

## التحكيم بالصلح (والتوفيق)

ورقة عمل مقدمة لندوة  
رؤية الجوانب القانونية للتكامل في  
دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية  
(25 و 26/4/2005)

إعداد الدكتور/ حمزة أحمد حداد  
(دكتوراه حقوق – جامعة القاهرة ؛ دكتوراه حقوق – جامعة بريستول/بريطانيا)

أولاً : مفهوم التحكيم بالقانون وبالصلح

تقضي المادة 198 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري بأنه يجب ان يكون حكم المحكمين "..... على مقتضى قواعد القانون ما لم يكونوا مفوضين بالصلح وبشرط عدم مخالفة قواعد النظام العام والآداب". وتقضي المادة 4/39 من قانون التحكيم المصري بأنه "يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح ان تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون". ويطابق النص المصري المادة 4/39 من القانون العماني والمادة 36/د من القانون الأردني. وتنص المادة 36 من قانون التحكيم الفلسطيني على انه "يحق لأطراف النزاع تفويض هيئة التحكيم بإجراء الصلح بينهم وفق قواعد العدالة ويجوز لهيئة التحكيم ان تعرض بناء على طلب احد الأطراف أو من تلقاء نفسها تسوية ودية للنزاع". وتنص المادة 2/212 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على انه "يكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضا بالصلح فلا يتقيد بهذه القواعد عدا ما تعلق منها بالنظام العام".

يتبين من هذه النصوص ان اتفاق التحكيم ينقسم إلى تحكيم بالقانون أو ما يسمى التحكيم بالقضاء وآخر بالصلح. والأصل في التحكيم هو التحكيم بالقانون ما لم يتفق الطرفان صراحة على التحكيم بالصلح (1). ويقصد بالتحكيم بالقانون ان هيئة التحكيم تنظر بالنزاع وتصدر حكمها فيه حسب القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق على النزاع. وعليها قبل ذلك، أن تستمع لأقوال الخصوم وبياناتهم ومرافعاتهم، وأن تتقيد بالإجراءات الأساسية في التقاضي. وبعد انتهاء المرافعات والبيانات، تحجز القضية للحكم وتحكم فيها استنادا لأحكام القانون الموضوعية، على ان يتوفر في الحكم الشروط التي يتطلبها القانون، مثل ان يشتمل على ملخص لأقوال الخصوم ومستنداتهم وبياناتهم الأخرى ودفعهم وطلباتهم النهائية، ورأي المحكم في الدفوع والطلبات، والسند القانوني لذلك، وأسباب الحكم ومنطوقه وتاريخه ومكان صدوره وتوقيع المحكم. وباستثناء الإجراءات أمامها، فان هيئة التحكيم تتعامل في كل ذلك وكأنها محكمة رسمية.

أما التحكيم بالصلح، فلا يتقيد فيه المحكم بأحكام القانون الموضوعية، وإنما يصدر حكمه وفقا لقواعد العدالة وما يمليه عليه ضميره، على ان يكون الحكم منطقيا ومعقولا بعد الأخذ بالاعتبار لكافة الظروف المحيطة بالقضية (2). وهذا لا يمنع من ان يحكم المحكم وفقا لقواعد القانون. فالتفويض بالصلح ، يعني ببساطة أن من صلاحيات المحكم ان لا يتقيد بحكم القانون، ولكن هذا لا يحرمه من صلاحية الحكم وفق أحكام القانون، إذا وجد ذلك عادلا ومنصفا. ومثال ذلك ان تكون نسبة الفائدة القانونية

<sup>1</sup> وقضي في مصر في ظل المادة 824 من قانون المرافعات الملغاة ، بأنه إذا لم تنص مشاركة التحكيم على تفويض المحكمين بالصلح ، فإنهم يكونون محكمين بالقضاء (بالقانون)، ومن ثم لا حاجة لذكر اسماء المحكمين في مشاركة التحكيم (نقض مدني ، طعن رقم 60 ، تاريخ 1965/2/25 ، المكتب الفني 16 ، ص 223 ، ورقم 406 ، تاريخ 1965/6/17 ، المكتب الفني 16 ، ص 781 ، ورقم 365 ، تاريخ 1965/6/17 ، المكتب الفني 16 ، ص 790).

<sup>2</sup> وكما قضي في مصر ، يجب على المحكم بالصلح مراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي ، وأهمها مبدأ احترام حقوق الدفاع (نقض مدني مصري ، طعن 177 ، تاريخ 1976/2/16 ، المكتب الفني 27 ، ص 1770).

10% ومع ذلك، يقرر المحكم الحكم بـ 5% ، أو أن لا يحكم بفائدة إطلاقاً. وبالمقابل، يحق له ان يقضي بـ 10% حسب القانون. أو يقضي المحكم ضد المحتكم ضده بان يدفع كامل دين القرض المطالب به، ولكن على أقساط مع ان القانون يقضي بدفع المبلغ دفعة واحدة، أو يقضي القانون بوجوب التنفيذ العيني اذا توفرت شروطه، ولكن يجد المحكم ان من الإنصاف الحكم بالتعويض بدلا من التنفيذ العيني.

وكذلك الأمر، فان المحكم بالصلح له الخروج ليس على أحكام القانون فحسب، بل على أحكام العقد أيضا، وان لا يتقيد بتنفيذه حرفيا. وله في هذه الحالة، مثلاً، أن يخفف من بعض الالتزامات المفروضة على أحد الطرفين، أو يزيد الحقوق المعطاة للآخر. فنسبة الفائدة الاتفاقية مثلا قد تكون 5%، ولكن يرى المحكم زيادة هذه النسبة أو إنقاصها عدالة، أو ينص العقد على وجوب التنفيذ العيني، فيقرر المحكم الحكم بالتعويض الذي يغطي كامل خسارة الدائن بدلا من التنفيذ أو العكس. أو يقضي العقد بوجوب توجيه إنذار عدلي للمدين قبل مطالبة الدائن بالدين، فيقبل المحكم المطالبة بالرغم من عدم وجود إنذار عدلي ويلزم المدين بوجوب دفع الدين. ولكن المحكم مقيد بقاعدة أساسية، وهي عدم تعديل البنيان الأساسي الذي يقوم عليه العقد. فليس له أن يستبدل الالتزامات العقدية بالالتزامات أخرى، أو بتغيير العقد وتحويله إلى عقد آخر بما يناقض ويقلب إرادة الأطراف رأسا على عقب<sup>(3)</sup>. ومثال ذلك، أن يكون العقد واضحا من حيث كونه عقد بيع بالتقسيط، فيقرر المحكم تحويله إلى عقد إيجار سلع وأن ما دفع سيدفع من ثمن هو أجره وليس ثمنا، أو يلزم المشتري تسليم سلع للبايع على سبيل المقايضة بدلا من دفع ثمن البضاعة، أو بدلا من ان يلزم مقاول البناء بتسليم ما تبقى من أعمال يسيره، يقرر المحكم فسخ عقد المقاوله بأثر رجعي بالرغم من تمسك الطرفين بالعقد وعدم مطالبة أي منهما بفسخه.

ومن جانب آخر، فإن المحكم بالصلح، كالمحكم بالقانون، مقيد بعدم مخالفة النظام العام وإلا كان حكمه عرضة للبطلان. وهذه القاعدة نصت عليها صراحة قوانين قطر والإمارات وفق ما هو مبين سابقا<sup>(4)</sup>، ولم تنص عليها القوانين الأخرى. ولا يعني ذلك أن تلك القوانين لا تأخذ بهذا الحكم، بل العكس هو الصحيح. فالنظام العام، هو القيد الأساسي لكافة التصرفات القانونية والأحكام القضائية والتحكيمية، وتؤدي مخالفته إلى بطلان هذه التصرفات والأحكام. لذلك، فان هذه القوانين تقضي بإمكانية إبطال أحكام التحكيم لمخالفتها للنظام العام دون تفرقة بين كون التحكيم بالقانون أو بالصلح<sup>(5)</sup>.

<sup>3</sup> *Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer, 1999, para. 1507* . (ويطلق عليه فيما بعد فوشارد)

<sup>4</sup> وقد أكدت ذلك أيضاً بعض الأحكام القضائية في أبو ظبي ، مثل الطعن رقم 433 ، تاريخ 1997/2/26 ، العدالة 17 ، ص 157 ؛ ورقم 165 ، تاريخ 1996/11/30 ، العدالة 17 ، ص 974 .

<sup>5</sup> المادة 49/ب/أردني؛ والمادة 2/53/مصري وعماني؛ والمادة 3/43/فلسطيني.

