

مدى إلزامية حكم التحكيم وقوته التنفيذية في الشريعة الإسلامية والقانون دراسة مقارنة

دكتور/ أحمد خليفة شرقاوي أحمد (*)

المقدمة:

الحمد لله الذي أوضح لنا معالم الدين، وجعلنا مسلمين، وهدانا إلى صراطه المستقيم، وشرع لنا من الدين ما حفظ به حقوق المتقاضين والمتحاكمين .
وأشهد أن لا إله إلا الله الملك الحق المبين وأشهد أن محمدا عبده ورسوله الأمين، صلاة وسلاماً عليه وعلى آله وصحبه أجمعين . وبعد،،،
فإن ولاية القضاء حق للإمام الأعظم مكفول، وقيد عليه مسبول ورجاء الخصمين النصفة على يديه مأمول، فهو الذي عليه مدار الأحكام، ويستغاث به عند الشقاق والخصام، فلا يحكم بين رعيته دونه أحد من الأنام، لأن القضاء إليه دون غيره موكل، وهو لإقامة العدل بين المتقاضين منصوب ومسئول.

قال تعالى : ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ يَوْمَ تُنْفَخُ الْأَنْفُسُ﴾ [ص: ٢٦]. وانطلاقاً من هذا النص القرآني تتقرر الولاية القضائية حقاً لولي الأمر لا ينازعه فيه منازع، بيد أن ولي الأمر نظراً لكثرة أشغاله، وتعدد أعماله، واتساع بلاده، يصعب عليه أن يقضي على الدوام بانفراده، حيث لا طاقة له على الحكم في شتى البقاع والأمكنة، وفي مختلف الأيام والأزمنة، وفي كل خصومة وحادثة، سيما وقد تكاثرت الدعاوي والخصومات، وتباعدت الأقطار والمحلات.

(*) المدرس بقسم القانون الخاص، تخصص (قانون مرافعات مدنية وتجارية). كلية الشريعة والقانون، بطنطا

لذا فقد بات لزاماً أن يكون له على أمر القضاء نواب وأعوان، يعملون بأمره ويخضعون لإشرافه، لذا فقد قسم ولايته القضائية، وعدد قضااته على وفق معايير شرعية، فجعل لكل قاض ولاية للحكم مخصوصة إما بالمكان، أو الزمان، أو الحادثة، أو النصاب المقدر من المال^(١).

وهذا مما أجمع على جوازه ومشروعيته الفقهاء والعلماء؛ لأن ولاية القضاء تنعقد على العموم وعلى الخصوص، فهي قد تنعقد عامة مطلقة وقد تنعقد خاصة مقيدة^(٢).

ولما كان القضاء قد يورث الضغائن والشحناء بين المتقاضين والخصماء كان من رحمة الشارع الحكيم أن شرع لهم التحكيم، وقد جعل الرضا مبناه، وفصل الخصومة معناه، وإنفاذ الحكم على المحكوم عليه هي غايته ومنتهاه، فمتى تراضى الخصمان على تحكيم شخص بينهما ممن كان محلاً للثقة في نفوسهما كان ذلك حقاً خالصاً لهما، فيقبلون حكمه دون مشاحنة أو مخاصمة، لذا كان التحكيم سبباً في رفع التخاصم وإزالة الشحناء من نفوس الخصماء، لأن الرضا بين الخصوم على التحكيم إنما هو في ذاته وجوهره يعد تقارباً وتسامحاً فيما بينهم، فيؤدون الحقوق بينهم بطيب نفس منهم وراحة قلب.

والتحكيم يعد قضاءً خاصاً فقد عرفه الناس منذ القدم، فكان سبباً لتحصيل المصالح ودفع المفاسد، فولاية المحكم تنعقد بإرادة الخصوم لإنهاء نزاع قد ثار بينهم

(١) فإن خصت ولاية الحكم بالمكان فهي اختصاص محلي، وإن خصت بالزمان فهي اختصاص زمني، وإن خصت بالحادثة أو الخصومة فهي اختصاص نوعي، وإن خصت بالنصاب المقدر من المال فهي اختصاص قيمي، وذلك على النحو المعمول به في القوانين الوضعية الحالية.

انظر: رسالتنا الدفع بعدم الاختصاص «دراسة تأصيلية مقارنة» بين الفقه الإسلامي وقانون المرافعات المدنية والتجارية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر سنة ٢٠٠٩ م.
(٢) معين الحكام، الطرابلسي ص ١٣، تبصرة الحكام، لابن فرحون ٢٠/١، نهاية المحتاج، الرمي ٢٤٣/٨، المغني، لابن قدامة ١٠٥/٩.

أو يثور بينهم مستقبلاً، فهو ولاية خاصة قاصرة على النزاع محل التحكيم، وما لجأ الناس للقضاء حتى قامت الدول، وشرعت النظم، وتعددت المسائل، وتنوعت المشاكل، فالتحكيم عرف قبل الإسلام، فكان هو السائد بين الناس، فالتحكيم كان ملجأ للعرب قبل الإسلام لحسم الخصومات وقطع المنازعات، التي كانت تثور بين القبائل المختلفة عند التنافر والتفاخر.

وقد كان المحكم عند العرب إنما يختار ممن عرفت عنه الحكمة والحلم والأناة ورجاحة العقل والسداد في الرأي، ولقد أشتهر من بين العرب قبل الإسلام عدد من المحكمين، ممن حازوا ثقة الناس في عدالتهم، منهم الأقرع بن حابس، وعبد المطلب ابن هاشم، والحاجب بن زرارة وغيرهم.

وقد قام النبي ﷺ قبل مبعثه بدور المحكم فكان ﷺ أخير الناس حكماً وأكثرهم قبولاً في نفوس الناس، فقد حقن دماء القوم في الجاهلية حينما أرادوا رفع الحجر الأسود، وقد اختصموا في ذلك اختصاماً كادوا معه يتقاتلون، فقالوا:

يحكم بيننا أول رجل يخرج من هذه السكة فكان رسول الله ﷺ هو أول من خرج، فكان ﷺ الحكم بينهم، وقضى في ذلك بأن يجعلوا الحجر الأسود في مِرْطٍ^(١)، ثم ترفعه القبائل من أطراف هذا المِرْطِ^(٢).

وقد نفذ حكمه ﷺ على جميع القبائل المتنازعة، فحسم بذلك خلافهم ونزع الحرج من نفوسهم، وسلموا لحكمه تسليماً.

ولما جاء الإسلام أقر التحكيم بل ونظمه وفضله في كثير من الأحوال على القضاء، وحث عليه الناس، ليكون سبباً في فصل الخصام وقطع النزاع.

(١) المِرْط: كُساف من خز أو صوف أو كتان وجمعه مِرْوط، انظر: لسان العرب، لابن منظور ٤٠١/٧

(٢) سيرة ابن هشام ١٩/٢، السيرة النبوية لابن كثير ٢٨٠/١.

هذا ولقد عني به الفقهاء والعلماء تحقيقاً وتنظيماً، تفریعاً وتدقیقاً، فأجمعوا على كونه ولاية شرعية مخصوصة في نزاع مخصوص ينعقد بإيجاب وقبول شرعيين. كما أنهم أجمعوا على أن المحكم نافذ الأحكام فيما حُكم فيه كحاكم الإمام^(١).

من هنا كانت أهمية التحكيم في فض المنازعات، وإزالة المشاحنات وقطع الخصومات فأثبت التحكيم بذلك جدواه وظهر أثره ومعناه، حتى أصبح واقعاً محترماً ونظماً متبعاً في جميع الدول، بل أنشأت له المحاكم والهيئات والمراكز المحلية والإقليمية والدولية .

هذا وقد اهتمت الدول العربية والإسلامية بنظام التحكيم - رجوعاً إلى تراثها المعمور - ومن مظاهر هذا الاهتمام إقرار القمة الإسلامية الخامسة المنعقدة في الكويت في يناير (١٩٨٧م) مشروع النظام الأساسي لمحكمة العدل الإسلامية للدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي^(٢).

وبناء على ما تقدم:

يتضح جلياً ما للتحكم من أهمية عالمية في إنهاء النزاع بالتراضي بين أطرافه، باعتباره نظاماً شرعياً ووسيلة سريعة، تحفظ بمقتضاه الحقوق وتصل به إلى أربابها ومستحقيها على الوجه المعتبر في ذلك شرعاً وقانوناً.

لذا فقد آثرت أن أكتب في هذا الموضوع بحثاً يدور في بعض عناصره وجوانبه، فجمعت مادته العلمية، وفصلت مسائله الفرعية بإيجاز غير مغل وإطناب ليس يمل. ولقد استخرت الله ﷻ فيه فما وجدت من نفسي - سوى العزم عليه والتوفيق

(١) الإجماع، لابن المنذر ص ١٢٣.

(٢) التحكيم والتحكيم الدولي في الشريعة الإسلامية، د/ عجيل جاسم النشمي، بحث مقدم للدورة العادية التاسعة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، المنعقدة في فرنسا.

إليه، فكان محلاً لبحثي، لأظهر من خلاله أهمية هذه الفكرة وجدواها علمياً وعملاً في تخفيف العبء والعناء عن عاتق القضاء، دون مساس بهيبته أو قداسته، وفي تعجيل النظر في فصل الخصام وقطع النزاع، دون النيل من حقوق الخصوم وأوجه الدفاع، فضلاً عن تبسيط الإجراءات والاقتصاد في النفقات.

ولقد عنونته بالعنوان التالي:

«مدى إلزامية حكم التحكيم وقوته التنفيذية في الشريعة الإسلامية والقانون
دراسة مقارنة».

وقد نهجت فيه المنهج العلمي التالي :

١ - عزوت الآيات القرآنية إلى مواضعها في سورها، كما أنني خرّجت الأحاديث النبوية من مصادرها الأصلية.

٢ - قمت ببحث هذا الموضوع بحثاً تأصيلياً دقيقاً من خلال القواعد الشرعية في الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي.

٣ - عقدت المقارنات بين المذاهب الفقهية وأقوال الفقهاء والعلماء، عارضاً بذلك أدلتهم، وما ورد عليها من مناقشات، ومرجحاً منها ما قوي دليله، مدعماً ذلك بأسباب القبول والرجحان، ومقابلاً ذلك بما نص عليه القانون الوضعي.

٤ - أثرت في ثبوت المراجع بحاشية البحث ذكر المؤلف أولاً، ثم ذكر المؤلف، نظراً لطبيعة المؤلفات الفقهية الإسلامية، وقد عمدت ذلك في المراجع القانونية؛ لتوحيد السياق في ثبوت المراجع، وقد ذكرتها مختصرة في الحاشية، ثم ذكرتها كاملة ببيان دور النشر والطباعة في قائمة المراجع؛ حيث إن من طالع بحثاً طالع بالضرورة مصادره.

٥- ختمت البحث بخاتمة بينت فيها النتائج التي أثمرها البحث والتوصيات، معقوبة بقائمة لأهم المراجع وفهرست الموضوعات.

خطة البحث :

لقد عقدت خطة هذا البحث في مقدمة ومبحث تمهيدي وثلاثة فصول وخاتمة على النحو التالي:

أولاً: المقدمة: وهي في بيان أهمية الموضوع وأسباب اختياره والمنهج المتبع في بحثه، مشفوعة بخطته ومحتوياته.

ثانياً: المبحث التمهيدي: في حقيقة التحكيم وما يشته به في الشريعة الإسلامية والقانون.

ثالثاً: الفصل الأول: في مشروعية التحكيم وانعقاده وشروطه ونطاقه. ويشتمل على أربعة مباحث:

المبحث الأول: مشروعية التحكيم.

المبحث الثاني: انعقاد التحكيم.

المبحث الثالث: شروط التحكيم «صفة الحكم والمحكم».

المبحث الرابع: نطاق التحكيم.

رابعاً: الفصل الثاني: في بيان مدى إلزامية حكم التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: أنواع التحكيم.

المبحث الثاني: الطبيعة الشرعية والقانونية لحكم التحكيم.

المبحث الثالث: التأسيس الشرعي والقانوني للإلزام بحكم التحكيم.

خامساً: الفصل الثالث: القوة التنفيذية لحكم التحكيم في الشريعة الإسلامية
والقانون.

ويشتمل على أربعة مباحث:

المبحث الأول: كيفية اكتساب حكم التحكيم للقوة التنفيذية.

المبحث الثاني: تنفيذ حكم التحكيم.

المبحث الثالث: وسائل تعطيل القوة التنفيذية لحكم التحكيم «البطلان -
التنازل».

المبحث الرابع: التفرقة بين حكم التحكيم وغيره من السندات التنفيذية
الأخرى.

سادساً: الخاتمة: وقد عقدتها في بيان النتائج والتوصيات معقوبة بأهم المراجع.

المبحث التمهيدي

في حقيقة التحكيم وما يشته به في الشريعة الإسلامية والقانون

أولاً: حقيقة التحكيم في اللغة والاصطلاح:

١- حقيقة التحكيم في اللغة:

التحكيم لغة: مصدر «حَكَمَ يُحَكِّم» بتشديد الكاف، يقال: «حَكَمَ» فلاناً في الأمر أي: جعله «حَكْماً»، فالتحكيم هو التفويض في الحُكْم^(١)، أي تفويض الحكم لشخص، و«الحُكْم» بضم الحاء وسكون الكاف معناه القضاء، وقد جاء أيضاً بمعنى العلم والفقه والقضاء بالعدل، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَتَيْنَهُ الْحُكْمَ صَبِيحًا﴾ [مريم: ١٢]، و«الحُكْم» بفتح الحاء والكاف هو اسم من أسماء الله تعالى ومنه قوله: ﴿أَفَغَيْرَ اللَّهِ أَبْتَغِي حَكْماً..﴾ [الأنعام: ١١٤] ويطلق الحُكْم على من يختار للفصل بين متنازعين^(٢). وهو المعنى المراد ومنه قوله تعالى: ﴿وَلِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكْماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكْماً مِنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٣٥].

هذا ويقال للمحكَم: «حَكَمَ ومحَكَم» من باب التفعيل بصيغة اسم المفعول، ويقال: «محَكَم» بصيغة اسم الفاعل^(٣)، ومنه قوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَيْكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا سَلِيماً﴾ [النساء: ٦٥].

قال ابن الطيب:

وجوز جماعة الوجهين وقالوا هو كالمجرب فإنه بالكسر أي: الذي جرب

(١) القاموس المحيط، الفيروز أبادي ٩٨/٤، المصباح المنير، الفيومي ٢٠٠/١.

(٢) لسان العرب، لابن منظور، مادة «حكم» ١٤٣/١٢ ..

(٣) القاموس المحيط، الفيروز أبادي ٩٨/٤، وقد صوب أنه بكسر الكاف كمحدث.

الأمر وبالفتح الذي جرّبه الحوادث، وكذلك المحكم بالكسر هو من حكم الحوادث وجربها وبالفتح حكمته وجرّبه فلا غلط في الوجهين، ويقال: «حكّمنا فلاناً فيما بيننا» أي أجزنا حكمه بيننا^(١).

٢- حقيقة التحكيم في اصطلاح الفقهاء :

يقصد بالتحكيم عند الفقهاء: «تولية الخصمين حكماً بينهما للفصل في نزاع معين»^(٢).

وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة «١٧٩٠» منها بأنه: «التحكيم عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاها لفصل خصومتها ودعواهما»، ويقال لمن ارتضى به الطرفان الحكم بفتح الحاء والكاف، والمحكم بضم الميم وفتح الحاء والكاف المشددة على النحو الذي مرّ في التعريف اللغوي.

ولما كان حكم الحكمين ملزماً للطرفين المحتكمين بناء على تحقيق الغاية المقصودة من التحكيم فقد رأى بعض الفقه ضرورة إضافة الإلزام إلى التعريف فعرفه بأنه:

«اتفاق بين طرفي الخصومة على تولية من يفصل بينهما بحكم ملزم»^(٣).

وبناء على هذا :

فإن التحكيم يعد عملاً قضائياً؛ لأنه يفصل في خصومة بحكم ملزم لكل من الطرفين؛ حيث إنه ينهي النزاع الثائر بشأنها، ومن ثم فإن عمل المحكم أشبه بعمل القاضي من حيث الإلزام وحسم النزاع الذي يعرض عليه، بيد أن التحكيم أدنى رتبة

(١) لسان العرب، لابن منظور ١٢/١٤٣، ١٤٤.

(٢) انظر: شرح فتح القدير، لابن الهمام ٧/٣١٥، ٣١٦، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/١٤٠، مغني المحتاج، للشربيني ٤/٣٧٨، المغني ومعه الشرح الكبير، لابن قدامة ١١/٤٨٣.

(٣) المبادئ العامة للتحكيم www.qaradaghi.com/portal/index.php

من القضاء من حيث الولاية؛ لأن ولاية القاضي عامة على جميع الأشخاص والمنازعات.

بخلاف ولاية المحكم فهي ولاية خاصة قاصرة على أطراف الخصومة التحكيمية دون غيرهم، وفي ذات النزاع محل التحكيم دون غيره^(١).

كما أن مصدر الولاية بالنسبة للقاضي هو الإمام الذي نصبه وأما مصدرها في المحكم فهي إرادة الخصمين المحتكمين وتراضيهما عليه، غير أن التحكيم بلا ريب يشترك مع القضاء في كون المحكم نافذ الأحكام فيما حُكم فيه كحاكم الإمام^(٢).

لذا كان حكم المحكم واجب التنفيذ كما لو أنه صدر من قاض نصبه الإمام؛ وذلك متى صدر الحكم مستوفياً لشرائطه المعنية وعلي وفق أصوله الشرعية.

وبهذا المعنى يمكن القول بأن التحكيم لازم للطرفين المحتكمين وكذا للمحكم على حد سواء، وذلك متى شرع في الحكم^(٣).

والاتفاق على التحكيم إما أن يتم عن طريق العقد الموقع بين الطرفين، والذي ينص على شرط التحكيم، أو يتم بوسيلة أخرى لاحقة على العقد، وهنا نكون بصدد ما يسمى بوثيقة التحكيم على النحو الذي نوضحه فيما بعد .

٣- حقيقة التحكيم في اصطلاح القانون :

هو الاتفاق على إحالة ما ينشأ بين الأفراد من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين،

(١) تبين الحقائق، للزيلعي ١٩٣/٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٤١/٤، المغني ومعه الشرح الكبير، لابن قدامة ٤٨٤/١١، كتاب تاريخ القضاء في الإسلام، للشيخ محمود عرنوس ص ١٧٥، القضاء في الإسلام، د/ محمد سلام مذكور ص ١٣١، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، د/ نصر فريد واصل ص ١٧٨.

(٢) حاشية ابن عابدين ٤٢٨/٥، تبين الحقائق، للزيلعي ١٩٣/٤، نهاية المحتاج، للرملي ٢٤٣/٨ .
(٣) راجع القرار رقم ٩١ «٩/٨» بشأن مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي «منظمة المؤتمر الإسلامي» في ٤ ديسمبر ٢٠٠٤م، مجلة المجمع العدد التاسع ص ٤، ٥ .

أو على إحالة أي نزاع نشأ بينهم بالفعل على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون المحكمون ليفصلوا في النزاع المذكور بدلاً من أن يفصل فيه القضاء المختص^(١). وعليه فإن التحكيم نظام قانوني تتم تسوية المنازعات بمقتضاه ويعطي لأطراف النزاع الحق تحويل مهمة الفصل في نزاعهم إلى محكمين يختارونهم بمحض إرادتهم بدلاً من اللجوء إلى القضاء، ولقد وصف بعض الفقه القانوني التحكيم بأنه : طريق إجرائي خاص للفصل في نزاع معين بواسطة الغير بدلاً من الطريق القضائي العام^(٢).

وتستهدف الأنظمة والتشريعات الوضعية المعنية بالتحكيم من وراء تشريعه وتنظيمه إقامة العدل بين طرفي الخصومة، فضلاً عن حفظ السلام ودوامه بين الطرفين؛ لأن اللجوء إلى التحكيم فيه معني المصالحة والمسامحة؛ وذلك دفعاً للتشاجر الخاص الذي قد يثار بين الخصمين بسبب الخصومة، فالتحكيم إذن يعطي فرصة للخصوم في اختيارهم لقاضيه^(٣).

هذا ويسمى الفقه القانوني والأنظمة القانونية الاتفاق مقدماً على عرض المنازعات التي قد تنشأ في المستقبل وتكون خاصة بتنفيذ عقد معين على محكمين شرط التحكيم، وقد سماه المنظم السعودي وكذا والقانون المصري الجديد وثيقة التحكيم، في حين سماه القانون الكويتي ومجمع اللغة المصري اتفاق التحكيم، وسماه القانون اللبناني الفقرة الحكمية .

(١) قواعد التحكيم، د/ أحمد شرف الدين ص ١٠، أصول التنفيذ، د/ مفلح عواد القضاة ص ٦٠، ط/ دار الثقافة الأردن، ط/ الثانية سنة ٢٠١٠م ١٤٣١هـ .

(٢) مفهوم التحكيم وطبيعته، د/ وجدي راغب، الدورة التدريبية للتحكيم، كلية الحقوق جامعة الكويت، سنة ١٩٩٣م .

(٣) الأسس العامة في التحكيم التجاري والدولي، د/ أبو زيد رضوان ص ٢٠، ط/ دار الفكر العربي، ط/ سنة ١٩٨١م .

وأما الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بعد نشوئه فيسمونه مشاركة التحكيم، وقد سماه القانون اللبناني العقد التحكيمي^(١).

وبناء على هذا :

فإن اللجوء إلى التحكيم إما أن يكون تنفيذاً لأحد شروط العقد الذي تمخض عنه النزاع - وهذا هو الشائع في العقود الدولية ذات الشكل النموذجي - أو يكون تنفيذاً لمشاركة مستقلة يجريها أطراف النزاع، أو يكون لجوءاً إلى ما يسمى بتحكيم الحالات الخاصة «Ad HOC» أو التحكيم الحر^(٢).

هذا ولقد عرفت المادة ٣٧ من اتفاقية لاهاي الأولى عام ١٩٠٧ م التحكيم الدولي بأنه: تسوية المنازعات فيما بين الدول بواسطة القضاة الذين تختارهم، وعلى أساس احترام القانون الدولي.

وبالمقارنة:

بين التعريفات القانونية الداخلية والدولية نجد أنها متقاربة ولا تختلف في جوهرها عن تعريف الفقه الإسلامي، ومن ثم فإن حقيقة التحكيم وماهيته لا تختلف في الفقه الإسلامي عنها في القانون الوضعي.

ثانياً: التفرقة بين التحكيم والمصطلحات المشتبهة به :

١- التفرقة بين التحكيم والمصطلحات المشتبهة به في الفقه الإسلامي:

أ- التحكيم والقضاء :

التحكيم من الولايات الشرعية وهو نوع قضاء؛ لما فيه من فصل للخصومات

(١) راجع التحكيم في القوانين العربية، د/ حمزة أحمد حداد ٢٣/١ وما بعدها، ط/ منشورات الحلبي الحقوقية ط/ الأولى ٢٠٠٧ م.

(٢) الطبيعة القانونية للتحكيم وأشكاله المختلفة، د/ محمد سامي الشوا ص ٣، الدورة التمهيدية لإعداد المحكمين العرب الدوليين، دورة أكتوبر ٢٠٠٨ م.

وقطع للمنازعات بيان الحكم الشرعي الملزم للخصمين معاً، فالحكم باعتباره حكماً من أنواع القضاء؛ ولقد ذكر الفقهاء والعلماء التحكيم والحكم في باب القضاء .
وعليه فإن التحكيم والقضاء يتفقان في الإلزام بالحكم، بيد أن القضاء بمثابة الأصل، والتحكيم فرع منه، فرتبة التحكيم أدنى من رتبة القضاء.

لذا يختلف القضاء عن التحكيم في عدة أمور أهمها :

ولاية القضاء عامة على الناس جميعاً، لأن التولية عليه من قبل ولي الأمر، ومن ثم فهو الذي يطلق الولاية القضائية أو يقيد بها بقيود شرعية معتبرة .

أما المحكم فولايته خاصة بمن ارتضاه حكماً من الخصوم، وعليه فإن ولاية التحكيم بين الخصمين إنما هي ولاية مستفادة من آحاد الناس، ولو أنها اعتبرت شعبة من القضاء، وعليه فينفذ حكم القاضي على العامة وينفذ حكم المحكم على من حكمه.

كما أن حكم المحكم إنما يصح فيما يملك فيه المحكمون فعله بأنفسهم وهي حقوق العباد دون حقوق الله تعالى، ومرجعه أن التحكيم يجري في الأموال وشبهها ولا يجري في الحدود أو القصاص أو اللعان^(١).

وفي التحكيم يجوز تحكيم اثنين أو أكثر، وحينئذ لا بد من اجتماعهما على الحكم، فلو حكم أحدهما دون الآخر لا يصح؛ لأن الخصمين إنما رضيا برأيها معاً، فلزم اجتماعهما على الحكم بخلاف القضاء.

كما أن حكم المحكم في المجتهد فيه متى رفع إلى قاض فوافق مذهبه أمضاه وإن خالفه أبطله . عند بعض الفقهاء . وليس للقاضي أن يبطل حكم قاض آخر في المجتهد فيه.

(١) حاشية الدسوقي ١٤١/٤، مغني المحتاج، الشرييني ٣٧٩/٤، نهاية المحتاج، الر ملي ٢٤٣/٨ .

كما أن مصدر الشروط في القاضي ولي الأمر، بينما شروط المحكم مصدرها الخصوم، مع اعتبار أهلية القضاء في خصوص المسألة محل التحكيم. كما يجوز للخصوم وقف التحكيم قبل الشروع فيه أو قبل صدور الحكم، كما لهما أن يعزلا المحكم بخلاف ذلك في القضاء^(١).

ب- التحكيم والإفتاء :

يشترك الإفتاء مع التحكيم في أن كلا منهما يبحث عن بيان حكم الله تعالى في النازلة أو المنازعة، كما أنهما لا يتطلبان ولاية من قبل الإمام بل يتم ذلك برضا المستفتي أو المحتكم.

بيد أن الإفتاء يختلف عن التحكيم في جوانب جوهرية، حيث اشترط كثير من الفقهاء في المحكم ما اشترطوه في القاضي ولم يشترطوا ذلك في المفتي، فالمفتي إنما يخبر عن حكم الله تعالى في النازلة محل السؤال، والقاضي والمحكم إنما يلزمان وينشئان الحكم في الواقعة محل النزاع، كما أن التحكيم محدود في مسائل بعينها من المنازعات والخصومات ولا يتعدي إلى غيرها، بخلاف الإفتاء فإنه أعم؛ حيث يجري في هذه المسائل وفي غيرها، يقول ابن فرحون -رحمه الله-: «العبادات لا يدخلها الحكم بل الفتيا فقط».

وعليه فإن حكم المفتي ليس ملزماً؛ لأنه بيان على سبيل الإعلام، بخلاف حكم المحكم فهو ملزم؛ لأنه بيان على وجه الإلزام، فأشبهه بذلك حكم القاضي المولي من جهة الإمام، ومن ثم فإن حكم المحكم نافذ كحكم القضاة والحكام، وقد ذكر ابن فرحون -رحمه الله- في الفرق بينهما أن: «..المفتي مخبر والحاكم ملزم»^(٢).

(١) تبصرة الحكام، لابن فرحون ١ / ٦٥ وما بعدها .

(٢) تبصرة الحكام، لابن فرحون ١ / ٦٥ .

ج- التحكيم والصلح :

وأما الصلح فإنه وإن كان يتفق مع التحكيم في فصل المنازعات بيد أنه يختلف معه في أن الصلح يتم بين الطرفين المتنازعين عن طريق تنازلهما، أو تنازل أحدهما ودياً أي بالتراضي دون تحاكمهما إلى طرف ثالث، فالقرار إنما يصدر منهما معاً، أو من أحدهما حتى لو أنه تدخل مصلحاً بينهما فإنما هو على سبيل التقريب بين وجهات النظر دون ثمة إصدار للحكم بينهما، فالحكم إنما هو نابع من ذاتهما ونفسيهما برضاهاما التام.

أما التحكيم فهو يصدر من طرف ثالث دون طرفي النزاع سواء أكان هذا الطرف واحداً أم متعدداً، شخصاً طبيعياً أم هيئة اعتبارية أم مركزاً تحكيمياً .

كما أن الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي بين الطرفين، بخلاف التحكيم فهو يقطع الخصومة عن طريق إصدار الحكم الملزم من المحكم^(١).

