

T.C.
İİSTANBUL SABAHATTİN ZAİM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İSLAM İKTİSADI VE HUKUKU ANABİLİM DALI
İSLAM İKTİSADI VE HUKUKU BİLİM DALI

ARAP ÜLKELERİNDE TAHKİMİN TARİHİ VE
YATIRIMLAR ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ
(MISIR ÖRNEĞİ)

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Gamal Mohammed Ali ABDELGAWAD

İstanbul
Ocak, 2020

T.C.
İSTANBUL SABAHATTİN ZAİM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İSLAM İKTİSADI VE HUKUKU ANABİLİM DALI
İSLAM İKTİSADI VE HUKUKU BİLİM DALI

ARAP ÜLKELERİNDE TAHKİMİN TARİHİ VE YATIRIMLAR
ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ
(MISIR ÖRNEĞİ)

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Gamal Mohammed Ali ABDELGAWAD

Tez Danışmanı:

Prof.Dr. Muhammed HARB

İstanbul
Ocak, 2020

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Bu çalışma, jürimiz tarafından İslam İktisadı ve Hukuku Anabilim Dalı, İslam İktisadı ve Hukuku (Arapça) Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman Prof. Dr. Muhammed HARB



Üye Dr. Öğr. Üyesi Suhel A. F. HAWAMDEH




Üye Dr. Öğr. Üyesi Mohammad Anas SARMINI



Onay

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.



Prof. Dr. Ömer ÇAHA
Enstitü Müdürü

BİLİMSEL ETİK BİLDİRİMİ

Yüksek Lisans olarak hazırladığım " ARAP ÜLKELERİNDE TAHKİMİN TARİHİ VE YATIRIMLAR ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ (MISIR ÖRNEĞİ) "adlı çalışmanın öneri aşamasından sonuçlandırıldığı aşamaya kadar geçen süreçte bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle uyduğumu, tez içindeki tüm bilgileri bilimsel ahlak ve gelenek çerçevesinde elde ettiğimi, tez yazım kurallarına uygun olarak hazırladığımı, bu çalışmamda doğrudan veya dolaylı olarak yaptığım her alıntıya kaynak gösterdiğimi ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğumu beyan ederim.

Gamal Mohammed Ali ABDELGAWAD

إقرار بالتزام القواعد العلمية والأخلاقية

لقد التزمت خلال الفترة من مرحلة اقتراح رسالتي تحت عنوان " تاريخ التحكيم في الوطن العربي وأثره في الاستثمار " مصر نموذجاً " وحتى نهاية إعدادي لهذه الدراسة بالقواعد الأخلاقية العلمية. وأقر بأنني قد قمت بإعداد جميع المعلومات في الرسالة وفقاً لقواعد كتابة الرسالة التي حصلت عليها في إطار الأخلاقيات العلمية والتقاليد، وأن جميع الاقتباسات التي استخدمتها في رسالتي بشكل مباشر أو غير مباشر هي كما وثقتها وأثبتتها في قائمة المراجع.

جمال محمد عبد الجواد

الإهداء

إلى والداي فلولاهما لما وُجِدْتُ في هذه الحياة، ومنهما تعلَّمت الصمود، مهما كانت الصعوبات.

إلى أساتذتي الكرام في جامعة إسطنبول صباح الدين زعيم، فمنهم استقيتُ الحروف، وتعلَّمت الكثير منهم.

داعياً المولى سبحانه وتعالى أن تُكَلِّل بالنجاح والقبول من جانب أعضاء لجنة المناقشة.

جمال محمد عبد الجواد

شكر وتقدير

أقدم بجزيل. الشكر وعظيم الامتنان إلى(البروفيسور محمد حرب)، الذي أشرف على بحثي هذا ولم يتوان لحظة عن نصحي وإرشادي لإظهار هذا البحث على أحسن صورة، كما أقدم بشكري وعظيم امتناني إلى الهيئة التدريسية في كلية الاقتصاد الإسلامي.

الباحث

ÖZET
ARAP ÜLKELERİNDE TAHKİMİN TARİHİ VE YATIRIMLAR
ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ
MISIR ÖRNEĞİ

Gamal Mohammed Ali ABDELGAWAD

Yüskek Lisnans, İslam İktisadı ve Hukuku

Tez Danışmanı: Prof . Dr. Mohamed Harb

Ocak - 2020, Sayfa 92 + viii

Bu çalışma tahkimin ne olduğunu tanımlamayı, türlerini bilmeyi, İslam hukukunda meşruiyetini açıklamayı ve danışmanlık, yargı, uzlaşma ve uzlaşma arasındaki farkları ve farklılıkları tespit etmeyi ve tahkim şartlarını bilmeyi ve İslam hukukunda tahkim yerini açıklamayı amaçladı.

Bu makalede, tahkimin avantajlarını ve dezavantajlarını vurgulamıştır. Ve tahkimin ülkeler için önemini ve bunun yatırım üzerindeki etkisini açıkladım ve konuyla ilgilenen bir dizi bilimsel metodolojiyi, araştırma probleminin özelliklerini tanımlamak ve bunun çeşitli yönlerini teşhis etmek için gerekli araştırma yöntemini araştırmak amacıyla araştırma probleminin gerçekliğini tahmin etmeyi amaçlayan ve bunu veri toplama yoluyla izledim. Çeşitli kaynaklar aracılığıyla araştırma problemi için gerekli olan, en önemlisi araştırma konusu, masaüstü bilgi araştırması ve tahkimde uzman referansları ile ilgili önceki çalışmalardır.

Arařtırma problemine iliřkin sonuçları, nerileri ve önerilen politikaları çıkarmak için arařtırmada tümdengelimi kullanmaya yönelik tümdengelimsel yaklařımı izledim.

Hakemlik ve yasal olarak tahkimin bazı yönlerini ele aldı, böylece çalıřma entegre bir kavramsal ereve içinde ve arařtırma bir dizi öneri ile sonuçlandı, en önemlisi Arap tahkim organları arasındaki koordinasyonu arttırmak için İslam hukukundan deęer ve kořullar elde etmek için alıřıyor.

Anahtar kelimeler: ticari tahkim, yatırım, Arap dünyası.

ملخص الدراسة

تاريخ التحكيم في الوطن العربي وأثره في الاستثمار مصر نموذجاً

جمال محمد علي عبد الجواد

رسالة ماجستير: قسم الاقتصاد الإسلامي

إشراف: البروفيسور محمد حرب

يناير، 2020، 92 صفحة + viii

هدفت هذه الدراسة إلى التعرف على ماهية التحكيم، ومعرفة أنواعه، وبيان مشروعيته في الفقه الإسلامي، والتعرف على الفروق والاختلافات بين الإفتاء، والقضاء، والصلح، والتوفيق، والوكالة، ومعرفة شروط التحكيم، والمحكم، وبيان محل التحكيم في الفقه الإسلامي.

وسلطت الضوء في هذا البحث على مزايا وعيوب التحكيم. وقمت بتوضيح أهمية التحكيم للدول وأثره على الاستثمار، وقد اتبعت مجموعة من المنهجيات العلمية التي تناولت بها الموضوع، فمن خلال المنهج الاستقرائي الذي يستهدف استقراء واقع مشكلة البحث بهدف جمع البيانات اللازمة للتعرف على خصائص مشكلة البحث، وتشخيص الجوانب المختلفة لها، وهذا من خلال جمع البيانات اللازمة عن مشكلة البحث من خلال عدة مصادر أهمها الدراسات السابقة التي تناولت موضوع البحث، المسح المكتبي للمعلومات، والمراجع المتخصصة في التحكيم.

واتبعت المنهج الاستنباطي في استخدام الاستنباط في الدراسة لاستخلاص النتائج والتوصيات والسياسات المقترحة بصدد مشكلة البحث.

وتناولت التحكيم من عدة نواحي فقد عرضت نواحي التحكيم من الناحية الشرعية والقانونية، بحيث تكون الدراسة في إطار مفاهيمي متكامل، كما ختمت البحث بمجموعة من التوصيات أبرزها العمل على زيادة التنسيق بين هيئات التحكيم العربية للخروج بنظام إسلامي يستمد قيمة وشروطه من الشريعة الإسلامية.

الكلمات المفتاحية: التحكيم التجاري، الاستثمار، الوطن العربي.

ABSTRACT

HISTORY OF ARBITRATION IN THE ARAB WORLD AND ITS IMPACT ON INVESTMENT EGYPT AS A MODEL

Gamal Mohammed Ali ABDELGAWAD

Master, Islamic Economics and Law

Supervision: Prof . Dr . Mohammed Harb

January-2020, 92 pages + viii

This study aimed at identifying what is arbitration, knowing its types, explaining its legitimacy in Islamic jurisprudence, and identifying the differences and differences between advisory, judiciary, conciliation, and conciliation, and knowing the terms of arbitration, the arbitrator, and explaining the place of arbitration in Islamic jurisprudence.

In this paper, she highlighted the advantages and disadvantages of arbitration. And I clarified the importance of arbitration to countries and its impact on investment, and I have followed a set of scientific methodologies that dealt with the subject, through an inductive approach that aims to extrapolate the reality of the research problem in order to collect the necessary data to identify the characteristics of the research problem, and diagnose various aspects of it, and this through data collection Necessary on the research problem through several sources, the most important of which are previous studies that dealt with the subject of research,

desktop information survey, and specialized references in arbitration.

I followed the deductive approach to using deduction in the study to extract the results, recommendations and proposed policies regarding the research problem.

And it dealt with arbitration in several aspects. It presented aspects of arbitration in terms of legitimacy and legal, so that the study is within an integrated conceptual framework, and the research concluded with a set of recommendations, most notably work to increase coordination between Arab arbitration bodies to come out with an Islamic system that derives value and conditions from Islamic law.

Key words: commercial arbitration, investment, the Arab world.

فهرس المحتويات

Error! Bookmark not defined.	المصادقة على الرسالة
Error! Bookmark not defined.	إقرار بالتزام القواعد العلمية والأخلاقية
iii.....	الإهداء
iv.....	شكر وتقدير
i	ÖZET
iii.....	ملخص الدراسة
iv.....	ABSTRACT
vi.....	فهرس المحتويات
1.....	الفصل الأول: المدخل
1.....	1-1 المدخل:
2.....	1-2 مشكلة الدراسة:
3.....	1-3 أهداف الدراسة:
3.....	1-4 أهمية الدراسة:
3.....	1-5 منهجية الدراسة:
4.....	1.6: الدراسات:
4.....	1.6.1: الدراسات السابقة:
7.....	1.6.2 أهم ما يميز الدراسة عن الدراسات السابقة:

1.9	هيكل الدراسة:	8
	الفصل الثاني: نبذة عامة عن ماهية التحكيم	10
2.1	لمحة تاريخية عن التحكيم:	11
2.2	مفهوم التحكيم:	13
	سابعاً: الألفاظ ذات الصلة بالتحكيم:	17
2.3	مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي:	25
2.4	شروط التحكيم، والمحكم، وبيان محل التحكيم في الفقه الإسلامي:	30
	الفصل الثالث: التحكيم أنواعه، مميزاته، عيوبه، والأنظمة المشابهة له:	38
3.1	أنواع التحكيم العامة والخاصة:	39
3.3	عيوب التحكيم:	45
3.4		48
	الفصل الرابع: القانون الدولي والتحكيم التجاري	50
4.1	قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، ومبادئه الأساسية للتحكيم:	51
4.2	التحكيم الإداري وأهميته في تشجيع الاستثمار:	62
4.1.2	الأسباب المتعلقة بواقع المعاملات:	68
4.4	الدول العربية والتحكيم التجاري مصر نموذجاً:	69
4.1.1	الدول العربية والتحكيم التجاري:	69
4.1.2	مراحل تطور نظام التحكيم في مصر نوضح فيما يلي المراحل التي مر بها نظام	
	التحكيم في مصر:	71
4.1.3	قانون التحكيم المصري في الأعمال التجارية:	71

4.1.4: الأعمال التجارية المنصوص عليها في قانون التحكيم المصري وعلاقته بالاستثمار:	73
4.1.5: حجية حكم التحكيم وتنفيذه في النظام المصري:	75
4.1.6: بطلان حكم التحكيم وطرق الطعن فيه:	76
الفصل الخامس: النتائج والتوصيات	80
أولاً: النتائج:	80
ثانياً: التوصيات:	82
المراجع والمصادر:	84
السيرة الذاتية:	91

الفصل الأول: المدخل

1-1 المدخل:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أفضل الأنبياء سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين والتابعين له بإحسان إلى يوم الدين.

تتخذ آليات تسوية المنازعات خلاف التقاضي أشكالاً مختلفة، وهي كذلك المعروفة مجتمعة باسم تسوية المنازعات البديلة. في السنوات الأخيرة أصبح التحكيم الخيار المفضل على نحو متزايد على الصعيد الدولي. يمكن أن يعزى هذا إلى العديد من الأسباب، بما في ذلك تأثير العولمة وتشجيع الاستثمارات، وتطوير مواقف الحكومات نحو التحكيم، وتحدي الأزمات المالية العالمية، هذه العوامل شكلت أساس النمو الأخير للتحكيم، في ضوء الأزمة الاقتصادية العالمية الأخيرة، قامت العديد من الدول بتحديث مواقفها تجاه التحكيم من أجل مواجهة تحديات الأزمات. هذه التغيرات هي من أجل الرغبة في أن تكون هذه الدول منافساً فعالاً في مجال الأعمال وحل النزاعات الدولية والاعتراف بها كمركز للتحكيم الدولي. في الشرق الأوسط، ظهرت بعض الدول مثل مصر ودبي وأنشأت عدة مراكز للتحكيم، كمركز دبي للتحكيم الدولي، ونظراً لأهمية الموضوع الذي يلعب دوراً أساسياً في جلب الأعمال التجارية، والاستثمارية تناولت تاريخ التحكيم في الوطن العربي وما يترتب عليه في دفع عجلة الاستثمارات وخاصة في عصرنا الحالي.

وآمل من الله أن يوفقي لإضافة علمية نوعية يستفيد منها أصحاب القرار في مجال التحكيم والاستثمارات، وأن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم، وأن يكتب بذلك الخير والسداد والرشاد.

والله الموفق...

2-1 مشكلة الدراسة:

شهدت البلدان الواقعة على الحواف الجنوبية والشرقية للبحر المتوسط ارتفاعاً كبيراً في الاستثمارات الأجنبية، نتيجة التطور الذي شهدته تلك الدول في مجال أمن الاستثمار والتحكيم وحل النزاعات. والوطن العربي منطقة غنية وحيوية للاستثمار، ومن أجل تشجيع وتأمين الاستثمارات المتنوعة، يجب نشر ثقافة التحكيم في المنطقة، وما شهدته دول الشرق الأوسط من توترات في السنوات الأخيرة، لا بد من تحديث التحكيم في الوطن العربي من أجل جلب المستثمرين، لأن التحكيم يحافظ على المستثمرين ويجنب المساس بمركزهم وسمعتهم في المجال التجاري، لأن السرعة في الفصل في النزاع يمنح الأمن والاستقرار الاقتصادي، ومن هنا تأتي مشكلة البحث في السؤال الرئيسي التالي:

- ما هو التحكيم وأثره على الاستثمار في الوطن العربي؟

ويتفرع عنه عدة أسئلة:

1. ما مفهوم التحكيم، وما مشروعيته، وشروطه؟
2. بما يتميز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له؟
3. ما هي مبادئ التحكيم في الفقه الإسلامي والتحكيم الدولي التجاري؟
4. ماهي الأمور التي تساعد المحكم في اكتساب الخبرة التحكيمية؟
5. ما هي الأسباب الواقعية التي دعت إلى اعتناق قضاء التحكيم؟
6. ماهية واقع التحكيم في الوطن العربي؟

3-1 أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى:

- 1) بيان مفهوم التحكيم، ومعرفة أنواعه، وشروطه.
- 2) معرفة المبادئ الأساسية للتحكيم في الفقه الإسلامي.
- 3) بيان أهمية التحكيم للدول ومعرفة مزاياه وعيوبه.

4-1 أهمية الدراسة:

لا تزال هيئة تسوية المنازعات في الوطن العربي تعمل بالطريقة التقليدية لحل النزاعات بين المستثمرين، في حين خضعت آليات نظام التحكيم وتسوية النزاعات الدولية لتغيرات جوهرية، وينتج عن هذا التطور في التحكيم الدولي لتسوية منازعات الاستثمار زيادة في الاستثمارات. وتكمن أهمية الدراسة في مساعدة الهيئات والمؤسسات في حل المنازعات بسرعة مقارنة بالعيوب التي يعاني منها القضاء في وقتنا الحاضر في البطء الناتج عن تراكم القضايا المعروضة على القضاء، فأصبح من غير الميسور على القضاء أن يفصل في المنازعات بين الأفراد في وقت قصير، بعد أن تعقدت شئون الحياة وكثرت مشاكلها وأصبح لا يفصل في الدعاوى القضائية إلا بعد مدد تصل إلى عدة سنوات، مما يؤدي إلى بطء الفصل في النزاع عن طريق اللجوء إلى القضاء الذي لا يفصل فيه إلا إذا جاء دوره وبعد أن ينال من الأجيالات مالا يتفق مع مصلحة الأطراف.

5-1 منهجية الدراسة:

يمثل منهج البحث مجموعة الإجراءات الذهنية التي يتبعها الباحث للتعامل مع مشكلة البحث وتحديد الحلول اللازمة لها وقد اتبعت الدراسة نوعيات من مناهج البحث:

1) المنهج الاستقرائي: الذي يستهدف استقراء واقع مشكلة البحث بهدف جمع

البيانات اللازمة للتعرف على خصائص مشكلة البحث وتشخيص الجوانب

المختلفة لها وهذا من خلال ما يلي:

- جمع البيانات اللازمة عن مشكلة البحث من خلال عدة مصادر أهمها الدراسات السابقة التي تناولت موضوع البحث.

- - المراجع المتخصصة.

2) تحليل البيانات: استخدام الاستنباط في الدراسة لاستخلاص النتائج والتوصيات

والسياسات المقترحة بصدد مشكلة البحث.

1.6: الدراسات:

1.6.1: الدراسات السابقة:

مازالت الدراسات التي تعني بالتحكيم وأثره على الاستثمار في الوطن العربي تحتاج إلى مزيد من الاهتمام - في حدود ما اطلع عليه الباحث - مقارنة بالاهتمام البحثي في التحكيم الدولي، ولعل هذا يرجع إلى أن التحكيم وتسوية النزاعات ما زالت حديثة في الشرق الأوسط وخصوصاً الدول العربية، ولكن هذا لم يمنع من وجود دراسات تطرقت إلى موضوع التحكيم بشكل عام، ومن هذه الدراسات المعاصرة:

دراسة قام بها بنان أحمد البياري، وكانت بعنوان: شرط التحكيم في العقود التجارية الدولية (دراسة مقارنة) (2009)، كتاب، دار المدينة للنشر، الأردن.

ناقشت الدراسة مفهوم شرط التحكيم والاعتراف به، وأهمية، وطبيعة شرط التحكيم، كما تطرقت الدراسة إلى الأثر المترتب على كتابة شرط التحكيم، وعدم كتابة شرط التحكيم، وقدمت الدراسة العديد من النتائج أبرزها:

أن التحكيم أصبح ظاهرة مسلماً بها في ميزان التجارة الدولية وهذا الذي أدى إلى وجود شرط التحكيم في العقود التجارية الدولية إذا حظي باهتمام الاتفاقيات الدولية إلى جانب

التشريعات الوطنية، إذ أن شرط التحكيم هو القاعدة التي يستند عليها النظام القضائي الخاص والسبيل المفضل لحل المنازعات الخاصة الدولية بالتحكيم.

: دراسة قام بها رجاء نظام حافظ: وكانت بعنوان: الإطار القانوني للتحكيم " دراسة مقارنة " 2009، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين.

تناولت الدراسة التحكيم الإلكتروني، ومدى فاعلية التحكيم الإلكتروني في التفاوض، والوساطة، حيث ناقشت الدراسة المنازعات الإلكترونية ذات الأساس غير التعاقدية، وتطرقت الدراسة أيضا إلى أحكام التحكيم الإلكتروني، وقد خرجت الدراسة بعدد من النتائج والتوصيات أبرزها:

أن التحكيم الدولي وسيلة لفض المنازعات التي تنشأ في وسط الإلكتروني، ويتم التعبير عن الإدارة في اللجوء إليه ورفع النزاع وسير الخصومة فيه إلى حين صدور الحكم وتبليغه كل ذلك بشكل إلكتروني، ويمكن للأطراف تعزيز القرارات الصادرة بمحرمات مصدقة من مراكز التحكيم بعد دفع الرسوم. وأن التحكيم الإلكتروني الناجع لفض العديد من المنازعات المتعلقة بالملكية الفكرية وأسماء النطاق والمنازعات الممخضة عن الأعمال الإلكترونية بشكل عام والتجارة الإلكترونية بشكل خاص. وأوصى الباحث إلى ضرورة عقد الندوات والجلسات للتعريف بدور وأهمية التحكيم الإلكتروني، على كافة المحاور الأكاديمية والحكومية وأيضا إلى ضرورة الانخراط في الاتفاقيات والمعاهدات الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي لما له من تشجيع في الاستثمار وتسهيل التعاقدات مع الشركات الأجنبية.

دراسة قام بها معن خالد القضاة: وكانت بعنوان: التحكيم في الشريعة الإسلامية التعريف والقواعد العامة للمقيمين خارج ديار الإسلام، هيوستن، 2010. بحث غير منشور، الولايات المتحدة الأمريكية.

بدأت الدراسة بالمبحث الأول الذي يتمحور حول التعريف بالتحكيم، والمبحث الثاني بمشروعيته وبيان مجالات التحكيم خارج ديار الإسلام، وناقشت مدى جواز تحويل الحدود

إلى جرائم تعزيرية إذا كان ذلك غاية المستطاع والبديل الوحيد المتاح عند تعطيل الحدود وإلغائها، وتوصلت الدراسة أن التحكيم نظامٌ إسلاميٌ أصيلٌ للفصل في الخصومات يختلف عن الوكالة والخبرة، وهو فوق الصلح والإفتاء، لكن دون سلطة التنفيذ، ودون القضاء لكن مع الإلزام. وأن الحكم بالشريعة الإسلامية من لوازم الإيمان وأصوله. وأن التحكيم واجبٌ بحسب الاستطاعة عند عدم وجود القضاء الشرعي إذا تعيّن وسيلةً لفضّ النزاعات، كمن يقيمون خارج ديار الإسلام. وأنه لا يجوز اللجوء للقضاء غير الإسلامي مع وجود التحكيم. ويجوز اللجوء للقضاء غير الإسلامي إذا تعيّن وسيلةً لتحصيل الحقوق المشروعة.

