



المَجْمَعِيَّةُ الْعِلْمِيَّةُ الْقَضَائِيَّةُ السُّعُودِيَّةُ
الدراسات القضائية (١١٦)

ضمانات أطراف الدعوى التحكيمية في مواجهة هيئة التحكيم دراسة مقارنة

إعداد

ناصر بن سعد بن حوتان

مركز قضاء للبحوث والدراسات

تُسهّم الجمعية العلمية القضائية السعودية في إثراء ونشر البحوث
والدراسات القضائية، ولا يلزم أن تكون كافة الآراء الواردة في هذه
الجهود المشكورة من الباحثين معبرة عن رأي الجمعية.

الطبعة الأولى
١٤٤٧ هـ - ٢٠٢٦ م

مركز
جميع الحقوق محفوظة

للنشر والتوزيع وطلبات النسخ:



فضاء

الجمعية العلمية القضائية السعودية


مركز فضاء للبحوث والدراسات

 qadha.org.sa/ar/books

 @qdha

 m@qadha.org.sa

 /qadha_ksa

 966538999887

   /qadha.ksa



الجمعية العلمية القضائية السعودية

الدراسات القضائية (١١٦)

ضمانات أطراف الدعوى التحكيمية

في مواجهة هيئة التحكيم

دراسة مقارنة

تأليف

ناصر بن سعد بن حوتان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة الجمعية



الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه وسلم.

فتهدف الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء) دومًا إلى المشاركة الفاعلة في الجهود المبذولة لتطوير القضاء وما يتصل به من الجوانب العلمية والعملية، وتقديم البحوث والدراسات التي تجلّي تميز القضاء الإسلامي وأصوله وقواعده وتطبيقاته، وإبراز جوانب العدالة فيه، والإجابة عما يُثار حوله من شبهات، وتسعى إلى التنسيق بين المتخصصين -من القضاة والمحامين والباحثين في الشؤون العلمية القضائية-، ومد الجسور بينهم وبين الجهات العلمية والإعلامية ونحوها.

وتشرف الجمعية العلمية القضائية السعودية بنشر هذا الكتاب الموسوم بـ «**ضمانات أطراف الدعوى التحكيمية في مواجهة هيئة التحكيم**»، من إعداد الباحث ناصر بن سعد بن حوتان، الذي تناول فيه بيان الضمانات المتعلقة بحقوق أطراف الدعوى التحكيمية في مواجهة هيئة التحكيم، في ضوء الفقه الإسلامي والنظام السعودي، مع المقارنة بالقانون الإماراتي.

ويعرض الكتاب مفهوم الضمانات في خصومة التحكيم، ويبين علاقتها بحماية الحقوق وتحقيق العدالة، ثم يتناول التعريف بالتحكيم وبيان موقعه

بين وسائل الفصل في المنازعات، قبل الانتقال إلى دراسة الضمانات المرتبطة بسير الخصومة التحكيمية وإجراءاتها.

كما تناول الكتاب الضمانات العامة المشتركة مع القضاء، ثم خصّ الضمانات المتعلقة بهيئة التحكيم بالدراسة، كضمانات التعيين، والاستقلال، والحياد، وحق الرد والعزل، وضمانات الفصل في الدعوى التحكيمية، وما يتصل بذلك من رقابة قضائية على أعمال هيئة التحكيم، وأثر هذه الضمانات في سلامة الإجراءات وصحة الحكم التحكيمي.

وقد جاء بناء الكتاب مرتباً، ومنهجه قائماً على التحليل الفقهي والنظامي، مع ضبط المصطلحات، وتحرير محل النزاع، وربط الأحكام بالنصوص النظامية ذات الصلة، بما يجعله صالحاً للإفادة في المجال القضائي والبحثي. والجمعية إذ تنشر هذا العمل؛ فإنها تشكر من قام بإعداده، وترحب بالتواصل مع جميع الجهات والمتخصصين الراغبين بتقديم الدراسات والمشاريع القضائية والنظامية، وتشرّف بتقديم كافة سبل التعاون.

مركز قضاء للبحوث والدراسات

m@qadha.org.sa

المقدمة



إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونستهديه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، أما بعد:

إن الشريعة الإسلامية وجميع الشرائع الإلهية قد جاءت بمصالح الناس، لتحقيقها بحفظها ورعايتها ودرء كل ما من شأنه المساس بها، ومن وسائل تحقيق هذه المصالح وصيانتها وجود القضاء في المجتمع البشري، فبه تحفظ الحقوق، وتقام الحدود، ويرتدع وينزجر الناس؛ فإن من طبيعة المجتمعات البشرية وجود الخطأ والظلم والتجاوز فيها، فلو ترك الجبل على الغارب لأكل الناس بعضهم بعضاً، فبالقضاء تحمى الحقوق وتصان عن الانتهاك، ويزال بوساطته تعدي الناس بعضهم على بعض، وهو أحد المناصب العظيمة التي تحقق العدل وتمنع الظلم، وترسي الحق، وبالقضاء كما يقول ابن فرحون: «رفع التهاارج ورد النوائب وقمع الظالم ونصر المظلوم وقطع الخصومات والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر»^(١).

والعدل هو أحد مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء، قال تبارك وتعالى:

(١) تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، لأبي الوفاء إبراهيم بن محمد بن فرحون المالكي، المطبعة الشرقية بمصر، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى سنة ١٣٠١هـ، (٨/١).

﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾ [الحديد: ٢٥] والقسط هو العدل، فهما كلمتان مترادفتان، وأي طريق أدى إلى الوصول إلى العدل بين الناس كان مطلوباً في الشرع، قال ابن القيم: «فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمارة، فلا يجعله منها، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق، أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط، فأى طريق استخراج بها العدل والقسط فهي من الدين، وليست مخالفة له»^(١).

والقضاء على أهميته فليس هو الوسيلة الوحيدة لحل النزاعات وتحقيق العدل بين الناس، فالشريعة جاءت بحلول ووسائل أخرى لتكون خيارات لطرفي الدعوى في اختيار المناسب لهما، مثل: الصلح، والتحكيم، فقد لجأ الناس للتحكيم من قبل شروق شمس الإسلام كوسيلة بديلة لحل المنازعات، لحاجة الناس إليه ولما يتميز به من سرعة في تسوية الخصومات، وغيرها من الميزات، ثم جاء الإسلام وأقره واعتبر حكمه حكماً نافذاً ملزماً للطرفين وفق ضوابط شرعية، وقد أخذت به الأمم والحضارات السابقة وجعلته وسيلة لتسوية الخصومات، منهم العرب قبل الإسلام، فقد كان التحكيم معروفاً عند العرب قال اليعقوبي: «كان للعرب حكام ترجع إليها في أمورها

(١) الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، لابن القيم الجوزية، تحقيق نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ، (١/ ٣١).

وتتحاكم في مناظراتها وموارثها ومياهاها ودماؤها لأنه لم يكن دين يرجع إلى شرائعه فكانوا يحكمون أهل الشرف والصدق والأمانة والرئاسة والسن والمجد والتجربة»^(١).

وقد حَكَّم النبي ﷺ قبل الإسلام وبعد الإسلام، كذلك فقد حَكَّم الصحابة رضوان الله عليهم من بعده ﷺ، واختلفت الأمم في طريقة الاحتكام حسب العرف المتبع في كل أمة أو قبيلة^(٢).

وفي عصرنا الحاضر زادت أهمية التحكيم ولاقى اهتماماً كبيراً بصفة عامة ولا سيما في المعاملات التجارية، لما يتمتع به من سرعة وفاعلية في حسم المنازعات، وحفاظاً على السرية، وتحقيقاً للعدالة وصيانة للحقوق، ومرورته التي تسمح لطرفي الدعوى بالاتفاق على القانون المراد تطبيقه، ويعطيها حق اختيار المحكمين الذين يتولون عملية التحكيم بأنفسهم، الأمر الذي يؤدي إلى الاطمئنان والرضا عن أحكامهم.

وأهميته ليست فقط لطرفي الدعوى بل على الجهاز القضائي في الدولة، فبالوسائل البديلة للقضاء -وأهمها التحكيم- تخفف أعباء القضاء من حيث عدم العودة إليه في كل النزاعات التي قد تنشأ.

بسبب كل ما ذكرنا من أهمية وسيلة التحكيم على الأفراد والمؤسسات والشركات والحكومات، فقد سنت الدول ونظمت له أنظمة وقوانين، ومنها

(١) جواد علي، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، الطبعة الثانية ١٩٨٠ (٦٥/٥).

(٢) وانظر: تاريخ التحكيم، بحث مقدم لملتقى التحكيم في العالم الإسلامي بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، للدكتور سليمان بن ناصر العجاجي، ص: ٥.

المملكة العربية السعودية ففي عام ١٣٥٠هـ - ١٩٣١م صدر نظام المحكمة التجارية والذي تضمن بعض المواد المتعلقة بالتحكيم، وفي عام ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م صدر أول نظام عمل سعودي والذي تضمن أيضاً بعض المواد التي نصت على التحكيم باعتباره طريقة لتسوية المنازعات العمالية، وللحاجة إلى تلبية التطور السريع للاقتصاد في المملكة، أصدر أول نظام للتحكيم عام ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، ومؤخراً عام ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م صدر نظام التحكيم السعودي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤)، الذي يعتمد على قواعد الأونسيترال للتحكيم، وسعيًا إلى تحسين الاستثمار المحلي والأجنبي في المملكة العربية السعودية، صدر قرار مجلس الوزراء رقم (٢٥٧) عام ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م بإنشاء المركز السعودي للتحكيم التجاري^(١)، ووافق مجلس الوزراء في قرار رقم (٥٤١) وتاريخ ٢٦/٨/١٤٣٨هـ على اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤) وتاريخ ٢٤/٥/١٤٣٣هـ.

ولاستمرارية العملية التحكيمية كما جاءت بها الشريعة الإسلامية، والأنظمة المرعية، وتحقيقاً للنتائج المرجوة، فلا بد من ضمانات تضمن سلامة سير إجراءات التحكيم، من استقلالية المحكم وحياده، وأن يحكم بما يدين الله باجتهاده، ومن خيارات متاحة لطرفي الدعوى تضمن لهم سلامة وإتقان حكم المحكم، من المقدرة على رد المحكم، أو عزله، والرقابة

(١) تاريخ التحكيم في السعودية موقع المركز السعودي للتحكيم التجاري

<https://www.sadr.org/About-ADR.in.sa-History?lang=ar>

القضائية على المحكم، فلأجل ذلك ارتأيت أهمية البحث عن «ضمانات طرفي دعوى التحكيم اتجاه هيئة التحكيم» بما ورد في الفقه الإسلامي والنظام السعودي ومقارنته بقانون التحكيم الإماراتي قانون اتحادي رقم ستة الصادر بتاريخ ١٧/٨/١٤٣٩ هـ ٣/٥/٢٠١٨ م وفق ما يرد في تقسيمات خطة البحث بإذن الله، سائلاً المولى التوفيق والسداد.

أولاً - أهمية الموضوع:

تبرز أهمية الموضوع فيما يلي:

- ١- إبراز اهتمام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية بوضع ضمانات في مواجهة هيئة التحكيم لازمة لضمان سير العملية التحكيمية، بالشكل الذي يرتضيه الشارع الإسلامي والنظام.
- ٢- إن بيان هذه الضمانات ومعرفة طرفي الدعوى التحكيمية بها يدفع الظلم عنهم، ويمكنهم بالمطالبة بما هو حق لهم والحصول عليه، مع حرص المنظم السعودي على إبراز هذه الضمانات في نظام التحكيم السعودي.
- ٣- الوقوف على أنواع الضمانات في التحكيم وتحليلها وتوضيحها اتجاه المحكم في الفقه الإسلامي والنظام السعودي للتحكيم ومقارنة هذه الضمانات بما في القانون الإماراتي للتحكيم من ضمانات، وما يلائم من قوانين وأنظمة تحكيم عربية إن اقتضى الأمر، والأثر المترتب لهذه الضمانات التي تكون في مواجهة المحكم على سير العملية التحكيمية.

ثانياً - مشكلة الدراسة:

مع كثرة القضايا تبعاً للتطور في مجالات الحياة، وزيادة الإقبال على التحكيم كحل بديل للقضاء بما يتمتع به من مزايا، وتخفيفاً من أعباء المحاكم، ولما للتحكيم من أهمية على اقتصاد الدولة إذ يلجأ إليه كثيراً في القضايا التجارية وخاصة الدولية؛ إلا أن كثيراً ممن يلجأ إلى التحكيم يجهل ما ضمنه الفقه الإسلامي ونظام التحكيم السعودي من ضمانات اتجاء هيئة التحكيم، فلا يعلم بما وضعه الفقه الإسلامي ونظام التحكيم السعودي من شروط ومؤهلات وإجراءات ورقابة على هيئة المحكمين، كل ذلك بما يصب في مصلحة طالب التحكيم، فعدم الاطلاع على هذه الضمانات الموضوعية من قبل الشرع والتي نظمها المنظم السعودي تخالف مراد الشارع والمنظم من حفظ الحقوق والقيام بالتحكيم على الوجه المطلوب، ويؤدي هذا الجهل إلى الظلم وصدور الأحكام من غير المؤهلين ممن لم تتوفر فيهم الشروط، أو مخالفة بعض الإجراءات في التعيين، أو صدور الحكم وفيه غموض، أو يحتاج إلى تصحيح، وغيرها من المخالفات، وقد يؤدي الجهل بهذه الضمانات إلى النفور من التحكيم.

ففكرة هذا البحث هو أن يبين ما هي الضمانات التي كفلها الفقه الإسلامي ونظام التحكيم السعودي اتجاء هيئة التحكيم، التي بها تكون العملية التحكيمية صحيحة عادلة محققة لما هو مطلوب من إيصال الحقوق لأصحابها ورفع الظلم عنهم.

أهداف البحث:

- ١- التعريف بمعنى الضمانات والتحكيم في الفقه الإسلامي والنظام.
- ٢- توضيح الضمانات العامة للتحكيم وغيرها من وسائل حل النزاع.
- ٣- عرض الضمانات الخاصة بهيئة التحكيم من أحكام خاصة فيهم.
- ٤- بيان كيفية تشكيل هيئة المحكمين وذكر مؤهلاتهم وشروط تعيينهم في الفقه الإسلامي والنظام.
- ٥- المقارنة بين شروط المحكم وشروط القاضي.
- ٦- توضيح ضمانات الفصل في الدعوى التحكيمية.

أسباب اختيار الموضوع:

- ١- بعد توفيق الله **عَزَّوَجَلَّ** وهدايته، فلم أجد من بحث عن ضمانات التحكيم الواردة في الفقه الإسلامي ونظام التحكيم السعودي، وضمنات أطراف الدعوى في مواجهة هيئة التحكيم بشكل خاص.
- ٢- إبراز اهتمام الفقه الإسلامي بكل ما من شأنه ضمان الحقوق لأصحابها وتحقيق العدل، وما نظمه المنظم السعودي في نظام التحكيم السعودي ومقارنته بالقانون الإماراتي.
- ٣- استجلاء ضمانات التحكيم من النظام السعودي للتحكيم وتحليلها ومقارنتها بقانون التحكيم الإماراتي، وبغيرها من قوانين التحكيم العربية في مواطن الاقتضاء.

الدراسات السابقة:

١- كتاب: «ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم: دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا»، للدكتور أحمد شكري أحمد مرسي، طبعة دار الجامعة الجديدة سنة ٢٠١٨ م، وجاء البحث بالتقسيم التالي:

قُسم البحث إلى بابين الأول بعنوان الضمانات المتعلقة بتشكيل الهيئة التحكيمية، ومن خلاله تناول وسائل تشكيل الهيئة التحكيمية في فصل أول، وفي الفصل الثاني صعوبات تشكيل هيئة التحكيم حال الالتجاء إلى المراكز التحكيمية، ثم في فصل ثالث لضمانات الخصوم في اختيار المحكم، ثم في فصل رابع لضمانات المحكمين في مواجهة المحكمين. والباب الثاني بعنوان الضمانات المتعلقة بسير الخصومة في التحكيم والفصل فيها، ومن خلاله تناول الباحث حرية المحكمين بصدد تنظيم اجراءات الخصومة، وما يعترها من قيود في فصل أول، وفي فصل ثاني لاحترام الضمانات الأساسية لحق التقاضي، ثم في فصل ثالث للضمانات في نظر الخصومة التحكيمية وتوالى إجراءاتها.

ويختلف بحثي عن هذا البحث ويتفق معه بما يلي:

أ- بحث ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم بحث عن الضمانات في جميع مراحل التحكيم ومن جميع نواحيه فهو عام بكل ضمانات العملية التحكيمية، أما بحثي فهو خاص بالضمانات التي تكون في مواجهة هيئة التحكيم.

ب- البحث المذكور دراسة مقارنة بين قانون التحكيم المصري وقانون التحكيم الفرنسي، أما بحثي فهو دراسة للنظام التحكيم السعودي والفقهاء الإسلامي أقارنه بقانون التحكيم الإماراتي.

- اختلاف الشروط والمؤهلات للمحكّم بين نظام التحكيم السعودي وقانون التحكيم المصري فقد جاء في المادة (١٤) من النظام السعودي للتحكيم بالشروط التالية:

١- أن يكون كامل الأهلية.

٢- أن يكون حسن سيرة وسلوك.

٣- أن يكون حاصلًا على الأقل على شهادة جامعية في العلوم الشرعية أو النظامية، وإذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكّم فيكتفى في توافر هذا الشرط في رئيسها.

وجاء في المادة (١٦) أنه يجب أن لا يكون للمحكّم مصلحة في النزاع، ويكون المحكّم ممنوعًا من النظر في الدعوى وسماعها في الحالات التي يمنع فيها القاضي.

- أما في القانون المصري فقد جاء في المادة (١٦) ما يلي:

١- لا يجوز أن يكون المحكّم قاصرًا أو محجورًا عليه أو محرومًا من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه مالم يرد إليه باعتباره.

٢- لا يشترط أن المحكّم من جنس أو جنسية معينة إلا اتفق طرفا

التحكيم أو نص القانون على غير ذلك.

٣- يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيده.

ج- جاء في البحث في الباب الأول الضمانات المتعلقة بتشكيل الهيئة التحكيمية، وفي الفصل الرابع ضمانات المحكمين في مواجهة المحكمين، وقد ذكرت هذان الموضوعان في بحثي لكن بمضمون مختلف، حيث أنني سأبحث - بإذن الله - عن الضمانات المتعلقة بتشكيل الهيئة التحكيمية، وعن ضمانات المحكمين في مواجهة المحكمين، من منظور الفقه الإسلامي والنظام السعودي.

٢- كتاب: «ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دراسة مقارنة في التشريعات الدولية وأنظمة مراكز التحكيم والتشريعات الوطنية العربية»، للأستاذ الدكتور طلعت محمد دويدار، منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠٩م، وجاء البحث بالتقسيم التالي:

قُسم البحث إلى فصل تمهيدي وباين، الفصل التمهيدي جاء في تحديد التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم باعتباره موطناً لضمانات التقاضي، ثم الباب الأول بعنوان حيدة المحكم مجمع أهم ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم وفيه فصلين، الفصل الأول مظاهر حيدة المحكم، والفصل الثاني عن الارتباط الحتمي بين مبدأ حيدة المحكم و ضمانات احترام حقوق الدفاع، ثم يأتي الباب الثاني بعنوان النطاق الواقعي لمبدأ حياد المحكم

باعتباره محوراً لضمائنات التقاضي الأخرى وفيه فصلين، الفصل الأول عن بداية ولاية المحكم على الدعوى ونهايتها احتراماً لقيمة الوقت في الخصومة، والفصل الثاني عن الحدود الموضوعية لمبدأ الحياد الايجابي للمحكم احتراماً لمبدأ سلطان الارادة في الخصومة.

ويختلف بحثي عن هذا البحث ويتفق معه بما يلي:

أ- جاء بحث الأستاذ الدكتور طلعت محمد دويدار في الفصل التمهيدي بصيغة نظرية تحليلية تأصيلية، يجيب فيها عن أسئلة منها: هل خصومة التحكيم خصومة قضائية، وأين توجد ضمائنات التقاضي، وهل في قوانين المرافعات باعتبارها الشريعة الإجرائية الأم أم أن ثمة قانون اجرائي قد استقر فعلاً؟

بخلاف بحثي فقد جاء في التمهيدي تعاريف بمفردات العنوان وعن ذكر الفروقات بين التحكيم وما يشابهه.

ب- جاء بحث الأستاذ بالمقارنة بين التشريعات الدولية الصادرة في شأن التحكيم وعلى رأسها القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في يونيو ١٩٨٥ م، وقواعد اليونسترال التي وضعتها لجنة القانون التجاري الدولي الصادرة بالقرار رقم ٢١ لسنة ٩٨ الذي اتخذته الجمعية العامة بتاريخ ١٥ ديسمبر ١٩٧٦ م والاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي الصادرة في جنيف بتاريخ ٢١ / ٤ / ١٩٦١ م، وكذلك التشريعات المنظمة للتحكيم المؤسسي

في هيئات ومراكز التحكيم، ومن أهمها نظام التحكيم في هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس، والقواعد السويسرية للتحكيم الدولي، ونظام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ثم في أنظمة التحكيم الوطنية في الدول العربية مثل مصر، وسوريا، والكويت، والمملكة العربية السعودية.

أما دراستي كما ذكرت ستكون دراسة خاصة بنظام التحكيم السعودي الفقه الإسلامي ومقارنته بقانون التحكيم الإماراتي.

ج- جاء في بحث الأستاذ حيدة المحكم كمجمع لأهم ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، وفي حياد المحكم كمحور لضمانات التقاضي الأخرى، أما في دراستي فسأبحث - بإذن الله - استقلال المحكم وحياده كمطلب من مبحث الضمانات العامة.

«ضمانات الخصومة في مواجهة المحكم وتحديد مسؤوليته، دراسة مقارنة بين القانون الفلسطيني والقانون المصري»، إعداد الباحث أشرف علي عبدالمجيد تركية، بإشراف الأستاذ الدكتور حمدي محمود بارود، قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص من كلية الحقوق، جامعة الأزهر - غزة، عام ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥ م، وجاء البحث بالتقسيم التالي:

قُسم البحث على فصلين وتحتهما مباحث، الفصل الأول عن ضمانات الخصوم في مواجهة المحكم وتحت مبحثان، المبحث الأول عن الضمانات

العامة، والمبحث الثاني عن الضمانات الخاصة، وجاء الفصل الثاني عن مسؤولية المحكّم وفيه ثلاثة مباحث، المبحث الأول تعريف بالمسؤولية وأنواعها وأساس مسؤولية المحكّم ومؤسسات التحكيم، والمبحث الثاني جاء عن طبيعة مسؤولية المحكّم ومجالها والقانون الواجب التطبيق عليها، والمبحث الثالث عن حالات مسؤولية المحكّم.

ويختلف بحثي عن هذا البحث ويتفق معه بما يلي:

أ- جاء الاتفاق في عنوان الفصل الأول من هذا البحث وهو فصل ضمانات الخصوم في مواجهة المحكّم، أما الفصل الثاني فقد جاء عن مسؤولية المحكّم.

ب- جاء البحث بدراسة مقارنة بين القانون الفلسطيني والقانون المصري، أما بحثي فهو دراسة للنظام التحكيم السعودي والفقّه الإسلامي أقرنه بقانون التحكيم الإماراتي، ويختلف نظام التحكيم السعودي عن قانون التحكيم الفلسطيني بجملة من الفروقات منها ما يلي:

- صرّحت المادة (١٣) من نظام التحكيم السعودي أن «تشكل هيئة التحكيم من محكّم واحد أو أكثر، على أن يكون العدد فردياً وإلا كان التحكيم باطلاً» فجاء التصريح ببطالان التحكيم إذا لم يكن العدد فردياً.

بينما جاء في القانون الفلسطيني في المادة (٨ / ١) «تشكل هيئة التحكيم باتفاق الأطراف من محكّم واحد أو أكثر» وفي اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠م المادة (٢٣) «تشكل هيئة التحكيم من محكّم

واحد أو أكثر، ويكون للأطراف حرية اختيار المحكّمين وعددهم» ولم يبين القانون ولا اللائحة حكم التحكيم الصادر من عدد فردي.

جاء في شروط ومؤهلات المحكّم في النظام السعودي:

١- أن يكون كامل الأهلية.

٢- أن يكون حسن سيرة وسلوك.

٣- أن يكون حاصلاً على الأقل على شهادة جامعية في العلوم الشرعية أو النظامية، وإذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكّم فيكتفى في توافر هذا الشرط في رئيسها.

وجاء في المادة (١٦) أنه يجب أن لا يكون للمحكّم مصلحة في النزاع، ويكون المحكّم ممنوعاً من النظر في الدعوى وسماعها في الحالات التي يمنع فيها القاضي.

أما في القانون الفلسطيني فورد في المادة (٩) تمتع المحكّم بالأهلية القانونية «يجب أن يكون المحكّم أهلاً للتصرفات القانونية، وامتتاعاً بحقوقه المدنية غير محكوم عليه في جنائية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو مفلساً ما لم يرد إليه اعتباره».

وجاء في المادة (٦) من اللائحة التنفيذية للقانون عن وجود قوائم للمحكّمين المعتمدين بوزارة العدل ويشترط فيمن يقيد بقوائم المحكّمين ما يلي:

١- أن يكون فلسطيني الجنسية وامتتاعاً بحقوقه المدنية.

- ٢- أن يكون حسن السيرة والسلوك.
- ٣- أن لا يكون قد سبق فصله من الخدمة بقرار تأديبي.
- ٤- أن لا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة، أو محكوماً بإفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره.
- ٥- أن تتوفر لديه الخبرات العلمية والعملية وفقاً لهذه اللائحة.
- جاء في النظام السعودي المادة (٣ / ١٦) «لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوك جدية حول حياده أو استقلاله،....».
- ولم تفصّل في هذه الظروف التي تأثر على حياد واستقلاله؛ بينما ذكرتها اللائحة التنفيذية للقانون الفلسطيني على وجه التفصيل في المادة رقم (٢٧):
- «١- يكون من قبيل الظروف التي من شأنها أن تثير الشكوك حول حيادة المحكم واستقلالته توافر احدى الحالات التالية:
- أ. إذا كان قريباً لأحد الأطراف أو زوجه حتى الدرجة الرابعة.
- ب. إذا كان له أو لزوجه نزاع قائم مع أحد الأطراف أو زوجه.
- ت. إذا كان ممثلاً قانونياً أو شريكاً لأحد الأطراف أو كان وارثاً ظنياً له أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة مع أحد أو صياء الأطراف أو القيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة أو بأحد مديريها،
- ث. إذا كان النزاع ينطوي على مصلحة قائمة له أو لزوجه أو لأحد أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة أو لمن يكون هو ممثلاً لقانونياً له.

ج. إذا كان قد سبق له أن أفتى في موضوع النزاع أو ترفع عن أحد الأطراف فيه أو كتب أو أدلى بشهادة فيه، ح. إذا كان قد سبق له أن نظر النزاع بصفته قاضياً أو خبيراً أو محكماً أو وسيطاً.

خ. إذا كان بينه وبين أحد أعضاء هيئة التحكيم صلة قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة.

٢- تعتبر الحالات السابقة أسباباً لرد هيئة التحكيم أو أحد أعضائها».

- ورد في المادة (٤ / ٣٩) من نظام التحكيم السعودي «إن كانت هيئة التحكيم مفوضة بالصلح ووجب أن يصدر الحكم به بالإجماع» فنصت المادة على وجوب أن يصدر الحكم بالصلح بإجماع هيئة التحكيم، أما في القانون الفلسطيني فجاء في المادة (٣٦) المعنونة بتفويض هيئة التحكيم بإجراء الصلح بين الأطراف «يحق لأطراف النزاع تفويض هيئة التحكيم بإجراء الصلح بينهم وفقاً لقواعد العدالة، ويجوز لهيئة التحكيم أن تعرض بناءً على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها تسوية ودية للنزاع» وما ذكرت إلزام صدور الصلح بإجماع هيئة التحكيم.

- جاء في المادة (٤٧) من نظام التحكيم السعودي «يصدر قرار التصحيح كتابةً من هيئة التحكيم، ويبلغ إلى طرفي التحكيم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره، وإذا تجاوزت هيئة التحكيم سلطتها في التصحيح جاز التمسك ببطلان هذا القرار بدعوى بطلان تسري عليها أحكام المادتين (الخمسین) (والحادیة والخمسین) من هذا النظام» فتجاوز هيئة التحكيم

سلطتها في التصحيح يؤدي إلى بطلان هذا القرار؛ بينما القانون الفلسطيني في المادة (٤٢) لم يذكر أنه سبب من أسباب بطلان الحكم التحكيمي.

منهج البحث:

سأسلك في بحثي هذا المنهج الاستقرائي وذلك من خلال التأصيل والاستخلاص بالانطلاق من المبادئ الكلية للحكم على الجزئيات، مع اعتماد منهج المقارنة بين الفقه الإسلامي ونظام التحكيم السعودي وقانون التحكيم الإماراتي وقوانين التحكيم العربية عند الاقتضاء.

ويتضمن منهج البحث أمورًا ثلاثة:

الأول - منهج الكتابة في الموضوع:

١- الاعتماد بعد توفيق الله على المراجع الأصلية المتقدمة والمعاصرة كل مسألة بحسبها.

٢- التمهيد لكل مسألة بما يوضحها إن استدعى الأمر ذلك.

٣- ذكر التعاريف في ثنايا البحث مبتدئاً بالتعريف اللغوي ثم الاصطلاح الفقهي ثم الاصطلاح النظامي إن وجد.

٤- فيما يخص المسائل الخلافية أتبع ما يلي:

أ- تحرير محل النزاع في المسألة إذا اقتضى الأمر ذلك.

ب- ذكر الأقوال في المسألة مقدماً أقوال الأئمة الأربعة وفقاً للترتيب

الزمني، ثم المذاهب الفردية.

ج- ذكر أدلة الموجبين والمانعين الخلافية، مع إيراد الاعتراضات والأجوبة والمناقشات بقدر المستطاع.

د- بيان الراجع مع ذكر سبب أو أسباب الترجيح.

ثانياً - منهج التعليق والتهميش ما يلي:

١- عزو السور إلى أماكنها في المصحف الشريف مع ذكر رقم الآية.

٢- في تخريج الأحاديث والآثار أتبع الآتي:

أ- أكتب الحديث باللفظ الوارد في دواوين السنة دون النقل بالمعنى.

ب- بيان من أخرج الحديث أو الأثر بلفظه أو بنحو لفظه الوارد

في الحديث.

ج- أحيل إلى مصادر الحديث بذكر الكتاب والباب ثم أذكر الجزء

والصفحة، ورقم الحديث أو الأثر إن كان مذكوراً في المصدر.

د- إن كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما فأكتفي بتخريجه منهما

لحكم صحته.

هـ- إن لم يكن الحديث في الصحيحين بينت درجة صحته من أبرز

المصادر الأخرى.

٣- عزو نصوص العلماء والقانونيين وآرائهم لكتبهم مباشرةً ولا أعزو

بالواسطة إلا عند التعذر.

٤- توثيق نسبة الأقوال الفقهية حسب القائل به من أرباب المذاهب من

الكتب المعتمدة لكل مذهب، وتوثيق الآراء القانونية من الكتب المعتمدة في

القانون.

٥- بيان الألفاظ الغريبة، والمصطلحات التي تحتاج إلى بيان، مع توثيق ذلك من مصادره.

٦- ترجمة الأعلام غير المشهورين باسم العلم ونسبه وتاريخ مولده ووفاته، وأهم مؤلفاته، ومصادر الترجمة، مع الاختصار في ذلك كله.

٧- أذكر المعلومات المتعلقة بالمراجع (الناشر، رقم الطبعة، مكانها، تاريخها، تحقيقها) في قائمة المراجع.

ثالثاً - ما يتعلق بالناحية الشكلية والتنظيمية ولغة الكتابة:

١- الاعتناء بصحة المكتوب وسلامته من الناحية اللغوية والإملائية والنحوية.

٢- العناية بضبط الألفاظ التي يترتب على عدم ضبطها شيء من الغموض أو إحداث لبس أو احتمال بعيد.

٣- العناية بعلامات الترقيم ووضعها الصحيح.

٤- في إثبات النصوص أتبع المنهج الآتي:

أ- أضع الآيات بين قوسين مميزين على هذا الشكل ﴿...﴾.

ب- أضع الأحاديث النبوية والآثار بين قوسين مميزين، على هذا الشكل

((.....)).

ج- أضع النصوص التي نقلتها عن غيري بهذا الشكل «...».

التمهيد

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بالضمانات.

المبحث الثاني: التعريف بالتحكيم.

المبحث الثالث: التفريق بين التحكيم وما يشابهه.

المبحث الأول: التعريف بالضمانات

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالضمانات في اللغة.

المطلب الثاني: التعريف بالضمانات في الفقه.

المطلب الثالث: التعريف بالضمانات في النظام
(القانون).

المطلب الأول:

التعريف بالضمانات في اللغة



الضمانات: جمع ضمانة، والفعل الثلاثي منه ضمن، وهي مشتقة من المصدر الضمان، ضَمِنْتُ الشَّيْءَ أَضْمَنُهُ ضَمَانًا، فأنا ضامنٌ وضمين، وهو مضمون، وتفيد كلمة ضَمِين معنى الكفالة والحفظ والرعاية والالتزام وكلها معانٍ متقاربة، فيقال: الضَّمِينُ: الكفيل، ضَمِنَ الشَّيْءَ وَبِهِ ضَمْنًا وَضَمَانًا: كَفَّلَ بِهِ، وَضَمَّنَهُ إِيَّاهُ: كَفَّلَهُ^(١).

وأقرب المعاني اللغوية إلى المعنى المراد في هذا البحث هو الكفالة والحفظ، يعني كفالة وحفظ حقوق أطراف الدعوى التحكيمية.

(١) انظر: لسان العرب لجمال الدين ابن منظور الأنصاري الإفريقي، دار صادر - بيروت، ط: الثالثة ١٤١٤هـ، (٢٥٧/١٣).

المطلب الثاني:

التعريف بالضمانات في الفقه



أما في اصطلاح الفقهاء: فيطلق على عدة معانٍ لا تخرج في الجملة عن المعنى اللغوي للكلمة، فنرى أنهم خصصوا الضمان بضمان المال وضمان النفس، وقد يُستعمل لفظ الضمان فيما هو أعمّ من ذلك وهو الضمان مطلقاً. ولعل أقرب التعريفات الفقهية إلى مرادنا بالضمانات أنها: «الأمر التي تكفّل وتحفظ حصول العدل والإنصاف»^(١)، وهو من التعريفات الفقهية المعاصرة، وقد راعى هذا التعريف المعنى اللغوي لكلمة الضمانات.

(١) ضمانات عدالة القضاء في الفقه والنظام، د. ناصر بن محمد الجوفان، رسالة دكتوراه، من قسم السياسة الشرعية، في المعهد العالي للقضاء، التابع لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، في العام ١٤١٦ هـ، (١/٢٤).

المطلب الثالث:

التعريف بالضمانات في النظام (القانون)



لما كان مصطلح الضمان لفظاً مجملاً لا يمكن تحديد مفهومه الخاص دون قيد، كان لابد من تقييد هذا المفهوم لكي يتضح معناه، إذ إن الضمان بمفهومه العام يُقصد به ما هو أعمّ من المراد في ضمانات التحكيم، ولم يتطرق المنظم السعودي أو الإماراتي إلى الحديث عن ضمانات التحكيم بشكل مفرد واكتفى بإيرادها في ثنايا نظام المرافعات الشرعية السعودي وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي بما يتعلق بالضمانات العامة المشتركة مع القضاء، أما الضمانات الخاصة بالتحكيم فتم إيرادها في نظام التحكيم السعودي وقانون التحكيم الإماراتي.

ويكثر استخدام كلمة الضمانات في مقابل الحقوق في حقل الأنظمة عمومًا، ويقصد به حماية الحقوق المقررة بموجب الأنظمة، فيقولون في النظام الإداري: (ضمانات الموظفين) ويقصدون حماية الموظف والمحافظة على حقوقه وعدم إلحاق الضرر به^(١).

وفي النظام الجنائي يقولون: (ضمانات التحقيق) ويقصدون بها: «المبادئ الأساسية التي تُهيمن على التحقيق الجنائي ويجب مراعاتها والتقيّد

(١) انظر: القانون الإداري، د. ماجد الحلو، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٤م، ص: ٣٥٥.

بها في جميع إجراءاته وأعماله للتوفيق بين مقتضيات الإجراءات وبين ضمانات الحرية الشخصية للمتهم^(١).

فينتهي الباحث إلى أن الضمانات هي: الأحكام والإجراءات التي تكفل حفظ الحقوق وصيانتها وتوثيقها، حسب المقرر في الفقه الإسلامي والأنظمة والقوانين.

والمراد من ضمانات أطراف الدعوى التحكيمية في مواجهة هيئة التحكيم في هذا البحث: الأحكام والإجراءات التي يلتزم بها؛ لحفظ وحماية حقوق المحاكم، لدى هيئة التحكيم، حسب المقرر في الفقه الإسلامي والنظام السعودي والقانون الإماراتي.

(١) أصول التحقيق الجنائي وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، لشيخنا أ. د. مدني عبدالرحمن تاج الدين، ط: مركز البحوث بمعهد الإدارة، الرياض، الأولى ١٤٢٥هـ، ص: ٧١.

المبحث الثاني: التعريف بالتحكيم

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالتحكيم في اللغة.

المطلب الثاني: التعريف بالتحكيم في الفقه.

المطلب الثالث: التعريف بالتحكيم في النظام
(القانون).

المطلب الأول:

التعريف بالتحكيم في اللغة



الْحُكْمُ: القضاء، وقد حَكَمَ بينهم يَحْكُمُ بِالضَّمِّ حُكْمًا، وَحَكَمَ لَهُ وَحَكَمَ عَلَيْهِ.

وخصَّصَ بعضهم فقال: القضاء بالعدل، نقله الأزهرى^(١) وبه فسَّر قول النابغة^(٢): **وَاحْكُمْ كَحُكْمِ فَتَاةِ الْحَيِّ إِذْ نَظَرْتُ، وَحَكَمَهُ فِي مَالِهِ تَحْكِيمًا إِذَا جَعَلَ إِلَيْهِ الْحُكْمَ فِيهِ فَاحْتَكَمَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ.**

(١) الأزهرى أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهر العلامة، أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهر بن طلحة الأزهرى، الهروي اللغوي الشافعي. له كتاب (تهذيب اللغة) المشهور، وكتاب (التفسير)، وكتاب (تفسير ألفاظ المزني)، و(علل القراءات)، وكتاب (الروح)، وكتاب (الأسماء الحسنی)، و(شرح ديوان أبي تمام)، و(تفسير إصلاح المنطق)، وأشياء. مات في ربيع الآخر سنة سبعين وثلاثمائة، عن ثمان وثمانين سنة. انظر: سير أعلام النبلاء، تأليف شمس الدين، محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، إشراف: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م، (١٦/٣١٦-٣١٧).

(٢) النابغة، اختلف في اسمه؛ فقيل: قيس بن عبد الله، وقيل: حيان بن قيس بن عبد الله بن عمرو بن عدس بن ربيعة بن جعدة بن كعب بن ربيعة بن عامر بن صعصعة. وإنما قيل له: النابغة، فيما يقولون؛ لأنه قال الشعر في الجاهلية، ثم أقام مدة نحو ثلاثين سنة لا يقول الشعر، ثم نبغ فيه بعد ذلك فقاله، فسمي النابغة. قال ابن قتيبة: عمر النابغة الجعدي مائتين وعشرين سنة، ومات بأصبهان. انظر: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية - مصر، الطبعة: الأولى، ١٤٤٠ هـ - ٢٠١٩ م، (٤/٩٦-٩٧).

قال الأصمعي^(١): والمُحاكمة المخاصمة إلى الحاكم، وفي الحديث: «إِنَّ الْجَنَّةَ لِلْمُحَكَّمِينَ»^(٢).

حَكَمَ الحاء والكاف والميم أصلٌ واحدٌ، وأوَّلُ ذلك الحُكْمُ، وهو المنعُ من الظلم.

قال الأصمعي: وأصل الحُكُومَةِ: رَدُّ الرجل عن الظلم وإِنما سُمِّيَ الحاكمُ بين الناس حاكماً لأنَّه يَمْنَعُ الظالمَ من الظلم.

(١) الأصمعي أبو سعيد عبد الملك بن قريب، الإمام، العلامة، الحافظ، حجة الأدب، لسان العرب، أبو سعيد عبد الملك بن قريب بن عبد الملك بن علي بن أصمع بن مظهر بن عبد شمس بن أعيان بن سعد بن عبد بن غنم بن قتيبة بن معن بن مالك بن أعصر بن سعد بن قيس عيلان بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان الأصمعي، البصري، اللغوي، الأخباري، أحد الأعلام. ولد سنة بضع وعشرين ومائة، وقد أثنى أحمد بن حنبل على الأصمعي في السنة. قال المبرد: كان الأصمعي بحراً في اللغة، لا نعرف مثله فيها. قيل: مات الأصمعي سنة خمس عشرة ومائتين. انظر: سير أعلام النبلاء، (١٧٦/١٠).

(٢) النهاية في غريب الحديث والأثر، لمجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الشيباني الجزري ابن الأثير، المكتبة العلمية، بيروت، ١٣٩٩ هـ، تحقيق طاهر أحمد الزاوي و محمود محمد الطناحي. (٤١٩/١) ولم يعزه لأحد.

المطلب الثاني:

التعريف بالتحكيم في الفقه



التحكيم: تولية الخصمين حاكمًا يحكم بينهما^(١).

