حل النزاعات الدوليه القانونية بين صاحب العمل والمقاول 2022

للدكتور ياسر احمد العجلوني

المطلب الاول : الطبيعة الاحادية للتحكيم

النظرية الأحادية([1]) تنظر إلى التحكيم من جانب أحادي يحدد الطبيعة القانونية لحكم التحكيم ويتخذ مبدأ لتفسير كل ما يتعلق بالتحكيم، ابتداءً من الاتفاق عليه وحتى انتهائه بصدور الحكم، لذلك سميت بالأحادية وهذا ما سيتم تناوله في الفرعين الاول في التشريعات الوضعية والفرع الثاني في التشريع الاردني والفقة الاسلامي .

الفرع الاول : الطبيعة الاحادية للتحكيم في التشريعات الوضعية

للطبيعة الاحادية في التحكيم فرعين او نظريتين احدهما الطبيعة العقدية والاخرى المعاكسة لها وهي الطبيعة القضائية , وتظهر اهمية الانحياز لاحدى النظريتين في العديد من النواحي منها تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح , اذا ان القول بالطبيعة العقدية يوكد الانتصار لقانون الارداة , بينما القول بالطبيعة القضائية يؤدي الى الانتصار لقانون أخر كقانون محل التحكيم .([2]) وسنقوم ببحث لهاتين النظريتن وفق اولاً الطبيعة العقدية , وثانياً وفق الطبيعة القضائية .

اولاً : الطبيعة العقدية

يسلم أنصار النظرية العقدية بأن التحكيم يقوم على عمل من طرفي النزاع هو اتفاق التحكيم , وعمل الهيئة التحكيمية هو الفصل في النزاع بقرار ملزم لطرفية , لكنهم يرون أن العمل الاخير يرتد على العمل الاول ويقوم عليه باعتباره مجرد تنفيذ له ومن ثم فاتفاق التحكيم يستغرق عملية التحكيم برمتها بحيث يستقيم مبدأً لتفسير كافة مراحلها حتى صدور قرار من المحكم يلتزم به طرفا النزاع .

فهذا الاتفاق هو الذي يحقق أخراج النزاع من سلطان القضاء واسناده الى هيئة تحكيمية لتفصل في النزاع ويحدد ولايته واجله الذي ينتهي به مهمته وهذا الاتفاق هو الذي يحدد القواعد التي يجب على الهيئة التحكيمية اتباعها , فقد يلزمه باتباع قواعد القانون الاجرائي , وقد يعفيه من التقيد بها .

وقد يعفيه فوق ذلك من اتباع قواعد القانون الحاكمه لموضوع النزاع تمكينا له من انهائه وفقاً لما تمليه اعتبارات العدالة . وبهذا يكون القرار التحكيمي الذي تصل اليه الهيئة التحكيمية يكون محصلة لتطبيق شروط التحكيم التي اتفق عليها طرفا النزاع , وتنفيذ هذا القرار بواسطة الدولة من خلال السلطة القضائية يعتبر تنفيذ لاتفاق التحكيم , وهكذا يدخل التحكيم في رمته في اطار العقد ويكون كل ما يخرج من قرار تحكيمي وما ينبني عليه هو اساسه الاتفاق التحكيمي الذي هو اصل كل المخرجات ([3]).

وارادة الاطراف تتمثل في نظام التحكيم في الاتفاق عليه وفي الاتفاق على نوعه وما اذا كان التحكيم بالقضاء ام بالتحكيم بالصلح بين الاطراف , وسواء كان شرطا ام مشارطة او بالاحالة . وهذا كله يجعل هذا العقد مستقلا وله طبيعة مستقلة ويختلف عن سائر العقود من حيث اركانه وشروطه واثاره . فالاطراف لايملكون التدخل في عمل الهيئة التحكيمية المكلفة بالفصل بالنزاع موضوع الاتفاق على التحكيم مع ان اراتهم هي مصدر الاتفاق .([4])

---

[1] . ابو زيد رضوان , الاسس العامة للتحكيم التجاري الدولي , دار الفكر العربي , مصر , 1988 , ص 23.
[2] . مصطفى محمد الجمال , عكاشة محمد عبد العال , التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية , الجزء الاول , الطبعة الاولى , 1998 , ص 37 .
[3] . مصطفى محمد الجمال , عكاشة محمد عبد العال , مرجع سابق , ص 38 .
[4] . محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق , ص 266 .

اخذ بهذة النظرية كل من فرنسا ومصر والمغرب , ولاسيما ان اتفاق التحكيم هو مصدر قرارات التحكيم التي لا تجد قوتها التنفيذية الا منه , وحتى صحة قرارات التحكيم فيما قضى به في عدم الطعن فيها اساسها ايضا التوافق في ارادة الاطراف .

أما بالنسبة لموقف القضاء من الطبيعة العقدية فقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها القضائية على الطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم ومنها ان قررت " أن قررات التحكيم الصادرة على اساس مشارطة التحكيم تكون وحدة واحدة مع هذة المشارطة وتنسحب عليها صفتها التعاقدية. ومحكمة النقض الفرنسية في هذا الحكم القضائي قد أيدت الطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم شرطا كان ام مشارطة وحكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم في النزاع موضوع الاتفاق التحكيمي ([5]).

وكذلك القضاء المغربي ايد الطبيعة العقدية بقراره الذي يوكد ان العقد شريعة المتعاقدين وان الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة الى منشئيها ولا يجوز الغائها الا برضاهما معا [(6)].

وكذلك القضاء المصري اكد على الطبيعة التعاقدية بشكل مباشر وغير مباشر في احكام عدة ومنها " الا ان التحكيم ينبني مباشرة وفي كل حالة على حدة على اتفاق الطرفين " وهذا يدل على اتفاق الاطراف على ان العقد شريعة المتعاقدين ([7]).

ومن اهم ما استند اليه اصحاب هذة النظرية لاثبات الطبيعة العقدية هو :

1. أساس اللجوء إلى التحكيم

هو ارادة الاطراف بوصفها وسيلة لحل النزاع سواء كان هذا الاتفاق شرطًا أم مشارطة تحكيم .حيث تعد إجراءات التحكيم والحكم المنهي للنزاع والصادر بناء على هذه الإجراءات جزءًا لا يتجزأ من هذا الاتفاق [(8)] . وهذا يعكس رغبة أطراف النزاع في حل النزاع القائم بينهم وديًا عن طريق اللجوء إلى التحكيم .

2. إن أطراف النزاع يمتلكون

حق اللجوء إلى التحكيم واختيار هيئة تحكيم تتولى مهمة الفصل في النزاع وفق الإجراءات والقواعد التي يحددها هؤلاء الأطراف، وهذا يتطلب إعطاء الأهمية لمن منح هيئة التحكيم هذه المهمة وليس للمهمة التي تقوم بها هذه الهيئة وبذلك يكون التحكيم مشابهًا لعقود الصلح, وابعد ما يكون عن القضاء ([9]) .

---

[5] . أنظر :
Cass.27 Juill.1937.S.1938-1-25,D .1938-1-25,Gaz.pal.1937.
انظر : التحكيم التجاري الدولي , دراسة في قانون التجارة الدولية , محسن شفيق , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , غير معروف سنة النشر , صفحة (21+18) . انظر ايضاً كتاب الطبيعة القانونية للتحكيم , مرجع سابق , ص 268.

[6] . قرار المجلس الاعلى رقم (237/2010) صدر بتاريخ (19/01/2010) في الملف رقم (5550/2009/4) غير منشور , نقلا عن الدليل العملي للتحكيم في المغرب , قراءة في التشريع والقضاء , حسن العلمي , عمر ازوكار , الطبعة الاولى , 2012.CEMA, ص 16 .

[7] محكمة استئناف مصر – جلسة رقم 1941/4/6 – مجلة المحاماة المصرية – 21- ص 1019 , انظر ايضا نقض مصري جلسة رقم 1966/5/24 , مجموعة المكتب الفني , السنة السابعة عشرة , الطعن رقم 167- ص 1224 , الطبيعة القانونية للتحكيم , مرجع سابق , ص 271.

[8] . أحمد محمد عبد البديع: شتا، , شرح قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 وتعديلاته الطبعة الثانية القاهرة .دار النهضة العربية, 2004 . ص 21 .

[9] . درويش مدحت الوحيدي، التحكيم في التشريع الفلسطيني والعلاقات الدولية .غزة , دار نشر غير معروف 1998 .,ص 29 .

3. هناك اختلاف في الهدف

بين نظام التحكيم ونظام القضاء العام في الدولة , حيث ان التحكيم يرمي الى تحقيق مصالح اطراف النزاع فأن نظام القضاء يرمي الى تحقيق مصلحة عامة . ([10])

4. القضاء العام في الدولة

يفترض عدم ارادة أحد الطرفين الامتثال للقاعدة القانونية , والتي تحمي مصلحة الطرف الاخر في مواجهته بينما في نظام التحكيم يرغب الاطراف المحتكمون اطراف الاتفاق على التحكيم بأرادتهم على حل النزاع وتحديد المراكز القانونية .([11])

5. المحكم يقوم بمهمته بصفته وكيلا أو مفوضًا عن أطراف النزاع، والحكم الصادر، يعد عقدا مبرما بين هؤلاء الأطراف ويتم تنفيذه بأمر من المحكمة المختصة، كما هو الحال بالنسبة للحكم الذي يتطلب تنفيذه إجراءات تنفيذية خاصة([12]) .

6 . يظل التحكيم متسمًا بالطبيعة العقدية، ولا يمكن القول بأنه ذو طبيعة قضائية حتى في الحالة التي يعين فيها المحكم من قبل السلطة القضائية لأن هذه السلطة عند تعيينها له تحل محل .الأفراد في استعمال حقهم في اختيار هذا المحكم ([13]).

7. اتفاق أطراف النزاع على اللجوء إلى التحكيم يتضمن تنازلا ضمنيًا عن اللجوء إلى القضاء وهذا الاتفاق يخول المحكم سلطة مصدرها إرادة أطرافه، وهذه السلطة لا يمكن أن تكون قضائية لأنها تقوم على إرادة الأطراف وهذا يتطلب التزام المحكم بشروط اتفاق التحكيم عند إصداره للحكم المنهي للنزاع، وقيام الأطراف بتنفيذ هذا الحكم يعد تأكيدًا على التزامهم بمضمون الاتفاق([14]) .

8. الطبيعة التعاقدية في التحكيم اصل من اصول وادوات التعامل الدولي , ولذلك يجب ان يتفق التحكيم مع هذة الطبيعة لزيادة الانتشار وليلبي مقتضيات هذة المعاملات , لا سيما ان المعاملات الدولية لا تتفق مع طبيعة التشريعات الوضعية ([15]).

ومع هذة الاسانيد والبراهين للاستدلال على عقدية التحكيم , الا أن كثير من الانتقادات لحقت بهذة الطبيعة ومنها :

1. المبالغة في إعطاء الدور

الأساس لإرادة أطراف النزاع في تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم .فالمحكم عندما يفصل في النزاع يطبق إرادة القانون دون الاهتمام بما اتجهت إليه ارادة الخصوم . ([16])

---

[10] . محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق , ص 273 .

[11] . محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق , ص 275 .

[12] . أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي , النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة. , الطبعة الاولى , صنعاء .المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع 1994 .ص 18 , نقلا عن الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به

دراسة مقارنة , أشجان فيصل شكري داود, رسالة ماستر , فلسطين , 2008, ص 28 .

[13] . إبراهيم حر ب محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والمقارن , الطبعة الاولى عمان .مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع . 1999 . ص21 .

[14] . عزت محمد علي: البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية .القاهر ة .دار النهضة , .العربية1997 . ص 19. أشجان فيصل شكري داود , مرجع سابق ص . 29

[15] . اشرف عبد العليم الرفاعي , التحكيم والنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة , رسالة دكتوراة , جامعة عين شمس ,1997/1996 , ص 232 .

[16] . أشرف خليل روية , الطبيعة القانونية للتحكيم .بحث منشور على الموقع الالكتروني , منقول عن أشجان فيصل شكري داود , مرجع سابق ص 31. وكذلك انظر محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق , ص300 . فتحي والي , الوسيط في قانون القضاء المدني , دار النهضة , 1981 , مصر , ص 54.

2. الطابع الاتفاقي لنظام

التحكيم لا يكفي لاعتباره نظامًا عقديًا إنما يجب التمييز بين المصدر والوظيفة لهذا النظام، فالتحكيم في مصدره عقد يخول الأطراف بموجبه شخص أو أكثر مهمة حسم النزاع فيصبحون قضاة يقومون بوظائف قضائية. ([17])

3. عدم كفاية الاعتماد على

المعيار الشكلي أو العضوي لتمييز العمل القضائي , حيث ان الطبيعة العقدية تعتمد على المعيار الشكلي أو العضوي لتمييز العمل القضائي وهو ما يعيبها .

فالمعيار الذي أخذت به النظرية العقدية لنظام التحكيم في تمييز العمل القضائي هو المعيار الشكلي المبني على الاجراءات وكذلك المعيار العضوي المبني على الشخص . او بمعنى اخر العضو الذي يصدر الحكم القضائي .

والاصل أن يتم تغليب المعايير الموضوعية أو المادية , اي تغليب المهمة التي يعهد بها الى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم والغرض من هذا النظام , وليس الوقوف على معايير شكلية او عضوية .([18])

4. اختلاف شروط والقواعد

المطبقة على الحكم عن شروط والقواعد المطبقة على القاضي لا يضفي الطابع التعاقدي على التحكيم , حيث أن بعض الشروط المطلوبة في الهيئة التحكيمية لا تنطبق وشروط القاضي كحلف اليمين قبل مباشرة مهمة التحكيم , ولا يعتبروا أنهم ارتكبوا جريمة انكار العدالة اذا امتنعوا عن أداء مهمتهم التحكيمية .([19])

5. فقدان هيئة التحكيم المكلفة

بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم لسلطة الجبر التي يتمتع بها القاضي العام في الدولة لا يضفي الطابع التعاقدي على عملية التحكيم .

حيث انها تقوم بوظيفة القضاء الخاص بين الافراد والجماعات وبالتالي تفقد سلطة الجبر وسلطة الامر .([20])

6. إختلاف أنصار النظرية

التعاقدية لنظام التحكيم حول تحديد طبيعة العقد , هل عقد من عقود القانون الوضعي الخاص ام هو عقد من عقود القانون الوضعي العام , أم هو من العقود الاجرائية , وفي حال كان عقد خاص هل هو عقد وكالة ام مقاولة ام عقد عمل .([21])

ثانياً : الطبيعة القضائية

---

[17] . عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي .. مطبوعات جامعة الكويت . 1990 .ص 32 . نقلا عن الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به دراسة مقارنة , أشجان فيصل شكري داود, ص 31 .

[18] . محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق , ص305-309

[19] . محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق , ص 310-314 .

[20] . محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق , ص 316-318

[21] . محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق , ص 331.

في فلسفة التحكيم كما يرى الاستاذ احمد حشيش عندما تتحدث عن التحكيم فأن القضاء هو ما يبرز للباحث لان المبدأ ان القضاء هو الذي يقضي ولايدير ولا يشرع حتى في حالة نقص التشريع او غيابه ([22]), وأنصار هذه النظرية يرون أن تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم يكون بتغليب المعايير الموضوعية المتمثلة في المهمة التي يقوم بها المحكم، والغرض من هذا النظام وليس بتغليب المعايير الشكلية أو العضوية ([23]) , واذا كان التحكيم يقوم بالوظيفة ذاتها التي يقوم بها قضاء الدولة وهي حسم النزاع وتحقيق العدالة بين المتنازعين فأنه يكتسب بالضرورة الطبيعة القضائية .([24])

وبالرغم أن القضاء مظهر لسيادة الدولة الحديثة يمارس بوساطة سلطات قضائية مخصصة لذلك، فإن القوانين أجازت للأفراد الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم واختيار محكم يتولى مهمة الفصل في النزاع بدلا من القضاء فالسلطة القضائية سلطة قائمة بذاتها بغض النظر عمن يتولاها، تمنحها الدولة إلى الأشخاص بالطرق التي يحددها القانون إما بصورة دائمة وإما بصورة مؤقتة كالمحكم الذي تمنح له بسبب طبيعة المهمة التي يقوم بها ([25]).

ويعدون مركز الثقل في نظام التحكيم هو حكم التحكيم، وليس اتفاق التحكيم لأن المحكم يؤدي العدالة في إطار سيادة الدولة وبتفويض منها، وهذه العدالة يمكن أن تتحقق من خلال القضاء العام الذي تتولى الدولة إقامته وتنظيمه أو من خلال القضاء الخاص المتمثل في نظام التحكيم الذي تقره الدولة لهذا النوع من القضاء ([26]) .مع الاعتراف بالارتباط بين حكم التحكيم واتفاق التحكيم الذي أدى إلى صدور هذا الحكم، لكن هذا لا ينفي الطبيعة القضائية للتحكيم لكنه يفسر بعض الاستثناءات التي يتميز بها هذا القضاء الخاص عن القضاء العام، مثل جواز الطعن في حكم التحكيم بدعوى البطلان ([27])

ومما يدلل على أن التحكيم هو ذات طبيعة قضائية وفق انصار هذة النظرية أن اجراءات التي يمر بها المحكم في الفصل في النزاع وهو ذات الاجراء الذي يمر به القاضي في الفصل , وينتهي بحكم مماثل للحكم القضائي سواء فيما يتعلق بالطعن فيه او فيما يتعلق بقابليته للتنفيذ , وبالتالي فأن لحل المنازعات وجهان قضائيان احدهما عام تقيمه الدوله والاخر خاص تسمح به الدولة من خلال ارادة الخصوم .([28])

والافراد والجماعات باتفاقهم على التحكيم لا يتنازلون عن الدعوى القضائية وانما تنازلون عن الالتجاء الى القضاء التي تنظمه الدوله لصالح قضاء اخر , يختارون به قضاتهم , وتعترف به الدولة شأنه في ذلك شأن القضاء الاجنبي , والذي يعترف القانون الوضعي الداخلي بأحكامه أو القضاء الذي تتولاه سلطة دينية .

والانظمة القانونية الوضعية على اختلاف مذاهبها كما راعت أن التحكيم بما يشكله من استثناء على ولاية القضاء العام في الدولة قد يعهد به الى أشخاص ليس عندهم ثقافة قانونية او حكمة اجتماعية , فألزمته بمجموعة من القواعد والقيود لاستخراج قرار تحكيم صحيح وقابل للتنفيذ .

