

للإفتاء والتحكيم
الطبيعة القانونية للاتفاق التحكيمي

:: دراسة مقارنة ::

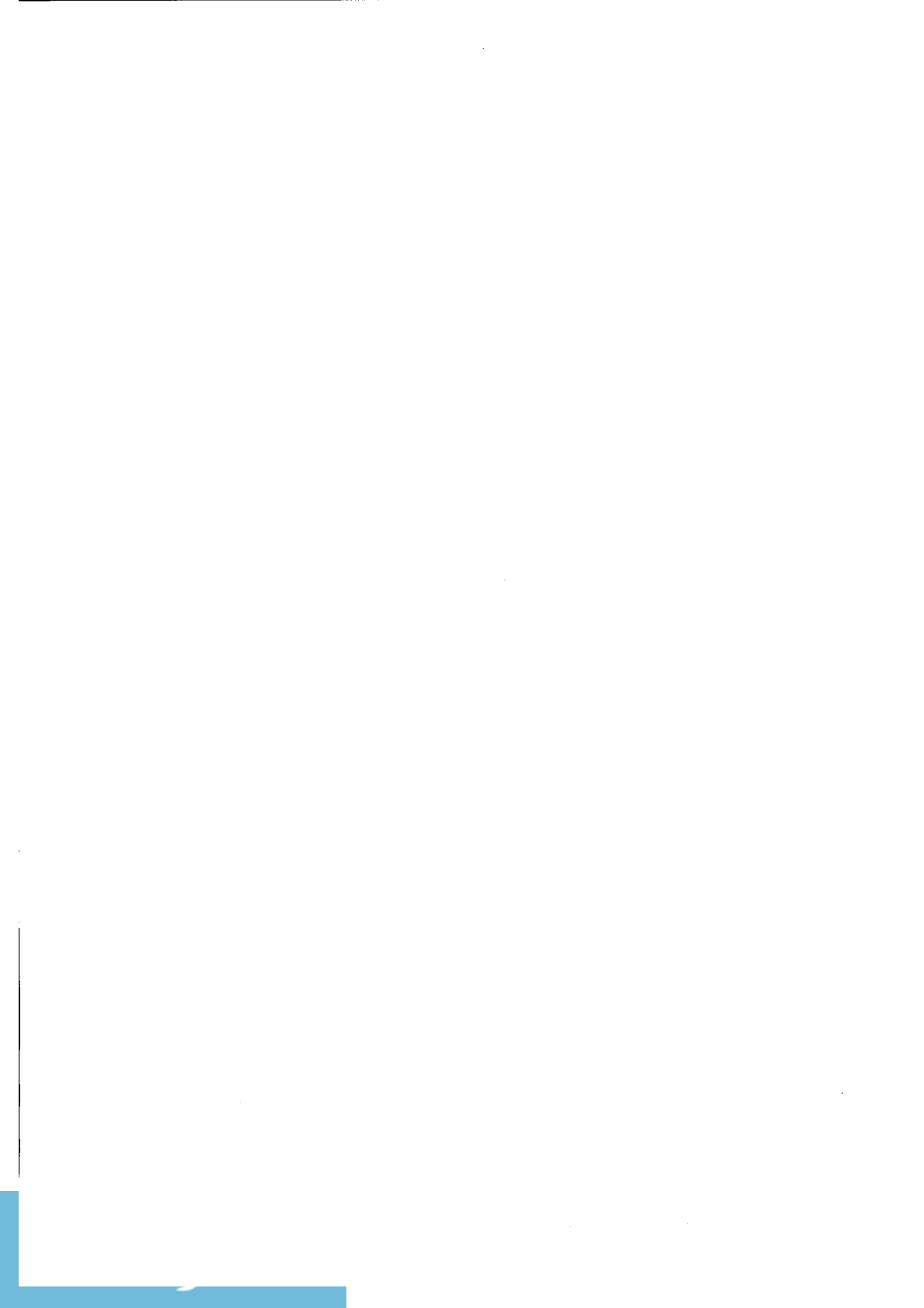
تأليف

د. محمود عبدالرحيم الديب

الأستاذ المساعد بقسم القانون

كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية

جامعة قطر



مقدمة

مفهوم التحكيم وتاريخه

يعتبر التحكيم (L'arbitrage) قضاء^(١) ، ولكنه قضاء خاص لنوع من المنازعات ، فهو قضاء كونته الإرادة المشتركة لأطراف الخلاف، ولكنه قضاء يعمل في مناخ تتبدد منه بعض حرارة وحدة الخصومة التي نراها أمام القضاء التابع للدولة ، لأنه يبحث عن حل يراعى فيه كثير من حسن النية في الخلاف الذي ينظر فيه ، كما أنه يبحث عن الوصول إلى وضع مقبول لكل من الطرفين، فضغط الخصومة في النزاع يكون أقل حدة في عملية التحكيم ، وبعبارة أدق فإن التحكيم يعمل في مناخ تغلب فيه أجواء الصلح على أجواء الخصومة ، أو على الأقل يتعادل فيه شر الخصومة بخير الصلح ، حتى يبدو المحكم في كثير من الأحيان كمصلح، مهمته حل عقدة تعترض العلاقة بين الأشخاص ، أكثر مما هي إعطاء كل ذي حق حقه، أو إعطاء حق لطرف وإدانة الطرف الآخر ، مما يجعل التحكيم متعلقاً بروح العدالة أكثر من تعلقه بحرفية النصوص القانونية ، وهذا ما دفع الفيلسوف الإغريقي أرسطو إلى القول بأنه: " يمكن أن يفضل الفرقاء التحكيم على الدعوى ، لأن التحكيم غرضه العدالة ؛ بينما يراعى القاضي القانون"^(٢).

وقد وجد التحكيم مع وجود الإنسان، بل وفرضته عليه القوانين الطبيعية منذ الأزل ، وقبل وجود فكرة العدالة. فنظام التحكيم كان هو طريق العدل الأول للإنسان ، يحقق بمقتضاه الأمن والسلام والتوازن بين أفراد المجتمع، وليس

(١) التحكيم ، أحكامه ومصادره ، المحامي عبد الحميد الأحمد ، ج ١ ص ١٩.

(٢) المرجع السابق.

