جمهورية السودان
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أفريقيا العالمية
عمادة الدراسات العليا والبحث العلمي والنشر
كلية الشريعة والقانون
قسم القانون الخاص

التراضي في مشارطة التحكيم

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون

بحث تكميلي للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص

إعداد الطالب:
سليمان مجذوب علي عيسى
إشراف الدكتور:
أحمد إسماعيل عمر

السودان ـ الخرطوم
١٤٤٣هـ ـ ٢٠٢٢م

بسم الله الرحمن الرحيم

استهلال

قال الله تعالى:

﴿ فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾

صدق الله العظيم

سورة النساء، الآية: (٦٥)

إهـــــــداء

أبحرت في بحر الكلامِ لأقتفي أحلى كليماتٍ وأحلى الأحـــــرفِ

لكنّما الأمواج أردت قاربـــي فتحطمت خجلاً جميع مجادفـــــي

لو أنني أنشدت ألف قصـــيدة لوجدتها في حقّكم لا لن تفـــــــي

إلى أمي التي فارقتنا بجسدها، ولكـــن روحهـــا مـــا زالـــت تُرفـــرف فـــي سماء حياتي.

إلى أبي الرجل المثالي أطال الله في عمره ليظل عوناً لي.

إلى مقام مشايخي وأساتذتي الإجلاء

إلى أفراد أسرتي وبناتي الأعزاء

إلى جميع أهلي والأصدقاء

إلى جميع الباحثين، وطلبة العلم

أهدى إليكم ثمرة جهدي البحثي

شكر وتقدير

قال تعالى: (وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَاكُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ).

صدق الله العظيم.

سورة البقرة، الآية: (١٨٥)

بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد بن عبد الله وآله الأطهار وصحبه الأبطال وسلم، فعن أبي هريرة، رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: "لا يَشْكُرُ اللّهَ مَنْ لا يَشْكُرُ النّاسَ". (أخرجه البخاري، وصححه الألباني). وفي رواية: "أَشْكرُ الناس لله، أَشكرُهم للناس". (صحيح الجامع). فلك يا إلهي، وسيدي الشكر على جميع نعمك ما أعلم منها وما لا أعلم، فأنت الربُ الرحيم والجليل والعظيم فتقبلني في عبادك الموحدين الطائعين الخاضعين، وأشكر كل من أعانني في هذا البحث وإتمامه الدكتور العالم والأخ الصالح والفارس القانوني المثابر الدكتور/ **أحمد إسماعيل عمر** الذي كان نعم العون جزاه الله خير عنا وعن جميع طلابه وتلاميذه، وأخص بالشكر العالم المربي والمرجع القانوني الفذ البروفيسور/ **موسى محمد علي**، على كل ما بذل لطلابه وأبنائه من نفيس العلم ودرر القوانين لا فض فوهك ومتعك الله بالصحة والعافية.

والشكر موصول إلى الأخ الخلوق دكتور/ **المكاوي الخضر علي أحمد**، وفضيلة مولانا دكتور/ **أنور حمرون**، وإدارة قسم القانون الخاص وكلية الشريعة والقانون وعمادة الدراسات العليا والبحث العلمي والنشر وإدارة جامعة أفريقيا العالمية الدكاترة والموظفين والعاملين وكل من أخواني الإجلاء: أ. **مغيرة الجعلي**، وأ. **عمار أحمد عمر إدريس**، أ. **أيمن ضرار**.. جزاكم الله جميعاً كل خير.

مستخلص

تناول هذه الدراسة موضوع التراضي في مشارطة التحكيم باعتبارها المرتكز الرئيسي للتحكيم الذي يمثل أفضل الطرق لحل المنازعات. وتم اختيار هذا الموضوع لأهميته في مسيرة التحكيم وللخصوصية التي ينفرد بها من حيث انعقاده والآثار المترتبة عليه، يعد البحث من الموضوعات الحيوية والشيقة في مسائل الالتزام التعاقدي ومجال التحكيم وتتمثل مشكلة هذا البحث في إغفال قانون التحكيم تفاصيل التراضي في مشارطة التحكيم بصورة خاصة والتحكيم بصورة عامة وذلك عبر إسناد موضوع الأهلية الذي هو ركن أساسي في تمام الرضا حيث إسناد قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م مسألة الأهلية للقانون الضابط لها علماً بالتضارب بين قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م وقانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م وكذلك قانون الطفل لسنة ٢٠١٠م. الخلط الشائع بين مفهوم الاتفاق التحكيم وشرط التحكيم ومشارطة التحكيم التميز بينهم بصورة توضح كل منهم وتحدثنا عن عيوب الرضا وذلك لتوضيح أثرها على صحة مشارطة التحكيم على وجه الخصوص، والتحكيم على وجه العموم.

وتناولت الدراسة موضوع التدخل والضم في مشارطة التحكيم وما يثار عنه في الأوساط القانونية والعلمية، وأيضاً تناول ما هو دور المحكمة في حالة عدم التوقيع على مشارطة التحكيم لأحد أطراف النزاع، ودور المحكمة في حالة عدم دفع أحد الأطراف أو كلاهما أتعاب المحكمين ومنصرفات جلسات التحكيم. والنتائج توضيح أهمية التراضي في مسائل الالتزام التعاقدي ومجال التحكيم، الأهلية وأثرها وكذلك التعرض للمشتملات المشارطة وأثر امتناع أحد الأطراف النزاع عن التوقيع وكذلك تناولت أتعاب المحكمين ومن أهم التوصيات توضيح الفرق بين الاتفاق وشرط التحكيم ومشارطة التحكيم والوقف على التعارض والتضارب في القوانين الوطنية في مسائلة الأهلية وأثر عدم التوقيع على المشارطة.

Abstract

This study dealt with the issue of compromise in the arbitration agreement as it is the main focus of arbitration, which represents the best Methods for resolving disputes. This topic was chosen for its importance in the arbitration process and for the privacy that is unique to it As it is held and its implications, the research is one of the vital and interesting topics in contractual compliance issues And the field of arbitration. The problem of this research is that the arbitration law neglects the details of mutual consent in the arbitration agreement in a way In particular, and arbitration in general, by attributing the issue of eligibility, which is an essential pillar of complete satisfaction Assigning the Sudanese Arbitration Law of 2016 the issue of eligibility to the law governing it, noting the conflict between the law Civil Transactions for the year 1984 AD and the Personal Status Law for Muslims for the year 1991 AD as well as the Child Law for the year 2010 AD.

The common confusion between the concept of the arbitration agreement and the arbitration clause, and the arbitration clause, distinguishes between them in a way that clarifies Each of them, and we talked about the defects of consent in order to clarify their impact on the validity of the arbitration agreement in particular, and arbitration in general. The study dealt with the issue of interference and annexation in the arbitration agreement and what is raised about it in legal and scientific circles, as well as It deals with what is the role of the court in the event of not signing the arbitration agreement for one of the parties to the dispute, and the role of the court in the event that one or both parties fail to pay the arbitrators' fees and the expenses of the arbitration sessions. The results clarify the importance of consent in matters of contractual compliance and the field of arbitration, eligibility and its impact, as well as Exposure to the stipulated contents and the effect of one of the disputed parties' refusal to sign, as well as the fees of the arbitrators. Among the most important recommendations is to clarify the difference between the agreement, the arbitration clause, the arbitration clause, and the stay on the conflict in national laws regarding eligibility and the effect of not signing the stipulation and failure to pay fees Arbitrators and expenses.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
البسملة	أ
استهلال	ب
إهداء	ج
شكر وتقدير	د
مستخلص	هـ
ABSTRACT	و
فهرس الموضوعات	ز – ح
الفصل الأول **أساسيات البحث والدراسات السابقة**	**١**
تمهيد وتقسيم	٢
المبحث الأول: مقدمة البحث وأسباب اختيار الموضوع وأهميته وأهدافه	٣
المبحث الثاني: مشكلة البحث وأسئلته وفروضه ومنهجه	٨
المبحث الثالث: حدوده ووسائله ومصطلحاته	١٣
المبحث الرابع: الدراسات السابقة ومساهمة البحث في الفكر الإنساني	١٥
الفصل الثاني **تعريف التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون** **ومشروعيته وأنواعه ومزاياه وتمييزه عن الغير**	**٢٣**
تمهيد وتقسيم	٢٤
المبحث الأول: تعريف التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون ومشروعيته	٢٥
المبحث الثاني: أنواع التحكيم	٤٠
المبحث الثالث: مزايا التحكيم	٦٠
المبحث الرابع: تمييزه عن الأنظمة المشابهة له	٦٧

تابع فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
الفصل الثالث **مفهوم التراضي لمشارطة التحكيم ومشتملات مشارطة التحكيم وطبيعة مشارطة التحكيم والفرق بين مشارطة التحكيم وشرط التحكيم**	**٨٠**
تمهيد وتقسيم	٨١
المبحث الأول: مفهوم التراضي فقهاً وقانوناً	٨٢
المبحث الثاني: مفهوم مشارطة التحكيم بين الفقه والقانون	١٠٥
المبحث الثالث: مشتملات مشارطة التحكيم	١١٩
المبحث الرابع: الطبيعة القانونية لمشارطة التحكيم والفرق بين مشارطة التحكيم وشرط التحكيم	١٣٨
الفصل الرابع **الشروط الموضوعية لمشارطة التحكيم والتدخل والضم في مشارطة التحكيم**	**١٦٠**
تمهيد وتقسيم	١٦١
المبحث الأول: الشروط الموضوعية لمشارطة التحكيم	١٦٢
المبحث الثاني: التدخل والضم في مشارطة التحكيم	٢١٢
الخاتمة	٢١٧
النتائج	٢١٩
التوصيات	٢٢١
الفهارس	**٢٢٣**
فهرس الآيات القرآنية	٢٢٤
فهرس الأحاديث النبوية	٢٢٦
فهرس الأعلام	٢٢٧
المصادر والمراجع	٢٢٩
السيرة الذاتية	٢٤١

الفصل الأول

أساسيات البحث والدراسات السابقة

المبحث الأول: مقدمة البحث وأسباب اختيار الموضوع وأهميته وأهدافه.

المبحث الثاني: مشكلة البحث وأسئلته وفروضه ومنهجه.

المبحث الثالث: حدوده ووسائله ومصطلحاته.

المبحث الرابع: الدراسات السابقة ومساهمة البحث في الفكر الإنساني.

الفصل الأول

أساسيات البحث والدراسات السابقة

التمهيد والتقسيم:

يتناول هذا الفصل المقدمة وأسباب اختيار الموضوع وأهميته وأهدافه، كما تناول مشكلة البحث والأسئلة التي يطرحها والفروض التي يسعى لتحقيقها والمنهج الذي تم إتباعه في كتابة هذا البحث، كما شمل الدراسات السابقة ذات الصلة بموضوع البحث، وتطرق لمساهمة البحث في الفكر الإنساني، وذلك من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: مقدمة البحث وأسباب اختيار الموضوع وأهميته وأهدافه.

المبحث الثاني: مشكلة البحث وأسئلته وفروضه ومنهجه.

المبحث الثالث: حدوده ووسائله ومصطلحاته.

المبحث الرابع: الدراسات السابقة ومساهمة البحث في الفكر الإنساني.

المبحث الأول

مقدمة البحث وأسباب اختيار الموضوع وأهميته وأهدافه

المطلب الأول: المقدمة
المطلب الثاني: أسباب اختيار الموضوع
المطلب الثالث: أهمية البحث
المطلب الرابع أهداف البحث

المطلب الأول: المقدمة

إن لكل بحث أساسياته، وأساسيات هذا البحث لا تخرج عن أساسيات أي بحث آخر لذلك قدمت الفصل الأول كما هو عليه الحال في هذا البحث.

فبدأ هذا البحث بتعريف التحكيم في الفقه والقانون، وأنواعه ومزاياه، وتميزه عن الأنظمة المشابهة له، وذلك للوقف على مفهوم التحكيم بصورة شمولية لتحسس مدخل لعنوان البحث، وهو التراضي في مشارطة التحكيم، ومفهومها فقهاً وقانوناً، ومشتملات المشارطة وطبيعتها القانونية، والاسترسال في فكرة الالتزام التعاقدي، الرضا، والأهلية، محاولة منا للوقف على جوهر الرضا في التحكيم بصورة عمومية ومشارطة التحكيم بصورة خاصة، والمقارنة بشكل أساسي بين الفقه الإسلامي والقانون بالعموم، والتركيز على أثر التراضي الممتد إلى صحة عقد المشارطة وأثرها على بطلان العقد من عدمه وذلك بالتعرض الشروط الموضوعية لمشارطة التحكيم، وذلك فيما يتعلق بالمسائل الخاصة بأطراف التحكيم، وما يتعلق بالمسائل الخاصة بموضوع التحكيم.

ثم طرحنا فكرة لو رفض أحد أطراف النزاع التوقيع على مشارطة التحكيم ما هو المخرج القانوني والأثر لذلك، وناقشت كذلك موضوع عدم الدفع أتعاب المحكمين، والمصروفات التحكيم.

وكذلك ناقشت الشروط الموضوعية لمشارطة التحكيم والتدخل والضم في مشارطة التحكيم.

المطلب الثاني: أسباب اختيار الموضوع:

أسباب اختيار لهذا الموضوع متعددة منها:

١/ بعد مناقشة جميلة وعميقة وممتدة في خلال الكورس النظري، مع العالم العلامة د. موسى محمد علي التي كان المحاور التي تعرض لها جزاه الله عنا الخير وعن طلابه أجمعين وهي مفهوم الالتزام وانعكاسه على التعاقد وتناول الأهلية بطبيعة الحال فكان مرشداً لي لمحاولة إسقاط ذلك على مفهوم مشارطة التحكيم.

٢/ من الحياة العملية نجد أن هنالك إشكاليات متعلقة بمسألة تهرب أحد أو كل من أطراف النزاع عن دفع مصاريف التحكيم وأتعاب المحكمين والتعامل معها بعقلية الجودية.

٣/ ومن أهم أسباب الخاصة تحقيق مكانة علمية كنت ومازلت أحلم بها.

٤/ اختيار هذا الموضوع لما له أهمية لمكانته في مسيرة التحكيم وللخصوصية التي ينفرد بها من حيث انعقاده والآثار المترتبة عليه.

٥/ إثراء المكتبات القانونية والوطنية بالموضوعات التي لم يتم التطرق لبحثها.

٦/ الرغبة والفضول في موضوع البحث ولتفرده.

المطلب الثالث: أهمية البحث:

للبحث أهمية علمية وعملية تتلخص في الآتي:

١/ أهمية الالتزام في العقود الرضائية.

٢/ أهمية مشارطة التحكيم وأثرها على التحكيم بصورة كلية.

٣/ الأهلية وموقف القانون السوداني منها والتعارض والتضارب بين النصوص.

٤/ الرضا هو جوهر العقد وبصحته تتحقق الغاية من العقد.

المطلب الرابع: **أهداف البحث**:

يهدف البحث إلى الآتي:

١/ بيان مفهوم ومضمون التحكيم بشكل عام ومشارطة التحكيم.

٢/ توضيح أهمية مشارطة التحكيم وطبيعتها القانونية.

٣/ التميز بين اتفاق التحكيم ومشارطة التحكيم وشرط التحكيم.

٤/ توضيح أهمية صحة الرضا في مشارطة التحكيم.

٥/ بيان إجراءات التحكيم والاجتهاد القضائي الموجود في المحاكم.

٦/ توضيح أثر بطلان المشارطة على التحكيم.

٧/ توضيح مفهوم الالتزام وأثره في العقود الرضائية.

٨/ دور المحكمة المختصة في حالة عدم توقيع أحد أطراف النزاع على مشارطة التحكيم.

٩/ دور المحكمة المختصة في حالة عدم سداد أحد أطراف النزاع على أتعاب ومصاريف التحكيم.

المبحث الثاني

مشكلة البحث وأسئلته وفروضه ومنهجه

المطلب الأول: مشكلة البحث
المطلب الثاني: أسئلة البحث
المطلب الثالث: فروض البحث
المطلب الرابع: منهج البحث

المطلب الأول: مشكلة البحث:

تتلخص مشكلة البحث في الآتي:

تكمن مشكلة البحث في عدم تناول قانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م مسألة الرضائية كركن يجب توافره في مشارطة التحكيم، وكذلك الخلط بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، وعدم توضيح أثر بطلان مشارطة التحكيم.

كما لم يتناول المشرع السوداني في قانون التحكيم إمكانية التدخل والضم في دعوى التحكيم وأثر ذلك على مشارطة التحكيم. أسند المشرع ضابط الأهلية في قانون التحكيم إلى القوانين الوطنية، لم يتناول المشرع السوداني دور المحكمة في حالة عدم التوقيع على مشارطة التحكيم لأحد أطراف النزاع ودور المحكمة في حالة عدم دفع أحد الأطراف أو كلاهما أتعاب المحكمين ومنصرفات جلسات التحكيم.

المطلب الثاني: أسئلة البحث:

يثير البحث مجموعة من الأسئلة والاستفهامات التي تتطلب جهداً لإيجاد حلولاً كافية وإجابات شافية، وعلى ضوء ما تقدم أن أسئلة البحث تتمثل في الآتي:

١/ لماذا لم يتناول قانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م مسألة الرضائية كركن يجب توافره في مشارطة التحكيم؟

٢/ لماذا لم ينص المشرع السوداني وعلى التميز بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم؟

٣/ هل وضح المشرع السوداني أثر بطلان مشارطة التحكيم؟

٤/ ما هو موفق المشرع السوداني في قانون التحكيم إمكانية التدخل والضم في دعوى التحكيم وأثر ذلك على مشارطة التحكيم؟

٥/ لماذا أسند المشرع ضابط الأهلية في قانون التحكيم إلى القوانين الوطنية رغم التعارض بينهم؟

٦/ ما هو دور المحكمة في حالة عدم التوقيع على مشارطة التحكيم لأحد أطراف النزاع؟

٧/ ما هو دور المحكمة في حالة عدم دفع أحد الأطراف أو كلاهما أتعاب المحكمين ومنصرفات جلسات التحكيم؟

المطلب الثالث: فروض البحث:

يفترض الباحث الآتي:

١/ بما أن الرضا في مشارطة التحكيم يقوم على أساس القاعدة الذهبية "سلطان الإرادة" في العقود.

٢/ للأهلية ضوابط وثوابت حاسمة في صحة الرضا.

٣/ يوجد تجاهل ملحوظ في طبيعة القانونية لمشارطة التحكيم مما أدى لوجود تضارب وقصور في الإجراءات.

٤/ يوجد خلط وعدم توضيح الفرق في مفهوم التحكيم لدى المشرع السوداني بين المشارطة والشرط.

٥/ قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م لم يتناول عيوب الإرادة.

٦/ إن هنالك تعارض وتضارب ملحوظ في قواعد وضوابط الأهلية في القوانين الوطنية.

٧/ عدم الإشارة إلى تدخل أو ضم أحد الأطراف في قانون التحكيم.

٨/ هنالك عدم وضوح من قبل المشرع في حالة رفض أحد الأطراف التوقيع على المشارطة.

٩/ لا يوجد نص صريح في حالة رفض أحد الأطراف دفع رسوم التحكيم.

المطلب الرابع: **منهج البحث**:

أعتمد لهذا البحث الأدوات والوسائل التالية:

- المنهج المقارن ومكوناته الأربعة (الوصف – التحليل – الاستقراء – الاستنباط)
- الخطوات المتبعة:

أ/ جمع ورصد الحقائق والمعلومات المتمثلة في النصوص الفقهية والقانونية مع المضاهاة بينهم.

ب/ دراسة كل من مصادر الالتزام والرضا والأهلية وعيوبها ونظام التحكيم ومشتملات مشارطة التحكيم.

المبحث الثالث

حدود البحث ووسائله ومصطلحاته

المطلب الأول: حدود البحث
المطلب الثاني: وسائل البحث
المطلب الثالث: مصطلحات البحث

المطلب الأول: **حدود البحث**:

للبحث حدود زمانية ومكانية وموضوعية:

الزمانية: خلال ٢٠٢٠م – ٢٠٢٢م.

المكانية: جمهورية السودان.

الموضوعية: دراسة التراضي في مشارطة التحكيم وفقاً لقانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م، وحدوده الموضوعية النصوص الشرعية والقانونية وآراء الفقهاء والاتفاقيات الدولية التي تناولت الموضوع بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

المطلب الثاني: **وسائل البحث**:

يعتمد على العديد من الوسائل:

١/ المصادر الرئيسية والمراجع الأولية والبحوث المتخصصة.

٢/ الكتب القانونية.

٣/ مواقع الإنترنت الغنية بالتخصص.

المطلب الثالث: **مصطلحات البحث**:

قانون التحكيم: المقصود قانون التحكيم السوداني ٢٠١٦م.

المشارطة: المقصود بها مشارطة التحكيم.

المحكمة: المقصود بها المحكمة المدنية في دائرة الاختصاص.

التراضي: المقصود به الرضا في العقود.

المبحث الرابع
الدراسات السابقة ومساهمة البحث في الفكر الإنساني

المطلب الأول: الدراسات السابقة

المطلب الثاني: مساهمة الباحث في الفكر الإنساني

المطلب الأول: الدراسات السابقة:

الدراسة الأولى: بعنوان: التحكيم ودوره في تسوية المنازعات المدنية والتجارية، إعداد الطالب/ الحاج مبارك الحاج سعيد، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في القانون قدمت الدراسة لجامعة الزعيم الأزهري، السودان، ٢٠١٠م

تناولت الدراسة الموضوع في فصل تمهيدي وثلاثة فصول أخرى: في الفصل التمهيدي تحدث عن مفهوم التحكيم ومزاياه وذلك في مبحثين. وفي الفصل الأول تحدث عن اتفاق التحكيم في القانون السوداني والمواثيق الدولية والقانون الواجب التطبيق. وفي الفصل الثاني تناول فيه قابلية التحكيم في التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية والإجراءات المتبعة، وتحته مبحثان. أما الفصل الثالث والأخير تطرق فيه إلى الطعن في قرار التحكيم وتنفيذه، وفيه مبحثان.

أوجه الاتفاق والاختلاف:

تتفق هذه الدراسة مع الدراسة الحالية في كون التحكيم يتمتع بمزايا عدة في مجال فصل المنازعات المدنية وتتمثل في سرعة الإجراء وبساطته ورضا الأطراف وغيرها من المزايا، وتختلف معها في كون الدراسة لم تتطرق لمشارطة التحكيم بصورة واضحة وهو المرتكز الأساسي لإجراءات التحكيم.

الدراسة الثانية: بعنوان: التحكيم ودوره في حل المنازعات المدنية (دراسة مقارنة)، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في القانون، إعداد الطالب/ محمد علي محمد الحسن، قدمت الدراسة لجامعة الزعيم الأزهري، السودان، ٢٠١٤م:

تناولت الدراسة الموضوع في ثلاثة فصول: الفصل الأول هو مفهوم وطبيعة التحكيم، وتحته مبحثان، الفصل الثاني هو القانون الواجب التطبيق والإجراءات المتبعة على أحكام التحكيم، وفيه مبحثان، الفصل الثالث هو

أحكام التحكيم وقابلية للطعن والبطلان وحجيتها والاعتراف بها وتنفيذها في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية وفيه ثلاث مباحث.

أوجه الاتفاق والاختلاف:

تتفق هذه الدراسة مع الدراسة الحالية في كون التحكيم إحدى الوسائل الناجحة لتسوية القضايا الناشئة عن القضايا المدنية، وتختلف معها بأنها لم تتحدث عن مشارطة التحكيم بصفة خاصة.

الدراسة الثالثة: بعنوان: مشارطة التحكيم، بحث اجتياز دبلوم القانون الخاص، إعداد الطالب/ إيمان أبو القيط، قدمت الدراسة لكلية الحقوق، جامعة المنصورة لسنة ٢٠٠٨م/ ٢٠٠٩م:

تحدثت عن ماهية مشاركة التحكيم وفق القانون المصري والتعريف وطبيعة المشارطة والتمييز بين المشارطة وشرط التحكيم وفي الفصل الثاني تناولت بطلان مشارطة التحكيم والأسباب الخاصة لبطلان مشارطه التحكيم. سرد بصورة واضحة ومختصره منظور القانون المصري في مشارطة التحكيم وأجاب على ما سبق تتفق الدراستان على موضوع المشارطة.

أوجه الاختلاف:

وتختلف بأن الباحث لم يفطن للمضاهاة بالفقه الإسلامي وحصر الأمر في القانون المصري بينما أساس دراستي تعتمد على المقارنة على ضوء الفقه الإسلامي والقانون الوطني السوداني. استفدت من الدراسة أعلاه إطلاعي على القانون المصري.

الدراسة الرابعة: بعنوان: اتفاق التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في القانون، إعداد الطالبة/ إنعام إبراهيم المزمل مختار، قدمت الدراسة لجامعة الزعيم الأزهري، السودان، ٢٠١٢م.

تناولت الدراسة الموضوع في خمسة فصول: الفصل التمهيدي وتناولت فيه ماهية التحكيم وفيه ثلاثة مباحث. وتحدثت في الفصل الأول لاتفاق التحكيم، وفيه أربعة مباحث، والفصل الثاني أركان اتفاق التحكيم وشروط صحته وفيه مبحثان، والفصل الثالث آثار اتفاق التحكيم وشروط صحته وفيه أحكام التحكيم وقابلية للطعن والبطلان وحجيتها والاعتراف بها وتنفيذها في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية وفيه ثلاث مباحث.

أوجه الاتفاق والاختلاف:

تتفق هذه الدراسة مع الدراسة الحالية في كون التحكيم إحدى الوسائل الناجحة لتسوية القضايا الناشئة عن القضايا المدنية، وتختلف معها بأنها لم تتحدث عن مشارطة التحكيم بصفة خاصة.

الدراسة الخامسة: بعنوان: شرط التحكيم في العقود التجارية الدولية (دراسة مقارنة)، بحث في القانون، إعداد الطالب/ بنان أحمد البياري، المشرف/ الدكتور فياض القضاة، قدمت الدراسة لكلية الحقوق، الأردن، ٢٠٠٩م:

هذه الدراسة أشارت إلى أن اتفاق التحكيم والذي يجنب أطرافه سلبيات القضاء العادي من بطء في إجراءات الدعوى وإطالة أمد التقاضي وتجنب علانية الجلسات القضاء فضلاً عن تجنب مشاكل تنازع القوانين والاقتصاد في النفقات والوقت والجهد لذا فهو يعد الوسيلة المثلى لفض ما ينشأ من منازعات.

وأن هذه الدراسة لهذا الكيان القانوني لشرط التحكيم هو مسألة أساسية تظهر جوهرة عملية التحكيم من حيث أهميته وتمييزه عن المشارطة التحكيم وتكيفه وطبيعته ومدى استقلاله عن العقد الأصلي ويعود إلى التساؤل حول إمكانية اعتبار شرط التحكيم عقد كامل قادر بذاته على تحريك إجراءات التحكيم أو حول مصير العقد الذي علق على شرط واقف النفاذ، إذاً للشرط أهمية بالغة لذا أعطيت للدول تعديل ضمانات لحماية هذا

الاتفاق وكان من بينها كتابة شرط التحكيم، ورتبت على عدم كتابة هذا الشرط بطلان اتفاق التحكيم ومن ثمّ تعرضت إلى حالة سقوط اتفاق التحكيم بانتهاء مدته.

أوجه الاتفاق والاختلاف:

تتفق هذه الدراسة مع دراستي على أهميه التحكيم في حل المنازعات، وتختلف هذه الدراسة مع أن دراستي تناولت على وجه الخصوص مشارطة التحكيم والرضائية. استفدت من هذه الدراسة الإطلاع بصوره أوضح على المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الأردني.

الدراسة السادسة: بعنوان: ولاية القضاء على التحكيم، إعداد الطالب/ علي سالم إبراهيم، رسالة دكتوراه، قدمت لجامعة عين شمس، مصر، ١٩٩٥م:

هدفت هذه الدراسة إلى تحديد فكرة التحكيم ووظيفته في الحياة القانونية، وكيفية تلاقيها مع فكرة القضاء ودوره في تحقيق الفاعلية للتحكيم من خلال المساعدة في إفراز حكم التحكيم ودور القضاء في مراقبة التحكيم، كما هدفت الدراسة إلى تأصيل النظرية القضائية للتحكيم ودور القضاء في مراقبة التحكيم، سواء أثناء سير الخصومة التحكيم ودور القضاء في مراقبة التحكيم، سواء أثناء سير الخصومة التحكيم أو عند الطعن في أحكام التحكيم أو عند طلب أمر تنفيذ حكم التحكيم.

أوجه الاتفاق والاختلاف:

وتتفق هذه الدراسة مع البحث فيما يتعلق بتأصيل النظرية القضائية وولاية القضاء على عمل المحكم قبل وبعد صدور حكم التحكيم.

ويختلف أن بحثي تناول التراضي ومشارطة التحكيم مفهوماً وتوضيح الفرق بين شرط التحكيم.

المطلب الثاني: مساهمة الباحث في الفكر الإنساني:

أهتم الباحث في إضافة قيمة علمية جديدة وعملية على المستوى الوطني حيث يتطرق إلى موضوع مهم من موضوعات التحكيم ألا وهو التراضي في مشارطة التحكيم ونحاول السير والتوسع وتأصيل المفهوم وفق الفقه الإسلامي ومناقشة الرضائية وسلطان الإرادة وأثرهما على صحة العقد من عدمه.

حيث عرف المشرع الوطني مشارطة التحكيم (يقصد بها الاتفاق الذي تعده هيئة التحكيم بالاتفاق مع طرفي النزاع ويوقعا عليه، ويتضمن إجراءات التحكيم، ومدته ولغته ومقره وأتعاب التحكيم، وأي مسألة أخرى يُرى تضمينه)[١].

وأما في تعريف اتفاق التحكيم (يقصد به كل اتفاق يتعهد فيه طرفا النزاع بعرض منازعاتهم للفصل فيها عن طريق التحكيم، أو كل اتفاق لاحق لإحالة النزاع القائم للتحكيم)[٢].

نلاحظ أن المشرع تحدث عن مشارطة التحكيم ولم يتكلم عن شرط التحكيم ومن خلال القانون التحكيم السوداني ٢٠١٦م واستخدم مفهوم اتفاق التحكيم مرة مع مشارطة التحكيم وأخرى مع شرط التحكيم، وهذا ما سوف نتعرض بتفصيل في الفرق بين مشارطة التحكيم وشرط التحكيم، وكذلك تجلت أهمية مشتملات المشارطة التحكيم وأثر الرضا والتراضي في صحة المشارطة التي لم يسبق التطرق إليها بصورة تفصيلية ومحاولة للوقف على أهمية الرضا وخلو الإرادة من عيوب الإرادة التي يمكن أن تخل بصحة مشارطة التحكيم التي هي عقد بالقول الصريح للمشرع السوداني ولذلك ما

---

[١] المادة (٤) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م.

[٢] نفس المادة السابقة.

هو معتمد على فكرة حرية سلطان الإرادة التي هي حجر الزاوية لقيام العقود الرضائية، ولتأكيد أهمية هذه الدراسة على الصعيد الوطني والعالمي، ما صدر بتاريخ الحادي عشر من نوفمبر سنة ٢٠٢٢م حيث أقر الكونجرس الأمريكي يوم الخميس تشريعاً من شأنه أن يسمح للأشخاص الذين تعرضوا للتحرش الجنسي في مكان العمل بالذهاب إلى المحكمة، التي أدت إلى محاسبة وطنية بشأن الاعتداء الجنسي، مشروع القانون بأثر رجعي، يلغي لغة التحكيم في العقود الوطنية ويفتح الباب أمام إجراءات قانونية جديدة للمتورطين يحظر الإجراء، الذي من المتوقع أن يوقعه الرئيس جو بايدن، عقود العمل من إجبار الناس على تسوية قضايا العنف الجنسي أو الاغتصاب من خلال التحكيم وليس من خلال المحاكم. التحكيم هو عملية غالباً ما تفيد أصحاب العمل وتمنع انتشار ادعاءات سوء السلوك، مشروع القانون بأثر رجعي، يلغي لغة التحكيم في العقود الوطنية ويفتح الباب أمام إجراءات قانونية جديدة للمتورطين[١].

وذلك بإشارة واضحة على أهمية عدم السماح للشركات الطرف القوي المتنفذ على أن تستخدم التحكيم على العاملين لديها بحسب العقود المبرمة بينهم على عدم السماح لهم بالتوجه إلى المحاكم في حالة تعرضهم إلى انتهاكات جنسية من تحرش إلى اعتداء من أرباب العمل وإلزامهم بالتحكيم لدى محكم خارجي وكذلك تحرمهم من قدرتهم على التوصل إلى أدلة تثبت حقيقة ما وقع عليهم من اعتداء مثل تسجيل كاميرات المراقبة الداخلية والشهود من العاملين، وهذا ما أشارت إليه عضو مجلس الشيوخ ووصفتها السناتور الديمقراطية كيرستن جيليبراند، التي قادت هذه الجهود،

---

[١] الكونغرس الأمريكي يضيق على قدرة الشركات على التستر على المضايقات، انظر الموقع الإلكتروني: https://www.dialoguecentre.org ، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/٢/١١م الساعة: ١٢:٢٠ ظهراً.

بأنها "أحد أهم إصلاحات مكان العمل في التاريخ الأمريكي"، وإضافة "إن عملية التحكيم سرية ومنحازة وتحرم الناس من حقهم الدستوري الأساسي: ذات يوم في المحكمة"، وقالت "الناجيات من التحرش الجنسي أو التحرش في مكان العمل لن يظهرن بعد الآن ولن يتم منعهن قانونياً من مقاضاة أرباب عملهن لأن عقود عملهن تحتوي على شرط التحكيم الإلزامي"[1].

وهذا أحدث دليل على أهمية التراضي في التحكيم بصورة شاملة واضحة وأتمنى على المشرع الوطني الأخذ بها وما هو ما فعله المشرع الأمريكي، ونهدف من خلال هذا البحث بعد الوقف على الرضا وعيوب الإرادة الأهلية أن كشف القصور المحيط بالتحكيم ومشارطة التحكيم، تناولت موضوع التحكيم كوسيلة لحل النزاعات وبيان أهدافه ومميزاته، وتميز بصورة مبسطة بين المشارطة التحكيم وشرط التحكيم.

والتكيف الشرعي والقانوني لمشارطة التحكيم على أنها عقد إجرائي ارتضاه طرفا النزاع ويطبق عليهما فهو بذلك عقد رضائي وتنطبق عليه جميع أحكام العقود المستمدة من القاعدة الذهبية "حرية سلطان الإرادة".

---

[1] المرجع نفسه.

الفصل الثاني

تعريف التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون
ومشروعيته وأنواعه ومزاياه وتمييزه عن الغير

المبحث الأول: تعريف التحكيم ومشروعيته.
المبحث الثاني: أنواع التحكيم في الفقه الإسلامي.
المبحث الثالث: مزايا التحكيم.
المبحث الرابع: تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له.

الفصل الثاني
تعريف التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون
ومشروعيته وأنواعه ومزاياه وتمييزه عن الغير

تمهيد وتقسيم:

يتناول هذا الفصل تعريف التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون ومشروعيته في الإسلام وأنواع التحكيم ومزايا التحكيم، وذلك للوقف على مغزى مفهوم التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون ومدى مشروعيته في الإسلام وأنواع التحكيم ومزايا التحكيم، تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له، وذلك أهمية التحكيم لأنه القاعدة الأساسية لهذه الدراسة من حيث الفهم الصحيح والفاحص للتحكيم يسهل تناول موضوعي التراضي في مشارطة التحكيم بصورة جليه وواضحة منع للتشابه خاصة الفرق بين مشارطة التحكيم وشرط التحكيم، وترتيباً على ما سبق فقد تم تقسيم هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: تعريف التحكيم ومشروعيته.

المبحث الثاني: أنواع التحكيم في الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: مزايا التحكيم.

المبحث الرابع: تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له.

المبحث الأول

تعريف التحكيم ومشروعيته

المطلب الأول: تعريف التحكيم في اللغة والفقه الإسلامي ومشروعيته

المطلب الثاني: تعريف التحكيم في القانون

المطلب الثالث: مشروعية التحكيم

المطلب الأول: تعريف التحكيم في اللغة والفقه الإسلامي ومشروعيته:

الفرع الأول: تعريف التحكيم في اللغة:

التحكيم في اللغة يأتي من المصدر (حَكّمَ) من باب التفعيل بتشديد الكاف مع الفتح، وفتح كل من الحاء والميم، فلان في الشيء والأمر جعله حَكماً[١].... (حَكّمَ)، و(حكمه في الأمر) أي فوض إليه الحكم فيه، (واستحكم فلان في مال فلان) إذا جازه في حكمه[٢]..

(وحكموه بينهم) أي أمروه أن يحكم، ويقال (حكمنا فلاناً فيما بينا) أي أجزنا حكمه، (وحكموه فيما بينهما) أي جعلوه حكماً في الأمر[٣]، و(حاكمته إلى الحاكم) أي خاصمته إليه ودعوته لحكمه[٤].

وقد ورد ذكر التحكيم في القرآن الكريم في مواضع متعددة منها على سبيل المثال:

قوله عز وجل: (فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)[٥].

وقوله عز وجل: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا)[٦].

---

[١] مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، رقم الإيداع ٤٥٤٥/١٩٨٠م، دار التحرير للطبع والنشر، مطابع شركة الإعلانات الشرقية، مصر، ص: ١٦٥.

[٢] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م ، ص: ٩٨٤.

[٣] محمد بن مكرم الشهير بابن المنظور، لسان العرب، دار المعارف، بيروت، (د. ت)، ص: ٩٥٢.

[٤] أبي منصور محمد بن أحمد الأزهري، تهذيب اللغة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠١م، ص: ٩٥٣.

[٥] سورة النساء، الآية: ٦٥.

[٦] سورة النساء، الآية: ٣٥.

وبهذا يكون مفهوم التحكيم في اللغة هو تفويض الغير وتوليته في شأن محدد وأمر معين، ولذلك ينحصر التعريف اللغوي على التعريف المعنوي له (التفويض والتولية).

الفرع الثاني: تعريف التحكيم في الفقه الإسلامي والمشروعية:

أ/ مشروعية التحكيم في القرآن الكريم:

تكرر لفظ (حكم) ومشتقاته في القرآن الكريم ومنها القضاء بين الناس بالفصل في منازعاتهم بالقسط لقوله عز وجل: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا)[1].

وفي مخاطبته لسيدنا محمد صلى الله عليه وسلم والتوجه له بالبيان والحكم في الاختلافات حول الإله والكون والمبدأ والمصير في قوله: (إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا)[2].

وقوله عز وجل: (فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)[3].

وعرف السادة أصحاب المذاهب الأربعة التحكيم بالآتي:

حيث عرفه السادة المالكية: (أن الخصمين إذا حكم بينهما رجلاً وارتضاه لأن يحكم بينهما جاز)[4].

---

[1] سورة النساء، الآية: ٥٨.

[2] سورة النساء، الآية: ١٠٥.

[3] سورة النساء، الآية: ٦٥.

[4] إبراهيم بن علي بن فرجون المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، المطبعة العامرية الشرقية، مصر، ١٣٠١هـ، ص: ٤٣.

والسادة الشافعية: (هو أن يتخذ الخصمان رجلاً من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه)[١]. أما السادة الحنابلة: (إذا تحاكم رجلان إلى رجل ثالث وحكماه بينهما ورضيا حكمه وكان مما يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز)[٢]، والسادة الأحناف: (تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما)[٣]، وذكرت مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٧٩٠): (هو اتخاذ الخصمين حاكماً برضاهما ليفصل في خصوماتهما ودعواهما)[٤].

ب/ مشروعية التحكيم في السنة النبوية الشريفة:

ما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه قال: نزل أهل قريضة على حكم سعد بن معاذ رضي الله عنه فأرسل النبي صلى الله عليه وسلم إلى سعد فأتى، فلما دنا من المسجد، قال للأنصار: قوموا إلى سيدكم أو خيركم فقال: هؤلاء نزلوا على حكمك، فقال: يقتل مقاتلوهم وتسبى ذراريهم، قال: قضيت بحكم الله. وربما بحكم الملك[٥]، ففيه دلالة على مشروعية التحكيم فقد أقر النبي صلى الله عليه وسلم نزول بني قريضة على مشروعية التحكيم فقد أقر النبي صلى الله عليه وسلم نزول بني قريضة على حكم سعد بن معاذ[٦].

---

[١] أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي، أدب القاضي، مطبعة العاني، بغداد، العراق، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م، ص: ١١٥.

[٢] موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة بن مقدام العدوي القرشي المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، الجزء الحادي عشر، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ، ص: ٤٨٤.

[٣] محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، المعروف بابن عابدين الدمشقي الحنفي، حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار، ج٥، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق، (د. ت)، ص: ٥٧٣.

[٤] علي حيدر خواجة أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، بيروت، ١٩٩١م، ص: ٨٥٧.

[٥] أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، رياض الصالحين، تعليق وتحقيق: د. ماهر ياسين الفحل، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م، رواه البخاري ومسلم.

[٦] القصيمي صلاح أحمد محمد طه، عقد التحكيم وإجراءاته، المكتبة الوطنية، السودان، ٢٠١١م.

والمقصود من هذا أن الرسول صلى الله عليه وسلم قبل تحكيم سعد في بني قريظة حيث كان الحديث نصاً صريحاً على جواز التحكيم وإلا لما رضي بحكم سعد، وقبول الرسول صلى الله عليه وسلم أشبه بالإجماع على قرار تحكيم.

عن شريح بن هانئ عن أبيه هانئ إنه لما وفد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعهم وهم يكنون هائناً أبا الحكم، فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين، فقال: (ما أحسن هذا فما لك من الولد، قال: لي شريح وعبد الله ومسلم، قال: فمن أكبرهم. قال: شريح. قال: فأنت أبو شريح فدعا له ولولده)[1]، والدلالة من هذا الحديث أمتدح الرسول صلى الله عليه وسلم هائناً رضي الله عنه على ما جرى منه من الحكم بين قومه فدَّل ذلك على مشروعية التحكيم من السنة[2].

وعن حديث: "من حكم بين اثنين تراضيا به، فلم يعدل، فعليه لعنة الله"، ابن الجوزي في التحقيق، قال: ذكر عبد العزيز من أصحابنا من نسخة عبد الله بن جراد، فذكره، وتعقبه صاحب "التنقيح" فقال: هي نسخة باطلة؛ كما صرح هو به في "الموضوعات"، وبالغ في الحط على الخطيب، لاحتجاجه بحديث منها فيما مضى من كتاب "التحقيق"[3].

وتناولي لهذا الحديث لأنني وجدت بعض من استرشد بهذا الحديث في التحكيم، متناسين البحث عن مصدر الحديث ولو كان ظاهرياً يخدم خط البحث، لكن استشهادك بحديث باطل يهز من رصانة البحث، ومن الفوائد التي جنيتها في من هذا البحث، إنني اكتشفت حديث استشهد به كثير من الخطباء عن غضب أمنا عائشة رضي الله عنها من سيدي رسول الله صلى

---

[1] رواه أبو داؤد والنساء، وصححه الألباني.

[2] القصيمي صلاح أحمد محمد طه، عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص: ٢٤.

[3] تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، الموسوعة الشاملة، www.islamport.com، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/١٥م، الساعة ٨:٢٩ مساء.

عليه وسلم واحتكامهم لسيدي أبو بكر الصديق رضي الله عنه وحمدت الله عندما علمت بطلان هذا الحديث ((هل قالت عائشة للنبي صلى الله عليه وسلم يوماً: "اتَّقِ اللَّهَ، وَلا تَقُلْ إِلا حَقًّا"؟!

طرف الحديث: "حَدَّثَتْنِي عَائِشَةُ أُمُّ الْمُؤْمِنِينَ: "أَنَّهُ كَانَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَلامٌ، فَقَالَ لَهَا: (مَنْ تَرْضَيْنَ بَيْنِي وَبَيْنَكِ؟ أَتَرْضَيْنَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ؟)، "قَالَتْ: لا أَرْضَاهُ؛ عُمَرُ غَلِيظٌ"، ورد الشيخ محمد صالح المنجد أن هذا حديث منكر، وفي النسخة سقط، فعبد الوارث بن سعيد لم يسمع من عائشة رضي الله عنها حتى يقول: حدثتني عائشة.

فهو من أتباع التابعين، إنما روايته عن التابعين أمثال عبد العزيز بن صهيب وشعيب بن الحبحاب وأبي التياح وابن أبي عروبة، وكانت وفاته سنة ١٨٠، وقيل: ١٧٩))[١].

كان العرب يتحاكمون عند الرسول صلى الله عليه وسلم في الجاهلية قبل الإسلام فقد احتكموا عنده في وضع الحجر الأسود عند بناء الكعبة، فانتهى النزاع بحكمه، كيف ولا وهو سيد الخلق أجمعين.

ج/ مشروعية التحكيم في عصر الخلفاء الراشدين والإجماع:

حيث كان منهاج التحكيم يطابق بشكل كبير عصر الرسول صلى الله عليه وسلم، والفرق بينهما هو وجود النبي الذي كانت له السلطة الأخيرة للفصل في الأمور فقد انتقلت هذه السلطة إلى الخلفاء من بعده.

وربما من أهم القصص والأحداث التي تضمنت التحكيم هو ما جرى بين سيدنا علي بن أبي طالب ومعاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهما على الخلافة. حيث اختلف علي ومعاوية على الخلافة بعد مقتل عثمان بن عفان

---

[١] الشيخ محمد صالح المنجد، موقع الإسلام سؤال وجواب، https://islamqa.info/ar، تاريخ النشر: ٢٠١٦/١٠/٠١م، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/١٥م، الساعة ٩:٠٣ مساء.

رضي الله عنه وجرى بينهما مراسلات لم تثمر عن حل، وكانت هذه الأسباب ناتجة عن رفض معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنه إقالته من ولاية الشام والاشتباه فيه بأنه جزء من قتل عثمان بن عفان رضي الله عنه رغم براءته من ذلك، وسار أهل الكوفة إلى صفين إلى نهر الفرات بجيش وتقابلا بموقعة صفين ٣٧ هجري، وهنا تشاور معاوية مع عمرو بن العاص رضي الله عنهما في رفع المصاحف على الرماح ليوقفوا القتال، فلما رأى الناس المصاحف رُفعت قالوا: نُجيب إلى كتاب الله ونُنيب إليه، واتفقا على التحكيم بعد ذلك فاختار أهل الشام عمرو بن العاص واختار الأشعث وأهل العراق أبو موسى الأشعري واجتمع الحكمان على أن يكون حكم التحكيم هو جعل الأمر شورى بين المسلمين يختارون لأنفسهم من أرادوا ومن أحبوا، ومن عيوب هذا التحكيم هو أن عدد المحكمين كان زوجياً وليس وترا لتجنب المشاكل التي يثيرها عدد المحكمين وهو ما يوافق التحكيم في الإسلام ولكن يخالف مقابله الوضعي، وكان سياسياً تدخلت فيه الأهواء والأغراض الشخصية وهو ما يخرج من نطاق مبدأ الحياد والاستقلالية بالإضافة إلى مخالفته مبدأ الوترية في التحكيم، ولكن يبقى في نطاق التحكيم ما دام التحكيم صدر بالإجماع[١].

فقد حكا جملة من أهل العلم إجماع الصحابة – رضي الله عنهم – على جواز التحكيم. قال العيني رحمه الله: (إن الصحابة رضي الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم)، وقال السرخسي رحمه الله: (والصحابة مجمعون على جواز التحكيم)، وقال النووي رحمة الله: (أجمع العلماء على جواز التحكيم في أمور المسلمين، وفي مهماتهم العظام، ولم يخالف فيه إلاَّ الخوارج)[٢].

---

[١] نجلاء نجار، التحكيم في الإسلام ومقارنته مع التحكيم في القوانين الوضعية ٢٨ ديسمبر ٢٠١٨م، الحقوق http://arknowledge.net/articles/868، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/١٥م، الساعة ٩:٣٦ مساء.

[٢] القصيمي صلاح أحمد محمد طه، عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص: ٢٤.

المطلب الثاني: تعريف التحكيم في القانون:

أولاً: تعريف التحكيم في القانون السوداني:

ذكر قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م في تفسير القانون بالآتي:" يقصد به اتفاق طرفي النزاع في النزاعات ذات الطبيعة المدنية على إحالة ما ينشأ بينهما من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع قائم بينهم، ليحل من طريق هيئات أو أفراد يتم اختيارهم بإرادتهم واتفاقهم"[١].

من خلال هذا التعريف نجد أن المشرع الوطني أقتصر التحكيم على المنازعات المدنية، لذلك بالضرورة استبعد كل من المنازعات الإدارية أو الشخصية، كما أن التعريف أعلاهُ اقتصر التعريف على التحكيم الاختياري من دون التحكيم الإجباري.

وكذلك من الإخفاق الواضح أن المشرع قد منح المحكمة سلطة تقديرية في تعيين المحكم دون أن يشير إليها في متن المادة (٤) تفسير من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م.

وأتمنى من المشرع الوطني أن يتجه إلى إضافة "أو عن طريق المحكمة المختصة" وذلك بعد "هيئات أو أفراد يتم اختيارهم بإرادتهم واتفاقهم أو عن طريق المحكمة المختصة".

وذكر مولانا د. إبراهيم محمد أحمد دريج تعريف التحكيم بقوله: (لقد عرف القانون التحكيم بصورة واضحة وشاملة لأنه أساس الموضوع، فقد نص على أن التحكيم يقصد به اتفاق طرفي النزاع ذي الطبيعية المدنية (هنا إخراج للمنازعات ذات الطبيعية الجنائية والأسرية التي يحكمها قانون الأحوال الشخصية عدا تلك التي تتعلق بالملكية والمالية والتجارية) كما سبق أن بينا ذلك في معرض تعليقنا على أحكام المادة (٣) من هذا القانون، يتفق

---

[١] المادة (٤) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م.

هذان الخصمان بحر إرادتهم على حل النزاع الذي ربما ينشأ بينهما في المستقبل بشأن تنفيذ العقد أو المعاملة القائمة بينهما وكذلك الاتفاق على حل النزاع القائم بينهما بالفعل عن طريق التحكيم)[1].

وقد ذكر مولانا د. حاتم عبد الرحمن محمد حسن إبراهيم في تعليقه على نص المادة (٤) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م حيث قال: (ويتضح لنا مما تقدم الآتي:

أولاً: أن التحكيم يتم بإرادة الطرفين المتنازعين فليس لغيرهما أن يفرض عليهما اللجوء إلى التحكيم.

ثانياً: التحكيم عبارة عن اتفاق بين المتخاصمين، أي أنه عقد تسري عليه أحكام العقود.

ثالثاً: أن من يتولى الفصل في المنازعة طرف أجنبي عن المتنازعين هو المحكَّم أو المحكَّمون وله ولاية خاصة على المتنازعين، وأن حكمه أو حكمهم له ذات القوة التي لُحكم القاضي.

رابعاً: أن التحكيم حسم نزاعاً بين طرفين بغير القضاء)[2].