دراسة قام بها عبدالمجيد محمد السوسوه: وكانت بعنوان: أثر التحكيم في الفقه الإسلامي، 2011، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع ج4 ص5.

وقد تمحورت الدراسة حول التحكيم في الفقه الإسلامي، وبيان مفهوم أثر التحكيم، ومعرفة لزوم حكم المحكم، وذكرت الدراسة الاتجاهات للتحكيم في الفقه الإسلامي الأربعة وبيان أدلتها من المذاهب الأربعة، وقدمت الدراسة العديد من النتائج أبرزها: أن التحكيم باعتباره تولية خصمين حكماً يحكم بينهما من أقدم الوسائل التي اتخذت لحل الخلافات وفصل الخصومات وظل وسيلة قضائية في كل العصور، إلا إن دوره في عصرنا اليوم يبدو أكثر وضوحاً خصوصاً في المنازعات التجارية حيث صار التحكيم فيها مظهراً من مظاهر العصر.

أن أثر التحكيم يعتبر من أهم موضوعات التحكيم وذلك لكون الأثر هو الثمرة التي يتمخض عنها التحكيم، والنتيجة المرجوة منها والمتمثلة في كون حكم المحكم ملزماً للخصمين يجب تنفيذه حلاً للنزاع وفصلاً للخصومة ولا مجال للطعن فيه إلا في الحالات التي يطعن بها حكم القاضي.

1.6.2 أهم ما يميز الدراسة عن الدراسات السابقة:

يتبين لنا من الدراسات السابقة أنها تناولت موضوع التحكيم ولم تتطرق إلى تفاصيل التحكيم

في الوطن العربي وأثره على الاستثمار وبالتالي فإن هذا البحث سيعمل على:

- وضع الدراسة إطار مفاهيمي متكامل للتحكيم في الاقتصاد الإسلامي.
- عرضت التحكيم من الناحية الشرعية والقانونية، ووازنت بين تعاريف التحكيم في الشريعة والقانون.

1.9 هيكل الدراسة:

الفصل الأول: المدخل:

1-1 المدخل

2-1 مشكلة الدراسة

3-1 أهداف الدراسة

4-1 أهمية الدراسة

5-1 منهجية الدراسة

1.6 الدراسات

1.6.1 الدراسات السابقة

1.6.2 أهم ما يميز الدراسة عن الدراسات السابقة

1.7 هيكل الدراسة

الفصل الثاني: نبذة عامة عن ماهية التحكيم ويتضمن

2.1 لمحة تاريخية عن التحكيم.

2.2 مفهوم التحكيم.

2.3 مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي.

2.4 شروط التحكيم، والمحكم، وبيان محل التحكيم في الفقه الإسلامي.

الفصل الثالث: التحكيم أنواعه وعيوبه

3.1 أنواع التحكيم العامة والخاصة.

3.3 عيوب التحكيم.

3.4 تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له.

الفصل الرابع: القانون الدولي والتحكيم التجاري ويتضمن:

4.1 قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، ومبادئه الأساسية للتحكيم.

4.2 التحكيم الإداري وأهميته في تشجيع الاستثمار.

4.1.2 الأسباب المتعلقة بواقع المعاملات.

4.4 الدول العربية والتحكيم التجاري مصر نموذجاً.

- 4.1.1 الدول العربية والتحكيم التجاري.
- 4.1.2 مراحل تطور نظام التحكيم في مصر نوضح فيما يلي المراحل التي مر بها نظام التحكيم في مصر.
- 4.1.3 قانون التحكيم المصري في الأعمال التجارية.
- 4.1.4 الأعمال التجارية المنصوص عليها في قانون التحكيم المصري وعلاقته بالاستثمار.
- 4.1.5 حجية حكم التحكيم وتنفيذه في النظام المصري
- 4.1.6 بطلان حكم التحكيم وطرق الطعن فيه

الفصل الخامس: النتائج والتوصيات

أولاً: النتائج.

ثانياً: التوصيات.

المراجع والمصادر.

السيرة الذاتية

الفصل الثاني: نبذة عامة عن ماهية التحكيم

تمهيد

في هذا الفصل بحث مفهوم التحكيم من الناحية اللغوية، ومن الناحية الاصطلاحية، والقانونية، وعند المعاصرين، وعمل موازنة للمفهوم من الناحية الشرعية والقانونية، وبيان مشروعية التحكيم في الكتاب، والسنة، والإجماع، ومعرفة مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، تشريعات الدول محل الدراسة من ذلك، وما إذا كانت قد وضعت تعريفاً محدداً له، أم تركت الأمر لاجتهادات الفقه والقضاء، ثم نعقب ذلك بوضع تعريف مقترح لنظام التحكيم.

2.1: لمحة تاريخية عن التحكيم.

2.2: مفهوم التحكيم.

2.3: مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي.

2.4: شروط التحكيم، والمحكم، وبيان محل التحكيم في الفقه الإسلامي.

2.1: ملحة تاريخية عن التحكيم:

يعد التحكيم من أقدم الوسائل التي لجأ إليها الإنسان لحسم المنازعات التي تنشأ بينهم، وقد عرفت العرب التحكيم في مرحلة ما قبل الإسلام وكانت الوسيلة السائدة لإنهاء النزاعات بينهم في ظل افتقار العرب في هذه المرحلة من التاريخ إلى السلطة المركزية وعلى وجه الخصوص السلطة القضائية، فلم يكن عند العرب في الجاهلية قضاء منظم يتولى الفصل في المنازعات التي تثور بينهم، بل كان الذي يتولى الفصل فيها شخص عادي يتمتع بقدر كبير من الخبرة والحكمة يختاره الأطراف المتنازعة بمحض إرادتهم. ففي قصة اختلاف قريش فيمن يضع الحجر الأسود خير مثال في كيف كان العرب يلتجئون إلى التحكيم عند المنازعات فقد اجتمعت قريش وقررت هدم الكعبة وإعادة بناءها لأن السيول أصابتها، ويقول المؤرخون إن قريشاً وزعت الهدم والبناء على القبائل، فكان لكل قبيلة جهة معينة من الكعبة مسؤولة عن هدمها ثم إعادة بنائها، وكان الوليد بن المغيرة هو أول من بادر إلى هدمها بعد أن تهيّب غيره من هذا الأمر.⁽¹⁾

وهكذا بدأت كل قبيلة تجمع الحجارة وتبني الجهة المعينة لها حسب الخطة، ويقال إن النبي صلى الله عليه وسلم شارك في جمع الحجارة. إلا إنه لما تكامل البناء ووصلوا إلى موضع الحجر الأسود اختلفوا فيمن يرفع الحجر الأسود ليضعه في مكانه المخصص له، وأرادت كل قبيلة أن يكون لها هذا الشرف، لأنهم كانوا يرون أن من يضع الحجر الأسود في مكانه يكون له السيادة والزعامة، وكاد هذا الاختلاف يؤدي بهم إلى فتنة وحرب كبيرة حيث استعدوا للقتال وتركوا العمل في بناء الكعبة، وانضم كل حليف إلى حليفه حتى أن بعض القبائل تحالف على الموت دون ذلك، وغمسوا أيديهم في الدم حتى سمو "لعقة الدم"، ولما وصل الأمر بهم إلى هذا الحد الخطير اقترح عليهم أبو أمية بن المغيرة والد أم سلمة، زوجة النبي عليه الصلاة والسلام فيما بعد، أن يحكموا في هذا النزاع أول شخص يدخل عليهم، فكان محمد

(1) قحطان عبد الرحمن الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بيروت، لبنان، 36، 2004م.

بن عبد الله أول الوافدين عليهم، فلما رأوه قادما إليهم استبشروا بقدمهم وقالوا: “لقد جاءكم الصادق الأمين، وبهذا الأمين راضين به حكماً.

ويذكر بعض المؤرخين أنهم كانوا يتحاكمون عند النبي عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم في الجاهلية لأنه كان لا يداري ولا يمالي، ولما وصل إليهم أخبروه بما اختلفوا فيه، فطلب منهم ليعالج الموقف أن يحضروا له ثوباً، فأتوا له بثوب كبير، فأخذ الحجر الأسود ووضعه فيه بيده، ثم التفت إلى شيوخهم وقال لهم: “لتأخذ كل قبيلة بطرف من الثوب ثم ارفعوه جميعاً”. فاستحسنوا ذلك ورأوا فيه حلاً يحفظ حقوق الجميع ولا يجرز لأحد امتيازاً على الآخرين، فأقبل من كل قبيلة شخص وأخذوا بأطراف الثوب ورفعوه بأجمعهم، ولما أصبح الحجر بمحاذاة الموضع المخصص له أخذه رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده الكريمة ووضعه في مكانه، وبعد ذلك أتموا بناء الكعبة كما خططوا لذلك.⁽²⁾

وقد كان العرب في الجاهلية يطلقون على الشخص الذي يتولى النظر في الخصومات اسم الحكم (بفتح الحاء)، وكان يتم اختياره عن طريق مبادرة من أحد الطرفين إلى الآخر مقترحاً عليه اسم الحكم الذي سيتولى الفصل فيما شجر بينهم، وهنا نكون أمام فرضين؛ إما أن يوافق الطرف الآخر على الحكم المقترح من قبل خصمه، وهنا يبدأ الحكم المختار من قبل الطرفين في مباشرة مهامه التي حددها له الطرفان، وإما أن يعترض الطرف الآخر على هذا الحكم، فيبدأ التشاور من جديد بين الطرفين لاختيار حكم آخر يتولى نظر النزاع.

وقد كان يلزم توافر بعض الشروط في المحكم الذي يتولى الفصل في النزاعات التي تنشأ بين الأطراف، وهذه الشروط تتعلق بضرورة توافر خصائص معينة وقدرات خاصة لديه تجعل الأفراد يركنون إليه في فض خصوماتهم، وقد كانت هذه الشروط تتعلق إما بشخصه مثل

(2) مرجع سابق، 37.

الإينصاف والأمانة والشرف والصدق والذكاء، وإما بعلمه وخبرته كالإمام بأعراف العرب وتقاليدهم⁽³⁾.

ومع ظهور الإسلام على يد نبينا محمد صلى الله عليه وسلم أصبح للعرب قضاء منظم يلجئون إليه لفض ما يثار بينهم من خصومات، إلا أن ذلك لم يمنعهم من الالتجاء إلى التحكيم كوسيلة بجانب القضاء للفصل فيما شجر بينهم.

2.2: مفهوم التحكيم:

أولاً: تعريف التحكيم في اللغة:

للتحكيم معانٍ كثيرةٌ في اللغة العربية، فالتحكيم مصدر حكم (تشديد الكاف مع الفتح)، يقال حكّمته في مالي فاحتكم، أي جاز فيه حكم، واستحكم فلان في مال فلان إذا جاز في حكمه⁽⁴⁾.

التحكيم في اللغة: اختيار شخص للفصل في نزاع. وقد يطلب التحكيم لغة على إجازة الحكم، فيقال: حكّمنا فلاناً، أي أجزنا حكمه⁽⁵⁾.

وقال حكّموه بينهم أي أمره أن يحكم بينهم، ويقال حكّمنا فلاناً فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا، وحكمه في الأمر، فاحتكم جاز فيه حكمه، ويقال حكّمت فلاناً: أطلقت يده فيما يشاء، وحاكنا فلاناً إلى الله أي دعونا إلى حكم الله⁽⁶⁾.

(3) المرجع السابق، 37.

(4) محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، غير مفهرس؛ الناشر: مكتبة لبنان؛ سنة النشر: 1986، ص 148.

(5) أساس البلاغة؛ تاج العروس؛ الزاهر: 972؛ الصحاح؛ القاموس المحيط؛ لسان العرب؛ المصباح المنير؛ المعجم الوسيط.

(6) قدري محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، ص 18، دار الصمعي للنشر والتوزيع،

1430هـ / 2009 م .

وقال الله تعالى: فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا (7).

وقال تعالى: { أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَمَا نُزِّلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا } (8).

وفي " المعجم الوسيط " : (حَكَمَ) بالأمر - حُكْمًا: قضى. يقال: حكم له وحكم عليه وحكم بينهم. وحكم فلاناً في الشيء والأمر: جعله حَكَمًا. وحَكَمَهُ الخصمان إلى الحاكم: رفعاً خصوصتهما إليه وحَكَمَهُ في الشيء والأمر: تصرف فيه كما يشاء (3).
وفي " تاج العروس " : الحكم بالضم القضاء في الشيء بأنه كذا أو ليس بكذا سواء لزم ذلك غيره أم لا. وحاكمه إلى الحاكم دعاه وخاصمه في طلب الحكم ورافعه وحكمه في الأمر تحكيماً أمره أن يحكم بينهم أو أجاز حكمه فيما بينهم (4).
وفي " لسان العرب " : مصدر حكمه في الأمر والشيء أي: جعله حكماً، وفوض الحكم إليه.

ثانياً: تعريف التحكيم في الاصطلاح

التحكيم: تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما (9).

يعرف التحكيم: على أنه عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاها لفصل خصوصتهما ودعواهما.

(7) سورة النساء، آية 65.

(8) سورة النساء، آية 60.

(3) المعجم الوسيط، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دون ذكر الناشر وتاريخ النشر، ص 190.

(4) تاج العروس من جواهر القاموس، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، لبنان، ج 8، ص 252.

(9) الدر المختار للحصكفي 5 / 428، مع حاشية ابن عابدين ط الباي الحلبي، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن

نجيم 7 / 24 ط - دار المعرفة بيروت.

ويقال لذلك: حكم بفتحتين، ومحكم بضم الميم، وفتح الحاء، وتشديد الكاف المفتوحة (10).
والفرق بين التحكيم والقضاء: أن القضاء من الولايات العامة، والتحكيم تولية خاصة من
الخصمين، فهو فرع من فروع القضاء لكنه أدنى درجة منه. (11)

ثالثاً: تعريف التحكيم في الفقه الإسلامي:

أن التحكيم هو تولية الخصمين حالياً يحكم بينهما.
وهذا التعريف يعني وجود: إيجاب من الخصمين وقبول من الحكم، وعاقدين، ومحل (معقود
عليه). وهذه الأمور الثلاثة إذا وجدت تحقق وجود العقد.

وذلك لأن العقد عند الحنفية، وهو قول جمهور الفقهاء، بأنه: تعلق كلام أحد العاقدين
بكلام الآخر شرعاً، على وجه يظهر أثره في المحل. (12)

ولا يوضع كثير من الفقهاء تعريفاً للتحكيم اكتفاءً بما قر في الأذهان في معناه اللغوي وبما
تواضع عليه العرف والعمل، وإنما يبينون حكمه بعبارات يمكن أن يستخلص منها تعريف
للتحكيم، ومن ذلك قولهم: (لو أن رجلين حكما بينهما رجلاً، فحكم بينهما، أمضاه
القاضي... (13). (وإذا حكما رجلاً ورضيا بحكمه، لزمهما حكمه... (14) ، (إذا
اختصم رجلان في حق من الحقوق المالية، فحكما رجلاً، هل ينفذ حكمه؟ قولان) (15)،
(ولو حكم خصمان رجلاً في غير حد الله تعالى، جاز مطلقاً... (16) ، (وإن تحاكم

(10) مجلة الأحكام العدلية م 1790.

(11) ابن عابدين 5 / 428.

(12) العناية، ج 5، ص 74، والمدخل للفقه الإسلامي، ص 506.

(13) الخطاب، مواهب الجليل وبهامشه: التاج والإكليل للمواق، ط 2 / 1978، ج 6 ص 112

(14) مرجع سابق، ج 6 ص 113

(15) ابن أبي الدم، كتاب أدب القضاء، بغداد: 1984، ج 1 ص 428

(16) النووي، منهاج الطالبين مع مغني المحتاج للشربيني الخطيب، القاهرة: 1958، ج 4 ص 378.

شخصان إلى رجل للقضاء بينهما فحكم، نفذ حكمه ...⁽¹⁷⁾، (إلا في قاضي التحكيم، وهو الذي تراضى به الخصمان ليحكم بينهما مع وجود قاضٍ منصوب من قبل الإمام)⁽¹⁸⁾، (وجاز للخصمين تحكيم رجل عدل ...)⁽¹⁹⁾.

ومن هنا يتضح لنا تعريف التحكيم في الاصطلاح الشرعي باختصار: التحكيم هو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما⁽¹⁾.

وقيل إن: " التحكيم هو اتفاق طرفي الخصومة على تولية رجل أو أكثر أهلاً ليفصل فيما تنازعه بحكم الشرع دون القاضي المولي "⁽²⁾.

رابعاً: تعريف التحكيم في القانون:

هو الاتفاق على إحالة ما ينشأ بين الأفراد من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين، أو على إحالة أي نزاع نشأ بينهم بالفعل، على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين، ليفصلوا في النزاع المذكور بدلاً من أن يفصل فيه القضاء المختص.⁽²⁰⁾

خامساً: التعريف المعاصر للتحكيم:

عرفه بأنه: " عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصاً آخر حكماً بينهما للفصل في خصوماتهما بدلاً من القاضي "⁽²¹⁾.

⁽¹⁷⁾ البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، بيروت، 1983، ج 6 ص 308.

⁽¹⁸⁾ العاملي، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، القاهرة: 1378 هـ، ج 1 ص 238

⁽¹⁹⁾ الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، القاهرة: 1974، ج 4 ص 198.

(1) ابن نجيم المصري الحنفي: البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية)، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ج7، دون ذكر تاريخ النشر، ص41.

(2) د. إسماعيل أحمد محمد الأسطل: الرسالة السابقة، ص19.

⁽²⁰⁾ قحطان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص 21، الطبعة الأولى، دار ابن خلدون، بغداد، 1985.

⁽²¹⁾ مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج 1، ص 555.

وعرف التحكيم بأنه: "الاتفاق الذي بموجبه تعتزم أطراف معينة عدم اللجوء إلى القاضي الوطني والمثول أمام محكم واحد أو محكمين يختارونهم للفصل في المنازعات التي تطرأ أو قد تطرأ بينهم، وعبارة اتفاق التحكيم تشمل التحكيم الذي يأخذ مكانه في عقد من العقود".⁽²²⁾

سادساً: الموازنة بين تعاريف التحكيم في الشريعة والقانون:

تعريف شراح القانون لم يخرج عما ذكره الفقهاء المسلمون، لاشتماله على العناصر الآتية.⁽²³⁾

- 1) الاتفاق بين الخصمين على حسم النزاع بينهما بطريق التحكيم لا بطرق القضاء.
- 2) طرفا التحكيم: الطرف الأول: الخصمان ولو تعددوا والطرف الثاني: الحكم أو هيئة التحكيم يعين باتفاق الخصمين ويحسم النزاع بينهما.
- 3) محل التحكيم وهو فض النزاع القائم بين الخصمين.

سابعاً: الألفاظ ذات الصلة بالتحكيم:

إذا كان التحكيم هو وسيلة للفصل في المنازعات التي تنشأ أو ستنشأ مستقبلاً دون اللجوء إلى قضاء الدولة، بموجب اتفاق يلتزم بموجبه الأطراف المتنازعة على عرض نزاعاتهم للفصل فيها من قبل هيئة تحكيم يختارونها، فإنه يعد نظاماً خاصاً ومتميزاً بقواعده عن الوسائل الأخرى المعروفة لتسوية المنازعات، فالتحكيم ليس هو النظام الوحيد الذي يتدخل فيه شخص من الغير، مختار بمعرفة الخصوم فالغير قد يتدخل في علاقة الخصوم على أكثر من وجه، كخبير أو وكيل، أو كوسيط أو كمحكم، فما هو

⁽²²⁾ تراري ثاني مصطفى، استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي لمعاصر،

مجلة دراسات قانونية، مجلة شهرية متخصصة في الدراسات والبحوث لقانونية، دار القبة للنشر

والتوزيع، الوادي، الجزائر، العدد التاسع، أبريل 2003، ص 9.

⁽²³⁾ مرجع سابق، قدرى محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، ص 21 .

المعيار الذي يمكن من خلاله التمييز بين التحكيم كطريق لفض المنازعات وبين كل من الصلح والتوفيق والوكالة والقضاء؟⁽²⁴⁾

أولاً: التحكيم والصلح:

عرف المشرع الجزائري الصلح في المادة 459 من القانون المدني⁽²⁵⁾ بأنه: "عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه".

بالرغم من أن الصلح إجراء يقره التشريع الجزائري قبل صدور القانون الجديد، إذ نجد الكثير من النصوص تشير إليه، إلا أن تصدي المشرع لموضوعه بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية يأخذ طابعاً إجرائياً، في حين الصلح الوارد في القانون المدني ذو طابع موضوعي لا يوفر أي توضيح لكيفيات مباشرته.⁽²⁶⁾

أ - أوجه الشبه بين الصلح والتحكيم:⁽²⁷⁾

- 1 - كلاهما يصنف ضمن الطرق البديلة لحل المنازعات الإدارية.
- 2 - كلاهما يرتكز على توافق إرادة الأطراف، فإذا انعدمت هذه الإرادة فلا تحكيم ولا صلح.
- 3 - تطابق النطاق الموضوعي لكل من التحكيم والصلح، حيث لا يجوز

⁽²⁴⁾ محمد سامي الشوا، التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية، ص 32 ، 2012.

⁽²⁵⁾ الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007.

⁽²⁶⁾ عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية، والإدارية، منشورات بغدادية، ص 517 الجزائر، ط1، 2009.

⁽²⁷⁾ المرجع السابق، جبايلي، صبرينة. إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية. ص 41 ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2018.

التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح كالمسائل المتعلقة بالحالة الشخصية للأشخاص.

4 - يستندان إلى عقد، فالتحكيم بصورتيه شرطاً كان أو اتفاقاً، وكذلك الصلح هو عقد.

5 - وجود كل من الصلح والتحكيم يعني عدم جواز عرض النزاع على القضاء.⁽²⁸⁾

ب - أوجه الاختلاف بين التحكيم والصلح

1 - محل العقد في التحكيم هو الالتزام بعدم طرح النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق تحكيم على القضاء، حيث يترك أمر الفصل فيه للمحكم المختار، أما محل العقد في الصلح هو تسوية مباشرة للنزاع عن طريق تنازل كل من المتنازعين عن بعض ما يدعيه مقابل الإبقاء على البعض الآخر.

