

مدى "تحرر" "سلطان إرادة" المحتكمين

في "حرية" اختيار المحكمين

* المستشار القانوني الدكتور محمود محمود المغربي

* المستشار القانوني الدكتور محمود علي ملحم *

المقدمة

في المسار الحقوقي "ظواهر" تستوقف النظر، وتغري البحث، وتدعو إلى التأمل والمراجعة، مثيرة إشكاليات ومعضلات لتعدد الجوانب فيها وتشعب الآراء حولها وتباين الإتجاهات نحوها منتظرة العلاج الأنسب. وبروز ظواهر جديدة غير مألوفة لا يدل بأية حالة من الأحوال على ضعف المبادئ القديمة لأن هذه المبادئ هي التي نهضت بالسابقين نهضة ما يزال التاريخ يزهى بها، وإنما تدل على ضعف في إيمان أصحابها اليوم ونقص في إخلاصهم للفكرة وإنصرافهم إليها.

فقد يدهش الباحث بأدىء ذي بدء ويعجب بظاهرة جديدة تغزو الفكر والعلم ولكن ما إن ينثني على نفسه متأملاً مفكراً يدرك أن فيما إستجد ما ينشئ عن حدة ذهن ودقة فهم أو خطورة فكر وسوء قصد.. فلقد علمنا التاريخ، أن ندرس المستقبل على ضوء الماضي، فتيار النشاط البشري وإتجاه الحوادث العام يوحيان بإتجاه المستقبل وحوادثه، كما أن التيارات الفكرية لم ينقطع لها حد بين شطري العالم. والتناجج القادمة المتوقعة تبنى دوماً على المقدمات المعلومة المفروضة.

ولقد علمتنا الفلسفة، أن الباطل لا يصير حقاً بكثرة متحليه والحق لا يصير باطلاً بقلّة معتقديه. ولقد علمنا الفن، أن وظيفة النقد ليست في

♦ دكتوراه دولة في الحقوق، أستاذ محاضر لدى الجامعة اللبنانية وكلية القانون الكويتية العالمية، محام بالإستئناف.

♦ دكتوراه دولة في الحقوق، أستاذ محاضر لدى كلية القانون الكويتية العالمية، محام بالإستئناف.

تغيير طبائع المؤلفين المخلوقة ولا زيادة طاقتهم المحدودة بل توجيه الأنظار إلى المنهاج الأنسب خدمة للفكر وعقلانيته. فالباحث البصير يقف إزاء تاريخ أي علم من العلوم المليء باللمعات الفنية والإشراقات الذهنية وقفة كلها دهشة وروعة وإعجاب، وحين يقترب منه مستوضحا مستفهما إنما يقترب إقتراب المنقب عن سر مودع لا الباحث عن عيب فاسد، يعتني بالسطور وما بين السطور وما خلف السطور، تحركه نزعة علمية موضوعية مجردة بعيدا عن جمالية لفظية وعبقورية تعبيرية. فلرب غموض منشؤه عمق الفكرة ودقة التصور، وغموض منشؤه خطأ الفكرة وفسادها. تلك مسلمات أساسية تضفي المصدقية على عمل الباحث بعيدا عن تصعب في العلم أو تعسف في الفكرة أو تزييف للتاريخ..

ما يعيننا في المجالات الفكرية القانونية، ألا ننخدع بالإيحاءات الضمنية في بعض الصيغ أو التجليات الذهنية، وألا نهمل المعنى والغرض الحقيقي في التحليل النظري، وألا نعتبر كل شيء غير ظاهر بالضرورة شائن ومنحرف، وألا ننقاد في تصنيف الأصول والمبادئ بنزوة شبه قانونية غير بريئة^١، بل أن ننطلق في مقارنة مطلق عقيدة أو نظرية أو اتجاه أومبدأ من حقائق وضعية ثابتة لا لبس فيها، بأن القانون ضرورة وظاهرة إجتماعية تفرضها الحاجة إلى حد أدنى من الإستقرار العادل، وبأن أصوله وقواعده حقائق حية تتفاعل إيجابا وسلبا مع المحيط المكاني والزمني، وبأن إشباع الحاجة إلى الأمن القانوني لا يتحقق بمجرد وجود الضوابط الناظمة لسلوك الأفراد والجماعات بل في قوة فاعليتها على كبح غريزتهم التلقائية في إشاعة الفوضى في المجتمع.

والتحكيم، على نحو ما تفيد الشواهد التاريخية، لم يعد "حق مقبت" أو "تجديف على الإرادة والإدارة القضائية" أو "سبيل للتفلت من قضاء الدولة"، بل أمسى تجسيدا لفكرة العدالة الكونية، وأرضا خصبة

١ راجع :

W.Wengler : Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat, revue critique de droit international privé, 1982, p. 476 et s.

للمنطلقات الفلسفية الآنف الذكر، وظاهرة تستخف نسبيا بمحدود المكان التي تحد القوانين في نشأتها وتطورها^٢، تحوم في الفضاء الحقوقي، وتخرق الثقافات الحقوقية من خلال محكمين أحرار مستقلين محايدين مؤتمنين على حراسة الهيكل التحكيمي بصدق ونزاهة ووفاء وأمانة^٣، يختارهم، في الأصل، الفرقاء بإرادة حرة وحرص متناه منعا لأية قرارات مشوهة أو عدالة متقصّة.

إلا أن الإشكالية الأساس الدقيقة والحساسة المثارة في هذا الصدد، تكمن في معرفة مدى "تحرر" تلك الإرادة من مطلق قيد أو شرط - أقله في تشكيل الهيئة التحكيمية - وصولا للتوافق على مواصفات شخصية للمحكم قد تترد سلبا على المقاربة الثابتة لمدلول الحرية وأبعادها لدى مؤيدي التحكيم ومريديه... ونعني بذلك سمة "الإلتواء الديني" بخاصة.. وهنا بيت القصيد...

إن هذه السمة - المعضلة، القديمة المستجدة، وإنطلاقا مما سبق بيانه من منطلقات فلسفية إستشعرنا ضرورة التذكير بها قبل الغوض في متاهات البحث المحرقة، ليست بفكرة عارضة ولا خاطرة سريعة بل مادة شائكة ومعقدة وخطيرة بدلالاتها وأبعادها، جدير بالعناية والبحث، لها من العناصر والظروف ما يوجب الإلتفات إليها والإهتمام بها، تتطلب الكثير من الإحاطة والجرأة والتهيب والتأدب والحذر والدقة والهدوء بعيدا عن حماسة وتهور وتعصب وإنغلاق وقلة إنتباه.

أهمية البحث :

حرصا على عدم إهدار مفهوم الحرية وضمانا لفاعلية المشهد التحكيمي في تحقيق أهدافه المنشودة، نرى من المفيد لا بل من الضروري

٢ راجع : مهيب معماري : المحكم والحدود، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثاني عشر، بيروت ٢٠١١، ص ١٤٣ وما يليها.

٣ راجع : جوزف شاورول : المحكم وموجب الإستقلالية والحياد، مجلة التحكيم العالمية، العدد العاشر، بيروت ٢٠١١، ص ٥٧ وما يليها.

علميا وعمليا التصدي بتأن وشمولية لحقيقة مدلول سلطان الإرادة في تشكيل الهيئة التحكيمية من جهة أولى ومداه المشروع من جهة ثانية، مستشهدين بأبرز المواقف القضائية الأجنبية الضاغطة بإتجاه تبني منحى مغاير لما استقر في علم التحكيم من مسلمات رئيسية في تكوين المشهد التحكيمي وانتظام مساره، منذ نشأته وحتى عصرنا الحاضر.

منهجية البحث:

أوجبت الغاية المنشودة من هذه الدراسة القانونية المتخصصة اعتماد منهجية عامة جامعة شاملة، وصفية من جهة أولى نعرض من خلالها لتمايز التحكيم لا سيما التجاري الدولي منه وخصوصيته، وتحليلية من جهة ثانية تناول من خلالها مدلول التوافق الحتمي على المشهد التحكيمي والمنطلقات المبررة لمواصفات خاصة لدى المحكمين، وانتقادية من جهة ثالثة نتقده من خلالها بعض المواقف التحكيمية الأجنبية ذات الصلة، وتأصيلية من جهة رابعة نرمي من خلالها تحديد إطار عام يكفل حسن إختيار المحكمين للمحكمين حرصا على تقوية المعطى التحكيمي وأهدافه المشروعة المنشودة.

خطة البحث:

سنحاول الإجابة على مجمل التساؤلات الدقيقة المتصلة بمدى تحرر سلطان إرادة المحكمين في حرية إختيار المحكمين في هذه الدراسة الشائكة والشيقة في أن ضمن مبحثين مستقلين، بمبحث تناول في (المبحث الأول) خصوصية التحكيم التجاري الدولي لدى مجتمع التجارة والأعمال ثم نتطرق في (المبحث الثاني) لمدى مشروعية " القيد التوافقي الديني " في التحكيم التجاري الدولي على أن نخلص لـ (خاتمة) تتكامل في مقترحاتها مع ما سبق ذكره من ضوابط عليها تساعد في تحديد معالم الخروج من أتون حلقة مفرغة محرقة قد تهدد جوهر المشهد التحكيمي ومصدر قوته وفاعليته ونعني حرية إرادة الأطراف المتنازعة في تكوين الهيئة التحكيمية بخاصة.

المبحث الأول

خصوصية التحكيم التجاري الدولي لدى مجتمع التجارة والأعمال من المسلمات الراسخة في العصر الحاضر، عصر العولمة بمعناها الشمولي الواسع وما رافقها من رفع للقيود وتدفق للإستثمارات عبر الحدود وإفتتاح في الإقتصاد وتبادل في الخبرات، أن التحكيم نظام قضائي عالمي شديد الصلة بروح العدالة أكثر من تعلقه بحرفية النصوص القانونية، كونه الإرادة المشتركة لأطراف النزاع ليعمل في مناخ تتبدد فيه بعض حرارة وحدة الخصومة، محوره الأساس الحرية التعاقدية المتأصلة في جوهر نظرية القانون التي لا تحدّها ولا تقيدها في رسم ملامح المشهد التحكيمي عامة وإختيار من يوحى بالثقة لحسم النزاع خاصة إلا القواعد الآمرة وضوابط النظام العام^٤.

نحاول في هذا المبحث إبراز خصوصية التحكيم التجاري الدولي لدى مجتمع التجارة والأعمال في مطلبين مستقلين، بحيث نتطرق في (المطلب الأول) لتمايز التحكيم التجاري الدولي كقضاء أصيل لعالم التجارة والأعمال، على أن نخصص (المطلب الثاني) للتوافق الحتمي بين المحكّمين كضمانة ملازمة لفعالية التحكيم التجاري الدولي بخاصة.

المطلب الأول

تمايز التحكيم التجاري الدولي كقضاء أصيل لعالم التجارة والأعمال لا شك أن للمجتمع التجاري الدولي معطيات خاصة ومفاهيم معقدة وعلاقات مركبة تثير عقبات عملية ومعضلات شائكة تتطلب مرجعية قانونية دولية مستقلة وإطار مؤسساتي لتنظيم الروابط ومعالجة المنازعات ذات الصلة بغض النظر عن طبيعة النظامين القانونيين

٤ راجع :

♦ موفق اليافي : المحكم وكيفية إختياره، هل يحق لخبير المحاسبة أن يكون محكّماً أم لا ؟، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد العاشر، بيروت ١٩٩٩، ص ١٠ وما يليها.

♦ شكري صابر : هل يجب أن يكون المحكم حقوقياً ؟، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد العاشر، بيروت ١٩٩٩، ص ٩ وما يليها.

والإقتصادي السائد لدى دولة من الدول. ويشكل التحكيم إحدى أهم مكوناته المتميزة لإنسجامه مع إيقاع البيئة الدولية للأعمال المتغير دوماً. فهو ليس بنزعة ظرفية أوحادثة مصادفة أوترف علمي أوإضافة غير لازمة بل هووليد ظروف وثمره معطيات متصلة الحلقات جعلت منه حقيقة وضعية من العسير تجاهلها أوغض الطرف عنها، يتلمس الداخل إلى أعماقه دقة فلسفته وأسرار قوته وتمايز أركانه وأبعاد معانيه ومحورية دوره مما أكسبه مكانة علمية وعملية ملفتة تجلت بكثافة التوجه إليه محلياً إقليمياً دولياً بخاصة في العصر الحاضر على نحوما تفيده آراء أعلام الفكر القانوني التحكيمي.

الفقرة الأولى

"جدلية" الطبيعة الخاصة للتحكيم التجاري الدولي

نتلمس من الإستقراء التاريخي للتحكيم وبخاصة التجاري الدولي منه، عمق الهوة الفقهية بخاصة في مقارنة مدلوله ومجمل بنيانه التقني من مهده وصولاً لصدور القرار التحكيمي وحجية نفاذه. ومرد ذلك التباين، منطلق وتصور كل فقيه لما يقتضي أن يكون عليه المشهد التحكيمي تحقيداً لأهدافه المنشودة. وفي الواقع، لم يصل التحكيم التجاري الدولي إلى مرتبته الحالية المرموقة في عالم التجارة والأعمال إلا بعد أن مر بمحطات متعددة حملت كل واحدة منها نظرية من النظريات التي ساهمت في بلورة مفهومه على النحو المتعارف عليه في عصرنا الحاضر.

أولاً - في النظرية العقدية للتحكيم.

يتمثل منطلق النظرية العقدية للتحكيم، في مسلم أساسي مفاده أن التحكيم عبارة عن "أداة للعمل الحر" تتجلى من خلاله حرية الإرادة الفردية. وتبعاً لهذا المنطلق، تقوم المدرسة العقدية للتحكيم على فكرة مركزية وهي أن التحكيم عمل من أعمال الإرادة الفردية تستوعبه فكرة العقد في القانون الخاص التي تستوعب الإتفاق التحكيمي الذي يستوعب بدوره كامل فكرة التحكيم بما في ذلك العمل التحكيمي الذي لا يعدو أن

يكون في نظر أتباعه إلا عملا تنفيذيا لإتفاق التحكيم أي العقد^٥. وتتجسد فكرة التحكيم التعاقدي في ".. الحالة التي يعهد فيها الأطراف إلى شخص من الغير بمهمة حل النزاع تبعا لإجراءات مغايرة لتلك الواردة في قوانين المرافعات. وهذا الغير لا يتصرف كقاض فرأيه أو قراره يندرج في الإتفاق المبرم بين الأطراف فيصير بندا من بنوده"^٦. ويخلص أصحاب هذه النظرية، إنطلاقا من نظرتهم للتحكيم بوصفه ظاهرة قانونية مدنية إلى القول بأن الأطراف أنفسهم يمكنهم أن يضبطوا وينظموا طريقة إجراء التحكيم. وفي صورة عدم قيامهم بذلك، فإن نفس الطبيعة العقدية تمكن في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية أي في التحكيم الدولي من اللجوء إلى قواعد الإسناد السائدة بصدد الإلتزامات العقدية المتبعة في مجال القانون الدولي الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق. وترتبا على ذلك، يجوز إعمال القانون الأجنبي سواء تعلق الأمر بفصل مسائل تتعلق بالتحكيم أو بإجراءاته أو بالقرار التحكيمي بل إن أنصار هذا المذهب يذهبون بحكم التحكيم في إتفاق التحكيم سواء تم التحكيم داخل الدولة أم على إقليم دولة أجنبية.

دفعت هذه الشمولية لعمل الإرادة في التصور العقدي للتحكيم بأشهر أنصاره الفقيه Klein إلى القول بأن التحكيم في أطواره المختلفة إنما هو إجراء واحد قائم على إرادة الأطراف وأنه من الضروري إقامة نظام واحد وموحد للتحكيم حتى يمكن حل جميع مسائله وخصوصا مسائل التنازع في مجال التحكيم باعتماد قاعدة إسناد واحدة^٧ ويؤيده في مناه الفقيه أحمد السعيد الزرقد في دراسته القيمة حول طبيعة وأثر عقد

٥ راجع :

* Jean Robert : Arbitrage civil et commercial droit interne et droit international , Dalloz 1967 , n. 410 , p. 493 et s. ;

* Ballorde Pallieri : L'arbitrage privé dans les rapports internationaux , recueil des cours la Haye 1935 , p. 286 et s.

٦ راجع :

محمد نور عبد الهادي شحاته : الرقابة على أحكام المحكمين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٣ ، ص ٣٣ وما يليها.

٧ راجع :

F.E.Klein : Autonomie de la volonté et arbitrage , revue critique du droit international privé , 1958 , p. 255 et s. ;

التحكيم حيث إعتبر أنه " .. إذا كان عمل التحكيم له طبيعة خاصة، إلا أنه يقوم على عقد، يخضع لأحكام النظرية العامة للعقود في القانون المدني لذا لا نملك بداية سوى التعبير عن الدهشة لغياب فقه القانون المدني عن التحكيم برمته. فطبيعته التعاقدية واضحة في أطره وشروطه وإختيار المحكمين وتحديد إجراءات التحكيم. وإذا كان بعض الفقه قد ذهب إلى أن الأصل في التحكيم هو عمل المحكم، فإن رأيا آخر ذهب إلى أن عمل المحكم لا يخرج عن كونه تنفيذًا لعقد التحكيم... ويترتب على ذلك نتيجة مؤداها أن العقد يستغرق مرحلة التحكيم من البداية إلى النهاية.. ولا يستمد المحكم سلطته من القانون بل من إتفاق التحكيم.. وينعكس هذا الإتفاق على الحكم الصادر في هذا التحكيم بحيث يعتبر كأنه من عمل المتعاقدين أنفسهم وبذلك يستغرق عقد التحكيم عمل المحكمين من البداية إلى النهاية.."^٨ وتصديقًا لهذا المنهج يقتضي الإشارة بأن التحكيم لم يكن غائبًا تمامًا عن فقه القانون المدني بل إنه "... وإن كانت إجراءات التحكيم من مسائل المرافعات، فلا شك أن عقد التحكيم من موضوعات القانون المدني لأنه عقد كغيره من العقود يتفق بمقتضاه شخصان أو أكثر على إحالة نزاع نشأ بينهما أو ما ينشأ بينهما من نزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين للفصل فيه بدلا من اللجوء إلى القضاء المختص وإذا حصل الإتفاق على التحكيم تبعا لعقد معين سمي شرط التحكيم.."^٩

ثانيا - في النظرية التضائية للتحكيم.

