جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون بأسيوط
المجـــلة العلميـــة

القابلية للتحكيم
دراسة مقارنة بين نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية

رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير

إعداد
الباحثة / رهام فؤاد عبد العزيز عواد
قسم الأنظمة – كلية الدراسات القضائية والأنظمة –
ـ جامعة أم القرى – المملكة العربية السعودية
إشراف
الدكتور/ نايف بن سلطان الشريف

(العدد الخامس والثلاثون الإصدار الثالث يوليو ٢٠٢٣م الجزء الأول)

القابلية للتحكيم دراسة مقارنة بين نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية

رهام فؤاد عبد العزيز عواد.
قسم الأنظمة، كلية الدراسات القضائية والأنظمة، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية.
البريد الإلكتروني: reham_awwad@hotmail.co.uk

ملخص البحث:
تناولت الدراسة القابلية للتحكيم في نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٤/م المؤرخ ١٤٣٣/٥/٢٤، الموافق ١٦ أبريل ٢٠١٢، واتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام ١٩٥٨م، وذلك من خلال دراسة مفهوم التحكيم وأنواعه ومزاياه ومشروعيته، ومفهوم القابلية للتحكيم وشروطها، ومدى القابلية الشخصية والموضوعية للتحكيم، وقد اعتمدت هذه الدراسة على المنهج التحليلي والمنهج المقارن بين نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م، كما اعتمدت الدراسة على العديد من الكتب والدوريات ذات الصِّلة بفقه التحكيم التجاري الدولي، وقد خرجت الدراسة بعدد من النتائج والتوصيات من أهمها؛ وجود أوجه تشابه كبيرة بين نصوص نظام التحكيم السعودي ونصوص الاتفاقية بخصوص الأحكام المتعلقة بالقابلية للتحكيم كما اتضح وجود اختلافات في بعض المسائل أوضحناها في الخاتمة، تعديل المادة الثانية من نظام التحكيم السعودي، والنص صراحة على عدم جواز تسوية المسائل المتعلقة بالنظام العام عن طريق التحكيم، نقترح على واضعي اتفاقية نيويورك تحديد قواعد اسناد موضوعية محددة تلتزم بها جميع الدول الموقعة على الاتفاقية.

الكلمات المفتاحية: القابلية – نظام – التحكيم – السعودي – اتفاقية – نيويورك.

Arbitrability: A comparative Study between the Saudi Arbitration System and the New York Convention of 1958 relating to the Enforcement of Foreign Arbitral Awards

Reham Fouad Abdul Aziz Awwad,
Regulations Department, College of Judicial Studies and Regulations, Umm Al-Qura University, KSA.
Email: reham_awwad@hotmail.co.uk

Abstract:

The present study deals with arbitrability in the Saudi arbitration system issued by Royal Decree No. 34/M dated 24/5/1433 (April 16, 2012) and the 1958 New York Convention relating to the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. The study deals with the concept of arbitration, its types, advantages and legitimacy, the concept of arbitrability and its conditions, and the extent of personal and objective susceptibility to arbitration. This study has employed an analytical comparative approach and consulted many books and periodicals related to the jurisprudence of international commercial arbitration. The study has come out with a number of results and recommendations, the most important of which are: the significant similarities between the provisions of the Saudi arbitration system and the

provisions of the Convention regarding provisions related to arbitration; the differences regarding some issues explained in the conclusion; amending Article Two of the Saudi Arbitration Law, and explicitly stipulating that issues related to public order may not be settled through arbitration. The study recommends that the New York Convention define specific substantive attribution rules by which all signatory countries should be bound.

***Key Words*: Arbitrability - System - Arbitration - Saudi - Convention - New York.**

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على سيد الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن اتبع هداهم إلى يوم الدين.

كل منا يعلم بأن الإنسان كفرد لا يستطيع العيش إلا في مجتمع ولا يخفى على كائن من كان أن عيشه في مجتمع يدخله في معاملات (تصرفات قانونية) وهذه التصرفات ينتج عنها حقوق والتزامات وهذه الالتزامات نفسها هي حقوق للغير، لذا كان لابد من وجود جهة يلجأ إليها لحماية هذه الحقوق أو استردادها حين ضياعها وهو ما يسمى بالدعوى وقد ورد في تعريف الدعوى نظاماً بأنها (سلطة الالتجاء الى القضاء للحصول على تقرير حق أو لحمايته)[١]

وإن كان هذا التعريف ورد خاصاً بالدعوى إلا أنه وبلا شك يبين مهام القضاء واختصاصه إذ أنه من أعظم مهامه هو حماية الحق إن لم يكن كلها، ولكن ظهر بجانب القضاء المعني بحماية الحق قضاء خاص موازٍ له،وأعني بكلمة خاص أي:أن الخصوم هم الذين يختارون قضاتهم للفصل في موضوع النزاع، وهو ما يسمى بالتحكيم وله نفس الولاية القضائية من حيث الحفاظ على الحقوق وحمايتها وسريتها وتنفيذ الأحكام النهائية الصادرة عنه، وإن كان لا يحق له الفصل في كل النزاعات مثل القضاء، إلا أنه مع ذلك أصبح من أهم الظواهر القانونية

(١) أبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف للنشر، الاسكندرية،١٩٩٠، ص١١٢.

المعاصرة، وغدت ظاهرة اتساع اللجوء إليه في الوقت الحاضر من الموضوعات الهامة التي تشغل مكاناً بارزاً في الفكر القانوني والاقتصادي، وعلى مستوى معظم الدول على اختلاف نظمها واختلاف أوضاعها الاقتصادية والسياسية، وكذلك على المستوى الإقليمي والعالمي وأصبح الكثير من دول العالم يهتم بموضوع التحكيم، وتوليه عنايتها بالقضاء لما له أثر إيجابي كونه يخفف كثيراً من أعباء الدولة في تعيين القضاة والسرعة في إنجاز القضايا التي تُحال أو يبُت فيها عن طريقه، وهو ما أدى لاتساع نطاقه ليشمل مجموعة كبيرة من مجالات الحياة الاقتصادية.

مما سبق ندرك أن التحكيم ليس حلاً ودياً ولا قضائياً ولكنه أشبه بالأخير، من ناحية كونه لجوء أطراف متنازعة إلى جهة تحمي حقوقهم أو تستردها بالفصل فيها فصلاً قضائياً ، وإن كان يختلف من ناحية أن أطراف النزاع هم الذين يختارون قضاتهم للفصل في نزاعهم وفق ما يرونه من قوانين ومع ذلك فهو موازٍ لقضاء الدولة ، وهو ما أقرته التشريعات الدولية والوطنية المنظمة للتحكيم تدعيماً لفاعليته، وتحقيقاً لغاية الأطراف الذين لجأوا إليه كوسيلة مميزة لفض المنازعات تحقق السرعة والسرية، والسؤال الذي يستوجب أن نجيب عليه قبل الخوض في أي تفاصيل هو: هل كل نزاع يقبل الفصل فيه عن طريق التحكيم؟.

إن الإجابة على هذا السؤال هي موضوع الدراسة وفكرة البحث، وهو ما يسمى بمدى قابلية الموضوع محل النزاع للفصل فيه عن طريق التحكيم، وهو ما يبين أن الاتفاق على طرح النزاع أو إحالته للتحكيم ليس مطلقاً من حيث الموضوع.

إذاً القابلية للتحكيم هو مفهوم يستعمل للدلالة على بيان أن هناك طائفة من المنازعات يمكن أن تُحسم عن طريق التحكيم، وذلك لتمييزها بطابع معين عن تلك

المنازعات التي يعود فيها الاختصاص لمحاكم الدولة وحدها، وتكون هي صاحبة الولاية (الاختصاص النوعي) ولو تم الاتفاق على إحالتها للتحكيم وهو ما يجعل تحديد الموضوعات القابلة للتحكيم من غيرها من المسائل الهامة في مجال التحكيم قبل الفصل في أي نزاع.

وهنا يتبادر للذهن سؤال آخر هو من له حق تحديد هذه المنازعات هل هي الجهة القضائية أم النظام (القانون)؟ والسؤال بصيغة أخرى هل يحق للجهات القضائية الوطنية إبطال شرط التحكيم بسبب عدم جواز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم لأسباب تتعلق بالنظام العام، أو أي أسباب أخرى دون أن يكون ذلك منصوصًا عليه نظاماً؟

قبل الإجابة على ما سبق طرحه من أسئلة ، أذكر أن موضوع القابلية للتحكيم هو من المواضيع التي لا تنحصر في قوانين أو نظام دولة دون أخرى بل اهتمت بدراسته ومناقشته نخبة غير قليلة من الدول والمنظمات ذات العلاقة ، وعلى مستوى الاتفاقيات الدولية شأنه في ذلك شأن الصحة وحرية الإبحار للسفن التجارية والملاحة الجوية للطيران المدني وأسرى الحروب وخلافه ، ويتجلى ذلك في اتفاقية نيويورك خلال مؤتمر الأمم المتحدة لعام ١٩٥٨ ، للتوفيق بين مواقف مختلف الدول في هذا الخصوص ، من أجل الوصول إلى حلول متناسقة تقلص من تدخل الجهات القضائية الوطنية أو الأنظمة لإبطال اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم بسبب عدم جواز تسوية النزاع عن طريق التحكيم.

بناءً على ما سبق: فإنني أتناول موضوع القابلية للتحكيم في كل من النظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ومن خلاله سأجيب على ما سبق من أسئلة خلال استعراض موضوعات

البحث.

أهمية الدراسة :

لا يكاد يطلع أحد على عقد من العقود المحلية أو الدولية وفي كافة المجالات تقريباً كما هو الحال في عقود الوكالات التجارية أو التوزيع أو عقود الاستثمار أو عقود البترول والعقود الهندسية وخلافها إلا ووجد شرط التحكيم حاضراً بين بنود العقد، مما يؤكد انتشار ظاهرة اللجوء إلى التحكيم والإقبال عليه بصورة مذهلة لما فيه من مميزات، وهو ما يستلزم الإلمام بما يقبل الخضوع للتحكيم وبما لا يقبله، لذلك جاءت دراستي موضحة للقابلية للتحكيم في ضوء نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨م.

حيث تساهم في اطلاع الأطراف قبل وضع شرط التحكيم أو الاتفاق على التحكيم في معرفة قابلية الموضوع للتحكيم من عدمه، وذلك للحد من إبطال شرط أو اتفاق التحكيم كسباً للوقت كما تحد من تدخل الجهات القضائية، كذلك التوضيح للقانونين من المحكمين والمحامين للنظر في القابلية للتحكيم قبل البت في الدعوى المقامة أمامهم أو صياغة العقد الذي يتضمن شرطاً للتحكيم، كما أطمح أن تساهم دراستي في اثراء المعرفة القانونية.

أهداف الدراسة

الهدف من هذه الدراسة بشكل رئيس هو المساهمة في تحديد أُطر ومعالم واضحة للموضوعات التي لها قابلية للتحكيم ومعرفتها قبل إدراجها في شرط التحكيم، أي أن تكون معلومة ومحددة للأطراف المتعاقدة والبحث في إمكانية توضيحها في نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م، المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

بل أهدف من وراء هذه الدراسة أن تكون هذه الأطر معينة أو معروفة المعالم

ليس لمن بداخل المملكة فقط، بل للغير من مختلف دول العالم، لأن ما يسمى باتفاقية منظمة التجارة العالمية تستوجب أن تكون الأنظمة المرتبطة بالعلاقات التجارية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، معلومة ومعروفة على نطاق واسع، ويقتضي ذلك بالضرورة معرفة وبيان مفهوم القابلية التحكيم والمسائل التي لا تقبل التحكيم والقابلية الشخصية للتحكيم والقابلية الموضوعية للتحكيم.

حدود ونطاق الدراسة

حدود الدراسة من الناحية الموضوعية: تبحث الدراسة في القابلية للتحكيم من حيث الموضوعات التي تقبل الخضوع للتحكيم من عدمه كذلك قابلية أطراف التحكيم للخضوع له.

حدود الدراسة من الناحية المكانية: تنحصر هذه الدراسة في بيان القابلية للتحكيم وفقاً لنظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٤ بتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤هـ، واتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الموقعة في نيويورك بتاريخ ١٠ يونيو ١٩٥٨ والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ ٨ يونيو ١٩٥٩.

صعوبات الدراسة

تتلخص صعوبة البحث في أمرين هامين،

أولهما: في قلة المراجع ، فعلى الرغم من أن البحوث والدراسات التي تناولت موضوع التحكيم لا حصر لها، إلا أن من تعرض للقابلية للتحكيم كان لا يذكر إن لم يكن معدوماً .

ثانيهما: قلة الأحكام الصادرة في مجال القابلية للتحكيم، فقلَّ ما نجد حكمًا قد صدر بعدم قبول شرط أو اتفاقية التحكيم بسبب عدم قابلية الموضوع للتحكيم.

تساؤلات الدراسة

السؤال الجوهري الذي أطرحه من خلال هذا البحث وأحاول الإجابة عليه هو " ما مدى القابلية للتحكيم ؟؟ " ويتفرع عن هذا السؤال الأسئلة التالية:

١ــ ما مفهوم القابلية للتحكيم؟

٢ــ مدى أهلية الشخص سواء الطبيعي أو المعنوي للاتفاق على التحكيم؟

٣ــ ماهي المسائل التي لا تقبل التحكيم؟

٤ــ ما هي القابلية الشخصية للتحكيم؟

٥ــ ما هي القابلية الموضوعية للتحكيم؟

منهج الدراسة :

تعتمد الدراسة على كل من المنهج التحليلي، وهو المنهج الذي يبدأ من الحقائق الكلية لينتهي إلى الحقائق الجزئية [١] والمنهج المقارن الأفقي وهو معالجة الموضوع في نظامين قانونين مختلفين، وقد فرضت على الدراسة المنهجين إذ يلزم لبيان مدى القابلية للتحكيم تحليل نصوص نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والمقارنة الافقية بين كل منها.

الدراسات السابقة

١ــ بطلان اتفاق التحكيم، دراسة مقارنة بين نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م المتعلقة بالاعتراف بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الرسالة من إعداد / أميرة عبد الله باوزير، وهي مقدمة استكمال لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في جامعة الملك عبد العزيز ، عام ٢٠١٥.

(١) المصري، صباح، أساسيات البحث القانوني، بدون ناشر، جدة، ٢٠١٤، ص ٩٥

٢ــ تتشابه هذه الدراسة مع دراستي الحالية في أنها تناولت موضوع القابلية للتحكيم في النظام السعودي واتفاقية نيويورك بشكل مختصر، أما في الدراسة الحالية فسيتم تناولها بشكل موسع.

ضوابط عدم قابلية الحكم للتنفيذ :

أطروحة دكتوراه من إعداد /عبد السلام بن صر، كلية الحقوق جامعة الجزائر عام ٢٠١٢م.

تناولت الرسالة عدم قابلية المنازعات للتحكيم بشكل مبسط وحصرتها في القابلية الموضوعية بينما في الدراسة الحالية سيتم التوسع ودراسة القابلية الشخصية للتحكيم.

خطة الدراسة

الفصل التمهيدي: مفهوم التحكيم .

المبحث الأول: ماهية التحكيم وأنواعه ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول: تعريف التحكيم

المطلب الثاني: أنواع التحكيم

المبحث الثاني: مشروعية التحكيم ومزاياه ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول: مشروعية التحكيم .

المطلب الثاني: مزايا التحكيم.

الفصل الأول: مفهوم القابلية للتحكيم ، وفبه مبحثان :

المبحث الأول: ماهية القابلية للتحكيم ومدى القابلية للتحكيم في الشريعة الإسلامية وفيه مطلبان :

المطلب الأول: تعريف القابلية للتحكيم .

المطلب الثاني: مدى القابلية للتحكيم في الشريعة السلامية.

المبحث الثاني: المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول: المسائل التي لا تقبل الصلح

المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بالنظام العام

الفصل الثاني: القابلية للتحكيم في نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك ، وفيه مبحثان :

المبحث الأول: القابلية الشخصية للتحكيم ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول: مدى أهلية الشخص الطبيعي للتحكيم في نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك.

المطلب الثاني: مدى أهلية الشخص المعنوي للتحكيم في نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك

المبحث الثاني: مدى القابلية الموضوعية للتحكيم ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول: النزاعات القابلة للتحكيم في نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك

المطلب الثاني: النزاعات الغير قابلة للتحكيم في نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك.

الخاتمة

الفصل التمهيدي
مفهوم التحكيم

تمهيد وتقسيم:

الحديث عن القابلية أو بالأحرى عن تحديد النزاعات ذات القابلية للتحكيم، أي: التي يجوز أن يفصل فيها عن طريق التحكيم يجب أن يبدأ بمعرفة التحكيم لغة واصطلاحاً، وكذلك بمفهوم التحكيم أي ماهيته وأنواعه، وبما أن الغرض المنشود من هذا البحث ليس هو الحديث عن تعريف التحكيم أو عن ماهية التحكيم فإنني أختصر الكلام فيهما بالقدر اللازم لما يتطلبه البحث في مبحثين أساسين هما:

المبحث الأول: ماهية التحكيم وأنواعه

المبحث الثاني: مشروعية التحكيم ومزاياه

المبحث الأول

ماهية التحكيم وأنواعه

تمهيد وتقسيم:

يتطلب الحديث عن ماهية التحكيم أن نعرف معنى الماهية بشكل عام ومن ثم معرفة ماهية التحكيم، بالنسبة لمعنى ماهية الشيء كما ورد في قاموس المعجم والوسيط هي كنهه وحقيقته وطبيعته وصفاته الجوهرية، وأقصد بماهية التحكيم تعريفه لغة واصطلاحا وأنواعه، لذا فإنني أتناول ذلك في مطلبين كما يلي:

المطلب الأول: تعريف التحكيم

المطلب الثاني: أنواع التحكيم

المطلب الأول

تعريف التحكيم

نتناول في هذا المطلب تعريف التحكيم لغة واصطلاحًا على النحو التالي:

الفرع الأول

التحكيم لغة

التحكيم في اللغة يعني التفويض، يقال حاكمه إلى الحاكم، وحكَّمت الرجل بمعنى فوضت إليه.[١]

والتحكيم مصدر يحكم -بتشديد الكاف- أي جعله حكماً، والحكم بضم الحاء

(١) الرازي، زين الدين محمد أبي بكر، مختار الصحاح، دار البصائر، ص١٤٨

وسكون الكاف، هو القضاء ، وجاء بمعنى العلم والفقه والقضاء بالعدل.

التحكيم مصدر "حكم بتشديد الكاف مع الفتح، حكمتُ فلاناً في مالي تحكيماً أي فوضت إليه الحكم[١]، والتحكيم مصدر معناه تفويض الأمر إلى الغير[٢] .

وقال الأصمعي: أن أصل الحكومة هو رد الرجل عن الظلم.

ومن معاني التحكيم ومشتقاته: الدعوة إلى الفصل في الخصومة، تقول حاكمته إلى الحاكم، أي دعوته إلى حكمه، وحاكمته إلى الله سبحانه وتعالى دعوته إلى حكمه سبحانه[٣]، ومنه قوله تعالى: (أَن يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَن يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا)[٤]، ومنه قوله صلى الله عليه سلم: (وإليك حاكمت)[٥] أي رفعت أمري وخصومتي إليك، فلا حكم إلا إليك.

الفرع الثاني

التحكيم اصطلاحا

عرف الفقهاء التحكيم بأنه: "تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما".[٦]

كذلك عرف التحكيم بأنه: "قيام فرد طبيعي أو أكثر يتم اختياره من قبل أطراف الخصومة للفصل في الخصومة القائمة بينهم بدلاً عن القاضي

---

(١) ابن منظور، محمد بن محمد بن المكرم، لسان العرب، المؤسسة المصرية للتأليف والنشر، القاهرة-مصر، ص٩٥٠

(٢) السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار الفكر موزعون وناشرون، الأردن، ، ط١، ٢٠٠٧، ص٨

(٣) نفس المرجع السابق، ص٨

(٤) سورة النساء: آية (٦٠)

(٥) البخاري: صحيح البخاري، ٦١/٢

(٦) ابن عابدين ــ الدر المختار- حاشية الدر المختار، ج٥ ص ٤٢٨

النظامـــي".[١]

وعرف أهل القانون التحكيم بأنه: "الاتفاق على إحالة ما ينشأ بين الأفراد مـــن النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين، أو على إحالة أي نزاع نشأ بينهم بالفعل، على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين، ليفصلوا في النزاع بدلاً من أن يفصـــل فيه القضاء المختص".