ومع ذلك كله فأن انصار هذة النظرية النظرية القضائية للتحكيم أكدوا أن حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم يعتبر عمل قضائياً فأنه مع ذلك لا تنطبق عليه جميع القواعد الخاصة بالاحكام القضائية الصادرة من قضاء الدولة , فاذا كان حكم التحكيم الصادر

---

[22] . أحمد محمد حشيش , طبيعة المهمة التحكيمية , دار النهضة , مصر 2000 , ص 281.
[23] . ابو زيد رضوان , مرجع سابق , ص 26.
[24] . مصطفى محمد الجمال , عكاشة محمد عبد العال , مرجع سابق , ص 40 , ابو زيد رضوان , مرجع سابق , ص 26.
[25] . أشجان فيصل شكري داود , مرجع سابق ص 38 .
[26] . مصطفى محمد الجمال , عكاشة محمد عبد العال , مرجع سابق , ص 42.
[27] . آمال أحمد: الفزايري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعليه التحكيم .الإسكندرية. منشأة المعارف .دون تاريخ النشر. ص 69 .
[28] . مصطفى محمد الجمال , عكاشة محمد عبد العال , مرجع سابق , ص 41

في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم يعد حكماً , الا أنه ليس كغيره من الاحكام القضائية الصادرة من القضاء العام في الدولة لانه لا يمكن فك ارتباطه عن اتفاق التحكيم . ([29]).

وهناك من ينادون باصباغ الاتفاق التحكيمي الطابع القضائي حتى يكون قوي في مواجهة الاغيار وان من اسباب عدم الاقبال التجاري على التحكيم هو أنكار قيمة الحكم القضائي على القرار التحكيمي ([30]).

ومن بين من اخذ بهذا الاتجاه المغرب ومصر , حيث عرف السيد عبد الصادق ربيع التحكيم بأنه هو الاتفاق المبرم بين الاطراف لعرض النزاع القائم او الذي سينشأ على الغير مع الاعتراف بالطابع القضائي للقرار الذي سيصدر عنه ([31]).

اما موقف القضاء من النظرية القضائية فقد حضيت هذة النظرية بتأييد واسع من القضاء الفرنسي والبلجيكي , ولا سيما منذ نهاية القرن قبل الماضي الذي كان يتجه الى اعتبار نظام التحكيم وما يصدر عنه من قرارات تحكيمية هي قرارات قضائية .([32]) وفي احكام القضاء الفرنسي الحديث اشارت المحكمة الفرنسية العليا الى أن التحكيم يعتبر قضاء استثنائي يملك فيه المحكم سلطة ذاتية ومستقلة للفصل في المنازعات التي يطرحها عليها الخصوم ([33]).

كما اخذ به القضاء المصري في احد قرارت المحكمة الدستورية عندما عرفت التحكيم بأنه وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في النزاع محدد مبناه علاقة محل اهتمام من اطرافها وركيزتها اتفاق خاص يستمد المحكمون سلطتها منه ([34]).

ومن اهم ما استند اليه اصحاب هذة النظرية لاثبات الطبيعة القضائية هو :

1. رفض انصار نظرية الطبيعة القضائية لنظام التحكيم المعيار الشكلي لتمييز العمل القضائي والمبني على الاجراءات وكذلك المعيار العضوي المبني على الاشخاص او العضو الذي يصدر الحكم القضائي في الدولة وغلبوا المعيار الموضوعي لتمييز العمل القضائي وتطبيق ذلك على نظام التحكيم فدور هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم هو نفس دور القاضي العام في الدولة والذي يتمثل في تطبيق ارادة القانون الوضعي على حالة معينة بواسطة شخص اخر والفصل في النزاع .([35])

2. اجراءات التحكيم والاعمال الصادرة فيها تكون من طبيعة قضائية وكذلك احكام التحكيم من حيث الشكل والموضوع . حيث ان الاجراءات المتخذة والمتبعة من قبل الهيئة التحكيمية تكون بمثابة خصومة قضائية , فتعد اجرائتها إجراءات قضائية , ويكون حكم النزاع الصادر منها حكم قضائي من حيث الشكل والموضوع.

---

[29] . محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق , ص 236-237.
[30] . التحكيم التجاري والواقع المغربي , عز الدين كتاني , التحكيم التجاري الداخلي والدولي , ندوة نظمت من وزراة العدل والاتحاد العام لمقاولات المغرب , مركز النشر والتوثيق القضائي , العدد (6.2005) ص 57.
[31] . التحكيم التجاري من التشكك الى المصداقية , السيد عبد الصادق ربيع , التحكيم التجاري الداخلي والدولي , ندوة نظمت من وزراة العدل والاتحاد العام لمقاولات المغرب , مركز النشر والتوثيق القضائي , العدد (6.2005) ص34
[32] . ابو زيد رضوان , مرجع سابق , ص 28+29 , محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق , ص 345 .
[33] . نقض فرنسي (الدائرة التجارية) 22 اكتوبر 1949 , ونقض تجاري 18 يونيو 1958 , مجلة التحكيم 1958 – 91 , ابو زيد رضوان , مرجع سابق , ص29.
[34] . المحكمة الدستورية العليا ,مصر , قرار صادر في 17ديسمبر / 1999 , منقول عن مجلة التحكيم , العدد الرابع , 2009 , عبد الحميد الاحدب , ص 572 .
[35] . محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق , ص 350+351 .

فمن حيث الشكل يخضع حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم لذات الشكل المقرر قانونا بالنسبة للاحكام القضائية الصادرة من القضاء العام , من تبلغ الخصوم الى مرافعات الخصوم وتقديم الشهود والدفوع الى المداولات بين الاعضاء والحكم وتبليغه والطعن به وتنفيذه , ومن حيث الموضوع فأن حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم يعتبر عملا قضائيا وفقا لمعيار مكونات العمل القضائي والعمل القضائي هو ادعاء وتقرير وقرار , حيث ان الادعاء من الخصوم هو الاساس التي تنظم الهيئة وتعد تقريرا منتهية الى قرار للفصل في النزاع القائم . [36]

3. حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم يرتب جزء من الاثار القانونية التي يرتبها الحكم القضائي الصادر من القضاء وبالتالي يعتبر ذو طبيعة قضائية . ومنها الحجية القضائية , وكذلك استنفاذ سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل بالعمل بالنزاع موضوع الاتفاق على التحكيم بالنسبة للمسائلة التي فصلت فيها . ([37])

4. تطبيق بعض القواعد المتعلقة بالقضاة على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم في الانظمة القانونية الوضعية وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها كما في حياد القاضي , ورد القاضي وعدم صلاحيته او تنحيه .([38])

5. اطلاق العديد من التشريعات على اختلاف مذاهبها واتجاهاتها على احكام التحكيم الصادرة في المنازعات التحكيم اصطلاح حكم , وعلى هيئة التحكيم اصطلاح محكمة التحكيم .([39])

6. انتشار نظام التحكيم وذيوعه وظهور العديد من المنظمات والهيئات والمراكز التحكيمية الدائمة التي تنظم التحكيم والتي تباشر اعمالها وفق قواعد واجراءات محددة وخاصة ومعظمها ذات صبغة قضائية – الاجراءات والقواعد – في مجال التجارة الدولية لدرجة ان الراي الغالب ان نظام التحكيم اصبح قضاء أصيل للتجارة الدولية .[40]

ومع هذة الاسانيد والبراهين للاستدلال على قضائية التحكيم , الا أن كثير من الانتقادات وجهت لهذة الطبيعة ومنها :

1. التحكيم ليس شريك في القضاء في وظيفته لا على قدم المساوة ولا من كل الوجوه , ولا من بعضها ولا بالمعنى الحقيقي للشريك انما هو معاون للقضاء وليس معاون لكل القضاء ولا في كل المسائل .([41])

2. الاستناد إلى أن العمل الذي يقوم به المحكم هو ذات العمل الذي يقوم به القاضي لا يكفي للقول بالطبيعة القضائية للتحكيم؛ لأن وظيفة كل منهما تختلف عن الأخرى، فوظيفة

---

[36] . محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق , ص 350-419 .
[37] . محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق , ص 425-517
[38] . محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق , ص 520-540
[39] . محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق , ص 518-519.
[40] . محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق , ص 550-551.
[41] . أحمد محمد حشيش , طبيعة المهمة التحكيمية , مرجع سابق 134.

القاضي وظيفة قانونية تتمثل في حماية الحقوق والمراكز القانونية بغض النظر عن وجود نزاع أو عدم وجوده، حيث يكفي وجود مصلحة للشخص حتى يقوم القاضي بإصدار حكم يكفل حماية هذه الحقوق والمراكز .والنظرية التقليدية التي عرّفت الوظيفة القضائية بأنها":الفصل في النزاعات بين الأفراد' "وجه إليها انتقادًا تمثل في أنها لا' تعرَّف هذه الوظيفة تعريفًا جامعًا أما المحكم فوظيفته اجتماعية واقتصادية سلمية، تتمثل في حل النزاع على نحو يضمن استمرار العلاقات بين أطراف هذا النزاع في المستقبل لكنه لا يقوم بهذه الوظيفة إلا إذا' وجد نزاع؛ لأن الهدف المشترك في كل أنواع التحكيم يتمثل في حسم النزاع وفقًا لقواعد القانون أو قواعد العدالة .([42])

3. إن وظيفة القاضي العام

والذي يباشر سلطة الدولة لحماية القانون الوضعي تختلف عن وظيفة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم . والدليل على ذلك ان وظيفة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم هي الفصل فيه بين الاطراف المحتكمين وليس حماية القانون الوضعي كما هو الشأن بالنسبة للقاضي العام في الدولة . ([43])

4. اعتبار هيئة التحكيم المكلفة

بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم قاضيا خاصا او عاما , امر اثبت عدم دقته , حيث أن قواعد القانون الوضعي والتي لم تساو بين القاضي والهيئة التحكيمية في الشروط العامة والخاصة لكل منهما . فلا يشترط في الهيئة التحكيمية المكلفة في الفصل في النزاع بين الاطراف ما يشترط في القاضي من حيث الاهلية والجنس والجنسية والمؤهلات او الخبرة .([44])

5. وجود مصطلحات تستند

اليها الهيئة التحكيمية متشابه مع المصطلحات التي تستخدمها الهيئة القضائية مثل مصطلح الحكم على سبيل المثال بالنسبة لقرار الهيئة التحكيمية وما الى ذلك من مصطلحات , فان هذا لايعني ان التحكيم انصبغ بالصبغة القضائية لان هذة المصطلحات لا تكون ذو دقة عالية بما ترمي اليه وبما استخدمت من اجله ([45]) .

6. القول بأن مراكز وهيئات

التحكيم التي تتولى حسم النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية تقوم مقام القضاء في ذلك لا يكفي للأخذ بالطبيعة القضائية للتحكيم؛ لأن هذه الهيئات لا تتمتع بما يتمتع به القاضي من حصانة وسلطة واستقرار، إضافة إلى أن الحكم الصادر عنها لا يتم تنفيذه بالطريقة التي' ينفذ بها الحكم القضائي إلا بعد صدور أمر بذلك من الجهة القضائية المختص ([46])

7. وجود تشابه بين نظام

القضاء ونظام التحكيم امر طبيعي من حيث ان كل منهما يفصل في منازعات قانونية بين الافراد والجماعات وانه يطبق القانون الوضعي عند الفصل في المنازعات ويكون لكل منهما حجية في حسم النزاع , وان نظام التحكيم يشبه نظام الصلح في القضاء وبالتالي وجود قواعد مشتركة الى حد

---

[42] . عزت محمد علي البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية .القاهر ة .دار النهضة , .العربية1997 . ص 36. أشجان فيصل شكري داود , مرجع سابق ص 45 .

[43] . محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق , ص 564 .

[44] . محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق , ص 565.

[45] . محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق , ص 592

[46] . عزت محمد علي البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية .القاهر ة .دار النهضة , .العربية1997 . ص 27. أشجان فيصل شكري داود , مرجع سابق ص47

التشابه , مثل رد القضاه وحقوق الدفاع ةالحكم والمواعيد والتبليغات , فهذا التشابه لا يؤدي الى التماثل بينهما , لاختلافهما في الوظيفة والهدف او من حيث الاثار القانونية , فعقد البيع مثلا يتشابه مع عقد الهبة وكل منهما ناقل للملكية .([47])

الفرع الثاني : الطبيعة الاحادية للتحكيم في التشريع الاردني والفقة الاسلامي

الطبيعة الاحادية كما هي في التشريع الوضعي سنبحثها في التشريع الاردني والفقة اللاسلامي , من خلال الطبيعة العقدية والطبيعة القضائية مع خصوصية هذة الطبيعة في الفقه الاسلامي التي سنوضحها في البحث .

اولاً : الطبيعة العقدية

عالج التشريع الاردني طبيعة التحكيم وفق قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 , حيث عرف التحكيم بأنه اتفاق يجري في المملكة الاردنية الهاشمية او ينظر به قانونها ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية كانت أم غير عقدية , مع مرعاة الاتفاقيات الدولية النافذة .([48])

والتحكيم كما عرفه القانون الاردني اتفاق بين ارادتين التقتا على عقد جديد ليمنحا صلاحية البت في الفصل بينهما الى جهة غير قضائية ويحيدا السلطة القضائية وفق المنظور السلبي للتحكيم والمفهوم الايجابي لبيان استقلالية التحكيم واعتبار هذة الطبيعة من الطبيعة العقدية وان جاء النص بأن النزاع يمكن ان يكون عقدي او غير عقدي .

والتحكيم بهذا المفهوم يتعلق بالاتفاق والعقد الذي يربط طرفيه , وفي قرار لمحكمة التمييز الاردنية يوضح انه " أنه اذا اتجهت ارادة المتعاقدين الى أنه في حالة نشوب أي خلاف بينهما ناشيء عن تنفيذ اتفاقية التحكيم ولم يكن حله أو التفاهم عليه بشكل ودي فإنه يتوجب أن يعرض هذا الخلاف والنزاع على محكمة التحكيم السويسرية ولما كانت المادة 12/أ من قانون التحكيم رقم 2001/31 , والتي نصت على ما يلي : على المحكمة التي يرفع اليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم برد الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى . وحيث أن المدعى عليهم قد تمسكوا بإحالة النزاع الى التحكيم فإن من واجب المحكمة أن تقضي برد الدعوى لوجود شرط تحكيم , أما القول أن تخلي المحاكم الاردنية عن صلاحية النظر في الدعاوى المعروضة عليها لصالح محكمة التحكيم الاجنبية فيه مخالفة للنظام العام , فأن المادة 27 من قانون التحكيم رقم 2001/31 النافذ المفعول قد أجازت لطرفي التحكيم الاتفاق على التحكيم في المملكة أو خارجها , وعليه وفي ضوء هذا النص فأنه يجوز الاتفاق على أن يتم التحكيم في بلد اجنبي "([49]).

---

[47] . محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق , ص594

[48] . قانون التحكيم الاردني 31/2001 المعدل , المادة الثالثة /أ " مع مراعاة احكام الاتفاقيات الدولية النافذة في المملكة تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي، يكون مقره في المملكة وعلى كل تحكيم يتم الاتفاق على اخضاعه لهذا القانون، سواء تعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف أشخاص القانون العام او القانون الخاص وأيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية او غير عقديه. "

[49] . قرار محكمة التمييز الاردنية , بصفتها الحقوقية رقم 3522/2006 هيئة خماسية , تاريخ 4/3/2007 منشورات مركز عدالة , نقلا عن ولاية القضاء على حكم التحكيم في ظل القانون التحكيم رقم 31/2001 , نشأت حسن السيايدة , جامعة الشرق الاوسط , رسالة ماجستير , ص , 166 .

اذا العقد شريعة المتعاقدين وما نتج عن العقد لا يبطله القضاء او الطعن بمخالفته للنظام العام . وقد أوضحت المادة الثامنة من قانون التحكيم الاردني رقم 2001/31 أنه لا يجوز للمحكمة أن تتدخل في المسائل التي يحكمها قانون التحكيم الا في المسائل المبينة فيه وذلك دون الاخلال بحق هيئة التحكيم في الطلب من المحكمة المختصة مساعدتها في اجراءات التحكيم وفق ما تراه الهيئة مناسبا لحسن سير التحكيم مثل تنفيذ الحكم او احضار ساهد او الحجز على اموال احد الاطراف من باب الحجز التحفظي . ([50])

كما نص قانون التحكيم الاردني رقم 2001/31 بأن لهيئة التحكيم ان تطبق على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفقعليها الطرفان , ولهم الحق في الاتفاق على تطبيق اي قانون لاي دولة يريدونها ما لم يخالف النظام العام , وعند اذن تطبق لبقواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة , أما في حالة لم يتفق الاطراف على تطبيق القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع فأن هيئة التحكيم تطبق القواعد الموضوعية في القانون الذي تراه اكثر اتصالا بالنزاع . وعند الفصل في موضوع النزاع يجب أن يراعى شروط العقد موضوع النزاع وتؤخذ في الاعتبار الاعراف الجارية في نوع المعاملات والعادات المتبعة وما جرى التعامل عليه بين الطرفين .([51])

في البحث في هذة النظرية نجد ان القضاء تضامن مع التشريع في هذا الاتجاه وان محكمة التمييز اجتهدت في ان الطبيعة القانونية ما هي الا طبيعة عقدية في كثير من قراراتها وان عقد التحكيم هذا ينزع الاختصاص من اصحابه في القضاء .[52]

- **الفقة الاسلامي** :

يقول الله تعالى " يأيها الذين امنو اوفوا بالعقود "[53]يرى بعض الفقهاء أن الطبيعة العامة للتحكيم ذات صبغة تعاقدية ([54])

التحكيم هو تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما , وهذا التعريف يعني وجود ايجاب الخصمين وقبول من الحكم وعاقدين ومحل معقود عليه وهذة الامور الثلاثة اذا وجدت تحقق وجود العقد , وذلك لان العقد عند السادة الاحناف وجمهور الفقهاء بأنه تعلق كلام أحد العاقدين بكلام الاخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل .

وهذا التعريف يفيد أن العقد لا يوجد الا اذا وجدت أمور ثلاثة هي :

---

50 . قانون التحكيم الاردني 31/2001 , المادةالثامنة " لا يجوز لاي محكمة أن تتدخل في المسائل التي يحكمها هذا القانون الا في الاحوال المبينة فيه، وذلك دون اخلال بحق هيئة التحكيم في الطلب من المحكمة المختصة مساعدتها على اجراءات التحكيم وفق ما تراه هذه الهيئة مناسباً لحسن سير التحكيم مثل دعوة شاهد او خبير او الأمر بإحضار مستند او صورة عنه او الاطلاع عليه او غير ذلك" .

51 . قانون التحكيم الاردني 31/2001 , المادة36- أ- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان واذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين.
ب-اذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى انه الأكثر اتصالاً بالنزاع. ج-في جميع الاحوال، يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع وتأخذ في الاعتبار الاعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين. د-يجوز لهيئة التحكيم اذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح ان تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والانصاف دون التقيد بأحكام القانون ."