ينطلق أصحاب هذا المذهب من طبيعة مهمة المحكم للقول بأن خصوصية الأساس المزدوج لها بين عقدي مباشر وقانوني غير مباشر لا تغير في أمر ولاية الحكم لدى المحكم شيئا فهو ينطق بحكم القانون وله كالقاضي سلطة الحكم. ويستند مؤيدو هذا المذهب إلى أن التحكيم تسيطر

٨ راجع :

أحمد سعيد الزرقد : عقد التحكيم، دراسة في طبيعته وأثره، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم في المنصورة، مصر، ٢٧ - ٢٨ مارس ٢٠٠٠.

٩ راجع :

محمد كامل مرسي باشا : شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، الجزء الأول، المخصص للكفالة والوكالة والسمسرة والصلح والتحكيم والحراسة، الطبعة الثانية، المطبعة العالمية، القاهرة ١٩٥٢، ص ٥٤١ وما يليها.

عليه الطبيعة القضائية من حيث المهمة الموكلة إليه كما أن المشرع صاغه في كساء قضائي خاص فهو يتحدث عن نزاع litige وعن أطراف في النزاع parties وعن حكم تحكيمي jugement arbitral ويلزم المحكم بالقضاء juger وهو يسطر قواعد مرافعات تحكيمية مبدئياً مأخوذة من القانون العام للمرافعات ويتوج كل ذلك بإستعارة نظام النفاذ المعجل وبإعتماد نظام للطعن بالإستئناف وبالإلتماس^{١٠}. فكل هذه المفاهيم والمصطلحات وما تحمله من مفاهيم قانونية إنما هي مصطلحات ومفاهيم إجرائية قضائية يرتكز عليها نظام الوظيفة القضائية. ومؤدى هذا التصور في النهاية، هو أن التحكيم ليس إلا شكلاً خاصاً لممارسة العدالة التي هي من وظائف الدولة وما دامت هذه الأخيرة قد رخصت للأطراف في اللجوء إلى التحكيم ووافقت على إيقاف نشاط مؤسساتها في ما إحتكموا فيه، فإن المحكم سيمارس وظيفة عامة هي الوظيفة القضائية وقراره يكون حكماً بالمفهوم القانوني للحكم القضائي.

ثالثاً - في النظرية الذاتية للتحكيم.

تمثل هذه النظرية إتجاهاً جديداً في تحديد طبيعة التحكيم ظهر في الفقه الحديث يستند أنصاره إلى فكرة مفادها أن التحكيم ما هو إلا ظاهرة تلقائية أو قائمة بذاتها على أساس نفعي وحضاري تقني. فتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم لا يتيسر إلا إذا أخذنا بالإعتبار الهدف من التحكيم ومنفعته الواقعية. فهو نظام خاص بمجتمع التجار الذي يخلق قانونه الخاص وينشئ هيئاته الخاصة للفصل في المنازعات الناشئة بين التجار في مجتمع التجار وخارج مجتمع الدولة أو حتى في مجتمع ما بين الدول. وكما يعكس القانون الموضوعي للتجارة الدولية حاجيات التجارة في مجتمع

١٠ راجع :

- * J.Rubellin-Devichi : Essai sur la nature de l'arbitrage , LGDJ , Paris 1965 , préface.
- * V.E.Krings. L.Martray : Le juge et l'arbitre , revue critique de droit international et de droit comparé , 1982 , p. 222 et s.

رجال الأعمال ، فإن التحكيم يحقق بدوره غاية نفعية إقتضتها التجارة الدولية ويندرج ضمن التجارب البراغماتية لرجال الأعمال ولا يتعلق بالقانون وليس بالتالي ظاهرة قانونية. وهو نظام أصيل متحرر من العناصر التعاقدية ومن العناصر القضائية على السواء. فإتفاقية التحكيم عند أصحاب هذا المذهب لا تعد عقدا مدنيا على الإطلاق لأن أي عقد مدني مهما كانت خصوصيته لا يرتب آثارا إجرائية كما أنها لا تعد إتفاقا إجرائيا أي داخلا في مجال الإجراءات طالما أن التحكيم يخرج عن إختصاص قضاء الدولة. لكن هذا لا يعني أن التحكيم لا علاقة له مطلقا بالقانون والإجراءات وإنما يعني ذلك فقط أنه نظام تلقائي ذاتي فرضته على الأطراف مقتضيات التجارة لما يوفره من ضمانات السرية والسرعة ، أما إلتزام المحكمين بإتفاقية التحكيم وبحكم التحكيم يفسر بكونه ضروريا لأداء التجارة الدولية أداءا دقيقا. وبالرغم مما تعرضت من نقد لاذع ، إستهوت فكرة ذاتية التحكيم جانبا من الفقه الحديث الذي إنطلق من إستقراء حضاري وتاريخي لفكرة التحكيم ليسلم بوحده وإستقراره وإستقلالته عن العقد وعن القضاء معا وطبيعته الحضارية الإستثنائية العامة المستقلة المحايدة ، لكنه مع الإقرار بطابعه الإجرائي والعمومي ينزع عنه الطابع القضائي معتبرا أن الجمع بين وظيفة القضاء والمهمة التحكيمية باطلا وغير دستوري^{١١}. فالتحكيم ليس بصناعة اليوم ولا صيغة من صيغ الإزدهار التجاري وإنما هو بكر من أبكار الحضارة في فجرها الأول ورمز من رموزها الدائمة عبر العصور وليس القضاء سليله وإنما التحكيم هو أصل مبدأ الغيرية والحيدة في المجال الإجرائي. كما أنه ليس من صنع القانون الموضوعي ولا من صنع أدواته الفنية وإنما الثابت أنه أسبق وجودا في القانون الموضوعي حتى في صيغته العرفية الأولى ويجد أساسه في فكرة الحضارة وهي فكرة إجرائية محضة. فضلا عن ذلك ، هو ليس إستثناء في

١١ راجع :

أحمد محمد حشيش : طبيعة المهمة التحكيمية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ٢٠٠٠ ، ص ٣٥٠ وما يليها.

فكرة القضاء بل هو استثناء على فكرة القضاء ، فلا التحكيم قضاء ولا التحكيم قضائي ، فلا تقاضي على درجتين ولا علنية ولا رسوم قضائية ولا إختصاص قضائي للمحكم لا يمين قضائية ولا أمر بالنفاذ المعجل ولا مخاصمة قضائية ولا نكران للعدالة ولا إحالة من القضاء للتحكيم أو من التحكيم للقضاء.

الفقرة الثانية

" الإجماع " حول التحكيم التجاري الدولي كملاذ أمن للعدالة

ما أنبأ به فيلسوف اليونان قديما من أن "... أطراف النزاع يستطيعون تفضيل التحكيم عن القضاء لأن المحكم يرى " العدالة " بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع..." بات يردده الفقه المعاصر الذي يرى في التحكيم التجاري وإتساع مجاله ردة فعل مضادة لحرفية قانون القضاء ورغبة جامعة لأطراف المنازعة في التخلص منه كي تحل منازعاتهم طبقا لمبادئ أكثر رحابة من تلك التي يتضمنها القانون الوضعي^{١١}. وفي هذا السياق، لاحظ René David أن " التحكيم نشأ كأداة في بناء السلام والغرض منه كان الحفاظ على الوئام بين الأشخاص " ^{١٢} كما إعتبر Motulsky " أن قدم مؤسسة التحكيم وتطورها بينا أن وجود قضاء خاص كان حاجة مترسخة في الضمير الجماعي حتى أنها تدفع بالبعض للحديث عن حق طبيعي فهو خيار تمليه الثقة التي تفسر النفاذ التلقائي والطوعي للمحكم التحكيمي.. يتمثل في حكم منازعة من قبل خواص يختارهم مبدئيا خواص آخرون بموجب إتفاق.. " ^{١٤} وأيده في ذلك أحمد أبو الوفاء " .. فالقانون الطبيعي

١٢ راجع :

* Ch.Carabiber : L'évolution de l'arbitrage commercial international, recueil des cours, La Haye, 1960, p. 125 et s ;

* R.David : Droit naturel et arbitrage, paris 1954, p. 20 et s..

١٣ راجع :

René David : Arbitration in International Trade, Kluwer, 1981, p.2.

١٤ راجع :

H.Motulsky : La nature de l'arbitrage, études et notes sur l'arbitrage, Dalloz, 1974, p. 14 et s : =

هو الذي فرض التحكيم على الإنسان، وفرضته عليه الطبيعة منذ الأزل وقبل إنشاء الدول. التحكيم إذن كان هو طريق العدل الأول للإنسان، يحقق بمقتضاه الأمن والسلام في المجتمع... " ١٥ " إلا أنه بحسب أستاذنا عبد الحميد الأحذب " .. لم يعد بإمكانه أن يقف مكتوف اليدين تجاه التحولات العميقة التي طاولت التجارة الدولية وما رافقها من تطور بالغ الأهمية وذلك منذ بداية القرن العشرين خاصة منذ الحرب العالمية الثانية. فاندفع نحو التكيف مع المعطيات الجديدة للتجارة الدولية ليؤمن للنزاعات الناشئة عنها الحلول المناسبة التي تحتاجها والمتسمة بمخاصية السرعة والضمانة والعدالة.. " ١٦ " والتي يحفظ التحكيم برأيه " ... كبرياءها لأنه إذا كان هناك عدالة الصراخ فإن في التحكيم عدالة الهمس والصلاة ويجب أن يمارس في أجواء السلام والتسامح والتفاهم لينجح في دوره الدولي كوسيلة بديلة عن الحرب والعنف.. " ١٧ " مؤكداً " ... على شروطه الثلاثة " .. الثقة، الثقة، الثقة، فلا يأتي أحد إلى التحكيم إلا إذا كان التحكيم يوحى بالثقة والأمان والنزاهة والعلم. فهوليس سرعة فحسب بل هو ثقة. وليس ثقة فحسب بل أصبح على صعيد التجارة الدولية المحكمة التي فيها مفهوم العدالة عند كل

" ... L'ancienneté de cette institution et son développement montrent que l'existence d'une justice privée est ressentie comme un besoin pour la conscience collective. On est tenté de parler de droit naturel ... l'arbitrage constitue le jugement d'une contestation par des particuliers choisis, en principe, par d'autres particuliers au moyen d'une convention "

١٥ راجع :

أحمد أبو الوفاء : التحكيم الإختياري والإجباري، منشأة المعارف، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨، ص ١٦ وما يليها

١٦ راجع :

عبد الحميد الأحذب : موسوعة التحكيم، مقدمة الطبعتين الأولى والثانية، الكتاب الأول، التحكيم في البلدان العربية، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٨، ص ٥.

١٧ راجع كلمة أستاذنا المحامي الدكتور عبد الحميد الأحذب في الجلسة الافتتاحية لمؤتمر تعديل قواعد تحكيم اليونسترال المنعقد في بيروت ٢٠١٠، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، تشرين الأول ٢٠١٠، ص ٦٢ وما يليها.

الأطراف... " ١٨ أما الحسين السالمي فيرى " ... أنه أيا كانت الملبسات التاريخية حول تطور مفهوم العدالة وأدوات تحقيقها، فإن الإشكال في الواقع الحالي للقانون لم يعد يتعلق بتواجد قضاءين يتقاسمان الوظيفة القضائية بقدر ما أصبح يتعلق بخصوصية كلا القضاءين وأثرهما على العلاقة بينهما وعلى علاقة كل منهما بعنصري الجدلية القانونية أي الواقع والقانون.. " ١٩ واصفا التحكيم .. بنظام ذي التزام عقلائي وبراغماتي نفعي لأنه يتوافق مع نزوع الأطراف إلى تهدئة نزاعاتهم والإستعاضة عن التحاكم الصدامي بالتوافق السلمي ومع مقتضيات العلاقات الاقتصادية الدولية ما جعل منه الأداة الفضلى لحل النزاعات.. " ٢٠ معتبرا أن " الثقة ما هي العامل الأول، لأن العامل الثاني والذي يمثل الضمانة الأهم في نجاح بل تفوق التحكيم يكمن في سلوك المحكم والذي بالتزامه الأمانة والمرونة ونزوعه إلى التوفيق على المستويين الإجرائي والموضوعي، نجد أنه يستصدر حكمه من الأفراد المحكمين سواء من خلال جمعهم على رأي مشترك يكتفي هو بتقريره أو من خلال جمعهم حول مركز يوفق بين مصالحهم ينطق هو برأيه ويستعيض فيه عن الحل الصدامي بالحل الوثامي.

وإذا كان مصطلح " التحكيم التجاري الدولي " لم يستعمل لأول مرة إلا في مؤتمر الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي الذي إنعقد في نيويورك عام ١٩٥٨ وإنتهى بالتوقيع على إتفاقية نيويورك المعروفة ثم من بعدها الإتفاقية الأوروبية لعام ١٩٦١، إلا أن إرهابات وجوده تتردد إلى عصور روما القديمة مع إتساع سلطة القاضي وظهور عدالة حسن النية حيث عرف الرومان التحكيم الإختياري كما نتصوره اليوم وإن لم يكن

١٨ راجع كلمة أستاذنا المحامي الدكتور عبد الحميد الأحديب في الجلسة الإفتتاحية لأعمال مؤتمر التحكيم العربي الأروبي المنعقد في بيروت ١٩٩٦، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثالث، سنة ١٩٩٦ ص ١٧.

١٩ راجع :

الحسين السالمي : التحكيم وقضاء الدولة، الطبعة الأولى، بيروت ٢٠٠٨، ص ٥٦ وما يليها.

٢٠ راجع :

الحسين السالمي : المرجع المذكور سابقا، ص ٢١٩ وما يليها.

لقرارات التحكيم في القانون الروماني القديم أية سلطة أوقوة تنفيذية. إذ لم يكن قرار التحكيم سوى "فكرة" أو "إقتراح" ليس له صفة الحكم. وكل ما كان يترتب على عدم التنفيذ هو ملاحقة الطرف الذي يمتنع عن تنفيذ قرار التحكيم بدعوى لدفع غرامة أو عقوبة مالية بمقتضى إشتراط في إتفاق التحكيم *Stipulation Poenae*. والحقيقة، أن التحكيم التجاري الدولي - رغم حداثة هذا المصطلح - قد إرتبط بالتجارة الدولية والتبادل التجاري بين الشعوب، وإزدهر بإزدهار هذه التجارة وأفل نجمه بأقولها. حيث كانت هذه التجارة هي الميدان الخصب للإثراء وتطوير قواعد التحكيم التجاري. فحيث إزدهرت التجارة الدولية في القرون الوسطى من خلال إقامة المعارض والأسواق لا سيما في ألمانيا وأسبانيا وهولندا وفرنسا، فضلا عن جمهوريات إيطاليا وظهور ما يسمى بقانون التجارة الدولية أو القانون التجاري الدولي *Lex Mercatoria* وهو قانون لم يتكون من عادات وأعراف تجار تابعين لدولة واحدة بعينها أو ورثوها عن أجدادهم وإنما كانت قواعده تجسيدا لأعراف وعادات التجار في المعارض والأسواق من جميع الدول^{٢١}. وفي مرحلة تالية، لا سيما بداية القرن التاسع عشر وبداية التوحيد الجغرافي والسياسي وحركة التقنيات الوطنية، أفل نجم التحكيم التجاري الدولي حيث أدمجت أعراف التجار وعاداتهم في القوانين الداخلية وتميزت هذه الفترة بسيادة فكرة الوطنية وسيطرت النزعة "الشوفونية" فيما يتعلق بسلطات الدولة القضائية^{٢٢}. أما في العصر الحاضر، فقد تغير الوضع وذلك نتيجة لزيادة معدل التجارة الدولية وإتساع سوقها لزيادة وسهولة المواصلات عبر القارات وإنتشار العقود

٢١ راجع :

- * Y.Loussouarn , J.D.Berdin : *Droit du commerce international* , Paris 1979 , p. 18 et s ;
- * Jean Robert : *Exposé introductif et général sur l'arbitrage* , *Annuaire de la faculté de Liège* , 1964 , p. 29 et s..

٢٢ راجع :

J.Rideau : *L'arbitrage international public et commercial* , Paris 1969 , p. 5 et s.

ذات الشكل النموذجي والهيئات والوكالات المتخصصة في التجارة الدولية والشركات ذات الطابع الدولي والشركات المتعددة الجنسيات. ولقد كان من نتيجة الاختلافات الإيديولوجية بين النظم الإجتماعية والإقتصادية لدول عالم اليوم، أن بدأت العلاقات التجارية الدولية بتعدد رويدا رويدا عن سيطرة قانون الدولة لتحكم أو تنظم بقواعد ذات منبع مهني وكذلك إنتشرت مراكز وهيئات التحكيم على المستويين الإقليمي والدولي^{٢٣}. ونتيجة لذلك، أولت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي *Uncitral* والتي أنشئت بمقتضى القرار رقم ٢٢٠٥ الصادر عن دورة الإنعقاد الحادي والعشرين للجمعية العمومية للأمم المتحدة عام ١٩٦٦، إهتمامها بالتحكيم التجاري الدولي بنواحي عديدة تجلّى أبرزها بوضع قانون نموذجي للتحكيم التجاري الدولي عدل مؤخرا إعتنقه كثير من النظم وهيئات التحكيم، كما حظيت كل جزئية من جزئيات التحكيم التجاري الدولي بإهتمام ملحوظ من جانب سائر الهيئات والمؤسسات الأوروبية والإقليمية والعربية على نحو ما تفيد كثافة المؤتمرات ونوعية الدراسات وتمايز الإتهامات القضائية ذات الصلة بما عزز ما زال تحقيق أهدافه المنشودة. بالتالي، تتأكد أصالة التحكيم كقضاء للتجارة الدولية من خلال واقع هذه التجارة من حيث مدى إذعان أطرافها للتحكيم التجاري وإستقلالية هذا النظام عن العقود التجارية الدولية التي تثار بمناسبتها المنازعات التي تطرح على التحكيم وتمتعه بقانون مستقل للإجراءات وصرورة قراراته مصدرا لقضاء المحكمين فضلا عن حجيتها فيما تقضي به^{٢٤}.

٢٣ راجع :

P.Benjamin : Aperçu des institutions arbitrales de l'Europe de l'est qui exercent une activité dans le domaine de l'arbitrage commercial international , revue de l'arbitrage 1957 , p. 121 et s.