كما عرف التحكيم بأنه: "الطريقة التي تختارها الأطراف لفض المنازعات التـــي تنشأ عن العقد، عن طريق طرح النزاع والبث فيه أمام شخص أو أكثـــر يطلـــق عليها اسم "المحكم أو المحكمين" دون اللجوء إلى القضاء"[٢].

وعرف المنظم السعودي اتفاق التحكيم في المادة الأولى مـــن نظـــام التحكـــيم السعودي، على أنه: "اتفاق بين طرفيين أو أكثر على أن يحيلا إلي التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما فـــي علاقـــة نظاميـــة محددة، تعاقدية كانت أم غير تعاقدية، سواء أكان اتفاق التحكيم في صورة شـــرط تحكيم وارد في عقد، ام في صورة مشارطة تحكيم مستقلة"[٣].

اما اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ فقد نصت في المادة الثانية الفقـــرة الثانيـــة على "أن يكون اتفاق التحكيم مقصوداً به شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم، الموقع عليه من الأطراف أو الاتفـــاق الـــذي تضـــمنته الخطابـــات المتبادلـــة أو البرقيات"[٤] .

---

(١) انظر، غادة انس كيلاني، انس كيلاني، هاني القرشي، الكامل فـــي التحكـــيم، دار الأنـــور للطباعة، دمشق،٢٠٠٧،ص١١

(٢) سامي، مرجع سابق، ص١٣

(٣) المادة الأولى من نظام التحكيم السعودي.

(٤) مادة (٢/٢) من اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة ١٩٥٨.

فالتحكيم نظام يوجد في العديد من قوانين وتشريعات الدول الداخلية(١)،وغيرها من المواثيق الدولية من معاهدات وقرارات صادرة عن منظمات دولية. كذلك في أنظمة ولوائح هيئة التحكيم الموجودة في أنحاء العالم(٢).

وترى الباحثة، أنه وبالرغم من اختلاف التعاريف المذكورة أعلاه، إلا أن جميعها اتفقت على وجود عنصر اتجاه إرادة الأطراف في اختيار إحالة النزاع للتسوية عن طريق التحكيم، وأرى أن المنظم السعوي وضع تعريف أشمل وأوضح من تعريف اتفاقية نيويورك التي اكتفت في تعريفها بوجود شرط التحكيم في الاتفاق، بعكس المنظم السعودي الذي شمل تعريفه عناصر متكاملة من اتجاه إرادة الأطراف للجوء إلى التحكيم ووجود علاقة قانونية نظامية محددة، سواء كان في صورة شرط الحكم وراد في عقد أم في صورة مشارطة تحكيم .

---

(١) ورد تعريف التحكيم في العديد من التشريعات المختلفة فنجد ان المشرع الفرنسي عرفه بأنه: "هو إجراء خاص لتسوية بعض الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيها بمقتضى اتفاق التحكيم"، كذلك عرفت المحكمة الدستورية المصرية العليا التحكيم بأنه: "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار، يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نابياً عن شبهة الممالاة، مجرداً من التحامل، وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"

(٢) ابراهيم، ابراهيم أحمد، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٤، ٢٠٠٥، ص٤٠

المطلب الثاني

أنواع التحكيم

أتناول في هذا المطلب دراسة لأنواع التحكيم في الفروع التالية:

الفرع الأول

التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري

أولاً: التحكيم الاختياري :

نكون بصدد تحكيم اختياري في حالة إذا اتفق أطراف النزاع على حل النزاع الناشئ بينهما أو نزاع سينشأ مستقبلاً بينهما بواسطة هيئة تحكيم والتي تفصل في النزاع بحكم إلزامي ونافذ في مواجهة الأطراف[١] وبالتالي فإن العبرة في التحكيم الاختياري هي إرادة الأطراف[٢].

يعد هذا النوع من أنواع التحكيم طريق استثنائي لحل النزاعات الناشئة بين الأطراف بالخروج عن طرق التقاضي المعتادة أمام المحاكم وسلبها الاختصاص، وتقتصر هيئة التحكيم بنظر النزاع الذي تنصرف إليه إرادة المحتكمين.[٣]

فالتحكيم الاختياري يعد الطريق البديل للقضاء فلا يجتمعان، حيث إن فحواه عزل المحاكم جميعها عن نظر المسائل محل التحكيم، استثناء من أصل خضوعها لولايتها، ورغم أن أساس التحكيم الاختياري هو الإرادة الحرة للطرفين، إلا أن

---

(١) أبو أحمد، علاء محي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون طبعة، ٢٠١٢، ص٤٨

(٢) والي، فتحي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية والدولية علمًا وعملاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة أولى، ٢٠١٤، ص٤١

(٣) عبد الصادق، أحمد محمد، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، دار القانون للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة السابعة،٢٠١٦، ص١٢

الواقع العملي يشهد أحياناً تحكيماُ اختيارياً يضطر أحد الطرفين إلى قبوله.[١]

وتطبيقاً على ما سبق فإننا نستعرض الحكم رقم(٣٤٤٣٨٢) بتاريخ ١٤٢٤/٠٢/٢٣هـ، الصادر في الدعوى رقم (٢.٣٢٢٢٨٧٤٦) .

ملخص الوقائع :

أدعى وكيل جامعة أهلية ضد شركة مقاولات أجنبية، بأنه تم التعاقد بين موكله والشركة المدعى عليها على إنشاء وتنفيذ الجامعة على مرحلتين، بين كل مرحلة وقيمتها ووقت استلامها، ذكر المدعي وكالة أن الشركة المدعى عليها فشلت في تنفيذ الأعمال في المواعيد المحددة بالعقد وذكر أن المدعى عليها استلمت من قيمة المرحلة الأولى ما نسبته ٨٨% وأن نسبة الأعمال المنفذة ٨٠% واستلمت من قيمة المرحلة الثانية ما نسبته ٥٦%، وأن نسبة الأعمال المنفذة لم تتجاوز ال٤٧% ، وطلب المدعي وكالة إلزام الشركة المدعى عليها بدفع كافة المبالغ اللازمة لاستكمال أعمال المشروع، بالإضافة إلى أتعاب استشاري المشروع، فضلاً عن الخسائر التي لحقت بالمدعي نتيجة فوات المنفعة من عدم استغلال المباني، بالإضافة إلى قيمة الضمانات التي تم تسليمها، إجمالي المبلغ المدعى به (٦٩,٦٠٠,٤١٩ ريال)، دفع المدعى وكالة بعدم اختصاص المحكمة الولائي؛ لأن من شروط العقد عند الاختلاف اللجوء إلى التحكيم بعد تعذر الصلح، أجاب المدعي وكالة عن هذا الدفع وأصر المدعى عليه وكالة بتمسكه بحقه في التحكيم؛ بناء على المادتين (١١، ٢٥) من نظام التحكيم.

---

(١) والي، مرجع سابق، ص٤١

(٢) مجموعة الأحكام القضائية، لعام ١٤٣٤هـ، مجلد ٢٨، ص١٠٠

الحيثيات :

بناء على ما سبق من الدعوى والإجابة و بعد تأمل ما ذكره الطرفان وحيث أنه تربطهما علاقة تعاقدية بموجب العقد المرفق وجاء في المادة (١٤/٩) من الشروط العامة للعقد أنه تتم محاولة حل الخلاف بطريق التسوية والصلح قبل اللجوء إلى التحكيم ونصت المادة (١٥/٩) على التحكيم وجاء في الفقرة (أ) من هذه المادة: (يتم التحكيم في الدعاوى والخلافات والمسائل الأخرى التي تنشأ بين الأطراف فيما يتعلق بالاتفاقية أو أي إخلال بها وبعد الاستياء لحلول الوساطة المشار إليها، يتم حلها عن طريق التحكيم تحت قواعد محكمة النزاعات الدولية التابعة لغرف التجارة الدولية. إلخ) ، وقد فصلت طريقة التحكيم في أربع فقرات، واستناداً للمادة (١١) من نظام التحكيم الصادر عام ١٤٣٣هـ التي تنص على أنه "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد في شأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم جواز نظر الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى، وحيث نصت المادة (٢٥) من نظام التحكيم أن: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم ، بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو هيئة أو مركز تحكيم في المملكة أو خارجها، بشرط عدم مخالفتها أحكام الشريعة الاسلامية .

منطوق الحكم :

لذلك كله فقد صرفت النظر عن هذه القضية لعدم الاختصاص، وبذلك حكمت وأفهمت المدعي وكالة بأن لموكله تطبيق المادة (١٥/٩) المتعلقة بالتحكيم والتي فصلت الإجراءات المتبعة في ذلك، وبعرض ذلك على المدعي وكالة قرر عدم القناعة وطلب محكمة الاستئناف واستعد بتقديم اللائحة الاعتراضية.

تم تصديق الحكم من محكمة الاستئناف بموجب القرار رقم (٣٤٣٦٨٧٣٦) وتاريخ ١٤٣٤/١١/٢٤هـ.

ونرى في القضية أعلاه، أن وجود شرط التحكيم في العقد المبرم بين الطرفين حصر الاختصاص لنظر النزاع فقط لهيئة التحكيم وسلب الاختصاص من المحاكم ذات الاختصاص، وذلك بناء على المادتين (١١) و (٢٥) من نظام التحكيم السعودي.

وبذلك يتأكد لنا ما تم ذكره أعلاه، حيث إن الطرفين اتجهت إرادتهما إلى وضع شرط التحكيم في العقد المبرم بينهم (تحكيم اختياري)، بالتالي أصبح إلزاماً عليهم اللجوء إلى التحكيم وتسوية النزاع عن طريق التحكيم، وأصبح محظوراً عليهم اللجوء للقضاء بموجب شرط التحكيم.

وينبغي القول بأنه أثناء ممارستنا لمهنة المحاماة فإننا نتعرض لوقائع مشابهة للقضية المذكورة أعلاه بشكل متكرر، حيث إن أحد أطراف النزاع وبالرغم من وجود شرط التحكيم في العقد أو الاتفاق، يقوم بتقديم دعواه أمام أحد المحاكم المختصة بالموضوع، مما يعد إهداراً للوقت وزيادة عبء على كاهل القضاء حيث سيقوم السيد ناظر القضية بإصدار حكمه بصرف النظر عن دعوى المدعي لعدم الاختصاص لوجود شرط التحكيم، وكما سبق الذكر فإن شرط التحكيم يسلب الاختصاص من الجهات المختصة.

ثانياً: التحكيم الإجباري

ترتبط بعض الأطراف بعلاقات وروابط قانونية معينة توجب عليهم الالتجاء جبراً إلى التحكيم فنكون في هذه الحالة بصدد تحكيم إجباري[1]، وهذا النوع يطلق

(١) والي، مرجع السابق، ص٤١

عليه في بعض الدول "التحكيم الإجباري"[١]، وفي بعض الدول الأخرى يسمى التحكيم القضائي أو التحكيم الإلزامي[٢].

يفرض هذا النوع من التحكيم قسراً على الأطراف بموجب نصوص آمرة بالنسبة لمنازعات محددة مراعاة لظروفها الخاصة، إلا فيما يناسب طبيعته الخاصة فيما لم يرد بشأنه نص خاص[٣]، ويستوجب على الأطراف سلوك هذا الطريق ولا دخل لإرادتهم في ذلك[٤] بعكس التحكيم الاختياري التي تعد إرادة الأطراف أساسه[٥].

وعلى الصعيد الدولي، فالتحكيم الإجباري متمثل في بعض الاتفاقيات الدولية أو بعض المجالات، كما هو الشأن في الشروط التي وضعها مجلس المعونة الاقتصادية المتبادلة (الكوميكون) في عام ١٩٦٨م، وهي التي تحكم بيوع البضائع

---

(١) ساد التحكيم الإلزامي في الاتحاد السوفيتي في إطار المشروعات العامة، إذ لا يوجد في هذا التحكيم خصومة حقيقية تمثل مصالح متعارضة ولكنها اختلاف وجهات نظر تابعة لأصل واحد هو الدولة، وهدفها هو مصلحة الشعب.

(٢) عبد الصادق، مرجع سابق، ص١٤

(٣) نفس المرجع سابق، ص ١٤

(٤) ساري، جورجي شفيق، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص٧٠

(٥) ومثالاً على ذلك القانون المصري رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ بإصدار قانون هيئات القطاع العام وشركاته فقد نصت المادة (٥٦) على: "تختص هيئات التحكيم المنصوص عليها في هذا القانون دون غيرها بنظر المنازعات التي تنشأ بين شركات القطاع العام، بعضها وبعض أو بين شركة قطاع عام ممن ناحية وبين جهة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو مؤسسة عامة من ناحية أخرى".

بين منظمات التجارة الخارجية في بلدان الكوميكون[١]، كذلك اتفاقية برن المبرمة سنة ١٩٦١، الخاصة بنقل البضائع بالسكك الحديدية، وقد أسندت الاتفاقية إلى محكمة التحكيم سلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بالنقل بالسكك الحديدية بين رعايا الدول المتعاقدة وغير المتعاقدة، وذلك بشكل إلزامي[٢].

وينبغي الذكر بأن التحكيم الإجباري لا يخضع لاتفاقية نيويورك، لأن التحكيم الذي تضمنته الاتفاقية أساسه الإرادة المشتركة للأطراف.

الفرع الثاني

التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح

يعرف التنظيم القانوني من نوعين من التحكيم يختلفان من حيث سلطة المحكم، وهي كالتالي:

أولاً: التحكيم بالقانون

الأصل أن يتفق أطراف النزاع على حل خلافاتهم وفقاً لأحكام القانون، ويمارس المحكم في ذلك دور وسلطة القاضي[٣]، فيجب على المحكم الالتزام بمراعاة تطبيق تطبيق القانون على النزاع المعروض أمامه[٤]، وهذا ما يسمى بالتحكيم

(١) عبد المجيد، منير، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص٨

(٢) إن ظهور هذا النوع من أنواع التحكيم يفهم منه أن الإرادة لم تعد أساساً للتحكيم في جميع الأحوال، ذلك أن فكرة الإرادة لا تسهم في تفسير التحكيم الإجباري، بل إنها تتنافى معه.

(٣) أبو أحمد، مرجع سابق، ص٤٤

(٤) أبو الوفا، أحمد، التحكيم بالقضاء وبالصلح، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص١٧

بالقانون[١]، وكما يتصور تطبيق قانون واحد على جميع مراحل التحكيم، فمن الممكن تطبيق قانون مختلف في كل مرحلة من مراحله حسب إرادة المحتكمين[٢]، وتحقيقاً لهذا الأصل يقوم كل من أطراف النزاع بتقديم ادعاءاتهم امام هيئة التحكيم، وتكون مهمة هيئة التحكيم في الفصل في الخلاف الناشئ بين الطرفين والتحقق من صحة الادعاءات التي يقدمها أطراف النزاع وتطبيق النظام عليها[٣]، وهذا الأصل يقوم على عدة اعتبارات منها:

١ــ يعد التزام المحكم بالقانون ضمانة للخصوم، وكذلك للمحكم من هوى نفسه[٤].

٢ــ أن التحكيم طريق فرعي لحسم المنازعات، ومقيد بالقانون الموضوعي والاجرائي لتحقيق حماية الحقوق والمراكز القانونية محل النزاع[٥].

وفي حالة إخلال هيئة التحكيم بذلك تكون مسؤولة أمام المحتكمين، وذلك الحكم يفرض عليهم ويكون له قوة ملزمة شأنه شأن الأحكام التي تصدر من القضاء

(١) في القانون الإيطالي تعدد أنواع التحكيم كالتالي: ١-تحكيم وفقاً للقانون، وفيه يلتزم المحكم بقواعد القانون الموضوعي وباتباع قواعد الإجراءات،٢- تحكيم وفقاً للعدالة، وفيه يلتزم المحكم بقواعد الإجراءات ولكن لا يلتزم بالقانون الموضوعي فله أن يحكم وفقاً لقواعد العدالة، ٣-تحكيم حر، وفيه يعفى المحكم من النوعين من القواعد.

(٢) لزهر بن سعيد، كرم محمد النجار، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط١، ٢٠١٠، ص٢٧

(٣) مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى،١٩٩٨، ص١٠٨

(٤) سلامة، مرجع سابق، ص٦٥

(٥) نفس المرجع السابق، ص٦٥-٦٦

العادي[١]، وينبغي ملاحظة أنه في التحكيم بالقانون لا يمكن للمحكم إجراء الصلح بين المحتكمين، إلا في حال فوضه المحتكمون بذلك صراحة[٢].

ثانياً: التحكيم بالصلح :

التحكيم بالصلح هو الذي يعفى في المحكم من التقيد بقواعد القانون[٣]، وهو التحكيم الذي تخول فيه الأطراف لهيئة التحكيم صلاحية الفصل في المنازعة وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف دون التقيد بالقواعد القانونية[٤]، ويجب الذكر أن التحكيم بالصلح لا يعني تفويض المحكم بالصلح بين الطرفين بحيث يقضي لكل طرف بجزء من ادعاءاته[٥]، وقد نصت العديد من القوانين الوطنية المنظمة التحكيم على التحكيم بالصلح[٦]. ويسمى التحكيم بالصلح وذلك لما له من وظيفة

(١) أبو الوفا، التحكيم بالقضاء والصلح، مرجع سابق، ص١٧

(٢) سعيد والنجار، مرجع سابق، ص٢٧

(٣) أبو أحمد، مرجع سابق، ص٤٥

(٤) حداد، حمزة أحمد، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ج١، ٢٠١٠، ص٩٢

(٥) والي، مرجع سابق، ص٥٥

(٦) مثال ذلك نص المادة (٤/٣٩) من قانون التحكيم المصري على أنه: "يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون" ، كما تنص المواد (١٤٧٤) و(١٤٧٩) من قانون المرافعات الفرنسي على آلية التحكيم بالصلح، كما تنص المواد ٧٧٥ وما بعدها من أصول المحاكمات المدنية اللبناني على التحكيم المطلق وهو التحكيم بالصلح، كذلك نصت المعاهدات الدولية على هذا النوع من أنواع التحكيم حيث إن المادة (٣/٤٢) من معاهدة واشنطن أجازت لهيئات التحكيم المشكلة وفقاً لقواعد المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار أن تفصل في المنازعات المعروضة عليها وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف في حال اتفق أطراف النزاع على ذلك.

مزدوجة يؤديها المحكم، حيث إنه شخص أجنبي عن أطراف النزاع يتولى البت في النزاع بحكم ملزماً للطرفين، ومن ناحية أخرى يقوم بالفصل في النزاع بشكل يماثل للأساس الذي تقوم عليه فكرة الصلح(١)، وهو اسقاط الطلبات الغير عادلة من طلبات أطراف النزاع والتوصل إلى الحل الذي يراعي المصالح المشروعة لكل منهم(٢).

وفي التحكيم بالصلح تتحرر هيئة التحكيم من التقييد بأحكام القانون وبالنصوص التشريعية، ولكن ذلك لا يعني البتة أن هيئة التحكيم بالصلح غير ملزمة باحترام المبادئ الأساسية الموجهة للخصومة المدنية(٣). فالمحكم ينبغي أن يراعى أن سلطته في الخروج على القواعد القانونية تنحسر عن القواعد الآمرة تمس النظام العام الدولي للدولة التي تتصل بها المنازعة المعروضة عليه والتي لا يمكنه الخروج عليها أو التنازل عن حقوق مقررة للأطراف بمقتضاها(٤). وإنما يجب على المحكم المفوض بالصلح أن يقوم بالفصل في النزاع وفقاً للعدالة والتحرر من القواعد القانونية الغير متعلقة بالنظام العام، وهو يصدر حكماً من

(١) إن اعتبار التحكيم بالصلح على هذا النحو صورة من صور التحكيم هو أساساً مسلك التشريعات اللاتينية، أما القوانين الانجلوسكسونية فالأمر فيها مختلف ، حيث إن التحكيم فيها يقوم في جميع الأحوال بدور يماثل الدور الذي تؤديه المحاكم الدنيا في أداء الوظيفة القضائية، وبالتالي فإن المحكم في هذه القوانين يلتزم في كل الحالات ودائماً بأحكام القانون ويخضع في تطبيقه لرقابة القضاء الأعلى، مثله في ذلك مثل المحاكم الأدنى.

(٢) الجمال وعبدالعال، مرجع سابق، ص١٠٨

(٣) الحداد، مرجع سابق، ص ٩٣

(٤) الجمال وعبدالعال، مرجع سابق، ص١١١

الممكن أن يقضي فيه لأحد الطرفين بكامل طلباته[١].