وفي مجلة الأحكام العدلية: «التحكيم عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكمًا برضاهما لفصل خصومتها ودعواهما».

وعرّفه الشافعية بأن: «يتخذ الخصمان رجلاً من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا»^(٢).

وعرّفه بعض المعاصرين بأنه: «عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصًا آخر حكمًا بينهما لفصل خصومتها»^(٣).

(١) الدر المختار للحصكفي (٥/٤٢٨)، مع حاشية ابن عابدين ط البابي الحلبي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ط: الثانية (٧/٢٤).

(٢) أدب القاضي، لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي البصري الشافعي، تحقيق محيي هلال سرحان، من مطبوعات إحياء التراث الإسلامي، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٣٩١هـ (٢/٣٧٩).

(٣) المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقا، دار القلم - دمشق -، ط الأولى ١٤١٨هـ، (١/٦١٩).

المطلب الثالث:

التعريف بالتحكيم في النظام



تعريف التحكيم في بعض أنظمة وقوانين التحكيم:

أغفل المنظم السعودي تعريف التحكيم في النظام واللائحة واكتفى بتعريف اتفاق التحكيم، وهيئة التحكيم، والمحكمة المختصة، ولعل سبب ذلك يعود إمّا إلى أنه قد وجد فكرة التحكيم من الوضوح بمكان، بحيث إنها لا تحتاج إلى شرح، أو كثرة ما ورد بشأنها من شروحات في كتب الفقه، أو ما جاء ذكره من تحديد لمعالم فكرة التحكيم في الأحكام القضائية، أو لم يُعرّفه لأنه يعتقد أن مكان التعريفات هو كتب الفقه وليس متون الأنظمة، وهذا يعد نهجاً محموداً في صياغة الأنظمة واللوائح^(١).

وجاء في المادة الأولى من قانون التحكيم الإماراتي تعريف التحكيم بأنه: «وسيلة ينظمها القانون يتم من خلالها الفصل بحكم ملزم في نزاع بين طرفين أو أكثر بواسطة هيئة التحكيم بناءً على اتفاق الأطراف»^(٢).

تعريف التحكيم عند فقهاء القانون:

عُرّف بأنه: «اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص

(١) الوجيز في شرح نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية الصادر عام ١٤٣٣هـ، للدكتور: ناصر بن غنيم الزيد، دار الصمعي للنشر والتوزيع، ط: الأولى ١٤٣٨هـ، ص: ٤٦.

(٢) قانون اتحادي رقم (٦) لسنة ٢٠١٨م بشأن التحكيم.

معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به»^(١)، ومن التعريفات كذلك أنه: «نظام قانوني يتم بواسطة الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع»^(٢).

تعريف التحكيم عند رجال القضاء:

تعرفه المحكمة الدستورية العليا المصرية بأنه: «عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار قاطع لدابر الخصومة في جوانبها التي أحاطها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلياً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية»^(٣).

(١) التحكيم الاختياري والإجباري، أحمد أبو الوفاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط الخامسة ٢٠٠١م، ص: ١٥.

(٢) قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، للدكتور فتحي والي، منشأة المعارف، ط الأولى ٢٠٠٧م، ص: ١٣.

(٣) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣٨٠ لسنة ٣ق. دستورية - جلسة ٢٠٠٣/٥/١١م.

المبحث الثالث:

التفريق بين التحكيم وما يشابهه

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التفريق بين التحكيم والقضاء.

المطلب الثاني: التفريق بين التحكيم والصلح.

المطلب الأول:

التفريق بين التحكيم والقضاء



التحكيم شُعبة من شُعب القضاء كما يقول ابن فرحون^(١): «وأما ولاية التحكيم بين الخصمين فهي ولاية مستفادة من آحاد الناس، وهي شُعبة من القضاء متعلقة بالأموال دون الحدود واللعان والقصاص»^(٢).

ولذلك يذكره الفقهاء عادةً في باب القضاء، فكل من المحكّم والقاضي يستمد سلطته ممن ولّاه، فالقاضي يعينه الإمام، والمحكّم يعينه الخصوم أو المحكمة المختصة^(٣)، والحكم الصادر عن كل منهما حُكْمٌ شرعي متى كان

(١) أبو القاسم فرحون بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي بالمدينة النبوية، وصلي عليه بعد أذان المغرب بالحرم الشريف، ودفن بالبقيع. سمع من إبراهيم الطبري وأخيه أحمد الطبري، وأجاز له محمد بن الحسين الفوي والدمياطي وغيرهما، وحدث، وناب في الحكم بالمدينة الشريفة، وشغل بالعلم ودرس، وكان فيه بر وخير، وحج أكثر من أربعين حجة. ومولده سنة ثلاث وتسعين وستمئة بالمدينة. انظر: الوفيات، تقي الدين محمد بن هجرس بن رافع السلامي (ت ٧٧٤هـ) تحقيق: صالح مهدي عباس، د. بشار عواد معروف، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٠٢هـ، (٢/٣٢٩).

(٢) تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الحكام، لابن فرحون إبراهيم بن محمد، تحقيق جمال مرعشلي، بيروت دار الكتب العلمية، ط ١٤٢٢هـ، (١/١٧).

(٣) يحسن أن نشير إلى أن المقصود بالمحكمة المختصة في نظام ولائحة التحكيم السعودي هو ما ورد في المادة الثانية من اللائحة: «لأغراض تطبيق النظام واللائحة، يقصد بالمحكمة المختصة المشار إليها في النظام واللائحة محكمة الاستئناف المختصة أصلاً بنظر النزاع، عدا الحالات الواردة في الفقرة (١) من المادة (التاسعة)، =

صحيحًا مستوفيًا لشروطه، وبذلك أخذت مجلة الأحكام العدلية في مادتها رقم (١٤٤٨) بقولها: «كما أن حكم القضاة لازم الإجراء في حق جميع الأهالي الذين في داخل قضائهم، كذلك حكم المحكمين لازم الإجراء على الوجه المذكور في حق من حكمهم، وفي الخصوص الذي حكموا به، فلذلك ليس لأي واحد من الطرفين الامتناع عن قبول حكم المحكمين بعد حكم المحكمين، حكمًا موافقًا لأصوله المشروعة»^(١).

وبعد سرد هذا التوافق بين بعض أحكام القضاء والتحكيم، نأتي على بعض الفروق بينهما، وهي كالتالي:

١- من حيث ولاية كل منهما على النزاع؛ فالقضاء يُعد الوسيلة الأصلية والعامّة لتسوية المنازعات في المجتمع؛ وهذا عكس التحكيم الذي يُعد الوسيلة الثانوية أو الخاصة لتسوية تلك المنازعات.

كما أن اللجوء للقضاء حقٌّ مقررٌ للجميع من غير توقف على اتفاق أطرافه، أما اللجوء للتحكيم فهو اختياري يتوقف على اتفاق الخصوم؛ بمعنى أن نطاق التحكيم أضيق من ولاية القضاء؛ فقضاء الدولة ذو ولاية عامة، وهو المهيم على كافة المنازعات، أما نطاق التحكيم فينحصر في النطاق الذي يسمح به القانون، وحتى في هذا النطاق تخضع أعمال المحكمين لرقابة القضاء، كما سنبينه بإذن الله في المبحث الثالث من الفصل الأول.

= وفي المادة (الثانية عشرة)، وكذلك في عجز الفقرة (٣) من المادة (الأربعين)؛ من النظام».

(١) مجلة الأحكام العدلية.

٢- من حيث مركز القضاة والمحكمين وشروطهم؛ فإن القضاة تعينهم الدولة للفصل في المنازعات، فلا يكون للخصوم حق اختيار القاضي، بخلاف التحكيم فللخصوم حق اختيار المحكم للفصل في نزاعهم.

٣- أما مقارنة شروط المحكم وشروط القاضي، فيشترط بعض أهل العلم أن يبلغ القاضي درجة الاجتهاد، وهذا ما لا يشترط للمحكم.

يضاف إلى هذا أنه لا سلطة لأطراف الخصومة القضائية في عزل القاضي^(١)؛ أما المحكم فيتم عزله باتفاق طرفي التحكيم أو عن طريق المحكمة المختصة^(٢).

٤- أما إجراءات نظر الخصومة والفصل فيها، فيختلف القضاء عن التحكيم كذلك؛ إذ إن القضاء يسير على إجراءات محددة تنص عليها الأنظمة والقوانين الإجرائية المعمول بها في الدولة، مثل: أنظمة القضاء والمرافعات والإجراءات الجزائية؛ أما التحكيم فيخضع لإجراءات خاصة يتفق عليها الخصوم أنفسهم أو يحيلون هيئة التحكيم بمقتضى الاتفاق على التحكيم إلى لائحة تحكيم لدى أحد مراكز التحكيم المؤسسي، وقد يتركون لهذه الهيئة حرية أعمال القواعد الإجرائية المناسبة، شريطة ألا تتعارض مع النظام العام.

(١) سيأتي بإذن الله مزيد تفصيل حول عزل القضاة في مطلب مقارنة الرقابة القضائية على المحكمين بالرقابة القضائية على القضاة.

(٢) المادة الثامنة عشر من نظام التحكيم السعودي.

٥- يختلف القضاء والتحكيم في حيثية تنفيذ الحكم؛ إذ إن الحكم القضائي يتمتع بحجية مطلقة، فلا يقتصر أثره على المحكوم عليه وحده بل تكون له حجية في مواجهة الكافة؛ أما حكم التحكيم فيكون قاصراً على طرفي خصومة التحكيم وحدهم، أي أن له أثراً نسبياً^(١).

لهذا يرى فقهاء الشريعة والنظام أن حكم المحكم في حق طرفي الخصومة حكمٌ لازمٌ، ولا يسري في حق غيرهما، تطبيقاً لهذا المبدأ، فلو حَكَمَ الخصمان رجلاً في عيب البيع ففضى المحكم برده، لم يكن للبائع حق برده على بائعه، إلا أن يرضى البائع الأول والثاني والمشتري بتحكيمه، فحينئذ يرده على البائع الأول، وكذلك لو أن رجلاً ادعى على آخر ألف درهم، ونازعه في ذلك، فادعى أن فلاناً الغائب قد ضمنها له عن هذا الرجل، فحكّمَا بينهما رجلاً، والكفيل غائب. فأقام المدعي بينةً على المال، وعلى الكفالة، فحكّمَ المحكمّ بالمال وبالكفالة، صح الحكم في حق الدائن والمدين ولم يصح بالكفالة، ولا على الكفيل^(٢).

٦- من حيث الاختصاص المكاني، فالتحكيم أوسع من القضاء في الاختصاص المكاني؛ فالتحكيم يصح بين الطرفين، ولو اختلفت أماكنهم، أما قضاء القاضي فمقيّدٌ بالنظر وفق الاختصاص المكاني، هذا الأصل في

(١) انظر: شرح أدب القاضي للخصاف، تحقيق أسعد الحسيني، ط ١٤٠٠هـ، ص: ٣٩٣-٣٩٤.

(٢) انظر: فتح القدير، للكمال ابن الهمام السيواسي، دار الفكر (٥/٤٩٩)، وحاشية ابن عابدين (٥/٤٣١)، والبحر الرائق (٧/٢٨).

القضاء، ويُستثنى من هذا الأصل إذا وُجد شرط بين الطرفين على تحديد مكان إقامة الدعوى فيكون نظرها في البلد المحدد ما لم يتفقا على خلافه^(١).

(١) المادة السادسة والثلاثون من نظام المرافعات الشرعية السعودي، و (٣/٣٦) من لائحة النظام المذكور، انظر: مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي، زيد بن عبد الكريم الزيد، ط: ١٤٢٤هـ، ص: ٤، نقلت هذا المطلب من كتابين لخصت محتواهما وزدت في بعض المواضع، وهما: الوسيط في بيان نظام التحكيم السعودي، لنواف حمد المطيري، ط: الأولى ١٤٣٨هـ، ص: (١٥-١٦)، وكتاب التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي، للدكتور محمد السيد عرفة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ط: الأولى ١٤٢٧هـ، ص: (٢٥-٣٠).

المطلب الثاني:

التفريق بين التحكيم والصلح



الصلح وسيلة من وسائل حل المنازعات يتم في صورة عقد بمقتضاه يتفق أطراف النزاع أو من يمثلونهم على حسم الخلاف الناشئ أو الذي يُمكن أن ينشأ بينهم، فمن صورته أن يتنازل كلٌ منهم على وجه التقابل عن جزء من الحق الذي يطالب به خصمه^(١).

فهو معاهدة يرتفع بها النزاع بين الخصوم، ويتوصل بها إلى الموافقة بين المختلفين^(٢)، فهو عقد وُضِع لرفع المنازعة بعد وقوعها بالتراضي، وهذا عند الحنفية^(٣).

(١) انظر: التحكيم في الشريعة الإسلامية، لإسماعيل أحمد بن محمد الأسطل، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراة في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٤٠٦هـ، ص: ٢٢.

(٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ١٣١٤هـ (٢٩/٥)، البحر الرائق (٧/٢٥٥)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، لأبي زكريا محيي الدين يحيى شرف النووي، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - ط: الثالثة، ١٤١٢هـ (٤/١٩٣)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، دار الفكر بيروت، ١٤٠٤هـ (٤/٣٧١)، كشف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي، دار الكتب العلمية (٣/٣٧٨)، المغني (٧/٥).

(٣) انظر: المادة: (١٥٣١) من مجلة الأحكام العدلية.

وزاد المالكية على هذا المدلول بأنه: العقد على رفعها قبل وقوعها -أيضا- وقاية، فجاء في تعريف الصلح أنه: انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع، أو خوف وقوعه.

ففي التعبير بـ (خوف وقوعه) إشارة إلى جواز الصلح لتوقي منازعة غير قائمة بالفعل، ولكنها محتملة الوقوع^(١).

موازنة بين الصلح والتحكيم في الفقه الإسلامي:

أولاً: من حيث التعريف:

جاء في التعريف الفقهي للتحكيم بأنه: «عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاهما لفصل خصومتها ودعواهما»^(٢).

أما الصلح كما مرّ معنا قريباً فهو: معاقدة يرتفع بها النزاع بين الخصوم، ويتوصل بها إلى الموافقة بين المختلفين؛ فيعتمد في التحكيم إلى محكم يفصل الخصومة بخلاف الصلح فإنه يُرفع به النزاع عن طريق المتخاصمين أنفسهم أو من يمثلونهم.

ثانياً: من حيث الحكم التكليفي:

الصلح من حيث ذاته مندوب إليه، وقد يعرض وجوبه عند تعين مصلحة، وحرمة وكرهته لاستلزامه مفسدة واجبة الدرء^(٣).

(١) مواهب الجليل شرح مختصر خليل، لأبي عبدالله محمد المغربي المعروف بالحطاب، دار الفكر، ط: الثانية، ١٤١٢هـ (٧٩/٥)، شرح مختصر خليل للخرشي محمد بن عبدالله الخرشي المالكي، دار الفكر للطباعة، بيروت (٢/٦).

(٢) مجلة الأحكام العدلية المادة: ١٧٩٠.

(٣) مواهب الجليل، (٨٠/٥).

أما التحكيم فقد ذهب بعض الفقهاء إلى جوازه^(١).

إلا أن من الحنفية من امتنع عن الفتوى بذلك، وحجته: أن السلف إنما يختارون للحكم من كان عالمًا صالحًا دينًا، فيحكم بما يعلمه من أحكام الشرع، أو بما أدى إليه اجتهاد المجتهدين، فلو قيل بصحة التحكيم اليوم لتجاسر العوام، ومن كان في حكمهم إلى تحكيم أمثالهم، فيحكم الحكم بجهله بغير ما شرع الله تعالى من الأحكام، وهذا مفسدة عظيمة، ولذلك أفتوا بمنعه^(٢).

ثالثًا: من حيث ما يصلح أن يكون محلًا للصلح أو التحكيم:

- اختلف الفقهاء فيما يصلح أن يكون محلًا للتحكيم، فعند الحنفية لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقا لله تعالى باتفاق الروايات، وحجتهم أن استيفاء عقوبتها مما يستقل به ولي الأمر، وأن حكم المحكم ليس بحجة في حق غير الخصوم، فكان فيه شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات، أما القصاص فقد روي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز التحكيم فيه، وهو الصحيح من المذهب؛ لأن التحكيم بمنزلة الصلح، والإنسان لا يملك دمه حتى يجعله موضعًا للصلح^(٣).

(١) فتح القدير (٥/٤٩٨)، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبوبكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، دار الكتب العلمية، ط: الثانية، ١٤٠٦ هـ (٣/٧)، ومواهب الجليل (٦/١١٢)، وتبصرة الحاكم (١/٤٣)، ونهاية المحتاج (٨/٢٣٠)، والمغني (١٠/١٩٠).

(٢) حاشية ابن عابدين (٥/٤٣٠).

(٣) البحر الرائق (٧/٢٦)، وبدائع الصنائع (٧/٣).

ولا يصح التحكيم فيما يجب من الدية على العاقلة، لأنه لا ولاية للحكمين على العاقلة، ولا يمكنهما الحكم على القاتل وحده بالدية، لمخالفته حكم الشرع الذي لم يوجب دية على القاتل وحده دون العاقلة، إلا في مواضع محددة^(١).

وليس للحكم أن يحكم في اللعان وعلة ذلك أن اللعان يقوم مقام الحد، وأما فيما عدا ما ذكر آنفاً، فإن التحكيم جائز ونافذ عند الحنفية^(٢).

وأما المالكية، فإن التحكيم عندهم جائز إلا في ثلاثة عشر موضعاً هي: الرشد، وضده، والوصية، والحبس (الوقف)، وأمر الغائب، والنسب، والولاء، والحد، والقصاص، ومال اليتيم، والطلاق، والعتق، واللعان؛ لأن هذه مما يختص بها القضاء^(٣).

وأما الشافعية فإن التحكيم عندهم لا يجوز في حدود الله تعالى، إذ ليس فيها طالب معين، وعلى هذا المذهب، وقيل: يختص التحكيم بالأموال دون القصاص والنكاح ونحوهما^(٤).

وأما الحنابلة: فقد اختلفوا فيما يجوز فيه التحكيم، ففي ظاهر كلام أحمد أن التحكيم يجوز في كل ما يمكن أن يعرض على القاضي من خصومات،

(١) البحر الرائق (٢٦/٧).

(٢) انظر: الدر المختار (٤٣٠/٥)، والفتاوى الهندية، تأليف لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، ط: الثانية، ١٣١٠هـ. (٢٦٨/٣).

(٣) تبصرة الحكام (٤٣/١ - ٤٤).

(٤) روضة الطالبين (١١/١٢١)، ونهاية المحتاج (٨/٢٣٠).

كما قال أبو الخطاب^(١)، يستوي في ذلك المال والقصاص والحد والنكاح واللعان وغيرها، حتى مع وجود قاض، لأنه كالقاضي ولا فرق.

وقال القاضي أبو يعلى^(٢) بجواز التحكيم في الأموال خاصة، وأما النكاح

(١) أبو الخطاب محفوظ بن أحمد بن حسن العراقي، الشيخ، الإمام، العلامة، الورع، شيخ الحنابلة، أبو الخطاب محفوظ بن أحمد بن حسن بن حسن العراقي، الكلوذاني، ثم البغدادي، الأزجي، تلميذ القاضي أبي يعلى بن الفراء. مولده في سنة اثنتين وثلاثين وأربعمائة. توفي أبو الخطاب في الثالث والعشرين من جمادى الآخرة سنة عشر وخمس مائة.

قلت: كان أبو الخطاب من محاسن العلماء، خيراً صادقاً، حسن الخلق، حلوا النادرة، من أذكى الرجال، روى الكثير، وطلب الحديث وكتبه. انظر: سير أعلام النبلاء، (١٩ / ٣٤٩-٣٥٠).

وقال ابن رجب في «الذيل» (١ / ١٢٠): كان أبو الخطاب فقيها عظيماً، كثير التحقق وله من التحقيق والتدقيق الحسن في مسائل الفقه وأصوله شيء كثير جداً، وله مسائل ينفرد بها عن الأصحاب.

(٢) هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء، أبو يعلى، كان عالم زمانه، وفريد عصره، ونسيج وحده، وقريع دهره. وكان له في الأصول والفروع القدم العالي، وفي شرف الدين والدنيا المحل السامي، والخطر الرفيع. عند أصحاب الإمام أحمد له يتبعون، ولتصانيفه يدرسون ويدرسون، وبقوله يفتون، وعليه يعولون. والفقهاء على اختلاف مذاهبهم وأصولهم كانوا عنده يجتمعون، ولمقاله يسمعون ويطيعون، وبه ينتفعون، وبالائتمام به يقتدون، وقد شوهده من الحال ما يغني عن المقال، لا سيما في مذهب إمامنا أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، واختلاف الروايات عنه، وما صح لديه منه، مع معرفته بالقرآن وعلومه، والحديث والفتاوى والجدل، وغير ذلك من العلوم، مع الزهد والورع، والعفة والقناعة، وانقطاعه عن الدنيا وأهلها، واشتغاله بسطر العلم وبثه وإذاعته ونشره.

ولد لتسع وعشرين، أو ثمان وعشرين ليلة خلت من المحرم سنة ثمانين وثلاثمائة. وتوفي ليلة الاثنين، بين العشاءين، تاسعة عشر رمضان سنة ثمان وخمسين وأربعمائة. انظر: طبقات الحنابلة، لأبي الحسين محمد بن أبي يعلى الفراء البغدادي الحنبلي =

والقصاص والحد فلا يجوز فيها التحكيم، لأنها مبنية على الاحتياط، فلا بد من عرضها على القضاء للحكم^(١).

أما ما يتعلق بالصلح فالمُصالح عنه وهو الشيء المتنازع فيه، نوعان: حق الله، وحق العبد.

أما حق الله: فلا خلاف بين الفقهاء في عدم صحة الصلح عنه، وعلى ذلك فلا يصح الصلح عن حد الزنا والسرقه وشرب الخمر، بأن صالح زانياً أو سارقاً أو شارب خمر على مالٍ على ألا يرفعه إلى ولي الأمر؛ لأنه حق الله تعالى فلا يجوز، ويقع باطلاً؛ لأن المصالح بالصلح متصرف في حق نفسه، إما باستيفاء كل حقه، أو باستيفاء البعض وإسقاط الباقي، أو بالمعاوضة، وكل ذلك لا يجوز في غير حقه.

وكذا إذا صالح عن حد القذف، بأن قذف رجلاً، فصالحه على مالٍ على أن يعفو عنه، فإن هذا الصلح غير صحيح؛ لأنه وإن كان للعبد فيه حق، فالمغلبُ فيه حق الله تعالى، والمغلوب ملحق بالعدم شرعاً، فكان في حكم الحقوق المتمحضة حقاً لله **عَزَّوَجَلَّ**، وهي لا تحتمل الصلح، فكذلك ما كان في حكمها كأن يُعطى ما لا يكتفم شهادته فهو باطل؛ لأن الشاهد في إقامة الشهادة محتسب حقاً لله **عَزَّوَجَلَّ** لقوله سبحانه: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [سورة الطلاق: ٢].

= (٤٥١ - ٥٢٦ هـ)، حققه وقدم له وعلق عليه: د عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، دار الملك عبد العزيز - الأمانة العامة: ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م، (٣/٣٦١-٤٠٠).
(١) المغني (١٠/١٩١).

والصلح عن حقوق الله باطل^(١)، فحق الله لا مدخل للصلح فيه كالحدود والذكوات والكفارات ونحوها، وإنما الصلح بين العبد وبين ربه في إقامتها لا في إهمالها، ولهذا لا تقبل الشفاعة في الحدود، وإذا بلغت السلطان فلعن الله الشافع والمشفع^(٢).

وأما حق العبد: فهو الذي يصح الصلح عنه عند تحقق شروطه الشرعية، وشروطه عند الفقهاء ثلاثة^(٣):

- أحدها: أن يكون المصالح عنه حقاً ثابتاً للمصالح في المحل.
والثاني: أن يكون مما يصح الاعتياض عنه.
الثالث: أن يكون معلوماً.

- وأما ما يتعلق بآثار كل منهما، فمتى أصدر الحَكَمُ حكمه - أعني في التحكيم -، أصبح هذا الحُكْمُ ملزماً للخصمين المتنازعين، وتعين إنفاذه دون أن يتوقف ذلك على رضا الخصمين، وعلى ذلك الفقهاء، وحكمه في ذلك كحكم القاضي.

وليس للحكَم أن يرجع عن حكمه، فلو رجع عن حكمه، وقضى للآخر

(١) بدائع الصنائع (٦/٤٨)، المغني لابن قدامة (٤/٥٥٠)، كشاف القناع (٣/٣٨٨)، وما بعدها.

(٢) أعلام الموقعين عن رب العالمين، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن القيم الجوزية، تحقيق: محمد أجمل الإصلاحي و عمر بن سعدي، دار عالم الفوائد، ط: الأولى: ١٤٣٧هـ (١/٢٢٨).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٦/٤٩)، المغني (٤/٥٤٥)، مواهب الجليل (٥/٨٥)، روضة الطالبين (٤/٢٠٣).

لم يصح قضاؤه؛ لأن الحكومة قد تمت بالقضاء الأول، فكان القضاء الثاني باطلاً^(١).

ولكن هذا الإلزام الذي يتصف به حُكْم الحَكَم ينحصر في الخصمين فقط، ولا يتعدى إلى غيرهما، ذلك لأنه صدر بحقهما عن ولاية شرعية نشأت من اتفاقهما على اختيار الحَكَم للحُكَم فيما بينهما من نزاع وخصومة، ولا ولاية لأي منهما على غيره، فلا يسري أثر حُكْم الحَكَم على غيرهما^(٢).

أما ما يتعلق بآثار الصلح فقد قال الفقهاء: إن الآثار المترتبة على انعقاد الصلح هو حصول البراءة عن الدعوى ووقوع الملك في بدل الصلح للمدعي، وفي المصالحح به للمدعى عليه إن كان مما يحتمل التملك، وأن الصلح يعتبر بأقرب العقود إليه - إذ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني - فما كان في معنى البيع أو الإجارة أو الإسقاط أخذ حكمه.

وجاء في المادة (١٥٥٦) من مجلة الأحكام العدلية: «إذا تم الصلح فليس لواحد من الطرفين - فقط - الرجوع عنه، ويملك المدعي بالصلح بدله، ولا يبقى له حق في الدعوى، وليس للمدعى عليه - أيضا - استرداد بدل الصلح».

وأصل ذلك: أن الصلح من العقود اللازمة، فلذلك لا يملك أحد العاقدين فسخه، أو الرجوع عنه بعد تمامه، أما إذا لم يتم فلا حكم له ولا أثر يترتب عليه.

(١) البحر الرائق (٧/٢٧).

(٢) البحر الرائق (٧/٢٦)، نهاية المحتاج (٨/٢٣١)، كشف القناع (٦/٣٠٣).

ويتفق كل من التحكيم والصلح في النظام والقانون في عدة نقاط منها:

يفترض كل منهما وجود نزاع بين الأطراف؛ إذ إن كلاً منهما يجد أصله في اتفاق يعبر عن رغبة أطرافه في حل النزاع بعيداً عن قضاء الدولة، بحيث يؤدي كل منهما دوره بمناسبة منازعة نشأت بالفعل أو من المحتمل أن تنشأ في المستقبل^(١).

- ما لا يجوز الصلح فيه لا يجوز فيه التحكيم؛ حيث جاء في نص المادة الثانية من نظام التحكيم السعودي أنه «لا تسري أحكام هذا النظام على المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح»، ونصت المادة (٤ / ٢٠٣) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتية على أنه «لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح...»^(٢)، وأكدت هذه المادة ما ورد في قانون التحكيم الإماراتي في المادة (٢ / ٤) على أنه «لا يجوز الاتفاق على التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح»^(٣).

- يشترط في أطراف كل منهما أن يكون أهلاً للتصرف في الحقوق المتنازع عليها، نصت على ذلك المادة العاشرة من نظام التحكيم السعودي، والمادة (٤ / ١) من قانون التحكيم الإماراتي.

(١) قانون التحكيم الكويتي، للدكتور عزمي عبدالفتاح، مطبوعات جامعة الكويت، ط: الأولى ١٩٩٠م، ص: ١٦.

(٢) قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الصادر بقانون اتحادي رقم (١١) لسنة ١٩٩٢م.

(٣) قانون التحكيم لدولة الإمارات العربية المتحدة، الصادر بقانون اتحادي رقم (٦) لسنة ٢٠١٨م.

ويختلف كلُّ من التحكيم والصلح في النظام والقانون في عدة نقاط منها:

- في وسيلة حل النزاع، ففي الصلح من الممكن حل النزاع بعمل تعاقدى بين أطراف الخصومة أنفسهم أو من يمثلونهم، بينما في التحكيم فإن المحكم يحسم النزاع بحكم قضائي يصدر من المحكم وليس من الطرفين، كذلك في حال تفويض هيئة التحكيم بالصلح يجب أن يصدر الحكم به بالإجماع^(١).

- يتم حل النزاع في نطاق الصلح بإرادة الأطراف من بدايته وحتى نهايته، في حين أن التحكيم يبدأ باتفاق الطرفين وينتهي بحكم خارج عن إرادة الطرفين، حيث إن التحكيم يبدأ إرادياً وينتهي إجبارياً.

- يفرّق بين المحكم والمصلح والمعيّار المميّز لهما هو أن الأول يتمتع بمركز قانوني خاص بمقتضاه يملك صلاحية إصدار قرار ملزم للأطراف المحتكمة أمامه؛ أما المصلح فإنه على العكس من ذلك، لا يملك مثل هذا القرار، بل كل ما يملكه هو أن يعرض ما لديه من اقتراحات لتسوية النزاع على الطرفين كلاً على حدة.

زيادةً على ذلك فإن عمل المحكم ينتج عنه حكم قضائي ملزم للطرفين، ويتمتع بخصائص الأحكام القضائية؛ أما عمل المصلح فينتج عنه عقد صلح يتم توقيعه بالتراضي بين الطرفين المتنازعين، فالمصلح لا يُمارس عملاً قضائياً؛ وإنما عملاً توفيقياً، لذا فإنه لا يشترط في الصلح ما يشترط في التحكيم من إجراءات.

(١) المادة التاسعة والثلاثون من نظام التحكيم السعودي الفقرة الرابعة.

- جاء في المادة التاسعة من نظام التنفيذ^(١) أن أحكام المحكمين المذيلة بأمر التنفيذ تعتبر من السندات التنفيذية وتحوز قوة التنفيذ الجبري، أما محاضر الصلح فيشترط فيها أن تصدرها الجهات المخولة بذلك أو أن تصدق عليها المحاكم لتكون سنداً تنفيذياً له قوة التنفيذ الجبري^(٢).

- يختلف التحكيم عن الصلح حتى ولو كان التحكيم مع التفويض بالصلح؛ لأن المحكم المفوض بالصلح يصدر حكماً تحكيمياً ملزماً للطرفين، ويحوز حجية الأمر المقضي، ولا يبرم صلحاً بين الطرفين^(٣).

(١) نظام التنفيذ الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٣) وتاريخ ١٣/٨/١٤٣٣هـ.

(٢) انظر: (٣/٩) من لائحة نظام التنفيذ.

(٣) انظر بشأن التمييز بين التحكيم والصلح: التحكيم في القانون الإماراتي، لمصطفى المتولي قنديل و محمد الصاوي إبراهيم، الآفاق المشرقة ناشرون، ط الأولى ٢٠١٥م، ص: (٥٠-٥٢)، وكتاب التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي، لمحمد السيد عرفه، ص: (٣٠-٣٩)، وكتاب عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، لقحطان عبدالرحمن الدوري، ص: ٣٢.

الفصل الأول:

ضمانات خصومة التحكيم في مواجهة المحكم

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الضمانات العامة.

المبحث الثاني: الضمانات الخاصة.

المبحث الثالث: رقابة القضاء على المحكمين.

المبحث الأول:

الضمانات العامة

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: احترام حق الدفاع ومبدأ المواجهة.

المطلب الثاني: المساواة بين أطراف الدعوى.

المطلب الثالث: مبدأ حياد المحكم واستقلاله.

المطلب الرابع: تسبيب الأحكام.

المطلب الأول:

احترام حق الدفاع ومبدأ المواجهة



يصوغ الباحث تعريفاً لمفهوم حق الدفاع بأنه: تمكين كل طرف من استعمال كافة الوسائل الإجرائية أمام هيئة التحكيم؛ لإبداء وجهة نظره فيما قدمه هو أو خصمه من ادعاءات، وتمكينه من كل ما من شأنه إثبات دعواه وتفنيد مزاعم خصمه، ويجوز استعمال هذا الحق من قبل أطراف الدعوى غير مقيدين به.

ومن المقرر في الفقه الإسلامي أن لكل من طرفي الدعوى حق الإدلاء بحججه في مجلس القضاء من غير إساءة للقاضي أو للطرف الآخر، ولذلك نص الفقهاء على أنه ينبغي على القاضي أن يعطي كلاً من الخصمين الوقت الكافي لتحضير حججه أو دفعه أو إكمالها؛ فإذا ادعى المدعي أن معه بينة، ولكنها غير حاضرة فطلب المهلة لإحضارها صحّ طلبه، ووجب تلييته، وكذلك المدعى عليه إذا طلب إمهاله، ليأتي بالوجه الذي يرد به على بينة خصمه، فيعطي القاضي من الوقت، ما يكفي لذلك حسب اجتهاده وتقديره^(١).

(١) المبسوط، لأبي بكر محمد بن أحمد السرخسي الحنفي، وهو شرح كتاب الكافي، دار المعرفة ببيروت، ط: الثانية، وهي طبعة مصورة على مطبوعة الحاج محمد أفندي المغربي بمطبعة السعادة بمصر، التي تم طبعها سنة ١٣٣١ هـ (١٦/٦٣)، تبصرة الحكام، (١/٤٧-٤٨)، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ص: ٢٣١ - ٢٣٢، وللمزيد من التفصيل انظر: نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات

والأصل في الفقه الإسلامي أنه لا يصح للقاضي النظر في الدعوى مع غياب أحد الخصوم، فلا ينبغي أن يدخل عليه أحدهما دون صاحبه، لا في مجلس قضاؤه ولا في خلوته، ولا ينبغي أن يجيب أحدهما في غيبة الآخر^(١). وهذا الحكم ينسحب على مجلس الحكم في خصومة التحكيم؛ كون التحكيم إحدى وسائل التقاضي.

ومن القواعد الفقهية في هذا الباب (لا يقضى على غائب ولا له إلا بحضور نائبه حقيقة أو شرعاً)، فتفيد هذه القاعدة إجمالاً، أنه يشترط حضور الخصم حين الدعوى، فلا يصح الحكم على غائب، ولا تسمع عليه الدعوى ابتداءً، وهكذا الأمر بالنسبة للحكم له، إلا في حالة حضور:

- النائب الحقيقي له: وهو الوكيل، أو وصيه، أو ناظر الوقف.

- النائب الشرعي: كالوصي المنصب من القاضي، وولي المجنون والصغير^(٢).

ومع تزايد الارتكاء على التحكيم يأتي دور الفقه القانوني الإجرائي ليرسم المنهج الذي يتحقق من خلاله المساواة بين أطراف المنازعة في نظام

المدنية والتجارية. أ.د. محمد نعيم ياسين، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط: الثانية، ١٤٣٢هـ، ص: ٤٤٢.

(١) تبصرة الحكام، (١/٤٢).

(٢) لمزيد من الشرح لهذه القاعدة انظر: القواعد الفقهية للدعوى القضائية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، د. حسين بن عبد العزيز آل الشيخ، دار التوحيد للنشر، الرياض، ط: الأولى ١٤٢٨هـ، (١/٤٤٥).

التحكيم، بحيث يتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه كما نصت على ذلك المادة (٢٧) من نظام التحكيم السعودي.

وحيث إن حق اللجوء إلى القضاء للذود عن الحق، وهو من الحقوق التي تحميها سائر الأنظمة والمواثيق الدولية، وحيث إن حق الخصم في الإثبات هو أيضاً من الحقوق المحمية المكتملة لحقه في اللجوء إلى القضاء لحماية حقه فيقابلة حق الخصم في نفي ما يدعيه خصمه، ويستوجب الحقان تمكين كل خصم من الاطلاع على أدلة خصمه للرد عليه ومناقشته، وكل هذا يستوجب ألا يحكم القاضي أو المحكم ولو كان مصالِحاً إلا من واقع هذه الأدلة أو نفيها، وهي الأدلة التي تعرض أمامه في الجلسات، وكل هذه من المبادئ الأساسية في التقاضي وفي احترام حقوق الدفاع وعلى المحكم ولو كان مصالِحاً احترامها^(١)، إلا أنه نظراً للنشأة الاتفاقية لخصومة التحكيم التي تقوم على إرادة الأطراف المتعاقدة؛ فإن هيئة التحكيم تلتزم دوماً بإعمال ما اتفق عليه الأطراف المتعاقدة من قواعد إجرائية، أو موضوعية قد تتولى بنفسها تحديد تلك القواعد أو تحيل إلى قانون دولة معينة، أو العمل بالنظام اللائحي لهيئة أو مؤسسة تحكيمية معينة، أو تفوض الأمر إلى هيئة التحكيم لتفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف^(٢).

ونظراً لأهمية حق الدفاع وخطورة الآثار التي تترتب على مخالفته، حيث

(١) التحكيم في القوانين العربية، د: أحمد أبوفا، منشأة المعارف الإسكندرية، ط: الثانية، ص: ٦٣.

(٢) التحكيم الدولي الخاص، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، ١٩٨٦م، ص: ٥٩.

إن أي خرق له من قبل هيئة التحكيم أو أطراف خصومة التحكيم يعرض حكم التحكيم للطعن الذي قد يؤدي إلى إبطال القرار برمته، لذا فقد حرصت كافة القوانين المنظمة للتحكيم عالمياً ومحلياً على النص عليه صراحةً أو ضمناً^(١)، فعلى سبيل المثال: تقضي المادة (١٨) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة على أنه: «يجب أن يعامل الطرفان على قدم المساواة وأن تهيأ لكل منهما الفرصة الكاملة لعرض قضيته» كما تقرر المادة (١٥) في فقرتها الأولى على أنه: «مع عدم الإخلال بهذه القواعد يجوز لمحكمة التحكيم أن تسلك في التحكيم الطريقة التي تراها مناسبة بشرط أن يعامل الطرفان على قدم المساواة وأن يُعطى كل طرف في أي مرحلة من الإجراءات فرصة كاملة لشرح دعواه»^(٢).

وحفظت المادة (٢٧) من نظام التحكيم السعودي احترام حق الدفاع، حيث جاء فيها، «... تُهيأ لكلٍ منهما (طرفي التحكيم) الفرصة الكاملة والمتكافئة لعرض دعواه أو دفاعه» يعني تمكين كل طرف من إبداء دفاعه عمّا يقدمه الطرف الآخر في بيان دعواه من مذكرات وأدلة، ويُعطى الوقت الكافي لذلك.

(١) المادة (٥٠) «لا تقبل دعوى بطلان التحكيم إلا في الأحوال الآتية: ... (ج) إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إبلاغه إبلاغاً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم، أو لأي سبب آخر خارج إرادته»، وانظر للمادة (٥٣) فقرة (د) من قانون التحكيم الإماراتي.

(٢) الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، د. أبو زيد رضوان، دار الفكر العربي، القاهرة، ص: ١١٧.

وقد قضت محكمة تمييز دبي بأنه «إذا طلب أحد أطراف التحكيم الذي حُرِّم من حقه في الدفاع من المحكمة بطلان ذلك الحكم لعدم مراعاة المحكِّم مبدأ المواجهة وحقوق الدفاع، تعين على تلك المحكمة إذا ما ثبت لها ذلك أن تقضي ببطلان حكم المحكِّم»^(١).

فإهمال حق الدفاع نتيجة إبطال حكم التحكيم نص على ذلك نظام التحكيم السعودي في مادته الخمسين: «إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إبلاغه إبلاغاً صحيحاً بتعيين محكِّم، أو بإجراءات التحكيم، أو لأي سبب آخر خارج إرادته» الفقرة (ج) من المادة المذكورة.

وهنا يثار تساؤل: كيف يكون حق الدفاع في خصومة التحكيم؟

حق الدفاع في الخصومة المدنية يكون بكافة الوسائل التي من شأنها تأييد ادعاءات الخصوم أو إظهار الحقيقة، من ثم فإن حرية الدفاع يراد بها سلطة الخصم في الدفاع عن مصالحه بصفة عامة أمام القضاء، وذلك باستعمال كافة الوسائل والمكاتبات الإجرائية التي يقصد بها إثبات ما يدعيه وتأييد دفاعه، وهو بذلك يشمل كافة الادعاءات والطلبات والدفع، التي بيدها الخصم والأدلة التي يتمسك بها لتأييد ادعاءاته^(٢).

(١) محكمة تمييز دبي - الطعن رقم ٢٠٠٣/٢١ حقوق - جلسة ١٣/٤/٢٠٠٣، نقلاً من كتاب التحكيم في القانون الإماراتي، أ.د. مصطفى قنديل، د. محمد الصاوي، ص: ٢٦٠.

(٢) أصول المرافعات المدنية والتجارية، د. نبيل إسماعيل عمر، المعارف إسكندرية، ط: ١٩٨٦م، ص: ٦٥١.

ولذلك فإن الضمانات الأساسية في التقاضي توجب على هيئة التحكيم احترام حقوق الخصوم في الدفاع، ويشمل ذلك حقهم في الدفاع بأنفسهم أو عن طريق وكيل، وحقهم في تقديم الدفاع والأدلة وإبداء المرافعة شفويًا في الجلسات أو كتابيًا عن طريق المذكرات، كما يشمل حق الخصم بالعلم بكافة الاجراءات المتخذة في مواجهته.