2 - تسوية النزاع عن طريق الصلح يتم بتنازل كل طرف من الأطراف المتنازعة عن كل أو بعض ما يتمسكون به، أما التحكيم فهو وسيلة فحسب لحل النزاع دون أن يتضمن تنازل الخصوم عن جزء من الحق الموضوعي محل النزاع.⁽²⁹⁾ وسيلة فحسب لحل النزاع دون أن يتضمن تنازل الخصوم عن جزء من الحق الموضوعي محل النزاع.

ثانياً: التحكيم والتوفيق:

التوفيق هو تقريب وجهات النظر للوصول إلى اتفاق بين المتنازعين بصورة ودية، ويظهر مجاله في القانون الدولي إذ يتم بواسطة لجان تسمى لجان التوفيق، وللموفق حق إبداء

⁽²⁸⁾ وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، ص 68 ، دار الجامعة الجديدة،

الإسكندرية، 2010.

⁽²⁹⁾ سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم، دار النهضة العربية، ص 34، الطبعة الأولى، 2003.

المقترحات الكفيلة بحل يرتضيه الأطراف، وقد يتم اختيار الموفق أو الموفقين بإرادة الطرفين أو بواسطة أي جهة قضائية أو تحكيمية طلب منها الأطراف ذلك، لكن القرار الذي يصدر من الموفق غير نهائي أو ملزم إلا برضا الطرفين بعكس التحكيم حيث لا يوجد دور كبير للمحكم لإيصال الأطراف إلى اتفاق، كما أن القرار الصادر من المحكمين نهائي وملزم إلا عن طريق الطعن بالبطلان حسب ما ذهب عليه معظم التشريعات والاتفاقيات.⁽³⁰⁾

أوجه الخلاف بين التحكيم والتوفيق ما يلي:

- 1 - يترتب على الاتفاق على التحكيم منع عرض النزاع موضوع التحكيم على القضاء الوطني، أما التوفيق فيحق لأي من طرفي الخصومة اللجوء إلى القضاء على الرغم من إبرامهما اتفاق يوجب عرض النزاع على موفق.
- 2 - يحوز حكم التحكيم حجية الشيء المقضي به، بينما ما ينتهي إليه الموفق لا يحوز هذه الحجية.
- 3 - مجال التوفيق هو أحكام القانون الدولي، في حين أن القانون الواجب التطبيق في التحكيم يختار من قبل الأطراف.⁽³¹⁾

⁽³⁰⁾ كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص 72.

⁽³¹⁾ وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، ص 74-75، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

ثالثاً: التحكيم والقضاء.

سادساً: التحكيم والقضاء.

يقال: قضى يقضي قضياً وقضاء وقضية: حكم وفصل، وقضى الله: أمر، قال تعالى:

{ وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ }⁽³²⁾. والقضاء الحكم، أو الأداء، أو عمل القاضي⁽³³⁾.

وفي الاصطلاح: إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه⁽³⁴⁾. فلئن كان التحكيم والقضاء يشتركان في إظهار حكم الشرع في أمر من الأمور، فهناك العديد من الأوجه التي تميز التحكيم عن قضاء الدولة الرسمي تتمثل في أساس ونطاق كل منهما بالإضافة إلى الصلاحيات التي تملكها المحكمة وهيئة التحكيم والآثار المترتبة على كل منها، يتضح من تعريف التحكيم أنه يستجمع عناصر العمل القضائي والتي تتمثل في الادعاء والمنازعة والمحكم.⁽³⁵⁾

أوجه الاختلاف بين التحكيم والقضاء.

يختلفان من عدة وجوه:⁽³⁶⁾

1- فالقاضي يستمد ولايته من عقد التولية، ولذلك يكون القضاء هو الأصل في فض المنازعات. أما المحكم فإنه يستمد ولايته من عقد التحكيم، فيكون التحكيم فرعاً عن القضاء.

⁽³²⁾ سورة الإسراء: آية 23.

⁽³³⁾ تاج العروس؛ لسان العرب؛ المصباح المنير، المعجم الوسيط.

⁽³⁴⁾ الشريبي الخطيب؛ مغني المحتاج: 4 / 372. وانظر في نفس المعنى: الكاساني؛ بدائع الصنائع: 7 / 2؛ مطالب

أولي النهي: 6 / 437؛ الشرح الصغير للدردير: 4 / 186

⁽³⁵⁾ محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره، المكتب العربي الحديث، ص 249، الإسكندرية،

2009.

⁽³⁶⁾ محمد جبر الألفي، كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي - التحكيم في الفقه الإسلامي، ص 1830.

2- وبناء على ما سبق اشترط الفقهاء فيمن يتولى القضاء شروطاً لا تلزم فيمن يقوم بالتحكيم.

3- وتطبيقاً لذلك جاز أن تكون ولاية القاضي عامة، أما المحكم فإنه يقتصر على الفصل في النزاع المطروح أمامه دون أن يتعداه إلى غيره، وخاصة ما يمتنع عليه أن ينظر فيه.

4- وأهم ما يفترق فيه القضاء عن التحكيم: أن الأول لا يحتاج إلى اتفاق المتنازعين حتى ترفع الواقعة إليه - كما في التحكيم - وإنما لكل من المتنازعين أن يرفع الدعوى إلى القضاء، بإرادته المنفردة ودون الحاجة إلى رضا خصمه.

1- فإذا رفع الأمر إلى القضاء، التزم كلاً الخصمين بالسير في الدعوى إلى حين صدور الحكم، أما في التحكيم فالعقد غير ملزم لأطرافه - عند البعض - ولا يصير ملزماً إلا بعد صدور الحكم عند البعض الآخر.

2- إن المحكم ليس كالقاضي، حيث يشترط لصحة حكمه رضا المحكمين، أما حكم القاضي فيصلح دون رضا المدعى عليهم.⁽³⁷⁾

3- لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو بالحالة الشخصية، أما هذه المسائل فيجوز فيها القضاء.

4- الحكم القضائي يكون واجب التنفيذ بمجرد صدوره وانقضاء مواعيد الطعن عليه، وعلى العكس من ذلك فإن أحكام المحكمين لا بد لتنفيذها من صدور أمر بذلك من السلطة القضائية.

رابعاً: التحكيم والوكالة:

الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه.

⁽³⁷⁾ مال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، ص 75، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991.

وعرفت الإنابة كذلك من قبل الفقه على أنها: " نظام قانوني يعبر عن وسيلة فنية لإنشاء التصرف القانوني) عقدا كان أو تصرفا انفراديا (بالاستعانة بشخص وسيط هو النائب، على أساس التعاقد قد لا يقوم به الشخص بالأصالة عن نفسه، ولكن قد يقوم به النائب، نيابة عن صاحب الشأن الأصيل.

لما كان وجه الشبه الوحيد بين التحكيم والوكالة هو أن كل منهما يعتمد في وجوده على عقد، نقوم ببيان أوجه الاختلاف بينه وبين الوكالة وذلك على النحو التالي: (38)

1) عقد التحكيم طرفاه هما طرفا النزاع وموضوعه هو اختيار شخص أجنبي هو المحكم للفصل في النزاع، أما في عقد الوكالة فإن الطرفان هما الموكل والوكيل وموضوعها تحويل الوكيل ذاته سلطة النيابة عن الموكل في عمل من الأعمال القانونية.

2) المحكم الذي يختاره كل من الأطراف المتنازعة لا يعبر عن وجهة نظر هذا الطرف، لأن المحكم المختار من قبل أي طرف من الأطراف المتنازعة ليس صاحب قرار منفرد، لأنه وليد الإرادة المشتركة، في حين أن النائب يمثل إرادة واحدة وهي إرادة الأصيل.

3) القاعدة أن الوكيل يستمد سلطاته من الموكل ويملك التنصل من عمل الوكيل إذا خرج عن حدود وكالته، كما أن الوكيل لا يقوم إلا بما يمكن أن يقوم به الموكل، أما هيئة التحكيم وبعد اختيارها من قبل الأطراف المتحكمين تكون مستقلة في أداء عملها تماما عنهم، فهم لا يملكون حق التدخل في عملها بأن يصدروا إليها تعليمات تنقيد بها، ويكون الحكم الصادر عن هذه الأخيرة ملزما لهم.

(38) المرجع السابق، جبايلي، صبرينة. إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية. ص 45 ، مركز الدراسات

العربية للنشر والتوزيع، 2018..

خامساً: التحكيم والإفتاء:

يقال: أفتى في المسألة، إذا بين حكمها، واستفتى: سأل عن الحكم (39)، قال تعالى {وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ} (40)، والإفتاء عند علماء الفقه والأصول: إظهار الحكم الشرعي المتعلق بأمر من الأمور (41).

وهكذا يتفق التحكيم والإفتاء في أن كلاً منهما إخبار عن الحكم الشرعي في الواقعة.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين التحكيم والإفتاء:

- 1- فالتحكيم يستلزم وجود نزاع بين طرفين، أما الإفتاء فقد يكون نتيجة طلب شخص يريد أن يعرف الحكم ليعمل به في خاصة نفسه.
- 2- والتحكيم يجري في مسائل حددتها كتب الفقه واختلف في تعدادها الفقهاء، أما الإفتاء فمحلّه يتناول جميع المسائل والأحكام.
- 3- والتحكيم هو عقد ملزم لأطرافه وينبغي عليهم الالتزام بنتيجته، أما الإفتاء فليس عقداً ولا تكون نتيجته ملزمة للمستفتي.
- 4- وقد اشترط كثير من الفقهاء أن تتوافر في المحتكم إليه شروط القاضي. أما المفتي فلا يشترط فيه ذلك.
- 5- والتحكيم يتطلب من المحتكم إليه تمحيص الوقائع التي تقدم إليه قبل أن يصدر حكمه فيها، أما المفتي فإنه يسلم بالواقعة التي طلب منه إظهار الحكم فيها دون مناقشتها.

(39) تاج العروس؛ لسان العرب؛ معجم مقاييس اللغة؛ المعجم الوسيط.

(40) سورة النساء: آية 127.

(41) ابن عبد الشكور، مسلم الثبوت مع المستصفي للغزالي، بولاق مصر: 1322 هـ، ج 2 ص 403؛ السبكي، جمع الجوامع، الحلبي: 1356 هـ 1937 م.

2.3: مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي:

شرعية التحكيم في الكتاب الكريم، والسنة النبوية الشريفة، والإجماع، وذلك كما يلي:

أولاً: مشروعية التحكيم في القرآن الكريم:

قوله تعالى: {وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدان إصلاحاً يوفق الله بينهما} (42)

هذه الآية الكريمة نجد أن الله سبحانه وتعالى يأمر ببعث حكّمين أحدهما من أهل الزوج، والآخر من أهل الزوجة إذا ما خيف وقوع الشقاق بينهما، فكان ذلك نصاً من الله سبحانه وتعالى على جواز التحكيم في حق الزوجين (2).

قال الله تعالى: (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا) (3).

في هذه الآية يقسم الله سبحانه بنفسه الكريمة المقدسة على أنه لا يؤمن أحد حتى يحكم الرسول صلى الله عليه وسلم في جميع الأمور، والحكم (بفتح الحاء) عند أهل اللغة هو من يختار للفصل بين المتنازعين وهذا هو التحكيم، فلا ولاية للحكم برضا خصم دون الآخر، بل لابد من رضا كلا الخصمين بشخص الحكم (43).

ثانياً: مشروعية التحكيم في السنة:

(42) سورة النساء آية 35.

(2) شمس الدين السرخسي: كتاب المبسوط، ص 62، ج 21 لناشر: دار المعرفة - بيروت; سنة النشر: 1409 - 1989.

(43) المحرر الوجيز المشهور بتفسير ابن عطية، ط. قطر (47/4).

أما السنة المطهرة، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم رضي بتحكيم سعد بن معاذ رضي الله عنه في أمر اليهود من بني قريظة، حين جنحوا إلى ذلك ورضوا بالنزول على حكمه. (44) وإن رسول الله صلى الله عليه وسلم رضي بتحكيم الأعور بن بشامة في أمر بني العنبر، حين انتهبوا أموال الزكاة. (45)

وفي الحديث الشريف أن أبا شريح هانئ بن يزيد رضي الله عنه لما وفد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم مع قومه، سمعهم يكتفون بأبي الحكم، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن الله هو الحكم، وإليه الحكم، فلم تكني أبا الحكم؟ فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني، فحكمت بينهم، فرضي كلا الفريقين، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما أحسن هذا، فما لك من الولد؟ قال: لي شريح، ومسلم، وعبد الله. قال: فما أكبرهم؟ قلت: شريح. قال: أنت أبو شريح، ودعا له ولولده. (46)

وعن شريح بن هانئ: أنه لما وفد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعه وهم يكتفون هانئاً: أبا الحكم، فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له: "إن الله هو الحكم وإليه الحكم فلم تكني أبا الحكم" (47)؟ فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم، فرضي كلا الفريقين، قال: "ما أحسن من هذا فما لك من الولد" قال: لي شريح، وعبد الله، ومسلم. قال: "فمن أكبرهم" قال: شريح، (48) قال: "فأنت أبو شريح" فدعا له ولولده. فهذا إقرار واستحسان منه صلى الله عليه وسلم لتحكيم القوم لأبي شريح وفي رواية

(44) تحكيم سعد بن معاذ في أمر اليهود. أخرجه البخاري (الفتح 6 / 165 - ط السلفية).

(45) حديث: " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رضي بتحكيم الأعور بن بشامة " أخرجه ابن شاهين في الصحابة، وفي إسناده جهالة. (الإصابة لابن حجر 1 / 55 - نشر الرسالة).

(46) حديث: " إن الله هو الحكم " أخرجه النسائي في آداب القضاة (5387)، وأخرجه أبو داود: الأدب (4955).

(47) أخرجه أبو داود، سنن أبي داود كتاب الأدب ، باب في تغيير الاسم القبيح ، رقم الحديث 4955.

(48) صحيح. أبو داود (4955). صحيح أبي داود (4955).

البخاري عن عائشة رضي الله عنها قالت: "أصيب سعد يوم الخندق، رماه رجل من قريش يقال له حبان بن العرقة، رماه في الأكل، فضرب النبي صلى الله عليه وسلم خيمة في المسجد ليعوده من قريب فلما رجع رسول الله صلى الله عليه وسلم من الخندق وضع السلاح واغتسل، فأتاه جبريل عليه السلام وهو ينفذ رأسه من الغبار فقال: قد وضعت السلاح، والله ما وضعت، اخرج إليهم، قال النبي صلى الله عليه وسلم: فأين؟ فأشار إلى بني قريظة، فأتاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فنزلوا على حكمه، فرد الحكم إلى سعد، قال: فإني أحكم فيهم أن يقتل المقاتلة، وأن تسبي النساء والذرية وأن تقسم أموالهم." (49)

والحديث نص في الموضوع إذ حكم النبي صلى الله عليه وسلم سعد بن معاذ رضي الله عنه وهو سيد قومه، ومرضي عندهم ولا ريب في رضاهم به، وقد ورد في بعض الروايات ما يشير إلى أن سعد بن معاذ رضي الله عنه استوثق من رضى قومه، ورضى النبي صلى الله عليه وسلم.

وروى أبو هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اشترى رجل من رجل عقارا له فوجد الرجل الذي اشترى العقار في عقاره جرة فيها ذهب، فقال له الذي اشترى العقار: خذ ذهبك مني إنما اشتريت منك الأرض، ولم أبتع منك الذهب، فقال الذي شري الأرض: إنما بعتك الأرض وما فيها قال: فتحاكما إلى رجل فقال: الذي تحاكما إليه: ألكما ولد؟ فقال أحدهما: لي غلام وقال الآخر: لي جارية، قال: أنكحوا الغلام الجارية، وأنفقوا على أنفسكما منها وتصدقا." (50)

(49) أخرجه البخاري، صحيح البخاري، باب مرجع النبي صلى الله عليه وسلم من الأحزاب، ج 5، الصفحة

(50) أخرجه مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب استحباب إصلاح الحاكم بين الخصمين، رقم الحديث

فالحديث ظاهر في مشروعية التحكيم وفضل الإصلاح، قال النووي: في الحديث فضل الإصلاح بين المتنازعين، وأن القاضي يستحب له الإصلاح بين المتنازعين، كما يستحب لغيره.⁽⁵¹⁾

ثالثاً: مشروعية التحكيم في الإجماع:

وأما الإجماع، فقد كان بين عمر وأبي بن كعب رضي الله عنهما منازعة في نخل، فحكما بينهما زيد بن ثابت رضي الله عنه⁽⁵²⁾.

واختلف عمر مع رجل في أمر فرس اشتراها عمر بشرط السوم، فتحكما إلى شريح⁽⁵³⁾. كما تحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم رضي الله عنهم،⁽⁵⁴⁾ ولم يكن زيد ولا شريح ولا جبير من القضاة.

وقد وقع مثل ذلك لجمع من كبار الصحابة، ولم ينكره أحد فكان إجماعاً.⁽⁵⁵⁾ وبناء على ذلك ذهب الفقهاء إلى جواز التحكيم.⁽⁵⁶⁾

مشروعية التحكيم عند الفقهاء وادلته

إلا أن من الحنفية من امتنع عن الفتوى بذلك، وحيثه: أن السلف إنما يختارون للحكم من كان عالماً صالحاً ديناً، فيحكم بما يعلمه من أحكام الشرع، أو بما أدى إليه اجتهاد المجتهدين. فلو قيل بصحة التحكيم اليوم لتجاسر العوام، ومن كان في حكمهم إلى تحكيم

⁽⁵¹⁾ الإمام النووي، شرح صحيح مسلم للإمام النووي، حققه: خليل مأمون شيخنا، دار المعرفة، بيروت، ط5، 1419-1998، ج 11، ص 245.

⁽⁵²⁾ المسوط 21 / 62 وفتح القدير 5 / 498، والمغني 10 / 190، وكشف القناع 6 / 303.

⁽⁵³⁾ المغني 10 / 190، وطلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية ص 146.

⁽⁵⁴⁾ المغني 10 / 190، وكشف القناع 6 / 303، وأسنى المطالب 4 / 67.

⁽⁵⁵⁾ المسوط 21 / 62، وشرح العناية 5 / 498، ومغني المحتاج 4 / 378، ونهاية المحتاج 8 / 230.

⁽⁵⁶⁾ فتح القدير 5 / 498، وبدائع الصنائع 7 / 3، ومواهب الجليل 6 / 112، وتبصرة الحاكم 1 / 43، والشرح

الكبير 4 / 135، ونهاية المحتاج 8 / 230، والمغني 10 / 190، ومطالب أولي النهى 6 / 471.

أمثالهم، فيحكم الحكم بجهله بغير ما شرع الله تعالى من الأحكام، وهذا مفسدة عظيمة، ولذلك أفتوا بمنعه. (57)

وقال أصبغ من المالكية: لا أحب ذلك، فإن وقع مضى.

ومنهم من لم يجزه ابتداء. (58) ومن الشافعية من قال بعدم الجواز، ومنهم من قال بالجواز إذا لم يكن في البلد قاض، ومنهم من قال بجوازه في المال فقط. (59)

ومهما يكن فإن جواز التحكيم هو ظاهر مذهب الحنفية والأصح عندهم، والأظهر عند جمهور الشافعية، وهو مذهب الحنابلة.

أما المالكية: فظاهر كلامهم نفاذه بعد الوقوع. (60)

وطرفا التحكيم: هما الخصمان اللذان اتفقا على فض النزاع به فيما بينهما، وكل منهما يسمى المحكم بتشديد الكاف المكسورة.

وقد يكون الخصمان اثنين، وقد يكونان أكثر من ذلك. (61)

والشرط في طرفي التحكيم: الأهلية الصحيحة للتعاقد التي قوامها العقل، إذ بدونها لا يصح العقد. (62) ولا يجوز لوكيل التحكيم من غير إذن موكله، وكذلك الصغير المأذون له في التجارة

من غير إذن وليه، ولا يجوز التحكيم من عامل المضاربة إلا بإذن المالك، ولا من الولي والوصي والمهجور عليه بالإفلاس إذا كان ذلك يضر بالقاصر أو بالغرماء. (63)

(57) حاشية ابن عابدين 5 / 430.

(58) التاج والإكليل 6 / 112، ومواهب الجليل 6 / 112، وحاشية الدسوقي 4 / 135.

(59) روضة الطالبين 11 / 121، ونهاية المحتاج 8 / 230 - 231، ومغني المحتاج 4 / 379.

(60) حاشية ابن عابدين 5 / 430، والعقود الدرية 1 / 319، والروضة 11 / 121، وكشف القناع 6 / 308، ومواهب الجليل 6 / 112، وحاشية الدسوقي 4 / 135.

(61) حاشية ابن عابدين 5 / 428، وفتح الوهاب 2 / 208.

(62) البحر الرائق 7 / 24، وتنوير الأبصار 5 / 428.

(63) ابن عابدين 5 / 430، والفتاوى الهندية 3 / 271، ومغني المحتاج 4 / 379، ونهاية المحتاج 8 / 230.

2.4: شروط التحكيم، والمحكم، وبيان محل التحكيم في الفقه الإسلامي.

أولاً: شروط التحكيم:

يشترط في التحكيم ما يأتي:

(1) قيام نزاع، وخصومة حول حق من الحقوق.⁽⁶⁴⁾

وهذا الشرط يستدعي حكماً قيام طرفين متشاكسين، كل يدعي حقاً له قبل الآخر.

(2) تراضي طرفي الخصومة على قبول حكمه، أما المعين من قبل القاضي فلا يشترط رضاهما به، لأنه نائب عن القاضي.

ولا يشترط عند الحنفية تقدم رضى الخصمين عن التحكيم، بل لو رضيا بحكمه بعد صدوره جاز.

وعند الشافعية: لا بد من تقدم التراضي.⁽⁶⁵⁾

(3) اتفاق المتخاصمين والمحكم على قبول مهمة التحكيم... ومجمل هذين الاتفاقين يشكل ركن التحكيم، الذي هو: لفظه الدال عليه مع قبول الآخر.

وهذا الركن قد يظهر صراحة، كما لو قال الخصمان: حكمناك بيننا. أو قال لهما: أحكم بينكما، فقبلاً.

