جامعة قاصدي مرباح ورقلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون إداري

من إعداد الطالب: غدير عبد القادر

بعنوان:

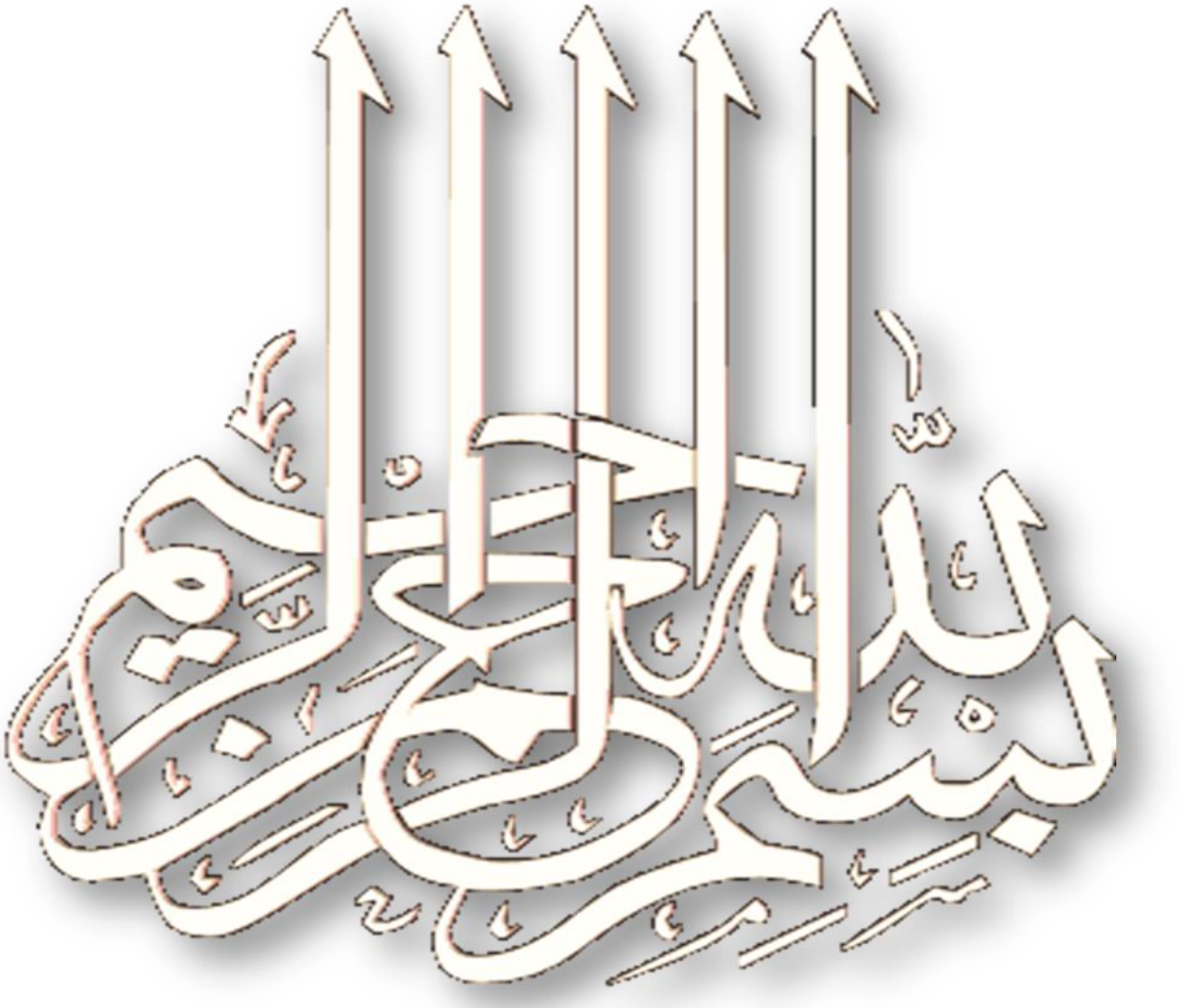
# التحكيم كإجراء بديل عن الحل القضائي بين الشريعة والقانون

نوقشت وأجيزت بتاريخ: 2013/06/16

أمام اللجنة المكونة من السادة:

| | | | |
|---|---|---|---|
| د. قريشي محمد | أستاذ محاضر (أ) | جامعة قاصدي مرباح ورقلة | رئيسا |
| د. صالحي عبد الرحيم | أستاذ محاضر (ب) | جامعة قاصدي مرباح ورقلة | مشرفا ومقررا |
| د. القاسمي عبد المنعم الحسني | أستاذ محاضر (أ) | جامعة قاصدي مرباح ورقلة | مناقشا |

السنة الجامعية: 2013/2012




وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا

يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا

سورة النساء ، الآية 35.

# *الإهداء*

إلى فخري والدي الأعزاء أغلى الناس عَليّ

وإلى زوجتي وأبنائي وإخوتي

وإلى أصدقائي

وإلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد في إنجاز هذا العمل

وإلى زملائي الطلبة

**عبد القادر**

# شكر وتقدير

الحمد والشكر لله عز وجل أولا الذي وفقني في اتمام هذا العمل

تتناثر الكلمات حبرا وودا على صفائح الأوراق

لكل من علمني ومن أزال غيمة جهل مررت بها

برياح العلم الطيبة

أبعث تحية شكر واحترام لأساتذتي الكرام وطاقم إدارة كلية الحقوق والعلوم السياسية

ومشرفي الدكتور عبد الرحيم صالحي

وأسأل الله أن يجزيه عني خير جزاء آمين.

# قائمة المختصرات

ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية

د.ط : دون طبعة

ط 1 : الطبعة الأولى

ج 3: الجزء الثالث

ج 4: الجزء الرابع

# مقدمة

## مقدمـــة:

يعتبر التحكيم وسيلة هامة لفض النزاعات ومتجذرة في أعماق التاريخ فكان سائدا في المجتمعات القديمة القبلية، حيث كان الأفراد يتوجهون إلى شيوخ القبائل لحل منازعاتهم ، وكان سائدا في المجتمعات اليونانية والرومانية وعند العرب في الجاهلية ثم بعد الإسلام ونشأ التحكيم قبل الدولة والقضاء ، وكان التحكيم وسيلة لحفظ النظام وتوازن مصالح الأفراد ، ثم تطور التحكيم وعرف في مجال التجارة الدولية منذ بداية القرن التاسع عشر اثر نجاح الثورة الصناعية وما أسفرت عنه من ظهور شركات الأموال الكبرى ، والشركات الصناعية والمصانع والمقاولات الكبرى والتي تمخضت عنها مبادلات وعقود تجارية نصت على حل نزاعاتها عن طريق التحكيم .

فالتحكيم يخفض الضغط عن المحاكم في حل النزاعات بطرق ودية ويسيرة وموفرة للوقت والجهد لان القضاء إجراءاته طويلة وشاقة ومرهقة لكاهل المتقاضين من إثبات للوقائع ورسوم قضائية ، وكذلك الفصل في النزاعات يأخذ وقتا طويلا لكثرة القضايا .

لذلك سعت العديد من الدول إلى تبني التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات ومن بينها الجزائر التي نظمته في قانون الإجراءات المدنية السابق وأعادت تنظيمه بموجب القانون الجديد في الكتاب الخامس منه في المواد من 1006 إلى 1061.

**أهمية الموضوع :**

تتمثل أهمية الموضوع في أنه يفتح الباب للأطراف لحل نزاعاتهم بطريقة ودية حيث يلجئون إلى التحكيم بمحض إرادتهم ، ويختارون المحكم الذي يثقون فيه ويحافظ على أسرارهم .

**أسباب اختيار الموضوع :**

هناك أسباب ذاتية وأسباب موضوعية لاختيار هذا الموضوع

أما الأسباب الذاتية تتمثل في ما يلي:

. رغبتنا وميولنا للبحث في هذا الموضوع ودراسته.

. رغبتنا في تبيان هذا الموضوع لتشجيع الأطراف على اللجوء للتحكيم .

أما الأسباب الموضوعية تتمثل في ما يلي:

- نظرا لأهمية وطبيعة الموضوع الذي يلعب دورا هاما في حل النزاعات وديا لاسيما في المجال الدولي.
- وكذلك لسرعة وبساطة إجراءاته .

**أهداف الدراسة :**

تهدف هذه الدراسة إلى تبيان مفهوم التحكيم، وطبيعته ونطاقه في الشريعة وفي القانون، هذا إضافة إلى تبيان شروطه، وكذلك الشروط الواجب توافرها في المحكم، وطرق الطعن في أحكام التحكيم، وحالات انتهاء التحكيم.

**إشكالية الموضوع:**

تثير معالجة موضوع التحكيم بين الشريعة والقانون الإشكالية التالية: إلى أي مدى يعتبر التحكيم كإجراء بديل عن الحل القضائي بين الشريعة والقانون؟

**المنهج المتبع:**

المنهج المتبع في هذه الدراسة هو المنهج التاريخي، والمنهج الوصفي والمنهج التحليلي والمنهج المقارن وذلك من خلال التطرق إلى التحكيم في الشريعة والقانون فضلا عن المقارنة بين القوانين الوضعية .

وسنجيب عن هذه الإشكالية وفق الخطة التالية:

سنتطرق في الفصل الأول إلى مفهوم التحكيم وشروطه ضمن مبحثين، يتناول المبحث الأول مفهوم التحكيم والمبحث الثاني أنواع وشروط التحكيم، وسنتطرق في الفصل الثاني إلى نطاق وأحكام التحكيم ضمن مبحثين: مبحث نطاق التحكيم ومبحث أحكام التحكيم.

# الفصل الأول

## مفهوم التحكيم وشروطه

# الفصل الأول: مفهوم التحكيم وشروطه

سنتناول في هذا الفصل مفهوم التحكيم وأنواعه وشروطه.

## المبحث الأول: مفهوم التحكيم

سنتناول في هذا المبحث تعريف التحكيم لغة واصطلاحا وتمييزه عن الألفاظ ذات الصلة وطبيعته في الشريعة والقانون، ومميزاته.

### المطلب الأول: تعريف التحكيم

### الفرع الأول: التعريف اللغوي:

لفظ التحكيم مصدر للفعل حَكَّم، بمعنى قضى، ويقال حكم بينهم، يحكم بالضم وحكم له وحكم عليه، وحكمه في ماله تحكيماً إذا جعل إليه الحكم فيه فاحتكم عليه في ذلك واحتكموا إلى الحاكم[1]

والتحكيم كذالك تفويض الحُكم إلى شخص ما.[2]

والتحكيم أيضا مصدر حَكّمه في الأمر والشيء، أي جعله حكما وفوض الحُكم إليه، قال الله تعالى: ﴿فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾[3] وكذلك حكّمه بينهم أي أمره أن يحكم بينهم فهو مُحَكّم.[4]

### الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي:

### أولا: في الشريعة الإسلامية :

التحكيم هو اختيار الخصمين شخصا أو أكثر غير قاض من الرعية، ويكون أهلا لذلك أي ما يصلح للقضاء للحكم بينهما برضاهما فيما تنازعا فيه، ويطبق حكم الشرع. [5]

وقد عرفه الماوردي[6] في كتابه آداب القاضي بأن يتخذ الخصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه

---

[1] محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، طبعة جديدة، تحقيق محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون للنشر، بيروت لبنان، 1995، ص62،.

[2] محمد عبد الغفار الشريف، بحوث فقهية معاصرة، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار بن حزم للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان 2001، ص344.

[3] سورة النساء، الآية 65

[4] سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري الإيمان للطباعة مصر 2000 ص19

[5] نفس المرجع السابق ص 20

[6] هو أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، فقيه الشافعي. ومن مؤلفاته «الحاوي»، «تفسير القرآن الكريم» و«أدب الدنيا والدين». توفي سنة 450 هـ.ينظر وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن ابي بكر ابن خلكان. تحقيق إحسان عباس، دار صادر للنشر، ج 3، بيروت، لبنان، 1970، ص 282.

وكذلك عرف بأنه تحاكم رجلين إلى رجل حكماه بينهما ورضياه، وكان مما يصلح للقضاء وحكم بينهما.[1]

## ثانيا: في القانون :

لقد عرف التحكيم بأنه منظمة العدالة الخاصة بفصلها تسلب المنازعات من سلطان القانون العام لتحسم بواسطة أفراد ممنوحين مهمة قضائية.

كما عرف بأنه اتفاق بين طرفين أو أكثر عن إخراج نزاع أو عدد من النزاعات بين المتعاقدين، وبمنأى عن المحاكم الرسمية والتي يبقى تدخلها محدودا للضرورة. وهذه الضرورة يقصدها في حالات تعيين المحكم من طرف المحكمة.وكما عرفه البعض بأنه وسيلة لفض المنازعات التي تنشأ عن العلاقات القانونية وهذه الوسيلة تجعل النزاع ينظر ويفصل فيه من شخص أو أشخاص يختارهم أطراف النزاع وهم المحكم أو المحكمين دون اللجوء إلى القضاء .[2]

كما عرف أيضا بأنه الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين يسمون محكمين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيق والفصل في موضوعه وقد يكون الاتفاق على التحكيم بعد نشأة النزاع ويسمى مشارطة التحكيم compromis وقد يحصل الاتفاق قبل نشأة النزاع الخاص بتنفيذ العقد على عرضه على التحكيم ويسمى شرط التحكيم clause compromissoire[3]

ومن خلال هذا التعريف نستنتج أنه قد يبرم العقد دون النص على عرض النزاع عند تنفيذ العقد على التحكيم ، و بعد ذلك يتفق الأطراف على عرض النزاع على التحكيم في اتفاق خاص.

وهذا ما يطلق عليه مشارطة التحكيم وهي كتحصيل حاصل لنشوء النزاع .

وكذلك نستنتج أنه قد يتفق الأطراف عند إبرام العقد على عرض النزاع الذي قد يحصل مستقبلا على التحكيم وهذا ما يطلق عليه شرط التحكيم أي النص عليه في بند في العقد.

ويبدو لي أنه الأصح لأن أطراف العقد يكونون على استعداد للتحكيم.

[1] فراح مناني، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية د.ط ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، عين مليلة الجزائر 2010 ص 16/15

[2] نفس المرجع السابق ، ص18/17/16

[3] نفس المرجع السابق ، ص17

وعرف أيضا بأنه اتفاق الأطراف على إقصاء خصومة معينة عن القضاء، وعرضها على محكمين ليحكموا فيها وفق قانون العلاقة القانونية محل النزاع.[1]

لقد عرف قانون التحكيم المصري رقم 27/94 في المادة 1/10 بأنه اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتقوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية .[2]

وعرف كذلك بأنه الاتفاق على إحالة ما ينشأ بين الأفراد من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع نشأ بينهم بالفعل على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين ليفصلوا في النزاع بدلا من أن يفصل فيه القضاء المختص .[3]

هو وسيلة بديلة لحل النزاعات بواسطة محكم أو محكمين.[4]

لقد عرفت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأنه عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأخيار يعين باختيارهما المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائبا عن شبهة الممالأة مجردا من التحامل وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بأن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية.

كما عرفته محكمة النقض المصرية بأنه طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية.

كما عرفته محكمة النقض بدبي بأنه: طريق استثنائي لفض المنازعات، يتعين أن يتم الاتفاق عليه صراحة كما أشار مجلس الدولة الفرنسي، إلى أن التحكيم يتمثل في سلطة القرار التي يعترف بها لطرف ثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم.

[1] حسن محمد هند ، التحكيم في المنازعات الإدارية، دط، دار الكتب القانونية، المحلى الكبرى، مصر، 2004، ص 09
[2] خالد عبد العظيم أبو غابة التحكيم وأثره فصل المنازعات ، دار الفكر الجامعي الطبعة الأولى سوتير الإسكندرية 2011ص7
[3] محمد محمود قدري التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ، دار الصميمي للنشر الرياض والتوزيع الطبعة الأولى السعودية 2009 ص21
[4] http://fr.wikipedia.org/wiki/Arbitrage_(droit) , 25/05/13 , 11:02

كما عرفته المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه: اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة.[1]

كما عرفته محكمة التميز الكويتية بأنه: عقد يتفق بمقتضاه الطرفان على عرض المنازعات التي نشأت أو تنشأ بينهما على فرد أو أفراد متعددين ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة، وهو يتم بالإيجاب والقبول ويثبت إلا كتابة لتفادي النزاع حول إثبات محتوياته .[2]

من خلال هذا التعريف نستنتج أن التحكيم عقد فيه إيجاب وقبول ويحتوي على نفس أركان العقد العادي، والعقد يكون كتابيا أي أن الكتابة ركن للإثبات ، والكتابة هنا عرفية وليست رسمية .

ونستنتج من خلال تعاريف التحكيم في الشريعة والقانون ما يلي:

- أن الأطراف يفوضون حُكمهم إلى شخص ليحكم بينهم.
- أن التحكيم طريق ودي لحل النزاعات .
- أن التحكيم عقد يتفق بمقتضاه الأطراف على عرض منازعاتهم التي نشأت بالفعل أو التي قد تنشأ في المستقبل.
- أن التحكيم يثبت كتابة لتفادي النزاع حول إثباته.

[1] فراح مناني ، نفس المرجع السابق ، ص19/18

[2] شريف الطباخ ، التحكيم الاختياري والإجباري في ضوء القضاء والفقه، ط 1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2008، ص 17

## المطلب الثاني: تمييز التحكيم عن الألفاظ ذات الصلة

سنتناول في هذا المطلب تمييز التحكيم عن القضاء والخبرة والصلح والوساطة والوكالة وهي ألفاظ ذات الصلة.

### الفرع الأول : التحكيم والقضاء

القضاء يعني الحكم الذي يفصل بالإدانة أو البراءة على سبيل الحسم والإلزام.

ويختلف القضاء عن التحكيم في عدة نقاط منها :

1 - التحكيم عقد رضائي لاختيار المحكم بخلاف القاضي، الذي يوليه الإمام الذي ينوب عن جميع المسلمين .

2 - التحكيم لا يتقيد بمكان معين خلافللقضاء الذي يتقيد بمكان القاضي، وهذا ما يعرف بالاختصاص الإقليمي .

3 - التحكيم يفض النزاع حقيقة وحكما أي بالوصول إلى الحق في الأول، وإيجاد المودة، والمحبة بين المتخاصمين بعد الحكم في الثاني (حقيقة وحكما) وهذا بخلاف الحكم القضائي الذي قد يورث الحقد والضغينة[1].

