الكوفة، قبل مات بمكة وقيل بالكوفة سنة 42 هـ وقيل غير ذلك. (ينظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، مصدر سابق، 23/1.
ابن عبد البر، الاستيعاب، مصدر سابق، 1762/4).

**** -عمرو بن العاص: هو عمرو بن العاص بن وائل السهمي القرشي، أبو عبد الله، أحد دهاة العرب أسلم سنة ثمان قبل
الفتح ، أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم على سرية نحو الشام، واستعمله على عمان وولّاه عمر فلسطين وفتح مصر وولّاه عليها،
وأقره عثمان عليهما ثم عزله، وأعاد معاوية إلى ولاية مصر بعد أن كان إلى جانبه بالتحكيم في صفين، توفي في القاهرة
سنة 43 هـ. (ينظر: ابن عبد البر، المصدر السابق، 1184/3. ابن حجر العسقلاني، الإصابة، مصدر سابق، 2/3).

***** -عثمان بن عفان: هو عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية القرشي الأموي، ثالث الخلفاء الراشدين، كان غني
في الجاهلية وأسلم بعد البيعة بقليل، وجهز جيش العسرة بماله، وجمع القرآن الكريم في مصحف واحد، كان يلقب =

الأنصار، لأنهم كانوا في نظره مثار الفتنة وخروج الثور.

ولم ينفذ الإمام علي نصيح عبد الله بن عباس^{*} والمغيرة بن شعبة^{**} له بعدم عزلهم إلى أن تستتب الأمور، وقد أذعن جميع الولاة وانصرفوا إلى ولاياتهم إلا معاوية بن أبي سفيان، الذي كان والياً على الشام منذ أيام عمر وعثمان -رضي الله عنهما-، والذي استطاع أن يكون حزياً قوياً لما كان يمدّه من الأرزاق والأعطيات⁽¹⁾، وتطور النزاع بين الحزبين حتى وصل إلى الحرب، وكان ذلك سنة 37هـ، ولما احتدم النزاع بينهما وبدا لمعاوية وجيشه أنه مقبلون على المهزيمة رفع جنوده المصاحف على أسنة الرماح، طالبين اللجوء إلى التحكيم، فرفض علي^(عليه السلام) الاستجابة لذلك أول الأمر، ثم عاد فترل على قبوله، فعقدت معاهدة كان طرفاها علي ابن أبي طالب وشيعته الشاهد منهم والغائب، ومعاوية بن أبي سفيان وشيعته الشاهد منهم والغائب، وتراضى الطرفان على أن يقفا عند حكم القرآن الكريم، فيما يحكم به من فاتخته إلى خاتمته، واختار كل منهما حكماً وحدداً مكان التحكيم بمثل وسط بين أهل العراق وأهل الشام "دومة الجندل"، ووقت أجله بانقضاء شهر رمضان من ذات السنة، ونصّاً في المعاهدة على أنه إذا انتهى الأجل دون أن يحكم الحكمان فالفريقان على أمرهم الأول في الحرب، وقد أخذ الحكمان على المحتكمين عهد الله وميثاقه بالرضى بما يحكمان به، وأن ليس لهما نقضه أو مخالفته إلى غيره، ثم أعلننا حكمهما خلال الأجل المتفق عليه⁽²⁾.

وقد تدارس المسلمون معاهدة التحكيم هذه، وانتهوا جميعاً -أهل سنة ومعتزلة وشيعة- إلى شرعية ما اتفق عليه المحتكمون من تحكيم، وإلى تصويب علي^(عليه السلام) في قتاله مع معاوية، وفي قبوله التحكيم في

=بدي النورين لأنه تزوج من بنتي رسول الله ﷺ رقية وأم كلثوم، وهو من العشرة المبشرين بالجنة، استشهد سنة 35هـ. (ينظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، مصدر سابق، 81/1. ابن عبد البر، الاستيعاب، مصدر سابق، 69/3).

* عبد الله بن عباس: هو عبد الله بن العباس بن عبد المطلب القرشي الهاشمي، ولد قبل الهجرة بثلاث سنين، وكان ابن ثلاث عشرة سنة حين توفي رسول الله ﷺ دعا له الرسول ﷺ فقال: «اللهم علمه الحكمة وتأويل القرآن»، وفي رواية «اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل»، فكان حبر الأمة، شهد مع علي^(عليه السلام) الجمل وصفين، مات سنة 68هـ بالطائف. (ينظر: الذهبي، المصدر السابق، 40/1. ابن حجر العسقلاني، الإصابة، مصدر سابق، 322/2).

** المغيرة بن شعبة: هو المغيرة بن شعبة بن مسعود الثقفي، صحابي مشهور من الدهاة أسلم قبل الحديبية وولي إمارة البصرة ثم الكوفة، مات سنة 50هـ. (ينظر: ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، مصدر سابق، 262/10. ابن حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، مصدر سابق، 269/2).

(1) -ينظر: قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم، مرجع سابق، ص 50.

(2) -تفصيل الواقعة في: ابن جرير الطبري، تاريخ الطبري، ط 2، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1408هـ -1988م)،

خصومته، ولم يشذ عن ذلك سوى طائفة محدودة، خرجوا على الإجماع وانتهوا إلى تخطئة علي عليه السلام في قبوله للتحكيم، بعد أن كانوا هم الذين دفعوه إلى الموافقة عليه⁽¹⁾، وقد أرسل إليهم الإمام علي عليه السلام عبد الله بن عباس، فناقشهم فيما ذهبوا إليه، وروى الحاكم* في هذا حديثاً طويلاً عن ابن عباس عليه السلام منه: «قلت -أي ابن عباس-: أخبروني ماذا نعمتم علي ابن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم وصهره، والمهاجرين والأنصار؟ قالوا: ثلاث، قلت: وما هن؟ قالوا: أما إحداهن فإنه حكّم الرجال في أمر الله وقال الله تعالى: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ﴾⁽²⁾، وما للرجال وما للحكم... فقلت لهم: رأيتم إن قرأت عليكم من كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم ما يرد به قولكم أترضون؟ قالوا: نعم، فقلت: أما قولكم حكّم الرجال في أمر الله فأنا أقرأ عليكم ما قد ردّ حكمه إلى الرجال في ثمن ربع درهم في أرنب ونحوها، في وقته تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرٌّ...﴾ (إلى قوله) ﴿يَعْلَمُ بِهِ خَوَا تَحَدَلٍ مِنْكُمْ﴾⁽³⁾. فنشدكم الله: أحكم الرجال في أرنب ونحوها من الصيد أفضل؟ أم حكمهم في دماهم وصلاح ذات بينهم؟ وأن تعلموا أن الله لو شاء لحكم ولم يصير ذلك إلى الرجال. وفي المرأة وزوجها، قال الله عز وجل: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنْ اللَّهُ كَانَ خَلِيفًا خَيْرًا﴾⁽⁴⁾، فجعل الله حكم الرجال سنة مأمونة...»⁽⁵⁾.

قال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه»⁽⁶⁾.

(1)- ينظر: محمد بدر يوسف المنياوي، مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص30.
* -الحاكم: هو محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدوية، بن نعيم بن الحكم أبو عبد الله الضبي النيسابوري، الحافظ المعروف بابن البيع وبالحاكم، برع في فنون الحديث واتقن الفقه الشافعي، توفي سنة 405هـ، من كتبه: "المستدرک علی الصحیحین" في الحديث، لكن فيه أحاديث كثيرة ليست على شرط الصحة، بل فيه أحاديث موضوعة تبّه عليها الذهبي في تلخيصه. (ينظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، مصدر سابق، 1039/3. الإسنوي، طبقات الشافعية، مصدر سابق، 405/1).

(2)- سورة الأنعام: الآية: 57، سورة يوسف: الآيتان: 40، 67.

(3)- سورة المائدة، الآية: 95.

(4)- سورة النساء، الآية: 35.

(5)- أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین، وبهامشه تلخيص للذهبي، كتاب، قتال أهل البغي، ط1، (اغند، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية، دت)، 150/2. أما الذهبي فقد أورد الحديث ولم يعلق عليه.

(6)- المصدر نفسه، 152/2.

وبذلك تكون واقعة التحكيم بين علي عليه السلام ومعاوية قد كشفت فيما يشبه الإجماع من الصحابة في العصر الذي وقعت فيه عن مشروعية التحكيم من حيث المبدأ على الأقل، أما ما كان من الخوارج فيمكن القول إنه من خلال مناقشاتهم وجدالهم أنهم لا يقرون التحكيم في المحل الذي وقع فيه، أما التحكيم من حيث المبدأ فإنهم يصرحون بمشروعيته فيما نزل به القرآن الكريم، مثل الشقاق والصيد⁽¹⁾.

4- كان بين عمر بن الخطاب وبين معاوية بن عفراء* دعوى في شيء، فحكما أبي بن كعب، فقص عليه عمر، فقال أبي: اعفي أمير المؤمنين، فقال: لا، لا تعفني منها إن كانت علي، فقال أبي: إنها عليك يا أمير المؤمنين، فحلف عمر ثم قال: أتراني استحقها يميني؟ اذهب الآن فهي لك⁽²⁾.

ونتيجة لهذا ولما تقدم من آيات وأحاديث، يمكن القول أن التحكيم مشروع في الشريعة الإسلامية بالكتاب والسنة والإجماع.

ثانيا: في القانون الوضعي

أجمل الدكتور عبد الفتاح مراد أساس مشروعية التحكيم في القوانين الوضعية في قوله: «التحكيم مشروع في الأنظمة المعاصرة بتنظيمها له، والاعتراف للأفراد بحق اللجوء إليه دون قضائها العام، وتحديداتها للمنازعات التي يجوز التحكيم فيها ولكافة القواعد الموضوعية والإجرائية المنظمة للتحكيم وخصومته»⁽³⁾.

فقد أفردت معظم الأنظمة العربية والأجنبية على حد سواء للتحكيم بابا مستقلا من أبواب قوانينها المنظمة للقضاء والتقاضي، وهي قوانين المرافعات المدنية والتجارية، أو قوانين أصول المرافعات، بل أن بعض الأنظمة قد اهتم بالتحكيم اهتماما خاصا، فخصه بقانون مستقل جمعا لشتات قواعده يطلق عليه قانون أو نظام التحكيم Code d'Arbitrage، ومن هذه الأنظمة: النظام السعودي، إذ أصدرت المملكة العربية

(1)- محمد بدر يوسف المنياوي، مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص37.

* -معاوية بن عفراء: هو معاوية بن الحارث -وقبل الحرث- بن رفاعة النجاري الأنصاري الخزرجي، المعروف بابن عفراء، شهد العقبة الأولى مع الستة الذين هم أول من لقي النبي عليه السلام من الأوس والخزرج، وشهد بدر، وشارك في قتل أبي جهل، وقيل أنه جرح ببدر فمات من جرحه وقيل عاش بعد ذلك. ينظر: ابن حجر العسقلاني، الإصابة، مصدر سابق، 408/3. ابن الأثير، أسد الغابة، مصدر سابق، 378/4.

(2)- أخرجه الدار قطني في سننه، كتاب: الأفضية والأحكام، ط4، (بيروت، دار عالم الكتب، 1406هـ/1485م)، 242/4، رقم: 138.

(3)- عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم الداخلي والدولي، دط، (دم، دن، 1996)، ص20.

السعودية نظاما خاصا للتحكيم بموجب الأمر السامي رقم 46 بتاريخ 12/07/1403هـ / الموافق لـ 1983/04/25م.

فلو لم يكن التحكيم مشروعاً لما لاقى كل هذا الاهتمام والحرص على تنظيم مختلف جزئياته. وعليه نلاحظ أن التحكيم مشروع في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، كما أن أدلة المشروعية واضحة في كلا النظامين بشكل لا يدع مجالاً للشك أو التأويل.

المطلب الثاني: تمييز التحكيم عن بعض النظم المشابهة

إن التحكيم باعتباره وسيلة لتسوية المنازعات نظام قائم بذاته، متميز بقواعد وضوابط تفرقه عن بقية الوسائل المعروفة لحل الخلافات مثل القضاء والصلح، كما أن المحكم في أدائه لمهمته ليس وكيلاً عن الخصوم وإن كان مختاراً من قبلهم، ولا خبيراً يقتصر دوره على تقديم تقرير خيرة حول المنازعة المعروضة عليه، وسيوضح هذا الأمر من خلال تمييز التحكيم عن القضاء والصلح في فرع أول، ثم تمييز التحكيم عن الوكالة والخيرة في فرع ثاني.

الفرع الأول: تمييز التحكيم عن القضاء والصلح

أولاً: تمييز التحكيم عن القضاء:

قد يشبه التحكيم بالقضاء في أحيان كثيرة، إلا أن هذا الاشتباه لا ينفي الفروق الموجودة بينهما، وسنحاول فيما يأتي إبراز أهم أوجه الاتفاق والاختلاف بين هذين النظامين، سواء في الفقه الإسلامي أم في القانون الوضعي.

أ- في الشريعة الإسلامية: قبل الحديث عن نقاط التشابه والاختلاف بين القضاء والتحكيم، ينبغي علينا أولاً تعريف القضاء لغة واصطلاحاً.

القضاء لغة: الحكم، ومنه قوله تعالى ﴿ وَفَضَى رَبَّنَا أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ﴾⁽¹⁾ وله معان أخرى منها: إحكام الشيء والفراغ منه، وكذا إمضاء الأمر⁽²⁾.

(1) -سورة الإسراء، الآية: 23.

(2) -ينظر: أبو بكر الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص 641.

أما اصطلاحاً: فقد عرفه الفقهاء بجملة من التعاريف، فقالوا إن القضاء هو «إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاءه»⁽¹⁾. وقيل هو: «الإكراه بحكم الشرع في الوقائع الخاصة لمعين أو جهة، والمراد بالجهة كالحكم لبيت المال أو عليه»⁽²⁾.

من خلال هذين التعريفين، يتضح أن التحكيم يشبه القضاء في مواطن يمكن إجمالها في:

1- كل منهما يطبق شرع الله على خصومة مرفوعة إليه للفصل فيها بحكم ملزم للطرفين، لا محل لأي منهما للحكم بالهوى والتشهي، فقد أمر الله بالاحتكام إلى شريعته عند النزاع دون تفرقة بين تحكيم وقضاء، إذ قال سبحانه وتعالى: ﴿وَأَنْ أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ مِمَّنْ بَعْضُ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ﴾⁽³⁾.⁽⁴⁾

وبناء عليه، فإن كل من القاضي والمحكم لا يتقيد بأراء من اختاره لهذه المهمة، فالقاضي يقضي بما يراه حقاً ولو خالف رأي من نصبه، وكذلك المحكم فإنه يحكم بما يعتقد صحته ولو خالف رأي أحد الخصمين أو كلاهما.

2- كل منهما لا يتصدى لمنازعات الناس من تلقاء نفسه، وإنما يجب أن ترفع إليه، فليس بتحكيم ولا قضاء ضبط وقائع ولا الفصل في خصومة لم ترفع من ذوي الشأن، وإنما قد يكون ذلك من أعمال الولاية العامة التي يمارسها الوالي بحكم إشرافه ورقابته على الرعية، أو من أعمال ناظر الحسبة التي ينظرها متى علم بما دون أن ينتظر تظلم متظلم، أو من أعمال الحسبة التي تتعلق بمنكر ظاهر كدعاوى تظريف الكيل ودعاوى الغش والتدليس في المبيع أو الثمن⁽⁵⁾.

3- أجمع الفقهاء على اشتراط أهلية القضاء في المحكم وقت التحكيم شأنه شأن القاضي.

ولعلّ أوجه الشبه هذه هي التي جعلت بعض الباحثين يذهب إلى أن التحكيم نوع من القضاء ولا

(1)- الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دط، (دب، دار الفكر، دت)، 4/372.

(2)- محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام، دط، (لبنان، المكتب المصرية، 1412هـ-1992م)، 4/206.

(3)- سورة المائدة: الآية 49.

(4)- ينظر: محمد بدر يوسف النياوي، مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 26.

(5)- المرجع نفسه.

توجد فروق بينهما، ومن هؤلاء الدكتور محمود محمد هاشم⁽¹⁾، إلا أن المتصفح لكب الفقه القديمة يجد أن الفقهاء لم يغفلوا الفروق الموجودة بين التحكيم والقضاء، بل يجد أن فقهاء الحنفية قد أفاضوا في تعداد تلك الفروق، إذ أوصلها ابن نجيم إلى سبعة عشرة فرقا⁽²⁾.

وتمثل أهم الفروق التي ذكرها الفقهاء، بما فيهم فقهاء الحنفية في⁽³⁾:

1- القاضي صاحب ولاية عامة، بمعنى أن حكمه يتعدى إلى غير المتخاصمين، كما في صورة القتل الخطأ، وليس كذلك المحكم، إذ أن حكمه لا يتعدى إلى العاقلة لأن العاقلة لم ترض بحكمه.

2- أن الحكم "المحكم" إذا قضى في فصل مجتهد فيه ثم رفع إلى قاض أو حكم آخر أمضاه إن وافق رأيه.

3- لا يتقيد حكم المحكم ببلد التحكيم، بل له الحكم في البلاد كلها.

4- حكم المحكم على وصي الصغير بما هو ضرر على الصغير لا يصح، لأن تحكيم الوصي بمنزلة الصلح، أما حكم القاضي بذلك فصحيح إذا اجتمع شرائطه.

5- حكم المحكم برد الشهادة للتهمة لا يلزم غيره، كما لا يلزم القاضي إذا عرض عليه الأمر وشهدت البيعة بعدالة الشاهد لأن رد الشهادة عند الحنفية حكم، وحكم المحكم لا ينفذ إلا في مواجهة من رضي به، أما إذا رد الشهادة قاض للتهمة، فإنه يحق لقاضي آخر أن يقبلها، لأن القضاء بالرد ينفذ على الكافة.

من خلال هذه الفروق، يتضح أن نطاق التحكيم أضيق من نطاق القضاء، فهو لا يتعدى الواقعة التي حكم فيها، ولا الأشخاص الذين ارتضوه.

ب- في القانون الوضعي: سمحت الدولة للأفراد بالالتجاء إلى التحكيم لفض منازعاتهم إلى جانب قضائها العام، لكن دون أن يعني ذلك أن القضاء والتحكيم نظام واحد، إذ هناك فروق بينهما، ومن هذه الفروق: أن الخصوم يقومون باختيار المحكم أو المحكمين الذين يفصلون في النزاع المعروض عليهم، بينما في

⁽¹⁾- ينظر: محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دط، (مصر، دار الفكر العربي، 1990)، 33/1.

⁽²⁾- ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، 46/7.

⁽³⁾- ينظر: المصدر نفسه، 47/7. ابن أبي الدم، أدب القضاء، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، (لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، دت)، ص123.

القضاء لا يكون للخصوم أي دور في اختيار قضائهم، فالقضاة تعينهم الدولة وتتولى توزيعهم على المحاكم المختلفة وفقا لضوابط وقواعد محددة، كما أن القضاء يقوم بإتزال حكم القانون على الوقائع المعروضة عليه بحكم حاسم للتزاع ملزم للأطراف، ومن ناحية أخرى، فإن القاضي يلتزم وهو بصدد الفصل في المنازعة بمراعاة قواعد القانون الموضوعية والإجرائية على حد سواء، إذ أن مهمته هي تحقيق القانون في الواقع الاجتماعي، بينما لا يلتزم المحكم بذلك في بعض الأحوال، فقد يكون مفوض بالصلح ومن ثم لا يلتزم بمراعاة حكم القانون، وإنما عليه أن يقرر الحل الملائم لمصلحة الطرفين⁽¹⁾.

وهذه الفروق بين القضاء والتحكيم لا تعني بالضرورة أن يكونا منفصلين تماما، إذ أن المشرع قد يوجد شيئا من التبعية بينهما، فيجوز اللجوء إلى قضاء الدولة بالطلبات الوقتية والتحفظية وكل ما تحتاجه إجراءات التحكيم من مساعدة وفي نفس الوقت هناك رقابة وإشراف على إجراءات وقرارات التحكيم دون أن يعطل تدخل القضاء عمل المحكمين⁽²⁾.

ومنه يتضح أن التحكيم يختلف عن القضاء سواء في الشريعة الإسلامية أهم في القانون الوضعي، غير أن هذا الاختلاف لا يمكن أن يجعلهما منفصلين تماما، بل يبقى هناك بعض التعاون بينهما.

ثانيا: تمييز التحكيم عن الصلح

يقترّب التحكيم من الصلح باعتبارهما وسيلتان لفض النزاع بشكل سلمي، لكنهما يختلفان في بعض الأوجه، وهو ما سيتضح من خلال الآتي:

أ- في الشريعة الإسلامية: يعرف الصلح لغة بأنه: اسم من المصالحة وهي المسالمة⁽³⁾. أما اصطلاحا فقد عرفه ابن عرفة بقوله: «الصلح انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف

(1) - ينظر: محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق، ص 26/1.

(2) - ينظر: ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، رقم 27 لسنة 1994، ط 1، (القاهرة، دار النهضة العربية، 1996)، ص 59.

(3) - ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، 2479/4. ما دعى صلحاً

ابن عرفة: هو أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورعسي، فقيه تونس وخطيبها، تفقه على الإمام أبي عبد الله محمد بن عبد السلام وأبي عبد الله محمد بن هارون، وأبي عبد الله الألبلي وغيرهم، برع في الأصول والفروع والبيان والمنطق... توفي سنة 803هـ على الأشهر، ترك عدة مصنفات منها: "الحدود الفقهية" شرحها الرصاع، اختصر فرائض الحوفي، كما له مؤلف في الأصول عارض به طوالع البيضاوي، ويختصر في المنطق وتفسير. (ينظر: محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، مصدر سابق، ص 227. ابن فرحون، الديباج المذهب، مصدر سابق، ص 337).

وقوعه»⁽¹⁾. وهذا التعريف يبيّن أن الصلح قد يعقد لحل نزاع قائم بالفعل، كما قد يعقد تفاديا لوقوع نزاع ما في المستقبل.

والصلح يعد من أهم الوسائل المعروفة والمستحبة لحل النزاعات في الشريعة الإسلامية، وهو مشروع بالكتاب والسنة، فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾⁽²⁾، أما من السنة فقوله صلى الله عليه وآله: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا»⁽³⁾.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن التحكيم صلح من وجه، ومن ذلك ما جاء في شرح العناية: «... التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت إلا بتراضي الخصمين والمقصود به قطع المنازعة...»⁽⁴⁾.

فمن خلال هذا القول، يتضح أن التحكيم والصلح يشتركان في أن كلا منهما لا يثبت إلا بتراضي الخصمين، وأن كلاهما يقصد به قطع الخصومة.

أما الفرق بين التحكيم والصلح في المصطلح الشرعي فمن وجهين، أحدهما: أن التحكيم ينتج عنه حكم قضائي بخلاف الصلح الذي ينتج عنه حكم يترضى عليه الطرفان المتنازعان، وفرق بين الحكم القضائي والحكم الرضائي⁽⁵⁾.

وثانيهما: إن الصلح يتم بين الخصوم أنفسهم أو من ينوب عنهم، ويتم عن طريق نزول كل منهم عن بعض ما يتمسك به⁽⁶⁾. وهذا على عكس التحكيم الذي يقوم فيه المحكم بمهمة القاضي، فيفصل في

(1)- أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة الموسوم: الهداية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، تحقيق: محمد أبو الأحفان، الطاهر العموري، ط1، (بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1993م)، 421/2.

(2)- النساء، الآية: 128.

(3)- رواد ابن ماجه في سننه من طريق أبو بكر بن أبي شيبة عن خالد بن مخلد عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه، كتاب الأحكام، باب: الصلح، رقم: 2353، 788/2. ورواه أيضا الترمذي: المباركافوري، تحفة الاحوذى بشرح جامع الترمذي، ط1، (لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، 1410هـ-1990م)، 487/4. وقد علق عليه ابن حجر العسقلاني بقوله: «رواه الترمذي وصححه وأنكروا عليه لأن راويه كثير بن عبد الله بن عمر بن عوف ضعيف، وكأنه اعتره بكثرة طرقه، وقد صححه ابن حبان من حديث أبي هريرة» (ابن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، تحقيق وتعليق: رضوان محمد رضوان، دط، (لبنان، بيروت، دار الكتاب العربي، 1403هـ/1983م)، ص159.

(4)- أكمل الدين الباتري، شرح العناية على الهداية، ط2، (لبنان، بيروت، دار الفكر، دت)، 318/7.

(5)- ينظر: نزيه حماد، عقد الصلح في الشريعة الإسلامية، ط1، (دمشق، دار القلم، 1416هـ-1996م)، ص9.

(6)- ينظر: المرجع نفسه. قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم، مرجع سابق، ص30.

المنازعة وفق أحكام الشرع سواء أَرْضَى حكمه الخصوم أم لا.

ب- في القانون الوضعي: الصلح أيضا من وسائل تسوية المنازعات المعترف بها في القانون، ويعرف بأنه: «عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التقابل عن حقه»⁽¹⁾، كما يعرف بأنه: «عقد يحسم به أطراف النزاع أو من يمثلونهم الخلاف الحاصل بينهم عن طريق نزول كل منهم على وجه التقابل عن جزء من الحق الذي يطالب به»⁽²⁾.

من خلال هذين التعريفين، يتضح أن الصلح طريق لتسوية المنازعات يتم بناء على تنازل كل من الطرفين عن الحق الذي يطالب به أو عن جزء من هذا الحق، وهذا الأخير هو الأقرب، لأنه لو كان بالإمكان التنازل عن كل الحق المطالب به لما قامت المنازعة أصلا.

كما يتضح أن الصلح يتفق مع التحكيم في المقصد منه، وهو حسم خصومة دون استصدار حكم قضائي⁽³⁾.

غير أن هذا الاتفاق لا ينفي وجود العديد من الفروق الجوهرية بينهما، إذ في حين يقتصر عمل أطراف التحكيم على اختيار هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين أو هيئات غير قضائية تتولى الفصل في المنازعة محل الاتفاق على التحكيم عن طريق إصدار حكم تحكيم يكون ملزما لهم، نجد أن الذي ينتهي إليه النزاع في نظام الصلح يكون من عمل الأطراف ذوي الشأن، حتى لو كانوا قد فوضوا شخصا من الغير في إجراء الصلح، ذلك أن الأصل في انتهاء النزاع هو تنازلهم عن جزء من حقه على وجه التقابل⁽⁴⁾.

كما أن النزاع في الصلح ينتهي بمجرد التنازل المرضي لكل المتنازعين، أما في التحكيم فلا ينتهي النزاع إلا بممارسة المحكم المختار لمهمته وإصدار حكم فيه⁽⁵⁾، ويكون هذا الحكم قابلا للتنفيذ باتباع القواعد العامة وبعد الحصول على الأمر بالتنفيذ، على خلاف عقد الصلح، فهو غير قابل للتنفيذ في ذاته ما لم يتم في صورة عقد رسمي، أو يتم أمام المحكمة⁽⁶⁾.

(1)- المادة 459 من القانون المدني الجزائري.

(2)- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط1، (القاهرة، دار النهضة العربية، دت)، 5/513 بند 347.

(3)- ينظر: المرجع نفسه.

(4)- ينظر: محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن الصلح والوكالة والخبرة، ط1، (الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2002)، ص249.

(5)- ينظر: مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط1، (لبنان، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998)، ص28.

(6)- ينظر: أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص30.

ومن ثم يكون حكم المحكمين قابلاً للطعن فيه بطرق الطعن المختلفة المقررة للأحكام، أما عقد الصلح فلا يقبل الطعن فيه بهذه الطرق، وإن أمكن فسخه أو رفع دعوى مبتدأة بطلانه⁽¹⁾.

وأخيراً يمكن القول أن التحكيم أشد خطورة من الصلح، ذلك أن أطراف النزاع أو الخصوم في الصلح يعرفون مسبقاً ما سيتنازلون عنه من حقوقهم⁽²⁾. أما في نظام التحكيم فكل طرف محتكم يجهد الحل الذي سينتهي إليه النزاع، لأن الأمر يكون متروكاً لتقدير المحكم أو هيئة التحكيم، وبالتالي تتعذر معرفة الحكم الصادر مسبقاً، فقد تجاب كل طلبات أحد الأطراف وترفض طلبات الطرف الآخر مثلاً، وتطبيقاً لهذا فقد قضى بأنه: «يعتبر من قبيل التحكيم لا الصلح اتفاق الخصوم على طرح النزاع على شخص يقوم بحسمه ولو اشترطوا أن يكتب حكمه على صورة اتفاق»⁽³⁾.

كما قضى بأنه: «يعدّ من قبيل الصلح لا التحكيم نزول جميع الخصوم بأنفسهم عن بعض ما يدعونه -بتضحية من جانب كل منهم- مع تكليف أحد الخراء بتقدير التعويض على أساس تحديده بدقة من جانبهم»⁽⁴⁾.

ورغم وضوح الفارق بين التحكيم وبين الصلح على النحو المتقدم، فإن التمييز بينهما ليس دائماً بهذا القدر من الوضوح في الواقع العملي، وهذا يرجع إلى حرية أطراف الاتفاق في تضمين اتفاقهم ما يشاءون من الشروط، إذ كثيراً ما يعتمد الأطراف وهم بصدد صياغة بنود اتفاقهم -صلحاً كان أو تحكيمياً- إلى أن يضيفوا شروطاً تتجاوز الأهداف الخاصة به، مما قد يثير الشك بشأن مقصودهم فيه.

من ذلك مثلاً ما إذا اتفق طرفا النزاع على تحكيم شخص ثالث فيه، لكنهما أضافا إلى هذا الاتفاق النص على إفراغ ما ينتهي إليه هذا الشخص في صورة اتفاق يوقعان عليه، فإذا ما انتهى هذا الشخص إلى قرار بشأن النزاع المطروح عليه وقام الطرفان بتحرير عقد بينهما ضمناه قراره، فقد يثور التساؤل حول حقيقة الأمر بينهما، وما إذا كان يتعلق بتحكيم أو بصلح، فمن البديهي أن تكون العبرة بحقيقة المهمة الموكلة إلى الشخص الثالث، وما إذا كانت حسم النزاع بحكم ملزم لهما، أو مجرد التوسط بينهما وصولاً إلى حل مقبول منهما معاً، فإن كانت الأولى كان الأمر متعلقاً بتحكيم، وإن كانت الثانية كان الاتفاق

(1)- ينظر: محمد بن ناصر البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص 43. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 31.

(2)- محمد بن ناصر البجاد، المرجع السابق، ص 43.

(3)- أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق: نقض فرنسي 1862/12/29 دالوز 164/1/63.

(4)- حكم محكمة بروكسل التجارية، في 18/06/1931 برنار رقم 26.

الأول بين الطرفين مجرد اتفاق على توسط شخص أجنبي عنهما في التقريب بينهما وكان الاتفاق الأخير صلحا، بالمعنى الدقيق تسري عليه أحكام الصلح لا التحكيم⁽¹⁾.

ومنه فإن الصلح نظام مختلف تمام الاختلاف عن نظام التحكيم في القانون الوضعي، أما بالنسبة للشريعة الإسلامية، فإنه وعلى الرغم من أن هناك من الفقهاء من يجعل التحكيم بمنزلة الصلح، فإنه لا يمكن القول بأن التحكيم والصلح نظام واحد، بل هما نظامان مختلفان تماما، لكل قواعد ومبادئ تحكمه.

الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن الوكالة والخبرة

أولا: تمييز التحكيم عن الوكالة

قد يشبه التحكيم بالوكالة من حيث أن أطراف الخصومة يختارون المحكم أو المحكمين، كما يختارون موكلهم، غير أن هناك فروقا جوهرية بينهما لا يمكن معها اعتبار التحكيم وكالة ولا الوكالة تحكما، وهذا سواء في الشريعة الإسلامية أم في القانون الوضعي، وفي الآتي بيان ذلك:

أ- في الشريعة الإسلامية: تعرّف الوكالة لغة بأنها اسم مصدر بمعنى التوكيل من وكل إليه الأمر وكلا ووكولا، سلمه وفوضه إليه واكتفى به، ووكيل الرجل الذي يقوم بأمره، سمي وكيلاً لأن موكله قد وكل إليه القيام بأمر، فهو موكل إليه الأمر⁽²⁾.

أما اصطلاحاً فقد عرفها ابن حجر* بقوله: «الوكالة إقامة الشخص غيره مقام نفسه مطلقاً أو مقيداً»⁽³⁾. بمعنى أن الوكالة قد تكون مطلقة بأن يوكل الشخص غيره في كل أموره، وقد تكون مقيدة بأن يوكل الشخص غيره في جزء من أموره.

(1)- ينظر: مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة، مرجع سابق، ص25.

(2)- ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، 4910/6. مادة «وكل»

*- ابن حجر: هو أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد بن محمد بن علي بن حجر الخيمتي المكي السعدي الأنصاري، درس بالأزهر وبرع في كل العلوم، وخاصة الفقه الشافعي، توفي بمكة سنة 973هـ وقيل سنة 974هـ، ترك عدة مصنفات منها: "الصواعق المحرقة على أهل البدع والضلال"، "تحفة المحتاج بشرح المنهاج"، "الخيرات الحسان في منقلب أبي حنيفة النعمان"، "الزواجر". (ينظر: ابن العماد، شذرات الذهب، مصدر سابق، 370/8. خير الدين الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، 234/1).

(3)- أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الرفيع، معين الحكام، تحقيق: محمد بن قاسم بن عياد، ط1، (لبنان، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1986)، 556/2.

وعرفها أيضا الزيلعي بتعريف قريب من هذا فقال: «الوكالة إقامة الغير مقام نفسه في التصرف»⁽¹⁾.

وعلى الرغم من أن الفقهاء لم يتعرضوا إلى تمييز الوكالة عن التحكيم، إلا أنه بمقارنة تعريف الوكالة بتعريف التحكيم الذي مفاده أنه تولية الخصمين حكما يحكم بينهما - كما تقدم - يمكننا أن نستنتج أن التحكيم غير الوكالة، ذلك أن الموكل يقيم موكله مقام نفسه في التصرف، وبالتالي فلا يمكن أن تصور قيام الوكيل بتصرف ضد مصلحة الموكل، فهو دائما يبحث عما هو نفع لهذا الأخير، وإن حصل وقام بتصرف ضار بمصلحته وكان متعمدا في ذلك، أو تصرف تصرفا خارجا عن نطاق الوكالة كان من حق الموكل رفض هذا التصرف⁽²⁾.

وهذا على عكس المحكم الذي تنحصر مهمته في الفصل في النزاع المطروح أمامه، مراعيًا شرع الله فقط، أي أنه يفصل في النزاع بما يراه حقا دون مراعاة لمصلحة الخصوم، حتى أنه يمكن أن يصدر حكما ضد مصلحة الخصم الذي أوكل إليه القيام بالتحكيم دون أن يعتبر ذلك خروجا عن اتفاق التحكيم.

وعليه لا يمكن اعتبار المحكم وكيلا عن الخصوم.

ب- في القانون الوضعي:

عرّف القانون المدني الجزائري الوكالة في المادة 571 بقوله: «الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل أو باسمه»⁽³⁾.

ومع أن المشرع لم يحدد نوع العمل الذي يمكن الإنابة أو التوكيل فيه، إلا أنه يستفاد ضمنا ومن خلال النصوص اللاحقة، أنه يجب أن يكون هذا العمل جائزا ومشروعا، وإلا فلا تجوز الوكالة.

* -الزيلعي: هو عثمان بن علي بن محجن بن موسر فخر الدين الزيلعي (نسبة إلى قرية زيلع وهي قرية على ساحل البحر الأحمر من ناحية الحبش)، قدم القاهرة سنة 705هـ، فدرس بها وأفتى وكان مشهورا بمعرفة الفقه والفرائض، والنحو، توفي في رمضان سنة 473هـ بمصر، من أشهر مصنفاته: شرح كتاب كثر الدقائق والذي سماه "تبيين الحقائق". (ينظر: محيي الدين بن أبي الوفاء، الجواهر المضية، مصدر سابق، 520/2 رقم 926. أبو الفداء بن قطلوبغا، تاج التراجم، مصدر سابق، ص 204 رقم 160).

(1)-الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كثر الدقائق، ط2، (مصر، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي، دت)، 254/4.

(2)-ينظر: محمد بن ناصر بن محمد البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص 28.

(3)-القانون المدني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1998.

والموكل يستمد سلطته من عقد الوكالة ولا يستقل عن الموكل ولا يملك أكثر مما يملك هذا الأخير، بل يأتمر بأوامره وإن خرج عنها كان للموكل "الأصيل" الحق في التنصل من العمل الذي أجراه لحسابه⁽¹⁾، وتقع مسؤولية هذا العمل على الوكيل وحده.

وكل ذلك على عكس المحكم الذي يمارس عملا مستقلا تمام الاستقلال عن الخصوم، فهو يفصل في النزاع وفقا لمقتضيات العدالة ومتحليا بالحياد⁽²⁾، ولا يملك أي من الخصوم التدخل في عمله بإصدار أية تعليمات أو توجيهات يفرض عليه التقيد بها، فبمجرد الاتفاق على التحكيم تصبح للمحكم صفة القاضي، ويفرض حكمه عليهم⁽³⁾.

ولو اتفق أطراف التحكيم على أن يكون لكل طرف تعيين محكمه، ويكون تعيين المحكم المرجح "المحكم الثالث" لذات الأطراف، أو لمحكمتيهما، أو لشخص آخر، ففي مثل هذه الأحوال يكون محكم الخصم بمثابة مدافع عنه "وكيلا بالخصومة"، وتكون هذه الصفة الغالبة له، ومع ذلك يظل من الناحية القانونية وصفه كمحكم وليس كوكيل بالخصومة⁽⁴⁾.

وعليه يمكن القول أن التحكيم يختلف عن الوكالة اختلافا بينا، وذلك سواء في الشريعة الإسلامية أم في القانون الوضعي، فلا يمكن إذن اعتبار المحكم وكيلا عن الخصوم حتى لو تم تعيين المحكمين لكل خصم محكم، فلا يكون المحكم وكيلا عن الخصم الذي عينه، بل يبقى محكما هدفه إحقاق الحق وتحقيق العدالة.

ثانيا: تمييز التحكيم عن الخبرة

يقرب التحكيم أيضا من الخبرة، خاصة من الناحية العملية، إلا أنهما نظامان مختلفان تماما، وفيما يأتي بيان ذلك:

(1)-ينظر: مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة، مرجع سابق، ص31.

(2)-ينظر: عبد الرحمن الملحم، عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع2، س18، (ذو الحجة 1414هـ- جوان 1994م)، ص199.

(3)-ينظر: أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص32.

(4)-ينظر: محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم، مرجع سابق، ص269.

أ- في الشريعة الإسلامية:

الخبرة لغة مشتقة من خير، «والخير من أسماء الله ﷻ العالم بما كان وما يكون، وخبرتُ بالأمر أي علمته ، وخبرتُ الأمر أخبره إذا عرفته على حقيقته، وقوله تعالى: ﴿فَأَسْأَلُ بِهِ خَيْرًا﴾⁽¹⁾ أي اسأل عنه خيرا بخير»⁽²⁾.

والخَيْرُ والخَبْرُ والخِبْرَةُ والخُبْرَةُ والمخبرة كله العلم بالشيء⁽³⁾، وعليه فالخبرة تعرف لغة بأنها "العلم بالشيء".

أما اصطلاحاً، فلم أقف على تعريف لها لدى الفقهاء، مع أنها معروفة في الشريعة الإسلامية بدليل قوله تعالى: ﴿فَأَسْأَلُ بِهِ خَيْرًا﴾⁽⁴⁾.

كما أن عمر رضي الله عنه قد استعان بعثمان بن حنيف* في تقدير مقدار الخراج في أرض السواد، فقد قال عمرو بن ميمون** «شهدت عمر بن الخطاب وأتاه بن حنيف فجعل يكلمه فسمعتة يقول له: والله لئن وضعت على كل جريب*** من الأرض درهما وقفيزاً**** من طعام لا يشق ذلك عليهم، ولا يجهدهم. وكان

(1)-سورة الفرقان، الآية: 59.

(2)-ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، 1090/1، مادة: خير.

(3)-ينظر: المصدر نفسه. الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص211.

(4)-الفرقان، الآية: 59.

*-عثمان بن حنيف: هو عثمان بن حنيف بن واهب الأنصاري الأوسي أبو عمرو المدني، صحابي شهير، استعمله عمر على مساحة أرض الكوفة، وعليه على البصرة قبل الجمل، مات في خلافة معاوية. ينظر: ابن حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، مصدر سابق، 1/657. وابن حجر العسقلاني، الإصابة، مصدر سابق، 2/452.

**-عمرو بن ميمون: هو عمرو بن ميمون بن مهران الجزري، أبو عبد الله أو أبو عبد الرحمن سبط سعيد بن جبير، ثقة فاضل مات سنة 47هـ، وقيل غير ذلك. ينظر: ابن حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، مصدر سابق، 1/747. وابن حجر العسقلاني، تذيب التهذيب، مصدر سابق، 8/108.

***-الجريب: نوع من المساحة كالقراط في مصر. (ينظر: أبو عبيد القاسم بن سلام، كتاب الأموال، تقديم وتحقيق: محمد عمارة، ط1، (بيروت، دار الشرق، 1409هـ-1989م)، ص146).

****-القفيز: من المكابيل وهو من الأرض 144ذراع، وهو عند أهل العراق ثمانية مكابيل. (ابن منظور، لسان العرب، 3701/5. أبو عبيد القاسم بن سلام، المصدر السابق، ص146).

عمر رضي الله عنه قد بعث عثمان بن حنيف لمسح أرض السواد وبناء على نتيجة ذلك المسح تم تقدير الخراج، وقد أجازته عمر⁽¹⁾.

ولا شك أن عمرا ما اختار عثمان بن حنيف لأداء تلك المهمة، إلا لخبرته في ذلك المجال. وعليه يمكن القول أن الخبرة هي طلب رأي ومشورة أهل العلم بشيء ما.

ومع أن الفقهاء لم يتطرقوا لتمييز التحكيم عن الخبرة، إلا أننا نستتج أن الخبرة تختلف عن التحكيم، ذلك أن المحكم يقوم بالفصل في نزاع ما بحكم ملزم، بينما الخبير يعطي رأيه في مسألة ما، فإذا وافق هذا الرأي الصواب عند من أسند إليه المهمة أمضاه وأجازته، وإذا لم يراه صوابا رفضه وأوكل المهمة إلى غيره.

ب- في القانون الوضعي:

الخبرة^{*} هي مجرد إبداء الرأي والمشورة من مخصص في مجال ما: طب، هندسة، محاسبة، تجارة... لمن يطلبها، دون التزام من هذا الأخير باتباعها⁽²⁾.

وعليه يمكن القول أن الخبير هو شخص غير موظف في القضاء صاحب معلومات فنية خاصة ومتخصصة، يساعد القاضي أحيانا في أداء مهمته⁽³⁾.

فالخبرة بهذا المعنى لا تعتبر طريقة للفصل في النزاع، وبذلك تختلف عن التحكيم اختلافا كبيرا⁽⁴⁾، فبينما لا يباشر الخبير مهمته إلا في دعوى مرفوعة بالفعل إلى القضاء، وبناء على حكم يصدر بنديه من المحكمة -التي رفعت أمامها الدعوى-، سواء من تلقاء نفسها أم بناء على طلب أي من ذوي الشأن، فإن المحكم يباشر مهمته بناء على اتفاق الخصوم وفي نزاع لم يرفع إلى القضاء⁽⁵⁾، وليس في نيتهم رفعه إليه طالما قد اتفقوا على الفصل فيه بطريق التحكيم.

(1)- أبو عبد القاسم بن سلام، المصدر نفسه، ص 149.

* -نقصد بالخبرة هنا، الخبرة القضائية.

(2)- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة، مرجع سابق، ص 28.

(3)- ينظر: الغوثي بن ملح، القانون القضائي الجزائري، ط2، (الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2000)، ص 111.

(4)- ينظر: محمد بن ناصر البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص 43.

(5)- ينظر: محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق، 31/1.

كما أن المحكم يقوم بوظيفة القاضي فيحسم النزاع بين الخصوم بإصدار حكم ملزم لكليهما، أما الخبير فلا يكلف إلا بإبداء رأيه فيما يطرح عليه من مسائل، وليس لهذا الرأي أي قوة إلزامية لأي كان⁽¹⁾، لا بالنسبة للخصوم ولا بالنسبة للقاضي إذا كان هو من طلب الخبرة.

كذلك يقوم المحكم بالوظيفة نفسها التي يقوم بها القاضي العام في الدولة من جهة أنه يتطرق للمسائل القانونية والواقعية المتعلقة بالنزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، في حين يقتصر عمل الخبير على نظر المسائل الواقعية فقط -الفنية والعملية- المتعلقة بموضوع النزاع الذي ندب لإعطاء تقرير خبرة عنه، وليس من صلاحياته المساس بالمسائل القانونية⁽²⁾.

أخيرا يختلف التحكيم عن الخبرة من حيث أن هيئة التحكيم أو المحكم لا يخلف اليمين قبل مباشرة مهمته التحكيم التي اختير من أجلها، لأن اختياره يتوقف على إرادة الأطراف، أما الخبير فإنه يخلف اليمين قبل القيام بأعباء وظيفته، كالقاضي العام في الدولة تماما⁽³⁾.

هذه أهم الاختلافات بين نظامي التحكيم والخبرة، ومع أنها تبدو واضحة وجلية ويمكن لأي كان استخلاصها، إلا أنه من الناحية العملية قد يحدث التباس بينهما، لذلك فإن العبرة ليست بالألفاظ التي يصف بها المتنازعان من يرتضيانه للقيام بالتحكيم، أو لتقديم الخبرة، وإنما بحقيقة المهمة التي يعهدان له بها، وما إذا كانت فصلا في النزاع بحكم ملزم لهما أو مجرد تقديم رأي استشاري غير ملزم، فقد يطلق الطرفان عليه وصف الخبير ويكون الأمر في الحقيقة متعلقا بالتحكيم، أو يطلقان عليه وصف المحكم ويكون الأمر متعلقا بخبرة.

ومن أهم الصور التي تثير الشك في حقيقتها: حالة الاتفاق على تقدير الخسائر المترتبة على فعل غير مشروع بواسطة شخص ثالث كما هو الحال مثلا عندما يتضمن عقد التأمين شرطا يقضي بالالتجاء إلى شخص ثالث لتقدير قيمة الأضرار المترتبة على وقوع الخطر المؤمن ضده، والأصل في هذه الحالة أن التقدير هو عمل من أعمال الخبرة، لكن الاتفاق بين الطرفين قد يتضمن ما يفيد التزامهما بالتقدير الذي

(1)- ينظر:

Christian Gavalda, Claude Lucas de Leyssac, L'Arbitrage, Edition Dalloz, Paris, 1993, P15.

(2)- ينظر: محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم، مرجع سابق، ص322. محمد بن ناصر البجاء، التحكيم في

المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص44.

(3)- محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص327.

يجريه الخير، فيكون الأمر متعلقا بتحكيم بالمعنى الدقيق لا بمجرد خيرة، على الرغم من تسمية المحكم خيرا⁽¹⁾.

وبالمثل إذا ما تعلق الأمر بعقد قسمة نصّ الطرفان فيه على تحكيم شخص ثالث في شأن تحديد ما يخص كلا منهما وفقا لاتفاق القسمة، فإن الأمر سوف لن يكون بالضرورة أمر تحكيم، وإنما يتوقف على السلطة التي تكون متروكة لهذا الشخص في التقدير، فإن كان اتفاق القسمة قد ترك بعض المسائل المتعلقة لتقدير الشخص الثالث، كان الأمر بالفعل أمر تحكيم، أما إذا كان اتفاق القسمة يحسم كافة المسائل بحيث تكون مهمة هذا الشخص هي مجرد تطبيق هذا الاتفاق على الواقع، فإن الأمر يكون أمر خيرة⁽²⁾.

من هنا يتضح جليا اتفاق الشريعة الإسلامية مع القانون الوضعي في أن التحكيم نظام قائم بذاته متميز عن كل من: القضاء، الصلح، الوكالة، والخيرة، رغم التقارب الموجود بين هذه النظم، والذي يؤدي إلى صعوبة الفصل بينها، خاصة من الناحية العملية كما تقدم، ويمكن أن نضع معيارا لتمييز التحكيم عن غيره، وهو معيار صالح لكل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي مفاده أن التحكيم يقتضي وجود ثلاثة عناصر هي: «1/ اتفاق التحكيم. 2/ خصومة، 3/ محكم مزود بسلطة الفصل فيهما بحكم ملزم»⁽³⁾.

فهذه العناصر هي مقومات التحكيم ومتى تحققت كنا بصدد تحكيم بلا جدال، أما إذا انعدم واحد منها أو أكثر فإن الأمر لن يكون تحكيما.

(1)- ينظر: مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة، مرجع سابق، ص 29.

(2)- ينظر: المرجع نفسه، ص 30.

(3)- ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 58.

المبحث الثاني: التطور التاريخي للتحكيم

التحكيم ليس نظاما مستحدثا كما قد يظن البعض، بل هو نظام قدم عرفه الإنسان في المراحل الأولى لتكوين الفكر القانوني، وسأعرض في هذا المبحث التطور التاريخي للتحكيم بصفة موجزة مقسمة إياه إلى مطلبين أساسيين، أتناول في المطلب الأول التحكيم عند الأمم السالفة، وفي المطلب الثاني سأتناول تطور التحكيم في التشريعات الحديثة.

المطلب الأول: التحكيم عند الأمم السالفة

سبقت الإشارة إلى أن التحكيم نظام قدم، فقد عرفته معظم الشعوب في غابر الزمان، إذ كان حلا اهتدى إليه التفكير البشري لحسم الخلافات بدلا من استعمال القوة التي اكتشف أنها ليست السبيل الأمثل لاقتضاء الحقوق أو حتى الدفاع عنها وحمايتها، وهو ما سيتضح من خلال هذا المطلب الذي قسمته إلى فرعين، خصصت الأول للتحكيم في الحضارات القديمة، وخصصت الثاني للتحكيم عند العرب قبل وبعد ظهور الإسلام.

الفرع الأول: التحكيم في الحضارات القديمة

عرف التحكيم عند السومريين في جنوب العراق كما عرف عند اليونانيين القدماء والرومان، وستبين ذلك من خلال الآتي:

أولاً: التحكيم عند السومريين: عرف السومريون في جنوب العراق التحكيم منذ وقت طويل، حيث عثر في أوائل العقد الأول من القرن الماضي على لوح حجري كتب عليه باللغة السومرية نصوص معاهدة صلح أبرمت في القرن 31 قبل الميلاد بين مدينة لحبش ومدينة أوما، وبموجب هذه المعاهدة عين ملكا هاتين المدينتين ملكا ثالثا ليقوم بدور المحكم، وذلك للفصل في النزاع القائم بين المدينتين على تقسيم الحدود وعلى توزيع مياه الإرواء، وقد نصت المعاهدة على وجوب احترام حكم المحكم، كما تضمنت شرطا يتم بمقتضاه إحالة أي نزاع قد ينشأ بين المدينتين بخصوص الحدود إلى التحكيم⁽¹⁾.

فمن خلال هذه المعاهدة يمكن القول أن السومريين عرفوا التحكيم ومارسوه بشكل قريب مما هو موجود عندنا اليوم، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على عراقية التحكيم وقدمه.

(1) - ينظر: طه باقر، مقدمة في تاريخ الحضارات القديمة، ط2، (بغداد، شركة التجارية والطباعة المحدودة، 1357هـ)،

وكما عرف السومريون التحكيم بين المدن - كما تقدم-، فقد عرفوه على المستوى الداخلي أيضاً، حيث كان أكبر الأعضاء سناً في كل مشترك يتولى القيام بالتحكيم بين الخصوم، ولم تكن عملية التحكيم هذه تشكل عملاً مستقلاً عن المجتمع، وإنما كانت تتم في سياق الوظيفة العامة للمجتمع والعقوبة التي تترتب عليها تتم باسم المجتمع أيضاً⁽¹⁾. ومع مرور الوقت أصبحت أحكام المحكمين الذين يلجأ إليهم الخصوم لفض النزاع بينهم من السوابق القضائية التي صارت مصدراً مهماً للقانون المدون فيما بعد⁽²⁾، فأحكام المحكمين إذن لم تقتصر على حسم النزاع المعروف فحسب، بل تعدت ذلك إلى الإسهام في القانون المدون، فكانت مصدراً من مصادره الهامة.

ثانياً: التحكيم عند اليونانيين: عرف اليونانيون القدماء التحكيم ومارسوه منذ بداية العصور الكلاسيكية في الفترة الممتدة بين القرنين السادس والرابع قبل الميلاد، حيث كان كثيراً ما يلجأ للفصل في المنازعات الناشئة بين الطوائف السياسية المستقلة التي كانت تحكم اليونان في ذلك الوقت، فقد كان هناك مجلس دائم للتحكيم يفصل في المنازعات التي تحدث بين دويلات المدن اليونانية⁽³⁾، كما أنهم عرفوا معاهدات التحكيم الدائم، بالإضافة إلى حالات التحكيم المنفردة⁽⁴⁾.

وقد قام سولون* وهو أحد علماء اليونان السبعة بوضع تشريع خاص للتحكيم، وذلك بعد قيامه بإعادة تنقيح القوانين اليونانية في ذلك الوقت⁽⁵⁾.

كما فرق الفيلسوف اليوناني أرسطو** بين القاضي والمحكم قائلاً: «إن المحكم يسعى إلى العدالة والقاضي يسعى لتطبيق القانون والتحكيم ابتكر لتطبيق العدالة»⁽⁶⁾.

(1)- ينظر: قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم، مرجع سابق، ص36.

(2)- ينظر: طه باقر، مقدمة في تاريخ الحضارات القديمة، مرجع سابق، ص282.

(3)- ينظر: محمد بن ناصر الجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص21.

(4)- ينظر: قحطان عبد الرحمن الدوري، المرجع السابق، ص37.

*- سولون (630-560 ق.م): هو سياسي وشرع وشاعر أثيني، عُرف بتزعمه إلى الإصلاح، حرر الفقراء من كثير من الأعباء وأهى سيطرة الأرستقراطيين المطلقة على الحكومة، وأصدر مجموعة قوانين اتسمت بطابع إنساني. (ينظر: منير البعلبكي، موسوعة المورد، ط2، (بيروت، دار العلم للملايين، 1992)، 87/9.

(5)- ينظر: Ch. Jarroson, La notion d'arbitrage, LGDJ, Paris, 1987, P2.

**- أرسطو (384-322 ق.م)، هو Aristotle، تلميذ أفلاطون وأستاذ الاسكندر المقدوني، جرت فلسفته في اتجاه مغاير لمثالية أفلاطون، ويعتبر واحد من أعظم فلاسفة الدنيا، وقد انسحبت أثره على جميع المفكرين الذين جاءوا بعده، من أشهر مؤلفاته "الأرغامون" (Organon)، وكتاب "السياسة" (Politics). (ينظر: منير البعلبكي، موسوعة المورد، مرجع سابق، 159/1).

(6)- ينظر: Ch. Jarroson, La notion d'arbitrage, Op.Cit, P2.

من هنا يتضح جليا أن اليونانيين لم يعرفوا التحكيم فحسب، بل توصلوا في ذلك الوقت إلى تحديد الفرق بين المحكم والقاضي، وذلك يستفاد من القول المتقدم لأرسطو، حيث أوضح أن هدف القاضي هو تطبيق القانون، بينما يسعى المحكم إلى تحقيق العدالة بين الخصوم، سواء طبق القانون أم لم يطبقه، وهذا يدل بوضوح على رقي الفكر القانوني آنذاك.

ثالثا: التحكيم عند الرومان: عرف التحكيم أيضا عند الرومان وكان ذلك منذ العصور القديمة من الفترة الممتدة بين القرنين الثامن والسادس قبل الميلاد، وقد كانوا يلجؤون إليه كثيرا في مجال القانون الخاص، أما في مجال القانون الدولي فلم يعرفوه، وذلك لإنكارهم المساواة بين الدول والتي يرون أنها خاضعة لحكمهم في ذلك الوقت⁽¹⁾.

وقد كان يلجأ للتحكيم لتحديد التعويض الذي يجب أن يدفعه الجاني إلى المجني عليه، وذلك بعد أن يصدر القاضي حكمه بتجريم الجاني، كما مر التحكيم في هذه الفترة للعديد من التطورات وأصبح يلجأ إليه لفصل المنازعات التجارية والمالية⁽²⁾.

وقد عرف سيمسرون التحكيم بأنه وسيلة لعدم كسب دعوى ناجحة بصورة كاملة ووسيلة لعدم الخسارة الكاملة لدعوى خاسرة⁽³⁾.

فلاحظ أن التحكيم في هذه المرحلة قد تطور كثيرا واتسع مجاله، فشمّل المنازعات المالية والتجارية، كما أنه لعب دورا مساعدا للقضاء، إذ في حين يتكفل القاضي بتجريم الجاني فالتحكيم يتكفل بتحديد مبلغ التعويض.

الفرع الثاني: التحكيم عند العرب

أولا: التحكيم عند العرب قبل ظهور الإسلام: عرف العرب كغيرهم من الشعوب التحكيم منذ وقت طويل يسبق ظهور الإسلام بعدة قرون، حيث ساد النظام القبلي في ذلك العصر بعاداته وتقاليده، وكان التحكيم من أبرز وأهم التقاليد السائدة آنذاك، فكان للعرب في الجاهلية حكام يلجؤون إليهم لفض

(1)- ينظر: محمد بن ناصر البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص 20. قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم، مرجع سابق، ص 37.

(2)- A. Magdelawi, Aspects arbitraux de la justice civil archaïque a Rome, Revue internationale des droits, 1980, P205.

(3)- J. Clere : L'arbitrage revolutionnaire, revue d'arbitrage, 1981, P3.

منازعاتهم وجرى عرفهم على اختيار شيخ القبيلة للتحكيم في الخصومات التي تنشأ بين أفراد قبيلته، أملاً إذا كان النزاع بين أفراد قبيلتين مختلفتين فيختار المحكم عادة من بين رؤساء القبائل المعروفين بسداد الرأي وصحة الحكم، أو من بين الكهنة، ولعل الاستعانة بالكهنة للتحكيم في المنازعات يرجع إلى اعتقاد الناس في قدرتهم على الاستعانة بالقوى الغيبية القادرة على استجلاء الحقيقة⁽¹⁾.

وجريان العرف على أن يكون المحكم إما شيخ القبيلة أو كاهن لا يعني أبداً أنه كان محظوراً على الناس، اختيار حكام من غير هؤلاء، قال اليعقوبي: «وكان للعرب حكام ترجع إليها في أمورهم وتحكمهم في منازعاتهم وموارثها ومياهمها ودمائها لأنه لم يكن دين يرجع إلى شرائعه، فكانوا يحكمون أهل الشرف والصدق والأمانة والرئاسة والسن والمجد والتجربة...»⁽²⁾.

هذا وقد عرفت العرب الاحتكام إلى النار وكذلك الاحتكام إلى الأرام⁽³⁾.

وفي ظل نظام التحكيم الذي كان معروفاً عند العرب في الجاهلية لم يكن الحكم موظفاً عاماً، وإنما هو فرد عادي يستمد سلطته في الحكم من اختيار الخصمين له وتفويضهما إياه للفصل في الخصومة الناشئة بينهما، وحكمه غير ملزم لهما، فلهما الخيار بين قبوله أو رفضه، فإن شاء المحكوم عليه نفذ الحكم طواعية، وإن لم يشأ ذلك فليس للحكم أية وسيلة لإجباره على التنفيذ، فحكم الحكم لا ينفذ قهراً⁽⁴⁾، وهذا باستثناء حكم شيخ القبيلة الذي ينفذ على أفراد قبيلته.

(1) - ينظر: أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ط1، (الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1997)، ص228.

* - اليعقوبي: هو أحمد بن أبي يعقوب إسحاق جعفر بن وهب بن واضح العباسي، مولد بني هاشم، يعرف بابن واضح وابن يعقوبي، وبابن يعقوبي، مؤرخ توفي سنة 284هـ، وترك مؤلفات كثيرة منها: "التاريخ"، "أسماء البلدان"، "أخبار الأمم السالفة"، ومشكلة الناس لزماتهم. (ينظر: عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، مرجع سابق، 102/1، رقم 762. أبا عبد الله الحموي، معجم الأدباء، ط1، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1411هـ-1991م)، 82/2، رقم 213.

** - المنازعات: يقال، نافرت الرجل منافرة إذا قاضيته، والمنازعة المنازعة والمحاكمة، وقيل المنازعة هي المحاكمة في الخسب خاصة، قال أبو عبيد: المنازعة أن يفتخر الرجلان كل واحد منهما على صاحبه، ثم يحكما بينهما رجلاً كفعل علقمة بن علاثة مع عارم بن طفيل حين تنازعا إلى هرم بن قطبة الفزاري. (ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، 4499/6)

(2) - ينظر: اليعقوبي، تاريخ اليعقوبي، ط1، (بيروت، دار صادر، دت)، 258/1.

(3) - ينظر: ابن هشام، سيرة النبي ﷺ، مصدر سابق، 23/1.

(4) - ينظر: محمد سلام زناقي، نظم العرب قبل الإسلام، ط1، (دم، دن، 1992)، ص211. أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم، القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص227.

أشهر حكام العرب في الجاهلية: كان للعرب في الجاهلية حكام كثيرون اتصفوا بأصالة الرأي وسعة المدرك ورجاحة العقل، ويقظة الضمير، ولهم علم بأعراف القوم وتقاليدهم، ومن هؤلاء: أكتم بن صيفي بن رباح، وحاجب بن زرارة بن عدس التميمي، وهاشم بن عبد مناف القرشي، وعبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف جد الرسول ﷺ، وأبو طالب بن هاشم بن عبد مناف عم الرسول ﷺ، والأقصر ابن حابس وغيرهم⁽¹⁾.

ولم يكن منصب الفصل في الخصومات قاصرا على الرجال دون النساء في الجاهلية، بل كانت هناك نساء حكيمات ممن اتصفن بإصابة الحكم كهند بنت حابس الأيادي، وجمعة بنت حابس الأيادي، وصحر بنت نعمان التي كانت العرب تتحاكم عندها فيما يتوهم من مشاجرات في الأنساب وغيرها، وخصيلة بنت عامر بن الظرب العدواني، وحزام بنت الريان وغيرهن⁽²⁾.

جدير بالذكر أن رسول الله ﷺ كان أحد الحكام الذين احتكمت إليهم قريش، وكان ذلك قبل بعثته ﷺ، حيث اختلفت القبائل حول رفع الحجر الأسود، ووضعه في مكانه بعد إعادة بناء الكعبة، قال ابن إسحاق* : «ثم إن القبائل من قريش جمعت الحجارة لبنائها، كل قبيلة تجمع على حدة ثم بنوها حتى بلغ البنيان موضع الركن (الحجر الأسود)، فاختصموا فيه كل قبيلة تريد أن ترفعه إلى موضعه دون الأخرى حتى تحاوروا (تجادلوا وكثر الكلام بينهم)، وتحالفوا وأعدوا للقتال، فقربت بنو عبد الدار جفنة مملوءة دما، ثم تعاقدوا هم وبنو عدي بن كعب بن لؤي على الموت، وأدخلوا أيديهم في تلك الجفنة فسموا لعقة الدم فمكثت قريش على ذلك أربع ليال أو خمسا، ثم إنهم اجتمعوا في المسجد وتشاؤروا وتناصفوا فزعم بعض أهل الرواية أن أبا المغيرة بن عبد الله بن عمرو بن مخزوم، وكان عاممئذ أسن قريش كلها، قال: يا معشر قريش اجعلوا بينكم - فيما تختلفون فيه - أول من يدخل من باب هذا المسجد يقضي بينكم فيه، ففعلوا فكان أول داخل رسول الله ﷺ، فلما رأوه قالوا هذا الأمين رضينا هذا محمد، فلما انتهى إليهم أحبروه

(1)- ينظر: جواد علي، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، إعداد: الفارس نديم المرعشلي، ط2، (بغداد، جامعة بغداد، 1413هـ-1993م)، 637/5.

(2)- ينظر: السيد محمود شكري الأتوسي، بلوغ الأرب، ط1، (لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، دت)، 338/1.

*- ابن إسحاق: هو محمد بن إسحاق بن يسار المصلي بالولاء، المدني، صاحب المغازي والسير، قال سفيان بن عيينة: ما أدركت أحدا أقم بن إسحاق في حديثه. وثقه كثيرون، مات ببغداد سنة 151هـ، من كتبه أخذ ابن هشام "السيرة النبوية". (ينظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، مصدر سابق، 172/1. ابن سعد، الطبقات الكبرى، دراسة وتحقيق: عبد القادر عطا، ط1، (لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، 1410هـ/1990م)، 321/7).

الخبر، فقال ﷺ: «هلم إلي ثوب فأتي به فأخذ الركن فوضعه فيه بيده، ثم قال: لتأخذ كل قبيلة بناحية من الثوب، ثم ارفعه جميعاً، ففعلوا حتى إذا بلغوا به موضعه وضعه هو بيده ثم بنى عليه»⁽¹⁾. إذن فقد حكم رسول الله ﷺ وأصدر حكماً قبلت به القبائل ونفذته وفصل النزاع.

وعلى الرغم من أن تحكيمهم له ﷺ كان محض صدفة، وهو أمر مشهور عند العرب، إذ كان عندهم ما يسمى بالاحتكام إلى مجرد الصدفة، إلا أنهم لم يقبلوا به احتكاماً للصدفة فحسب، وإنما قبلوا به نظراً لما اشتهر به من شرف وأمانة وسداد رأي، ودليل ذلك قولهم لما رأوه: «هذا الأمين، رضينا هذا محمد»، فكأنهم قبلوه لأنه الأمين الذي عرفوه ولو كان شخصاً آخر لما قبلوه أو لترددوا على الأقل.

هذا وقد كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه أيضاً يقضي بين الناس قبل الإسلام، حيث قال رياح بن الحارث* : «كان عمر بن الخطاب يقضي فيما سبت العرب بعضها من بعض قبل الإسلام وقبل أن يبعث النبي ﷺ»⁽²⁾.

كل ما تقدم يدل على أن التحكيم عند العرب في الجاهلية كان تحكيمياً اختيارياً من كافة النواحي، ومع ذلك فقد ظهرت بعض بوادر التحكيم الإجباري آنذاك، خاصة في أسواق العرب المشهورة، مثل: سوق عكاظ، وسوق دومة الجندل، وسوق مجنة... حيث كان هناك حكام يجلسون في هذه الأسواق خصيصاً للفصل في مختلف المنازعات التي قد تنشأ بين المتعاملين فيها⁽³⁾.

ثانياً: التحكيم عند العرب بعد ظهور الإسلام: بظهور الإسلام في شبه الجزيرة العربية حصل تحول جذري رفع المجتمع العربي من نظام قبلي يطبق الأعراف والعادات بشكل عشوائي إلى دولة ذات سيادة وسلطة تبشر بالإسلام وتطبق تعاليمه على كافة شؤون الحياة، يقودها النبي الكريم ومن بعده الخلفاء

(1) - أخرج الحاكم في مستدركه وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، وله شاهد صحيح على شرطه، أما الذهبي فقد سكت عنه، (الحاكم، المستدرک على الصحيحين، مصدر سابق، 458/1).

* - ابن الحارث: هو رياح بن الحارث النخعي أبو المثني الكوفي، يقال أنه حج مع عمر، وروى عن ابن مسعود وعلي وغيرهما، قال العجلي: كوفي تابعي ثقة. (ينظر: ابن حجر العسقاني، تقريب التهذيب، مصدر سابق، 305/1. ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، مصدر سابق، 299/3).

(2) - ابن سعد، الطبقات الكبرى، مصدر سابق، 153/6.

(3) - ينظر: أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مرجع سابق، ص 229.

الراشدون⁽¹⁾، وكان من الطبيعي أن يعتد الإسلام بالتحكيم كطريق لفض المنازعات نظرا لعدالة هذا النظام، ولعدم تنافيه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها هذا الدين الخفيف، ولا أدل على اعتداد الدين الإسلامي بالتحكيم من وروده في القرآن الكريم كتاب الله المنزل من فوق سبع سماوات، والمحفوظ ليوم البعث العظيم، فقد ورد ذكره في أكثر من موضع، تقدم البعض منها في معرض الحديث عن مشروعية التحكيم في الشريعة الإسلامية، ونذكر منها الآن قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمَّداً فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينٍ أَوْ حَدٌّ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ فَقَدْ قَالَ اللَّهُ لَكُمْ سَلْفَةٌ وَمَنْ أَعَادَ فَيَنْتَقِمَهُ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ تَزِيدُ ذُو انتقامٍ⁽²⁾، فمحل الشاهد في الآية الكريمة قوله تعالى: ﴿يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾، فقد ترك المولى عز وجل تقدير جزاء قتل المحرم الصيد للتحكيم رغم أنه كان بالإمكان النص عليه في الآية الكريمة وينتهي الأمر، وهذا إن دل على شيء فهو يدل على اعتداد الإسلام بالتحكيم وإقراره له.

هذا بالنسبة للقرآن الكريم، أما بالنسبة للسنة النبوية، فقد تقدم ذكر بعض الآثار الواردة عنه ﷺ والتي بينت قبوله ﷺ للتحكيم، بل وممارسته له، وأعتقد أنها كانت كافية، كذلك تقدم أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم، وذلك بإقرارهم له وممارستهم إياه في أكثر من مرة، وعدم الاعتراض عليه إلا ما كان من الخوارج، وبالتالي فقد تبين أن مصادر التشريع الإسلامي قد تبنت التحكيم وباركته، إضافة إلى ذلك فقد جاء اجتهاد الفقهاء وفصل ما أجملته الآيات ووضع أسس التحكيم وشروط اختيار المحكم بما يتفق ومقاصد الشريعة الغراء، ويحقق مصالح العباد، كذلك حدد نطاق التحكيم كما سيتبين لاحقا.

(1) - ينظر: ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 37.

(2) - سورة المائدة، الآية: 95.

المطلب الثاني: تطور التحكيم في التشريعات الحديثة

لم تستغن التشريعات الحديثة عن التحكيم، بل طورته حتى يسايروا تطوراتها وتطلعاتها خاصة في مجال التجارة الدولية، وسنوق فيما يأتي لمحة تاريخية عن تطور التحكيم في القوانين الحديثة، متخذين القانون الفرنسي كنموذج باعتباره من مجموعة التشريعات اللاتينية التي ترجع أصولها إلى القانون الروماني، وذلك في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فسنبين فيه تطور التحكيم في بعض التشريعات الأخرى.

الفرع الأول: تطور التحكيم في القانون الفرنسي

ظل التحكيم في فرنسا طوال القرون الوسطى نقطة تصادم بين الملك والبرلمانات، فبينما كان الملك يشجع التحكيم كنظام لفصل الخصومات كانت البرلمانات⁽¹⁾ تقف ضده، بل حاولت تحريمه وكان السبب الرئيسي وراء ذلك خوفها من أن يكون أداة لسلب اختصاصها القضائي، ومن صور هذا الصراع أن الملك فرانسوا الثاني أصدر مرسوما سنة 1560م بموجبه جعل التحكيم إجباريا في المسائل التجارية، وقسمة التركات، ويشترط في الطعن في قرارات المحكم أمام القضاء العادي تنفيذ القرار أولا، أو أداء الجزاء المالي إن كان مشروطا، وعلى الرغم من هذا المرسوم ظلت بعض البرلمانات لا تقبل التحكيم أصلا، وجرى البعض الآخر في قبول الطعن في قرارات المحكمين دون قيد أو شرط، ثم جاءت الثورة الفرنسية تنادي بالحريّة في كل المجالات بما في ذلك مجال التعاقد، ولهذا باركت نظام التحكيم بوصفه مظهرا من مظاهر هذه الحريّة، واعتبرته - كما جاء في دستور فرنسا سنة 1791م - الوسيلة المثلى لإنهاء المنازعات بين المواطنين وحقا مقررا لهم لا يجوز لأي كان - بما في ذلك المشرع - الانتقاص منه، ولم يقتصر الأمر على هذا، فنجد أن دستور 1793م جعل التحكيم إجباريا في المنازعات المتعلقة بتوزيع الأموال العامة (المصادرة)⁽²⁾.

لكن هذا الإقبال على التحكيم لم يترك على إطلاقه، بل هناك تيار مضاد واجهه إلى حد أن أقر مجلس النواب، وكان يسمى مجلس الخمسمائة⁽³⁾ اقتراحا بتحريم التحكيم أصلا، وكان ذلك في السنة السادسة من الثورة، غير أن مجلس الشيوخ⁽⁴⁾ رفض هذا الاقتراح، ثم جاءت التقنيات الفرنسية الموضوعية في مستهل القرن التاسع عشر على ولائها للتحكيم، ومن ذلك القانون التجاري الذي جعل التحكيم

(1) - في النظام الفرنسي كان لكل مقاطعة برلمان، وكان لكل برلمان اختصاص قضائي.

(2) - ينظر: ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص38. عبد الحميد الأحذب، التحكيم أحكامه ومصادره، ط1، (لبنان، بيروت، مؤسسة نوفل، 1990)، 95/1.

(3) - Conseil des cinq cents.

(4) - Conseil des anciens.

إجباريا في مسائل الشركات، ونص في المادة 332 منه بشأن التأمين البحري على صحة الاتفاق على التحكيم قبل قيام النزاع، أما قانون المرافعات فقد خصص فصلا للتحكيم، ولكنه عالج بصورة تشعر بتردده في تشجيعه، إذ جاءت النصوص غامضة في بيان نوع التحكيم الذي أجازها القانون، لما أتاح للقضاء فيما بعد فرصة للتضييق من نطاق التحكيم، كما جعل للقضاء العادي إشرافا على التحكيم يتمثل على وجه الخصوص في جواز الطعن في قرارات المحكمين أمام هذا القضاء، وطلب بطلان القرار في حالات معينة واشتراط الحصول على أمر من القاضي لتنفيذ القرار (صيغة التنفيذ)⁽¹⁾، وألزم المحكم باتباع قواعد القلتون في إصدار الأحكام كضرورة كتابة الحكم وتسييه⁽²⁾.

وقد لاقى هذا الاتجاه مباركة واسعة من قبل شراح القانون لأن القضاء في نظرهم هو جهاز الدولة الرئيسي في توزيع العدالة، والتحكيم نظام آخر للقضاء يجب أن يعتبر بالنظر إليه استثنائيا خاضعا لإشرافه. وتأثرت محكمة النقض الفرنسية بهذا التفكير وأصدرت حكمها الشهير بتاريخ 10 جويلية 1843م⁽³⁾ الذي قضى ببطلان اتفاقات التحكيم إذا وقعت قبل النزاع⁽⁴⁾ بحجة أن نصوص قانون المرافعات لا تجيز إلا اتفاقات التحكيم التي تقع بعد قيام النزاع⁽⁵⁾ بدليل أن المادة 1006 تشترط بيان موضوع النزاع في اتفاق التحكيم، وهو ما لا يتأتى إلا إذا وقع النزاع واتضح موضوعه، يضاف إلى ذلك أن الاتفاقات السابقة على قيام النزاع تقع في وقت لا يتبين فيه الخصوم طبيعة النزاع ولا أهميته ولا صلاحية المحكم الذي وقع عليه الاختيار للفصل فيه، ولكن هذا القضاء سرعان ما قوبل بعاصفة من النقد بلغت أشدها في أعقاب الحرب العالمية الأولى، بعد زيادة حجم التجارة الدولية الذي انتشر في مجالها شرط التحكيم السابق على قيام النزاع، واعتراف غالبية التشريعات بصحة هذا الشرط، فاضطر المشرع الفرنسي إلى التدخل بالقانون الصادر في 31 ديسمبر 1925، والذي أضاف إلى المادة 631 من القانون التجاري فقرة جديدة تجيز للمتعاقدين اتفاق وقت التعاقد على التحكيم في المسائل المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة، وهي المسائل التي من اختصاص القضاء التجاري (تعهدات التجار فيما بينهم ومسائل الشركات والمسائل المتعلقة بالأعمال التجارية أيا كانت صفة القائمين بها)، وبذلك أضاف المشرع الفرنسي إلى التفرقة بين الأعمال

⁽¹⁾-Exequatur.

⁽²⁾-ينظر: ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص39. عبد الحميد الأحمد، التحكيم أحكامه ومصادره، مرجع سابق، 95/1.

⁽³⁾-ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص39. (سري 1843-1-561 وفي دالوز 1843-343).

⁽⁴⁾-La clause compromissoire.

⁽⁵⁾-Le compromis.

التجارية والأعمال المدنية أهمية جديدة، إذ أصبح شرط التحكيم السابق على قيام النزاع جوازاً في الأولى باطلاً في الثانية⁽¹⁾، واستمرت نصوص التحكيم في قانون المرافعات الفرنسي مطبقة لفترة طويلة دون تغيير رغم انتشار التحكيم في الحياة العملية، وانتشار المؤسسات التي تتولى للتحكيم، ورغم اختلاف القانون حول تطبيق العديد من نصوص هذا القانون وذلك إلى غاية الثمانينات، حيث توافق القانون مع النهج الاجتهادي السائد حول إمكانية اللجوء إلى التحكيم وحرية الفرقاء في اعتماده، ومنذ ذلك الوقت توحدت جهود كلا من القانون والاجتهاد، والآراء القانونية المختلفة بهدف خلق مناخ ملائم للتحكيم، الأمر الذي أدى إلى تطور هام للتحكيم النظامي (أي تحكيم الميثاق الدائمة للتحكيم)، وإيصاله إلى موقع قانوني متميز في مجال حسم النزاعات التجارية الداخلية منها والدولية، فقد صدر مرسوم عام 1980م متعلق بالتحكيم الداخلي ومرسوم عام 1981 متعلق بالتحكيم الدولي، وبصدور المرسومين أقر رسمياً التحكيم النظامي كما أقرت أنظمة المراكز الدائمة للتحكيم⁽²⁾.

من خلال هذا العرض الموجز للتطور التاريخي للتحكيم في القانون الفرنسي، رأينا أن التحكيم لم يصل إلى ما هو عليه اليوم فجأة، أو بمحض الصدفة، وإنما حصل ذلك بعد جهد كبير من قبل فقهاء القانون، وكان ذلك على مراحل وليس على دفعة واحدة.

الفرع الثاني: تطور التحكيم في بعض التشريعات الأخرى

عرف التحكيم رواجاً كبيراً على الصعيدين الداخلي والدولي، مما دفع النظم القانونية المعاصرة إلى الاعتراف به، وكان ذلك بوضع تنظيم قانوني للتحكيم يتناول الاتفاق عليه، ويحدد المنازعات التي يجوز طرحها أمامه، ويسيطر كيفية اختيار القواعد الإجرائية التي يسير عليها، والقواعد الموضوعية التي تخضع لها المنازعات المعروضة عليه، ومن هذه النظم ما أفرد للتحكيم باباً من أبواب القوانين المنظمة للقضاء، وهي قوانين المرافعات المدنية والتجارية، أو قوانين أصول المحاكمات المدنية أو قوانين الإجراءات المدنية والتجارية، ومنها ما يفرد التحكيم قانوناً خاصاً به⁽³⁾.

وقد تم عرض التنظيم القانوني للتحكيم في فرنسا ومختلف المراحل التي مر بها وصولاً إلى ما هو عليه اليوم.

(1)- ينظر: ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 40.

(2)- ينظر: عبد الحميد الأحمد، التحكيم أحكامه ومصادره، مرجع سابق، ص 96، 100.

(3)- ينظر: مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة، مرجع سابق، ص 7.

أما في بريطانيا فقد وضع أول تنظيم إجمالي للتحكيم سنة 1889م بموجب قانون التحكيم⁽¹⁾، وعقب جملة من التعديلات التدرجية أصدر قانون 1950م، والذي أصبح بديلا لقانون 1889م، وأصبح بالتالي القاعدة الأساسية التي انطلقت منها الأسس التحكيمية المطبقة في هذه الأيام، وعدل هذا القانون بموجب قانون 1979م، الذي قلص من سلطة المراقبة والإشراف على الإجراءات التحكيمية التي كانت المحاكم القضائية تتمتع بها⁽²⁾.

