

دراسة تحليلية في التحكيم وطبيعته القانونية

مقارنة بالفقه الإسلامي

الدكتور/ علي أحمد صالح المهداوي

أستاذ القانون المدني المشارك - كلية القانون، جامعة الشارقة

مقدمة:

مر التحكيم بمراحل تطور طويلة عبر عصور تاريخية^(١)، مما دل على ضرورته في حسم أو فض المنازعات بين أطراف التحكيم، تبعاً لما يتمتع به التحكيم من مزايا تجعله مفضلاً لدى المتحاكمين على اللجوء إلى القضاء، ذات الولاية العامة، في حسم نزاعاتهم الخاصة بهم^(٢)، ولكن

^(١) أعتبر التحكيم القاعدة في الفصل في المنازعات القائمة بين الأفراد أو بين الجماعات في المجتمعات القديمة، وشكل ذلك معلماً بارزاً في مدنيها وحضارتها، بعد أن كان اللجوء إلى الانتقام الفردي سائداً، والاحتكام إلى القوة مبدأً، وكان التحكيم في بداية أمره اختيارياً، وتنفيذ حكم التحكيم الصادر متروكاً أمره للمتنازعين، ثم صار التحكيم إجبارياً في مرحلة لاحقة، وقد عرف لدى قدماء الإغريق التحكيم في المنازعات القائمة بين دويلات المدن اليونانية، كما نظموا معاهدات التحكيم الدائمة، وعرف في روما في عصر الإمبراطورية القديمة وفي عصر الإمبراطورية السفلى، وبصفة خاصة في العقود الرضائية، ونظام التحكيم عرفه المصريون القدماء، والآشوريون، والبابليون، والعرب قبل الإسلام. (انظر في ذلك: صوفي أبو طلب، مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، ط ١٩٥٧/١م، ص ٧٩، أبو اليزيد علي المتيت، الأصول العلمية والعملية لإجراءات التقاضي، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، ط ١٩٨٦/٢م، ص ٢٤٣، محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم والخبرة في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٨.

^(٢) للتحكيم مزايا يفضل بها على التقاضي، أبرزها: ١. رغبة المتعاملين، خاصة في نطاق التعامل التجاري، في التحرر من قيود النظم القانونية المنظمة للتقاضي والتي تشمل على تعدد درجات التقاضي، وبطء إجراءات المرافعات، وطول مدة فصل النزاع بواسطة القضاء. ٢. حرصهم على حل منازعاتهم بأقل قدر من العلانية والنشر، وذلك يعود بالأثر الإيجابي على سمعة أطراف التحكيم، وإمكانية استمرار التعامل بينهم، والحاجة، خاصة في نطاق التحكيم التجاري الدولي، إلى مهنية المحكمين من حيث تخصصهم في نطاق موضوع النزاع، وإلمامهم باللغات الأصلية التي تتم المعاملات على أساسها، ومعرفتهم بالأعراف التجارية الدولية، وبمعاني المصطلحات السائدة في نطاق هذا التعامل. ٣. حصولهم على العدالة بمنظورهم بواسطة التحكيم، وقد قال أرسطو "أن أطراف النزاع يستطيعون تفضيل التحكيم على القضاء"، ذلك لأن المحكم يرى العدالة بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع، فكان التحكيم بمثابة رد فعل مضاد لحرفية قانون القضاء. ٤. اعتماد القيم الاقتصادية المنتقلة عبر حدود الدول، والتي أفضت إلى تعاظم أهمية التجارة الدولية، وظهور أشكال جديدة من المعاملات الدولية طغت أهميتها على العقود التقليدية، مثل عقود نقل التكنولوجيا، وعقود التعاون الصناعي، وعقود التمويل، وعقود الشركات المشتركة. ٥. حرية أطراف التحكيم في رسم مسار عملية التحكيم بدءاً من اتفاق التحكيم وتحديد نطاقه، مروراً بتعيين إجراءات التحكيم بشكل مباشر أو غير مباشر، وكذلك الحال في تعيين المحكمين، والقانون الواجب التطبيق، والذي يتم الابتعاد به عن تطبيق قانون القاضي أو ما يصحب تعيين القانون الواجب التطبيق بواسطة القضاء من فخاخ مفاهيم من بينها التكييف والإحالة والنظام العام المانع من تطبيق قانون أجنبي، ولقد قيل بحق أنه "ليس

التحكيم لم يرتق في مراحل تطوره التاريخية إلى ما وصل إليه ابتداءً من الحقبة المقاربة للحرب العالمية الثانية حتى وقتنا الحاضر، وسبب ذلك هو التطور الهائل الذي شهده عالمنا المعاصر في العلاقات المالية، سواء في ذلك المعاملات المدنية والتجارية الداخلية والعلاقات التجارية الدولية التي أصبحت أحد دعائم أو ركائز اقتصاد الدولة وسبباً في ربط اقتصاديات الدول بعضها ببعض، بما أفضى إلى جعل التحكيم من المسائل التي يهتم بتنظيمها المجتمع الدولي فضلاً عن التنظيم الداخلي له وفقاً للقوانين الوطنية المنظمة له ولآثاره، فكان من آثار الاهتمام الدولي بإنشاء مراكز وهيئات تحكيم دولية، وإبرام اتفاقيات دولية لها حكم المرجعية في تنظيم التحكيم الدولي، وحكم الأنموذج الذي يجتدى به في تشريع القوانين الوطنية المنظمة للتحكيم، محاولة لإيجاد تقارب تنظيمي للتحكيم على الصعيدين الداخلي والدولي.

وهذا التطور على طول تاريخه لم يمس مصدر أو سبب التحكيم والغاية منه والأساس الذي يقوم عليه. فبقي مصدر أو سبب التحكيم هو اتفاق أطراف التحكيم على اللجوء إلى تحكيم طرف ثالث محايد بعيداً عن الخضوع للولاية العامة للقضاء، وبقيت غايته فض المنازعات القائمة بين أطراف التحكيم سنداً للحكم الذي يصدره المحكم أو جهة التحكيم، وبقي العدل بمفهومه العام أساساً لعمل المحكم تبعاً لحياذيته وتنفيذاً لإرادة أطراف التحكيم التي ارتضت بالتحكيم وسيلة لفض منازعاتهم.

وإذا بقي التحكيم محل اتفاق في المحاور المذكورة فإن ذلك لم يقف مانعاً من تطوره في جانب ممارسة التحكيم وضوابطها وصفة المحكم في القيام بوظيفته في فض النزاع المعروض عليه، وسبب ذلك التطور في المجال القانوني المنظم للتحكيم، من حيث أن هذا التنظيم القانوني يمثل العدل بمفهومه المقيد بنظر الدولة له في حكم العلاقات القائمة في المجتمع على الصعيد الداخلي، وما ارتضته الدولة وفقاً للإرادة الدولية من عدل يحكم العلاقات القانونية التي تأخذ البعد الدولي حتى وصفت بأنها عقود دولية، وهو عدل مقيد بالإرادة الدولية التي يغلب فيها بواقع الحال وطبائع

من العدل تطبيق قانون لم يتوقعه الأطراف". (أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية "دراسة فقهية قضائية مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط ١/ ٢٠٠٣م، بتصرف كبير، ص ٢ - ٦).

الأشياء عدل القوى على إرادة الدول الأقل تأثيراً في تحديد مسار العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي.

إشكالية البحث:

إذا كان التفاوت في النظم القانونية واقعاً تبعاً لما تعتنقه كل دولة من فلسفة أو منهجية قانونية موروثية، بشكل كلي أو نسبي من خلال تأثيرها بمنهج قانوني معاصر أو أكثر وجدت فيه ضالتها في تنظيم العلاقات القائمة في المجتمع بما يفترض فيه مناسبتها مع واقعها، فإن محل الاتفاق بين تلك النظم القانونية أن القضاء هو صاحب الولاية العامة في حسم النزاعات القائمة بين أطراف النزاع، فهو السلطة المعبرة عن عدل الدولة في تلك الوقائع محل النزاعات من خلال تطبيق صحيح القانون عليها، وإذا أضفنا إلى ذلك غياب السلطة القضائية الدولية في حسم النزاعات في نطاق القانون الخاص، وهو المجال الذي يتحرك فيه التحكيم، بناء على أن مصدر التحكيم هو إرادة أطراف التحكيم، وهي تفترض المساواة بينها، وإن كانت الدولة طرفاً فيها، ولكن لا باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة تتميز بهما عن أشخاص القانون الخاص بل باعتبارها شخصاً معنوياً ينزل منزلة أشخاص القانون الخاص في حدود قبول التحكيم وسيلة لفض النزاعات التي تكون الدولة طرفاً فيها، كما هو الحال في الدول التي تقبل التحكيم في عقودها الإدارية، فإن ذلك أفضى بواقع الحال إلى الاختلاف في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، بين اعتبار التحكيم عملاً قضائياً أم غير قضائي أم مختلطاً بينهما أم ذا طبيعة قانونية مستقلة عن صفة القضاء، وسنداً لذلك اختلف في تحديد صفة المحكم بين كونه قاضياً في حدود عمله في حسم النزاع المعروض عليه أم أنه لا يحمل هذه الصفة.

وهذا البحث جاء في غالبه دراسة تحليلية لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، وعلى الصعيدين الداخلي والدولي، من خلال البحث في الأساس القانوني لكل منهما ومدى حجية حكم المحكم في حسم النزاع المعروض عليه في ضوء العلة من تنظيمه.

منهجية البحث:

وإذا كان المنهج التحليلي هو الركيزة الأساسية في إنتاج هذا البحث إلا أن ذلك لا يعني الاقتصار عليه، ذلك أن من لوازم تحليل أي موضوع سبقه بالمنهج التوصيفي لموضوع البحث، وإتباعه بالمنهج المقارن تتم به الفائدة العلمية وينتج آثاره المعرفية، وسنداً لذلك جاء وصف التحكيم ونطاقه في هذا البحث، ومقارنته بالصلح والخبرة والتوفيق، وباتجاهات الفقه الإسلامي في مشروعية التحكيم وطبيعته الشرعية أو القانونية، ومقارنته بالطبيعة القانونية للتحكيم الداخلي والدولي.

خطة البحث:

وفي ضوء ما تقدم تم تقسيم البحث، بعد هذه المقدمة، إلى أربعة مباحث وخاتمة، حسب الآتي:

المبحث الأول: ماهية التحكيم.

المبحث الثاني: تمييز التحكيم عما يشته به.

المبحث الثالث: عدل الدولة في حسم النزاعات.

المبحث الرابع: العدل الدولي في حسم النزاعات.

الخاتمة: نتائج البحث والتوصيات.

المبحث الأول: ماهية التحكيم:

للتحكيم كغيره من المصطلحات القانونية ماهية، بما تتحد ذاتياته المكونة له، ولوازمه غير المنفكة عنه، المميّزة له عمماً سواه، مع بيان لطبيعته القانونية في ضوء ذلك، ونطاقه الموجب لتحديد أنواعه، من حيث إن نطاقه الكلي هو مجموع نطاق كل نوع من أنواعه. ولاستيفاء مقتضيات البحث في المفردات المذكورة نقسم المبحث إلى المطالب الآتية.

المطلب الأول: التعريف بالتحكيم

إطلاق لفظ التحكيم يشمل معنيين، أحدهما اتفاق أطراف العلاقة القانونية قبل وقوع النزاع بينهما أو بعد وقوع النزاع بينهما على عرض النزاع على طرف ثالث محايد، غير القضاء،

لحسم هذا النزاع، والثاني العمل الذي يقوم به هذا الطرف المحايد، وفق نظام معين له سلفاً أو وفق ما يحدده المتنازعان، في سبيل حسم هذا النزاع وصولاً إلى حسمه بالفعل.

وإن الترابط بين المعنيين قائم للتلازم بينهما، فاتفاق التحكيم هو السبب الموجب لتعيين التحكيم سبباً لفض النزاع بين طرفي التحكيم، وتحديد المحكمين بشكل مباشر أو غير مباشر، والمباشرة بعملية التحكيم، وذلك مشروط بقيام النزاع. فأمكن تكييف النزاع على أنه شرط مكمل للسبب، من حيث إن الاتفاق بدون النزاع غير موجب للتحكيم، أو أنه شرط واقف علق على قيامه أو تحققه نفاذ هذا الاتفاق باعتبار هذه الحيثية، أي لزوم التحكيم بحقهم ومباشرة عملية التحكيم. وبتوجيه النظر إلى المحكمين فإن حسمهم النزاع يجسد الإرادة المشتركة للمتنازعين على حسم النزاع وفق ما وقع عليه اتفاقهما، مما أوجب لزوم حكم المحكمين بحق المتنازعين.

فلزم في تعريف مطلق التحكيم الجمع بين الاعتبارين، فإذا أريد أحد الاعتبارين وجب التقييد لتحديد جهة الاعتبار، كما في قولنا شرط أو مشاركة التحكيم للتعبير عن توجه إرادة الطرفين إلى عرض النزاع المحتمل بينهما، "شرط التحكيم"، أو القائم بينهما فعلاً "المشاركة" على محكم أو جهة تحكيم لحسمه^(١). ولكن يبقى الثابت بالاعتبارين المذكورين هو أن التحكيم وسيلة لفض النزاع، يقع خارج القضاء، من قبل أشخاص محايدين مختصين بفض النزاعات بحكم اختصاصهم في طبيعة النزاع، تنفيذاً لإرادة المتنازعين، وهذا مشروط بكون المتنازعين من أشخاص القانون الخاص، وبالتالي كون المنازعات في مسألة أو أكثر من منازعات القانون الخاص، وهذا لا يتعارض مع ما تذهب إليه كثير من الدول إلى جواز الالتجاء إلى التحكيم لفض المنازعات بشأن

^(١) ومن ذلك تعريف اتفاق التحكم المنصوص عليه في المادة ١/٧ من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، ونصها: (اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يجيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم أو في عقد أو صورة اتفاق منفصل)، وقد عرفت المادة ١ من قواعد التحكيم لدى مركز دبي للتحكيم الدولي الصادر بموجب المرسوم رقم ١١ لسنة ٢٠٠٧م، المنشور بالجريدة الرسمية رقم ٣٢١ لسنة ٤١ بتاريخ ٢٠٠٧/٥/٧م، اتفاقية التحكيم بأنها: (الاتفاقية الخطية التي يبرمها الأطراف لإحالة النزاع الذي نشأ أو قد ينشأ بينهما إلى التحكيم. وتكون اتفاقية التحكيم في شكل شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم مستقلة)، وحسباً فعل واضعوا القواعد باعتمادهم في المادة ٦ منها الراجح فقها وتشريعاً في استقلالية اتفاق التحكيم، ونصها: (لا يعتبر اتفاق التحكيم الذي يعد أو من المفترض أن يكون جزء من اتفاقية باطلاً أو غير موجود أو غير نافذ بسبب بطلان أو عدم استكمال وجود أو عدم نفاذ الاتفاقية، وبذلك يعتبر اتفاق التحكيم مستقلاً بذاته ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك).

العقود الإدارية، لأن السلطة التنفيذية، وهي أحد أطراف العقد، لا يعتد بها على أنها من أشخاص القانون العام بل تعامل والعقد الإداري على قاعدة المساواة المراعاة في العلاقات القانونية في القانون الخاص، فلا توجب عندئذ صفة السلطة الإدارية في العقد أي امتياز لها، وإن احتتمل ذلك إشكالية تنفيذ قرار المحكمين في الدولة التي صدر القرار ضدها أو حتى في دولة أخرى توجد فيها أموال لتلك الدولة خشية تردي العلاقات بين الدولتين.

وبناء على ما تقدم أمكننا تعريف مطلق التحكيم الجامع للاعتبارين المذكورين بأنه: (مجموع الأعمال الإرادية التي يتوصل بها محكم مختص أو أكثر إلى حسم نزاع من نزاعات القانون الخاص، سنداً لاتفاق المتنازعين في تعيين التحكيم وسيلة لحسم النزاع بينهما)^(١).

فكانت ذاتيات "أركان" التحكيم باعتبار إطلاقه، بتقديري، هي:

١. اتفاق التحكيم، سواء اتخذ شكل الشرط أو الاتفاق اللاحق الملحق بالعقد الرئيسي قبل وقوع النزاع أو المشاركة بعد وقوعه، ذلك أن التراضي هو ركن العقد على التحقيق، وأن

^(١) وعرف التحكيم بأنه: (مجموع الأعمال أو العمليات التي تستهدف الفصل في نزاع من أنزعة القانون الخاص، بمتقضى اتفاق بين المعنيين به، عن طريق قضاة خاصين، مختارين من قبلهم، لا معينين من قبل القانون)، مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية" قانون التحكيم التجاري المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية، مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ١/ ١٩٩٨م، ص ٢٣، وأسند الباحثان التعريف المذكور إلى "فوستوكس"، ولم أعتد على المرجع حتى في قائمة المراجع الفرنسية في كتابهما، وقالوا أنه قريب منه تعريف أبو زيد رضوان، في كتابه الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، ص ١٩. ولي ملاحظات على التعريف المذكور، هي: ضعف الصياغة القانونية فيه، وهي ظاهرة، وقد يكون سببها الترجمة الحرفية للتعريف، وأن عبارة "اتفاق بين المعنيين به" أعم من عبارة المتنازعين، لأنها قد تمتد لتشمل الغير، وهو من له مصلحة في حسم النزاع، وأن التعريف عرف المحكمين بأنهم قضاة خاصين، وهذا محل خلاف فقهي، فإن كان المقصود أن عملهم عمل القضاة فهذا تحديد للطبيعة القانونية لعمل المحكم بموجب أحد الاتجاهات الفقهية وهو غير مسلم به، بحسب ما سيأتي بيانه في محله من البحث، فكان الأسلم تجاوزه في التعريف، وأن "قضاة" أفادت الجمع، وقد يكون المحكم واحداً وكلمه "خاصين" لا معنى لها إلا أن تحمل على أنهم مختصين بنظر النزاع وحسمه، وأن عبارة "تستهدف الفصل في النزاع" غير دقيقة من حيث أنها أخرجت حسم النزاع بالفعل من تعريف التحكيم، و عبارة "مختارين من قبلهم غير مسلم بما حال منها على التصريح بأسماء المحكمين في اتفاق التحكيم أو عند مباشرة المحكمين لعملهم في سبيل حسم النزاع، فيكفي الاتفاق على التحكيم للاعتداد به، ومن ثم يصح تحديد جهة التحكيم كمرکز للتحكيم يتولى بنفسه تعيين المحكمين أو حتى القضاء حال الاختلاف على تعيينهم، ولكن بتقديري تبقى إرادة أطراف التحكيم معتبرة ضمناً في تحديد المحكمين سواء تم تعيينهم من قبل مركز أو هيئة التحكيم أو من قبل القضاء، اعتباراً بأن سند تعيينهم من قبل غير أطراف التحكيم هو التفويض الضمني من قبل أطراف التحكيم لجهة التحكيم أو القضاء على تعيينهم، وعبارة "لا معينين من قبل القانون"، محل نظر من حيث إمكان تحديد محكم أو أكثر، وفق شروط يأتي بيانها في محله، من قبل القضاء، وتعين القضاء لهم سند القانون.