بغريب أن تتبناه الدولة بعد أن فرض على الأفراد، حيث يصعب على الدولة أن تحرم أفرادها من نظام يجمع كثيراً من المميزات. وإذا كان الأمر كذلك فإن التحكيم قضاء سنته لنا ظروف الحياة، والحاجة إلى وجود العدل، وهو يفرض حتماً عند غياب فكرة الدولة، وكذا في الأماكن البعيدة عن سلطات الدولة، كما هو الحال في التنظيمات القبلية والعشائرية، والتي وجدت في عصر ما قبل التاريخ، وما زال لها وجود - وإن كان قليلاً- إلى يومنا هذا، حيث كان التحكيم في هذا الوقت أو ذاك أحد أهم صور التصالح بين المتنازعين^(١).

فالحقيقة التاريخية تشهد إذن بأن نظام التحكيم ظهر قبل ظهور الدولة ونظام القضاء، فظهور القضاء المنظم ارتبط ارتباطاً وثيقاً بظهور المجتمعات المنظمة أو شبه المنظمة بشكلها الحديث، وهو ما يعني ارتباط نظام القضاء بوجود نظام الدولة، ولعل تحكيم "قابيل" و"هابيل" كان أول تحكيم وجد على ظهر الأرض^(٢). ففي المجتمعات البدائية قبل ظهور نظام الدولة، كان حل المنازعات متروكاً لصاحب المصلحة التي يحميها القانون وعشيرته، حيث يمكنهم فرض المصلحة المعتدى عليها بالقوة، وهذا هو نظام الدفاع الذاتي عن الحقوق، وهو نظام معيب بطبعه^(٣).

ويبدو أن التحكيم بهذا المفهوم قد أصبح ظاهرة شائعة، فمن أهم الظواهر القانونية المعاصرة، ظاهرة الانفتاح على التحكيم واتساع آفاقه، فعلى المستوى الإقليمي عم الاعتراف بشرعية التحكيم كافة أفراد المجتمع الدولي، وباتت كافة دول العالم تترك له مكاناً واسعاً في تحقيق العدالة، وتحيط مؤسساته الوطنية

(١) تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، د. صوفي أبوطالب، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.

(٢) التحكيم في القانون اليمني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، د. نجيب الجبلي، ١٩٩٦، ص ٧.

(٣) النظرية العامة للعمل القضائي، د. وحدي راغب، رسالة، ص ٩٣، منشأة المعارف.

فيها بالرعاية. وعلى المستوى الموضوعي نجد أنه قد اتسع نطاق القابلية للتحكيم ليشمل مجالات كانت بالأمس القريب بعيدة منه ، كما هو الحال مثلاً بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص العامة طرفاً فيها، وأيضاً تلك المنازعات التي يتصل موضوعها بالنظام العام^(١).

من أجل هذا ظهر نظام التحكيم وتطور تطوراً ملحوظاً حتى أصبح عالمياً، فأصبح من حق الدولة في العصر الحديث أن تمنع القضاء من منازعات معينة، وأن تجيز للأفراد القيام بمهمة الفصل في بعض المنازعات عن طريق إختيار طرف ثالث لحل هذا النزاع وغالباً ما يكون ذلك عن طريق التحكيم. ولهذا نجد أن كثيراً من النظم المعاصرة تعترف بهذا النظام وتنظمه وتحدد له اختصاصاته، بالرغم من وجود القضاء المنظم، فهو قضاء من نوع خاص في عالمنا المعاصر. زادت كثيراً أهميته في حل المنازعات القائمة ، لاسيما التجارية منها، وتدعو إليه اعتبارات عملية ، هي ضرورة الاتفاق على التحكيم لطرح المنازعات على أشخاص يكونوا محل ثقة الخصوم ، بدلاً من طرحها على المحاكم العادية.

غير أن هذا الاتفاق على التحكيم اختلفت طبيعته القانونية من تشريع إلى آخر ، وبالتالي تغيرت الآثار المترتبة عليه وفقاً لنظرة التشريعات المختلفة لهذه الطبيعة القانونية ، مما يتطلب معرفة هذه الطبيعة وما يترتب عليها من آثار يعتد بها القانون.

ولهذا فسوف أتناول هذا البحث -على عجلة- في ثلاث نقاط متتالية ، أتناول في الأولى الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم في فرنسا، وأتناول في الثانية

(١) التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال، الجزء الأول ،

الطبعة الأولى ، ١٩٩٨.

الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم في مصر مشيراً إلى وضعيته في القانون القطري ، ثم تناول أخيراً الطبيعة القانونية للاتفاق التحكيمي في الفقه الإسلامي. وذلك على النحو التالي:

أولاً - الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم في فرنسا:

يمكن القول بأن شرط التحكيم قد مر بتطور طويل في القانون الفرنسي قبل أن يصل إلى الإعراف به ، باعتباره إتفاقاً على التحكيم بالمعنى الحقيقي له، مرتباً للآثار المنوطة بمثل هذا الاتفاق^(١) ذلك أن نصوص قانون المرافعات الفرنسي القديم لم تكن تواجه سوى مشاركة التحكيم والتي يفترض قيامها بوجود نزاع محدد قائم بالفعل ترد عليه تلك المشاركة. فكانت المادة (١٠٠٣) منه تنص على أنه: "يجوز للأفراد اللجوء إلى التحكيم في جميع الحقوق التي يتمتعون بحرية التصرف فيها". بينما كانت المادة (١٠٠٦) تنص على أنه: "يجب أن تتضمن مشاركة التحكيم تعيين موضوع النزاع وتسمية المحكمين وإلا وقعت باطلة" ولهذا لم يكن من السهل على الفقه والقضاء إسباغ وصف اتفاق التحكيم على ما يعرف بشرط التحكيم، لأن الإتفاق لا يواجه نزاعاً قائماً بالفعل، وإنما يواجه مجرد منازعات إحتتمالية ، يمكن أن تتحقق أو لا تتحقق في المستقبل، على نحو لا يمكن معه تعيين موضوعه على وجه الدقة، ولهذا فقد انتهى الفقه والقضاء آنذاك إلى وصف اتفاق التحكيم على ما يعرف بشرط التحكيم.