٢- التفرقة بين التحكيم والمصطلحات المشتبهة به في القانون الوضعي :

أ : التفرقة بين التحكيم والقضاء :

لا شك في أن التحكيم والقضاء يتفقان في عدة أمور أهمها أن كلاهما يفصل في خصومة بحكم ملزم على نحو يحسم النزاع بشأنها، كما أن دور المحكم أو القاضي إنما ينتهي بصدور الحكم في الخصومة محل النزاع^(٢) بما تشمله من أوجه للدفع أو الدفاع.

(١) نظام التحكيم السعودي الجديد، د/ محمود عمر محمود ص ٢٢، ط/ خوارزم العلمية، ط/ الأولى سنة ١٤٣٥هـ ٢٠١٣م .

(٢) المركز القانوني للمحكم، د/ كرم زيدان ص ٢٦ .

ونوضح فيما يلي أوجه الشبه والاختلاف بين التحكيم والقضاء وذلك على النحو التالي:

أوجه الشبه:

١- من حيث تحقيق العدالة القضائية :

يشترك المحكم مع القاضي في الهدف المقصود من القضاء، وهو فصل الخصومة وقطع النزاع على نحو يحقق العدل والإنصاف بين المتنازعين، وذلك على وفق اجتهاد القاضي أو قدر عمل المحكم في الخصومة محل النزاع.

٢- من حيث اشتراط الأهلية القانونية:

حيث يشترط في كل من المحكم والقاضي أن يكون أهلاً للتصرف، فلا يصح بحال أن يكون المحكم أو القاضي فاقد أو ناقص الأهلية؛ لأن الحكم في الخصومات من قبيل الولاية، ومن ثم فلا يباشره إلا من كان أهلاً للولاية، فضلاً عن وجوب توافر الأهلية اللازمة لما يحكم فيه على الوجه المعتبر في ذلك قانوناً^(١).

٣- من حيث امتداد الاختصاص:

حيث يختص المحكم بالنظر في الخصومة المعروضة عليه طبقاً لاتفاق الطرفين، وتكون له الولاية في الخصومة محل التحكيم، شأنه في ذلك شأن القاضي الموكل من قبل الدولة.

وعليه فإن اختصاص المحكم بنظر خصومة التحكيم يستتبع قانوناً اختصاصه بالدفع المتعلقة بها، سواء أكانت دفوعاً موضوعية أم إجرائية؛ وذلك إعمالاً لمبدأ مد الاختصاص المقرر قانوناً^(٢).

(١) قواعد التحكيم، د/ أحمد شرف الدين ص ٤٩.

(٢) المادة «١/٢٢» من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، حيث نصت على أنه: «تفصل =»

وبهذا يتماثل عمل المحكم في الخصومة التحكيمية ودفعها مع عمل القاضي الطبيعي في الدعوي القضائية والدفع المتعلقة بها، طبقاً لامتداد الاختصاص المعتبر في ذلك قانوناً^(١).

٤- من حيث احترام المبادئ القضائية :

لما كان عمل المحكم عملاً قضائياً فإنه يشترك مع القاضي الطبيعي في ضرورة احترامه لمبادئ القضاء وقواعده الرئيسية، ومن ثم فيعمل جاهدًا على نحو تحقيق مبدأ المساواة بين الخصوم، كما يضمن لهم حرية الدفاع عن حقوقهم المشروعة بكل وسيلة تعين لهم طبقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية، بحيث يتمكن كل خصم من الإدلاء بحجته ومناقشة خصمه في حججه، والرفع والدفع والمهل القضائية المتساوية بين المتنازعين، إلى غير ذلك من المبادئ القضائية المعتبرة، وهذه المبادئ تفرض التزاماً قانونياً متساوياً على كل من المحكم والقاضي؛ وذلك لكونها تتعلق بالنظام العام ومن ثم فلا يصح إغفالها بحال.

٥- من حيث سرية المداولات في القضية:

سرية المداولات تعد من مبادئ التقاضي، وهي تفترض وجود أكثر من قاض أو محكم، واحترام هذا المبدأ إنما هو التزام قانوني يقع على عاتق المحكم كما يقع على عاتق القاضي، وعليه فلا يجوز قانوناً للمحكم أو القاضي البوح بما تم في المداولة أو أن يفشي سرها لأحد من الخصوم أو غيرهم، ومخالفة ذلك توجب المساءلة التأديبية وتحمل التبعة القانونية^(٢).

=هيئة التحكيم في الدفع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفع المبينة على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع.

(١) المركز القانوني للمحكم، د/ كرم زيدان ص ٢٨ .

(٢) مبادئ القضاء المدني، د/ وجدي راغب ص ٦٩٣، ط/ دار الفكر، القاهرة ط/ الأولي، المركز القانوني للمحكم، د/ كرم زيدان ص ٢٩ .

٦- من حيث حجية الحكم من وقت صدوره:

يتمتع حكم التحكيم بالحجية القانونية بين أطرافه من وقت صدوره، شأنه في ذلك شأن الأحكام القضائية إلى أن يقضي بهدم هذه الحجية بالطرق القانونية، ومن ثم فإن أحكام المحكم تحوز الحجية وتكون واجبة النفاذ كالأحكام القضائية طبقاً لما يقرره القانون^(١).

٧- من حيث نظام التنحي والرد:

لما كان عمل المحكم عملاً قضائياً بالمعنى الصحيح، وأنه يفصل في خصومة محددة بين أشخاص معينين، فقد وجب أن يسري في حقه ما يسري على القاضي من ضرورة التمتع بالحيدة والاستقلال^(٢)، فإن استبان للمحكم أنه لا يستطع الحكم بين الخصمين دون ميل أو هوى، كان لزاماً عليه أن يطلب التنحي عن نظر الخصومة وذلك من تلقاء نفسه، فيفعل ما يفعله القاضي عند تيقنه من عدم الحياد أو عدم أمن الميل أو الهوى عند نظر الدعوى.

كما يجوز لأحد الخصمين أن يطلب رد المحكم عند توافر شرطه الذي يقتضيه على وفق القواعد القانونية المعنية برد القضية^(٣)، وقواعد الرد قواعد آمرة تتعلق بالنظام العام فلا يجوز مخالفتها بحال.

(١) المادة «٥٥» من قانون التحكيم المصري، حيث نصت على أن: «تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي. وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون».

(٢) المادة «١٨» من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ م.

(٣) راجع المادة «١٤٨» من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ م.

أوجه الاختلاف:

١- من حيث التولية:

المحكم ليس قاضياً وإنما شخصاً عادياً، وإن اعتبرت مهمته في الخصومة مهمة قضائية بمعناها الصحيح، ومن ثم فإن تولية المحكم مصدرها إرادة الخصمين ومحض اختيارهم نظراً لما حازه من الثقة في نفوسهم، ومن ثم فيترتب على هذه التولية أن تنشأ التزامات معينة في ذمة المحكم والخصمين معاً، طبقاً لما ينص عليه اتفاق التحكيم شرطاً كان أو مشارطة، كما تتحدد على أساسه السلطات الممنوحة للمحكم وحدودها، وبمقتضاه أيضاً ينشأ التزام الخصوم بنفقات التحكيم وأجرة المحكم، سواء تم الاتفاق على تحديد هذه الأجرة في اتفاق التحكيم أو في اتفاق لاحق عليه.

وهذا بخلاف القاضي فتولية القاضي إنما هي من قبل الدولة؛ حيث يعمل فيها موظفاً عمومياً ذا طبيعة وظيفية خاصة، ويدخل ضمن جملة موظفيها ويشغل في أحد مرافقها القانونية الرئيسية، ومن ثم فتتحمل الدولة دون غيرها أجرة القاضي وما يتصل بها طبقاً للقانون المعني برواتب القضاة ومستحقاتهم المالية، وعليه فإن تعيين القاضي مصدره الدولة دون الخصوم وأجره على عاتقها دون عاتقهم وعمله يتحدد وفقاً لقوانين الدولة دون قوانين الخصوم المختارة.

٢- من حيث نطاق الولاية:

لما كان المحكم معين من قبل المحتكمين فإن ولايته تكون قاصرة عليهم دون غيرهم وخاصة بخصومتهم دون خصومات غيرهم، وعليه فإن نظر المحكم في خصومة التحكيم يقتصر عليها ولا يتعدى إلى غيرها، كما أن حكمه ينصرف في أثره وحجته على أطراف الخصومة ولا يتعدى إلى غيرهم ممن لم يكونوا أخصام في خصومة التحكيم.

وهذا بخلاف ولاية القاضي حيث ولايته عامة ومصدرها قانون الدولة، ولا شأن للخصوم بمنح القاضي هذه الولاية، حيث لا خيار للخصم في التحاكم بين القضاة، وإنما يلتزم بما ينص عليه القانون ويقرره بقواعد قانونية ملزمة، تحدد كيف القضاء وتبين وسائل التقاضي وقواعد الاختصاص القضائي .

٣- من حيث شروط التولية:

يشترط في المحكم أن يكون أهلاً لما يحكم فيه، فأهلية المحكم في خصوص خصومة التحكيم شرط لازم لصحته، فالتحكيم نوع قضاء فلزم أن يتوافر لدى المحكم أهلية القضاء في الخصومة محل التحكيم، ومن ثم فيجب أن يكون حكيماً عالماً بما يحكم فيه، ويكون كذلك متى كان خبيراً بدقائق الخصومة ودروها، دارياً بظروفها المحيطة بها، كما يشترط في المحكم أن يكون سليماً في حواسه المعتمدة في الخصومة محل النزاع، فإن كانت تحتاج إلى بصر ورؤية وجب أن يكون مبصراً؛ لأن محل النزاع يقتضي الإبصار، وإن كانت تحتاج إلى خبرة طبية أو هندسية أو تجارية أو قانونية وجب أن يكون خبيراً بذلك؛ حيث إن الخصومة تقتضيها وهذا في كل الحرف والمهن، وذلك على نحو القدر الذي يمكنه من فصل الخصومة وحسم النزاع على وجهه المعترف في ذلك قانوناً.

هذا ولا يشترط في المحكم ديانة معينة أو سن أو جنسية محددة، فيجوز تحكيم أي شخص من أي بلد، والمحكم قابل للعزل بعزل أطراف الخصومة له.

بخلاف القاضي فهو وإن تلاقي مع المحكم في شرط الأهلية القانونية وأهلية الحكم اللازمة لفصل الخصومات وقطع المنازعات، إلا أنه يشترط فيه أكثر مما يشترط في المحكم، من ذلك مثلاً أن يكون متمتعاً بجنسية البلد الذي يعمل فيه بصفة رئيسة، وأن يكون مؤهلاً تأهيلاً قانونياً يمكنه من مباشرة القضاء على النحو الذي يقرره

القانون، وهذا يستلزم أن يكون حاصلاً على ليسانس القانون من إحدى الجامعات أو ما يعادلها من الجامعات الأخرى^(١).

كما يتطلب القانون سن معينة في القاضي، ولا بد وأن يؤدي اليمن القانونية قبل مباشرته العمل في القضاء، وألا يكون قد حكم عليه من محكمة أو مجلس تأديب بسبب شيء مغل بالشرف، كما حظر القانون على القاضي التحزب بأي حزب سياسي أو تنظيم جماعي وجعل ذلك من لوازم تعيينه^(٢).

هذا ولقد حصّن القانون القاضي بعدم قابليته للعزل، على النحو المبين في القانون وعلى وفق شروطه وضوابطه^(٣).

٤- من حيث السلطة الأمرة:

المحكم شخص عادي لا يملك سلطة الأمر أو النهي إلا في حدود خصومة التحكيم المفوض إليه الحكم فيها، وأما الإجراءات التي تمارس أثناء سير الخصومة والحكم وتكون لازمة لخدمة الخصومة، أو مقربة من الوصول إلى حسمها، مما قد يستلزم استعمال سلطة الإجبار فلا يملكه المحكم، فلو استلزم فصل الخصومة مثلاً استدعاء شاهد معين فامتنع الشاهد عن الحضور فلا يملك المحكم سلطة إجباره على أداء الشهادة أو تغريمه على عدم حضوره بعد طلبه^(٤)، وإنما يرجع في ذلك إلى المحكمة المختصة لاتخاذ ما تراه لازماً في ذلك، كما أنه لا يملك إدخال الغير خضماً في

(١) راجع المادة «٣٨» من قانون السلطة القضائية المصري رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ م.

(٢) حصانة المحكمين، د/ عادل محمد خير ص ٦٢، المركز القانوني للمحكم، د/ كرم زيدان ص ٣١.

(٣) راجع: مؤلفنا هيئة القضاة ضمانات لاستقلال القضاء دراسة تأصيلية مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ص ٨٧، ط/ دار الفكر، الإسكندرية ط/ الأولى سنة ٢٠١٣ م.

(٤) المركز القانوني للمحكم، د/ كرم زيدان ص ٣١.

خصومة التحكيم دون طلب الخصوم؛ حيث يتقيد في ذلك بما نص عليه اتفاق التحكيم دون غيره^(١).

وهذا بخلاف القاضي الذي يستعمل سلطته القانونية في استدعاء من شاء لخدمة الفصل في الخصومة، أو تغريم من يري تغريمه من الشهود طبقاً للقانون، كما أن له سلطة الإلزام في إدخال من يري لزوم إدخاله من الغير دون توقف ذلك على طلب الخصوم، وعليه فإن سلطة القاضي الطبيعي أوسع من سلطة المحكم الذي يتقيد في عمله باتفاق التحكيم وفي حدود الخصومة محل الحكم المفوض فيه من قبل الخصوم.

٥- من حيث الحصانة القضائية:

المحكم غير قاض فهو لا يتمتع بالحصانة القضائية الممنوحة للقاضي الطبيعي بنص القانون، وهذا إنما مرجعه إلى كون المحكم من جملة الأشخاص العادية، وتفويضه في الحكم إنما جاء من قبل الخصوم أطراف منازعة التحكيم وليس من قبل الدولة، ومن ثم فلا يتمتع بالحصانة القضائية الممنوحة للقضاة، وإن كان هذا لا يمنع المحكم من تمتعه في أن يعمل في جو من الهدوء والسكينة والطمأنينة، على نحو يمكنه من فصل الخصومة على وجهها المعتبر لها قانوناً؛ لذا يمتنع على الخصوم في خصومة التحكيم ملاحقة المحكم أو مساءلته قانوناً، كذلك لا تسري في حق المحكم جريمة إنكار العدالة؛ حيث يقتصر مجالها على قضاة الدولة دون غيرهم.

والأمر على خلاف ذلك بالنسبة للقاضي، حيث يتمتع بالحصانة القضائية طبقاً للقانون؛ نظراً لما يستوجبه العمل القضائي، كما أن سريان جريمة إنكار العدالة لازم في حق قضاة الدولة، متى ثبت تقصيرهم في أعمالهم القضائية دون عذر

(١) المركز القانوني للمحكم، د/ كرم زيدان ص ٣٢.

مقبول^(١)، ومن ثم فيحق للخصوم ملاحقة القاضي ومطالبته بالتعويض اللازم عما أصابهم من ضرر ترتب على خطأ القاضي أو تقصيره.

٦- من حيث مدى تطبيق قانون الإجراءات المدنية:

المحكم يتقيد بحسب الأصل بالقانون الواجب التطبيق الذي يقيد به الخصوم في خصومة التحكيم، ومن ثم يعد اتفاق التحكيم شريعة المحتكمين، والطريق القانوني الذي يرسم خطة عمل المحكم وكيفية سيره في خصومة التحكيم، وعليه فإن المحكم قد يطبق في سيره في الخصومة قانون آخر غير قانون البلد الذي يعمل فيه محكماً، وهذا مشروط بعد تجاوز الأصول القانونية والمبادئ القضائية المعتمدة قانوناً في التخاصم والتقاضي.

وهذا بخلاف القاضي الذي يتقيد قانوناً بقانون المرافعات المدنية والتجارية في البلد الذي يعمل فيه قاضياً، ولا يجوز له بحال أن يطبق قانوناً آخر غير قانون البلد الذي يتبعها، حيث إن هذا من متعلقات مبدأ سيادة الدولة على أراضيها وحدودها الإقليمية.

٧- من حيث القوة التنفيذية للأحكام:

حكم المحكم وإن كانت له الحجية القانونية فيما بين أطرافه وواجب التنفيذ إلا أن المحكم لا يختص بتنفيذه جبراً عن المحكوم ضده إذا لم ينفذه طواعية من عند نفسه؛ حيث إن المحكم ليست له سلطة الأمر والإجبار على التنفيذ، فهذا مما يختص به قاضي التنفيذ دون غيره، ومن ثم فلا يملك المحكم سوي رفع الحكم الذي قضي به إلى القاضي المختص؛ ليتولى هذا القاضي دون غيره إصدار الأمر القضائي بتنفيذه^(٢)، وذلك بناء على طلب صاحب الشأن.

(١) المركز القانوني للمحكم، د/ كرم زيدان ص ٣٢.

(٢) المادة «٥٥» من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ م.

بخلاف حكم القاضي الطبيعي، حيث تتسم أحكامه الإلزامية بالحجية القانونية والقوة التنفيذية، متى كانت نهائية وصدرت على وفق أصولها القانونية، وذلك دون حاجة إلى اتخاذ إجراء آخر، ومن ثم فهي تمتع بالقوة التنفيذية من وقت صدورها، وهذا ما يفترق إليه حكم المحكم.

ب - التحكيم والخبرة :

قلنا أن المحكم يقوم بذات الدور الذي يقوم به القاضي، وذلك في خصوص الخصومة محل التحكيم، ومن ثم يتحدد هدف الخصوم من اللجوء إلى التحكيم في بغية الوصول إلى فصل الخصومة وقطع النزاع بإلزام قانوني، وذلك بمقتضى إصدار المحكم لحكم ملزم للخصمين معاً يفصل الخصومة بينهم، طبقاً للوجه المعبر لذلك قانوناً وعلى نحو يقطع النزاع الثائر بشأنها.

وهذا بخلاف عمل الخبير فدور الخبير لا يعدو أن يكون استشارياً بحتاً، الهدف من استظهار الرأي الفني والعلمي المتعلق الواقعة ما، دون أن يكون عمله منطوياً على إنزال حكم القانون على تلك الواقعة، أو أن يكون ملزماً لقاض أو خصم بعينه، ومن ثم فإن رأي الخبير رأي فني على سبيل الاستئناس واستظهار الحال في مسألة معينة^(١)، والقاضي غير ملزم به فله الحرية الكاملة في الأخذ به أو الإعراض عنه بمسوغ قانوني.

بيد أن الخبير يجب وأن يراعي في عمله الأصول العلمية والقضائية المعبرة قانوناً في الخبرة، وذلك من حيث تمكين الخصوم من الحضور ومناقشة بعضهم بعضاً في كافة الحجج والأسانيد التي يعتمد عليها كل منهم، وذلك على وجه يحقق العدل والمساواة والإنصاف فيما بينهم، فمبدأ حرية الدفاع مكفول بنص القانون لجميع

(١) التحكيم الاختياري والاجباري، د/أحمد أبو الوفا ص ٢٩، التحكيم في القوانين العربية، د/ حمزة أحمد حداد، ٥٢/١ .

الخصوم، فضلاً عن تقييد الخبير بقواعد قانون الإثبات من حيث الإجراءات والمواعيد^(١).

ج : التحكيم والتوفيق:

المحكم ليس له دوراً كبيراً في إيصال الأطراف إلى حل أو اتفاق يرتضونه، بل إن عمله ينحصر في فصل الخصومة بقرار يصدر منه طبقاً للقواعد القانونية والأصول القضائية المعنية، ويكون قراره نهائياً وملزماً لجميع أطراف الخصومة محل التحكيم، ما لم يطعن عليه بطريق الطعن بالبطلان، حسبما تقرره معظم التشريعات الوضعية والاتفاقيات الدولية.

وأما التوفيق فهو عبارة عن تقريب لوجهات النظر المختلفة للوصول إلى اتفاق بين المتنازعين بصورة ودية، والموفق له الحق في إبداء المقترحات العلمية والعملية غير الملزمة للأطراف فهي قد تحظى بالقبول لدى أطراف المنازعة أو لا تحظى بذلك، بيد إنها كفيلة بإيجاد حل قد ترتضي عليه الأطراف المعنية.

هذا ويتم اختيار الموفق أو الموفقين بإرادة الطرفين الحرة أو بواسطة أي جهة قضائية أو مراكز تحكيمية وذلك بناء على طلب ذوي الشأن، بيد أن القرار الذي يصدر من الموفق لا يكون نهائياً أو ملزماً إلا برضا أطرافه بعد صدوره، وعليه فإن التوفيق نظام إرادي محض في بدايته ونهايته^(٢).

د : التحكيم والوساطة:

الوساطة تختلف عن التوفيق وعن التحكيم فعلى الرغم من أن الوسيط يختار بمحض إرادة أطراف النزاع، كما هو الشأن في التحكيم والتوفيق، إلا أن دور الوسيط

(١) التحكيم الاختياري والإجباري، د/ أحمد أبو الوفاء، بند ٩ ص ٢٩ .

(٢) الطبيعة القانونية للتحكيم وأشكاله المختلفة، د/ محمد سامي الشوا ص ١٥ .

يقتصر على تقديم المساعدة وتقريب وجهات النظر للتوصل إلى حل، فضلاً عن أنه لا يعقد جلسات رسمية، بل يعقد اجتماعات ولقاءات قد تكون فردية أو ثنائية ولا يصدر قراراً في الموضوع إلا بناء على ما اتفق عليه بين المتنازعين، ولا شك أن هذا العمل يخالف عمل المحكم^(١).

هـ: التحكيم والصلح:

الصلح عقد يتم بمقتضاه حسم نزاع ما بين متنازعين، سواء أكان النزاع قائماً أم محتملاً على وجه يترك فيه كل من الطرفين جزءاً من إدعاءاته أو حقوقه المتقابلة لإرضاء الطرف الآخر، وقد يقوم المتنازعون بتعيين من يقوم بدور المصلح وقد يتدخل المصلح أو المصلحين من تلقاء أنفسهم^(٢).

بخلاف التحكيم الذي يتم فيه تعيين المحكمين بواسطة أطراف النزاع أو بحسب ما يتفق عليه، وينظر المحكمون في النزاع المعروض عليهم ويفصلوا فيه وفقاً للقانون أو قواعد العدل والإنصاف بين المحتكمين.

و: التحكيم والوكالة:

تختلف الوكالة عن التحكيم من حيث إن الوكالة عقد بمقتضاه يخول شخص غيره للقيام بعمل قانوني معين باسمه وحسابه^(٣).

ومن ثم فإن الوكيل إنما يعمل لمصلحة من وكله وفي حدود وكالته، وللموكل عزل الوكيل بمحض إرادته دون حاجة إلى بيان سبب عزله.

(١) المركز القانوني للمحكم، د/ سحر عبد الستار ٤٢.

(٢) المركز القانوني للمحكم، د/ سحر عبد الستار ٤٢.

(٣) التحكيم الاختياري والاجباري، د/ أحمد أبو الوفا ص ٣١.

بخلاف التحكيم حيث يعين فيه المحكم وهو شخص أجنبي عن أطراف النزاع، ولا يخضع في نظر نزاعهم لتوجيه أحد منهم، بل يحكم بينهم على نحو ما يمليه عليه ضمير الحكم، ويطبق في نزاعهم قواعد القانون المتفق على تطبيقه من قبلهم، فضلاً عن أن المحكم لا يعزل إلا باتفاق الخصمين على عزله بعد بيان سببه الذي يقتضيه.

الفصل الأول

مشروعية التحكيم وانعقاده وشروطه ونطاقه

المبحث الأول

مشروعية التحكيم

أولاً: مشروعية التحكيم في الشريعة الإسلامية :

لا خلاف بين الفقهاء في جواز التحكيم ومشروعيته كوسيلة شرعية لفض المنازعات وحسم الخصومات، وهذا مما أجمع عليه الفقهاء والعلماء والأصل في مشروعية التحكيم إنما هو الكتاب والسنة والإجماع والمعقول. أما الكتاب فيها يلي :

١ - قوله تعالى: ﴿وَأِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [النساء: ٣٥].
وجه الدلالة :

أن الله ﷻ أمر بولادة الأمر عند خشية الشقاق بين الزوجين أن يبعثوا رجلاً صالحاً من أهل الزوج ومثله من أهل الزوجة فينظرا أيهما المسئ (١)، فإن رأيا أن يجمعاهما، وإن رأيا أن يفرقا فرقا وفقاً لما يحقق المصلحة بين الزوجين، فقد تكون الفرقة مصلحة لهما، وحيث يغن الله كلاً من سعته، عملاً بقوله تعالى ﴿وَأِنْ يَنْفَرَا يُغْنِ اللَّهُ كُلَّامِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾ [النساء: ١٣٠].

وعليه فإن آية الشقاق صريحة في مشروعية التحكيم وجوازه لحسم النزاع والشقاق، للإصلاح بين الزوجين، وهي كما يقول القاضي أبوبكر ابن العربي: «من الآيات الأصول في الشريعة» (٢).

(١) تفسير ابن كثير ٢/٢٩٧.

(٢) أحكام القرآن، لابن العربي ١/٥٣٧.

٢- قوله تعالى ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [النساء: ٦٥].
ووجه الدلالة:

أن الله ﷻ أقسم بنفسه على نفي الإيمان عنهم حتى يطلبوا من رسوله ﷺ أن يكون حكماً فيما ثار بينهم من نزاع، وحينئذ لا يجدوا مع عدالة حكمه ورجاحة عقله حرجاً في أنفسهم، بل يسلموا لحكمه تسليماً، وما التحكيم إلا ذلك^(١).
أما السنة فبها يلي:

١- لقد أقر الرسول ﷺ ما كان متناسباً من إجراءات وعادات عند العرب مع الشريعة الإسلامية وأحكامها وأبطل ما كان مخالفاً لها، وليس أدل على ذلك من توليه ﷺ مهمة التحكيم بنفسه، وذلك حينما احتكم إليه سادات قريش بشأن وضع الحجر الأسود عند إعادة بناء الكعبة فأنتهى النزاع بحكمه ﷺ.

٢- لقد روي شريح عن أبيه هانئ أنه لما وفد إلى الرسول ﷺ أتي المدينة فسمعهم يكنونه بأبي الحكم، فدعاه النبي ﷺ فقال: «إن الله هو الحكم وإليه الحكم فلما تكني أبا الحكم؟» قال إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم ف رضي كلا الفريقين، فقال رسول الله ﷺ: «ما أحسن هذا، فما لك من الولد» قال: لي شريح ومسلم وعبدالله قال: «فمن أكبرهم» قال قلت شريح، قال: «فأنت أبو شريح»^(٢).

ووجه الدلالة:

أن قوله ﷺ ما أحسن هذا عندما أخبره أبو شريح بحال قومه في تحكيمهم إياه

(١) السلطة القضائية، د/ شوكت عليان ص ٤٦١.

(٢) سنن النسائي ٢٩٩/٨، سنن البيهقي ١٤٥/١٠.

عند اختلافهم ورضائهم بحكمه لدليل على جواز التحكيم ومشروعيته^(١)، وإلا لما مدحه الرسول ﷺ بقوله ما أحسن هذا، ولما أقر عمله بالتحكيم بين المتنازعين من قومه.

٣- لقد ثبت أن النبي ﷺ عمل بحكم سعد بن معاذ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في بني قريظة عندما اتفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم^(٢) مع النبي ﷺ وبالفعل نفذ فيهم حكم سعد بن معاذ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فدل ذلك على مشروعية التحكيم والعمل بموجبه ومقتضاه.

أما الإجماع :

فقد ثبت منذ عهد الصحابة - رضوان الله عليهم - من خلال أقضية عدة أنهم لجأوا فيها إلى التحكيم وقد قبلوه وعملوا بموجبه وأنفذوا مقتضاه.

ومن هذه الأقضية أنه ثبت أن عمر بن الخطاب وأبي بن كعب قد تنازعا في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت^(٣)، وقد اختلف عمر مع رجل فتحاكما إلى شريح^(٤)، وأن عثمان وطلحة تحاكما إلى جبير بن مطعم^(٥)، ومنها أيضاً تحكيم أهل الشورى لعبدالرحمن بن عوف^(٦)، وتحكيم على لأبي موسى الأشعري، وتحكيم ومعاوية لعمر و ابن العاص^(٧).

(١) القضاء في الإسلام، د/ محمد سلام مذكور ص ١٣٢ .

(٢) الطبقات الكبرى، لابن سعد ٤٢٤/٢ .

(٣) سنن الدارقطني ٢٤٢/٤، سنن البيهقي ١٤٤/١٠، كشف القناع، البهوتي ٣٢١/٦ .

(٤) أخبار القضاة، لوكيع ١٨٩/٢ .

(٥) شرح معاني الآثار، للطحاوي ١٠/٤ .

(٦) فتح الباري، لابن حجر ٦١/٧ .

(٧) تاريخ الطبري ٦٧/٥ .