المحل والسبب من لوازمه غير المنفكة، اعتباراً بأنها من أركان الالتزام وليس العقد الذي تولد أو نشأ الالتزام به.

٢. الحكم الصادر من المحكمين لحسم النزاع، اعتباراً بأن إجراءات التحكيم سابقة على حكم التحكيم، الغاية من التحكيم، فكان لها حكم الوسيلة، ووسيلة الحكم ليست من ذاتيات الحكم.

أما لوازم التحكيم، بتقديري، فهي:

١. أطراف الاتفاق على التحكيم، فلا اتفاق من غير أشخاصه، وما دامت إرادتهما قد توجهت إلى حسم النزاع المحتمل وقوعه أو الواقع فعلاً بواسطة التحكيم فلا بد من النظر في الأهلية، وفي التعبير عن الإرادة، وخلوها من العيوب، وبعبارة أخرى قيام عناصر العقد اللازمة لانعقاده وصحته ونفاذه، وعقد التحكيم بطبيعته لازم لطرفيه^(١).

٢. المحكم، وليس بالضرورة تسميته في اتفاق التحكيم، ولكن يلزم أن لا يفرض على المتنازعين حكم لم تتجه الإرادة إلى تعيينه بشكل مباشر أو غير مباشر، ومقصودنا بذلك كفاية الاتفاق على التحكيم للسير في إجراءات التحكيم حال وقوع النزاع، وقد يعين المحكم من قبل القضاء إذا لم يسم المتنازعان حكماً أو أكثر بينهما أو لم يتفقا على أحدهما، وقد يكون التعيين بواسطة مركز التحكيم الدولي المختار لحسم النزاع، ولكن يبقى مع ذلك أن تعيين المحكمين وقع بإرادة المتنازعين بشكل مباشر، أو بشكل غير مباشر من خلال حلول إرادة القاضي أو مركز التحكيم محل إرادة المتنازعين، وينزل ذلك، بتقديرنا، منزلة التفويض الضمني، بدليل إمكان رفضهما تعيين القضاء لمحكم من خلال التنازل أو التراجع عن اتفاق التحكيم. وإذا أسندت للمحكم مهمة حسم نزاع معين فلا

(١) وقد جاء في قرار حديث لمحكمة تمييز دبي، الطعن رقم ٢٠٠٨ / ٢٧٢، بتاريخ ٢٥/١/٢٠٠٩م، ما نصه: (من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن شرط التحكيم يؤخذ ككل لا يتجزأ، وأن تعديل النص الوارد فيه بكيفية تعيين المحكمين و عددهم لا يفترض افتراضاً بل يجب أن يتم التعديل بموافقة وإرادة المتعاقدين معاً، وأن استظهار تعديل النص الخاص بكيفية تعيين المحكمين وعددهم المبين في العقد من عدمه من قبيل فهم وتحصيل الواقع في الدعوى، وهو مما تستقل به محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة التمييز متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها ما يساندها في الأوراق).

بد من توفر شرط الاختصاص به، وهذا يجزنا إلى ضرورة توفر كمال الأهلية فيه^(١)، والبحث في عدالته، بمعنى أنه ينحى أو يتنحى بما يصدق على القاضي من أسباب دفعه عن النظر في النزاع المعروض أمامه^(٢)، لا لكونه قاضياً بالمعنى الدقيق بل لكونه حاكماً في نزاع معروض عليه، فكان ما ذكر من لوازم عدل حكمه.

٣. عمل المحكم، ويجب أن يكون وفق نظام إجرائي معلوم متفق عليه أو قائم بالفعل يختاره المتنازعان^(٣).

٤. محل النزاع، وهو واقعة مختلف فيها، ليس في حسمها من قبل طرف محايد استكمالاً لعناصر العقد، كما في الاختلاف في تحديد بدل الإيجار أو ثمن المبيع بل حسم لنزاع متعلق بعقد قائم بالفعل، يكون الحكم بحسمه واجب التنفيذ^(٤).

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم

وسنداً للجمع بين الاعتبارين المذكورين في المطلب السابق في تحديد ماهية التحكيم والغاية منه تم الاختلاف في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم على أربعة نظريات أو اتجاهات فقهية، هي:

١. نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم: وسند أنصارها هو أن التحكيم مصدره اتفاق التحكيم، الذي ينشئ التحكيم ويرسم نطاقه ويحدد إجراءاته، بشكل مباشر أو غير مباشر، وكذلك الحال في تحديد المحكمين، وتعيين القانون الواجب التطبيق، فكان المحكمون لذلك ليسوا قضاة وأن حكمهم هو قرار تحكيم يستمد حجيته من اتفاق

(١) نصت المادة ١/٢٠٦ من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ م على: (لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلساً ما لم يرد إليه اعتباره).

(٢) جاء في المادة رقم ٤/٢٠٧ من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي على: (ولا يجوز رده عن الحكم إلا لأسباب تحدث أو تظهر بعد تعيين شخصه، ويطلب الرد لذات الأسباب التي يرد بها القاضي أو يعتبر بسببها غير صالح للحكم..).

(٣) نصت المادة ١/٢١٢ من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي على: (يصدر المحكم حكمه غير مقيد بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه في هذا الباب والإجراءات الخاصة بدعوة الخصوم وسماع أوجه دفاعهم وتمكينهم من تقديم مستنداتهم، ومع ذلك يجوز للخصوم الاتفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم).

(٤) انظر بهذا المعنى: الجمال وعبد العال، مرجع سابق، ١٩-٢١.

التحكيم ذاته، ولذلك لا ينفذ هذا القرار تنفيذاً جبرياً إلا بمصادقة القضاء عليه، وأن مصادقة القضاء هي في حقيقتها أعمال وتنفيذ لاتفاق التحكيم^(١)، فكان مدار الأمر برمته على إرادة أطراف التحكيم^(٢).

٢. نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم: وهي النظرية الأكثر شيوعاً واعتماداً في الفقه القانوني، ويستند أنصارها في مذهبهم هذا إلى أن وظيفة المحكم في النزاع المعروف عليه هي الفصل فيه، وهي وظيفة قضائية بطبيعتها، بدليل أن حكمه يجوز حجية الأمر المقضي به، وأن المحكم في سبيل إصدار حكمه في حسم النزاع يتبع عناصر العمل القضائي من إدعاء ومنازعة وحكم، وأن اتفاق التحكيم إنما يعتد به سنداً لاعتراف القانون بالتحكيم وسيلة موازية لعمل القضاء في حسم النزاعات، وأن مصادقة القضاء على حكم المحكمين ليكتسب القوة التنفيذية له إنما هو للتثبت من قبوله للتنفيذ، كما هو الحال في أمر التنفيذ للحكم القضائي الأجنبي المراد تنفيذه في إقليم الدولة. ولكن أبقى أنصار هذه النظرية الصفة القضائية للمحكمين في درجه أدنى من درجة القضاء العادي، خاصة باعتبار نطاق الولاية، فالولاية القضائية للمحكمين خاصة، بخلاف ولاية القضاء فهي عامة، وكذلك

(١) انظر في ذلك: محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي "دراسة في قانون التجارة الدولية"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م، ص ١٨، محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣م، ص ٢٦ وما بعدها، لإسماعيل إبراهيم الزيايدي، في التحكيم واجتهاد القضاء "نحو تدخل ناعم للقضاء في شؤون التحكيم"، مطابع أمون، القاهرة، ٢٠٠٧م، ص ٢٥، أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة"، مركز الدراسات والبحوث البيئي، صنعاء، ١٩٩٤م، ص ١٨-١٩.

(٢) ويترتب على ذلك اعتبار عقد التحكيم عقداً مسمى، خاضع للقواعد الخاصة بعقد التحكيم، سواء وردت أحكامه في قانون الإجراءات المدنية "المرافعات" أم في قانون خاص بالتحكيم، وللقواعد العامة في نظرية العقد. واللازم لذلك سيادة نظام العقد على نظام التحكيم، مع مراعاة أن عقد التحكيم يستغرق عملية التحكيم برمتها، بحيث يستقيم مبدأ لتفسير كافة مراحل التحكيم بدء من تعيين التحكيم وسيلة لحسم النزاع سنداً لإرادة أطراف التحكيم، ومروراً بتعيين المحكم وإجراءات التحكيم، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، وصولاً إلى صدور قرار التحكيم، بما يجعل صفة المحكم أقرب إلى الوكيل المشترك عن الطرفين منها إلى صفة القاضي الخاص، وبالتالي عدم خضوع قرار هيئة التحكيم للقواعد المقررة للأحكام القضائية، من حيث اكتسابه لحجية التنفيذ وإمكانية الطعن فيه بالطرق المقررة للطعن في الأحكام القضائية، إلا على سبيل الاستثناء المقرر بنصوص قانونية خاصة، بما يعني عدم جواز الطعن في غير ما ورد عليه الاستثناء (انظر في ذلك: الجمال وعبد العال، مرجع سابق، ص ٣٨ - ٣٩، محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٣م، ص ١٩٢ - ١٩٣).

باعتبار المصدر الذي يمنح صلاحيات القاضي، فهي القانون في القضاء، بخلاف صفة وعمل المحكمين فهم يستمدون صلاحياتهم من اتفاق التحكيم بشكل مباشر، ولذلك وصفوا بأنهم قضاة خاصون^(١).

٣. نظرية الطبيعة المزدوجة للتحكيم: ويذهب أنصارها إلى الجمع بين مزايا النظريتين السابقتين، فيرون أن التحكيم ذو طبيعة مزدوجة أو ثنائية؛ عقدية وقضائية، ذلك أن العناصر الأساسية للتحكيم هي؛ اتفاق التحكيم، وإجراءات التحكيم، وحكم المحكمين الملزم، وذلك يعني أن التحكيم بدأ اتفاقاً أعقبه الإجراء وانتهى بقضاء^(٢). ويذهب أنصار

(١) محسن شفيق، مرجع سابق، ص ١٨، التحيوي، مرجع سابق، ص ٢٢٣ وما بعدها، الزيايدي، مرجع سابق، ص ٢٥ - ٢٦، الصلاحي، مرجع سابق، ص ١٩ وما بعدها. ولم تسلم هذه النظرية رغم سعة انتشارها من الانتقاد، ومن أبرز وجوه انتقادها: أن مصدر سلطة القاضي "العام" هي القانون، وأن وظيفته قانونية بحتة، تتمثل في حماية الحقوق والمراكز القانونية للأشخاص، وبشكل مجرد عن قيام النزاع، وأثر قيامه على مستقبل العلاقة بين الخصوم، وبعبارة أخرى حماية القانون الملزم بتطبيقه وفق إجراءات مرسومة له، مقيدة لعمله، وبخالف ذلك المحكم في التحكيم، فمصدر سلطته المباشرة اتفاق التحكيم، ووظيفته اجتماعية واقتصادية سلمية بحتة، تتمثل في حماية مصالح أطراف التحكيم، وبما يضمن في الغالب استمرار العلاقة بين أطراف النزاع وهو غير مقيد بإجراءات التقاضي إلا إذا ألزمه أطراف التحكيم بها، التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح، ثم أن للقاضي العام مواصفات أو شروط معتبرة قانوناً، لا يجوز تجاوزها بحال، كما في اشتراط الجنس والجنسية والسن والمؤهلات العلمية المتخصصة بالقانون، وأنه لا يملك رد الدعوى لما في ذلك من إنكار للعدالة، وأن الدولة مسؤولة عنه.. والمحكم غير مقيد باعتبار الأصل في ذلك، فالأصل في اكتسابه صفة المحكم رضا أطراف التحكيم به، وإن تدخل القانون في فرض بعض القيود، كما في اشتراط الأهلية في المحكم، والمحكم لا يتمتع بسلطة الأمر على أطراف التحكيم والغير بخلاف القاضي، ثم أن حجية الحكم القضائي ذاتية، ولا يجوز تعديل الحكم فضلاً عن إلغائه بسبب ما يلحقه من عيب إلا بالطرق المقررة قانوناً لذلك، وفي مواعيدها المقررة قانوناً، أما حجية التنفيذ في حكم المحكم أو هيئة التحكيم فهي متوقفة على صدور الأمر بتنفيذه من القضاء العام، والقاعدة المقررة في حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم هي جواز رفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلانه، تمسكاً بأي سبب من أسباب البطلان المقررة قانوناً، سواء تعلقت باتفاق التحكيم أم بإجراءات التحكيم أم بحكم التحكيم، وهذا ما لا تجده باعتبار الأصل في حكم القاضي العام، وخلاصة الأمر أن التشابه بين النظام القضائي ونظام التحكيم باعتبار حسم النزاع لا يلزم منه نفي الاختلاف بينهما من حيث المبادئ أو الغاية أو التنظيم القانوني أو الآثار المترتبة على تنزيل أحكام كل نظام على أرض الواقع، ويبقى مع ذلك أن مقتضى النظرية يوجب نوعين من القضاء؛ قضاء الدولة، وقضاء التحكيم، واللازم لذلك تطبيق قواعد قانون الإجراءات المدنية على خصومة التحكيم وأحكام التحكيم، بشكل مباشر أو بموجب الصلاحية الممنوحة لأطراف التحكيم وللمحكمين بتجاوز الإجراءات القانونية المقررة فيه، وهذا في حال غياب منع قانوني منه مقرر بقانون أو قواعد قانونية خاصة أو مقرر في اتفاق التحكيم أو في النظم القانونية الخاصة التي يجيل إليها اتفاق التحكيم. (انظر في ذلك: التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص ٣١٧ - ٣٣١).

(٢) وقد جاء في قضاء محكمة تمييز دبي، الطعن رقم ٥٠٢ لسنة ٢٠٠٢م، في جلسة ٢٢ مارس ٢٠٠٣م، ما يدل بوضوح على تبني المحكمة هذا الاتجاه، واعتمادها الرأي الأول الآتي ذكره في الهامش التالي، والقاضي بأن حكم المحكم يكتسب الصفة القضائية بصدوره وليس بصدور الأمر

هذه النظرية إلى أن هذا التكييف للطبيعة القانونية للتحكيم هو الأنسب في التحكيم الدولي مراعاة للمصلحة في التجارة الدولية التي تقتضي إطلاق حرية الإرادة في الالتجاء إلى التحكيم لفض النزاعات، وذلك في الابتداء، لينتهي الأمر بحكم يصدر فيها يكون حجة بذاته، فلا يحتاج إلى دعوى يعقبها حكم يضيف عليه هذه الحجية^(١).

بتنفيذه، وعبرت المحكمة على هذا الاتجاه بالقول: (إن صدور حكم التحكيم يؤدي إلى استفاد سلطة المحكم فيما فصل فيه من نزاع بموجب اتفاق التحكيم، ويترتب على صدور حكم المحكم انتهاء الغرض من شرط التحكيم، سواء قضت المحكمة بالتصديق على الحكم أو قضت بإبطاله لأي سبب ولو كان متعلقاً بشكل الحكم، مما لازمه عدم جواز طرح ذات النزاع مرة أخرى أمام ذات المحكم السابق أو أمام محكم آخر إلا بموجب اتفاق جديد بين طرفي الخصومة، فإذا لم يتفق الطرفان على ذلك فإنه يحق لأي منهما أن يلجأ إلى القضاء للفصل في النزاع لزوال السبب الذي حجب ولاية المحكم عن النظر في الدعوى).

^(١) محسن شفيق، مرجع سابق، ص ١٨، أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١ م، ص ٢٠، التحيوي، مرجع سابق، ٣٣٥-٣٣٨، الزياي، مرجع سابق، ص ٢٦-٢٧. وقد اختلف أنصار هذه النظرية في تحديد الوقت الذي يتحول التحكيم فيه من الطبيعة التعاقدية إلى الطبيعة القانونية، فمنهم من يرى أن التحول إلى الطبيعة القضائية يتعين بوقت صدور قرار التحكيم، ويرى غيرهم أن ذلك يقع بصدور الأمر من القضاء بتنفيذ قرار التحكيم، وكان من شأن هذا الاختلاف إبراز نقطة ضعف هذه النظرية، ويتقديري أن ذلك متعلق بالقول الثاني الذي يرى أن الطبيعة القانونية تبدأ بصدور الأمر القضائي بتنفيذ حكم المحكم أو هيئة التحكيم، ذلك أن هذا التصور، وكما عبر عن الفكرة التحيوي في المرجع السابق، الطبيعة القانونية..، ص ٣٤٠ "يهدر كل قيمة لنظام التحكيم، وتنظيمه، مما يتنافى مع مقصود المشرع". والاختلاف المتقدم كشف بتقديري صعوبة الجمع بين النظريتين العقدية والقضائية في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، قد لا ينجح معها القول بالجمع بين التصورين العقدي والقضائي في التحكيم، فالمحكم في عمله سواء الإجمالي أم في تحديد وتطبيق القانون الواجب التطبيق، وقبل صدور قراره في النزاع المعروض عليه، هو ليس بقاض باتفاق أنصار النظرية المختلطة، من حيث أنهم حددوا بدء الطبيعة القضائية بوقت صدور قرار التحكيم أو بصدور الأمر بتنفيذه، وإذا لم يكن قاضياً في تلك المدة، وكان عقد التحكيم هو المصدر الذي يستمد القاضي صلاحيته منه في ممارسته مهامه، فإن ذلك يتعارض مع اتجاه نظرية الطبيعة القضائية التي تجعل منه قاضياً خاصاً في تلك المدة اعتباراً بصورة ممارسته مهامه نحو حسم النزاع بقرار تحكيم، فكان قرار التحكيم مظهرها من مظاهر صلاحيته أنه قاضٍ خاص في ذلك النزاع، فكان التعبير عن النظرية بالنظرية المختلطة تعبيراً غير دقيق بتقديرينا، اعتباراً بأنها لم تجمع بين النظريتين العقدية، والقضائية، بحسب ما يفهم من الاختلاف المتقدم وما يترتب عليه من إشكالية منطقية بتقديرينا، بل هي تبرر نظرية ذات طبيعة مزدوجة في التحكيم، يظهر فيها الطابع القضائي في لحظة صدور قرار التحكيم أو في فترة الأمر بتنفيذه، اعتباراً بتحديد لحظة حسم النزاع، وهي اللحظة التي يمكن التعبير عن القرار الصادر فيها بأنه قرار قضائي "خاص" من حيث إنه حسم النزاع، وذلك شأن العمل القضائي، اعتباراً بأنه السلطة المختصة بموجب الدستور بحسم النزاعات، ولأجل ذلك عبرنا عن النظرية بعبارة "النظرية المزدوجة" وليس النظرية المختلطة.