وحق الدفاع أمام المحكمين ليس واجبًا على الخصوم بل هو حق لهم، ولهذا فإن هيئة التحكيم ليست ملزمة بأن تلتفت نظر الخصوم إلى حقهم في هذا الدفاع، أو إلى مقتضياته أو تكليفه بتقديم الدليل عليه، وهذا يعني أن وجوب احترام حق الدفاع لا يحول دون تنظيم هيئة التحكيم لاستعماله، فلها الحق في تحديد مواعيد الخصوم لتقديم مذكراتهم ومستنداتهم، وإذا لم يتم الالتزام بالمواعيد فلها الحق في رفض أو عدم قبول هذه المستندات والمذكرات، واعتبار حق الدفاع الوارد بها غير مطروحٍ عليها، دون أن يعد ذلك إخلالًا بحق الدفاع^(١).

أنواع حقوق الدفاع في خصومة التحكيم:

الحقوق لها مدلول واسع يتسع ليشمل العديد من الوسائل والإجراءات التي من شأنها أن تكفل تحقيق الهدف العام، الذي من أجله شرعت مبادئ العدالة، وأهمها حق الدفاع، وقد قام جانب من الفقه بتقسيم هذه الحقوق إلى قسمين: حقوق أساسية، وحقوق ثانوية^(٢).

(١) الوسيط في قانون القضاء المدني، د: فتحي والي، القاهرة ١٩٨٠م، ص: ٩٦٧.

(٢) انظر: دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، د. وجدي راغب، ص: ١١٦.

الحقوق الأساسية تتمثل في ثلاثة حقوق هي:

١- حق الدفع، أي حق الخصم في التمسك بالدفع المتعلقة بالإجراءات أو الموضوع.

٢- حق الإثبات، وهو حق الخصم في أن يقدم الأدلة المثبتة لدعواه أو لدفعه، وكذلك لدحض أدلة خصمه.

٣- حق المرافعة، وهو حق الخصم في مخاطبة المحكمة، موضعًا وقائع القضية، ويمكن أن تكون شفاهةً أو كتابةً.

الحقوق الثانوية أو المساعدة:

وهي التي من شأنها أن تتيح للخصم حسن إعداد دفاعه وتيسير تقديمه أمام هيئة التحكيم، وهي أربعة حقوق على النحو التالي:

١- حق الخصم في العلم بإجراءات الخصومة، ويرى بعض الباحثين أن هذا الحق من الحقوق الضرورية لممارسة حقه في الدفاع، والتي يستتبع إهمالها بطلان الحكم الصادر بناء على هذه الإجراءات، فهو لا يستطيع أن يباشر حقه في الدفاع إلا إذا علم بطلبات خصمه ودفعه، وكذلك لا يتسنى له مباشرة حقه في الإثبات عن طريق نفي أدلة خصمه إلا إذا علم بالأدلة التي قدمها وبإجراءات الإثبات التي اتخذها.

٢- الحق في أجل الاستعداد لتقديم أوجه الدفاع، وعدم مفاجأة الخصم، ولا يصح طلب تقديم دفاعه دون إعطائه المهلة اللازمة، والمقصود بهذا الحق هو توفير مهلة زمنية معقولة للخصم لإعداد دفاعه.

٣- حق الخصم في الحضور في جميع مراحل القضية؛ إذ يُعدُّ هذا الحضور حقًا من حقوق الدفاع، وهو حق يعين الخصم على ممارسة حقه في المرافعة الشفوية وحقه في الإثبات، فضلًا عن أهمية ممارسة حقوق الدفاع الأخرى كالحق في العلم بالإجراءات.

٤- حق الخصم في الاستعانة بمحامٍ، ويصبح هذا الحق واجبًا في بعض الحالات مثل: القاصر، والقاعدة في القضاء هي حق الخصم في الدفاع شخصيًا عن نفسه، ولا يجوز للمحكمة أن تمنعه من الدفاع عن نفسه، وأن تلزمه بالدفاع عن نفسه عن طريق المحامي؛ لأنها بذلك تفرض عليه قيدًا بغير مسوغ قانوني، مما يعد إخلالًا بحق الدفاع، فمن حق الخصم أن يدافع عن نفسه، أو أن يوكل محامياً، أو أي شخص يستطيع تمثيله في منازعته أمام هيئة التحكيم.

مبدأ المواجهة:

عُرِّف بأنه: حق الخصم في أن يعلم علمًا تامًا، وفي وقتٍ كافٍ ومفيد بكافة إجراءات الخصومة، وما تحويه من عناصر واقعية وقانونية يمكن أن تكون أساسًا في تكوين اقتناع القاضي أو المحكِّم^(١).

وهو التعريف الأرحح وذلك؛ لأن هذا المفهوم يشمل حق الخصم في العلم بعناصر الخصومة وإجراءاتها، وذلك؛ لأن الحق في العلم هو شرط

(١) التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ١٩٩٢م، د. عيد محمد القصاص، ص: ١٨.

أساسي لممارسة الخصم لحقه في الدفاع، وتحقق العلم يكون بوسائل، منها الإعلان والرسائل الهاتفية والبريد الإلكتروني، وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة التي يتم الإعلان بها^(١).

ويقتضي هذا المبدأ تبادل العلم بين الأطراف بكل ما يقدم في الخصومة، فقد قررت المادة (٣١) بأن: «ترسل صورة مما يقدمه أحد الطرفين إلى هيئة التحكيم؛ من مذكرات أو مستندات أو أوراق أخرى، إلى الطرف الآخر، وكذلك ترسل إلى كل من الطرفين صورة من كل ما يقدم إلى الهيئة المذكورة من تقارير الخبراء والمستندات وغيرها من الأدلة، التي يمكن أن تعتمد عليها هيئة التحكيم في إصدار حكمها»^(٢).

فمبدأ المواجهة يقتضي أن تتم إجراءات التحكيم مواجهة بين الخصوم كالخصومة القضائية.

ومن جانب آخر يعد مبدأ المواجهة ضرورياً بالنسبة للمحكّم، فمن خلاله يتمكن من معرفة أدلة وحجج الطرفين، وردود كلٍ منهما عليها، وبناءً على ذلك يستطيع تكوين رأي محدد في القضية^(٣).

وقد اهتمت الشريعة الإسلامية بهذا المبدأ وأمرت به، فعن علي

(١) حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم، د. محمد علي عويضة، مطبوعات جامعة الاسكندرية كلية الحقوق، ٢٠٠٧م، ص: ١٤٦.

(٢) نظير هذه المادة من قانون التحكيم النموذجي «اليونسترال» المادة (٣/٢٤)، وفي قانون التحكيم الإماراتي، المادة (٣١).

(٣) انظر: مبدأ المواجهة في خصومة التحكيم، د. سيد عبدالعال تمام، دار العربية، ٢٠٠٠م، ص ٢٥.

رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قَالَ: ((بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً، فقلت: يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السنن، ولا علم لي بالقضاء، فقال: إن الله سيهدي قلبك، ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقضين حتى تسمع من الآخر، كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء، قال: فما زلت قاضياً، أو ما شككت في قضاء بعد))^(١).

بَوَّبَ الإمام الترمذي رَحْمَةُ اللهِ عَلَيْهِ على هذا الحديث باب: ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما^(٢).

علاقة مبدأ المواجهة بحق الدفاع:

يعتبر مبدأ المواجهة صورة من صور حق الدفاع، حيث إن المواجهة واحدة من التعبيرات الفنية عن حق الدفاع، ولا وجود لحق الدفاع من غير احترام مبدأ المواجهة، ولكن احترام مبدأ المواجهة لا يضمن احترام حق الدفاع إلا في أحد جوانبه، ويلزم لتمام احترام حق الدفاع احترام باقي جوانبه. فمبدأ المواجهة يعد أهم تطبيق لمبدأ حق الدفاع، ويمثل جوهره وأبرز مظاهره، وحيث إن كل القواعد الإجرائية تهدف إلى حماية واحترام حقوق

(١) سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث سجستاني، ط: دار الفكر، بيروت، كتاب الجهاد، باب كيف القضاء، رقم الحديث (٣٥٨٢)، والترمذي (١٣٣١)، واللفظ لأبي داود رحمه الله، سكت عنه، وقد قال في رسالته لأهل مكة كل ما سكت عنه فهو صالح، وحسنه محمد ناصر الدين الألباني في صحيح أبي داود، مكتب التربية العربي لدول الخليج، ط: الأولى ١٤٠٩ هـ، (٣٥٨٢).

(٢) الجامع الصحيح (سنن الترمذي)، لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق أحمد بن محمد شاكر، دار الكتب العلمية (٣/٦١٨).

الدفاع؛ فإن غاية مبدأ المواجهة هو احترام حقوق الدفاع، وبالتالي لا يجوز مخالفته، أو الاتفاق على مخالفته، حتى وإن كان المحكّم مفوضاً بالصلح، ويتعين دائماً مراعاته ولو لم ينص عليه^(١).

(١) التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، د. عيد القصاص، ص: ٥٤.

المطلب الثاني:

المساواة بين أطراف الدعوى



ومن المبادئ الأساسية للتقاضي مبدأ المساواة بين أطراف الدعوى، وقرر هذا المبدأ في الشريعة الإسلامية والأنظمة والقوانين، فعملية التقاضي في الفقه الإسلامي يحكمها في جميع المراحل، من بدايتها إلى إصدار الحكم وتنفيذه، مبدأ عام وهو وجوب تحقيق العدل بين كل من يتعاملون مع الحاكم (القاضي، المحكم)، من أجل فض منازعاتهم، وإنهاء خصوماتهم، فهذا المبدأ من أهم الضمانات القضائية، ذلك أن به تتحقق ثقة الناس في محكميهم، وتصبح أحكامهم محل ثقة تطمأن لها النفس، وهي التي يقوم عليها أي طريقة لفصل النزاع العادل، أيًا كانت صورته، قضاءً أو تحكيمًا.

وقد روت أم سلمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أن النبي ﷺ قال: **((من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لفظه وإشارته ومقعده))**، وبه عن أم سلمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: قال رسول الله ﷺ: **((من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فلا يرفعن صوته على الخصمين ما لا يرفع على الآخر))**^(١)، ففيهما أمر صريح بوجوب التسوية بين الخصوم في كل ما يمكن العدل فيه، وتحقيق مبدأ المساواة بين الأطراف،

(١) أخرجه أحمد بن الحسين البيهقي في السنن الكبرى، دار المعرفة، ١٤١٣ هـ، رقم الحديثان، (٢٠٩٦٢) (٢٠٩٦٣)، وضعف إسناده، وضعفه كذلك محمد ناصر الدين الألباني في إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط: الأولى ١٣٩٩ هـ، رقم (٢٦١٨).

وتحقيق مبدأ المواجهة بكل صورته وأشكاله؛ حيث نظمت الشريعة الإسلامية مبدأ المساواة حتى في لغة الإشارة والنظر وارتفاع الصوت وانخفاضه بين أطراف النزاع.

ثم إن القاضي إذا ميّز أحد الخصمين على الآخر حصر وانكسر قلبه، وربما لم تقم حجته، فيؤدي ذلك إلى ظلمه وضياع حقه^(١).

فهذه النصوص كلها توجب العدل والمساواة بين الخصوم في معاملتهم، ورؤي عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا تفسيره في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىَٰ أَن تَعْدِلُوا وَإِن تَلَوُّا أَوْ تُعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ [النساء: ١٣٥] أنه قال في معنى اللي والإعراض المذكورة في الآية: (هما الرجلان يجلسان بين يدي القاضي، فيكون للي القاضي وإعراضه لأحدهما على الآخر)^(٢).

وكذلك احترمت هذا المبدأ الأنظمة والقوانين، فقد قررت المادة (٢٧) من نظام التحكيم السعودي أنه: «يُعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة، وتُهيأ لكل منهما الفرصة الكاملة والمتكافئة لعرض دعواه ودفاعه»، ونظيرها في قانون التحكيم الإماراتي مادة رقم (٢٦)، فعرف النظام المساواة بأنها منح أطراف التحكيم فرصًا متساوية ومتكافئة، لعرض دعواهم ودفاعهم،

(١) أعلام الموقعين عن رب العالمين (١/ ٨٩).

(٢) جامع البيان عن تأويل آي القرآن (تفسير الطبري)، أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، مطبعة دار المعرف بمصر، تحقيق محمود شاكر، (٩/ ٣٠٧).

ففي إجراءات التحكيم لا يجوز لهيئة التحكيم عدم المساواة في المواعيد الممنوحة من قبلهم لأطراف التحكيم، فالمُدد يجب أن تكون متساوية بالعدد، فالمقصود من المساواة، هو المساواة الإجرائية، والتي تعتبر من القواعد الآمرة، والإخلال بها يجعل حكم التحكيم عرضة للبطلان^(١).

وكثيراً ما يتلازم الإخلال بمبدأ المساواة مع الإخلال بحق الدفاع، فقد تحقق هيئة التحكيم مساواة ظاهرية بين الخصمين، ولكن في نفس الوقت ينطوي مسلكها على إخلال بحق الدفاع بالنسبة لأحدهما، كما لو مكنت كلاهما من حضور الجلسات فأعلمتهما بتاريخ جلسة المرافعة، فتغيب أحدهما ولم تحقق سبب غيابه، أو تتحقق من جدية الأسباب التي يديها كمبرر لتخلفه، ومن قبيل ذلك أيضاً أن تبني هيئة التحكيم حكمها على ما أبداه أحدهما دون الرد على دفاع الآخر^(٢).

ومن أوجه تحقيق مبدأ المساواة في العملية التحكيمية ألا تكون لغة التحكيم هي لغة أحد الأطراف دون الطرف الآخر، إذا لم يتفق عليها الطرفان، بل لا بد أن تكون هي اللغة المتفق عليها من الطرفين، أو اللغة التي تتبع مركز التحكيم المتفق عليه^(٣)، «يجري التحكيم باللغة العربية ما لم تقرر هيئة التحكيم أو يتفق طرفا التحكيم على لغة أو لغات أخرى...» (١ / ٢٩) من

(١) الوجيز في شرح نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، د. ناصر بن غنيم الزيد، ص: ٢٢٥.

(٢) التحكيم، أحمد السيد الصاوي، ص: ١١٤.

(٣) حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم، د. محمد علي عويضة، ص: ١٤١.

نظام التحكيم السعودي، وكذلك مادة (٢٩) من قانون التحكيم الإماراتي، فكان الأصل أن يكون التحكيم باللغة العربية، وإلا باللغة التي يتفقون عليها. والجدير بالذكر في النهاية أن هذا المبدأ يقتصر على الحقوق الإجرائية للطرفين في خصومة التحكيم، فلا شأن له بما تقضي به هيئة التحكيم، أو بما تقوم به استعمالاً لسلطتها التقديرية في تقدير الأدلة المقدمة من الخصوم، فالمقصود بمبدأ المساواة بين الخصوم هو المساواة الإجرائية، أي منحهم فرصاً متساوية لإبداء طلباتهم ودفاعهم ومستنداتهم على سبيل المثال^(١).

(١) قانون التحكيم، د. فتحي والي، ص: ٣٠٤.

المطلب الثالث:

مبدأ حياد المحكم واستقلاله



عرّفت محكمة استئناف القاهرة استقلال المحكم بأنه: «عدم ارتباطه بأي رابطة تبعية خصوصًا بأطراف النزاع أو الدولة أو الغير، وعدم وجود روابط مادية وذهنية تتنافى مع استقلاله بحيث تشكل خطرًا مؤكّدًا للميل إلى جانب أحد أطراف التحكيم، ومن هنا فإنه يتنافى مع استقلال المحكم أن تكون له مصالح مادية أو شراكة أو ارتباطات مالية مع أي من طرفي الخصومة المعروضة عليه، أو إذا كان المحكم ينتظر من أحد الأطراف ترفيعًا أو ترقيةً أو يكون خاضعًا لتأثيره أو توجيهه أو خاضعًا لتأثير وعد أو وعيد منه، كأن يباشر تقديم استشارات ومساعدات فنية لأحد أطراف النزاع مقابل أجر أثناء سير إجراءات التحكيم، أو يعمل مستشارًا بمقابل لشركة تابعة للشركة القابضة التي يتبعها أحد أطراف التحكيم، أو إذا تمّ تعيينه كمستخدم لدى أحد أطراف النزاع في اليوم التالي لإصداره حكم التحكيم»^(١).

فيكون عدم الاستقلال بوجود ظروف موضوعية معينة كما جاء في تعريف محكمة الاستئناف السابق، ولا يتعلق الاستقلال بالعاطفة؛ وإنما بمركز واقعي أو قانوني، يمكن أن يُقدّر موضوعيًا، على خلاف الحياد الذي

(١) حكم محكمة استئناف القاهرة، دائرة ٩١ تجاري، جلسة ٢٩/٤/٢٠٠٣م، في القضية ٧٨ لسنة ١٢٠ ق تحكيم.

يتعلق بمركز نفسي يقدر من الناحية الشخصية الفعلية، فالحياد يعني عدم انحياز القاضي لأي طرف على حساب الطرف الآخر، فهي حالة نفسية تتعلق أساساً بالعاطفة ويرجح معها عدم استطاعة القاضي الحكم بغير تحيز أو ميل، ولا يوجد ما يمنع من توافر شرط الاستقلال مع عدم الحياد^(١).

والمحكم شأنه شأن القاضي يلزم لكي يقوم بمهمته القضائية ويحوز على ثقة الأطراف أن يكون محايداً ومستقلاً، ويعد حياد المحكم والقاضي واستقلالهما من الضمانات الأساسية للتقاضي، سواءً كان في صورته التقليدية عن طريق القضاء العادي، أو كان بصورته الاستثنائية عن طريق التحكيم^(٢)، «الحيدة هي جوهر الاستقلال ليست حكراً على العمل القضائي، بل هي لازمة كذلك في العمل التحكيمي»^(٣).

والشريعة الإسلامية وعلماؤها الفقهاء قد اهتموا بصيانة استقلال وحياد القاضي اهتماماً بالغاً؛ من أجل الحفاظ على هذا المبدأ الذي يعد من ضمانات التقاضي، فمنعوا القاضي من كثيرٍ من التصرفات، خوفاً من أن تؤدي إلى ظلم أحد الطرفين، أو انكسار نفسه، أو جلب التهمة للقاضي، كل هذا صيانةً

(١) انظر: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٢٤٤، قانون التحكيم، عزمي عبد الفتاح، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠١م، ص: ٢٩.

(٢) حياد المحكم واستقلاله في نظام التحكيم السعودي، عبدالكريم بن عبدالله العليط، ص: ٤٦.

(٣) حكم محكمة استئناف القاهرة، دائرة ٧ تجاري، ٨ / ١ / ٢٠٠٢م، رقم ٧٢ لسنة ١١٧ق، نقلاً من كتاب حياد المحكم واستقلاله في نظام التحكيم السعودي، عبدالكريم العليط، ص: ٧٦.

وحماية لحمى القضاء، والحفاظ على الضمانات التي تضمن لنا مسير إجراءات العملية القضائية بعدل وتحقق غاياتها المقصودة^(١).

أما عن موقف قوانين ونظم التحكيم؛ فإنها تتفق على التزام المحكم عند اختياره بأن يقرّ بأية ظروف أو وقائع قد يكون لها أثر سلبي في قبول طرفي التحكيم لتعيينه كمحكم، سواءً تعلق بموضوع النزاع، أم بصلته بأحد طرفيه^(٢).

وإذا كان يجب على المحكم أن يقرّ كتابةً عند قبوله مهمة التحكيم عن كل الظروف التي من شأنها أن تثير الشكوك حول حياده واستقلاله^(٣)، فليس هذا الإقرار شرطاً لصلاحيّة المحكم للحكم في النزاع؛ وإنما هو التزام تابع لالتزامه بقبول مهمة التحكيم^(٤)، بخلاف ما يراه بعض الباحثين، بحيث يرون أن: استقلال المحكم وعدم انحيازه لأحد طرفي الخصومة يُعد شرطاً لازماً ضمن شروط تعيينه؛ فإذا أفصح المحكم لطرفي الخصومة عن الظروف التي من شأنها أن تثير الشك في حياده واستقلاله، ورغم ذلك لم يجد معارضةً من الخصوم في قبول أدائه للمهمة؛ فإن من نتيجة ذلك صحة جميع الإجراءات

(١) للمزيد من التفصيل والبسط انظر: نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، أ.د. محمد نعيم ياسين، ص: ٤٢٦ - ٤٣٠.

(٢) مادة (١/١٦) من نظام التحكيم السعودي، (٤/١٠) من قانون التحكيم الإماراتي.

(٣) مادة (١/١٦) من نظام التحكيم السعودي.

(٤) التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية، د. حسين شحادة حسين، جامعة دار العلوم، المملكة العربية السعودية، ط: الأولى ١٤٣٦ هـ.

التي يتخذها بالفصل بالنزاع ما دامت تتفق مع القواعد النظامية^(١)، ولعل ما يؤكد ذلك ما تناوله نظام التحكيم السعودي، بالنص على أنه: «يجب أن لا يكون للمحكم مصلحة في النزاع وعليه منذ تعيينه وطوال إجراءات التحكيم أن يصرح كتابةً لطرفي التحكيم بكل الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكاً لها ما يسوغها حول حياده واستقلاله؛ إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطهما علماً بها» (١/١٦).

فعندنا قولان في حياد المحكم واستقلاله، أولهما: أنه التزام تابع لالتزامه بقبول مهمة التحكيم، والقول الثاني: أنه يُعد شرطاً لازماً ضمن شروط تعيينه. ونقول قولاً ثالثاً يجمع محاسن القولين ويقوم ما نعتقده خطأً فيهما وهو: إن الصحيح في القول الأول جزئية القول بالزامية استقلال المحكم وحياده لصحة قبول مهمة التحكيم، لكن هذا الالتزام ليس التزاماً ثانوياً أو التزاماً أخلاقياً يُحسن به المحكم لأطراف الخصومة؛ إنما هو شرط لصحة القبول بهذه المهمة.

أما القول الثاني: فنوافق ما ذهب إليه من كون الاستقلال والحياد شرطاً، ونخالفه في كون ما إذا أفصح المحكم لطرفي الخصومة عن الظروف التي من شأنها أن تثير الشك في حياده واستقلاله، ورغم ذلك لم يجد معارضةً من الخصوم في قبول أدائه للمهمة؛ فإن من نتيجة ذلك صحة جميع الإجراءات التي يتخذها بالفصل بالنزاع ما دامت تتفق مع القواعد النظامية، فإن الشرط

(١) انظر: حياد المحكم واستقلاله في نظام التحكيم السعودي، عبد الكريم بن عبد الله العليط، ص: ٤٣.

في اصطلاح الأصوليين، هو: الذي يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجودٌ ولا عدم، فتطبق هذا الحد على شرط الاستقلال والحياد في المحكم يعني: إذا لم يفصح المحكم عن الظروف التي من شأنها أن تثير الشك في حياده واستقلاله كان تعيينه باطلاً بنص النظام، وإذا أفصح عن الظروف التي قد تثير الشك في حياده واستقلاله، ولم يجد معارضةً من أطراف الخصومة؛ فإنه لا يلزم صحة جميع الإجراءات التي يتخذها المحكم في فصل النزاع؛ حيث إنه قد يتخلف هذا الشرط في أحد مراحل التحكيم، وموافقة أطراف التحكيم لا تسقط هذا الشرط كون شرط الاستقلالية والحياد برأينا من النظام العام الذي لا يملك حق إسقاطه المحتكمين، ويدل على ذلك المادة (٢/١٦) من نظام التحكيم السعودي، بقولها: «يكون المحكم ممنوعاً من النظر في الدعوى وسماعها - ولو لم يطلب ذلك أحد طرفي التحكيم - في الحالات نفسها التي يُمنع فيها القاضي».

والحالات التي يمنع فيها القاضي جاءت في نظام المرافعات الشرعية السعودي، مادة (٩٤) تقول: «يكون القاضي ممنوعاً من نظر الدعوى وسماعها ولو لم يطلب ذلك أحد الخصوم...»، وفي مادة (٩٥): «يقع باطلاً عمل القاضي أو قضاؤه في الأحوال المتقدمة في المادة (الرابعة والتسعين) من هذا النظام ولو تم باتفاق الخصوم، وإن وقع هذا البطلان في حكم مؤيد جاز للخصم أن يطلب من المحكمة العليا نقض الحكم وإعادة نظر الدعوى أمام دائرة أخرى»، بهذا النص لا يعتبر في المنع طلب الخصوم أو أحدهم أو علمهم بالمنع أو علم القاضي أو المحكم بذلك، أو اتفاق الخصوم على

نظرها أي رضاهم بذلك.

أما القانون الإماراتي فقد عدّل عن رد المحكم للأسباب التي يرد بها القاضي^(١)؛ حيث قرر قانون التحكيم الإماراتي الجديد أسباب الرد في المادة (١٤) حيث جاء في الفقرة الأولى منها: «لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حيده أو استقلاله، أو إذا ثبت عدم توافر الشروط التي اتفق عليها الأطراف أو التي نص عليها هذا القانون» وبهذا يكون النص أكثر شمولاً لكل ما يخل بحياد المحكم واستقلاله أو بعدم صلاحيته للحكم دون حصر، وهي مسألة تقديرية تتوقف على ظروف كل دعوى وملاستها^(٢).

ويميل الباحث إلى ما ذهب إليه قانون التحكيم الإماراتي؛ حيث يختلف التحكيم عن القضاء، فبينما يتعين على القاضي ألا يرتبط بأحد الخصوم برابطة تؤثر على مظهر الحياد الذي يجب أن يتحلى به، نجد أن هذا الأمر لا يُطلب في المحكم؛ لأن الخصوم لا يتفقون على التحكيم إلا لحسم خلافاتهم بشكلٍ خاص مغاير عما يكون في المحاكم من تراتيب وإجراءات وذلك حفاظاً على ما بينهم من علاقات ومعاملات.

وكثيراً ما يكون أساس التحكيم هو وضع النزاع في يد شخص أمين حريص على تلك العلاقات، على ذلك فإن وجود رابطة بين المحكم والخصوم أو بينه وبين أحدهم، لا تؤثر في صحة اختياره، متى ما كانت

(١) انظر: قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مادة (٤/٢٠٧).

(٢) التحكيم، أحمد السيد صاوي، ص: ٩٧.

معلومة لهم قبل اختيار المحكم، أما إذا كان أحد الخصوم على جهل بالعلاقة بين المحكم وخصمه، وكانت هذه العلاقة في ذاتها سبباً من أسباب رد القاضي عن نظر الدعوى، أو سبباً من أسباب عدم صلاحيته لنظرها؛ فإن علمه بعدئذٍ يؤثر في صحة اختيار المحكم، ويكون للخصم التمسك برده^(١).

الفرق بين حياد المحكم واستقلاله:

تطرقنا في بداية هذا المطلب إلى شيء من اختلافات الحياد والاستقلال، وهذه التفرقة بين الحياد والاستقلال محل خلاف حقيقي بين فقهاء القانون وشرح الأنظمة، وقد انقسموا في هذا الصدد إلى ثلاثة أقسام:

- عدم التفرقة بين الحياد والاستقلال.

- التفرقة بين الحياد والاستقلال.

- التلازم بين الحياد والاستقلال.

ويذهب الباحث إلى القول بالفرق بين استقلالية المحكم وحياده لما ذكرنا من فروق بينهما، وإلى تلازم الاستقلال والحيادة في المحكم؛ فالفريقان الأخيران أرى عدم معارضة قول أحدهما للآخر، فما يمنع من أن يكون الاستقلال مختلفاً عن الحياد، ويكون تأثيرهما - عملياً - متلازماً، يؤثر كل منهما على الآخر؛ فإن عدم حياد المحكم يؤثر على استقلاليته، كما أن عدم استقلاليته عن أطراف النزاع تؤدي حتماً إلى انحيازه؛ ومن ثم التأثير

(١) انظر: التحكيم الاختياري والاجباري، د. أحمد أبو الوفا، ص: ١٦١ - ١٦٢.

على حياده^(١).

ولا وجود لأثر هذا التفريق من حيث الغاية سواء قلنا بالتفريق بين المصطلحين أم لا، فالنتيجة المترتبة عليهما واحدة وهي طلب رد المحكم أو بطلان حكم التحكيم.

(١) وإلى هذا ذهب الباحث عبدالكريم العليط في رسالته حياد المحكم واستقلاله في نظام التحكيم السعودي، انظر: ص: ٨٢.

المطلب الرابع:

تسبيب الأحكام



إذا بحثنا في كتب الفقه الإسلامي عن تعريف لمصطلح «التسبيب» فإننا لا نجد تعريفاً خاصاً لهذا المصطلح بهذا اللفظ، مع أن الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ عملوا به في أحكامهم، ولعل ذلك راجع إلى أن هذا المصطلح - كمصطلح علمي - يعدُّ مصطلحاً حديثاً^(١)، وقد أطلق الفقهاء مصطلحات أخرى على تسبيب الحكم القضائي، منها ما جمعه فضيلة الشيخ عبد الله بن محمد آل خنين^(٢) في كتابه تسبيب الأحكام القضائية، وهي كالتالي:

- مستند الحكم.

(١) تسبيب الحكم القضائي بين الفقه الإسلامي والنظام القضائي السعودي، يوسف بن عبدالله المهوس، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة الأمير نايف للعلوم الأمنية، ١٤٢٥هـ، ص: ٦٣.

(٢) هو معالي الشيخ عبدالله بن محمد بن سعد آل خنين عضو هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، وعضو اللجنة الدائمة للفتوى، والقاضي بمحكمة التمييز بالرياض (سابقاً)، وخبير الفقه والقضاء الشرعي لدى جامعة الدول العربية ممثلاً للمملكة، والمدرس في المسجد الحرام، ورئيس الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي السعودي، ومحكم في عدد من النزاعات التجارية الدولية والإقليمية والمحلية، وعضو شرف مجلس إدارة الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)، ومجلس إدارة الجمعية الفقهية السعودية، ومجلس إدارة الجمعية السعودية للدراسات الدعوية، وكانت ولادته عام: ١٣٧٦هـ، في محافظة الخرج، له الكثير من المؤلفات والأبحاث في القضاء والتحكيم والفتوى وغيرها من المواضيع، انظر موقع الشيخ الإلكتروني:

<https://www.alukah.net/web/khunayn/cv/>

- وجه الحكم.

- الوجه الذي ثبت به الحق.

- الوجه الذي كان عنه التثبت.

- تعليل الحكم.

- موجب الحكم.

ولعل أوضح من تحدث عن مصطلح تسبيب الحكم من الفقهاء السابقين القاضي ابن أبي الدم الشافعي^(١)، وقد عبّر عنه بمصطلح سبب الحكم، يقول **رَحْمَةُ اللَّهِ**: «ولو لم يذكر القاضي الكاتب في كتابه سبب الحكم، بل قال: ثبت عندي بما يثبت بمثله الحقوق وحكمت بذلك، وإذا سأله المحكوم عليه عن سببه، نظر: إن كان قد حكم عليه بإقراره لم يلزمه ذكره، وإن كان قد حكم عليه بالنكول ويمين الطالب لزمه ذكره»^(٢).

(١) توصل إلى ذلك الباحث: يوسف بن محمد المهوس في رسالته: (تسبيب الحكم القضائي بين الفقه الإسلامي والنظام القضائي السعودي)، ص: ٦٤، وابن أبي الدم: هو العلامة شهاب الدين إبراهيم بن عبدالله بن عبدالمنعم بن علي بن أبي الدم الهمداني الحموي الشافعي، ولي القضاء بحماة، وصنف أدب القضاة، ومشكل الوسيط، وألف في الفرق الإسلامية، وله نظم جيد، وفضائل وشهرة، توفي في جمادى الآخرة سنة اثنتين وأربعين وستمائة وله ستون سنة سوى أشهر، رحمه الله، انظر ترجمته في سير أعلام النبلاء، للذهبي، شمس الدين محمد بن أحمد، تحقيق: بشار عواد معروف، وحبي هلال سرحان، مؤسسة الرسالة، ط: السابعة، ١٤١٠هـ، (٢٣/١٢٥).

(٢) أدب القضاء، لابن أبي الدم الحموي، تحقيق: محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط: الثانية، ١٤٠٢هـ، ص: ٤٨٨.

ومن تعريفات الفقهاء المعاصرين والممارسين للقضاء والتحكيم، تعريف فضيلة الشيخ عبد الله آل خنين، يقول: «المراد بتسبب الحكم القضائي مركباً: تدوين القاضي في محضر ضبط القضية وإعلامها ما بنى عليه حكمه القضائي من الأحكام الفقهية، وأدلتها الشرعية، والوقائع القضائية المؤثرة وطريق ثبوتها»^(١).

ويعرفه فقهاء القانون بأنه: «بيان الأسس الواقعية والقانونية التي بنى عليها القاضي منطوقه الصادر عند الحكم القضائي»^(٢).

وقد أُلزم نظام التحكيم السعودي المحكم بتسبب حكمه، ففي (٤٢ / ١) من نظام التحكيم السعودي: «يصدر حكم التحكيم كتابة ويكون مسبباً ويوقعه المحكمون...»، فقد أُلزمت المادة هيئة التحكيم بتسبب حكمها، بخلاف قانون التحكيم الإماراتي إذ جعل التسبب خياراً لأطراف الخصومة؛ فإذا اتفقوا على إسقاط التسبب سقط، أو كان القانون الواجب التطبيق على التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم، نصت على ذلك المادة (٤١ / ٤) من قانون التحكيم الإماراتي، وكذلك قانون التحكيم المصري، انظر: مادة (٤٣ / ٢).

ويرى الباحث إلزام المحكم بالتسبب في نظام التحكيم السعودي، مما تميز به عن غيره من الأنظمة والقوانين، والظاهر أن المنظم السعودي في نظام

(١) تسبب الأحكام القضائية، عبدالله بن محمد آل خنين، دار الصميعي للنشر والتوزيع ودار الحضارة للنشر والتوزيع، ط: الرابعة، ١٤٤٠ هـ، ص: ١٧.

(٢) تسبب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، د. نبيل إسماعيل عمر، دار الجامعة الجديدة ٢٠١١ م، ص: ٣.

التحكيم قد أخذ بالقول الفقهي القائل: بوجوب التصريح بسبب الحكم، وقد أجاد، فلا يخفى على أحد أهمية تسبب الأحكام فهي ضمان ضد التعسف الذي يصدر من بعض المحكمين، ويبين حدود أثر الحكم، وحجته، ويعين على تفسيره عند الاقتضاء، فالحكم المبني على البيئة يختلف عن الحكم المبني على الإقرار، وهو ضمان لسلامة العمل الصادر من المحكمين، وضمن للخصوم بتعريفهم كيف فصل في نزاعهم وعلى أي أساس وأطيب لنفوسهم؛ ليعلم أن القاضي إنما حكم عليه بمستند شرعي أو نظامي وأنه قد فهم حجته وأدلته، كما أنه يظهر حياد المحكم ويدفع الريبة عنه، وتهمة الميل إلى أحد الخصوم، فهي ضمانة تساهم في تحقيق ضمانة أخرى، إذ يحمل المحكم على الاجتهاد وبذل الوسع في تقرير حكمه، كما أن الأسباب تساهم في بناء الطعون على الأحكام؛ لأنه منها يستخدم المحكوم عليه أسباب الطعن مستمدة من أسباب الحكم، وغيره من الفوائد الناتجة عن هذه الضمانة المهمة^(١).

ومن جهة أخرى فلا يخفى على أحد أن تسبب الأحكام يؤدي إلى بيان أن حقوق الدفاع قد احترمها المحكم في هذا الحكم؛ لأن الأسباب تكشف عما إذا كان القاضي أو المحكم قد أعمل الاحترام الواجب لهذه الحقوق أم لا^(٢).

(١) انظر فوائد التسبب: تسبب الأحكام القضائية، عبدالله آل خنين، ص: (٧٣-٧٩)، تسبب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، د. نبيل إسماعيل عمر، ص: (٥-٦).

(٢) تسبب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، د. نبيل إسماعيل عمر، ص: ٦.

المبحث الثاني: الضمانات الخاصة

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: رد المحكّم.

المطلب الثاني: عزل المحكّم.

المطلب الثالث: تنحي المحكّم.

المطلب الرابع: أتعاب المحكّم.

المطلب الأول:

رد المحكم



نصت المادة (٢ / ١٦) من نظام التحكيم السعودي، على أنه: «يكون المحكم ممنوعاً من النظر في الدعوى وسماعها - ولو لم يطلب ذلك أحد طرفي التحكيم - في الحالات نفسها التي يمنع فيها القاضي»، ووردت حالات منع القاضي من نظر الدعوى في نظام المرافعات الشرعية السعودي على سبيل الحصر فلا يجوز التوسع في غيرها، وهي خمس حالات نصت عليها المادة (٩٤)، يقابل هذه الحالات ما جاء في المادة السادسة (٢٠٧) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، في الفقرة الرابعة، على أنه: «... يطلب الرد لذات الأسباب التي يرد بها القاضي أو يعتبر بسببها غير صالح للمحكم...»^(١)، إلا أنه يلاحظ أن القانون الإماراتي قد أجاز في الحالات التي يجوز فيها رد القاضي أن يرد بها كذلك المحكم، أما المنظم السعودي فقد منع المحكم من الحالات التي يمنع فيها القاضي، فالرد والمنع حكمان مختلفان وأثرهما يختلف كذلك، من أوضح الفروق بينهما أن المنع يكون بقوة النظام ولو لم يطلبه أطراف الخصومة، أما الرد فلا يكون إلا بطلب الخصوم؛ فهو حقٌ مقرر للخصم له أن يتمسك به، أو يتنازل عنه^(٢).

(١) انظر إلى المادة (١١٤) و (١١٥) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي.

(٢) انظر: دراسات في قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، د.

عاشور مبروك، أكاديمية شرطة دبي، ط: الثانية ١٤٣٧هـ.

فلا يصح أن نورد أحكام منع المحكم في نظام التحكيم السعودي في مبحث رد المحكم، وإنما أشرنا للمادة السابقة كونها تقابل حالات رد المحكم الواردة في قانون الإجراءات المدنية الإماراتي.

ويوافق الباحث القانون الإماراتي في اختيار حكم (الرد) بدلاً من المنع للمحكّمين؛ لأن التحكيم يختلف عن القضاء، فبينما يتعين ألا يرتبط القاضي بأحد الخصوم برابطة تؤثر في مظهر الحيادة الذي يجب أن يتحلى به، نجد أن القانون الإماراتي مثلاً لا يتطلب ذلك في المحكم؛ لأن الخصوم لا يتفقون على التحكيم إلا لحسم خلافاتهم في جو خاص لا يسوده جو المحاكم من شكيليات قد تؤثر على العلاقات الودية القائمة بينهم، وكثيراً ما يكون أساس التحكيم هو وضع النزاع في يد شخص أمين حريص على تلك العلاقات، وعلى ذلك فإن وجود رابطة بين المحكم والخصوم، أو بينه وبين أحدهم لا تؤثر في صحة اختياره، متى ما كانت معلومة لهم قبل اختيار المحكم؛ وإنما إذا كان أحد الخصوم على جهل بالعلاقة بين المحكم وخصمه، وكانت هذه العلاقة في ذاتها سبباً من أسباب رد القاضي عن نظر الدعوى، أو تعد سبباً من أسباب عدم صلاحيته لنظرها؛ فإن علمه بها بعدئذ يؤثر حتماً في صحة اختيار المحكم ويكون للخصم التمسك برده^(١).

واشترطنا علم الأطراف بوجود علاقة بين المحكم وأحد الخصوم، لأن حالات رد نظر القاضي تنسحب أحكامها على المحكم؛ بل لتحقيق

(١) التحكيم الاختياري، د. أحمد أبو الوفا، ص: (١٦١-١٦٢).

شرط الحياد والاستقلال وتوضيح كل ما قد يثير الشكوك حولهما.

أما حالات الرد الواردة في نظام التحكيم السعودي فيرد المحكم للسببين:

الأول عام وهو: إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حياده واستقلاله.

والسبب الثاني خاص وهو: عدم توافر المؤهلات التي اتفق عليها أطراف التحكيم، وذلك بما لا يخل بما ورد في المادة (١٤) من نظام التحكيم، والمتعلقة بشروط المحكم، من أن يكون كامل الأهلية، وأن يكون حسن السيرة والسلوك، وأن يكون حاصلًا على الأقل على شهادة جامعية في العلوم الشرعية أو النظامية، وإذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم فيكتفي بتوافر هذا الشرط في رئيسها^(١).

أما عن قانون التحكيم الإماراتي فقد اقتصر على حالات رد المحكم في المادة الرابعة عشر من القانون والتي فيها: «لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حيده واستقلاله، أو إذا ثبت عدم توافر الشروط التي اتفق عليها الأطراف أو التي نص عليها هذا القانون»، والشروط التي نص عليها قانون التحكيم الإماراتي الواجب توافرها في المحكم ذكرت في مادته العاشرة.

(١) انظر: مادة (١٦) الفقرة الثانية والثالثة من نظام التحكيم السعودي.

ضوابط رد المحكم:

حرص النظام السعودي والقانون الإماراتي على ترشيد استعمال حق رد المحكم، وذلك لئلا يُعطل التحكيم ويفقد فعاليته ومزاياه، فقررت المادة (٤ / ١٦) من نظام التحكيم السعودي على أنه: «لا يجوز لأي من طرفي التحكيم طلب رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه إلا لأسباب اتضحت بعد أن تم تعيين هذا المحكم»^(١)، وجاء قانون التحكيم الإماراتي موافقاً لهذا الحكم في الفقرة الثانية من المادة الرابعة عشرة.