الفرع الثالث

التحكيم الحر والتحكيم المؤسس

أولاً: التحكيم الحر

هو التحكيم الذي يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع محدد لحسم هذا النـــزاع. فيتم اختيار المحكمين عن طريق الأطراف وكذلك الأطراف هم من يقوموا بتحديد القواعد والإجرائية والموضوعية التي يلتزم بها المحكمون.[٢] فهم يتولون إبـــرام اتفاق التحكيم قبل أو بعد نشوء النزاع، ويحددون مكانه وزمانه ولغته[٣]، ويعـــد التحكيم الحر تحكيم حر من أي قالب تحكيمي جاهز سلفاً،هو تحكيم خاص بحالـــة أطراف النزاع دون غيرهم.[٤]

ويتميز هذا النوع من التحكيم باستقلالية الأطراف في وضع نظـــام لإجـــراءات التحكيم، فلا يوجد إشراف عليه من منظمة التحكيم[٥]، ولكن يعاب عليه صـــعوبة تنبأ أطراف النزاع بالعقبات التي سوف تواجههم،بالتالي عدم القدرة علـــى أخـــذ الحيطة لها في اتفاق التحكيم[٦].

---

(١) والي، مرجع سابق، ص٥٥

(٢) أبو أحمد، علاء الدين مصطفى، مرجع سابق، ص٥٢

(٣) لزهر وسعيد، مرجع سابق، ص٢٨

(٤) عبد الصادق، مرجع سابق، ص٢١

(٥) الحداد، حفيظة السيد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشـــورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون طبعة، ٢٠١٠، ص٩٠

(٦) لزهر وسعيد، مرجع سابق، ص٢٨

وعادة ما يكون تحكيم الحالات الخاصة أكثر سرعة ومرونة وأقل تكلفة[١].

ثانياً: التحكيم المؤسس (التحكيم النظامي)

و التحكيم الذي يكون تحت اشراف هيئة منظمة دولية أو وطنية[٢] ،وقد تقوم المنظمة أو مركز التحكيم بتعيين المحكمين أو أحدهم وذلك بحسب اتفاق أطراف النزاع[٣]. أي أن التحكيم يكون تحكيماً مؤسسياً متى ما كانت المنظمة المطروح لديها النزاع تحتفظ لنفسها باختصاص معين في تطبيق لائحة التحكيم[٤]. وقد نصت العديد من التشريعات على هذا النوع من التحكيم[٥]، حيث إنه يبعث على الثقة والاحترام في نفوس طرفي النزاع، لما يجدونه من تطبيق لوائح معينة مستقرة في مؤسسات التحكيم النظامي تنظم مختلف مراحل وجوانب عملية التحكيم[٦]. وقد أصبح هذا النوع هو الغالب في منازعات التجارة الدولية؛ لما يحققه من مزايا للمحتكمين[٧].ومن عيوب هذا النوع من التحكيم مقارنة بالتحكيم

---

(١) مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى،١٩٩٨، ص١٢٦

(٢) أبو أحمد، مرجع سابق، ص٥٣

(٣) والي، مرجع سابق، ص٥٦

(٤) الحداد، مرجع سابق، ص٩١

(٥) مثال على ذلك نص المادة (١/٤) من قانون التحكيم المصري: "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك"

(٦) لزهر وسعيد، مرجع سابق، ص٢٩

(٧) انظر: الجمال وعبدالعال، مرجع سابق، ص٢٧ وما بعدها

الحر، تكلفته الباهظة كذلك تطبيق القواعد المحددة من المؤسسة التحكيمية دون مراعاة اختيار القانون الأنسب أو الأقرب لطرفي النزاع، أو لموضوع النزاع(١).

ومن أهم المؤسسات التحكيمية في الوقت الراهن، هي: المحكمة الدولية للتحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس، محكمة التحكيم الدولي في لندن، المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار بواشنطن، والمركز الإقليمي للتحكيم التجاري بالقاهرة(٢).

ونرى أنه بسبب طبيعة التحكيم والتوسع في اللجوء إليه في العلاقات الدولية ظهرت تلك الأنواع، وذلك للتناسب مع طبيعة كل نزاع أو طبيعة أطراف النزاع والعلاقات القانونية التي تربطهم، بالتالي يتحدد النوع الأنسب لتطبيقه على النزاع محل التحكيم، وبالرغم من اختلاف أنواع التحكيم، إلا أن جميعها تؤدي نفس الغرض وتتميز بمميزات التحكيم التي سيلي ذكرها في المبحث التالي.

---

(١) لزهر وسعيد، مرجع سابق، ص٢٩

(٢) الحداد، مرجع سابق، ص٩١

المبحث الثاني

مشروعية التحكيم ومزاياه

تمهيد وتقسيم:

يتميز التحكيم بالعديد من المزايا تدفع الأطراف المتنازعين، إلى تفضيل اللجوء إليه بدلاً من قضاء الدولة، ولكن بداية يجب النظر في مشروعية التحكيم من عدمه وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث خلال مطلبين أساسين:

المطلب الأول: مشروعية التحكيم

المطلب الثاني: مزايا التحكيم

المطلب الأول

مشروعية التحكيم

نتناول هذا المطلب للتعرف على مدى مشروعية التحكيم في الكتاب والسنة، من خلال الفرعيين التاليين:

الفرع الأول

مشروعية التحكيم في القران الكريم

الشريعة هي جملة الأحكام المشروعة، فإن كان مصدرها السماء بأن تنزل بها الوحي سميت شريعة سماوية، وإن كانت تشربعًا بشريًا سميت بالتشريعات الوضعية.(١)

ومن هنا جعل الله سبحانه وتعالى الشرع الإلهي منهاجاً وحكماً للمسلمين لاستقامة حياتهم وكذلك حتى يسود العدل والأمن.

قال الله تعالى: (إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ ۚ وَلَا تَكُن لِّلْخَائِنِينَ خَصِيمًا).(٢)

وقال الله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا).(٣)

قال القرطبي: "إن هذه الآية دليل لإثبات التحكيم في حالة الشقاق بين الزوجين"(٤)

---

(١) محمود، قدري محمد، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، ٢٠١٤، ص٥٧-٥٨

(٢) سورة النساء- الآية: ١٠٥.

(٣) سورة النساء- الآية: ٣٥

(٤) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ١٧٩/٥.

وفي هذه الآية تتجلى مشروعية التحكيم.

وإذا كان التحكيم جائزاً في الأمور الزوجية دل ذلك على جواز التحكيم في كافة الحقوق والدعاوى[١]، أما الحاكم فهو الذي يتم تعيينه ممن له ولاية التعيين للفصل بين أطراف النزاع[٢]، وكان الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ يتولى الفصل في الخصومات باعتباره حاكماً ومحكماً.

الفرع الثاني

مشروعية التحكيم في السنة

اولاً: عن شريح عن أبيه هاني:

أنه لما وفد إلى النبي ــ عليه الصلاة والسلام ــ مع قومه سمعهم يكنونه بأبي الحكم، فدعاه النبي عليه السلام فقال: إن الله هو الحَكَم وإليه الحُكمُ، فلما تكنى أبا الحكم؟ فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم، فرضى كلا الطرفين: فقال رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، ما أحسن هذا، فما لك من الولد؟ قال: شريح ومسلم وعبد الله، قال: فمن أكبرهم؟ قلت: شريح. قال: فأنت أبو شريح، ودعا له ولولده[٣] .

فإقرار الرسول صلى الله عليه وسلم لأبي شريح على حكمه بين قومه بتراضيهم دلالة على مشروعية التحكيم وجوزاه [٤].

---

(١) محمود، مرجع السابق، ص٥٩

(٢) المرجع السابق، ص٦٠

(٣) رواه أبو داوود في سننه رقم (٤٩٥٥) وصححه الألباني . ينظر صحيح أبي داوود رقم(٤٩٥٥).

(٤) السرطاوي، محمود علي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، الأردن، ٢٠٠٧م، ص٢٤

ثانياً: تحكيم أبو بكر فيما وقع بين النبي (صلى الله عليه وسلم) وعائشة ـ رضي الله عنها ـ :

عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان بيني وبين النبي (صلى الله عليه وسلم) كلام، فقال: أجعل بيني وبينك عمر، فقلت: لا. قال: أجعل بيني وبينك أباك: قلت: نعم.(١)

ثالثاً: تحكيم رسول الله (صلى الله عليه وسلم) لسعد في بني قريظة:

عن أبي سعيد الخدري أن قال: "نزل أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ، فأرسل النبي (صلى الله عليه وسلم) فأتى على حمار، فلما دنا من المسجد، قال (صلى الله عليه وسلم): هؤلاء نزلوا على حكمك، فقال تقتل مقاتلتهم وتسبى ذراريهم، قال:(صلى الله عليه وسلم): قضيت بحكم الله من فوق سبع سماوات"(٢).

(١) محمود، رواه الطبراني في المعجم الأوسط (١٣٥/٥) وفيه ضعف.

(٢) البخاري: صحيح البخاري، ١٤٤/٥.

المطلب الثاني

مزايا التحكيم

يتميز التحكيم بمجموعة من المزايا تدفع الأفراد إلى تفضيل اللجوء إليه كبديل عن قضاء الدولة. وتتمثل هذه المزايا في أن التحكيم يتسم بالسرعة والسرية، والحرية التي يتمتع بها الأطراف في ظل هذا القضاء الخاص وأخيراً اختلاف العدالة التي يقدمها هذا القضاء عن العدالة التي تقدمها محاكم الدولة، وفيه فروع ثلاثة :

الفرع الأول

سرعة الإجراءات أمام قضاء التحكيم

إن قضاء التحكيم يتميز ويتفوق عن القضاء العادي في عامل السرعة، حيث انه قادر على حسم النزاعات المعروضة أمامه في وقت أقل من القضاء العادي[١]. وبيانه : أن هناك عدة أمور أدت إلى بطء إجراءات الحسم في الخلافات أمام القضاء العادي[٢]، فالتحكيم له سمة الفصل السريع في النزاعات الداخلية والدولية، لذلك يحرص الأطراف على تفادي عرض خلافاتهم على القضاء لما يعيبه من بطء الإجراءات وتأخر الفصل في النزاع وإطالة أمده[٣].

وكذلك لأن المحكمين ليس على كاهلهم كم من القضايا، فيكونوا متفرغين للفصل في خصومة واحدة، فيسهل حسمها في وقت أقل مما يلزم القضاء العادي

(١) الحداد، مرجع سابق، ص١٢.
(٢) كيلاني، القرشي، مرجع سابق، ص٥٧
(٣) الخالدي، إيناس، التحكيم والوسائل البديلة لحل المنازعات، دار الثقافة والنشر والتوزيع، ط١، ٢٠١٦، ص٣٧

والمحاكم.[١]

ولأن القضاء العادي لا يحكم في قضية إلا إذا حان موعدها وبعد أن يتم التأجيل عدة مرات، مما يؤثر على الخصوم وما لا يتفق مع مصلحتهم في كثير من الأحوال.[٢]

الفرع الثاني

سرية قضاء التحكيم والحرية التي يتمتع بها الأطراف

تعد العلانية في القضاء العادي من أهم الضمانات الجوهرية لتحقيق العدالة، وبتطبيق العلانية لدى المحاكم الشرعية تصبح المحاكم مفتوحة للجميع لحضور الجلسات، وسماع الخصومات التي ينظرها القضاء، كذلك عدد القضاة الذين يتم عرض القضية عليهم بحكم تعدد درجات التقاضي وعلى الموظفين بحكم وظيفتهم.[٣]، كذلك تنص العديد من المواثيق الدولية على حق كل فرد في أن يحاكم محاكمة علنية وعادلة.[٤]

إن ما يحققه التحكيم من خصوصية وسرية للأطراف سواء من تجار ومستثمرين ورجال أعمال بحيث لا يتمكن لأحد الاطلاع على النزاع سوى المحكمين الذين تم اختيارهم في القضية[٥]، وميزة السرية التي تميز التحكيم وفقاً

(١) أحمد قمحة، عبد الفتاح السيد، التنفيذ علماً وعملاً، دار النهضة العربية، ط١، ١٩٢٤م، ص ٧٣٠

(٢) أبو الهيف، عبد الحميد، طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية، ١٩١٨م، ص٩١٨

(٣) كيلاني والقرشي، مرجع سابق، ص٥٩

(٤) انظر، المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية بشأن حقوق الإنسان.

(٥) الخالدي، مرجع سابق، ص٣٨

لما يذهب إليه البعض، أحد العناصر الجوهرية التي يتشكل منها النظام ولا يقوم بدونها، والسرية تدفع أطراف النزاع لاختياره كوسيلة حل للنزاعات بينهم.(١) ، وسرية قضاء التحكيم تظهر في صور عديدة لعل أخطرها التزام المحكم بعدم إفشاء كل ما يتعلق بالنزاع المنظور أمامه، كما أن الحرية التي يتمتع بها أطراف النزاع لا حدود لها في ظل قضاء التحكيم ، فلها أن تختار نوع التحكيم ، أن يكون تحكيم بالقانون أو تحكيم بالصلح، كذلك تحيكماً حرًا أو تحكمياً مؤسسياً.

الفرع الثالث

الطبيعة المختلفة لقضاء التحكيم

من المزايا الأساسية للتحكيم ما يغلفه من تخصيص، فالتحكيم يعد قضاءً متخصص، فهناك هيئات تحكيم متخصصة في فض المنازعات البحرية فقط ، وهيئات أخرى تختص في فض النزاعات المتصلة بالسلع والبضائع(٢).

ومن المزايا أن التحكيم هو على درجة تقاضي واحدة، بالإضافة إلى أن إجراءاته تتسم بالمرونة والسهولة للمتنازعين وذلك لمواكبة عجلة التطور(٣).

وبالإضافة إلى عدم وجود جهة تقاضي واحدة للفصل في النزاعات التي تنشأ عن التعامل التجاري الدولي(٤)، وعدم وجود قوانين موحدة تخضع لها المعاملات، كما أن التجار يترددون في عرض خصومتهم أمام المحاكم الوطنية، خشية تطبيق

(١) الحداد، مرجع سابق، ص٢١

(٢) الحداد، مرجع سابق، ص٢٩

(٣) الخالدي، مرجع سابق، ص٣٨

(٤) سامي، فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٥، ص١٧

قواعد القانون الداخلي.[١]

بناء على ما سبق : فإن تلك المزايا تعلل سبب كثرة التجاء الأطراف إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات، ولكن ينبغي الإشارة وخلال اعدادي لهذا الدراسة وجدت أن البعض يجد أن تكلفة مصاريف التحكيم تعد من المميزات حيث إنها مقارنة بقضاء دولتهم يعد التحكيم أقل تكلفة، لكن بالنسبة للمملكة العربية السعودية، وحيث أن التقاضي لدينا مجاني فنجد أن تكلفة مصاريف التحكيم لا تعد ميزة بل تعد عيباً نظراً لتكلفة مصاريفها وما يتطلبه من أتعاب هيئة تحكيم، من محكم ورئيس هيئة وأمين السر وغيرها إذا استدعى الامر تعيين خبير أو غيره.

(١) للمزيد انظر:

BERNARDO, M.Cremades, The impact of international arbitration on the development of busness law. The American Joural of Comparative Law. Vol.31 , November, 3. Summer1993, P.526. et.s.

الفصل الأول
مفهوم القابلية للتحكيم

تمهيد وتقسيم:

إن ظاهرة اتساع اللجوء إلى التحكيم أصبحت تشغل مكاناً بارزاً في الفكر القانوني والاقتصادي على مستوى العالم، وأصبح الكثير من دول العالم تعنى بموضوع التحكيم لما له من مزايا عديدة واتسع نطاقه ليشمل مجموعة كبيرة من مجالات الحياة.

ولكن هذا لا يعني أن كل نزاع يقبل الخضوع للتحكيم، حيث إن التحكيم قضاءٌ اتفاقي فهذا الاتفاق ليس مطلقاً من حيث الموضوع، وبالتالي يجب فحص حدود فئات معينة من النزاعات ، ومن هنا ظهر مفهوم القابلية للتحكيم الذي سأتناوله في هذا المبحث من خلال مبحثين أساسيين هما:

المبحث الأول: ماهية القابلية للتحكيم ومدى القابلية للتحكيم في الشريعة الإسلامية .

المبحث الثاني: المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم .

المبحث الأول

ماهية القابلية للتحكيم ومدى القابلية للتحكيم في الشريعة الإسلامية

إن اللجوء إلى التحكيم أصبح واسعاً ومتطلباً لغالبية الدول، ولكن ليس كل نزاع يقبل تسويته عن طريق التحكيم، ويجب التثبت من قابلية النزاع للتحكيم من عدمه وماهي شروطه؟ ، وما النزاعات التي تقبل التحكيم في الشريعة الاسلامية؟ .

هذا ما سأتناوله في هذا المبحث من خلال مطلبين هما:

المطلب الأول: ماهية القابلية للتحكيم

المطلب الثاني: القابلية للتحكيم في الشريعة الاسلامية

المطلب الأول

مفهوم القابلية للتحكيم

في هذا المطلب سأتناول تعريف القابلية للتحكيم وشروطها من خلال الفرعيين التالين:

الفرع الأول

تعريف القابلية للتحكيم

لا يكفي لصحة اتفاق التحكيم أن يتم خاليًا من أي عيوب، بل ينبغي أن يكون مشروعاً، وهذا يستوجب أن يرد الاتفاق على مسألة يجوز الفصل فيها عن طريق التحكيم، وأن يتم بين أطراف يجيز لهم القانون اللجوء إلى التحكيم كوسيلة للفصل في النزاع الناشئ بينهم، وهذان الأمران ينبعان من عدة اعتبارات هدفها حماية المصلحة العامة، وهذه المسألة تسمى القابلية للتحكيم.(١)

إن صلاحية محل النزاع يعد أمراً هاماً في القابلية للتحكيم، حيث إن التحكيم لا يقبل أن يطبق على المسائل الجنائية، بل إن صلاحية محل النزاع تستوجب أن تحمل طابع مدني أو تجاري أو إداري، يجب أن تكون نشأت عن تصرفات قانونية اقتصادية كالحقوق العينية أو الشخصية(٢).

وسيلي تفصيل ذلك لاحقاً خلال دراستنا.

---

(١) تعليب، وئام نجاح إبراهيم السيد، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٣٤٢

(٢) حجيري، محمد مهدي عبد الوهاب، بطلان حكم التحكيم دراسة مقارنة قانون لتحكيم المصري وقانون التحكيم البحريني وقانون غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والاستثمارية، منشأة المعارف، الإسكندرية،٢٠١٣، ص١٣٦

الفرع الثاني

شروط القابلية للتحكيم

اولاً: وجود المحل وإمكانية تنفيذه :

إن اتفاق التحكيم شأنه شأن سائر العقود يتعين أن ينصب على محل موجود وممكن تنفيذه(١)، وفي حالة انتفاء ذلك بالتالي ينتفي ركن من أركان اتفاق التحكيم مما يجعله باطلاً وغير قابل للتحكيم، ويعد في حكم عدم المحل كونه مستحيلاً في ذاته(٢).

ثانياً: تعيين المحل أو قابليته للتعيين :

تشترط المادة الثانية من اتفاقية نيويورك سنة ١٩٥٨، أن تكون المنازعة محل التحكيم بصدد علاقة قانونية محددة(٣). حيث إن تعيين محل التحكيم هو الذي يحدد ولاية هيئة التحكيم، كأن يقال ان الخلافات التي ستنشأ بين الطرفين بالنسبة لمبلغ البضاعة يتم تسويته عن طريق التحكيم، أو يذكر في العقد أن أي منازعة أو خلاف ينشأ بين الطرفين يتم حله عن طريق التحكيم(٤).

وإذا تم الاتفاق على شرط التحكيم أي قبل نشوء أي نزاع، فإن تعيين موضوع النزاع بالتفصيل غير ممكن من الناحية العلمية، إذ إنه قد لا يحدث بين الاطراف

---

(١) نصت المادة (١٣١) من القانون المدني المصري على أن: ١- لا يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً، ٢-غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون"، والمادة ١٣٣ نصت على: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً".