٤. نظرية ذاتية التحكيم^(١): ويذهب أنصارها إلى سلب صفة القضاء عن فصل النزاع بالتحكيم، فالتحكيم طريقة مخصوصة لفصل المنازعات، بدليل أن المحكم لا يتقيد بالإجراءات المحددة في القانون الإجرائي عند التقاضي أمام المحاكم إلا إذا قيده الأطراف بها، وأن العدالة التي يطمح أطراف التحكيم إلى تحقيقها توصف بأنها عدالة مرنة تجامل مصالحهم قبل أن تجامل الاعتبارات القانونية البحتة، وسنداً لذلك قد يكون المحكم مفوضاً بالصلح، وحتى في حالة التحكيم بالقانون قد يأتي المحكم بحلول وسطى يرضى عنها الخصوم، كما أن المحكمين غالباً ما يكونوا من أهل الاختصاص الفني والقانوني الأكثر تناسباً لخصوصيات موضوع النزاع، لتكون عدالتهم هي الأقرب إلى قصد أطراف التحكيم من عدالة محاكم الدولة^(٢)، ولذلك "لا ينبغي الزج بنظام التحكيم في أحضان أنظمة قانونية أخرى، يتشابه معها في أمور، ويختلف عنها في أمور أخرى"^(٣).

المطلب الثالث: نطاق التحكيم

تقدم أن التحكيم يرد على نزاع من نزاعات القانون الخاص، والنزاع باعتبار موضوعات القانون الخاص الرئيسية إما أن يكون في نطاق الأحوال الشخصية أو المعاملات المدنية أو

^(١) واستند أنصار هذه النظرية إلى أن العقد ليس جوهر نظام التحكيم، بدليل أن القانون لا يجيز الاتفاق على التحكم في وقائع، ويوجب التحكيم في وقائع "التحكيم الإلزامي"، ويجيز التحكيم بطبيعة الحال في وقائع، بل أن تعيين المحكمين قد لا يتم بإرادة أطراف النزاع، كما في تعيينهم من قبل القضاء أو مراكز التحكيم الدائمة، وذلك مع قيام عقد التحكيم، ولذلك أمكن القول أنه إذا كان أساس نظام التحكيم إرادة الأطراف إلا أنها لا تفسر شموله وتطورات (انظر: التحيوي، الطبيعة القانونية، مرجع سابق، ص ٣٤٢ - ٣٤٣)، ومن وجه آخر فإن التحكيم سابق في وجوده على وجود القضاء العام في الدولة، وأنه يبينه من وجوه، تقدم ذكر أبرزها، وبتقديري أن مما يؤيد هذه النظرية غياب السلطة القضائية الدولية، مما يبعد القول أن التحكيم، خاصة الدولي، فرع من القضاء العام، وإذا وجد الاختلاف الفقهي مجاله في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم الداخلي في إطار النظر إلى أنه عقدي أو قضائي أو مزدوج بينهما، إلا أنه لا ينبغي تعديده ذلك، وعلى أقل تقدير، إلى التحكيم الدولي في مراكز التحكيم الدولية، ليبقى بتقديرينا أن الراجح فيها هو نظامها الذاتي المستقل عن باقي الأنظمة المشابهة له من نواحي، وإن أمكن بقاء الاختلاف الفقهي المعروض بالنظريات الأربعة في إطار التحكيم الداخلي، والترجيح بينها.

^(٢) وحدي راغب، هل التحكيم نوع من القضاء، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة السابعة عشرة، العدد الأول والثاني، مارس - يونيو، ١٩٩٣م، ص ١٣١ وما بعدها، الزيايدي، مرجع سابق، ص ٢٧ - ٢٨، الزيايدي، مرجع سابق، ص ٢٧ - ٢٨.

^(٣) التحيوي، الطبيعة القانونية. مرجع سابق، ص ٣٤٢.

المعاملات التجارية، وباعتبار مداه إما أن يكون التحكيم محلياً أو دولياً^(١). والذي يعيننا بالنظر إلى خصوصية البحث ليس تفصيل مسائل التحكيم في المفردات المذكورة بل قصر النظر على الطبيعة القانونية للتحكيم، وهذه الطبيعة تجد مجالها في البحث في التمييز بين التحكيم المحلي والتحكيم الدولي، وهو عادة يجد مجاله في التعامل التجاري، من حيث إن هذا التعامل قد ينحصر في نطاق إقليم الدولة، وقد يتعدى نطاقها الإقليمي، ويكون انتقال السلع والبضائع فيه عبر الحدود. وكلا النوعين، المحلي والدولي، يصلح لأن يراد به حسم النزاع في أحد موضوعات القانون الخاص عن طريق التحكيم، ولكن لخصوصية التجارة الدولية ذات البعد المؤثر في اقتصاديات الدول وربطها ببعضها تم تمييز التحكيم فيها عن التحكيم المحلي، وكان إنشاء مراكز وهيئات التحكيم الدولية المختصة بالنظر في النزاعات الناشئة عن العلاقات التجارية ذات الطابع الدولي أثراً لهذه الخصوصية.

(١) للتحكيم أنواع، هي:

^{-١} التحكيم الاختياري و التحكيم الإجباري: والتحكيم الاختياري، وهو الأصل، يتركز على دعمتين هما؛ إرادة أطراف التحكيم، وإقرار الدولة لهذه الإرادة. أما التحكيم الإجباري ففيه يتمتع على الخصوم رفع نزاعهم إلى القضاء، وهو محدد فيما فرضه القانون، مثل فرض التحكيم وسيلة لحل النزاع العمالي في القانون الفرنسي.

^{-٢} التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح: وفي الصورة الأولى يتقيد المحكم بقواعد القانون الموضوعي، فيمارس سلطة القضاء في حسم النزاع المعروض عليه. أما التحكيم بالصلح فلا يتقيد فيه المحكم بقواعد القانون الموضوعي بل يحكم بما يراه حكماً عادلاً بغض النظر عن موافقة رأيه لقواعد القانون الموضوعي، ولا يكون حكمه قابلاً للطعن.

^{-٣} التحكيم الوطني والتحكيم الدولي: ومن آثار هذا التقسيم عدم اشتراط تسبب حكم المحكم في التحكيم الدولي، ولا يشكل ذلك خرقاً للنظام العام، بخلاف التحكيم الوطني.

^{-٤} التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر: والأول تتولاه هيئات منظمة دولية أو وطنية، وفق قواعد وإجراءات محددة سلفاً، تحددتها الاتفاقات الدولية أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات، وأصبح هذا التحكيم هو القاعدة في مجال التجارة الدولية. أما التحكيم الحر فيتولى بموجبه محكم أو أكثر يختاره أطراف التحكيم، يحسم النزاع بينهما وفقاً لما حدده الخصوم من قواعد وإلا فوفقاً للقواعد العامة في التحكيم. (انظر في ذلك: محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية "اتفاق التحكيم"، دار الفكر العربي، ١٩٩٠ م، ص ٣٥ - ٤٩، الرفاعي، مرجع سابق، ص ١٣ - ١٨).

وسندا لذلك يكون التحكيم محليا متى كان محل إقامة أطراف التحكيم أو مركز الأعمال الرئيسي لطرفي التحكيم، وقت إبرام اتفاق التحكيم، واقعا في دولة واحدة. أما التحكيم الدولي فهو الذي يكون موضوعه نزاعاً متعلقاً بالتجارة الدولية، وهو يكون كذلك إذا كان مركز الأعمال الرئيسي لأحد أطراف التحكيم، فضلاً عن مركز الأعمال الرئيسي لكليهما، واقعاً في دولتين، وذلك لتعديه النطاق الإقليمي لإحدى الدولتين، وإذا تعددت مراكز الأعمال لأحد طرفي التحكيم أو لكليهما كان الاعتداد بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، وهذا تطبيق لقواعد الإسناد الخاصة بتعيين القانون الواجب التطبيق حال عدم الاتفاق على قانون يحكم موضوع اتفاق التحكيم، قانون العقد، ويأخذ عدم تحديد أطراف التحكيم مركز تحكيم مختص بحكم موضوع التحكيم نفس الحكم . وفي هذا تغليب للمعيار الاقتصادي^(١) على المعيار الموضوعي في اختصاص القانون الوطني حال وقوع مركز الأعمال الرئيسي في دولة أحد طرفي التحكيم، وإلا فلأطراف التحكيم الاتفاق على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة مركز تحكيم له مقر في دولة أحدهما أو في الخارج^(٢)، ولازم ذلك إبعاد الجنسية ومحل الإقامة ومحل إبرام العقد ظروفاً أو ضوابط لتحديد القانون الواجب التطبيق حال الاتفاق على قانون أو نظام يحكم النزاع، فالإرادة الصريحة أو المفترضة لأطراف التحكيم هي المعيار في تحديد القانون أو النظام الواجب التطبيق على موضوع التحكيم.

(١) الجمال وعبد العال، مرجع سابق، ص ٨٢.

(٢) هذا هو منهج قانون الأونسترال النموذجي الذي جمع بين معيار القانون الإنجليزي الذي يعتبر التحكيم دولياً عندما يكون محل الإقامة المعتاد لأحد أطراف التحكيم أجنبياً، أو عندما يكون مركز الأعمال الرئيسي للشخص الاعتباري في دولة أجنبية، وبين المعيار الذي اعتمده القانون الفرنسي في اعتبار التحكيم دولياً عندما يكون له صلة بالتجارة الدولية، فالأول يقصر النظر على صفة أطراف التحكيم، والثاني يقصر النظر على صفة العمل التجاري. وقد أخذ بهذا المنهج قانون التحكيم المصري في المادة الأولى والسادسة منه. أنظر في ذلك: إيهاب السنباطي، موسوعة الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م، ص ٢٩٦-١٩٧، الجمال وعبد العال، مرجع سابق، ص ٨٢.

Phillip Capper, International Arbitration: A handbook, third edition, LLP, London, 2004, p. 4-5.

والعبارة في وقت تحديد مركز الأعمال الرئيسي لطرفي التحكيم، بحسب ما تقدم، هو وقت الاتفاق على التحكيم لا قبله ولا بعده، فإذا كان مركز الأعمال الرئيسي في دولة أحد طرفي التحكيم ثم انتقل إلى دولة أخرى وقت الاتفاق على التحكيم، أو إذا كان المركز وقت التحكيم في دولة ثم انتقل إلى غيرها. فالعبارة في الافتراضين النظر إلى موقع مركز الأعمال الرئيسي وقت الاتفاق على التحكيم، وبطبيعة الحال لا يدخل ضمن نطاق هذا الحكم تعديل اتفاق التحكيم تبعاً لتغير موقع مركز الأعمال الرئيسي، ولكن ذلك مشروط بحصوله قبل وقوع النزاع، ويمكن بعده ولكن باتفاق تحكيم جديد تراضى عليه الطرفان بعد وقوع النزاع "المشاركة"، ويعتبر هذا الاتفاق ناسخاً لاتفاق التحكيم السابق له، وحرية إرادة طرفي التحكيم تملك ذلك، سنداً لمبدأ سلطان الإرادة، ما لم يترتب على الاتفاق الجديد خرق للنظام العام.

المبحث الثاني: تمييز التحكيم عما يشبهه به:

إن حسم النزاعات القائمة في العلاقات القانونية التي تربط بين أشخاص القانون الخاص لا يعدو عن إحدى الوسائل الثلاث الآتية: التراضي (الصلح والخبرة والتوفيق)^(١)، أو التقاضي، أو التحكيم. ولما كان التقاضي محكوماً بإجراءات وضوابط موضوعية خرج عن موضوع بحثنا، فاقصر البحث على حسم النزاع بالصلح والخبرة والتوفيق مقارنة بحسمه بالتحكيم، بحسب البيان الآتي في المطالب الآتية:

المطلب الأول: موازنة بين التحكيم والصلح

أما حسم النزاع بواسطة التراضي، والعقد الموجب لذلك هو عقد الصلح، وهو من العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ م، فأساسه صلاحية الإرادة في التصرف بالحقوق الخاصة لصاحبها، وقد عرفته المادة ٧٢٢ من القانون المذكور بأن: (الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي). فلصاحب الحق الخاص التمسك به أو

^(١) وقد وسع النظام الأساسي لمركز دبي للتحكيم الدولي رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ م من صلاحيات المركز لتشمل التحكيم والتوفيق بل والخبرة، وذلك مقتضى المادة ١/٣ من النظام. ونصها: (يهدف المركز بشكل أساسي إلى تقديم خدمات فض المنازعات التجارية المحلية والدولية عن طريق التوفيق أو التحكيم أو بالطرق البديلة الأخرى لتسوية المنازعات، وذلك وفقاً لما تنص عليه القواعد واللوائح التي تصدر بموجب أحكام هذا النظام أو التي يتفق عليها أطراف النزاع).

إسقاطه كلاً أو جزءاً أو التصالح عليه، والصلح معاوضة يقصد بها توقي عرض النزاع على القضاء، وذلك وسيلة لحسم النزاع بعيداً عن القضاء احتراماً لإرادة طرفي عقد الصلح، وذلك لا يجعل الصلح تحكيمياً، فهما وإن تشابها في كونهما وسيلتين لفض نزاع بين أطراف كل وسيلة، يتمان بواسطة عقد، فاشتبهتا من حيث الوسيلة والغاية، إلا أنهما يفترقان من وجوه أبرزها:

١. أن الصلح وسيلة مباشرة لحسم النزاع، بينما التحكيم وسيلة غير مباشرة لحسم النزاع لتوقفها على تدخل المحكم في حسم النزاع.

٢. ويترتب على الفقرة السابقة أن سند تسوية النزاع بالصلح هو إرادة أطرافه المنصبة على حسم النزاع، بينما تسوية النزاع بواسطة التحكيم سندها إرادة المحكم المستندة إلى اتفاق التحكيم، وهذا يعني اختلاف العقدين في المحل.

٣. ويترتب على الفقرة السابقة أن النزاع ينتهي بمجرد إبرام عقد الصلح، بينما يبقى النزاع قائماً بين المتنازعين في التحكيم إلى وقت حسم النزاع من قبل المحكم، فلا يوجب اتفاق أو عقد التحكيم بذاته حسم النزاع.

٤. إن حسم النزاع بموجب الصلح لا يوجب فيه إتباع إجراءات مفروضة لحسم النزاع لأن سنده مطلق إرادة المتصالحين، ولا يعطيه بالتالي قوة التنفيذ الجبري بذاته، إلا إذا تم بصورة عقد رسمي أو تم الصلح أمام القضاء المعروض عليه النزاع قبل التوصل إلى الصلح. بينما يتم حكم المحكم وفق إجراءات مقررة سلفاً، بشكل مباشر أو غير مباشر، ويكون حكمه قابلاً للتنفيذ الجبري بذاته^(١).

وقد يدق أحياناً تكييف العقد على أنه عقد صلح أو تحكيم، كما في اتفاق أطراف العقد على انتداب خبير، وهو طرت محايد، لتقدير التعويض، وانتداب طرف محايد لتحديد صورة فض النزاع بينهما في صورة عقد يوقعان عليه بعد الانتهاء منه. وفي تحديد صفة العقد هل هو صلح أم تحكيم يصار إلى تحديد صفة الطرف المحايد ودوره في حسم النزاع، فإذا اقتصر دور الخبير على تطبيق ما توصل إليه الطرفان في حسم نزاعهما بموجب عقد انتهى بموجبه النزاع بينهما، كان العقد

(١) جاء في مطلع المادة ٣٧ من قواعد التحكيم لدى مركز دبي للتحكيم التجاري ما نصه: (تصدر جميع قرارات التحكيم كتابة، وتكون نهائية وملزمة للأطراف).

صلحا، وإذا كان دوره يتعدى إلى تقديم حل لنزاع قائم بين الطرفين لم يحسمه بعقد كان اتفاهما على تعيين خبير اتفاه تحكيم، وأخذ الخبير صفة المحكم. وكذلك الحكم في انتداب طرف محايد لإفراغ صورة حسم النزاع في صورة عقد يوقع عليه الطرفان، فإذا كان دور الطرف المحايد مجرد الإعانة في صياغة صورة حسم النزاع بين الطرفين دون أن يكون له أي دور يتعدى ذلك كان العقد صلحا، وهذا يعني عدم إلزام ما توصل إليه أيا من أطراف العقد، فيمكن قبوله أو رده، فإذا رده أحدهما دون الآخر فهذا يعني فشل الطرفين في التوصل إلى حسم النزاع، وعندئذ يصار الأمر إلى حسم النزاع بعقد صلح جديد أو التجاء الطرفين إلى القضاء لحسم النزاع، وقد يلتجئان إلى التحكيم وسيلة لفض النزاع بينهما. وإذا كان انتداب الطرف المحايد لإبداء رأي ملزم لهما في حسم النزاع، فإنه يوصف بأنه محكم وأن عمله تحكيم^(١)، واكتسب حكمه قوة التنفيذ الجبري وإن لم يوقع عليه أحدهما، حملا لاتفاهما على التوقيع على ما يتوصل إليه على أنه تنازل منهما عن التمسك بالطعن بالتحكيم بسبب بطلان اتفاه التحكيم أو إجراءات التحكيم^(٢). وقد يتفق الطرفان على التحكيم صراحة ولكنهما يضمنا الاتفاه شرطا يخول المحكم إجراء الصلح بينهما. وفي هذه الحالة ينظر إلى المقصود بهذا الشرط، فإن أريد به انصراف إرادة أطراف التحكيم إلى إلزام المحكم بأحكام القانون، كان التحكيم تحكيما بالقانون لا بالصلح، ويحمل الشرط على دعوة المحكم لتفادي إجراءات التحكيم، ومحاولة التقريب بينهما، وهذا يعطى الأطراف مكنة إبرام عقد الصلح بينهما قبل وصول المحكم إلى تسوية النزاع بحكم حاسم له، وإن صدر حكمه قبل الوصول إلى صلح كان سند الحكم تحكيما بالقانون. أما إذا كانت صيغة الشرط تعفي المحكم من التقيد بأحكام القانون صراحة، لأن الأصل هو التحكيم بالقانون، كان عمل المحكم تحكيما بالصلح، والتحكيم بالصلح يعني تفويض المحكم بالحكم وفقا لما يراه عدلا وإن لم يلتجئ لي الضوابط الموضوعية المحددة قانونا لحسم النزاع، ولكن ذلك مشروط بطبيعة الحال بعدم مخالفة النظام العام، وعندئذ يكون حكمه قائما على أساس يماثل الأساس الذي يقوم عليه فصل النزاع بالصلح، وهو الرجوع إلى إرادة المتعاقدين.