أما بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية، فإن التحكيم فيها يخضع للقانون الفيدرالي، وكذلك لقوانين كل من الولايات المتحدة، شأنه في ذلك شأن بقية الميادين، والقانون الفيدرالي المطبق هو قانون الولايات المتحدة الأمريكية⁽³⁾، الذي أقر سنة 1925م، وهذا القانون يطبق على كل تحكيم أو قرار تحكيمي مرتبط بتصرف له الصفة التجارية، أو مرتبط بعنصر من العناصر ذات العلاقة بالإطار الخارجي أو بالحركة التجارية ما بين الولايات المتحدة (الفصل الثاني من قانون التحكيم في الولايات المتحدة الأمريكية)⁽⁴⁾.

وقد عيّنت الدول العربية وعلى غرار الدول الغربية بتنظيم التحكيم بشكل قانوني، كما عملت على تطوير هذا التنظيم كلما دعت الحاجة إلى ذلك، وسنعرض فيما يأتي التنظيم القانوني للتحكيم في بعض الدول العربية.

1- مصر: أول ما عالج المشرع المصري التحكيم، كان بمقتضى الأمر الصادر بتاريخ 13 نوفمبر 1883م، في الفصل السادس من الباب العاشر، "المواد من 702-727"، أعقب ذلك صدور القانون رقم 77 لسنة 1949م، والذي نظم فيه التحكيم في المواد من 818-850، تلا ذلك صدور قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13 لسنة 1968 الذي عالج في الباب الثالث منه التحكيم في المواد من 501-513. وأخيرا أصدر المشرع المصري قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية وهو قانون رقم 27 لسنة 1994م، حيث تم نشره في 21 أبريل 1994م، وأصبح نافذا ابتداء من 22 ماي 1994م، وقد نصت المادة الثالثة من مواد الإصدار على إلغاء نصوص المواد (من 501-513) من قانون المرافعات، وإلغاء أي نص مخالف لهذا القانون⁽⁵⁾.

⁽¹⁾- Arbitration act

⁽²⁾- ينظر: عبد الحميد الأحمد، التحكيم أحكامه ومصادره، مرجع سابق، 191/1.

⁽³⁾- United states, arbitration act (U.S.A.A).

⁽⁴⁾- ينظر: عبد الحميد الأحمد، التحكيم أحكامه ومصادره، مرجع سابق، 216/1.

⁽⁵⁾- ينظر: حسين مصطفى فتحي، التطور في مجال حسم المنازعات في منطقة الشرق الأوسط، ورقة عمل مقدمة لندوة الاجتماعات الحديثة للتحكيم في التشريعات العربية، المنعقدة بدمشق من 28 إلى 30 أوت 2001، ص 1.

2- المملكة العربية السعودية: أول معالجة تشريعية لنظام التحكيم في المملكة كانت بمقتضى الأمر الملكي رقم 132 الصادر في 01 جوان 1931، فيما أطلق عليه نظام المحكمة التجارية، وهو نظام ورثته المملكة من تشريعات تعود أصولها إلى الدولة العثمانية⁽¹⁾، ولما صدر نظام الشركات التجارية لعام 1965م نص في المادة 232 على تكوين هيئة حسم المنازعات التجارية، ولكن نظام المحكمة التجارية ظل ساري المفعول، واستمر وجود نصوص التحكيم وجوداً نظرياً فقط، ثم أعقب ذلك صدور المرسوم الملكي رقم م/46 في عام 1983م بنظام التحكيم، وأعقبه صدور لائحته التنفيذية سنة 1985م، اللذين وضعاً نظاماً متكاملًا للتحكيم⁽²⁾.

3- الأردن: تعاقبت تشريعات تعالج الأحكام القانونية للتحكيم في الأردن بدءاً من قانون 1933، والمعدل سنة 1946م، فقانون أصول التحكيم الصادر سنة 1935م، والذي عدل في نفس عام صدوره، وأعيد تعديله مرة ثانية سنة 1962م، ولقد تميزت هذه التشريعات بتأثرها الشديد بقانون التحكيم الإنجليزي، على خلاف معظم دول المغرب العربي التي تأثرت بالنظام الفرنسي، هذا وقد صدر قانون التحكيم الجديد الأردني رقم 31 لسنة 2001م⁽³⁾.

4- لبنان: أول ما عالج المشرع اللبناني التحكيم كان بمقتضى صدور قانون أصول المحاكمات المدنية الصادر في أكتوبر 1934م، في بابه السادس المواد من 821-848، ثم صدر قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد سنة 1983م، والذي أفرد باباً كاملاً من الكتاب الثامن لتفصيل قواعد التحكيم، ولعل أبرز ملامح هذه المعالجة التشريعية تمييز المشرع اللبناني بين قواعد التحكيم في القانون الداخلي وتلك الخاصة بالتحكيم الدولي⁽⁴⁾.

5- سوريا: يعود التشريع الأساسي للتحكيم في سوريا إلى 28-09-1953م، حيث ورد في الكتاب الثالث الباب الرابع المواد من 535-547 من قانون أصول المحاكمات الذي استمد آنذاك من قانون

(1) - ومن الجدير بالذكر أن هذا القانون العثماني ليس إلا ترجمة للتشريعات التجارية والبحرية الفرنسية التي نقلتها الدولة العثمانية في أوائل القرن 19م.

(2) - ينظر: حسين مصطفى فتحي، التطور في مجال حسم المنازعات، مرجع سابق، ص9. حسن عيسى الملا، السمات الرئيسية لنظام التحكيم، بالمملكة العربية السعودية، ورقة عمل مقدمة للمشاركة في ندوة الاتجاهات الحديثة للتحكيم (المشار إليها سابقاً)، ص1.

(3) - ينظر: حمز أحمد حداد، التحكيم بوجه عام واتجاهات قانون التحكيم الأردني، ورقة عمل مقدمة لذات الندوة السابقة، ص13.

(4) - ينظر: حسين مصطفى فتحي، المرجع السابق، ص8.

المرافعات المصري الساري المفعول بتاريخه، ولقد أضيفت إليه بعض النصوص الفرعية والاتفاقات الدولية، التي انضمت إليها سوريا، وتماماً مع القواعد الحقوقية الحديثة، ومقتضيات التجارة العالمية وضعت اللجنة المكلفة بتعديل قانون التجارة مشروع تشريع حديث للتحكيم، استمدت أحكامه من نظام التحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، وتعديل القانونين الفرنسي والبناني لأصول المحاكمات، والقانون المصري وقوانين تونس والجزائر والمغرب، وقد خرج مشروع القانون السوري للتحكيم سنة 2001م⁽¹⁾.

6- تونس: أول معالجة تشريعية للتحكيم في تونس كانت بمقتضى القانون رقم 130 لسنة 1959م في المواد من 258-284، وبعد مرور أكثر من ثلاثة عقود تدخل المشرع التونسي سنة 1993م، فأصدر القانون رقم 1993/42 "مجلة التحكيم"، ليضع بهذا تنظيمًا تفصيليًا قائمًا بذاته لنظام تحكيم يتواءم مع مقتضيات التجارة الدولية.

7- الكويت: بداية معالجة المشرع الكويتي للتحكيم كانت بمقتضى المادة 39 من المرسوم الأميري رقم 19 لسنة 1959م، وتبنى المشرع محتوى هذه المادة في المادة 177 من قانون المرافعات المدنية والتجارية لسنة 1960م، ثم أعقب ذلك صدور قانون المرافعات رقم 38 لسنة 1980، الذي أفرد بابًا كاملاً لأحكام التحكيم هو الباب الثاني عشر في المواد من 173 إلى 188، ثم أصدر المشرع الكويتي القانون رقم 11 لسنة 1985 بشأن التحكيم القضائي في المواد المدني والتجارية⁽²⁾.

8- الجزائر: أول معالجة تشريعية للتحكيم في الجزائر كانت بمقتضى قانون الإجراءات المدنية الصادر بموجب الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ 8 جوان 1966م في الكتاب الثامن المواد من 442 إلى 454⁽³⁾.

ومما أن قانون المرافعات الفرنسي هو الذي كان مطبقاً في الجزائر، فإن هذا القانون لم يتضمن أي جديد، بل تبني النصوص والأحكام التي كانت ترعى التحكيم في فرنسا في ذلك الوقت، وهكذا فقد تبني القاعدة التي تحظر لجوء الدولة والمصالح الحكومية للتحكيم، ولكنه لم يتبن قاعدة حصر التحكيم في الحقل

⁽¹⁾- ينظر: جاك يوسف الحكيم، مشروع القانون السوري للتحكيم، ورقة عمل مقدمة لندوة الاتجاهات الحديثة للتحكيم (السابق ذكرها)، ص 1.

⁽²⁾- ينظر: حسين مصطفى فتحي، التطور في مجال حسم المنازعات، مرجع سابق، ص 8.

⁽³⁾- ينظر: ج.ر، ع 47، (9 جوان 1966)، ص 477.

التجاري، بل أجازته في الحقل المدني أيضا، كذلك تميز بإعطاء المحكمين صلاحية النظر في صحة العقد موضوع النزاع⁽¹⁾، ثم عدل هذا القانون بموجب الأمر رقم 80/71 المؤرخ في 11 ذي القعدة 1391هـ الموافق لـ 29 ديسمبر 1971م⁽²⁾.

وأخيرا أصدر المشرع الجزائري المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 3 ذي القعدة 1413هـ الموافق لـ 25 أبريل 1993م⁽³⁾. معدلا ومتمما للأمر رقم 154/66 الذي سبقت الإشارة إليه، كما تضمن هذا المرسوم تقنيننا للتحكيم التجاري الدولي.

9- البحرين: أول ما علاج المشرع البحريني التحكيم كان بمقتضى قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 12 لسنة 1971، حيث ضمنه فصلا يتعلق بالتحكيم اشتمل على تنظيم لفض المنازعات واستكمالاً للبناء التشريعي صدر مرسوم بشأن قانون التحكيم التجاري الدولي سنة 1994⁽⁴⁾.

10- الإمارات العربية المتحدة: في عام 1971 أعلن الدستور المؤقت لدولة الإمارات العربية المتحدة، التي تتكون من 7 إمارات (أبو ظبي، دبي، الشارقة، رأس الخيمة، عجمان، أم قيوان، الفجيرة)، وقد اعتد المشرع الاتحادي بالتحكيم كوسيلة لفظ المنازعات في ثلاثة تشريعات متفرقة، دوئما الدخول في تفاصيله، تاركا لتشريعات كل إمارة من الإمارات أن تكمل ذلك:

أ- في قانون تنظيم العلاقات القضائية بين الإمارات، المادة 2.

ب- في قانون تنظيم علاقات العمل، المادتان 160-161، والمواد من 155 إلى 158 من القانون الاتحادي رقم 8/1980.

ج- في قانون اتحاد غرف التجارة والصناعة، المادة 1/5، حيث حدد المشرع الاتحادي من وظائف اتحاد غرف التجارة وظيفة فظ المنازعات التجارية والصناعية بطريق التحكيم⁽⁵⁾.

(1) - ينظر: عبد الحميد الأحمد، التحكيم في البلاد العربية، ط1، (لبنان، بيروت، مؤسسة نوفل، 1990)، 143/2.

(2) - ج.ر، ع02، (جانفي 1972).

(3) - ج.ر، ع27، (27 أبريل 1993)، ص58.

(4) - ينظر: حسين مصطفى فتحي، التطور في مجال حسم المنازعات، مرجع سابق، ص4.

(5) - ينظر: المرجع نفسه، ص6.

هذا وقد نظمت العراق التحكيم في قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 في الباب الثاني بالمواد من 251 إلى 276، ونظمته السودان في قانون الإجراءات المدنية بموجب القانون رقم 66 لسنة 1974 في الفصل الرابع بالمواد من 139 إلى 159، ونظمته المغرب في قانون المسطرة المغربية بتاريخ 1974/09/18، كما نظمته اليمن بموجب القانون رقم 33 لسنة 1981، ونظمته ليبيا في قانون المرافعات المدنية والتجارية لسنة 1954⁽¹⁾.

وإضافة إلى ما تقدم، فإن اهتمام التشريعات الحديثة بالتحكيم لم يتوقف عند إصدار قوانين أو نصوص تشريعية داخلية، بل تعدى الأمر إلى إصدار اتفاقيات دولية خاصة فيما يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي نظرا لأهمية التحكيم في مجال التجارة الدولية، وسيوضح الأمر أكثر في الفصول اللاحقة من هذا البحث.

(1) - ينظر: عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، مرجع سابق، ص359. عبد الحميد الأحمد، التحكيم في البلاد العربية، مرجع سابق، 145/2. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة، ص26.

المبحث الثالث: نطاق التحكيم

رأينا فيما تقدم أن جل التشريعات إن لم نقُل كلها قد اعترفت بالتحكيم كأحد طرق فض المنازعات، وكفلت للأفراد حرية الاختيار بينه وبين القضاء العام في الدولة، للفصل في منازعاتهم، إلا أنها لم تترك الأمر على عمومته، بل قيدته وذلك باستثناءها بعض المسائل من التحكيم، إضافة إلى جعله محظورا لبعض الأشخاص، ومن أجل معرفة المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم والأشخاص الذين لا يجوز لهم طلب التحكيم جاء هذا المبحث، وقد قسمته إلى مطلبين تناولت في الأول نطاق التحكيم من حيث الموضوع، وخصصت الثاني لنطاق التحكيم من حيث الأشخاص.

المطلب الأول: نطاق التحكيم من حيث الموضوع

نقصد بنطاق التحكيم من حيث الموضوع تحديد المسائل التي يجوز فيها التحكيم أو التي تصلح أن تكون محلا للتحكيم، والمسائل التي لا تصلح أن تكون محلا له، وذلك سواء في الشريعة الإسلامية أم في القانون الوضعي.

الفرع الأول: المسائل التي يجوز فيها التحكيم والمسائل التي لا يجوز فيها التحكيم في الشريعة الإسلامية

اختلف الفقهاء في تحديد المسائل الصالحة محلا للتحكيم، وتلك التي لا تصلح أن تكون محلا له، فذهب البعض إلى جوازها في حقوق العباد الخالصة، ومنعه في ما هو حق لله تعالى، وذهب البعض إلى إعطاء معيار عام من خلاله يمكن تحديد هل تصلح هذه المسألة أو تلك لأن تحمل بطريق التحكيم، أم أنها لا يمكن أن تكون محلا له، وذهب فريقا ثالث إلى أن التحكيم يجوز في كل المسائل دون استثناء، شأنه في ذلك شأن القضاء العام في الدولة، وسنعرض في الآتي مختلف هذه الآراء مع نسب كل رأي إلى مذهبه وتبين أساسه وحججه.

أولا: المذهب الحنفي:

نقل عن فقهاء الحنفية أن التحكيم لا يجوز في الحدود الواجبة حقا لله تعالى، وهذا باتفاق الروايات⁽¹⁾، وعللوا عدم جواز التحكيم في الحدود بعدة أمور منها:

- أ- أن الإمام هو المتعين لاستيفائها، لأنها حق لله تعالى⁽²⁾.
- ب- أن حكم المحكم بمنزلة الصلح، وهذه لا تجوز بالصلح فلا تجوز بالتحكيم⁽³⁾.
- ج- أن حكم المحكم ليس حجة في حق غير المحكمين، فكانت فيه شبهة والحدود لا تستوفى بالشبهات⁽⁴⁾.

(1)- ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، 43/7. شمس الدين السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 111/16.

(2)- الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، 318/7.

(3)- ينظر: الزيلعي، تبين الحقائق، مصدر سابق، 193/4. داماد افندي، مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر، دط، (لبنان، بيروت، دار إحياء التراث العربي، دت)، 174/2.

(4)- ينظر: الكمال بن الهمام، المصدر السابق، 318/7.

وألقوا اللعان بالحدود لأنه قائم مقام الحد، قال السرخسي : «وليس ينبغي للمحكم أن يقضي في إقامة حد أو تلاعن بين الزوجين، لأن اصطلاح الخصمين على ذلك غير معتبر، وما يحكم به بمثلة اصطلاح الخصمين عليه»⁽¹⁾.

ولهم في حد القذف قولان: الأول أن التحكيم يجوز في القذف، وهذا القول نقله السرخسي عن بعض الحنفية⁽²⁾، وقيل إنه ضعيف⁽³⁾. والثاني أن التحكيم لا يجوز في القذف، وعلة ذلك أن الغالب فيه حق الله تعالى على الأصح، إضافة إلى أن حكم المحكم بمثلة الصلح، ولا يجوز استفتاء حد القذف بالصلح⁽⁴⁾.

واختلفوا أيضا في القصاص على رأيين، الأول مفاده أن التحكيم يجوز في القصاص، لأنه من حقوق العباد، وهذا القول نقله السرخسي عن بعض الحنفية⁽⁵⁾، وقد علق ابن نجيم على هذا الرأي بقوله: «إنه ضعيف رواية ودراية، لأن القصاص لم يتمحض فيه حق العبد، بل هو من قبيل ما اجتمع فيه الحقان، وإن كان الغالب حق العبد، بدليل منع شهادة النساء فيه وكتاب القاضي إلى القاضي، وقد كتبنا في الفوائد أنه كالحود، إلا في مسائل منها أن للقاضي أن يقضي به بعلمه»⁽⁶⁾.

* - السرخسي: هو أبو بكر شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل، تخرج بعبد العزيز الحلواني، توفي في حدود سنة 500هـ، وقيل إنه توفي سنة 490هـ، من مصنفاته "المبسوط" في 10 أجزاء ضخمة (طبع في ثلاثين جزءاً) أملاه في السجن من غير مطالعة كتاب ولا مراجعة تعليق، وله في أصول الفقه جزءا ضخمان، وله شرح السير الكبير في جزأين ضخمين، أملاه وهو في السجن أيضا، فلما وصل إلى باب الشروط أفرج عنه. (ينظر: محيي الدين أبي محمد القرشي، الجواهر المضية، مصدر سابق، 82/3، رقم 1219. خير الدين الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، 315/5).

(1) - شمس الدين السرخسي، المصدر السابق، 111/16.

(2) - ينظر: الكمال بن الهمام، المصدر السابق، 318/7.

(3) - ينظر: ابن عابدين، الدر المختار، 429/5.

(4) - ينظر: الكمال بن الهمام، المصدر السابق، 318/7.

(5) - ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، 44/7.

* - ابن نجيم: هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم الحنفي، أخذ عن العلامة بن قطلوبغا والبرهان الكركري وغيرهم، توفي سنة 970هـ، تاركاً جملة من المؤلفات منها: "البحر الرائق شرح كسر الدقائق"، "الأشباه والنظائر"، "شرح المنار" في الأصول، "لب الأصول مختصر تحرير الأصول" لابن همام. (ينظر: ابن العماد، شذرات الذهب، مصدر سابق، 358/8. خير الدين الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، 64/3).

(6) - ابن نجيم، البحر الرائق، 44/7.

أما القول الثاني، فمفاده عدم جواز التحكيم في القصاص، وهو رأي الإمام أبي حنيفة والخشاف¹ وجمع من أئمة الحنفية، وقد صححه ابن نجيم⁽¹⁾. وحجة هذا القول أن القصاص كالحودود لا يجوز استفتاءه بالصلح، فلا يجوز فيه التحكيم، قال الخشاف: «حد القذف والقصاص لا يجوز استفتاءهما بالصلح وبعقد ما فلا يجوز التحكيم فيهما»⁽²⁾.

إضافة إلى أن القصاص لم يتمحض فيه حق العبد فكان من قبيل ما اجتمع فيه الحقان، وإن كان الغالب فيه حق العباد، وقد سبقت الإشارة إلى هذه النقطة في قول ابن نجيم المتقدم.

وتخصيص الحدود بعدم الجواز يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهديات من حقوق العباد كالطلاق، والعتاق، والكتابة، والشفعة، والنفقة، والديون، والبيوع بخلاف ما خالف كتابا أو سنة أو إجماعا⁽³⁾.

وخلاصة القول أن الحنفية يمنعون التحكيم في الحدود والقصاص واللعان، ويجيزون في الأموال والطلاق والعتاق ونحوها، ومع قولهم بصحة التحكيم في جميع هذه القضايا نجد أن شيوخ المذهب الحنفي قد امتنعوا عن الفتوى بذلك، وقالوا: «هذا الفصل يعلم ولا يفتى به كي لا يتحاسر العوام على ذلك، فيقل الاحتياج إلى القاضي، فلا يبقى لحكام الشرع رونق ولا للمحكمة زينة وجمال»⁽⁴⁾.

ثانيا: المذهب المالكي:

ذهب فقهاء المالكية إلى أن التحكيم لا يجوز إلا في الأموال والجراح⁽⁵⁾، فلا يقيم المحكم حدا ولا

¹ - الخشاف، هو أبو بكر أحمد بن عمرو -وقيل عمر- بن مهبر الخشاف الشيباني، حدث عن أبي عاصم النبيل وأبي داود والطيالسي وجماعة، كان عارفا بمذهب أبي حنيفة، مقدا عند الخليفة المهدي بالله، فلما قتل هذا الأخير هب فذهب بعض كتبه، توفي ببغداد سنة 261هـ، تاركاً عدة مصنفات منها: "كتاب الخيل"، "كتاب الوصايا"، "كتاب الشروط" (صغير وكبير)، "كتاب الرضاع" و"كتاب أدب القاضي". ينظر: أبو الفداء بن قطلوبغا، تاج التراجم، مصدر سابق، ص 97، رقم 18. والشيرازي، طبقات الفقهاء، مصدر سابق، ص 140.

⁽¹⁾ - ابن نجيم، المصدر السابق، 47/7.

⁽²⁾ - الخشاف، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص 483.

⁽³⁾ - ينظر: الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ط 4، (بيروت، دار إحياء التراث العربي، دت)، 397/3.

⁽⁴⁾ - ابن نجيم، المصدر السابق، 45/7. الخشاف، أدب القاضي، مصدر سابق، ص 484.

⁽⁵⁾ - ينظر: الكسناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السائل في فقه أئمة الأئمة مالك، ضبط وتصحيح: محمد بن عبد السلام شاهين، ط 1، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1416هـ - 1995م)، 210/3.

يلاعن بين الزوجين ولا يحكم في قصاص أو قذف أو طلاق أو عتاق أو نسب أو ولاء⁽¹⁾.

وعلل اللخمي* هذا الرأي بقوله: «إنما امتنع التحكيم في تلك الأمور لأن فيها حقا إما لله تعالى كالطلاق والعتاق، أو لآدمي وهو الولد في اللعان، وفي النسب والولاء حق لمن يأتي بعد»⁽²⁾. أي أن التحكيم يسري إلى غير المحتكمين، ومن يسري ذلك إليه لم يرض بحكم المحكم المختار⁽³⁾.

زيادة على ما تقدم، فقد أضاف الدردير** أن التحكيم لا يجوز أيضا في: فسخ لنكاح ونحوه، ورشدي، وسفهي، وأمر غائب مما يتعلق بماله وزوجته وحياته وموته، وحبسا، وعقد مما يتعلق بصحته وفساده⁽⁴⁾.

وقرر المالكية أن كل الأمور التي لا يجوز التحكيم فيها إذا حصل وأن حكم المحكم فيها بغير الجور نفذ حكمه، وينهى عن العود لمثله، ولو أقام ذلك بنفسه فقتل أو اقتص أو ضرب الحد وجزر، ومضى ما كان صوابا من حكمه وصار المحدود محدودا، والتلاعن ماضيا⁽⁵⁾.

ثالثا: المذهب الشافعي:

يرى الشافعية أن الأحكام تنقسم ثلاثة أقسام:

«1- قسم يجوز فيه التحكيم وهو حقوق الأموال وعقود المعاوضات وما يصح فيه العفو والإبراء.

(1)- ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، 62/1.

*- اللخمي: هو أبو الحسن علي بن محمد الربيعي المعروف باللخمي القيرواني، تفقه بآب محرز والسيوري وغيرهم، وبه تفقه جماعة منهم الإمام المازري، توفي سنة 478هـ بسفاس وقبره بها، له تعليق على المدونة سماه "التبصرة" مشهور معتمد في المذهب. (ينظر: محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، مصدر سابق، ص 117. ابن فرحون، الديساج المذهب، مصدر سابق، ص 203).

(2)- القرافي، الدخيرة، تحقيق: محمد بوخيزة، ط1، (بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1994)، 37/10.

(3)- ينظر: أحمد بن يحيى الونشريسي، عدة البروق، ط2، (بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1410هـ-1990م)، ص 484.

**- الدردير: هو أبو البركات أحمد بن محمد العدوي الخلوئي، فقيه مالكية بمصر، من كبار الصوفية، تعلم بالأزهر توفي سنة 1204هـ، من كتبه "الشرح الكبير على مختصر خليل"، "الشرح الصغير"، "أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك"، و"تحفة الإخوان في علم البيان". (ينظر: محمد بن محمد مخلوف، المصدر السابق، ص 359. خير الدين الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، 244/1).

(4)- ينظر: أحمد الدردير، الشرح الصغير، دط، (الجزائر، مؤسسة العصر، 1413هـ-1992م)، ص 13.

(5)- ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ص 62/1.

2- وقسم لا يجوز فيه التحكيم وهو ما اختص القضاة بالإجبار عليه من حقوق الله تعالى والولايات على الأيتام وإيقاع الحجر على مستحقه.

3- وقسم مختلف فيه وهو أربعة أحكام: النكاح، واللعان، والقذف والقصاص، فوجه يرى جواز التحكيم فيه لوقوفها على رضی المتحاكمين، ووجه يرى عدم جواز التحكيم فيها⁽¹⁾. لأنها حقوقٌ بنيت على الاحتياط، فلم يجوز فيها التحكيم⁽²⁾.

وهناك وجه آخر يرى الجواز في اللعان والقذف وعدمه في النكاح والقصاص⁽³⁾، إضافة إلى ما تقدم فقد أشار الشيرازي إلى أن هناك من الشافعية من يرى جواز التحكيم في جميع الأحكام، حيث قال: «واختلف أصحابنا فيما يجوز فيه التحكيم، فمنهم من قال يجوز في كل ما تحاكم فيه الخصمان، كما يجوز حكم القاضي الذي ولاه الإمام»⁽⁴⁾.

رابعاً: المذهب الحنبلي:

بالنسبة للمذهب الحنبلي نجد أن ظاهر كلام الإمام أحمد كما قال الخطاب هو أن التحكيم يجوز في كل الأحكام دون استثناء⁽⁵⁾. ويعضد هذا الرأي صاحب كشف القناع، حيث ذهب إلى نفاذ حكم المحكم في: «المال والقصاص والحد والنكاح واللعان وغيرها، مع وجود قاض فهو كحاكم الإمام»⁽⁶⁾.

غير أن هناك من فقهاء الحنابلة من يرى أن التحكيم جائز في كل الأحكام عدى أربعة وهي: النكاح، واللعان، والقذف والقصاص، فهذه لا ينفذ فيها حكم المحكم وعلّة ذلك أن: «لهذه الأحكام مزية على غيرها فاختص الإمام بالنظر فيها ونائبه يقوم مقامه»⁽⁷⁾.

الفرع الثاني: المسائل التي يجوز فيها التحكيم والمسائل التي لا يجوز فيها التحكيم في القانون الوضعي

بالنسبة لتحديد المسائل التي يجوز فيها التحكيم، نجد أن معظم أنظمة العالم قد اعترفت للأفراد بحقهم في الالتجاء إلى التحكيم في المنازعات التي يجوز الصلح فيها، أي الحقوق الخاصة بالأفراد، والتي

(1) -الماوردي، الحاوي الكبير، دط، (لبنان، بيروت، دار الفكر، 1414هـ-1994م)، 398/10.

(2) -الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، مصدر سابق، 291/2.

(3) -ينظر: الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح ألقاظ المنهاج، مصدر سابق، 242/8.

(4) -الشيرازي، المصدر السابق، 291/2.

(5) -ينظر: موفق الدين ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 484/11.

(6) -البيهقي، كشف القناع عن متن الإقناع، مصدر سابق، 308/6.

(7) -موفق الدين ابن قدامة، المصدر السابق، 484/11.

يكون لهم مطلق الحق في التصرف فيها، فإن كانت غير ذلك فلا يجوز لهم الاتفاق على التحكيم في خصوصها⁽¹⁾. أي أن الجواز وعدمه مرتبط بمدى قبول الموضوع محل النزاع للصلح، فإن كان من المسائل التي يجوز الصلح فيه جاز فيها التحكيم، وإن لم يكن كذلك لم يجز فيه التحكيم، ومن أمثلة هذه الأنظمة: -نظام التحكيم السعودي، حيث نصت المادة 2 منه على أنه: «لا يقبل التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح...»⁽²⁾.

-قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، حيث نصت المادة 173 منه على أنه: «... لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح...»⁽³⁾.

-قانون المرافعات المدنية العراقي، حيث نصت المادة 254 منه على أنه: «لا يصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح...»⁽⁴⁾.

هذا وقد آثرت بعض الأنظمة تحديد الموضوعات التي يحظر فيها التحكيم صراحة، وذلك منعاً للالتباس، وهو ما نجده في نظم التحكيم لبعض دول المغرب العربي، من ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 2/442 من قانون الإجراءات المدنية، حيث جاء فيها: «ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالسكن والملبس، ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم»⁽⁵⁾.

فالمشرع الجزائري إذن استثنى من جواز التحكيم الالتزام بالنفقة والحقوق المتعلقة بالإرث والحقوق المتعلقة بالسكن والملبس، وكل ما يتعلق بالنظام العام وحال الأشخاص وأهليتهم، ومعنى ذلك أن هذه المسائل إن وقع فيها أي نزاع فالمحكمة أو بالأحرى القضاء العام في الدولة هو الجهة الوحيدة التي من شأنها الفصل في هذا النزاع، والدافع إلى منع التحكيم في الالتزام بالنفقة والحقوق المتعلقة بالسكن والملبس هو أسباب إنسانية محضة، فالأمر هنا معلق بتدبير يهدف إلى الحماية التي يكفلها القانون لكل الأفراد⁽⁶⁾.

(1)-ينظر: محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق، 64/1.

(2)-عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، مرجع سابق، ص354.

(3)-المرجع نفسه، ص383.

(4)-المرجع نفسه، ص372.

(5)-قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ديوان الأشغال العمومية، 1998.

(6)-نص المشرع الجزائري في المادة 45 من القانون المدني على أنه: «ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا تغيير أحكامها».

(6)-المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993.

ومن ذلك أيضا، ما نص عليه المشرع التونسي في الفصل 260 من مجلة الإجراءات المدنية والتجارية، حيث جاء فيها: «لا يجوز التحكيم:

أولاً: في الأمور المتعلقة بالنظام العام.

ثانياً: بالأمور المتعلقة بالجنسية.

ثالثاً: في النزاعات المتعلقة بالحالة الشخصية باستثناء الخلافات المالية الناشئة عنها.

رابعاً: في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

خامساً: في كل النزاعات الأخرى الواجب عرضها على النيابة العامة، عدى ما استثناءه القانون»⁽¹⁾.

فالمشرع التونسي عدّد في هذا النص كل المسائل التي لا يمكن أن تخضع للتحكيم مما لا يسدع أي مجال للشك أو التخمين.

ويلاحظ أنه على الرغم من اجتهاد المشرعين في تحديد المسائل القابلة للتحكيم والمسائل غير القابلة للتحكيم بدقة، إلا أن ذلك لم يمنع من بقاء بعض الغموض خاصة فيما يتعلق بمسألة النظام العام.

فالمسألة لا يجدي فيها نص تشريعي، وهي من أكثر المسائل القانونية تعقيداً، فنحن نريد أن نعرف ما إذا كانت قاعدة قانونية معينة تتعلق بالنظام الأعلى للمجتمع حتى يخضع لها الجميع ولا يجوز لأحد أن يخالفها أو هي قاعدة اختيارية لا يهم المجتمع أن يأخذ بها كل الناس، وكل شخص حر في اتباعها أو تعديلها كما يشاء، ثم ما هو هذا النظام الأعلى للمجتمع الذي يتحتم على كل عضو عدم الخروج عليه؟⁽²⁾.

وليس هذا بالأمر الهين فأقصى ما يمكن الوصول إليه هو إعطاء معيار نسبي لتحديد هذا النظام العام، وهو أن «القاعدة القانونية تعتبر من النظام العام إذا قصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد»⁽³⁾.

وبهذا بالنظام العام لا يمكن حصره في دائرة دون أخرى، فهو شيء متغير يضيق ويتسع حسب ما يعده الناس في حضارة ما مصلحة عامة، ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديداً مطلقاً يلائم كل

(1) - ينظر: محمد إبراهيم، الرجز في الإجراءات المدنية، ط1، (الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، دت)، 284/2.

(2) - عبد الحميد الأحديب، التحكيم الدولي، ط1، (لبنان، بيروت، مؤسسة نوفل، 1990)، 32/3.

(3) - ينظر: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط2، (لبنان، بيروت، منشورات الخليلي، 1998)، 81/3.

المطلب الثاني: نطاق التحكيم من حيث الأشخاص

أما نطاق التحكيم من حيث الأشخاص، فنقصد به تحديد الأشخاص الذين يحق لهم اللجوء إلى التحكيم، وأولئك الذين يحظر عليهم ذلك، إذ على الرغم من أن كل الأفراد لهم الحق في اللجوء أو اختيار التحكيم كطريق لحل خلافاتهم كقاعدة عامة، فإن هذه القاعدة استثناءات تحرم بعض الأشخاص من هذا الحق، وذلك سواء في الشريعة الإسلامية أم في القانون الوضعي.

الفرع الأول: في الشريعة الإسلامية

مع أن هذه المسألة لم تبحث بشكل صريح في الفقه الإسلامي، إلا أننا عندما ندقق البحث في كتب الفقه القديمة، نجد أن فقهاء الحنفية والشافعية اشترطوا في المحكم⁽¹⁾ العقل⁽²⁾، والمقصود من اشتراطهم العقل في المحكم هو أن يكون متمتعاً بأهلية الأداء، والتي تخول له استعمال حقوقه سلباً وإيجاباً، وهي تقابل أهلية التصرف في القانون، ومن أجل ذلك استثنى البلقيني^{*} الشافعي عقلاء من جواز استعمال حق اللجوء إلى التحكيم لانعدام أهلية الأداء أو التصرف، وهم:

- 1- الوكيل من غير إذن موكله، لأن المعتبر هو تحكيم الموكلين.
- 2- الولي إن أضر بموليه.
- 3- المأذون له في التجارة.
- 4- عامل القراض لأنه لا بد له من رضا المالك وإن كان هناك ديون، فلا بد من رضا الغرماء.
- 5- المحجور عليه بإفلاس، فلا يكفي رضاه إذا كان مذهب المحكم يضر بغرمائه.
- 6- المكاتب، فإن كان مذهب المحكم يضر به فلا بد من رضا السيد.

(1)- يسمى أيضاً: المحتكم ويراد به الإثنان اللذان يمتكمان إلى حكم ليفصل بينهما، وقد يكون المحكم متعدداً، أي أكثر من اثنين.

(2)- ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، 41/7.

*- البلقيني: هو عمر بن رسلان بن نصير بن صالح القاهري الشافعي الكيناني سراج الدين أو حفص، أصولي مفسر متكلم ونحوي، ولد ببلقينة من بلاد الغربية بمصر، ونشأ بالقاهرة وتوفي بها سنة 805هـ، له حواش على المهمات على الروضة في فروع الفقه الشافعي سماها: معرفة الملمات برد المهمات، والعرف الشدي على جامع الترمذي وحاشية على الكشاف، وتصحيح المنهاج للنووي وغيرها. (ينظر: ابن العماد، شذرات الذهب، مصدر سابق، 51/7. ورضا كحالة، معجم المؤلفين، مرجع سابق، 284/7).

زمان وكل مكان، فهو أمر نسي⁽¹⁾.

وصعوبة تحديد النظام العام تنعكس بصفة مباشرة على تحديد المسائل التي تصلح أن تكون محلا للتحكيم، ويزداد الأمر صعوبة إذا ما تعلق بالتحكيم على المستوى الدولي، إذ نصبح أمام مشكلة أكبر تتمثل في تحديد النظام العام الدولي، ومدى العلاقة بينه وبين النظام العام الداخلي.

وبهذا، نصل إلى أنه على الرغم من اجتهاد المشرعين الوضعيين في حصر المسائل التي يجوز فيها التحكيم، وتلك التي يخلط فيها الخان الأمر لم يفصل فيه بنص تشريعي محدد يقطع الخلاف ويزيل الشك، وإنما يترك الأمر لتقدير ذوي الاختصاص في كل دولة.

وخلاصة القول أنه في الفقه الإسلامي لا يجوز التحكيم -حسب رأي الجمهور- في الحدود والقصاص واللعان، أما ما عدا هذه الأمور فقد اختلف فيها الفقهاء ووضع له المالكية معيارا جديرا بالاتباع مفاده منع التحكيم في كل ما هو حق لله تعالى، وما استلزم فيه الحكم إثبات حكم أو نفيه من غير طرفة التحكيم، أي ممن لا ولاية للمحكم عليهم، وكذلك مقصد عظم قدره وخطره أن يعهد به إلى قضاء الدولة دون غيره. وإذا حكم المحكم في موضوع لا يجوز التحكيم فيه، فإن حكمه لا ينفذ في رأي الجمهور، أما المالكية فيرون أن حكمه ينفذ إن كان صوابا، أما إن كان حكمه خطأ وترتب عليه إتلاف عضو فالدية على عاقلته، وإن ترتب عليه إتلاف مال كان الضمان عليه في ماله.

أما بالنسبة للقانون فمعظم الأنظمة نصت على أنه لا يجوز التحكيم في الأمور التي لا يجوز فيها الصلح، كما أنه لا يجوز في الأمور المتعلقة بالنظام العام، وذهبت بعض الأنظمة إلى حصر المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم صراحة، كحالة الأشخاص وأهليتهم والمسائل المتعلقة بالإرث والأمور المتعلقة بالجنسية إلى غير ذلك.

وبالتالي يتضح اتفاق كل من الفقه الإسلامي والقانوني الوضعي في أن هناك بعض المواضع لا يحق للتحكيم أن يلج باهما، وذلك إما لكونها من الأمور التي لا ترقى إرادة الطرفين إلى المساس بها، أو لتعلق حق الغير بها، فولاية التحكيم قاصرة إذا ما قورنت بولاية القضاء العام.

(1)- ينظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصدر سابق، 399/1.

7- المحجور عليه بالسفه، لأنه لا أثر لتحكيمه»⁽¹⁾.

وقد خالف البلقيني برأيه هذا فقهاء الحنفية من جهة أنه لم يجز تحكيم المكاتب والعبد المأذون، في حين أن تحكيمهما جائز عند الحنفية كتحكيم الحر تماما، وذلك أنهم لم يشترطوا في المحكم الحرية⁽²⁾، فيكفي عندهم أن يكون عاقلا مميزا.

الفرع الثاني: في القانون الوضعي

أما بالنسبة للقانون، فنجد أن معظم المشرعين نصوا على أن إجراء التحكيم لا يصح إلا لمن له أهلية التصرف في حقوقه، من ذلك مثلا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1/442 من ق.إ.م، حيث جاء فيها: «يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها»⁽³⁾، فجواز التحكيم متعلق بمدى تمتع طالب التحكيم بأهلية التصرف في حقوقه.

كذلك نص المشرع السعودي في المادة الثانية من نظام التحكيم على أنه: «...ولا يصح الاتفاق على التحكيم إلا لمن له أهلية التصرف»، ونص كذلك في المادة الثانية من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم على أنه: «لا يصلح التحكيم إلا لمن له أهلية التصرف الكاملة، ولا يجوز للوصي على القاصر أو الولي المقام أو ناظر الوقف اللجوء إلى التحكيم ما لم يكن مأذونا له بذلك من المحكمة»⁽⁴⁾.

والملاحظ أن المشرع السعودي استعمل مصطلح أهلية التصرف في نظام التحكيم، في حين استعمل مصطلح أهلية التصرف الكاملة في اللائحة التنفيذية لذات النظام، وذلك حتى يبين أن هناك بعض الأشخاص يتمتعون بأهلية التصرف ومع ذلك لا يمكنهم الاتفاق على التحكيم، وقد مثل على هؤلاء بالوصية على القاصر والولي المقام وناظر الوقف، فأهلية التصرف بالنسبة لهم تعتبر ناقصة لأنها متوقفة على إذن المحكمة، بينما تخول الأهلية الكاملة لصاحبها التصرف بحرية تامة في نفسه وأمواله من دون تدخل من شخص أو من جهة أخرى، فله أن يتعاقد وأن يتبرع وأن يهب وأن يبيع ويشترى ويدير أمواله ويجري

(1)- ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ط1، (د.م)، دار إحياء التراث، د.ت)، 188/10. وذكر قول البلقيني في كتاب نهاية المحتاج للرملي، ج8، إلا أنه لم يذكر المحجور عليه بالسفه.

(2)- ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، 41/7.

(3)- المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1993.

(4)- ينظر: محمد بن ناصر بن محمد البيجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص45.

جميع التصرفات القانونية، بما فيها الاتفاق على التحكيم، بشرط أن لا يتعارض ذلك مع النظام العام والآداب العامة كذلك.

ونص أيضا المشرع التونسي في الفصل 259 من مجلة الإجراءات المدنية والتجارية على أنه: «لا يصح التحكيم إلا لمن له أهلية التصرف في حقوقه، ولا يصح تحكيم القاصر والمحجور عليه أو المفلس أو المحروم من حقوقه المدنية»⁽¹⁾.

فالمشرع التونسي أيضا يشترط أهلية التصرف في طالب التحكيم، ثم يعدد أولئك الذين لا يحق لهم طلب التحكيم، وهم القاصر والمحجور عليه والمفلس، والمحروم من حقوقه المدنية.

تلك كانت بعض النماذج من النصوص القانونية المتعلقة بالتحكيم، والتي تشترط كلها في المحكم أو طالب التحكيم أهلية التصرف، وبالتالي يتضح اشتراط كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لأهلية التصرف أو الأداء في طالب التحكيم، ذلك أنه لا يمكن لمن لا يستطيع التصرف في شيء ما أن يطلب التحكيم فيه.

(1) - مجلة الإجراءات المدنية والتجارية، ع 130 الصادر في سنة 1959 بتاريخ 05-10-1959.

خلاصة:

ومجمل القول إذن أن التحكيم هو «طريق لفض المنازعات قوامه اتفاق أطراف الخصومة على عرض نزاعهم القائم أو المحتمل على محكم أو محكمين أو حتى هيئة تحكيم للفصل فيه دون القضاء العادل». كما أن التحكيم مشروع في الشريعة الإسلامية بالكتاب والسنة والإجماع، أما في القوانين الوضعية فهو مشروع بتنظيمها له، أما بالنسبة للتطور التاريخي للتحكيم، فقد ثبت أنه نظام قديم عرفته معظم الحضارات القديمة، وتطور مع تطور الفكر القانوني للإنسان، حتى وصل إلى ما هو عليه اليوم، فلم يكن نظاما مستحدثا أو وليد الصدفة، ومع أن كل التشريعات كفلت للأفراد اللجوء إلى التحكيم، إلا أن الأمر لم يترك على إطلاقه، بل هناك بعض الاستثناءات تجعل التحكيم غير مسموح به في بعض المسائل سواء في الفقه الإسلامي أم في القانون الوضعي، وذلك إما لكونها حقوقا لله تعالى أو لتعلقها بالنظام العام أو الحالة الشخصية للأفراد أو لأمر آخر، كما أن هذه الاستثناءات جعلت التحكيم لا يجوز إلا لمن يتمتع بأهلية التصرف الكاملة في حقوقه.

الفصل الأول:

تنظيم التحكم التجاري الدولي

المبحث الأول: مفهوم التحكم التجاري الدولي

المبحث الثاني: أنواع التحكم التجاري الدولي

وضوابط دوليته

المبحث الثالث: الاتفاقيات الدولية المتعلقة

بالتحكم التجاري الدولي

تمهيد:

كان من نتائج زيادة معدل التجارة الدولية وتطور العلاقات التجارية بين الشرق والغرب وتنوع صورها، الكشف عن قصور النظم القانونية والقضائية الوطنية، في مواجهة عقود التجارة الدولية والتصدي لتسوية كل ما ينشأ عن هذه العقود من منازعات، مما أدى إلى ضرورة إيجاد وسيلة أخرى لتسوية تلك المنازعات، وقد وقع الاختيار على التحكيم لأداء هذه المهمة، ومن ثم ظهر إلى الوجود ما يسمى بالتحكيم التجاري الدولي، الذي أصبح الوسيلة المألوفة والأكثر شيوعاً في تسوية المنازعات التجارية.

من هذا المنطلق أضحت التحكيم التجاري الدولي أحد الموضوعات المهمة في إطار التجارة الدولية، فشغل مكاناً بارزاً في الفكر القانوني والاقتصادي على المستوى العالمي.

وسعيًا منا لتوضيح هذا الفرع من فروع التحكيم، سنتناول مفهومه في "مبحث أول"، ثم أنواعه وضوابط دوليته في "مبحث ثان"، بعدها سنتطرق إلى أهم الاتفاقيات الدولية المتعلقة به في "مبحث ثالث".

المبحث الأول: مفهوم التحكيم التجاري الدولي

أصبح التحكيم التجاري الدولي سمة بارزة في مجال التجارة الدولية، حتى أنه لا يكاد يخلو عقد من عقودها من النص . على أن المنازعات التي قد تنشأ بخصوص ذلك العقد تحل عن طريق التحكيم، كما أنه الطريق المفضل لفض النزاعات الحالة في العقود التي لم تتضمن شرط التحكيم.

لكن قبل الخوض في التحكيم التجاري الدولي كموضوع له جوانب متشعبة، علينا أولاً تحديد ماهيته في "مطلب أول"، ثم بيان طبيعته في "مطلب ثان".

المطلب الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي

تحدد ماهية التحكيم التجاري الدولي من خلال تعريفه، الذي لن يختلف كثيرا عن تعريف التحكيم بوجه عام⁽¹⁾، باعتباره أحد فروع، وإيجاد تكييفه الشرعي⁽²⁾ في "فرع أول"، ثم بيان صور الاتفاق عليه في "فرع ثان"، وأخيرا بيان أهمية هذا النوع من التحكيم في "فرع ثالث".

الفرع الأول: تعريف التحكيم التجاري الدولي وتكييفه الشرعي

أولا: تعريف التحكيم التجاري الدولي: إن مصطلح التحكيم التجاري الدولي مصطلح حديث النشأة، تم استعماله لأول مرة في مؤتمر الأمم المتحدة المنعقد في نيويورك خلال الفترة الممتدة من 20 ماي إلى 10 جوان 1958م، والذي انتهى بتوقيع اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية⁽³⁾. غير أن جدة المصطلح لا تنفي وجود المفهوم من قبل.

وسنقتصر في تعريف التحكيم التجاري الدولي على ما ورد في القانون، ذلك أن هذا المصطلح لا نظير له في الشريعة الإسلامية، كما أن مفهومه وإن شملته أقوال الفقهاء - كما سيتضح لاحقا - إلا أن ذلك كان بشكل ضمني، فلم يشر إليه واحد من الفقهاء صراحة.

على الرغم من وجود التحكيم التجاري الدولي كمفهوم منذ زمن بعيد، إلا أنه كان من الصعب إيجاد تعريف خاص به⁽⁴⁾، لذلك سنقتصر على التعريفين التاليين:

(1)- والذي مفاده أن التحكيم هو وسيلة لفض نزاع قائم أو مستقبل، تتضمن العزوف عن الالتجاء للقضاء المختص بشأن هذا النزاع، وطرحه أمام فرد (أو أفراد) نيطة به مهمة نظره والفصل فيه، بناء على اتفاق المتنازعين على ذلك. (ينظر: كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، ط1، (القاهرة: دار الفكر العربي، 1991)، ص72).

(2)- تقصد بالتكييف الشرعي بحث ما إذا كان التحكيم التجاري الدولي يدخل ضمن حكم الجواز الذي أعطي لمبدأ التحكيم، أم أن عليه تحفظ يخرج من دائرة هذا الحكم.

(3)- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص3.

(4)- ذلك أن أغلبية فقهاء القانون يعطون للتحكيم طابع العمومية، فيعرفونه بصفة عامة دون محاولة التمييز بين التحكيم المدني، والتحكيم التجاري، والتحكيم الدولي والتحكيم الداخلي إلى غيرها من المميزات. (ينظر: نور الدين بكلي، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، (جامعة الجزائر: معهد الحقوق، 1975-1976)، ص10).

1- «يقصد بالتحكيم التجاري الدولي إجراءات النظر في قضايا المنازعات الواردة في العقود المتعلقة بالتجارة الدولية، والتي يمكن أن تقوم بها محاكم التحكيم الدائمة، أو تحكيم الحالات الخاصة»⁽¹⁾.

2- «التحكيم التجاري الدولي هو الوسيلة التي تخوّل حل مشكل تجاري له فوائد تجارية تتعدى الإطار الوطني، بين طرفين أو أكثر بواسطة طرف أو أطراف من الغير، يستمدون سلطتهم من اتفاق الخصوم، ويعملون على أساس هذه الاتفاقية، دون أن تتم تسميتهم من طرف الدولة، وينسب هذا التعريف إلى الفقه الفرنسي»⁽²⁾.

من خلال هذين التعريفين، يتضح أن أكثر ما يميز التحكيم التجاري الدولي هو كونه محدد المجال، فهو خاص بالمنازعات الناشئة عن العلاقات التجارية ذات البعد الدولي.

أما المشرع الجزائري فقد أدرك وعلى غرار جل المشرعين الغربيين والعرب، أهمية التحكيم التجاري الدولي، لذلك نجد أنه أفرد له بابا خاصا في قانون الإجراءات المدنية، وهو الباب الرابع من الكتاب الثامن، وقد عنون هذا الباب بـ "الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي"، إلا أنه لم يعط له تعريفا خاصا، ومع ذلك فإننا نستطيع استخلاص تعريف لهذا النوع من التحكيم، وذلك من خلال نص المادة 458 مكرر (ق.إ.م.)، حيث جاء فيها: «يعتبر دوليا بموجب هذا الباب التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية...»، وعليه يمكننا القول أن التحكيم التجاري الدولي في نظر المشرع الجزائري، هو كل تحكيم يتناول نزاعا متعلقا بمصالح التجارة الدولية.

وهو بهذا لا يخرج عن التعريفين السابقين.

من هنا يمكننا تعريف التحكيم التجاري الدولي بأنه: «وسيلة لحسم نزاع قائم أو مستقل متعلق بمصالح التجارة الدولية عن طريق محكم أو محكمين يختارهم الخصوم، إما مباشرة أو عن طريق هيئة أو مركز تحكيم من اختيارهم».

(1) - أجمه انعم بن بلي الصلاحي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، ط1، (اليمن: صنعاء، المؤسسة الجامعية

للدراسات والنشر والتوزيع، د.ت)، ص8.

(2) - محمد غزيول بريدة، تسوية المنازعات الدولية الواقع والآفاق، مجلة الإحياء، (صادرة عن رابطة علماء المغرب، صفر

1416هـ/جويلية 1995م)، ص180.

ثانياً: التكيف الشرعي للتحكيم التجاري الدولي: تقدم أن التحكيم التجاري الدولي كمصطلح لا وجود له في الشريعة الإسلامية، لكن باستقراء أقوال الفقهاء المتعلقة بمبدأ التحكيم، نجد أنها قد شملت هذا النوع من التحكيم كمفهوم بشكل ضمني، وفيما يأتي بيان ذلك:

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية -وعلى اختلاف مذاهبهم-، على جواز التحكيم في المنازعات المالية⁽¹⁾، فقد نصت المادة 1841 من مجلة الأحكام العدلية على أنه: «يجوز التحكيم في دعاوى المال المتعلقة بحقوق الناس»⁽²⁾. كما جاء في التبصرة أن التحكيم جائز في الأموال وما في معناها⁽³⁾، وزاد الماوردي⁽⁴⁾ تفصيلاً فقال أن التحكيم جائز في الأموال وعقود المعاوضات، وما يصح فيه العفو والإبراء⁽⁴⁾.

وبما أنه لا جدال في كون المعاملات التجارية تدخل ضمن دائرة الأموال وعقود المعاوضات، يمكن القول أن مفهوم التحكيم التجاري متضمن في أقوال الفقهاء المتقدمة، وعليه فإننا نستنتج أن التحكيم التجاري جائز شرعاً.

أما بالنسبة لتعلق التحكيم بالمنازعات التجارية الدولية، فليس هناك تحفظ على هذا في الشريعة الإسلامية، حيث أشار الفقهاء إلى جواز التحكيم الدولي بين الأمة الإسلامية وغيرها من الأمم.

وقد حمل التاريخ الإسلامي جملة من النماذج الدالة على ذلك نذكر منها:

المعاهدة التي أبرمها رسول الله ﷺ بين المسلمين كأمة، وبين اليهود كأمة غداة الهجرة إلى المدينة، وفي بداية تنظيم علاقات المسلمين بالأمم حولهم، وقد تضمنت هذه المعاهدة الإشارة إلى قبول الطرفين للتحكيم فيما يحدث من منازعات، وإلى اتفاقهما على اختيار رسول الله ﷺ حكماً بينهما⁽⁵⁾. فقد جاء فيها: «... وإنه ما كان بين أهل هذه الصحيفة من حدث أو اشتجار يخاف فساده، فإن مرده إلى الله وإلى

(1)- تراجع ص من هذه المذكرة.

(2)- علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، 395/4.

(3)- ينظر: ابن فرحون، تبصرة الأحكام، مصدر سابق، 60/1.

* - الماوردي: هو أبو الحسن علي بن أبي محمد بن حبيب البصري، المعروف بالماوردي، الفقيه الشافعي، أخذ الفقه عن أبي القاسم الصيرمي، بالبصرة، ثم عن الشيخ أبي حامد الإسفراييني ببغداد، توفي سنة 450هـ، تاركاً مصنفاً كثيرة منها: "الخواوي"، "تفسير القرآن الكريم"، "النكت والعيون"، "أدب الدين والدنيا"، "الأحكام السلطانية" وغيرها. (ينظر: ابن حلكان، وفيات الأعيان، مرجع سابق، 282/3. الاسنوي، طبقات الشافعية، مصدر سابق، 387/2).

(4)- الماوردي، الخاوي الكبير، مصدر سابق، 398/20.

(5)- جعفر عبد السلام، وثيقة إنشاء الدولة الإسلامية، مجلة المصرية للقانون الدولي، مصر، سنة 1985، 43/41.

محمد رسول الله ﷺ، وإن الله على أتقى ما في هذه الصحيفة وأبرها»⁽¹⁾. فالملاحظ أن هذه المعاهدة لم تعدد مجال النزاعات التي يجب حلها عن طريق تحكيم النبي ﷺ، وإنما تركت المجال مفتوحا، فقد تكون النزاعات في مجال الحرب والسياسة، كما قد تكون في مجال التجارة.

إضافة إلى هذا، فإن الشريعة الإسلامية قد ولدت في مناخ وطيد الصلة بالتجارة الدولية، فمدينة مكة المكرمة كانت في القرن السابع للميلاد مركزا للتجارة بين الشرق والغرب، وقد كان النبي ﷺ أحد المشاركين في هذا النشاط التجاري الدولي قبل البعثة، وبما أن التحكيم كان من الوسائل المعروفة لفض النزاعات في تلك الحقبة، فإنه كان يستعمل لحل النزاعات الناشئة عن ذلك التبادل التجاري الدولي، ولما جاء الإسلام فإنه أقر التحكيم كمبدأ عام⁽²⁾، دون أن يستثنى مجال التجارة الدولية من جواز التحكيم، خاصة وأن الفقهاء قد اهتموا بتحديد المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم، ولم يكن المجال التجاري الدولي من بين تلك المسائل⁽³⁾.

الفرع الثاني: صور الاتفاق على التحكيم التجاري الدولي

عرّف الفقيه جولدمان Goldman اتفاق التحكيم التجاري الدولي بأنه: «الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف على أن يخضعوا للتحكيم سواء النزاعات التي يمكن أن تنشأ بينهما، والتي تتعلق بالعقد، أو النزاعات التي نشأت، المتعلقة في كلتا الحالتين بالتجارة الدولية»⁽⁴⁾. فمن خلال هذا التعريف، يتبين أن الالتجاء إلى التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، يكون إما تنفيذا لأحد شروط العقد الذي تمخضت عنه المنازعة "شرط التحكيم"، أو بموجب اتفاق لاحق على نشوء المنازعة يتضمن إحالتها على محكم أو محكمين للفصل فيها، وهو ما يعرف بـ "مشاركة التحكيم"، وستناول هاتين الصورتين بالشرح، مع الإشارة إلى موقف كل من المشرع الجزائري والشريعة الإسلامية منهما.

1- شرط التحكيم Clause compromissoire

فشرط التحكيم هو الاتفاق الذي يرد -عادة- كبنود من بنود عقد ما، يلتزم بمقتضاه أطراف هذا

(1)- ابن هشام، سيرة النبي ﷺ، مصدر سابق، 122/2.

(2)- يعقوب يوسف صرخوه، شروط صحة الحكم التحكيمي في التشريع الكويتي، مجلة الحقوق، (جامعة الكويت: ربيع

الأول، 1415هـ/1994م)، ص 18، ع 23/3.

(3)- تراجع: ص من هذه المذكرة.

(4)- نور الدين بكلي، اتفاق التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 14.

العقد بعرض ما قد ينشأ بينهم من منازعات بخصوص هذا العقد، تنفيذاً أو تفسيراً على محكم أو محكمين اختارهم الخصوم للحكم فيها بدلا من المحكمة المختصة بذلك⁽¹⁾.

وعليه فالالتجاء إلى التحكيم في هذه الحالة أمر احتمالي، ذلك أنه مرهون بنشوب نزاع بين أطراف العقد، وهو ما دفع المشرع الفرنسي إلى عدم إجازة شرط التحكيم، بحجة أن الصفة الاحتمالية للنزاع تؤدي إلى عدم إمكانية تحديد موضوع الخلاف المراد عرضه على التحكيم بالدقة المطلوبة، كما أن التحكيم يعتبر استثناءً من الأصل العام المتمثل في اللجوء إلى القضاء، وبالتالي يجب ألا يتم إلا عن طريق اتفاق لاحق لنشوء النزاع، وبعد تحرير وثيقة التحكيم⁽²⁾.

غير أنه "المشرع الفرنسي" لم يثبت على موقفه هذا من شرط التحكيم، فقد تراجع عنه وذلك نظراً للانتقاد الذي وجه إليه والذي مفاده أن شرط التحكيم لا يعد اتفاقاً على التحكيم حتى يجب أن يكون موضوعه محددًا، وإنما يعتبر وعدًا بالتحكيم يلتزم أطرافه بإبرام مشاركة تحكيم عند نشأة النزاع، موضوع شرط التحكيم بينهم في المستقبل، بمناسبة تفسير أو تنفيذ العقد الأصلي المبرم بين الأطراف.

هذا بالإضافة إلى أنه بعد الحرب العالمية الأولى قد شاع التحكيم في المعاملات التجارية، خاصة ما كان منها ذا صفة دولية، وتأذى التجار الفرنسيون من الحكم الذي يقضي ببطالان شرط التحكيم في ضوء المادة 1006 من مجموعة المرافعات الفرنسية، حيث شعروا أنهم في مركز أدنى من مركز التجار الأجانب، الذين يتعاقدون معهم⁽³⁾.

من هنا اعترفت فرنسا بمشروعية شرط التحكيم في منازعات التجارة الدولية، وكان ذلك من خلال توقيعها على اتفاقية جنيف لسنة 1923، التي أجازت شرط التحكيم في المعاملات الدولية، وقد لاحظ المشرع الفرنسي الأهمية العملية لشرط التحكيم، مما جعله يجيز هذا الشرط حتى في منازعات التجارة الوطنية، وذلك بموجب القانون الصادر في 1925/12/31، بناء على إضافة فقرة جديدة للمادة 631 من المجموعة التجارية الفرنسية⁽⁴⁾.

(1) - محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق، 79/1.

Philippe Fouchard, L'arbitrage commercial international, Dalloz, 1965, P53.

(2) - محمد بن ناصر بن محمد البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص 85.

(3) - محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح، ط1، (الإسكندرية: منشأة المعارف، 2002)، ص 103.

(4) - عبد الحميد الأحمد، التحكيم أحكامه ومصادره، مرجع سابق، 95/1.

Philippe Fouchard, L'arbitrage commercial international, Op. Cit, P53.

وإذا كان الأمر الغالب هو ورود شرط التحكيم في شكل بند من بنود العقد الأصلي، فإنه ليس هناك ما يمنع من وروده في ورقة أخرى مستقلة عن أوراق العقد الأصلي، تشير إليها هذه الأخيرة، وبالتالي يمكن القول في هذه الحالة أن ورقة الشرط تكون بمثابة ملحق مكمل للعقد الأصلي⁽¹⁾.

كما أن شرط التحكيم، وإن كان مجرد شرط في عقد ما، إلا أنه يتمتع بالاستقلالية عن هذا العقد، بمعنى أنه يعد تصرفاً قانونياً مستقلاً وقائماً بذاته، ومن ثم فإنه يمكن تصور صحة شرط التحكيم رغم بطلان العقد الأصلي، مصدر الرابطة القانونية الذي تضمن هذا الشرط، إذا لا يؤدي بطلان أو فسخ العقد الأصلي إلى التأثير على شرط التحكيم طالما أن هذا الأخير قد استكمل شروط الصحة الخاصة به، والتي تجعله صحيحاً قانوناً، وعليه فإنه ينتج كافة آثاره القانونية، رغم ما أصاب العقد الأصلي من عوارض⁽²⁾.

2- مشاركة التحكيم compromis d'arbitrage

مشاركة التحكيم لا تعدو أن تكون اتفاقاً بين الخصوم في نزاع معين، قائم بينهم بالفعل، يلتزمون بمقتضاه يعرض هذا النزاع، على محكم أو محكمين للفصل فيه بدلاً من المحكمة صاحبة الولاية والاختصاص⁽³⁾، وهي تعتبر عقداً رضائياً يعقد بمجرد التراضي عليه، أي بمجرد تلاقي طرفي نزاع معين على حله بواسطة من يختارونهم من المحكمين، وهذا العقد (المشاركة) لا يكون صحيحاً إلا في خصوص نزاع ثار بالفعل بين طرفيه، فلا يصح أن يكون بصدده ما ينشأ بينهما من منازعات في المستقبل⁽⁴⁾.

من هنا يتضح أن الفرق الأساسي بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم يكمن في أن الأول يتعلق بنزاع لم يحدث بعد ولكنه محتمل الوقوع، ويكون هذا الشرط مدرجاً في العقد الأصلي المبرم بين الطرفين، بغض النظر عن مضمون هذا العقد، فقد يكون عقد بيع أو تصدير أو استيراد أو غير ذلك، بينما مشاركة التحكيم تتعلق باتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم عند قيام نزاع معين لم يتفقوا مسبقاً على حله عن طريق التحكيم.

(1)- محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق، 75/1.

(2)- ينظر: أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 8. محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح، مرجع سابق، ص 79.

(3)- ينظر: محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق، 77/1. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 15.

(4)- محمود محمد هاشم، المرجع السابق، 78/1.

والملاحظ عمليا أن شرط التحكيم هو الأكثر شيوعا والأكثر استعمالا في مجال العقود الدولية، وبصفة خاصة العقود الدولية ذات الشكل النموذجي⁽¹⁾، ويرجع السبب في ذلك إلى كونه يرم في وقت تسوده روح الود بعكس المشاركة التي ترم بعد وقوع النزاع، مما يصعب إبرام اتفاق التحكيم⁽²⁾.

ومنه فإن شرط التحكيم يعد أهم مصدر من مصادر التحكيم التجاري الداخلي والدولي على حد سواء، حيث تبين أن ما يقرب 80% من عقود التجارة الدولية أصبحت تتضمن شرطا تحكيميا⁽³⁾.

بعد هذا الشرح الموجز لصورتي الاتفاق على التحكيم التجاري الدولي، نتطرق الآن إلى موقف كل من المشرع الجزائري والشريعة الإسلامية من هاتين الصورتين:

أولاً: موقف المشرع الجزائري: لم يأخذ المشرع الجزائري بالترفة بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، واكتفى بالنص على أن الاتفاق على التحكيم قد يتم قبل وقوع النزاع، كما قد يتم بعد وقوعه ويتضح ذلك من خلال ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 458 مكرر (1) من (ق.إ.م)⁽⁴⁾، حيث جاء فيها أنه: «تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية».

وإنما أوجب أن تكون اتفاقية التحكيم مكتوبة حتى تخرج من دائرة البطلان، وهو ما تنص عليه الفقرة الثانية من ذات المادة: «يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي».

(1)- منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص35.

العقود النموذجية هي عقود جاهزة للاستعمال، ما على الأطراف إلا ملء الفراغات الموجودة في العقد كذكر أسمائهم أو أسماء وكلائهم، ومواصفات المبيع وكميته وتحديد وزنه، أو عدده، وذكر الثمن وكيفية تسديده، ثم التوقيع في أسفل العقد، أما بقية الشروط الأخرى كتحديد زمان ومكان إبرام العقد، وآثاره، وطرق تنفيذه فيتضمنها النموذج نفسه، وغالبا ما تكون الشروط المطبوعة في العقود النموذجية مصاغة صياغة عملية في شكل شروط عقدية يفهمها الأطراف بسهولة، ومن أمثلة هذه العقود عقود جمعية لندن للقمح التي أدت إلى توحيد المعاملات في تجارة الحبوب في معظم أنحاء العالم، وكذلك العقود المتعلقة بتصدير المصانع والآلات وتركيبها، والعقود النموذجية لاستيراد وتصدير الخشب. (ينظر: الطيب زروقي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1990-1991، 169/1. منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص39).

(2)- أمال أحمد الفزاري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، ط1، (الإسكندرية، منشأة المعارف، د.ت)، ص48.

(3)- نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص46.

(4)- المرسوم التشريعي، 93-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993، ج. ر، ع27.

إضافة إلى هذا، فقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، إذ نصت الفقرة الرابعة من المادة 458 مكرر (1) على أنه: «لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح». فعلم جواز الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي لموضوع التعامل التجاري غير صحيح، يعني أن كل عقد مستقل عن الآخر في موضوعه وفي إجراءاته، بحيث أن عدم صحة أي منهما لا يؤدي بالضرورة إلى عدم صحة الآخر⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يكن منفردا في عدم الأخذ بالفرقة بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، فاتفاقية الأمم المتحدة المنعقدة بنيويورك في 10/06/1958 لم تفرق بينهما أيضا، «إذ حرصت على تجنب استعمال هذين المصطلحين واستبدالتهما بمفهوم واحد هو اتفاق التحكيم»⁽²⁾، وذلك من خلال نصها في الفقرة الثانية من المادة الثانية على أن: «المراد بالاتفاقية الكناية هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو في اتفاق التحكيم الموقع من الأطراف، أو المتضمن في رسائل أو برقيات متبادلة»⁽³⁾، ومن الدول التي لم تفرق بين شرط ومشاركة التحكيم: ألمانيا، إنجلترا، النمسا، الدانمارك، النرويج، السويد وتركيا⁽⁴⁾.

ثانيا: موقف الشريعة الإسلامية: لم يتضمن الفقه الإسلامي تقسيم الاتفاق على التحكيم إلى ما يسبق نشوء المنازعة وما يلحق بها، إلا أن عباراته تسع ذلك، ولا تآب أن يستعمل معها ما اصطلاح عليه رجال القانون من إطلاق كلمة شرط التحكيم على ما يكون منصوصا عليه في العقود من قبول الالتجاء إلى التحكيم في المنازعات التي قد تنشأ مستقبلا بمناسبة هذه العقود، وإطلاق اسم اتفاق أو مشاركة التحكيم على الاتفاق اللاحق لنشوء المنازعة⁽⁵⁾، إذ يمكن استخلاص مشروعية هاتين الصورتين من خلال موقف الفقه الإسلامي من الشروط المتعلقة بالعقود وحرية التعاقد بصفة عامة.

1- بالنسبة لشرط التحكيم: يمكن تحديد مشروعية الشرط التحكيمي في العقود التجارية انطلاقا من مشروعية الشروط بوجه عام.

(1) - سائح سنقرقة، قانون الإجراءات المدنية نصا وتعليقا وشرحا وتطبيقا، ط1، (الجزائر: عين مليحة، دار الهدى، 1421هـ/2001م)، ص338.

(2) - خليل بوصنورة، تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، (قسنطينة: جامعة منتوري، 1999-2000)، ص11.

(3) - المرسوم التشريعي رقم 88-233، المؤرخ في 05/11/1988، ج.ر، ع48.

(4) - نور الدين بكلي، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص15.

(5) - محمد بدر يوسف البناوي، مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص41.

الشرط لغة: هو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع شروط⁽¹⁾.

أما الفقهاء فقد عرفوا الشرط بأنه: «التزام أمر لم يوجد في أمر وجد»⁽²⁾، فالشروط عبارة عن قيود يوردها المتعاقدان على صيغة تعاقد تحقياً لبعض الأغراض والرغبات التي ليس من شأن الصيغة الأصلية للتعاقد تحقيقها. وهذه الرغبات التي يظهرها المتعاقدان أثناء التعاقد على هيئة شروط لم يتركها الشارع تسير حسب أهواء المتعاقدين وشهواتهم، فيختل بذلك نظام التعامل ويسهل تبديل المشروعات، بل لاحظها وعينها فأباح لهم من الشروط أنواعا تحقق رغباتهم ولا تتنافى مع مقتضيات العقود الأصلية، ومنعهم مما يعود على أصل العقد بالنقض، أو يتنافى مع قواعد الشريعة وأصولها⁽³⁾، وفقا للقاعدة الكلية: «أن ما ثبت بالشرع مقدم على ما وجب بالشرط»⁽⁴⁾. وقد تجلت هذه العناية في جملة من نصوص كتاب الله وسنة رسوله -عليه الصلاة والسلام-.

فقد أوجب الله سبحانه وتعالى الوفاء بالعقود بقوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽⁵⁾. كما أوجب الوفاء بالعهد مصداقا لقوله: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾⁽⁶⁾.

ويرى ابن القيم⁽⁷⁾ أن الشرط الجائز بمترلة العقد، بل هو عقد وعهد⁽⁷⁾، ومن ثم يجب الوفاء به

- (1)- ابن منظور، لسان العرب، مصدر، سابق، 4/2235، مادة شرط.
- (2)- محمد مصطفى شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، د.ط، (لبنان: بيروت، دار النهضة العربية، 1405هـ-1985م)، ص446.
- (3)- محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص475.
- (4)- السيوطي، الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد المعتصم بالله الغرادي، ط4، (بيروت: دار الكتاب العربي، 1418هـ-1998م)، ص279.
- (5)- سورة المائدة: الآية: 1.
- (6)- سورة الإسراء: الآية: 34.
- (7)- ابن القيم: هو شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، كان أبوه قيما على الجوزية، مدرسة بدمشق، ومن هنا عرف بابن قيم الجوزية، وكان فقيها أصوليا مفسرا ونحويا، لازم الشيخ تقي الدين بن تيمية، وعلى الرغم من أنه كان حنبليا، إلا أنه كثيرا ما كان يخرج على الحنابلة مستنبطا رأيا جديدا بعد دراسة مقارنة للمذاهب، توفي سنة 751هـ، تاركا مصنفا كثيرة منها: "زاد المعاد"، "تهذيب سنن أبي داود"، "سفر المحجرتين وباب السعادتين"، "إعلام الموقعين" وغيرها. (ينظر: ابن رجب، كتاب الذليل على طبقات الحنابلة، د.ط، (لبنان: بيروت، دار المعرفة، د.ت)، 447/2).
- (7)- ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، مراجعة وتقديم: طه عبد الرؤوف سعد، د.ط، (مصر: مكتبة الكليات الأزهرية، د.ت)، 390/3.

مصدقا للآيتين المذكورتين أعلاه.

أما بالنسبة للسنة النبوية، فقد وردت عنه صلى الله عليه وسلم جملة من الآثار القولية والفعلية المتعلقة بالشروط.

ففي السنة القولية روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا»⁽¹⁾، وفي حديث آخر قال: «ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط كتاب الله أحق وشرط الله أوثق»⁽²⁾.

وفي السنة العملية، روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه اشترى في سفر من جابر بن عبد الله بعيرا وشرط لجابر ظهره إلى المدينة⁽³⁾.

فهذه النصوص تفيد في مجموعها أن الشروط العقدية نوعان، مباح واجب الوفاء به، وآخر غير مباح منهي عنه، ولكنها لم تبين الحد الفاصل بين النوعين بيانا قاطعا، ومن هنا اختلفت الاجتهادات الفقهية في هذا الأمر⁽⁴⁾.

فمن الفقهاء من ذهب إلى إبطال كل شرط لم ينص عليه القرآن الكريم، ومن ثم لا يكون الشرط مباحا عندهم إلا إذا ورد به نص خاص، وهؤلاء هم الظاهرية⁽⁵⁾، الذين تمسكوا بظاهر حديث «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل». فصح بهذا النص إبطال كل عهد أو عقد أو وعد وشرط ليس في كتاب

(1)- أخرجه الترمذي من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو وابن عوف المزني عن أبيه عن جده، وقال حديث حسن صحيح. وقد أشار المباركفوري إلى أن في تصحيح الترمذي لهذا الحديث نظر، لأن فيه كثير بن عبد الله بن عمرو وهو ضعيف جدا. واعتذر له الحافظ فقال وكأنه اعتبر بكثرة طرقه. كذا قال الشوكاني في نيل الأوطار وذكر فيه طرق، وقال بعد ذكرها: لا يخفى أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض، فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسنا. (ينظر: المباركفوري، تحفة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي، ط1، (لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، 1410هـ-1990م)، 4/487).

(2)- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط. باب: المكاتب وما لا يخل من الشروط التي تخالف كتاب الله، مج2، 184/3.

(3)- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط. باب: إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى حجاز، مج2، 174/3.

(4)- محمد مصطفى شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص477.

(5)- ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط1، (سوريا: دمشق، دار الفكر، 1404هـ-1984م)، 4/202.

الله، الأمر أو النص على إباحته، فالأصل عندهم هو أن كل الشروط باطلة ما عدى تلك التي ورد نص في كتاب الله يبيحها⁽¹⁾.

وقد انتقد مذهب الظاهرية في الشروط، من حيث أنه يجب معرفة المراد بكتاب الله في قوله -عليه الصلاة والسلام- «ما كان من شرط ليس في كتاب الله»، فمعلوم أنه ليس المراد به القرآن قطعا، فإن أكثر الشروط الصحيحة ليست في القرآن بل علمت من السنة، فعلم أن المراد بكتاب الله حكمه كقوله تعالى: ﴿كِتَابَ اللَّهِ حَكِيمٌ﴾⁽²⁾. وقوله -عليه الصلاة والسلام-: «كتاب الله القصاص في السن»⁽³⁾، فكتاباه سبحانه يطلق على كلمه وعلى حكمه الذي حكم به على لسان رسوله⁽⁴⁾.

وعلى عكس الظاهرية نجد فريقا آخر من الفقهاء يذهب إلى أن للمتعاقدين الحرية التامة في الاشتراط حسبما يتفقوا وأغراضهم، ولكن بشرط أن لا يكون ذلك منهيًا عنه بنص خاص أو يعود على أصل التعاقد بالنقض والإلغاء، وهؤلاء هم الحنابلة الذي استندوا إلى حديث: «المسلمون عند شروطهم...»، الذي يفيد في ظاهره أن الأصل في الشروط هو الإباحة⁽⁵⁾.

أما مذهب المالكية في الشروط فهو قريب من مذهب الحنابلة، إلا أن هذا الأخير يبقى أكثر المذاهب تصحيحا للشروط، إذ يقول ابن تيمية⁽⁶⁾: «الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله، نصا أو قياسا عند من يقول به، وأصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجري على هذا القول، ومالك قريب منه، لكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه»⁽⁶⁾.

(1) -محمد بن ناصر بن محمد الجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص74.

(2) -سورة النساء: الآية:24.

(3) -أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصلح. باب: الصلح في الدية، مج2، 169/3.

(4) -ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، مصدر سابق، 347/1.

(5) -محمد مصطفى شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص477.

*-ابن تيمية: هو أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم الخرائي، الإمام الحافظ، ولد في ربيع الأول سنة 661هـ، كان مجتهدا ومفسرا بارعا، لقب بشيخ الإسلام، توفي بدمشق معتقلا في قلعتها سنة 728هـ، ترك مصنفاً كثيرة منها: "الفتاوى"، "منهاج السنة النبوية في نقد الشيعة الكلامية"، "الإيمان"، "الاستقامة"، "تلبس الجهمية في تأسيس بدعهم الكلامية" وغيرها. (ينظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، مصدر سابق، 1496/4. ابن رجب، الذيل على طبقات الحنابلة، مصدر سابق، 387/2).

(6) -أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، 132/29.

وهناك فريق ثالث من الفقهاء وهم الحنفية والشافعية يتوسطون في الأمر، فلا يشترطون في إباحة الشروط ورود نص خاص، كما ذهب الفريق الأول، ولا يجعلون الأصل فيها الإباحة كما ذهب الفريق الثاني، بل يميلون إلى أن الأصل فيها هو الحظر، واستثنوا بعضها، ولكنهم توسعوا في هذا الاستثناء⁽¹⁾.

تلك كانت آراء الفقهاء في الشروط بصفة مجملية، وبما أن المجال لا يتسع لتفصيل كل المذاهب، سنقتصر على مذهبي الحنفية والحنابلة⁽²⁾.

تقدم أن الحنفية ذهبوا إلى أن الأصل في الشروط الحضر ومع ذلك فقد استثنوا أنواعا من الشروط حكموا بصحتها، وقد قسموا هذه الشروط المستثناة إلى أنواع أربعة⁽³⁾:

أ- الشروط التي يقتضيها العقد: ويتميز هذا النوع من الشروط بأن مضمونها ثابت ويجب الوفاء بها حتى لو لم يشترطها أحد المتعاقدين، لأنها هي التي تكون العقد أساسا، ولا تثبت شيئا زائدا على ما تقتضيه طبيعة العقد.

ب- الشروط المؤكدة أو الملائمة لمقتضى العقد: وهي الشروط التي تثبت شيئا زائدا على ما أوجبه العقد أو تنقص منه، وتأتي مثل هذه الشروط بناء على رغبة أحد المتعاقدين أو كليهما، وتكون بدورها شروطا أساسية ولازمة لصحة رضا من اشترطها، ولا يتم العقد صحيحا إلا بتحقيقها، وذلك للفائدة الكبيرة التي تقدمها، سواء لأحد المتعاقدين أو لكليهما، ويشترط لصحة مثل هذه الشروط ألا يكون محلها مجهولا أو يخفي مقامرة أو غررا بأحد المتعاقدين، وإلا أصبحت شروطا فاسدة، كما يجب ألا تتضمن هذه الشروط منفعة زائدة لأحد المتعاقدين لا يقتضيها العقد، وإلا كانت باطلة، لأنها تخفي ربا.

ج- الشروط التي ورد بها نص خاص في الشريعة: كاشتراط تأجيل الثمن واشتراط الخيار لكل من المتبايعين، ويلحق بمثل هذا النوع من الشروط ما يأخذ حكمها بطريق القياس، فمن الثابت في الشريعة أن ما ثبت بالقياس الصحيح يعتبر مما ورد به الشرع.

د- الشروط التي يجري بها التعامل بين الناس: وأصبحت عرفا يعمل به بشرط أن لا تعارض نوا

(1)- محمد مصطفى شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 477.

(2)- وذلك على اعتبار أن الحنفية نموذج للفريق الذي اختار التوسط، بينما الحنابلة يمثلون الفريق الذي أعطى الحرية التامة للمتعاقدين في تضمين عقودهم ما شاءوا من الشروط.

(3)- ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 14/13. الكمال بن إمام، شرح فتح القدير، مصدر سابق، 288/6.

عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 106/3.

شرعياً أو تخالف قاعدة، كاشتراط المشتري على البائع توصيل البضاعة إلى محله.

فهذه جملة الشروط المستثناة في المذهب الحنفي من الحظر، وعليه كلما وجد شرط منها كان صحيحاً واجب الوفاء، وما عداها فهو شرط غير صحيح⁽¹⁾.