4 - المحكم له ولاية على الخصمين، وليس له ولاية على غيرهما بينما القاضي له ولاية على كافة الناس[2].

5 - إن حكم المحكم لا يتعدى إلى الغائب، ولو كان ما يدعى عليه سببا لما يدعى على الحاضر

6 - المحكم إذا ارتد عزل فإذا أسلم فلا بد من تحكيم جديد بخلاف القاضي .

7 - ينعزل المحكم بقيامة من المجلس بخلاف القاضي.

وهذه هي بعض نقاط الاختلاف بين التحكيم والقضاء حسب فقهاء المذهب الحنفي

التحكيم نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم ويسمح لهم بإقصاء منازعاتهم عن الخضوع للقضاء المخول له قانونا النظر فيها، أما القاضي فتعينه السلطة العامة في الدولة أي أنه موظف عام ، فجوهر التحكيم يتمثل في اختيار الخصوم لقاضيهم فالمحكم ليس قاضيا معروضا على الطرفين وإنما قاضي مختار من خلالهم مباشرة أو غير مباشرة.

8 - القاضي يكون ملزما بتطبيق القانون بينما المحكم فله سلطات واسعة حيث قد يفوض بالصلح بين الخصوم.

1 خالد عبد العظيم أبو غابة ، نفس المرجع السابق ، ص 19/18 .
2 زكريا أسعد حسن دراوشة ، التحكيم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في المحاكم الشرعية ، رسالة ماجستير ، جامعة الخليل فلسطين، 2008، ص 32 .

9 - القاضي تكون الدولة مسؤولة عن أخطائه مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه بينما لا تكون الدولة مسؤولة عن أخطاء المحكم لأنه ليس تابعا لها.

10 -المحكم غير ملزم بتطبيق قانون المرافعات على إجراءات الخصومة، ما لم يتفق الخصوم على خلاف ذلك، أما القاضي فهو ملزم بذلك .[1]

11 -القاضي يتقاضى مرتبا من الدولة، والمحكم يتقاضى أتعابا من الخصوم.

12 -القاضي يشترط فيه مؤهل قانوني ولا يمكن عزله إلا تأديبيا على خلاف المحكم فإنه شخص فني ويعزل باتفاق الخصوم حسب المادة 2/178 من القانون المرافعات المصري.

13 -المحكم ملزم بتطبيق القانون وقواعد العدالة (التحكيم بالصلح) باستثناء القاعدة المتعلقة بالنظام العام.
كما أن المحكم لا يستطيع توقيع جزاءات على الشهود أو إلزام الغير بتقديم مستند أو الأمر بالإنابات القضائية بخلاف القاضي .

14 -المحكم مقيد باتفاق التحكيم فلا يستطيع إدخال شخص من الغير لمصلحة العدالة إذا لم يسمح له اتفاق التحكيم بذلك وهذا خلافاللقاضي الذي له حق إدخال الغير في القضية لإظهار الحقيقة أو لمصلحة العدالة.

15 -المحكم ملزم بإصدار حكمه في المدة المحددة اتفاقا أو قانونا على خلاف القاضي الذي لم يحدد له القانون مدة معينة لإصدار الحكم.

16 -جلسات المحاكم تكون علانية بخلاف جلسات التحكيم ما لم يتفق الخصوم على خلاف ذلك.[2]

17 -لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو بالحالة الشخصية والأهلية بينما القضاء فيفصل فيها.[3]

18 - التحكيم غايته حماية المصالح الخاصة للأطراف خلافاللقضاء فغايته حماية المصلحة العامة.[4]

[1] شريف الطباخ ، نفس المرجع السابق ، ص 23/22 .
[2] فراح مناني ، نفس المرجع السابق ص 65/64
[3] حسن محمد هند ، نفس المرجع السابق ، ص 10
[4] شريف الطباخ ، نفس المرجع السابق ، ص 36 .

## الفرع الثاني: التحكيم والخبرة

الخبرة هي العلم والمعرفة بباطن الأمور والخبير هو المختص في علم معين من العلوم أو الفنون ويبدي رأيه في موضوع معين طلبه منه القاضي أو المحكم ويختلف التحكيم عن الخبرة في نقاط منها:

1 -رأي الخبير غير ملزم للخصوم وللقاضي، أما حكم المحكم إذا صدر صحيحا فهو ملزم للخصوم حتى وإن خالف رغباتهم الشخصية.[1]

2 -المحكم يقوم بوظيفة القضاء، ويحسم النزاع بين الخصوم ورأيه يفرض عليهم بينما الخبير يكلف بما يطرح عليه من مسائل.

3 -المحكم يصدر حكمه مقيدا بالأوضاع والمواعيد والإجراءات المقررة في باب التحكيم، بينما الخبير يكتب تقريرا ولا يتقيد بالإجراءات والمواعيد المقررة في قانون الإثبات.[2]

4 -المحكم يباشر مهمته دون وجود قضية أمام المحكمة، ودون حكم بندبه منها بينما الخبير يباشر مهمته بوجود قضية أمام المحكمة وبحكم بندبه منها.[3]

5 -الخبير يبدي رأيه في الوقائع دون القانون خلافللمحكم الذي يلزم بإبداء رأيه في الوقائع وفي القانون على الرغم من أن المحكم لا يكون بالضرورة شخصا قانونيا.

6 -الخبرة لا تقتضي وجود مُشارطة أو شرط رضائي، بخلاف التحكيم الاختياري الذي يفترض وجود مشارطة أو شرط التحكيم أي أن الخبرة تقتضي وجود نزاع لممارستها بخلاف التحكيم الذي يقتضي وجود نزاع قائم (مشارطة) أو نزاع يحتمل وقوعه في المستقبل (شرط).

7 -لا يجوز الطعن في تقرير الخبير مباشرة بخلاف حكم المحكم الذي قد يجوز الطعن فيه.

[1] خالد عبد العظيم أبو غابة، نفس المرجع السابق، ص 19 ، 20.
[2] شريف الطباخ ، نفس المرجع السابق ، ص 21
[3] فراح منانى ، نفس المرجع السابق ، ص 67

## الفرع الثالث: التحكيم والصلح

"الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه".[1]

ويختلف التحكيم والصلح فيما يلي :

1 -في التحكيم يحق للخصوم الرجوع بالفسخ ما لم يصدر المحكم حكمه فإذا صدر صار ملزما لا يصح الرجوع بالإرادة المنفردة لأحد أطرافه بخلاف عقد الصلح فإنه ملزم منذ إبرامه متى كان العقد صحيحا مستوفيا لأركانه وشروطه فليس لأي طرف حق الرجوع إلا بتراضي الطرف الآخر.[2]

2 -في التحكيم لا يتنازل الأطراف عن الحق أو جزء منه، فهو يهدف إلى إيصال الحقوق إلى مستحقيها، وهذا بخلاف الصلح الذي يتضمن النزول عن بعض الحقوق.[3]

3 -الصلح يتم بين الخصوم أنفسهم أو من ينوب عنهم ، أما التحكيم فإن المحكم يقوم بمهمة القاضي ، فيصدر الحكم سواء راضي الخصم أم أبى.

4 - عقد الصلح لا يقبل الطعن لأنه ناشئ على أساس تراضي الطرفين بينما حكم المحكم يجوز الطعن فيه بالطرق المقررة قانونا إذا لم يرض أحد الخصوم عن حكم المحكم وشعر أنه مغبون.[4]

5 -في عقد الصلح التنازل عن الحق معلوم قبل تمامه بينما في التحكيم تتعذر معرفة ما قد يمكن أن يحكم به المحكم.

6 -عقد الصلح غير قابل للتنفيذ في حد ذاته إلا إذا تم في صورة عقد رسمي أو تم أمام المحكمة، بينما حكم المحكم يكون قابلا للتنفيذ بإتباع القواعد العامة وبعد الحصول على الأمر بتنفيذه[5].

[1] المادة 459 من القانون المدني النص الكامل وتعديلاته إلى غاية 13 ماي 2007 مدعم بالاجتهاد القضائي . طبعة 2009/2008 منشورات بيرتي الجزائر 2008
[2] خالد عبد العظيم أبو غابة ، نفس المرجع السابق ، ص 21/20
[3] نفس المرجع السابق ص 21
[4] زكريا أسعد حسن دراواشة ، نفس المرجع السابق ،ص 36/35
[5] شريف الطباخ ، نفس المرجع السابق ، ص 22/21

## الفرع الرابع: التحكيم والوساطة

إن القاضي ملزم باقتراح الوساطة على أطراف الدعوى في جميع القضايا المطروحة أمامه باستثناء قضايا شؤون الأسرة و القضايا العمالية أو القضايا التي قد تمس بالنظام العام.

وتختلف الوساطة عن التحكيم في ما يلي:

1 - حكم المحكم يتمتع بقوة إلزامية في مواجهة أطراف التحكيم بخلاف التوصيات أو الاقتراحات التي يصل إليها الوسيط.

2 - المحكم يحسم النزاع دون أن يشارك الأطراف في هذا الحل، أما الوسيط فيعتمد بالأساس على التفاوض وتبادل الاقتراحات فيما بين أطراف النزاع حتى يصل في الأخير إلى بلورة حل مرضي ومقبول من جميع الأطراف.

3 - في التحكيم لا يمكن للأطراف معرفة الحل الذي سيقدمه المحكم، بينما في الوساطة يكون الأطراف يعرفون الحل المقترح من الوسيط.

4 - في التحكيم إذا شرع المحكم في السير فيه فإنه لا يتراجع عنه، أما في الوساطة فيستطيع الأطراف أن يتراجعوا عنها ويلجئوا إلى التحكيم أو القضاء.

5 - في التحكيم يتحرر الأطراف من مسؤولية البحث عن الحلول ، بينما في الوساطة فالبحث عن الحل يدور حول الإرادة ومشاركة الأطراف[1] .

6 - التحكيم يبادر به أطراف النزاع في اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم بينما الوساطة يبادر بها القاضي ويكون مجبرا على عرضها.[2]

7 - التحكيم غير خاضع للقاضي إلا إذا طعن في حكمه بينما الوساطة فيبقى القاضي يتمتع بجميع سلطاته ويراقب سيرها ويسهل مهمة الوسيط بالتدابير اللازمة، ويأمر بوقفها تلقائيا إذا رأى عدم جدواها وترجع القضية إلى الجلسة.[3]

[1] شريف الطباخ ، نفس المرجع السابق ، ص 23، 24، 25.
[2] المادة 994 من القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .
[3] عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، ترجمة للمحكمة العادلة ، تقديم وزير العدل حافظ الأختام السيد الطيب بلعيز ، د.ط ، موفم للنشر الجزائر 2009، ص 415، 416 .

## الفرع الخامس: التحكيم والوكالة

الوكالة هي أن يقوم الإنسان باختيار غيره ليقوم مقامه في التصرف جائز معلوم وقابل للنيابة.

وهي عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل أن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل المادة 669 من القانون المدني المصري.[1]

وهي كذلك عقد يفوض بمقتضاه شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه.[2]

ومن هنا يختلف التحكيم عن الوكالة فيما يلي:

1 -التحكيم يقوم به شخص أجنبي عن الخصوم، ولا يخضع إلى للقانون والضمير، بينما في الوكالة فإن الشخص يوكل شخصا آخر ولا يباشر عمله إلا بإذنه (الموكل).

2 -الوكيل يعمل باسم ولحساب الموكل ولا يجوز له التصرف إلى في مصلحة الموكل لذا يلتزم بتعليماته ، وفي حدود الوكالة وإلا كان وحده المسؤول، بينما المحكم له صفة القاضي أي أن له مجمل الصلاحيات بمجرد اختياره وقبوله للمهمة ، والخصوم لا يصدرون تعليمات للمحكم .

أما إذا كان عدد المحكمين ثلاثة فهنا يثور مسألة التميز بين الوكيل والمحكم، فالبعض قال إن صفة المحكم تثبت للمحكم الثالث أما الآخرين فاعتبروهما وكلاء للخصوم .[3]

[1] شريف الطباخ ، نفس المرجع السابق ، ص 25
[2] المادة 571 من القانون المدني الجزائري .
[3] شريف الطباخ ، نفس المرجع السابق ص 26/25

## المطلب الثالث: تكييف طبيعة التحكيم ومميزاته

سنتطرق في هذا المطلب إلى موقف الشريعة والقانون من طبيعة التحكيم، ونقسم هذا المطلب إلى فرعين فالأول التكييف الشرعي والتكيف القانوني للتحكيم والفرع الثاني مميزات التحكيم.

### الفرع الأول: التكييف الشرعي والقانوني للتحكيم

### أولا : التكييف الشرعي للتحكيم :

جعلت الشريعة الإسلامية اتفاق التحكيم –سواء في شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم– موقعا متميزا فاعتبرته بعض الآراء الفقهية المعاصرة عقدا إلزاميا حيث إن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ولا يحرم ولا يبطل منها إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص أو قياس، كما جاء في قوله عز وجل:﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾.[1]

والعقود والشروط ليست من العبادات والأصل فيها عدم التحريم وقال تعالى:﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ﴾[2]. فإذا لم تكن فاسدة فهي صحيحة.

واعتبره بعض الفقهاء عقداً صحيحا ولكنه ليس إلزاميا ، ولا يجرد المحاكم من صلاحياتها تجاهه لافتقاره إلى صفته الإلزامية نحو الفرقاء، وأنه خيار يمكن الرجوع عنه فالالتزام التعاقدي والعلاقة بين المحكم والفرقاء ترتكزان على تفويض حاصل[3]

وفي الفقه الإسلامي وبعد تطور العمليات التجارية وتعقدها أصبح يدرج التحكيم وينص عليه في العقد (شرط التحكيم) لأنه يعتبر صحيحا ولا يخالف الشريعة الإسلامية "فلا يحل حرما ولا يحرم حلالا " كذلك لا ينافي محتوى العقود ولو أدرج قبل نشوء النزاع وفيه مصالحة للطرفين ، حيث يحق الحق بطريقة سريعة عن القضاء .

وكذلك التحكيم شرط مدرج في العقد ولا يتجزأ منه وهو تطابق الإرادتان على الفصل في النزاع أي كان نوعه[4]

وحسب ما سبق فإن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية لأنه فيه إيجاب وقبول مثله مثل العقد وأركانه مثل أركان العقد من تراضي ومحل وسبب.

[1] سورة المائدة، الآية الأولى
[2] سورة الأنعام ، الآية 119
[3] سيد أحمد محمود ، نفس المرجع السابق ص 56.
[4] نفس المرجع السابق ،ص57

## ثانيا: التكييف القانوني للتحكيم

### 1 -الطبيعة التعاقدية:

اعتبر التحكيم عقدا رضائيا ملزما للجانبين ، ويرى أصحاب هذا الرأي أن حكم التحكيم جزء لا يتجزأ من اتفاق التحكيم بل أنه يندمج فيه، ويرون أن التحكيم يقوم أصلا على عمل من المحكمين وهو اتفاق التحكيم وعمل من المحكم وهو الفصل في النزاع .

ويرون كذلك أن المحكم يقوم بتنفيذ اتفاق التحكيم، و هكذا فإن اتفاق التحكيم يستغرق عملية التحكيم ذاتها.

ويرون كذلك أن التحكيم يقوم على أساس إرادة الأطراف وهذا ما يفسر الطابع التعاقدي للتحكيم ، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الرأي ، وهذا بموجب حكمها الصادر في 27 جويلية 1937 الذي قضى بأن قرارات التحكيم الصادرة على أسس مشارطه التحكيم وحدة واحدة مع هذه المشارطة وتشاركها في صفتها التعاقدية .[1]

ويرون كذلك أن عملية التحكيم تتمثل في شكل هرم قاعدته الاتفاق وقمته الحكم ، حيث يسوي النزاع حسبهم أن التحكيم مجرد عنصر تبعي يقوم بتحديد لمحتوى العقد بمعرفة غير المتعاقدين.

وإذا اتفق الخصوم على التحكيم فيعني أنهم تنازلوا ضمنيا عن الدعوى القضائية مخولين المحكم سلطة مصدرها إرادتهم فهي ليست سلطة قضائية.[2]

[1] فراح مناني ، نفس المرجع السابق ، ص36
[2] حسن محمد هند ، نفس المرجع السابق ، ص 47/46

ويعتبر النائب العام مارلين Merlin وهو أول من تبنى هذه النظرية ورأى أن المحكمين ليسوا قضاة لديهم سلطة عامة وإنما تحركهم إرادة الأطراف فاتفاق التحكيم هو الأساس الذي يعتمد عليه المحكم .[1]

ويرون كذلك أن التحكيم ليس قضاء وأحكامه ليست قضائية، وصدور أوامر التنفيذ من المحاكم ليست أعمالا قضائية دقيقة، بل هذه الأوامر تجعل أحكام التحكيم سندا تنفيذيا واجب النفاذ، وهي مرتبطة في مصيرها وتفسيرها بعقد التحكيم حتى بعد صدور هذه الأوامر.

وكذلك يبررون موقفهم، بأن مصدر سلطة المحكم إرادة الأطراف وليست السلطة العامة.[2]

لأنهم يرغبون في التصالح وحل نزاعهم بطريق ودي، وهذا بإحلال تقدير شخص ثالث وهو المحكم محل تقديرهم وقبولهم لهذا التقدير.[3]

وكذلك حكم المحكمين لا يمكن أن ينفصل عن إرادة الأطراف فالتحكيم جوهره هو التقاء إرادة المحتكمين قرار المحكم.[4]

**نقد النظرية التعاقدية:**

رغم وجاهة هذه النظرية إلا أنها لا تخلو من بعض الانتقادات ومنها ما يلي :

- المبالغة في إعطاء إرادة الأطراف الدور الأساس، لأن الأطراف لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم، وإنما يطلبون الكشف عن إرادة القانون في الواقعة المعنية ولا يكترث إلى اتجاه إرادة الأطراف إلى ذلك.
- إن حكم المحكم لا يضفي الطابع التعاقدي على التحكيم، لأن المحكم ملزم باحترام قواعد النظام العام، وكذلك عديد القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية ومنها مثلا احترام حقوق الدفاع، وأن يكون حكم المحكم على مقتضى قواعد.
- استند أصحاب هذه النظرية إلى اختلاف أحكام القانون بين التحكيم والقضاء يرجع في الواقع إلى علة واحدة وهما أن المحكم عندما يقوم بمهمته ذات الطابع القضائي لا يمثل الدولة ، ولهذا فمن الطبيعي أن يختص القاضي ببعض الأحكام القانونية التي تختلف على المحكم .