(١) انظر الفقرة ٦ من المطلب الثاني: موازنة بين التحكيم والخبرة، من هذا البحث.

(٢) انظر في ذلك: الجمال وعبد العال، مرجع سابق، ص ٢٨ وما بعدها.

والتحكيم بالصلح وإن كان جائزا بلا نزاع إلا أن تكييفه مختلف فيه، بين كونه تحكيما بالمعنى الدقيق أم صلحا، فمن أجاز تجاوز الضوابط الموضوعية في الإجراءات المحددة قانونا لزمه القول بأن التحكيم بالصلح صورة من صور التحكيم، وهذا هو اتجاه التشريعات اللاتينية، سندا لمبدأ سلطان الإرادة، ومن لم يجز للمحكم السير بغير الإجراءات المرسومة قانونا كيف هذا العمل على أنه صلح، اعتبارا بكون المحكم يقوم مقام القاضي في حسم النزاع، والقاضي ملزم بتطبيق القانون، وذلك يخضع عمل المحكم لرقابة السلطة القضائية، كقضاء القاضي في النزاعات في خضوعه لرقابة السلطة القضائية الأعلى، وهذا هو اتجاه القوانين الأنجلو سكسونية^(١).

وبخصوص اتجاه المشرع الإماراتي فالظاهر أنه اعتبر التحكيم بالصلح تحكيما وليس صلحا، سندا للمادة ١/٢٠٨ والمادة ١/٢١٢ و ٢ من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢م. أما المادة ١/٢٠٨ فقد نصت على: (يقوم المحكم خلال ثلاثين يوما على الأكثر من قبول التحكيم بإخطار الخصوم بتاريخ أول جلسة تحدد لنظر النزاع، وبمكان انعقادها، وذلك دون تقيد بالقواعد المقررة في هذا القانون للإعلان، ويحدد لهم موعدا لتقديم مستنداتهم ومذكراتهم وأوجه الدفع)، وأما المادة ١/٢١٢ و ٢ فقد نصت على: (١). يصدر المحكم حكمه غير مقيد بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه في هذا الباب والإجراءات الخاصة بدعوة الخصوم وسماع أوجه دفاعهم وتمكينهم من تقديم مستنداتهم، ومع ذلك يجوز للخصوم الاتفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم. ٢. ويكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضا بالصلح فلا يتقيد بهذه القواعد عدا ما تعلق منها بالنظام العام). ومقتضى ما تقدم أن التحكيم بالصلح جائز إلا إذا خالف النظام العام، وهذا قيد عام في كل التشريعات القانونية غير مختص بالتحكيم بالصلح.

(١) انظر في ذلك: الجمال وعبد العال، مرجع سابق، ص ١٠٩.

المطلب الثاني: موازنة بين التحكيم والخبرة

يقصد بالخبرة اللجوء إلى شخص فني مختص في مسألة معينة لبيان رأيه فيها، ويتم اللجوء للخبرة عن طريق المحكمة أو هيئة التحكيم بمناسبة نزاع معروض عليها^(١). وأهمية رأي الخبير في اختصاصه الفني، كما في المحاسبة والهندسة والزراعة، تظهر من خلال توقف فصل النزاع على التعرف على رأيه في الواقعة محل النزاع، وللقاضي وكذلك هيئة التحكيم سلطة تقديرية في الفصل فيما إذا كانت الواقعة بحاجة للخبرة أم ليست بحاجة إليها، ورأي الخبير غير ملزم للمحكمة ولا لهيئة التحكيم، فلهما رد رأي الخبير كلياً أو جزئياً، ولأطراف النزاع الاتفاق على رده أيضاً، ومن خلال ما تقدم تظهر لنا أوجه شبه وخلاف بين التحكيم والخبرة، نوردتها في الآتي:

أوجه الشبه:

١. وجوب اتصاف المحكم والخبير بالحيادية، فكل واحد منهما يعتبر، مراعاة للأصل، من الغير بأن لا يكون لأي منهما صلة بالنزاع، وعلة ذلك توقف حسم النزاع على رأيهما، فوجب اتصافهما بالنزاهة والحيادية من خلال عدم الانحياز لأحد الطرفين على حساب الآخر، وإلا أمكن ردهما لتوفر سبب الرد.
٢. كلاهما تنطبق عليه القواعد العامة في المسؤولية المدنية إذا ارتكب أثناء تنفيذه لمهامه خطأ ترتب عليه ضرر بالخصوم أو بأحدهما^(٢)، وهما كذلك يخضعان للمسؤولية الجزائية حال ارتكاب أي منهما لجريمة الرشوة^(٣).

^(١) حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية. "قوانين الإمارات والبحرين والسعودية وسوريا والعراق وقطر والكويت ولبنان وليبيا"، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ١/ ٢٠٠٧م، ص ٥١.

^(٢) انظر في تفصيل ذلك: التحيوي، التحكيم والخبرة، مرجع سابق، ص ١١٦ - ١١٩. لكن ذهبت فواعد التحكيم لدى مركز دبي للتحكم الدولي إلى خلاف ذلك، بنصها في المادة ٤٠ منها على: (لا تتحمل الهيئة أو أي محكم، أو اللجنة التنفيذية أو أي من أعضائها، أو المركز وموظفيه أو أن خبير يعين من قبل الهيئة، أية مسؤولية عن أي تصرف أو سهو يتعلق بالتحكيم تجاه أي شخص)، ونصت المادة ٢٤ من النظام الأساسي للمركز المذكور على: (لا يكون المركز أو أي من العاملين فيه أو أي عضو في مجلس الأمناء، أو في هيئة من هيئات فض المنازعات مسؤولين مدنياً عن أي خطأ غير مقصود في أعمالهم المتعلقة بتسوية المنازعات عن طريق المركز). وأرى أن المادة ٢٤ في النظام الأساسي لم تمنع المساءلة مطلقاً. وإنما منعتها في حالة الخطأ غير المقصود، لأنه يمكن في عمل من ذكرنا في النص، وذلك بخلاف المادة ٤٠ من قواعد التحكيم لدى المركز التي عممت المنع من أية مسؤولية، فلم تخصصها بالمسؤولية المدنية. وأنها عممت هذا الحكم ليشمل (أي تصرف أو سهو)، بخلاف ما ورد في المادة ٢٤ من النظام الأساسي من قصرها المنع من المساءلة في الخطأ غير المقصود، وهذا يفيد أن عبء إثبات كون

٣. وجوب مراعاة مبدأ المواجهة بين الخصوم في الإجراءات المتبعة في نظام التحكيم، وفي نظام الخبرة، سندا لمبدأ المساواة بين الخصوم في الدفاع عن حقوقهما، والذي يوجب حصول العلم لكل طرف منهما بما قدمه خصمه من أدلة، وإفساح المجال له بمواجهة هذا الدليل بدليل مضاد له^(٢).

أوجه الخلاف:

١. أن تعيين الخبير باعتبار الأصل هو من صلاحية المحكمة أو هيئة التحكيم، بالرغم من أن الأطراف قد يتدخلون أحيانا في تعيين الخبير من خلال ترشيح خبير بعينه أو ترشيح أسماء خبراء للمحكمة أو لهيئة التحكيم لاختيار خبير أو أكثر من بينهم، وقد يقع ذلك بالتشاور بين الهيئة وأطراف النزاع^(٣)، إلا أن تقدير الحاجة في حسم النزاع إلى رأي خبير تبقى من اختصاص المحكمة أو هيئة التحكيم بينما يستمد المحكم أو هيئة التحكيم الصلاحية في نظر موضوع النزاع سعيا نحو حسمه بقرار من إرادة أطراف التحكيم المعبر عنها باتفاق التحكيم.
٢. أن المحكم يعتبر بمثابة القاضي، بحسب الاتجاه السائد فقها في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، نسبه لدوره في حسم النزاع المعروض عليه. أما الخبير فيعد دوره بمثابة المساعد للقاضي لغايات الإثبات في الدعوى.

الخطأ غير مقصود يقع على عاتق من شملتهم المادة ٢٤. وعلى أي وجه حمل ما ورد في المادتين المذكورتين فإنه بتقديري مخالف لمقتضى القواعد العامة في المسؤولية المدنية و الجزائرية. وأن ما ثبت بمرسوم أو كانت له صفة النظام لا يقوى على مخالفة القوانين، فجاز سندا لذلك إقامة الدعوى المدنية والجزائية إذا توفر في كل منهما عناصر وشروط إقامتها.

^(١) انظر: التحيوي، المرجع السابق، ص ١١٢-١١٥، وأورد نصوص المواد القانونية ١١١ و ١١٩ في قانون العقوبات المصري، واللذان تعدان المحكم والخبير القضائي بحكم الموظف العام بالنسبة لجريمة الرشوة واختلاس الأموال العامة.

^(٢) وأورد التحيوي في المرجع السابق، ص ١١٢ مقتضى المادة ١٦٠ والمادة ١٧٥ من مجموعة المرافعات الفرنسية، ونص المادة ٣/١٤٦ من قانون الإثبات المصري رقم ٥ لسنة ١٩٦٨م، "يترتب على عدم دعوة الخصوم بطلان عمل الخبير"، اعتبارا بأن دعوتهم لحضور أعمال الخبرة تتيح لهم تقديم ملاحظاتهم وتحفظاتهم على عمل الخبير، وأن عدم دعوتهم يوجب بطلان عمل الخبير لعبب شكلي.

^(٣) وقد جاء في مطلع المادة ١/٣٠ من قواعد التحكيم لدى مركز دبي للتحكيم الدولي النص على استقلال الخبير، وعلى جواز التشاور، ونصها: (يجوز للهيئة، بعد التشاور مع الأطراف، أن تعين خبيرا أو أكثر ليقدم لها تقريرا حول أمور معينة تحددها الهيئة له).

٣. وسندا للفقرة السابقة يكون قرار المحكم في النزاع المعروض نهائياً، "وإن كان غير قابل للتنفيذ إلا بعد صدور الأمر بتنفيذه من القضاء العام في الدولة، وتذييله بالصيغة التنفيذية"^(١). أما الخبير فقراره غير ملزم لا للمحكمة ولا لهيئة التحكيم، إلا إذا اتفق أطراف النزاع على خلاف ذلك، لأن رأي الخبير عندئذ يصبح جزء من عملية التحكيم المستندة إلى إرادة أطراف النزاع^(٢).

٤. وسندا للفقرة السابقة لا يملك أطراف النزاع رد قرار المحكم لمجرد اتفاقهما على رده، وهما يملكان ذلك بالنسبة لرأي الخبير.

٥. أن المحكم أو هيئة التحكيم تفصل في النزاع، موضوع التحكيم، في المسائل الواقعية والقانونية على السواء^(٣)، بخلاف الخبير الذي لا يبدي رأيه إلا في المسائل الواقعية المحالة إليه من قبل المحكمة أو هيئة التحكيم.

٦. يتوجب على المحكم تطبيق الإجراءات المتفق عليها من قبل أطراف التحكيم بشكل مباشر أو غير مباشر. "أما الخبير فيطبق في خبرته أسلوب العمل وإجراءاته التي يراها مناسبة، دون حاجة أو التفات لاتفاق الأطراف"^(٤).

المطلب الثالث: موازنة بين التحكيم والتوفيق

يراد بالتوفيق اتفاق أطراف النزاع على إحالة نزاعهما لشخص ثالث للتوفيق بينهما من خلال تسوية النزاع ودياً قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم، ولمن أسند له التوفيق دور الوسيط

(١) التحيوي، التحكيم والخبرة، مرجع سابق، ص ١٢٩.

(٢) نصت المادة ٥/٣٠ من قواعد التحكيم لدى مركز دبي للتحكيم التجاري على: (ويخضع رأي شاهد خبرة يقدم حول المسألة أو المسائل التي كانت مطروحة على الخبير المعين من الهيئة إلى سلطة الهيئة التقديرية، ذلك من تقييم تلك المسائل في ضوء كافة الظروف المتعلقة بالقضية، ما لم يكن الطرف قد اتفقوا على أن تكون النتيجة التي يتوصل إليها الخبير المعين من قبل الهيئة نهائية بشأن تلك المسألة).

(٣) ويترتب على ذلك: (بطلان حكم المحكمين - اقتضاره على الخطأ في الإجراءات والعيوب التي أوردتها المادة ٢١٦ إجراءات مدنية، سواء لصدوره بغير وثيقة تحكيم أو بناء على وثيقة باطلة أو تجاوز فيها المحكمون أجل التحكيم أو خالف قاعدة متعلقة بالنظام العام أو صدر من محكمين لم يعينوا طبقاً للقانون أو في تحكيم لم يحدد موضوعه أو تخلف عن الخصومة أعمال مبدأ المواجهة بما يترتب من إخلال بحق الدفاع). المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم ٢٥/٨٣١ ق و ٢٦/٦٧ ق، جلسة ٢٣/٥/٢٠٠٤م.

(٤) حمزة حداد، مرجع سابق، ص ٥٤.

بين طرفي النزاع، محاولة للتقريب بين وجهات نظرهما وصولاً إلى نقطة الاتفاق بينهما، فإذا نجح في مهمته عرض مشروع التسوية على أطراف النزاع للتوقيع عليه، وبتوقيعها تتم تسوية النزاع سنداً لاتفاقهما وليس لقراره^(١)، وللموفق أن يكون شاهداً على اتفاقية التسوية ليس أكثر، واللازم مما تقدم أن لكل طرف الرجوع عن التوفيق أو الامتناع عن التوقيع، ولا متابعة عليه في ذلك، "فمهمة الموفق باختصار، هي الوساطة الودية أو الحميدة بين طرفي النزاع"^(٢). وقد يلجأ الأطراف لتسوية النزاع إلى ما يعرف بالمحاكمة المصغرة، وهي صورة من صور التوفيق، بحسب الراجح من الرأي الفقهي، لأن مهمتها إعداد مشروع تسوية يوقعه الأطراف وليس إصدار قرار نهائي في النزاع، وقد تزايد انتشار المحاكم المصغرة في التجارة الدولية، اعتباراً بأنها من الوسائل البديلة عن اللجوء إلى القضاء أو حتى التحكيم في تسوية النزاعات^(٣). وسنذكر لما تقدم نبين أوجه الشبه والخلاف بين التوفيق والتحكيم في الآتي:

أوجه الشبه:

١. أن مصدر التوفيق والتحكيم هو اتفاق أطراف النزاع.
٢. أن مصدر تعيين المحكم وكذلك الموفق أو لجنة التوفيق هو إرادة أطراف النزاع.
٣. أن للأطراف تحديد موفق واحد أو أكثر، وفي هذا يشبهه التوفيق بالتحكيم.
٤. أن التحكيم والتوفيق وسيلتان غايتهما رفع النزاع بين الأطراف.

(١) *Enid A Marshall, The Law of Arbitration, fourth edition, Sweet & Maxwell. London: 2001, p. 6.*

(٢) حمزة حداد، مرجع سابق، ص ٤٨.

(٣) أنظر:

- حمزة حداد، مرجع سابق، ص ٤٩، ٥٠.

- *Catherine Tan Swee Kian, Resolving Disputes by Arbitration, Ridge books: Singapore, 1998, p. 10.*

أوجه الخلاف:

١. أن دور المحكم حسم النزاع بقرار نهائي. أما الموفق فلا سلطه له في حسم النزاع، اعتباراً بأن دوره يقتصر على الوساطة الحميدة للتوفيق بين أطراف النزاع، وأن حسم النزاع بعد ذلك يعود لقبول الأطراف بمشروع التسوية المقدم من الموفق من خلال التوقيع عليه.
٢. وسندا للفقرة السابقة أمكن القول أن التوفيق بالنظر لانتهاؤه باتفاق الأطراف عليه هو صلح بين أطراف النزاع، والتحكيم يبين الصلح، بحسب ما تقدم في التمييز بينهما.
٣. إن عدد المحكمين حال تعددهم فردي. بينما يجوز في التوفيق أن يكون عدد الموفقين زوجياً، وإذا لم يتفق الموفقون على مشروع تسوية فإن العادة جرت أن يعده رئيس لجنة التوفيق، ولهم أن يعملوا مجتمعين أو منفردين، بأن يتابع بعضهم أحد أطراف النزاع، ويتابع البعض الآخر الطرف الثاني، وهذا بخلاف التحكيم الذي يلزم أن يكون عدد المحكمين فيه وتراً^(١)، وإلا كان الاتفاق على خلاف ذلك باطلاً^(٢)، وأن يصدر قرارهم بالإجماع أو الأغلبية، وأن يعملوا مجتمعين.
٤. للموفق الاجتماع بأي طرف من أطراف النزاع على انفراد، وهذا الإجراء يخل بحيادية المحكم في التحكيم.
٥. لكل طرف من أطراف النزاع الانسحاب من التوفيق صراحة أو ضمناً أو عدم التوقيع على مشروع التسوية، ولا مسؤولية عليه في ذلك، وهو لا يملك ذلك في التحكيم، فمن واجب المحكم الاستمرار بالتحكيم وإن أعلن أحد طرفي النزاع انسحابه من التحكيم، وذلك أثر للزوم اتفاق التحكيم لإطرافه.

^(١) نصت المادة ٨ من قواعد التحكيم لدى مركز دبي للتحكيم الدولي على وجوب أن يكون عدد المحكمين وتراً: (١). تشكل الهيئة من عدد من المحكمين وفقاً لما يتفق عليه الأطراف. وإذا كان العدد المتفق عليه أكثر من واحد، فيجب أن يكون وتراً. ٢. إذا لم يتفق الأطراف على عدد المحكمين، تشكل الهيئة من محكم منفرد، وذلك باستثناء حالة ما إذا وجد المركز، وفقاً لتقديره، بأن التشكيل المناسب للهيئة هو ثلاثة أعضاء. وذلك في ضوء كافة الظروف الخاصة بالنزاع.

^(٢) استئناف قطر، طعن ٥٩ / ١٣١ ق تحكيم، تاريخ ١٧/٣/٢٠٠٤، نقلاً عن حمزة حداد، مرجع سابق، ص ٤٨.

المبحث الثالث: عدل الدولة في حسم النزاعات:

موجبات اعتبار التحكيم تعود لتحقيق العدل في النزاعات في موضوعات القانون الخاص، ومن أبرزها الموضوع التجاري. ولما كان التعامل التجاري متصفاً بسرعة تناقل المال، وتحدد صورته، مما جعله في حالة تجدد وتطور مستمرين، مع ما يفترض أن يصاحبه من ثقة وائتمان، كان لازم تحقيق العدل فيه فسح المجال لحرية أطراف العلاقة لاختيار القانون أو النظام الذي يتم بموجبه حسم النزاعات المتوقعة أو الواقعة فعلاً، من جهة، واشترط الاختصاص فيمن يسند إليه حسم النزاع، من جهة أخرى، وذلك لأن الإخلال بأحدهما يتعارض مع تحقيق العدل في حسم النزاع، وفيه تهديد أو تعطيل للحكمة المقتضية من توسيع نطاق التجارة بل وتحريرها، بالقدر الذي لا يتعارض مع النظام العام للدولة، من القيود باعتباره أحد الركائز الأساسية في اقتصاديات الدول، ووسيلة لربط اقتصاديات الدول بعضها ببعض سعياً نحو تحطيم سلبات العزلة الاقتصادية، وذلك صورة من صور التفاعل الحضاري بوجهه الإيجابي.