ويبدو أن الفقه والقضاء الفرنسيين تعرضا لنوعي الإتفاق التحكيمي وهما مشاركة التحكيم (compromiss) وشرط التحكيم (Clause compromissoire) بالرغم من وجود فارق واضح بينهما ، فمشاركة التحكيم تعني إتفاق شخصين أو أكثر على اختيار شخص ثالث يطلق عليه المحكم لحل نزاع قائم بينهما

(١) راجع في هذا التطور بتصرف ، التحكيم في العلاقات الخاصة، المرجع السابق، ص ٣٤٣ وما بعدها.

بالفعل، ولا يستطيع المحكم نظر النزاع إذا لم يوجد إتفاق بين الخصوم، فهو يستمد سلطته من هذا الإتفاق^(١).

أما شرط التحكيم فهو نص وارد في عقد معين يقرر الإلتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي تنشأ مستقبلاً بين المتعاقدين حول تنفيذ هذا العقد. ويبدو أن أغلب التشريعات المقارنة قد نصت على هاتين الصورتين لاتفاق التحكيم ، بخلاف القانون الفرنسي الذي أجاز مشاركة التحكيم (م ١٠٠٣ ، ١٠٠٦ قديم) ولم يتعرض لشرط التحكيم - كما أسلفنا-.

بيد أن اتفاق التحكيم الذي يتخذ شكل المشاركة من العقود الرضائية (consensuel contrat) فيشترط لصحته توافر أركان العقد عموماً وهي الرضا والمحل والسبب ، كما أن الإتفاق المبني على هذه المشاركة يعتبر من العقود الملزمة للجانبين، بمعنى أنه يرتب التزاماً وحقوقاً متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين ، ويلزمهما بحل النزاع بواسطة المحكم أو المحكمين.

هذا وتجاوز مشاركة التحكيم قبل رفع الدعوى ، كما تجوز بعد رفعها ، سواء أكانت الدعوى أمام محكمة أول درجة، أو أمام الدرجة الثانية، فالمهم هو إبرامها بعد وقوع نزاع.^(٢)

ويعتبر الأثر المباشر لهذه المشاركة هو تنازل أطرافها عن الإلتجاء إلى القضاء في ذلك النزاع، وبالتالي حل هذا النزاع بواسطة المحكم ، وإذا كان

(١) انظر المادة ١٤٤٧ من قانون المرافعات المدنية الفرنسي.

(٢) انظر : د. رمزي سيف ، قواعد تنفيذ الأحكام والمحركات ، ص ٦٥.

الأمر كذلك فإن التحكيم ينشئ دفعا يرى أغلب الفقهاء بأنه دفع بعدم الاختصاص^(١).

أما الشرط التحكيمي فهو بالمعنى السابق أمر عارض يلحق عنصراً جوهرياً في العقد ، فهو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع ، غير مخالف للنظام العام واردة على أمر جائز ، وهو حل النزاع عن طريق التحكيم. وهذا الشرط يعتبر وافقاً ، لأن اتباع أسلوب التحكيم مشروط بقيام النزاع الذي يعتبر شرطاً لتنفيذ الإلتزام بحل النزاع بواسطة المحكم. ويعتبر شرط التحكيم مشابهاً للشرط في أمور كثيرة ، ولكن لا نستطيع تكييفه على أساس أنه شرط من شروط العقد فشرط التحكيم يختلف عن بقية الشروط ، لأنه يعتبر اتفاقاً داخل اتفاق^(٢).

هذا ويترتب على شرط التحكيم ما يترتب على المشاركة من آثار ، منها: التزام طرفي العقد بالخضوع للتحكيم ، وعدم اختصاص القضاء العادي بالنزاع ولو كان العقد الأصلي باطلاً ، وذلك لاستقلال شرط التحكيم عن العقد المتضمن له ، باعتباره عقداً داخل عقد ، وأن العقد الأصلي يخضع للقانون الموضوعي ، بينما يخضع إتفاق التحكيم للقانون الإجرائي.

بيد أن شرط التحكيم كان هو المؤلف - بالرغم من ذلك - في كثير من الحالات والتي يتزايد عددها يوماً بعد يوم. ومن ثم فكان لزاماً على الفقه والقضاء في فرنسا أن يحددوا القيمة القانونية لهذا الشرط ، بإعطائه الوصف المناسب واستتباط ما قد يرتبه هذا الوصف من آثار يقتضيها مبدأ الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة. وقد وجد كل من الفقه والقضاء ضالته في فكرة الوعد بالتعاقد. فالإتفاق على شرط التحكيم هو اتفاق بالفعل ، لكنه ليس اتفاقاً

(١) انظر : (م ٢٠٥٩ ، ٢٠٦٠) من القانون المدني الفرنسي ، (م ١١) من قانون التحكيم المصري.

(٢) ROBERT J : op.cit, No.144 , FOUCHARD: opcit, p. 67-68.

على التحكيم بالمعنى المقصود ، وإنما هو مجرد وعد، حيث يعد بمقتضاه كل من الطرفين الآخر بإبرام إتفاق على التحكيم في المستقبل إذا ما قام بينهما نزاع بصدد العلاقة التي ورد بشأنها الشرط. فهو اتفاق يلتزم بمقتضاه كل من الطرفين باتخاذ ما يلزم لإبرام مشاركة التحكيم التي تعين هيئة التحكيم وتعين النزاع المطروح عليها ، وهذا الإلتزام هو الإلتزام بعمل يتصل بشخص المدين فيه، على نحو لا يتصور معه تنفيذه عيناً جبراً عن المدين. وعلى هذا النحو فإذا ما قام نزاع بالفعل فقد يتفق الطرفان على مشاركة التحكيم ، فيتم بهذا الإتفاق تنفيذ إلتزامهما عيناً بمحض حريتهما واختيارهما، وقد يمتنع أحدهما عن إبرام المشاركة ، رغم توفر موجبات إبرامها ، فيكون مخلصاً بتنفيذ التزامه، ولا سبيل أمام الطرف الآخر حينئذ سوى المطالبة بتعويض على سبيل التنفيذ بمقابل، لاستحالة الإلتزام بتنفيذه عيناً جبراً عن المدين . غير أننا لا نوافق على هذا التكييف، لأن شرط التحكيم يخرج عن هذا الإطار ، سواء كان وعداً ملزماً لجانب واحد، أو كان ملزماً لجانبيين بأن كان عقداً ابتدائياً، فهو من وجهة نظرنا إتفاق كامل بجميع شروطه ومقوماته ، فهو عقد كامل لا مجرد وعد أو إيجاب وهذا ما يجعله يتميز عن الوعد ، كما أن الأحكام التي تسري على الوعد لا تنطبق على شرط التحكيم ، إذ أنه يجب في الوعد بيان جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه^(١)، وهذا غير ممكن في شرط التحكيم ، لأن تحديد النزاع أمر صعب لأنه أمر احتمالي.