ولقد سار العمل بالتحكيم دون نكير، فكان ذلك إجماعاً وقد تواتر هذا الإجماع إلى وقتنا هذا^(١).

وأما المعقول :

فإن التحكيم طريق ميسر لفض المنازعات وقطع الخصومات ولو منع الناس من اللجوء إليه؛ لأدى ذلك إلى الحرج والمشقة؛ حيث إن فصل القضاء قد يورث بين أطراف الخصومة العداوة والشحناء، فضلاً عما فيه من إرهاق لبعض الخصوم في النفقات والتكاليف المالية، وتأخير للفصل في الدعاوى والأفضية، ناهيك عما فيه من ببطء في التقاضي وتعقيد في المسائل الإجرائية^(٢).

لذا فقد جاز التحكيم في المعاملات وشبهها لحاجة الناس إليه، وذلك متى ثبت للخصمين حق التصرف في ملكهما وتوافر الرضا بينهما^(٣).

وبناء على ما تقدم :

فإن التحكيم كان ولا يزال طريقاً شرعياً لفض المنازعات وحسم الخصومات، وسبباً في التقارب والتسامح بين الخصوم، لما فيه من معنى الصلح ابتداءً برضا الخصمين بالمحكم، ومعنى القضاء إلزاماً بحكمه وانتهاءً بتنفيذه، كما أن الحكم الذي يصدر من المحكم هو حكم كحكم القاضي سواء بسواء؛ حيث إن عمل المحكم في

(١) الإجماع، لابن المنذر ص ١٢٣.

(٢) معين الحكام الطرابلسي ص ٢٧، التحكيم في بلاد الغرب إشكالية الطرح والمعالجة تطور التحكيم في ظل الشريعة الإسلامية، أ / فيصل مولوى ص ١

<http://forum.imamu.edu.sa/showthead.php..?t=٢٣٩٤>

(٣) القضاء في الإسلام، د/ محمد سلام مذكور ص ١٣٢، القضاء في الفقه الإسلامي، د/ محمد رأفت عثمان عثمان ص ٢٨، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، د/ نصر فريد واصل ص ١٧٨.

خصوص ما حكم فيه يعد عملاً قضائياً بمعناه الصحيح، من حيث إنفاذ حكمه على الخصمين، وعدم نقضه إلا بما ينقض حكم غيره من القضاة.

بيد أن حجية حكم التحكيم إنما هي قاصرة على أطراف الخصومة دون غيرهم، وفي ذات النزاع محل التحكيم دون غيره من المنازعات الأخرى التي لم يفوض إليه بالحكم فيها.

ثانياً: مشروعية التحكيم في القانون الوضعي:

لقد نشأ التحكيم كوسيلة لفض المنازعات قبل قيام الدولة المنظمة وقبل قيام المحاكم وسن التشريعات وتعيين القضاة، بيد أنه بعد قيام الدولة وسن التشريعات الوضعية وإنشاء المحاكم القضائية، لم يتم إلغاء التحكيم كوسيلة لفض المنازعات المدنية وشبهها مما يجرى فيه التصالح قانوناً، بل تم سن القواعد المعنية بالخصومات التحكيمية والتشريعات الخاصة بالتحكيم؛ وذلك من خلال تقنينه وتنظيمه وتطويره وتجويده، على نحو يحقق غايته ويوصل إلى حقيقة مقصوده إلى جانب قضاء الدولة المنظم قانوناً.

حيث إن كثيراً من أطراف العلاقة التعاقدية والمالية يؤثرونه على غيره في فض المنازعات الخاصة بهم في معاملاتهم المدنية والتجارية، ومن ثم فإنهم يحتكمون إلى التحكيم بدلاً من القضاء، سيما في مسائل المنازعات المدنية والتجارية ذات العلاقة الدولية، وهذا إنما مرجعه إلى مختلف المزايا التي يحققها نظام التحكيم ويتسم بها هذا النظام دون غيره من الأنظمة الأخرى ومن هذه المزايا ما يلي :

١ - سرعة تبادل المعاملات المالية :

تعتمد التجارة على وجه الخصوص على عنصر السرعة لتدارك التقلبات والتطورات، التي قد تكون سلباً أو إيجاباً ربحاً أو خسارة، وفي حال نشوء النزاع يريد أطراف التعامل التعرف على وجه السرعة على من هو الذي أخل بالتزاماته العقدية،

ومن الذي يكون الحكم لصالحه لتحديد مصير المسائل المالية التي تفوق مليارات الدولارات في بعض المعاملات.

والوسيلة المناسبة لهذه السرعة هي اللجوء إلى التحكيم^(١)، الذي يتميز بالسرعة لوجود دور للمتنازعين، حيث يتم ابتداءً تحديد مدة معينة للفصل في النزاع، وذلك باتفاق ملزم لهما ويلزمان بذلك الحكمان المكلفان بالفصل في الخصومة محل التحكيم، وهذه السرعة لا تتوافر في القضاء، حيث لا يدري القاضي ولا أطراف النزاع متى يتم الفصل في النزاع.

٢- التخوف من قضاء الدولة والقانون الواجب التطبيق:

على الرغم من ثقة المواطن في قضاء الدولة والقانون الواجب التطبيق على النزاع إلا أن أطراف التعامل الدولي دائماً يتخوفون من ذلك إما لعدم ثقتهم في عدالة القضاة، لانحيازهم للطرف الوطني أو لعدم مواكبة القانون لنوع المعاملة أو النزاع.

٣- الخبرة المهنية :

يفضل أطراف النزاع خاصة الدوليين حل النزاع عن طريق التحكيم بسبب خبرة المحكمين، الذين لهم دور مباشر في تعيينهم حسب طبيعة النزاع، إذا كان يتعلق بإنشاءات هندسية مثلاً، فلا قدر على الوصول إلى حل النزاع في الجانب الفني هو المهندس، وكذا في بقية المجالات المتخصصة^(٢).

٤- المرونة الإجرائية :

(١) قواعد التحكيم، د/ أحمد شرف الدين ١٢، التحكيم التجاري الدولي، د/ عاطف محمد الفقي ص ٦٥، ص ٦٦.

(٢) التحكيم الاختياري والإجباري، د/ أحمد أبو الوفاء ص ٣٢، ص ٣٣.

يتسم نظام التحكيم بالمرونة الإجرائية في نظر النزاع، وذلك من حيث الزمان والمكان وأيضاً من حيث القانون الواجب التطبيق^(١) وإجراءات ضبط الجلسات؛ حيث لا يتقيد المحكمون أو أطراف النزاع ومحاميهم بارتداء زي معين أو الترافع وقوفاً، ولا يضيع حق أحد الأطراف بسبب التأخر اليسير عن الجلسة، كما لا يتقيد الأطراف والمحكمون بإجراء التحكيم في مكان أو قاعة معينة، بخلاف التقاضي أمام المحكمة حيث تحكمه إجراءات وضوابط قانونية معينة.

٥- سرية التقاضي والجلسات التحكيمية :

يفضل أطراف المنازعات خاصة التجارية الحفاظ على سرية المعاملات التجارية وبالتالي المنازعات الناشئة عنها؛ لأن للأسرار التجارية قيمة مادية كبيرة قد تفوق أحياناً ما يبذل من جهد مادي أو بدني أو فكري، ونجد أن التاجر أحياناً بدلاً من أن تنشر أسرارته التجارية عن طريق التقاضي يفضل تسوية النزاع بأية طريقة قد تكون بالوساطة أو التوفيق أو التحكيم أو حتى بالتخلي عن المطالبة والتحكيم يوفر هذه السرية سيما في مجال التحكيم الحر^(٢) إذ يقوم المتنازعان بتعيين المحكمين وتستمر الإجراءات في مكان مغلق دون إتاحة الفرصة للغير للحضور بعكس القضاء؛ حيث يتم التقاضي في المحاكم التي يرتادها عدد كبير من المتقاضين وأحياناً غير المتقاضين.

٦- استمرار العلاقة التعاقدية :

(١) التحكيم التجاري الدولي، د/ عاطف محمد الفقي ص ٦٥، ص ٦٦ .
(٢) النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، د/ عاشور مبروك ص ١٠، ط / ١٩٩٦م، قواعد التحكيم، د/ أحمد شرف الدين ١٢، ط / شركة ناس للطباعة، القاهرة ط / ٢٠٠٧م، التحكيم التجاري والدولي، د/ عاطف محمد الفقي ص ٦٤.

يفضل أطراف العلاقة التجارية اللجوء إلى الوسائل التي تحل نزاعهم بطريقة أقرب إلى الود والتصالح لا الفصل والقطع، كل ذلك حفاظاً على استمرار العلاقات والمعاملات التجارية القائمة أو المستقبلية^(١).

٧- قلة التكاليف المالية:

اللجوء للتحكيم يقلل من التكاليف المالية المتعلقة بالرسوم والأتعاب، لأن الأتعاب خاصة في تحكيم الحالات الخاصة *Ad hoc* يتم تحديدها وسدادها باتفاق بين طرفي النزاع وهيئة التحكيم دون النظر إلى طبيعة النزاع أو قيمته المالية، بيد أن هذه الميزة أنكرها البعض بحجة أن تكاليف التحكيم أحياناً تكون عالية سيما في التحكيم المنظم الذي يكون عبر مراكز التحكيم المستقلة والمتخصصة^(٢).

وبناء على هذا :

يمكن القول بأن التحكيم نشأ بنشأة العلاقات المالية وتطور بتطورها، وذلك على المستويين المحلي والدولي؛ حيث اهتم المعنيون بشأن التجارة الداخلية والدولية بتطوير هذه القواعد، بل وعمدوا إلى عقد بروتوكولات لإنشاء قواعد تحكيم دولية خاصة، تتواءم والتطورات الحديثة المعنية بالتبادلات المالية، حيث بحث الأمر في مؤتمر لاهاي في عام ١٨٩٩ م/ وعام ١٩٠٧ م، وكذا في بروتوكول جنيف في أكتوبر عام ١٩٢٤ م، وأيضاً في ميثاق التحكيم العام في سبتمبر عام ١٩٢٨ م، واتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية عام ١٩٥٨ م.

(١) مقدمة في التحكيم . www.draigarbitration.com/infront.htm

(٢) التحكيم التجاري والدولي، د/ عاطف محمد الفقي ص ٦٣.

كما أنشأت قواعد خاصة بالتحكيم التجاري بمقتضى - لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة (اليونسترال) في عام ١٩٧٦م، وكذلك تم وضع قانون نموذجي للتحكيم التجاري عام ١٩٨٥م^(١).

وبالمقارنة :

تتضح الموافقة بين الفقه الإسلامي وقواعد القانون الوضعي في مشروعية التحكيم وأهميته في كل منهما، حيث أصبح نظام التحكيم الوسيلة القانونية الفاعلة في حسم المنازعات المالية وسرعة التبادلات الاقتصادية وشبهها، وذلك على مستوى النطاقين الداخلي والدولي.

المبحث الثاني انعقاد التحكيم

أولاً: انعقاد التحكيم في الفقه الإسلامي :

ينعقد التحكيم بمجرد الرضا بين أطراف الخصومة محل التحكيم بإيجاب وقبول شرعيين صادرين ممن لهم الحق في ذلك طبقاً للقواعد المعتمدة شرعاً، فالتحكيم ينعقد بالاتفاق عليه ولا يشترط لصحته إفراغه في شكل رسمي.

كما لا يشترط لانعقاده التعبير بالألفاظ معينة، بل ينعقد بكل لفظ يدل على الرضا به، فالتحكيم ليس له لفظ مخصوص، وإنما ينعقد بأي لفظ يدل على حقيقة المقصود، لأن العبرة بالمعاني وليس بالألفاظ والمباني.

وعلى هذا فيصح التحكيم بلفظ حكمناك بيننا، أو أحكم فيما بيننا، أو نصبناك حكماً، أو فوضنا الحكم إليك ونحو ذلك .

والغالب في الاتفاق على التحكيم أنه يرد في صورة «شرط تحكيم»، يرد هذا ضمن بنود العقد الذي يكون محلاً لنزاع بين طرفيه، وقد يرد أيضاً في صورة وثيقة تحكيم مستقلة عن العقد الأصلي، ويسمى حينئذ «مشارطة التحكيم» أو «وثيقة التحكيم»، وهي صورة يتفق عليها الطرفان بعد نشأة النزاع بينهما بالفعل، وعلى كل حال فإن أية صورة يرد فيها الاتفاق على التحكيم، سواء أكانت شرط تحكيم ورد في ذات العقد أو مشارطة تحكيم مستقلة، فهي لا تخالف الشريعة الإسلامية بحال^(١)، متى جاءت على وفق الأصول الشرعية المعتمدة لذلك شرعاً، بل إنها تتفق مع أحكام الشريعة الغراء، لما في ذلك من تحقيق لمصالح الخصوم المعتمدة عند التنازع

(١) السند التنفيذي في قانون المرافعات دراسة تأصيلية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، لأستاذنا الدكتور /السعيد محمد الأزماعي - رحمه الله - ص ٣٧٦، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، جامعة الأزهر سنة ١٤١٦ هـ / ١٩٩٥ م.

والتخاصم؛ حيث إن الخصم قد يحتاج إلى إثبات شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم، سيما عند التناكر والتجاحد، فلزم أن يكون الاتفاق - أياً كانت صورته - مكتوباً أو مشهوداً عليه؛ وذلك لإمكان إثباته بالكتابة أو الشهادة وقت الحاجة إليه، ولما في ذلك من حفظ لحقوق المتعاقدين والمتعاملين، فضلاً عما في ذلك من تحصيل للمنافع ودفع للمفاسد، وهذا مقصد شرعي من مقاصد الشريعة الإسلامية.

ولما لا وقد قال النبي ﷺ: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»^(١).

فدل ذلك على أن شروط المتعاقدين معتبرة شرعاً، متى تمت على وفق الأصول الشرعية، سواء أكانت واردة في صلب العقد أم في وثيقة لاحقة عليه بعد قيام المنازعة بشأنه.

ثانياً: انعقاد التحكيم في القانون الوضعي :

الاتفاق على التحكيم يجب أن يكون مكتوباً، فالكتابة في عقد التحكيم شرط لازم لانعقاده بمعنى أن عدم كتابة اتفاق التحكيم يؤدي إلى بطلانه، وهذا على خلاف ما كان يسري في باب التحكيم الملغي في ظل قانون المرافعات المصري الحالي الصادر في ١٩٦٨ م؛ حيث لم تكن الكتابة شرطاً لانعقاد اتفاق التحكيم وإنما كانت شرطاً لإثباته، وعلى هذا فتعد الكتابة في ظل قانون التحكيم المصري الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ م ركن أصيل في انعقاد التحكيم أياً كان نوع التحكيم أو طبيعته، مدنياً أم تجارياً وطنياً أم

(١) رواه البخاري في صحيحه تعليقاً بلفظ «المسلمون عند شروطهم»، كتاب الإجارة، باب أجر السمسرة ٧٩٤/٢، ورواه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع ٢٧/٣، حديث رقم «٩٨»، وزاد «إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً».

دولياً، ما دام هذا الاتفاق يخضع للقانون المصري^(١)، وكذلك الحال في نظام التحكيم السعودي^(٢).

هذا وترجع الحكمة من اشتراط الكتابة لانعقاد التحكيم وصحته إلى حرص المقنن على الوقاية من المنازعات الفرعية التي قد تثار بين الطرفين المحتكمين حول وجود اتفاق التحكيم أو مضمونه^(٣).

بيد أن الجدير بالذكر أن المقنن المصري بالرغم من تطلبه للكتابة كشرط لانعقاد التحكيم وصحته إلا أنه لم يتطلب أن يفرغ هذا الاتفاق في شكل رسمي، بل يكفي في ذلك أن يكون الاتفاق قد كتب في ورقة عرفية، ولو لم يتم التصديق فيها على توقيع أطرافها^(٤).

وأما الحال في التشريعات الوضعية الأخرى فيختلف الأمر في شأن الكتابة من تشريع لآخر، فالمقنن الكويتي مثلاً جعل الكتابة شرطاً لإثبات الاتفاق على التحكيم، ومن ثم فإن الكتابة في هذا القانون ليست ركناً في اتفاق التحكيم^(٥).

(١) المادة رقم ١٢ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، حيث نصت على أنه: «يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو بركات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة».

(٢) المادة ٢/٩ من نظام التحكيم السعودي حيث نصت على أنه: «يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً».

(٣) قواعد التحكيم، د/ أحمد شرف الدين ص ٣٦.

(٤) انظر المادة ١٢ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م وقد سبق ذكرها، والمادة رقم ٣/٩ من نظام التحكيم السعودي؛ حيث نصت على أنه: «يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر صادر من طرفي التحكيم، أو إذا تضمنه ما تبادلاه من مراسلات موثقة أو بركات أو غيرها من وسائل الاتصال الإلكترونية أو المكتوبة، وتعد الإشارة في عقد ما أو الإحالة فيه إلى مستند يشتمل على شرط للتحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، كما يعد في حكم اتفاق التحكيم المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد».

(٥) قانون التحكيم الكويتي، د/ عزمي عبد الفتاح ص ١٣٢، ط/ الأولى سنة ١٩٩٠م.

هذا وتخضع شروط الاتفاق على التحكيم وفقاً لاتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ م وطبقاً للمادة ١/٥ من هذه الاتفاقية إلى القانون الذي اتفق الأطراف على خضوع الاتفاق له؛ حيث إن للأطراف حرية اختيار القانون الذي يحكم اتفاقهم على التحكيم؛ لذا فإن قانون الإرادة هو الذي يكون واجب التطبيق، فإذا لم يتفق الأطراف على خضوع اتفاقهم على التحكيم لقانون معين، فيخضع الاتفاق في هذه الحالة إلى قانون الدولة التي يصدر فيها حكم التحكيم - قانون مقر التحكيم - أما في خصوص أهلية الطرفين فيجب الرجوع إلى قانون الدولة التي يتبعها كل طرف من الأطراف.

وأخيراً: بالنسبة لمدي قابلية النزاع لأن يكون محلاً للتحكيم فيجب الرجوع في معرفة ذلك وفي تحديد نطاقه إلى القانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، سواء أكان قانون الإرادة في حالة اتفاق الأطراف عليه، أم قانون مقر التحكيم عند عدم الاتفاق^(١).

وبالمقارنة:

يتضح لي أن القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في كون اتفاق التحكيم عقداً رضائياً وليس عقداً شكلياً؛ حيث لا تتوقف صحته على إفراغه في شكل رسمي معين، غير أنه يختلف معه في إثبات الاتفاق على التحكيم، حيث يتوقف هذا على كونه مكتوباً؛ نظراً لأهميته وخطورته، وكذلك الأمر بالنسبة لجميع شروطه وبنوده، أما الفقه الإسلامي فلا يشترط الكتابة فيه وإنما يجوز إثباته بمقتضاها، وكذا بالاتفاق شفاهة وبشهادة الشهود، لكن الفقه الإسلامي يندب إلى إثبات الحقوق بكل الوسائل المتاحة والممكنة.

ومن هنا فإن اشتراط أنظمة الدول أو اتفاق أطراف المنازعة على أن يكون

(١) قانون القضاء المدني، د/ فتحي والي ص ٢٣٨، قواعد التحكيم، د/ أحمد شرف الدين ص ٣٧.

مدى إلزامية حكم التحكيم وقوته التنفيذية في الشريعة الإسلامية والقانون .. دراسة مقارنة
د/ أحمد خليفة شرقاوي أحمد

التحكيم مكتوباً فليس في ذلك مخالفة للشريعة الغراء، بل إنها تندب إلى إثبات
الشروط والعقود وتوثيق الحقوق بالكتابة؛ عملاً بعموم قوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ
ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ...﴾^١
[البقرة: ٢٨٢]

وقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل
حراماً»^(١).

(١) رواه البخاري في صحيحه تعليقاً بلفظ «المسلمون عند شروطهم»، كتاب الإجارة، باب أجر السمسرة
٧٩٤/٢، ورواه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع ٢٧/٣، حديث رقم «٩٨»، وزاد «إلا شرطاً حرم
حلالاً أو أحل حراماً».

المبحث الثالث

شروط التحكيم «صفة الحكم والمحكم»

يشترط في التحكيم أن يكون موافقاً للشرع بأن يكون بالبينة، أو الإقرار أو التوكيل ونحو ذلك.

ويشترط في المحكم - بالكسر - العقل، ولا يشترط فيه الحرية أو الإسلام، فيصح تحكيم ذمي ذمياً وقال الشافعية: يشترط في المحكمين أن يكونا راشدين يتصرفان لأنفسهما، وليس المحكم أصلاً ولا فرعاً لأحدهما ولا عدواً له.

شروط المحكم:

يتفق الفقهاء في جملة الشروط وبخاصة أن يكون المحكم أهلاً للقضاء أو الشهادة، إلا أنهم يختلفون في بعض الشروط.

فيشترط الحنفية أن يكون الحكم أهلاً للحكم وقت التحكيم ووقت الحكم أهلاً للقضاء، فلو انتخب الخصمان صبياً وحكم في حال صباه، أو بعد البلوغ بناء على التحكيم السابق فلا يصح حكمه ولا ينفذ، وقد عبر صاحب الفتاوى الهندية باشتراط أن يكون الحكم من أهل الشهادة وقت التحكيم ووقت الحكم، حتى إنه إذا لم يكن أهلاً فأعتق، أو ذمياً فأسلم وحكم لا ينفذ حكمه، وباشتراط الشهادة أدخل تحكيم المرأة والفاسق، لأنهما من أهل الشهادة وصلاحيتهما للقضاء - والأولى عندهم عدم تحكيم الفاسق -، وكذا الكافر في حق الكافر، لأنه أهل للشهادة في حقه، وكذا يجوز تقليده القضاء ليحكم بين أهل الذمة، وجاز لذلك تحكيم ذمي ذمياً؛ لأنه من أهل الشهادة بين أهل الذمة دون المسلمين.

وجوازه قياساً على جواز تقليد السلطان للذمي ليحكم بين أهل الذمة، فإذا جاز في القضاء جاز في التحكيم؛ لأن المحكم كالقاضي، ولا يصح تحكيم كافر في حق مسلم أو عبد محجور عليه أو محدود في قذف أو صبي لأنهم ليسوا من أهل الشهادة.

كما اشترطوا في المحكم أن يكون معلوماً، فلو كان حكماً مجهولاً كأول من يدخل المسجد لم يجز، وألا يكون بين المحكم وأحد الخصمين قرابة تمنع من الشهادة. واشترط المالكية أن يكون عدلاً، أي «عدل شهادة بأن يكون مسلماً، حراً، بالغاً، عاقلاً، فلا يحكم إلا من يصح أن يولى على القضاء»، وأن يكون غير خصم أي غير أحد الخصمين، لأن الشخص لا يحكم لنفسه ولا عليها وغير خصم لأحدهما بأن ثبت بينه وبين أحد المتداعيين خصومة دنيوية، وإن لم تصل إلى حد العداوة، فإن وقع تحكيم الخصم مضى إن حكم صواباً، كما اشترطوا أن يكون المحكم غير جاهل بالحكم بأن يكون عالماً بما حكم به إذ شرط الحاكم والمحكم العلم بما يحكم به وإلا لم يصح، ولم ينفذ حكمه بالجهل لأنه تخاطر وغرر، لكن لو شاور الجاهل العلماء وحكم فيصح وينفذ، كما لا يجوز تحكيم غير مميز لجنون أو وسوسة أو إغماء^(١).

كما اشترط الشافعية في المحكم أن يتفق الخصمان على الرضا به إلى حين الحكم، فإن رضي به أحدهما دون الآخر، أو رضيا به ثم رجعا، أو رضي أحدهما دون الآخر بطل تحكيمه، ولم ينفذ حكمه سواء حكم للراضي أو للراجع^(٢)، هذا ونوجز القول في صفة الحكم والمحكم على النحو التالي:

صفة الحكم والمحكم:

أولاً: صفة الحكم والمحكم في الفقه الإسلامي :

١- صفة الحكم :

ويقال له المحكم وهو الذي يفصل في خصومة التحكيم، وهو قد يكون واحداً فيسمي المحكم أو الحكم وقد يكون متعدداً فيسمي المحكمون أو هيئة التحكيم.

(١) حاشية الدسوقي ١٤١/٤ .

(٢) أنظر: مغني المحتاج، الشرييني ٣٧٩/٤، نهاية المحتاج، الرملي ٢٤٣/٨ .

ويشترط في المحكم أن يكون أهلاً للقضاء أو الشهادة بأن يكون عالماً بما حكم فيه^(١)، هذا ولقد وسع فقهاء الحنفية فقالوا تكفي أهلية الشهادة في المحكم، وعليه فيصح تحكيم المرأة لأنها أهل للشهادة^(٢)، ومن ثم تكون المرأة حكماً في كل ما يجوز لها الشهادة فيه، ومعلوم أن التحكيم يجري في الأموال وشبهها فجاز عمل المرأة في مجال التحكيم.

هذا ويجب أن تتوافر أهلية التحكيم على النحو السابق بيانه من وقت الاتفاق على التحكيم إلى وقت صدور الحكم في الخصومة محل التحكيم.

٢- صفة المحكم :

لقد اشتهر أن المحكم - بالكسر - هو من كان طرفاً في خصومة التحكيم، أو بمعنى آخر هو من ينصب غيره حكماً ليفصل بينه وبين خصمه في نزاع معين .

هذا ويشترط في المحكم العقل ولا يشترط فيه الحرية أو الإسلام ؛ لذا فقد يصح التحكيم من العبد والذمي؛ حيث يجوز أن يحكم الذمي ذمياً أو مسلماً؛ لأن الإسلام شرط الحكم وليس شرط المحكم.

وقال الشافعية يشترط في المحكمين أن يكونا راشدين يتصرفان لأنفسهما^(٣).

وعلى هذا فيلزم في المحكم أن تتوافر فيه أهلية التصرف، وعليه فلا يصح التحكيم من صبي ولا مجنون عليه لسفه أو جنون، فالرشد لا يكون إلا بكمال البلوغ والعقل.

(١) مغني المحتاج، الشرييني ٣٧٩/٤، طرق القضاء د/ أحمد إبراهيم بك ص ٥، ٤، كتاب تاريخ القضاء في الإسلام، للشيخ محمود عرنوس ص ١٧٥ .

(٢) معين الحكام، الطرابلسي ص ٥٨، طرق القضاء د/ أحمد إبراهيم بك ص ٤ .

(٣) مغني المحتاج، الشرييني ٣٧٩/٤، نهاية المحتاج، الرمي ٢٤٣/٨ .

ثانياً: صفة الحكم والمحكم في القانون الوضعي :

١ - صفة الحكم :

لقد ذكرنا قبلاً أن المقنن قد اعترف بإرادة الخصوم فيما لو رغبوا في عرض نزاعهم على محكمين ممن حازوا الثقة في نفوسهم بدلاً من اللجوء إلى القضاء، وعليه فإن هذه الإرادة الخاصة للخصوم تنشأ عملاً يتولاه المحكم من قبلهم بمحض إرادتهم واختيارهم، وهذا العمل الذي يقوم به المحكم يصبغ عليه القانون الصفة القضائية، فيعتبره عملاً قضائياً كعمل القاضي المعين من قبل الدولة، وذلك في خصوص الخصومة محل التحكيم.

لذا فإنه يجب أن تتوافر في المحكم جملة شروط تشبه إلى حد كبير شروط القاضي، وهذه الشروط على نوعين شروط قانونية عامة وشروط اتفاقية خاصة، ونوضح بشيء من التفصيل هذين النوعين من الشروط وذلك على النحو التالي:

١ - الشروط القانونية العامة :

يشترط في المحكم الذي يتولى مهمة التحكيم في المنازعات التي تدور بين الناس في معاملاتهم المختلفة توافر الشروط القانونية التالية:

أ- أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً.

وهذا الشرط لم ينص عليه صراحة في معظم التشريعات الوضعية، كما هو شأن القانون المصري^(١)؛ وذلك نظراً لوضوحه ودلالته فهو من البديهيات القانونية، ومن ثم فهو شرط يلزم توافره في كل من يتولى الحكم بين الناس، الأمر الذي حدا ببعض القوانين الوضعية إلى النص عليه صراحة، كما هو شأن القانون الفرنسي^(٢)، وتبدوا

(١) المركز القانوني للمحكم، د/ سحر عبدالستار، بند ٢٣ ص ٥٧.

(٢) المرجع السابق بنفس البند والصفحة .

الحكمة من هذا الشرط في أن التحكيم ولو أنه صدر من هيئة تحكيمية، إلا أن هذه الهيئة إنما هي مكونة من أشخاص طبيعية، ومن ثم فإن الشخص الطبيعي هو المعول عليه قانوناً في تولي مهمة التحكيم ولو أن الحكم صدر باسم هيئة التحكيم التي يمثلها هذا الشخص باعتبارها شخصاً معنوياً أو كياناً قانونياً يباشر التحكيم والفصل في الخصومات طبقاً للقانون .

