الفصل الرابع

تطور مفهوم التحكيم في الحضارات الإنسانية

المقدمة

مما لا ريب فيه أنّ التطور التاريخي للتحكيم يتطلب إلى إلقاء الضوء على موضوع التحكيم في الحضارات القديمة ودراسته في المجتمعات البشرية القديمة ودراسته في الشرائع هذه المجتمعات، وفي العصور الوسطى، وكذلك عند العرب قبل الإسلام وبعد الإسلام.

حيث كانت المجتمعات البدائية القديمة تعطى الفرد أو القبيلة تحصيل حقه بيده أو بنفسه في وجه أعدائه، ثم خرج أو ظهر التحكيم في هذه المجتمعات التحكيم الذي يتنازل بموجبه المتخاصمون والمتنازعون إلى شخص ثالث كي يجد لهم حلاً لحسم النزاع والخلاف، وهذا الشخص إمّا أن يختاره الطرفان المتخاصمان أو يكون من أصحاب الجاه والقوة في المجتمع (أصحاب النفوذ).[١٥٤]

وبالتالي فإنّ نظام التحكيم كان معلوماً ومعروف منذ المجتمعات البدائية القديمة حيث كان يسير جنباً إلى جنب مع النظام القضائي لدى هذه المجتمعات كونه وسيلة لفض الخلافات والنزاعات التي تنشأ بين أفراد المجتمع. فالتحكيم قديم قدم المجتمعات إذ كان معروفاً وسائداً في المجتمعات القبلية القديمة حيث يعتبرونه الإدارة الفردية للتسوية الودية للخلافات والمنازعات عن طريق الغير، وكان

[١٥٤]. الدوري، قحطان. ١٩٨٥. عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. بغداد: مطبعة الخلود.ص٣٨.

عرفًا سائداً في بعض المجتمعات القديمة مثل مجتمعات الفرعونية وغيرها.[١٥٥]

وكذلك عرف نظام التحكيم عند العرب قبل ظهور الإسلام، حيث كان الناس في الجاهلية قبل الإسلام يحتكمون إلى كبير القوم أو شيخ القبيلة أو إلى طرف ثالث يحسم بين الطرفين المتنازعتين، يقبل ويرضى كل منهما بالحكم الذي ينتهي إليه. ثم جائت الشريعة الإسلامية فأقرت مشروعية التحكيم بصفة عامة.[١٥٦]

بناء على ذلك فإنّ نظام التحكيم مرّ بتطور تاريخي حيث وجدت أصوله الأولى في المجتمعات القديمة وكذلك في العصور الوسطى وأخذ به الإسلام إلى عصرنا هذا.

ونظراً لما سبق ذكره سينقسم الباحث هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، حيث يتناول:

المبحث الأول: نظام التحكيم في العصور القديمة والوسطى، نظام التحكيم في الشريعة الإسلامية ، نظام التحكيم في العصر الحديث.

المبحث الثاني: الأحكام العامة للتحكيم (تعريفه، أنواعه، تميزه، طبيعته القانونية)

المبحث الثالث: الأحكام العامة للعقود الإدارية

المبحث الأول: نظام التحكيم في العصور القديمة والوسطى، في الشريعة، نظام، وفي العصر الحديث.

إنّ فكرة المجردة للتحكيم لا تختلتف في المجتمعات القديمة كثيراً عنها في المجتمعات الحديثة المعاصرة،

[١٥٥]. حسن، علي عوض. ٢٠٠٤. التحكيم الإختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.ص١٢.

[١٥٦]. سليمان، شعيب أحمد. ١٩٨١. التحكيم في منازعات تنفيذ الخطة الاقتصادية العامة. بغداد.ص١٥.

حيث يعني في كل من هذه المجتمعات المعاصرة والقديمة تحقيق مدى شرعية ادعاءات الخصمين أو الطرفين حول حق أو مركز قانوني معين، وذلك عن طريق محكم أو طرف ثالث الذي اتفق الطرفان على اختياره وقبول ما ينتهي إليه حكمه.

سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب. سوف يتضمن المطلب الأول: نظام التحكيم في العصور القديمة والوسطى، والمطلب الثاني: سوف يتناول هذا المطلب نظام التحكيم في الشريعة الإسلامية، والمطلب الثالث: نظام التحكيم في العصر الحديث، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: نظام التحكيم في العصور القديمة والوسطى

ولبيان نظام التحكيم في العصور القديمة والوسطى قسمنا هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: نظام التحكيم في العصور القديمة

التحكيم نظام قديم، قد عرفته المجتمعات القديمة، حتى يمكن القول بأنّ التحكيم سبق نشوء القوانين والمحاكم في التاريخ، عرفت الحضارات القديمة اليونانية والرومانية وغيرها التحكيم، حيث كانت أول أصول التحكيم في العهد أو العصر الروماني القديم، مع اتساع صلاحية القاضي وسلطته وكذلك ظهور عدالة حسن النية، حيث فسر الرومان التحكيم الاختياري وعرفه كما نعرفه أو نتصوره في عصرنا الحاضر، واعتمدت هذه المجتمعات إلى نظام التحكيم لحل المنازعات والخلافات بين أفراد المجتمع أو بين القبائل، حيث يعد التحكيم مرحلة راقية رأتها الحضارات البشرية ووصلت إليها المجتمعات الإنسانية. وذلك بعد أن كانت هذه المجتمعات تلجأ إلى القوة لتحصيل حقوقها، حيث كان اللجوء

إلى الانتقام الفردي أو القومي أو الجماعي عرفاً سائداً في هذه المجتمعات والاحتكام إلى القوة مبدأ والاحتكام إلى مهارة الخصمين الفنية وغيرها.[١٥٧]

ثم توصلت هذه المجتمعات إلى نظام التحكيم الذي تحول إلى تقاليد وأعراف معتمدة فيها، حيث كانوا يحتكمون لشخص ثالث لفض الخلافات والمنازعات بينهم، وظهر دور التحكيم والقاضى في هذه المجتمعات وزال عهد الاحتكام إلى القوة، وصار التحكيم في هذه المرحلة اجباريًا وفق قواعد وضواط قانونية معتمدة وثابتة، وبالتالي يسعى الباحث من خلال هذا الفرع إلى تسليط الضوء على نوع هذا التحكيم في بعض المجتمعات القديمة[١٥٨]، وذلك في النقاط التالية:

١-قانون السومري

لقد أثبتت الكتابات التارخية بأنّ القانون السومري قدعرف نظام للتحكيم الذي يشبه القضاء[١٥٩] حيث كان يتوجب على الخصمين عرض الخلاف والنزاع على محكم عام لحل النزاع بينهما، كما أنّ قانون السومري يقر نظام التحكيم باعتباره نظامًا يسبق القضاء. كما تم العثور على كتابات في لوح حجري باللغة السومرية يحتوي اتفاقية صلح يقوم بموجبه كل من ملك لحبش وملك أوما،[١٦٠] يتم بموجبها اختيار وتعيين طرف ثالثا (ملك ثالث) ليقوم بدور المحكم للحسم في الخلاف والنزاع بينهما، حيث نصت هذه الاتفاقيات والمعاهدات على لزوم احترام حكم المحكم، وكذلك إحالة أي

---

١٥٧. لطفي، محمد حسان. ١٩٨٨. التحكيم في إطار مركز المنظمة العالمية للملكية الفكرية. دراسة مقدمة في الدورة الصيفية الثانية حول التحكيم التخصصي- السعودية-في الفترة من ٢-٦ أوت. ص٢.

١٥٨. شبراوي، أسعد عمر قاسم. ٢٠١٤. وسيلة التحكيم التجاري الدولي في الدول العربية. أطروحة لنيل درجة الدكتورة في القان العام. جامعة الجزائر. ص٢٠.

١٥٩. عباس، عبد الهادي. وهواش، جهاد. ١٩٨٢. التحكيم. دمشق: دار الأنوار للطباعة. ص١٥.

١٦٠. الجباد، محمد بن ناصر . ١٩٩٩. التحكيم في المملكة العربية السعودية. رياض: مركز البحوث والدراسات الإدارية. ص٢٠.

خلاف أو نزاع قد ينشأ بينهم بشأن الحدود إلى التحكيم.[١٦١]

٢- نظام التحكيم عند اليونان

ومن الرجوع إلى التاريخ والكتابات التاريخية نجد أن الحضارة اليونانية والقانون اليونان قدعرف نظام التحكيم في تشريعات صولي، كما أنّ لبعض المدن اليوناني نظام وقانون خاص بها، وفي هذه المدن عرف التحكيم في العلاقات الداخلية والخارجية، مثل أثينا التي هي من أهم المدن اليونانية، ففي مجال العلاقات الداخلية، المدنية والتجارية، كانت تأسس وتتشكل لهذا الهدف أو الغرض ما يعرف بالمحاكم الشعبية الهيلية التي تتألف أكثر من خمسة آلاف محلف يختارون عن طريق القرعة من سجل أسماء المواطنين. وأمّا بالنسبة العلاقات الخارجية أو ما يتعلق في مجال العلاقات الخارجية عند اليونان، فقد كان عندهم مجلس ثابت ودائم للتحكيم مسؤولته الفصل في المنازعات والخلافات بين المناطق أو المدن اليونانية، سواء كانت تلك الخلافات والمنازعات متعلقة بالمسائل المدنية أو التجارية أو متعلقة بالحدود بين المدن اليونانية. إذاً فالتحكيم من الناحية التاريخية فهو قديم إذ كان عرفاً في المجتمعات اليونانية وغيرها.[١٦٢]

٣- التحكيم عند الرومان

وقد عرف التحكيم في القانون الروماني في الفترة ما بين القرنين الثامن والتاسع قبل ميلاد المسيح -عليه السلام- حيث كان البريتور يقوم بسماع ادعاءات الخصوم وكتابتها أو تسجيلها ثم يرفع النزاع لهيئة التحكيم، وذلك في مجال القانون الخاص فقط، حيث أنّهم لم يقرّو ذلك ولم يعرفوه في مجال القانون العام، لأنّهم لا يقبلون المساواة ولا يعترفون بها خاصة بينهم وبين الدول التي تحت سيطرتهم وتخضع لهم.

---

[١٦١]. الجباد، محمد بن ناصر . ١٩٩٩. مرجع سابق. ص٢٤

[١٦٢]. محمود، سيد أحمد. ١٩٠٥. التحكيم العادي / التحكيم الاختياري أو الفردي. القاهرة: دار النهضة العربية. .ص١٠.