فإذا كانت هيئة التحكيم من محكم فرد، واتفق الخصوم على تعيينه، أو قامت المحكمة المختصة بتعيينه؛ فإنه يجوز طلب رده، وأما إذا كانت هيئة التحكيم ثلاثية التشكيل، واختار كل طرف محكمه، فلا محل لطلب الرد، بل ولا يمنع في هذه الحالة أن المحكم الذي يملك أحد الطرفين اختياره قريباً أو وكيلاً له، حتى ولو كان الطرف الآخر يجهل بذلك وقت الاختيار؛ لأن الممنوع هو قيام الصلات المتقدمة بالنسبة إلى المحكمين الذين يتم اختيارهم باشتراك الأطراف معاً، بشرط أن تكون رئاسة هيئة التحكيم لآخر يتم الاتفاق عليه من جانب الأطراف معاً^(٢).

فإذا قام هذان المحكمان باختيار المحكم الثالث؛ فإنه يمكن طلب رده إذا توافرت أسباب الرد، ويقع عبء إثبات العلم بأسباب الرد على طالب الرد

(١) انظر المادة الخامسة من لائحة التحكيم السعودي.

(٢) التحكيم الاختياري، د. أحمد أبو الوفا، ص: ١٦٥.

ويجوز إثباته بطرق الإثبات كافة^(١).

ويوافق هذا التفصيل نص المادة السادسة عشر من نظام التحكيم السعودي، حيث نصت على حالات منع ورد المحكّم الفرد، ولم تتطرق لأحكام رد ومنع المحكّم إذا كانت الهيئة مشكلة من أكثر من محكّم.

ومن شروط استخدام حق رد المحكّم ألا يقبل: «طلب الرد ممن سبق له تقديم طلب برد المحكّم نفسه في التحكيم نفسه، للأسباب ذاتها»، المادة (٢ / ١٧) من نظام التحكيم السعودي^(٢)، وذلك منعاً لتكرار طلب الرد لتعطيل التحكيم^(٣).

وجاء من شروط صحة رد المحكّم أن يكون استعمال هذا الحق قبل قفل باب المرافعة، فقد نصت المادة (٢ / ٥) من لائحة نظام التحكيم السعودي^(٤)، أنه: «لا يقبل طلب رد المحكّم بعد قفل باب المرافعة».

وأعطى النظام والقانون أحقية اتفاق الأطراف على إجراءات رد المحكّم، فيعمل بها في حال وجودها وتكون واجبة التطبيق، المادة (١ / ١٧) من نظام التحكيم السعودي والمادة الخامسة عشر من قانون التحكيم الإماراتي.

(١) انظر: التحكيم في القانون الإماراتي، د. محمد الصاوي، أ.د. محمد المتولي، ص: (٢٣٧-٢٣٨)، الوجيز في شرح نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، د. ناصر الزيد، ص: ١٨٠.

(٢) نظيرها في قانون التحكيم الإماراتي، المادة (٢ / ١٤)، مادة (٣ / ١٣) من قانون التحكيم النموذجي «اليونسترال».

(٣) الوجيز في شرح نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، د. ناصر الزيد، ص: ١٨١.

(٤) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤)، وتاريخ ٢٤ / ٥ / ١٤٣٣ هـ.

وينص النظام على تقديم طلب الرد إلى هيئة التحكيم، ولطالب الرد في حالة رفض طلبه التقدم به إلى المحكمة المختصة، ويكون حكمها في ذلك غير قابل للطعن بأي طرق من طرق الطعن^(١).

فالنظام في هذه المادة وحدّ الجهة المختصة بتلقي طلب الرد والجهة التي تفصل فيه، فالخصم والحكم واحد، ومن جهة أخرى أعطى لطالب الرد الحق - في حال رفض طلبه - للتقدم به إلى المحكمة المختصة، والظاهر أنه استفاد من الوضع القانوني في جمهورية مصر، والتي كان قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ م في المادة (١٩ / ١) يوحد بين الجهة التي تتلقى طلب الرد، والجهة التي تفصل فيه، إلى أن حكمت المحكمة الدستورية بعدم دستورية هذا النص، الذي يجعل من الهيئة حكماً وخصماً، وهو ما يضعف حق الرد الذي يُعد ضماناً أساسية لطرفي التحكيم في مواجهة محكّميهم، مما حدا بالقانون المصري إلى تعديل المادة (١٩) بالقانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠٠ م، بجعل الفصل في طلب رد المحكم من اختصاص القضاء^(٢).

ويرى الباحث أنه لو اقتصر النظام على اللجوء للقضاء مباشرة لطلب رد المحكم، ومعالجة مسألة تطويل أمد التقاضي بضرب مدة معلومة تفصل فيها المحكمة المختصة في طلب رد المحكم، وبهذا نكون حققنا العدالة في عدم كون الهيئة حكماً وخصماً، والحفاظ على أهم مزايا التحكيم وهي سرعة الإجراءات في إنهاء الخصومة.

(١) انظر: المادة (١٧ / ١) من نظام التحكيم السعودي، و المادة (١٥ / ١ - ٢) من قانون التحكيم الإماراتي.

(٢) الوجيز في شرح نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، د. ناصر الزيد، ص: ١٨٣.

أثر طلب رد المحكم:

نظمت الفقرة الثالثة من المادة (١٧) مسألة أثر طلب رد المحكم بقولها: «يترتب على طلب الرد أمام هيئة التحكيم وقف إجراءات التحكيم...»، يعني أنه تقف الإجراءات في الدعوى حتى يصدر قرار هيئة التحكيم في طلب الرد، وإذا قررت هيئة التحكيم رفض الطلب؛ فإنها تقرر الاستمرار في إجراءات التحكيم، فإذا لم يوافق طالب الرد على هذا القرار، وقرر الطعن على قرار هيئة التحكيم الصادر برفض طلب الرد؛ فإن هذا الطعن ليس له أثر على إجراءات التحكيم، وتستمر الهيئة بنظر دعوى التحكيم، وهذا ما نصت عليه المادة (٣/١٧) من نظام التحكيم السعودي^(١).

أثر الحكم برد المحكم:

إذا حكم برد المحكم - سواءً من هيئة التحكيم أو من المحكمة المختصة - عند نظر الطعن، ترتب على ذلك اعتبار ما تمّ من إجراءات كأن لم تكن، بما في ذلك حكم التحكيم^(٢)، ولم يتعرض قانون التحكيم الإماراتي لمآل الإجراءات المتخذة في القضية عند الحكم برد المحكم، ونأمل توضيح ذلك في لائحته عند صدورهما.

وإذا صدر الحكم بقبول طلب الرد، فلا يجوز للمحكم أن يطعن فيه بالاستئناف؛ لأنه ليس طرفاً في خصومة موجهة إليه، أما خصم طالب الرد

(١) انظر: (٣/١٥) من قانون التحكيم الإماراتي.

(٢) انظر المادة: (٤/١٧) من نظام التحكيم السعودي.

فيكون له الحق بالطعن في الحكم إذا توافرت شروط الطعن؛ لأن له مصلحة في أن ينظر في الخصومة محكم يطمئن له قلبه^(١).

وأخيراً نشير إلى أنه: «لا يعتبر تنحي المحكم عن مهمته أو اتفاق الأطراف على عزله إقراراً بصحة أي من أسباب الرد» مادة (٤ / ١٥) من قانون التحكيم الإماراتي^(٢).

(١) انظر: التحكيم الاختياري، د. أحمد أبوفاف، ص: ١٦٨.
 (٢) نظيرها مادة (٢ / ١٥) من لائحة نظام التحكيم السعودي.

المطلب الثاني:

عزل المحكم



عزل المحكم هو: إنهاء مهمة المحكم قسراً دون إرادته وقبل انتهاء مهمته، وإبعاده عن عملية التحكيم^(١).

فيلتزم المحكم عند تعيينه - بناءً على اتفاق طرفي التحكيم، أو بناءً على قرار المحكمة المختصة - حال تعذر اتفاق الخصوم على التعيين، بالقيام بمهمته حتى النهاية وفاءً لالتزاماته الناشئة عن اتفاق التحكيم.

ولخطورة دور المحكم في التحكيم؛ فإن النظام قد أعطى طرفي التحكيم إمكانية عزل المحكم إذا ارتأى ضرورة ذلك لحماية دعواتهما التحكيمية^(٢).

وبالنسبة لتوقيت استخدام هذا الحق أو الضمانة للمحتكمين، فيرى بعض الباحثين أن العزل لا يكون قبل البدء بمهمة التحكيم؛ إنما يكون فسحاً للعقد بالإرادة المنفردة، من جانب الأطراف أي الخصوم، دون نص في النظام أو القانون أو في العقد يكسب الأطراف هذا الحق، بحيث إذا أثبت المحكم عدم توافر شروط الفسخ، كان له الحق في الحصول على تعويض عادل^(٣).

(١) الوجيز في شرح نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، د. ناصر الزيد، ص: ١٨٦.

(٢) المرجع السابق، ص: ١٨٦.

(٣) نظام التحكيم السعودي الجديد، دراسة تأصيلية، د. محمود عمر محمود، خوارزم

العلمية، ط: الثانية ١٤٣٦ هـ، ص: ١٦٥.

أما في الفقه الإسلامي فقد اختلف الفقهاء في حكم رجوع أحد الخصمين عن التحكيم قبل شروع المحكم في النظر على قولين:

القول الأول: وهو أن لكل منهما الرجوع عن التحكيم. وهو مذهب الحنفية^(١)، وقول عند المالكية^(٢)، ومذهب الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

القول الثاني: وهو أن ليس لأحدهما الرجوع عن التحكيم ولو قبل بدء الخصومة بين يدي المحكم ونظره في القضية، وهو قول عند المالكية^(٥).

أدلة القول الأول:

١- القياس على الرجوع عن التوكيل قبل تصرف الوكيل؛ فإنه جائز فكذلك الرجوع عن التحكيم، والجامع أن كلا العقدين لا يثبتان إلا برضا الموكل والمحكم^(٦).

٢- أن تحكيم المحكم فيه خطر على المحكوم عليه؛ لما فيه من اللزوم إذا صدر الحكم، وقد يطلع أحد الخصمين على سوء العاقبة في ذلك؛ فاقترضت المصلحة أن يكون غير لازم لهما قبل شروع دفعا للضرر^(٧).

(١) المبسوط (١١٦/١١١)، وبدائع الصنائع (٣/٧).

(٢) تبصرة الحكام (١/٦٣)، المنتقى شرح الموطأ (٥/٢٢٧).

(٣) روضة الطالبين (١١/١٢٢)، نهاية المحتاج (٨/٢٤٣).

(٤) المغني (١٤/٩٣)، كشف القناع (٦/٣٠٩).

(٥) المنتقى شرح الموطأ (٥/٢٢٧)، تبصرة الحكام (١/٦٣).

(٦) انظر: المغني (١٤/٩٣)، كشف القناع (٦/٣٠٩).

(٧) انظر: الفروق للقرافي (٤/١٣).

أدلة القول الثاني:

١- أن التحكيم من باب الولاية، بدليل أن حكم المحكم يلزم الخصمين، وإن لم يرضيا به^(١)، فصار لازماً كالقضاء.

٢- أن التحكيم يكون بين آدميين، فلزم بالقول، كالتحكيم بين الزوجين^(٢). ويمكن مناقشة الدليل الأول للقول الثاني بأن التحكيم وإن كان ولاية، إلا أنه لا يثبت إلا برضا الخصمين، وبهذا فارق القضاء وأشبه الوكالة.

وأما الإلحاق بالتحكيم بين الزوجين فيمكن مناقشته بأن فقهاء المالكية ذكروا تفصيلاً في عزل الحكمين، وهو أن الحكمين إن كانت إقامتهما من قبل الزوجين بدون رفع إلى الحاكم؛ فإن لهما أن يعزلا الحكمين، ما لم يعزما على الحكم، وأما إن كانت إقامتهما من الحاكم، فليس للزوجين عزلهما^(٣).

وبهذا تبين أن الحال التي لا يجوز فيها العزل تختلف عن مسألة النزاع من حيث مصدر الولاية، إذ إن ولاية المحكم مصدرها الخصمان، وولاية الحكمين التي لا تقبل العزل مصدرها الحاكم^(٤).

من خلال ما تقدم يتبين رجحان القول بجواز عزل أحد الخصمين

(١) انظر: المنتقى شرح الموطأ (٢٧/٥).

(٢) المصدر السابق.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٤٦/٢).

(٤) انظر: العزل عن الولايات النيابية في الفقه الإسلامي، د. عبدالله بن صالح الكنهل، مطبوعات جامعة الإمام بن محمد بن سعود الإسلامية، ط: الأولى، ١٤٢٥هـ، (٤٢١-٤٢٣/١).

المحكم قبل شروعه في النظر؛ وذلك لقوة دليhle، وورود المناقشة على أدلة مخالفه، وسياتي مزيد تفصيل حول عزل المحكم في الفقه الإسلامي.

أنواع العزل:

يمكن أن يتم العزل إما باتفاق الأطراف أو بقرار من المحكمة المختصة، وتفصيله كالآتي:

١ - العزل الاتفاقي:

جاء في المادة (١٨) من نظام التحكيم السعودي، الفقرة الأولى؛ بأنه يمكن اتفاق طرفي التحكيم على عزل المحكم، بقولها: «... ولم يتفق طرفا التحكيم على عزله...»، وكذلك ما ورد في الفقرة الثانية من نفس المادة، من أنه: «ما لم يكن المحكم معيناً من المحكمة المختصة، فإنه لا يعزل إلا باتفاق طرفي التحكيم...».

فلا يجوز أن ينفرد أحد الأطراف بعزل المحكم؛ بل لابد من اتفاق صريح بين جميع أطراف^(١) التحكيم، وفي أي حالة كانت عليها إجراءات التحكيم، وقبل صدور حكم التحكيم^(٢)، وإجازة النظام والقانون للأطراف الاتفاق على عزل المحكم، يمثل ضماناً حقيقة لهم اتجاه أعضاء هيئة التحكيم.

صور العزل الاتفاقي للمحكم:

يجوز أن يتم العزل الاتفاقي للمحكم بصورة صريحة أو ضمنية:

- (١) انظر للشطر الأول من المادة (٣/٢٠٧) من قانون الاجراءات المدنية الإماراتي.
 (٢) الوجيز في شرح نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، د. ناصر الزيد، ص: ١٨٧.



يكون العزل صريحاً للمحکم من خلال اتفاق صريح بين الأطراف على عزل المحکم، وفي هذا الشأن ورد نص الفقرة الثانية من المادة (١٨) نظام التحكيم السعودي بصيغة عامة والمادة (٣/٢٠٧) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، ومما يستفاد منهما على عدم اشتراط شكل معين لاتفاق الأطراف على عزل المحکم، فمن الممكن أن يتم هذا الاتفاق مشافهةً بين الأطراف، على أن يتم إخطار المحکم بذلك بموجب خطاب يوجه إليه من الأطراف، كما يمكن أن يتم العزل كتابةً باتفاق الأطراف وإخطار المحکم بذلك^(١).

أما بالنسبة للعزل الضمني للمحکم بواسطة الأطراف فيمكن أن يستتج من اتخاذ الأطراف موقفاً ما أو بالقيام بعمل ما، كما لو اتفق الأطراف على تعيين محکم جديد، وفي هذه الحالة أيضاً يتعين على الأطراف إخطار المحکم بذلك بخطاب على سبيل المثال، «وللمعزول المطالبة بالتعويض إن لم يكن العزل قد حصل بسبب منه» (٢/١٨) من نظام التحكيم السعودي. غير أنه لا يلزم الطرفان في العزل الاتفاقي سواءً أكان صريحاً أو ضمناً، بيان سبب عزلهما للمحکم؛ إذ إن هذا العزل راجع لمحض إرادتهما^(٢).

ويجوز أن يكون العزل الاتفاقي في أية حال كانت عليها الإجراءات، ولو بعد صدور حكم من المحکم في شقٍ من الموضوع، أو بعد إثبات الدعوى، وبطبيعة الحال يجوز للخصوم النزول عن هذا الحكم أو الاعتداد به، ومن

(١) التحكيم في القانون الإماراتي، أ.د. مصطفى المتولي، د. محمد الصاوي، ص: ٢٢٩.

(٢) قانون التحكيم، فتحي والي، ص: ٢٥٣.

الطبيعي أن يتم عزل المحكم اتفاقياً قبل إصدار الحكم؛ إذ لا يعتد بالعزل إذا تم بعد صدور الحكم في موضوع النزاع^(١).

الآثار المترتبة على عزل المحكم اتفاقياً:

١- لم يعد للمحكم سلطة الفصل في النزاع المعروف على التحكيم؛ فإذا صدر حكم من المحكم على الرغم من عزله؛ فإنه يكون باطلاً، حتى ولو صدر دون علم المحكم بالعزل، ما دام أن هذا العزل قد تم من جانب الخصوم جميعهم^(٢).

٢- نظراً لأن الاتفاق بين الأطراف والمحكم بمثابة عقد؛ فلا يجوز فسخه إلا لاعتبارات جدية، فإن الأطراف يُلزمون بتعويض المحكم إذا قاموا بعزله^(٣)، غير أن الأطراف لا يلتزمون بتعويض المحكم إذا انقضت الخصومة بالصلح، أو بتنازل صاحب الحق، أو بهلاك محل النزاع، أو بانقضاء التحكيم لأي سبب من الأسباب^(٤).

٣- وقف ميعاد التحكيم إلى حين تعيين محكم بديل، وقبول المحكم الجديد لهذه المهمة^(٥).

(١) التحكيم الاختياري، أحمد أبو الوفا، ص: ١٧٥.

(٢) التحكيم الاختياري، أحمد أبو الوفا، ص: ١٧٥، المرجع في أصول التحكيم، د. محمود يونس، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩م، ص: ٣٠٤.

(٣) «وللمعزول المطالبة بالتعويض إن لم يكن العزل قد حصل منه» (٢/١٨) من نظام التحكيم السعودي.

(٤) التحكيم الاختياري، أحمد أبو الوفا، ص: ١٧٥.

(٥) انظر إلى المادة السادسة من لائحة نظام التحكيم السعودي.

٤- قيام الأطراف بتعيين المحكم الجديد؛ لأن الاتفاق على عزل المحكم لا يعني التحلل من اتفاق التحكيم^(١)، جاء في المادة التاسعة عشرة من نظام التحكيم السعودي: «إذا انتهت مهمة المحكم بوفاته، أو برده، أو عزله، أو تنحيه، أو عجزه، أو لأي سبب آخر، وجب تعيين بديل له طبقاً للإجراءات التي اتبعت في اختيار المحكم الذي انتهت مهمته»^(٢).

وفي الفقه الإسلامي إذا اتفق الخصمان على عزل المحكم بعد شروعه في النظر؛ فإن ذلك جائز لهما ويصير بذلك منعزلاً^(٣).

وذلك لأن ولاية المحكم تثبت باتفاقهما؛ لتحصيل مصلحة لهما، فإذا عزلاه لم يكن لبقاء ولايته معنى؛ فإن قيل يتضرر المحكم بانعزاله بعد شروعه في النظر، لاسيما إذا بذل جهداً ووقتاً ومالاً، فنقول: إنه إذا كان متبرعاً فأجره على الله، وإن كان غير متبرع؛ فإنه يمكن استدراك الضرر الواقع عليه بالتعويض من قبل الخصمين^(٤).

(١) المرجع في أصول التحكيم، د. محمود يونس، ص: ٣٠٤.

(٢) انظر إلى المادة (١٧/١) من قانون التحكيم الإماراتي.

(٣) المبسوط (١١١/١٦)، بدائع الصنائع (٣/٧)، الذخيرة، للقرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس، تحقيق محمد حجي، ط: الأولى، ١٩٩٤م، دار الغرب الإسلامي، بيروت (٣٧/١٠)، شرح الزرقاني على مختصر خليل، للزرقاني عبد الباقي، دار الفكر (٧/١٣٣)، روضة الطالبين (١١/١٢٢)، ويفهم من كلام الحنابلة حيث فرضوا الخلاف فيما إذا رجع أحدهما، انظر: المغني (١٤/٩٢)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، تحقيق د. عبدالله التركي و د. عبدالفتاح الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، ط: الأولى ١٤١٥هـ (١١/١٩٧٩)، شرح المنتهى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، لمنصور بن يونس البهوتي، مكتبة الرياض الحديثة، (١١/١٩).

(٤) العزل عن الولايات النيابة في الفقه الإسلامي (١/٤٢٧).

وقد ذكر ابن رجب^(١) قاعدة أن «التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين أو غيرهما - ممن له تعلق بالعقد - لم يجوز، ولم ينفذ، إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه، فيجوز على ذلك الوجه»^(٢).

واختلفت أقوال الفقهاء في انفراد أحد الخصمين بعزل المحكم، ويختار الباحث القول بأنه لا يجوز لأحد الخصوم بمفرده عزل المحكم بعد الاتفاق على التحكيم وحتى صدور الحكم، وبه قال بعض المالكية^(٣)، مستلدين بالطبيعة القضائية للتحكيم، وأن التحكيم من باب الولاية يختص بالحكم على الخصمين بخلاف ما يرتضيانه على خلاف الوكالة، ثم إن الاتفاق أو جب لخصمه حقاً بالتحكيم، وهو فصل النزاع عن طريق التحكيم فليس له أن يرجع عن ذلك إلا برضاه^(٤).

فلا يجوز عزل المحكم بعد الاتفاق على التحكيم وحتى صدور الحكم،

(١) هو عبدالرحمن بن أحمد بن رجب، زين الدين أبو الفرج الحنبلي، الفقيه الزاهد الأصولي الحافظ، كان لا يشتغل بغير العلم، مالت القلوب بالمحبة إليه وأجمعت الفرق عليه، له مؤلفات سديدة منها: القواعد التي تدل على إحاطته بالمذهب، وكتاب جامع العلوم والحكم، توفي سنة ٧٩٥هـ - رحمه الله، انظر: الجوهر المنضد في طبقات متأخري أصحاب أحمد، لابن عبدالهادي يوسف بن الحسن، تحقيق عبدالرحمن العثيمين، ط: الأولى، ١٤٠٧هـ، مكتبة الخانجي، القاهرة، ص: ٤٦.

(٢) القواعد، تقرير القواعد وتحليل الفوائد، لابن رجب، أبي الفرج عبد الرحمن، دار المعرفة، بيروت، ص: ١١٠.

(٣) المنتقى، للباجي، (٢٢٧/٥).

(٤) النظرية العامة للتحكيم، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، للدكتور أحمد عبد الله الجبلي، الناشر مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط: الأولى، ٢٠١٦م.

إلا بتراضي الخصمين معاً؛ لأنه يستقيم مع طبيعة التحكيم ووظيفته، وهو أن التحكيم من باب الولاية القضائية، فهو قضاء، وهو قول للمالكية^(١)، وبعض الشافعية^(٢)، وقول الحنابلة^(٣)، وعللوا بأن المحكم يحكم بين المتخاصمين، وهذا هو القضاء^(٤)، فالخصمان إذا جعلوا للمحكم الحكم بينهما في جميع إجراءات القضية حتى الحكم فيها فقد جعلاه والياً عليهما في الحكم، فيكون قاضياً، وإذا أنهى القضية بحكم كان لازماً^(٥).

ويرى بعض الباحثين أن الخلاف في هذه المسألة نتج عن خلاف الفقهاء حول طبيعة التحكيم، فمن رأى أنه ذو طبيعة تعاقدية ووصفه بالوكالة أجاز للخصوم الرجوع وعزل المحكم، ومن وصفه بأنه قضاء لم يجوز لهم ذلك إلا باتفاق الخصوم^(٦)؛ وذلك لضمانة ألا يؤدي إلى بطلان مقصود التحكيم - وهو فصل النزاع - ويصير التحكيم لغواً لا فائدة فيه، وذلك بأن يُبطل العقد ويصير إلى عزل المحكم كل طرف يرى ما لا يوافقه من المحكم^(٧)، وأخذ

(١) الممتقى (٥/٢٢٧، ٢٢٨).

(٢) نهاية المحتاج (٨/٢٤٣).

(٣) المغني (١١/٤٨٤)، المبدع (١٠/٢٧).

(٤) الممتقى (٥/٢٢٨).

(٥) هذا ما رجحه معالي الشيخ عبدالله بن محمد آل خنين، التحكيم في الشريعة الإسلامية التحكيم العام والتحكيم عند الشقاق الزوجي، عبدالله بن محمد آل خنين، ط: الأولى ١٤٢٠هـ، ص: ٢١.

(٦) النظرية العامة للتحكيم، ص: ٤٤٣.

(٧) انظر: الشرح الكبير، ص: (٢٨/٣٢٦)، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص: ١٥٥، التحكيم في الشريعة الإسلامية، عبدالله آل خنين، ص: ١٦٢.

بهذا القول نظام التحكيم السعودي وقانون التحكيم الإماراتي، كما وضحناه في بداية المطلب.

٢- العزل القضائي:

ورد في نظام التحكيم السعودي: «إذا تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها، أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير لا مسوغ له في إجراءات التحكيم، ولم ينتح، ولم يتفق طرفا التحكيم على عزله، جاز للمحكمة المختصة عزله بناء على طلب أي من الطرفين» (١ / ١٨)

من نظام التحكيم السعودي^(١)؛ لأن انقطاع المحكم عن أداء مهمته دون عذر مقبول يتنافى مع مميزات الدعوى التحكيمية التي تتطلب سرعة الفصل فيها، فيقتضي ذلك الحكم بإنهاء مهمته^(٢). وينطبق هذا التقسيم كذلك على التحكيم الإماراتي، فقد نصت المادة (٣ / ٢٠٧) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، على أنه: «لا يجوز عزله - أي المحكم - إلا بموافقة الخصوم جميعاً، غير أنه يجوز للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، وبناءً على طلب أحد الخصوم، إقالة المحكم والأمر بتعيين بديل عنه بالطريقة التي جرى تعيينه بها ابتداءً، وذلك في حالة ثبوت أن المحكم أهمل قصدًا العمل بمقتضى اتفاق التحكيم، رغم لفت نظره خطياً بذلك».

(١) نظيرها المادة (٣ / ٢٠٧) من قانون الاجراءات المدنية الإماراتي.

(٢) الوجيز في شرح نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، د. ناصر الزيد، ص: ١٨٧.

فدلت المادة على وجود نوعين من العزل: العزل الاتفاقي، والعزل القضائي.

ويستنبط من المادتين السابقتين شروطاً لعزل المحكم قضائياً، نسوقها كما يلي:

- ١- أن يصدر قرار عزل المحكم من المحكمة المختصة بنظر النزاع.
- ٢- أن يتقدم أحد الخصوم إلى المحكمة بطلب عزل المحكم.
- ٣- لفت نظر المحكم خطأً بإهماله العمل بمقتضى اتفاق التحكيم.
- ٤- أن يكون إهمال المحكم مقصوداً وليس إهمالاً عن غير قصد^(١).

الآثار المترتبة على عزل المحكم قضائياً:

١- يترتب على الحكم بعزل المحكم امتناعه عن اتخاذ أي إجراء، وإلا كان هذا الإجراء باطلاً، أما ما سبق أن اتخذه المحكم من إجراءات وقرارات قبل عزله فتبقى صحيحة ومُنتجة لآثارها^(٢)، غير أن ذلك لا يمنع الأطراف من الاتفاق على عدم الاعتداد بالإجراءات والقرارات التي سبق أن اتخذها أو أصدرها المحكم^(٣)، نص على ذلك القانون الإماراتي، وأهمل توضيح هذه

(١) انظر: التحكيم في القانون الإماراتي، أ.د. مصطفى المتولي، د. محمد الصاوي، ص: ٢٣١.

(٢) المرجع في أصول التحكيم، د. محمود يونس، ص: ٣٠٦.

(٣) نصت المادة السابعة عشر في فقرتها الثانية من قانون التحكيم الإماراتي، على أنه «يجوز للأطراف بعد تعيين محكم بديل، الاتفاق على إبقاء أي من الإجراءات التي تمت سابقاً، وتحديد نطاق ذلك...».

الحالة وشرحها نظام التحكيم السعودي، مما قد ينتج الخلافات بين المحكّمين، فكان الأمثل توضيح ذلك في لائحة نظام التحكيم.

٢- وفقاً لعجز المادة (١٩) من نظام التحكيم السعودي، والمادة (١٧/١) من قانون التحكيم الإماراتي أنه إذا قضت المحكمة المختصة بنظر النزاع بعزل المحكم، فيتم تعيين محكم بديل بذات الطريقة التي تم بها تعيين المحكم الذي تم عزله، ويقصد بذلك ذات الطريقة التي أتت لاختيار المحكم ابتداءً لمباشرة مهمته، غير أنه إذا تعسر اتباع ذات الطريقة في تعيينه، يتم تعيينه بحكم المحكمة.

٣- «وقف ميعاد التحكيم إلى حين تعيين محكم بديل، وقبول المحكم الجديد المهمة»^(١)، فقد جاء في المادة السادسة من لائحة نظام التحكيم السعودي، أنه: «إذا انتهت مهمة المحكم في الحالات الواردة في المادة (التاسعة عشر) من النظام عدا حالة انتهاء مهمة المحكم برده، فتوقف إجراءات التحكيم إلى أن يُعين محكم بديل وفق النظام».

٣- عزل المحكم لنفسه:

هل للمحكم عزل نفسه عن التحكيم بغير رضا الخصمين؟

صرّح بعض المالكية بأنه ليس للحكم أن يعزل نفسه عن التحكيم بغير رضا الخصمين إذا شرع في نظر الخصومة، ومفهومه: جواز ذلك للحكم قبل

(١) انظر: التحكيم في القانون الإماراتي، أ.د. مصطفى المتولي، د. محمد الصاوي، ص: ٢٣٢.

الشروع في التحكيم.

وعللوا: بأن حق الخصمين قد تعلق بولاية الحَكَم، فليس له عزل نفسه بغير رضاهم^(١).

وتُبنى هذه المسألة على حكم عقد التحكيم هل هو عقد جائز أم لازم: فمن قال إنه عقد جائز: اقتضى ذلك أنه يجوز للمحكّم أن يعزل نفسه بغير رضا الخصوم.

ومن قال بأنه عقدٌ لازم: فليس للمحكّم عزل نفسه بعد رضاه بالتحكيم، ولو قبل الشروع في التحكيم إلا بموافقة الخصمين.

ولهذا القول قوة؛ لأن التحكيم عقدٌ، والأصل في العقود الصحة واللزوم؛ لكن إذا امتنع المحكّم من مباشرة التحكيم، أو الاستمرار فيه كان للخصمين أو أحدهما عزله، ولا أجره عما مضى^(٢).

(١) المنهل العذب السلسيل شرح نظم أبي زيد الجشمي لما لم يذكره الشيخان ابن عاصم و خليل، الأزرايفي محمد بن أبي بكر الشاي البيضاوي، ط: الأولى، ١٤٠٠هـ، (٣/١٤٧، ١٤٨)، أفدت هذا النقل من كتاب التحكيم للشيخ عبدالله آل خنين.

(٢) التحكيم في الشريعة الإسلامية، التحكيم العام والتحكيم عند الشقاق الزوجي، عبدالله بن محمد آل خنين، ص: ١٦٣-١٦٤.

المطلب الثالث:

تنحي المحكم



أياً كانت الطريقة التي يتم بها تعيين المحكم؛ فإنه لا يلتزم بالقيام بالتحكيم إلا إذا قبل القيام بهذه المهمة؛ حيث لا يجوز إجبار شخص على القيام بالمهمة التحكيمية رغماً عن إرادته؛ لأن المحكم لا يقوم بوظيفة عامة من الممكن أن يلزم قانوناً بحكم وظيفته بالقيام بها، وإنما هو يقوم بقضاء خاص^(١)، وقد نصت المادة (٢٠٧) في فقرتها الأولى من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، على أنه: «يجب أن يكون قبول المحكم بالكتابة أو بإثبات قبوله في محضر الجلسة».

وُنَبِهَ على أنه لا يترتب البطلان إذا لم تتوافر الكتابة المتقدمة؛ لأن المشرع الإماراتي اشترط الكتابة كشرط إثبات قبول المحكم، وليست شرطاً لصحة التحكيم أو صحة إجراءاته^(٢).

يقودونا هذا الشرط في إثبات قبول المحكم للقيام بالمهمة إلى اقتراح إضافة شرط رضا المحكم إلى قائمة ما يشترط في المحكم، فلم يذكر شرط رضا المحكم في النظام التحكيم السعودي ولا قانون التحكيم الإماراتي.

(١) قانون التحكيم، د. فتحي والي، ص: ٢٢٥.

(٢) المرجع السابق، ص: ٢٢٦.

وقد أكدت محكمة نقض أبو ظبي هاتين الطريقتين في قبول المحكم لمهمته، بالإضافة إلى إمكانية أن يكون قبول المحكم لمهمته ضمناً وذلك بمجرد حضوره لجلسات التحكيم؛ حيث قضت بأن: «مقصود الفقرة الأولى من المادة (٢٠٦) من قانون الإجراءات المدنية هو أن يقبل المحكم المهمة التي أوكلت إليه، وأن تكون موافقته على قبول المهمة كتابة أو بإثبات قبوله المهمة في محضر الجلسة، وهو إجراء تنظيمي ويكفي فيه حضور المحكم للجلسات لتكون موافقة ضمنية منه على الترشيح والقيام بالمهمة الموكولة إليه»^(١).

فالمحكم لا يجبر على قبول مهمة التحكيم، غير أن المحكم قد يتنحى بعد قبوله بالقيام بمهمة التحكيم، وسواءً كان هذا التنحي قبل بدء خصومة التحكيم أو بعد بدئها، وقد يكون هذا التنحي بسبب غير جدي، وقد يكون بسبب جدي، وفي الحالتين يختلف الحكم:

أولاً: تنحي المحكم بغير سبب جدي:

ذكرت المادة (٢٠٧/٢) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، على أنه: «إذا تنحى المحكم بغير سبب جدي عن القيام بعمله بعد قبوله التحكيم، جاز الحكم عليه بالتعويضات».

(١) محكمة نقض أبو ظبي، الطعن رقم ٩٢٤ لسنة ٢٠٠٩ س٣ق.أ (تجاري) جلسة ١٧ ديسمبر ٢٠٠٩م، التحكيم، نقلاً من التحكيم في القانون الإماراتي، أ.د. مصطفى المتولي، د. محمد الصاوي، ص: ٢٠٩.

جاء هذا النص بوجوب إتمام عمل المحكم إذا قبل بالمهمة، وإلا جاز الحكم عليه بالتعويضات لصالح أطراف الخصومة، وينتج هذا النص عدة أحكام، وهي^(١):

أولاً: اشترطت المادة أن يكون تنحي المحكم عن القيام بمهمته بعد قبولها بغير سبب جدي، فهذان شرطان لجواز الحكم على المحكم بالتعويضات.

ثانياً: أن الحكم بالتعويض ليس مسألةً وجوبية، وإنما حكمه الجواز؛ ولذلك فإن الحكم بالتعويض شرطه حدوث ضرر من هذا التنحي، ويقع عبء إثبات وقع الضرر على المدعي من الخصوم، الذي يطلب التعويض عن هذا التنحي.

ثالثاً: ورود النص بصيغة عامة؛ إذ لا يشترط القانون الحكم بالتعويض نتيجة تنحي المحكم أن يكون قد بدأ في مهمته؛ وإنما يجوز التعويض أيضاً بسبب التنحي حتى ولو كان قبل البدء بالقيام بالمهمة المسندة إليه.

وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية - كمحكمة نقض - بأن «جواز تنحي المحكم عن الاستمرار في نظر التحكيم، مناطه أن يقوم سبب جدي يجعل هذا الاستمرار متعذراً، وإلا جاز الحكم عليه بالتعويضات، وأن تقدير توافر السبب الجدي للتنحي، أو استخلاص الخطأ فيه الموجب للتعويض، وثبوت الضرر وعلاقة السببية بينهما من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع، دون معقب متى كان استخلاصاً مستنداً إلى

(١) انظر: التحكيم في القانون الإماراتي، مصطفى المتولي، محمد الصاوي، ص: ٢٢٥.

عناصر تؤدي إليه»^(١).

واختلف فقهاء الشريعة فيما إذا كان التحكيم بعوض يأخذه المحكم من الخصمين، هل له عزل نفسه؟

والخلاف في هذا مبني على النظر في عقد التحكيم بعوض هل هو إجارة فيكون لازماً، أو جعالة فلا يلزم^(٢).

والظاهر أنه جعالة، وذلك لأن عمل المحكم فيه جهالة، ولا يلزم تحديد مدة معلومة له، والجهالة واللزوم متنافيان لا يجتمعان^(٣)، والعقد المطلق الذي لا وقت له لا يكون لازماً^(٤).

ثانياً: تنحي المحكم بسبب جدي:

ذكرنا فيما سبق أن من شرط جواز الحكم بالتعويضات على المحكم من قبل الخصوم هو أن يكون التنحي بغير سبب جدي؛ فمفهوم نص المادة أنه

(١) المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم ٥٠٣ لسنة ٢٠ ق، جلسة ١٥ أكتوبر ٢٠٠٠، مجموعة الأحكام، السنة الثانية والعشرون (٢٠٠٠)، ص: ١٢٩٥، نقلته من كتاب التحكيم في القانون الإماراتي، أ.د. مصطفى المتولي، د. محمد الصاوي.

(٢) انظر للزوم عقد الإجارة: بدائع الصنائع (٤/٢٠١)، الفتاوى الهندية (٤/٤١٢)، الذخيرة (٨/٩)، إعلام الموقعين (١/٣٨٥، ٣٨٦).

ولجواز عقد الجعالة: شرح الخرشي على مختصر خليل (٧/١٣٧)، أعلام الموقعين (١/٣٨٥، ٣٨٦).

(٣) انظر: الفروق للقرافي (٤/١٣).

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب عبدالرحمن بن قاسم، الرئاسة العامة لشؤون الحرمين (٣٠/١٥)، للمزيد حول عزل المحكم نفسه انظر: العزل عن الولايات النيابة في الفقه الإسلامي (١/٤٤٣-٤٤٩).

إذا حدث سببٌ جدي للمحكّم يمنعه من الاستمرار في أداء مهمة التحكيم؛ فإنه لا يجوز الحكم عليه بالتعويض، غير أنه يشترط لعدم إلزام المحكّم بالتعويض نتيجة التنحي بموجب سبب جدي، أن يكون هذا السبب غير موجود وقت قبوله مهمة التحكيم، أما إذا كان السبب موجوداً وقت قبوله بمهمة التحكيم؛ فإن هذا التنحي لا يحول دون الحكم عليه بالتعويض إذا توافرت شروط الحكم به^(١).

ومن أمثلة هذه الأسباب الجدية للتنحي التي ذكرها شرّاح القانون، هي:
- أن يكون المحكّم غير صالح للحكم إعمالاً للمادة (٢٠٧ / ٤) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، أو إذا أصابه مرض يمنعه من القيام بعمله حتماً^(٢).

- أن يضطر للسفر سفيراً طويلاً يحول دون أداء مهمة التحكيم في الميعاد المحدد.

- إذا علّم بعد قبوله مهمة التحكيم، أو بعد بدء إجراءاته، ما يؤدي إلى عدم استقلاله أو عدم حياده مما قد يعتبر سبباً لردّه^(٣)، لذلك أوجبت أنظمة التحكيم وقوانينه إفصاح وتصريح المحكّم عن كل ما قد يثير الشكوك حول حياده واستقلاله^(٤).

(١) التحكيم الاختياري، د. أحمد أبو الوفا، ص: ١٧٤.

(٢) التحكيم الاختياري، د. أحمد أبو الوفا، ص: ١٧٤.

(٣) قانون التحكيم، د. فتحي والي، ص: ٢٥٣.

(٤) انظر إلى المادة (١ / ١٦) من نظام التحكيم السعودي، والمادة (١ / ١٤) من قانون التحكيم الإماراتي.

وأخيراً نشير إلى أن المنظم السعودي في نظام التحكيم، لم يذكر حالة تنحي المحكم باختياره، سواءً كان لأسباب وظروف جدية أو بعدمها؛ وإنما تطرق لموضوع تنحية المحكم بقوة النظام وهي ما تطرقنا له في أحكام الرد.

المطلب الرابع:

أتعاب المحكم



المحكم شأنه شأن أي شخص يؤدي عملاً فيستحق أن يتقاضى مقابل عمله أجراً، فالمحكم يتم اختياره لخبرته في تخصصه، ولثقة في شخصه، وبطبيعة الحال يكون منشغلاً بعمل يدرّ له دخلاً يعيش منه؛ فإذا تم تكليفه في إحدى الدعاوى التحكيمية؛ فإن الفصل فيها يستلزم منه التفرغ وبذل الجهد، واستخدام ما استثمره طوال حياته من علم وخبرات للفصل في هذه الدعوى^(١)، ونفرق في هذا الشأن بين التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر، وبيانه التالي:

١ - أتعاب التحكيم في التحكيم المؤسسي.

إذا كان التحكيم مؤسسياً؛ فإن بعض قواعد ولوائح مراكز التحكيم التي اتفق الأطراف على الالتجاء إليها تتضمن تحديد الأتعاب التي تتقاضاها هيئة التحكيم، فهي تنظم المسألة تنظيمًا محكمًا، كما تتضمن هذه القواعد كل ما يتعلق بنفقات هيئة التحكيم، فضلاً عن المصاريف الإدارية التي يتقاضاها مركز التحكيم، وأتعاب الخبراء، ومصروفات الترجمة والانتقال إن وجد.