## ثانياً : شروط التحكيم بالصلح

كما ذكرنا، أجازت مختلف القوانين محل البحث التحكيم بالصلح إذا اتفق على ذلك الطرفان. والنص في قوانين مصر والأردن وعمان، يوجب أن يكون هذا الاتفاق صريحاً، في حين لم تنص على ذلك قوانين فلسطين والإمارات وقطر. ولكن نظراً لخطورة التحكيم بالصلح بالمقارنة مع التحكيم بالقانون، وهو الأصل، في حين أن التحكيم بالصلح هو استثناء، فإننا نرى وجوب أن يكون هذا الاتفاق صريحاً وواضحاً أسوة بالقوانين التي نصت على ذلك صراحة. وتمشياً مع هذا النهج، قضي في دبي بأنه لا يصح اعتبار المحكم مفوضاً بالصلح، إلا إذا وضحت إرادة الخصوم في التعبير عن ذلك وضوحاً تاماً وصريحاً. ولا يكفي لاعتبار المحكم مفوضاً بالصلح مجرد الاتفاق بشرط التحكيم أو مشاركته على جعل حكمه باتاً ونهائياً، وعلى إعفائه من التقيد بأحكام قانون المرافعات، لأن ذلك نتيجة من نتائج التحكيم ولا يكشف عن اتجاه نية الخصوم في اعتبار المحكم مفوضاً بالصلح الذي ينفرد به<sup>(6)</sup>.

ومن جانب آخر، ينص القانون القطري في المادة 191، بأنه لا يجوز تفويض المحكمين بالصلح ولا الحكم منهم بصفة محكمين مصالحين، إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم في الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقل. وهو ذات الحكم في قانون الإمارات، في حين لا يوجد له مقابل في القوانين الأخرى موضوع هذه الدراسة. ومقتضى هذا النص، أنه يجب الاتفاق في التحكيم بالصلح على اسم المحكم مسبقاً، إما في شرط التحكيم أو في مشاركة التحكيم أو في أي اتفاق تحكيم آخر مستقل عن العقد الأصلي. وإذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم، فيجب ذكر أسمائهم جميعاً في الاتفاق. وهذا الحكم من النظام العام فلا تجوز مخالفته، وأي اتفاق على غير ذلك يكون باطلاً. وإذا أصدر المحكم حكمه، ولم يكن هذا المحكم معيناً في اتفاق التحكيم، يكون الحكم الذي يصدره باطلاً أيضاً. وبمعنى آخر، فإن اتفاق التحكيم ذاته يكون باطلاً وما يستتبع ذلك من بطلان الحكم. ويترتب على هذه القاعدة، أنه في حال عدم ذكر اسم المحكم في الاتفاق، فلا يجوز للمحكمة أو أي جهة أخرى ذات اختصاص تعيين المحكم في حال عدم الاتفاق عليه، وإلا كان التعيين باطلاً ويكون حكم المحكم باطلاً مما يترتب عليه بطلان حكم التحكيم<sup>(7)</sup>.

<sup>6</sup> تمييز مدني دبي، طعن 294، تاريخ 1994/11/26، القضاء والتشريع 994، ص 918؛ ورقم 186، تاريخ 1997/1/5، القضاء والتشريع 1996، ص 15.

<sup>7</sup> كانت المادة 705 من قانون المرافعات المصري، الملغاة بالقانون رقم 27 لسنة 1994، تقضي بأنه "..... لا يجوز التفويض للمحكمين بالصلح ولا الحكم منهم بصفة محكمين مصالحين إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم في المشاركة المتضمنة لذلك أو في عقد ثابت عليها". وقضي تطبيقاً لهذا النص، بأنه يجب اتفاق المختصين بالمحكيم على جميع المحكمين المفوضين بالصلح، أو الذين يحكمون بصفقتهم محكمين مصالحين، وتعيينهم بأسمائهم سواء في مشاركة التحكيم أو في عقد سابق عليها. وقد جرى حكم محكمة النقض على أن هذا الحكم من النظام العام، ومخالفته موجبة لبطلان حكم التحكيم بطلاناً مطلقاً لا يزيله حضور الخصوم أمام هؤلاء المحكمين. ومادام القانون لا يجيز تعيين المحكم المفوض بالصلح بغير اتفاق الخصوم، فإنه يمتنع على المحكمة في جميع الأحوال أن تعين محكماً مصالحاً لم يتفق عليه الطرفان المتنازعان (نقض مدني، طعن 249، تاريخ 1967/5/18، المكتب الفني 18، ص 1022). أنظر أيضاً حكم من أبو ظبي، الطعن 317، تاريخ 1998/11/29، العدالة 20، ص 1257.

ولا يطبق هذا الحكم إلا على التحكيم بالصلح دون التحكيم بالقانون أو القضاء. وعلى ذلك، فإن الاتفاق على الإحالة إلى التحكيم دون بيان نوع التحكيم هل هو بالقانون أم بالصلح، يكون التحكيم بالقانون لأنه الأصل كما ذكرنا فلا يشترط ذكر اسم أو أسماء المحكمين في الاتفاق.

وإذا اتفق الطرفان على هيئة ثلاثية للتحكيم بالصلح، وعيّن كل منهما محكمه، واتفقا على تفويض هذين المحكمين بتعيين المحكم الثالث في حال نشوب النزاع، فإن الاتفاق أيضا باطل ولا يفي بمتطلبات النص القانوني<sup>(8)</sup>. ومن باب أولى بطلان الاتفاق على التحكيم بالصلح إذا كان التحكيم مؤسسياً، أي حيث يتفق الطرفان على إحالة النزاع إلى مؤسسة تحكيم دائمة، مثل مركز تحكيم القاهرة أو مركز دبي للتحكيم الدولي لتسويته عن طريق التحكيم بالصلح دون ذكر أسماء المحكمين. وإذا فوض اتفاق التحكيم المحكمين بالحكم بالقانون (بالقضاء) أو بالصلح دون ذكر أسماء هؤلاء المحكمين، يكون الاتفاق باطلاً بطلانا جزئياً بالنسبة للتحكيم بالصلح، وصحيحاً بالنسبة للتحكيم بالقانون، ويجب على المحكمين الذين يعينون فيما بعد الحكم على مقتضى القانون<sup>(9)</sup>. وإذا توفى المحكم المصالح أو أحد أعضاء هيئة التحكيم بالصلح، سواء قبل بدئ إجراءات التحكيم أو أثناءها، يبقى اتفاق التحكيم صحيحاً، ولكن يتوقف نفاذه على اتفاق جديد لتعيين محكم بدلا عنه. فإذا لم يتفق الأطراف على ذلك، ليس للمحكمة أو لأي جهة أخرى ذات اختصاص تعيين المحكم البديل. وإذا وصل الأطراف إلى طريق مسدود في تعيين المحكم، يسقط اتفاق التحكيم وتسقط تبعاً له كافة الإجراءات التي تمت في ظله<sup>(10)</sup>.

وكما ذكرنا سابقاً، فإن قوانين مصر وعمان والأردن وفلسطين لا تشترط ذكر أسماء المحكمين في اتفاق التحكيم بالصلح، مما يعني جواز مثل هذا الاتفاق. ويترتب على ذلك عكس النتائج المبينة فيما مضى، ومن أهمها أنه في حال عدم الاتفاق على المحكمين أو أحدهم، تولت المحكمة المختصة أو أي جهة أخرى ذات اختصاص حسب الاتفاق أو القانون تعيين المحكم، وفي حال وفاة المحكم أو استحالة تنفيذه للمهمة الموكلة إليه، يتم تعيين البديل بذات الطريقة التي تم تعيين سلفه بموجبها.

---

<sup>8</sup> وقضي في مصر منذ زمن بأنه لا يجوز القول بإمكان تعيين بعض المحكمين بأسمائهم في مشاركة التحكيم، وتوكيل هذا البعض في تعيين الآخرين لاحقاً (نقض مدني، طعن 88، تاريخ 1934/12/20، السنة القضائية 3، ص 514).

<sup>9</sup> وفي حكم من الكويت، قضي بأن القانون لا يمنع من الاتفاق على التحكيم بالقضاء أو بالصلح معاً في مشاركة واحدة، وذلك بتفويض المحكم بالقضاء أو بالصلح، والرضى بحسم النزاع على أي من الوجهين. وفي هذه الحالة، فإن عدم ذكر أسماء المحكمين في المشاركة، إذ يبطل البند التعاقدية الخاص بالتحكيم بالقضاء الذي يبقى صحيحاً وناظراً بحق الطرفين (تمييز مدني، طعن 146، تاريخ 1986/3/5، السنة القضائية 1985، ص 150).

<sup>10</sup> وقضي في مصر بأن وفاة المحكم المصالح لا يؤدي إلى بطلان مشاركة التحكيم، ولكن لا ينفذ اتفاق التحكيم إلا باتفاق جديد بين الخصوم على شخص محكم آخر (نقض مدني، طعن 489، تاريخ 973/2/24، المكتب الفني 24، ص 324).