وأياً ما كان الرأي حول تكييف شرط التحكيم، فإن الأمر المؤكد أن شرط التحكيم أصبح الأكثر شيوعاً في الواقع العملي في الأنظمة القانونية المختلفة،

(١) انظر مؤلفنا: الوجيز في مصادر الإلتزام، ج ١، ١٩٩٨، ص ٥٣ وما بعدها. راجع: م ١٠١م من القانون المدني المصري.

وفي مجال العقود المدنية والتجارية على حد سواء. وهذا ما حدا بالفقه والقضاء الفرنسيين إلى الإهتمام بشرط التحكيم باعتباره إتفاقاً لم يرد النص عليه في قانون المرافعات الفرنسي القديم.

ومع هذا التطور في مفهوم إتفاق التحكيم فقد ظهرت الحاجة ماسة في مجال العلاقات الدولية بصفة خاصة بعد الحرب العالمية الأولى ، إلى رفع شرط التحكيم إلى مصاف الإتفاق على التحكيم، وذلك استجابة لحاجات التجارة الدولية، وقد انتهت جهود الأمم المتحدة في هذا الصدد إلى إبرام بروتوكول جنيف لعام ١٩٢٣ الذي يمثل خطوة هامة في سبيل تحقيق هذا الهدف. وقد وقعت فرنسا على هذا البروتوكول ، وسلمت بذلك باعتبار شرط التحكيم في مجال المنازعات التجارية الدولية إتفاقاً على التحكيم وليس مجرد وعد بهذا الإتفاق ، وتضمنت المجموعة التجارية الفرنسية النص على ذلك، كما انتهى قضاء محكمة النقض الفرنسية إلى الحكم بذلك. وهكذا تم الإعتراف بشرط التحكيم باعتباره اتفاقاً على التحكيم وإعطائه الآثار المترتبة على هذا الاتفاق ، وذلك في الحدود التي أصبح فيها هذا الشرط مباحاً بمقتضى نصوص قانون المجموعة التجارية الفرنسية.^(١)

وغني عن البيان أن الإتفاق على التحكيم يختلف عن مجرد الوعد به، والذي قال به الفقه والقضاء في فرنسا.

ونحن نرى :

أن الوصول بالطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم إلى اعتباره شرطاً ، أو اتفاقاً أولى من اعتباره مجرد وعد ، للفارق القانوني بين الإتفاق والوعد ،

(١) التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، المرجع السابق ، ص ٣٤٤ ، ٣٤٥.

فالأخير يعطي الطرف الآخر في الوعد ، إذا كان ملزماً لجانب واحد، أو الطرفين معاً ، إذا كان ملزماً للجانبين ، فسحة من الوقت لإبداء الرغبة في إتمام هذا الوعد من عدمه، وذلك بخلاف الاتفاق الذي يعتبر ملزماً بدايةً لطرفيه دون أن يكون هناك مجال للاختيار بين المضي قدماً في سبيل إتمام الاتفاق أو عدم إتمامه، وهو ما دعانا إلى تفضيل الاتفاق على مجرد الوعد.

ولهذا فإن البعض^(١) قد ذهب إلى وجود خلاف بين الوعد والاتفاق باعتبار أن كلاً منهما يرتب في النهاية عقداً ، إلا أنه ذكر أن ثمة عناصر مختلفة تميز بين العقدين ، منها: أن الوعد يتميز بوجود خيار إظهار الرغبة الممنوحة للموعد له ، وهو خيار ينتهي باستخدامه من جانب المستفيد به ، وهو ما يعطي ذاتية لاتفاق الوعد تختلف عن ذاتية الإتفاق المبرم في حد ذاته. ومن ناحية ثانية نجد أنه يقوم بين العقدين اختلاف مهم في الآثار المترتبة على كل منهما ، ووقت ترتيب هذه الآثار ، حيث لا يترتب على الوعد بالتعاقد ترتيب أي من آثار العقد الموعد به ، سوى الحق الشخصي الذي يكون للموعد له قبل الواعد، وذلك قبل إظهار الرغبة من الموعد له ، وحتى إذا ما أظهر رغبته في العقد الموعد به، فإن هذا العقد ينعقد في الوقت والمكان الذي يعلم فيهما الواعد برغبة الموعد له في العقد، فليس للوعد أثر رجعي، بخلاف الإتفاق الذي يرتب أثره بمجرد تواجده ، مع سريان هذه الآثار بأثر رجعي ، إذا ما كان ترتيبها متوقفاً على شرط أو مضافاً إلى أجل . ولا يعتبر الوعد إتفاقاً معلقاً على شرط واقف هو إبداء الرغبة بالقبول ، فحقيقة الأمر أن الوعد

(١) د. حمدي عبد الرحمن ، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول ، الطبعة الأولى ١٩٩١ ، دار النهضة العربية ، ص ٢١٤ ، د. مصطفى الجمال ، النظرية العامة للالتزامات ، الدار الجامعية ، ص ٩٤ ، د.أنور سلطان ، الموجز في مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ١٩٩٥ ، ص ٧٩ .

بالتعاقد هو إتفاق محتمل يتضمن التزاماً بالبقاء على الوعد خلال المدة المتفق عليها ، ومن ثم فليس للوعد أثر رجعي بخلاف الإتفاق.

ثانياً - الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم في القانون المصري:

في مصر كانت المادة (٥٠١) من قانون المرافعات ، الملغاة ، تنص على أنه: "يجوز الإتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين". ورغم أن هذا النص يقر صراحة شرط التحكيم ، غير أنه لم يقطع - وبصورة حاسمة- الجدل حول تكييفه وحقيقته.