فنجد أن المشرع في إغفاله الطبيعية الإدارية أنه قصور أتمنى تداركه في التعديلات القادمة للقانون بحسب تطور الأشياء، ولكن اختلف مع الفريق الذي عاب على المشرع إغفال الطبيعة الشخصية وهم بذلك تناسوا أن السواد الأعظم من الشعب السوداني يقف تحت مظلة قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م المستمد من الفقه الإسلامي وأن المسائل التي ترد به لا تقبل التحكيم إلا في مواضع محدده إظهار الفقه الإسلامي

---

[1] د. إبراهيم محمد أحمد دريج، شرح قانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م مع عرض حلول لإشكالات التطبيق العلمي، الدار السودانية للكتب، المركز السوداني للتوفيق والتحكيم، الطبعة الثانية، ٢٠١٧م، ص: ١٥.

[2] د. حاتم عبد الرحمن محمد حسن إبراهيم، المشاكل القانونية وتطبيقاتها في التحكيم، ج١، المكتبة الوطنية أثناء النشر، السودان، الخرطوم، ط١، ١٤٣٧هـ ٢٠١٦م، ص: ١٨ – ١٩.

تتعلق في إصلاح ذات الشأن في مسائل الطلاق، حيث ذكر التحكيم في قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م في النص الآتي:

(((١) إذا لم يثبت الضرر واستمر الشقاق بين الزوجين وتعذر الإصلاح وعادت الزوجة بعد ثلاثة أشهر لطلب التطليق فيعين القاضي حكمين من أهلهما، إن أمكن وإلا فمن يتوسم فيهما القدرة على الإصلاح.

(٢) يحلف القاضي الحكمين اليمين على أن يقوما بمهمتهما بعدل وأمانة ويحدد لهما مدة التحكيم))[١].

ولكن ترك الباب مشروع للتحكيم في مسائل شرعية تكون نتائجه غير محمود العواقب، وكذلك في المسائل والدعاوى الحدود والجنائيات فلذلك أدعم موقف المشرع في هذه النقطة.

أما بخصوص أن التحكيم اختياري والتحكيم الإجباري صحيح أن التحكيم في غايته الأساسية هو اختياري بين أطراف النزاع ويكون تدخل المحكمة تدخل طارئ وليس أصيل في فلسفة الغاية من التحكيم ويظهر ذلك بوضوح في الاستعانة بالمحكمة في النص التالي: ((يجوز لأي من طرفي النزاع أن يطلب من هيئة التحكيم، إعلان أي شاهد لسماعه في الدعوى أو أي جهة لتقديم بينات، وعلى هيئة التحكيم إذا رأت ضرورة لذلك، أن تطلب من المحكمة المختصة إعلان ذلك الشاهد أو مخاطبة تلك الجهة للحصول على البينات أو الإطلاع عليها، وللمحكمة أن تنفذ هذا الطلب وتتخذ الإجراءات اللازمة عند عدم تنفيذ ذلك في حدود سلطاتها))[٢]. حيث أن هيئة التحكيم هي التي تطلب من المحكمة، وهذا ما يسوقنا إلى أن دور المحكمة دور كاشف للتحكيم وليس منشئ له.

ثانياً: تعريف التحكيم في القانون المصري:

---

[١] المادة (١٦٣) من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين السوداني لسنة ١٩٩١م.

[٢] المادة (٢٨) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م.

حيث عرفه المشرع المصري كالآتي: "... في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتها الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم، بمقتضى اتفاق الطرفين، منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك..."[١].

وعرف القضاء المصري التحكيم إلى ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية المصرية إلى أن التحكيم هو ((عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الغير يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحدد أنها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار قاطع لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلياً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية))[٢].

وبذلك نجد القضاء المصري استكمل تعريف المشرع المصري لمفهوم التحكيم، حيث أن المشرع المصري لم يعرف التحكيم وإنما عرف اتفاق التحكيم، وهو بذلك يتمشى مع مفهوم القانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م.

ثالثاً: تعريف التحكيم في القانون السعودي:

"....١- اتفاق التحكيم: هو اتفاق بين طرفين أو أكثر على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما في شأن علاقة نظامية محددة، تعاقدية كانت أم غير تعاقدية، سواءً أكان اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد، أم في صورة مشارطة تحكيم مستقلة..."[٣]، ونجد أن القانون السعودي لم يعرف التحكيم وإنما عرف اتفاق التحكيم أيضاً.

---

[١] المادة (١/٤) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م.

[٢] حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، جلسة ٢٠٠٣/٥/١١م في القضية رقم (٣٨٠) أشار إليه د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية والدولية، دار المعارف للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٤م، ص: ١٢.

[٣] المادة (١/١) من نظام التحكيم السعودي ١٤٣٣هـ، مرسوم ملكي رقم م/٣٤ بتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤هـ.

المطلب الثالث: مشروعية التحكيم:

التحكيم جائز ومشروع في جملته بدلالة الكتاب والسنة والإجماع من ذلك ما يلي:

الفرع الأول: مشروعية التحكيم في القرآن الكريم:

لقد ذكر د. القصيمي صلاح أحمد محمد طه: (لقد اختلف فقهاء التحكيم في الاستدلال بآيات القرآن وانقسموا إلى فريقين فريق استدل بالآية (٣٥) من سورة النساء وهي آية الشقاق قال تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا).

واعتبروها سند التحكيم ومشروعيته من القرآن. فالآية صريحة في الدلالة على جواز التحكيم ومشروعيته بين الزوجين عند الشقاق وكذلك سائر الخصومات فللخصمين أن يحكِّما برضاهما ثالثاً ليفصل بينهما.

أما الفريق الثاني استدل بالآية (٦٥) من سورة النساء وهي آية الاحتكام إلى الرسول صلى الله عليه وسلم قال تعالى: (فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)، وتفسير الآية (فلا وربك أي تعالى بنفسه الكريمة المقدسة أنه لا يؤمن أحد حتى يحكم الرسول صلى الله عليه وسلم في جميع الأمور فما حكم به فهو الحق الذي يجب الانقياد له باطناً وظاهراً)، أما الآية الثانية من الآيات الخاصة بالرسول صلى الله عليه وسلم ومخاطب بها باعتباره رئيس الدولة الإسلامية ولم يختر فيها الخصمان قانون خاص ليحكم به الرسول الكريم كما في التحكيم وإنما حكم الرسول الكريم بالكتاب والسنة، وبالتالي فإن هذه الآية لا تصلح للاستدلال على التحكيم من القرآن الكريم. وآية الشقاق بالرغم من أنها محصورة على الأحوال الشخصية في حل

النزاع في إلاَّ أنها الأقرب إلى التحكيم ويمكن الاستدلال بها مع التحفظ على طبيعة النزاع. لكن هنالك آية من القرآن الكريم مقصود بها التحكيم ولكن كثراً من الفقهاء لم يأخذوا بها بالرغم من أنها أقرب الآيات إلى التحكيم بالفهم الحديث وهي آية التحكيم في جزاء قتل الصيد في الحرم قال تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هدياً بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياماً ليذوق وبال أمره عفا الله عما سلف ومن عاد فينتقم الله منه والله عزيز ذو انتقام) صدق الله العظيم، أما ما سوي آية الشقاق والصيد في الحرم فيراد بها إما العدل أو القضاء ولكن ليس التحكيم)[1].

أجد أن د. القصيمي صلاح أحمد محمد طه قد تحدث عن مشروعية التحكيم في القرآن الكريم بصورة جيدة ولكن لدي تعقيب في نقطتين:

أ/ أن آية الاحتكام إلى الرسول صلى الله عليه وسلم هي الأقرب إلى مشروعية التحكيم وتسبيب ذلك للقسم المغلظ من رب العزة جل جلاله بذاته العلية وذلك لأهمية الأمر وبيان أهمية الاحتكام إلى آلية التحكيم.

ب/ لا توجد أي مساوي في القرآن الكريم ولكن قصور الفهم البشري كفيل في التخبط بالاستنباط لقوله عز وجل: (إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ)[2].

نجد أن التحكيم حاز على مشروعية من القرآن الكريم والسنة النبوية المشرفة قبل البعثة وبعدها، ومن أخذ السادة الخلفاء الراشدين به، وإجماع الأمة إلا من الفئة الباغية (أي الخوارج)، وكنت تعرضت سابقاً إلى تعريف المذاهب الفقهية الأربعة لكلمة التحكيم وهو دليل على جواز الأخذ به لديهم.

---

[1] القصيمي صلاح أحمد محمد طه، عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص: ٢٣.

[2] سورة الحجر، الآية: ٩.

وهو بذلك جائز شرعاً ومقبول عقلاً والأخذ به ضرورة في العصر الحالي ففيه سعة للناس وتقصير لزمن التقاضي والإجراءات المتبعة في القضاء الحالي وسرية المنازعات وتخفيف عن كاهل القضاء وترسيخ لمبدأ سلطان الإرادة وولاية الخصمين على أنفسهم لحرية الاحتكام للغير.

مما سبق يري الباحث إن تعريف مفردة التحكيم تطابق بين المصطلح بين اللغوي والمصطلح الفقهي والقانوني بصورة كبيرة معناه لغة هو تفويض الغير بنظر النزاع ويسمى حكماً أو مُحكَّماً بتشديد الكاف مع الفتح أو محتكم إليه، ويدعى الخصوم محتكمين ومفرده محتكِم بكسر الكاف، كما يدعى المفوضون بنظر النزاع محكمون ومفرده مُحكَّما.

والفقه الإسلامي حدد مفهوم التحكيم بأنه تولية الخصوم لحكم ليفصل بينهم تتوافر به أهلية القضاء، وهذا ما نجده بوضوح في تعريفات الفقهاء حيث ارتكزت على أساس لغوي للمعنى الذي تتطابق مع المضمون فهم بذلك اعتبروا أن التحكيم هو تولية وتفويض لشخص ثالث يسمى محكماً يفصل في النزاع القائم بصفة قضائية ولو لم يكن قاضي في الأساس لكن تتوافر فيه أهلية القضاء، واهتم الفقه الإسلامي بتحديد مفهوم التحكيم بأنه تولية الخصوم لحكم ليفصل بينهم تتوافر به أهلية القضاء، وهذا ما نجده بوضوح في تعريفات الفقهاء حيث ارتكزت على أساس لغوي، للمعنى الذي تتطابق مع المضمون فهم بذلك اعتبروا أن التحكيم هو تولية وتفويض لشخص ثالث يسمى محكماً، يفصل في النزاع القائم بصفة قضائية ولو لم يكن قاضي في الأساس، ولكن تتوافر فيه أهلية القضاء. مما ذكر أعلاه نجد معناه لغة هو تفويض الغير بنظر النزاع ويسمى حكماً أو مُحكَّماً بتشديد الكاف مع الفتح أو محتكم إليه، ويدعى الخصوم محتكمين ومفرده محتكِم بكسر الكاف، كما يدعى المفوضون بنظر النزاع محكمون ومفرده مُحكماً.

أما نجد تعريف التحكيم في القانون أنقسم إلى عدد من الآراء فمثلاً المشـــرع السوداني عرف التحكيم وعرف اتفاق التحكيم ولكن للأسف استخدم مـــرات عـــدة مفهوم اتفاق التحكيم عند الحديث عن مشارطة التحكيم ونفس اتفاق التحكـــيم عنـــد التحدث عن شرط التحكيم. من دراسة تعريف التحكيم نجد أن المشرع السوداني:

- قصر المنازعـــات علـــى ذات الطبيعـــة المدنيـــة مســـتبعداً بـــذلك ذات الطبيعية الإدارية أو الشخصية.
- أن التحكيم المقصـــود التحكـــيم الاختيـــاري دون التحكـــيم الإجبـــاري، علماً بأن المشرع منح المحكمة سلطة تقديرية في تعين محكم.

بينما نجد أن المشرع المصري لم يعرف التحكيم ولكن عرف اتفاق التحكـــيم واستكمل تعريف التحكيم من سوابق المحكمة العليا وبذلك استدرك النقص وتمشـــى مع المشرع السوداني. بينما المشرع السعودي لم يعرف التحكيم وإنما عرف اتفـــاق التحكيم فقط، وعلى نفس السياق أخذ المشرع الوطني الســـوداني تعريـــف التحكـــيم بصورة حسنة أكثر شمولاً من القانون المصري الذي أكمل نقص التعريف بســـابقة من القضاء بينما حصر المشرع السعودي التحكيم بأنه اتفاق التحكيم.

وعن المشروعية نجد أن التحكيم حاز على مشروعية من القـــرآن الكـــريم والسنة النبوية المشرفة قبل البعثة وبعدها، ومن أخذ السادة الخلفاء الراشـــدين بـــه، وإجماع الأمة إلا من الفئة الباغية أي (الخوارج)، وهو بذلك جائز شرعاً ومقبـــول عقلاً والأخذ به ضرورة في العصر الحالي، ففيه سعة للناس وتقصير لزمن التقاضي والإجراءات المتبعة في القضاء الحالي وسرية المنازعات وتخفيـــف عـــن كاهـــل القضاء وترسيخ لمبدأ سلطان الإرادة وولاية الخصمين على أنفسهم لحرية الاحتكام للغير.

ومن ذلك يمكن القول أن التحكيم هو إخراج النـــزاع مـــن ســـلطان قضـــاء الدولة لينظره أشخاص عاديون يختـــارهم طرفـــي النـــزاع ويفوضـــونهم الفصـــل في نزاعهم بقرار له ما للأحكام القضائية من حجية.

المبحث الثاني

أنواع التحكيم

المطلب الأول: من حيث الصفة الإلزامية: التحكيم الاختياري والإجباري

المطلب الثاني: التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح

المطلب الثالث: من حيث الجهة التي تتولى الفصل فيه: التحكيم الحر والمؤسسي

المطلب الرابع: من حيث مكانه: التحكيم الوطني، الدولي، الأجنبي

المبحث الثاني
أنواع التحكيم

تمهيد:

تتعدد أنواع التحكيم حسب الزاوية التي ينظر إليه منها، وحسب ظروف النزاع، من حيث: من حيث الصفة الإلزامية إجباري واختياري، من حيث تطبيق القانون الواجب: التحكيم بالقانون، والتحكيم مع التفويض بالصلح من حيث الجهة: التي تتولى الفصل فيه التحكيم الحر، أو الفردي (الخاص)، من حيث مكانه: التحكيم الوطني والتحكيم الدولي.

ترتكز الفكرة الجوهرية في التحكيم على مبدأ نظرية سلطان الإرادة، والتي تستند أن الأطراف أحرار في الاتفاق على حل منازعاتهم عن طريق التحكيم بعيداً عن القضاء العام.

وتتمثل هذه الإرادة في التحكيم الاتفاق عليه بعيداً عن ساحات المحاكم، ولكن الخطأ في القول بعيد عن عين القضاء وهذا ما سوف نتعرض له في مقبل البحث، حيث تتدخل المحكمة متى ما تقدم أحد الخصوم أو هيئة التحكيم بذلك وفق ضوابط محددة ومعلومة من القانون.

واستناداً لحرية الإرادة في التحكيم في الاتفاق عليه أول الأمر، وعلى نوعه، وفيما كان تحكيماً مطلقاً أي بالصلح أو مقيداً بالقانون، وطنياً أو دولياً، ومنظمة أو مركزاً دائماً للتحكيم وهو ما يعرف بالتحكيم الحر أو المؤسسي ورغم الإرادة الحرة للأطراف أحياناً إلا أن المشرع قد يفرض على الطرفين اللجوء إلى التحكيم.

المطلب الأول: من حيث الصفة الإلزامية: التحكيم الاختياري والإجباري:

يرجع التميز بينهما في حقيقة الأمر إلى النظر إلى مصدر كل منهما فقد يكون مصدره اتفاقاً فيكون تحكيماً اختيارياً وقد يفرضه المشرع فيكون إجبارياً كذلك للنظر للجهة التي تتولى إجراءاته[١]. أي أنه يعود الفرق إلى مصدرهما حيث إذا كان اختياري فهو ناتج عن اتفاق وإذا كان مصدره فرض المشرع فيكون إجباري والجهة المنوط بها الإجراءات.

الفرع الأول: التحكيم الاختياري:

هو اتفاق الطرفين على حل نزاعهما بعيداً عن القضاء الوطني وتلعب إرادتهما دوراً مهماً في اختيار المحكمين وتحديد مكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق أو كيفية تحديده، هذا التحكيم الاختياري قد يكون عن طريق التحكيم الحر وهو التحكيم الذي يتم فيه اختيار المحكم بواسطة الخصوم مباشرة Ad hoc Arbitration للنظر في النزاع دون إحالة ذلك إلي هيئة أو مركز أو مؤسسة دائمة للتحكيم والذي يسمى بالتحكيم النظامي أو المؤسسي[٢].

الأصل أن التحكيم اختياري ويكون كذلك عندما يتم الالتجاء إليه بالإرادة الحرة للأطراف بحيث يتفق الطرفان على حل نزاع نشأ بينهما (مشارطة التحكيم)[٣]. أو سينشأ مستقبلاً ويعرف (بشرط التحكيم)[٤]. بواسطة هيئة التحكيم التي تفصل في النزاع بحكم ملّزم ويعتبر التحكيم الاختياري هو الصورة الشائعة في مختلف التشريعات[٥].

---

[١] محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م، ص: ١٨٧.

[٢] د. إبراهيم محمد أحمد دريج، نشأة وتطور التحكيم في المعاملات والمنازعات المدنية والتجارية، المكتبة الوطنية، السودان، ص: ٥٣.

[٣] حسن المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٦م، ص: ١١٥.

[٤] المرجع السابق، ص: ٦٢.

[٥] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١م، ص: ٤٨.

مما تقدم أعلاه نجد أن الواقع العملي أحياناً يشهد تحكيماً اختيارياً ولكن يضطر أحد الطرفين إلي قبوله وذلك لتفاوت القوة الاقتصادية بين الطرفين وحاجة الطرف الضعيف إلى إبرام العقد الأصلي معه لما يقدمه له من تمويل، وينسحب كذلك إلى شروط التحكيم مثال تحديد مقر تحكيم خارج الدولة أو مراكز تحكيم باهظة التكاليف، ورغم ذلك يعتبر التحكيم اختياري كون اللجوء إليه تم بإرادة الطرفين.

وخلاصة ذلك يقصد به التحكيم الذي يلجأ إليه المتعاقدين بإرادتهم الحرة المختارة، ذلك بموجب اتفاق التحكيم الذي يختارون بمقتضاه المحكمون، والقانون الواجب التطبيق، وإجراءات التحكيم.

ويقوم التحكيم الاختياري على أساسين:

الأول: الإرادة الذاتية للخصوم.

والثاني: إقرار المشرع لهذه الإرادة.

يلجأ المتعاقدين إلى التحكيم، أو إلى القضاء لفض نزاع دائر بينهم، إلا أنهم يختارون التحكيم بإرادتهم الحرة.

الفرع الثاني: التحكيم الإجباري:

لاعتبارات عديدة قد تتعلق بالنظام العام أو سيادة الدولة توجب بعض التشريعات في بعض الأحوال الالتجاء إلى حل النزاع عن طريق التحكيم بحيث لا يجوز مطلقاً الالتجاء إلى حل النزاع عن طريق التحكيم بحيث لا يجوز مطلقاً الالتجاء إلى القضاء العادي وهذا هو التحكيم الإجباري[1].

الأصل في التحكيم أن يكون اختياري إلاَّ أنَّ المشرع قد يوجب في بعض الأحوال الالتجاء إليه بحيث لا يجوز الالتجاء إلى القضاء العادي في هذه الأحوال وعادة يرد هذا التنظيم في قانون خاص ينص على هيئة تحكيم

---

[1] د. إبراهيم محمد أحمد دريج،نشأة وتطور التحكيم في المعاملات والمنازعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص: ٥٣.

لها ولاية النظر في المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون فيلتزم الأطراف باللجوء إليها بدلاً عن الالتجاء إلى القضاء[1]، ويكون إجبارياً إذا فُرض على الأطراف اللجوء إليه لحل المنازعات المتعلقة بروابط قانونية معينة، كما هو الحال في لائحة النائب العام لجمهورية السودان لسنة ١٩٨١م والتي تقضي بأن حال أي نزاع بين أجهزة الدولة المختلفة إلى التحكيم[2].

من ما تقدم من التعريف نجد أن المشرعون في جنوب الوادي وشمال الوادي قد تماشوا إلى حد بعيد بتركيز حرية اللجوء إلى طرف واحد وهي الدولة دون مراعاة للطرف الآخر الذي هو الطرف الأضعف ونثبت ذلك من خلال التطبيق العملي في القوانين السودانية والمصرية وما يترتب على ذلك من نتائج تخرج عن الفكرة الأساسية للتحكيم، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: في السودان:

نص قانون العمل لسنة ١٩٩٧م في المادة (١١٢) على حل النزعات العمالية التي تنشأ بين العاملين ورب العمل عن طريق التحكيم وحدد القانون المواد (١١٣ – ١٢٣) كيفية تشكيل هيئة التحكيم وإجراءات نظر النزاع والقانون الواجب التطبيق والمصروفات ومكافأة أعضاء هيئة التحكيم، ومثال لذلك القضية رقم م ع ب/ ١٢/٢٠٠٠م **الهيئة النقابية للعاملين بالشركة السودانية للزيوت النباتية المحدودة/ ضد/ إدارة الشركة**، ويتلخص النزاع في رفض الشركة تطبيق الاتفاقية الجماعية لمعالجة شرائح الأجور بالقطاع الخاص لسنة ٢٠٠٠م حيث تقدمت الهيئة النقابية بطلب

---

[1] فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مطبعة منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م، ص: ٣٢.

[2] القصيمي صلاح أحمد محمد طه، عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص: ٥٦.

إحالة النزاع للتحكيم لإلزام الشركة بتطبيق الاتفاقية ودفع المصروفات التي تقدر ١٦,٠٤١,١٨٥ دينار أصدر بناء عليه السيد والي الخرطوم بالإنابة قراراً بتشكيل الهيئة من عدد خمسة محكمين والتي أصدرت قرارها خلال شهر بإلزام إدارة الشركة بتطبيق الاتفاقية ودفع المتأخرات[١].

أيضاً نص قانون تشجيع الاستثمار السوداني لسنة ١٩٩٩م (تعديل ٢٠٠١/٢٠٠٠م) في المادة (٣٢) على حل منازعات الاستثمار عن طريق التوفيق والتحكيم وذلك بالنص الآتي:

١/ فيما عدا النزاعات التي تحكمها أحكام الاتفاقيات الواردة في البند (٢) إذا نشأ أي نزاع قانوني متعلق بالاستثمار، يعرض للتوفيق والتحكيم.

٢/ تسرى أحكام الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة ١٩٨٠م، واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية لسنة ١٩٧٤م واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى والاتفاقية العامة للتعاون الفني الاقتصادي والتجاري بين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي لسنة ١٩٧٧م وأي اتفاقية أخرى في هذا الشأن يكون السودان طرفاً فيها. وذلك على أي نزاع قانوني مباشر عن أي من تلك الاتفاقيات، كذلك حظرت لائحة النائب العام للتحكيم بين أجهزة الدولة لسنة ١٩٨١م جميع أطراف النزاع من اللجوء إلى المحكمة وهذا يعني تسوية النزاع بطريقة ودية أو عن طريق التحكيم أو يوافق النائب العام على اللجوء للمحكمة.

على أن التحكيم الإجباري لا يقتصر في مجال التجارة الداخلية فحسب بل في مجال التجارة أيضاً وذلك وفقاً لما تنص عليه المعاهدات الإقليمية أو الدولية أو الشروط العامة، ونجد ذلك في اتفاقية المعونة

---

[١] د. إبراهيم محمد أحمد دريج، نشأة وتطور التحكيم في المعاملات والمنازعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص: ٥٤ – ٥٦.

الاقتصادية المتبادل بين دول (الكومكون) الموقعة ١٩٦٨م والتي نصت على استبعاد المحاكم الوطنية في المنازعات التي تنشأ بين دول الإقليم ووجوب عرضها على محكمة التحكيم مثل هذه المنازعات، كما أن اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى والتي أعداها البنك الدولي للإنشاء والتعمير عام ١٩٦٥م قد حظرت نظر المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول الأعضاء على هيئة التحكيم التابعة للمركز الذي تم إنشاؤه بموجب الاتفاقية[١].

أيضاً نظم التحكيم الإجباري قانون نزع ملكية الأرض السوداني لسنة ١٩٣٠م والمتعلق بإنشاء الطرق أو توسيعها وإقامة السدود ومد خطوط أو حفر آبار البترول ونص على تسوية المنازعات مع أصحاب المناطق والمساكن والمزارع المتضررة من تنفيذ المشاريع العامة عن طريق التحكيم حيث نصت المادة (١٦) على أنه:

١/ تشكيل هيئة التحكيم من ضابط نزع الملكية رئيساً وعضوين.

٢/ يعين الوالي عضواً ويعين العضو الآخر من الأشخاص ذوي المصلحة الذين سيقدر التعويض المستحق لهم.

٣/ إذا لم يستطيع ذوي المصلحة الاتفاق على التعيين يعين ضابط نزع الملكية العضو الثاني.

ويبدو أنْ تشكيل هيئة التحكيم بهذه الكيفية انحيازاً واضحاً من الدولة لمصالحها على حساب الطرف الضعيف وهم الأفراد ذلك بأنَّه لن يستقيم بأنْ تكون الدولة هي الخصم والحكم معاً. كضابط نزع الملكية في النص السابق لأنه هو المكلف بنزع الملكية وتقدير قيمة التعويض وفي نفس الوقت رئيس للجنة التحكيم في حسم النزاع بل وأنَّ له الحق تعيين المحكم الخاص

---

[١] د. إبراهيم محمد أحمد دريج، نشأة وتطور التحكيم في المعاملات والمنازعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص: ٥٥.

بذوي المصلحة في حالة عدم استطاعتهم ذلك[١]، كما أنَّه يسلب الأطراف حرية الإرادة في الالتجاء إليه.

ثانياً: في مصر:

نص قانون الجمارك لسنة ١٩٦٣م في المادة (٥٧) وجوب عرض المنازعات التي تنشأ بين الجمارك وصاحب البضاعة حول نوعها أو منشئها أو قيمتها للتحكيم يعين الجمارك أحدهما ويعين الآخر صاحب البضاعة أو من يمثله، كما نصت المادة (٥٢) من قانون سوق رأس المال لسنة ١٩٩٥م على أن يتم الفصل في منازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون فيما بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية عن طريق التحكيم دون غيره[٢].

في السابقة المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا "برقم ٥٥ لسنة ٢٣ قضائية دستورية"[٣].

يكون أستقر قضاء المحكمة العليا في مصر على عدم دستورية النص التشريعي الذي يفرض التحكيم إجباراً على الخصوم، كما أنَّه إذا قام المشرع بفرض التحكيم قسراً بقاعدة آمره دون خيار في الالتجاء إلى القضاء فإن ذلك يُعد انتهاك لحق التقاضي الذي كفله الدستور لكل مواطن إذ من المقرر أنَّ التحكيم لا ينزع من القضاء ولايته في الفصل في كافة المنازعات ابتداء إلاَّ إذا كان متولداً من الإرادة الحرة لأطرافه.

---

[١] د. إبراهيم محمد أحمد دريج، التحكيم في السودان، الطبعة الأولى، السودان، ٢٠١٢م، ص: ٤٦.

[٢] د. إبراهيم محمد أحمد دريج، نشأة وتطور التحكيم في المعاملات والمنازعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص: ٥٤.

[٣] القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٥٥ لسنة ٢٣ ... http://www.laweg.net acti › Default ›، تاريخ الدخول١٩/١٢/٢٠٢١ الساعة ٢:٥٣ مساءً،الخرطوم بحري.

أي أن التحكيم الإجباري يقصد به التحكيم المفروض على المتعاقدين من قبل المشرع، حيث لا يكون لإرادة الطرفين أي تدخل في اللجوء إليه، وتوضع لهذا النوع من التحكيم قواعد لكي تنظم أحكامه.

وقد يفرض المشرع على المتعاقدين اللجوء للتحكيم، إلا أنه يترك لهم حرية اختيار المحكمين وتحديد إجراءات التحكيم، والقانون الواجب التطبيق، ولا يؤثر ذلك في وصفه بأنه تحكيم إجباري.

ورغم أن هذا النوع أخذ في التراجع لمخالفته مبدأ الرضائية، إلا أنه مازال معمول به في بعض التشريعات، وبخاصة في المنازعات التي تثور بين أشخاص القانون العام بعلة أنه يصب في النهاية في مصلحة الدولة، ورعاية الصالح العام.

المطلب الثاني: التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح:

أ/ التحكيم بالقانون (التحكيم العادي):

أنُ يتفق أطراف النزاع على حل خلافاتهم وفقاً لأحكام القانون ويمارس المحكم سلطة القاضي ويلتزم بتطبيق أحكام القانون على النزاع المطروح عليه فيبحث في إدعاءات كل من الطرفين ثم ينزل حكم القانون عليها بغض النظر عن عدالة النتائج التي توصل إليها[١].

إذا التحكيم بالقانون هو ذلك التحكيم الذي تلتزم فيه هيئة التحكيم بالفصل في النزاع وفق قواعد القانون الموضوعي أو الإجرائي الذي يتم تحديده من قبل الأطراف المحتكمين أو من قبل هيئة التحكيم ذاتها عند سكوت الأطراف، ويلاحظ أن القانون المصري للتحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م أجاز للأطراف، أياً كان نوع التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم دون التقيد بالإجراءات التي ينص عليها قانون التحكيم، وهو (إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم)[٢].

حيث حكمت محكمة النقض المصرية في النقض المدني رقم (١٢٣،١٦،٧٧٨) بتاريخ ١٩٦٥/٦/١٧م مجموعة النقض حيث نصت (إذا لم ينص اتفاق التحكيم على تفويض المحكمين بالصلح فأنَّهم يكون محكمين عاديين).

والأصل في التحكيم أنَّه تحكيم عادي أي بالقانون فلا يعتبر تحكيماً مع التفويض بالصلح إلاَّ إذا اتجهت إرادة الطرفين في الاتفاق على التحكيم صراحة إلى تفويض المحكم بالصلح أو إعفائه من التقيد بالقانون الواجب التطبيق[٣].

---

[١] مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، دار المعارف، القاهرة، ١٩٩٨م، ص: ١٠٨.

[٢] المادة (٦) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م.

[٣] فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص: ٣٨.

ب/ التحكيم مع التفويض بالصلح (طبقاً لقواعد العدل والأنصاف):

هو ذلك التحكيم الذي لا يتقيد فيه المحكمون بقواعد القانون الموضوعي عند الفصل في النزاع؛ حيث يمكن الفصل في النزاع استناداً إلى قواعد العدالة، ولو أدى ذلك إلى استبعاد قواعد القانون واجبة التطبيق. هذا ولا يعني التفويض بالصلح القضاء لكل طرف بجزء من إدعاءاته، وإنما يعني أن المحكم المفوض بالصلح يجب عليه أن يفصل في النزاع وفقاً للعدالة دون التقيد بقواعد القانون الموضوعي غير المتعلقة بالنظام العام، فهو قد يصدر حكماً يقضي فيه لأحد الطرفين بكامل طلباته.

ويقصد به التحكيم الذي يتفق فيه طرفا التحكيم صراحة على إعفاء المُحكم أو هيئة التحكيم بالصلح من التطبيق قواعد القانون على النزاع المعروض أمامهم، على أن يطبقوا قواعد العدالة والإنصاف فهو يملك سلطة تعديل الالتزامات ويفرض حل وسط باسم العدالة ويلزم به أطراف التحكيم ويحد من الشروط التعاقدية المبالغ فيها ويحول دون أي ظلم فادح[1].

لذا لا يتقيد المُحكم في هذا القانون بقواعد القانون الموضوعي وإنَّما يلجأ لقواعد العدالة التي تحقق توازن المصالح بين الطرفين حتى لو كانت مخالفة لأحكام القانون الذي يحكم الذراع ما لم تكن مخالفة للنظام العام والشريعة الإسلامية[2].

---

[1] عبد الحميد الأحدب، التحكيم المطلق بالصلح والإنصاف والعدل والتحكيم بالقانون، بحوث ومقالات، ط ١٥، العدد الثالث، أكتوبر ٢٠٠٠م، ص: ٥١٧.

[2] أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٨م، ص: ٤٤.

المطلب الثالث: من حيث الجهة التي تتولى الفصل فيه: التحكيم الحر والمؤسسي:

١/ التحكيم الحر، أو الفردي (الخاص):

يقصد به التحكيم الذي يلجأ إليه المتعاقدين بإرادتهم الحرة المختارة، ذلك بموجب اتفاق التحكيم الذي يختارون بمقتضاه المحكمون، والقانون الواجب التطبيق، وإجراءات التحكيم، ويقوم التحكيم الاختياري على أساسين:

الأول: الإرادة الذاتية للخصوم، والثاني: إقرار المشرع لهذه الإرادة، يلجأ المتعاقدين إلى التحكيم، أو إلى القضاء لفض نزاع دائر بينهم، إلا أنهم يختارون التحكيم بإرادتهم الحرة[١].

وهو ذلك التحكيم الذي يقوم فيه أطراف النزاع بتنظيم عملية التحكيم منذ ميلادها وحتى انتهائها بصدور حكم التحكيم، فهم يتولون أبرام اتفاق الحكيم قبل نشوء النزاع أو بعده، ويختارون أعضاء هيئة التحكيم ويحددون زمانه، ومكان انعقاده، ولغته، والقواعد الإجرائية التي تحكم خصومة التحكيم، والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. وذلك كله دون الخضوع إلى إشراف مركز دائم أو مؤسسة دائمة للتحكيم.

الصورة الطبيعية، والأسلوب الأمثل للتحكيم، يختار أطراف النزاع المحكمين في كل حالة دون التقيد بنظام دائم، يختارون محكم، أو أكثر بمعرفتهم يتولى التحكيم فيما بينهم، يختارون القواعد، والإجراءات التي يتبعونها، والقانون الواجب التطبيق، ومكان التحكيم.

"يعتبر التحكيم حراً عندما يقيمه الخصوم بمناسبة نزاع معين للفصل في هذا النزاع، فيختارون بأنفسهم المحكّم أو المحكّمين ويحددون الإجراءات والقواعد التي تطبق عليه كما يحددون مكان ولغة التحكيم والقانون الواجب

---

[١] موسوعة العدالة للتحكيم التجاري الدولي، https://justice-academy.com.، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/٢٠م، الساعة ١:٤٥ بعد الظهر، الخرطوم بحري

التطبيق سواء أكان ذلك في مشارطة التحكيم أم منذ البداية في شرط التحكيم وذلك كله دون الخضوع إلى مركز تحكيم أو مؤسسة تحكيمية"[1].

ويتميز التحكيم الحر بأنه: قليل التكاليف، ويحقق سرية أكبر من التحكيم المؤسسي، يتبع القواعد الإجرائية بمرونة أكثر تراعي مصالح الأطراف وبصفة خاصة الطرف الضعيف، يحقق السرعة المطلوبة، فهو يعد إجمالاً الأسلوب الأمثل للتحكيم، لاسيما إذا تولى التحكيم محكم كفء، – هذا النوع له مكانة مهمة في حقل التحكيم، ولاسيمًا في المنازعات التي تقع بين الدول العلة في ذلك إن الدول ذات سيادة، وحين تذهب إلى التحكيم، فإنها لا ترضى به إلا إذا فصلته على القياس والشكل الذي يراعي سلطتها وسيادتها، وكثيرًا ما يحصل ذلك في منازعات تكون أطرافها الدولة ذاتها، أو إحدى وزاراتها، أو مصالحها الحكومية.

–هذا النوع من التحكيم إذا كانت كمية المنازعات التي تحل عن طريقه هي أقل إلا أن نوعية المنازعات التي تحل عن طريقه عديدة لأنه يناسبها أكثر، ولاسيما المنازعات الكبرى بين الدول حول الموضوعات التجارية، والمالية، أو المنازعات بين شركات متعددة الجنسيات.

والميزة في ذلك أن كل طرف يختار محكمه، ويختار المحكمين المحكم الثالث "المرجح"، إذا لم يتوصل هو وخصمه إلى هذا الخيار توقف التحكيم، ينظم هو وخصمه إجراءات التحكيم وأصوله، تتولى المحكمة التحكيمية التي أوجدوها بالاتفاق النظر في الخلاف، ثم الفصل فيه، الحكم لا يكون خاضعًا لرقابة هيئة حقوقية دائمة أخرى.

٢/ التحكيم المؤسسي (النظامي) Institutional:

---

[1] القصيمي صلاح أحمد محمد طه، عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص: ٥٧.

"هو التحكيم الذي يْعهد بـــه الخصـــوم بموجـــب شـــرط تحكـــيم أو اتفـــاق لاحق إلى مؤسسة أو منظمة تحكـــيم دائمـــة لتتـــولى إجـــراءات التحكـــيم وفقـــاً للائحة معدة مسبقاً بحكم عملها"[1].

ويقصد به التحكيم المفروض على المتعاقدين مـــن قبـــل المشـــرع، حيـــث لا يكون لإرادة الطرفين أي تدخل في اللجوء إليـــه، وتوضـــع لهـــذا النـــوع مـــن التحكيم قواعد لكي تنظم أحكامه.

وقد يفرض المشرع على المتعاقدين اللجوء للتحكـــيم، إلا أنـــه يتـــرك لهـــم حرية اختيار المحكمين وتحديد إجراءات التحكـــيم، والقـــانون الواجـــب التطبيـــق، ولا يؤثر ذلك في وصفه بأنه تحكيم إجباري.

هو التحكيم الذي تتولاه هيئـــات، أو منظمـــات دوليـــة، أو وطنيـــة منشـــأة لهذا الغرض، وتطبق قواعـــد، وإجـــراءات محـــددة وموضـــوعة ســـلفاً بموجـــب اتفاقيات دولية، أو تشريعات وطنية، وتكون لوائح هـــذه المؤسســـة، أو المنظمـــة واجبة التطبيق بمجرد اختيار الأطراف لأي منها للفصل في النزاع.

ويتناسب التحكيم المؤسسي مـــع مصـــلحة الأفـــراد فـــي إنهـــاء النـــزاع، حتى لا يعرقل أحدهما العملية التحكيمية، فيؤمن ســـيرها بفاعليـــة لحـــين إصـــدار الحكم، التحكيم المؤسسي قد يكون المخرج الوحيد عنـــدما يتعلـــق الأمـــر بتحكـــيم متعدد الأطراف حيث تثور مشكلة اختيار المحكمـــين، وتشـــكيل هيئـــة التحكـــيم؛ فيأتي التحكيم المؤسسي لحل تلك المسألة بتعيـــين المحكمـــين ومـــن أمثلـــة ذلـــك: التحكيم الذي يتم في إطار غرفة التجارة الدولية ببـــاريس، والتحكـــيم الـــذي يـــتم في إطار مركز التحكيم التجاري الخليجي. ومـــن تطبيقـــات التحكـــيم الإجبـــاري في القانون المصري التحكيم الذي أتت تنظمـــه المـــادة (١٨) مـــن القـــانون رقـــم ٤٨ لسنة ١٩٧٧م الخاص بإنشاء بنك فيصل الإســـلامي، وكـــذلك التحكـــيم الـــذي

---

[1] القصيمي صلاح أحمد محمد طه، عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص: ٦٣.

كان ينظمه قانون الجمارك رقم ١١ لسنة ١٩٦٣م بشأن الضريبة العامة على المبيعات في عدد من مواده كالمادة (١٧ و١٨)، والتحكيم الذي كان ينظمه القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م بشأن سوق رأس المال في عدد من مواده كالمواد (١٠، ٥٢)[١].

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بعدم دستورية هذه الصور الأربع للتحكيم الإجباري مؤسسة قضائها على نص المادة (٦٨) من الدستور المصري عام ١٩٧١م، والتي تنص على أن: "التقاضي حق مصون، ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي". إذا هو الذي يتفق فيه الأطراف على أنْ يتم بواسطة مركز دائم للتحكيم أو مؤسسة دائمة للتحكيم سواء وطنية أو دولية وفقاً لقواعد وإجراءات موضوعه سلفاً، تحددها الاتفاقات الدولية أو القرارات المنشئة لها[٢].

ويعتبر هو الوسيلة الأكفأ لإدارة المنازعات المعقدة وذات القيمة الكبيرة ويكفى المتنازعين مؤونة الاتفاق على مكان التحكيم لأنَّه يجري في مقر المنظمات ويتميز بأنَّ هيئات التحكيم لديها قوائم بأسماء المحكمين المتخصصين في مختلف أنواع المنازعات مما يجنبهم مشقة البحث عن المحكم المناسب، بالإضافة إلى كفاءة تحكيم المؤسسات الدائمة في مواجهة الطرف المراوغ ولديها لوائح معدة سلفاً بالإجراءات التي ينبغي التحكيم على أساسها.

ولكن يعيبه ما قد يتقاضاه مركز التحكيم من مصروفات ورسوم تكون أحياناً فيها فضلاً عن أنَّ الأطراف قد يتفقون على الالتجاء إلى مركز

---

[١] أنواع التحكيم، الأكاديمية الدولية للوساطة والتحكيم-https://iamaeg.net › articles › types-of-arbitration، تاريخ الدخول ٢٠٢١/١٢/٢٠م، الساعة ١:٤٥ بعد الظهر، الخرطوم بحري.

[٢] فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص: ٣٨.

تحكيم معين دون معرفة مسبقة بنظام المركز أو إجراءاته مما يثير الشك في الأساس الإداري للتحكيم، فيه يتفق الأطراف على أن يتم التحكيم في مركز دائم للتحكيم أو مؤسسة تحكيمية دائمة سواء كانت وطنية أو دولية؛ حيث يتم التحكيم وفقاً لنظام هذا المركز وإجراءاته. وقد صار هذا النوع هو الغالب في المنازعات التجارية الدولية لما يحققه من مزايا، وقد أقر قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م هذين النوعين من التحكيم[١].

وعلي هذا التقسيم استقرت محكمة النقض المصرية حيث ذهبت إلى أن التحكيم المؤسسي هو الذي يتم وفقاً للقواعد الخاصة بمؤسسة أو مركز دائم للتحكيم، تضمنه إمكان تعيين المحكمين أو أحدهم حسب اتفاق الطرفين.

---

[١] المادة (٣) من قانون التحكيم المصري للتحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م.

المطلب الرابع: من حيث مكانه: التحكيم الوطني، الدولي، الأجنبي:

التحكيم الوطني: يقصد بالتحكيم الوطني ذلك التحكيم الذي يتعلق بنزاع وطني من كافة زواياه، ويعين له المتعاقدون محكمون وطنيون يصدرون حكمهم داخل الدولة، ووفقًا لإجراءات وطنية مع تطبيق القانون الوطني على النزاع.

التحكيم الدولي: يقصد بالتحكيم الدولي ذلك التحكيم الذي تنتمي عناصره لأكثر من دولة مما يثور بشأنه العديد من الصعوبات مثل: القانون الواجب تطبيق، والإجراءات الواجب إتباعها، ومكان التحكيم، وأسماء وجنسيات المحكمين، وهذا التحكيم يصعب انتماؤه لدولة بعينها.

التحكيم الأجنبي: يقصد بالتحكيم الأجنبي ذلك التحكيم الذي ينتمي فيه عنصر، أو أكثر لدولة معينة، كان يصدر حكم التحكيم في دولة، ويراد تنفيذه في دولة أخرى، ولا يعد كل تحكيم أجنبي تحكيمًا دوليًا، وإن كان العكس صحيحًا، كل تحكيم يبدأ حاملًا قرينة التحكيم الداخلي، فإذا كان دوليًا؛ فإنه يحتاج إلى مؤشرات ذات معنى على أنه أجنبيًا، وليس داخليًا، وبمقدار ما يمكن إعمال هذه المؤشرات، وبمقدار ما تكون هذه المؤشرات "فاعلة، ومؤثرة، وظاهرة" يصبح التحكيم دوليًا، فإذا لم يكن لهذه المؤشرات تأثير يبقى التحكيم داخليًا.

إذًا فالعوامل المكونة للطابع "الدولي" للتجارة يجب أن تكون: "ظاهرة في العقد – وتكون إرادة الطرفين قد انصرفت إليها بشكل واضح"، بالتالي فإن العملية التجارية التي ينبع منها التحكيم هي وحدها التي تدخله، أو تخرجه من النطاق الدولي، وليس القانون، أو الإجراءات المطبقة عليه، ولا مكان إجرائه... الخ، فتعدد جنسية الأطراف، أو تعدد محلات إقامتهم هو عنصر يؤخذ بعين الاعتبار لتحديد معنى الدولية، ولكنه عنصر من عناصر أخرى، يجب أن تكون "فاعلة، ومؤثرة، وظاهرة" في العقد.

يمكن حصر هذه المؤشرات الأجنبية في تسع مؤشرات[1] هي:

١/ موضوع النزاع. ٢/ جنسية ومحل إقامة الأطراف.

٣/ جنسية المحكمين. ٤/ القانون المطبق لحسم النزاع.

٥/ القانون إجراءات المحاكمة المطبق. ٦/ مكان التحكيم.

٧/ اللغة. ٨/ العملة.

٩/ حركة انتقال الأموال عبر حدود الدول للخروج من اقتصاد البلد.

مما سبق يرى الباحث أنه يمكن تقسيم التحكيم إلى عدد من التقسيمات: مثلاً ينقسم إلى تحكيم بالقضاء وتحكيم بالصلح حسب السلطات الممنوحة للمحكمين فالتحكيم بالقضاء تحكيم مقيد بإتباع المحكم الإجراءات التي تتبعها المحاكم أما التحكيم بالصلح فهو تحكيم حر وغير مقيد بأي قيود، وينقسم إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري بالنظر لحرية الأطراف في اللجوء إليه فالتحكيم الاختياري يكون اللجوء إليه اتفاقياً أي يختاره أطراف النزاع فإن لم يتفق الأطراف على التحكيم لا يلزمان باللجوء إليه أما التحكيم الإجباري فيكون الأطراف ملزمون بسلوك طريقه بموجب أوامر تشريعية، وينقسم إلى تحكيم داخلي وتحكيم دولي بالنظر لجنسيات أطراف العلاقة التحكيمية فيكون تحكيم وطني إن كان الأطراف ينتمون لإقليم دولة التحكيم ويكون دولياً إذا كان أطراف العلاقة التحكيمية ينتمون لدول مختلفة ونخلص إلى أن فقهاء اعتمدوا في تقسيم التحكيم من حيث الإرادة إلى تحكيم إجباري واختياري حيث يكون التميز بينهم حرية الإرادة حيث يكون التحكيم اختيارياً عندما يلجأ إليه الخصوم بإرادتهم، وأتفق مع ما ذهب إليه مولانا د. إبراهيم محمد أحمد دريج، في كتابه التحكيم في السودان وتعليقه على إجبارية التحكيم في نزع الملكية وما عليها من مأخذ حيث قال "ويبدو أنْ تشكيل هيئة

---

[1] متى يكون التحكيم دولياً؟ الفرق بين التحكيم الدولي والتحكيم ...https://www.droitetentreprise.com › Aug 30, 2014، تاريخ الدخول ٢٠٢١/١٢/٢٠م، الساعة ٥٨: ١، الخرطوم بحري.

التحكيم بهذه الكيفية انحيازاً واضحاً من الدولة لمصالحها على حساب الطرف الضعيف وهم الأفراد ذلك بأنَّ ولا يستقيم بأنْ تكون الدولة هي الخصم والحكم معاً. كضابط نزع الملكية في النص السابق لأنه هو المكلف بنزع الملكية وتقدير قيمة التعويض وفي نفس الوقت رئيس للجنة التحكيم في حسم النزاع بل وأنَّ له الحق تعيين المحكم الخاص بذوي المصلحة في حالة عدم استطاعتهم ذلك"، وكذلك هو بذلك يسلب الأطراف حرية الإرادة في الالتجاء إليه، فيكون معيب لصحة الرضا.

بينما التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح والأصل في التحكيم أنه يجري طبقاً لقواعد القانون، بينما التحكيم طبقاً لقواعد العدل والإنصاف هو الاستثناء، وهو ما يترتب عليه لزوم النص عليه في الاتفاق صراحة، وعند تفسيره يجب التزام التفسير الضيق. ولكن يلاحظ أنه في كلا النوعين، وإن كان المحكمون لا يتقيدون بأوضاع المرافعات، إلا أنهم يتقيدون مع ذلك بالمبادئ الأساسية للتقاضي، كضرورة احترام حقوق الدفاع، وتمكين الخصوم من إبداء طلباتهم ودفوعهم ودفاعهم.

أما التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي فالتحكيم الحر هو ذلك التحكيم الذي يعطي الحرية الكاملة للخصوم في تحديد القواعد والإجراءات التي يتبعها المحكم الذي يختارونه لكي يفصل في النزاع المطروح عليه وفقاً لهذه القواعد سواء كانت إجرائية أو موضوعية وفي المكان الذي يحددونه بما لا يتعارض مع القواعد الآمرة أو النظام العام. وقد ظهر التحكيم الحر قبل ظهور التحكيم المؤسسي، وفيه يعطي حرية كبيرة للأفراد في اختيار المحكمين الذين يضعون فيهم ثقتهم اعتماداً على خبرتهم في حل النزاع، وقد تكون القواعد والإجراءات المتبعة لحل النزاع أكثر مرونة وواقعية عنها في قواعد التحكيم المؤسسي، كما أن عامل السرية والسرعة في حل النزاع، قد يكون أكثر ما يميز هذا النظام، كما أن الاعتماد

على مؤسسة أو هيئة لحل النزاع القائم، قد يأتي بكثير من القواعد والإجراءات التي قد تكون على عكس توقعات الأفراد والتي قد تساعد على إطالة زمن التحكيم لتأخر فهم الخصوم لها وما يتبعها من تحضير مستندات، ودفوع تستطيع الرد على هذه القواعد والإجراءات.

والتحكيم المؤسسي هو فهو ذلك التحكيم الذي تتولاه هيئات ومنظمات دولية أو وطنية، وفق قواعد وإجراءات موضوعة ومحددة سلفا، تحددها الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات، وقد شاع انتشار مراكز التحكيم، وبخاصة بعد الحرب العالمية الثانية، وقد عظمت أهميتها بعد انتشار الاقتصاد الحر والتجارة الدولية، ومن هذه المراكز ما هو متخصص في مجال معين كتجارة القطن أو الحبوب مثلا، ومنها ما هو عام يتولى التحكيم في مختلف أوجه النشاط التجاري، ومنها ما هو وطني، ولقد أصبح التحكيم المؤسسي هو الأساس في مجال التجارة الدولية، فالأطراف عادة ما يفضلون الاستعانة بأنظمة التحكيم المؤسسي لما تكلفه من تنظيم مسبق ومفصل لمعظم مسائل التحكيم، مما يمكنهم من تفادي مسألة عدم الخبرة في وضع قواعد وإجراءات التحكيم واستهلاك مزيدا من الوقت في الاتفاق على هذه القواعد كما هو الحال في نظام التحكيم الحر، هذا فضلاً عن الإمكانيات الإدارية والمالية والتنفيذية التي تتمتع بها تلك الهيئات وتضعها بين أيدي الأفراد، وكذا الخبرة التي تتمتع بها تلك الهيئات نظراً لوجود قواعد عملية وواقعية ثم تجربتها وثبت نجاحها في العديد من المنازعات التي فصلت فيها.