52 . قرار محكمة التمييز الاردنية حقوق رقم (2140/2007)هيئة خماسية تاريخ (13/12/2007) ويعتبر التحكيم هو عقد بمقتضاه يتفق شخص او اكثر على احالة نزاع نشأ بينهما في تنفيذ عقد معين على محكمين للفصل فيه بدل من الالتجاء الى القضاء .
* وقرا اخر " ان التحكيم لا يخرج ان يكون عقدا عاديا يتم برضى الطرفين " قرار رقم (132/54) .

4. . سورة المائدة اية رقم (1).

54 . ابن القيم الجوزية , زاد المعاد في هدى خير العباد , مرجع سابق , ص 42 , ابن قدامه , المغنى , مرجع سابق , ص 167 ,

1. الايجاب والقبول
2. العاقدان
3. المحل اي المعقود عليه .

ومهما يكن من اختلاف فأن هذة الاركان الثلاثة ضرورية لتكوين العقد بالاجماع , وعليه فأن التحكيم عقد كسأئر العقود .([55]) وهذا ما اكده مجلس الفقه الاسلامي [56].

ذهب عامة المالكية وبعض الشافعية وبعض الزيدية، وهو القول المشهور عند الحنابلة وهو ما اختاره وذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي بجدة -إلى أنه متى شرع المحكم في القضية وبدأ باستيفاء البينات انقطع خيار المحتكم فليس للمتخاصمين ولا لأحدهما الرجوع عن التحكيم وما يحكم به المحكم بعد ذلك يكون لازما ونافذا شرعا في حق المحتكمين. قال ابن القاسم في المجموعة :إذا حكماه وأقاما البينة عنده، ثم بدا لأحدهما قبل أن يحكم، قال :أرى أن يقضي بينهما، ويجوز حكمه ونحوه في كتاب ابن حبيب لمطرف وأصبغ قال مطرف :له التروع قبل نظر الحاكم بينهما في شيء فأما بعد أن ينشبا في الخصومة عنده ونظره في شيء من أمرهما فلا نزوع لواحد منهما، ويلزمهما التمادي قال أصبغ :كما ليس له إذا ترافعا الخصومة عند القاضي أن يوكلا وكيلاً أو يعزلا وكيلاً له ووجه قول ابن القاسم - أنه يلزم بشروعه في النظر بينهما ولا يلزم بالقول - هو :ما احتج به أصبغ، من أنهما كالوكالة لا يصح للموكل أن يعزل وكيله بعدما شرع في الخصومة عند القاضي وله ذلك قبل أن يشرع فيهاوقال ابن قدامة ":فإن لكل واحد من الخصمين الرجوع عن تحكيمه قبل شروعه في الحكم ؛ لأنه لا يثبت التحكيم إلا برضاه، فأشبه ما لو رجع عن التوكيل قبل التصرف فإن رجع بعد شروعه ففيه وجهان:أحدهما :له ذلك؛ لأن الحكم لم يتم أشبه قبل الشروع .والثاني :ليس له ذلك؛ لأنه يؤدي إلى أن كل واحد منهما إذا رأى من الحكم ما لا يوافقه رجع، وبطل المقصود به ([57])

وقد احتج أصحاب هذا الاتجاه بالآتي:

1. إنه لو أجيز للمتخاصمين الرجوع عن حكم المحكم بعد سماع المحكم للبينة منهما لأدى هذا إلى بطلان المقصود من التحكيم في فض المنازعات إذ أن كل واحد من الخصمين لو رأى أن مسار البينات ليس لصالحه وأن الحكم بل متوجه عليه فسيرجع، وبذلك يبطل الغرض من التحكيم
2. ينعكس التحكيم إلى أن يكون سببا للمماطلة وإضاعة الحق على أهله.
3. إن المحكم كالحاكم المنصوب من قبل الإمام، فإنه إذا شرع في الحكم فليس للخصمين الرجوع . واعترض على هذا الاستدلال بأن المحكم يختلف عن الحاكم المنصوب في كون الثاني لم يشترط فيه تراضي الخصمين عليه بينما المحكم اشترط فيه تراضي الخصمين عليه، لذلك كان لهما الرجوع عن المحكم لانهما نصباه برضاهما فلهما أن يعزلاه ويرجعا عنه أثناء نظره في الخصومة ما لم يصدر حكما وبذلك فلا يقاس المحكم على الحاكم المنصوب.

---

[55] . قحطان الدوري, عقد التحكيم في الفقة الاسلامي والقانون الوضعي , دار الفرقان للنشر والتوزيع , (2002), صفحة (119)
[3]. مجلس مجمع الفقه الاسلامي الدولي , قرار رقم (91/8/9) , مجلة المجمع , العدد التاسع , الجزء الرابع , صفحة (5)
[57] . قحطان الدوري, عقد التحكيم في الفقة الاسلامي والقانون الوضعي , مرجع سابق , ص 120 .

4. استشهد بعض الفقهاء على

أنه ليس للمتخاصمين أن يرجعا عن المحكم بعد سماعه لدعواهما -ولو لم يكن قد حكم بينهما -بما فعله علي بن أبي طالب عندما اعترض عليه الخوارج واحتجوا على التحكيم بينه وبين معاوية ومطالبتهم له بالرجوع عن التحكيم قبل أن يحكم الحكمان، إذ قالوا له ":إنا أخطأنا حين رضينا بالحكمين وقد بان لنا زللنا فرجعنا إلى الله وتبنا فارجع يا علي وتب الى الله . فقال لهم علي رضي الله عنه ويحكم أبعد الرضا والميثاق نرجع ؟ أليس الله قد قال "أوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا"([58]) : (وقال تعالى :" يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" ([59])([60]).

فقيام التحكيم على عقد وانتهاؤه بحكم أدى إلى اختلاف الرأي حول طبيعة التحكيم، فمنهم من رأى أنه ذو طبيعة تعاقدية ومنهم من رأى بأنه ذوطبيعة قضائية ومنهم من رأى بأنه ذو طبيعة مختلطة .فذهب البعض من فقهاءالمالكية والزيدية إلى أن نظام التحكيم له طبيعة تعاقدية فهو من باب الوكالة لذلك لا يشترطون في المحكم ما يشترط في القاضي، كما أنهم يجيزون للخصوم عزل المحكم في أي مرحلة .([61])

الفقه الاسلامي عرف العقد الصحيح والعقد الباطل والعقد الفاسد . والعقد الصحيح كما عرفته مجلة الاحكام العدلية هو العقد المنعقد والمشروع ذاتا ووصفا ([62]).

يثبت التحكيم بالاتفاق بمعنى الرضا , فأن لم يرضى احدهما بطل الاتفاق [63]. وهنا لابد من شهادة الشهود حتى يعتبر التحكيم اذا ما تم الخلاف . وكل هذا يعتمد على اساس الاتفقا وهو ارادة الاطراف وبالتالي ايجاد عقد صحيح قابل للتنفيذ .

الفقة الاسلامي اخذ ايضا بهذة النظرية وتبناها من خلال نصوص مجلة الاحكام العدلية ولا سيما انه سمح للاطراف عزل المحكم قبل الحكم [64], وكذلك قبول الطرفين هو اساس الاتفاق بين الطرفين فيما لو حكم احد بينهم واجازوه تم ذلك [65].

وهذا الانسجام مع التشريع الاردني واضح بأن الاصل في التحكيم هو التقاء ارادة الاطراف , وان الاطراف لهم الخيار وكامل الحرية في اختيار التحكيم بدل من القضاء من خلال الاتفاق العقدي بينهما وكذلك اختيار الهيئة التحكيمية , والقانون الواجب التطبيق على المنازعة , والاجراءات والاوقات المطلوبة لانهاء النزاع ولهم عزل الهيئة التحكيمية ومقاضاتها في حال فسادها او تقصيرها . وكل ذلك يظهر ان الطبيعة القانونية للتحكيم ما هي الا طبيعة عقدية .

- **ثانيا: الطبيعة القضائية**

---

[58] . سورة النحل , أية 91

[59] . سورة المائدة , أية 1

[60] . شرح نهج البلاغة لابن أبي الحديد 2/238 , وأنساب الأشراف 2/352 , والتحكيم في الشريعة الإسلامية, مسعود الجهني طبعة مكتبة دار الإيمان- المدينة المنورة -السعودية طبعة أولى ١٩٩٤ م ص ١٤ . للاستزادة عن عبد المجيد السوسوه , أثر التحكيم في الفقه الاسلامي , مجلة الشريعة والقانون , العدد الثاني , 2005 , ص 112.

[61] . البحر الرائق ج ٧ ص ٢٥ ، المنتقى ج ٥ ص ٢٢٧ ، مغني المحتاج ج ٣ ص ٢٦١ ، المغني ج ٧ ص ٣٢١ ، البحر الزخار ج 6 ص 114 , المحلى , الجزء العاشر , ص 87. للاستزادة عن عبد المجيد السوسوه ص 122. .

[62] . مجلة الاحكام العدلية , مرجع سابق , المادة (108)" البيع الصحيح هو البيع الجائز وهو البيع المشروع ذاتا ووصفاً"

[8]. شرح اداب القاضي للخصاف , تأليف برهان الائمة حسام الدين بن مازة الحنفي المعروف بالصدر الشهيد صفحة (58) . , اداب القاضي للماوردي (380),

[64] . مجلة الاحكام العدلية المادة رقم (1847) " لكل من الطرفين عزل المحكم قبل الحكم ," .

[65] . مجلة الاحكام العدلية المادة رقم(1851) " اذا فصل احد الدعوى الواقعة بين شخصين ولم يكن محكما , يكون حكمه نافذا اذا رضي الطرفان واجازا حكمه " .

اتفاق التحكيم وفق انصار هذة النظرية هو ذو طبيعة قضائية لا بل يعتبر نظام قضائي خاص يختار فيه الاطراف قضاءهم , ويعهدون اليهم بمقتضى اتفاق التحكيم المكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية والتي يجوز حسمها بطريقة التحكيم وفقا لمقتضيات القانون والعدالة واصدار قرار قضائي ملزم لهم .([66])

ورغم ميل المشرع الاردني الى الطبيعة الاتفاقية الا أن محكمة التمييز اعتنقت في بعض احكامها القضائية الطابع القضائي للتحكيم بوضوح حيث ورد في احد قرارتها [67]على ان اجراء التحكيم يعتبر من اعمال القضاء او التقاضي وان المحكم هو قاض . وان هيئة التحكيم هي جهة قضائية اختيارية يوجدها الخصوم باختيارهم لحسم النزاع القائم , وان المحكمين يمارسون مهام القضاء ويصدرون حكمهم ويكون ملزما للطرفين [68].

كما ذهب التشريع الاردني للتحكيم رقم 2001/31 في بعض نصوصه الى مؤشرات ذات مدلول قضائي تفهم من النص ومنها أن محكمة التمييز في طور تنفيذ القرار لها ان تنظر بالقرار تدقيقاً فأما أن تؤيد القرار وهنا وجب عليها الامر بالتنفيذ ويكون هنا قرار المحكمة هو التصديق لقرار التحكيم والامر بتنفيذه , أما اذا قضت ببطلان القرار فتعلن ذلك ولا يترتب على البطلان سقوط الاتفاق وهذا النص جاء بعد التعديل الأخير ([69]).

الامر الاخر في القانون التحكيم الاردني بأن احكام المحكمين تحوز حجية الامر المقضي به كما هو الاحكام القضائية , كما ان شكل الحكم يتسم بالحكم القضائي واجراءاته مثل مواعيد رفع البطلان وغيرها من اصل الاتفاق واصل الحكم وترجمته .([70])

الفقه الاسلامي

ذهب أكثر فقهاء المسلمين إلى أن التحكيم له صفة قضائية ولذلك اشترطوا في المحكم ما يشترط في القاضي كما جعلوا لحكم المحكم قوة إلزامية كقوة الحكم القضائي، ولم يجيزوا عزل المحكم إلا باتفاق الخصمين وقبل أن يصدر حكمه.([71])

---

66 . أحمد عبد الكريم سلامة , التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية , دار النهضة العربية / مصر , 2006 , ص 19.

67 . محكمة التميز الاردنية , حقوق , هيئة خماسية , قرار رقم (467/65) تاريخ (12/6/1966) .

68 . محكمة التميز الاردنية , حقوق , هيئة خماسية , قرار رقم(1783/2010) تاريخ (06/10/2010) .

69 . قانون التحكيم الاردني المعدل 31/2001 , المادة51-

اذا قضت محكمة التمييز بتأييد حكم التحكيم وجب عليها أن تأمر بتنفيذه، واذا قضت بإبطاله أعلنت بطلان الحكم ولا يترتب على بطلان الحكم سقوط اتفاق التحكيم ما لم يكن الاتفاق باطلا بذاته.

".

70 . قانون التحكيم الاردني 31/2001 المادة52- تحوز احكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الامر المقضي به وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها فيه. المادة53- أ- لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم اذا لم يكن موعد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى.
ب- يقدم طلب التنفيذ الى المحكمة المختصة مرفقا بما يلي:
1-صورة عن اتفاق التحكيم. -اصل الحكم او صورة موقعة عنه.
3-ترجمة لحكم التحكيم مصدق عليها من جهة معتمدة الى اللغة العربية اذا لم يكن ذلك الحكم صادرا بها.

71 . انظر : الخرشي ج ٤ ص ١٠ وج ٥ ص ١٤٥ وبداية المجتهد ج ٤ ص ١٠ وج ٢ ص ٨١ تفسير القرطبي ,الجامع لأحكام القرآن,الطبعة الثالثة- دار الكتاب العربي ١٩٦٧ م ج ٥ ص ١٧٦ المنتقى ج ٧ ص ٢٢٧ ج ٤ ص

وهناك اجماع فقهي على ان القاضي _ واذكر القاضي لان الفقة الاسلامي خلط كثيرا بين القاضي والمحكم , كما انه لم يرد في الفقة اي شيء بخصوص اذا تعمد الجور واقر بأنه كأن حكم متعمداً بغير الحق . لزمة الضمان في مالة ويعزر لارتكابة هذة الجريمة لا بل ويعزل من القضاء . وهذا استدلال على الطبيعة القضائية .

أما اذا كان الخطأ غير عمدي فأنه لا يضمن ما ترتب عليه من اضرار لحقت بأحد الخصمين بسبب هذا الخطأ , كما ان المسؤولية في حال الخطأغير العمدي هو بطلان ما قضي به [72] ,وهذا يحصر المحكم بأقل ما يمكن من المسألة المدنية ولا يمنعها .

وايضا اعتبر الاحناف في كتاب البحر الرائق شرح كنز الدقائق بأن التحكيم هو فرع من فروع القضاء لابل هو اقل درجة منه , وانا الحكم من الامام بمنزلة القاضي المولى . [73]

وقد عرف الفقه الاسلامي مبداء الحصانة القضائية تمكينا للمحكمين ايضا من القيام بواجباتهم في الفصل بين المتخاصمين من غير تأثير . وهذا على اعتبار ان التحكيم ذو طبيعة قضائية .

والقاعدة أن القاضي لا يسأل عن خطئة , لان القاضي يجتهد فأن اصاب فله اجران وان اخطأ فله أجر واحد [74].

كما هي الحصانة القضائية في غير الاسلام فانها ايضا في الاسلام غير مطلقة وانما مشروطة بغير التعمد في احداث الضرر , اما اذا كان هناك تعمد وجور فأنه يكون ملزم بالضمان في ماله [75]. وأيضا عرفت الحصانة في التحكيم في قضية التحكيم بين سيدنا علي بن ابي طالب ومعاوية بن ابي سفيان عندما ولي الحكمان ووقعت بينهم وثيقة التحكيم , واخذ الحكمان من علي بن ابي طالب رضي الله عنه ومعاوية بن ابي سفيان العهود والمواثيق على انهما آمنان على انفسهما واهلهما , والامة لهما انصار على ما يخرج منهما من اتفاق . فكانت حصانة من زعماء الامة وجنودهما واشترطا بأن يحكما بما انزل الله أو ما ورد من اجماع السنة العادلة غير المفرقة [76].

وهنا ومن خلال البحث والمقارنة نجد أن الفقة الاسلامي كما هو القانون الاردني للتحكيم ذهبا الى تعدد الطبائع للتحكيم فكما اخذ القانون الاردني بالنظرية العقدية اخذ الفقه الاسلامي وكما حرص القضاء والقانون الاردني الى الاخذ بالنظرية القضائية اخذ الفقة الاسلامي . مما يعني ان طبيعة التحكيم تكون حسب الاتفاق التحكيمي , وبما لا يتعارض مع النظام العام فهي اتفاقية عقدية قضائية في ذات الوقت .

حيث ان الاتفاق التحكيمي بأصله ارتباط ارادتين مستقلتين لانشاء عقد تارضي بين الاطراف لحل خصومة وفق القواعد الشرعية المحددة من قبل الاطراف بما لا يتناقض مع النظام العام والشريعة الاسلامية . من خلال اجراءات قضائية للوصول الى حل النزاع بقرار قابل للتنفيذ من القضاء .

---

١١٣ ومغني المحتاج ج ٣ ص ٢٦١ والمغني مع الشرح الكبير ج ٨ ص ١٦٧ والبحر الزخار ج ٦ ص ١١٤

.والقرطبي ج ٥ ص ١٧٦.

72 . القضاء في الاسلام , محمد مدكور , مرجع سابق , ص 61 .

73 . البحر الرائق شرح كنز الدقائق , محمد بن حسين بن علي الطوري القادري الحنفي , ضبطه وخرجه زكيرات عميرات , الجزء السابع , منشورات دار الكتب العلمية , لبنان ,الطبعة الاولى , 1997 , ص 42 .

74 . أستقلال القضاء , فاروق الكيلاني , دار النهضة , القاهرة . الطبعة الاولى , 1977, صفحة 73.

75 . الفتاوي الهندية المعروفة بالفتاوي العالمكيرية في مذهب الامام الاعظم ابي حنيفة النعمان , مرجع سابق , ص73.

76 .البداية والنهاية , ابن كثير , الجزء العاشر , مرجع سابق ,ص 556.

المطلب الثاني :

الطبيعة الثنائية لاتفاق التحكيم

تنظر الطبيعة الثنائية إلى التحكيم في مجموعه لتحديد الطبيعة القانونية لهذا الحكم بمعنى أنها لا تركز على جانب أحادي معين فيه بحيث، يتخذ مبدأ للتفسير في كل ما يتعلق بنظام التحكيم .لذلك سميت بالثنائية ([77]),يرى أنصار النظرية المختلطة" أن العيب المشترك في النظريتين السابقتين يتمثل في إضفاء صفة واحدة على نظام التحكيم في مجموعه، بينما هو نظام مختلط يبدأ باتفاق وينتهي .بقضاء هو حكم التحكيم .

ويرى أنصار النظرية المستقلة،" أن نظام التحكيم ذو طبيعة خاصة ليست عقدية ولا قضائية ولا مختلطة لأن تحديد الطبيعة القانونية لهذا النظام تتطلب الأخذ بعين الاعتبار مزاياه التي يهدف أطراف النزاع إلى تحقيقها من خلال اللجوء إليه بوصفه وسيلة قانونية لحل النزاعات وسيتم بحث هذة الطبيعة ضمن فرعين الاول هو الطبيعة الثنائية للتحكيم في التشريعات الوضعية والفرع الثاني سنركز على الطبيعة الثنائية وفق التشريع الاردني والفقه الاسلامي .