وكانوا عند نشوب خلاف أو نزاع بين اثنين يأخذهما إلى الهيكل ليحلفا كي يجلواّ الحكم ويحترموه وينفذوه، حيث تضمنت الألواح الاثناعشر في روما مبدأ تحكيم العائلة والعشيرة كما نصت على إعدام المحكم الجائر الظالم الذي يبيع ضميره لأحد المتنازعين المتخاصمين.[١٦٣]

الفرع الثاني نظام التحكيم في العصور الوسطى

لقد عرفت المجتمعات الأروبية وشرائعها نظام التحكيم، بالرغم من أنّ هذه العصور تعدّ عصورا مظلمة بالنسبة لأروبا بعكس الشرق والجزيرة العربية حيث كانت بداية بزوخ فجر الإسلام وبداية ظهور الحضارة العربية الإسلامية ونهضتها برسالة المصطفي –صلى الله عليه وسلم–، ورغم ذلك فإنّ المجتمعات والدول الأروبية قد عرفت نظام التحكيم، قد عرفت أروبا هذا النظام ومارسته منذ القرن الثالث عشر من خلال رجال الدين عندهم أي رجال الكنائس والبابا حيث لعبو دورا فعالة في التحريض والتشجيع على اللجوء للتحكيم لحل الخلافات والمنازعات بينهم، رغم ما ظهرت واشتهرت في تلك المجتمعات من الظلم والجور واستبداد النظام الملكي الذي كان سائدا خلال تلك الحقبة من الزمن، حيث يرى الملوك في تلك الكجتمعات بأنّ اللجوء إلى التحكيم يتعارض مع صيانة وسيادة دولهم، وانتقاص لقدرهم كما يرون بأنّه اعتداء لهم وإهانة لهم ولكرامتهم.[١٦٤]

وكان قرار التحكيم في تلك المجتمعات يتخذ بالغالب صفة الحكم القضائي صادراً من أعلى سلطة روحية وكان يعين أو يختار للتحكيم أحد خبراء التحكيم وكباره.[١٦٥]، وشهد نظام التحكيم في أروبا نوعا من التقدم والتطور وذلك في القرن الثامن عشر حيث تخلص من بعض أنظمة الظلم والجور

---

[١٦٣]. عباس، عبد الهادي. وهواش، جهاد، مرجع سابق. ص١٠.

[١٦٤]. القاضي، خالد محمد. ١٩٩٩. موسوعة التحكيم التجاري الدولي. دار الشروق. ص٢٥.

[١٦٥]. صوفي، أبو طالب. ١٩٨٦. تاريخ النظم القانونية والاجتماعية.القاهرة: دار النهضة العربية. ص٢٠٣.

ومن أنظمة الحكم الاستبدادي، خاصة بعد اندلاع الثورة الفرنسية عام ١٩٨٩ والقضاء على الحكم الدكتاتوري الذي كان مسيطرا على فرنسا، والذي كان بداية القبول لهذا النظام يعني نظام التحكيم المبني على العدل والقانون.[١٦٦]

وكذلك عرف العرب نظام التحكيم قبل الإسلام حيث كانت القبيلة هي الوحدة السياسية عندهم في ذلك العصر (العصر الجاهلي) والحمية والعصبية من أهم رباط في النظام القبلي الجاهلي، حيث ينصر الأخ أخاه والقريب قريبه إن نالهم ضر أو ضيم أو أصابهم السوء، وكانت العادات والتقاليد القبائل هي السائد في تلك المجتمعات، وبالتالي لم تكن من سلطة مركزية تحفظ النظام وتحمي حقوق أفراد المجتمع ولا سلطة قضائية حقيقية بمقدارها أن تحسم في الخلافات والخصومات أو المنازعات، لكن نظام التحكيم كان معروفاً لدهم في الجاهلية.[١٦٧]

قد عرف التحكيم عند العرب في عصر الجاهلية، واشتهر عديدا من المحكمين وذاع صيتهم في القبائل منهم أكثم بن صيفي وعبد المطلب بن هشام وغيره، وكانت لكل قبيلة في تلك المجتمعات محكموها حيث يعتمد هذا التحكيم بموجب اتفاق يحتوي ذكر موضوع الخلاف أو النزاع والحكم والتاريخ غالبًا. ومن الوقائع التحكيمية المعروفة والمشهورة في ذلك العصر قبل الإسلام وأبرز قضية تحكيمة في جزيرة العرب هي قضية الحجر الأسود حين حكم الرسول–صلى الله عليه وسلم– في رفعه ووضعه في مكانه بين قبائل مكة، وذلك عندما تباينت آراء قريش واختلفت قبائلها في أمره (الحجر الأسود).[١٦٨]

وكان التحكيم لديهم في بداية الأمر اختياري ومتروكاً لحرية الفرقاء في الاختيار،وأنّ القرار الصادر من

---

١٦٦. أغنية، جمال عمران. ٢٠٠٤. تنفيذ قرارات التحكيم التجاري الأجنبي. أطروحة ماجستير غير منشورة. الجامعة الأردنية.ص٩.

١٦٧. الدوري، قحطان عبد الرحمن. ٢٠٠٢. عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.عمان: دار الفرقان. ص٧٣.

١٦٨. الأحدب، عبد الحميد.٢٠٠٠. التحكيم بالصلح في الشرع الإسلام – بحث مقدم إلى المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون. لبنان: جامعة طرابلس. ومنشور في كتاب التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون.٢٠٠٠. بيروت: مطابع جمعية المقاصد.ص٣٧

المحكمين لم تكن له صفة التنفيذ والالزام حينذاك، وأمّا حضور فريقي الخصوم أو النزاع كان واجبًا.[١٦٩]

المطلب الثاني: نظام التحكيم في الشريعة الإسلامية

سيتناول هذا المطلب موضوع نظام التحكيم في الإسلام، بناء على ذلك سنقسمه إلى فرعين، ففي الفرع الأول سنستعرض الأدلة أو النصوص القرآنية التي دلت على مشروعية نظام التحكيم، بينما يتناول الفرع الثاني موقف السنة الشريفة والإجماع من نظام التحكيم. وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: أدلة مشروعية نظام التحكيم في القرآن الكريم

ولما جاءت الشريعة الإسلامية ظهرت أنّ التركيز على التصالح والتكافل والمحبة والألفة وحل الخلافات والمنازعات بين الأمة الإسلامية بالوسائل السلمية من أفضل الأعمدة وأهم الأسس الأساسية التي تقوم عليها، بعد ما كان الحق عند العرب قبل الإسلام متوقفًا على الجاه والقوة في غالب الأحيان، كما يتضح ذلك فيما مر ذكره. ومن ثم جوز الشرع الحنيف التحكيم كبديل عن القتال والقوة الغاشمة لفض الخلافات والمنازعات بين المسلمين ويتضح ذلك في ما جاء في الكتاب المبين (القرآن الكريم) حيث ذكر التحكيم في مواضع كثيرا فيه (في القرآن الكريم)، كما هي في النقاط التالية:

١-قوله-تعالى- {وَأَنِ اُحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِما أَنْزَلَ اللهُ}[١٧٠]

"قم بالله فيما تحكم بينهم، وأقم حقوقه فيما تؤخر وتقدم، ولا تلاحظ الأغيار فيما (تؤثر) أو تذر، فإن الكلّ محو فى التحقيق"[١٧١]

---

[١٦٩]. الأحدب، عبد الحميد. مرجع سابق.ص٨٨.

[١٧٠]. القرآن. سورة المائدة. الآية ٤٩.

[١٧١]. القشيري، عبد الكريم بن هوازن بن عبد الملك. ٢٠٠٠. لطائف الإشارات – تفسير القشيري: المجلد الاول. مصر: الهيئة المصرية العامة للكتاب. ص٢٣٥.

٢-قال:-عز وجل-:{إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا}[١٧٢]

إنّ هذه الاية الكريم تكرس المبدأ العام للتحكيم في الشريعة الإسلامية، كما أنها تناولت خطابا صريحا لجميع المسلمين لا للقضاة فحسب بل الخطاب موجه لكل من ينظر في خلاف أو نزاع بين الناس، كما أنّ الله- سبحانه وتعالى- يأمر بحفظ الأمانات، وبأدائها إلى أهله في الآية.

٣-وقوله- سبحانه-:{فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا}.[١٧٣]، أي: لا يصدقون بي وبك وبما أنزل إليك ="حتى يحكموك فيما شجر بينهم"، يقول: حتى يجعلوك حكمًا بينهم فيما اختلط بينهم من أمورهم، فالتبس عليهم حكمه[١٧٤]؛ فالآية دليل صريح على مشروعية التحكيم لحل المنازعات والخلافات بين البشر، وهي نصت على مبدأ التحكيم في الإسلام.

٤-وقوله- عز وجل-:{وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ}[١٧٥]

قال المفسرون أنّ هذه الآية نزلت في جمعين من الأنصار كان بينهما قتالٌ بالأيدي والنِّعال، فأمر الله-تعالى- الاصلاح بينهما، وقال: {فأصلحوا بينهما} بالدُّعاءِ إلى حكم القرآن الكريم كتاب رب

---

[١٧٢]. القرآن. سورة النساء: الآية – ٥٨.

[١٧٣]. القرآن. سورة النساء: الآية – ٦٥.

[١٧٤]. الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر. ٢٠٠٠. جامع البيان في تأويل القرآن. مؤسسة الرسالة. ص٥١٨.

[١٧٥]. القرآن. سورة الحجرات: الآية ٩.

العالمين، لكن فإن تعدَّت إحداهما على الأخرى وعدلت عن الحقِّ فقاتلوا الباغية حتى ترجع إلى أمر الله في كتابه فإن رجعت إلى الحقِّ فأصلحوا بينهما بحملهما على الإنصاف وأعدلوا إنّ الله يحب العادلين المقسطين.[١٧٦]

٥- وقوله-تبارك وتعالى-:{وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ}[١٧٧]

٦- وقال-جلا وعلا-:{وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا}[١٧٨]، وهذه الآية من أشهر الآيات في التحكيم.

فقد دلت هذه الآية على أنّ الشقاق بين الزوجين أي الخلاف بينهما يتوجب التحكيم، ولذلك أمر الله –تعالى- أن يبعثوا حكمًا صالحاً من الطرفين يعني من أهل الزوج والزوجة، لأنّه وسيلة لبعث التكافل والمودة والرحمة أو التراحم بين الزوجين بسبب ما نشأ من خلاف ونزاع بينهما.

عن علي بن أبي طلحة عن ابن عباس قال: قوله (إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما) "وذلك الحكمان، وكذلك كل مصلح يوفقه الله للحق والصواب".[١٧٩]لقد دلت الآيات السابقة على مشروعية التحكيم في الإسلام.

الفرع الثاني: موقف السنة النبوية والإجماع من نظام التحكيم

كانت قريش تتحاكم في الجاهلية قبل الإسلام عند المصطفى-صلى الله عليه وسلم- ومن أبرز

---

[١٧٦]. النيسابوري، أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي الواحدي. الوجيز في تفسير الكتاب العزيز. بيروت-دمشق: درا القلم الدار. الشامية. ص٥١٦.

[١٧٧]. القرآن. سورة المائدة: الآية ٤٣.

[١٧٨]. القرآن. سورة النساء: الآية ٣٥.

[١٧٩]. حكمت بن بشير بن ياسين. ١٩٩٩. موسوعة الصحيح المسبور من التفسير بالمأثور. المدينة النبوية:دار المآثر للنشر والتوزيع والطباعة. ص٨٤.