وكذلك هنالك التقسيم المكاني يرتكز على موضوع النزاع، جنسية ومحل إقامة الأطراف، جنسية المحكمين، القانون المطبق لحسم النزاع، القانون إجراءات المحاكمة المطبق، مكان، ولغة التحكيم، والعملة، حركة انتقال الأموال عبر حدود الدول.

المبحث الثالث

مزايا التحكيم

المطلب الأول: السرعة

المطلب الثاني: السرية

المطلب الثالث: المرونة وبساطة الإجراءات

المطلب الرابع: حرية اختيار هيئة التحكيم من أصحاب الخبرة

المطلب الخامس: المحافظة على مستقبل العلاقة بين الأطراف

المبحث الثالث

مزايا التحكيم

يتمتع التحكيم بعديد من المزايا التي تجعله مرغوباً فيه من حيث العامل الزمني في حسم الخلاف وسرية معالجة النزاع والتي تمتد إلى الحكم الصادر ما تتطلبه روح التجارة والمنافسة الاقتصادية ومرونة وبساطة إجراءات التحكيم عكس ما عليه الحال في القضاء بحكم تقيده بمسارات محددة سلفاً للتقاضي، وكذلك حرية اختيار هيئة التحكيم ذوي الخبرة من طرف المتنازعين وهذا الذي لا يتوافر مع طبيعة القضاء وإذا حدث يجب تنحي القاضي فوراً لضمان حيادية القضاء، وكما نعلم سلفاً الأثر النفسي السيئ للذين يحتكمون إلى القضاء والمحاكم يجعل من المتنازعين أعداء فهم بين مدعي ومدعى عليه فلا يمكن أن تكون بينهم علاقة إيجابية مستقبلاً وذلك بطبيعة البشر، ولكن اللجوء إلى التحكيم يضمن حسن العلاقة المستقبلية بين المتنازعين أو الأطراف، وهذه المميزات على سبيل المثل وليس الحصر لأن طبيعة التحكيم وخواصه تجعل له إمكانيات من المزايا الغير محدودة والمتطورة حسب حاجة أطراف النزاع والذي يندرج تحت الغاية من التحكيم أساس وبالأخص إذا ما تم مقارنته بالطبيعة والخاصية المختلفة عنه في القضاء وفلسفة التقاضي، ومن ذلك سوف احصر هذه المزايا في السرعة والسرية ومرونة وبساطة الإجراءات وحرية اختيار هيئة التحكيم والمحافظة على العلاقة المستقبلية بين الأطراف.

المطلب الأول: السرعة:

من أهم مميزات التحكيم هي السرعة التي يحققها للأطراف في حل المنازعة، حيث يرغب أطراف العلاقة القانونية بتفادي طرح منازعاتهم على القضاء بسبب ما تتسم به إجراءات التقاضي من بطء وتعقيد، علاوة على احتمال استطالة أمد النزاع بسبب ما تتسم به إجراءات التقاضي وإمكانية الطعن في الأحكام وتفرع إشكالات التنفيذ التي قد تحكمها اعتبارات التنطع والتعنت والمماطلة في الخصومة.

أما التحكيم عادة فإنَّه يتم دون تقييد بإجراءات التقاضي، عدا ما يتعلق بالنظام العام كحق الدفاع والمواجهة... الخ، وبذلك يتلخص الخصوم من البطء المعتاد أمام قضاء الدولة، كما أنَّه يتم غالباً على درجة تقاضي واحدة ومن ثم فإنَّ التحكيم يتسم بالسرعة المطلوبة[١].

ويرجع ذلك إلى أنَّ المحكمين يكونون عادة متفرغين للفصل في الخصومة أكثر من القضاة الذين تفرض عليهم طبيعة عملهم القيام بالفصل في النزاع بشكل يومي ومتكرر، كما أنَّ اختيار المحكمين يكونون عادة متفرغين للفصل في الخصومة من القضاة الذين تفرض عليهم طبيعة عملهم القيام بالفصل في النزاع بشكل يومي ومتكرر، كما أنَّ اختيار المحكمين يكون في الغالب على أساس خبراتهم في موضوع النزاع وبالتالي لا يحتاج إلى وقت طويل للفصل في الخصومة[٢]، والتي لها الأثر الكبير في حسم المنازعات لاسيما التجارية لما لعامل الوقت لأطراف المنازعة من أهمية.

---

[١] عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٠م، ص: ١٣.

[٢] محمد بن ناصر النجار، التحكيم في المملكة العربية السعودية، من منشورات مركز البحوث والدراسات الإدارية، الرياض، ص: ٣١.

المطلب الثاني: السرية:

فهي الثانية من مزايا التحكيم فالسرية التي تحاط بها إجراءات التحكيم، وإنْ كانت العلنية التي تحيط بنظام التقاضي مبدأ من مبادئ التقاضي وتعد من ضمانات العدالة، لكنها تنقلب وبالاً على التجار إذا كان من شأنها إذاعة أسرار صناعية أو اتفاقات يحرص التجار على إبقائها سراً مكتوماً، وكم من تاجر يفضل خسارة دعواه على كشف أسرار تجارية تمثل في نظره قيمة أعلى من قيمة الحق الذي يناضل من أجله في الدعوى[1].

فتتم جلسات التحكيم بصورة سرية بحيث لا يحضرها إلاَّ أطراف النزاع فقط، بل ولا تقتصر السرية على جلسات التحكيم بل تمتد حتى للأحكام الصادرة في منازعات جرى بشأنها التحكيم حيث لا يجوز نشر هذه الأحكام إلاَّ بموافقة الأطراف.

---

[1] محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م، ص: ٢٩. د. مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٤م، ص: ١٠.

المطلب الثالث: المرونة وبساطة الإجراءات:

يجوز أن يتم التحكيم دون التقيد بقانون المرافعات غير المتعلقة بالنظام العام ويكون بإجراءات بسيطة حيث نجد أنَّ هيئة التحكيم تتمتع بحرية أوسع وأكثر من القضاء في كل ما يتعلق بالإجراءات التقاضي مثل إدارة الجلسات وتنظيمها، وبالنسبة للمرونة في الموضوع فالقضاة في المحاكم العادية مكبلون بالقانون ويلتزمون بمراعاة نصوصه وإجراءاته بحيث لو جاءت أحكامه على خلاف النص أو منافية لروحه فهي أحكام معيبة واجبة النقض، ولو كانت تناسب ظروف الدعوى وتجامل مصلحة الخصوم، وهذه العدالة الصماء[1]، وإن كان لها إيجابيات كونها تحول دون الميل والهوى إلاَّ أنَّه في مجال المنازعات التجارية حيث يرغب الأطراف في عدالة مرنة تتفهم متطلباتها وتراعي تعاملاتها سواء السابقة منها على النزاع أو اللاحقة وطبيعتها وخصوصيتها، فهم يفضلون اللجوء إلى التحكيم الذي يجدون فيه ما ينشدون من مزايا.

[1] حمزة حداد، دور التحكيم في تسوية المنازعات، (د. ن)، الطبعة الثانية، (د. ت)، ص: ١٣.

المطلب الرابع: حرية اختيار هيئة التحكيم من أصحاب الخبرة:

يوفر التحكيم للأطراف النزاع حرية اختيار المحكمين سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق تحديد الجهة التي يعهد إليها باختيارها، الأمر الذي يحقق الأمن والطمأنينة لدى أطراف النزاع، فالمحكم على خلاف القاضي لا يلزم أن يكون رجل قانون، فالأطراف يختارون محكمين ممن لهم الخبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع[١].

أما القاضي في محاكم الدولة وإنْ كان فقيهاً بارعاً بالأمور القانونية إلاَّ أنهَّ قليل الخبرة بموضوع النزاع[٢]. الأمر الذي يحتم عليه الاستعانة بخبير يرشده ويستعين به في إيضاح ما خفي عليه وهو أمر لا غنى عنه إذا كان النزاع معروضاً على القضاء الأمر الذي يهدر وقتاً وجهداً يوفرها نظام التحكيم كون هيئة التحكيم مستوعبة النزاع خصوصاً في ظل تعقد وتنوع المعاملات التجارية.

---

[١] د. مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص: ١.

[٢] محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص: ٣١.

المطلب الخامس: المحافظة على مستقبل العلاقة بين الأطراف:

الأطراف في المحاكم العادية يدخلون إلى ساحات القضاء وهم مهتمون بتصفية حساباتهم أي هم ينظرون إلى الوراء، أما في التحكيم فالعكس تماماً فإنَّ الأطراف عندما يلجئون إلى التحكيم يضعون باعتبارهم المحافظة على مستقبل العلاقة بينهم فهو يحقق العدالة بطرق وظروف أكثر ملائمة للمتخاصمين من تلك التي تتم أمام الجهة المختصة بالفصل في النزاع من حيث البعد عن شطط الخصومة العادية[1].

مما سبق يري الباحث إن بالتحليل المستفيض للمتطلبات الخمسة أعلاه واستناداً للغاية من التحكيم التي تكون هي القوة الدافعة للتحكيم وتعظيماً للمنافع المرجوة من آلية التحكيم لحسم النزاعات وذلك رغم التكاليف المادية التي تصل إلى أن تكون باهظة، فالمزايا الخمسة أعلاه وهي تتمحور في السرعة والسرية ومرونة وبساطة الإجراءات وحرية اختيار هيئة التحكيم والمحافظة على العلاقة المستقبلية بين الأطراف، فالسرعة في إنهاء الخصومة مهم بالنسبة لمجموع الأطراف المتنازعين وسمة أساسية من سمات العصر الحالي والعولمة حيث يمثل الزمن في حد ذاته قيمة مادية ونفسيه، أما السرية لطبيعة التجارة والمنافسة العالمية والتأثير السالب الذي يمكن أن يحدثه انتشار طبيعة النزاع ومحتوياته وخفاياه على صورة الأفراد أو الشركات أو الجماعات فيكون خيار السرية وميزته التي تعتبر جوهرة في عالم المال والأعمال.

وتتطلب طبيعة المنازعة من مرونة في الإجراءات والتبسيط لإجراءات التحكيم حساب لعامل الزمن واستمرارية المصالح الاقتصادية وتخفيف من ضغط الخصومة وما تنتجه من آثار سالبة في العملية الاقتصادية وهنا تتداخل مع الميزة الخامسة وهي السرعة في حسم النزاع وذلك حرصاً على العلاقات الودية بين الخصوم لطبيعية الضرورة التجارية والاقتصادية أو الاجتماعية أو الأسرية.

---

[1] محمد بن ناصر النجار، التحكيم في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص: ٣١.

المبحث الرابع

تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له

المطلب الأول: تمييز التحكيم عن الصلح والتوفيق

المطلب الثاني: تمييز التحكيم عن الوكالة والخبرة

المبحث الرابع
تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له

يجد الباحث في التحكيم أوجه شبه جلية وواضحة مع الأنظمة والوسائل القضائية وغير القضائية لحل المنازعات لاتحاده معها في بعض العناصر أو الصفات ونظراً لهذه الأهمية الأمر سوف نميز التحكيم عن غيره من الأنظمة إذ يخضع كل نظام لقواعد قانونية مختلفة نطرحها بشكل الآتي معتمدين على المقارنة بينهما.

المطلب الأول: **تمييز التحكيم عن الصلح والتوفيق**:

أولاً: تمييز التحكيم عن الصلح:

تعريف الصلح:

١/ في الشريعة الإسلامية:

(أ) في المذهب الحنفي: عقد وضع لرفع المنازعة أو عقد وضع لرفع المنازعة بالتراضي.

(ب) في المذهب المالكي: هو انتقال عن حق أو دعوى لرفع نزاع أو خوف وقوعه.

(ج) في المذهب الشافعي: عقد مخصوص يحصل به قطع النزاع.

(د) في المذهب الحنبلي: معاقدة يتوصل بها إلى موافقة بين مختلفين أو متخاصمين.

٢/ في القانون:

(أ) القانون الفرنسي: المادة (٢٠٤٤م.ف): (عقد يحسم به المتعاقدان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً).

(ب) القانون المصري: المادة (٦٣٥م.م): (الصلح عقد به يترك كل من المتعاقدين جزءاً من حقوقه. على وجه التقابل لقطع النزاع الحاصل أو لمنع وقوعه).

(ج) في قانون المعاملات المدنية السوداني لعام ١٩٨٤م المادة (٢٨٦): (الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي).

ويلاحظ أن القانون السوداني قد أخذ نوعاً ما بتعريف عقد الصلح في المذهب الحنفي. وعلى ذلك فإن الصلح في القانون السوداني لا يعالج النزاع

المتوقع أو المحتمل إنما يكتفي بالنزاع القائم فعلاً هذا وقد نظم المشرع السوداني عقد الصلح في المواد (٢٨٦ – ٢٩٤) من قانون المعاملات المدنية لعام ١٩٨٤م بينما نظم التقنين المصري عقد الصلح في المواد (٥٤٩ – ٥٥٧) في الفصل السادس من الباب الأول الخاص بالعقود. التي تقع علي الملكية من الكتاب الثاني الخاص بالعقود المسماة. وقد عللت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ورود الصلح من بين العقود التي تقع على الملكية لا لأنه ينقلها، فسيأتي أن الصلح كاشف للحقوق لا ناقل بل لأنه يتضمن تنازلاً عن بعض ما يدعيه الطرفان من الخصومة والتنازل عن الحق يرد على كيانه لا على مجرد ما ينتجه من الثمرات، وقد اعترض بعض الفقهاء على هذا التبرير لأن الصلح قد يقتصر أثره في الواقع علي التنازل عن مجرد إدعاء لا عن حق ولأنه من جهة أخرى قد ينصب على حق شخصي يصعب القول بأنه مملوك للدائن وقد أجيب عن هذا الاعتراض بأن التنازل عن حق شخصي هو تنازل عن كيان الحق ذاته أو عن ملكيته كما أن حوالة الحق هي نقل الملكية للحق من دائن قديم إلي دائن جديد ويمكن أن يدفع هذا الاعتراض هنا بأن الصلح في بعض الأحوال قد يكون منشئاً للحق لا ناقلاً له[١].

أوجه الشبه بين التحكيم والصلح:

١/ يعتبر كل منهما وسيلة لفض المنازعات أي أنهما وسيلتان بديلتان يلجأ إليهما الأفراد بدلاً من اللجوء للقضاء لفض المنازعات[٢].

---

[١] قضاء الصلح وأثره في إنهاء الخصومات في الشريعة الإسلامية ،مجتمع البحرين القانوني، https://www.bahrainlaw.net، الساعة ٥:٢٥ مساء، الخرطوم بحري.

[٢] فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص: ٢٠. د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٨م، ص: ١٥

٢/ الصلح كالتحكيم يفترض نزاعاً بين الأطراف أو سيوجد في المستقبل. أصلهما في اتفاق لحل النزاع بعيد عن القضاء.

٣/ ما لا يجوز فيه الصلح لا يجوز فيه التحكيم[١].

أوجه الاختلاف بينهما:

١/ يختلفان من حيث وسيلة حل النزاع، فالصلح قد يتم حل النزاع فيه بإرادة الطرفين من بدايته حتى نهايته، أي أنَّهما يتوصلان لتسوية النزاع بأنفسهما دون اللجوء لشخص ثالث، أمّا التحكيم فيبدأ باتفاق بين الطرفين، ولكن لا سيطرة لهما عليه بعد بدء إجراءاته وحتى صدور حكم التحكيم، فحل النزاع في التحكيم يتم بعمل قضائي يصدر من المحكم وليس من الطرفين، أمَّا الصلح فيتم حل النزاع بعمل تعاقدي[٢].

٢/ عقد الصلح غير قابل للتنفيذ في ذاته ما لم يتم في صورة عقد رسمي، أو يتم أمام المحكمة التي يكون النزاع قد عُرض عليها قبل التوصل إلي الصلح، فالصلح لا يقبل التنفيذ إلاَّ بعد تصديق القضاء الذي يجعله صالحاً لإمكانية الحصول على أمر بتنفيذه بينما في التحكيم يجوز الحكم حجية الأمر المقضي به، ويكون قابلاً للتنفيذ الجبري بعد الحصول على أمر بتنفيذه دون أن تمتد سلطة قاضي التنفيذ للنظر في الموضوع[٣].

٣/ عقد الصلح لا يمنع من الالتجاء إلى قضاء الدولة أو التحكيم للمطالبة بما قرره عقد الصلح من حقوق، أمَّا التحكيم فيمنع رفع الدعوى التي فصل فيها حكم التحكيم مرة أخرى أو مازالت معروضة على التحكيم[٤].

---

[١] المادة (٥/د) من قانون التحكيم اليمني.

[٢] د. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص: ٢٤.

[٣] مختار بريري، التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص: ١٥١.

[٤] فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص: ١٣١.

٤/ في الصلح يتنازل كل من الطرفين عن جزء من إدعاءاته، أمَّا التحكيم فإنَّ المحكم يمكن أنْ يُحكم لطرف بكل ما يدعيه ولو كان المحكم مفوضاً بالصلح[١].

ثانياً: تمييز التحكيم عن التوفيق:

التوفيق:

هو اتفاق الأطراف على إجراء تسوية ودية، يطلب فيها الطرفان إلي شخص ثالث أو أشخاص آخرين مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية أو لنزاع متصل بهذه العلاقة[٢]، والموفق هو الشخص الثالث ويجب أنْ يتميز بالحياد وعدم التحيز، وهو يقوم بتقديم المساعدة الإجرائية للأطراف لتيسير المفاوضات، كما يقوم بمساعدة الأطراف على تفعيل التواصل بينهم وتحديد المشكلات في النزاع وتوضيح الحقائق وطرح الخيارات وتصميم عملية تفاوضية فعالة يمكن أنْ يستخدمها الأطراف[٣].

وبذلك فالموفق يتولى عرض مقترحاته على الطرفين للتوفيق بين وجهة نظر كل منهما، ولا تُعد هذه المقترحات ملزمة للطرفين، بل يظل أمرها معلقاً على قبول الأطراف، دون أنْ تكون له سلطة فرض هذه المقترحات عليهما، فهو يُعد موفقاً وليس محكماً[٤].

---

[١] محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ، ص: ١٢٢.

[٢] المادة (٣/١) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الوساطة التجارية الدولية واتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة لعام ٢٠١٨م.

[٣] د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارة الدولية، مرجع سابق، ص: ٢١.

[٤] أحمد المصطفى محمد صالح، المسؤولية القانونية للمحكم في القانون السوداني والمقارن، مجلة الشريعة والقانون، العدد (٢٧)، ربيع الآخر ١٤٣٧هـ – فبراير ٢٠١٨م، ص: ١٥٧.

وهو بذلك يختلف عن التحكيم، إذا يصدر المحكم حكماً ملزماً للطرفين، في حين أنَّ الموفق يعرض مقترحات غير ملزمة لهما[١].

أيضاً يختلف التوفيق عن التحكيم من حيث أنَّ التوفيق لا يمنع الطرفين من الالتجاء إلى القضاء أو التحكيم بشأن خلافهما، حسب الأحوال إذا لم يقبل الطرفان أو أحدهما مقترحات الموفق. بينما التحكيم يمنع الالتجاء إلى القضاء بشأن الخلاف الذي اتفق الطرفان على إخضاعه للتحكيم وتمسك أحد الطرفين بذلك[٢].

وقد يتفق الطرفان في حل النزاع على اللجوء أولاً إلى التوفيق بواسطة شخص معين، ثم اللجوء إلى التحكيم إذا لم يرضى أحد الطرفين بما انتهى إليه الموفق فمثل هذا الاتفاق ملزم للطرفين كما أنه ملزم لهيئة التحكيم، حيث أنَّه لا يجوز لأي طرف اللجوء مباشره إلى التحكيم فإن على هيئة التحكيم إذا تمسك المحتكم ضده بذلك أنْ تقضى بعدم اختصاصها بدعوى التحكيم لعدم سلوك الطريق الذي أوجب الاتفاق سلوكه قبل الالتجاء إلى التحكيم[٣].

الفرق بين التحكيم والتوفيق:

التوفيق مؤداها أن يقوم فرد أو أكثر من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الأطراف المتنازعة بالتوسط والتوفيق بينهم، وذلك بتقديم عرض أو اقتراح لتسوية ما بينهم من خلاف تاركين للأطراف حرية الأخذ به أو رفضه، وبالتالي فإن الموفق أو الوسيط ليس من الضروري أن يكون تدخله بناء على اتفاق الأطراف، بل قد يكون تدخله من تلقاء نفسه، ودوره يقتصر على تقديم توصية للأطراف وهي غير ملزمة لهم. أما في التحكيم فإن المحكم يعين من قبل أطراف النزاع ويكون قراره ملزماً لهم.

---

[١] مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص: ١٥١.

[٢] عبد الكريم الثلاياء، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في منازعات عقود الاستثمار، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، ٢٠١٢م، ص: ٢١.

[٣] عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص: ١٥.

المطلب الثاني: تمييز التحكيم عن الوكالة والخبرة:

أولاً: تمييز التحكيم عن الوكالة:

الوكالة عند فقهاء القانون: (عقد بمقتضاه يقيم شخص غيره مقام نفسه في تصرف قانوني معلوم جائز شرعاً، فيما تدخله النيابة حال الحياة مما يصلح للأصيل مباشرته بنفسه)[١].

كما عرف المشرع السوداني الوكالة بأنها: (عقد بمقتضاه يقيم شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ممن يملكه حال حياته)[٢].

وتختلف الوكالة عن التحكيم من عدة أوجه:

١/ أنَّ الوكيل يستمد سلطاته من الموكل ويأتمر بأوامره فالوكيل يقوم بعمله باسم موكله ولصالحه فإن خرج عن حدود الوكالة كان للموكل أن يتنصل عن أعمال الوكيل بينما المحكم مستقل تماماً فهو يقوم بعمل لا يستطيع الأطراف القيام به وهو الفصل في النزاع[٣].

٢/ أنَّ الوكيل لا يجوز له أنْ يمثل مصالح متعارضة عكس المحكم حيث أنَّ طبيعة اتفاق التحكيم تفرض عليه الفصل في المنازعات المعروضة عليه من الخصوم بالإضافة إلى أنَّ المحكم يُلزم أحد الخصوم بأنْ يؤدي شيئاً لصالح الآخر وهو ما لا يملكه الوكيل[٤].

٣/ كذلك يستطيع الموكل عزل الوكيل بإرادته المنفردة بينما المحكم لا يستطيع أي عزل أي طرف بإرادته المنفردة مادام تم اختياره بالإرادة المشتركة للطرفين أو الطرف الذي أختاره[٥].

---

[١] المادة (٩٠٥) من القانون اليمني لعام ٢٠٠٢م.

[٢] المادة (٤١٦) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م.

[٣] فارس محمد القادري، الوكالة التجارية الحصرية في الفقه الإسلامي والقانون اليمني ٢٠١٦م، ص: ١٥٩.

[٤] فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص: ٣٠.

[٥] فارس محمد القادري، الوكالة التجارية الحصرية في الفقه الإسلامي والقانون اليمني ٢٠١٦م، ص: ١٥٩.

ورغم وضوح الفارق بين التحكيم والوكالة إلاَّ أن الأمر يكون فيه تشبه نوعاً ما مثلاً إذا كانت هيئة التحكيم ثلاثية التكوين وأن يقوم طرفا النزاع كل منهم بتعين محكم يمثله في التحكيم وفي هذه الحالة نعتبره وكيلاً بالخصومة، أما العضو الثالث فهو رئيس الهيئة لأنه مستقل عن طرفي النزاع، يرى البعض أنَّ المحكم الذي يختاره الخصم يكون بمثابة مدافع عنه أي وكيلاً بالخصومة ومع ذلك يظل من الناحية القانونية صفة المحكم وليس صفة الوكيل بالخصومة أما من ناحية الواقع فتكون صفة المحكم مقصورة على رئيس الهيئة، ولو تفحصنا المسألة تعتمد توصيف المحكم بأنه وكيل بالخصومة على عدد من المعطيات وهي وقائع التعاقد ونية المتعاقدين وطبيعة العلاقة السابقة للمحكم بطرف النزاع، ولكن وجود رئيس هيئة للتحكيم ينفي أي أثر للوكالة فهو الذي تتمحور حوله العملية برمتها وبذلك يتلاشى التضارب والتعارض بينهم وهو الذي النظرة أجد نفسي متفق معها بشدة، وعلماً بأن للوكالة حدود لا يستطيع الوكيل تجاوزها ويتحمل الموكل نفقته مستقلاً ويمكن له منفرداً بإنهاء خدمات الوكيل، أما المحكم المستقل فليس للمتنازعين حق إقالته بإرادة منفردة ولا التدخل المباشر بالتوجيه في إدارة العملية التحكيمية ولا وقف النفقات وأتعابه وفي نظري المتواضع هذا جوهر الاختلاف الحقيقي بين التحكيم والوكالة.

ثانياً: تمييز التحكيم عن الخبرة:

الخبرة: يقصد بها الإجراء الذي يعهد بمقتضاه القاضي إلى شخص ما إبداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني، التي يكون على دراية بها دون إلزام القاضي بهذا الرأي[1].

[1] عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص: ١٥.

بينما جوهر التحكيم يكمن في السلطة التي تمنح للمحكم بمجرد قيام أطراف النزاع باختياره، وبالتالي تكون قراراته ملزمة لهم.

أوجه الخلاف بينهما في الآتي:

أ/ من حيث الدور الذي يقوم به كل من منهما: المحكم يقوم بالفصل في النزاع بحكم ملزم لأطرافه باعتباره قاضي، أما الخبير فلا يكلف إلاَّ بمجرد إبداء رأي فني فيما يطرح عليه من مسائل، وقد يبدئ هذا الرأي بمناسبة نزاع معين بين الطرفين، أو دون قيام نزاع بناء على طلب أحد الأشخاص وهذا الرأي غير مُلزم للقاضي من ناحية، ولا للأطراف من ناحية أخرى[١].

ب/ من حيث المسائل التي يفصل فيها كل منهما: المحكم يفصل في المسائل الفنية والقانونية المتعلقة بالنزاع المعروض عليه، فهو يقوم بنفس وظيفة القاضي، بينما الخبير يتعرض للمسائل الفنية فقط فلا يجوز له التعرض للمسائل القانونية[٢].

ت/ من حيث ما يصدره كل منهما: المحكم يصدر حكماً ويتقيد بالأوضاع والإجراءات الواردة في قانون التحكيم ويكون حكمه قابلاً للتنفيذ بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه، بينما الخبير يكتب تقريراً يرفعه للقاضي أو الخصوم وهو غير ملزم، فالتقرير هذا يخضع للسلطة التقديرية للقاضي[٣].

---

[١] عزيزة الشريف، التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية، ١٩٩٢-١٩٩٣م، ص: ٧.

[٢] علاء محي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، (د. ت)، ص: ١٢٩.

[٣] محمود التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ٢٠١٥م، ص: ٣٤٩.

ث/ من حيث إمكانية الطعن: يجوز الطعن عن طريق دعوى البطلان في حكم هيئة التحكيم، بينما لا يجوز الطعن بالطرق المقررة قانوناً في تقرير الخبير[1].

مما سبق يرى الباحث مما تقدم أعلاه نجد أن التحكيم هو اختيار الطرفين برضائهما شخصاً آخر أو أكثر للحكم بينهما دون المحكمة المختصة فيما يقوم بينهما من خلافات أو نزاعات، ينتج عنه حكم قضائي، ليس فيه نزول عن الحق، ينعقد التحكيم بأي لفظ يدل عليه وقبوله من المحكم ولا يجوز إثبات التحكيم إلا بالكتابة، وهيئة التحكيم هي الطرف الثالث الناشئ من اتفاق التحكيم وهي من تحكم بين أطراف النزاع القائم بينهما، تطبيق القانون وقواعده ونصوصه وعدم الإخلال بأحكام القانون، يقبل الطعن إذا لم يقبل أطراف النزاع على غير ذلك أو انقضاء ميعاد الطعن، أما الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن يتنازل كل منهما عن جزء إدعائه، ينتج عنه عقد يتراضى عليه الطرفان المتنازعان، يتنازل فيه أحد الطرفين أو كلاهما عن حق، ويتم الصلح بالتراضي في الدماء والأموال والحقوق على أن لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً ولا يثبت نسباً أو يسقط حداً ويجوز مع الإقرار والسكوت والإنكار، أطراف الصلح هم أطراف النزاع أنفسهم أو من يمثلونهم ويحسموا خلافاتهم عن طريق نزول كل طرف عن بعض ما يتمسك به، لا يقبل الطعن بالاستئناف ويكون نهائي.

ويتحقق التفرقة بين التحكيم والصلح عندما يتحقق الصلح في النزاع الذي ثار بين الطرفين بواسطة شخص ثالث، وذهب الفقه إلى أن العبرة في

---

[1] عزيزة الشريف، التحكيم الإداري في القانون المصري، مرجع سابق، ص: ٧.

ذلك هي بحقيقة المهمة التي عهد بها الطرفان إلى الطرف الثالث، ونجد المعيار هنا فصل النزاع بحكم ملزم كان تحكيماً، أما اذا اقتصر دور الطرف الثالث على الوساطة وصولاً إلى حل معقول بينهما كان صلحاً.

وكذلك مما تقدم في هذا المطلب الثاني حيث تناولنا التمييز بين التحكيم وكل من الوكالة والخبرة، فأهم ما يمكن التمييز هو منبع السلطة المستمدة من أنَّ الوكيل يستمد سلطاته من الموكل ويأتمر بأوامره، أما المحكم المستقل والخبير مستقلان تماماً عن أطراف النزاع، تمثيل المصالح المتعارضة نجد أنَّ الوكيل لا يجوز له أنْ يمثل مصالح متعارضة عكس المحكم حيث أنَّ طبيعة اتفاق التحكيم تفرض عليه الفصل في المنازعات المعروضة عليه من الخصوم، بينما نجد الخبير لا يمكن له تمثيل مصالح متعارضة في نفس الشهادة، كذلك مسألة العزل يستطيع الموكل عزل الوكيل بإرادته المنفردة بينما المحكم لا يستطيع عزل أي طرف بإرادته المنفردة مادام تم اختياره بالإرادة المشتركة للطرفين أو الطرف الذي اختاره بينما ليس له القدرة على عزل الخبير فهي في الأساس مسألة تقديرية للقاضي الفصل في المسائل القانونية، المحكم يفصل في المسائل الفنية والقانونية المتعلقة بالنزاع المعروض عليه، فهو يقوم بنفس وظيفة القاضي، بينما الخبير يتعرض للمسائل الفنية فقط فلا يجوز له التعرض للمسائل القانونية، وكذلك لا يمكن للوكيل من نفسه الفصل في المسائل القانونية فهو انعكاس وامتداد للإرادة أحد الطرفين وعلى ضوء ما تقدم نجد أن المبحث أعلاه تناول تشابه التحكيم مع الوسائل الأخرى إن كانت قضائية أو غير قضائية وحصرتها لطبيعة هذا البحث في الصلح والتوفيق وتوكيل والخبرة.

من حيث المفهوم:

التحكيم هو اتفاق بين الخصمان بحر إرادتهم على حل النزاع الذي ربما ينشأ بينهما في المستقبل بشأن تنفيذ العقد أو المعاملة القائمة بينهما وكذلك الاتفاق على حل النزاع القائم بينهما بالفعل عن طريق التحكيم.

الصلح هو عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي.

التوفيق مؤداها أن يقوم فرد أو أكثر من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الأطراف المتنازعة بالتوسط والتوفيق بينهم، وذلك بتقديم عرض أو اقتراح لتسوية ما بينهم من خلاف تاركين للأطراف حرية الأخذ به أو رفضه.

وتوكيل هو عقد بمقتضاه يقيم شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ممن يملكه حال حياته.

الخبرة يقصد بها الإجراء الذي يعهد بمقتضاه القاضي إلى شخص ما إبداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني، التي يكون على دراية بها دون إلزام القاضي بهذا الرأي.

فنجد من المفاهيم أعلاه أن بعض هذه المفاهيم تتقاطع وتتشابه إلى حد ما مع مفهوم التحكيم لكن جوهر الأمر الغاية الحقيقة من التحكيم حيث نلاحظ إن هو تفويض لطرف ثالث لحل النزاع من غير تنازل عن حقوق وبصفة ملزمه للطرفين.

الفصل الثالث

مفهوم التراضي لمشارطة التحكيم ومشتملات مشارطة التحكيم والطبيعة القانونية لمشارطة التحكيم والفرق بين مشارطة التحكيم وشرط التحكيم

المبحث الأول: مفهوم التراضي فقهاً وقانوناً.

المبحث الثاني: مفهوم مشارطة التحكيم بين الفقه والقانون.

المبحث الثالث: مشتملات مشارطة التحكيم.

المبحث الرابع: الطبيعة القانونية لمشارطة التحكيم والفرق بين مشارطة التحكيم وشرط التحكيم.

الفصل الثالث

مفهوم التراضي لمشارطة التحكيم ومشتملات مشارطة التحكيم والطبيعة القانونية لمشارطة التحكيم والفرق بين مشارطة التحكيم وشرط التحكيم

تمهيد وتقسيم:

يتناول هذا الفصل مفهوم التراضي لمشارطة التحكيم ومشتملات مشارطة التحكيم وطبيعة مشارطة التحكيم بين الفقه والقانون، حيث سوف نعمد لتوضيح المفاهيم الأساسية لنتمكن من الربط بين مفهوم الرضائية وآثارها في مشارطة التحكيم للإجابة على التساؤلات في آخر البحث إن شاء الله ولذلك عمدت إلى تقسيم هذا الفصل إلى التي:

المبحث الأول: مفهوم التراضي فقهاً وقانوناً.

المبحث الثاني: مفهوم مشارطة التحكيم بين الفقه والقانون.

المبحث الثالث: مشتملات مشارطة التحكيم.

المبحث الرابع: الطبيعة القانونية لمشارطة التحكيم والفرق بين مشارطة التحكيم وشرط التحكيم.

المبحث الأول

مفهوم التراضي فقهاً وقانوناً

المطلب الأول: تعريف التراضي لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني: التراضي في الفقه

المطلب الثالث: التراضي في القانون

المطلب الرابع: الالتزام

المطلب الأول: **تعريف التراضي لغة واصطلاحاً**:

أولاً: في لغة:

التراضي مأخوذ الرضا: من مصدر رضي يرضى وهو مأخوذ من مادة "ر ض" التي تدل خلاف السخط، وفي حديث الدعاء: اللهم إني أعوذ برضاك من سخطك[1].

١/ رَضا (فعل).

– رَضَوْتُ، أَرْضُو، اُرْضُ، مصدر رَضْوٌ/ رَضا صاحِبَهُ: كانَ أَشَدَّ رِضاً مِنْهُ.

– رَضانِي فَرَضَوْتُهُ: أَي غَلَبْتُهُ عِنْدَ الْمُرَاضاةِ.

٢/ رِضا (اسم).

– مصدر رَضِيَ.

– هو رضاً: مَرْضِيٌّ.

– طَلَبَ رِضاهُ: مُوافَقَتَهُ، اِسْتِحْسانَهُ رِضا النَّاسِ غايَةٌ لا تُدْرَكُ نَزَعَ مِنْهُ مالاً مِنْ دونِ رِضاهُ.

– رِضا النَّفْسِ: اِطْمِئْنانُ النّفْسِ.

– عَنْ رِضىً: بِطيبِ خاطِرٍ، أَيْ تَعْبيرٌ عَنِ الْمُوافقَةِ والارْتِياحِ.

– سريعُ الرِّضا سريع الغضب: ذو طبع حسَّاس.

– نظَر بعين الرِّضا: قَبِل الشيءَ عن طيب نَفْس.

– (الفلسفة والتصوُّف) أحد المقامات أو الأحوال عند الصوفيَّة، وهو نهاية التوكُّل وقبول كلّ شيء.

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، مادة "رضو"، ج١٤، مرجع سابق، ص: ٣٢٤ – ٣٢٥.

– (علوم النفس) حالة من التَّوافق بين الكائن والبيئة.

٣/ رَضا صاحِبَهُ: كانَ أَشَدَّ رِضاً مِنْهُ.

٤/ رِضا النَّفْسِ: اِطْمِئْنانُ النّفْسِ.

٥/ هو رضىً: مَرْضِيٌّ.

٦/ سريعُ الرِّضا سريع الغضب: ذو طبع حسَّاس.

٧/ عَنْ رِضىً: بِطيبِ خاطِرٍ، أَيْ تَعْبيرٌ عَنِ الْمُوافقَةِ والارْتِياحِ.

٨/ نظَر بعين الرِّضا: قَبِل الشيءَ عن طيب نَفْس.

٩/ رَضانِي فَرَضَوْتُهُ: أَي غَلَبْتُهُ عِنْدَ الْمُرَاضاةِ.

١٠/ رَضيَ: (فعل).

– رضِيَ/ رضيَ بـــ/ رضِيَ على/ رضِيَ عن يَرضَى، ارْضَ، رِضًا ورِضًى ورُضوانًا ورِضوانًا ورِضاءً، فهــو راضٍ ورَضٍ ورَضِــيّ، والمفعــول مَرْضُــوّ ومَرْضِيّ.

– رضِيه صديقًا/ رضِي به صديقًا/ رضِي عليــه صــديقًا/ رضِــي عنــه: اختاره وقبِله،

– رضِي الله عنه: عبارة تعقب أسماء الصحابة وذوي المكانة الدينية.

١١/ رَضَّى: (فعل).

– رضَّى يُرضِّي، رَضِّ، ترضيةً، فهو مُرَضٍّ، والمفعول مُرَضَّى.

– رَضَّى صاحِبَهُ: جَعَلَهُ يَرْضَى.

١٢/ رضى: (فعل).

– رضِى رَضْوًا.

- رضاه: كان أَشَدَّ رِضًا منه.

- راضاني فَرَضَوْتُه: غلَبْتُه عند المراضاة.

١٣/ رَضيّ: (اسم).

- الجمع: رَضيُّون وأَرضِياءُ.

- الرَّضِيُّ: الراضي.

- الرَّضِيُّ: المرضيّ.

- الرَّضِيُّ: المُطِيع.

- الرَّضِيُّ: المُحِبّ.

- رَضِيٌّ بِنِعْمَتِهِ: قانِعٌ بِها.

- اِسْتَقالَ مِنْ عَمَلِهِ بِنَفْسٍ رَضِيَّةٍ: عَنْ طِيبِ خاطِرٍ[١].

وأيضاً "رَضَيهُ" به وعنه وعليه. رضاً ورضاءً ورضواناً ومرضاةً: أختاره وقبله[٢].

ثانياً: في الاصطلاح:

هو طيب النفس بما يصيبه ويفوته مع عدم التغير[٣]، وقيل: هو ارتفاع الجزع في أي حكم كان، وقال الجنيد: الرضا هو رفع الاختيار.

وقال الحارث المحاسبي: الرضا هو سكون القلب تحت مجاري الأحكام.

---

[١] المعاني: https://www.almaany.com، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/٢٥م، الساعة ١١:٥٣ صباحاً، الخرطوم بحري.

[٢] مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، مرجع سابق، ص: ٢٦٧.

[٣] الأشبوني، في الرضا، مقاصد منجيات الإحياء، تحقيق: عبد المولى هاجل، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٤٣هـ - ٢٠٢١م.

وقال ابن عطاء: (الرضا: نظر القلب إلى قديم اختيار الله للعبد وهو ترك السخط)[١].

ويقول الراغب الأصفهاني: (رضا العبد عن الله؛ أن لا يكره ما يجري به قضاؤه، ورضا الله عن العبد؛ أن يراه مؤتمراً بأمره منتهياً عن نهيه) ولمّا كان أعظم رضا هو رضا الله سبحانه؛ خُصَّ لفظ الرضوان بما كان من الله عز وجل: (يبتغون فضلاً من الله ورضواناً)[٢].

والرضا هو صحة العلم الواصل إلي القلب، فإذا باشر القلب حقيقة العلم أداه إلي الرضا. وقيل هو "استقبال الأحكام بالفرح".

وقال المناوي: الرضا طيب نفسي للإنسان بما يصيبه أو يفوته مع عدم التغير. وقال الفقهاء يشهد على رضاها أي إذنها فجعلوا الإذن رضا لدلالته عليه[٣].

ومما تقدم أعلاه يمكن حصره لغوياً واصطلاحاً الرضا هو ضد السخط، ومنه قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح: "اللهم إني أَعوذُ برضاكَ من سَخَطِكَ". ويُراد به: تقبُّل ما يقضي به الله عز وجل من غير ترددٍ، ولا معارضة، وهو ارتفاع الجزع في أي حكم كان، ويعرّف بأنه سُكون القلب إلى قديم اختيار الله للعبد، بأنه اختار له الأفضل، فيرضى به. وهو باب الله الأعظم، ومستراح العابدين، وجنة الدنيا.

قال الله تعالى: (رَّضِيَ الله عَنْهُمْ وَرَضُواْ عَنْهُ)[٤].

---

[١] المعاني: https://www.almaany.com، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/٢٥م، الساعة ١١:٥٣ صباحاً، الخرطوم بحري.

[٢] رضا (خلق)، من ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، https://ar.wikipedia.org/wiki، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/٢٦م، الساعة ٠٣: ١٢ ظهراً، الخرطوم بحري.

[٣] محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، الجزء الثاني، ص: ١٥٠ – ١٥١.

[٤] سورة المائدة، الآية: ١١٩.

وعن أبِي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مَنْ يَأْخُذُ عَنّي هَؤُلاَءِ الكَلِمَاتِ فَيَعْمَلُ بِهِن أو يُعَلّمُ مَنْ يعْمَلُ بِهِنّ"، وليس من شرط الرضا ألا يحس الإنسان بالألم والمكاره، بل ألا يعترض على الحكم ولا يتسخطُه.

فعن علي بن الحسن رحمه الله قال: "رأيت رجلاً ذاهب النصف الأسفل لم يبق منه إلا روحه في بعض جسده، ضرير البصر، على سرير مثقوب، فدخل عليه داخل؛ فقال له: كيف أصبحت يا أبا محمد؟ قال: ملك الدنيا، منقطع إلى الله، ما لي إليه من حاجة إلا أن يتوفاني على الإسلام".

وهناك فرق بين أن ترضى قدراً وبين أن ترضى إيماناً، فمعنى أن ترضى قدراً كأن تقول لك: ليس بيدنا شيء. أما أن ترضى إيمانًا فتشكره على قضائه وقدره. لذلك قال علي رضي الله عنه: "الرضا بمكروه القضاء أرفع درجات اليقين". ومن الثابت أن الإنسان بين حالين، بين حالة الرضا وبين حالة السخط.

المطلب الثاني: التراضي في الفقه:

قال تعالى: (يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ وَلا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللهَ كانَ بِكُمْ رَحِيماً)[1].

نهى تبارك وتعالى عباده المؤمنين عن أن يأكلوا أموال بعضهم بعضا بالباطل، أي: بأنواع المكاسب التي هي غير شرعية، كأنواع الربا والقمار، وما جرى مجرى ذلك من سائر صنوف الحيل، وإن ظهرت في غالب الحكم الشرعي مما يعلم الله أن متعاطيها إنما يريد الحيلة على الربا، حتى قال ابن جرير: حدثني ابن المثنى، حدثنا عبد الوهاب، حدثنا داود، عن عكرمة، عن ابن عباس – في الرجل يشتري من الرجل الثوب فيقول: إن رضيته أخذته وإلا رددته ورددت معه درهماً – قال: هو الذي قال الله عز وجل: (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل)[2].

وقال ابن أبي حاتم: حدثنا علي بن حرب الموصلي، حدثنا ابن فضيل، عن داود الأودي عن عامر، عن علقمة، عن عبد الله (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) قال: إنها كلمة محكمة، ما نسخت، ولا تنسخ إلى يوم القيامة، وقال علي بن أبي طلحة، عن ابن عباس: لما أنزل الله: (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) قال المسلمون: إن الله قد نهانا أن نأكل أموالنا بيننا بالباطل، والطعام هو أفضل الأموال، فلا يحل لأحد منا أن يأكل عند أحد فكيف للناس فأنزل الله بعد ذلك: (ليس على الأعمى حرج)[3]، وكذا قال قتادة بن دعامة، وقوله: (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) قرئ: تجارة بالرفع وبالنصب، وهو

---

[1] سورة النساء، الآية: ٢٩.

[2] محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن (تفسير الطبري)، المحقق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٠هـ – ٢٠٠٠م، ٢٧٥/٨.

[3] سورة النور، الآية: ٦١.

استثناء منقطع، كأنه يقول: لا تتعاطوا الأسباب المحرمة في اكتساب الأموال، لكن المتاجر المشروعة التي تكون عن تراض من البائع والمشتري فافعلوها وتسببوا بها في تحصيل الأموال. كما قال الله تعالى: (ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق)[١]، وكقوله تعالى: (لا يذوقون فيها الموت إلا الموتة الأولى)[٢]، ومن هذه الآية الكريمة احتج الشافعي [رحمه الله] على أنه لا يصح البيع إلا بالقبول؛ لأنه يدل على التراضي نصا، بخلاف المعاطاة فإنها قد لا تدل على الرضا ولابد، وخالف الجمهور في ذلك مالك وأبو حنيفة وأحمد وأصحابهم، فرأوا أن الأقوال كما تدل على التراضي، وكذلك الأفعال تدل في بعض المحال قطعا، فصححوا بيع المعاطاة مطلقاً، ومنهم من قال: يصح في المحقرات، وفيما يعده الناس بيعاً، وهو احتياط نظر من محققي المذهب، والله أعلم[٣].

المراد بالرضا: ارتياح النفس وانبساطها عن عمل ترغب فيه وقد فرق فقهاء الحنفية بين الرضا والاختيار.

حيث إن الاختيار: هو القصد إلى مقدور متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه على الآخر. فإن استقل الفاعل في قصده فاختياره صحيح، وإن لم يستقل فاختياره فاسد وبهذا يكون الاختيار أعم من الرضا.

إذ قد يوجد الاختيار ولا يوجد الرضا، وذلك عند قصد المكلف إلى أهون الشرين وأخف الضررين، وهذا هو ما يسمى بالاختيار الفاسد[٤].

---

[١] سورة الأنعام، الآية: ١٥١.

[٢] سورة الدخان، الآية: ٥٦.

[٣] ابن كثير، تفسير ابن كثير، تفسير سورة النساء، تفسير قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل".

[٤] الأمثال للمالية الإسلامية (تونس)، https://search.emarefa.net/ar/detail/THSD-2885-satisfaction-islamic-law، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/٢٦م، الساعة ٢٦: ١٢ ظهراً، الخرطوم بحري.

وتحدث السادة الحنفيّة بأنه: امتلاء الاختيار، أي بلوغه نهايته، بحيث يفضي أثره إلى الظّاهر من ظهور البشاشة في الوجه، ونحوها، وبعبارةٍ أخرى لخصّها التّفتازانيّ، وابن عابدين، والرّهاويّ منهم، هي أنّ الرّضا: إيثار الشّيء واستحسانه.

وعرّفه الجمهور بأنّه قصد الفعل دون أن يشوبه إكراه.

فعلى ضوء ذلك: إنّ الرّضا عند الحنفيّة أخصّ من الرّضا عند الجمهور، فمجرّد القصد إلى تحقيق أثرٍ في المعقود عليه يسمّى الرّضا عند الجمهور، وإن لم يبلغ الاختيار غايته، ولم يظهر السّرور، في حين لا يسمّى به عند الحنفيّة إلاّ إذا تحقّق الاستحسان والتّفضيل على أقلّ تقديرٍ[1].

لا خلاف بين الفقهاء في أنّ حلّ أموال النّاس منوط بالرّضا، لقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ)، ولقول النّبيّ صلى الله عليه وسلم: "إنّما البيع عن تراضٍ"، وقوله: "ولا يحلّ لامرئٍ من مال أخيه إلاّ ما طابت به نفسه"، وفي روايةٍ: "لا يحلّ مال امرئٍ مسلمٍ إلاّ بطيب نفسٍ"، واختلفوا في كون الرّضا في التّصرّفات شرطاً أو لا؟

فذهب الحنفيّة إلى أنّ الرّضا شرط لصحّة العقود الّتي تقبل الفسخ – وهي العقود الماليّة من بيعٍ وإجارةٍ، ونحوها – أي أنّها لا تصحّ إلاّ مع التّراضي، وقد تنعقد الماليّة لكنّها تكون فاسدةً كما في بيع المكره ونحوه وقد صرّح الحنفيّة بأنّ أصل العقود الماليّة تنعقد بدون الرّضا، لكنّها لا تكون صحيحةً، يقول أمير بادشاه الحنفيّ، وينعقد بيع المخطئ نظراً إلى أصل الاختيار، لأنّ الكلام صدر عنه باختياره، أو بإقامة البلوغ مقام القصد، لكن

---

[1] رضا: كتاب: الموسوعة الفقهية الكويتية، http://www.al-eman.com، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/٢٦م، الساعة ٢٣: ١٢ ظهراً، الخرطوم بحري.

يكون فاسداً غير نافذٍ لعدم الرّضا حقيقةً. وأمّا العقود الّتي لا تقبل الفسخ في نظرهم، فالرّضا ليس شرطاً لصحّتها ولا له أثر فيها، فقد ذكر الفقيه أبو اللّيث السّمرقنديّ التّصرّفات الّتي تصحّ مع الإكراه عندهم، فبلغت ثمانية عشر تصرّفاً، منها الطّلاق، والنّكاح، والعتاق، والرّجعة، والحلف بطلاقٍ وعتاقٍ وظهارٍ، والإيلاء، وقبول المرأة الطّلاق على مالٍ.

وأمّا جمهور الفقهاء فتدور عباراتهم بين التّصريح بأنّ الرّضا أصل أو أساس أو شرط للعقود كلّها، فعلى ضوء ما صرّحوا به إذا لم يتحقّق الرّضا لا ينعقد العقد، سواء أكان ماليّاً أم غير ماليٍّ، يقول الدّسوقيّ والخرشيّ وغيرهما: إنّ المطلوب في انعقاد البيع ما يدلّ على الرّضا، وإنّ انتقال الملك متوقّف على الرّضا، ويقول الزّنجانيّ الشّافعيّ: الأصل الّذي تبنى عليه العقود الماليّة إتّباع التّراضي[1].

ويصرّح الحنابلة بأنّ التّراضي شرط من شروط صحّة العقد ما لم يكره بحقٍّ، كالّذي يكرهه الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه. وهذا، وإنّ الرّضا أمر خفيّ لا يطّلع عليه، لأنّه ميل النّفس فأنيط الحكم بسببٍ ظاهرٍ وهو الصّيغة الّتي هي الإيجاب والقبول، فينعقد العقد بما يدلّ على الرّضا من قولٍ أو فعلٍ أو إشارةٍ[2].