[1] حسن محمد هند ، نفس المرجع السابق ، ص 47
[2] شريف طباخ ، نفس المرجع السابق ، ص 36
[3] فراح مناني ، نفس المرجع السابق ص 36
[4] حسن محمد هند ، نفس المرجع السابق ، ص 48

- يثير الخلاف بصدد تأصيل طبيعة العلاقة التي تربط أطراف التحكيم بالمحكمين ، حيث أصّلها البعض على أنها وكالة ، أي المحكم وكيلا عن الخصوم باعتبار أن سلطته لا تثبت إلا باتفاق الأطراف ،بينما أصّلها البعض الأخر بأنها إجازة عمل على أساس أن الأفراد يتفقون مع المحكم على إجازة عمله ويترتب عن ذلك حقوق والتزامات متبادلة .
- رغم التأييد القضائي في فرنسا للطبيعة التعاقدية للتحكيم إلا أن ذلك لم يجد صدى واسع في أحكام القضاء الفرنسي إلا في القليل من الأحكام وهذا ما يدل على عدم وضوح ورسوخ هذه الطبيعة في فرنسا.[1]
- لا يوجد عقد إجرائي ، فالإجراءات هي الوسيلة الفعالة لتحقيق فاعلية القواعد الموضوعية التي تنظم العلاقات القانونية .
- طرق الطعن المقررة لأحكام المحكمين لا تكون إلا للأعمال القضائية.
- إرادة الأطراف لا يمكنها أن تولد آثارا إجرائية كالتي تترتب على المحكم.[2]
- وقد انتقدها أصحاب النظرية المستقلة للتحكيم كما سنرى ذلك لا حقا أن الطبيعة التعاقدية لا تمثل جوهر التحكيم، حيث يوجد تحكيم إجباري وتعيين المحكم قد لا يتم بواسطة الأطراف بل عن طريق المحكمة المختصة أو عن طريق مراكز التحكيم الدائمة.[3]

[1] فراح مناني ، نفس المرجع السابق ، ص 39/38.
[2] حسن محمد هند ، نفس المرجع السابق ، ص 50/49.
[3] شريف الطباخ ، نفس المرجع السابق ، ص 40 .

## 2 -الطبيعة القضائية

يرى أصحاب هذه النظرية أن الصفة أو الطبيعة القضائية تغلب على طبيعة التحكيم لأن حسب رأيهم قضاء إلزاميا للخصوم عندما يتفقوا عليه، وأن عمل المحكم مثل السلطة القضائية.

ويرون كذلك أنه إذا كان اختيار التحكيم وسيلة لحسم النزاع يتم بعمل إرادي من طرفيه فإن الالتجاء إلى القضاء يتم بعمل إداري بجانب أحدهما (أي أن يرفع أحدهما دعوى قضائية ضد خصمه) .

وقد يتفق الأطراف على النزول عن الخصومة بعد رفعها ، وهذا دليل على أن ما تؤديه إرادة الخصوم من دور في طرح النزاع على التحكيم بدلا من القضاء ليس له أثر على حقيقة الوظيفية التي يؤديها التحكيم من كونها وظيفة قضائية كوظيفة الدولة .[1]

وكذلك يحل محل قضاء الدولة الإجباري، وأن المحكم لا يعمل بإرادة الأطراف وحدها وأن عمل المحكم عمل قضائي مثله مثل العمل القضائي الصادر عن السلطة القضائية.

ومتى أُتّفق على التحكيم فإنه يكون الوسيلة الإجبارية لحماية الحق بتدخل من السلطة العامة والإجبار من جانبها، وسلطة الإجبار تأتي في التحكيم من اتفاق الخصوم عليه وإقرار السلطة العامة له ، فاتفاق التحكيم هو مصدر قضاء التحكيم الإلزامي واتفاق التحكيم يحل قضاء التحكيم محل قضاء الدولة في حماية الحقوق ويكون إلزاما مثل قضاء الدولة فالتحكيم اتفاق ثم إجراءات تحل محل الإجراءات القضائية بنص القانون ثم حكم شأنه شأن الحكم الصادر من السلطة القضائية في الدولة.[2]

وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بأن حكم المحكمين قضاء يفصل في خصومة وله حجيته إلا أنه عمل قضائي ذو طبيعة خاصة .[3]

[1] فراح مناني ، نفس المرجع السابق ، ص 40 .
[2] شريف الطباخ ، نفس المرجع السابق ، ص 38.
[3] نفس المرجع السابق ، ص38، 39 .

ويستند أصحاب هذه النظرية على الحجج التالية :

- إن حكم المحكم يحوز حجية الشيء المقتضي به وينفذ تنفيذا إجباريا بعد صدور الأمر بالتنفيذ مثل الحكم القضائي كما نصت على ذلك معظم القوانين.
- إطلاق اصطلاح الأحكام على أحكام المحكمين والأحكام القضائية وما ذهب إليه القانون الفرنسي الجديد ، من إطلاق لفظ محكمة التحكيم على المحكم أو المحكمين بالإضافة إلى القواعد التفصيلية التي أوردتها القوانين لتنظيم الخصومة في التحكيم وإجراءات سيرها وذلك بشكل يتطابق مع القواعد الموضوعة أصلا للخصومة القضائية .
- إن التجاء الخصوم إلى التحكيم يُعّبر عن إرادتهم في إعطاء المحكم سلطة قضائية.[1]

## نقد النظرية القضائية:

لم تسلم هذه النظرية من الانتقادات وهي كالآتي:

- يصعب إلحاق أحكام التحكيم بأحكام القضاء جملة واحدة لأن هناك اختلاف بين المحكم والقاضي. لأن الأخير وظيفته عامة، ويتمتع بالدوام والاستقرار والحصانة، وله سلطة الأمر والإجبار ولا يتدخل الخصوم في اختياره بعكس المحكم.
- إن التشبيه بين نظامي التحكيم والقضاء يقوي مركز التحكيم إلا أنه أسبق من القضاء في الوجود.
- إن الدعوى ببطلان حكم المحكم تتصل في مجموعها بحالات تعيب عقد التحكيم أو تنكره ، وهذا ما يثير الشك في الصفة القضائية لحكم التحكيم ومما يبرر ذلك وقف تنفيذ حكم المحكم عند رفعها.[2]
- إن المحكم لا يتمتع بصفة الأمر لأنه يقوم بمهمة وقتية ولا يعد منكرا للعدالة على خلاف القاضي وهذا إذا ما توافرت إحدى حالاتها، وهذا ما لا يمكن معه إضفاء صفة القضاء على التحكيم[3] .

[1] فراح مناني ، نفس المرجع السابق ، ص 42/41 .
[2] نفس المرجع السابق ، ص 44/43 .
[3] حسن محمد هند ، نفس المرجع السابق ، ص 52 .

## 3 -الطبيعة المختلطة للتحكيم

يرى أصحاب هذه النظرية أن التحكيم ذو طبيعة مزدوجة ويرصدون هذه الطبيعة من خلال رصدهم للتأثيرات المزدوجة في هذا النظام أي فكرة العقد وفكرة القضاء ، إذا كان التحكيم هو نتيجة للتوتر المستمر بين مقتضيات احترام سلطات الإرادة ومقتضيات الانصياع لأحكام التنظيم القانوني للمجتمع بأنه يبدأ وكأنه حل يقيم التوازن بين هذين التناقضين ، ذلك لأنه يتمثل من ناحية فكرة العقد التي تحسب مبدأ سلطان الإرادة ومن ناحية أخرى يتمثل في فكرة القضاء أي يكون اقتضاء الحق في حالة نشوب النزاع عن طريق الانصياع لحكم القانون والعدالة.

أي أن التحكيم ليس اتفاقا محضا ولا قضاء محضا وإنما هو نظام يمر بمراحل متعددة يلبس في كل منها لباسا خاصا ويتخذ طابعا مختلففهو في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي أخره حُكم .[1]

ويرون كذلك أن التحكيم مزدوج من العقد والقضاء، فهو يبدأ تعاقديا ويصبح قضائيا عندما يصدر القاضي أمراً بتنفيذه، أي أنه يتكون من عنصر اتفاقي في أصله وعنصر قضائي في وظيفته .[2]

وكذلك يستند أصحاب هذه النظرية إلى أن إرادة الأطراف لها دور في التحكيم ، ويجب احترام سلطان الإرادة ، كما أنه ينتهي بحكم تسبقه مجموعة من الإجراءات يرجع فيها إلى أحكام التشريع الخاص بالتحكيم.

[1] حسن محمد هند ، نفس المرجع السابق ، ص 53 .
[2] شريف الطباخ ، نفس المرجع السابق ، ص 39 .

وكذلك يرون أن التحكيم ذو طبيعة مركبة ، فالصفة التعاقدية مردها إلى تعاقد الأطراف على حل النزاع بواسطة المحكم أو المحكمين ، والصفة القضائية مردها حسم النزاع بواسطة المحكمين بحكم قضائي بدلا من حسمه بواسطة المحكمة المختصة وتكتسي أحكام المحكمين الصفة القضائية حسبهم بعد إصدار الأمر بالتنفيذ والصيغة التنفيذية عليها [1]

**نقد النظرية المختلطة للتحكيم**

وجهت انتقادات لها وهي كالآتي :

- إن التحليل القانوني بسبب أن لا يقف عند التحكيم ذو طبيعة مختلطة أو خليط غير متجانس ، فهذا يعتبر اعتراف بالعجز ومحاولة للهروب من مواجهة الحقيقة بأبعادها المتعددة ، فالواجب في مواجهة مثل هذه الحقائق المركبة محاولة تحليلها لردها إلى عناصرها المميزة ومحاولة تحديد دور كل عنصر ومظاهره في كل مرحلة من المراحل المختلطة .

- تؤدي الطبيعة المختلطة للتحكيم إلى خلط بين حجية حكم التحكيم وبين قوته التنفيذية ، فحجية الأمر المقضي تثبت له بمجرد صدوره وهي أمر آخر غير القوة التنفيذية التي لا يجوزها حكم التحكيم إلى بصدور أمر قضائي بتنفيذه[2].

- اختارت هذه النظرية الحل الأسهل ولم تتصد للمشكلة .
- أخذت هذه النظرية بالفكرة التحويلية من عقد إلى قضاء ، وهذا يعد هروبا من المشكلة .
- الطبيعة المختلطة لا معنى لها إذ يجب تحديد هذه الطبيعة[3] .

[1] حسن محمد هند، نفس المرجع السابق ص 54/53
[2] فراح مناني، نفس المرجع السابق، ص46/45.
[3] حسن محمد هند ، نفس المرجع السابق ، ص 54 .

## 4 -الطبيعة المستقلة للتحكيم

يرى أصحاب هذه النظرية أن التحكيم له مميزاته الخاصة لحل النزاعات على الرغم من أنه يستقل عن القضاء إلا أنه ليس قضاء ويستقل عن العقد فالعقد ليس جوهره ، ويُدعّمون رأيهم بالتحكيم الإجباري وكيفية تعيين المحكمين .

ويرونه كذلك أداة قانونية لحل المنازعات ويختلف عن الصلح والقضاء، حيث يهدف إلى تحقيق العدالة بشكل يختلف عن الوسائل الأخرى.[1]

ويرى بعضهم أن التحكيم له طبيعة خاصة وذاتية مستقلة تميزه عن العقود وكذلك عن الأحكام القضائية ، وهو أداة متميزة لحل المنازعات فيه اتفاق وفيه قضاء وفيه ما يميزه عنهما ، وليس هناك ما يبرر الزج به في أحضان أنظمة قانونية مشابهة له في أمور مخالفة له في أمور أخرى .

ويرى بعض الشراح أن التحكيم ذو طبيعة خاصة ، لأن أصحاب الطبيعة التعاقدية لم يستطيعوا أن يتفقوا على طبيعة هذا العقد هل هو عقد من عقود القانون العام أم عقد من عقود القانون الخاص ، وهل هو عقد ينظم الشكل أو ينظم الموضوع ، حتى الذين قالوا إنه عقد من عقود القانون الخاص اختلفوا في تحديد ماهية ذلك العقد فتارة يرون بأنه عقد عمل وتارة يرونه عقد وكالة.[2]

كذلك أصحاب الطبيعة القضائية للتحكيم لم يستطيعوا التخلص من اعتبارات النظام القضائي الداخلي، فالبعض يرى أنه مجرد بطانة القضاء الوطني والبعض الآخر يرى أنه تفويض صادر من الدولة المحكم لإقامة العدالة بين الخصوم.

أما أصحاب الطبيعة المختلطة للتحكيم فموقفهم فيه نوع من الهروب للتصدي الجدي لمشكلة تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم.

وللبحث في مسألة استقلالية التحكيم يجب حصر العناصر ذات الطابع الإرادي للتحكيم وتمييزها عن العناصر ذات الطابع القضائي ، بحيث في النهاية يمكن تحديد مدى تداخل العناصر التعاقدية والعناصر القضائية في تكوين نظام التحكيم وإعطائه طبيعته الذاتية المستقلة ، فالجهد لا يتوقف على محاولة إذابة أحد العنصرين في آخر أو محاولة المزج بينهما وإنما تحليلها تحليلا دقيقا يكشف عن الخصائص المميزة لكل منهما .

[1] شريف الطباخ ، نفس المرجع السابق ، ص 39/ 40 .
[2] فراح منانى ، نفس المرجع السابق ، ص 46 .

فاتفاق التحكيم وإن كان عقدا له الخصائص العامة للعقود إلا أنه تميز عنها بهدفه وموضوعه ، فهدفه تسوية النزاع الناشئ عن علاقة قانونية سابقة وموضوعه إقامة كيان عضوي (فردا أو هيئة) ترفع إليه ادعاءات الأطراف للفصل فيها مستقلا عنهما .

أما عن عمل المحكم فهو حتما حسم النزاع وفقا المبادئ العامة التي يضعها النظام القانوني مثل مبدأ المساواة ومبدأ المواجهة. فالمحكم عليه أن يطبق الشروط الواردة في اتفاق التحكيم مثله مثل القاضي عندما يطبق شروط عقد معين ، فالمحكم يتعرف على حدود المنازعات التي تدخل في ولايته ويتعرف على القواعد الإجرائية والموضوعية الواجبة الإعمال في صدد النزاع وعلى ذلك يكون اتفاق التحكيم مصباحا لأداء الوظيفة القضائية للمحكم .

كما يرون أنه في ظل الطبائع المتعددة للتحكيم يكون عرضة للبس والخلط لأنه من الصعب وضع معيار واحد يمكن من خلاله تحديد طبيعة التحكيم.

وهذا ما يؤيد الطبيعة المستقلة للتحكيم ، ويستقي التحكيم هذه الطبيعة من خلال وجود أساسه في أنظمة ولوائح هيئات ومراكز التحكيم الدائمة عبر مختلف العالم والتي يلجأ إليها الأطراف في صورة ما يعرف بالتحكيم النظامي وليس في القوانين الداخلية للدول فقط وكذلك ما تتضمنه المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم ثنائية كانت أم جماعية ، وكذلك نماذج القوانين الدولية الموضوعة من قبل هيئات دولية وقرارات المنظمات الدولية.[1]

## الفرع الثاني: مميزات التحكيم

من خلال ما سبق تتضح مميزات التحكيم وهي كالآتي :

1 - التحكيم يعد بديلا لنظام التقاضي، وهو ما يرتب بالضرورة انتهاء الخصومة مجرد صدور أحكام المحكمين.

2 - التحكيم يعطي حرية في تحديد المحكمين الذين ينظرون في النزاع والقانون لا يشترط فيهم أن يكونوا قضاة بل يكفي أن يكونوا أشخاصا عاديين لهم خبرة بموضوع النزاع[2].

3 - السرعة في فض المنازعات لأن المحكمين يكونون متفرغين للفصل في خصومة واحدة .

[1] فراح مناني ، نفس الرجع السابق ، ص 47 / 48 .
[2] خالد عبد العظيم أبو غابة ، نفس المرجع السابق، ص 8

4 -الاقتصاد في المصاريف: حيث نفقات التحكيم أقل من نفقات الرسوم القضائية وأتعاب المحاماة وإجراءات التنفيذ .

5 -السرية، حيث إن ملفات الخصومة تبقى تحت علم المحكمين حصرا.

6 - بساطة الإجراءات .

7 -اطمئنان الأطراف حيث يأتي الحكم في أغلب الأحيان أقرب ما يكون للتراضي لأنه من محكمين حائزين على ثقة الجميع ، فالحكم يؤدي إلى وأد الخصومة والمشاحنات وبالتالي تطمئن النفوس ويرضى الأطراف وتعاد العلاقات الطيبة[1] .

[1] فراح منانى ، نفس المرجع السابق ص 32/31

## المبحث الثاني : أنواع وشروط التحكيم

سنتطرق في هذا المبحث إلى أنواع التحكيم والشروط المتعلقة بموضوع التحكيم والشروط الواجب توافرها في المحكم

## المطلب الأول: أنواع التحكيم

## الفرع الأول: التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي

يعد هذا النوع من أهم تقسيمات التحكيم

**1 -التحكيم الداخلي:**

يعني هذا النوع أنه يتوجب فيه تطبيق القانون الداخلي وتجتمع كل عناصره في نفس الدولة ، وهذا من حيث موضوع النزاع وجنسية الأطراف والمحكمين ، ومقر إقامتهم ، والقانون المطبق ومكان التحكيم .[1]

**2 -التحكيم الدولي :**

ويعني هذا النوع أنه يكون في مجال علاقات التجارة الدولية والمصالح الخارجية لأطراف النزاع[2] ويكون دوليا عندما لا يخضع لدولة واحدة في كل عناصره سواء من حيث طبيعة النزاع أو شخصية الأطراف أو المحكمين أو مكان التحكيم أو إجراءاته[3] .

وهو الذي يتعلق بمنازعات التجارة الدولية يكون أحد أطرافه شخصا طبيعيا أو معنويا .[4]

وقد ترك التحكيم الدولي كل شيء إلى إرادة الأطراف بالاتفاق الذي يحكم جميع المسائل المتعلقة بالتحكيم[5]

وأمثلة التحكيم الدولي كثيرة ومنها :

قضية الصيد في المحيط الأطلسي الشمالي في النزاع البريطاني الأمريكي وصدر القرار التحكيمي في 1910/09/17.

وقضية الخلاف الحدودي بين الجزائر والمغرب ، حيث شكلت لجنة التحكيم على هامش انعقاد مؤتمر أديسا أبيا سنة 1963 ، اختارت مدينة باماكو المالية للشروع في مهامها خلال جانفي 1964 .