٢٤ راجع :

❖ محمود مصطفى يونس : المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٩، ص ١١ وما يليها.

❖ أبوزيد رضوان : قانون التجارة الدولية، مجلة الأمن والقانون، كاية شرطة دبي، السنة الأولى، العدد الأول، ص ٢٢٢ وما يليها.

المطلب الثاني

" حتمية " توافق المحكّمين كضمانة ملازمة لفعالية التحكيم التجاري الدولي

الإرادة الفردية، في صورها الفني التقليدي كمنشئ للإلتزام ومعيار للتصرف القانوني، أوفي صورها التقني الحديث كأداة لتهدئة وتسوية النزاعات الدولية عبر الطرق الغير التنازعية أو عبر التحكيم كما عند المدرسة الذاتية، بل وحتى في صورها الفلسفي الإجتماعي كأساس للإلتزام القانوني في نظرية العقد الإجتماعي مثلا، لا تخرج عن الدور الكاشف للولاية الأصلية في المستويين الداخلي والدولي على السواء^{٢٥}. فهي تعمل في تفويض من القانون كمنشئ للحقوق جميعها ومنها الحق الشخصي الذي تمثل الإرادة مصدره الرئيسي ضمن مصادر الإلتزام كما تعمل في الحدود التي يرسمها لها القانون من حيث صيغة التصرف وماديته. ولو طبقنا دور الإرادة على مؤسسة التحكيم سنلاحظ أنه لا يخرج عن دورها تجاه كل مؤسسة باعتبارها أداة يمكن للإرادة أن تحيل عليها أو تستعملها في إطار تصرف قانوني مركب. ويكفي دلالة على دورها المحوري، إعتبار علم التحكيم، بإجماع أمني منقطع النظير، " عالما من الحريات " المتجانسة والتعاونة في رسم مجمل ملامح المشهد التحكيمي بمختلف جزئياته، لا سيما أكثرها دقة وخطورة وأهمية، ونعني " الحرية " في إختيار الأشخاص الموجبين بمعالجة النزاعات المثارة بين الأطراف المتنازعة بموضوعية وحياد وإستقلالية وتجرد.

الفقرة الأولى

" مرجعية " سلطان الإرادة في تكوين المشهد التحكيمي التجاري الدولي

من ثوابت علم القانون، أن لمطلق قاعدة قانونية معايير خاصة تبين مدى قدرتها على إنتاج الآثار القانونية المتوخاة ألا وهي الشكلية والفعالية والشرعية. وبحسب الفيلسوف البرازيلي Miguel Real، إذا كانت القاعدة شرعية إنما غير فعالة وغير قانونية فهي ليست لإقيمة أخلاقية قد

٢٥ راجع :

الحسين السالي : المرجع المذكور سابقا، ص ١٢٠ وما يليها.

تشكل مصدر وحي للمشرع والقاضي. وإذا كانت القاعدة قانونية إنما غير فعالة وغير شرعية فقد تصبح حتما مهجورة. وإذا كانت القاعدة فعالة إنما غير قانونية وغير شرعية فقد تكون قاعدة سلطة إحتلال. أما إذا كانت القاعدة قانونية فعالة إنما غير شرعية فقد تعتبر بطبيعة الحال قاعدة غير عادلة^{٢٦}.

إنطلاقاً من تلك المسلمة التقليدية الثابتة، تعد "الإرادة" وسلطانها، بحقيقة مدلولها وإتساع آفاقها، وبإجماع مؤيدي التحكيم ومريديه، وعاء السيادة التحكيمية والأساس الصلب الذي يكسب دوماً المسار التحكيمي فعاليته وقوته وشرعيته في الشكل والمضمون. فهي وإن تعاونت مع إرادتي النظام القانوني الوضعي وهيئة التحكيم، إلا أن لها الفضل الأساس والدور المحوري في خلق التحكيم وبدونها لا يتصور له وجود أوكينونة. ويكفي دلالة على هذه الصلة العضوية، وصف Lazareff التحكيم بـ "... عملية توافقية حيث يكون خيار الأطراف مقيداً لجهة المخالفات، المحتملة للنظام العام الدولي أو المحلي.."^{٢٧}، وقد أيدته في منحاه أعلام الفقه التحكيمي الدولي، نذكر منهم على سبيل المثال لا الحصر، Herbraud الذي وجد في التحكيم "... تكريساً خصوصياً للظاهرة العامة التي تجمع المؤسسة وحرية الإرادة.."^{٢٨}، وLegendre

٢٦ راجع :

M.Reale : La situation de la théorie tridimensionnelle du droit , Archives de Philosophie du Droit , Le droit international , 1987 , p. 369 et s.

٢٧ راجع تعليق المحامي Serge Lazareff على حكم Jivraj المنشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الحادي عشر، تموز ٢٠١١، ص ٧١ وما يليها

٢٨ راجع :

* Pierre Herbraud : Rôle de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques , in Mélanges Jacques Maury , Péface G.Mary , Dalloz -Sirey , Université des sciences sociales de Toulouse 1960. T.2 , p. 419 et s.

* Pierre Herbraud : La juridiction arbitrale et la notion de compétence compétence , RTDC civ.1962 , p.160. et s.

الذي شدد "...على دورها (الإرادة) الخلاق...." ^{٢٩} ، و Gaillard الذي وجد في صميم مادة التحكيم "... مفاهيم فلسفية كالإرادة والحرية.. فالأطراف أحرار في إختيار وسيلة خاصة لتسوية النزاعات وتفضيلها على القضاء الوطني، وفي إختيار شخص القاضي وفي إبتكار الإجراءات التي تبدولهم الأكثر ملاءمة كما أنهم أحرار في إختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق ولو كانت تلك القواعد مستقلة عن أي نظام قانوني وطني.. كما أن للحكّمين حرية في الفصل بمسألة إختصاصهم بالنظر في النزاع المعروض عليهم وتيسير إجراءات التحكيم وإختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حال عدم إتفاق الأطراف.. " ^{٣٠} ، و Klein الذي إستند إلى القوة التنظيمية للإرادة الفردية معتبرا بذلك التحكيم "... إجراء واحد قائم على إرادة الأطراف... " ^{٣١} ، و Mayer الذي إعتبر "... أن أحدا لم يقدم على تعيين المحكم حارسا للنظام العام بل الأطراف.. " ^{٣٢} ، و Clay الذي إعتبر أن مدار مؤسسة التحكيم يكمن في "... إلتزام المحكم بمراعاة الواجبات التي يحملها عليه المركز الذي أسنده له الأطراف، بتبادل الرضى... " ^{٣٣} .

٢٩ راجع :

Pierre Legendre : Revisiter les fondations du droit civil , RTD civ , 1990 , p.642 et s

٣٠ راجع :

Emmanuel Gaillard: Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international , Martinus Nijhoff , Académie de Droit International de La Haye , 2008. p. 8 et s.

٣١ راجع :

F.E.Klein : Autonomie de la volonté et arbitrage , revue critique de droit international privé , 1958 , p. 255 et s.

٣٢ راجع :

P.Mayer : L'arbitre et la loi , Etudes offertes à Pierre Catala , le droit privé francais à la fin du 20 ème siècle , Litec , Paris 2001 , p. 225 et s.

٣٣ راجع :

Thomas Clay : l'arbitre , Dalloz. Paris 2001 , p. 340 et s.

الفقرة الثانية

ضوابط " سلطان الإرادة " في إختيار المحكمين

تقتضي حرية التحكيم المستندة إلى الحق في التحكيم، إقرار سلطان الإرادة التحكيمية في مختلف مظاهر ومراحل التحكيم من حرية إختيار الأطراف لنظام التحكيم حرا كان أو مؤسسيا، إلى حرية إختيار محكميهم، إلى حرية تحديد مكان ومدة وإجراءات التحكيم والقانون المنطبق في الأصل. إلا أن هذه الحرية على شموليتها ليست بمطلقة، فزيادة على الطابع شبه الفرضي للتحكيم في العلاقات الإقتصادية الدولية بخاصة، فإن خيار الأطراف أصبح محدودا إما في الإنخراط في نظام تحكيمي مؤسسي، وإن لم يكن كذلك ففي النظام الأفقي المشترك للشرعية التحكيمية الذي يسير ويحرك " مؤسسة " التحكيم، والتي يعد " المحكم " من أهم عناصرها ومحورها الأساس. فيقدر دقته ومهارته، تكون سلامة إجراءات التحكيم وصحة الحكم الصادر بل أن العملية التحكيمية برمتها تبقى مرهونة بشخصه.

أولا- " النظام القانوني التحكيمي " كمصدر أساسي لمبدأ " سلطان الإرادة " في إختيار المحكمين. إذا كان للمتازعين أن يختاروا تعاقديا المحكمين، فقد ترك المشع التحكيمي لهؤلاء الحرية في الإختيار على إعتبار أن المبدأ المهيمن في حق الإختيار هو الثقة التي يجب أن تربط بين المتازعين والمحكمين^{٣٤}. وحرية التعاقد التي تتبعها حرية إختيار المحكمين مبرر أيضا

٣٤ راجع :

Jurisclasseur Proc. civil, Fasc 1005, n. 101 :

'.. sans doute, est-ce l'avantage majeur de l'arbitrage.. l'arbitrage est d'abord une relation de confiance entre les parties et l'arbitre. le droit de l'arbitrage protégé la liberté de choix des arbitres par les parties, en particulier en interdisant aux personnes morales d'arbitrer les litiges.. la jurisprudence reconnaît comme un droit fondamental la liberté pour les parties de désigner les arbitres ...'.

من الناحية الواقعية والعملية، فللمتنازعين أن يختاروا المحكمين وفقا لإعتبارات عدة جميعها مصدرها الثقة منها على سبيل المثال لا الحصر الكفاءة القانونية أو الفنية أو الإنتماء لذات الفئة التي ينتمي إليها المتنازعان أو إمتلاك السلطة المعنوية أو الهيبة التي تبرر ثقة المتنازعين به.

إلا أن الحقيقة القائلة بأن المحكم " مختار " ليست بمطلقة، بل جزئية ونسبية، إذ تستند إلى مبدأ حرية التحكيم كأصل ثابت في مختلف مراحلها وبالتحديد من خلال نظام إتفاقية التحكيم الذي يشترط تعيين المحكم أو المحكمين إما مباشرة أو من خلال إعتقاد نظام للتعيين كالأحالة على مؤسسة تحكيم دائمة. لذلك يحمل هذا المسلم في داخله حدوده ما دام لا يتعلق إلا بالتحكيم الإختياري والحر أساسا. وفي التحكيم المؤسسي كما في خيار القاضي، يكون الإختيار غير مباشر من خلال نظام التحكيم وإن أبقى هذا النظام للأطراف حرية محدودة في إختيار المحكم كأصل عام. أما في التحكيم الإجباري الذي هو تحكيم بدون سند إتفاقي، فإن الإختيار يغيب أو يصبح محدودا جدا إذ عادة ما يسند إلى هيئات تحكيم تخضع إلى نظام مسبق الوضع يشارك في تكوينها في بعض القوانين قضاة حرفيون كأعضاء أو كرؤساء^{٣٥}.

في الواقع، لا يكفي التمسك بمبدأ سلطان الإرادة والأصل التعاقدية، فهو لا يجيب عن التساؤل الأساس إنما يؤجله لأنه يترك السؤال المحوري المتصل بمصدر المبدأ وحيثياته. هذا التساؤل الأخير هو تحديدا التساؤل الذي تهدف إلى إجابته نظرية النظام القانوني التحكيمي " الذي ظهر في التسعينات بصورة غير محددة في الفقه الفرنسي بخاصة، مشيرا بذاته جدلية محتدمة ما زالت أصداؤها تتردد حتى اللحظة في المحافل التحكيمية الدولية بخاصة.

وفي هذا الصدد، يكشف إستقراء تطور تصور التحكيم وعلاقته بالوظيفة القضائية أن الفقه ذهب في تحديد المركز القانوني للمحكم مذهبين

٣٥ راجع :

الحسين السالي : المرجع المذكور سابقا، ص ٢١٨ وما يليها.

عُحوريين، المذهب الأول يعتمد قراءة إستقرائية تاريخية فلسفية كان نتاجها
 تصورين مكملين لبعضهما تحت راية المدرسة الذاتية بفرعيها الذاتية
 الخالصة المعتصمة بما إستقر عليه التطور التاريخي لفكرة التحكيم من كونه
 ضرورة براغماتية نفعية من ضرورات التجارة الدولية الخاصة بمجتمع
 التجار ما جعل بعض الفقه يدرجها ضمن التجارب الذرائعية والذاتية
 الحضارية وينتهي إلى إنكار إشتراك المحكم مع القاضي في الطبيعة وفي
 الوظيفة بإعتبار التحكيم غير العقد وغير القضاء؛ إذ ما هو إلا تقنية
 للحياة ذات طبيعة إجرائية فلا التحكيم قضاء ولا القضاء تحكيم. أما
 المذهب الثاني، فيعتمد منهجا قانونيا تقينا هو منحج القياس إذ ينطلق من
 مسلمة الطبيعة القضائية للوظيفة التحكيمية الذي أثبتته التصور القانوني
 على المستويين الداخلي والدولي ثم يتخذ من القاضي أو من القضاء محكا
 لتجربته في المقايسة بين نظام ولاية القاضي ونظام وولاية المحكم. هذا
 التماشي الذي لم يغيب تماما في المدارس والمذاهب الأخرى، إذ كان
 قاسما المشترك لكن بدرجات متفاوتة بينها كان خيارا منهجيا صريحا
 وحاسما عند أول فقيه تصدى لإشكالية النظام القانوني الخاص للمحكم
 في شبكة وخارطة العلاقات بين المتداخلين في النشاط التحكيمي وهو
 Thomas Clay الذي كتب دراسته حول طبيعة المهمة التحكيمية وتحت
 عنوان المنهج " كيف نحلل نظام المحكم تجاه نظام القاضي ؟ "، منهجان
 يبدوان مبرران مبدئيا منهج المماثلة *identification* والذي يقوم على
 البحث داخل النظام القانوني للمحكم بما يماثله في نظام القاضي ويفترض
 هرمية بين مؤسسة مثال وأخرى تابعة وهو ما لا يستقيم بين القاضي
 والمحكم. أما الثاني، فهو منهج القياس أو التفكير بالمقايسة *analogie ou*
raisonnement الذي رغم كون البعض يقول أنه لا يعطي سوى رؤية
 منقوصة لنشاط المحكم يقدم في هذا الصدد الجواب الحقيقي الوحيد. إن
 المتأمل في الإختلاف المنهجي بين النهج الإستقرائي الذاتي والنهج القانوني
 الفني سواء اعتمد طريقة المماثلة أو بين القاضي والمحكم أو اعتمد طريقة
 القياس القانوني يتبين أنه في حقيقته إختلاف ظاهري ويقوم على خطأ

منهجي في التصدي لمسألة الولاية عموما والولاية التحكيمية في الخصوص. فلقد كشف الإستقراء التاريخي لتطور تصور فكرة التحكيم، من جهة أولى، أنه كان دائما ينطلق من مدى إستقلالية رأي الغير المحايد في تقرير الحل الذي يعطيه للنزاع أو العارض القانوني من جهة مرجعية ذلك الرأي وحجيته على المستوى الموضوعي، بمعنى هل هي إرادة الأطراف فيكون رأي ذلك الغير مكملا لها أو معبرا عنها أو ميسرا لعملها أي "محكما مغشوشا" أم هي إرادة قانونية سلطانية وطنية أو دولية مستقلة عن إرادة الأطراف ينطلق بها الغير المحايد والمستقل هو القاضي أصلا فيكون ذلك الغير "محكما قاضيا" لا محكما مغشوشا، كل ذلك بناء على مسلم إحتكار قضاء الدولة للوظيفة القضائية وبعتماد القاضي ونظام القاضي كمييار أم كمييار^{٣٦}. أما المنهج القانوني الفني فهو لئن عاب أصحاب نهج القياس على نهج المماثلة قيامه على البحث داخل النظام القانوني للمحكم على ما يمثله في نظام القاضي وإفترض هرمية بين مؤسسة مثال هي مؤسسة القضاء وأخرى تابعة هي مؤسسة التحكيم وهو ما لا يستقيم في نظرهم في علاقة القاضي بالمحكم، إذ يقيم مسبقا علاقة تبعية مفترضة بين التحكيم والقضاء لصالح هذا الأخير، فإنهم يصرحون بأن التفكير بالقياس رغم كونه في رأي البعض لا يعطي سوى رؤية منقوصة لنشاط المحكم يمكن في الرأي الغالب من إعطاء الجواب الحقيقي الوحيد لإشكالية المركز القانوني ومن ورائه النظام القانوني للمحكم الذي يرون مع ذلك أنه لم يستقر بعد حول جوانب كثيرة. أما داخل نفس المنهج القانوني، فإن الإختلاف بين المماثلة والقياس في مدلوله القانوني ليس بالأهمية التي يتصورها البعض إذ أنه يقوم على علاقة إختلاف / تشابه التقليدية حال أن الحقيقة المؤكدة أنه لا وجود لمردفات أو مشابهات مطلقة أو كاملة. وخلاصة القول بين المنهجين، أنه إذا كان التماثل هو الإختلاف في التشابه فإن القياس هو تشابه في الإختلاف. من جهة أخرى، هو خلاف راجع لخطأ منهجي، وقد

٣٦ راجع :

Thomas Clay : L'arbitre , Dalloz , Paris 2001 , p. 211 et s.

إنعكس هذا الخطأ المنهجي في ضبط العلاقة بين التأهيل والصفة وطبيعة الولاية ومناطقها عند المقارنة بين ولاية القاضي وولاية المحكم فقد جعل من ولاية القاضي ولاية عامة ومفتوحة إذ أعطته إختصاصا مبدئيا بالنهوض بالوظيفة القضائية بإسم الدولة ولحسابها على وجه الإستمرار والدوام كصدي لذلك التأهيل الذاتي السيادي المؤسس على مسلم إحتكار الدولة الوظيفة القضائية، في حين جعلتها عند المحكم ولاية خصوصية ومحدودة بموضوع المهمة التحكيمية كصدي للتأهيل الموضوعي المفترض الإرادي النشأة والعقد الصياغة. لكن الواقع كشف من جهة أخرى أنه على مستوى التحكيم الدولي لئن لم يتغير المنشأ المباشر للتأهيل وهو الإرادة بل على عكس ذلك نجدته يترسخ بغياب سلطان الدولة حسب الفكر الحديث، فإن المعادلة تنعكس فيصبح التأهيل الموضوعي التحكيمي هو سبب تفضيل التحكيم على قضاء الدولة ومنشأ ولايته العامة والمفتوحة كمؤسسة بل مصدرا لسلطانه الدولي والحال أن التأهيل يفترض سلطانا منشأ له وليس هو المنشأ للسلطان.