وبناء على هذا:

فيجب أن يكون المحكم آدمياً حتى يقوم بالمهمة الموكولة إليه على النحو الذي يهدف إليه القانون ويقصده المحتكمون إليه؛ حيث لا يتصور أن يصدر الحكم التحكيم من شخص غير آدمي، لأن مهمة الفصل في الخصومة تستلزم من المحكم الذي يقوم بها أن يفهم من الخصمين كلامهما، ويحقق بالنظر خصامهما، ويناقش حججهما، ويتأمل في دفعهما ودفاعهما، وهذا إنما مجاله ومحله الشخص الطبيعي دون غيره من الأشخاص المعنوية الأخرى، وتبرير ذلك أن التحكيم إنما قيامه على العامل الشخصي ومدي الثقة المفروضة في شخص المحكم، ولو أنه كان يمثل هيئة تحكيم أو نحوها مما يعتبره القانون شخصاً معنوياً أو اعتبارياً.

ب- أن يكون المحكم كامل الأهلية المدنية :

يشترط في المحكم أن يكون متمتعاً بالأهلية المدنية الكاملة، ومن ثم فلا يصح بحال أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه؛ لانتفاء الولاية عن القاصر والمحجور عليه؛ لأن التحكيم من قبيل الولاية وإذا لم يكن للمحكم ولاية على نفسه في تصرف ما فكيف يكون له ولاية على غيره، كذلك يجب ألا يكون المحكم محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف ولو كان قد رد إليه اعتباره. هذا ولم يشترط المقتن في المحكم أن يكون متمتعاً بحقوقه السياسية، فلو أن

المحكم كان محروماً من مباشرة الحقوق السياسية فإن هذا لا يمنع من عمله في مباشرة التحكيم، وذلك لأن حرمان من الحقوق السياسية لا ينتقص من إدراكه أو ينال من كمال أهليته المدنية، ومن ثم فلا ينزل المحكم بهذا الحرمان السياسي منزلة ناقص الأهلية^(١).

ج- ألا يكون المحكم ممنوعاً من التحكيم :

قد تتوافر الأهلية المدنية الكاملة في شخص المحكم ومع ذلك قد يحظر عليه قانوناً ممارسة التحكيم متى كان يعمل في عمل آخر له طبيعته الخاصة، كما هو شأن القانون المصري رقم ٦٦ لسنة ١٩٤٣م والذي كان يحظر على القضاة مباشرة أعمال التحكيم مطلقاً، بيد أن المقتنن المصري عندما أصدر القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٢م بشأن استقلال القضاء؛ حيث أجاز بمقتضاه أن يتولى القاضي مهمة التحكيم في حالات معينة وبضوابط مخصوصة، وذلك على سبيل الاستثناء من الأصل العام، وهو منع القضاة من ممارسة أعمال التحكيم نظراً لطبيعة أعمالهم القضائية.

هذا ولقد أجاز المقتنن المصري للقاضي مباشرة أعمال التحكيم متى كان أحد الخصمين قريباً أو صهراً للقاضي حتى الدرجة الرابعة بدخول الغاية، وذلك تمكيناً للخصوم من تحكيم أقاربهم من القضاة ذوي الخبرة والكفاءة، لحل نزاعهم وحسمه بطريقة سلمية وسليمة^(٢).

وعندما أصدر المقتنن المصري قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢م تضمن أيضاً حرمان القاضي من مباشرة العمل التحكيمي، بيد أن هذا الحرمان لم يكن على إطلاقه بل أجاز المقتنن للقاضي مباشرة التحكيم بشروط معينة، وهذا ما جاء

(١) التحكيم طبقاً للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، د/ أحمد السيد صاوي ص ٩٣ .

(٢) قواعد المرافعات، د/ العشماوي ج ١ بند ٢٤٤ ص ٢٩٦ .

واضحاً في نص المادة ٦٣ من قانون السلطة القضائية سالف البيان حيث نصت على أنه:

«لا يجوز للقاضي بغير موافقة مجلس القضاء الأعلى أن يكون محكماً ولو بغير أجر ولو كان النزاع غير مطروح على القضاء».

وبناء على هذا القانون وما سبقه من قوانين يتضح أن المقنن المصري أجاز للقاضي مباشرة أعمال التحكيم بشرطين اثنين:

الأول: أن يكون أحد الخصوم في خصومة التحكيم قريباً أو صهراً للقاضي حتى الدرجة الرابعة بدخول الغاية .

الثاني: موافقة مجلس القضاء الأعلى على تحكيم القاضي .

فإذا لم يتحقق هذين الشرطين فلا يصح بحال تحكيم أحد القضاة، ومخالفة ذلك تورث البطلان في كل عمل يتولاه القاضي، وهذا البطلان يتعلق بالنظام العام لأنه ينال بالمساس من القواعد القانونية الآمرة المتعلقة بنظام القضاء داخل الدولة .

وذلك حرصاً من المقنن على حيده القاضي ونزاهته واستقلاله والبعد به عن مواطن الشبهة والريبة^(١).

(١) طرق التنفيذ والتحفظ، د/ عبد الحميد أبوهيف، بند ١٣٧٢ ص ٩٢٤، التحكيم الاختياري والإجباري، د/ أحمد أبو الوفا ص ١٥٧، هذا ولقد تبني المقنن الكويتي هذا المبدأ حيث نص في المادة رقم ٢٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠م بشأن تنظيم القضاء على أنه: «لا يجوز للقاضي بغير موافقة المجلس الأعلى للقضاء أن يكون محكماً ولو بغير أجر، ولو كان النزاع غير مطروح على القضاء إلا إذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة»، وهذا فيما يتعلق بالتحكيم الحر وهو يختلف عن التحكيم القضائي، حيث إن الأخير له قواعده وأحكامه الخاصة به، أنظر في هذا: خصومة التحكيم القضائي (التحكيم المختلط) وفقاً للقانون الكويتي، د/ سيد أحمد محمود، ص ١١ وما بعدها، ط/ دار النهضة العربية ط/ الأولى سنة ١٩٩٧م، المركز القانوني للمحكم، د/ سحر عبد الستار ص ٦١، ٦٢.

٢- الشروط الاتفاقية الخاصة :

الملاحظ أن المقنن في القوانين المعنية بالتحكيم قد وسع من مساحة إعمال إرادة الأطراف المعنية في الخصومة التحكيمية، واحترم إلى حد كبير رغبات ذوي الشأن في هذه المسألة ؛ حيث لم ينص على ضرورة أن يكون المحكم حاملاً لجنسية دولة معينة أو ديانة محددة، أو حاصلاً على مؤهل أو شهادة علمية بعينها، أو خبيراً في مجال معين، ما لم ينص القانون على غير ذلك، ومن ثم فيصح التحكيم من الأجنبي كما يصح من الوطني بحسب ما يتفق عليه الأطراف^(١).

وكذلك يصح التحكيم من غير المسلم كما يصح من المسلم، ويصح أيضاً من صاحب الشهادة العلمية كما يصح من غيره ممن لا شهادة له ولو أنه أمي لا يقرأ ولا يكتب متى توافرت لديه الدراية الفنية بموضوع النزاع؛ حيث يمكنه الاستعانة بغيره^(٢) في الكتابة والتوثيق، ويصح من المرأة كما يصح من الرجل متى حازت ثقة الخصوم وكانت أهلاً للفصل في الخصومة محل التحكيم^(٣).

وعلى هذا فإن حرية الخصوم هي التي تحدد من يتولى مهمة التحكيم للفصل في نزاعهم، بيد أن ما عناه المقنن في هذه المسألة هو تحقيق الهدف المقصود من اللجوء إلى التحكيم، فإذا كان عمل المحكم ممثلاً لعمل القاضي في حسم النزاع محل التحكيم، فقد أصبح من البديهي أن يتوافر في المحكم ما يعينه على أداء مهمته على وجهها المعترف لها قانوناً، وهذا ما تحكمه إرادة أطراف المنازعة، طبقاً لظروف النزاع وعلي نحو طبيعته التي يتسم بها، فإذا كان النزاع مثلاً تجارياً فقد تحتم على أطراف النزاع أن

(١) الوسيط في قانون القضاء المدني، د/ فتحي والي، بند ٩١٧ ص ٩١٦ .

(٢) التنفيذ علماً وعملاً، د/ أحمد قمحة بك وعبد الفتاح السيد بك، بند ٩٤ ص ٧٣٤ .

(٣) التحكيم الاختياري والإجباري، د/ أحمد أبو الوفا، بند ٦٥ ص ١٥٤، النظرية العامة للتحكيم، د/

محمود هاشم، ج١ بند ٥٩ ص ١٨٠ .

يختاروا من كان لديه الخبرة والدراية بالتجارة، وإذا كان النزاع مدنياً فقد وجب أن يكون المحكم ممن له الدراية والكفاءة في الأمور المدنية، وكذا لو كان النزاع يتصل بالمحاسبية فقد وجب أن يكون المحكم على دراية بأصول المحاسبة ودروها، وهكذا فإن طبيعة النزاع هي التي تحكم اتجاه إرادة أطرافه في اختيار المحكم، ولهم أن يتفقوا على أية شروط أخرى تحقق مقصودهم من اللجوء إلى التحكيم.

وبناء على هذا:

فقد وسع المقنن للأفراد في اختيار من يحكم بينهم في أنزعتهم، ولو أدى ذلك إلى تحكيم رجل أمي أو امرأة أمية - على فرض تحكيمهما - غاية الأمر أن يكون المحكم محققاً لمقصود الخصوم من تحكيمه، وهو إنهاء النزاع على النحو المعترف لذلك قانوناً.

وهكذا يتم عقد التحكيم بين أطراف المنازعة والمحكم بعد إعلانه عن قبوله لمهمة التحكيم، وعادة ما يتم ذلك عن طريق توقيعه على محضر الاتفاق على التحكيم، وبهذا يتم عقد التحكيم بين المحكم والمحتكمين طبقاً للقانون؛ حيث توافقت الإرادات المعنية على انعقاده.

بيد أنه يراعي التمييز في هذه المسألة بين التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي، فالأول يتم فيه الاتفاق على التحكيم بين المحكم والمحتكمين إليه مباشرة كما مر دون تدخل من أحد، وأما الثاني فيتم فيه الاتفاق على التحكيم بين المحتكمين وبين مؤسسة تحكيمية أو مركز تحكيم، ومن ثم يعرض ذووا الشأن مواصفات المحكم التي يتفقوا عليها فيما بينهم لفصل نزاعهم، ويتولى المركز التحكيمي أو مؤسسة التحكيم ترشيح من يصلح لتولي هذه المهمة، ومن ثم فيجري العقد التحكيمي ويتم بين المحتكمين وبين المؤسسة أو المركز دون أن يكون المحكم المرشح لمهمة التحكيم طرفاً فيه.

هذا ولم يشترط المقتن سلامة الحواس في المحكم لتولي مهمة التحكيم مما دعا ببعض الفقه القانوني إلى القول بجواز تحكيم الأصم والأبكم والأعمى ما دام متمتعاً بقواه العقلية واتفق الخصوم على تحكيمه^(١)، في حين يري البعض الآخر من الفقه القانوني ضرورة أن يكون المحكم سليماً في حواسه لأنه قاض في الخصومة وعمله كعمل القاضي^(٢)، فوجب أن يكون مثله في كفايته وشروطه^(٣)، ومن ثم فيجب أن يكون المحكم ناطقاً؛ ليتمكن من النطق بالحكم وإعلام الناس به ومناقشة الخصوم والشهود، سميعاً ليتمكن من سماع حجج الخصوم، ودفاعهم ودفوعهم وشهادة شهودهم، بصيراً ليميز بين الطالب والمطلوب والشاهد والمشهود له أو عليه^(٤).

وفي الحقيقة أرى أن السلامة في الحواس من اللوازم الرئيسة في المحكم؛ لأن التحكيم يماثل القضاء سواء بسواء وعمل المحكم كعمل القاضي في خصوص ما يحكم فيه، فوجب أن يكون على قدره وصفته، فضلاً عن أن كلاً من التحكيم والقضاء - مع اعتبار الخصوص والعموم فيهما - من قبيل الولاية والسلامة في الحواس أهيب في الحكومات لذوي الولايات.

وأما عدم النص على شرط السلامة في الحواس في المحكم فهذا لا يعني المرة تجاوزه أو إغفاله؛ لأن ما يسري في حق القاضي من شروط يسري في حق المحكم في خصوص ما يحكم فيه، ومن ثم فهو شرط لازم في المحكم كلزومه في القاضي المولي من قبل الدولة.

(١) التحكيم الاختياري والإجباري، د/ أحمد أبوالوفا، بند ٦٥ ص ١٥٤، النظرية العامة للتحكيم، د/ محمود هاشم، ج ١ بند ٥٩ ص ١٧٨.

(٢) قواعد التحكيم في القانون الكويتي، د/ أحمد مليحي ص ١٢٧، التحكيم التجاري، د/ محسن شفيق ص ٢٣٩.

(٣) أصول وقواعد المرافعات، د/ أحمد ماهر زغلول بند ٢٩ ص ٧٢.

(٤) المركز القانوني للمحكم، د/ سحر عبد الستار بند ٢٥ ص ٧٥.

غير أن الحق الذي لا يمكن كتمانته في هذه المسألة أن وجود بعض الخلل في إحدى حواس المحكم، مما لا يعتمد عليها في حكمه أري أن ذلك لا يمنعه من مباشرة مهمة التحكيم، كما لو حكم في شيء لا يحتاج إلى حاسة الشم، فيجوز تحكيمه ولو كان أبكماً، أو كان أشل وكان موضوع التحكيم في شيء لا يحتاج إلى جهد أو معاينة بالأيدي، وهكذا فإن شرط السلامة في الحواس يكاد يكون شرطاً نسبياً في المحكم بحسبان محل النزاع وعلي وفق نوعه وطبيعته.

٢- صفة المحكم :

يشترط في المحكم سواء أكان التحكيم في صورة شرط أم مشاركة توافر الشروط التالية :

أ- أن يكون المحكم أهلاً للتصرف في الحق المتنازع فيه .

وتبدو الحكمة من اشتراط هذا الشرط في أن التحكيم يتضمن معني المساحة والمقاربة، فضلاً عن التنازل عن رفع الدعوي وحق اللجوء إلى قضاء الدولة^(١)؛ لذا فقد لزم أن يكون المتنازل عن حقه أهلاً لهذا التصرف^(٢)، ومن ثم فلا يصح التحكيم من عديم الأهلية ولا من محجور عليه لسفه أو جنون، وذلك لأن التحكيم من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فلزم أن يكون المحتكم أهلاً لأن تصدر عنه هذه التصرفات؛ وذلك لما ينطوي عليه التحكيم من خطورة تمس الأشخاص والأموال.

(١) المادة رقم «١١» من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، حيث نصت 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»، وانظر أيضاً المادة رقم «١٩٠» من قانون المرافعات القطري.

(٢) المادة رقم «١٠/١» من نظام التحكيم السعودي؛ حيث نصت على أنه: «لا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن يملك التصرف في حقوقه سواء أكان شخصاً طبيعياً أو من يمثله. أم شخصاً اعتبارياً».

وبناء على هذا فلا يجوز لعديم الأهلية الإقدام على هذا التصرف، كذلك لا يجوز للقاصر ما لم يكن مأذوناً له بالإدارة، ولا للحارس القضائي على الشيء المتنازع فيه أن يبرم عقد التحكيم، كذلك لا يجوز للوصي على القاصر أن يتفق على الحكيم بشأن مال القاصر إلا بعد الحصول على إذن بذلك من القضاء^(١)، وإذا تم الاتفاق على التحكيم بموجب وكالة فقد وجب أن تكون الوكالة خاصة، ومن ثم فلا تكفي في اتفاق التحكيم الوكالة العامة، ولا وكالة المحامي في شأن مباشرة الدعاوي وإجراءات التقاضي^(٢).

هذا ويلاحظ أن التحكيم إذا ما تم الاتفاق عليه ممن توافرت فيه الأهلية وقت الاتفاق عليه فلا يجوز بعد ذلك أن يتمسك بانعدام الأهلية تحلاً منه^(٣).

ب- تحديد المسائل محل التحكيم.

تتضح أهمية هذا الشرط ومن ثم يجب توافره عندما يتخذ الاتفاق على التحكيم صورة المشاركة، حيث يلزم وجوباً أن يحدد الأطراف المسائل المتنازع عليها وإلا كانت المشاركة باطلة^(٤) للجهالة بمحل النزاع، الذي يمثل المحل القانوني الذي يعمل فيه المحكم.

أما إذا اتخذ الاتفاق على الحكيم صورة الشرط فيكفي فيه أن يرد الشرط واضحاً بصورة عامة في العلاقة القانونية التي تجري بين الطرفين، كما هو شأن الاتفاق الذي

(١) قانون القضاء المدني، د/ فتحي والي، ص ١٠٦ .

(٢) قواعد التحكيم، د/ أحمد شرف الدين ص ٣٠ .

(٣) وهذا ما قرره محكمة النقض المصرية؛ حيث قضت بأن: «التحكيم هو بنص المادتين ٧٢، ٧٣ من قانون المرافعات مشاركة بين متعاقدين، أي اتفاق على التزامات متبادلة بالنزول على حكم المحكمين، وبطلان المشاركات لعدم الأهلية هو بحكم المادتين ١٣١، ١٣٢ من القانون المدني بطلان نسبي إلى عديم الأهلية فلا يجوز لذي الأهلية التمسك به» نقض مدني، طعن رقم ٧٣ جلسة ١٨/١١/١٩٤٨م، مجموعة عمر ج ٥ ص ٦٥٨ .

(٤) قانون القضاء المدني، د/ فتحي والي ص ١٢١ .

ينص فيه على أن التحكيم هو الوسيلة المتفق عليها لفض وحسم أي نزاع يثور بين الطرفين بشأن تنفيذ العقد أو تفسيره أو تأويله، وفي هذه الحالة يكون من الواجب القانوني أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوي الذي يقدمه المحكم عند بدء إجراءات التحكيم^(١).

هذا ويلاحظ أنه بالرغم من تحديد محل التحكيم ابتداء في مشاركة التحكيم إلا أن التحديد النهائي للمسائل المتنازع فيها لا إنما يتم لاحقاً على ضوء ما يقدمه الخصوم من طلبات أثناء سير الخصومة التحكيمية شريطة أن تكون هذه الطلبات في حدود ما نصت عليه المشاركة^(٢).

هذا ويستهدف المقنن من وراء تحديد محل النزاع معرفة ولاية المحكمين ونطاقها في موضوع النزاع محل التحكيم، بحيث لا يكون هناك تجاوز من المحكم لحدود ولايته المخصوصة بموضوع النزاع دون غيره، فضلاً عن إتاحة الفرصة لبسط الرقابة على التزامه لمعرفة مدى مشروعية أعماله^(٣).

(١) المادة ٢/١٠ من قانون التحكيم المصري حيث نصت على أنه: «يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة (٣٠) من هذا القانون كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً».

(٢) قواعد التحكيم، د/ أحمد شرف الدين ص ٣٥.

(٣) وقد أكدت ذلك محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن: «...التحكيم طريق استثنائي سنه المشرع لفض الخصومات، قوامه الخروج على طرق التقاضي وما تكفله من ضمانات، ومن ثم فهو مقصور حتماً على ما تنصرف إليه إرادة المحكمين على عرضه على هيئة التحكيم، فأوجب المادة ٥٠١ من قانون المرافعات المقابلة للمادة ١٠ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م أن تتضمن وثيقة التحكيم تعييناً لموضوع النزاع حتى تتحدد ولاية المحكمين، ويتسنى رقابة التزامهم حدود ولايتهم وأجاز المشرع في ذات المادة أن يتم هذا التحديد أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم...». نقض مدني، الطعن رقم ٤١٧٣، لسنة ٦١ ق، جلسة ٦/٢١ ١٩٩٧م.

المبحث الرابع نطاق التحكيم

النطاق الشرعي للتحكيم:

يقرر الفقه الإسلامي أن التحكيم إنما يجري في الأموال وشبهها وما يؤول إليها ولا يجري في الحدود والقصاص واللعان ونحوها مما هو حق لله تعالى، كالصلاة والزكاة، أو مما تعلق به حق الغير، لأن هذه الأمور يختص بنظرها واستيفائها الإمام أو نائبه دون غيرهما^(١)؛ نظراً لأهميتها وخطورتها في دنيا الناس، ولأن مبناها على الاحتياط والدرء بالشبهات فاختص بنظرها الإمام دون غيره ومن ثم فلا يصح فيها التحكيم.

النطاق القانوني للتحكيم:

القاعدة العامة في نطاق التحكيم أنه يصح في جميع المسائل التي يجوز فيها الصلح، ويمتنع فيما يمتنع فيه الصلح، ومن ثم فلا يصح التحكيم في المسائل الشخصية البحتة ولا في المسائل الجنائية - مع جوازه فيما يترتب عليهما من مصالح مالية - كما لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالجنسية، وغير ذلك مما يمس النظام العام في الدولة^(٢).

وهذا إنما مرجعه إلى رغبة المقتن في بسط الولاية العامة لقضاء الدولة كنوع من سيادة الدولة في أراضيها سيما ما تعلق بالنظام العام^(٣)، وهذا ما أكدته نظام التحكيم

(١) المغني، لابن قدامة ١٠٨/٩، القضاء في الإسلام، د/ محمد سلام مذكور ص ١٣٢، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام د/ نصر فريد واصل ص ١٧٩ .

(٢) التحكيم الاختياري والإجباري، د/ أحمد أبو الوفا ص ٧٢، سلطة القاضي إزاء أحكام التحكيم، د/ أحمد شرف الدين ص ٥٧.

(٣) التحكيم الاختياري والإجباري، د/ أحمد أبو الوفا ص ٧٣.

المصري والسعودي وشبههما من قوانين الدول العربية؛ حيث أفاد عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها^(١).

وأما فيما يتعلق بمعرفة مدي قابلية المسألة محل النزاع للتحكيم من عدمه، فإن المرجع القانوني الرئيس في هذا الشأن إنما هو ما ينص عليه القانون الوطني لطرفي النزاع، كما هو شأن القاعدة القانونية التي قررها المقتن المصري في المادة «١١» من قانون التحكيم، والتي أفاد فيها بجواز التحكيم في كل مسألة يجوز فيها الصلح، وكذا القاعدة التي يقرها القانون الدولي الخاص السويسري في المادة «١٧٧/١» والتي أفادت بأن أي نزاع يتعلق بالمصالح المالية يمكن أن يكون محلاً للتحكيم^(٢).

وبالمقارنة:

بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي فيما يتعلق بنطاق التحكيم نجد أنهما يتفقان في سعة هذا النطاق، فدائرة التحكيم في الفقه الإسلامي تتسع بحيث يمكن اللجوء إليه في مختلف المنازعات المالية والاقتصادية والاجتماعية والدستورية والسياسة والشرعية ومسائل الأحوال الشخصية ونحوها، بيد أنه يمتنع التحكيم في الحدود واللعان ونحوهما، مما هو من حقوق لله تعالى - الحق العام - وعليه فإن التحكيم في الشريعة الإسلامية يشمل جوانب متعددة من المعاملات المختلفة^(٣)، سواء أكان ذلك في زمن السلم أم في زمن الحرب، كما أن تطبيق الصحابة الكرام لنظام التحكيم دليل على شموله مختلف القضايا السياسية والمالية والقضايا الكبرى، كما هو شأن

(١) راجع: المادة رقم «١١» من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، والمادة رقم «٢» من نظام التحكيم السعودي الجديد، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م ٣٤/ وتاريخ ٢٤/ ٥/ ١٤٣٣هـ.

(٢) سلطة القاضي إزاء أحكام التحكيم، د/ أحمد شرف الدين ص ٥٧، ص ٥٨، وهذا ولقد أشارت اتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية إلى سلطة القاضي المطلوب منه إصدار الأمر بالتنفيذ في رفض الطلب، إذا وقع التحكيم في مسألة غير قابلة له وفقاً لقانون هذا القاضي، المرجع السابق ص ٥٧.

(٣) المبادئ العامة للتحكيم . www.qaradaghi.com/portal/index.php

اختيار الإمام وعزله، فضلاً عن الأقضية البسيطة والفرعية في مجال المنازعات المالية
و مختلف الحقوق المشروعة.

ومن هنا فإنني أرى أن التحكيم في الفقه الإسلامي يسع كل الأنواع وجميع
التسميات المعاصرة، كما هو شأن التحكيم التجاري العادي والدولي، والتحكيم في
المنازعات البحرية، والتحكيم في القانون الدولي وفي مجال تطبيق قوانين العمل فيما
يمسُ العمال وأرباب العمل وغير ذلك مما يجري فيه التحكيم قانوناً وواقعاً.

الفصل الثاني

بيان مدى إلزامية حكم التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون

المبحث الأول

أنواع التحكيم

ينقسم التحكيم إلى عدة أنواع بالنظر إلى حيثيات مختلفة وذلك بحسبان المحل، وحرية إرادة المحتكمين، والتنظيم والإجراءات، والتفويض بالصلح أو غيره، ونوضح ذلك على النحو التالي :

أولاً: التحكيم من حيث المحل:

ينقسم إلى تحكيم محلي وتحكيم دولي، والتحكيم المحلي هو الذي يكون أطرافه من دولة واحدة وغالباً يتم تطبيق قانون الدولة في مجال النزاع، أما التحكيم الدولي فهو الذي ينتمي فيه أطراف المعاملة إلى دولتين مختلفتين، ويتم التعاقد في دولة وينفذ في أخرى ويتم فيه الاتفاق على القانون أو القواعد الواجبة التطبيق، سواء أكانت أعرافاً أم قواعد أم قوانين وطنية، والتحكيم الدولي ذاته ينقسم إلى تحكيم تجاري دولي وتحكيم دولي وهذا الأخير يتعلق بالمنازعات بين الدول وفقاً لقواعد القانون الدولي^(١).

ثانياً: التحكيم من حيث حرية الإرادة:

ينقسم إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري، والتحكيم الاختياري وهو الغالب ويكون ذلك في المعاملات والمنازعات التي تنشأ بين الأفراد والمؤسسات، فيما يتعلق بالفصل في النزاع حيث يجوز لهما اختيار الجهة أو الطريقة التي يضعون بها حداً للنزاع.

(١) المشكلات العملية في نظام المرافعات الشرعية ونظام التحكيم السعودي، د/ أحمد هندي ص ٨٥، ط/ دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ط/ ٢٠٠٨م، نظام التحكيم السعودي الجديد دراسة مقارنة، د/ محمود عمر محمود ص ٢٩، ٣٠، تقديم د/ بندر بن سلمان آل سعود، ط/ خوارزم العلمية، ط/ الأولى ١٤٣٤هـ - ١٤٣٥هـ.

أما التحكيم الإلجباري فيكون بموجب تشريعات أو قواعد تحكيم صادرة من الدولة أو بموجب اتفاقية أو معاهدة ما تلزم الأطراف باللجوء إلى التحكيم وتطبيق قواعد معينة^(١).

ثالثاً: التحكيم من حيث التنظيم والإجراءات:

ينقسم إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسسي، فالتحكيم الحر معناه حرية الخصوم في اختيار المحكمين، وتحديد القواعد والإجراءات التي يتبعونها والقانون الواجب التطبيق ونحو ذلك مما يتعلق بمسائل الحكيم، ومن ثم فهذا النوع من التحكيم ينظمه الأطراف بمناسبة نزاعهم ويصطلح عليه بـ التحكيم الحر أو الطليق Ad hoc، وأما التحكيم المؤسسي institutionnel فهو الذي يتم إجراؤه عن طريق مراكز التحكيم المستقلة والمتخصصة طبقاً لقواعد وإجراءات منظمة سلفاً^(٢)، ومن أمثلة ذلك محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس ICC، محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي LCIA، مركز تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى ICSID، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مركز التحكيم التجاري التابع لمجلس التعاون لدول الخليج العربية، مركز الخرطوم للتحكيم KCA، ويتم التحكيم عن طريق هذه المراكز باتفاق طرفي العقد أو النزاع^(٣).

رابعاً: التحكيم من حيث التفويض بالصالح أو غيره:

ينقسم التحكيم بالنظر لهذه الحثية إلى تحكيم عادي ويسمى بالتحكيم القانوني، ومعناه التزام هيئة التحكيم بالفصل في موضوع النزاع المعروض عليها بقواعد القانون الموضوعي أو الإجرائي، الذي يتم تحديده من قبل الأطراف المحكّمين، أو من قبل الهيئة ذاتها عند السكوت عن ذلك.