### ثالثاً: الطعن بحكم التحكيم بالصلح

تقضي المادة (203) من قانون المرافعات القطري بأن جميع أحكام المحكمين، يجب إيداع أصلها لدى قلم كتاب المحكمة المختصة أصلاً لنظر الدعوى خلال الخمسة عشر يوماً التالية لصدوره. فإذا كانت المحكمة المدنية الكبرى هي المختصة أصلاً بنظر النزاع لو لم يكن هناك اتفاق تحكيم، يتم إيداع الحكم لدى قلم كتابها. وإذا كان ورد اتفاق التحكيم على قضية كانت منظورة لدى محكمة الاستئناف، كان الإيداع لدى قلم كتاب محكمة الاستئناف. وبعد إيداع الحكم على هذا النحو، يحق لأحد طرفي الخصومة، وهو عادة المحكوم له، أن يطلب من المحكمة التي أودع الحكم لديها إصدار أمر بتنفيذه. ولكن، من جانب آخر، تنص المادة (205) من القانون المذكور على أن أحكام المحكمين قابلة للاستئناف طبقاً للقواعد المقررة لاستئناف الأحكام الصادرة من المحكمة المختصة أصلاً لنظر النزاع، وذلك خلال الخمسة عشر يوماً من إيداع أصل الحكم قلم كتاب المحكمة، ويرفع الاستئناف أمام محكمة الاستئناف المختصة.

ونخلص من هذه الأحكام إلى أنه لا يجوز للمحكمة التي أودع الحكم لديها الأمر بتصديقه إلا بعد مضي خمسة عشر يوماً على إيداعه لديها، وبعد التأكد من أن المحكوم عليه لم يقم باستئنافه خلال تلك المدة. فما دام من حق المحكوم عليه استئناف الحكم خلال فترة معينة، فلا يجوز للمحكمة إصدار أمر بتنفيذه قبل مضي مدة الاستئناف على النحو المذكور.

على أي حال، إذا كان المحكومون مفوضين بالصلح، فلا يكون حكم التحكيم الصادر عنهم قابلاً للاستئناف، وإنما يجوز الطعن به بالبطلان استناداً لأحكام المادة (207) من قانون المرافعات القطري، التي حددت حالات الطعن بالبطلان حصراً<sup>(11)</sup>، ومنها عدم وجود اتفاق على التحكيم أو بطلان هذا الاتفاق، أو بطلان إجراءات التحكيم بشكل أثر في الحكم أو مخالفة الحكم، للنظام العام أو الآداب. كما يجوز الطعن بحكم المحكمين بالصلح عن طريق الائتماس بإعادة النظر طبقاً للمادة (206) من القانون ذاته.

ومن أوجه الخلاف الهامة بين القانون القطري والقانون الإماراتي، أن الأخير لم يجز الطعن بحكم التحكيم مباشرة لدى محكمة الاستئناف، وإنما أجاز الطعن بحكم المحكمة المختصة (البداية مثلاً) التي نظرت في طلب المصادقة على حكم التحكيم، وقررت من حيث النتيجة المصادقة أو عدم المصادقة عليه. في هذه الحالة، يكون حكم المحكمة وليس الحكم التحكيمي هو القابل للطعن استئنافاً وفقاً لطرق الطعن العادية وحسب أحكامها. ولكن، على غرار القانون القطري، إذا كان التحكيم بالصلح، فلا يكون حكم المحكمة الصادر في دعوى المصادقة على حكم التحكيم قابلاً للطعن

<sup>11</sup> وهو ما أكدته المحكمة المدنية الكبرى في قطر بقولها أن القانون حدد على سبيل الحصر أربع حالات فقط لطلب بطلان حكم المحكمين (رقم 1997/1044، تاريخ 1998/11/24).

بالاستئناف، وإنما يكون قطعياً<sup>(12)</sup>. ونرى قصر تطبيق هذا الحكم على حكم التحكيم المتضمن الصلح بين طرفي النزاع، أما إذا كان المحكم المفوض بالصلح لم يصدر حكمه بالصلح وإنما حسب أحكام القانون، فإننا نرى خضوع حكم المحكمة المتضمن التصديق أو عدم التصديق عليه للطعن أمام محكمة الاستئناف أسوة بالتحكيم القانون أو القضاء بوجه عام.

وبالنسبة لقوانين الدول العربية الأخرى محل البحث (مصر والأردن وعمان وفلسطين)، فلا تجيز الطعن بحكم التحكيم بطرق الطعن العادية، وإنما أجازت الطعن به عن طريق البطلان بدعوى أصلية موضوعها بطلان حكم التحكيم إذا توفرت إحدى الحالات المنصوص عليها حصراً. ويطبق هذا المبدأ على كلا النوعين من التحكيم: التحكيم بالقانون (القضاء) والتحكيم بالصلح دون تفرقة بينهما. وتجدر الإشارة هنا بالنسبة للقانون الإماراتي، أنه أيضاً أجاز الطعن بحكم التحكيم بالبطلان سواء كان التحكيم بالقانون أو بالصلح<sup>(13)</sup>.

#### رابعاً: المسائل التي لا يجوز فيها الصلح

تقضي الفقرة الرابعة من المادة (190) من قانون المرافعات القطري بأنه لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح. وهذا الحكم متفق عليه في العديد من قوانين الدول العربية، من ذلك مثلاً المادة (11) من كل من قانون التحكيم في مصر وعمان، والمادة (9) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (4/203) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي<sup>(14)</sup>. ويبدو ان السبب في هذا الحكم يرجع إلى أن هذه القوانين أجازت لطرفي النزاع تفويض هيئة التحكيم بالصلح بينهما. وفي هذه الحالة، تفصل الهيئة في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف، دون التقيد بأحكام القانون كما ذكرنا سابقاً. وعلى ذلك، لو لم يمنع القانون التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، لكان هناك احتمال للقول بأنه يجوز التحكيم حتى في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، مادام أن المشرع أجاز التحكيم بالصلح عموماً. ويترتب على مثل هذا الاستنتاج، القول بأنه يجوز للطرفين إجراء صلح في مسألة لا

<sup>12</sup> أنظر أيضاً نقض مدني/دبي، طعن رقم 171، تاريخ 1992/11/22، القضاء والتشريع لسنة 1992، ص 805؛ ورقم 294، تاريخ 1994/11/26، القضاء والتشريع لسنة 1994، ص 918؛ ورقم 186، تاريخ 1997/1/5، القضاء والتشريع لسنة 1996، ص 15؛ نقض مدني/أبو ظبي، طعن رقم 263، تاريخ 1996/12/8، العدالة 17، ص 1000؛ ورقم 101، تاريخ 1998/5/17، العدالة 20، ص 522؛ ورقم 260، تاريخ 1998/2/17، العدالة 20، ص 202.

<sup>13</sup> المادة 49/أردني؛ والمادة 53/مصري وعماني؛ والمادة 43/فلسطيني؛ والمادة 216/إماراتي.

<sup>14</sup> وتقضي المادة 2/4 من قانون التحكيم الفلسطيني بعدم سريان أحكام القانون على المسائل التي لا يجوز فيها الصلح قانوناً. والنص معيب قانوناً من حيث أن المسألة المطروحة ليست حول سريان أو عدم سريان القانون على الأمور التي لا يجوز الصلح فيها، وإنما حول مدى جواز التحكيم في هذه الأمور، وهو ما حظرته قوانين الدول العربية الأخرى صراحة كما هو مبين في المتن.

تخضع للصلح، ولكن بطريق غير مباشر وذلك بتفويض شخص ثالث يمثل هذا الصلح، أي عن طريق التحكيم. وهو أمر غير منطقي بداهة. لذلك، جاء المشرع وحظر التحكيم في كل مسألة لا يجوز الصلح فيها. وعمومية النص تشمل كلا النوعين من التحكيم: التحكيم بالقانون، والتحكيم بالصلح.

وحسب المادة (573) من القانون المدني القطري، فإن الصلح عقد يحسم به عاقداه نزاعاً قائماً بينهما، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التقابل، عن جزء من ادعائه. فالصلح إذن اتفاق الطرفين على إنهاء نزاعهما وخصومتها بالتراضي. ويفترض الصلح وجود حقوق مالية متقابلة، ينشأ بشأنها أو بشأن بعض منها أو يكون هناك احتمال بأن ينشأ بين المتعاقدين نزاع حول هذه الحقوق، فيتفقان على تسويتها صلحاً دون حاجة لحكم قضائي، بحيث يكون هناك تنازل كلي أو جزئي من أحدهما عن حقوقه، مقابل ما يأخذه من الطرف الآخر، أيضاً من تنازل كلي أو جزئي عن حقوقه سواء في العقد ذاته أو في غيره من العقود.

ومثال ذلك أن يدعي البنك (أ) بأن له في مواجهة (ب) ديناً مستحقاً مع الفوائد بواقع 10% سنوياً، وينازعه (ب) في ذلك مثل الإدعاء بعدم استحقاق الدين وعدم ترتب فوائد عليه في حال استحقاقه. فيتفقان على تسوية هذا النزاع صلحاً بأن يدفع (ب) لـ (أ) أصل الدين مع فائدة (5%)، على أن يتم دفع الدين وفوائده دفعة واحدة. في هذا المثال، نجد أن (أ) تنازل عن جزء من ادعائه مثل المطالبة بفائدة (10%)، كما تنازل (ب) عن جزء من ادعاءاته مثل الادعاء بعدم استحقاق الدين، وعدم ترتب فوائد على الدين.