وعليه، لا يصح إستخدام مصطلح النظام القانوني التحكيمي إلا بالإشارة إلى مفهوم شامل قادر على منح التحكيم بصورة مستقلة طابعه القانوني، فلا وجود لنظام قانوني في غياب نظام يملك مصادره الخاصة التي تميزه ولا وجود لنظام قانوني تحكيمي إذا كان هذا الأخير لا يتمتع بالإستقلال عن الأنظمة القانونية الوطنية.^{٣٧}

ثانيا - مواصفات المحكم كشيود قانونية واتفاقية لإنتظام الإجراءات التحكيمية. من المسلمات الرئيسية المتفق عليها في علم التحكيم، أن أهمية وسلامة مؤسسة التحكيم لا تتوقف على ما قيل وسيقال حتما من سمات تتحلى بها مهما بلغت درجتها الإبداعية من جمالية لفظية وصور مجازية، إنما بدرجة كمال " محكم " مختار ولو على وجه نسبي وجزئي يقضي بحسب الحسين السالمي "... بسلطان وإن لم يكن سلطان دولة ما ومقيد في قضائه

٣٧ راجع :

إيمانويل غايار : المرجع المذكور سابقا، ص ٥٧ وما يليها.

بالقانون في وجهيه الإجرائي والموضوعي وإن هو كان لا يدين مسبقا للدولة ما أولقانون وطني ما.. " ٣٨ يجمي بحسب Klaus Peter Berger .. نظام التجارة الدولية.. " ٣٩، وينطق بحسب Jarrosson .. بما هو عادل.. في حين ينطق القاضي بما هو مطابق للقانون.. " ٤٠. في الواقع، تكاد جل المواقف التحكيمية الفقهية والقضائية تلتقي على بعض المزايا القانونية (مثال الأهلية، التجرد، الموضوعية..) والإتفاقية (مثال الذكورة، الجنسية، الإنتماء إلى مهنة معينة..) الواجب توفرها في شخصه لضمان حسن أدائه لمهمته على النحو المطلوب منه. فهو، أي المحكم، بحسب عبد الله درميش " .. ذاك المحرك الذي تدور به عجلة التحكيم، السائق الماهر الذي يحسن التبصر، ويملك سرعة البصيرة، أو الرنان الذي يجب أن يكون دائما يقظا متحليا بكثير من السلوكيات والأخلاقيات التي لا تكون مطلوبة في عموم الناس، وأن يختار بعناية فائقة.. " ٤١، تجتمع لديه بحسب الحسين السلمي " .. مقومات التأهيل والخيرية المحايدة التي تعطيه صلاحية إعلان إرادة مستقلة عن إرادة الخصوم تفرض عليه تنظيمًا خارجيًا للمراكز الخلافية بما له من ولاية للحكم تتجاوز حدود التنظيم الذاتي للمصالح من قبل الإرادة الفردية أي تتجاوز الفلسفة العقدية للتحكيم وتقيم نظاما لممارسة الوظيفة

٣٨ راجع :

الحسين السلمي : المرجع المذكور سابقا، ص ٣٣٠ وما يليها.

٣٩ راجع :

Klaus Peter Berger : International Economic Arbitration , Denver Bosten Kluwer , 1993 , p.692.

٤٠ راجع :

‘ L’arbitre dans la vision jusnaturalisme dirait ce qui est juste , non ce qui est conforme au droit ‘ in ‘ L’idéal de la justice n’autorise t – il pas hors du droit à recourir à l’arbitre ? ‘Conférence au laboratoire de théorie juridique de l’université Aix-Marseille 3, 1991.

٤١ راجع :

عبد الله درميش : المحكم، تعيينه حياده واستقلاله، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، تشرين الأول ٢٠١٠، ص ٦٧٣ وما يليها.

القضائية متميزا ومستقلا عن قضاء الدولة.. " ٤٢ ، وله بحسب ناصر الزيد " ... صفات فيها الإستقامة، النزاهة، الإستقلال، عفة اللسان، هدوء الفكر، تواضع العلماء، وهي صفات تلازمه في سلوكه الخاص وعمله التحكيمي. فالواجبات الأخلاقية للمحكم وإن لم تنص عليه القوانين تجد أساسها في ضمير المحكم وأخلاقه.. " ٤٣ ، تتجلى حياديته بحسب وائل طيارة " .. في شفافيته تجاه كل من طرفي الخصومة التحكيمية... " ٤٤ ، ويؤيده

٤٢ راجع :

الحسين السالمي : المرجع المذكور سابقا، ص ٦١ وما يليها.

٤٣ راجع :

ناصر الزيد : المحكم بين سندان الأخلاق ومطرقة القانون، مجلة التحكيم، العدد الخامس، كانون الثاني ٢٠١٠، ص ١٤٠ وما يليها.
وكذلك راجع بذات المعنى :

- * Hamid Al Andaloussi : Le choix des arbitres , revue libanaise de l'arbitrage interne et international , n3 ,1996 , p.9 et s : ' la notion de choix des arbitres implique deux questions intimement liées : qui choisir ? qui choisit ? ... l'Impartialité de l'arbitre ne doit pas être seulement objective mais culturelle dans la mesure ou elle ne doit pas privilégier le nationalisme juridique mais plutôt une ouverture d'esprit.. " .
- * Geneviève Augendre : L'arbitrage dans la justice et le rôle de l'arbitre , revue libanaise de l'arbitrage interne et international , n.48 , 2008. p. 21 et s :
- " ... on choisit son arbitre en fonction de sa compétence , de sa spécificité dans un domaine déterminée , de son indépendance , de sa diligence en un mot de la confiance qu'on le fait.. " .
- * Thomas Clays : Indépendance et impartialité de l'arbitre , rev arb 2004 p. 6 et s.
- * E Minoli : Indépendance de l'arbitre , relations entre parties et arbitres , in " qualifications de l'arbitre international ' symposium du comité français de l'arbitrage , Paris 1970 , rev arb 1970 , p.221.et s.

٤٤ راجع :

وائل طيارة : مدخل إلى المبادئ العامة في التحكيم، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد ٣١، بيروت ٢٠٠٤، ص ٧ وما يليها.

في منحاه إسماعيل الزياي الذي يرى " .. أن النزاهة والحيادة والموضوعية، هي في نهاية المطاف، ميزات شخصية تنتج من الضمير الشخصي للمحكم والقاضي وهي وإن كانت ثقافة شخصية فإنها أيضا ثقافة مجتمع: " ٤٥.

المبحث الثاني

مدى مشروعية " القيد التوافقي الديني " في علم التحكيم

يكن تفوق التحكيم بالإجمال، كما سبقت الإشارة، في سلوك المحكم الذي يالتزامه الأمانة والمرونة وينزوجه إلى التوفيق على المستويين الإجرائي والموضوعي يستصدر حكمه من الأفراد المحتكمين سواء من خلال جمعهم على رأي مشترك يكتفي هو بتقريره أو من خلال جمعهم حول مركز يوفق بين مصالحهم ينطلق هو به برأيه ويستعيض فيه عن الحل الصدامي بالحل الوثامي، لذلك لا مبالغة بالقول أن مسألة حرية إختيار تعد بحق من أخطر وأدق مراحل المسار التحكيمي. إلا أن الإشكالية الجلل التي تربك الباحث في هذا السياق تكمن في معرفة ما إذا كان القيد الديني يجسد حقيقة الحرية بالمعنى المقصود للكلمة أو الفوضى في ممارسة الحرية والدعوة إليها وإستطرادا ما إذا كان يصح إطلاق الحرية من كل قيد باعتبارها " الحرية " أم من الأجدر ضبط حركتها وتوضيح حقيقة مدلولها

٤٥ راجع :

- إسماعيل الزياي : المفهوم المختلف لحيادة المحكم عن الحيادة الواجبة في القاضي، العدد الرابع، مجلة التحكيم، تشرين الأول ٢٠٠٩، ص ٤١ وما يليها.
كذلك راجع بذات المعنى :
- ♦ محمد أمين الداوق : تعيين المحكم وحيادته وإستقلاله، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، تشرين الأول ٢٠١٠، ص ٦٥٥ وما يليها.
 - ♦ محمد عبد المجيد المهيري : تعيين المحكم وإستقلاله وحيادته ومسؤوليته، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، تشرين الأول ٢٠١٠، ص ٦٦٣ وما يليها.
 - ♦ معن بوصابر : تعيين المحكم وإستقلاله وحيادته، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، تشرين الأول ٢٠١٠، ص ٦٤٩ وما يليها.
 - ♦ سهيل عبود : تعيين المحكم وصفاته، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد السادس والخمسون، سنة ٢٠١٠، ص ٥٨ وما يليها.
 - ♦ جوزف شاوول : المحكم وموجب الإستقلالية والحياد، مجلة التحكيم العالمية، العدد العاشر، نيسان ٢٠١١، ص ٥٧ وما يليها.

وحدود مداها. نحاول في هذا البحث إستكشاف مدى مشروعية " القيد التوافقي الديني " في علم التحكيم، بحيث نتطرق في (المطلب الأول) لخصوصية المجتمع القانوني الإسلامي في تحديد " الإلتناء الديني " للمحكم، على أن نخصص (المطلب الثاني) لمنحى مقارنة جدوى الإلتناء الديني " للمحكم لدى الإجتهد التحكيمي الدولي.

المطلب الأول

خصوصية المجتمع القانوني الإسلامي في تحديد " الإلتناء الديني " للمحكم إن الفكر القانوني المتكون حول الشريعة الإسلامية فكر متعدد إن من حيث إتجاهاته أو مذاهبه وهو إن كان موحدًا حول الأساسيات إلا أنه غير متشابه ومتماثل بما يتعلق بالجزئيات والفرعيات. وليس أدل على ذلك من أن مفهوم التحكيم تطور في الإسلام تبعًا لتطور الفقه الإسلامي تمشيًا مع المستجدات الزمنية وما رافقها من متغيرات في الظروف والحاجات الإجتماعية عملاً بالقاعدة الكلية القائلة "بتغير الأحكام تبعًا لتغير الأزمان"، بحيث كانت أجوبة الفقه على المسائل المتعلقة بالتحكيم تتطور باستمرار لتلاءم وتلك الحاجات والمتغيرات ضمن إطار ما أباحته الشريعة الإسلامية وما حرمته من أمور^{٤١}. إلا أن ما يسترعي الإلتباه في هذا السياق، خروج التشريع في بعض الأقطار الإسلامية عن المنحى العام المعتمد لدى غالبية التشريعات العربية من ضرورة عدم التمييز في إختيار المحكمين على غرار القانون النموذجي الصادر عن منظمة الأمم المتحدة،

٤٦ راجع :

- ❖ غالب محمصاني : ميزات التحكيم المطلق، المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون، " التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون "، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية، لبنان ٢٠٠٠، ص ٦٧ وما يليها.
- ❖ مداخلة أستاذنا المحامي الدكتور محمد نديم الجسر حول ورقة العمل المقدمة من قبل أستاذنا الدكتور فتحي والي لمؤتمر " التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون "، بعنوان " تحكيم الشريعة الإسلامية في نظر القانون "، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية، لبنان ٢٠٠٠، ص ٦٧ وما يليها.

مشترطا "الديانة الإسلامية" في شخص المحكم وبخاصة الأجنبي منه كونها مفترضة حكما لدى المحكم سعودي الجنسية .
الفقرة الأولى

الضوابط الشرعية العامة في اختيار المحكم

بظهور الإسلام تجدد الأخذ بالتحكيم لكن في ثوب جديد وبمضمون مختلف عما كان عليه قبل حيث أصبح يخضع لنظام مستقر ومتناسق وشامل يتناول مفهومه وأحكامه وأساسه ونظامه وشروطه ويجمعها جميعها تحكمها قواعد الشريعة الإسلامية ما يستوجب أن تكون في توافق معها.

أولا - التعريف بالتحكيم ودليل مشروعيته.

لغة، مصدر التحكيم "حَكَمَ" - بتشديد الكاف مع الفتح -

يقال حكمت فلانا في مالي تحكما وجاء بمعنى العلم والفقهاء والقضاء بالعدل ومنه الحكمة بمعنى وضع الشيء في محله، وإستحكم فلان في مال فلان إذا جاز فيه حكمه. وقد روي عن شميم عن أبي سعيد الضرير أنه قال في قوله إبراهيم النخعي "حكم اليتيم كما تحكم ولدك" معناه حكمه في ماله وملكه إذا صلح كما تحكم ولدك في ملكه. ومن التحكيم معنى وضع الشيء في محله. والحكم - بفتح الحاء والكاف - من أسماء الله تعالى. ويطلق على من يختار للفصل بين المتنازعين. أما المعنى الإصطلاحي للتحكيم عند الفقهاء هو المقصود شرعا بالتحكيم. وعبارات الفقهاء في جملتها لا تخرج عن المعنى اللغوي السابق بيانه^{٤٦}. وجاء في الدر المختار أن التحكيم "هو توليه الخصمين حاكما يحكم بينهما وركنه اللفظ الدال عليه بعض قبول الآخر". ويقول المواريث أن التحكيم "هو أن يتخذ الخصمين رجل من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا". وفي تبصرة الحكام لابن

٤٦ راجع :

خالد أمين مصطفى يوسف : التحكيم التجاري الدولي في ضوء قواعد الشريعة الإسلامية، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثامن والثلاثون، بيروت ٢٠٠٦، ص ٧ وما يليها.

فرحون" .. إن الخصمين إذا حكما بينهما رجل وإرتضياه لأن يحكم بينهما جاز..". وفي المعنى لابن القدامة "إذا تحاكم الرجلين إلى رجل حكما بينهما ورضياه وكان مما يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز". وقد عرفتة مجلة الأحكام العدلية في مادتها ١٧٩ بالآتي: "التحكيم عبارة عن إتخاذ الخصمين حاكما برضاهما لفصل خصومتها ودعواهما، ويقال لمن إرتضى به الطرفان الحكم". وقد عرفه الشيخ مصطفى الزرقاج بأنه "عقد بين طرفين متنازعين يَخْتَلِآن فِيهِ برضاهما شخصاً آخر حكماً بينهما للفصل في خصومتها". وقد عرف قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التحكيم بأنه "إتفاق بين طرفي خصومة معينة على تولية من يفصل في منازعة بينهما بحكم ملزم يطبق الشريعة الإسلامية. وبالإجمال، وتأسيساً على عبارات الفقهاء، وإن اختلفت بعض ألفاظها فإنها متحدة في المعنى والمضمون في إعتبار التحكيم تولية وتقليد من طرفي الخصومة لطرف ثالث يفصل فيما تنازعا، فهو عقد كعقد تولية القاضي منصب القضاء، إلا أن عقد القضاء يجب أن يصدر من صاحب صفة خاصة وهو الإمام أو نائبه بإعتباره وكيلاً عن الأمة ومنوطاً به حراسة الدين وسياسة الدنيا. أما تولية الحكم فلا يجب أن تتوفر فيما يوليه مثل تلك الصفة بمعنى أنه يصح أن يقع التحكيم من آحاد الناس أو ممن له صفة خاصة كالإمام^{٤٧}.

من جهة أخرى، أجاز التحكيم شرعاً من القرآن الحكيم والسنة النبوية وعمل الصحابة وهي مصادر التشريع الإسلامي الرئيسية الثلاثة. قال الله تعالى في سورة المائدة، الآية ٤٢ "فإن جاؤوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم أو إن حكمت فاحكم بينهم بالقسط". كما قال الله تعالى، في سورة المائدة، الآية ٤٣ "وكيف يحكمونك وعندهم التوراة فيها حكم الله ثم يتولون من بعد ذلك وما أولئك بالمؤمنين". كما قال الله تعالى في سورة النساء، الآية ٤٩ "وإن أحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم"، كما ورد في سورة النساء، الآية ٥٠ "أفحكم الجاهلية يبغون ومن

٤٧ راجع :

خالد أمين مصطفي يوسف : المرجع المذكور سابقاً، ص ٨ وما يليها.

أحسن من الله حكما لقوم يوقنون". وورد كذلك في سورة النساء، الآية ٣٥ " وإن خفتن شقاقا بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدان إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا". ومن الذين مارسوا التحكيم في الجاهلية ثم عاصر الرسول عليه الصلاة والسلام هاني بن يزيد وكان يكنى أبا الحكم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم " لما يكنيك هؤلاء أبا الحكم؟"، وفي الرواية " أن الله هو الحكم فلم تكني أبا الحكم"، فقال " لأنه إذا كان بينهم أمر تشاجر أتوني فحكمت بينهم" أو قال " إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضى كلا الطرفين"، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " ما أحسن هذا. فما لك من ولد؟"، فقلت " نعم"، فقال " فأيهما أكبر؟"، قلت " شريح"، قال صلى الله عليه وسلم " أنت أبو شريح" ودعا له ولولده. وطالما أن الرسول صلى الله عليه وسلم أجاز أبا شريح على أن يكون محكما فمعنى ذلك أنه أجاز الإتفاق على التحكيم وبذلك تتأكد مشروعية التحكيم بالمصدر الثاني من مصادر التشريع الإسلامي ألا وهي السنة المطهرة. ومن عمل الصحابة رضي الله عنهم، أن تحاكم عمر إعرابيا إلى شريح قبل أن يوليه وتحكاما عمر وطلحة إلى جبير بن مطعم ولم يكونوا قضاة. وعن علي رضي الله عنه حين خاصم اليهودي في درع وجدها في يده فادعى أنها كانت لرجل من الأنصار، يعني طلحة على ما قيل، فتخاصما إلى شريح^{٤٨}.

ثانياً شروط المحكم من منظور إسلامي.