وقد يظهر دلالة فلو اصطاح الخصمان على رجل بينهما، ولم يعلماه بذلك، ولكنهما اختصما إليه، فحكم بينهما جاز.

وإن لم يقبل الحكم، لم يجز حكمه إلا بتجديد التحكيم.⁽⁶⁶⁾

وللخصمين أن يقيدا التحكيم بشرط... فلو حكماه على أن يحكم بينهما في يومه، أو في مجلسه وجب ذلك، ولو حكماه على أن يستفتي فلانا، ثم يقضي بينهما بما قال جاز.

⁽⁶⁴⁾ مجلة الأحكام العدلية م 1876 وحاشية الدرر 2 / 336.

⁽⁶⁵⁾ مجلة الأحكام العدلية م 1876 وحاشية الدرر 2 / 336.

⁽⁶⁶⁾ حاشية الطحطاوي 3 / 207، وحاشية ابن عابدين 5 / 428.

ولو حكما رجلين، فحكم أحدهما، لم يجز، ولا بد من اتفاقهما على المحكوم به، فلو اختلفا لم يجز. (67)

وكذلك لو اتفقا على تحكيم رجل معين.

فليس له أن يفوض غيره بالتحكيم، لأن الخصمين لم يرضيا بتحكيم غيره.

ولو فوض، وحكم الثاني بغير رضاها، فأجاز الأول حكمه، لم يجز لأن الإذن منه في الابتداء لا يصح، فكذا في الانتهاء، ولا بد من إجازة الخصمين بعد الحكم. وقيل: ينبغي أن يجوز، كالوكيل الأول إذا أجاز بيع الوكيل الثاني.

إلا أن تعليق التحكيم على شرط، كما لو قال لعبد: إذا أعتقت فاحكم بيننا، وإضافته إلى وقت، كما لو قال لرجل: جعلناك حكما غدا، أو قال: رأس الشهر... كل ذلك لا يجوز في قول أبي يوسف خلافا لمحمد. والفتوى على القول الأول. (68)

4) وليس للخصمين أن يتفقا على محكم ليس أهلا للتحكيم.

ولو حكم غير المسلم بين مسلمين، فأجازا حكمه، لم يجز، كما لو حكماه في الابتداء. (69)

5) ولا يحتاج الاتفاق على التحكيم لشهود تشهد على الخصمين بأنهما قد حكما الحكم.

إلا أنه ينبغي الإشهاد خوف الجحود. ولهذا ثمرة عملية: إذ لو أن الخصمين حكما الحكم، فحكم بينهما، فأنكر المحكوم عليه منهما أنه حكمه، لم يقبل قول الحكم أن الجاحد حكمه إلا بيينة. (70)

(67) البحر الرائق 7 / 26، والهداية وشروحها 5 / 502، والفتاوى الهندية 3 / 568، وحاشية ابن عابدين 5 /

431، وحاشية الطحطاوي 3 / 308، ومغني المحتاج 4 / 379، وفتح الوهاب 2 / 208.

(68) البحر الرائق 7 / 24، 29، وفتح القدير 5 / 502، والفتاوى الهندية 3 / 217، 570، وجامع الرموز 2 /

231، وحاشية الطحطاوي 3 / 203، 208، وحاشية ابن عابدين 5 / 431.

(69) الفتاوى الهندية 3 / 268، وفتح القدير 5 / 502، والبحر الرائق 7 / 24، وحاشية ابن عابدين 5 / 428.

(70) المبسوط 21 / 63، والدسوقي 3 / 135، ومطالب أولي النهى 6 / 472، وكشف القناع 6 / 303.

6) ويجب أن يستمر الاتفاق على التحكيم حتى صدور الحكم، إذ إن رجوع أحد الخصمين عن التحكيم قبل صدور الحكم يلغي التحكيم، كما سنرى.

فلو قال الحكم لأحدهما: أقررت عندي، أو قامت عندي بينة عليك بكذا، وقد ألزمتك، وحكمت بهذا، فأنكر المقضي عليه الإقرار أو البينة لم يلتفت لقوله، ومضى القضاء. لأن ولاية المحكم قائمة. وهو في هذه الحالة كالقاضي.

أما إن قال ذلك بعد أن عزله الخصم، فإن قوله وحكمه لا يعتد به، كالحكم الذي يصدره القاضي بعد عزله. (71)

7) الإشهاد على الحكم، وليس هذا شرطاً لصحة التحكيم، وإنما هو شرط لقبول قول الحكم عند الإنكار، ولا بد من الإشهاد في مجلس الحكم. (72)

ثانياً: شروط المحكم:

1) أن يكون معلوماً، فلو حكم الخصمان أول من دخل المسجد مثلاً لم يجز بالإجماع، لما فيه من الجهالة (73)، إلا إذا رضوا به بعد العلم، فيكون حينئذ تحكيماً لمعلوم.

2) أن يكون أهلاً لولاية القضاء، وعلى ذلك اتفاق المذاهب الأربعة، على خلاف فيما بينها في تحديد عناصر تلك الأهلية. (74)

والمراد بأهلية القضاء هنا: الأهلية المطلقة للقضاء، لا في خصوص الواقعة موضوع النزاع. وفي قول للشافعية: إن هذا الشرط يمكن الاستغناء عنه عندما لا يوجد الأهل لذلك.

(71) فتح القدير 5 / 501، 502، والفتاوى الهندية 3 / 269، وجامع الرموز 2 / 232، والمبسوط 21 / 63،

والكفاية 3 / 167.

(72) شرح العناية 5 / 502.

(73) البحر الرائق 7 / 26، والفتاوى الهندية 3 / 269.

(74) البحر الرائق 7 / 24، وبدائع الصنائع 7 / 3، ومواهب الجليل 6 / 112، وتبصرة الحكام 1 / 43، ومغني

المحتاج 4 / 378، والكافي 3 / 436، والمغني 10 / 190.

ومنهم من قال بعدم اشتراطه مطلقا، ومنهم من قيد جواز التحكيم بعدم وجود قاض، وقيل:
يتقيد بالمال دون القصاص والنكاح، أي إثبات عقد النكاح.
وفي قول للحنابلة: إن المحكم لا تشتط فيه كل صفات القاضي.
وثمة أحكام تفصيلية لهذا الشرط يرجع إليها في مبحث (دعوى) (وقضاء).
وذهب الحنفية إلى أن أهلية القضاء يجب أن تكون متحققة في المحكم من وقت التحكيم إلى
وقت الحكم⁽⁷⁵⁾. ومن ذلك: أنه يشترط في المحكم: الإسلام، إن كان حكما بين مسلمين،
وكان أحدهما مسلما، أما إذا كانا غير مسلمين فلا يشترط إسلام المحكم، وعلة ذلك أن غير
المسلم أهل للشهادة بين غير المسلمين، فيكون تراضي الخصمين عليه كتولية السلطان إياه.
ومعلوم أن ولاية غير المسلم المحكم بين غير المسلمين صحيحة، وكذلك التحكيم.
ولو كانا غير مسلمين، وحكما غير مسلم جاز، فإن أسلم أحد الخصمين قبل الحكم لم ينفذ
حكم المحكم على المسلم، وينفذ له.
وقيل: لا ينفذ له أيضا.

أما المرتد فتحكيمه عند أبي حنيفة رضي الله عنه موقوف، فإن عاد إلى الإسلام صح، وإلا
بطل. وعند أبي يوسف ومحمد جائز في كل حال.
وعلى ذلك فلو حكم مسلم ومرتد رجلا، فحكم بينهما، ثم قتل المرتد، أو لحق بدار الحرب،
لم يجز حكمه عليهما.⁽⁷⁶⁾

ورتبوا على ذلك آثارا تظهر في بعض الصور التفريعية، من ذلك أن الخصمين لو حكما صبيا
فبلغ، أو غير مسلم فأسلم، ثم حكم، لم ينفذ حكمه.

⁽⁷⁵⁾ مغني المحتاج 4 / 378 - 379، ونهاية المحتاج 8 / 230، وفتح الوهاب 2 / 208، وحاشية الباجوري 2 /

396، وكشف القناع 6 / 306، والبحر الرائق 7 / 24، وفتح القدير 5 /

⁽⁷⁶⁾ حاشية ابن عابدين 5 / 438، والبحر الرائق 7 / 24، والفتاوى الهندية 3 / 268 - 269، وفتح القدير 5 /

ولو حكما مسلما، ثم ارتد لم ينفذ حكمه أيضا، وكان في رده عزله. فإذا عاد إلى الإسلام فلا بد من تحكيم جديد.

ولو عمي المحكم، ثم ذهب العمي، وحكم لم يجز حكمه.

أما إن سافر أو مرض أو أغمي عليه، ثم قدم من سفره أو برئ وحكم جاز؛ لأن ذلك لا يقدر بأهلية القضاء⁽⁷⁷⁾.

ولو أن حكما غير مسلم، حكمه غير المسلمين، ثم أسلم قبل الحكم، فهو على حكومته؛ لأن تحكيم غير المسلمين للمسلم جائز ونافذ.

ولو أن أحد الخصمين وكل الحكم بالخصومة فقبل، خرج عن الحكومة على قول أبي يوسف، ولم يخرج عنها على قول الإمام ومحمد.

وقد قال بعض العلماء: إنه يخرج عنها في قول الكل⁽⁷⁸⁾.

(3) أن لا يكون بين المحكم وأحد الخصمين قرابة تمنع من الشهادة. وإذا اشترى المحكم الشيء الذي اختصما إليه فيه، أو اشتراه ابنه أو أحد ممن لا تجوز شهادته له، فقد خرج من الحكومة.

وإن حكم الخصم خصمه، فحكم لنفسه، أو عليها جاز تحكيمه ابتداء، ومضى حكمه إن لم يكن جورا بينا، وهو مذهب الحنفية والحنابلة⁽⁷⁹⁾.

أما المالكية فلهم في ذلك ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه يجوز مطلقا، سواء أكان الخصم المحكم قاضيا أم غيره⁽⁸⁰⁾.

الثاني: أنه لا يجوز مطلقا للتهمة.

⁽⁷⁷⁾ المرجع السابق، 503/5.

⁽⁷⁸⁾ البحر الرائق 7 / 24 - 25، وابن عابدين 5 / 431، وفتح القدير 5 / 99، والفتاوى الهندية 3 / 268، 269.

⁽⁷⁹⁾ المرجع السابق، 504/5.

⁽⁸⁰⁾ حاشية ابن عابدين، 438/5، وفتح القدير، 502/5.

الثالث: التفرقة بين أن يكون المحكم قاضيا أو غيره، فإن كان الخصم المحكم قاضيا لم يجز، وإن لم يكن قاضيا جاز.

والقول الأول هو المعتمد، وبه أخذ الحنابلة. (81)

ثالثاً: محل التحكيم:

اختلف الفقهاء فيما يصلح أن يكون محلا للتحكيم:

الحنفية

عند الحنفية لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقا لله تعالى باتفاق الروايات. وحثتهم: أن استيفاء عقوبتها مما يستقل به ولي الأمر، وأن حكم المحكم ليس بحجة في حق غير الخصوم، فكان فيه شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات. وما اختاره السرخسي من جواز التحكيم في حد القذف ضعيف. لأن الغالب فيه حق الله تعالى، فالأصح في المذهب عدم جواز التحكيم في الحدود كلها. (82) - أما القصاص، فقد روي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز التحكيم فيه. واختاره الخصاص، وهو الصحيح من المذهب، لأن التحكيم بمنزلة الصلح. والإنسان لا يملك دمه حتى يجعله موضعا للصلح. وما روي من جوازه في القصاص قياسا على غيره من الحقوق فضيف رواية ودراية؛ لأن القصاص ليس حقا محضا للإنسان - وإن كان الغالب فيه حقه - وله شبه بالحدود في بعض المسائل (83).

(81) البحر الرائق 7 / 28، وفتح القدير 5 / 502، والفتاوى الهندية 4 / 379، ومغني المحتاج 4 / 379، والتاج والإكليل لمختصر خليل بهامش مواهب الجليل 6 / 112، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 135، ومطالب أولي النهى 6 / 472، وكشف القناع 6 / 303.

(82) البحر الرائق 7 / 26، وبدائع الصنائع 7 / 3.

(83) البحر الرائق 7 / 26، وبدائع الصنائع 7 / 3، والفتاوى الهندية 3 / 268.

- ولا يصح التحكيم فيما يجب من الدية على العاقلة، لأنه لا ولاية للحكمين على العاقلة، ولا يمكنهما الحكم على القاتل وحده بالدية، لمخالفته حكم الشرع الذي لم يوجب دية على القاتل وحده دون العاقلة، إلا في مواضع محددة - كما لو أقر بالقتل خطأ.⁽⁸⁴⁾

أما في تلك المواضع المحددة، فإن التحكيم جائز ونافذ.⁽⁸⁵⁾

18 - وليس للحكم أن يحكم في اللعان وإن توقف فيه ابن نجيم. وعلة ذلك أن اللعان يقوم مقام الحد.⁽⁸⁶⁾

وأما فيما عدا ما ذكر آنفا، فإن التحكيم جائز ونافذ.⁽⁸⁷⁾ وليس للمحكم الحبس، إلا ما نقل عن صدر الشريعة من جوازه.⁽⁸⁸⁾

19 - وأما الملكية، فإن التحكيم عندهم جائز إلا في ثلاثة عشر موضعاً هي: الرشد، وضده، والوصية، والحبس (الوقف)، وأمر الغائب، والنسب، والولاء، والحد، والقصاص، ومال اليتيم، والطلاق، والعتق، واللعان؛ لأن هذه مما يختص بها القضاء.⁽⁸⁹⁾

مجال التحكيم (ما يجري فيه التحكيم شرعاً):⁽⁹⁰⁾

- يجوز التحكيم في كل ما يصلح لكل واحد من الطرفين ترك حقه فيه.

- لا يجوز التحكيم فيما يأتي:

1) كل ما هو حق لله تعالى، مثل الحدود.

⁽⁸⁴⁾ البحر الرائق 7 / 26، وبدائع الصنائع 7 / 3.

⁽⁸⁵⁾ البحر الرائق 7 / 26.

⁽⁸⁶⁾ حاشية الدرر 2 / 336، وحاشية الطحطاوي 3 / 208.

⁽⁸⁷⁾ الدر المختار 5 / 430، والفتاوى الهندية 3 / 268.

⁽⁸⁸⁾ البحر الرائق 6 / 308، 7 / 28، والدر المختار 5 / 432، وصدر الشريعة 2 / 70.

⁽⁸⁹⁾ حاشية الدسوقي 4 / 136، وتبصرة الحكام 1 / 43 - 44.

⁽⁹⁰⁾ هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، المعايير الشرعية رقم 32، التحكيم، ص

805، مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر، نوفمبر 2017.

2) ما يستلزم الحكم فيه إثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المحكّمين.
إذا قضى المحكم فيما لا يجوز فيه التحكيم فحكمه باطل ولا ينفذ.

صفات المحكم وتعيينه: (91)

- يشترط في المحكم أن تتوافر فيه أهلية الأداء الكاملة.
 - الأصل أن يكون المحكم مسلماً، وإذا دعت الحاجة المتعينة إلى اختيار محكم غير مسلم فيجوز ذلك للتوصل لما هو جائز شرعاً. مع مراعاة البند.
 - يجوز تحكيم واحد أو أكثر، وللأولى أن يكون العدد فردياً، كذلك فيعين أطراف النزاع أو المحكّمون أحد المحكّمين رئيساً لهيئة التحكيم، ويكون رأيه مرجحاً عند تساوي الآراء.
 - يجوز تعيين محكم واحد عن كل طرف من أطراف النزاع، كما يجوز للمحكّمين المعيّنين عن الطرفين أن يعينا محكماً فيصلاً إذا أذن لهما طرفا النزاع بذلك.
- وفي نهاية الفصل يتضح لي أن التحكيم هو من أقدم الوسائل التي لجأ إليها الإنسان لحسم المنازعات التي تنشأ بينهم حيث كان العرب يلتجئون إلى التحكيم عند المنازعات فقد اجتمعت قريش وقررت هدم الكعبة وإعادة بناءها لأن السيول أصابتها، ويقول المؤرخون إن قريشاً وزعت الهدم والبناء على القبائل، فكان لكل قبيلة جهة معينة من الكعبة مسؤولة عن هدمها ثم إعادة بنائها، وكان الوليد بن المغيرة هو أول من بادر إلى هدمها بعد أن تهيّب غيره من هذا الأمر ومع ظهور الإسلام على يد نبينا محمد صلى الله عليه وسلم أصبح للعرب قضاء منظم يلجئون إليه لفض ما يثار بينهم من خصومات، إلا أن ذلك لم يمنعهم من الالتجاء إلى التحكيم كوسيلة بجانب القضاء للفصل فيما شجر بينهم.

(91) المرجع السابق ، ص 805.

الفصل الثالث: التحكيم أنواعه، مميزاته، عيوبه، والأنظمة المشابهة له.

تمهيد

نعرض في هذا المبحث أنواع التحكيم، ومعرفة مزايا التحكيم، ومن الناحية الأخرى معرفة عيوبه، وبيان كيف بالإمكان أن يصل المحكم إلى مرحلة الخبرة في التحكيم، وبيان التميز والاختلاف بين الأنظمة المشابهة له، وترتيباً على ما تقدم، سوف تنقسم المبحث على النحو التالي:

3.1: أنواع التحكيم العامة والخاصة.

3.2: مزايا التحكيم.

3.3: عيوب التحكيم.

3.4: تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له.

3.1: أنواع التحكيم العامة والخاصة.

يمكن تختلف صور التحكيم وأنواعه بحسب الزاوية التي ينظر منها إليه ما بين تحكيم إجباري يفرض على الأطراف فيلجأون إليه، وتحكيم اختياري يسير الأطراف في اتجاهه بمحض إرادتهم، وهناك نوعان آخران من التحكيم برز أحدهما وازدهر في السنوات الأخيرة، وهو التحكيم المؤسسي الذي ساهم في نشر التحكيم وازدهار المعرفة به وأصبح ذو دور هام في الآونة الأخيرة في مقابل ما يسمى بالتحكيم الحر، وهناك أيضا ما يسمى بالتحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح والذي تختلف فيه قدرة المحكم على إعمال القانون، أو تطبيق قواعد العدالة والإنصاف، وقد يختلف الأسلوب الذي يلجأ به الأفراد إلى التحكيم، فقد يأخذ شكل شرط تحكيم، أو مشاركة تحكيم وكلاهما يوضح إرادة الأطراف في اللجوء للتحكيم.⁽⁹²⁾

أولاً: أنواع التحكيم العامة:

ويمكن تقسيم التحكيم إلى عدة أنواع: ⁽⁹³⁾

النوع الأول: التحكيم الاختياري، والتحكيم الإجباري، يتسم التحكيم في الأصل بالطابع الاختياري أي يتم بإدارة أطراف النزاع الحرة، وهناك التحكيم الإجباري الذي ينص المشرع على وجوب اللجوء إليه كطريق لحل النزاع بالنسبة لبعض المسائل ذات الطبيعة الخاصة، مثل منازعات العمل والضرائب والجمارك والتحكيم الخاص بالتعامل في الأوراق المالية وهو تحكيم داخلي يتم طبقاً للتنظيم التشريعي.

⁽⁹²⁾ الشمران ، ناصر محمد. المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي. ص 33. مركز الدراسات العربية

للنشر والتوزيع، 2015.

⁽⁹³⁾ محمد شعبان سيد ، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية، ص 80 ، دار المناهج للنشر والتوزيع ،

2014.

النوع الثاني: المؤسسي والتحكيم التعاقدي أو الحالات الخاصة: التحكيم المؤسسي يطلق عليه أيضاً التحكيم النظامي أو اللاتحي الذي يتم من خلال هيئات أو لجان أو مراكز منظمة ودائمة تفصل في المنازعات المعروضة عليها وفقاً للإجراءات واللوائح الخاصة بها أو التي نص عليها القانون.

وهذا التحكيم المؤسسي قد يكون داخلياً وهو التحكيم الإلزامي الذي ينظمه المشروع الوطني في مسائل معينة، وقد يكون دولياً مثل التحكيم أمام غرفة التجارة الدولية بباريس أو المركز الدولي لحل المنازعات الناشئة عن الاستثمار.

أما تحكيم الحالات الخاصة فهو تعاقدي حر، يختار الأطراف في المحكمين والإجراءات والقانون الواجب التطبيق، ينشأ خصيصاً بمناسبة النزاع المعروض.

النوع الثالث: وفقاً للقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح: الأصل هو أن يتولى المحكمون الفصل في النزاع طبقاً لقانون الإرادة، أي تطبيق القانون الذي اتفق عليه الأطراف صراحة سلطة الفصل في النزاع، وفقاً لمبادئ العدالة، دون التقيد بقواعد القانون، هنا يتمتع المحكم بحرية كاملة في استخلاص الحلول من العدالة أو المبادئ العامة للقانون أو العادات والأعراف الدولية.

النوع الرابع: التحكيم التجاري الدولي: يكون التحكيم وطنياً إذا كان يجري على أرض الوطن مع احترام الاتفاقيات الدولية، أو يجري في الخارج ويتفق الأطراف على تطبيق القانون الوطني. ويكون التحكيم تجارياً إذا نشأ حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، سواء كانت هذه العلاقة عقدية أو غير عقدية، فمعيار التجارية هنا أوسع نطاقاً من المفهوم التقليدي، فهي تتسع كافة المعاملات والأنشطة المتعلقة بتداول السلع، والخدمات والوكالات، طالما انتفى عنها التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات التأمين، والنقل،

وعمليات التنقيب، واستخراج الثروات الطبيعية، وتوريد الطاقة، ومد أنابيب الغاز، والنفط، وشق الطرق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية وغيرها.

ثانياً: أنواع التحكيم الخاصة:

احتكام غير المسلم إلى محاكم إسلامية - احتكام المسلم إلى محاكم غير إسلامية - التحكيم في قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين في غير البلاد الإسلامية.

1- احتكام غير المسلم إلى محاكم إسلامية:

يقتضي بحث هذا الموضوع التطرق إلى أمرين، الأول: هل تمتد ولاية القاضي المسلم لتشمل قضايا غير المسلمين؟ والآخر: إذا امتدت ولاية القاضي المسلم لهذه القضايا، فبأي شرع يحكم؟

أولاً: ولاية القاضي المسلم على غير المسلمين:

تحكم ولاية القاضي المسلم على غير المسلمين قاعدتان جوهريتان: إحداهما عامة، تتمثل في قول الفقهاء: (لهم ما لنا وعليهم ما علينا)، والأخرى خاصة، تتمثل في قولهم: (أمرنا بتركهم وما يدينون).