ويلاحظ على قانون المرافعات القطري أنه لم يحدد المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، والتي لا يجوز بالتالي أن تكون موضوع اتفاق تحكيم، وترك ذلك للقواعد العامة. وبالرجوع لأحكام القانون المدني، نجد أن المادة (575) نصت على أنه لا يجوز الصلح في أمرين:

**الأول:** المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية مثل الأهلية، ويشمل ذلك، كما نرى مسائل الأحوال الشخصية مثل الزواج والطلاق والنسب.

**الثاني:** تتضمن قاعدة عامة تقليدية وهي مسائل النظام العام، وهو مصطلح واسع ومطاط يشمل مختلف نواحي الحياة من سياسة واقتصاد وإدارة واجتماع ودين وغير ذلك من مسائل كثيرة ولا حصر لها.

وعليه، لو حصل نزاع بين (أ) وزوجته (ب) فيما إذا كان يحق لـ (أ) الزواج بامرأة ثانية أم لا، أو حول تطليقها منه، أو حول حضانة ابنهما (ج)، فإنه لا يجوز الاتفاق على إحالة هذا النزاع للتحكيم، لأن هذه الأمور من مسائل الأحوال الشخصية التي لا يجوز الصلح فيها بالنص الصريح، مما لا يجوز التحكيم فيها بالنص الصريح أيضاً. ولو حصل نزاع مع (أ) حول حقه بأن يكون موظفاً عاماً أو حقه



بالترشيح للانتخابات النيابية أو بالانتخابات، أو كان النزاع يتعلق بجريمة متهم (أ) بارتكابها، فلا يجوز إحالة النزاع للتحكيم لتعلق هذه المسائل بالنظام العام التي لا يجوز الصلح فيها.

ولكن، حسب المادة (575) من القانون المدني القطري، فإنه يجوز الصلح على الحقوق المالية التي تترتب على الحالة الشخصية، أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم. وهو مبدأ عام يمكن القول بأنه مقبول ومطبق في مختلف القوانين محل البحث. ومثال ذلك انتحال (أ) لاسم وصفة (ب) مما يشكل جريمة توجب العقوبة الجزائية من جانب، وعملاً غير مشروع (فعلاً ضاراً) موجباً لمسؤولية (أ) المدنية بالتعويض في مواجهة (ب). من جانب آخر ففي حين لا يجوز الاتفاق بين (أ) و (ب) على إحالة النزاع الخاص بالجريمة للتحكيم وإنما للقضاء الرسمي سواء عن طريق النيابة العامة أو غير ذلك، يجوز لهما الاتفاق على إحالة حق (ب) المدني بالتعويض في مواجهة (أ) للتحكيم، بحيث يتم تسوية هذا النزاع تحكيمياً وليس عن طريق القضاء.

وبوجه عام، يمكن القول بأن الحقوق غير المالية تخرج عموماً عن إطار التحكيم، ليس لأنها غير قابلة للصلح، بل لأن القوانين محل البحث تقصر نطاق تطبيقها على الحقوق المالية، أي التي تقوم بالمال من جهة، وفي إطار القانون الخاص من جهة أخرى. ويكون الحق مالياً إذا كان مصدره أو مصدر أو سبب المطالبة فيه يرجع لأحد مصادر الالتزام التقليدية الخمسة، وهي العقد، والتصرف الانفرادي (الإرادة المنفردة)، والفعل الضار (العمل غير المشروع)، والفعل النافع (الثراء بلا سبب)، والقانون. فإذا لم يكن الحق مالياً على هذا النحو، فلا يجوز التحكيم فيه.

وكقاعدة عامة نستدل على كون الحق غير مالي من طبيعة هذا الحق، وأحياناً يؤكد القانون على مثل ذلك، كالنص في القوانين العربية عموماً بأنه ليس لأحد أن يتنازل عن حرите الشخصية، أو أهليته أو التعديل في أحكامها، ومثال ذلك أيضاً الحقوق الخاصة بالاسم الشخصي أو اللقب العائلي، والحقوق السياسية والعامة عموماً، والحقوق اللصيقة بالشخص دون غيره، مثل المواطنة والجنسية وصلة القربى، وحقوق وصلاحيات سلطات الدولة مع بعضها، والأحكام المتعلقة بالميلاد والوفاة، والحقوق (غير المالية) الخاصة بالأحوال الشخصية، مثل الزواج والطلاق والنسب والبنوة، وأيضاً الحقوق المعطاة لشخص معين بصفته الشخصية دون غيره، حتى لو ارتبطت أحياناً بمسائل مالية مثل الشهادات المدرسية والجامعية، ورخص قيادة السيارات والسفن والطائرات، وإجازة ممارسة مهنة معينة، مثل المحاماة والطب والهندسة والمحاسبة والصيدلة.

وقد يكون الحق مالياً، ولكن لا تجوز المساومة عليه بالتنازل عنه كلياً أو جزئياً. في هذه الحالة، لا يكون الحق قابلاً للصلح، لأن الصلح يتضمن بالضرورة مثل هذا التنازل. ونستدل على عدم جواز التنازل عن الحق (وبالتالي الصلح عليه)، أما من النصوص القانونية، أو القواعد العامة التي يستدل منها ذلك لحماية مصلحة أو مصالح معينة.

ومثال ذلك، ما تقضي به القواعد العامة في القانون المدني من انه لا يجوز التصرف بالأموال العامة المخصصة لمنفعة عامة أو الحجز عليها أو تملكها بمرور الزمان. ومثاله أيضاً أن حصص

الورثة في التركة محددة في القانون، فلا يجوز الاتفاق على خلافها، أو تغيير هذه الحصص بالاتفاق زيادة أو نقصاً<sup>(15)</sup>، أو الاتفاق على إعطاء نصيب من التركة لغير الوارث على انه وارث. ومثاله كذلك الرسوم المقررة قانوناً لجهة معينة مقابل خدمة تقدمها للآخرين، والتي يحظر القانون التنازل عنها أو المساومة بشأنها، مثل رسوم النقابات المفروضة على المنتسبين للنقابة، كالمحامين والأطباء والمهندسين والصيادلة. ومن ذلك أيضاً، حق الامتياز العام للدائن على جميع أموال المدين، وحقوق الامتياز للضرائب والرسوم المستحقة للحكومة. ويستدل من النصوص القانونية المنظمة لهذه الحقوق، بأنها مقررة بنصوص أمره لا يجوز الاتفاق على خلافها. ويعني ذلك انه لا يجوز الصلح فيها، وبالتالي لا يجوز التحكيم (بالصلح) بشأنها. ومن الحقوق التي لا يجوز الصلح فيها الحق بطلب بطلان العقد، وهو من النظام العام. فلا تجوز المصالحة على عقد باطل بالتنازل، مثلاً، عن البطلان من قبل أحد الطرفين مقابل عوض معين يأخذه من الآخر. ومثال ذلك، أخيراً وليس آخراً، الحجز التحفظي أو التنفيذي على مال لا يجوز الحجز عليه.

وكقاعدة عامة، يمكن ان نقرر بأنه إذا كانت المسألة (المالية) من النظام العام، فإنه لا يجوز الصلح عليها، ومن ثم لا يجوز التحكيم (بالصلح) فيها.

ونعود ثانية إلى المبدأ العام الذي سبق وذكرناه، والمتفق عليه في قوانين الدول العربية، من أن كل مسألة لا يجوز الصلح فيها، لا يجوز كذلك التحكيم بشأنها وإلا كان الاتفاق باطلاً. ولكن ليس بالضرورة ان يكون العكس صحيحاً. بمعنى انه ليس كل مسألة قابلة للصلح، يجوز ان تكون محلاً أو موضوعاً للتحكيم. فالمشرع قد يرى، لسبب أو لآخر، عدم جواز التحكيم في بعض المسائل بالرغم من جواز الصلح فيها. ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (215) من قانون التجارة البحري الأردني، بالقول بأنه يعتبر باطلاً كل شرط أو اتفاق ينزع اختصاص المحاكم الأردنية في النظر في الخلافات الناشئة عن وثائق الشحن أو النقل البحري. وتفسيراً لهذا الحكم، استقر الاجتهاد القضائي في الأردن على بطلان اتفاق التحكيم الخاص بتسوية الخلافات المذكورة عن طريق التحكيم<sup>(16)</sup>.

وكما ذكرنا، فإن عمومية النص الخاص بعدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها، الصلح يشمل كلا النوعين من التحكيم: التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح. ولكن من وجهة نظرنا، فإنه إذا كان للمشرع مبرر لحظر التحكيم بالصلح في المسائل المالية (في إطار القانون الخاص) التي لا يجوز الصلح فيها وفق ما هو مبين آنفاً، فإننا لا نجد مبرراً لذلك في التحكيم بالقانون. فهئية التحكيم هنا، مثلها مثل المحكمة، ستقضي بحكم القانون وليس وفق قواعد العدل والإنصاف، وإلا كان حكمها باطلاً لسبب واحد على الأقل وهو مخالفته للنظام العام حسب مختلف القوانين العربية. وبمعنى آخر، حيثاً لو أجاز المشرع التحكيم بالقانون في المسائل المالية التي لا يجوز فيها الصلح، وقصر الخطر فقط على

<sup>15</sup> وهذا بخلاف التخرج أو المخارجة، وهي مسألة أخرى لا علاقة لنا بها هنا.