لقد جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية أن الشرط في طرفي التحكيم الأهلية الصحيحة للتعاقد التي قوامها العقد إذ بدونها لا يصح العقد. وطرفي التحكيم هما الخصمان اللذان إتفقا على حل النزاع بينهما عن طريقه وقد يكون الخصمين إثنين أو أكثر من ذلك. ولا يجوز للوكيل عن الشخص إبرام عقد التحكيم نيابة عن موكله إلا بإذن صريح من الموكل.

٤٨ راجع :

محمد بن جميل أقيق : التحكيم في الشريعة الإسلامية، مجلة التحكيم العالمية، العدد السادس عشر، بيروت ٢٠١٢، ص ١٣٦ وما يليها.

وكذلك الصغير المأذون له في التجارة من غير إذن وليه ولا من الولي والوصي والمحجور عليه في الإفلاس إذا كان ذلك يضر بالقاصر أو بالغرماء. والشرط من جهة المحكم، صلاحيته للقضاء باتفاق المذاهب الأربعة مع بعض الإختلافات حول الشروط اللازمة لتولية القاضي. وفي هذا الصدد، قال النووي " أن الرجوع في ذلك إلى حكم مسلم، عادل، صالح للحكم"، كما قال ابن قدامة في المغنى " إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكما بينهما ورضيا كان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز ذلك ونفذ حكمه عليهم"، وبهذا قال أبو حنيفة. وفي شرح فتح القدير " صفات المحكم أهليته للقضاء بأهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يقلد حاكما ولا يحكما، ويشترط أن يكون أهلا للحكم وقت التحكيم ووقت الحكم" بمعنى أنه إذا زالت أهليته أثناء التحكيم زالت عنه صفة المحكم ولا يجوز له متابعة النظر في التحكيم. وفي الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، تحت عنوان شرح صحة المحكم " العدالة، فلا يصح حكم غير عادل سواء حكم بطلاق أو بقاء أو بمال، وغير العدل هو صبي أو مجنون أو فاسق" وهذا يعني عدم جواز تحكيم من لم يبلغ سن الرشد أو فاقد العقل أو فاقد الأهلية للفسق، وهذا يعني أيضا لزوم التحري عن شخص المحكم وأن يكون من ذوي السمعة الحسنة والأخلاق الفاضلة. والجهل والعلم هما نسيان والعلماء يقصدون بالعلم العلوم الشرعية والفقهاء. وفي الوقت الحاضر، فإن الأساس لتولية القضاء أن يكون الشخص حائزا إجازة في الشريعة والقانون أو في أحدهما. ولأن التحكيم قضاء خاص كان يقتضي أن يكون المحكم ممن لديه الأساس العلمي الشرعي والقانوني. وإذا إتفق الطرفان على محكم من غير هؤلاء مهندس أو طبيب أو رجل أعمال مثلا كان عليه أن يشار أهل القانون والشرع في عمله. وفي حاشية رد المحتار لابن عابدين وشرطه من جهة المحكم " صلاحيته للقضاء"، وفي شرح المجلة لعلي حيدر وسليم باز، يشترط أن يكون المحكم " أهلا للشهادة يوم توليه ويوم الحكم ومن ثم لو حكما صبيا فحكم بعد بلوغه لا يتخذ حكمه". ويتضح مما تقدم، أن الجمهور يشترط

في المحكم صلاحه للقضاء ويكتفي البعض على أن يكون ممن يصلح للشهادة كما يتضح أن كافة الفقهاء أجمعوا على لزوم أن يكون المحكم مسلماً إذا إختير أن يكون حكماً بين مسلمين أو كان أحدهما مسلماً. وقال الأحناف أما إذا كانا غير مسلمين فلا يشترط إسلام المحكم وعلّة ذلك أن غير المسلم أهل للشهادة بين غير المسلمين، فيكون تراضي الخصمين عليه كتولية السلطان عليه. ومعلوم أن ولاية غير المسلم الحكم بين غير المسلمين صحيحة وكذلك التحكيم^{٤٩}.

الفقرة الثانية

"الديانة الإسلامية" كقيد لإختيار المحكم لدى بعض النظم القانونية الإسلامية يفيد الإستقراء التاريخي التحكيمي، أن فلسفة التحكيم وتقنيته الإجرائية لم تكن بأية حالة من الأحوال غريبة عن البيئة القانونية الإسلامية بل متصلة متجذرة في صلب العقيدة الإسلامية بمصادرها المتنوعة التي شكلت وما زالت إطاراً سمردياً لتلاقحي المجتمعات العربية والإسلامية ثقافياً وسياسياً وقانونياً ونقوياً.

ورغم الحيز الملفت، القديم - المستجد، للتشابه وشبه الوحدة في كثير من جوانب القوانين الوضعية العربية النازمة للمسار التحكيمي لفعل التأثير القوي بالتشريعات والإتجاهات الغربية بخاصة، تبقى بعض الخصوصيات الملفتة والمستغربة - إن صح التعبير - في بعض جوانبها، يتقدمها إشتراط "الديانة الإسلامية" لإختيار المحكم لدى بعض النظم القانونية الإسلامية التي تعد وبحق نماذج يحتذى بها. أولاً - "طائفة" المحكم في النظام القانوني السعودي.

لقد عرفت المملكة العربية السعودية "التحكيم" منذ نشأتها من واقع أعمالها الكامل والمطلق للشريعة الإسلامية المستمدة من الكتاب

٤٩ راجع :

- ♦ محمد بن جميل أقيق : التحكيم في الشريعة الإسلامية، مجلة التحكيم العالية، العدد السادس عشر، بيروت ٢٠١٢، ص ١٣٦ وما يليها.
- ♦ عبد الحميد الأحمد : التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامي، المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون، "التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون"، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية، لبنان ٢٠٠٠، ص ١٣١ وما يليها.

الكريم والسنة الشريفة كأصل عام، ولكن لم يكن ينظر إليه - أي التحكيم - بإرتياح لأن هيئة التحكيم لم تكن تدرج في محاكم الدولة الشرعية والتجارية التي تتمتع بمهابة في نفوس الناس باعتبارها تطبق قواعد الشريعة السمحاء.

نتيجة لذلك، وحرصا من المملكة على التطوير القانوني والنظامي، ونحت ضغط الحاجة الاقتصادية الإستثمارية بخاصة، عمدت إلى تضمين أنظمتها التحكيم إنطلاقا من مشروعيته في الإسلام، وكان أول نظام يتضمنه هو نظام المحكمة التجارية الصادر بالأمر العالي رقم ٣٢ تاريخ ١٥ / ٥ / ١٣٥٠ هـ (عام ١٩٣٠) والذي عدل لاحقا بصدر نظام متكامل للتحكيم بالمرسوم الملكي تاريخ ١٢ / ٧ / ١٤٠٣ هـ (عام ١٩٨٢). إلا أنه لم ينل إستحسان الحقوقيين لعدة أسباب أبرزها الإقتضاب والرقابة القضائية على جميع مراحل التحكيم، إن أن الجهة القضائية المختصة أصلا بنظر النزاع هي التي توافق على وثيقة التحكيم وتشرف على تطبيق الإجراءات وخاصة فيما يتعلق بمدة التحكيم وتقييدها وإصدار الإجراءات التحفظية والقرارات المؤقتة بطلب من هيئة التحكيم وهي التي توافق على قرار التحكيم أو تعدله أو تلغيه بحيث لا يعتبر قرار التحكيم نهائيا وملزما واجب النفاذ إلا بعد موافقة الجهة القضائية المختصة عليه. كما أخذ على هذا النظام إخضاع قرار التحكيم لموافقة الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع وهي محكمة الدرجة الأولى، فيجد أطراف الخصومة أنفسهم وقد خضعوا لإجراءات التقاضي بما تتطلبه من الوقت والجهد وكأن قرار التحكيم كان مجرد رأي صادر عن مساعدين قضائيين^{٥٥}.

٥٥ راجع :

❖ محمد الهوشان : نظام التحكيم السعودي الجديد، مجلة التحكيم العالمية، العدد السادس عشر، بيروت ٢٠١٢، ص ٨٥ وما يليها.

❖ صلاح الحجيلان : نظام التحكيم السعودي الجديد، مجلة التحكيم العالمية، العدد السادس عشر، بيروت ٢٠١٢، ص ٢٣ وما يليها.

* Abdul Hamid Abdab : L'arbitrage en Arabie Saoudite , revue de l' arbitrage , 1981 , p. 239 et s.

وتاريخ ٨ / ٩ / ١٤٠٥ هـ (عام ١٩٨٥) صدرت لائحته التنفيذية ونشرت في الجريدة الرسمية بعد عشر سنوات وقد اشترطت في المادة الثالثة من الباب الأول منها أن 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".

إزاء هذا الواقع القانوني السليم، صدر بقرار مجلس الوزراء رقم ١٥٦ تاريخ ١٧ / ٥ / ١٤٣٣ هـ (عام ٢٠١٢) المتوج بالمرسوم الملكي رقم م / ٣٤ تاريخ ٢٤ / ٥ / ١٤٣٣ هـ نظام جديد للتحكيم مختلف كلية عن النظام المعمول به سابقا حل محله بموجب المادة ٥٧ منه التي نصت على أن "يحل هذا النظام محل نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٤٦ تاريخ ١٢ / ٧ / ١٤٠٣ هـ". لقد وضع النظام الجديد شروطا للمحكم لحظتها المادة ١٤ منه التي نصت على أن يشترط في المحكم ما يأتي:

١ - أن يكون كامل الأهلية. ٢ - حسن السيرة والسلوك. ٣ - أن يكون حاصلًا على الأقل على شهادة جامعية في العلوم الشرعية أو النظامية، وإذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم فيكتفي توافر هذا الشرط في رئيسها".

رغم صراحة هذه المادة، إلا أن الأخذ بالديانة الإسلامية كشرط لتولي المحكم المهمة التحكيمية ما زال من المبادئ الثابتة المعتمدة إنسجاما مع ما لحظته المادة الثانية من النظام ينصها على تحفظ مفاده "مع عدم الإخلال بأحكام الشريعة الإسلامية...". وما قد يزيد من تعسير الأمور، كون هذا الشرط ينطبق على التحكيم الأجنبي والداخلي فهناك نزاعات تحكيمية لا تتطلب دراية بالتشريع الإسلامي بقدر ما هي نزاعات تقنية. كما أن الدراية بالتشريع الإسلامي تبقى مجرد قرينة في الأشخاص المسلمين ويمكن أن تتوفر الدراية في أشخاص من جنسيات أخرى. ويمكن أن يبرز

عديد من الإشكاليات على هذا المستوى، فإن كان النزاع مثلاً متعلقاً وما ساء بعدد من الأنظمة القانونية وأطرافه من عديد الدول بما فيهم المملكة العربية السعودية، أفلا يمكن للمحكم ألا يكون عالماً بالدين الإسلامي في هكذا حالات. وهذا السياق، يرى بعض الفقهاء أن هذا الشرط وإن كان لازماً في التحكيم السعودي البحث إلا أنه لا ينطبق لزوماً على التحكيم الدولي وتبرير ذلك بنظره "مبدأ الضرورة" الذي يبيح في التشريع الإسلامي الاستثناءات^{٥١}.

ثانياً - "طائفة" المحكم في النظام القانوني الكويتي.

لقد نظم المشرع الكويتي التحكيم لأول مرة في قانون المرافعات رقم ٦ لعام ١٩٦٠، وأجريت بعده التعديلات التي كانت لازمة لتطويره وكان أهمها القانون رقم ٣ لعام ١٩٧١ الذي أضاف المادة ٢٦٤ مكرراً من قانون المرافعات، وعاد المشرع الكويتي إلى تنظيم التحكيم بشكل كامل مرة أخرى في قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم بالقانون رقم ٣٨ لعام ١٩٨٠، وقد لحقت هذا القانون تعديلات عديدة. جاءت أحكام التحكيم في الباب الثاني عشر من قانون المرافعات من المادة ١٧٣ إلى المادة ١٨٨ منه، أي أنه نظمه بـ ١٦ مادة. في عام ١٩٩٥، عمد المشرع الكويتي إلى إصدار قانون خاص هو القانون رقم ١١ لعام ١٩٩٥ بشأن التحكيم القضائي المنصوص عنه في المادة ١٧٧ من قانون المرافعات، مع إلغاء حكمها، لإنهاء سبب وجودها بعد أن نظم موضوعها كاملاً بقانون خاص صدر من أجل ذلك (القانون رقم ٢٢ لعام ١٩٩٥).

وبالإجمال، يتميز نظام التحكيم في الكويت بعدة خصائص أبرزها إحترام دور الإرادة الخاصة في التحكيم من جهة أولى، فالتحكيم العادي، يغلب عليه سيطرة مبدأ سلطان الإرادة في كيفية اللجوء إلى التحكيم وتحديد القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع أما التحكيم

٥١ راجع :

محمود أنيس بالطيب : المحكم في التشاريع العربية، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن عشر، بيروت ٢٠١٣، ص ١٥٦ وما يليها.

القضائي المختلط، فقد منح للإرادة الحق في اللجوء إليه وفي إختيار المحكم وتحديد أتعابه، وتحديد بعض إجراءات التحكيم التي ينظمها قانون التحكيم القضائي، والطابع الفني المتميز من جهة ثانية، إذ يؤدي التحكيم الإختياري في دولة الكويت إلى إختيار محكمين متخصصين في موضوع النزاع (إلى إختيار فنيين) سواء في التحكيم العادي أو في إختيار المحكم العادي في التحكيم القضائي - ينال ثقة الخصوم ويكون على دراية تامة بفنية النزاع مما يوفر الوقت والجهد ويجعل اللجوء إلى الخبير عديم الفائدة كما يؤدي إلى حسم النزاع نظرا لمعرفة المحكم المختار لطبيعة النزاع ودقائقه بطريقة تؤدي إلى إستمرار العلاقة الإقتصادية والإجتماعية بين الخصوم وذلك لأنه يؤدي بدوره أيضا إلى المحافظة على سرية النزاع^{٥٢}.

لناحية إختيار المحكم والشروط الملازمة لشخصه، فقد أتت المادة ١٧٤ واضحة في دلالاتها بنصها على أنه " لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجوا عليه أو محروما من حقوقه المدنية، بسبب عقوبة جنائية أو مفلسا لم يرد إليه إعتباره". ويتضح من هذا النص، انه وإن كان المحكمون أحرار في إختيار المحكم أو المحكمين من حيث المبدأ إلا أن المشرع قد ذكر الحالات التي لا يصح أن يكون الشخص فيها محكما، ويعني أن كل شخص يصلح أن يكون محكما طالما لم توجد فيه حالة من الحالات التي ذكرها النص. وتطبيق ذلك، أنه متى كان المحكم شخصا طبيعيا، فلا يهم جنسيته ولا ديانتة لأن القانون لم يشترط الجنسية الكويتية والديانة الإسلامية في شخص المحكم. رغم صراحة النص، يميل إتجاه غالب على ما يبدو إلى عدم جواز تولي غير المسلم التحكيم في المنزعات التي تسود أقله بين المسلمين وإذا كان غير المسلم لديه خبرة في مسألة فنية معينة فإنه يمكن الإستعانة به كخبير بحيث يكون رأيه إستشاري غير ملزم، وسنده في ذلك المادة الثانية من الدستور من جهة أولى التي تنص على أن "دين الدولة

٥٢ راجع :

عزمي عبد التفاح عطية : قانون التحكيم الكويتي ، الطبعة الثانية ، مؤسسة دار الكتب ، الكويت ٢٠١٢ ، ص ٢٠٠ وما يليها.

الإسلام والشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع.."، وقانون تنظيم القضاء رقم ٢٣ لعام ١٩٩٠ من جهة ثانية التي نصت المادة ١٩ منه على أن يشترط فيمن يتولى القضاء أن يكون مسلحاً^{٥٣}.

المطلب الثاني

تباين مقارنة جدوى "الإلتزام الديني للمحكّم" لدى الإجتهااد

التحكيمي الدولي

لا خلاف على أن البند التحكيمي ليس ببند عادي من بنود العقد بل هو بند إستثنائي بإمتمياز معقد مركب مليء بالمخاطر والمزالق يبحر في الفلك العابر للدول ناظماً بدقة متناهية - من حيث المبدأ - مسار فض المنازعات المتولدة عن العقد مثيراً في كل جزئية من جزئياته الفضول والعديد من الإشكاليات التي شغلت - وما زالت - بال ثالوث المنظومة التجارية الدولية ونعني الفقه والقضاء والإتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف. إلا أن الإشكالية المركبة المثارة في هذا الصدد، تكمن في تقييم ملامسة البند لحرية من مجموعة حريات عالم التحكيم كما هو الحال مع القضيتين الأميركية والإنكليزية المشار إليهما لاحقاً، الذين تجاوزا برأينا الخطوط الحمراء لما يثيرانه من تساؤلات وهو اجس خطرة مما يستدعي قدر كبير من الهدوء والحذر والدقة والتهيب في العرض والتحليل والنقد والتصويب والإجابة، لعل من أهمها معرفة ما إذا كانتا بأبعادهما ودلالاتهما الحقيقيتين أقرب لمعادلة "ما يجب أن تكون عليه الحرية أولاً تكون" من معادلة "إما أن تكون الحرية أولاً تكون"، وإستطرادا، ما إذا كانتا تشوهان فعلاً الحرية حين تمارس بغير مقصدها فينسحب أثرها السلبي على ممارستها وميدان ممارستها.

الفقرة الأولى

الزلزلة الإنكليزية التحكيمية في قضية جيفراج Jivraj الشهيرة في عصر العولمة بمعناها الشمولي الواسع، صدر من بلاد ملأت الدنيا بالدعوة للحرية والعدالة والمساواة وإحترام حقوق الإنسان قرارين

٥٣ راجع :

أحمد، مليجي : قواعد التحكيم في القانون الكويتي، الطبعة الأولى، دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت ١٩٩٦، ص ١٢٧ وما يليها.