(٢) عبد التواب، مرجع سابق، ص٢١٦

(٣) الشرقاوي، مرجع سابق، ص٨٧

(٤) سامي، مرجع سابق، ص ١٢٥

أي نزاع خلال تنفيذ العقد[١]، ولكن في حالة اتخذ التحكيم شكل المشارطة التي تحرر بعد نشوء النزاع فإنه يجب تعيين محل النزاع وإلا كان التحكيم باطلاً، ويجوز لأي من الطرفين التمسك به ولكن لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها[٢]، وهناك صيغ وضعتها مؤسسات تعنى بشؤون التحكيم، وتعنى هذه الصيغ بالشروط النموذجية.[٣]

والحكمة من اشتراط تعيين المحل ترجع للأسباب التالية[٤]:

١ــ عدم النزول عن ولاية القضاء، إلا بصدد مسائل معينة واردة في اتفاق التحكيم.

٢ــ تعيين محل التحكيم يحدد ولاية هيئة التحكيم.

٣ــ تمكين محاكم الطعن في حكم التحكيم، من رقابة التزام هيئة التحكيم بحدود ولايتها، وانحصار هذه الولاية فقط في المسائل الواردة في اتفاق التحكيم.

ثالثاً: مشروعية المحل

يقصد بمحل العقد هو: "الشيء الذي يلتزم المدين القيام به، هذا الالتزام قد

---

(١) الشرقاوي، مرجع سابق، ص٨٨

(٢) والي، مرجع سابق، ص١٣٤

(٣) مثال على هذه الصيغ الشرط النموذجي الذي وضعته الغرفة التجارية الدولية (I.C.C) وهو كما يلي: "إن جميع الخلافات الناجمة عن هذا العقد يتم حسمها نهائياً، وفقاً لنظام التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية من قبل محكم واحد أو أكثر يتم تعيينهم طبقاً لذلك النظام"، كذلك لجنة القانون الدولي التجاري (UNCITRAL) وضعت شرط نموذجي كالتالي: "كل نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به أو بمخالفة أحكامه أو فسخه أو بطلانه، يسوى بطريق التحكيم، وفقاً لقواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي كما هي سارية المفعول حالياً".

(٤) بن صر، عبدالسلام، ضوابط عدم قابلية الحكم للتنفيذ،جامعة الجزائر، ٢٠١٢، ص١٢.

يكون نقلاً لحق عيني، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل"[١]

يجب أن يكون محل النزاع مشروعاً، ويجب أن يكون في كل الأحوال قابلاً للتعاقد شرعاً[٢].وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص في الأنظمة القانونية، أو إلى مخالفة المحل للنظام العام أو الآداب العامة.

فالمحل في عقد التحكيم هو الفصل في النزاع بين الأطراف من قبل شخص أو أشخاص معينين من قبل المتعاقدين، دون اللجوء إلى القضاء المختص بالفصل في هذا النزاع. إلا أن هذه المشروعية مقيدة بموضوع النزاع الدائر بين الأطراف، فإذا كان موضوع النزاع لا يقبل التسوية عن طريق التحكيم فلا يمكن إجبار أحد الخصوم على تنفيذ عقد التحكيم، فمشروعية محل التحكيم مرتبطة بطبيعة النزاع وهل يقبل التسوية عن الطريق التحكيم من عدمه[٣]، وفي ذلك نصت المادة (١/٩) من نظام التنفيذ السعودي على أنه:" كل سند مخالف للشرع بعضه أو كله يجب عدم تنفيذ المخالف منه وعند الاعتراض على ذلك يصدر قرار يخضع لطرق الاستئناف[٤]، وبالتالي فإن مخالفة حكم السند التنفيذي (حكم التحكيم المراد تنفيذه) للشرع يمنع التنفيذ وإن كان المنظم أخضع السند التنفيذي لهذا المعيار إلا أنه بالحتمية يشمل الحق موضوع السند التنفيذي فلا ينفذ حكم التحكيم إذا اشتمل على ديَّن ربوي مثلاً أو ما شابه" [٥].

(١) السنهوري، مصادر الالتزام

(٢) الدوري، مرجع سابق، ص ١٥٩

(٣) البجاد، مرجع سابق، ص ٦٥-٦٦

(٤) المادة (١/٩) من اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ السعودي.

(٥) محمود، مرجع سابق، ص ٤٩-٥٠

المطلب الثاني

مدى القابلية للتحكيم في الشريعة السلامية

يقصد بالقابلية للحكيم في الشريعة الإسلامية، وهي الموضوعات التي يجوز فيها التحكيم من عدمه، فهل يصح التحكيم في حقوق الله وحقوق العباد على حد سواء؟ أم أن التحكيم يجوز في بعض الحقوق دون الآخر؟

اختلف الفقهاء فيما يجوز فيه التحكيم وما لا يجوز على أقوال عديدة، وذلك على النحو التالي:

أولاً: الأحناف

يرى الأحناف أن التحكيم في منزلة الصلح، فكل ما يجوز فيه الصلح يجوز فيه التحكيم(١)، فذهب الحنفية إلى أن التحكيم يجوز في التالي(٢):

يجوز التحكيم فيما يملك الأفراد فعله بأنفسهم من حقوق العباد، كالتحكيم في الديون والأموال، مثل عقد البيع والإجارة والرهن والشفعة، وغيرها من الدعاوى المتعلقة بالأموال.

ويجوز التحكيم في سائر المجتهدات التي لها علاقة بحقوق العباد على الصحيح، كحكمه بكون الكنايات في الطلاق تعد طلاق رجعياً أو بائناً.

ويجوز التحكيم في مسائل الطلاق والعتاق والنكاح وتضمين السرقة.

ويجوز التحكيم في الدية على القاتل إن ثبت القتل بإقراره، أو ثبتت جراحة ببينة وأرشها أقل مما تتحمله العاقلة، خطأ كانت الجراحة أو عمداً، أو كانت الجراحة عمداً لا توجب القصاص وديتها قدر ما تتحمله العاقلة، فينفذ حكم الحكم

(١) محمود، مرجع سابق، ص١٦٧

(٢) السرطاوي، مرجع سابق، ص ٣٦

فيها في مال الجاني.

وبالتالي يجوز التحكيم في أي نزاع ما عدا الحدود، وجرائم الحدود هي الجرائم المعاقب عليها بحد شرعي مقدر، وهي من حقوق الله فلا تقبل الزيادة أو النقصان أو الشفاعة، وهي سبع: الزنا، السرقة، القذف، الشرب، الحرابة، الردة والبغي(١)، وحجة عدم جواز التحكيم في الحدود كالتالي: (٢)

١ــ أنها حق لله تعالى، وأن الإمام هو المتعين لاستيفائها.(٣)

٢ــ أن حكم المحكم يعد في منزلة الصلح، وهذه لا تجوز بالصلح، بالتالي لا تجوز بالتحكيم.

٣ــ أن حكم المحكم يعد حجة فقط في حق الذين حكماه، وليس حجة في حق غير المحكمين، فيكون في ذلك شبهة والقصاص والحدود تدرأ بالشبهات.(٤)

٤ــ المحكمان لا يملكان إباحة دمهما، فلا يجوز حكم المحكم فيها؛ لتوقف حكمه على صحة تحكيمهما.

٥ــ التحكيم تفويض، والتفويض يصح يما يملك المفوض فيه بنفسه، وما لا يصح فيه لا يملك، مثال على ذلك: التوكيل.(٥)

---

(١) شناق، زكي محمد، النظام الجنائي السعودي نظرية الجريمة والعقوبة، الشقري، الرياض، ٢٠١٨، ص٤

(٢) محمود، مرجع سابق، ص١٦٧

(٣) انظر: أدب القاضي لابن مازة ج٤ ص٦٣، فتح القدير ج٥ ص٥٠٠

(٤) الدوري، قحطان عبد الرحمن، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١، ط٢، ص٢٤٤

(٥) نفس المرجع السابق، ص٢٤٥

وألحق الحنفية اللعان بالحدود؛ لأنه قائم مقام الحد.[١]

ويجدر الذكر أن فقهاء الحنفية اختلفوا في حدي القذف والقصاص، كما سأوضحه في التالي:

حد القذف :

ذكر السرخسي عن بعض الحنفية أنه يجوز التحكيم في حد القذف، لأن القذف فيه حق للعبد[٢]، وهو قول ضعيف[٣].

وذهب البعض الآخرإلي عدم جواز التحكيم في حد القذف، للأسباب التالية[٤]:

١ــ لأن الغالب فيه حق الله تعالى على الأصح.

٢ــ لأن حكم المحكم يعد في منزلة الصلح، ولا يجوز استيفاء حد القذف بالصلح.

٣ــ لأنه يندرئ بالشبهة، وفي حكم المحكم شبهة لأنه حكم في حقهما لا في حق غيرهما.[٥]

حد القصاص :

تعرف جرائم القصاص بأنها تلك الجرائم المعاقب عليها بعقوبة من جنس الفعل (القصاص أو الدية)[٦].

وذهب بعض فقهاء الحنفية، إلى جواز التحكيم في القصاص، وهو ما ذكره

---

(١) محمود، مرجع سابق، ص١٦٩

(٢) السرطاوي، مرجع سابق، ص٣٧

(٣) محمود، مرجع سابق، ص ١٦٩، كذلك انظر: رد المحتار على الدر المختار ج٥ ص٤٢٩

(٤) محمود، مرجع سابق، ص١٧٠

(٥) انظر: قحطان الدوري، مرجع سابق، ص ٢٧٩ وما بعدها.

(٦) شناق، مرجع سابق، ص٥

شمس الائمة عن بعض الحنفية[١]، وذلك للأسباب التالية[٢]:

١ــ أن ولي القصاص إذا استوفى القصاص، من غير أن يرفع إلى السلطان جاز، فكذا إذا حكم فيه لأنه من حقوق العباد[٣].

٢ــ التحكيم تفويض، وتولية في حقهما وإن كان صالحاً في حق غيرهما، وهما يملكان استيفاء القصاص، فيصح تفويضه إلى غيرهما.[٤]

وقد ذهب البعض الآخر من الفقهاء، إلى عدم جواز التحكيم في القصاص، لأن القصاص كالحدود، وحجة قولهم[٥]:

١ــ أنه لا ولاية للمحكمين على دمهما، ولهذا لا يملكان الإباحة[٦].

٢ــ حكم الحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين، فكانت شبهة والقصاص كالحدود لا تستوفى بالشبهات.

٣ــ حكم الحكم بمنزلة الصلح، والقصاص كحد القذف لا يجوز استيفاؤه بالصلح، بالتالي لا يجوز بالتحكيم.

٤ــ القصاص لم يتمحص حقًا العبد، بل هو من قبيل ما اجتمع فيه الحقان، وإن كان الغالب حق العبد.

وتتفق الباحثة مع الرأي الأخير، إذ أن جرائم القصاص تلتقي مع جرائم الحدود حيث ان عقوبتها محددة ومقدرة، وبالرغم من أنها حقوق للأفراد إلا أنه يختلط

---

(١) الدوري، مرجع سابق، ص٢٨١

(٢) محمود، مرجع سابق، ص١٧٠-١٧١

(٣) انظر: فتح القدير ج٥، ص٥٠١

(٤) انظر: معين الحكام ص٢٥، البحر الرائق ج٧ ص٢٦.

(٥) محمود، مرجع سابق، ص١٧١

(٦) انظر: البحر الرائق، ج٧، ص٢٦

بها حقوق لله تعالى مما يجعلها غير قابلة للتسوية بطريق التحكيم.

ثانياً: المالكية :

ذهب فقهاء المالكية إلى جواز التحكيم في الأموال والجراح[١]، ولكن لا يجوز في المسائل المتعلقة بحق الله تعالى كالحدود والزنا والردة والقتل والعتق والطلاق[٢]، كذلك لا يجوز التحكيم في الحقوق المتعلقة بالغير-كاللعان والولاء لشخص على آخر[٣]، والنسب إثباتًا ونفيًا، ويلاحظ أن الأمور التي لا يصح التحكيم فيها ابتداء الحق الغالب فيها هو حق الله تعالى[٤]، والحكم إذا حكم فيما لا يجوز له التحكيم فيه، فإنه يمضي إن كان صواباً وليس لأحدهما ولا لحاكم غيرهما أن ينقضه[٥]، لأن حكم الحكم يرفع الخلاف كحكم الحاكم[٦].

ثالثاً: الشافعية :

اختلف الشافعية فيما يجوز فيه التحكيم، فذهب البعض إلي أن التحكيم جائز في كل شيء كالمولى من جهة الإمام[٧]، وذهب البعض الأخر إلي أن التحكيم جائز في

---

(١) محمود، مرجع سابق، ص١٧٢

(٢) الدوري، مرجع سابق، ص٢٤٥

(٣) محمود مرجع سابق، ص١٧٢

(٤) السرطاوي، مرجع سابق، ٣٩

(٥) ذكر صاحب المنتقى عن أصبغ: إن حكماه في ذلك نفذ حكمه ونهاه السلطان عن العودة، وذكر ابن يونس قول سحنون أنه لا ينبغي للذي حكمه رجلان أن يقيم حداً، قال: وأما الجراح فإن أقاده من نفسه فلا بأس أن يستقيد إذا كان بعيداً عن السلطان ومضى إن كان صواباً وأُدب.

(٦) محمود، مرجع سابق، ص١٧٢. كذلك انظر: محمد عبد القادر أبو فارس، القضاء في الإسلام، ص١٧٧

(٧) محمود، مرجع سابق، ص١٧٢

غير حدود الله تعالى وكذا حقوق الله المالية التي ليس له طالب معين كالزكاة[١]، وذهب البعض الاخر إلى أن التحكيم جائز في الأموال فقط وعقود المعاوضات وما يصح فيه العفو والإبراء[٢]، أما النكاح واللعان والقصاص وحد القذف وغيرهما [٣] فلا يجوز فيها التحكيم مطلقاً[٤].

رابعا: الحنابلة :

إن المعتمد في مذهب الإمام أحمد بن حنبل (رحمه الله)، أن حكم المحكم ينفذ في المال والقصاص والحدود والنكاح واللعان، أي في جميع الحقوق المتعلقة بالله تعالى، وحقوق العباد[٥]، ويرى بعض فقهاء الحنابلة أنه ينفذ حكم المحكم في جميع الاحكام إلا في أربعة، هي: الزواج، اللعان، القذف، القصاص[٦]

وقد نصت المادة (٢٠٩١) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل على: "يصح أن يُحكم الخصمان رجلاً يرتضيانه ليحكم بينهما فينفذ حكمه في كل ما ينفذُ فيه حكم القاضي"[٧].

(١) الدوري، مرجع سابق، ص٢٨٥

(٢) السرطاوي، مرجع سابق، ص٤٠

(٣) ذكر بعض فقهاء الشافعية أنه لا يجوز التحكيم في ذلك بحجة أن المال أخف، ولخطر هذه الأمور الأربعة فتناط بنظر القاضي، وأنها حقوق بنيت على الاحتياط فلا يجوز فيها التحكيم.

(٤) محمود، مرجع سابق، ص١٧٣

(٥) السرطاوي، مرجع سابق، ص ٤٠-٤١

(٦) قال القاضي أبو يعلى الفراء: ينفذ حكم الحكم إلا في أربعة أمور: الحدود والقصاص والنكاح واللعان، لأن هذه من اختصاص القضاة.

(٧) القاري، القاضي/أحمد بن عبد الله، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة ديوان المحامين، الرياض، ط١٢٠١٢، ١، ص٥٦١

خلاصة أقوال الفقهاء:

يقول الدكتور الأسطل: " إنه لا خلاف بين الفقهاء على أنه يجوز التحكيم في الأموال وما يجري مجراها وماعدا ذلك، كحدود الله وحقوقه المالية، فإن الجمهور على أنه لا يجوز فيها التحكيم لأنه لا طالب لها معين، أو لأن الشارع استلزم فيمن يباشر النظر فيها أن يكون صاحب ولاية عامة لخطرها، ولما يعود على المجتمع بالضرر العام، إذا أبيح لغير الحاكم النظر فيها"(١).

ونرى أن جميع الفقهاء اتفقوا على جواز تسوية النزاعات عن طريق التحكيم، تلك المتعلقة بالأمور المالية، والحقوق المتعلقة بحق العباد فقط دون حق الله سبحانه وتعالى، أما ما اختلف فيه النزاعات التي تتعلق بحقوق الله تعالى، أو النزاعات التي اجتمع فيها الحقان حق الله تعالى وحق العباد.

ونخلص في ذلك أنه لا يجوز التحكيم في كل حق خالص لله سبحانه وتعالى حيث إن الحقوق شرعت لحماية المجتمع والصالح العام، ولعظم امرها فلا يمكن نظرها إلى عن طريق القاضي. كذلك النزاعات التي يجتمع فيها كل من حق الله تعالى وحق العباد، سواد كان الغالب هو حق الله تعالى كالقذف، أو حق العبد هو الغالب كالقصاص، فلا يحكم فيها إلا القاضي.

ويجوز التحكيم في كل ما هو حق يتفرد به العبد، لأنه شرع لمصلحة العبد الخاصة كالبيوع الكفالة والإجارة وغيرها فيما لا يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية.

---

(١) الأسطل، إسماعيل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، مج١، ص١٤١

المبحث الثاني
المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم

تمهيد وتقسيم:

إن من الأمور الهامة التي يستوجب على هيئة التحكيم مراعاتها لضمان صحة الحكم التحكيمي التي تصدره، أن يكون موضوع النزاع محل التحكيم من النزاعات التي أجاز القانون التحكيم فيها، وقد درجت التشريعات الداخلية للدول والتي تنظم التحكيم تقييد إرادة الأفراد في اللجوء إلى التحكيم عندما جعلت الاختصاص لقضاء الدولة وحده في بعض المسائل كمنازعات الأحوال الشخصية والمسائل الجنائية وتلك المتعلقة بالنظام العام.

وهذا ما سأتناوله في هذا المبحث من خلال مطلبين أساسيين هما:

المطلب الأول: المسائل التي لا تقبل الصلح

المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بالنظام العام

المطلب الأول

المسائل التي لا تقبل الصلح

سبق أن ذكرنا أن التحكيم لا يجوز في المسائل التي لا تقبل الصلح، وسأتناول تلك المسائل تفصيلاً من خلال فرعين هما:

الفرع الأول: مسائل الأحوال الشخصية

الفرع الثاني: المسائل الجنائية

الفرع الأول

مسائل الأحوال الشخصية

تنص المادة الثانية من نظام التحكيم السعودي على: "مع عدم الإخلال أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام الاتفاقيات الدولية التي تكون المملكة طرفاً فيها؛ تسري أحكام هذا النظام على كل تحكيم، أيا كانت طبيعة العلاقة النظامية التي يدور حولها النزاع، إذا جرى هذا التحكيم في المملكة، أو كان تحكيماً تجارياً دولياً يجري في الخارج، واتفق طرفاه على إخضاعه لأحكام هذا النظام.

ولا تسري أحكام هذا النظام على المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح"(١).

من نص هذه المادة يتحدد نطاق التحكيم، وقد أورد المنظم بصدر هذه المادة أنه مع عدم الإخلال بأحكام الشريعة الإسلامية، وهذا أمر واضح وبديهي حيث أن الشريعة الإسلامية هي التي يستمد منها القانون وهي المرجع الواجب التطبيق

(١) المادة الثانية من نظام التحكيم السعودي نظام التحكيم (الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٤/م المؤرخ ١٤٣٣/٥/٢٤ الموافق ١٦ أبريل ٢٠١٢

على كافة النزاعات[١]، ويتضح من المادة أعلاه، عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية؛ وذلك لأنه لا يجوز أن يبرم صلح بشأنها[٢].

ومسائل الأحوال الشخصية تضم العديد من المسائل،[٣] وحيث إنه لا يجوز التحكيم في المسائل التي تتعلق بالحالة الشخصية[٤]، فبالتالي لا يجوز التحكيم بشأن حالة أحد الأشخاص أو الأهلية، أو لتحديد من صاحب الوصاية أو الولاية عليه، أو تحديد النسب، أو الفصل في دعاوى التطليق للضرر، أو في دعاوى الخلع، أو الفصل في موضوع الزواج ما إذا كان صحيحًا أم باطلاً، أو في حالة وقوع الطلاق من عدمه، كما لا يجوز التحكيم حول حق شخص في الإرث[٥]، وهذه مسائل يختلط فيها في كثير من الدول حق الله بحق العبد، ويلتقى بشأنها القانون بالدين، وليس للعادة أو العرف شأن يذكر في حكمها.[٦]

---

(١) الوكيل، مرجع سابق، ص ١٥

(٢) والي، مرجع سابق، ص١٤٥

(٣) الجمال وعبدالعال، مرجع سابق، ص١٦٦

(٤) وفي هذا الشان قد أوضحت محكمة النقض المصرية مسائل الأحوال الشخصية البحتة في تعريفاً لها فقد جاء فيه بأنها مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية، ككونه ذكراً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو ابناً شرعياً أو أباً، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون، كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية"، لمزيد من التفاصيل انظر: فتحي والي، مرجع سابق، ص ١٩٤ حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ١٩٣٤/٠٦/٢١.