<sup>16</sup> مثلاً تميز حقوق 90/619، مجلة النقابة لسنة 1991، ص 2106، ورقم 85/496، مجلة النقابة لسنة 1987 ص 1919.

التحكيم بالصلح في تلك المسائل. ونكرر ثانية بأن هذا الرأي محصور بالمسائل المالية من جهة، وفي إطار القانون الخاص من جهة أخرى.

ولتوضيح ذلك نضرب مثلاً خاصاً بالمسألة الإرثية. فلو كانت حصة كل من (أ) و(ب) و(ج) في الميراث هي الثلث لكل منهم حسب القانون. الا انهم اتفقوا فيما بينهم قبل أو حتى بعد وفاة مورثهم على تعديل هذه الحصص ، بحيث يعطى (أ) نصف الميراث وكل من (ب) و(ج) الربع. وأن أي خلاف بينهم تتم تسويته للتحكيم بواسطة محكم منفرد (د). توفي مورثهم وحصل الخلاف بينهم على الاتفاق المذكور، فأحيل الى (د) لتسويته. الأصل في هذا المثال أن يقضي (د) بحكم القانون، فيتوجب عليه الحكم ببطلان الاتفاق، وأن الحصص الارثية يجب توزيعها حسب القانون، أي الثلث لكل منهم. ولو رفع النزاع أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، فلن تقضي بغير ذلك. أما لو اتفق الأطراف على تسوية النزاع عن طريق التحكيم بالصلح، فإن من صلاحية المحكم تعديل الحصص الارثية بحيث يعطى لـ (أ) مثلاً الربع ويعطى لـ (ب) الخمس، والباقي لـ (ج) وهذا غير جائز. في حين لو قدم النزاع ذاته للمحكمة، فإنها لن تقضي إلا بما يقضي به القانون، ولا يجوز لها الصلح أو المساومة على مقدار الحصص الارثية. ومن هذا المنطلق ، نقول بأنه حبذا لو منع القانون فقط التحكيم بالصلح في المسائل التي لا تقبل الصلح، وأجاز التحكيم بالقانون في هذه المسائل.

### خامساً: تمييز التحكيم (بالصلح) عن غيره

يتميز التحكيم في انه وسيلة لتسوية النزاع بحكم نهائي، يصدره شخص ثالث يكون حكمه ملزماً لأطراف التحكيم ، وكأنه حكم قضائي إذا توفرت به شروط معينة. ويستوي في ذلك أن يكون التحكيم بالقانون أو بالصلح. فإذا كان الاتفاق في هذا الإطار، كنا في نطاق التحكيم، وإلا كنا في إطار مسألة أخرى غير التحكيم. ويترتب على ذلك اثر هام وهو عدم انطباق الأحكام القانونية الخاصة بالتحكيم على تلك المسألة، ومنها أن الرأي الذي يبديه الشخص الثالث أو القرار الذي يصدره ذلك الشخص بشأن أمر معين، حتى ولو كان متنازعا عليه، لا يكون حكماً تحكيمياً يجبر الأطراف على تنفيذه بقوة القانون. ومن هذه المسائل الأخرى التي قد تختلط بالتحكيم، التوفيق والخبرة والإحالة للمهندس الاستشاري في عقود الفيديك، وهو ما نبينه في الفقرات التالية.

### 1- التوفيق

يقصد بالتوفيق اتفاق أطراف النزاع على إحالته لشخص ثالث يتفقون عليه، للتوفيق بينهم في محاولة لتسوية النزاع ودياً قبل اللجوء للقضاء أو التحكيم. وبذلك يتفق التوفيق مع التحكيم في ان مصدر كل منهما اتفاق الأطراف، وتعيين المحكم والموفق يتم بالاتفاق أيضاً. ويختلفان بعد ذلك في أمور جدية كبيرة. ونظراً لأهمية التوفيق في الوقت الحاضر وكثرة تطبيقاته في الحياة العملية، أصدرت

مؤسسات كثيرة قواعد خاصة بالتوفيق تغطي المسائل الخاصة به مثل تعيين الموفقين والإجراءات أمامهم وأثار العملية التوفيقية (17).

والتوفيق يفترض وقوع خلاف بين (أ) و(ب) حول حقوق والتزامات كل منهما في عقد معين، فينتقلان على إحالته للتوفيق أمام (ج). في هذه الحالة، يأخذ (ج) دور الوسيط بينهما ويحاول تقريب وجهات نظرهما، والوصول بهما إلى نقطة الاتفاق. فان أفلح في ذلك، يعد مشروع اتفاقية تسوية بين الطرفين ويعرضها عليهما للتوقيع. فإذا تم توقيعها، يكون النزاع قد تمت تسويته سنداً للاتفاقية ذاتها، وليس سنداً لأي قرار صادر عن (ج). ويمكن ان يكون (ج) شاهداً على الاتفاقية ليس أكثر. وحتى لحظة توقيع الاتفاقية، يجوز لأي من الطرفين الرجوع عن التوفيق ويرفض التوقيع ولا مسؤولية عليه بوجه عام. ولا يستطيع الموفق أن يصدر قراراً بإلزامه بالتوقيع، ولا أي قرار آخر يكون ملزماً للطرفين أو لأحدهما (18). فمهمة الموفق باختصار هي الوساطة الودية أو الحميدة بين طرفي النزاع، وهذا كله بخلاف دور المحكم (19).

وأثناء إجراءات التوفيق، يحق للموفق ان يتصل بأي من الطرفين ويجتمع به ويستمع لوجهة نظره بصورة منفردة، أو بحضور الطرف الآخر، ولا تثريب عليه في ذلك. كما يجوز لأي من الطرفين ان ينسحب من التوفيق صراحة أو ضمناً دون مسؤولية (20)، ولا يستطيع الموفق إجباره على الحضور، ولا إصدار أي قرار ملزم له، وهذا أيضاً بخلاف دور المحكم في التحكيم.

وتجوز الإحالة للتوفيق أمام موفق واحد أو أكثر. وفي هذا يتفق التوفيق مع التحكيم. ولكن في حين ان عدد الموفقين في التوفيق يمكن أن يكون زوجياً (21)، درجت التشريعات في القوانين الخاصة

17 مثل قواعد لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (اليونسيترال - UNCITRAL) لسنة 1980؛ وقواعد غرفة التجارة الدولية للتوفيق. وكذلك الأمر، فإن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، يتضمن إمكانية تسوية النزاع عن طريق التوفيق، وتطبق في هذا الشأن قواعد اليونسيترال. ولدى مركز دبي للتحكيم الدولي أيضاً، قواعد خاصة للتوفيق.

18 المواد 2 و 4 و 5 و 7 و 13 من قواعد اليونسيترال للتوفيق.

19 وقضي في قطر بأن جوهر التحكيم يتمثل في كون المحكم بمثابة قاض مهمته حسم النزاع بقرار ملزم. وينبغي على ذلك أنه إذا كانت سلطة الشخص المعين لا تتعدى مجرد اقتراح الحلول الودية أو التوفيقية بين وجهتي نظر طرفي النزاع، فإن الأمر لا يعتبر تحكيمياً (محكمة الاستئناف، رقم 2002/348، تاريخ 2002/10/29).

20 المادتان 9 و 15/د من قواعد اليونسيترال للتوفيق.

21 المادة 4 من قواعد اليونسيترال للتوفيق.

بالتحكيم على اشتراط ان يكون عدد المحكمين وترا وإلا كان التحكيم باطلا<sup>(22)</sup>. وإذا كانت هيئة التوفيق مكونه من أكثر من شخص، فيجوز لهم العمل مجتمعين ومنفردين، بان يتصل أحدهم، مثلا، بأحد طرفي النزاع، في حين يتصل الموفق الثاني بالطرف الآخر، ثم يجتمعان معا لوجودهما أو بحضور الأطراف لمعرفة أين وصلت جهود التوفيق<sup>(23)</sup>، وهذا بخلاف التحكيم، حيث ان من أدبيات التحكيم وواجبات المحكم، عدم الاجتماع بأي من طرفي الخصومة لغايات التحكيم إلا بحضور الطرف الآخر أو، على الأقل، إعطاءه الفرصة الكافية للحضور سواء حضر بعد ذلك أو لم يحضر.