[1] شريف الطباخ نفس المرجع السابق ، ص 31
[2] فراح مناني ، نفس المرجع السابق ، ص 53
[3] شريف الطباخ نفس المرجع السابق ، ص 31
[4] Yahia AMNACHE, article : « L'arbitrage international en droit algérien », el Watan, du 25 septembre 2006. p.1
[5] LA RÉFORME DU DROIT DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL , Antoine Kassis , l'harmattan ,paris France 2008 page 10

وكذلك عرض النزاع المصري الإسرائيلي حول مصير منطقة طابا على محكمة التحكمية مشكلة من خمسة أعضاء اجتمعت في جنيف بمقتضى اتفاق 1986/09/10 وهذا تطبيقا لنص المادة 07 من اتفاقية كمبد دايفيد للسلام في 1979/03/26. [1]

## الفرع الثاني : التحكيم الإجباري والتحكيم الاختياري

### 1 -التحكيم الإجباري :

أي أن بعض القوانين تلزم عرض بعض النزاعات وجوبا على التحكيم . ومثال ذلك ما نص عليه قانون الضمان الاجتماعي ومنازعات العمل الجماعية في القانون اللبناني، ويعد هذا التحكيم بلا اتفاق تحكيم أصلا [2] ، وكذلك القانون السوري يلزم اللجوء إلى التحكيم في منازعات العمل .

والتحكيم الإجباري يعني انعدام الإرادة التي هي جوهر التحكيم، وهذا يعد منافيا للأصل، وهذا النوع لم يعد موجودا خاصة بعد انهيار الأنظمة الاشتراكية .[3]

### 2 -التحكيم الاختياري :

وهذا بناء على اتفاق أطراف النزاع وبمحض إرادتهم الحرة في اللجوء إلى التحكيم واختيار المحكمين والإجراءات والقواعد التي تطبق على التحكيم ، فالقانون ينظم هذا التحكيم ويضع الضوابط اللازمة والمناسبة لضمان ، فعاليته.[4]

[1] فراح مناني ، نفس المرجع السابق ، ص 55/54
[2] شريف الطباخ ، نفس المرجع السابق ، ص 27
[3] فراح مناني ، نفس المرجع السابق ص 64/63
[4] نفس المرجع السابق ، ص 63

وهذا النوع يعمل به في القانون رقم 94/27 المتضمن قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية ، كذلك في القانون الفرنسي والقانون اللبناني . وكذلك في القانون الكويتي .[1] وكذلك في القانون الجزائري .[2]

## الفرع الثالث : التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي

### 1 -التحكيم الحر:

يتم من خلال الأطراف باختيار محكم أو أكثر للفصل في النزاع ، وهو أسبق في المنشأ من التحكيم المؤسسي.[3] وكذلك يطلق عليه التحكيم الخاص بحيث يختارون المحكمين ويحددون المواعيد والإجراءات والقواعد المطبقة ، ويعتبر خاصا ولو تم الاتفاق على تطبيق إجراءات وقواعد منظمة أو هيئة تحكمية طالما أن التحكيم يتم خارج تلك المنظمة أو الهيئة . ومثال ذلك أن يختار الأطراف تطبيق القواعد الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية المعروف بقواعد اليونسترال للتحكيم ومازال هذا النوع ساري العمل به وله مكانة هامة ولاسيما في المنازعات التي تقع بين الدول .

### 2 -التحكيم المؤسسي :

نشأ في نهاية القرن 19 وتطور سريعا لاسيما على صعيد التجارة الدولية، وأنشئت عدة مراكز له، ويعرف بأنه ذلك التحكيم الذي يجري بحسب إرادة الأطراف بمعرفة هيئة دائمة للتحكيم وتتولى هذه الهيئة تهيئة التحكيم وتيسيره لأطراف النزاع.[4]

## الفرع الرابع: التحكيم التجاري:

وهو وسيلة من وسائل فظ النزاع دون اللجوء إلى طول وتعقيدات الإجراءات القانونية في رفع الدعاوى ومواعيدها ويهدف إلى إنهاء النزاع بوقت أقل وتكلفة أقل.

## الفرع الخامس: التحكيم الإلكتروني:

وهو وسيلة تحكمية دخلت فيها الوسائل الإلكترونية كبديل لاجتماع المحكمين وأطراف النزاع، بحيث يتم تداول كل موضوع النزاع عن طريق تلك الوسائل الإلكترونية ( فاكس، بريد إلكتروني ...الخ).[5]

[1] شريف الطباخ ، نفس المرجع السابق ، ص 30 .
[2] المادة 1006 من ق.إ.م.إ
[3] شريف الطباخ ، نفس المرجع السابق ، ص 33
[4] رقية عواشرية ،مقال بعنوان: التحكيم المؤسسي ودوره في تحقيق الذاتية الخاصة للمنازعات البحرية، دفاتر السياسة والقانون، مجلة دورية محكمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة 2009 ص 93
[5] فراح منانى، نفس المرجع السابق، ص79، 80

## المطلب الثاني: شروط التحكيم

سنتطرق في هذا المطلب إلى الشروط التي يجب توافرها في موضوع التحكيم، والشروط الواجب توافرها في المحكم في كل من الشريعة والقانون.

### الفرع الأول: الشروط المتعلقة بموضوع التحكيم

- قيام نزاع وخصومة حول حق من الحقوق
- تراضي أطراف الخصومة على قبول حكم المحكم إذا لم يكن معينا من القاضي فلا يشترط التراضي لأنه نائبا عنهما، والحنفية على خلاف الشافعية لا يشترطون أن يكون التراضي قبل صدور الحكم بل يجوز أن يكون بعد صدوره، والمالكية لا يشترطون دوام رضا الخصوم إلى حين صدور الحكم بل لو أقاما البينة عن الحكم ثم بدا لأحدهما أن يرجع عن التحكيم قبل الحكم تعين على المحكم أن يقضي وجاز حكمه ، وقيل إن: (( لكل واحد منهما الرجوع ما لم يبدأ الخصومة أمام المحكم فإن بدأت توجب عليهما المضي فيها حتى النهاية )) وقال ابن الماجشون [1] (( ليس لأحدهما الرجوع ولو قبل بدأ الخصومة )) والشافعية يرون أنه يجوز الرجوع قبل صدور الحكم ولو بعد إقامة البينة وقيل بعد جواز ذلك أما بعد الحكم فلا يشترط رضا الخصمين به كحكم القاضي وقيل يشترط لأن رضاهما معتبر في أصل التحكيم، ويرى الحنابلة أنه لكل من الخصوم أن يرجعوا عن التحكيم قبل الشروع في الحكم أما بعد الشروع فيه وقبل تمامه ففيه قولان أحدهما له الرجوع لأن الحكم لم يتم أشبه قبل الشروع والثاني ليس له ذلك لأنه يؤدي إلى أن كل واحد منهما إذا رأى من الحكم ما لا يوافقه رجع فبطل مقصوده فإن صدر الحكم نفذ.
- كذلك يجب أن يقبل المحكم بالمهمة الموكلة إليه، ولا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا إلا إذا تم قبول المحكمين بمهمتهم.
- الإشهاد على الحكم ( يعني كتابة الاتفاق على التحكيم ) وليس هذا شرطا لصحة التحكيم وإنما هو شرط للقبول .[2]

[1] هو أبو مروان عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة، تلميذ الإمام مالك، وقيل توفي سنة 213 هـ، ينظر وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن ابي بكر بن الخلكان، تحقيق إحسان عباس، ج 3، دار صادر للنشر، بيروت، لبنان، 1970، ص 166.

[2] سيد أحمد محمود ، نفس المرجع السابق ، ص 28، 29، 30

- أن يتفق الأطراف على عرض نزاعهم على التحكيم في شرط التحكيم المنصوص عليه في العقد وأن يعينوا المحكمين أو أن يحددوا كيفيات تعيينهم.[1]
- يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا [2]، ولكن الكتابة هنا شرط للإثبات وليس ركنا من أركان العقد أو شرط لصحته، أما فيما يخص هذا الشرط على مستوى التنظيمات الدولية الموحدة فإن بروتوكول جنيف للسلام 1923 واتفاقية جنيف لسنة 1927 قد رأيا ترك الأمر لتقدير كل دولة حسب قانونها الداخلي لتحديد شروط إثبات اتفاق التحكيم، ولكن اتفاقية نيويورك لسنة 1958 نصت في مادتها الثانية صراحة على ضرورة كتابة اتفاق التحكيم ، فهنا الكتابة شرط لصحة الاتفاق وليس دليلا للإثبات ويجب أن يوقع عليه من قبل الأطراف.[3]
- يجب تحديد موضوع النزاع في الاتفاق على التحكيم وإلا كان باطلا.
- لا يشمل التحكيم المسائل المستعجلة إلا إذا اتفق الأطراف على ذلك، والأصل أن قاضي الاستعجال هو المختص بالنظر فيها حتى وإن كان النزاع أمام المحكم إلا إذا اتفق الأطراف على أن المحكم وحده الذي ينظر في المسائل المستعجلة.[4]
- يجب إدراج هيئة التحكيم في شرط التحكيم فيما يخص عقود العلاقات الدولية الخاصة، كأن يختص بالنزاع الذي قد يثور أحد مراكز التحكيم الدائمة وهذا الاتفاق يعني قبل تطبيق النظام الإجرائي المقرر في لائحة هذه المراكز والمعلوم للأطراف مسبقا فيما يتعلق بتكوين هيئة التحكيم.[5]

يتضح من خلال ما سبق أن الشريعة والقانون يختلفان في شرط الكتابة، فالشريعة اعتبرته شرطا للقبول، بينما القانون اعتبره شرطا للإثبات. واتفاقية نيويورك لسنة 1958 نصت على ضرورة كتابة اتفاق التحكيم وهذه الكتابة شرط لصحة الاتفاق وليس دليلا للإثبات.

[1] المادة 1007 والمادة 1008 من ق.إ.م.إ
[2] المادة 1012 من ق.إ.م.إ
[3] فراح مناني ، نفس المرجع السابق ، ص119
[4] أحمد أبو الوفاء،التحكيم في القوانين العربية ، دون طبعة ، منشاة المعارف للنشر ، الاسكندرية مصر ، 2002، ص22، 23، 24
[5] أبو العلا علي أبو العلا النمر، تكوين هيئات التحكيم، ط1 ، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص09

## الفرع الثاني:الشروط الواجب توافرها في المحكم

سنتطرق في هذا الفرع إلى الشروط الواجب توافرها في المحكم في الشريعة والقانون

## أولا: شروط المحكم في الشريعة الإسلامية

إن الشريعة اشترطت صفات يجب أن تتوفر في المحكم أو المحكمين وهي كالآتي:

1 -أن يكون المحكم معلوما أي أن الأطراف يعرفونه لأنه إذا حكم الخصمان أول من يدخل المسجد مثلا لم يجز بالإجماع لما فيه من الجهالة إلا إذا رضوا به بعد العلم ويكون حينئذاً تحكيماً لمعلوم.

2 -أن يكون المحكم مما يصلح للقضاء أي تشترط الأهلية من وقت التحكيم إلى وقت الحكم ، وهذا باتفاق المذاهب الأربعة، ولكن هناك من الشافعية يرون أن هذا الشرط يمكن الاستغناء عنه عندما لا يوجد الأهل لذلك ، ومنهم من قال بعدم اشتراطه مطلقا ، ومن الحنابلة يرون أن المحكم لا تشرط فيه كل صفات القاضي. وعموما في الفقه الإسلامي أن التحكيم نوع من القضاء وأن المحكم من القضاة وأن حكمه كحكم القاضي.[1]

3 -أن يكون المحكم مسلما: أي هو أمر متفق عليه بين المذاهب الفقهية، لأن غير المسلم ليس له ولاية على المسلم، وذلك لقوله:﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّه لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾[2]

4 -أن يكون المحكم بالغا ، عاقلا ، حرا.[3]

5 -أن يكون المحكم سليم الحواس: ولكن يرى الشافعية أنه يجوز أن يكون المحكم أعمى في النزاع المسلح، لأنه يبدي رأيه لأنه يدرك ما فيه صلاح المسلمين، وكذلك المالكية لم يشترطوا النطق والسمع والبصر لا في صحة ولايته ولا في استمرارها [4]. ولكن الأعور ومن يبصر إلا في النهار جاز تحكيمهم.[5]

6 -أن يختار المحكم برضا الأطراف

7 -أن لا يكون المحكم قريبا لأحد الأطراف

[1] سيد أحمد محمود ، نفس المرجع السابق، ص 32،33
[2] سورة النساء، الآية 141
[3] محمد محمود قدري، نفس المرجع السابق ، ص 61،62
[4] سيد أحمد محمود ، نفس المرجع السابق، ص 41،42
[5] زكريا أسعد حسن دراوشة نفس المرجع السابق ، ص63

ويبدي لي ضرورة سلامة حواس المحكم ، لأن ذلك يعزز ثقة الأطراف في المحكم، لأن تولي التحكيم شخص غير سليم الحواس من شأنه أن يؤثر في حكم المحكم، لأنه يصعب عليه معرفة وقائع النزاع وتمييز الأمور عن بعضها البعض.

8 -أن يكون المحكم عدلا أي أن يحكم بالعدالة وهذا حسب فقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة. لأنه حسب رأيهم العدالة شرط في الولاية والشهادة فلابد من أن تشرط في القضاء والتحكيم ولهذا قالوا إن العدالة شرط في ثبوت الولاية ظاهرا وباطنا بلا خلاف وذهب بعضهم إلى شرط العدالة بأن يكون المحكم مستور الحال ظاهرا وقالوا إن العدالة حق لله تعالى فلا يجوز للمحكم أن يحكم بغير العدل وإن لم يشترط الخصم العدالة ولكن خالفهم في ذلك فقهاء الحنفية .

واشتراط العدالة في المحكم له أدلة كثيرة من الكتاب والسنة منها قوله تعالى:﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾[1]

وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَي عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾[2]

وقوله تعالى:﴿يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مّنْكُمْ ﴾[3]

وفي السنة النبوية الشريفة: عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " : لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ وَلَا مَحْدُودٍ فِي الْإِسْلَامِ وَلَا ذِي غِمْرٍ عَلَى أَخِيهِ " وذي غمر معناه صاحب ضغن وحقد وعداوة. رواه آدم ابن فاند والمدني ابن الصلاح وأخرجه أحمد وابو داوود وابن ماجه، وهو حديث ضعيف.

والحنفية عندما خالفوا المالكية والشافعية والحنابلة رأوا أن العدالة ليست بشرط عندهم وهي شرط كمال ويعتبرون الفاسق من أهل الشهادة وتنفذ قضاياه إذا لم يجاوز حد الشرع ، فيكون بذلك من أهل القضاء . فيصح أن يكون محكما لأنه حسبهم يقضي بالحق بعلم غيره باستفتاء الفقهاء،ولكنهم لا يحبذون تقليد الفاسق.[4]

[1] سورة الحجرات ، الآية 6
[2] سورة الطلاق، الآية 2
[3] سورة المائدة، الآية 94
[4] محمد محمود قدري، نفس المرجع السابق ، ص65،66

ويبدو لي الصواب في ما ذهب إليه فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة لأن الحنفية غير مستقرين فتارة يجيزون تحكيم الفاسق وتارة أخرى لا يحبذون ذلك ، ويعتبرون حكمه نافذا على خلاف باقي الفقهاء الذين يرون أن حكمه باطلا.

9 -أن يكون المحكم ذكرا: يرى فقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة عدم جواز تولي المرأة القضاء أو التحكيم لقوله صلى الله عليه وسلم {{ لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة }} أخرجه البخاري في كتابه الفتن، لأن النساء ناقصات دين وعقل ويرجحن العاطفة على العقل وإن كانت تقبل شهادتها في تلك المعاملة .

وكذلك استنادا لقوله تعالى:﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ ﴾[1] وكذلك لم يثبت منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وصحابته والتابعين أن تولت امرأة القضاء أو التحكيم ،كما أن تحكيمها يفضي إلى ارتكاب المحظور وهو الاختلاط مع الرجال والخلوة ببعض الخصوم أو الشهود .

كما أن الله سبحانه وتعالى لم يجز شهادتها في المعاملات المالية ولو معها ألف امرأة وقال تعالى:﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ۖ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ ﴾[2]

ويرى ابن حزم الظاهري [3] وابن جرير الطبري [4] جواز تولي المرأة القضاء بجواز فتياها أو التحكيم مطلق مثل الرجل حيث أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد ولى الشفاء ولاية الحسبة على السوق كما أن الأنوثة لا تمنع عن فهمها لموضوع النزاع وحجج الخصوم ومعرفة الحق.

كما ذهب بعض المالكية إلى جواز تحكيم المرأة لأن التحكيم من باب الوكالة لا الولاية وبما أنه يجوز وكالة المرأة كالرجل فيصح حكمها في التحكيم وينفذ ما لم يكن جورا كما استدلوا بتولي الشفاء الحسبة على السوق.

[1] سورة النساء، الآية 34

[2] سورة البقرة، الآية 282

[3] هو ابو محمد علي بن احمد بن سعيد، وأصله من فارس، ولد بقرطبة سنة 384 هـ، كان شافعيا ثم انتقل إلى أصحاب الظاهر، ومن مؤلفاته «الإحكام لأصول الأحكام» و«الفصل في الملل في الأهواء والنحل»، ينظر وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن ابي بكر بن الخلكان، تحقيق إحسان عباس، ج 3، دار صادر للنشر، بيروت، لبنان، 1970، ص 325-326.

[4] هو ابو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري، وكان من الأئمة المجتهدين ولد سنة 224 هـ، بآمال طبرستان، وتوفي ببغداد سنة 310 هـ، ومن مؤلفاته: «التفسير الكبير والتاريخ الشهير» ينظر وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن ابي بكر بن الخلكان، تحقيق إحسان عباس، ج 4، دار صادر للنشر، بيروت، لبنان، 1971، ص191-192.