فعدل الدولة في حسم الخصومات في موضوعات القانون الخاص محصور بالسلطة القضائية باعتبار الأصل، من حيث أن السلطة القضائية هي مظهر عدل الدولة في تطبيق قوانينها على المخاطبين بها. وإذا كان هذا النظر مسلماً به أو معتبراً باعتبار المنطق القانوني الحرفي أو الضيق إلا أنه باعتبار النظر الواقعي معارض بسلب الأشخاص المخاطبين بالقانون المساهمة في تحقيق عدل الدولة، والذي ينبغي توسعة نطاقه ليشمل كل ما لا يعارض النظام العام والآداب، سواء أكان مصدره التشريع أم أحد المصادر الرسمية للقانون أم الإرادة التي تتحرك في ضوء مقاصد القانون.

وسنذا لما تقدم أمكن القول أن التحكيم يعتبر عملاً قضائياً، باعتبار تحقيقه لعدل الدولة، يستمد وجوده من تفويض القانون الأشخاص المخاطبين به حسم النزاعات بواسطة التحكيم، تخفيفاً من عبء القضاء، واحتراماً لإرادة المتعاقدين، شرط التحكيم، أو المتخاصمين، المشاركة، في حسم نزاعاتهم بعيداً عن سوح القضاء، وتجنباً لطول إجراءاته وتعقدها. فكانت إرادة أطراف التحكيم المستندة إلى اعتراف أو اعتداد القانون بها سند ابتداء التحكيم، وأن عملية التحكيم في حسم النزاع هي ممارسة قضائية اعتباراً بتطبيقها القانون على النزاع المعروض على المحكم، فكان

عمل المحكم كعمل القاضي في هذه الحثية^(١)، وليس عملا قضائيا صرفا لغياب الولاية العامة للمحكم، فهو ليس كالقاضي من هذه الحثية، اعتبارا بأن ولاية المحكم ولاية خاصة مستمدة من إرادة أطراف التحكيم، وفي حدود محل النزاع بينهما.

واللازم لهذا التخرج خضوع التحكيم لرقابة السلطة القضائية إذا رفع النزاع إليها بدعوى أحد المتحاكمين ببطلان حكم المحكم، وكذلك الرجوع إلى الأصل في حسم النزاعات "القضاء" حال التنازل عن شرط التحكيم صراحة أو دلالة كسكوت الطرفين عن التمسك بشرط التحكيم في أول جلسة من نظر القضاء في النزاع^(٢). وينبني على ذلك أن حكم المحكم خاضع لتصديق القضاء عليه، وإذا وجد القاضي في حكم المحكم مخالفة صريحة للقانون نقض الحكم بمقدار تلك المخالفة، ويكون نقض القاضي قابلا للطعن به بطرق الطعن المعهودة للتثبت من صحة نظره^(٣).

واللازم لهذا التخرج أيضا اشتراط كون المحكم له معرفة في القانون تؤهله للحكم في النزاع المعروض عليه، وله الاستعانة بأهل الخبرة فيما كان اختصاصا علميا أو فنيا في غير مجال القانون. وهذه بتقديرنا هي الطبيعة القانونية للتحكيم في ظل التحكيم المحلي، لأنه لا بد من خضوع

(١) ويؤيد ما ذكر ما جاء في قضاء محكمة تمييز دبي، الطعن رقم ١٦١ لسنة ٢٠٠٣م، جلسة ١٤ يونيو ٢٠٠٣م: (استقر قضاء هذه المحكمة، عملا بالمادة ٢١٢ من قانون الإجراءات المدنية، على أنه وإن كان المحكم لا يتقيد بحسب الأصل بإجراءات المرافعات المتبعة في الدعوى أمام المحاكم إلا أنه يلتزم بإتباع إجراءات التقاضي الأساسية، وأهمها الالتزام بما يتفق عليه الخصوم من إجراءات معينة، واحترام حقوق الدفاع بما فيها تمكين كل خصم من الاطلاع على كافة الأوراق والمستندات المقدمة من خصمه، واتخاذ الإجراءات في مواجهة الخصوم، ويترب على عدم التقيد بهذه الإجراءات الأساسية في التقاضي بطلان الحكم الصادر من المحكم، ولا يغني عن وجوب تمكين الخصم من الاطلاع على المستند المقدم من خصمه مجرد تأشير المحكم عليه بأنه قد قدم إليه..).

(٢) نصت المادة ٥/٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي على: (وإذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء، ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى جاز نظر الدعوى، واعتبر شرط التحكيم لاغيا).

(٣) نصت المادة ٢١٤ من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي على: (يجوز للمحكمة أثناء النظر في طلب تصديق حكم المحكمين أن تعيده إليهم للنظر فيما أغفلوا الفصل فيه من مسائل التحكيم أو لتوضيح الحكم إذا كان غير محدد بالدرجة التي يمكن معها تنفيذه، وعلى المحكمين في هاتين الحالتين أن يصدروا قرارهم خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إبلاغهم بالقرار إلا إذا قررت المحكمة خلاف ذلك. ولا يجوز الطعن في قرارها إلا مع الحكم النهائي الصادر بتصديق الحكم أو إبطاله).

النزاعات لسلطة الدولة بشكل مباشر أو بشكل غير مباشر، سندا لإقليمية القانون الذي يحكم جميع التصرفات والوقائع الواقعة في إقليم الدولة إلا ما تم استثناءها بقانون أيضا، كما في تحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على تصرفات أو وقائع فيها عنصر أجنبي يرى المشرع الوطني استثناءها من القانون الوطني إلى قانون أجنبي، ومعلوم أن القاضي أو المحكم سيعمل وفق القانون الذي أعطاه هذه الصلاحية بتطبيق قانون أجنبي، حتى ذهب بعض أهل الفقه إلى أن اعتراف المشرع الوطني بقانون أجنبي ينزله منزلة القانون الوطني في حدود تلك التصرفات والوقائع المحكومة به^(١).

اتجاه الفقه الإسلامي في التحكيم وطبيعته الشرعية "القانونية":

ما تقدم بيانه في المبحث السابق يتوافق مع اتجاه الفقه الإسلامي الذي يرى بعد جواز التحكيم أن المحكم ينزل منزلة القاضي إلا أن التحكيم يبقى أدنى مرتبة من القضاء، كما أنه يباينه في أمور، وبحسب البيان الآتي:

أما علة التحكيم فقد نص الفقهاء على: (وإنما المقصود بالذات من التحكيم الإصلاح)^(٢)، من حيث إن المصلحة تقوم بجلب ما هو نافع أو درء ما هو فاسد، وفي درء مفسدة التنازع والحكم بالحقوق إلى مستحقيها إصلاح، وأحكام الشريعة معللة^(٣) بمصالح العباد^(٤).

(١) أنظر في ذلك: هشام علي صادق، تنازع القوانين "دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري"، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٧٣م، ص ٢٥٠ - ٢٥١ - عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين "دراسة مقارنة"، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢م، ص ٣٣٦ - ٣٣٧.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، دار الفكر، باب في النكاح، ج ٢/٢٤٤

(٣) يقول الإمام الشاطبي، إبراهيم بن موسى، في معنى العلة في كتابه الموافقات في أصول الفقه، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، مصر، ١٩٦٩م، ١٧٩/١ أمّا: (الحكم والمصالح التي تعلق بها الأوامر أو الإباحة، أو المفاصد التي تعلق بها النواهي).

(٤) انظر في ذلك: الشاطبي، المرجع السابق، ٣/٢ - ٤، بادشاه، محمد أمين، تيسير التحرير على كتاب التحرير "لابن همام"، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٥١ هـ، ٣/٣٠٦، الأمدي، علي بن أبي علي بن محمد، الأحكام في أصول الأحكام، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، مصر، ١٩٦٨ م، ٣/٨١. ويقول الشاطبي في المرجع السابق، ٣/٣٥: (ولا يرتاب في ثبوتها شرعا أحد ممن ينتمي إلى الاجتهاد من أهل الشرع، وأن اعتبارها مقصود للشارع)، ويقول الأسنوي، جمال الدين، في كتابه نهاية السؤل في شرح منهاج البيضاوي، مطبعة التوفيق

وأما من حيث قيام الدليل النقلي على جوازه فقالوا: (الأصل في جواز التحكيم قوله تعالى: (فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا)^(١)، والصحابة رضي الله عنهم كانوا مجتمعين على جواز التحكيم)^(٢). أما السنة النبوية المطهرة فقد أوردوا بشأنها قولهم: (فإن تحاكم رجلان إلى من يصلح للقضاء، فحكماه ليحكم بينهما، جاز، لما روي أبو شريح أنه قال: يا رسول الله إن قومي إذا اختلفوا في شيء، أتوني، فحكمت بينهم، فرضي علي الفريقان، فقال رسول الله: "ما أحسن هذا"^(٣))^(٤). فكان الدليل ثابتا بالكتاب والسنة وإجماع الصحابة، وهي أقوى الأدلة الشرعية، ومقدمة على المصلحة في المجتهدات، مع أن أحكام الشريعة كلها معللة بمصالح العباد، إلا أن دليل المصلحة لا يسلم من الاختلاف في تقدير تحققها أو في مدى قوتها ومعارضتها بمصلحة أخرى ..

ومن صور التجاء الصحابة رضوان الله عليهم إلى التحكيم وسيلة لفض المنازعات بينهم ما روى: (أن أبي بن كعب وعمر بن الخطاب، رضي الله عنهما، اختصما في شيء فحكمما زيد ابن ثابت، رضي الله عنه. فأتياه في منزله قال زيد، رضي الله عنه، هلا أرسلت إلي يا أمير المؤمنين قال

الأدبية، مصر، ٤٤/٣: (لأننا استقرنا أحكام الشرع فوجدنا كل حكم منها مشتقاً على مصلحة عائدة إلى العباد، يعلم منه أن الله تعالى شرع أحكامه لرعاية مصلحة عباده على سبيل التفضل والإحسان).

(١) سورة النساء/٣٥. وهناك آية عامة في التحكيم، أي أن حكمها غير مقصور على النزاع بين الزوجين، وهي قوله تعالى: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا)، سورة النساء/٥٨، فالخطاب فيها غير مقصور على القضاة بل هو عام، فشمّل عمومته التحكيم في المنازعات، مع ذكر الأساس الشرعي له وهو العدل.

(٢) السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، دار الكتب العلمية، ١٩٩٣م، كتاب الصلح، ج ٦٢/٢١.

(٣) رواه أبو داود، سنن أبي داود، دار إحياء التراث العربي، باب في تغيير الاسم القبيح، ٢٩٦/١٣، رقم الحديث ٤٩٥١. وقبل ذلك بتقديرنا تحكيم الرسول عليه الصلاة والسلام سعد بن معاذ رضي الله عنه في بني قريظة، وفي الحديث: (نزل أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ، فأرسل النبي صلى الله عليه وسلم إلى سعد فأتى على حمار، فلما دنا من المسجد قال للأَنْصار: قوموا إلى سيدكم - أو خيركم - فقال: هؤلاء نزلوا على حكمك..). رواه البخاري، صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، باب مرجع النبي صلى الله عليه وسلم من الأحزاب، ٤٠٣٢/٤، رقم الحديث ٤٠٣٢.

(٤) المقدسي، عبد الله بن أحمد بن قدامة، الكافي، المكتب الإسلامي، ١٩٨٨م، ج ٤/٤٣٦.

عمر، رضي الله عنه، في بيته يؤتي الحكم^(١). وفي هذا .. دليل جواز التحكيم، فقد حكما زيد ابن ثابت، رضي الله عنه، وإنما حكماه لفقهاء فقد كان مقداما معروفا فيهم بذلك .. وفيه دليل على أن الإمام لا يكون قاضيا في حق نفسه^(٢)، فعمر، رضي الله عنه، في خصومته حكم زيدا ابن ثابت، رضي الله عنه. وفيه دليل على أن من احتاج إلى العلم ينبغي له أن يأتي العالم في منزله وإن كان وجهها في الناس ولا يدعوهم إلى نفسه، فإن وجهته بسبب الدين، فيبقى ذلك له إذا عظم الدين، والذهاب إلى منزل العالم عند الحاجة إلى علمه من تعظيم الدين، ولما استعظم ذلك زيد، رضي الله عنه، قال هلا أرسل إلي يا أمير المؤمنين قال في بيته يؤتى الحكم. وتأويل استعظام زيد، رضي الله عنه، أنه خاف فتنة على نفسه بسبب الواجهة حين أتاه عمر، رضي الله عنه، في منزله، وظن أنه أتاه زائرا وما أتاه محكما له راغبا في علمه، فلهذا استعظم ذلك. ألا ترى أن عمر، رضي الله عنه، بين له أنه أتاه للتحكيم، فقال في بيته يؤتى الحكم. فأتى زيد لعمر، رضي الله عنهما، بوسادة وكان هذا منه امتثالا لما ندب إليه رسول الله، صلى الله عليه وسلم، في قوله "إذا أتاكم كريم قوم فأكرموا"^(٣)، وقد بسط رسول الله، صلى الله عليه وسلم، لعدي بن حاتم رداءه حين أتاه، ولكن عمر، رضي الله عنه، لم يستحسن ذلك منه في هذا الوقت، فقال هذا أول جورك. وفيه دليل وجوب التسوية بين الخصمين في كل ما يتمكن القاضي منه، وما كان ذلك يخفي على زيد، رضي الله عنه، ولكن وقع عنده أن الحكم في هذا ليس كالقاضي وأن الخليفة في هذا ليس كغيره فبين له عمر، رضي الله عنه، إن الحكم في حق الخصمين كالقاضي^(٤)، وقالوا: (وينبغي

(١) وهذا يدل على أن المتنازعين يأتيان المحكم في محله أو مركز عمله من حيث هو محكم للفصل بين أطراف النزاع.

(٢) ويؤخذ من ذلك وجوب أن يكون المحكم طرفا ثالثا محايدا، ولا ينفذ اتفاق التحكيم بالنزول على رأي أحدهما إلا إذا قبله الطرف الآخر، لمظنة عدم الحياد في الحكم والمحكم طرف في النزاع، وسيأتي بيانه قريبا.

(٣) السنن الكبرى للبيهقي، دار الفكر، باب ما على السلطان من إكرام وجوه الناس، ٣١٨/١٢، رقم الحديث ١٧٠٢١.

(٤) ويؤخذ من ذلك اختلاف عمر مع زيد في بداية الأمر على الطبيعة الشرعية أو القانونية لعمل المحكم، هل عمله كعمل القاضي فيلزمه ما يلزم القاضي أم أنه ليس كذلك.

(٥) السرخسي، مرجع سابق، باب أدب، ج ١٦ / ٥٩.

أن يكون المحكم كالقاضي فيما يجوز به التحكيم بشروطه^(١)، و(والشهادة عند المحكم كالشهادة عند القاضي)^(٢). وهنا نلاحظ دقة التعبير في وصف المحكم فهو كالقاضي وليس قاضيا بالمعنى الاصطلاحي لهذه الكلمة، سبب هذا التشبيه هو أن عمل المحكم كعمل القاضي في حسم النزاعات المعروضة عليه، فالاختلاف بينهما يبقى قائما خاصة في نطاق الولاية ومصدرها، بحسب ما قدمنا قريبا، فولاية القاضي عامة مستمدة من القانون، بخلاف ولاية المحكم فهي مستمدة من إرادة أطراف التحكيم.

وقالوا في السبب الموجب لنزول مرتبة التحكيم عن مرتبة القضاء، وإن كان التحكيم فرعا من القضاء عندهم، التحكيم: (من فروع القضاء و"إن" كان أحط رتبة من القضاء .. لكونه صلحا من وجه)^(٣)، وأن: (الحكم من المحكمين بمنزلة حكم القاضي المقلد)^(٤)، وذلك اعتبارا بأنهم كانوا يفرقون بين القاضي المجتهد والقاضي المقلد. فاجتمع بموجب ما تقدم في الطبيعة القانونية للتحكيم في الفقه الإسلامي أن عمل المحكم كعمل القاضي، وينزل حكمه منزلة حكم القاضي، لكن مصدر نفاذ حكمه هو إرادة أطراف التحكيم، وأن اتفاق التحكيم لا يصح في كل المنازعات، بحسب ما سيأتي ذكر قول الفقهاء في ذلك، وأنه يعتبر صلحا من وجه، وتقدم بيان التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح والفرق بينهما، والاتجاهات التشريعية القانونية في جواز تقريبها.

وإذا كان المحكم كالقاضي في الفصل في المنازعة محل التحكيم فإن لازم ذلك خضوع حكمه لنظر القضاء لتبين صحة الحكم ما لم يتراضى المتنازعان بالحكم، لأن رضاهما بما لا يخالف النظام العام مظهر للصلح بينهما على رأي المحكم، وجاء في هذا المعنى قولهم: (التحكيم مشروع، قال الله تعالى عز شأنه: (فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا) فكان الحكم من الحكمين

(١) ابن عابدين، محمد أمين، حاشية ابن عابدين رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، كتاب الدعوى، ج ٨ / ٣.

(٢) النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، دار الفكر، كتاب الشهادات، ج ١٠ / ٦٤.

(٣) ابن عابدين، مرجع سابق، ج ٥ / ٥٧٣.

(٤) الكاساني، علاء الدين أبو بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر، كتاب أدب القاضي، ج ٧ / ٣.

بمنزلة حكم القاضي المقلد، إلا أنهما يفترقان في أشياء مخصوصة: منها أن الحكم في الحدود والقصاص لا يصح، ومنها أنه ليس بلازم ما لم يتصل به الحكم حتى لو رجع أحد المتحاكمين قبل الحكم يصح رجوعه^(١)، وإذا حكم صار لازماً. ومنها: أنه إذا حكم في فصل مجتهد فيه ثم رفع حكمه إلى القاضي ورأيه يخالف رأي المحكم له أن يفسخ حكمه^(٢)، وحكم المحكم لا يرفع إلى القاضي إلا للطعن فيه بحجة مخالفته للشريعة، أو للمصادقة عليه حتى ينفذ بحق أطراف التحكيم، فكان فسخه من القاضي المجتهد بمنزلة نقضه لمخالفته أحكام الشريعة، وفسخه لا ينقض اتفاق التحكيم، ولكن يعيد النزاع للفصل بما يوافق الشريعة، وهو مع ذلك محل خلاف فقهي، دليله قولهم: (لو أنا رجلين حكما بينهما رجلا فحكم بينهما أمضاه القاضي ولا يرده إلا أن يكون جوراً بينا. ابن عرفه: ظاهره ولو كان مخالفاً لما عند القاضي. ابن الحارث: قال ابن القاسم: ليس له فسخه إن خالف رأيه)^(٣)، فكان مجرد الاختلاف في حكم الواقعة بين المحكم والقاضي في المجتهدين مانعاً من الفسخ بحسب اتجاه فقهي، لأنه غير مقطوع بمخالفة حكم المحكم لحكم الشريعة في الواقعة لغياب الدليل القطعي أو الظاهر على ذلك، وهذا لا يشمل بطبيعة الحال ما كان جوراً بيناً، فللقاضي فسخه، وقالوا في تحديد معيار الفسخ أو النقض: (وإذا رفع حكم المحكم إلى القاضي، لم ينقضه إلا بما ينقض قضاء غيره)^(٤).