ومقتضى القاعدة الأولى: أن يلتزم غير المسلم بأحكام وقوانين وتقاليد البلد الذي يوجد فيه، وبالتالي يخضع لقضاء هذا البلد: جنائياً كان أم مدنياً، مثله في ذلك مثل المسلم سواء بسواء⁽⁹⁴⁾. وعلى هذا جرى العمل في صدر الإسلام، ففي كتاب عمرو بن العاص إلى الخليفة عمر: (وبالله الذي لا يحلف بأعظم منه، إني لأقيم الحدود في صحن داري، على المسلم والذمي)⁽⁹⁵⁾. وجاء في كتب التاريخ: (وفي عام 120هـ، ولي قضاء مصر: خير بن نعيم، فكان يقضي

⁽⁹⁴⁾ الكاساني، بدائع الصنائع: 7 / 134؛ الخطاب، مواهب الجليل: 3 / 355؛ الشيرازي، المهذب: 2 / 358؛

ابن قدامة، المغني: 10 / 4390.

⁽⁹⁵⁾ محمد عطية خميس، الشريعة الإسلامية والأجانب في دار الإسلام، القاهرة: 1978، ص 14 نقلاً عن: الرياض

النضرة في مناقب العشرة، للإمام الطبري.

في المسجد بين المسلمين، ثم يجلس على باب المسجد بعد العصر، فيقضي بين النصارى، ثم خصص القضاة للنصارى يوماً يحضرون فيه إلى منازل القضاة ليحكموا بينهم حتى جاء القاضي محمد بن مسروق الذي ولي قضاء مصر عام 177 هـ فكان أول من أدخل النصارى في المسجد ليحكم بينهم⁽⁹⁶⁾.

ومقتضى القاعدة الثانية: ألا يكلف غير المسلمين بما له صبغة تعبدية أو دينية في نظر الإسلام، مثل الجهاد والزكاة، وليس للحاكم المسلم أن يمنعهم مما أحله لهم دينهم - وقد حرمه الإسلام - مثل شرب الخمر وأكل الخنزير، ولا يتدخل القاضي المسلم فيما يعتقدون حله من أمور الزواج والطلاق والميراث والوصية وغير ذلك من الأحوال الشخصية. وفي ذلك: أرسل عمر بن عبد العزيز إلى الحسن البصري يسأله: لماذا نترك النصارى يأكلون الخنزير ويشربون الخمر، ونترك المجوس يتزوجون بناتهم؟ فرد عليه الحسن: على هذا دفعوا الجزية، وعلى هذا أقرهم السلف، وإنما أنت متبع لا مبتدع⁽⁹⁷⁾.

وفي هذه الأحوال الشخصية، كان الذميون يلجئون إلى رؤسائهم الروحيين، يحتكمون إليهم فيما شجر بينهم، فكان هؤلاء الرؤساء يقومون بدور القضاة، وقد ألفوا كثيراً من كتب القانون تتضمن الأحكام التي تتناسب ومعتقداتهم في مسائل الزواج والميراث وفي بعض المنازعات التي تخص المسيحيين وحدهم ولا تمس الدولة أو النظام العام، وفي الأندلس: كان النصارى يفصلون في خصوماتهم بأنفسهم، ولا يلجئون للقاضي المسلم إلا في مسائل القتل⁽⁹⁸⁾.

ويبدو أن هذه الأحكام الكنسية لم يكن لها قوة الإلزام إلا من الناحية الدينية، نلاحظ ذلك في تحليل عبارات الفقهاء: (ولا يجوز أن يقلد الكافر القضاء على المسلمين ولا على الكفار،

⁽⁹⁶⁾ الكندي، كتاب الولاية والقضاء، ص 351، 390؛ ابن حجر، رفع الإصر عن تاريخ قضاة مصر: 1/ 132

⁽⁹⁷⁾ محمد عطية خميس، الشريعة الإسلامية والأجانب في دار الإسلام، القاهرة: 1978، ص 52.

⁽⁹⁸⁾ يوسف القرضاوي، غير المسلمين في المجتمع الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة، ص 40 - 42 مع هـ، نقلاً عن:

آدم متر، الحضارة الإسلامية في القرن الرابع الهجري.

وقال أبو حنيفة: يجوز تقليده القضاء بين أهل دينه. هذا وإن كان عرف الولاية بتقليده جارياً، فهو تقليد زعامة ورياسة، وليس بتقليد حكم وقضاء، وإنما يلزمهم حكمه لالتزامهم له، لا للزومه لهم. ولا يقبل الإمام قوله فيما حكم به بينهم، وإذا امتنعوا من تحاكمهم إليه لم يجبروا عليه، وكان حكم الإسلام عليهم أنفذ⁽⁹⁹⁾.

ولنا أن نفهم من قوله: (وإنما يلزمهم حكمه لالتزامهم له، لا للزومه لهم) أن هذا يكون نوعاً من التحكيم، فيخضع للأحكام التي سبق إيرادها في المبحث الثالث. يبقى بعد ذلك أن نعرض لحكم ما إذا ترفع غير المسلمين إلى محاكم إسلامية في الأمور التي يختصون بها. وقد ميز الفقهاء في هذه المسألة بين الذميين (رعايا الدولة الإسلامية)، وبين المعاهدين (الأجانب الذين سمح لهم بالدخول مدة محددة).

3.2: مزايا التحكيم:

للتحكيم مزايا عديدة منها ما يلي:

- 1) يتميز التحكيم بمرونة عالية، فهو يسمح للمتنازعين بتشكيله على النحو المناسب لهم ويمكن الأطراف من اختيار المحكمين الذين يتولوا عملية التحكيم بأنفسهم، كما أن المحكم لديه قدر كبير من المرونة ومساحة معقولة من الحرية في الوصول للحكم العادل.
- 2) التحكيم يتيح للأطراف اختيار القانون أو القواعد القانونية التي تحكم النزاع بعيداً عن مشكلات تنازع القوانين وهو أيضاً يعطي الحرية للأطراف اختيار القواعد التي سيتبعها المحكم للوصول لتسوية حل النزاع إما بطريقة مباشرة أو غير مباشرة وذلك باللجوء لهيئة التحكيم أو الإحالة لقانون أو قواعد إجرائية لمجتمع محدد.⁽¹⁰⁰⁾

⁽⁹⁹⁾ الموردي، الأحكام السلطانية: 65 / 66

⁽¹⁰⁰⁾ سيد، محمد شعبان إمام. التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية. ص 51، دار المناهج للنشر

(3) يتميز التحكيم بالسرعة في حل المنازعات فلا يخفي أن أشد العيوب التي عانى منها القضاء هو البطء الناتج عن تراكم القضايا المعروضة على القاضي فأصبح من غير الميسور على القضاء أن يفصل في المنازعات بين الأفراد في وقت قصير بعد أن تعقدت شؤون الحياة وكثرت مشاكلها وأصبح لا يفصل في الدعاوى القضائية إلا بعد مدد تصل إلى عدة سنوات مما يؤدي إلى بقاء الفصل في النزاع عن طريق اللجوء إلى القضاء الذي لا يفصل فيه إلا إذا جاء دوره وبعد أن ينال من التأجيلات مالا يتفق مع مصلحة الأطراف.

وهذا بدوره أيضاً يخفف العبء عن المحاكم، فكثرة القضايا كما ذكرنا في الوقت الحالي يؤدي إلى صعوبة في النظر في كل القضايا والفصل فيها، فإذا ما تم طرح بعض القضايا على المحكمين فإن ذلك يؤدي إلى التقليل من عدد القضايا المنظورة أمام المحاكم وهذا بدوره يؤدي إلى سرعة الفصل في القضايا. (101)

(4) التحكيم هو أنسب الطرق لحل المنازعات التي تثيرها العلاقات ذات الطابع الدولي فوجود العنصر الأجنبي في العلاقة يؤدي إلى احتياج أطرافها إلى جهة محايدة لحل ما تثيره من منازعات ويكون التوصل إلى محكم محايد أو على الأقل ينتمي إلى دولة أخرى غير الدول التي ينتمي إليها الأطراف بمثابة طوق النجاة لهم.

(5) حرية اختيار المحكمين يستطيع الطرفان أن يختارا شخصاً محل ثقتهما ليكون قاضياً بينهما في النزاع، أما في محاكم الدولة، فإن الطرف يلتجئ إلى المحكمة دون أن يعرف مقدماً القاضي الذي سينظر قضيته. (102)

(101) فؤاد علي القهالي، النظام القانوني لتنفيذ أحكام المحكمين الداخلية: دراسة مقارنة، ص 23، دار النشر:

الرياض : مكتبة القانون والاقتصاد، 2013.

(102) أمال الفزاري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، ص 8، دار الناشر: منشأة المعارف، 2000.

6) يتميز التحكيم بالمحافظة على العلاقة بين الخصوم وبالتالي على أسرارها لأن الأطراف يرتضون مقدماً وعن طيب خاطر ما تنتهي إليه هيئة التحكيم بأن النزاع موضوع

التحكيم، وهو ما يساعد على متابعة العلاقات وكفالة دوام نموها.⁽¹⁰³⁾

7) السرية تجنب علانية القضاء، فإذا كان القانون يوجب أن تتم إجراءات القضاء علناً،

ويتطلب كذلك تلاوة الحكم علناً ويجيز نشره، فإن التحكيم يجري دون علانية، وهذا

يؤدي إلى المحافظة على أسرار الخصوم، فلو طبق مبدأ العلانية بالنسبة للتحكيم فهذا

يعني وضع حد للعلاقات خاصة في مجال التجارة الدولية.⁽¹⁰⁴⁾

3.3: عيوب التحكيم:

كما للتحكيم مزايا فإن له عيوباً منها ما يلي:

1) في نظام التحكيم، يتحمل الأطراف مصاريف التحكيم معاً وكذلك أتعاب المحكمين، بينما

في التقاضي لا يدفع الأطراف الخصومة أتعاباً للقاضي، حيث يحكم القاضي بالمصاريف

على من خسر الدعوى بعد انتهاء الخصومة بحكم نهائي.⁽¹⁰⁵⁾

2) ارتفاع كلفة التحكيم حيث تتجاوز بصورة كبيرة كلفة التقاضي أمام القضاء العام في الدولة،

وخصوصاً حينما يتعلق النزاع بالتجارة الدولية، وما تتطلبه من أتعاب للمحكمين والمحامين

والمستشارين القانونيين، كذلك من ضمن مساوئ نظام التحكيم هو أن المحكمين أحياناً

⁽¹⁰³⁾ عاشور مبروك: النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، دراسة تحليلية وفقاً لأحداث التشريعات والنظم المعاصرة، ص

14، الطبعة 2، دار الجلاء للنشر والتوزيع، بالمنصورة، 1998.

⁽¹⁰⁴⁾ محي الدين إسماعيل، منصة التحكيم التجاري الدولي، التحكيم متعدد الأطراف، ص 4، ج 2، دار النسر

الذهبي، 1998.

⁽¹⁰⁵⁾ فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علماً وعملاً، ص 16، دار النهضة العربية للنشر

والتوزيع، الطبعة الأولى، 2014.

تنقصهم الخبرة أو الكفاءة بينما في القضاء العام في الدولة يتولى الفصل في النزاع قاضي مؤهل ولديه خبرة وقدرة على الفصل في النزاع.⁽¹⁰⁶⁾

(3) نقص ثقافة التحكيم وهذا معناه عدم لجوء المتنازعين للتحكيم أو الوسائل البديلة لنقض المنازعات.

(4) في التحكيم إذا تفرع عن النزاع الذي اتفق الأطراف على التحكيم بشأنه نزاعات أخرى مرتبطة به فإنه لا سبيل إلى توسيع نطاق التحكيم دون رضا ذوي الشأن، في حين أن نطاق الخصومة أمام القضاء يمكن أن يتسع من الناحية الموضوعية ومن ناحية الأشخاص دون رضائهم جميعاً.⁽¹⁰⁷⁾

(5) في التحكيم قد يتولى الفصل في النزاع شخص أو أشخاص تنقصهم الخبرة أو الكفاءة في حين أنه أمام قضاء الدولة يتولى الفصل قاض مؤهل ومحترف أكثر قدرة على الفصل فيه.⁽¹⁰⁸⁾ أمور تساعد المحكم على اكتساب الخبرة.

أولاً: التدريب والإعداد القانوني وفقاً لبرامج مكثفة نظرية وتطبيقية في مجال التحكيم، والتي تكسب المحكم التجربة والخبرة في مجال التحكيم الدولي والمحلي، إذ أن المحكم غير المتخصص أو قليل التجربة والممارسة قد يكون أكثر عرضة للتأثر بآراء الآخرين أو بعواطفه ومصالحه الشخصية لهذا فإن التكوين المهني المتميز

⁽¹⁰⁶⁾ عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، ص 25، ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم المدني والتجارة في إطار القانون الوضعي والشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية في قطر، 26، 27، 2001.

⁽¹⁰⁷⁾ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص 16، دار النشر: منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007.

⁽¹⁰⁸⁾ مرجع سابق، ص 17.

للمحكم وفي التخصص الفني والخبرة الكافية ضمانة قوية للمحكم وترجع عدالته وسلامة مسلكه في إدارة الدعوى التحكيمية والفصل فيها.⁽¹⁰⁹⁾

ثانياً: ضرورة إجادة المحكم للغة الأجنبية وبالذات اللغات المعتمدة في المعاملات الدولية كالإنجليزية في الوقت الحالي، خاصة إذا كان المحكم محتاجاً للغة الأجنبية لسماع الشهود والخبراء الناطقين بغير لغته، أو لسماع المرافعات أو للاطلاع على الوثائق المقدمة.⁽¹¹⁰⁾

ثالثاً: اطلاع المحكم الواسع ومعرفته بأنظمة وتشريعات التحكيم المختلفة، إقليمية ودولية، ومتابعة المستجدات والتطورات المستمرة في مجال التحكيم التجاري الدولي⁽¹¹¹⁾ ومع ذلك لا يوجد مانع قانوني في أغلب أنظمة وتشريعات التحكيم ما يمنع المحكم غير المؤهل قانونياً من أن يكون محكماً طالما توافرت لديه الخبرة والدراية في النزاع المعروض أمامه دون أن يظل معتمداً على ما قدمه الدفاع من وقائع أو ما يقرره الخبير أو المترجم وهو بذلك كله يدعم استقلاله في مواجهة الأطراف. و أخيراً لا بد لنا من التأكيد على أهمية الخبرة القانونية للمحكم لأنها تضاعف الثقة في حكمه من خلال قدرته على فهم القانون والعلم بقصد المشرع من النصوص القانونية وفهم المعاني التي تشير إليها هذه النصوص القانونية ولا سبيل لتطبيق القانون دون فهمه ومعرفة أحكامه، وهو ما يقتضي حتماً إلى الاستعانة بمحكم

⁽¹⁰⁹⁾ رينز ميليس، إعداد المحكمين الدوليين، أبحاث في مؤتمر الكويت الدولي للتحكيم التجاري، 1997، ص 100.

وراجع كذلك: د. هدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص 108.

⁽¹¹⁰⁾ إن إجادة المحكم للغة الإنجليزية في الوقت الحالي مهمة جداً وتغنيه عن الاستعانة بالمترجم الذي قد يؤثر في ترجمته على سير الدعوى، واللغة مهمة أيضاً عند إصدار الحكم لأنه قد يشترط الأطراف على المحكم أن يصدر الحكم بلغة غير لغة الخصوم.

⁽¹¹¹⁾ . أحمد محمد حشيش، طبعة المهمة التحكيمية، ص 127 دار النهضة العربية، 2000.

قانوني ليدير التحكيم بالشكل القانوني المطلوب وهو ما يؤدي بنا إلى القول أن التحكيم يكون جيداً بقدر خبرة المحكمين الجيدة.

رابعاً: لا بد لنا من التأكيد على أهمية الخبرة القانونية للمحكم لأنها تضاعف الثقة في حكمه من خلال قدرته على فهم القانون والعلم بقصد المشرع من النصوص القانونية وفهم المعاني التي تشير إليها هذا النصوص القانونية ولا سبيل لتطبيق القانون دون فهمه ومعرفة أحكامه، وهو ما يقتضي حتماً إلى الاستعانة بمحكم قانوني ليدير التحكيم بالشكل القانوني المطلوب وهو ما يؤدي بنا إلى القول أن التحكيم يكون جيداً بقدر خبرة المحكمين الجيدة.⁽¹¹²⁾

3.4

ثامناً: مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي:

قرار مجمع الفقه الإسلامي بعد الإطلاق على جميع البحوث فيما يتعلق بالتحكيم ما يلي.⁽¹¹³⁾

- 1) التحكيم: اتفاق بين طرفي خصومة معينة، على تولية من يفصل في منازعة بينهما، بحكم ملزم، يطبق الشريعة الإسلامية.
- 2) وهو مشروع، سواء أكان بين الأفراد أم في مجال المنازعات الدولية.
- 3) التحكيم: عقد غير لازم لكل من الطرفين المحتكمين والحكم، فيجوز لكل من الطرفين الرجوع فيه مالم يشرع الحكم في التحكيم، ويجوز للحكم أن يعزل نفسه - ولو بعد قبوله

⁽¹¹²⁾ الشرماني، ناصر محمد. المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، ص 179، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2015.

⁽¹¹³⁾ مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبوظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من 1 إلى 6 ذي القعدة 1415هـ، الموافق 1 - 6 أبريل 1995م.

- مادام لم يصدر حكمه، ولا يجوز له أن يستخلف غيره دون إذن الطرفين، لأن الرضا مرتبط بشخصه.

4) لا يجوز التحكيم في كل ما هو حق لله تعالى كالحدود، ولا فيما استلزم الحكم فيه إثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المتحاكمين ممن لا ولاية للحكم عليه، كاللعان، لتعلق حق الولد به، ولا فيما ينفرد القضاء دون غيره بالنظر فيه.

5) إذا قضى الحكم فيما لا يجوز فيه التحكيم، فحكمه باطل ولا ينفذ.

6) يشترط في الحكم بحسب الأصل توافر شروط القضاء.

7) الأصل أن يتم تنفيذ حكم المحكم طواعية، فإن أبي أحد المحتكمين، عرض الأمر على القضاء لتنفيذه، وليس للقضاء نقضه مالم يكن جوراً بيناً أو مخالفاً لحكم الشرع.

8) إذا لم تكن هناك محاكم دولية إسلامية يجوز احتكام الدول أو المؤسسات الإسلامية إلى محاكم دولية غير إسلامية توصلاً لما هو جائز شرعاً.

9) دعوة الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي إلى استكمال الإجراءات اللازمة لإقامة محكمة العدل الإسلامية الدولية، وتمكينها من أداء مهامها المنصوص عليها في نظامها.

الفصل الرابع: القانون الدولي والتحكيم التجاري

تمهيد

استعمل التحكيم دولياً في البداية لحل النزاعات التجارية بين تجار من دول مختلفة، ومن ثم تطور استعماله إلى النزاعات السياسية بين الدول؛ فقد بدأ استعمال التحكيم في الغرب بصورة متزايدة في النزاعات المدنية، وخاصة المنازعات الناشئة بين التجار، إلا أنه لم يظهر في العلاقات الدولية حتى سنة 1794، عندما نصت معاهدة (جاي) على استخدام التحكيم لتسوية المنازعات بين الولايات المتحدة وبريطانيا⁽¹¹⁴⁾.

بناءً على هذا سنتعرف في هذا الفصل على الآتي:

4.1: قانون اليونسكترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، ومبادئه الأساسية للتحكيم.

4.2: التحكيم الإدارية وأهميته في تشجيع الاستثمار.

4.3: الأسباب الواقعية التي دعت إلى اعتناق قضاء التحكيم.

4.4: الدول العربية والتحكيم التجاري مصر نموذجاً.

⁽¹¹⁴⁾ الفتاوي ، المنازعات الدولية : دراسة في قواعد تسوية المنازعات الدولية بالوسائل السلمية واستخدام القوة العسكرية في ضوء أحكام القانون الدولي وتطبيقاتها العلمية في النزاع العراقي الإيراني ، ص 140 .

4.1: قانون اليونسترال⁽¹¹⁵⁾ النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، ومبادئه

الأساسية للتحكيم.

ظهر ما يسمى بالتحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات وهو نظام حديث في أحكامه ومادته ودراسته فرغم أن الدولة أصبحت تتولى مهمة الفصل في النزاعات عن طريق السلطة القضائية التابعة لها، فقد أقرت التحكيم كوسيلة أخرى للفصل في هذه النزاعات وسنت القوانين التي تتضمن القواعد التي تكفل سلامة إجراءاته، حيث يعد التحكيم من مظاهر الفكر القانوني والاقتصادي الحديث على المستوى العالمي، وأداة مبتغاه لتنشيط التجارة الدولية، الأمر الذي خلق اتجاه قويا في مختلف دول العالم يدفعها إلى تعديل قوانينها بصورة تساير هذا الفكر، وهو ما دفع المشرع المصري إلى إصدار قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994.

فالعالم يعيش الآن عصر عولمة الاقتصاد وتبني سياسة السوق المفتوحة، حيث تتجه معظم دول العالم إلى زيادة الاستثمارات الأجنبية على إقليمها، مما يستتبع زيادة

⁽¹¹⁵⁾ قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (1985)، مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006 يهدف هذا القانون النموذجي إلى مساعدة الدول على إصلاح وتحديث قوانينها المتعلقة بإجراءات التحكيم لمراعاة السمات والاحتياجات الخاصة للتحكيم التجاري الدولي. ويتناول القانون جميع مراحل عملية التحكيم، ابتداء من اتفاق التحكيم، وتكوين هيئة التحكيم واختصاصها، ونطاق تدخل المحكمة من خلال الاعتراف بقرار التحكيم وإنفاذه. ويجسد القانون توافقا عالميا في الآراء بشأن الجوانب الرئيسية لممارسات التحكيم الدولي، بعد أن قبلت به دول من جميع المناطق ومن مختلف النظم القانونية أو الاقتصادية في العالم.