الفرع الاول : الطبيعة الثنائية للتحكيم في التشريعات الوضعية

في هذا الفرع تتمثل النظريات الثنائية في نظريتين :إحداها تؤكد الطبيعة المختلطة أو المركبة للتحكيم و تجمع بين النظريتين العقدية والقضائية، والأخرى تؤكد الطبيعة المستقلة أو الخاصة له.

وعلى ذلك ندرس الطبيعة الثنائية للتحكيم في التشريعات الوضعية في اولاً : الطبيعة المختلطة وثانياً : الطبيعة المستقلة

اولاً : الطبيعة المختلطة

نتيجة صعوبة دمج عمل اطراف النزاع المتمثل في اتفاق التحكيم , وعمل المحكم متمثلا في الفصل في النزاع بحكم حاسم بسحب طبيعته الخاصة اليه الى بروز أتجاه يضفي على التحكيم صفة العقد وصفة القضاء في آن واحد , وخلاصة هذا الاتجاه أن التحكيم هو حقيقة ممتدة في الزمن تبدأ بأتفاق التحكيم وتنتهي بشمول حكم المحكم بأمر التنفيذ , وخلال امتدادها الزمني يتعاقب عليها طابعان , الطابع الاول هو الطابع التعاقدي

[77] . ابو زيد رضوان , مرجع سابق , ص 23-24 .

الذي يجسده اتفاق التحكيم من خلال ارادة الاطراف بتعين حكم بينهما لانهاء الخصومة , والطابع الثاني هو الطابع القضائي الذي تجسده وظيفة المحكم متمثلة في حسم النزاع المطروح عليه ([78]).

ومع هذة النظرية المختلطة والتي تبدوا منطقيتها في دمج الطبيعتين العقدية والقضائية , الا ان انصار هذة النظرية غير متفقين فيما بينهم حول الفاصل الزمني الذي يغير التحكيم اعتبارا منه طبيعته من الطبيعة التعاقدية الى الطبيعة القضائية .

اذا تتعاقب النظريتان على الاتفاق التحكيمي من خلال الصفة التعاقدية حيث تبدوا واضحة في أختيار الاطراف المحتكمين لقضاء التحكيم كوسيلة للفصل في منازعاتهم وإحجامهم عن التوجه نحو القضاء العام في الدولة .

وكذلك اختيارهم القانون الواجب التطبيق على إجراءات خصومة التحكيم وعلى موضوع النزاع محل الاتفاق .

والصفة الثانية هي الصفة القضائية حيث نظام التحكيم يغير من طبيعته التعاقدية إلى طبيعة قضائية نتيجة تدخل القضاء العام في الدولة عندما يلجأ اليه الاطراف المحتكمون لاعطاء قرار التحكيم الصادر في النزاع موضوع الاتفاق القوة التنفيذية .

فبأمر التنفيذ الصادر من القضاء العام في الدولة يتحول نظام التحكيم إلى عمل قضائي , وبدء منه يتحول قرار التحكيم الصادر في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم إلى حكم قضائي .([79])

انصار هذة النظرية كما يبدوا ينحازون الى اصل النظرية فاما هم عقديين او قضائيين حيث ان البعض يؤكد أن التحكيم هو نظام مختلط يبدأ بأتفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهي بقضاء وهو قرار التحكيم ([80]).

والبعض الاخر يذهب الى أنه طبقاً لهذة النظرية المختلطة فأن قرارات التحكيم وإن اعتبرت عقداً قبل أمر التنفيذ , الا انها تصبح بهذا الامر بمثابة حكم قضائي . ([81])

كما أن انصار هذة النظرية يقفون موقف برجماتي تجريبي على راي استاذ ابو زيد حيث يرصدون هذة الطبيعة من خلال رصدهم للتأثيرات المزدوجة في هذا النظام , أي فكرة العقد وفكرة القضاء .([82])

وقد اخذ بهذة النظرية العديد من الدول بشكل مباشر او غير مباشر لان هذة النظرية تمثل نظريتين سابقتين واغلب الدول جمعت بينهما كما هو الحال في المغرب , وهذا ما يوكده احد فقهاء التحكيم المغاربة المرنيسي بوصفه قانون التحكيم المغربي " يكرس الطبيعة الثنائية (المزدوجة

---

[78] . مصطفى محمد الجمال , عكاشة محمد عبد العال , مرجع سابق , ص 44.
[79] . محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق , ص 598+599.
[80] . محسن شفيق , التحكيم التجاري الدولي , دراسة في قانون التجارة الدولية , دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع , غير معروف سنة النشر , صفحة 10
[81] . ابو زيد رضوان , الاسس العامة للتحكيم التجاري الدولي , دار الفكر العربي , مصر , 1988 , ص 31
[82] . ابو زيد رضوان , الاسس العامة للتحكيم التجاري الدولي , دار الفكر العربي , مصر , 1988 , ص33

) للتحكيم فهو في نفس الوقت وسيلة اتفاقية وقضائية لحل المنازعات . فالطابع الاتفاقي للتحكيم يستفاد من خلال استقلال ارادة الاطراف في تشكيل المحكمة التحكيمية واحالة النزاع . والطابع القضائي يلاحظ من خلال قوة المصطلحات المستعملة وتمتع المحكمين بنفس الصلاحيات الممنوحة للقاضي [83].

كما اخذ بهذا المذهب الفقة الانجليزي من خلال ما ذكرنا انفا خلال تعريف التحكيم للاستاذة Emilia بأن التحكيم عملية رسمية الزامية من خلال هيئة تحكيمية تصدر حكمها الناشىء عن اختيار الافراد لها وهي عملية رضائية أي أنها عملية يتم اختيارها والموافقة عليها من قبل الاطراف [84].

ومن اسانيد التي ايدت الطبيعة المختلطة هي :

1. الأخذ بالنظريتين معًا هو

أمر مرغوب فيه لتشجيع اللجوء إلى التحكيم؛ لأن إعطاء نظام التحكيم الطبيعة العقدية يمنح الأفراد حرية اختيار المحكم الذي سيتولى الفصل في النزاع واختيار الإجراءات الواجب اتباعها عند قيامه بذلك، وهذا، يشعرهم بتميز نظام التحكيم عن باقي أساليب فض النزاع .وإعطائه الطبيعة القضائية، يمكن الدولة من فرض الرقابة على .التحكيم الذي يجرى على أراضيها .([85])

2. الطبيعة المختلطة هي التي

تفسر التناقض في طبيعة أحكام نظام التحكيم مثل احترام المحكم لحقوق الدفاع ولمبدأ المواجهة والتزامه بتسبيب الحكم وسلطته في إدارة جلسات التحكيم تفسره الطبيعة القضائية، أما الطعن في حكم التحكيم بدعوى البطلان وإمكانية اختيار المحكم وتحديد إجراءات التحكيم من قبل أطراف النزاع تفسرها الطبيعة العقدية ([86]).

3. التحكيم يتسم بالطبيعة

المختلطة استنادًا إلى مصدره المتمثل في الاتفاق على اللجوء إليه، سواء كان شرط تحكيم أم مشارطة، وإلى وظيفته القضائية المتمثلة في حسم النزاع بحكم له آثار الحكم القضائي .([87])

4. إن الطبيعة العقدية

والقضائية قائمتان في كل مراحل التحكيم على الوظيفة التبعية لاتفاق التحكيم .فبعد اتفاق الأطراف على حل النزاع بواسطة التحكيم يبدأ المحكم مهمته في حسم النزاع وفقًا لمتطلبات الوظيفة القضائية، ويكون ملزمًا بتطبيق شروط اتفاق التحكيم، شأنه شأن القاضي الذي يستند عند الفصل في النزاع المعروض عليه .إلى شروط العقد المتعلقة بهذا النزاع، وهنا تظهر الوظيفة التبعية لاتفاق التحكيم .

5. أن حكم التحكيم، يعد حكمًا

قضائيًا بعد صدور أمر بتنفيذه إلى العلاقة بين حجية حكم التحكيم وقوته التنفيذية؛ لأن هذه القوة، والتي لا يتمتع بها حكم التحكيم إلا بعد صدور أمر بذلك من الجهة القضائية المختصة، هي التي تمنح هذا الحكم حجية الأمر المقضي به ([88]).

---

[83] . اهم الاتجاهات الواردة في مشروع مدونة التحكيم , محمد مرنيسي , التحكيم التجاري الداخلي والدولي , ندوة نظمت من وزراة العدل والاتحاد العام لمقاولات المغرب , مركز النشر والتوثيق القضائي , العدد (6.2005) ص61 .

[84] . Emilia , مرجع سابق ,ص 8 .

[85] . محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق , ص 598+599.

[86] . ابو زيد رضوان , الاسس العامة للتحكيم التجاري الدولي , دار الفكر العربي , مصر , 1988 , ص33.

[87] . ابو زيد رضوان , الاسس العامة للتحكيم التجاري الدولي , دار الفكر العربي , مصر , 1988 , ص34.

- أما الانتقادات التي وجهت

الى هذة النظرية فتتمثل في :

- أن أنصار هذة النظرية

المختلطة اختاروا اسهل الحلول وأبسطها فضلا عن أتصاف موقفه بالعجز ومحاولة التهرب من جوهر المشكلة ذاتها .([89])

- ان هذة النظير لا تضيف

جديدا في تحديد طبيعة التحكيم , ذلك بأنها اعتمدت على ما استند اليه انصار النظرية العقديو زالنظرية القضائية للتحكيم .([90]).

- فقد انصار هذة النظرية

جانب الصواب في اعتبار اتفاق التحكيم عقداً في حين أنه يترتب على هذا العقد نتائج تتجاوز في أهميتها وخطورتها أي عقد أخر في اذا كان الاتفاق على التحكيم يتشابه مع العقد في نواحي الا انه يتميز عن غيره من سائر العقود من نواحي أخرى .

- هناك اعتراض على

الاتجاه القائل بأن حكم التحكيم لا يحوز حجية الامر المقضي به الا بعد صدور أمر بتنفيذه من القضاء العام في الدولة , لان هذا القول يهدر كل قيمة لنظام التحكيم ويتنافى مع مقصد المشرع , فالمشرع قصد من امر التنفيذ مجرد مراقبة عمل هيئة التحكيم على اساس ان عملها يستمد من الاتفاق عليه ([91]).

ثانياً : الطبيعة المستقلة

يرى أنصار هذه النظرية "أن نظام التحكيم ذو طبيعة خاصة وذاتيته المستقله،والتي تختلف عن العقود كما تختلف عن القضاء ويجب النظر إليه نظرة مستقلة، ولا' يمكن تفسيره في ضوء المبادئ التقليدية لمحاولة ربطه بالعقد أو بالحكم القضائي .الصادر عن القضاء في الدولة .

كما ان نظام التحكيم لا يكون الا باتفاق الاطراف والراغبين بالالتجاء الى نظام التحكيم للفصل في منازعاتهم , بدلا من الالتجاء الى القضاء العام في الدولة صاحب الولاية العامة والاختصاص بالفصل في جميع المنازعات بين الافراد والجماعات ايا كان موضوعها الا ما استثني بنص قانوني , وان هذا الامر من وجهة انصار نظرية الطبيعة المستقلة لنظام التحكيم أن التحكيم مجرد عقد او أو نظام تعاقدي فأرادة الاطراف وأن كانت هي اساس نظام التحكيم , الا أنها لا تفسر شموله وتطوراته .

كما أن هذة التطورات وإن كانت تدخل نظام التحكيم في القضاء , إلا أنها لاتؤدي إلى فقدان نظام التحكيم لذاتيته , واندماجه في القضاء العام في الدولة إذ أن هناك فروق بين نظام القضاء ونظام التحكيم .([92]) حيث أن اطراف النزاع هم الذين يختارون قضاتهم ويدفعون اجورهم , وهم الذين يحددون مكان وإجراءات التحكيم والقانون الواجب التطبيق , وهو ايضا يتعارض مع الصبغة القضائية .([93])

فالتحكيم وفقا لرؤية انصار هذا الاتجاه شيء والقضاء شيء أخر , ذلك أن التحكيم سابق في نشأته عن القضاء مما ينفي خضوعه لقواعده .

---

[88] . آمال أحمد الفزايري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعليه التحكيم, الإسكندرية,منشأة المعارف .غير معروف تاريخ النشر ص 80 .

[89] . سامية راشد , التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية , الجزء الاول , دار النهضة العربية , مصر , 1984, ص 73

[90] . سامية راشد , التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية ,مرجع سابق ,1984, ص 75

[91] . محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق , ص 539.

[92] . محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق , ص604+605.

[93] . وليد محمد عباس يوسف , التحكيم في المنازعات الادارية ذات الطبيعة التعاقدية , رسالة دكتوراه , مصر , جامعة عين شمس , 2008, ص 142.

وهذا النظام ما يميزه انه اقرته جميع القوانين الداخلية والخارجية وانظمة المراكز التحكيمية الدائمة والمنتشرة في جميع انحاء العالم وهذا يؤكد استقلاليتة .

استند أنصار النظرية في تأييدهم للطبيعة المستقلة لحكم التحكيم ولتمتعه بنظام خاص به على أسانيد متعددة ومنها :

- العقد ليس أساسيًا في نظام

التحكيم بدليل ظهور التحكيم الإجباري الذي، يلزم أطراف النزاع

باللجوء إليه بموجب القانون، وبدليل أن المحكمين لا، يعينون باتفاق الأطراف أحيانا إنما قد .يتم تعيينهم بواسطة المحكمة المختصة . ([94])

- التحكيم وفقا لرؤية انصار

هذا الاتجاه شيء والقضاء شيء أخر , ذلك أن التحكيم سابق في نشأته عن القضاء مما ينفي خضوعه لقواعده . ([95])

- اختلاف نظام التحكيم عن

نظام القضاء من حيث البناء الداخلي، حيث يتولى القانون تنظيم القضاء عضويًا وإجرائيًا عن طريق قواعد عامة مجردة في القانون، تحدد أنواع المحاكم، وكيفية تشكيلها .و،تحدد قواعد الاختصاص الدعاوى التي تختص كل محكمة بصلاحية .النظر فيها، و،تبين قواعد التقاضي، الإجراءات الواجب مراعاتها من قبل هذه المحاكم وبهذا تنشأ محاكم دائمة لنظر الدعاوى وفقًا لقواعد الاختصاص والتقاضي المعدة، مقدمًا لهذه الدعاوى .أما التحكيم فهو أسلوب خاص للفصل في النزاع من قبل فرد أو هيئة، تشكل خصوصًا لهذا النزاع، بحيث، يترك لأطراف النزاع أو المحكمين تحديد الإجراءات التي يرونها .ملائمة للنزاع دون الإخلال بالمبادئ الأساسية للتقاضي([96])

- .اختلاف نظام التحكيم عن

نظام القضاء من حيث الوظيفة، فوظيفة القضاء وظيفة قانونية تتمثل في حماية الحقوق والمراكز القانونية للأفراد بصرف النظر عن وجود نزاع أو عدم وجوده، وبصرف النظر عن أثر حكمه على مستقبل أطراف النزاع في حال وجوده بينما وظيفة التحكيم وظيفة اجتماعية واقتصادية سلمية تتمثل في حل النزاع على نحو يضمن استمرار العلاقات بين أطراف هذا النزاع في المستقبل. ([97])

- اختلاف أحكام التحكيم عن

أحكام القضاء من حيث الآثار القانونية المترتبة على كل منهما سواء من حيث الحجية 1 أم القوة التنفيذية .فحكم التحكيم لا يكتسب هذه القوة إلا بعد صدور أمر بذلك من المحكمة وفقًا للإجراءات القانونية المحددة لذلك .

أما الانتقادات التي وجهت لهذة النظرية فمنها :

- إن تحديد الطبيعة القانونية

لنظام التحكيم يتم من خلال تحديد الأصل الذي ينتمي إليه، وليس

من خلال الأثر المترتب عليه أو الأساس الذي يقوم عليه، فإن كان هذا الأصل هو سلطان الإرادة، كان نظام التحكيم ذا طبيعة عقدية وإذا كان الأصل الذي ينتمي إليه نظام التحكيم هو .سلطة القضاء كان نظامًا قضائياً .

---

[94] . محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق ص 612.

[95] . أحمد محمد حشيش , طبيعة المهمة التحكيمية , مرجع سابق , ص 241.

[96] . عزت محمد علي البحيري، مرجع سابق .ص36 , محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق ص 621

[97] . محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق ص 630

- لا يمكن القول بأن نظام التحكيم يؤدي إلى تحقيق وظيفة اجتماعية تضمن التعايش السلمي بين أطراف النزاع؛ لأن ذلك يتعارض مع التحكيم بالقانون الذي يلتزم فيه المحكم بالفصل .في النزاع وفقا لقواعد القانون، وهو الدور ذاته الذي يقوم به القاضي العام في الدولة . ([98])

الفرع الثاني :

الطبيعة الثنائية للتحكيم في التشريع الاردني والفقة الاسلامي

الطبيعة الثنائية في التشريع الاردني والفقة الاسلامي ما سيتم بحثه من خلال هذا الفرع وفق الطبيعة المختلطة والتي تدمج الطبيعة القضائية والعقدية , والطبيعة المستقلة التي تتخذ من التحكيم نظام خاص ذو ذاتية خاصة .

اولاً : الطبيعة المختلطة

هذة النظرية الوسطية التي تاتي بين النظرية العقدية والنظرية القضائية وتجمع بينهما حيث تعتبر التحكيم ذو طبيعة مركبة أو مختلطة أو هجينة , وذلك أن القول بأن التحكيم ذو طبيعة عقدية أو طبيعة قضائية فقط يثير كثير من الاشكاليات .

التشريع الاردني وتحديداً في قانون التحكيم رقم 2001/31 , وكذلك القضاء الاردني لم يتحيز لنظرية واحدة وكان اقرب ما يكون ذو طبيعة مختلطة وسندرس ذلك من خلال النصوص والقرارات القضائية :

- بدء القانون باول مواده ونصوصه بتعريف التحكيم بأنه اتفاق يجري في المملكة الاردنية الهاشمية ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية كانت أم غير عقدية ([99]), متخذاً من هذا النص مؤشراً نحو الاخذ بالطبيعة العقدية .
- ثم جاء في المادة الثامنة ما يثبت الطبيعة المختلطة بأن وجه قانون التحكيم الاردني بأحترام العقد بين الاطراف المتنازعه وعدم رغبتهم تدخل المحكمة الا عند الحاجة لها ومن يقرر الحاجة هم القضاة الجدد – الهيئة التحكيمية – لاصباغ الطبيعة القضائية مع العقدية وكل منهما بقدر وبفاصل واضح .([100])

---

[98] . محمود السيد عمر التحيوي , الطبيعة القانونية لنظام التحكيم , مرجع سابق ص642 .