غير أنه يتعين أنه في حال قبول الأطراف اللجوء لأحد مراكز التحكيم، وكانت أتعاب التحكيم المحددة من المركز مبالغاً فيها، فليس لأحد من

(١) الوجيز في شرح نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، د. ناصر الزيد، ص: ٢٠٥.

الأطراف الالتجاء للقضاء طلباً لتخفيض هذه الأتعاب؛ لأن قبولهم التحكيم بواسطة مركز التحكيم يفيد قبولهم مقدماً دفع هذه الأتعاب^(١).

وهدف مؤسسات التحكيم من هذا التنظيم هو منع العلاقة المادية المباشرة بين أطراف التحكيم والمحكمين، لما قد يكون لهذه العلاقة من تأثير على سلامة رأي وقناعة المحكم^(٢).

٢- أتعاب التحكيم في التحكيم الحر:

الأصل في التحكيم الحر أنه اتفاق الأطراف مع المحكم إذا كان فرداً على تحديد أتعابه ونفقاته، ويتم توزيعها بينهم إلى أن يصدر الحكم ويلزم الطرف الخاسر بها كلها أو بعضها، وإذا كانت هيئة التحكيم مُشكَّلة من ثلاثة محكمين؛ فإن ما يحدث عملياً هو اتفاق كل طرف مع المحكم الذي اختاره على أتعابه ونفقاته، ثم يتفق الأطراف (المحكمان) مع رئيس الهيئة على أتعابه ونفقاته ويقسمانها فيما بينهم^(٣).

ونظّم المنظم السعودي مسألة أتعاب التحكيم في مادتين هما (٢٤) (٤٢)، ونصت المادة (٢٤) على أنه:

١- إذا لم يتم الاتفاق بين طرفي التحكيم والمحكمين على تحديد

(١) قانون التحكيم، د. فتحي والي، ص: (٢٨٩-٢٩٠)، هذا الحكم لا يسري في الحالات التي يتحقق فيها شروط الغبن؛ فللأطراف حينئذ اللجوء إلى القضاء لتخفيض هذه الأتعاب.

(٢) الوجيز في شرح نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، د. ناصر الزيد، ص: ٢٠٧.

(٣) قانون التحكيم، د. فتحي والي، ص: (٢٨٩-٢٩٠).

أتعاب المحكمين، فتحددها المحكمة المختصة التي يجب عليها الفصل فيه بقرار غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن.

والحكمة من ذلك هو حسم الخلاف، وعدم تطويل أمد التقاضي، الذي يعد من أهم مقاصد التحكيم.

والمادة (٤٢) جاءت في سياق ذكر عناصر حكم التحكيم، بأنه يجب أن يتضمن على أمور ومنها: «... وتحديد أتعاب المحكمين، ونفقات التحكيم».

ويتنقد بعض شراح النظام إجراء عقد مستقل لأتعاب التحكيم، ويجده مخالفاً لفلسفة التحكيم، ويُعد وصايةً على التحكيم ويؤثر على ضمانته الاستقلال، ويرى الاكتفاء بالإشارة في محضر الجلسة الأولى مثلاً، على الاتفاق على الأتعاب، فالمحضر حجة على من وقع عليه^(١).

وهذا ما ذهب إليه قانون التحكيم الإماراتي، فلم يلزم بعقد مستقل لأتعاب التحكيم؛ إنما أشار في المادة (٤٦) إلى أنه:

١- ما لم ينص اتفاق الأطراف على خلاف ذلك، يكون لهيئة التحكيم تقدير مصاريف التحكيم، ويشمل ذلك الأتعاب والنفقات التي تكبدها أي عضو في هيئة التحكيم في سبيل تنفيذ مهامه، ونفقات تعيين الخبراء من قبل هيئة التحكيم.

٢- لهيئة التحكيم الحكم بالمصاريف المنصوص عليها في البند (١) من هذه المادة كلها أو بعضها على أحد الأطراف، والمحكمة تقرر بناءً على

(١) انظر: المرجع السابق، ص: ٢٠٨.

طلب أحد الأطراف تعديل تقدير المحكّمين لأتعايبهم أو المصاريف بما يتناسب مع الجهد المبذول وطبيعة النزاع وخبرات المحكّم.

٣- لا يجوز تقديم أية طلبات للمحكمة لإعادة النظر في مقدار المصاريف وذلك في حالة وجود اتفاق على تحديدها.

وعالج قانون التحكيم الإماراتي ضمانات حق هيئة التحكيم في تحصيل أتعايبهم بطريقة مغايرة لطريقة النظام السعودي، حيث نص في مادته (٤٦) على أنه: «يجوز لهيئة التحكيم رفض تسليم حكم التحكيم النهائي للأطراف في حال عدم تسديد كامل مصاريف التحكيم».

ويميل الباحث إلى ما ذهب إليه قانون التحكيم الإماراتي، حيث أصاب غايتان منشودتان في التحكيم، هما: ضمانات تحصيل أتعايب هيئة التحكيم، واستقلال المحكّمين عن العلاقة المادية مع أطراف التحكيم، وفي هذا تحقيق لمبدأ الاستقلال والابتعاد عن مواطن الشبهات وكل ما يثير الشكوك، بخلاف ما نص عليه النظام السعودي للتحكيم من عقد المحكّم مع أطراف التحكيم عقداً مستقلاً لأتعايب التحكيم.

هل تبيع الشريعة الإسلامية أخذ المال على التحكيم؟

أجاز الشارع أخذ الأجرة على القربات لقوله **عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: ((إِنْ أَحَقَّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابَ اللَّهِ))**^(١)، والتحكيم من القربات، فيجوز أخذ الأجرة

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله وسننه وأيامه، للإمام محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق محب الدين الخطيب، المكتبة

عليه، قياساً على أخذ الأجرة على الأذان، وإمامة الصلاة، والقضاء، ويكون دفع الأجرة للمتخاصمين، وتقدر الأجرة وفقاً لظروف كل دعوى على حدة. وقد صرح ابن عقيل الحنبلي^(١) بحكم هذه المسألة، يقول ابن القيم ناقلاً عن ابن عقيل - وهو يتحدث عن أخذ القضاة للأجرة، وبعد بيانه أنه إن كان للحاكم رزق من بيت المال حرم عليه أخذ الأجرة قولاً واحداً - قال: «وإن كان الحاكم لا رزق له فعلى وجهين: أحدهما الإباحة؛ لأنه عملٌ مباح فهو كما لو حكّماه، ولأنه مع عدم الرزق لا يتعين عليه الحكم؛ فلا يمنع من أخذ الأجرة، كالوصي وأمين الحاكم يأكلان من مال اليتيم بقدر الحاجة»^(٢).

ومقتضى كلام ابن عقيل هذا: أن أخذ المال على التحكيم مباح، ولم يورد على ذلك قيوداً^(٣).

السلفية، القاهرة، ط: الأولى ١٤٠٠هـ، رقم الحديث (٥٧٣٧).

(١) هو الإمام، العلامة، البحر، شيخ الحنابلة، أبو الوفاء علي بن عقيل بن محمد بن عقيل بن عبد الله البغدادي، الظفري، الحنبلي، المتكلم، صاحب التصانيف، كان يسكن الظفرية (محلة بشرقي بغداد)، ومسجده بها مشهور، وُلدَ سنة إحدى وثلاثين وأربع مائة، وكان يتوقد ذكاء، وكان بحر معارف، وكنز فضائل، لم يكن له في زمانه نظير على بدعته، وعلق كتاب (الفنون)، وهو أزيد من أربع مائة مجلد، حشد فيه كل ما كان يجري له مع الفضلاء والتلامذة، وما يسنح له من الدقائق والغوامض، وما يسمعه من العجائب والحوادث، انظر: سير أعلام النبلاء (١٩/٤٤٣).

(٢) بدائع الفوائد، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر الدمشقي، المشهور بابن القيم الجوزية، دار الكتاب العربي، بيروت (٣/١٤٦).

(٣) التحكيم في الشريعة الإسلامية، التحكيم العام والتحكيم عند الشقاق الزوجي، عبد الله بن محمد آل خنين، ط: الأولى ١٤٢٠هـ، ص: ١١٨.



ويقول الرحيباني^(١) في شرحه لغاية المنتهى: «فإن لم يُجعل له -أي للقاضي- شيء من بيت المال، وليس له ما يكفيه وعياله، وقال للخصمين:

(١) مصطفى بن سعد بن عبده -بفتح العين وإسكان الباء وضمّ الدال المهملة وآخره هاء ساكنة وصلًا- ويعرف بـ «الرّحيباني» ورأيت ختمه: (مصطفى السّيوطي) فإن أصل والده من أسيوط. قدم دمشق، وصاهر بعض رؤسائها، فولد له صاحب الترجمة، ونشأ فقرأ القرآن، ثم طلب العلم فقرأ على مشايخ عصره، ولازم علامة المذهب إذ ذاك بدمشق الورع الزاهد الشيخ أحمد البعلبي، وقد أدرك زمن الشيخ السّفاريني، وفتح الله على صاحب الترجمة خصوصاً في الفقه فإنه صار فيه علماً مفرداً يرحل إليه من الآفاق، وانتصب للتدريس والإفتاء، والتصنيف، وصنّف «شرح الغاية» في الفقه حقّق فيه ودقّق، وفتح به هذا الكتاب المغلق، ولم يتمّ شرح غير شرح هذا المترجم، فكانت كرامة له حيث إنّه قد كتب عليه عدّة من العلماء فلم يقدر الله تمام واحد منهم غيره، فعَمّ نفعه وعظم وقعه، وانتفع به وبمؤلفه أهل المذهب، تولّى المترجم مشيخة الجامع الأمويّ ونظارته لحسن نظره، وسداد فطنته، ونباهته، وإدارته، وديانته، وصيانته، وأمانته، فصارت تعليقات الجامع جميعها تحت يده، فضبّطها أتمّ ضبّط، وعمّر الجامع أحسن تعمير، بحيث أخبرني جمّ غفير من أهل دمشق أنّهم لم يروا الجامع في حسن العمارة والرّونق والضّبط لمصالحه الجليلة والدّقيقة مثلما رأوه في أيام المذكور، بحيث صار مشهوراً في ذلك، ومشى على سنّته ولده الشيخ سعدي أفندي لما تولّى بعد وفاة والده، وكان المترجم صدراً، نبيلاً، رئيساً، محتشماً، ذا همّة عالية، ومروءة كاملة، ورئاسة جليلة، مرجعاً للخاصّ والعامّ، ملجأً في الأمور المهمّة، والخطوب المدلهمة. وكتب على الفتاوى كتابات حسنة، وكان له جاه عريض عند الملوك والأمراء فمن دونهم، ونفع الله هذا المذهب بعلمه وماله وجاهه، وقرأ عليه جميع حنابلة الشّام وغيرهم من بقيّة المذاهب، ومن ورد إلى دمشق لطلب العلم، فانتفع به خلق كثير منهم الشيخ حسن الشّطيّ السّابق الذي شرح «زوائد الغاية» وغيره. توفي سنة ١٢٤٠.

انظر: السحب الوايلة على ضرائح الحنابلة، لمحمد بن عبد الله بن حميد النجدي ثم المكي (١٢٣٦ - ١٢٩٥ هـ)، حققه وقدم له وعلق عليه: بكر بن عبد الله أبو زيد، عبد الرحمن بن سليمان العثيمين [ت ١٤٣٦ هـ]، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م، (٣/١١٢٧).

لا أقضي بينكما إلا بجعلٍ جاز له أخذ الجعل لا الأجرة... قلت: والمحكم مثله؛ إذ لا فرق بينهما، وعلم منه أنه إن كان له ما يكفيه فليس له أن يأخذ الجعل»^(١).

فيجوز للمحكم أخذ المال على التحكيم، ويشترط لذلك ما يلي:

- ١- ألا يكون له على التحكيم شيء من بيت المال.
- ٢- أن يُسلم المال قبل الشروع في التحكيم، ويودع في جهة محايدة سواء كان منهما أو من أحدهما، حتى لا يكون هناك تهمة على المحكم في الحكم لم يسلم له الأجرة، أو لمن كان مليئاً قادراً على تسليمها.
- ٣- أنه يصح أن يكون المأخوذ أجرةً إذا تحققت في العقد شروط الإجارة، ويكون جُعلاً إذا لم تتحقق في العقد سوى شروط الجعالة، والعبرة في ذلك للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، على أنه لا بد من تحديد الأجرة والجعل قبل الشروع في التحكيم؛ حتى لا يكون هناك نزاع بعد الفراغ من التحكيم، هذا ما ذهب إليه معالي الشيخ عبد الله آل خنين^(٢).

ويُعلل أخذ الأجرة أو الجعل على التحكيم لأسباب، منها:

الأول: ضمان تنفيذ التحكيم وعدم الإخلال به، فالخصم إذا أدرك أنه إذا لم يلتزم بالتحكيم التزم بما هو أشد، حملة ذلك الوفاء بما التزم به، وبهذا

(١) مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، لمصطفى السيوطي الرحباني، المكتب الإسلامي، دمشق، ط: الأولى، ١٣٨١ هـ، (٦/٤٦٠).

(٢) التحكيم في الشريعة الإسلامية، عبد الله آل خنين، ص: ١١٨-١١٩.

يؤمن استمرارية التحكيم وعدم عدول أحد الأطراف عن التحكيم، وتكون الأجرة غير مستردة إذا رجع الخصوم، أو أحدهما عن التحكيم.

الثاني: هذه الأجرة تكون مقابل حبس نفسه، لسماع الخصوم، والنظر في القضية المتنازع عليها، والبحث في إيجاد الحكم المناسب للخصومة، وهذا قد يستغرق وقتاً طويلاً، فلو لم تجب له الأجرة؛ فإننا لا نجد من يقوم بهذا العمل، ويقع الناس في حرج شديد، وحتى لا يتهاون المحكم في إنهاء النزاع لانشغاله بحياته الخاصة^(١).

الثالث: أن القاضي يجوز له أخذ رزق من بيت المال، يكفيه وأولاده لقاء تفرغه للقضاء؛ فإن لم يكن له رزق من بيت المال فيجوز له عند بعض الفقهاء أخذ للأجرة عن عمله من الخصمين؛ فإذا جاز للقاضي أخذ الأجرة من الخصمين إذا لم يكن له رزق من بيت المال؛ فأولى أن يجوز ذلك للمحكم الذي لا رزق له على عمله من بيت المال.

رابعاً: أن التولية في التحكيم للمحكم من قبل المتخاصمين، والتولية في القضاء من قبل السلطان، والسلطان يفرض للقاضي ما يكفيه من بيت المال؛ فكذلك الخصوم ينبغي أن يعطوا المحكم من أموالهم ما يقابل أتعابه؛ لأنه أجيرٌ عندهم^(٢).

(١) انظر: بحث التحكيم الشرعي أصوله وضوابطه، د. أحمد الصويعي شليبيك، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، مجلد (١٢)، ١٤٣٧هـ، ٢٠١٦م، ص: ٢٣.

(٢) الضوابط الشرعية للتحكيم، صالح بن محمد الحسن، مطبعة النرجس، الرياض، ١٤١٥هـ، ص: ٨١ - ٨٢.

ويختار الباحث أن التكييف الأقرب لعقد أتعاب التحكيم أنه عقد جعالة، وذلك لأمر:

١- عدم المقدرة على ضبط ومعرفة عدد الجلسات التي ستُعقد حتى يتم الحكم في القضية، وقدر ساعاتها، فهذه الأتعاب مقابل عمل مجهول يعسر ضبطه، وهذه من خصائص الجعالة فقد جاء في تعريفها عند الشافعية بأنها: التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم، أو مجهول يعسر ضبطه^(١).

٢- ومما يعسر ضبطه كذلك في التحكيم قدر الجهد الذهني المبذول في إجراءات القضية من بدايتها إلى صدور الحكم فيها، فالأقضية تتفاوت، وقد تبدو في بداية الأمر واضحة المعالم ثم بعد ورود البيّنات وتبادل المذكرات من الأطراف يتبين تشعب القضية وأنها تحتاج إلى مزيد نظر، واستحضار ذهن، فالإجارة هنا لا تصح لعدم انضباط العمل المقابل لهذه الأجرة؛ فإنه يشترط في الإجارة أن تكون معلومة علمًا ينفي الجهالة المفضية للنزاع، وهذا الشرط يجب تحقيقه في الأجرة أيضًا؛ لأن الجهالة في كل منهما تفضي إلى النزاع^(٢).

٣- من الفروقات التي قررها أهل العلم بين الإجارة والجعالة، أن في الجعالة لا تحصل المنفعة للجاعل إلا بتمام العمل بخلاف الإجارة فإنه

(١) حاشية البجيرمي على الخطيب، لسليمان بن محمد البجيرمي المصري الشافعي، دار الفكر، ١٤١٥هـ، (٣/١٧٠).

(٢) انظر: الفتاوى الهندية (٤/٤١١)، والبدائع (٤/١٨٠)، وبداية المجتهد (٢/١٨٠، ٢٢٣)، والمهذب (١/٣٩٨)، والمغني (٥/٣٥٧، ٣٦٨).

يُحْصَلُ عَلَى الْمَنْفَعَةِ بِمَقْدَارِ مَا عَمِلَ^(١)، وَهَذَا مَا يَكُونُ فِي التَّحْكِيمِ، فَالْمَنْفَعَةُ لَا تَكُونُ لِأَطْرَافِ التَّحْكِيمِ إِلَّا بِتَمَامِ الْعَمَلِ عِنْدَ إِنْهَاءِ الْقَضِيَّةِ وَإِصْدَارِ الْمُحْكَمِ أَوْ هَيْئَةِ التَّحْكِيمِ لِحُكْمِهَا فِي الْقَضِيَّةِ، فَيَكُونُ عَقْدُ أَتْعَابِ التَّحْكِيمِ عَقْدَ جَعَالَةٍ.

(١) الْقَوَانِينُ الْفَقْهِيَّةُ فِي تَلْخِيصِ مَذْهَبِ الْمَالِكِيَّةِ وَالتَّنْبِيهِ عَلَى مَذْهَبِ الشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنْفِيَّةِ وَالْحَنْبَلِيَّةِ، لِمُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ جَزِيِّ الْغُرْنَاطِيِّ، حَقَّقَهُ وَعَلَّقَ عَلَيْهِ مَا جَدَّ الْحَمَوِيُّ، دَارُ ابْنِ حَزْمٍ، ط: الْأُولَى، ١٤٣٤هـ، ص: ٤٦١.

المبحث الثالث:
رقابة القضاء على المحكمين

وفيه تمهيد وثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الرقابة القضائية في اللغة والفقہ والنظام.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على هيئة التحكيم.

المطلب الثالث: مقارنة الرقابة القضائية على المحكمين بالرقابة القضائية على القضاة.

تمهيد



إن الغاية من الرقابة على التحكيم التثبت من أحكام التحكيم إن كانت قد صدرت على الوجه الصحيح، وخلت من العيوب التي قد تشوبها، والأهم انتفاء ما يمنع من تنفيذها، وهذا النوع من الرقابة يُعد رقابةً خارجيةً، لا شأن لها بموضوع التحكيم، حيث إن هذه تكون على شكل إجراءات الحكم التحكيمي، وكذلك الرقابة على حكم التحكيم^(١).

وقد جرى من بحث الرقابة القضائية على التحكيم على تقسيم أنواع الرقابة إلى ثلاثة أنواع^(٢):

١- الرقابة القضائية السابقة على بدء إجراءات التحكيم.

٢- الرقابة القضائية بعد بدء إجراءات التحكيم.

(١) بحث الرقابة القضائية على التحكيم في المملكة العربية السعودية، دراسة مقارنة، د. عبدالله بن محمد أبا الخيل، مجلة قضاء، العدد الأول محرم ١٤٣٤ هـ، ص: ١٥٩-١٦٠.

(٢) انظر: الرقابة القضائية على التحكيم في النظام السعودي، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في قسم السياسة الشرعية بالمعهد العالي للقضاء، عبدالهادي بن صالح الوائلي، إشراف فضيلة الشيخ أ.د. ناصر بن محمد الجوفان، الرقابة القضائية على التحكيم وفق أحكام نظام التحكيم السعودي، رسالة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، محمد بن حسن العسيري، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، الرقابة القضائية على التحكيم في المملكة العربية السعودية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية، عبدالله عثمان الماضي، جامعة الزيتونة، المعهد العالي لأصول الدين بتونس.

٣- الرقابة القضائية اللاحقة على صدور حكم التحكيم.

إلا أن الباحث لن يلتزم بهذا التقسيم، وسيكتفي بدراسة الرقابة القضائية على هيئة التحكيم بشكل خاص، وما يرتبط بها، سواء كانت هيئة، أو محكمة، في المراحل الثلاث سابقة الذكر، قبل بدء اجراءات التحكيم وبعدها وبعد صدور الحكم، وبعد ذلك أقرن رقابة القضاء على المحكمين بالرقابة القضائية على القضاة.

المطلب الأول:

تعريف الرقابة القضائية في اللغة والفقه والنظام



الرقابة لغةً هي: الرء والقاف والباء أصلٌ واحدٌ مطردٌ، يدل على انتصابٍ لمراعاة شيء، ومن ذلك الرقيب وهو الحافظ، يقال منه رقبت وأرقت رقبة ورقباناً، والمرقَّبُ المكان العالي يقف عليه الناظر، ومن ذلك اشتقاق الرقبة لأنها منتصبة، ولأن الناظر لا بدَّ أن ينتصب عند نظره^(١).

وقيل أيضاً: «الرقيب الحفيظ، ورقيب القوم الحارس.. ورقابة ورقيباً ورقة بفتحهن رصده وانتظره كترقبه وارتقبه.. ورقب الشيء يرقبه: حرسه كراقبه مراقبةً ورقاباً»^(٢).

الرقابة فقهاً: لا يخرج استعمال الفقهاء للفظ الرقابة عن المعنى اللغوي - في الغالب - فمن ذلك: «يستحب للقاضي أن يراقب أحوال الخصوم عند الإدلاء بالحجج ودعوى الحقوق»^(٣).

الرقابة نظاماً وقانوناً: يختلف تعريف الرقابة في النظام والقانون بحسب نوع الرقابة، فالرقابة الإدارية مثلاً تختلف عن الرقابة المالية، والرقابة الخارجية عن الرقابة الداخلية، لذلك عندما يتم تعريف الرقابة القضائية كلفظ

(١) معجم مقاييس اللغة، مادة (رقب)، (٢/٤٢٧).

(٢) المرجع السابق.

(٣) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، (١/١١٦).

مركب في النظام والقانون يتجه التعريف إلى أكثر الصور التي تمارسها المحاكم على أعمال السلطة التنفيذية، لحماية حقوق الأفراد والمؤسسات، وتتم هذه الرقابة غالبًا عن طريق القضاء الإداري^(١).

القضاء لغةً: جاء في لسان العرب: «القضاء في اللغة على وجوه، مرجعها إلى انقطاع الشيء وتمامه، وكل ما أحكم عمله أو أتم أو ختم أو أدى أداء أو أعلم أو أنفذ أو أمضى فقد قضى، والقاضي معناه في اللغة القاطع لأمر المحكم لها»^(٢).

القضاء فقهاً: هو: «الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات، والحكم إنشاءً لذلك الإلزام إن كان فيه إلزامٌ أو للإباحة والإطلاق إن كان الحكم كحكم الحاكم بأن الموات إذا بطلَّ إحياءه صار مباحًا لجميع الناس»^(٣).

وأما تعريف الرقابة القضائية في السياق الذي نحن بصدده، أي الرقابة القضائية على هيئة التحكيم، فنقول هي: الرقابة التي تمارسها المحاكم المختصة بمقتضى نظام التحكيم، للثبوت من توافر الشروط الفقهية والنظامية المتعينة على هيئة التحكيم، وهذه هي الوسيلة التي عن طريقها يقوم القضاء بالتحقق من مدى توافق العملية التحكيمية في جميع مراحلها مع أحكام الشريعة الإسلامية والنظام^(٤).

(١) بحث الرقابة القضائية على التحكيم في المملكة العربية السعودية، ص: ١٦٤.

(٢) لسان العرب، مادة (قضى)، (١٥/١٨٦-١٨٧).

(٣) كشف القناع (٦/٢٨٥).

(٤) انظر: الرقابة القضائية على التحكيم في النظام السعودي، عبدالهادي الوائلي ص: ١٦.

المطلب الثاني:

الرقابة القضائية على هيئة التحكيم



تتنوع الرقابة القضائية على هيئة التحكيم باختلاف متى تكون الرقابة، هل هي سابقة على التحكيم؟ أم هي أثناء جريان التحكيم؟ أم هي رقابة لاحقة على التحكيم؟ واستخرجت من هذه الأنواع الثلاثة ما يتعلق بهذا المطلب، وهي الرقابة القضائية التي تمس هيئة التحكيم أو المحكم الفرد في أي وقتٍ كان إجراء الرقابة، فخرجت بثلاث مسائل، تفصيلها كالتالي:

المسألة الأولى: رقابة القضاء في تعيين هيئة التحكيم.

من المبادئ العامة المتفق عليها في التحكيم حرية الأطراف في تعيين هيئة التحكيم، سواءً مباشرة باختيارهم أو بطريق غير مباشرة بإحالة الأمر إلى جهة ثالثة تتولى مهمة التعيين، مثل الاتفاق مع أحد مراكز التحكيم، وعادةً ما تكون هيئة التحكيم إما مكونة من محكم منفرد أو من ثلاثة محكمين، ويلاحظ في حالة المحكم المنفرد؛ أنه يحق لأطراف النزاع الخيار في اختيار المحكم، وفي حالة كون الهيئة مكونة من ثلاثة محكمين، يعطى لكل من طرفي النزاع اختيار محكمه، في حين يعين المحكم الثالث الذي عادة ما يتولى رئاسة هيئة التحكيم، إما من قبل الأطراف مباشرة، أو من قبل المحكمين الاثنين، إلا أنه قد لا يتفق الأطراف على محكم معين إن كانت الهيئة مكونة من محكم فرد، أو لا يتفق المحكمان المختاران من كلا الطرفين على اختيار

المحكّم المرجح، إذا كانت الهيئة مشكلة من ثلاثة محكّمين، أو أن يمتنع أحد الأطراف عن تعيين المحكّم من جهته وذلك بغرض إطالة أمد النزاع وعدم التوصل إلى حل لهذا النزاع، لذلك كفل المنظّم الحق للطرف المتضرر في الالتجاء للمحكمة المختصة تحقيقاً لأهداف التحكيم المتمثلة في عدم إطالة الإجراءات، فقد نصت المادة الخامسة عشرة من نظام التحكيم السعودي على تنظيم هذا التدخل من المحكمة المختصة في تعيين المحكّمين، يقابلها في قانون التحكيم الإماراتي المادة الحادية عشرة، إلا أن مهمة تعيين المحكّمين حال عدم اتفاق الأطراف في القانون الإماراتي قد أسندت إلى الجهة المعنية المفوضة^(١).

وتدخّلُ الجهة المختصة بالمساعدة في تعيين المحكّمين لا يتم إلا من خلال ضابطين هما:

١- احترام الشروط المنصوص عليها في نظام التحكيم.

٢- احترام اتفاق الأطراف الخاص بالشروط الواجب توافرها في المحكّم^(٢).

وتقوم الجهة المختصة بنظر النزاع بتعيين المحكّم بناءً على طلب أحد أطراف الخصومة، وعلى الطرف الذي يطلب من المحكمة المختصة تعيين

(١) جاء في تعريف هذه العبارة في قانون التحكيم الإماراتي، أنها: الجهة المفوضة بالتحكيم أو المحكمة.

(٢) الرقابة القضائية على التحكيم وفق أحكام نظام التحكيم السعودي، محمد بن حسن العسيري، ص: ٩٦.

محكم أن يرفق بطلبه صورةً من طلب التحكيم، وصورةً من اتفاق التحكيم^(١). ويجب على الجهة المختصة بالفصل في النزاع عند قيامها بتعيين المحكم أن تلتزم بما ينص عليه اتفاق التحكيم بين الأطراف فيما يتعلق بعدد المحكمين إذا كان لم يتم تعيينهم بعد، أو لم يتم تكملة عددهم بحدود المتفق عليه؛ فإذا لم يحدد الأطراف عدد المحكمين في اتفاق التحكيم فللجهة المختصة صلاحية تحديد عددهم، كذلك يكون لها صلاحية تعيين المحكم المرجح حال عدم اتفاق الأطراف عليه^(٢).

ويكون تدخل المحكمة المختصة في تعيين المحكم خلال خمسة عشر يومًا؛ فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد ولم يتفق الأطراف على المحكم خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ تقديم طلب خطي من قبل أحد الأطراف لإعلام الطرف الآخر القيام بذلك، تولت الجهة المعنية تعيينه بناءً على طلب من يهمله التعجيل^(٣).

أما إذا كانت هيئة التحكيم مكونة من ثلاثة محكمين، ولم يعين أحد الأطراف محكمه خلال خمسة عشر يومًا التالية لتسلمه طلبًا بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال خمسة عشر يومًا التالية لتاريخ تعيين آخرهما؛ تولت المحكمة المختصة

(١) المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي.

(٢) نصت على ذلك المادة الخامسة عشر من نظام التحكيم السعودي، والمادة الحادية عشر من قانون التحكيم الإماراتي.

(٣) المادة العاشرة من لائحة نظام التحكيم السعودي، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الحادية عشر من قانون التحكيم الإماراتي.

اختياره بناءً على طلب من يهمله التعجيل، وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب، وتسري هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين^(١).

والحكم الصادر من الجهة المختصة بالفصل في نزاع تعيين المحكم، أو تعيين هيئة التحكيم، يعتبر حكماً نهائياً غير قابل للطعن فيه استقلاً بأي طريق من طرق الطعن^(٢).

ولا يقتصر تدخل المحكمة في تعيين المحكمين على ما ذكرنا من حالات؛ لكن أيضاً عند مخالفة أحد الطرفين لإجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها، أو اختلافاً على هذه الإجراءات، حيث تتولى المحكمة بعد التأكد من وقوع المخالفة بتعيين المحكم وفقاً للإجراءات المتفق عليها حيث إن مهمة المحكمة هنا التحقق من وقوع المخالفة، وفي حالة ثبوت تلك المخالفة؛ فإنها تقوم بتعيين محكم^(٣).

(١) الفقرة ب من (١٥ / ١) من نظام التحكيم السعودي، و المادة (٣ / ١١) من قانون التحكيم الإماراتي.

(٢) انظر: (١٥ / ٤) من نظام التحكيم السعودي، ونظيرتها المادة (٢ / ١١) من قانون التحكيم الإماراتي.

(٣) سلطة القضاء إزاء خصومة التحكيم (الرقابة السابقة على حكم التحكيم)، دراسة مقارنة، التشريع المصري وتشريعات الدول العربية والتشريعات الدولية، د. فهيمة أحمد القماري، دار الكتب والدراسات العربية، ٢٠١٧م، ص: ١١٩.

المسألة الثانية: رقابة القضاء في عزل المحكمين وردّهم.

تطرقنا سابقاً إلى مسألة عزل المحكمين وردّهم وطرق وأنواع العزل والردّ، وأما في مسألتنا هذه فسنناقش بالتحديد دور القضاء في عزل المحكمين وردّهم:

للمحكمة المختصة عزل المحكم بناءً على طلب أيّ من الطرفين، إذا تعذر عليه أداء مهمته، أو لم يباشرها، أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير لا مسوغ له في إجراءات التحكيم، ولم يتنحّ، ولم يتفق طرفا التحكيم على عزله، بقرار غير قابل للطعن بأيّ طريق من طرق الطعن^(١).

وجاء في الفقرة الثانية من المادة الثامنة عشرة من نظام التحكيم السعودي، أنه لا يعزل المحكم إلا باتفاق طرفي التحكيم، ما لم يكن معيناً من المحكمة المختصة، ومفهومه أنه إن كان المحكم معيناً من المحكمة المختصة فلا يشترط اتفاق الطرفين على عزله، إذا لم يصدر منه ما يوجب العزل مما ذكرناه آنفاً من عدم أدائه لمهمته أو عدم مباشرته، أو غيرها من موجبات العزل، وللمعزول المطالبة بالتعويض إن لم يكن العزل قد حصل بسبب منه^(٢).

أما ما يتعلق بمسألة علاقة القضاء برد المحكمين، فقد نظمت المادة السابعة عشرة من نظام التحكيم السعودي هذه المسألة؛ فإنه إذا لم يكن هناك اتفاق بين طرفي التحكيم حول إجراءات رد المحكم، يقدم طلب الرد كتابةً

(١) الفقرة الأولى من المادة الثامنة عشر من نظام التحكيم السعودي.

(٢) نظيرها في قانون التحكيم الإماراتي الفقرة الأولى من المادة (١٦).

إلى هيئة التحكيم ويبيّن فيه أسباب الرد خلال خمسة أيام من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هيئة التحكيم، أو بالظروف المسوغة للرد؛ فإذا لم يتنح المحكّم المطلوب رده، أو لم يوافق الطرف الآخر على طلب الرد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديمه؛ فعلى هيئة التحكيم أن تبت فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه، ولطالب الرد في حالة رفض طلبه التقدم به إلى المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوماً، ويكون حكمها في ذلك غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن^(١).

فيكون تدخل القاضي في مسألة الرد يكمن من خلال دعوة الخصوم إلى الحضور أمامه، ودعوة المحكّم المطلوب رده، ويتعين النظر في الأسباب التي أدت إلى طلب رد المحكّم؛ فإن كانت الأسباب جدية يحكم القاضي بقبول الطلب ويرفع يد المحكّم عن النظر في النزاع، ويكون حكم القاضي نهائياً كما ذكرنا، إذ لا يمكن استئنافه من قبل الخصم أو الخصوم أو المحكّم ذاته؛ ويحق عندئذٍ لأطراف التحكيم تعيين محكّم آخر بدلاً من المحكّم المردود، وفي حالة عدم اتفاقهم تقوم الجهة المختصة أصلاً بالفصل في النزاع بتعيين البديل^(٢).

(١) تختلف اجراءات رد المحكّم في قانون التحكيم الإماراتي اختلاف يسير، نصت عليه الفقرتين الأولى والثانية من المادة الخامسة عشر فإنه إذا لم يتنح المحكّم المطلوب رده أو لم يوافق الطرف الآخر على طلب الرد خلال (١٥) يوماً من تاريخ إعلان المحكّم بطلب الرد، جاز لطالب الرد مباشرة رفع طلبه إلى الجهة المعنية خلال خمسة عشر يوماً من نهاية الخمسة عشر يوماً المذكورة، وتبت الجهة المعنية في طلب الرد خلال عشرة أيام.

(٢) انظر: الرقابة القضائية على التحكيم في المملكة العربية السعودية، عبدالله عثمان الماضي، ص: ١٨٢.

المسألة الثالثة: رقابة القضاء في تقدير أتعاب المحكّمين.

ناقش الباحث سابقاً مسألة أتعاب المحكّمين، وأحكامها الفقهية والنظامية، وفي مسألتنا هذه سنسلط الضوء على دور القضاء في تقدير أتعاب المحكّمين، فقد أسند النظام مهمة تقدير أتعاب المحكّمين للمحكمة المختصة في حالتي: حالة عدم اتفاق طرفي التحكيم والمحكّمين على تحديد أتعاب المحكّمين، وفي حالة تعيين المحكمة المختصة للمحكّمين فيجب معه تحديد أتعاب المحكّمين، ويكون قرار المحكمة غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن^(١).

ويضيف قانون التحكيم الإماراتي إلى ما في نظام التحكيم السعودي من أحكام في هذه المسألة، أن لهيئة التحكيم الحكم بمصاريف التحكيم، كلها أو بعضها على أحد الأطراف، وللمحكمة أن تقرر بناءً على طلب أحد الأطراف تعديل تقدير المحكّمين لأتعابهم أو المصاريف بما يتناسب مع الجهد المبذول وطبيعة النزاع وخبرات المحكّم، وأنه لا يجوز تقديم أية طلبات للمحكمة لإعادة النظر في مقدار المصاريف حال وجود اتفاق على تحديدها^(٢).

ومن خلال ما ذكرنا من مواد نرى أن القضاء يبسط رقابته على تحديد أجره المحكّم بما يحقق المصلحة للطرفين سواءً من جهة أطراف خصومة

(١) انظر: لمادة الرابعة والعشرون من نظام التحكيم السعودي.

(٢) الفقرة الأولى والثانية من المادة (٤٦) من قانون التحكيم الإماراتي.

التحكيم، بحيث تكون أتعاب التحكيم مبالغاً فيها إلى حدٍ كبير، مما يستدعي معه وجوب تدخل القضاء بصفته صاحب الاختصاص الأصيل بنظر النزاع. وكذلك قد يكون التظلم للقضاء من جهة المحكّم، أو هيئة التحكيم، عند مماطلة أطراف خصومة التحكيم أو أحدهم في تسليم أتعاب التحكيم^(١).

(١) انظر: الرقابة القضائية على التحكيم في النظام السعودي، عبدالهادي بن صالح الوائلي، ص: ١٥٢.

المطلب الثالث:

مقارنة الرقابة القضائية على المحكمين بالرقابة القضائية

على القضاة



مر معنا في المطلب السابق صور الرقابة القضائية على المحكمين، وفي هذا المطلب ستعرض لصور الرقابة القضائية على القضاة تحديداً، حيث تذكر المادة الأولى من نظام القضاء السعودي أن: «القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية، وليس لأحد التدخل في القضاء»، فتكون هذه الرقابة القضائية ضماناً من ضمانات القضاء، تضمن به صحة الحكم، وتحقيق العدل المقصود، ولا تعتبر هذه الرقابة تدخلاً في عمل القضاة، وينظم هذه الرقابة نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٧٨ وبتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ، ولائحة التفيتش القضائي الصادرة بقرار المجلس الأعلى للقضاء ذي الرقم ٣٥/٩/٩٨٦ بتاريخ ٢٢/٧/١٤٣٥هـ، ومن ضمن الرقابة على القضاة: نظر المجلس الأعلى للقضاء في الشؤون الوظيفية، من تعيين وترقية، ونقل وندب، وتدريب وإعارة، والترخيص بإجازاتهم، والتفتيش عليهم وتأديبهم، وعزلهم، وإنهاء خدماتهم.

فهنا يتضح أن علاقة القاضي بالقضاء، التي تمثله جهة المجلس الأعلى للقضاء، علاقة وظيفية، فالقاضي يتمتع بالحقوق والضمانات المقررة في

نظام الخدمة المدنية ونظام التقاعد^(١)، وطريق قرارات المجلس يكون التعيين والترقية، وكذلك التفتيش على أعمال القضاة، التي نظمتها لائحة التفتيش القضائي كما أشرنا.

بخلاف علاقة المحكمين بالقضاء؛ فإنه لا علاقة وظيفية بينهما، إنما هي رقابة تحقق ضمانة الحق للمحتكمين، دون الارتباط بشخص المحكم؛ فإنه لا يعين من المحكمة إلا عند اختلاف أطراف التحكيم كما ذكرنا، ولا تجري عليه أعمال التفتيش القضائي.

(١) انظر: المادة (٤٥) من نظام القضاء السعودي.

الفصل الثاني:

الضمانات المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: شروط ومؤهلات المحكم.

المبحث الثاني: كيفية تعيين هيئة التحكيم.

المبحث الثالث: ضمانات الفصل في الدعوى التحكيمية.

المبحث الأول: شروط ومؤهلات المحكم

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شروط ومؤهلات المحكم في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: شروط ومؤهلات المحكم في النظام والقانون.

المطلب الثالث: مقارنة بين شروط المحكم في الفقه الإسلامي والنظام.

المطلب الأول:

شروط ومؤهلات المحكم في الفقه الإسلامي



اختلف الفقهاء في الشروط التي يجب توافرها في المحكم على

قولين هما^(١):

١- أن يكون المحكم أهلاً للقضاء^(٢).

٢- لا يشترط في المحكم أن يكون أهلاً للقضاء بتوافر شروط القاضي فيه.

وهذا تفصيل القولين:

القول الأول: أن يكون المحكم أهلاً للقضاء.

(١) للمزيد من التفصيل انظر: كتاب عقد التحكيم في الفقه والقانون الوضعي، ص: ١٩٥

وما بعدها، وكتاب التحكيم في الشريعة الإسلامية، لابن خنين، ص: ٥٥ وما بعدها.

(٢) الشروط الواجب توافرها في القاضي، هي كالتالي، مع وجود الخلاف في بعضها:

١- الإسلام، ٢- البلوغ، ٣- العقل، ٤- الحرية، ٥- العلم بالأحكام الشرعية، ٦-

العدالة، ٧- الذكورة، ٨- سلامة الحواس، ٩- انتفاء التهمة، انظر: حاشية ابن عابدين

(٤/٢٩٨)، تبصرة الحكام (١/٢٦)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد

محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، دار الحديث القاهرة،

١٤٢٥هـ (٢/٤٦٠)، روضة القضاة وطريق النجاة، لعلي بن محمد أبو القاسم

الرحبي المعروف بابن السَّمْنَانِي، تحقيق د. صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة،

بيروت - دار الفرقان - عمان، ط: الثانية ١٤٠٤هـ (١/٥٢)، الأحكام السلطانية،

لأبي الحسن علي بن محمد البصري البغدادي الشهير بالماوردي، دار الحديث،

القاهرة، ص: ٦٥، المغني (١١/٣٨٠).

وهو قول الحنفية^(١)، وبعض المالكية منهم المازري^(٢)، والشافعية^(٣)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٤).

وحجة هذا القول: بأن المحكم بمنزلة القاضي في الفصل بين المتنازعين، فلا بد من توافر صفات القاضي فيه^(٥).