في قضية " Jivraj " الشهيرة^{٥٤} جديرين بالإهتمام ليس لأن الغارق فيهما سيوافق أو سيرفض كل ما جاء فيهما بل لأنهما يثيران الإنفعال بالرضى تارة والتعجب طورا تماما كالزهرة التي يصيبك بهاؤها ويقتلك عبيرها..
لناحية وقائع القضية، فتلخص أنه عام ١٩٨١، أبرم كل من السيد صدر الدين هشواني والسيد نور الدين جيفراج إتفاقية تعاون مشترك للإستثمار في المجال العقاري في مختلف أنحاء العالم وخاصة كندا ومن بعدها في مكان آخر. وقد نص البند الثامن من العقد في هذا الإطار على ما يلي :

" (١) إذا نشأ في ما بعد أي نزاع أو خلاف وفي أي وقت كان بين المستثمرين في ما يتعلق بتفسير هذا العقد أو بالنسبة إلى ما هو وارد في هذا العقد أو ناشئ عن هذا العقد أو بكل ما يتعلق بحقوق ومسؤوليات وواجبات المستثمرين أو أي واحد منهم أو ناشئ (دون الحصر) عن أعمال أو أنشطة التعاون المشترك المتفق عليها بالطريقة نفسها يحال إلى ثلاثة محكمين (يقومون بمهمتهم بالأغلبية) يعين كل طرف محكما واحدا على أن يكون المحكم الثالث رئيس المجلس الوطني للمملكة المتحدة في مؤسسة آغا خان في الوقت الحاضر. يجب أن يكون المحكمون من بين الأعضاء الذين يسمون بالإحترام في الطائفة الإسماعيلية ومن أصحاب المناصب العليا في الطائفة..... "

في العام ١٩٨٨ قرر الأطراف إنهاء عقد التعاون المشترك الموقع بينهم. عين الأطراف ثلاثة أعضاء من الطائفة الإسماعيلية كهيئة توفيق

٥٤ راجع حكم محكمة الإستئناف، الدائرة المدنية، قضية رقم 1963/2009/2A، محاكم العدل الملكية ستراند، لندن، WC2A 2LL - تاريخ ٢٢ يونيو ٢٠١٠، والمنشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الحادي عشر، تموز ٢٠١١، ص ١٨ وما يليها. كذلك راجع حكم محكمة الملكة المتحدة العليا، قضية رقم UKSC2010/0158 الصادر بتاريخ ٢٧ يوليو ٢٠١١ والمنشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الثاني عشر، تشرين الأول ٢٠١١، ص ١٣ وما يليها.
كذلك لمزيد من التفصيل :

محمود محمود المغربي : من " Jivraj " إلى " Rebmann " إجتهاد " يحيى " التحكيم أم " يقتله "، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثالث عشر، بيروت ٢٠١٢.

لمساعدتهم في تقاسم الأصول غير أن بعض المسائل بقيت عالقة، كما أن محاولة حل خلافاتهم المتبقية عن طريق تحكيم خاص باءت بالفشل. علق الأمر حتى شهر يوليو ٢٠٠٨ حين قدم محامون يمثلون السيد هشواني دعوى في وجه السيد جيفراج بقيمة ١٤١٢٤٩٤ باوند (جنيه إسترليني) إضافة إلى الفائدة الفصلية المركبة من ٣١ مايو ١٩٩٤، بعد أن ابلاغهم بتعيين السير أنطوني كولمان محكما بموجب البند الثامن من العقد. وقد طلب محامو السيد هشواني من السيد جيفراج تعيين محكم خلال سبعة أيام.

كان رد السيد جيفراج مباشرة الإجراءات أمام المحكمة التجارية ملتصقا بإعلاننا بعدم صحة تعيين السير أنطوني كولمان كونه ليس فردا من الطائفة الإسماعيلية. بعد ستة أسابيع أودع السير أنطوني كولمان محكما فردا إستنادا إلى الفصل ١٨ (٢) من قانون التحكيم لعام ١٩٩٦. وقد بني الإستدعاء على أساس أن شرط التحكيم نص على أن يكون المحكمون من الطائفة الإسماعيلية رغم كونه شرطا قانونيا وقت إبرام العقد، إلا أنه أصبح شرطا غير قانوني وباطلا لأنه يخالف المساواة في التوظيف (الدين والمعتقد) أنظمة عام ٢٠٠٣ (الأنظمة). وقد طلب السيد هشواني الإعتماد على قانون حقوق الإنسان لعام ١٩٩٨ وعلى النظام العام دعما لقضيته. وعندما طرحت القضية على قاضي أول درجة David Steel (المحكمة القضائية العليا، قسم المحكمة الملكية - المحكمة التجارية) إنتهى بتاريخ ٢٦ حزيران ٢٠٠٩ إلى أن اللوائح المذكورة لا تنطبق على المحكمين لأنهم لا يعدون من العاملين وليس في إشتراط إنتماء المحكمين لطائفة دينية معينة مخالفة للنظام العام أولتشريعات حماية حقوق الإنسان ومن ثم إن تعيين المحتكم لشخص لا يتوافر فيه شرط الإنتماء للطائفة الإسماعيلية يعد باطلا وهو بطلان يلحق بشرط التحكيم في جملة ما يفيد أن النزاع يصير الفصل فيه من إختصاص القضاء.

ورغم عدم إعطاء قاضي أول درجة إذنا كي يستأنف حكمه، فقد أقيم الإستئناف أمام الدائرة المدنية بالمسائل المتعلقة حصرا بالأنظمة

وبالفصل ، وخلصت المحكمة بتاريخ ٢٢ حزيران ٢٠١٠ إلى نتيجة مغايرة عن حكم القاضي David Steel حول جملة من النقاط ذات الصلة مقررة فيما يتصل بخاصة بشرط الإنتماء إلى الطائفة الإسماعيلية إلى أن هذا الشرط ليس ضروريا لتنفيذ مهمات المحكم بموجب إتفاق من هذا القبيل وأنه مع ذلك شرط غير مقبول مشيرة إلى أن هذا الإستثناء قد يكون ممكنا ضمن إطار هيئة تحكيمية تحكم بالإنصاف وليس من خلال تطبيق القانون الإنكليزي كما هو الحال مما يفيدهم بالنتيجة أن الشروط الدينية ليست ضرورية. ومما ورد في حشياته :

".... إن ما توصل إليه القاضي حول طبيعة الطائفة الإسماعيلية ومعتقداتها لم تنتقص ولكن بحسب وجهة نظرنا فشل في إيلاء الشروط الأخرى الواردة في النظام رقم ٧ (٣) الإهتمام الكافي، وخاصة، بالنظر إلى معتقدات هذه الطائفة وطبيعة مهمة المحكم، إذا كان الإنتماء إلى الطائفة الإسماعيلية هو شرط مهني أساسي لإقالته وفقا للأصول. لو كان البند التحكيمي قد خول الهيئة التحكيمية سلطة الفصل في النزاع، وفقا لقواعد العدل والإنصاف لكان من الممكن أن نبين أن من ينتمي إلى الطائفة الإسماعيلية فقط يمكن أن نتوقع منه أن يطبق المبادئ الأخلاقية وأن يفهم العدالة والإنصاف المعروفة بشكل عام في هذه الطائفة، كما يتم تطبيقها بين أفرادها، ولكن طبيعة مهمة المحكمين تحت البند ٨ (١) هي فصل النزاع بين الأطراف وفقا لمبادئ القانون الإنكليزي. إن ذلك يتطلب بعض الإلمام بالقانون المذكور في حد ذاته، بما في ذلك أحكام قانون التحكيم لعام ١٩٩٦ كما القدرة على السير بالإجراءات بإنصاف وفقا لقواعد العدالة الطبيعية، ولا يستلزم أية معتقدات معينة. إن الإنتماء إلى الطائفة الإسماعيلية ليس ضروريا لإقالة المحكم من مهماته وفقا لإتفاق من هذا النوع، كما يظهر جليا ولا نستطيع أن نقبل، تبعاً لذلك، بإثارة الإستثناء المنصوص عليه في النظام رقم ٧ في هذه القضية...".

بتاريخ ٢٧ تموز ٢٠١١ أصدرت المحكمة العليا الإنكليزية حكمها في الطعن المقدم أمامها مقررة فسخ حكم محكمة إستئناف لندن وتأييد حكم

المحكمة العدل العليا إلى حد كبير لا سيما بشأن حرية المتعاقدين في إختيار المحكمين من دين معين. ومما ورد في حيثياته :

"... العديد من المحامين الإنكليز وغيرهم من المحامين يؤمنون بتقنيات تسوية النزاعات وديا ومدربون عليها ومطلعين عليها بما في ذلك التوفيق والوساطة والتحكيم. إن قيمة الطرق البديلة لحل النزاعات، خاصة الوساطة، مسلم بها أيضا على المستوى القانوني الأوروبي (راجع مثلا الترجيه 2008/52/EC حول بعض أوجه الوساطة في المسائل المدنية والتجارية والتوصية رقم 10(2002)R الصادرة عن مجلس أوروبا بشأن الوساطة المدنية). إن قدرة جماعة أو منظمة قائمة على الدين أو المعتقد أولا في إختيار وثم توجيه المحامين الموظفين لديها هو وسيلة آمنة لضمان أن هؤلاء المحامين قيموا وفهموا وأعطوا الأولوية لتولي العمل القانوني الخاضع للقانون الإنكليزي قدر الإمكان على اساس غير تصادمي، باستخدامهم الإجراءات المتبعة في الطرق البديلة لحل النزاعات كلما كان ذلك ممكنا. إن رفض توظيف شخص لا ينتمي إلى الدين أو المعتقد المعين من غير المرجح أن يكون له في هذا الإطار مبررا أو ملامتا.... " .

لقد أثارت هذه القضية إهتماما واسعا في الأوساط التحكيمية الدولية، فكانت ردات الفعل المتخوفة، بحق، مفرطة وغير مبررة في بعض جوانبها شكلا ومضمونا مولدة نتائج أكثر خطورة وسلبية من تلك التي لامستها قضية جيفراج وسعت المحاكم لتداركها.

إذ وجد Giorgio Bernini هذه القضية "... غاية في الأهمية لأنها تعالج بعض القضايا التي من المحتمل أن تؤثر إلى حد كبير في عدد من القوانين والمبادئ المطبقة على التحكيم المحلي والدولي " و "... تفتح مجالا لنقاش ثقافي مثير للإهتمام يتعلق بالنظرة إلى التحكيم كوسيلة لتجسيد صوت المجتمعات التي تقوم على دين أو تقليد معين والتعبير عنها " و "... هي مسألة تتعلق بقضية أوسع نطاقا تتصل بتطبيق حقوق الإنسان في إتفاقيات التحكيم التجاري الدولي... " مستشعرا "... الحاجة إلى التنسيق على المستوى العالمي لتلبية إحتياجات المؤسسة التجارية العاملة في إطار ما

يسمى السوق العالمية إزاء ما يرجح أن تولده الخلافات على المستوى الوطني و/ أو المحلي من حواجز ثقافية وقانونية لا تؤثر فقط في إستخدام التحكيم الدولي على الصعيد العالمي بل تضعف الميزات الأساسية للتحكيم كأداة مقبولة لحل النزاعات... "داعيا إلى" عدم وضع التشريعات الوطنية في تنازع مع المبادئ المعترف بها دوليا.. "جازما" أن إحدى أهم سمات التحكيم (إن لم تكن الأهم) هي الإمكانية المفتوحة أمام الأطراف لإختيار المحكم الخاص بهم (وتحمل مخاطر هذا الإختيار) وهو أمر في حد ذاته يبرر الحاجة لوجود نظام خاص (دولي ومحلي) للحفاظ على التحكيم كعملية مختلفة عن المقاضاة أمام محاكم الدولة الوطنية...". ولاحظ في سياق تعليقه على منحنى محكمة الإستئناف أنها "إعتمدت حل إنكليزي لمشكلة معقدة تتخطى الحدود القومية.. "تستدعي معالجتها" ... تحقيق توازن عادل ومستقر بين النطاق الذي يحظر التمييز والمجال الذي يتمتع فيه الأطراف بإستقلالية وضع أحكام العقد وشروطه "مستتجا" .. أن الشرط الذي يقيد تعيين المحكمين بأعضاء محترمين من الطائفة الإسماعيلية ليس باطلا وبالتالي يكون نطاقه التقيدي صحيحا... "مقترحا إعتقاد... نظام القوائم المفتوحة المتضمنة أعضاء من الطائفة الإسماعيلية والذي يعادل الإشارة إلى أعضاء محترمين من الطائفة الإسماعيلية فإذا كان خيار الأطراف في شرط التحكيم خيارا مشروعاً، عندها لا يمكن الإدلاء جدياً بأية حجة تمييز... " متمنيا عدم تأييد المحكمة العليا للمنحنى الإستئنافي " ... لثلا يصبح حقل التحكيم التجاري الدولي عرضة للإندثار أو على الأقل يثأثر سلباً إلى حد كبير... " °° مرحبا، في سياق تعليقه على القرار التمييزي، بما صدر عن المحكمة العليا مشيراً إلى أن " .. أسلوبها يختلف من حيث التحليل المنطقي والتسيب القانوني عن تعليقه (على الحكم الإستئنافي) الهادف إلى إجراء تقييم ناجم عن وجهة نظر دولية وعن وجهة نظر القانون المقارن حيث يتم التركيز على دور

٥٥ راجع تعليق البروفسور Giorgio Bernini على حكم محكمة الإستئناف، مجلة التحكيم العالمية، العدد الحادي عشر، تموز ٢٠١١، ص ٣٥ وما يليها.

التحكيم الدولي وأهدافه كأداة فعالة لتعزيز التعاون على صعيد التجارة والإقتصاد العالميين في حين أن أسباب حكم المحكمة العليا وحتميته تركز على تحليل دقيق للقانون الإنكليزي مصوغ بأسلوب القانون العام الرائع والمتكلف الذي يعطي الأفضلية والأسبقية للإجتهادات وتغنيه المراجع في القانون الأوروبي والعديد من الأحكام القانونية الأخرى في بقاع العالم الأخرى وبالطبع إلى العديد من القوانين الدولية الأخرى... "معتبرا" أن دعوى جيفراج وتتابع الأحكام المتعارضة الصادرة عن ثلاث درجات تقاض رمزية تشير إلى أن المعيار الغالب الذي بموجبه يمكن، وبشكل دقيق، مناقشة شرعية مجموعة من المؤهلات الهادفة إلى تقييد عدد الأشخاص المحتملين لمنصب محكمين يكمن في التقييم الإيجابي أو السلبي لأهمية الأسباب التي تعلق هذا التقييد... "فبرأيه" .. منع التمييز هو في الواقع محاولة مهمة ولكن نجاح هذه المحاولة معرض للخطر بوجود عنصر شك ثالث هو التحديد الدقيق للحدود بين تقييد مقبول يسببه فرض مؤهلات يتعذر الدفاع عنها تخص إتفاق التحكيم والمحكم الذي سيعين على عكس التمييز القانوني (بشكل أصح أكثر المنبعث من الحس بالواجب) الذي لا تسببه حوافز معقولة وأخلاقية.... "لذلك يرى أنه" ... من الضروري أن يوجه الإستشراف العملي السليم تفسير المبادئ التي تتجاوز قيمها الجوهرية حدود النطاق القانوني المحض التي (أي الحدود) يجب أن تكون محددة بموجب الحكم الحكيم الذي تصدره المحكمة بقصد تطبيق المبادئ والقيم التي تؤثر ليس فقط في مصلحة الأطراف بل أيضا في مصلحة المجتمع ككل... "مكررا إقتراح" .. نظام القوائم كأحد الأساليب التي بموجبها يتم الإعتراف بسلطة الأطراف التقديرية في إختيار المحكمين الذين سيعينون من دون أن يترتب على ذلك خطر تمييز... "٥٦".

أما Bernardo Cremades، فيعتبر أن "... شرط الإنتماء إلى طائفة دينية معينة هو معقول ومنطقي وموضوعي ومبرر بوجه إتفاق يطبق

٥٦ راجع تعليق البروفسور Giorgio Bernini على حكم المحكمة العليا، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثاني عشر، تشرين الأول ٢٠١١

فيه قانون الطائفة الدينية.. "أخذا على القرار الإستثنائي" .. ضعف التسييب في ما يتعلق بالعلاقة بين الأطراف والمحكمين، بدور التحكيم، بالتفريق بين التحكيم المؤسسي والمستقل والنتائج المحتملة التي قد تنتج منهما كذلك الأمر بالنسبة إلى التفسير الموسع لأنظمة عام ٢٠٠٣ في ضوء التوجيه، القانون الأوروبي في شأن عدم التمييز والإجتهد في هذا الصدد.. فضلا عن التناقضات خاصة في ما يتعلق بفصل شرط التمييز عن باقي الشرط التحكيمي فالمحكمة تؤكد أهمية السرية، الثقة والتأثير في تشكيل هيئة التحكيم ومهارة القدرة على الحد من تكوينها بهذا المعنى تعترف بأهميتها في شكل التحكيم في حين أنها تبطل في الوقت عينه تشكيل هيئة التحكيم لأنها ليست مبررة... "أملا أن يأتي حكم المحكمة العليا مختلفا عن المنحى الإستثنائي" .. منعا لأي إحتكاك بين المنظمات العلمانية والمنظمات الدينية.. أو خفض عدد خدمات التحكيم لدى هذه الأخيرة.. وتداركا للأثر لا يستهان به على القانون الواجب التطبيق على العقود وعلى إجراءات التحكيم.. "مما يعزز".... الإعراف بالتحكيم كمجال له إعتبراته الخاصة نظرا إلى تأثيره الذي يتخطى حدود المملكة المتحدة.. وإكتشاف الفرص لتكييف المفاهيم الأوروبية التي تضع مستوى أدنى من الحماية مع خصائص شكل التحكيم... " ٥٧.

ويدوره، لم يخفي Serge Lazareff، إستغرابه من منحى محكمة إستئناف إنكلترا وويلز (الدائرة المدنية) واصفا قرارها "بشيء عجيب.. غريب.. الأكثر إثارة للدهشة.." و"لا يصدق يبين عن سوء فهم لماهية التحكيم.. وله وقع القنبلة في عالم التحكيم الدولي.. ومؤذ للتحكيم في إنكلترا.." و"يلحق الضرر ليس بلندن فحسب وإنما بالتحكيم عموما..." فيرأيه "قد ضلت المحكمة الإنكليزية طريقها ولم تأخذ بالإعتبار المقاربات الأكثر عقلانية التي يملها المنطق السليم.." مؤيدا "التمييز الإيجابي في إختيار المحكمين.. فلكل شخص الحق في القول أريد محكمين حكماء على

٥٧ راجع تعليق البروفسور Bernardo Cremades على حكم محكمة الإستئناف، مجلة التحكيم العالمية، العدد الحادي عشر، تموز ٢٠١١، ص ٥٧ وما يليها.