[99] . قانون التحكيم الاردني 31/2001 , المادة الثالثة ". مع مراعاة احكام الاتفاقيات الدولية النافذة في المملكة تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي، يكون مقره في المملكة وعلى كل تحكيم يتم الاتفاق على اخضاعه لهذا القانون، سواء تعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف أشخاص القانون العام او القانون الخاص وأيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية او غير عقديه.

- اكد المشرع الاردني أن التحكيم وأن كان ذو صبغة عقدية فأن ارادة الاطراف لا يحق لها ان تتجاوز المبادىء القضائية ويجب أن تكون متناسقة مع العمل القضائي من حيث أن اطراف النزاع الاشخاص الطبيعين والمعنويين لهم حق التحكيم اذا امتلكوا الاهلية كان محل التحكيم يجوز فيه الصلح .([101]) وهذة مقاربة قضائية عقدية واضحة .

- في النظرية المختلطة يجب ان يحترم كل من الجهتين العقدي والقضائي حدود صلاحيته , فاذا كانت هيئة التحكيم تنظر في نزاع فلا يجوز للمحكمة ان تنظر به الا وافق الطرفان عن التخلي عن الاتفاق التحكيمي .([102])

- الا أنه يجوز للاطراف اللجوء الى القضاء والقضاء المستعجل تحديداً اثناء النظر بالنزاع من قبل الهيئة التحكيمية وهي من مبدء الحفاظ على الحقوق , وخوفا من ضياع الادلة وهنا تظهر جلية الطبيعة المختلطة بوجود جهتين تنظران في النزاع في آن واحد دون تنازع بينهما .([103])

- يجب أن تطبق الهيئة التحكيمة شروط العقد ما تخالف النظام العام ([104])

- تتدخل المحكمة اذا قصرت الهيئة التحكيمية بأنهاء النزاع بالوقت المحدد وبناء على طلب احد الاطراف من رئيس المحكمة المختصة بتحديد موعد أضافي او اكثر لانهاء اجراءات التحكيم ويجوز للمحكمة ان تنهي الاجراءات وللاطراف رفع دعوى قضائية .([105])

- الهيئة التحكيمية تعمل عمل الهيئة القضائية بتفسير الاحكام وتصحيحها وتكميلها وأضافة في وقت الحاجة ووفق الاصول القانونية .([106])

---

[100] . قانون التحكيم الاردني 31/2001 , المادة الثامنة "لا يجوز لاي محكمة أن تتدخل في المسائل التي يحكمها هذا القانون الا في الاحوال المبينة فيه، وذلك دون اخلال بحق هيئة التحكيم في الطلب من المحكمة المختصة مساعدتها على اجراءات التحكيم وفق ما تراه هذه الهيئة مناسباً لحسن سير التحكيم مثل دعوة شاهد او خبير او الأمر بإحضار مستند او صورة عنه او الاطلاع عليه او غير ذلك" .

[101] . قانون التحكيم الاردني 31/2001 , المادة التاسعة , "
أ. اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف، سواء من الأشخاص الحكمية أو الطبيعية الذين يتمتعون بالأهلية القانونية للتعاقد، على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشات أو قد تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية.
ب. لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

[102] . قانون التحكيم الاردني 31/2001 , المادة 12 " أ- على المحكمة التي يرفع اليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم ان تحكم برد الدعوى اذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في اساس الدعوى. ب-ولا يحول رفع الدعوى المشار اليها في الفقرة (أ) من هذه المادة دون البدء في اجراءات التحكيم او الاستمرار فيها او اصدار حكم التحكيم ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

[103] . قانون التحكيم الاردني 31/2001 , المادة13- لا يمنع اتفاق التحكيم أي طرف الطلب من قاضي الامور المستعجلة، سواء قبل البدء في اجراءات التحكيم او أثناء سيرها، اتخاذ أي إجراء وقتي او تحفظي وفقا للاحكام المنصوص عليها في قانون اصول المحاكمات المدنية، ويجوز الرجوع عن تلك الاجراءات بالطريقة ذاتها."

[104] . قانون التحكيم الاردني 31/2001 , المادة 35 " أ- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان واذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين.
ب-اذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى انه الأكثر اتصالاً بالنزاع. ج-في جميع الاحوال، يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع وتأخذ في الاعتبار الاعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين. د-يجوز لهيئة التحكيم اذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح ان تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والانصاف دون التقيد بأحكام القانون .

[105] . قانون التحكيم الاردني 31/2001 , المادة 37" أ. على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الموعد الذي اتفق عليه الطرفان فان لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهرا من تاريخ اكتمال تشكيل هيئة التحكيم وفي الاحوال جميعها يجوز ان تقرر هيئة التحكيم قبل انقضاء المدة تمديدها مدة أو مددا أخرى على ان لا يزيد مجموعها على اثني عشر شهرا ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك .

ب. اذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار اليه في الفقرة (أ) من هذه المادة جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من القاضي المختص أن يصدر أمرا لتحديد موعد اضافي او أكثر او بإنهاء اجراءات التحكيم وذلك بعد سماع أقوال الطرف الآخر، فإذا صدر القرار بإنهاء تلك الإجراءات يكون لأي من الطرفين رفع دعوى إلى المحكمة المختصة أصلا بنظرها.

[106] . المادة45+46+47" تم اضافتهم سابقا"

- المحكمة بعد صدور القرار التحكيمي المستند الى الاتفاق له ان تامر بتنفيذه اذا ايدت القرار ولها أن تقضي باعلانه وهذا دليل انصار النظرية ان العمل تكاملي من البداية الى النهاية .([107])

تحوز احكام المحكمين من قرارات حجية الامر المقضي به وهذا ايضا اصباغ صبغة قضائية على العمل الاتفاقي .

- الفقه الاسلامي :

أخذ الفقه الاسلامي بما أخذ به التشريع الاردني في النظرية المختلطة فكان لها من فقهاء الاسلام انصار يؤيدونها بأن التحكيم هو اوله اتفاق بين الاطراف يتفقون على تولية حكم بينهم وهو وكيل عنهم أكثر ما يكون حكماً وهذا كية حيث جاء في المنتقي شرح الموطأ ([109])" أن التحكيم عند ابن القاسم ومن تابعه من باب الوكالة لوجهين : الاو لاية عامة , والثاني أن حكمه إنما يكون بإذن من يحكم له أو عليه ([110]), وبناء على هذا الراي فلم يشترطوا في القاضي , لان التحكيم عندهم من باب الوكالة لا الولاية .

وهناك راي اخر عند الحنفية فقد توسطوا الامر فعتبروا طبيعة التحكيم مختلطة بين الوكالة والقضاء , فقالوا ي من وجه ويشبه الوكيل من وجه اخر فهو يشبه القاضي في أنه يعمل باستقلال عن ارادة الخصوم وإن كان أسا الوكيل لا يعمل الا بأرادة موكله ويشبه الوكيل في أنه لا يمكنه مباشرة عمله الا بتحكيم الخصم له , فارادة المح لطة المحكم , وهو قول الجصاص " تحكيم المحكم في الخصومة بين رجلين يشبه حكم الحاكم من وجه ويشبه ب ([111]).

والراي الاخر الذي يذهب الى الطبيعة القضائية وهو راي الجمهور ([112]) لان المحكم هو قاض نافذ حكمه شأنه في ولى وأن حكمه بمنزلة حكم القاضي فلا يرد منه الا بقدر ما يرد من حكم القاضي والدليل :

1. يشترط في المحكم ما يشترط في القاضي من شروط .
2. أن حكم المحكم هو بمثابة القاضي من حيث لزومه , وعلى من يكتب اليه الحكم القبول , ومن يصل القضاة التنفيذ , ولا يجوز نقضه الا بما ينقضه به غيره من الاحكام . وهذا يعني أن الفقه الاسلامي اعتبر ان بالاتفاق وتحديد المحكم وينتهي بالقرار الذي يخرج من محكم قاضي , والحكم حائز على حجية الامر المقضي به

---

[107] . . قانون التحكيم الاردني 31/2001 , المادة51- اذا قضت محكمة التمييز بتأييد حكم التحكيم وجب عليها أن تأمر بتنفيذه، واذا قضت بإبطاله أعلنت بطلان الحكم ولا يترتب على بطلان الحكم سقوط اتفاق التحكيم ما لم يكن الاتفاق باطلا بذاته.

[108] . قانون التحكيم الاردني 31/2001 , المادة52 تحوز احكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الامر المقضي به وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها فيه.

[109] . الباجي ابو الوليد سليمان حلف الاندلسي ,المنتقي شرح موطأ امام دار الهجرة سيدنا مالك بن انس , , مرجع سابق , ص 232.

[110] . ا الباجي ابو الوليد سليمان حلف الاندلسي , لمنتقي شرح موطأ امام دار الهجرة سيدنا مالك بن انس , مرجع سابق . ص 235.

[111] . الامام ابي احمد الرازي الجصاص , أحكام القران , دار الفكر للطباعة والنشر , الجزء الثاني , ص 271.

[112] . علاء الدين بن مسعود الكاساني , بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع, مرجع سابق, الجزء السابع , ص 3,,, . لابن قدامه المقدسي , المغني , مرجع سابق , الجزء الثاني 2545. ,,,, ابو البركات احمد بن محمد الدوري وحاشية محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي المالكي , الجزء الرابع ,مرجع سابق, ص 135. ,,
. ابي اسحاق الشيرازي, المهذب في فقة الامام الشافعي , بقلم محمد الزحيلي , الجزء الخامس478.

ثانياً : الطبيعة المستقلة

الطبيعة المستقلة في التشريع الاردني كان لها انصار يؤيدونها ويبررونها , ففي قانون التحكيم الاردني كما يقول اصحاب هذة النظرية رمق التشريع الى الطبيعة المستقلة من خلال بعض الاراء :

1. يقول البعض أن اتفاق التحكيم يجب ان يتمتع باستقلاليته في صحتة وبطلانه عن باقي شروط العقد أو الاتفاق الذي يتضمنه , حيث أن من مقتضيات قضاء التحكيم وجود مثل هذة الاستقلالية . فهي التي تتيح لهيئة التحكيم النظر في النزاع والبت في صحتة او بطلانه ولولا هذا الاستقلالية لكنا امام دفوع كثيرة امام القضاء , ولتوقف النظر في اتفاقيات التحكيم [113].

2. قانون التحكيم الاردني جاء بنص واضح وصريح على استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الاصلي وعن شروط العقد المرافق له مما يعني استقلاليته الذاتية وكينونته الخاصة . ([114])

3. القانون الاردني للتحكيم اورد نصا مستقلا لاستقلالية التحكيم واعطي الاختصاص لهيئة التحكيم سلطة الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع .

يشير القطاونة أن المقصود بالدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها الواردة في صدر المادة 21 من قانون التحكيم الاردني هو اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في مسائل صحة العقد الاصلي المبرم بين الاطراف [115]

واذا ما انتبهت الهيئة التحكيمية الى تقرير بطلان العقد الاصلي فأن ذلك لايمنعها من الاستمرار بالفصل في اتفاق التحكيم المبرم بين الاطراف وذلك لاستقلالية اتفاق التحكيم وهو ما اكدته محكمة التمييز الاردنية في احد قراراتها [116]. اما اذا انتهت الهيئة التحكيمية الى بطلان اتفاق التحكيم فأن ذلك يعني انتهاء عملية التحكيم .

---

113 . قانون التحكيم الاردني رقم (31/2001) , مصعب القطاونة, مرجع سابق , ص 111.

114. قانون التحكيم الاردني رقم (31/2001) , المادة22."يعد شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الاخرى ، ولا يترتب على بطلان العقد او فسخه او انهائه اي اثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه اذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته. "

115 . قانون التحكيم الاردني رقم (31/2001) , مصعب القطاونة, مرجع سابق , ص 111.

116 . قرار محكمة التمييز الاردنية حقوق رقم 1783/2010, هيئة خماسية تاريخ 6/10/2010 .

4. *السماح للهيئة التحكيمية من*

اتخاذ تدابير وقتية ومستعجلة , وفي نفس الوقت السماح للاطراف اللجوء الى المحكمة لاتخاذ تدابير وقتية ومستعجلة لم يأتي من باب الازدزاجية بين الهيئة والقضاء ولا من باب الطبيعة المختلطة للمارسة عمل واحد من قبل جهتين , وانما لطبيعة التحكيم المستقلة التي سمحت للمحكم وفي نفس الوقت القاضي من اتخاذ نفس القرار وبذات الوقت والامر متروك للخصوم , مع عدم التدخل في الشؤون التحكيمية من قبل القضاء .

الفقه الاسلامي :

كما هي التشريعات الوضعية فقد سبق الاسلام هذة التشريعات في وضع التحكيم وفق منظور خاص ومستقل , فلم يعتبره ذو طبيعة قضائية , ولم يعتبره عقدياً اصلا ولم يعتبره مختلط بينهما , فقارب اصحاب هذة النظرية وإن لم تظهر بأنها نظرية الطبيعة الخاصة او المستقلة الا أن كثير من الفقه ميز بين التحكيم والقضاء واعتبره ذو طبيعة مستقلة وإن لم ينادي بهذة النظرية .

التحكيم والقضاء

نوضح بعض النقاط الهامة التي اشار اليها الفقة الاسلامي في التفرقة بين القضاء والتحكيم .

1. ما يلتقي التحكيم به مع القضاء :-

- كل منهما ولاية حكم لذلك

قال بعض الفقهاء إن التحكيم شعبة من القضاء.([117])

- كل من الحكم والقاضي

يكتسب ولاية الحكم ممن ولاه ، باتفاق الطرفين الموليّ والمولىً، ويتقيد كل من القاضي والحكم بما يقيده به من ولاه ، من حيث زمان الولاية ومكانها ، والموضوعات التي يحكم فيها .([118])

- يشترط في المحكم غالباً

وبشكل عام ما يشترط في القاضي من الاسلام والعقل و البلوغ و الحرية والذكورة والعلم وسلامة الحواس والاعضاء كالسمع والبصر والنطق .([119])

- المحكم في منزلة القاضي

المولى من جهة السلطان , والقاضي لو عزل القاضي المولى قبل الحكم صح , وكذلك المحكم من الاطراف . ([120])

- الحكم الصادر من المحكم

والقاضي يعتبر حكماً شرعياً اذا لم يخالف شروطه واركانه .([121])

---

[117] . زيد بن عبد الكريم الزيد, مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي, 1424هـ , غير معروف دار النشر , ص 2

[118] . زيد بن عبد الكريم الزيد, مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي, مرجع سابق , ص 3.

[119] . قدري محمد محمود , التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الاسلامية , مرجع سابق , ص , 153.

[120] . برهان الائمة حسام الدين بن مازة الحنفي المعروف بالصدر الشهيد , شرح ادب القاضي للخصاف , الجزء الرابع, ص 57 .

[121] . شرح ادب القاضي للخصاف ,, مرجع سابق , ص 58.

2. اوجه الخلاف بين التحكيم والقضاء

- التحكيم تتم التولية من الخصوم للمحكم ، والمحكم يستمد سلطته من الخصوم وسلطتهم خاصة على أنفسهم فقط.

أما في القضاء تتم التولية من الإمام وهو صاحب سلطة عامة . والقضاء هو سلطة الدولة في الفصل في النزاعات وحماية الحقوق ، فالقضاء مظهر من مظاهر سيادة الدولة وبذلك يختلف عن التحكيم [122].

وهذا يعني أن ولاية التحكيم أدنى من ولاية القضاء. والحكم أقل سلطة من القاضي وأدنى منه رتبة.وبالتالي حكمه أدنى رتبة من حكم القاضي.

- الاختلاف الثاني هي الاختصاص لكل منهما , فالقاضي له ولاية عامة لانه مولى من الامام او الحاكم ودائرة اختصاصه اوسع بكثير من التحكيم , اما المحكم فولايته خاصة من حيث انها قاصرة على الاطراف ومن حيث ان التحكيم في الاسلام لا يجوز الا في حالات وينحسر عن اخرى مثل القصاص واللعان والنكاح .([123])

- الاختلاف الثالث حكم

المحكم قاصر على المحكوم عليه ، أما حكم القاضي فقد يتعدى المحكوم عليه.[124]

- الاختلاف الرابع أن الخصم

لا يجب عليه إجابة خصمه إلى التحكيم إذا دعاه إليه ، أما إذا دعاه إلى القضاء فتجب الإجابة .

- الاختلاف الخامس التحكيم

أوسع من القضاء في الاختصاص المكاني ، فالتحكيم يصح بين الطرفين ، ولو اختلفت أمكنتهم ، أما قضاء القاضي فمقيد بالنظر وفق الاختصاص المكاني.وبالتالي يجوز للحكم أن ينظر في قضية برضى الطرفين ولو كان المدعى عليه لا يقيم في بلد التحكيم. [125].

- الاختلاف السادس لا

يجوز للمحكم أن يستخلف غيره ليتولى التحكيم نيابة عنه إلا بموافقة الطرفين،لأن الرضا بالتحكيم مرتبط بشخصه ، أما القاضي فيجوز له أن يستخلف غيره في نظر القضايا المعروضة[126] .

في نهاية هذا المبحث لابد أن نوضح أن الطبيعة القانونية للتحكيم في التشريعات الوضعية وتحديدا التشريع الاردني مقارنا بالفقه الاسلامي هي عنوان بحثنا واشكاليته لم تتفق التشريعات كلها على طبيعة معينة

ونحن وحسب رائينا المتواضع وبالنظر الى هذة النظريات وما اخذت به الدولة وانقساماتها نرى ان الدولة جمعت بين اكثر من اتجاه فلاحظنا ان الدول احيانا تصدر حكما قضائيا بانه قضاء وتذهب الى انه عقد في قرار اخر . وهذا الاختلاف سببه ان التحكيم هو يجمع بين الاربع نظريات وهو اقرب ما يكون الى الطبيعة المختلطة بين الطبيعة العقدية والطبيعة القضائية , وان كان المرجح هو الطبيعة العقدية .

---

122 . محمد بن ناصر البجاد،التحكيم في المملكةالعربيةالسعودية/الرياض:معهدالإدارةالعامة 1420,ص17.

123 . . قدري محمد محمود , التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الاسلامية , مرجع سابق , ص , 153.

6. شرح أدب القاضي للخصاف ص58.

7. قحطان الدوري ، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي , مرجع سابق , ص 29.

126 . قرارمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمةالمؤتمر الإسلامي بجدةرقم(91)(9/8)

وتندرج اسباب هذا الاتجاه ان كل ما يقوم به الاطراف يجب ان ينبع من ارادتهم الحره ويترجم في هذا الاتفاق الذي هو شريعة المتعاقدين .وان التحكيم وما يصدر عنه لم يتم لولا اتفاق الاطراف على احالة النزاع الذي قد لا ينشأ اساسا .

وهو ما اخذ به الفقه الاسلامي , الا أن الفقة الاسلامي كان واضحا بأن القانون الواجب التطبيق لا يخرج عن القانون الرباني وان المصالح المرسلة لا تعطل بما يخالف هذا المنهج .