فقد ذهب رأي إلى أن المشرع المصري قد حرص على إبراز الصورتين اللتين يمكن أن يتخذهما الإتفاق على التحكيم ، لتأكيد أن التنظيم الذي أتى به يشمل هذا الإتفاق في أي من صورتيه، دون أن يختص أحدهما بقيود خاصة للإعتراف أو يفردا بمعاملة أدنى مرتبة. (١)

وقد ذهب رأي آخر إلى أن شرط التحكيم في ظل هذا النص يظل مجرد وعد بإبرام مشاركة التحكيم عند قيام النزاع لكنه مع ذلك يقبل التنفيذ العيني جبراً عن أحد أطرافه - بخلاف التكييف الفرنسي له - إعمالاً لحكم المادة (١٠٢) من القانون المدني والتي تقضي بأنه: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً بتنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد". إلا أننا نرى أن هذا الرأي يؤدي إلى تجريد شرط التحكيم من الهدف الذي اقتضاه ، وهو الإسراع بتسوية النزاع ، إذ الأمر

(١) التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكيم، د. سامية راشد، منشأة المعارف، ص ٨٧.

يتطلب الحصول على حكم بتعيين هيئة التحكيم، ويكون هذا الحكم حائزاً لقوة الشيء المقضي، وهو ما يحتاج في سبيل الوصول إليه إلى وقت قد لا يقل عن الوقت اللازم للفصل في النزاع عن طريق القضاء^(١).

بيد أن نص الفقرتين الثانية والثالثة من المادة العاشرة من قانون التحكيم الجديد^(٢) ليضع حداً للخلاف حول حقيقة شرط التحكيم؛ حيث نصت الفقرة الثانية 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 تنشأ بين الطرفين، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة (٣١) من هذا القانون". وعلى هذا النحو فشرط التحكيم يكفي بذاته لتحريك الدعوى أمام هيئة التحكيم، ولا يلزم لذلك سوى أن يحدد المدعي أمام هيئة التحكيم موضوع الدعوى في بيان الدعوى الذي يتقدم به إلى هذه الهيئة.

ويلاحظ أن هذه الفقرة قد عرضت لصورتين من صور شرط التحكيم. فالأصل أن يرد هذا الشرط في عقد من العقود كشرط فيه أو بند من بنوده يقرر إتفاق طرفيه على الإلتجاء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ عن هذا العقد كلها أو بعضها. لكنه قد يرد أيضاً في عقد مستقل بذاته وفقاً لنص الفقرة المشار إليها- بحيث يتم التوصل إليه بين الطرفين بعد إبرام العقد الأصلي وقبل

(١) راجع في هذا الرأي ونقده، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص ٣٤٧.

(٢) القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد التجارية والذي حل محل النصوص الخاصة بالتحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وهذا القانون يمثل الشريعة العامة التي يخضع لها التحكيم في المواد المدنية والتجارية.

قيام هذه المنازعات بشأنه. ولهذا فإن البعض يرى إمكانية الإتفاق على شرط التحكيم حتى بعد قيام النزاع، وقبل أن يتم إبرام مشاركة أو وثيقة التحكيم.^(١)

كما أضافت الفقرة الثالثة من المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري الجديد إلى هاتين الصورتين صورة ثالثة ، وذلك بقولها: " ويعتبر إتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد". وفي هذه الحالة لا يكون التحكيم مدرجاً في العقد الذي يكون التحكيم بمناسبة المنازعات الناشئة عنه ، وإنما في وثيقة أخرى يحيل عليها هذا العقد ، كعقد نموذجي ، أو عقد آخر متصل بهذا العقد، كما لو تعلق الأمر مثلاً بعقد كفالة يشار إليه في عقد القرض المكفول، أو عقد مقاوله من الباطن يشار فيه إلى عقد المقاوله الأصلي.

هذا وقد اشترط المشرع لقيام شرط التحكيم في شأن العقد الذي تضمن الإحالة، أن تكون الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد. ونحن بدورنا نرى أن هذا لا يتحقق إلا إذا تضمنت الإحالة تخصيصاً لشرط التحكيم الذي تتضمنه الوثيقة المحال عليها. فإذا كانت الإحالة إلى الوثيقة المذكورة مجرد إحالة عامة لنصوص هذه الوثيقة دون تخصيص شرط التحكيم بالذكر، تخصيصاً يفيد علم الطرفين بوجوده في الوثيقة ، فإن الإحالة لا تمتد إليه، ولا يكون التحكيم متفقاً عليه بين أطراف العقد.

وبهذا يتضح أن اتفاق التحكيم - في القانون المصري ووفقاً للاجتهادات السابقة - عقد له كل الخصائص العامة للعقود ، إلا أنه يتميز عنها بهدفه وموضوعه في آن واحد. فهدفه ليس إقامة علاقة قانونية مبتدئة بين الطرفين ،

(١) التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، المرجع السابق ، ص ٣٤٨.

مالية كانت أو شخصية ، كما هو الحال في غيره من العقود، وإنما تسوية الآثار الناشئة عن علاقة سابقة قائمة بالفعل. وأما موضوعه فهو ليس التراضي على تسوية نهائية محددة بذاتها للنزاع ، وإنما إقامة كيان عضوي - فرداً كان أو هيئة - ترفع إليه ادعاءات الطرفين ، ويتولى الفصل فيها استقلالاً عنهما.

هذا ويلاحظ أن إتفاق التحكيم ورد النص عليه في القانون القطري ، حيث نصت المادة (١٩٠) من قانون المرافعات المدينة والتجارية القطري رقم (١٣) لسنة ١٩٩٠ على أنه : "يجوز الإتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة ، كما يجوز الإتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين ، ولا يثبت الإتفاق على التحكيم إلا بالكتابة" ومعنى ذلك أن الإتفاق على التحكيم في القانون القطري قد يكون بصدد نزاع قائم ومحدد بالفعل ، وهو ما يوحي بوجود مشاركة التحكيم التي يعرفها القانون المصري، والفرنسي ، أو يكون الإتفاق على التحكيم بشأن نزاع مستقبلي احتمالي عن تنفيذ عقد معين ، وهو ما يعني أيضاً بوجود شرط التحكيم بمعناه السابق في كل من القانون المصري والفرنسي. ومن ثم فإن الإتفاق على التحكيم لا يخرج عن كونه عقداً - في ظل القانون القطري - له مميزاته وخصائصه التي تميزه عن غيره من العقود.^(١)

غاية الأمر أن الاتفاق على التحكيم في ظل القانون القطري لا بد أن يكون بوثيقة تحكيم خاصة ، سواء كان في صورة مشاركة تحكيم لنزاع قائم أو في صورة شرط تحكيم لنزاع مستقبلي. وهذا ما يجعلنا نعتقد بأن وثيقة التحكيم هذه لا يصح أن تتم بواسطة الإحالة إليها في العقد المبرم بين أطراف النزاع ، بل لا بد من وجودها والنص عليها مستقلة عن العقد القائم . أو أن

(١) راجع خلاصة التكييف القانوني لاتفاق التحكيم في القانون المصري ص ٢٥٩ من هذا البحث.