إطلاع على عاداتي وما يجب أن يكون عليه سلوكي.. " متمنيا كزملائه ..
أن يسود الصواب والمنطق السليم.. وأن تنقض المحكمة العليا هذا القرار.. "
أقله كي لا تنشأ إشكالية جديدة " تتصل برفض التمييز الإيجابي أو السلبي
في تعيين محكم ما بسبب جنسيته... " ^{٥٨} مرحبا، في سياق تعليقه على القرار
التمييزي الصادر عن المحكمة العليا، بالنهاية السعيدة لدعوى جيفراج ..
التي أعادت إنكلترا لسابق عهدها بلدا صديقا للتحكيم.. مما يريح عالم
التحكيم من الإرباك والشك اللذين سادا جراء قرار محكمة الإستئناف
ويضع حدا لمقاربة إنكليزية قديمة التي بموجبها المحكم هو خادم الطرف
والتي تتناقض تناقضا تاما مع التحكيم الدولي الحديث " ^{٥٩}.

أما أحمد صادق القشيري، فوجد " قضية جيفراج.. طريفة تتناول
موضوعا غير مألوف.. " وإعتبر أنه " .. في مجال العلاقات القانونية التي
تتسم بأهمية الإعتبارات الشخصية بين الأطراف مثل المشاركة في الأنشطة
الإقتصادية القائمة على إنتماءات خاصة ثقافية أو دينية أو عائلية، يمكن
تصور إتفاق التحكيم الوارد في العقد أو في مشاركة تحكيم شروطا تقيّد
عملية إختيار المحكمين بحيث يتوجب في مفهوم المتعاقدين وما إتجهت إليه
إرادتهم أن ينتموا إلى ديانة أو إتجاه عقائدي معين، ومثل هذا الإشتراط لا
يعد من حيث المبدأ مخالفا للنظام العام متى كان ما يبرره بحسب طبيعة تلك
العلاقة وعلى وجه الخصوص إذا كان الإتفاق على التحكيم يتضمن
تفويضا للمحكم أو لهيئة التحكيم للفصل في النزاع وفقا لمقتضيات العدالة
أي بتخويله سلطة التحكيم بالصلح... أما خارج إطار العلاقات الحميمية
وذات الطابع الشخصي، إن أي إشتراط لجنسية معينة أو جنس معين أو
ديانة أو الإنتماء إلى طائفة عقائدية معينة يجب النظر إليه بإعتباره مبررا
كافيا لإهدار شرط التحكيم وتقرير بطلانه وهو بطلان ينصرف إلى شرط

٥٨ راجع تعليق المحامي Serge Lazareff على حكم محكمة الإستئناف، مجلة التحكيم
العالمية، العدد الحادي عشر، تموز ٢٠١١، ص ٧١ وما يليها.

٥٩ راجع تعليق المحامي Serge Lazareff على حكم المحكمة العليا، مجلة التحكيم
العالمية، العدد الثاني عشر، تشرين الأول ٢٠١١.

التحكيم في جملته..^{٦٠} مرجحا في سياق تعليقه التمييزي بالقرار الصادر عن المحكمة العليا مبينا إسهامه القانوني في التحكيم لا سيما في "... التحليل المتعاطف والمتفهم لمفهوم حل المنازعات وفقا للمذهب الإسماعيلي بما في ذلك التحكيم وهو ما حدا إلى تأييد مشروعية اعتبار اللجوء إلى محكم إسماعيلي محققا ليس فقط لمفهوم كونه genuine بل وكذلك both legitimate and justified".^{٦١}

أما فايز الحاج شاهين، فقد علق على القرار الإستثنائي من زاوية إمكانية الإسترشاد به في القانون اللبناني منتقدا "... إستناده على الأحكام المطبقة على التمييز discrimination لأن مجمل هذه الأحكام يجب أن تفسر بصورة ضيقة في مادة قانون العقود المنظور في إنشائها إلى شخص العاقد *institus personae*.... " سيما وأن "... هناك أسباب مشروعية كانت تبرر إختيار المحكمين على اساس إنتمائهم إلى الطائفة الإسماعيلية مثل الإطمئنان الذي يولده هذا الإنتماء في نفوس المحتكمين ومثل إمتناع المحكمين الذين ينتمون إلى هذه الطائفة من تقاضي الأتعاب مما يخفف من كلفة التحكيم " موضحا أن " الإنتماء الديني ليس شرطا فرضه المشرع بل شرط إرتضاه الفريقان والفرق شاسع بين الحالتين، ففي الحالة الأولى يشكل شرط الإنتماء الديني قيда على حرية الفرقاء بإختيار المحكم أما في الحالة الثانية فإن هذا الشرط نابع من حرية الفريقين وهو بالتالي يتوافق مع هذه الحرية ولا يتعارض معها ولذلك يجب إعلان صحته... " مبينا تناقض القرار "... فعندما أبطلت محكمة الإستئناف تعيين المحكم على اساس الإنتماء الديني لم توقف عند فكرة إحترام إرادة الفريقين الذين عبرا صراحة عن رغبتها في إعتماد هذا المعيار لكنها عندما قضت بأن إبطال التعيين يشمل البند التحكيمي بكامله أشارت إلى ضرورة إحترام إرادة

٦٠ راجع تعليق البروفسور أحمد صادق القشيري على حكم محكمة الإستئناف، مجلة التحكيم العالمية، العدد الحادي عشر، تموز ٢٠١١، ص ٧٦ وما يليها.

٦١ راجع تعليق البروفسور أحمد صادق القشيري على حكم المحكمة العليا، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثاني عشر، تشرين الأول ٢٠١١.

الفريقين... " رافضا ما ذهب إليه " ... في التفريق بصورة ضمنية بين التحكيم العادي والتحكيم المطلق " فبرأيه البند التحكيمي المبني على الإنتماء الديني " .. إما أن يكون صحيحا وإما أن يكون باطلا وذلك بصرف النظر عن طبيعة التحكيم ، فجاوز أو بطلان البند يجب أن تستمد من مشروعية أوعدم مشروعية الإختيار المبني على الإنتماء الديني... " ٦٢ .

أما حمزة حداد ، فيعتقد أن " ... من الصعوبة تطبيق الحكم الإستثنائي في الحياة العملية في التحكيم المؤسسي الدولي.. " سيما إزاء ما يثيره من " ... تساؤل عن تنازع القوانين من حيث الزمان والحقوق المكتسبة.. " ويرى أن الحكم " .. محل نظر كبير في الظروف المحيطة .. ففريقا العقد يتتمان إلى الطائفة الإسماعيلية ويرغبان في أن يكون المحكمون من الطائفة نفسها لغرض معين لم يفصحا عنه وهذا شأنهم ولا يستطيع أحد أن يجبرهم على التحكيم أمام أشخاص آخرين من غير تلك الطائفة ولا على الإفصاح عن سبب إشرط كون المحكمين من الطائفة التي يتتمان إليها أي الطائفة الإسماعيلية... " مما يعزز برأيه " .. صحة الإتفاق ووجوب العمل به.. فالسبب وجيه لإشرط كون المحكمين من الطائفة الإسماعيلية.. " ٦٣ .

الفقرة الثانية

إرتدادات الزلزلة أميركيا .. قضية Rebmann / Rohde الشهيرة

لم يكذب ينقط الوسط التحكيمي الدولي أنفاسه بعد قضية Jivraj حتى إستشعر قبيل صدور القرار التمييزي الإنكليزي بإرتدادات زلزلة تحكيمية جديدة خطيرة كسابقتها في مدلولاتها وأبعادها مصدرها قرار صادر عن محكمة إستئناف كاليفورنيا بتاريخ ٢٨ حزيران ٢٠١١ بمعرض قضية Rebmann / Rohde الشهيرة. وتتخلص وقائع القضية في إتفاق تعاون مشترك أبرم بين شركة كاليفورنية Precious Smart Ingredients

٦٢ راجع تعليق البروفسور فايز الحاج شاهين على حكم محكمة الإستئناف ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الحادي عشر ، تموز ٢٠١١ ، ص ٨١ وما يليها .
٦٣ راجع تعليق المذكور حمزة حداد على حكم محكمة الإستئناف ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الحادي عشر ، تموز ٢٠١١ ، ص ٩٤ وما يليها .

يملك أكثرية أسهمها السيد Rohde وشركة ألمانية R R Beteiligungsgesellschaft يملكها السيد Rebmann بهدف تأسيس شركة جديدة Lipoid للإستثمار في المجال الغذائي في أميركا الشمالية. ونتيجة صعوبات طرأت أثناء تنفيذ العقد، لجأ الفريق الكاليفورني إلى التحكيم الملحوظ في نظام الشركة مطالباً بتحميل الفريق الألماني المسؤولية القانونية عن الأضرار المادية الناجمة عن وقوعه ضحية تشويه لبعض الحقائق التي لعبت دوراً محورياً في حثه على الإنضمام إلى الإتفاق المشترك. ونظراً لعدم توصل الفرقاء إلى إتفاق حول تسمية المحكم، إختار مركز التحكيم Jams القاضي الفدرالي المتقاعد Haberfeld الذي أصدر قراراً لصالح الفريق الألماني بتعويض رمزي مقداره ١٠٠٠ دولار أميركي معللاً ذلك بضعف حجة الفريق المدعي محملاً هذا الأخير مصاريف الدعوى وأتعاب المحاماة البالغة في قرار لاحق أصدره بما يوازي مليون و٢٠٠ ألف دولار أميركي مما أثار حفيظته (أي الفريق الكاليفورني) 'something did not smell' right. وإثر إحالة النزاع أمام المحكمة العليا لمقاطعة Orange، أيد القاضي Luesbrink بتاريخ ٢ شباط ٢٠١٠ القرار التحكيمي.. فإستأنفه الفريق الكاليفورني أمام محكمة إستئناف كاليفورنيا مدلياً بجملة أسباب تتصل بزيادة المحكم وإستقلالته جازماً بعدم موافقة السيد Rohde على تسميته فيما لوجرى الكشف مسبقاً حول جملة حقائق تتصل بهوية المحكم الشخصية والثقافية سيما " ... بأنه ينتمي إلى الطائفة اليهودية.. وبأنه مولود عام ١٩٤٤ في الولايات المتحدة الأميركية.. من والدين ألمان من أصل يهودي إنتقلا إلى الولايات المتحدة الأميركية قبيل الحرب العالمية الثانية.. وبأنهم جميعاً خسروا عائلاتهم وممتلكاتهم خلال الهولوكوست.. وبأنهم أعضاء في نادي 1939 الهادف إلى تدارك تكرار الهولوكوست.. " مما يساهم في خلق الشعور بنية المحكم " محاسبته (أي الفريق الكاليفورني) على الأذى اللاحق بعائلته " to punish me for the harms " "brought On his family" سيما أنه (أي السيد Rohde) وزوجته من مواليد ألمانيا عام ١٩٤٤ ومن والدين خدما في الجيش الألماني خلال

الحرب العالمية الثانية. رفض الفريق الألماني هذه الحجج مينا " ... أن المحكم غير ملزم بالإفصاح عن جذوره وإنتماءاته الدينية أو الثقافية أو السياسية .. ويأن كلا الفريقين المتنازعين ألمان مما يثبت لاعقلانية حجج الفريق الكاليفورني ويكشف عن نيته التهرب من تنفيذ ما قضى به المحكم .. ". ويتاريخ ٢٦ حزيران ٢٠١١، أيدت محكمة إستئناف كاليفورنيا حكم المحكمة العليا مستندة على سوابق قضائية تتصل بمحايدة المحكم وإستقلاليته ومعللة موقفها " .. بأن الحيادية يجب أن تقيم موضوعياً من منظور شخص ثالث نزيه مطلع متبصر وحكيم .. ويانتفاء الصلة بين قرار المحكم من جهة والوضع العائلي للسيد Rohde ومسألتي الهولوكوست والحرب العالمية الثانية من جهة ثانية .. وبأنه لا يقبل الإعتراض على خلفية المحكم وإنتماءاته في مرحلة متقدمة من المسار التحكيمي لأنه كان بمقدور الجهة المستأنفة الإعتراض على تسميته قبل إنطلاق العملية التحكيمية .. " ١٤ .

٦٤ راجع :

- * *Rebmann v. Rohde* ١٩٦ (٢٠١١)CAL.APP.4TH 1283.
- * *The State Bar Of California* , ٨٤th Annual Meeting , Program ٦٦ , Ethics Update ٢٠١١ Significant Developments in the Law of Lawyering , September ٢٠١١ , p.4.
- * *California Newsletter*, Thomson Reuters Business, 22 July ,٢٠١١ p. 3.

الموقع الإلكتروني : <http://www.courtinfo.ca.gov>

" ... In the context of judicial recusal , potential bias and prejudice must clearly be established by an objective standard ... Judges , like all human beings , have widely varying experiences and backgrounds. Except perhaps in extreme circumstances, those not directly related to the case or the parties do not disqualify them. The reasonable person is not someone who is "hypersensitive or unduly suspicious "but rather is a "well-informed, thoughtful observer "(Haworth.v.Superior Court – 2010 - Cal.4 th.372, 384-385) This case had nothing to do with World War 2 and nothing to do with the Holocaust ... no facts were presented that would support a reasonable belief that Haberfeld was not impartial.=

في الواقع، يكمن السؤال الأساس المطروح علي محكمة إستئناف كاليفورنيا في معرفة ما إذا كان الإنتماء الديني أو الثقافي يشكل بحد ذاته وقائع قابلة لأن تولد الشكوك والريبة لدى شخص عاقل راشد حول حيادية المحكم. لقد أجابت محكمة الإستئناف بالنفي.. ويرأينا، هو موقف في محله القانوني. فإذا كان يصح حجب الثقة عن المحكم لأداء المهمة الموكلة إليه لتأثره بإعتبارات تتصل بإنتمائه الديني أو الثقافي أو الإجتماعي، فمن باب أولى، يصح الإعتراف بأن الإرتياب والشك حول محاباته وتحيزه وميوله لمجرد إنتمائه لطائفة إجتماعية أو ثقافية أو دينية سيسيء بدون أدنى شك لكرامة المحكم ومصداقيته العلمية. وقد سعت بوضوح محكمة الإستئناف لحماية حرمة الشخصية من خلال رفض السماح برده لمجرد الإنتماء الديني مؤكدة بأنه غير ملزم للكشف عنه طوعا تلقائيا. وكأنها

=The background of Rhode and his family and Haberfeld family's were irrelevant. Further, Rhode's family background was unknown at the time of the arbitration. the information regarding Haberfeld's background was available to defendant's before the arbitration commenced ... if defendants were concerned about the cultural or religious affiliations of their arbitrator , or anything else about his background they should have done their "googling" before the arbitration began ... it's an appropriate to allow any party to trifle with the courts by standing silently by, thus permitting the proceedings to reach a conclusion in which the party could acquiesce if favorable and avoid if unfavorable (Dietz.v. Meisenheimer & Herron (2009) 177.Cal.App.4th 771,800) A judge or arbitrator's impartiality should never be questioned simply because of who they are. " the fact that an individual belongs to a minority does not render one biased or prejudiced , or raise doubts about one's impartiality : that one is black does not mean , ipso facto , that he is anti-white ; no more than being Jewish implies being anti-Catholic, or being Catholic implies being anti-Portestant " (U.S..v. Alabama (11th Cir.1987) ... " .

بمنحائها تدعو المحكمين - كي لا تقل تدفعهم وتحرضهم - لعدم التجاوب مع طلب إفصاح من هذا القبيل.

الخاتمة

إن الفكر عامة في صبره على الحاضر وانتظاره للمستقبل أحوج ما يكون إلى إستخلاص الفوائد والعبر من عظام الحوادث الغابرة. فالإنسان أمام المستقبل المجهول يبحث في الماضي عن قس ينير له الطريق.. فالسياسي يعود إلى السوابق... والقانوني يرجع إلى العرف والتقاليد... والإجتماعي يذهب منقبا في ثنايا التاريخ.. وليس من مقياس للتقدم أصدق ولا أوضح ولا أكثر إطرادا في جميع الأحوال من مقياس حرية الفرد بين زمان وزمان، ومكان ومكان، وتفكير وتفكير. فإذا قابلنا بين عصرين إثنين فأرقاهما ولا ريب هو العصر الذي يعظم فيه نصيب الفرد من الحرية... وأسوأهما هو العصر الذي يساء فيه إستخدامها. وإذا فرض الباحث على نفسه ثقافة معينة تلامس حرية ما أوتمسك بها أيا كانت قيمتها فسلم بقضاياها وإطمأن إلى عرضها وإستراح إلى أحكامها ثم تناول ما يريد من بحث على هذا الأساس قلما يصاحبه التوفيق أو يصادفه النجاح. فالأخذ بنظرية خاصة لا يؤدي إلى نتائج صحيحة في كثير من الأحوال.. فليس كل قديم بضائرتنا.. وليس كل جديد بنافعنا... ومرامي الفكر القانوني كثيرة الشعب وظروفه مستمرة القلب وأهدافه تتغير بتغير الظروف والملابسات. إلا أن هذا ليس من شأنه أن يخس النظريات التي وضعها الأسلاف بل يكفي فخرا أنهم فتحوا الأذهان للبحث وإستكشفوا آفاقا مجهولة من العقل البشري وأرسلوا بصيصا من النور على كثير من الحقائق.

والحديث عن حرية إرادة المحتكم في إختيار المحكم لم يكن مادة للجدل البناء بقدر ما كانت شيء كالسحر ينفذ إلى النفوس ستغدو في القريب العاجل مسألة المسائل... وما تكرار المشهد الإنكليزي أميركيا - بشكل أوبأخر - سوى تثبيت لصدق مقولة أن رقعة الزيت لا بد أن تنتشر ولو بعد حين.. ففي القضيتين التوأمن بلا شك معركة حامية بين طبيعتين مختلفتين.. طبيعة الخضوع للعادات والتأثر بسلطانها... وطبيعة

الحياة التي تطلب دوماً للفكر أن يسايرها ويتدرج معها... ولا بد من تدخل العقل العاقل المتعقل للفصل في هذه المعركة وتصويب العلاج إذا أمكن يوجد به التوازن بين هاتين القوتين الضرورتين للإنسان. إذ تنازعت الموضوع تيارات كثيرة وعلى حسب إختلاف تلك التيارات وقوتها إختلفت كما بينا أعلاه طريقة البحث ونتيجته فكثرت المناقشات ودارت حول الرغبة في تحديد وجهة الخلاف وبيان مقدار سلامة أو عيب منحنى الأحكام التي بحق تجرأت بمجديدها وبتجرؤها وتمردها على هالة التحكيم... والخطوة على ما فيها من جرأة تدل على النفس الثائرة ومكونات منها الظاهر ومنها قطعاً الخفي تحاول تعبيد طريق جديد قد يجد السائر فيه كل ما يبهج أو يفرح أو يحزن ويؤلم.