بما أن المشرع السوداني قد استمد السائد من مصادره في الفقه الإسلامي من المذهب الحنفي لدواعي كثيرة لذلك تبحرت في الرضا من منظور الأئمة الأحناف محاولة مني للولوج إلى القانون السوداني.

---

[1] رضا، كتاب: الموسوعة الفقهية الكويتية، http://www.al-eman.com، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/٢٦م، الساعة ٢٣: ١٢ ظهراً، الخرطوم بحري.

[2] المرجع السابق نفسه.

المطلب الثالث: التراضي في القانون:

يقصد بالتراضي – في القانون – تطابق إرادتين تتجهان لإحداث أثر قانوني معين هو إنشاء التزام معين. فالأثر القانوني لتطابق الإرادتين لابد أن يكون إنشاء التزام معين.

وسوف أتناول التراضي في القانون، وأتحدث عرضاً عن الالتزام لارتباطهم معاً فالتزام ما هو إلا أثر لتطابق الإرادتين.

التراضي في القانون: هو توافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني، ويعتبر التراضي موجوداً إذا تطابقت إرادتين وتوافرت شروط المحل والسبب وبهذا ينعقد العقد.

كما ذكر الأستاذ العلامة د. محمد الشيخ عمر: الرضا، أي توافق الإرادتين، هو الأساس الحقيقي الذي يقوم عليه العقد، ويدور معه وجوداً وعدماً ولذلك فإنه يشترط لوجود العقد توافر الرضا[١].

أي أنه الركن الأساسي لقيام العقد فلابد أن يتراضى الطرفان على إبرام العقد وأن يكونا واعيين بما التزما به وانصرفت قصدهما إلى ذلك أي لابد من توافر عناصر الرضا (الإيجاب والقبول) كما نص المشرع السوداني (يتم ارتباط الإيجاب بالقبول في الوقت الذي يتبادل فيه المتعاقدين عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة إي قيود أقرها القانون لانعقاد العقد)[٢].

وكذلك نص المشرع السوداني: (يتم ارتباط الإيجاب بالقبول في الوقت الذي يتبادل فيه المتعاقدان التعبير عن إرادتين متطابقين، مع مراعاة أي قيود يقررها القانون لانعقاد العقد)[٣].

---

[١] أ. د. محمد الشيخ عمر، قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م، مصادر وأحكام الالتزام، الخرطوم، ٢٠٠٤م، ص: ٣٤.

[٢] المادة (٣٣) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م.

[٣] المادة (٣٤) من نفس القانون.

وتبين من مفهوم المواد أعلاه أنه حتى ينشأ العقد ويوجد ركنه الأول الرضا لابد من توافر ثلاثة شروط وهي: وجود إرادتين (الإيجاب والقبول) والتعبير عنهما، تطابق الإرادتين (الإيجاب والقبول)، اتجاه الإرادتين إلى إحداث الأثر القانوني معين وما هو معلوم (بقصد التعاقد)، وما يلزم قصد التعاقد وجود نية جادة لتميز بين التعاقد والدعوة للتعاقد[١].

ومن الشروط الواجب توافرها في الرضا توافر الإيجاب والقبول:

أ/ الإيجاب:

بأنه تلك العبارة التي تبين بوضوح الغرض الذي يرغب فيه من صدرت عنه[٢]. أي هو الغرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن نيته في إبرام عقد معين، أو هو الإرادة الأولى التي تظهر في التعاقد، وأشترط الفقهاء في الإيجاب توافر عنصرين:

١/ التعبير عن الإيجاب. ٢/ النية الجادة للدخول في الالتزام التعاقدي.

العنصر الأول: التعبير عن الإيجاب: أن يكون صريحاً أو ضمنياً يستشف من ظروف التعاقد المحيطة به وعلاقة أطراف العقد.

أولاً: التعبير الصريح:

هو الذي يقصد به إظهار الإرادة بصورة مباشرة ، وذلك باتخاذ وسائل تؤدي بذاتها إلى الإفصاح عن الإيجاب حسب العرف الجاري بين الناس دون أن تكون هنالك حاجة لتأويل الظروف المحيطة بالعقد[٣].

---

[١] مهند محجوب العربي، مرشد الوفود لمعرفة أحكام العقود، ص: ٣.

[٢] أ. د. محمد الشيخ عمر، قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م مصادر وأحكام الالتزام، مرجع سابق، ص: ٤٧ – ٤٨.

[٣] د. أبو ذر الغفاري بشير، العقد والإرادة المنفردة في القانون السُوداني، الطبعة السابعة، الخرطوم، ٢٠٠٨م، ص: ١٥.

وقد بين المشرع السوداني في النص الآتي: (يكون التعبير عن الإرادة باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي كما يكون باتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود)[١].

وهو بذلك يتحدث عن وسائل التعبير الصريح (الإيجاب والقبول):

١/ **اللفظ:** يجوز أظهار الإيجاب بواسطة الكلمات المنطوقة، سواء كانت هذه الكلمات مباشرة أو عن طريق أحد وسائل الاتصال الحديثة كالهاتف والتلفاز والراديو. لا يشترط أن يكون اللفظ بلغة معينة. فكل لغة تؤدي إفهام المعنى لدى الطرف الآخر تعتبر لغة فعالة للتعبير عن الإيجاب.

٢/ **الكتابة:** يمكن التعبير عن الإيجاب بواسطة الكلمات المكتوبة. كما في حالة الإيجاب بواسطة النص المكتوب المباشر بين الطرفين أو الخطاب أو الفاكس أو غيرها من وسائل الاتصال عن طريق الكلمة المقروءة وتعد وسيلة مقبولة في التعبير سواء كان المستند المطلوب رسمياً أو عرفياً وكذلك إذا كان موقعاً أو غير موقع[٢].

يشترط القانون في بعض الحالات حصراً أن يكون العقد مكتوباً وإلا أصبح العقد باطلاً وذلك في عقد الشركة وعقد المقاولة.

وفي هذه الحالة يكون شرط الكتابة شرط للانعقاد العقد وليس للإثبات فقط كما نص القانون السوداني: (إذا اشترط القانون الكتابة فلا يعتد بأي وسيلة أخرى من وسائل التعبير عن الإرادة)[٣].

---

[١] المادة (١/٣٥) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م.

[٢] د. أبو ذر الغفاري بشير، العقد والإرادة المنفردة في القانون السُوداني، مرجع سابق، ص: ١٥.

[٣] المادة (٣/٣٥) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م.

وأرست المحكمة العليا في سابقة: **حسن محمد أحمد شهودة/ ضد/ الطاهر عبد الرحيم محمد**. حيث قررت المحكمة العليا أن النزاع هو عقد مقاولة وبما أنه لم يكتب العقد فهو باطل حسب نص المواد (١/٩١) و(١/٣٨٠) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م وبالتالي فإن الحل في النزاع يكمن في التعويض الطرف المضرور وفق المسؤولية التقصيرية وليس المسؤولية العقدية[١].

٣/ الإشارة: أعتد القانون بالإشارة كوسيلة للتعبير سواء أن صدرت من شخص أخرس أو سليم متى ما كانت هذه الإشارة واضحة عرفاً فيمكن التعبير بها عند الإيجاب مثل هز الرأس أفقياً لدلالة على الرفض وراسياً لدلالة على القبول.

٤/ المبادلة الفعلية الدالة على التراضي: وهي المعطاة (الأخذ والتسليم) دون إبداء وسيلة أخرى، التعبير كالكلام أو الإشارة مثل التعاقد على شراء صحيفة وذلك بأخذها من البائع وإعطائه الثمن.

٥/ باتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود منه.

ثانياً: التعبير الضمني:

هو التعبير الذي يؤدي إلى الإفصاح عن الإرادة بصورة غير مباشرة، حيث لا يمكن معرفة الإدارة إلا عن طريق الاستنتاج[٢]، كما نص المشرع السوداني: (يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً)[٣].

---

[١] أبو ذر الغفاري بشير، العقد والإرادة المنفردة في القانون السُوداني، مرجع سابق، ص: ١٦.

[٢] المرجع السابق، ص: ١٧.

[٣] المادة (٢/٣٥) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م.

ثالثاً: التعبير بواسطة السكوت:

هو عدم إبداء أي مظهر يمكن أن يفهم منه تعبير عن الإرادة المقصودة، والسكوت عامل سلبي لا يصلح أن يكون تعبير عن الإيجاب، وذلك ما نص عليه المشرع السوداني (لا ينسب لساكت قول)[1].

العنصر الثاني: النية الجادة في الدخول في تعاقد: حتى يكون الإيجاب قابلاً للتحقيق لابد من أن يكون باتاً وجازماً وأن يتجاوز مرحلة المفاوضات والمساومة بحيث يكون صدر عنه الإيجاب (الموجب) يكون جاد النية ومستعد لتنفيذ الالتزام، وليس هنالك مقياس حاسم وموضوعي وقاطع لمعرفة ما كان ذلك أيجاب أم دعوة للتعاقد فالمقياس الوحيد يعتمد على تقدير كل ظروف التعاقد وعلاقة المتعاقدين والألفاظ المستخدمة في التعبير وما أشارت إليه السوابق القضائية في المحاكم الوطنية والإنجليزية. مثال ذلك:

الحالة الأولى: التعبير في شكل بديلين:

سابقة: **محمد حسن أبو العلا وآخرين/ ضد/ جوزيف طابت**، والتي أرست أنه يمكن أن يكون الإيجاب بصورة بدلين[2].

الحالة الثانية: بيع المزاد: نص المشرع السوداني (يتم العقد في المزايدات برسو المزاد)[3].

وأرست محكمة الاستئناف أن الإعلان عن قيام المزاد وتحديد الزمان والمكان وشروطه يعتبر مجردة دعوة للتعاقد وذلك في سابقة **المؤسسة العامة للزراعة الآلية/ ضد/ عبد الباقي عمر عطية الهندسية**[1].

---

[1] المادة (١/٤٠) من القانون نفسه.

[2] د. أبو ذر الغفاري بشير، العقد والإرادة المنفردة في القانون السُوداني، مرجع سابق، ص: ١٨.

[3] المرجع السابق نفسه.

الحالة الثالثة: الإعلان في الصحف: يعد دعوة للتعاقد وهذا ما قضت به المحكمة في سابقة **صلاح محمد/ ضد/ شركة بورتلاند سودان المحدودة**[٢].

الحالة الرابعة: النقل عن طريق الطيران: كل الإجراءات السابقة إلى أن يطلب المسافر استخراج التذكرة هو إيجاب فقط، وكل ما صدر من الشركة من قبل دعوة للتعاقد كما ذكرت السابقة: **عبد الوهاب عثمان أبو شكيمه/ ضد/ شركة مصر للطيران**[٣].

الحالة الخامسة: عرض السلعة وعليها أثمان: تعد هذه الحالة إيجاب موجه للجمهور كافة، وينتج الإيجاب أثره وفقاً لنص (ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقم الدليل على غير ذلك)[٤].

ب/ القبول:

هو التعبير الذي يصدر ممن وجه له الإيجاب، أي هي الإرادة الأخرى المخاطبة بالإيجاب وبها ينعقد العقد ومن ثم فإنه يتعين فيه الجدية لإحداث الأثر القانوني المرغوب فيه[٥].

وقد يكون صريحاً أو ضمنياً أو باتخاذ موقف لاشك في دلالته بل قد يكون عن طريق السكوت الملابس.

---

[١] د. أبو ذر الغفاري بشير، العقد والإرادة المنفردة في القانون السُوداني، مرجع سابق، ص: ١٨.

[٢] المرجع السابق، ص: ١٩.

[٣] المرجع نفسه، ص: ٢٠.

[٤] المادة (٣٦) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م.

[٥] أ. د. محمد الشيخ عمر، قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م مصادر وأحكام الالتزام، مرجع سابق، ص: ٥٤.

ويعرف السكوت الملابس بأنه الذي يقع من الموجب له في ظروف تدل على أنه أراد أن يعبر عن قبوله بمجرد السكوت وأعتبر ذلك السكوت قبولاً وهو ما نص عليه المشرع كاستثناء في النص الآتي: (لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً)[1].

وقد بين المشرع في النص الآتي: ((٢) يعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص في الأحوال الآتية، إذا:

(أ) كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول، فان العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب،

(ب) كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل وسكت من وجه إليه الإيجاب عن الرد،

(ج) تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه.

(٣) يعتبر سكوت المشترى بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط)[2].

الحالات التي يعتبر فيها السكوت قبولاً وهي على النحو الآتي:

أولاً: إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض في وقت مناسب.

ثانياً: إذا كانت هنالك تعامل سابق بين المتعاقدين، أتصل الإيجاب بهذا التعامل وسكت من وجه إليه الإيجاب عن الرد.

---

[1] المادة (١/٤٠) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م.

[2] المادة (٢/٣/٤٠) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م.

ثالثاً: إذا تمخض الإيجاب لمنفعة "مصلحة" الموجب له.

رابعاً: يعتبر سكوت المشتري بعد أن يستلم البضائع التي أشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط.

وعناصر القبول:

١/ التعبير عن القبول أما صريحاً أو ضمنياً كما ذكرنا سلفاً.

٢/ أن يكون القبول نهائي.

إذاً يمكن أن نجمل ما سبق أن القبول هو الذي يصدر آخراً بحيث يكون رد على الإيجاب الذي صدر أولاً ويجب أن يكون عن رضى تام وفي نفس مجلس العقد، أما في حال خرج الشخص الذي كان عليه القبول من مجلس العقد ثم أقر قبوله فلا يعتبر قبول وإنما أصبح إيجاباً جديداً. وإذا كان هناك أي اختلاف، في الشروط الجوهرية للعقد كالثمن والرضى ومحل العقد، يعتبر العقد باطل.

المطلب الرابع: الالتزام:

الالتزام هو رابطة قانونية بين شخصين تخول لأحدهما، وهو الدائن، أن يقتضي من الآخر، وهو المدين، أداء ماليا معينا، وقد يتمثل هذا الأداء المالي في التزام المدين بإعطاء، أو بأداء عمل، أو بالامتناع عن أداء عمل.

ويلاحظ في هذا التعريف أن الالتزام واجب قانوني، وبهذا تستبعد الواجبات غير القانونية، كالواجبات الأخلاقية التي لا تدخل في إطار القانون. وهو واجب على شخص معين، وبهذا تستبعد الواجبات العامة التي تقع على جميع الناس، كواجب احترام القانون مثلاً أو واجب احترام حقوق الآخرين وعدم الاعتداء عليها[1].

الالتزام وتطوره:

نشأت فكرة الالتزام في القانون الروماني على أساس أنها رابطة قانونية أي يحميهما القانون تنشأ بين الدائن والمدين، وقد تطورت هذه الرابطة في القانون الروماني فنشأت في البداية على أنها سلطة تعطي للدائن على جسم مدينه لا على ماله وكان هذا هو الذي يميز بين ما يعرف بالحق العيني وما يعرف بالحق الشخصي في القانون الروماني فالحق العيني سلطة تعطى للشخص على شيء مثل سلطة مالك الدابة على دابته والحق الشخصي هو سلطة تعطى للشخص على شخص آخر أي سلطة الدائن على مدينه وكانت هذه السلطة واسعة يدخل فيها حق إعدام المدين وحق استرقاقه وحق التصرف فيه بسبب امتناعه عن سداد ديونه ثم خفف القانون من هذه السلطة فجعلها مقصورة على التنفيذ المدني بحبس المدين ولم يعرف القانون الروماني مبدأ الاقتصار على التنفيذ على مال المدين إلا بعد تطور طويل

---

[1] سعد بشير الشمري، مفهوم الالتزام، ٢٠١٨/٤/٤م، https://alqabas.com/article/520464، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/٢٧م، الساعة ٣:٣٣ مساءً، الخرطوم العمارات.

مرير ضج فيه العامة من سوء معاملة الدائنين لهم وبعد هذا التطور أصبح الالتزام عند الرومان رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين وهو في الوقت نفسه يمثل عنصراً مالياً باعتباره حقاً لذمة الدائن ودين في ذمة المدين.

ولكن هذا العنصر كان ضئيل الشأن في القانون الروماني وبذلك افترق الحق العيني – في القانون الروماني – عن الحق الشخصي فأصبح الأول سلطة للشخص على شيء مثل حق الملكية وأصبح الحق الشخصي رابطة بين شخصين: الدائن والمدين[1].

هذا وقد تأرجح الالتزام بين المذهبين: مذهب يغلب الجانب الشخصي له على الجانب المادي أي يعتبر أن الأمر الجوهري في الالتزام أنه رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين وهذا هو مذهب القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم. والمذهب الثاني هو المذهب الذي يغلب الجانب المادي للالتزام أي يعتبر أن الأمر الجوهري في الالتزام هو أنه يمثل عنصراً مالياً وهو محل الالتزام الذي ثبت في ذمة المدين بصرف النظر عن شخصية الدائن.

وبناء على ما تقدم فقد عرف أنصار المذهب الشخصي الالتزام بأنه رابطة أو علاقة قانونية ما بين شخصين بمقتضاها يكون لأحدهما وهو الدائن الحق في تقاضي شيء معين من الآخر وهو المدين وأما الالتزام طبقاً لأنصار المذهب المادي فهو حق مالي ترتب في ذمة المدين بصرف النظر عن شخصية الدائن وإلى جانب هذين المذهبين ظهر في الوقت الحالي مذهب وسط جمع بين النظرة الشخصية والنظرية المادية للالتزام وقد أخذ

---

[1] د. عباس حسني حمد، العقد في الفقه الإسلامي، ww.alukah.net/sharia، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/٢٧م الساعة ٣:٥٣ مساءً، الخرطوم.

بهذا المذهب الوسط القانون المدني المصري الحالي الصادر في عام سنه ١٩٤٩م[١]، وكذلك قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م، الآثار التي تترتب على المذهب الشخصي فهي أن الالتزام الناشئ عن العقد يقوم على الإرادة المشتركة للطرفين ومن ثم فلا بد أن تكون الإرادة حرة مختارة لا غلط يشوبها ولا تدليس ولا أكراه يعيبها ولا استغلال، والآثار التي ترتب على المذهب المادي فهي السماح بنشوء الالتزام بإرادة منفردة بدون دائن فيستند الالتزام إلى المدين وحده مثل التزام الواعد بجائزة والتزام من يوقع السند لحامله وانتقال الالتزام عن طريق الحوالة الدين بحالته رغم تغير المدين فهذه الالتزامات ما كانت لتنشأ لو اقتصرنا على اعتبار الالتزام رابطة بين شخصين فهذه الالتزامات لا تصح إلا إذا اعتبرنا الالتزام بمحله أي جعلنا لمحل الالتزام قيمة أصلية بصرف النظر عن الرابطة بين الشخصين.

مما سبق يرى الباحث بما أن التحكيم يعد من أخطر التصرفات القانونية، فبموجبهُ يتنازل المحتكمون (المتنازعون) عن حقهم الدستوري في اللجوء والتحصن بالقضاء ابتدءاً، والذي بدوره يكفل لهم الضمانات القانونية، وذلك حرصاً منهم للتمتع بمزايا التحكيم سابقة الذكر في الفصل السابق، فألزموا أنفسهم طوعاً بطرح نزاعاتهم أمام هيئة تحكيم أن كانت حالية أو مستقبلية.

وبما أن اتفاق مشارطة التحكيم من العقود الرضائية ويسود عليه مبدأ سلطان الإرادة وكذلك قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م، مستصحباً القواعد العامة لنظرية العقد.

---

[١] المرجع السابق.

حيث أن الرضا هو الركن الأساسي في النهوض بالعقد وهو الركن الأساسي في النهوض بالعقد، وهو الركن القوي الذي يتوقف عليه وجوداً وعدماً العقد. ولغاية هذا البحث كان إلزاماً علينا تفحص مفردة التراضي بالخصوص ومناقشة الإيجاب والقبول لربط مع مشارطة التحكيم.

مما تقدم أعلاه أجد أن الركيزة الأساسية لمفهوم التراضي مستمده من فكرة الالتزام ويقرر شراح القانون أن العقد يقوم على توافق إرادتين على الأقل ويجب أن تتجه إرادة المتعاقد إلى غاية مشروعة فالعقد عندهم له أركان: التراضي والسبب والمحل (المعقود عليه في الفقه الإسلامي).

فكان لابد من الإشارة إلى الالتزام ولو بصورة ولو مبسطة محاولة مني في الوصول إلى التراضي لكي أربط بينه مع المشارطة ومن الوقف على التراضي مفهوماً وفقهاً وقانوناً حيث أُخلصه في الآتي:

حيث لغة التراضي مأخوذ الرضا، ونعي بالرضا هنا صحة الاختيار، واهتم الفقهاء بالتراضي استناد لقول الله عز وجل وقول سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، لا خلاف بين الفقهاء في أنّ حلّ أموال النّاس منوط بالرّضا، لقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ). صدق الله العظيم، ولقول النّبيّ صلى الله عليه وسلم: "إنّما البيع عن تراضٍ"، وفصل المشرع الوطني وذلك في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م مسائلة التراضي وبين أركانها وشروطها ((وحصر الأمر فيما يتعلق بالإيجاب والقبول) فقط منع للاسترسال فالأمر يتطلب مجلدات وبحوث)، حيث وضح المشرع أنا التراضي هو توافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني، ويعتبر التراضي موجوداً إذا تطابقت إرادتين وتوافرت شروط المحل والسبب وبهذا ينعقد العقد، أي توافق الإرادتين، هو الأساس الحقيقي الذي يقوم عليه العقد،

ويدور معه وجوداً وعدماً ولذلك فإنه يشترط لوجود العقد توافر الرضا أي انه الركن الأساسي لقيام العقد فلابد أن يتراضى الطرفان على إبرام العقد وأن يكونا واعيين بما التزما به وانصرفت قصدهما إلى ذلك أي لابد من توافر عناصر الرضا (الإيجاب والقبول) كما نص المشرع السوداني (يتم ارتباط الإيجاب بالقبول في الوقت الذي يتبادل فيه المتعاقدين عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة إي قيود أقرها القانون لانعقاد العقد).

وكان الإيجاب هو الغرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن نيته في إبرام عقد معين، أو هو الإرادة الأولى التي تظهر في التعاقد. وأشترط الفقهاء في الإيجاب توافر عنصرين: التعبير عن الإيجاب والنية الجادة للدخول في الالتزام التعاقدي.

والقبول هو التعبير الذي يصدر ممن وجه له الإيجاب، أي هي الإرادة الأخرى المخاطبة بالإيجاب وبها ينعقد العقد ومن ثم فإنه يتعين فيه الجدية لإحداث الأثر القانوني المرغوب فيه، وعناصر القبول: التعبير عن القبول أما صريحاً أو ضمنياً، أن يكون القبول نهائي.

أو أن القبول هو الذي يصدر آخرا بحيث يكون رد على الإيجاب الذي صدر أولاً ويجب أن يكون عن رضى تام وفي نفس مجلس العقد، أما في حال خرج الشخص الذي كان عليه القبول من مجلس العقد ثم أقر قبوله فلا يعتبر قبول وإنما أصبح إيجاباً جديداً. وإذا كان هناك أي اختلاف، في الشروط الجوهرية للعقد كالثمن والرضى ومحل العقد، يعتبر العقد باطل.

المبحث الثاني

مفهوم مشارطة التحكيم بين الفقه والقانون

المطلب الأول: تعريف مشارطة التحكيم لغة

المطلب الثاني: مفهوم مشارطة التحكيم في الفقه

المطلب الثالث: مفهوم مشارطة التحكيم في القانون

المطلب الأول: **تعريف مشارطة التحكيم لغة**:

مُشارطة: (اسم) مُشارطة: مصدر شارَطَ.

شارَطَ: (فعل) شارطَ يشارط، مُشارطةً، فهو مُشارِط، والمفعول مُشارَط.

شارط فلانًا: عاهده. شارط ابنَه على النّجاح: اشترطه عليه، وألزمه به.

شارط التاجرَ في بيْعٍ أو غيره: حدّد له شروطاً يلتزم بها.

شارط: (اسم) شارط: فاعل من شَرَطَ/ شارط: فاعل من شَرَطَ/ شارط ابنَه على النّجاح: اشترطه عليه، وألزمه به. شارط التاجرَ في بيْعٍ أو غيره: حدّد له شروطاً يلتزم بها/ شارط فلانًا: عاهده.

أما التحكيم:

اِحْتَكَمَ: (فعل) احتكمَ/ احتكمَ إلى/ احتكمَ في يحتكم، احتكاماً، فهو مُحتكِم، والمفعول مُحتكَم إليه.

احتكم الشَّيءُ أو الأمرُ: توثّق وصار مُحْكمًا وراسخًا.

احتكم النَّاسُ إلى فلان: رفعوا خصومتَهم إليه ليقضي بينهم.

احتكم في الشَّيء أو الأمر: تصرّف فيه كما يشاء، حكم فيه وفصل برأي نفسه.

اِحْتَكَمَ فِي الأَمْرِ: قَبِلَ التَّحْكِيمَ.

احتكم الشَّيءُ أو الأمرُ: توثّق وصار مُحْكمًا وراسخًا/ احتكم النَّاسُ إلى فلان: رفعوا خصومتَهم إليه ليقضي بينهم. احتكم في الشَّيء أو الأمر: تصرّف فيه كما يشاء، حكم فيه وفصل برأي نفسه.

حكم التحكيم: الحكم الصادر عن محكم أو عن هيئة تحكيم في نزاع مُحال إلى التحكيم[1].

---

[1] معجم المعاني الجامع، https://www.almaany.com.

المطلب الثاني: مفهوم مشارطة التحكيم في الفقه:

مشارطة التحكيم فقهيًا لها تعريفان:

التعريف الغالب فقهيًا، والمتفق مع أغلب التشريعات؛ فهو التعريف الذي يحصر، أو يميز بين نوعى، أو طريقتي الاتفاق على التحكيم الرئيسيتين في إطار زمني. فهو يعرف المشارطة على أنها: الاتفاق اللاحق على النزاع أي أنها زمنيًا تلحق بالنزاع؛ فلا تسبقه كالشرط.

وأما الفريق الأقل شهرة وإجماعًا؛ فهو يحددها، ويميز بين الشرط، والمشارطة على أساس من موقعها، ومكانها من عقد المعاملة.

فالمشارطة هي الوثيقة القانونية للاتفاق على التحكيم الواقعة خارج الإطار المادي للعقد في وثيقة مستقلة خاصة بها.

ولكن أغلب الاتفاقيات الدولية والقانونية النموذجية للتحكيم، وأغلب التشريعات اتجهت إلى أن المشارطة هي الاتفاق اللاحق على نشأة النزاع[1].

أي ذهب بعض الفقه إلى إطلاق مشارطة التحكيم على صورة اتفاق التحكيم اللاحق لقيام النزاع، كذلك عرفها البعض بأنها اتفاق تحكيم عند نشوب النزاع وبعد قيامه.

وقد جاءت بعض الآراء بتعريف اتفاق التحكيم مشتملاً على تعريف المشارطة بأنه اتفاق أطراف النزاع على طرحه على أشخاص معينين يسمون محكمين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة أصلاً بتحقيقه والفصل في موضوعه وقد يكون الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بعد نشأته ويسمى عندئذ مشارطة التحكيم.

---

[1] موسوعة العدالة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق.

في الفقه المصري: عقد بمقتضاه يتفق طرفا التحكيم على عرض المنازعات التي نشأت أو تنشأ بينهما على شخص أو أشخاص معينين ليتولوا الفصل فيها بدلاً عن المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع[١].

في الفقه الفرنسي: يقصد باتفاق التحكيم شروط التحكيم ومشارطة التحكيم اللذان يمثلان كل على حدة تصرف قانوني بمقتضاه يلتزم طرفاه باللجوء للتحكيم لحل ما يثور بينهما من منازعات[٢].

ومن أشهر وثائق التحكيم عبر التاريخ الإسلامي مشارطة التحكيم في الخلاف بين الصحابة في معركتي الجمل وصفين[٣]. إنَّ إعادة قراءة أحداث معركة صفين أمرٌ مهمٌّ جدًّا لرصد وضع كلٍّ طرف، ولاشكَّ بأنَّ عليًّا ومعاوية رضي الله عنهما أدارا المعركة بشكلٍ ناجح، وحرصاً على الحفاظ على دماء المسلمين ما أمكن، على الرغم من كثرة عدد القتلى، وتميَّز عليٌّ بالشجاعة والصبر في حين ظهر معاوية كقائد سياسي محترف.

تحكيم وظهور فرقة المحكِّمة في موقعة صفين:

كان رفع المصاحف من قِبَل مقاتلي أهل الشام بمثابة دعوة إلى التعقل، ووقف القتال بين المسلمين، واتخاذ القرآن حكمًا بين الطرفين المتخاصمين "كتاب الله يحكم بيننا وبينكم"، وسوف يترتب على ذلك مسألتان مترابطتان، ومتعاقبتان في الزمن؛ الأولى وقف القتال، والثانية اللجوء إلى التحكيم، وإذا كنا قد تحدَّثنا عن المسألة الأولى فسوف نبحث هنا المسألة الثانية.

---

[١] د. عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص: ١٩٠.

[٢] موسوعة العدالة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق.

[٣] القصيمي صلاح أحمد محمد طه، عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص: ٩٨.

الواقع أنَّ رغبة السلام كانت قويَّة لدى غالبية جيش عليٍّ رضي الله عنه لدرجة أن هؤلاء تقبلوا المفاوضات الأولية التي جرت بين الأشعث ومعاوية لوضع أسس التحكيم التي آلت إلى اختيار حكمين للنظر في الخلاف بمقتضى القرآن، ويبدو أنَّ هذه القضية هي التي أثارت عامَّة القرَّاء أو بعضهم، ودفعتهم إلى رفضها. وهكذا تبدَّل موقفهم مباشرةً بعد اتفاق الطرفين على قبول وقف الحرب، وقبل الخوض في التفاصيل الخاصَّة بعملية التحكيم، وقد بلغ عدد الرافضين زهاء أربعة آلاف "من ذوي بصائرهم، والعبَّاد منهم"، الراجح أنَّ هؤلاء الرافضين لمبدأ التحكيم اعتقدوا حين امتثلوا لحكم القرآن أنَّ دورًا ما سيوكل إليهم لإصدار الحكم من خلال مضمونه، مع رفضهم تدخل البشر في هذا الحكم، أو أنَّهم كانوا يطرحون مسبقًا أنَّ القرآن يدين معاوية رضي الله عنه؛ لأنَّه يُمثِّل الفئة الباغية ولا بُدَّ من قتاله، وأنَّ رفعه المصاحف كان نوعًا من الاستسلام ، أو أنَّهم أدركوا أنَّهم تسرَّعوا كثيرًا في هذا الأمر الذي حمل في طيَّاته بشائر النصر لمعاوية، ممَّا يُهدِّد مصالحهم بشكلٍ أعظم من ذي قبل، ومنذ هذه اللحظة حصل الانقسام في جيش عليٍّ عندما جال الأشعث بن قيس بين المقاتلين ليروِّج لفكرة التحكيم، تعرَّض للاغتيال؛ حيث اندفع الرافضون أمامه يصرخون في وجهه "لا حكم إلاَّ لله"، فعُرفوا بالمحكِّمة، وأعلنوا توبتهم عن قبول وقف القتال وطالبوا عليًّا أن يستأنف الحرب، مهما يكن من أمر فقد جرى اختيار حكمين هما: أبو موسى الأشعريِّ ممثِّلاً عن أهل العراق، وعمرو بن العاص ممثِّلاً عن أهل الشام، وإذا كان هذا الأخير يُعدُّ حليفًا قويًّا لمعاوية، فإنَّ الأول يُجسِّد التوجُّه الحيادي الذي لازمه في الكوفة من قبل، حين دعا الكوفيين إلى عدم مبايعة عليٍّ الذي عزله، كما كان قد حذر من الفتنة، والواقع أنَّه فُرِض على عليٍّ من جانب الأشتر وأغلبية المقاتلين الذين عارضوا رغبته في اختيار عبد الله بن عباس، ويبدو أنَّ لذلك علاقةً

بمدى قرابته منه، بالإضافة إلى أنَّه رجلٌ تقيٌّ يثق به أهل العراق وأهل الشام، وهو على مسافةٍ واحدةٍ من كلا الطرفين المتنازعين[1].

الواضح أنَّ اختيار أبي موسى الأشعريِّ أحدث نقلةً نوعيَّةً سلبيةً في الصراع، وشكَّل منعطفًا حاسمًا في موقف جيش العراق، وذلك بفعل أنَّه تحوَّل إلى الحياد في النزاع بين عليٍّ ومعاوية رضي الله عنهما.

وثيقة التحكيم:

كتب الطرفان بينهما وثيقة التحكيم يوم الأربعاء (١٣ صفر سنة ٥٣هـ - ٣١ يوليو ٦٥٧م)، كتبها عبد الله بن رافع كاتِب علي رضي الله عنه، وعمير بن عباد الكناني كاتِب معاوية رضي الله عنه، وتتضمَّن تسليم الطرفين المتنازعين أمرهما لحكم القرآن، وأنَّ الحكمين المذكورين في النصِّ ملزمان بالتقيد بحكم القرآن أيضًا، وحُدِّد الأجل بثمانية أشهر ينتهي في شهر (رمضان ٣٧هـ - فبراير ٦٥٨م)، وبقي مكان اللقاء غامضًا "مكان وسط بين أهل الكوفة، وأهل الشام"، قبل أن يتأرجح بين دُومة الجندل وأذرح الأكثر توسُّطًا، والملفت في هذه الوثيقة أمران:

الأول: أنَّها تجاهلت القضية الأساسية التي ارتكز عليها صراع عليٍّ ومعاوية رضي الله عنهما، وهي القصاص من قتلة عثمان بن عفان، ويبدو أنَّ معاوية رضي الله عنه نجح في تحويل المسألة إلى قضيَّةٍ سياسيةٍ بينه وبين عليٍّ رضي الله عنه في الصراع على السلطة، وعلى هذا النحو سيتطور التحكيم.

---

[1] أ. د. محمد سهيل طقوش، موقعة صفين.. الصدام العسكري والتحكيم، https://islamstory.com/ar، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢م، الساعة ٣:١٠ مساءً، الخرطوم بحري.

الثاني: رفض معاوية بن أبي سفيان كتابة "أمير المؤمنين" بجانب اسم عليٍّ رضي الله عنه؛ لعدم اعترافه بذلك، ولم يصر عليٌّ على وشيعتهم، تمامًا مثلما كان معاوية زعيم أهل الشام وشيعتهم، وقد أتاحت هذه الخطوة طرح مصطلح الشورى، وعزَّز من إصرار معاوية رضي الله عنه على تطوير محاور صراعه مع عليٍّ رضي الله عنه، وأعطاه غطاءً شرعيًّا للخروج على خلافته وعدم الاعتراف بها[١].

هكذا من خلال حلقاتٍ جاءت متعاقبة ومتداخلة بدءًا بقبول التحكيم إلى فرض أبي موسى الأشعري ممثِّلاً له، إلى التخلي عن إمرة المؤمنين؛ كان عليٌّ يفقد أوراقه تباعًا، ويتراجع إلى أن يُصبح ومعاوية رضي الله عنه ندَّين متنافسين على الخلافة، بعد أن كان قبل ذلك يُقاتله بوصفه خارجًا على حكمه. دعا عليٌّ قوَّاته بعد يومين من إنجاز وثيقة التحكيم للعودة إلى الكوفة، بعد أن أمر بدفن القتلى وإطلاق سراح الأسرى، فعاد إلى الكوفة في شهر (ربيع الأول ٣٧هـ - يوليو - أغسطس ٦٥٧م)[٢].

مما سبق نجد أن السادة الصحابة لجئوا إلى التحكيم ومشارطة وقطعاً أن لهم تأصيل فقهي في ذلك الأمر وآسف على الإطالة ولكن لنا عبر في تراثنا الإسلامي وانجذابي إلى هذا المقال من باب التحكيم واستخدامهم في أصعب المواقف السياسية ويدل على أهمية التحكيم في حياتهم.

---

[١] أ. د. محمد سهيل طقوش، موقعة صفين.. الصدام العسكري والتحكيم، https://islamstory.com/ar، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢م، الساعة ٣:١٠ مساءً، الخرطوم بحري.

[٢] المرجع السابق.

المطلب الثالث: مفهوم مشارطة التحكيم في القانون:

التعاريف التشريعية لمشارطة التحكيم: اتجهت أغلب التشريعات التي ذكرت المشارطة في نصوصها إلى تعريفها على أنها "الاتفاق اللاحق على نشوء المنازعة"، وهو ما أخذت به قواعد اليونسترال، وما اتفق معه أغلب القوانين العربية مثل قانون التحكيم السوداني، التحكيم المصري، فعرفوه على أنه: "اتفاق على التحكيم في نزاع معين".

تعريف مشارطة التحكيم في القانون السوداني:

((يقصد بها الاتفاق الذي تعده هيئة التحكيم بالاتفاق مع طرفي النزاع ويوقعا عليه، ويتضمن إجراءات التحكيم ومدته، ولغته ومقره، وأتعاب التحكيم، وأي مسألة أخرى يرى تضمينها))[1].

هي الاتفاق عل التحكيم بين طرفين في علاقة قانونية محددة لحكم نزاع ناشئ بينهما وهي تختلف عن شرط التحكيم لأنها تعقد بشأن نزاع نشأ فعلا بين الأطراف في حين أن شرط التحكيم يكون بشأن أمر احتمالي يتمثل في نزاع قد يثور مستقبلا وقد لا يثور.

واجد أن المشارطة هي الوسيلة الإجرائية العملية التحكيم أي تعد وتكتب ويتم التوقيع عليها بعد تشكيل هيئة التحكيم وهذا ما نصت عليه المادة (٤) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م.

اتفاق التحكيم في القانون السوداني:

يقصد به كل اتفاق يتعهد فيه طرفا النزاع بعرض منازعاتهم للفصل فيها عن طريق التحكيم أو كل اتفاق لاحق (لعرض النزاع القائم للتحكيم)[2].

---

[1] المادة (٤) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م.

[2] نفس المادة من القانون أعلاه.

تحدث المشرع عن اتفاق التحكيم واستخدام المصطلح مرة مع الشرط وأخرى مع المشارطة مما يحدث لبس لدى البعض، حقيقة الأمر لتوضيح مفهوم اتفاق التحكيم سوف اعمد إلى مقارنة بسيطة بين الاتفاق والشرط والمشارطة كالآتي: شرط التحكيم هو اتفاق يدرج في عقد المعاملات بين أطراف العقد على اشتراط الأطراف إحالة النزاع الذي سوف يحدث مستقبلاً وهو المدخل الأساسي للدخول في عالم التحكيم وبدونه لا يوجد تحكيم من الأساس. أما الاتفاق: هو اتفاق "لاحق" يجئ بعد حدوث النزاع أو يكون بعد إبرام العقد (عقد المعاملات) ويأخذ قوة الشرط، أما المشارطة: الوسيلة الإجرائية العملية التحكيم أي تعد وتكتب ويتم التوقيع عليها بعد تشكيل هيئة التحكيم.

تعريف مشارطة التحكيم في القانون المصري:

عرف المشرع المصري الاتفاق على التحكيم بموجب المادة (١/١١٠) من قانون التحكيم رقم "٢٧" لعام ١٩٩٤م المعدل بالقانون رقم "٩" لعام ١٩٩٧م بأنه: (اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو التي يمكن أنْ تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية)[١].

تعريف محكمة النقض المصرية: "مشارطة التحكيم، لا تعدو أن تكون اتفاقا بين الخصوم على طرح النزاع على محكمين ليفصلوا فيه بدلًا من طرحه على القضاء"[٢].

---

[١] د. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص: ٢٩٧.

[٢] موسوعة العدالة للتحكيم التجاري الدولي، https://justice-academy.com، محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ٥٧٣٠لسنة ٥١ الموضوع: تحكيم الموضوع الفرعي: مشارطة التحكيم (القاهرة: أحكام محكمه النقض، ٠٣-١٢-١٩٨٦): ٩٢٦ فقرة رقم: ١، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢م الساعة ٣:٤٠ مساء، الخرطوم.

تعريف اتفاق التحكيم في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة المعتمد في ١٩٨٥/٦/٢١م:

حسب نص المادة (٧): (اتفاق بين الطرفين على أنْ يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحدودة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محدودة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية. ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو صورة اتفاق منفصل)[١].

تعريف اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م:

بأنه: (الاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأنْ يُخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم)[٢].

مما سبق يري الباحث إن من التعاريف الاصطلاحية لمشارطة التحكيم يمكن القول بأن:

شرط التحكيم: هو اتفاق يدرج في عقد المعاملات بين أطراف العقد على اشتراط الأطراف إحالة النزاع الذي سوف يحدث مستقبلاً وهو المدخل الأساسي للدخول في عالم التحكيم وبدونه لا يوجد تحكيم من الأساس.

أما الاتفاق: هو اتفاق "لاحق" يجئ بعد حدوث النزاع أو يكون بعد إبرام العقد (عقد المعاملات) ويأخذ قوة الشرط.

أما المشارطة: الوسيلة الإجرائية العملية التحكيم أي تعد وتكتب ويتم التوقيع عليها بعد تشكيل هيئة التحكيم أي اتفاق يبرمه الأطراف منفصل عن العقد الأصلي، وذلك للجوء إلى تحكيم في صدد نزاع قائم فصلاً بينهما.

---

[١] د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص: ٢٣٧.

[٢] د. فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص: ٨٣.

وعرفه آخرون بأنه: اتفاق طرفين أو أكثر على تسوية نزاع بينهم قد نشأ بالفعل، وذلك عن طريق التحكيم.

مشارطة التحكيم وثيقة مستقلة سواء كانت العلاقة الأصلية علاقة تعاقدية، أو غير تعاقدية يتفق فيها الطرفان على تسوية المنازعة التي يحددانها عن طريق التحكيم، ويتصور أن تكون مشارطة التحكيم سابقة على نشوء المنازعة أو بعد نشوئها، فالمفترض مبدئيًا عدم وجود شرط تحكيم في العقد ويقع النزاع بين طرفي العقد؛ فبدلاً من اللجوء للقضاء، يتفقان على إحالته للتحكيم أن تعريف مشارطة التحكيم أنه أي اتفاق يبرمه الأطراف منفصل عن العقد الأصلي، وذلك للجوء إلى تحكيم في صدد نزاع قائم فصلاً بينهما. وذهب آخرون إلى أنه اتفاق طرفين أو أكثر على تسوية نزاع بينهم قد نشأ بالفعل، وذلك عن طريق التحكيم.

يشترط اتفاق التحكيم، ولاسيمًا مشارطة التحكيم التي يتم الاتفاق عليها بعد قيام النزاع أن تتضمن تحديدًا للمسائل التي يشملها التحكيم، ولهذا أوجبت المادة (٤) من قانون التحكيم السوداني ٢٠١٦م أن ويتضمن إجراءات التحكيم ومدته، ولغته ومقره، وأتعاب التحكيم، وأي مسألة أخرى يرى تضمينها ونلاحظ أن التعاريف الاصطلاحية لمشارطة التحكيم ترتكز على مشارطة التحكيم وثيقة مستقلة سواء كانت العلاقة الأصلية علاقة تعاقدية، أو غير تعاقدية يتفق فيها الطرفان على تسوية المنازعة التي يحددانها عن طريق التحكيم، ويتصور أن تكون مشارطة التحكيم سابقة على نشوء المنازعة أو بعد نشوئها.

وتحدثنا عن التعريفات الفقهية للمشارطة في المبحث مشارطة التحكيم فقهيًا لها تعريفان التعريف الغالب فقهيًا، والمتفق مع أغلب التشريعات؛ فهو التعريف الذي يحصر، أو يميز بين نوعى، أو طريقتي الاتفاق على التحكيم الرئيسيتين في إطار زمني.

فهو يعرف المشارطة على أنها: الاتفاق اللاحق على النزاع أي أنها زمنيًا تلحق بالنزاع؛ فلا تسبقه كالشرط.

وأما الفريق الأقل شهرة وإجماعًا؛ فهو يحددها، ويميز بين الشرط، والمشارطة على أساس من موقعها، ومكانها من عقد المعاملة، فالمشارطة هي الوثيقة القانونية للاتفاق على التحكيم الواقعة خارج الإطار المادي للعقد في وثيقة مستقلة خاصة بها، ولكن أغلب الاتفاقيات الدولية والقانونية النموذجية للتحكيم، وأغلب التشريعات اتجهت إلى أن المشارطة هي الاتفاق اللاحق على نشأة النزاع.

اتجهت أغلب التشريعات التي ذكرت المشارطة في نصوصها إلى تعريفها على أنها: "الاتفاق اللاحق على نشوء المنازعة"، وهو ما أخذت به قواعد اليونسترال، وما اتفق معه أغلب القوانين العربية.

خصائص مشارطة التحكيم، باعتبار مشارطة التحكيم هي الاتفاق اللاحق للنزاع، وليس وثيقة اتفاق التحكيم المستقلة ،لابد أن تكون مكتوبة مثل أي نوع من أنواع اتفاق التحكيم؛ لأن هذا من القواعد العامة في العملية التحكيمية، لابد أن تكون مستقلة أي أنها ماديًا وثيقة قانونية مستقلة بنفسها لا جزء من وثيقة أخرى، تستلزم عدم وجود شرط تحكيم؛ فالشرط يأتي زمنيًا قبل المشارطة، ويأتي ملزمًا لسلوك ، فطريق التحكيم؛ فلا يُتصور قيام مشارطة في وجود الشرط، وحتى لو أقام الأطراف وثيقة بعد الشرط، وأسموها مشارطة التحكيم.

حيث تعده هيئة التحكيم بالاتفاق مع طرفي النزاع ويوقعا عليه، ويتضمن إجراءات التحكيم ومدته، ولغته ومقره، وأتعاب التحكيم، وأي مسألة أخرى يرى تضمينها.

ومشارطة التحكيم قد تنشأ بعد الالتجاء إلى القضاء، أو بعد نشوء النزاع مباشرة.

في الحالة الأولى: توقف إجراءات التقاضي العادية لحين الانتهاء من المهمة التحكيمية، وتستأنف الإجراءات بعد الانتهاء من المهمة التحكيمية التي تكون مستقلة بطبيعتها عن قاضي الموضوع.

في الحالة الثانية: أي ما قبل الالتجاء إلى القاضي الطبيعي؛ فيكون للمشارطة أثر أشبه بأثر شرط التحكيم أي أثر سالب للاختصاص القضائي الطبيعي، ومانح لاختصاص الهيئة التحكيمية.

وبيانات مشارطة تحكيم: يجب أن تحتوي مشارطة التحكيم على كل البيانات الممكنة عن العمل التحكيمي، والمهمة التحكيمية، أو على الأقل أن تتوافر فيها البيانات الأساسية للعمل التحكيمي وهي كالآتي:

بيانات خصوم العملية التحكيمية (أطراف الخصومة) مثل: الاسم، العنوان، الجنسية، الصفة في المنازعة، الصفة القانونية للطرف أن وجدت، بيان عقد المعاملة الأساسية اختصارًا، بيانات سبب المنازعة، وشرحه، وتوضيحه، آراء الطرفين في المنازعة إن قدموها، وهي بمثابة دفوع أولية مقدمة لهيئة التحكيم، تحديد سلطات الهيئة التحكيمية، واختصاصها بدقة وسرد المسائل التي ستفصل، وتحكم فيها تفصيلاً، – تحديد القوانين، والقواعد التي ستجري على أساسها الخصومة التحكيمية، ومن خلالها سوف تفصل الهيئة التحكيمية في النزاع، وتلك يمكن تحديدها مستقبلاً، تحديد هيئة التحكيم بدقة.

وكان من واجب علينا في صياغة البحث التوضيح ما بين الشرط والمشارطة:

الشرط هو اتفاق تحكيم على ما (قد) ينشأ من نـــزاع أي أنـــه اتفـــاق علـــى شيء غير واقع، أو مركز قانوني مستقبلي غيـــر حـــالِ المشـــارطة هـــي اتفـــاق على التحكيم بشأن نزاع موجود، وقائم فهي اتفـــاق علـــى مركـــز قـــانوني قـــائم، وحال الشرط يتمتع بالعمومية في شكله، وموضوعه، ومركزه.

المشـــارطة تســـتلزم التخصـــيص، والتحديـــد فـــي شـــكلها، وتكوينهـــا، وموضوعها، وهذا مـــا اشـــترطته أغلـــب قـــوانين التحكـــيم ســـواء الوطنيـــة أم الدولية، هـــذا التخصـــيص، وإن لـــم يشُـــترط فعـــلاً أن يكـــون وافيًـــا لجوانـــب المنازعة؛ فإن المتعارف والمتوافق عليه أن المشـــارطة تكـــون مســـتوفية علـــى الأقل لمعظم جوانب التحكيم.

المبحث الثالث

مشتملات مشارطة التحكيم

المطلب الأول: إجراءات التحكيم

المطلب الثاني: مدة التحكيم

المطلب الثالث: مكان التحكيم

المطلب الرابع: لغة التحكيم

المطلب الخامس: اختيار القانون الإجرائي

المطلب السادس: اختيار القانون الموضوعي

المطلب السابع: أتعاب هيئة التحكيم

المطلب الأول: إجراءات التحكيم:

لتحديد بدء إجراءات التحكيم أهمية كبيرة فمن خلالها يتم حساب المدة التي تفصل هيئة التحكيم خلالها في النزاع وعدم الالتزام بها يؤدي إلي قابلية الحكم للبطلان، وعادة ما يتفق عليها أطراف النزاع في مشارطة التحكيم وعند عدم الاتفاق عليها تلجأ هيئة التحكيم للقانون التحكيم السوداني لعام ٢٠١٦م والذي نص على: (تبدأ إجراءات التحكيم في اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه عريضة الدعوى، ما لم يتفق طرفا النزاع على ميعاد لبدء الإجراءات)[١].

[١] المادة (٢٢) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م.

المطلب الثاني: مدة التحكيم:

نص القانون التحكيم السوداني ٢٠١٦م:

((١) يصدر حكم هيئة التحكيم بالإجماع أو بالأغلبية خلال المدة المتفق عليها، أو خلال ستة أشهر من تاريخ بدء إجراءات التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق على تحديد المدة)[١].

والمقصود هنا المدة التي يتفق عليها أطراف التحكيم للفصل في النزاع، وعند عدم الاتفاق تطبق المدة المنصوص عليها في المادة وما يلحق من تخلف الميعاد.

وعليه كان من واجب على الهيئة الالتزام الصارم بالمدة وتنبيه الأطراف على قرب نهاية المدة حتى يتسنى لهم الاتفاق على تحديد المدة أو في حالة عدم توقيع المشارطة لأي سبب من الأسباب أمكن أن يلجأ احد الأطراف للمحكمة المختصة لتمديد الموعد وهذا ما جاء النص عليه في الفقرة الثانية من المادة (٣٣) إذا لم يصدر حكم هيئة التحكيم خلال المدة المنصوص عليها في البند (١)، جاز لطرفي النزاع الاتفاق على تمديد المدة، وفى حالة الخلاف يجوز لهيئة التحكيم تمديدها لمدة مناسبة بطلب من أحد طرفي النزاع، على أن يكون ذلك التمديد نهائياً يجوز بعده لأي منهما رفع دعواه أمام المحكمة المختصة"[٢].