تكون الإحالة إليها واضحة في اعتبار شرط التحكيم -الذي تتضمنه الوثيقة- جزء من العقد بين الطرفين ، ولهذا أوجب المشرع القطري ضرورة إثبات الإتفاق على التحكيم بالكتابة.

ثالثاً - الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم في الشريعة الإسلامية:

كانت الحياة عند العرب في الجاهلية تركز على مبدأ الانتقام الشخصي - كما سبق أن ذكرنا-^(١) ، ولم يكن هناك من سلطة مركزية لحفظ النظام وحماية حقوق الأفراد، وظل الوضع كذلك فترة من الزمن إلى أن عرف التحكيم، وكان يلجأ إليه لفض المنازعات بين الأفراد ، وأيضاً بين القبائل.

وعندما جاء الإسلام اعترف بشرعية التحكيم ، وورد ذكره في القرآن الكريم، حيث اعتمدت مبدأه آيات من سورة النساء هي قول الله سبحانه وتعالى: (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل)^(٢) ، وأيضاً قوله تعالى: (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم)^(٣) ، وقوله تعالى في المجال العائلي: (وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها)^(٤).

(١) راجع مقدمة البحث . وانظر أيضاً: الأوضاع التشريعية في البلاد العربية ، د. صبحي الحمصاني ، ج ٢ ، ص ٣١ وما بعدها.

(٢) الآية (٥٨) من سورة النساء.

(٣) الآية (٦٥) من سورة النساء.

(٤) الآية (٣٥) من سورة النساء.

وقد عين النبي (صلى الله عليه وسلم) حكماً في إحدى القضايا، ووافق على القرار الذي أصدره هذا الحكم بصدد النزاع الحاصل^(١). كما أنه نصح إحدى القبائل بأن تعتمد إلى حل نزاعاتها بواسطة التحكيم^(٢)، وقد اتبعه الخلفاء الراشدون في ذلك.

وبهذا الموجز يتضح أن الشريعة الإسلامية عرفت التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، وقد كان للإتفاق التحكيمي موقع متميز في الشريعة الإسلامية بسبب القضايا والمواضيع التي يثيرها التحكيم.

غير أن الإتفاق التحكيمي في الشريعة الإسلامية كثيراً ما يثير مسألة إعتبره إتفاقاً إلزامياً للفرقاء أم لا ، والسبب في ذلك أنه لم يكن من بين العقود المسماة في الشريعة الإسلامية، حيث اعتمد الفقه الإسلامي عقوداً مسماة ولم يعتمد نظرية للعقد، كما لم يرد ذكر للشرط التحكيمي في مؤلفات الفقهاء^(٣)، وهذا ما يدعونا إلى التساؤل عن موقف الفقه الإسلامي من الإتفاق التحكيمي.

ويمكن القول بأن هناك عدة آراء فيما يتعلق بصحة الاتفاق التحكيمي وقوته الإلزامية يمكن إجمالها فيمايلي:

الرأي الأول:

يذهب إلى أن الإتفاق التحكيمي ليس من بين العقود المسماة - التي يعرفها الفقه الإسلامي - ومن ثم ليست له الصفة الإلزامية ، فلا يوجد في

(١) راجع في ذلك : أحكام النبي (صلى الله عليه وسلم) ، د. محمد ضياء العظمي، ١٩٧٨، ص ٦٧٦. وكان الحكم هو الأعرور بن بشانة.

(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، كتاب التنظيم القضائي، علي حيدر، وفيه أن الحكم كان سعد ابن معاذ والقبيلة هي بني قريظة.

(٣) راجع : مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د. عبد الرزاق السنهوري، ج ١، ص ٧٧.

الشريعة الإسلامية نظرية عامة للعقود، كما لا يوجد بين مجموعة العقود الملزمة إلا عدد محدود من العقود المسماة تعمد نظرية العقود في الفقه الإسلامي إلى دراستها عقداً عقداً دون أن تربطها بأية وسيلة تحليلية عامة ، وأن أي عقد لا يدخل ضمن نطاق هذه العقود لا يكون عقداً ملزماً. وذهب إلى هذا الرأي فقهاء الحنفية.

وبناء على هذا الرأي اتفق الفقهاء على مايلي:

- ١- الإتفاق التحكيمي هو عقد صحيح، ولكن ليست له الصفة الإلزامية ، وبإمكان أي من فرقائه أن يطلب رده في أي وقت، طالما أن المحكم لم يباشر بعد النظر في النزاع ، بل إن بعض الفقهاء يذهب إلى اعتبار أنه لا يكسب صفته الإلزامية إلا عند إصدار القرار -الحكم- التحكيمي ، ولا يصبح الفرقاء أمام استحالة رفضه وطلب رده ، إلا في هذه المرحلة.
- ٢- الإتفاق التحكيمي لا يجرد المحاكم من صلاحيتها تجاهه ، وذلك لافتقاره إلى صفته الإلزامية تجاه الفرقاء.
- ٣- الإتفاق التحكيمي هو فوق ذلك خيار يمكن الرجوع عنه ، وأن الالتزام التعاقدي والعلاقة بين المحكم والفرقاء يرتكزان إلى تفويض حاصل من الفرقاء للمحكم^(١).

(١) راجع في ذلك: شرح فتح القدير ، لابن الهمام، ج ٥ ، ص ٥٠٠، رد المختار على الدر المختار، لابن عابدين، ج ٤، ص ٤٨٥.