والتحكيم مصدره إرادة أطراف التحكيم، ولا يلزمان بالتحكيم لعدم وجود القضاء بل ذلك عائد إلى محض إرادتهما ما دام الأمر لا يتعلق بحقوق عامة، وفي ذلك جاء قولهم: (ركن التحكيم لفظه الدال عليه: أي اللفظ الدال على التحكيم كالحكم بيننا أو جعلناك حكماً أو حكماً في كذا، فليس المراد خصوص لفظ التحكيم قوله: "مع قبول الآخر" أي المحكم بالفتح، فلو لم يقبل لا يجوز حكمه إلا بتجديد التحكيم)^(٥). فكل لفظ يدل على انصراف إرادة

(١) وهذا الترخيص الفقهي يقضي بعدم لزوم اتفاق التحكيم لأطرافه، وهو يبين ما عليه القانون بمذهبه بلزوم اتفاق التحكيم لطرفيه.

(٢) الكاساني، المرجع السابق، كتاب أدب القاضي، ج ٣/٧.

(٣) المواق، محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ١٩٩٥م، كتاب القضاء والشهادة، ج ٦٣/٨.

(٤) النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، كتاب القضاء، ج ٢٦٣/٩.

(٥) ابن عابدين، مرجع سابق، ج ٥٧٣/٥.

المتعاقدين إلى التحكيم يعتد به، وذلك هو اتفاق التحكيم، ولا يلزم ذلك المحكم لأنه ليس بقاض معين من ولي الأمر يلزمه حسم النزاعات المرفوعة إليه، لذلك اشترط قبول المحكم، وقالوا: (حكم بينهما قبل تحكيمه ثم أجازاه جاز. وقوله "ورضيا بحكمه" أي إلى أن حكم ..، فأفاد أنه احترز عما لو رجعا عن تحكيمه قبل الحكم، أو عما لو رضي أحدهما فقط، لكن كان الأولى ذكره قبل قوله: "فحكم" لئلا يوهم اشتراط الرضا بعد الحكم مع أنه إذا حكم لزمهما حكمه ..، أو بذكره هنا بأو ليدخل ما لو حكم بينهما قبل تحكيمه ثم قالوا رضينا بحكمه وأجزناه، فإنه جائز ... قوله: "صح لو في غير حد وقود إلخ" تشمل سائر المجتهدات من حقوق العباد .. وما ذكره من منعه في القصاص ..، هو قول الخصاص وهو الصحيح ..، وما في "المحيط" من جوازه فيه^(١)، لأنه من حقوق العباد ضعيف رواية ودراية، لأن فيه حق الله تعالى أيضا، وإن كان الغالب حق العبد^(٢). فكانت شروط التحكيم بحسب ما تقدم، هي:

١. اتفاق التحكيم.

٢. على محل يصح فيه التحكيم. وقالوا في ذلك: (إنما يجوز التحكيم فيما يصح لأحدهما ترك حقه فيه. اللخمي وغيره: إنما يصح في الأموال وما في معناها. سحنون: ولا ينبغي في حد ولا لعان إنما هما لقضاء الأمصار العظام. أصبغ: ولا في قصاص ولا حد ولا قذف ولا طلاق ولا عتق ولا نسب ولا ولاء لأنها للإمام. زاد في المنتقى عن أصبغ: فإن حكماه في ذلك نفذ حكمه ونفاه السلطان عن العودة. ولما ذكر ابن يونس قول سحنون ولا ينبغي للذي حكمه رجلان أن يقيم حدا قال: وأما الجراح فإذا أفاده من نفسه فلا بأس أن يستقيد إذا كان بعيدا عن السلطان "لا حد ولعان وقتل وولاء ونسب وطلاق وعتق"^(٣)، بل وقع التوسع في ذلك باتجاه الملكية المبين في قولهم: (والحاصل أن كل ما لا يجوز

^(١) وهذا الخلاف الفقهي يدل على تقدم النظر الفقهي الإسلامي في توسعة نطاق التحكيم على النظر الفقهي القانوني الذي حصر التحكيم في موضوعات القانون الخاص.

^(٢) ابن عابدين، مرجع سابق، ج ٥/٥٧٣.

^(٣) المواق، مرجع سابق، كتاب القضاء والشهادة، ج ٨/٦٣.

التحكيم فيه وكان الحكم فيه مختصا بالقضاة إذا وقع ونزل وحكم فيه المحكم وكان حكمه صوابا فإنه يمضي وليس لأحد الخصمين ولا للحاكم نقضه^(١).

٣. ورضا المحكم بالتحكيم في النزاع. وتقدم النقل في ذلك.

٤. وأن يصادق عليه القضاء لنفاده. وتقدم النقل في ذلك، وعدم فسخ أو نقض القاضي لحكم المحكم يعد تصديقا له.

٥. وأن يكون المحكم أهلا للنظر في النزاع، بمعنى أنه صاحب اختصاص للحكم فيه، وقالوا في ذلك: (وجاز تحكيم غير جاهل)^(٢)، (ويجوز تحكيم اثنين فأكثر أهلا للقضاء في غير عقوبة الله تعالى ولو مع وجود قاض، وخرج بالأهل غيره فلا يجوز تحكيمه مع وجود الأهل ولا ينفذ حكمه إلا برضا الخصمين)^(٣)، لأنه يعتبر بحكم الصلح بينهما، فكان سند نفاذه إرادتهما لا حكمه، (وإنما يجوز التحكيم بعدل مجتهد أو عامي يحكم باسترشاد العلماء وتحكيم غيرهما خطر .. وتحكيم الخصمين غيرهما جائز كما يجوز أن يستفتيا فقيها يعملان بفتواه في قضيتهما. ابن عرفة: ظاهر قولهما جوازه ابتداء ولفظ الروايات إنما هو بعد الوقوع. ونظر هل لأحدهما الرجوع؟ قال مالك: لا رجوع لأحدهما)^(٤)، ويعبر بالعرف القانوني عن اتفاق التحكيم قبل وقوع النزاع بشرط التحكيم، وبعد وقوع النزاع بالمشاركة. ويستثنى من حكم الاختصاص في المحكم قبول المتنازعين بحكم أحدهما أو غير الأهل، ما لم يخالف حكمه النظام العام بطبيعة الحال، وفي ذلك جاء قولهم: (ونقل اللخمي والمازري عن المذهب جواز تحكيم الخصم خصمه مطلقا. وقال أصبغ: لا أحب لخصم القاضي أن يحكمه فيما بينهما فإن نزل مضي. وقال مطرف وابن الماجشون: إن حكم أحد الخصمين

^(١) الدسوقي، مرجع سابق، باب في القضاء، ج ١٢٩/٤.

^(٢) الدسوقي، أبو السعود محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي، دار الفكر، باب في القضاء، ج ١٢٩/٤.

^(٣) الخطيب الشربيني، محمد بن أحمد، الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م، كتاب الأفضية والشهادات، ج

٦٠٢/٢.

^(٤) المواق، مرجع سابق، كتاب القضاء والشهادة، ج ٦٣/٨.

صاحبه مضى ما لم يكن جوراً^(١)، وذلك لأنه إذا جاز لهم حسم النزاع بينهما بالصلح وكلاهما غير مختص في حسم النزاعات بحسب الغالب جاز لهم قبول حكم المحكم غير المختص، فسند نفاذ حكمه عندئذ هو إرادة المتعاقدين بقبول حكمه، وهذه الإرادة ليست هي إرادة التحكيم، إرادة التحكيم في الابتداء، وإرادة قبول حكم المحكم غير المختص أو إذا كان المحكم أحدهما في الانتهاء.

الطبيعة الشرعية "القانونية" للتحكيم في الفقه الإسلامي:

وبناء على ما ورد في النصوص الفقهية المتقدمة فإن الطبيعة الشرعية "القانونية" للتحكيم هي طبيعة قضائية، فعمل المحكم كعمل القاضي في حدود النزاع المعروض عليه، وأن حكمه نافذ بحق الأطراف، وليس للقاضي نقضه إلا إذا وجد في حكم المحكم مناقضة لثوابت الشريعة. وفي نفاذ حكم المحكم بحق أطراف التحكيم المتنازعين جاء قولهم: (فكأن الحكم واقع من القاضي)^(٢)، و:(إذا حكم بينهم، لزم حكمه، لأن من جاز حكمه، لزم، كقاضي الإمام. فإن رجع أحد الخصمين عن تحكيمه، قبل شروعه في الحكم، فله ذلك، لأنه إنما صار حكماً لرضاه به، فاعتبر دوام الرضا. وإن رجع بعد شروعه فيه، وقبل تمامه، ففيه وجهان. أحدهما: له ذلك، لأن الحكم لم يتم، أشبه ما قبل الشروع. والثاني: ليس له ذلك، لأنه يؤدي إلى أن كل واحد منهما، إذا رأى من الحكم ما لا يوافق، رجع، فيبطل المقصود بذلك^(٣)^(٤). وقالوا أيضاً: (وأنه لا بد من تراضيهما عليه "أي اتفاق التحكيم" .. وإنه "أي المحكم" ليس له التفويض إلى غيره .. وفائدة إلزام الخصم أن المتبايعين إن حكما حكماً فالحكم يجبر المشتري على تسليم الثمن والبائع على تسليم المبيع ومن امتنع يجبسه^(٥)^(١)). وقالوا في مصدر أو سبب لزوم حكم المحكم: (وفيما يصير الحكم به

^(١) المواق، مرجع سابق، كتاب القضاء والشهادة، ج ٦٣/٨.

^(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، باب في القضاء، ج ١٢٩/٤.

^(٣) وهذا يدل على أن حالة اللزوم في اتفاق التحكيم تنتهي مباشرة المحكم لمهامه المناطة به في فصل النزاع، وبمباشرة هذه ينقلب اتفاق التحكيم إلى حالة اللزوم، وهذا يدل على لزوم اتفاق التحكيم، وهو ما سارت عليه القوانين.

^(٤) المقدسي، الكافي، مرجع سابق، ج ٤٣٦/٤.

^(٥) وفي هذا توسيع لصلاحيه المحكم لم تذهب إليه القوانين العربية، حسب علمنا.

لازما لهما، قولان للشافعي نص عليهما في اختلاف العراقيين: أحدهما: لا يلزم الحكم إلا بتراضيهما بعد الحكم^(١)، وهو قول المزني، لأننا لو ألزمناهما حكمه كان ذلك عزلا للقضاة، وافتياتا على الإمام، ولما كان اعتبار تراضيهما في الحكم، كان اعتبار رضاهما في لزوم الحكم. والقول الثاني: وهو قول أكثر الأصحاب: أنه يلزم بنفس الحكم^(٢)، ولا يقف بعد الحكم على خيارهما^(٤). وقد يخرج رأي الأكثرية بأن لزوم حكم المحكم سندا للتراضي عليه بعد صدوره يفرغه من صورة الإلزام الذاتي إلى صورة الصلح المبني على التراضي، فوجب أن يكون لزوم حكمه مستقلا عن إرادتهما بالقبول به، ما لم يخالف النظام العام بما يوجب الطعن به، فكان تراضي أطراف التحكيم معتبرا ابتداء وليس انتهاء.

المبحث الرابع: العدل الدولي في حسم النزاعات:

يقوم البحث في موضوع هذا المبحث على أساس أن العدل الدولي ضرورة في فض المنازعات، وذلك لتعذر تطبيق عدل الدولة خارج نطاق إقليمها، فالعدل غير محصور بالسلطة القضائية، وذلك يكون حال عدم وجود سلطة قضائية بالمفهوم القانوني الدقيق لها، وهذا مستند الطبيعة القانونية بتقديرنا للتحكيم الدولي^(٥)، وإذ غابت السلطة القضائية على الصعيد العالمي وجب العدول عنها إلى الاعتماد بالتحكيم مرجعا رئيسا وأساسيا في حسم النزاعات ذات الطابع

(١) ابن عابدين، مرجع سابق، ج ٥/٥٧٣.

(٢) وهذا يكيف على أنه صلح بينهما تم بواسطة غيرهما، فكان تراضيهما على حكمه إتمام لعقد الصلح بينهما، وقد تقدم مناسبة ذلك في الموازنة بين التحكيم والصلح.

(٣) وهذا يكيف على أن المحكم بمنزلة القاضي في حدود النزاع المعروض عليه، فلزم حكمه لذلك أطراف النزاع.

(٤) النووي، يجي بن شرف، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٦ م، كتاب الأفضية، ج ٢٢/١٥.

(٥) فإذا قام نزاع بين الدولة ومستثمر أجنبي فإنه لا يمكن عرض هذا النزاع على محكمة العدل الدولية، لأن المستثمر لا يمكنه الوقوف كطرف أصيل أمام هذه المحكمة. وهذا بدوره أدى إلى تنامي الحاجة إلى الإلتجاء إلى التحكيم التجاري وسيلة لفض المنازعات. انظر: جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١ م، ص ١١.

الدولي^(١). وهنا أمكن الاختلاف في تحديد الطبيعة القانونية لعمل المحكم في مراكز وهيئات التحكيم الدولي^(٢)، هل هو عمل يقوم مقام عمل القاضي، فيعتبر العمل قضائياً مجازاً، أو إرادياً بحتاً لعدم صدق مفهوم القضاء على تلك المراكز والهيئات، أو أنه مختلط يجمع بين الأمرين، باعتبار أن عمل المحكم يستمد وجوده وصلاحيته من إرادة المتحاكمين، وأنه من وجه آخر تطبيق للأحكام المعلومة أو التي ينبغي العلم بها من قبل المتنازعين والمعتمدة في تلك المراكز والهيئات، فيكون التجاؤم إليهما كالتجاء إلى القضاء المحلي، فلا يملكون إزاءه اختيار القانون أو القواعد القانونية التي تحكم نزاعهم بل هو تنزيل للأحكام على تلك الوقائع بحسب ما توصل إليه علم القاضي بعد قيامه بتكييف الواقعة القانونية المعروضة عليه، فإذا كشف عن طبيعتها القانونية بواسطة التكييف، وهو عمل اجتهادي يقوم به القاضي، ضمها إلى النظام القانوني الذي تنتمي إليه، وأنزل على الواقعة حكم ذلك النظام القانوني، وهو عالم بالأنظمة القانونية بحكم تخصصه فلا يطلب العلم بها من الخصوم، وهو مأمور بتطبيق القانون، فلا يسمح بتحديد ما ينبغي تطبيقه على النزاع تبعاً لإرادة الخصوم.

(١) انظر بهذا المعنى: الجمال وعبد العال، مرجع سابق، ص ٥٦ - ٥٨.

(٢) قولنا لطبيعة عمل المحكم في مراكز التحكيم سببه أن مركز التحكيم الدائم قد لا يقوم بالتحكيم بل بإدارة التحكيم، كما هو الحال مع المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID: وقد أنشأ المركز بموجب الاتفاقية الخاصة بفض منازعات الاستثمار بين الدول وبين مواطني الدول المتعاقدة الأخرى والمبرمة في واشنطن في ٢٥/٨/١٩٦٥م. ومقر المركز الرئيسي في واشنطن، وهو المركز الوحيد المتخصص لفض المنازعات المذكورة، ولا يمارس المركز إجراءات التحكيم بنفسه بل يقتصر دوره على إدارة عملية التحكيم التي يقوم بها محكمون مختارون أو معينون لفض المنازعات وفقاً لما تقضي به الاتفاقية. وقام على غرار المركز المذكور المركز العربي للتحكيم التجاري، والذي أنشأ بموجب إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري والمبرمة في عمان / المملكة الأردنية الهاشمية بتاريخ ١٤/٤/١٩٨٧م، في إدارة التحكيم التجاري دون أن يقصر على نزاعات الاستثمار الأجنبي، وقد نصت المادة ٧ منها على: (يختص مجلس الإدارة: ١. بالسهر على تنفيذ أحكام هذه الاتفاقية. ٢. بوضع النظام الداخلي للمركز. ٣. بالنظر في التقرير السنوي الخاص بنشاطات المركز، ورفعها إلى المجلس "أي مجلس وزراء العدل العرب" للمصادقة عليه. ٤. بوضع قائمة بأسماء المحكمين. ٥. بممارسة الاختصاصات الأخرى المنصوص عليها في هذه الاتفاقية. ٦. بوضع لائحة للرسوم والمصاريف والأتعاب).