وتنتهي جهود الوساطة أما بإبرام اتفاقية التسوية، أو بإعلان الموفق بانتهائها لأنه، حسب وجهة نظره ، لم يعد هناك فائدة من الاستمرار في التوفيق، أو باتفاق الطرفين على إنهاؤها، أو حتى بإعلان أحد الطرفين بإرادته المنفردة إنهاء هذه الإجراءات وبانسحابه من التوفيق<sup>(24)</sup>. وفي كل الأحوال، كما ذكرنا، ليس للموفق إصدار قرار بموضوع الخصومة وإلا كان قراره باطلا، وهذا بخلاف المحكم الذي من واجبه، بل مهمته الأساسية إصدار حكم نهائي في الخصومة، وسواء رضي أحد الطرفين بذلك أو لم يرض، كما أنه من واجب المحكم الاستمرار بالتحكيم وإصدار حكمه النهائي حتى لو أعلن أحد الطرفين، بعد البدء بالإجراءات وقبل انتهائها ، انسحابه من التحكيم.

## 2- المحاكمة المصغرة

أما المحاكمة المصغرة، فيقصد بها اتفاق الأطراف على إحالة نزاعهم إلى لجنة ، عادة ما يكون عدد أعضائها ثلاثة أشخاص ، يختار كل طرف واحداً منهما ويختار العضوان المعيّنان رئيس اللجنة. وتستمع اللجنة لأقوال وطلبات بل وبيانات كل من الطرفين بصورة موجزة وبالسرية الممكنة. وبعد ذلك، تعد اللجنة مشروع اتفاقية تسوية لعرضها على الأطراف ، وإذا لم تتفق اللجنة على مثل هذا المشروع، يتولى إعداده الرئيس منفردا. وعلى غرار، التوفيق يلتزم الأطراف أثناء سريان المحاكمة المصغرة بعدم اللجوء لأي إجراء قضائي أو تحكيمي. ومتى عرضت عليهم اتفاقية التسوية، فإن لهم

<sup>22</sup> المادة 2/15 من القانون المصري ؛ والمادة 14/ب من القانون الأردني ؛ والمادة 2/206 من القانون الإماراتي. وفي حكم من قطر ، قضي ببطان حكم المحكمين إذا لم يكن عددهم وتراً – وليس بطلان شرط التحكيم ، ويصح ذلك البطلان إذا كان الحكم قد صدر بالإجماع ، إذ لا محل للحكم ببطان التحكيم لتحقيق الغاية من شكل الإجراءات ولانتفاء أية مصلحة للخصوم (محكمة الاستئناف ، رقم 2002/549 ، تاريخ 2002/12/28). قارن المادة 10 من القانون النموذجي لليونسيترال ، وتعطي للأطراف حرية تحديد عدد المحكمين دون اشتراط أن يكون العدد زوجياً أو فردياً. ولكن في حال عدم اتفاقهم ، يكون العدد ثلاثة محكمين.

<sup>23</sup> قارن المادة 3 من قواعد اليونسيترال للتوفيق ، وتقضي بأنه إذا كان هناك أكثر من موفق فمن المفروض، كقاعدة عامة ، أن يعملون معاً.

<sup>24</sup> المادة 15 من قواعد اليونسيترال للتوفيق.

مطلق الحرية بقبولها أو رفضها دون مسؤولية عليهم<sup>(25)</sup>. وتنتهي الإجراءات إما بتوقيع الأطراف لاتفاقية التسوية أو برفضهم لها، واللجنة ليس لها صلاحية إصدار حكم نهائي ملزم للأطراف، وهذا ما يميز اتفاق التحكيم عن اتفاق المحاكمة المصغرة. وكما لاحظ البعض بحق، فإن المحاكمة المصغرة ليست سوى نوع آخر من التوفيق بالمفهوم المبين سابقاً، وكلاهما من أساليب التسوية البديلة للمنازعات Alternative Disputes Resolution، أي البديلة عن اللجوء للقضاء، والتي أصبح انتشارها يتزايد في التجارة الدولية<sup>(26)</sup>.

### 3- التحكيم والخبرة<sup>(27)</sup>

يقصد بالخبرة اللجوء لشخص فني مختص في مسألة معينة لبيان رأيه فيها. ويتم اللجوء للخبرة عن طريق المحكمة أو هيئة التحكيم بمناسبة نزاع معروض عليها. فأتناء إجراءات التقاضي قد تعرض، مثلاً، مسألة تتعلق بالمحاسبة أو بالمقاولات أو بالهندسة بحاجة إلى خبرة فنية، ولا يتم الفصل بالنزاع دون معرفة الرأي الفني في تلك المسألة. فيقرر القاضي إحالتها لخبير محاسبي أو خبير بشؤون المقاولات أو بالشؤون الهندسية، ويقدم الخبير تقريره حول ما هو مطلوب منه. وبعد الاطلاع على التقرير، قد يأخذ به القاضي وقد يطرحه جانباً إذا لم يجد فيه الرأي الفني المطلوب، أو كان هذا الرأي لا يقوم على أسس سليمة، أو غير ذلك من أسباب مختلفة. وباختصار، فإن رأي الخبير لا يلزم المحكمة ولا الأطراف الذين لهم الاتفاق على رفضه. وما يقال عن المحكمة، يقال أيضاً عن هيئة التحكيم التي لها، كالمحكمة تماماً، ان تستعين بخبير أو أكثر لجلاء مسألة فنية معينة لها اثر في الحكم.

والخبير المعين من قبل المحكمة أو هيئة التحكيم، يجب أن يتصف بالنزاهة والحياد والاستقلالية عن طرفي النزاع. وهو من هذه الناحية، يشبه المحكم الذي يجب ان تتوفر فيه هذه

<sup>25</sup> في المحاكمة المصغرة عموماً ، انظر فوشار ، فقرة 18.

<sup>26</sup> فوشار ، فقرة 18.

<sup>27</sup> انظر عموماً ، فوشار ، فقرة 25.

الشروط أيضا. إلا ان دور الخبير يختلف عن دور المحكم. فالأخير يعتبر بمثابة القاضي، في حين ان الخبير هو عنصر مساعد لهذا القاضي لغايات الإثبات في الدعوى. ومهمة المحكم إصدار حكم نهائي في النزاع، في حين يقتصر دور الخبير على بيان الرأي في مسألة معينة وليس إصدار قرار في تلك المسألة. والمحكم يصدر حكمه في النزاع المعروض عليه سلبا أو إيجابا، في حين ان مهمة الخبير تنحصر ببيان الرأي في مسألة عارضة أو أكثر من مسائل الدعوى ، وليس في الدعوى ذاتها.

وقد يتفق الأطراف على إحالة مسألة على شخص ثالث لبيان الرأي فيها، أو لاستخلاص نتيجة معينة من بعض المستندات، ومثال ذلك اخذ قياسات مبنى، أو تحديد كميات المواد المستخدمة في مبنى، أو القيام بالعمليات الحسابية اللازمة حسب دفاتر البنك لمعرفة رصيد أحد العملاء. فإذا كان هناك نزاع بين الطرفين حول تلك المسألة، واتفقا على ان يفصل الشخص الثالث به بقرار نهائي ملزم، كان الاتفاق تحكيما، واعتبر الشخص الثالث محكما<sup>(28)</sup>. وإذا لم يكن هناك نزاع، كان الاتفاق من قبيل عقد الوكالة بين الطرفين من جهة ، والشخص الثالث (الخبير) من جهة أخرى، تم فيه توكيل ذلك الشخص ببيان الرأي في المسألة المعروضة<sup>(29)</sup>.

كما ان المحكم يختلف عن الخبير من حيث صاحب الصلاحية أو السلطة في تعيين كل منهما. فالأولوية في تعيين المحكم هي دوما لإرادة الأطراف، ولا تتدخل أي جهة في هذا التعيين إلا حيث لا يتفق الأطراف على المحكم<sup>(30)</sup>. أما الخبير فيتم تعيينه دوما من قبل المحكمة (أو هيئة التحكيم) ، بالرغم من الأطراف قد يساعدون أحيانا في عملية الاختيار، مثل الاتفاق على ترشيح خبير بعينه دون غيره، أو ترشيح أسماء أشخاص للمحكمة يتم اختيار الخبير من بينهم. وقد ترى المحكمة من تلقاء نفسها أن المسألة المعروضة بحاجة لخبرة فنية ، فتقرر هذه الخبرة بالرغم من أن أطراف الخصومة لم يطلبوا الخبرة ، بل بالرغم من اعتراضهم عليها ، وهذا بخلاف تعيين المحكم كما ذكرنا.