ويرى الحنفية صحة تولية المرأة القضاء أو التحكيم فيما تجوز فيه شهادتها عدا الحدود والقصاص استنادا لقاعدة من صحت شهادته صحت ولايته وبالتالي صحت ولاية التحكيم للمرأة باستثناء القصاص والحدود.[1]

ويرون كذلك أن المرأة من أهل الشهادات وأهلية القضاء برأيهم تدور مع أهلية الشهادة فهي أهل للتحكيم. [2]

كما أجاز بعض فقهاء المسلمين المعاصرين تولي المرأة التحكيم باعتباره لا يتضمن ولاية عامة وهدفه الفصل في المنازعات برضا الأطراف وأنه نوع من الولاية الخاصة غير الممنوعة على المرأة.[3]

10 - أن يكون المحكم مجتهدا : رأى فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة وبعض الحنفية أن يكون المحكم مجتهدا عالما بالأحكام الشرعية فلا يولى جاهل وكذلك المقلد الذي يحفظ مذهب صاحبه وكان يدري غوامضه ولكنه قاصر عن تقرير أدلته لأنه ليس أهلا للفتوى فمن باب أولى ألا يصح لقضاء أو التحكيم.

أما الحنفية فرأوا عدم اشتراط الاجتهاد لأنه يرجع إلى فتوى غيرهم من العلماء.

ويبدو لي اختيار أن يكون المحكم عالما لفقه المسألة المعروضة عليه من أجل الفصل فيها دون أن يكون ملما بكل المسائل الفقهية والمثال الشاهد على ذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم حكم سعد بن معاذ رضي الله عنه في يهود بني قريضة ولم يثبت عنه أنه كان عالما بجميع الأحكام الفقهية والشرعية ولكن في واقع أمتنا الحالي يحتم القبول برأي الحنفية والعمل به وهذا راجع إلى قلة المجتهدين ، والأخذ برأي الفقهاء الآخرين يجعل الأمة في حرج مما يعرقل التحكيم .[4]

[1] سيد أحمد محمود ، نفس المرجع السابق، ص44،43

[2] زكريا أسعد حسن دراوشة نفس المرجع السابق ، ص 68

[3] سيد أحمد محمود ، نفس المرجع السابق، ص 44

[4] ينظر: زكريا أسعد حسن دراوشة نفس المرجع السابق ، ص70،69

## ثانيا: شروط المحكم في القانون

يجب أن يكون المحكم متمتعا بحقوقه المدنية وإذا كان المحكم شخصا معنويا فإنه يعين عضوا أو أكثر ليحمل صفة المحكم. [1] ويكون ذلك للشخص الطبيعي والمعنوي لأن هذا الأخير طبقا للقواعد العامة له ممثل يعبر عن إرادته طبقا للمادة 50 من القانون المدني الجزائري وهذا الشرط يعني ألا يكون المحكم قد حكم عليه بعقوبة مخلة بالشرف وهذا قياسا على الوسيط وأن لا يكون قاصرا أو محجورا عليه.[2]

والمحكم يعين بإرادة الأطراف إلا أنه هناك استثناء بالنسبة في حالة وجود صعوبة في تعيينه فإن ذلك يقوم به رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه.[3]

أما في القانون السعودي بموجب المرسوم الملكي الصادر بتاريخ 1403/07/12 هـ الموافق لـ 1983/04/26 م فإنه اشترط أن يكون المحكم وطنيا أو أجنبيا مسلما قد يكون موظفا عاما بعد موافقة جهة عمله

أو غير موظف وقد يكون واحدا أو أكثر زوجيا أو فرديا ، وعند تعددهم يجب أن يكون رئيسهم على دراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية والعرف والتقاليد السارية وذلك وفقا للمادة 3 من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي الصادر بتاريخ 1403/09/08 هـ الموافق لـ 1983/06/20 م ، ولا يجوز أن يكون المحكم من حكم عليه بحد أو تعزير في جرم مخل بالشرف أو صدر قرار تأديبي بفصله من وظيفته أو حكم بشهر إفلاسه ما لم يرد اعتباره ، وأن يختار من قوائم المحكمين ، أو من غيرها ولكن بالاتفاق بين وزير العدل ووزير التجارة ورئيس ديوان المظالم. وإذا تعذر ذلك فإن المحكمة المختصة هي التي تقوم بتعيين المحكم أو المحكمين ، ويتم ذلك بناء على طلب من يهمه التعجيل. وأن يكون العدد المعين مساويا أو مكملا لما تم الاتفاق عليه ويكون القرار نهائيا وتصدر قرار اعتماد وثيقة التحكيم خلال 15 يوما وأن تخطر هيئة التحكيم بقرارها.[4]

[1] المادة 1014 من ق.إ.م.إ

[2] محمد زروني، رئيس محكمة فرجيوة، محاضرة بعنوان : التحكيم في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، قسنطينة في 22 جوان 2009 ، ص 09

[3] المادة 1009 من ق.إ.م.إ

[4] سيد أحمد محمود ، نفس المرجع السابق، ص45

وكذلك الحال بالنسبة للقانون الكويتي فإن المادة الثانية من الدستور تنص على أن (( دين الدولة الإسلام والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع )).

وكذلك المادة 1/19 من القانون رقم 23/90 المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/96 المتضمن قانون تنظيم القضاء اشترطت في من يتولى القضاء أن يكون مسلما.[1]

وكذلك المادة 128 من قانون الأحوال الشخصية اشترطت أن يكون المحكم مسلما.

والقانون المصري للتحكيم 27/94 بموجب المادة 1/16 نص على أنه (( لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره )).[2]

أما في ما يخص جواز تولي المرأة التحكيم فإن المادة 2/16 من قانون التحكيم المصري السالف الذكر ، نصت على أنه (( لا يشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة ، إلا إذا اتفق طرفا التحكيم ، أو نص القانون على غير ذلك )) ويستفاد من نص هذه المادة أن المرأة يجوز لها تولي التحكيم، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك أو نص القانون صراحة على ذلك، فهنا يمنع تحكيم المرأة.

أما في القانون الجزائري لم يشر المشرع إلى جواز أو عدم جواز تولي المرأة التحكيم, وترك ذلك لإرادة الأطراف.

أما في ما يخص تولي الأجنبي للتحكيم فإن القانون المصري حسب المادة 2/16 لم تشترط جنسية المحكم أن تكون مصرية، إلا إذا اتفق الأطراف أو نص القانون على خلاف ذلك.[3]

والمادة 23 من القانون المصري للتحكيم أجازت أن يتضمن شرط التحكيم أن يكون المحكمون أجانب أو أن تكون هيئة أجنبية أو أن يناط اختيارهم كلهم أو بعضهم لجهات أجنبية.

[1] سيد أحمد محمود ، نفس المرجع السابق ، ص 39
[2] محمود السيد النحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر دون طبعة الاسكندرية، مصر 1999، ص 147
[3] نفس المرجع السابق ، ص151،152،153

والمشرع المصري لم يشترط الأهلية السياسية، لأن الأطراف هم الذين يعينون المحكمين بمحض إرادتهم الحرة ، وهذا مردّه إلى أن الأجنبي يستطيع أن يمارس وظيفة عامة بصفة مؤقتة، ولو أراد المشرع ربط التحكيم بالأهلية السياسية لما جاز للأجنبي أن يتولى التحكيم.[1]

أما في ما يخص أن يكون المحكم غير خبير وليست له دراية بالقانون، فالقانون لم يشترط أن يكون المحكم خبيرا أو متخصصا في المسألة المعروضة عليه.

ولكن المشرع السعودي أخذ خلاف ذلك إذ نص في المادة الرابعة من نظام التحكيم على أنه ((يشترط في المحكم أن يكون من ذوي الخبرة، حسن السيرة والسلوك )) ،كما نص في ذلك على إعداد قائمة للمحكمين تخطر بها محاكم التحكيم، والهيئات القضائية والغرف التجارية والصناعية، ليختار منها الأطراف المحكمين، كما أن بعض الأنظمة القانونية قد أعدت جداول خاصة بالمحكمين في مختلف الفروع والتخصصات وألزمت الأطراف الاختيار منها.[2]

- يجب أن يكون محايد أي لا يكون خصما وحكما في آن واحد وهذا ما اشترطه القانون اللبناني.
- أن يكون عدد المحكمين وترا وهذا لضمان ترجيح الأصوات بصوت الرئيس.[3]
- أن لا يكون من القضاة، حيث نجد القانون المصري لم يجز تحكيم القضاة ولو كان بغير أجر، أو كان النزاع غير مطروح على القضاة، حيث نصت المادة 2/63 من قانون السلطة القضائية 026/72 على منع اختيار القضاة كمحكمين، إلا أنها أوردت إستثنائين هما: إذا أجاز له مجلس القضاء الأعلى ، إذا كان أحد أطراف النزاع قريبا للقاضي أو صهرا له لغاية الدرجة الرابعة وكذلك الحال بالنسبة لأعضاء النيابة العامة وهذا طبقا للمادة 129 من قانون السلطة القضائية .[4]

والمشرع الجزائري أخذ نفس منحى المشرع المصري في عدم اشتراط الأهلية السياسية حيث اكتفى بالأهلية المدنية فقط وهذا حسب المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وهذا ما يعني أن الأطراف لهم مطلق الحرية في اختيار المحكمين، وهذا ما يجعل التحكيم كبديل عن القضاء وهذا حسب المجالات التي سمح المشرع بحل نزاعاتها عن طريقه.

[1] محمود السيد النحيوي، نفس المرجع السابق ، ص153
[2] نفس المرجع السابق ، ص 156
[3] فراح مناني ، نفس المرجع السابق ، ص130 و 132
[4] محمود السيد النحيوي ، نفس المرجع السابق ، ص 158،159

ومن خلال ما سبق يتضح أن شروط المحكم في القانون الجزائري لم تكن دقيقة بل اكتفى بأن يكون متمتعا بحقوقه المدنية فقط بينما في القانون السعودي اشترط أن يكون المحكم مسلما ووطنيا أو أجنبيا وأن يختار من قائمة المحكمين وإلا بالاتفاق مع وزير العدل ووزير التجارة ورئيس ديوان المظالم ويرجع ذلك فيما يبدو لي أن السعودية سبقنا في العمل بالتحكيم، وهذا بدليل وجود قائمة للمحكمين وكذلك القانون الكويتي اشترط أن يكون المحكم مسلما وبذلك قد وافق كل من القانون السعودي والقانون الكويتي والشريعة الإسلامية في اشتراط الإسلام في المحكم.

وبعد دراسة شروط المحكم في الشريعة الإسلامية والقانون يتضح أن الشريعة الإسلامية كانت أكثر وضوحا ودقة وموضوعية من القانون، بحيث اشترطت جملة من الشروط بإمكانها أن تجعل الأطراف في وضع مريح وخاصة فيما يتعلق بشرطي العدالة والاجتهاد. وإن كان في حقيقة الأمر يرجع اختيار المحكمين إلى إرادة الأطراف وهذا ما يوجد في حالة اختيار المحكمين من القائمة المعدة خصيصا لذلك حسب القانون السعودي أو في حالة تعيين المحكمين من محاكم وهيئات التحكيم. وأما فيما يخص تولي المرأة التحكيم فيبدو لي أنه لا مانع في ذلك فقد أجازته التشريعات وخاصة أن المرأة تقلدت مناصب عليا في الدولة من بينها القضاء، وكذلك فمن باب أولى أن تتولى المرأة التحكيم في منازعات العقود التي تبرم بين النساء.

# الفصل الثاني

## نطاق التحكيم وأحكامه

# الفصل الثاني: نطاق التحكيم وأحكامه

سنتناول في هذا الفصل المجالات التي يمكن حل منازعاتها عن طريق التحكيم وذلك في الشريعة والقانون وتبيان الفرق بينهما، وكذلك أحكام التحكيم من صدورها إلى غاية الطعن فيها ومعالجتها في مبحثين، مبحث نعالج فيه نطاق التحكيم ومبحث نعالج فيه أحكام التحكيم.

## المبحث الأول: نطاق التحكيم

## المطلب الأول: نطاق التحكيم في الشريعة

إن مجالات التحكيم في الشريعة واسعة وكثيرة، وسنذكر بعضها، وحسب المذاهب الفقهية.

حيث يرى الحنفية أن التحكيم في منزلة الصلح، أي ما يجوز في الصلح يجوز فيه التحكيم، وبالتالي يجوز في أي نزاع ما عدا الحدود والسرقة والزنا وشرب الخمر والردة والقذف والقصاص دون النفس كقطع اليد وفقأ العين والدية على العاقلة. [1] وهم العصبة من القرابة الذكور من الأب الذين يعطون دية القتل الخطأ.[2]

ويرى المالكية أن التحكيم جائز في الأموال والجراح ولا يجوز فيما تعلق بحق الله سبحانه وتعالى كالحدود كالزنا والردة والقتل والعتق والطلاق كما لا يجوز في اللعان والولاء لشخص على آخر والنسب في إثباته أو نفيه.[3]

وأضاف بعض المالكية مسائل لا يجوز التحكيم فيها كإثبات الرشد أو ضده ولا في أمر الغائب مما يتعلق بماله وزوجته وحياته وموته ولا في الحبس ولا بما يتعلق بصحة أو فساد العقد.[4]

والشافعية اختلفوا فقول يرى أن التحكيم جائز في كل شيء وقول يرى أنه جائز في غير حدود الله وأيضا حقوق الله المالية التي ليس لها طالب معين كالزكاة، وقول يرى أنه جائز في الأموال فقط أما النكاح واللعان والقصاص وحد القذف وغيرهم فلا يجوز التحكيم في ذلك.[5]

ويرى الحنابلة أن التحكيم جائز في جميع الحقوق المتعلقة بالله تعالى والحقوق المتعلقة بالآدميين، ويرى بعض فقهاء الحنابلة أن التحكيم يستثنى منه الزواج واللعان والقذف والقصاص ولا يحكم فيها إلا الإمام ونائبه.

---

[1] سيد أحمد محمود ، نفس المرجع السابق ، ص 51

[2] أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1990،ص 458

[3] محمد محمود قدري ، نفس المرجع السابق، ص 131

[4] فراح مناني ، نفس المرجع السابق ، ص 117

[5] محمد محمود قدري ، نفس المرجع السابق، ص131

والاستثناءات الواردة على التحكيم مردها إلى أن الشارع استلزم فيمن يقوم بالتحكيم أن يكون صاحب ولاية عامة وهذا لخطرها إذا أبيح لغير الحاكم النظر فيها.[1]

واستند الحنابلة في جواز التحكيم في كل شيء للسنة النبوية الشريفة، فعن شريح بن هانئ عن أبيه هانئ أَنَّهُ لَمَّا وَفَدَ إِلَى رَسُولِ اللهِ –صلى الله عليه وسلم– مَعَ قَوْمِهِ سَمِعَهُمْ يَكْنُونَهُ بِأَبِي الْحَكَمِ، فَدَعَاهُ رَسُولُ اللهِ –صلى الله عليه وسلم–، فَقَالَ: (انَّ اللَّهَ هُوَ الْحَكَمُ، وَإِلَيْهِ الْحُكْمُ، فَلِمَ تُكْنَى أَبَا الْحَكَمِ؟). فَقَالَ: إِنَّ قَوْمِي إِذَا اخْتَلَفُوا فِي شَيْءٍ أَتَوْنِي، فَحَكَمْتُ بَيْنَهُمْ فَرَضِيَ كِلاَ الْفَرِيقَيْنِ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ –صلى الله عليه وسلم–: (مَا أَحْسَنَ هَذَا، فَمَا لَكَ مِنَ الْوَلَدِ؟). قَالَ: لِي شُرَيْحٌ، وَمُسْلِمٌ، وَعَبْدُ اللهِ، قَالَ: (فَمَنْ أَكْبَرُهُمْ؟). قُلْتُ: شُرَيْحٌ، قَالَ: (فَأَنْتَ أَبُو شُرَيْحٍ) (رواه أبو داود والنسائي، وصححه الألباني .وقالوا إنه إذا لم يكن التحكيم يصح في كل شيء لما قبله الرسول صلى الله عليه وسلم.2

وعموما يجوز التحكيم في الأموال وما في حكمها، باستثناء حدود الله تعالى وحقوقه المالية، فيما يصح فيه العفو والإبراء وهناك مواضيع لا يجوز التحكيم فيها وهي من اختصاص القضاء، كالولاية على الأيتام وإيقاع الحجر والنكاح واللعان والقذف والقصاص.[3]

ومن أمثلة التحكيم في الشريعة الإسلامية ما يلي:

التحكيم في جزاء الصيد وهذا بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انتِقَامٍ﴾[4]

ومعنى هذه الآية الكريمة أن الله تبارك وتعالى نهانا عن قتل الصيد ونحن مُحرمون بالحج أو العمرة، والمقصود بالعمد هو العمد لقتل الصيد مع نسيان الإحرام، أما إذا قتله عمدا وهو يعلم أنه محرم فلا حكم عليه وأمره إلى الله لأنه أعظم من أن يكون له كفارة وهذا ما ذهب إليه مجاهد والحسن وهذا ما اختلف فيه العلماء، وقد اختلف العلماء كذلك في قتل الصيد وقت الإحرام بالخطأ فذهب غالبيتهم إلى أن العمد

[1] محمد محمود قدري ، نفس المرجع السابق، ص 132
[2] سيد أحمد محمود ، نفس المرجع السابق ، ص 53
[3] محمد محمود قدري ، نفس المرجع السابق، ص 36
[4] سورة المائدة، الآية 95

والخطأ سواء في لزوم الكفارة ، وذهب سعيد بن جبير إلى أنه لا تجب كفارة الصيد قتل الخطأ بل أن الحكم في الآية الكريمة يختص بالصيد العمد.

أما قوله تعالى ﴿فَجَزاءٌ مِثْلُ ما قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ﴾ وهذا يعني بأن يكفر المحرم عن ذلك بالنعم وهي الإبل والبقر والغنم، أو بأن يقدر قيمة الصيد المقتول ثم يشتري بقيمته بدلا عن الغنم، وهذا ما اختلف فيه الفقهاء بين إخراج المثل أو القيمة ، وما يهمنا في هذا الصدد هو قوله تعالى ﴿ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ أي رجلان عدلان يكونا فقيهين ينظران إلى ما هو أشبه النعم للصيد المقتول ولا يترك ذلك إلى القاتل . ثم يهدي القاتل للصيد وهو محرم تلك الكفارة إلى الكعبة لقوله تعالى﴿هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ﴾ فيذبحها بمكة المكرمة ويتصدق بلحمها على مساكين الحرم، أو أن يصدق قيمتها، أو أن يعمل بقوله تعالى﴿ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَامًا ...﴾ وإخراج القيمة يعني تقويم المثل بالنقود ويشتري بهذه النقود طعاما ليتصدق به على مساكين الحرم، أو أن يصوم عن كل هدي من الطعام يوما.