أما بالنسبة للحنابلة فقد جعلوا الأصل في الشروط الإباحة، فصححوا كل شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولم يستثنوا من ذلك إلا الشرط المنافي لمقتضى العقد، أو الذي ورد النهي عنه. فمثال الأول: اشتراط البائع على المشتري ألا يبيع المشتري، أو ألا يقفه، أو ألا يسكن فيه، وهذا الشرط يلغى وحده ويبقى العقد صحيحاً، ومثال الثاني: اشتراط البائع أن يؤجر الدار لفلان أو أن يهبه شيئاً، أو أن يبيعه لـه شيئاً معيناً، وكذلك كل شرط يوجب إنشاء عقد آخر مستندين إلى حديث: «نهي رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة»⁽²⁾، أو «صفقتين في صفقة»⁽³⁾، وهذا النوع من الشروط يفسد العقد معه أيضاً، لأن التزاع في العقد الثاني يؤدي إلى التزاع في العقد الأصلي⁽⁴⁾.

ومن خلال هذا العرض المفصل لآراء الفقهاء حول الشروط العقدية، يمكن أن نستنتج أن شرط التحكيم الوارد في العقد والسابق لنشوء التزاع، يعد من الشروط المشروعة والمباحة، ذلك أنه يمكن إدراجه ضمن دائرة الشروط الملائمة لمقتضى العقد، انطلاقاً من الفائدة الكبيرة التي يقدمها للمتعاقدین خاصة في العقود التجارية ذات الصبغة الدولية، حيث يضمن للمتعاقد، مقدماً لجوءهم إلى التحكيم لحل أي نزاع قد ينشأ عن العقد، وهم بهذا يضمنون عرض التزاع على خبراء مختصين للفصل فيه، بدلاً من الخضوع لقوانين قد يجهلونها، إضافة إلى أن هذا الشرط يعتبر مصلحة معتبرة تستمد مشروعيتها من مشروعية التحكيم في الإسلام، طالما أن المحل غير مجهول، فهو متعلق بأي نزاع قد ينشأ بشأن عقد معين، كما أنه لا يخفي مقامرة أو غرراً، ولا يتضمن منفعة زائدة لأحد الأطراف يمكن اعتبارها ربا⁽⁵⁾.

(1) - محمد مصطفى شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 478.

(2) - أخرجه الترمذي في سننه، كتاب البيوع عن رسول الله. باب: ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، 8/2، رقم: 984. وأخرجه النسائي في سننه، كتاب البيوع. باب: بيعتين في بيعة، 295/7، رقم: 463. وجاء في نصب الرأية (أخرجه الترمذي والنسائي عن محمد بن عمرو بن علقمة بن وقاص عن أبي سلمة عن أبي هريرة وقال الترمذي حديث حسن صحيح). (ينظر: الزيلعي، نصب الرأية لأحاديث الهداية، دط، (القاهرة، دار الحديث، دت، 20/4)

(3) - أخرجه أحمد والطبراني عن سماك بن مسعود عن أبيه، مسند أحمد، 198/1.

(4) - محمد مصطفى شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 96.

(5) - ينظر: نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 96. محمد بن ناصر بن محمد البجاد، التحكيم في المملكة

العربية السعودية، مرجع سابق، ص 88.

إضافة إلى هذا، فإنه يمكن اعتبار الشرط التحكيمي من الشروط التي يجري بها التعامل بين الناس، فقد جرى العرف بين المتعاقدين، خصوصا في العقود التجارية الدولية والعقود الاقتصادية، على إدراج شرط التحكيم السابق للتراع ضمن هذه العقود، ومن النادر أن نجد عقدا في أحد المجالات السابقة لا يتضمن شرط التحكيم السابق لحصول التراع⁽¹⁾.

ونلاحظ أنه نظرا لكون المذهب الحنبلي أكثر المذاهب تصحيحا للشروط، فإنه يعد أكثر المذاهب ملاءمة للعقود، ذلك «أن تعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة، ولا يستغني عنه المكلف»⁽²⁾، خاصة في المجال التجاري في وقتنا الحاضر، وهو ما أشار إليه الأستاذ محمد مصطفى شلي بقوله: «وبالجملة فإن مذهب الحنابلة يعتبر -بحق- أوسع المذاهب الفقهية في إباحة الشروط، فهو الذي يتفق ورغبات المتعاقدين، وفيه مسايرة العرف التجاري الحديث»⁽³⁾. وهو ذات ما أشار إليه الدكتور وهبة الزحيلي في قوله: «في رأيي أنه يؤخذ برأي المذهب الحنبلي في إطلاق حرية الاشتراط للعقود في العقود المالية، تحقيقا لحاجات الناس ومصالحهم، ومراعاة ما يطرأ من تطورات وأعراف في إبرام عقود لأغراض مشروعة، وإلا لثلت حركة التجارة والنشاط الاقتصادي، الذي اتسع ميدانه في الشروط على نحو لم يكن معروفا لدى الفقهاء»⁽⁴⁾.

2- بالنسبة لمشاركة التحكيم: إن مشروعية مشاركة التحكيم متأية من كونها عقدا من العقود الصحيحة، وعليه فإنه يلزم أن تتوفر فيه الشروط الموضوعية الواجب توفرها في سائر العقود حتى تقع صحيحة، وهي: رضا صحيح، ومحل وسبب مشروعين، وأهلية⁽⁵⁾.

وقد اعتبرت مشاركة التحكيم عقدا صحيحا وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، انطلاقا من أن «العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم»⁽⁶⁾، أما إن قيل أن الفقهاء عددوا مجموعة من العقود ولم يكن اتفاق أو مشاركة التحكيم من بينها، فيمكن الرد بأن «ما ذكره الفقهاء من العقود المسماة، إنما هي العقود التي يغلب أن يقع

(1)- محمد بن ناصر بن محمد البجاد، المرجع السابق، ص 89.

(2)- ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، مصدر سابق، 3/387.

(3)- محمد مصطفى شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 479.

(4)- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، 4/202.

(5)- محمد بن ناصر بن محمد البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص 91.

(6)- ابن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، مصدر سابق، 29/150.

التعامل بها في زمنهم، فإذا استحدثت الحضارة عقوداً أخرى توافرت فيها الشروط المقررة فقها كانت عقوداً مشروعة»⁽¹⁾.

✗ ونعتمد ما سبق بقول ابن القيم: «الأصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الأمر، والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم، والفرق بينهما أن الله سبحانه لا يعبد إلا بما شرعه على ألسنة رسله، فإن العبادة حقه على عباده، وحقه الذي أحقه هو ورضي به وشرعه، وأما العقود والشروط والمعاملات فهي عفو حتى يجرمها»⁽²⁾.

ومتى تقرر أن اتفاق "مشاركة" التحكيم عقد صحيح، فإنه يكون ملزماً لأطرافه مصداقاً لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽³⁾.

أما بالنسبة لما ذهب إليه رجال القانون من اشتراط الكتابة في شرط ومشاركة التحكيم، فإن ذلك لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية بل يسايرها، ذلك أنها أول من دعا إلى التوثيق مصداقاً لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بِيَدَيْكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾⁽⁴⁾.

أخيراً نخلص إلى أن صوري الاتفاق على التحكيم شرطاً ومشاركة لا تتعارضان مع الشريعة الإسلامية، وبالتالي ليس هناك مسوغ لرفضهما، وعليه يجوز للمسلمين الاتفاق على التحكيم بإحدى هاتين الصورتين طالما أن ذلك يحقق لهم مصلحة، فالشريعة الإسلامية تساير التطورات التي تفرضها الحياة العملية وتباركها طالما أنها لا تتعارض مع المقصد الشرعي العام المتمثل في جلب المصالح ودرء المفاسد.

الفرع الثالث: أهمية التحكيم التجاري الدولي

أدرك الإنسان أهمية التحكيم منذ زمن بعيد، بدليل قول الفيلسوف اليوناني أرسطو: «إن أطراف النزاع يستطيعون تفضيل التحكيم عن القضاء، ذلك أن المحكم يرى العدالة بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع»⁽⁵⁾، وبعد مرور مئات السنين نجد الفقه المعاصر يؤيد ويؤكد ما ذهب إليه أرسطو، حيث يقول:

(1) - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 81/1.

(2) - ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، مصدر سابق، 344/1.

(3) - سورة المائدة: الآية: 1.

(4) - سورة البقرة: الآية: 282.

(5) - أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 3.

«الفقيه ريني دافيد Rene David إن تطور التحكيم التجاري واتساع مجاله بمثابة رد فعل مضاد لحرفية قانون القضاة، ويعبر عن رغبة أطراف المنازعة في التخلص منه، كيما تحل منازعاتهم طبقاً لمبادئ أكثر رحابة من تلك التي يتضمنها القانون الوضعي»⁽¹⁾. ولعل أهمية التحكيم تبرز أكثر من خلال المزايا العديدة التي يقدمها للمتعاملين به، والتي نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

1- سرعة الفصل في المنازعات: إذ يحقق نظام التحكيم مصلحة الأطراف - خاصة في المنازعات التجارية الداخلية والدولية-، في الوصول إلى الفصل السريع في النزاع، ذلك أن المحكمين يلتزمون بإصدار قرارهم خلال ميعاد معين، يحدده الأطراف في اتفاق التحكيم، وتنص عليه لوائح التحكيم، زيادة على هذا فإن جلسات التحكيم غالباً ما تعقد في أوقات مناسبة لظروف الخصوم، على عكس جلسات المحاكم التي تحدد وفقاً لظروف العمل بها، مما قد يطيل المدد⁽²⁾.

2- بساطة الإجراءات: يمتاز نظام التحكيم داخلياً كان أم دولياً ببساطة إجراءات التقاضي في النزاع الذي يعرض عليه، والتحرر من الشكليات، إذ تتمتع هيئة التحكيم بجرية أوسع وأكثر من القضاة في كل ما يتعلق بإجراءات التقاضي، مثل التبليغات وإدارة الجلسات وتنظيمها، وتقديم البيانات، والاتصال بأطراف النزاع وغير ذلك، وبساطة الإجراءات تعد أيضاً عاملاً أساسياً لسهولة الفصل في النزاع⁽³⁾.

3- السرية: الأصل في إجراءات و جلسات التحكيم أنها سرية⁽⁴⁾، حيث تكون عادة قاصرة على أطراف النزاع وممثليهم، حتى أنه يمكن القول أن مثل هذه السرية تعتبر من الأعراف التحكيمية التي يجب مراعاتها سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي، ولو سكتت القواعد القانونية النافذة عن النص على ذلك، وهذا بخلاف إجراءات التقاضي التي تكون كمبدأ عام علنية، بحيث يستطيع أي شخص حضور هذه الجلسات⁽⁵⁾.

(1) - أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 3.

(2) - ينظر: أمال أحمد الفزاري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، مرجع سابق، ص 7. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم، مرجع سابق، ص 5.

(3) - ينظر: نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 69.

(4) - هذا ما لم يتفق الأطراف على العلانية، ومراعاة للسرية نجد أن المادة 23 من قواعد غرفة التجارة الدولية تنص على أنه يقصر تسليم نسخ الحكم الصادر في النزاع على الخصوم، كما تحظر المادة 48 من اتفاقية واشنطن نشر أي حكم إلا إذا وافق الأطراف على ذلك، وهو الحال أيضاً بالنسبة لاتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية العربية. (ينظر: منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 6).

(5) - حمزة أحمد الحداد، التحكيم بوجه عام، وقانون التحكيم الأردني الجديد، مرجع سابق، ص 11.

والسرية لها أهمية كبيرة في مجال المنازعات التجارية، إذ نجد أن التجار عموماً يفضلون سرية الإجراءات على علانيتها، وذلك حفاظاً ما أمكن على سرية الصفقات التجارية التي يبرموها، وتفصيلاً للمختلفة، وأسماء الأشخاص الذين يتعاملون معهم، بل أن بعض هذه الصفقات قد تتطلب السرية التامة بحكم طبيعتها أو بحكم انتماء أحد الأطراف لجنسية دولة تحظر دخوله في مثل هذه الصفقات⁽¹⁾.

ولهذا المبدأ أهمية بالنسبة للشركات العالمية التي تعتمد معاملاتها التجارية على الثقة التي ترتبط بسمعتها، وهو ما لا يتحقق أمام القضاء بسبب علانية الجلسات كما تقدم.

4- الحياد: إن الحياد في التحكيم يتضح في عدم خضوع هذا الأخير لأية دولة أو جهة رسمية لها مصلحة معينة، وكذلك في أن للأطراف -وعلى قدم المساواة- الحق في اختيار: مكان التحكيم، لغة التحكيم، قواعد الإجراءات وقواعد القانون الواجب التطبيق، جنسية المحكمين، والتمثيل القضائي.

وعليه فالتحكيم يمكن أن يجري في أي بلد وبأية لغة، وتحت إشراف محكمين من مختلف الجنسيات، وهذه المرونة تمكن في أغلب الحالات من الحصول على إجراءات حيادية لا تخدم ولا ترضي طرفاً أكثر من الآخر أو تكون على حساب أحدهما لصالح الآخر⁽²⁾.

5- خبرة المحكمين: يضمن التحكيم الخبرة الفنية للمنازعات التي تكون محلاً له، إذ يتيح للخصوم اختيار محكمين من ذوي الاختصاص والخبرة في موضوع النزاع بصفة مباشرة، وهذا على عكس الأنظمة القضائية العادية التي لا تسمح للأطراف باختيار قضاة، ومن ثم قد يعرض النزاع على قاضي غير متخصص في موضوع النزاع، مما يضطره إلى طلب خبير مختص، وهذا يؤدي إلى زيادة التكاليف وطول الإجراءات⁽³⁾.

6- التحكيم التجاري الدولي لا يثير مشكلة تنازع الاختصاص الدولي أمام المحاكم، إذ أنه عند تحديد الدولة التي تختص بحاكمها بنظر المنازعة، قد يؤدي الاختصاص الدولي إلى اختصاص أكثر من دولة بنظر النزاع في حين لا نجد هذه المسائل محلاً في إطار التحكيم الدولي، الذي يقوم أساساً على إرادة

(1) - حمزة أحمد الحداد، التحكيم بوجه عام، وقانون التحكيم الأردني الجديد، مرجع سابق، ص 11.

(2) - Cour international d'arbitrage de la CCI : Avantages de l'arbitrage, www. Iccbookstore.

.Com/ court/ france

(3) - ينظر: ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 70. ومنير عبد المجيد، قضاء التحكيم، مرجع سابق،

ص 5.

الأطراف في تحديد هيئة التحكيم، ومكان التحكيم، وكذلك القواعد الإجرائية والموضوعية الواجبة التطبيق، إضافة إلى هذا فإن الاعتراف بقرارات المحكمين وتنفيذها أكثر يسرا وسهولة منه بالنسبة لأحكام القضاء، ولا يصادف الصعوبات التي تعترض تنفيذ هذه الأخيرة، وذلك استنادا إلى الاتفاقيات الدولية التي تكفل الاعتراف بالأحكام التحكيمية وتنفيذها، ومنها مثلا اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ قرارات المحكمين الأجنبية- وسيأتي الحديث عنها في المباحث اللاحقة-، وغيرها من الاتفاقيات المبرمة في هذا الشأن، والتي تضمن إلى حد ما الاعتراف بهذه الأحكام وتنفيذها⁽¹⁾.

7- التحكيم في المنازعات التجارية الدولية يحتل مكانا وسطا بين صلاحية القضاء الدولي ومرونة الوساطة وغيرها من طرق التسوية غير الإلزامية، لما يتميز به من روح الاعتدال ونظرة مدركة لمصالح الطرفين، وهذه الميزة تمكنه من القيام بدور مهم وعظيم في تسوية المنازعات الدولية⁽²⁾.

8- حسم النزاع عن طريق التحكيم يؤدي إلى بقاء العلاقة بين الخصوم خصوصا في مجال العقود التجارية، حيث يستمر في بعض الأحيان تعاملهم التجاري دون أن يكون لاختلاف وجهات النظر في النزاع المعروض على التحكيم، أي آثار على علاقاتهم، إذ أن قرار التحكيم يلقي عادة القبول لدى الخصوم، وغالبا ما يتم تنفيذه دون اعتراض، انطلاقا من أن المحكم يستمد ولايته من إرادة الخصوم، فلا يشعر هؤلاء بالإجبار كما هو الحال بالنسبة للقضاء⁽³⁾.

إضافة إلى كل هذه المزايا التي يتمتع بها التحكيم على الصعيد العام، فإنه يعتبر بالنسبة للشريعة الإسلامية مخرجا لكثير من المشاكل التي تقف في وجه تطبيقها⁽⁴⁾، حيث يكون للأطراف الحق في اختيار تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على نزاعهم دون قيد أو شرط.

والجدير بالذكر هنا أن كل هذه المزايا والمحسن التي يتمتع بها نظام التحكيم والتي يشق علينا أحيانا تعدادها، لا تجعل منه نظاما مثاليا، ذلك أنه وكأي نظام آخر لا يخلو من السلبيات، فقد وجهت إليه جملة من الانتقادات لا يمكن التغاضي عنها، وحتى نكون منصفين سنذكر منها:

(1)- ينظر: منير عبد المجيد، قضاء التحكيم، مرجع سابق، ص5. و Les avantages d'arbitrage, Op.Cit.

(2)- ينظر: محمد بن ناصر بن محمد البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص31. وحمزة أحمد الحداد، التحكيم بوجه عام، مرجع سابق، ص10.

(3)- ينظر: منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص6. و ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص69.

(4)- محمد بدر يوسف المنياوي، مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص30.

1- كثرة المصاريف: من الانتقادات التي يمكن أن توجه للتحكيم كثرة مصاريفه بالمقارنة مع القضاء، وخاصة عندما يكون التحكيم دولياً، ففي هذه الحالة قد يكون كل من أعضاء هيئة التحكيم وأطراف النزاع والمحامين من جنسيات مختلفة ومقيمين في دول مختلفة مما يعني زيادة مصاريف التحكيم بالنسبة لتنقلاتهم واجتماعاتهم في مكان معين. هذا بالإضافة إلى أتعاب المحكمين والمصاريف الإدارية الخاصة بالمركز الذي ينظم التحكيم إذا كان التحكيم مؤسسياً، وعلى الأغلب فإن هذه الأتعاب والمصاريف تتناسب طردياً مع قيمة النزاع، بحيث يزداد مقدارها كلما زادت هذه القيمة⁽¹⁾.

2- اختلاف النظم القانونية: كما أن انتماء أعضاء هيئة التحكيم وأطراف النزاع وممثليهم في كثير من الحالات لأنظمة قانونية مختلفة وأحياناً عدم معرفة الهيئة لأحكام القانون الواجب التطبيق على النزاع من جميع جوانبه بدقة قد يؤثر سلباً على مجريات القضية التحكيمية، بما في ذلك قرار التحكيم ذاته، وهذا بخلاف اللجوء للقضاء الوطني، حيث أن الجميع أو على الأقل محاموا الأطراف والقضاة يتحدثون كقاعدة عامة بلغة قانونية مشتركة، هي قانونهم الوطني، سواء من حيث الإجراءات أهم الموضوع، ويقودنا هذا إلى نتيجة أخرى وهي أن وضعاً كهذا ربما يؤدي أحياناً إلى تعقيد إجراءات التقاضي وإطالتها، مما يفقد التحكيم إحدى مزاياه المذكورة آنفاً⁽²⁾.

لكن وعلى الرغم من أن هذه السلبيات المنسوبة للتحكيم باتت معروفة لدى المتعاملين به، إلا أنه يظل الوسيلة المفضلة لفض المنازعات وبصفة خاصة في مجال التجارة، وذلك انطلاقاً من طبيعة النزاع والرغبة في المحافظة على العلاقات التجارية والسرعة في إنهاء النزاع التي تبقى دائماً أسباباً جوهرية للجوء إلى التحكيم⁽³⁾.

كما أن وصف التحكيم بكثرة المصاريف مقارنة بالقضاء أمر غير مسلم به، ذلك أن عرض نزاع يكون طرفيه دوليين أو أحدهما على الأقل، على القضاء يستوجب اللجوء إلى محامين في دولة قد تكون إجراءات التقاضي والمدة الممكن إنهاء النزاع فيها طويلة، كما هو الحال بالنسبة لدول أمريكا وأوروبا، وعادة ما تكون تكاليف المحاماة باهضة جداً، إضافة إلى أن تأخر الفصل في النزاع قد يؤدي إلى خسارة كبيرة للأطراف قد

(1) - حمزة أحمد الحداد، التحكيم التجاري العربي، ورقة عمل مقدمة لندوة الفجيرة حول التحكيم في دول مجلس التعاون (الواقع والآفاق)، المنعقدة بدولة الإمارات العربية المتحدة في الفترة ما بين 31 جانفي و1 فيفري 1999، ص 3.

(2) - المرجع نفسه، ص 4.

(3) - صالح العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، ط 1، (المملكة العربية السعودية، مركز البحوث والدراسات الإدارية، 1419هـ - 1998م)، ص 393.

تكون أكبر من مصاريف التحكيم الذي يعرف فيه الخصوم أو الأطراف ابتداء المبلغ أو نسبة التكلفة التي يأخذها المحكم أو المحكمين من قيمة القضية⁽¹⁾.

أما بالنسبة إلى اختلاف الأنظمة القانونية التي ينتمي إليها أعضاء هيئة التحكيم وأطراف المنازعة، وعدم معرفة هيئة التحكيم لأحكام القانون الواجب التطبيق، فهي أمور يمكن تفاديها والتغلب عليها عن طريق استخدام وسائل الاتصال الحديثة، فمثلا عن طريق الإنترنت قد تحصل هيئة التحكيم على القانون الواجب التطبيق المختار من الخصوم وترجمته آليا إلى اللغة التي يتقنونها، وذلك خلال دقائق معدودة، إضافة إلى أن بإمكانهم الاستعانة بترجمين مما يقلل من طول إجراءات التقاضي وتعقيدها. خاصة بالنسبة لمراكز التحكيم الدائمة، حيث عادة ما يكون لديها مركز خاص بالترجمة.

على أن هذا لا يعني الانحياز لنظام التحكيم وتجريده من كل سلبياته، بل هو مجرد محاولة للتقليل من هذه السلبيات ليس إلا.

المطلب الثاني: طبيعة التحكيم التجاري الدولي

لا خلاف في أن التحكيم وسيلة لفض المنازعات يحل فيها حكم المحكم أو المحكمين محل الحكم القضائي فيما يتعلق بحماية الحق المتنازع فيه، ويتميز بكونه يبدأ باتفاق أطراف النزاع على اللجوء إليه وينتهي بحكم يتمتع بحجية الحكم القضائي، وينفذ بنفس الطريقة التي تنفذ بها الأحكام القضائية، كما أنه يخضع للقواعد العامة ولقوانين المرافعات، وذلك من حيث الانعقاد والبطالان والآثار والإجراءات... غير أن هذه المميزات التي يتمتع بها التحكيم أثار الجدل بين الفقهاء -القانونيين خاصة- حول تحديد طبيعة التحكيم، أو بالأحرى طبيعة الحكم التحكيمي.

وحتى يتأتى لنا الإلمام بجوهر الخلاف، سنتعرض إلى مختلف الآراء المتعلقة بتحديد طبيعة التحكيم مع تحديد الرأي الراجح منها في الشريعة الإسلامية وهذا في "فرع أول"، ثم سنتعرض إلى موقف فقهاء القانون الوضعي من ذات المسألة، وذلك في "فرع ثان".

الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من طبيعة التحكيم

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بشأن طبيعة التحكيم، غير أن هذا الاختلاف لم يرق إلى درجة الجدل، كما هو الحال بالنسبة لفقهاء القانون، كما أنه لم تكن هناك آراء متعددة، إذ اقتصر الاختلاف على

(1) -حي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 18.

رأين: الأول مفاده أن التحكيم ما هو إلا مصلحة بين الطرفين بمعنى أنه من طبيعة عقدية، أما الثاني فمفاده أن التحكيم قضاء لحسم المنازعات، أي أنه من طبيعة قضائية.

وستتناول فيما يأتي هذين الرأيين:

أولاً: الطبيعة التعاقدية: إن الطبيعة التعاقدية للتحكيم في الشريعة الإسلامية تستتج من أنه:

أ- يشترط في نفاذ حكم المحكم تراضي الخصمين عليه بعد الحكم، ومن ذهب إلى هذا الرأي الإمام الشافعي*، في أحد قوليّه، والذي مفاده أن حكم المحكم لا يلزم الخصوم ولا ينفذ إلا إذا أبدوا رضاهم به بعد صدوره، ذلك أن الرضا بالحكم لا يكون إلا بعد معرفته⁽¹⁾.

وهو اختيار المزني**، حيث ذهب أيضاً إلى أن حكم المحكم لا يلزم الخصوم ما لم يتراضوا عليه بعد الحكم لضعفه⁽²⁾. فإذا كان الحكم التحكيمي لا يلزم الخصوم إلا برضاهم، فإن هذا يعني أنه من طبيعة عقدية⁽³⁾.

ب- من مجلة الأحكام العدلية والتي تعتبر القانون المدني الإسلامي وأحكامها مستقاة في الأغلب من المذهب الحنفي - كما هو معلوم-، حيث تناولت موضوع التحكيم في المواد من 1741 حتى 1851، ولم يستفاد من هذه المواد هو أن:

«أ- التحكيم أقرب إلى المصلحة منه للحكم القضائي.

ب- أن قوة القرار التحكيمي أقل من قوة القرار القضائي.

ج- أنه يجوز للقاضي أن يلغي القرار التحكيمي إذا كان مخالفاً للأصول.

*- الشافعي: هو أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع المطلبي القرشي، ولد سنة 150 هـ، قال أبو عبيد القاسم بن سلام: ما رأيت رجلاً قط أكمل من الشافعي، وهو أحد الأئمة الأربعة توفي سنة 204 هـ، من أشهر مصنفاته "الأم". (ينظر: الأسنوي، طبقات الشافعية، مصدر سابق، 18/1. والشيرازي، طبقات الفقهاء، مصدر سابق، ص71).

(1)- الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، 291/2.

** - المزني: هو أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن إسحاق المزني المصري (والمزني نسبة إلى مزينة، وهي قبيلة معروفة)، ولد سنة 175 هـ كان إماماً زاهداً، وهو أحد أصحاب الإمام الشافعي الذي قال فيه: «المزني ناصر مذهبي»، وقال فيه أيضاً: «لو ناظر الشيطان لغلبه». توفي سنة 264 هـ ودفن بمصر بالقرب من قبر الإمام الشافعي، وترك مصنفاً كثيرة منها "الجامع الكبير"، "الجامع الصغير"، "مختصر المختصر"، "المشور"، "المسائل المعترية"، "الترغيب في العلم"...

(ينظر: ابن خلكان، وفيات الأعيان، مرجع سابق، 217/1. والشيرازي، طبقات الفقهاء، مصدر سابق، ص97).

(2)- ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص123.

(3)- عبد الحميد الأحذب، التحكيم أحكامه ومصادره، مرجع سابق، 85/1.

د- يجوز لكل من الطرفين عزل المحكم قبل الحكم⁽¹⁾.

ثانيا: الطبيعة القضائية: تستتج الطبيعة القضائية للتحكيم في الشريعة الإسلامية من أن الحكم التحكيمي مستقل عن إرادة الخصوم بعد صدوره، وهو مذهب جمهور الفقهاء: الحنفية⁽²⁾، والمالكية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾، وهو أحد قولي الإمام الشافعي⁽⁵⁾، والأظهر منهما⁽⁶⁾.
ومن ذهب هذا المذهب أيضا: ابن أبي ليلى⁽⁷⁾، والظاهرية⁽⁸⁾.

ومعنى استقلال الحكم التحكيمي عن إرادة الخصوم بعد صدوره أن المحكم إذا حكم نفذ حكمه على المتحاكمين، ولزمهما، وليس لأحدهما أن يرجع عن تحكيمه، وعلة ذلك أن:

أ- حكمه صدر عن ولاية شرعية كاملة، فأشبه حكم القاضي⁽⁹⁾.

(1)- فيصل مولوي، التحكيم في بلاد الغرب، إشكالية الطرح والمعالجة، التحكيم في الشريعة الإسلامية، مقال منشور على الإنترنت من موقع [www. Google. Com](http://www.Google.Com).

(2)- ينظر: الزيلعي، تبين الحقائق، مصدر سابق، 193/4. وابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ص45. والسرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 111/16.

(3)- ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، 63/1. وأبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مراجعة وتصحيح عبد الحلیم محمد بن عبد الحلیم، 532/2.

(4)- ينظر: موفق الدين بن قدامة، المغني، مصدر سابق، 483/11. وعلاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تصحيح وتحقيق محمد حامد الفقهي، ط1، (لبنان، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1377هـ-1958م)، 199/11.

(5)- ينظر: ابن أبي الدم، أدب القضاء، مصدر سابق، ص121. والشيرازي، المهذب، مصدر سابق، 291/2.

(6)- على الرغم من أنه نسب إلى الإمام الشافعي انه ذهب في أحد قولييه إلى أن حكم المحكم لا يلزم الخصوم إلا برضاهم، إلا أن هذا الرأي ليس هو الرأي الراجح في المذهب، إذ جاء في معني المحتاج: «ولا يشترط الرضا بعد الحكم على الأظهر». (ينظر: الخطيب الشربيني، معني المحتاج، مصدر سابق، 379/4).

* - ابن أبي ليلى: هو عبد الرحمن بن أبي ليلى يسار الأنصاري الكوفي أبو عيسى، إمام فقيه والد القاضي محمد، روى عن عثمان وعلي وابن مسعود وآخرين، قال ابن سيرين: «جلست إليه وأصحابه يعظمونه كأنه أمير»، خرج مع ابن الأشعث وغرق بدجل سنة 82 هـ، وقيل سنة 83 هـ (ينظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، مصدر سابق، 58/1. وابن حجر، تهذيب التهذيب، مصدر سابق، 260/6).

(7)- اختلاف العراقيين في الأم، دط، (مصر، كتاب الشعب، 1968)، 103/7.

(8)- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، دط، (لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت)، 536/8، رقم 1811.

(9)- ينظر: الزيلعي، المصدر السابق، 193/4 وابن نجيم، المصدر السابق، 45/7.

ب-ولأن من جاز حكمه لزم حكمه كالقاضي المولى⁽¹⁾.

ج-القول بعدم لزوم حكم المحكم يفرغ التحكيم من مضمونه ويؤدي إلى فوات الحكمة من مشروعيتها، فلن يكون وسيلة لسرعة الحكم، وإنما طريقا إلى المماطلة بالحق وإطالة أمد الخصومات، إذ سيكون على الطرفين بعد أن يحسم التحكيم منازعتهم أن يترافعا إلى القاضي المولى، ويطرحا عليه المنازعة من جديد، وكأن شيئا لم يكن⁽²⁾.

إضافة إلى هذا فإن إسباغ الطبيعة القضائية على التحكيم في الشريعة الإسلامية يستند إلى عدة حجج أخرى منها:

1- أن حكم المحكم لا ينقض إلا بما ينقض به قضاء غيره من قضاة المسلمين: بمعنى أنه إذا أصدر المحكم حكمه وفقا لقواعد الشرع ثم رفع هذا الحكم إلى القاضي، فليس لهذا الأخير نقض ذلك الحكم إلا من حيث تنقض أحكام قضاة المسلمين، ومثال ذلك أن يكون فيه جورا واضحا، وهو قول المالكية⁽³⁾ والشافعية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾، أي أنه قول جمهور الفقهاء، وهو مبني على القول باستقلال الحكم التحكيمي بعد صدوره عن إرادة الخصوم، وقد تقدم.

وقد خالف الحنفية مذهب الجمهور، فذهبوا إلى أن للقاضي أن ينقض حكم المحكم إن لم يوافق مذهب الجمهور، وعلّة ذلك أن ولاية المحكم مقصورة على المتخاصمين فقط، فلا ولاية له على القاضي صاحب الولاية العامة، وعليه لا يلزم القاضي إنفاذ حكم المحكم⁽⁷⁾.

ومن الواضح أن القول الراجح هو قول جمهور الفقهاء، ذلك أن المحكم يحكم بالأدلة التي يحكم بها القاضي، إضافة إلى هذا فإن المتخاصمين حين ارتضياه حكما، فقد منحا الولاية عليهما، وحكمه عندئذ

(1)- الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، 291/2.

(2)- محمد بدر يوسف المنيأوي، مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 65.

(3)- فقد سئل مالك رضي الله عنه عن رجلين حكما بينهما رجلا فحكم بينهما فقال: «أرى للقاضي أن يعطي قضاء بينهما إلا أن يكون جورا بينا». (ينظر: مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، د. مطب (البنان)، بيروت، دار الفكر، د. ت، 77/4).

(4)- الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، 379/4.

(5)- موفق الدين ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 484/11.

(6)- وهذا إذا صدر الحكم في المجتهدين.

(7)- ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، 111/16. وابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، 46/7.

يلزمهما، وهو مقصور عليهما⁽¹⁾، وعليه فلا سلطان للقاضي أو غيره على حكم المحكم إلا إذا كان جوراً واضحاً، فعندئذ ينقضه القاضي ويرد الظلم عن المظلوم.

2-الحجة الثانية التي يمكن الاستناد إليها لإسباغ الطبيعة القضائية على التحكيم تتمثل في أن الأصل عند جمهور الفقهاء أن يكون المحتكم إليه "المحكم" أهلاً لولاية القضاء⁽²⁾، على أن هذه الأهلية تختلف باختلاف المذاهب⁽³⁾.

*الرأي الراجح:

بعد أن تم استعراض الرأي القائل بالطبيعة التعاقدية للتحكيم، وكذلك الرأي القائل بالطبيعة القضائية له نستنتج أن: القول الراجح هو القول الذي مفاده أن التحكيم من طبيعة قضائية⁽⁴⁾، ذلك أن الحجج المستند عليها في إعطاء هذه الطبيعة للتحكيم كانت حججاً قوية ومعتبرة.

أما الطبيعة التعاقدية فهي مستنتجة - كما تقدم - من وجوب رضا الخصمين بالحكم بعد صدوره وهو أحد قولي الإمام الشافعي، وقد تبين أنه قول مرجوح في المذهب⁽⁵⁾، إضافة إلى هذا فإن القول بأن الرضا بالحكم لا يكون إلا بعد معرفته، وأن رضا المتحاكمين معتبر في أصل الحكم، فكذا في لزومه يرد عليه بأن «الخصوم قد تراضوا ابتداء على حكم المحكم على أي نحو كان، فتلك المقدمات غير مسلم بها»⁽⁶⁾.

ومع هذا فالقول بأن التحكيم من طبيعة قضائية لا يعني أبداً تساويه بالقضاء تماماً، إذ تبقى بينهما فروق سبق تعدادها، لذلك يمكن القول أن التحكيم قضاء من نوع خاص.

(1) - قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم، مرجع سابق، 635.

(2) - ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، (لبنان، بيروت، دار الكتاب العربي، 1402هـ/1982م)، 3/7. والخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، 6/112. والشريبي، معني المحتاج، مصدر سابق، 4/377. وموفق الدين

ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 11/483.

(3) - إذ أن لكل مذهب شروط خاصة بأهلية القضاء، ولا يتسع المجال للخوض فيها.

(4) - محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق، 1/214.

(5) - الشريبي، المصدر السابق، 4/379.

(6) - قحطان عبد الرحمن الدوري، المرجع السابق، ص154.

الفرع الثاني: موقف فقهاء القانون من طبيعة التحكيم

اختلف فقهاء القانون الوضعي حول تحديد طبيعة التحكيم فمن قائل أنه من طبيعة تعاقدية إلى قائل أنه من طبيعة قضائية إلى قائل أنه من طبيعة مختلطة، إلى رأي آخر يقول هو من طبيعة مستقلة.

أولاً: الطبيعة التعاقدية: ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن التحكيم مجرد عقد ملزم للجانبين، وليس قضاء بمعنى الكلمة، فالأساس الجوهرى للتحكيم بالنسبة إليهم هو اتفاق أطراف الخصومة بغض النظر عن كون هذا الاتفاق بنداً من بنود العقد أو مشاركة مستقلة للتحكيم، وما دام الأمر كذلك فإن القرار الصادر من المحكم ليس إلا انعكاساً لهذا الاتفاق، ومنه فلا بد أن يتخذ الصفة التعاقدية شأنه شأن الاتفاق⁽¹⁾.

ويستند أنصار هذا الرأي على عدة حجج أهمها:

1- أن الأفراد باتفاقهم على التحكيم يتفقون ضمناً على التنازل عن الدعوى، ويخولون المحكم سلطة مصدرها إرادتهم، وهذه السلطة لا يمكن أن تكون سلطة قضائية، إذ أنها تقوم على إرادة ذوي الشأن، كما أنه إذا كانت طبيعة الرابطة القانونية مصدر الأثر القانوني هي التي تحدد طبيعة هذا الأثر، فلا يمكن اعتبار سلطة المحكم سلطة عامة، لأن الأفراد الذين يعينون المحكمين لا يتمتعون بسلطة عامة، ولا يمنع من القول بالطبيعة التعاقدية للتحكيم أن يتم تعيين المحكم أحياناً من قبل السلطة القضائية، لأن هذه الأخيرة في تعيينها للمحكم إنما تحل محل الأفراد في استعمال حقهم في اختيار المحكم⁽²⁾.

2- أن التحكيم يختلف في هدفه عن القضاء، فالقضاء يرمي إلى تحقيق مصلحة عامة، أما التحكيم فإنه يرمي إلى تحقيق مصالح خاصة لأطراف التحكيم⁽³⁾.

3- أن القانون الوضعي يؤيد هذه الطبيعة، حيث أنه⁽⁴⁾:

أ- يمكن القول أن المحكم يكون وطنياً أو أجنبياً، في حين أن الوظيفة القضائية لا يباشرها سوى وطنياً.

(1) - أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 21.
Mohamed Mentaleteta, L'arbitrage Comemrcial en droit Algérien, O.P.U, Algérien, 2^{eme} ed , 1986, P89.

(2) - أشرف خليل روية، الطبيعة القانونية للتحكيم، مقال منشور على الإنترنت من موقع [www. Mouhamoun/](http://www.Mouhamoun.mountada.com)

(3) - أشرف خليل روية، الطبيعة القانونية للتحكيم، مرجع سابق، ص 3.

(4) - المرجع نفسه.

ب- إذا لم يتم المحكم بواجبه فلا تنطبق عليه قواعد إنكار العدالة.

ج- إذا أخطأ المحكم فإنه لا يخضع لقواعد المخاصمة.

د- يمكن رفع دعوى أصلية ببطالان حكم المحكم بعكس حكم القضاء.

ومن أيد هذا الاتجاه محكمة النقض الفرنسية، حيث أيدته بطريقة غير مباشرة في حكمها الصادر في 09 جويلية 1928⁽¹⁾، ثم عادت وأكدت الطبيعة التعاقدية للتحكيم بشكل صريح في حكمها الصادر في 27 جويلية 1937، حيث قالت: «إن قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشاركة تحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشاركة، وتنسحب عليها صفتها التعاقدية»⁽²⁾.

مع ملاحظة أنه وعلى الرغم من اشتهاار اعتناق قضاء النقض الفرنسي للطبيعة التعاقدية للتحكيم فإن ذلك لم يجد صدى واسعاً في القضاء الفرنسي، إلا في القليل من الأحكام، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على عدم وضوح ورسوخ هذه الطبيعة في فرنسا⁽³⁾.

وقد وجهت العديد من الانتقادات لهذا الاتجاه منها:

1- المبالغة في إعطاء الدور الأساسي لإرادة الأطراف، فالواقع أن الأطراف لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم هم، وإنما الكشف عن إرادة القانون في الحالة المعينة، فالمحكم وهو يقوم بالفصل في النزاع يطبق إرادة القانون، ولا يلقي بالآلة إلى ما قد تكون إرادة الأطراف قد اتجهت إليه⁽⁴⁾.

2- إنه وإن كان الحكم التحكيمي مصدره اتفاق الأطراف فإن ذلك لا يضيي الطابع التعاقدية على التحكيم، لأن المحكم ملزم باتباع قواعد النظام، وكذلك العديد من القواعد الموضوعية والإجرائية، ومنها على سبيل المثال احترام حقوق الدفاع، وأن يكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون، فقد نصت مثلا المادة 35 من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي⁽⁵⁾، على أنه: «يصدر المحكمون قراراتهم غير مقيدين بالإجراءات النظامية عدا ما نص عليه نظام التحكيم ولائحته التنفيذية، وتكون قراراتهم بمقتضى

(1)- أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 25.

(2)- كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 25.

(3)- ينظر: أشرف خليل روية، الطبيعة القانونية للتحكيم، مرجع سابق، ص 3. وأبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 25.

(4)- أشرف خليل روية، المرجع السابق، ص 3.

(5)- الصادر بتاريخ 12-07-1403هـ، بموجب المرسوم الملكي رقم 46.

أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين المرعية»، هذا طبعاً باستثناء التحكيم بالصلح، فلا يتقيد بقواعد القانون الوضعي إلا ما كان منها متعلقاً بالنظام العام⁽¹⁾.

3- إن اختلاف أحكام القانون بين التحكيم والقضاء والذي استند إليه أصحاب هذا الرأي يرجع في الواقع إلى علة واحدة وهي أن المحكم وهو يقوم بمهمته، وهي مهمة ذات طابع قضائي لا يمثل الدولة، ولذلك فمن الطبيعي أن يختص القاضي ممثل الدولة ببعض الأحكام القانونية على خلاف القاضي المحكم⁽²⁾.

4- أن القول بالطبيعة التعاقدية للتحكيم يثير الخلاف بصدد تأصيل طبيعة العلاقة التي تربط أطراف التحكيم بالمحكّمين، حيث أصلها البعض على أنها وكالة بينما أصلها البعض الآخر على أنها إجازة عمل على أساس أن الأطراف يتفقان مع المحكم على إجازة عمله، ويترتب على ذلك حقوق والتزامات متبادلة⁽³⁾.

ثانياً: الطبيعة القضائية: ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن تحديد طبيعة التحكيم يكون بتغليب المعايير الموضوعية أو المادية، أي بتغليب المهمة الموكلة للمحكم، والغرض من هذا النظام، وليس مجرد الوقوف عند معايير شكلية أو عضوية منشؤها الوحيد إدعاء احتكار الدولة لإقامة العدالة بين الأفراد عن طريق أعوان يسمون قضاة، ففكرة المنازعة وكيفية حلها هي التي تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم باعتباره قاضياً. يختاره الأطراف لتحقيق العدالة بينهم⁽⁴⁾.

ومن هنا يرى أنصار هذا الرأي أن المحكم يعتبر قاضياً بحكم وظيفته، وهي الفصل في المنازعات⁽⁵⁾، وأن عمله وإن قام وتأسس على اتفاق التحكيم إلا أن هذا الاتفاق ليس هو الأساس الوحيد لعمله، فعمل المحكم عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر عن السلطة القضائية في الدولة، ومهمة المحكم هي مهمة قضائية وحكمه يرتب نفس الآثار التي يرتبها الحكم القضائي⁽⁶⁾، وأنه إذا كان التحكيم يبدأ في مرحلته

(1)- ويرر ذلك أن المحكم المصالح إنما يجري صلحاً، ومن ثم فهو لا يملك أن يجرد أحد الأطراف من كل ما يتمسك به، لأنه لا يقضي بين الخصوم، بل يصالح بينهم.

(2)- أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 24.

(3)- المرجع نفسه، ص 27.

(4)- ينظر: كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 81. وأبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 25.

(5)- وجدي راغب فهمي، هل التحكيم نوع من القضاء، مجلة الحقوق، ع 1-2، ص 17، (1413هـ-1993م)، ص 134. Mohamed Mentaleteta, L'arbitrage Comemrcial, Op. Cit, P90.

(6)- أشرف خليل روية، الطبيعة القانونية للتحكيم، مرجع سابق، ص 4.

الأولى بعمل إرادي، وهو شرط أو اتفاق التحكيم، فإن هذا العمل حسب أنصار الطبيعة القضائية دائما لا يعدو أن يكون مجرد فتيل لوضع هذا النظام موضع الحركة التي تهيمن عليها طبيعته القضائية، ويتحرك بذاتيته الخاصة⁽¹⁾. كما أن العمل الإرادي للخصوم في اختيار التحكيم كطريق لفض منازعاتهم لا يختلف إطلاقا عن العمل الإرادي للخصوم في الالتجاء إلى قضاء الدولة⁽²⁾.

وقد استند أنصار هذه الطبيعة إلى عدة حجج لتدعيم نظرتهم إلى التحكيم، أهمها:

I- الحجة الأساسية لأنصار الطبيعة القضائية للتحكيم أن كلا من القضاء والتحكيم يؤدي وظيفة واحدة هي الفصل في المنازعات القانونية، وأن كلا من القاضي والمحكم يقوم بتطبيق القانون على هذه المنازعات⁽³⁾.

وقد انتقدت هذه الحجة بأنه على الرغم من صحة كون كلا من القاضي والمحكم يفصل في منازعات قانونية، ويطبق القانون على وقائعها، إلا أن القول بأن هذا ما يحدث دائما في كل صور القضاء والتحكيم ليس صحيحا. فالقضاء قد يباشر وظيفته ويصدر أحكامه في قضايا دون وجود نزاع بين الطرفين (مثل حالة إقرار المدعى عليه بالدين المطلوب)، فالقانون لا يتطلب وجود نزاع بين الطرفين، وإنما يكفي وجود مصلحة للمدعي، إذ أن الوظيفة الأساسية للقضاء تتمثل في حماية الحقوق والمراكز القانونية بصرف النظر عن وجود نزاع أو عدم وجوده.

أما في التحكيم، فالمحكم يؤدي وظيفة اجتماعية واقتصادية سلمية بحته هي حل النزاع بالقانون أو بغير القانون، كما هو الحال في التحكيم بالصلح، وحتى دون التقيد بمنهج إجرائي معين كما هو الحال في التحكيم الحر - كما سيتبين لاحقا-، وهذا على نحو يضمن استمرار العلاقات بين أطراف النزاع في المستقبل⁽⁴⁾.

من هنا يتبين أنه إذا كان التحكيم يقترب من القضاء في بعض الصور، فإن هذا لا ينبغي أن يخفي الاختلاف الجوهرية بين وظيفة كل منهما.

(1)- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 26.

(2)- وجددي راغب فهمي، هل التحكيم نوع من القضاء، مرجع سابق، ص 134.

(3)- أشرف خليل روية، الطبيعة القانونية للتحكيم، مرجع سابق، ص 4.

(4)- وجددي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 139.

2-الحجة الثانية التي يستند إليها أنصار هذه النظرية هي اعتراف القانون بنظام التحكيم، إذ أن المحكم بالنسبة لهم يعد قاضيا لأنه لا يستمد سلطته من اتفاق التحكيم فحسب، وإنما من القانون الذي يعترف بنظام التحكيم ويجعل حكمه ملزما للمحاكم ويزوده بالقوة التنفيذية، وبينما يرى أغلب أنصار هذه النظرية أنه قاض خاص يتطرف بعضهم فيراه قاض عام يمارس سلطة الدولة القضائية لفترة معينة⁽¹⁾.

وقد تم الرد على هذه الحجة بأن:

أ-اعتراف القانون بعقد التحكيم لا ينفي أن هذا العقد هو المصدر المباشر لسلطة المحكمين، وأن القانون هو المصدر غير المباشر لها، كما هو الحال بالنسبة لآثار العقود والتصرفات القانونية الأخرى⁽²⁾.

ب-اعتبار المحكم قاضيا خاصا أو عاما تكذبه قواعد القانون الوضعي التي تخضع المحكم لنظام قانوني مغاير لذلك الذي يخضع له القاضي من حيث صلاحياته ومسؤوليته وسلطته، فلا يشترط في المحكم ما يشترط في القاضي⁽³⁾.

3-الحجة الثالثة التي يستند إليها القائلون بالطبيعة القضائية للتحكيم تتمثل في أن حكم المحكم يجوز حجية الشيء المقضي به، وينفذ تنفيذا جبريا بعد صدور الأمر بهذا التنفيذ، شأنه شأن الحكم القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة⁽⁴⁾.

وقد انتقدت هذه الحجة أيضا، وذلك من حيث:

أ-إن عبارة الحجية تستخدم في مجالات عديدة، وبمعاني مختلفة، فيقال أحيانا حجية العقد والمقصود بذلك قوته الملزمة أو نفاذه، وحجية المحرر الرسمي أو العرفي، والمقصود قوته في الإثبات، وحجية عقد الصلح ويقصد بها قوته في حسم النزاع، مع أن أحدا لا يقرر الطبيعة القضائية للصلح، كذلك فإن حجية الحكم المستعجل تختلف عن حجية الحكم القضائي⁽⁵⁾.

(1)-وجدي راغب فهمي، هل التحكيم نوع من القضاء، مرجع سابق، ص140.

(2)-أشرف خليل روية، الطبيعة القضائية للتحكيم، مرجع سابق، ص4.

(3)-وذلك من حيث السن والجنسية والجنس والمؤهلات والخبرة، فيجوز أن يكون المحكم أجنبيا أو غير مؤهل بالمرّة، كما أنه لا يخلف يمينا قبل مباشرته لعمله إلا في حالات معينة، وإنما يلزم أن يقبل التحكيم فقط.

(4)-أشرف خليل روية، المرجع السابق، ص5.

(5)-المرجع نفسه.

ب- إنه لا يجوز رفع دعوى أصلية ببطلان الحكم القضائي إلا في حالة انعدامه⁽¹⁾، بينما القلعة في حكم المحكمين هو جواز رفع دعوى أصلية ببطلانه للتمسك بأي سبب من أسباب البطلان المقررة في القانون، وذلك سواء تعلق الأمر باتفاق التحكيم أم إجراءاته، أو حتى الحكم ذاته، وهذا طبيعي لأن حكم المحكمين باعتباره عملا من أعمال الأفراد يجب ألا تحول حجته دون اللجوء إلى القضاء وطلب حماية القانون⁽²⁾.

ج- إن القوة التنفيذية لحكم المحكمين لا تثبت إلا إذا صدر أمر بتنفيذه من رئيس المحكمة المختصة بعد رقابة شكلية يتحقق من خلالها من انتفاء موانع تنفيذه، وهذا على خلاف الحكم القضائي الذي يتمتع بذاته بقوة تنفيذية⁽³⁾.

4- أما الحجة الرابعة التي استند إليها أنصار هذا الاتجاه فهي وحدة بعض المصطلحات القانونية بين القضاء والتحكيم، ومثلوا لذلك بما درجت عليه القوانين المختلفة من إطلاق اصطلاح الحكم على قرار المحكمين شأنه شأن قرار القضاة، إضافة إلى حكم المحكمة بعدم الاختصاص في حالة التمسك أمامها باتفاق التحكيم، مما يفيد أن الأمر يتعلق بتوزيع العمل القضائي بين محاكم مختلفة⁽⁴⁾.

ولم تسلم هذه الحجة أيضا من النقد، حيث رد عليها من جانبين:

أ- فيما يتعلق بعبارة الحكم، فإنه يلاحظ أن إطلاقها على الحكم القضائي وعلى قرار المحكمين مقصور على التشريعات العربية، ففي فرنسا يطلق على أحكام القضاء Jugements أو Arrêts، بينما يطلق على قرار المحكمين La sentence arbitrale، وفي إيطاليا يطلق على الأول sentenze وعلى الثاني lodo، وفي بريطانيا يطلق على الأول jugements وعلى الثاني award، ولا يرجع هذا إلى أمر مقصود من المشرعين العرب، وإنما يرجع إلى استقرار اصطلاح الحكم والمحكم في مجال القضاء، ولم يجدوا بدا من استخدامه في التحكيم كذلك، خاصة وأن لفظ التحكيم مشتق لغة من حكم يحكم حكما⁽⁵⁾.

(1) -ولا ينعدم الحكم القضائي إلا إذا شابته عيوب جسيمة تنعدم معها صفته كعمل قضائي، ومثال ذلك صدور الحكم من غير قاض، حيث تنتفي بذلك حجية الأمر المقضي.

(2) -ووجدني راغب فهمي، هل التحكيم نوع من القضاء، مرجع سابق، ص 142.

(3) -المرجع نفسه، ص 143.

(4) -ينظر: المرجع نفسه، ص 145. وأشرف خليل روية، المرجع السابق، ص 6.

(5) -ووجدني راغب فهمي، هل التحكيم نوع من القضاء، مرجع سابق، ص 146.

ب- بالنسبة لمصطلح الاختصاص فإنه غير مقصور على الاختصاص القضائي، إنما يطلق في القلتون بمعنى واسع يشمل نطاق السلطة التي يعترف بها القانون لأي شخص، سواء أكانت هذه السلطة عامة أم خاصة، فيمكن الكلام مثلا عن اختصاص الوزير واختصاص المحكمة واختصاص المحكم، إضافة إلى أن فكرة الاختصاص بمعناها الفني الدقيق في مجال القضاء لا تنطبق على التحكيم، ذلك أنها في هذا المجال تقتصر على توزيع القضايا على المحاكم داخل الجهة القضائية⁽¹⁾.

هذا وقد اختلف أنصار الطبيعة القضائية فيما بينهم حول أساس الوظيفة القضائية التي يباشرها المحكم، فمنهم من قال -لاسيما التقليديون- أن أساس سلطة المحكم في إقامة العدالة هو تفويض من سيادة الدولة. فموجه يباشر المحكم هذه الوظيفة العامة بصفة مؤقتة، والتحكيم بهذا يشكل استثناء على سلطة الدولة، ومنهم من يرفض هذه النظرة التي تجعل التحكيم مجرد بطانة لقضاء الدولة، ويرى أنه بالنظر إلى تطور التحكيم وشيوعه وتنظيم إجراءاته وإنشاء مراكزه فضلا عن أسبقته في الظهور، فإنه يشكل جهة قضاء إلى جانب قضاء الدولة، بحيث يمكن القول أنه يوجد قضاءان بصفة متوازية، قضاء الدولة وقضاء التحكيم، وعلى الرغم من أن هذا الأخير هو قضاء خاص، إلا أنه يتمتع بأصالة واستقلال⁽²⁾.

لكن ما يلاحظ هو أنه وعلى الرغم من الانتقادات الموجهة إلى الحجج التي استند إليها أنصار الطبيعة القضائية واختلافهم حول أساس الوظيفة القضائية التي يباشرها المحكم فإن الطبيعة القضائية للتحكيم تحظى بتأييد واسع في أحكام القضاء، خاصة في كل من فرنسا وبلجيكا.

إذ تراجعت محكمة النقض الفرنسية عن تأييدها وتبنيها للطبيعة التعاقدية للتحكيم، فقالت في أحكام حديثة نسبيا أن أطراف الخصومة بالتجائهم إلى التحكيم إنما يعبرون عن إرادتهم في إعطاء الغير سلطة قضائية، كما أشارت المحكمة العليا الفرنسية إلى أن التحكيم يعتبر قضاء استثنائيا يملك فيه المحكم سلطة ذاتية ومستقلة للفصل في المنازعات التي يطرحها عليه الخصوم⁽³⁾.

أما في بلجيكا فقد ذهبت محكمة النقض البلجيكية إلى القول بأن قرار التحكيم سواء كان مشمولا بأمر التنفيذ أم لا، فإنه يعتبر عملا ينبثق عن وظيفة قضائية⁽⁴⁾.

(1)- ووجدي راغب فهمي، هل التحكيم نوع من القضاء، مرجع سابق، ص 146.

(2)- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 28.

(3)- المرجع نفسه.

(4)- المرجع نفسه.

ثالثاً: الطبيعة المختلطة للتحكيم: ذهب أنصار هذه الطبيعة إلى الوقوف موقفاً وسطاً بين النظريتين السابقتين، وحاولوا التوفيق بينهما، بقولهم أن كلتا النظريتين قد أصابت جزءاً من الحقيقة، إذ التحكيم في حقيقته ذو طبيعة مختلطة أو مركبة عقدية قضائية.

فالتحكيم حسبهم تتعاقب عليه صفتان، الأولى وهي الصفة التعاقدية، حيث تبدو واضحة في اختيار الخصوم للتحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم ونزولهم عن اللجوء إلى قضاء الدولة، وفي اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع، أما الثانية فهي الصفة القضائية، حيث يغير التحكيم من طبيعته التعاقدية إلى طبيعة قضائية بفضل تدخل قضاء الدولة عندما يلجأ إليه الأطراف لإعطاء القوة التنفيذية لقرار التحكيم الذي يتحول بموجبها إلى حكم قضائي. فالتحكيم إذن يبدأ باتفاق الأطراف وينتهي بحكم قضائي يحوز حجية الأمر المقضي، وهكذا يبدأ عقداً وينتهي قضاءً⁽¹⁾.

ومع هذا فإن هذا الرأي لا يخلو من النقد، فقد وجهت إليه بعض من الانتقادات لعل أهمها يكمن في: أن التحليل القانوني يجب ألا يقف عند القول بأن التحكيم ذو طبيعة مختلطة، أو أنه خليط غير متجانس، فمثل هذا الوصف يعتبر بمثابة اعتراف بالعجز ومحاولة للهروب من مواجهة الحقيقة بأبعادها المتعددة، فالواجب في مواجهة مثل هذه الحقائق المركبة محاولة تحليلها لردّها إلى عناصرها المميزة، وتحديد دور كل عنصر ومظاهره في كل مرحلة من المراحل المختلفة، بحيث يمكن في النهاية تحديد مدى تداخل كل من العناصر التعاقدية والقضائية في تكوين نظام تحكيم⁽²⁾.

رابعاً: الطبيعة المستقلة: ذهب بعض الشراح إلى القول بأن التحكيم ذو طبيعة خاصة، ذلك أن القائلين بالطبيعة العقدية للتحكيم لم يتفقوا حول طبيعة هذا العقد، هل هو من عقود القانون العام، أم من عقود القانون الخاص، وهل هو عقد ينظم الشكل أو ينظم الموضوع، وحتى القائلين بأنه من عقود القانون الخاص اختلفوا في تحديد ماهيته، فتارة يقولون بأنه عقد عمل، وتارة أخرى يقولون بأنه عقد وكالة.

كذلك أنصار الطبيعة القضائية لم يستطيعوا الفكك من اعتبارات النظام القضائي الداخلي عند محاولتهم لرصد طبيعة التحكيم التجاري الدولي، فالبعض يرى أنه مجرد بطاقة للقضاء الوطني، والبعض الآخر يرى أنه تفويض صادر من الدولة للمحكم لإقامة العدالة بين الخصوم.

(1)- ينظر: أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 32. ووجدي راغب فهمي، هل التحكيم نوع من القضاء، مرجع سابق، ص 31. وكمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 82.

(2)- ينظر: مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العاز، التحكيم في العلاقات الخاصة، مرجع سابق، ص 45. وأشرف خليل روية، الطبيعة القانونية للتحكيم، مرجع سابق، ص 7.

أما الذين وقفوا موقفا وسطا، ففضلا عن اختيارهم للسهولة، فإن موقفهم فيه نوع من الهروب من التصدي الجدي لمشكلة تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم⁽¹⁾.

وبناء على ما تقدم يمكن القول أن البحث في هذه المسألة يجب أن ينصب على حصر العناصر ذات الطابع الإرادي "التعاقدي" للتحكيم، وتمييزها عن تلك العناصر ذات الطابع القضائي، بحيث يمكن في النهاية تحديد مدى تداخل كل عنصر من العناصر التعاقدية والقضائية في تكوين نظام التحكيم، وإعطائه طبيعته الذاتية المستقلة، فالجهد يجب ألا يتوقف على إذابة أحد العنصرين في الآخر، أو محاولة المزج بينهما، وإنما تحليلهما تحليلا دقيقا يكشف عن الخصائص المميزة لكل منهما⁽²⁾.

فاتفاق التحكيم وإن كان عقدا يتمتع بالخصائص العامة للعقود إلا أنه يتميز عنها بهدفه وموضوعه، فهدفه ليس إقامة علاقة قانونية مبتدأة بين طرفين مالية كانت أو شخصية، وإنما تسوية النزاع الناشئ عن علاقة قانونية سابقة، وموضوعه ليس التراضي على تسوية نهائية للنزاع محددة بذاتها، وإنما إقامة كيان عضوي "فردا كان أو هيئة" ترفع إليه إدعاءات الطرفين لتولي الفصل فيها بصفة مستقلة عنهما⁽³⁾، أما عن عمل المحكم فهو بالضرورة حسم النزاع وفقا للمبادئ العامة التي يضعها النظام القانوني وأهمها مبدأ المساواة ومبدأ المواجهة إلى غير ذلك من المبادئ القضائية، كما يجب على المحكم تطبيق شروط اتفاق التحكيم مثله في ذلك مثل القاضي عندما يطبق شروط عقد معين متعلق بالنزاع المطروح عليه، فالمحكم هنا يطبق اتفاق التحكيم للتعرف على حدود المنازعات التي تدخل في ولايته، وللتعرف على القواعد الإجرائية والموضوعية الواجبة الأعمال في صدد النزاع⁽⁴⁾.

وعلى ذلك نخلص إلى أن التحكيم قضاء اتفاقي يتقيد بنصوص اتفاق التحكيم، وبالنصوص القانونية التي يفترض على المحكم الالتزام بها، لذلك يجب الابتعاد عن القوالب التقليدية لتحديد طبيعة التحكيم، فهو ظاهرة وإن سبقت القضاء في الوجود، إلا أنه ليس أحد السلطات العامة في الدولة مثل القضاء، كما أنه لا يجوز في كل منازعة، حيث يجب أن تكون المنازعة قابلة للتحكيم، فربط التحكيم بفكرة تقليدية عقدية كانت أم قضائية ربما كان ذا فائدة في الماضي، أما الآن فإن تلك الفكرة قد تقف

(1)- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص33.

Mohamed Mentalettha, L'arbitrage Comemrcial, Op. Cit, P91.

(2)- أشرف خليل روية، الطبيعة القانونية للتحكيم، مرجع سابق، ص8.

(3)- مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة، مرجع سابق، ص46.

(4)- المرجع نفسه.

عائقا أمام التوصل إلى نظرة شاملة وواضحة لظاهرة التحكيم التي باتت تفرض نفسها على منازعات التجارة الدولية⁽¹⁾.

فإذا كان التحكيم يعني الرغبة في فض المنازعات بطريقة تبقى على الوثام مستقبلا بين الأطراف، فإنه يعتبر في التجارة الدولية الوسيلة الوحيدة التي تتلاءم مع معطيات هذه التجارة، ويعتبر على هذا النحو قضاء أصيلا لها، وتؤكد أصالة التحكيم كقضاء للتجارة الدولية بغياب الدولة العالمية التي كان من الممكن أن يقوم أحد أجهزتها بوظيفة القاضي في المنازعات التي يطرحها واقع المبادلات التجارية الدولية، ومن ثم يصبح التحكيم هو الشكل الأمثل كجهة قضاء في التجارة الدولية، كما تتأكد هذه الأصالة من خلال رصد واقع التجارة الدولية، وذلك من حيث مدى إذعان أطرافها للتحكيم التجاري، واستقلالية هذا النظام عن العقود التجارية الدولية التي تثار بمناسبة المنازعات التي تطرح على التحكيم، وتمتعه بقانون مستقل للإجراءات وسيرورة قراراته مصدرا لقضاء المحكمين، فضلا عن حجيتها فيما تقضي به⁽²⁾.

وعليه، نستنتج أن أنصار الطبيعة المستقلة للتحكيم رغم انتقادهم للطبيعة القضائية إلا أنهم لم يتعدوا عنها كثيرا، فالقول بأن التحكيم قضاء خاص لا ينفي الطبيعة القضائية له، بل يثبتها.

أخيرا نشير إلى أن المشرع الجزائري لم يتطرق صراحة إلى تحديد طبيعة التحكيم، ومع ذلك فإنه يمكن استخلاص الطبيعة التي تبناها من خلال النصوص التشريعية الخاصة بالتحكيم.

إن المتصفح لقانون الإجراءات المدنية الجزائري يلاحظ أن المشرع الجزائري استعمل -وعلى غرار المشرع الفرنسي- في التعديل الجديد الخاص بقانون الإجراءات المدنية والذي يتناول الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي عبارة: «تفصل المحكمة التحكيمية في النزاع...»⁽³⁾. فهذه العبارة تشير إلى تبني المشرع الجزائري للطبيعة القضائية للتحكيم⁽⁴⁾، إضافة إلى هذا فإن المشرع الجزائري قد استعمل في المادة 458 مكرر 16 (ق.أ.م) فقرة 2 عبارة: «ويكسي القرار التحكيمي فور صدوره حجية الشيء المقضي فيه المتعلق بالنزاع الذي فصل فيه». وهي عبارة تبين أيضا اتجاه المشرع الجزائري إلى تبني الطبيعة القضائية للتحكيم.

(1) -أشرف خليل روية، الطبيعة القانونية للتحكيم، مرجع سابق، ص8.

(2) -أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص35.

(3) -المادة 458 مكرر 14 (ق.أ.م).

(4) -نور الدين بكلي، اتفاق التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص10.

وقد ترتب عن تبني المشرع الجزائري للطبيعة القضائية للتحكيم آثارا مهمة منها:

- 1- أن حكم المحكم إجباري⁽¹⁾.
- 2- حكم المحكم يفصل في النزاع⁽²⁾.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

⁽¹⁾- وهو ما يستفاد من الفقرة الثالثة من المادة 458 مكرر 16 (ق.إ.م).

⁽²⁾- وهو ما يستفاد من الفقرة الثانية من المادة 458 مكرر 16 (ق.إ.م).

المبحث الثاني: أنواع التحكيم التجاري الدولي وضوابط دوليته

بعد أن تعرفنا على مفهوم التحكيم التجاري الدولي وبيننا طبيعته نكون قد أعطينا فكرة عامة عنه ولكي نتضح هذه الفكرة أكثر يكون لزاما علينا رسم حدود هذا التحكيم بناء على تحديد أنواعه (في مطلب أول)، ثم بيان المعايير المعتمدة لتحديد ما إذا كان التحكيم التجاري دوليا أم داخليا، والمعبر عنها بضوابط دولية التحكيم (في مطلب ثان)، وهذا منعا لأي تداخل بين التحكيم في مجال التجارة الدولية، والتحكيم في المجالات الأخرى.

المطلب الأول: أنواع التحكيم التجاري الدولي

لا يتخذ التحكيم صورة واحدة في الممارسة العملية، وإنما يتخذ صوراً متعددة، فمن ناحية قد يكون التحكيم اختياريا، وقد يكون إجباريا، ومن ناحية أخرى قد يكون تحكما بالقضاء، وقد يكون تحكما بالصلح، ومن ناحية ثالثة قد يكون تحكما حرا وقد يكون تحكما مؤسسيا. ونظرا لأهمية هذه الأنواع سنتناول كل واحد منها بالشرح مع بيان موقف المشرع الجزائري والشريعة الإسلامية في كل مرة.

الفرع الأول: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري

التحكيم الاختياري هو التحكيم الذي يلجأ إليه الخصوم إراديا، أي دون إلزام من جهة معينة، أما التحكيم الإجباري فهو الذي يجبر الخصوم على الالتجاء إليه.

أولا: في الشريعة الإسلامية

لم يتطرق فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تقسيم التحكيم إلى تحكيم اختياري وآخر إجباري، إلا أنه وباستقراء الآيات القرآنية المتعلقة بالتحكيم نجد أن هناك إشارة إلى التحكيم الإجباري، وذلك في:

1- التحكيم عند الشقاق بين الزوجين: قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأُوعِثُوا حَكْمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِطْلَاقًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁽¹⁾.

اختلف الفقهاء في حكم بعث الحكّمين على قولين:

⁽¹⁾ -سورة النساء: الآية: 35.

القول الأول: الوجوب، أي أن الآية تنص على وجوب بعث الحكامين، وهو المعتمد عند الشافعية «فقد صححه صاحب الروضة وجزم به الماوردي، وقال الأذرعى* هو ظاهر نص الأم»⁽¹⁾، إذ جاء في هذا الأخير: «فإذا ارتفع الزوجان المخوف شقاقهما إلى الحاكم فحق عليه أن يبعث حكما من أهله وحكما من أهلها»⁽²⁾. فظاهر كلمة "فحق" أفاد الوجوب عند الأذرعى⁽³⁾،

كما أن الوجوب هو ظاهر قول اللخمي⁽⁴⁾، وابن العربي** من المالكية، فقد جاء في أحكام القرآن: «إذا علم الإمام من حال الزوجين الشقاق لزمه أن يبعث إليهما حكامين ولا ينتظر ارتفاعهما»⁽⁵⁾.

وهو اختيار محمد رشيد رضا***⁽⁶⁾، وكذا صاحب التحرير والتنوير الذي قال في تفسير آية الشقاق السالفة الذكر، «فالآية دالة على وجوب بعث الحكامين عند نزاع الزوجين المتراحم المستمر المعبر عنه بالشقاق»⁽⁷⁾.

*- الأذرعى: هو شهاب الدين أحمد بن حمدان بن أحمد بن عبد القادر بن عبد الغني بن محمد بن أحمد بن داود الأذرعى، نسبة إلى أذرعات (ناحية بالشام)، فقيه شافعي ولد سنة 707هـ، تفقه بدمشق قليلا ثم انتقل إلى حلب فقطنها وناب في الحكم بها، ثم ترك ذلك وأقبل على التصنيف والتدريس والفتوى، وقد اشتهرت فتاويه في البلاد الحلبية، كما أنه انتقل إلى القاهرة لبعض الوقت ثم عاد إلى حلب أين توفي وكان ذلك سنة 783هـ، من تصانيفه "القوت على المنهاج" في 10 مجلدات، "الغنية"، "المتوسط"، "الفتح بين الروضة والشرح"، (ينظر: ابن العماد، شذرات الذهب، مصدر سابق، 278/6. وخير الدين الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، 89/1).

(1)- الخطيب الشربيني، معني المحتاج، مصدر سابق، 261/3.

(2)- الشافعي، الأم، تصحيح محمد زهري النجار، د.ط، (لبنان، بيروت، دار المعرفة، د.ت)، 194/5.

(3)- قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم، مرجع سابق، ص 385.

(4)- الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، 16/4.

**- ابن العربي: هو محمد بن عبد الله بن محمد المعافري الإشبيلي المالكي أبو بكر الإمام الحافظ القاضي، ولد سنة 468هـ، رحل إلى المشرق لطلب العلم مع أبيه الذي كان من فقهاء إشبيليا ورؤسائها، وكان أبو بكر أحد من بلغ رتبة الاجتهاد فيما قيل، فصنف في الحديث والفقه والأصول وعلوم القرآن والأدب والنحو والتاريخ، ومن هذه المصنفات: عارضة الأحوزي شرح صحيح الترميذي، أحكام القرآن، العواصم والقواصم والناسخ والمنسوخ، توفي سنة 543هـ. (ينظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، مصدر سابق، 1294/4. وابن فرحون، الديباج المذهب، مصدر سابق، ص .)

(5)- ابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق علي محمد البجاوي، د.ط، بيروت، دار الفكر، د.ت، 427/1.

***- محمد رشيد رضا: هو محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن متلا علي خليفة الحسيني البغدادي الأصل، ولد سنة 1282هـ الموافق لـ 1865م، صاحب الشيخ محمد عبده وأسس مجلة المنار، وهو يعد من رواد الوعي الإسلامي في الشرق، له مؤلفات كثيرة أشهرها: "مجلة المنار" أصدر منها 34 مجلدا، "تفسير القرآن الكريم" المسمى "تفسير المنار" لم يكمله، "تاريخ الإمام محمد عبده"، "نداء الجنس اللطيف"، "الوحي المحمدي"، "الخلافة"، "يسر الإسلام"، "أصول التشريع العام"، "شبهات النصارى وحجج الإسلام"... توفي سنة 1354هـ-1935م بالقاهرة، (ينظر: خير الدين الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، 126/6. وعمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، مرجع سابق، 293/3).

(6)- محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ط2، (لبنان، بيروت، دار المعرفة، 1393هـ-1973م)، 77/5.

(7)- ابن عاشور، التحرير والتنوير، د.ط، (تونس، الدار التونسية للنشر، 1984)، 46/5.

ويستند القائلون بأن الآية تنص على وجوب بعث الحكمين إلى ظاهر الأمر في قوله تعالى "فابعثوا"⁽¹⁾.

القول الثاني: الاستحباب، أي أن الآية تدل على استحباب بعث الحكمين، وينسب هذا القول أيضا إلى الشافعية لما جاء في الأنوار: «ولو اشتد الشقاق بينهما وداما على التضارب والتفاحش بعث القاضي حكما من أهله وحكما من أهلها استحبابا»⁽²⁾، ولقول صاحب مغني المحتاج «... والاستحباب لنقل البحر له عن نص الشافعي»⁽³⁾.

ويستند هذا القول إلى أن:

1-الأصل في الأمر هو الندب أي الاستحباب⁽⁴⁾.

2-الأمر قد يظهر أيضا في الإرشاد⁽⁵⁾.

3-بعث الحكمين من الأمور الدنيوية التي لا يظهر المولى جل جلاله إرادة الوجوب منه فيها⁽⁶⁾.

ويرد على قول الشافعي هذا بقول الأذرعني أن ظاهر نص الأم للشافعي هو الوجوب - كما تقدم -

القول الراجح: يبدو من خلال عرض القولين ومستند كل منهما أن القول الأول والذي مفاده أن

الآية تنص على وجوب بعث الحكمين هو القول الراجح⁽⁷⁾، بدليل أنه:

أ-على الرغم من اختلاف الأصوليين في الأصل في الأمر هل هو الوجوب أو الاستحباب إلا أن

الراجح عند جمهورهم هو الوجوب، ولا يصرف إلى الاستحباب إلا بقرينة⁽⁸⁾.

(1)-الرملي، نهاية المحتاج، مصدر سابق، 392/6.

(2)-يوسف الأردبيلي، الأنوار لأعمال الأبرار، د.ط، (القاهرة، مطبعة المدني، 1390هـ-1970م)، 150/2.

(3)-الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سابق، 261/3.

(4)-ينظر: محمد بن علي الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، تحقيق: أبي مصعب سعيد البديري، ط2،

(لبنان، بيروت، مؤسسة الكتب الثقافية، 1413هـ-1993م)، ص169. وسيف الدين أبي الحسن الآمدي، الإحكام في

أصول الأحكام، ضبط إبراهيم العجوز، ط1، (لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، 1405هـ-1985م)، 369/2.

(5)-كقوله تعالى: «واستشهدوا شهيدين»، "فاكتبوه" (البقرة: الآية 282). والفرق بين الندب والإرشاد أن الندب لشواب

الآخرة والإرشاد لمنافع الدنيا. (ينظر: فخر الدين الرازي، المحصول في علم الأصول، ط1، لبنان، بيروت، دار الكتب

العلمية، 1408هـ-1988م، 201/1).

(6)-قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم، مرجع سابق، ص388.

(7)-المرجع نفسه.

(8)-ينظر: الشوكاني، إرشاد الفحول، مصدر سابق، ص169. وأبي محمد علي بن حزم، الإحكام في أصول الأحكام،

تحقيق: لجنة من العلماء، ط2، (لبنان، بيروت، دار الجيل، 1407هـ-1987م)، 219/3.

ب- أن النزاع بين الزوجين يجب أن يسوى حفاظاً على الأسرة وحقوقها، وقد بين القرآن الكريم طريقة فض هذا النزاع، والمتمثلة في بعث الحكيمين فوجب حمل البعث على الوجوب لا على غيره⁽¹⁾.

ثانياً: التحكيم في جزاء الصيد: قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُّهُ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمَّداً فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا حَدَلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بِالِغِ الْكُفَّةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينٍ أَوْ حَدَلٌ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ لَمَّا سَأَلَهُ وَمَنْ نَمَدَ فَيَنْتَقِبْهُ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ مُزِيدُ ذُوِ انْتِقَامٍ﴾⁽²⁾.

فمن خلال هذه الآية الكريمة أوجب المولى ﷺ الرجوع إلى حكيمين في جزاء قتل الصيد عمداً من قبل المحرم. وقد وردت مجموعة من الآثار عن امثال الصحابة رضي الله عنهم لهذا الأمر ومنها:

1- ما رواه الإمام مالك^{*} عن محمد بن سيرين^{**} أن رجلاً جاء إلى عمر بن الخطاب فقال: «إني أخرجت أنا وصاحبي فرسين نستبق إلى ثغرة ثنية، فأصننا ظيماً ونحن محرمان، فما ذا ترى في ذلك؟» فقال عمر لرجل إلى جنبه: «تعالى حتى أحكم أنا وأنت»، قال: فحكما عليه بعتر، فولى الرجل وهو يقول: هذا أمير المؤمنين لا يستطيع أن يحكم في ظي حتى دعا رجلاً فحكّم معه، فسمع عمر قول الرجل فدعاه فسأله: «هل تقرأ سورة المائدة؟» فقال: لا، فقال عمر: لو أخبرتني أنك تقرأ سورة المائدة لأوجعتك ضرباً»، ثم قال: «إن الله تبارك وتعالى قال في محكم كتابه: ﴿يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا حَدَلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بِالِغِ الْكُفَّةِ﴾، وهذا عبد الرحمن بن عوف»⁽³⁾.

(1)- قحطان عبد الرحمن الدوري، المرجع السابق، ص389.

(2)- سورة المائدة: الآية: 95.

*- الإمام مالك: هو مالك بن أنس الأصبحي الحميري، أحد الأئمة الأربعة، يلقب بإمام دار الهجرة، ولد بالمدينة المنورة وتوفي بها سنة 179هـ، له مجموعة من المصنفات منها: "الموطأ"، "رسالة في الرد على القدرية"، "وكتاب في النجوم"، و"تفسير غريب القرآن" وغيرها. (ينظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، مصدر سابق، 207/1. الشيرازي: طبقات الفقهاء، مصدر سابق، ص67).

**- ابن سيرين: هو محمد بن سيرين الأنصاري أبو بكر بن أبي عمر من سبي عين التمر، مولى أنس بن مالك، ثقة، مات سنة 110هـ. (ينظر الذهبي، المصدر السابق، 77/1. ابن حجر: تقريب التهذيب، مصدر سابق، 169/2).

(3)- ينظر: مالك، الموطأ، رواية أبي مصعب الزهري المدني، تحقيق: بشار عواد معروف، محمود محمد خليل، ط2، (بيروت، مؤسسة الرسالة، 1413هـ-1993م)، 485/1. أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعائي، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، د.ط، (د.م، د.ت)، 406/4.

2- عن أبي جرير البجلي* قال: «أصبت ظييا وأنا محرم فأتيت عمر رضي الله عنه فسألته فقال: إئت رجلين من إخوانك فليحكما عليك، فأتيت عبد الرحمن بن عوف وسعدا -رضي الله عنهما-، فحكما علي تيسلا أعفر** (1).

وامتثال صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم للأمر الوارد في الآية يدل على أن مقتضى هذا الأمر هو الوجوب، ومن ثمّ يمكن القول أن التحكيم في جزاء الصيد هو تحكيم إجباري.

وعليه نخلص إلى أن التحكيم الإجباري في الشريعة الإسلامية منحصر في أمرين اثنين هما: التحكيم عند الشقاق بين الزوجين، والتحكيم في تحديد جزاء قتل الصيد من قبل المحرم، بمعنى أن التحكيم فيما عدى هذين الأمرين هو تحكيم اختياري، بما في ذلك التحكيم في المنازعات التجارية الدولية.

ثانيا: في القانون الوضعي

تقدم أن التحكيم يكون اختياريا إذا لم يكن اللجوء إليه أمرا مفروضا على أطراف الخصومة، أي متى تم اللجوء إليه بمحض إرادة الخصوم، وهذا هو الأصل العام في التحكيم التجاري الدولي، الذي يتم بناء على تراضي الخصوم إما بمقتضى قبولهم بشرط التحكيم الوارد في العقد، وإما باتفاق بينهم بعد وقوع النزاع⁽²⁾.

إلا أن هناك حالات خاصة مستثناة من هذا الأصل العام، أي أن التحكيم فيها يكون إجباريا، حيث يفرض على الخصوم الالتجاء إليه للفصل في منازعاتهم، ومن هذه الحالات:

1- اتفاقية بيرن المبرمة سنة 1961 والمتعلقة بنقل البضائع بالسكك الحديدية، إذ أسندت هذه الاتفاقية إلى محكمة التحكيم سلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بالنقل بالسكك الحديدية بين رعايا الدول

* - البجلي: روى عن عمر بن الخطاب وعبد الرحمن بن عوف وسعد بن مالك. (ينظر: طبقات ابن سعد، مصدر سابق، 106/6).