28 ومثال ذلك أيضا أن يكون الخلاف حول نوعية البضاعة أو كميتها ، وتحال لخبير فني لفحصها وإصدار القرار المناسب بشأنها ، فيصدر هذا الشخص رأيه بأن البضاعة مطابقة للمواصفات ويلزم المشتري بدفع الثمن ، أو أن البضاعة ناقصة عن الكمية المطلوبة أو غير مطابقة للمواصفات العقدية ، وبأمر البائع بأن يعيد فرق السعر للمشتري (فوشار ، فقره 27). وقضي في قطر إذا كان الثابت من الاتفاق المبرم بين الطرفين ، أن كل منهما يتنازل عن الإجراءات التي اتخذها قبل الآخر وتسوية الخلافات بينهما بعيداً عن ساحة القضاء ، وتعيين أحد الخبراء لإثبات حقوق كل طرف تجاه الآخر ، وأن يكون تقريره ملزماً لكل من الطرفين ، وليس لهما الحق في الاعتراض على هذا التقرير أو اللجوء إلى القضاء بعد الانتهاء من تقريره ، فإنه مفاد ذلك أن المهمة الملقاة على عاتق هذا الخبير هي حسم النزاع بينهما ، ومن ثم يعتبر محكما ولو وصفه الطرفان بأنه خبير، ويكون التقرير الذي أعده هو حكم تحكيم يحوز قوة الأمر المقضي ، بما لا يجوز معه لأي من الخصوم معاودة طرح ذات النزاع من جديد ولذات السبب. محكمة الاستئناف ، رقم 2002/799 ، تاريخ 2003/5/6).

29 فوشار ، فقرة 26.

30 المادة 204/إماراتي ؛ والمادة 17/مصري ؛ والمادة 16/أردني ؛ والمادة 195/قطري.

والخبير يتلقى سلطته من المحكمة أو هيئة التحكيم وليس من الأطراف، في حين يستمد المحكم سلطته للفصل في موضوع النزاع من اتفاق الأطراف. وبالنسبة لإجراءات التحكيم، فإنه يتوجب على المحكم تطبيق الإجراءات المتفق عليها، ولا يتدخل في الإجراءات إلا حيث لا يوجد مثل هذا الاتفاق<sup>(31)</sup>. أما الخبير فيطبق في خبرته أسلوب العمل وإجراءاته التي يراها مناسبة دون حاجة أو التفات لاتفاق الأطراف.

وباختصار فإن التحكيم اتفاق لتسوية النزاع بقرار ملزم من قبل شخص خاص، في حين ان الخبرة، إذ هي وسيلة إثبات، تتم بقرار من المحكمة يتضمن إحالة مسألة متنازع عليها لشخص ثالث لبيان رأيه فيها دون إلزام لا للمحكمة ولا للأطراف، ويجوز اللجوء لها من تلقاء نفسها حتى ولو أعترض أطراف النزاع على إجراءها.

#### 4- المهندس في عقد الفيديك FIDIC

تبين المادة (67) من الشروط العامة لعقود الفيديك الخاصة بالعقود الإنشائية (طبعة 1987)، طريقة تسوية المنازعات بين صاحب العمل والمقاول، وذلك في حالة نشوب أي نزاع بينهما. كما يلي:

- (1) يجب إحالة النزاع أولاً بصورة خطية للمهندس الاستشاري مع نسخة منه للطرف الآخر، ويجب ان يتضمن كتاب الإحالة إلى ان هذه الإحالة تمت وفق المادة 67 المذكورة.
- (2) يجب على المهندس ان يصدر قراره بالنزاع ويبلغه للطرفين خلال 84 يوماً من استلامه كتاب إحالة النزاع له<sup>(32)</sup>، ويجب ان يذكر القرار انه تم بالإشارة إلى المادة 67.

<sup>31</sup> المادة 25 من قانون التحكيم المصري، والمادة 24 من قانون التحكيم الأردني، وكلاهما تعطي للأطراف حرية الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم؛ والمادة 1/212 من قانون الإجراءات الإماراتي التي تعطي للخصوم الاتفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم؛ والمادة 198 من قانون المرافعات القطري وتقضي بأن المحكمين يصدرون حكمهم غير مقيدين بإجراءات المرافعات المنصوص عليها في القانون باستثناء الباب (13) الخاص بالتحكيم. وفي حكم قطر، أنه كان من الثابت أن حكم المحكم قد أحال على الكشف المرفق به بالإيضاحات اللازمة، فإنه بذلك يكون قد أعتبر الكشف ورقة من أوراق حكمه، وهو متضمن لكافة الإيضاحات بما فيها أقوال الطرفين ومستنداتهم مما يعد تسبباً للحكم، وهذا لا يرتب بطلاناً، لأن المحكم وفق المادة 198/مرافعات غير مقيد بإجراءات المرافعات المنصوص عليها في ذلك القانون (محكمة الاستئناف، رقم 2002/240، تاريخ 2002/10/28).

<sup>32</sup> ويعتبر عدم إعطاء المهندس لقراره خلال الفترة المحددة لذلك بمثابة رفض للمطالبة المقدمة له (حكم أولي في قضية التحكيم رقم 3709 لدى غرفة التجارة الدولية، تاريخ 1983/1/20، الكتاب السنوي للتحكيم التجاري الدولي، 1986، ص 119).



(3) إذا لم يرتض المفاوض أو صاحب العمل بقرار المهندس، أو اخفق الأخير بتبليغ القرار لهما خلال مدة الـ 84 يوماً، فيحق لأي طرف ان يشعر الطرف الآخر، مع نسخة للمهندس للعلم، بنيته مباشرة إجراءات التحكيم بالنسبة للمسألة المتنازع عليها. ويجب ان يتم هذا الإشعار خلال 70 يوماً من تاريخ استلام ذلك الطرف لقرار المهندس أو، حسب الأحوال، من تاريخ انتهاء مدة 84 يوماً المشار إليها في حال عدم إصدار المهندس قراره خلال تلك المدة. ومثل هذا الإشعار، يخوّل الطرف الذي أرسله بأن يذهب للتحكيم في المسألة موضوع النزاع. ولا يجوز البدء بإجراءات التحكيم ما لم يتم إرسال الإشعار<sup>(33)</sup>.

(4) إذا كان المهندس قد اصدر قراره وابلغه للأطراف خلال المدة المعينة لذلك، إلا ان أيا من الطرفين لم يرسل إشعار التحكيم وفق ما هو مبين أعلاه، يصبح القرار نهائياً وملزماً للمفاوض وصاحب العمل.

(5) وإذا توفرت شروط المباشرة في التحكيم على النحو المشار إليها فلا يحق للطرف المعني، مع ذلك، ان يبدأ في إجراءات التحكيم فوراً، وانما يجب ان يحاول الطرفان تسوية نزاعهما ودياً. وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز البدء في هذه الإجراءات في أو بعد 56 يوماً من إرسال إشعار التحكيم حتى ولو لم تكن هناك أي محاولة للتسوية الودية.

(6) وبعد توفر الشروط والمدد المذكورة، يجوز عرض النزاع على التحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية ومقرها باريس<sup>(34)</sup>، ولهيئة التحكيم الصلاحية الكاملة بأن تعدّل وتراجع قرار المهندس، وأي رأي أو تعليمات أو شهادة أو تقييم صادر عنه فيما يتعلق بالنزاع المطروح. ولا

<sup>33</sup> ومدة الـ (70) يوماً هي فقط للإشعار بالرغبة في اللجوء للتحكيم، ويمكن أن يتم التحكيم بعدها وليس خلالها (حكم دولي رقم 5029/ غرفة التجارة الدولية، تاريخ 1987/7/16، الكتاب السنوي للتحكيم التجاري الدولي، 1987، ص 113). وهذا الحكم تم وفقاً لشروط الفيديك لسنة 1969، الطبعة الثانية. أما في طبعة سنة 1987 موضوع البحث، فإن مباشرة التحكيم لا تجوز أصلاً إلا بعد انقضاء تلك المدة من جهة، وانقضاء مدة المفاوضات اللاحقة لها من جهة أخرى.

<sup>34</sup> وفي حكم طعن المدعى عليه بغموض شرط التحكيم الذي يشير إلى غرفة التجارة الدولية دون ذكر مقرها، وهو باريس على أساس أن هناك العديد من غرف التجارة الدولية. إلا أن هيئة التحكيم رفضت هذا الدفع نظراً لأنه لا يوجد إلا غرفة تجارة دولية واحدة معروفة عالمياً في إطار التحكيم. وأضافت بأن العكس ربما يكون صحيحاً، إذ لو وضعت عبارة "في باريس" لأدى ذلك إلى الشك حول المقصود منها، هل غرفة التجارة الدولية ومقرها باريس؟ أم غرفة التجارة الدولية على أن يكون مكان التحكيم باريس؟ (الحكم رقم 5029 المشار إليه سابقاً) وفي حكم من قطر، أن غرفة التجارة الدولية ومحام صلحها وتحكيمها ليست بالشيء المجهول، الذي يناقش دوليته وقانونية قواعده وإجراءاته، فهي هيئة دولية دائمة معترف بها وقواعدها وإجراءاتها (المحكمة المدنية الكبرى، رقم 1995/185، تاريخ 1997/1/10).

يتقيد الأطراف أمام هيئة التحكيم بأي بيانات أو حجج قدموها للمهندس. كما ان قراره لا يمنع من طلبه للمثول كشاهد لدى الهيئة<sup>(35)</sup>.

(7) وإذا أصبح قرار المهندس نهائياً كما هو مبين أعلاه، إلا أن أحد الطرفين اخفق في تنفيذه، فيحق للطرف الآخر اللجوء للتحكيم المشار إليه. وفي هذه الحالة، لا تطبق الأحكام المذكورة سابقاً في البنود 1-5.