وهناك التحكيم في الحرب ويكون هذا عند حصار جيش المسلمين أو الإمام حصنا يعتصم به الكفار أو حصار بلد فلا يجوز لهم أن يغادروا هذا الحصار إلا بأمر من الأمور وهي أربعة، وما يهمنا هو الأمر الرابع وهو أن ينزل الإمام على حكم ؛حكم يقرر مصير ذلك الحصن أو البلد، فيحكم فيهم وفقا لما يراه هو أو بعض أصحابه، وهذا قول الحنفية ، والشافعية والحنابلة والمالكية، وهذا ما كان فيه خلاف فقهي حول هذا النوع من التحكيم، وهناك مثال عن هذا النوع في حصار الرسول صلى الله عليه وسلم ليهود من بني قريضة في المدينة المنورة عندما أتاها مهاجرا من مكة المكرمة، فكان سعد بن معاذ هو المحكم لأن بني قريضة رضوا به محكما.

وهناك التحكيم في أخذ المال عن الحربيين التجار وهذا ما اخذ به فقهاء المالكية، أي إذا أتى بلاد المسلمين حربيون بتجارة وطلبوا الدخول بأمان قالوا نرضى بما يحكم به علينا فلان بأخذ ما يرضيه من الأموال وحكم بأخذ العشر منهم مجبرون لهذا المحكم.

التحكيم بين الزوجين :إن الإسلام أعطى للحياة الزوجية قدسية كبيرة لضمان استمراريتها [1]، وهذا لقوله تعالى ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[2]، والشقاق هو سبب اللجوء إلى التحكيم ، وهذا بعد استنفاذ ولاية التأديب التي منحها الله عز وجل للزوج، وبعد التأكد من شقاقهما يبحث الإمام أو القاضي حكما من أهله إليه وحكما من أهلها إليها [3] وولاية التأديب نجد أصلها في الآية الكريمة ﴿ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيّاً كَبِيراً﴾[4]

[1] زكريا أسعد حسن دراوشة، نفس المرجع السابق، ص 46 ، 47 ، 50 ، 51 ، 77
[2] سورة النساء، الآية 35
[3] زكريا أسعد حسن دراوشة،نفس المرجع السابق ، ص94
[4] سورة النساء، الآية 34

وأجاز المالكية للحكمين أن يفرقا بين الزوجين عند عدم إمكان الإصلاح بينهما، وهذا ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الأردني المعمول به في المحاكم الشرعية في الضفة الغربية.[1]

كما أن نطاق التحكيم في الشريعة الإسلامية لم يعد قاصرا على الأموال لما جاء في قوله تعالى ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ۚ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾[2]

كما امتد نطاقه إلى المنازعات الناشئة عن شؤون السلطة [3]، وقال تعالى ﴿فَلا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾[4]

ومثال ذلك النزاع الذي نشأ بعد وفاة الخليفة عثمان بن عفان ثالث الخلفاء الراشدين ، حيث رفض معاوية الاعتراف بحق الخليفة علي بن أبي طالب بالخلافة فنشبت حرب أهلية بين المسلمين ، وطرحت هذه الحرب جملة من المسائل ومن بينها معرفة ما إذا كان بالإمكان تطبيق التحكيم في النزاعات المتعلقة بخلافة النبي صلى الله عليه وسلم ، وتلاقيا جيش الخليفة وجيش معاوية في صفين فرفع أتباع معاوية القرآن الكريم على أرماحهم مما أجبر الخليفة على وقف المعارك، فأرسل إلى معاوية مستفسرا على الهدف من تصرفه هذا فأجاب معاوية (( لقد أردت أن أختار واحدا من رجالي وأن تختار واحدا من رجالك ليفصلا في نزاعنا وأن يصدرا قرارهما استنادا إلى أحكام كتاب الله عز وجل، فحاز العرض على موافقة أغلبية رفاق الخليفة علي كرم الله وجهه، ثم بعد ذلك عين حكميين التقيا ، حددا معا وكتابيا مجمل النقاط التي اتفق عليها الفريقين وبذلك فقد تحدد اتفاق التحكيم كتابيا، ويعد هذا التحكيم أول وسيلة اعتمدت لحل النزاع والصراع على السلطة، حيث ثار نزاع عنيف بين الخليفة علي بن أبي طالب وبين الخوارج الذين اعتبروا عليا لم يكن له الحق في اللجوء إلى التحكيم فكان الخوارج يقتلون كل الذين دفعوا بالإمام علي كرم وجهه إلى القبول بالتحكيم ثم ذهبوا إلى أبي حنيفة فكان واحد من الذين أيدوا التحكيم فهددوه بالإقرار بذنبه والتراجع عن موقفه وإلا قتلوه فطلب منهم أن يناقش رئيسهم فسأله ماذا يحصل إن لم نتفق على الموقف الذي علي اتخاذه فرد بتعيين حكما ليفصل بيننا فأجاب أبو حنيفة ها أنكم توافقون على التحكيم فتراجع الخوارج عنه.[5]

[1] زكريا أسعد حسن دراوشة، نفس المرجع السابق ، ص37
[2] سورة النساء ،الآية 58
[3] سيد أحمد محمود ، نفس المرجع السابق ، ص 54
[4] سورة النساء، الآية 65
[5] المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون ، التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون، معهد طرابلس للدراسات الإسلامية، ط1 ، طرابلس لبنان 2000 ص141، 143.

## المطلب الثاني: نطاق التحكيم في القانون

سنتطرق في هذا المطلب إلى المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها والمسائل التي يجوز التحكيم فيها.

يمكن لكل شخص أن يلجأ إلى التحكيم في الحقوق التي يتصرف فيها بكل حرية، ولكن لا يمكنه اللجوء إليه في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، لأنها تدخل ضمن صلاحيات القاضي، ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تلجأ إلى التحكيم إلا فيما يخص علاقاتها الاقتصادية أو بخصوص الصفقات العمومية.[1]

ويعني هذا كأصل عام أن اللجوء إلى التحكيم جائز قانونا في كل الحقوق التي يملك الشخص مطلق التصرف فيها واستثناءا عن ذلك أورد المشرع بعض المسائل المتعلقة بالنظام العام، ومثال ذلك النزاع حول فوائد القروض بين الأفراد التي ينص القانون المدني على بطلانها المطلق وهذا طبقا للمادة454.

إذ أن هذه القروض تكون دائما دون أجر أي دون فائدة، [2] والنظام العام يتميز بالغموض والتغيير، والاجتهاد الفرنسي توصل إلى أن التحكيم يمنع بداعي النظام العام بالنسبة للمواد التي تعتبر اختصاصا مانعا للقاضي كالتفليسة، وكذلك بالنسبة لأهلية الأشخاص فهي محظورة على التحكيم لضرورة توفر ضمانات الحماية الممنوحة للأشخاص في هذا المجال، كما أنه لا يجوز في المواد التأديبية . [3] وأيضا بالنسبة لحالة الأشخاص لاسيما النزاع حول الزواج والطلاق والنفقة والحضانة والحقوق المتعلقة بالإرث والمسكن والملبس والجنسية والحالة المدنية.[4]

وعموما فإن مسائل الأحوال الشخصية قسمت إلى قسمين، قسم متصل بالأحوال الشخصية المحضة وقسم متصل بالمصالح المالية فالقسم الأول لا يجوز فيه التحكيم والقسم الثاني يجوز فيه التحكيم، إذن فلا يجوز التحكيم في خصومة تتصل بما إذا كان الولد شرعيا أم متبنيا أم لا ينتسب إلى أسرة ما، أو خصومة تتصل بصحة أو بطلان عقد الزواج، أم خصومة تتصل بالشخص وارثا أم لا .[5]

بينما القسم المتعلق بالمصالح المالية فيجوز فيه التحكيم مثل دعوى التعويض عن فسخ الخطبة أو فيما يترتب على عقد الزواج الباطل أو في تحديد مقدار النفقة الواجبة لأحد الأقارب أو الزوجة أو الصغير أو في الخصومة المتعلقة بتقسيم التركة.[6]

---

[1] المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية
[2] محمد زروني، نفس المرجع ، ص 06
[3] عبد السلام ذيب، نفس المرجع السابق، ص422
[4] محمد زروني، نفس المرجع ، ص6،7
[5] فراح مناني ، نفس المرجع السابق ، ص109
[6] نفس المرجع سابق ، ص111

وكذلك لا يجوز التحكيم في تحديد المسؤولية الجنائية للجاني أو ما إذا كان ما ارتكبه يعد جريمة أم لا، كما لا يجوز التحكيم في تحديد النص الواجب التطبيق في قانون العقوبات، وإنما يجوز التحكيم في تقدير التعويض المستحق للمجني عليه، ولا يجوز التحكيم في خصومة تتصل بطلب اكتساب الجنسية وإنما يجوز في الدعوى بالتعويض عن قرار إداري صدر مخالفا للقانون في شأن الجنسية، ولا يجوز التحكيم في الدعوى المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة لاتصالها بالنظام العام، وكذلك لا يجوز التحكيم في أعمال السيادة المتعلقة بالمنفعة العامة.[1]

وفي حالة وجود خصام شديد بين الزوجين ولم يثبت الضرر فإن القاضي يعين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة ليقوما بالتوفيق بينهما، ويجب عليهما أن يقدما تقريرا حول مهمتهما في أجل شهر [2] ومهمة الحكمين عند الشقاق بين الزوجين هي الإصلاح بينهما أو التفريق بينهما.[3]

أما فيما يخص الأشخاص المعنوية العامة فإنها لا تلجأ إلى التحكيم إلا فيما يخص علاقاتها الاقتصادية أو صفقاتها العمومية وهذا تماشيا مع أحكام نص المادة 975 من ق.إ.م.إ ، وتجدر الإشارة إلى أن المادة 13 من القانون 02/90 المتعلق بالوقاية من المنازعات الجماعية في العمل نصت على عرض الخلاف على التحكيم إذا اتفق على ذلك الأطراف وتطبق المواد من 1006 إلى 1042 من ق.إ.م.إ.[4]

أما المشرع المصري فكان في الأول متذبذبا حول جواز التحكيم في العقود الإدارية حيث لم يتضمن قانون المرافعات المدنية الصادر في سنة 1968 التحكيم في هذه المسألة ولكن المادة 501 أجازت التحكيم في العقود المدنية والإدارية حيث إن الأشخاص المعنوية تقبل شرط التحكيم عند إبرام العقد ولكنها تنقضها عند حدوث النزاع فتلجأ إلى القضاء، ثم صدر قانون التحكيم سنة 1994 ومادته الأولى نصت على سريان هذا القانون على كل تحكيم أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، كما أن المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون أكدت خضوع العقود الإدارية للتحكيم ثم صدر القانون رقم 09/97 المعدل للقانون 27/94 حيث أضاف فقرة ثانية إلى المادة الأولى حيث نصت على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه ولا يجوز تفويض غيره في ذلك في حالة الاتفاق على التحكيم.[5]

وفي وقتنا الراهن هناك مجالات واسعة تحل منازعاتها عن طريق التحكيم، وهي التجارة الدولية، ومنازعات الاستثمار الدولية والمنازعات البحرية ومنازعات الملكية الفكرية، وهذا راجع إلى العقود

[1] فراح منائي ، نفس المرجع السابق ، ص110
[2] المادة 56 من القانون 11/84 المؤرخ في 09 جويلية 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27
[3] خالد عبد العظيم أبو غابة، نفس المرجع السابق، ص90
[4] محمد زروني ، نفس المرجع السابق ، ص07
[5] خالد عبد العظيم أبو غابة، نفس المرجع السابق، ص 95، 96، 97

والاتفاقيات التجارية الدولية التي اتجهت إلى استخدام التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي قد تنشأ عنها عوضا عن اللجوء إلى القضاء، وكان للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الدور الرئيسي في نشر القواعد التحكيمية وتوحيد التشريعات الدولية، وذلك بإصدار القواعد والقوانين النموذجية التي أخذت بها معظم الدول والمؤسسات التحكيمية الدولية، وهذه اللجنة تعرف باسم الأونيسترال.[1]

وأما المشرع الجزائري فقد أولى أهمية كبيرة للتحكيم في مجال التجارة الدولية، حيث نظمه في المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل والمتمم للأمر رقم 154/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

ويبدو لي أن المشرع الجزائري حظر التحكيم في المنازعات الإدارية، وهذا بسبب أن الجهات القضائية الإدارية هي صاحبة الولاية العامة في المنازعات الإدارية حسب المادة 800 من ق.إ.م.إ بينما أجازه في العلاقات الاقتصادية الدولية والمقصود بها التجارة الدولية حيث أنه لا توجد محاكم دولية تتولى حل النزاعات المتعلقة بها، وإنما يوجد العديد من الهيئات والمؤسسات والمراكز الدولية المتخصصة في التحكيم. وكذلك أجازه في الصفقات العمومية، ولكن التساؤل المطروح. هو أن المشرع في قانون الصفقات العمومية لم يشر إلى إمكانية حل المنازعات عن طريق التحكيم، والواقع أثبت أن هذه المنازعات تحل عن طريق القضاء، هذا نقص يجب تداركه.

[1] خالد عبد العظيم أبو غابة ، نفس المرجع السابق، ص49

## المبحث الثاني: أحكام التحكيم

سنتناول هذا المبحث في مطلبين، فالمطلب الأول إجراءات إصدار وتنفيذ حكم التحكيم والمطلب الثاني طرق الطعن ومراجعة حكم التحكيم.

### المطلب الأول: إجراءات إصدار وتنفيذ حكم التحكيم

سنعالج هذا المطلب في فرعين، الفرع الأول إجراءات إصدار حكم التحكيم، والفرع الثاني تنفيذ حكم التحكيم في كل من الشريعة والقانون.

#### الفرع الأول: إجراءات إصدار حكم التحكيم

قبل صدور حكم التحكيم يمر بمراحل وهي أن أعمال التحقيق والمحاضر تنجز من طرف جميع المحكمين إلا إذا اتفق الأطراف على القيام بذلك بندب أحد المحكمين، والقاعدة العامة هي عدم تخلي المحكمين عن مهمتهم إذا شرعوا فيها، ولا يجوز ردهم إلا إذا طرأ سبب من أسباب الرد بعد تعيينهم، وعندما يطعن مدنيا بالتزوير في ورقة وعندما يحصل عارض جنائي فإن المحكمون يحيلون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة، ويوقف سريان التحكيم أي أن يُعلّق إلى حين البت في هذه المسألة العارضة ثم يستأنف بعد ذلك، وكذلك يجب على كل طرف أن يقدم دفاعه ومستنداته قبل انقضاء مهلة التحكيم بخمسة عشر( 15) يوما على الأقل، وإلا فإن المحكم يفصل طبقا لما قدم له خلال هذا الأجل أي الأجل الذي يفصل فيه [1] ويجب على المحكمين أن يتموا مهمتهم في مهلة 4 أشهر منذ تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم.[2]

وأشير إلى أن المذاهب الفقهية لم تحدد مهلة للتحكيم بخلاف المذهب الحنفي الذي استخلصت منه المجلة العدلية بالسعودية مهلة التحكيم وهذه المهلة تكون تعاقدية.[3]

وفي قانون التحكيم الكويتي يصدر المحكم حكمه خلال ثلاثة ( 3) أشهر تبدأ من تاريخ إخطاره بالقيام بالتحكيم من طرف أحد الأطراف، وعلى المحكم تبليغ الطرف الآخر خلال ثلاثة أيام برسالة موصى عليها.[4]

[1] المواد 1020، 1021، 1022 من ق.إ.م.إ
[2] المادة 1018 من ق.إ.م.إ
[3] سيد أحمد محمود، نفس المرجع السابق، ص65،66
[4] أحمد أبو الوفاء، نفس المرجع السابق ، ص19

وإذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن ولاية هيئة التحكيم فإنه توقف هذه الإجراءات إلى حين صدور حكم نهائي في هذه المسألة، وإذا رأت أن هذه المسألة لا تؤثر في الفصل في موضوع النزاع فإنها تستمر في النظر في موضوع النزاع، ففي الحالة الأولى يوقف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم. وكذلك إذا عرضت خلال التحكيم مسألة أولية تخرج عن موضوع التحكيم فلا يجوز لهيئة التحكيم النظر فيها، وإنما توقف الإجراءات إلى حين الفصل في هذه المسألة من المحكمة المختصة، وكذلك في هذه الحالة يوقف ميعاد إصدار حكم التحكيم.[1]

وتكون مداولات المحكمين سرية [2]، وهذا لضمان طمأنينة الأطراف وارتياحهم لكون حل نزاعاتهم بطريقة سرية.

وتصدر أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات.[3]

وتتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم ويجب تسبيب الأحكام.[4]

ويتضمن حكم التحكيم البيانات الآتية:

1 -اسم ولقب المحكم أو المحكمين

2 -تاريخ صدور الحكم

3 -مكان إصدار الحكم

4 -أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي.

5 -أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الاقتضاء[5]

ويوقع حكم التحكيم من قبل جميع المحكمين، وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين.[6]

يجب تسبيب الأحكام ويجوز أن يكون غير مسبب في حالتين:

1 -إذا اتفق الأطراف على عدم تسبيب الأحكام

[1] عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية في قانون 1994، دون طبعة، منشأة المعارف للنشر ، الإسكندرية مصر 1995، ص70، 71

[2] المادة 1025 من ق.إ.م.إ

[3] المادة 1026 من ق.إ.م.إ

[4] المادة 1027 من ق.إ.م.إ

[5] المادة 1028 من ق.إ.م.إ

[6] المادة 1029 من ق.إ.م.إ

2 -إذا كان القانون الواجب التطبيق على التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم.

إن القانون المصري ترك حرية تحديد آجال إصدار الحكم لهيئة التحكيم وإذا لم يتفقوا على تحديده وجب عليهم إصدار الحكم خلال اثني عشر 12 شهرا من تاريخ بدأ إجراءات التحكيم، ويجوز لهيئة التحكيم تمديد الآجال إلى ستة 6 أشهر ويجوز للأطراف تمديدها لأكثر من هذه المدة، وإذا لم يصدر الحكم رغم ذلك جاز لأي طرف طلب تحديد الآجال من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة التاسعة ( المادة 45 من قانون التحكيم المصري).