وقد اعتمدت الأونسيترال، في 7 تموز/يوليه 2006، تعديلات على المواد 1 (2) و 7 و 35 (2)، كما اعتمدت الفصل الرابع ألف الجديد لكي يحل محل المادة 17، والمادة 2 ألف الجديدة. ويقصد بالصيغة المنقحة للمادة 7 أن تُحدّث الشرط المتعلق بشكل اتفاق التحكيم لكي يوافق ممارسات العقود الدولية على نحو أفضل. ويرسي الفصل الرابع ألف المستحدث نظاما قانونيا أشمل للتعامل مع التدابير المؤقتة التي تتخذ دعما للتحكيم. واعتبارا من عام 2006، أصبحت الصيغة المعيارية للقانون النموذجي هي صيغته المعدلة. ويستنسخ أيضا النص الأصلي لعام 1985 نظرا إلى وجود العديد من التشريعات الوطنية التي سُنّت استنادا إلى هذه الصيغة الأصلية.

العلاقات الاقتصادية الدولية عموماً والتجارية خصوصاً، لتزويد الحاجة تبعاً لذلك إلى التحكيم باعتباره الوسيلة الطبيعية والمثلى لفض ما ينشأ من منازعات، حتى أمكن القول مجازاً أن الأصل في تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الدولية هو التحكيم وأن اللجوء إلى القضاء هو الاستثناء.

وفي الحقيقة أنه مهما توافر في التحكيم من دقة وفاعلية فإن العنصر الشخصي في التحكيم يجعل نجاحه يتوقف على شخص المحكم ودرأيته بجوهر مهنته ومقتضاها، فالمحكم هو المحور الأساسي الذي تدور حوله العملية التحكيمية، وبقدر قدرة المحكم ومهارته تكون سلامة إجراءات التحكيم وصحة الحكم الصادر. فحسن أداء المحكم لمهنته يظل رهيناً بشخصه وما يحمله من مؤهلات وخبرات، فالأطراف لا يقدمون على اختيار التحكيم كأسلوب لحسم النزاع إلا من خلال توقعهم لمعاملة عادلة وأسلوب متخصص في إدارة الخصومة وتوافر مستوى أخلاقي رفيع وتخصص فني دقيق لدى المحكم، وهذا يلقي عبئاً على المحكم ليس يسيراً ويتطلب توفر عدة شروط ومؤهلات شخصية وموضوعية.

أولاً: قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي:

خلال سنة 1976 أقرت لجنة قانون التجارة الدولية قواعد التحكيم التجاري الدولي قواعد اليونسترال، وفي سنة 1985 أقرت اللجنة القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي Model Law، والفرق ما بين هذين النوعين من القواعد القانونية أن الأولى عبارة عن قواعد أعدتها اللجنة لاستخدامها فيما يمكن تسميته بالتحكيم الحر، الذي يقابله ما هو معروف بالتحكيم المؤسسي institutional، بمعنى أن الأطراف الذين يجيلون نزاعهم للتحكيم عن غير طريق مؤسسة تحكيم معينة يمكن أن يستخدموا هذه

القواعد في إجراءات التحكيم، في حين أن إحالته لمؤسسة تحكيم⁽¹¹⁶⁾، مثل غرفة التجارة الدولية أو مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي يعني تطبيق قواعد التحكيم لدى تلك المؤسسة، وفي الحياة العملية، فإن كل مؤسسة تحكيم لها قواعدها الخاصة بها وهي متقاربة في جوهرها، وتبنى أساساً على أساس حرية الإرادة، والخلاف بينها في التفاصيل أكثر من المبادئ الأساسية، وبعض مؤسسات التحكيم الدولية مثل مركز القاهرة طبق قواعد اليونسترال على إجراءات التحكيم، مع النص على بعض القواعد الخاصة في التحكيم بحيث تطبق قواعد اليونسترال حيث لا يوجد نص خاص لدى المؤسسة يعالج المسألة المعروضة. أما القانون النموذجي، فقد أعدته اللجنة، كما يتبين من اسمه، كنموذج يمكن السير على نهجه عند إعداد قوانين التحكيم الوطنية، وهو ليس اتفاقية دولية انضمت أو يمكن أن تنضم لها الدول، ولا تلزم أي دولة بالأخذ به أو تطبيقه في تشريعاتها الداخلية، وإذا قررت دولة ما الأخذ بالقانون النموذجي، فلها أن تأخذ به حرفياً أو مع التعديلات التي تراها مناسبة دون أي مأخذ أو مسؤولية عليها في ذلك.

ثانياً: المبادئ الأساسية للتحكيم لدى اليونسترال:

يمكن أن نستخلص بعض القواعد الأساسية التي يقوم عليها التحكيم في كل من قواعد اليونسترال والقانون النموذجي، ومنها ما يلي:⁽¹¹⁷⁾

⁽¹¹⁶⁾ قواعد الأونسيترال للتحكيم، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، <https://cutt.us/crgO3>، تاريخ الدخول، 2018/08/23.

⁽¹¹⁷⁾ عمران، فارس محمد. موسوعة الفارس في قوانين ونظم التحكيم بالدول العربية والخليجية والقانون النموذجي للتحكيم واتفاقية التحكيم بباريس، ج 3، ص 10، اتفاقية نيويورك، اتفاقية الرياض، أنظمة مراكز تحكيم، قرارات تنفيذية، مذكرات إيضاحية، أبحاث علمية، وتطبيقات عملية دولية في شأن. المركز القومي للإصدارات القانونية،

1) حرية الإرادة في التحكيم: وبشكل عام يمكن القول أن إرادة أطراف النزاع هي الأساس في التحكيم التجاري، وأن أكثر أو غالبية قواعد التحكيم تطبق حيث لا يتفق الأطراف على خلافها، ومن الأمثلة على ذلك في كل من قواعد اليونسترال والقانون النموذجي ما يلي:

- لأطراف النزاع الاتفاق على عدد المحكمين الذين سينظرون نزاعهم (م. 5. اليونسترال، م. نموذجي).

- إذا أحيل النزاع لحكم فرد، فللأطراف الاتفاق على تسميته، وإذا أحيل على ثلاثة محكمين فلكل طرف أن يعين محكما من جانبه (المادتان 6 و 7 اليونسترال، م. 11 نموذجي).

- للأطراف حرية اختيار القواعد الإجرائية التي يتوجب على هيئة التحكيم إتباعها (م. 19 نموذجي)، وإذا اتفقوا على قواعد اليونسترال فلهم تعديلها وفق ما يرونه مناسباً (م. 1 اليونسترال).

- بالنسبة لمكان التحكيم ولغته والقانون الواجب التطبيق، فإنها تخضع أيضاً لإرادة الأطراف (المواد 16، 17، 33، 20، 22، 28 اليونسترال، م. نموذجي).

2) في حال عدم اتفاق الأطراف على عدد المحكمين يحال النزاع لثلاثة محكمين (م. 5. اليونسترال، م. 10 نموذجي).

3) إن هيئة التحكيم هي صاحبة الصلاحية بالحكم باختصاصها (م. 21 اليونسترال، م. 16. نموذجي).

4) استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيها مثل هذا الشرط (م. 21. اليونسترال، م. 16 نموذجي).

5) إعطاء هيئة التحكيم صلاحية اتخاذ إجراءات وقتية مثل حفظ البضاعة وبيعها إذا كانت قابلة للتلف (م. 26. اليونسترال، م 17. نموذجي).

6) ضرورة معاملة الأطراف بالتساوي ومنح كل منهم الفرص الكافية لتقديم ادعاءاته وطلباته، ودفوعه والبيانات المتعلقة بأي من ذلك (م. 15. اليونسترال، م. 15، 18 نموذجي).

7) إعطاء هيئة التحكيم التي أصدرت القرار صلاحية تفسيره، وكذلك إصدار قرار إضافي لأي مطالبة أغفلتها الهيئة في القرار، وذلك بناء على طلب أحد الأطراف في كلتا الحالتين (م. 35. اليونسترال، م. 33. نموذجي).

8) إن قرار التحكيم في هيئة التحكيم المكونة من أكثر من محكم (ثلاثة مثلاً) يجب أن يصدر بالإجماع أو الأكثرية/الأغلبية، وبالتالي فإنه لا يكون هناك قرار في حال تشتت الآراء، أي إذا كان لكل محكم من الثلاثة رأيه الخاص به (م. 31. اليونسترال، م. 29. نموذجي).

ثالثاً: إبطال القرار في القانون النموذجي:

نظراً لأهمية مسألة إبطال قرار التحكيم، فإن القانون النموذجي تضمن حالات إبطاله وقسمها إلى قسمين كما يلي:⁽¹¹⁸⁾

القسم الأول: ويشتمل على حالات الإبطال بناء على طلب أحد الأطراف شريطة

أن يثبت ذلك الطرف توفر إحدى هذه الحالات وهي، باختصار، كما يلي:

1) عدم أهلية أحد الأطراف.

2) عدم صحة اتفاق التحكيم حسب القانون المتفق عليه بين الأطراف، وفي

⁽¹¹⁸⁾ عمران، فارس محمد. موسوعة الفارس في قوانين ونظم التحكيم بالدول العربية والخليجية والقانون النموذجي

للتحكيم واتفاقية التحكيم بباريس، اتفاقية نيويورك، اتفاقية الرياض، أنظمة مراكز تحكيم، قرارات تنفيذية، ص 12، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2010.

حال عدم الاتفاق، استنادا لقانون الدولة التي يسري فيها القانون النموذجي، أي الدولة المرفوع أمام محاكمها طلب إبطال القرار.

(3) عدم تزويد الطرف طالب الإبطال (باشعار بتشكيل هيئة التحكيم أو بإجراءات التحكيم).

(4) تجاوز هيئة التحكيم لاختصاصها. وفي هذه الحالة إذا كان يمكن تجزئة قرار التحكيم فان الإبطال يلحق ذلك الجزء الثالث الذي تجاوزت فيه الهيئة اختصاصها في حين يكون الجزء الباقي صحيحا.

(5) إذا كان تشكيل هيئة التحكيم، أو كانت إجراءات التحكيم مخالفة لاتفاق الأطراف ما لم يكن الاتفاق مخالفا للقواعد الآمرة في القانون النموذجي.

القسم الثاني: ويتضمن حالتين لإبطال القرار من جانب المحكمة من تلقاء نفسها دون حاجة لطلب من أحد الأطراف، وهاتان الحالتان هما:

(1) إذا كان موضوع النزاع لا يجوز إحالته للتحكيم حسب أحكام القانون.
(2) إذا كان القرار مخالفا للنظام العام.

هذا ويلاحظ، أن القانون النموذجي تضمن حكما خاصا بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية أي التي تصدر في الخارج. وهي مطابقة لما هو منصوص عليه في اتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1958. وكمبدأ عام، فإن القرار التحكيمي الصادر في الخارج يكون قابلا للتنفيذ إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة المشار إليها، ومن جهة أخرى فإن هذه الحالات مشابهة إلى حد كبير للحالات الخاصة بإبطال قرار التحكيم المبينة فيما مضى، ولكن القانون النموذجي أضاف لها حالة مشابهة لاتفاقية نيويورك، وهذه الحالة تتعلق بالوضع الذي يكون فيه قرار التحكيم غير ملزم للأطراف، أو تم وقف تنفيذه في الدولة التي صدر فيها القرار، أو حسب القانون الذي صدر استنادا له قرار التحكيم، ومثال ذلك أن يصدر

قرار التحكيم في فرنسا، ويتقدم المحكوم له بدعوى تنفيذه في فلسطين، في الوقت الذي كان المحكوم عليه قد استأنف القرار أمام محكمة استئناف باريس، في هذه الحالة، يجوز للمحكمة الفلسطينية تعليق الإجراءات، إلى حين صدور القرار الاستئنافية في فرنسا ويجوز لها، في الوقت ذاته، أن تطلب من المحكوم عليه تقديم كفالة مناسبة مقابل تعليق الإجراءات وذلك بناء على طلب المحكوم له.

رابعاً: منظمات وجمعيات التحكيم الدولي في العالم⁽¹¹⁹⁾

منظمات وجمعيات التحكيم الدولية	
AAA American Arbitration Association	جمعية التحكيم الأمريكية
ACICA Australian Centre for International Commercial Arbitration	المركز الأسترالي للتحكيم التجاري الدولي
ADR Alternative Dispute Resolution	الحلول البديلة لفض المنازعات
ARAMCO Arabian American Oil Company	شركة النفط العربية الأمريكية
ASIC Australian Securities and Investments Commission	لجنة الأوراق المالية والاستثمارات الأسترالية

⁽¹¹⁹⁾ سيد عبد النبي محمد، التحكيم وسيلة لفض النزاعات في التجارة الدولية والاستثمار، وكالة الصحافة العربية للنشر، 188، 2018م.

BCDR Bahrain Chamber for Dispute Resolution	دائرة البحرين لتسوية المنازعات
BCDR–AAA Bahrain Chamber for Dispute Resolution and the American	الغرفة البحرينية الأمريكية لتسوية المنازعات
Arbitration Association	رابطة التحكيم
CA Court of Appeal	محكمة الاستئناف
CCP UAE Civil and Commercial Procedure Law (No 13) 1990	الإجراءات المدنية والتجارية بالإمارات
CFI Court of First Instance	المحكمة الابتدائية
CPL Civil Procedure Law of the United Arab Emirates	الإجراءات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة
DCCI Dubai Chamber of Commerce and Industry	غرفة التجارة والصناعة دبي
DFSA Dubai Financial Services Authority	سلطة دبي للخدمات المالية
DIAC Dubai International Arbitration Centre	مركز دبي للتحكيم الدولي
DIFC Dubai International Financial Centre	مركز دبي المالي العالمي

DIFC–LCIA Dubai International Financial Centre and London Court of International Arbitration joint venture	مركز دبي المالي العالمي بلندن
DIFCA Dubai International Financial Centre Authority	مركز دبي المالي العالمي
DJA Dubai International Financial Centre Judicial Authority	مركز دبي المالي العالمي السلطة القضائية
ECC Emirates Competitiveness Council	مجلس المنافسة الإمارات
FDI Foreign Direct Investment	الاستثمار الأجنبي المباشر
GCC Gulf Cooperation Council	مجلس التعاون الخليجي
HKIAC Hong Kong International Arbitration Centre	مركز هونج كونج التحكيم الدولي
IAA Australian International Arbitration Act 2010 (Cth)	التحكيم الدولي الأسترالي
IBA International Bar Association	رابطة المحامين الدولية

ICC International Chamber of Commerce (Paris)	غرفة التجارة الدولية بباريس
ICCA International Council for Commercial Arbitration	المجلس الدولي للتحكيم التجاري
ICSID International Centre for Settlement of Investment Disputes	المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار
ILA International Law Association	رابطة القانون الدولي
LCIA London Court of International Arbitration	محكمة لندن للتحكيم الدولي
LMAA London Maritime Arbitration Association	رابطة لندن للتحكيم البحري
NADRAC National Alternative Dispute Resolution Advisory Council	المجلس الوطني الاستشاري البديل لتسوية المنازعات
NAI Netherlands Arbitration Institute	معهد هولندا للتحكيم
New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958	اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها

NSW New South Wales	نيو ساوث ويلز
OECD Organisation for Economic Cooperation and Development	منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي
QFC Qatar Financial Centre	مركز قطر للمال
QICA Qatar International Centre for Arbitration	المركز القطري الدولي للتحكيم
QICDRC Qatar International Court and Dispute Resolution Centre	مركز قطر تسوية المنازعات
Riyadh Convention on Judicial Cooperation between States of the Arab League 1983	اتفاقية الرياض للتعاون القضائي بين دول الجامعة العربية
SCAI Swiss Chambers Arbitration Institute	معهد التحكيم السويسرية
SCC Stockholm Chamber of Commerce	غرفة تجارة ستوكهولم
SHIAC Sharm El-Sheikh International Arbitration Centre	مركز شرم الشيخ التحكيم الدولي
SIAC Singapore International Arbitration Centre	سنغافورة للتحكيم الدولي

UN United Nations	الأمم المتحدة
UNCITRAL United Nations Commission on International Trade Law	لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
UNCITRAL Model Law UNCITRAL Model Law of International Commercial	قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية وقانون الاونسيترال النموذجي التجاري الدولي
WIPO World Intellectual Property Organisation	المنظمة العالمية للملكية الفكرية

4.2: التحكيم الإداري وأهميته في تشجيع الاستثمار:

تتمثل أهمية التحكيم بصفة عامة والتحكيم الإداري بخاصة في معرفة الأسباب الداعية إليه، والتي تأتي في مقدمتها الحجة المتمثلة في رغبة أطراف العلاقة القانونية تفادي طرح منازعاتهم على القضاء، مع ما تتسم به إجراءات التقاضي من بطء وتعقيد، علاوة على احتمال استتالة أمد النزاع بسبب تعدد درجات التقاضي وإمكانية الطعن في الأحكام، وتقديم إشكالات التنفيذ، التي قد تحكّمها اعتبارات المماطلة في الخصومة التي تحقق القول بأن العدالة البطيئة فرع من الظلم.⁽¹²⁰⁾

⁽¹²⁰⁾ عوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، ص 31، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر،

عموما يمكن النظر إلى أهمية التحكيم من جانبين: الأول يخص المتعاقد مع الإدارة، والثاني يهتم الدولة بمعناها الواسع أو الشخص المعنوي العام وتفصيلها كما يلي: (121)

أ - أهمية التحكيم بالنسبة للطرف المتعاقد مع الإدارة:

نادى عدة باحثين بضرورة سلب اختصاص القضاء الوطني إمكانية النظر في النزاعات التي يكون أحد أطرافها متعاقدا أجنبيا والطرف الآخر هو الدولة أو الشخص المعنوي العام داخل الدولة التي لا يعتبر المتعاقد معها من مواطنيها خاصة عندما يتعلق الأمر بعقد متصل بالمصالح الاقتصادية أو الاجتماعية للدولة المعنية أو سياستها، ومن ثم نادوا بمنح مثل هذه المنازعات لقضاء محايد هو قضاء التحكيم.

فضلا عن تخوف المستثمر الأجنبي من انحياز القاضي الوطني لدولته في النزاعات التي قد تمس سيادتها من مختلف النواحي، فإنها ولا شك والحالة هذه تتمتع بالحصانة القضائية التي بموجبها يحظر على قضاء دولة أخرى البت في النزاعات التي تكون طرفا فيها. (122)

كما أن إدراج شرط التحكيم في العقد المبرم بين الدولة وأي طرف آخر، يعتبر بمثابة نزول ضمني مقدما عن تمسك الدولة بسيادتها أو حصانتها أمام هيئة التحكيم، والدولة إذ تفعل ذلك فإنها تضع نفسها على قدم المساواة مع الطرف الآخر، ولا يجوز لها من بعد الدفع بالحصانة أو السيادة أمام هيئة التحكيم. (123)

(121) جبابلي، صبرينة. إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية. ص 28، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2018.

(122) حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وآثارها على القانون الواجب التطبيق، ص 6 - 7 - 8 دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2001.

(123) نير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 102 مصر 2000.

ب - أهمية التحكيم بالنسبة للدولة:

إن ارتفاع عدد القضايا المسجلة بمختلف الجهات القضائية -إدارية أو عادية - في استمرار، وهو ارتفاع لا يضاويه ارتفاع في عدد الموارد البشرية المتخصصة، ولا في التجهيزات الضرورية، مما استدعى وجوب إيقاف الزيادة في عدد القضايا المعروضة على المحاكم أو على الأقل التخفيف من وتيرتها، وذلك بإيجاد وسائل بديلة لفض النزاعات من بينها التحكيم.

فضلا عن التطور النوعي والكمي للعلاقات الاقتصادية بين الدول التي تنفذ بواسطة مقاولات تابعة لهذه الدولة أو تلك خارج الحدود بفضل تطور وسائل الاتصال السريع والتقنيات الإعلامية نتيجة العولمة، ولا شك والحالة هذه، في أن التحكيم يعتبر من بين أهم الوسائل المشجعة للاستثمار داخل الدولة وخاصة الاستثمار الأجنبي، وذلك أن المحاكم الوطنية غير قادرة على تقديم نفس الخدمات التي يقدمها التحكيم ومختلف الوسائل البديلة لفض النزاعات التي أصبح ينظر لها على أنها وسائل تفاهم بين المعنيين بالنزاع بدلا من أن تكون وسائل قصيرة.⁽¹²⁴⁾

4.3: الأسباب الواقعية التي دعت إلى اعتناق قضاء التحكيم:

يرجع بعض هذه الأسباب إلى واقع قضاء في المجتمع المعاصر، ويرجع بعضها الآخر إلى واقع المنازعات فيه، ويرجع بعضها الثالث إلى واقع العلاقات أو المعاملات التي تنشأ عنها هذه المنازعات وذلك على النحو التالي:⁽¹²⁵⁾

أولا: الأسباب المتعلقة بواقع القضاء:

⁽¹²⁴⁾ محمد محبوبي، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن، ص 395، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء 2، الطرق البديلة لحل النزاعات (الصلح، الوساطة، التحكيم) قسم الوثائق، 2009.

⁽¹²⁵⁾ سيد، محمد شعبان إمام. التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية. ص 47، دار المناهج للنشر والتوزيع، 2014.

من أسباب العزوف عن القضاء والالتجاء إلى التحكيم، انتشار ظواهر ثلاثة في واقع القضاء: وهذه الظواهر هي على التوالي:

1) ظاهرة طول أمد التقاضي أمام المحاكم:

حيث أن الظاهرة الأولى هي طول أمد التقاضي أمام المحاكم وتأخر الفصل في المنازعات التي تعرض عليها، منها ازدياد عدد المنازعات التي يدعى القضاء للفصل فيها نتيجة لزيادة عدد السكان وازدياد معدل التعامل بين الناس، زيادة موازية في عدد القضاة، ومنها تعقد إجراءات التقاضي وكثرة القيود الشكلية والزمنية التي يفرضها سير الخصومة، ومنها تعدد درجات التقاضي.

ولا يخفى ما تحمله هذه الظاهرة من أضرار للمتقاضين تتمثل في حرمان صاحب الحق من التمتع بحقه مدة طويلة، فضلا عما يتكبده من جهد ومال في سبيل متابعة إجراءات الخصومة. ولا يخفى أيضا ما يمكن أن يقدمه التحكيم من علاج لبطء العدالة، إذ المحكم المختار يكون متفرغا للفصل في النزاع المحكم فيه، وفي وقت ذاته فالتحكيم يمكن المتحكمن من الاتفاق منذ البداية على إجراءات سريعة مبسطة، كما يمكن لهم من الوصول إلى حكم نهائي قابل للتنفيذ دون المرور بدرجات التقاضي المتعددة.