القول الثاني: لا يشترط في الحكم أن يكون أهلاً للقضاء بتوافر شروط القاضي فيه.

وهو قول أكثر علماء المالكية^(٦)، واختيار ابن تيمية من الحنابلة^(٧).

وعلى المالكية: بأن التحكيم من باب الوكالة، فلا يراعى فيه شيء من شروط القاضي سوى العقل^(٨).

(١) الاختيار شرح المختار، المسمى بالاختيار لتعليق المختار، لعبدالله بن محمود الموصلي الحنفي، مكتبة محمد علي صبيح وأولاده بالقاهرة، مطبعة حجازي، (١/٢٦٤)، والمبسوط (١٦/١١١).

(٢) مواهب الجليل، (٦/١١٢)، المنتقى، (٥/٢٢٨).

(٣) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لشيخ الإسلام أبو يحيى زكريا بن محمد الأنصاري الشافعي، المكتبة الإسلامية، سنة ١٣١٣ هـ، (٤/٢٨٨)، والفتاوى الفقهية الكبرى، لأحمد شهاب الدين بن حجر الهيتمي، مكتبة ومطبعة الشهيد الحسيني، القاهرة، (٤/٢٩٠).

(٤) الإنصاف (٣/٤٦٧).

(٥) انظر: الهداية شرح بداية المبتدي، لبرهان الدين أبو الحسن علي ابن أبي بكر الرشداني المرغيناني، المكتبة الإسلامية (٣/١٠٨)، أدب القاضي، للماوردني (٢/٣٨٠).

(٦) مواهب الجليل، (٦/١١٢)، المنتقى، للبايجي (٥/٢٢٦).

(٧) الاختيارات، ص: ٣٣٦، شرح المنتهى، (٣/٤٦٧).

(٨) المنتقى، (٥/٢٢٨).

القول الراجع:

الذي يظهر أن القول الأول هو الراجع، وهو أن يكون المحكم أهلاً للقضاء.

لأنه بمنزلة القاضي في النظر بالقضايا بالدقة والإحاطة المطلوبة، لئلا يتطرق إلى حكمه الفساد، وهو أيضاً بمنزلة في نفاذ حكمه.

هذا إذا حُكِّم في الأمور التي ترفع إلى القاضي في الأصل، أما إذا حُكِّم في الصيد أو في شقاق الزوجين مثلاً، فيجب أن تتوافر في حكم كل نوع منها شروط معينة، تبعاً لذلك النوع الذي يحكم فيه^(١).

(١) وهو اختيار الأستاذ قحطان عبدالرحمن الدوري في كتابه عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص: ٢٢٨.

المطلب الثاني:

شروط ومؤهلات المحكم في النظام والقانون



يتعين أن يتوافر في المحكم شروطٌ معينة، بحيث إذا لم تتوافر هذه الشروط وصدر الحكم التحكيمي؛ فإن هذا الحكم يكون باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام، ولا يصحح هذا البطلان مجرد حضور الخصوم أمامه والإدلاء بطلبات موضوعية أو دفع، كما لا يصححه نزول الخصوم مقدماً عن الطعن في الحكم أو التمسك ببطلانه، ومن الجائز رفع دعوى أصلية أمام القضاء بطلب عزل المحكم قبل إجراء التحكيم، أو في أثناءه، كما يجوز التمسك بالبطلان بعد صدور الحكم^(١).

فقد جاء في نظام التحكيم السعودي في الشروط الواجب توافرها في المحكم من خلال المادة الرابعة عشرة: يشترط في المحكم ما يأتي:

١- أن يكون كامل الأهلية.

٢- أن يكون حسن السيرة.

٣- أن يكون حاصلاً - على الأقل - على شهادة جامعية في العلوم الشرعية أو النظامية، وإذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم، فيكفي توافر هذا الشرط في رئيسها.

(١) التحكيم الاختياري أو الاجباري، د. أحمد أبو الوفا، ص: ١٦٠.

أما الشروط الواجب توافرها في المحكم التي نصت عليها المادة العاشرة من قانون التحكيم الإماراتي، فهي:

١- يشترط في المحكم بالإضافة إلى الشروط التي اتفق عليها الأطراف أن يكون شخصاً طبيعياً غير قاصر أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب اشهار إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره.

٢- يشترط في المحكم ألا يكون عضواً في مجلس الأمناء أو الجهاز الإداري لمؤسسة التحكيم المختصة بتنظيم الدعوى التحكيمية في الدولة.

٣- لا يشترط أن يكون المحكم من جنس محدد أو من جنسية معينة إلا إذا اتفق الأطراف أو نص القانون على خلاف ذلك.

٤- على من يبلغ بترشيحه لتولي مهمة التحكيم أن يصرح كتابة بكل ما من شأنه أن يثير شكوكاً حول حيده أو استقلاله، وعليه منذ تعيينه وخلال إجراءات التحكيم أن يبادر دون أي تأخير بإخطار الأطراف وسائر المحكمين في حال نشوء أي ظرف قد يثير الشك حول حيده أو استقلاله، وذلك ما لم يكن قد سبق له إحاطتهم علماً بذلك ظرف.

وستتناول هذه الشروط السالفة بشيء من الشرح، ثم نذكر بعض الشروط التي سكت عنها نظام التحكيم السعودي وقانون التحكيم الإماراتي أو أحدهما، ومدى موافقته لهما.

الشرط الأول: أن يكون كامل الأهلية.

يجب أن تتوفر الأهلية المدنية الكاملة في المحكم حتى يكون أهلاً

للفصل في النزاع، والمرجع في تحديد الأهلية هو قانون جنسيته، فالمحكم، إذا كان سعودي الجنسية؛ فإن المرجع في كمال أهليته هو نظام المعاملات المدنية السعودي^(١)، الذي عرّف كمال الأهلية في المادة الثانية عشرة بأنه: كلُّ شخصٍ بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يُحجر عليه. وفي الفقرة الثانية تحديد لسن الرشد وهو تمام ثماني عشرة سنة هجرية، وأما قانون المعاملات المدنية الإماراتي فقد سن الرشد بتمام سن الحادية والعشرين سنة قمرية^(٢)، فيصبح له الحق في ممارسة جميع التصرفات القانونية ببلوغه سن الرشد، وعلى هذا لا يجوز أن يتولى التحكيم قاصر، ولا من حُكم بشهر إفلاسه، ما لم يردّ إليه اعتباره^(٣).

ووفقاً لهذا النصوص من النظام السعودي والقانون الإماراتي؛ فإنه لا يجوز أن يتولى القاصر مهمة التحكيم؛ لأن الذي لا يملك أن يتعاقد بنفسه أو يتصرف في ملكه، لا يمكن أن يُسمح له بتولي القضاء في شأن من شؤون الغير، وتكون لمطلق إرادته التصرف في حقوق الغير، وما يقال بالنسبة إلى القاصر يطبق بالنسبة إلى المجنون وذي الغفلة؛ إذ إن كلاً منهم لا يجوز له أن يكون محكماً إعمالاً لذات النص، لتحقق نفس العلة وهي عدم تملكه

(١) نظام المعاملات المدنية السعودي الصادر مرسوم ملكي رقم (م/١٩١) وتاريخ ٢٩/١١/١٤٤٤ هـ، والمنشور في تاريخ ١٢/٠١/١٤٤٤ هـ الموافق: ١٩/٠٦/٢٠٢٣ م.

(٢) قانون اتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ م، بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مادة رقم (٨٥).

(٣) الوجيز في شرح نظام التحكيم السعودي، د. ناصر الزيد، ص: ١٥٢-١٥٣.

التصرف في حقوقه متى ما وقع الحجر عليه^(١).

كذلك فإن المحجور عليه، أو المحروم من حقوقه المدنية نتيجة الحكم عليه بعقوبة جنائية^(٢)، أو من أشهر إفلاسه مالم يرد اعتباره لا يجوز أن يتولى مهمة التحكيم، أما من رُد إليه اعتباره فيجوز أن يتولى التحكيم، ويرى بعض الباحثين المعاصرين أن الأفضل أن يُحرم هذا الشخص من تولي وظيفة التحكيم حتى ولو رد إليه اعتباره^(٣).

وإذا تبين لأحد الخصوم في المرحلة السابقة لصدور حكم التحكيم عدم صحة تشكيل هيئة التحكيم، لافتقار أحد أعضائها لشرط الأهلية؛ فإن ذلك لا يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم الذي يظل سارياً، وإنما الذي يبطل فقط هو الاختيار؛ لأن هيئة التحكيم ليست طرفاً في اتفاق التحكيم، وسلامة تكوينها ليس شرطاً لصحة الاتفاق^(٤)، أما إذا صدر الحكم ممن لا يصح أن يكون حكماً، كفاقد الأهلية؛ فإن الحكم التحكيمي يكون باطلاً.

الشرط الثاني: أن يكون حسن السيرة والسلوك.

يقابل مصطلح حسن السيرة والسلوك في الفقه الإسلامي مصطلح العدالة، ويعرّف العدل بأن: «يكون صادق اللهجة، ظاهر الأمانة، عفيفاً عن

(١) انظر: التحكيم الاختياري والاجباري، ص: ١٥٩-١٦٠.

(٢) زيادة شرط أن لا يكون محكوماً عليه بعقوبة جنائية ورد في المادة (٢٠٦/١) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي.

(٣) وهو اختيار د. فتحي والي في كتابه قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص: ٢٣٢.

(٤) قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، د. فتحي والي، ص: ٢٣١.

المحارم، متوقياً المآثم، بعيداً عن الريب، مأموناً في الرضا والغضب، مستعملاً لمروءة مثله في دينه ودنياه»^(١).

وقيل العدالة هي: «استواء أحواله في دينه واعتدال أقواله وأفعاله، وقيل العدل من لم تظهر منه ريبة»^(٢).

ولأهل العلم أكثر من تعريف للعدالة في الاصطلاح، وهي وإن تنوعت إلا أنها ترجع إلى معنى واحد وهو أن العدالة ملكة في النفس تحمل صاحبها على ملازمة التقوى والمروءة ولا تتحقق للإنسان إلا بفعل المأمور وترك المنهي وأن يبعد عما يخل بالمروءة، وأيضاً لا تتحقق إلا بالإسلام، والبلوغ، والعقل، والسلامة من الفسق^(٣).

إن فكرة ضرورة توافر حسن السيرة والسلوك في المحكم تعد وسيلة ضرورية وأساسية بمدلولها الأخلاقي، وهي من أهم وسائل وضمانات تحقيق العدالة؛ فالوصول إلى العدالة يحتاج إلى توازن بين التكوين الداخلي والعقلي، وبين الطبيعة الكونية لشخص المحكم، ولا يتصور أن يصل المحكم إلى هذا التوازن دون أن ينطبع ذلك في سلوكه^(٤).

(١) الأحكام السلطانية، للماوردي، ص: ٦٦.

(٢) الإنصاف، (٤٣/١٢).

(٣) انظر: عقيدة أهل السنة والجماعة في الصحابة الكرام رضي الله عنهم، د. ناصر بن علي آل الشيخ، عمادة البحث العلمي في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ط: الأولى، ١٤٣٠هـ، (٢/٧٩٥).

(٤) انظر: التنظيم القانوني للمحكم، د. طارق فهمي غنام، ط: الأولى، ١٤٣٦هـ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ص: ٨٧.

وقد وضعت ونظمت العديد من المؤسسات التحكيمية قواعد أخلاقية سلوكية، لما يجب أن يكون عليه سلوك المحكم، ومن هذه المعايير معايير السلوك الأخلاقي للمحكّمين والوسطاء والأطراف، التي نظّمها ووضعها المركز السعودي للتحكيم التجاري^(١).

الشرط الثالث: أن يكون حاصلًا - على الأقل - على شهادة جامعية في العلوم الشرعية أو النظامية، وإذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم، فينبغي توافر هذه الشرط في رئيسها.

يلاحظ أن نظام التحكيم السعودي لم ينص على اشتراط حصول المحكم على شهادة أنظمة في فرع من فروع الأنظمة أو القانون؛ إنما أطلق وترك المجال مفتوحًا ليشمل جميع الأنظمة، وهذا اتجاه محمود يتماشى مع طبيعة التحكيم المتخصصة^(٢).

وذهب القانون الإماراتي إلى عدم اشتراط أن يكون المحكم متخصصًا في القانون أو في موضوع النزاع، حيث إن أساس التحكيم هو احترام إرادة الأطراف في اختيار المحكم، فلا يجب وضع قيد على هذه الإرادة فيما يتعلق بتخصص الشخص الذي سيتم اختياره محكمًا، على ذلك؛ فإنه لا يشترط للمحكم أن يكون من رجال القانون، لأن القانون لا يشترط ذلك؛ فالمهم في هذا الشأن أن يحوز المحكم ثقة من اختاره أو ثقة الطرفين^(٣).

(١) <https://www.sadr.org/arbitrators-code-of-conduct?lang=ar>

(٢) الوجيز في شرح نظام التحكيم السعودي، د. ناصر الزيد، ص: ١٥٤.

(٣) التحكيم الاختياري والاجباري، د. أحمد أبو الوفا، ص: ١٥٤.

غير أنه من الأفضل في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد، أن يكون واحدٌ منهم على الأقل من رجال القانون؛ إذ يكون من شأن ذلك انضباط إجراءات التحكيم، وصدور الحكم مراعيًا الضمانات الأساسية للتقاضي، واحترام الضوابط التي تلتزم هيئة التحكيم باحترامها^(١)، مما يؤدي إلى صيانة العملية التحكيمية من إبطال الحكم التحكيمي أو بعض إجراءاته.

ونلاحظ أن نظام التحكيم السعودي قد أخذ بالقول الفقهي الذي لا يشترط في المحكم أن يكون أهلاً للقضاء بتوافر شروط القاضي فيه، باعتبار أن القاضي ذو ولاية عامة، والمحكم ولايته خاصة بين المتحاكمين إليه فقط، لكن هناك توافق في بعض الشروط أعني الشروط الواجب توافرها في القاضي، كالبلوغ، والعدالة، يقابلها في النظام كمال الأهلية وحسن السيرة والسلوك، ولم يذكر النظام بعض الشروط التي كثر الخلاف حولها، وهما شرطا الإسلام والذكورة، وستعرض لهما بشيء من التوضيح والبيان:

الإسلام:

لم يشترط المنظم السعودي أن يكون المحكم مسلماً، ولكن سكوت المنظم عن هذه المسألة مرهون بعدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، وعليه فإنه يفهم منه اشتراط أن يكون المحكم الذي ينظر في المنازعة بين المسلمين مسلماً، وأن تكون الهيئة التحكيمية من المسلمين هو شرطٌ مهم، وقيل إنه شرط صحة، فإذا تخلف هذا الشرط اعتبر التحكيم باطلاً؛ لأن

(١) قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، د. فتحي والي ص: ٢٣٥.

اختيار محكمين من غير المسلمين للتحكيم بينهم، أو اختيار قانون يخالف أحكام الشريعة الإسلامية؛ يعد تنازلاً عن الواجب عليهم من تحكيم شرع الله عليهما^(١)، ولأنه لا يجوز تولية الكافر على المسلم قال تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١].

وهذه الصورة - أعني اشتراط الإسلام فيمن يتولى التحكيم بين المسلمين - اتفق الفقهاء^(٢) على حكمها، وهو عدم جواز لجوء المسلمين إلى تحكيم الكفار في نزاعاتهم؛ فالإسلام شرطٌ لصلاحيّة المحكم ولصحة الحكم بين المسلمين، وهذا الشرط لم يقع الخلاف فيه بين الفقهاء، «فلم يقل أحد يعتد برأيه بأنه يجوز تحكيم غير المسلم في المنازعات بين المسلمين»^(٣).

ويثور هنا تساؤل وهو لماذا لم ينص نظام التحكيم ولائحته على شرط الإسلام في المحكم، وقد نص على هذا الشرط في النظام القديم من خلال لائحته التنفيذية الصادرة بقرار من مجلس الوزراء رقم: (٢٩٢١/٧/م) في: ٨/٩/١٤٠٥ هـ حيث نصت المادة الثالثة على أن: «يكون المحكم من الوطنيين أو الأجانب المسلمين...» فاشترطت المادة صراحةً في الأجنبي ليكون محكماً أن تكون ديانته الإسلام.

-
- (١) انظر: حكم شرط الإسلام في المحكم في المنازعة التحكيمية، د. خالد عبدالله الخضير، المجلة القضائية، العدد الرابع، رجب ١٤٣٣ هـ، ص: ١٣٨.
- (٢) بدائع الصنائع، (٧/٣)، وتبصرة الحكام، (١/٨١)، وأدب القاضي للماوردي، (٢/٣٨١).
- (٣) مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، محمد بدر المنيوي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع، (٤/٦٠).

وقد يقال إن عدم اشتراط المنظم في النظام الجديد لشرط الإسلام لا يعني جواز تولية الكافر التحكيم بين المسلمين، فقد نصت المادة الخامسة والخمسون في فقرتها الثانية على أنه لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقاً لهذا النظام إلا بعد التحقق من الآتي، ومنها - وهو الشاهد في مسألتنا-:

ب- «أنه (أي حكم التحكيم) لا يتضمن ما يخالف الشريعة الإسلامية والنظام العام بالمملكة...». وقد ذكرنا أنه باتفاق الفقهاء لا يجوز تحكيم المحكم الكافر بين المسلمين، وقد نفى ابن فرحون^(١) من المالكية لزوم حكم الكافر إذا حكم بين المسلمين، وذكر أنه بلا خلاف^(٢)، فعلى هذا يُعد حكم الكافر بين المسلمين مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

ونقول إن عدم نص النظام الجديد على اشتراط ديانة الإسلام في المحكم كما فعل في النظام القديم عبر لائحته، أضاف شيئاً من المرونة للنظام بحيث يكون من المشروع نظاماً تولية المحكم غير المسلم، أو اللجوء إلى هيئة تحكيم غير مسلمة، إذا كان أحد أطراف النزاع غير مسلم.

(١) هو إبراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون، برهان الدين اليعمري، عالم بحاث، وُلد ونشأ ومات في المدينة، وهو مغربي الأصل، نسبته إلى يعمر بن مالك، من عدنان. رحل إلى مصر والقدس والشام سنة ٧٩٢ هـ، وتولى القضاء بالمدينة سنة ٧٩٣ ثم أصيب بالفالج في شقه الأيسر، فمات بعلته عن نحو ٧٠ عاماً، في سنة ٧٩٩ هـ، وهو من شيوخ المالكية، له الديباج المذهب في تراجم أعيان المذهب المالكي، وتبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام ودرة الغواص في محاضرة الخواص و طبقات علماء الغرب و تسهيل المهمات في شرح جامع الأمهات لابن الحاجب، الأعلام للزركلي، (١/٥٢).

(٢) تبصرة الحكام، (١/٥٦).

ولقد صرح الحنابلة باشتراط الإسلام فيمن يُحكّم بين المسلمين إذا نزلوا على حكم محكّم بعد التحصن للحرب^(١).

لكن بعض فقهاء المالكية ذكروا صورةً على جواز أن يكون الكافر محكّمًا في منازعة بين المسلم والكافر، فقالوا: إنه لو نزل العدو على حكم رجل، ثم تبين بعد الحكم أنه لم يكن مستجمعًا لشروط الحكم؛ فإن الإمام ينظر في حكمه، فما كان صوابًا أمضاه، وما كان غير صواب رده، وتولى الحكم بنفسه فيما رآه مصلحة^(٢).

وهذه الصورة المذكورة تتعلق بأمر هام بعموم المسلمين، ويتعلق بسيادة الدولة وسلطتها، ومرتبطة به حقوق المحاصرين، كما يتعلق بموضوع الجهاد والحرب، وهو موضوع خطير ليس من السهولة بمكان، وهو بهذا الوضع أكثر أهمية من المنازعات التجارية أو العمالية أو الإدارية، ومع ذلك فقد أجاز فقهاء المالكية تحكيم الكافر بشرط موافقة الإمام على نتيجة التحكيم^(٣).

وجاء في الاجتهاد الجماعي المعاصر المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي) من معيار التحكيم، صفات المحكم أن الأصل كون المحكم مسلمًا، وإذا دعت الحاجة المتعينة إلى اختيار محكم غير مسلم فيجوز ذلك للتوصل لما هو جائز شرعًا، مع مراعاة أن من شرط صحة

(١) المغني، (١٠/٥٤٥)، الكشاف، (٣/٦٠).

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الفكر (٢/١٨٥).

(٣) تحكيم المرأة وغير المسلم في المنازعات التحكيمية، د. خالد بن عبدالله الخضير، ط: الأولى، ١٤٤٠هـ، ص: ١٠١.

التحكيم اتفاق الحكم مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية^(١).

أما رأي القضاء في تحكيم غير المسلم؛ فإنه يقوي ما ذكرنا من تفصيل، حيث قضى بإعمال حكم التحكيم الأجنبي واعتبر الأخذ به، ونص الحكم على: «أن هذه الدعوى قد نظرت أمام غرفة تحكيم في لي هافر، وأصدرت في موضوعها الحكم رقم أيه بي ٢٢/٩٢ وكان طلب المدعي أمام الدائرة تأكيد ذلك الحكم وقد حددت التعليمات الطريق النظامي بشأن كيفية تنفيذ الأحكام الأجنبية، كما أنه لا يجوز طرح ذات النزاع مرة ثانية أمام القضاء، وبالتالي فإنه يتمتع على هذه الدائرة بحث الموضوع من جديد أو تأكيد حكم المحكمة السويسرية»^(٢).

فهذا الحكم أعمل حكم التحكيم الصادر من لي هافر بسويسرا، والغالب أن المحكمين فيها من غير المسلمين، إلا أن الحكم لم يناقش ذلك، وجعله حكمًا نافذًا في المملكة بعد التصديق عليه وفقًا لقواعد وإجراءات وأحكام التنفيذ للأحكام الأجنبية^(٣)، وهذا الحكم كان في ظل نظام التحكيم السابق

(١) المعايير الشرعية هيئة المراجعة والمحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية، دار الميممان للنشر والتوزيع، التي تم اعتمادها حتى جمادى الآخرة ١٤٤٣ هـ - يناير ٢٠٢٢ م، ص: ٦٤٠، ٦٣٨.

(٢) الحكم رقم: (٢٣٢/دنج/١٠ العام ١٤١٥ هـ) في القضية رقم: (٢٠٨/٢/ق لعام ١٤١٤ هـ) المؤيد بقرار هيئة التدقيق رقم: (١٣٩) في: (١١/٨/١٤١٦ هـ)، أفدت هذا الحكم من كتاب تحكيم المرأة وغير المسلم في المنازعات التحكيمية، د. خالد بن عبدالله الخضير، ص: ٩٣.

(٣) تحكيم المرأة وغير المسلم في المنازعات التحكيمية، د. خالد بن عبدالله الخضير، ص: ٩٣.

الذي ينص على شرط ديانة المحكّم بالإسلام، فأخذ القضاء بهذا الحكم والعمل به في ظل نظام التحكيم الجديد الذي لم ينص على شرط الإسلام في المحكّم من باب أولى.

أما شرط الإسلام للمحكّم في قانون التحكيم الإماراتي، فقد نصت المادة العاشرة من القانون المذكور على الشروط الواجب توافرها في المحكّم، وليس من ضمنها شرط الإسلام، فعلى هذا يجوز نظاماً أن يتولى غير المسلم التحكيم ولو كان أطراف التحكيم أو أحدهما مسلماً.

الذكرة:

جاء في المادة الرابعة عشر من نظام التحكيم السعودي الشروط الواجب توافرها في المحكّم، وقد خلت من شرط الذكرة في المحكّم، كما أن كافة مواد النظام واللائحة لم يأت فيها صراحةً ولا ضمناً أن الذكرة شرطاً في المحكّم.

ومما يقوي القول بأن النظام لم يشترط الذكرة في المحكّم، أنه نص في المادة الثانية من نظام التحكيم على أنه: «لا تسري أحكام هذا النظام على المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح» فهو تأسيس بأن التحكيم يصلح فيما يصلح فيه الصلح، والمرأة يجوز لها أن تتولى الصلح، فيفهم من هذا جواز تحكيمها^(١).

(١) انظر: تحكيم المرأة وغير المسلم في المنازعات التحكيمية، د. خالد الخضير، ص: ٦٢، و الوجيز في شرح نظام التحكيم، د. ناصر الزيد، ١٦١.

ويظهر أخذ المنظم السعودي بالقول الفقهي المجيز لتحكيم المرأة، وهو مذهب الحنفية، وقول بعض المالكية، واشتراطوا تحكيمها فيما سوى الحدود والقصاص^(١)، وبالأخذ بهذا القول لا يعد تحكيم المرأة مخالفاً لأحكام الشريعة، بخلاف مسألتنا السابقة في تحكيم غير المسلم بين المسلمين.

وقد أقرّ القضاء السعودي تعيين المرأة محكّماً، حيث إن طرفي دعوى التحكيم قد اختار كلٌ منها محكّماً وقام بتسميته، والمحكّم المختار من أحد أطراف التحكيم كان امرأة، اختارها الطرف لتكون محكّماً معيناً من قبله، ولم تتفق مع المحكّم الآخر على المحكّم المرجح، فتم رفع الدعوى إلى القضاء، وعليه قامت المحكمة بالكتابة لعدد من المحكّمين ليكون أحدهم محكّماً مرجحاً، ثم عرضت المحكمة الأسماء على المحكّمين المعيّنين من قبل الأطراف فاختاروا أحدهم كمرجح في دعوى التحكيم، وخلصت الدائرة إلى إثبات تعيين هيئة التحكيم التي أحد أعضائها امرأة، وحكمت بانتهاء الدعوى لاختيار المحكّم المرجح^(٢).

فهنا تبين موقف القضاء السعودي من تولية المرأة للتحكيم، بحيث لم يتعرض إلى تعيين المرأة محكّماً، بل أقرّ ذلك بتعيين محكم مرجح في هيئة التحكيم.

(١) حاشية ابن عابدين (٣٤٨/٤)، المنتقى، (٢٢٨/٥).

(٢) الحكم صادر عن محكمة الاستئناف التجارية في الدعوى رقم: (٣٠٢٢/ق لعام ١٤٣٦هـ)، نقلاً من كتاب تحكيم المرأة وغير المسلم في المنازعات التحكيمية، د. خالد الخضير، ص: ٦٥.

وبناءً على ما أوردناه يكون شرط الذكورة غير واجب في النظام السعودي، كونه لم يُنص عليه صراحةً أو ضمناً في مواد النظام أو اللائحة، وهي مسألة خلافية بين الفقهاء، ورفع النظام الخلاف باختيار القول بجواز تولية المرأة التحكيم بناءً على قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف، ولا يُتصور أن تكون الذكورة شرطاً واجباً في المحكم نظاماً ثم لا ينص عليه النظام ولا اللائحة كما نص على غيرها من الشروط، ويعرّض بذلك أحكام من يولي المرأة التحكيم إلى البطلان، فالنظام جاء لبيّن أحكام التحكيم ومن أهم هذه الأحكام بيان ما يبطل به الحكم، وأن الشروط الواردة في المادة الرابعة عشرة الواجب توافرها في المحكم يمكن أن تتصف بها المرأة، وأن أساس التحكيم هو احترام إرادة الأطراف في اختيار المحكم، وعليه فإنه لا يجب وضع قيد على هذه الإرادة؛ لأن ثقتهم قد تتوافر في امرأة، على ما ذكرنا من أسباب يجعلنا نطمئن إلى القول بجواز تولية المرأة للتحكيم وفقاً للنظام السعودي.

أما القانون الإماراتي فقد نص صراحةً في المادة العاشرة الفقرة الثالثة من قانون التحكيم على أنه: «لا يشترط أن يكون المحكم من جنس محدد، أو جنسية معينة إلا إذا اتفق الأطراف أو نص القانون على خلاف ذلك».

المطلب الثالث:

مقارنة بين شروط المحكم في الفقه الإسلامي والنظام



ما جاء في النظام السعودي للتحكيم من شروط واجب توافرها في المحكم، يتفق مع القول الفقهي الذي لا يشترط في المحكم ما يشترط في القاضي من شروط، إنما اشترط المنظم بتوافر الأهلية في المحكم، فلم يجز أن يكون قاصراً، أو محجوراً عليه، أو محروماً من حقوقه المدنية، أو مفلساً لم يرد اعتباره، وقد تقدم - في المطلب الأول من مبحث شروط ومؤهلات المحكم - اختيار الباحث للقول الأول المشترك شروط القاضي في المحكم، فهو القول الأحكم والأدق حماية لحقوق الناس، وتأكيداً لضمان العملية التحكيمية، فشرط أن يكون المحكم أهلاً للقضاء، يزيد من نسبة قدرة المحكم على إصدار الأحكام الصحيحة وأن تكون موافقةً لأحكام الشريعة والنظام.

ويُنَبِّه إلى أن ما ذكرناه من شروط فقهية ونظامية فإنها تُعتبر عند التحكيم، وفي وقت الحكم، فلو كان صغيراً عند التحكيم وبلغ عن الحكم لم يصح، وهكذا لو كان عاقلاً عند التحكيم ثم جُنَّ وقت الحكم لم ينفذ الحكم^(١).

(١) معين الأحكام على القضايا والأحكام، لأبي إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيح، تحقيق محمد بن قاسم بن عباد، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٩م، ص: ٢٥.

وكذلك نقول في الشروط النظامية، فلو كان المحكم الفرد عند تحكيمه غير حاصل على شهادة شرعية أو نظامية ثم تحصل عليها عند الحكم لم يصح ولا ينفذ الحكم.

المبحث الثاني:

كيفية تعيين هيئة التحكيم

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: إجراءات تعيين المحكم.

المطلب الثاني: عدد المحكمين.

المطلب الثالث: الاعتراض على صحة تعيين المحكم.

المطلب الأول:

إجراءات تعيين المحكم



تعد عملية اختيار المحكمين من العمليات المهمة التي تسبق البدء بإجراءات التحكيم؛ لأن المحكم يعتبر المحور الأساسي للسير في إجراءات المرافعة التحكيمية بين الأطراف، ويمكن أن يعرف المحكم بأنه: «شخص طبيعي^(١) يوكل إليه المتخاصمون مهمة الفصل في نزاع قائم أو قد يحدث بينهم، كما قد تعينه الجهة المختصة أصلاً بالفصل في النزاع بناءً على إرادة الخصوم أو أحدهم في حدود الصلاحيات التي أعطاها إياه نظام التحكيم»^(٢).

والمحكم قد يكون شخصاً واحداً أو مجموعة أشخاص يتم اختيارهم من قبل أطراف الخصومة، وفي كلتا الحالتين لا يمكن أن يكون المحكم شخصاً معنوياً، فلا يمكن اختيار هيئة أو شركة أو مؤسسة بأن تكون محكماً، فقد نصت بعض الأنظمة والقوانين على شرط أن يكون المحكم شخصية طبيعية، وهذا ما ذهب إليه قانون التحكيم الإماراتي في فقرته الأولى من مادته العاشرة، أما المنظم السعودي فنستنبط اشتراطه لشرط الشخصية الطبيعية في المحكم، من نصوص النظام التي نصت على جملة من الشروط

(١) نص قانون التحكيم الإماراتي على أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً، انظر المادة العاشرة الفقرة الأولى.

(٢) انظر: التحكيم في المملكة العربية السعودية، د. محمد بن ناصر البجاد، معهد الإدارة العامة، ١٤٢٠هـ، ص: ١٢٤.

والمحظورات التي لا يمكن تطبيقها إلا على الشخص الطبيعي، ومن ثم يمكن القول بأن المحكم في النظام السعودي يجب أن يكون شخصاً طبيعياً. أما ما يتعلق بطريقة تعيين المحكم فنجد أن هناك طريقتان يكون بها تعيين المحكم أو المحكمين وكذلك تحديد عددهم:

وتمثل الطريقة الأولى: في أن يتم التعيين من قبل أطراف النزاع أنفسهم وهذا هو الأصل.

لأن أساس الاتفاق على التحكيم نابع من الثقة بشخص المحكم وفي حسن عدالته، فالاختيار يكون لأطراف النزاع بحسب رغبتهم، بشرط توافر الشروط التي أوجبها النظام في المحكم أو المحكمين، نص على ذلك المادة الخامسة عشرة من نظام التحكيم السعودي، يقابلها المادة التاسعة من قانون التحكيم الإماراتي.

فيحق للأطراف الاتفاق على اختيار المحكم الفرد، أو المحكمين كما هو منصوص عليه في المادة (١٥) من نظام التحكيم السعودي، والمادة (١١) من قانون التحكيم الإماراتي.

ويجوز للأطراف تعيين المحكم أو المحكمين بأسمائهم، كأن يتفقوا في عقد التحكيم على تعيين المحامي فلان حكماً في هذا العقد، أو يتم تحديد المحكم أو المحكمين بصفاتهم دون تعيين شخص معين، كأن يتفق الأطراف على تعيين عميد كلية الحقوق في الجامعة الفلانية، أو مدير الدائرة القانونية في جهة ما مثلاً^(١).

(١) انظر: التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية، د. حسين شحادة الحسين، =

ويتفق الحنفية مع هذا؛ فإنه لا يشترط عندهم في المحكم أن يكون معروفاً لدى الخصمين بشخصه، بل لو عينا شخصاً لا يعرفانه ليحكم بينهما جاز حكمه ونفذ^(١).

ويرى بعض الباحثين أن تطلب الوترية في عدد هيئة التحكيم قد يثير بعض المشكلات العملية في حال تعدد المدعين أو المدعى عليهم.

فإذا لم يتفقوا على محكم واحد عنهم جميعاً؛ فإن على المحكمة المختصة أن تقوم بتعيين محكم أو أكثر لهؤلاء الأطراف، حسب توافر وحدة المصلحة بين الطرفين أو تعارضها، وينعقد التحكيم بهيئة مكونة من أكثر من ثلاثة محكمين^(٢).

والرأي الآخر يعارض تدخل المحكمة في تعيين المحكمين في هذه الحال، ويتوجه إلى أنه لا إشكال في حال اتحاد مصلحة أفراد الطرف الواحد؛ فإنه من الممكن اتفاهم على تعيين محكم واحد عنهم، أما إذا تعارضت مصالحهم؛ فإن لكل فرد من أفراد أحد الطرفين أن يختار محكماً عنه، فإن كان الطرف الآخر فرداً واحداً، فإن له أن يختار أكثر من محكم بعدد

= ص: ٢٠٩، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته دراسة مقارنة، أ. أسعد فاضل منديل، منشورات زين الحقوقية، ط: الأولى ٢٠١١م، ص: ١٠٨-١٠٩.

(١) درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، تعريب المحامي فهمي الحسيني، منشورات مكتبة النهضة، بيروت، بغداد، توزيع دار العلم للملايين، بيروت، (٦٤٠/٤).

(٢) انظر: مسائل في التحكيم، د. رضا السيد، دار النهضة العربية، ط: ٢٠٠٣م، ص: ٢٨، الوجيز في شرح نظام التحكيم السعودي، د. ناصر الزيد، ص: ١٥١.

المحكّمين المعيّنين من أفراد الطرف الأول، ويميل الباحث إلى هذا الرأي لما في ذلك من تحقيق لمبدأ المساواة بين طرفي التحكيم في اختيار أعضاء هيئة التحكيم^(١).

أما الطريقة الثانية لتعيين المحكم أو المحكمين وتحديد عددهم: فتمثل في قيام الجهة المختصة أصلاً بالفصل في النزاع بهذا التعيين، نص على ذلك النظام في المادة (١٥ / ١) فقرة (ب) «فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال خمسة عشر يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، تولت المحكمة المختصة اختياره وتعيينه، وكذلك الأمر في ما يتعلق بتعيين المحكم الرئيس أو المحكم المرجح؛ فإنه إذا لم يتفق المحكمان المعيّنان من الطرفين على اختيار المحكم الثالث خلال خمسة عشر يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما؛ تولت المحكمة المختصة اختياره وتعيينه بناءً على طلب من يهمله التعجيل»^(٢).

ومن تمعن النظر في نص هذه الفقرة يجد إشكالاً في فهم مقصود المنظم في مسألة تدخل المحكمة في تعيين المحكم الثالث، وتوصل الباحث إلى ثلاثة تفسيرات للنص السابق نوردتها كالتالي:

أولاً: أن بانتهاء الخمسة عشر يوماً التالية لتاريخ تعيين آخر المحكمين تُسلب صلاحية المحكمين في اختيار المحكم الثالث، وتتولى المحكمة أمر

(١) التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية، د. حسين شحادة، ص: ٢١١-٢١٢.

(٢) انظر: المادة العاشرة من لائحة نظام التحكيم السعودي، إذا كانت هيئة التحكيم مُشكلة من محكم واحد ولم يتفق طرفا التحكيم على اختياره.

اختياره وتعيينه، ويفهم هذا المعنى من النص: (تولت المحكمة المختصة اختياره).

ثانياً: أن بانتهاء الخمسة عشر يوماً التالية لتاريخ تعيين آخر المحكّمين يحقّ لهما تعيين المحكّم الثالث، ويحقّ للمحكمة كذلك تعيين واختيار المحكّم الثالث، فيشتركان في هذا الحق، ويكون اختيار المحكّم المرجع عن طريق الأسبق منهما، ويفهم هذا المعنى من النص: (... على طلب من يهمله التعجيل).

ثالثاً: أن بانتهاء الخمسة عشر يوماً التالية لتاريخ تعيين آخر المحكّمين، لا تُسلب منهما صلاحية تعيين المحكّم الثالث؛ إنما يكون تعيينهما مفتقراً إلى موافقة المحكمة أو على الأقل إبلاغها بموافقتها واختيارهما على المحكّم المرجح.

والمعنى الثالث هو الأقرب؛ لما فيه من تحقيق لأهم مميزات التحكيم وهو السرعة في الإجراءات وعدم تعطيل سير القضية، وكذلك العمل بما ورد في النظام من أحكام، فيكون بهذا التفسير الجمع بين الحُسينين، والأجدر أن يتولى المنظم تبين هذه المسألة في لائحة نظام التحكيم قطعاً للنزاع.

والمحكمة المختصة بتعيين المحكّمين وفقاً لنص نظام التحكيم السعودي هي محكمة الاستئناف، وهي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، وإذا كان التحكيم تجارياً دولياً جرى بالمملكة أو خارجها فيكون الاختصاص لمحكمة الاستئناف المختصة أصلاً بنظر النزاع في مدينة

الرياض مالم يتفق الأطراف على محكمة استئناف أخرى في المملكة^(١).

وبذلك يظهر أن دور القضاء في تشكيل هيئة التحكيم هو دور احتياطي لتذليل الصعوبات التي تواجه الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم بعد نشوب النزاع^(٢).

ويكون تعيين المحكم أو المحكمين عند الفقهاء بانعقاد أي لفظ دال عليه مع قبول الآخر، كقولهما: احكم بيننا أو جعلناك حكماً، أو حكمنك في كذا، مع قبول المحكم ذلك، فلو حكما رجلاً فلم يقبل، لا يجوز حكمه عندئذ إلا بتجديد التحكيم.

وضربوا لذلك أمثلة، وقالوا: لو قال الحكم للخصمين: أحكم بينكما، فقبلا، فسواءً ابتداء الخصمان الإيجاب أم ابتداء المحكم ذلك جاز^(٣).

وذهب الحنفية إلى أنه لا بد أن يكون المحكم المعين معلوماً للطرفين المتحاكمين، فلو حكماً أول من يدخل المسجد، أو أول شخص يصادفهما لم يصح؛ لأن ذلك جهالة مفسدة للعقد^(٤).

(١) انظر: المادة الثامنة من نظام التحكيم السعودي الفقرة الأولى والثانية، أما قانون التحكيم الإماراتي فقد أسند مهمة تعيين المحكمين حال الخلاف للجهة المعنية، وهي الجهة المفوضة بالتحكيم، أو المحكمة الاستئنافية الاتحادية أو المحلية التي اتفق عليها الأطراف أو يجري ضمن اختصاصها التحكيم، انظر المادة الأولى والمادة الحادية عشر من قانون التحكيم الإماراتي.

(٢) التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية، د. حسين شحادة الحسين، ص: ٢١٥.

(٣) انظر: البحر الرائق (٢٥/٧)، حاشية ابن عابدين، (٥/٤٢٨).

(٤) الدر المختار، (٤/٣٤٨)، درر الحكام، لعلي حيدر، (٤/٦٤٠).

المطلب الثاني:

عدد المحكمين



يتوقف تحديد عدد المحكمين على إرادة أطراف التحكيم، وفي هذا إبراز لطابع التعاقد لاتفاق التحكيم من خلال إعطاء الأطراف الحرية في تحديد عدد المحكمين، فللأطراف أن يختاروا محكماً واحداً أو عدداً من المحكمين، وفي حال اختيار أكثر من محكم من قبل الأطراف يجب أن يكون عددهم وتراً حسب ما نصت عليه المادة الثالثة عشرة من نظام التحكيم السعودي على أنه: «تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر على أن يكون العدد فردياً ولا كان باطلاً».

واشترط أن يكون عدد المحكمين وتراً وُضع للمصلحة تجنباً لما قد يحدث من اختلاف للآراء دون وجود رأي مرجح، فينقسم المحكمون إلى فريقين متساويين، ومن ثم يصعب فصل النزاع، ويستحيل صدور الحكم بالأغلبية، ويترتب على مخالفة تحديد عدد المحكمين عدداً فردياً بطلان التحكيم كما نصت عليه المادة أعلاه، فالغاية من التشكيل الفردي هو أن يصدر الحكم بالأغلبية في حال عدم تحقق الإجماع.