(١) التحكيم الاختياري والإلجباري، د/ أحمد أبو الوفا ص ٣٩.

(٢) المشكلات العملية، د/ أحمد هندي ص ٨٥.

(٣) نظام التحكيم السعودي الجديد دراسة مقارنة، د/ محمود عمر محمود ص ٢٩، ٣٠.

وتحكيم مع التفويض بالصلح، ومعناه أن يتم التحكيم طبقاً لقواعد العدل والإنصاف دون التقيد بقواعد القانون الموضوعي، التي لا تمس النظام العام، وهذا النوع من التحكيم يستلزم حصول الاتفاق عليه صراحة^(١).

(١) راجع: التحكيم الاختياري والإجباري، د/ أحمد أبو الوفا ص ٣٩، قواعد التحكيم، د/ أحمد شرف الدين ص ٢٢، ص ٢٣.

المبحث الثاني

الطبيعة الشرعية والقانونية لعقد التحكيم

أولاً: الطبيعة الشرعية لعقد التحكيم :

قد يتم عقد التحكيم قبل النزاع من خلال شرط في العقد يضعه الطرفان وينصّ فيه عادة: أنه إذا حدث نزاع في تفسير العقد، أو في تنفيذه، أو فيما يتعلق به من آثار فإنه يصار إلى التحكيم^(١).

وهذا ما يسمى بشرط التحكيم في معظم القوانين الغربية، أو وثيقة التحكيم في نظام التحكيم السعودي والقانون المصري الجديد، أو اتفاق التحكيم، كما هو شأن التسمية في القانون الكويتي، وهو ما اختاره مجمع اللغة العربية المصري.

وقد يتم التحكيم بعد حدوث النزاع، وحينئذ يبرم الطرفان المتنازعان اتفاقاً باللجوء إلى التحكيم، ويسمى مشارطة التحكيم، وفي الحالتين فقد تمّ عقد التحكيم بتراضي أطرافه، وعليه فهو عقد رضائي في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

وقد استحدثت في المجتمعات الاشتراكية نوع من التحكيم يسمى التحكيم الإجباري ومفاده عدم جواز اللجوء إلى القضاء لحسم النزاع استثناءً من الأصل، ويمكن تأسيسه في الفقه الإسلامي على فكرة التحكيم الوجوبي الذي يتم اللجوء إليه شرعاً عند حدوث الشقاق بين الزوجين^(٢).

(١) المبادئ العامة للتحكيم . www.qaradaghi.com/portal/index.php

(٢) التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية ونظام السلطة القضائية، د/ سعود بن سعد آل دريب، ص ٥٤٩، ط / وزارة التعليم العالي سنة ١٤١٩ هـ، ١٩٩٩ م .

قال الله تعالى:

﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ [النساء: ٣٥].

فالآية صريحة في دلالتها على الوجوب يقول ابن العربي: «إذا علم الإمام من حال الزوجين الشقاق لزمه أن يبعث إليهما حكمين»، وقد ذكر أن المخاطب هو ولي الأمر ونائبه، حيث لا يجوز له البت في الأمر دون هذا الإجراء، أو أن المراد أولياء الزوجين إذا كانا محجورين، وأن الحكمين إنما هما بمثابة القاضيين وليسا وكيلين، لذا يقول - رحمه الله -: «هذا نص من الله تعالى من أنهما قاضيان لا وكيلان، وللوكيل اسم في الشريعة ومعنى، وللحكم اسم في الشريعة ومعنى، فإذا بين الله سبحانه كل واحد منهما فلا ينبغي لشاذ.

فكيف لعالم أن يركب معنى أحدهما على الآخر، فذلك تلبيس وإفساد للأحكام، وإننا يسيران بإذن الله تعالى ويخلصان النية لوجه الله وينظران فيما عند الزوجين بالتشبيت، فإن رأيا للجمع وجهاً جمعاً، وإن وجداهما قد أنابا تركاهما،... وإن وجداهما قد اختلفا ولم يمكن الجمع بينهما، أو أن الجمع لا ينفع لوجود تجارب أخرى فرقا بينهما...»^(١).

وقال إذا فرقا فتكون الفرقة طلبة بائنة، وأن هذه الفرقة لوقوع الخلل في مقصود النكاح من الألفة وحسن العشرة قال تعالى: ﴿فَأَمْسَاكُم بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وقد ردّ على من قال: بأن الظلم من أحد الزوجين لا ينافي النكاح، بأن هذا نظر قاصر يتصور في عقود الأموال، فأما عقود الأبدان فلا تتم إلا بالاتفاق

(١) أحكام القرآن، لابن العربي ١٧٦/٥، وانظر تفصيل ذلك: المبادئ العامة للتحكيم.

والتآلف وحسن التعاشر، فإذا فقد ذلك لم يكن لبقاء العقد وجه، وكانت المصلحة في
الفرقة^(١).

يقول ابن تيمية - رحمه الله -: «والحكمان كما سماهما الله تعالى هما حكمان عند أهل
والأول أصح، لأن الوكيل ليس بحكم، ولا يحتاج فيه إلى أمر الأئمة، ولا يشترط أن
يكون من الأهل، ولا يختص بحال الشقاق، ولا يحتاج إلى نص خاص، ولكن إذا وقع
الشقاق فلا بد من ولي لهما يتولى أمرهما، لتعذر اختصاص أحدهما بالحكم على الآخر،
فأمر الله تعالى أن يجعل أمرهما إلى اثنين من أهلها فيفعلان ما هو الأصلح من جمع
بينهما وتفريق، بعوض أو بغيره...»^(٢).

وذا القول عند ابن القيم - رحمه الله -: «لأن الحكم من له ولاية الحكم والإلزام
وليس للوكيل شيء من ذلك»^(٣)، ولقد أفادت مجلة الأحكام العدلية أيضاً عند تعريفها
للتحكيم بأنه عبارة عن اتخاذ الخصمين قاضياً برضاها للفصل في خصومتها
ودعواهما، فدل ذلك على أن الحكمين إنما هما قاضيان في خصوص نظرهما محل
التحكيم»^(٤).

ثانياً: الطبيعة القانونية لعقد التحكيم :

يقرر القانون الوضعي أن التحكيم سواء أكان شرطاً في العقد أم جاء في صورة
مشارطة فهو ملزم لطرفيه بمعنى أنه لا يجوز لأحد الطرفين فسخه بإرادته المنفردة، كما
أنه لا يجوز له رفض اللجوء إلى التحكيم، لأن هذا الشرط سواء أكان مطلقاً أم مقيداً
فهو لازم للطرفين معاً، ومن ثم فليس لأحدهما أن يستبد بفسخه أو يعطل أحكامه،

(١) أحكام القرآن، لابن العربي ١٧٦/٥.

(٢) مجموع الفتاوي، لابن تيمية ٢٥/٣.

(٣) المبادئ العامة للتحكيم . www.qaradaghi.com/portal/index.php

(٤) راجع المادة رقم «١٧٩٠» من مجلة الأحكام العدلية .

أو يمتنع عن تنفيذه بإرادته الحرة وإلاّ انعدمت قيمة التحكيم علماً وعملاً، وأصبح عبثاً مجرداً عن كل قيمة قانونية، وهذا بلا شك يتعارض وإرادة المتعاقدين في انصرافها نحو التحكيم باعتباره وسيلة سريعة ومشروعة لفض النزاع^(١).

وبناء على هذا: فإن التحكيم له طبيعته القضائية، فالحكمان قاضيان فيما يحكمان فيه من خصومة وليس وكيلان، فهما يصدران حكمهما بناء على إرادتهما المستقلة دون إرادة الخصمين المحتكمين ولو أن الحكمان قد جاءا برضاهما، فدل ذلك على كون الحكّمين قاضيين في خصوص ما حُكِمَ فيه خصومة، ومن ثم فإن أحكامهما تعتبر أحكاماً قضائية مخصوصة، تحوز حجية الشيء المقضي به، مادامت لا تتعارض مع فكرة النظام العام أو الآداب العامة أو السيادة الوطنية للدولة.

وعليه فيجوز تنفيذها جبراً على المحكوم عليه بعد الحصول على الأمر بتنفيذها من قبل القضاء المختص طبقاً للقانون، وبهذا فإن أحكام التحكيم بهذا الوصف إنما تخضع لرقابة القضاء عند تزييلها بالصيغة التنفيذية «أمر التنفيذ» شأنها في ذلك شأن الأحكام القضائية، كما أنها تخضع للطعن عليها بطريق البطلان دون أن ينفي ذلك عنها وصفها بأنها أحكاماً قضائية مخصوصة، وهكذا تتمتع الأحكام التحكيمية بالحجية القضائية ما لم يقضي ببطلانها على النحو المعتبر لذلك قانوناً^(٢).

وبناء على هذا فإن حكم التحكيم من حيث كونه حكماً ملزماً فقد توافرت فيه عناصر الإلزام، حيث يلتزم بموجبه الخصمان، ومن حيث الحجية فهو يحوز الحجية القانونية بمجرد صدوره صحيحاً طبقاً للقانون، ومن حيث قوة الأمر المقضي- فهو يحوزها حيث لا يجوز الطعن عليه بطرق الطعن المحددة قانوناً لغيره من الأحكام

(١) التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية، د/ سعود بن سعد آل دريب، ص ٥٥٤.

(٢) المركز القانوني للمحكم، د/ كرم زيدان ص ٦٠، التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية، د/

سعود بن سعد آل دريب، ص ٥٥٥.

القضائية، وأما تمتعه بالقوة التنفيذية فهذه تستلزم قانوناً عرضه على المحكمة المختصة لإصدار أمر منها بتنفيذه.

وهذا الأمر يصدر بناء على إجراءات معينة م «٥٥» من قانون التحكيم المصري، حيث تبدأ الإجراءات بإيداع أصل الحكم وصورة موقعة منه قلم كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع م «٩»، م «٤٧» من قانون التحكيم المصري، وإعلان حكم التحكيم إلى الخصم الصادر ضده، ثم التقدم بطلب بتنفيذ الحكم بعد مضي تسعون يوماً من تمام إعلان الحكم وإيداعه على أن يرفق مع هذا الطلب أصل الحكم وصورة موثقة منه وصورة اتفاق التحكيم وترجمة للحكم إن كان مكتوباً بلغة أجنبية مصدقاً عليها من جهة معتمدة وصورة من محضر إيداع الحكم م «٥٦» من قانون التحكيم المصري^(١).

وبالمقارنة:

بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي فيما يتعلق بتحديد طبيعة عقد التحكيم يتضح لي أنهما يتفقان في هذه المسألة، وذلك بالبناء على ما ذهب إليه معظم شراح القانون الإجرائي^(٢)، من أن طبيعة التحكيم طبيعة قضائية وأن الحكم إنهما قاضيان في كل ما أسند إليهما من عمل بشأن ما حُكم فيه من خصومة وليس بوكيلين عن الخصمين. والله أعلى وأعلم.

(١) من ذلك: النظرية العامة للتنفيذ القضائي، د/ طلعت دويدار ص ١٢٢، ط / منشورات الحلبي الحقوقية.
(٢) النظرية العامة للتحكيم، د/ محمود هاشم ص ٢٢١، قواعد تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية، د/ رمزي سيف ص ٦٦، التحكيم الاختياري والإجباري، د/ أحمد أبو الوفا ص ١٩، الوسيط، د/ فتحي والي ص ٤١.

المبحث الثالث

التأسيس الشرعي والقانوني للإلزام بحكم التحكيم

لقد بينا فيما سبق جواز التحكيم ومشروعيته في الشريعة والقانون، وقد أوردنا الأدلة الشرعية على ذلك، وقد ذكرنا إجماع الفقهاء والعلماء على أن ما قضي به غير قاض جائز شرعاً فيما يجوز فيه هذا القضاء^(١).

وأحدث في هذا المبحث عن مدي إلزامية حكم التحكيم هل هو ملزم لأطرافه أو لا؟.

فأقول بأن إلزامية حكم التحكيم كانت محلاً لاختلاف الفقهاء وسبباً في تعدد الآراء؛ حيث اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

الأول: وهو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والحنابلة^(٤) والأظهر عند الشافعية^(٥).

حيث يري أصحاب هذا الرأي أن حكم التحكيم لازم لكلا الطرفين في الخصومة، ومن ثم فيجب إنفاذه عليهما^(٦)، وقد استدلوا على ذلك بالسنة والمعقول: أما السنة: فبما روي عن شريح عن أبيه هانئ وقد سبق ذكره^(٧).

ووجه الدلالة منه أن هذا الحديث يدل على إلزام الخصمين بحكم التحكيم متى تراضيا على الحكم الذي يفصل بينهما في النزاع.

(١) الإجماع، لابن المنذر ص ١٢٣ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٤٢٩/٥ .

(٣) حاشية الدسوقي ١٤١/٤ .

(٤) المغني مع الشرح الكبير، لابن قدامة ٤٨٤/١١ .

(٥) المهذب، للشيرازي ٢٩١/٢ .

(٦) حاشية ابن عابدين ٤٢٩/٥، مغني المحتاج، الشربيني ٣٧٩/٤ .

(٧) سبق ذكره وتقرّجه عند الحديث عن مشروعية التحكيم .

أما المعقول: فلأن ولاية المحكم على الخصمين ولاية شرعية، ومن ثم فهي معتبرة بنص الشارع، وقد انعقدت له بتراضي الخصمين عليه، فيلزمها قبول حكمه شرعاً كما يلزمها قبول حكم القاضي المولي من قبل الإمام أو نائبه^(١)، كما أن حكم المحكم قد صدر بناء على صلح جري بين الخصمين، ومن ثم فلا يكون لأحدهما الرجوع فيه بعد تمامه^(٢).

الثاني: وهو مذهب بعض الشافعية^(٣) وبعض الحنابلة^(٤)، حيث ذهبوا إلى أن حكم المحكم غير ملزم للخصمين إلا إذا تراضيا عليه بعد صدوره، واستدلوا على ذلك بالقياس والمعقول:

فأما القياس: فلأن المحكم بمنزلة المفتي فكما أن فتوى المفتي لا تلزم المستفتي إلا برضاه والتزامه بها بعد صدورها فكذلك حكم المحكم، ومن ثم فيلزم له حصول الرضا به بعد صدوره^(٥).

وأما المعقول: فلأنه لما اعتبر رضا الخصمين بالمحكم ابتداءً فقد لزم اعتبار رضاها بلزوم حكمه انتهاءً، وعليه فلا يكون حكم المحكم لازماً لطرفيه إلا بحصول الرضا به بعد صدوره، لأن إلزام الخصمين بحكم المحكم يعني التسوية بينه وبين حكم القاضي المولي من جهة الإمام، ولا شك أن في ذلك اقتياتاً على الإمام وعزلاً للقضاة والحكام ممن لا يملك الحق في عزلهم^(٦).

(١) تبين الحقائق، الزيلعي ١٩٣/٤، نهاية المحتاج، الرمي ٢٤٣/٨ .

(٢) الميسوط، السرخسي ١١١/١٦ .

(٣) نهاية المحتاج، الرمي ٢٤٣/٨، مغني المحتاج، الشربيني ٣٧٩/٤ .

(٤) المغني، لابن قدامة ١٠٨/٩ .

(٥) نهاية المحتاج، الرمي ٢٤٣/٨، جواهر العقود، الأسيوطي ٣٦٧/٢ .

(٦) المهذب، للشيرازي ٢٩١/٢ .

الرأي الراجح :

يمكن القول بأنه بعد بيان الرأيين وأدلة كل رأي يتضح لي أن الراجح منهما هو رأي جمهور الفقهاء، القائلون بإلزامية حكم التحكيم وإنفاذه على طرفي الخصومة محل التحكيم، وذلك لوضوح أدلتهم وقوتها وسلامتها من المعارض، فضلاً عن أن القول بإلزامية حكم التحكيم هو الذي يتفق مع الحكمة التشريعية من جواز التحكيم^(١).

وأما القول بعدم إلزامية حكم التحكيم فإنه يتنافى مع مشروعية التحكيم ويفقده أهميته وحصول حقيقته المقصودة من تشريعه، كما أنه يمنع أثره البالغ حقيقة وواقعاً في إنهاء الخصومات وقطع المنازعات، وهذا الأثر إنما عرف به التحكيم منذ القدم.

كما أن إعطاء الفرصة لأي من الخصمين في التحلل من حكم التحكيم بعد صدوره صحيحاً مستوفياً لشروطه الشرعية يؤدي حتماً إلى فوات الفائدة المقصودة من التحكيم^(٢).

(١) المغني، لابن قدامة ١٠٨/٩ .

(٢) السند التنفيذي في قانون المرافعات مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، لأستاذنا الدكتور / السعيد محمد الأزمازي - رحمه الله - ص ٣٨٩ .

الفصل الثالث

بيان القوة التنفيذية لحكم التحكيم في الشريعة والقانون

المبحث الأول

كيفية اكتساب حكم التحكيم للقوة التنفيذية

لما كان التحكيم فيه معني القضاء، وقد عمل به النبي ﷺ، وقد على ذلك الصحابة من بعده، وقد أجمعت الأمة على جوازه ومشروعيته من غير نكير، فإن إلزامية حكم التحكيم تلحق بالخصوم حتماً، ومن ثم فلا يجوز لطرفي الخصومة التحلل منه، وعليه فيكون حكم التحكيم واجب التنفيذ فور صدوره، وإلا انتفت الحكمة من تشريعه.

لذا: فإنه يحق للمحكوم له في خصومة التحكيم أن يطلب من القاضي المختص شرعاً تنفيذ الحكم على المحكوم عليه ولو جبراً عنه، إذا لم يقم المحكوم عليه بتنفيذه طواعية، وذلك لأن حكم التحكيم قضاء بالمعني الصحيح في حدود الخصومة محل التحكيم وأطرافها، فوجب إنفاذه، متى صدر الحكم مستوفياً لشروطه الشرعية، ومن ثم فيكون شأنه في التنفيذ كشأن حكم القاضي المولي^(١). وبناء على هذا :

فإن حكم المحكم يكتسب القوة التنفيذية شرعاً بموجب قواعد الشرع المعنية بذلك؛ لأنه صدر من حاكم نافذ الأحكام كحاكم الإمام، ولا يجوز نقضه إلا بما يجوز به نقض غيره من القضاة والحكام^(٢).

(١) تبصرة الحكم، لابن فرحون ٤٤/١، روضة الطالبين، النووي ١٢١/١١.

(٢) الانصاف، المرادوي ١٩١/١، كشاف القناع، البهوتي ٣٠٦/٦.

وفي هذا يقول المواق - رحمه الله -: «لو أن رجلين حكما بينهما رجلاً فحكم بينهما أمضاه القاضي ولا يرده إلا أن يكون جوراً بيناً»^(١).

ويقول النووي - رحمه الله -: «وإذا رفع حكم المحكم إلى القاضي لم ينقض إلا بما ينقض به قضاء غيره»^(٢).

ويقول البهوتي - رحمه الله -: «ويلزم من كتب إليه المحكم بحكمه القبول، ويلزمه تنفيذه لأنه حاكم نافذ الأحكام فلزمه قبوله كحاكم الأمام، ولا يجوز نقض حكمه إلا فيما ينقض فيه حكم من له ولاية من إمام أو نائبه»^(٣).

وبناء على هذا يكتسب حكم التحكيم القوة التنفيذية التي تمكن صاحب الشأن من تنفيذه جبراً عن المحكوم عليه، فالتحكيم نوع قضاء وقد انعقد للمحكم برضا الخصمين عليه، وقد اعتبرت فيه أهلية القضاء أو الشهادة فكانت شرطاً لصحته، فدل ذلك على وجوب إضفاء الطبيعة القضائية على أعمال المحكمين، ومن ثم فهي أعمال قضائية كأعمال القضاة سواء بسواء^(٤).

وعليه فإن ما يصدر عن المحكمين من أحكام يجب أن يتمتع بالقوة التنفيذية كالأحكام القضائية، شريطة أن تصدر على وفق أصولها الشرعية وقواعدها المعنية.

لذا فقد نصت مجلة الأحكام العدلية على أنه:

«كما أن حكم القضاة لازم الإجراء في حق جميع الأهالي الذين في داخل قضائهم، كذلك حكم المحكمين لازم الإجراء على الوجه المذكور في حق من

(١) التاج والإكليل، المواق ١١٢/٦ .

(٢) مغني المحتاج، الشرييني ٣٧٩/٤ .

(٣) كشاف القناع، البهوتي ٣٠٦/٦ .

(٤) شرح فتح القدير، لابن الهمام ٤٩٩/٥، المغني، لابن قدامة ٤٨٣/١١ .

حكمهم، وفي الخصوص الذي حكموا به، فكذاك ليس لواحد من الطرفين الامتناع عن قبول حكم المحكمين حكماً موافقاً لأصوله الشرعية»^(١).

وبهذا: تثبت لأحكام المحكمين القوة التنفيذية كالأحكام القضائية.

بيد أن المحكم ليس له قوة التنفيذ، فتعين على صاحب الشأن اللجوء إلى القاضي المختص طالباً منه إصدار الأمر بالتنفيذ^(٢)، وذلك إعمالاً لسلطة القاضي المختص أصلاً بنظر النزاع بحيث لا يفتات عليه.

وتطبيقاً لهذا: فإنه إذا حكم المحكم كاتب القاضي المنصوب من قبل الإمام بحكمه، فيعلمه الحكم وما قضي به بين الخصمين وخصوص ما حكم فيه؛ لينظر القاضي المكتوب إليه في تنفيذ حكمه، دون أن يكون له نقضه إلا لسبب يقتضيه، فإذا ثبت عند القاضي المختص مطابقة الحكم لشرائطه وأصوله الشرعية، وما جرت عليه المبادئ القضائية صدق عليه وأمر بتنفيذه، كما يأمر بتنفيذ حكم غيره من القضاة المنصوبين من جهة الأمام.

وعلى هذا فإن نقض القاضي لحكم المحكم مناطه :

مخالفة الأصول الشرعية والمبادئ القضائية المعتمدة في ذلك شرعاً، ولو أنه خالف حكم المحكم مذهب القاضي صاحب الولاية، وهذا قول جمهور الفقهاء من المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥)، خلافاً لما ذهب إليه فقهاء الحنفية^(٦)، الذين

(١) المادة رقم «١٨٤٨» من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) حاشية ابن عابدين ٣٩٣/٥، الفروق، القرافي ٥٤/٤ .

(٣) مواهب الجليل، للحطاب ١١٢/٦، التاج والإكليل، للمواق ١١٢/٦ .

(٤) نهاية المحتاج، للرمل ٢٤٣/٨، مغني المحتاج، للشربيني ٣٧٩/٤ .

(٥) المغني ومعه الشرح الكبير، لابن قدامه ٤٨٤/١١ .

(٦) تبين الحقائق، للزليعي ١٩٤/٤ .

يرون جواز النقص من قبل القاضي المنصوب إذا خالف حكم المحكم مذهبه؛ لأن القاضي إنما مولي من جهة الإمام وولايته عامه على الناس جميعاً، بخلاف المحكم فولايته قاصرة على من حكمه من الخصمين دون غيرهما وتنصيبه إنما هو من وبناء على ما تقدم:

تكون أحكام المحكم نافذة في حق الخصمين وحجة عليهما، وإنفاذها يحتاج إلى أمر القاضي المختص بتنفيذها، وهو القاضي صاحب الولاية على النزاع؛ لإمكانه التنفيذ دون غيره، وذلك عن طريق مكتابة المحكم له وإعلامه بالحكم، ويسمي هذا في الفقه الإسلامي بالإنبابة القضائية^(٢).

وهذا يعني أن التنفيذ إنما هو منوط بالقاضي المختص أصلاً بنظر النزاع، فهو الذي لديه مكنة التنفيذ دون غيره، وذلك بمقتضي مكتابة المحكم له بما ثبت عنده من حجج وأوجه للحكم، وقد عرف ذلك في الفقه الإسلامي بالمكتابة بين القضاة والأمراء والمحكمين، وذلك بناء على ما ثبت عندهم من أدلة أو شهادة وما حكموا بموجبه؛ وذلك تمكيناً لتنفيذ الحكم على المحكوم عليه تنفيذاً شرعياً موافقاً لأصوله الشرعية.

هذا ولقد كان كتاب القاضي إلى القاضي أو كتاب المحكم إلى القاضي في شأن تنفيذ ما حكم به يحمل عبارة «إلى القاضي فلان حاكم البلاد» ويذكر اسمه وبلده

(١) شرح فتح القدير، لابن الهمام ٤٩٩/٥، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، د/ نصر. فريد واصل ص ١٧٨.

(٢) أحكام الإنابة القضائية في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، د/ منصور محمد محمد الجندي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، جامعة الأزهر سنة ١٤٢٠ هـ ١٩٩٩ م.

الموَلَّى عليه، أو عبارة «وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم»^(١)، أي عليه القيام بتنفيذه.

وهذا يدل على أن المحكم كان يكتب القاضي بما حكم به؛ ليتولى القاضي المكتوب إليه تنفيذ الحكم، وهذا إذا كان القاضي معروفاً لدى المحكم فإن لم يكن معروفاً لديه أو بعد البلد الموَلَّى عليه القاضي المكتوب إليه، كتب المحكم في كتابه عبارة «إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم»، وهذه الصيغة كانت هي المستعملة في الإنابة القضائية المعنية بشأن تنفيذ الأحكام القضائية وشبهها.

وإذا ثبت هذا: تعين القول بأن أحكام المحكمين في الشريعة الإسلامية تتمتع بالقوة التنفيذية على النحو المعمول به حالياً في ظل القوانين الوضعية^(٢)، متى صدرت على وفق أصولها الشرعية ومبادئها القضائية المعتمدة لها شرعاً.

(١) البحر الرائق، لابن نجيم ٢٨٢/٦، حاشية ابن عابدين ٤٣٨/٥، القوانين الفقهية، لابن جزي ص ٢٩٥، روضة الطالبين، للنووي ١٨٠/١١، المغني، لابن قدامة والشرح الكبير، لابن قدامة ٤٦٧/١١، كشف القناع، للبهوتي ٣٦٣/٦.

(٢) راجع مدي اتفاق قانون التحكيم المصري مع الشريعة الإسلامية بشأن مراجعة حكم التحكيم .
[Http://www.f_law.net/showthread.php..?](http://www.f_law.net/showthread.php..?)

المبحث الثاني

تنفيذ حكم التحكيم

عادة ما تنتهي إجراءات التحكيم بصدور الحكم المنهي للخصومة كلها^(١)، ومعلوم أن صاحب الشأن يعنيه اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري في مواجهة المحكوم ضده، إذا لم يتم بتنفيذ الحكم طواعية من عند نفسه، والقانون لا يسمح بحال بإجراء التنفيذ الجبري إلا بموجب سند تنفيذي من السندات التنفيذية المنصوص عليها قانوناً، مشفوعاً بالصيغة التنفيذية، ولا شك في أن أحكام التحكيم من جملة السندات التنفيذية^(٢)، شريطة أن يصدر الأمر بتنفيذها من القاضي صاحب الاختصاص.

وعليه فإن تنفيذ حكم التحكيم يشترط له حصول الأمر بتنفيذه، والذي يصدر من القاضي المختص أصلاً بنظر النزاع، بيد أن إجراءات استصدار الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم تخضع قانوناً لإجراءات معينة، وهذه الإجراءات تختلف بحسب ما إذا كان الحكم المراد تنفيذه من أحكام التحكيم الداخلية أم الدولية^(٣).

فإذا كان الحكم داخلياً - وطنياً - فإن إجراءات تنفيذه تخضع لقانون التحكيم الوطني^(٤)، أما إذا كان حكم التحكيم دولياً، فإن إجراءات تنفيذه إنما تخضع لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ^(٥).

ونوضح فيما يلي إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الداخلية، ثم نتبعها ببيان إجراءات التنفيذ المعنية بأحكام التحكيم الدولية، وذلك على النحو التالي:

(١) انظر: المادة «١/٤٨» من قانون التحكيم المصري .

(٢) راجع: المادة «٢٨٠» من قانون المرافعات المصري الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ م .

(٣) قواعد التحكيم، د/ أحمد شرف الدين ص ٩٧ .

(٤) انظر: المادتين «١، ٦٥» من قانون التحكيم المصري .

(٥) قواعد التحكيم، د/ أحمد شرف الدين ص ٩٧، ص ١٣٠، وراجع أيضاً: المادة «٢٩٩» من قانون المرافعات المصري .