المحور الثاني : صور اتفاق التحكيم وانواعه واركانه

الفرع الأول : صوره وانواعه

أولا: صور اتفاق التحكيم

أوضحت التشريعات والفقة وجود عدة صور لهذا الاتفاق وهذة الصور هي :

1. شرط التحكيم .

2. مشارطة التحكيم .

3 . الاحالة الى التحكيم .

1. شرط التحكيم

وهو الاتفاق مقدماً في عقد ما على اخضاع المنازعات التي تنشأ عنه في المستقبل للتحكيم ويرد كشرط من شروط هذا العقد أو كاتفاق منفصل [127] .

2. مشارطة التحكيم .

الصورة الثانية لاتفاق التحكيم هي مشارطة التحكيم والتي تعني " أتفاق طرفي الخصومة أو اتفاق يعقده طرفان أو اكثر ويخضعان بمقتضاه نزاعاً نشأ بينهما لتحكيم يناط بهيئة التحكيم .

وبطبيعة الحال هذة الصورة تكون في حال عدم وجود شرط تحكيم أو بطلان الشرط التحكيمي , والا لا داعي لوجوده

3 . الاحالة الى التحكيم .

هذه الصورة من صور اتفاق التحكيم تعتبر الاكثر حداثةً في مختلف التشريعات فرضتها ظروف التجارة الدولية , وهي ما تسمى بشرط التحكيم بالاحالة , أو اتفاق التحكيم بالاحالة .

وهي تعني أتفاق الاطراف فيما بينهم بشكل مباشر أو غير مباشر الى احالة النزاع الى التحكيم عند نشوءه من خلال عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو اية وثيقة أخرى وهنا لابد من ان تكون الاحالة واضحة وصريحة واعتبار هذا الشرط اي التحكيم هو جزء من العقد الجديد .

وغالبا ما تظهر هذة الصورة في عقود النقل البحري , حيث تتداخل العقود من سندات الشحن الى عقود البضائع المحملة على السفينة الى غيرها وتكون هناك تعاملات متعددة للاطراف مع بعضها البعض .

ونعطي مثالا على الاحالة الى التحكيم " اتفاق ياسر مع الحج موسى التي تربطهما علاقة قانونية تجارية في ابرام احد العقود لتحميل قطع غيار من الصين على السفينة التي يستأجرها ياسر لنقل بضائعه عبر المحيطات.

وتم الاتفاق بين ياسر والحج موسى أنه في حال حدوث اي نزاع لتحميل البضائع بينهم احالة النزاع الى سند الشحن والذي يشير الى شرط التحكيم .

وهنا تعتبر الاحالة واضحة من خلال وضع بند الاحالة الى عقد اخر وهو عقد دولي بين ياسر وصاحب السفينة ويعتبر شرط التحكيم الوارد في السند جزء من العقد الذي تم بين ياسر والحج موسى . مع العلم بأن الحج موسى لم ينظم مثل هذا العقد ولم يتدخل به , الا ان ظروف التجارة الدولية وانتظامها وسرعتها ساهمت في ايجاد مثل هذة الصورة .

---

[127] . حسني المصري , التحكيم التجاري الدولي , دراسة مقارنة , دار الكتب القانونية , مصر , 2006, صفحة 26 .

ثانيا : انواع التحكيم

أتفاق التحكيم يعتبر كما ذكرنا انفا أنه الطريق الاستثنائي لحل المنازعات لهذا الاتفاق عدة أنواع سنبحثها تباعا : ومن هاي الصور

(أ) : التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري .

(ب) : التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي

(ج) التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر .

(د) التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح .

(ه) التحكيم العادي والتحكيم الالكتروني

(أ) : التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري .

إن التحكيم الاختياري هو الصورة العامة لنظام التحكيم , وهو الطريق الخاص للفصل في المنازعات , حيث يتم اختيار القانون المناسب والطرق الملائمة , اللغة , الوقت , المكان ..... الخ .

وهذا الشكل موجود في كل التشريعات والاعراف والديانات ولا خلاف فيه . فجميع التشريعات نصت على جواز التحكيم وهو التحكيم الاختياري القائم على ارادة الاطراف ما لم يخالف نصا او عرفا خاصا او نظاما داخليا , وكذلك الاتفاقيات الدولية والقانون النموذجي للتحكيم .

لتحكيم الاجباري .

وهو التحكيم الذي لايكون فيه سلطان الارداة اساس العمل القانوني في اختيار التحكيم , لابل هو ما يوجهه المشرع في بعض الاحول ويفرض على الخصوم اللجوء الية في حال نشوء نزاع ولايجوز ايضا اللجوء الى القضاء العادي في مثل هذة الاحوال [128], وهناك امثلة متعددة لهذا الشكل [129].

اخذت بعض القوانين بمثل هذا التحكيم الاجباري مثل مصر , الا انها عادت وابطلته وحكمت بعدم دستوريته وهو لا يعتبر قضاء .

أما موقف التشريع في الدول العربية والاتفاقات الدولية الاخرى فقد تم رفض التحكيم الاجباري وعدم اعتباره .

(ب) : التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي .

كثير من التشريعات حاولت الخروج عن التعريفات المباشرة والتفرقة بين التحكيم الدولي والداخلي , الا ان بعض التشريعات توسعت في ذلك والاخرى ضيقت الخناق على التحكيم الداخلي .

بالمختصر فان التحكيم الداخلي هو ما يتم داخل الأراضي الوطنية او الترابية , وما عدا ذلك يعتبر خارجي او دولي , ولا يهمنا كثير الاعتبارات في التقسيمات بما اننا نتكلم عن وضوح في المعنى لاتفاق التحكيم .

واعتقد جازما أن سبب التضيق التحكيم الداخلي دون غيره هو الاعتقاد بسيادة الدولة وخوفا من تطبيق القوانين الدولية على اراضيها .

(ج) التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر .

هذا اهم الأنواع واذا سمح الوقت رح نتوسع في الشرح لسبب اننا في نيه للإعلان عن مؤسسة تحكيم في العقبة تحت راية الغرفة التجارية من خلال نقابة الحرفيين في العقبة .

وهذا مشروع الأول من نوعه في العقبة .

يطلق على التحكيم المؤسسي التحكيم النظامي واما التحكيم الحر فيطلق عليه التحكيم الخاص .

---

128 . احمد ابو الوفاء ,التحكيم الاختياري والاجباري , 1988 , الطبعة الخامسة , منشأة المعارف , مصر , صفحة 79 .

129 . بنك فيصل الاسلامي رقم (48/1977) ينص قانونة على " يقوم مجلس الادارة البنك بأغلبية اعضاءه بالفصل في المنازعات بأعتباره محكماً التي تنشأ بين المساهمين في البنك ايا كانوا اشخاص طبيعين أم اعتباريين , أما في حال نزاع البنك مع مستثمر أو اي شخص خارج البنك فيعرض على هيئة تحكيم مكونة من ثلاثة اشخاص يتم اختيارهم كل جهة تختار محكم والمحكمين يختاروا محكم ثالث كرئيس للهيئة , وفي حال عدم الاتفاق على المحكم الثالث يتم اختياره من قبل الهيئة الشرعية للبنك .

التحكيم المؤسسي هو التحكيم الذي تتولاه منظمة أو مركز من منظمات او هيئات اومراكز التحكيم الدائمة , ويكون فض المنازعات وفقا لقواعد واجراءات المركز التي توضع سلفا [130]. وهي الصورة السائدة من خلال قواعد التحكيم الدولية .

اما التحكيم الخاص أو التحكيم الحر فهو التحكيم الذي يختار فيه الخصوم المحكم او المحكمين وتحديدا الاجراءات والقواعد التي تطبق بشأنه , وقد تحيل الاطراف من اجل تحديد هذا النظام الى قواعد التحكيم الموضوعة اصلا مثل قواعد الاونسيترال [131]. بمعنى ان التحكيم الحر اعد لحالة خاصة بعينها

(د) التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح .

التحكيم بالقضاء هو الاصل حيث يلتزم المحكم بتطبيق القواعد الاجرائية والموضوعية للقانون الذي يحكم النزاع [132] وهو ما يسمى بالتحكيم بالقانون .

واما التحكيم بالصلح فأن المحكم لايتقيد بقواعد القانون الموضوعي , حيث يحكم في هذة الحالة وفقا لما يراه عادلا او ملائما لمصلحة الطرفين , بغض النظر عن موافقة رأية القانون الموضوعي او عدم موافقته [133].

<u>الفرع الثاني -اركان-شروط اتفاق التحكيم</u>

أتفاق التحكيم لابد ان يكون واضحاً لا لبس فيه وصحيح حتى يرتب اثارة القانونية ويحقق الاغراض المتوخاة منه , ويقوم اتفاق التحكيم على العديد من الاسس والقواعد ويخضع الى شروط تسمى شروط صحة

. وقد نصت التشريعات الدولية والمحلية والفقهية على هذة الشروط فمنها ما كان شرطاً شكليا ومنها ما كان شرطا موضوعيا ونستعرض ذلك تباعاً.

---

130 . خالد القاضي ,موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع اشارة خاصة لاحدث احكام القضاء المصري , دار الشروق , مصر, الطبعة الاولى ,2002, ص 121 .

131 . عماد الدين المحمد , طبيعة وانماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت , مقال , المؤتمر السنوي السادس عشر تحت عنوان (التحكيم التجاري الدولي) , جامعة الامارات العربية المتحدة , كلية القانون , ص 1028 .

132 . معوض عبد التواب , الموسوعة الشاملة في التحكيم في مصر والدول العربية , دار شادي للاصدارات القانونية , المجلد الاول , الطبعة الاولى , 2009, صفحة 103 .

133 . ابراهيم جوهر ابراهيم , الدفع بأتفاق التحكيم في المواد الجنائية , دراسة مقارنة بالاثر السلبي على اتفاق التحكيم في التشريعات العربية والاجنبية , دار شتات للنشر .دار الكتب القانونية , البحرين , 2009 , صفحة 91

اولاً: شروط شكلية

- **الكتابة**

الكتابة هي الشرط الشكلية الذي يعتبر الاهم والاكثر حساسية في الشروط الشكلية للتحكيم ولذلك نستعرض هذا الشرط وفق المنظومة الدولية والاتفاقيات

أكدت جميع التشريعات والنصوص القانونية والفقهية على افراغ الشروط الشكلية في قالب وحيد وهو الكتابة

وبداية لا بد من معرفة ان الكتابة كشرط مهمة الى درجة بطلان الاتفاق اذا لم يوجد . وعليه تكون الكتابة هي اساس اتفاق التحكيم في التشريعات الوضعية وبدونها يبطل اتفاق التحكيم . وهذا الشرط كما اسلفنا هو **شرط صحة لا شرط اثبات** ,

ومن صور الكتابة كما ورد في القانون الأردني

1. اتفاق الطرفان الوارد في وثيقة موقعة من الأطراف .
2. الاتفاق الحاصل من مخاطبات او مراسلات ورقية .
3. الاتفاق الحاصل من مخاطبات او مراسلات الكترونية .
4. اي من وسائل الاتصال المكتوبه الثابت تسلمها والتي تعد سجل للاتفاق ([134])

ثانياً : الشروط الموضوعية

كما ذكرنا فأن اتفاق التحكيم هو عقد رضائي بين الطرفين , ويرتبط صحة هذا العقد ونفاذه بتوافر الشروط الشكلية والموضوعية .

ومن الشروط الموضوعية هي الاهلية والرضا , و المحل

---

[134] . قانون التحكيم الأردني المعدل لعام 2018 " **المادة 10**

أ. يجب ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا، ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا اذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف، أو في صورة مخاطبات أو مراسلات ورقية أو الكترونية أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة الثابت تسلمها والتي تعد بمثابة سجل للاتفاق.
ب. تعد في حكم الاتفاق المكتوب كل إشارة أو إحالة في العقد الأصلي بين الطرفين الى وثيقة أخرى كعقد نموذجي او اتفاقية دولية تتضمن شرط تحكيم ما لم يستبعده الطرفان صراحة.
ج. اذا تم الاتفاق على التحكيم اثناء نظر النزاع من المحكمة، فعلى المحكمة ان تقرر احالة النزاع الى التحكيم، ويعد هذا القرار بمثابة اتفاق تحكيم مكتوب.

(أ) الاهلية

والأهلية نوعان أهلية أداء وأهلية وجوب , والاهلية الواجبة في أتفاق التحكيم بأجماع التشريعات والاتفاقيات هي أهلية التصرف باعتبار أن أتفاق التحكيم يترتب عليه التزامات وحقوق متقابلة .

فلا يجوز للقاصر أن يبرم أتفاق تحكيم هو او نائبه الا بأذن صريح من المحكمة المختصة . والوكالة العامة لا تفيد التحكيم ولا بد من وكالة خاصة لابرام أتفاق التحكيم [135]. ولا يجوز لمن اشهر افلاسه أن يبرم أتفاق التحكيم [136].

والأهلية قد تختلف من بلد الى آخر وبالتالي لابد من الرجوع الى القانون الشخصي لاطراف الاتفاق وهوأما قانون جنسية الشخص أو قانون البلد الذي يقيم فيه ويزاول نشاطه الاعتيادي فيه [137].

وفي أتفاقية نيويورك آشارت المادة الخامسة في فقرتها الاولى الى أنه لايجوز رفض الاعتراف وتنفيذ حكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم الا اذا اثبت أنه وفقاً لقانون بلاده كان عديم الاهلية " [138]

* القانون الاردني

كغيره من القوانين عالج موضوع الاهلية بأنه لا يجوز الاتفاق على التحكيم الا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه [139]

وفي هذا ذهبت محكمة التمييز الاردنية بأنه لا يجوز الاتفاق على التحكيم الا للشخص الطبيعي والاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه وفيما يتعلق بالشخص الطبيعي فيتوجب ان يكون متمتعا بالاهلية وليس محجور علية . أما الشخص الاعتباري فيتوجب ان يكون له الاهلية لابرام العقد الا اذا كان محجوراً علية [140].

(ب) الرضا

إن اتفاق التحكيم قائم على التقاء طرفين لعقد رضائي لذلك يجب ان لايشوب ارادة الطرفين اي عيوب من عيوب الرضا , ولا بد من ايجاب وقبول تتطابق بموجبهما الاردتان وتنصب على اللجوء الى التحكيم لحسم النزاع الذي سينشأ او الذي نشأ بينهما [141].

---

[4]. , أحمد محمد عبد الصادق , المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي دار ابو المجد للطباعة , مصر , الطبعة الثانية , 2008ص 36.

[5] . فتحي والي , قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق , منشأة المعارف بالاسكندرية , الطبعة الاولى . 2007, ص 109 .

[3] . فوزي محمد سامي , التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة , دار الثقافة , 2008, الاصدار الثالث , الطبعة الاولى , ص 115 .

[4] . أتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين المادة الخامسة " يجوز رفض طلب الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه ، وذلك بناء على طلب المدعى عليه، شريطة ان يقدم هذا الاخير الى الجهة المقدم اليها ذلك الطلب اثباتا بما يلي : أ . ان الفرقاء في الاتفاقية المبحوث عنها في المادة الثانية كانوا فاقدي الاهلية بموجب القانون المطبق عليهم او ان تلك الاتفاقية لم تكن صحيحة بمقتضى القانون الذي تخضع اليه تلك الاتفاقية ، او (في حالة عدم وجود الدليل على ذلك) بمقتضى قانون البلد الذي صدر فيه قرار التحكيم

[2]. قانون التحكيم الاردني رقم (31/2001) المادة التاسعة تنص " لا يجوز الاتفاق على التحكيم الا للشخص الطبيعي او الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح."

[4] . محكمة التمييز الاردنية , حقوق , قرار رقم (1783/2010) هيئة خماسية تاريخ (6/10/2010).

والارادتين اللتان ترتبطان في أتفاقية التحكيم يجب أن تكونا حقيقيتين , بمعنى أن يعرف الشخص معنى التصرف الذي يقصده بحرية وادراك لما هية حقوقة والتزاماته وان يقصد في هذة الارادة احداث اثر قانوني . وأن تكون جدية غير هزلية وحقيقية غير صورية , ولابد من ان يعبر عن هذة الارادة بشكل واضح لا لبس فيه بحيث تخرج هذة الارادة من نفس صاحبها وتظهر للعالم الخارجي بشكل واضح وجلي . وتترجم بالطريقة الشكلية المتفق عليها في القوانين كلها وهي في اتفاق التحكيم شكل الكتابة . [142]

ج: محل اتفاق التحكيم

لا يكفي حتى نعتبر اتفاق التحكيم سليما أن يكون متفقاً فقط مع صحة شروط الاهلية والرضا بين اطراف النزاع بل لابد أن يكون مشروعاً من الناحية الموضوعية .

وهذا يستلزم أن يرد الاتفاق على مسألة تقبل الفصل فيها عن طريق التحكيم وهو ما يعرف بمحل أتفاق التحكيم [143] فمثلا هل يجوز التحكيم على عقد شراء لحم خنزير , او التحكيم على لعب قمار او التحكيم على بيع أعضاء بشرية او التحكيم على تهريب خمور او التحكيم على الاضرار بالدولة او الخيانة الزوجية .... الخ

- يصلح الحق المتنازع علية محلا للتحكيم سواء كان هذا الحق له طابع مدني أو تجاري أو اداري أو حتى طابع شخصي أو تعلق بحق عيني [144]

ويجب ان تتوفر هذه الشروط **لتكون محلاً للاتفاق وهي :**

- **أن يكون محل الاتفاق موجوداً بمعنى ان البضاعة الغير موجود أصلا لا يجوز الاتفاق عليها وبالتالي لا يجوز التحكيم**
- **ان يكون الاتفاق ممكنا .**
- **ومعيناً أو قابل للتعيين .**

اذا لم يكن حاضر فيمكن ان يكون معينا بالذات او الصفات او قابل للتعيين

- **ومشروعاً , لا يجوز الاتفاق على الاتجار بالمخدرات ولا التحكيم بها**

وبأختصار أن لا يكون مستحيلا أو أن يتعلق بتركة أنسان على قيد الحياة ولا اي اجراء للتعامل فيها أو في اي شيء تشمله .

---

[1] . فوزي محمد سامي , التحكيم التجاري الدولي , مرجع سابق .ص 122.
[2]. سكينة شياهو , شروط صحة اتفاق التحكيم في العلاقات التجارية الخاصة الدولية . رسالة دبلوم , جامعمة محمد الخامس السويسي , كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا . (2007/2008) ص (71+70)
[143] . خالد القاضي , موسوعة التحكيم التجاري الدولي , مرجع سابق , ص 199 .
[144] . فتحي والي, قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق , مرجع سابق , ص (120)

- جاء قانون التحكيم الاردني كغيره بموضوع محل اتفاق التحكيم , لا بل انه توسع في نطاق المنازعات التي يمكن ان تكون محلا للتحكيم , واعتبر اي نزاع ممكن ان يكون محلا لاتفاق التحكيم [145].