قضية التي حكم فيها الرسول–صلى الله عليه وسلم– بين قبائل قريش هي قضية رفع الحجر الأسود ووضعه إلى مكانه عندما اختلفت قريش في ذلك عند بناء الكعبة، فانتهى النزاع والخلاف بحكمه– عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم. وكذلك يعتبر النبي–صلى الله عليه وسلم– أول محكم وأول قاضي في الإسلام. ووردت مشروعية التحكيم في السنة الشريفة، منها ما يلي:

١– حديث سعد بن إبراهيم، قال: سمعت أبا أمامة بن سهل بن حنيف، قال: سمعت أبا سعيد الخدري، قال: نزل أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ، فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى سعد، فأتاه على حمار، فلما دنا قريبا من المسجد، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للأنصار: «قوموا إلى سيدكم» أو «خيركم»، ثم قال: «إن هؤلاء نزلوا على حكمك»، قال: تقتل مقاتلتهم وتسبي ذريتهم، قال: فقال النبي صلى الله عليه وسلم: (قضيت بحكم الله)[١٨٠]

وهذا تحكيم الرسول–صلى الله عليه وسلم– لسعد بن معاذ رضي الله عنه في بني قريظة حين نقضوا العهد الذي بينهم وبين المسلمين، كما أنّ الحديث دلّ صريحًا على مشروعية التحكيم في الإسلام وإلاّ لما رضي النبي–صلى الله عليه وسلم– بحكم سعد.

٢– عن أبيه هانئ: أنه لما وَفَدَ إلى رسولِ الله –صلى الله عليه وسلم–مع قومه سَمِعَهم يكنُّونه بأبي الحَكَمَ، فدعاه رسولُ الله –صلى الله عليه وسلم–، فقال: "إن الله هو الحَكَمُ، وإليه الحُكمُ، فلِمَ تَكَنَّى أبا الحَكَمِ"، فقال: إن قومي إذا اختلفُوا في شيء أتوني، فحكمتُ بينهم، فرَضِيَ كِلا الفريقين، فقالَ رسولُ الله –صلى الله عليه وسلم–: "ما أحسَنَ هذا،فدعا له ولولده"[١٨١]

---

[١٨٠]. النيسابوري، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري. د.ت. صحيح مسلم.بيروت: دار إحياء التراث العربي. باب جواز قتال من نقض العهد. ج٣. ص١٣٨٨.

[١٨١]. السجستاني، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو.٢٠٠٩.سنن أبي داود. دار الرسالة العالمية. باب. تغيير الاسم القبيح. ج٦. ص٣٠٩. إسناده جيد، يزيد بن المقدام صدوق، روى له أبو داود والنسائي وابن ماجه، وباقي رجاله

لقد دل الحديث على إقرار الرسول- صلى الله عليه- ما فعل أو صنع أبو شريح، وبالتالي فإنّ الحديث دليل واضح على استحسان النبي-صلى الله عليه وسلم- فعل أبي شريح وهو التحكيم.

فقد كان منهاج التحكيم في عهد الصحابة-رضوان الله عليهم- خاصة الخلفاء الراشادين، يطابق بشكل واسع عهد النبي-صلى الله عليه وسلم-.

الإجماع- فقد أجمع فقهاء المسلمين منذ الصحابة-رضوان الله عليهم- إلى الآن على مشروعية التحكيم وصحته لحسم الخلافات والمنازعات بين الناس.

المطلب الثالث: نظام التحكيم في العصر الحديث

إنّ نظام التحكيم في العصر الحاضر أصبح ظاهرة من مظاهر هذا العصر، حيث زاد اللجوع إليه كنظام لفض المنازعات وحسمها لمايوفره هذا النظام للمجتمع من مزايا متنوعة ومختلفة والتي لا يحققها قضاء الدولة المثقل بالقضايا، ويعتبر بأنها شكل بدائي لإقامة العدالة في المجتمع، حيث أدى التقدم الكبير والتطور الهائل الذي طرأ على الاستثمار إلى ذيوع نظام التحكيم وانتشاره على جميع أنحاء العالم ممايضاعف من أهميته. وبالتالي سوف يتضمن هذا المطلب نظام التحكيم خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر و نظام التحكيم في عهد عصبة الأمم سنة ١٩١٩ م و نظام التحكيم في عهد الأمم المتحدة سنة ١٩٤٥م، وذلك في ثلاثة فروع كما يلي:

الفرع الأول: نظام التحكيم خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر

إنّ القرنين الثامن عشر والتاسع عشر شهدا من الزمن تقدما هائلاً وتطورا ملحوظاً في مجال

ثقات. وأخرجه البخاري في "الأدب المفرد" (٨١١) عن أحمد بن يعقوب، والنسائي في "الكبرى" (٥٩٠٧) عن قتيبة، كلاهما عن يزيد بن المقدام، بهذا الإسناد.

التحكيم وحظي بالقبول لدى الأغلب الأمم للدول المختلفة في أنشطتها وأنظمتها المتنوعة المختلفة الاقتصادية والاجتماعية، وذلك بعد اندلاء المظاهرة والثورة الفرنسية عام ١٧٨٩م والتي قضت على نظام الحكم الاستبدادي الذي كان سائدا في فرنسا، وحطمت النظام القديم، كما قضت على الأنظمة والتقاليد الإقطاعية في أروبا، وفكرة الحكومة المطلقة نهائياً وإيجاد نظام الحكومة الدستورية التي يحصل فيها الشعب على حريته وحق الاشتراك في إدارة شؤون الحكم بواسطة ممثليه إلى جانب الهيئة الحاكمة.

وكذلك استقلال الولاية المتحدة الأمريكية عن بريطانية عام ١٧٧٦م لعب دور كبير في تطور نظام التحكيم، كما ساهمت في ذلك الثورة الفرنسية.

وتوالت الأحداث الدولية منذ النصف الثاني من القرن التاسع عشر في إتجاه تأكيد مبادئ الحرية والديمقراطية وكذلك تنظيم العلاقات الدولية على مبادئ التكافل والسلام والحد من الحروب ووضع ضوابط وقواعد خاصة بأسرى وجرحى الحرب، وشهد القرن التاسع عشر قيام العديد من الدول بعقد اتفاقيات للتحكيم، منها:

١- اتفاقية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (جنيفة عام ١٩٢٧م) وكذلك اتفاقية الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية في نيويوك عام ١٩٥٨م بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، مختلفة بذلك عن عبارة الأحكام الدولية التي افترضتها عرفة التجارة الدولية.

حيث تنحصر أهم خصائص هذه الاتفاقية بأنها تطبق على أحكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوبة إليها ذلك، حيث يسمح أن يجري تحكيم أجنبي على أرض البلد ذاتة ويصدر نتيجة حكم تحكيمي أجنبي ويطلب من القضاء الوطني لهذا الوطن إعطاء صيغة التنفيذ لهذا الحكم.[١٨٢]

[١٨٢]. الحواري، أسامة أحمد، ٢٠٠٩. القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة. عمان: دار الثقافة العربية للنشر والتوزيع. ص٥٠.

٢- إبرام اتفاقية ومعاهدة باريس لسنة ١٨٥٦ بعد حرب القرم أو في أعقاب هذا الحرب حيث اعترفت فرنسا بموجبها بحماية المسيحيين في الشرق، وكذلك منح رومانيا حريتها واستقلالها بعد انفصالها عن الدولة العثمانية وإعلان حياد البحر الأسود مع إغلاق مضيق البوسفور والدردنيل في وجه السفن الحربية.

٣- اتفاقية واشنطن، تعتبر هذه الاتفاقية لفض منازعات الاستثمارات وموطني الدول العامة التابعة للدول المتعاقدة بالدخول طرفاً في اتفاقية تحكيم لحسم المنازعات المتعلقة بالاستثمارات. ويمكن حصر خصائص هذه الاتفاقية بأنها نجحت في تحقيق ضمان تشريعي هام يجتذب الاستثمار الأجنبي ويعتبر بمثابة ضمانة للمستثمر ضد التغير التشريعي في البلد التي يستثمر فيها أمواله حيث أنها أصبحت ملزمة وفقا للاتفاقية بقاعدة تشريعية مستقرة من صميم وصلب قانونها الداخلي باللجوء إلي التحكيم، وبالتالي اذاتفقت على ذلك فلا مجال للتمسك بالقيود التشريعية الداخلية التي تحضر اللجوء إلى التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية.[١٨٣]

٤- اتفاقية ومعاهدة راش باغوت لسنة ١٨١٧ بين الولايات المتحدة والمملكة المتحدة أول معاهدة للحد من التسلح يمكن أخذها بعين الاعتبار في الحقبة الصناعية الحديثية، أدت إلى نزع سلاح البحيرات العظمى ومنطقة بحيرة شامبلين في أمريكا الشمالية.

وقد أنشأت هذه المعاهدات والاتفاقيات مركزاً دوليًا لحل المنازعات الناشئة عن الاستثمار. وكما تجلى في هذه الفترة من الزمن اهتمام المجتمع الدولي بالتحكيم مما يعتبر أو يعد تطورا كبيرا وتحولاً هائلاً في مجال التحكيم بخلاف ماكان عليه في العصور السالفة.

---

[١٨٣]. عشور، محمد الأعرج. ٢٠٠٧. المجلة المغربية للمنازعات عدد ٥-٦ تذييل قرارات التحكيم الأجنبية بالصيغة التنفيذية في منازعات العقود المبرمة قبل المؤسسات العامة الاقتصادية. ص٨٨.

الفرع الثاني: نظام التحكيم في عهد عصبة الأمم سنة ١٩١٩م

هي إحدى المنظمات الدولية السالفة التي أنشئت عقب مؤتمر باريس لمنع الحروب والعدوان سنة ١٩١٩م الذي أغمد نار فتنة الحرب العالمية الأولى التي خربت ودمرت أنحاء كثيرا من العالم على وجه العموم وأروبا على وجه الخصوص. وهي منظمة تهدف لتعزيز التعاون الدولي، وتحقيق السلام والأمن، ومن ثم أنشئت منظمة العمل الدولية بموجب معاهدة فرنساي كوكالة تابعة لعصبة الأمم. لكن مع الأسف فإنّ عصبة الأمم أوقفت أعمالها وأنشطتها بعد أن فشلت في منع الحرب العالمية الثانية. تعتبر هذه المرحلة مرحلة الثانية في تطوير نظام التحكيم كونها تبنت في ميثاقها مبدأ اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات وتسويتها بالسبل السلمية. حيث جاء في نص الفقرة الأولى من المادة (١٣) من ميثاق عصبة الأمم والتي ورد فيها أنّ (اتفاق أعضاء العصبة على أنه كلما ثار نزاع بينهم يرون أنه قابل للتسوية بطريقة التحكيم أو القضاء، ولم يتم تسوية هذا النزاع بدرجة مرضية بالطريق الودي، فإنّهم يعرضون موضوع النزاع برمته على التحكيم أو القضاء)[١٨٤]

الفرع الثالث: نظام التحكيم في عهد الأمم المتحدة سنة ١٩٤٥م

إنّ ميثاق الأمم المتحدة قد نص صراحة على المساواة بين الدول، وبالتالي يتطلب منطق المساواة من الأمم المتحدة أن تتعامل مع النزاعات الدولية بما يحقق السلم والأستقرار أو الأمن الدوليين وإن تولى المنازعات المهمة بغض النظر عن الدولة المتنازعة، وبالتالي فإنّ كل نزاع أو اختلاف الذي يهدد الأمن والسلم واستقرار الدوليين ينبغي أن يكون موضع اهتمام مجلس الأمن. ولقد أكد هذا الميثاق على مبدأ التحكيم كمبدأ من مبادئ الأمم المتحدة وأهدافها أو مقاصدها في تحقيق السلم

[١٨٤]. ميثاق عصبة الأمم سنة ١٩١٩م.