أولاً: إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الداخلية :

يجب التمييز بين حجية حكم التحكيم بين أطرافه والتي يتمتع بها من وقت صدوره صحيحاً ما لم يقض ببطلانه، وبين قوته التنفيذية والتي تتوقف على اتخاذ إجراءات قانونية بشأنه؛ حيث إن المقرر قانوناً بالنسبة لأحكام التحكيم أنها لا تكتسب القوة التنفيذية بمجرد صدورها^(١)، وإنما يتعين لاكتسابها هذه الوصف أن يصدر أمر بتنفيذها من قبل السلطة القضائية المختصة طبقاً للقانون، وهذا ما يعرف «بأمر التنفيذ»، الذي يكسب الحكم قوته التنفيذية، ويضفي عليه الرقابة القضائية والسيادة الوطنية.

وعليه فإن تنفيذ حكم التحكيم الداخلي يلزم له صدور الأمر بتنفيذه من القاضي المختص بإصداره طبقاً للقانون^(٢)، وقبل صدور هذا الأمر لم يكن لحكم

(١) قارن : التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، د/ محمد عبد الخالق عمر بند ٢٨٥ ص ٣٤١، ط/ ٢٠٠٥م، حيث يري أن حكم التحكيم تثبت له القوة التنفيذية بمجرد صدوره، بيد أن تفعيل هذه القوة يحتاج إلى صدور أمر بتنفيذه .

(٢) المادة رقم «٩» من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، وقد نصت على أنه:
«١- يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى في مصر أو في الخارج فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر
٢- وتظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم».

وأيضاً المادة «٥٦» حيث نصت على أنه :

«يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون أو من يندبه من قضاتها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين ويقدم طلب تنفيذ الحكم مرفقاً به ما يلي:

- ١- أصل الحكم أو صورة موقعة منه.
- ٢- صورة من اتفاق التحكيم.
- ٣- ترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية لحكم التحكيم إذا لم يكن صادراً بها.
- ٤- صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم وفقاً للمادة (٤٧) من هذا القانون».

التحكيم قوة تنفيذية ولو أنه ثبتت له الحجية بين أطرافه، ومن ثم فلا يمكن التنفيذ الجبري بمقتضاه مجرداً عن الأمر القضائي بتنفيذه.

ومن ثم فيمتنع على قلم الكتاب في المحكمة المختصة أن يضع الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم دون وجود الأمر بتنفيذه كما يمتنع على المحضر مباشرة التنفيذ الجبري عند تقديم الحكم إليه دون وجود الأمر بتنفيذه^(١).

هذا ويعد من جملة الإجراءات اللازمة لتنفيذ حكم التحكيم الداخلي ضرورة انقضاء الميعاد المحدد لرفع دعوي البطلان بشأنه، وهو تسعون يوماً من تاريخ إعلان الحكم للمحكوم عليه، وعدم تعارضه مع النظام العام، وكذا عدم تعارضه مع حكم قد سبق وأن صدر من المحاكم المصرية في ذات النزاع، فضلاً عن وجوب إعلان الحكم المراد تنفيذه إعلاناً صحيحاً منتجاً لآثاره طبقاً للقانون^(٢).

ثانياً: إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الدولية:

لقد أفادت اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها

(١) النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، د/ عاشور مبروك ص ٣٠، ط / دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٢م، قواعد التحكيم، د/ أحمد شرف الدين ص ١٠١.

(٢) وذلك عملاً بالمادة «٥٨» من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، والتي نصت على أنه:

«١- لا يقبل تنفيذ حكم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى.

٢- لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقاً لهذا القانون إلا بعد التحقيق مما يأتي:

(أ) أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع.

(ب) أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.

(ج) أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً.

٣- ولا يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة وفقاً لحكم المادة (٩) من هذا القانون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره.

هذا وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية البند رقم «٣» من المادة سابقة البيان، ومن ثم

فقد أصبح التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم ممكناً قانوناً بمقتضى هذا القضاء.

انظر: قضاء المحكمة الدستورية العليا في ١/٦/٢٠٠١م، مجموعة أحكام الدستورية العليا، ج ٩ ص ٨٤٣.

إنها تخضع في ذلك لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ، وبناء على ذلك فقد أخضع المقتنن المصري تنفيذ الحكم لقانون المرافعات واعتبر الحكم أجنياً بحسبان المكان الذي صدر فيه، وهو المعيار الذي اعتبره المقتنن المصري في المادة «٢٩٦» مرافعات^(١) بشأن تنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجني، ولقد أخذت به المادة «٢٩٩» مرافعات مصري^(٢)، بشأن أحكام المحكمين، وقد أفادت المادة الأولى من اتفاقية نيويورك ١٩٥٩ م بأنها تطبق على أحكام التحكيم الصادرة في إقليم دولة غير تلك التي يطلب إليها الاعتراف بهذه الأحكام وتنفيذها على إقليمها، كما أنها تطبق أيضاً على أحكام التحكيم التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب إليها الاعتراف بها وتنفيذها، وعلي هذا فإن المعتبر في تحديد أجنية الحكم هو مكان صدوره، أو اتصاله بمعاملة دولية، ولو أنه تم على أرض وطنية، شريطة أن تكون المسألة موضوع حكم التحكيم الأجني مسألة مما يجوز فيها التحكيم طبقاً للقانون الوطني بالجمهورية^(٣).

هذا ويلزم لإجراء التنفيذ بمقتضي- حكم تحكيم دولي ضرورة التقدم بطلب لتنفيذه إلى القاضي المختص قانوناً، والمحكمة المختصة بإصدار أمر التنفيذ هي المحكمة الابتدائية المراد التنفيذ في دائرتها؛ وذلك عملاً بمقتضي- نص المادة «٢٩٧» مرافعات مصري^(٤)، وذلك أي كانت قيمة حكم التحكيم المراد تنفيذه، وأياً كانت

(١) حيث نصت على أن: «الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجني يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر المصرية فيه».

(٢) حيث نصت على أنه: «تسرى أحكام المواد السابقة على أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجني، ويجب أن يكون الحكم صادراً في مسألة يجوز التحكيم فيها طبقاً لقانون الجمهورية».

(٣) قواعد التحكيم، د/ أحمد شرف الدين ص ١٣٠ - ص ١٣٣، نقض مدني، طعن رقم ٩٦٦ لسنة ٧٣ ق جلسة (٢٠٠٥/١/١٠).

(٤) وقد نصت على أن: «يقدم طلب الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها وذلك بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى».

طبيعة النزاع محل التحكيم، مدنياً أكان أم تجارياً، وسواء أكان التنفيذ عينياً أم تنفيذاً بطريق الحجز ونزع الملكية^(١).

هذا وينبغي عدم الخلط بين مجال تطبيق كل المادة «٥٦» من قانون التحكيم المصري^(٢)، والمادة «٢٩٧» من قانون المرافعات المصري، فمجال تطبيق المادة «٥٦» تحكيم» يقتصر على التحكيم التجاري الدولي، الذي يجري على أرض مصر، وكذا التحكيم الذي تم في الخارج، واتفق أطرافه على خضوعه لأحكام القانون المصري، بينما المادة «٢٩٧» مرافعات» فهي مجالها الأحكام الصادرة في الخارج، في تحكيم لم يتفق أطرافه على خضوعه للقانون المصري، ولا تدخل في ذات الوقت في إطار اتفاقية نيويورك أو أية اتفاقية دولية أخرى ترتبط بها مصر^(٣).

وبالمقارنة :

بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي فيما يتعلق باكتساب حكم التحكيم للقوة التنفيذية يتضح لي أنهما يتفقان في هذه المسألة، فالقوانين الوضعية تقرر ما قرره الفقه الإسلامي من أن حكم التحكيم واجب التنفيذ، وأن تنفيذه لا يكون إلا عن طريق القاضي صاحب الولاية العامة، وأن المحكم ليس لديه مكنة التنفيذ الجبري؛

(١) النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، د/ عاشور مبروك ص ٢٥٨، قواعد التحكيم، د/ أحمد شرف الدين ص ١٣٥.

(٢) والتي نصت على أن: «يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون أو من يندبه من قضاتها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين ويقدم طلب تنفيذ الحكم مرفقاً به ما يلي:

١- أصل الحكم أو صورة موقعة منه.

٢- صورة من اتفاق التحكيم.

٣- ترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية لحكم التحكيم إذا لم يكن صادراً بها.

٤- صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم وفقاً للمادة (٤٧) من هذا القانون».

(٣) قواعد التحكيم، د/ أحمد شرف الدين ص ١٣٦، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، د/ عاشور مبروك ص ٢٥٩.

لأن التنفيذ إنما هو عمل من أعمال السلطة القضائية، ومن ثم فيخرج عن نطاق عمل المحكم ولا يدخل في سلطته واختصاصه؛ لعدم مكنته من سلطة الإجبار.

كما تتفق القوانين الوضعية مع رأي جمهور الفقهاء في أن حكم التحكيم متى صدر صحيحاً فلا ينقض بحال إلا بما ينقض به حكم غيره من القضاة والحكام. كما لو خالف قواعد الشرع المعتبرة أو كان الحكم جوراً بيناً؛ لأنه اجتهاد من محكم والاجتهاد لا ينقض بمثله، إلا إذا خالف الأصول الشرعية أو مبادئ القضاء المعنية.

المبحث الثالث

وسائل تعطيل القوة التنفيذية لحكم التحكيم

«البطلان - التنازل»

المطلب الأول

بطلان حكم التحكيم

أولاً: بطلان حكم التحكيم في الفقه الإسلامي :

يقرر الفقه الإسلامي بطلان حكم التحكيم متى خالف الأصول الشرعية والقواعد المرعية المعتبرة شرعاً، وعليه فإن صدور حكم التحكيم دون اعتبار للأصول الشرعية يجعله باطلاً، ومن ثم يكون في حكم المعدوم، والمعدوم لا يولد أثراً معتبراً، كما يبطل حكم التحكيم ويكون في حكم العدم إذا تجاوز المحكمون نطاق الخصومة التحكيمية أو حدودها الموضوعية أو الشخصية.

هذا: ومما يؤكد بطلان التحكيم عند مخالفته للأصول الشرعية أو البنود الاتفاقية الواردة في وثيقة التحكيم أو شرطه^(١)، قضية التحكيم التي أعقبت حرب صفين بين أمير المؤمنين علي بن أبي طالب - كرم الله وجهه - ومعاوية بن أبي سفيان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، حيث وقعت الحرب عام «٣٧هـ - ٦٥٧م» بعد أن رفض معاوية البيعة، مطالباً بقتلة الخليفة عثمان بن عفان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ولما دارت الحرب لجأ معاوية إلى رفع المصاحف، وتعالى الأصوات إن الحكم إلا لله، وقد قبل الطرفان فكرة التحكيم، وكان أبو

(١) المادة رقم «٥٠ فقرة ١» من نظام التحكيم السعودي الجديد، رقم م / ٣٤ وتاريخ ٢٤ / ٥ / ١٤٣٣هـ؛ حيث نصت على أنه: «لا تقبل دعوي بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: ... و- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق الحكيم، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء غير الخاضعة للتحكيم وحدها».

موسى الأشعري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ محكماً من قبل عليّ - كرم الله وجهه - وكان عمرو بن العاص رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ محكماً من قبل معاوية بن أبي سفيان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

وبعد تفاوض وتشاور توصل الطرفان إلى اتفاق مكتوب سمي حينئذ بصحيفة الصلح والتحكيم، وقد وقعه الطرفان، وتضمن العهد المكتوب الاتفاق على الرجوع إلى حكم الله تعالى وكتابه، ثم تعيين أسماء الحكّمين وهدنة لمدة عام، يأمن فيها الجنود والناس أجمعين، حتى يتخذ الحكّمان أمرهما ويصدران حكمهما، وبالفعل التقى الحكّمان في دومة الجندل، غير أن الحديث قد تطرق إلى أمور خارجة عن موضوع التحكيم الذي اجتمعا إليه الحكّمان، ومن ثم فلم يحسم الأمر الذي اجتمعا عليه^(١).
وبناء على ما سبق:

يمكن القول بأن الفقه الإسلامي لا يرتب أثراً على حكم التحكيم متى خرج عن نطاقه الموضوعي أو الشخصي المتفق عليه، أو خالف الأصول الشرعية المعتمدة في هذا الشأن، وعليه فيحق لكل صاحب مصلحة أن يتمسك ببطالان التحكيم متى توافر سببه أو شرطه الذي يقتضيه.

ثانياً: بطلان حكم التحكيم في القانون الوضعي :

من المقرر في قانون التحكيم المصري والسعودي والإماراتي بل ومعظم قوانين الدول العربية عدم جواز الطعن في حكم التحكيم بأي طريق من طرق الطعن، لذا كان من المناسب أن يفتح المقنن الباب أمام المحكوم عليه، وذلك لرفع دعواه التي يطلب فيها بطلان حكم التحكيم، متى تضمن ما يخالف الشريعة الإسلامية أو يمس النظام العام أو الآداب العامة، وهذا ما أفاده المقنن المصري في المواد «٥٢، ٥٣، ٥٤»

(١) لقد ثار جدلاً كبيراً حول هذه القصة، راجع في هذا : مصنف ابن أبي شيبة ٣٧٦/٨، تاريخ الطبري ٦٧/٥، البلاذري: أنساب الأشراف ١٣١/٣، <http://islamstory.com>

من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م^(١)، والمنظم السعودي في المادة رقم «٤٩» من نظام التحكيم السعودي الجديد، رقم م/٣٤ وتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤هـ، وأيضاً المقنن الإماراتي في المادة «٢١٢» من القانون الاتحادي، وكذا في المادة ٢١٧ من قانون الإجراءات المدنية رقم ١١ لسنة ١٩٩٢م؛ حيث

(١) حيث نصت المادة «٥٢» تحكيم» على أنه :

١- لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون المطعون فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

٢- يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للأحكام المبينة في المادتين التاليتين». المادة «٥٣» وقد نصت على أنه:

١- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية:

- (أ) إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته.
- (ب) إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقداً الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.
- (ج) إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.
- (د) إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.
- (هـ) إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين.
- (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 أثر في الحكم.

٢- وتقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها بطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية».

والمادة «٥٤» وقد نصت على أنه:

١- ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعي البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور حكم التحكيم.

٢- تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون وفي غير التحكيم التجاري الدولي يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع».

حظرت هذه القوانين الطعن في أحكام المحكمين وأفادت بأن أحكام المحكمين لا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن وأنها مقيدة بما لا يخالف النظام العام^(١). وبناء على هذا فيجوز للخصمين طلب بطلان حكم المحكمين عند نظر المحكمة في التصديق عليه متى شابه عيب أو شائبة معتبرة قانوناً، ومن ثم فيحق لكل صاحب مصلحة أن يرفع دعوي بطلان حكم التحكيم أصالة؛ حيث إن البطلان في ذاته لا يعدو أن يكون جزاءً قانونياً على مخالفة العمل المطلوب لقواعد القانون والأنظمة المعنية في خصومة التحكيم، سواء تعلقت هذه المخالفة بقواعد تمس الشكل أم المضمون شريطة أن يحول ذلك دون ترتب آثار العمل القانوني عليه^(٢)، هذا ويمكن لنا أن نتصور أن البطلان بوجه عام يمكن أن يترتب على إغفال ما يلي:

١ - عدم كتابة الحكم :

فإن كتابة حكم التحكيم تعد شرطاً جوهرياً لقيامه، ومن ثم فإن تخلفها لا يؤثر في مضمون الحكم فحسب، بل يؤدي إلى عدم معرفة هذا المضمون لدرجة انعدام الحكم، ولا يكفي لا اعتبار الحكم مكتوباً للحصول مثلاً على إقرار من المحكمين بأنه سبق لهم وأن أصدروا حكماً شفهيّاً لصالح أحد الخصوم في الخصومة التحكيمية، أو سجل الحكم الشفهي مثلاً في شريط أو فيديو ونحو ذلك، وذلك لأن توقيع الحكم من المحكمين إنما هو شرط منصوص عليه في القوانين العربية المختلفة، ومن ثم فإن

(١) التحكيم في القوانين العربية، د/ حمزة أحمد حداد ص ٤٢٤، ص ٤٢٥، التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية، د/ سعود بن سعد آل دريب ص ٥٥٥، تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه دراسة مقارنة، د/ ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، أ/ إنعام السيد الدسوقي ص ٤، راجع الدليل الإلكتروني للقانون العربي . www.arablawnf.com

(٢) المشكلات العملية في المرافعات الشرعية والتحكيم، د/ أحمد هندي ص ١٣٨، التحكيم في القوانين العربية، د/ حمزة أحمد حداد ص ٤٢٥ .

توافر هذا الشرط يستلزم أن يكون الحكم مكتوباً^(١)، وتستوي أن تكون كتابة الحكم بخط اليد أو الطباعة أو غير ذلك من كتابة الحاسوب ونحوها^(٢).

٢- عدم ذكر أسماء الخصوم والمحكمين.

يعد ذكر أسماء الخصوم في الحكم بياناً جوهرياً، ومن ثم فلا يعقل أن يصدر حكم التحكيم بين طرفيه دون أن يذكر فيه، ذكراً ينفي عنهما الجهالة بحال، ويترتب على إغفال ذلك اعتبار الحكم معيباً، ويشكل سبباً صحيحاً للطعن على الحكم بالبطلان.

٣- عدم بيان طلبات الخصوم وأقوالهم وحججهم.

وذلك لأن الحكم الصادر في خصومة التحكيم إنما بني في الأساس على طلبات الخصوم وحججهم، ومن ثم فإن معرفة مدى صحة هذا الحكم بمضمونه من عدمه وما إذا كان المحكم قد تجاوز حدود ما رسم اتفاقاً وقانوناً أو لم يتجاوز في ذلك إنما لا يتأتى دون معرفة تلك الطلبات والحجج^(٣).

(١) التحكيم الاختياري والاجباري، د/ أحمد أبو الوفا، ص ٢٦٥، التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية، د/ سعود بن سعد آل دريب ص ٥٥٥، والمادة «١/٤٣» من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، حيث نصت على أنه:

«يصدر حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفى بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية».

(٢) حكم التحكيم وشروط صحته، بحث مقدم لدورة التحكيم في العقود الهندسية والإنشائية وإعداد المحكمين في دمشق (١١/٣٠ - ١٢/١ - ٢٠٠٨)، د/ حمزة أحمد حداد، ص ٦.

(٣) حكم التحكيم وشروط صحته، د/ حمزة أحمد حداد، ص ٩، المادة «٣/٤٣» من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، حيث نصت على أنه:

«يجب أن يشتمل حكم التحكيم على أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم وصورة من اتفاق التحكيم وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وتاريخ ومكان إصداره وأسبابه إذا كان ذكرها واجباً».

٤- خروج المحكمين عن نطاق الخصومة التحكيمية :

إذا خرج المحكمون عن نطاق خصومة التحكيم أدى ذلك إلى بطلان حكم التحكيم^(١) سواء أكان هذا الخروج في النطاق الموضوعي للخصومة التحكيمية أم في النطاق الشخصي، ومن ثم فيجب على المحكمين الالتزام بحدود الخصومة التحكيمية على النحو الذي جاء باتفاق التحكيم^(٢).

٥- عدم ذكر أسباب الحكم

يقصد بأسباب الحكم حيثياته وأسانيده التي قام عليها سواء أكان ذلك من حيث الواقع أو من حيث القانون، ويشمل ذلك أيضاً الردود التي يجيب بها الحكم على طلبات الخصوم وأقوالهم على النحو المبين آنفاً^(٣).

وعليه فإن تقادم الدين المطالب به مثلاً يؤدي إلى رد الدعوى كلياً، والحكم بالتعويض أو الفسخ أو التنفيذ العيني، يستوجب توافر شرطه الذي يقتضيه قانوناً وواقعاً.

٦- عدم إيداع صورة اتفاق التحكيم.

يجب أن يشتمل حكم التحكيم على صورة من اتفاق التحكيم سواء ورد الاتفاق في صيغة شرط تحكيم أو اتفاق مستقل سابق على النزاع أو مشاركة تحكيم^(٤)،

(١) التحكيم الاختياري والاجباري، د/ أحمد أبو الوفا، ص ٣٢٦.

(٢) تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه دراسة مقارنة، د/ عماد عبد الحميد عبد المطلب، /إنعام السيد الدسوقي ص ١٨، راجع الدليل الإلكتروني للقانون العربي.

(٣) حكم التحكيم وشروط صحته، د/ حمزة أحمد حداد، ص ١٣، المادة «٢/٤٣» من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، حيث نصت على أنه :

«يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم»

(٤) حيث نصت المادة رقم «١٢» من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م على أنه: «يجب أن=»

لذا فقد جرت العادة في أحكام التحكيم أن يفرد المحكم بنداً خاصاً باتفاق التحكيم والحكمة أن يكون لحكم التحكيم ذاتيته الخاصة به وتمكين المحكمة المختصة من الرجوع إليه دون غيره وذلك لبسط رقابتها على الحكم بحسب الاتفاق الذي أدى إليه.

٧- إغفال منطوق الحكم.

عادة ما يرد المنطوق في نهاية الحكم بعد عرض طلبات الخصوم وأقوالهم ودفعهم وجواب هيئة التحكيم عليها فهو بمثابة خلاصة نهائية لقرارات هيئة التحكيم المتعلقة بذلك.

وعليه فيشترط في منطوق الحكم أن يكون بصيغة جازمة وملزمة وواضحة وبعيدة عن التناقض في ذاتية الحكم أو حيثياته ومخالفة ذلك يؤدي إلى البطلان الحكم^(١).

٨- عدم ذكر مكان التحكيم وتاريخه :

يجب ذكر مكان التحكيم في الحكم وأهمية هذا الشرط تكمن في أن معرفة مكان إصدار الحكم تبين ما إذا كان الحكم قد صدر في أرض الدولة أم في دولة أخرى . فإذا صدر الحكم في دولة أخرى اعتبر الحكم كقاعدة عامة حكماً أجنبياً^(٢)، ومن ثم فينفذ الحكم في الدولة باعتباره كذلك، وعليه فلا يخضع لطرق الطعن المنصوص عليها قانوناً بحسبان القانون الوطني المطبق.

= يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة»
(١) المادة رقم «٤٢» من نظام التحكيم السعودي الجديد، رقم م/٣٤ وتاريخ ٢٤ / ٥ / ١٤٣٣ هـ .
(٢) هذا ويمكن رد معايير التفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي أو الأجنبي إلى ثلاثة معايير رئيسة، الأول معيار جغرافي، والمعتبر فيه مكان التحكيم أو مكان صدور حكم التحكيم، الثاني، = <

وهذا بخلاف الحكم الذي يصدر داخل الدولة؛ حيث يعتبر حكماً وطنياً كقاعدة عامة، ومن ثم فيخضع للطعن والمراجعة بحسبان ما ينص عليه القانون الوطني المعني.

كما يجب ذكر تاريخ صدور الحكم في ذات الحكم الصادر، وأهمية ذلك تكمن في معرفة انتهاء مهمة المحكم، وهي عادة ما تنتهي من تاريخ صدور الحكم ما لم ينص القانون على غير ذلك^(١).

٩- عدم توقيع الحكم:

توقيع الحكم من المحكمين سواء أصدر الحكم بالإجماع أم بالأغلبية يعد ركناً شكلياً في حكم التحكيم، ومن ثم فيترتب على عدم توفر ذلك بطلان الحكم، وحينئذ يكون الحكم بمثابة ورقة مكتوبة أو مطبوعة ليس لها قيمة قانونية معتبرة^(٢).

١٠- عدم صدور الحكم من العدد المطلوب .

تقضي قواعد القانون المعنية بالتحكيم بأن يصدر حكم التحكيم بالإجماع أو أكثرية الآراء. وإذا لم تكن هناك أكثرية فيصدر الحكم من رئيس الهيئة منفرداً، كما هو

=والمعتبر فيه القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، والثالث، والمعتبر فيه مدي تعلق العقد المراد تسويته بالتجارة الدولية، وعليه فإن العقد إذا كان يمس معاملة دولية فإن التحكيم في منازعته يكتسب صفة الدولية بطريق التبعية.

راجع في هذا : سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم، د/ أحمد شرف الدين ص ١٨ ط / النشر الذهبي ط / الثانية، وأيضاً : قواعد التحكيم، لذات المؤلف ص ١٣٢.

(١) التحكيم الاختياري والاجباري، د/ أحمد أبو الوفا، ص ٢٦٨ .

(٢) المادة «١/٤٣» من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ م، حيث نصت على أنه :

«يصدر حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون، وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفى بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية».

شأن هيئة التحكيم المكونة من ثلاثة محكمين، فهنا يصدر الحكم بالإجماع أو بالأغلبية، وبخلاف ذلك يصدر الحكم من رئيس الهيئة منفرداً.

ومثل هذا المبدأ يقبل في بعض قواعد التحكيم الدولية، كما هو شأن القواعد المعنية بغرفة التجارة الدولية ومحكمة لندن للتحكيم الدولي، غير أنها لا تقبل بالنسبة لقواعد اليونسيتال لسنة ١٩٧٦، والتي تستوجب في الحكم أن يصدر بالإجماع أو الأكثرية ما لم يتفق أطراف النزاع على غير ذلك^(١).

الاختصاص بنظر دعوى بطلان التحكيم :

لقد نصت المادة رقم «٥٤» من قانون التحكيم المصري الجديد «على أن:

١- ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه، ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعي البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور حكم التحكيم.

٢- تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون، وفي غير التحكيم التجاري الدولي يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع»^(٢).

(١) التحكيم التجاري والدولي، د/عاطف محمد الفقي ص ٢٠٢ وما بعدها .

(٢) حيث نصت المادة رقم «٩» من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م على أن:

«١- يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى في مصر أو في الخارج فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر.

٢- وتظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم».

وذاً النص قرره المنظم السعودي^(١)، وبالبناء على ما سبق يتضح لنا أن دعوي البطلان التي ترفع بشأن حكم التحكيم غير التجاري الدولي، إنما ينعقد الاختصاص بنظرها لمحكمة ثاني درجة، وهي محكمة الاستئناف التي تتبعها محكمة أول درجة المختصة أصلاً بنظر النزاع محل التحكيم.

بيد أن الأمر يختلف في حالة ما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، سواء جري في داخل الوطن أم خارجه، ففي هذه الحالة ينعقد الاختصاص بنظر ما يثار بشأنه من نزاع لمحكمة استئناف عاصمة البلاد، ما لم يتفق الطرفان على عقد الاختصاص بذلك لمحكمة استئناف أخرى داخل الوطن.

وقف القوة التنفيذية لحكم التحكيم «الإشكال في التنفيذ»:

في الحقيقة إنني أرى تأييد ما ذهب إليه بعض الفقه الإجماعي^(٢)، من أن ما أورده قانون التحكيم من قواعد معتبرة قانوناً بشأن الاعتراض على تنفيذ حكم التحكيم يمنع اللجوء إلى الأداة التي خصصها قانون المرافعات لوقف تنفيذ أحكام المحاكم، وهذا مرجعه إلى أن قانون التحكيم قد منع الطعن في أحكام التحكيم بأي طريق كان من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات، ومن ثم فيكون بذلك قد منع المحاكم أصلاً من تعرضها لقوة حكم التحكيم التنفيذية بعد ثبوتها بمقتضي الأمر القضائي الصادر بالتنفيذ، ومقابل ذلك فقد رسم قانون التحكيم

(١) حيث نص في المادة رقم «٨» من نظام التحكيم السعودي الجديد على أن «يكون الاختصاص بنظر دعوي بطلان حكم التحكيم، والمسائل التي يحيلها هذا النظام للمحكمة المختصة معقوداً، لمحكمة الاستئناف المختصة أصلاً بنظر النزاع».

وإذا كان التحكيم تجارياً دولياً، سواء جري في المملكة أو خارجها، فيكون الاختصاص لمحكمة الاستئناف المختصة أصلاً بنظر النزاع في مدينة الرياض، ما لم يتفق طرفا التحكيم على محكمة استئناف أخرى في المملكة».

(٢) هذا ما ذهب إليه صاحب : قواعد التحكيم، د/ أحمد شرف الدين ص ١٢٢، ص ١٢٣.

طريقاً استثنائياً للطعن في حكم التحكيم بطريق دعوى البطلان «م ٥٣ تحكيم مصري».

وقد أجاز تقديم الطلب بوقف تنفيذ حكم التحكيم لمحكمة البطلان، والتي يكون لها أن تأمر بوقف التنفيذ متى توافر في الطلب سببه الذي يقتضيه، بأن كان مبنياً على أسباب جدية ومعتبرة قانوناً «م ٥٧ تحكيم مصري»^(١) وبذلك يتضح لنا مدي اتساع سلطة محكمة البطلان وشمولها لبحث الأسباب الموضوعية للبطلان، وهذا إنما يمكنها من تحسس أوجه الجدية المعتبرة طبقاً للقانون، ومن ثم يمكن لها اتخاذ الإجراء المناسب في طلب وقف القوة التنفيذية لحكم التحكيم.