وتسلم صورة الحكم للخصوم موقعة من المحكمين خلال 30 يوما من تاريخ صدوره ولا يجوز نشر كل أو جزء منه إلا بموافقة أطراف التحكيم. [1]

يحق لأحد طرفي التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم إصدار حكم إضافي إذا لم يعالج الحكم طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها حكم التحكيم ويعلم الطرف الآخر بذلك قبل تقديمه وتصدر هيئة التحكيم حكمها خلا ستين يوما ( 60) من تاريخ تقديم الطلب ويجوز لها تمديد هذا الأجل ثلاثين يوما أخرى إذا رأى ضرورة لذلك ( المادة 51 من قانون التحكيم المصري).[2]

ونلاحظ أن المشرع الجزائري قد فصل في آجال إصدار الحكم وذلك بأربعة أشهر( 4) إذا لم يحدد الأطراف هذه الآجال، ويمكن تمديدها بموافقة الأطراف وإذا لم يتفقوا عليها يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم وفي غياب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة. ولكن المشرع المصري ترك هذه المسألة لحرية الأطراف واكتفى في حالة عدم تحديد الآجال بضرورة إصدار الحكم خلال أثنا عشر شهرا ( 12) وأورد تمديدا للآجال حسب ما سبق ذكره.

## الفرع الثاني: تنفيذ حكم التحكيم

## أولا: تنفيذ حكم التحكيم في الشريعة الإسلامية

عندما يصدر المحكم حكمه يصبح ملزما للأطراف، ينفذ دون أن يتوقف على رضا الأطراف، فحكم المحكم كحكم القاضي، والمحكم لا يرجع عن حكمه فإذا رجع عن حكمه وقضى للطرف الآخر لم يصح قضاؤه، لأن الخصومة قد تمت بالحكم الأول فكان الحكم الثاني باطلا، والحكم لا يتعدى إلى غير الأطراف، لأنه صدر عن ولاية شرعية، فلا يسري أثر الحكم على غيرهما.

[1] حسن محمد هند، نفس المرجع السابق، ص 140
[2] نفس المرجع السابق ، ص142

وتطبيقا لهذا المبدأ إذا حَكّم الخصوم رجلا في عيب المبيع فقضى المحكم برده (المبيع)، لم يكن للبائع حق برده على بائعه إلا أن يرضى البائع الأول والثاني والمشتري بتحكيمه، فحينئذ يرده على البائع الأول.

ومدى إلزام الحكم للمتخاصمين آراء مختلفة بين المذاهب الأربعة، ويرى المالكية عدم نقض الحكم الصادر من المحكم لأنه مثل حكم القاضي متى كان مبنيا على صواب وبالتالي فالقاضي لا ينقضه طالما لم يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع، إلا إذا كان جورا بينا سواء كان موافقا للقاضي أم مخالف له.

ويرى الحنابلة أن حكم المحكم لا ينقض فهو مثل حكم الوالي أو نائبه القاضي، ومع ذلك يجوز لكل من المتخاصمين الرجوع عن التحكيم طالما كان قبل الشروع في الحكم مثل رجوع الموكل عن التوكيل قبل التصرف فيما أُوكل فيه أما إذا شرع في الحكم وقبل تمامه فلا يصح لأحدهما الرجوع قياسا على رجوع الموكل بعد صدور ما وكل فيه وكيله من تصرفات.[1]

ولكن الحنفية استثنوا من عدم تعدي الحكم إلى غير أطراف التحكيم مسألة واحدة وهي أنه لو حكم أحد الشريكين وغريمه رجلا وحكم بينهما، وألزم الشريك الغائب لأن حكمه بمرتبة الصلح في حق الشريك الغائب والصلح من صنيع التجار، فكان كل واحد من الشريكين راضيا بالصلح وفي معناه، والعرف بين التجار جعل التحكيم من أحد الشركاء كأنه تحكيم من باقي الشركاء ، وعلى هذا ألزم الحكم ونفذ في حقهم جميعا، ولا يشترط رضا الخصوم بالحكم بعد صدوره.

وقال الشافعي رحمه الله إن حكم المحكم لا يكون ملزما للمتحاكمين إلا برضاهما، وأخذ بذلك كذلك المازني رحمه الله وعلل بأن حكم المحكم ضعيف ، وأما إذا حكم الخصمان رجلا مؤهلا ورجع أحدهما أو كلاهما بعد اختياره وقبل الشروع في الحكم فلا يلزمان بالاحتكام إليه وإذا أصدر حكما بعد ذلك فإنهما لا يلزمان أيضا بتنفيذ حكمه.

وإذا شرع المحكم واستمع إلى بينة أحدهما ثم بدأ الآخر قبل أن يحكم المحكم أن يرجع عن تحكيمه فلا يمكنه ذلك وللمحكم أن يحكم بينهما وحكمه ملزم لهما، لأنه إذا جاز لأحدهما الرجوع بعد الشروع في الحكم فإن ذلك يؤدي إلى أن كل واحد منهما إذا رأى أن الحكم ليس في صالحه رجع عنه، وهذا هنا يفقد التحكيم هدفه، وهذا ما رآه جمهور الفقهاء واستبعده الشافعي رحمه الله.[2]

[1] سيد أحمد محمود، نفس المرجع السابق، ص29،30،31
[2] محمد محمود قدري ، نفس المرجع السابق ، ص140، 141

والشافعية والحنابلة يرون أن القاضي لا ينقض حكم المحكم إلا بما ينقض به قضاء غيره من القضاة.[1]

وفي الشريعة الإسلامية يحمل حكم المحكم قوة الشيء المقضي به، والرأي الراجح في الفقه أن الحكم يعتبر سندا تنفيذيا ولكن ليس للمحكم سلطة تنفيذه جبرا وإنما يختص بذلك القاضي، وبالتالي أقرت الشريعة الإسلامية أن حكم المحكم يأخذ شكل حكم القاضي، وتنفيذه يشرف عليه القاضي، والقاضي عند تنفيذه للحكم لا ينظر من جديد في موضوع التحكيم، والمنطق القانوني المتبع من قبل المحكم بل يفحص فقط توافر الشروط الشكلية فيه والمحتملة في التأكد من صحة اتفاق التحكيم ومن صدور الحكم من جميع المحكمين وصدوره في نفس الموضوع وإلا رفض القاضي تنفيذ هذا الحكم ، ويلغيه إذا وجد فيه خطأ أو خللا أو ظلما فادحا أو مخالفة للنظام العام.[2]

## ثانيا: تنفيذ حكم التحكيم في القانون

سنتناول في هذا العنصر كيفية تنفيذ أحكام التحكيم في مصر وفرنسا والجزائر

بالنسبة لمصر وفرنسا :

ينفذ حكم التحكيم بأمر من رئيس المحكمة المختصة المشار إليها في المادة التاسعة من قانون التحكيم المصري، وهي محكمة الاستئناف المختصة أو محكمة استئناف القاهرة أو من يندبه من قضاتها، وهذا ما نصت عليه المادة 56 من نفس القانون ، ويقدم الطلب مرفقا بأصل الحكم أو صورة موقعة منه وصورة من اتفاق التحكيم وصورة من الحكم مترجمة للعربية إذا كان صادرا بالخارج وتكون مصادق عليها، وذلك في قلم كتاب المحكمة (أمانة ضبط المحكمة في المحاكم الجزائرية) وحكم المحكم الأجنبي في مصر ليست له حجية الأمر المقضي به إلا بعد صدور الأمر بتنفيذه ويخضع لنفس شروط تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية، غير أنه في القضاء الفرنسي جعل اختصاص إصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم من اختيار الأطراف لأي محكمة يرغبون فيها. والمشرع المصري قد خص المحكمة المختصة بتنفيذ أحكام التحكيم الداخلية ومحكمة استئناف القاهرة بتنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي، ونصت المادة 58 من قانون التحكيم المصري على انه (( لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم إلا إذا انقضى ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم ، ولا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إلا بعد التحقق مما يلي :

- لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع.

[1] سيد أحمد محمود ، نفس المرجع السابق، ص73
[2] نفس المرجع السابق ، ص76

- لا يتضمن ما يخالف النظام العام في مصر.
- تم إعلانه للمحكوم عليه إعلانا صحيحا[1]

أما في الجزائر :

فيكون بأمر من رئيس المحكمة التي صدر الحكم في دائرة اختصاصها ويودع الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمه التعجيل، والأطراف يتحملون نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل حكم التحكيم ، ويمكن للأطراف استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل 15 يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي.

ويسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف.

وتطبق القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل للأحكام على أحكام التحقيق المشمولة بالنفاذ المعجل.[2]

أما في ما يخص أحكام التحكيم التجاري الدولي فقد فصل المشرع الجزائري بين أمرين وهما الاعتراف بهذه الأحكام وتنفيذها، أما فيما يخص الأمر الأول فقد نص المشرع على أنه يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي بالجزائر إذا أثبت وجودها المتمسك بها، وهذا الاعتراف يكون غير مخالف للنظام العام الدولي، وتكون هذه الأحكام قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس شروط تنفيذ الأحكام الداخلية بأمر من رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم خارج الجزائر، وتثبت هذه الأحكام بتقديم أصلها مع اتفاقية التحكيم أو نسخ عنها (الأحكام واتفاقية التحكيم) مستوفية شروط صحتها وتودع بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف الذي يهمه التعجيل.[3]

وأما عن الأمر الثاني وهو تنفيذ الأحكام فقد أحال المشرع تنفيذها إلى المواد المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الداخلية.[4]

[1] حسن محمد هند، نفس المرجع السابق، ص164، 165، 166
[2] المادة 1035، 1036، 1037، من ق.إ.م.إ
[3] المادة 1051، 1052، 1053
[4] المادة 1054 من ق.إ.م.إ

وللإشارة أن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية منصوص عليه في اتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي انضمت إليها الجزائر.[1]

ومن ما يلاحظ على تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية حسب ما يبدو لي أنه يعد تقصيرا نوعا ما، لأنه قد يحدث أن تصدر أحكام تحكيم أجنبية مخالفة لما ورد في الفصل الثاني من الباب الرابع من ق.إ.م.إ تحت عنوان : في السندات التنفيذية حيث نصت المادة 605 على شروط تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة عن جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري وهي :

أن لا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص، وتكون حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي أصدرها، وأن لا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية وأثير من المدعى عليه، وأن لا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر، بينما في الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية يكون غير مخالف للنظام العام الدولي، وتنفيذ هذه الأحكام أحالها المشرع إلى نفس شروط تنفيذ أحكام التحكيم الداخلية.

[1] كمال قربوع عليوش ، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2001

## المطلب الثاني: طرق الطعن ومراجعة حكم التحكيم

سنتطرق في هذا المطلب إلى كيفية الطعن ومراجعة حكم التحكيم في الشريعة وفي القانون.

### الفرع الأول: طرق الطعن ومراجعة حكم التحكيم في الشريعة

### أولا: طرق طعن حكم التحكيم في الشريعة

#### الإبطال:

يمكن إبطال حكم التحكيم لنفس أسباب إبطال العقد كعيوب الرضا مثلا، ويمكن إبطاله في حالة وجود خطأ واضح في الحكم كصدوره على اتفاق تحكيم باطل أو بعد انقضاء أجله أو ليس للمحكم صلاحية إصدار الحكم أو أنه مخالف للنظام العام أو فيه خلل أو ظلم واضح أو ليس للأطراف أهلية اللجوء إلى التحكيم أو أن التحكيم مس بمبدأ احترام حق الدفاع.

ويقدم طلب الإبطال لدى القاضي المختص أو عند تنفيذ الحكم لدى القاضي المكلف بالتنفيذ، ويمكن تقديمه لدى قاضي القضاة.

وفي حالة إلغاء الحكم فإن القاضي لا يعيد النظر في القضية إلا إذا طلب منه ذلك الأطراف أو أحدهما، وفي الحالة المعاكسة فإن حكم القاضي يعد أمرا تنفيذيا.

#### الاستئناف:

يقدم الاستئناف إلى قاضي القضاة ولنفس أسباب طلب الإبطال وفي هذه الحالة يلغي القاضي حكم التحكيم ويصدر حكما تحكيميا جديدا يفصل فيه النزاع.

#### اعتراض الغير الخارج عن الخصومة:

القاعدة العامة عدم امتداد أثر التحكيم إلى أشخاص آخرين غير الخصوم، أما الذين يهمهم الأمر فيمكنهم تقديم أي اعتراض لدى القاضي.[1]

## ثانيا: مراجعة حكم التحكيم في الشريعة الإسلامية

للمحكمين سلطة تفسير الحكم وتصحيح الأخطاء المادية منذ تاريخ صدوره وحتى تاريخ اللجوء إلى القضاء لطلب تنفيذ هذا الحكم أو لطلب إبطاله والله عز وجل شرع لعباده التيسير والتوسط والاعتدال في كل الأمور لا التعسير والتشدد والاعوجاج ليتحقق العدل والإنصاف بين البشر, والتحكيم من المبادئ السامية التي أقرتها الشريعة الإسلامية السمحاء , حيث انه يقوم على حرية الأطراف في اختيار من يحكم بينهم في جو تغلب فيه روح الصلح على الخصومة , ليعم بذلك استقرار وثبات المجتمع الإسلامي الذي يهتم بإعطاء كل ذي حق حقه وإفشاء روح العدالة والإخاء والمساواة بين أفراد المجتمع الواحد .[2]

وخلاصة ذلك أن المحكم أحيانا يصدر حكمه مشوبا بأخطاء مادية أو فيه غموضا يصعب فهمه إلا بالرجوع إلى مصدر هذا الحكم وهو المحكم لان تفسيره من غيره يؤدي إلى سوء فهم نية المحكم وبالتالي قد يكون فيه نوعا من الجور أو المساس بحق احد الأطراف ، لذا توجب على المحكم تفسير حكمه لكي يفهم جيدا ، وكذلك تصحيح الأخطاء التي قد تمس بأحد الأطراف وضياع أو إنقاص حقه ، وهذا كله للوصول إلى الهدف السامي للتحكيم وهو حل النزاعات بطريقة ودية ، تحضا برضا الأطراف وتترك فيهم روح المحبة والصفاء .

## الفرع الثاني: طرق طعن ومراجعة حكم التحكيم في القانون

## أولا: طرق طعن حكم التحكيم في القانون

سنتطرق في هذا العنصر إلى طرق طعن ومراجعة أحكام التحكيم في القانون على المستوى الداخلي و المستوى الدولي.

لقد استثنى المشرع الجزائري بموجب المادة 1032 صراحة الطعن بالمعارضة ، لان أحكام التحكيم لا تصدر في حالة غياب احد الأطراف ، وهذا تطبيقا لمبدأ الوجاهية ، وأجاز الطعن عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصوم أمام نفس المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم وأجاز الاستئناف في اجل شهر واحد من تاريخ النطق بالحكم وليس من تاريخ تبليغه ، وهذا خلافا للقواعد العامة المعمول بها ، وهي الأخذ بتاريخ التبليغ وليس بتاريخ النطق بالحكم ، ويكون ذلك أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه هذا الحكم ما لم يتنازل الأطراف على

[1] سيد أحمد محمود ، نفس المرجع السابق، ص 74، 75
[2] سيد أحمد محمود ، نفس المرجع السابق، ص 75، 76

حقهم في الاستئناف في اتفاقية التحكيم ، وتكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن فيها بالنقض وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وهذه الطعون تنقل النزاع إلى الجهات القضائية ، وللإشارة انه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق حدد جهة الاستئناف بالمحكمة والمجلس بموجب المادة 455 آما في القانون الجديد فحدد جهة الاستئناف بالمجلس القضائي فقط بموجب المادة 1033 [1]وعموما نظم المشرع الجزائري طرق الطعن في أحكام التحكيم الداخلية في المواد 1032 ، 1033 ، 1034

أما فيما يخص الطعن في أحكام التحكيم الدولي فأشار إلى مسألة الاعتراف وتنفيذ الأحكام سواء بالإيجاب أو السلب أي الاعتراف أو التنفيذ أو رفض الاعتراف و التنفيذ.

فيكون الأمر الذي يرفض الاعتراف أو يرفض التنفيذ قابلا للاستئناف[2] ويكون أجل رفع الاستئناف خلال شهر واحد أمام المجلس القضائي من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة [3]، ولا يجوز استئناف أمر الاعتراف أو التنفيذ إلا في حالات محددة على سبيل الحصر وهي :

- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضت مدة الاتفاقية.
- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم وتعيين المحكم الوحيد مخالف للقانون .
- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.
- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية .
- إذا لم تسبب الأحكام أو إذا وجدت الأسباب متناقضة .
- إذا كان حكم التحكيم مخالف للنظام العام الدولي.[4]

ويمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056.

لا يقبل الأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر أيطعن، ولكن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ إذا لم يتم الفصل فيه.

وهذا أمر منطقي إذا بطل الحكم يبطل تنفيذه ما لم يفصل فيه . [1]

[1]محمد زروني، نفس المرجع السابق، ص14
[2]المادة 1055 من ق.إ.م.إ
[3]المادة 1057 من ق.إ.م.إ
[4]المادة 1056 من ق.إ.م.إ

والحكم التحكيمي الصادر خارج الجزائر لا يقبل الإبطال وإنما الحكم القضائي القاضي برفض إعطاء هذا الحكم الصيغة التنفيذية أو برفض الاعتراف به قابل للاستئناف وهذا الاستئناف ليست محددة أسبابه .

والأمر بإعطاء الصيغة التنفيذية لحكم تحكيم دولي صادر خارج الجزائر أو الذي يعترف به قابل للاستئناف ضمن أسباب الاستئناف الستة المنصوص عليها في المادة 1056.[2]

يرفع الطعن ببطلان حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه وهذا ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم ولا يقبل هذا الطعن بعد اجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ.

وتوقف الطعون واجل ممارستها المنصوص عليها في المواد 1055، 1056، 1058 تنفيذ أحكام التحكيم.

وتكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد السابقة ( 1055، 1056، 1058 ) قابلة للطعن بالنقض.[3]

ومن خلال ما سبق نلاحظ أن المشرع الجزائري حدد جهة الاستئناف بالمجلس القضائي بينما لم يشر إلى الاستئناف الذي يكون احد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام المشار إليهم في المادة 800 ( الأشخاص الإدارية ) والتي أعطاها القانون حق اللجوء إلى التحكيم في المادة 975 من خلال المصادقة على الاتفاقيات الدولية وفي مادة الصفقات العمومية ، وكذلك بموجب المادة 3/1006 وجهة الاستئناف في المنازعات التي يكون أحد أطرافها الإدارة هي مجلس الدولة ، وكذلك لباقي الطعون الأخرى وهذا حسب ما يبدو لي .