2) ظاهرة نقص الخبرة والكفاءة لدى قضاة كثير من الدول حديثة النشأة: (126)

حيث هذه الظاهرة هي نقص الخبرة والكفاءة لدى قضاة كثير من الدول حديثة النشأة، التي أخذت مؤخرا طريقها إلى تنظيم سلطتها القضائية، أو إلى الاستقلال بتنظيم هذه السلطة، مما يلقي ظللا من الشك حول قدرة القضاء في هذه الدول على تقديم حلول عادلة للمنازعات التي تبلغ حدا معيناً من التعقيد، على نحو ما نعرفه في المنازعات الناشئة عن المعاملات الدولية، ويزداد هذا الشك كلما كانت أحكام القانون في هذه

(126) المرجع السابق، سيد، محمد شعبان إمام. التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية. ص 48، دار

المناهج للنشر والتوزيع، 2014.

الدول تستمد من أصول دينية أو عرقية تترك مجالا واسعا لاختلاف التأويل على نحو يصعب معه التأكد مقدما من حقيقة الحكم الواجب التطبيق على حالة معينة أو أخرى، وهذا كله ما يؤدي إلى نفور المتعاملين مع هذه الدول من الخضوع لقضائها واتجاههم إلى جعل الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن معاملات معها لقضاء دولة أخرى أو لقضاء التحكيم.

(3) ظاهرة ميل القضاء إلى معاملة العلاقات الدولية معاملة العلاقات الداخلية:

هي ميل القضاء - بصفة عامة - وبصرف النظر عن الدولة التي يتبعها نحو معاملات العلاقات الدولية معاملة العلاقات الداخلية التي يواجهها في حياته اليومية. ففي مجال العلاقات الدولية كثيرا ما يكون القاضي الوطني مدعوا بتطبيق قانون أجنبي تحدده قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، ولا يخفى ما يصادفه القاضي من صعوبة في التعرف على دقائق أحكام هذا القانون، صعوبة قد تؤدي به إلى التماس مبرر لإحلال قانونه الوطني محله في التطبيق، وسواء طبق القاضي قانونه الوطني أو طبق قانونا أجنبيا، فهو معتاد دائما على معاملة العلاقات الدولية معاملة العلاقة الداخلية، رغم ما بينهما من خلاف يقتضي أخذ الأخيرة بمعايير مرنة عند تطبيق قانون وطني أو آخر عليها، والعلاقات الدولية صارت تخضع لقواعد موضوعية، مستقلة عن القواعد الوطنية، تجسدها العقود النموذجية المعمول بها في هذه العلاقات، والعادات والأعراف المهنية المتولدة عن الممارسات العملية في كل مجال من مجالاتها، مما يحتاج الأمر معه إلى قاض أكثر تخصصا، على نحو لا يوفره القضاء النظامي الوطني، ويمكن أن توفره قوائم المحكمين في هيئات التحكيم الدائم، الوطنية منها والدولية على حد سواء.

ثانيا: الأسباب المتعلقة بواقع المنازعات: (127)

(127) المرجع السابق، سيد، محمد شعبان إمام. التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية. ص 49، دار

المناهج للنشر والتوزيع، 2014.

وأما عن واقع المنازعات التي تعرض على القضاء، فيمكن تسجيل عدة ظواهر منها الطابع الفني الذي غلب على كثير من المنازعات نتيجة لثورة العلم والتكنولوجيا التي يشهدها المجتمع المعاصر، فقد أصبح كثير من المنازعات التقليدية تثير العديد من المسائل العملية أو التكنولوجية أو الفنية، كما هو الحال مثلا في المنازعات المتعلقة بمسئولية المقاول والمهندس المعماري، أو في مسئولية الناقل البحري أو الجوي، أو في مسئولية الطبيب، أو في مسئولية الصانع، أو في شؤون المال والاستثمار وما يتصل بكل ذلك من أعمال مصرفية، مما لا يستطيع القاضي معه الفصل في المنازعة دون الاستعانة بأهل الخبرة، بل وكثيرا ما تكون هذه الأمور محكومة بأعراف وعادات وممارسات معنية لا علم للقاضي بمضمونها، فيحتاج في التعرف عليها إلى أهل الخبرة. وهكذا صار الفصل في النزاع في حاجة إلى فني في جنسه، يلم ليس فقط بوقائعه، وإنما كذلك بالقواعد التي تحكمه، وصار التجاء القاضي إلى التماس الخبرة من أهلها مؤديا في معظم الأحيان إلى حلول الخبير - من الناحية العلمية - محل القاضي في الفصل في الدعوى، خلافا للأصل من كون رأي الخبير مجرد رأي استشاري، على نحو ما يعرفه كل من مارس العمل القانوني الميداني. وهذا ما يدفع الخصوم إلى التحكيم، إذ في التحكيم يستطيع الخصوم من البداية اختيار المحكم ممن يتمتع بثقتهم من أهل الخبرة، فتتوحد صفة الخبير وصفة القاضي بما يؤدي إليه ذلك من اختصار في الإجراءات وفي الوقت والنفقة، وبالتحكيم ينسد باب المنازعة فيما ينتهي إليه الخبير فيما لو كان شخصا آخر غير القاضي. ومن هذه الظواهر أيضا ظاهرة العقود الحديثة، بالغة التعقيد، سريعة التطور، التي تفرزها الحياة الاقتصادية المعاصرة، كما هو الحال مثلا في العقود المتعلقة بالاستثمار والتنمية واتفاقات البحوث واستعمال براءات الاختراع والحصول على الدراية الفنية (Know-How) في مجالات التصنيع والتجارة وغيرها، وعقود التعاون بين المشروعات في تنفيذ الأعمال (Consortium)، ومن الملاحظ في هذه العقود أنها تنشأ نشأة عملية بعيدا عن القواعد القانونية التقليدية وتواجه

مسائل فنية بالغة، والتعرف على موضعها في النظام القانوني ونتيجة لذلك فالغالب أن يواجه القاضي كثيرا من الحرج في التصدي بها، وكثيرا ما يجد أطرافها أنفسهم مدعوون إلى اختيار طريق التحكيم ضمانا للفصل فيما ينشأ عنها من منازعات عن طريق العارفين بدقائقها الفنية والممارسات العلمية التي أفرزتها.

4.1.2: الأسباب المتعلقة بواقع المعاملات:

وأما عن واقع المعاملات التي تنشأ عنها المنازعات، فالغالب أن تكون هذه المعاملات مجرد مظهر من مظاهر علاقات مستمرة يحرص طرفاها على تواصلها، رغم ما نشب بينهما من خلاف. ومن ثم فالتحكيم يكون مطلوبا في هذه الحالة رغبة عن شطط الخصومة واللدد فيها.

والغالب أن يكون أطراف العلاقة حريصين على سريتها، ضنينين بالبوح بمكوناتها حرصا على مصالحهم المماثلة مع الغير العميل، أو في مواجهة الغير المنافس فإذا ما تعلق الأمر مثلا بتنفيذ متأخر أو معين فإن المدعى عليه يعلق أهمية كبيرة على بقاء أمر التأخير أو العيب محجوبا عن منافسيه من ناحية وعن عملائه من ناحية أخرى، وبالمثل إذا ما تعلق الأمر بدعوى عدم مطابقة محل العقد للمواصفات المتفق عليها، ثم إنه في العقود الأكثر تعقيدا، والتي يكون محلها في الغالب منتجا جديدا وتكون السرية أكثر لزوما لاعتبارات عدة، منها أن المنتج الجديد معرض دائما لظهور عيوب فيه، ومنها أن التقدم العلمي والفني السريع كثيرا ما يؤدي إلى ظهور هذا المنتج بمظهر المنتج المتخلف الذي تجاوزه الزمن، ومنها أن المشتري أو الموزع غالبا ما لا يملك الخبرة اللازمة لتصحيح المنتج محل التقاعد.

وإذا كان طرح النزاع على القضاء، غالبا ما يؤدي إلى انسياق كل من طرفيه وراء مصلحته الخاصة، وإلى إتاحة الفرصة للغير للتعرف على مكونات علاقتهما نتيجة لمبدأ علنية

التقاضي - فإن أطراف العلاقة كثيرا ما يقدرّون أن من صالحهم المشترك الاتفاق على عدم طرح النزاع على القضاء واللجوء إلى التحكيم.⁽¹²⁸⁾

4.4: الدول العربية والتحكيم التجاري مصر نموذجاً.

4.1.1: الدول العربية والتحكيم التجاري:

أمام هذا الزخم العالمي كله، والإقبال الكبير على التحكيم لحل المنازعات التجارية الدولية، ظهرت أنظمة التحكيم في الدول العربية ولا تزال مراكز التحكيم تبذل جهداً كبيراً للتعريف بنفسها من خلال أنشطة في العلاقات التجارية الدولية، ولكنه لا يكفي للإقرار بالنجاح (لحد الآن⁽¹²⁹⁾)؛ فالتحكيم العربي لا يزال مبتدئاً بالمقارنة مع ما هو موجود في الغرب، وخاصة في أوروبا. ومعها يمكن القول إن لدينا نجاحات ملموسة لا يجوز التقليل من شأنها كنموذج مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وهو يعمل منذ 1979، ويخطو خطوات كبيرة من أجل بناء نظام تحكيمي عربي فعال. وعلى رغم الصعوبات فقد أثبت أن النجاح وإن كان صعباً فإنه حتى في ظل العقبات الموجودة بشكل عام نجح هذا المركز وتطور بحيث قفز عدد قضايا التحكيم أمامه من 45 قضية حتى 1994 إلى 104 قضايا منذ ذلك الحين حد الآن. وتقدر قيمتها بمئات الملايين من الدولارات وقد حرص المركز على تطوير أنظمة وألياته بالمرونة والتبسيط والتسريع مما يواكب مقتضيات العولمة في العصر الحديث.⁽¹³⁰⁾

⁽¹²⁸⁾ مرجع سابق، 51 .

⁽¹²⁹⁾ الفلوجي، على عتبة العولمة والقرن المقبل: من أجل مصداقية التحكيم العربي، ص 60 ، 2011.

⁽¹³⁰⁾ المرجع السابق ، ص 61.

وليست مصر الدولة العربية الوحيدة التي فيها مركز للتحكيم الدولي، ولكن لا بد لنمو وتطور التحكيم من بيئة ملائمة على الصعيد السياسي والاقتصادي والقانوني والقضائي.

وكيف يمكن أن ينجح مركز تحكيمي في بلد ما إذا لم يكن في هذا البلد مثلاً في الحرية والاستقرار الذي يشجع على الثقة بتحكيمية وقوانينه وبإمكانيات التعقيب والمتابعة والمخاصمة في ظل جو سليم يوحي بالطمأنينة والمصدقية والثقة، ويمكن القول إن توفر مثل هذه الأجواء قد يساعد على انتشار المزيد من مراكز التحكيم الدولي في الوطن العربي.

ففي لبنان هناك جو مناسب لبناء نظام تحكيمي عربي يمكن أن ينشد المصدقية، وهذا الأمر ينطبق بالنسبة لدول المغرب العربي حيث هناك إمكانيات ونماذج، وفي بلدان الخليج العربي انتشرت مراكز التحكيم خلال الفترة الأخيرة وخصوصاً في الإمارات، لكنها تحتاج مزيد من الدعم وتحتاج لمزيد من الجهد للتنسيق فيما بينها للخروج بنظام عربي متكامل للتحكيم القائم على القيم الإسلامية في بناءها.

وأمام هذه الأفكار بخصوص التحكيم كان مجلس وزراء العدل قد وافق من حيث المبدأ على إنشاء هيئة عربية للتحكيم التجاري، وكلف الأمانة العامة للمجلس بإعداد دراسة لهذا الغرض، وعرض المشروع في الدورة الخامسة لمجلس وزراء العدل العربية والتي انعقدت في عمان للفترة 11-14 أبريل عام 1987. وقد تم إقرار الاتفاقية والتوقيع عليها هي هذه الدورة.⁽¹³¹⁾

⁽¹³¹⁾ سامي، شرح القانون التجاري، ج 5: التحكيم التجاري الدولي: دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي

كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية مع إشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية،

4.1.2: مراحل تطور نظام التحكيم في مصر نوضح فيما يلي المراحل التي

مر بها نظام التحكيم في مصر:

كان التحكيم منظمة في بادئ الأمر، في مجموعة المرافعات الصادرة سنة 1883م، تم تحديد قواعد التحكيم في مجموعة المرافعات لسنة 1949م، أصبح التحكيم منظماً في القانون رقم 13 لسنة 1968م، حيث ورد في الباب الثالث تحت عنوان "التحكيم". تم إنشاء اللجنة المصرية لغرفة التجارة الدولية، ومقرها القاهرة، بموجب القرار الرئاسي رقم 136 لسنة 1974م حيث تتولي الغرفة تمثيل المصالح الاقتصادية، لجمهورية مصر العربية، لغرفة التجارة الدولية، وتتبع هذه اللجنة، الاتحاد العام للغرف التجارية الدولية، حيث صدر لها نظام للتحكيم عام 1998م. صدر قانون التحكيم في المواد المدنية، والتجارية، تحت رقم 27 لسنة 1994م، والذي ألغى في مادته الثالثة المواد التي تضمنت التحكيم في قانون المرافعات المدنية، والتجارية، رقم 13 لسنة 1968م. صدر القانون رقم 9 لسنة 1997م، الذي أجاز التحكيم في منازعات العقود الإدارية.⁽¹³²⁾

4.1.3: قانون التحكيم المصري في الأعمال التجارية:

صدر في 18 أبريل سنة 1994م قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م منظماً للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، ونشر هذا القانون في الجريدة الرسمية بالعدد رقم 16 الصادر بتاريخ أبريل سنة 1994م. وينص هذا القانون في المادة الرابعة من مواد إصداره على أن يعمل به بعد شهر من اليوم التالي نشره، ومؤدي ذلك أنه قد أصبح سارياً اعتباراً من 22 مايو سنة 1994م.

⁽¹³²⁾ أحمد محمد البديع، شرح قانون التحكيم، مطبعة النهضة العربية، 2005م، 24-50.

ولها القانون مزايا وإيجابيات رغم وجود بعض الانتقادات التي وجهت إليه ومن المتوقع أن يكون لهذا القانون أثره الهام على المستويين العربي والأجنبي.⁽¹³³⁾

وهذا القانون يخاطب المعاملات التجارية على وجه الخصوص ومن ثم اهتم بتضمين نصوصه سردياً لما يعد تجارياً ويخضع لأحكامه وقد ألغي هذا القانون المواد 501: 513 من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13 لسنة 1968 والتي طالما نادى الفقه بإلغائها تفادياً لمسائلها العديدة حيث كانت مواد محددة ومعينة وقاصرة عن تنظيم عملية التحكيم تنظيمياً وافياً.⁽¹³⁴⁾

كما صدر مؤخراً قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 أطلق عليه مسمى قانون التجارة " بدلاً من القانون التجاري".⁽¹³⁵⁾

القواعد التي تحكم الأعمال التجارية وتطبق على التجار بالقانون التجاري ترجع إلى الأصل التاريخي لهذا الفرع من الفروع القانون غير أن هذا المسمى تراجع تحت تأثير الاكتشافات العلمية، وغاية الاتجاه التركيز نحو المشروعات وظهور أنماط حديثة من المشروعات كالشركات متعددة الجنسيات، مما جعل لهذا القانون قاعدة عريضة للتطبيق لا يقتصر فقط على فئة التجار، بل امتد ليشمل أنشطة اقتصادية كانت تعد من قبل ذات طبيعة مدنية مما دعا البعض إلى تغيير تسمية هذا القانون تسميات حديثة كقانون قطاع الأعمال العام.⁽¹³⁶⁾

(133) سمير الشرقاوي، معيار التجارية والدولية وفقاً لقانون التحكيم الجديد مقارنةً بالقانون النموذجي " اليونسترال "

بحث مقدم إلى موقع التحكيم، ص 2 ، 2012.

(134) أحمد شرف الدين، التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي في قانون التحكيم الجديد، مجلة القضاء، ص 27 ع 2

يوليو - ديسمبر 94 ، ص 36 .

(135) سميحة القليوبي، القانون المصري، نظرية الأعمال التجارية، ص 46.

(136) علي قاسم، القانون التجاري، ص 39 وما بعدها.

4.1.4: الأعمال التجارية المنصوص عليها في قانون التحكيم المصري

وعلاقته بالاستثمار:

تسري أحكام قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 94 على كل تحكيم يجري في مصر سواء كان بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص وعلى كل تحكيم تجاري دولي يجري في الخارج إذا اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون. والجدير بالإشارة أن هذا القانون مستوحى من قانون التحكيم النموذجي الذي ينظم قواعد التحكيم التجاري الدولي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي (اليونسترال) لدرجة يعتبر معها هذا القانون المصدر التاريخي للقانون رقم 27 لسنة 1994. (137)

واعتمدت اللجنة التي شكلت لوضع مشروع هذا القانون على قواعد القانون النموذجي مع بعض التعديلات والإضافات على النحو الذي يلائم النظام القانوني المصري.

أما على نطاق تطبيق أحكام هذا القانون فقد رؤي أن يعالج هذا القانون ليس فقط التحكيم الداخلي وإنما الدولي أيضاً.

ومن هذا المنطلق نصت المادة (1) منه أنه "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون".

هذا وقد تكلفت المادة (2) من قانون التحكيم المصري ببيان المقصود بالتحكيم التجاري وفقاً لأحكام فنصت على أنه "يكون التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذ

(137) محمد كمال عبدالعزيز، التحكيم التجاري الدولي، بحث غير منشور، ص 3، 2009.

نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي عقدي كانت أو غير عقدية، ويشمل على سبيل المثال السلع أو الخدمات والوكالات التجارية وعقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز والنفط، وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية".⁽¹³⁸⁾

وقد صاغ المشرع المصري المادة الثالثة من قانون التحكيم والتي تحدد نطاق تطبيقه أخذاً بمعيار أساسي هو تعلق النزاع بالتجارة الدولية، ثم محددًا الحالات التي بعد فيها كذلك⁽¹³⁹⁾. ويلاحظ على قانون التحكيم المصري أنه اعتبر التحكيم تجارياً دولياً في عدة حالات يجمع بينها أن النزاع موضوع التحكيم تتعلق بالتجارة الدولية أخذاً بمعيار ارتباط النزاع بالتجارة الدولية أي بمعيار اقتصادي وذلك في أربع حالات أخذ ثلاثة منها القانون النموذجي وأضاف إليها الحالة الرابعة وهذه الحالات هي:

- 1) اختلاف مركز أعمال طرفي التحكيم.
- 2) اتفاق مركز أعمال الطرفين مع إجراء التحكيم في الخارج أو كان جانب جوهري من تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العلاقة بين الطرفين في الخارج، أو إذا كان المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع في الخارج.
- 3) ارتباط موضوع النزاع بأكثر من دولة.

⁽¹³⁸⁾ مجدي هدى، معيار تجارية النزاع و تطبيقاته بين قانون التجارة الجديد و قانون التحكيم المصري، المؤتمر العلمي الثاني للقانونيين المصريين (المشاكل العملية الناشئة عن تطبيق قانون التجارة الجديد، ص 16، القاهرة، يوليو، 2000

⁽¹³⁹⁾ أحمد شرف الدين، التحكيم في منازعات العقود الدولية، دار النهضة، ص 30، 1993 .

والراجع أن هذه الحالات لا تغني عن تطلب الشرط الأساسي وهو ارتباط النزاع بالتجارة الدولية والذي يتجسد بالفعل في أغلب هذه الحالات باستثناء الحالة الرابعة. (140)

4.1.5: حجية حكم التحكيم وتنفيذه في النظام المصري:

طبقا لأحكام القانون رقم (27 لسنة 1994م) تحوز أحكام المحكمين حجية الأمر المقضي، وتكون واجبة النفاذ بمجرد صدور الأمر بتنفيذه حكم المحكمين من رئيس المحكمة المختصة أصلا بالنظر في موضوع النزاع، إلا إذا كان التحكيم تجاريا دوليا سواء جرى في مصر أم خارجها، فيكون اختصاص الأمر بتنفيذ حكم التحكيم لمحكمة استئناف القاهرة، ما لم يتفق أطراف التحكيم على محكمة استئناف أخرى في مصر، المادة (9 من القانون). وطبقا للمادة (56) من القانون المذكور يشترط لصدور الأمر بتنفيذ الحكم، أن يقدم أحد أطراف التحكيم طلبا بذلك للمحكمة مرفقة به المستندات التالية:

- 1) أصل الحكم أو صورة موقعة منه.
- 2) صورة من اتفاق التحكيم.
- 3) ترجمة للحكم إلى العربية في حالة صدوره بغيرها.
- 4) صورة من محضر إيداع الحكم لدى المحكمة المختصة.

"متي صدر امر تنفيذ الحكم من المحكمة المختصة حاز قوة الشيء المقضي فيه. (141)" ونرى هنا أن الغاية المرجوة من التحكيم الوصول إلى حكم قابل للتنفيذ منهي للخصومة بين أطراف النزاع، ومتى كان الحال كذلك، أصبح لحكم التحكيم حجية الشيء المقضي به تماما، كحكم القضاء العادي، ويتحقق ذلك بمجرد صدور أمر بتنفيذه من المحكمة المختصة،

(140) مضبطة مجلس الشعب، الجلسة رقم 85، ص 23، في 1993/3/6، عند المناقشة تم اقتراح حذف هذه

الحالات والاكتفاء بالمعيار الأساسي وهو اتصال النزاع بالتجارة الدولية.

(141) أحمد محمد عبدالبديع شتا، تدخل القضاء والتحكيم في المساعدة والرقابة، ص 155.

وحيث أن أمر وجود أخطاء في أحكام التحكيم على اعتبار أن المحكمين أفراد عاديين يتوقع الخطأ في أحكامهم، لذلك لم يترك المشرع حكم التحكيم بمنأى عن رقابة القضاء، فأجاز الطعن عليه بدعوى بطلان، لأسباب تجد محلا لذكرها في التشريع المصري، وهو ما تناولته في البحث.