والاستقرار الدوليين وألزمت جميع الأطراف بضرورة اللجوء إلى حل منازعاتهم عن طريق نظام التحكيم والتوفيق وقبل اللجوء إلى التحكيم أو القضاء حيث ورد في نص المادة (١) من الميثاق (أن من أهداف الأمم المتحدة ومبادئها التمسك بالوسائل السلمية وفقاً لمبادئ العدل والقانون الدولي بحل كافة المنازعات الدولية والإقلمية التي قد تؤدي إلى الاخلال بالسلم).[١٨٥]

وكذلك حددت المادة الأولى من الميثاق مقاصد الأمم المتحدة بأنها: تسعى لإنماء العلاقات الودية بين الأمم على أساس الاحترام المبدأ الذي يقضي بالتسوية في الحقوق بين الشعوب وبأن يكون لكل منها تقرير مصيرها، وكذلك اتخاذ التدابير الأخرى المناسب لتعزيز الأمن والسلم العام.

وكذلك من تلك المقاصد تحقيق التعاون والتكافل الدولي على حل ومعالجة المسائل الدولية ذات الصفة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإنسانية وعلى تعزيز احترام الإنسان والحريات الأساسية.[١٨٦]

المبحث الثاني: الأحكام العامة للتحكيم (تعريفه، أنواعه، تميزه، طبيعته القانونية)

يعد التحكيم نوعا من القضاء الخاص، يقوم فيه أطراف النزاع وبمحض توافقهما ولإرادتهما الحرة باختياره كطريق لتسوية النزاع القائم بينهم، وتعود نشأته إلى بداية البشرية، فقد عرفته الإنسانية قبل أن تعرف القضاء العام، وكذلك تتجلى في السابق بأنّ التحكيم كوسيلة استثنائية لتسوية المنازعات وهي ظاهرة قديمة ليس بظاهرة جديدة مستقلة بجذورها عن العصور الماضية القديمة، بل عرف من وقت طويل، وكان معروفا في المجتمعات القديمة.[١٨٧]

---

[١٨٥]. ميثاق الأمم المتحدة سنة ١٩٤٥م.

[١٨٦]. ينظر المادة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة–مقاصد الأمم المتحدة..

[١٨٧]. التحيوي، السيد عمر. ٢٠٠٢. التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح.الاسكندرية: منشأة المعارف. ص١١.

وقد عرف التحكيم من زمن طويل وله أساس وأصل في الشريعة الإسلامية، قال تبارك وتعالى:{وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا}[١٨٨] . نظرا إلى ذلك يعد التحكيم قضاء وبالتالي يجب توفر جميع الشروط والمواصفات المحكم في القاضي وإن كان لا يملك صلاحيات أو اختصاصا مثله في مجال الحدود والقصاص.

وعليه فإنّ الباحثة سوف تبيّن في هذا المبحث الأحكام العامة للتحكيم ، وذلك في ثلاثة مطالب. سوف يتناول المطلب الأول: التعريف بنظام التحكيم، والمطلب الثاني: أنواع التحكيم وتميزه عن غيره من التصرفات القانونية المشابهة له ، والمطلب الثالث: الطبيعة القانونية لنظام التحكيم. وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: التعريف بنظام التحكيم

يعتبر نظام التحكيم من أفضل وأهم طريقة ووسائل حل أو تسوية النزاعات التجارية والاستثمارية. وبالتالي يحتوي هذا المطلب على ثلاثة فروع، الفرع الأول: التعريف بنظام التحكيم عند الفقه، والفرع الثاني: التعريف بنظام التحكيم عند القضاء، الفرع الثالث: تعريف التحكيم في القانون المدني. وهي كما يلي:

الفرع الأول: التعريف بنظام التحكيم عند الفقه

لقد تعددت تعاريف الفقه للتحكيم حيث ذهب بعض الفقهاء إلى وضع تعاريف أو تعريف لما هو

[١٨٨]. القرآن. سورة النساء: الآية ٣٥.

المقصود بنظام التحكيم. فهناك من عرفه بأنّه (نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد طبيعيين يختارهم الخصوم مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها أو تمكين أطراف النزاع بأقصاء منازعاتهم من الخضوع لقضاء المحاكم المخول لها طبقا للقانون لكي تحل عن طريق أشخاص طبيعيين يختارونهم)[١٨٩]، وهناك من عرفه بأنّه (الطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد والتي يتم البت فيها أمام شخص أو أكثر يطلق عليه اسم المحكم أو المحكمين دون اللجوء إلى القضاء)[١٩٠]

كما يرى جانب من الفقه بأنّ التحكيم (هو اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة) [١٩١]حين عرفه بعض الفقهاء بأنّه (عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين على عرض خلافهم على محكم أو أكثر لكي يفصلوا فيه على ضوء قواعد القانون والمبادئ العامة التي تحكم إجراءات التقاضي أو على ضوء قواعد العدالة، وفقا لما ينص عليه الاتفاق، مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذي يصدر عن المحكمين، والذي يحوز حجية الأمر المقضي، ويصدر أمر بتنفيذه من السلطة القضائية في الدولة التي يراد تنفيذه بها)[١٩٢] كما عرفه فقهاء آخرون بأنّه (حق يقرره القانون، أو مكنة يقررها القانون للأفراد، يخول لهم إمكانية الاتفاق على إحالة ما قد ينشأ بينهم من نزاع بخصوص تنفيذ بنود عقد معين، أو على إحالة نزاع ينشأ بينهم بالفعل على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين، ليفصلوا في النزاع المذكور بدلاً من أن

---

[١٨٩]. الصلاحي، أحمد أنعم بن ناجي. ١٩٩٤. النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي– دراسة مقارنة.صنعاء: مركز الدراسات والبحوث اليمني. ص١٨.

[١٩٠]. أبو الوفاء، أحمد. ٢٠١٥. التحكيم في القوانين العربية.د.ن. الاسكندرية: منشأ المعارف. ص٢٠٦-٢٠٧.

[١٩١]. علي، عبد العزيز محمد. ٢٠٠٦. التحكيم في العقود الإدارية. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. ص١٢٩.

[١٩٢]. العصار، يسرى محمد. ٢٠١٠. التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية.القاهرة: دار النهضة العربية. ص١٤.

يفصل فيه القضاء المختص)[١٩٣]، وكذلك عرفه الآخرون بأنّه (أسلوب لفض المنازعات، ملزم لأطرافها وينبني على اختيار الخصوم بإرادتهم، أفراداً عاديين للفصل فيما يثور بينهم أو يحتمل أن يثور بينهم من نزاع)[١٩٤]

الفرع الثاني: التعريف بنظام التحكيم عند القضاء

يعدّ القضاء من الأشياء المميزة ومن الأمور المقدسة عند جميع الأمم، فقد قدسته الشرائع السماوية والقوانين الوضعية منذ نشأتها إلى اليوم، وتعتبر وظيفته (القضاء) من أسمى الوظائف وأهمها إذ من خلاله يسود العدل والأمن أو الاستقرار في المجتمع. وبالتالي يرى بعض الفقه بأنّ وجود القاضي في المجتمع ليس إلاّ العمل على استتباب الاستقرار والأمن عن طريق إنهاء المنازعات والخصومات بحكم حاسم، وعلى ذلك فإنّ القضاء يسعى إلى إعادة السلام والأمن الاجتماعي عن طريق تسوية المنازعات التي تعكر صفو الأمن والاستقرار والسلام الاجتماعي.[١٩٥]

فقد عرفته محكمة النقض المصرية (التحكيم) بأنّه (طريق استثنائي لتسوية المنازعات أو الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية مهما تكلفه من ضمانات ومن ثم فهو مقصور على ما تنصرف إليه إرادة المحتكمين في عرضع على هيئة التحكيم ويستوي في ذلك أن يكون الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة خاصة أو انصراف إلى جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد عين).[١٩٦]

---

[١٩٣]. ساري، جورجي شفيق. ٢٠٠٥. التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية. مصر: درا النهضة العربية. ص٢٣.

[١٩٤]. نصار، جابر جاد. ١٩٩٧. التحكيم في العقود الإدارية. القاهرة:دار النهضة العربية. ص٢١٩.

[١٩٥]. وجدي راغب. مبادئ القضاء المدني. ص٢٦.

[١٩٦]. طعن رقم-١٦٤٥-لسنة٥٤، جلسة١٤. ٢. ١٩٨٨م، سنة ٣٩، ص٢٤٢. أشار إليه جمال عمران-تنفيذ قرارت التحكيم التجاري الأجنبية. ص٢١ وما بعدها.

حيث عرفه البعض بأنّه (احتكام الخصوم إلى شخص أو أكثر لفصل لحسم النزاع وفصله بينهم) وقال آخرون (التحكيم طريق استثناعي لفض المنازعات ويقتصر على ما انصرفت إليه إرادة طرفي التحكيم وعلى المحكمة أن لا تتوسع في تفسير العقد المتضمن شرط التحكيم لتحديد المنازعات الخاضعة للتحكيم).[١٩٧]

ونظراً للتعريفات السابقة تتجلى لنا بأنّ القضاء في بعض الدول يعتبر التحكيم عبارة عن اتفاق الخصمين أو الأطراف على حل النزاع الناشئ بينهم خارج نطاق القضاء.

الفرع الثالث: تعريف التحكيم في القانون المدني

في هذا الفرع سوف تبين الباحثة ماهية التحكيم في القانون المدني، حيث سبق أن بيّنّا أهمية التحكيم خاصة حين أصبح نظاماً بديلاً وإستثنائي للأصل العام عند الكثير من الدول القضاء العادي في حل العديد من المنازعات المدنية والتجارية، إلاّ أنّ ما شهده نظام التحكيم من تزايد الاهتمام به من جديد كنظام مكمل للقضاء للفصل في المنازعات الناشئة عن عقود التجارية الدولية، خاصة في عصرنا الحاضرة حيث أصبح أهم الوسائل البديلة لتسوية المنازعات. ومن ثم أقيمت مراكز تحكيمية دولية وداخلية متخصصة في التحكيم. وكذلك ماشهده نظام التحكيم من تفوق وتطور في جميع المجالات لم يعد موقوفاً أو مقصوراً عل حسم المنازعات المدنية والتجارية، بل صار يشمل الخصومان أو النزاعات الإدارية العقدية وغير العقدية.

وعليه سنتطرق في هذا الفرع على نظم التحكيم في بعض الدول ورغم تباين قوانينها وتشريعاتها،

---

[١٩٧]. حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ /١٩٩٤/١٢/١٧م في القضيية -١٣- لسنة-١٥ قضائية. أشار إليه في مقابلة، مازن فايز. ٢٠٠٥م. التحكيم في منازعات العقود الإدارية: رسالة ماجستير غير منشورة. الأردن: جامعة آل البيت. ص١٥.

إلاّ أننا سنجد أنّ العلامة الأساسية أو الرئسية للتحكيم كونه وسيلة غير إجبارية (إختيارية) لفض الخلافات أو النزاعات التي قد تثور عند تنفيذ العقد بين أطرافه، حيث يكون واجباً وملزماً لطرفي العقد أو لأطراف العقد إذا ما قبلوا أو اتفقوا اللجوء إليه بموجب اتفاق التحكيم أو شرطه (التحكيم) في هذه العقود.