الرأي الثاني:

يرى أن الاتفاق التحكيمي هو عقد غير ملزم كما ذهب إليه الرأي الأول، غاية الأمر أنه لا بد من توافر عدة شروط لصحة هذا الإتفاق. وهو رأي مجلة الأحكام العدلية ، حيث أقرت صحة الإتفاق التحكيمي بشروط أربعة هي:

- ١- لا بد من وجود نزاع واضح ومحدد.
- ٢- أن يكون الفرقاء قد اعترفوا بحصول النزاع بصورة متبادلة، وأن يتوجهوا إلى المحكم طالبين تحكيمه بالعبارات التالية: " أحكم بيننا ؛ أو أننا نصبناك حكماً ".
- ٣- تعيين المحكم بالاسم ، فلو ذكر الفرقاء أنهم عينوا حكماً هو أول شخص يلتقون به في الطريق ، أو هو أول شخص يدخل المسجد مثلاً ، فإن التحكيم يكون باطلاً.
- ٤- أخيراً ينبغي أن تتوفر في المحكم أهليته للإدلاء بالشهادة.^(١)

الرأي الثالث:

وهو يمثل الاتجاهات الحديثة في الفقه الإسلامي، ويذهب إلى أن الإتفاق التحكيمي يشكل عقداً إلزامياً. وقد ذهب إلى هذا الرأي فقهاء المذهب الحنبلي، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: " إن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص أو قياس"^(٢).

(١) راجع في ذلك : علي حيدر في تعليقه على أحكام المادة ١٨٤١ من مجلة الأحكام في درر الحكام.

(٢) انظر : فتاوى ابن تيمية ، ج ٣ ، ص ٣٣٦.

ويستدل ابن تيمية على قوله بالنقل والعقل ؛ أما النقل فقوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) ^(١). وأما العقل فإنه يقول: " إن العقود والشروط من باب أفعال العباد التي ليست من العبادات ، والأصل فيها عدم التحريم، والذي يستصحب التحليل حتى يدل دليل على التحريم، كما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم، وقوله تعالى: (وقد فصل لكم ما حرم عليكم) ^(٢) ، عام في الأعيان والأفعال، وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة ^(٣) ، فالفساد ينشأ عن التحريم ، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة. فالوفاء بالعقد -إن- واجب بالنقل والعقل؛ وبخاصة إذا توافر عنصر التراضي بين المتعاقدين ، ولا يصح العقد إلا إذا رضيه المتعاقدان ، فإذا تراضيا عليه ثبت حلاله بدلالة القرآن ، إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله ، كالتجارة في الخمر ونحو ذلك ^(٤).

ويستخلص ابن تيمية -أحد فقهاء المذهب الحنبلي- من ذلك أن أي عقد ملزم، إلا إذا اشتمل على ما حرمه الله أو حرمه رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أو كان مخالفاً للنظام العام في البلاد.

وقد علق فقهاء القانون ^(٥) على هذا الرأي بأن النظرية التي تميز بين العقود الإلزامية والعقود غير الإلزامية هي نظرية سطحية ، وأن هناك قاعدة فقهية تفرض على المسلمين احترام التزاماتهم التعاقدية ، وأن كل عقد يتضمن أي شرط مقبول بموجب الشرع الإسلامي هو عقد قانوني ، أو شرعي

(١) الآية رقم (١) من سورة المائدة.

(٢) الآية رقم (١١٩) من سورة الأنعام.

(٣) فتاوى ابن تيمية ، المرجع السابق ، ص ٣٣٤..

(٤) المرجع السابق ، ص ٣٣٦.

(٥) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، د. السنهوري ، ج ١ ، ص ٨٠.

صحيح، وبالتالي يكون ملزماً. ويستدلون على ذلك بما قاله صاحب البدائع، حيث ذكر ما نصه: " روى عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: «المسلمون عند شروطهم، فظاهره يقتضي لزوم الوفاء بكل شرط إلا ما خص بدليل، لأنه يقتضي أن يكون كل مسلم عند شرطه، وإنما يكون كذلك إذا لزمه الوفاء به، وهذا لأن الأصل أن تصرف الإنسان يقع على الوجه الذي أوقعه، إذا كان أهلاً للتصرف والمحل قابلاً وله ولاية عليه»^(١).

فالعقود بناء على ذلك تكون ملزمة، وما ذكره فقهاء المسلمين من العقود المسماة، إنما هي العقود التي يغلب أن يقع بها التعامل في زمنهم، فإذا طرأت في الحياة عقود أخرى مستحدثة توافرت فيها الشروط المقررة شرعاً، كانت عقوداً مشروعة، ومن ثم كانت ملزمة.

ويتفق هذا الرأي مع ما قرره فقهاء القانون باعتبار أن الإتفاق التحكيمي ما هو إلا عقد، أو وعد بالعقد، وكلاهما ملزم لصاحبه. فيكون الإتفاق التحكيمي ملزماً فقهاً وقانوناً.

ولهذا، فإننا نرى أن هذا الرأي هو الراجح من أقوال فقهاء المسلمين، حيث اعتمد الرأي الأول على فكرة العقود المسماة، دون النظر إلى مدى إلزامية هذه العقود، ولو لم تكن ضمن مجموعة هذه العقود، فالربط بين العقود المسماة وبين إلزامية العقود لا معنى له، إذ نجد كثيراً من العقود الحديثة لا تندرج ضمن العقود المسماة في الفقه الإسلامي، ومع ذلك تلزم أطرافها، باعتبار أن هذه العقود تحكم بالمبادئ العامة والقواعد الكلية التي أقرها فقهاء المسلمين، فكل ما يجد من صور مالية، أو غير مالية تفرضها طبيعة التطور

(١) بدائع الصنائع، للكسائي، ج ٥، ص ٢٩٥.

وظروف الحياة ، يكون مقياس الحكم عليها هو مدى انسجامها مع القواعد الأساسية التي تحكم جميع المعاملات شرعاً ، أو بعبارة أخرى فإننا نستهدي تراثنا الفقهي في حقائقه الجوهرية لا في صورته الشكلية^(١) . كما اعتمد الرأي الثاني على صحة الإتفاق دون أن يشير إلى مدى إلزاميته ، بالرغم من أن صحة التصرفات تعني إلزاميتها، أو أن الصحة طريق طبيعي للقول بأن هذه التصرفات ملزمة ، وإلا فما الداعي إذن للبحث عن مدى صحة التصرف من عدمه. ولهذا فإن القول بإعتبار الاتفاق على التحكيم ملزماً أولى بالاعتبار ، مع ما يترتب على هذا الإلزام من آثار شرعية وقانونية ، وهذا ما انتهينا إلى ترجيحه -أيضاً- في الفقه القانوني ، فالإتفاق التحكيمي ملزم فقهاً وقانوناً.