لذلك نعتقد أنه من الأصوب التفكير مرارا وتكرارا بأبعاد معطيات القضيتين موضوع التعليق. فهما كالتوأم متشابهان في إثارة نقطة مشتركة تتصل بصوابية رد المحكم لعله الإلتناء الديني وإن تميزا بعض الشيء في مرحلة التذرع بالعنصر الديني بحسب المعطيات ذات الصلة (مرحلة تسمية المحكم على نحو ما جرى التوافق عليه في البند التحكيمي ومرحلة تقييم حيادية المحكم بعد إنطلاق المسار التحكيمي). بمعزل عن هذا التباين، يبدو أن مقارنة موقع العنصر الديني في آلية إختيار المحكم مسألة ليست بيسيرة بل على قدر من الحساسية والدقة والخطورة. فإذا كان من المنطق منع أحد الأطراف من الإعتراض على تسمية المحكم لمجرد الإلتناء الديني فلماذا السماح مسبقا بتحديد طائفة المحكم في البند التحكيمي ؟ ألا يستند البند الذي يفرض أن يكون المحكم من دين ما ضمنا على فكرة مرفوضة مفادها أن عدم الإلتناء لهذا الدين من شأنه إثارة الشك والإرتياب بحيادية المحكم ؟ وإستطرادا نتساءل : ما علاقة الحيادية بالدين ؟ أوليس في كلتا القضيتين محاولة فك إرتباط صريحة بين الدين وإختيار المحكم ؟ ألم تستبعد فيهما فعلا إمكانية تأسيس محاكم تحكيمية طائفية ؟ ألم تقطع الطريق أمام تأثر الأنظمة التحكيمية المحلية والإقليمية والدولية بمعيار جديد يسعى

لايجاد منفذ ما لتثبيت وجوده بداية ليصبح أمرا واقعا يقتضي تكريسه والعمل به لاحقا ؟

يستحضرني في هذا المقام قول أحدهم لصاحبه : يا هذا ؟ ما مذهبك ؟ قال : مذهبي أن لا أقر على الضيم ولا أنام على الهون ولا أعطي صمتي لمن لم يكن ولي نعمتي ولم تصل عصمته بعصمتي. قال : هذا مذهب حسن ومن ذا الذي يأتي الضيم طائعا ويركب الهون سامعا ! ولكن ما نخلتلك التي تنصرها ؟ قال : نخلتي في صدري لا أتقرب بها إلى مخلوق ولا أنادي عليها في سوق ولا أعرضها على شاك ولا أجادل فيها المؤمن.

والحق يقال.. ليس من المعيب أن يكون للمحكم إتماءات ثقافية أو دينية أو إجتماعية.. ولكن العيب كل العيب أن يحملها معه متى وافق على أن يحتكم في قضية خلافية.

فظائفة المحكم عند القبول هي حكما العلم والموضوعية والتجرد والخبرة والثقة بالنفس... ومذهبه عند القبول هو حتما التواضع وعفة اللسان والقيم العليا والإستقلالية والحيدة.. أما عند الرفض فهو حر بكل ما تعنيه كلمة حرية من معنى بأن ينتمي لما يريد ويعتق ما يريد ويؤمن بما يريد.. ذلك هو التحكيم الحقيقي - كما يجب أن يكون أو يفترض به أن يكون - .. يأتي من منافذ الحرية الواسعة لا من كوة الأفكار المحدودة العاجزة عن تصور مقاصد سيدة الجابرة - الحرية - وأسرارها وأسباب إطلاقها من كل قيد وشرط. وذلك هو المحكم الحقيقي - كما يجب أن يكون أو يفترض به أن يكون - موطنه العالم بأسره.. نزاهة وعلم في حقل إختصاصه.

لا شك أن أمد بقاء كل فكرة جديدة فقهية كانت أم قضائية أم تشريعية يحدد بالقياس إلى قوة إصطدامها بالقديم الموهوب أو المكسوب. أما التقديس فإنه وليدة الغموض الذي يحيط بنشأة كل قديم ولذلك تجد هذا التقديس يزداد أثرا في النفس وقوة على البقاء كلما كان أوغل في أبعاد الماضي السحيق وإبتعد عن التعليل والتحليل. ولا شيء أضر على العلم

ولا أسوأ عنى العقل ولا أشد فسادا في الرأي والفكر من المقاربة السطحية وغير الموضوعية لأموال الدين في مجال البحث والنقاش.

من حسنات القضيتين أعلاه، برأينا، أنهما سلطنا الضوء على الثقة التي لا تعرف لون ولا عرق ولا دين.. فإما أن تكون أولا تكون... فالمسألة أبعد من مجرد التأييد والرفض.. المسألة أبعد من مجرد الترحيب أو الخذر من عنصر جديد في آلية إختيار المحكم للمحكم.. المسألة أبعد من من نظام عام يمنع أو نظام قوائم يسمح أو حقوق إنسان تحمي أو أنواع تحكيم تبرر... المسألة كل المسألة برأينا في الخلفيات.. المسألة كل المسألة في ما وراء السطور وما بين السطور.. هي في أسباب منحى جديد وليس في أهمية اعتماد منحى جديد..

لقد أبدع Jean-Denis Bredin في وصف مستقبل حياة المحكم "المراهق الجميل" كما سماه، بالقول أن أمامه "... حياة جديدة تنتظره مليئة بالعقبات التي يفترض به تجاوزها والنجاحات التي عليه تحقيقها، حياة تملؤها الثقة بدلا عن الريبة والشك، حياة رافضة للغموض والإلتباس، حياة تقدم الأجوبة المباشرة والصریحة على التساؤلات الجوهرية في علم التحكيم..".

نعتقد جازمين.. أن هكذا حياة.. مفعمة بالحياة.. صعبة التحقق والمنال.. إذا أبقينا المحكم - قسرا أو عن قناعة - أسير عادات وتقاليد ومعتقدات وقيود غير متألفة مع الحرية - جوهر علم التحكيم - بمغناها الكامل المقصود للكلمة.

نعتقد جازمين.. أن التحكيم في أزمة.. التحكيم في محنة.. فلنسمع صوت الزمن إن لم نسمع - أولم نكن نريد أن نسمع - صوت الحق.. ولنثري ولنتبصر حرصا على هبة التحكيم ومصداقيته وسمعته.. فكم من فريق بيده النور وهم لا يستنيرون.. وكم من فريق في الظلمات يظنون أنفسهم في نور.

نعتقد جازمين وبمحسن نية.. أن في الأمر "زلة" فكر.. إنما هل هي قصدية ! أم عفوية ! الترقب سيد الأحكام.. والله ولي التوفيق..

- ❖ محمد نور عبد الهادي شحاته : الرقابة على أحكام المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٣.
- ❖ أحمد سعيد الزرقد : عقد التحكيم، دراسة في طبيعته وأثره، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم في المنصورة، مصر، ٢٧-٢٨ مارس ٢٠٠٠.
- ❖ محمد كامل مرسي باشا : شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، الجزء الأول، المخصص للكفالة والوكالة والسمسرة والصلح والتحكيم والحراسة، الطبعة الثانية، المطبعة العالمية، القاهرة ١٩٥٢.
- ❖ أحمد محمد حشيش : طبيعة المهمة التحكيمية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٠.
- ❖ أحمد أبو الوفاء : التحكيم الإختياري والإجباري، منشأة المعارف، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨.
- ❖ عبد الحميد الأحذب : موسوعة التحكيم، مقدمة الطبعتين الأولى والثانية، الكتاب الأول، التحكيم في البلدان العربية، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٨.
- ❖ الحسين السالمي : التحكيم وقضاء الدولة، الطبعة الأولى، بيروت ٢٠٠٨.
- ❖ محمود مصطفى يونس : المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٩.
- ❖ عزمي عبد التفاح عطية : قانون التحكيم الكويتي، الطبعة الثانية، مؤسسة دار الكتب، الكويت ٢٠١٢.
- ❖ أحمد مليجي : قواعد التحكيم في القانون الكويتي، الطبعة الأولى، دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت ١٩٩٦.
- ب- الدراسات والأبحاث والمدخلات والتعليقات :
- ❖ مهيب معماري : المحكم والحدود، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثاني عشر، بيروت ٢٠١١.
- ❖ جوزف شاوول : المحكم وموجب الإستقلالية والحياد، مجلة التحكيم العالمية، العدد العاشر، بيروت ٢٠١١.
- ❖ موفق اليافي : المحكم وكيفية إختياره، هل يحق لخبير المحاسبة أن يكون محكما أم لا ؟، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد العاشر، بيروت ١٩٩٩.
- ❖ شكري صادر : هل يجب أن يكون المحكم حقوقيا ؟، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد العاشر، بيروت ١٩٩٩.

- ❖ أبو زيد رضوان : قانون التجارة الدولية، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، السنة الأولى، العدد الأول.
- ❖ إسماعيل الزبادي : المفهوم المختلف لحيدة المحكم عن الحيادة الواجبة في القاضي، العدد الرابع، مجلة التحكيم، تشرين الأول ٢٠٠٩.
- ❖ محمد أمين الداوق : تعيين المحكم وحيدته وإستقلاله، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، تشرين الأول ٢٠١٠.
- ❖ محمد عبد المجيد المهيري : تعيين المحكم وإستقلاله وحياده ومسؤوليته، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، تشرين الأول ٢٠١٠.
- ❖ معن بوضابر : تعيين المحكم وإستقلاله وحياده، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، تشرين الأول ٢٠١٠.
- ❖ سهيل عبود : تعيين المحكم وصفاته، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد السادس والخمسون، سنة ٢٠١٠.
- ❖ جوزف شاورول : المحكم وموجب الإستقلالية والحياد، مجلة التحكيم العالمية، العدد العاشر، نيسان ٢٠١١.
- ❖ خالد أمين مصطفى يوسف : التحكيم التجاري الدولي في ضوء قواعد الشريعة الإسلامية، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثامن والثلاثون، بيروت ٢٠٠٦.
- ❖ محمد بن جميل أفق بيق : التحكيم في الشريعة الإسلامية، مجلة التحكيم العالمية، العدد السادس عشر، بيروت ٢٠١٢.
- ❖ محمد الهوشان : نظام التحكيم السعودي الجديد، مجلة التحكيم العالمية، العدد السادس عشر، بيروت ٢٠١٢.
- ❖ عبد الله درميش : المحكم، تعيينه وحياده وإستقلاله، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، تشرين الأول ٢٠١٠.
- ❖ ناصر الزيد : المحكم بين سندان الأخلاق ومطرقة القانون، مجلة التحكيم، العدد الخامس، كانون الثاني ٢٠١٠.
- ❖ وائل طبارة : مدخل إلى المبادئ العامة في التحكيم، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد ٣١، بيروت ٢٠٠٤.
- ❖ صلاح الحجيلان : نظام التحكيم السعودي الجديد، مجلة التحكيم العالمية، العدد السادس عشر، بيروت ٢٠١٢.
- ❖ محمود أنيس بالطيب : المحكم في التشريعات العربية، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن عشر، بيروت ٢٠١٣.
- ❖ محمود محمود المغربي : من "Jivraj" إلى "Rebmann" "إجتهاد" يحيي "التحكيم أم يقتله" ، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثالث عشر، بيروت ٢٠١٢.

- ❖ عبد الحميد الأحذب : التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامي ، المؤتمر الإسلامي الثاني للشرعية والقانون ، " التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون " ، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية ، لبنان ٢٠٠٠ .
- ❖ غالب محمصاني : ميزات التحكيم المطلق ، المؤتمر الإسلامي الثاني للشرعية والقانون ، " التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون " ، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية ، لبنان ٢٠٠٠ .
- ❖ مداخلة المحامي الدكتور عبد الحميد الأحذب في الجلسة الافتتاحية لمؤتمر تعديل قواعد تحكيم اليونسترال المنعقد في بيروت ٢٠١٠ ، مجلة التحكيم ، ملحق العدد الثامن ، تشرين الأول ٢٠١٠ .
- ❖ مداخلة المحامي الدكتور عبد الحميد الأحذب في الجلسة الافتتاحية لأعمال مؤتمر التحكيم العربي الأوروبي المنعقد في بيروت ١٩٩٦ ، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي ، العدد الثالث ، سنة ١٩٩٦ .
- ❖ مداخلة المحامي الدكتور محمد نديم الجسر حول ورقة العمل المقدمة من قبل أستاذنا الدكتور فتحي والي لمؤتمر " التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون " ، بعنوان " تحكيم الشريعة الإسلامية في نظر القانون " ، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية ، لبنان ٢٠٠٠ .
- ❖ تعليق البروفسور Giorgio Bernini على حكم محكمة الإستئناف ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الحادي عشر ، تموز ٢٠١١ .
- ❖ تعليق البروفسور Giorgio Bernini على حكم المحكمة العليا ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الثاني عشر ، تشرين الأول ٢٠١١ .
- ❖ تعليق البروفسور Bernardo Cremades على حكم محكمة الإستئناف ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الحادي عشر ، تموز ٢٠١١ .
- ❖ تعليق المحامي Serge Lazareff على حكم محكمة الإستئناف ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الحادي عشر ، تموز ٢٠١١ .
- ❖ تعليق المحامي Serge Lazareff على حكم المحكمة العليا ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الثاني عشر ، تشرين الأول ٢٠١١ .
- ❖ تعليق البروفسور أحمد صادق القشيري على حكم محكمة الإستئناف ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الحادي عشر ، تموز ٢٠١١ .
- ❖ تعليق البروفسور أحمد صادق القشيري على حكم المحكمة العليا ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الثاني عشر ، تشرين الأول ٢٠١١ .
- ❖ تعليق البروفسور فايز الحاج شاهين على حكم محكمة الإستئناف ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الحادي عشر ، تموز ٢٠١١ .
- ❖ تعليق الدكتور حمزة حداد على حكم محكمة الإستئناف ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الحادي عشر ، تموز ٢٠١١ .

❖ تعليق المحامي Serge Lazareff على حكم Jivraj المنشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد الحادي عشر، تموز ٢٠١١.

Bibliographie :

A – Ouvrages généraux :

- * Jean Robert : Arbitrage civil et commercial droit interne et droit international , Dalloz 1967.
 - * J.Rubellin-Devichi : Essai sur la nature de l'arbitrage , LGDJ , Paris 1965.
 - * René David : Droit naturel et arbitrage , Paris 1954.
 - * H.Motulsky : La nature de l'arbitrage , études et notes sur l'arbitrage , Dalloz , 1974 , p. 14 et s :
 - * Y.Loussouarn , J.D.Berdin : Droit du commerce international , Paris 1979.
 - * Jean Robert : Exposé introductif et général sur l'arbitrage , Annuaire de la faculté de Liège , 1964.
 - J.Rideau : L'arbitrage international public et commercial , Paris 1969.
 - * M.Reale : La situation de la théorie tridimensionnelle du droit , Archives de Philosophie du Droit , Le droit international , 1987.
 - * Pierre Herbraud : Rôle de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques , in Mélanges Jacques Maury , Préface G.Mary , Dalloz –Sirey , Université des sciences sociales de Toulouse 1960.
 - * P.Mayer : L'arbitre et la loi , Etudes offertes à Pierre Catala , le droit privé français à la fin du 20 ème siècle , Litec , Paris 2001.
 - * Thomas Clay : l'arbitre , Dalloz. Paris 2001.
- #### *B- Articles et Notes et Conférences :*
- * Ballorde Pallieri : L'arbitrage privé dans les rapports internationaux , recueil des cours , La Haye 1935.
 - * W.Wengler : Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat , revue critique de droit international privé , 1982.
 - * F.E.Klein : Autonomie de la volonté et arbitrage , revue critique de droit international privé , 1958.
 - * V.E.Krings. L.Martray : Le juge et l'arbitre , revue critique de droit international et de droit comparé , 1982.

- * Ch.Carabiber : L'évolution de l'arbitrage commercial international , recueil des cours , La Haye , 1960.
- * P.Benjamin : Aperçu des institutions arbitrales de l'Europe de l'est qui exercent une activité dans le domaine de l'arbitrage commercial international , revue de l'arbitrage 1957.
- * Pierre Herbraud : La juridiction arbitrale et la notion de compétence compétence , RTDC civ.1962.
- * Pierre Legendre : Revisiter les fondations du droit civil , RTD civ , 1990. * Emmanuel Gaillard : Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international , recueil des cours , La Haye 2008.
- * F.E.Klein : Autonomie de la volonté et arbitrage , revue critique de droit international privé , 1958.
- * Jurisclasseur Proc. civil , Fasc 1005 , n. 101.
- * ' L'arbitre dans la vision jusnaturalisme dirait ce qui est juste , non ce qui est conforme au droit ' in ' L'idéal de la justice n'autorise t – il pas hors du droit à recourir à l'arbitre ? 'Conférence au laboratoire de théorie juridique de l'université Aix-Marseille 3 , 1991.
- * Hamid Al Andaloussi : Le choix des arbitres , revue libanaise de l'arbitrage interne et international , n3 , 1996.
- * Geneviève Augendre : L'arbitrage dans la justice et le rôle de l'arbitre , revue libanaise de l'arbitrage interne et international , n.48 , 2008.
- * Thomas Clays : Indépendance et impartialité de l'arbitre , revue de l'arbitrage , 2004.
- * E Minoli : Indépendance de l'arbitre , relations entre parties et arbitres , in " qualifications de l'arbitre international " symposium du comité français de l'arbitrage , Paris 1970 , revue de l'arbitrage 1970.
- * Abdul Hamid Ahdab : L'arbitrage en Aabie Saoudite , revue de l' arbitrage , 1981.
- * Klaus Peter Berger : International Economic Arbitration , Denver Bosten Kluwer , 1993.
- * René David : Arbitration in International Trade , Kluwer , 1981.