وهناك عدة نظم قانونية التي بينت معنى التحكيم ومن بينها النظم القانوني المصري، حيث عرفه المشرع المصري بأنّه (اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية، كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة، عقدية كانت أم غير عقدية)[١٩٨]

وكذلك المشرع الفرنسي أو القانون الفرنسي عرف التحكيم في قانون المرافعات في المادة-١٤٤٢-بأنّه اتفاق التحكيم أو أنّه (اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد معين من العقود باخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم) كما ورد في المادة -١٤٤٧- على أنّه (اتفاق الأطراف على إخضاع منازعة نشأت بينهم بالفعل لتحكيم شخص أو أكثر).[١٩٩]

نظرا إلى التعريف القانون الفرنسي للتحكيم يفهم بأنّ القانون الفرنسي يعد التحكيم اتفاقاً خاضعا لإرادة الأطراف على اللجوء إلى شخص أو أكثر يحل محل القضاء لفض الخلاف أو النزاع حالاً أو في المستقبل.

المطلب الثاني: أنواع التحكيم وتميزه عن غيره من التصرفات القانونية المشابهة له

لقد تكلّم الباحثة عن التحكيم بصورة عامة في ما سبق، وبينت بأنّه اتفاق منحه القانون لأطراف

---

[١٩٨]. ينظر المادة-١٠- من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م. الصادر برئاسة الجمهورية بتاريخ ٧ذالقعد سنة ١٤١٤-١٩٩٤/٤/١٨م. المنشور بالجريدة الرسمية، العدد ١٦.بتاريخ ٢١. ٤. ١٩٩٤م، المعدل بالقانون رقم-٩- لسنة ١٩٩٧م.

[١٩٩]. منصور، حسام أحمد حلال ,آخرون.٢٠١٥. قانون التحكيم الفرنسي.القاهرة: دار النهضة العربية.ص١٠ وما بعدها.

الخصومة وسمح لهم من خلاله إحالة ما ينشأ بينهم من خلافات ومنازعات عند تنفيذ التزام قانوني محدد أو معين إلى شخص أو أكثر ليفصلوا فيه دون الرجوع إلى القضاء. وبالتالي سوف تتطرق الباحثة في هذا المطلب أنواع التحكيم وتميزه عن غيره من التصرفات القانونية المشابهة له، وذلك في ثلاثة فروع كما يلي:

الفرع الأول: أنواع التحكيم

بيّنا سابقاً أنّ التحكيم هو عملية تسوية النزاع المتفق عليه بين الأطراف وأن يكون اختيارياً لأنّ أقواعده أو أساسه إرادتهم (الأطراف) في أية علاقة قانونية، وهو نوع من القضاء القضاء يقوم أطراف النزاع وبمحض إرادتهما الحرة باختياره كطريق فصل النزاع القائم بينهم. وتختلف أنواع التحكيم باختلاف الزاوية التي ينظر منها التحكيم.

أولاً: من حيث حرية الإرادة

ينقسم التحكيم من حيث حرية الإرادة إلى تحكيم اختياري وتحكيم اجباري

١- التحكيم الاختياري: وهو التحكيم الذي يلجأ إليه الأفراد بإراداتهم كالتحكيم في المسائل المدنية، بحيث يتم الاتفاق بين الأطراف النزاع على احالة ما ينشأ بينهم من نزاع أو خلاف على التحكيم، وذلك بموافقتهم وبمحض ارادتهم دون أن يكونوا ملزمين بالتحكيم كطريقة أو وسيلة لفصل الخصومات والنزاعات التي تنشأ بينهم.القائمة

٢- التحكيم الاجباري: وهو الذي ينص المشرع على لزوم اللجوء إليه كطريق لحل النزاع بالنسبة لبعض المسائل ذات الطبيعة الخاصة، مثل نزاعات العمل والجمارك والضرائب والتحكيم الخاص بالتعامل في الأوراق المالية وهو تحكيم داخلي يتم طبقاً للتنظيم التشريعي.

ثانياً: من حيث التقيد بالاجراءات القضائية: وذلك نوعان

١-النوع الأول: التحكيم المقيد: وهو تحكيم يلزم فيه المحكم بالتقيد باجراءات التقاضي والقواعد القانونية ما لم يتفق أطراف اتفاق التحكيم صراحة على اعفاء المحكم من التقيد بها، ويقبل حكمه الطعن ما لم يتفق الأطراف على جعل حكم المحكم نهائيا غير قابل للطعن.

٢-النوع الثاني: التحكيم الحر: وهو الذي يعطي الحرية اللكاملة للخصوم في تحديد الضوابط والشروط أو القواعد والاجراءات التي يتبعها المحكم الذي يختارنه لكي يفصل في النزاع المطروح عليه طبقاً ووفقاً لهذه القواعد سواء كانت إجرائية أو موضوعية وفي المكان الذي يحددونه بما لايتعارض مع النظام العام.

ثالثاً: من حيث مداه

كذلك ينقسم التحكيم من حيث مداه إلى تحكيم كلي وتحكيم جزئي

١- التحكيم الكلي: وهو تحكيم يشمل كل خلاف ونزاع ينشأ عن تطبيق العقد أو توضيح وتفسير أحد شروطه، يعني أنّ التحكيم يكون شاملاً لجميع ما ينشأ من خلاف أو نزاع بشأن تطبيق عقد معين.

٢- التحكيم الجزئي: وهو الذي يقتصر على جزء معين من النزاع لا يجوز تجاوزه وإلاّ يفسخ الحكم التحكيمي .

رابعاً: من حيث نطاق التحكيم، وينقسم التحكيم من حيث نطاقه إلى قسمين:

١- القسم الأول: التحكيم الوطني: وهو اتفاق لا تكون كل عناصره من موضوع خلاف أو نزاع إلى جنسية ومحل إقامة طرفي النزاع والمحكمين، والقانون الواجب التطبيق، ومكان جريان اتفاق التحكيم منحصرة في دولة معينة.

٢- القسم الثاني: التحكيم الدولي: وهو كذلك اتفاق لا تكون كل مكوناته منحصرة في وطن محدد أو دولة معينة، وإنما تكون أحد هذه العناصر أجنبية كان يكون اتفاق التحكيم قد تم في دولة معين ونفذ في دولة أخرى.

الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن غيره من التصرفات القانونية المشابهة له

تناول البعض من الفقهاء الشرعيين وشراح القانون والأنظمة عدد من الفروق التي تميز التحكيم عن غيره من التصرفات القانونية المشابهة له:

١- التمييز بين التحكيم والقضاء

لا بد في التحكيم من رض الخصمين على المحكم خلاف القضاء، لأنّ القاضي مولّى من قبل الإمام للحل بين المتنازعين إذا تحاكما إليه ولو من غير رضاهما. كما أنّه لا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص والدية على العاقلة حيث يجوز كل ذلك في القضاء، وحكم التحكيم على ولي أو وصي الصغير لا يجوز ولا يصح لما في ذلك من ضرر على الصغير بخلاف القضاء، وكذلك يستطيع الخصوم عزل المحكم إذا اتفقوا على ذلك بخلاف القاضي حيث أنهم لا يملكون هذه الصلاحية، كما أنّ حكم القاضي يتقيد بحدود ولايته بخلاف المحكم حيث لا يتقيد حكمه ببلد وله الحكم في البلاد كلها[٢٠٠].

وكذلك يميز التحكيم عن القضاء بكون المحكم غير ملزم بتطبيق قواعد المرافعات على اجراءات الخصوم مالم يتفق الخصوم على غير ذلك بخلاف القاضي حيث أنّه ملزم بتطبيق تلك الضوابط أو القواعد.[٢٠١]

---

[٢٠٠]. إبن نجيم، زين الدين. ١٩٩٧. البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومعه منحة الخالق. بيروت: دار الكتب العلمية. ٢٧/٧.

[٢٠١]. سيد أحمد محمود أحمد.٢٠٠٣م. مفهوم التحكيم. القاهرة: دار النهضة العربية. ص٢٧.

٢- التمييز بين التحكيم والصلح

يختلف التحكيم عن الصلح حيث أنّ قرار التحكيم يكون قابلاً للتنفيذ بمجرد عرضه على المحكمة وإصدارها الأمر بتنفيذه ، بينما أنّ عقد الصلح لا يكون قابلاً للتنفيذ في ذاته مالم يتم في صورة عقد رسمي أو يتم أمام المحكمة، وكذلك يختلف التحكيم عن الصلح كون الصلح يتم بين أطراف النزاع أنفسهم أو بين من يمثلهم وبموجبه يتنازل كل طرف عن جزء من إدعاءاته ضد الطرف الآخر، بينما التحكيم يتم عن طريق المحكم.[٢٠٢]

٣- التمييز بين التحكيم والخبرة

إنّ المحكم في التحكيم يقوم بوظيفة القاضي ويعالج الخلاف والنزاع بين الخصوم ويحسمه، حيث أنّ قراره ملزم للخصوم، ويتقيد بالأصول والمهل والأوضاع المقررة في اتفاق التحكيم، بينما الخبرة تحتاج إلى شخص له معرفة وعلم أو دراية بموضوع معين يطلق عليه اسم خبير، ويقوم هذا الخبير بابداء رأيه الفني في مسألة المعروضة عليه أو على المحكم دون أن يكون ملزماً. ولأنّ الخبرة شهادة فنية.[٢٠٣]

٤- التمييز بين التحكيم والوكالة

يميز التحكيم عن الوكالة حيث أنّ المحكم يختاره الطرفان بالاتفاق لفض النزاع بينهم، بينما أنّ الوكيل في الوكالة ينوب عن طرف واحد فقط، وكذلك يختلف التحكيم عن الوكالة كون المحكم مستقل تماماً عن الخصوم ولا يجوز له ترك مهمته أو التنحي عنه بعد القبول إلاّ بعذر مشروع، كما لايجوز عزله

---

[٢٠٢]. سامي، فوزي محمد. ١٩٩٧م. التحكيم التجاري الدولي. عمان الأردن: دار الثقافة العربية للنشر والتوزيع. ص٢٠٧.

[٢٠٣]. سناء، بولقواس. ٢٠١١م. الطرق البديلية لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، التحكيم نموذجاً: رسالة ماجستير. باتنة: جامعة الحاج لخضر. ص٣٩

إلاّ باتفاقهم، بينما يستمد سلطات الوكيل من الموكل، ويجوز له عزلة في أي زمن وأي وقت شاء بشرط أن لا يكون ذلك بقصد الإضرار بالموكل.

الفرع الثالث: صور اتفاق التحكيم

لقد صار التحكيم أداة معترفاً بها لفض المنازعات، في القانون الوطني أو في منازعات التجارة الدولية، مصدره الاتفاق، كونه اتفاق الأطراف على طرح الخلاف أو النزاع الذي نشأ بينهما أو النزاع المحتمل وقوعه إلى شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون اللجوء إلى المحكمة المختصة به.[٢٠٤]

وعليه يجب التطرق لبيان أهم الصور والاشكال التي يجوز للمتنازعين ووفقاً للقانون، أن يتفقوا بشأنها على اتفاق التحكيم:

أشارت المادة-١٠- إلى صور ثلاث يمكن لاتفاق التحكيم أن يتجسد أو يكون في إحداهم بالإضافة إلى ماجاءت في المادة-١٢-، وذلك على النحو التالي:

١- شرط التحكيم: وهو "اتفاق بين طرفين يقضي بإحالة ما قد ينشأ بينهما من خلاف ونزاع بشأن علاقة قانونية معينة، على التحكيم للفصل فيه"، كما أنّ المشرع الفرنسي عرفه (شرط التحكيم) في المادة (١/١٤٤٢ من قانون المرافعات الجديدة) بأنّه "اتفاق بمقتضاه يلتزم أطراف عقد أو عدة عقود بأن يتم الفصل في المنازعات التي قد تنشأ عن هذا العقد أو تلك العقود بطريق التحكيم" كما أنّه اجراء ذات فائدة وقائية لأنّه يرد قبل أن تنشأ النزاع أو الخلاف ويعد من أفضل وأهم صور اتفاق التحكيم وكذلك يعتبر أكثر صور اتفاق التحكيم تطبيقاً في الحياة العملية.[٢٠٥]

---

[٢٠٤]. أحمد، أبو الوفا. ٢٠١٥. التحكيم في القوانين العربية. الإسكندرية: منشأ المعارف.ص٧.