---

[١] المادة (١/٣٣) من القانون نفسه.

[٢] المادة (٢/٣٣) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م.

المطلب الثالث: مكان التحكيم:

(تحدد هيئة التحكيم مكان التحكيم وتراعى في ذلك ظروف الدعوى وأطرافها ما لم يتفق طرفا النزاع مسبقاً على مكان التحكيم)[١].

عند عقد المشارطة يتفق طرفا النزاع على مكان إجراء عملية التحكيم في مكاتب أحد المحامين، أو إحدى الوزارات أو المؤسسات أو الهيئات أو قاعات التحكيم إذا كان التحكيم عن طريق مركز أو مؤسسة تحكيمية وغير ذلك، أما إذا لم يتم تحديد ذلك من جانبهما فيجوز لهيئة التحكيم تحديد المكان المناسب ذلك بشرط مراعاة ظروف الدعوى وأطرافها ذلك من ناحية (مكان توقيع العقد أو المعاملة، مكان النزاع، القانون الواجب التطبيق، مكان سكن أو عمل طرفي النزاع والشهود..)[٢].

إذا المقصود بمكان التحكيم هو الذي تنعقد فيه جلسات التحكيم حتى صدور القرار، فإذا لم يتفق الطرفان على مكان التحكيم تكون هيئة التحكيم مختصة بذلك وفق ما نصت عليه المادة (٢٣) من قانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م حيث تحدد هيئة التحكيم مكان التحكيم مراعيه في ذلك ظروف الدعوى وأطرافها ما لم يتفق الطرفان على مكان مسبق للتحكيم وعند تحديد الهيئة لمكان التحكيم يجب عليها أن تراعي ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطراف التحكيم بحيث أن يكون مناسب لهم.

---

[١] المادة (٢٣) من القانون نفسه.

[٢] د. إبراهيم محمد أحمد دريج، شرح قانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م مع عرض حلول لإشكالات التطبيق العلمي، الدار السودانية للكتب، المركز السوداني للتوفيق والتحكيم، الطبعة الثانية، ٢٠١٨م، ص: ٥٦.

المطلب الرابع: لغة التحكيم:

(تكون اللغة العربية هي لغة التحكيم ما لم يتفق طرفا النزاع على لغة أخرى مع إمكان وجود ترجمة للغات الأخرى التي يطلبها الأطراف)[١].

لغة العربية هي اللغة التي تتم بها إجراءات التحكيم بواسطة المحكمين وطرفي النزاع وشهودهم كذا الخبراء والمستندات، ما لم يتفق الطرفان على لغة أخرى فعندئذٍ تكون الهيئة وكافة أطراف التحكيم ملزمين بتلك اللغة لكن هذه اللغة التي يختارها الأطراف لابد من أمكانية ترجمة لها حتى يتمكن كل أطراف التحكيم من استيعاب الموضوع الذي يقدم أمام المحكمة[٢].

وأهمية تحديد لغة التحكيم أهمية كبرى لأن اختيار لغة لا يستخدمها الأطراف يمثل حاجز وعبئاً على المحتكمين، وكذلك عند إيداع الحكم لدى المحكمة يجب أنْ يكون بلغة الدولة التي يتم فيها التحكيم حتى يتم تنفيذه أو مترجم وعند عدم اتفاق الأطراف على اللغة يحتكم لنص المادة (٢٤) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م.

---

[١] المادة (٢٤) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م.

[٢] د. إبراهيم محمد أحمد دريج، شرح قانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م مع عرض حلول لإشكالات التطبيق العلمي، مرجع سابق، ص: ٥٧.

المطلب الخامس: اختيار القانون الإجرائي:

نعني بها القانون الذي يتفق عليه الأطراف ليطبق على إجراءات التحكيم مثال ذلك اتفاق الأطراف على قانون التحكيم السوداني ٢٠١٦م، وأيضاً يجوز للأطراف الاستئناس بقانون الإجراءات المدنية دون قيد بحرفية النصوص.

وعند عدم اتفاق الأطراف يكون الحل وفق قانون التحكيم السوداني ((١) يجب على هيئة التحكيم تطبيق القوانين الإجرائية والموضوعية التي اتفق عليها طرفا النزاع في اتفاق التحكيم أو مشارطة التحكيم.

في حالة عدم وجود الاتفاق المنصوص عليه في البند (٢) تطبق هيئة التحكيم الإجراءات والقواعد الموضوعية التي تراها مناسبة في القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع، شريطة معاملة الأطراف على قدم المساواة في جميع مراحل إجراءات مناسبة في القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع، شريطة معاملة الأطراف على قدم المساواة في جميع مراحل إجراءات نظر الدعوى)[١].

إجراءات نظر النزاع وفقاً لهذه المادة هي تلك التي تتعلق بكيفية تقديم عريضة الدعوى التحكيمية أمام المحكمين وتقديم مذكرة الدفاع والمستندات وسماع الشهود وحجز الدعوى لإصدار الحكم، وإذا كانت قواعد وإجراءات التقاضي المدني أمام المحاكم محددة بقانون ولا يجوز تجاوزها أو مخالفتها، فإنها في التحكيم تتميز بنوع من اليسر والبساطة تقديراً لطبيعة التحكيم.

وتذهب معظم التشريعات إلى إتاحة الفرصة لطرفي النزاع للاتفاق أو تفويض الهيئة بإتباع إجراءات معينة قد تكون قانونية أو قواعد عامة لكن في حالة عدم وجود هذا الاتفاق بين الطرفين فالخيار متروك للهيئة لإتباع ما تراه مناسباً من إجراءات بشرط معاملة طرفي النزاع على قدم المساواة وذلك بإتاحة الفرصة لكل منهما بتقديم حججه وأسانيده من شهود ومستندات

---

[١] المادة (٢١) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م.

وغير ذلك من متطلبات إجراءات التحكيم، وفي كل الأحوال على هيئة التحكيم الالتزام بما قرره الطرفان من إجراءات، جدير بالذكر أن القانون الإجرائي في إجراءات التحكيم هو قانون التحكيم وهو يعادل قانون الإجراءات المدنية في التقاضي أمام المحاكم وبالتالي فإن الأطراف وهيئة التحكيم والمحاكم ملزمة بتطبيق أحكام هذا القانون لكن نسبة لحداثة القانون وقلة مواده بسب تميز التحكيم بالسرعة والمرونة إلا أن ذلك يدخل هيئة التحكيم في كثير من الحالات في البحث عن قانون يتم الاستعانة به لسد النقص وهو قانون الإجراءات المدنية كقانون عام لإجراءات التقاضي أمام المحاكم، ولعلاج الأمر جرت العادة أن يتم النص في مشارطة التحكيم على حق الهيئة في الاستئناس أو الاستعانة به لسد النقص بقانون الإجراءات المدنية فيما لم يرد بشأنه نص في قانون التحكيم ٢٠١٦م[١].

أما المحاكم عند نظرها للمسائل المتعلقة بالتحكيم من خلال سلطاتها الواردة في قانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م فإنها من ناحية إجرائية تطبق أحكام قانون التحكيم وقانون الإجراءات دون حاجة إلى نص ذلك في مشارطة التحكيم.

من ناحية أخرى نظراً لبساطة إجراءات التحكيم ولسلطة طرفي النزاع في تعيين المحكمين الذين قد يكونون من غير القانونيين فإن هذه الإجراءات ورغم بساطتها إلا أنها مهمة وخطيرة إذا أنها مهمة وخطيرة إذ أن الطريق الوحيد لإلغاء حكم التحكيم بالبطلان يتعلق بالمسائل الإجرائية وبالتالي فمن الضرورة إلمام حتى القانونين بهذه الإجراءات لأنها ذو طبيعة خاصة تختلف من نواح كثيرة عن إجراءات التقاضي أمام المحاكم[٢].

---

[١] د. إبراهيم محمد أحمد دريج، شرح قانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م مع عرض حلول لإشكالات التطبيق العلمي، مرجع سابق، ص: ٥٥.

[٢] المرجع السابق، ص: ٥٦.

المطلب السادس: اختيار القانون الموضوعي:

نجد أن المشرع السوداني قد فوض هيئة التحكيم اختيار القانون الموضوعي، عند الخلاف أو عدم الاتفاق أو الغياب، وبالتالي لا يندرج ما قام به المحكمون تحت طائلة البطلان.

أما إذا استبعدت هيئة التحكيم القانون الواجب التطبيق المتفق عليه بين الأطراف يعتبر ذلك إهمالاً خطيراً لإجراء أساسي من إجراءات التحكيم يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم وفق ما نص عليه القانون "إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع"[1].

وإذا لم يتفقا يجب على هيئة التحكيم تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

[1] المادة (٢/٤٢) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م.

المطلب السابع: أتعاب هيئة التحكيم:

"تحدد أتعاب هيئة التحكيم وكيفية سدادها في مشارطة التحكيم باتفاق طرفي النزاع أو وفقاً للجدول الملحق بالقانون حسبما يكون الحال، كما تحدد هيئة التحكيم أي مصروفات ضرورية لإكمال إجراء التحكيم، يتم سدادها مناصفة بوساطة طرفي النزاع"[1].

حيث تندرج قيمة أتعاب هيئة التحكيم وكيفية سدادها في المشارطة، وتوقع هيئة التحكيم مع المحتكمين على مشارطة التحكيم باعتبار عقداً يرتب التزامات تجاه الطرفين، ونظير كل التزامات هيئة التحكيم سابقة الذكر يلتزم المحتكمون بسداد مبلغ محدد للمحكمين عبارة عن أتعاب تسدد قبل إصدار القرار النهائي حسب الاتفاق، ويتم سدادها مناصفة بواسطة طرفي النزاع كما نص القانون أعلاه.

إن تحديد الأتعاب يكون في اتفاق التحكيم أو مشارطته وذلك بواسطة طرفي النزاع بالتشاور مع هيئة التحكيم أو أن يتم طرحه من جانب الهيئة لطرفي النزاع كل ذلك تقديراً لنوع النزاع وتعقيده أو وضوحه، وفي حالة الفشل في تحديد هذه الأتعاب فيتم الاحتكام للجدول، هذا شأن التحكيم الحر أو الطليق، أما إذا كان التحكيم عن طريق مركز أو هيئة تحكيمية مستقلة فتحدد لوائحها كيفية تحديد هذه الأتعاب وفي غالب الأحوال يكون من خلال جدول الرسوم المرفق باللائحة أو يتم تحديدها بواسطة المركز بالتشاور مع الهيئة وطرفي النزاع، إن تحديد هذه الأتعاب يكون أحياناً مصدر تعطيل لإجراءات التحكيم خاصة من جانب المدعي عليه الذي لا يكون له رغبة في إجراءات التقاضي[2].

---

[1] المادة (١/١٩) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م.

[2] د. إبراهيم محمد أحمد دريج، شرح قانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م مع عرض حلول لإشكالات التطبيق العلمي، مرجع سابق، ص: ٥١.

نجد أن المادة تناولت أيضاً على مسألة مصروفات التحكيم المتمثلة على سبيل المثال أجرة المقر وجلسات التحكيم أو الإعلانات أو المعاينة وغيرها، وقد أعطى هيئة التحكيم الحق في تحديد المصروفات هذا بالطبع في حالة التحكيم الخاص AD HOC. أما في حالة إذا رفض أحد المحتكمين سداد ما عليه من أتعاب ومنصرفات جاز للمحتكم الالتزام بسداد كامل الأتعاب وهنا يجب عليه المطالبة في عريضة الدعوى بالأتعاب والمنصرفات، ويطالب بها في مرحلة الطلبات للحكم بها.

أما أذا رفض الطرفان سداد أتعاب هيئة التحكيم والمصاريف التحكيمية بسبب أن هيئة التحكيم بالغت في تقديرها ولم تخفض منها رغم مطالبة الأطراف منها وعدم المقدرة على سدادها، وهنا يكون الطرفان أمام خيار إعادة تشكيل هيئة تحكيم أخرى ويكون بالاتفاق على عزل هيئة التحكيم وهو أمر نادر الحدوث، أو أنْ يتحمل أحد الأطراف سداد الأتعاب كسباً للوقت كما ذكرنا من قبل، أو أن تتنحى هيئة التحكيم عن نظر النزاع إذا أصر الأطراف على عدم مقدرتهم على سداد الأتعاب.

مما سبق يرى الباحث أن مشارطة التحكيم هي خارطة الطريق للتحكيم المقدمة (بداية إجراءات التحكيم) تحتوي على كيفية وصول الدعوي للتحكيم، طرفا النزاع: تحتوي على طالب الإجراء (المدعي) اسمه الكامل سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً، والعنوان الذي يمكن إعلانه به واسم الشخص الذي يمثله، المطلوب ضده الإجراء (المدعى عليه) اسمه والعنوان الذي يمكن إعلانه به وممثله، موضوع النزاع في الغالب مدني، المحكمون يقُدم كل طرف اسم محكمه، ويضع المحكم موافقته مكتوبة، وتعرض عل الطرف الآخر لإبداء اعتراضه عليه إنْ وجد، ومن ثم يعتمد.

رئيس الهيئة يرشح المحكمان رئيس الهيئة، أما القانون الواجب التطبيق من حيث الإجراءات والآن المعمول به في السودان قانون التحكيم ٢٠١٦م، ولكنه غير ملزم للأطراف النزاع، أما من ناحية الموضوع قد يكون موضوع النزاع محصوراً في قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م، أو أي معامله حُكمها قانون آخر، وقد تستهدي الهيئة بقوانين أخرى أو ممارسة القضاء في السودان أو أي دولة أخرى مع مراعاة أنه لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، أما فترة التحكيم على هيئة التحكيم الالتزام بالفترة المحددة للتحكيم أنْ يصدر قرارها في الفترة المعينة وتحديد فترات التمديد، ومكان التحكيم يجب تحديد المكان الذي تنعقد فيه جلسات التحكيم طريقة نظر النزاع، تقوم هيئة التحكيم بفتح محضر لإجراءات التحكيم، وتحدد الإقرارات ونقاط النزاع، بعد الاطلاع عل كافة المستندات، ولها الحق في استجواب الطرفين والشهود، وشهود الخبرة، وفي سبيل ذلك لها الحق في اللجوء للمحكمة لإعلان الشهود، وعل الأطراف تحمل تكاليف الشهود، ومن ثم تصدر هيئة التحكيم قرارها، ممهوراً بتوقيع الأعضاء، التوقيع يجب على هيئة التحكيم التوقيع على مشارطة التحكيم قبل البدء في إجراءات التحكيم والتوقيع على قرار التحكيم.

إجراءات التحكيم حيث الأصل في التحكيم يكزن في المنازعات ذات الطابع المدني وليست الجنائية أمام محكمين محايدين، إما بناء على شرط، أو اتفاق لاحق وكذلك مشارطة التحكيم كما سبق الذكر، يدعو طالب التحكيم المدعي عليه (المحتكم ضده) بطلب إما مكتوباً أو شفاهةً للتحكيم مستنداً على العقد به شرط التحكيم أو اتفاق لاحق للعقد الأصلي يختار كل منهم محكماً لتكون هيئة التحكيم بعد أن يختاروا لها رئيساُ للهيئة ثم يشرعوا في أعداد مشارطة التحكيم التي يوقع عليها كل من أطراف النزاع والمحكمين

يكون بناء على طلب لجهة التحكيم سواء كانت خارجية أو داخلية على أن يتضمن الطلب البيانات الأساسية للأطراف، والنزاع موضوع التحكيم، تقديم نسخة من اتفاق التحكيم، وأي بند بشأن القانون الواجب التطبيق، تسليم المدعى عليه صورة من الدعوى للرد، في الفترة المحدودة، ويجوز له أن يشفع رده بطلباته المقابلة.

بعد التعقيب يحق لهيئة التحكيم اتخاذ التدابير الضرورية للفصل في النزاع من إجراءات تحفظية وسرية وغيرها ممن تراه ضرورياً للفصل العادل، في النزاع بعد التداول والتراجيح، وانتداب البينة الضرورية، يصدر قرار التحكيم بالأغلبية ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، على أن يكون مشتملاً على الشروط الشكلية للحكم من كتابة وتوقيعات هيئة التحكيم، ومكانه وتاريخه وأسبابه وغيرها، يعلن الأطراف بالقرار ويمنحون فترة لإبداء اعتراضاتهم، ثم يصبح قرار التحكيم صالحاً للتنفيذ، وعلى الأطراف تنفيذه تلقائياً، وفي حالة عدم للتنفيذ يحق للدائن تقديمه للمحكمة التي يقع في نطاقها لتنفيذه كتنفيذ مثله مثل الأحكام التي تصدرها المحاكم.

تناولتُ بداية إجراءات التحكيم وذلك لأهميتها وذلك لتحاشي قابلية الحكم للبطلان، ولتحديد بدء إجراءات التحكيم أهمية كبيرة فمن خلالها يتم حساب المدة التي تفصل هيئة التحكيم خلالها في النزاع وعدم الالتزام بها يؤدي إلى قابلية الحكم للبطلان.

ثم تطرقت إلى مدة التحكيم لتوضيح أهمية عامل الزمن في التحكيم حيث أنه من أهم مزايا التحكيم سرعة إجراءات التحكيم مقارنة بالتقاضي أمام سفوح العدالة.

ونقصد بالمدة التحكيم هي المدة التي يتفق عليها أطراف التحكيم للفصل في النزاع، وعند عدم الاتفاق يكون تطبيق المادة (٣٣) وقابلية الحكم

للبطلان ثم تناولنا مكان التحكيم إذا المقصود بمكان التحكيم هو الذي تنعقد فيه جلسات التحكيم حتى صدور القرار، فإذا لم يتفق الطرفان على مكان التحكيم تكون هيئة التحكيم مختصة بذلك وفق ما نصت عليه المادة (٢٣) من قانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م، حيث تحدد هيئة التحكيم مكان التحكيم مراعيه في ذلك ظروف الدعوى وأطرافها ما لم يتفق الطرفان على مكان مسبق للتحكيم وعند تحديد الهيئة لمكان التحكيم يجب عليها أن تراعي ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطراف التحكيم بحيث أن يكون مناسب لجميع الأطراف.

ويلي ذلك لغة التحكيم تحدث المشرع عن أن اللغة المعتمدة في التحكيم في السودان هي اللغة العربية وأهمية تحديد لغة التحكيم أهمية كبرى لأن اختيار لغة لا يستخدمها الأطراف يمثل حاجز وعبئاً على المحتكمين، وكذلك عند إيداع الحكم لدى المحكمة يجب أنْ يكون بلغة الدولة التي يتم فيها التحكيم حتى يتم تنفيذه أو مترجم وعند عدم اتفاق الأطراف على اللغة يحتكم لنص المادة (٢٤) من قانون التحكيم السوداني ٢٠١٦م، ولكن كان على المشرع اعتماد لغة أخرى مع العربية علماً بالضرورة أهمية التحكيم في التجارة العالمية والاستثمارات للدولة السودانية فكان الأجدى اعتماد الفرنسية وذلك لما تتمتع به اللغة الفرنسية من دقة في المعاني بالنسبة للمعاني القانونية وهي لغة المعاهدات العالمية والاتفاقات الدولية وبطبيعة الحال بجانب اللغة العربية.

اختيار القانون الإجرائي، اختيار القانون الموضوعي، أتعاب هيئة التحكيم، ومن ثم تناولت القوانين الواجب اتبعها وتعمدت إلى تقسيمها إلى إجرائية وموضوعية علما أن المشرع تحدث عنها في مادة (٢١) من قانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م، وذلك لتوضيح التالي أن القانون الإجرائي للتحكيم في

إجراءات التحكيم هو قانون التحكيم وهو يعادل قانون الإجراءات المدنية في التقاضي أمام المحاكم وبالتالي فإن الأطراف وهيئة التحكيم والمحاكم ملزمة بتطبيق أحكام هذا القانون لكن نسبة المحاكم وبالتالي فإن الأطراف وهيئة التحكيم والمحاكم ملزمة بتطبيق أحكام هذا القانون لكن نسبة لحداثة القانون وقلة مواده بسب تميز التحكيم بالسرعة والمرونة إلا أن ذلك يدخل هيئة التحكيم في كثير من الحالات في البحث عن قانون يتم الاستعانة به لسد النقص وهو قانون الإجراءات المدنية كقانون عام لإجراءات التقاضي أمام المحاكم، ولعلاج الأمر جرت العادة أن يتم النص في مشارطة التحكيم على حق الهيئة في الاستئناس أو الاستعانة به لسد النقص وهو قانون الإجراءات المدنية فيما لم يرد بشأنه نص في قانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م.

أما في الشق الموضوعي نجد أن المشرع السوداني قد فوض هيئة التحكيم اختيار القانون الموضوعي، عند الخلاف أو عدم الاتفاق أو الغياب، وبالتالي لا يندرج ما قام به المحكمون تحت طائلة البطلان. أما إذا استبعدت هيئة التحكيم القانون الواجب التطبيق المتفق عليه بين الأطراف يعتبر ذلك إهمالاً خطيراً لإجراء أساسي من إجراءات التحكيم يؤدي إلي بطلان حكم التحكيم.

عند الحديث عن أتعاب هيئة التحكيم ومصاريف التحكيم، السابقة التالية: **هيئة التحكيم (الطاعنة)/ ضد/ شركة كونكس العالمية للتسويق وشركة جمعة للاستثمار (مطعون ضدهما)**، بالرقم م ع/ ط م/ ٢٠١٧/١٧٩٧م، المجلة القضائية السودانية، العدد ٢٠١٨، ص: ٦٧-٦٨.

أرست المبادئ التالية:

١/ مشارطة التحكيم هي الاتفاق الذي تعده هيئة التحكيم بالاتفاق مع طرفي النزاع ويوافقان عليه ويتضمن إجراءات التحكيم ومدته ونفقته ومقره وأتعاب التحكيم وأي مسألة أُخري يري تضمينها.

٢/ أتعاب التحكيم يتم الوفاء بها حسب الاتفاق، فلو كان الاتفاق يقضي بتحمل الأتعاب كافة بانقضاء الدعوى المدنية لكان المطعون ضدهما ملزمين بسداد ما اتفقا عليه، ولكن بانقضاء الدعوى قبل السماع وحيث لم يتم السماع ولم ينص في مشارطة التحكيم على استحقاق الهيئة لأتعابها كاملة في حال توصل الأطراف إلى تسوية عليه تصبح الأتعاب سلطة تقديرية لمحكمة الموضوع تحسب وفق الجهد المبذول بواسطة الهيئة قبل سماع الدعوى، هذا الحكم يؤسس لاختلاف بين تقدير أتعاب المحاماة وتقدير أتعاب التحكيم في حالة (الصلح) حيث يحكم أتعاب المحاماة قانون المحاماة الذي يقرر في المادة (٥/٤٢) منه استحقاق المحامي الأتعاب كاملة حتى ولو انتهت الدعوى صلحاً، أما هذا الحكم فيقرر أن أتعاب التحكيم يقدرها الاتفاق وأن لم يوجد تقدرها المحكمة.

وكذلك تناولت فإذا رفض المدعى عليه إبرام اتفاق أتعاب هيئة التحكيم أو رفض التوقيع على مشارطة التحكيم فهيئة التحكيم هي المختصة بتحديد أتعابها على حسب قيمة الدعوى ووفقاً للجدول المرفق بقانون التحكيم ٢٠١٦م كما يحق لها أن تحدد أي مصروفات ضرورية لإكمال إجراءات التحكيم، يتم سدادها مناصفة بوساطة طرفي النزاع.

وهذا الحق الممنوح لها قانوناً لا يخول لها عند صدور الحكم المنهي للخصومة أن تصدر حكم لصالحها بأتعابها وبالمصاريف الضرورية لإكمال إجراءات التحكيم، لأن المحكم قاضي ولا يقضي لمصلحته وإنما يحق لها بعد الفصل في الخصومة التحكيمية اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإثبات

أتعاب هيئة التحكيم وإلزام الأطراف بالسداد. سواء كانت أتعاب اتفاقية وردت في (مشارطة التحكيم) أو أتعاب حددتها هيئة التحكيم وفقاً للجدول الملحق بقانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م فإذا كانت الأتعاب محددة باتفاق الأطراف وهيئة التحكيم في (مشارطة التحكيم) كما هو الحال في السابقة القضائية محل الدراسة فتصدر المحكمة حكماً بإثبات هذه الأتعاب الاتفاقية وتلزم المدين بالسداد، فأطراف السابقة القضائية اتفقوا مع هيئة التحكيم في مشارطة التحكيم على الأتعاب ولا خلاف في ذلك واتفقوا أيضاً على طريقة وكيفية السداد، بأن يسدد نصف الأتعاب عند التوقيع والنصف الآخر عند بداية سماع قضية الادعاء، فهذا الاتفاق يتماشى مع الأعراف التحكيمية حيث جري العرف أن يتم الاتفاق على أتعاب هيئة التحكيم في مشارطة التحكيم أو يتم تحديدها على حسب قيمة الدعوى وفقاً للجدول الملحق بالقانون، فالمبلغ المحدد كأتعاب للهيئة بالإضافة لمصاريف إجراءات التحكيم يسدد مناصفة بين الطرفين على مرحلتين:

المرحلة الأولى: قبل بدء إجراءات التحكيم يسدد مناصفة بينهما مبلغ ٥٠% بمعني أن يتحمل أي طرف ٢٥% منها، فإذا رفض المدعي عليه سداد الربع الخاص به أداه المدعي.

المرحلة الثانية: قبل النطق بالحكم يسدد الـ٥٠% المتبقية مناصفة بينهما وإذا امتنع المدعى عليه عن سداد حصته أداها عنه المدعي.

ولا يعني سداد المدعى لنصيب المدعى عليه الممتنع عن السداد تشجيع للمدعى عليه للامتناع عن السداد وإنما الهدف إنجاح العملية التحكيمية وعند النطق بالحكم سواء كان الحكم لصالح المدعى أو شطبت الدعوى في الحالتين يلزم المدعى عليه بسداد نصيبه في قيمة أتعاب هيئة التحكيم ومصاريف إجراءات التحكيم وتسلم للمدعي. أما إذا لم يكن هناك

اتفاق بالأتعاب ففي هذه الحالة ووفقاً لمفهوم نص المادة (١/١٩) من قانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م تحدد الأتعاب وفقا للجدول المحلق بالقانون، وهذا التحديد من اختصاص هيئة التحكيم كما ذكرنا آنفاً ويدون المبلغ في العريضة المقدمة إلى المحكمة ويطالب بإثباته، فمتى ما ثبتت تلك الأتعاب تصدر بها المحكمة حكماً، وكذلك الحال بالنسبة للمصروفات الضرورية لإكمال إجراءات التحكيم على هيئة التحكيم إثباتها أمام المحكمة المدنية، ويسلم صورة من منطوق الحكم للمحكوم له وبموجب هذا الحكم يحق له اللجوء إلى محكمة التنفيذ للمطالبة بتنفيذ هذه الأتعاب.

ففي الواقع العملي المعاش في حالة رفض المدعى عليه الاتفاق على أتعاب هيئة التحكيم ومصاريف إجراءات التحكيم يلجأ الطرف المتضرر (المدعى) إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع لحسم هذا النزاع. فهناك وجهة نظر سائدة في قضاء المحاكم المختصة يري أصحابها (يدون سند قانوني) في حالة رفض الأطراف أو أحدهما تحديد أتعاب هيئة التحكيم فالمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع يحق لها (أثناء سير الدعوى التحكيمية أو قبلها) تحديد أتعاب هيئة التحكيم وفقاً للجدول المرفق بالقانون، بناء على طلب المتضرر سواءً أكان احد الأطراف أو هيئة التحكيم. وأعتقد بأن هذا الرأي غير صائب على الأقل من وجهة نظري لأن المشرع السوداني حدد نطاق اختصاص المحكمة المختصة في مساعدة التحكيم (أثناء سير الدعوى التحكيمية أو قبلها) على سبيل الحصر، ولم يكن من بين هذه الأدوار التدخل في المساعدة بتحديد أتعاب هيئة التحكيم أو مصروفات التحكيم، وترك ذلك لهيئة التحكيم ولم يمنح المحكمة المختصة أي سلطة تتعلق بأتعاب المحكمين وإنما أرجع ذلك لصلاحيات الهيئة التحكيمية، بل ذهب المشرع ابعد من ذلك في حالة رد أو عزل المحكم فإن مستحقاته

المالية يؤول لهيئة التحكيم وحدها التقرير بشأنها ولا شأن للمحكمة المختصة بذلك مطلقا، وقد أكد ذلك نص الفقرة (٥) من المادة (١٨) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م والتي تقرأ كالآتي: (في حالة استلام المحكم لجزء من الأتعاب المتفق عليها، وتم تعيين محكم بديل عنه، تقرر هيئة التحكيم بشأن المبلغ الذي يستحقه أو الذي يجب عليه رده لهيئة التحكيم).

وأخيراً قياسه لأتعاب المحكمين بأتعاب المحاماة قياس مع الفارق، لأن قانون المحاماة نظم أتعاب المحاماة وقانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م نظم أتعاب هيئة التحكيم وكيفية تحديدها وإن لم يوجد اتفاق تحدد الأتعاب وفقاً للجدول الملحق بقانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م وليس على حسب تقدير المحكمة كما جاء في ملحوظة المحرر ولا وفق الجهد المبذول بواسطة الهيئة قبل سماع الدعوى كما جاء بالسابقة والصحيح في حالة عدم الاتفاق على أتعاب هيئة التحكيم أرجع المشرع ذلك لصلاحيات الهيئة التحكيمية بأن يكون وفقاً لما جاء بالجدول الملحق بقانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م ولا سلطان للمحاكم السودانية في تحديد أتعاب المحكمين وإنما يقتصر دور القضاء في إثبات أتعاب هيئة التحكيم وإلزام المدين بالسداد.

وعامة نجد أن المشرع أنصف في حيث جعلها مناصفة بين الأطراف وجعل إمكانية أن يتحملها أحد طرفي النزاع ولكن بأن يضمن له المطالبة بها في مرحلة الطلبات ولكن هنالك نقطة أخلاقية أود أن استعرضها في حالة عدم موافقة الأطراف على سداد أتعاب هيئة التحكيم قبل التوقيع على المشارطة فيجب من ناحية هيئة التحكيم أما أن تخفيض الأتعاب، أو التنحي وذلك لإتاحة الفرصة للأطراف لاختيار هيئة جديدة تقبل بالأتعاب المقترحة، ومن الحكمة عرض الأتعاب على المحكمين أولا قبل التعيين، علماً بأن العناصر السبع أعلاه ليست كل عناصر عقد مشارطة

التحكيم حيث سمح المشرع للأطراف أن يتفقا على ما يروه مناسباً وذلك ويمكن أن نتوسع إلى أكثر من ذلك بكثير ولكن بعد الاسترشاد بالقانون التحكيم ٢٠١٦م السوداني وللأهمية العناصر أعلاه تحدثت عنها بشيء من التفصيل.

المبحث الرابع

الطبيعة القانونية لمشارطة التحكيم والفرق بين مشارطة التحكيم وشرط التحكيم

المطلب الأول: تأثير الطبيعة القانونية للتحكيم على الطبيعة القانونية لمشارطة التحكيم.

المطلب الثاني: الفرق بين مشارطة التحكيم وشرط التحكيم.

المطلب الأول: تأثير الطبيعة القانونية للتحكيم على الطبيعة القانونية لمشارطة التحكيم:

إذا كان المتفق عليه أن الاتفاق على التحكيم هو عقد يتم بين الطرفين، ويعتبر مظهرًا لسلطان إرادتهم. إلا أن الأمر اختلط على بعض الآراء الفقهية بين ما يعد طبيعة قانونية للتحكيم كوسيلة استثنائية لفض النزاعات، وبين الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم.

الاتجاه الأول: الاتفاق على التحكيم ذو طبيعة إجرائية، ويعد عملا قضائيًا:

ذهب فريق أن التحكيم ما هو إلا قضاء إجباري يلزم الخصوم في حالة اتفاقهم على اللجوء إليه كوسيلة لحل خلافاتهم ودعم بعض الفقهاء في إيطاليا مع تسليمهم باعتباره عقدًا، إلا أنهم يرون أنه عقد ليس له الطبيعة الخاصة بالعقود، وإنما له طبيعة إجرائية عامة، سندهم في ذلك أن عقد التحكيم يؤثر في الخصومة؛ فيمنع من عرض النزاع على القضاء، ويخول المدعى عليه الدفع بوجود اتفاق التحكيم فضلاً عن تنظيمه لخصومة التحكيم في النواحي التي ترك القانون للأفراد حرية تنظيمها.

يستند أصحاب هذا الرأي إلى الحجج الآتية إلى:

١/ أن التحكيم قضاء استثنائي من الأصل العام، فإذا رفعت دعوى أمام المحكمة المختصة كان للطرف الأخر الحق في الدفع بعدم الاختصاص لأن نظر الدعوى من اختصاص هيئة المحكمين، حيث أثار هذا الدفع إلى خلاف فمنهم من رأى أن هذا الدفع غير متعلق بالنظام العام يجب أن من أحد أطراف الدعوى من ناحية الموضوع قبل الخوض في تفاصيل الموضوع الدعوى، وذهب الفريق الآخر إلى أنه يبدى قبل أي دفع شكلي ولا يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها، ونجد أن شرط بالتحكيم لا ينزع المحكمة حقها ولكن يمنعها من سماع الدعوى.

٢/ إن حكم المحكم يحوز حجية الأمر المقضي فيه وينفذ تنفيذاً جبرياً بعد صدور الأمر بهذا التنفيذ وهذا ما ذكره المشرع تلقائياً أو بناءً على طلب مكتوب إلى المحكمة المختصة مرفقاً معه صورة معتمدة من الحكم الأصلي)[١]، وكذلك ذهب المشرع المصري بقوله: (تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون)[٢].

٣/ ومما يؤيدون الطبيعة القضائية ما درجت عليه قوانين المختلفة إطلاق اصطلاح الأحكام على أحكام المحكمين والأحكام القضائية[٣].

وهذا الرأي مردود عليه بالآتي:

– مخالفة الواقع والقانون؛ فالاتفاق على التحكيم لا يعدو كونه عقدًا من عقود القانون الخاص خاضع للقواعد العامة التي تحكم العقود، وهي قواعد القانون المدني.

– لا يمكن إضفاء تلك الطبيعة على اتفاق التحكيم؛ لأنه اتفاق ينعقد قبل بدء الخصومة فلا يمكن اعتباره عنصرًا من عناصرها، ومن غير المتصور أن يأخذ صفة العمل القضائي.

وحيث أن المشرع ساوى بين شرط التحكيم، ومشارطته، ولا يفرق في الشروط، وفي طبيعة كل منهما عن الآخر، ومادام أن شرط التحكيم يتم مستقلًا، وقبل البدء في الإجراءات مما يجعله ذا طبيعة عقدية خالصة، فإن مشارطة التحكيم تأخذ ذات الحكم من حيث كونها ذات طبيعة تعاقدية محضة حتى، وإن أبرمت بعد بدء الإجراءات ذات الطبيعة القضائية.

---

[١] المادة (٤١) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م.

[٢] المادة (٥٥) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م.

[٣] القصيمي صلاح أحمد محمد طه، عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص: ٤٧.

الاتجاه الثاني: الطبيعة التعاقدية للتحكيم:

ذهب فريق أن التحكيم ذو طبيعية وتعليل ذلك أنه عقد رضائي ملزم للجانبين ويترتب على ذلك أن حكم التحكيم هو عنصر تبعي في عملية التحكيم، حيث ركز على تفسير كافة مراحل حتى صدور القرار من المحكم الذي يلتزم به أطراف النزاع، فإذا حكم التحكيم هو مجرد تحديد لمحتوى عقد التحكيم بمعرفة غير المتعاقدين، وهم المحتكمون رغم أن حكم التحكيم هو الهدف من عملية التحكيم برمتها من حيث كونه يفصل في النزاع ويصدر حكماً قابلاً للتنفيذ فور صدوره.

ويستند أنصار هذا الرأي على: إنْ أساس التحكيم هو إرادة الأطراف في تسوية نزاعاتهم عن طريق التحكيم، وإنْ الأفراد المتنازعين باتفاقهم على التحكيم يتفقون ضمناً على التنازل عن حقهم الطبيعي في التقاضي عبر القضاء وبذلك يخولون المحكم سلطة كصدرها إرادتهم، وأهداف التحكيم تختلف عن أهداف القضاء، فالقضاء يحقق مصلحة عامة أما تحكيم ضمن موضوع محدد سلفاً، ويفترض القضاء عدم إرادة أحد الطرفين الامتثال للقاعدة القانونية التي تحمي مصلحة الطرف الأخر في مواجهته في ما التحكيم يرغب الأطراف بإرادتهم الحرة بأنها النزاع.

إنْ القانون الوضعي يؤيد هذه الطبيعة حيث أنه يمكن أن المحكم يكون وطنياً أو أجنبياً في حين الوظيفة القضائية لا يباشرها سوى الوطني، إذا لم يقم المحكم بواجبه فلا تنطبق عليه قواعد إنكار العدالة، وكذلك إذا أخطاء المحكم فلا يخضع لقواعد المخاصمة، يمكن رفع دعوى أصلية ببطلان حكم المحكم بعكس حكم القضاء[1].

---

[1] القصيمي صلاح أحمد محمد طه، عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص: ٤١.

المنتقدون لهذا الرأي: يرون أنْ الكشف لا يكون عن أرادة الأطراف ولكن عن إرادة القانون في هذه الحالة، إذا كان حكم التحكيم مصدره اتفاق الأطراف ألا أنه محدد ومشروط باحترام قواعد النظام العام والعديد من المواضيع القواعد الموضوعية والإجرائية مثل ذلك احترام حقوق الدفاع وكذلك امتثال الأفراد واجب للقانون.

القول بالنظرية التعاقدية تطرح سؤال عن طبيعة الأطراف بالمحكمين هل هي علاقة وكيل عن الخصوم أو هو على أساس إجارة عمل، وما يترتب عليه من واجبات والالتزامات وحقوق.

بأن الطبيعة التعاقدية لا تنطبق إلا على جزء من التحكيم، وهو الاتفاق، ولا يمكن إضفاؤها على التحكيم ككل، وإلا نكون بذلك قد خالفنا ما قصده المشرع من إضفاء طبيعة الأعمال القضائية على التحكيم، ومنحه كافة مقومات العمل القضائي، وإنما يختلف عنه فقط في الشخص القائم به، أما ما عدا ذلك من آثار فلا يختلف التحكيم عن الأعمال القضائية[١].

الاتجاه الثالث: الطبيعة المختلطة للتحكيم:

يرى بعض الشراح أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة، فهو ذو طبيعة مركبة؛ لأن الأخذ بطبيعة واحدة سواء الطبيعة العقدية، أو الطبيعة القضائية يثير العديد من المشاكل، والصعاب في التطبيق. فالتحكيم ذو طبيعة عقدية وقضائية معاً فالتحكيم وفقًا لهذا الرأي ليس اتفاقا محضًا، ولا قضاءً محضًا، وإنما هو نظام يمر في مراحل متعددة يلبس في كل منها لباسًا خاصًا، ويتخذ طابعًا مختلفًا فهو: (من أوله اتفاق، وفي أوسطه إجراء، وفي آخره حكم)[٢].

---

[١] القصيمي صلاح أحمد محمد طه، عقد التحكيم وإجراءاته، مرج سابق، ص: ٤١.

[٢] موسوعة العدالة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق.

إلا أن هذا الرأي وجه إليه النقد التالي: إنه رغم قيام هذه الطبيعة المختلطة للتحكيم على أساس تحليل ورصد لما يؤثر في التحكيم، وهو أمر مهم جدًا. إلا أن التحليل القانوني يجب ألا يقف عند القول بأن التحكيم ذو طبيعة مختلطة، أو خليط غير متجانس، فمثل هذا الوصف يُعتبر بمثابة اعتراف بالعجز، ومحاولة للهروب من مواجهة الحقيقة.

– أن القول بالطبيعة المختلطة للتحكيم يؤدي إلى خلط بين حجية حكم التحكيم، وبين قوته التنفيذية، حجية الأمر المقضي تثبت لحكم التحكيم بمجرد صدوره.

– أما القوة التنفيذية فلا يحوزها حكم التحكيم إلا بصدور أمر قضائي بتنفيذه. من أصل التحكيم، وهو العمل الإرادي للأطراف، وهو قضاء بالنظر إلى كون الحكم الصادر يلزم وأصحاب هذه النظرية يرون أن التحكيم له طبيعة مختلطة؛ فهو عقد بالنظر إلى الوجوه التي تشتق الأطراف بقوة غير القوة الملزمة للعقد.

وقد عقب على هذه النظرية البعض قائلًا: بأن هذا الوصف يعتبر بمثابة اعتراف بالعجز ومحاولة للهروب من مواجهة الحقيقة بأبعادها المتعددة، وعقب آخر قائلاً: أن الخلط في الطبيعة يؤدي إلى الخلط في حجية حكم التحكيم وبين قوة التنفيذ تثبت لحكم التحكيم بمجرد صدورها وهي أمر أخر غير القوة التنفيذية التي لا يحوزها حكم التحكيم إلا بصدور أمر قضائي بتنفيذه[1].

وعقب آخر قائلاً: أنه من الصعب النظر إلى التحكيم كعقد؛ فالعقد في حد ذاته لا يحسم النزاع، كما أن العقد ليس هو جوهر التحكيم بدليل عدم

---

[1] القصيمي صلاح أحمد محمد طه، عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص: ٥١.

وجوده في التحكيم الإجباري، وإذا اعتبرنا أن التحكيم يتسم بالصيغة الرضائية، أي التعاقدية فلا يمكن أن تتسحب هذه الصفة إلى حكم التحكيم الصادر في النزاع.

والواقع أيضًا أن النظرية القضائية لا تتفق، وطبيعة التحكيم لأن القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة لا يتولاها إلا القاضي؛ فالمحكم لا يتمتع بما يتمتع به القاضي من سلطة كتوقيع غرامات على الخصوم، أو الشهود فضلًا عن أن الإجراءات قد تختلف عن الحكم الصادر من القضاء؛ فهو لا يتمتع به حكم القضاء من قوة تنفيذية جبرية؛ فالحجية التي يتمتع بها حكم القضاء تحول دون رفع دعوى أصلية ببطلان الحكم على خلاف حكم التحكيم والذي يجوز فيه رفع دعوى ببطلانه.

الاتجاه الرابع: نظرية كيوفندا:

يصور الأستاذ كيوفندا، مؤسس المدرسة الإيطالية الحديثة في فقه المرافعات، طبيعة التحكيم كالتالي: "يخول القانون للأفراد اختيار أشخاص خاصين للإعداد للقرار القضائي فهؤلاء الأشخاص يبحثون بتفويض من الخصوم عن إرادة القانون في الحالة المعينة وهذا البحث ليس عملًا قضائيًا، وإنما هو يكون أحد عنصري العمل القضائي الذي لا يكتمل إلا بالعنصر الثاني، وهو عنصر الأمر"[1].

هذه النظرية هي الأخرى غير جديرة بالتأييد فيرى بعض الفقه فحقيقة أن المحكم لا يبحث عن إرادة الأطراف، وإنما يبحث عن إرادة القانون، ولكن الصحيح أن المحكم لا يقتصر دورة على البحث عن هذه

---

[1] نظرية كيوفندا – نظم – جزء أول، ص: ٦٨ – ٦٩، موسوعة العدالة للتحكيم التجاري الدولي، الطبيعة القانونية للتحكيم، https://justice-academy.com، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢٤م الساعة ٣:٤٠ مساء، الخرطوم.

الإرادة، وإنما يطبقها، ولا يمنع من هذا التضييق أن المحكم شخص خاص، كما لا يمنع من اعتبار التحكيم قضاء، أما القاضي فلا يفعل سوى إضفاء القوة التنفيذية على الحكم ، ولهذا فحكم التحكيم يحوز حجية الأمر المقضي بمجرد صدوره، ولو لم يصدر أمر التنفيذ.

الاتجاه الخامس: الطبيعة المستقلة للتحكيم:

ذهب بعض الشراح إلى القول بأن التحكيم ذو طبيعة خاصة أو مستقلة "فإذا كان التحكيم يعني الرغبة في فض النزاع بطريقة ودية بين الأفراد؛ فذلك يعني أن نأخذ عند تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم بفكرة مستقلة عن النظم الداخلية. فاتفاق التحكيم، وإن كان عقدًا يتمتع بالخصائص العامة للعقود، إلا أنه يتميز عنها بهدفه، وموضوعه. هدفه" ليس إقامة علاقة قانونية مبتدأه بين طرفين مالية كانت، أو شخصية، وإنما تسوية النزاع الناشئ عن علاقة قانونية سابقة"، وموضوعه "ليس التراضي على تسويه نهائية للنزاع محدده بذاتها، وإنما إقامة كيان عضوي – فردًا كان أو هيئة ترفع إليه ادعاءات الطرفين لتولي الفصل فيها استقلالاً عنهما"[1].

أما عن عمل المحكم "فهو بالضرورة حسم النزاع وفقًا للمبادئ العامة التي يضعها النظام القانوني، وأهمها مبدأ المساواة، ومبدأ المواجهة إلى غير ذلك من المبادئ القضائية، مع دخول اتفاق التحكيم في عداد الاتفاقات المطروح تطبيقها على المحكم. بمعنى أن: على المحكم أن يطبق شروط اتفاق التحكيم مثله في ذلك مثل القاضي عندما يطبق شروط عقد معين متعلق بالنزاع المطروح عليه.

وترجع أهمية معرفة الطبيعة القانونية للتحكيم إلى الآتي:

---

[1] موسوعة العدالة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق.

١/ معرفة المعاملة التي سوف يتلقاها حكم التحكيم عند تنفيذ سواء في الدولة التي صدر فيها أو خارجها، ومثال ذلك تحديد إجراءات البطلان التي يمكن أن تشوب إجراءات التحكيم.

٢/ تحديد القوة الملزمة لحكم المحكم، حيث القول بالطبيعة التعاقدية يؤدي إلى اعتبار حكم المحكم مجرد تطبيق الأحكام عقد التحكيم يلتزم به الأطراف بمجرد صدوره أي أن حكم المحكم هو الكاشف لطبيعة ما أتفق عليه أطراف العقد، أما القول بالطبيعة القضائية يؤدي إلى اعتبار حكم المحكم حكما بالمعنى الدقيق للأحكام القضائية.

٣/ تحديد للقانون الواجب التطبيق.

٤/ اختلاف النظر في الطبيعة القانونية أوجد اختلاف في القيمة القانونية للتحكيم، فمثلاً النظام الأنجلوأمريكي عند رقابته للتحكيم ينتقص من القيمة القانونية، فالمحاكم تشارك المحكمين عملهم ولا يستطيع المحكمين أن يقروا في مسائل القانون كما أن المحكم ملزماً بتسبيب الحكم إلا إذا أمرته المحكمة العليا بذلك، وذلك خلاف النظام اللاتيني الذي يستوجب تسبيب المحكم لحكمه كما كان المحكم مفوضاً بالصلح، كما أنه لا يتدخل بالرقابة في مسائل القانون والوقائع وإنما رقابته إجرائية فقط[١].

[١] القصيمي صلاح أحمد محمد طه، عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص: ٣٩.

المطلب الثاني: الفرق بين مشارطة التحكيم وشرط التحكيم:

لاتفاق التحكيم صورتين: الأولى هي أنْ يكون صورة عقد معين بين الخصوم بمناسبة نزاع قائم بالفعل بينهم وتسمى مشارطة التحكيم، والصورة الثانية أنْ تكون في صورة شرط بعقد ويطلق عليه شرط التحكيم.

المشترطة: هو اتفاق بين الأطراف بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بينهم يلتزمون بمقتضاه بعرض هذا النزاع على محكم أو محكمين المختارين من قبلهم بدلاً عن عرضه على المحكمة المختصة أصلاً بنظره، وهي الصورة الأسبق ظهوراً واعترافاً بها[١].

ومشارطة التحكيم تكلم عنها المشرع السوداني" يقصد بها الاتفاق الذي تعده هيئة التحكيم بالاتفاق مع طرفي النزاع ويوقعا عليه، ويتضمن إجراءات التحكيم، ومدته ولغته ومقره وأتعاب التحكيم، وأي مسألة أخرى يُرى تضمينها "[٢]، وتبدو فائدة المشارطة هو في حالة عدم إدراج الأطراف شرط التحكيم عند إبرام الاتفاق الأصلي[٣]. حيث أنْ مشارطة التحكيم تفترض مبدئياً عدم وجود شرط التحكيم في العقد ثم يقع النزاع بعد ذلك بين طرفي العقد[٤].

المعيار المميز للمشارطة هو إبرامها بعد قيام النزاع سواء قبل رفع الدعوى حيث يمكن إبرامها في أي حالة تكون عليها إجراءات الدعوى، أمام

---

[١] محمود سيد التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده في قانون المرافعات وقانون التحكيم، مرجع سابق، ص: ١٧٥.

[٢] المادة (٤) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م.

[٣] عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، ص: ١٢٥.

[٤] د. حمزة حداد، اتفاق التحكيم، بحث مقدم لدورة آليات وإجراءات التحكيم المنعقدة في صنعاء، أبريل ٢٠٠١م، ص: ١٢.

أي درجة من درجات التقاضي، بل يجوز إبرامها ولو كانت قضية طالما لم يصدر فيها حكم[١].

وإذا تم الاتفاق على التحكيم وكانت الخصومة قائمة أمام قضاء الدولة فإنَ ذلك يعني ترك الخصومة أمام هذا القضاء الدولة فإنَ ذلك يعني ترك الخصومة أمام هذا القضاء والتنازل عن الأحكام السابقة الصادرة لصالح أحد الخصوم في حقهم بالنص في المشارطة على التمسك بما يكون قد صدر لصالحهم من أحكام قضائية قبل إبرام أنفتق التحكيم[٢].

وتجدر الإشارة إلى أنَه لا يصح إبرام المشارطة بالنسبة لنزاع انتهى بالفعل بين أطرافه، أما تحكيم قضائي حاسم للنزاع أو حتى بحكم تحكيم نهائي[٣]. إذاً فإن مشارطة التحكيم هي عبارة عن عقد مستقل عن العقد الأصلي الذي تم التعاقد عليه بين الطرفين، وفي ذلك العقد المستقل يتم وضع كافة شروط التحكيم، وإضافة إلى أن مشارطة التحكيم لا تتم في بداية التعاقد بين أطراف النزاع، بينما يتم وضعها بعد حدوث الخلاف أو النزاع بشكل كامل وليس قبل حدوث النزاع.

من أهم شروط وضع مشارطة التحكيم هي أنه يجب أن لا يكون تم وضع في العقد الأصلي أي من بنود التحكيم، أي عدم وجود شرط التحكيم في العقد الأصلي، حيث أن شرط التحكيم هو بند رئيسي يتم وضعه في العقد الأصلي، بينما مشارطة التحكيم يتم الإشارة فيها إلى أنه لا يوجد أي اتفاق على التحكيم في العقد.