** الأعفر: الرمل الأحمر، والأعفر: الأبيض وليس بالشديد البياض. (ينظر: أبو بكر الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص 529. المكتب الثقافي لتحقيق الكتب، إشراف: علي مهنا، لسان اللسان تهذيب لسان العرب، ط 1، (لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، 1413هـ/1993م)، 194/2).

(1) - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، باب: جزاء الصيد بمثله من النعم، يحكم به ذوا عدل من المسلمين، 181/5.

(2) - ينظر: محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم، مرجع سابق، ص 149. ومحمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق، 1/

المتعاقد وغير المتعاقد⁽¹⁾.

2- المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المتعاقد ورعايا الدول الأخرى، الذي أوكل مهمة الفصل في المنازعات إلى محكمة التحكيم بمقتضى اتفاقية واشنطن سنة 1965⁽²⁾.

3- يكون التحكيم إجباريا لدى غرفة التجارة الدولية في عقود المنشآت الصناعية والتوريدات ذات الشكل النموذجي⁽³⁾.

4- ومن ذلك أيضا ما تقضي به المادة 90 من الشروط العامة للكوميكون⁽⁴⁾ التي تحكم بيوع البضائع بين منظمات التجارة الخارجية في بلاد الكوميكون، حيث تنص على أن كل التراعات التي تنجم عن العقد أو تتولد بمناسبةه يجب عرضها على التحكيم مع استبعاد اختصاص المحاكم العادية بذلك، ويتم عرضها أمام محكمة التحكيم المنشأة للنظر في هذه المنازعات في بلد المدعى عليه، أو في بلد ثالث عضو في مجلس المعونة الاقتصادية المتبادلة متى تم اتفاق أطراف النزاع على ذلك⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح

أولا: في الشريعة الإسلامية

على الرغم من أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتطرقوا صراحة إلى تقسيم التحكيم إلى تحكيم بالقضاء وتحكيم بالصلح، إلا أنه باستقراء النصوص القرآنية المتعلقة بالتحكيم نجد أن هناك إشارة إلى

(1)- منير عبد المجيد، قضاء التحكيم، مرجع سابق، ص 8.

(2)- المرجع نفسه.

(3)- المرجع نفسه.

(4)- الكوميكون عبارة عن منظمة إقليمية اقتصادية أنشئت عام 1949 من قبل عدة دول اشتراكية، وكان الهدف من إنشائه هو تطوير اقتصاديات دوله وتنظيم التعاون بينها، وكان طبيعيا أن يكون من مظاهر هذا التعاون الاشتراكي تنشيط التبادلات التجارية بين الدول الأعضاء، ومن أجل ذلك وضعت قواعد موحدة تحكم صفقات التجارة الخارجية للدول الأعضاء في مجلس التعاون الاقتصادي المتبادل، وتم وضع هذه القواعد لأول مرة سنة 1958، ثم عدلت سنة 1968، حيث تم ملئ الثغرات التي وجدت بها على ضوء تجارب 10 سنوات خاضتها محاكم في الدول الاشتراكية. (ينظر: منير العليكي، موسوعة المورد، مرجع سابق، 106/3).

(5)- كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 98.

التحكيم مع التفويض بالصلح، وذلك في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِطْلَاقًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁽¹⁾.

فهذا النص القرآني يدل على أن الشرع الإسلامي قد عرف التحكيم بالصلح⁽²⁾.

ثانيا: في القانون الوضعي

إن الأصل في التحكيم أن يتم الفصل في النزاع بناء على أحكام القانون الذي يحكم موضوعه، فيمارس المحكم سلطة القاضي في تطبيق أحكام القانون على النزاع المطروح عليه، ويلتزم بالحدود المرسومة لهذه السلطة. وتطبيقا لهذا الأصل يتقدم كل من الطرفين بادعاءاتهم أمام المحكم، وتكون مهمة هذا الأخير هي التحقق من مدى صحة تلك الإدعاءات من خلال التعرف على وقائع النزاع وإنزال حكم القانون عليها، فيثبت ما صح منها ويرفض ما عداه، ويذكر ذلك في حكمه، بصرف النظر عن تقديره الشخصي لمدى عدالة النتائج التي توصل إليها، شأنه في ذلك شأن القاضي، ويسمى التحكيم في هذه الحالة التحكيم بالقانون أو التحكيم بالقضاء⁽³⁾.

أما التحكيم بالصلح⁽⁴⁾ فهو التحكيم الذي لا يتقيد فيه المحكم بقواعد القانون الموضوعي، بل يقوم بالفصل في النزاع طبقا لقواعد العدالة، أي بحسب ما يملكه عليه ضميره واقتناعه الشخصي، سواء وافق رأيه قواعد القانون الموضوعي أم لم يوافقها⁽⁵⁾، وحكم المحكم المصالح لا يقبل أي طعن وإن كان يجوز التمسك ببطلانه بدعوى أصلية⁽⁶⁾.

ولعل أهم نتيجة للترفة بين التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح تكمن في أن المحكم المصالح لا يتقيد بقواعد القانون، فضلا عن أنه لا يتقيد بأوضاع المرافعات ولا بالشكل العام المقرر في قانون

(1) -سورة النساء: الآية:35.

(2) -صالح العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص365.

(3) -مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة، مرجع سابق، ص108.

(4) -من النماذج التطبيقية للتحكيم بالصلح، القضية التي فصلت فيها محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس، بجلسة 1985/12/18، حيث كان طرفا النزاع شركتان إحداهما رومانية وهي المدعية، أما المدعى عليها فكانت شركة فرنسية. (ينظر: محي الدين اسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، 1/128).

(5) -ينظر: محمد محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق، 1/39. محي الدين اسماعيل علم الدين، المرجع السابق، 1/38.

(6) -أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص179.

المرافعات، كما أن تصرفاته لا تسري عليها الجزاءات المقررة في هذا القانون، ذلك أن رأيه هو معيار الصحة ما لم يتعلق الأمر بأسس المرافعات وحقوق الدفاع. إلا أنه يعتد بالقواعد القانونية المنظمة للتحكيم المنصوص عليها في باب التحكيم في مختلف قوانين المرافعات المدنية والتجارية، أو في نصوص التحكيم الخاصة⁽¹⁾، والمتعلقة بتحرير حكمه وإيداعه، لأن هذه الأحكام قصد بها مراقبة عمله حرصا على مصلحة الخصوم⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن القوانين الأنجلوسكسونية، وعلى خلاف التشريعات اللاتينية لا تعتد إلا بالتحكيم بالقضاء، ومن ثم سفايحكم في هذه القوانين يلتزم دائما وأبدا بأحكام القانون، ويخضع في تطبيقه لها لرقابة القضاء الأعلى مثله في ذلك مثل المحاكم الأدنى، وليس معنى ذلك بالطبع أنه لا يجوز لطرفي النزاع تفويض غيرهما بالفصل في النزاع بينهما، وفقا لما يرياه محققا للعدالة، ودون التزام بأحكام القانون، وإنما معناه أن هذه القوانين لا تعتبر هذا الأمر تحكيما بل تعتبره نوعا من الصلح، يخضع لأحكام هذا الأخير، لا لأحكام التحكيم⁽³⁾.

موقف المشرع الجزائري

قسم المشرع الجزائري، وعلى غرار المشرعين اللاتينيين، التحكيم بحسب الصلاحيات المخولة إلى الحكم، أو إلى هيئة التحكيم إلى تحكيم بالقضاء ويطلق عليه "التحكيم" هكذا دون وصف، وتحكيم بالصلح، حيث نص في المادة 458 مكرر (15) من (ق.إ.م) على أنه: «تفصل محكمة التحكيم كمفوض في الصلح، إذ حولتها اتفاقية الأطراف هذه السلطة»، فمن خلال هذا النص يتضح أن المشرع قد استند إلى مبدأ سلطان الإرادة كمييار للتفرقة بين التحكيم بالقضاء، والتحكيم بالصلح، بمعنى أن إرادة الأطراف هي المييار الوحيد للتفرقة بين هذين النوعين من التحكيم⁽⁴⁾.

(1) - ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

(2) - أحمد أبو الراف، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 179. محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح، مرجع سابق، ص 142.

(3) - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة، مرجع سابق، ص 109.

(4) - خليل بوضنيرة، تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 13.

الفرع الثالث: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي

أولاً: في الشريعة الإسلامية

لم تعرف الشريعة الإسلامية التحكيم النظامي "المؤسسي"، ذلك أن هذا النوع من التحكيم يعتبر من مظاهر العصر الحالي، ومنه يمكن القول أن التحكيم الذي عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية هو التحكيم الخاص "الحر" لا غير، ومع هذا فإنه لا يوجد في الشريعة ما يعارض التحكيم المؤسسي، ذلك أن مؤسسة التحكيم تعتبر بمثابة عامل مساعد على سير عملية التحكيم في ظروف حسنة، فهي تسهل على المتنازعين تنظيم إجراءات التحكيم واختيار المحكمين إلى غير ذلك، ولا مرأى في أن جلب التسيير هو من المقاصد الكلية للشريعة الإسلامية، فكل ما أدى إلى تسيير أمور العباد كان جديراً بالتبني والاتباع ما لم يفض إلى ارتكاب أحد المحرمات.

ثانياً: في القانون الوضعي

1- التحكيم الحر: ويطلق عليه أيضاً التحكيم الخاص أو تحكيم الحالات الخاصة Ad hoc، ويعرّف بأنه: «التحكيم الذي تقوم بإدارته الأطراف المعنية، أو مستشاروها القانونيون دون تدخل منظمة مختصة»⁽¹⁾، فهو تحكيم لا يختار فيه الأطراف هيئة دائمة للتحكيم، وإنما يجري في حالات فردية وفق مشيئة الخصوم من حيث اختيارهم للمحكمين، وكيفية مباشرة إجراءاته، ومكان انعقاده، والقانون الذي يسري على النزاع...⁽²⁾. ويدخل ضمن التحكيم الحر أو الخاص التحكيم الذي يشير الطرفان بشأنه إلى لائحة مؤسسة تحكيم ما دون أن يفيد ذلك منح اختصاص لتلك المؤسسة، للتدخل في جريان عملية التحكيم⁽³⁾.

ومن أبرز قواعد التحكيم الحر - في الوقت الحاضر - في المجال الدولي، القواعد التي وضعتها لجنة قانون التجارة الدولية UNICITRAL، فبدلاً من قيام الأطراف أو هيئة التحكيم بإعداد قواعد إجرائية لاتباعها في التحكيم الحر، سهلت اللجنة المهمة عليهم، بأن وضعت تلك القواعد لاتباعها إذا رغبت الأطراف في ذلك⁽⁴⁾.

(1) - نبيل أنطاكي، التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي واتفاقات التعاون بين مؤسسات التحكيم، ورقة عمل مقدم لندوة التحكيم في التشريعات العربية الحديثة، ص 3.

(2) - أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 21.

(3) - كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 99.

(4) - حمزة أحمد حداد، التحكيم بوجه عام، مرجع سابق، ص 7.

ومع كل ما تقدم فإن التحكيم الحر قد أفل نجمه، خاصة في الآونة الأخيرة، حيث أصبح الأطراف يفضلون اللجوء إلى منظمات أو مراكز متخصصة في التحكيم بدل اللجوء إلى التحكيم الخاص، وذلك للانتقادات التي وجهت إليه، ومنها على سبيل المثال:

أ- أن التحكيم الحر لا يناسب الحالات التي لا يوجد فيها توازن حقوقي أو واقعي بين الأطراف، حيث يمكن حينئذ للطرف الأقوى أن يؤثر على الإجراء لصالحه، كما أنه في حالة افتقار المحكمين للخبرة قد يؤدي التحكيم إلى تعقيد قضائي كانت الأطراف راغبة في تجنبه أصلاً⁽¹⁾.

ب- تضارب المصالح التي قد تنتج عن أن المحكم يبقى على اتصال مع موكله ويبحث معه مباشرة صلاحياته وأتعابه⁽²⁾.

2- التحكيم المؤسسي: ويسمى أيضا التحكيم النظامي، وهو التحكيم الذي يجري في إطار مراكز ومؤسسات تحكيم دائمة⁽³⁾، فيكفي وفقا لهذا التحكيم المنظم، اتفاق المتنازعين على اللجوء إلى إحدى تلك الهيئات لتقوم الهيئة بعد ذلك بتولي التحكيم وفقا لقواعد وإجراءات محددة تقوم بوضعها مسبقاً⁽⁴⁾، فالإحالة إلى أحد هذه المراكز تعني في الأصل الأخذ بقواعده الموحدة، إلا إذا أجاز النظام مخالفتها⁽⁵⁾، إضافة إلى

(1)-نبيل أنطاكي، التحكيم الحر و التحكيم المؤسسي، مرجع سابق، ص4.

(2)-المرجع نفسه

(3)-لقد تكاثرت أنواع هذه المؤسسات والمراكز وتعددت تسمياتها، فقد يطلق عليها أحيانا محكمة تحكيم Tribunal d'arbitrage، أو مركز تحكيم Centre d'arbitrage، أو غرفة تحكيم chambre d'arbitrage، أو جمعية تحكيم Association d'arbitrage، أو مكتب تحكيم Bureau d'arbitrage، وهذه الهيئات الدائمة إما أن تكون ناشئة عن اتفاقيات ثنائية كغرفة التحكيم الفرنسية الألمانية، أو أن تكون هيئات عالمية مثل محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس، كما قد تكون هيئات خاصة بتجارة معينة، كغرفة تحكيم القطن في بولندا. (ينظر: كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص99. أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص21).

(4)-إبراهيم الدسوقي أبو الليل، قواعد وإجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوق، ع1، ص17، (جامعة الكويت: كلية الحقوق، 1993)، ص59.

(5)-فمثلا نصت المادة 4 من نظام التوفيق والتحكيم لغرفة تجارة وصناعة دبي على أنه: «يعني الاتفاق على التوفيق أو التحكيم أمام غرفة تجارة وصناعة دبي، إقرار الأطراف بقبول إجراءات وأحكام هذا النظام، وبالالتزام بتنفيذها. ويجوز الاتفاق كتابة على اتباع أحكام مختلفة وفق ما يروونه مناسبا بما لا يؤثر على صلاحيات الغرفة أو هيئة التوفيق أو التحكيم في هذا النظام». (ينظر: نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي، الصادر بتاريخ 1994/2/22، الموافق 12 رمضان 1414هـ).

إعفاء أطراف الاتفاق على التحكيم من التصدي لكل تفصيلات شرط التحكيم، اكتفاء بما ورد في شأنها في نظام التحكيم المختار⁽¹⁾.

ويتمتع التحكيم المؤسسي بحسنات متعددة مقارنة بالتحكيم الحر، فهو يتيح للأطراف في مرحلة أولى وللمحكّمين بعد ذلك، إمكانية الاستفادة من خبرة وحسن تصرف مؤسسة التحكيم، ويضمن معالجة أفضل للملفات، مع الحد من مخاطر سوء التصرف، كما يسمح بعزل الأطراف عن المحكّمين ويجنبهم مشقة مناقشة أتباعهم بصفة مباشرة، زيادة على هذا، فإن مؤسسة التحكيم تأخذ على عاتقها خلق الشروط المناسبة لسير التحكيم، مما يقلل بشكل محسوس من ضرورة طلب مساعدة المحاكم المدنية⁽²⁾.

ويتم اللجوء إلى التحكيم في إطار أحد مراكز أو مؤسسات التحكيم الدائمة، بناء على إشارة في اتفاق التحكيم ذاته، وتكون هذه الإشارة إما عن طريق تبني الأطراف لشرط التحكيم الخاص بالمؤسسة التحكيمية⁽³⁾، التي يرغبون في تسوية النزاع عن طريقها، وإما بالنص على تطبيق قواعد ذلك المركز دون إدراج شرط التحكيم النموذجي الخاص به في الاتفاق⁽⁴⁾، ومن أمثلة شروط التحكيم النموذجية الخاصة بمراكز التحكيم:

أ- شرط التحكيم النموذجي لمحكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية: فهذه المحكمة تقترح على المتعاملين الذين يرغبون في اختيارها للفصل في نزاعاتهم المتوقعة الحدوث، تضمين عقودهم، الشرط التالي: «جميع النزاعات التي تنشأ بمناسبة هذا العقد، أو تتصل به يتم حسمها نهائياً وفقاً لنظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية، بواسطة محكم أو عدة محكّمين يتم تعيينهم طبقاً لهذا النظام»⁽⁵⁾.

(1)- محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم، مرجع سابق، ص 230.

(2)- نبيل أنطاكلي، التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي، مرجع سابق، ص 6.

(3)- كل مؤسسة تحكيمية عموماً تنص على شرط تحكيم تنصح الأطراف بالأخذ به إذا رغبت في الإحالة لذلك المركز، وعلى الأغلب يكون مثل هذا الشرط جامعاً لأي منازعة تتعلق بالعقد من حيث تفسيره أو إنجائه أو أي مطالبة ناشئة عنه، على أن هذه الشروط النموذجية توضع ليسترشد بها الأطراف وليس لضرورة الأخذ بها. (ينظر: حمزة أحمد حداد، التحكيم بوجه عام، مرجع سابق، ص 13).

(4)- حمزة أحمد حداد، المرجع نفسه، ص 14.

(5)- «Tous différents découlant , du présent contrat au en relation avec celui-ci, seront tranchés -définitivement suivant le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale par un au plusieurs arbitres nommés conformément à ce règlement »
(www.iccwbo.org . com /court/ french.)

ب- شرط التحكيم النموذجي لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي: يقترح هذا المركز على الراغبين في فصل منازعاتهم من خلاله تضمين عقودهم هذا الشرط: «يسوّى أي خلاف أو نزاع أو إدعاء ينشأ عن هذا العقد أو ما يتعلق به أو يخرق أو إنهاء أو إبطال له عن طريق التحكيم وفقاً لقواعد التحكيم بمركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي⁽¹⁾».

ج- شرط التحكيم النموذجي لمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية: وقد نص المركز على هذا الشرط في المادة الثانية فقرة 2 من لائحة إجراءات التحكيم الخاصة به، والتي جاء فيها: «جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد أو التي لها علاقة به يتم حسمها نهائياً وفقاً لنظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية⁽²⁾».

د- شرط التحكيم النموذجي لغرفة تجارة وصناعة دبي: الذي تنص عليه المادة الثالثة فقرة 2 من نظام التوفيق والتحكيم للغرفة بقولها: «توصي الغرفة الراغبين في حل نزاعاتهم بموجب هذا النظام أن يضمنوا عقودهم أحد البنود الآتية:

- بند تحكيم: كل نزاع يتعلق بانعقاد أو تنفيذ أو تفسير أو إلغاء أو فسخ أو بطلان هذا العقد أو يتفرع عنه أو يرتبط به بأي وجه من الوجوه يُحال إلى التحكيم وفقاً للأحكام الواردة في نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي⁽³⁾».

وعلى الرغم من تأخر ظهور التحكيم المؤسسي مقارنة بالتحكيم الحر، إلا أنه حاز على ثقة المتعاملين في مجال التجارة الدولية، ولاقي رواجاً كبيراً خاصة في الآونة الأخيرة، وهذا نظراً للمحاسن السالفة الذكر، والمزايا العديدة التي يقدمها لهم، ومنها:

«1- أن هيئات ومنظمات ومراكز التحكيم الدائمة لديها قوائم بأسماء المحكمين المتخصصين في مختلف أنواع المنازعات يستطيع المحكمون اختيار محكميهم منها، وهذا ما يجنبهم البحث عن المحكم المناسب خاصة إذا تعلق الأمر بمسائل فنية يحتاج فهمها إلى خبرة خاصة.

(1) - عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، مرجع سابق، ص 287.

(2) - التحكيم التجاري الخليجي، نشرة دورية يصدرها مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، ع 22، مارس 2002، ص 3.

(3) - نظام التوفيق والتحكيم لغرفة تجارة وصناعة دبي، الصادر في دبي بتاريخ 1994/02/22 الموافق لـ 12 رمضان

2- أن لديها لوائح معدة بالإجراءات التي يجري التحكيم لديها على أساسها، وهي عادة إجراءات بسيطة وسريعة، وهذا ما يجنب المحكّمين مشقة الاتفاق على الإجراءات الواجبة الاتباع.

3- أنها تقدم الخدمات الإدارية التي تتطلبها عملية التحكيم كأعمال السكرتارية، والترجمة، وحفظ الملفات والمستندات وغيرها، بالإضافة إلى تقديم المكان اللازم لعقد جلسات المحكّمين، وتوفير ما قد يحتاجونه من وثائق ومعلومات متعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النزاع.

4- أنها توفر المساعدة التي قد يحتاجها من صدر حكم التحكيم لصالحه في تنفيذه»⁽¹⁾.

هذا، وقد انتشرت مؤسسات التحكيم النظامي بشكل واسع عبر كل أنحاء العالم، فظهرت هيئات تحكيم دولية وأخرى إقليمية، وثالثة وطنية.

ومن أهم مراكز التحكيم الدولية العامة، محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس CCI⁽²⁾، وجمعية التحكيم الأمريكية AAA⁽³⁾، ومحكمة تحكيم لندن LCIA⁽⁴⁾. وإلى جانب هذه المراكز الدولية العامة، فإن هناك مراكز دولية أخرى متخصصة في منازعات معينة، كالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والمحكمة الدائمة للتحكيم بلاهاي، والجمعية الأوروبية للصلح والتحكيم في منازعات السينما والغرفة الدولية للفلم⁽⁵⁾.

ولم يكن الوطن العربي بمنأى عن هذا الانتشار لمراكز التحكيم، فقد شهد هو الآخر إنشاء العديد من مراكز التحكيم الوطنية والإقليمية نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

1- مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي التابع للجنة الاستشارية القانونية الأفروآسيوية، والذي يعود إنشاؤه لسنة 1978.

2- الهيئة العربية الأوروبية للتحكيم التجاري التابعة لغرفة التجارة العربية الأوروبية، وتم وضع قواعد تحكيم هذه الهيئة سنة 1982، وأصبحت نافذة اعتباراً من 1983/01/10.

(1)- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة، مرجع سابق، ص 128.

(2)- CCI : La cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale.

(3)- AAA : American Arbitration Association

(4)- LCIA : London Court of International Arbitrage.

(5)- ينظر: مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة، مرجع سابق، ص 130. إبراهيم

الدسوقي أبو الليل، قواعد وإجراءات التحكيم وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 59.

3- مركز البحرين للتحكيم التجاري الدولي، الذي أنشئ سنة 1993.

4- مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجية العربية، الذي أنشئ في شهر أكتوبر 1993، وله نظام خاص به تم إقراره في التاريخ ذاته.

5- غرفة تجارة وصناعة دبي، وصدر بشأنها نظام التوفيق والتحكيم رقم 2 لسنة 1994⁽¹⁾.

ونظرا لعدم اتساع المجال لتناول القواعد والإجراءات التي تتبعها مختلف هيئات ومؤسسات التحكيم، فسنتصر هنا على تناول قواعد وإجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية بباريس، باعتبارها من أهم وأقدم هيئات التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، إضافة إلى قواعد وإجراءات التحكيم وفقا لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي كنموذج لمراكز التحكيم المنتشرة في الوطن العربي.

أ- نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية CCI: قبل الحديث عن جهاز التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، نشير إلى أن هذه الغرفة هي منظمة غير حكومية، تأسست لخدمة مصالح التجارة الدولية، وتتكون عضوية غرفة التجارة الدولية من منظمات الأعمال، ومن المشروعات ذات الاهتمام الدولي، ويبلغ عدد أعضائها في الوقت الحالي عشرات الآلاف، وهي تباشر أعمالها في حوالي 57 دولة من دول العالم، أما مهام الغرفة، فتمثل في:

- تمثيل أوساط الأعمال الدولية على المستوى الوطني والدولي.
- تشجيع التجارة والاستثمارات الدولية القائمة على المنافسة الحرة والشريفة.
- توفير الخدمات العملية لأوساط العمل المختلفة.
- تنسيق العادات التجارية ووضع المصطلحات والتوجيهات للمستوردين والمصدرين.
- تقديم خدماتها في مجال التحكيم الدولي لأعضائها وغير أعضائها⁽²⁾.

بعد هذه النبذة المختصرة حول الغرفة التجارية بباريس، نتطرق فيما يأتي إلى نظام التحكيم الخاص بها.

أنشأت غرفة التجارة الدولية مركز التحكيم الخاص بها سنة 1920، من أجل حل المنازعات التجارية بين منشآت مختلف البلدان في علاقاتها التجارية⁽³⁾، ويقوم نظام التحكيم لدى الغرفة على ثلاثة

(1)- حمزة أحد حداد، التحكيم التجاري العربي، مرجع سابق، ص 23.

(2)- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، قواعد وإجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 63.

(3)- نوريان عبد القادر، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 71.

أجهزة رئيسية: محكمة تحكيم، أمانة عامة ومجلس الغرفة. ويمكن تطبيق قواعد هذا النظام على منازعات جميع معاملات التجارة الدولية دون تخصيص، فلا توجد قيود تتعلق بنوع النزاع التجاري الذي يخضع لتحكيم الغرفة، أو بصفة أطراف ذلك النزاع⁽¹⁾.

والملاحظ أن محكمة التحكيم لا تفصل بنفسها في النزاع، بل تشرف على تعيين محكمين أو تسيب تعيينهم مع مراعاة جنسياتهم ومكان إقامتهم وعلاقتهم بالمحكمين الآخرين، وبالأطراف، المادة 2 فقرة 1 من قانون CCI، كما أنها تتولى اعتماد القرار الذي تصدره هيئة التحكيم الفني تفصل في النزاع، وتراقب مدى مطابقته للشروط الشكلية⁽²⁾.

إجراءات سير التحكيم لدى الغرفة: يبدأ التحكيم بإيداع طلب التحكيم من قبل أحد الأطراف في العقد التجاري الدولي، ويكون هو المدعي الذي يدون في طلبه وصف الدعوى وأسماء الأطراف مع إرفاق الوثائق المتعلقة بذلك، بما فيها العقد محل النزاع، وتحديد المحكم المختار من قبله في هيئة التحكيم، بعد ذلك تقوم الغرفة بإرسال نسخة من هذا الطلب إلى الطرف الآخر الذي يجب عليه أن يجيب في خلال مدة ثلاثين يوماً بدفاعه أو أي إدعاء مضاد، وتعليقاته على عدد وطريقة اختيار المحكمين⁽³⁾. وللأطراف اختيار عدد المحكمين، فإذا لم يقوموا بذلك ولم يتفقوا عليه، تقوم محكمة التحكيم بتعيين محكم واحد وكذلك الأمر إذا اتفقوا على تعيين محكم وحيد، أما إذا اتفقوا على تشكيل محكمة من ثلاثة محكمين، فكل طرف يختار محكما خلال الثلاثين يوماً، وتختار المحكمة المحكم الثالث الذي يرأس هيئة التحكيم⁽⁴⁾.

ب- مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي:

I- التعريف بالمركز: أنشئ مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بمقتضى قرار السدورة 19 للجنة القانونية الاستشارية لدول آسيا وإفريقي المنعقدة بالدوحة، بناء على اتفاقية بين هذه اللجنة وجمهورية مصر العربية، ويأتي إنشاء هذا المركز كجزء من نظام اللجنة المتكامل لتسوية المنازعات في المجال الاقتصادي والتجاري⁽⁵⁾. وقد وافقت الجمهورية المصرية على اتفاقية إنشاء المركز بموجب قرار صادر عن

(1) - خليل بوضنوبرة، تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص 18.

(2) - المرجع نفسه.

(3) - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، قواعد وإجراءات التحكيم وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 64.

(4) - صالح العوفي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 370.

(5) - عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، مرجع سابق، ص 279.

رئيس الجمهورية يحمل رقم 515 لسنة 1979⁽¹⁾، بعدها عقدت الاتفاقية بمقر المركز سنة 1987 بين اللجنة القانونية الاستشارية لدول آسيا وإفريقيا والحكومة المصرية، تضمنت النص على أن المركز يتمتع بشخصية معنوية مستقلة، إضافة إلى أن مقره يتمتع بالحصانات والامتيازات المقررة لمقرات المنظمات الدولية المستقلة العاملة بمصر⁽²⁾، وقد تبني المركز قواعد التحكيم التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي UNCITRAL، كما تبني قواعد التوفيق التي اعتمدها ذات اللجنة، كما يمكن اللجوء أيضا إلى الوساطة أو الخبرة الفنية وفقا لقواعد المركز⁽³⁾.

2- وظيفة المركز: إن وظيفة مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي، قد تضمنتها لائحة المركز وذلك في المادة الأولى من الفصل الأول، إذ جاء فيها: «يعمل المركز كمؤسسة تحكيم في مجال التحكيم، ويؤدي الوظائف التالية:

- 1- إتاحة التحكيم تحت إشراف المركز.
- 2- النهوض بالتحكيم التجاري الدولي في المنطقة.
- 3- تنسيق ومساعدة أنشطة مؤسسات التحكيم القائمة وخاصة فيما بين المؤسسات الموجودة داخل المنطقة.
- 4- تقديم المساعدة في إجراءات التحكيم الخاصة، وخاصة التحكيمات التي تجري وفقا لقواعد اليونسترال للتحكيم.
- 5- المساعدة في تنفيذ أحكام التحكيم»⁽⁴⁾.

وأخيرا تجدر الإشارة إلى أن المركز، وسعيًا منه لتسهيل مهمة الخصوم في اختيار هيئة التحكيم، يحتفظ بقائمة دولية للمحكّمين ويتيح تلك القائمة للأطراف المعنية حتى تختار منها محكمين بعد التشاور⁽⁵⁾، على أن المركز يكون صاحب السلطة في تعيين المحكمين في حالة عدم اتفاق الأطراف على تعيينهم بأنفسهم، أو إذا رفضت سلطة التعيين المختارة تعيين المحكم أو إذا أخفقت في ذلك⁽⁶⁾. وللمركز شرط تحكيم نموذجي تقدمت الإشارة إليه⁽⁷⁾.

(1) - ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 109.

(2) - المرجع نفسه.

(3) - فتحي والي، التحكيم، مرجع سابق، ص 3.

(4) - عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، ص 281.

(5) - المادة 2 من لائحة المركز.

(6) - المادة 13 فقرة 1 من لائحة المركز.

(7) - عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص 287.

موقف المشرع الجزائري : تناول المشرع الجزائري التحكيم دون أن يفصل بين التحكيم الخاص "الحر"، والتحكيم المؤسسي "النظامي"، إذ وضع تنظيمًا عامًا للتحكيم الداخلي والدولي، وترك للأطراف حرية تبني أي نظام تحكيمي يرونه مناسبًا، فقد جاء مثلا في المادة 458 مكرر (2) (ق.إ.م) فقرة أولى: «يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد شروط تعيينهم، وشروط عزلهم أو استبدالهم»⁽¹⁾، كما نصت الفقرة الأولى من المادة 458 مكرر (6) من ذات القانون على أنه: «يمكن اتفاقية التحكيم أن تضبط الإجراءات اللازم اتباعها في الهيئة التحكيمية مباشرة، أو بناء على نظام تحكيمي»⁽²⁾.

فهذا النظام التحكيمي، قد يكون نظاما خاصا بأحد مراكز التحكيم الدائمة المنتشرة عبر العالم، إذ ليس هناك إشارة من المشرع إلى رفض ذلك.

أما على صعيد مؤسسات التحكيم، فالملاحظ أن الجزائر لا تمتلك أي مركز أو مكتب أو جمعية تحكيم، إلا أن المشرع الجزائري وبموجب المرسوم التنفيذي رقم 96-94 المتضمن إنشاء الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، قد أعطى لهذه الأخيرة صلاحية إحداث مؤسسة للمصالحة والتحكيم، حيث تنص المادة 6 من هذا المرسوم على أنه: «يمكن للغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة زيادة على مهامها المذكورة في المادة 5 السابقة، أن تحدث مؤسسة للمصالحة والتحكيم قصد التدخل في تسوية النزاعات التجارية والدولية بناء على طلب المتعاملين»⁽³⁾. فهذه تعتبر خطوة أولى في التحكيم المؤسسي في الجزائر، ومن المتوقع أن تتبعها خطوات أخرى، خاصة مع إدراك المتعاملين في مجال التجارة الداخلية والدولية لأهمية التحكيم.

مع ملاحظة أن الطرفان قد يرغبان في إضافة مايلي:

أ- تكون سلطة التعيين هي مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي.

ب- يكون عدد المحكمين ... (واحد أو ثلاثة).

ج- يكون مكان التحكيم ... (المدينة أو البلد).

د- اللغة أو اللغات التي تستخدم في التحكيم هي:....

هـ- القانون الواجب التطبيق على العقد هو قانون:....

(1)- المرسوم التشريعي رقم 93-09.

(2)- المرسوم نفسه.

(3)- المرسوم التنفيذي رقم 46-94، مؤرخ في 14 شوال 1416هـ / 3 مارس 1996، منشور بـ ج.ر، ع 16، س 33.

المطلب الثاني: ضوابط دولية التحكيم التجاري

نقصد بضوابط دولية التحكيم تلك المعايير التي تمكننا من الحكم على تحكيم ما بأنه دولي، وبالتللي إخراجها من دائرة التحكيم الداخلي، وهذه المسألة تعتبر من المسائل الأساسية، إذ تترتب عليها نتائج بالغة الأهمية خاصة في ما يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وتنفيذ قرارات التحكيم - كما سيتضح لاحقاً-، غير أنه قبل التطرق لهذه المعايير ينبغي علينا أولاً التفريق بين كل من التحكيم الوطني والتحكيم الأجنبي والتحكيم الدولي، حتى تتفادى التداخل الذي قد يحصل بين هذه المصطلحات الثلاث.

الفرع الأول: التمييز بين التحكيم الوطني والأجنبي والدولي

إن وطنية التحكيم أو أجنبيته، معناها الارتباط القائم بين التحكيم وبين النظام القانوني لدولة معينة، ولا نعني بالارتباط هنا المعنى المادي للكلمة، بقدر ما نعني تأثير التحكيم بالنظام القانوني لهذه الدولة أو تلك، وبصيغة أخرى وجود نقاط التقاء بين هذا التحكيم وبين النظام القانوني للدولة⁽¹⁾. وعليه يمكن القول أن التحكيم الوطني هو التحكيم الذي تكون كل مكوناته أو عناصره (من موضوع النزاع إلى جنسية ومحل إقامة طرفي النزاع والمحكمين والقانون الواجب التطبيق، ومكان جريان التحكيم)، منحصرة في دولة معينة، وعلى العكس لو ارتبط هذا التحكيم في أحد عناصره بعوامل خارجية أو أجنبية يكون بصدد تحكيم أجنبي⁽²⁾.

أما دولية التحكيم، فتعني ببساطة شديدة إما أن يكون بين التحكيم وبين النظم القانونية لدول مختلفة العديد من نقاط الالتقاء، وإما أنه منبث الصلة تماماً بأي من النظم القانونية الوطنية⁽³⁾.

من هنا قد يتراءى لنا أن الفروق بين المصطلحات الثلاثة واضحة، وأنه بالإمكان تمييز كل مصطلح عما سواه بسهولة، غير أن الواقع العملي يبين العكس.

فإذا كانت التفرقة تبدو سهلة بين التحكيم التجاري الوطني، وهو الذي ينتمي بكل عناصره إلى دولة معينة، والذي قد يصبح تحكيمياً أجنبياً في حالة طلب تنفيذ القرار الصادر فيه على إقليم دولة أخرى، وبين التحكيم التجاري الدولي وهو التحكيم الذي قد تكون عناصره مزيجاً من تشريعات وطنية مختلفة، فإن

(1)- ينظر: أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 53.

(2)- كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 100.

(3)- أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 54.

هذه التفرقة تدق تماما بين التحكيم التجاري الأجنبي، وبين التحكيم التجاري الدولي، وترجع صعوبة التمييز بين هذين المفهومين إلى أن التحكيم التجاري الدولي قد يكون تحكيما أجنبيا في ذات الوقت، وقد لا يكون كذلك، مثل التحكيم الذي يصدر عن المراكز أو الهيئات الدائمة للتحكيم، ووفقا لإجراءاتها، والذي يعتمد أعراف وعادات التجارة الدولية كأساس لحسم النزاع بين أطراف الخصومة، فهذا التحكيم يكون منبث الصلة بالقوانين الوطنية، لإسيما في البنية القانونية للقرار الصادر فيه⁽¹⁾.

وقد حاول الأستاذ أبو زيد رضوان رصد حقيقة العلاقة بين كل من التحكيم التجاري الوطني، والتحكيم التجاري الأجنبي والتحكيم التجاري الدولي، وذلك من خلال وضع معادلة -على حد تعبيره- من شأنها تحديد الفرق بين هذه المصطلحات الثلاث، وتمثل هذه المعادلة في: «تحكيم وطني/أجنبي، وطني بالنسبة للدولة ما وأجنبي بالنسبة لباقي الدول، تحكيم أجنبي/دولي، فهو أجنبي بحكم انتماء بعض عناصره لقوانين أجنبية، ودولي سواء هكذا بالمعنى الجغرافي أم بحكم المنازعة فيه، ثم أخيرا تحكيم دولي/طليقي، وهو تحكيم ينبت الصلة بالقوانين الوطنية ويكون حسم النزاع فيه وفقا لقواعد معيارية لا تستمد من تشريعات وطنية بذاتها، بقدر ما تستمد من عادات وأعراف التجارة الدولية، وهي قواعد تعلق على القوانين الوطنية»⁽²⁾. والملاحظ على هذه المعادلة أنها قد نجحت إلى حد ما في إعطاء تصور عن الحدود الفاصلة بين المصطلحات الثلاث.

الفرع الثاني: معايير دولية التحكيم التجاري

أولا: في الشريعة الإسلامية

لم يتحدث فقهاء الشريعة الإسلامية عن الفرق بين وطنية التحكيم التجاري وأجنبيته ودوليته، ولا عن ضوابط تحديد دولية هذا التحكيم، ذلك أن هذه الأمور من مستجدات هذا العصر، لذلك فإن موقف الشريعة الإسلامية في هذه الحالة يستقى من موقف الدول الإسلامية، والملاحظ أن أغلبية هذه الدول -بما فيها الدول التي تطبق أحكام الشريعة الإسلامية- قد أخذت بما توصل إليه الفكر القانوني الوضعي ولم تعارضه.

(1)- ينظر: كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 100. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم

التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 87.

(2)- أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص ص 87-88.

ثانيا: في القانون الوضعي

توصلنا فيما تقدم إلى أن التحكيم الذي ينتمي بكل عناصره إلى دولة معينة هو تحكيم وطني، ويكون التحكيم غير وطني بالنسبة لهذه الدولة، إذا ارتبط بأحد عناصره بعوامل خارجية، فيوصف في هذه الحالة بالأجنبية أو الدولية. غير أن إطلاق وصف الدولية أو الأجنبية على تحكيم ما ليس بالأمر السهل، خاصة من الناحية العملية، وقد شغل هذا الأمر الفكر القانوني، فحاول الفقهاء إعطاء معايير للتفريق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي أو الأجنبي، يمكن إجمالها في ثلاثة معايير على الأشهر:

الأول: معيار جغرافي: ويتمثل في مكان التحكيم، أو بعبارة أخرى المكان الذي يصدر فيه حكم التحكيم⁽¹⁾، وقد تبنت اتفاقية نيويورك - بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة 1958- هذا المعيار، إذا نصت على أن الاتفاقية تطبق على الأحكام التحكيمية الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الاعتراف، وتنفيذ الأحكام على إقليمها، أي أنها اعتمدت مكان التحكيم مقياسا لدولته⁽²⁾.

الثاني: معيار قانوني: ويتمثل في القانون الواجب التطبيق على التحكيم، سواء على الإجراءات أم على الموضوع، خاصة إذا كانت قواعد قانونية أعدت خصيصا لحكم العلاقات الدولية⁽³⁾.

الثالث: معيار اقتصادي: هذا المعيار لا يأخذ بعين الاعتبار لا مكان التحكيم ولا القانون الواجب التطبيق، وإنما يركز على طبيعة المنازعة، فمتى تعلق النزاع بمصالح التجارة الدولية كان دوليا، ومن ثم كان التحكيم دوليا، أما إذا لم يتعلق النزاع بمصالح التجارة الدولية، فإن التحكيم في هذه الحالة يكون داخليا⁽⁴⁾.

مناقشة المعايير:

1- بالنسبة للمعيار الجغرافي: على الرغم من صلاحية اعتبار مكان صدور قرار التحكيم كمؤشر على أجنبية التحكيم التجاري، ومن ثم دوليته، غير أنه لا يكفي وحده لتحديد هذه الصفة⁽⁵⁾، ذلك أنه يتعين إجراء تفرقة بين ما إذا كان اختيار مكان التحكيم قد حدد بناء على رغبة الأطراف المعلنة في شرط التحكيم (في العقد)، أو في مشاركة التحكيم، وبين ما إذا جاء هذا الاختيار عرضيا.

(1)- نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 49.

(2)- عبد الحميد الأحمد، التحكيم الدولي، مرجع سابق، 14/3.

(3)- ينظر: منير عبد المجيد، قضاء التحكيم، مرجع سابق، ص 13. نريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 49.

(4)- ينظر: عبد الحميد الأحمد، المرجع السابق، 14/3.

(5)- ينظر: المرجع نفسه، 26/3.

ففي الفرض الأول يمكن القول أن اختيار مكان التعكيم قرينة على اتجاه أطرافه إلى اختيار قانون الدولة التي يجري على أرضها التعكيم ليحكم موضوع النزاع، أو إخضاع التعكيم لمركز أو هيئة دائمة للتعكيم موجودة على أرض تلك الدولة، وعليه فإن مكان التعكيم في هذه الحالة مؤشر قوي على دولية التعكيم التجاري، أما بالنسبة للفرض الثاني، أي إذا جاء اختيار مكان التعكيم بصفة عرضية، فإن هذا الاختيار يصبح دون أثر حاسم فيما يخص تحديد الصفة الدولية للتعكيم⁽¹⁾.

2- بالنسبة للمعيار القانوني: يعد القانون الواجب التطبيق "على النزاع أو على إجراءات التعكيم" والمختار من قبل الخصوم أو المؤسسة التعكيمية، أو على اعتباره قانون الدولة التي يجري على إقليمها التعكيم، أحد العوامل الرئيسية في ترجيح دولية التعكيم التجاري، ومع هذا فإنه يحتاج إلى معضد لإثبات هذه الدولية، ذلك أنه قد تتجه إرادة الخصوم إلى اختيار قانون دولة محايدة للفصل في منازعتهم، على الرغم من أن هذه المنازعة تتعلق بالتجارة الداخلية⁽²⁾، فلا يمكن القول في هذه الحالة أن التعكيم التجاري ذو طبيعة دولية، بل سيبقى تحكيما تجاريا داخليا على الرغم من تطبيق قانون أجنبي، وعليه يعد القانون الواجب التطبيق المختار لحسم النزاع مؤشرا غير فاعل في هذه الحالة، إضافة إلى هذا، فإن ربط الحكم التعكيمي ببلد القانون الذي طبقت إجراءاته في المحاكمة التعكيمية لا يكفي لإعطاء التعكيم طابعا دوليا، ذلك أن قوانين إجراءات المحاكمة في كل الأنظمة القانونية في العالم يجمع بينها علنية المحاكمة وحق الدفاع، وما عدا هذين الأمرين فهي تفاصيل لا يعتد بها كثيرا، فمهلة التعكيم مثلا قد تختلف من قانون لآخر، غير أن اختيار أطراف العقد لتطبيق قانون بلد معين نظرا لأن مهلة التعكيم فيه تتوافق مع رغباتهم لا يعني شيئا كثيرا على صعيد دولية التعكيم، إذ يبقى بحاجة إلى مؤشرات أخرى تثبت هذه الدولية⁽³⁾.

3- بالنسبة للمعيار الاقتصادي: تقدم أن المعيار الاقتصادي يقوم أساسا على تحديد طبيعة المنازعة، فمتى تعلقت بمصالح التجارة الدولية كان التعكيم الذي يحسمها تحكيما تجاريا دوليا، أما إذا لم تتعلق بمصالح التجارة الدولية فلن نكون بصدد تعكيم تجاري دولي.

(1)- ينظر: أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التعكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 63.

(2)- ينظر: كمال إبراهيم، التعكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 102. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التعكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 64.

(3)- عبد الحميد الأحذب، التعكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 25/3-26.

والملاحظ عمليا أن الفكر القانوني يميل إلى ترجيح هذا المعيار على بقية المعايير⁽¹⁾، ويسدو ذلك واضحا من نصوص المعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، مثل الاتفاقية الأوروبية الموقعة في أبريل 1961 في جنيف، حيث نصت المادة الأولى منها على أن مجال تطبيقها يقتصر على اتفاقيات التحكيم التي تتم لتسوية المنازعات التي تتولد عن عمليات التجارة الدولية بين الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، الذين يقيمون وقت إبرام اتفاق التحكيم في دول مختلفة من الدول الأطراف في الاتفاقية⁽²⁾.

كذلك تبدو طبيعة المنازعة كمؤشر أساسي لدولية التحكيم التجاري من خلال نص المادة الأولى من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية السارية المفعول ابتداء من جوان 1975، حيث تقصر هذه المادة اختصاص محكمة التحكيم لدى الغرفة على المنازعات ذات الطابع الدولي، والتي تنشأ في مجال الأعمال⁽³⁾.

كما أن جل هيئات التحكيم تميل أيضا إلى تبني المعيار الاقتصادي بصفة عامة، إذ تولي اهتمامها إلى كون الصفة موضوع النزاع ذات علاقة بشؤون التجارة الدولية، غير أنها لم تتجاهل تماما عناصر المعيار القانوني، إذ نجد أنها في بعض الأحيان تأخذ بالمعيار القانوني إلى جانب أخذها بالمعيار الاقتصادي⁽⁴⁾.

وقد أدرك المشرع الفرنسي أيضا أهمية المعيار الاقتصادي في تحديد دولية التحكيم التجاري، لذلك نجد أنه قد غير اتجاهه من تبني المعيار القانوني، والواضح في قوله: «إن الحكم التحكيمي الصادر في فرنسا بناء على القانون الإنجليزي هو تحكيم أجنبي»⁽⁵⁾، إلى تبني طبيعة المنازعة كمعيار للتدليل على دولية التحكيم، وكان ذلك بناء على المرسوم الصادر بتاريخ 12 ماي 1981 بشأن التحكيم الدولي، حيث نص

(1)- ينظر: نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 49. ومصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة، مرجع سابق، ص 80.

(2)- ينظر: عبد الحميد الأحذب، التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص 43/3.

(3)- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 68.

(4)- ومن الأمثلة التي جمعت فيها هيئة تحكيم دولية بين المعيارين الاقتصادي والقانوني، ما قضت به محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بتاريخ 19/01/1977 في قضية Texaco et calastatic ضد الحكومة الليبية، إذ رأى المحكم الوحيد في القضية أن العقد المتنازع عليه هو عقد دولي، سواء بالمعنى الاقتصادي لأنه يثير مصالح التجارة الدولية، أم بللعنى القانوني لأنه يتضمن عناصر إسناد لدول مختلفة. (ينظر: الطيب زروني، النظام القانوني للعقود الدولية، مرجع سابق، ص 24/1).

(5)- ينظر: عبد الحميد الأحذب، المرجع السابق، ص 16/3.

في المادة 1492 من هذا المرسوم على أنه: «يعتبر دولياً التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية»⁽¹⁾، وأكدت محكمة استئناف باريس هذا الاتجاه في حكمها الصادر في 26 أبريل 1985، الذي جاء فيه أن الطابع الدولي للتحكيم يتحدد بصفة أساسية بالنظر إلى العملية الاقتصادية التي يرتبط بها، ويكفي أن يترتب على هذه العملية حركة انتقال للبضائع والخدمات عبر الحدود، وبصرف النظر عن مكان التحكيم أو القانون الذي يحكم إجراءاته أو جنسية الأطراف⁽²⁾.

وعليه فإن اعتبار المنازعة المطروحة على التحكيم التجاري من منازعات التجارة الدولية، هو مؤشر

قوي وحاسم في تحديد دولية التحكيم، لكن يبقى علينا إعطاء مفهوم للمنازعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية، حتى نضبط هذا المعيار بشكل أدق.

منازعات التجارة الدولية: هي تلك المنازعات ذات الطابع القانوني والمتعلقة بمعاملة تجارية تتم على الصعيد الدولي، سواء بين الأشخاص الطبيعية أم المعنوية من جنسيات مختلفة، أم بين الأشخاص العامة كالدولة أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة من ناحية، وبين أشخاص أجنبية خاصة طبيعية كانت أو معنوية من ناحية أخرى⁽³⁾.

ومن أمثلة هذه المنازعات: المنازعات التي تتم بين الدول وشركات البترول، أو بين الدول وشركات خاصة بنقل التكنولوجيا ذات الطابع التجاري⁽⁴⁾، وكذلك المنازعات المتعلقة بعقود التوريدات الدولية والقروض الدولية، ومقاولات بناء المصانع والموانئ في بلاد أخرى، وكذلك البيوع الدولية للمنتجات المادية وما يرتبط بها من عمليات أو عقود تتصل بالنشاط التجاري مثل: التأمين وسندات الشحن، ومشاركات الإيجار المتعلقة بالنقل⁽⁵⁾. كذلك تعتبر منازعة متعلقة بالتجارة الدولية، تلك المنازعات التي تنشأ بين إحدى المؤسسات العامة ذات الطابع التجاري أو الصناعي، والتابعة لإحدى الدول، وبين مثيلاتها في الدول الأخرى، وتتعلق بالعقود التجارية الدولية أو ما يسمى بالعقود الاقتصادية الدولية⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ - « Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ».
(Christian Gavalda, Claude Lucas, L'arbitrages, Op.Cit, P12).

⁽²⁾ - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة، مرجع سابق، ص 80.

⁽³⁾ - ينظر: أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 72. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم، مرجع سابق، ص 15.

⁽⁴⁾ - وعليه تستبعد عقود نقل التكنولوجيا على سبيل المعاونة أو المنحة أو حتى المحاملة.

⁽⁵⁾ - منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 15.

⁽⁶⁾ - ينظر: أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 73.

بعد مناقشة المعايير الثلاثة لدولية التحكيم التجاري، والتي تبين من خلالها أن المعيار الذي يعول عليه الفكر القانوني في تحديد الصفة الدولية للتحكيم التجاري هو المعيار الاقتصادي، أي طبيعة المنازعة ومدى اعتبارها متعلقة بمصالح التجارة الدولية، إلا أن الملاحظ -من خلال المناقشة دائما- هو أن كل من المعيارين الجغرافي والقانوني يصلح في أحيان كثيرة لإسباغ صفة الدولية على التحكيم التجاري، لذلك لا ينبغي وضعهما جانبا، والاحتفاظ بالمعيار الاقتصادي وحده، بل يجب القول أنه من الأحسن والأدق الأخذ بأكثر من مؤشر للتدليل على دولية هذا التحكيم، ومن ثمّ التقليل من نسبة الخطأ في تحديد هذه الصفة، وقد أجمّل الدكتور عبد الحميد الأحمد المؤشرات التي يمكن أن نستدل بها على دولية التحكيم في: «1-موضوع النزاع، 2-جنسية ومحل إقامة الأطراف، 3-جنسية المحكمين، 4-القانون المطبق لحسم النزاع، 5-قانون إجراءات المحاكمة المطبق، 6-مكان التحكيم، 7-اللغة، 8-العملة، 9-بلد الأموال والخدمات أو المدفوعات⁽¹⁾، 10-الخروج من اقتصاد البلد»⁽²⁾، وقال «إن هذه المؤشرات العشرة تصلح أن تكون مع غيرها أعضاء لبيان الحدود التي ينتهي عندها التحكيم الداخلي ويبدأ بعدها التحكيم الدولي، وهي مؤشرات تدل على فك ارتباط التحكيم ببلد ما، أو بالتجارة الداخلية لبلد ما، أو بالاقتصاد الداخلي لأي بلد»⁽³⁾.

وإذا دققنا النظر في هذه المؤشرات نجد أنها تشمل المعايير الثلاثة السالفة الذكر، كما أنها تشمل مؤشرات لا يمكنها أن تدل بمفردها على دولية التحكيم بأي حال، ومثال ذلك مؤشر اللغة، فلا أحد يجزم بأن مجرد اختيار طرفي العقد للغة الإنجليزية مثلا -على اعتبارها لغة التجارة الدولية-، هو دلالة قاطعة على دولية التحكيم التجاري، الذي سيحكم منازعاتهم، إلا أنه في حالة ما إذا عضد هذا المؤشر ببقية المؤشرات المذكورة سابقا أو حتى ببعض منها، فإن ذلك سيكون ذا أثر فاعل في إعطاء التحكيم التجاري الصفة الدولية أو نفيها عنه.

أما موقف المشرع الجزائري، فإنه وبالنظر إلى قانون الإجراءات المدنية الجزائري، نلاحظ أن المشرع لم يشر صراحة إلى تبني أحد المعايير الثلاثة "الجغرافي، القانوني والاقتصادي"، لكن بالنظر إلى نص المادة 458 مكرر من هذا القانون، الذي جاء فيه: «يعتبر دوليا بمفهوم هذا الباب التحكيم الذي يخض النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية، والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج»، من

(1)- يقصد بهذا المؤشر النظر إلى الأموال أو الخدمات أو المدفوعات محل الصفقة التي حدثت بشأنها المنازعة، هل أنها ستبقى ضمن حدود بلد معين، أم أنها ستتخطى حدود هذا البلد إلى بلد آخر، وبالتالي سيكون هذا مؤشرا لدولية التحكيم.

(2)- عبد الحميد الأحمد، التحكيم الدولي، مرجع سابق، 20/3-21.

(3)- المرجع نفسه.

خلال هذا النص نلاحظ أن المشرع قد ذكر المعيار الاقتصادي في الشرط الأول من المادة «...التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية». لكنه ربطه بكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج.

وعليه يكون التحكيم بين طرفين من موطن واحد أو حتى لديهما مقر في نفس البلد بخصوص منازعة من منازعات التجارة الخارجية تحكيما داخليا وليس دوليا، مما يعني أن المشرع الجزائري قد أخذ بمعيار شكلي يتمثل في ارتباط مقر أو موطن أحد طرفي العقد على الأقل ببلد أجنبي، وهو بهذا يكون قد تبني الحل السويسري، وهذا على عكس المشرع الفرنسي الذي أخذ بمعيار مادي يتمثل في تعلق النزاع بمصالح التجارة الدولية - وهو المعيار الاقتصادي كما تقدم-، وترك هذا المعيار بمفهوم واسع حتى يشمل كل المعاملات التجارية الدولية ويخرجها من دائرة اختصاص القضاء، لأنها ستدخل ضمن المنازعات التي تحل بطريق التحكيم إن شاء الأطراف⁽¹⁾.

ومع هذا، فهناك من يقرأ المادة السابقة من زاوية أخرى، فيرى أن المشرع الجزائري قد جمع في هذا النص بين المعيارين الاقتصادي والجغرافي⁽²⁾، ولعلّ هذه القراءة الأخيرة هي الأسلم في حالة ما إذا اعتبرنا الواو الواردة في نص المادة للعدد، أي في حالة ما إذا كانت نية المشرع تتجه إلى القول بأن التحكيم الدولي في هذا الباب هو التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الخارجية والتحكيم الذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج.

(1)-Ali Mebroukine, Le nouveau droit Algérien de l'Arbitrage international, exeposé nom publié, P4.

(2)-نور الدين بكلي، اتفاق التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص13.

المبحث الثالث: الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي

تقدم أن التحكيم في مجال التجارة الدولية ازدهر بازدهار هذه الأخيرة، واتساع نطاق المبادلات الاقتصادية بين مختلف دول العالم، ومع مرور الوقت أيقن المجتمع الدولي أنه لا مناص من سلوك طريق التحكيم التجاري الدولي، باعتباره أنسب سبيل لفض نزاعات التجارة الدولية، لذلك نجد أنه عكف على تحسين قواعد هذا التحكيم وتجديدها، لتواكب التطور السريع الذي تشهده التجارة على الصعيد الدولي، وقد ترحم المجتمع الدولي اهتمامه بهذا النوع من التحكيم في عقد جملة من البروتوكولات والاتفاقيات التي تهدف أساسا إلى تطوير قواعد التحكيم التجاري الدولي وصياغتها بما يتماشى مع متطلبات التجارة الدولية، والسعي ما أمكن لتفادي الصعوبات التي تواجه قرارات هذا التحكيم خاصة في مجال التنفيذ.

ولم يكن الاهتمام الدولي بالتحكيم منحصرًا في الدول الغربية فحسب، بل نجد أن الدول العربية أيضا قد كان لها دور في هذا المجال، سواء عن طريق الانضمام والمشاركة في الاتفاقيات الدولية العامة، أهم عن طريق عقد اتفاقيات خاصة بما.

وستطرق لكل هذا من خلال مطلبين تناول في الأول الاتفاقيات المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي على المستوى الدولي العام، بينما تناول في المطلب الثاني الاتفاقيات المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي على مستوى الوطن العربي.

المطلب الأول: اتفاقيات التعكيم التجاري الدولي على المستوى الدولي العام

لقد بدأ الاهتمام بالتنظيم القانوني للتعكيم التجاري الدولي منذ وقت مبكر، وتواصل هذا الاهتمام حتى في خضم المآسي التي كان يعانيها العالم جراء الحروب والمشاكل السياسية والسباق نحو التسلح وغيرها من الأحداث الساخنة والأزمات، خاصة عقب الحرب العالمية الأولى. وستناول في هذا المطلب أهم الاتفاقيات الدولية المنعقدة بشأن التعكيم التجاري الدولي بعد الحرب العالمية الأولى، وذلك (في فرع أول)، ثم نتناول أهم الاتفاقيات الدولية المنعقدة بشأن ذات الموضوع بعد الحرب العالمية الثانية (في فرع ثان).

الفرع الأول: أهم اتفاقيات التعكيم التجاري الدولي بعد الحرب العالمية الأولى

معلوم أن الدول الكبرى المشاركة في الحرب العالمية الأولى قد خرجت منهكة من هذه الحرب، وتكبدت خسائر على الصعيدين البشري والاقتصادي، لكن هذا لم يقف أمام تقدم وازدهار التجارة الدولية، بل زاد معدلها، كما لم يقف أمام الجهود الدولية بشأن عقد معاهدات توحد صفوفها في مجال التعكيم التجاري⁽¹⁾، وقد تجسد تطلع الدول إلى إبرام معاهدة جماعية بشأن مسائل التعكيم هذه المرة، في عمليتين دوليتين تم الإعداد لهما تحت إشراف وإقرار عصبة الأمم المتحدة، وهما: بروتوكول جنيف المبرم في 24 سبتمبر 1923، والمتعلق بشروط التعكيم، واتفاقية جنيف المبرمة في 26 ديسمبر 1927، واللذان يعدان أول خطوة في إدخال التعكيم حقل القانون الدولي ومعاهداته⁽²⁾.

فموجب المادة الأولى من البروتوكول، تعترف الدول المتعاقدة بصحة اتفاق التعكيم أو شرط التعكيم الوارد في أحد العقود، وذلك بين طرفين يخضع كل منهما لقضاء دولة متعاقدة مختلفة حتى لو

(1) - إذ بدأ الاهتمام بعقد معاهدات دولية بشأن التعكيم في وقت مبكر، بدليل اتفاقية مونتيفيديو (الأرجواي) الموقععة في 8 جانفي 1889. (ينظر: أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التعكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص9).
* تستعمل كلمة بروتوكول للدلالة على مجموعة من القرارات والرسائل والمذكرات الحكومية، كما تبدل أيضا على القرارات الصادرة عن مؤتمر أو جمعية ما. أما في القانون الدولي فهي تدل على مجموع الإجراءات والاستعدادات المتخذة على إثر التوقيع على معاهدة ما تمهيدا للتصديق عليها، كما تطلق على اتفاق بحد ذاته أو قرارات بحد ذاتها. (ينظر: عبد الوهاب الكيالي، موسوعة السياسة، ط3، (بيروت: المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 1990)، 528/1. جيران كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة: منصور القاضي، ط1، (بيروت: المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، 1418هـ - 1998م)، 347/1).

(2) - ينظر: أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي، النظام القانوني للتعكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص38. عبد الحميد الأحمد، التعكيم الدولي، مرجع سابق، 37/3. أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص9.

جرى التحكيم في دولة أخرى لا يخضع لها أي من الطرفين، في حين قضت المادة الثانية بأن إجراءات التحكيم بما فيها تشكيل هيئة التحكيم يجري تنظيمها وفقا لاتفاق الطرفين (مبدأ سلطان الإرادة)، وفي حالة عدم الاتفاق يطبق قانون البلد الذي يتم التحكيم على إقليمه⁽¹⁾، أما المادة الثالثة، فقد تعهدت بموجبها الدول بتنفيذ قرارات التحكيم التي تصدر في إقليمها على النحو المتقدم، وفقا لإجراءات قانونها الوطني، وأما المادة الرابعة، فتوجب على محاكم الدول المتعاقدة التي يرفع إليها نزاع متضمن شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم، مما ينص عليه البروتوكول أن تقضي بإحالة هذا النزاع إلى التحكيم بناء على طلب أحد الخصوم⁽²⁾.

أما بالنسبة للاتفاقية، ونظرا لكونها مرتبطة بالبروتوكول⁽³⁾ فإنها نصت في دباقتها على الشروط

الآتية:

«أولا: يجب أن يصدر حكم التحكيم الأجنبي عن اتفاقية تحكيم تخضع للبروتوكول.

ثانيا: يتعين أن يخضع أطراف المنازعة التي فصل فيها تحكيم أجنبي لاختصاص إحدى الدول التي تعتبر عضوا في المعاهدة (الاتفاقية).

ثالثا: يجب أن يصدر حكم التحكيم على إقليم إحدى الدول الأعضاء في هذه المعاهدة»⁽⁴⁾.

وتخلف واحد من هذه الشروط يستبعد إعمال هذه الاتفاقية، أما إذا روعيت كل هذه الشروط فإنه يتعين على حكم التحكيم أن يستجيب للشروط الواردة على سبيل الحصر في الفقرات من (أ) إلى (هـ) من المادة الأولى للاتفاقية، ويمكن إجمال هذه الشروط في:

«أ- صحة اتفاقية التحكيم طبقا للقانون الواجب التطبيق عليها.

(1)- ينظر: كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 105. أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي، المرجع السابق، ص 39.

(2)- ينظر: عبد الحميد الأحمد، المرجع السابق، 37/3. كمال إبراهيم، المرجع السابق، ص 105.

(3)- إن بروتوكول واتفاقية جنيف مرتبطين ببعضهما انطلاقا من أن غاياتهما النهائية كانت تنحصر في ضمان التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم الأجنبية، الأمر الذي يتطلب الاعتراف الدولي بالقوة القانونية لاتفاقية التحكيم، إضافة إلى أن الاتفاقية تعتبر وثيقة مكملة للبروتوكول، ذلك أنه لكي تشارك دولة ما في الاتفاقية فإنه لا بد أن تكون عضوا في البروتوكول، غير أن العضوية في هذا الأخير لا تستوجب الانضمام إلى الاتفاقية، بدليل أن مجموعة من الدول المنضمة إلى البروتوكول لم تشارك في الاتفاقية. (ينظر: أنعم بن ناجي الصلاحي، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 38).

(4)- المرجع نفسه، ص 40.

- ب- جواز التحكيم في النزاع المطروح وفقا لقانون بلد التنفيذ.
ج- مطابقة تشكيل هيئة التحكيم لاتفاق الأطراف وقواعد القانون الواجب التطبيق.
د- فئاتية الحكم التي تعني عدم جواز طرح النزاع المقضي فيه على أية جهة قضائية في بلد صدور الحكم.
هـ- ألا يتعارض الحكم مع النظام العام للبلد الذي سينفذ فيه»⁽¹⁾.

وهي بهذا تلقي عبء الإثبات على طالب التنفيذ، مما يؤدي إلى عرقلة تنفيذ الحكم التحكيمي لأنها تلزمه بإثبات الوجود المادي للعقد التحكيمي ومطابقته للقانون الأجنبي، وكذلك صحة إجراءات التحكيم التي يجب أن تأتي طبقا للقانون ذاته، إضافة إلى إثبات انقضاء مهل المراجعة أو عدم قابلية الحكم التحكيمي للمراجعة⁽²⁾. كما أن هذه الاتفاقية تجيز رد طلب تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي إذا وجد قاضي التنفيذ أن الحكم التنفيذي قد أبطل في البلد الذي صدر فيه، أو أن في الحكم مساسا بحق الدفاع، أو إذا لم يكن الحكم داخلا في حقل العقد التحكيمي، أو أنه يتجاوزه أو أنه لم يحسم كل نقاط النزاع التي يحيلها العقد على التحكيم⁽³⁾.

عل أن ما يمكن استنتاجه من هذه الاتفاقية هو أنها تربط التحكيم بالقانون الداخلي لإحدى الدول الأعضاء، وهو ما يعد عائقا أمام التحكيم الدولي الذي ينشده كبار الحقوقيين والمتعاملين في مجال التجارة الدولية على حد سواء.

ومن خلال ما تقدم يمكن القول أنه عند تقييم وثيقتي جنيف "البروتوكول والاتفاقية" لا بد من الاعتراف بأن الغاية المرجوة منهما والمتمثلة في تقنين أهم مسائل التحكيم التجاري الدولي، وصياغتها في شكل قواعد قانونية يسهل تطبيقها والرجوع إليها من قبل المتعاملين في التجارة الدولية لم يتحقق⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: أهم اتفاقيات التحكيم التجاري الدولي بعد الحرب العالمية الثانية

عرف العالم بعد نهاية الحرب العالمية الثانية استقرارا أكبر، مما أدى إلى ازدهار أوسع للتجارة الدولية، وواصل المجتمع الدولي جهوده على صعيد تطوير القواعد القانونية للتحكيم التجاري الدولي وصياغتها بما يواكب التطور الذي شهدته التجارة الدولية، فعقد جملة من الاتفاقيات منها:

(1)- أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 41.

(2)- عبد الحميد الأحديب، التحكيم الدولي، مرجع سابق، 41/3.

(3)- المرجع نفسه، 41/3.

(4)- أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي، المرجع السابق، ص 41.

أولاً: اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1958⁽¹⁾: نظراً لعدم تحقق الغاية المرجوة من وثيقتي جنيف، فقد أخذ كبار الحقوقيين في العالم يبحثون عن تحقيق خطوة ثانية على درب التحكيم الدولي تعفي سلطان الإرادة في هذا التحكيم من قيود التحكيم الداخلي⁽²⁾.

وكانت المبادرة في هذا الشأن من غرفة التجارة الدولية، التي تقدمت من خلال لجنتها الخاصة بشؤون التحكيم التجاري الدولي إلى هيئة الأمم المتحدة بمسودة مشروع اتفاقية لتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية، وقد اعتبرت هذه المسودة ثورة في ميدان التحكيم الدولي، ذلك أنها عارضت أي قيود إقليمية على فعالية حكم التحكيم، وسعت سعيًا حثيثًا إلى الاعتراف بفكرة دولية وعدم جنسية حكم التحكيم، فالحكم يجب أن يكون غير مرتبط بقدرة المستطاع بالتشريعات الداخلية للدول، وأن يطابق كلياً متطلبات التجارة الدولية من خلال ارتباطه بسلطان الإرادة وحده⁽³⁾، وقد أحيلت هذه المسودة إلى اللجنة الاقتصادية والاجتماعية في الأمم المتحدة لبحثها، وأسفرت الدراسة عن تأليف لجنة عمل قامت بوضع مشروع مصلد لمشروع المعاهدة الذي قدمته غرفة التجارة الدولية، وقد تميز هذا المشروع بكونه حلاً وسطاً بين اتفاقية جنيف لسنة 1927، ومشروع غرفة التجارة الدولية⁽⁴⁾، وقد أحيل الموضوع إلى الدول الأعضاء في هيئة الأمم المتحدة التي دعت إلى مؤتمر دولي لبحث هذا الموضوع. وبالفعل انعقد هذا المؤتمر الدولي⁽⁵⁾ في نيويورك بتاريخ 20 ماي 1958، ليضع اتفاقية نيويورك في العاشر من شهر جوان 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ومن هذه التسمية يتبين أن اتفاقية نيويورك قد تخلت عن عبارة الأحكام الدولية المقترحة من قبل غرفة التجارة الدولية⁽⁶⁾.

(1)- نظراً لأهمية اتفاقية نيويورك، فقد أوردت نصها في ملحق وأرفقته بقائمة الدول التي انضمت إليها أو صادقت عليها منذ العاشر من جوان 1958 إلى غاية 30 أوت 1997. (ينظر: الملحقين رقم () ()).

(2)- عبد الحميد الأحمد، مرجع سابق، 38/3.

(3)- أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي، مرجع سابق، ص 44.

(4)- عبد الحميد الأحمد، التحكيم الدولي، مرجع سابق، 38/3.

(5)- شارك في هذا المؤتمر مندوبين عن 45 دولة ومجموعة من المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية، كمنظمة الدول الأمريكية ومؤتمر لاهاي لمسائل القانون الدولي الخاص وغرفة التجارة الدولية، وجمعية المحامين الدولية، والمعهد الدولي لتوحيد القانون الدولي الخاص وغيرها.

(6)- عبد الحميد الأحمد، المرجع السابق، 38/3.

أهم ما جاءت به اتفاقية نيويورك: تضمنت اتفاقية نيويورك جملة من النقاط المهمة نذكر منها:

أ- استنادا إلى المادة الأولى فقرة أولى (1/1)، فإن هذه الاتفاقية تطبق على اعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية الصادرة على تراب دولة غير تلك التي يطلب فيها الاعتراف بالقرار وتنفيذه، والناشئة عن منازعات بين أشخاص اعتبارية أو طبيعية، كما تطبق أيضا على قرارات التحكيم التي لا تعد من قبيل القرارات الوطنية في الدولة التي يطلب فيها اعتمادها وتنفيذها⁽¹⁾.

ب- اعترفت الاتفاقية من خلال الفقرة الثانية من المادة الأولى (2/1) بميثاق أو مراكز التحكيم الدائمة، إذ نصت على أن القرارات التحكيمية ليست هي القرارات التي يصدرها حكام يعينون لحالات معينة فحسب، بل هي القرارات التي تصدرها أيضا أجهزة تحكيم دائمة يخضع لها أطراف النزاع⁽²⁾.

ج- أعطت الاتفاقية للدول المنظمة إليها الحرية في أن تقصر تطبيق الاتفاقية على اعتماد أو تنفيذ القرارات التحكيمية الصادرة على إقليم دولة أخرى متعاقدة، وهذا من باب المعاملة بالمثل، كما يمكنها أن تقصر تطبيق الاتفاقية على النزاعات الناشئة عن علاقات قانونية تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، والتي تعتبر علاقات تجارية وفق قانونها الوطني⁽³⁾.

د- نصت الاتفاقية في المادة الثانية على صحة اتفاق التحكيم، سواء كان سابقا للنزاع أم لاحقا عليه، كما نصت على أن الاتفاق يجب أن يكون مكتوبا⁽⁴⁾، وهو أمر كان يخضع للاستنتاج فحسب في ظل بروتوكول جنيف، وعليه يمكن القول أن اتفاقية نيويورك بهذا النص تكون قد حققت مكسبا عظيم القيمة للأصول القانونية للتحكيم، إذ أوجدت قاعدة موضوعية موحدة على نحو دولي متسع⁽⁵⁾.

هـ- تضمنت الاتفاقية تخفيفا لمتطلبات التحكيم، حيث رفعت عبء الإثبات عن كاهل طالب التنفيذ، جاعلة من الحكم التحكيمي سندا ثابتا يعتد به في يد الفريق الحائز عليه، فمجرد تقديم الحكم التحكيمي مع العقد التحكيمي يمثل إثباتا على وجود حكم إلزامي⁽⁶⁾، وعليه ينقل عبء الإثبات إلى

(1)- المرسوم التشريعي رقم 88-233، المؤرخ في 15/10/1988 ج. ر. ع 48.

(2)- ج. ر. ع 48، ص 25، 1988/11/23.

(3)- هذا ما تضمنته الفقرة الثالثة من المادة الأولى من ذات الاتفاقية.

(4)- كان هذا في الفقرتين 2 و 1 على الترتيب من المادة الثانية.

(5)- انظر: كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 118.

(6)- حيث نصت المادة الرابعة من الاتفاقية في فقرتها الأولى على أنه: «يجب على الطرف الذي يطلب الاعتماد والتنفيذ»

المطلوب التنفيذ ضده⁽¹⁾. فما على هذا الأخير إذا أراد رفض طلب التنفيذ إلا أن يقيم الدليل على أحد الأسباب المذكورة حصرا في المادة الخامسة من الاتفاقية وهي:

«1- أن أطراف العقد التحكيمي كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية، أو أن العقد التحكيمي غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف، وعند عدم النص على ذلك القانون، فطبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

2- الإخلال بحقوق المدعى عليه في الدفاع، كأن لا يخبر بتعيين الحكم، أو بافتتاح إجراءات التحكيم، أو أن يتعذر عليه لسبب آخر تقديم دفاعه.

3- أن القرار قد فصل في نزاع لم يشر إليه اتفاق التحكيم، أو لا يدخل ضمن مقتضيات شرط التحكيم، أو أنه قد جاوز في قضائه حدود اتفاق أو شرط التحكيم.

4- أن تشكيل هيئة التحكيم وجريان إجراءات التحكيم، لم يكن موافقا لما اتفق عليه الخصوم، أو لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الخصوم.

5- أن القرار لم يصبح ملزما للطرفين أو أنه أبطل أو أوقف تنفيذه بواسطة الجهة المختصة في الدولة التي صدر فيها القرار، أو في الدولة التي صدر القرار وفقا لقانونها⁽²⁾.

ما يلاحظ بالنسبة لاتفاقية نيويورك لسنة 1958م هو أنها لم تستطع أن تشمل كل الدول، إذ هناك بعض الدول لم تنضم إليها، كما أنه عند تطبيق هذه الاتفاقية ظهرت آراء مختلفة في فهم بعض نصوصها، إضافة إلى أنها لم تتضمن كل التفاصيل المنشودة من التحكيم التجاري الدولي⁽³⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن الجزائر قد صادقت على اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 233/88 المؤرخ في 25 ربيع الأول 1409هـ الموافق لـ5 نوفمبر 1988⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ المذكورين في المادة السابقة، قصد الحصول عليهما أن يرفق طلبه بما يأتي:

أ- النسخة الأصلية أو نسخة مصادقة من القرار، أو نسخة من النص الأصلي تتوفر فيها الشروط المطلوبة لتصديقها.

ب- النص الأصلي للاتفاقية المذكورة في المادة 2 أو نسخة منه تتوفر فيها الشروط المطلوبة لتصديقها». (ج.ر، ع48).

⁽¹⁾ - ينظر: عبد الحميد الأحذب، التحكيم الدولي، مرجع سابق، 41/3. كمال إبراهيم، المرجع السابق، ص119.

⁽²⁾ - المادة 5 فقرة 1، (ج.ر، ع48، ص25، 1988/11/23).

⁽³⁾ - محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص45.

⁽⁴⁾ - ج.ر، ع48، ص25، 1988/11/23.

ثانيا: الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي "جنيف 1961": أبرمت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي في جنيف بتاريخ 21 أبريل 1961⁽¹⁾، في جلسة خاصة لمندوبين مفوضين تابعين لـ 22 دولة أوروبية⁽²⁾، وتعتبر هذه الاتفاقية من ثمار عمل اللجنة الاقتصادية الأوروبية التابعة للأمم المتحدة⁽³⁾، فقد تبين لهذه اللجنة وهي بصدد إعداد العقود النموذجية والشروط العامة قصد إقامة علاقات اقتصادية متينة وتنمية المبادلات التجارية بين البلدان الأوروبية الشرقية والغربية، أن مثل هذا الغرض يحتاج أيضا إلى وسيلة ملائمة لفض المنازعات التي تنشأ في مجرى هذه المعاملات، وعليه كان لا بد لها من الالتجاء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات، حتى تحافظ قدر الإمكان على العلاقات الحسنة بين هذه الدول، التي لها أنظمة اقتصادية مختلفة⁽⁴⁾.

والجدير بالذكر، هو أن العضوية في هذه الاتفاقية لا تقتصر على الدول الأوروبية كما يوحي بذلك عنوانها، إذ أنها مفتوحة للانضمام إليها من طرف أي دولة⁽⁵⁾.

أهم خصائص الاتفاقية الأوروبية: تميّزت اتفاقية جنيف الأوربية بجملة من الخصائص منها:

1- أنها تمثل خطوة إلى الأمام مقارنة باتفاقية نيويورك، ففي حين اهتمت هذه الأخيرة بصفة خاصة بتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية، نجد أن هذه الاتفاقية قد شملت كافة مراحل التحكيم وأسسها بالمعالجة، من آثار العقد التحكيمي إلى تحديد وحصر القضاء المختص بإبطال الحكم التحكيمي إلى حصر أسباب هذا الإبطال⁽⁶⁾.

2- تعتبر هذه الاتفاقية أضيق نطاقا من اتفاقية نيويورك، حيث أنها تنطبق على اتفاقيات التحكيم التي ترم بين أشخاص طبيعيين أو معنويين يكون لكل منهم وقت إبرام اتفاق التحكيم محل إقامة معتادا، أو مركز أعمال في أحد الدول المتعاقدة مختلفة، في حين تنطبق اتفاقية نيويورك على أحكام المحكمين الصادرة

(1)- الدول التي انضمت إلى اتفاقية سنة 1961 هي: ألمانيا، النمسا، بلجيكا، بيلوروسيا السوفياتية، بلغاريا، كوبا،

الدنمارك، إسبانيا، فلندا العليا، هنغاريا، إيطاليا، بولونيا، رومانيا، تشيكوسلوفاكيا، أوكرانية، روسيا، يوغسلافيا، فرنسا.

(2)- أنعم بن ناجي الصلاحي، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 62.

(3)- عبد الحميد الأحمد، التحكيم الدولي، مرجع سابق، 43/3.

(4)- ينظر: كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 122.

(5)- ينظر: أنعم بن ناجي الصلاحي، المرجع السابق، ص 62.

(6)- ينظر: عبد الحميد الأحمد، المرجع السابق، 43/3.

في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الاعتراف والتنفيذ، وكذلك على أحكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب إليها الاعتراف أو التنفيذ⁽¹⁾.

3- تقدم أن اتفاقية نيويورك أتاحت لكل دولة أن تصرّح بأنها ستحصر تطبيق الاتفاقية على المنازعات الناشئة عن روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية التي تعتبر تجارية طبقاً لقانونها الوطني، بينما خلت هذه الاتفاقية من هذا التحفظ، وبالتالي لم تحصر التجارة الدولية في المفهوم الضيق المتضمن في التشريعات الوطنية⁽²⁾.

ثالثاً: قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1976م، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للاينسترال 1985:

1- قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1976: لقد أصبح التحكيم هو السبيل الأمثل لحسم المنازعات في مجال التجارة الدولية، غير أن هذه الأخيرة قد واجهت جملة من الصعوبات في سلوكها لهذا السبيل، كان منشؤها هو الاختلاف الكبير بين قوانين التحكيم الداخلية في مختلف الدول، وفي محاولة منها لتفادي هذه الصعوبات عملت "لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي"⁽³⁾، على التقريب بين قواعد التحكيم في مختلف الأنظمة القانونية في العالم لصيها في إطار يضمن التجانس بينها وحسن سيرها، ثم تنفيذ أحكامها، فبعد أن أشرفت منظمة الأمم المتحدة على وضع اتفاقية نيويورك لسنة 1958، دعت اللجنة الاقتصادية والاجتماعية حكومات الدول لتطوير تشريعات وهيئات التحكيم لديها وتسهيل اللجوء إليه، وكان ذلك بمقتضى قرار اتخذته سنة 1959، القرار رقم 27/708⁽⁴⁾.

وبعد عقد عدة جمعيات واستشارة عدد من الهيئات التحكيمية في العالم، تم وضع مسودة قواعد التحكيم، التي بحثت في مؤتمر تحكيم دولي عقد في نيودلهي من 7 إلى 10 جانفي 1975، تمت خلاله مناقشة معمقة وشاملة لهذه القواعد من مختلف فقهاء الأنظمة القانونية، وبمشاركة المجلس الدولي للتحكيم التجاري الدولي ICCA⁽⁵⁾.