(٥) والي، مرجع سابق، ص ١٤٥

(٦) الجمال و عبد العال، مرجع سابق، ص١٦٦

وإذا كانت المسائل المشار إليها، وهي على سبيل المثال لا الحصر، لا تجوز أن تكون محلاً لاتفاق التحكيم؛ وذلك لارتباطها بوضع الشخص ومركزه في الأسرة[١]، إلا أنه يهتم بالمسائل المالية بين الأطراف من حيث المعاملات الاقتصادية والمالية في أموالهم الشخصية التي يديرونها، وهي مسائل يجوز فيها الصلح والتحكيم.[٢]

وتجدر الإشارة إلى أن القابلية للتحكيم هي الأصل وأن عدم القابلية للتحكيم هي الاستثناء[٣]، حيث نصت المادة الثانية من نظام التحكيم المشار إليها أعلاه، على عدم جواز التحكيم في كل ما لا يجوز فيه الصلح، بمعنى أن التحكيم يجوز في كل ما يجوز فيه الصلح.[٤]

ويترتب على الاتفاق على التحكيم في المسائل التي لا يجوز في الصلح بطلان اتفاق التحكيم، وهذا البطلان يجوز التمسك به أمام هيئة التحكيم في ميعاد رد

---

(١) راشد، سامية، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، ١٩٨٤، ص٢٢٤

(٢) حجيري، مرجع سابق، ص ١٤٤

(٣) عبد التواب، أحمد إبراهيم، اتفاق التحكيم مفهومه أركانه شروطه-نطاقه، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، ٢٠١٣، ص٣٥١

(٤) نص على هذا المعنى أيضاً المادة (٤/٢٠٣) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، والمادة (١٧٣) من قانون المرافعات الكويتي، والمادة (٢٥٤) من قانون المرافعات العراقي، والمادة (١١) من قانون التحكيم العماني، والمادة (١٩٠) من قانون المرافعات القطري، وقد نصت المادة (٥٥١) من القانون المدني المصري على أن "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، لكن يجوز الصلح في المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم".

المدعى عليه على الدعوى وأمام المحكمة المدفوع أمامها بوجود اتفاق تحكيم(١).

وهنا أود أن أشير إلى أن عدم جواز خضوع مسائل الأحوال الشخصية للتحكيم بشكل مطلق، إنما المقصود تطبيق نظام التحكيم عليها من مدد محددة وإجراءات معينة واردة في النظام، بل جواز التحكيم ثابت شرعاً لقوله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا)(٢)، وإن الخطوة الأولى عند تقديمنا لدعوى أمام محكمة الأحوال الشخصية تحال أولاً إلى التحكيم و المصالحة، كذلك في تلك الدعاوى المنظورة أمام القضاة يطلب القاضي احضار محكم عن كل طرف للتوصل إلى حكم معين يخضع لرقابة وإشراف القاضي، ولكن بإجراءات مختلفة عن تلك المقصودة في التحكيم محل دراستنا.

الفرع الثاني

المسائل الجنائية

لا يجوز التحكيم في المسائل الجنائية(٣)، نظراً لارتباط مجال التحكيم بمجال

---

(١) عبد التواب، مرجع سابق، ص٣٥٥

(٢) سورة النساء، آية (٣٥)

(٣) قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٦٢٥ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٢ص ١٩٨٩ س ٣١ بأنه: "لا يجوز التحكيم بصدد تحديد مسئولية الجاني عن الجريمة الجنائية وإلا عد باطلاً لمخالفته النظام العام وإذا كانت المسألة التي انصب عليها التحكيم وبالتالي كانت سبباً للالتزام في السند إنما تتناول الجريمة ذاتها وتستهدف تحديد المسئول عنها وهي من المسائل المتعلقة بالنظام العام فلا يجوز أن يرد الصلح عليها وبالتالي لا يصح أن تكون موضوعاً للتحكيم وهو ما يستتبع أن الإلتزام المثبت في السند باطلاً لعدم مشروعية سببه".

الصلح، وعليه فإن القواعد الجنائية تمنع الصلح حيث إنها حق خالص لله سبحانه وتعالى، ويشمل ذلك جميع ما هو متعلق بالنفع العام والتي تكون فيها العقوبة قررت لمصلحة المجتمع بأكمله وليس الفرد، مثل العقوبات المقدرة في جرائم الحدود والتي لا يقبل تجاوزها أو التساهل في إيقاعها، وذلك يترتب عليه عدم قابليتها للتسوية بطريق التحكيم أو الصلح(١).

لذلك قامت فكرة الشريعة الإسلامية بتكريس حق الدولة في إيقاع العقوبات بصورة كاملة، وتقوم السياسة الجنائية في الدولة الإسلامية على حماية المجتمع ومصالح الفرد(٢).

كما أنه لا يجوز التحكيم في المسائل التي يجمع فيها حق الله تعالى وحق العبد، حيث إنه لا فرق ما إذا كان حق الله تعالى غالباً مثل حق القذف، أو كان حق العبد غالباً مثل حق القصاص والتعزير، ولتعلق حق الله تعالى بهذه المسائل فلا يمكن تسويتها والفصل فيها إلا عن طريق القاضي(٣).

وبناء على ما سبق فإن التحكيم يجوز في النزاعات التي يكون فيها حق العبد خالصًا له وحده، وله كامل الأهلية للتصرف في حقوقه بمحض إرادته واختياره ويشترط أن يكون الحق ثابت المشروعية ولا يتعلق بأي شخص خارج عن الخصومة(٤) .

---

(١) نصت المادة (١/٢) من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي على: "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح كالحدود واللعان".

(٢) شناق، زكي محمد، مرجع سابق، ص٢

(٣) محمود، مرجع سابق، ص ١٦٧ وما بعدها

(٤) باباه، عبدالفتاح ولد، ندوة علمية بعنوان التحكيم الجنائي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالتعاون مع فريق التحكيم السعودي، الرياض، ٢٠١٣م، ص٨ ، متاح على: http://repository.nauss.edu.sa/bitstream/handle/123456789/62566/التحكيم%٢٠الجنائي%٢٠ومبادئ%٢٠التحكيمات%٢٠العادلة1=pdf?sequence. (١٢/١١/٢٠١٧ م)

بالتالي لا يجوز التحكيم بين المتهم والنيابة العامة في شأن قيام الجريمة أو عدم قيامها ، وفي شأن المسؤولية الجنائية لمرتكب الفعل الجاني والعقوبة المقررة له[١]، حيث أن تحريك الدعوى الجنائية يتم عن طريق النيابة العامة فهي الجهة المختصة بالتحقيق في تلك الجرائم ومن ثم إحالتها إلى المحكمة حتى تتم محاكمة الجاني وإيقاع العقوبة اللازمة عليه[٢]، كذلك الحق المالي قد يتفرع عن حق غير مالي لا يجوز فيه التحكيم، وذلك في التعويض عن الأفعال الضارة التي تشكل جريمة يعاقب عليها القانون، وفي هذه الحالة يجب التمييز بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية، فالأولى تعد حكراً على القضاء، والأخيرة يجوز فيها التحكيم[٣]، بالتالي يجوز التحكيم في شأن تقدير التعويض المستحق للمجني عليه، دون أن يؤثر ذلك على إمكانية رفع الدعوى الجنائية[٤]، وقد صدرت عدة أحكام تقضي بعدم قبول التحكيم بسبب تعلقه بمسألة جنائية[٥].

---

(١) راشد، مرجع سابق، ٢٢٥-٢٢٦

(٢) حجيري، مرجع سابق، ص ١٤٥

(٣) المؤتمر الخامس لرؤساء المحاكم الإدارية في الدول العربية، ورقة عمل المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية حول التحكيم في العقود الإدارية، بيروت، ٢٠١٥، متاح على: https://www.carjj.org/sites/default/files/events/ورقة%٢٠عمل%٢٠المركز%٢٠٢٠١٥doc. (٢٠١٧/١٢/٠٩)

(٤) أبو الوفا، مرجع سابق، ص٧١

(٥) للمزيد انظر، الطعن رقم ٧٩٥ لسنة ٦٠ ق الصادر بجلسة ١٩٩٦/٥/٢٦م الدائرة المدنية والتجارية – منقولاً من د.رضا السيد عبدالحميد، مسائل في التحكيم، ص١٩٨

المطلب الثاني

المسائل المتعلقة بالنظام العام

إن منشأ عدم القابلية للتحكيم لمخالفة النظام العام، ليس هو وجود قواعد منظمة للعلاقة محل النزاع تتعلق بالنظام العام، وإنما هو وبالتحديد مخالفة قاعدة أو مبدأ معين بذاته، تلزم أطراف النزاع بعرض خصومتهم على قضاء الدولة، ولا تجيز لهم الالتجاء للتحكيم.

وسأتناول ذلك من خلال فرعين هما:

الفرع الأول: المسائل المتعلقة بالنظام العام في نظام التحكيم السعودي.

الفرع الثاني: المسائل المتعلقة بالنظام العام في اتفاقية نيويورك .

الفرع الأول

المسائل المتعلقة بالنظام العام في نظام التحكيم السعودي

إن النظام العام فكرة تتسم بالمرونة[١]، ليس لها ضابط محدد قاطع. فهي تعد فكرة معيارية نسبية تختلف من دولة إلى دولة أخرى، كذلك من زمن إلى زمن داخل ذات الدولة[٢]، فكل دولة لها حريتها وفقاً لسياستها الاقتصادية والاجتماعية أن تحدد المسائل التي يجوز الفصل فيها عن طريق التحكيم[٣].

---

(١) عرفت حكمة النقض المصرية عام ١٩٧٩ النظام العام بأنه: "يشمل القواعد التي ترمى إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد، سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الأفراد". حكم ٧ يناير ١٩٧٩، مجموعة أحكام النقض، الدائرة المدنية، أحوال شخصية، ١٩٧٩، ص٢٧٦.

(٢) راشد، مرجع سابق، ص ٢٢٤

(٣) لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ٥٨-٥٩

ويقصد بالنظام العام "جميع القواعد التي تتعلق بالمصالح العامة العليا في المجتمع التي تحقق له الحماية اللازمة لاستقراره واستمراره وتحقق العدالة لأفراده"(١). ويعد من النظام العام في المملكة العربية السعودية ما ورد في الشريعة الاسلامية في كافة المجالات وكذلك في الأنظمة، فلا يقبل التحكيم في النزاعات التي تتعلق بتعيين الموظفين او اقالتهم، أو مدى استحقاق أحدهم الجنسية أو اسقاطها عنهم، أو قرض بفوائد ربوية، أو عقد مقامرة، او في رد القضاة وعزلهم، وهذه المسائل على سبيل المثال لا الحصر(٢).

إن النظام العام في الشريعة الغراء قام على قاعدة، أن الأساس في المعاملات الإباحة، والاستثناء هو الحظر وعليه فالشريعة الإسلامية كرست مبدأ سلطان الإرادة لكن حدت من غلو المبدأ، بمفهوم النظام العام لهذا تعد عقود المقامرة والربا والغرر عقود تخالف النظام العام(٣)، ويعد باطلاً أي اتفاق مخالف للنظام العام بمعنى أنه لا يجوز العرض على التحكيم أي مسألة تتعلق بالنظام العام(٤).

ويعتبر من النظام العام في المملكة العربية السعودية، ما نصت عليه الشريعة الإسلامية في شتى المجالات و كذلك الأنظمة بتعدد انواعها، سواء كانت مدنية أو تجارية أو اقتصادية أو إدارية أو غير ذلك، فإذا تم التحكيم في مسائل متعلقة بالنظام العام فإنه لا يصح ويعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً لمخالفته للنظام العام،

---

(١) الوكيل، مرجع سابق، ص١٥

(٢) نفس المرجع سابق، ص ١٥

(٣) باخشب، عمر أبو بكر، النظام القانوني لاتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها وتطبيقها في المملكة العربية السعودية، جامعة الملك سعود، الرياض، ٢٠٠٤، ص ٣٦

(٤) سامي، مرجع سابق، ١١٦-١١٧

ويستوجب على المحكمة المختصة، أن تقضي به من تلقاء نفسها [١]، ويعد من المسائل التي يبطل فيها حكم التحكيم تلك المشتملة على فوائد ربوية أو تعويض عن كسب فائت أو الأضرار الأدبية والمعنوية[٢]، والهدف من عدم جواز تسوية المسائل المتعلقة بالنظام العام عن طريق التحكيم، هو تعلق مثل هذه المسائل بالمصالح العليا والتي تخص المجتمع وأفراده، بالتالي ينبغي إخضاعها للسلطة العامة للقضاء حيث إنها صاحبة الولاية؛ لأن في توليها ذلك ضمانة لعدم المساس بحق المجتمع[٣].

ويشترط لتنفيذ حكم أجنبي في كافة الدول ومن ضمنها المملكة العربية السعودية عدم تعارضه مع النظام العام والآداب العامة في الدولة المنفذ بها، وقد نص تعميم ديوان المظالم –حين كان اختصاص تنفيذ الأحكام الأجنبية لديوان المظالم–: "للسلطة القضائية المختصة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ الحق في رفض تنفيذ الحكم إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ وأن الدولة المطلوب إليها التنفيذ هي صاحبة السلطة في تقدير هذا الأمر"[٤] .

وفيما يتعلق بهذا الشرط في المملكة العربية السعودية فإنه يراد به على الخصوص عدم تعارض تنفيذ الحكم الأجنبي مع أصل من أصول الشريعة

---

(١) الوكيل، مرجع سابق، ص١٥

(٢) الشريف، نايف بن سلطان، دراسة نقدية لنظام التحكيم السعودي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، ص٤٨٩

(٣) البجاد، محمد ناصر محمد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة، الرياض، ١٩٩٩م، ص٤٨

(٤) باخشب، مرجع سابق، ص ٥٥

الإسلامية، وتطبيقاً لذلك لا يجوز التحكيم أو تنفيذ حكم تحكيمي إذا قضى بآثار الزواج لزوج غير مسلم على زوجة مسلمة(١).

الفرع الثاني

المسائل المتعلقة بالنظام العام في اتفاقية نيويورك

نصت المادة (١/٢) من اتفاقية نيويورك على: "تعترف كل دولة متعاقدة بأي اتفاق مكتوب يتعهد فيه الطرفان بأن يحيلوا إلى التحكيم جميع الخلافات أو أي خلافات نشأت أو قد تنشأ بينهما بالنسبة لعلاقة قانونية محددة، تعاقدية أو غير تعاقدية، تتصل بموضوع يمكن تسويته عن طريق التحكيم"(٢).

وكما ذكرنا سلفاً فإن لكل دولة حريتها في تحديد النزاعات التي تخضع للتحكيم من عدمها، وما يؤكد هذه الحرية هو ما ذهبت إليه الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، والتي ربطت التزام ومسئولية الدول بالاعتراف باتفاقات التحكيم بكون النزاعات محل التحكيم متعلقة بمسألة تقبل الفصل فيها عن طريق التحكيم، ودون أن تحاول وضع قواعد مادية تلتزم بها الدول الأعضاء(٣).

كما أن المناقشات التي تم إجراؤها في مؤتمر الأمم المتحدة الذي وضع اتفاقية نيويورك، ذهبت إلى رفضها في اقحام فكرة النظام العام، ووجوب ترك الباب

---

(١) محمد، عبد الجواد محمد، التطور الشرعي في المملكة العربية السعودية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٧م، ص ١١٧-١١٨

(٢) مادة (١/٢) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الموقعة في نيويورك بتاريخ ١٠ يونيو ١٩٥٨

(٣) تنص المادة ٤/٢٥ من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ على "أنه يجوز لكل دولة متعاقدة عند التوقيع أو الموافقة أو التصديق على الاتفاقية أو في تاريخ لاحق أن تخطر المركز بالنزاع أو النزاعات التي ترى بإمكانية خضوعها أو عدم خضوعها لاختصاص المركز"

مفتوح للاجتهاد خلال المراحل السابقة على صدور قرار التحكيم، وذلك بالنسبة للقانون المطبق على النزاع(١)، وألا يتناول التنظيم الدولي سوى المرحلة التالية، عند طلب الاعتراف أو النفاذ، واعطت اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ الحق للدول متعاقدة في أن ترفض الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم إذا كان فيها ما يخالف النظام العام(٢)، (المادة الخامسة فقرة ٢/ب).

وينبغي فهم فكرة النظام العام المذكورة في المادة المشار إليها أعلاه من الاتفاقية، فعلى الرغم من أن المادة لم تشر إلا إلى النظام العام، فإن هذا اللفظ يقيده ما جرى عليه العمل في إطار القانون الدولي الخاص من صرف هذ المصطلح إلى مفهوم النظام العام الدولي(٣)، حيث أن تقدير قابلية موضوع النزاع للتحكيم يجب أن يتم بالنظر إلى النظام العام بالمفهوم الدولي، وليس بمفهومه الداخلي(٤)، حيث انه ينبغي التفريق بين النظام الداخلي للدولة والنظام العام الدولي المسمئ (Transnational or Truly International Public policy)

والمقصود بالنظام العالم الداخلي للدولة هو مجموعة القواعد القانونية الآمرة التي سيتم تنفيذ حكم التحكيم فيها، لذلك هو مختلف من دولة إلى أخرى.

---

(١) راشد، مرجع سابق، ص٤٢٠

(٢) سامي، مرجع سابق، ص ١٧٦

(٣) الحداد، مرجع سابق، ص ٥٣٠

(٤) قضت محكمة استئناف باريس عام ١٩٩١ أنه " في مجال التحكيم الدولي، فإن صلاحية الاتفاق على التحكيم يجب أن يتم تقديرها بالنظر إلى مقتضيات النظام العام الدولي فقط.، انظر: Paris, 17 décembre 1991 affaire Gatoil, Rev. arb. 1993 p.281

أما بالنسبة إلى مصطلح (Transnational or Truly International Public policy) فهو شامل كافة مبادئ العدالة والأعراف الدولية، كذلك القواعد العامة الأساسية والأخلاقية والنماذج المطبقة في القانون الدولي، والتي مجمع عليها من قبل المجتمع الدولي كافة[١]. غير أن ليست كافة التشريعات تعترف بهذه التفرقة[٢]، كذلك يجب أن يفسر النظام العام تفسيراً ضيقاً، وبشيء من المرونة[٣].

وفي حالة كون حكم التحكيم الأجنبي المطلوب الاعتراف به وإنفاذه، يتعارض مع النظام العام في بلد التنفيذ، فإنه يجوز التنفيذ الجزئي[٤]، للحكم في الشق الغير

---

(١) الجازي، عمر مشهور حديثة، قانون التحكيم الأردني ومدى انسجامه مع قواعد التحكيم التجاري الدولي، ورشة عمل، العقبة، ٢٠٠٣، ص١٥، متاح على:
http://www.jcdr.com/pdf/article_aqaba.pdf

(٢) مثال على ذلك دولة الأردن حيث قررت محكمة التمييز الأردنية بحكمها رقم (٩١/٤٧) ما يلي: (أجازت المادة (٥/٢/ب) من اتفاقية نيويورك المتعلقة بقرارات التحكيم رفض الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه أو إحالة النزاع على التحكيم إذا كان الاعتراف بذلك يناقض النظام العام لذلك البلد)

(٣) أكد الحكم الصادر من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية في الدعوى رقم ١٣٩٧ لسنة ١٩٦٩ ان النظام العام في الإطار الضيق، بالنسبة للعقد المبرم من الدولة لا يعني إلا المسائل التي تخص السلطة العامة، أي عندما يمس حكم التحكيم المصلحة الوطنية العامة في الدولة التي يراد التنفيذ فيها بأضرار جسيمة.

(٤) كذلك إذا تعدد المدعى عليهم أطراف التحكيم، وكان احدهم عديم الأهلية فإن الحكم الصادر يجوز تنفيذه بالنسبة للمدعى عليهم الآخرين، ويمتنع تنفيذه بالنسبة لعديم الأهلية متى قدم هذا الخصم الأخير للبلد المطلوب فيها الاعتراف والتنفيذ الدليل على أنه كان عديم الأهلية، ولا يجوز لغير عديم الأهلية أو ناقصها التمسك بذلك.