وسندا للنظر المتقدم فليست الطبيعة القانونية في التحكيم مستقلة عن النظر في القانون الواجب التطبيق بحكم الاختصاص أو بحكم الإسناد^(١)، وليست بمنأى عن الصفة القضائية إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك، كما في التحكيم الدولي، خاصة وإنها ضرورة تعدت بعد مصالح

^(١) انقسمت الآراء الفقهية في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم على اتجاهين، علما أن هذه الإجراءات تبدأ من لحظة طلب التحكيم المقدم من أحد أطراف النزاع أو من كليهما إلى وقت إصدار قرار التحكيم بصيغته النهائية. يذهب أحد الاتجاهين إلى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يجري على إقليمها مقر التحكيم، ويذهب الاتجاه الثاني إلى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون العقد، أي القانون الذي يختاره أطراف التحكيم. وفي التحكيم الخاص يكون لإرادة أطراف التحكيم دورا هاما في اختيار القانون الذي يحكم نزاعهما. أما في التحكيم المنظم فإن الأطراف يعبرون في الغالب عن إرادتهم في إيجاد حل للنزاع وفقا لقواعد التحكيم لإحدى مؤسسات أو مراكز التحكيم، وهذا لا يمنع أطراف التحكيم من اتفاقهما على تعيين قانون يحكم نزاعهما، إلا أن سكوتهما عن تعيينه يعني ترك الأمر للقانون المعتمد في التحكيم في مؤسسات أو مراكز التحكيم، وهذا يعني أن سكوتهما عن تعيين قانون واجب التطبيق صراحة يفسر على أنه اتفاق ضمني على تعيين القانون المعتمد لدى مؤسسة أو مركز التحكيم لحكم النزاع القائم بينهما، فرجع الأمر في كليته إلى إرادة أطراف التحكيم. أنظر في هذا المعنى: فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧ م، ص ١٦٦ - ١٦٧. ونجد من جانب آخر أن الأمر يتسع في تحديد القانون الواجب التطبيق عند رفع النزاع على سبيل المثل إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID حال غياب الاتفاق الصريح من قبل أطراف النزاع على تعيين قانون يحكم النزاع، فسندا للمادة ١/٤٢ من الاتفاقية المنشئة للمركز، والمبرمة في واشنطن في ٢٥/٨/١٩٦٥م، ويكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي شاملا للقواعد الخاصة بتنازع القوانين، فبموجب قواعد الإسناد في قانون الدولة المضيفة يتعين القانون الواجب التطبيق، سواء أكان هو قانون الدولة أو قانون أجنبي، وذلك اعتبارا بأن سكوت الطرفين عن تحديد قانون واجب التطبيق في اتفاق التحكيم يفسر على أنه اتفاق ضمني بينهما على تطبيق ما يقضي به قانون الدولة المضيفة، وإذا وجدت هيئة التحكيم فراغا في قواعد الإسناد في قانون الدولة المضيفة أو مخالفة لقواعد القانون الدولي الخاص المراعاة دوليا أمكن لها سد هذا الفراغ بقواعد قانونية مناسبة في نظم قانونية أخرى، كقانون دولة المستثمر أو حتى قانون دولة ثالثة أو القواعد العامة في القانون الدولي الخاص. وقد حولت المادة ٣/٤٢ من الاتفاقية هيئة التحكيم سلطة الفصل في المنازعات طبقا لقواعد العدالة، ونرى في هذا الفرض أن الاتفاقية تجاوزت الإرادة الصريحة والضمنية لأطراف التحكيم إلى القواعد القانونية لدولة ثالثة أو قواعد العدالة في ضوء ما تقتنع به هيئة التحكيم، وإن كان ذلك مقيدا بعرف التعامل التجاري الدولي بطبيعة الحال، حفاظا على حيادية هيئة التحكيم. انظر في هذا المعنى: جلال وفاء محمددين، مرجع سابق، ص ٦١ - ٦٢. بينما نصت المادة ٢١ من إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري على: (١) تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا إن وجد وإلا فوفق أحكام القانون الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع، على أن تراعى قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة. ٢. على الهيئة أن تفصل في النزاع وفق قواعد العدالة إذا اتفق الطرفان صراحة على ذلك). فكان القانون الواجب التطبيق هو القانون المتفق عليه صراحة أو ضمنا، وإلا فالقانون الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع، وهذا القانون تحدده هيئة التحكيم وفقا للأعراف التجارية الدولية المستقرة، ويجوز الحكم بموجب قواعد العدالة، وحصر الحكم والإجراءات بموجبه، ولكن بشرط اتفاق الطرفين صراحة على ذلك، وهذا صورة للتحكيم بالصلح ولكن على نطاق التحكيم الدولي. وبهذا السياق جاء نص المادة ٤/٣٣ من قواعد التحكيم لدى مركز دبي للتحكيم الدولي: (للهيئة سلطة الأخذ بمبدأ "الصلح" أو بمبدأ "العدالة والإنصاف"، وذلك فقط إذا كان الأطراف قد اتفقوا صراحة وكتابة على منحها هذه السلطة).

المتحاكمين الخاصة إلى بعد المصالح العامة غير المقصورة على دولة بعينها، من حيث إن هذه العلاقات القانونية في نطاق التعامل المالي والتجارة أصبحت أحد الركائز الأساسية في بناء اقتصاد الدولة وأحد أسباب نموه، ووسيلة فعالة في ربط اقتصاديات الدول فيما بينها، فكان سند إنشاء مراكز التحكيم الدولية وهيئاته ليس إرادة أشخاص القانون الخاص لحكم تعاملاتهم ذات الطابع الدولي بقدر ما هي ضرورة لاقتصاديات الدول وربط هذه الاقتصاديات ببعض. فكان العدل في عمل تلك المراكز وهيئات أساسه إرادة الدول وإرادة المتعاملين بعقود دولية من أشخاص القانون الخاص^(١) وبخاصه الأشخاص المعنوية التي تمارس النشاط التجاري بما فيها الدولة عندما تكون طرفاً في علاقة عقدية، بحكم عظم حجم التداول المالي في عقودها.

المختار في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم الدولي:

وبناء على ما تقدم أمكن القول، بتقديرنا، أن الطبيعة القانونية للتحكيم الدولي مستقلة عن الطبيعة القضائية، وذلك لغياب السلطة القضائية العالمية المراقبة لصحة حكم المحكم من خلال التصديق عليه، والذي بموجبه يكون الحكم قابلاً للتنفيذ الجبري، كما هو الحال في التحكيم الداخلي، وإذا غابت الصفة القضائية عن التحكيم الدولي ابتعد عن كونه ذا طبيعة مختلطة، فلم يبق بعد ذلك إلا القول بأنه ذو طبيعة ذاتية. فاختلقت الطبيعة القانونية للتحكيم الدولي عن الطبيعة القانونية للتحكيم الداخلي، ولم يصح بتقديرنا جمعهما تحت نظرية واحدة من النظريات الواردة على تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، ومرد ذلك هو الاختلاف في الأساس القانوني في كل منهما تبعاً للاختلاف في مصدر العدل الذي هو غاية التحكيم في حسم النزاعات، وهذا بدوره أفضى إلى التباين في المؤسسة التي تختص باعتبار الأصل في تحقيق العدل في النزاعات، فهي بالضرورة ليست السلطة القضائية في التحكيم الدولي.

^(١) فسرت المادة ٢/٣٧ من قواعد التحكيم لدى مركز دبي للتحكيم الدولي اتفاق الأطراف على التحكيم الدولي علي أنه تعهد منهم بتنفيذ قرار التحكيم، وتنازل عن الطعن به أو إعادة النظر في فصله مرة ثانية، وفق النص الوارد فيها: (..) ويعتبر الاتفاق على التحكيم بموجب هذه القواعد تعهداً من لأطراف بتنفيذ أي حكم تحكيم فوراً وبدون تأخير، ويتنازل الأطراف نهائياً عن حقهم في أي شكل من أشكال الاستئناف أو المراجعة أو إعادة التقاضي لدى أي محكمة أو سلطة قضائية، وذلك ضمن الحدود التي يسمح فيها بهذا التنازل).

واعتمادا على ما تقدم تبين لنا أن إرادة الأشخاص المرتبطين بعلاقات قانونية، محلية كانت أو دولية، غير حرة في الالتجاء إلى التحكيم، لأنها تتحرك في ضوء الحرية الممنوحة لها من قبل القانون الوطني المعبر عن إرادة الدولة في بيان عدلها حال كون التحكيم محليا، وهي تتحرك في نطاق الإرادة الدولية في تحديد طرق حسم النزاعات ذات الطابع الدولي وفق العدالة الدولية. وكذلك الحكم بالنسبة للمحكم فهو مقيد بتطبيق صحيح القانون في التحكيم المحلي ما دام تحكيمه تحكيما بموجب القانون أو حتى حال كونه تحكيما بالصلح لأنه ملزم فيه بعدم مخالفة النظام العام القائم في الدولة، وذلك لغياب الصلاحية في مخالفة النظام العام لأطراف التحكيم أو لأحدهما فضلا عن وقوف المخالفة مانعا من موانع تنفيذ قرارات التحكيم في الدولة المراد تنفيذ

القرارات فيها، والمحكم ملزم من وجه آخر بمراعاة الأنظمة المعتمدة في حسم النزاعات ذات الطابع الدولي في مراكز التحكيم الدولي والهيئات^(١).

وما تقدم سنده غياب السلطة القضائية الدولية لفض المنازعات بين أطراف التحكيم، فخرج عن ذلك الاتفاق بين دول على إنشاء محكمة مختصة في حسم نزاعات في موضوعات خاصة تتصف العلاقات فيها بالطابع الدولي، كما هو الحال في اتفاق الدول الأعضاء في الجامعة العربية على إنشاء محكمة الاستثمار العربية، فهنا يكون التحكيم في موضوع الاستثمار ذا طبيعة قضائية، ولكن هذه المحكمة لا تمنع إرادة أطراف التحكيم من اللجوء إلى وسيلة غيرها لفض

^(١) نصت المادة ٣٧ من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، والمبرمة في الرياض بتاريخ ٦/٤/١٩٨٣م، على: (.. يعترف بأحكام المحكمين، وتنفذ لدى أي من الأطراف المتعاقدة، بنفس الكيفية المنصوص عليها في هذا الباب مع مراعاة القواعد القانونية لدى الطرف المتعاقد المطلوب التنفيذ لديه، ولا يجوز للهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ أن تبحث في موضوع التحكيم ولا أن ترفض تنفيذ الحكم إلا في الحالات الآتية: أ. إذا كان قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الإعراف أو تنفيذ الحكم لا يميز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم. ب. إذا كان حكم المحكمين صادرا تنفيذا لشرط أو لعقد تحكيم باطل أو لم يصبح نهائيا. ج. إذا كان المحكمون غير مختصين طبقا لعقد أو شرط التحكيم أو طبقا للقانون الذي صدر حكم المحكمين على مقتضاه. د. إذا كان الخصوم لم يعلنوا بالحضور على الوجه الصحيح. هـ. إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ. ويتعين على الجهة التي تطلب الاعتراف بحكم المحكمين وتنفيذه أن تقدم صورة معتمدة من الحكم مصحوبة بشهادة صادرة من الجهة القضائية نفيده حيازته للقوة التنفيذية. وفي حالة وجود اتفاق صحيح مكتوب من قبل الأطراف بموجبه الخضوع لاختصاص المحكمين، وذلك للفصل في نزاع معين أو فيما قد ينشأ بين الطرفين من منازعات في علاقة قانونية معينة، يجب تقديم صورة معتمدة من الاتفاق المشار إليه). وقد جاء في المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م بشأن الإعراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية: (١. يجوز رفض طلب الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه، وذلك بناء على طلب المدعى عليه، شريطة أن يقدم هذا الأخير إلى الجهة المقدم إليها ذلك الطلب إثباتا بما يلي: أ. أن الفرقاء في الاتفاقية المبحوث عنها في المادة الثانية كانوا فاقدوا الأهلية بموجب القانون الذي تخضع إليه تلك الاتفاقية، أو في حالة عم وجود الدليل على ذلك، بمقتضى قانون البلد الذي صدر فيه قرار التحكيم. ب. أن الفريق الذي صدر قرار التحكيم ضده لم يبلغ أي إشعار بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم، أو أنه غير قادر على عرض قضيته. ج. أن قرار التحكيم يبحث في نزاع خارج نطاق الشروط التي تم بموجبها إحالة ذلك النزاع إلى التحكيم، أو أنه يتضمن قرارات حول أمور خارجة عن نطاق التحكيم، ويشترط في ذلك أنه إذا أمكن فصل الأمور التي كانت معروضة للتحكيم عن الأمور التي لم تكن معروضة للتحكيم، فيجوز الاعتراف بذلك الجزء من القرار الذي يتناول الأمور التي كانت معروضة للتحكيم وتنفيذه. د. أن تشكيل الهيئة التحكيمية، أو أن إجراءات التحكيم، لم تجر بموافقة الفرقاء أو في حالة عدم وجود موافقة كهذه فإن الإجراءات لم تكن متفقة مع قانون البلاد التي جرى فيها التحكيم. هـ. أن قرار التحكيم لم يكتسب بعد صفة الإلزام بحق الفرقاء، أو أنه قد فسخ أو وقف مفعوله من قبل هيئة ذات اختصاص أو بمقتضى أحكام القانون الساري المفعول في البلاد التي صدر فيها قرار التحكيم المذكور. ٢. يمكن رفض الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه إذا رأت السلطات في البلد المطلوب تنفيذ القرار فيه: أ. أن موضوع الخلاف لا يمكن حله بطريق التحكيم بموجب قوانين ذلك البلد. ب. أن الاعتراف بذلك القرار وتنفيذه يناقض السياسة العامة لذلك البلد).

منازعاتهم، وذلك سندا للمادة ٢٥ من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، المعقودة بين دول الجامعة العربية الأطراف فيها، ونصها: (تتم تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق هذه الاتفاقية عن طريق التوفيق أو التحكيم أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية)، وقد جاء وصف المحكمة المذكورة بالقضاء في المادة ٢٧ من الاتفاقية، ونصها: (يكون لكل طرف اللجوء إلى القضاء للفصل في النزاع في الحالات الآتية:

١. عدم اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التوفيق.

٢. عدم تمكن الموفق من إصدار تقريره في المدة المحددة.

٣. عدم اتفاق الطرفين على قبول الحلول المقترحة في تقرير الموفق.

٤. عدم اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم^(١).

٥. عدم صدور قرار هيئة التحكيم في المدة المقررة لأي سبب من الأسباب^(٢).

وحدد وصف أعضاء المحكمة بأهم قضاة^(٣) في المادة ٢٨ / ٢ من الاتفاقية، ونصها: (تتكون المحكمة من خمسة قضاة على الأقل، وعدد من الأعضاء الاحتياطيين، ينتمي كل منهم إلى جنسية عربية مختلفة، يختارهم المجلس من بين قائمة من القانونيين العرب تعد خصيصا لهذا الغرض، ترشح كل دولة طرف اثنين منهم ممن تؤهلهم صفاتهم الخلقية والعلمية لتولي المناصب

^(١) واللازم من هذا أن دور المحكمة احتياطي، بمعنى يصار إليها حال غياب الاتفاق على التحكيم. وهذا يثير التساؤل عن صفة عمل هذه المحكمة هل هو عمل قضائي بحت أم هو صورة من صور التحكيم؟ والذي يرجح عندي أنه صورة من صور التحكيم، اعتبارا بأن سند إنشاء السلطة القضائية هو الدستور، وأن دور القاضي ينحصر في تطبيق القانون الوطني وفي ما يأمر به المشرع الوطني من تطبيق قانون أجنبي عند توفر عنصر أجنبي في الواقعة المعروضة على القضاء الوطني، وذلك بموجب قواعد إسناد، وهي واردة على سبيل الاستثناء، فلا يملك القاضي التوسع في ذلك وإلا كان عمله تشريعا، وولاية القضاء عامة في حدود الاختصاص المرسوم لها قانونا. فوقع التباين بين القضاء بمفهومه الفني الدقيق وبين محكمة الاستثمار العربية في حدود ما ذكر، فلم يبق بتقديرنا إلا أنها صورة من صور التحكيم، يكون المحكم فيها قاضيا، ويكون اللجوء إليها بموجب الاتفاق الضمني بين أطراف التحكيم.

^(٢) واللازم من ذلك أن عقد التحكيم في الحالة المذكورة يصبح غير لازم لطرفيه، وأن قرار المحكم أو المحكمين بعد انقضاء المدة المقررة لصدوره يصبح غير نافذ بحق طرفي النزاع، وعندئذ يتوقف نفاذه بحقهما قبولهما بهذا القرار، ولهما بطبيعة الحال الاتفاق على عقد تحكيم جديد لأن التجاهل إلى المحكمة أمر جوازي بدليل ما، رد في صدر المادة (يكون لكل طرف اللجوء إلى القضاء)، واللام في (لكل) تنفيذ الجواز.

^(٣) وقد جاء في مطلع المادة ١ من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية، والذي تم العمل له اعتبارا من تاريخ ٢٢/٢/١٩٨٥ م: (محكمة الاستثمار العربية هيئة قضائية...).

القضائية الرفيعة، ويسمي المجلس من بين أعضاء المحكمة رئيساً لها)، وظاهر النص أن أعضاء المحكمة وإن وصفوا بأنهم قضاة إلا أنهم ليسوا بالضرورة أن يكونوا بهذا الوصف عند اختيارهم من دولهم بل يكفي أن صفتهم الخلقية والعلمية تؤهلهم لتولي هذا المنصب، وكان الأولى بوضعي هذه المادة أن يقيدوا العلم بالقانون، فطبيعة الحال أن عموم العلم غير مراد في هذا المواطن. وقد قضت المادة ٢٩ من الاتفاقية في اختصاص هذه المحكمة، بنصها على:

١. تختص المحكمة بالفصل فيما يعرضه عليها أحد طرفي الاستثمار من المنازعات المتعلقة بتطبيق أحكام هذه الاتفاقية أو الناتجة عنها.

٢. يشترط في النزاع أن يكون قائماً:

أ. بين أية دولة طرف ودولة طرف أخرى أو بين دولة طرف وبين المؤسسات والهيئات العامة التابعة للأطراف الأخرى أو بين المؤسسات والهيئات العامة التابعة لأكثر من دولة طرف.

ب. بين الأشخاص المذكورين في الفقرة "أ" وبين المستثمرين العرب.

ج. بين الأشخاص المذكورين في الفقرتين "١" و "٢" وبين الجهات التي توفر ضمانات للاستثمار طبقاً لهذه الاتفاقية).

وسنذا لما تقدم فإن اختصاص محكمة الاستثمار العربي الفصل في النزاعات المعروضة عليها والداخلية في نطاق اختصاصها المقيد بخلاف اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID المتخصص بفض منازعات الاستثمار الأجنبي دون ممارسة المركز لإجراءات التحكيم بنفسه فضلاً عن حسمها بقرار بل يقتصر دوره على إدارة عملية التحكيم التي يقوم بها محكمون مختارون أو معينون لفض المنازعات وفقاً لما تقضي به اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٨٥م التي أنشأ المركز سنداً لها.

وظاهر مما تقدم أن مقتضيات الواقع هي التي تحرك الفكر القانوني لتغطية أحكام هذا الواقع، سعياً منه لإشباع حاجاته وتحقيق مصالحه. وقد تمثل هذا الواقع بالحاجة التي تنزل منزلة الضرورة إلى معاملات تجارية تتخطى الحدود الإقليمية للدولة.

وخلاصة ما تقدم أن الطبيعة القانونية للتحكيم الدولية طبيعة ذاتية ما لم يقيم الدليل على إخراجها عن هذه الوصف إلى الطبيعة القضائية، بحسب ما تقدم المثال عليه في محكمة الاستثمار العربية.