وهذه الأحكام أثارت في الحياة العملية مشكلة هامة تتعلق بدور المهندس فيما إذا كان محكماً أم لا، وبطبيعة قرار الخاص بالنزاع فيما إذا كان يعتبر حكماً تحكيمياً أم لا، خاصة إذا لم يعترض عليه الطرفان ، وأصبح بالتالي ملزماً لهما كما هو موضح أعلاه.

ولمعرفة الإجابة على ذلك، يقتضينا الأمر معرفة الطبيعة القانونية للمهندس وعلاقته بالطرفين أو بأحدهما. وقد عرفته المادة 1/1 من الشروط العامة للفيديك بأنه الشخص المعين من قبل صاحب العمل كمهندس لغايات العقد، أي لغايات الإشراف على تنفيذ الأعمال وحسن سيرها<sup>(36)</sup>. فهو إذن يتم تعيينه من قبل صاحب العمل. وكما تقول المادة 6/2، يتوجب عليه ان يقوم بعمله ويمارس سلطته بحياد ضمن شروط العقد وأحكامه، وبعد الأخذ بالاعتبار لكافة الظروف المحيطة.

ومن الصلاحيات المعطاة للمهندس في العقد إصدار التعليمات للمقاول (المادة 5/2)، وتوضيح الأحكام الغامضة في العقد (المادة 2/5)، واحتفاظه بالتصاميم الخاصة بالبناء (المادة 1/6)، وإصدار تصاميم تكميلية للمقاول (المادة 1/7)؛ وموافقته على برنامج عمل المقاول (المادة 2/14)، وطلبه تعديل هذا البرنامج (2/14)، ومصادقته على ممثلي المقاول في الموقع وسحب هذه المصادقة في أي وقت (المادة 1/15)، والحق بأن يطرد من الموقع أي شخص معين من المقاول (المادة 2/16)، وطلب فحص المواد المستخدمة في تنفيذ الأعمال وتفقدتها في الموقع ورفضها واستبدال غيرها بها (المادتان 36 و 37)، وفحص وقيس الأعمال المنفذة أو أي جزء منها (المادة 38)، وطلب إخراج أي مواد من الموقع يرى أنها غير مطابقة للمواصفات (المادة 39) ، والطلب من المقاول وقف تنفيذ الأعمال لمدة مؤقتة (المادة 40)، وإصدار شهادة تسلم الأعمال كلياً أو جزئياً (المادة 48)، وإصدار

35 وعليه، إذا طلب المقاول من هيئة التحكيم الحكم له بمبلغ أكبر مما قدمه للمهندس، فيجوز له ذلك، ويكون للهيئة صلاحية الفصل في ذلك (قضية التحكيم رقم 5428 لدى غرفة التجارة الدولية، الكتاب السنوي للتحكيم التجاري الدولي، 1989، ص 146).

36 وفي قضية تحكيم لم يعين المقاول الرئيسي مهندساً للإشراف على المقولة الفرعية ، وبالتالي لم تقدم له المطالبة للفصل بها لعدم وجوده ، وتم تقديمها لهيئة التحكيم مباشرة ، فاعترض المدعي عليه على أساس أن المطالبة في هذه الحالة يجب تقديمها لمهندس المقولة الرئيسية. رفضت الهيئة هذا الدفع ، وقررت اختصاصها بنظر النزاع (القضية رقم 6230 لدى غرفة التجارة الدولية ، الكتاب السنوي للتحكيم التجاري الدولي ، 1991 ، ص 164).

الأوامر التغييرية للمقاول وتقدير قيمة الأعمال المنفذة نتيجة ذلك والمصادقة على دفعها (المواد 51-53)، وعدم إخراج أي آلة من الموقع إلا بموافقة (المادة 1/154)، والمصادقة على شهادات الدفع الشهرية والنهائية للمقاول (المادة 60).

والمهندس بهذا المفهوم والصلاحيات المعطاة له في عقد المقاولة ، يعتبر ممثلاً لصاحب العمل وينوب عنه في الإشراف على تنفيذ الأعمال<sup>(37)</sup>. ولكن بالنسبة لعرض النزاع عليه وفق المادة 67، فمن المفروض انه حيادي ويعمل بشكل مستقل عن طرفي النزاع<sup>(38)</sup>. إلا ان الواقع يشير في كثير من الأحيان إلى غير ذلك، لسببين على الأقل:

**الأول -** أن المهندس معين من قبل صاحب ويمثله كما ذكرنا، وصاحب العمل هو الذي يدفع له أجوره.  
**الثاني -** أن كثيراً من المنازعات ، بين المقاول وصاحب العمل، إن لم يكن أغلبها، يكون سببها المهندس نفسه باعتباره ممثلاً لصاحب العمل، والعلاقة المباشرة طيلة العقد انما تكون بينه وبين المقاول وليس بين المقاول وصاحب العمل. فالمقاول يطلب أمراً معيناً، مثل تمديد مدة العقد، والمهندس يرفض ذلك كلياً أو جزئياً. والعكس أيضاً، المهندس يطلب أو يصدر أمراً تغييرياً مثلاً والمقاول يرفض هذا الأمر، وهكذا طيلة فترة العقد. وبناء عليه، يحصل الخلاف بين المقاول وصاحب العمل. ومع ذلك، يجب إحالة هذا الخلاف على المهندس أولاً قبل اللجوء لأي إجراء آخر. في مثل هذه الظروف ، يصعب القول ان المهندس حيادي في إصدار قراره. وهذا يفسر قلة الحالات التي يقبل فيها المقاول قرار المهندس دون الاعتراض عليه وإحالة النزاع للتحكيم<sup>(39)</sup>.

ومن الصعب القول بأن الاتفاق في المادة 67 على إحالة الخلاف إلى المهندس للفصل فيه، هو اتفاق تحكيم. فالطرفان لا يقصدان إعطائه صلاحية البت في النزاع بصورة قاطعة. وقراره وإن سمي قراراً ، ليس أكثر من وجهة نظر تمثل رأيه في النزاع ويكون لأي من الطرفين مطلق الحرية في قبوله

<sup>37</sup> وقالت عنه محكمة التمييز الأردنية أنه مستخدم لدى صاحب العمل (طعن مدني 83/583، مجلة نقابة المحامين، 1984، ص 1100). وفي قضية من دبي ، قضى بأن المهندس الاستشاري ينوب في الإشراف على تنفيذ أعمال المقاولة عن صاحب العمل ، والشهادة التي يصدرها تلزم الأخيرة ما لم يكن هناك غش من المهندس أو تواطؤ معه (طعن مدني 167 ، لسنة 1998 ، تاريخ 1998/6/6 ، ص 464). وفي حكم آخر من دبي قالت محكمة التمييز أنه لا يجوز تعيين المهندس الاستشاري محكماً في النزاع بين المقاول وصاحب العمل، لأن المهندس يمثل صاحب العمل، فلا يجوز للشخص أن يكون خصماً وحكماً في آن واحد (طعن مدني 355، تاريخ 998/1/4 ، السنة 1997 ، ص 34). وفي قطر حكمت محكمة الاستئناف بقولها، بوجه عام، أن من المقرر قانوناً وقضاً بأنه لا يجوز أن يكون المحكم أحد الخصوم، ولا أن يكون صاحب مصلحة في الدعوى مدنياً كان أو دائناً أو كفيلاً. وهذه القاعدة من النظام العام التي لا يجوز مخالفتها ، ويغدو باطلاً بطلاناً مطلقاً كل شرط يقضي بأن يكون الشخص ممن ذكروا آنفاً أي صاحب مصلحة محكماً في النزاع القائم بينه وبين آخرين (محكمة الاستئناف ، رقم 2002/578 ، تاريخ 2004/4/28).

<sup>38</sup> قضية التحكيم رقم 3790 لدى غرفة التجارة الدولية، تاريخ 1983/1/20، الكتاب السنوي للتحكيم التجاري الدولي، 1986، ص 119.

<sup>39</sup> مايكل بوهلر، الخبرة الفنية : وسيلة اضافية لمنع أو تسوية المنازعات التجارية ، مجلة التحكيم الدولي، 1989، ص 143.

أو رفضه دون مسؤولية. وفي حال رفضه من احدهما أو كليهما، فلا إلزام في تنفيذه في مواجهة أي منهما. بل ان المهندس لا يجبر أصلا على إصدار قرار في النزاع المعروض عليه. وكل هذا مخالف تماما لطبيعة وأثار اتفاق التحكيم. وعليه، يمكن القول ان اللجوء للمهندس وفق المادة 67 من شروط الفيديك ، ليس أكثر من شرط تعاقدى يجب توفره مسبقا قبل اللجوء للتحكيم في محاولة لتسوية النزاع وديا، وقرار المهندس ليس قرار تحكيميا<sup>(40)</sup>، فلا يخضع هذا الشرط التعاقدى ولا قرار المهندس، للأحكام الخاصة باتفاق وحكم التحكيم.