مخالف للنظام العام، طالما أنه قابل للتجزئة، أما في حال كون الفصل بين الشقين مستحيلاً فإنه يجب رفض تنفيذ حكم التحكيم برمته(١).

ونخلص من ذلك إلى أنه يجب ألا يكون النزاع مخالفاً للنظام العام حتى يكون قابلاً للتسوية عن طريق التحكيم، ومسألة تحديد قواعد النظام العام كما ذكرنا تختلف من تشريع لأخر، ولكن فكرة النظام العام تنبع من وجود قواعد قانونية آمرة لا يمكن مخالفتها حيث إنها وضعت للصالح العام(٢)، ونجد أن بعض الأحكام القانونية تعتبر من النظام العام(٣)، وقسم أخر يكتفي بإيراد عبارة عامة تشير إلى طبيعة الأحكام المذكورة(٤).

"ولعله مما تجدر إليه الإشارة أيضاً أن فكرة النظام العام الواردة في نص المادة الخامسة فقرة (٢/ب) من معاهدة نيويورك لا تشمل بأي حال من الأحوال فكرة

---

(١) عبد المجيد، مرجع سابق، ص ٢٨٢-٢٨٣

(٢) سامي، مرجع سابق، ص١٢٨

(٣) مثال على ذلك القانون العراقي، حيث نصت المادة (٢/١٣٠) من القانون المدني على الأحكام التي تعتبرها من النظام "يعتبر من النظام العام بوجه خاص، الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال، والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجوز ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية"

(٤) مثل ما جاء في المادة (٦) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على: "لا يجوز باتفاقات خاصة مخالفة القوانين التي تخص النظام العام والآداب الحسنة"، كما عددت المادة (٣٠٦٠) من ذات القانون بعض الحالات منها، المسائل المتعلقة بالأهلية، والأمور المتعلقة بالطلاق، والتفريق الجسماني، والمنازعات الخاصة بالمؤسسات العامة، وهناك عدة حالات أخرى وردت في قوانين خاصة في فرنسا.

النظام العام الدولي المشترك بين العديد من الدول أو ما يطلق عليه بالفرنسية ordre public reellement international فهذه الفكرة، كمبدأ عام، لا تجد لها صدى إلا أمام المحكمين على اعتبار أن ليس لديهم قانون اختصاص Lex fori"[١].

وسنستعرض القضية التالية تطبيقاً على ما سبق:

الأطراف: Shanghai Feilun Industrial Co. ضد GRD Minproc Limited

الوقائع:

في ٢٤ تموز/يوليه ١٩٩٤ أبرمت شركة شنغهاي للتجارة الخارجية وشركة (وارمان) وشركة (فيلون)، اتفاقاً لبيع وشراء معدات ومواد تستخدم في إعادة تدوير البطاريات. وتضمن اتفاق الأطراف بند التحكيم تسوى بمقتضاه أي منازعة تنشأ من تنفيذ العقد أو ما يتعلق به عن طريق التحكيم، تحت إشراف معهد التحكيم التابع لغرفة التجارة بستوكهولم، في حالة فشل المفاوضات الودية، وفي ٣٠ نيسان/أبريل ١٩٩٥، حلت شركة "منبروك" محل شركة وارمان في اتفاق الأطراف. ونشأت منازعة بين الطرفين بشأن فعالية المعدات، وتقدمت شركة فيلون إلى الغرفة بطلب تحكيم في ٢١ كانون الثاني/يناير ٢٠٠٣. وصدر قرار تحكيم نهائي لصالح شركة منبروك في ٢٠ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٦، رفض دعوى شركة فليون وإلزامها برد التكاليف إلى شركة منبروك، وتقدمت شركة منبروك بعدئذ إلى محكمة الشعب المتوسطة رقم ٢ بشنغهاي بطلب للاعتراف بقرار التحكيم وإنفاذه، وعارضت شركة فليون الطلب على أساس ما يلي:

(١) الحداد، مرجع سابق، ص ٥٣٠

١- ان اتفاق التحكيم غير ساري المفعول.
٢- أن القرار مخالف للنظام العام في الصين.
٣- أن شركة منبروك قدمت رشاوي وسرقت أدلة، ما ينتهك السياسة العامة في الصين.
٤- أن شركة منبروك لم تقدم قط دعوى مضادة فيما يتعلق بالتكاليف، وبذلك يكون القرار قد تناول منازعة تتجاوز دعاوى التحكيم .
٥- أن هيئة التحكيم لم تقم قط بعمليات التفتيش في الموقع كما هو مبين .
٦- أن القرار لم يشر قط إلى الحجج التي استند إليها ولم يثبت أن عضو هيئة التحكيم الذي لم يوقع على القرار شارك في اتخاذه. ورأت محكمة الشعب المتوسطة رقم (٢) في شنغهاي أنه لا ينبغي الاعتراف بقرار التحكيم ولا إنفاذه، وقررت المحكمة على وجه الخصوص أن القرار يناقض المصالح العامة للصين، بمقتضى المادة (٢)(ب) من اتفاقية نيويورك، لأنه يتعلق بمعدات مخالفة للأنظمة الصينية للصحة والسلامة المهنيتين. ورفعت محكمة الشعب المتوسطة رقم ٢ في شنغهاي رأيها إلى محكمة الشعب الأعلى في شنغهاي لمراجعته.

الحيثيات:

ورأت محكمة الشعب الأعلى في شنغهاي أنه لا ينبغي الاعتراف بقرار التحكيم ولا إنفاذه، بمقتضى المادة الخامسة (٢) من اتفاقية نيويورك حيث إن القرار يناقض المصلحة العامة الصينية.

ورفعت محكمة الشعب الأعلى رأيها في محكمة الشعب العليا لمراجعته وفقاً لمذكرة محكمة الشعب العليا بشأن الفصل من جانب محكمة الشعب العليا في المسائل ذات الصلة بالتحكيم المتعلق بأطراف أجنبية وأمور التحكيم الأجنبي.

منطوق الحكم:

انتهت محكمة الشعب العليا بأنه يجب الاعتراف بقرار التحكيم وإنفاذه وقررت المحكمة على وجه الخصوص، أن كون قرار التحكيم منصفاً وعادلاً من حيث الموضوع ليس هو المقياس الذي يعتبر على أساسه أي تحكيم منتهكاً للنظام العام في الصين لأغراض الاعتراف والانفاذ، بمقتضى المادة الخامسة (٢) (ب) من اتفاقية نيويورك. وعلاوة على ذلك رأت المحكمة أنه لا توجد أي أسس للرفض بمقتضى المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك.

ويتضح لنا من الدعوى أعلاه أن اتفاقية نيويورك نصت في مادتها الخامسة فقرة (٢)(ب) على عدم تنفيذ حكم التحكيم والاعتراف به في حالة كونه مخالفًا للنظام العام لبلد التنفيذ، ومن هنا نجد انها أعطت الحق لدولة التنفيذ أن تقرر ما إذا كان مخالفاً للنظام العام فيها من عدمه، وذلك الأمر يرجع إلى الدولة ذاتها في تقدير مخالفة موضوع الحكم للنظام العام، فالقضية أعلاه نرى أن محكمة الشعب الأعلى رفضت تنفيذ الحكم واعتبرته مخالفاً للنظام العام مستندة في ذلك لى نص المادة الخامسة (٢/ب) من الاتفاقية، بينما محكمة الشعب العليا كان لها رأي مغاير ولم ترى في الحكم وموضوع ما يمنع التنفيذ أو ما يمس النظام العام.

ونخلص من ذلك أن هذا الأمر تقديري يرجع نظام الدولة المطلوب فيها تنفيذ الحكم والاعتراف به.

وظهرت العديد من السوابق القضائية التي تؤيد هذا القول ومنها قضية الحكومة الأرجنتينية ضد شركة بريطانية[١].والتي تتمحور وقائعها في أنه أعلنت

---

(١) انظر هذه القضية:

El Kosheri, (A.S.) et Le boulanger, (Ph) : "Face a la corruption et auxTrafics d'influence", Rev. arb., 1984, P.3.

الحكومة الأرجنتينية عن مناقصة عالمية لإقامة محطة كهربائية بها، وكان من بين الشركات التي تقدمت لتلك المناقصة شركة بريطانية، استطاعت أن تتعاقد مع وسيط أرجنتيني للسعي لدى حكومته في إرساء المناقصة في مقابل أن يحصل الوسيط على ١٠% من قيمة العقد، ورغم المجهودات التي بذلها الوسيط فقد تم إرساء المناقصة لصالح شركة ألمانية وعلى أثر سقوط النظام السياسي في الأرجنتين أعلنت الحكومة الجديدة عن مناقصة أخرى تقدمت إليها الشركة البريطانية ونجحت في الحصول عليها مباشرة.

طالب الوسيط الشركة البريطانية بدفع عمولة له، على أساس أن التعاقد وحصولها على المناقصة، كان نتيجة لجهوده السابقة، إلا أن الشركة البريطانية رفضت ذلك، وتم اللجوء إلى قضاء الغرفة التجارية الدولية بباريس، وأوضح المحكم أنه تبين من الاطلاع على المستندات أن العقد المبرم بينهم كان بدافع رشوة الموظفين للحصول على المناقصة، وبرغم مجهودات الوسيط، إلا أنه لا يمكن التغاضي عن أن العمولة محل العقد تعد رشوة، وأنه يوجد مبدأ قانوني معترف به من قبل الأمم المتحضرة، هو أن العقود التي تنتهك النظام العام تعد غير صحيحة، وبالتالي حكم بعدم قابلية الدعوى للتحكيم استناداً على المادة (٥/٢/ب) من الاتفاقية.[١]

سبق أن ذكرنا أن النظام العام مفهوم نسبي يختلف من مجتمع إلى اخر، ولكن في القضية أعلاه، فإن الرشوة مخالفة للنظام العام في جميع الدول ؛ إذ تعد انتهاكاً لسياسة الدولة ونظامها العام وكذلك يدخل من ضمنها الفساد! وبالتالي قضى المحكم واستناداً على المادة الخامسة فقرة (٢/ب) من إتفاقية نيويورك بعدم

(١) أبو أحمد، مرجع سابق، ص٢٩٠

صحة العقد لمخالفته للنظام العام.

الخلاصة:

١ــ إن التحكيم يعد قضاء اتفاقيًا، ولكن هذا الاتفاق ليس مطلقاً في الموضوع. وليس كل نزاع يقبل التسوية عن طريق التحكيم ويجب فحص النزاع وقابليته للتحكيم من عدمه.

٢ــ صلاحية النزاع محل التحكيم تستوجب أن يكون ذا طابع إداري أو تجاري او مدني.

٣ــ اختلف الفقهاء في المسائل التي يجوز فيها التحكيم من عدمه، وخلص الفقهاء في ذلك أن المسائل التي فيها حق خالص لله تعالى او اختلط فيها حق من حقوق الله، لا يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، بينما التي فيها الحقوق خالصة للعباد فيجوز خضوعها للتحكيم.

٤ــ عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا تقبل الصلح.

٥ــ اتفق نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك على عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، إلا أن نظام التحكيم لم ينص عليها صراحة في مادته الثانية ولكنها عدها ضمن المسائل التي لا تقبل الصلح، بعكس اتفاقية نيويورك التي نصت صراحة في المادة الخامسة فقرة (٢) (ب) برفض قرار التحكيم وتنفيذه في حال كونه يتعارض مع النظام العام لبلد التنفيذ.

الفصل الثاني

القابلية للتحكيم في نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك

إن قابلية لجوء الأطراف إلى التحكيم وقابلية منازعتهم للفصل فيها عن طريق التحكيم تعد أحد الشروط الأساسية المتطلبة حتى يكون اتفاق التحكيم صحيحاً وكذلك لانعقاد الاختصاص للمحكم للفصل فيه، فإذا لم يكن هناك قابلية شخصية وقابلية موضوعية لتسوية النزاع عن طريق التحكيم وفق القانون الذي يرى المحكم أنه واجب التطبيق، فينبغي عليه أن يحكم بعدم الاختصاص في نظر المنازعة.

ويعد موضوع القابلية للتحكيم من الأمور الهامة التي جذبت انتباه المشاركين في الأمم المتحدة التي تولت وضع اتفاقية نيويورك، وذلك للتوفيق بين مواقف العديد من الدول وضرورة التوصل إلى حل يمكن التحكيم من أداء دوره على أفضل وجه وبأقل قدر من تدخل المحاكم الوطنية لإبطال اتفاقات التحكيم، بحجة أن موضوع النزاع من المواضيع التي لا تقبل تسويها عن طريق التحكيم.

ويلاحظ أن بعض الدول تأخذ موقفاً مشجعاً للجوء إلى التحكيم، بالتالي جعلت الأصل جواز التحكيم في كافة المسائل، مع استثناءات محدودة وردت على سبيل الحصر في أضيق نطاق ممكن.(١)

وفي هذا الفصل سأتناول موضوع القابلية للتحكيم في كل من النظام السعودي واتفاقية نيويورك في مبحثين أساسين هما:

---

(١) تشمل هذه المجموعة بصفة خاصة غالبية الدول الانجلوامريكية والاسكندنافية، وبخاصة الولايات المتحدة الأمريكية، والمملكة المتحدة، وسويسرا وهولندا والمانيا الغربية.

المبحث الأول: القابلية الشخصية للتحكيم .

المبحث الثاني: القابلية الموضوعية للتحكيم.

المبحث الأول

القابلية الشخصية للتحكيم

إن القابلية للتحكيم قد تثور بسبب طبيعة أحد الأطراف، حيث إن هناك من يثور بصددهم مدى جواز لجوئهم للتحكيم، وهذا يسمى القابلية الشخصية للتحكيم. فتكون صفة أحد الأطراف محل بحث لمعرفة القابلية للتحكيم من عدمه(١).

وعادة ما يتم التفرقة بين ما إذا كان أحد الأطراف شخصًا من أشخاص القانون العام كالدولة أو أجهزتها أو هيئاتها وغيرها، ويطلق على عدم قابلية المنازعة للفصل فيها لهذا السبب عدم القابلية القائمة على الاعتبار الشخصي.

وسيتم تناولها في هذا المبحث من خلال مطلبين هما:

المطلب الأول: مدى أهلية الشخص الطبيعي للتحكيم في نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك.

المطلب الثاني: مدى أهلية الشخص المعنوي للتحكيم في نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك .

(١) تعليب، مرجع سابق، ص ٣٤٢

المطلب الأول

مدى قابلية الشخص الطبيعي للتحكيم

في نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك

قد يتعرض قرار التحكيم إلى البطلان في حال إذا كان أحد أطراف التحكيم فاقدًا للأهلية أو ناقصها أو منعدم الأهلية، وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.

وسنعالج ذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول

أهلية الشخص الطبيعي في نظام التحكيم السعودي

نصت الفقرة الأولى من المادة العاشرة من نظام التحكيم السعودي على أنه : " لا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن يملك التصرف في حقوقه سواء أكان شخصاً طبيعياً –أو من يمثله– أم شخصاً اعتبارياً"(١).

أي أن هذه الفقرة تتعلق بالأهلية اللازمة، فيمن يبرم اتفاق التحكيم، وهي أهلية الطرف للتصرف في الحقوق محل التحكيم، حيث إن اتفاق التحكيم يعني التنازل عن حل النزاع بواسطة محاكم الدولة، وهو ما قد يعرض الحق محل النزاع للخطر(٢).

وعُرفت الأهلية في اللغة: بأنها الصلاحية، يقال: "فلان أهل لعمل كذا، إذا كان صالحاً للقيام به"(٣).

---

(١) المادة العاشرة، الفقرة الأولى، من نظام التحكيم السعودي.

(٢) الوكيل، مرجع سابق، ص٢٩

(٣) زيدان، عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، ٢٠٠٩، ط١، ص٧٢

حيث إن الأهلية شرط لازم لصحة العقد، فالرضا لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذي أهلية. والأهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق واستعمالها[١]،ومن المهم توافر الأهلية اللازمة لإمكان مباشرة التصرف القانوني، إذ يجب معرفة ما إذا كانت اهليته تجيز له التصرف من عدمه[٢]، ويشترط في المحتكم البلوغ والعقل[٣].ويميز الفقهاء بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء.

يعرف علماء أصول الفقه الإسلامي أهلية الوجوب: "صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه"[٤]، وأهلية الأداء على أنها: "هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق"[٥] ، ونظراً لأن التحكيم من العقود الرضائية الملزمة للجانبين، فيجب أن تتوافر في أطرافه الأهلية اللازمة لإبرام التصرفات القانونية[٦]، بالتالي فإن أطراف التحكيم يجب أن تتوافر فيهم أهلية التصرف في الحق محل الاتفاق[٧]،

(١) البجاد، مرجع سابق، ص٦٥

(٢) التحيوي، مرجع سابق، ص٢٢٥

(٣) محمود، مرجع سابق، ص ٢٧٧

(٤) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول مصادر الالتزام، دار الشروق، مصر، ٢٠١٠، ص٢٢٦

(٥) نفس المرجع السابق، ص ٢٢٧

(٦) البجاد، مرجع سابق، ص ٦٧

(٧) نصت المادة ١١ من قانون التحكيم المصري وقانون التحكيم العماني، على أنه "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه"، كما نصت المادة ٤/٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية بدولة الإمارات على "لا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع" كذلك المادة (٦) من قانون التحكيم اليمني على أن "يشترط لصحة التحكيم أولاً: أن يكون المحتكم أهلاً للتصرف في الحق موضوع التحكيم على أن لا يقبل التحكيم من الولي أو الوصي إلا لمصلحة أو من المنصوب إلا بإذن المحكمة".

فإذا لم تتوافر الأهلية فلا يعد اتفاق التحكيم صحيحاً بالنسبة لأطراف النزاع[١]، وبالنسبة للوكيل فلا بد من وكالة خاصة بالتحكيم، فلا تكفي الوكالة العامة[٢]، وأهلية التصرف لا تثبت بحسب الأصل إلا لمن بلغ سن الرشد ولم يكن محجوراً عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة[٣].

ويجب تفصيل حالات الأهلية، كالتالي[٤]:

حالة كمال الأهلية

إن المقصود بحالة كمال الأهلية، أن الانسان إذا بلغ سنًا معينة فله التصرف بحرية في نفسه وماله من دون تدخل شخص أخر، وتبدأ حالة كمال الأهلية للإنسان بمجرد أن يبلغ سن الرشد وبشرط تمتعه بكامل قوته العقلية وغير محجور عليه من إجراء أي تصرف من التصرفات القانونية[٥]، وحُدَّد سن الرشد في المملكة العربية السعودية بثماني عشر سنة هجرية[٦]، فإذا بلغ الإنسان عاقلاً ثبتت له أهلية أداء كاملة، وصار أهلاً لتوجيه الخطاب إليه، وكذلك تكليفه بجميع التكليفات الشرعية، وتصح منه جميع العقود والتصرفات دون التوقف على إجازة

---

(١) عبد التواب، مرجع سابق، ص ٢٧٣

(٢) الوكيل، مرجع سابق، ص٣٠

(٣) يلاحظ ما تقضي به الفقرة الثانية من المادة ١١٤ من القانون المدني المصري على أنه: "إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر على المجنون أو المعتوه فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها".

(٤) زيدان، مرجع سابق، ٧٦

(٥) البجاد، مرجع سابق، ص٦٨

(٦) قرار مجلس الشورى رقم (١١٤) وتاريخ ١٣٧٤/١١/٠٥هـ

أحد إذا لم يكن سفه[١].

حالة نقص الأهلية

يعد الإنسان ناقص الأهلية متى ما كانت تصرفاته موقوفة على إجازة شخص أخر لمثل هذه التصرفات كالولي والوصي والقيم، وذلك بعد الحصول على إذن المحكمة المختصة في بعض الأحيان، وتشمل حالة نقص الأهلية الصغير المميز وهو من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وبناء عليه فإن الصبي المميز في النظام السعودي هو من كان عمره بين السابعة والثامنة عشر ولم يكن سفيهًا أو معتوهًا أو مجنونًا أو ذا غفلة[٢].

وعليه فإنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم، في تلك المنازعات التي يكون ناقص الأهلية طرفًا فيها، سواء كان اتفاق التحكيم مبرماً معه مباشرة، او تم ابرامه مع الوصي او الولي أو القيَّم عليه[٣]، مالم يوجد إذن من المحكمة المختصة[٤] او مالم يوجد نص يقتضي بغير ذلك صراحة[٥].