اتجاه الفقه الإسلامي في التحكيم الدولي:

وبخصوص حكم الفقه الإسلامي في قبول الدول الإسلامية التحكيم الدولي معيارا لفض المنازعات فإنه بتقديرنا يستند إلى؛ المصلحة، والحاجة التي تنزل منزلة الضرورة، وإرادة أطراف التحكيم، وذلك لبناء هذه الجزئية "التحكيم الدولي" على الاجتهاد المقرر في ضوء ما ذكر، اعتبارا بعدم ورود نصوص شرعية صريحة في بيان حكم هذه الجزئية، ونصوص فقهية تبين طبيعتها الشرعية، على حد علمنا. فوجب العمل بالقواعد المذكورة إعمالا لعموم حكم قوله تعالى: (وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا)^(١)، وإن التبادل التجاري وما يقتضيه من رفع النزاعات القائمة بشأنه وجه من وجوه التعارف بين الشعوب في المجال الاقتصادي، وقوله تعالى: (وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ)^(٢)، والتبادل التجاري الدولي وجه من وجوه التعاون على البر والتقوى، لما يترتب عليه من إشباع حاجات العباد، وكذلك القول في التحكيم الدولي من حيث هو وسيلة لرفع التنازع، وأن عدم العمل به يفضي إلى تعطيل أو تقليص التعاون والتعارف في المجال الاقتصادي بين الشعوب.

وزيادة في البيان نقول: أما المصلحة في المعاملات المالية فحدودها بعلة تشريع المعاملات المالية، وهي دفع الحرج عن العباد^(٣)، وهي مدركه بالعقل^(٤)، وفي زمننا المعاصر الذي يبعد فيه

(١) سورة الحجرات/ ١٣.

(٢) سورة المائدة/ ٢.

(٣) وبهذا المعنى جاء في الفقه الحنفي مع ضرب مثل عليه: (دفع الحرج عن الناس فيما تتحقق فيه الحاجة لهم؛ ولهذا جعل الشرع في باب الإحارة ملك العين المنتفع به مقام ملك المعقود عليه وهو المنفعة في جواز العقد وأقام سبب وجود المنفعة وهو كون العين منتفعا بها مقام حقيقة وجودها لأنها بعد الوجود لا تبقى وقتين فلا يمكن إيراد العقد عليها وتسليمها، فلدفع الحرج فيما للناس حاجة إليه أقام الشرع غير المقصود بالعقد مقام المقصود فيما يبني عليه عقد المعاوضة، وهو وجود المعقود عليه وكونه مملوكا للعائد. فهذه حدود يتم بمعرفتها فقه الرجل، ولكن في ضبط حدودها بعض الحرج لما فيها من الدقة فلا يطلبها فقيه بكسل، ولا يقفن عن طلبها بفشل). السرخسي، مرجع سابق، باب أقسام الأحكام وأسبابها، ٢/٢٨٩.

استقلال دولة بنفسها بمنأى عن الدول الأخرى في إشباع حاجاتها مهما عظم تقدم الدولة في نظامها الاقتصادي فإن دفع الحرج يوجب الاعتراف بالعهود الدولية لعدم كفاية المعاملات الداخلية في تحقيق العلة المذكورة.

وأما الضرورة فمردها تعذر قبول الدول بالقضاء الإسلامي مرجعا في فض المنازعات بسبب اعتداد كل دولة بنظامها القانوني والقضائي، اعتبارا بأنه مظهر من مظاهر سيادة الدولة، فوجب النزول على أمر تتفق عليه الإرادة الدولية، وإن تفاوتت معه إرادات الدول باعتبار التأثير في تحديد النظام الدولي لفض المنازعات تبعا للتفاوت في القوة الاقتصادية التي تملكها الدول الغنية المؤثرة في الاقتصاد العالمي، وهذا من طبائع الأشياء أو السنن الكونية أن القوي في الغالب لا ينزل نفسه منزلة الضعيف على قدم المساواة في تحديد النظام الذي يحكم العلاقات المشتركة بينهما، فلزم النزول على مقتضى الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة، والضرورة تقدر بقدرها.

وأما إرادة أطراف التحكيم فالاعتداد بها من حيث كونها مصدر أو سبب التحكيم من خلال اتفاق التحكيم، سواء اتخذ صورة الشرط أو الاتفاق اللاحق الملحق بالعقد الرئيسي قبل وقوع النزاع أو المشاركة بعد وقوعه، وإرادتهما ليست بمنأى عن إرادة الدول التي ينتمي إليها أطراف النزاع، ففي نطاق إرادة دولهم يقع اتفاق التحكيم الدولي من خلال اعتداد القانون الوطني بالتحكيم الدولي أو تفويضهم بتحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العقد، وهو ما يعرف بقانون العقد^(٢)، ذلك أن تحديد قانون العقد تم بعملية مركبة من قبول المشرع الوطني بهذا التطبيق وإرادة أطراف العلاقة التعاقدية في تحديده^(٣)، فكان تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المختار

(١) يقول عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، في كتابه قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الجيل "بيروت، ط ٢ / ١٩٨٠م، ٥/١: (ومعظم مصالح الدنيا ومفاسدها معروف بالعقل، وذلك معظم الشرائع، إذ لا يخفى على عاقل قبل ورود الشرع أن تحصيل المصالح المحضه، ودرء المفاسد المحضه عن نفس الإنسان وعن غيره محمود حسن).

(٢) نصت المادة ١/١٩ من قانون المعاملات المدنية الاتحادي على: (يسري على الالتزامات التعاقدية شكلا وموضوعا قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا يسرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، ما لم يتفق المتعاقدان أو يبين من الظروف أن قانونا آخر هو المراد تطبيقه).

(٣) بخلاف تحديد الملكية والحقوق العينية الواردة على محل العقد، خاصة إذا كان عقارا، فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون موقع العقار، دون الاعتداد بإرادة المتعاقدين حال اختيارها قانونا آخر يحكم هذه الحقوق العينية، وعلى ذلك نصت المادة ١٨ من قانون المعاملات المدنية

لحكم العلاقة التعاقدية صورة من صور التحكيم بتقديرنا من حيث نزوله على إرادة أطراف العقد^(١)، بخلاف حكم القاضي الوطني بالقانون الوطني الملزم هو بتطبيقه باعتبار الأصل على أطراف النزاع دون الاعتداد بتوجه إرادتهما إلى تطبيق قانون أجنبي.

الخاتمة:

ونوزع الخاتمة على نتائج البحث والتوصيات، بحسب الآتي.

أولاً: نتائج البحث

١. التحكيم وإن كان قديماً في تاريخه، وأنه على مدى تطوره التاريخي يستمد وجوده من إرادة أطراف التحكيم، إلا أنه في ظل نظام الدولة القائم على تنظيم العلاقات القائمة في المجتمع بموجب قواعد قانونية عامة وملزمة باتت الإرادة مقيدة بما تجيز الدولة حسمه من النزاعات بموجب قوانينها عن طريق التحكيم.
٢. فتقيد العدل الذي يرمي أطراف التحكيم إلى تحقيقه بواسطة التحكيم بعدل الدولة، فلا تحكيم في غير موضوعات القانون الخاص، ولا اعتداد بما وقعت المخالفة فيه لنظامها العام.
٣. والتحكيم ذو بعدين متلازمين، هما: اتفاق التحكيم، سواء اتخذ صورة الشرط أو المشاركة، والأعمال الإرادية التي يتخذها المحكم وصولاً إلى حسم النزاع بقرار له حجية التنفيذ بعد مصادقة القضاء عليه.
٤. والتحكيم يباين الصلح والخبرة والتوفيق، وإن وقع التشابه بينها في مواطن.
٥. وقد توزع الفقه القانوني في بيانه للطبيعة القانونية للتحكيم على أربعة اتجاهات، أحدها يرى أنصاره أن التحكيم بشقيه المذكورين ذو طبيعة تعاقدية، والثاني يرى أنصاره أن التحكيم ذو طبيعة قضائية تغليباً لصفة عمل المحكم في حسم النزاع موضوع التحكيم، والثالث يرى أنصاره أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة أو مزدوجة لجمعه بين الصفة التعاقدية في اتفاق التحكيم والصفة القضائية في عمل

الاتحادي: (١). يسري على الحيابة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيابة أو الملكية أو الحقوق العينية أو فقدها. ٢. ويحدد قانون الدولة التي يوجد بها المال ما إذا كان هذا المال عقاراً أو منقولاً، ونصت المادة ٢/١٩ من القانون المذكور على: (على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأنه).

^(١) وقد يصلح عموم مفهوم قول بعض الفقهاء: (اختصم غريان عند قاضي بلدة صح قضاؤه على سبيل التحكيم). ابن عابدين. مرجع سابق، كتاب الدعوى، ج ٣/٨، سندا للقول بأن قضاء القاضي الوطني بقانون أجنبي تحكيم وليس قضاء، وسندا للقول بحكم مراكز وهيئات التحكيم الدولية.

المحكم، والرابع يرى أنصاره أن التحكيم ذو طبيعة ذاتية مستقلة عما ذكر في الاتجاهات الثلاثة السابقة.

٦. وقد ترجح لدينا أن التحكيم الداخلي ذو طبيعة قضائية، وإن كان مبدؤه اتفاق التحكيم، تغليباً لصفة عمل المحكم في حسم النزاع، وهو فضلاً عن أنه يستمد صلاحيته من إرادة أطراف التحكيم إلا أنه ينهج في حسمه النزاع النهج الذي رسمته الدولة له، وهي تقيده في التحكيم بالقانون بإتباع الإجراءات المرسومة قانوناً في حسم النزاعات أمام القضاء، وتوسع له في تجاوز ذلك في التحكيم بالصلح، ويراعى في كل ذلك رقابة القضاء عليه من خلال التصديق على قرار المحكم بالأمر بتنفيذه. وفوق ذلك أن عدل الدولة في حسم النزاعات محصور بالسلطة القضائية ذات الولاية العامة المستمدة من القانون، فكان حسم النزاعات خارج القضاء قضاءً خاصاً مستمداً ولايته الخاصة في النظر وحسم النزاع المعروض عليه من إرادة أطراف التحكيم التي تتحرك في ظل إرادة الدولة التي أجازت ونظمت التحكيم وسيلة لفض النزاعات بين أطراف التحكيم.

٧. وتبين لنا أن جمهور فقهاء المسلمين يرون أن التحكيم ذو طبيعة قضائية، وأن المحكم قاض في موضوع النزاع المعروض عليه، وأن حكمه لازم لأطراف النزاع بذاته، وأن القضاء، بحسب الراجح، لا يملك نقض قرار التحكيم إذا كان مجتهداً فيه، بناءً على قاعدة أن الاجتهاد لا ينقض بمثله، لتبقى صلاحية القضاء في نقض أو فسخ قرار المحكم فيما كان جوراً بيناً. وأنهم نظموا أحكام ما يعرف بالعرف القانوني بالتحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح.

٨. بل أن الفقه الإسلامي توسع في نطاق التحكيم من خلال وقوع اختلافهم في جواز التحكيم في مسائل جنائية كالقصاص، تغليباً ممن ذهب منهم إلى ذلك لحق العبد فيه. وهذا ما لم نجد في التشريعات القانونية.

٩. وقد ترجح لنا على صعيد التحكيم الدولي أن طبيعته القانونية ذاتية، فلا هي بالعقدية ولا هي بالقضائية، وبالتالي هي ليست بمختلطة. ومرد هذا الترجيح غياب السلطة القضائية الدولية في حسم منازعات القانون الخاص، فظهر عدل الإرادة الدولية في التحكيم وسيلة لفض تلك المنازعات، وهيئة التحكيم تستمد صلاحيتها من إرادة أطراف النزاع بموجب اتفاق التحكيم، لا من حيث إن لها ولاية عامه مستمدة من قانون، لغياب ذلك القانون عنها، وإذا غابت الصفة القضائية ابتعد قياس عمل المحكم عليها، لأنها ليست من صور الاستثناء عليه.

١٠. وترجح بتقديرنا قبول الدول الإسلامية للتحكيم الدولي وسيلة لفض المنازعات ذات الطابع الدولي سندا للمصلحة، والضرورة، وإرادة أطراف التحكيم.

ثانياً: التوصيات

١. نظراً لكون التحكيم أصبح ضرورة في زمننا المعاصر في حسم المنازعات، خاصة في العلاقات التجارية ذات الطابع الدولي، والتي شكلت أحد الركائز الأساسية في قيام اقتصاد الدولة وربط اقتصاديات الدول بعضها ببعض، بات من الضروري تنظيم التحكيم في قوانين خاصة يراعى فيها توسيع نطاق التحكيم الداخلي باعتباره عملاً قضائياً خاصاً ذو حجية ذاتية في التنفيذ لا يتوقف على تصديق القضاء له ما لم يطعن فيه بدعوى البطلان، على أن ينظر في هذه الدعوى على وجه الاستعجال، وذلك أظهر للغاية من توجه إرادة الأطراف إلى التحكيم. ونقترح توسيع نطاق التحكيم الداخلي من خلال:

- توسيع نطاق التحكيم ليشمل المسائل الجزائية التي يغلب فيها الحق الخاص على الحق العام.
 - توسيع نطاق التحكيم من خلال إدخاله في بعض الأنظمة القانونية الحديثة، كإدخال التحكيم في نظام جمعيات الملاك الذي يدير شؤون الملكية المشتركة، من خلال جعله شرطاً في سند الملكية، خاصة بعد أن توسع نطاق هذه الملكية ليشمل المباني والأراضي التي ترتبط بنظام تنظيمي واحد.
 - توسيع نطاق التحكيم وتعزيز دوره من خلال إنشاء مجلس تحكيم في التجمعات التجارية، تختص بحسم المنازعات في تلك التجمعات دون سواها، وفي ذلك تخفيف كبير عن كاهل القضاء، وسرعة في حسم المنازعات، وفقاً لمزايا التحكيم، وتشبهها بنظام الحسبة في الفقه الإسلامي.
 - تنظيم التحكيم، الداخلي والخارجي، بقانون في دولة الإمارات العربية المتحدة، وعدم حصر هذا التنظيم في قانون الإجراءات المدنية، وبما يشمل تنظيم موضوعات التوصيات المتقدمة.
٢. تطوير التحكيم من خلال اعتماد وتعزيز التحكيم الإلكتروني، استثماراً لمزاياه الإيجابية.

مراجع البحث

أولاً: باللغة العربية

١. ابن عابدين، محمد أمين، حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، دون ذكر سنة الطبع.
٢. أبو اليزيد علي المتيت، الأصول العلمية والعملية لإجراءات التقاضي، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، ط ١٩٨٦/٢ م.
٣. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١ م.
٤. أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة"، مركز الدراسات والبحوث اليمني، صنعاء، ط ١/١٩٩٤ م.
٥. إسماعيل إبراهيم الزبيدي، في التحكيم واجتهاد القضاء "نحو تدخل ناعم للقضاء في شؤون التحكيم"، مطابع أمون، القاهرة، ٢٠٠٧ م.
٦. أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية "دراسة فقهية قضائية مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط ١/٢٠٠٣ م.
٧. الأسنوي، جمال الدين، نهاية السؤل في شرح منهاج البيضاوي، مطبعة التوفيق الأدبية، مصر.
٨. الآمدي، علي بن أبي علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، مصر، ١٩٦٨.
٩. الخطيب الشربيني، محمد بن أحمد، الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤ م.
١٠. الدسوقي، أبو السعود محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي، دار الفكر، بيروت، دون ذكر سنة الطبع.
١١. السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، دار الكتب العلمية، ١٩٩٣ م.
١٢. الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الفقه، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، مصر، ١٩٦٩ م.
١٣. الكاساني، علاء الدين أبو بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر، بيروت، دون ذكر سنة الطبع.
١٤. المقدسي، عبد الله بن أحمد بن قدامة، الكافي، المكتب الإسلامي، الرياض، ١٩٨٨ م.
١٥. المواق، محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ١٩٩٥ م.
١٦. النووي، يحيى بن شرف:
* روضة الطالبين وعمدة المفتين، دار الفكر، بيروت، دون ذكر سنة الطبع.
* المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٦ م.

١٧. إيهاب السنباطي، موسوعة الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م.
١٨. بادشاه، محمد أمين، تيسير التحرير على كتاب التحرير "لابن همام"، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٥١هـ.
١٩. حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية "قوانين الإمارات والبحرين والسعودية وسوريا والعراق وقطر والكويت ولبنان وليبيا"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ١ / ٢٠٠٧م.
٢٠. جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١م.
٢١. صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، ط ١ / ١٩٥٧م.
٢٢. عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الجيل، بيروت، ط ٢ / ١٩٨٠م.
٢٣. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين "دراسة مقارنة"، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢م.
٢٤. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧م.
٢٥. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي "دراسة في قانون التجارة الدولية"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م.
٢٦. محمود السيد عمر التحيوي:
- * الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.
- * التحكيم والخبرة في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢م.
٢٧. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية "اتفاق التحكيم"، دار الفكر العربي، ١٩٩٠م.
٢٨. مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية "قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية، مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ١ / ١٩٩٨م.
٢٩. هشام علي صادق، تنازع القوانين "دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري"، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٧٣م.
٣٠. وجدي راغب، هل التحكيم نوع من القضاء، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة السابعة عشرة، العدد الأول والثاني، مارس - يونيو، ١٩٩٣م.
- القوانين والاتفاقيات الدولية والقضاء والأنظمة:**
١. قانون الإجراءات المدنية الاتحادي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢م.

٢. قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥م، المعدل بالقانون الاتحادي رقم ١ لسنة ١٩٨٧م.
٣. قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، ١٩٨٥/٦/٢١م.
٤. اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، والمبرمة في الرياض بتاريخ ١٩٨٣/٤/٦م.
٥. اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري، والمبرمة في عمان/ المملكة الأردنية الهاشمية بتاريخ ١٩٨٧/٤/١٤م.
٦. الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، المعقودة بين دول الجامعة العربية، مع النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية الوارد فيها، والذي تم العمل به اعتباراً من تاريخ ١٩٨٥/٢/٢٢م.
٧. اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية.
٨. قضاء المحكمة الاتحادية العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا، السنة السادسة والعشرون (٢٠٠٤م) من أول يناير حتى آخر ديسمبر، إعداد المكتب الفني بالتعاون مع كلية الشريعة والقانون، مطبوعات جامعه الإمارات العربية المتحدة (٥٨)، ط ١ / ٢٠٠٦ م.
٩. قضاء محكمة تمييز دبي، دائرة العدل / دبي، محكمة التمييز، المكتب الفني.
١٠. النظام الأساسي لمركز دبي للتحكيم الدولي رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤م.
١١. قواعد التحكيم لدى مركز دبي للتحكيم الدولي الصادر بمرسوم رقم ١١ لسنة ٢٠٠٧م.

ثانياً: باللغة الإنجليزية

- 1- Catherine Tay Swee Kian, Resolving Disputes by Arbitration, Ridge books: Singapore, 1998.
- 2- Enid A. Marshall, The law of Arbitration, fourth edition, Sweet & Maxwell, London: 2001.
- 3- Phillip Capper, International Arbitration: A handbook, third edition, LLP, London, 2004.