وبالله التوفيق.

(١) د. محمد الدسوقي ، التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه ، الطبعة الأولى ١٩٦٧ ، ص ١٣٠.

خلاصة وخاتمة

يمكن القول بأن التحكيم كان أحد أهم مظاهر القضاء في عصر ما قبل ظهور الدولة بشكلها الحديث ، حيث كان يعتبر الأسلوب الأمثل لحل الخلافات بين المتنازعين، باعتباره نوعاً من القضاء المكون عن طريق الإرادة المشتركة لأطراف الخلاف، وهذا القضاء -المتفق عليه- حقق العدل الأول للإنسان وأشبع رغباته باعتباره أنسب الطرق لحل الخلافات قبل معرفة القضاء المنظم، وحتى بعد هذه المعرفة ظل التحكيم يتبوأ مكانة مرموقة إلى يومنا هذا في حل كثير من خلافات المتنازعين ، نظراً للكثير من المميزات التي يتسم بها ، فضلاً عن كونه قضاء اتفاقي يتم بتراضي الأطراف عليه.

هذا ويعتبر الإتفاق على التحكيم أحد أهم مقومات الفصل في المنازعات بهذا الطريق، ولذا فإن هذا الإتفاق هو الذي يحدد كيفية السير في هذا الإتجاه ، بل ويرتب كثيراً من الآثار ، ولهذا فإن توضيح الطبيعة القانونية لهذا الإتفاق تجعلنا نقرر مدى ترتيب هذه الآثار أو عدم ترتيبها، حيث اختلفت التشريعات بشأنها، ذلك أننا وجدنا الرأي في فرنسا يذهب إلى أن اتفاق التحكيم ما هو إلا مجرد وعد يحل النزاع -إذا قام- عن طريق التحكيم ، وهذا شرط التحكيم والذي يختلف عن المشاركة التي عرفها القانون الفرنسي القديم والتي تعني الالتجاء إلى التحكيم لحل نزاع قائم ومحدد. وهذا الوعد يرتب كافة الآثار التي يربتها الوعد بالتعاقد عموماً ، سواء كان ملزماً لجانب واحد أو ملزماً لجانبين ، غير أن هذا الوعد في فرنسا لم يسلم من النقد ، بعد ظهور الحاجة الماسة للإلتجاء إلى الاتفاق على التحكيم في ظل المتغيرات الدولية الحديثة خاصة في مجال التجارة الدولية ، وهو ما حدا بفرنسا وخاصة القضاء الفرنسي إلى

الاعتراف بشرط التحكيم باعتباره اتفاقاً على التحكيم وإعطائه كافة الآثار المترتبة على هذا الاتفاق ، باعتباره اتفاقاً ملزماً ، وهذا ما نصت عليه المجموعة التجارية الفرنسية بعد ذلك .

بيد أن الاتفاق على التحكيم في القانون المصري قد سار في بداية الأمر على منهج المشرع الفرنسي في طبيعته باعتباره وعداً ، غير أنه أجاز تنفيذ هذا الوعد عيناً جبراً عن أطرافه ، بخلاف الحال في القانون الفرنسي، وظل الحال كذلك إلى أن صدر قانون التحكيم الجديد والذي وضع حداً لطبيعة الاتفاق على التحكيم، حيث ذكر هذا القانون صوراً ثلاثة لهذا الاتفاق ، فهو إما أن يكون في ذات العقد المبرم بين الطرفين بصورتيه في القانون الفرنسي^(١)، وإما أن يكون في اتفاق لاحق على هذا العقد ، بشرط الإحالة الواضحة لهذا الاتفاق اللاحق، وهو ما يعني أن الاتفاق على التحكيم في القانون المصري صادف نهاية الأمر عقداً مستقلاً له كافة الخصائص العامة للعقود ، ومنها إلزام طرفيه بما ورد فيه ، وهي النتيجة التي رجحنا أن تكون هي نهاية الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم في القانون الفرنسي. وهي ذات النتيجة التي قال بها القانون القطري^(٢) ، حيث اعتبر هذا القانون الاتفاق على التحكيم لا يخرج عن كونه عقداً له مميزاته وخصائصه التي تميزه عن غيره من العقود ، غاية الأمر أن القانون القطري اشترط أن يكون الاتفاق في وثيقة تحكيم خاصة ، لا أن تكون في العقد المبرم بين المتحاكمين كما في القانون المصري، أو أن تكون الإحالة إليها واضحة باعتبار أن شرط التحكيم جزء من العقد المبرم بين الطرفين ،

(١) راجع ص ٢٥١ من هذا البحث .

(٢) راجع ص ٢٦٠ من هذا البحث .

وهذا ما يجعلنا نقرر أن الإلزام في الاتفاق على التحكيم أظهر في القانون القطري منه في القانون الفرنسي والمصري.

ويعتبر الاتفاق التحكيمي ملزماً في الفقه الإسلامي ، بالرغم من الخلاف الواقع بين الفقهاء في ذلك، حيث اعتمد البعض على نظرية العقود المسماة ، بينما اعتمد البعض الآخر على فكرة صحة التصرفات دون القول بإلزاميتها ، ولهذا فإننا رجحنا القول الداهب إلى أن الاتفاق على التحكيم ملزم للأسباب التي ذكرناها في ثنايا البحث^(١). وهي نتيجة تترتب عليها كثير من الآثار ، أهمها فاعلية نظام التحكيم باعتباره أحد الطرق المهمة في العصر الحديث لحل كثير من النزاعات ، مما يؤدي في النهاية إلى تخفيف العبء عن المحاكم المدنية، بل إننا ننادي من هذا المنطلق إلى التشجيع إلى اللجوء إلى التحكيم في ظل مزاياه المتعددة- لحل كثير من المنازعات التي يطول أمدها أمام القضاء المنظم.

(١) راجع ص ٢٦٥ من هذا البحث.