[٢٠٥]. حداد، حمزة أحمد. التحكيم في القوانيين العربية. ص ١٠٢.

٢-مشارطة التحكيم:

يعتبر مشارطة التحكيم إحدى صور الاتفاق على التحكيم وهي عبارة عن اتفاق على اللجوء للتحكيم لتسوية نزاع نشأ بالفعل بين طرفين متعاقدين، بخصوص العقد الأصلي، موضع العلاقة بينها، ويتصور أن تكون مشارطة التحكيم سابقة على نشوء المنازعة أو بعد نشوبها، أي هو اتفاق لاحق للنزاع.[٢٠٦]

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لنظام التحكيم

إنّ التحكيم نظام قانوني مستقل تباينت آراء الشراح في تحديد طبيعته القانونية (كل من الفقه والقضاء) وسنتطرق لبيان موفق المشرع والقضاء والفقه القانوني في التطبيعة القانونية لنظام التحكيم في النقاط التالية:

الفرع الأول: موقف المشرع والقضاء من الطبيعة القانونية للتحكيم

١- موفق المشرع من الطبيعة القانونية للتحكيم

فإنّ قانون المرافعات الليبي أثبت الطبيعة القضائية لأحكام المحكمين، حيث نصت المادة-٧٦٧- قانون مرافعات ليبي على أنّه (يجوز استئناف أحكام المحكمين بعد التصديق عليها حسب المادة-٦٧٧-، وذلك وفقاً للقواعد المقررة لاستئناف الأحكام الصادرة من المحاكم)[٢٠٧]، كما ورد في قانون التحكيم الأردني تحت الرقم-٣١- لعام ٢٠٠١م مفاداه اكتساب الأحكام التحكيمية حجية الأمر المقضى به وذلك وذلك تثبيتاً وتأكيداً على الطبيعة القانونية التي يشملها حكم التحكيم ويحوزها

[٢٠٦]. مصعب، القطاونة. ٢٠١٢م. شرح نصوص قانون التحكيم الأرني رقم-٣١-٢٠٠١م، عمان: شبكة قانون الأردني. ص٢٥.

[٢٠٧]. المادة-٧٦٧- قانون المرافعات الليبي.

ويكون ملزمة النفاذ بمراعات الأحكام المنصوص عليها فيه[٢٠٨]. وكذلك قانون التحكيم الفرنسي جاء وفقاً ومطابقاً لما ورد في قانون التحكيم الأردني في هذا الشأن مما أضفى صفة القضائية لحكم التحكيم لأنّه يكتسب من وقت صدوره حجية الأمر المقضي به (قانون التحكيم الفرنسي عام ١٩٧٥م المعدل بالمرسوم رقم-٤٨- لعام ٢٠١١م).[٢٠٩]

وأما قانون التحكيم المصري نصت على أنّه (تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي به وتكون واجبة النفاذ بمراعات الأحكام المنصوصة عليهافي القانون (قانون التحكيم المصري المادة-٥٣- رقم -٢٧- لعام ١٩٩٤م المعدل بالقانون رقم-٧- لعام١٩٩٧م)).[٢١٠]

٢- موقف القضاء من الطبيعة القانونية للتحكيم

ويعتبر انتشار التحكيم كوسيلة لتسوية الخلافات والنزاعات قد واكب التطور الذي عرفته وظائف الدولة الحديثة، فاللجوء إلى التحكيم كآلية لفض الخصومات والنزاعات عرفته العصور القديمة واتخذت منه أداة لحل الخلافات بين أفرادها. وبالنسبة لموقف القضاء المقارن من الطبيعة القانونية للتحكيم؛ فإنّ محكمة النقض الفرنسي لم تقبل ولم تقرها في بداية الأمر حيث أصدرت حكماً لها تبنت فيه النظرية التعاقدية للتحكيم، وذلك في عام١٨١٢م، وثبتت على رأيها مدة من الزمن، إلاّ أنّ القضاء الفرنسي لم يقبل هذا الحكم ولم يوافق عليه، ومن ثم أصدرت حكماً جديداً يأكد بأنّ (حكم التحكيم مرجعه إرادة الأطراف في منح المحكم سلطة قضائية)[٢١١]، وبالتالي يعتبر هذا الحكم تقريراً

---

٢٠٨. المادة -٥٢- من قانون التحكيم الأردني لعام ٢٠٠١م.

٢٠٩. المادة-١٤٨٤- من قانون التحكيم الفرنسي سنة ١٩٧٥م المعدل.

٢١٠. المادة -٥٥- من قانون التحكيم المصري.

٢١١. ينظر محكم محكمة النقض الفرنسية الصادرة في ١٩٦٠/١٠/٢٩م.

وتأكيداً على موقف محكمة النقض الفرنسي حول هذه القضية (الطبيعة القضائية للتحكيم).

بينما جاءت في قرار محكمة النقض المصرية بأنّ (التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية، ولئن كان في الأصل وليد إرادة الخصوم، إلاّ أنّ أحكام المحكمين شأن أحكام القضاء تحوز حجية الشيئ المحكوم به بمجرد صدورها وتبقى هذه الحجية طالما بقي الحكم قائما ولم يقض ببطلانه وهو ما وردة أو أكدته المادة -٥٥- من القانون (رقم٢٧/١٩٩٤م) بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية التذي ألغى المواد من -٥٠١- حتى -٥١٣- من قانون المرافعات المدنية)[٢١٢].

الفرع الثاني: موقف الفقه من الطبيعة القانونية للتحكيم

ولقد تباينت آراء الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، حيث تعددت النظريات في هذا الخصوص بين النظرية العقدية والنظرية القضائية ونظرية الطبيعية المختلطة[٢١٣]، ولو نظرنا إلى هذا التعدد لوجدنا أنّه يرجع إلى الأساس الإتفاقي الذي يقوم عليه التحكيم والنتيجة ذات الصفة القضائية التي ينتهي إليها المحكم، ألا وهي الحكم التحكيمي، وبالتالي فإنّ التحكيم يتكون من عمليتين، حيث تتجلى العملية الأولى في الاتفاق الذي الذي يبرمه طرف النزاع، والأخرى هو الحكم الصادر عن هيئة التحكيم) ومع كل ذلك فإنّ التحكيم يبقى من الناحية العملية يهدف إلى فضل الخلافات والمنازعات والفصل بين الأطراف المتنازعة.[٢١٤]، وعليه فإنّ الباحثة ستقسم هذا الفرع إلى النقاط التالية:

---

[٢١٢]. الطعن رقم-١٠٠٤-سنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٧م.

[٢١٣]. التحيوي، محمود السيد عمر. ٢٠٠٣م. الطبيعة القانونية لنظام التحكيم. الإسكندرية: منشأ المعارف. ص٢٢.

[٢١٤]. قسام، طه أحمد علي. ٢٠٠٨م. تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر. ص٢٢.

١- النظرية العقدية

يرى أنصار هذه النظرية بأنّ الصفة عقدية، فيتم ذلك عن طريق اتفاق الإرادة المشتركة للأطراف لاختيار طريقة أو وسيلة لتسوية الخلاف أو النزاع بينهما بقرار ملزم من المحكم، وأنّ قرار المحكم يرجع إلى الاتفاق ويقوم بحسبانه برد تنفيذه.[٢١٥]

ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أنّ نظام التحكيم ذوطبيعة تعاقدية، وليست قضائية، كم أنّ المحكم ليس قاضياً وأعضاء هيئة التحكيم ليسو قضاة، بل أفراد عاديين يعهد إليهم تنفيذ عقد التحكيم، بتمتعون بقوة إلزامية نابعة من إرادة ذو الشأن الذين اختاروه وكذلك الأمر القضائي بتنفيذه. كما أنّ أحكام التحكيم الصادرة في الخلافات أو النزاعات التي تدخل أصلاً في الولاية القضائية المقررة للقضاء العام في الدولة ليست أحكاماً قضائياً بل تستعير هذه الأحكام آثارها من إرادة الأطراف المحتكمين الذين حكموهم للفصل في الخلافات أو المنازعات.[٢١٦]. ويفهم من هذا أنّ جوهر النظرية العقدية لطبيعة التحكيم يتأسس على أنّ التحكيم هو من عمل الأطراف، فهو اتفاق أو تراضي أو عقد ينشأعنه نظام التحكيم وهذا ما يسمى دور الإرادة الفردية، وعمل صادر من المحكم إلاّ أنّه يرتد إلى التراضي والاتفاق ويقوم عليه ويلتزم بمضمونه.[٢١٧]

وكذلك استند أنصار هذه النظرية على أسانيد مختلفة ومتعددة في تدعيم الطبيعة العقدية لحكم التحكيم تعتمد على الدور الجوهري الذي تمثله إرادة الأفراد في التحكيم، وعلى التميز بين بين هذا

---

٢١٥. الطراونة، مصلح أحمد. ٢٠١٠. الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية في القانون الأردني. ص٤٦-٤٧.

٢١٦. طه أحمد علي قاسم. ٢٠٠٨م. تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.ص٤٥١.

٢١٧. محمود مختار أحمد بريري. ٢٠١٤م. التحكيم التجاري الدولي. القاهرة: دار النهضة العربية، ص١٠٣.

الخكم والحكم القضائي تأسيساً على أنّ "المحكم لا يتمتع سلطات القاضي"[٢١٨]

٢- النظرية القضائية

ويرِ أنصار هذه النظرية (النظرية القضائية) بأنّ التحكيم نوع من أنواع القضاء أي أنّه ذات طبيعة قضائية، كما يرى أنصار هذه النظرية أنّ ما يأتي قبل هيئة التحكيم أو يصدر عنها في النزاع أو الخلاف موضوع الاتفاق على التحكيم يعد حكماً بالمعنى الفني الدقيق يعني أنّ حكم" هيئة التحكيم يعد حكماً قضائياً" ومن ثم يرى "أحمد أبو الوفا أنّ" (الصفة القضائية هي التي تغلب على التحكيم، وأنّ حكم المحكم هو عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة")[٢١٩]. وكذلك يرى الفقه الفرنسي وهو المستقر عليه الآن أنّ المحكم قاضي ويعتبر ما يصدره حكماً حقيقياً، يعني عملاً قضائياً، وهذا الحكم يقف من الخصوم موقف أحكام القضاء بمجرد صدوره والتوقيع عليه، ويعد ورقة رسمية شأنه شأن الأحكام التي تصدر من القضاء العادي وتكون له قوة ملزمة"[٢٢٠]

٣- النظرية المختلطة

نظرا للاختلاف الفقه المشار إليه مسبقاً، فقد ظهر مذهب آخر واتجاه ثالث الذي يحال الجمع أو التوفيق بين الطبيعة العقدية والطبيعة القضائية، وهو ما يسمى الطبيعة المختلطة، حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أنّ التحكيم ذو طبيعة مختلطة باعتبار التحكيم حقيقة ممتدة في الزمن، تبدأ باتفاق التحكيم

---

٢١٨. داود، أشجان فيصل شكري. ٢٠٠٨. الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن : دراسة مقارنة. رسالة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس-فلسطين، لسنة ٢٠٠٨، ص١٦.