---

[١] محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٠م، ص: ١٣٦.

[٢] عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم، مرجع سابق، ص: ١٥٠.

[٣] محمود محمد هاشم، النظرية العامة في التحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص: ١٣٦.

شروط التحكيم:

يُقصد به اتفاق الأطراف على إحالة ما ينشأ من نزاع حول تفسير العقد أو تنفيذه يفصل فيه بواسطة التحكيم ، وقد يرد الشرط في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية أو في اتفاق لاحق[١]. مما يعني تنازل المتعاقدين مسبقاً وقبل نشوء النزاع بينهم على اللجوء للمحاكم العادية.

فاتفاق التحكيم قد يرد في صورة شرط في أي عقود من العقود مضمونة إحالة ما قد ينشأ بين أطرافه من منازعات للتحكيم، أي أنَه يواجه منازعة أو منازعات محتملة وغير محددة ويمكن أنْ تنشأ مستقبلاً بين الأطراف الراغبة في اللجوء للتحكيم سواء تعلقت بتفسير العقد أو تنفيذه وقد لا تنشأ[٢].

إن العلاقة القانونية التي تربط بين طرفين سواء كان بينهم علاقة تجارية أو أمر إداري فإن هناك بعض الشروط التي يتم وضعها بشكل رئيسي كبنود داخل العقد الأساسي بينهم من البداية ، ذلك لتنسيق كافة الروابط القانونية للتحكيم فيما بينهم، وعلاج أي مشكلات قد تنشب في أي حدث قد يدور في تلك الشراكة. لذلك يسمى شرط التحكيم وهو يتم استخدامه في الحياة العملية بصورة دارجة وطبيعية للغاية حيث أنه أمر، لذا يجب اختياره بشكل دائم وهو يتم وضعه بصورة مختصرة للغاية، ويتم التنويه على أنه يتم استخدامه في حال الحاجة للتحكيم فيما بين أطراف الشراكة في حال وقوع نزاع ما.

حيث أن تلك الطريقة تكون مختصرة بدرجة واضحة، حيث فقط يتم القول مثلاً أن في حال حدوث خلاف ما يتم إحالة الأمر إلى التحكيم، أما في

---

[١] فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ٢٠٠١م، ص: ٩٣٤.

[٢] محمود سيد التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده في قانون المرافعات وقانون التحكيم، مرجع سابق، ص: ٧٩.

بعض الحالات يتم إضافة بعض الأمور من بين الطرفين مثل إضافة بعض الأحكام الأخرى لشروط التحكيم.

مثل أن يتم إضافة القانون الواجب التطبيق في النزاع، أو تحديد مكان إقامة التحكيم، كما يتم الاهتمام بالأطراف الذين في هيئة التحكيم، حيث يتم اختيار كافة المؤهلات أو بعضها التي يشملها كل أو بعض أعضاء هيئة التحكيم التي سوف تقوم بالفصل والتحكيم في المشكلات، هناك بعض الحالات النادرة يتم وضع بها بعض الشروط، مثل سن أو نوع وجنسية بعض أعضاء هيئة التحكيم، أو اشتراط أن يكون رئيس هيئة التحكيم مدقق حسابات أو محامي أو أن يكون مهندساً.

الفقه الإسلامي لم يطرح شرط التحكيم الوارد في العقد بشكل مباشر، ولهذا يمكن أن ندرسه وفقاً للشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي:

أولاً: الشرط الصحيح هو شرط يوافق العقد واشترط لصحته أن يكون محل العقد معلوم – وهذا المتعارف عليه في التحكيم المصري، يفسد العقد إذا أصبح محله مقامرة أو غرراً أو رباً أو حتى يخفي بين طياته شيء من ذلك، ممكن أن يكون شرطاً جرى به التعامل بين الناس أي عرف مقبول.

ثانياً: الشرط الفاسد نوعين طبقا للفقه الإسلامي شرط فاسد يسقط ويبقى العقد صحيحاً: لا يسبب منفعة ويمكن أن يسري العقد بدونه، شرط فاسد يسقط ويؤدي سقوطه إلى فساد العقد بأكمله: فهو يحوي منفعة دون عوض (تتضمن رباً أو غرراً وحين لا يستطيع الفرد تحديد مدي التزامه يكون عقد غرار ومثال على عقود التأمين على الحياة)[1].

---

[1] د. خالد الكاديكي، شرط التحكيم في الشريعة الإسلامية وفي القانون الوضعي العربي، https://www.eastlawsacademy.com/، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/٢/١٢م، الخرطوم، الساعة ٢:٢٧ بعد الظهر.

العلامة دكتور السنهوري أوضح "أن هناك قاعدة فقهية تفرض على المسلمين احترام التزاماتهم التعاقدية وان كل عقد يتضمن أي شرط مقبول بموجب الشرع الإسلامي هو عقد قانوني وبالتالي عقد إلزامي وسنده حديث النبي صلى الله عليه وسلم "المسلمون عند شروطهم". الفقه الإسلامي لم يطرح شرط التحكيم الوارد في العقد بشكل مباشر، ولهذا يمكن أن ندرسه وفقاً للشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي[1]، وينطبق كلام العلامة دكتور السنهوري كذلك على مفهوم مشارطة التحكيم وذلك بالقياس بينهما.

الفرق بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم:

يظهر الفرق أيضاً في بعض الأشياء الهامة التي لا يجب إغفالها، حيث أنه يظهر جلياً من خلال القيام باختيار الطريقة التحكيمية وهيئة التحكيم في شرط التحكيم، بينما في مشارطة التحكيم يتم اختيار المحكمين وطريقة التحكيم بعد وقوع النزاع بالفعل، ومن أبرز الفروق أيضاً هي التفاصيل التي تتضمنها المشارطة، حيث تشمل بعض النقاط الهامة مثل الاتفاق بالتفصيل عن إحالة التحكيم إلى محاكم معينة، شرح تفاصيل النزاع بصورة كاملة، اختيار أسماء المحكمين وتوضيح أطراف النزاع.

أوجه الاتفاق بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، حيث كل منهما يهدف إلى حل النزاع، وأوجه الاختلاف يتمحور في تعريف كل من شرط التحكيم ومشارطة التحكيم حيث شرط التحكيم هو عبارة عن بند من ضمن بنود عقد الاتفاق الأولى بين طرفي العقد ويتفقان فيه على اللجوء للتحكيم في حالة نشوب نزاع بينهما ويمكن أن تتم تسمية مركز مختص بالتحكيم ومكان التحكيم والمحكم أو لا يسميانه ويتم تسميته عند نشوب النزاع، أما مشارطة التحكيم هو عبارة عن عقد مستقل يقوم بإبرامه طرفي العقد عند

---

[1] المرجع السابق.

نشوب النـــزاع ويســـميان فيـــه المركـــز المخـــتص بـــالتحكيم ومكـــان التحكـــيم والمحكم، وكذلك الفرق الثاني وقت إبرام كـــلاً منهمـــا حيـــث أن شـــرط التحكـــيم يتم النص عليه في العقد الأولى أي قبـــل نشـــوب النـــزاع أي أنـــه ســـابق علـــى النزاع أما مشارطة التحكيم يتم إبرامه بعد نشوب النـــزاع أي أنـــه لاحـــق علـــى إبرام العقد الأولى ولاحق على نشوب النزاع.

ونستخلص إلى أن معيار التفرقة شرط التحكـــيم ومشـــارطة التحكـــيم هـــو ورد الشرط قبل حدوث النزاع، ويستوي في ذلـــك أنْ يـــرد الشـــرط كبنـــد فـــي العقد أو مستقلاً بذاته، إضافة لذلك أوجب المشـــرع تـــوافر شـــروط معينـــة فـــي المشارطة وبالتالي لا يمكن أن تتحقـــق الشـــروط إلاَ بعـــد وقـــوع النـــزاع فعـــلا والمتمثلة في تعيين محل النزاع، فإذا لم يعـــين محـــل النـــزاع فـــإنْ المشـــارطة تكون باطلة قانوناً أما في الشرط التحكيم فلا يلزم ذلك.

مما سبق يرى الباحث إن التحكيم قضاء اتفـــاقي يتقيـــد بنصـــوص اتفـــاق التحكيم، وبالنصوص القانونية التي يفترض علـــى المحكـــم الالتـــزام بهـــا، لـــذلك يجب أن نبتعد عن القوالب التقليدية لتحديد طبيعـــة التحكـــيم؛ فهـــو ظـــاهرة، وإن سبقت القضاء في الوجود، إلا أنه ليس أحد الســـلطات العامـــة فـــي الدولـــة مثـــل القضاء، كما أنه لا يجوز في كل منازعة. شـــرط التحكـــيم: هـــو اتفـــاق يـــدرج في عقد المعاملات بين أطراف العقد علـــى اشـــتراط الأطـــراف إحالـــة النـــزاع الذي سوف يحدث مستقبلاً وهو المدخل الأساســـي للـــدخول فـــي عـــالم التحكـــيم وبدونه لا يوجد تحكيم من الأساس، أما الاتفاق: هـــو اتفـــاق "لاحـــق" يجـــئ بعـــد حدوث النزاع أو يكون بعد إبرام العقد (عقد المعـــاملات) ويأخـــذ قـــوة الشـــرط، أما المشارطة: الوسيلة الإجرائية العملية التحكيم أي تعـــد وتكتـــب ويـــتم التوقيـــع عليها بعد تشكيل هيئة التحكيم أي اتفاق يبرمـــه الأطـــراف منفصـــل عـــن العقـــد الأصلي، وذلك للجوء إلى تحكيم في صدد نزاع قائم فصلاً بينهما.

ويثور التساؤل الآن: من أين يستقي التحكيم هذا الطابع الخاص وهذه الذاتية المستقلة؟

إن التحكيم لا يجد أساسه في القوانين الداخلية للدول فحسب، وإنما أيضًا في الاتفاقيات الدولية، وأنظمة ولوائح هيئات ومراكز التحكيم الدائمة المنتشرة في مختلف دول العالم، والتي يلجأ إليها الأطراف في صورة ما يعرف بالتحكيم النظامي. ونجد أن الانتقادات الواضحة والصريحة إلى الطبيعات السابقة، أدى بالفقهاء إلى القول بالطبيعة الخاصة للتحكيم في مجمله بمعنى أنه نظام تعاقدي النشأة، وقضائي في وظيفته، ومختلط في النظر إليه، وهنا يكمن مربط الفرس، لأن التحكيم لا يجد أساسه في القوانين الوطنية للدول فقط، وإنما في أنظمة ولوائح هيئات ومراكز التحكيم (التحكيم المؤسسي)، وكذلك في المعاهدات الدولية أن كانت ثنائية أو جماعية، والارتباط العضوي مع التجارة الدولية والشركات العابرة للحدود والقارية.

ومن ذلك نخلص إلى أن اتفاق التحكيم يوازي ولا يتقاطع مع القضاء إلا في حالة بطلان التحكيم أو التنفيذ الأمر هل تكفي القوانين الداخلية، والاتفاقيات الدولية وحدها لإلزام الأطراف بالالتجاء إلى التحكيم عموماً والمشارطة خصوصاً؟

على الرغم من أن التحكيم كأي وسيلة لفض المنازعات قد قننتها القوانين؛ فإن هذا التقنين بالنسبة للقوانين الداخلية، أو الاتفاقيات الدولية لا يعني بالتأكيد أنه إجباري على الأطراف؛ فتقنين القوانين لا يتعدى تحديد إجراءات السير فيه طبقًا لقواعد عامة لا تتطرق إلى إلزام الأطراف بالالتجاء إليه.

فالتحكيم طريق استثنائي، وسيظل كذلك مهما تطور تشريعه، فالسلطة الطبيعية في فض المنازعات هي السلطة القضائية، فهي السلطة العامة التي تتولي الفصل في كافة المنازعات، وهي السلطة الطبيعية بمعنى

أن اللواء ينعقد لها أولاً، وقد ذهب مركز واشنطن، وكذلك غرفة التجارة بباريس I.C.C، وأيدهم بعض الفقه إلى أن الدول بتوقيعها على اتفاقية حماية، وتشجيع الاستثمار تُقدم إيجابًا في اتفاق التحكيم أمام المركز، وحينما يطلب المستثمر التحكيم أمام المركز؛ فإن ذلك يعد قبولًا على الإيجاب المقدم من الدولة الموقعة على الاتفاقية، وبالتالي يكون التحكيم تم بتوافق إرادتين مما يعتبر اتفاقا على التحكيم.

لم يلق هذا الاتجاه قبولاً من غالبية الفقه للأسباب الآتية:

إن أساس التحكيم بمعناه الصحيح هو الإرادة الحرة للطرفين؛ فمجرد النص في اتفاقية بين الدول لتشجيع الاستثمار على أن ما ينشأ من منازعات يحل بطريق التحكيم ليس كافيًا لوجود التحكيم، ولو أشارت الاتفاقية إلى مركز تحكيم محدد، أو مراكز محددة يتم الاختيار بينها، إن الاتفاقية التي تبرم بين الدول لا تلزم الأطراف بالالتجاء إلى التحكيم، والتخلي عن الالتجاء إلى المحكمة المختصة إلا بإرادتهم الحرة؛ فاتفاق الطرفين على التحكيم هو وحده مصدر سلطة المحكمين حيث أنْ وجود قانون داخلي، أو اتفاقية دولية تنظم التحكيم في موضوع المنازعة لا تجعل التحكيم الطريق الطبيعي، أو الإجباري لفض المنازعة.

اتفاق التحكيم هو محول الطرق، أي أنه بوجوده ينقسم الطريق؛ فيظل طريق القضاء الطبيعي موجودًا، ولكن المحول يغير الطريق إلى طريق ثانوي هو التحكيم. قانون البلد لا يسرى بشأن العلاقة التحكيمية إلا باتفاق الأطراف؛ فالتحكيم طريق اتفاقي حر، وهو بذلك المعنى طريق استثنائي أيضًا.

الطبيعة الاستثنائية للتحكيم هي في الواقع طبيعة مجبرة في عدم إلزامها أي أن القوانين، والاتفاقيات الدولية مجبرة على عدم فرضها على الأطراف؛ فتحرمهم من حقهم في الالتجاء إلى قاضيهم الطبيعي، وهو

بالاتفاق قضاء الدولة، ولهذا فإن اتفاق التحكيم يظل هو الطريق الوحيد لإلزام الأفراد على اللجوء إلى التحكيم. أن النزول على اتفاق التحكيم يسقط الاتفاق على التحكيم، ويصيح غير ذي أثر بنزول الطرفين عن الاتفاق، وهذا النزول قد يكون صريحًا وقد يكون ضمنيًا.

النزول الصريح: النزول الصريح يكون بإبرام الطرفين اتفاقا جديدًا يتضمن صراحة النزول عن اتفاق التحكيم، النزول يجب أن يكون كتابة؛ فإذا كان اتفاق التحكيم مكتوبًا فلا يجوز إثبات عكس ما جاء بالكتابة إلا بالكتابة يجب أن يكون النزول من الطرفين؛ فلا يكفي نزول أحد الطرفين عن الاتفاق، يمكن النزول عن شرط التحكيم قبل نشأة أي نزاع، يجب أن يعبر الطرفان عن إرادة النزول صراحة وبوضوح.

النزول الضمني: وهو يستخلص من سلوك الطرفين، عادة يتم الاتفاق الضمني بأن يلجأ أحد الطرفين إلى قضاء الدولة؛ فيسلك الطرف الآخر سلوكًا ينم عن رضائه بهذا الطريق، وتنازله هو الآخر عن طريق التحكيم، إذا رفع أحد الطرفين الدعوى أمام قضاء الدولة، ولم ينم سلوك الطرف الآخر عن رضائه بهذا التنازل، فإن رفع الدعوى لا يمنع المدعى عليه من البدء في إجراءات التحكيم، أو الاستمرار فيها كما لا يمنع هيئة التحكيم من إصدار حكم التحكيم.

لا يعتبر رفع الدعوى أمام قضاء الدولة نزولاً عن التحكيم إلا بالنسبة لموضوع هذه الدعوى. مثال ذلك إذا طلب المدعى عليه في الدعوى الأصلية المقاصة القضائية متمسكًا بحق يوجد بشأنه شرط تحكيم؛ فإن للمدعي في الدعوى الأصلية دفع طلب المقاصة بوجود اتفاق تحكيم، ولا يعتبر رفعه الدعوى الأصلية نزولاً عن حقه في التمسك بهذا الدفع، النزول

الضمني يكون فقط بشأن النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم، والذي يدخل الفصل فيه في ولاية هيئة التحكيم.

من صور التنازل الضمني عن اتفاق التحكيم:

إبرام الطرفين صلحًا بشأن النزاع محل التحكيم؛ فيعتبر الصلح اتفاقا ضمنيًا على النزول عن اتفاق التحكيم بالنسبة للنزاع محل الصلح. مع ملاحظة: أن الصلح يعتبر اتفاقاً جديدًا فإذا قام نزاع حول صحة الصلح، أو تنفيذه؛ فهذا النزاع لا يخضع لشروط التحكيم التي يتضمنها العقد الأصلي. متى تم النزول عن اتفاق التحكيم فليس لأي من الطرفين اللجوء إلى التحكيم، والجمع بينه وبين مباشرة الدعوى أمام قضاء الدولة؛ فإن فعل يكون حكم التحكيم باطلاً لصدوره من جهة لا ولاية لها بالفصل في الدعوى.

أوجه الاتفاق بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، حيث كل منهما يهدف إلى حل النزاع، وأوجه الاختلاف يتمحور في تعريف كل من شرط التحكيم ومشارطة التحكيم حيث شرط التحكيم هو عبارة عن بند من ضمن بنود عقد الاتفاق الأولى بين طرفي العقد ويتفقان فيه على اللجوء للتحكيم في حالة نشوب نزاع بينهما ويمكن أن تتم تسمية مركز مختص بالتحكيم ومكان التحكيم والمحكم أو لا يسميانه ويتم تسميته عند نشوب النزاع، أما مشارطة التحكيم هو عبارة عن عقد مستقل يقوم بإبرامه طرفي العقد عند نشوب النزاع ويسميان فيه المركز المختص بالتحكيم ومكان التحكيم والمحكم، وكذلك الفرق الثاني وقت إبرام كلاً منهما حيث أن شرط التحكيم يتم النص عليه في العقد الأولى أي قبل نشوب النزاع أي أنه سابق على النزاع أما مشارطة التحكيم يتم إبرامه بعد نشوب النزاع أي أنه لاحق على إبرام العقد الأولى ولاحق على نشوب النزاع.

ونستخلص إلى أن معيار التفرقة شرط التحكيم ومشارطة التحكيم هو ورد الشرط قبل حدوث النزاع، ويستوي في ذلك أنْ يرد الشرط كبند في العقد أو مستقلاً بذاته، إضافة لذلك أوجب المشرع توافر شروط معينة في المشارطة وبالتالي لا يمكن أن تتحقق الشروط إلاَ بعد وقوع النزاع فعلا والمتمثلة في تعيين محل النزاع، فإذا لم يعين محل النزاع فإنْ المشارطة تكون باطلة قانوناً أما في الشرط التحكيم فلا يلزم ذلك.

مما سبق في هذا الفصل يمكن التركيز على النقاط الآتية:

– شرط التحكيم: هو اتفاق يدرج في عقد المعاملات بين أطراف العقد على اشتراط الأطراف إحالة النزاع الذي سوف يحدث مستقبلاً وهو المدخل الأساسي للدخول في عالم التحكيم وبدونه لا يوجد تحكيم من الأساس.

– الاتفاق: هو اتفاق "لاحق" يجئ بعد حدوث النزاع أو يكون بعد إبرام العقد (عقد المعاملات) ويأخذ قوة الشرط.

– المشارطة: الوسيلة الإجرائية العملية التحكيم أي تعد وتكتب ويتم التوقيع عليها بعد تشكيل هيئة التحكيم أي اتفاق يبرمه الأطراف منفصل عن العقد الأصلي، وذلك للجوء إلى تحكيم في صدد نزاع قائم فصلاً بينهما.

– مشارطة التحكيم هو توافق، وتلاقي إرادة أطراف علاقة قانونية خاصة ما، إلى تسوية منازعات حدثت، أو ستحدث بينهما عن طريق إجراءات التحكيم بعقد مكتوب بينهما على ذلك.

– مشارطة التحكيم هو عقد ذو طبيعة خاصة بين أطراف علاقة ما يقرون فيه أنهم ملزمون باللجوء إلى التحكيم لفض منازعات قائمة، أو من الممكن أن تقوم بينهم.

– مشارطة التحكيم، وإن كان عقدًا يتمتع بالخصائص العامة للعقود إلا أنه يتميز عنها بهدفه، وموضوعه، هدفه تسوية النزاع الناشئ عن

علاقة قانونية سابقة، وموضوعه إقامة كيان عضوي (فردًا كان أو هيئة) ترفع إليه ادعاءات الطرفين لتولي الفصل فيها استقلالاً عنهما.

– التحكيم هو طريق استثنائي لا يجوز أن يكون ملزماً للأشخاص في اللجوء إليه، سواء كان مصدر الإلزام قانوناً داخليًا، أم اتفاقية دولية.

– مشارطة التحكيم – على رغم خصوصيته – إلا أنه في طبيعته العامة يخضع للطبيعة العقدية بين الأطراف، يسقط الاتفاق على التحكيم ويصبح غير ذي أثر بنزول الطرفين عن الاتفاق النزول عن مشارطة التحكيم قد يكون صريحًا بموجب اتفاق جديد مثبت بالكتابة طالما أن اتفاق التحكيم مثبت كتابة، ويكون ضمنيًا إذا لجأ أحد الطرفين إلى القضاء، وقبله الطرف الآخر.

– التحكيم هو عقد كسائر العقود سواء ورد في صيغة شرط تحكيم في العقد الأصلي، أو في صيغة اتفاق مستقل إذ لا فرق في تحديد طبيعة التحكيم سواء ورد هذا الاتفاق المستقل قبل أو بعد نشوب النزاع.

– وعليه فإن اتفاق التحكيم، كعقد، يخضع للقواعد العامة في العقود من حيث انعقاده وإثباته وآثاره وانقضائه، إلا إذا ورد حكم قانوني خاص به، حيث تكون الأولوية في التطبيق عندئذ للقواعد الخاصة.

– اتفاق التحكيم يعد اتفاق التحكيم المرحلة الاستباقية لبدء إجراءاته وفض النزاع.

– الطبيعة الخاصة لاتفاق التحكيم يمتاز اتفاق التحكيم بأنه ليس له كيان قائم بذاته، وإنما يرتبط دائماً بوجود علاقة قانونية معينة، غالباً ما تكون عقداً، إذ لا يتصور وجود اتفاق تحكيم من دون وجود تلك العلاقة،

وإلا كان العقد في هذه الحالة، أي الاتفاق، غير ذي موضوع أو محل، ما يترتب عليه بطلانه.

– مبدأ استقلالية شرط التحكيم لا ترتبط صحة اتفاق التحكيم بصحة العقد المرتبط به.

– شرط التحكيم أن يرد الاتفاق في صيغة شرط من شروط العقد الذي ينظم العلاقة بين طرفي/ أطراف العلاقة، على أن تكون صيغة الشرط مقتضبة تتضمن إحالة النزاع إلى التحكيم، ومثال لصيغة شرط التحكيم "أنّ أي خلاف بين طرفي العقد يحال إلى التحكيم".

– كما أن للأطراف التوسع في صياغة هذا الشرط وذلك بإضافة وتحديد عناصر منها، من حيث مكان التحكيم والقانون واجب التطبيق وغيرها من العناصر المتصلة بشخص المحكم أو مدة التحكيم أو إجراءات التحكيم.

– مشارطة التحكيم أن يرد الاتفاق في مرحلة لاحقة على نشوء النزاع، ليتفق الطرفان/ الأطراف على إحالة النزاع إلى التحكيم.

– معيار التمييز بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم يرد معيار التمييز بين هذين النوعين على عدة عناصر من أهمها وقت اتفاق الطرفين/ الأطراف على التحكيم كوسيلة لفض النزاع. فإذا كان لاحق لقيام النزاع كان الاتفاق بينهم مشارطة تحكيم، تحديد موضوع النزاع. يشترط في مشارطة التحكيم أن يتم تحديد موضوع النزاع الذي سيعرض على التحكيم وإلا واجهة البطلان.

الفصل الرابع

الشروط الموضوعية لمشارطة التحكيم والتدخل والضم في مشارطة التحكيم

المبحث الأول: الشروط الموضوعية لمشارطة التحكيم.

المبحث الثاني: التدخل والضم في مشارطة التحكيم.

الفصل الرابع

الشروط الموضوعية لمشارطة التحكيم والتدخل والضم في مشارطة التحكيم

تمهيد وتقسيم:

من المعروف أن اتفاق التحكيم يعد دستوره، وأساس مشروعيته، فمنه يستمد المحكم سلطته في الفصل في النزاع، وبالتالي فإن عدم وجود اتفاق تحكيم صحيح يفضي إلى انعدام ولاية المحكم، وبالتالي انعدام حكم التحكيم، واتفاق التحكيم لا يخرج عن كونه عقداً بين طرفين، موضوعة الاتفاق على تسوية منازعاتهم بطريق التحكيم. وان كان ذلك كذلك، فان تقدير مدي صحة اتفاق التحكيم، باعتباره عقداً، يخضع للقواعد العامة في العقود من حيث شروط انعقادها، فالعقود إما أن تكون شكلية أو رضائية، والعقود الرضائية هي التي يكفي الرضا بمفرده لانعقادها، أما إذا توافر أوضاع شكلية معينة لصحة الاتفاق فانه يجب مراعاة هذه الأوضاع وإلا كان العقد باطلاً.

لم يتطرق قانون التحكيم السوداني ٢٠١٦م إلى التدخل والضم ولكن بالعودة إلى قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠٠٩م وذلك لإجابة على استفسار التدخل والضم في التحكيم.

المبحث الأول: الشروط الموضوعية لمشارطة التحكيم.

المبحث الثاني: التدخل والضم في مشارطة التحكيم.

المبحث الأول

الشروط الموضوعية لمشارطة التحكيم

المطلب الأول: الشروط الموضوعية لمشارطة التحكيم فيما يتعلق بالمسائل الخاصة بأطراف التحكيم

المطلب الثاني: فيما يتعلق بالمسائل الخاصة بموضوع التحكيم

المطلب الأول: الشروط الموضوعية لمشارطة التحكيم فيما يتعلق بالمسائل الخاصة بأطراف التحكيم:

الفرع الأول: أهلية أطراف التحكيم:

يلزم لصحة اتفاق التحكيم ضرورة توافر الأهلية اللازمة لدي كل طرف؛ حيث لا يجوز الاتفاق علي التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، وتطبيقاً لذلك لا يجوز لعديم الأهلية أو القاصر ما لم يكن مأذون له بالإدارة، أو للحارس القضائي علي المال المتنازع عليه إبرام اتفاق التحكيم، كذلك لا يجوز للوصي علي القاصر أن يتفق علي التحكيم بشأن مال القاصر إلا بعد الحصول علي أذن من القضاء، كما لا يجوز لمن توافرت لديه الأهلية وقت إبرام اتفاق التحكيم التمسك بانعدام الأهلية[1]، وشرط الأهلية ذهبت إليه اغلب التشريعات والأحكام القضائية، علي اختلاف السن الذي يسمح به قانون كل دولة للتعاقد، وقد ذهبت محكمة تمييز دبي إلى "ويقع حكمها باطلاً إذا تخلف شرط الأهلية للالتجاء إلى التحكيم وهو ما تقضي به المحكمة عند نظرها على التصديق على هذا الحكم الباطل طبقا للمادة (٢١٦) "١" "ج" من قانون الإجراءات المدنية"[2].

ويلاحظ أنه إذا كان اتفاق التحكيم مبرماً بواسطة وكيل، فيجب أن تكون الوكالة خاصة، فلا تكفي الوكالة العامة أو وكالة المحامي في مباشرة القضايا، وهو الأمر الذي استقرت عليه اغلب الأحكام والتشريعات العربية؛ حيث تنص المادة (١/٧٠٢) من القانون المدني المصري على أنه: "لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في البيع

---

[1] نقض مدني مصري، طعن رقم ٧٣ بتاريخ ١٨ نوفمبر ١٩٤٨م، https://iamaeg.net/ar، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢٤م الساعة ٤:٢٠ مساء، الخرطوم.

[2] تمييز دبي رقم الطعن ١٩١ لسنة ٢٠٠٩م، طعن مدني جلسة ٢٠٠٩/٩/١٣م، https://iamaeg.net/ar/، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢٤م، الساعة ٤:٢٠ مساء، الخرطوم.

والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم..."، كما نصت محكمة تمييز الكويت في حكمها علي "من المقرر أنه، وإذ كان المحكم يستمد ولايته من اتفاق الخصوم على تحكيمه، فإن لازم ذلك أن إذا كان الاتفاق على التحكيم تضمنه عقد أبرمه شخص بصفته نائباً عن آخر، أن تكون نيابته عنه تخوله صفة في تمثيل الأصيل في قبول شرط التحكيم، وقد أوجبت المادة (٧٠٢) من القانون المدني صور وكالة خاصة بقبول التحكيم بوصفه تصرفاً، وليس من أعمال الإدارة، ولا تكفي في تلك الوكالة العامة، إذ أنها لا تخول الوكيل الصفة، إلا في أعمال الإدارة، وذلك لأن الاتفاق على التحكيم يعني التنازل عن رفع الدعوى لساحة القضاء"[1].

وبالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية فإنه من المسلم به انه يجوز للشخص الاعتباري أن يبرم اتفاق تحكيم إذا كان مما يقتضيه الغرض من إنشائه ومزاولته لنشاطه. ويتولى إبرام اتفاق التحكيم في هذه الحالة الممثل القانوني للشخص الاعتباري في حدود صلاحياته المبينة في النظام الأساسي، أو في قرار إنشاءه.

وتثور مسألة مدي صلاحية شخص معين للتوقيع على اتفاق التحكيم نيابة عن الشخص الاعتباري الذي يمثله، وذلك بالنسبة للشركات والدول والأشخاص الاعتبارية العامة.

بالنسبة للشركات فإنه من المقرر أن الممثل القانوني للشركة، أيا كان شكلها، يملك إبرام اتفاق التحكيم بموجب سلطته في إجراء كافة التصرفات التي يقتضيها مزاولة الشركة لنشاطها. "لمدير الشركة ذات المسئولية

---

[1] تمييز كويتي، الطعن ١٢٤٣ لسنة ٢٠٠٨م، تجاري جلسة ٢٠١٠/٤/٢٠م، مشار إليه في مجلة التحكيم العالمية، العدد السابع والعشرون، يوليو ٢٠١٥م، https://iamaeg.net/ar، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢٤م الساعة ٤:٣٠ مساءً، الخرطوم.

المحدودة السلطة الكاملة في إدارتها وهي تشمل أهليته في الاتفاق على التحكيم"[١]، وفي حالة تصفية الشركة فانه يدخل في سلطة المصفى إبرام اتفاق تحكيم بالنسبة للعقود التي تستلزمها أعمال التصفية[٢].

أما بالنسبة لصلاحية الأشخاص الاعتبارية العامة لإبرام اتفاق التحكيم في العقود الإدارية التي تبرمها، فقد أثارت هذه المسألة خلافاً في الفقه والقضاء، ولكنها تخضع – وفقاً لنظرية السيادة – للقوانين السارية في كل دولة، ففي مصر تدخل المشرع المصري على إثر ذلك بتعديل المادة الأولي من قانون التحكيم محدداً السلطة المختصة بالموافقة على اتفاق التحكيم، حيث جعلها للوزير المختص أو من يتولى اختصاصه[٣]، ونعني بأطراف التحكيم المحكم والمحتكمين.

١/ المحكم:

نص المشرع السوداني على شروط بشكل صريح يجب توافرها في المحكم: وهي البلوغ والأمانة والنزاهة والحياد والاستقلال. "لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو أشهر إفلاسه أو سبقت إدانته في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة"[٤]. أن توافرت الشروط أعلاه فإن المحكم يتولى مهمته دون أن يلتزم بحلف اليمين لمباشرة التحكيم[٥].

---

[١] تمييز دبي رقم الطعن ٤٦٢ لسنة ٢٠٠٢م، طعن حقوق جلسة – ٢ مارس ٢٠٠٣م، https://iamaeg.net/ar/، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢٤م، الساعة ٤:٣٠ مساءً، الخرطوم.

[٢] المادة (٣/١٤٥) قانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١م، https://iamaeg.net/ar/، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢٤م، الساعة ٤:٣٧ مساءً، الخرطوم.

[٣] قانون التحكيم المصري، مادة (٢/١)، https://iamaeg.net/ar/، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢٤م، الساعة ٤:٤٧ مساءً، الخرطوم.

[٤] المادة (١٣) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م.

[٥] د. حاتم عبد الرحمن محمد حسن إبراهيم، المشاكل القانونية وتطبيقاتها في التحكيم، الجزء الأول، الطبعة الأولى، السودان ١٤٣٧هـ – ٢٠١٦م، ص: ٩٠.

٢/ المحتكمين: أطراف النزاع:

لم يتعرض القانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م لهم مباشرة، ولكن إشارة في قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م إلى أهلية المحتكمين في النص "(ب) – إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم، وقت إبرامه، فاقداً للأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته"[١].

من تحليل النص أنْ المشرع الوطني تحدث عن فاقد الأهلية أو ناقصها وذلك في معرض حديثه عن البطلان حكم هيئة التحكيم وأسند معيار قياس الأهلية إلى القانون الذي يحكم الأهلية، ومن ذلك نستنبط أن أهلية المقصودة هنا أهلية الأداء ومناطها العقل، وبالعودة إلى الرضا وارتباطه الأزلي بالأهلية لا يعتد بالرضا ما لم يتم استيفاء شرط الأهلية، فالأهلية هي صلاحية الشخص للإلزام الالتزام إي القدرة على تلقي الحقوق وتحمل الالتزامات وممارسة التصرفات القانونية ومن ذلك تكون الأهلية منقسمة إلى أهلية الوجوب وأهلية الأداء.

فأهلية الوجوب: هي صلاحية الشخص لن يثبت له حقوق وتقرر عليه واجبات بغض النظر عن مقدرته على أجراء أي تصرف قانوني[٢]، ومناط هذه الأهلية الحياة فتثبت لكل شخص منذ الميلاد وقبل الميلاد وتستمر إلى بعد الموت في حالة تصفية الديون.

أما أهلية الأداء: وهي صلاحية الشخص لمباشرة الصلاحيات القانونية باعتبارها سبباً منشئة للحقوق والالتزامات. أو هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق[٣]، ومناطها العقل حيث تتأثر نقصاً واكتمالاً بقدرة الشخص على التميز.

---

[١] المادة (٤٢/١/ب) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م.

[٢] د. أبو ذر الغفاري بشير، العقد والإرادة المنفردة في القانون السُوداني، الطبعة السابعة، الخرطوم، ٢٠٠٨م، ص: ٤٢.

[٣] المرجع السابق نفسه.

فالأصل في الشخص كمال الأهلية: حيث نص المشرع السوداني "كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون"[١].

وقسم المشرع السوداني الأهلية إلى ثلاث مراحل وهي صغير غير مميز وصبي مميز وشخص راشد حيث أورد عن الصغير الغير مميز "كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التميز"[٢].

ولكن نجد أن قانون الأحوال الشخصية لسنة ١٩٩١م حدد سن التميز بعشر سنوات حيث ذكر: "الصغير غير المميز هو من لم يكمل العاشرة من عمره"[٣].

من مقارنة النصين أعلاه نجد أرباك واضح وتميز غير موفق بين المسلم وغير المسلم مع الإشارة إلى أن المشرع السوداني في قانون التحكيم قد اسند الأمر إلى القانون الضابط للأهلية.

وحدد المشرع أن جميع تصرفات الصغير الغير مميز هي باطلة بنص: "ليس للصغير المميز حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة"[٤]، وتكرر الأمر كذلك في موضع الصبي المميز وكذلك الشخص الراشد، وعند صدور قانون الطفل نص: "الطفل يقصد به كل شخص لم يتجاوز سن الثامنة عشر"[٥].

أولاً: ولم يتناول الصبي المميز والصغير الغير مميز، ونجد أن المشرع وضعنا في حيرة من الأمر،

---

[١] المادة (٥٣) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م.

[٢] المادة (٤/٢٢) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م.

[٣] المادة من قانون الأحوال الشخصية لسنة ١٩٩١م.

[٤] المادة من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م.

[٥] المادة (١٣) من قانون الطفل السوداني لسنة ٢٠١٠م.

ثانياً: الربط الغريب بين الإفلاس والإدانة في المادة (١٣) من قانون التحكيم السوداني ٢٠١٦م والأهلية،

ثالثاً: عدم التطرق إلى الشخصية الاعتبارية عكس ما فعل المشرع المصري.

حيث ذهب المشرع المصري بأن يقتصر شرط الأهلية، كما ذهبت محكمة النقض على أطراف اتفاق التحكيم دون المحكم، حيث اشترطت أن يتوافر في أطراف التحكيم القدرة على التصرف في الحقوق كمعيار للأهلية التي يكفي توافرها في أطراف التحكيم.

ومع ذلك فإن جانباً من الفقه يذهب إلى ضرورة أن تتوافر في أطراف التحكيم الأهلية اللازمة لصحة العقود في النظم القانونية المختلفة والتي لا تخرج عن القواعد العامة المنظمة لهذا الأمر.

بيد أن المشرع المصري في القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤م قد تبنى وجهة نظر مغايرة للرأي السالف، ومتوافقة مع ما ذهبت غليه محكمة النقض من الاكتفاء بأهلية التصرف، حيث نصت المادة (١١) من القانون على أنه: (..... لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح) تاركة أمر تحديد الأهلية المطلوبة فيمن يعقد صلحا للقواعد العامة، وقد نصت المادة (٥٥٠) من القانون المدني على أن (يشترط فيمن يعقد صلحا أن يكون أهلا للتصرف بحق من الحقوق التي يشملها عقد الصلح)[١].

كان هذا فيما يتعلق بأهلية الأشخاص الطبيعيين والتي تنظمها القواعد العامة في هذا الشأن، وهي قواعد القانون المدني المواد (٥٤٩ – ٥٥٧).

---

[١] إيمان أبو الغيط، مشارطة التحكيم بحث اجتياز دبلوم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، http://kenanaonline.com/users/AlmaktabAlfany/posts/95901، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢٤م، الساعة ٦:٠٧ مساءً، الخرطوم.

أما موقف القانون من مدى الاعتراف للشخص المعنوي بجواز اتفاقه على التحكيم أسوة بالشخص الطبيعي فقد ذهب المشرع المصري في القانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤م إلى عدم التفرقة بين الأشخاص الطبيعية والأشخاص الاعتبارية في الاتفاق على التحكيم حيث ورد ذلك بالمادة (١١) التي نصت على أنه: (لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه...).

وإنه وإن كان الأمر لا يثير غموضا بالنسبة للشخص الطبيعي الذي اتفق المشرع مع الاتجاه الغالب في الفقه على أن يكفي توافر أهلية التصرف في الحقوق، إلا أن هناك مسألة تثير التساؤل عن مدى توافر هذه الأهلية في حق الشخص الاعتباري[١].

للإجابة على هذا التساؤل نجد جانباً من الفقه قد تناول هذه المسالة ببعض التفصيل وفرق بين عدد من الحالات التي يقوم فيها الأشخاص الاعتبارية بإبرام اتفاق التحكيم خاصة مع اتجاه المشرع إلى التوسع في الأشخاص المسموح لهم بإبرام اتفاق التحكيم وسواء كان هذا التحكيم داخلياً أم خارجياً إلا أن أكثر الصور التي تثور فيها مسألة الأهلية المطلوبة هي صورة الوكيل وكذلك صورة مدير الشركة. تنقسم إلى:

١/ سلطة الوكيل في إبرام اتفاق التحكيم:

ويشترط في حالة قيام الوكيل بإبرام اتفاق تحكيم ينشئ حقوقا ويرتب التزامات في ذمة موكله، أن تكون الوكالة في هذه الحالة وكالة خاصة بإبرام اتفاق التحكيم تختلف عن الوكالة العامة التي لا تسمح ألا بالالتجاء إلى قضاء الدولة إلا لو كانت وكالة عامة متضمنة نص خاص يجيز للوكيل

---

[١] المرجع السابق.

الاتفاق على التحكيم، وذلك لخطورة ما يترتب على اتفاق التحكيم من تنازل أحيانا عن بعض الحقوق كما هو الحال في الصلح إلا انه يختلف عن الصلح في أن القدر المتنازل عنه لم يحدد بعد.

٢/ سلطة مدير الشركة في إبرام اتفاق تحكيم:

يختلف الأمر في حالة مدير الشركة المدنية ومدير الشركة التجارية وكذا مدير الشركة التي مازالت في طور التأسيس وذلك على التفصيل التالي:

أ/ مدير الشركة المدنية: يرى هذا الجانب من الفقه أيضا أنه لا يجوز لمدير الشركة المدنية أن يبرم اتفاق تحكيم دون وكالة خاصة شأنه في ذلك شأن الوكيل.

ب/ مدير الشركة التجارية: ويختلف الأمر بالنسبة للشركات التجارية حيث يجوز لمديرها – الذي يملك أكثر مما يملكه مدير الشركة المدنية وكذا الوكيل الاتفاقي – أن يعقد اتفاق التحكيم مستندا إلى أن اتفاق التحكيم من مستلزمات إدارة الشركات التجارية، وذلك كله ما لم يوجد نص خاص في عقد التأسيس يستوجب الحصول على إذن مجلس الإدارة قبل الاتفاق التحكيم[١].

ج/ مدير الشركة تحت التأسيس: يوجد نوع من الشركات لا تثبت لها الشخصية المعنوية إلا بمضي خمسة عشر يوماً من تاريخ قيدها في السجل التجاري طبقاً للمادة (١٧) من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١م المعدلة بالقانون ٣ لسنة ١٩٩٨م على سبيل المثال شركة المساهمة والشركة ذات المسئولية المحدودة وشركة التوصية بالأسهم وفيما يتعلق بأهلية هذه النوع وهو بعد

---

[١] إيمان أبو الغيط، مشارطة التحكيم بحث اجتياز دبلوم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، http://kenanaonline.com/users/AlmaktabAlfany/posts/95901، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢٤م، الساعة ٦:٣٠ مساءً، الخرطوم.

في طور التأسيس فإن جانباً من الفقه يرى أنه يجوز لمديرها إبرام اتفاق التحكيم إلا أنه يلتزم به شخصياً لأن الشركة لم تكتسب الشخصية المعنوية بعد.

إلا أن هذا الرأي محل نظر فلا يعدو اتفاق مدير الشركة في هذه الحالة سوى اتفاق مما يبرمه الشخص الطبيعي، حيث أنه غير ملزم للشركة إتباعه أو تنفيذه وحتى لا يهدر قيمة الاتفاق ولا يمس بحقوق الغير حسن النية، ويؤخذ على هذا الرأي أيضاً أنه اعترف بأن مدير الشركة تحت التأسيس هو الممثل القانوني لها وأنه حين يبرم اتفاق التحكيم فهو يبرمه نيابة عنها مع الغير ثم عاد وناقد ما ذهب إليه حيث رتب آثار الاتفاق في ذمة المدير دون الشركة[1].

وهو الأمر الذي نرى انه يرفع مثل هذا الاتفاق من حالات اتفاق التحكيم الذي يبرمه الأشخاص المعنوية ليضعه في مكانه بين حالات اتفاق التحكيم الذي يبرمه ويلتزم بآثاره الأشخاص الطبيعية.

أما النوع الثاني من الشركات،الذي يكتسب الشخصية المعنوية من تاريخ العقد فإننا نرى أن تصرفات المدير في هذه الحالة ملزمة للشركة التي يكون لها أهلية التصرف في حقوقها من ذات التاريخ، كذلك تنشأ مسئوليتها عن اتفاق التحكيم الذي يبرمه مديرها من هذا التاريخ الذي تتمتع فيه بالأهلية اللازمة لذلك وممثلة في مديرها، خاصة مع ما يذهب إليه الفقه الحديث بأن جعل من مدير الشركة عنصر من العناصر الداخلة في بنية الشركة وتركيبها القانوني ويختص هذا العنصر بناء على ذلك بنوعين من

---

[1] إيمان أبو الغيط، مشارطة التحكيم بحث اجتياز دبلوم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، http://kenanaonline.com/users/AlmaktabAlfany/posts/95901، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢٤م، الساعة ٦:٤٠ مساءً، الخرطوم.

السلطات الأولى سلطة إصدار القرار والنوع الثاني وهو ما يهمنا فتمثيل الشركة والدخول في روابط قانونية مع الغير على أنه في هذا النوع تجب مراعاة استقلال الشخصية الاعتبارية للشركة عن شخصية من يمثلها.

الفرع الثاني: التراضي:

يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، ويشترط في التعبير عن الإرادة أن يكون صادرا من الشخص عن تراض واختيار حر صريح، يقطع برغبته في اللجوء إلى التحكيم، دون أن يشوبه أي عيب من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس أو الإكراه أو الاستغلال وإلا جاز إبطاله. ويلزم تطابق رضا المتعاقدين، ويتحقق هذا التطابق إذا كان محل القبول الصادر من القابل هو ذاته محل الإيجاب الصادر من الموجب، وهو في الحالتين تسوية النزاع القائم بينهما أو المحتمل قيامه بطريق التحكيم، ويصح التعبير عن الإرادة بأي طريقة، فقد "يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتبادلة عرفاً. كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود.

وبما أن اتفاق التحكيم هو عقد رضائي وأيا ما كانت صورته شرطاً أو مشارطة، إذا فالإرادة التي يعول عليها صحة العقد يجب أن تكون خالية من العيوب مثل الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال.

ونلاحظ أن المشرع السوداني تحدث عن النتيجة في قانون التحكيم وهي البطلان أو قابل للإبطال، أو انتهاء المدة وذلك في نص "(١) يجوز لأي من طرفي التحكيم طلب إلغاء حكم هيئة التحكيم للبطلان، من محكمة الاستئناف لأي من الأسباب الآتية:

(أ) – إذا لم يوجد اتفاق تحكيم ، أو كان باطلاً، أو قابلاً للأبطال، أو سقط بانتهاء مدته،..."[١]، وهذا ما فعله المشرع المصري حيث أرجع ما هيئة الإدارة وعيوبها للقواعد العامة للالتزامات[٢].

ولذا سوف أتناول عيوب الإرادة على الوجه الآتي: الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال والغرر والغبن.

١/ الغلط:

يعرفه الفقهاء بأنه وهم يقوم في الذهن يجعل الإنسان يرى الأمر على غير الحقيقة أي هو حالة تقوم بالنفس بحيث تجعل الإنسان يتوهم غير الواقع[٣].

مما سبق نقول أنه وهم ينشئ في ذهن المتعاقد يجعله يرى الأمر على غير حقيقته والغلط من حيث تأثيره على الإرادة ينقسم إلى ثلاث أقسام وهي: غلط يعدم الإرادة، وغلط يعيب الإرادة، وغلط لا يؤثر.

أولاً: الغلط الذي يعيب الإرادة:

وهو الغلط الذي يتعلق بأحد أركان العقد الثلاثة وهي الرضا أو المحل أو السبب ويترتب على ذلك بطلان العقد لأنه يعدم الإرادة ومن أمثلة:

أ/ الغلط في الرضا: أذا أعطى (زيد) عربته إلى (حمد) على سبيل العارية، وأخذ (حمد) العربة على سبيل الهبة، فالعقد بينهم باطل لأن الغلط أتصل بماهية العقد وتكيفه في ذهن كل من الطرفين.

---

[١] المادة (٤٢/١/أ) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م.

[٢] إيمان أبو الغيط، مشارطة التحكيم بحث اجتياز دبلوم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، http://kenanaonline.com/users/AlmaktabAlfany/posts/95901، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢٤م، الساعة ٧:٠٠ مساءً، الخرطوم.

[٣] أ. د. محمد الشيخ عمر، قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م، مصادر وأحكام الالتزام، مرجع سابقٌ، ص: ١٠٧.

ب/ الغلط في المحل: أوردت له المحكمة العليا مثلاً **قضية عباس بابكر فضل المولى/ ضد/ بكري عبد النور أبو بكر**، حيث أتفق طرفا الدعوى كتابة في مدينة الخرطوم بحري على أنْ يشيد المدعي مباني للمدعى عليه بمبلغ ٣٧٣٠٠ جنيه. وأنكر المدعى عليه الدعوى ودفع بأن المتبقي هو مبلغ ٦٣٠٠ جنيه فقط. قدم الاتفاق المكتوب في المحكمة وتبين أن الاختلاف بين الطرفين حول معنى الذراع والذي هو أداة المحاسبة، مما نتج عنه خلاف حول المبلغ المستحق للمدعى عليه. فالمدعي يقول أن المقصود من الذراع هو الذراع المكعب وفق ما جرت عليه العمل في منطقة المحس، بينما يرى المدعى عليه أن المقصود الذراع الطولي حسب ما عليه العمل في منطقة بحري وقضت المحكمة ببطلان العقد بناءً على الآتي: "الذي حدث هو أن ذهن كل من الطرفين كان يحمل شيئاً يختلف عما في ذهن الطرف الآخر. وفي هذه الحالة لا نجد اتفاقاً تلاقت فيه إرادة الطرفين لان كل منهما وقع على الاتفاق على اعتقاد مختلف عن الأخر ولم يكن في ذهنه أن الطرف الآخر كان يعني أمراً مختلفاً. وإذا لم تتلاقى إرادة الطرفين انعدم الاتفاق، وذلك لأن الطرفين لم يتفقا على ماهية الذراع وهو جزء أساسي من العقد ،فالعقد عقد بناء لقاء أجر، ولم يكن هنالك اتفاق صحيح حول الأجر لأن كل من الطرفين كان يحمل معنى مختلف للأجر"[١].

ج/ الغلط في السبب: إذا أتفق الورثة مع الموهوب له على تقسيم العين الشائعة بينهم ثم تبين أن الهبة التي قررت حق الموهوب له غير صحيحة فإن عقد اقتسام العقار مع الموهوب له يكون باطلاً للغلط في سببه[٢].

---

[١] د. أبو ذر الغفاري بشير، العقد والإرادة المنفردة في القانون السُوداني، مرجع سابق، ص: ٥٥.

[٢] مهند محجوب العربي، مرشد الوفود لمعرفة أحكام العقود، مرجع سابق، ص: ٢٨.

٢/ الغلط الذي لا يؤثر على الإدارة: ونقصد به الغلط الذي لا يؤثر في صحة العقد لأنه ليس له دور في تكوين الإدارة . مثال لذلك:

أ/ الغلط في شخصية المتعاقد: أذا كانت الشخصية ليست محل اعتبار.

ب/ الغلط الباعث على العقد: مثل شراء طعام للمساكين ووجدهم أغنياء.

ج/ الغلط في مجرد الحساب أو الكتابة: إذا لم تتصل بإرادة الطرفين.