4.1.6: بطلان حكم التحكيم وطرق الطعن فيه:

لا شك أن من صدر حكم التحكيم ضده سيحاول إثارة العقبات أمام تنفيذه، وذلك بأسلوب الطعن أمام المحكمة المختصة قانونا، في (النظام القضائي للدولة)، وقد تختلف بطبيعة الحال طرق الطعن في أحكام التحكيم من دولة إلى أخرى، "فالمشرع لم يترك حكم التحكيم بمنأى عن أية رقابة من جانب القضاء"⁽¹⁴²⁾، إلا أنه ومن خلال دراسة نموذج الاونسنترال كما بينته في السابق، وكذلك نموذج مركز القاهرة الإقليمي سنة 1984م، نجد أنه في حالة ما إذا أجاز القانون واجب التطبيق الطعن على حكم التحكيم، فإن اختلاف الوسائل التي يتم بموجبها إحالة القضية إلى محاكم الدولة المختصة في الغالب، حيث أن الطريقة الأساسية للطعن في أحكام التحكيم في تقديم طلب إبطال، أو إلغاء حكم التحكيم، وإذا ما تم قبول طلب الإلغاء، فإن حكم التحكيم في هذه الحالة يعتبر كأن لم يكن، ويمكن هنا تناول هذا الموضوع في المطالب.

أسباب الطعن في حكم التحكيم بوجه عام:

يمكن تصنيف أسس الطعن في أحكام التحكيم بوجه عام في الآتي:

(1) مسائل تتعلق ببطلان اتفاق التحكيم.

(2) مسائل تتعلق بحكم التحكيم ذاته.

(3) مسائل تتعلق بالاختصاص.

(142) رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، مطبعة النهضة العربية، (2003)، ص 110.

4) مسائل تتعلق بالإجراءات.

5) أسباب تتعلق بقانون الدولة، ونظامها.

أولاً: مسائل تتعلق ببطلان اتفاق التحكيم:

إذا كان اتفاق التحكيم باطلا لأي سبب، فإن ما يصدر من أحكام تحكيمية يكون في حكم العدم.

ثانياً: مسائل تتعلق بالحكم ذاته:

من الممكن الطعن في حكم التحكيم أمام المحاكم الموجودة في مكان صدور الحكم على أساس أن الحكم لم يتمثل للاشتراطات التي نص عليها القانون المحلي، كأن لم ينص الحكم على البيانات الجوهرية.⁽¹⁴³⁾

ثالثاً: مسائل تتعلق بالاختصاص:

يتحدد اختصاص هيئة التحكيم التي تحكم في نزاع تجاري معين وفقاً لاتفاق الأطراف، وإذا لم يكن هيئة التحكيم الاختصاص اللازم، فإن ما تتخذه من إجراءات يكون باطلاً إذا صدر عن هيئة تحكيم لا تملك الاختصاص اللازم لإصدار ذلك الحكم، ويعتبر عنصر الاختصاص سبباً معروفاً في النظم القانونية المحلية كأساس لإلغاء أحكام التحكيم.

رابعاً: مسائل تتعلق بالإجراءات:

يجب أولاً التأكيد على صحة تشكيل هيئة التحكيم، وأن إجراءات التحكيم تكون وفقاً لاتفاق الأطراف، وخاضعة لأي قواعد أمره ينص عليها القانون واجب التطبيق، وأن يكون الأطراف قد أخطروا بصورة مناسبة بالإجراءات والجلسات، وبإيجاز فإن الهدف هو التأكيد على المساواة في معاملة الأطراف، ومنحهم فرصة عادلة، ومناسبة لفض قضاياهم، وكذلك التزام المحكمين بالحدود الزمنية لمدة التحكيم إذا حددها القانون، أو الاتفاق، وإلا كان التحكيم باطلاً، "فالسائد فهما، وقضاء، أو تشريعاً، أن انتهاء ميعاد التحكيم بصفة

(143) أحمد محمد شتا، شرح التحكيم دراسة مقارنة، مطبعة دار النهضة العربية، 2005م، ص 187.

عامة دون إصدار حكم التحكيم مجرد هيئة التحكيم من ولايتها، وسلطتها، في الاستمرار في نظر الخصومة، وإذا استمرت يكون حكمها باطلا. (144)

خامسا: مسائل تتعلق بقانون الدولة أو نظامها:

قد يتم إلغاء أي حكم تحكيم إذا خالف الاشتراطات الخاصة بقابلية موضوع النزاع للتحكيم، أو خالف النظام العام للدولة التي يجري فيها التحكيم، أو النظام العام للدولة التي يطلب تنفيذ حكم التحكيم فيها، "ويقصد بالنظام العام في دولة ما مجموعة الأصول، والقيم العليا التي تشكل كيانها المعنوي، وترسم صورة الحياة الإنسانية المثلى فيها، وحركتها نحو تحقيق أهدافها، سياسية كانت أو اجتماعية، أو اقتصادية، وهي تفرض نفسها على كافة العلاقات القانونية في الدولة، وقد ينتج عن الاشتراطات الخاصة بالنظام العام إلغاء حكم التحكيم في دولة ما لأسباب تتعلق بالنظام العام، بينما لا يتم الإلغاء في دولة أخرى ذات وجهات نظر مختلفة". (145)

ويلاحظ في القانون المصري من أحوال طلب البطلان أبرزها:

- 1) إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلا، أو قابلا للإبطال، أو سقط بانتهاء مدته.
- 2) إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية، أو ناقصها، وفقا للقانون الذي يحكم أهليته.
- 3) إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلانا صحيحا بتعيين محكم، أو بإجراءات التحكيم، أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.
- 4) إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع. إذا تم تشكيل هيئة التحكيم، أو تعيين المحكمين على وجه مخالف

(144) المرجع السابق، ص 188.

(145) أحمد حمد شتا، شرح قانون التحكيم، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 188.

للقانون، أو لاتفاق الطرفين. وإذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم، أو جاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.

(5) إذا وقع بطلان في حكم التحكيم، أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلانا أثر في الحكم. من خلال دراسة هذا المبحث لاحظنا أن تدخل القضاء العادي في مجال التحكيم ليس قاصرا على مجرد تقديم العون، والمساعدة، وإعطاء الصبغة الإلزامية لتنفيذ أحكامه، ولكنه يمتد بالاختصاص ليشمل الرقابة على حكم التحكيم بالنظر في دعاوى بطلان أحكام التحكيم بناء على طلب أحد الأطراف، وبالطرق التي يقرها القانون.

الفصل الخامس: النتائج والتوصيات

أولاً: النتائج:

(1) وجود أهمية للتحكيم في زيادة الاستثمارات لما لها من دور في تسوية المنازعات بين الهيئات والمؤسسات.

(2) من أهم مزايا التحكيم السرعة في حل المنازعات فلا يخفى أن أشد العيوب التي عانى منها القضاء هو البطء الناتج عن تراكم القضايا المعروضة على القاضي فأصبح من غير الميسور على القضاء أن يفصل في المنازعات بين الأفراد في وقت قصير بعد أن تعقدت شئون الحياة وكثرت مشاكلها وأصبح لا يفصل في الدعاوى القضائية إلا بعد مدد تصل إلى عدة سنوات.

(3) من أهم القواعد في التحكيم الإسلامي في ولاية القاضي المسلم على غير المسلمين قاعدتان جوهريتان: إحداهما عامة، تتمثل في قول الفقهاء: (لهم ما لنا وعليهم ما علينا)، والأخرى خاصة، تتمثل في قولهم: (أمرنا بتركهم وما يدينون).

(4) من عيوب التحكيم ارتفاع كلفة التحكيم حيث تتجاوز بصورة كبيرة كلفة التقاضي أمام القضاء العام في الدولة، وخصوصاً حينما يتعلق النزاع بالتجارة الدولية، وما تتطلبه من أتعاب للمحكمين والمحامين والمستشارين القانونيين، كذلك من ضمن مساوئ نظام التحكيم هو أن المحكمين أحياناً تنقصهم الخبرة أو الكفاءة بينما في القضاء العام في الدولة يتولى الفصل في النزاع قاضي مؤهل ولديه خبرة وقدرة على الفصل في النزاع.

(5) من أهم الأمور التي تساعد المحكم على اكتساب الخبرة التدريب والإعداد القانوني وفقاً لبرامج مكثفة نظرية وتطبيقية في مجال التحكيم، والتي تكسب المحكم التجربة والخبرة في مجال التحكيم الدولي والمحلي، إذ أن المحكم غير المتخصص أو قليل التجربة والممارسة قد يكون أكثر عرضة للتأثر بآراء الآخرين أو

بعواطفه ومصالحه الشخصية لهذا فإن التكوين المهني المتميز للمحكم وفي التخصص الفني والخبرة الكافية ضمانة قوية للمحكم وترجع عدالته وسلامة مسلكه في إدارة الدعوى التحكيمية والفصل فيها.

- (6) من أبرز الاختلافات بين التحكيم والإفتاء أن التحكيم يستلزم وجود نزاع بين طرفين، أما الإفتاء فقد يكون نتيجة طلب شخص يريد أن يعرف الحكم ليعمل به في خاصة نفسه. ومن أبرز الاختلاف بين التحكيم والقضاء أن القاضي يستمد ولايته من عقد التولية، ولذلك يكون القضاء هو الأصل في فض المنازعات. أما المحكم فإنه يستمد ولايته من عقد التحكيم، فيكون التحكيم فرعاً عن القضاء.
- (7) من أهم العوامل التي تساعد على انتشار مراكز التحكيم هي الحرية والاستقرار.

ثانياً: التوصيات:

- (1) أوصي بالعدل والاستقلالية كشرطين أساسيين لبناء نظام تحكيم عربي قوي ينافس الأنظمة التحكيمية العالمية.
- (2) أوصي بالعمل على زيادة التنسيق بين هيئات التحكيم العربية للخروج بنظام إسلامي يستمد قيمة وشروطه من الشريعة الإسلامية.
- (3) أوصي بإعطاء مزيد من الحريات التي تشجع على الثقة بالتحكيم والقوانين وبإمكانية التعقيب والمتابعة والمخاصمة في ظل جو سليم يوحى بالطمأنينة والمصداقية والثقة.
- (4) أوصي بالتدريب والإعداد الشرعي والقانوني في مجال التحكيم الذي يشكل ضماناً قوية للمحكم وترجح عدالته وسلامة مسلكه في إدارة الدعوى التحكيمية والفصل فيها.
- (5) أوصي بالاطلاع المحكم الواسع بأنظمة وتشريعات التحكيم المختلفة، إقليمية ودولية، ومتابعة المستجدات والتطورات المستمرة في مجال التحكيم لكي يكون قادراً على معرفة التفاصيل الدولية في المنازعات التجارية التي تتغير باستمرار.
- (6) أوصي بضرورة إجادة المحكم للغات الأجنبية وبالذات اللغات المعتمدة في المعاملات الدولية كالإنجليزية في الوقت الحالي، خاصة إذا كان المحكم محتاجاً للغة الأجنبية لسماح الشهود والخبراء الناطقين بغير لغته، أو لسماح المرافعات أو للاطلاع على الوثائق المقدمة.
- (7) أوصي بضرورة عمل مراكز متخصصة لتدريب المحكمين، ونشر السيرة الذاتية للمحكمين توضح خبراتهم ومؤهلاتهم وأهم القضايا التي شاركوا فيها، لتيسير اختيارهم في حل المنازعات.

8) أوصي بتشجيع مسألة جعل مكان للتحكيم العربي في أحد الدول العربية،
لتقوم الغرف التجارية في البلدان العربية بممارسة دورها في تقديم الخدمة
اللازمة لإجراء التحكيم.



المراجع والمصادر.

ابن أبي الدم، كتاب أدب القضاء، ج 1، الناشر: وزارة الأوقاف - العراق; سنة النشر: 1404 - 1984.

ابن حجر، رفع الإصر عن تاريخ قضاة مصر: ج 1، مكتبة الخانجي; سنة النشر: 1418 - 1988.

ابن عبد الشكور، مسلم الثبوت مع المستصفي للغزالي، ج 2، بولاق مصر: 1322 هـ.
ابن نجيم المصري الحنفي: البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية)، دار الكتب العلمية، ج 7، دار الكتاب الإسلامي الطبعة: الثانية، بيروت، لبنان.
أحمد شرف الدين، التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي في قانون التحكيم الجديد، مجلة القضاء، ص 27 ع 2 يوليو - ديسمبر 94.

أحمد شرف الدين، التحكيم في منازعات العقود الدولية، دار النهضة، 1993.
أحمد محمد البديع، شرح قانون التحكيم، مطبعة النهضة العربية، 2005م.
أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار النهضة العربية، 2000.
أحمد محمد شتا، شرح التحكيم دراسة مقارنة، مطبعة دار النهضة العربية، 2005م.
أحمد محمد عبد البديع شتا، تدخل القضاء والتحكيم في المساعدة والرقابة.
أساس البلاغة، دار الكتب العلمية، سنة النشر: 1419 - 1998.
أمال الفزائري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، دار الناشر: منشأة المعارف، 2000.

البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج 6، بيروت، 1983.
تبصرة الحاكم، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، سنة النشر: 1423 - 2003.

تراري ثاني مصطفى، استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر، 2008 .

جبايلي، صبرينة. إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2018.

حاشية الدسوقي، ج 4، دار الفكر الطبعة، 2010.

حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وآثارها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط 1، 2001.

الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، ج 4، القاهرة: 1974
روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، ج 11، بيروت - دمشق - عمان الطبعة: الثالثة، 1412هـ / 1991م.

السبكي، جمع الجوامع، الحلبي: 1356هـ 1937م.

سميحة القليوبي، القانون المصري، نظرية الأعمال التجارية.

سمير الشرقاوي، معيار التجارية والدولية وفقاً لقانون التحكيم الجديد مقارناً بالقانون النموذجي " اليونسترال " بحث مقدم إلى موقع التحكيم، 2012.

سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2003،

سيد، محمد شعبان إمام. التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية، دار المناهج للنشر والتوزيع، 2014.

الشربيني الخطيب؛ مغني المحتاج، دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1415هـ - 1994م.

شرح العناية، 5 دار الفكر الطبعة، 1414هـ.

الشرح الكبير، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، 1415.

الشرمان، ناصر محمد. المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2015.

شمس الدين السرخسي: كتاب المبسوط، ج 21 لناشر: دار المعرفة - بيروت; سنة النشر:
1409 - 1989.

شمس الدين، الخطاب، ج 6، 1978.

الصحاح، دار العلم للملايين - بيروت الطبعة: الرابعة 1407 هـ - 1987.

عابدين الدمشقي الحنفي، حاشية ابن عابدين، دار الفكر-بيروت الطبعة: الثانية، 1412 هـ
- 1992 م.

عاشور مبروك: النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، دراسة تحليلية وفقاً لأحداث التشريعات
والنظم المعاصرة، ص 14، الطبعة 2، دار الجلاء للنشر والتوزيع، المنصورة، 1998.

عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم المدني
والتجارة في إطار القانون الوضعي والشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية في قطر،
2001.

العالمي، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، ج 1، القاهرة، 1378 هـ.

عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية، والإدارية، منشورات بغداددي، الجزائر، ط1،
2009.

العقود الدرية ج1، سنة النشر: 1422 - 2002; عدد المجلدات: 1; رقم الطبعة: 1

علي قاسم، القانون التجاري، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع - مصر، 2011.

عمران، فارس محمد. موسوعة الفارس في قوانين ونظم التحكيم بالدول العربية والخليجية
والقانون النموذجي للتحكيم واتفاقية التحكيم بباريس، اتفاقية نيويورك، اتفاقية الرياض،

أنظمة مراكز تحكيم، قرارات تنفيذية، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2010.

عوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،
مصر، 1991.

فتح القدير، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت الطبعة: الأولى - 1414 هـ.

- فتح الوهاب، ج 2، دار الفكر للطباعة والنشر الطبعة: 1414هـ/1994م.
- فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علما وعملا، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2014.
- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، دار النشر: منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007.
- الفتلاوي، المنازعات الدولية: دراسة في قواعد تسوية المنازعات الدولية بالوسائل السلمية واستخدام القوة العسكرية في ضوء أحكام القانون الدولي وتطبيقاتها العلمية في النزاع العراقي الإيراني.
- الفلوجي، على عتبة العولمة والقرن المقبل: من أجل مصداقية التحكيم العربي، 2011.
- فؤاد علي القهالي، النظام القانوني لتنفيذ أحكام المحكمين الداخلية: دراسة مقارنة، دار النشر: الرياض: مكتبة القانون والاقتصاد، 2013.
- فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، التحكيم التجاري الدولي: دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية مع إشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية.
- القاموس المحيط، للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان الطبعة: الثامنة، 1426 هـ — 2005.
- قحطان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، دار ابن خلدون، بغداد، 1985.
- قدري محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، دار الصميعي للنشر والتوزيع، 1430هـ / 2009م.
- الكاساني؛ بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية الطبعة: الثانية، 1406هـ - 1986م.
- كشف القناع، دار الكتب العلمية، 2010.

- كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991.
- لسان العرب، الناشر: دار صادر - بيروت الطبعة: الثالثة - 1414 هـ، 2010.
- مال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، ص 75، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991.
- المبسوط، دار المعرفة - بيروت الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: 1414 هـ - 1993 م.
- مجدي هدى، معيار تجارية النزاع و تطبيقاته بين قانون التجارة الجديد وقانون التحكيم المصري، المؤتمر العلمي الثاني للقانونيين المصريين (المشاكل العملية الناشئة عن تطبيق قانون التجارة الجديد، القاهرة، يوليو، 2000.
- مجلة الأحكام العدلية، 1853 م.
- مجلة دراسات قانونية، مجلة شهرية متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، دار القبة للنشر والتوزيع، الوادي، الجزائر، العدد التاسع، أبريل 2003.
- محمد الحصكفي، الدر المختار، الناشر: دار الكتب العلمية؛ سنة النشر: 1423 - 2002.
- محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، الناشر: مكتبة لبنان؛ سنة النشر: 1986.
- محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، تاج العروس، المحقق: مجموعة من المحققين الناشر: دار الهداية، 2010.
- محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، التاج والإكليل، ج 6، دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1416 هـ-1994 م .
- محمد جبر الألفي، كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي - التحكيم في الفقه الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبو ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من 1 إلى 6 ذي القعدة 1415 هـ، الموافق 1 - 6 أبريل 1995 م.
- محمد سامي الشوا، " التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية، 2012.

محمد شعبان سيد، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية، دار المناهج للنشر والتوزيع، 2014.

محمد عطية خميس، الشريعة الإسلامية والأجانب في دار الإسلام، القاهرة: 1978.

محمد كمال عبد العزيز، التحكيم التجاري الدولي، بحث غير منشور، 2009.

محمد محبوبي، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء 2، الطرق البديلة لحل النزاعات (الصلح، الوساطة، التحكيم) قسم الوثائق، 2009.

محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2009.

محي الدين إسماعيل، منصة التحكيم التجاري الدولي، التحكيم متعدد الأطراف، ج 2، دار النسر الذهبي، 1998.

المصباح المنير، الناشر: دار صادر - بيروت الطبعة: الثالثة - 1414 هـ.

مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج 1، دار القلم، دمشق، ط 1، 1420 هـ / 1999 م.

مضبطة مجلس الشعب، الجلسة رقم 85، في 1993/3/6، عند المناقشة تم اقتراح حذف هذه الحالات والاكتفاء بالمعيار الأساسي وهو اتصال النزاع بالتجارة الدولية.

المعجم الوسيط، الناشر: دار الدعوة، 2010.

المغني، دار عالم الكتب؛ سنة النشر: 1417 - 1997.

منهاج الطالبين مع مغني المحتاج للشريبي الخطيب، ج 4، القاهرة، 1958.

مواهب الجليل، ج 6، دار الفكر الطبعة: الثالثة، 1412 هـ - 1992 م.

الموردي، الأحكام السلطانية، دار الحديث - القاهرة، 2010.

نهاية المحتاج، الناشر: دار الكتب العلمية؛ سنة النشر: 1424 - 2003.

نير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر
2000.

هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم.

هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم 32،
مكتبة الملك فهد الوطنية، نوفمبر 2017.

هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، المعايير الشرعي رقم
32، التحكيم، مكتبة الملك فهد الوطنية إثناء النشر، نوفمبر 2017.

والفتاوى الهندية، ج 3، دار الفكر الطبعة: الثانية، 1310 هـ.

وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة،
الإسكندرية، 2010.

وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة،
الإسكندرية، 2010.

يرنز ميليس، إعداد المحكمين الدوليين، أبحاث في مؤتمر الكويت الدولي للتحكيم التجاري،
1997.

يوسف القرضاوي، غير المسلمين في المجتمع الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة، 2008م.

السيرة الذاتية



البيانات الشخصية:

- الاسم: جمال محمد عبد الجواد

- الجنسية: مصر

- الحالة الاجتماعية: متزوج

- العنوان: إسطنبول - تركيا

- الهاتف المحمول: 905444333201

- البريد الإلكتروني: gamalmoham25@gmail.com

المؤهلات العلمية:

- بكالوريوس علوم وتربية، جامعة الزقازيق، مصر، 1994.

- دبلوم إدارة الشركات، أكاديمية بيس، ماليزيا، 2014.

- دورات تدريبية في المملكة العربية السعودية، من جامعة كامبريدج 2008.

الخبرة العملية:

- تعليم

مدرس رياضيات (1994: 2008)

عملت كمدرس رياضيات في 3 دول (مصر واليمن والسعودية).

- العمل الخاص

عملت في التجارة والبناء والمطاعم والاستيراد والتصدير.

المملكة العربية السعودية: عملت في تجارة الأدوية والعسل. عملت أيضاً في بناء المنازل

وقاعات المؤتمرات (2008: 2016).

مصر: لدي أعمال في الاستثمار (2011: 2017)

لدي مجموعة مطاعم راقية للأطعمة العربية في دولة بروني تسمى جواد باشا. (2015 حتى

الآن).

لدي مجموعة أعمال في تركيا بالشراكة مع أصدقاء في الاستيراد والتصدير.

المهارات الفنية:

- مهارات استخدام برامج الكمبيوتر.
- التكيف التام للعمل ضمن فريق العمل.
- التمتع بقدرة جيدة على العلاقات الاجتماعية البناءة.