٢١٩. أبو الوفا، أحمد. ٢٠٠١م. التحكيم الإختياري والإجباري. الإسكندرية: منشأة المعارف. ص١٩.

٢٢٠. الطالب، عبد الكريم. ٢٠٠٠م. التحكيم في القانون المسطرة المدنية المغربي. مجلة المنتدى، العدد الثاني. ص٢٨.

وتنتهي بشمول حكم التحكيم بأمر التنفيذ.[٢٢١] حيث يرى أنصار هذه النظرية المختلطة أنّ تحديد التأثيرات المزدوجة لفكرتي العقد والقضاء في هذا النظام.[٢٢٢]

كما يرى أنصار هذه النظرية أنّ التحكيم ذو طابع متنوعة ومختلفة، فهو يبدأ بعقد وينتهي بحكم، أي أنّه يمر بمراحل متعددة حيث يكون في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم.[٢٢٣].

٤- النظرية المستقلة

ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأنّ للتحكيم طبيعة خاصة ومستقلة عن الأنظمة الأخرى، حيث أنّ هذه النظرية لا تعد التحكيم عملاً إرادياً كالصلح، كما لا تعده عملاً قضائياً كالقضاء الذي ينزل حكم القانون على الخلاف أو النزاع بحكم مفروض على الأطراف، ولا تعتبر التحكيم عملاً إرادياً أو قضائياً بل تعتبر عملاً ذاتياً مستقلاً، كونه ينطلق من اعتبارات خاصة يجب مراعاتها بقدر المستطاع لتحقيق مصالح الخصوم. وفقاً لنظرية المستقلة فإنّ التحكيم نظام أصيل متحرر من جميع العناصر التعاقدية والقضائية.[٢٢٤]

المبحث الثالث: الأحكام العامة للعقود الإدارية

تسعى الدولة دائماً إلى التعاقد مع أطراف أو أشخاص آخرين وذلك لأجل تحقيق أهدافها التنموية، سواء كان الطرف المتعاقد معه شخص طبيعياً أو معنوياً أو وطنياً أو أجنبياً، وتضمين العقود شرط التحكيم أو مجموعة من الشروط لتحقيق الأهداف والمصلحة المتبادلة بينهم، كما قد يتفق

---

[٢٢١]. شفيق. مشار إليه لدى الطراونة. د.ت. الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية في القانون الأردني. ص٥٦.

[٢٢٢]. رضوان، أبو زيد . ١٩٨١م. الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي. القاهرة: دار الفكر العربي. ص٣٠-٣١.

[٢٢٣]. التحيوي، محمود السيد عمر. ٢٠٠١. الرضا بالتحكيم لا يفترض. دار المطبوعات الجامعية. ص٧٣.

[٢٢٤]. اليحمدي، حمد بن صالح بن ناصر. ٢٠١٤. التحكيم في العقود الإدارية دراسة مقارنة. أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. جامعة المالك السعدي. طنجة. المغرب. ص٦١.

الأطراف على تضمين العقود التجارية كانت أو غيرها عند إبرامها شرط التحكيم أو شرط اللجوء إلى التحكيم في حالة وقوع أو نشوء نزاع وذلك استجابة لرغبة المستثمرين، حيث أنّ التحكيم يضمن لهم الأمانة واستمرارية الطمأنينة.

وبالتالي سوف يحتوي هذا المبحث على مطلبين: المطلب الأول يتضمّن المفاهيم العامة للعقود الإدارية والمطلب الثاني تعريف التحكيم بالوصف الإداري والمنازعة الإدارية مع بيان مبررات اللجوء إليه وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: المفاهيم العامة للعقود الإدارية

لبيان معنى العقد الإداري ومفهومه يتطلب منا أن نتعرض للتعريف به، ثم مميزاته التي تميز بها عن غيره من العقود الإدارية، وعليه تقسم الباحثة هذا المطلب إلى فرعين وهي كما يلي:

الفرع الأول: التعريف بالعقود الإدارية

إختلف القضاء والفقه في وضع تعريف معين ومحدد للعقود الإدارية، لكن حال القضاء الإداري في بعض الدول (فرنسا، مصر، وغيرها) حسم هذا الخلاف أو النزاع بتحديد المبادئ الرئيسية للعقود الإدارية.

وفي ذلك عرفّ قضاة مجلس الدولة الفرنسي العقد الإداري بأنّه (ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام، أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شرطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو يخول

المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير مرفق عام)[٢٢٥]

وكذلك عرفته المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنّه (العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسيير، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص) فقد جاء هذا القرار في حكمها الصادر ١٩٦٨/٢/٢٤م/ السنة ١٣ ص ٥٥٧.[٢٢٦].

وفي ذلك قضت به المحكمة العليا الليبية في حكمها حيث قالت أنّ (اختصاص القضاء الإداري ولائياً بالفصل في الخلافات أو المنازعات المتعلقة بعقد التوريد مناطة أن يكون هذا العقد وفاً لمقصود المشرع منه في نص المادة الرابعة من القانون ٨٨لعام ١٩٧١م بشأن القضاء الإداري إدارياً، يعني أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً ومتعلقاً بمرفق عام ومحتوياً على شروط استثناية وغير مألوفة في العقود الخاصة، أو متضمناً لما يفيد أن نية الإدارة قد اتجهت في إبرامه إلى الأخذ بأسلوب القانون العام فإن فقد إحدى هذه الخصاص الثلاثة التي تتميز بها العقود الإدارية، فإنّه لا يكون عقد توريد إداري ويخرج النزاع بشأنه عن نطاق اختصاص القضاء الإداري)[٢٢٧].

نظراً للتعريفات السابقة واستناداً إلى ماستقر عليه الفقه وقضاء مجلس الدولة في فرنسا وفي مصر يمكن تحديد العقد الإداري وتعريفه بأنّه اتفاق معقود بين جهة الإدارة كسلطة عامة، وبين شخص أو فرد أو شركة خاصة بهدف إنجاز نشاط أو عمل معين ومحدد يحقق المصلحة والمنفعة العامة، مع

---

[٢٢٥]. الطماوي، سليمان محمد. ٢٠١٢م. الأسس العام للعقود الإدارية.مصر: دار الفكر العربية. ص٤٧.

[٢٢٦]. الطماوي، سليمان محمد. ٢٠١٤م. مبادئ القانون الإداري. مصر: دار الفكر العربي. ص٤١٨.

[٢٢٧]. طعن إداري رقم ١٦-٢٧ق-جلسة ٢٩-١١-١٩٨٣م، السنة٢١، العدد الأول، ١٩٨٤/١٠م، ص٣٥.

تضمين الاتفاق شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في مجال التعاقدات الخاصة، أو القبول والسماح للمتعاقد معها بالاشتراك مباشرة في تسيير مرفق عام.

الفرع الثاني: أنواع العقود الإدارية

توجد العديد من أنواع العقود الإدارية، وتنقسم هذه الأنواع بصفة عام إلى قسمين وهما العقود الإدارية بطبيعتها والعقود الإدارية بنص القانون:

١- العقود الإدارية بطبيعتها

وهو ذلك العقد الذي لايرد بشأنه بص قانوني صريح يقضي باعتباره عقداً إدارياً وإنّ البحث في طبيعتها يثبت توفر كافة شروط العقد الإداري فيه، مما يلزم اعتباره عقداً إدارياً بطبيعته- ويطلق عليه بعض الفقهاء العقد أو العقود الإدارية بتحديد القضاء-نسبة إلى أنّ القضاء هو الذي هو الذي وضع أصلا الضوابط الثلاثة اللازم توفرها في العقود الإدارية. والتي يسميها بعض الفقه العقود الإدارية غير المسمات؛ والتي لها نظامها القانون الخاص بها.[٢٢٨]

٢- العقود الإدارية بنص القانون

هي تلك العقود التي ينص القانون صراحة على أنّها عقود إدارية ويضع لكل منها نظاماً قانونياً خاصا-وهي ما يطلق عليه الفقه العقود الإدارية المسمات، والتي تتجلى في النقاط التالية:

الأولى: عقد الامتياز، كما يعرف أيضاً بعقد الالتزام: وهو عقد إداري يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه القيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقاً

[٢٢٨]. علي، عثمان ياسين. ٢٠١٥م. تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية.بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. ص٤٠.

للشروط التي توضع لأداء خدمة عامة للجمهو أو المجتمع وذلك مقابل التصريح باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن.[٢٢٩] وبالتالي يمكن القول بأنّ هذا العقد له طبيعة مركب إذ يتضمن على نصوص تعاقدية وأخرى تنظيمية، ونظراً لذلك فهو إداري جزئياً.

الثانية: عقد الأشغال العامة: هو عبارة عن اتفاق بين الإدارة العامة وبين أحد مقاولي القطاع الخاص على القيام ببعض الأشغال العمومية لقاء أجر معين أو وفقاً لمبلغ مالي يتفق عليه في العقد وبهدف تحقيق مصلحة عامة.[٢٣٠]

الثالثة: عقد التوريد: وهواتفاق يحصل بين شخصية قانونية عامة ومؤسسة أو منشأة أو شخص يتعهد بتوريد اشياء منقولة لقاع أجر محدد ومعين.[٢٣١]

الرابعة: عقد النقل: وهو اتفاق بين الإدارة وأحد أشخاص القانون الخاص يتعهد بمقتضاه هذا الأخير بنقل أشياء أو أشخاص أو يضع وسيلة نقل تحت تصرفها.

الخامسة: عقد إيجار الخدمات: وهو أيضاً اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد الأفراد أو إحدى الشركات الخاصة بتقديم خدمات معين لقاء أجر معين يتفق عليه في العقد.

السادسة: عقد القرض العام: هو إتفاق بين الإدارة وأحد أشخاص القانون الخاص يتعهد بمقتضاه الطرف الثاني بقرض مبلغا من المال إلى شخص من أشخاص القانون العام مقابل فائدة سنوية محددة و رد مبلغ القرض عند حلول الأجفل المتفق عليه.

---

[٢٢٩]. الضغير، عبد العزيز بن محمد. ٢٠١٥. القانون الإداري بين التشريعي المصري والسعودي. القاهرة: المركز القومي للاصدارات القانونية. ص٢٣٧.

[٢٣٠]. الصغير، عبد العزيز بن محمد. مرجع سابق. ص٢٣٩.

[٢٣١]. الصغير، عبد العزيز بن محمد. مرجع سابق. ص٢٤١.

السابعة: عقد تقديم المساهمة :هو إتفاق بين الإدارة و طرف خاص ، للمساهمة نقدا أو عينا في نفقات مرفق عام أو أشغال عامة.