٣/ الغلط الذي يعيب الإرادة: هو الغلط الذي يؤثر في إرادة المتعاقد ويجعل رضاه بالعقد غير تام نتيجة لتواهم معلومات عن وقائع العقد والأثر المرتب في هذه الحالة يكون العقد قابلاً للإبطال ولكن لابد من توافر شرطين:

أ/ أنْ يكون غلط جوهرياً. بمعنى الوهم الذي يبلغ حداً من الجسامة بحيث يكون الدافع للتعاقد، من أمثلة ذلك:

- الغلط في صفة في صفة جوهرية للشيء.
- الغلط في شخصية المتعاقد إذا كانت محل اعتبار.
- الغلط في صفة من صفات التعاقد.
- الغلط في أمور تبيح نزاهة المتعاقد.

ب/ أنْ يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر: إنّ الغلط قد يقع على العناصر المادية للشيء ومع ذلك لا نكون بصدد غلط في صفة جوهرية ومن ثمّ لا يكون العقد باطلا" وعلى العكس مما تقدم فثمة كثير من الحالات يقع فيها الغلط على الصفة الجوهرية للشيء دون عناصره المادية ومع ذلك يكون العقد باطلا" ومن الممكن أن يقع الغلط في قيمة الشيء ففي هذه الأحوال يجوز لمن وقع في غلط أن يُطالب بالإبطال على أساس الغلط في صفة

جوهرية للشيء وإذا كان الغلط في القيمة مبعثه غلط في صفة جوهرية من صفات الشيء.

فالغلط في شخص المُتعاقد لا يكون سببا" لبطلان العقد إلاّ في العقود التي يكون فيها لشخصية المُتعاقد أو صفته محل اعتبار في العقد، والأصل في الغلط في الشخص أن يقع في عقود التبرع وعقد العمل المُبرم مع شخص ذي موهبة فريدة، كما يتناول محل الاعتبار أيضاً بعض الصفات الشخصية من ذلك أمانة التاجر الذي يبيع متجره، ويكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع هذا ما لم يقضي القانون بغيره، حيثُ اعتد القانون بالغلط في القانون وقد أراد المُشرع بهذا النص استبعاد الشبهة التي تُثيرها قاعدة (عدم جواز الاعتداد بجهل القانون)، على أنه يُشترط في الغلط في القانون حتى يكون العقد قابلاً للإبطال ما يلي:

١/ يجب أن يكون من شأن التمسك بالغلط في القانون إعمال حكم القانون لاستبعاده.

٢/ يجب أن يقع الغلط في قاعدة قانونية ليست محل خلاف كأن تكون واردة في التشريع أو استقر عليها القضاء.

٣/ وأخيراً يُشترط ألاّ يكون ثمة نص يمنع من الاعتداد بالغلط في القانون.

لا يؤثر في صحة العقد مُجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ولكن يجب تصحيح الغلط، لأنّ مُجرد الغلط في الحساب لا يؤثر في صحة العقد، وليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية فحق العاقد الغلطان شأنه شأن غيره من الحقوق لا يجوز لصاحبه أن يتعسف في استعماله حيثُ وضع المُشرع مبدأ من مُقتضاه عدم جواز التمسك بالغلط على نحو يتعارض مع ما ينبغي توافره

في التعامل من نزاهة ويبقى بالأخص مُلزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد حيثُ يسقط الحق بالإبطال إذا أبدى المُتعاقد الآخر استعداده لتنفيذ العقد على النحو الذي توهمه العاقد الغلطان[١].

ثانياً: التدليس:

وهو استعمال الحيلة في إيقاع المتعاقد في الغلط يدفعه إلى إبرام العقد.

والمدلس: هو شخص يغير وجه الحقيقة فيولد في ذهن المتعاقد فهماً يغاير ما عليه واقع الحال فيولد في ذهن المتعاقد فهماً يغاير ما عليه واقع الحل ومن ثم يدفعه إلى الدخول في عقد ما كان ذلك المتعاقد المدلس عليه يبرمه لو علم بحقيقة تلك الوقائع[٢].

علاقة التدليس بالغلط: التدليس هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد. فالعلاقة إذن وثيقة ما بين التدليس والغلط. والتدليس لا يجعل العقد قابلا للإبطال إلا للغلط الذي يولده في نفس المتعاقد.

والتدليس بهذا التحديد يختلف عن الغش، لأن التدليس إنما يكون في أثناء تكوين العقد، أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد، أو يقع خارجاً عن دائرة العقد.

ولما كان التدليس يؤدي إلى الغلط ويختلط به كما قدمنا، فنبدأ بتحديد عناصر التدليس، ثم نبين أن نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس[٣].

---

[١] المحامية فتون خير بك، تاريخ النشر: ٢٠١٣/١٠/٤م، https://www.bayt.com، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢٤م، الساعة ٧:٢٠ مساءً، الخرطوم.

[٢] د. أبو ذر الغفاري بشير، العقد والإرادة المنفردة في القانون السُوداني، مرجع سابق، ص: ٥٩.

[٣] الوسيط في شرح القانون المدني المصري، شروح السنهوري للقانون، https://www.lawsmaster.com/2016/12/dol.html، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢٤م، الساعة ٧:٢٠ مساء، الخرطوم.

شروط التدليس:

لكي يكون التدليس معيباً لإرادة المتعاقد ومن ثم يترتب عليه حق المدلس عليه في إبطال العقد، فلابد أن تتوفر الشروط الآتية:

- أن تستعمل في التدليس طرق احتيالية.
- أن يكون التدليس هو الدافع للتعاقد.
- أن يتصل التدليس بالمتعاقد الآخر[1].

استعمال طرق احتيالية: الطرق الاحتيالية تنطوي على جانبين: جانب مادي هو الطرق المادية التي تستعمل للتأثير في إرادة الغير، وجانب معنوي هو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع.

فالطرق المادية لا تقتصر عادة على مجرد الكذب، بل كثيراً ما يصحب الكذب أعمال مادية تدعمه لإخفاء الحقيقة عن المتعاقد، ويجب أن تكون هذه الأعمال كافية للتضليل حسب حالة كل متعاقد، فالمعيار هنا ذاتي. والأمثلة كثيرة: فهناك شركات وجمعيات تتخذ لها من مظاهر الإعلان ما لا يتفق مع حقيقتها لتخدع الناس في أمرها.

وهناك أفراد يظهرون بمظهر اليسار والسعة أو يتخذون لأنفسهم صفات منتحلة. وهناك من يخفى المستندات، ومن يصطنعها، ومن يزور فيها، حتى يحمل الغير على التعاقد معه على الوجه الذي يريد. ولا يكفي مجرد المبالغة في القول ولو وصلت المبالغة إلى حد الكذب ما دام أن ذلك مألوف في التعامل، كالتاجر يروج لبضاعته فينتحل لها أحسن الأوصاف.

على أنه لا يشترط في التدليس المدني أن تكون الطرق الاحتيالية مستقلة عن المكذب، قائمة بذاتها، كما يشترط ذلك في النصب الجنائي. ففي

---

[1] د. أبو ذر الغفاري بشير، العقد والإرادة المنفردة في القانون السُوداني، مرجع سابق، ص: ٦٠.

بعض الأحوال يكفي الكذب ذاته طريقاً احتيالية في التدليس. فالمهم إذن في الطرق الاحتيالية ليس إنها طرق مستقلة تقوم بذاتها لتسند الكذب، بل أن يكون المدلس قد ألبس على المتعاقد وجه الحق فحمله على التعاقد تضليلاً، واختار الطريق الذي يصلح لهذا الغرض بالنسبة إلى هذا المتعاقد. فمن الناس من يصعب التدليس عليه فتنصب له حبائل معقدة، ومنهم من يسهل غشه فيكتفي في التدليس عليه بمجرد الكذب.

بل قد يكون التدليس عملا سلبياً محضاً . فكفي مجرد الكتمان طريقاً احتيالياً. والأصل أن الكتمان لا يكون تدليساً، إلا أن هناك أحوالاً يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان، فيلتزم المتعاقد الذي يعلم هذا الأمر بالإفضاء به، ويعد تدليساً منه أن يكتمه.

التدليس هو الدافع إلى التعاقد: ويجب أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد. وقاضي الموضوع هو الذي يبت في ذلك، فيقدر مبلغ اثر التدليس في نفس العاقد المخدوع ليقرر ما إذا كان هذا التدليس هو الذي دفعه إلى التعاقد، ويسترشد في ذلك بما تواضع عليه الناس في تعاملهم وبحالة المتعاقد الشخصية من سن وذكاء وعلم وتجارب.

ثالثاً: الإكراه:

الإكراه أذى أو ضغط مادي أو معنوي يقع على المتعاقد بغير وجه حق فيولد في نفسه خشية تدفعه إلى التعاقد، ومن ثم تكون إرادته غير سلمية. كتهديد شخص بإشانة سمعته الأدبية أو تعريضه للجلد إن لم يبرم عقداً معيناً[1].

ويعرف الفقه الإكراه المفسد للرضاء، والذي يترتب عليه طلب إبطال العقد، بأنه ضغط يقع على الشخص بغير وجه حق، فيولد في نفسه

[1] د. أبو ذر الغفاري بشير، العقد والإرادة المنفردة في القانون السُوداني، مرجع سابق، ص: ٦٤.

رهبة تدفعه إلى التعاقد خشية الأذى ومثاله أن يضرب شخص آخر أو يهدده بالقتل أو بالضرب أو بالاعتداء على العرض أو بإثارة فضيحة أو بإتلاف ماله أو بخطف ابنه، حتى يحمله على أن يعطيه مبلغاً من المال، أو أن يبيع له داره، أو أن يقر له بالتخالص من دين عليه، وينقسم الإكراه من حيث أثره إلى نوعين هما: الإكراه الذي يعدم الإرادة، الإكراه الذي يعيب الإرادة.

أ/ الإكراه الذي يعدم الإرادة:

هو الإكراه الذي لا تكون معه للمتعاقد فرصة للاختيار بين ما أكره به أو إبرام العقد. فالسبيل الوحيد أمامه هو أبرام العقد، وفي هذه الحالة فإن إبرام المتعاقد للعقد يكون آلياً دون أنْ تكون للمكره إرادة حقيقية. كما إذا أمسك المكره يد المتعاقد عنوة وأجراها بالتوقيع أو البصم على العقد دون أن تكون أمام المتعاقد أي فرصة للرفض بسحب يده. والجزاء الذي يترتب في هذه الحلة هو بطلان العقد لأن العقد ينشأ على الإرادة وزوالها لا يجعل له أثر.

ب/ الإكراه الذي يعيب الإرادة:

هو الإكراه الذي تكون معه للمتعاقد فرصة للاختيار بين إبرام العقد أو التعرض للشيء المكره به. فللمتعاقد مع وجود الإكراه إرادة يمكن أن يختار بها أهون الشرين في نفسه.

والجزاء المترتب على العقد الذي شاب فيه إرادة المتعاقد إكراه معيب للإرادة هو أنْ يكون قابلاً للإبطال لمصلحة من وقع عليه الإكراه[1].

---

[1] د. أبو ذر الغفاري بشير، العقد والإرادة المنفردة في القانون السُوداني، مرجع سابق، ص: ٦٤.

وذلك ما نص عليه المشرع السوداني " يكون العقد قابلاً للإبطال للإكراه إذا تعاقد الشخص تحت تأثير رهبة قائمة على أساس معقول بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق"[1].

ويشترط لاعتبار الإكراه معيباً لإرادة المتعاقد أن تتوفر فيه ثلاثة شروط، وهي:

أولاً: أن توجد رهبة قائمة على أساس معقول.

ثانياً: أنْ تكون هذه الرهبة هي الدافع للتعاقد.

ثالثاً: أنْ يتصل الإكراه بالمتعاقد الآخر.

الإكراه والنفوذ الأدبي:

قد يؤثر شخص على المتعاقد بما أنه من نفوذ أدبي عنده، مثل الأب على الابن أو الأستاذ على تلميذه أو الزوج على زوجته أو الزواج على زوجته أو شيخ الطريقة على المريد المتدين، ويتولد ذلك النفوذ بسبب علاقة الهيمنة التي تربط الرئيس بالمرؤوس.

والقاعدة العامة أن النفوذ الأدبي لا يرقى لأن يكون إكراهاً يمكن أن يؤثر في العقد، أما إذا ذاد هذا النفوذ بصورة أثرت على إرادة المتعاقد تأثيراً حقيقياً وجعلت رضاءه غير تام فيمكن إبطال العقد بسبب الإكراه[2].

رابعاً: الاستغلال:

نقصد بالاستغلال ما يعيب الإرادة عند التعاقد حيث يكون احد المتعاقدين في حالة ضعف سواء كان بسبب نفسي كسلطة الأب أو الزوج أو صاحب العمل، أو بسبب مادي مثل الحاجة إلى المال، وهذا الضعف أو

---

[1] المادة (١/٦٩) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م.

[2] د. أبو ذر الغفاري بشير، العقد والإرادة المنفردة في القانون السُوداني، مرجع سابق، ص: ٦٨.

العيب في الإرادة لا يجعل العقد متكافئا، فلا يكون هناك تناسب بين التزام المتعاقد الذي فرض قوته والتزامات الطرف الآخر الضعيف. أو هو إذا كان ما حصل عليه أحد المتعاقدين من فائدة لا تتعادل مع ما حصل عليه المتعاقد الآخر من فائدة، بسبب استغلال حاجته وطيشه وهواه، جاز للطرف المغبون إنقاص التزامه إنقاص أثر العقد.

لم يورد قانون المعاملات المدنية ١٩٨٤م نصاً مفصلاً وخاصاً بالاستقلال كأحد العيوب التي تشوب إرادة المتعاقد وتجعل رضاءه غير سليم ،لكنه أشار له مجرد إشارة عندما نص على أنْ العقد يكون موقف النفاذ على الإجازة إذا شاب الإرادة فيه غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال[١].

شروط الاستغلال:

١/ أنْ تكون التزامات أحد الطرفين في عقد المعاوضة لا تتعادل مع ما حصل عليه الطرف الآخر من فائدة.

٢/ أنْ يستغل أحد المتعاقدين ضعفاً في المتعاقد الآخر يؤدي به إلى إبرام العقد.

٣/ أنْ يقصد الطرف المتعاقد مع المغبون أن يستغل حالة ضعفه.

حيث أرست سابقة: **<u>ألبرت يوسف بركات/ ضد/ أميلي شديباق</u>**[٢]، مبدأ: أن المطعون ضدها أرملة في عنفوان شبابها والطاعن يصغرها سناً وقد وعدها بالزواج منها وأستغل شفقها وطيشها وهواها وعلى ذلك فإن رضاه بالتنازل عن ١١٩٠ جنيه مقابل ٢٠٠ جنيه فقط لم يصدر عن اختيار

---

[١] المرجع السابق نفسه.

[٢] المرجع السابق، ص: ٦٩.

كافي ومن ثم قررت المحكمة إلغاء اتفاق التسوية وإجبار ألبرت على دفع المبلغ في ذمته.

أثر الاستغلال: يكون العقد في هذه الحالة موقف النفاذ على إجازة الطرف المغبون.

خامساً: الغرر والغبن:

تعريف الغرر:

نص المشرع السوداني: "(١) الغرر هو أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به لولا تلك الوسائل"[١]. ثم أورد بعض الأحكام التي تنضم الغرر في المواد الآتية:

"يعتبر السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة تغريراً إذا ثبت أن المغرور ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة"[٢]، "إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد"[٣]، "إذا صدر التغرير من غير المتعاقدين وأثبت المغرور أن المتعاقد الآخر كان يعلم به وقت العقد جاز له فسخه"[٤].

وحسب ما تقدم نجد أن الغرر عيب يؤثر في إرادة المتعاقد ويجعل رضاءه غير تام مما يعطي الطرف الذي وقع عليه الغرر حق فسخ العقد. خلط قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م بين "الغرر" ومفهوم "التغرير" كمصطلحات تستخدمها كتب الفقه الإسلامي للدلالة على مفاهيم خاصة،

---

[١] المادة (١/٧٢) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م.

[٢] المادة (٢/٧٢) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م.

[٣] المادة (٧٣) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م.

[٤] المادة (٧٥) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م.

واستعمال كلمة "الغرر" محل "التغرير" مع أنْ هناك اختلاف كبير بين المفهومين، ويبدو هذا الاختلاف في كل من الآتي:

أولاً: التغرير هو المصدر من غررّ ويعني خديعة شخص عن طريق قول أو فعل أو مسلك ودفعه للدخول في تعاقد. فالخديعة عنصر أساسي في التغرير، مثل إضافة بعض الصفات لسلعة دون أن تكون متحققة فيها بغرض دفع المشتري لشرائها، أما الغرر فهو ما كان مستور العاقبة عن كل من طرفي التعاقد لأن كلاً منهما يكون جاهلاً بحقيقة الأمر في عقد الغرر.

ثانياً: يعطي التغرير الحق للمغرور في بعض الأحوال أن يفسخ العقد لأن التغرير أحد العيوب التي تشوب الإرادة. أما الغرر فيجعل العقد من أساسه عقداً باطلاً لأنه يرجع لفكرة النظام العام. استنتاجاً مما سبق فإن عيب الإرادة الذي نص عليه قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م في المادة المذكورة هو التغرير وليس الغرر، وإن خلط بينهما خلطاً يجعل من الصعب التعرف على أوجه التمييز بينهما من خلال النصوص التي أوردها. وقد استعمل القانون كلمة التغرير في بقية المواد المتعلقة بهذا العيب[١].

شروط التغرير:

- أنْ يتم باستعمال طرق احتيالية.
- أنْ تكون الوسائل الاحتيالية هي الدافع للتعاقد.
- أنْ يتصل التغرير بالمتعاقد الآخر.
- أنْ يتم العقد بغبن فاحش.

الأثر المترتب على التغرير:

---

[١] د. أبو ذر الغفاري بشير، العقد والإرادة المنفردة في القانون السُوداني، مرجع سابق، ص: ٧١.

جعل القانون للطرف المغرور الحق في فسخ العقد إذا توفرت شروط التغرير، بمعنى أن له حق إنهاء أثره وإسقاط الالتزامات التعاقدية، إلا أن حق الفسخ ومن ثم يصير العقد نافذاً ولازماً في حق الطرفين وهذا ما نص عليه المشرع السوداني "يسقط الحق في الفسخ بالتغرير والغبن الفاحش ويلزم العقد بموت من له الحق في الفسخ وبالتصرف في المعقود عليه كله أو بعضه تصرفاً يتضمن الإجارة وبهلاكه عنده واستهلاكه وتعييبه وزيادته"[1].

يلاحظ أن التغرير الذي بينه قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م وأورد له أحكاماً خاصة، هو نفس التدليس الذي سبق أن أفرد له فصلاً خاصاً. إلا أنه أضاف له بعض الشروط التي تتعلق بالغبن، وعدّل في بعض أحكامه، مما يخلق تكراراً وعدم تجانس في القانون دون فائدة.

وكان يمكن لقانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م أن يتبنى هذا العيب من عيوب الإرادة تحت عنوان التدليس أو التقرير وأن يستبعد الأحكام المشابهة، ومن ثم يصدر أحكام موحدة له حتى يزول الإضراب في صياغة مواد التدليس والتغرير.

وقد استخدم الفقهاء الشرعيون في تعريفهم لهذا العيب من عيوب الإرادة كلمتي "التدليس" و"التغرير" فتارة يستخدمون كلمة تغرير دون أن يثير ذلك إشكالاً شرعياً[2].

الغبن اليسير للمحجور عليه والمريض مرض الموت:

---

[1] المادة (٧٧) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م.

[2] د. أبو ذر الغفاري بشير، العقد والإرادة المنفردة في القانون السُوداني، مرجع سابق، ص: ٧٤.

نص المشرع "إذا أصاب الغبن ولو كان يسيراً مال المحجور عليه أو المريض مرض الموت وكان دينهما مستغرقاً لمالهما كان العقد موقوفاً على رفع الغبن أو إجازته من الدائنين وإلا بطل"[1]، ويكون العقد موقوفاً على رفع الغبن، أو أن يجيز الدائنون التصرف.

الفسخ للغبن الفاحش دون تغرير:

نص المشرع "يفسخ العقد بالغبن الفاحش بلا تغرير في مال المحجور عليه ومال الوقف وأموال الدولة"[2].

---

[1] المادة (٢/٧٤) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م.

[2] المادة (٧٦) من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م.

المطلب الثاني: فيما يتعلق بالمسائل الخاصة بموضوع التحكيم:

وجود النزاع القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين، والفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم، تتشكل من أفراد عاديين، أو هيئات غير قضائية والفصل في موضوعه يجب تحديد المعنى الموضوعي لمحل التحكيم، وبما أن مشارطة التحكيم هي عقد بين هيئة التحكيم وأطراف النزاع وجب علي الوقف على فكرة محل العقد وتتلخص في أنه يمثل ركناً أساسياً من أركانه، والذي لا ينعقد بدونه، والالتزامات التي يولدها، أو الشيء الذي يلتزم المدين بعمله، أو بالامتناع عن عمله.

فالغاية من العقد هي إنشاء الالتزام، فإن لم يتم الالتزام لسبب يمس محله فإن العقد كله يقع باطلاً بدوره، باعتبار أن محل الالتزام يعتبر في نفس الوقت محلاً للعقد الذي ينشئه[1].

ويشترط في محل العقد بصفة عامة فضلا عن وجوده، أن يكون معيناً أو على الأقل قابل للتعين، وأن يكون مشروعاً ضمن الشروط التالية: أنْ يكون محل العقد ممكناً غير مستحيل، أنْ يكون محل العقد معيناً، أو قابلاً للتعيين، أنْ يكون محل العقد مشروعاً. ولمفهوم المحل في مشارطة التحكيم معنى مزدوج أي موضوعي، وشخصي المعنى الأول: موضوعياً: وهو النزاع "المحتمل، وغير المحدد، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين – أطراف الاتفاق على التحكيم – لحظة إبرام الاتفاق على التحكيم"، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم، تتشكل من أفراد عاديين، أو هيئات غير قضائية – دون المحكمة المختصة أصلاً بتحقيقه والفصل في موضوعه[2].

---

[1] د. عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية العقد، طبعة سنة ١٩٣٤م، مطبعة دار الكتب المصرية، مصادر الالتزام، المجلد الأول، العقد، ١٩٨١م، ص: ٢٣٤.

[2] د. محمود السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤م، ص: ٣٣٧.

ثانياً: شخصياً: وهو هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم – شرطاً كان، أم مشارطة – دون المحكمة المختصة أصلاً بتحقيقه والفصل في موضوعه – باعتبار أن تعيين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم – شرطاً كان، أم مشارطة – في الاتفاق على التحكيم يعتبر جزء من محله. ومن ثم، يبطل الاتفاق على التحكيم – شرطاً كان، أم مشارطة– الذي يأتي خلوا من هذا التعيين، في بعض الأنظمة القانونية الوضعية التي تجعل من هذا التعيين ركناً أساسياً كم أركان وجوده، وشروط صحته[1]. ويعني ذلك، أن يكون لمحل التحكيم معنى مزدوجاً. فهو إلى جانب ضرورة أن يتضمن تحديداً لموضوع التحكيم ذاته، وهو النزاع "المحتمل، وغير المحدد، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين – أطراف الاتفاق على التحكيم – لحظة إبرام الاتفاق على التحكيم"، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم، تتشكل من أفراد عاديين، أو هيئات غير قضائية – دون المحكمة المختصة أصلاً بتحقيقه والفصل في موضوعه، يجب أن يتضمن تعيين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم – شرطاً كان، أم مشارطة.

الفرع الأول: **ضرورة وجود منازعة قائمة بالفعل**:

المقصود بالنزاع القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين، والفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم، تتشكل من أفراد عاديين، أو هيئات غير قضائية والفصل في موضوعه ودوره في تحديد طبيعة العمل الذي يصدر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم مشارطة. اختلاف فقه القانون الوضعي المقارن حول تحديد مفهوماً محدداً للمنازعة

---

[1] د. محمود السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، مرجع سابق، ص: ٣٣٧.

بصفة عامة، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة فهنالك من فقه القانون الوضعي المقارن من يصورها أي المنازعة بصفة عامة، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة تصويرا شكلياً والتي يتمثل في نظرهم في إجراءات الخصومة التي تقوم على مبدأ المواجهة بين الأطراف، وسواء بعد ذلك أكانت هناك منازعة حقيقة، أم لا. وهنالك من فقه القانون الوضعي المقارن من يصورها أي المنازعة بصفة عامة، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة – تصويراً موضوعياً حيث يستخلصون من عناصرها ما يقدرون أنه العنصر الراجح في تعريفها.

فاعتمد البعض على أشخاصها "العنصر الشخصي"، بينما أستند البعض الآخر إلى مضمونها، أو موضوعها "العنصر الموضوعي".

وهنالك من فقه القانون الوضعي من جمع بين التصوير الشكلي والتصوير الموضوعي في تعريف المنازعة بصفة عامة، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة.

وأخيراً، هنالك من فقه القانون الوضعي المقارن من أعتبر أن المنازعة بصفة عامة، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة تشكل عائقاً يثير اضطراباً في النظام الوضعي. أو أن المنازعة تولد مركزاً نزاعياً يشكل عارضاً في الحياة القانونية، ويجب إزالته.

الاتجاه الأول: التصوير الشكلي لفكرة المنازعة بصفة عامة، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة:

حاول جانب من فقه القانون الوضعي المقارن تقديم تعريفاً شكلياً للمنازعة بصفة عامة، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة، يعتمد على عناصر خارجية، لا تعد من مفترضاتها. فالمنازعة بصفة عامة،

وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة هي التواجهية أمام القضاء، التي تتم بناء على إجراءات الخصومة القضائية.

فوجود المنازعة بصفة عامة، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة يعتمد على توافر هذا الشكل، بغض النظر عن وجودها الفعلي، أو الحقيقي. إذا كان توافر هذا الشكل يعتمد على إرادة المشرع الوضعي، بل وحتى على إرادة المتقاضين أنفسهم. فإنه يترتب على ذلك، أن وجود المنازعة بصفة عامة، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة ذاته يتوقف على هذه الإرادات.

فضلاً عن أن الشكل، والإجراءات هي من العناصر الثانوية، والخارجية والعرضية، فلا يمكن أن يستخلص من الشكل، والإجراءات، وجود المنازعة بصفة عامة، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة، وإنما لأن هنالك منازعة، فإنه يجب أتباع هذا الشكل، وتلك الإجراءات[1].

فالتصوير الشكلي للمنازعة بصفة عامة، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة، يتمثل في نظرهم في إجراءات الخصومة القضائية، والتي تقوم على مبدأ المواجهة بين الأطراف، وسواء بعد ذلك أكانت هناك منازعة حقيقة، أم لا.

الاتجاه الثاني: التصوير الموضوعي لفكرة المنازعة بصفة عامة، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة:

ذهب البعض الآخر إلى مضمونها، أو موضوعها "العنصر الموضوعي" وتتمثل المنازعة بصفة عامة، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة في تنازع بين إرادات ولقد نسبت هذه الإرادات ابتداء إلى

---

[1] أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠م، بند: ٩، ص: ٢١ – ٢٢.

صاحب الحقوق، والمراكز القانونية الذاتية. فيمكن تصوير المنازعة بصفة عامة، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة على أنها نزاعاً بين أشخاص، حول حقوق شخصية متعارضة، ومن ثم تتحلل إلى عنصرين: إدعاء يصدر عن إرادة، يقابله خضوع من الإرادة المقابلة. ومحصلة ذلك، هو وجود إرادتين في حالة صدام. ويترتب على ذلك، عدم اعتبار النيابة العامة، وجهة الإدارة في الدعاوي الجنائية والدعاوي القضائية المتعلقة بإلغاء القرارات الإرادية خصوماً في منازعة، طالما أنهم لا يدافعون عن حق شخصي أو مركز قانوني ذاتي[1].

فيمكن التركيز على مضمون المنازعة بصفة عامة، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة العنصر الأساسي في تعريفها. فتتضمن المنازعة بصفة عامة وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة إدعاءين متعارضين، وهي تتواجد لحظة أنْ يتوافر هذا المضمون، دون اشتراط شروطاً خاصة في شخص من تصدر عنه، أو في طبيعية المصلحة التي يدافع عنها، فكل هذه الشروط لا تؤثر في وجود المنازعة بصفة عامة وفكرتها بصفة خاصة، وإنما تلزم فقط لتحديد التشكيلات القضائية المختصة بالفصل في النزاع. وكذلك، الإجراءات الواجبة الإتباع عند نظره، والفصل فيه[2].

فالمنازعة بصفة عامة، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة تشكل إدعاءات متعارضة، تمثل نزاعاً حقيقياً بين الإرادات، الأمر الذي يعكر السلام الاجتماعي. فالنزاع بصفة عامة، وفكرته على الصعيد القانوني بصفة خاصة هو عبارة عن تنازع في المصالح، يتخذ شكل تنازع بين

---

[1] د. محمود السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، مرجع سابق، ص: ٣٤٣.

[2] أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها، مرجع سابق، بند: ١١، ص: ٢٣ – ٢٤.

إرادتين، إدعاء من جانب، يقابله مقاومة من الجانب الآخر، وتتخذ هذه المقاومة صور الاعتداء على المصلحة المطلوب حمايتها، وتظهر هذه المقاومة في مجرد معارضة[1]، وبذلك تكون هذه القاعدة قد فشلت في حل النزاع، مما يتطلب تدخل القضاء العام في الدولة للفصل فيه بشكل عادل، وفقاً لأحكام القانون.

الاتجاه الثالث: المزج بين الاتجاه الشكلي، والاتجاه الموضوعي في تعريف المنازعة بصفة عامة، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة:

حاول جانب من الفقهاء أن يجمع في تعريف المنازعة بصفة عامة، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة بين مذهبين الشكلي والموضوعي، فالمنازعة في تصورهن تتحلل إلى عناصر ثلاثة:

العنصر الأول: تعارض بين إدعاءات خصمين، العنصر الثاني: قبول أطراف المنازعة الحل السلمي، عن طريق عرضها على القضاء العام في الدولة، العنصر الثالث: ينتمي إلى السلطة العامة، وتنحصر مهمته في التواصل إلى حل سلمى لها. والعناصر الثلاث المتقدمة ينظمها ضابطان:

ويتمثل الضابط الشكلي: في قبول أطراف المنازعة عرضها على القضاء العام في الدولة، وفي وجود القاضي العام، لكي يفصل فيها.

أما الضابط الموضوعي فيتمثل في: تعارض إدعاءات الخصوم، ولا يكفي مجرد تعارض إدعاءات الخصوم، إنما يلزم أنْ يتخذ هذا التعارض شكلاً معيناً، هو شكل المواجهة بين الخصوم أمام القضاء العام في الدولة فإذا ما تمثل النزاع في هذا الشكل، استكملت المنازعة بصفة عامة[2] وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة عناصرها وجودها، دون أن

---

[1] د. محمود السيد عمر التحيوى، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، مرجع سابق، ص: ٣٤٤.

[2] د. محمود السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، مرجع سابق، ص: ٣٤٦.

يؤثر في ذلك صفة أطرافها، أو طبيعة المصلحة التي يدافعون عنها، أو الحقوق والمراكز القانونية محل التنازع، فيستوي في ذلك أن تكون حقوقاً شخصية أو مراكز قانونية موضوعية[1].

الاتجاه الرابع: المنازعة بصفة عامة وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة تشكل عائقاً يثير اضطرابا في النظام القانوني الوضعي:

المراد في الاعتداد المنازعة بصفة عامة وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة، هو في أثرها بالنسبة للنظام القانوني الوضعي وما يترتب عليه من إعاقة التطبيق التلقائي للقانون الوضعي، مما يؤدي إلى تحقيق شرط التدخل القضائي، وتثار الحاجة إليه، لفرض هذا التطبيق جبرا فالمنازعة بصفة عامة، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة تولد مركزاً نزاعياً، يشكل عارضاً في الحياة القانونية، يجب إزالته، ذلك أن نشأة المنازعة حول حق، أو مركز قانوني، أو حول أمر يتصل أو يتعلق بذلك، يعني فشل الإرادات الفردية في التطبيق التلقائي للقانون الوضعي. فالأصل أن القانون الوضعي يعتمد في نفاذه على التطبيق الإرادي للأفراد والجماعات الخاضعين لأحكامه، ويعتمد هذا التطبيق على الرأي الذاتي لهؤلاء الأشخاص، والذين يستخلصونه بمناسبة وقائع تعرض عليهم في مجرى حياتهم – سواء بأنفسهم، أو بمعاونة المتخصصين في المعارف القانونية – فإذا اصطدم هذا الرأي الذاتي برأي، أو سلوك صادر عن طرف آخر، كان ذلك إعلاناً عن فشل التطبيق التلقائي للقانون الوضعي لأن القانون الوضعي لا يغلب – بطريقة تلقائية – إرادة على إرادة. وعندئذ تثور الحاجة إلى التدخل القضائي، ويتوافر شرط الالتجاء إليه حيث تتحول الإرادة الذاتية إلى مجرد إدعاءات متبادلة، ومتعارضة، وتطرح أمام القضاء

---

[1] المرجع السابق نفسه.

العام في الدولة، لترجيح بعضها على البعض الآخر، ووجود هذه الإدعاءات المتعارضة، يفضى إلى تجهيل الحقوق والمراكز القانونية محلها، بل ويرتب تجهيلا لإرادة القانون الوضعي ذاته باعتباره في النهاية مصدراً لهذه الحقوق، والمراكز القانونية[1]. حيث ووجود التجهيل في الحياة القانونية يهدد الاستقرار، والذي يسعى إلى فرضه كل قانون وضعي.

فالاستقرار يعتمد في تحقيقه على اليقين، يقين كل المخاطبين بالقواعد القانونية بالمراكز، والحقوق التي ترتبها هذه القواعد، وفي وجود التجهيل يضطرب اليقين، فلا يتحقق الاستقرار.

ويشكل التجهيل القانوني المتولد عن المنازعة عارضاً من عوارض النظام القانوني الوضعي، يقتضى مباشرة النشاط القضائي، لإزالته، تحقيقاً لوظيفته في حماية النظام القانوني الوضعي.

فيمكن تحليل المنازعة بصفة عامة، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة إلى عناصر أساسية ثلاثة: يتعلق بأطرافها، يتعلق بمضمونها، يتعلق بأثرها.

فالعناصر الثلاث المتقدمة تشير إلى وجود تعارض في الرأي الذاتي لشخصين، أو أكثر من أشخاص القانون الوضعي، يدور حول حقوق ومراكز قانونية، ويؤثر سالباً في النظام القانوني الوضعي، عن طريق تجهيل هذه الحقوق، والمراكز القانونية. وإذا كان عنصر الأثر يمثل شرطاً مبدئياً لقبول الطلب القضائي، وقيام التزام القضاء العام في الدولة بنظره، فإن العنصرين الآخرين يمثلان – كقاعدة – شروط تنظيمية، لتنظيم منح الحماية القضائية[2]. فتعيين جهة القضاء ذات الولاية بنظر المنازعة وكذلك

---

[1] د. محمود السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، مرجع سابق، ص: ٣٤٧.

[2] د. محمود السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، مرجع سابق، ص: ٣٤٨.

تحديد التشكيلات القضائية المختصة داخلها، هي أمور تتوقف على صفة أشخاص المنازعة وطبيعة المصلحة التي يدافعون عنها وكذلك مضمونها[1].

بعد استعراض اتجاهات فقه القانون الوضعي المقارن بشأن تحديد المنازعة بصفة عامة، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة، فإننا نعتقد أن اتجاه فقه القانون الوضعي المقارن القائل بأنْ المنازعة بصفة عامة وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة تشكل عائقاً يثير اضطراباً في النظام القانوني الوضعي المقارن، بما تشكله من تجهيل بالحقوق، والمراكز القانونية للأفراد، والجماعات، هو الاتجاه الجدير بالتأييد، لسلامة الأساس القانوني الذي يستند إليه، ومنطقية حججه، وأسانيده من جانب، وصعوبة التسليم بأي من اتجاهات فقه القانون الوضعي المقارن الأخرى على إطلاقها دون توجيه الانتقادات التي توجه إلى الأفكار التي تم طرحها.

الفرع الثاني: **قابلية محل النزاع**:

كما سبق القول بالنسبة لشرطي الأهلية والرضا في أن الاتفاق يجب أن يكون بين طرفين يجوز لهما الالتجاء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية منازعتهما فإنه ذات الأمر فيما يتعلق بمحل التحكيم حيث يجب أن يكون هذا المحل قابلاً لأن يفصل فيه عن طريق التحكيم – وتعد مشروعية محل اتفاق التحكيم من أهم الشروط الموضوعية التي يجب أن تتوافر في اتفاق التحكيم. حيث أنه من المسائل ذات الأهمية الكبيرة التي يجب الحديث عنها في صدد البحث حول مشارطة التحكيم تحديد مدى قابلية محل النزاع لمشارطة التحكيم من حيث موضوع النزاع، فحين تحدثنا عن أن التحكيم هو قضاء اتفاقي أشرنا إلى أن هذا الاتفاق ليس مطلقاً من حيث الموضوع، بل هو

---

[1] أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها، مرجع سابق، بند: ١٥، ص: ٢٨.

مقيد بقيود قانونية تحدد ما يجوز ولا يجوز التحكيم فيه، ولقد نص المشرع السوداني في سريان القانون: "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ولا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع"[١].

ونص المشرع الأردني في المادة الثالثة من قانون التحكيم رقم "٣١" لسنة ٢٠٠١م على أنه: "تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيّاً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية كانت أو غير عقدية"[٢].

وكذلك توسع المشرع المصري في المسائل التي يجوز الاتفاق على التحكيم بصدد النزاعات التي تنشا بمناسبتها حتى أنها شملت المنازعات العقدية وغير العقدية العام منها والخاص المدني منه والتجاري، إلا أنه يشترط في كل تلك المسائل لجواز إيقاع اتفاق تحكيم بشأنها أن تقع على محل مشروع، وغير مخالفة للنظام العام وإلا وقع الاتفاق باطلاً[٣].

يمكن لنا ومن خلال نص المادة السابقة القول أن أي منازعة قانونية وأيّاً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع يمكن أن تكون محلاً لاتفاق التحكيم حين نقرأ هذا النص منفرداً دون قيود أو نصوص أخرى، ولكن ولمّا كانت القاعدة القانونية أن "النصوص تقرأ جملةً واحدة" فإننا ننسحب من هذا القول إلى دائرة القيود التي يجب أن يراعيها هذا الاتفاق في قابليّة محل النزاع للتحكيم.

---

[١] المادة (٣/٣) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م.

[٢] مدونة المحامي مصعب القطاونة، http://qatawneh.lawjo.net، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢٤م، الساعة ٩:٠٠ مساءً، الخرطوم.

[٣] إيمان أبو الغيط، مشارطة التحكيم، مرجع سابق.

وبناءً عليه فإن التحكيم جائز في المنازعات المدنية والمنازعات التجارية، كما أنه يجوز الاتفاق على التحكيم بشأن علاقة قانونية غير تقاعدية، كما أجاز المشرع أن يكون أطراف النزاع من أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص، لذا فإننا نجد أن المشرع الأردني قد ترك الباب مفتوحاً بالنسبة للمسائل التي يجوز فيها التحكيم وذلك من خلال عموم نص المادة الثالثة. إلا أنه عاد وتدارك الأمر ووضع قيداً في المسائل التي تخرج عن نطاق التحكيم ولا يجوز التحكيم فيها، فقد جاءت المادة التاسعة من قانون التحكيم لتنص على أنه: "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح". ومن خلال هذا النص نجد أن المشرع قد ربط بين قواعد التحكيم وقواعد الصلح التي أيضاً لم يحدد نطاقها، ولما كان الصلح قد يصلح فيه أن نصنفه ضمن القواعد العامة على أنه من أحكام العقود فنجد أن نص المادة (٨٩) من القانون المدني الأردني قد جاء فيها: "تسري على العقود المسماة منها وغير المسماة القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل"، ونجد ذلك في المادة (٣/٣) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م: "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ولا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع".

نص المشرع السوداني في قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م أفرد لمحل العقد الفصل الثامن من المواد (٧٨)، (٧٩)، (٨٠)، (٨١)، (٨٢)، (٨٣)، وهي بالترتيب التالي:

((محل العقد وجوب شرعية المحل:

٧٨/ (١) يجب أن يكون محل العقد جائزاً شرعاً، وإلا كان العقد باطلاً.

(٢) لا يجوز التعامل في تركه إنسان على قيد الحياة، ولو كان ذلك برضاه إلا في الأحوال التي نص عليها القانون.

تعيين محل العقد:

٧٩/ (١) يجب أن يكون محل الالتزام الذي ينشأ من العقد ممكناً، ومعيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة أو قابلاً لهذا التعيين وجائزاً شرعاً وإلا كان العقد باطلاً.

(٢) يجوز أن يكون المعقود عليه شيئا مستقبلاً إذا عين تعييناً نافياً للجهالة والغرر.

استحالة المحل:

٨٠/ إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً.

تعيين المحل بالنوع والمقدار:

٨١/ (١) إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً.

(٢) يكفى أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط.

الالتزام بدفع النقود:

٨٢/ إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود التزام المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر.

اقتران العقد بشرط:

٨٣/ يجوز أن يقترن العقد بشرط إذا كان هذا الشرط لا يخالف النظام العام والآداب وإلا ألغى الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد)).

وفي محاولة لاستقراء النصوص السابقة يمكن أن نستخلص منها أن ما لا يجوز فيه الصلح هو لم يكن محل التعاقد فيه قابلاً لحكم العقد أو غير قابلاً للتعامل فيه، فإن كان كذلك كان العقد باطلاً.

وكذلك ورجوعاً للقواعد العامة في أحكام العقود نجد أن المحل لا يكون قابلاً لحكم العقد في الحالات التالية:ة

١/ إذا خرج المحل عن التعامل بطبيعته:

وقد بين الفقهاء الحالات التي تخرج عن التعامل بطبيعتها حيث قال: هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها.

وهذه الأشياء تخرج عن التعامل بطبيعتها لأنه لا يمكن الاستحواذ عليها أو الاستئثار بها مثل الهواء والماء وأشعة الشمس، إلا أن هذه الأشياء إذا أمكن إحرازها والاستحواذ عليها تصبح حقوقاً قابلة للتصرف فيها وعلّة عدم قابلية هذه الأشياء لحكم العقد ترتد إما لبقائها على الإباحة الأصلية أو على عدم القدرة على تسليمها أو لعدم دخولها في ملك المتصرف.

أما في الحالة الثانية إذا خرج الشيء عن التعامل بحكم القانون فقد نص المشرع على خروجها لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة ومنها منع التعامل بالجسد البشري وذلك بسبب حرمة الإنسان وقدسية جسده وصفاته الجوهرية، وكذلك فقد منع التعامل ببعض الأشياء الخطرة التي تضر بالمصلحة العامة كالسموم والمخدرات، وأما الحالة الأخيرة فهي خروج المحل عن التعامل لمخالفته للنظام العام، أنْ أهمية فكرة النظام العام بقولها:

"فكرة النظام العام فكرة مرنة جداً، وقد رأى أن يفرد لها مكاناً في نصوص المشروع، لتظل منفذاً رئيسيا تجد فيه التيارات الاجتماعية والأخلاقية سبيلها للنظام القانوني لتبث فيه ما يعوزه من عناصر الجدة والحياة بيْدَ أنه يخلُقُ بالقاضي أن يتحرز من إحلال آراءه الخاصة بالعدل الاجتماعي محل التيار الجامح للنظام العام أو الآداب فالواجب يقتضيه أن يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها لا مذهباً فردياً خاصاً.

وقد أخذ القانون بذلك فإن منع الشارع التعامل في شيء أو كان مخالفاً للنظام العام، أو للآداب العامة، كان العقد باطلاً.

وتأتي صعوبة وضع تعريف للنظام العام لاختلاف مفهومه من مجتمع لآخر، ومن زمان لآخر. إلا أن ذلك لم يمنع من وضع تعريف له فهناك من عرّفه على أنه: "مجموعة القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لأنها تمس كيان الدولة، أو تتعلق بمصلحة أساسية من مصالحها السياسية، أو الاجتماعية أو الاقتصادية"[1].

والنظام العام يتسع باتساع تدخل الدولة، وقد جرت العادة على القول: إن كل القواعد القانونية التي تتعلق بالمصالح العليا للدولة تعتبر من النظام العام، وبناء على هذا فان هناك فروع بأكملها من فروع القانون تتعلق قواعدها بالنظام العام ومثال ذلك: القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون الضريبي والقانون الجنائي، كما إن فكرة النظام العام لا تقتصر على قواعد القانون العام فكثير من قواعد القانون الخاص كتلك التي تتعلق بالأهلية وعلاقات الأسرة: كالزواج والطلاق والميراث كما أنه لم يعد بالإمكان القول بأن قواعد القانون العام تقتصر على تلك المتعلقة بالمصالح

---

[1] د. عدنان إبراهيم السرحان، د. نوري خاطر، دراسة مصادر الحقوق الشخصية – دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠م، ص: ١٨٠.

العليا للدولة؛ فبعض هذه القواعد تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد وهي من النظام العام ومن الأمثلة على ذلك: تعديل عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن (الضعيف) وتعديل الشرط الجزائي وردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[1]، وتعرّف الآداب العامة بأنها: "القواعد الخُلُقية الاجتماعية التي تعتبر أساسية للنظام الاجتماعي لأي مجتمع"[2].

في النهاية لابد من الإشارة إلى أن معيار القاضي في تحديد النظام العام، والآداب العامة كما جاء في المذكرة الإيضاحية معيار موضوعي ينظر فيه إلى السائد في المجتمع، وليس معياراً شخصياً يركن فيه القاضي إلى آرائه الخاصة في العدل الاجتماعي ومذهبه الخاص في الحياة، كما أنه لابد من بيان أن سلطة القاضي في تحديد قواعد الآداب العامة أوسع مما هي عليه في النظام العام، لأن قواعد الآداب تحكمها ظروف المجتمع وتقاليده وأعرافه في حين أن النظام العام تحكمه نصوص القوانين وروحها وأهدافها، وبعد أن بيّنّا المقصود بالنظام العام فإننا سوف نحاول بيان المسائل التي لا يجوز بشأنها التحكيم إلى ثلاثة:

الأول: مسائل الأحوال الشخصية:

بداية لابد من الإشارة إلى أن التشريعات تخرج مسائل الأحوال الشخصية من نطاق المسائل التي يجوز التصالح بشأنها، وبالتالي تخرج من نطاق القابلية للتحكيم، وذلك لتعلّق هذه المسائل بالنظام العام إلا أن إجماع الفقه ينعقد على تقسيم المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية إلى مسائل

---

[1] د. رمضان أبو السعود، دراسة مصادر الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، ١٩٩٠م، ص: ١٥٦.

[2] د. عدنان إبراهيم السرحان، د. نوري خاطر، دراسة مصادر الحقوق الشخصية – دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص: ١٨١.

أحوال شخصية بحتة، ومسائل تتصل بالمصالح المالية المترتبة عليها[1]، والمسائل التي تتعلق بالنظام العام منها: المسائل المتعلقة بالنسب والزواج والطلاق والبنوة والحضانة وثبوت الوراثة وغيرها من المسائل المتعلقة بالحالة، فلا يجوز التحكيم في مسائل تتعلق بما إذا كان الولد شرعيا أم متبنى أم أنه ينتسب إلى أسرة ما، كما لا يجوز التحكيم على صحة أو بطلان عقد الزواج[2].

كما أنه لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالطلاق: كالتحكيم على صحة الطلاق أو عدمه، إلا أنه لا يجوز وبشكل استثنائي وبشروط معينه إجراء التحكيم إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بشكل لم يعد معه استمرار الحياة الزوجية ممكناً، وبالتالي فإن هذه المسألة وإن كانت لا تنطبق عليها أحكام التحكيم العامة وشرائطه ونفاذ أصوله، فهو يسمى تحكيماً وإن كان للمحكمين فيه صفة هي أقرب إلى صفة الخبراء. كما لا يجوز التحكيم في خصومة تتعلق ببنوة طفل أو تتصل بحضانته أو بحقوقه على والديه أو بخصومة تتعلق بما إذا كان الشخص وارثا أم غير وارث ولا بخصومة تتصل بالحجر على شخص، أو بتحديد سنّه وما إذا كان قد بلغ سن الرشد إن لم يبلغه بعد ولكن يجوز التحكيم في الأمور المترتبة على الحالة الشخصي، لأن هذه الأمور قابلة للصلح فيجوز للمطلقة مثلاً التحكيم على مقدار نفقة العدة ومؤخر الصداق ويجوز للورثة الاتفاق على التحكيم لحصر الإرث وتوزيعه كما ويجوز التعويض عن فسخ الخطبة[3].

---

[1] القاضي أحمد سعيد المومني، التحكيم في التشريع الأردني والمقارن، ج١، (د. ن)، (د. ت)، ص: ٩، http://qatawneh.lawjo.net، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢٥م، الساعة ٥:٣٠ مساءً، الخرطوم.

[2] د. محمد السيد التحيوي، http://qatawneh.lawjo.net/، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢٥م، الساعة ٥:٣٠ مساء، الخرطوم.

[3] مدونة المحامي مصعب القطاونة، http://qatawneh.lawjo.net، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢٥م، الساعة ٥:٣٠ مساءً، الخرطوم.

الثاني: المسائل المتعلقة بالنظام العام:

١/ الجنسية: هي: "رابطة قانونية سياسية بين الفرد والدولة تنسب وترد كل فرد للدولة التي ينتمي إليها وتسبغ عليه صفة المواطن فيها وتنشأ عنها حقوق وواجبات متقابلة"[١].

الجنسية تمس تكوين الدولة وهي مظهر من مظاهر سيادتها فلا يتصور أن تكون المنازعات المتعلقة بالجنسية محلاً لصلحٍ أو تحكيم بين الفرد والدولة، فلا يجوز الاتفاق على نزاع يتعلق بجنسية شخص بطريق التحكيم سواء كان هذا النزاع يتعلق بالإقرار بالجنسية أو نفيها ولكن ليس هناك ما يمنع من التحكيم في دعوى بطلب التعويض عن قرار إداري صدر مخالفا للقانون بشأن الجنسية[٢].

٢/ المسائل الجنائية: المسائل الجنائية بصفة عامة لا يجوز الصلح بشأنها، وبالتالي لا يجوز أن تكون موضوعاً للتحكيم وذلك لتميزها بجملة خصائص من شأنها أن تجعل الفصل فيها منوطاً بقضاء الدولة، ومن هذه الخصائص: إن النزاع بشأنها لا يكون بين أشخاص وإنما بين شخص والنيابة العامة، ولا يجوز أن تكون النيابة العامة طرفاً أصيلاً في التحكيم، لأنها تباشر وظيفتها أمام القضاء وليس أمام المحكمين، لأنها تمثل المجتمع وهذا ما يتعلق بالنظام العام فلا يجوز الصلح بشأنها لا مع النيابة العامة ولا مع المجني عليه نفسه، إلا أن حق النيابة العامة قد يعلّق على تقديم شكوى من المجني عليه أو على تقديم طلب كتابي من جهة حكومية أو على إذن خاص من جهة حكومية ففي مثل هذه الأحوال يعتبر الاتفاق على التحكيم

---

[١] د. حسن الهداوي، الجنسية وأحكامها في القانون الأردني، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٣م، ص: ١١.