## ثانيا: مراجعة حكم التحكيم في القانون

يمكن للمحكم أن يراجع حكمه عن طريق تفسيره أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية. [4]

وإذا كان طلب التفسير أو التصحيح داخل مهلة التحكيم فان الطرف يقدمه إلى المحكم ، وأما إذا انقضت هذه المدة يتوجه إلى القضاء هذا إذا لم يتوقف على التمديد مع الطرف الآخر ليطلب منه تحديد المهلة فإذا رد طلب التمديد فالقضاء ينظر في أمر التفسير أو التصحيح ويبت فيه ، وهذا فيما يخص التحكيم الداخلي .[5]

[1] المادة 1058 من ق.إ.م.إ
[2] فراح منانى ، نفس المرجع السابق، ص156
[3] المادة 1059، 1060، 1061 من ق.إ.م.إ
[4] المادة 103 من ق.إ.م.إ
[5] فراح منانى ، نفس المرجع السابق، ص 146

أما في التحكيم الدولي إذا كان صادرا في الجزائر فانه يتبع نفس الطريق فانه يتبع نفس الطريق الذي يتبعه الحكم التحكيمي الداخلي ، أما إذا صدر في الخارج أو صدر استنادا إلى قانون غير القانون الجزائري فإن القانون هو الذي يحدد طريقة لتفسير وتصحيح أحكام التحكيم.

وقانون التحكيم المصري في مادته 49 أجاز لأطراف التحكيم الطلب من هيئة التحكيم خلال 30 يوما التالية لتسلمهم حكم التحكيم لتفسيره ، ويجب على طالب التفسير أن يعلم الطرف الآخر قبل تقديمه لهيئة التحكيم ، وهذه الأخيرة تصدر تفسيرها خلال 30 يوم من تقديم طلب التفسير إليها ويجوز لها تمديد هذا الميعاد إلى 30 يوم أخرى إذا رأت ضرورة ذلك .

وكذلك تتولى هيئة التحكيم تصحيح حكمها إذا وردت فيه أخطاء مادية ،كتابية أو حسابية ، وهذا بتلقاء نفسها أو بناء على طلب احد الأطراف وتصدر تصحيحها خلال 30 يوما من تاريخ صدور الحكم أو إيداع طلب التصحيح ولها تمديد هذا الميعاد إلى 30 يوما أخرى إذا رأت ضرورة لذلك ثم تصدر التصحيح وتعلم به الأطراف خلال 30 يوما .[1]

## المطلب الثالث: حالات انتهاء التحكيم

ينتهي التحكيم بعزل المحكم أو انتهاء أجل التحكيم بصدور الحكم أو بانتهاء الأجل المحدد دون صدوره، وكذلك بزوال أهلية المحكم.

ويرى الحنفية انه ينتهي التحكيم بصدور الحكم أو بموت المحكم أو فقدانه لأهليته المدنية أو أهليته للشهادات أو الصفات المطلوبة في المحكم أو بموت احد الخصوم ولو كان ورثته جميعهم راشدين.[2]

وكذلك إذا اتفق الأطراف على إنهاء التحكيم ، أو إذا ترك المدعي خصومة التحكيم ما لم تقرر هيئة التحكيم بناء على طلب المدعى عليه إذا كان له مصلحة جدية في استمرار الإجراءات إلى حسم النزاع ، وإذا رأت هيئة التحكيم لأي سبب عدم جدوى استمرار إجراءات التحكيم أو استحالته .[3]

أما في القانون الجزائري فقد نص على حالات انتهاء التحكيم وهي بوفاة احد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته، بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له ما لم يوجد شرط مخالف أو إذا اتفق الأطراف أو من قبل المحكم أو المحكمين الباقين على استبداله وفي حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة 1009.

[1] عبد الحميد المنشاوي، نفس المرجع السابق، ص72
[2] سيد أحمد محمود، نفس المرجع السابق، ص48، 49
[3] عبد الحميد المنشاوي، نفس المرجع السابق، ص71

وينتهي بانتهاء المدة المقررة وإلا بعد مرور أربعة أشهر إذا لم تشترط المدة في اتفاق التحكيم، وكذلك بفقد الشيء (الحق) موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه وبوفاة احد أطراف العقد.[1]

أما قانون التحكيم الدولي فمبدأ سلطان الإرادة هو الذي يحدد وحده نهاية التحكيم.[2]

وبالتمعن بحالات انتهاء التحكيم يتبادر إلى الذهن انه لما ينتهي التحكيم باتفاق الأطراف على استبداله أو إذا استبدله المحكم ، يبدو لي أنه لا ينبغي انتهاء التحكيم وإنما الاستمرار فيه حتى وان تم استبداله من الأطراف أو المحكم ، فهنا مجرد تعليق التحكيم إلى حين إعادة السير فيه لان ذلك يمس بهدف التحكيم ، خاصة أن المشرع أشار إلى تدخل القضاء في حالة صعوبة تعيين المحكم فهنا لا ينبغي انتهاء التحكيم وإنما تعليقه إلى حين تعيين المحكمة المختصة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه . وهذا النص يبدو لي أنه يحتاج إلى إعادة النظر فيه.

[1] المادة 1024 من ق.إ.م.إ
[2] فراح منانى ، نفس المرجع السابق، ص177

# خاتمـة

## خاتـــــــــمة

تناولنا في هذه الدراسة التحكيم كإجراء بديل عن الحل القضائي بين الشريعة والقانون إذ تناولنا مفهومه وشروطه بين الشريعة و القانون وهذا في الفصل الأول وتناولنا نطاقه وأحكامه في الشريعة والقانون وهذا في الفصل الثاني ومن خلال هذه الدراسة توصلنا إلى النتائج التالية:

1. التحكيم هو اتجاه إرادة الأطراف واتفاقهم على حل نزاعاتهم عن طريق محكم أو أكثر بدلا من اللجوء إلى القضاء.
2. التحكيم يعد وسيلة ودية متجذرة في أعماق التاريخ .
3. التحكيم يوفر الوقت والجهد لأطرافه نظرا لبساطة وسرعة، إجراءاته، وسرية جلساته.
4. التحكيم يرتب أثرا طيبا في نفوس الأطراف، نظرا لرضاهم بالتحكيم .
5. التحكيم يختلف تكييف طبيعته بين الشريعة و القانون.
6. تختلف الشروط الواجب توفرها في المحكم بين الشريعة و القانون وهي أكثر دقة وموضوعية في الشريعة ، وتبين لنا أن القانون السعودي و القانون الكويتي قد وافقا الشريعة في اشتراط الإسلام في المحكم بينما القانون المصري و القانون الجزائري لم يشترطا ذلك وإنما تركا ذلك لحرية الأطراف.
7. تبين أن نطاق التحكيم في الشريعة أوسع من القانون، وهذا بجوازه في المنازعات المتعلقة بشؤون السلطة، كما تبين ذلك في الخلاف الذي ثار بين معاوية والإمام علي كرم الله وجهه حول أحقية هذا الأخير بالخلافة، وتبين أن كل من الشريعة و القانون وضعا حدودا للتحكيم في بعض المسائل، وهذا نظرا لأهميتها كحدود الله عز وجل والنظام العام وحصرها في يد القاضي.
8. تنفذ أحكام التحكيم الدولية كما تنفذ أحكام التحكيم الداخلية وذلك حسب المواد من 1035 إلى 1038إ.م.إ.
9. أحكام التحكيم الدولية يطعن فيها في شقين شق متعلق بأمر رفض الاعتراف وشق متعلق برفض التنفيذ وهذا عن طريق الاستئناف، وكذلك استئناف الأمر الذي يقضي بالاعتراف أو بالتنفيذ يكون في حالات محددة على سبيل الحصر بموجب المادة 1056 إ .م.إ.
10. تبين أن الاستئناف يرفع في أجل شهر واحد سواء بالنسبة لأحكام التحكيم الداخلية أو الدولية ويختلفان في حساب أجل الاستئناف فالأولى من تاريخ النطق بها بينما في الثانية من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة.

11. تبين أن التحكيم يعد بديلا عن الحل القضائي لحد ما، ذلك لان القضاء له ولاية عامة في كل المسائل، بينما التحكيم فهناك مسائل لا يجوز التحكيم فيها سواء في الشريعة أو القانون.

وعليه نقترح ما يلي:

1 -ضرورة تفعيل التحكيم وذلك بإنشاء مراكز للتحكيم في الجزائر أو إعداد قوائم للمحكمين ليختار منها الأفراد بواسطة القضاء على غرار الخبراء.

2 -إعادة النظر في الشروط الواجب توافرها في المحكم كاشتراط معرفة القانون ليستطيع المحكم فهم النصوص القانونية والنصوص التطبيقية.

3 -إعادة النظر في المادة 1024 من إ.م.إ التي تنص على حالات انتهاء التحكيم ومن بينها استبدال المحكم أو رفضه لمهمته فيجب أن يستمر التحكيم بتعيين محكم آخر ونصت على أنه في حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة 1009 التي تنص على تعيين المحكم بواسطة رئيس المحكمة، لذا لا يجب أن ينتهي التحكيم ، بل يعلق إلى حين تعيين محكم جديد ثم يستأنف.

4 -إعادة النظر في تحديد جهة الاستئناف إذا كان أحد أطراف التحكيم هيئة إدارية وذلك بتحديدها بمجلس الدولة بدلا من المجلس القضائي خاصة في ما يتعلق بالصفقات العمومية.

5 -تقنين قانون التحكيم في مدونة خاصة به وذلك على غرار التشريعات المقارنة التي خصت التحكيم بقانون خاص به وفصله عن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لكي يستطيع الأطراف أن يلجوء إلى التحكيم وفهم إجراءاته.

# قائمة المراجع

# قائمة المصادر والمراجع

**1 -المصادر:**

**أ. القرآن الكريم**

**ب. السنة النبوية الشريفة**

**ج. القوانين:**

- الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل إلى غاية القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007
- القانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- القانون 11/84 المؤرخ في 09 جويلية 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

**2 -المراجع:**

**أ –كتب التراجم والمعاجم:**

- أبو العباس شمس الدين بن أحمد بن محمد بن ابي بكر ابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق إحسان عباس، دار صادر للنشر، الجزء الثالث، بيروت، لبنان، 1970.
- أبو العباس شمس الدين بن أحمد بن محمد بن ابي بكر ابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق إحسان عباس، دار صادر للنشر، الجزء الرابع، بيروت، لبنان، 1971.
- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ط 1، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1990
- محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، طبعة جديدة، تحقيق محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون للنشر، بيروت لبنان، 1995.

**ب -الكتب العامة :**

- عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ترجمة للمحاكمة العادلة، تقديم وزير العدل حافظ الأختام السيد الطيب بلعيز، موفم للنشر، الجزائر 2009

- محمد عبد الغفار الشريف، بحوث فقهية معاصرة، الجزء الثاني، ط 1، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان 2001

**ت الكتب المتخصصة:**

- أبو عبد العلا علي أبو العلا النمر، تكوين هيئات التحكيم، ط1، دار النهضة العربية، مصر2000
- أحمد أبو الوفاء ، التحكيم في القوانين العربية، د.ط ، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر2002.
- حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، د.ط، دار الكتب القانونية ، المحلى الكبرى، مصر2004 .
- خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم وأثره في فض المنازعات، ط 1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية مصر 2011.
- سيد أحمد محمود ، نظام التحكيم دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري، د.ط، الإيمان للطباعة ، مصر2000
- شريف الطباخ، التحكيم الاختياري والإجباري في ضوء القضاء والفقه، ط 1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة مصر 2008.
- عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية حسب قانون 1994 ، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر 1995.
- فراح مناني، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، د.ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة ، الجزائر2010.
- محمد السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية،د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر 1999.
- كمال قربوع عليوش، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر 2001.

**ج. الكتب الإلكترونية:**

- محمد محمود قدري، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، ط1، دار الصميعي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية 2009.

**د. الرسائل و المجلات:**

** **الرسائل:**

- زكريا أسعد حسن دراوشة، التحكيم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في المحاكم الشرعية، رسالة ماجستير، جامعة الخليل ، فلسطين ، 2008.

** **المجلات** :

- رقية عواشرية ،مقال بعنوان: التحكيم المؤسسي ودوره في تحقيق الذاتية الخاصة للمنازعات البحرية، دفاتر السياسة والقانون، مجلة دورية محكمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ديسمبر 2009.

**هـ. المحاضرات:**

- محمد زروني، رئيس محكمة فرجيوة، محاضرة بعنوان : التحكيم في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، قسنطينة في 22 جوان 2009

**و. المراجع باللغة الأجنبية:**

- Antoine Kassis, LA RÉFORME DU DROIT DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL, l'harmattan, paris France 2008
- Yahia AMNACHE, article sous « L'arbitrage international en droit algérien », El Watan, du 25 septembre 2006.

**ز. المواقع الإلكترونية:**

- http://fr.wikipedia.org/wiki/Arbitrage_(droit)

# فهرس المحتويات

الإهداء

شكر وتقدير

قائمة المختصرات

مقدمة ..... أ

**الفصل الأول: مفهوم التحكيم وشروطه**

المبحث الأول: مفهوم التحكيم ..... 4

المطلب الأول: تعريف التحكيم ..... 4

– الفرع الأول: التعريف اللغوي ..... 4

– الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي ..... 4

المطلب الثاني: تمييز التحكيم عن الألفاظ ذات الصلة ..... 8

– الفرع الأول: التحكيم والقضاء ..... 8

– الفرع الثاني: التحكيم والخبرة ..... 10

– الفرع الثالث: التحكيم والصلح ..... 11

– الفرع الرابع: التحكيم والوساطة ..... 12

– الفرع الخامس: التحكيم والوكالة ..... 13

المطلب الثالث: تكييف طبيعة التحكيم ومميزاته ..... 14

– الفرع الأول: التكييف الشرعي والقانوني للتحكيم ..... 14

– الفرع الثاني: مميزات التحكيم ..... 23

المبحث الثاني: أنواع وشروط التحكيم ..... 25

المطلب الأول: أنواع التحكيم ..... 25

– الفرع الأول: التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي ..... 25

– الفرع الثاني: التحكيم الإجباري والتحكيم الاختياري ..... 26

– الفرع الثالث: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي ..... 27

– الفرع الرابع: التحكيم التجاري ..... 22

– الفرع الخامس: التحكيم الإلكتروني ..... 27

المطلب الثاني: شروط التحكيم ..... 28
– الفرع الأول: الشروط المتعلقة بموضوع التحكيم ..... 28
– الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في المحكم ..... 30

**الفصل الثاني: نطاق التحكيم وأحكامه**

المبحث الأول: نطاق التحكيم ..... 39
المطلب الأول: نطاق التحكيم في الشريعة ..... 39
المطلب الثاني: نطاق التحكيم في القانون ..... 43
المبحث الثاني: أحكام التحكيم ..... 46
المطلب الأول: إجراءات إصدار وتنفيذ حكم التحكيم ..... 46
– الفرع الأول: إجراءات إصدار حكم التحكيم..... 46
– الفرع الثاني: تنفيذ حكم التحكيم..... 48
المطلب الثاني: طرق الطعن ومراجعة حكم التحكيم ..... 53
– الفرع الأول: طرق طعن حكم التحكيم في الشريعة ..... 53
– الفرع الثاني: طرق طعن ومراجعة حكم التحكيم في القانون ..... 54
المطلب الثالث: حالات انتهاء التحكيم ..... 57
خاتمة ..... 60
قائمة المراجع ..... 63

**ملخص :**

التحكيم طريق ودي لحل النزاعات منذ القدم، ويتميز بحرية اختيار الأطراف للمحكم أو المحكمين ، واختيار القواعد القانونية المطبقة على موضوع النزاع ، وبساطة وسرعة إجراءاته. وحكم التحكيم ينفذ في الأصل طواعية واستثناءا ينفذ بأمر من القاضي. وتختلف شروط التحكيم ونطاقه بين الشريعة والقانون كاشتراط الإسلام والاجتهاد في المحكم. هذا فضلا عن اتساع مجال التحكيم في الشريعة مقارنة بالقانون. والطعن في حكم التحكيم لا يقبل المعارضة، ويكون هذا الطعن أمام الجهات القضائية المختصة، وأحكام التحكيم الدولية يكون الطعن فيها في شقين شق متعلق بالاعتراف بها وشق متعلق بتنفيذها.

**الكلمات المفتاحية:** التحكيم، طريق ودي، المحكم، التنفيذ طواعية، التنفيذ بأمر من القاضي، الطعن، التحكيم الدولي.

**Résumé :**

Depuis l'Antiquité , et l'Arbitrage se considère comme un méthode amicale pour résoudre les conflits , Il se caractérise par la liberté , pour les parties , de choisir l'arbitre ou les arbitres et de choisir les règles juridiques applicables à l'objet du litige , il se voit aussi dans la simplicité et la rapidité des procédures et la décision d'arbitrage est à l'origine s'exécute volontairement et exceptionnellement s'exécute via l'ordre du pouvoir judiciaire .

Les conditions et la portée d'arbitrage se distingue entre la charia et le droit , on exige par exemple que l'arbitre soit musulman et qu'il soit jurisprudentiel ainsi que le champ de l'arbitrage par rapport celui de la charia est étendu par rapport au droit .

Le Stab-in-law contre la décision de l'arbitrage est inacceptable .le stab-in law doit être devant les pouvoirs judicaires .le Stab – in – law devant les dispositions d'arbitrage internationale est de deux phases liés à la reconnaissance d'arbitrage et à l'exécution /

**Les mots clés :** arbitrage, méthode amicale, l'arbitre, exécution à l'amiable ,

Exécution via ordre du pouvoir judge, recoure , l'arbitrage international.

**Abstract:**

Arbitration is a smooth way to resolve confliet ; i twas used /impllemented in the antiqutes It is charactorised by the freedom given to the two sides to choose their own arbitrater topic of the conflict , in addition to its simple and rapid procedures

Arbitration is opplied voluntarily , but exceptionally it is judicially – bound , the conditions of arbitration are different with regard to both sharia and law , like the condition fo islam and erudition the arbitartor , that's with the fact that arbitration in sharia is givven much space than in law.

Contesting in arbitration do not accept opporition and thir contesting must be judiciary taken.

The international arbitration takes two ways in contesting case .

The first is according to the confession and the second is according to its axecution.

**Key word:** Arbitration،Smoth way،Aritrator،Woluntaruly execution, Judge ordred ،Contesting ،International arbitration.