وتضمنت المادة الثالثة عشرة بيان الحد الأدنى لعدد المحكمين وهو محكم واحد، ولم تنص على العدد الأقصى، إلا أنها وضعت ضابطاً لعددهم وشرطاً وهو أن يكون وتراً كما ذكرنا، ولم تتطرق المادة عند اختلاف

الأطراف على عدد المحكمين، وتولي المحكمة تعيينهم، فكم تعين من محكم؟

أما قانون التحكيم الإماراتي فقد أصاب بنصه على أنه في حال عدم اتفاق الأطراف على عدد المحكمين؛ فإن العدد يكون ثلاثة^(١)، وكان يُستحسن بلائحة نظام التحكيم السعودي توضيح ذلك درءاً للنزاع، وتحقيقاً لأهم ما يميز التحكيم من سرعة الإجراءات ووضوح القواعد المتعلقة به.

بناءً عليه فإن تعيين المحكمين بعدد شفعي يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً يتعلق بالنظام العام في الأنظمة والقوانين التي لم تنص على وجوب الوتر، وذلك لمخالفة النظام العام، وهو باطل في النظام السعودي والقانون الإماراتي إعمالاً لنص وجوب الوتر، فيبطل به جميع الإجراءات أو القرارات التحكيمية التي تم اتخاذها من المحكمين، والذي يبدو أن هذا البطلان يقتصر فقط على ما ذكرنا من إجراءات ولا ينسحب على اتفاق التحكيم، بحيث يبقى العقد صحيحاً وعلى المحكمة في هذه الحالة التدخل لتصحيح عدد المحكمين ليكون فردياً^(٢).

وتطبيقاً لذلك قضت دائرة الاستئناف التجارية ببطلان الحكمين التحكيمين^(٣) المبنيين على وثيقة التحكيم المؤرخة ١٤٣٦/٧/٩هـ؛ حيث

(١) الفقرة الأولى من المادة التاسعة قانون التحكيم الإماراتي.

(٢) أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، د. أسعد فاضل منديل، ص: ١١٠.

(٣) حكم دائرة الاستئناف التجارية في القضية رقم ١٢٣٣/ ق لعام ١٤٣٧هـ، نقلاً من كتاب الوجيز في شرح نظام التحكيم السعودي، د. ناصر الزيد، ص: ١٥٠-١٥١.

إن دائرة الاستئناف من خلال نظرها في موضع الطعن المقدم من المدعي على الحكمين الابتدائي والنهائي، الصادرين من هيئة التحكيم المشكلة بناءً على وثيقة التحكيم المؤرخة ١٤٣٦/٧/٩ هـ، وما أورده من أن هيئة التحكيم لم تكتمل باختيار مرجح، وحيث تبين للدائرة صحة الطعن، حيث تشكلت هيئة التحكيم من اثنين؛ مما يعد مخالفاً لما نصت عليه المادة الثالثة عشرة من نظام التحكيم، وهو ما انتهت معه الدائرة إلى الحكم بطلانه.

وفي هذا الشأن كذلك فقد قضت محكمة نقض أبو ظبي بأن (المادة ٢/٢٠٦ من قانون الإجراءات المدنية تنص على أنه: «وإذا تعدد المحكمون وجب في جميع الأحوال أن يكون عددهم وترًا» وأن قاعدة الوتر عند تعدد المحكمين متعلقة بالنظام العام، ولا يجوز بالتالي الاتفاق على خلافها، ويكون صدور حكم المحكمين عنهما فقط مخالفاً للإجراءات وموجباً للبطلان سنداً للمادة (٢١٦/ج) التي تجيز للخصوم طلب بطلان حكم المحكمين عندما تنظر المحكمة في المصادقة عليه؛ إذا وقع بطلان في الإجراءات أثر في الحكم^(١).

وأجاز فقهاء الشريعة الإسلامية أن يكون المحكم واحداً أو اثنين أو أكثر من ذلك، ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية والشافعية^(٢)، كما صرح الحنابلة

(١) محكمة نقض أبو ظبي، الطعن رقم ١٨٦ لسنة ٢٠٠٨ م، س ٢ق، أمديني، جلسة ٨ يونيو ٢٠٠٨ م، التحكيم في ضوء محكمة النقض، دائرة القضاء - إمارة أبو ظبي، ط: الأولى ٢٠١٢ م، ص: ٧٣.

(٢) انظر: روضة القضاة، (١/٨٧)، المنتقى للبايجي، (٥/٢٢٧)، مغني المحتاج، (٤/٣٧٩).

بجواز تحكيم الاثنيين إذا نزل على حكمهما العدو - بعد التحصن - للحكم بينه وبين المسلمين^(١).

إلا أن العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(٢)، اشترطوا أنه في حال تعدد المحكمين لا يكون حكمهم نافذاً إلا إذا اتفقوا على الحكم جميعاً ويكون حكم كل واحدٍ منهم كعدمه عند الاختلاف.

وعلى هذا نصت مجلة الأحكام العدلية في مادتيها (١٨٤٣) و(١٨٤٤) فقد أجازت تعدد المحكمين، ولم يُشترط الوترية كما هو الحال في معظم القوانين والأنظمة؛ فإذا تعددوا يجب أن يصدر الحكم بالاتفاق وليس لواحدٍ منهم أن يحكم وحده^(٣).

(١) المغني، (١٠/٤٥)، الكشف، (٣/٦٠).

(٢) انظر: روضة القضاة، (١/٨٠)، المنتقى، (٥/٢٢٧)، أدب القاضي للماوردي، (٢/٣٨٥)، مغني المحتاج، (٤/٣٧٩)، المغني، (١٠/٥٤٦)، الكشف، (٣/٦٠).

(٣) مجلة الأحكام العدلية، ص: ٣٧٥.

المطلب الثالث:

الاعتراض على صحة تعيين المحكم



يحق الاعتراض على صحة تعيين المحكم أو المحكمين عند مخالفة شروط النظام؛ كعيب في تشكيل هيئة التحكيم لمخالفة العدد الوتر مثلاً، أو أن يشترط أطراف التحكيم طريقة معينة في اختيار المحكم كأن يكون من قائمة المحكمين في مركز تحكيمي معين، فيتم اختيار المحكم بطريقة أخرى. وتشكيل هيئة التحكيم وتعيين المحكمين على وجه يخالف النظام أو اتفاق الأطراف يُعد من أسباب بطلان الحكم التحكيمي^(١)، التي حصرها المنظم السعودي في نظام التحكيم في حالات في المادة الخمسين، فالاعتراض على صحة تعيين المحكم أو المحكمين نتیجته بطلان حكم التحكيم إذا ثبت لدى المحكمة المختصة تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين، على وجه مخالف للنظام أو لاتفاق الأطراف^(٢)، ويتضح أن بطلان الحكم التحكيمي المتعلق بتشكيل هيئة أو تعيين المحكمين يقع في حالتين:

الحالة الأولى: حالة تشكيل التحكيم أو المحكمين على وجه مخالف للنظام.

(١) المادة (١/٥٠) من نظام التحكيم السعودي فقرة (هـ)، يقابلها في قانون التحكيم الإماراتي المادة (٥٣) الفقرة (و).

(٢) المادة (٢/٥٠) من نظام التحكيم السعودي.

فقد نظمت المادة الخامسة عشرة من نظام التحكيم السعودي أحكاماً مكملة تُطبق في حالة عدم وجود اتفاق على اختيار المحكمين، فهي مادة ذات طابع مكمل احتياطي، وأي مخالفة للأحكام الواردة فيها يُعد سبباً من أسباب الطعن على حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم التي تم تشكيلها وخالفت أحكام هذه المادة^(١).

الحالة الثانية: حالة تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف لاتفاق الأطراف.

فقد احترم المنظم إرادة الأطراف في إعطائهم حق اختيار محكميهم، وفي هذه الحالة لا تطبق عليهم النصوص المكملة المساعدة في كيفية تعيين المحكم أو المحكمين المنصوص عليها في المادة الخامسة عشر من نظام التحكيم، وتماثل احترام المنظم لاتفاق الأطراف في كيفية اختيار محكميهم؛ ترتيبه على تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين المخالف لاتفاق الأطراف الحق للأطراف بالطعن في الأحكام الصادرة منها^(٢)، بل إن المنظم حرص على ألا يكون تشكيل الهيئة أو تعيين المحكمين مخالفاً لاتفاق الأطراف، أكثر من حرصه على وقوع المخالفة في تشكيل الهيئة أو تعيين المحكمين لما نص عليه نظام التحكيم؛ حيث نص على أن للمحكمة المختصة أن تنظر دعوى بطلان الحكم من تلقاء نفسها إذا تضمن ما يخالف

(١) نظام التحكيم السعودي الجديد، د. محمود عمر محمود، ص: ٣٣٧.

(٢) انظر: التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية، د. حسين شحادة، ص:

الشريعة الإسلامية، أو النظام العام في المملكة، أو ما اتفق عليه طرفا التحكيم^(١)، ومما يتفق عليه الأطراف كيفية تعيين المحكم أو المحكمين، أما في حالة مخالفة تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين لأحكام نظام التحكيم؛ فإن على أحد الطرفين رفع دعوى خلال الستين يوماً التالية لتاريخ إبلاغ ذلك الطرف بالحكم^(٢)، ولا تتصدى المحكمة المختصة من تلقاء نفسها في هذه الحالة لبطان حكم التحكيم^(٣).

(١) المادة (٢/٥٠) من نظام التحكيم السعودي.

(٢) المادة (١/٥١) من نظام التحكيم السعودي.

(٣) المادة (٣/٥٠) و (٢/٥١) من نظام التحكيم السعودي، والمادة (٤/٥٤) من قانون

التحكيم الإماراتي.

المبحث الثالث:

ضمانات الفصل في الدعوى التحكيمية

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: عدم مخالفة الشريعة والنظام العام في المملكة العربية السعودية.

المطلب الثاني: الصلح في الدعوى التحكيمية.

المطلب الثالث: تفسير ما يقع في حكم التحكيم من غموض.

المطلب الرابع: تصحيح حكم التحكيم.

المطلب الخامس: صدور حكم التحكيم من الهيئة المشكّلة من أكثر من محكم.

المطلب السادس: صدور ميعاد الحكم.

المطلب الأول:

عدم مخالفة الشريعة والنظام العام في المملكة العربية السعودية



نصت المادة الحادية والخمسون من نظام التحكيم السعودي في فقرتها الثانية على أنه: «تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام في المملكة...».

أولاً: عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية:

جاء في المادة السابقة أن مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية من أسباب بطلان حكم التحكيم التي حصر أسبابها النظام في المادة الحادية والخمسين، ولم يعرف نظام التحكيم ولا لائحته المقصود بأحكام الشريعة الإسلامية؛ لكن جاء في المادة الأولى من نظام المرافعات الشرعية السعودي الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (١١) بتاريخ ٨ / ١ / ١٤٣٥ هـ، أن: «تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة...» فيظهر من نص هذه المادة أن المقصود بأحكام الشريعة هي ما دل عليه الكتاب والسنة من أحكام، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة أي أنها موافقة لأحكام الشريعة بعدم مخالفتها؛ وإن لم

يُنص على هذه الأحكام في الكتاب والسنة^(١)، فكما أن محاكم المملكة تأخذ بأحكام الكتاب والسنة وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معهما، فكذلك المحكّم أو هيئة التحكيم تأخذ بأحكام الكتاب والسنة وبالأنظمة التي لا تتعارض معهما حتى ولو كانت أنظمة غير سعودية وإلا كان حكمها عرضة للإبطال.

أما قانون التحكيم الإماراتي فلم ينص على أن مخالفة أحكام الشريعة من أسباب بطلان الحكم التحكيمي؛ إنما نص في المادة الثالثة والخمسين في فقرتها الثاني على أن: «تحكم المحكمة ببطان حكم التحكيم من تلقاء نفسها إذا وجدت أيًا مما يأتي:

(ب) مخالفة حكم التحكيم للنظام العام والآداب العامة بالدولة».

ثانيًا: مخالفة النظام العام:

نص نظام التحكيم السعودي وقانون التحكيم الإماراتي على أن مخالفة النظام العام للدولة يعد من أسباب بطلان الحكم التحكيمي^(٢) وللمحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها في هذه الحالة، ولم يعرف نظام التحكيم السعودي ولا لائحته بالنظام العام، لكن عرّف النظام العام في المملكة العربية السعودية في لائحة نظام التنفيذ، حيث جاء في المادة (١١ / ٥) «ألا

(١) انظر: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لابن القيم الجوزية، تحقيق نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد، الطبعة الأولى ١٤٢٨ هـ (٢٩ / ١).

(٢) انظر: المادة (٥١ / ٢) من نظام التحكيم السعودي، والمادة (٢٣ / ٢) من قانون التحكيم الإماراتي.



يتضمن الحكم أو الأمر ما يخالف أحكام النظام العام في المملكة» وجاءت لائحة النظام بتعريف النظام العام بقولها (١١ / ٣): «المقصود بالنظام العام هو: أحكام الشريعة الإسلامية»^(١)، ولا يصح أن تُعرّف النظام العام الوارد في نظام التحكيم بهذا التعريف الوارد في لائحة التنفيذ؛ لأنه يلزم من ذلك التكرار فقد نصت مادة نظام التحكيم كما ذكرنا سابقاً على أنه: «تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام في المملكة...».

فالواو التي بين «أحكام الشريعة الإسلامية» و«النظام العام» تقتضي المغايرة في المعنى وإلا كان معنى النظام تكراراً لمعنى أحكام الشريعة الإسلامية، فيكون تكراراً بلا فائدة.

أما القانون الإماراتي فقد عرف النظام العام في قانون المعاملات المدنية في مادته الثالثة بأنه: «يعتبر من النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب والأحكام المتعلقة بنظم الحكم وحرية التجارة وتداول الثروات وقواعد الملكية الفردية وغيرها من القواعد والأسس التي يقوم عليها المجتمع وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية»^(٢).

(١) لائحة نظام التنفيذ السعودي الصادرة بقرار رقم (٥٢٦) وتاريخ ٢٠ / ٢ / ١٤٣٩ هـ.
 (٢) قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الصادر بالقانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ م، والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (١) لسنة ١٩٨٧ م.

ومفهوم النظام العام يعتريه الكثير من الغموض والضبابية، فليس هناك ضوابط لفكرة النظام العام، بل هي فكرة مرنة متطورة، تتغير تبعاً للظروف والأحوال داخل الدولة، وعليه فإن ما يُعد متعارضاً مع النظام العام في دولة قد لا يُعد كذلك في دولة أخرى، وما يُعد متعارضاً في وقت ما قد لا يكون متعارضاً مع النظام العام في وقت لاحق، فهو من المفاهيم التي تتسم بطابع النسبية^(١).

ويرى جانب من الفقه القانوني بأن قواعد النظام العام: «هي تلك التي تهدف إلى حماية المصالح العليا للمجتمع خُلقية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية والوقوف في وجه كل فعل أو اتفاق يهدد هذه المصالح»^(٢) فبصورة عامة المعيار للنظام العام هو المصلحة العامة، وهي في المملكة العربية السعودية: المحافظة على الضروريات الخمس التي جاءت الشريعة الإسلامية بحفظها، والتي يقوم عليها المجتمع؛ وهي حماية الدين، والنفس، والمال، والعرض، والعقل^(٣).

وقريباً من هذا عرّفت محكمة النقض المصرية النظام العام بأنه: «القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواءً من الناحية السياسية أو

(١) انظر: النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، عاشور مبروك، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٨م، ص: ٨٤، المشكلات العملية والقانونية لدعوى بطلان حكم التحكيم، لأبي العلاء النمر، دار النهضة العربية، ط: الأولى، ٢٠٠٦م، ص: ٢٠٦-٢٠٧.

(٢) النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، عاشور مبروك، ص: ٨٤.

(٣) الوجيز في شرح نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، د. ناصر الزيد، ص: ٣٧٦.

الاجتماعية أو الاقتصادية أو التي تتعلق بالوضع المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الأفراد فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى ولو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية لأن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة»^(١).

ويرى الباحث أن تعريف محكمة النقض المصرية وكذلك ما ورد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي من تعريف للنظام العام أنسب وأكثر إيضاحاً لمعنى النظام العام المنصوص عليه في نظام التحكيم السعودي من تعريف النظام العام الوارد في لائحة نظام التنفيذ السعودي.

وتقرير أن حكماً ما يتضمن مخالفة للنظام العام هو من إطلاقات السلطة التقديرية للمحكمة المختصة، ومن الصعوبة حصر الحالات التي يكون فيها حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام؛ لأنها فكرة مرنة ونسبية كما مر معنا، ولكن هناك اجتهادات في ذكر بعض الحالات التي لا يجوز التحكيم فيها في المملكة العربية السعودية لارتباطها بالنظام العام، وهي حالات للتمثيل لا الحصر، منها:

١- الأنظمة الجزائية.

٢- التنظيم القضائي ومخاصمة القضاة وردهم.

٣- القواعد الدستورية والحريات العامة.

(١) نقض مدني ١٧/١/١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠-١-٢٧٦ رقم ٦٠.

٤- مسائل الأحوال الشخصية.

٥- النظم المالية والإدارية.

٦- منازعات نزع الملكية والجنسية^(١).

ويتضح مما أوردناه من أمثلة على مخالفة النظام العام وكذلك ما جاء في تعريف النظام العام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي أن النظام العام الداخلي للدولة ينقسم إلى نظام عام موضوعي ونظام عام إجرائي فالنظام العام الموضوعي يتمثل في القواعد القانونية التي تنظم موضوعاً معيناً يرى المنظم أنه يشكل أحد مظاهر النظام العام بحدوده الثلاثة الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية، ومثال ذلك مسائل الأحوال الشخصية فيما يتعلق بالإرث و سن الرشد.

أما النظام العام الإجرائي فيتمثل في القواعد التي تنظم إجراءات التقاضي وتحديد المحكمة المختصة، فالاختصاص الولائي والنوعي يُعد من النظام العام لتعلق ذلك بالمصلحة العامة وفق رؤية معينة قرر فيها المنظم أن ثمة مسائل تكون فيها المحكمة المختصة ولائياً أو نوعياً أقدر على الفصل فيها من غيرها نظراً لطبيعة الرابطة القانونية بموضوع الدعوى، وعليه فلا يجوز الاتفاق على رفع دعوى من اختصاص جهة قضائية معينة مثل القضاء الإداري أمام القضاء العادي، أو من اختصاص المحكمة الابتدائية أمام المحكمة

(١) الوجيز في شرح نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، د. ناصر الزيد، ص: ٣٧٦.

الاستثنائية أو العكس^(١).

ويتميز سبب البطلان هذا - وهو مخالفة أحكام الشريعة والنظام العام - بأن المحكمة المختصة تحكم ببطلان الحكم التحكيمي عند تحقق السبب من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى تمسك طالب البطلان كما نصت عليه المادة التي تناولتها أول المطلب.

(١) نحو نظرة عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، د. محمود مصطفى يونس، ص: ٤٠ وما بعدها.

المطلب الثاني:

الصلح في الدعوى التحكيمية



أباح الشارع الإسلامي أن يأذن الأطراف للمحكّمين بالصلح بينهم، ويجوز للمحكّمين إجراء الصلح بين الخصوم ولو لم تستوف جميع إجراءات القضية، ويكون هذا الصلح لازماً متى استوفى أحكام الصلح المقررة شرعاً^(١).

وجاء في المادة الثامنة والثلاثين في فقرتها الثانية من نظام التحكيم السعودي أنه: «إذا اتفق طرفا التحكيم صراحةً على تفويض هيئة التحكيم بالصلح جاز لها أن تحكم به وفق مقتضى قواعد العدالة والإنصاف».

وجاء ذكر تفويض هيئة التحكيم بالصلح في قانون التحكيم الإماراتي (٣/٣٨) «لا يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون، ما لم يتفق الأطراف على ذلك صراحةً أو تفويضها بالصلح» أي يفوض الأطراف هيئة التحكيم بالصلح.

وذكر قانون المعاملات المدنية الإماراتي عدة أحكام تتعلق بتفويض هيئة التحكيم بالصلح نذكرها بإذن الله تبعاً للتفصيل القادم.

ينقسم التحكيم من حيث سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع

(١) انظر: مجلة الأحكام العدلية، (م/١٨٥٠)، درر الحكام، لعلي حيدر، ٤/٦٤٧.

موضوع الاتفاق على التحكيم إلى نوعين:

النوع الأول: التحكيم العادي أو التحكيم بالقانون أو التحكيم بالقضاء.

تنحصر فيه مهمة المحكم بالفصل في النزاع، فهو في ذلك مثل القاضي، ويقضي ذلك أن يصدر الحكم وفقاً لما يراه المحكم الذي لا يأخذ في الاعتبار إرادة الخصوم فيما سيصدره من حكم؛ إنما يصدر حكمه بناءً على ما يتضح له من وقائع في الدعوى ووسائل الإثبات التي تُقدم له والتحقيق الذي يأمر به^(١).

النوع الثاني: التحكيم مع تفويض هيئة التحكيم بالصلح ويطلق عليه اختصاراً التحكيم بالصلح.

يُفوض فيه الخصوم المحكم بإجراء الصلح في النزاع الحاصل بينهم، وفي هذه الحالة تنحصر مهمة المحكم في تقريب وجهات النظر بين الخصوم بناءً على ما يقدم له من وسائل ومستندات؛ فإن تعذر ذلك فإن له أن يصدر الحكم الذي يراه.

وبين هذين النوعين من التحكيم جملة من وجوه الاختلاف والاتفاق في الأحكام نوردها على وجه الإجمال:

أولاً: يتقيد المحكم في التحكيم العادي بتطبيق قواعد القانون أو النظام أما في التحكيم بالصلح فلا يتقيد إلا بالقواعد والإجراءات المتعلقة بالنظام العام.

(١) التحكيم في المملكة العربية السعودية، د. محمد بن ناصر البجاد، ص: ٥٢.

ثانيًا: يشترط في التحكيم بالصلح وضوح إرادة الخصوم صراحةً في اللجوء إليه.

ثالثًا: المحكّم في التحكيم بالصلح لا يجري صلحًا وإنما يحكم في النزاع.

رابعًا: يتعين ذكر المحكّمين بأسمائهم في التحكيم بالصلح سواءً في اتفاق التحكيم أو في وثيقة لاحقة.

خامسًا: يجوز تفويض المحكّم بالصلح أثناء نظر خصومة التحكيم.

سادسًا: تلتزم هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم سواء كان التحكيم عاديًا أم مع التفويض بالصلح، بالضمانات العامة للتقاضي.

سابعًا: كيفية صدور الحكم.

أوجب المنظم السعودي في المادة (٤ / ٣٩) أن يصدر الحكم بالإجماع في حالة تفويض هيئة التحكيم بالصلح وكانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكّم، أما في حالة صدور الحكم من هيئة التحكيم في نظام التحكيم العادي وكانت الهيئة مكونة من أكثر من محكّم، فقد اشترط النظام صدور الحكم بأغلبية أعضائها وذلك في نفس المادة السابقة في فقرتها الأولى، وسيأتي تفصيله بإذن الله في مطلب ميعاد صدور الحكم.

أما قانون التحكيم الإماراتي فلم ينص على التفريق في كيفية صدور الحكم إذا كان نظام التحكيم عاديًا بالقانون أو النظام أو كان تحكيمًا مع

التفويض بالصلح، حيث نصت المادة (٢/٤١) من القانون المذكور أن: «يصدر حكم التحكيم بأغلبية الآراء إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم...».

فيكون صدور حكم التحكيم في القانون الإماراتي إذا كانت الهيئة مكونة من أكثر من محكم بالأغلبية، سواء كان عادياً أو تحكيمياً بالصلح وذلك لعموم المادة أعلاه.

المطلب الثالث:

تفسير ما يقع في حكم التحكيم من غموض



قد يصدر الحكم التحكيمي وفي منطوقه ما قد يشير اللبس أو الغموض، أو ما يشير الشك في تفسيره ويجعله قابلاً للعديد من التفسيرات المتعارضة في فحواها ومعناها، ولحل مثل هذا النوع من المشكلات التي قد يثيرها منطوق الحكم فقد نصت المادة (٤٦) من نظام التحكيم السعودي^(١)، على تنظيم حق طلب تفسير حكم التحكيم بقولها: «يجوز لكل واحد من طرفي التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم تفسير ما وقع في منطوقه من غموض، ويجب على طالب التفسير إبلاغ الطرف الآخر على عنوانه الموضح في حكم التحكيم بهذا الطلب قبل تقديمه لهيئة التحكيم».

والمراد بالتفسير في المادة هو الإيضاح والبيان، وهو يراد على ما في الحكم من غموض أو لبس أو إجمال، فيوضح معناه بما يرفع اللبس أو الغموض أو الإجمال^(٢).

(١) يقابلها المادة (٤٩) من قانون التحكيم الإماراتي.

(٢) الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، معالي الشيخ عبدالله آل خنين، مكتبة العبيكان، ط: الثالثة، ٢٠٠٩م، ص: ١٧٤.



وقد اختلف شرح النظام في تفسير هذه المادة، هل يقتصر طلب التفسير على أطراف التحكيم؟ أم أنه يجوز لهيئة التحكيم أن تقوم من تلقاء نفسها بتعديل ما قد يثير لبساً أو غموضاً يقتضي التفسير؟

ذهب فريق إلى أن هذا الحق خاص لأطراف التحكيم، فليس لهيئة التحكيم أن تفسر حكمها من تلقاء نفسها^(١)، بخلاف حق تصحيح الأخطاء المادية في الحكم، حيث جعل المنظم الحق في هذا للمحتكمين ولهيئة التحكيم أن تحكم بهذا من تلقاء نفسها كما جاء في المادة، (١ / ٤٧)^(٢).

فلو كانت إرادة المنظم أن يُعطي الحق في تفسير منطوق الحكم لهيئة التحكيم لنص عليه كما وضح هذا الحق لهيئة التحكيم في تصحيح الأخطاء المادية في الحكم.

وذهب الفريق الآخر إلى أن حق طلب التفسير غير مقتصر على أطراف التحكيم؛ بل إن لهيئة التحكيم أن تقوم من تلقاء نفسها بتفسير وتعديل ما قد يثير اللبس والغموض في منطوق حكمها، وذلك لأن هيئة التحكيم أولى من المحتكمين بتفسير الحكم الذي أصدرته إذا رأت فيه ما يثير اللبس والغموض؛ لأن من مسؤوليتها أن يكون الحكم الصادر منها صريحاً وواضحاً، ومن ناحية أخرى قياساً على الصلاحيات الممنوحة لها بموجب المادة (١ / ٤٧) من نظام التحكيم بخصوص تصحيح الأخطاء المادية التي قد ترد في الحكم^(٣).

(١) الوجيز في شرح نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، د. ناصر الزيد، ص: ٣٣٦.

(٢) يقابلها المادة، (١ / ٥٠) من قانون التحكيم الإماراتي.

(٣) اختار هذا القول الدكتور محمد البجاد في كتابه التحكيم في المملكة العربية

السعودية، ص: ٢٢٧.

ويختار الباحث القول الأول وهو أن حق تفسير منطوق الحكم يقتصر على أطراف التحكيم، وذلك لعدم نص النظام على أحقية هيئة التحكيم بتفسير منطوق حكمها كما نص النظام على حقها في تصحيح ما قد يقع في حكمها من أخطاء، والأصل أن يصدر حكم التحكيم واضحاً وصريحاً للمحتكمين؛ فإن ظهر لهم خلاف ذلك وثار لديهم شيء من اللبس والغموض في فهم منطوق الحكم؛ فإن النظام تكفل لهم بحق طلب تفسير الحكم لإزالة هذا اللبس والغموض وأن يكون الحكم واضحاً وصريحاً، وهذا من أبرز ضمانات التقاضي التي كفلها النظام. وأوجب النظام إبلاغ طرف التحكيم الطالب لتفسير الحكم بهذا الطلب قبل تقديمه لهيئة التحكيم.

ويصدر التفسير كتابةً خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تقديم طلب التفسير لهيئة التحكيم، ويكون الحكم الصادر بالتفسير متمماً لحكم التحكيم الذي يفسره وتسري عليه أحكامه^(١).

وقد قررت المادة (١ / ٤١) من نظام التحكيم السعودي أنه بصدد الحكم المنهني للخصومة تنتهي إجراءات التحكيم، إلا أن تساؤلاً يثار فيما يتعلق بمسألتنا وهو ما الحل إذا اعتري الحكم لبس أو شابه غموض، ولم يفهم الأطراف منطوق الحكم، ورأى أحد الأطراف أن منطوق الحكم يحتاج إلى تفسير قبل تنفيذه؟

أجاز النظام في هذه الحالة امتداد ولاية الهيئة استثناءً من الأصل العام، وقرر إمكانية العودة إليها من جديد لطلب تفسير حكمها؛ كون سلطة المحكم

(١) المادة (٢-٣ / ٤٦) من نظام التحكيم السعودي.

في تفسير حكمه تقابل سلطة القاضي في تفسير حكمه، حيث نصت المادة (١٧٣) من نظام المرافعات الشرعية السعودي على أنه: «إذا وقع في منطوق الحكم غموض أو لبس، جاز للخصوم أن يطلبوا من المحكمة التي أصدرته تفسيره، ويكون ذلك بصحيفة وفق الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى»^(١).

(١) الوجيز في شرح نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية، د. ناصر الزيد، ص: ٣٣٦.

المطلب الرابع:

تصحيح حكم التحكيم



يحدث أحياناً أن يقع بعد صدور الحكم التحكيمي بعض الأخطاء المادية البحتة والتي تكون غالباً عن سهو أو زلة قلم، سواءً كانت كتابية أم حسابية، ولقد شرعت نظرية تصحيح الأحكام للأخطاء التي يتم اكتشافها لاحقاً؛ بغية إصلاحها دون رفع دعوى بطلان، فقد نظمت المادة السابعة والأربعون من نظام التحكيم السعودي^(١) أحكام تصحيح الأحكام بقولها في فقرتها الأولى: «تتولى هيئة التحكيم تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة أو كتابية أو حسابية، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم، وتجري هيئة التحكيم التصحيح من غير مراعاة خلال خمسة عشر يوماً التالية لتاريخ صدور الحكم، أو لإيداع طلب التصحيح بحسب الأحوال».

ويقصد بالأخطاء المادية التي قد ترد في الحكم الأخطاء الكتابية الشكلية المتعلقة بتحرير الحكم، ولا يشمل تصحيح الأخطاء المادية الطريقة التحليلية الموضوعية التي اتبعها المحكّمون بالنسبة لوقائع القضية للوصول إلى قرارهم النهائي في النزاع^(٢)، فالخطأ الذي يجوز تصحيحه هو الخطأ في

(١) يقابلها في قانون التحكيم الإماراتي المادة (٥٠).

(٢) التحكيم في المملكة العربية السعودية، د. محمد البجاد، ص: ٢٢٣.

التعبير وليس الخطأ في التقدير، فقد تذكر الهيئة في حكمها ألفاظاً تناقض المنطوق، أو تذكر عملةً بدلاً من عملة أخرى، أو تجمع أرقاماً جمعاً خاطئاً^(١).

ويتولى المحكمون تصحيح ما ورد في حكمهم من أخطاء مادية، إما بناءً على طلب الخصوم أو أحدهم أو من تلقاء أنفسهم، عندما يتضح لهم الخطأ المادي، وليس للمحكّمين صلاحية رفض طلب الخصوم أو أحدهم بتصحيح الخطأ الوارد في الحكم، ولم يشترط المنظم أن يكون طلب التصحيح بشكل معين، ويكون الطلب بغير مواجهة، ولا يشترط النظام السعودي للتحكيم إعلان الخصم بطلب التصحيح، بخلاف قانون التحكيم الإماراتي فقد اشترط إعلان أطراف التحكيم الآخرين^(٢).

وجاء في الفقرة الثانية من المادة السابعة والأربعين من نظام التحكيم السعودي: «يصدر قرار التصحيح كتابةً من هيئة التحكيم، ويبلغ إلى طرفي التحكيم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره، وإذا تجاوزت هيئة التحكيم سلطتها في التصحيح، جاز التمسك ببطان هذا القرار بدعوى بطلان تسري عليها أحكام المادتين (الخمسین) و(الحادية والخمسين) من هذا النظام».

ويلاحظ أن المادة قد أوجبت أن يصدر قرار التصحيح قرار التصحيح كتابةً من هيئة التحكيم، أي بكامل تشكيلها، ويبلغ إلى طرفي التحكيم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره، أما القانون الإماراتي فقد جعل مدة

(١) قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، د. فتحي والي، ص: ٤٧٠.

(٢) انظر: مادة، (١/٥٠) من قانون التحكيم الإماراتي.

الطلب خلال ثلاثين يوماً التالية لتسلم حكم التحكيم، ونص قانون التحكيم الإماراتي على أنه يُعمل بهذه المدة ما لم يتفق الأطراف على إجراءات أو مُدد أخرى، ويقع عبء التبليغ على هيئة التحكيم.

ويؤخذ على نظام التحكيم السعودي عدم تطرقه لمسألتين ضرورتين تتعلق بتصحيح الحكم وهما:

١- في حال تعذر أو استحالة انعقاد هيئة التحكيم التي أصدرت الحكم، فالرأي أن الاختصاص ينعقد للمحكمة المختصة، ونرى أنها تحل في ذلك محل المحكّمين بخصوص إجراء هذا التصحيح، وكان يستحسن من لائحة نظام التحكيم أن تبين هذه المسألة.

٢- لكي يتم تصحيح الحكم بشكل صحيح وينتج آثاره لا بد أن يكون قد تم خلال المدة المحددة؛ لأنه بانتهاء هذه المدة يفقد المحكّمون صلاحياتهم وسلطاتهم الممنوحة لهم بموجب اتفاق التحكيم للفصل في النزاع، ويتعين في هذه الحالة أن يتم الاتفاق من جديد بين الخصوم على التحكيم بقصد استكمال تصحيح الحكم، ولم يحدد النظام أو اللائحة الميعاد الذي يجب أن يتم في تقديم طلب التصحيح، فما دام الحكم لم يؤمر بتنفيذه؛ فإنه يجوز طلب تصحيحه، كذلك الحال إذا كان التصحيح من تلقاء نفس هيئة التحكيم، فكان تحديد اللائحة أجلاً وميعاداً أحسن تنظيمًا وأحسم للأمر^(١).

(١) انظر: الوجيز في شرح نظام التحكيم، د. ناصر الزيد، ص: ٣٤٠، التحكيم في المملكة العربية السعودية، د. محمد البجاد، ص: ٢٢٤.

ونصت المادة على أن قرار التصحيح نهائي ولا يجوز الاعتراض عليه، ورتب النظام جزاء البطلان على هيئة التحكيم في حال تجاوزها سلطتها بالتصحيح في التعبير إلى التقدير؛ فتدخل من باب التصحيح إلى الحكم من جديد بعد نفاذ ولايتها، فتغير من منطوق الحكم مما يعتبر مساساً بحجية الحكم^(١).

(١) الوجيز في شرح نظام التحكيم، د. ناصر الزيد، ص: ٣٤٠.

المطلب الخامس:

صدرور حكم التحكيم من الهيئة المشكلّة من أكثر من محكم



نظمت المادة التاسعة والثلاثون من نظام التحكيم السعودي^(١) كيفية صدرور الحكم من الهيئة المشكلّة من أكثر من محكم^(٢)، فجاء في الفقرة الأولى منها: «يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلّة من أكثر من محكم واحد بأغلبية أعضائها بعد مداولة سرية».

فنصت المادة أعلاه على أنه لا يلزم صدرور الحكم بالإجماع؛ إنما يُكتفى بصدوره من أغلبية أعضاء هيئة التحكيم، ومقتضى صدرور الحكم بالأغلبية يفترض اشتراك جميع أعضاء الهيئة في المداولة قبل إصدار الحكم، وإن لم يتحقق الإجماع على رأي محدد، كما أن ذلك يُعد قيدياً على الأغلبية أن تصدر حكمها في غيبة الأقلية.

ولم ينص النظام على إمكانية اتفاق الأطراف على خلاف ما قرره هذه المادة، من توافر الأغلبية، أو سرية المداولة، فهل تعتبر هذه الأحكام قواعد أمرّة لا يجوز مخالفتها؟

أم أنّ اتفاق الأطراف هو المبدأ العام وبالتالي يجوز الاتفاق على خلاف هذه القواعد في كيفية إصدار الحكم؟

(١) وانظر: المادة الأربعة عشر من لائحة نظام التحكيم السعودي.

(٢) يقابلها المادة الواحدة والأربعون من قانون التحكيم الإماراتي.



يرى الباحث إلى أن اشتراط النظام توافر الأغلبية في إصدار الحكم، وسرية المداولة قبل إصداره، من القواعد الأمرة التي تتعلق بالنظام العام والتي تمثل الضمانات الأساسية للتحكيم، فلا يجوز اتفاق الأطراف على مخالفتها، ومن قرائن صحة القول الذي اخترناه هو أن عادة النظام تقرير حق الأطراف في الاتفاق على خلاف ما يقرره النظام من قواعد مكملية، وفي هذا النص لم يقرر النظام للأطراف بهذه الحق.

أما القانون الإماراتي فقد قرر أن للأطراف الحق في الاتفاق على خلاف ذلك، فهذه القواعد في القانون الإماراتي قواعد مكملية يجوز مخالفتها.

وذكرت الفقرة الثانية من المادة التاسعة والثلاثين حل مشكلة تشعب آراء الهيئة وعدم الوصول إلى الأغلبية، بقولها: «إذا تشعبت آراء هيئة التحكيم ولم يكن ممكناً حصول الأغلبية، فلهيئة التحكيم اختيار محكم مرجح خلال (١٥) يوماً من قرارها بعدم إمكان حصول الأغلبية، وإلا عينت المحكمة المختصة محكماً مرجحاً».

وما ذهب إليه نظام التحكيم السعودي من اختيار محكم يُرجح الحكم اختياراً قانوني غير مسبق^(١)، والفكرة تحتاج إلى تفكيك.

فتعد هذه الفكرة من ضمانات استقلالية المحكم، ومن الضمانات التي تحمي رئيس هيئة التحكيم من الانضمام إلى رأي أحد المحكمين الآخرين، وتحمي المحكمين كذلك من الانضمام قسراً إلى رأي رئيس هيئة التحكيم

(١) الوجيز في شرح نظام التحكيم، د. ناصر الزيد، ص: ٢٨٣.

رغم عدم اقتناعهم به، وتعتبر ضمانته من تعطيل التحكيم بسبب عدم توافر الأغلبية.

ولكن يُشكل على هذه الفكرة مخالفتها لمبدأ وترية عدد المحكمين الذي تطرقنا له سابقاً، بحيث يكون عدد المحكمين زوجياً، وهو مبدأ يتعلق بالنظام العام ومخالفته تُعرض حكم التحكيم للإبطال.

والقول بأن المحكم المرجح لا يُعد عضواً من أعضاء هيئة التحكيم مع حقه في التصويت والاختيار والتسيب؛ أمر مشكل لخلع صفة عضوية التحكيم منه بغير حق.

ويختار الباحث أن المحكم المرجح يُعد عضواً من أعضاء هيئة التحكيم، ومخالفة وترية العدد هي استثناء من القاعدة، والقول بالاستثناء من قاعدة وترية عدد المحكمين أليق في مسألتنا هذه، وذلك أن الدافع لتقرير أن تكون الهيئة مُشكّلة من عدد وتري هو سد ذريعة العجز عن حل الاختلاف، وفي مسألتنا أحتيج إلى الاستثناء لنفس السبب.

ونقول في حق المحكم المرجح بأنه عضو مؤقت له وظيفة خاصة وهي ترجيح أحد الآراء المطروحة من أعضاء هيئة التحكيم، حيث تعرض عليه الآراء بعد تعيينه مباشرة، ويخطر بالمدد الباقية لميعاد التحكيم، فيصدر رأيه بترجيح أحد آراء هيئة التحكيم، فتحقق الأغلبية، ولذلك يلزم توقيعه على الحكم^(١).

(١) وهذا اختيار الدكتور ناصر الزيد، انظر: الوجيز في شرح نظام التحكيم، ص:

وخالف هذه الفكرة قانون التحكيم الإماراتي؛ حيث عالج مشكلة تشعب آراء المحكمين وعدم تحقق الأغلبية، بأن يصدر رئيس هيئة التحكيم الحكم، واشترط عدم اتفاق الأطراف على خلاف ذلك.

ويختار الباحث ما ذهب إليه المنظم السعودي من اختيار محكم مرجح، لما فيه من تحقيق ضمانات استقلال رئيس هيئة التحكيم، وعدم انحيازه في الحكم لأحد آراء المحكمين، ولما فيه من احترام أحكام بقية أعضاء هيئة التحكيم، وتفهم وجهات نظرهم.

واختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في طريقة الفصل في النزاع عند اختلاف المحكمين وعدم اتفاقهم على حكم، إلى طرق كثير نذكر منها ما يلي:

الطريقة الأولى: إعادة التحكيم من قبل غيرهم.

في حال لم يتفق المحكمون على حكم فإنه لا ينفذ، ويحكم غيرهم^(١) متعددًا أو منفردًا.

إلا أن هذه الطريقة تُنتقد بتعطيلها لأهم ميزات التحكيم وهي قصر أجل التقاضي، وإنهاء القضية في أقصر وقت، إذ كلما اختلف المحكمون أُعيد التحكيم، وقد يختلف كذلك الذي يتولون التحكيم من بعدهم فيؤدي ذلك إلى المحذور المذكور^(٢).

(١) روضة الفضاة، (١ / ٨١)، المنتقى، (٥ / ١٨٣)، أدب القاضي للماوردي، (٢ / ٣٨٥)، المغني، (١٠ / ٥٤٦)، الكشف، (٣ / ٦٠).