[٢] مدونة المحامي مصعب القطاونة، http://qatawneh.lawjo.net، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢٥م، الساعة ٥:٤٥ مساءً، الخرطوم.

بمثابة تنازل عن الحق في الشكوى أو تقديم الطلب أو أخذ الإذن كما أن الاتهام يحكمه مبدأ الشرعية – لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص – فلا يجوز التحكيم في صدد قيام الجريمة أو عدم قيامها، أو في صدد نسبتها إلى فاعلها وفي صدد العقوبة الجنائية المراد إعمالها كجزاء لما ارتكبه الجاني.

على العكس مما سبق فإن المسائل المالية المترتبة على ارتكاب جريمة يمكن أن تكون محلا للتحكيم لأنه يجوز الصلح بشأنها ومثال ذلك: جواز التحكيم بشأن تقدير التعويض المستحق للمجني عليه، على أن هذا لا يمنع من رفع الدعوى الجنائية أو من السير فيها[1].

٣/ المسائل المتعلقة بإجراءات التقاضي والتنفيذ: لا يجوز التحكيم في نزاع يتصل بإجراءات التقاضي أمام القضاء، لأن القضاء هو المختص في حل هذه النزاعات، وضمن إجراءات قانونية لأن إجراءات التقاضي من النظام العام. فلا يجوز إلزام المحكمة بتنفيذ حكم المحكّمين لأن المحكمة وحدها التي تملك تقدير إن كان هذا من اختصاصها من عدمه، كما لا يجوز أن يكون موضوعا للتحكيم الحكم ببطلان أو صحة إجراء من إجراءات التقاضي.

كما لا يجوز التحكيم في المنازعات التي تتعلق بإجراءات التنفيذ سواء كانت هذه المنازعات تتعلق بصحة إجراء أو بطلانه، أو كانت المنازعة تتعلق بالإعفاء من إجراء تطلبه القانون، وكما يجوز التحكيم بصدد إتباع إجراءات أخرى لم يتطلبها القانون. أما إذا تطلب القانون لصحة إجراءات الحجز أو التنفيذ رفع دعوى معينة فإن هذه الدعوى لا يجوز رفعها إلا للمحكمة المختصة دون هيئة التحكيم، السبب في عدم جواز

---

[1] د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص: ١٤٧.

التحكيم في إجراءات التقاضي وإجراءات التنفيذ أن هذه الإجراءات تجري تحت إشراف القضاء ورقابته[١].

الثالث: مسائل الملكية الفكرية:

مصطلح الحقوق الفكرية ينطوي تحت مظلته: كل ما ينتج عن العقل من أعمال تتضمن صفة الجِدة والابتكار والحداثة، لذا يمكن رد الحقوق التي تقع في دائرة الملكية الفكرية إلى ما يلي:

١/ حقوق المؤلف: هذه الحقوق هي المصنفات في مجال العلوم والآداب والفنون ويقصد بحق المؤلف: "الحقوق والالتزامات التي ترد على المصنفات سواء كانت محررة، أو شفوية، أو مرئية، أم مجرد فكرة لم يتم بلورتها إلى كيانات، وإنما يوجد ما يثبت وجودها ليتمكن صاحبها من ممارسة كافة السلطات التي يتمتع بها حسب القواعد العامة للقانون والآداب العامة.

٢/ الحقوق الصناعية: وهذه الحقوق تشمل براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ويقصد ببراءة الاختراع "الشهادة التي تمنحها الدولة لصاحب الاختراع". ويقصد بالرسوم الصناعية "كل ترتيب وتنسيق للخطوط بطريقة فنية مبتكرة تكسب السلع والبضائع رونقاً جميلاً وجذاباً يشد انتباه المستهلك"، ويقصد بالنماذج الصناعية "كل شكل أو قالب أو هيكل يستخدم لصناعة السلع والبضائع بشكل يضفي عليها مظهرا خاصا يميزها عن غيرها"[٢].

---

[١] د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص: ٨٠.

[٢] مدونة المحامي مصعب القطاونة، http://qatawneh.lawjo.net، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢٥م، الساعة ٦:١٥ مساءً، الخرطوم.

٣/ الحقــوق التجاريــة: وتشــمل هــذه العلامــات التجاريــة والأســماء والعناوين التجارية ويقصد بالعلامــة التجاريــة: "كــل إشــارة أو دلالــة ماديــة مميــزة يتخــذها الصــانع أو التــاجر أو مقــدم الخدمــة لتمييــز صــناعته، أو بضاعته، أو خدماته، عن مثيلاتهــا التــي يصــنعها، أو يتــاجر بهــا أو يقــدمها الآخرون".

ويقصد بالاسم التجاري: "التسمية التــي يختارهــا التــاجر لمتجــره كــي يميزه عن غيره مــن المتــاجر"، ويقصــد بــالعنوان التجــاري: "التســمية التــي يختارها التاجر لنفسه كي تميزه عــن غيــره مــن التجــار"، وكقاعــدة عامــة لا يجوز التحكيم في مسائل الملكيــة الأدبيــة والفنيــة بالنســبة للمســائل الجنائيــة لتعلقها بالنظام العام، إلا أنه يجوز التحكيم في الحقــوق الماليــة المترتبــة عليهــا كالتعويض عن الاعتداء عليها.

كما لا يجوز التحكيم في مسائل الملكيــة الصــناعية: (الرســوم، النمــاذج، العلامة التجارية، وبراءات الاختراع) وخاصــة فيمــا يتعلــق بتــوافر الشــروط الموضوعية والشكلية لقبول تسجيلها لتعلق ذلــك بالنظــام العــام ويكمــن الســبب في ذلك إلى تغليب المصلحة العامة علــى المصــلحة الخاصــة. إلا أنــه يجــوز التحكيم فيما يتعلق باستغلال براءة الاختراع لأن الأمر هنــا يتعلــق بحــق مــالي يجوز التصالح بشأنه.

وأخيراً لا يجوز التحكيم بشأن تقليد العلامة التجارية لأن تقليدها يشكل جريمة إلا أنه يجوز التحكيم في التعويضات المدنية المترتبة على الجريمة[١].

فنخلص مما سبق إلى أن معيار القابليــة للتحكــيم فــي القــانون هــو: أن يكون موضوع الحق مالياً قابلاً للتصرف فيه وغير مخالف للنظام العام.

---

[١] مدونــة المحــامي مصــعب القطاونــة، http://qatawneh.lawjo.net، تــاريخ الــدخول: ٢٠٢٢/١/٢٥م، الساعة ٦:٣٥ مساءً، الخرطوم.

ونجد أن المشرع المصري في المادة (١١) من القانون "٢٧" لسنة ١٩٩٤م نصت على أنه: "..... لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"، وجاءت المادة (٥٥١) من القانون المدني موضحة تلك المسائل التي لا يجوز الصلح فيها وهي المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو النظام العام، ويدق الأمر في حالة عدم مخالفة اتفاق التحكيم للنظام العام الداخلي في حين يشكل مخالفة للنظام العام الدولي إلا أن هذا الأمر يخرج من مجال البحث في مشارطة التحكيم إلا أن بعد الفقه قد اتجه إلى إفراد بعض المسائل التي تخرج بطبيعتها عن الصلاحية لأن تكون محلاً لاتفاق تحكيم وذلك على النحو التالي: المسائل المستبعدة من القابلية للتحكيم[١].

١/ المسائل المتعلقة بسلطات الدولة: ويعد هذا الأمر طبيعياً حيث أن في ذلك مساس بسيادة الدولة التي تمارسها عن طريق سلطاتها الثلاث وكذلك الفصل في دستورية قانون أو لائحة هو مما يخرج بلا شك عن الموضوعات القابلة لأن تكون محلاً لاتفاق تحكيم يضاف إلى ذلك المسائل المتعلقة بالجنسية باعتبارها تتعلق بسيادة الدولة على مواطنيها وتنظيماتها الخاصة بهذا الشأن.

٢/ المسائل المتعلقة بالتجريم والعقاب: ويأتي هذا الاستبعاد كنتيجة لمبدأ الشرعية الجنائية فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وهذا المبدأ من المبادئ المنصوص عليها في الدستور وفي القوانين الوطنية والتي لا يجوز الافتئات عليها بأي عذر[٢].

نتساءل عن الجزاء المترتب على الاتفاق بشأن مسألة لا يجوز فيها التحكيم؟

---

[١] إيمان أبو الغيط، مشارطة التحكيم، مرجع سابق.

[٢] المرجع السابق.

وإجابةً عن ذلك نقول بأنه يترتب على الاتفاق على التحكيم بشأن مسألة لا يجوز فيها التحكيم بطلان هذا الاتفاق بطلانا مطلقا لتعلّق هذه المسألة بالنظام العام، وإذا تم التحكيم وصدر حكم في هذه المسألة – التي لا يجوز بشأنها التحكيم لتعلقها بالنظام العام – وجب على قاضي الدولة المطلوب إليه إصدار الأمر بالتنفيذ الامتناع عن إصدار أمر تنفيذه من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم.

ما الحل لو اشتمل اتفاق التحكيم في شق منه على منازعة لا يجوز التحكيم بشأنها؟

ذهب المشرع السوداني النص "(و)– إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم، أو جاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها،

(ز)– إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثّر في الحكم"[1].

إلى القول بأن اتفاق التحكيم لا يكون باطلاً إلا بالنسبة للشق الذي لا يجوز فيه التحكيم، وذلك لافتقار هذا الشق لركن المحل الذي يجب أن يكون موجوداً ومعيناً ومشروعاً ما لم يثبت مدعي البطلان أن هذا الشق الذي وقع باطلاً لا ينفصل عن جملة الاتفاق على التحكيم أو كان محل التحكيم غير قابل للتجزئة. فإنه في هذه الحالة يبطل اتفاق التحكيم كله. أما إذا كان

[1] المادة (٤٢/و/ز) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م.

بالإمكان فصل الشق غير القابل للتحكيم فإن التحكيم يبطل في هذا الشق وحده لاتصاله بالنظام العام.

ويرى جانب آخر من الفقه أنه لا ربط بين صحة الاتفاق وصحة الحكم، وهذا الرأي الذي نؤيده لأنه لا يترتب دائما على بطلان الاتفاق على التحكيم بطلان الحكم. فقد يكون الاتفاق باطلا لمخالفته للنظام العام ولكن الحكم قد يكون صحيحاً وذلك عندما يقضي ببطلان هذا الاتفاق لمخالفته النظام العام.

مما سبق يرى الباحث أن محور ما تقدم في الرضا في مواضعه المختلفة من حيث التعريف اللغوي والفقهي والقانوني وبالاسترشاد بالقانون السوداني والمصري بحكم الترابط الإقليمي والبعد التاريخي القانوني، وتحدثنا عن عيوب الرضا بصورة مبسطة محاولة للوقف على مفهوم التراضي وموقفه من مشارطة التحكيم، وأضف على ذلك إسناد قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م مسألة الأهلية للقانون الضابط لها علماً بالتضارب بين قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م وقانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م وكذلك قانون الطفل لسنة ٢٠١٠م. فيجب على الوقف على هذه المسألة، وكذلك قول المشرع في قانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م المادة (٤٢): "(ب)– إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم، وقت إبرامه، فاقداً للأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته..." صحيح انه أشار بوضوح إلى أطراف التحكيم ولكن ترك الباب مشرعاً للتأويل، والثغرات التي تناولها أستاذتي الإجلاء في عيوب الإرادة في قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م وأثره المباشر على مشارطة التحكيم.

أما عند الحديث عن السبب والمحل وارتباطهم بمشارطة التحكيم ليكتمل مثلث صحة العقد المتمثل في الرضا والمحل والسبب. والسبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد أي ما يهدف المتعاقدين من الوصول

إليه من وراء التزامه، ويتم ذلك وفق شروط بأن يكون موجوداً وأنْ يكون صحيحاً ومباحاً وأنْ يكون غير مخالف للنظام العام والآداب. حيث أن اتفاق الأطراف يجد سببه لأي إرادة الأطراف لاستبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمين وهذا سبب مشروع دوماً إلا إذا ثبت أن مقصود بالتحكيم التهرب من أحكام القانون الذي كان سيتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء وهو بذلك حالة من حالات الغش نحو القانون، فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها الاستفادة من حرية الأطراف أو حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق وهذا ما ذكره المشرع السوداني "السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد يجب أن يكون السبب موجوداً وصحيحاً ومباحاً وغير مخالف للنظام العام أو الآداب" أي يجب أن يتعلق مشارطة التحكيم بنزاع لم ينته بعد بأي وسيلة من وسائل إنهاء النزاع.

وفي الختام لابد من القول أن السبب في اتفاق التشريعات العربية على حظر التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح يرجع إلى أن هذه القوانين قد أجازت لطرفي النزاع تفويض هيئة التحكيم بالصلح فيما بينها. ونحن نعلم بأن التحكيم بالصلح لا يقيد المحكّم بالقانون وإنما يفصل المحكّم في موضوع النزاع بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف، وبالتالي فإذا لم يمنع القانون التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح لكان هناك احتمال للقول بأنه يجوز التحكيم حتى في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، ما دام أن المشرع قد أجاز التحكيم بالصلح عموماً، ويترتب على هذا القول بأنه يجوز للطرفين إجراء الصلح في مسألة لا تخضع أصلا للصلح، ولكن بطريق غير مباشر وذلك من خلال تفويض شخص ثالث بمثل هذا الصلح، أي عن طريق التحكيم وهذا أمر غير منطقي بداهة. لذا جاء المشرع وحظر التحكيم في كل مسألة لا يجوز فيها الصلح.

المبحث الثاني

التدخل والضم في مشارطة التحكيم

المطلب الأول: مفهوم التدخل (الانضمام) في مشارطة التحكيم

المطلب الثاني: مفهوم الإدخال في الدعوى (الضم) في مشارطة التحكيم

المبحث الثاني

التدخل والضم في مشارطة التحكيم

القاعدة العامة هي أنه يجب قصر أثر الدعوى على طرفيها بحيث لا يستفيد أو يضار الغير بها، ولكن المصلحة قد تقتضي تدخل الغير في دعوى قائمة، وقد لا يتدخل الغير في الدعوى القائمة من تلقاء نفسه ولكن ترى المحكمة أو أحد الخصوم أن هنالك مصلحة توجب إدخال شخص في الدعوى المقامة رغماً عنه، وكذلك قد ترى المحكمة أن وجود أحد الخصوم في الدعوى ليس بالأمر الضروري ويترتب عليها تأخير فصل فيها ومن ثم يجب استبعاده عنها. كما أن مراكز الخصوم في الدعوى تتغير أثناء سيرها من مدعي إلى مدعي عليه والعكس كذلك.

المطلب الأول: مفهوم التدخل (الانضمام) في مشارطة التحكيم:

"(١) يجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب من المحكمة أن يتدخل في الدعوى منضماً لأحد الخصوم.

(٢) يكون التدخل بطلب يقدم إلى المحكمة ويعلن به الخصوم"[١].

طبقاً للمادة (٩٣) يجوز لكل ذي مصلحة من الغير أن يطلب من المحكمة الانضمام لأحد الخصوم بهدف المحافظة على حقوقه عن طريق مساعدة الطرف الذي أنضم إليه[٢].

ولكن التحكيم يقوم على اتفاق مكتوب كالشرط أو اتفاق اللاحق أي أن التحكيم يكون بين أطراف اتفاقه فقط باعتبار أن هنالك مصروفات ماليه تتطلبها التحكيمية، بما أن التحكيم هو اتفاق رضائي فيما بين أطرافه وإن التدخل في التحكيم يتضمن طلباً بالمشاركة بهذا الاتفاق التحكيمي، وهذه المشاركة تعني طلب تشميل اتفاق التحكيم لطرف ثالث هو المتدخل وهذا يعني تعديل الاتفاق على التحكيم القائم وبما أنه لا يتم تعديل العقود إلا باتفاق أطرافها، لذا كان لابد من موافقة أطراف التحكيم على قبول تدخل الغير في التحكيم لأن هذا التدخل يعتبر تعديلاً جوهرياً في موضوع التحكيم وأهدافه.

وهكذا، فإن إعلان أطراف الاتفاق التحكيمي قبولهم تدخل الغير يعني قبولهم بتعديل اتفاق التحكيم وبالتالي يشترط قبول طلب التدخل من قبل المحتكمين أولاً وإعلان المتدخل قبوله ما تم بالتحكيم من إجراءات سابقة لتدخله بعدها إلى متابعة القضية التحكيمية وإصدار الحكم بمواجهة المحتكمين والمتدخل.

---

[١] المادة ٩٣/٢-١) من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠٠٩م.

[٢] د. محمد العالم آدم أبو زيد، الإجراءات المدنية، الجزء الأول، الدعوى، الخرطوم، ٢٠٠٩م، ص: ١٥٠.

المطلب الثاني: مفهوم الإدخال في الدعوى (الضم) في مشارطة التحكيم:

يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الخصوم أو أحدهم أن تأمر بضم أي شخص إلى الدعوى إذا تحقق من أن ضمه غليها ضروري أو مناسب لإنهاء الخصومة والفصل في الدعوى ويمكن أن يتحقق ذلك في حالة رفع أحد الأشخاص دعوى على آخر للحصول على التعويض عن الأضرار التي أصابته بسبب[1].

أما الضم في التحكيم في الأساس غير مقبول لأن الضم يعتمد على أنْ المحكمة تجبر احدهم على الانضمام إلى الدعوى وهذا غير مقبول لأن أساس التحكيم يقوم على مبدأ الرضائية. أي أن ضم في التحكيم لا يقتصر عند السماح بها أو الإعراض عنها من حيث المبدأ وإنما الملاحظ هو أن المشكلات الناجمة عن الضم عديدة سواء من الناحية الإجرائية أو الموضوعية. فإن كان المؤيدين للضم يعتقدوا أنه أسلوب يساعد على تحقيق الاقتصاد في الوقت والنفقات وتفادي صدور أحكاماً تحكيمية متعارضة.

فإن المعارضين له على جانب آخر يعتقدوا أنه سيخلق مشاكل عدة، خاصة فيما يتعلق باختيار المحكمين، والمهام الموكلة إليهم، هذا فضلاً عن مشاكل إجراءات الضم والتوقيت المناسب له، ومساس الضم بأهم مبادئ التحكيم وهي الحفاظ على سرية إجراءات التحكيم. كذلك صعوبة البحث عن المعيار أو المعايير التي يتعين الأخذ بها للتسليم بوجود روابط بين قضايا مختلفة، هذا فضلاً عن وجوب توافر إرادة الأطراف على الضم، ومن ثم فإن ضم التحكيم ليس بالمسألة السهلة التي تجرى بدون أية عقبات، بل إنه من الضروري بحث هذه المشكلات قبل أن نصل إلى نتيجة مقبولة، تتفق وطبيعة التحكيم والغرض في اللجوء إليه، فالهدف الرئيسي من الضم أنه

---

[1] د. محمد العالم آدم أبو زيد، الإجراءات المدنية، الجزء الأول، الدعوى، مرجع سابق، ص: ١٥٢.

يهدف إلى عدم صدور أحكاماً تحكيمية متعارضة يتعذر تنفيذها ولهذا نرى أن مفهوم السرية في التحكيمات، لا يتم أنتهاكها في حالة ضم تحكيم قائم، فالأطراف الجُدُد

مثلهم مثل الأطراف القدامى سيلتزمون بالسرية كأطراف في التحكيم الأول. أما عن الامتداد، فيمكن القول بأن التحكيم وإن كان يُعد وسيلة فعالة لحل المنازعات، فيساعده على ذلك وجود شروط تحكيم فاعلة، تمثل اتفاق الأطراف، وتبرز رضائية هذه الأطراف. فالمتعاملين في مجال المعاملات التجارية، يتوقعون المسئولية فقط في حالة انتهاك وعودهم الملزمة في عقد هم أطرافه، فالأطراف لا يتوقعون أن يصبحوا ملزمين بالتزامات في العقد، تجاه من لم يضمه هذا العقد. ومن ثم نرى أن إلزام غير الموقع على اتفاق التحكيم ليس فقط سوف يزيد من تدخل القضاء في عملية التحكيم، وإنما سيصطدم بمبدأ الرضائية، والذي يشكل قلب التحكيم النابض، فالأطراف حينئذٍ سيكونون ملزمين بالدخول في إجراءات تحكيم بدون رضاء، وشروط تحكيم تصبح مستخدمة لترسيخ التزام غير الأطراف.

مما سبق يرى الباحث أن والتدخل والإدخال في خصومة التحكيم رغم أنه جراء غير محظور وجائز إلا أنه أمر غير مرغوب فيه وغير معتاد كما هو الحال في الخصومة القضائية، نظراً للخصوصية التي تتميز بها خصومة التحكيم.

أما في الضم إلى المشترطة يصعب عملاً وقانوناً الدخول في التنظيم القانوني للتحكيم دون المرور من خلال باب الرضاء والقبول من قبل أطراف النزاع، ولا يجوز القفز على إرادة الأطراف وتحريك إجراءات التحكيم دون رضاء الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وبعونه تقضى الحاجات، أحمده وشكره على نعمه التي لا تعد ولا تحصر منها هذا البحث الذي أكملته بعونه وقدرته عز وجل، وجاء هذا البحث بعنوان "التراضي في مشارطة التحكيم" دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون.

وعددت لذلك البحث خطة اشتملت على كافة العناصر الواجب توافرها واستناد لتوجيه مشرف البحث جزاه الله خير وبالإضافة للمطلوبات التي درستها في مادة مناهج البحث العلمي، حيث عمدت في تقسيم هذا البحث إلى أربعة فصول وهي بالترتيب الفصل الأول تناولت فيه أساسيات البحث والدراسات السابقة وهذا الفصل إلى أربعة مباحث وهي كذلك بالترتيب (مقدمة البحث وأسباب اختيار الموضوع وأهميته وأهدافه، مشكلة البحث وأسئلته وفروضه ومنهجه، حدوده ووسائله ومصطلحاته ثم الدراسات السابقة ومساهمة البحث في الفكر الإنساني) وذلك كمدخل عام للبحث ثم تطرقت في الفصل الثاني إلى تعريف التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون ومشروعيته وأنواعه ومزاياه وتمييزه عن الغير لأن التحكيم هو المظلة التي استظل بها في هذا البحث وقسمت هذا الفصل إلى أربع مباحث وهي (تعريف التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون ومشروعيته، أنواع التحكيم، مزايا التحكيم ثم تمييزه عن الأنظمة المشابهة له) ثم ذهبت إلى العمود الفقري للبحث وتناولت الفصل الثالث مفهوم التراضي لمشارطة التحكيم ومشتملات مشارطة التحكيم والطبيعة القانونية لمشارطة التحكيم والفرق بين مشارطة التحكيم وشرط التحكيم وقسمته كذلك إلى أربع مباحث وهي (مفهوم التراضي لمشارطة التحكيم ومشتملات مشارطة التحكيم والطبيعة القانونية لمشارطة التحكيم والفرق بين مشارطة التحكيم وشرط

التحكيم) وكان من الضرورة ثم تناولت في الفصل الرابع الشروط الموضوعية لمشارطة التحكيم والتدخل والضم في مشارطة التحكيم، قسمت الفصل إلى مبحثين (الشروط الموضوعية لمشارطة التحكيم، التدخل والضم في مشارطة التحكيم) وقضت الدراسة تقسيم المباحث إلى مطالب والمطالب إلى فروع والفروع إلى تسلسل، بناء على جميع ما تقدم أورد النتائج والتوصيات التي توصلت إليها:

النتائج:

١/ نجد أن المشرع السوداني لم يمنح المشرع السوداني سلطة المحكمة المختصة بإلزام لم يمنح المشرع السوداني سلطة المحكمة المختصة بإلزام لم يمنح المشرع السوداني سلطة المحكمة المختصة بإلزام تناول موضوع المشارطة التحكيم بإيجاز أدى بصورة خلقت عدد من الإشكاليات في الحياة العملية والعلمية لأن الثغرات في التشريع تضعف القاعدة القانونية التي يجب أن تكون صلبة.

٢/ أسند المشرع السوداني في صياغة قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م كما سبق وذكرت في ضابط الأهلية إلى القوانين الأخرى وهنالك تنازع وتضارب في تلك القوانين.

٣/ لم يتناول المشرع الحديث آلية تحصيل أتعاب المحكمين ومصروفات التحكيم في حالة رفض احد طرفي النزاع السداد.

٤/ لم يرتب المشرع أثر على عدم التوقيع المشارطة المترتب.

٥/ لم يمنح المشرع السوداني سلطة المحكمة المختصة بإلزام أحد طرفي التحكيم على توقيع على المشارطة.

٦/ لم يمنح المشرع السوداني سلطة المحكمة المختصة بإلزام أحد طرفي التحكيم في سداد ما دفع عنه من طرف الآخر هل هي ناتج عن مسئولية تعاقدية أو مسئولية تقصيرية أو تحت بند الكسب الغير مشروع وما هي آلية الواجب بها السداد.

٧/ منح المشرع السيد وزير العدل سلطة تحديد أتعاب المحكمين تؤثر على استغلال المحكم باعتباره أن يكون طرفاً في أحد الدعاوى.

٨/ لم ينص المشرع السوداني على تعديل مشـــارطة التحكـــيم فـــي حالـــة تنحى أحد المحكمين.

٩/ لم يشير المشرع السوداني للتدخل والضم في قانون التحكيم ٢٠١٦م.

١٠/ أغفل المشرع السوداني ذكر الفرق بـــين شـــرط التحكـــيم ومشـــارطة التحكيم.

التوصيات:

١/ لأهمية القاعدة القانونية أتمنى من المشرع الوطني مراجعة المواد التي تتحدث عن المشارطة خاصة وقانون التحكيم بصورة عامة لأهمية القانون المتزايدة في الحياة العملية.

٢/ مراجعة ضابط الأهلية ليس في قانون التحكيم فقط ولكن في جميع القوانين الوطنية وجعل معيار واحد لكل السودانيون بكافة مشاربهم على ضوء الشريعة الإسلامية.

٣/ واجب النص على إلزام أطراف التحكيم بالتوقيع على مشارطة التحكيم.

٤/ واجب النص على ألزام أحد طرفي التحكيم بالسداد كافة أتعاب التحكيم والمصاريف في حالة تمنع أحد الأطراف على أن يعود عليه كدين واجب السداد وملزم.

٥/ واجب المشرع على حسم إشكالية وتلافي الأثر المترتب على عدم التوقيع المشارطة وذلك بأن ترتب على أن يكون سبب في أبطال حكم التحكيم وبالضرورة أن تنهدم فكرة التحكيم بالكلية.

٦/ يجب على المشرع توضيح دور المحكمة في حالة عدم التوقيع والسداد أتعاب التحكيم والمنصرفات.

٧/ أوصي بعدم منح السيد وزير العدل حق تحديد الأتعاب خاصة في الدعاوى التي تكون الدولة طرف فيها.

٨/ وجوب نص المشرع السوداني على تعديل مشارطة التحكيم في حالة تنحى أحد المحكمين.

٩/ حسن فعل المشرع بعدم الإشارة للتدخل والضم في التحكيم مما ممكن يحدثه من إشكاليات عملية وإجرائية وموضوعية.

١٠/ أوصي المشرع السوداني توضيح الفرق بين شرط التحكيم ومشـــارطة التحكيم وذلك لأهمية الأمر، مشارطة التحكيم هي عبارة عن عقد مستقل عن العقد الأصلي الذي تم التعاقد عليه بين الطرفين، بحيث يكون كالتالي شـــرط التحكيم/ هو اتفاق يدرج في عقد المعاملات بين أطراف العقد على اشـــتراط الأطراف إحالة النزاع الذي سوف يحدث مستقبلاً وهو المـــدخل الأساســـي للدخول في عالم التحكيم وبدونه لا يوجد تحكيم من الأساس.

الاتفاق/ هو اتفاق "لاحق" يجئ بعد حدوث النـــزاع أو يكـــون بعـــد إبـــرام العقد (عقد المعاملات) ويأخذ قوة الشرط.

المشارطة/ الوسيلة الإجرائيـــة العمليـــة التحكـــيم أي تعـــد وتكتـــب ويـــتم التوقيع عليها بعد تشكيل هيئة التحكيم أي بعد شـــرط تحكيمـــي أو اتفـــاق لاحـــق، وذلك للجوء إلى تحكيم في صدد نزاع قائم فصلاً بينهما.

الفهارس العامة

فهرس الآيات القرآنية.
فهرس الأحاديث النبوية.
فهرس الأعلام.
المصادر والمراجع.

فهرس الآيات القرآنية

الرقم	الآية	رقمها	السورة	الصفحة
١	(فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)	٦٥	النساء	ب
٢	(وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَاكُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ)	١٨٥	البقرة	د
٣	(فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)	٦٥	النساء	٢٦
٤	(وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا)	٣٥	النساء	٢٦
٥	(إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا)	٥٨	النساء	٢٧
٦	(فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)	٦٥	النساء	٢٧

الرقم	الآية	رقمها	السورة	الصفحة
٧	(إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا)	١٠٥	النساء	٢٧
٨	(إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ)	٩	الحِجْر	٣٧
٩	(رَّضِيَ الله عَنْهُمْ وَرَضُواْ عَنْهُ)	١١٩	المائدة	٨٦
١٠	(ليس على الأعمى حرج)	٦١	النور	٨٨
١١	(لا يذوقون فيها الموت إلا الموتة الأولى)	٥٦	الدخان	٨٩

فهرس أطراف الحديث

الرقم	طرف الحديث	الصفحة
١	"لا يَشْكُرُ اللّهَ مَنْ لا يَشْكُرُ النّاسَ"	د
٢	"أَشْكرُ الناس لله، أَشكرُهم للناس"	د
٣	ما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه قال: نزل أهل قريضة على حكم سعد بن معاذ رضي الله عنه	٢٨
٤	وعن شريح بن هانئ عن أبيه هانئ إنه لما وفد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعهم وهم يكنون هائناً أبا الحكم	٢٩
٥	"من حكم بين اثنين تراضيا به، فلم يعدل، فعليه لعنة الله"	٢٩
٦	حَدَّثَتْنِي عَائِشَةُ أُمُّ الْمُؤْمِنِينَ: أَنَّهُ كَانَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَلامٌ، فَقَالَ لَهَا: (مَنْ تَرْضَيْنَ بَيْنِي وَبَيْنَكِ؟ أَتَرْضَيْنَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ؟	٣٠
٧	"اللهم إني أَعوذُ برضاكَ من سَخَطِكَ"	٨٦
٨	وعن أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ الله صلى الله عليه وسلم: "مَنْ يَأْخُذُ عَنّي هَؤُلاَءِ الكَلِمَاتِ فَيَعْمَلُ بِهِن أو يُعَلّمُ مَنْ يعْمَلُ بِهِنّ"	٨٧
٩	"إنّما البيع عن تراضٍ"	٩٠
١٠	"ولا يحلّ لامرئٍ من مال أخيه إلاّ ما طابت به نفسه"	٩٠
١١	"لا يحلّ مال امرئٍ مسلمٍ إلاّ بطيب نفسٍ"	٩٠

فهرس الأعلام

الرقم	أسم العلم	تاريخ الميلاد والوفاة	الصفحة
١	أبو طاهر مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الشيرازي الفيروزآبادي	م ١٣٢٩م – ت ١٤١٥م	٢٦
٢	محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين الأنصاري الرويفعي الأفريقي	م ١٢٣٣م – ت ١٣١٢م	٢٦
٣	إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري	م ١٣٥٨م – ت ١٣٩٧م	٢٧
٤	أبو الحسن علي بن محمد الماوردي	م ٩٧٤م – ت ١٠٥٨م	٢٨
٥	محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي	م ١٧٨٤م– ت ١٨٣٦م	٢٨
٦	علي حيدر خواجه أمين أفندي	ت ١٩٣٥م	٢٨
٧	أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي الحسن علي بن محمد القرشي التيمي البكري	م ٥١٠هـ–ت ٥٩٧هـ	٢٨
٨	أبو زكريا يحيي بن شرف الحزامي النووي الشافعي	م ١٢٣٣م – ت ١٢٧٧م	٢٨
١١	الشيخ محمد صالح المنجد	م ١٩٦١م	٣٠
١٢	شعيب بن الحبحاب الأزدي أبو صالح البصري مولى لبني زافر	ت ١٣٠هـ	٣٠
١٣	يزيد بن حميد الضبعي أبو التياح البصري	ت ١٢٨هـ	٣٠
١٤	أبن أبي عروبة هو سعيد بن مهران أبو النضر مولى ابن عدي بن يشكر	م٦٨٩هـ– ت ٧٣٣هـ	٣٠
١٥	بـابن العَيْني هو زين الدين عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد الدمشقي	م ١٤٣٣ – ت ١٤٨٨م	٣١

١٦	الجنيد البغدادي هو الجنيد بن محمد بن الجنيد	م ٢١٥هـ-ت ٢٩٨هـ	٨٥
١٧	الحارث بن أسد بن عبد الله العنزي المحاسبي البصري البغدادي كنيته أبو عبد الله	م ١٧٠هـ-ت ٢٤٣هـ	٨٥
١٨	أحمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد بن عيسى بن الحسين بن عطاء الله الجذامي السكندري	م ١٢٦٠م- ت ١٣٠٩م	٨٦
١٩	أبو القاسم حسين ابن محمّد الراغب الأصفهاني	م القرن ١١م-ت١١٠٩م	٨٦
٢٠	محمد عبد الرؤوف بن تاج العارفين ابن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المُناوي القاهري	م ٩٥٢هـ - ت١٠٣١هـ	٨٦
٢١	أبو جعفر الطّبَرِي هو محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب	م ٢٢٤هـ-ت٣١٠هـ	٨٨
٢٢	سعد الملة والدين أبو سعيد مسعود بن عمر بن محمد بن أبي بكر بن محمد بن الغازي التفتازاني السمرقندي الحنفي	م ٧٢٢هـ-ت ٧٩٢هـ	٩١

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: السنة النبوية وعلومها:

١/ محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بَرْدِزبَه الجعفي، فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني، الحافظ، دار المنار للطبع والنشر والتوزيع ١٤١٨هـ ١٩٩٨م.

٢/ ابن ماجه، محمد بن يذيد القزويني، سنن أبن ماجه، تحقيق: محمود محمد محمود نصار، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٨م.

٣/ ابن عباس، محمد بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق: رائد بن صبري ابن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية، لبنان، ٢٠٠٤م.

ثالثاً: الفقه الإسلامي وأصوله:

(أ) المذهب الحنفي:

١/ ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، المعروف بابن عابدين الدمشقي الحنفي، حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار)، ج٥، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

٢/ علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

(ب) المذهب المالكي:

١/ إبراهيم بن علي، بن فرجون المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، المطبعة العامرية الشرقية، بمصر، ١٣٠١هـ.

(ج) المذهب الشافعي:

١/ أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي، أدب القاضي، مطبعة العاني، بغداد، العراق، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.

(د) المذهب الحنبلي:

١/ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة بن مقدام، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، الجزء الحادي عشر، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.

رابعاً: كتب معاجم اللغة والتراجم:

١/ مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، دار التحرير للطبع والنشر، مطابع شركة الإعلانات الشرقية، مصر، ط٢، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٢/ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، دار الجيل للطبع والنشر والتوزيع، لبنان، ١٩٩٥م.

٣/ محمد بن مكرم الشهير بابن المنظور، لسان العرب، ج١٠، دار المعارف، بيروت، لبنان، ط٨، ٢٠١٤ م.

٤/ أبي منصور محمد بن أحمد الأزهري، تهذيب اللغة، ج٢، دار المصرية للتأليف والترجمة، مصر، ١٩٧٦م.

٥/ محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج٢، دار الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير، مصر، ١٩٩٩م.

خامساً: القوانين والاتفاقيات الدولية:

١/ قانون تفسير القوانين والنصوص العاملة لسنة ١٩٧٤م، السودان، تاريخ النشر ٢١/٥/ ١٩٧٤م.

٢/ قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م، السودان، تاريخ النشر ١٩٨٤/٢/١٤م.

٣/ قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦ م، السودان، الموافق ١٤٣٧هـ/ ٢٠١٦م.

٤/ قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م، تعديل لسنة ٢٠٠٩ م، السودان، يونيو ٢٠٠٩م.

٥/ قانون الطفل لسنة ٢٠١٠م، السودان، ١٠ فبراير ٢٠١٠ م.

٦/ قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة ١٩٩١م، السودان، ١٩٩١م.

٧/ قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م تعديل ٢٠٠٩ السوداني.

٨/ قانون التحكيم القانون رقم ٢٧ المصري لسنة ١٩٩٤م.

٩/ نظام التحكيم ١٤٣٣هـ، مرسوم ملكي رقم م/٣٤ بتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤هـ، السعودي.

١٠/ قانون التحكيم، اليمن، القرار الجمهوري قانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م.

١١/ قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الوساطة التجارية الدولية واتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة، لعام ٢٠١٨م.

أولا: اتفاقيات التحكيم ذات الطابع الدولي:

١/ اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م، باتفاقية الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، للأمم المتحدة انعقد في مقرها بنيويورك في الفترة من ٣٠ مايو إلي ١٠ يونيو ١٩٥٨م، أصبحت هذه الاتفاقية نافذة المفعول منذ ٤ سبتمبر

١٩٥٩م. New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.

٢/ الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدولة وبين رعايا الدول الأخرى (اتفاقيه واشنطن ١٩٦٥- الأكسيد) يسميها البعض مجازا اتفاقية واشنطن لمنازعات الاستثمار، مدينة واشنطن، والمبرمة في بتاريخ ٨ مارس ١٩٦٥م، السودان أودعت وثائق التصديق على الاتفاقية ،ودخلت حيز النفاذ في ١٤ أكتوبر ١٩٦٦م. وبموجب هذه الاتفاقية تم إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار: The International Center for Settlement of Investment Disputes Center for Settlement of Investment Disputes.، ويشار إليه اختصاراً (ICSID).

٣/ قواعد الأونسيترال للتحكيم تم اعتماد قواعد الأونسيترال للتحكيم من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام ١٩٧٦م.

ثانياً: اتفاقيات التحكيم ذات الطابع العربي:

١/ اتفاقية الرياض لتنفيذ الأحكام القضائية والتحكيمية ١٩٨٣م، الرياض، ٦ أبريل ١٩٨٣م.

٢/ اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري، عمان، ١٩٨٧م.

سادساً: الكتب القانونية والعامة:

١/ القصيمي صلاح أحمد محمد طه، عقد التحكيم وإجراءاته، المكتبة الوطنية، السودان، ط١، ٢٠١١م.

٢/ د. إبراهيم محمد أحمد دريج، شرح قانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م مع عرض حلول لإشكالات التطبيق العلمي، الدار السودانية للكتب، المركز السوداني للتوفيق والتحكيم، الطبعة الثانية، ٢٠١٨م.

٣/ د. حاتم عبد الرحمن محمد حسن إبراهيم، المشاكل القانونية وتطبيقاتها في التحكيم، الجزء الأول، المكتبة الوطنية أثناء النشر، السودان، الطبعة الأولى، السودان ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م.

٤/ د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية والدولية، الطبعة الأولى، ٢٠١٤م.

٥/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م.

٦/ د. إبراهيم محمد أحمد دريج، نشأة وتطور التحكيم في المعاملات والمنازعات المدنية والتجارية، المكتبة الوطنية، السودان.

٧/ حسن المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٦م.

٨/ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، لإسكندرية، ٢٠١١م.

٩/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مطبعة منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧م.

١٠/ د. إبراهيم محمد أحمد دريج، التحكيم في السودان، الطبعة الأولى، السودان، ٢٠١٢م.

١١/ مصطفى الجمال، ود.عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، دار المعارف، القاهرة، ١٩٩٨م.

١٢/ عبد الحميد الأحدب، التحكيم المطلق بالصلح والإنصاف والعدل والتحكيم بالقانون، بحوث ومقالات، ط١٥، العدد الثالث، أكتوبر ٢٠٠٠م.

١٣/ أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٩٨م.

١٤/ عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٠م.

١٥/ د. حمزة حداد، دور التحكيم في تسوية المنازعات، الطبعة الثانية، (د. ت).

١٦/ د. مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٤م.

١٧/ فارس محمد القادري، الوكالة التجارية الحصرية في الفقه الإسلامي والقانون اليمني، ٢٠١٦ م.

١٨/ عزيزة الشريف، التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية، ١٩٩٢-١٩٩٣م.

١٩/ علاء محي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، (د. ت).

٢٠/ محمود السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤م.

٢١/ د. عبد القادر ورسمه غالب، مبادئ التحكيم التجاري، البحرين، المطبعة الشرقية، ٢٠١٥م.

٢٢/ أ. د. محمد الشيخ عمر، قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م مصادر وأحكام الالتزام، الخرطوم، ٢٠٠٤م.

٢٣/ مهند محجوب العربي، مرشد الوفود لمعرفة أحكام العقود، السودان، ٢٠١٠م.

٢٤/ أ. د. محمد الشيخ عمر، قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م الجزء الأول الالتزامات الإدارية، ٢٠٠١م.

٢٥/ د. أبو ذر الغفاري بشير، العقد والإرادة المنفردة في القانون السُوداني، الطبعة السابعة، الخرطوم، ٢٠٠٨م.

٢٦/ د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م.

٢٧/ د. عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية العقد، طبعة سنة ١٩٣٤م، مطبعة دار الكتب المصرية، مصادر الالتزام، المجلد الأول، العقد، ١٩٨١م.

٢٨/ أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠م.

٢٩/ د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، ج١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٠م.

٣٠/ د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مطبعة منشاة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٩م.

٣١/ د. حسن الهداوي، الجنسية وأحكامها في القانون الأردني، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٣م.

٣٢/ د. محمد العالم آدم أبو زيد، الإجراءات المدنية، الجزء الأول، الدعوى، الخرطوم، ٢٠٠٩م.

سابعاً: البحوث والمجلات العلمية:

١/ أحمد المصطفى محمد صالح، المسؤولية القانونية للمحكم في القانون السوداني والمقارن، مجلة الشريعة والقانون، العدد (٢٧)، ربيع الآخر ١٤٣٧هـ – فبراير ٢٠١٨م.

٢/ عبد الكريم الثلاياء، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في منازعات عقود الاستثمار، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، ٢٠١٢م.

٣/ محمود السيد عمر التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ٢٠١٥ م.

٤/ مدونة المحامي مصعب القطاونة، بحث منشور.

٥/ إيمان أبو الغيط، مشارطة التحكيم بحث اجتياز دبلوم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر.

٦/ محمد بن ناصر النجار، التحكيم في المملكة العربية السعودية، من منشورات مركز البحوث والدراسات الإدارية، الرياض.

٧/ المحامية فتون خير بك، بحث منشور.

٨/ د. عدنان إبراهيم السرحان، د. نوري خاطر، دراسة مصادر الحقوق الشخصية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠م.

٩/ د. رمضان أبو السعود، دراسة مصادر الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، ١٩٩٠م.

١٠/ القاضي أحمد سعيد المومني، التحكيم في التشريع الأردني والمقارن، ج١، (د. ن)، (د. ت).

ثامناً: المواقع الإلكترونية:

١/ https://www.dialoguecentre.org، الكونجرس الأمريكي يقيد قدرة الشركات على التستر على المضايقات، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/٢/١١م ، الخرطوم بحري، الساعة١٢:٢٠ ظهراً.

٢/ https://www.islamport.com، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، الموسوعة الشاملة، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/١٥م، الساعة ٨:٢٩ صباحاً، الخرطوم بحري.

٣/ https://islamqa.info/ar، الشيخ محمد صالح المنجد، موقع الإسلام سؤال وجواب، تاريخ النشر: ٢٠١٦/١٠/٠١م، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/١٥م الساعة ٩:٠٣ صباحاً،الخرطوم بحري.

٤/ http://arknowledge.net/articles/868، نجلاء نجار، التحكيم في الإسلام ومقارنته مع التحكيم في القوانين الوضعية ٢٨ ديسمبر ٢٠١٨م، الحقوق، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/١٥م، الساعة ٩:٣٦صباحاً،الخرطوم بحري.

٥/ http://www.laweg.net، القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٥٥ لسنة ٢٣ تاريخ الدخول، ٢٠٢١/١٢/١٩م الساعة ٢:٥٣ صباحاً، الخرطوم بحري.

٦/ https://justice-academy.com، موسوعة العدالة للتحكيم التجاري الدولي، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/٢٠م، الساعة ١:٤٥ ظهراً، الخرطوم بحري.

٧/ https://iamaeg.net، أنواع التحكيم، الأكاديمية الدولية للوساطة والتحكيم تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/٢٠م، الساعة ١:٤٥ ظهراً، الخرطوم بحري.

٨/ https://www.droitetentreprise.com، متى يكون التحكيم دولياً؟ الفرق بين التحكيم الدولي والتحكيم الوطني، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/٢٠م، الساعة ١:٥٨ ظهراً، الخرطوم بحري.

٩/ https://www.bahrainlaw.net/1، قضاء الصلح وأثره في إنهاء الخصومات في الشريعة الإسلامية، مجتمع البحرين القانوني، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/٢٤م، الساعة ٥:٢٥ مساءً، الخرطوم بحري.

١٠/ https://www.almaany.com، المعاني، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/٢٥م، الساعة ١١:٥٣ صباحاً، الخرطوم بحري.

١١/ https://ar.wikipedia.org/wiki، رضا (خلق)، من ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، تاريخ الدخول٢٦: /٢٠٢١/١٢م، الساعة ٠٣: ١٢ ظهراً، الخرطوم بحري.

١٢/ https://tafsir.app/tabari/4، تفسير الطبري، ابن جرير الطبري (٣١٠هـ)، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/٢٦م، الساعة ١٢:٠٠ ظهراً، الخرطوم بحري.

١٣/ https://islamweb.net/ar/library، تفسير ابن كثير، تفسير سورة النساء، تفسير قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل"، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/٢٦م الساعة ٠٥: ١٢ ظهراً، الخرطوم بحري.

١٤/ http://quran.ksu.edu.sa/tafseer/katheer، تفسير أبن كثير، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/٢٦م الساعة ١٥: ١٢ ظهراً، الخرطوم بحري.

١٥/ https://search.emarefa.net، الامتثال للمالية الإسلامية (تونس)، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/٢٦م، الساعة ٢٦: ١٢ ظهراً، الخرطوم بحري.

١٦/ http://www.al-eman.com، رضاً، كتاب: الموسوعة الفقهية الكويتية، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/٢٦م، الساعة ٢٣: ١٢ ظهراً، الخرطوم بحري.

١٧/ https://alqabas.com/article/، سعد بشير الشمري، مفهوم الالتزام، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/٢٧م، الساعة ٣:٣٣ مساءً، الخرطوم العمارات.

١٨/ http://www.alukah.net/sharia، د. عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، تاريخ الدخول: ٢٠٢١/١٢/٢٧م، الساعة ٣:٥٣ مساء/ الخرطوم.

١٩/ https://justice-academy.com، موسوعة العدالة للتحكيم التجاري الدولي، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢م، الساعة ١٢:٣ ظهراً، الخرطوم بحري.

٢٠/ https://justice-academy.com، د. عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، تاريخ الدخول: ٢ /١/٢٠٢٢م، الساعة ١٠:٣ صباحاً، الخرطوم بحري.

٢١/ https://islamstory.com/ar، د. محمد سهيل طقوش، موقعة صفين الصدام العسكري والتحكيم، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢م، الساعة ٣:١٠ مساءً، الخرطوم بحري.

٢٢/ https://www.eastlawsacademy.com، د. خابد الكاديكي، شرط التحكيم في الشريعة الإسلامية وفي القانون الوضعي

العربي، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/٢/١٢م، الساعة ٢:٢٧ مساء، الخرطوم.

٢٣/ https://iamaeg.net/ar/، نقض مدني مصري، طعن رقم ٧٣، بتاريخ ١٨ نوفمبر ١٩٤٨م، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢٤م، الساعة ٤:٢٠ مساءً، الخرطوم.

٢٤/ https://www.lawsmaster.com/، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، شروح السنهوري للقانون، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢٤م، الساعة ٧:٢٠ مساء، الخرطوم.

٢٥/ http://qatawneh.lawjo.net، د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢٥م، الساعة ٥:٤٥ مساء، الخرطوم.

٢٦/ http://qatawneh.lawjo.net/، مدونة المحامي مصعب القطاونة، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢٥م الساعة ٦:١٥، الخرطوم.

٢٧/ http://kenanaonline.com/، إيمان أبو الغيط، مشارطة التحكيم، بحث تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢٥م الساعة ٦:٤٧ مساحة، الخرطوم.

٢٨/ https://www.bayt.com، المحامية فتون خير بك، تاريخ النشر: ٢٠١٣/١٠/٤م، تاريخ الدخول: ٢٠٢٢/١/٢٤م، الساعة ٧:٢٠ مساء، الخرطوم.

سيرة ذاتية

الاسم: سليمان مجذوب علي عيسى

تاريخ الميلاد: ١٩٧٤/٣/٢٧م

الجنسية: سوداني.

موبايل: ٠٩١٢٢٢٥٧٣٥

البريد الإلكتروني: sulimanali1@yahoo.com

العنوان: الخرطوم، المعمورة، مربع (٦٩)، منزل (٣٣٧).

المؤهلات العلمية:

+ بكالوريوس قانون جامعة النيلين، ديسمبر ٢٠١٠م.
+ شهادة تنظيم مهنة القانون، أغسطس ٢٠١٦م.
+ بكالوريوس الاقتصاد والعلوم الإدارية (أدارة أعمال – ٢٠٠٠م).

الدورات التدريبية:

+ دورة وايبو بالتعاون مع وزارة العدل، السودان، أكتوبر ٢٠١٨م.
+ دورات كمبيوتر من مركز الخوارزمي – الإمارات.
+ دورات كمبيوتر من مركز هايبو – السودان.
+ دورات متعددة في التسويق – السودان.

الخبرات العملية:

+ وزارة العدل، المسجل التجاري، الشركات التجارية، المتابعة منذ ٢٠٢٠/٩/٨م إلى الآن.
+ وزارة العدل، بمكتب المحامي العام لجمهورية السودان، الإدارة القانونية للصندوق القومي لرعاية الطلاب، الأمانة العامة، الخرطوم، منذ ٢٠١٨/١/٣١م إلى ٢٠٢٠/٩/٨م.
+ محامي بمكتب د. عمر إبراهيم سيد أحمد كباشي، منذ أغسطس ٢٠١٦م إلى ديسمبر ٢٠١٧م.
+ تبوك الدوائية، السودان، منذ ٢٠١٠/١/١م إلى ٢٠١٤/١/١٥م.

اللغات: عربي اللغة الأم. إنجليزي مستوى جيد.