(1)- ينظر: كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص122. عبد الحميد الأحذب، التحكيم الدولي، مرجع سابق، 43/3.

(2)- عبد الحميد الأحذب، المرجع السابق، 43/3.

(3)- Commission on trade LAW وتعرف اختصاراً بـ UNICITRAL

(4)- عبد الحميد الأحذب، المرجع السابق، 49/3.

(5)- المرجع نفسه، 50/3.

وهكذا وضعت الصيغة النهائية لقواعد التحكيم الدولي في 28 سبتمبر 1976، وتم اعتمادها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 15 ديسمبر 1976. عمقتى القرار رقم 98 للدورة 31⁽¹⁾.

وقد صيغت هذه القواعد لتتلاءم مع كافة النزاعات التجارية الدولية في العالم، محاولة التخفيف من الفوارق المتعلقة باللغة والنظم القانونية، وإزالة تخوف الدول النامية من سيطرة الدول الصناعية الكبرى⁽²⁾، إضافة إلى هذا، فقد أخذت بعين الاعتبار الاتفاقيات الدولية التي سبقتها في ميدان التحكيم التجاري الدولي كاتفاقية نيويورك لسنة 1958، واتفاقية جنيف الأوروبية لسنة 1961 وغيرها، كما راعت أنظمة بعض الهيئات الدولية الدائمة للتحكيم خاصة هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، وهيئة التحكيم الأمريكية⁽³⁾.

وبإلقاء نظرة عامة على هذه القواعد يمكن الإشارة إلى أنها قد شملت كل مراحل التحكيم، إذ جاءت في أربعة أقسام، تضمن القسم الأول قواعد تمهيدية، أما القسم الثاني فقد خصص لتشكيل محكمة التحكيم، وخصص القسم الثالث لإجراءات التحكيم وأخيرا خصص القسم الرابع للحكم⁽⁴⁾.

وتضمنت هذه القواعد الإشارة إلى أنها لا تطبق في حالة تعارضها مع نصوص إلزامية في القانون الواجب التطبيق على التحكيم، إذ جاء فيها: «تتكم هذه القواعد التحكيم إلا إذا كان أي منها يتعارض مع نص في القانون الواجب التطبيق على التحكيم، والذي لا يمكن للطرفين مخالفته، فعندئذ يغلب ذلك النص»⁽⁵⁾.

2- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للاسترال 1985: واصلت لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية جهودها من أجل توحيد وتنسيق قوانين التحكيم في العالم، فبعد إصدارها لقواعد التحكيم

⁽¹⁾ -مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة، مرجع سابق، ص9.

⁽²⁾ -وفي هذا الشأن يقول البروفيسور Peter Sanders (وهو أحد المشاركين في صياغة هذه القواعد) إن هذه القواعد تعتبر قواعد تحكيم متطورة ومتوازنة تم إعدادها بمساعدة خبراء في التحكيم من كافة أرجاء العالم، ويمكن أن تكون مقبولة من قبل الدول النامية التي تم تمثيلها بشكل كبير في اللجنة التي قامت بإعداد وصياغة هذه القواعد. (ينظر: صاخ العسوي، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص373).

⁽³⁾ -عبد الحميد الأحذب، التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص50/3.

⁽⁴⁾ -انظر: عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، مرجع سابق، ص297.

⁽⁵⁾ -وهو نص الفقرة الثانية من المادة الأولى.

السالفة الذكر، قامت وبمساعدة المجلس الدولي للتحكيم التجاري بإصدار قانون نموذجي للتحكيم التجاري الدولي بتاريخ 21 جوان 1985.

وقد تضمن هذا القانون قواعد نموذجية للتحكيم توفق بين مختلف أنظمة العالم القانونية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية⁽¹⁾، على أن أهم ما يلاحظ على القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته الإنسترا هو أنه لا يقيد حرية الدولة في أن توجد نوعا من الملاءمة بين نصوص القانون الموحد وبين الأفكار الفقهية السائدة فيها، بل أن الدول من حقها أن تستعبده كله أو بعضه إذا كانت لا توافق عليه أو على بعض نصوصه⁽²⁾.

ويتميز هذا القانون بجملة من الخصائص منها:

1- يجب أن يتعلق التحكيم بتزاع تجاري حتى يخضع لهذا القانون الموحد، وقد تضمن هذا الأخير تحديد الصفة التجارية⁽³⁾.

2- يمكن أن يتم اللجوء إلى التحكيم المنظم بهذا القانون بناء على شرط تحكيمي في العقد، أو بناء على اتفاق لاحق في النزاع، ولا يشترط القانون تسمية المحكمين⁽⁴⁾.

3- كرس هذا القانون مبدأ استقلالية الشرط التحكيمي عن العقد الأصلي⁽⁵⁾.

(1)-انظر: عبد الحميد الأحذب، المرجع سابق، 52/3. نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 118.

(2)- محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، 26/1.

(3)- فقد جاء على هامش المادة الأولى فقرة أولى منه أنه يقتضي وصف "التجاري" تفسيرا واسعا يشمل على سبيل المثال لا الحصر المسائل الناشئة عن سائر العلاقات ذات الطبيعة التجارية عقدية كانت أو غير عقدية كالعلاقات الناشئة عن توريد السلع أو الخدمات وتبادلها، وعقود التوزيع والتمثيل التجاري، والوكالة التجارية للعمولة Factoring والتأجير الشرائي Leasing، وعقود البناء والخدمات الاستشارية والهندسية ومنح التراخيص Licencing، وعمليات التوظيف، والتمويل، والمصارف، والتأمين، وعقود الاستثمار، والامتياز والمشاريع المشتركة Joint Venture وغيرها من أوجه التعاون التجاري، ونقل البضائع جوا أو بحرا أو بالسكك الحديدية (ينظر: عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، مرجع سابق، ص 421 هامش 2).

(4)- وهو ما تنص عليه 7 من هذا القانون.

(5)- وهو ما تضمنت المادة 16 من ذات القانون.

المطلب الثاني: اتفاقيات التحكيم التجاري الدولي على مستوى الوطن العربي

لم يكن الوطن العربي بمعزل عن التطورات التي شهدها العالم في مجال التجارة الدولية، خاصة بعد أن ظهرت فيه الثروة النفطية التي كانت أول بذور النمو والتطور التجاري فيه، إذ جعلته يحظى بنصيب وافر من العلاقات التجارية والاستثمارية مع الدول الغربية، لذلك كان لا بد أن يواكب الأسس والأطر التي يتم بها التعاقد والتعامل على هذا الصعيد التجاري والاستثماري الدولي، وكان التحكيم من أهم هذه الأسس، وعلى الرغم من أنه كان طريقاً غير مرحب به في البداية، وذلك لعدم ثقة الدول العربية، بل الدول النامية بصفة عامة في أحكامه، لأنها كانت ترى فيه بضاعة غريبة لا تخدم سوى مصالح تلك الدول، إلا أن الدول العربية اضطرت إلى التعامل به، لأنها أبرمت عقوداً مع جملة من الشركات متعددة الجنسيات، وكان من المستحيل إخضاع النزاعات التي تنشأ عن مثل هذه العقود إلى القضاء الوطني، من هنا عرفت الدول العربية مزايا التحكيم التجاري الدولي، وأدركت أنه سبيل لا بد منه في التجارة الدولية، لذلك نجدها قد انضمت إلى بعض الاتفاقيات الدولية السالفة الذكر، خاصة اتفاقية نيويورك لسنة 1958، حيث انضمت إليها مجموعة لا بأس بها من الدول العربية⁽¹⁾.

كما كثفت جهودها في عقد اتفاقيات إقليمية فيما بينها، متأسية في ذلك بالدول الغربية، فعقدت جملة من الاتفاقيات المتضمنة تسوية المنازعات عن طريق التحكيم، وهو ما ستطرق له (في الفرع الأول)، كما عقدت جملة من الاتفاقيات المتضمنة تنفيذ قرارات التحكيم وهو ما ستطرق إليه (في الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاتفاقيات المتضمنة تسوية المنازعات عن طريق التحكيم

قامت الدول العربية بإبرام عدة اتفاقيات تتضمن تسوية المنازعات التجارية التي تحدث بينها عن طريق التحكيم، وكان من أبرزها:

أولاً: اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيئة للاستثمارات العربية، وبين مواطني الدول العربية الأخرى لسنة 1974: بعد الأزمة التي شهدتها النفط سنة 1973م، وارتفاع أسعاره، خطرت للدول العربية فكرة تعريب اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى،

(1) - كما يتبين من خلال الملحق رقم (4)

"المعروفة باتفاقية واشنطن* لعام 1965"، في شكل اتفاق على فض النزاعات بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني البلاد العربية الأخرى⁽¹⁾، وهكذا تم الانتقال من اتفاقية ذات إطار دولي إلى اتفاقية ذات إطار دولي إقليمي "عربي"، وهذا بجهود مسؤولين في مجلس الوحدة الاقتصادية التابع لجامعة الدول العربية⁽²⁾.

وقد وقعت على هذه الاتفاقية مجموعة من الدول في 10/06/1974، وهي: الأردن، السودان، العراق، الكويت، مصر واليمن، ثم انضمت إليها لاحقاً: ليبيا والإمارات العربية، وصادق عليها مجلس الوحدة الاقتصادية في اجتماعه المنعقد في ديسمبر 1974، وذلك بموجب القرار رقم 663 المتخذ في دورة الانعقاد رقم 24، ووضعت الاتفاقية موضع التنفيذ في 20/08/1976⁽³⁾.

أهم ما جاءت به الاتفاقية: بما أن هذه الاتفاقية مبنية على تعريب اتفاقية واشنطن، مع محاولة جعلها تناسب الاستثمار العربي بشئ ميادينه، فهي تلتقي معها في نقاط عديدة، بل الملاحظ أنها لا تختلف معها إلا نادراً وفي حالات محدودة، ويتضح هذا من خلال الأسس التي تقوم عليها كلتا الاتفاقيتين، والمتمثلة في:

1- يقتضي أن يكون التحكيم مختلطاً: تنص الاتفاقية على أنه يقتضي أن يكون التحكيم مختلطاً أي أن يكون بين شخص تابعاً للقانون العام من جهة، وشخص تابع للقانون الخاص من جهة ثانية⁽⁴⁾، ويتضح هذا من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 25 من الباب الثاني من اتفاقية واشنطن، حيث جاء فيها: «تمتد الاختصاص القانوني للمركز إلى أية خلافات قانونية تنشأ مباشرة عن استثمار بين دولة متعاقدة

* وهي اتفاقية عقدت بإيعاز من البنك الدولي في 18 مارس 1965، وكان من نتائجها إنشاء المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار I.C.S.I.D.

(1) - على أن هذه الاتفاقية لم تكن هي الخطوة الأولى في مجال الاتفاق العربي بشأن التحكيم التجاري الدولي، إذ سبقتها اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي وضعت موضع التنفيذ في 01/04/1974، فقد تحدثت هذه الاتفاقية وبالتحديد في المادة 04 من ملحقها عن التحكيم لفض المنازعات التي تنور بشأن تنفيذ الاتفاقية وتلتزم هيئة التحكيم بالبت في النزاع وفقاً للقواعد القانونية، كما يمكنها إذا وافق الأطراف على ذلك أن تطبق مبادئ العدل والإنصاف. (انظر: مفيد شهاب، التحكيم التجاري العربي، المحلة المصرية للقانون الدولي، مصر، سنة 1985، مج 41، ص 26)

(2) - عبد الحميد الأحمد، التحكيم الدولي، مرجع سابق، 3/69.

(3) - عبد الحميد الأحمد، التحكيم الدولي، مرجع سابق، 3/69.

(4) - ينظر: المرجع نفسه، 3/70.

وبين مواطن من دولة أخرى متعاقد...»⁽¹⁾.

ويقابل هذا النص نص المادة الثانية من الاتفاقية العربية، الذي يقضي بأن: «الاتفاقية خاصة بتسوية المنازعات الناشئة مباشرة عن أحد الاستثمارات بين الدول العربية المضيفة، أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة، وبين مواطني الدول العربية الأخرى»⁽²⁾.

فبناء على هذين النصين لا يمكن اللجوء إلى التحكيم -في إطار الاتفاقيتين- بين دولتين أو شخصين من أشخاص القانون العام، كما أنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم بين شخصين تابعين للقانون الخاص (كشركتين تابعتين للقانون الخاص مثلا).

غير أن الاتفاقيتين تختلفان هنا في أن التحكيم في الاتفاقية العربية يجب أن يكون بين فريقين عربيين، أي بين دولة عربية ومواطن من مواطني دولة عربية أخرى، فلا مجال لتطبيقها لحسم نزاع بين دولة عربية وأحد مواطني الدول الغربية⁽³⁾، وهذا على عكس اتفاقية واشنطن التي لم تحدد جنسية الدول ولا المواطنين، فالهم أن تكون الدولة متعاقد والمواطن من إحدى الدول المتعاقدة أيضا.

2- التزاعات المتعلقة بالاستثمارات: ترمي ضرورة الربط المباشر ما بين النزاع والاستثمار في

الاتفاقيتين إلى إبعاد بقية التزاعات القائمة بين الدول والأجانب، لأن كليهما من الاتفاقيتين تتعلق بتزاعات الاستثمارات الأجنبية، ولا تتعلق بالتزاعات الخاصة بوضعية الأجانب، فيخرج من إطار التزاعات القابلة للتحكيم بموجبهما التزاعات المتعلقة بالمساهمين في الشركات والدائنين، وشركات التأمين التي تؤمن لديها

*- حددت الفقرة الثانية من المادة 25 المذكورة أعلاه مفهوم المواطن الذي ذكرته بقولها: «يقصد بمواطن الدولة المتعاقدة الأخرى مايلي:

أ- أي شخص طبيعي يتمتع بجنسية دولة متعاقدة بخلاف الدولة طرف النزاع يوم اتفاق الأطراف على القيام بالتوفيق أو التحكيم لأي نزاع، وكذا يوم تسجيل الطلب تطبيقا للفقرة 3 من المادة 28، أو الفقرة 3 من المادة 36، ولكنه لا يشمل أي شخص يكون قد حصل في أي من التاريخين المذكورين على جنسية الدولة طرف النزاع.

ب- أي شخص اعتباري حاصل على جنسية دولة متعاقدة غير طرف في النزاع في تاريخ موافقة الأطراف على تقديم طلب التوفيق أو التحكيم للنزاع أو أي شخص اعتباري يتمتع بجنسية دولة متعاقدة طرف للنزاع في هذا التاريخ، والذي نتيجة لسياسة معاملة الأجانب، اتفق الأطراف على معاملته كمواطن لدولة متعاقدة أخرى، تحقيقا لأغراض هذه الاتفاقية». (عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، مرجع سابق، ص452).

(1)- المرجع نفسه.

(2)- ينظر: حمزة أحمد حداد، التحكيم التجاري العربي، مرجع سابق، ص05.

(3)- ينظر: عبد الحميد الأحمد، التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص70/3.

مسبقا الاستثمارات ضد جميع المخاطر⁽¹⁾. وهذا يستفاد من نصي المادتين 1/25 (من اتفاقية واشنطن)، و 2 (من الاتفاقية العربية)، المذكورين سابقا، واللذين يقرران أن كلا الاتفاقيتين ترمي إلى حل نزاع قانوني ناشئ مباشرة عن استثمار.

على أن الملاحظ هو أن كلتا الاتفاقيتين لم تعط تعريفا دقيقا لمصطلح الاستثمار، ذلك أنه من المصطلحات الاقتصادية التي يصعب تحديد مفهومها⁽²⁾، غير أن اتفاقية واشنطن قد تركز للدول المتعاقدة حرية تحديد النزاعات التي تدخل في نطاق الاستثمار لديها، وهذا بناء على الفقرة 4 من المادة 25، التي تنص على أنه: «يجوز لكل دولة متعاقدة - عند التصديق أو القبول، أو اعتماد هذه الاتفاقية أو في أي وقت لاحق لذلك - أن تخطر المركز نوع أو أنواع النزاع التي ترى عرضها أو عدم عرضها طبقا لاختصاصات المركز، ومن ثم يتعين على السكرتير العام عرض هذا الإخطار على كافة الدول المتعاقدة...»⁽³⁾.

3- استنفاد طرق المراجعة: تنص المادة 26 من اتفاقية واشنطن على أنه: «تعتبر موافقة الأطراف على التحكيم في ظل هذه الاتفاقية موافقة على استبعاد أي علاج آخر ما لم ينص على خلاف ذلك، ويجوز لأي طرف متعاقد المطالبة باستنفاد كافة سبل التسوية القانونية المحلية والإدارية، كشرط لازم لقبولها التحكيم في ظل هذه الاتفاقية»⁽⁴⁾. ومعنى هذا أنه في حالة وجود اتفاق تحكيمي يجب الرجوع عن اللجوء إلى أية وسيلة من وسائل المراجعة الداخلية كقاعدة عامة، إلا أنه يمكن للدولة المتعاقدة أن تربط موافقتها على التحكيم بشرط أن تكون جميع وسائل المراجعة المحددة في تشريعها الداخلي قد استنفذت، ويمكن لهذا الشرط أن يتخذ أشكالا مختلفة، كأن يدرج في الاتفاق التحكيمي الحاصل بين الدولة والمستثمر الأجنبي، بهدف فض النزاع الذي قد يواجهه الطرفان، أو أن يتم إدراجه في أحد شروط عقد الاستثمار المبرم بين الطرفين⁽⁵⁾.

أما بالنسبة للاتفاقية العربية، فالملاحظ أن مادتها الثانية تجعل كل النزاعات الناشئة عن الاستثمار بين دول عربية وبين أحد مواطني دولة عربية أخرى توكل إلى التحكيم الفصل فيها، وبالتالي فهي تخرجها من

(1) - عبد الحميد الأحديب، التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص 70/3.

(2) - المرجع نفسه، ص 71/3.

(3) - عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، مرجع سابق، ص 452.

(4) - المرجع نفسه، ص 453.

(5) - عبد الحميد الأحديب، المرجع السابق، ص 72/3.

دائرة اختصاص المحاكم الداخلية، غير أنها لم تشر إلى أي استثناء يعطي للدول المتعاقدة الحق في تعليق قبولها للتحكيم بأن تكون جميع طرق المراجعة الداخلية قد استنفذت⁽¹⁾.

4-المستثمر: كلا الاتفاقيتين تستوجب أن يكون المستثمر من رعايا دولة متعاقدة في الاتفاقية غير تلك التي تكون طرفاً في النزاع، وتبين هذا من خلال المادتين 1/25 و2 من اتفاقية واشنطن، والاتفاقية العربية على الترتيب، وهما بهذا تستبعدان أو تتجنبان كون التحكيم بين دولة ما وأحد رعاياها.

ثانياً: الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية: أصبحت هذه الاتفاقية سارية المفعول منذ سبتمبر 1985م، وهي تعد انطلاقة كبيرة في مجال تشجيع الاستثمارات في داخل الدول العربية عن طريق توفير مناخ ملائم للاستثمار يستند إلى نظام قانوني واضح يعطي المزايا والضمانات التي تشجع انتقال رأس المال الخاص من دولة المستثمر إلى دول عربية أخرى⁽²⁾.

وقد صدقت على هذه الاتفاقية 21 دولة عربية⁽³⁾، طبقاً للمادة 41 منها⁽⁴⁾، وكان ذلك في تونس أثناء وجود جامعة الدول العربية بما بسبب المقاطعة العربية لمصر آنذاك⁽⁵⁾.

أهم ما تضمنته هذه الاتفاقية:

1-قررت الاتفاقية أن تسوية المنازعات التي قد تنشأ بين الدول فيما بينها، أو بين إحدى الدول والمستثمر بشأن المزايا والضمانات الواردة بها، يمكن أن تتم عن طريق التوفيق أو التحكيم أو اللجوء إلى

(1)-عبد الحميد الأحذب، التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص70/3.

(2)-ينظر: مفيد شهاب، التحكيم التجاري العربي، مرجع سابق، ص30.

(3)-هي: الأردن، الإمارات العربية المتحدة، البحرين، تونس، الجزائر، جيبوتي، المملكة العربية السعودية، السودان، سورية، الصومال، العراق، سلطنة عمان، فلسطين، قطر، الكويت، لبنان، ليبيا، المملكة المغربية، موريتانيا، الجمهورية العربية اليمنية وجمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية. (انظر: عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، مرجع سابق، ص278).

(4)-التي تنص على أنه:

«1-تودع الاتفاقية لدى الأمانة العامة لجامعة الدول العربية للتوقيع عليها.

2-تعتبر الاتفاقية نافذة بعد 3 أشهر من تاريخ إيداع وثائق تصديقها إليها من قبل خمس دول عربية على الأقل.

3-تتلقى الجامعة العربية انضمام الدول العربية وتنفذ بعد ذلك بالنسبة لأية دولة راغبة في الانضمام بعد مرور ثلاثة أشهر تالية لتاريخ إيداع وثائق تصديقها.

4-تتولى الأمانة العامة لجامعة الدول العربية إبلاغ الدول الأعضاء بإيداع وثائق التصديق لديها». (ينظر: عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص272).

(5)-المرجع نفسه، ص278 (هامش رقم1).

محكمة الاستثمار العربية، وقد نصت على هذا في مادتها الـ25، وهي بهذا تكون قد جعلت من التحكيم وسيلة اختيارية يمكن للمتنازعين الاتفاق على اتباعها من بين عدة وسائل وضعتها الاتفاقية تحت تصرفها⁽¹⁾، إذ تقدم أن التسوية تتم إما بواسطة التوفيق أو بواسطة التحكيم أو بواسطة اللجوء إلى "محكمة الاستثمار العربية"⁽²⁾.

2- تناولت الاتفاقية شروط التحكيم وإجراءاته في ملحقها، حيث تضمنت المادة 2 منه (11) فقرة مخصصة لنظام التحكيم في منازعات الاستثمار التي تنطبق عليها الاتفاقية، على أن أهم ما في هذه الفقرات هو:

أ- أن قرار هيئة التحكيم الصادر وفقا لأحكام هذه الاتفاقية نهائيا وملزما ويتوجب على الطرفين الامتثال له وتنفيذه بمجرد صدوره - ما لم تحدد مهلة معينة من قبل الهيئة للتنفيذ-، كما أنه لا يجوز الطعن في قرار التحكيم⁽³⁾.

ب- أنه: «إذا مضت مدة ثلاثة أشهر من صدور حكم هيئة التحكيم دون تنفيذه يرفع الأمر إلى محكمة الاستثمار العربي للحكم بما تراه مناسبا»⁽⁴⁾. وتعدّ هذه الفقرة ضمانا إضافية لتنفيذ حكم التحكيم، إذ تتولى محكمة الاستثمار العربي النظر في أسباب عدم التنفيذ⁽⁵⁾.

ثالثا: اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987: تعدّ هذه الاتفاقية من أهم الاتفاقيات العربية في مجال التحكيم التجاري، إذ تعدّ الاتفاقية الوحيدة التي نظمت هذا التحكيم بالنسبة لمختلف المنازعات التجارية في إطار مؤسسي متكامل، بدءا من تشكيل مركز عربي موحد لتسوية المنازعات عن طريق التحكيم، مروراً بإجراءات التحكيم وانتهاء بصدور قرار التحكيم وتصحيحه والطعن فيه، بل وتنفيذه أيضا⁽⁶⁾.

(1)- ينظر: مفيد شهاب، التحكيم التجاري العربي، مرجع سابق، ص30.

(2)- محكمة الاستثمار العربية محكمة خاصة جديدة لم يكن لها وجود قبل هذه الاتفاقية، إذ تم الإعلان عن إنشائها بموجب المادة 28 من هذه الاتفاقية.

(3)- ينظر: عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، مرجع سابق، ص276.

(4)- المادة 11/2 من الملحق (المرجع نفسه، ص277).

(5)- مفيد شهاب، التحكيم التجاري العربي، مرجع سابق، ص31.

(6)- حمزة أحمد حداد، التحكيم التجاري العربي، مرجع سابق، ص5-6.

ظروف انعقاد الاتفاقية وأهم ما تضمنته: رغم أن التحكيم التجاري يشكل نظاما متميزا عن النظم القضائية الوطنية، ويلعب دورا في تكوين وصياغة قانون مهني دولي، إلا أن الهيئات والمراكز التحكيمية لم تستطع التحلي عن الاعتماد النسبي على القوانين الوطنية، والدوران -أحيانا- في فلك القضاء الداخلي، وتبدو هذه المسألة ذات أهمية خاصة عندما يتعلق الأمر بالتحكيم التجاري الدولي بين الدول النامية أو الأشخاص التابعين لها، والدول الصناعية المتقدمة أو رعاياها، حيث قد تسيطر تشريعات الدول المتقدمة، ويكون لها أثر على القرار الناتج.

من هنا دعت الحاجة إلى إنشاء هيئة عربية للتحكيم التجاري الدولي، تصون حقوق الأطراف العربية وتعمل على مراعاة أعرافهم وتقاليدهم التجارية، وإبرازها في الساحة الدولية، وقد حازت هذه المسألة على اهتمام كبير لدى وزراء العدل العرب، الذين قرروا في الاجتماع الثاني لمجلسهم، وبناء على الاقتراح الذي تقدم به وزير العدل في الجمهورية الجزائرية مايلي:

«1- الموافقة على إنشاء هيئة عربية للتحكيم التجاري.

2- دعوة الدول الأعضاء إلى موافاة الأمانة العامة بما يتوفر لديها من معلومات وبيانات حول القضايا المعروضة على الهيئات الأجنبية للتحكيم التجاري.

3- تكليف الأمانة العامة للمجلس بإعداد دراسة علمية في هذا الشأن وعرض نتائجها على المجلس في دورة قادمة»⁽¹⁾.

ومن ثم أدرج هذا الموضوع ضمن نشاط المجلس ما بين دورتي انعقاده الثانية والثالثة، وقامت الأمانة العامة بتوجيه مذكرات إلى السادة وزراء العدل العرب ترجوهم فيها الإيعاز لمن يلزم بموافقتهما بالآتي:

- العقود التجارية المسجلة أمام جهات رسمية وتجارية، والتي تتضمن اشتراط التحكيم أمام هيئة تحكيمية دولية وتاريخ إبرامها ومقدارها وجنسية الأطراف الموقعين عليها.

- القضايا التي قدمت إلى الهيئات التحكيمية خلال سنوات 1981، 1982، 1983، مع بيان جنسيات أطرافها والهيئة التي تولت أو تتولى النظر فيها، وما فصل منها وما زال عالقا قيد النظر.
- إبداء الملاحظات حول إمكانية استجابة الشركات الأجنبية لقبول التحكيم العربي، والوسائل التي تكفل ذلك.

⁽¹⁾ - تقرير حول إعداد مشروع اتفاقية عربية للتحكيم التجاري، المحلة العربية للفقهاء والقضاة، المملكة المغربية، ع2،

(2) أكتوبر 1985)، ص 643.

ثم وجهت إلى معظم المراكز والهيئات العربية والأجنبية العاملة في مجال التحكيم التجاري الدولي رسائل لموافاتها بأنظمتها الأساسية، وأنشطتها والدراسات المتوفرة لديها حول هذا الموضوع، وسعت إلى بعض الخبراء والمختصين العرب لإعداد دراسة بهذا الشأن تتضمن النقاط الآتية:

- عرض توضيحي للهيئات الدولية التي تعمل ضمن هذا الإطار في كل من أمريكا وأوروبا وآسيا، وأنظمتها الأساسية وإجراءات التقاضي أمامها.

- وضعية القضايا العربية التي تعرض على هذه الهيئات والصعوبات التي تواجه الأطراف العربية في هذه القضايا.

- اقتراح مشروع اتفاقية عربية للتحكيم التجاري تتضمن إنشاء هيئة للتحكيم التجاري، واختصاصاتها والقضاة العاملين فيها، وإجراءات التقاضي لديها وحجية الأحكام الصادرة عنها ونفاذها، وغير ذلك من الأمور التي تتصل بهذا الموضوع.

وبعد أن تلقت الأمانة العامة للمجلس آراء ومقترحات وزراء العدل العرب بخصوص النقاط السالفة الذكر، قامت - بعد إجراء دراسة تمهيدية عامة - بتشكيل لجنة من ثلاثة من المختصين العرب في مجال التحكيم الدولي، هم الأساتذة: علي العبيدي، أحمد شكري السباعي، عبد القادر القادري، قد عهدت إليها وضع دراسة شاملة حول هذا الموضوع تتضمن إعداد مشروع اتفاقية عربية للتحكيم كنتيجة واقعية لمآل هذه الدراسة، ووضعت أمامها كافة الآراء والمقترحات التي تلقتها، وكافة الوثائق والدراسات التي وردت إليها من المراكز والهيئات الدولية العربية والأجنبية، التي تعنى بهذا الموضوع.

وقد انتهت اللجنة إلى وضع ما كلفت به في ثلاثة أقسام :

تضمن القسم الأول عرضاً للأسباب الموجبة لإنشاء هيئة تحكيم عربية تكون بمثابة مؤسسة قانونية تعنى بحل المنازعات التي تنشأ بين الأشخاص العربية في مجال التجارة وقطاع الأعمال، كما تختص بالفصل في المنازعات الناشئة عن الإخلال بالعقود التجارية والفنية المبرمة بين أطراف عربية خاصة، أو بين الشركات والمؤسسات الحكومية التي تمارس نشاطاً مشتركاً في المجالات الاقتصادية المختلفة في أي من الأقطار العربية .

وتضمن القسم الثاني نصوص مشروع الاتفاقية الذي وضعته اللجنة في 41 مادة موزعة على خمسة فصول، تناول الفصل الأول الأحكام العامة، حيث تعرض لنطاق الاتفاقية وأهدافها، وما يتوجب إدراجه

في صلب العقود القابلة للخضوع للتحكيم وفقا لأحكامها. وتناول الفصل الثاني الأجهزة التي يتوجب إنشاؤها⁽¹⁾، وتناول الفصل الثالث الإجراءات التي يتوجب اتباعها لعرض قضية على هيئة التحكيم، والقانون الواجب تطبيقه على المنازعة المقدمة إليها، ومكان التحكيم واللغة المستعملة في المرافعة والحكم، كما تناول الدفوع والطلبات وأحكام التنازل عن اللجوء إلى جهات قضائية أخرى، وكل الأحكام المتعلقة بإجراءات المحاكمة التحكيمية. أما الفصل الرابع فقد تناول القرارات التحكيمية وكل ما يتعلق بها بدءا بأركانها إلى كيفية إصدارها وتوثيقها وقابليتها للطعن، وحجيتها وكذا تصحيحها وتفسيرها، وإعادة النظر فيها وإبطالها. وأخيرا، تناول الفصل الخامس الأحكام المتعلقة بالرسوم والمصاريف وكيفية توزيعها، كما تناول الإجراءات الداخلية اللازمة لوضع الاتفاقية موضع التنفيذ، وكيفية الانضمام إليها والانسحاب منها.

أما القسم الثالث، فقد خصصته اللجنة لتحليل الاتفاقية على نحو تستوفي فيه جميع العناصر القانونية لهذا الموضوع، وذلك على ضوء الفقه والقضاء والقانون المقارن، بعد الاسترشاد بتجارب بعض المؤسسات التحكيمية الدولية والإقليمية، وتبنت في ذلك منهجا ينطلق من محتوى التحكيم ذاته، وركزت على الجوانب الأساسية، تاركة للممارسة العملية مهمة ملء ثغرات هذا المشروع.

وقد عرض هذا المشروع مع مذكرته التوضيحية على الاجتماع الثالث لمجلس وزراء العدل العرب، المنعقد بالرباط في الفترة الممتدة من 22 إلى 25/04/1985، فقرر أن توافي الدول الأعضاء الأمانة العامة للمجلس بأرائها ومقترحاتها بخصوصه في مدة لا تتجاوز نهاية شهر أكتوبر 1985، كما قررت تكوين لجنة مكونة من السادة: عبد الرزاق عبد الوهاب (من العراق)، أحمد بوزقية (من ليبيا) وأحمد شكري السباعي (من المغرب) ومحمد الحسن (من سوريا)، ورشيد الصباغ (من تونس)، للقيام بدراسة مشروع الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري وإدخال التعديلات اللازمة عليه في ضوء الآراء والمقترحات التي ترد إلى الأمانة العامة للمجلس من الدول الأعضاء⁽²⁾.

وفي 14/04/1987 وقعت 14 دولة في عمان على الاتفاقية العربية للتحكيم الدولي، بصيغتها النهائية وهي: الأردن، تونس، الجزائر، جيبوتي، السودان، سوريا، العراق، لبنان، ليبيا، المغرب، موريتانيا، الجمهورية العربية اليمنية، وجمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية⁽³⁾.

(1)- وأهم هذه الأجهزة طبعاً هو مركز عربي للتحكيم التجاري.

(2)- ينظر: تقرير حول إعداد مشروع اتفاقية عربية للتحكيم التجاري، المحلة العربية للفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 644-647.

(3)- عبد الحميد الأحمد، التحكيم الدولي، مرجع سابق، 47/3.

الفرع الثاني: الاتفاقيات المتضمنة تنفيذ قرارات التحكيم

لم ينحصر اهتمام الدول العربية بالتحكيم التجاري الدولي في إبرام اتفاقيات تنظم إجراءاته وشروط اللجوء إليه، وشكل إصدار القرار، بل تعداه إلى الاهتمام بتنفيذ القرارات الناتجة عنه، ذلك أن تنفيذ قرارات التحكيم هو ثمرة العملية التحكيمية، ولأن تنفيذ القرار معناه أن التزاع قد حسم، وهو الهدف الأساسي من وراء لجوء أطراف التزاع إلى التحكيم، أما في حالة عدم تنفيذ قرار المحكم أو المحكمين، فإن الأطراف يضطرون إلى عرض نزاعهم على القضاء الرسمي للفصل فيه، فيبدؤون إجراءات التقاضي من جديد وبكل مراحلها، مما يعني أن التحكيم كان مجرد إهدار للمصاريف والوقت، وهو أمر غير محبذ، خاصة في مجال التجارة الدولية التي تعتمد بشكل أساسي على السرعة.

ويتضح الاهتمام العربي بتنفيذ قرارات التحكيم من خلال الاتفاقيات التي أبرمت بهذا الخصوص، وكان من أبرزها اتفاقيتان هما:

أولاً: اتفاقية تنفيذ الأحكام لسنة 1952: أبرمت الدول العربية هذه الاتفاقية سنة 1952 بهدف ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة في دولة عربية لدى دولة عربية أخرى، سواء كانت تلك الأحكام صادرة عن القضاء الرسمي أم أنها أحكام صادرة عن التحكيم "أحكام تحكيمية"⁽¹⁾.

وما يلاحظ بالنسبة لهذه الاتفاقية هو أنه على الرغم من أنها لم تكن خاصة بتنفيذ القرارات التحكيمية بالتحديد، إلا أنها تعدّ خطوة معتبرة على درب الاهتمام العربي بالتحكيم الدولي، خاصة بالنظر إلى وقت إبرامها (1952)، إذ سبقت اتفاقية نيويورك لسنة 1958، مع أنه لا مجال للمقارنة بين الاتفاقيتين من أي وجه، إلا أنه يجعلنا نلاحظ أن اهتمام الدول العربية بالتحكيم التجاري الدولي كان منذ وقت مبكر جداً.

ثانياً: اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983: أبرمت هذه الاتفاقية في الرياض سنة 1983، وتضمنت أحكاماً تتعلق بتنفيذ قرارات التحكيم الصادرة في إحدى الدول المتعاقدة لدى الدول المتعاقدة الأخرى⁽²⁾.

(1) - حمزة أحمد حداد، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 6.

(2) - المرجع نفسه، ص 6.

الفصل الأول:تنظيم التحكيم التجاري الدولي

تجدر الإشارة في الأخير إلى أن أهم ما يستتج من خلال عرض الاتفاقيات التي أبرمتها الدول العربية بشأن التحكيم التجاري الدولي، هو أن جهود المجتمع الدولي العربي في هذا المجال كانت جهودا معتبرة، وأن تطلعاته كانت كبيرة، أيا كانت النتائج المحصل عليها.

خلاصة الفصل

نخلص مما تقدم إلى أن:

- التحكيم التجاري الدولي فرع خاص من التحكيم يتعلق بمجال التجارة الدولية، وعلى الرغم من عدم تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذا النوع من التحكيم بشكل صريح، إلا أن مفهومه كان متضمنا في أقوالهم المتعلقة بالتحكيم كمبدأ عام.

ويتم اللجوء إلى التحكيم في مجال التجارة الدولية إما قبل نشوء النزاع، وذلك بناء على شرط يرد في العقد الأصلي المبرم بين الخصوم، وهو ما يعرف "شرط التحكيم"، وإما بعد قيام النزاع بالفعل، بناء على اتفاق يبرم بين الخصوم يتضمن رغبتهم في أن يحل النزاع بطريق التحكيم لا بطريق القضاء، وهو ما يعرف بـ "مشاركة التحكيم"، ومع أن المشرع الجزائري لم يستعمل هاتين التسميتين لصورتي الاتفاق على التحكيم، إلا أنه أجاز الاتفاق على التحكيم سواء قبل النزاع أم بعده، وكذلك الأمر بالنسبة للشريعة الإسلامية، فقد لاحظنا أن صورتي الاتفاق على التحكيم لا تتعارضان إطلاقا مع أحكام الشريعة الإسلامية في مجال عقود المعاملات.

- هناك اتفاق بين النظم القانونية الوضعية - بما فيها القانون الجزائري - وبين الشريعة الإسلامية، على أن التحكيم من طبيعة قضائية، غير أنه قضاء من نوع خاص.

- وأن التحكيم التجاري الدولي لا يتخذ صورة واحدة، فهو تحكيم اختياري كقاعدة عامة، إلا أن هنالك حالات مستثناة من هذه القاعدة، يكون فيها التحكيم إجباريا، فيفرض على الخصوم اللجوء إليه للفصل في منازعات محددة، وهذا على عكس الشريعة الإسلامية، حيث لاحظنا أن التحكيم التجاري الدولي بالنسبة لها هو تحكيم اختياري دون استثناءات. كما أن التحكيم قد يكون تحكيما بالقضاء أو تحكيما بالصلح، وهذا اتفاقا. وقد يكون أيضا تحكيما حرا كما قد يكون تحكيما مؤسسيا.

- يقتضي تحديد دولية التحكيم التجاري تضافر جملة من المؤشرات والمعايير كالمعيار الجغرافي والمعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، غير أننا لاحظنا أن أهم هذه المؤشرات والمعايير هو المعيار الاقتصادي، أو بالأحرى طبيعة المنازعة التي ستكون محلا للتحكيم.

- اهتم المجتمع الدولي بالتحكيم التجاري الدولي اهتماما بالغا، بدليل الكم الكبير من الاتفاقيات الدولية التي عقدت بخصوصه، والتي كانت دائما تهدف إلى تطوير قواعده القانونية وصياغتها بشكل بسيط يتماشى مع متطلبات التجارة الدولية، وكان للوطن العربي إسهام لا يستهان به في هذا المجال.

تمهيد:

بعد أن بيّنا ما هو التحكيم التجاري الدولي، وألقينا نظرة على أنواعه ومختلف الاتفاقيات الدولية المتعلقة به، تأتي الآن إلى بيان الأسس العامة التي ينبنى عليها هذا النوع من التحكيم والتي تجعل منه قضاء أصيلا وفعالا للتجارة الدولية، كما سنحاول توضيح تطبيقاته في الجزائر.

من أجل هذا قسمت هذا الفصل إلى مباحث ثلاث، يتناول المبحث الأول القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، ويتناول المبحث الثاني حكم التحكيم، أما المبحث الثالث فيتناول الآفاق المستقبلية للتحكيم التجاري الدولي وتطبيقاته في الجزائر.

الفصل الثاني:

الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي وتطبيقاته في
الجزائر

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق في
التحكيم التجاري الدولي

المبحث الثاني: حكم التحكيم

المبحث الثالث: الآفاق المستقبلية للتحكيم التجاري
الدولي وتطبيقاته في الجزائر

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي

إذا كان القاضي يفصل في المنازعات وفقاً لقانون بلده أو وفقاً للقواعد القانونية التي يفرزها إعمال قواعد تنازع القوانين، فإن المحكم يقع في إشكال بالنسبة لتحديد القانون الذي سيطبقه سواء على إجراءات سير المنازعة أم على موضوع هذه المنازعة، وسنحاول معالجة هذا الإشكال من خلال هذا المبحث، حيث سنتطرق لتحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات سير المنازعة وهذا (في مطلب أول) ثم نحدد القانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعة وهذا (في مطلب ثان).

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات سير المنازعة

إن المقصود بإجراءات سير المنازعة في هذا المقام هو تلك القواعد الإجرائية التي يجب اتباعها بعد تشكيل هيئة التحكيم وحتى صدور الحكم الذي يفصل في المنازعة، وعليه تستبعد الإجراءات السابقة لذلك مثل كيفية تعيين هيئة التحكيم، كما تستبعد الإجراءات اللاحقة على صدور الحكم مثل كيفية تنفيذه.

وتعتبر دراسة القواعد الإجرائية التي تحكم سير المنازعة المطروحة على التحكيم من المسائل الجوهرية في التحكيم التجاري الدولي، ذلك أن أهم ما يدفع الأطراف للجوء إليه هو سرعة الفصل في النزاع حتى لا يفقد الحق المتنازع عليه شيء من أهميته أو قيمته، إضافة إلى السرية التي لا تتوفر في القضاء.

وبدیهي أن تحقيق السرعة والسرية المنشودتان من قبل الخصوم يتأتى بالدرجة الأولى من خلال التخفيف من الإجراءات المعتادة للتقاضي.

ومن أجل هذا كان المبدأ هو حرية طرفي النزاع في اعتماد القواعد الإجرائية التي يراها كفيلة بتحقيق مطلبهما في السرعة والسرية، على أن إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات سير منازعاتهم يختلف حسب نوع التحكيم الذي يلجأ إليه، فهو تحكيم حر أم أنه تحكيم مؤسسي، لذلك سنحاول توضيح كيفية اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات سير المنازعة في التحكيم الحر وذلك (في فرع أول)، ثم كيفية اختيار هذا القانون في التحكيم المؤسسي وذلك (في فرع ثان).

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات سير المنازعة في التحكيم الحر

سنحاول في هذا الفرع الحديث عن كيفية اختيار القانون الذي يحكم إجراءات سير المنازعة في الشريعة الإسلامية ثم في القانون الوضعي.

أولاً: في الشريعة الإسلامية

لم تبحث مسألة تحديد القواعد الإجرائية التي تحكم سير المنازعة المطروحة على التحكيم في الفقه الإسلامي، إلا أننا نستطيع استخلاص موقفه منها من خلال النماذج التحكيمية التي شهدتها المجتمع الإسلامي في حياة النبي ﷺ وفي عصر الصحابة رضي الله عنهم.

فمن نماذج التحكيم التي وقعت في حياته ﷺ التحكيم في قضية بني قريظة المشار إليها سابقاً، حيث لاحظنا أنه بعد اتفاق الطرفان على اختيار سعد بن معاذ رضي الله عنه حكماً ليحكم في النزاع القائم بينهما، استدعاه عليه الصلاة والسلام- إلى المكان الذي اجتمع فيه الخصمان، فلما حضر استوثق من رضی الطرفين بحكمه، كما استوثق من قبولهم تنفيذه، حيث: «توجه إلى بني قريظة قائلاً: عليكم عهد الله وميثاقه أن الحكم فيكم ما حكمت؟ فقالوا: نعم، ثم قصد الناحية التي بها رسول الله ﷺ وهو معرض بوجهه إجلالاً له ﷺ وقال: وعلى من هاهنا؟ فقال رسول الله ﷺ: نعم»⁽¹⁾.

فمن خلال هذه الواقعة يتضح أن طرفي المنازعة كانا متواجدين في مكان واحد وجها لوجه، كما أن الحكم عاملهما على قدم المساواة، حيث سأل كلا منهما عن مدى قبوله للحكم الذي سيحكم به.

أما عن نماذج التحكيم التي وقعت في عصر الصحابة رضي الله عنهم فنذكر منها حادثة تحاكم عمر ابن الخطاب وأبي بن كعب رضي الله عنهما- إلى زيد بن ثابت، حيث قال الشعبي: «كان بين عمر وأبي رضي الله عنهما- خصامة، فقال عمر: اجعل بيني وبينك رجلاً، قال: فجعل بينهما زيد بن ثابت. قلل: فأتوه، قال: فقال عمر رضي الله عنه أتيناك لتحكم بيننا وفي بيته يؤتى الحكم. قال: فلما دخلوا عليه أجلسه معه على صدر فراشه، قال: فقال (يقصد عمر)، هذا أول جور جرت في حكمك، أجلسني وخصمني مجلساً، قال: فقصا عليه القصة، قال: فقال زيد لأبي: اليمين على أمير المؤمنين، فإن شئت أعفيت، قال: فأقسم عمر رضي الله عنه على ذلك، ثم أقسم لا تدرك باب القضاء حتى لا يكون لي عندك على أحد فضيلة»⁽²⁾.

(1)- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، كتاب المغازي، مصدر سابق، 411/7.

(2)- أخرجه: البيهقي، السنن الكبرى، باب: القاضي لا يحكم لنفسه، مصدر سابق، 144/10.

وما يستتج من هذه الحادثة أن عمر رضي الله عنه قد أصر على أن يعامل وخصمه على قدم المساواة، وألا يعفى من اليمين التي لزمته مجرد كونه أميراً للمؤمنين، كما يتبين لنا أن الخصمين كانا متواجهين أثناء قيام الحكم بالفصل في النزاع.

وعليه يتضح اتفاق الحادثتين على مبدأين إجرائيين هما:

1- مبدأ المواجهة بين الخصوم.

2- مبدأ المساواة بين الخصوم. وهذين المبدأين يعتبران من أهم مبادئ التقاضي بصفة عامة، وذلك سواء بالنسبة للشريعة الإسلامية أم بالنسبة للقانون الوضعي، أما بقية إجراءات سير المنازعة فلا نلاحظ أي إشارة لها في الحادثتين.

من هنا نستنتج أن التحكيم في النظام الإسلامي لا يستوجب قواعد إجرائية معينة، تسير وفقها المنازعة المعروضة عليه، إنما للأفراد حرية اختيار القواعد الإجرائية التي يرونها ملائمة وكفيلة بتحقيق الهدف من وراء لجوئهم إليه، وهو الفصل في النزاع بسرعة وفي إطار من السرية التي يتطلبها موضوع النزاع، خاصة وأنه لم توجد إشارة في الحادثتين، إلا أنه يجب أن يتم الفصل في المنازعة علناً، بل نلاحظ في الحادثة الثانية أن عمر وأبي رضي الله عنهما - قد قصدا زيد في بيته، وأن المحاكمة تمت هناك، مما يعني أنها لم تكن علنية، غير أن النظام الإسلامي يستوجب مراعاة مبدأي المواجهة والمساواة بين الخصوم.

ومنه يمكن القول أنه وفقاً للنظام الإسلامي يكون اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات سير المنازعة في التحكيم الحر متروكاً لإرادة طرفي النزاع بشرط عدم الإخلال بمبدأ المواجهة بين الخصوم أثناء نظر المنازعة وكذلك مبدأ المساواة بينهم في كل الأمور.

ثانياً: في القانون الوضعي

سبق القول أن التحكيم الحر أو تحكيم الحالات الخاصة Ad Hoc هو التحكيم الذي لا يتم من خلال مركز أو هيئة دائمة للتحكيم، وإنما يجري وفقاً لمشيئة الخصوم، إذ يتولى هؤلاء اختيار المحكم أو هيئة التحكيم، وكذلك اختيار طريقة مباشرة إجراءات التحكيم ومكان انعقاد جلساته إلى غير ذلك من التفاصيل.

ومع أن هذا النوع من التحكيم قد أفل نجمه بعد ظهور هيئات ومراكز التحكيم الدائمة - وقد سبقت الإشارة إلى ذلك-، فإنه ما زال ذو أهمية في بعض المجالات الهامة كمجال المنافسة بين الشركات وفي براءات الاختراع وعقود نقل التكنولوجيا، وكذلك في كثير من المنازعات الناشئة بين الشركات

الأجنبية الخاصة وبين الدول، لا سيما تلك التي تتعلق بعقود الامتياز الدولية (كالعقود الواردة على استخراج واستغلال الثروات الوطنية الطبيعية)، إذ يفضل التحكيم الحر في هذه الحالات بالذات نظرا لما تتطلبه من سرية تامة قد لا تتحقق في المراكز الدائمة للتحكيم⁽¹⁾.

وبما أن هذا النوع من التحكيم يجري وفقا لمشيئة الخصوم، فإن إرادتهم تلعب دورا رئيسيا في صياغة القواعد الإجرائية التي تسع لفض النزاع، ومع هذا فإن الخصوم لا يقومون دائما بصياغة تلك الإجراءات، بل قد يلجؤون إلى مجرد الإشارة إلى اتباع قانون إجرائي معين، كما قد يسكتون هائما عن اختيار الإجراءات الواجب اتباعها من قبل المحكم أو المحكمين، أو يعهدون إلى هؤلاء باختيار تلك الإجراءات، وسيوضح كل هذا من خلال الآتي:

1- الصياغة الاتفاقية لإجراءات سير المنازعة:

إن بمقدور أطراف الاتفاق على التحكيم بحسب الأصل العام لهذا النوع من التحكيم - وضع قواعد إجرائية مفصلة تحكم سير المنازعة أمام المحكم أو هيئة التحكيم، وذلك باتفاقهم على إنشاء قواعد إجرائية خاصة بهم أيا كان مصدرها، سواء أكانت مستمدة من قانون داخلي أهم من قوانين داخلية مختلفة، كما قد تكون مستمدة من لائحة أو لوائح تحكيم لهيئات تحكيمية دائمة، فيستطيع أطراف الاتفاق على التحكيم تضمين عقودهم بنودا لتنظيم سير المرافعات ومكانه وميعاد تقديم المستندات وأسماء الشهود وإجراء التحقيقات والاستعانة بالخبراء وتسبيب القرارات إلى غير ذلك من التفاصيل المتعلقة بالمسائل الإجرائية⁽²⁾.

ولكن هذا الأصل وإن كان متاحا، إلا أن الواقع كثيرا ما يثبت أن صياغة الخصوم -سواء في العقد مثار المنازعة أم في مشاركة مستقلة للتحكيم- للقواعد الإجرائية المفصلة التي تحكم سير المنازعة هو من الأمور غير المألوفة كثيرا، وذلك يرجع إلى عدم توقع الخصوم لكافة المسائل الإجرائية التفصيلية التي يثيرها سير المنازعة المطروحة على التحكيم من جهة، ومن جهة أخرى إلى ما قد تجره الصياغة الاتفاقية للقواعد الإجرائية من اصطدام مع بعض القواعد الإجرائية الآمرة، أو تلك التي تتعلق بالنظام العام في دولة التنفيذ والتي لا يجوز للأفراد تخطيها⁽³⁾.

(1)- ينظر: أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 91.

(2)- ينظر: أحمد ضاغن السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 1993، ع 1، ص 190.

(3)- ينظر: أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 93. كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 131.

لذلك نجد أن الأطراف يكتفون بالصياغة الاتفاقية لبعض التفاصيل الإجرائية المهمة، مثل: كيفية تشكيل هيئة التحكيم واختيار رئيس الهيئة ومكان انعقاد التحكيم وتاريخ إصدار القرار ونفقات التحكيم، ويتركون باقي الإجراءات إلى قانون يتم اختياره من قبلهم أو إلى المحكم نفسه⁽¹⁾.

2- الاختيار الصريح أو الضمني لقانون وطني لحكم إجراءات المنازعة

على خلاف الصياغة الاتفاقية للقواعد الإجرائية غير المألوفة، نجد أن غالبية اتفاقات التحكيم تضم نصوصا تقضي باختيار قانون معين ليحكم تلك الإجراءات دون الدخول في التفصيل، كما أن هناك كثيرا من الاتفاقات التي لا تشير إلى هذا الاختيار صراحة، وإنما يستفاد منها ضمنا القانون الواجب تطبيقه على الإجراءات.

وعليه فالاختيار الصريح للقانون الواجب اتباعه أثناء سير المنازعة، وهو ما يعرف بـ"قانون إرادة الخصوم"، يتم بناء على اتفاق الخصوم على القانون الذي يرغبان في تطبيقه على إجراءات سير المنازعة وتسميته صراحة⁽²⁾. أما الاختيار الضمني فإنه يكون عندما يختار الطرفان بلدا معيناً لإجراء التحكيم فيه دون أن يتفقا على إخضاع الإجراءات لقانون آخر، فيكون اختيارهما لمقر التحكيم دالا على انصراف إرادتهما إلى إخضاع الإجراءات لقانون هذا المقر بشكل ضمني⁽³⁾، إلا أنه قد يثور إشكال حول تحديد معنى "قانون مقر أو محل التحكيم"، أهو قانون الدولة التي تنعقد فيها هيئة التحكيم لأول مرة، أم هو قانون الدولة التي يصدر فيها القرار؟ فقد يختلف المكان في الحالتين، إضافة إلى أنه في بعض الأحيان يتم اختيار مقر التحكيم بالصدفة، أي ليس لرغبة الأطراف في أن يحكم قانون تلك الدولة إجراءات سير منازعتهم، لهذا يبدو واضحا من واقع تحكيم الحالات الخاصة أن قانون محل التحكيم يلعب دورا احتياطيا أو مساعدا إلى جانب قانون الإرادة بالنسبة لاختيار القواعد التي تحكم إجراءات سير المنازعة⁽⁴⁾.

بمعنى أنه إذا تم اختيار القانون الذي يحكم إجراءات سير المنازعة من قبل الخصوم بشكل صريح وقاطع، فإنه لا مجال لإعمال قانون محل (مقر) التحكيم وقد يقع اختيار الخصوم على قانون دولة محل التحكيم ليحكم تلك الإجراءات، إلا أن تطبيقه في هذه الحالة لا يكون إعمالا لقاعدة اختيار محل التحكيم، وإنما إعمالا لإرادة الخصوم في المنازعة المطروحة على التحكيم، أما في حالة غياب الاختيار الصريح فيكون

(1)- ينظر: أحمد ضاغن السمدان، المرجع السابق، ص190. أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص94.

(2)- ينظر: مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة، مرجع سابق، ص213.

(3)- ينظر: المرجع نفسه، ص213.

(4)- ينظر: أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص99.

للجوء إلى قانون دولة مقر التحكيم ليحكم إجراءات سير المنازعة أمرا يفرضه الواقع تفسيرا للإرادة الضمنية أو المفترضة لأطراف المنازعة، تبعا لاختيارهم لمقر التحكيم، أو أن يكون هذا القانون هو الأنسب من الناحية الموضوعية باعتباره قانونا محايدا أو باعتباره قانون دولة المحكم الذي سيكون أكثر إماما به من غيره⁽¹⁾.

على أن هذا التدرج في الأفضلية (أي تفضيل قانون إرادة الخصوم ثم قانون محل أو مقر التحكيم في حالة غياب الأول) بشأن القواعد التي تحكم إجراءات سير المنازعة هو الذي استقر في القضاء الأجنبي منذ وقت طويل، خاصة القضاء الفرنسي والإيطالي والسويسري، وقرارات التحكيم التجاري الدولي، وأقرته صراحة البروتوكولات والمعاهدات الخاصة بهذا التحكيم مثل: بروتوكول جنيف 1923، واتفاقية نيويورك لسنة 1958، والاتفاقية الأوروبية 1961⁽²⁾.

3- دور هيئة التحكيم (المحكم) في اختيار القواعد الإجرائية التي تحكم سير المنازعة

قد لا يضع الخصوم صياغة اتفاقية للقواعد الإجرائية الواجب اتباعها خلال سير المنازعة، ولا يختارون القانون الواجب التطبيق-لا صراحة ولا ضمنا- وإنما يلجؤون إلى إعطاء الحرية للمحكمين في اختيار القواعد الإجرائية المناسبة لسير المنازعة، وذلك على ضوء ما يروونه بخصوص النزاع المطروح على التحكيم، كما تتولى هيئة التحكيم مهمة تحديد القواعد الإجرائية في حالة سكوت الخصوم عن الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق، وكذلك في حالة الخلاف الذي يقع بين طرفي المنازعة بخصوص تلك القواعد⁽³⁾.

ففي هذه الأحوال تستقل هيئة التحكيم (أو المحكم) في اختيار القواعد الإجرائية التي ستحكم سير المنازعة أمامها، وتكون سلطتها في هذا الخصوص أوسع من سلطة القضاء وأوسع من سلطة هيئة التحكيم المعينة في إطار التحكيم لدى هيئات أو مراكز التحكيم الدائمة، إذ أنها تستطيع تحديد القواعد الإجرائية الواجبة الاتباع أمامها، أيا كان مصدر استقائها (قانون وطني أو قواعد إجرائية منصوص عليها في لوائح هيئات ومراكز التحكيم الدائمة أو متعارف عليها...)⁽⁴⁾.

(1)-ينظر: أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص99.

(2)-ينظر: منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، صص129-131. أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص100.

(3)-ينظر: أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص101. أحمد ضاغن السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص198.

(4)-ينظر: أحمد ضاغن السمدان، المرجع نفسه، ص198.

غير أن حرية هيئة التحكيم أو المحكم في تحديد القواعد الإجرائية المناسبة مشروط بالألا يكون في الإجراءات المختارة من قبلها إخلال بحقوق وضمائم الدفاع أو إخلال بالمساواة والعدالة بين الخصوم، وألا تخالف النظام العام لدى دولة التحكيم⁽¹⁾.

وباستقراء قضاء التحكيم التجاري الدولي، يتبين أن المحكمين يعملون سلطتهم التقديرية لاختيار القانون أو القواعد الأنسب لحكم سير المنازعة بشكل موضوعي، وذلك إما بالاتجاه إلى قانون محل التحكيم أو باختيار قواعد إجرائية ترتبط بقانون الشعوب (Droit des gens) أكثر من ارتباطها بأي قانون وطني آخر ولو كان قانون مقر التحكيم، وذلك يكون عادة في التحكيم الذي يجري بين الدول والشركات الخاصة، وذلك لأن "الحصانة القضائية" التي تتمتع بها الدولة التي تكون طرفا في النزاع تعارض مع إمكان خضوعها لقانون وطني آخر ولو كان قانون مقر التحكيم⁽²⁾.

مما تقدم نخلص إلى أن القواعد الإجرائية التي يتم اتباعها أثناء سير المنازعة في التحكيم الحر، قد تتم صياغتها من قبل الخصوم بشكل اتفاقي كما قد تستقى من قانون معين تتم تسميته صراحة من قبل الخصوم في اتفاق التحكيم أو يستفاد ضمنا، وغالبا ما يكون هذا الأخير هو قانون مقر التحكيم، كما قد يترك الخصوم للمحكمين مهمة اختيار تلك القواعد، وقد أشار المشرع الجزائري إلى هذه الطرق الثلاثة التي تختار بموجبها القواعد الإجرائية الواجب اتباعها أثناء سير المنازعة أمام المحكم أو هيئة التحكيم، وذلك من خلال نص المادة 458 مكرر (6) من قانون الإجراءات المدنية، والذي يقضي بأنه: «يمكن اتفاقية التحكيم أن تضبط الإجراء اللزم اتباعه في الهيئة التحكيمية مباشرة أو بناء على نظام تحكيمي.

- كما يمكنها إخضاع هذا الإجراء إلى قانون الإجراءات الذي تحدده الأطراف فيها.

- وإذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، ولم يحصل اتفاق بين الطرفين تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراء مباشرة، أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيمي كلما تطلبت الحاجة إلى ذلك»⁽³⁾.

فالفقرة الأولى من هذه المادة تجيز لأطراف اتفاق التحكيم القيام بصياغة اتفاقية للإجراءات الواجب اتباعها أثناء سير المنازعة أمام الهيئة التحكيمية، إما مباشرة أو بناء على نظام تحكيمي معين.

أما الفقرة الثانية فتتص على أنه لأطراف اتفاق التحكيم اختيار قانون إجرائي معين بالذات، يتم تطبيقه على إجراءات سير المنازعة.

(1)- ينظر: كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 132.

(2)- بيضر: أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 103.

(3)- المرسوم التشريعي، رقم 93-09 المؤرخ في أبريل 1993.

أما الفقرة الثالثة، فقد افترضت عدم النص على الإجراءات الواجب اتباعها ضمن اتفاق التحكيم وعدم حصول اتفاق بشأن ذلك من قبل الأطراف، فقررت أنه في هذه الحالة تتولى محكمة التحكيم (هيئة التحكيم) ضبط الإجراءات بصفة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيمي⁽¹⁾.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على إجراءات سير المنازعة في التحكيم المؤسسي (النظامي)

سنتناول في هذا الفرع الحديث عن القانون الذي يحكم إجراءات سير المنازعة في التحكيم المؤسسي (النظامي) وذلك في الشريعة الإسلامية ثم في القانون الوضعي.

أولا: في الشريعة الإسلامية:

تقدم أن التحكيم المؤسسي أو النظامي والذي يتم من خلال المراكز أو الهيئات الدائمة للتحكيم، هو من مستجدات العصر الحديث، فلم يعرف في المجتمع الإسلامي القديم ومن ثمّ لم يتطرق إليه الفقهاء القدامى، في معرض بحثهم لموضوع التحكيم، وتقدم أيضا أنه ما دامت هذه المراكز والهيئات وجدت لتيسير أمور المسلمين وجلب المنافع لهم فهي لا تتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي، طالما أنها تعمل في الإطار الشرعي ولا تخالف الأصول والأحكام العامة للشريعة الإسلامية، ولو لم تكن كذلك لما انتشرت في دول المجتمع الإسلامي الحديث خاصة تلك التي تطبق أحكام الشريعة الإسلامية.

ومن المعلوم أن مراكز وهيئات التحكيم الدائمة تقوم بصياغة قواعد إجرائية معينة تطبق على إجراءات سير المنازعة التي تطرح على التحكيم الذي يجري في إطارها، وأن اختيار الأطراف لذلك المركز أو تلك الهيئة يعني بالضرورة إذعانه لتطبيق الإجراءات التي يضعها المركز أو الهيئة.

وبما أن النظام الإسلامي لا يشترط على الخصوم اتباع نظام إجرائي معين، فلا مانع إذن من تبني النظام الإجرائي بالمركز أو الهيئة الدائمة للتحكيم طالما أنه لا يخل بمبدأي المواجهة والمساواة بين الخصوم.

ثانيا: في القانون الوضعي:

إذا كان التحكيم الحر أو تحكيم الحالات الخاصة، يتم بإعطاء الأطراف الحرية في تنظيم مختلف جزئياته، فإن التحكيم المؤسسي أو النظامي يتسم بأنه تحكيم منظم تسري فيه الأحكام اللامتجعية التي يضعها المركز أو الهيئة، واختيار أطراف المنازعة أو التجاؤم جبرا للتحكيم في إطار هذه المراكز أو الهيئات يعني

⁽¹⁾ -ينظر: سائح سنقرقة، قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص 341.

ضرورة الإذعان للقواعد الإجرائية المقررة في لوائح التحكيم لديها، سواء تلك التي تتضمن كيفية تشكيل هيئة التحكيم واختيار المحكمين والمواعيد المقررة في ذلك، أم تلك التي تتعلق بإجراءات سير المنازعة وغيرها⁽¹⁾.

وعليه، فإن دور إرادة الخصوم في وضع القواعد الإجرائية أو اختيار القانون الإجرائي الواجب التطبيق يكاد ينعدم في هذا النوع من التحكيم، إذ يقتصر على اختيار مكان التحكيم فقط في بعض الهيئات ومكان التحكيم ولغته في بعض الهيئات الأخرى⁽²⁾.

فقد نصت المادة 13 من نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، على أنه يجري التحكيم وفقا لقواعد لائحة إجراءات مركز التحكيم ما لم يرد نص مغاير في العقد، وتكون قواعد الإجراءات الواجبة التطبيق على التحكيم هي القواعد السارية المفعول وقت بدئه، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، كما تنص المادة 4 من لائحة المركز على أنه يجري التحكيم أمام المركز وفوق هذه اللائحة ما لم يرد نص مغاير في اتفاق التحكيم، ويجوز للأطراف اختيار إجراءات إضافية للتحكيم أمام المركز، على ألا يؤثر على صلاحيات المركز أو هيئة التحكيم المنصوص عليها في هذه اللائحة⁽³⁾.

فالملاحظ من خلال هذه النصوص أن المركز أعطى لإرادة الخصوم صلاحية إضافة بعض الإجراءات، لكن بشرط عدم التأثير على سلطات وصلاحيات المركز أو هيئة التحكيم المقررة في نظام ولائحة المركز، أما الانتقاص من الإجراءات المقررة في نظام ولائحة المركز فلا يسمح به.

أما مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي، فقد تبني القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الذي يعتبر بمثابة قانون إجرائي مستقل، يتم على ضوءه التحكيم في مختلف مراحله بعيدا عن المفاهيم الإقليمية للقوانين الوطنية في الدول المختلفة، وبعيدا عن القوانين القابلة للتعديل والإلغاء وعدم الاستقرار مما يعوق إجراءات التحكيم⁽⁴⁾.

(1)- ينظر: كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص134.

(2)- ينظر: أحمد ضاغن السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص192.

(3)- أكرم أمين الخولي، الملامح الأساسية المميزة للنظام القانوني للتحكيم طبقا لأحكام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، ورقة عمل مقدمة لندوة الفجيرة حول التحكيم في دول مجلس التعاون -الواقع والآفاق-، المنظمة من قبل مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية بالتعاون مع غرفة صناعة وزراعة الفجيرة في الفترة ما بين 31 جانفي -1 فيفري 1999م، دولة الإمارات العربية، ص10.

(4)- ينظر: منير عبد الحميد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص126.

ويعتبر التجاء الأطراف إلى مراكز التحكيم التي تطبق قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، للفصل في منازعاتهم بمثابة قبول من جانبهم لهذه القواعد، وذلك بالقدر الذي يتناول فيه الأطراف تلك القواعد بالتعديل أو التكملة أيًا كان المصدر الذي تستقى منه هذه التعديلات⁽¹⁾، بمعنى أنه من حق الأطراف وفقا لقواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، إضافة بعض التعديلات على تلك القواعد أو إضافة قواعد أخرى تكملها.

أما غرفة التجارة الدولية بباريس، فقد نصت في المادة 1/8 من نظامها على أنه «إذا اتفق الأطراف على اللجوء إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية، فإنها تخضع لهذا النظام»، ويطبق على التحكيم في مثل هذه الأحوال القواعد الإجرائية السائدة في المركز وقت التحكيم، وبهذا حكمت محكمة استئناف باريس أنه بالنسبة لشروط التحكيم التي تمنح الاختصاص لغرفة التجارة الدولية فإن نظام هذه الهيئة هو الذي يسري بالضرورة على إجراءات التحكيم⁽²⁾.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم

إن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في المنازعات التي تعرض على التحكيم التجاري الدولي يعد أيضا من المسائل الجوهرية والجديرة بالبحث، بل يعد أكثر أهمية من تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات سير المنازعة، ذلك أنه إذا كان هذا الأخير هو وسيلة لتحقيق غاية (وهي الفصل في المنازعة) فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو غاية في حد ذاته، ذلك أنه هو المعول عليه للفصل في النزاع، ومن أجل هذا قسمت هذا المطلب إلى فرعين، خصصت الأول للحديث عن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في الشريعة الإسلامية، وخصصت الثاني للحديث عن تحديد ذات القانون في القانون الوضعي.

الفرع الأول: في الشريعة الإسلامية:

لا تثير مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع مشكلة كبيرة في الفقه الإسلامي، ذلك أن المحكم يحكم بما يحكم به القاضي المسلم، وهو القانون الإسلامي أو الشريعة الإسلامية، ويأخذ بوسائل الإثبات الشرعية التي يأخذ بها القاضي المسلم، كالشهادة والإقرار والنكول عن اليمين⁽³⁾.

⁽¹⁾-Vue : Ph/ Fouchard, L'arbitrage commercial international, Op.Cit, P15.

⁽²⁾-ينظر: منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص127.

⁽³⁾-ينظر: عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ط3، (لبنان، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1421هـ)---

كما أن الشريعة الإسلامية هي القانون الواجب التطبيق على المسلمين وغير المسلمين في المجتمع الإسلامي⁽¹⁾. ذلك أنه لا خلاف بين علماء المسلمين -من أهل الفقه أو التفسير- على أن القاضي المسلم (ومن ثم المحكم) لا يجوز له أن يحكم بغير الشريعة الإسلامية، سواء أكان ذلك بين المسلمين أم بين غير المسلمين⁽²⁾. وذلك عملاً بقوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَآخِذْهُ بِبَيْنَتِهِ يَمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ نَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ...﴾⁽³⁾. وقوله أيضاً: ﴿وَأَنْ آخِذْهُ بِبَيْنَتِهِ يَمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَأَخِذْهُ أَنْ يَفْتِنُوكَ مَنْ بَغِضَ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ...﴾⁽⁴⁾.

ومع هذا فإن ولاية القاضي المسلم على غير المسلمين لم تترك على إطلاقها، وإنما تحكمها قاعدتان فقهيان، إحداهما عامة تتمثل في قول الفقهاء «لهم ما لنا وعليهم ما علينا»، والأخرى خاصة تتمثل في قولهم: «أمرنا بتركهم وما يدينون»، ومؤدى القاعدة الأولى هو أن يلتزم غير المسلمين بأحكام وقوانين الدولة الإسلامية التي يوجدون بها، وبالتالي يخضعون لقضائها جنائياً كان أم مدنياً، مثلهم في ذلك مثل المسلمين سواء بسواء⁽⁵⁾. أما القاعدة الثانية؛ فمؤداها أن لا يكلف غير المسلمين بما له صبغة تعبدية أو دينية في نظر الإسلام، مثل الجهاد والزكاة⁽⁶⁾. لكن وجوب مراعاة هاتين القاعدتين متأق من اعتبارهما من القواعد الموضوعية في الشريعة الإسلامية، وليس لأنهما قاعدتا إسناد تحيلان إلى قانون آخر غير الشريعة الإسلامية⁽⁷⁾.

وبما أن الشريعة الإسلامية هي القانون الواجب التطبيق، فهذا يعني أن المحكم يجب أن يكون مسلماً، لأن معرفة غير المسلمين بأحكام الشريعة الإسلامية لن تكون كافية لأي حال من الأحوال، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن أحكام الشريعة الإسلامية تقضي بعدم جواز تولية غير المسلمين للقضاء على

(1)- ينظر: وهبة الزحيلي، العلاقات الدولية في الإسلام، ط1، (سوريا، دمشق، دار الفكر، 1404هـ-1984م)، ص121.

(2)- يراجع في هذا الخصوص: الكلثاني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 311/2. ابن العربي، أحكام القرآن، مصدر سابق، 619/2. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، 186/6. مالك، المدونة الكبرى، مصدر سابق، 162/4.

الشافعي، الأم، مصدر سابق، 130/4. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 624/10.

(3)- سورة المائدة: الآية: 48.

(4)- سورة المائدة: الآية: 49.

(5)- يراجع: الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، 355/2. ابن قدامة، المصدر السابق، 439/10.

(6)- محمد حبر الألفي، مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 194.

(7)- ينظر: عبد الكريم زيدان: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص254.

المسلمين، والتحكيم صنو القضاء، أو هو فرع منه، لذا فإنه يشترط في المحكم الإسلام بحسب الأصل⁽¹⁾. فغير المسلم ممنوع من القيام على شؤون المسلمين مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَلَوْ كُنَّ يَجْعَلُ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾⁽²⁾. ولأن في توليته عزة له ونفوذ على المسلمين والله سبحانه وتعالى يقول: ﴿وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ﴾⁽³⁾. كما أن النبي ﷺ يقول: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»⁽⁴⁾، وليس في هذا تمييز لطائفة المسلمين، بدليل أن الفاسق منهم ممنوع من تولي القضاء، مع أنه أحسن حال من الكافر، إذ تجري عليه أحكام الإسلام.

وعلى هذا الرأي استقر جمهور فقهاء المسلمين من مالكية وشافعية وحنابلة فقالوا بعدم جواز تولية غير المسلم للفصل في منازعات المسلمين فيما بينهم، أو في منازعاتهم مع غيرهم، وحتى في منازعات غير المسلمين فيما بينهم⁽⁵⁾.

ومن هنا نجد أن أنظمة التحكيم في الدول التي تطبق أحكام الشريعة الإسلامية تشترط في المحكم أن يكون مسلماً ومن هذه الدول المملكة العربية السعودية، التي أصدرت نظامها للتحكيم بموجب المرسوم الملكي رقم: م/46 بتاريخ 1403/07/12 هـ الموافق لـ 1983/04/25 م، وأصدرت لائحته التنفيذية بقرار مجلس الوزراء رقم 2021/7 بتاريخ 1405/09/08 هـ الموافق لـ 1985/05/27، حيث نصت المادة 4 من نظام التحكيم على أنه «يشترط في المحكم أن يكون من ذوي الخبرة حسن السيرة والسلوك، كامل الأهلية...»⁽⁶⁾. في حين بينت المادة 3 من اللائحة التنفيذية شروط المحكم بدقة أكثر، فنصت على

(1)- ينظر: الكلماني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، 3/7. ابن عبد الرفيع، معين الأحكام، مصدر سابق، 608/2. ابن فرحون: تبصرة الأحكام، مصدر سابق، 23/1. الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، 87/6. محيي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، دط، (القاهرة، دار الفكر، دت)، 126/20. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، 39/9.

(2)- سورة النساء: الآية: 141.

(3)- سورة المنافقون: الآية: 8.

(4)- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجنائز، باب: إذا أسلم الصبي هل يصلى عليه، مصدر سابق، مج1، 96/2.

(5)- وقد خالف الحنفية هذا الرأي فذهبوا إلى جواز تقلد الكافر لمنصب القضاء فيما بين أهل عقيدته، مستدلين بحملة من الأدلة الثقلية والعقلية. (لمزيد من التفاصيل يراجع: ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، 25/7). جدير بالذكر هنا أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الأحناف من جواز توليت غير المسلم على مثله في مسائل معينة بذاتها، وهي مسائل الأحوال الشخصية. ينظر: فؤاد عبد المنهم أحمد، الحسين علي غنيم، الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص83.

(6)- عبد الحميد الأحمد، التحكيم في البلاد العربي، مرجع سابق، 209/2.

أنه «يكون المحكم من الوطنيين أو الأجانب المسلمين من أصحاب المهن الحرة أو غيرهم، ويجوز أن يكون من بين موظفي الدولة بعد موافقة الجهة التي يتبعها الموظف، وعند تعدد المحكمين يكون رئيسهم على دراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية والعرف والتقاليد السارية في المملكة»⁽¹⁾. وقد اعتبر هذا الأمر تعارضا مع وظيفة التحكيم وطبيعته الخاصة، ذلك أن اشتراط الإسلام للمحكم يؤدي إلى عدم إقبال المتعاقدين متعددي الديانات على إيراد شرط التحكيم في عقودهم، والقبول به وفقا لنظام التحكيم السعودي أم غير من الأنظمة التي تطبق أحكام الشريعة الإسلامية⁽²⁾.

من هنا يتضح أن سبب عدم قبول الأجانب الإذعان لشروط أو مشارطات التحكيم التي تنص على أن المحكم يجب أن يكون مسلما دون أن تشترط تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على موضوع النزاع، يرجع أساسا إلى أن هذا الشرط يقتضي أن المحكم المسلم لن يطبق سوى أحكام الشريعة الإسلامية، وهم يرون أن هذه الأحكام لا تتجاوب مع ما شهدته وتشهده التجارة الدولية من تطورات، ذلك أنها في نظرهم لا تعدو أن تكون قواعد أمره ذاتا أثر حاسم، تفتقر للمرونة التي تتطلبها المعاملات التجارية بصفة عامة ومعاملات التجارة الدولية بصفة خاصة، وهذا ما ذهب إليه كريستيان كامبوليف (Christian Canboulive) لما عالج مشكلة القانون الواجب التطبيق على التحكيم في المنازعات الناشئة عن الاتفاقيات الثنائية للاستمرار، حيث وضح أنه وعلى الرغم من أن التحكيم جائز في الشريعة الإسلامية بنص القرآن.

إلا أن الإشكال يطرح بالنسبة لاختيار المحكم أو المحكمين في التحكيم الدولي، وكذا بالنسبة لسير العملية التحكيمية وأدلة الإثبات، ثم حاول تفصيل وجه الإشكال فيما يخص اختيار المحكم أو هيئة التحكيم، ذلك أنه بمجرد كون أحد طرفي النزاع مسلما، فإنه يجب أن يكون المحكم مسلما⁽³⁾، من باب أن المحاكمة وحتى تكون عادلة يجب أن تستجيب لأحكام الشريعة الإسلامية، وهذه الأحكام لا يمكن أن يعرفها معرفة كافية إلا المسلمين، ثم في الأخير أشار إلى أن قوانين بعض الدول التي ما زالت تطبق الشريعة

(1)- عبد الحميد الأحمد، التحكيم في البلاد العربية، مرجع سابق، 209/2.

(2)- ينظر: حسن عيسى الملا، أضواء على نظام التحكيم ولانته التنفيذية بالمملكة العربية السعودية، ص9.

-Christian Camboulive avocat associé gide loyrette nouel.

(3)- ونص قوله:

«dés lors que le litige implique un musulman, lavis prédominant est que l'arbitre lui aussi être musulman puisqu'en vertu d'un précepte du coran, dieu... « ...ne mettra aucun moyen [à la portée] des infidèles [pour l'emporter] sur les corayants » (sourate IV, femmes, verset 141).

الإسلامية - ومثل لها بالمملكة العربية السعودية واليمن - قد عرفت بعض الازدهار الذي استلهمته من بعض القوانين الغربية، التي تعتبر أكثر مرونة⁽¹⁾.

غير أن المرونة التي اكتسبتها تشريعات الدول التي تطبق أحكام الشريعة الإسلامية ليست مستلهممة من القوانين الغربية، كما يظن كريستيان كامبوليف وغيره، بل هي مستمدة مما يزرع به الفقه الإسلامي من قواعد فقهية وأصولية، زيادة على المقاصد الشرعية، التي تجعله مستعداً لمواكبة كل التطورات والمستجدات التي تطرأ على حياة البشر، وهذا حتى تكون الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان كما أراد لها المولى جل جلاله.

وتطبيق الشريعة الإسلامية على موضوع النزاع في التحكيم لا يعني بالضرورة أن يحكم المحكم بنصوصها ويستبعد الأعراف والعادات الدولية التي يسعى المتعاملون في التجارة الدولية إلى إرسائها كقانون يطبق على نزاعاتهم ويستبعدون بذلك القوانين الوطنية، التي من شأنها أن تقف عائقاً أمام تطورات التجارة الدولية، فعلى عكس ما يظن البعض فإن الأعراف المنتشرة بين التجار معتبرة في الشريعة الإسلامية فيما لا يخالف حكماً شرعياً ما لم يجري الاتفاق على مخالفة تلك الأعراف⁽²⁾، وهذا مستنبط من قاعدة فقهية مؤداها أن «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»⁽³⁾.

وبين الشاطبي سبب كون الأعراف واجبة الاعتبار بقوله: «إن العوائد لو لم تعتبر لأدى إلى تكليف ما لا يطاق، وهو غير جائز أو غير واقع. وذلك أن الخطاب إما أن يعتبر فيه العلم والقدرة على المكلف به وما أشبه ذلك من العادات المعتبرة في توجه التكليف، أولاً. فإن اعتبر فهو ما أردنا. وإن لم يعتبر فمعنى ذلك أن التكليف متوجه على العالم والقادر، وعلى غير العالم والقادر، وعلى من له مانع ومن لا مانع له،

(1) - ينظر:

Christian Camboulive, Mécanismes de règlement des différends des conventions bilatérales de protection des investissements, Revue tunisienne de l'Arbitrage, N° spécial, année 2001, N°1, P73.

(2) - ينظر: محمد سليمان الأشقر وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ط1، (الأردن، دار النفائس، 1418هـ-1998م)، 149/1.