حيث إنه ليس من حسن السياسة التشريعية توزيع الاختصاص بنظر ذات الطلب بين أكثر من قاض - محكمة البطلان وقاضي التنفيذ - خلافاً لما يذهب إليه البعض^(٢)؛ وذلك دفعاً للتناقض الذي قد يقع عند إصدار الأحكام أو الأوامر.

لذا يمكن القول بأن ما أورده المقتن في قانون التحكيم من نص خاص بشأن تحديد الإجراءات التي تتبع بشأن وقف القوة التنفيذية لحكم التحكيم يمنع كأصل عام من الالتجاء إلى القواعد العامة المقررة في قانون المرافعات بشأن وقف تنفيذ أحكام المحاكم.

(١) حيث نصت المادة «٥٧» على أنه: «لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب المدعي ذلك في صحيفة الدعوى، وكان الطلب مبنياً على أسباب جدية، وعلى المحكمة الفصل في طلب وقف التنفيذ خلال ستين يوماً من تاريخ أول جلسة محددة لنظره، وإذا أمرت بوقف التنفيذ جاز لها أن تأمر بتقديم كفالة أو ضمان مالي، وعليها إذا أمرت بوقف التنفيذ الفصل في دعوى البطلان خلال ستة أشهر من تاريخ صدور هذا الأمر».

(٢) قواعد التحكيم، د/ أحمد شرف الدين ص ١٢٢، وقارن: النظام القانوني لخصومة التحكيم، د/ عاشور مبروك ص ١١٦، حيث ذهب سعادته إلى ما يفيد تقرير فكرة توزيع الاختصاص بين محكمة البطلان عند رفعها، وقاضي التنفيذ، بوصفه قاضياً للأمور المستعجلة عند تقديم طلب وقف القوة التنفيذية لحكم التحكيم.

بيد أنه قد يحدث أحياناً أن لا يرفع المحكوم ضده في خصومة التحكيم دعوي ببطلان الحكم، رغم ما قد يكون عنده من وجه جدي يبرر له قانوناً طلب وقف التنفيذ لأسباب أخرى غير أسباب البطلان، كما هو شأن انقضاء الدين بالوفاء أو الإبراء، ونحوهما من أسباب تنقضي بمقتضاها الالتزامات القانونية، وفي هذه الحالة يكون باب الإشكال مفتوحاً أمام المحكوم ضده في حكم التحكيم، ومؤدي ذلك أن اختيار الوسيلة المتبعة في طلب وقف تنفيذ حكم التحكيم يتوقف على اختيار المحكوم ضده، فإن هو اختار رفع دعوي البطلان فليس أمامه سوى تقديم طلب وقف التنفيذ في عريضة تلك الدعوي التي تكون محلاً لنظر محكمة البطلان المختصة دون غيرها.

أما إذا فوّت المحكوم ضده ميعاد رفع دعوي البطلان، أو اختار مثلاً عدم رفعها من الأساس لأي سبب كان، فإنه يكون له والحالة هذه حق طلب وقف القوة التنفيذية لحكم التحكيم، وذلك بطريق الإشكال في تنفيذه أمام قاضي التنفيذ^(١).

(١) راجع هذا الرأي الفقهي : قواعد التحكيم، د/ أحمد شرف الدين ص ١٢٢، ص ١٢٣.

المطلب الثاني

التنازل عن القوة التنفيذية لحكم التحكيم

أولاً: التنازل عن القوة التنفيذية لحكم التحكيم في الفقه الإسلامي: تقضي قواعد الفقه الإسلامي بجواز التصالح بين المتنازعين؛ لإنهاء الخصومة بينهم وقطع المنازعة المثارة عندهم؛ وذلك لأن التنازل من الأمور المعتبرة شرعاً بين الناس ومعناه إجراء التصالح بين طرفي الخصومة بالرضا فيما بينهم. وعليه فإن الصلح عند الفقهاء والعلماء يقصد به: إنهاء الخصومة وقطع المنازعة بين المتنازعين^(١)، وهو جائز باتفاق الفقهاء^(٢)، والأصل في جوازه الكتاب والسنة، والآثار، والمعقول.

وتأسيساً على هذا فيجوز إجراء التصالح بين المحكوم له والمحكوم عليه، وذلك بالتنازل عن قوة حكم التحكيم التنفيذية، وهذا التنازل إنما يتناول بعض الحق دون البعض الآخر على نحو وجهه المعتبر في ذلك شرعاً.

بيد أن هذا التنازل يشترط لصحته شروط مخصوصة أهمها، أن يكون عقد المصالحة مكتوباً، وقد توافر فيه الإيجاب والقبول الشرعيين^(٣)، وأن يكون التنازل صريحاً منصباً على القوة التنفيذية، ومحققاً لمقصود أطرافه من إجراءاته^(٤)، فضلاً عن كون المصالح عاقلاً مالكاً لتصرفه^(٥)، والتصالح له قوته التنفيذية فمتى تم صحيحاً وفقاً لقواعده الشرعية أصبح واجب النفاذ والإمضاء فلا يجوز لأحد طرفيه الرجوع فيه أو العدول عنه^(٦).

(١) البحر الرائق لابن نجيم ٢٥٦/٧ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٥٢/٤.

(٢) المعونة للقاضي عبدالوهاب ١١٩١/٢ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٥٢/٤.

(٣) معين الحكام للطرابلسي ص ١٢٢، ١٢٣.

(٤) حاشية الدسوقي ١٥٢/٤.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٣٤٩/٧.

(٦) حاشية ابن عابدين ٦٣٨/٥ - حاشية الدسوقي ١٥٢/٤.

لأن التصالح متى وقع على وجه يسوغ فلا يجوز للمتعاقدین نقضه، وإن حاولاه
وذهباً إلى ذلك فإنها يجبران على إمضائه والعمل بموجبه ومقتضاه^(١).

ثانياً: التنازل عن القوة التنفيذية لحكم التحكيم في القانون الوضعي:
قد تصدر أحكام التحكيم صحيحة مستوفية لجميع أركانها وشروطها، بحيث
لا تكون محلاً أو مجالاً للطعن عليها بالبطلان، وقد تصدر على غير هذه الصفة فتكون
محلاً للطعن عليها، ليس بالبطلان الموضوعي فحسب بل بسبق التنازل عن قوتها
التنفيذية، ومن ثم تكون هذه الأحكام متمتعة بحجية الثبوت والرسومية الكاملة دون
القوة التنفيذية الإجرائية، ومن ثم فإن سبق التنازل عن قوتها التنفيذية يعد دفعاً
قانونياً وإشكالاً تنفيذياً تؤسس عليه دعوي بطلان حكم التحكيم، ومن ثم فإن
التنازل عن قوة الحكم التنفيذية يعد في ذاته وجهاً من أوجه تعطيل قوتها التنفيذية.

لذا فقد أعطى المقنن الحق لصاحب الشأن في أن يتنازل عن قوة حكم التحكيم
التنفيذية، وذلك بإجراء التصالح على ذلك فيما بينه وبين المنفذ ضده، وذلك بنزوله
صراحة عن حقه في طلب التنفيذ الجبري، وذلك وفقاً لشروط معينة وقواعد مرعية.
وهذا يستلزم بيان ذلك بشيء من التفصيل على النحو التالي :

١- مقصود الصلح :

لقد عرفت المادة «٥٤٩» من التقنين المدني المصري الصلح بأنه: «عقد يحسم به
الطرفان نزاعاً قائماً، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه
التقابل عن جزء من ادعائه».

وتأسيساً على هذا:

فإن الصلح الذي يجري بين طرفين أو أكثر يجب أن يكون مكتوباً، حيث إن

(١) العقد المنظم للحكام للكناني ٢/٢٤٥ .

الصلح الشفهي لا يكون مثمراً لحقيقة المقصودة، وهو إنهاء الخصومة وحسم النزاع سيما إذا أنكره أحد الطرفين، كما يجب أن يكون عقد الصلح قائماً على تنازل كل من الطرفين عن جزء من حقه أو ادعائه^(١) كما يجب أن يتوافر الإيجاب والقبول على المصالحة طبقاً لما ترضي عليه الطرفان.

كما يشترط لإجراء الصلح بين طرفيه أن تتوافر لديهما أهلية التصرف؛ وذلك لأن الصلح قد يتم بالمعاوضة أو الهبة أو الإبراء^(٢) وهو في جوهره صلح بإقرار، فوجب توافر أهلية التصرف لدى الطرفين معاً، ولكي ينتج عقد الصلح أثره في تفادي خصومة التنفيذ يجب وأن يتم أمام جهة القضاء المختصة بإجرائه قانوناً، أو يتم بين الطرفين في مجلس صلح ثم يصدق عليه من قبل المحكمة المختصة^(٣).

والاتفاق على التنازل عن القوة التنفيذية لحكم ما هو في ذاته حق خاص لصاحب الشأن له أن ينزل عنه صراحة طبقاً للقانون، وعلي نحو الشكل المعتبر لذلك قانوناً، ومن ثم فهو لا يتعارض مع النظام العام، لأن القانون قد كفل الحق لطرفي الخصومة التحكيمية أن ينزلا عن اتفاق التحكيم أصلاً، فكان النزول عن قوة الحكم التنفيذية بعد صدوره من باب أولي؛ لأن من ملك نزوله عن الأصل يملك نزوله عن الفرع.

ويترتب على هذا النزول تجريد حكم التحكيم من قوته التنفيذية، الأمر الذي تنزول معه تلك القوة ولا يبقى للحكم سوى حجية الإثبات بما يترتب على هذا الوصف من آثار.

(١) عقد الصلح في المعاملات د/ أيمن بن محمد أبو العيال بند ٩ ص ٨، الصلح والتحكيم د/ محمود السيد التحيوي ص ١٤٣ - ١٤٦.

(٢) عقد الصلح في المعاملات د/ أيمن بن محمد أبو العيال بند ٣٢ ص ٣٣.

(٣) التنفيذ د/ عبدالباسط جمعي بند ٢٨٦ ص ٣٢٧.

٢- قوة الصلح التنفيذية:

عقد الصلح يمنح لصاحبه حق التمسك بقوته التنفيذية ؛ حيث إن هذه القوة مقررّة لعقود الصلح بنص القانون^(١)، وبذلك نكون بصدد تنازل من جانب طالب التنفيذ عن قوة حكم التحكيم التنفيذية، وتمسك من جانب المنفذ ضده بقوة عقد الصلح التنفيذية.

لذا نجد القانون يعترف بقوة عقد الصلح التنفيذية الذي أجراه الطرفان وفقاً للقانون وبعد التصديق عليه من قبل الجهة المختصة^(٢).

٣- أثر التصالح على قوة حكم التحكيم التنفيذية:

أحكام التحكيم شأنها شأن الأحكام القضائية في كونها واجبة التنفيذ، وذلك بعد التأكد من إجراءاتها على وجهها المعتبر قانوناً^(٣)، ومن ثم فيسري عليها ما يسري على الأحكام من حيث جواز الاتفاق على التنازل عن قوتها التنفيذية^(٤)، والتنازل متى تم صحيحاً بين أطرافه ترتب عليه أثره المقصود منه وهو أن يصبح حكم التحكيم بغير قوة تنفيذية وإن تمتع بالقوة الشبوتية، ومن ثم فلا يمكن تنفيذه تنفيذاً جبرياً وإنما ينفذ تنفيذاً عادياً؛ إعمالاً لاتفاق الطرفين وصلحهما على ذلك.

وتأسيساً على هذا :

فإن التنازل عن قوة تنفيذية لسند تنفيذي ما من السندات التنفيذية المنصوص عليها قانوناً يجرده من قوته التنفيذية، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية^(٥).

(١) منازعات التنفيذ الوقتية / مصطفى هرجه بند ٤٦ ص ٧٣ - أصول التنفيذ د/ أحمد ماهر زغلول بند ١٧٠ ص ٣١١.

(٢) إجراءات التقاضي والتنفيذ د/ محمود هاشم بند ١٨٧ ص ٢٤٦.

(٣) تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية د/ محمد حامد فهمي بند ١٠١ ص ٧٢ - ٧٣.

(٤) مبادئ التنفيذ د/ محمد عبدالحالقي عمر بند ٢٢٩، بند ٢٣٠ ص ٢٤١.

(٥) نقض مدني طعن رقم ٤٣٦ لسنة ٣٩ق، جلسة ١٩٧٥/٣/٢٣ م.

وبالمقارنة :

يتضح لي أن القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في إسباغ عقد الصلح بقوة تنفيذية معتبرة شرعاً وقانوناً، بحيث لا يجوز لأحد طرفيه إنهاء عقد الصلح أو الرجوع فيه بإرادته المنفردة أو العدول عنه بحال، فمحضر الصلح ينفذ ولو جبراً عن أطرافه، متى صدر على وفق أصوله الشرعية وقواعده القانونية المرعية .

المبحث الخامس

التفرقة بين حكم التحكيم وغيره من السندات التنفيذية الأخرى

المطلب الأول

التفرقة بين القوة التنفيذية لحكم التحكيم والقوة التنفيذية

لأحكام القضاء الإلزامية

أولاً: حكم التحكيم والأحكام الإلزامية في الفقه الإسلامي :

يمكن القول بأن قاعدة الحكم بالموجب تضم أحكام الإلزام القضائية، حيث إن عنصر الإلزام فيها يكون واضحاً دون غيرها من الأحكام القضائية الأخرى. ويقصد بأحكام الإلزام:

«قضاء المتولى بأمر ثبت عنده بإلزام بما يترتب على ذلك الأمر خاصاً أو عاماً على الوجه المعتبر عنده لذلك شرعاً»^(١)، وهذه الأحكام تحوز الحجية القضائية بمجرد صدورها متى كانت متضمنة للحكم بالصحة؛ حيث تعد أقوى الأحكام القضائية^(٢). كما أن أحكام الإلزام القضائية لا يجوز نقضها، متى صدرت وفق أصولها الشرعية، وقواعدها المرعية وتكون نافذة بمجرد صدورها، دون أن تتوقف على اكتساب وصف معين؛ حتى لا تتعطل بذلك حقوق العباد ومصالحهم^(٣).

وأما التحكيم فمعناه كما مرّ آنفاً: تولية الخصمين حكماً بينهما للفصل في نزاع معين^(٤). والتحكيم في ذاته يعد عملاً قضائياً في خصوص خصومة معينة دون غيرها، فولاية المحكم ولاية خاصة تشمل أطراف الخصومة التحكيمية دون غيرهم،

(١) تبصرة الحكم لابن فرحون ٨٣/١، ٨٤.

(٢) معين الحكم للطرابلسي ص ٤٤.

(٣) نظرية الدعوى د/ محمد نعيم ياسين ص ٦٠٤.

(٤) شرح فتح القدير لابن الهمام الحنفي ٣١٥/٧.

والتحكيم من حيث الرتبة أقل من القضاء، وأما ولاية القاضي فهي عامة تشمل جميع الأشخاص وكذا كافة المنازعات والخصومات^(١).

قوة حكم التحكيم التنفيذية :

متى صدر حكم التحكيم صحيحاً مستوفياً لشرائطه الشرعية، فإنه يكتسب القوة التنفيذية بمجرد صدوره على النحو الذي مرّ آنفاً، ومن ثم فلا يجوز نقضه إلا بما ينقض به حكم القاضي؛ وذلك لأن عمل المحكم في خصوص منازعة التحكيم كعمل القاضي فيما ولي عليه، وهذا يؤيده قول ابن قدامة - رحمه الله -: «وإذا كتب هذا القاضي بما حكم به كتاباً إلى قاض من قضاة المسلمين لزمه قبوله وتنفيذ كتابه ؛ لأنه حاكم نافذ الأحكام، فلزم قبول كتابه كحاكم الإمام»^(٢).

ثانياً: حكم التحكيم وأحكام القضاء الإلزامية في القانون الوضعي :

تعد أحكام القضاء الإلزامية أهم السندات التنفيذية، والسبب في ذلك يكمن في كونها تصدر بعد إجراء تحقيق كامل لموضوع الدعوي، كما أنها تتضمن تأكيداً قانونياً لحق الدائن^(٣).

وأحكام الإلزام القضائية هي وحدها التي منحها القانون القوة التنفيذية، وأجاز إجراء التنفيذ الجبري بموجبها ومقتضاها دون غيرها من الأحكام القضائية الأخرى.

وحكم التحكيم يتفق مع أحكام القضاء الإلزامية من حيث اشتماله على عنصر الإلزام الذي يجعله مساوياً لأحكام القضاء في قوته التنفيذية، كما أن حكم التحكيم

(١) القضاء في الإسلام د/ محمد سلام مذكور ص ١٣١ .

(٢) المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة ٤٨٤/١١ .

(٣) النظرية العامة للتنفيذ د/ وجدي راغب، ص ٦٨ .

يعد سنداً تنفيذياً بنص القانون كأحكام الإلزام القضائية سواء بسواء^(١)، بيد أن أحكام التحكيم تختلف عن أحكام القضاء الإلزامية في عدة أمور من نواح مختلفة أهمها ما يلي:

١- من حيث الإصدار والحجية القضائية: أحكام القضاء لا تصدر إلا عن قضاء مختص بإصدارها قانوناً وفي خصومة قائمة، وذلك بعد تحقيق يجري بشأنها، ثم يصدر الحكم على نحو يحسم النزاع المثار ويحوز الحجية القضائية المعبرة طبقاً للقانون.

وأما حكم التحكيم فيجري إعداده على يد محكمين، ويتم عادة بالتراضي بين طرفي الخصومة التحكيمية؛ لذا فهو لا يحوز الحجية القضائية ما لم تأمر المحكمة المختصة قانوناً بتنفيذه بعد تأكدها التام من صلاحية الحكم لذلك^(٢).

٢- من حيث البساطة الإجرائية: أحكام القضاء لا تصدر إلا بإجراءات قانونية معينة، كإيداع صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة، والإجراءات الأخرى التي يستلزمها سير الدعوى القضائية، والتحقيق الذي يجري بشأنها، وهذا يؤدي إلى كثرة الإجراءات وإطالة أمد النزاع.

وأما أحكام التحكيم فهي تعد الوسيلة السهلة والسريعة في اقتضاء الحقوق وتبادل المعاملات المالية وشبهها دون اتخاذ إجراءات مطولة^(٣).

٣- من حيث حق الطعن: أحكام القضاء تخضع لطرق الطعن المقررة قانوناً؛ متى عن لصاحب الشأن ذلك ورغب في تعطيل قوتها التنفيذية وأسس ذلك على أسانيد قانونية معتبرة.

(١) قواعد تنفيذ الأحكام والمحركات الموثقة د/ رمزي سيف بند ١٠٨ ص ١١٢ .

(٢) النظرية العامة للتنفيذ د/ وجدي راغب، ص ٦٨ .

(٣) مبادئ التنفيذ د/ محمد عبدالحالقي عمر بند ٣٢ ص ٢٥ .

وأما أحكام التحكيم فهي لا تخضع لطرق الطعن المقررة قانوناً للأحكام القضائية، ولا سبيل إلى تعطيل قوتها التنفيذية إلا باتخاذ وسائل معينة تتفق وطبيعة هذه الأحكام، كما هو شأن الطعن عليها بالبطلان، أو سبق التنازل عنها، ونحو ذلك مما يصلح أن يكون إشكالاً في التنفيذ أو سبباً لرفع دعوي البطلان أصالة^(١).

٤- من حيث الصيغة التنفيذية: ينعقد الاختصاص بوضع الصيغة التنفيذية على أحكام القضاء لكاتب المحكمة المختصة التي أصدرت الحكم.

أما أحكام التحكيم فينعقد الاختصاص بإصدار الأمر بتنفيذها لقاضي التنفيذ في المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع محل خصومة التحكيم طبقاً لقواعد الاختصاص المعتبرة قانوناً.

٥- من حيث المسؤولية عن الأخطاء المادية: أحكام القضاء تصدر عن قضاة يتمتعون بالحصانة القضائية، ومن ثم فلا تسري عليهم قواعد المسؤولية عن الأخطاء المادية التي قد تقع منهم عند مباشرتهم لأعمالهم القضائية.

أما أحكام التحكيم فهو تصدر عن محكمين عاديين لا يتمتعون بحصانة قضائية، ومن ثم فتسري عليهم قواعد المسؤولية المدنية والجنائية، متى صدرت عنهم الأحكام التحكيمية مشوبة بأخطاء مادية، أو على نحو يمثل جريمة جنائية، أو يخالف الشكل الإجرائي الذي رسمه القانون^(٢).

وبالمقارنة:

بين حكم التحكيم وأحكام الإلزام في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي نجد أن كلا منهما يكتسب القوة التنفيذية وفقاً للضوابط الشرعية والأنظمة

(١) التحكيم الاختياري والاجباري، د/ أحمد أبو الوفا، ص ٣٠٦، ٣٠٧.

(٢) رسالة الإثبات د/ أحمد نشأت ج١ بند ١٦٤ ص ٢٤٢، ٢٤٣.

المعنية بذلك، بيد أنهما يختلفان في أن اكتساب الأحكام الإلزامية للقوة التنفيذية إنما يكون باعتبارها عملاً قضائياً بحتاً، قد توافرت فيه كافة الشروط المعتبرة شرعاً وقانوناً.

وأما حكم التحكيم فإنه يكتسب القوة التنفيذية باعتباره عملاً إرادياً محضاً نابعاً من رضائين معتبرين شرعاً وقانوناً على نحو ما مرّ آنفاً .

المطلب الثاني

التفرقة بين القوة التنفيذية لحكم التحكيم

والقوة التنفيذية للأوامر القضائية

أولاً: حكم التحكيم وأوامر القضاء في الفقه الإسلامي .

أوامر القضاء: هي تلك التصرفات التي يصدرها القاضي بحكم ما له من ولاية عامة على الذين يتعلق بهم تصرفه، وذلك بقصد إعانتهم على تحقيق مصالحهم المشروعة^(١).

وهذه الأوامر تصدر عن القاضي على سبيل الإلزام وبقصد الإعانة؛ لذا فإنها عادة ما تصدر عن القاضي في حالات ضرورة.

يقول ابن فرحون - رحمه الله -: عن مجلس القاضي وآدابه: «... ولا ينبغي أن يجلس بين العشاءين، ولا في وقت السحر إلا في أمر يحدث مما لا بد منه ...، ولا ينبغي أن يحكم في الطريق إلا في أمر استغيث به فيه فلا بأس أن يأمر وينهي ويسجن...»^(٢).

وعليه فإن أوامر القضاء تؤسس في الفقه الإسلامي على قاعدة التصرف بالموجب^(٣)، حيث تنظم هذه القاعدة أوضاعاً كثيرة في النشاط القضائي المعاصر، كأوامر تنفيذ أحكام المحكّمين والأحكام والسندات الأجنبية وغير ذلك، وتصدر هذه الأوامر على سبيل الإعانة لصاحب الشأن، ومن ثم فهي تعد من قبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر^(٤).

(١) أصول المرافعات الولاية د/ حسن الليدي بند ١٦ ص ٣٣ .

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون. ١/٣٥، ٣٦ .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٧ .

(٤) أصول المرافعات الولاية د/ حسن الليدي بند ٢٦ ص ٥٢ .

وتصدر هذه الأوامر في شكل أوامر على عرائض، كأوامر تزويج اليتامى، وتنفيذ الوصايا، وإثبات العقود، وشبهها مما يدخل في سلطة القاضي الولائية. وأوامر الأداء، كما هو شأن أوامر تقدير أجر الوكيل في الخصومة - المحامي - متى كانت وكالته بعوض غير معلوم، وثار النزاع في تقديره، حيث إن القاضي يصدر أمراً بتقدير هذا العوض وإلزام الأصيل بأدائه^(١).

ثانياً: حكم التحكيم وأوامر القضاء في القانون الوضعي :

أوامر القضاء تعني: القرارات التي تصدر عن القضاة بغير طريق الدعوى ودون حضور الخصم أو إعلانه^(٢).

وتعد هذه الأوامر من جملة السندات التنفيذية، التي منحها القانون قوة التنفيذ بمقتضى نص المادة ٢٨٠ من قانون المرافعات المصري، ومن ثم فيجري التنفيذ الجبري بمقتضاها كما يجري بالأحكام القضائية.

وتتنوع أوامر القضاء إلى نوعين :

الأول: الأوامر على العرائض: وهي عبارة عن عمل ولائي يصدر عن القاضي بمقتضى سلطته الولائية، ويصدر على سبيل الحماية الوقتية لحق الدائن وبناءً على طلبه. وعليه فإن هذه الأوامر تصدر بناءً على طلب الدائن، بعريضة تقدم إلى القاضي المختص، ويكون الهدف من هذا الطلب اتخاذ إجراء وقتي على سبيل الحماية الوقتية؛ لذا فإن هذه الأوامر تصدر مشمولة بالنفذ المعجل بقوة القانون^(٣).

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ١٥٨/١ .

(٢) سلطة القاضي الولائية د/ عبدالباسط جمعي ٠ بند ١٤٥ ص ٦٤٥ .

(٣) إجراءات التقاضي والتنفيذ د/ محمود هاشم بند ١٨٦ ص ٢٤٤ .

هذا وتتفق الأوامر على عرائض مع أحكام التحكيم من حيث كونها سنداً تنفيذياً بنص القانون، وتتمتع بالقوة التنفيذية دون اشتراط تقدم خصومة طبقاً للقانون.

بيد أن الأوامر على عرائض تختلف عن أحكام التحكيم في نواح عدة أهمها ما يلي:

١- من حيث القوة التنفيذية: الأوامر على عرائض تتمتع بقوة تنفيذية مؤقتة بمدة معينة، وهي ثلاثون يوماً من وقت صدورها، فإذا لم تنفذ خلال تلك المدة سقطت قوتها التنفيذية بقوة القانون، واعتبرت كأن لم تكن^(١).

أما أحكام التحكيم فهي تتمتع بقوة تنفيذية دائمة بدوام صلاحية الحكم للتنفيذ، وتظل كذلك إلى أن يقضي بطلانه، أو يثبت سبق الرضا بالنزول عنه طبقاً للقانون.

٢- من حيث الإجراءات النظامية : تصدر الأوامر على عرائض بمقتضى إجراءات محددة قانوناً، وكذا التظلم منها يتم وفقاً لقواعد قانونية محددة نص عليها قانون المرافعات.

أما أحكام التحكيم فتجري عادة برضا أطرافها في الشكل الرسمي الذي يحدده القانون المختار من قبل أطراف التحكيم، فضلاً عن أنها تخضع لقانون المرافعات باعتبارها عملاً إجرائياً وسنداً تنفيذياً.

الثاني: أوامر الأداء: وأمر الأداء عبارة عن عمل قضائي يفصل في خصومة قضائية بحكم قطعي^(٢)، وهذا الأمر يحوز القوة التنفيذية بنص القانون ويحوز الحجية

(١) الأوامر على العرائض د/ نبيل إسماعيل عمر بند ١٤٩ ص ١٧٩.

(٢) أوامر الأداء د / أمنية النمر - بند ٢٠ ص ٤٦، ٤٧ .

القضائية كالأحكام القضائية؛ لذا فهو يخضع لما تخضع له الأعمال القضائية من حيث الحجية والإجراءات التحفظية والتنفيذية وطرق الطعن القانونية.

وسبب ذلك أن أمر الأداء يتضمن قضاءً قطعياً بإلزام المدين بأداء معين في خصومة قضائية قائمة، ويصدر على نحو يقطع النزاع القائم بشأنها^(١)، وتتعدد أشكال هذه الأوامر بحسبان الطبيعة القانونية لمحل الأمر المطلوب استصدار أمر أداء بشأنه، ومن هذه الأوامر على سبيل المثال ما يلي:

١- أوامر تقدير مصاريف الدعوى .

٢- أوامر تقدير الرسوم القضائية .

ويعد كل أمر من هذه الأوامر سنداً تنفيذياً مستقلاً بذاته، ويتضمن قضاءً قطعياً في مقدار الحق المطلوب أدائه، وعلى هذا فيسري عليها ما يسري على السندات التنفيذية بوجه عام.