فسواء كانت المنازعة عقدية ام غير عقدية عامة أو خاصة مدنية ام تجارية , حتى ولو تعلقت بالمسؤولية التقصيرية فانها يمكن ان تكون محلا لاتفاق التحكيم [146].

ونستثني كغيرنا ما يتعلق بالنظام العام فأنه امر سيادي بامتياز , ولا يجوز التصالح او التحكيم علية .

ثم تجلت هذة الفكرة عند المشرع الاردني عندما نص صراحة مؤكداً على ما جاء في الاتفاقيات الدولية والعرف بأنه لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها .

ومن نافلة القول ان المسؤولية الجنائية لا يجوز بها الصلح ولا التحكيم .

المحور الثالث : هيئة التحكيم

قبل ان نبدأ اترك هذه الرسائل في مخيلتك وسنرى مدى الفائدة منها :

لا تقبل إستلام مهمة تحكيم، إن لم تكن:

1. متمكن ومتقن للجوانب الإجرائية للتحكيم
2. متخصص في طبيعة النزاع
.3. غير متفرغ
4.تعلم أنك لن تكون محايداً ولو كنت مستقلا
5. إن اعترض أحد الأطراف على تعيينك ولو لم يكن محقا .

الان نعود الى الموضوع :

الهيئة التحكيمية أحد أهم أركان اتفاق التحكيم والتي هي بالمعنى البسيط المحكم فرداً أو جماعة , والتي تكتمل بصورة حكمها النهائي تكليلاً لاتفاق التحكيم نجاحاً او بطلاناً [147].

---

145 . عمر مشهور الجازي, أتفاق التحكيم في ظل القانون التحكيم الاردني رقم (31/2001) , مرجع سابق , صفحة (4) .
146 . قانون التحكيم الاردني (31/2001) المادة الثالثة " تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني او تجاري بين اطراف من اشخاص القانون العام او القانون الخاص ايا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية كانت او غير عقديه."
147 . ياسر احمد العجلوني , الهيئة التحكيمية في القانون الاردني والفقة المقارن , مجلة مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد , عدد مزدوج رقم (27+28/2014) صفحة (157) .

الفرع الاول : كيفية اختيار الهيئة التحكيمية

الهيئة التحكيمية هي المحكم فردا او جماعة , و التحكيم سواء كان حر او مؤسسي هو من سيقوم بحل النزاع بين الخصمين .

يتعين على اطراف النزاع أن يتفقوا على الهيئة التحكيمية هذا الاصل ,وهناك عدة خيارات في اختيار الهيئة التحكيمية التي سندرسها تباعا حسب التفصيل التالي :

- فقد تتكون من محكم واحد

يتم تعينه بأتفاق الطرفين او بواسطة أية جهة اخرى يتم الاتفاق عليها , أو من ثلاثة محكمين يتم تعيين اثنين منهم بواسطة الطرفيين المعنيين ويسمى الطرف المعين بالمحكم المرجح [148].

- يتوقف اختيار هذا التشكيل

أو ذاك أو اي تشكيل آخر مخالف على ارادة اطراف النزاع , وهو مبدأ

وبالتالي فأن للطرفين حرية تحديد عدد المحكمين **فأذا لم يتفقوا على عدد المحكمين كان العدد هو ثلاثة** [149].

وبطبيعة الحال اذا كانت هيئة التحكيم مكونة من ثلاثة محكمين يعين كل طرف محكم ويعين المحكمان المحكم المرجح الثالث , وكل طرف يمهل ثلاثين يوما لتعيين محكمة وتعيين المحكم المرجح . فاذا لم يتفقا على المحكم المرجح او على تعيين محكماً خلال المدة فأن المحكمة المختصة أو الجهة المختصة في كل بلد تقوم بتعيينه [150].

- أما اذا كان المحكم واحد

فقط ولم يتفق الطرفان على تسميته تقوم بتعيينة بناء على طلب أحدهم المحكمة أو السلطة المختصة في أي دولة لهذا القانون [151].

- أما في حال وجود

أجراءات تعيين أتفق عليها الطرفان ولم يتصرف أحد الطرفين وفقا لما تقتضية هذة الاجراءات, او لم يتمكن الطرفان أو المحكمان من التوصل الى اتفاق مطلوب منهما وفقا لهذة الاجراءات, أو لم تقم الجهة المختصة من تسمية هيئة التحكيم . فيجوز لاي من الطرفين ان يطلب من المحكمة أو السلطة الاخرى أن تتخذ الاجراء اللازم مالم ينص الاتفاق أو العقد على وسيلة اخرى لضمان التعيين .

- يعتبر قرار المحكمة أو

المؤسسة المختصة وفق لما ورد اعلاه قرار نهائي غير قابل للطعن . بشرط ان تقوم باخذ الاعتبارات اللازمة المطلوب توفرها في الهيئة التحكيمية حسب طلب الاطراف من استقلال وحياد وغيرها [152].

---

[148] خالد محمد القاضي .موسوعة التحكيم التجاري الدولي , مرجع سابق , صفحة (207).

[149] . القانون النموذجي التجاري الدولي للتحكيم لعام (1985) المادة(2+10/1)" 1. للطرفين حرية تحديد عدد المحكّمين.2-فإن لم يفعلا ذلك كان عدد المحكّمين ثلاثة" .

[150] . القانون النموذجي التجاري الدولي للتحكيم لعام (1985) المادة (/11/3/ أ)" فأن لم يكونا قد اتفقا على ذلك يتبع الاجراء التالي : في حالة التحكيم بثلاثة محكّمين، يعيّن كل من الطرفين محكّما ويقوم المحكّمان المعينان على هذا النحو بتعيين المحكّم الثالث؛ وإذا لم يقم أحد الطرفين بتعيين المحكّم خلال ثلاثين يوما من تسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكّمان علي المحكّم الثالث خلال ثلاثين يوما من تعيينهما وجب أن تقوم بتعيينه، بناء علي طلب أحد الطرفين، المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة "

[151] . القانون النموذجي التجاري الدولي للتحكيم لعام (1985) المادة(ب/11/3)" إذا كان التحكيم بمحكّم فرد ولم يستطع الطرفان الاتفاق علي المحكّم وجب أن تقوم بتعيينه، بناء علي طلب أحد الطرفين، المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة"

- وفي امر غاية في الاهمية

تداركتة قواعد الاونسيترال وهي أنه في حال تعدد الاطراف الى اكثر من طرفين ويراد تعيين ثلاث محكمين فما هي الطريقة الفضلى ؟ كانت قواعد الاونسيترال واضحة في مثل هذا المثال وهو اذا تعدد الاطراف ولم يتفقوا على طريقة لتعيين محكمين يقوم الاطراف المتعددون معا سواء بصفة مدع او مدع علية بتعيين محكم [153].

- **ولابد من الاشارة الى**

الفرضية الاخيرة في التعيين وهي تبديل احد أعضاء الهيئة . فوفق احكام قواعد الاونسيترال فأنه يمكن تبديل أحد أعضاء الهيئة التحكيمية متى لزم تبديل المحكمين أثناء سير الاجراءات التحكيمية , وهي نفس الاجراءات السابقة للتعيين الجديد واللزوم أما لاسباب فنية من الاستقلالية والحيدة أو غيرها من ظروف يمكن أن ندرجها لاحقاً .

الفرع الثاني : شروط هيئة التحكيم

لكي يتمكن أطراف الخصومة من اختيار الهيئة التحكيمية بطرقة صحيحة , تضمن لهم صدور حكم صحيح لابد أن يكونوا على اطلاع كامل بشروط الهيئة التحكيمية .

حيث اشترط القانون في المحكم عدة شروط قبل اعتلائة منصة التحكيم وهي الشروط القانونية والشروط الاتفاقية .

وعلية سندرس في هذة الفقرة شروط هيئة التحكيم القانونية والشروط الاتفاقية ونعلق عليها .

اولاً : **شروط الهيئة التحكيمية القانونية**

وهي الشروط الوجوبية التي اشترطها القانون في المحكم وذلك لضمان حيادة واستقلاليتة , كي تحقق الاطمئنان الى قرار حسم النزاع ([154]).

ومن أهم الشروط القانونية هي الاهلية ومن ثم الحيدة والاستقلال .

1. الاهلية

---

[152] . القانون النموذجي التجاري الدولي للتحكيم لعام (1985) المادة (/11/4/)" في حالة وجود إجراءات تعيين اتفق عليها الطرفان: (أ)إذا لم يتصرف أحد الطرفين وفقا لما تقتضيه هذه الإجراءات (ب)إذا لم يتمكن الطرفان، أو المحكّمان، من التوصل إلى اتفاق مطلوب منهما وفقا لهذه الإجراءات(ج)إذا لم يقم طرف ثالث، وإن كان مؤسسة، بأداء أي مهمة موكولة إليه في هذه الإجراءات، فيجوز لأي من الطرفين أن يطلب من المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة 6 أن تتخذ الإجراء اللازم، ما لم ينص الاتفاق الخاص بإجراءات التعيين على وسيلة أخرى لضمان التعيين.

[153] . قواعد الاونسيترال لعام (1976) والمنقحة لعام (2010) المادة العاشرة /1.

[154] . كرم محمد زيدان النجار , المركز القانوني للمحكم , دار الفكر الجامعي , الاسكندرية , 2010, صفحة 68 .

تعتبر أهلية هيئة التحكيم من الامور المهمة وترتبط أهميتها بأهمية التحكيم كونه استثناء على الاصل في إحالة النزاع االى التحكيم بدل من القضاء [155].

ويرتبط اعمال الاهلية في الهيئة التحكيمية **ببطلان اتفاق التحكيم** اذا لم يأخذ الشكل القانون الصحيح .

- **أن تتمتع الهيئة التحكيمية بالاهلية المدنية الكاملة** .

وهذا يعني أن لايكون المحكم قاصرا بمعنى أنه بلغ سن الرشد وهو مختلف اي سن الرشد من بلد الى اخر ففي مصر يعتبر سن الرشد هو واحد وعشرين عاما ميلادية , وفي الاردن ثمانية عشر سنة شمسية كاملة [156], متمتعا بقواة العقلية دون وجود عارض من عوارض الاهلية على النحو الذي تحدده أحكام القانون .

- **ان لايكون محجوراً علية** .

وهذا ما اشترطته القوانين من ضمن ما يندرج تحت الاهلية بأن الشخص المحجور علية لا يملك لنفسه زماما ولا امراً فكيف يلي غيرة في مهمة خطيرة وذات صفة قضائية [157].

وصدور قرار الحجر على المحكم بعد قبولة مهمة التحكيم يعتبر من الامور التي تستوجب تنحية , او ردة من قبل الاطراف [158].

- **أن لايكون حكم علية بجناية أو جنحة مخلة بالشرف** .

يكون المحكم غير اهل للتحكيم اذا حكم علية بجناية أو جنحة مخلة بالشرف , وزاد القانون المغربي أو صفات الاستقامة أو الاداب العامة , واضاف ايضا أنه يشترط ان يكون حكم علية بحكم نهائي .

ولا يكفي ان يكون متهما بجناية أو جنحة او حتى محكوم علية بحكم بدائي . والجرائم المخلة بالشرف على سبيل المثال هي **السرقة , النصب , خيانة الامانة , والتزوير , وجرائم العرض بصفة عامة** .

ورد الاعتبار في هذة الجرائم بالنسبة للقانون المغربي والاردني يبقي المحكم على حالة , ولا يسمح له بالتحكيم بعكس كما ذكرت انفا القانون المصري والسوري [159]

---

155 . جورج حزبون , معوقات أجراءات التحكيم السابقة على اصدار القرار ودور الرقابة القضائية , مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون , الجامعة الاردنية , العدد الواحد والعشرين , 1994, صفحة 20.

156 . (*)القانون المدني المصري , المادة (44/2), " سن الرشد هو احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة "
(*)القانون المدني الاردني رقم(43/1976) المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ (الاول من اب/1976) العدد رقم (2645) مطبعة القوات المسلحة الاردنية, المادة (43/2), " سن الرشد هو ثمانية عشر سنة شمسية كاملة "

157 . محمد شحاته,التحكيم في الفقه والقانون المقارن , مرجع سابق , صفحة 49.

158 . شهر زاد حسين بن الصغير, المركز القانوني للمحكم دراسة مقارنة بين القانون الاردني والقانون الجزائري , مرجع سابق , ص47 .

- **أن لايكون شهر افلاسه .**

ويشترط في هذة الحالة أن يشهر افلاسة , ولا يكتفي فقط ان تراكم علية الديون أو يعجز عن سدادها , وهنا يجب أن يتم شهر الافلاس وفق القانون .

وهناك نقطة خلافية في شهر الافلاس ورد الاعتبار الى المحكم بعض القوانين وحسب رأي المتواضع خيراً فعلت لان كل تاجر معرض للنكسات بأن سمحت للتاجر أن يكون حكم في حال رد اعتبارة مثل القانون المصري والقانون السوري .

وأما القانون الاردني فأنه اخذ موقفا موازيا للقانون المغربي بأن من يشهر افلاسة ولو رد الية اعتبارة فأنه لايجوز أن يكون حكما[160].

2. **الحيدة والاستقلال .**

هذا الشرط القانوني الاخر لا يقل اهمية عن سابقة , وهو رئيسي وجوهري ركزت علية كافت التشريعات لاهمية الحيدة والاستقلال

و **الحيدة هي عدم النظر في نزاع معين الى هذا الجانب من الخصوم او ذاك – المزاوخه او التحييز -وتطبيق القواعد القانونية التي تحقق العدالة وفقا لمفهوم النظام القانوني [161]**

اما الاستقلال فهو عدم وجود ربط بينه وبين أحد الخصوم , وتذهب التشريعات والفقهاء الى حد اعتبار الحيدة والاستقلال من النظام العام وهذا يعني عدم مخالفتها والتجروء عليها [162].

اما في حال اقرار المحكم بوجود ما يدعو الى الريبة والشك بينه وبين احد الاطراف كوجود علاقة او صلة سواء عمل او قربى ولم يعترض اي من الاطراف المعنيين برده فأن ذلك يعني تنازل الطرف الاخر عن هذا الشرط المهم وبالتالي يعتبر موافقة ضمنية ,

---

159 .قانون التحكيم المصري رقم (27/1994) المادة 16 " 1- لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه إعتباره.
(*) قانون التحكيم في المنازعات المدنية و الاقتصادية و التجاري السوري, قانون رقم (4) لعام 2008 , المادة رقم 13 " 1-لا يجوز ان يكون المحكم قاصرا او محجوزا عليه او مجردا من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية او جنحة شائنة ما لم يكن قد رد اليه اعتباره."
(*) قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية رقم (5/8/2007)(320)لا يمكن إسناد مهمة المحكم إلا إلى شخص ذاتي كامل الأهلية لم يسبق أن صدر عليه حكم نهائي بالإدانة من أجل ارتكاب أفعال تخل بالشرف أو صفات الاستقامة أو الآداب العامة أو بالحرمان من أهلية ممارسة التجارة أو حق من حقوقه المدنية .
(*)المادة قانون التحكيم الاردني رقم (31/2001)(15) أ- لا يجوز ان يكون المحكم قاصراً او محجوراً عليه او محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية او بجنحة مخلة بالشرف او بسبب شهر إفلاسه ولو رد اليه اعتباره"

160 . المواد اعلاه في القانون المصري والسوري والمغربي والاردني .

161 . مرتضى عاشور , وعماد سلمان ,حياد المحكم التجاري , مجلة القادسية للقانون العام والسياسة , العدد الاول , المجلد الخامس , 2012,ص 71.

162 . محمود الشرقاوي ,مقارنة بين قانون التحكيم السوري الجديد وقانون التحكيم المصري , مجلة التحكيم , العدد الثالث , 2009, ص 157.

ثانياً: شروط الهيئة التحكيمية الاتفاقية

كما ذكرنا انفا الشروط القانونية أو الوجوبية فأن هناك شروط أتفاقية تخص ارادة اطراف النزاع . ومع انها اتفاقية بين الاطراف الا انها هامة ومن الضروري تحديدها .

وسنتطرق الى بعضها لان الشروط الاتفاقية يمكن ان تمتد الى ما يشتهي الخصوم من شروط ولا يمكن أن ندرجها جميعا وعلية سناخذ بعضها وعلى الاعتبار الشخصي للباحث في الاهمية :

1. جنس وجنسية المحكم .

. 2. أن لا يكون قاضيا .

3. ان يكون قانوني

4. ان يكون شيخ

كما ذكرنا ونعيد بأن كل ما يرضاه الاطراف في المحكم هو جائز مالم يخالف القانون أو النظام العام أو أصول التشريع الاسلامي .

وهنا تم ايراد هذا العنوان لان الحكم والقاضي يقومان بعمل متشابه جدا ,

الهيئة التحكيمية تستمد سلطاتها من ارادة الاطراف التي تعتبر قانونها الاول , وقد سبق ان اوضحنا العديد من صلاحياتها , ويتقيد عليها الالتزام بما ورد في اتفاق التحكيم بما منح فية من سلطة بالاضافة الى القواعد القانونية ولا يجوز الخروج عن هذا الاتفاق والا تعرض للمسألة القانونية او رد الحكم بالبطلان [163].

وعليه سنتعرض لدراسة مسؤولية الهيئة التحكيمية ضمن بندين اولهما المسؤولية المدنية والثانية الحصانة .

اولاً : مسؤولية الهيئة التحكيمية المدنية في التشريعات الوضعية مقارنا بالفقة الاسلامي .

تقع مسؤولية االمحكم نتيجة مخالفتة اما الاتفاق التحكيمي او ما نشأ عنه من التزامات أوجبها الاطراف على الهيئة التحكيمية أو نتيجة مخالفتة الاصول القانونية بوظيفته كمحكم وهو ما تفرضها الطبيعة القضائية للهيئة التحكيمية [164].

ومن الحالات التي توقع المسؤولية على هيئة التحكيم هي :

---

[163] . عبد الهادي عباس , جهاد هواش , التحكيم , الفكر القضائي للنشر , الطبعة الاولى , 1982, ص 192 .

[164] . محمد نظمي محمد صعابنة , مسؤولية المحكم المدنية , دراسة مقارنة , رسالة دكتوراة , جامعة عين شمس , الطبعة الاولى , 2008, ص 83 .