---

(١) زيدان، مرجع سابق، ص٧٧

(٢) البجاد، مرجع سابق، ص ٦٩

(٣) قضت محكمة النقض السورية بأنه:" ليس للوصي دون إذن المحكمة مباشرة الصلح والتحكيم في حق الصغير (نقض مدني ٢١٣٦/٩٥) في ١٩٥٧/٠٨/٢٩، استنابولي، رقم١٦٩٥) وفي لبنان، قضي في وقت سابق بأن التحكيم، الصادر عن قاصر باطل ولو اقترن بموافقة الوصي (استئناف بيروت المدنية، ١٩٦٥/٣/١٨، زين١٠٧)" .

(٤) منح المشرع الفرنسي القاصر المأذون له أهلية كاملة، بموجب مادته (٤٨١) من التقنين المدني الفرنسي التي نصت على: "يعتبر القاصر المأذون له أهلاً كالبالغ الرشيد لمباشرة جميع أعمال الحياة المدنية"

(٥) الحداد، مرجع سابق، ص ٧٨

وقد نصت المادة (١٦٧) من مجلة الأحكام العدلية على: "يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان في حقه نفعاً محضاً وإن لم يأذن به الولي ولم يجزه، كقبول الهدية والهبة، ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وإن أذنه بذلك وليه وأجازه كأن يهب لآخر شيئاً، أما العقود الدائرة بين النفع والضرر في الأصل فتنعقد موقوفة على إجازة وليه، ووليه مخير في إعطاء الإجازة وعدمها فإن رآها مفيدة في حق الصغير أجازها.."[١]

حيث إن التصرفات المالية لناقص الأهلية فصلت كالتالي[٢]:

١ــ تصرفات نافعة نفعاً محضاً للصغير: مثل قبول الصدقة والوصية والهبة، وهذه التصرفات تصح من الصغير دون توقف على إجازة الولي أو الصبي.

٢ــ التصرفات الضارة بالصغير ضرراً محضاً: وهي ما يترتب عليه خروج شيء من املاكه بدون أي مقابل، كالهبة والوقف ونحوهما.

٣ــ التصرفات المترددة بين النفع والضرر بحسب أصل وضعها: كالبيع، الإجارة وسائر المعاوضات المالية.

حالة انعدام الأهلية:

يكون الشخص عديم الأهلية متى ما انعدمت إرادته، وتشمل هذه الحالة الصبي الغير مميز والمجنون جنونًا مطبقًا وتنعدم ففي هذه الحالة إرادته تماماً[٣]، ففي هذه الحالة تكون جميع التصرفات القانونية باطلة بما في ذلك العقود التي يكون

(١) مادة (١٦٧) مجلة الأحكام العدلية

(٢) زيدان، مرجع سابق، ص٧٦

(٣) البجاد، مرجع سابق، ص ٧٠

طرفاً فيها ومن ضمنها اتفاق التحكيم[١]، فالعقل لازم لقبول التحكيم[٢]، أما إذا كان الجنون غير مطبق، وهي الحالة التي يكون فيها الشخص مجنوناً خلال فترات وعاقل في فترات أخرى، فإذا كان المجنون الغير مطبق قام بالفعل في حالة الوعي فإنه تصرف كالعاقل وتعد أهليته كاملة إذا بلغ سن الرشد، أما إذا كان التصرف في فترة غير واع فيها فلا يعتد بهذا التصرف ويعد باطلاً بطلاناً مطلقًا[٣].

ويبطل أي اتفاق تحكيم صدر من شخص عديم الأهلية، وهذا ما قضت به المادة (٩٦٦) من مجلة الأحكام العدلية، بالتالي: "لا تصح تصرفات الغير مميز القولية مطلقاً وإن أذن له وليه"[٤].

والعبرة في تحديد الأهلية للشخص، لوقت إبرام اتفاق التحكيم وليس بعده أو قبله، حيث إن أهلية الأشخاص تتأثر، فقد يكون شخص ناقص أهلية قبل إبرام الاتفاق، ولكن عند الابرام كامل الأهلية، ثم يصبح بعدها عديم أو ناقص الأهلية، في هذه الحالة يعد الاتفاق صحيحاً، حتى إذا استمر انعدام أهليته، إلى حين رفع دعوى قضائية وحتى البت فيها [٥].

---

(١) الحداد، مرجع سابق، ص٧٤

(٢) اشترط الأحناف والشافعية العقل لقبول التحكيم، إلا أن القاضي البلقيني الشافعي استثنى عدد ممن لا يجوز لهم الخضوع للتحكيم، وهم "الوكيل بدون إذن خاص من موكله، الولي إذا أضر بمن هو تحت ولايته، الولد المأذون له بالتجارة، عامل القراض لابد من رضا المالك وإن كان هناك ديون فلابد من رضا الغرماء، المحجور عليه للإفلاس إن كان يضر بغرمائه، المحجور عليه للسفه".

(٣) البجاد، مرجع سابق، ص٧٠-٧١

(٤) مادة (٩٦٦) مجلة الأحكام العدلية

(٥) الحداد، مرجع سابق، ص٧٣

ولهذا فإن لكل شخص سعودي الجنسية، "بلغ سن ال ١٨ متمتعاً بكامل قواه العقلية، وغير محجور عليه" ابرام اتفاق التحكيم، أما ناقص الأهلية فلا يحق له ذلك ويكون الوصي أو الولي او القيم عليه، هو من يجب عليه ابرام اتفاق التحكيم بعد إذن من المحكمة المختصة(١)، كما ينطبق نقص الأهلية على المفلس، فإذا قام المفلس بعد شهر إفلاسه بالاتفاق على التحكيم، فإن هذا الاتفاق لا يعد باطلاً، وإنما يعد غير نافذ في مواجهة الدائنين"(٢).

الفرع الثاني

أهلية الشخص الطبيعي في اتفاقية نيويورك

لما كان اتفاق التحكيم تصرف قانوني تتجه إرادة أطراف إلى إحداث أثر معين، وهو عزل قضاء الدولة وتخويله قضاء التحكيم، فمن الواجب أن يتوافر في الأطراف أهلية الأداء اللازمة لصدور إرادة صحيحة خالية من العيوب لإبرام اتفاق التحكيم(٣).

جاء في مضمون المادة الخامسة فقرة (١/أ) من إتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام الأجنبية عدم جواز رفض الاعتراف بقرار التحكيم او تنفيذه إذا احتج أحد

(١) جاء في الدليل الإرشادي لصياغة شروط تسوية المنازعات الصادر من المركز السعودي للتحكيم التجاري، أنه إذا كان التوقيع على بند تسوية المنازعات من قبل وصي أو قيم يتصرف نيابة عن أحد الأطراف، فينبغي أيضاً إرفاق نسخة من السند القانوني المثبت للوصاية أو القوامة باتفاق التسوية، وإذا كان الوصي أو القيم يتطلب الحصول على إذن من المحكمة أو أي جهة أخرى بتوقيع اتفاق التسوية، فينبغي الحصول على هذا الإذن، وذلك لتجنب ابطال الاتفاق.

(٢) الوكيل، مرجع سابق، ص٢٩

(٣) سلامة، مرجع سابق، ص٢٠٣

الأطراف على القرار، إلا إذا ثبت أن طرفي الاتفاق او أحدهما في حالة من حالات انعدام الأهلية بموجب القانون المنطبق عليهم(١).

فنجد أن اتفاقية نيويورك لم تتحدد قواعد معينة يصار بموجبها إلى معرفة أهلية أطراف النزاع، وإنما تركت ذلك للقانون الواجب التطبيق على الأطراف(٢)، وحيث إن كافة الأشخاص الطبيعيين أي ما كانت جنسيتهم أو موطنهم، فيجوز لهم الاتفاق على التحكيم كذلك الاشخاص المعنوية، وفي ظل هذا المفهوم الموسع، لم يجد المؤتمرون في اتفاقية نيويورك حاجة لتقنين أي قاعدة سوى تضمين المادة الخامسة (١)(أ) قاعدة إسناد(٣)، أي يطبق قانون الدولة الواجب التطبيق على الأطراف(٤) .

ولكي يتم معرفة القواعد القانونية التي تحكم مسائل الأهلية لابد من الرجوع إلى القانون الشخصي لاتفاق أطراف التحكيم، ويتم ذلك عن طريق

---

(١) نصت المادة الخامسة فقرة (١)(أ) على أنه: "لا يجوز رفض الاعتراف بالقرار وتنفيذه، بناء على طلب الطرف المحتج ضده بهذا القرار، إلا إذا قدم ذلك الطرف إلى السلطة المختصة التي يطلب إليها الاعتراف والتنفيذ ما يثبت: أ) أن طرفي الاتفاق المشار إليهم في المادة الثانية كانا، بمقتضى القانون المنطبق عليهما، في حالة من حالات انعدام الأهلية، أو كان الاتفاق المذكور غير صحيح بمقتضى القانون الذي أخضع له الطرفان الاتفاق أو إذا لم يكن هناك ما يشير إلى ذلك، بمقتضى قانون البلد الذي صدر فيها القرار".

(٢) سامي، مرجع سابق، ص٣٧٤

(٣) راشد، مرجع سابق، ص٣٢١

(٤) نجد أن المادة (١١) من القانون المدني المصري وضعت نصاً عاماً مقتضاه خضوع أهلية الشخص الطبيعي لقانون الدولة التي ينتمي إليه الشخص بجنسيته وقت التصرف.

أحد النظامين[١]:

قانون البلد الذي تحمل جنسيته[٢].

قانون الموطن[٣].

وإزاء عدم ورود أي قيود في الاتفاقية بالنسبة للأشخاص الذين يحق لهم أن يكونوا أطراف في اتفاق التحكيم، فما هو الموقف بالنسبة للقيود التي تفرضها بعض التشريعات الوطنية على خلاف ذلك الأصل، وأهم صورها حظر التجاء الوطنيين إلى الاتفاق على تحكيم خارج الدولة، كما هو الحال في القانون الايطالي[٤].

وقد ثارت هذه المسألة أمام المحاكم الإيطالية، استناداً على المادة الثانية من نظام المرافعات الإيطالي التي تؤدي إلى بطلان أي اتفاق بين أشخاص إيطاليين أو متوطنين في إيطاليا لإجراء تحكيم خارج ايطاليا[٥].

---

(١) سامي، مرجع سابق، ص٣٧٤

(٢) يأخذ بهذا النظام القوانين العربية والقانون الفرنسي والقانون الإيطالي.

(٣) يأخذ بهذا النظام القانون الأمريكي والقانون الانجليزي.

(٤) راشد، مرجع سابق، ص ٣٢٢

(٥) تنص المادة الثانية من قانون المرافعات الايطالي في ترجمتها الانجليزية على:

"Italian jurisdiction (giursdizione) may not be derogated by agree-ment in favour of a foreign jurisdition or arbitrators sitting abroad, unless it is in respect of a case relating to obligations between for-cigners, or an alien and a citizen who neither resides nor is a do-miciliary of the republic and the derogation is in the form of a written act".

وقد حكمت محكمة النقض الإيطالية في عدة قضايا وأحكام في علاقات القانون الدولي الخاص، بوجوب الاعتراف بصحة اتفاق التحكيم في الخارج المنعقد بين رعايا ايطاليين مقيمين في إيطاليا أو بينهم وبين اجانب متوطنين إيطاليا اعمالاً لاتفاقية نيويورك، بالرغم من تعارض ذلك مع نص المادة الثانية من قانون المرافعات الإيطالي، معللة محكمة النقض ذلك بأن التصديق على اتفاقية نيويورك أصبحت جزء من القانون الإيطالي(١).

وقد حددت اتفاقية نيويورك القانون الذي يطبق لمعرفة صحة اتفاق التحكيم من عدمه، وهو القانون الذي حدده الأطراف لتطبيقه، أما في حالة عدم معرفة ذلك فيكون القانون واجب التطبيق هو قانون الدولة التي صدر فيها القانون التحكيمي(٢).

وفي كل الأحوال إذا اثبت الخصم أن الطرف الصادر لصالحه القرار التحكيمي كان عند ابرام اتفاق التحكيم، غير متمتع بالأهلية اللازمة وفقاً للقانون الذي يحدد أهلية الأطراف(٣)، أو أن اتفاق التحكيم كان باطلاً، في هذه الحالة على قاضي التنفيذ أن يرفض تنفيذ القرار تطبيقاَ لما جاء في اتفاقية نيويورك(٤).

---

(١) راشد، مرجع سابق، ص٣٢٣

(٢) سامي، مرجع سابق، ص٣٧٥

(٣) تضمن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في مادة (٣٦) أن رفض التنفيذ مؤسس على أن طرف في اتفاق التحكيم مصاب بأحد عوارض الأهلية، وهو تعبير أفضل، لأنه يتسع ليشمل نقص الأهلية.

(٤) سامي، مرجع سابق، ٣٧٥

المطلب الثاني

مدى قابلية الشخص المعنوي للتحكيم

في نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك

سنتناول هذا المطلب للتعرف على مدى قابلية الشخص الطبيعي للجوء إلى التحكيم للفصل في نزاعاتهم، من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول

أهلية الشخص المعنوي في نظام التحكيم السعودي

سبق أن ذكرنا أنه لا يمكن الاتفاق على التحكيم إلا ممن يملك التصرف في حقوقه سواء كان شخص طبيعيًا ام اعتباريًا(١)، ويعرف الشخص الاعتباري بأنه: "مجموعة من الأشخاص يضمهم تكوين معين، أو مجموعة من الأموال ترصد لتحقيق غرض معين، يخلع عليه القانون الشخصية فتكون شخصاً مستقلاً ومتميزاً عن الذين يساهمون في نشاطها أو يفيدون منها، كالدولة والجمعية وغيرها"(٢).

وقد ورد تعريف الشخص الاعتباري بأنه: "كيان ذاتي مستقل عن الأفراد المكونين له، باعتباره مجموعة من الأموال والأفراد اجتمعت معاً لتحقيق هدف محدد يتم الاعتراف له قانوناً بالشخصية المستقلة شأنه في ذلك شأن الشخص الطبيعي ويتمتع بخصائص الشخصية المستقلة"(٣).

---

(١) المادة العاشرة الفقرة الأولى من نظام التحكيم السعودي.

(٢) البجاد، مرجع سابق، ص٧١

(٣) الخولي، عمر، الوجيز في القانون الإداري السعودي، مكتبة الملك فهد الوطنية، جدة، ط١، ٢٠١٢، ص١٣

ويصح لكل من الأشخاص الطبيعية والاعتبارية إبرام اتفاق تحكيم، إلا أنه يجب التأكد من ثبوت توافر الشخصية الاعتبارية لدى الشخص المعنوي، فالشخص المعنوي يتمتع بأهلية مختلفة عن أهلية الشخص الطبيعي؛ وذلك لاختلاف طبيعة كلاً منهم، حيث أن الشخص المعنوي أهلاً بتمتعه بجميع الحقوق، ماعدا ما كان منها ملازمًا لصفة الإنسان الطبيعي(١)، كذلك ما إذا دخل تصرفه في دائرة الاستثناء المحظور، في هذه الحالة لا يجوز للشخص المعنوي الاتفاق على التحكيم، بشأن أي نزاع متعلق بهذا التصرف، وإلا عد الاتفاق باطلاً، سواء كان شخصًا معنويًا عام مثل الدولة، أو خاصًا كالشركات.(٢)

ولا تثبت للشخص الاعتباري أهليته، إلا بعد الحصول على ترخيص(٣) من الجهة المختصة، التي تسمح له بمزاولة نشاطه، وذلك بعد التثبت من توافر جميع الشروط التي تقوم بها الشخصية الاعتبارية(٤).

---

(١) الوكيل، مرجع سابق، ص٢٩

(٢) الحداد، مرجع سابق، ص٨١

(٣) جاء في المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم: "يجوز بقرار مسبق من رئيس مجلس الوزراء أن يرخص لهيئة حكومية في عقد معين بإنهاء المنازعات الناشئة عن طريق التحكيم وفي جميع الحالات يتم اخطار مجلس الوزراء بالأحكام التي تصدر فيها"، كما جاء في نظام الاستثمار التعديني في المادة الأولى منه: "الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يمنح حقوقاً معينة بموجب هذا النظام"، كذلك جاء في المادة الأولى من نظام الكهرباء الصادر بالمرسوم الملكي م/٥٦ وتاريخ ١٤٢٦/١٠/٢٠هـ، تعريف المرخص بأنه: "كل شخص يحمل رخصة سارية المفعول صادرة من الهيئة تصرح له القيام بأي نشاط كهربائي"، وعرفت الرخصة بأنها: "إذن تمنحه الهيئة للقيام بنشاط كهربائي بموجب هذا النظام ولوائحه التنفيذية وتنظيم الهيئة".

(٤) البجاد، مرجع سابق، ص ٧٢

وينقسم الشخص الاعتباري إلى نوعين كالتالي:

شخص اعتباري خاص :

وهو الذي يهدف إلى تحقيق أهداف خاصة مثل الشركات والمؤسسات الفردية الخاصة والجمعيات الأهلية(١).

ومتى ما تم تأسيس الشخص الاعتباري الخاص وفقاً للنظام والإجراءات التي حددها القانون، فإنه يعد في مركز قانوني مشابه لمركز الشخص الطبيعي، ويصبح له موطن وجنسية وأهلية تمكنه من اكتساب الحقوق وأداء الالتزامات(٢).

شخص اعتباري عام

وهو الذي يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، مثل الوزارات والمؤسسات والمصالح العامة(٣).

وفي السابق كان محظوراً لجوء الأشخاص الاعتبارية العامة في المملكة العربية السعودية لفض منازعاتهم عن طريق التحكيم، حيث إنه سبق أن صدر قرار مجلس الوزراء رقم (٥٨) وتاريخ ١٣٨٣/٠١/١٧هـ، الذي حظر على الحكومة السعودية وعلى أي وزارة أو إدارة أو وكالة تابعة لها اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاتها سواء مع الأشخاص الطبيعيين أو الشركات أو المؤسسات الخاصة(٤)، إلا أنه تم استثناء عقود الامتياز ومقتضى هذا النوع من العقود هو "أن يتفرد شخص بعينه اعتبارياً كان أم طبيعياً بمركز قانوني متميز يتمكن بموجبه من ممارسة نشاط معين على وجه التفرد والاستقلال سواء تمثل

---

(١) الخولي، مرجع سابق، ص ١٣

(٢) البجاد، مرجع سابق، ص ٧٥

(٣) الخولي، مرجع سابق، ص١٣

(٤) البجاد، مرجع سابق، ص ٧٤-٧٥

هذا النشاط في صورة استغلال أحد الموارد الطبيعية (المملوكة للدولة) أو صورة ممارسة أحد النشاطات التي تنصب على تشغيل أو إدارة أحد المرافق العامة التي تقدم للعموم على وجه المساواة"[١].

نصت المادة الثالثة من نظام التحكيم السعودي على: "لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء إلى التحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء. ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم"[٢].

وبالاطلاع على نص المادة أعلاه، نجد أن نظام التحكيم الجديد، قد أجاز كمبدأ عام اللجوء إلى التحكيم كطريق لفض منازعاتها، فبعد أن كان محظوراً التسوية عن طريق التحكيم إلا بالنسبة للمنازعات المتعلقة بعقود امتياز، أصبح بإمكان الجهة الحكومية الاتفاق على التحكيم، بشرط الحصول على موافقة مجلس الوزراء[٣]، ويعد موقوفاً اتفاق التحكيم للجهة الحكومية على موافقة مجلس الوزراء، ولجوء الجهات الحكومية لتسوية النزاع عن طريق التحكيم موقوفاً على هذا الشرط[٤]، ويعلل وجوب هذا الشرط للتأكد من أن طبيعة النزاع محل اتفاق التحكيم، لا تتعارض مع النظام العام للدولة واعتبارات المصلحة العامة، فالنزاع المتعلق بسيادة الدولة ومصالحها الحيوية يحظر فيها اللجوء الى التحكيم، حيث إنها متمتعة بحصانة قضائية والمساس بها يعد مساساً بسيادة الدولة ونظامها العام[٥].

(١) الخولي، مرجع سابق، ص٣٥٤

(٢) المادة الثالثة من نظام التحكيم السعودي

(٣) البجاد، مرجع سابق، ص٧٧

(٤) الوكيل، مرجع سابق، ص٣٠

(٥) البجاد، مرجع سابق، ص٧٧

الطريقة التي يتم من خلالها السماح للجهة الحكومية باللجوء للتحكيم : تتطلب اتباع الإجراءات التالية[١]:

١ــ إعداد مذكرة بواسطة الجهة الحكومية التي ترغب أن تلجأ للتحكيم متضمنة موضوع النزاع، ومبررات التحكيم وأسماء الخصوم.