(3) - وهذه القاعدة مستنبطة من القاعدة الفقهية "العادة محكمة"، والتي تعني أن العادة تجعل حكماً لإثبات حكماً شريعياً، أي أن للعادة في الاعتبار الشرعي حاكمية تخضع لها أحكام التصرفات، فثبتت تلك الأحكام وفقاً لما تقضي به العادة أو العرف، إذا لم يكن هناك نص شرعي يخالف لتلك العادة. (صاح بن غانم السدلان، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، ط1، (المملكة العربية السعودية، الرياض، دار بنسبية، 1417هـ)، ص37. ومزيد من التفاصيل يراجع: علي أحمد الندوي، القواعد الفقهية، تقديم: مصطفى الزرقا، ط2، (دمشق، دار القلم، 1412هـ/1991م)، ص256 وما بعدها).

وذلك عين تكليف ما لا يطاق»⁽¹⁾. غير أن العرف الواجب اعتباره شرعا تشترط فيه جملة من الشروط بوجزها في الآتي:

«1- أن يكون العرف غالبا ومطردا.

2- ألا يخالف العرف نصا من نصوص الشرع أو قاعدة من القواعد المقررة في الشريعة الإسلامية.

3- أن لا يكون اتفاق صريح بين المتعاقدين على استبعاد العرف.

4- أن يكون العرف المراد العمل به موجودا عند إنشاء التصرف»⁽²⁾.

وما تجدر الإشارة إليه في هذه النقطة، أنه يجب علينا تعريف غير المسلمين بموروثنا الفقهي الذي من شأنه إيجاد حلول لكل ما يعترض حياتنا من مستجدات، كما أنه يمكن تفادي اشتراط الإسلام في المحكم، وذلك بالنص على الالتجاء إلى أحد مراكز التحكيم في الدول العربية حتى نضمن وجود محكمين مسلمين. كما أنه يمكن اختيار محكم مسلم من قوائم المحكمين التي تتيحها مراكز التحكيم عبر العالم، حيث أن هذه القوائم تحوي عدة أسماء لمحكمين عرب ومسلمين، يمكن اختيار واحد منهم دون الوقوع في مأزق النص صراحة على هذا النص، الذي من شأنه إبعاد المستثمرين الأجانب، فالتصفح مثلا لقائمة المحكمين لدى محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية نجد أن هذه القائمة تحوي عدة أسماء لمحكمين من دول عربية إسلامية، مثل: الجزائر، المملكة العربية السعودية، مصر، تونس...⁽³⁾.

إضافة إلى هذا فإنه إذا ألجأت الضرورة إلى الترافع إلى قاض أو محكم غير مسلم، فإن قضاء هذا القاضي أو المحكم ينفذ، حتى لا تعطل مصالح الناس⁽⁴⁾، بشرط أن لا يخالف نصا شرعيا.

⁽¹⁾- أبو إسحاق الشافعي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: محمد عبد الله دراز، دط، (بيروت، دار الفكر العربي، دت)، 288/2.

⁽²⁾- ينظر: المرجع نفسه، 286/2 وما بعدها. سعد العتري، العرف والعادة بين الشريعة والقانون، الكويت، مجلة الحقوق، سنة 23، ع 1، (ذي الحجة 1419هـ/مارس 1999م)، ص 221.

⁽³⁾- ينظر: موقع المحكمة:

WWW. Icc book. Store. Com/court. France.

⁽⁴⁾- ينظر: محمد بدر يوسف المنياوي، التحكيم في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 83.

الفرع الثاني: في القانون الوضعي

يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بناء على إرادة الخصوم صريحة كانت أم ضمنية، أو بناء على اختيار المحكم للقانون الأنسب والأكثر ارتباطا بموضوع النزاع، أو بناء على تطبيق المحكم لقواعد وأعراف التجارة الدولية، وفي الآتي بيان ذلك:

أولاً: دور إرادة الخصوم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع: تقدم أن الأصل هو خضوع التحكيم لمبدأ قانون الإرادة، وهذا المبدأ يعني حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وقد وردت الإشارة إلى هذا المبدأ في بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، ومثال ذلك:

- اتفاقية نيويورك لسنة 1958م بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، حيث نصت على المبدأ بطريقة غير مباشرة في مادتها الخامسة فقرة 1/أ بقولها: «... أن الأطراف في الاتفاقية المذكورة في المادة 2 كانت بموجب القانون المطبق عليها محكوما عليها بعدم الأهلية، أو أن الاتفاقية المذكورة غير صالحة بموجب القانون الذي أخضعها الأطراف إليه، أو إن لم توجد إشارة إلى هذا الصدد بموجب قانون البلد الذي صدر فيه القرار»⁽¹⁾. فعبارة "بموجب القانون الذي أخضعها الأطراف إليه" تشير إلى أن القانون الذي يطبق على اتفاقية التحكيم من حيث الموضوع يكون من اختيار الأطراف أنفسهم.

- اتفاقية واشنطن الموقع في 18 مارس 1965م، والخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول الأخرى، التي نصت على مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم بموجب الفقرة الأولى من المادة 42، والتي تنص بأن: «تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة...»⁽²⁾.

كما وردت الإشارة إلى هذا المبدأ في المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم، الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة سنة 1985، إذ نصت في فقرتها الأولى على أن: «تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على الموضوع، وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها

(1) ج.ر.، ع48، ص25، (1988/11/23)

(2) -عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، مرجع سابق، ص459.

القانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الطرفان صراحة على ذلك»⁽¹⁾.

إضافة إلى هذا نجد أن المبدأ قد تبنته كثيرا من التشريعات، نذكر منها:

1- القانون الجزائري: تنص المادة 458 مكرر (14) من قانون الإجراءات المدنية الجزائري على أنه: «تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف...»⁽²⁾، وعليه يستفاد من هذه المادة أن الأطراف هم أصحاب الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع نزاعهم، ونهم الأولوية في ذلك.

2- القانون المصري: تنص الفقرة الأولى من المادة 39 من القانون المصري للتحكيم رقم (27) لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على أنه: «تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة، اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك»⁽³⁾.

فيتضح من هذا النص أن المشرع المصري أيضا يعطي الأولوية لتطبيق قانون إرادة الأطراف متفقا في ذلك مع الفلسفة التي يقوم عليها نظام التحكيم وهي خضوعه لمبدأ قانون الإرادة، وهو يفرق بين اختيار الأطراف للقواعد التي تسري على موضوع النزاع، وبين اختيارهم قانون دولة معينة، والملاحظ أن النص على القواعد التي تسري على موضوع النزاع أعم من تحديد قانون دولة معينة، وذلك لأن القواعد المتفق عليها قد تتضمن تحديد قانون دولة معينة، كما قد تعني أيضا تحديد الأطراف لقواعد خاصة أو شروط تعاقدية معينة، أو الإشارة إلى أحكام عقد نموذجي أو قواعد موضوعية موحدة وضعتها منظمة من منظمات التجارة الدولية مثل: لجنة الأمم المتحدة لتوحيد قانون التجارة الدولية أو غرفة التجارة الدولية أو غيرها، أما إذا كانت الإحالة إلى قانون دولة معينة، فقد تطلب النص أن تلتزم هيئة التحكيم بتطبيق القواعد الموضوعية لهذا القانون دون تطبيق قواعد تنازع القوانين الواردة فيه ما لم يتفق طرفا النزاع على تطبيقها⁽⁴⁾.

(1) - عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، مرجع سابق، ص 433.

(2) - القانون رقم 93-09 المؤرخ في أبريل 1993.

(3) - عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية، دط، (الإسكندرية، منشأة المعارف، 1995)، ص 120.

(4) - ينظر: محمود سمير الشرفاوي، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري، ورقة عمل مقدمة لندوة الحجيرة المشار إليها سابقا، ص 24.

ويتضح أيضا أن نص المادة 1/39 من القانون المصري -المذكورة أعلاه- قريب جدا من نص المادة 1/28 من القانون النموذجي للتحكيم.

3- في القانون البحريني: يتطابق نص قانون التحكيم التجاري الدولي في البحرين الذي يحمل رقم 9 لسنة 1994 والصادر في 16 أوت 1994 مع نص القانون النموذجي، إذ تضمن القانون البحريني المشار إليه نصا صريحا يقضي بوجوب تطبيق القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، على كل تحكيم دولي يجري في البحرين ما لم يتفق طرفاه على إخضاعه لقانون آخر⁽¹⁾، وهذا يعني تبني المشرع البحريني لنص المادة 1/28 من القانون النموذجي للتحكيم، والتي تشير إلى حرية أطراف المنازعة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع منازعتهم.

كل ما تقدم يدل على أن هناك شبه اتفاق على أنه من حق الأطراف اختيار القواعد أو القسانون الذي يروونه مناسبة لحكم منازعتهم، إلا أن هناك اختلاف حول مدى حرية الأطراف في هذا الاختيار، إذ ذهب رأي إلى أن حق الأطراف في اختيار هذا القانون ليس مطلقا، فليس من حق الأطراف اختيار أي قانون لتطبيقه على الرابطة العقدية بينهما، وإنما يتعين أن تكون هناك صلة أو رابطة بين القانون المختار والعقد مثار المنازعة، ومثال ذلك أن يكون القانون المختار هو قانون المنشأة التي تصنع السلع أو هو قانون دولة التنفيذ (أي الدولة التي سيتم تنفيذ حكم المحكمين على إقليمها)، بل يكفي وجود صلة فنية بين العقد والقانون الذي يتفق الأطراف على تطبيقه، كأن يجري العقد في صورة نموذجية جرى عليها العمل وتقضي بخضوع العقد لقانون محدد، وهذا الاتجاه يتبناه عميدي فقه القانون الدولي الخاص، الفقيه أرمنجون (Arminjon) والفقيه هنري بتيفول (H.Batiffol)⁽²⁾.

في حين ذهب رأي آخر -وهو الرأي الغالب في الفقه- إلى أنه لا يشترط في هذا الاختيار أن تكون هناك صلة بين القانون المختار والرابطة العقدية التي سيحكمها، إذ يرى أطراف هذه الرابطة اختيار قانون ليس له صلة بالعقد ولكنه أكثر ملاءمة في أحكامه مع طبيعة العقد المررم بينهم⁽³⁾.

⁽¹⁾- ينظر: محمود سمير الشرقاوي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التراجع في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 24.

⁽²⁾- ينظر: عبد الرسول عبد الرضا، القانون الواجب التطبيق في المنازعات التي تعرض على التحكيم التجاري الدولي، ورقة عمل مقدمة لندوة الفجيرة المشار إليها سابقا، ص 2. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ص 133-134.

⁽³⁾- ينظر: أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 134.

ويبدو أن هذا الرأي الأخير هو الأكثر ملاءمة لطبيعة التجارة الدولية، لأن تقييد حرية الأطراف في هذا الاختيار أو الحد من هذه الحرية من شأنه أن يعرقل التجارة الدولية، وإنما يجب فقط مراعاة القواعد الآمرة التي تعتبر من النظام العام في دولة التنفيذ، إذ أن هذه الأخيرة لا يجوز استبعادها استناداً إلى أن العلاقة العقدية تخضع لقانون أجنبي اختاره أطراف العلاقة، لأن تطبيق التشريع الأجنبي الذي يخالف النظام العام في الدولة التي يتم فيها التنفيذ يتعارض مع سيادتها على إقليمها⁽¹⁾.

أخيراً تجدر الإشارة إلى أن اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من قبل الأطراف قد يكون بشكل صريح كما قد يكون بشكل ضمني.

1- الاختيار الصريح: ويتم بناء على تسمية القواعد أو القانون الذي يرغب الأطراف في تطبيقه على منازعتهم صراحة في العقد، أو في مشاركة التحكيم، وهنا لا تثار صعوبة في تحديد هذا القانون.

ولكن هذا القانون قد يكون محلاً للتعديل أو التغيير أثناء تنفيذ العقد، وهنا قد يلجأ الأطراف إلى النص في العقد على ما يسمى بـ "شرط الثبات التشريعي"، بحيث تطبق على العقد نصوص القانون المتفق عليه وقت إبرامه، مع استبعاد أي تعديل تشريعي قد يطرأ عليه، أما إذا لم يتم النص على هذا الشرط فإن القانون الذي اختاره الأطراف يطبق مع الأخذ بما يطرأ عليه من تعديلات أو تغييرات، فظالماً أحم ارتضوا هذا القانون فعليهم احترام ما يطرأ عليه من تعديلات وتغييرات⁽²⁾.

2- الاختيار الضمني: في حالة عدم وجود إرادة صريحة من قبل الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، فإنه يتعين على هيئة التحكيم (أو المحكم) أن تكشف عن الإرادة الضمنية أو المفترضة للأطراف، وذلك من خلال مؤشرات توطين العقد، وهي عديدة، وتختلف باختلاف النظم القانونية كما تختلف باختلاف مواقف المحكمين، ويمكن القول في هذه الحالة أن اختيار المحكم أو المحكمين لأي من هذه المؤشرات هو اجتهاد شخصي لهذا المحكم أو هؤلاء المحكمين، لذلك يجب عليه أو عليهم الالتزام بالبحث عن رابطة موضوعية يمكن الاطمئنان معها على أن إرادة الأطراف قد انجذرت إلى أعمال هذا القانون أو ذلك⁽³⁾.

(1)-انظر: عبد الرسول عبد الرضا، القانون الواجب التطبيق في المنازعات التي تعرض على التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 3.

(2) المرجع نفسه، ص 4.

(3)-انظر: كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 144.

الفصل الثاني:..... الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي وتطبيقاته في الجوانب

وعلى الرغم من تعدد المؤشرات التي يمكن الاستناد إليها للكشف عن إرادة الخصوم في اختيار القانون الواجب التطبيق على الموضوع، إلا أنه يمكن تقسيمها إلى قسمين، قسم يمكن أن نسميه بالمؤشرات العامة مثل: قانون محل إبرام العقد، وقانون محل التنفيذ، أما القسم الثاني فيمكن تسميته بالمؤشرات الخاصة، مثل: محل إقامة المتعاقدين وموضوع العقد ومكان التحكيم⁽¹⁾.

ويتضح من خلال قضاء التحكيم التجاري الدولي، أن القرارات الصادرة في المنازعات التي تطرح على هذا التحكيم تميل في غالبيتها إلى المؤشرات العامة للاستدلال على الإرادة الضمنية أو المفترضة لخصوم المنازعة، إذ أنها كثيرا ما ترجح إعمال قانون محل إبرام العقد أو قانون محل التنفيذ باعتبارهما القانونين الأنسب موضوعيا، على أن هذا لا ينفي أن يكون للمؤشرات الخاصة -السابق التمثيل لها- دور في استظهار إرادة الخصوم في تحديد القانون الواجب التطبيق⁽²⁾.

ثانيا: دور المحكم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع: إذا لم يحدد الأطراف القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لا بشكل صريح ولا بشكل ضمني، فإنه يقع على عاتق المحكم الدولي (أو هيئة التحكيم) التصدي لهذه المشكلة، أي تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع.

بداية تجدر الإشارة إلى أن المحكم الدولي يختلف عن القاضي الوطني، لأنه إذا كان القاضي الوطني مقيدا باتباع القواعد القانونية لقانون دولته التي يصدر باسمها أحكامه، ويتعين عليه بالتالي اتباع قواعد الإسناد في قانونه للوصول إلى القانون الواجب تطبيقه لحكم النزاع المطروح عليه، فإن الأمر يختلف بالنسبة للمحكم الدولي، لأنه ليس لهذا الأخير قانون خاص، ولا يصدر أحكامه باسم هذه الدولة أو تلك، ومن ثم فهو لا يخضع لسيادة أي دولة ولو كانت هذه الدولة أو أحد رعاياها أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها طرفا في منازعة التحكيم⁽³⁾.

وهذا ما أشارت إليه محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية، حيث قررت أنه: «إذا كان من المعروف أن للفضاء سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال اتباعهم لقواعد تنازع القوانين الخاصة بالدولة التي

(1) -انظر: أبو زيد وضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 138.

(2) -المرجع نفسه، ص 140.

(3) -انظر: المرجع نفسه، ص 151.

يقيمون العدل باسمها، فإن المحكمين الدوليين لا يستطيعون الالتجاء إلى مثل هذه الطريقة أو تلك القواعد، لأنهم لا يستمدون سلطاتهم في القضاء في المنازعات من أية دولة»⁽¹⁾.

فالمحكم الدولي إذن -وعلى خلاف القاضي- يتمتع بسلطة تقديرية واسعة عند بحثه عن القانون الذي يمكن أن يحكم موضوع النزاع في حالة غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للخصوم في اختيار هذا القانون⁽²⁾. ولقد أكدت على هذه السلطة التقديرية للمحكم أو المحكمين بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي ومنها:

- الاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي (جنيف 1961) التي تنص في مادتها السابعة على أنه: «للأطراف الحرية في تحديد القانون الذي ينبغي على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع، وفي حالة عدم تحديد ذلك يطبق المحكمون القانون الذي عينته قاعدة الإسناد والتي يرون أنها ملائمة أو مناسبة في هذا الخصوص، وفي الحالتين يجب على المحكمين أن يضعوا في الاعتبار أحكام العقد والأعراف الدولية»⁽³⁾.

- اتفاقية واشنطن (18 مارس 1965) المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول الأخرى، حيث نصت هذه الاتفاقية في المادة 1/42 منها، على أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق «تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة طرف النزاع (بما في ذلك القواعد الخاصة بتعارض القوانين)، وكذلك مبادئ القانون الدولي الواجب تطبيقها في هذا الصدد»⁽⁴⁾.

(1)- أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، ط1، (الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2003)، ص6.

أما النص باللغة الفرنسية فهو كما يلي:

«Bien qu'il soit généralement admis que les juges décident de la loi applicable en suivant les règles de conflit des lois de l'état au nom duquel ils rendent la justice, les arbitres ne prouvent avoir recours a des telles, dans la mesure au ils ne reçoivent leur pouvoir d'aucun état ».

القرار رقم 1763 سنة 1970 من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، أبو زيد رضوان، الأسس العامة، مرجع سابق، ص152.

(2)- انظر: كمان إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص145.

(3)- أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص7.

(4)- عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، مرجع سابق، ص459.

- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري، التي تنص في المادة 21 منها على أنه: «تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا إن وجد، وإلا فوفق أحكام القانون الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع، على أن تراعى قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة»⁽¹⁾. فالاتفاقية تركت لهيئة التحكيم السلطة التقديرية لتحديد القانون الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع، مع التزامها فقط بمراعاة الأعراف التجارية المستقرة.

وإضافة إلى الاتفاقيات الدولية نجد أن بعض الهيئات الدائمة للتحكيم ذهبت هي الأخرى إلى التأكيد على السلطة التقديرية للمحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ومن هذه الهيئات غرفة التجارة الدولية، حيث تنص المادة 3/13 من قواعد تحكيم الغرفة، على أن للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدده الأطراف طبق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة في هذا الخصوص، كما تنص المادة 5/13 على أن يراعي المحكم في كل الأحوال أحكام العقد والعادات التجارية⁽²⁾.

كما لم تخل التشريعات غربية كانت أم عربية من النص على سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حالة غياب إرادة الخصوم الصريحة أو الضمنية في تحديد هذا القانون، ومثال هذه التشريعات:

1- القانون الفرنسي: تنص المادة 1496 من قانون التحكيم الفرنسي الجديد الصادر سنة 1981 على أنه: «يخمس المحكم النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب مثل هذا الاختيار فطبقا لما يراه مناسباً، وفي كلتا الحالتين ينبغي على المحكم أن يضع في هذا الاعتبار الأعراف التجارية»⁽³⁾.

2- القانون الجزائري: تنص المادة 458 مكرر 14 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري على أنه: «تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب ذلك تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة»⁽⁴⁾.

(1)- عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، مرجع سابق، ص 482.

(2)- أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص 14.

(3)- أما نص المادة 1496 باللغة الفرنسية فهو كالآتي:

«l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies, à défaut d'un tel choix, conformément à celle qu'il estime appropriées il tient compte dans tous les usage du commerce ».

(4)- المرسوم التشريعي رقم 93-09.

وعليه أعطى المشرع الجزائري - من خلال هذه المادة - سلطة تقديرية لهيئة التحكيم لاختيار قواعد القانون والأعراف التي يتضح لها أنها ملائمة وصالحة للفصل في النزاع المعروض عليها.

3- القانون المصري: نص المشرع المصري على سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك في المادة 2/39، حيث جاء فيها: «وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع»⁽¹⁾.

لكن وعلى الرغم من تأكيد الاتفاقيات الدولية والمراكز الدائمة للتحكيم والتشريعات الغربية والعربية على حرية المحكم الدولي (أو هيئة التحكيم) في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حالة عدم اختيار الأطراف له، إلا أن هذه الحرية لا تعني الاختيار المطلق للقانون الأسهل أو القانون الذي يسهل عليه معرفة أحكامه، بل يجب أن يكون اختياره اختياراً موضوعياً يعتمد على مدى الملاءمة لحكم الموضوع والفصل فيه، دون أن يكون معتمداً على مزاجه الشخصي، وعليه فحرية المحكم هنا هي "حرية وظيفية" كما يسميها الفقه، غير متروكة لمجرد رغبته كما هو الحال بالنسبة للخصوم الذين يهدفون أساساً إلى تحقيق مصالحهم الشخصية⁽²⁾.

أما معايير تحديد القانون الأنسب أو الأكثر ارتباطاً بالنزاع فقد تعددت آراء فقهاء القانون حولها، وظهرت اتجاهات عديدة في هذا الصدد لا يتسع المجال هنا لمناقشتها وتأييدها أو نفيها⁽³⁾.

إلى أن أهم ما نصل إليه هنا هو أن المحكم الدولي لا يتقيد باتباع قانون معين ليحكم موضوع النزاع، فهو في حالة غياب إرادة الخصوم بهذا الشأن يستقل بالبحث عن القانون الواجب التطبيق مع وجوب أن يكون هذا القانون هو الأنسب موضوعياً لحل النزاع في كل حالة على حدة، دون الارتباط سلفاً بقواعد إسناد قانوني وطني معينة، ودون التقيد بأي رأي فقهي يشير إلى اعتماد أو تبني قانون أو مجموعة قواعد قانونية معينة⁽⁴⁾.

(1) - عبد الحميد المشاوي، التحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 120.

(2) - انظر: أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 153. أحمد ضاغن السمدان، القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص 201.

(3) - لمزيد من التفاصيل راجع: أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 154 وما بعدها.

(4) - انظر: أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 164. أحمد ضاغن السمدان، المرجع السابق، ص 201.

فقد يجد المحكم أن القانون الأنسب هو قانون مكان الاتفاق على التحكيم أو مكان التنفيذ أو قانون جنسية أحد المتعاقدين أو موطنه، كما قد يلجأ المحكم إلى التطبيق الجمعي للمبادئ المشتركة لقواعد التنازع في القوانين التي يرتبط بها النزاع، أي تلك التي تتراءى للمحكم وكأنها تتقاسم فيما بينها حكم موضوع النزاع، وذلك بالنظر إلى صلتها الموضوعية بالنزاع الذي يتصدى للحكم فيه، فيستطيع المحكم بهذه الطريقة تخطي صعوبة تغليب أحد هذه القوانين على البعض الآخر، وإعمال قواعدها المشتركة طالما أنها تؤدي إلى نفس النتيجة بالنسبة لتعيين القانون الذي يحكم موضوع النزاع⁽¹⁾.

ثالثا: تطبيق المحكم لقانون التجارة الدولية:

قد يستحيل على المحكم الدولي تطبيق قانون معين على موضوع النزاع، وذلك بسبب نقص في العقد الذي تمخضت عنه المنازعة، أو بسبب تناقض وتعارض موقف أطراف المنازعة وعدم إمكان ربط النزاع بقانون معين، كما هو الحال عند تمسك كل من طرفي المنازعة بضرورة تطبيق قانونه الوطني، مما يجعل المحكم عاجزا عن ترجيح أحد القانونين على الآخر، أو بسبب استنتاجه أن إرادة الأطراف تتجه إلى عدم تطبيق أي من القوانين الوطنية⁽²⁾.

كما أن مبدأ قانون الإرادة أصبح عاجزا عن مواجهة عقود التجارة الدولية، ذلك أنه يؤدي في كثير من الأحيان إلى إسناد هذه العقود إلى نظم قانونية وطنية متغايرة سائدة في دول مختلفة لا تتلاءم مع طبيعة علاقات التجارة الدولية وحرية تلك المعاملات⁽³⁾.

ومن أجل القضاء على تلك الاستحالة وهذا العجز يضطر المحكم الدولي إلى الاستعانة بقانون التجارة الدولية، إما لتطبيقه كلية على موضوع النزاع، وإما لتطبيقه بصورة تكميلية بما لا يتعارض مع القانون الواجب التطبيق.

وقانون التجارة الدولية هو عبارة عن مجموعة من القواعد التي تنظم علاقات القانون الخاص المتعلقة بالتجارة على المستوى الدولي -أي التي ترتبط بدول مختلفة- تنظيما مباشرا مستقلا عن أي نظم لقانون

(1)-انظر: أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص165. كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص151.

(2)-انظر: أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص183.

(3)-انظر: عبد المجيد منير، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص34.

وطني لدولة معينة، وتشمل هذه القواعد عموماً: أعراف وعادات التجارة الدولية، المبادئ القانونية المشتركة بين الدول المتعدنية (المتحضرة) قواعد العدالة والإنصاف متى تم تفويض المحكم في الحكم بمقتضاها⁽¹⁾.

1- عادات وأعراف التجارة الدولية: وهي عبارة عن الأحكام الموضوعية الموحدة التي درج

المتعاملون على اتباعها، وتعتبر المصدر الأول لقواعد التجارة الدولية، وهو مصدر بطيء التكوين لا ينشأ عادة في فترة وجيزة، إذ يجب الاعتياد على اتباع قواعده بصورة منتظمة وعلى سبيل التكرار، حيث يثبت لها طابع الاستقرار ويحس المخاطبين بها بأنها اكتسبت صفة الإلزام في حقهم⁽²⁾.

وتختلف مصادر هذه العادات والأعراف باختلاف مجالات التجارة الدولية، على أن أهم هذه المصادر هو القواعد التي تضمنتها "العقود النموذجية والشروط العامة"، وهذه القواعد لا تستمد من تشريعات دولة ما، ولا من معاهدات دولية، وإنما تستمد من نصوص العقد ذاته، وغالباً ما تعبر عن واقع مهني أو تعاوني يربط بين المتعاملين بها⁽³⁾. ومن أمثلة العقود النموذجية: عقود جمعية لندن للقمح، التي أدت إلى توحيد المعاملات في تجارة الحبوب في معظم أنحاء العالم، وكذلك العقود المتعلقة بتصدير المصانع والآلات وتركيبها. أما الشروط العامة فيمكن التمثيل لها بـ: الشروط العامة التي وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوروبية - التي أنشأها المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة سنة 1974 - والمتعلقة ببيع الآلات الصناعية وبيع الأخشاب، وكذلك الشروط العامة التي وضعها مجلس التعاون الاقتصادي "شروط الكوميكون"، وكذلك الشروط المطبقة في مجال أسواق الهندسة المهنية بمعرفة الاتحاد الدولي للاستشارة الهندسية⁽⁴⁾.

ونظراً لأهمية عادات وأعراف التجارة الدولية نجد لوائح هيئات التحكيم التجاري الدولي، وكذلك الاتفاقيات الدولية الخاصة به، تؤكد على أن: على المحكم مراعاة أحكام العقد منازعة وعادات التجارة الدولية⁽⁵⁾، ومثال ذلك:

(1)- انظر: منير عبد المجيد، القضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 34.

(2)- انظر: المرجع نفسه، ص 36-47.

(3)- انظر: كما إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 152. وأبو زيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 170.

(4)- انظر: منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 39-40. أبو زيد رضوان: المرجع السابق، ص 170.

(5)- انظر: أبو زيد رضوان: المرجع السابق، ص 178.

- ما تنص عليه المادة 5/13 من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية، حيث جاء فيها: «يراعي المحكم في كل الأحوال أحكام العقد والعادات التجارية»⁽¹⁾.

- كما جاء في المادة 7 من الاتفاقية الأوروبية (اتفاقية جنيف 1961) التي تضمنت الإشارة إلى حرية الطرفين في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وفي حالة غياب مثل هذا التحديد يطبق المحكمون القانون الذي عينته قاعدة الإسناد التي يرونها ملائمة أو مناسبة في هذا الخصوص «وفي الحالتين يجب على المحكمين أن يضعوا في الاعتبار أحكام العقد والأعراف التجارية»⁽²⁾.

إضافة إلى هذا فقد نصت الفقرة الرابعة من المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه: «في جميع الأحوال تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشرط العقد وتأخذ في اعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة»⁽³⁾.

2- المبادئ القانونية العامة المشتركة بين الأمم المتعددة (المتحضرة): «وهي القواعد القانونية التي

تجد قبولا في الكثير من النظم القانونية أيا كانت درجة تقدمها»⁽⁴⁾، ومثال هذه المبادئ: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية، مبدأ تناسب الأدعاءات التعاقدية واحترام الحقوق المكتسبة والإنشاء بلا سبب والقوة القاهرة...⁽⁵⁾.

وغالبا ما تطبق هيئات التحكيم على النزاع الدولي المبادئ العامة المشتركة بين الأمم المتعددة، وتعتبرها من مصادر قانون التجارة الدولية، والأصل أن الالتجاء إلى هذه القواعد الموضوعية لا يجد محلا إلا إذا كان القانون المختار غير قابل للتطبيق على النزاع لعدم وجود قاعدة قانونية فيه تحكمه، وعندئذ يسوغ الاستناد إلى هذه المبادئ باعتبار أنها تمثل الجانب المشترك بين النظم في إطار العلاقات التجارية الدولية⁽⁶⁾.

غير أن الملاحظ عمليا أن هناك بعض هيئات التحكيم قد تعسفت في تطبيق ما اعتيرته من هذه المبادئ، وأخذت بما رغم وجود نصوص واضحة تحكم المنازعة في القانون الواجب التطبيق، مستندة إلى أن

(1)- أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص7.

(2)- المرجع نفسه، ص14.

(3)- عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، مرجع سابق، ص4434.

(4)- عبد الرسول عبد الرضا، القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تعرض على التحكيم التجاري الدولي، ص6.

(5)- انظر: منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، مرجع سابق، ص40. أبو زيد رضوان، الأسس

العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص192.

(6) انظر: عبد الرسول عبد الرضا، المرجع السابق، ص7. منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص212.

هذه النصوص لا تتلاءم مع النظم الحديثة والمتطورة، وهذا المسلك من هيئات التحكيم يؤدي إلى إثارة الشك في مدى مصداقية التحكيم الدولي، واختياره للأنظمة القانونية في الدول الغربية⁽¹⁾، ومن أمثلة تعسف هيئات التحكيم في هذا المجال: ما ذهب إليه المحكم الوحيد في قضية شركة التنمية البترولية ضد شيخ أبو ظبي بتاريخ 28 أوت 1951، حيث تم استبعاد قانون أبو ظبي على أساس أنه قانون متخلف لا يقوى على التصدي للمعاملات التجارية الحديثة، وانتهى المحكم إلى تطبيق القانون الإنجليزي -وهو قانون جنسيته- بوصفه تعبيراً عن المبادئ المشتركة للأمم المتقدمة⁽²⁾.

3- مبادئ العدالة والإنصاف: قد لا يتقيد المحكم في حكمه بنصوص القانون وقواعده، وهذا في التحكيم بالصلح خاصة، ففي هذا النوع من التحكيم يفصل المحكم النزاع بناء على قواعد العدالة والإنصاف دون الالتزام بقواعد قانون بذاته. وعلى الرغم من شيوع استعمال مصطلح "مبادئ العدالة والإنصاف"، فإنه لا يوجد اتفاق على تحديد مضمون العدالة، الأمر الذي يؤدي إلى جعل كل محكم ينظر إليها بمعيار مختلف⁽³⁾. وعادة لا يتم اللجوء إلى التحكيم بناء على مبادئ العدالة إلا عندما تنعدم القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع، أو أن تكون قاعدة غير ملائمة لحكم النزاع أو يترتب على تطبيقها ضرر محقق بأحد الأطراف، وكذلك في الحالات التي يتعذر فيها الوصول إلى الحل في عادات وأعراف التجارة الدولية⁽⁴⁾.

أخيراً تجدر الإشارة إلى أن تطبيق المحكم الدولي لقانون التجارة الدولية «سواء تعلق الأمر بعادات وأعراف التجارة الدولية أم بالقواعد المشتركة بين الأمم المتقدمة، أم بقواعد العدالة والإنصاف» تطبيقاً سليماً يتوقف إلى حد بعيد على الثقافة القانونية للمحكم وقدراته الذهنية على استخلاص مبادئ هذا القانون⁽⁵⁾.

(1)-انظر: عبد الرسول عبد الرضا: القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تعرض على التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص7.

(2)-انظر: أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص196. منير عبد الحميد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص213. إقبال الفلوجي، على عتبة العولمة والقرن المقبل: من أجل مصداقية التحكيم العربي، المستقبل العربي، 1999-2000، ع248، ص63.

(3)-انظر: منير عبد الحميد، المرجع السابق، ص214. عبد الرسول عبد الرضا، المرجع السابق، ص8.

(4)-انظر: منير عبد الحميد، المرجع السابق، ص42.

(5)-انظر: نبال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص162.

المبحث الثاني: حكم التحكيم

حكم التحكيم هو القرار الذي يتخذه المحكم (أو هيئة التحكيم) لإنهاء موضوع النزاع المطروح عليه، فهو يعتبر ثمرة العملية التحكيمية، إذ به يتم الفصل في النزاع وبالتالي يتحقق الهدف من اللجوء إلى التحكيم.

وانطلاقاً من هذه الأهمية التي يتمتع بها حكم التحكيم يتوجب علينا التطرق إلى القواعد العامة المتعلقة به والتي تجعل منه حكماً صحيحاً مقبولاً لدى أطراف الخصومة، ومقبولاً لدى الجهات الرسمية التي يحتاج به أمامها، ومؤدياً لوظيفة الفصل في الخصومة، (وهذا في مطلب أول)، كما ينبغي علينا التطرق لضوابط تنفيذ هذا الحكم، ذلك أن الحكم التحكيمي لن تكون له أية قيمة قانونية أو عملية إذا ظل مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ (وسيكون هذا في مطلب ثان).

المطلب الأول: القواعد العامة المتعلقة بالحكم التحكيمي

تناول في هذا المطلب القواعد العامة التي يخضع لها حكم المحكمين سواء تعلق الأمر بشروط الصحة والتي تنصب غالباً على الناحية الشكلية، أم تعلق الأمر بتفسير الحكم أو تصحيحه وغيرها من الأمور التي ينبغي توفرها فيه، مع الإشارة في كل مرة إلى موقف الشريعة الإسلامية، من أجل هذا قسمت هذا المطلب إلى فرعين، يتناول الأول شروط صحة الحكم التحكيمي، أما الثاني فيتناول تفسير حكم التحكيم وتصحيحه.

الفرع الأول: شروط صحة حكم التحكيم:

انطلاقاً من الطبيعة القضائية للتحكيم، ومراعاة للأسس العامة في التقاضي، تصدر أحكام المحكمين -في غالبية الأنظمة- في شكل الأحكام القضائية وإجراءات تشابه في غالبيتها مع إجراءات إصدار هذه الأخيرة، خاصة فيما يتعلق بإعداد الحكم وإصداره وبياناته، وهذا ما سنوضحه في الآتي مع بيان موقف الفقه الإسلامي بداية.

أولاً: في الشريعة الإسلامية: لم يضع فقهاء الشريعة الإسلامية شروطاً خاصة لإصدار حكم التحكيم، لكن انطلاقاً من الطبيعة القضائية المثبتة للتحكيم من قبل هؤلاء الفقهاء، يمكن القول أن الحكم التحكيمي يصدر بنفس الكيفية التي يصدر بها حكم القضاء.

أما ما اشترطه المشرعون وفقهاء القانون في وقتنا الحالي من وجوب صدور حكم التحكيم كتابة، وأن يشتمل على بيانات الخصوم، فهذا أمر معروف في الفقه الإسلامي ومطبق بالنسبة لأحكام القضاء، وعليه فإنه ينطبق أيضاً على أحكام التحكيم.

أ- الكتابة: إن المطلع على تاريخ القضاء في الإسلام يجد أن القاضي كان يتخذ أعواناً لمساعدته على أداء مهمة الفصل في منازعات الناس، وكان من أهم هؤلاء الأعوان الكاتب، وهو «شخص يكلف بإثبات ما يدور بمجلس القضاء من بيانات وإقرارات وأحكام، ويقوم بحفظ أوراق القضايا بعد ترتيبها وملا إلى ذلك من الأعمال»⁽¹⁾.

(1) - فزاد عبد المنعم أحمد، الحسين علي غنيم، الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي مع التطبيق الجاري في المملكة السعودية ومصر والكويت، دط، (الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، دت)، ص 117.

ونظرا لأهمية الكاتب في مجال القضاء، فإن الفقهاء يشترطون أن يكون ورعا مسلما له معرفة بالفقه، وعللوا ذلك أن الكتابة من أعمال القضاء، فيشترط في القائم بما يشترط في القائم بالقضاء⁽¹⁾، وتطبيقا لهذا قال السمناني: «ينبغي للكاتب أن يدرس المحاضر والسجلات وكتب الوقوف والأشربة والبياعات والمعاملات وما هو عون على صنعه، وما ندب إليه من كتابة، لأنه إذا لم يعرف ذلك لم يحسن أن يضع الأمور في مواضعها»⁽²⁾.

ومن الأمور التي كانت متبعة في القضاء أن القاضي يكتب نسختين، نسخة تكون في يد الخصم ونسخة في الديوان، لأنه ربما يحتاج إلى ذلك لأمر ما، وما في يد الخصم لا يمكن الاعتماد عليه لاحتمال الزيادة والنقصان⁽³⁾. كل هذا يدل على أن أحكام القضاء كانت تكتب، وعليه نستنتج أن أحكام التحكيم يمكن أن تصدر أيضا كتابة شأنها شأن الأحكام الصادرة عن القضاء.

ب- مشمولات حكم التحكيم: أما عن البيانات التي يجب أن يشتمل عليها حكم التحكيم، فنستنتجها أيضا من البيانات التي يشتمل عليها حكم القضاء، وقد ذكر الخصاص هذه البيانات بإيجاز في قوله: «وينبغي للكاتب إذا كتب محضرا أن يكتب اسم المدعي واسم أبيه وجده وكنيته وصناعته وقبيلته وما يعرف به، وإن كان القاضي لا يعرفه حلاه⁴ الكاتب، وكذلك المدعى عليه وكذلك الشهود»⁽⁴⁾.

من هنا يتضح أن الحكم يتضمن المعلومات الشخصية لكل من المدعي والمدعى عليه، وكذلك الشهود، فيمكن أيضا القول بأن هذه الأمور هي التي يجب أن يشتمل عليها حكم التحكيم.

ثانيا- في القانون الوضعي: حتى يصدر حكم التحكيم صحيحا ينبغي أن تتوفر فيه الشروط الآتية:

(1)- الخصاص، شرح أدب القاضي، مصدر سابق، ص ص32-33.

²- السمناني: هو علي بن محمد الرحبي أبو القاسم ويعرف بابن السمناني، ذكره أبو عبد الله محمد بن عبد الملك بن إبراهيم الهنداني في طبقات أبي حنيفة، فقال: مولده برجة مالك بن ضوق (وهي مكان بين الرقة وبغداد على شاطئ الفرات)، توفي في شهر ربيع الأول، سنة 493هـ، وقيل سنة 499هـ. (ينظر: محي الدين بن أبي الوفاء، الجواهر المضبية في طبقات الخنيفة، مرجع سابق، 2/605).

(2)- السمناني، روضة القضاة وطريق النجاة، تحقيق: صلاح الدين الناصي، ط2، (بيروت، مؤسسة الرسالة، 1404هـ/1984م)، 1/117.

(3)- ينظر: الخصاص، المرجع السابق، ص38.

⁴ - الخلية: الصفة والصورة، والتحلية الوصف. (ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، مادة: حلا، 2/985).

(4) - المرجع نفسه، ص69.

الفصل الثاني: الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي وتطبيقاته في الجزائر

أ- الكتابة: تستوجب أغلبية التشريعات الوضعية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي صدور أحكام المحكمين كتابة، شأنها في ذلك شأن الأحكام الصادرة عن قضاء الدولة، وتمثل لهذه الأنظمة والاتفاقيات بـ:

- نص المادة 1471 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد، التي تقضي بوجود صدور حكم المحكمين كتابة⁽¹⁾.

- نص المادة 458 مكرر (13) فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري الذي يقضي فيه المشرع بأنه في حالة عدم اتفاق أطراف المنازعة على صدور قرار التحكيم في شكل معين، فإن من بين الأمور التي ينبغي توفرها في قرار التحكيم هو كونه مكتوباً⁽²⁾.

- نص المادة 183 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم (38) لسنة 1980، الذي يقضي بأن: «يصدر حكم المحكمين بأغلبية الآراء وتجب كتابته»⁽³⁾.

- نص المادة 4 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الذي جاء فيه: «1- على من يطلب الاعتراف والتنفيذ المنصوص عليهما في المادة السابقة أن يقدم مع الطلب: أ- أصل الحكم الرسمي أو صورة من الأصل تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند. ب- أصل الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية أو صورة تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند.

2- وعلى طالب الاعتراف والتنفيذ إذا كان الحكم أو الاتفاق المشار إليهما غير محرر بلغة البلد الرسمية المطلوب إليها التنفيذ أن يقدم ترجمة لهذه الأوراق بهذه اللغة»⁽⁴⁾.

فهذه المادة وإن لم تنص صراحة على وجوب صدور الحكم التحكيمي كتابة، إلا أنها تشير إلى ذلك بطريقة غير مباشرة.

(1)-Article 1471 : « La sentence arbitrale doit exposer succinctement les prétention respectives des parties et leurs moyens, La décision doit être motivée ».

آمان أحمد الفزاري: دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، مرجع سابق، ملحق قم (2)، ص 323.

(2)- انظر: قانون الإجراءات المدنية، ط2، (الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2000)، ص 112.

(3)- يعقوب يوسف صرخوه، شروط صحة الحكم التحكيمي في التشريع الكويتي، مرجع سابق، ص 26.

(4)- عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، مرجع سابق، ص 233.

- كما نصت أيضا المادة 1/31 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على وجوب صدور حكم التحكيم كتابة⁽¹⁾.

فكل هذه النصوص وغيرها تجمع على ضرورة كتابة حكم التحكيم «والواقع أن تطلب الكتابة أمر منطقي لا يحتاج للنص عليه في ظل النص في مختلف الأنظمة على إيداع حكم المحكمين على النحو المقرر في كل نظام، تمهيدا لوضع أمر التنفيذ عليه -فكلا الإجراءين، الإيداع وأمر التنفيذ- لا يتسنى اتخاذهما دون وجود حكم المحكم في الشكل الكتابي»⁽²⁾.

أخيرا تجدر الإشارة إلى أن القانون الإنجليزي يأخذ بحكم التحكيم الشفوي كأصل عام، إلا إذا اتفق أطراف التحكيم على عكس ذلك، أي على كتابة الحكم⁽³⁾.

ب- أن يصدر حكم المحكمين بالأغلبية: القاعدة في معظم الأنظمة الوضعية أن أحكام المحكمين تصدر بالأغلبية، وهذا طبعاً عند تعددهم، ويتم الحصول على الأغلبية دون شكل معين، فلا يلتزم المحكمون بالتقيد بإجراءات المرافعات عند تكوين الأغلبية لصدور الحكم، خاصة وأن بعض هذه القواعد قد لا يتماشى مع طبيعة التحكيم⁽⁴⁾.

وفي هذا الصدد تنص المادة 16 من نظام التحكيم السعودي على أنه: «يصدر حكم المحكمين بأغلبية الآراء، وإذا كانوا مفوضين بالصلح وجب صدور الحكم بالإجماع»⁽⁵⁾، وهذا النص يشير إلى أن التحكيم بالصلح وحده يستوجب صدور الحكم بإجماع المحكمين فلا تكفي فيه الأغلبية.

كما نص أيضا المشرع الفرنسي في المادة 1470 من قانون المرافعات الجديد على أن أحكام المحكمين تصدر بأغلبية الأصوات بقوله:

«La sentence arbitrale est rendu à la majorité des voix»⁽⁶⁾.

(1)- عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، مرجع سابق، ص 233.

(2)- أمال أحمد الفزاري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، مرجع سابق، ص 94.

(3)- انظر: يعقوب يوسف صرخوه، شروط صحة الحكم التحكيمي، مرجع سابق، ص 26.

(4)- انظر: أمال أحمد الفزاري، المرجع السابق، ص 91.

(5)- المرجع نفسه، ص 323.

(6) قانون المرافعات الفرنسي الجديد.

ونصت المادة 40 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أن حكم المحكمين يصدر بالأغلبية حيث جاء فيها: «يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية الآراء بعد مداولة تتم على الوجه الذي تحدده هيئة التحكيم ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك»⁽¹⁾.

وهذا النص قريب من نص المادة 29 من القانون النموذجي للتحكيم، الذي يقضي بأنه «في إجراءات التحكيم التي يشترك فيها أكثر من محكم واحد يتخذ أي قرار لهيئة التحكيم بأغلبية جميع أعضائها ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، على أنه يجوز أن تصدر القرارات في المسائل الإجرائية من المحكم الذي يرأس الهيئة إذا أذن له بذلك الطرفان أو جميع أعضاء هيئة التحكيم»⁽²⁾.

ويرى الدكتور منير عبد المجيد أن هذا النص يعاب من حيث أنه: «منح الأطراف سلطة الاتفاق على خلاف قاعدة الأغلبية، ذلك أن الأغلبية قاعدة متعلقة بالنظام العام الدولي، وترتبط بإجراءات التقاضي وحسن سير العدالة أمام قضاء التحكيم، والمفروض أنه يمتنع مخالفتها»⁽³⁾.

ج- مشتملات الحكم: نقصد بمشتملات الحكم البيانات التي يجب أن يتضمنها الحكم، وقد أوردت حل التشريعات البيانات الواجب توفرها في حكم التحكيم حصرا على أن أهمها: إرفاق وثيقة التحكيم أو صورة منها بالحكم -تسبيب الحكم- توقيعات المحكمين، وستناول في الآتي كلا من تسبيب الحكم وتوقيعات المحكمين بشيء من التفصيل نظرا لأهميتهما.

1- تسبيب الحكم: ذهبت جملة من التشريعات إلى وجوب تسبيب أو تعليل حكم المحكمين، واعتبرته ضمانا أساسية، إذ لا بد للخصوم من الوقوف على الدواعي التي أدت بالمحكمين إلى تبني قرار معين، وهذا حتى في حالة كون المحكمين مفوضين بالصلح⁽⁴⁾، ومن بين هذه التشريعات:

***التشريع المصري:** فقد نص المشرع المصري على هذا في المادة 2/43 من قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994 بقوله: «يجب أن يكون حكم التحكيم مسببا، إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك

(1)- عبد الحميد المشاوي، التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 120.

(2)- عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، مرجع سابق، ص 434.

(3)- منير عبد الحميد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 34.

(4)- انظر: حاك يوسف الحكيم، الاتجاهات الحديثة في التحكيم الدولي، ورقة عمل مقدمة لندوة الفجيرة المشار إليها سابقا،

أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم⁽¹⁾. فالواضح من خلال هذا النص أن حكم المحكمين يجب أن يسبب كقاعدة عامة، غير أن المشرع أورد على هذه القاعدة استثناءين: الأول أنه يمكن عدم تسبب الحكم إذا اتفق أطراف الخصومة على عدم ذكر الأسباب التي أدت بالمحكمين إلى إصدار حكمهم، والثاني أن يكون القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يستوجب تسبب الأحكام.

*التشريع السعودي: حيث نصت المادة 17 من نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/46 بتاريخ 1403/07/12هـ، على أنه: «يجب أن تشمل وثيقة الحكم بوجه عام على وثيقة التحكيم وعلى ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب الحكم...»⁽²⁾.

*التشريع الجزائري: حيث نص المشرع الجزائري في المادة 458 مكرر (13) من قانون الإجراءات المدنية على أنه في حالة غياب اتفاق الأطراف على إجراء وشكل معين لصدور قرار التحكيم، فإن هذا الأخير يجب أن يكون مسيباً⁽³⁾.

إضافة إلى هذا، فقد أكد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي أيضاً على قاعدة تسبب حكم التحكيم، وذلك في مادته 2/31 التي جاء فيها: «يبيّن في قرار التحكيم الأسباب التي بني عليها القرار ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على عدم بيان الأسباب، أو ما لم يكن القرار قد صدر بشروط متفق عليها بمقتضى المادة 30»⁽⁴⁾.

فبمقتضى هذا النص يتوجب على هيئة التحكيم أن تسبب قرارها ما لم يتفق الطرفان على عدم تسببها، كما يجوز عدم تسبب الحكم في حالة صدوره بإثبات الصلح الذي أبرمه الخصوم أثناء نظر الدعوى كما هو موضح في المادة 30 من ذات القانون⁽⁵⁾.

وبناء على ما تقدم فإن عدم تسبب الحكم -في غير الحالات المستثناة- يؤدي إلى بطلانه، وقيل أن هذا البطلان يتعلق بالنظام العام، غير أنه في فرنسا اعتبر أن عدم تسبب حكم التحكيم لا يعد في ذاته مخالفاً

(1)- عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، مرجع سابق، ص 151.

(2)- أماز أحمد الفزائري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، مرجع سابق، ملحق رقم (1)، ص 297.

(3)- انظر: قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص 120.

(4)- عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص 435.

(5)- انظر: منير عبد الحميد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 258.

للنظام العام في التحكيم الدولي، التي تخضع إجراءاته لقانون أجنبي، وأن عدم التسيب وإن كان يتعارض مع النظام العام الداخلي في فرنسا فإنه لا يمس النظام العام في مفهومه الدولي⁽¹⁾.

على أن اشتراط تسيب حكم التحكيم وإن شابه اشتراط تسيب الأحكام الصادر عن القضاء فهو يختلف عنه شيئاً ما، فقد ذكر الدكتور أحمد أبو الوفا أن المحكم لا يأخذ بما يأخذ به القضاء «في صدد الدقة المقررة في التسيب، ويكفي أن يذكر المحكم نصوص القانون التي قام بإعمالها في صدد النزاع، سواء من ناحية تكييف الوقائع أم من ناحية إرساء حكم القانون على الوقائع المستخلصة من النزاع، وقيل أيضاً أن عدم كفاية التسيب أو إيراده في صورة عامة لا يؤدي إلى البطلان ما دام أن هذا أو ذاك لا يتضمن مخالفة القانون، أي أن ما انتهى إليه المحكم لا يكون قد خالف فيه القانون»⁽²⁾.

وإذا كان تسيب الأحكام التحكيمية أمر تبنته جملة من التشريعات، فإن هناك تشريعات أخرى ذهبت إلى عدم اشتراط تسيب أحكام التحكيم، ومن هذه التشريعات: القانونين الإنجليزي والأمريكي⁽³⁾، زيادة على هذا فهناك أنظمة بعض غرف التجارة المختصة بمهنة معينة تقضي بعدم تعليل حكم المحكمين لثلا تتخذ بعض أسبابه مبرراً لإبطاله أو عدم إكسابه صيغة التنفيذ⁽⁴⁾.

2- توقيعات المحكمين: أوجبت جل التشريعات والاتفاقيات الدولية أن يشتمل حكم المحكمين على توقيعات المحكمين - في حالة التعدد طبعاً - وذلك لأن التوقيع يعد دليلاً على الموافقة على الحكم، وفي حالة امتناع أحد المحكمين عن توقيع الحكم أو تعذر عليه ذلك، فيجوز توقيعه من أغلبية المحكمين مع بيان سبب انتفاء التوقيع المتبقي⁽⁵⁾، (وهو ما تقضي به: المادة 1/31 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والمادة 458 مكرر (13) من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، والمادة 43 من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994، والمادة 17 من نظام التحكيم السعودي)، ولا يبطل الحكم إذا لم يذكر سبب رفض الأقلية للتوقيع على الحكم، ذلك أن سبب الرفض عادة ما يكون عدم توافق وجهة نظر الممتنع مع وجهة نظر باقي المحكمين، ولكن إذا لم توقع الأغلبية على الحكم كان باطلاً بطلاناً لا يقع بقوة القانون،

(1)- انظر: أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 267. منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 258-259.

(2)- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 268.

(3)- انظر: منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 259.

(4)- انظر: جاك يوسف الحكيم، الاتجاهات الحديثة في التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص 9.

(5) انظر: المرجع نفسه، ص 8.

وإنما يجب التمسك به⁽¹⁾، بمعنى أن الحكم يكون باطلا إذا تمسك أحد المتنازعين ببطلانه بسبب كونه غير موقع من أغلبية المحكمين.

فبالنسبة لبيانات حكم المحكمين يمكن التأكيد على مايلي:

«1- لم يقصد المشرع أن يتضمن حكم المحكمين كافة البيانات التي ينص عليها القانون بالنسبة لأحكام المحكمين، بدليل أنه اكتفى - في صدد التحكيم بأهم هذه البيانات وهي التي تكفي لكي يحقق حكم المحكمين وظيفته.

2- لأن سلطة المحكمين مستمدة من الاتفاق على التحكيم ومن ثم يجب التحقق من صدور حكم المحكمين في نطاق ما اتفق عليه الخصوم، ويجب تضمين صلب الحكم ذاته البيانات الجوهرية في الاتفاق، والتي يمكن معها تحقيق الغاية من الإجراء، فلا يكفي مجرد إرفاق صورة من الاتفاق بأصل الحكم.

3- بيانات حكم المحكمين واردة في القانون على سبيل الحصر، لذلك فلا يبطل الحكم إذا اغفل بيان لم يتطلب القانون ذكره في ورقة الحكم.

4- تأكيدا على قضائية التحكيم أوجبت الأنظمة اشتغال أحكام المحكمين على الأسباب التي بنيت عليها، شأنها في ذلك شأن أحكام القضاء، ولا يمس هذا التأكيد ما ترتب على كون وظيفة التسيب بالنسبة للمحكم تختلف عنها بالنسبة لقاضي الدولة - بسبب اختلاف طبيعة الرقابة على حكم المحكم عنها بالنسبة لحكم قاضي الدولة - من أن صحة حكم المحكمين لا يقدر بذات المعايير المشددة التي يؤخذ بها بالنسبة لأحكام القضاء في صدد الدقة المقررة في التسيب.

5- إغفال بيانات حكم المحكمين لا يؤدي تلقائيا إلى بطلان الحكم، بل يجب تطبيق القواعد العامة في البطلان»⁽²⁾.

الفرع الثاني: تصحيح حكم المحكمين وتفسيره:

ستطرق في هذا الفرع إلى سلطة المحكم أو المحكمين في تصحيح وتفسير قرار أو حكم التحكيم وذلك في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

(1) انظر: أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 365.

(2) -أمال أحمد الفزائري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، مرجع سابق، ص 95-98.

أولاً: في الشريعة الإسلامية:

حكم التحكيم هو النتيجة المستهدفة من نظامه وفق المخرجات العادية للأمر، فإذا اتفق الخصمان على التحكيم وارتضيا محكما تتوافر فيه الأهلية المطلوبة وكانت منازعتهم من الموضوعات التي يجوز فيها التحكيم، وأنزل عليه الحكم شرع الله، فقد أشرف التحكيم على غايته، بل وانقضى بصدور الحكم الذي كانت تلك الإجراءات من أجله، فانتهت بذلك مهمة الحكم وأصبح كأحد الناس لا ولاية له على الموضوع، وبالتالي فلا يمكن الرجوع عما قضى به بإلغائه أو بالحكم للخصم الآخر، لأن الحكومة قد تمت بالقضاء الأول فكان قضاءه الثاني باطلاً⁽¹⁾.

على أن انقضاء التحكيم بصدور الحكم لا يمنع ولي الأمر - في تنظيمه للتحكيم أن يمنح المحتكم إليه (المحكم) حق تصحيح ما وقع في حكمه من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية، أو يقر له بإصدار تفسير لما وقع في منطوق حكمه من غموض أو إبهام، وذلك على نحو ما انتهجه نظام التحكيم السعودي ونص عليه في المادتين 42 و43 من اللائحة التنفيذية لذات النظام، وما دام التحكيم قد اتخذ وسيلة لإنهاء النزاع الذي عجز الطرفان عن حسمه رضاً بأنفسهما فإن صدور الحكم يستتبع استلزام الطرفين به⁽²⁾.

ثانياً: في القانون الوضعي:

أعطت التشريعات والاتفاقيات الدولية لهيئة التحكيم سلطة تفسير الحكم الصادر عنها، سواء كان هذا التفسير متعلقاً بحكم التحكيم كله أم بجزء معين منه، دون أن يعد ذلك إخلالاً بالقاعدة التي تقضي بأن هيئة التحكيم تستنفذ ولايتها أو سلطتها واختصاصها مباشرة بعد الحكم في النزاع، وإيداع الحكم لدى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع، وهذا لأن التفسير يقتصر على تحديد مضمون الحكم الغامض، أي إيضاح ما أجم بالفعل بحسب تقدير المحكمة، دون التطرق إلى ما التبس على ذوي الشأن فهمه، على الرغم من وضوحه، وهذا من غير المساس بما قضى به حكم التحكيم المفسر من حيث الموضوع، فلا يجوز أن يتضمن التفسير تعديلاً للحكم، أو إعادة النظر فيه، وإلا تعرض لمخاطر عدم التنفيذ، فالتفسير ليس وسيلة لإعادة النظر في النزاع الذي صدر فيه الحكم⁽³⁾.

(1) - الموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، ط1، (الكويت، مطبعة الموسوعة الفقهية، 1404هـ - 1984م)، 244/10.

(2) - ينظر: محمد بدر يوسف المنياوي، التحكيم في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 64-65.

(3) - ينظر: صلاح سالم، أضواء على الولاية القضائية هيئات التحكيم، مجلة تجارة الرياض، المملكة العربية السعودية، ص 31، ع 352، (رحب 1413هـ - 1992م)، ص 59. منير عبد انجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 263-264.

وزيادة على سلطة هيئة التحكيم في تفسير الحكم الصادر عنها، فقد أعطيت لهذه الهيئة سلطة تصحيح الأخطاء المادية التي قد تقع في الحكم مثل الأخطاء الكتابية (كالخطأ في كتابة اسم أحد الخصوم) مثلا، أو الأخطاء الحسابية، ويجب التأكيد على أن الأخطاء التي تضطلع هيئة التحكيم بتصحيحها هي الأخطاء المادية البحتة، أي التي ليس من شأنها المساس بموضوع الحكم، وتقوم الهيئة بتصحيح الأخطاء المادية بناء على طلب أحد الطرفين أو من تلقاء نفسها - إذا كانت هي من اكتشف الخطأ- دون أن يتطلب الأمر تحديد جلسة لنظر طلب التصحيح، أي من غير مرافعة، ويجري هذا التصحيح على نسخة القرار الأصلية، ويوقعه المحكمون⁽¹⁾.

أخيرا نسوق بعض الأمثلة من النصوص التي تناول سلطة هيئة التحكيم في تفسير وتصحيح الأحكام الصادرة عنها:

***التشريع الفرنسي:** فقد قضت المادة 1475 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد بأن لهيئة التحكيم سلطة: «تفسير حكم التحكيم وتصحيح الأخطاء المادية، أو ما تم إغفاله ماديا واستكمال ما أغفل التحكيم الفصل فيه من طلبات، وذلك متى أمكن اجتماعها من جديد»⁽²⁾، أما إذا تعذر عليها الاجتماع مرة أخرى فإن هذه السلطة تمنح لقضاء الدولة.

***التشريع المصري:** لقد نصت المادتين 49 و 50 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على سلطة هيئة التحكيم في تفسير وتصحيح ما يصدر عنها من أحكام. إذ جاء في المادة 49:

«1- يجوز لكل من طرفي التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه حكم التحكيم، تفسير ما وقع في منطوقه من غموض. ويجب على طالب التفسير إعلان الطرف الآخر بهذا الطلب قبل تقديمه لهيئة التحكيم.

2- يصدر التفسير كتابة خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تقديم طلب التفسير إلى هيئة التحكيم، ويجوز لهذه الهيئة مد هذا الميعاد ثلاثين يوما أخرى إذا رأت ضرورة لذلك.

⁽¹⁾ - انظر: أحمد أبو الرافا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 278. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 264.

⁽²⁾ - منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 264. أما النص الأصلي للمادة 1475 من قانون المرافعات الفرنسي فهو كالآتي: «L'arbitre à néanmoins le pouvoir d'interpréter la sentence de réparer les erreurs et omissions matérielles qui l'affectent et de la compléter lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de demande. Les articles 461 à 463 sont applicables. Si le tribunal arbitral ne peut être à nouveau réuni, ce pouvoir appartient à la juridiction que eut compétente à défaut d'arbitrage».

3- ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمما لحكم التحكيم الذي يفسره وتسري عليه أحكامه»⁽¹⁾.

فمن خلال هذا النص، أعطى المشرع المصري لهيئة التحكيم تفسير أي غموض يكون قد وقع في منطوق الحكم بناء على طلب أحد طرفي التحكيم وذلك خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه الحكم، وبشرط إبلاغ الطرف الآخر بهذا الطلب قبل تقديمه إلى الهيئة، كما أنه منح هيئة التحكيم مهلة ثلاثين يوما من تاريخ تسلمها الطلب تقدم التفسير المطلوب منها، غير أنه أجاز لها تمديد هذه المهلة ثلاثين يوما أخرى إن دعت الضرورة إلى ذلك، كما ألزمها بأن تصدر التفسير كتابة واعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمما لحكم التحكيم الذي يفسره، وتسري عليه بالتالي الأحكام التي تسري على الحكم.

أما المادة 50 فقد تضمنت النص على سلطة المحكمين (هيئة التحكيم) في تصحيح الأحكام الصادرة

عنها بقولها:

«1- تتولى هيئة التحكيم تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية بختة كتابية أو حسابية، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الخصوم، وتجري هيئة التحكيم التصحيح من غير مرافعة خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ صدور الحكم أو إيداع طلب التصحيح بحسب الأحوال، ولها مد هذا الميعاد ثلاثين يوما أخرى إذا رأت ضرورة لذلك.

2- ويصدر قرار التحكيم كتابة من هيئة التحكيم ويعلن إلى الطرفين خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره، وإذا تجاوزت هيئة التحكيم سلطتها في التصحيح جاز التمسك ببطلان هذا القرار بدعوى بطلان تسري عليها أحكام المادتين 53 و54 من هذا القانون»⁽²⁾.

يوضح المشرع المصري من خلال الفقرة الأولى لهذا النص، أن هيئة التحكيم الحق في تصحيح الأخطاء المادية البحتة، الواردة في حكمها سواء من تلقاء نفسها أم بناء على طلب من أحد الخصوم، وذلك خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ صدور الحكم أو إيداع طلب التصحيح، ولها مد هذه المهلة ثلاثين يوما أخرى إن دعت الضرورة إلى ذلك، أما الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه، فتوجب على هيئة التحكيم أن تصدر قرار التصحيح كتابة وتعلنه إلى الطرفين خلال ثلاثين يوما من تاريخ إصدارها له كما تجيز لطرفي التحكيم التمسك بالبطلان في حالة ما إذا تجاوزت هيئة التحكيم سلطتها في التصحيح .

(1)- عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، مرجع سابق، ص162.

(2)- المرجع نفسه، ص163.

من هنا نلاحظ أن المشرع المصري تناول سلطة هيئة التحكيم في تفسير وتصحيح ما يصدر عنها من أحكام بالتفصيل مع تحديد المهل اللازمة لذلك .

إضافة إلى هذا فقد تناول القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي النص على تفسير وتصحيح حكم التحكيم وذلك في المادة 33 منه، حيث جاء في فقرتها 1 و 2 الآتي:

«1- في خلال ثلاثين يوما من تاريخ تسلم قرار التحكيم وما لم يتفق الطرفان على مدة أخرى:

(أ) يجوز لكل من الطرفين بشرط إخطار الطرف الآخر أن يطلب من هيئة التحكيم أن تصحح ما يكون قد وقع في القرار من أخطاء حسابية أو كتابية أو طباعية أو أية أخطاء أخرى مماثلة.

(ب) يجوز لأحد الطرفين بشرط إخطار الطرف الآخر أن يطلب من هيئة التحكيم تفسير نقطة معينة في قرار التحكيم أو جزء معين منه، إن كان الطرفان قد اتفقا على ذلك.

وإذا رأت هيئة التحكيم أن للطلب ما يبرره فإنها تجري التصحيح أو تصدر التفسير خلال الثلاثين يوما من تاريخ تسلم الطلب، ويكون التفسير جزءا من قرار التحكيم.

2- يجوز لهيئة التحكيم أن تصحح أي خطأ من النوع المشار إليه في الفقرة 1 (أ) من هذه المادة من تلقاء نفسها خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدور القرار»⁽¹⁾.

من خلال هذا النص وما سبقه نستنتج أن من سلطة هيئة التحكيم تفسير الأحكام الصادرة عنها بناء على طلب أحد طرفي التحكيم كما أنه من سلطاتها تصحيح الأخطاء المادية البحتة الواردة فيما أصدرته من أحكام بناء على طلب أحد طرفي التحكيم أيضا أو من تلقاء نفسها، أي أن التصحيح يتم إما استجابة لطلب أحد الخصوم وإما لأن الهيئة قد بدا لها خطأ ما، وهذا على عكس التفسير الذي لا يتم إلا بناء على طلب أحد طرفي التحكيم، غير أنه في الحالتين -التفسير والتصحيح- يجب إخطار الطرف الآخر إذا تم الطلب من أحد الطرفين.

أخيرا نشير إلى أن هناك بعض الأنظمة التي تذهب إلى إعطاء سلطة تفسير حكم التحكيم وتصحيحه إلى قضاء الدولة لا إلى هيئة التحكيم، ومن هذه الأنظمة القانون الإيطالي الذي نص على هذه القاعدة في المادة 826 من قانون المرافعات⁽²⁾.

إضافة إلى هذا نجد أن هناك بعض الأنظمة الأخرى قد سكتت عن التطرق إلى مسألة تفسير وتصحيح الحكم التحكيمي كلية، كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري مثلا.

(1)-عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، مرجع سابق، ص 436.

(2)-أمال الفريزي، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، مرجع سابق، ص 164.

المطلب الثاني: تنفيذ حكم التحكيم

تقدم أن حكم التحكيم هو خلاصة عملية التحكيم وممرتها، غير أن هذا الحكم لن تكون له أية قيمة إذا لم يتم تنفيذه، ذلك أن عدم التنفيذ يعني أن النزاع سيبقى قائما، ومنه ينتفي الهدف من اللجوء إلى التحكيم وهو الفصل في النزاع، من هنا تظهر أهمية التطرق إلى تنفيذ الأحكام الصادرة عن التحكيم، وهو ما سنعرض له في الآتي، على أنه سيتم التطرق إلى مسألة تنفيذ أحكام التحكيم في الشريعة الإسلامية بداية ثم بيان مذهب القانون الوضعي في ذات المسألة.

الفرع الأول: في الشريعة الإسلامية

الأصل أن يتم تنفيذ حكم المحكمين طواعية، وذلك امتثال لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽¹⁾. فالمحكوم ضده بتنفيذه للحكم الصادر عن التحكيم يكون قد وفى بعهده ونفذ العقد الذي أبرمه مع المحكوم لصالحه⁽²⁾.

لكن قد يمتنع المحكوم ضده عن تنفيذ الحكم الصادر عن التحكيم لأي سبب من الأسباب، وفي هذه الحالة لا يملك المحكم أي سلطة لإجباره على التنفيذ، وهذا على الرغم من أن حكم التحكيم ملزم لأطرافه وفقا لرأي جمهور الفقهاء، وهو ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة 1848 بقولها: «كما أن حكم القضاة لازم الإجراء في حق جميع الأهالي الذين في داخل قضائه كذلك حكم المحكمين لازم الإجراء على الوجه المذكور في حق من حكمهم، وفي الخصوص الذي حكموا به، فلذلك ليس لأي واحد من الطرفين الامتناع عن قبول حكم المحكمين بعد حكم المحكمين حكما موافقا لأصوله الشرعية»⁽³⁾، فبناء على هذا النص يكون حكم المحكمين الصادر وفق الأصول المشروعة ملزما لكل من المحكوم ضده والمحكوم لصالحه.

وعلة عدم قدرة المحكم على إجبار المحكوم ضده على التنفيذ تكمن في أن الإجراء على التنفيذ لا بد وأن يستند إلى ولاية عامة، وهو أمر يفتقده المحكم، وعليه فلا توجد وسيلة للإجبار على التنفيذ غير الالتجاء إلى القضاء⁽⁴⁾.

(1)-سورة المائدة، الآية: 1.

(2)-انظر: محمد بدر يوسف النياوي، مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص66.

(3)-علي حيدر، دور الحكام شرح مجلة الحكام، مرجع سابق، 654/4.

(4)-انظر: محمد بدر يوسف النياوي، المرجع السابق، ص66.

واختصاص القاضي المولى بنظر منازعة حكم التحكيم تابع من اختصاصه بنظر جميع المنازعات دون استثناء، مادام ولي الأمر لم يخصصه بزمان أو مكان أو بمحادثة محددة، فإن كان اختصاصه محدد من قبل ولي الأمر وأدى هذا التحديد إلى خروج منازعة التنفيذ عن اختصاصه، كان على ولي الأمر تولية قاضٍ آخر لنظر هذه المنازعة، إذ لا يعرف الفقه الإسلامي منازعة لا قاضي لها⁽¹⁾. وحتى ينظر القاضي المولى في مسألة تنفيذ حكم التحكيم يجب على أحد الخصوم أن يتقدم إلى القاضي بطلب حتى يقضي له بتنفيذ حكم التحكيم إذا كان الحكم قد صدر لصالحه، أو يطلب منه الحكم بعدم صحة هذا الحكم إذا كان قد صدر ضده⁽²⁾. وعلى القاضي في كلا الحالتين أن يتحقق من صحة حكم التحكيم وإجراءاته وموضوعه، فيتثبت من رضا الطرفين بالتحكيم وبالحكم، ومن أن المحتكم إليه يتمتع بالأهلية الواجبة، ولم يخرج عما هو مفوض إليه الحكم فيه، كما لم يخالف شرع الله فيما حكم فيه⁽³⁾.

على أن سلطة القاضي على حكم التحكيم من حيث الموضوع لا تختلف عن سلطته على قضاء القاضي المولى إذا رفع إليه، وذلك وفقاً لرأي الجمهور، فالحكم إذا خالف نصاً من الكتاب أو السنة أو إجماعاً أو قاعدة واجبة الأعمال وجب نقضه، سواء أكان صادراً من قاضٍ أم من محكم، إذ لا حجة في مخالفة الشرع، ولا اجتهاد فيما لا يجوز فيه الاجتهاد، أما إذا كان الحكم صادراً فيما يجوز فيه الاجتهاد فرأي الجمهور يقضي بعدم جواز نقضه سواء أكان حكماً لقاضٍ أم لمحكم وسواء أوافق اجتهاد القاضي الذي ينظره أم مخالفه⁽⁴⁾. وهو ما ذكره الباجي بقوله: «ولو حكم رجلان بينهما رجلاً فقضى بينهما فقضاؤه جائز قاله مالك في المجموعة، قال ابن القاسم⁵ وإن قضى بما يختلف فيه ويرى القاضي خلافه

(1)- انظر: محمد بدر يوسف المنيوي، مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 66.

(2)- ذلك أن القاضي لا يملك التصدي لمنازعات الناس من تلقاء نفسه.

(3)- انظر: محمد بدر يوسف المنيوي، المرجع السابق، ص 66.

(4)- انظر: الإمام مالك، المدونة الكبرى، مصدر سابق، 77/4. الشريبي، مغني المحتاج، مصدر سابق، 379/4. موفق الدين بن قدامة، المغني، مصدر سابق، 484/11.

*- الباجي: هو القاضي أبو الوليد الباجي، سليمان بن خلف التميمي، فقيه أصولي متكلم (403هـ-474هـ)، ترك عدة مصنفات منها: "التسديد إلى معرفة التوحيد"، "سنن المنهاج وترتيب الحجاج"، "أحكام الفصول في أحكام الأصول"، "شرح موطأ الإمام مالك". (انظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، مصدر سابق، ص 120. محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، مصدر سابق، ص 121).

**- ابن القاسم: هو أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن حنادة العتقي بالولاء، الفقيه المالكي، ولد سنة 133هـ، جمع بين العلم والزهد، وصحب الإمام مالك عشرين سنة، وتفق على يديه، أنفق أموالاً عظيمة في طلب العلم، حدث عنه أصبغ والحارث بن مسكين وغيرهم، وهو صاحب المدونة، عنه أخذها سحنون، توفي سنة 191هـ بمصر. (ينظر: محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، مصدر سابق، رقم: 24، ص 58. الذهبي، تذكرة الحفاظ، مصدر سابق، 356/1).

فحكمه ماض إلا في جورٍ بين⁽¹⁾.

وقد خالف الحنفية هذا الرأي وذهبوا إلى أن المحكم إذا حكم في فصل مجتهد فيه وكان رأيه مخالفاً لرأي القاضي فإن هذا الأخير يمضي الحكم إن وافق اجتهاده وله أن ينقضه إن خالف اجتهاده⁽²⁾.

وعلى الرغم من أن مذهب الجمهور هو أن سلطة القاضي المولى على حكم المحكمين لا تختلف عن سلطته على حكم قاضٍ آخر كأصل عام، فقد ذهب المستشار محمد بدر يوسف المنيّوي^{*} إلى أن الأمر في التحكيم يتطلب بعض التأمل، ذلك لأنه خروج على الأصل العام، إذ للطرفين أن يختارا للتحكيم في منازعتهم من يفقد بعض الشروط التي يراها جمهور الفقهاء ضرورة للقاضي المولى، كأن يختاروا محكما فاسقا أو جاهلا يستشير غيره أو غير سليم الحواس، وهذا الأمر يقتضي تخويل القاضي حق تصفح أحكام المحكمين للتحقق من أنه لا يشوبها خطأ مؤثر، ولو لم يبلغ درجة الجور البين، وذلك بجانب ما هو مطالب به من أنها لا تخالف نصًّا من الكتاب أو السنة كما لا تخالف إجماعا ولا قياسا جليا، وليس في هذا افتيات لإرادة الطرفين⁽³⁾.

جدير بالذكر أن الإمام تقي الدين بن تيمية يرى أن يتم نفاذ حكم المحكم بعد حكم حاكم لا إمام⁽⁴⁾، وهذا حتى في حالة عدم قيام نزاع بشأن تنفيذ الحكم، وتكمن فائدة تصديق حكم المحكم من قبل القاضي في أن إمضاء هذا الأخير لحكم المحكم يكون بمنزلة الحكم ابتداء من القاضي.

ونخلص من كل ما تقدم إلى أن حكم المحكمين ينفذ طواعية كأصل عام، أو بناء على أمر القاضي في حالة حصول نزاع بشأن التنفيذ، غير أن الأسلم أن يتم تنفيذه عن طريق حكم القاضي، سواء حصل بشأنه نزاع أم لم يحصل، وهذا على رأي شيخ الإسلام ابن تيمية، وهو رأي جدير بالاتباع لأنه يقوي حكم التحكيم ويعززه (وهو الأمر المعمول به في الأنظمة الوضعية حاليا)، وحتى يصدق القاضي على حكم التحكيم ويمنحه أمر التنفيذ يجب أن يستوثق من:

(1)- أبو الوليد الباجي، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، ط3، (بيروت، دار الكتاب العربي، 1403هـ - 1983م)، 226/5.

(2)- انظر: السرخسي، المسوط، مصدر سابق، 111/16. ابن نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، 46/7.

* - المستشار محمد بدر يوسف المنيّوي عضو مجمع البحوث الإسلامية للأزهر.

(3)- انظر: محمد بدر يوسف المنيّوي، مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص69.

(4)- انظر: المرادوي، الإنصاف، مصدر السابق، 198/11.

- 1- رضا الطرفين بالتحكيم وبالحكم (المحكم).
- 2- أن المحكم يتمتع بالأهلية الواجبة لأداء مهمة الفصل في النزاع.
- 3- أن المحكم لم يخرج عما هو مفوض للحكم فيه.
- 4- أن المحكم لم يخالف شرع الله فيما حكم فيه.

فهذه هي الشروط الواجبة لمنح حكم المحكمين الأمر بالتنفيذ، وعليه فكل حكم استوفى هذه الشروط وجب تنفيذه طواعية أو بقوة الإيجاب الصادرة عن القضاء، ولا ينقض القاضي حكم المحكم إلا إذا وجد فيه جوراً يَبِيناً، بأن خالف نصاً من الكتاب أو من السنة، أو خالف إجماعاً أو قياساً جلياً، وهذا في الأمور التي لا يجوز فيها الاجتهاد، أما إن حكم المحكم في فصل مجتهد فيه فيجب على القاضي إمضاء حكمه حتى إن خالف رأيه واجتهاده طالما أنه لا ينطوي على جورٍ بَيِّن، وهذا وفقاً لما ذهب إليه جمهور الفقهاء، أما ما ذهب إليه الحنفية من أن للقاضي نقض حكم التحكيم الواقع في أمر المجتمع إن لم يوافق رأيه، فهو مذهب مرجوح بالمقارنة مع مذهب الجمهور، وذلك لأنه «لو نقض الاجتهاد بالاجتهاد لنقض النقض أيضاً ولتسلسل، فاضطربت الأحكام ولم يوثق بها»⁽¹⁾. وعمت الفوضى وعزَّ استقرار الأحكام.

والملاحظ أن الفقهاء تناولوا تنفيذ حكم التحكيم دون التطرق إلى كون هذا التحكيم تحكيمياً وطنياً أو أجنبياً، وعليه يمكن القول أن حكم المحكمين متى توافرت فيه الشروط السالفة الذكر وجب تنفيذه سواء أكان حكماً وطنياً أم أجنبياً.

الفرع الثاني: في القانون الوضعي

يقوم أطراف خصومة التحكيم بتنفيذ الحكم الصادر عن المحكمين طواعية في أغلب الأحيان وذلك انطلاقاً من أن لجوءهم إلى فصل نزاعهم بهذا الطريق كان بشكل إرادي وودي، كما أنه كثيراً ما يرغب الطرفان في استمرار علاقاتهم مستقبلاً، مما يدفعهم إلى تنفيذ الحكم دون إثارة مشاكل قد تؤثر على تلك العلاقات.

ويمكن القول أن التنفيذ الاختياري لأحكام المحكمين يكاد يكون قاعدة عامة في التحكيم المؤسسي، غير أن السبب هنا لا يرجع إلى الرضوخ الإرادي للمحكوم ضده فحسب، بل يرجع أيضاً إلى أن المراكز الدائمة للتحكيم تملك وسائل للحث على التنفيذ الاختياري، تتمثل خاصة في توقيع جزاءات ضد الممتنع

(1)- الغزالي، المستصفي، مصدر سابق، 69/1.

عن التنفيذ⁽¹⁾. ويتم التنفيذ الاختياري هنا دون حاجة إلى استصدار أمر بالتنفيذ⁽²⁾.

على أنه قد يرفض المحكوم ضده تنفيذ الحكم التحكيمي اختياريًا، مما يستوجب اللجوء إلى تنفيذه جبرًا، وذلك بالحصول على أمر بالتنفيذ، ونظرًا لأهمية التنفيذ الجبري لأحكام المحكمين خاصة الأجنبية منها فقد نظمت جل التشريعات الوضعية هذه المسألة كما نظمتها أيضًا مختلف الاتفاقيات الدولية المبرمة بشأن التحكيم التجاري الدولي، وسنقتصر هنا على تنفيذ أحكام التنفيذ وفقًا لاتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1958⁽³⁾، مع الإشارة إلى التشريع الجزائري.

أولاً: شروط تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي: بداية نشير إلى أنه عند النظر في مدى تحقق الشروط الشكلية أو الخارجية الواجب توافرها في حكم التحكيم الأجنبي للاعتراف به وتنفيذه، فإنه لا يجوز مراجعة موضوع الحكم ذاته، أو التحقق من قيام المحكم بتطبيق القانون، ذلك أن نظام المراجعة لا يتلاءم مع مقتضيات التجارة الدولية، نظرًا لأنه لا يوفر الحماية الكافية لعلاقات الأفراد الخاصة الدولية، وبمس الحقوق المكتسبة في الخارج، كما أنه يثير حفيظة الدول الأخرى في مواجهة الأحكام الصادرة من الدولة التي تعنته عندما يراد تنفيذها في الخارج، وعلى الأخص الدول التي تتطلب شرط التبادل كأساس لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي⁽⁴⁾.