- عدم التزام المحكم بالحياد والاستقلال والموضوعية .
- عدم التزام المحكم في التحكيم مع مراعاة المساواة والعدالة .
- عدم التزام المحكم بالفصل في الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم .
- عدم التزام المحكم بتسبيب الحكم الصادر عنه .
- عدم التزام المحكم بالالتزام بما ورد في اتفاق التحكيم من مكان التحكيم , لغة التحكيم , القانون الواجب التطبيق , وغيرها .
- عدم التزام المحكم بمباشرة التحكيم بالموعد المحدد . وان لا يقوم بذلك بنفسه .
- عدم التزام المحكم بالاستمرار دون بطء في عمله حتى ينهي مهمته في الوقت المحدد , ومعدم مراعاة التكاليف الحقيقية .
- عدم التزام المحكم باصدار احكام وقتية وتدابير احترازية في الوقت المحدد .
- عدم التزام المحكم وافشاء الاسرار المتعلقة بالخصوم .
- عدم التزام المحكم بتفسير الاحكام اذا طلب منه ذلك والتعديل والاضافة .
- عدم التزام المحكم بمراعاة النظام العام المحلي والدولي .

وهذا على سبيل المثال في اغلب الحالات لما يعتبر من اسباب تؤدي الى المسؤولية المدنية للمحكم . ومع ذلك تباينت التشريعات في مواقفها من هذة المسؤولية .

فلم تتطرق التشريعات الدولية مثل الاونسيترال , والقانون النموذجي للتحكيم صراحة عن المسؤولية للهيئة التحكيمية , وإن فصلت في موضوع عزل المحكم ورده في حال عدم الحيدة والشكوك في استقلاليتة .

مع ان بعض القوانين مثل قانون التحكيم البرتغالي لسنة 1986 قرر مسؤولية المحكم اذا ترك منصبة دون سبب معقول , وجعلتة مسؤولاً بالتعويض وكذلك غيرها من القوانين مثل قانون التحكيم الصيني لسنة 1994 [165].

اما في التشريعات العربية فكانت حالها بحال التشريعات غير العربية في تباينها حال هذا الامر .

---

[165] . محمد نظمي محمد صعابنة , مسؤولية المحكم المدنية , دراسة مقارنة , مرجع سابق , ص 118 .

فلم يعرف القانون الاردني نص واضح في هذا الشأن ولا القانون المصري . في حين كانت المجلة التونسية للتحكيم تنص على ان تخلي المحكم عن التحكيم بغير عذر او مبرر يكون معرضا للمسؤولية المدنية بغرم ما تسبب به من اضرار [166].

وكذلك قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية المغربي حيث نص على ان المحكم يجب ان يستمر في القيام باعماله ومهامه الى نهاية المهمة ولا يجوز له التخلي عن ذلك تحت طائلة دفع تعويضات [167]. كما انه اورد ايضا موضوع كتمان السر المهني تحت طائلة القانون الجنائي [168].

وبالعودة الى القانون الجنائي المغربي فانه عاقب كل من افشى السر بحكم مهنته او وظيفته او افشى سرا اودع الية عوقب بالحبس من شهر الى ستة اشهر او غرامة وهذا يعني أنه الحق به مسؤولية جزائية بالاظافة الى المدنية ([169]).

وهذا النص لم يرد في القانون الاردني بموضوع السرية والعقوبة وخيرا فعل المشرع المغربي بذلك .

وفي القانون السوري رقم (4/2008) جاء في ما يتعرض للمحكم من حيدة واستقلال بعدها انه لا يجوز له التخلي دون مبرر والا كان مسؤولا عما قد سببه من ضرر لطرفي التحكيم([170]).

يتضح من النصوص السابقة أن كثير من التشريعات تركت المسؤولية المدنية للمحكم للقواعد العامة بناء على المسؤولية التقصيرية , وهذا حسن . ولكن اعتقد أن وجود نص مثل هذة النصوص وان جاءات عل خجل تعطي اهمية اكبر , وتذهب بالمحكم الى التفكير جيداً قبل الخوض غمار هذة المهمة , وانه غير محصن بفعل النصوص .

---

[166] . مجلة التحكيم التونسية , وزارة العدل , قانون عدد (42) لسنة (1952) مؤرخ بتاريخ (/26افريل /1993), المادة (11)" يثبت قبول المحكم لمهمته كتابة أو بتوقيعه على الاتفاق على التحكيم أو بقيامه بعمل يدل على شروعه في المهمة. ولا يجوز له التخلي بعد القبول دون مبرر وإلا كان مسؤولا بغرم ما عسى أن يكون قد تسبب فيه بذلك من الضرر للأطراف."

[167] . القانون المغربي للتحكيم والوساطة الاتفاقية رقم (5/8/2007) الفصل(327/6)يجب على كل محكم أن يستمر في القيام بمهمته إلى نهايتها.

ولا يجوز له ، تحت طائلة دفع تعويضات أن يتخلى عنها دون سبب مشروع بعد قبولها ، وذلك بعد إرساله إشعارا يذكر فيه أسباب تخيله

[168] . القانون المغربي للتحكيم والوساطة الاتفاقية رقم (5/8/2007) الفصل(326)" .يلزم المحكمون بكتمان السر المهني طبقا لما هو منصوص عليه في القانون الجنائي.

[169] . القانون الجنائي المغربي , الصيغة المحينة بتاريخ 13مارس 2014 للظهير الشريف رقم (1.59.413) صادر بتاريخ 26 نونبر 1962, منشور بالجريدة الرسمية عدد 2640, مكرر بتاريخ 5 يونيو 1963, صفحة 1253, الفصل (446)" الاطباء والجراحون وملاحضو الصحة وكذلك المولدات وكل شخص يعتبر من الامناء على الاسرار بحكم وظيفتة الدائمة او المؤقتة اذا افشى سراً اودع لدية , وذلك في غير الاحوال التي يجيز له فيها القانون فيها التبليغ عنه يعاقب بالحبس من شهر الى ستة اشهر , وغرامة من 1200 درهم الى 20000 درهم "

[170] . قانون رقم (4) لعام 2008 - قانون التحكيم في المنازعات المدنية و الاقتصادية و التجارية, مادة 18 " لا يجوز للمحكم بعد قبول المهمة التخلي عنها دون مبرر، والا كان مسؤولا عما قد يسببه من ضرر لطرفي التحكيم او لاي منهما."

لمحور الرابع

الرقابة القضائية

سيتم بحث الرقابة القضائية أثناء وبعد القرار التحكيمي في التشريعات الوضعية من خلال فرعين الاول دور القضاء في تنفيذ قرارات التحكيم والفرع الثاني في دور القضاء عند مخالفة القرار التحكيمي النظام العام وفي حالات البطلان .

الفرع الاول: دور القضاء في تنفيذ قرارات التحكيم

التنفيذ هو الوفاء بالالتزام بحيث تبرأ منه ذمة المدين , والتنفيذ ينقسم الى قسمين : تنفيذ اختياري أو رضائي , تنفيذ جبري أو قهري .

والتنفيذ الاختياري هو الذي يقوم به المدين او المحكوم بمحض ارادته , وهو لا يثير اي صعوبة ولا توجد به إجراءات خاصة , لانه لايتم بطريقة رسمية أو بتدخل السلطة القضائية . فلن يكون تركيز موضوعنا .

أما ما يهمنا فهو التنفيذ الاجباري أو القهري , الذي تجريه السلطة العامة تحت إشراف القضاء ورقابته بناء على طلب صاحب المصلحة , وهو الذي نظم اصولا في التشريعات [171].

سبق وأن أوضحنا أن التنفيذ يكون بالرضى في الاغلب , والسبب في ذلك أن المتخاصمين او أطراف النزاع ما اختاروا الوسائل البديلة عن القضاء الا حبا وكرامة بينهم أو حتى خوفا على مصالحهم . ولكن من الخلطاء من يحاول انكار الحق او التمرد على الحكم أو حتى التشكيك به في حال احس بغبن في هذا الحكم .

ولذلك وضع المشرع تحت تصرف صاحب الحق وسائل أجرائية تهدف في المقام الاول الى أجبار المدين على تنفيذ الالتزام الذي يقع على عاتقه ويظهر بذلك الدور القضائي في صورتين :

الاولى : أصدار سند قابل للتنفيذ لصالح الدائن سواء كان ذلك قراراً تحكيمياً , أو حكماً قضائياً .

الثانية : تمكين الدائن صاحب السند من الحصول على حقه من مدينه جبراً .[172]

---

171 . أحمد مليجي , الموسوعة الشاملة في التنفيذ وفقاً للنصوص التشريعية معلقا عليها بآراء الفقه والصيغ القانونية وأحكام النقض , الجزء الاول , الطبعة الخامسة ,2008, المركز القومي للاصدارات القانونية , ص (16-13).

172 . جمعه صالح حسين عمر , تنفيذ أحكام القضاء والتحكيم الدوليين وأثر ذلك على مبدأ السيادة , رسالة دكتوراة , جامعة القاهرة , 1996 , ص (72+73).

وحسب القانون الأردني والمادة 53/ ب فان طلب التنفيذ يقدم الى محكمة التمييز مرفق به اصل الحكم وصورة عن الاتفاق والترجمة اذا لم يكن باللغة العربية .

تبين هنا شروط حكم اتفاق التحكيم والرقابة القضائية له في البداية , وفي الجزء الثاني ندرس الية التنفيذ لهذا الحكم التحكيمي من قبل القضاء .

1. شروط الحكم لاتفاق التحكيم

حرصت أغلب التشريعات الوطنية واتفاقيات التحكيم الدولية على إ يراد الشروط الواجب توافرها في حكم التحكيم التجاري لغرض تنفيذه وخاصة إذا كان هذا الحكم التحكيمي يراد تنفيذه في دولة أخرى غير التي صدر على اقليمها أي أنه يكون ذو صفة اجنبية بالنسبة لدولة التنفيذ .

ولذلك فأن لمحكمة التمييز تقوم بأصدار الامر بالتنفيذ و عليها ان تقوم بمراجعة توافر تلك الشروط قبل اصدار امرها فيه , هذة الشروط المشتركة هي

- أن يكون العقد الخاص بالتحكيم صحيحاً ,
- وأن يكون الحكم صادر من محكمة تحكيم أو محكم مختص بنظر النزاع وفق إجراءات صحيحة .
- وأن يكون الحكم الصادر المراد تنفيذه نهائياً وقابلاً للتنفيذ .
- وأن لا يتقاطع مع حكم سبق إصداره من قبل دولة التنفيذ ,

- وأن يكون هناك مبدأ تعامل بالمثل بين دولة إصدار الحكم وتنفيذه .[173]
- ان يكون الحكم مكتوبا .
- ويكون هذا **الحكم نهائياً بمعنى قطعياً** [174]
- **التأكد من خلو حكم التحكيم المراد تنفيذه من اسباب البطلان** , وهذا يعني ان عليه ان يراجع الحكم من حيث الموضوع والقانون , وأن يمتنع عن تنفيذ الحكم إذا ظهر له وجود مخالفة مرتكبة تؤدي الى بطلان الحكم . [175]

• ومن وجهة نظري **فأنني اميل الى ان اختصاص قاضي التنفيذ لا يتعدى التنفيذ ما لم يكن القرار مخالف للنظام العام للبلد المنفذ به** , كون هذا الامر يتعلق بسيادة المكان وبالتالي لا يجوز التنفيذ في هذة الحالة , اما ان ينظر في الشروط الشكلية او الموضوعية فأنها قد لا تتناسب هذة الشروط والمتفق عليها بين الخصوم او المتوافقة مع مكان التحكيم مع الشروط في بلد التنفيذ , وبالتالي هنا يصبح إعاقة التنفيذ هي من اسباب البعد عن التحكيم .

2. الية تنفيذ الحكم التحكيمي

- إذا صدر حكم التحكيم قد يقوم المحكوم عليه بتنفيذه اختيارا
- وقد يمتنع عن ذلك فيضطر المحكوم له الى تنفيذه جبراً ,
- وإذا قام المحكوم عليه بتنفيذ الحكم اختياراً , او اعلن عن ارادته الواضحة لتنفيذ الحكم رضاء , فأنه يعتبر موافقا وقابلا لحكم التحكيم ,
- على انه يلاحظ أن تنفيذ جزء فقط من الحكم اختيارا لا يعتبر قبولا للحكم برمته ما لم يدل بوضوح على هذا القبول .

*** واذا كان مقررا انه لايجري تنفيذ جبري بغير سند تنفيذي , فأن حكم التحكيم وحده لا يصلح سنداً لاجراء التنفيذ الجبري . فهو ليس من الاعمال القانونية التي اعطاها القانون القوة التنفيذية .**

- فحكم التحكيم يحوز حجية الامر المقضي بمجرد صدوره , ليس له في ذاته قوة تنفيذية تمكن المحكوم له من اقتضاء حقه جبراً , فالقوة التنفيذية لا تلحق حكم المحكمين الا بصدور امر خاص بها من قضاء الدولة يسمى بأمر التنفيذ . [176]

---

173 . عباس مجيد , الطعن بالبطلان على احكام التحكيم التجاري الدولي , دراسة مقارنة , مرجع سابق , ص 202.

174 . قواعد الاونسيترال المعدلة لعام 2010 , المادة (34/2) " تصدر كل قرارات التحكيم كتابة وتكون نهائية وملزمة للاطراف وينفذ الاطراف كل قرارات التحكيم دون أبطاء " .

175 . عباس مجيد , المرجع السابق , ص 203 .

176 . محمد علي بني مقداد ,المسلك السليم لاصدار وتنفيذ حكم التحكيم , مرجع سابق , ص (132-131) .

القاعدة العامة أن يحترم الاطراف القرار التحكيمي وينفذوه اختيارا , والاستثناء هو المماطلة والرفض والتأخير والتسويف في تنفيذ القرار لانه يلحق خسارة في طرف المنفذ .

واخيراً يمكن للمحكمة ان ترفض تنفيذ قرارات حكم المحكمين في حالاتين ايضاً وردتا حصرا هما :

أ . ان موضوع الخلاف لا يمكن حله بطريق التحكيم بموجب قوانين ذلك البلد .

ب . ان الاعتراف بذلك القرار وتنفيذه يناقض السياسة العامة لذلك البلد . [177]

الفرع الثاني : دور القضاء بمخالفة النظام العام وحالات البطلان

مما لا شك فيه أن الرقابة القضائية لا تنتهي فقط بأعلان حكم التحكيم وتذهب الى تنفيذه , فهي ملزمة بأكثر من ذلك لا سيما ان القرار التحكيمي الان اصبح بين يديها وهي مطالبة بالاجراء الالزامي ولكن قبل التنفيذ يكون لها اجراء غاية في الاهمية وهو استمرار الدور الرقابي في فحص الحكم سواء بمخالفته للنظام العام او ببطلان هذا القرار.

اولاً: النظام العام

- هو فكره **مرنه** اساسها موجود في القانون الداخلي , غير محددة المضمون تتغير وتتبدل حسب المجتمع وحسب الزمان .
- ويمكن تعريفها فكرة تهدف الى وترمي الى حماية المجتمع لا الفرد والعقيدة التي يقوم عليها .
- وهي قواعد امره لا يجوز مخالفتها من قبل الافراد .
- المشرع الاردني في المادة 3/ 163 اورد على سبيل المثال لا الحصر معددا لحالات النظام العام عندما قال " يعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالاحوال

177 . اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية لعام 1958 المادة(5/2) يمكن رفض الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه اذا رات السلطات في البلد المطلوب تنفيذ القرار فيه : أ . ان موضوع الخلاف لا يمكن حله بطريق التحكيم بموجب قوانين ذلك البلد ، ب . ان الاعتراف بذلك القرار وتنفيذه يناقض السياسة العامة لذلك البلد .

الشخصية كالاهلية والميراث والاحكام المتعلقة بالانتقال والاجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجات المستهلكين الاستثنائية "

- ونعطي مثال اكثر وضوحا وهو لايجوز لاحد النزول عن **حريته الشخصية ولا اهليته**

- **حق النفقة للازواج .**

- **اذا كان القانون الاجنبي يورث المتبني او يعتبر اختلاف اللون مانع للميراث فان هذا النص نخالف للنظام العام في الاردن**

- **ان تعدد الزوجات مباح في الاردن في حين في فرنسا مخالف للنظام العام . وايضا الطلاق في بعض الدول غير مسموح به وفي الاردن مباح ولا يعتبر مخالف للنظام العام**

- يعتبر من النظام العام في الاردن الحريات العامة , وحرية العقيدة وحرية الزواج

- النظام العام الدولي : هو وسيلة لاستبعاد القانون الاجنبي المختص لتعارضه مع مبادىء المجتمع الداخلي .

من أهم ادوار الرقابة القضائية هو فحص الحكم المقدم اليها للتنفيذ , هل يتطابق مع السياسة العامة للدولة أم أن هناك خرق للسيادة المحلية من خلال مخالفة القرار التحكيمي للنظام العام .

معاهدة نيويورك بخصوص الاعتراف بأحكام التحكيم الاجنبية وتنفيذها بينت أهمية الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية المخالفة للنظام العام واعطت المحكمة المختصة في البلد المطلوب اليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد .[178]

ثانياً : الدفع بحالات البطلان

ذهبت أتفاقية نيويورك للحديث عن بطلان احكام التحكيم , وعدم تنفيذ احكام التحكيم او الاعتراف بها اذا ما قدم الطرف المتضرر الى المحكمة المختصة ما يفيد بمخالفة احد اسباب البطلان .

وما يهمنا في هذة الفقرة هو الرقابة القضائية على اسباب البطلان ,

والسلطة المختصة بالتنفيذ هي المحكمة المختصة والتي تختلف من بلد الى اخر . وحسب ما يرد تعريفها في التشريعات . والتي في الاغلب ما تكون هي محكمة الاستئناف .

اما أسباب البطلان

---

178 . اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية لعام 1958 المادة(5/2) يمكن رفض الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه اذا رات السلطات في البلد المطلوب تنفيذ القرار فيه : ب . ان الاعتراف بذلك القرار وتنفيذه يناقض السياسة العامة لذلك البلد

فهي وردت حصرا في معظم التشريعات وهي على سبيل الحصر

1. اذا لم يوجد اتفاق تحكيم صحيحاً ومكتوباً او كان هذا الاتفاق باطلاً أو سقط بأنتهاء مدته .

2. اذا كان احد طرفي اتفاق التحكيم وقت ابرامه فاقدا للاهلية أو ناقصها وفقا للقانون الذي يحكم اهليته .

3. اذا تعذر على أي من الطرفين تقديم دفاعه بسبب عدم تبليغه تبليغا صحيحا بتعيين محكم او باجراءات التحكيم او لاي سبب أخر خارج عن ارادته .

4. اذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الاطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

5. اذا تم تشكيل هيئة التحكيم او تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون او لاتفاق الطرفين .

6. اذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم او تجاوز حدود الاتفاق ومع ذلك اذا امكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن اجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعه له فلا يقع البطلان الا على الأجزاء الاخيره وحدها .

7. اذا لم تراع هيئة التحكيم الشروط الواجب توافرها في الحكم على نحو اثر في مضمونه او استند الحكم على اجراءات تحكيم باطلة اثرت فيه.

8. وأخيرا الفقرة الثانية المتعلقة بالنظام العام فان للمحكمة ان تنظر بها من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم لمخالفته قانون التطبيق .([179])

---

[179] . قانون التحكيم الأردني رقم 2001/31 وتعديلاته , المادة 49 , قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 , المادة 53 .