الفرع الثالث: معايير تمييز العقد الإداري عن العقد المدني

ذهب الفقه والقضاء الإداري على وجود ثلاثة معايير تميز العقد الإداري عن العقود المدني أو عما عداه من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة، وذلك على النحو التالي:

١- معيار الإدارة طرفاً في العقد

ومن معايير تمييز العقود الإدارية عن العقود المدنية، فالعقود الإدارية يكون أحد طرفيها شخص من أشخاص القانون العام ويختص بالفصل في منازعاتها القضاء الإداري بينما العقود الخاص يكون أحد طرفيها شخص من أشخاص القانون، وقد يكون كلا طرفيها من أشخاص القانون الخاص وأنّ الخلافات أو النزاعات التي تنشأ عنها تخضع للقضاء العادي وليس للقضاء الإداري.

نظرا لذلك فإنّ العقد المبرم بين الأفراد العاديين لا يمكن أن يكون عقداً إدارياً حتى وإن كان أحد المتعاقدين جهة أو مؤسسة أو هيئة خاصة ذات مصلة أو نفع عام.[٢٣٢]

٢- معيار ارتباط العقد بالمرفق العام

إنّ هذا المعيار يعني به أنّ العقد الذي تبرمه الإدارة من الأفراد لا يمكن أن يكون إدارياً إلاّ إذا رتبط بالمرفق العام سواء وجدت معه عناصر أخرى أم لا.

وأصدر مجلس الدولة الفرنسية قرار في هذا الشأن حيث اكتفت بمعيار المرفق العام وحده لتمييز

[٢٣٢]. البدوي، ثروت. المعيار المميز للعقد الإداري، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، القسم الثاني، العددان. الثالث والرابع سنة ١٩٥٧، ص١٢٠.

العقد الإداري عن غيره، فقد جاء في مسألة أو قضية الزوجين (بيرتان) ١٩٥٦/٤/٢٠م حيث كان الزوجان مكلفين بإطعام الرعية السوفيت الذين جمعوا في إحدى المراكز لإعادتهم إلى بلدهم، وفيه..إنّه (..ولما كان هدف العقد منح المعنيين مهمة تنفيذ المرفق العام فذلك وحده يكفي لاعتبار العقد إدارياً دون الحاجة للبحث عن احتوائه على شروط مخالفة....)[٢٣٣]، كما ورد كذلك في قرار الإدارية العليا في مصر ١٩٦٨/٢/٢٤م، بأنّ (مناط العقد الإداري ....أن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعات للمصلحة العامة).[٢٣٤]

٣- معيار الشروط الاستثنائية

لقد تجلى فيما سبق أنّ وجود الإدارة طرفاً في العقد الإداري ليس كافياً لكي يعدّ عقداً إدارياً، كما هو الحال في بالنسبة لارتباط العقد بالمرفق العام بل يجب فوق ذلك أن يكون الطرفان قد اتبعا أسلوب القانون العام دون أسلوب القانون الخاص، وأفضل وسيلة يعتمد عليها القضاء الإداري للكشف عن نية الإدارة في اختيار وسائل القانون العام هو أن يحتوي العقد أو أن يتضمن على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص. ومن الأمثلة على ذلك مايلي: حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٧٣/١/١٩م، حيث ورد فيه(أنّ العقود التي تبرمها كهرباء فرنسا تكون خاصة لنظام استثنائي وتبدو فيه خصيصة العقد الإداري).[٢٣٥] ولقد عرفت الشروط الاستثنائي بأنها(تلك الشروط التي تمنح أحد المتعاقدين حقوقاً أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من

[٢٣٣] الحمدي، حلمي مجيد. ١٩٨٦. كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره. بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و السياسية. كلية القانون جامعة بغداد. المجلد الخامس العدد الأول والثاني. ص٢١٢.

[٢٣٤] الشريف، عزيزة حامد. ١٩٨١. دراسات في نظرية العقد الإداري. القاهرة: دار النهضة العربية. ص٥٧.

[٢٣٥]. الفحام، علي. ١٩٧٦. سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري. القاهرة: دار الفكر العربي. ص٣٤.

يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري).[٢٣٦]

المطلب الثاني: تعريف التحكيم بالوصف الإداري والمنازعة الإدارية مع بيان مبررات اللجوء إليه

سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع: حيث يتناول الفرع الأول: تعريف التحكيم الإداري، والفرع الثاني: التعريف بالمنازعات الإدارية.، والفرع الثالث: مبررات اللجوء إلى التحكيم. وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف التحكيم الإداري

عرف الفقه التحكيم الإداري بأنّه (الاتفاق الذي تكون بموجبه الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً تلجأ بموجبه إلى إحالة منازعاتها ذات الطابع الإداري الحالية أو المستقبلية من اختصاص قضائها وقانونها الإداريين إلى هيئة أو محكم تحكيمية لتسوية النزاع بحكم نهائي ملزم). وعر آخرون بأنّه(اتفاق يتعلق بالفصل في منازعة إدارية يعني أحد أطرافها على الأقل جهة إدارية تتصرف بوصفها سلطة عامة وأغلب هذه النزاعات تتصل بالعقود الإدارية).[٢٣٧]، كما عرف آخرون بأنّه(اتفاق الأطراف على إحالة المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ مستقبلاً نتيجة علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية إلى التحكيم). ويرى جانب آخر من الفقه بأنّه(عبارة عن طريق خاص وأسلوب خاص لتسوية المنازعات الإدارية دون حاجة إلى اللجوء للسلطة الرسمية المختصة أصلاً لفض النزاعات، وهي السلطة القضائية على اختلاف جهاتها وتنوع محاكمها وتعدد درجاتها وتباين اختصاصاتها).[٢٣٨].

---

[٢٣٦]. حلمي، محمود. ١٩٧٤. العقد الإداري، القاهرة: دار الفكر العربي. ص٢٦.

[٢٣٧]. الحلو، ماجد راغب. ٢٠٠٤م. العقود الإدارية والتحكيم. الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة. ص١٥٧.

[٢٣٨]. ساري، جورجي شفيق. التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية. ص٢٤.

الفرع الثاني: التعريف بالمنازعات الإدارية.

إنّ محاولة التعرف على ماهية النزاع الإداري يلزم التطرق أولاً لتعريف القرار الإداري كونه المنشأ للنزاع الإداري؛ ثم التطرق لتعريف المنازعات الإدارية، كما يلي:

أولاً: معنى القرار الإداري: هو عمل قانوني يصدر من سلطة مختصة إدارياً يسعى إلى أثر قانوني، وإذا ما كان فيه أي عيب يشوب هذا القرار ومن ثم نكون أمام قرار غير مسموح مما يسبب إلى نشوء نزاع الإداري بين السلطة التي أصدرت القرار وبين الشخص أو الفرد الذي تضرر من جراء هذا القرار.[٢٣٩]

ثانياً: تعريف المنازعات الإدارية: ولقد اتسع مفهوم المنازعات الإدارية ونطاق مشتملاتها ليشمل النزاعات المتعلقة بأعمال الإدارة القانونية، وكذلك الأعمال المادية على السواء.

وعرفها جانب من الفقه بأنّها (منازعة أحد طرفيها جهة إدارية ذات ولاية وسلطة على الطرف الآخر الذي يقاضيها). كما عرفها أيضاً جانب من الفقه بأنّها (إجراءات الخصومة القضائية بين الفرد والإداراة ويشترط لتحقيقها رفع المطالبة بحق من الحقوق الناتجة عن تسيير الإدارة للمرافق العامة التي تدار وفقاً للقانون العام وضوابطه وأساليبه)؛ وكذلك يجب أن يتضح فيها وجه السلطة العامة ومظهرها؛ كما يجب أن يكون قانون العام هو الواجب التطبيق على النزاع أو المنازعة.[٢٤٠]

نظراً لما سبق من التعريفات، ترى الباحثة بأنّها لا تخرج من مضمونها وفحواها عن المفهوم الموسع للمنازعة الإدارية على النحو السابق بيانه.

---

[٢٣٩]. طيبي، سعاد.. محاضرات غير منشورة في المنازعات الإدارية. المركز الجامعي يحى فارس. السنة الجامعية٢٠٠٥-٢٠٠٦م. ص١٦.

[٢٤٠]. علام، محمد يوسف. ٢٠١٢م. بحوث إدارية في القونين العمانية. القاهر: المركز القومي للاصدارات القانونية. ص١٥.

الفرع الثالث: مبررات اللجوء إلى التحكيم

تعود مبررات اللجوع للتحكيم إلى اعتبارات عدة متنوعة ومختلفة تدفع الأطراف المعنية إلى تفضيله عن قضاء الدولة نظرا لما يتسم به التحكيم من مزايا، وأهم تلك المزايا مايلي:

١- تتميز التحكيم بالسرعة في تسوية المنازعات وحسمها، كون المحكمين متفرغين للنزاع المروض عليهم ويباشروا في إجراءات التحكيم بشكل فوري. مع بساطة الإجراءات وعدم تعقيدها في سير العملية التحكيمية فضلاً إن المحكمين يلتزمون باصدار قرارهم خلال ميعاد معين يعينه أطراف النزاع في اتفاق التحكيم.

٢- تحقيق العدالة ورضا أطراف النزاع

فإنّ اللجوء إلىالتحكيم يقوم على موافقة الأطراف ورضاهم، ورغبتهم مقدماً بالحكم الذي سيصدره المحكومون والامتثال له مما يضفي على الأفراد المعنيين فيه جواً واقعياً ونفسياً من الطمأنينة ويحافظ على العلاقات الطيبة بينهما.[٢٤١]

٣- كما تتميز بالطابع السري في حسم المنزاعات، خلافاً لقضاء الدولة الذي تعتبر العلانية أحد خصائصه المميزة بينما التحكيم يحقق للخصوم رغبة الحفاظ على سرية النزاعات ووقائعها حفظاً لأسرار هم الخاصة والمهنية وصوناً لها.

٤- انخفاض تكلفة التحكيم: لقد قال البعض إنّ من السمات الأساسية للتحكيم انخفاض تكاليفه مقارنة إذا عرضت القضية على القضاء العادي الذي يحتاج إلى نقود وأموال كثيرة بسبب طول إجراءاته وكذلك دفع أتعاب المحامين والرسوم الواجبة لرفع الدعوى.[٢٤٢]

---

[٢٤١]. ساري، جورجي شفيق. التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية. مرجع سابق. ص٧٠.

٥- تحقيق الضمان للمشتري

وكذلك أنّ التحكيم يحقق الضمانات للمشتري من خلال النص في العقد التجاري على حسم المنازعات القائمة أو التي تثور مستقبلاً عن طريق التحكيم، وبالتالي يوفر الطمأنينة والأمانة لدى المشترين بتخلصهم من القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار الذي يتأثر بالتغيرات والتقلبات السياسية والاقتصادية. حيث يكون اللجوء للتحكيم مخرجاً في مسألة أو قضية تنازع القوانين، وحيث يهدف كل طرف تطبيق قوانين وطنه.[٢٤٣]

[٢٤٢]. عبد المجيد، منير. ١٩٩٧م. التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي. الإسكندرية: منشأ المعارف. ص٨.

[٢٤٣]. إبراهيم، كمال. ١٩٩١م. التحكيم التجاري والدولي. القاهرة: دار الفكر الجامعي. ص٢٥.