(٢) التحكيم في الشريعة الإسلامية، لمعالي الشيخ عبدالله بن خنين، ص: ١١٢ - ١١٣.

الطريقة الثانية: كون أحد المحكمين يتميز عن غيره بميزة معتبرة شرعاً. ويصار إلى هذه الطريقة عند تساوي الآراء بكون أحد المحكمين يتميز بصفة تغلب جانب الصحة فيما يحكم به، سواء كان ذلك بعلم، أم خبرة وتجربة، أو غيرها من المميزات التي تميزه عن بقية المحكمين. ويصعب تنفيذ هذه الطريقة في المحكمين، إلا أن يتفق الأطراف بأنه عند اختلاف المحكمين؛ فإنه يؤخذ برأي المحكم فلان فيلزم باتفاقهم، أو يرضون بذلك بعد التحكيم فيكون صلحاً.

الطريقة الثالثة: الأخذ بحكم الأغلبية.

ولا تعرف هذه الطريقة في التحكيم من الفقهاء الأقدمين^(١)، إنما ذكرها بعض الفقهاء المعاصرين، واختلفوا فقليل إذا كان المحكمون أكثر من اثنين فكانوا ثلاثة أو أربعة فلا يصح حكمهم، ولا ينفذ إذا اختلفوا ولو أذن لهم المتخاصمان بالحكم بالأكثرية، وعلل ذلك بأن المحكم مجهول؛ لجهالة من يشكّل الأكثرية من المحكمين^(٢).

والقول الثاني يرى أنه إذا رضي المتخاصمان بحكم الأغلبية حين التحكيم صح وجاز، وعلل ذلك بأن التحكيم كالصلح، فكما يجوز للمصلحين إصدار الحكم بالأكثرية إذا أُذِنَ لهم بذلك من وكلهم، فيصح

(١) انظر: عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د. عبدالرحمن الدوري، ص: ١٩٣، التحكيم في الشريعة الإسلامي، الشيخ عبدالله بن خنين، ص: ١٠٧.

(٢) درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، (٤/٦٤٣).



حكم الأغلبية إذا رضي الخصوم به عند التحكيم^(١).

ويذهب معالي الشيخ عبد الله آل خنين إلى رأي ثالث وهو أنه إذا تعدد المحكمون واختلفوا؛ فإنه يؤخذ بحكم الأغلبية رضي بذلك الخصوم أم لم يرضوا، أذنوا بالحكم بالأغلبية أم لم يأذنوا، وعلل ذلك بأمر منها:

أن الأخذ بحكم الأغلبية عند التعدد مما جرى به العمل في عصرنا عند تعدد القضاة واشتراكهم في نظر قضية واحدة؛ ذلك أن القضاة إذا تعددوا وكانوا أكثر من اثنين أخذ بحكم الأغلبية منهم، ويكون الأقل معزولاً عن الحكم وما يديه لا يعدو أن يكون وجهة نظر فقط ليس لها صفة الإلزام، فكذاك التحكيم^(٢).

الطريقة الرابعة: ترك التحكيم والرجوع إلى القضاء.

ويصار إلى هذه الطريقة عند تعذر الأخذ بإحدى الطرق السابقة؛ فإنه يترك التحكيم ويعاد إلى القضاء للفصل في قضيتهما^(٣).

وأجاز المنظم السعودي أن تصدر القرارات في المسائل الإجرائية من المحكم الذي يرأس الهيئة، إذا صرح طرفا التحكيم بذلك كتابةً، أو أذن له

(١) شرح الأتاسي على مجلة الأحكام العدلية، لخالد بن محمد الأتاسي، مطبعة السلام، سوريا، ١٣٥٥هـ، (١٧٨/٥).

(٢) التحكيم في الشريعة الإسلامية، الشيخ عبدالله بن خنين، ص: ١٠٩.

(٣) انظر للمزيد من التفصيل في عدد المحكمين في الفقه الإسلامي: عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د. عبدالرحمن الدوري، ص: ١٨٣-١٩٥، النظرية العامة للتحكيم، د. نجيب أحمد الجبلي، ص: ٣٥١-٣٥٢، التحكيم في الشريعة الإسلامية، الشيخ عبدالله بن خنين، ص: ١٠٥-١١٣.

جميع أعضاء هيئة التحكيم، ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك^(١).

وهذه الفكرة أيضاً مستحدثة في نظام التحكيم السعودي؛ حيث إن غالبية الأنظمة القانونية توجب اشتراك جميع أعضاء هيئة التحكيم بكل إجراءات التحكيم، وترتب البطلان على مخالفة هذا الشرط، فجاء النظام داعماً للتحكيم، متماشياً مع الثقة التي يقوم عليها التحكيم، منسجماً مع مبدأ سلطان الإرادة الحاكم للتحكيم، بإعطاء رئيس هيئة التحكيم سلطة اتخاذ المسائل الإجرائية وحده^(٢).

ونصت المادة (٣٩) في فقرتها الأولى تقرر وجوب حصول مداولة بين أعضاء هيئة التحكيم قبل صدور الحكم، ويحصل التداول بتبادل الآراء المتعلقة بالوقائع والقواعد النظامية الواجبة التطبيق، والمنطوق الذي سينطقون به، ويفهم من نص المادة أن المداولة يجب أن تتم بين جميع أعضاء هيئة التحكيم، وذلك من عبارة: «بأغلبية أعضائها بعد مداولة سرية»، فإذا كانت هيئة التحكيم ثلاثية التشكيل وصدر الحكم بالأغلبية فهذا يعني مشاركة الموافقين، وهما اثنان، بالإضافة إلى مشاركة المعارض، وهو العضو الواحد، بمعنى مشاركة جميع أعضاء الهيئة في المداولة.

والمداولة من المبادئ الأساسية للتقاضي، وبالتالي فهي متعلقة بالنظام العام، والحكم يكون معرّضاً للبطلان إذا استند على إجراءات باطلة أثرت

(١) المادة (٣/٣٩) من نظام التحكيم السعودي.

(٢) الوجيز في شرح نظام التحكيم، د. ناصر الزيد، ص: ٢٨٦.

فيه^(١)، ولا يجوز للأطراف الاتفاق على أن يصدر الحكم دون مداولة.

ولم ينص قانون التحكيم الإماراتي صراحةً على اشتراط مداولة الحكم من قبل المحكّمين قبل إصداره، ويستحسن بأن تذكر لائحة قانون التحكيم عند صدورها هذا الشرط، وتبيّن سرية هذا التداول، حيث نص القانون في المادة الثامنة والأربعين على سرية أحكام المحكّمين، وعدم جواز نشرها إلا بموافقة الأطراف على ذلك كتابةً، فسرية تداولات الحكم التحكيمي قبل نطق الحكم به من باب أولى.

ويقع عبء إثبات عدم حصول مداولة قبل إصدار الحكم، على من يدعي ذلك، وأما تحديد كيفية حصول المداولة فلم يحددها النظام إنما اشترط فقط أن تكون سرية؛ فعلى ذلك يمكن أن تكون في أي مكان، وفي أي وقت قبل صدور الحكم، ويمكن أن تكون شفويةً أو كتابةً، ويمكن أن تكون بأي وسيلة، كأن تكون خلال اجتماع أعضاء الهيئة اجتماعاً مباشراً، أو من خلال وسائل التواصل الحديث، كبرامج البث المرئي أو الصوتي^(٢).

وجعل النظام توقيع أعضاء هيئة التحكيم على الحكم دليلاً على حصول المداولة، ولذلك يجب أن يذكر في الحكم عبارة «وبعد المداولة»^(٣).

(١) المادة الخمسون من نظام التحكيم السعودي فقرة (ز).

(٢) انظر: التحكيم التجاري الدولي، د. فوزي محمد سامي، دار الثقافة، ط: الأولى، الإصدار الثالث، ص: ٣٠٣.

(٣) المادة (٤٢/١) من نظام التحكيم السعودي.

ونصت المادة المذكورة على مبدأ السرية في المداولة، فلا يحضرها غير أعضاء هيئة التحكيم، سواءً من الأطراف أو من غيرهم كأمين سر الجلسة أو رئيس مؤسسة التحكيم الذي يجري التحكيم وفقاً لإجراءاتها^(١).

(١) الوجيز في شرح نظام التحكيم، د. ناصر الزيد، ص: ٢٧٨، حاشية رقم (٢).

المطلب السادس:

ميعاد صدور الحكم



نصت المادة الأربعون من نظام التحكيم السعودي على أحكام ميعاد إصدار الحكم^(١)، وهي كالتالي:

جاء في الفقرة الأولى من المادة المذكورة أن: «على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة خلال الميعاد الذي اتفق عليه طرفا التحكيم، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم».

فنصت الفقرة على طريقتين لتحديد ميعاد الحكم، وهما:

الطريق الاتفاقي: فيكون ميعاد إصدار الحكم قد تم الاتفاق عليه من قبل الأطراف، من خلال شرط التحكيم أو المشاركة، أو من خلال تحديد الموعد عن طريق المؤسسات والمراكز التحكيمية التي اتفق الأطراف على اللجوء إليها، وفي هذا إبراز وتفعيل لمبدأ سلطان إرادة الأطراف على قضاء التحكيم، والاتفاق على ضرب أجل لانتهاج إجراءات التحكيم أجدد للتحكيم وأبعد عن حدوث النزاع حول ميعاد إصدار الحكم.

الطريق النظامي: في حالة خلو اتفاق التحكيم من ميعاد لصدور الحكم، يتدخل المنظم ويضع أجلاً لذلك وهو أن يصدر الحكم خلال اثني عشر

(١) يقابلها المادة الثانية والأربعون من قانون التحكيم الإماراتي.

شهرًا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وتبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يتسلم فيه أحد طرفي التحكيم طلب التحكيم، كما نصت على ذلك المادة السادسة والعشرون من النظام، فتاريخ بدء إجراءات التحكيم - وهو الطلب -، يكون تاريخًا لبداية ميّعاد التحكيم.

أما القانون الإماراتي فقد أوجب في حالة خلو اتفاق التحكيم من ميّعاد محدد للحكم أو طريقة لتحديد الميّعاد، بأن يصدر الحكم خلال ستة أشهر من تاريخ عقد أول جلسة من جلسات إجراءات التحكيم، نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة الثانية والأربعين من قانون التحكيم الإماراتي.

مدّ ميّعاد إصدار حكم التحكيم:

جاء في الفقرة الثانية والثالثة والرابعة من المادة الأربعين من نظام التحكيم السعودي أحكام وأحوال مدّ ميّعاد إصدار الحكم التحكيمي وهي كالتالي:

(٢) يجوز لهيئة التحكيم - في جميع الأحوال - أن تقرر زيادة مدة التحكيم على ألا تتجاوز هذه الزيادة ستة أشهر، ما لم يتفق طرفا التحكيم على مدة تزيد على ذلك.

(٣) إذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميّعاد المشار إليه في الفقرة السابقة، جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من المحكمة المختصة أن تصدر أمرًا بتحديد مدة إضافية، أو بإنهاء إجراءات التحكيم، ولأي من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة.

(٤) إذا عيّن محكم بدلاً من محكم وفقاً لأحكام هذا النظام، امتد الميعاد المحدد للحكم ثلاثين يوماً.

من قراءة النص السابق من الفقرات السابقة يتبين أن الجهات التي لها الحق في مدّ أجل إصدار الحكم ثلاث جهات هي:

الجهة الأولى: أطراف التحكيم ويكون ذلك باتفاقهم على مدّ ميعاد الحكم، فكما قررنا أن لهم أحقية تحديد الميعاد الأصلي للحكم، فمن باب أولى أن يكون لهم الحق في تمديد هذا الأمد، ولم يحدّ النظام مدة محددة يتقيد بها الأطراف في اتفاقهم على مدّ ميعاد الحكم.

الجهة الثانية: لهيئة التحكيم في جميع الأحوال أن تقرر زيادة مدة التحكيم، واشترط المنظم لهذه الزيادة فقط أن لا تتجاوز الستة أشهر، ويتتقد شرح النظام إطلاق هذه الفقرة الحق لهيئة التحكيم بمدّ أجل الحكم دون شروط أو قيود سواء القيد الزمني، فقد يسوء استخدام هذا النص من قبل الهيئات غير المحترفة أو غير المتفرغة، وكان الأولى وضع شروط وقيود في لائحة نظام التحكيم، لاستعمال الهيئة لهذه الصلاحية في مدّ ميعاد الحكم إلى ستة أشهر^(١)، وكذلك وافق القانون الإماراتي المنظم السعودي في قدر الفترة التي يمكن لهيئة التحكيم أن تمُدَّ بها أجل الحكم وهي ستة أشهر، ولم يتطرق كذلك لأسباب أو شروط استعمال الهيئة لهذا التمديد، ولعل أن تُضمّن لائحة قانون التحكيم هذه الأسباب والقيود.

(١) انظر: الوجيز في شرح نظام التحكيم، د. ناصر الزيد، ص: ٢٩٤.

الجهة الثالثة: نصت الفقرة الثالثة من المادة الأربعين أنه إذا انتهى ميعاد التحكيم ولم يصدر الحكم خلاله، فإن لأي من طرفي التحكيم اللجوء إلى المحكمة المختصة، والطلب منها بأن تصدر أمراً بتحديد مهلة إضافية أو إنهاء الإجراءات، وقرر هذا النص أن فوات الميعاد ليس متعلقاً بالنظام العام؛ وإنما هو مقرر لمصلحة الطرف الذي يتمسك به، ولم يقيد النظام سلطة المحكمة المختصة بتحديد الميعاد الإضافي كما فعل مع هيئة التحكيم، ولم يقيدها كذلك بأجل معين لإصدار هذا الأمر، وكان من الأحسن أن تنظم لائحة النظام تدخل المحكمة المختصة في تمديد ميعاد الحكم، مراعاةً لغاية التحكيم، ومراعاةً لحقوق الأطراف^(١).

أما القانون الإماراتي فلم يقتصر على حق اللجوء إلى المحكمة المختصة للأطراف فقط؛ إنما جعل هذا الخيار متاحاً لهيئة التحكيم، فلهيئة التحكيم حال عدم صدور حكم التحكيم بعد الانتهاء من المدة المتفق عليها أو المضروبة من الهيئة وهي ستة أشهر، أن تطلب من المحكمة المختصة إصدار قرار بتحديد ميعاد إضافي لإصدار حكم التحكيم أو إنهاء إجراءاته إذا اقتضت الضرورة ذلك، وأطلق المشرع الإماراتي سلطة المحكمة في تمديد هذه الفترة وفقاً للشروط التي تجدها ملائمة، ويعتبر قرارها في هذا الخصوص نهائياً، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

بالإضافة إلى ما ذكرنا من حالات، فقد ذكر المنظم حالات يجوز فيها مدّ

ميعاد الحكم وهي:

(١) المرجع السابق، ص: ٢٩٥-٢٩٦.

١ - تعيين المحكّم البديل:

نصت الفقرة الرابعة من المادة الأربعين أن من حالات مدّ ميعاد الحكم تعيين محكّمًا بدلًا من محكّم، وهذا الحكم ينسحب على جميع الحالات التي ينتج عنها تعيين المحكّم البديل من منح أو ردّ أو غير ذلك من الأسباب، فتتقف إجراءات التحكيم من وقت زوال صفة المحكّم إلى تاريخ تعيين المحكّم البديل، ثم يُبدأ باحتساب مدة الإضافة لميعاد الحكم وهي ثلاثون يومًا.

٢ - وفاة أحد أطراف التحكيم أو فقد أهليته:

نصت المادة (٢ / ٤١) من نظام التحكيم السعودي على أنه: «لا تنتهي إجراءات التحكيم بموت أحد طرفي التحكيم، أو فقد أهليته - ما لم يتفق من له صفة في النظام مع الطرف الآخر على انتهائه - ولكن يمتد الميعاد المحدد للتحكيم ثلاثين يومًا، ما لم تتقرر هيئة التحكيم تمديد المدة مدّة مماثلة، أو يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك».

فعند موت أحد أطراف التحكيم أو فقدته للأهلية يمتد ميعاد التحكيم ثلاثين يومًا مباشرة بقوة النظام، وأسند النظام بموجب هذه الفقرة سلطةً تقديرية لهيئة التحكيم في مدّ ميعاد حكم التحكيم؛ حيث يجوز لها مدّ ميعاد الحكم ثلاثين يومًا أخرى؛ لكونهم أقدر على معرفة ظروف النزاع، وتقدير ظروف أطرافه، وتقدير الوقت اللازم لورثة الطرف المتوفى بتحديد من يمثلهم في التحكيم.

ولا يجب أن يُفهم من النص أن مدة التمديد تم إضافتها إلى الميعاد الأول مباشرة، بل يجب إيقاف هذا الميعاد من تاريخ وفاة أحد الأطراف أو فقده للأهلية إلى أن يتم تعيين من يقوم مقامه، إما بالاتفاق بين ورثته أو عن طريق الجهة المختصة، وبعد أن يتم تعيين من يقوم مقام الطرف المتوفى أو فاقد الأهلية، يستكمل الميعاد الأول بعد أن يضاف عليه مدة التوقف، بالإضافة كذلك لمدة الثلاثين يوماً، أو المدة التي تقرها هيئة التحكيم بشرط عدم الزيادة على الثلاثين يوماً^(١).

(١) للمزيد من التفصيل انظر: التحكيم في المملكة العربية السعودية، د، محمد البجاد، ص: ٢١١ - ٢١٩، الوجيز في شرح نظام التحكيم، د. ناصر الزيد، ص: ٢٩١ - ٢٩٩.

الخاتمة



توصلت من خلال هذه الدراسة التي يسر الله **عَزَّوَجَلَّ** تمامها، إلى نتائج وتوصيات عدة أهمها:

١- التعريف المختار للضمانات أنها: الأحكام والإجراءات التي تكفل حفظ الحقوق وصيانتها وتوثيقها، حسب المقرر في الفقه الإسلامي والأنظمة والقوانين، والمراد بضمانات أطراف الدعوى التحكيمية في مواجهة هيئة التحكيم في هذا البحث: الأحكام والإجراءات التي يلتزم بها؛ لحفظ وحماية حقوق المحتكم، لدى هيئة التحكيم، حسب المقرر في الفقه الإسلامي والأنظمة والقوانين.

٢- حرصت الكثير من الأنظمة والقوانين المنظمة للتحكيم عالمياً ومحلياً ومنها نظام التحكيم السعودي وقانون التحكيم الإماراتي على النص على حق الدفاع، وذلك لأهميته وخطورة الآثار التي تترتب على مخالفته، حيث إن أي خرق له من قبل هيئة التحكيم أو أطراف خصومة التحكيم يعرض حكم التحكيم للطعن الذي قد يؤدي إلى إبطال القرار برمته.

٣- حق الدفاع أمام المحكمين ليس واجباً على الخصوم بل هو حق لهم، ولهذا فإن هيئة التحكيم ليست ملزمة بأن تلفت نظر الخصوم إلى حقهم في هذا الدفاع، أو إلى مقتضياته أو تكليفه بتقديم الدليل عليه، وهذا يعني أن وجوب احترام حق الدفاع لا يحول دون تنظيم هيئة التحكيم لاستعماله، فلها

الحق في تحديد مواعيد الخصوم لتقديم مذكراتهم ومستنداتهم، وإذا لم يتم الالتزام بالمواعيد فلها الحق في رفض أو عدم قبول هذه المستندات والمذكرات، واعتبار حق الدفاع الوارد بها غير مطروح عليها، دون أن يعد ذلك إخلالاً بحق الدفاع.

٤- كثيراً ما يتلزم الإخلال بمبدأ المساواة مع الإخلال بحق الدفاع، فقد تحقق هيئة التحكيم مساواة ظاهرية بين الخصمين، ولكن في نفس الوقت ينطوي مسلكها على إخلال بحق الدفاع بالنسبة لأحدهما، كما لو مكنت كلاهما من حضور الجلسات فأعلنتهما بتاريخ جلسة المرافعة، فتغيب أحدهما ولم تحقق في سبب غيابه، أو تتحقق من جدية الأسباب التي يبيدها كمبرر لتخلفه، ومن قبيل ذلك أيضاً أن تبني هيئة التحكيم حكمها على ما أبداه أحدهما دون الرد على دفاع الآخر.

٥- يجب على المحكم أن يقرّ كتابةً عند قبوله مهمة التحكيم عن كل الظروف التي من شأنها أن تثير الشكوك حول حياده واستقلاله، فإذا أفصح المحكم لطرفي الخصومة عن الظروف التي من شأنها أن تثير الشك في حياده واستقلاله، ورغم ذلك لم يجد معارضةً من الخصوم في قبول أدائه للمهمة؛ فإنه لا يلزم صحة جميع الإجراءات التي يتخذها المحكم في فصل النزاع؛ حيث إنه قد يتخلف هذا الشرط في إحدى مراحل التحكيم، وموافقة أطراف التحكيم لا تسقط هذا الشرط كون شرط الاستقلالية والحياد برأينا من النظام العام الذي لا يملك حق إسقاطه المحتكمين.

٦- يختار الباحث ما ذهب إليه قانون التحكيم الإماراتي؛ في عدوله عن رد المحكم للأسباب التي يرد بها القاضي، وبهذا يكون النص أكثر شمولاً لكل ما يخل بحياد المحكم واستقلاله أو بعدم صلاحيته للحكم دون حصر، وهي مسألة تقديرية تتوقف على ظروف كل دعوى وملاستها حيث يختلف التحكيم عن القضاء.

٧- إلزام المحكم بالتسبب في نظام التحكيم السعودي، مما تميز به عن غيره من الأنظمة والقوانين، والظاهر أن المنظم السعودي في نظام التحكيم قد أخذ بالقول الفقهي القائل: بوجوب التصريح بسبب الحكم، وقد أجاد، فلا يخفى على أحد أهمية تسبب الأحكام فهي ضمان ضد التعسف الذي يصدر من بعض المحكمين، ويبين حدود أثر الحكم، وحجيته، ويعين على تفسيره عند الاقتضاء.

٨- أجاز قانون التحكيم الإماراتي أن يُرد المحكم في الحالات التي يُرد بها القاضي، أما المنظم السعودي فقد منع المحكم من الحالات التي يمنع فيها القاضي، فالرد والمنع حكمان مختلفان وأثرهما يختلف كذلك، ومن أوضح الفروق بينهما أن المنع يكون بقوة النظام ولو لم يطلبه أطراف الخصومة، أما الرد فلا يكون إلا بطلب الخصوم؛ فهو حق مقرر للخصم له أن يتمسك به، أو يتنازل عنه.

٩- تميز القانون الإماراتي في اختيار حكم (الرد) بدلاً من المنع للمحكمين؛ لأن التحكيم يختلف عن القضاء، فبينما يتعين ألا يرتبط القاضي بأحد الخصوم برابطة تؤثر في مظهر الحيادة الذي يجب أن يتحلى به، نجد أن

القانون الإماراتي لا يتطلب ذلك في المحكم، ويحسن بالنظام السعودي أن يحذو حذوه في هذا الحكم.

١٠- لا يجوز لأي من طرفي التحكيم طلب رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه إلا لأسباب اتضحت بعد أن تم تعيين هذا المحكم، فإذا كانت هيئة التحكيم من محكم فرد، واتفق الخصوم على تعيينه، أو قامت المحكمة المختصة بتعيينه؛ فإنه يجوز طلب رده، وأما إذا كانت هيئة التحكيم ثلاثية التشكيل، واختار كل طرف محكمه، فلا محل لطلب الرد، بل ولا يمنع في هذه الحالة أن المحكم الذي يملك أحد الطرفين اختياره قريباً أو وكيلاً له، حتى ولو كان الطرف الآخر يجهل بذلك وقت الاختيار؛ لأن الممنوع هو قيام الصلات المتقدمة بالنسبة للمحكّمين الذين يتم اختيارهم باشتراك الأطراف معاً، بشرط أن تكون رئاسة هيئة التحكيم لآخر يتم الاتفاق عليه من جانب الأطراف معاً.

١١- يتم العزل إما باتفاق الأطراف وهو ما يسمى بالعزل الاتفاقي، ويجوز أن يتم العزل الاتفاقي للمحكم بصورة صريحة أو ضمنية، أو بقرار من المحكمة المختصة وهو ما يسمى بالعزل القضائي، إذا تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها، أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير لا مسوغ له في إجراءات التحكيم، ولم يتنح، ولم يتفق طرفا التحكيم على عزله، جاز للمحكمة المختصة عزله بناء على طلب أي من الطرفين.

١٢- لا يجوز عزل المحكم بعد الاتفاق على التحكيم وحتى صدور الحكم، إلا بتراضي الخصمين معاً.



١٣- تُبنى مسألة حكم عزل المحكّم لنفسه بغير رضا الطرفين على حكم عقد التحكيم هل هو عقد جائز أم لازم، فمن قال إنه عقد جائز: اقتضى ذلك أنه يجوز للمحكّم أن يعزل نفسه بغير رضا الخصوم، ومن قال بأنه عقدٌ لازم: فليس للمحكّم عزل نفسه بعد رضاه بالتحكيم، ولو قبل الشروع في التحكيم إلا بموافقة الخصمين، ولهذا القول قوة؛ لأن التحكيم عقدٌ، والأصل في العقود الصحة واللزوم؛ لكن إذا امتنع المحكّم من مباشرة التحكيم، أو الاستمرار فيه كان للخصمين أو أحدهما عزله، ولا أجره عما مضى.

١٤- المحكّم لا يجبر على قبول مهمة التحكيم، غير أن المحكّم قد يتنحى بعد قبوله بالقيام بمهمة التحكيم، وقد يكون هذا التنحي بسبب غير جدي، وقد يكون بسبب جدي، وفي الحالتين يختلف الحكم، فإذا تنحى المحكّم بغير سبب جدي عن القيام بعمله بعد قبوله التحكيم، جاز الحكم عليه بالتعويضات، وإذا حدث سببٌ جدي للمحكّم يمنعه من الاستمرار في أداء مهمة التحكيم؛ فإنه لا يجوز الحكم عليه بالتعويض، غير أنه يشترط لعدم إلزام المحكّم بالتعويض نتيجة التنحي بموجب سبب جدي، أن يكون هذا السبب غير موجود وقت قبوله مهمة التحكيم، أما إذا كان السبب موجوداً وقت قبوله بمهمة التحكيم؛ فإن هذا التنحي لا يحول دون الحكم عليه بالتعويض إذا توافرت شروط الحكم به.

١٥- أحسن قانون التحكيم الإماراتي في معالجته لضمانة حق هيئة التحكيم في تحصيل أتعابهم، حيث نص في مادته (٤٦) على أنه: «يجوز لهيئة التحكيم رفض تسليم حكم التحكيم النهائي للأطراف في حال عدم

تسديد كامل مصاريف التحكيم»، ويجدر بالمنظم السعودي تطبيق ما ذهب إليه القانون الإماراتي في معالجته لهذه المشكلة حفاظاً على حقوق المحكّمين، وصيانة للعملية التحكيمية.

١٦- الرقابة القضائية على هيئة التحكيم، هي: الرقابة التي تمارسها المحاكم المختصة بمقتضى نظام التحكيم، للثبوت من توافر الشروط الفقهية والنظامية المتعينة على هيئة التحكيم، وهذه هي الوسيلة التي عن طريقها يقوم القضاء بالتحقق من مدى توافق العملية التحكيمية في جميع مراحلها مع أحكام الشريعة الإسلامية والنظام.

١٧- اختلف الفقهاء في الشروط الواجب توافرها في المحكّم، والذي يظهر أن القول الراجح، أن يكون المحكّم أهلاً للقضاء، لأنه بمنزلة القاضي في النظر بالقضايا بالدقة والإحاطة المطلوبة، لئلا يتطرق إلى حكمه الفساد، وهو أيضاً بمنزلة في نفاذ حكمه، هذا إذا حُكّم في الأمور التي ترفع إلى القاضي في الأصل، أما إذا حُكّم في الصيد أو في شقاق الزوجين مثلاً، فيجب أن تتوافر في حكم كل نوع منها شروط معينة، تبعاً لذلك النوع الذي يحكم فيه.

١٨- لم يشترط المنظم السعودي أن يكون المحكّم مسلماً، ولكن سكوت المنظم عن هذه المسألة مرهون بعدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، وعليه فإنه يُفهم منه اشتراط أن يكون المحكّم الذي ينظر في المنازعة بين المسلمين مسلماً، وأن تكون الهيئة التحكيمية مكونة من المسلمين هو شرطٌ مهم، وقيل إنه شرط صحة، فإذا تخلف هذا الشرط اعتبر



التحكيم باطلاً؛ لأن اختيار محكمين من غير المسلمين للتحكيم بينهم، أو اختيار قانون يخالف أحكام الشريعة الإسلامية؛ يعد تنازلاً عن الواجب عليهم من تحكيم شرع الله، ولأنه لا يجوز تولية الكافر على المسلم، وقد نقول إن عدم نص النظام الجديد على اشتراط ديانة الإسلام في المحكم كما فعل في النظام القديم عبر لائحته، أضاف شيئاً من المرونة للنظام بحيث يكون من المشروع نظاماً تولية المحكم غير المسلم، أو اللجوء إلى هيئة تحكيم غير مسلمة، إذا كان النزاع بين المسلم وغير المسلم.

١٩- يظهر أخذ المنظم السعودي بالقول الفقهي المجيز أن يكون المحكم امرأة، وبالأخذ بهذا القول لا يعد تحكيم المرأة مخالفاً لأحكام الشريعة، ولا يُتصور أن تكون الذكورة شرطاً واجباً في المحكم نظاماً ثم لا ينص عليه النظام ولا اللائحة كما نص على غيرها من الشروط، ويعرض بذلك أحكام من يولي المرأة التحكيم إلى البطلان، فالنظام جاء ليبين أحكام التحكيم ومن أهم هذه الأحكام بيان ما يبطل به الحكم، وأساس التحكيم هو احترام إرادة الأطراف في اختيار المحكم، عليه فإنه لا يجب وضع قيد على هذه الإرادة؛ لأن ثقتهم قد تتوافر في امرأة، فنطمئن إلى القول بجواز تولية المرأة للتحكيم وفقاً للنظام السعودي، أما القانون الإماراتي فقد نص صراحةً في المادة العاشرة الفقرة الثالثة من قانون التحكيم على أنه: «لا يشترط أن يكون المحكم من جنس محدد، أو جنسية معينة إلا إذا اتفق الأطراف أو نص القانون على خلاف ذلك».

٢٠- أصاب قانون التحكيم الإماراتي بنصه على أنه في حال عدم اتفاق الأطراف على عدد المحكّمين؛ فإن العدد يكون ثلاثة، والأحكام أن توضح لائحة نظام التحكيم السعودي ذلك درءاً للنزاع، وتحقيقاً لأهم ما يميز التحكيم من سرعة الإجراءات ووضوح القواعد المتعلقة به.

٢١- تعيين المحكّمين بعدد شفعي يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً يتعلق بالنظام العام في الأنظمة والقوانين التي لم تنص على وجوب الوتر، وذلك لمخالفة النظام العام، وهو باطلٌ في النظام السعودي والقانون الإماراتي إعمالاً لنص وجوب الوتر، فيبطل به جميع الإجراءات أو القرارات التحكيمية التي تم اتخاذها من المحكّمين، والذي يظهر أن هذا البطلان يقتصر فقط على ما ذكرنا من إجراءات ولا ينسحب على اتفاق التحكيم، بحيث يبقى العقد صحيحاً وعلى المحكمة في هذه الحالة التدخل لتصحيح عدد المحكّمين ليكون فريداً، وأجاز فقهاء الشريعة الإسلامية أن يكون المحكّم واحداً أو اثنين أو أكثر من ذلك.

٢٢- مفهوم النظام العام يعتريه الكثير من الغموض والضبابية، فليس هناك ضوابط لفكرة النظام العام، بل هي فكرة مرنة متطورة، تتغير تبعاً للظروف والأحوال داخل الدولة، وعليه فإن ما يُعد متعارضاً مع النظام العام في دولة ما قد لا يُعد كذلك في دولة أخرى، وما يُعد متعارضاً في وقت ما قد لا يكون معارضاً مع النظام العام في وقتٍ لاحق، فهو من المفاهيم التي تتسم بطابع النسبية، وقد عرّف النظام العام بأنه: الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية والزواج والميراث والنسب والأحكام المتعلقة بنظم الحكم

وقواعد الملكية الفردية وغيرها من القواعد والأسس التي يقوم عليها المجتمع وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية، وهذا التعريف أنسب وأكثر إيضاحاً لمعنى النظام العام المنصوص عليه في نظام التحكيم السعودي من تعريف النظام العام الوارد في لائحة نظام التنفيذ السعودي.

٢٣- التحكيم مع تفويض هيئة التحكيم بالصلح يطلق عليه اختصاراً التحكيم بالصلح، وهو أن يُفوض فيه الخصوم المحكم بإجراء الصلح في النزاع الحاصل بينهم، وفي هذه الحالة تنحصر مهمة المحكم في تقريب وجهات النظر بين الخصوم بناءً على ما يقدم له من وسائل ومستندات؛ فإن تعذر ذلك فإن له أن يصدر الحكم الذي يراه، والأصل في التحكيم أنه تحكيم عادي، ولا ينصرف إلى التحكيم بالصلح؛ أي لا يصح اعتبار المحكم مفوضاً بالصلح إلا إذا اتضحت إرادة الخصوم بذلك وضوحاً تاماً وصريحاً، ويجب أن تفسر إرادتهم في هذا الشأن بالحدز وعدم التوسع.

٢٤- وجوب أن يصدر الحكم بالإجماع في حالة تفويض هيئة التحكيم بالصلح وكانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم، أما في حالة صدور الحكم من هيئة التحكيم في نظام التحكيم العادي إذا كانت مكونة من أكثر من محكم، فقد اشترط النظام صدور الحكم بأغلبية أعضائها، أما في قانون التحكيم الإماراتي فلم ينص على التفريق في كيفية صدور الحكم إذا كان نظام التحكيم عادياً بالقانون أو النظام أو كان تحكيمياً مع التفويض بالصلح.

٢٥- حق تفسير منطوق الحكم يقتصر على أطراف التحكيم، وذلك لعدم نص النظام على أحقية هيئة التحكيم بتفسير منطوق حكمها كما نص النظام على حقها في تصحيح ما قد يقع في حكمها من أخطاء، والأصل أن يصدر حكم التحكيم واضحاً وصريحاً للمحتكمين؛ فإن ظهر لهم خلاف ذلك وثار لديهم شيئاً من اللبس والغموض في فهم منطوق الحكم؛ فإن النظام تكفل لهم بحق طلب تفسير الحكم لزال هذا اللبس والغموض وأن يكون الحكم واضحاً وصريحاً، وهذا من أبرز ضمانات التقاضي التي كفلها النظام.

٢٦- يقصد بالأخطاء المادية التي يجوز تصحيحها عند ورودها في الحكم التحكيمي، الأخطاء الكتابية الشكلية المتعلقة بتحرير الحكم، ولا يشمل تصحيح الأخطاء المادية الطريقة التحليلية الموضوعية التي اتبعها المحكمون بالنسبة لوقائع القضية للوصول إلى قرارهم النهائي في النزاع، فالخطأ الذي يجوز تصحيحه هو الخطأ في التعبير وليس الخطأ في التقدير، فقد تذكر الهيئة في حكمها ألفاظاً تناقض المنطوق، أو تذكر عملة بدلاً من عملة أخرى، أو تجمع أرقاماً جمعاً خاطئاً.

٢٧- لم يحدد نظام التحكيم السعودي ولا لائحته الميعاد الذي يجب أن يتم فيه تقديم طلب التصحيح، فما دام الحكم لم يؤمر بتنفيذه؛ فإنه يجوز طلب تصحيحه، كذلك الحال إذا كان التصحيح من تلقاء نفس هيئة التحكيم، والأجدى تحديد اللائحة أجلاً وميعاداً وذلك أحسن تنظيمًا وأحسم للأمر.

٢٨- اشتراط النظام توافر الأغلبية في إصدار الحكم، وسرية المداولة قبل إصداره، من القواعد الأمرة التي تتعلق بالنظام العام والتي تمثل الضمانات الأساسية للتحكيم، فلا يجوز اتفاق الأطراف على مخالفتها، أما القانون الإماراتي فقد قرر أن للأطراف الحق في الاتفاق على خلاف ذلك، فهذه القواعد في القانون الإماراتي قواعد مكملة يجوز مخالفتها.

٢٩- ما ذهب إليه نظام التحكيم السعودي من اختيار محكم يُرجح الحكم اختياراً قانوني غير مسبوق، واختلف هل يعتبر محكماً وعند ذلك يخالف مبدأ الترتية في عدد المحكمين بحيث يكون عددهم زوجياً، والقول بأن المحكم المرجح لا يُعد عضواً من أعضاء هيئة التحكيم مع حقه في التصويت والاختيار والتسيب؛ أمر مشكل لخلع صفة عضوية التحكيم منه بغير حق. ويختار الباحث أن المحكم المرجح يُعد عضواً من أعضاء هيئة التحكيم، ومخالفة وترية العدد هي استثناء من القاعدة، ويستحسن لو وضحت لائحة النظام مركزه القانوني.

ختاماً:

فإنني أحمد الله تعالى أولاً وآخرًا على ما تفضل عليّ من تيسير لإتمام هذا العمل، وأسأله سبحانه أن يتقبله ويجعله من العمل الصالح، وأن يأجر كاتبه، وقارئه، ومشرف هذا البحث الدكتور/ ناصر بن عبدالله الشلالي الأستاذ المساعد في قسم السياسة الشرعية- المعهد العالي للقضاء، وهو بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء قسم السياسة الشرعية.

ثم هذا جهد المقل، فما كان من صواب فمن الله وما كان من خطأ فمن
نفسه والشيطان، وأستغفر الله الذي لا إله إلا هو الحي القيوم وأتوب إليه.
سبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين والحمد لله
رب العالمين، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

فهرس الموضوعات



٥	مقدمة الجمعية
٧	المقدمة
١١	أولاً - أهمية الموضوع:
١٢	ثانياً - مشكلة الدراسة:
١٣	أهداف البحث:
١٣	أسباب اختيار الموضوع:
١٤	الدراسات السابقة:
٢٣	منهج البحث:
٢٧	التمهيد
	المبحث الأول:
٢٩	التعريف بالضمانات
٣٠	المطلب الأول: التعريف بالضمانات في اللغة
٣١	المطلب الثاني: التعريف بالضمانات في الفقه
٣٢	المطلب الثالث: التعريف بالضمانات في النظام (القانون)
٣٥	المبحث الثاني: التعريف بالتحكيم
٣٦	المطلب الأول: التعريف بالتحكيم في اللغة
٣٨	المطلب الثاني: التعريف بالتحكيم في الفقه
٣٩	المطلب الثالث: التعريف بالتحكيم في النظام
٤١	المبحث الثالث: التفريق بين التحكيم وما يشابهه
٤٢	المطلب الأول: التفريق بين التحكيم والقضاء

المطلب الثاني: التفريق بين التحكيم والصلح	٤٧
<hr/>	
الفصل الأول: ضمانات خصومة التحكيم في مواجهة المحكم	٥٩
<hr/>	
المبحث الأول: الضمانات العامة	٦١
المطلب الأول: احترام حق الدفاع ومبدأ المواجهة	٦٢
المطلب الثاني: المساواة بين أطراف الدعوى	٧٣
المطلب الثالث: مبدأ حياد المحكم واستقلاله	٧٧
المطلب الرابع: تسبيب الأحكام	٨٥
المبحث الثاني: الضمانات الخاصة	٨٩
المطلب الأول: رد المحكم	٩٠
المطلب الثاني: عزل المحكم	٩٨
المطلب الثالث: تنحي المحكم	١١١
المطلب الرابع: أتعاب المحكم	١١٧
المبحث الثالث: رقابة القضاء على المحكمين	١٢٧
تمهيد	١٢٨
المطلب الأول: تعريف الرقابة القضائية في اللغة والفقه والنظام ...	١٣٠
المطلب الثاني: الرقابة القضائية على هيئة التحكيم	١٣٢
المطلب الثالث: مقارنة الرقابة القضائية على المحكمين بالرقابة القضائية على القضاة	١٤٠
<hr/>	
الفصل الثاني: الضمانات المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم	١٤٣
<hr/>	
المبحث الأول: شروط ومؤهلات المحكم	١٤٥
المطلب الأول: شروط ومؤهلات المحكم في الفقه الإسلامي	١٤٦
المطلب الثاني: شروط ومؤهلات المحكم في النظام والقانون	١٤٩

المطلب الثالث: مقارنة بين شروط المحكم في الفقه الإسلامي والنظام	١٦٣
المبحث الثاني: كيفية تعيين هيئة التحكيم	١٦٥
المطلب الأول: إجراءات تعيين المحكم	١٦٦
المطلب الثاني: عدد المحكمين	١٧٢
المطلب الثالث: الاعتراض على صحة تعيين المحكم	١٧٦
المبحث الثالث: ضمانات الفصل في الدعوى التحكيمية	١٧٩
المطلب الأول: عدم مخالفة الشريعة والنظام العام في المملكة العربية السعودية	١٨٠
أولاً: عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية:	١٨٠
ثانياً: مخالفة النظام العام:	١٨١
المطلب الثاني: الصلح في الدعوى التحكيمية	١٨٧
المطلب الثالث: تفسير ما يقع في حكم التحكيم من غموض	١٩١
المطلب الرابع: تصحيح حكم التحكيم	١٩٥
المطلب الخامس: صدور حكم التحكيم من الهيئة المشككلة من أكثر من محكم	١٩٩
المطلب السادس: ميعاد صدور الحكم	٢٠٨
الخاتمة	٢١٤