المطلب الثالث

التفرقة بين القوة التنفيذية لحكم التحكيم

والقوة التنفيذية للمحررات الموثقة

أولاً: حكم التحكيم والمحررات الموثقة في الفقه الإسلامي :

المحررات الموثقة وإن كانت تندرج تحت قاعدة التصرف بالموجب، إلا أنها لا تحوز الحجية القضائية؛ حيث إنها تتوجه نحو الإلزام بإنفاذ أثر التصرف دون أن يكون هناك تطرق لصحته^(١)، كما أن الإلزام فيها ينشأ من تصرف القاضي بموجبها، فضلاً عن أنه لا يقضي بطلانها إلا إذا كان هناك سبب لذلك كفوات شرطها في الابتداء، ولا تحوز هذه المحررات الحجية القضائية إلا إذا صدرت متضمنة الحكم بالصحة ولو أنها تمتعت بالقوة الثبوتية^(٢).

وأما أحكام التحكيم فهي تحوز الحجية القضائية بمجرد صدوره صحيحة على نحو وجهها وشرطها المعتبر لها شرعاً، ويؤيد هذا ما ذكره ابن قدامة - رحمه الله - : «وإذا كتب هذا القاضي بما حكم به كتاباً إلى قاض من قضاة المسلمين لزمه قبوله وتنفيذ كتابه؛ لأنه حاكم نافذ الأحكام، فلزم قبول كتابه كحاكم الإمام»^(٣).

ثانياً: حكم التحكيم والمحررات الموثقة في القانون الوضعي .

لقد سبق القول بأن التحكيم يعد نوعاً من العدالة الخاصة أو القضاء الخاص، وهو مقرر للأفراد بمقتضى القانون، الذي أجاز لهم التحاكم فيما بينهم أمام فرد معين أو هيئة معينة، تتولى الفصل فيما ينشأ بينهم من منازعات على النحو المعتبر لذلك قانوناً^(٤).

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٢٩ .

(٢) معين الحكام للطرابلسي ص ٤٤ .

(٣) المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة ٤٨٤/١١ .

(٤) التنفيذ علماً وعملاً / أحمد قمحه بك و عبد الفتاح السيد بك بند ٩٣٥ ص ٦٣٦

هذا ويمنح القانون القوة التنفيذية لحكم التحكيم متى تم صحيحاً، وعلي النحو الذي حدده القانون، وذلك بعد صدور الأمر عليه بالتنفيذ من القاضي المختص طبقاً لقواعد الاختصاص المعتبرة.

فضلاً عن أن حكم التحكيم يحوز الحجية بمجرد صدوره كأحكام القضاء^(١)، بل ويزيد عنها في كونه لا يخضع لطرق الطعن المقررة قانوناً، ومن ثم يكون واجب التنفيذ بمجرد صدور الأمر عليه بالتنفيذ، ولا يجوز الطعن عليه بالاستئناف، وإنما السبيل الوحيد للطعن عليه إنما يتحدد في دعوى البطلان دون غيرها^(٢).

وعلى هذا فإن حكم التحكيم يتفق مع المحرر الموثق في أن كلاً منهما يتم بالرضا، ويصدر مؤكداً لإرادة أطرافه فيما اتفقوا عليه طبقاً لما حدده القانون^(٣).

كما يتفقان أيضاً في أن كلاً منهما يكون محلاً للطعن عليه بالبطلان، ومن ثم يكون عرضة لتعطيل قوته التنفيذية إلى حين الفصل في دعوى البطلان^(٤).

هذا ويلاحظ أن حكم التحكيم يختلف عن المحرر الموثق في عدة أمور أهمها ما يلي:

١- من حيث الحجية: حكم التحكيم يحوز الحجية بمجرد صدوره، كالأحكام القضائية^(٥)، وأما المحرر الموثق، فلا يحوز هذه الحجية مع أنه يتمتع بالقوة التنفيذية.

(١) نقض مدني الطعن رقم ٨٨٧، ١١٥٤ جلسة ١٩٩١/١/٤١ لسنة ٥٩ ق القاعدة ٣٣ مجموعة المكتب الفني ١٨٤/٢.

(٢) التنفيذ الجبري د/ فتحي والي بند ٥٠ ص ١٠٢

(٣) إجراءات التنفيذ د/ أحمد أبو الوفا بند ٥٢ ص ٨٣

(٤) قواعد تنفيذ الأحكام والمحركات الموثقة د/ رمزي سيف بند ٩٣ ص ٩٥

(٥) التحكيم الاختياري والإجباري د/ أحمد أبو الوفا بند ٥ ص ٢٠، ٢١

٢- من حيث التنفيذ: حكم التحكيم لا يكون واجب التنفيذ، ولو أنه صدر صحيحاً، إلا إذا صدر عليه الأمر بالتنفيذ من القاضي المختص، بخلاف المحرر الموثق حيث يكون واجب التنفيذ بعد وضع الصيغة التنفيذية عليه من قبل الموثق المختص بمكتب التوثيق^(١).

٣- من حيث تقرير حق الاختصاص: إذا كان حكم التحكيم يحوز الحجية بمجرد صدوره، فهو أيضاً يمنح الدائن حق اختصاص بعقار من عقارات المدين، مثله في ذلك مثل الحكم القضائي^(٢)، وأما المحرر الموثق فلا يحقق هذه الميزة؛ نظراً لعدم اكتسابه الحجية القضائية^(٣).

٤- من حيث جواز رد المحكمين: يسري على المحكمين ما يسري على القضاة من حيث جواز ردهم ومخاصمتهم، ومن ثم تطبق عليهم القواعد العامة لرد القضاة ومخاصمتهم، لأن التحكيم قضاء بمعنى خاص^(٤)، بخلاف الموثقين فلا يجوز ردهم ولا مخاصمتهم؛ حيث إنهم ليسوا بقضاة سيما في الأنظمة الوضعية الحديثة. وبالمقارنة :

بين أحكام التحكيم والمحررات الموثقة في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يتضح لي أنها يتفقان في اكتساب القوة التنفيذية، حيث يجري عمل القاضي

(١) المادة الثانية من قانون التوثيق المصري .

(٢) طرق التنفيذ والتحفظ د/ أبو هيف بند ١٣٨٠ ص ٩٣٠ .

(٣) التنفيذ الجبري د/ نبيل عمر، د/ أحمد هندي بند ٤٢ ص ١٧١ .

(٤) المشكلات العملية د/ أحمد هندي ص ٩٣، نطاق رد المحكم في قانون التحكيم الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ د/ عيد محمد القصاص ص ٣ وما بعدها، بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الأول السنة الخامسة والأربعون العدد رقم ١٧٧ يناير-مارس ٢٠٠١ م، التحكيم التجاري والدولي، د/ عاطف محمد الفقي ص ٢٥٠ .

بموجب هذه الأعمال، ويلتزم الأطراف بتنفيذ مقتضاها والعمل بموجبها ولو جبراً عنهم^(١)، كما يتفقان في بساطة الإجراءات وسرعة حسم المنازعات .
ويختلفان من حيث اكتساب أحكام التحكيم للحجية القضائية باعتبارها أعمالاً قضائية بمعناها الخاص؛ حيث إن التحكيم نوع قضاء، بخلاف المحررات الموثقة فلا تكتسب هذا الوصف، ولو أنها تمتعت بالقوة التنفيذية وأن نشأتها بالأساس كانت نشأة قضائية.

(١) تاريخ القضاء في الإسلام / محمود عرنوس ص ١٧٥، ١٧٦ - القضاء في الإسلام د/ محمد سلام مذكور ص ١٣٤، وراجع في ذلك : رسالتنا للماجستير القوة التنفيذية للمحررات الموثقة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ص ٣٩٦ ومابعداها، مقدمة لكلية الشريعة والقانون بطنطا سنة ٢٠٠٤م، جامعة الأزهر.

المطلب الرابع

التفرقة بين القوة التنفيذية لحكم التحكيم

والقوة التنفيذية لمحاضر الصلح القضائية

أولاً: حكم التحكيم ومحاضر الصلح القضائية في الفقه الإسلامي :

الصلح الذي يجري بين الخصوم على يد القاضي وتحت إشرافه يعترف له الفقه الإسلامي بالقوة التنفيذية؛ حيث يندب للقاضي أن يأمر المتخاصمين بإجراء المصالحة فيما بينهم، سيما إذا أشكل على القاضي القضاء، أو كانت الخصومة بين ذوي الفضل من أهل العلم والصلاح أو بين ذوي الأرحام والأقارب^(١).

وعلى هذا فإن الصلح خير يجري بين الخصوم بمعرفة القاضي، ويتمتع بقوة تنفيذية تقطع دابر المنازعة، وتحقق المصالحة المأمور بها شرعاً في قوله - ﷺ -: ﴿وَلِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا﴾ [الحجرات: ٩]، فضلاً عن الخيرية التي وصف الله بها الصلح في قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨]، لذا فإن تصديق القاضي على محضر الصلح يمنحه قوة تنفيذية، حيث يجبر الأطراف على إمضاء مقتضاها والعمل بموجبها.

ثانياً: حكم التحكيم ومحاضر الصلح القضائية في القانون الوضعي:

محاضر الصلح القضائية : هي تلك المحاضر التي تصدر عن الأشخاص ويصدق عليها من قضاة المحكمة المختصة في المنازعات التي قد رفعت إليها.

ولقد منح المقتن القوة التنفيذية لمحاضر الصلح القضائية، وقد نص على ذلك صراحة في المادة رقم ١/٢٨٠ من قانون المرافعات المصري، ومن ثم فيجري التنفيذ الجبري بمقتضاها بعد التصديق عليها من قبل المحكمة المختصة ووضع الصيغة

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٥٢/٤.

التنفيذية عليها باعتبارها سندات تنفيذية بنص القانون، ويجب أن يكون التصديق في حضور الخصوم أو من يمثلونهم في ذلك تمثيلاً قضائياً صحيحاً، فإن تم ذلك في غيبتهم أو غيبة ممثليهم لم يكن لهذه المحاضر قوة التنفيذ .
وتأسيساً على هذا :

فقد اعتبر المقتن محاضر الصلح المصدق عليها من قبل المحاكم أو مجالس الصلح المختصة سندات تنفيذية، ومن ثم فيسري عليها من حيث التنفيذ ما يسري على السندات التنفيذية كقاعدة عامة^(١).

وبالمقارنة:

بين حكم التحكيم ومحاضر الصلح القضائية في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي نجد أنهما يتفقان في اكتساب القوة التنفيذية؛ حيث إن مبناهما على الرضا التام بين الأطراف، وأن عمل المحكم في خصومة التحكيم يشبه عمل القاضي في إجراء محاضر الصلح وتوثيقها بالتصديق عليها مع اعتبار الخصوصية لكل منهما إلى غير ذلك من أوجه الاتفاق، ويختلفان في عدة أوجه على نحو ما مرّ آنفاً.

(١) رسالتنا للماجستير القوة التنفيذية للمحركات الموثقة ص ٣٩٨.

الخاتمة

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله، والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه .

وبعد ،،،.

فقد بينا فيما سبق إلزامية حكم التحكيم، وذكرنا أن الحكم لازم لكل من الخصمين ونافذ عليهما، وقد بينا خلاف الفقهاء في إلزاميته، وذكرنا بأن الراجح من أقوالهم هو قول الجمهور القائلون بإلزامية حكم التحكيم والعمل بموجبه ومقتضاه . كما أوضحنا القوة التنفيذية لحكم التحكيم، وقد ثبت من خلال الرجوع إلى القواعد الشرعية والمؤلفات الفقهية والقواعد القانونية مما لا يدع مجالاً للشك أو الريب أن أحكام التحكيم تكتسب القوة التنفيذية، شأنها في ذلك شأن الأحكام القضائية.

نتائج البحث:

نخلص من هذا البحث بأن الشريعة الإسلامية قد اهتمت بالتحكيم ونظمتها على أحسن نظام، وقد عني به الفقه الإسلامي لما لهذا التحكيم من أثر بالغ في حسم الخصومات وقطع دابر المنازعات، كما أن قانون التحكيم المصري يتوافق مع مبادئ الشريعة الإسلامية وأصولها الشرعية وكذا نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية والدول العربية .

فالشريعة الإسلامية لا تعارض أبداً أمراً يستقيم مع قواعدها الشرعية وينتظم في نطاق فروعها الفقهية، وتستقيم معه المعاملات المالية، سيما وقد ثبت أنه سبب في تحصيل المنافع ودفع المفاصد وتحقيق مصالح الأمة في البلاد وبين العباد.

هذا فضلاً عن نتائج عدة أهمها ما يلي :

أولاً: أن التحكيم قول ملزم صدر عن ولاية خاصة، ويكتسب القوة التنفيذية متى صدر على وفق أصوله الشرعية وقواعده القانونية .

ثانياً: أن مصدر ولاية المحكم في خصومة التحكيم هي إرادة الخصوم ومحض اختيارهم.

ثالثاً: أن التحكيم يعمل على سرعة الفصل في الخصومات، وأداة شرعية لإنهاء المنازعات والاقتصاد في النفقات.

رابعاً: أن عمل الحكم في خصوص ما حكم فيه كعمل القاضي مخصوص بالولاية فيما يولي عليه .

خامساً: أن التحكيم يبدأ بالرضا والاختيار وينتهي بالإلزام والإجبار على الوجه المعتبر في ذلك شرعاً وقانوناً .

سادساً: أنه إذا امتنع أحد الخصمين من تنفيذ الحكم طوعية أجبر على ذلك بأمر القاضي المولى، طبقاً للقواعد الشرعية والقانونية المعتمدة في هذا الشأن.

سابعاً: أن المحكم الذي يخرج عن حد ولايته الشرعية المخصوصة تزول عنه ولاية التحكيم الشرعية، ويكون شأنه في ذلك كشأن أحد أفراد الرعية .

ثامناً: أن تحقق الرضا بين الخصوم في خصومة التحكيم يؤدي إلى أداء الحق ودفعه إلى مستحقه عن طيب نفس وراحة القلب.

تاسعاً: أن التحكيم يجري في الأموال وما يؤول إليها ولا يجري في الحدود والقصاص.

عاشراً: أن التحكيم يقضي- على الضغائن والشحناء بين الخصوم؛ عملاً بقول

أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه «ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بين الخصوم الضغائن».

حادي عشر: أنه لا يجوز للمحكم تفويض غيره حكماً في خصوص ما حكم فيه، ما لم يؤذن له في ذلك صراحة .

ثاني عشر: مراجعة حكم التحكيم لا تعني سوى تفعيل مبدأ سيادة الدولة، وبسط سلطان ولايتها القضائية على رعاياها وفي حدود أراضيها.

ثالث عشر: لقد قرر جمهور الفقهاء أن حكم المحكم كحكم القاضي المنصب من قبل الإمام، ومن ثم فلا ينتقض حكمه إلا بما ينتقض به حكم القاضي المولى، سواء وافق الحكم مذهب القاضي أو خالفه.

رابع عشر: أن الأصل عدم جواز احتكام المسلم إلى غير المسلم قضاءً أو تحكيمياً، إلا إذا لم يتمكن المسلم من الوصول إلى حقه إلا بذلك، فحينئذٍ يجوز ضرورة وحاجة والضرورة إنما تقدر بقدرها.

وقد أجاز هذا مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم «٩٥/٨/٩»؛ حيث نصّ فيه على أنه:

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

ونهاية:

أوصى المعنيين بالأمر أن يعملوا على تفعيل دور الفقه الإسلامي في مجال التحكيم الداخلي والدولي، لما في ذلك من أهمية بالغة في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، وتعميم أحكامها باعتبارها القانون الواجب التطبيق، ليحكم هذا القانون الإسلامي المعاملات المالية وشبهها وما يتصل بها من مسائل، على نحو يحقق العدالة بين المتحاكمين ويحفظ حقوق المتعاملين ويحسم نزاع المتخاصمين، حتى تصل بذلك الحقوق إلى أربابها ومستحقيها دون ممانعة أو ممانعة أو ضياع .

قائمة بأهم المراجع والمصادر

- ١- إبراهيم، أحمد. طرق القضاء في الشريعة الإسلامية، المطبعة السلفية ومكتباتها. القاهرة. ط / ١٣٤٧ هـ.
- ٢- أبو الوفا، أحمد. المرافعات المدنية والتجارية ط / منشأة المعارف الإسكندرية، ط / الثالثة عشر ١٩٨٠ م.
- ٣- أبو طالب، حامد محمد. التنظيم القضائي الإسلامي، د / ط / دار الفكر العربي، ط / ١٩٨٢ م، مطبعة السعادة. القاهرة. ط / الثانية ١٤٠٢ هـ
- ٤- أبو طالب، حامد محمد. منع القضاء من نظر أعمال السيادة، ط. دار الكتاب الجامعي، القاهرة. ١٤١٥ هـ ١٩٩٥ م.
- ٥- أبو هيف، عبد الحميد. المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر، ط. مطبعة الاعتماد، ط. الثانية ١٣٤٠ هـ / ١٩٢١ م.
- ٦- الأزمازي، السعيد محمد عبد الله. السند التنفيذي في قانون المرافعات دراسة تأصيلية مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالقاهرة. جامعة الأزهر سنة ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م.
- ٧- الأسيوطي، شمس الدين بن أحمد المنهاجي. جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، ط. مكتبة المعارف، الطائف، الأولى. ١٣٧٤ هـ.
- ٨- بديوي، عبد العزيز خليل. القضاء في الإسلام وحماية الحقوق، ط / دار الفكر العربي. ط ١٩٧٩ م.
- ٩- البخاري، أبي عبد الله بن إسماعيل الجعفي المتوفى سنة ٢٥٦ هـ. صحيح البخاري، تحقيق الدكتور / مصطفى ديب البغا. ط / دار ابن كثير، اليمامة. بيروت، ط / الثالثة، ط ١٤٠٧ هـ.

١٠- بودي، حسن محمد محمد . ضمانات الخصوم أمام القضاء في الشريعة الإسلامية
دراسة مقارنة بالقانون المصري د / ط / دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية.
ط/ بدون تاريخ.

١١- البهوتي، منصور بن يونس ابن إدريس. كشف القناع على متن الإقناع. تحقيق/
الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال، ط/ دار الفكر للطباعة والنشر
والتوزيع.

١٢- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسي أبو بكر، المتوفى سنة ٤٥٨ هـ سنن
البيهقي الكبرى مع الجوهر النقي في الرد على البيهقي، للعلامة علاء الدين علي
ابن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني، المتوفى سنة ٧٤٥ هـ، ط/ مكتبة دار
الباز. مكة المكرمة. ط/ ١٤١٤ هـ / ١٩٩٤ م. ط/ دار الفكر. بيروت. ط/ بدون
تاريخ.

١٣- الخطاب، أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالمتوفى
سنة ٩٥٤ هـ. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل. ط/ بدون دار نشر ط/ الثانية.
ط/ ١٣٩٨ هـ.

١٤- جمعي، عبد الباسط. مبادئ المرافعات، د/ ط، ط. ١٩٨٤ م.
١٥- ابن جزري، أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الكلبي، المتوفى سنة ٧٤١ هـ،
القوانين الفقهية، ط/ دار الكتاب العربي. بيروت. ط/ الأولى. ط/ ١٤٠٤ هـ -
١٩٨٤ م.

١٦- الجندي، منصور محمد محمد. أحكام الإنابة القضائية في الفقه الإسلامي
والقانون الدولي الخاص دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة
والقانون بالقاهرة. جامعة الأزهر سنة ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م.

١٧- الخطيب، محمد الشرييني. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، شرح الشيخ / على متن المنهاج، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، ط / مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط / ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م.

١٨- الدار قطني، على بن عمر. سنن الدار قطني المتوفى سنة ٣٨٥ هـ، تحقيق مجدي بن منصور بن سيد الشورى، ط / دار الكتب العلمية، بيروت، ط الأولى، ١٤١٧ هـ ١٩٩٦ م، ط / دار المعرفة. بيروت ١٣٧٦ هـ / ١٩٦٦ م.

١٩- آل دريب، سعد بن سعود. التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية ونظام السلطة القضائية، ط / وزارة التعليم العالي سنة ١٤١٩ هـ، ١٩٩٩ م.

٢٠- الدسوقي، محمد عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لأبي البركات سيد أحمد الدردير، / ط / دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي ط / بدون تاريخ.

٢١- دويدار، طلعت محمد. النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ط / منشورات الحلبي الحقوقية.

٢٢- الرحياني، مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى. تأليف، الشيخ العلامة مصطفى السيوطي ط، منشورات المكتب الإسلامي، دمشق. ط / الأولى. ط / ١٣٨١ هـ - ١٩٦١ م.

٢٣- الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين المنوفي المصري الأنصاري الشهير بالشافعي الصغير المتوفى سنة ١٠٠٤، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ط / مصطفى البابي الحلبي. مصر. ط / الأخيرة ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٧ م.

- ٢٤- روبي، أسامة روبي عبد العزيز، تنظيم القضاء المدني في سلطنة عمان دراسة مقارنة بالنظام القضائي المصري، ط . دار النهضة العربية، ط ٢٠٠٨ م.
- ٢٥- زغلول، أحمد ماهر أصول وقواعد المرافعات ط / دار النهضة القاهرة ط / بدون تاريخ.
- ٢٦- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي الحنفي. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط/ دار المعرفة للطباعة والنشر. بيروت. ط/ الثانية. بدون تاريخ.
- ٢٧- السرخسي، شمس الدين محمد بن أحمد بن هلال المتوفى سنة ٤٨٣ هـ، المبسوط، تصنيف الشيخ خليل الميس، ط/ دار المعارف . بيروت، ط/ الثانية. ط/ بدون تاريخ.
- ٢٨- سعد، إبراهيم نجيب. قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم، أو ضرورة الحرية والمساواة والتقابل في الدفاع، طبعة منشأة المعارف الإسكندرية، ط. ١٩٨١ م.
- ٢٩- شرف الدين، أحمد. سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم، ط/ النسر الذهبي ط/ الثانية.
- ٣٠- شرقاوي، أحمد خليفة. هيئة القضاة ضمانة لاستقلال القضاء دراسة تأصيلية مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ط/ دار الفكر، الإسكندرية ط/ الأولى سنة ٢٠١٣ م.
- ٣١- شرقاوي، أحمد خليفة. القوة التنفيذية للمحررات الموثقة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، مقدمة لكلية الشريعة والقانون بطنطا سنة ٢٠٠٤ م، جامعة الأزهر.
- ٣٢- الشيرازي، أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي المتوفى سنة ٤٧٦ هـ المذهب في فقه الإمام الشافعي، وبذيله النظم المستعذب في شرح غريب

- المهذب محمد بن أحمد بن بطلال البركي، المتوفى سنة ٣٦٠هـ. ط / البابي الحلبي.
مصر. ط / الثالثة. ط / ١٣٦٥هـ / ١٩٧٦م.
- ٣٣- صاوي، أحمد السيد. الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، د /
ط / دار النهضة العربية . مصر . ط / ١٩٨١م.
- ٣٤- الطرابلسي، الإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الحنفي. معين الحكام
فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام. ط / مصطفى البابي الحلبي ط. الثانية. ط /
١٣٩٣هـ / ١٩٧٣م.
- ٣٥- ابن العربي، أبي بكر محمد عبد الله، المتوفى سنة ٥٤٣هـ. أحكام القرآن، تحقيق
على محمد البجاوي. ط / دار الفكر. بدون تاريخ.
- ٣٦- عثمان، محمد رأفت. النظام القضائي في الفقه الإسلامي، د / ط / مكتبة الفلاح.
الكويت. ط / الأولى. ط / ١٤١٠هـ - ١٩٨٩م.
- ٣٧- عرنوس، محمود. كتاب تاريخ القضاء في الإسلام، ط / المطبعة المصرية الأهلية
الحديثة. القاهرة. ط / بدون تاريخ.
- ٣٨- عمر، نبيل إسماعيل. الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط / دار
الجامعة الجديدة . الإسكندرية ط / ٢٠٠٦م.
- ٣٩- الفيروز أبادي .
- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية. ط / الثالثة
- القاموس المحيط، ط / الثانية. مصر. ط / ١٩٥٢م.
- ٤٠- فرحون، برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن الإمام العلامة شمس الدين أبي
عبد الله محمد بن اليعمرى المالكي. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج
الأحكام، ط / دار الكتب العلمية. بيروت. بدون تاريخ.

- ٤١- فهمي، محمد حامد. المرافعات المدنية والتجارية، د/ ط/ مطبعة فتح الله إلياس نوري. مصر/ ط ١٣٥٩هـ/ ١٩٤٠م.
- ٤٢- القاسم، عبد الرحمن عبد العزيز. مدى حق ولي الأمر في تنظيم القضاء وتقيده. رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بالقاهرة، جامعة القاهرة. سنة ١٩٧٣م.
- ٤٣- القرافي، شهاب الدين أبي العباس الصنهاجي المشهور بالقرافي، المتوفى سنة ٦٨٤هـ، ط/ دار المعفرة للطباعة والنشر. بيروت. ط / بدون تاريخ
- ٤٤- ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله أحمد بن محمود. المغني ويليهِ الشرح الكبير على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى المتوفى سنة ٣٣٤هـ
- ٤٥- ابن كثير. السيرة النبوية ط/ دار المعرفة، بيروت.
- ٤٦- مبروك، عاشور، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، ط. دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢م.
- ٤٧- مجلة الأحكام العدلية. ط/ مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع. عمان. ط/ الأولى. ط/ ١٩٩٩م.
- ٤٨- محمود، محمود. نظام التحكيم السعودي الجديد، ط/ خوارزم العلمية، ط/ الأولى سنة ١٤٣٥هـ ٢٠١٣م.
- ٤٩- مسلم، أحمد. أصول المرافعات، ط/ مطبعة المدني. القاهرة، الناشر/ دار الفكر العربي. القاهرة. ط / ١٩٧١م.
- ٥٠- مدكور، محمد سلام. القضاء في الإسلام، ط/ دار النهضة العربية. ط/ بدون تاريخ.
- ٥١- المرادوي، علاء الدين أبي الحسن على بن سليمان الحنبلي. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجلل أحمد بن حنبل. تحقيق/ محمد

حامد الفقي. ط / دار إحياء التراث العربي. بيروت. ط / الأولى. ط / ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م.

٥٢- مليجي، أحمد محمد. تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والشرعية الإسلامية. ط / دار النهضة القاهرة ط / ١٩٩٣ م.

٥٣- منظور، أبي الفضل جمال الدين محمد بن الأفرقي المصري، المتوفى سنة ٧١١ هـ. لسان العرب. ط / دار المعارف. بدون تاريخ.

٥٤- ابن المنذر. الإجماع، تحقيق د/ فؤاد عبد المنعم أحمد. ط / رئاسة المحاكم الشرعية والشئون الدينية. قطر. ط / الأولى. ط / ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م.

٥٥- المواق، أبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي قاسم العبدري الشهير بالمواق المتوفى سنة ٨٩٧ هـ. التاج والإكليل لمختصر خليل بهامش مواهب الجليل شرح مختصر خليل. ط / بدون دار نشر. ط / الثانية. ط / ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م.

٥٦- مولوي، فيصل. التحكيم في بلاد الغرب، إشكالية الطرح والمعالجة تطور التحكيم في ظل الشرعية الإسلامية.

<http://www.forum.imamu.edu.sa/showthread.php?t=2394>

٥٧- مدى اتفاق قانون التحكيم المصري مع الشرعية الإسلامية بشأن مراجعة حكم التحكيم

<http://www.law.Net/showthread.php>. ١٧٧٨

٥٨- النشمي، عجيل جاسم. التحكيم والتحاكم الدولي في الشرعية الإسلامية بحث مقدم للدورة العادية التاسعة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث المنعقدة في فرنسا .

www.e-cfr.org/ar/bo/8.doc

- ٥٩ - النمر، أمنية مصطفى. قوانين المرافعات. ط منشأة المعارف الإسكندرية ط/١٩٩٢م.
- ٦٠ - ابن نجيم، زين الدين الحنفي. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط/ دار الكتاب الإسلامي لإحياء ونشر التراث الإسلامي. ط/ الثانية.
- ٦١ - النووي، الإمام زكريا بن يحيى بن شرف الدمشقي المتوفى سنة ٦٧٦هـ. روضة الطالبين، ط/ المكتب الإسلامي، بيروت. ط/ ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م.
- ٦٢ - واصل، نصر فريد محمد. السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام ط. الثانية.
- ٦٣ - والي، فتحي. الوسيط في قانون القضاء المدني ط/ دار النهضة العربية. القاهرة ط ١٩٨٧م.
- ٦٤ - هشام، ابن هشام. سيرة ابن هشام. ط/ دار الجليل، بيروت. ط ١٤١١هـ.
- ٦٥ - الهمام الحنفي، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري . شرح فتح القدير على الهداية ط/ مصطفى الباي الحلبي. القاهرة ط/ ١٣٨٩هـ / ١٩٧٠م.
- ٦٦ - هندي، أحمد. المشكلات العملية في المرافعات الشرعية والتحكيم.