أما عن شروط تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي وفقًا لاتفاقية نيويورك لسنة 1958، فالواضح أن هذه الأخيرة لم تضع شروطًا إيجابية لإمكانية تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، وإنما صرحت بإمكانية رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم إذا قدم المحكوم عليه دليلًا على توفر حالة من سبع حالات حددها في المادة 5 منها؛ أي أن الاتفاقية قد أوردت هذه الشروط في صورتها السلبية، وهذا يتفق مع ما درجت عليه من

(1) «من أهم هذه الجزاءات التي تترتب بالتخلف على التنفيذ التلقائي نشر الحكم التحكيمي ونشر واقعة عدم تنفيذه، مما يمس بالسمعة الذاتية والتجارية للممتنع عن التنفيذ في أوساط المال والأعمال، وهو ما يؤدي إلى استبعاد التعامل معه، ومقاطعته، مما يجعل التنفيذ تحت وطأة هذه الجزاءات بمثابة نوع وسط بين التنفيذ الاختياري والتنفيذ الجبري». (أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، مرجع سابق، ص 13، هامش رقم 3).

(2) -المرجع نفسه، ص 13.

(3) -يرجع سبب اختيار اتفاقية نيويورك لسنة 1958 دون غيرها إلى أن هذه الأخيرة لم تتأثر بمرور الزمن ولا بعقد اتفاقيات لاحقة عليها، إذ لا تزال القواعد التي أرسنتها منذ أكثر من 50 سنة سارية المفعول وتبينها أكثر من 100 دولة في العالم، من بينها أغلب الدول العربية والدول العظمى المسيطرة على التجارة العالمية، وهو ما توضحه ملاحق هذه المذكرة.

(4) -انظر: منير عبد المجيد، التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 277.

اعتبار الأصل العام في آثار أحكام المحكمين -الداخلة في مجال تطبيق الاتفاقية- هو الاعتراف بها وتنفيذها⁽¹⁾.

ولقد صنفت الاتفاقية حالات رفض تنفيذ التحكيم إلى نوعين: حالات تتضمن أسباب تؤدي إلى رفض التنفيذ إذا تمسك بها المحكوم عليه، وأقام الدليل على توافرها، وحالات تتضمن أسباب أقوى تجعل المحكمة ترفض من تلقاء نفسها الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إذا تبينت واحدا منها. وسنقوم بعرض هذه الحالات تباعا:

أ- حالات رفض تنفيذ حكم المحكم بناء على طلب المنفذ ضده:

1- عدم صحة اتفاق التحكيم: نصت اتفاقية نيويورك في المادة 1/5 (أ) على أنه يرفض الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي وتنفيذه إذا قدم المطلوب التنفيذ ضده ما يثبت عدم صحة اتفاق التحكيم وذلك بناء على أن أطراف التحكيم كانوا عديمي الأهلية طبقا للقانون الواجب التطبيق عليهم⁽²⁾. أو بناء على بطلان اتفاق التحكيم لسبب آخر، كانهدام الرضا أو اقتترانه بغلط أو غش أو غير ذلك وفقا لقانون الإرادة، أو قانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم عند تخلف قانون الإرادة⁽³⁾ - كما تقدم-.

فالملاحظ أن اتفاقية نيويورك لم تحدد قواعد معينة يمكن بموجبها معرفة أهلية الأطراف، وإنما تركت ذلك للقانون الواجب التطبيق على الأطراف؛ أي أنه يمكن رفض تنفيذ حكم التحكيم إذا أثبت طسالب رفض التنفيذ أن أحد أطراف النزاع لم يكن يتمتع بالأهلية اللازمة للقيام بالاتفاق على التحكيم وقت إبرام هذا الاتفاق.

(1)- انظر: أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، مرجع سابق، ص 28-29.

(2)- استخدمت اتفاقية نيويورك عبارة «أن الأطراف في الاتفاقية المذكورة في المادة (2) كانت بموجب القانون المطبق عليها محكوما عليها بعدم الأهلية». (ج.ر، ع48، س25، 1988/11/23). وقد يفهم من هذه العبارة أن الاتفاقية تستوجب انعدام أهلية كلا الطرفين لرفض تنفيذ الحكم، ولكن الحقيقة أن رفض التنفيذ يمكن أن يبنى على مجرد نقص أهلية أحد الطرفين، وتناديا لهذا الإشكال نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (1985) في المادة 36 منه على أن رفض التنفيذ يؤسس على أن طرفا في اتفاق التحكيم مصاب بأحد عوارض الأهلية. (انظر: عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، مرجع سابق، ص428). وهو تعبير أفضل لأنه يتسع ليشمل نقص الأهلية.

(3)- انظر: منير عبد المجيد، التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص278. أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، مرجع سابق، ص30 وما بعدها.

أما فيما يخص صحة اتفاق التحكيم، فقد قررت الاتفاقية أن أي عيب يشوب اتفاق التحكيم يؤثر على عملية التحكيم كلها، بما في ذلك الحكم الناتج عنها، فيعوق طلب تنفيذه، وهذا انطلاقاً من أن اتفاق التحكيم هو أساس العملية التحكيمية، وقد كرس المشرع الجزائري هذا القرار في نص المادة 458 مكرر (23) / (ب) من قانون الإجراءات المدنية، حيث أجاز الطعن بالاستئناف إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان باطلاً أو انقضت مدته⁽¹⁾، وهو ذات ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1502 من قانون المرافعات الجديد⁽²⁾.

2- الإخلال بحقوق الدفاع: أجازت اتفاقية نيويورك للخصم المطلوب تنفيذ الحكم ضده أن يطلب رفض تنفيذ حكم التحكيم في حالة ما إذا لم يعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه أن يقدم دفاعه لأي سبب آخر⁽³⁾. ذلك أن حق الدفاع من الحقوق الأساسية التي لا يمكن إنكارها، فمن الضروري تمكين الخصم من العلم بما لدى خصمه من ادعاءات وحجج ومستندات، وتمكينه من مناقشتها والرد عليها، وبالتالي إقناع القاضي بإصدار الحكم لصالحه، وعليه فإذا لم يكن المحكوم عليه قد أعلن بادعاءات خصمه أو لم يعلم بأوقات المرافعة أو لم يطلع على ما يقدمه خصمه من مستندات أو وسائل دفاع، أو إذا لم يتمكن من الحضور أو الدفاع أو لم تتح له الفرصة كاملة لإعداد دفاعه أو اختيار محكمه أو ممثله أو مناقشة ما قد تثيره هيئة التحكيم كان الحكم مخالفاً لحقوق الدفاع وهدراً لمبدأ المواجهة، مما يحول دون إمكانية تنفيذه⁽⁴⁾.

ونظراً لأهمية مبدأ المواجهة بين الخصوم وبالتالي تمكين كل خصم من الرد على الادعاءات الموجهة إليه، فقد نص المشرع الجزائري على أنه يمكن الطعن بالاستئناف في قرار الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم «إذا لم يراع مبدأ حضور الأطراف»⁽⁵⁾. وهو أيضاً ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 4/1502 من قانون المرافعات الجديد⁽⁶⁾.

(1)- المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993.

(2)- التي تنص على:

«L'appel de la décision qui accorde la reconnaissance au l'exécution n'est ouvert que dans les cas suivants :

1/Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage au sur convention nulle au expirée».

(3)- وهذا بموجب المادة 5-1 (ب) التي تنص على أنه يمكن رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا اتضح «أن الطرف المستشهد بالقرار ضده لم يخبر قانوناً بتعيين المحكم أو بإجراء التحكيم أو تعذر عليه لسبب آخر أن يستخدم وسائله». (ج.ر، ع 48، س 25، 1988/11/23).

(4)- انظر: أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، مرجع سابق، ص 37-39.

(5)- المادة 458 مكرر (23) / (ب) من المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993.

(6)- حيث أجازت رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم:

«4/Lorsque le principe de la contraction, n'a pas respecté».

3- تجاوز الحكم لاتفاق التحكيم: نصت اتفاقية نيويورك على أنه يجوز للمحكوم عليه طلب رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا أثبت أن قرار التحكيم قد عالج نزاعاً غير وارد في اتفاق التحكيم، أو أنه جاوز الاتفاق⁽¹⁾، فمن المحذور على المحكم أن يفصل في مسألة لم يشملها اتفاق التحكيم، أو أن يفصل في أزيد مما عهد إليه بموجب هذا الاتفاق، إذ أنه إذا كان القانون هو الذي يحدد اختصاص القاضي، فإن اتفاق التحكيم هو الذي يرسم حدود اختصاص المحكم⁽²⁾. وقد تبني المشرع الجزائري موقف اتفاقية نيويورك من تجاوز الحكم لاتفاق التحكيم، حيث أجاز للمحكوم عليه الطعن بالاستئناف في قرار الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم، إذا: «د/فصلت محكمة التحكيم دون الامتثال إلى المهمة المسندة إليها، و هـ/إذا فصلت محكمة التحكيم زيادة عن المطلوب أو لم تفصل في وجه من وجوه الطلب»⁽³⁾.

غير أننا نلاحظ أن المشرع الجزائري قد نصّ على جواز الطعن بالاستئناف في قرار الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا أغفلت محكمة التحكيم الفصل في إحدى النقاط التي يشملها اتفاق التحكيم، وذلك في قوله: «أو لم تفصل في وجه من وجوه الطلب»، وهذه الحالة لم تنص عليها اتفاقية نيويورك، وهذا راجع إلى حرص واضعي اتفاقية نيويورك على حصر حالات عدم تنفيذ الأحكام في أضيق نطاق ممكن، كما أنه يمكن الرجوع إلى المحكم للفصل فيما أغفله، خاصة إذا كان اتفاق التحكيم أو القانون المطبق على التحكيم يعطي المحكم فرصة الفصل فيما أغفله، أو كانت مهلة التحكيم لم تنقض بعد، وإلا فإن صاحب المصلحة - المتضرر - يجد نفسه مضطراً لرفع دعوى تحكيم جديدة، وتشكيل هيئة تحكيم جديدة، ويرجع على المحكم بالمسؤولية مطالباً إياه بتعويض نفقات التحكيم»⁽⁴⁾.

ومع كل ما تقدم، فإن للمحكمة المطلوب منها التنفيذ أن تقرر تنفيذ الجزء من الحكم الداخِل في نطاق الاتفاق التحكيمي، إذا كان في الإمكان فصل هذا الجزء عن الجزء الخارج عن نطاق الاتفاق، فبدلاً من أن ترفض المحكمة تنفيذ الحكم بأكمله فإنها تأمر بتنفيذ جزئه الصحيح، دون أن يعتبر هذا قضاء بما لم يطلب الخصوم، ذلك أن طالب التنفيذ التمس من المحكمة تنفيذ الحكم كله، وبالتالي يدخل ضمن هذا الكل

(1)- المادة 1/5 (ج-ج) (ج.ر، ع48، س25، 1988/11/23).

(2)- انظر: أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، مرجع سابق، ص41.

(3)- المادة 458 مكرر (23) من المرسوم التشريعي رقم 93-99 المؤرخ في 25 أبريل 1993، وقد أشار المشرع الفرنسي إلى ذات الأمر في المادة 3/1502 من قانون المرافعات الجديد. (انظر: أمال أحمد الغزالي، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، مرجع سابق، ملحق رقم 2).

(4)- أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، مرجع سابق، ص ص 42-43.

تنفيذ الجزء الصحيح فقط، على أن مسألة تقدير إمكانية فصل الجزء الصحيح من الحكم عن باقي الأجزاء تخضع لسلطة التنفيذ، وقد نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي صراحة على هذا المبدأ⁽¹⁾.

4- عدم صحة تشكيل محكمة التحكيم أو عدم صحة إجراءات التحكيم: يجوز للمحكوم عليه وفقا لما نصت عليه اتفاقية نيويورك أن يقدم طلبا لرفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا أثبت أن تشكيل هيئة التحكيم أو أن إجراءات التحكيم كانت مخالفة للقانون الذي اختاره الأطراف (قانون الإرادة)، أو لقانون البلد الذي صدر فيه التحكيم في حالة غياب هذا الاختيار⁽²⁾. وقد كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ، حيث أحاز للمحكوم عليه أن يطلب الطعن بالاستئناف في القرار الذي يسمح بالاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم «إذا كان تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفين للقانون»⁽³⁾، ويقصد هنا بالقانون القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وقد نص المشرع الفرنسي على ذات الأمر في المادة 2/1502 من قانون المرافعات الجديد⁽⁴⁾.

5- انتفاء صفة الإلزام عن الحكم أو إلغائه أو توقيفه من قبل السلطة المختصة: أجازت اتفاقية نيويورك رفض تنفيذ حكم التحكيم بناء على طلب الفصل الذي يحتاج به عليه إذا أثبت هذا الأخير أن الحكم لم يصبح ملزما للخصوص، أو أن السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيه قد ألغته أو أوقفت بمقتضى قانون ذلك البلد⁽⁵⁾. على أن الملاحظ بالنسبة لهذه الحالة هو أن عبارة "كون القرار ملزما" عبارة غامضة، ذلك أن الاتفاقية لم تضع تفسيراً لمعنى الإلزام والمعروف أن تشريعات الدول متفاوتة في تحديد معنى هذا المصطلح⁽⁶⁾. وعليه فإن الحل الوحيد هنا هو الرجوع إلى قانون الدولة التي صدر بها حكم التحكيم لتحديد مصطلح "ملزم" وهذا على اعتبار أنه القانون الذي يخضع له هذا الحكم حسب الرأي الراجح في الفقه⁽⁷⁾.

أخيرا نشير إلى أن المشرع الجزائري قد حذا حذو المشرع الفرنسي في عدم الإشارة إلى هذه الحالة.

(1)- انظر: المرجع نفسه، ص 44. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 286.

(2)- نص المادة 1/5 (ج) من الاتفاقية (ج.ر، ع 48، س 25، 1988/11/23).

(3)- المادة 458 مكرر (23)/(ج) من المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 25 أفريل 1993 م.

(4)- حيث أجازت رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم:

«2/Si le tribunal arbitrale à été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné».

(5)- المادة 1/5 (هـ) من الاتفاقية (ج.ر، ع 48، س 25، 1988/11/23).

(6)- أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، مرجع سابق، ص 52.

(7)- انظر: المرجع نفسه، ص 55. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 286.

ب- حالات رفض تنفيذ حكم التحكيم من تلقاء نفس المحكمة: في هذه الحالات تقوم المحكمة برفض تنفيذ حكم التحكيم من تلقاء نفسها، أي دون أن يطلب أحد الخصوم منها ذلك، وفي حالة ما إذا تمسك المحكوم عليه بإحدى هذه الحالات فإنه على المحكمة أن تتأكد من مدى توافر تلك الحالة دون أن تطالبه بتقديم الدليل عليها، وهذه الحالات هي:

1- عدم قابلية النزاع للتحكيم: نصت اتفاقية نيويورك على أن للسلطة المختصة في بلد التنفيذ أن ترفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا تبين لها أن قانون بلد التنفيذ لا يجيز التحكيم في ذلك النزاع⁽¹⁾، فإذا كان التحكيم قد صدر بشأن مسألة لا يجوز فصلها بطريق التحكيم وفقا لقانون بلد التنفيذ يجب على المحكمة أن ترفض تنفيذ هذا القرار والاعتراف به من تلقاء نفسها، فالقابلية للتحكيم ليست شرطا لصحة اتفاق التحكيم فحسب، بل تعتبر شرطا للاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه أيضا⁽²⁾. والملاحظ أن تشريعات الدول تفاوتت في تحديد المسائل التي يجوز التحكيم فيها، على نحو ما مثلنا له في الفصل التمهيدي من هذه المذكرة⁽³⁾. لذلك فقد جعلت اتفاقية نيويورك الأمر متروك لقانون دولة التنفيذ دون الخوض في تفاصيل المسائل القابلة للتحكيم.

2- مخالفة حكم التحكيم للنظام العام الدولي: أحازت اتفاقية نيويورك لسلطة التنفيذ رفض تنفيذ حكم التحكيم أو الاعتراف به متى تبين لها تعارضه مع النظام العام بمفهومه الدولي في دولة التنفيذ⁽⁴⁾، وهو ما أشار إليه المشرع الفرنسي في نص المادة 5/1502 من قانون المرافعات الجديد⁽⁵⁾، ونظرا لأهمية مراعاة النظام العام الدولي فقد نص المشرع الجزائري -وعلى غرار اتفاقية نيويورك والمشرع الفرنسي- على جواز استئناف القرار الذي يسمح بالاعتراف أو بتنفيذ حكم التحكيم إذا كان مخالفا للنظام العام الدولي⁽⁶⁾. على أن فكرة النظام العام فكرة فضفاضة ويصعب ضبطها، لذلك يجب أن يفسر النظام العام في مجال التحكيم

⁽¹⁾ -المادة 2/5 (أ) من الاتفاقية، (ج.ر، ع48، س25، 1988/11/23).

⁽²⁾ -انظر: أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، مرجع سابق، ص63. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص287.

⁽³⁾ -انظر: ص من هذه المذكرة.

⁽⁴⁾ -المادة 2/5 (ب) (ج.ر، ع48، س25، 1988/11/23).

⁽⁵⁾ -حيث نص على أنه يرفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم:

« 5/si la reconnaissance ou l'exécution sont contraires à l'ordre public international ».

⁽⁶⁾ -وهو ما تنص عليه المادة 458 مكرر (23) من قانون الإجراءات المدنية.

التجاري الدولي تفسيراً ضيقاً، وبشيء من المرونة التي تتلاءم مع حاجات التجارة الدولية، بحيث لا يعرقل مسارها⁽¹⁾.

ثانياً: إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم: بعد أن تعرفنا على شروط تنفيذ الحكم التحكيمي، نأتي الآن إلى بيان الإجراءات الواجب اتباعها للحصول على الأمر بالتنفيذ.

إذا كانت إجراءات سير منازعة التحكيم تخضع كقاعدة عامة للقانون الذي يختاره الأطراف أو يقومون بصياغته، فإن إجراءات تنفيذ الحكم التحكيمي تخضع لقانون الدولة التي يتم فيها التنفيذ، وهو ما تفضي به المادة 1/3 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958، إذ جاء فيها: «تعتبر كل من الدول المتعاقدة بحجة حكم التحكيم وتأمراً بتنفيذه طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ...»⁽²⁾، فالاتفاقية لم ترسم إجراءات معينة لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، بل تركت ذلك لما تقرره قوانين المرافعات (الإجراءات المدنية)، في الدول التي سينفذ فيها الحكم⁽³⁾، ذلك أن وضع إجراءات تنفيذ مختصرة لتنفيذ تلك الأحكام - وهو ما تم اقتراحه أثناء الإعداد للاتفاقية - سيثير مشاكل عديدة، لأن مفهومها لن يكون واحداً لدى جميع الدول، فقد تعدد تفسيراتها بعدد الدول التي ستوقع على الاتفاقية، نتيجة لاختلاف النظم القانونية وبصفة خاصة أنظمة المرافعات أمام المحاكم⁽⁴⁾.

وطالما أن اتفاقية نيويورك قد أعطت لكل دولة حرية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وفقاً لقواعد الإجراءات (المرافعات) المتبعة لديها، فإننا سنحاول عرض الإجراءات الواجب اتباعها لتنفيذ حكم تحكيم أجنبي وفقاً لقوانين المرافعات لبعض الدول العربية مركزين على قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

1- ضرورة إيداع حكم التحكيم وتقديم المستندات: تنص المادة 458 مكرر (19) من المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1993، على أنه: «يودع الوثائق المذكورة في المادة 458 مكرر (18) لدى الجهة المختصة أحد المحكمين أو الطرف المعني بالتعجيل⁽⁵⁾، وتنص المادة 1/47 من

(1) - منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 279.

(2) - ج.ر. ع 48، ص 25.

(3) - ينظر: أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، مرجع سابق، ص 79.

(4) - ينظر: عبد الحميد الأحمد، اتفاقية نيويورك، 1958، بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، المحلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، عدد خاص باتفاقية نيويورك، ص 8-9.

(5) - الوثائق المذكورة في المادة 458 مكرر (18) هي: أصل القرار التحكيمي، مرفقاً باتفاقية التحكيم أو نسخ من هاتين الوثيقتين تتوفر فيها الشروط المطلوبة لإثبات صحتها.

(5) - قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص 113.

قانون التحكيم المصري على أنه: «يجب على من صدر حكم التحكيم لصالحه إيداع أصل الحكم أو صورة موقعة منه باللغة التي صدر بها أو ترجمة باللغة العربية مصدقا عليها من جهة معتمدة، إذا كان صادرا بلغة أجنبية، وذلك في قلم كتاب المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون»⁽¹⁾.

فإيداع حكم التحكيم ضروري لتمكين القاضي المختص بإصدار الأمر بالتنفيذ من إصدار هذا الأمر، ذلك أنه بدون هذا الإيداع لا يمكن للقاضي أن يراقب هذا الحكم أو يتحقق من مدى توافر الشروط اللازمة لإصدار الأمر بالتنفيذ⁽²⁾.

والملاحظ من خلال المادة 458 مكرر (19) من قانون إجراءات المدنية الجزائري، وكذا نص المادة 2/47 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994، أنه لم يتم تحديد مدة زمنية معينة يتم خلالها إيداع حكم التحكيم بقلم كتاب المحكمة المختص⁽³⁾، وهو ذات ما ذهبت إليه اتفاقية نيويورك لسنة 1958، حيث لم تحدد هي الأخرى فترة زمنية يجب أن يتم خلالها إيداع حكم التحكيم، باعتبار أن ذلك من مسائل إجراءات التنفيذ التي تخضع لقانون مرافعات دولة التنفيذ⁽⁴⁾.

2- تقديم طلب التنفيذ: لا يمكن تنفيذ حكم التحكيم جبرا بمجرد إيداعه، وإنما يجب أن يلحق ذلك إجراء آخر يتمثل في تقديم طلب لتنفيذ الحكم، فالإيداع لا يعني عن الطلب ولا يقوم بدوره، «ذلك أن الإيداع فعل مادي يتمثل في تسليم الحكم إلى إدارة كتاب المحكمة المختصة كي تطلع المحكمة عليه وتؤكد من استيفائه للشروط الأساسية للتنفيذ، انتظارا لطلب التنفيذ الذي هو عبارة عن عمل قانوني يحرك المحكمة كي تصدر أمر التنفيذ فبعدون طلب لا يمكن إصدار هذا الأمر إعمالا لمبدأ حيال القاضي ولبدا المطالبة القضائية»⁽⁵⁾.

ومع أن المشرع الجزائري لم ينص على ضرورة طلب التنفيذ في المواد المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، إلا أن آلية التطبيق تقضي بأنه: «على من يهمله الأمر اللجوء إلى رئيس المحكمة بواسطة عريضة

⁽¹⁾ - عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 122. على أن المحكمة المشار إليها في المادة 9 هي المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع أو محكمة استئناف، القاهرة، ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر إذا كان التحكيم تجاريا دوليا، سواء جرى في مصر أم في الخارج.

⁽²⁾ - ينظر: أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، مرجع سابق، ص 83.

⁽³⁾ - المرجع نفسه، ص 84، هامش 2.

⁽⁴⁾ - المرجع نفسه، ص 85.

⁽⁵⁾ - المرجع نفسه، ص 85.

دعوى عادية يلتمس فيها إضفاء الوصف التنفيذي على القرارات التحكيمية، وطالما أن الأمر يخص الدعوى، فعلى المعني احترام إجراءات الدعوى من تسجيل وتبليغ... الخ»⁽¹⁾.

3-إصدار أمر التنفيذ: نصت المادة 458 مكرر (20) من المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993 على أنه: «تكون قرارات المحكمين قابلة للتنفيذ بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة بذيل أصل القرار أو بهامشه، ويتضمن الإذن لكاتب الضبط بتسليم نسخة رسمية منه، ممهورة بالصيغة التنفيذية»⁽²⁾.

وعليه فإن رئيس المحكمة هو الذي يقوم بإصدار الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي بعد تأكده طبعاً من عدم وجود مانع من تنفيذه، وتوفره على الشروط الواجبة لتنفيذه، والتي بينها سابقاً من خلال اتفاقية نيويورك لسنة 1985.

أما الصيغة التنفيذية فقد حددها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 320 من قانون الإجراءات المدنية، والذي يقضي بأن: «كل حكم أو سند لا يكون قابلاً للتنفيذ إلا إذا كان مهوراً بالصيغة التنفيذية التالية:

«الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية باسم الشعب الجزائري».

ويتهي بالصيغة التالية بعد عبارة وبناء على ما تقدم: (على جميع أعوان التنفيذ هذا الحكم... الخ) (وعلى النواب العموميين ووكلاء الجمهورية لدى المحاكم مد يد المساعدة اللازمة لتنفيذه)، (وعلى جميع قواد وضباط القوات العمومية تقدم المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الاقتضاء إذا طلب إليهم ذلك بصفة قانونية).

(وبناء عليه وقع هذا الحكم)»⁽³⁾.

(1) -سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص 348.

(2) قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص 113.

(3) المرجع نفسه، ص 73.

المبحث الثالث: الآفاق المستقبلية للتحكيم التجاري الدولي وتطبيقاته في الجزائر

بعد أن تطرقنا إلى كيفية اختيار القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، وإصدار حكم التحكيم وتنفيذه، نأتي الآن إلى الحديث عن الآفاق المستقبلية للتحكيم التجاري الدولي؛ أي التطرق إلى مدى مواكبة هذا النوع من التحكيم باعتباره أهم وأبرز وسائل فض المنازعات في مجال التجارة الدولية، للتطورات التي شهدتها وتشهدها هذه الأخيرة، خاصة بعد شيوع استخدام التقنيات الحديثة للمعلومات والاتصالات في إنجاز الأعمال وإبرام العقود (وحتى تنفيذها في بعض الأحيان) وسيكون هذا (في مطلب أول)، كما سنتطرق إلى تطبيقات التحكيم التجاري الدولي في الجزائر وهذا (في مطلب ثان).

المطلب الأول: الآفاق المستقبلية للتحكيم التجاري الدولي

تقدم أن التحكيم أضحى أكثر الوسائل ملائمة لحسم النزاعات في مجال التجارة الدولية، بل أضحى قضاء أصيلا لها -على حد تعبير الأستاذ رضوان أبو زيد-، وقد عرفت التجارة الدولية تطورا كبيرا تبعاً لتزايد حجم التعامل التجاري الدولي، وكان من أهم مظاهر هذا التطور ظهور ما يعرف بالتجارة الإلكترونية، وحتى يحافظ التحكيم على المكانة التي يتبوؤها في هذا المجال كان لزاماً عليه أن يواكب هذا التطور، ذلك أن ازدهار التجارة عبر القنوات الإلكترونية يتطلب الاستفادة من هذه القنوات نفسها في تطوير أساليب تسوية المنازعات الناشئة عنها، من هنا ظهر التحكيم الإلكتروني الذي سنتناوله في هذا المطلب، حيث سنتطرق إلى موقف الشريعة الإسلامية منه وهذا (في فرع أول)، ثم نبيّن معمله في القانون الوضعي، وهذا (في فرع ثان).

الفرع الأول: التكثيم الإلكتروني في الشريعة الإسلامية

إن الحديث عن التكثيم الإلكتروني في الشريعة الإسلامية يقتضي منا أولاً التطرق إلى مدى مشروعية التعاقد الإلكتروني وهذا لأن التكثيم الإلكتروني قد يكون طريقاً لحل نزاع متمخض عن عقد أبرم إلكترونياً، كما أن الاتفاق على التكثيم في حد ذاته قد يتم إلكترونياً، ثم التطرق إلى موقف الشريعة منه.

أولاً: حكم التعاقد الإلكتروني: إن التعاقد الإلكتروني يدخل ضمن دائرة التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، وهي مسألة أثارت جدلاً خاصة في أوساط المتعاملين في المجال التجاري لحاجة هؤلاء إلى كل ما يسهل ويسرع تعاملاتهم، ونظراً لأهمية المسألة، فقد عرضت على مجمع الفقه الإسلامي بجدة لبيان الحكم الشرعي فيها، وقد فصل المجمع فيها بإصداره للقرار الآتي⁽¹⁾:

«إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410هـ الموافق لـ 14-20 مارس 1990م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، ونظراً إلى التطور الكبير الذي حصل في وسائل الاتصال الحديثة وجرى العمل بها في إبرام العقود لسرعة إنجاز المعاملات المالية والتصرفات، وباستحضار ما تعرض له الفقهاء بشأن إبرام العقود بالخطاب وبالكتابة وبالإشارة وبالرسول وما تقرر من أن التعاقد بين الحاضرين يشترط له اتحاد المجلس - عدا الوصية والإيصاء والوكالة - وتطابق الإيجاب والقبول وعدم صدور ما يدل على إعراض أحد العاقدين عن التعاقد، والموالة بين الإيجاب والقبول بحسب العرف. قرر مايلي:

أولاً: إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد ولا يرى أحدهما الآخر معاينة، ولا يسمع كلامه وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة (الرسول) وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الحاسوب)، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الوجه إليه وقبوله.

ثانياً: إذا تم التعاقد بين الطرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي، فإن التعاقد بهما يعتبر تعاقدًا بين حاضرين وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليها في الدباجة.

⁽¹⁾ - بما أن ما يهيمنا في مجال التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة هو حكم هذا التعاقد، أي هل هو جائز شرعاً أم لا، فسلكنا في بالتطرق إلى قرار المجمع الفقهي بشأن المسألة والتعليق عليه، لأن المجال لا يتسع هنا لبحث الأمر بالتفصيل.

ثالثا: إذا أصدر العارض بهذه الوسائل إيجابا محدد المدة يكون ملزما بالبقاء على إيجابه تلك المدة وليس له الرجوع عنها.

رابعا: إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط التقابض، ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال.
خامسا: ما يتعلق باحتمال التزيف والتزوير أو الخلط يرجع فيه إلى القواعد العامة للإثبات»⁽¹⁾.

من خلال هذا القرار يتضح أن التعاقد عن طريق الإنترنت (أي التعاقد الإلكتروني) جائز شرعا، ذلك أنه يعد -حسب هذا القرار- من قبيل التعاقد بين غائبين، وهي مسألة بحثها الفقهاء قديما، حيث تطرقوا إلى التعاقد عن طريق "الكتابة والرسالة"⁽²⁾ -لأنهما الويلتان اللتان كانتا تتيحان إجراء العقد بين الغائبين في زمنهم-، وتوصل إلى جواز هذا النوع من التعاقد شرعا⁽³⁾.

كما تضمن القرار الإشارة إلى أن التعاقد عن طريق الهاتف واللاسلكي جائز شرعا وهو يعتبر تعاقد بين حاضرين وتطبيق عليه كافة الأحكام المتعلقة بالتعاقد بين الحاضرين، فالقرار إذن جعل التعاقد الإلكتروني تعاقدًا بين غائبين على اعتبار وجود فارق زمني بين صدور الإيجاب من الموجب وإطلاع الوجه إليه على هذا الإيجاب، وبالتالي الرد عليه إيجابا أي القبول، أو سلبا أي الرفض، في حين اعتبر التعاقد عن طريق الهاتف واللاسلكي تعاقدًا بين حاضرين على اعتبار أن الإيجاب والقبول يتمان في ذات الوقت، فالموجب يوجه إيجابه إلى الطرف الآخر الذي يرد مباشرة عليه إما سلبا أو إيجابا، غير أننا لا نسلم بهذا الأمر في وقتنا الحاضر، ذلك أن قرار المجمع الفقهي صدر سنة 1990، والملاحظ عمليا أن وسائل الاتصال عرفت منذ ذلك الحين وحتى يومنا هذا تطورا كبيرا ومذهلا خاصة فيما يتعلق بالجانب الإلكتروني، حيث ظهرت برامج لشبكة الإنترنت* تتيح أمورًا لم تكن متوقعة ومن هذه الأمور:

⁽¹⁾ -قرار رقم 52 (6/3) بشأن حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، مجلة المجمع الفقهي، حدة، ع6، ج2، ص785 وما بعدها.

⁽²⁾ -المقصود بالكتابة الخطاب تكتب فيه عبارة الإيجاب أو القبول موجهة من أحد العاقدين إلى الآخر، أما الرسالة فهي أن يرسل العاقد للعاقد الآخر رسولا يبلغه بالإيجاب شفاهًا باللفظ. (انظر: مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي، ط6، (سوريا: مطبعة جامعة دمشق، 1963)، 327/2).

⁽³⁾ -تفصيل المسألة في: الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، مصدر سابق، 269/1. أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد عووض، دط، (لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، دت)، 138/3. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، 148/3.

*-الإنترنت: هي نظام كبير من شبكات الكمبيوتر المتصل بعضها البعض، المقدة بكل العالم بواسطة البريد الإلكتروني، والقراءة الفورية لنسخ الصحف والمجلات والجرائد الأكاديمية، والكتب والمشاركة في مجموعات المناقشات حول أي موضوع متوقع، والمشاركة في الألعاب والمحاكاة والوصول على برامج مجانية للكمبيوتر. (طارق عبد العال حماد، التجارة الإلكترونية، ط1، (الإسكندرية، أئدار الجامعية، 2002-2003، ص32).

«1/ تبادل مباشر للعبارات بين شخصين يستخدمان برنامجا يقسم الشاشة إلى قسمين يظهر في كل طرف قسمين الأول للمرسل والثاني للمرسل إليه، فأى شيء يكتب لدى الطرفين يظهر على شاشة الطرفين وهكذا دواليك.

2/ هناك حالات يمكن التحدث فيها مع أكثر من شخص في آن واحد حيث تقسم الشاشة إلى عدة أجزاء متساوية الحجم ومتساوية لعدد الأشخاص المشتركين بهذا الحديث.

3/ هناك برامج تتيح للشخص تبادل الحديث صوتيا كما في الهاتف التقليدي مع أشخاص آخرين.

4/ غرفة المحادثة، وهي خدمة تتيح لأكثر من شخص الحديث مباشرة مع بعضهم البعض في نفس الوقت ومع أن مفهوم الغرفة خيالي محض، إلا أنها من الناحية القانونية تقترب من (مجلس العقد).

5/ غرفة الفيديو، وهذا البرنامج سمي (أراك وتراني)، ويمكن من خلاله إرسال صور فيديو للتعبير عن الحركة وتسمى في هذه الحالة (الاجتماعات المنقولة عبر الشاشة صوت وصورة) وهنا تقترب درجة أخرى من مفهوم (مجلس العقد)⁽¹⁾.

فإذا أتاحت إحدى هذه الوسائل وتم التعاقد الإلكتروني بواسطتها فيمكن القول أن التعاقد هنا هو تعاقد بين حاضرين، وبالتالي تطبق عليه الأحكام الأصلية المقررة للتعاقد بين الحاضرين لدى الفقهاء، كما هو الحال بالنسبة للتعاقد بالهاتف واللاسلكي. وإنما يعتبر التعاقد الإلكتروني تعاقدًا بين غائبين فقط في حالة التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني إذا كان هناك فاصل زمني بين الإيجاب والقبول⁽²⁾.

من كل ما تقدم نصل إلى أن التعاقد الإلكتروني جائز شرعا وتطبق عليه كافة الأحكام المقررة للتعاقد بين غائبين إذا تم عن طريق البريد الإلكتروني مع وجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، أما إذا تم بإحدى الوسائل الخمسة المذكورة آنفا، أو عبر البريد الإلكتروني مع عدم وجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول فتطبق عليه الأحكام المقررة للتعاقد بين حاضرين.

ثانيا: موقف الشريعة الإسلامية من التحكيم الإلكتروني: إن التحكيم الإلكتروني مظهر من مظاهر العصر الحالي، فلا توجد إشارة إليه من قبل الفقهاء المتقدمين، لكن لا شك في أن تعاليم شريعتنا الغراء وقواعدها الكلية تستوعب هذا النوع من التحكيم كما استوعبت التعاقد بآلات الاتصال الحديثة

(1) - أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنت، ط1، (الأردن، عمان، الدار العلمية للنشر والتوزيع، 2002)، صص 17-18.

(2) - إذ قد يتم الإيجاب والقبول عن طريق البريد الإلكتروني دون فاصل زمني؛ أي يكونان في نفس الوقت. (المرجع سابق)، صص 90).

الفصل الثاني: الأسس العامة للتخطيط التجاري الدولي وتطبيقاته في الجزائر

على نحو ما تقدم، فهي تتسم بالسماحة ورفع الحرج وتتجاوب مع كل ما يجلب التيسر للإنسان ويوفر جهده ووقته، طالما أنه لا يتعارض مع أحكامها وقواعدها الكلية.

فانطلاقاً من جواز التعاقد الإلكتروني يمكننا القول بجواز التعامل الإلكتروني من حيث المبدأ، بمعنى أن التحكيم الإلكتروني جائز مبدئياً ويترك تنظيم جزئياته إلى القانون الوضعي، على أن ينتقي المسلمون ما يناسب شريعتهم ولا يتعارض مع تعاليمها.

الفرع الثاني: معالم التحكيم الإلكتروني في القانون الوضعي

بداية نقول أن التحكيم الإلكتروني من الناحية النظرية يقدم ميزات أوفر للمتعاملين في مجال التجارة الدولية، سواء كانت إلكترونية⁽¹⁾ أو عادية، ذلك أنه لا يتوجب على الخصوم السفر من بلدانهم إلى مقر التحكيم، كما أن الإجراءات تكون أكثر سرعة إذ يتم تبادل الوثائق والبيانات والمذكرات بشكل شبه فوري، غير أن الواقع العملي يكشف عن وجود إشكال حول مدى انسجام التحكيم الإلكتروني مع النصوص القانونية التي تحكم التحكيم التجاري الدولي⁽²⁾ (وهي القوانين الوطنية ونصوص الاتفاقيات الدولية) وهو ما سنوضحه بعد أن نلقي نظرة عن الوجود الفعلي أو الواقعي للتحكيم الإلكتروني.

أولاً: الوجود الواقعي للتحكيم الإلكتروني: لم يعد التحكيم الإلكتروني مجرد فكرة تتداولها المناقشات والندوات ولا مجرد حبر على ورق، فقد وجدت تسوية المنازعات عبر شبكات الحواسيب الآلية

(1) - تعرف التجارة الإلكترونية بأنها: «أحد أشكال التعامل الذي يجري إلكترونياً بين أطراف لا يتصلون مادياً فيما بينهم»، كما تعرف بأنها: «مجموعة متكاملة من عمليات إنتاج وتوزيع وتسويق وبيع المنتجات باستخدام وسائل الإلكترونية»، وقدّر حجم هذا النوع من التجارة العالمية في السلع الاستهلاكية والخدمات عام 1999 بـ 40 مليار دولار أمريكي، وتوقعت المنظمة الأوروبية للتجارة والتنمية (OECD) أن بلغ حوالي 300 مليار دولار، وتبقى الولايات المتحدة الأمريكية الأولى في نسبة التعامل العالمي عن طريق الأنترنت، وتشكل نسبة تعاملها 3/4 من مجموع المعاملات التجارية عن طريق الأنترنت. (انظر: فوزي محمد سامي، حماية المستهلك في التجارة الإلكترونية، ورقة عمل مقدمة لندوة تسوية المنازعات التجارية المتعلقة بتكنولوجيا الاتصالات والمعلومات والأعمال الإلكترونية المنعقدة بالبحرين من 9 إلى 10 مساي 2001، ص 4. طارق عبد العال حماد، التجارة الأليكترونية، مرجع سابق، ص 7).

(2) - انظر: مظهر العنبري، حول التحكيم الإلكتروني، ورقة عمل مقدمة إلى ندوة الاتجاهات الحديثة للتحكيم في التشريعات العربية - المنشار إليها سابقاً -، ص 2.

الفصل الثاني: الأسس العامة للتكثيف التجاري الدولي وتطبيقاته في الجزائر

تطبيقات فعلية ومتنوعة من خلال مبادرات خاصة تبنتها بعض المنظمات الاقتصادية الإقليمية والاتحادات المهنية، ومن ذلك:

- جمعية المحكمين الأمريكية، حيث طورت نظام القاضي الافتراضي (Virtual Magistrate) لتييح جريان التحكيم أو بعض أجزائه على شبكات الحواسب الآلية، وذلك على العنوان: (<http://WWW.Vamog.vcilp.org>)، غير أن نظامها يعتريه حتى الآن بعض النقص⁽¹⁾.

- كما انخرطت المنظمة العالمية للملكية الفكرية في هذا الاتجاه، حيث أن مركزها للتحكيم والوساطة المنشأ سنة 1994 لتقديم خدمات تحكيم ووساطة حسب نظام المنازعات التجارية بين الأشخاص العاديين في موضوع الملكية الفكرية، يتيح إمكانية تسوية المنازعات المتعلقة بأسماء الحقوق "الدومين"⁽²⁾ (Domain name) إلكترونياً بعنوان (WWW.Wipo.int/fre/arbit.acprules)⁽³⁾.

- على أن أهم التنظيمات لتسوية المنازعات إلكترونياً هو نظام المحكمة الفضائية (cyber tribunal)⁽⁴⁾، الذي يتجه إلى تقديم خدمات الوساطة والتحكيم عبر قنوات ووسائط إلكترونية، ووفقاً لهذا النظام تجري الإجراءات بطرق إلكترونية على الموقع الشبكي للمحكمة بداية من ملأ نموذج إلكتروني لطلب التسوية، ومروراً بالإجراءات التي تفرغ في أشكال إلكترونية وانتهاء بإصدار الحكم ومن ثم قيده على الموقع الشبكي للفضية، ويستهدف نظام المحكمة الفضائية وضع قواعد تستجيب لطبيعة التجارة الإلكترونية وتكفل سلامة بياناتها من ناحية، وتسوية منازعاتها بموجب نظام يكفل مصداقية

(1)- المرجع نفسه، ص3. أحمد السعيد شرف الدين، تسوية المنازعات إلكترونياً، ورقة عمل مقدمة إلى ندوة الاتجاهات الحديثة للتحكيم في التشريعات العربية - المشار إليها سابقاً، ص2.

(2)- يقصد بأسماء الدومين بدائل العنوان البريدي المحدد للتعرف على شخص بعينه عبر شبكات المعلومات، فبدلاً من منح هذا الشخص رقماً محددًا يمنح عنواناً يترجمه الحاسب فور تلقيه إلى رقم، ويسمح له بالوصول بسهولة ويسر إلى الصفحة الخاصة به على هذه الشبكات، ويتكون اسم الدومين من مقطعين وجوبيين (<http://www>) وثالث اختياري مع ملاحظة أن هذه المقاطع تحوز جميعاً من اليسار إلى اليمين. (محمد حسام محمود لطفي، المشكلات القانونية في مجال المعلوماتية، حواطر وتأملات، ورقة عمل مقدمة إلى ندوة تسوية المنازعات التكنولوجية المشار إليها سابقاً، ص94. والمقطع (WWW) هو اختصار لعبارة (World Wide Web) الشبكة العالمية ويب. (ينظر: طارق عبد العال حماد، التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص32).

(3)- انظر: مظهر العنبري حول التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص3. أحمد سعيد شرف الدين، تسوية المنازعات إلكترونياً، مرجع سابق، ص2.

(4) بدأت بوادر نظام المحكمة الفضائية بالمشروع التمهيدي الذي طرحه مركز أبحاث القانون العام لكلية الحقوق جامعة مونتريال بكندا، وأعلنه رسمياً في 4 جوان 1998. (انظر: أحمد السعيد شرف الدين، المرجع السابق، ص3).

الإلكترونية، وعلى عكس الوساطة الإلكترونية التي ترك نظام المحكمة القضائية لأطرافها حرية وضع إجراءاتها، فإن هذا النظام وضع قواعد إجراءات التحكيم الإلكتروني، وهي قواعد استمدت أساسا من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، وقواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، مع إدخال تعديلات عليها حسب ما تقتضيه طبيعة القنوات الإلكترونية التي يجري من خلالها التحكيم⁽¹⁾، جدير بالذكر أن الخدمات التي تقدمها هذه المحكمة لها طبيعة تجارية وهي مجانية حتى الآن، أما عنوانها على الـ web فهو WWW. Cyber tribunal. Org⁽²⁾.

من هنا نخلص إلى أن التحكيم الإلكتروني أصبح حقيقة واقعية وما علينا الآن سوى النظر في مدى نجاحه وانسجامه مع القواعد القانونية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي.

ثانيا: مشاكل التحكيم الإلكتروني: تثير طرق الحسم الإلكتروني للمنازعات بصفة عامة والتحكيم الإلكتروني (Cyber arbitration) بصفة خاصة عدة مشاكل ترجع أساسا إلى أن النظم القانونية الحالية- المنظمة لإجراءات التحكيم تفرض استخدام المستندات الورقية كما تتطلب الحضور الشخصي لأطراف النزاع (أو وكلائهم) أمام هيئة التحكيم وهذا في إطار مبدأ المواجهة بين الخصوم، من هنا يشور التساؤل حول مدى صحة إجراءات التسوية التي تجري من خلال وسائل إلكترونية وبالتالي مدى استيفاء قرار التحكيم للمقومات اللازمة لتنفيذه في ضوء القواعد القانونية الحالية، أي هل يمكن أن تستوعب هذه القواعد بوضعها القائم تطبيقات التسوية الإلكترونية، أم أنه يلزم تطويرها لكي تستجيب لطبيعة طرق الاتصال الإلكترونية المستخدمة في إجراءات التسوية⁽³⁾.

وسنحاول الآن عرض أهم المسائل التي تشكل عقبات في طريق التحكيم الإلكتروني:

1- الكتابة: تطرح الكتابة جدلا واسعا في مجال التحكيم الإلكتروني، ذلك أن عددا كبيرا من الأنظمة والتشريعات الوضعية يجعل الكتابة شرط صحة في كل من اتفاق وحكم التحكيم، أو في أحدهما على الأقل، ومصطلح الكتابة على ما هو شائع يشمل الكتابة الخطية لنبود عقد أو اتفاق التحكيم موقعا عليه من الطرفين، وكذا الاتفاق عن طريق رسائل أو برقيات متبادلة، وهذا يعني ارتباط الكتابة باللورق⁽⁴⁾. من هنا تثار تساؤل حول مدى صلاحية الكتابة الإلكترونية لأداء وظائفها فيما يتعلق بإبرام العقود وإثباتها

(1)- أحمد سعيد شرف الدين، تسوية المنازعات إلكترونيا، مرجع سابق، ص3.

(2)- مظهر العنري، حول التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص2.

(3) انظر: أحمد سعيد شرف الدين، المرجع السابق، ص6.

(4)- المرجع نفسه، ص6. مظهر العنري، المرجع السابق، ص3.

أو فيما يتصل بتسوية منازعاتها، فقد لوحظ أن العديد من المعاهدات والاتفاقيات المتعلقة بالتجارة الدولية لا تأخذ فى اعتبارها الواقع الذى فرضه انتشار التجارة الإلكترونية، وبالتالي فإنها لم تعتبر الرسائل الإلكترونية أسلوبا كتابيا معترفا به قانونا، ولا شك أن اختلاف القوانين الوطنية فى مسألة مدى تحقق شرط الكتابة فى الرسائل الإلكترونية من شأنه أن يثير العديد من الصعوبات فى حالة طلب تنفيذ حكم التحكيم فى بلد لا يأخذ بالتفسير الواسع لشرط الكتابة، فقد أشارت وثيقة اليانستراى بشأن اشتراط كتابة بند التحكيم والتدابير التحفظية الصادرة فى 26/01/2000 إلى أن بعض المحاكم الداخلية التى تأخذ بالتفسير الضيق لشرط الكتابة لتنفيذ التحكيم تذهب إلى أن مقتضى الشرط لا يتحقق إلا فى عدة حالات هى: توقيع الطرفين على الوثيقة الكتابية، وتبادل الرسائل بين الطرفين، أى الرد على رسالة برسالة كتابية أخرى⁽¹⁾.

غير أن هناك بعض القوانين التى جاءت صياغتها على نحو يعتبر الشكل الكتابي متحققا فى تبادل البيانات إلكترونيا عبر "شبكات الحواسب الآلية"، ومن هذه القوانين القانون النموذجي للتحكيم التحلري الدولي (الصادر عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية يونستراى سنة 1985)، حيث جاء فى المادة 2/7 منه «يجب أن يكون الاتفاق مكتوبا، ويعتبر الاتفاق مكتوبا إذا ورد فى وثيقة موقعة من الطرفين، أو فى تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي، تكون بمثابة سجل للاتفاق...»⁽²⁾. فالنص بهذه الصياغة يعنى تحقق شرط الكتابة فى تبادل البيانات عن طريق البريد الإلكتروني أو الفاكس، طالما أنها توفر تدوينا أو تسجيلا للاتفاق (عن طريق الأسطوانات المدججة والشرائط المغنطة)⁽³⁾. وبهذا فإن الإشكال الواقع بالنسبة للكتابة ينتفى فى مثل هذه الصياغة.

كما أن بعض المحاكم قد اتجهت إلى تفسير شرط كتابة بند أو اتفاق التحكيم المنصوص عليه فى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بما يتلاءم مع قانون التجارة الإلكترونية على اعتبار أن هذا الأمر يجعل الاتفاقية أكثر استجابة للتطورات التقنية المستخدمة فى إنجاز المعاملات⁽⁴⁾.

(1)-انظر: أحمد سعيد شرف الدين، تسوية المنازعات إلكترونيا، مرجع سابق، ص6.

(2)-عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، مرجع سابق، ص424.

(3)-انظر: أحمد سعيد شرف الدين، المرجع السابق، ص7.

(4)-فقد رأت المحكمة الفيدرالية السويسرية فى قرارها الصادر بتاريخ 16/01/1995 أنه يحسن الأخذ بتطور وسائل الاتصال الحديثة ونسبية ضرورة التوقيع فى عقود التجارة الدولية وذلك استنادا إلى قواعد حسن النية، والتعامل بين الطرفين سنين عديدة، واعتبرت أن الوثيقة الإلكترونية تبدو مماثلة لوثيقة خطية غير موقعة، كما اعتبرت اجتهادات القضاء فى بعض الدول المنضمة إلى الاتفاقية أن التلكس والفاكس يمثلان البرقيات، وهو ما أشار إليه كيساد جيان، فى تعليق له أورده مجلة التحكيم لعام 1987 بباريس، ص482. (انظر: مظهر العنبري: حول التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص7).

وسعيًا وراء تجاوز عقبة الشرط الكتابي بمعناه التقليدي، أصدرت اللجنة الاقتصادية الأوروبية التابعة للأمم المتحدة توجيهات بضرورة إعمال تكافؤ كامل في القانون بين التجارة العادية والتجارة الإلكترونية، وبناء على هذه التوجيهات أوصت هذه اللجنة، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (Unictral) بالنظر في إجراءات تسمح بجعل الإشارة إلى مصطلحات مثل الكتابة والتوقيع والمستندات في الاتفاقيات الدولية تشمل نظائرها الإلكترونية، وعملاً بهذه التوصيات أصدرت Unictral ملاحظات حول تنظيم إجراءات التحكيم تضمنت قواعد قبول المستندات المرسلة بوسائل الاتصالات الحديثة (مثل البريد الإلكتروني والأقراص المغطيسية) خلال مدة التحكيم فأجازت الاتفاق على تبادل المستندات في شكل إلكتروني وأوصت بتنظيم عدة مسائل عن طريق التشاور بين هيئة التحكيم وأطراف الخصومة مثل تحديد حوامل البيانات المقبولة، والاحتفاظ بسجلات احتياطية للمراسلات الصادرة والواردة، وأيضاً الإجراءات الواجب اتباعها عند فقد رسالة إلكترونية أو حدوث خلل في الاتصالات⁽¹⁾.

ونشير في الأخير إلى أن القوانين الحديثة للتحكيم في بعض الدول استجابت للتطور الحادث في مجمل التعاقد عبر شبكات الاتصال الإلكترونية، فنصت صراحة على تحقق مقتضى شرط الكتابة في بنود التحكيم التي تحملها رسائل البيانات الإلكترونية، ومن هذه القوانين: «القانون الألماني الصادر سنة 1997 الذي ينص على أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون وارداً في وثيقة موقعة أو تدوين الاتفاق، كما أن الشكل الكتابي لاتفاق التحكيم يتوفر إذا ورد في وثيقة مرسلة من طرف إلى آخر، ما دام لا يوجد اعتراض من المرسل إليه وذلك إذا اعتبرت الوثيقة من العقد الأساسي، على أنه يستثنى من هذه القاعدة العامة اتفاقيات التحكيم التي يكون المستهلك طرفاً فيها، فهذه الأخيرة يجب إدراجها في وثيقة موقعة شخصياً منه»⁽²⁾.

كما نصّ المشرع المصري في المادة 12 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 على أنه «يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو بريات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة»⁽³⁾. فهذا النص أيضاً يشير إلى إمكانية الاعتداد باتفاق التحكيم الصادر بواسطة وسائل الاتصال الإلكترونية، طالما أنها من الوسائل المكتوبة.

(1)- انظر: مظهر العنبري، حول التحكيم الإلكتروني، ص 14.

(2)- أحمد سعيد شرف الدين، تسوية المنازعات إلكترونياً، مرجع سابق، ص 8.

(3)- عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، مرجع سابق، ص 70.

2- التوقيع: تشترط أغلبية التشريعات ونصوص الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، وكذا لوائح وأنظمة مراكز التحكيم الدائمة أن يكون اتفاق التحكيم موقعا من قبل أطراف الخصومة، وأن يكون حكم التحكيم موقعا من قبل كل المحكمين أو أغليبتهم على الأقل⁽¹⁾، على أن التوقيع المتعارف عليه هو التوقيع الخطي (بخط اليد) وهذا الأمر يطرح إشكالا بالنسبة للتحكيم الإلكتروني، ذلك أنه لا يمكن توقيع اتفاق أو حكم التحكيم على شاشات الحواسيب الآلية بخط اليد، من هنا كان لا بد من إيجاد حل لحالة غياب التوقيع الخطي، فذهب رأي في الفقه إلى أنه يمكن إرسال نسخة من الحكم إلى المحكمين لتوقيعها، وكذلك الشأن بالنسبة لاتفاق التحكيم، غير أن هذا الرأي لم يكن مرضيا بالنسبة للكثيرين، لأنه يخرج عن النطاق الإلكتروني⁽²⁾.

وعليه لم يبق أمام المتعاملين في مجال التحكيم الإلكتروني بصفة خاصة والمتعاملين في مجال التعاقد الإلكتروني بصفة عامة سوى الأخذ بالأساليب والحلول التي وفرها المعلوماتية، كالتوقيع الرقمي الذي يحل محل التوقيع التقليدي (الخطي) فهو الحل الوحيد لتفادي مشكلة التوقيع الخطي بالنسبة للتعاملات الإلكترونية.

ونظرا لكون التعامل الإلكتروني قد أصبح واقعا مفروضا علينا في عصر أقل ما يقال عنه أنه عصر السرعة، نجد أن بعض الدول عمدت مؤخرا إلى إصدار تشريعات تقضي بقبول التوقيع غير الكايبية مع احترام بعض الإجراءات الخاصة والرقابة على ذلك لضمان مصداقيتها، ومن بين هذه الدول ألمانيا، حيث أقر البرلمان الألماني اعتماد التوقيع الإلكترونية⁽³⁾.

⁽¹⁾ من النصوص التي تقضي بأن يكون اتفاق التحكيم موقعا نص المادة 2/7 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ونص المادة 12 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994. (انظر: عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص 424، وص 71 على الترتيب). أما النصوص التي تقضي بضرورة توقيع المحكمين على الحكم فتمثلها نص المادة 458 مكرر (13) من قانون الإجراءات المدنية الجزائري. (المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993). ونص المادة 1/31 من القانون النموذجي للتحكيم، ونص المادة 28 من نظام غرفة التجارة الدولية، ونص المادة 1/43 من القانون المصري للتحكيم.

⁽²⁾ انظر: مظهر العنبري، حول التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 16.

⁽³⁾ -التوقيع الرقمي يتم عن طريق رقم سري يدخله المتعامل عند إرادة التوقيع. (انظر: أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الأنترنت، مرجع سابق، ص 24. محمد إبراهيم أبو افيجاه، التحكيم بواسطة الأنترنت، ط 1، (الأردن: الدار العلمية للنشر والتوزيع، 2002)، ص 87).

المطلب الثاني: تطبيقات التحكيم التجاري الدولي في الجزائر - الواقع والآفاق -

لقد أدركت الجزائر وعلى غرار جل الدول العربية والغربية أهمية التحكيم خاصة في المجال التجاري الدولي، فأولت له عناية كبيرة سواء من حيث الجانب التشريعي، أم من حيث المصادقة والانضمام إلى الاتفاقيات المتعلقة به، كما أننا نلاحظ أن الاهتمام بهذا النوع من التحكيم في تزايد مستمر، وهو ما سنوضحه في هذا المطلب، حيث سنتناول بداية الحديث عن واقع التحكيم التجاري الدولي في الجزائر وهذا (في فرع أول)، ثم سنتطرق إلى آفاقه وهذا (في فرع ثان).

الفرع الأول واقع التحكيم التجاري الدولي في الجزائر

إن المتصفح لقانون الإجراءات المدنية الجزائري - باعتباره القانون المتضمن تنظيم التحكيم في الجزائر - يجد أن هذا الأخير لم يتناول التحكيم التجاري الدولي كفرع مستقل إلا بنسب على الرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993⁽¹⁾، المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية، إلا أن هذا لا يعني أن الجزائر لم تدرك أهمية التحكيم التجاري الدولي، أو أن الأشخاص الجزائريين - طبيعية كانت أم معنوية - لم تطبق هذا النوع من التحكيم قبل صدور هذا المرسوم، بدليل:

1- انضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1958، الذي كان بناء على الرسوم الرئاسي رقم 88-233 المؤرخ في 25 ربيع الأول 1409 هـ الموافق لـ 5 نوفمبر 1988م⁽²⁾، وهي اتفاقية تعتبر من أهم الاتفاقيات في مجال التحكيم التجاري الدولي كما أسلفنا، وانضمم الجزائر إليها تعبير صريح على اهتمامها بالتحكيم التجاري الدولي، حتى قبل أن تصدر تنظيماً تشريعياً مستقلاً له، إذ أنها انضمت إلى الاتفاقية سنة 1988، في حين لم يصدر المرسوم التشريعي المتضمن تنظيم التحكيم التجاري الدولي إلا سنة 1993؛ أي بعد خمس سنوات كاملة.

2- إبرام الشركات الجزائرية لجملة من العقود مع شركات أجنبية تحمل في طياتها شرطاً يقتضي أن تفصل كل المنازعات التي تنشأ بين تلك الشركات عن طريق التحكيم، وتطبيقها لهذا الشرط، وتمثل لهذه العقود بالعقد المبرم بين شركة عمومية جزائرية مكلفة باستغلال المناجم في منطقة جبال جارا وشركة أمريكية من أجل مد خطوط سكك حديدية وإنشاء أرصفة، وكان هذا في مارس 1977، وقد تضمن العقد شرط تحكيم؛ أي أن المنازعات التي قد تنشأ بمناسبة هذا العقد ستفصل بطريق التحكيم لا بطريق القضاء، وبالفعل

(1) - ج.ر.، ع 27، (27 أفريل، 1993).

(2) - ج.ر.، ع 48، س 25، 1988/11/23.

وقع نزاع بين الشركتين بشأن تنفيذ العقد وتقدمت الشركة الأمريكية بطلب التحكيم بناء على الشرط المدرج في العقد، وكان هذا في سبتمبر 1983، وقد عقد التحكيم في الجزائر وطبقت عليه أحكام القانون الجزائري من حيث الشكل (الإجراءات) لأن الجزائر هي مكان التحكيم، ومن حيث الموضوع أيضا لأن إبرام العقد وتنفيذه كانا يجريان في الجزائر⁽¹⁾.

3- أن الجزائر تعدّ من أكثر الدول العربية التي لها قضايا تحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بيليريس (ICC)، وهذا ما توضحه الإحصائيات التي قدمتها هذه الأخيرة والمتعلقة بقضايا التحكيم التي تشمل طرفا عربيا وهذا في الفترة الممتدة من سنة 1981 إلى سنة 1990، وهو ما يبينه الجدول الآتي⁽²⁾:

(1)- انظر: تفصيل القضية في: محيي الدين علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 78 وما بعدها.

(2)- بريمان عد القادر، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 108.

الفصل الثاني: الأسم العامة للتخصي التجاري الدولي وتطبيقاته في الجزائر

الأطراف العربية	81	82	83	84	85	86	87	88	89	90	متوسط عام
الجزائر	8	11	7	9	4	11	14	4	5	6	7,9
السعودية	9	5	11	7	15	8	6	4	6	12	8,3
البحرين	-	1	2	1	3	1	1	1	1	2	1,3
مصر	14	8	14	22	19	10	18	13	18	7	14,3
الإمارات	5	4	6	7	4	9	5	5	-	7	5,2
العراق	-	-	5	2	3	8	1	1	1	3	2,4
الأردن	-	2	2	1	-	5	3	14	4	-	3,1
الكويت	1	5	6	11	8	7	3	1	8	-	5,0
لبنان	7	2	5	14	6	8	2	3	6	1	5,4
ليبيا	4	3	5	8	9	5	3	7	1	-	4,5
المغرب	-	3	3	5	3	6	1	3	2	6	3,4
موريطانيا	-	-	-	1	1	-	-	3	1	1	0,7
عمان	1	-	2	2	-	1	-	-	-	-	0,6
قطر	-	1	1	2	1	4	2	2	-	3	1,6
سوريا	11	6	8	3	-	2	4	4	3	4	4,5
تونس	3	-	4	4	6	15	4	1	5	9	5,1
اليمن	6	5	3	2	2	8	-	1	1	1	2,9
المجموع	69	56	84	111	84	108	67	67	62	62	

ويتضح من خلال هذا الجدول أن إجمالي عدد القضايا المرفوعة خلال السنوات المشار إليها يبين أن مصر هي البلد الذي قدم أكثر عدد من القضايا، وتبعها المملكة العربية السعودية، وبقریب منها الجزائر، وبعد هذه البلدان الثلاثة تأتي: لبنان ثم الإمارات العربية المتحدة وبعدها تونس والكويت، ليبيا وسوريا ثم المغرب، الأردن، اليمن، العراق، البحرين، موريطانيا وأخيرا عمان.

إلا أن هذا الترتيب يختلف إذا أخذنا بعين الاعتبار المبالغ المتنازع عليها، ذلك أن الجزائر والسعودية اللتان تنتجان الغاز والنفط، وتستوردان التجهيزات الصناعية والمنتجات الاستهلاكية تقدمان للغرفة العملاء الأكثر أهمية، وإن لم تكن قضاياهم أكثر عددا بالنسبة لمصر⁽¹⁾.

فالجزائر إذن اهتمت بالتحكيم التجاري الدولي وطبقته حتى قبل أن تصدر المرسوم التشريعي رقم 09-93 الذي أفرد لهذا التحكيم قسما خاصا، وهذا يدل على أن قانون الإجراءات المدنية الجزائري قبل تعديله بهذا المرسوم كان يستوعب التحكيم التجاري الدولي بشكل أو بآخر.

على أن جهود الجزائر في مجال التحكيم التجاري الدولي لم تتوقف بإصدارها للمرسوم التشريعي رقم 09-93، بل تواصلت إذ أنها:

- صادقت على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، بناء على المرسوم الرئاسي رقم 95-306 مؤرخ في 12 جمادى الأولى 1416هـ الموافق لـ 7 أكتوبر 1995م⁽²⁾، وقد تضمنت الاتفاقية النص على أن المنازعات الناشئة عن تطبيق هذه الاتفاقية تفصل بطريق التوفيق أو التحكيم أو باللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية⁽³⁾. كما تضمنت الاتفاقية ملحقا ينظم كافة إجراءات التحكيم، وهذا في المادة الثانية منه.

- صادقت على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، بناء على المرسوم الرئاسي رقم 95-345 مؤرخ في 6 جمادى الثانية 1416هـ الموافق لـ 30 أكتوبر 1995م⁽⁴⁾. وقد تضمنت الاتفاقية النص على أنه: «تحال أية منازعة تنشأ في ظل عقد الضمان أو لإعادة التأمين بين الأطراف إلى التحكيم للفصل فيها نهائيا طبقا للقواعد التي ينص عليها أو يشار إليها في عقد الضمان أو إعادة التأمين»⁽⁵⁾.

- صادقت على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى (اتفاقية واشنطن)، وذلك بناء على المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 6 جمادى الثانية 1416هـ، الموافق

(1)- انظر: نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 109.

(2)- ج.ر، ع 59، ص 32، 11/10/1995، ص 3.

(3)- المرجع نفسه، المادة 25 من الاتفاقية، ص 18.

(4)- ج.ر، ع 62، ص 32، 05/10/1995، ص 3.

(5)- المرجع نفسه، المادة 58 من الاتفاقية، ص 24.

30 أكتوبر 1995⁽¹⁾، وتضمنت الاتفاقية تنظيم التحكيم في المواد من 36 إلى 55.

الفرع الثاني: آفاق التحكيم التجاري الدولي في الجزائر

تطمح الجزائر إلى دخول منظمة التجارة الدولية، وهذا يعني أن تجارتها الدولية ستعرف ازدهارا أكبر مما هو محقق اليوم، وبما أن التحكيم التجاري الدولي يعدّ سمة بارزة في هذا المجال نجد أن الجزائر قد كثفت الاهتمام به أكثر، وهذا سواء من حيث الدراسات والندوات، أم من حيث التفكير في مواكبة ركب الدول المتقدمة خاصة فيما يخص إنشاء هيئات ومراكز وغرف خاصة به.

فعلى صعيد الدراسات والندوات نلاحظ أن القانونيين الجزائريين بدعوا بوجهون نظرهم إلى دراسة تفاصيل هذا النوع من التحكيم، وعقدوا بشأنه عدة ندوات، كما أنه قد قدمت عدة رسائل جامعية في هذا الموضوع⁽²⁾، إضافة إلى أن كلية الحقوق بجامعة وهران قد عقدت مؤتمرا دوليا بشأن التحكيم التجاري الدولي، وذلك في شهر ماي 2003.

أما بالنسبة لإنشاء مراكز وغرف التحكيم، فقد خطت الجزائر أول خطوة في هذا الدرب، وذلك بإصدارها للمرسوم التنفيذي رقم 96-94⁽³⁾ المتضمن إنشاء الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، حيث أعطى لهذا الأخيرة صلاحية إحداث مؤسسة للمصالحة والتحكيم⁽⁴⁾. وتوقع أن تتبع هذه الخطوة بخطوات أكثر جرأة في المستقبل القريب، خاصة وأن الجزائر تطمح - كما سبق القول - لزيادة معدل تجارتها الدولية. كما أنها لا تفتقر إلى الخبرة، إذ بإمكانها الاستعانة ببعض المحكمين الجزائريين الذين مارسوا ويمارسون مهنة التحكيم في مراكز التحكيم الدولية، ونذكر على سبيل المثال الأستاذ "محمد شملول" وهو أحد أعضاء محكمة التحكيم الدولية لغرفة التجارة الدولية بباريس، ونائبه بذات المحكمة الأستاذ مهدي هارون وغيرهم⁽⁵⁾.

(1)- ج.ر، ع 66، س 32، 1995/10/5، ص 24.

(2)- من الرسائل الجامعية التي تناولت جزئية متعلقة بالتحكيم التجاري الدولي:

1- نور الدين بكلي، اتفاق التحكيم في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1975-1976.

2- نور الدين بن الشيخ، التحكيم التجاري في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة بوردو، 1993.

3- خليل بوضنوبرة، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، قسنطينة، 1999-2000.

(3)- المرسوم التنفيذي رقم 46-94 مورخ في 14 شوال 1416هـ الموافق 3 مارس 1996، ومنشور في ج.ر، ع 16، س 33.

(4)- وهذا ما تضمنه نص المادة 6 من المرسوم. (ينظر: منشور في ج.ر، ع 16، س 33).

(5)- يظ موقع المحكمة على الإنترنت.

الخلاصة

مخلص مما تقدم إلى أن:

- القانون الواجب التطبيق على إجراءات سير منازعة التحكيم يخضع كقاعدة عامة لسلطان الإرادة، أي أن الأطراف من حقهم تحديد الإجراءات التي يرونها مناسبة لسير منازعتهم، لكن بشرط عدم الإخلال بالقواعد العامة للتقاضي، والتي يأتي على رأسها مبدأي المواجهة والمساواة بين الخصوم، وهذا في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي على حد سواء، خير أن دور إرادة الخصوم في تحديد إجراءات سير المنازعة يتقلص نوعا ما في التحكيم المؤسسي، ذلك أن كل مؤسسة تحكيمية لها نظام إجرائي خاص، واللجوء لإحدى تلك المؤسسات؛ يعني بشكل ضمني القبول بالإجراءات التي وضعتها.
- أما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإنه يخضع هو الآخر لمبدأ سلطان الإرادة، إذ من حق أطراف الخصومة اختيار قانون معين ليطبق على موضوع منازعتهم، وهذا الاختيار قد يكون صريحا، حيث تتم الإشارة إلى قانون معين بالذات ليطبق على موضوع النزاع، وقد يكون ضمنيا، حيث تستنتج هيئة التحكيم التحجاء إرادة الخصوم إلى تطبيق قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم مثلا، وقد يترك الأطراف مسؤولية تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع للمحكم -أو لهيئة التحكيم-، فيقوم باختيار القانون الأنسب أو الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع، على أنه قد يستحيل عليه تحديد قانون معين ليحكم الموضوع المطروح عليه، فيلجأ في هذه الحالة إلى الفصل في النزاع بمقتضى قانون التجارة الدولية، الذي يشمل العادات والأعراف الدولية والمبادئ العامة المشتركة بين الأمم المتعدية، إضافة إلى مبادئ العدالة والإنصاف، هذا كله في القانون الوضعي. أما بالنسبة للشريعة الإسلامية فإن أحكام هذه الأخيرة هي القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فالمحكم المسلم لا يحق له أن يحكم بغير الشريعة الإسلامية، ومع هذا فقد لاحظنا أن من حق المحكم الاستعانة بالأعراف والعادات التجارية السائدة طالما أنها لا تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية.
- إن حكم التحكيم حتى يصدر صحيحا ويكون قابلا للتنفيذ يجب أن يستجيب لجملة من الشروط الشكلية والموضوعية سواء في الشريعة الإسلامية أو في القانون الوضعي.
- استجابة للتطورات التي شهدتها التجارة الدولية وأدت إلى ظهور ما يعرف بالتجارة الإلكترونية، ظهر التحكيم الإلكتروني، وقد اتضح عدم تعارضه مع المبادئ العامة للشريعة الإسلامية، على اعتبار أنه شكل من أشكال التطورات الحاصلة في حياة البشر.
- أدركت الجزائر وعلى غرار جل الدول الغربية والعربية أهمية التحكيم التجاري الدولي، فشغل حيزا كبيرا في تعاملاتها التجارية الدولية وبدأ يحظى بالكثير من الاهتمام على الصعيد التشريعي وإنشاء مراكز أو هيئات التحكيم.

خاتمة

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

أخيرا أختتم بحثي بجملة من النتائج والتوصيات التي رأيت أنه من الضروري التنبيه عليها.

1. يعتبر التحكيم من أهم الطرق التي توصل إليها الإنسان لفض المنازعات، ونظرا لعدالته فقد أقره الدين الإسلامي وأقرته جل التشريعات الوضعية، ولم يأفل بنجمه رغم كل التطورات التي شهدتها حياة البشر.
2. أصبح التحكيم التجاري الدولي ظاهرة من ظواهر العصر الحديث، وسمة بارزة في مجال التجارة الدولية نظرا لما يتميز به من سرعة في فصل المنازعات وسرية وسهولة في الإجراءات، إضافة إلى أنه كثيرا ما يحافظ على العلاقات بين أطراف الخصومة، الأمر الذي يساعد على الاستقرار وزيادة حجم التعاملات التجارية.
3. صلاحية الشريعة الإسلامية لمواكبة كل التطورات التي شهدتها وتشهدها حياة البشر واستيعاب المستجدات التي من شأنها تسهيل وتيسير أمور الإنسان، طالما أنها لا تتعارض مع المبادئ العامة للدين الإسلامي.
4. يتم اللجوء إلى التحكيم إما بناء على شرط يدرج في العقد الأصلي قبل نشوء النزاع ويسمى في هذه الحالة "شرط التحكيم"، أو بناء على اتفاق مستقل يتم بعد نشوء النزاع ويسمى في هذه الحالة "مشاركة أو اتفاق التحكيم".
5. إن أحكام المحكمين وإن شابهت الأحكام القضائية إلى حد بعيد، تبقى أقل درجة منها، وعليه يمكن القول أنها ذات طبيعة قضائية خاصة، بمعنى أن التحكيم قضاء من نوع خاص، وهذا باتفاق بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.
6. الأصل أن يتم اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي بصفة اختيارية، غير أن هناك حالات خاصة يفرض فيها على الأطراف اللجوء إليه لفض المنازعات الناشئة عن بعض العقود.
7. يفصل المحكم (هيئة التحكيم) في النزاع المعروض عليه بناء على ما ينص عليه القانون (سواء كان هذا القانون عبارة عن قانون بلد معين أو مزيج من عدة قوانين أو قواعد تم الاتفاق عليها من قبل الأطراف، ويسمى في هذه الحالة تحكيم بالقضاء، وقد يفصل المحكم دون التقيد بأحكام قانون معين، ويسمى في هذه الحالة تحكيم بالصلح.
8. إن العملية التحكيمية قد يديرها أطراف الخصومة، أي أنهم يتكفلون باختيار المحكمين واختيار القواعد الإجرائية الواجبة الاتباع، وكذا القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وأتعاب المحكمين ومكان

ولغة التحكيم وغيرها من التفاصيل، ويسمى التحكيم في هذه الحالة "التحكيم الحر أو تحكيم الحلات الخاصة"، وقد يفضل الأطراف اللجوء إلى مركز أو مؤسسة دائمة للتحكيم تكفل بالقيام بأغلب تفاصيل العملية التحكيمية، ويسمى في هذه الحالة "التحكيم النظامي أو المؤسسي".

9. شهدت دول العالم غربية كانت أم عربية ظهور كم هائل من مؤسسات مراكز التحكيم التجاري الدولي، على أن الملاحظ بالنسبة لمراكز التحكيم العربية هو أنها لا زالت مراكز فنية لم تحظ بعد بثقة المتعاملين في مجال التجارة الدولية، العرب والأجانب على حد سواء.

10. إن الاهتمام الدولي بالتحكيم التجاري أدى إلى إبرام حملة من الاتفاقيات والبروتوكولات لتطوير قواعده وتسهيل التعامل به، وكان من أهم وأبرز هذه الاتفاقيات اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة 1958، والتي لا زالت تحظى باهتمام الدول إلى يومنا هذا.

11. إن الاشكالات التي تطرحها مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي في طريقها إلى الزوال، وذلك انطلاقاً من اهتمام الدول بتطوير قواعد التحكيم فيها للتماشي مع القواعد والأعراف الدولية، ودمج الاقتصاد الوطني بالتجارة الدولية لجذب الاستثمارات الأجنبية، كما أن هناك اتجاه إلى ضرورة توحيد قانون التجارة في جميع الدول، حتى لا تواجه التجارة الدولية ومن ثم التحكيم التجاري الدولي عقبة اختلاف القوانين الوطنية وتعارضها مع المبادئ العامة للتجارة الدولية.

12. إن المتصفح للاتفاقيات الدولية وعلى رأسها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 يلاحظ أن جل الدول العربية صادقت على هذه الاتفاقية بتحفظ، وهذا يوضح أن لدى الدول العربية تخوف من التحكيم، ذلك أنهم يرون فيه بضاعة غربية تخدم مصالح الدول الغربية بالدرجة الأولى، ولعل ما عزز هذه الفكرة هي بعض القرارات التحكيمية المجحفة التي اتخذت من قبل بعض الهيئات التحكيمية وكان العرب ضحية لها.

13. إن جهل الأجانب بالتشريع الإسلامي وخاصة المذهب الحنفي الذي يعتبر أكثر المذاهب الإسلامية إباحة للشروط العقدية وأكثرها ملاءمة في مجال المعاملات، يجعلهم يحتاجون كثيراً عند وضع شرط التحكيم، ويرفضون الاحتكام إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ويرون أنها غير قادرة على استيعاب التطورات الحديثة وفصل المنازعات الناشئة في وقتنا الحالي.

14. ينفذ حكم التحكيم طواعية في أغلب الأحيان وذلك انطلاقاً من أن الاتفاق على هذا الطريق يتم بشكل ودي، مما يجعل أطراف الخصومة مستعدين لتقبل الحكم الصادر عن هيئة التحكيم، غير أنه قد يحدث أن يرفض المحكوم ضده تنفيذ الحكم طواعية، مما يستوجب اللجوء إلى التنفيذ الجبري.

15. حتى ينفذ حكم التحكيم يجب أن يودع لدى المحكمة المختصة بوضع الصيغة التنفيذية عليه بعد التأكد من استجابة الحكم للشروط الواجب توافرها فيه وخلوها من موانع التنفيذ المنصوص عليها في بلد التنفيذ.

16. واكب التحكيم التجاري الدولي التطورات التي شهدتها التجارة الدولية، فظهر التحكيم الإلكتروني الذي بدأ في التطور والازدهار بشكل سريع وفعال، سواء على مستوى التشريعات والنصوص القانونية أو على مستوى المراكز والهيئات التي تبنته، وتعمل على تطويره وتخليصه من العيوب والثغرات التي من شأنها الوقوف في طريقه.

17. أدركت الجزائر أهمية التحكيم التجاري الدولي، فنظمت جزئياته بناء على مواد أدرجت في قانون الإجراءات المدنية سنة 1993، غير أنها مارسته قبل هذا التاريخ، وهي الآن في طريقها لمسيرة ركب الدول المتقدمة في هذا المجال خاصة فيما يتعلق بإنشاء مؤسسات وغرف التحكيم.

أما التوصيات التي يمكن الإشارة إليها فهي:

1. ضرورة تنسيق التعاون بين مراكز التحكيم في الوطن العربي، حتى نصل إلى تحكيم تجاري عربي يحوز على الثقة والمصداقية لدى العرب أولاً، ثم لدى الأجانب.

2. على الدول العربية والإسلامية بصفة خاصة التمسك بنظام التحكيم، ذلك أنه يعتبر طريقاً لإرساء قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية، إذ بالإلحاح إلى التحكيم يمكن للأطراف المسلمة التمسك بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على نزاعاتهم، وبالتالي الخروج من مأزق التحاكم لغير شريعة الله جل جلاله.

3. يجب على الدول العربية تحسين مستوى استعمالها للتطورات التكنولوجية خاصة في مجال الأنترنيت الذي أصبح طريقاً للتحكيم، فإذا لم نمتلك تقنية استعمال هذه الوسيلة فنسكون حتما عرضة للوقوع في جملة من الأخطاء، وبالتالي سنكون ضحايا لجهلنا بالمعلوماتية.

في الختام أقول وما توفيقي إلا بالله العلي العظيم، وأرجو أن يكون جهدي خالصاً لوجهه الكريم.

المصطفى

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الملحق رقم (1): نموذج لمشاركة تحكيم وفقا للتحكيم الحر

مشاركة التحكيم

إنه في يوم الموافق / /

حرر هذا العقد بين كل من

أولاً: (أ) ومهنته..... وجنسيته..... ومقيم بـ

ثانياً: (ب) ومهنته..... وجنسيته..... ومقيم بـ

أقر المتعاقدان بأهليتهما واتفقا على ما يأتي:

المادة الأولى: بتاريخ / / تحرر عقد بين الطرفين

(تنسخ المادة حرفياً)، وقد اختلف الطرفان في تفسير هذه المادة فادعى (أ) أن معناها "يذكر

ادعاؤه بالتفصيل"، في حين أن (ب) يدعي أن معناها "يذكر ادعاؤه بالتفصيل أيضاً".

حسماً للتزاع القائم وتجنباً لدفع رسوم الدعاوى وبطء الإجراءات أمام المحكمة اتفق الطرفان على عرض

التزاع على هيئة تحكيم يكون حكمها نهائياً وغير قابل لأي طعن.

المادة الثانية: عين المتعاقدان كمحكمين السادة:

1-.....

2-.....

3-.....

"يجب أن يكون عدد المحكمين وتراً، ويكونون غير قابلين للعزل إلا بموافقة الطرفين".

المادة الثالثة: مواد الخلاف الموكول للمحكمين الفصل فيها هي:

1-.....

2-.....

3-.....

"يجب تحديد نقاط الخلاف المطلوب الفصل فيها تحديداً محكماً، ويستحسن عرضها بشكل أسئلة".

المادة الرابعة: يعين المحكمون الطريقة التي تتبع أمامهم في المرافعة وتقديم الأدلة والمستندات والمذكرات، وقد

قبل الطرفان تنفيذ ما يأمر بهما به.

المادة الخامسة: على المحكمين إصدار حكمهم في مدة أقصاها ... شهر من تاريخ العقد.

المادة السادسة: يصدر حكم المحكمين بأغلبية الآراء بعد المداولة فيما بينهم مجتمعين.

المادة السابعة: على المحكمين إيداع أصل الحكم الصادر منهم مع أصل وثيقة (مشاركة) التحكيم بمعرفة أحدهم في ظرف 15 يوما التالية لصدوره قلم كتاب محكمة (ذكر اسم المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع)، ويصير هذا الحكم واجب التنفيذ بأمر من قاضي التنفيذ بالمحكمة التي أودع أصل الحكم قلم كتابها.
المادة الثامنة: مصروفات هذا العقد وأتعابه يدفعها الطرفان مناصفة، أما مصروفات الإجراءات وأتعاب المحكمين فيلتزم بها من يحكم ضده من الطرفين.

المادة التاسعة: حرر هذا العقد من خمس نسخ بيد كل طرف نسخة منه وتسلم نسخة واحدة من الثلاثة الباقية لكل من المحكمين.

المصدر: عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، ط1، مصر، 2003، ص343. بتصرف.

الملحق رقم (2): نموذج لمشاركة تحكيم وفقا للتحكيم المؤسسي أو النظامي

نموذج مشاركة تحكيم طبقا لقواعد التحكيم

بمركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي

مواد 10 و 11 و 12 و 15 من القانون 94/27

بتاريخ بالقاهرة حرر بين كل من:

أولاً: السيد: بصفته الجنسية

الجنس: السن: الإقامة المحل المختار.....

ثانياً: السيد: بصفته الجنسية

الجنس: السن: الإقامة المحل المختار.....

أقر الطرفان بعدم خضوعهما للحراسة أو المنع من التصرف واتفقا على مايلي:

البند الأول

تسوى جميع المنازعات التي تتعلق بالعقود والاتفاقات المبرمة بين الطرفين بشأن عن طريق التحكيم وذلك وفقا لقواعد التحكيم بمركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي وطبقا لقواعد اليونسترال للتحكيم.

البند الثاني:

أودع الطرفان لدى المركز نسخة من العقود المبرمة بينهما بشأن كما فوضا المركز في تعيين المحكمين وتحديد أتعابهم وأجورهم على أن يتحملها الطرفان مناصفة بينهما.

البند الثالث:

يكون المركز مسؤولا عن قيام أية ظروف تثير شكوكا جدية حول حيطة المحكمين أو استقلالهم وإذا ثبت عدم صلاحية المحكم كان المركز مسؤولا عن تعيين آخر بدلا منه ممن تتوافر فيهم الحيطة والصلاحية لأداء المهمة التحكيمية.

البند الرابع

يقوم مدير مركز التحكيم بناء على طلب أي من الطرفين بالمساعدة المطلوبة للقيام بإجراءات التحكيم بما في ذلك تحديد المكان المناسب لجلسات التحكيم وخدمات السكرتارية وتسهيلات الترجمة وغير ذلك من الإجراءات.

البند الخامس

يحدد المركز نفقات التحكيم وأتعاب المحكمين وذلك في حدود مبلغ ويلتزم الطرفان مناصفة بأداء هذه النفقات قبل وأثناء السير في إجراءات التحكيم، فإذا تجاوزت هذه النفقات النصاب الذي حدده الطرفان فلا يلتزمان بهذه الزيادة إلا بموافقتهما كتابة على ذلك.

البند السادس

يحدد المركز عدد المحكمين بشرط أن يكون وترا كما يحدد اللغة التي تستخدم في التحكيم.

البند السابع

القانون الواجب التطبيق على هذا العقد هو القانون رقم 27 لسنة 1994 وقواعد المركز وقواعد اليونسترال، بما لا يخالف أحكام القانون المشار إليه.

البند الثامن

يحرر هذا العقد من ثلاث نسخ تسلّم لكل طرف نسخة وتسلم الثالثة للمركز.

الطرف الثاني

الطرف الأول

المصدر: ينظر: علي عوض حسن، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دط، (الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2001)، ص ص 494-495.



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مكتبة جامعة الأسير عبد القادر
للعلوم الإنسانية
الدورية رقم: 071
10

مكتبة جامعة الجزائر
للعلوم الإنسانية
الدورية رقم: 40/159

الجريدة الرسمية

اتفاقات دولية وقوانين أوامر ومراسيم
قرارات مقررات، منشور، إعلانات وسلاغات

الإدارة والتحرير الإمانة العامة للحكومة الطبع والاشتراكات إدارة المطبعة الرسمية	تونس	الإشتراك سنوي
	داخل الجزائر المغرب موريطانيا	
	سنة	سنة
7 و 9 و 13 شارع عبد القادر بن مبارك - الجزائر الهاتف 15. 18. 65. إلى 17 ح ج ب 50 - 3200	100 د.ج 200 د.ج	النسخة الاصلية النسخة الاصلية وترجمتها
	150 د.ج 300 د.ج تزداد عليها نفقات الإرسال	
<p>ثمن النسخة الاصلية 2,50 د.ج ثمن النسخة الاصلية وترجمتها 5,00 د.ج ثمن العدد للسنتين السابقة: حسب التسعيرة. وتسلم الفهارس مجاناً للمشاركين. المطلوب منهم ارسال لفائف الورق الاخيرة عند تجديد اشتراكاتهم والاعلام بمطالبهم. يؤدي عن تغيير العنوان 3,00 د.ج ثمن النشر على أساس 20 د.ج للسطر.</p>		

فهرس

وزارة الداخلية والبيئة

اتفاقيات دولية

قرار وزاري مشترك مؤرخ في 15 جمادي الأولى عام 1408 الموافق 5 يناير سنة 1988 يأذن بتنفيذ المداولة رقم 02 المؤرخة في 3 فبراير سنة 1985 الصادرة عن المجلس الشعبي الولائي في تيزي وزو، والمتضمنة انشاء مؤسسة عمومية محلية بمكلفة بإدارة المنطقة الصناعية في وادي عيسى. 1602

قرار وزاري مشترك مؤرخ في 16 جمادي الأولى عام 1408 الموافق 6 يناير سنة 1988 يأذن بتنفيذ المداولة رقم 08 المؤرخة في 27 يوليو سنة 1986 الصادرة عن

مرسوم رقم 88 - 233 مؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1409 الموافق 5 نوفمبر سنة 1988 يتضمن الانضمام بتحفظ الى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الامم المتحدة في نيورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الاجنبية وتنفيذها. 1599

قرارات، مقررات، منشور

رئاسة الجمهورية

مقرر مؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1409 الموافق 5 نوفمبر سنة 1988 يتضمن تعيين رئيس مصلحة بالمعهد الوطني للدراسات الاستراتيجية الشاملة. 1602

اتفاقيات دولية

مكتبة جامعة الجزائر عبد القادر
للعلوم الاجتماعية

الدورية رقم :
الاولى

المادة

1) تطبق هذه الاتفاقية على اعتماد وتنفيذ القرارات التحكيمية التي تصدر في تراب دولة أخرى غير الدولة التي يطلب فيها اعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها، والناشئة عن نزاعات بين أشخاص طبيعيين أو معنويين. كما تطبق على القرارات التحكيمية التي لاتعد قرارات وطنية في الدولة التي يطلب فيها اعتمادها وتنفيذها.

2) المراد "بالقرارات التحكيمية" ليست هي القرارات التي يصدرها حكام يعينون لحالات معينة فحسب، بل هي القرارات التي تصدرها أيضا أجهزة تحكيم دائمة يخضع لها أطراف النزاع.

3) لكل دولة أن تعلن عند امضاء هذه الاتفاقية أو اعتمادها، أو الانضمام إليها، أو التبليغ بامتداد مفعولها المنصوص عليه في المادة 10، على أساس المعاملة بالمثل، أنها لاتطبق الاتفاقية الا على اعتماد القرارات التي تصدر في تراب دولة أخرى متعاقدة. كما يمكنها أن تعلن بانها تقصر تطبيق الاتفاقية على النزاعات الناشئة عن علاقات قانونية تعاقدية كانت أم غير تعاقدية يعتبرها قانونها الوطني علاقات تجارية.

المادة 2

1) تعتمد كل دولة من الدول المتعاقدة الاتفاقية المكتوبة التي يلتزم فيها الاطراف بأن تعرض على التحكيم جميع الخلافات أو بعض الخلافات التي قامت أو يمكن أن تقوم بينها بخصوص علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية تتضمن قضية من شأنها أن تسوى عن طريق التحكيم.

2) المراد " بالاتفاقية الكتابية " هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو في اتفاق التحكيم الموقع من اطراف أو المتضمن في رسائل أو بقرقيات متبادلة.

3) تقوم أية دولة متعاقدة، يرفع اليها نزاع بشأن قضية أبرم الاطراف بخصوصها اتفاقية حسب مفهوم هذه المادة، باحالة الاطراف على التحكيم، بناء على طلب أحد الاطراف، الا اذا لاحظ أن الاتفاقية المذكورة باطلة، أو عديمة التأثير، أو لايمكن تطبيقها.

مرسوم رقم 88 - 233 مؤرخ في 25 ربيع الاول عام 1409 الموافق 5 نوفمبر سنة 1988 يتضمن الانضمام، بتحفظ، الى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الامم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الاجنبية وتنفيذها.

إن رئيس الجمهورية،

- بناء على تقرير وزير الشؤون الخارجية،

- وبناء على الدستور، لاسيما المادتان 11 - 17 و158 منه.

- وبمقتضى القانون رقم 88 - 18 المؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1408 الموافق 12 يوليو سنة 1988 المتضمن الانضمام الى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الامم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الاجنبية وتنفيذها،

يرسم ما يلي :

المادة الاولى : تنضم الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، بتحفظ، الى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الامم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الاجنبية وتنفيذها، وتتنشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

المادة 2 : ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

حرد بالجزائر في 25 ربيع الاول عام 1409 الموافق 5 نوفمبر سنة 1988.

الشاذلي بن جديد

اتفاقية لاعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها

نص الاتفاقية الذي اقره مؤتمر الامم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958.

المادة 3

ينطوى على قرارات تتجاوز حدود اتفاق التحكيم أو البند التحكيمي. غير أنه إذا كانت أحكام القرار التي لها صلة بالقضايا المعروضة على التحكيم يمكن فصلها عن الأحكام التي لها صلة بالقضايا غير المعروضة على التحكيم، فإن الأحكام الأولى يمكن أن تعتمد وتنفذ، أو

(د) أن تشكيل المحكمة التحكيمية أو إجراء التحكيم لم يكن مطابقا لاتفاقية الأطراف، أو أنه في حالة عدم وجود الاتفاقية، لم يكن مطابقا لقانون البلد الذي وقع فيه التحكيم،

(هـ) أن القرار لما يكتسب صفة الاجبارية للأطراف، أو أنه الغته، أو علقت العمل به سلطة مختصة في البلد الذي صدر القرار فيه أو صدر حسب قانونه.

(2) كذلك يمكن أن تفرض اعتماد قرار تحكيمي وتنفيذه إذا لاحظت السلطة المختصة في البلد الذي طلب فيه الاعتماد والتنفيذ ما يأتي :

(1) إن موضوع الخلاف، حسب قانون هذا البلد، ليس من شأنه أن يسوى بطريق التحكيم، أو

(ب) أن اعتماد القرار أو تنفيذه قد يخالف النظام العام في هذا البلد.

المادة 6

إذا طلبت السلطة المختصة المذكورة في المادة 5 الفقرة 1 (هـ) إلغاء القرار أو تعليق العمل به، كان للسلطة التي يستشهد بالقرار أمامها أن ترجيء البت في تنفيذ القرار متى رأت ذلك مناسبا، ولها أيضا، بناء على التماس من الطرف الذي يطلب تنفيذ القرار، أن تأمر الطرف الآخر بتقديم ضمانات لائقة.

المادة 7

(1) لا تطن أحكام هذه الاتفاقية في صحة الاتفاقات المتعددة الأطراف أو الثنائية التي تبرمها الدول المتعاقدة في مجال اعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها، ولا تحرم أي طرف معني من الحق الذي قد يستظهر به في قرار تحكيمي بالكيفية وبالقدر الذين يقبل بهما تشريع البلد الذي يستشهد بالقرار فيه أو موثيقه.

(2) يبطل مفعول بروتوكول جنيف الموقع سنة 1923 والمتعلق بينود التحكيم، واتفاقية جنيف المبرمة سنة 1927 لتنفيذ القرارات التحكيمية الاجنبية، بين الدول المتعاقدة في ذلك التاريخ إذا ارتبطت هذه الدول بهذه الاتفاقية

تقر كل من الدول المتعاقدة سلطة أي قرار تحكيمي وتوافق على تنفيذ هذا القرار طبقا للقواعد الاجرائية المتبعة في التراب الذي يستهدف فيه القرار، ووفقا للشروط المقررة في المواد الآتية. ولا يفرض لاعتماد القرارات التحكيمية التي تطبق عليها هذه الاتفاقية أو لتنفيذها شروط أشد صرامة بشكل محسوس، ولا مصاريف قضائية أشد ارتفاعا بشكل محسوس من الشروط والمصاريف المفروضة لاعتماد القرارات التحكيمية الوطنية أو لتنفيذها.

المادة 4

(1) يجب على الطرف الذي يطلب الاعتماد والتنفيذ المذكورين في المادة السابقة، قصد الحصول عليهما أن يرفق طلبه بما يأتي :

(1) النسخة الاصلية المصدقة قانونا من القرار أو نسخة من النص الاصيل تتوفر فيها الشروط المطلوبة لتصديقها،

(ب) النص الاصيل للاتفاقية المذكورة في المادة 2 أو نسخة منه تتوفر فيها الشروط المطلوبة لتصديقها.

(2) إذا لم يكن القرار أو الاتفاقية المذكوران محريين بلغة البلد الرسمية المستشهد بالقرار فيها، فإنه يتعين على الطرف الذي يطلب اعتماد القرار وتنفيذه أن يقدم ترجمة لتلك الوثيقتين بلغته. ويجب أن يصدق الترجمة مترجم رسمي أو مترجم محلف أو عون دبلوماسي أو قنصلي.

المادة 5

(1) لا يرفض اعتماد القرار وتنفيذه بناء على طلب من طرف المستشهد به ضده الا اذا قدم هذا الطرف الى السلطة المختصة في البلد المطلوب الاعتماد والتنفيذ فيه الدليل على ما يأتي :

(1) ان الاطراف في الاتفاقية المذكورة في المادة 2 كانت بموجب القانون المطبق عليها محكوما عليها بعدم الاهلية، أو ان الاتفاقية المذكورة غير صالحة بموجب القانون الذي اخضعها الاطراف اليه، أو ان لم توجد الاشارة الى هذا الصدد، بموجب قانون البلد الذي صدر فيه القرار أو،

(ب) ان الطرف المستشهد بالقرار ضده لم يخبر قانونا بتعيين الحكم أو بإجراء التحكيم، أو تعذر عليه، لسبب آخر، أن يستخدم وسائله، أو

(ج) ان القرار يشمل خلافا غير مذكور في اتفاق التحكيم أو أنه لا يدخل في عداد توقعات البند التحكيمي، أو أنه

المادة 8

يخص بنود هذه الاتفاقية التابعة لاختصاص السلطة الاتحادية التشريعي

(ب) وفيما يخص بنود هذه الاتفاقية التابعة للاختصاص التشريعي في كل دولة من الدول أو المقاطعات المكونة لها، والتي ملزمة باتخاذ التدابير التشريعية، بموجب النظام التأسيسي للاتحادية، فإن الحكومة الاتحادية تقوم في اقرب وقت ممكن، وبموافقتها بتبليغ البنود المذكورة الى السلطات المختصة في الدول أو المقاطعات التي تتكون منها الدولة الاتحادية.

(ج) تقوم كل دولة اتحادية منظمة الى هذه الاتفاقية، وبناء على طلب من أية دولة متعاقدة أخرى ينقل اليها عن طريق الامين العام لمنظمة الامم المتحدة برسالة عرض عن التشريع والممارسات المعمول بها في الاتحادية والوحدات التي تتكون منها، وفيما يخص هذا الحكم أو ذاك من أحكام الاتفاقية، مع بيان الاجراء الذي يفرضه الحكم المذكور عن طريق اجراء تشريعي أو غيره.

مكتبة جامعة الزمان جيد القادر
للعلاوم السنوية

المادة 12 الدورية رقم :

(1) تدخل هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في اليوم التسعين الموالي لتاريخ ايداع الوثيقة الثالثة للمصادقة أو الانضمام

(2) وتدخل حيز التنفيذ بالنسبة الى كل دولة من الدول التي تصادق على الاتفاقية أو تنضم اليها بعد ايداع الوثيقة الثالثة للمصادقة أو الانضمام في اليوم التسعين لتاريخ ايداع تلك الدولة وثيقة مصادقتها أو انضمامها.

المادة 13

(1) لكل دولة متعاقدة ان تلغي هذه الاتفاقية عن طريق اشعار كتابي يرسل الى الامين العام لمنظمة الامم المتحدة ويسري مفعول الالغاء بعد سنة من تاريخ تسلم الامين العام لمنظمة الامم المتحدة الاشعار.

(2) يمكن كل دولة اصدرت اعلانا أو إشعارا وفقاً للمادة 10 أن تبلغ الامين العام لمنظمة الامم المتحدة في وقت لاحق بأن الاتفاقية يوقف تطبيقها على الاقليم المقصود بعد سنة من تاريخ تسلم الامين العام ذلك الاشعار.

(3) تبقى هذه الاتفاقية قابلة للتطبيق على القرارات التحكيمية التي شرع في اجراء اعتماد أو تنفيذ بصددها قبل دخول الالغاء حيز التنفيذ.

(1) تبقى هذه الاتفاقية مفتوحة للتوقيع حتى يوم 31 ديسمبر سنة 1958 أمام كل دولة عضو في الامم المتحدة، وكل دولة أخرى هي عضو أو ستغدو عضوا في مؤسسة أو عدة مؤسسات متخصصة تابعة للامم المتحدة، أو هي طرف في القانون الاساسي لمحكمة العدل الدولية، أو كل دولة تدعوها الجمعية العامة للامم المتحدة.

(2) يجب المصادقة على هذه الاتفاقية وايداع وثائق المصادقة عليها لدى الامانة العامة لمنظمة الامم المتحدة.

المادة 9

(1) يمكن جميع الدول المذكورة في المادة 8 أن تنضم الى هذه الاتفاقية.

(2) يتم الانضمام عن طريق ايداع وثيقة الانضمام لدى الامين العام لمنظمة الامم المتحدة.

المادة 10

(1) يمكن كل دولة أن تعلن، عند التوقيع أو المصادقة أو الانضمام، أن هذه الاتفاقية تشمل جميع الاقاليم التي تمثلها على الصعيد الدولي، أو اقليما واحدا، أو عدة اقاليم فيها ويثبت مفعول هذا الاعلان ساعة دخول الاتفاقية حيز التنفيذ بالنسبة الى الدولة المذكورة.

(2) يتم كل امتداد بعد ذلك من هذا القبيل عن طريق اشعار يوجه الى الامين العام لمنظمة الامم المتحدة، ويثبت مفعوله ابتداء من اليوم التسعين الموالي للتاريخ الذي يتلقى فيه الامين العام لمنظمة الامم المتحدة الاشعار، أو في تاريخ دخول الاتفاقية حيز التنفيذ بالنسبة الى الدولة المذكورة اذا كان هذا التاريخ لاحقا.

(3) تدرس كل دولة معنية، فيما يخص الاقاليم التي لا تطبق عليها هذه الاتفاقية عند توقيعها أو المصادقة عليها أو الانضمام اليها، امكانية اتخاذ التدابير اللازمة لد الاتفاقية الى تلك الاقاليم بشرط موافقة حكومات هذه الاقاليم عند الاقتضاء عندما تتطلب ذلك دواعي دستورية.

المادة 11

تطبق على الدول الاتحادية أو غير الوجودية الاحكام الآتية :

(1) تكون التزامات الحكومة الاتحادية هي نفسها التزامات الدول المتعاقدة التي ليست دولا اتحادية، فيما

المادة 14

لا يجوز لاية دولة متعاقدة ان تستند الى احكام هذه الاتفاقية لمقاضات دول أخرى متعاقدة الا بقدر ما تلتزم هي بتطبيق هذه الاتفاقية.

المادة 15

يبلغ الامين العام لمنظمة الامم المتحدة لكل الدول المذكورة في المادة ما يأتي :

أ) التوقعات والمصادقات المذكورة في المادة 8.

ب) الانضمامات المذكورة في المادة 9.

ج) الاعلانات والاشعارات المذكورة في المواد 1 و10 و11.

د) التاريخ الذي تدخل فيه هذه الاتفاقية حيز التنفيذ، عملا بالمادة 12.

هـ) الالغاءات والاشعارات المذكورة في المادة 13.

المادة 16

1) تودع هذه الاتفاقية التي تعتمد نصوصها الانجليزية والصينية والاسبانية والفرنسية والروسية أيضا في محفوظات منظمة الامم المتحدة،

2) يسلم الامين العام لمنظمة الامم المتحدة نسخة مصدقة مطابقة لاصل هذه الاتفاقية الى الدول المذكورة في المادة 8.

قرارات، مقررات، مناشير

رئاسة الجمهورية

- بمقتضى الأمر رقم 67 - 24 المؤرخ في 7 شوال عام 1386 الموافق 18 يناير سنة 1967 المعدل والمتمم، والمتضمن القانون البلدي،

- بمقتضى الأمر رقم 69 - 38 المؤرخ في 7 ربيع الاول عام 1389 الموافق 23 مايو سنة 1969 المعدل والمتمم، والمتضمن قانون الولاية،

- وبمقتضى المرسوم رقم 82 - 190 المؤرخ في 6 شعبان عام 1402 الموافق 29 مايو سنة 1982 الذي يحدد صلاحيات البلدية والولاية واختصاصاتهما في قطاعي الاسكان والتعمير،

- وبمقتضى المرسوم رقم 83 - 200 المؤرخ في 4 جمادى الثانية عام 1403 الموافق 19 مارس سنة 1983 الذي يحدد شروط انشاء المؤسسات العمومية والمحلية وتنظيمها وسيرها،

- وبمقتضى المرسوم رقم 84 - 55 المؤرخ في 30 جمادى الاولى عام 1405 الموافق 3 مارس سنة 1984 والمتعلق بإدارة المناطق الصناعية ولاسيما المادة الاولى منه،

- وبمقتضى المرسوم رقم 86 - 30 المؤرخ في 9 جمادى الثانية عام 1406 الموافق 18 فبراير سنة 1986 الذي يضبط أجهزة الادارة العامة في الولاية وهياكلها ويحدد مهامها وتنظيمها،

مقرر مؤرخ في 25 ربيع الاول عام 1409 الموافق 5 نوفمبر سنة 1988 يتضمن تعيين رئيس مصلحة بالمعهد الوطني للدراسات الاستراتيجية الشاملة

بموجب مقرر مؤرخ في 25 ربيع الاول عام 1409 الموافق 5 نوفمبر سنة 1988، صادر عن مسؤول المعهد الوطني للدراسات الاستراتيجية الشاملة، يعين السيد عمر خطاب، رئيسا لمصلحة النشر.

وزارة الداخلية والبيئة

قرار وزاري مشترك مؤرخ في 15 جمادى الاولى عام 1408 الموافق 5 يناير سنة 1988 يأذن بتنفيذ المداولة رقم 02 المؤرخة 3 فبراير سنة 1985 الصادرة عن المجلس الشعبي الولائي في تيزي وزو، والمتضمنة انشاء مؤسسة عمومية محلية مكلفة بإدارة المنطقة الصناعية في وادي عيسى.

ان وزير الداخلية،

ووزير التهيئة العمرانية والتعمير والبناء،

الملحق رقم (4) =

10 juin 1958

CONVENTION pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958)**LISTE DES ÉTATS CONTRACTANTS (*)
(à jour au 30 août 1997)**

État	Signature	Ratification Adhésion (a) Succession (s)
Afrique du Sud		3 mai 1976
Algérie (1-2)		7 février 1989
Allemagne (1)	10 juin 1958	30 juin 1961
Antigua et Barbuda (1-2)		2 février 1989
Arabie Saoudite		19 avril 1994
Argentine (1-2)	26 août 1958	14 mars 1989
Australie		26 mars 1975
Autrich		2 mai 1961
Bahreïn (1-2)		6 avril 1988
Bangladesh		6 mai 1992
Barbade (2)		16 mars 1993
Bélarus (1)	29 décembre 1958	15 novembre 1960
Belgique (1)	10 juin 1958	18 août 1975
Bénin		16 mai 1974
Bolivie		28 avril 1995
Bosnie-Herzégovine (1-2)		6 mars 1992 (s)
Botswana (1-2)		20 décembre 1971
Brunei Darussalam (1)		25 juillet 1996
Bulgarie (1)	17 décembre	10 octobre 1961
Burkina Faso		23 mars 1987
Cambodge		5 janvier 1960
Cameroun		19 février 1988
Canada		12 mai 1986

(*) On trouvera, en fin de liste, la signification des déclarations et réserves indiquées par les numéros qui suivent le nom des États.

Édition du juris-Classeur-1998
187701

(1)
287.di 0/155 : PC 0/279 ©

Etat	Signature	Ratification adhésion (a) succession (S)
Chili		4 septembre 1975
Chine (1-2)		22 Janvier 1987
Chypre (1-2)		29 décembre 1980
Colombie		25 Septembre 1979
Costa Rica	10 Juin 1958	26 Octobre 1987
Côte-d'ivoire		1 ^{er} Février 1991
Croatie (1-2)		26 Juillet 1993 (S)
Cuba (1-2)		30 Décembre 1974
Danemark (1-2)		22 Décembre 1972
Djibouti		14 Juin 1983
Dominique		28 Octobre 1988
Egypte		9 Mars 1959
Equateur	17 Décembre 1958	3 Janvier 1962
Espagne		12 mai 1977
Estonie		30 Août 1993
Etats-Unis d'Amérique (1-2)		30 Septembre 1970
Finlande	29 Décembre 1958	19 Janvier 1962
France (1)	25 Novembre 1958	26 Juin 1959
Géorgie		2 Juin 1994
Ghana		9 Avril 1968
Grèce		16 Juillet 1962
Guatemala (1-2)		12 Mars 1984
Guinée		23 Janvier 1991
Haïti (1-2)		5 décembre 1983
Hongrie (1-2)		5 mars 1962
Inde (1-2)	10 juin 1958	13 juillet 1960
Indonésic (1-2)		7 octobre 1981
Irlande (1)		12 mai 1981
Israël	10 juin 1958	5 janvier 1959
Italie		31 janvier 1969
Japon (1)		20 juin 1961
Jordanie	10 juin 1958	15 novembre 1979
Kazakhstan		20 novembre 1995
Kenya (1)		10 février 1989

Kirghizistan		18 décembre 1996
Koweït (1)		28 avril 1978
Lesotho		13 juin 1989
Lettonie		14 avril 1992
Lituanie		15 mars 1995

(2) Edition du Juris Classeur-1998.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

Liste des états contractants (*)

Etats	Signature	Ratification adhésion (a)
Afrique du Sud		3 mai 1976 (a)
Algérie (1-2)		7 Février 1989 (a)
Allemagne		30 juin 1961
	10 juin 1958	20 février 1975 (a)
Antigua et Barbuda (1-2)		2 février 1989 (a)
Arabie Saoudite		19 avril 1994
Argentine (1-2-7)	26 août 1958	14 mars 1989
Australie		26 mars 1975 (a)
Autriche		2 mai 1961 (a)
Bahrein (1-2)		6 avril 1988 (a)
Bangladesh		6 mai 1992
Belgique	10 juin 1958	8 août 1975
Bénin		16 mai 1974 (a)
Biélorussie (1)		15 novembre 1960
Bosnie Herzegovine (1-26)		6 mars 1992
Botswana (1-2)		20 décembre 1971 (a)
Bulgarie (1-3)	17 décembre 1958	10 octobre 1961
Burkina Faso		23 mars 1987 (a)
Cambodge		5 janvier 1960 (a)
Cameroun		19 février 1988 (a)
Canada (2-4)		12 mai 1986 (a)
Centrafrique (1-2)		15 octobre 1962 (a)
Chili		4 septembre 1975 (a)
Chine (1-2)		22 Janvier 1987 (a)
Chypre (1-2)		29 décembre 1980 (a)
Colombie		25 septembre 1980(a)

*-on trouvera, en fin de liste, la signification des déclarations et réserves indiquées par les numéros qui suivent le nom des états. Edition technique. Juris- Classeurs- 1994.

Corée (1-2)		8 février 1973 (a)
Costa Rica	10 juin 1958	26 octobre 1987
Côte-d'Ivoire		1 ^{er} février 1991 (a)
Croatie		26 juillet 1993
Cuba (1-2-3)		30 décembre 1974 (a)
Danemark (1-2)		22 décembre 1972 (a)
Djibouti (1-2)		14 juin 1983
Dominique		28 octobre 1988 (a)
Egypte		9 mars 1959 (a)
Equateur (1-2)	17 décembre 1958	3 Janvier 1962
Espagne		12 mai 1977 (a)
Estonie		30 août 1993
Etats Unis d'Amérique (1-2)		30 septembre 1970 (a)
Finlande	29 décembre 1958	19 janvier 1962
France (1)	25 novembre 1958	26 juin 1959
Ghana		9 avril 1968 (a)
Grèce (1-2)		16 juillet 1962 (a)
Guatemala (1-2)		12 mars 1984 (a)
Guinée		25 janvier 1991 (a)
Haïti		5 décembre 1983 (a)
Hongrie (1-2)		5 mars 1962 (a)
Inde (1-2)	10 juin 1958	13 juillet 1960
Indonésie (1-2)		7 octobre 1981 (a)
Irlande (1)		12 mai 1981 (a)
Israël (1)	10 juin 1958	5 janvier 1959
Italie		31 janvier 1961 (a)
Japon (1)		20 juin 1961 (a)
Jordanie	10 juin 1958	15 novembre 1979
Kenya (1)	10 juin 1958	15 novembre
Koweït (1)		28 avril 1978 (a)

Sri Lanka	30 décembre 1958	9 janvier 1972
Suède	23 décembre 1958	28 janvier 1972
Suisse (1)	29 décembre 1958	1 ^{er} juin 1958 (a)
Syrie		9 mars 1959 (a)
Tanzanie (1)		13 octobre 1964 (a)
Tchèque (République)		30 septembre 1993
Thaïlande		21 décembre 1959
Trinité et Tobago (1-2)		14 février 1966 (a)
Tunisie (1-2)		17 juillet 1967 (a)
Turquie (1-2)		2 juillet 1992
Ukraine (1-3)	29 décembre 1958	10 octobre 1960
Uruguay		28 mai 1992
URSS (1-3)	29 décembre 1958	24 août 1960
Yougoslavie (1-2-6)		26 février 1982 (a)

الملحق رقم (5): نموذج لطلب وضع الصيغة التنفيذية على حكم تحكيم

أ- في حالة ما إذا كان مقدم الطلب هو أحد طرفي الخصومة.

السيد: قاضي التنفيذ بمحكمة
مقدمه (أ) ومهنته وجنسيته ومقيم بـ
وموطنه المختار مكتب المحامي بشارع
بجهاة

يتشرف بعرض الأتي

بتاريخ / / 20 أودع قلم كتاب محكمة حكم تحكيم
صادر بتاريخ / / 20 في النزاع القائم بين مقدمه و وحيث
أنه يهيم الطالب الحصول على أمر بوضع الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم المذكور وجعله حكم واجب
التنفيذ عملا بالمادة (من قانون بلد التنفيذ).

لذلك

وبعد الإطلاع على حكم التحكيم ومشارطته
يلتمس مقدمه صدور الأمر بوضع الصيغة التنفيذية بذيل أصل حكم التحكيم لجعله حكما واجب التنفيذ.
وتفضلوا بقبول فائق الاحترام.

المصدر: انظر: عمر عيسى الفقي، الجديد في التحكيم، مرجع سابق، ص 347.

ب- في حالة ما إذا كان مقدم الطلب هو المحكم الوحيد أو أحد أعضاء هيئة التحكيم

السيد رئيس محكمة

تحية طيبة وبعد

مقدمه جنسيته مقيم بـ.....

الموضوع

بتاريخ صدر حكم تحكيم في النزاع بين كل من و

وقد أودع أصل الحكم بمقتضى محضر إيداع مؤرخ بقلم كتاب هذه المحكمة وحيث أننا نرغب في تنفيذ حكم التحكيم وجعله في قوة السند التنفيذي.

لذا

نرجو التفضل بالأمر بتنفيذ الحكم رقم الصادر بتاريخ ومرفق

أصل هذا الحكم (أو صورة موقعة منه)*.

وكذلك صورة من اتفاق التحكيم

ومرفق أيضا بصورة من المحضر الدال على إيداعه قلم كتاب المحكمة.

مقدمه

*- إذا كان الحكم صادرا بلغة أجنبية تعين إرفاق ترجمة له مصدقا عليها من جهة معتمدة.

ب- في حالة ما إذا كان مقدم الطلب هو المحكم الوحيد أو أحد أعضاء هيئة التحكيم

السيد رئيس محكمة

تحية طيبة وبعد

مقدمه جنسيته مقيم بـ.....

الموضوع

بتاريخ صدر حكم تحكيم في النزاع بين كل من و
وقد أودع أصل الحكم بمقتضى محضر إيداع مؤرخ بقلم كتاب هذه المحكمة وحيث أننا
نرغب في تنفيذ حكم التحكيم وجعله في قوة السند التنفيذي.

لذا

نرجو التفضل بالأمر بتنفيذ الحكم رقم الصادر بتاريخ ومرفق
أصل هذا الحكم (أو صورة موقعة منه)*.
وكذلك صورة من اتفاق التحكيم
ومرفق أيضا بصورة من المحضر الدال على إيداعه قلم كتاب المحكمة.

مقدمه

*- إذا كان الحكم صادرا بلغة أجنبية تعين إرفاق ترجمة له مصدقا عليها من جهة معتمدة.

ملحق رقم (6): أمر بوضع الصيغة التنفيذية على حكم محكمين

محكمة
أمر بوضع الصيغة التنفيذية
من
قاضي التنفيذ بمحكمة
بعد الإطلاع على هذا الحكم، ووثيقة التحكيم، ومواد القانون، نأمر بوضع الصيغة التنفيذية على هذا
الحكم.
وعلى قلم الكتاب استيفاء اللازم.

قاضي التنفيذ
(إمضاء)

على الجهة التي يناط بها التنفيذ أن تبادر إليه متى طلب منها.
وعلى السلطات المختصة أن تعين على إجراءاته ولو باستعمال القوة متى طلب إليها ذلك.

المصدر: عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم، مرجع سابق، ص 347.

الفهارس

أولاً: فهرس الآيات

ثانياً: فهرس الأحاديث

ثالثاً: فهرس الآثار

رابعاً: فهرس الأعلام

خامساً: المصادر والمراجع

جامعة الأزهر
مركز الدراسات والبحوث
الاسلامية
العلوم الإسلامية

أولاً: فهرس الآيات

الصفحة	الرقم	الآية
-البقرة-		
76	282	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَبْتُمْ بَدِينٍ...﴾
-النساء-		
72	24	﴿كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ...﴾
103، 97، 15، 7	35	﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا...﴾
8	58	﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ...﴾
21	128	﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾
158	141	﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ...﴾
-المائدة-		
187، 76، 70	1	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...﴾
157	48	﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ...﴾
157، 18	49	﴿وَأَنْ أَخْفَى بَيْنَهُمَا بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ...﴾
100، 37، 15	95	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصِّدْقَ...﴾
-الأنعام-		
15	57	﴿إِنَّ الْعِزَّةَ لِلَّهِ...﴾
-يوسف-		
15	67، 40	﴿إِنَّ الْعِزَّةَ لِلَّهِ...﴾
-الإسراء-		
17	23	﴿وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ...﴾
70	34	﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ...﴾
-الفرقان-		
27	59	﴿فَاسْأَلْ بِهِ خَيْرًا﴾
-المنافقون-		
158	8	﴿وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ...﴾

ثانياً: فهرس الأحاديث

الصفحة	الحديث
4	«إن الجنة للمحكمين...»
9	«إن الله هو الحكم وإليه الحكم»
11	«اجعلوا بيني وبينكم حكماً...»
21	«الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً...»
10	«قوموا إلى سيدكم...» (تحكيم سعد بن معاذ في يهود بني قريظة)
72	«كتاب الله القصاص في السن»
71	«ما بال أقوام يشترطون...»
71	ما روي عنه <small>صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ</small> أنه اشترى في سفر...»
9	«من حكم بين اثنين تراضياً...»
36	«هلم إليّ بثوب...» (حديث رفع الحجر الأسود)
74	«نهى رسول الله <small>صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ</small> عن بيعتين في بيعة أو صفقتين في صفقة»
71	«المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً...»

ثالثا: فهرس الآثار

12	«اجعل بيني وبينك رجلا...»
15	«أخبروني ماذا نقتم على ابن عمي رسول الله ﷺ...»
100	«أن رجلا جاء إلى عمر فقال: إني أحرقت أنا وصاحبي...»
12	«أن عمرا <small>رضي الله عنه</small> ساور بفرس...»
27	«شهدت عمر بن الخطاب وأتاه بني حنيف...»
16	«كان بين عمر بن الخطاب وبين معاذ بن عفراء...»
36	«كان عمر بن الخطاب يقضي فيما سبت العرب...»

ثالثاً: فهرس الأعلام المترجم لهم

الصفحة	العلم
-أ-	
98	الأذرعي، شهاب الدين أحمد بن حمدان
32	أرسطو
35	ابن إسحاق، محمد
13	الأشعري، أبو موسى
100	الأصبحي، مالك بن أنس
-ب-	
188	الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف التميمي
101	البحلي
10	البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل
11	ابن بشامة، الأعور
55	البلقيني، عمرو بن غسلان بن نصير
-ت-	
72	ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم
-ث-	
12	ابن ثابت، زيد
-ج-	
36	ابن الحارث، رياح
15	الحاكم، محمد بن عبد الله النيسابوري
24	بن الحجر الهيثمي، أحمد بن محمد
27	ابن حنيف، عثمان
-خ-	
10	الخذري، أبو سعيد
49	الخصاف، أبو بكر أحمد بن عمرو
11	ابن الخطاب، عمر

-د-	
50	الدردير، أحمد
-ر-	
98	رضا، محمد رشيد
-ز-	
25	الزيلي، عثمان بن علي
-س-	
48	السرخسي، محمد بن أبي سهل
13	ابن أبي سفيان، معاوية
176	السماني، علي بن محمد الرحي
32	سولون
100	ابن سيرين، محمد
-ش-	
82	الشافعي، محمد بن إدريس
8	ابن شريح، المقدام
14	ابن شعبة، المغيرة
11	الشعبي، عامر بن شراحيل
5	الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي
-ط-	
13	ابن أبي طالب، علي
-ع-	
13	ابن العاص، عمرو
14	ابن عباس، عبد الله
12	العراقي، شريح بن الحارث
98	ابن العربي، محمد بن عبد الله
13	ابن عفان، عثمان
20	ابن عرفة، محمد بن محمد

16	ابن عفراء، معاذ
	-ف-
6	ابن فرحون، برهان الدين
	-ق-
188	ابن القاسم
5	ابن قدامة المقدسي، شمس الدين
8	القرطبي، أبو عبد الله
70	ابن القيم الجوزية، شمس الدين بن عبد الله
	-ك-
11	ابن كعب، أبي
	-ل-
50	اللخمي، علي بن محمد الربيعي
83	ابن أبي ليلى، عبد الرحمن
	-م-
67	الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب
82	الزني، إسماعيل بن يحيى
9	ابن معاذ، سعد
8	ابن المقدم، يزيد
4	ابن منظور، محمد بن مكرم
27	ابن ميمون، عمرو
	-ن-
9	ابن نافع، الربيع
48	ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد
	-ه-
7	ابن الهمام، كمال الدين
9	هانئ
	-ي-
34	اليقوي، أحمد بن أبي يعقوب إسحاق

قائمة المصادر والمراجع

-القرآن الكريم برواية حفص

كتب التفسير:

1. رضا، محمد رشيد.
- تفسير المنار، ط2، (لبنان، بيروت، دار المعرفة، 1393هـ-1973م).
2. ابن عاشور، محمد الطاهر.
- تفسير التحرير والتنوير، دط، (تونس، الدار التونسية للنشر، 1984م).
3. ابن العربي، محمد بن عبد الله.
- أحكام القرآن، تحقيق: علي محمد الجاوي، دط، (بيروت، دار الفكر، دت).
4. القرطبي، أبو الوليد.
5. الجامع لأحكام القرآن، ط1، (مصر، دار الكتاب العربي، 1387هـ-1967م).
- كتب الحديث وعلومه
6. الأصبحي، مالك بن أنس.
- الموطأ برواية أبو مصعب الزهري المدني، تحقيق: بشار عواد معروف، محمود محمد خليل، ط2، (بيروت، مؤسسة الرسالة، 1413هـ-1993م).
7. البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل.
- صحيح البخاري، دط، (مصر، مطبعة الحلبي، 1345هـ).
8. البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي.
- السنن الكبرى، دط، (دم، دار الفكر، دت).
9. الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة.
- سنن الترمذي، ط2، (لبنان، بيروت، دار الفكر، 1403هـ-1983م).
10. ابن حنبل، أحمد بن محمد.
- مسند الإمام بن حنبل، دط، (دم، دار الفكر، دت).
11. الدارقطني، علي بن عمر.
- سنن الدارقطني، ط4، (لبنان، بيروت، عالم الكتب، 1406هـ-1986م).
12. أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني.
- سنن أبو داود، ط1، (دم، دن، 1371هـ-1952م).

13. الذهبي، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد.
التلخيص بمامش المستدرک علی الصحیحین، دط، (لبنان، بیروت، دار الكتاب العربية، دت).
14. الزيلعي، أبو محمد عبد الله بن يوسف.
نصب الراية لأحاديث الهداية، دط، (القاهرة، دار الحديث، دت).
15. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد.
نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ﷺ، دط، (مصر، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، دت).
- العسقلاني، ابن حجر.
16. فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط1، (بيروت، دار المعرفة، دت).
17. بلوغ المرام من أدلة الأحكام، تحقيق وتعليق: رضوان محمد رضوان، دط، (لبنان، بيروت، دار الكتاب العربي، 1403هـ-1983م).
18. الصنعاني، أبو بكر عبد الرزاق بن همام.
المصنف، تحقيق: حبيب الرحمان الأعظمي، دط، (دم، دن، دت).
19. الصنعاني، محمد بن إسماعيل.
سبل السلام، دط، (لبنان، المكتبة المصرية، 1412هـ-1992م).
20. القاسم، أبو عبيد.
كتاب الأموال، تقدم وتحقيق: محمد عمارة، ط1، (بيروت، دار الشرق، 1409هـ-1989م).
21. ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني.
سنن ابن ماجه، تحقيق وتبويب وترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، دط، (دم، دار الفكر، دت).
22. المباركفوري، محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم.
تحفة الأحوذى بشرح صحيح الترمذى، دط، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1410هـ-1990م).
23. مسلم، أبو الحسين بن الحجاج القشيري.
صحيح مسلم بشرح النووي، تحقيق: عصام الصباطي، حازم محمد، عماد عامر، ط1، (القاهرة، دار الحديث، 1415هـ-1994م).
24. النسائي، أحمد بن شعيب بن علي.
سنن النسائي بشرح جلال الدين السيوطي، دط، (بيروت، دار الفكر، 1930).
25. النيسابوري، أبو عبد الله الحاكم.
المستدرک علی الصحیحین، ط1، (بيروت، دار الكتاب العربي، دت).

كتب الفقه حسب المذاهب:

*المذهب الحنفي

26. الباتري، أكمل الدين.
- شرح العناية على الهداية، ط2، (لبنان، بيروت، دار الفكر، دت).
27. الخصاف، أبو بكر أحمد بن عمر.
- شرح أدب القاضي، شرح: عمر بن عبد العزيز المعروف بالحسام الشهيد، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، وأبو بكر محمد الهاشمي، ط1، (لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، 1414هـ-1994م).
28. داماد أفندي، عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان.
- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دط، (لبنان، بيروت، دار إحياء التراث العربي، دت).
29. الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي.
- تبيين الحقائق شرح كتر الدقائق، ط2، (مصر، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي، دت).
30. السرخسي، شمس الدين.
- المبسوط، تصنيف: الشيخ خليل الميس، دط، (لبنان، بيروت، دار المعرفة، 1406هـ-1986م).
31. الشيخ نظام.
- الفتاوى الهندية، ط4، (لبنان، بيروت، دار إحياء التراث العربي، دت).
32. ابن عابدين، محمد أمين.
- حاشية رد المختار على الدر المختار، شرح: تنور الأبصار، دط، (العراق، دمشق، دار الفكر، 1399هـ-1979م).
33. ابن عبد الرفيع، أبي إسحاق إبراهيم بن حسن.
- معين الحكام، تحقيق: محمد بن قاسم بن عياد، ط1، (لبنان، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1989).
34. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، (لبنان، بيروت، دار الكتاب العربي، 1402هـ-1982م).
35. المرغيناني، برهان الدين علي بن أبي بكر.
- الهداية، شرح بداية المتدي، ط2، (لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، 1410هـ-1990م).
36. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد.
- البحر الرائق شرح كتر الدقائق، ط1، (لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، 1418هـ-1997م).
37. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد.
- شرح فتح القدير، ط2، (لبنان، بيروت، دار الفكر، دت).

*المذهب المالكي:

38. الباجي، سليمان بن خلف.
المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، ط3، (بيروت، دار الكتاب العربي، 1403هـ-1983م).
39. الخطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي.
مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط3، (بيروت، دار الفكر، 1412هـ-1992م).
40. الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد.
الشرح الصغير على مختصر أقرب المسالك، دط، (الجزائر، مؤسسة العصر، 1413هـ-1992م).
41. ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد.
بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط10، (لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، 1988).
42. عليش، محمد.
شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دط، (دم، دار صادر، دت).
43. ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد.
تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط1، (مصر، مكتبة الكليات الأزهرية، 1446هـ-1986م).
44. القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس.
الذخيرة، تحقيق: محمد بو خيزة، ط1، (بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1994م).
45. الكشناوي، أبو بكر بن حسن.
أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، ضبط وتصحيح: محمد عبد السلام شاهين، ط1، (لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، 1416هـ-1995م).
46. الإمام مالك، بن أنس الأصبحي.
المدونة الكبرى برواية سحنون بن عبد السلام بن سعيد التنوفي عن عبد الرحمن بن القاسم بن خالد العتقي، دط، (لبنان، بيروت، دار الفكر، دت).
47. الونشريسي، أحمد بن يحيى.
عدة البروق، ط2، (لبنان، بيروت، دار المغرب الإسلامي، 1410هـ-1990م).

*المذهب الشافعي:

48. الأردبيلي، يوسف.
الأنوار لأعمال الأبرار، دط، (مصر، القاهرة، مؤسسة الحلبي وشركاه، 1389هـ-1969م).
49. ابن أبي الدم، شهاب الدين إبراهيم بن عبد الله.

- أدب القضاء، تحقيق: مصطفى الزحيلي، ط2، (دم، دار الفكر، 1982م).
50. الرملي، محمد شمس الدين.
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ط1، (لبنان، بيروت، دار الفكر، 1404هـ-1984م).
51. الشافعي، محمد بن إدريس.
- الأم، تصحيح: محمد زهري النجار، دط، (لبنان، بيروت، دار المعرفة، دت).
52. الشريبي، محمد الخطيب.
- معني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دط، (دم، دار الفكر، دت).
53. الشيرازي.
- المهذب في فقه الإمام الشافعي، ط1، (لبنان، بيروت، دار الفكر، دت).
54. الهيثمي، ابن حجر.
- تحفة المحتاج بشرح ألفاظ المنهاج، ط1، (دم، دار إحياء التراث، دت).
55. الماوردي، أبو الحسن بن علي بن محمد بن حبيب.
- الحاوي الكبير، دط، (لبنان، بيروت، دار الفكر، 1414هـ-1994م).
- النووي، أبو زكريا يحيى الدين يحيى بن شرف.
56. روضة الطالبين، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد عوض، دط، (لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، دت).
57. المجموع شرح المهذب، دط، (القاهرة، دار الفكر، دت).
- *المذهب الحنبلي:
58. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس.
- كشاف القناع عن متن الإقناع، مراجعة: هلال مصيلحي مصطفى هلال، دط، (لبنان، بيروت، دار الفكر، 1402هـ-1982م).
59. ابن تيمية، أحمد.
- مجموع الفتاوى، جمع وترتيب: عبد الرحمن محمد بن قاسم، دط، (المغرب، الرباط، مكتبة المعارف، دت).
60. الجوزية، بن القيم.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين، مراجعة وتقديم: طه عبد الرؤوف سعد، دط، (مصر، مكتبة الكليات الأزهرية، دت).
61. المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان.

الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تصحيح وتحقيق: محمد حامد الفقي، ط1، (لبنان، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1377هـ-1958م).

*المذهب الظاهري:

62. ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد.

المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، دط، (لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، دت).

دراسات فقهية أخرى:

63. أحمد، فؤاد عبد المنعم. غنيم، الحسين علي.

الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي مع التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية ومصر والكويت، دط، (الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، دت).

64. البجاد، محمد بن ناصر بن محمد.

التحكيم في المملكة العربية السعودية، دط، (الرياض، معهد الإدارة العامة، 1420هـ-1999م).

65. حماد، نزيه.

عقد الصلح في الشريعة الإسلامية، ط1، (دمشق، دار القلم، 1416هـ-1996م).

66. حيدر، علي.

درر الأحكام شرح بمجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دط، (لبنان، بيروت، دار الجيل، 1991م).

67. الدوري، قحطان عبد الرحمن.

عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط1، (بغداد، مطبعة الخلود، 1405هـ).

*الزحيلي، وهبة.

68. الفقه الإسلام وأدلته، ط1، (سوريا، دمشق، دار الفكر، 1404هـ-1984م).

69. العلاقات الدولية في الإسلام، مقارنة بالقانون الدولي الحديث، ط4، (بيروت، مؤسسة الرسالة،

1417هـ-1997م).

70. الزرقاء، مصطفى.

المدخل الفقهي العام، ط6، (سوريا، مطبعة جامعة دمشق، 1963).

71. زيدان، عبد الكريم.

نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ط3، (لبنان، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1421هـ-2000م).

72. السدلان، صالح بن غانم.

القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، ط1، (المملكة العربية السعودية، الرياض، دار بلنسية،

1417هـ).

73. السيوطي، جلال الدين.
الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد المعتصم بالله الغراذي، ط4، (بيروت، دار الكتاب العربي، 1418هـ—1998م).
74. السنهوري، عبد الرزاق أحمد.
مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط2، (لبنان، بيروت، منشورات الحلبي، 1998م).
75. شلبي، محمد مصطفى.
المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، (بيروت، دار النهضة العربية، 1405هـ—1985م).
76. الأشقر، محمد سليمان. وآخرون.
بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصر، ط1، الأردن، دار النفائس، 1418هـ—1998م).
77. الندوي، علي أحمد.
القواعد الفقهية، تقدم: مصطفى الزرقاء، ط2، (دمشق، دار القلم، 1412هـ—1991م).
- كتب أصول الفقه:
78. الأمدي، سيف الدين أبي الحسن.
الإحكام في أصول الأحكام، ضبط إبراهيم العجوز، ط1، (لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، 1405هـ—1985م).
79. ابن حزم، أبو محمد علي.
الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: لجنة من العلماء، ط2، لبنان، بيروت، دار الجيل، 1407هـ—1987م).
80. الرازي، فخر الدين.
المحصل في علم الأصول، ط1، (لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، 1408هـ—1988م).
81. الشاطبي، أبو إسحاق.
الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: محمد عبد الله دراز، دط، (بيروت، دار الفكر العربي، دت).
82. الشوكاني، محمد بن علي.
إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، تحقيق: أي مصعب سعيد البدري، ط2، (لبنان، بيروت، مؤسسة المكتب الثقافية، 1413هـ—1993م).

83. الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد.
 المستصفي في علم الأصول، ضبط وترتيب: محمد عبد السلام عبد الشافي، ط2، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1983).
- الكتب القانونية:
 -الأحدب، عبد الحميد.
84. التحكيم أحكامه ومصادره، ط1، (لبنان، بيروت، مؤسسة نوفل، 1990م).
85. التحكيم في البلاد العربية، ط1، (لبنان، بيروت، مؤسسة نوفل، 1990م).
86. التحكيم الدولي، ط1، (لبنان، بيروت، مؤسسة نوفل، 1990م).
87. إبراهيم، كمال.
- التحكيم التجاري الدولي، ط1، (القاهرة، دار الفكر العربي، 1991).
88. إبراهيم، محمد.
 الوجيز في الإجراءات المدنية والتجارية، دط، (الجزائر، دار المطبوعات الجامعية، بن عكنون، دت).
 -التحوي، محمود السيد عمر.
89. أنواع التحكيم وتمييزه عن الصلح والوكالة والخبرة، ط1، (الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2002).
90. التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح، ط1، (الإسكندرية، منشأة المعارف، 2002).
91. الجمال، مصطفى محمد. عبد العال، عكاشة محمد.
- التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط1، (لبنان، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998م).
92. حسن، علي عوض.
- التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، ط1، (الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2001).
93. حماد، طارق عبد العال.
- التجارة الأليكترونية، ط1، (الإسكندرية، الدار الجامعية، 2002-2003).
94. رضوان، أبو زيد.
- الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط1، (القاهرة، دار الفكر العربي، 1981).

- القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، ط1، (الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2003).
95. الرفاعي، أشرف عبد العليم.
96. سنقوقة، السائح.
- قانون الإجراءات المدنية نصا وتعليقا وشرحا وتطبيقا، ط1، (الجزائر، عين مليلة، دار الهدى، 1421هـ-2001م).
97. السنهوري، عبد الرزاق.
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط1، (القاهرة، دار النهضة العربية، دت).
98. الصلاحي، أحمد أنعم بن ناجي.
- النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، ط1، (اليمن، صنعاء، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، دت).
99. عبد القادر، ناريمان.
- اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، رقم 27 لسنة 1994، ط1، (القاهرة، دار النهضة العربية، 1996).
100. عبد المجيد، منير.
- قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولي، دط، (الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1995).
101. العجلوني، أحمد خالد.
- التعاقد عن طريق الانترنت، ط1، (الأردن، عمان، الدار العلمية للنشر والتوزيع، 2002).
102. علم الدين، محي الدين إسماعيل.
- منصة التحكيم التجاري الدولي، دط، (مصر، شركة مطابع الطناني، 1986).
103. العوفي، صالح.
- المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، ط1، (المملكة العربية السعودية، مركز البحوث والدراسات الإدارية، 1419هـ-1998م).
104. الفزائري، آمال أحمد.
- دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، ط1، (الإسكندرية، منشأة المعارف، دت).
105. الفقي، عمرو عيسى.
- الجديد في التحكيم الدول العربية، ط1، (2003).

-
106. الكيلاني، محمود.
- عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، ط2، (الأردن، عمان، دار الجيل، 1415هـ—1995م).
107. مراد، عبد الفتاح.
- شرح تشريعات التحكيم الداخلي والدولي، دط، (دم، دن، 1996).
108. هاشم، محمود محمد.
- النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دط، (مصر، دار الفكر العربي، 1990).
109. هندي، أحمد.
- تنفيذ أحكام المحكمين، دط، (الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001).
- أبو الوفاء، أحمد.
110. عقد التحكيم وإجراءاته، ط2، (مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1974).
111. التحكيم الاختياري والإجباري، دط، (الإسكندرية، منشأة المعارف، 1988).
112. بن ملحمة، الغوثي.
- القانون القضائي الجزائري، ط2، (الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2000).
113. المنشاوي، عبد الحميد.
- التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية، دط، (الإسكندرية، منشأة المعارف، 1995م).
114. أبو الهيجاء، محمد إبراهيم.
- التحكيم بواسطة الانترنت، ط1، (الأردن، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، 2002).
- المعاجم والموسوعات:
115. البعلبكي، منير.
- موسوعة المورد، ط2، (بيروت، دار العلم للملايين، 1992).
116. ابن زكريا، أبو الحسين أحمد بن فارس.
- محمل اللغة، دراسة وتحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، ط2، (مؤسسة الرسالة، 1406هـ—1986م).
117. الرازي، محمد بن أبي بكر.
- مختار الصحاح، ضبط وتصحيح أحمد شمس الدين، ط1، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1415هـ—1994م).

118. الفيروزآبادي.
القاموس المحيط، ط3، (مصر، بولاق، المطبعة الميرية، 1301هـ).
119. كورنو، حيرار.
معجم المصطلحات القانونية، ترجمة: منصور القاضي، ط1، (بيروت، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، 1418هـ-1998م).
120. الكيالي، عبد الوهاب.
موسوعة السياسة، ط3، (بيروت، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، 1990).
121. ابن منظور، محمد بن مكرم.
لسان العرب، ط1، (مصر، القاهرة، دار المعارف، دت).
122. مهنا، عبدا علي.
لسان اللسان تهذيب لسان العرب، دط، (بيروت، دار الكتب العلمية، 1993).
123. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.
الموسوعة الفقهية، ط1، (الكويت، مطبعة الموسوعة الفقهية، 1404هـ-1984م).
- كتب التاريخ:
124. الألوسي، محمد شكري.
بلوغ الأرب، شرح وتصحيح: محمد بهجة الآثري، دط، (لبنان، بيروت، دار الكتاب العربي، دت).
125. ابن هشام، أبو محمد بن عبد الملك.
سيرة النبي ﷺ، تحقيق: محي الدين عبد الحميد، دط، (دم، دار الفكر، دت).
126. باقر، طه.
مقدمة في تاريخ الحضارات القديمة، ط2، (بغداد، شركة التجارة والطباعة المحدودة، 1357هـ).
127. حسن، أحمد إبراهيم.
تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ط1، (الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1997).
128. زناقي، محمد سلام.
نظم العرب قبل الإسلام، ط1، (دم، دن، 1991).
129. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن.
تاريخ الخلفاء، تحقيق: أبو الفضل إبراهيم، دط، (لبنان، بيروت، دار الفكر العربي، دت).

130. الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير.
تاريخ الأمم والملوك، تاريخ الطبري، ط3، (لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، 1411هـ-1991م).
131. علي، جواد.
المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، إعداد، الفارس ندم المرعشلي، ط2، (بغداد، جامعة بغداد، 1413هـ-1993م).
132. اليعقوبي.
تاريخ اليعقوبي، دط، (لبنان، بيروت، دار صادر، دت).
- كتب التراجم والسير:
133. ابن الأثير.
أسد الغابة في معرفة الصحابة، دط، (بيروت، دار إحياء التراث العربي، دت).
- ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي.
134. تقريب التهذيب، دراسة وتحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ط1، (لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، 1413هـ-1993م).
135. تهذيب التهذيب، دط، (مصر، دار الفكر، 1984).
136. الحموي، أبو عبد الله ياقوت بن عبد الله الرومي.
معجم الأدياء أو إرشاد الأريب إلى معرفة الأديب، ط1، (لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، 1411هـ-1991م).
137. ابن خلكان.
وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، دط، (بيروت، دار صادر، دت).
138. الذهبي، أبو عبد الله شمس الدين محمد.
تذكرة الحفاظ، دط، (لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، دت).
139. ابن سعد، محمد بن سعيد بن منيع.
الطبقات الكبرى، دراسة وتحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط1، (لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، 1410هـ-1990م).
140. ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد.
الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق: علي محمد الجاوي، ط1، (لبنان، بيروت، دار الجيل، 1412هـ-1992م).

141. كحالة، عمر رضا.
- معجم المؤلفين، ط1، (لبنان، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1414هـ-1993م).
142. ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين أحمد البغدادي.
- كتاب الذيل على طبقات الحنابلة، دط، (لبنان، بيروت، دار المعرفة، دت).
143. الإسنوي، عبد الرحيم جمال الدين.
- طبقات الشافعية، تحقيق: كمال يوسف الحوت، ط1، (لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، 1407هـ-1987م).
144. الشيرازي، أبو إسحاق.
- طبقات الفقهاء، تحقيق: إحسان عباس، ط2، (لبنان، بيروت، دار الرائد العربي، 1401هـ-1981م).
145. ابن أبي الوفاء القرشي، محي الدين أبو محمد.
- الجواهر المضية في طبقات الحنافية، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، ط2، (مصر، دار هجر، 1413هـ-1993م).
146. ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد.
- الدياج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، ط1، (مصر، مطبعة السعادة، 1329هـ).
147. الزركلي، خير الدين.
- موسوعة الأعلام، ط7، (لبنان، بيروت، دار العلم للملايين، 1986م).
148. ابن العماد، أبو الفلاح عبد الحي.
- شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي في دار الآفاق الجديدة، دط، (لبنان، بيروت، دار الآفاق الجديدة، دت).
149. الكبي، محمد بن شاكر.
- فوات الوفيات والذيل عليها، تحقيق: إحسان عباس، دط، (لبنان، بيروت، دار الثقافة، 1973م).
150. ابن حجر العسقلاني، محمد بن علي.
- الإصابة في تمييز الصحابة، دط، (لبنان، بيروت، دار الكتاب العربي، دت).
151. السيوطي، جلال الدين.
- بغية الوعاة في طبقات المؤلفين والنحاة، تحقيق: أبو الفضل إبراهيم، ط2، (سوريا، دار الفكر، 1399هـ-1979م).
152. مخلوف، محمد بن محمد.
- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دط، (لبنان، بيروت، دار الفكر، دت).

153. ابن أبي يعلى، أبو الحسين محمد.
طبقات الخنابلة، دط، (لبنان، بيروت، دار المعرفة، دت).
154. ابن قطلوبغا، أبو الفداء زين الدين قاسم.
تاج التراجم، تحقيق: محمد خير الدين رمضان يوسف، ط1، (دمشق، دار القلم، 1413هـ-1992م).
الرسائل الجامعية:
155. بكلي، نور الدين.
اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق، 1975-1976م).
156. زروقي، الطيب.
النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1990-1991.
157. بوصنوبرة، خليل.
تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، الجزائر، قسنطينة، جامعة منتوري، 1999-2000.
مقالات المجلات والدوريات:
158. الأحذب، عبد الحميد.
اتفاقية نيويورك 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، عدد خاص باتفاقية نيويورك.
159. أبو الليل، إبراهيم الدسوقي
قواعد وإجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوق، الكويت، س17، ع1، (رمضان 1413هـ/مارس 1993م).
160. الألفي، محمد حبر
التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، ع9، (1417هـ-1996م)، ج4.
161. برادة، محمد غزيول.
تسوية المنازعات الدولية الواقع والآفاق، مجلة الإحياء، صادرة عن رابطة علماء المغرب، ع ، (صفر 1416هـ-جويلية 1995م).
162. التحكيم التجاري الخليجي، نشرة دورية يصدرها مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، ع22، (مارس 2002).

- العشاء، س.....
163. تقرير حول إعداد مشروع اتفاقية عربية للتحكيم التجاري، المحلة العربية للفقهاء والقضاء، المملكة المغربية، ع2، (2 أكتوبر 1985).
164. التويجري، عبد العزيز بن عثمان
- التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، ع9، (1417هـ-1996م)، ج4.
165. سالم، صلاح
- أضواء على الولاية القضائية لهيئات التحكيم، مجلة تجارة الرياض، المملكة العربية السعودية، س31، ع352، (رجب 1412هـ/يناير 1992م).
166. السمدان، أحمد ضاغن
- القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، الكويت، س17، ع1، (رمضان 1413هـ/مارس 1993م).
167. شهاب، مفيد
- التحكيم التجاري العربي، المحلة المصرية للقانون الدولي، مصر، مج41، (1985م).
168. صرخوه، يعقوب يوسف
- شروط صحة الحكم التحكيمي في التشريع الكويتي، مقارنة بما ورد في اتفاقيات التحكيم الصادرة في رحاب الأمم المتحدة، مجلة الحقوق، الكويت، س18، ع3، (ربيع الأول 1415هـ/سبتمبر 1994م).
169. عبد السلام، جعفر
- وثيقة إنشاء الدولة الإسلامية، المحلة المصرية للقانون الدولي، مصر، مج41، (1985م).
170. عبد الله، عبد الله محمد
- مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، ع9، (1417هـ/1969م)، ج4.
171. العززي، سعد
- العرف والعادة بين الشريعة والقانون، مجلة الحقوق، الكويت، س23، ع1، (ذو الحجة 1419هـ/مارس 1999م).
172. الفلوجي، إقبال
- على عتبة العولمة والقرن المقبل، من أجل مصداقية التحكيم العربي، مجلة المستقبل العربي، بيروت، لبنان، س22، ع248، (أكتوبر 1999م).
173. فهمي، وجدي راغب
- هل التحكيم نوع من القضاء، مجلة الحقوق، الكويت، س17، ع1، (رمضان 1413هـ/مارس 1993م).

174. الملحم، أحمد عبد الرحمن
عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم، مجلة الحقوق، الكويت، س18، ع2، (ذو الحجة 1414هـ/1994م).
175. المنيوي، محمد بدر يوسف
مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، ع9، (1417هـ/1996م)، ج4.
- الندوات:
- 1- ندوة الفجيرة "حول التحكيم في دول مجلس التعاون الواقع والآفاق". نظمها مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية بالتعاون مع غرفة تجارة وصناعة وزراعة الفجيرة في 31 يناير-1 فبراير 1999 بدولة الإمارات العربية المتحدة.
176. حداد، حمزة أحمد.
التحكيم التجاري العربي.
177. الحكيم، جاك يوسف.
الاتجاهات الحديثة في التحكيم الدولي.
178. الخولي، أكثم أمين.
الملامح الأساسية المميزة للنظام القانوني للتحكيم طبقاً لأحكام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية.
179. عبد الرضا، عبد الرسول.
القانون الواجب التطبيق في المنازعات التي تعرض على التحكيم التجاري الدولي.
180. محمود، سمير الشرقاوي.
القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري.
- 2- ندوة الاتجاهات الحديثة للتحكيم في التشريعات العربية المنعقدة في الفترة الممتدة من 28-30 أوت 2001 بدمشق سوريا، والمنظمة من قبل مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية بالتعاون مع كل من جامعة دمشق - كلية الحقوق - وغرفة تجارة دمشق.
181. حداد، حمزة أحمد.
التحكيم بوجه عام واتجاهات قانون التحكيم الأردني.
182. حسين، مصطفى فتحي.
التطور في مجال حسم المنازعات في منطقة الشرق الأوسط.

183. الحكيم، جاك يوسف.
مشروع التحكيم الأردني.
184. أنطاكي، نبيل.
التحكيم الحر والتحكيم المؤسساتي واتفاقات التعاون بين مؤسسات التحكيم.
185. شرف الدين، أحمد السعيد.
تسوية المنازعات إلكترونياً.
186. العنبري، مظهر.
حول التحكيم الإلكتروني.
- 3- ندوة تسوية المنازعات التجارية المتعلقة بتكنولوجيا الاتصالات والمعلومات والأعمال الإلكترونية،
البحرين من 9-10 ماي 2001.
187. سامي، فوزي محمد.
حماية المستهلك في التجارة الإلكترونية.
188. لطفي، حسام محمود.
المشكلات القانونية في مجال المعلوماتية خواطر وتأملات.
- مقالات الانترنت:
189. روية، أشرف خليل.
الطبيعة القانونية للتحكيم، مقال منشور على موقع:
WWW. Mouhamoun. Mauntada. Com.
190. مولوي، فيصل.
التحكيم في بلاد الغرب، إشكالية الطرح والمعالجة.-التحكيم في الشريعة الإسلامية-، مقال منشور على
موقع:
- WWW. Google. Com.
191. Cour international d'arbitrage CCI :avantages de l'arbitrage.
WWW. ICC.Booc. store.com/court/ France.
- مواقع تم استعمالها:
192. WWW. Cyber tribunal. Org.
193. WWW. Icc Book. Store.
194. WWW. Vamog. Vcilp. Org.
195. WWW. Wipo. Int/fre/arbit. Acprules.

القوانين والأوامر والمراسيم الوطنية:

196. القانون المدني، ديوان الأشغال العمومية، 1998.
197. قانون الإجراءات المدنية، ديوان الأشغال العمومية، 2000.
198. الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ، الموافق لـ 8 جوان 1966 (ج.ر، ع47، 9 جوان، 1966).
199. الأمر رقم 71-80 المؤرخ في 11 ذي القعدة 1391هـ / 29 ديسمبر 1991، (ج.ر، ع2، جانفي، 1972).
200. المرسوم التشريعي، رقم 88-233، المؤرخ في 25 ربيع الأول 1409هـ / 5 نوفمبر 1988، (ج.ر، ع48، س25، 23 نوفمبر 1988).
201. المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 3 ذي القعدة 1413هـ / 25 أفريل 1994، (ج.ر، ع27، 27 أفريل 1993).
202. المرسوم الرئاسي رقم 95-306، المؤرخ في 12 جمادى الأولى 1416هـ / 7 أكتوبر 1995م، (ج.ر، ع59، س32، 11 أكتوبر 1995).
203. المرسوم الرئاسي رقم 95-345، المؤرخ في 6 جمادى الثانية، 1416هـ / 30 أكتوبر 1995، (ج.ر، ع62، س32، 5 أكتوبر 1995).
204. المرسوم التنفيذي رقم 46-94، المؤرخ في 14 شوال 1416هـ / 3 مارس 1996، (ج.ر، ع16، س33).

القوانين الأجنبية:

205. نظام التوفيق والتحكيم لغرفة تجارة وصناعة دبي، الصادر في دبي بتاريخ 1994/02/22 الموافق لـ 12 رمضان 1414هـ.
206. مجلة (قانون) الإجراءات المدنية التونسية، الصادرة بتاريخ 1959/10/5.
207. Code de procédure civile, Français livre IV, L'arbitrage, (decr, N°81-500 du 12 Mais, 1981)

المراجع الأجنبية:**A-Les ouvrages :**

208. Fouchard, Philippe.
L'arbitrage commercial international, Edition, Dalloz, 1965.
209. Gavalda, Christian, Lucas claud.
L'arbitrage, Edition Dalloz, Paris, 1993.

210. Jarrosson. CH.
La nation de l'arbitrage, LGDJ, Paris, 1987.
211. Mentalecheta, Mohamed.
L'arbitrage commercial en droit Algérien, O.P.U, Algérien, 2^{ème}, édition, 1986.
- B-Les articles**
212. Camboulive, Gristian.
Mécanismes de règlement des différends des conventions bilatérales de protection des investissements, Revue, tunisienne, de l'Arbitrage, N° spécial, année 2001, N°1.
213. Clere. J .
L'arbitrage révolutionnaire, revue d'arbitrage, 1981.
214. Magdelawi. A.
Aspects arbitraux de la justice civil archaïque a Rome, revue internationale des droits, 1980.
215. Mebroukine, Ali.
Les nouveaux droit Algérien de l'arbitrage international, exposé non publié

سادسا: فهرس الموضوعات

أ	المقدمة
	الفصل التمهيدي: ماهية التحكيم، تطوره ونطاقه
2	تمهيد
3	المبحث الأول: مفهوم التحكيم
4	المطلب الأول: تعريف التحكيم ومشروعيته
4	الفرع الأول: تعريف التحكيم
4	أولا: التعريف اللغوي
4	ثانيا: التعريف الاصطلاحي
6	الفرع الثاني: مشروعية التحكيم
6	أولا: في الشريعة الإسلامية
17	ثانيا: القانون الوضعي
17	المطلب الثاني: تمييز التحكيم عن بعض النظم المشابهة
17	الفرع الأول: تمييز التحكيم عن القضاء والصلح
17	أولا: تمييز التحكيم عن القضاء في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ...
20	ثانيا: تمييز التحكيم عن الصلح في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي
24	الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن الوكالة والخبرة
24	أولا: تمييز التحكيم عن الوكالة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي
26	ثانيا: تمييز التحكيم عن الخبرة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي
31	المبحث الثاني: التطور التاريخي للتحكيم
31	المطلب الأول: التحكيم عند الأمم السالفة
31	الفرع الأول: التحكيم في الحضارات القديمة
31	أولا: التحكيم عند السومريين
32	ثانيا: التحكيم عند اليونانيين
33	ثالثا: التحكيم عند الرومان
33	الفرع الثاني: التحكيم عند العرب
33	أولا: التحكيم عند العرب قبل ظهور الإسلام
36	ثانيا: التحكيم عند العرب بعد ظهور الإسلام

38	المطلب الثاني: تطور التحكيم في التشريعات الحديثة
38	الفرع الأول: تطور التحكيم في التشريع الفرنسي
40	الفرع الثاني: تطور التحكيم في بعض التشريعات الأخرى
46	المبحث الثالث: نطاق التحكيم
47	المطلب الأول: نطاق التحكيم من حيث الموضوع
	الفرع الأول: المسائل التي يجوز فيها التحكيم والمسائل التي لا يجوز فيها التحكيم
47	في الشريعة الإسلامية
47	أولاً: المذهب الحنفي
49	ثانياً: المذهب المالكي
50	ثالثاً: المذهب الشافعي
51	رابعاً: المذهب الحنبلي
	الفرع الثاني: المسائل التي يجوز فيها التحكيم والمسائل التي لا يجوز فيها التحكيم
51	في القانون الوضعي
55	المطلب الثاني: نطاق التحكيم من حيث الأشخاص
55	الفرع الأول: في الشريعة الإسلامية
56	الفرع الثاني: في القانون الوضعي
58	خلاصة الفصل
	الفصل الأول: تنظيم التحكيم التجاري الدولي
60	تمهيد
61	المبحث الأول: مفهوم التحكيم التجاري الدولي
62	المطلب الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي
62	الفرع الأول: تعريف التحكيم التجاري الدولي وتكييفه الشرعي
62	أولاً: تعريف التحكيم التجاري الدولي
64	ثانياً: التكييف الشرعي للتحكيم التجاري الدولي
65	الفرع الثاني: صور الاتفاق على التحكيم التجاري الدولي
65	أولاً: في القانون الوضعي
69	ثانياً: موقف الشريعة الإسلامية

76 الفرع الثالث: أهمية التحكيم التجاري الدولي
81 المطلب الثاني: طبيعة التحكيم التجاري الدولي
81 الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من طبيعة التحكيم التجاري الدولي
82 أولاً: الطبيعة التعاقدية
83 ثانياً: الطبيعة القضائية
86 الفرع الثاني: موقف فقهاء القانون الوضعي من طبيعة التحكيم
86 أولاً: الطبيعة التعاقدية
88 ثانياً: الطبيعة القضائية
93 ثالثاً: الطبيعة المختلطة
93 رابعاً: الطبيعة المستقلة
97 المبحث الثاني: أنواع التحكيم التجاري الدولي وضوابط دوليته
97 المطلب الأول: أنواع التحكيم التجاري الدولي
97 الفرع الأول: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري
97 أولاً: في الشريعة الإسلامية
101 ثانياً: في القانون الوضعي
102 الفرع الثاني: التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح
102 أولاً: في الشريعة الإسلامية
103 ثانياً: في القانون الوضعي
105 الفرع الثالث: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي
105 أولاً: في الشريعة الإسلامية
105 ثانياً: في القانون الوضعي
114 المطلب الثاني: ضوابط دولية التحكيم التجاري
114 الفرع الأول: التمييز بين التحكيم الوطني والأجنبي والدولي
115 الفرع الثاني: معايير دولية التحكيم التجاري
115 أولاً: في الشريعة الإسلامية
116 ثانياً: في القانون الوضعي

122 المبحث الثالث: الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي
123 المطلب الأول: اتفاقيات التحكيم التجاري الدولي على المستوى الدولي العام
123 الفرع الأول: أهم اتفاقيات التحكيم التجاري الدولي بعد الحرب العالمية الأولى...
125 الفرع الثاني: أهم اتفاقيات التحكيم التجاري الدولي بعد الحرب العالمية الثانية... أولا: اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة
126 1958
129 ثانيا: الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي "جنيف 1961" ثالثا: قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1976 والقانون
130 النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للإينسترال 1985
133 المطلب الثاني: اتفاقيات التحكيم التجاري الدولي على مستوى الوطن العربي
133 الفرع الأول: الاتفاقيات المتضمنة تسوية المنازعات عن طريق التحكيم أولا: اتفاقية تسوية المنازعات بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين
133 مواطني الدول العربية الأخرى لسنة 1974
137 ثانيا: الاتفاقية الموحدة لاستثمار الأموال العربية في الدول العربية
138 ثالثا: اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987
142 الفرع الثاني: الاتفاقيات المتضمنة تنفيذ قرارات التحكيم
142 أولا: اتفاقية تنفيذ الأحكام لسنة 1952
142 ثانيا: اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983
144 خلاصة الفصل
 الفصل الثاني: الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي وتطبيقاته في الجزائر
146 تمهيد
147 المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي
147 المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات سير المنازعة
148 الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات سير المنازعة في التحكيم الحر.
148 أولا: في الشريعة الإسلامية
149 ثانيا: في القانون الوضعي

	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على إجراءات سير المنازعة في التحكيم
154 المؤسسي
154 أولا: في الشريعة الإسلامية
154 ثانيا: في القانون الوضعي
156 المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع
156 الفرع الأول: في الشريعة الإسلامية
162 الفرع الثاني: في القانون الوضعي
162 أولا: دور إرادة الخصوم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع
166 ثانيا: دور المحكم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع
170 ثالثا: تطبيق المحكم لقانون التجارة الدولية
174 المبحث الثاني: حكم التحكيم
175 المطلب الأول: القواعد العامة المتعلقة بالحكم التحكيمي
175 الفرع الأول: شروط صحة حكم التحكيم
175 أولا: في الشريعة الإسلامية
176 ثانيا: في القانون الوضعي
182 الفرع الثاني: تصحيح حكم المحكمين وتفسيره
183 أولا: في الشريعة الإسلامية
183 ثانيا: في القانون الوضعي
187 المطلب الثاني: تنفيذ حكم التحكيم
187 الفرع الأول: في الشريعة الإسلامية
190 الفرع الثاني: في القانون الوضعي
191 أولا: شروط تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي
197 ثانيا: إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي
200 المبحث الثالث: الآفاق المستقبلية للتحكيم التجاري الدولي وتطبيقاته في الجزائر
200 المطلب الأول: الآفاق المستقبلية للتحكيم التجاري الدولي
201 الفرع الأول: التحكيم الإلكتروني في الشريعة الإسلامية
201 أولا: حكم التعاقد الإلكتروني
203 ثانيا: موقف الشريعة الإسلامية من التحكيم الإلكتروني
204 الفرع الثاني: معالم التحكيم الإلكتروني في القانون الوضعي

204	أولا: الوجود الواقعي للتحكيم الإلكتروني
206	ثانيا: مشاكل التحكيم الإلكتروني
210	المطلب الثاني: تطبيقات التحكيم التجاري الدولي في الجزائر -الواقع والآفاق-.....
210	الفرع الأول: واقع التحكيم التجاري الدولي في الجزائر
214	الفرع الثاني: آفاق التحكيم التجاري الدولي في الجزائر
215	خلاصة الفصل
217	الخاتمة
220	الملاحق
الفهارس		
241	أول: فهرس الآيات
242	ثانيا: فهرس الأحاديث
243	ثالثا: فهرس الآثار
244	رابعا: فهرس الأعلام المترجم لهم
247	خامسا: قائمة المصادر والمراجع
266	سادسا: فهرس الموضوعات