٢ــ ترفع المذكرة بواسطة ممثل الجهة الحكومية، إلى رئيس مجلس الوزراء، بغرض النظر في الموافقة على اللجوء للتحكيم من عدمه.

٣ــ في حال تم الموافقة من رئيس مجلس الوزراء، على لجوء الجهة الحكومية إلى التحكيم، فيجب على الجهة إخطار مجلس الوزراء بنتيجة حكم التحكيم.

ويجب الذكر أنه وردت بعض النصوص التي استثنت شرط الموافقة الأولية من رئيس مجلس الوزراء، فمنح الجهة الحكومية حق اللجوء إلى التحكيم بشكل مباشر ودون اخذ موافقة مسبقة[٢].

ومن هذه الأنظمة نظام الاستثمار التعديني الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٧ وتاريخ ١٤٢/٠٨/٢٠هـ، قد نصت المادة (٥٨) منه على: "يجوز الاتفاق على تسوية أي نزاع أو خلاف ينشأ بين مرخص له والوزارة عن طريق التحكيم وفقاً لأحكام نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية.."[٣]

---

(١) الشريف، نايف بن سلطان، التحكيم في منازعات شركات المساهمة العامة في المملكة العربية السعودية: دراسة تحليلية لنظام التحكيم السعودي الجديد، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، ع٥٣، ٢٠١٣، ص٢٢١

(٢) الوكيل، مرجع سابق، ص٣٠

(٣) المادة الثامنة والخمسون من نظام الاستثمار التعديني الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٧ وتاريخ ١٤٢٥/٠٨/٢٠هـ.

كذلك نظام الكهرباء الصادر بالمرسوم الملكي م/٥٦ وتاريخ ١٤٢٦/١٠/٢٠هـ، حيث نصت مادته (١٣) فقرة (٨) على أنه: "يجوز الاتفاق على تسوية أي نزاع أو خلاف ينشأ بين أي مرخص له والهيئة عن طريق التحكيم وفقاً لأحكام نظام التحكيم".

وبالتالي فإن النظام السعودي أعطى الحق للنظامين أعلاه، باللجوء إلى التحكيم للتسوية المنازعات التي نشأت عن العقود التي تبرمها، وذلك دون توفر شرط الموافقة من رئيس مجلس الوزراء.

الفرع الثاني

أهلية الشخص المعنوي في اتفاقية نيويورك

نصت المادة الأولى من الاتفاقية على جواز اللجوء إلى التحكيم سواء للأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين[١]، وقد حرصت الاتفاقية على استبعاد أي قيود متعلقة بطبيعة الأشخاص الذين يمكنهم اللجوء للتحكيم، واستبعدت ما تورده التشريعات الداخلية على أهلية الدولة والأشخاص المعنوية من قيود لإبرام اتفاق التحكيم خارج الدولة، أو من الاشخاص من اللجوء إلى التحكيم أصلاً[٢].

وفي ظل التنظيم الدولي السائد، لا يجوز في مجال المعاملات الدولية الخاصة، الاحتجاج بالنصوص الوطنية، للإدعاء بأن الدولة وكافة أشخاص القانون العام، ليست لها أهلية ابرام اتفاق التحكيم، حيث إن هذه الادعاءات تتنافى مع مقتضيات الحياة الدولية المعاصرة، كما أن اتفاقية نيويورك كانت حريصة على التوافق

(١) المادة الأولى من اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة ١٩٥٨م.

(٢) المواجدة، مراد محمود، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط٢، ٢٠١٥، ص ١٦١

معها عندما أطلقت مجال التحكيم لتشمل على السواء الاتفاقات المبرمة بين أشخاص القانون الخاص أو العام او تلك المختلطة بين أحد أاشخاص القانون الخاص في اتفاقه مع أحد أشخاص القانون العام[١].

ويجب الذكر أنه في فرنسا تناقض موقف القضاء العادي وقضاء مجلس الدولة[٢]، حيث صدرت أحكام القضاء المدني الفرنسية، في اتجاه الحظر الوارد في المادة (٢٠٦٠) من القانون المدني يحصر اعماله في التحكيم الداخلي دون الدولي، فيما قضى مجلس الدولة ببطلان التحكيم الوارد في العقود الإدارية مستنداً في ذلك إلي أن هذه النزاعات التي تكون الأشخاص العامة طرفاً فيها من النظام العام لا يمكن مخالفته[٣].

وبالنسبة لأشخاص القانون العام، فالأصل وجوب مراعاة القواعد الخاصة التي يتطلبها نظامها القانوني المنشور، بالنسبة لسلطة إبرام اتفاق تحكيم والموافقات التي يجب الحصول عليها سلفاً[٤]

(١) راشد، مرجع سابق، ص ٣٣٢

(٢) أدى هذا التناقض إلى تدخل تشريعي مهم وهو القانون الذي صدر في ١٩ اوت ١٩٨٦ الذي أجاز للدولة والمؤسسات العامة والمقاطعات أن تقبل شرط التحكيم في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية وذلك استثناء عن حكم المادة ٢٠٦٠ مدني، ولكن قيدتها بشروط وهي كالتالي:
١- أن يكون العقد مبرماً مع شركة أجنبية أي عقد دولي .
٢- أن يكون العقد بخصوص مشروع ذا نفع قومي حتى يبرر اللجوء إلى التحكيم.
٣- اشتراط صدور مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم.

(٣) زايري، مولاي أحمد، القابلية الشخصية للتحكيم-عقود الدولة-، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة د. الطاهر مولاي، الجزائر، ٢٠١٤، ص٣٣

(٤) راشد، مرجع سابق، ص٣٣٥

المبحث الثاني

مدى القابلية الموضوعية للتحكيم

إن القابلية للتحكيم قد تثور بصدد موضوع النزاع محل التحكيم، فهناك كما ذكرنا سلفاً موضوعات لا يجوز أن تكون محلاً للتحكيم، حيث إن العبرة بموضوع النزاع وهذا ما يسمى بالقابلية الموضوعية للتحكيم(١).

وسأتناول في هذا المبحث للتعرف على مدى القابلية الموضوعية للتحكيم من خلال مطلبين أساسين هما:

المطلب الأول: النزاعات القابلة للتحكيم في نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك.

المطلب الثاني: النزاعات الغير القابلة للتحكيم في نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك .

(١) تعليب، مرجع سابق، ص ٣٤٢

المطلب الأول

النزاعات القابلة للتحكيم في نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك

في هذا المطلب سنتناول النزاعات التي تقبل تسويتها عن طريق التحكيم في كل من نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة ١٩٥٨م.

الفرع الأول

النزاعات القابلة للتحكيم في نظام التحكيم السعودي

تختلف مسألة القابلية للتحكيم عن نطاق التحكيم[١]، والفرض من وجود اتفاق التحكيم والنزاع المثار بشأنه التحكيم يدخل في حدود شرط التحكيم[٢]، والأصل أن كل النزاعات تقبل التحكيم، إلا ما استثناه النظام، فالتحكيم يقبل تسوية النزاعات التي يجوز فيها الصلح[٣]، سواء كانت نزاعات تخص مسائل مدنية أو إدارية أو تجارية، ومن ثم يخرج عن ذلك المسائل الجنائية ومسائل الأحوال الشخصية، وقد نصت معظم التشريعات القانونية على مبدأ عدم جواز التحكيم إلا فيما يجوز فيه الصلح[٤].

---

(١) تعليب، مرجع سابق، ص٣٤٢

(٢) جاء النص على هذه الحالة من حالات رفض تنفيذ في نصوص الاتفاقيات التي عالجت موضوع تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، منها اتفاقية جامعة الدولة العربية في المادة الثالثة، واتفاقية الرياض لعام ١٩٨٣ في المادة (١/٣٨)، واتفاقية جنيف لعام ١٩٢٧ في المادة (١/١) وكذلك الاتفاقية الأوروبية في المادة (١/٦).

(٣) عبد التواب، مرجع سابق، ص٣٤٨

(٤) مثال ذلك نصت المادة (٥٥١) من القانون المدني المصري على أنه: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز على المسائل التي تترتب=

وهذا ما جاء في نص المادة الثانية من نظام التحكيم السعودي التي جاء فيها: "عدم سريان احكام النظام في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والتي لا يجوز فيها الصلح(١). وقد ورد في المادة الخامسة والخمسين من نظام التحكيم السعودي في الفقرة (٢/ب) "عدم تضمن الحكم ما يخالف الشريعة الإسلامية والنظام العام في المملكة العربية السعودية" (٢).

ويجب أن يكون النزاع محل التحكيم من المسائل التي يجوز فيها التحكيم وفقاً للقانون الوطني، وذلك لوجود حالات لا يجوز تسويتها وفقاً للقانون الوطني

=على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم"، وكذلك المادة (٨٠٨) من قانون التحكيم الإيطالي التي اجازت التحكيم في جميع المنازعات الناشئة بين الأفراد باستثناء تلك المنازعات العمالية المنصوص عليها في المواد من ٤٠٩ إلى ٤٤٢ من قانون العمل والمنازعات المتعلقة بحالة الأشخاص وتلك المتعلقة بالانفصال الجسماني، وكذلك حددت المواد ٢٠٥٩ و٢٠٦٠ من القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤ والمعدلة بالقانون رقم ١٩٧٢/٦٢٦ الشروط المتعلقة بمحل اتفاق التحكيم، حيث نصت المادة ٢٠٥٠ على حق جميع الأفراد في تسوية حقوقهم التي يكون لهم حرية التصرف فيها ونصت المادة ٢٠٦٠ على منع التسوية او التصالح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية ومسائل الطلاق والانفصال الجسماني، والمسائل المتعلقة بالجمعيات العامة والمؤسسات العامة والمسائل أو الأمور المتعلقة بالنظام العام

(١) المادة الثانية من نظام التحكيم السعودي.

(٢) المادة الخامسة والخمسون الفقرة (٢/ب) من نظام التحكيم السعودي التي نصت على: "لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقاً لهذا النظام إلا بعد التحقق مما يأتي: ... ب: أن لا يتضمن ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام بالمملكة وإذا أمكن تجزئة الحكم فيما يتضمنه من مخالفته جاز الأمر بتنفيذ الجزء الباقي غير المخالف".

بطريق التحكيم(١). وتبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يستلم فيه احد طرفي التحكيم طلب التحكيم من الطرف الأخر(٢).

وتجب مراعاة أن صلاحية الحق المتنازع عليه أمراً هاماً ذلك لأن نظام التحكيم استثنى بعض الأمور سالفة الذكر، فيصلح الحق المتنازع عليه أن يكون محل التحكيم في حال كونه مالياً، سواء كان هذا الحق يكتسب طابع مدني أو تجاري أو إداري(٣)،ويجب أن تكون ناشئة عن تصرفات قانونية اقتصادية كالحقوق الشخصية والعينية، ولا يختلف الأمر بالنسبة لمحل الحق سواء كان عقار أو منقول(٤)، ويجب أن تكون العلاقة المتعلق بها النزاع علاقة قانونية قائمة، فلا يصح اتفاق التحكيم في علاقة قانونية لم تنشأ بعد(٥)، وفيما يخص

(١) محمود، عمر محمود، الوسيط في نظام التنفيذ السعودي، خوارزم العلمية للنشر والتوزيع، جدة، ٢٠١٥، ص١٣١

(٢) نصت المادة التاسعة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم على أن الطرف طالب التحكيم تضمين طلبه البيانات التالية :أ – اسمه، واسم من يمثله – إن وجد – ومهنة كل منهما، وجنسيته، وموطنه، وعنوانه، ووسائل الاتصال.ب – اسم طرف التحكيم الآخر.ج – بيان موجز بالعلاقة التعاقدية، واتفاق التحكيم، وموضوع النزاع، ووقائعه، والظروف التي أدت إلى تقديم طلب التحكيم.د – مختصر يشمل طلبات طالب التحكيم .هـ– اقتراح بتعيين المحكم في حالة عدم النص على تسمية هيئة التحكيم وكان المحكم واحداً، أو إشعار بتعيين المحكم المختار من قبل طالب التحكيم إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة أو أكثر، ولا يحول دون تشكيل هيئة التحكيم أي خلاف يتعلق بمدى كفاية البيانات المضمنة بطلب التحكيم، وتتولى الهيئة حسم ذلك الخلاف.

(٣) والي، مرجع سابق، ص١٤٣

(٤) حجيري، مرجع سابق، ص١٣٦

(٥) الجمال وعبدالعال، مرجع سابق، ص٣٣٩

التحكيم فإنه مرتبط في أغلب الأحوال بالمعاملات التجارية[١].

وأوجب المنظم السعودي التقيد بالاتفاقيات الدولية التي عنت بالتحكيم وانضمت إليها المملكة، وذلك على اعتبار أن الانضمام إليها جعلها جزء من النظام الداخلي للدولة، سواء كان تحكيمًا داخليًا أو خارجيًا طالما تم الاتفاق على تطبيق هذا النظام[٢].

كما قرر المنظم السعودي أن حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم يقبل التنفيذ جبراً ويعد سنداً تنفيذياً وذلك بموجب نظام التنفيذ السعودي في مادته التاسعة الفقرة الثانية[٣]، كقاعدة عامة فقط إذا اكتسب قابلية التنفيذ، ويتم ذلك من خلال طلب يقدم خصيصًا لهذا الغرض من قبل المحكوم له[٤].

وقد وضحت المادة الثالثة والخمسون من نظام التحكيم السعودي، المتطلبات

---

(١) آل فريان، عبد العزيز بن عبد الرحمن، تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية والأجنبية في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠٦م، ص٧٨

(٢) باوزير، أميرة عبد الله، بطلان اتفاق التحكيم دراسة مقارنة بين نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م المتعلقة بالاعتراف بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الملك عبد العزيز، ٢٠١٥م، ص٦٨.

(٣) المادة التاسعة الفقرة الثانية من نظام التنفيذ السعودي الصادر بالمرسوم بالملكي رقم م/٣٥ وتاريخ ١٤٣٣/٠٨/١٣هـ

(٤) الخالدي، إيناس، تقييم آلية تنفيذ أحكام التحكيم في نظام التحكيم السعودي، كلية الدراسات القضائية والأنظمة، جامعة أم القرى، متاح على: http://platform.almanhal.com/Files/2/100548 (تاريخ الدخول: ٢٠١٧/١٢/٢٠)

اللازمة لتنفيذ الحكم، فعلى طالب التنفيذ أن يقدم طلب التنفيذ مشفوعاً بالتالي[١]:

١ــ أصل الحكم أو صورة مصدقة منه.

٢ــ صورة طبق الأصل من اتفاق التحكيم.

٣ــ حكم التحكيم مترجم إلى اللغة العربية بعد التصديق عليه من جهة معتمدة، في حال كونه صادراً بلغة أخرى.

٤ــ ما يثبت إيداع الحكم المراد تنفيذ لدى المحكمة المختصة.

ولكي يعد حكم التحكيم سنداً تنفيذياً، لابد أن يذيل بالصيغة التنفيذية، وإذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى في المملكة أو خارجها، فيكون الاختصاص لمحكمة الاستئناف المختصة أصلاً بنظر النزاع في مدينة الرياض أو من تندبه او محكمة الاستئناف التي يختارها الاطراف[٢]، وإذا كان التحكيم ليس تجارياً دولياً فالاختصاص لمحكمة الاستئناف المختصة وفقاً لقواعد الولاية والاختصاص الواردة بالنظام، ويكون الاختصاص نوعيًا متعلقًا بالنظام العام، فلا يجوز رفع أي دعوى متعلقة بمسألة من مسائل التحكيم التي وردت في نظام التحكيم السعودي، لدى أي محكمة أخرى لأنها غير مختصة نوعياً[٣]، وذلك بموجب نص المادة الثامنة من نظام التحكيم السعودي[٤]، وقد أعطى المنظم السعودي الاختصاص

---

(١) المادة الثالثة والخمسون من نظام التحكيم السعودي.

(٢) محمود، عمر، مرجع سابق، ص ١٢٤.

(٣) الوكيل، مرجع سابق، ص٢٤.

(٤) نصت المادة الثامنة من نظام التحكيم السعودي على: "١- يكون الاختصاص بنظر دعوى بطلان التحكيم والمسائل التي يحيلها هذا النظام للمحكمة المختصة معقوداً لمحكمة الاستئناف المختصة أصلاً بنظر الموضوع، ٢- أما إذا كان التحكيم.

لمحكمة الاستئناف ويعد ذلك تأكيداً على إشراف الدولة على التحكيم(١).

الفرع الثاني

النزاعات القابلة للتحكيم في اتفاقية نيويورك

تعد مسألة قابلية النزاع للتسوية عن طريق التحكيم العقبة الأولى التي تعترض تنفيذ قرار أو حكم التحكيم(٢)؛ كما أنها تعد مسألة متعددة الجوانب وتختلف فيها النظرة الوطنية؛ لهذا السبب تولت اتفاقية نيويورك اهتماماً من قبل الشراح، فما تعتبره بعض الدول مجالاً للتحكيم لا تراه الدول الأخرى كذلك(٣).

ويلاحظ أن الاتفاقيات الدولية تطبق على الدول المنضمة فقط للاتفاقية وهذا يعد من المبادئ العامة، إلا أن اتفاقية نيويورك خالفت هذا المبدأ، فالقاعدة العامة في اتفاقية نيويورك انها لا تفرق في تطبيقها لقرارات التحكيم الصادرة في الدول الأعضاء وغير الأعضاء، فالأساس هو الدولة التي سيتم فيها الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه(٤)، إلا ان المادة الاولى من الإتفاقية الفقرة الثالثة نصت على أنه يجوز للدولة، حين الانضمام للإتفاقية ان تتحفظ على هذا المبدأ وتصرح بأنها على أساس مبدأ المعاملة بالمثل سوف تقوم بتطبيق الاتفاقية على

---

(١) الوكيل، مرجع سابق، ص٢٤

(٢) تعليب، مرجع سابق، ص٣٤٣

(٣) مثال ذلك القانون الإيطالي الذي يحظر اللجوء إلى التحكيم لتسوية الخلافات العمالية، بينما تجيزه دول أخرى.

(٤) الجازي، عمر مشهور حديثة، قانون التحكيم الأردني ومدى انسجامه مع قواعد التحكيم التجاري الدولي، ورشة عمل، العقبة، ٢٠٠٣، ص٣، متاح على: http://www.jcdr.com/pdf/article_aqaba.pdf

الدول المتعاقدة فقط[١].

كذلك يتضح من نص المادة الأولى من الاتفاقية الأولى أنها انطوت على الاعتراف بقرار التحكيم أو تنفيذه، الذي ينبثق عن نزاعات تجري سواء بين أشخاص طبيعيين أو معنويين، وأنها تطبق أيضاً على القرارات التي لا تعتبر قرارات وطنية، فالفرق هو أن قرار التحكيم صدر في نزاع يتدخل فيه عنصر أجنبي[٢].

وتتسع اتفاقية نيويورك لتشمل أحكام التحكيم الصادرة من هيئات التحكيم الخاصة، وكذلك تلك الأحكام الصادرة من مراكز التحكيم المؤسسي[٣].

كما أنه يجب اعتبار قرار التحكيم أجنبيًا لا علاقة له بجنسية أطراف النزاع، حيث إن الجنسية لا تلعب دوراً في نطاق تطبيق اتفاقية نيويورك، فيتم تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، سواء كان اطراف النزاع من رعايا دول منضمة للاتفاقية أو غير منضمة لها، ولا تفرقة ما إذا كان الاطراف يحملون جنسية

---

(١) نصت المادة (٣/١) من اتفاقية نيويورك على أنه: "يجوز لأي دولة عند التوقيع على هذه الاتفاقية أو التصديق عليها أو الانضمام إليها أو عند الإخطار بمد نطاق العمل بها وفقا لمادتها العاشرة أن تعلن، على أساس المعاملة بالمثل، أنها لن تطبق الاتفاقية إلا بالنسبة للاعتراف بالقرارات الصادرة في أراضي دولة متعاقدة أخرى ولتنفيذ هذه القرارات. ويجوز لها أن تعلن أنها لن تطبق الاتفاقية إلا بالنسبة للخلافات الناشئة عن علاقات قانونية، تعاقدية أو غير تعاقدية، وتعتبر علاقات تجارية بموجب القانون الوطني للدولة التي تصدر هذا الإعلان"

(٢) الحواري، أسامة أحمد، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٩، ط٢، ص٥٣

(٣) عبد المجيد، مرجع سابق، ص٢٧٣

واحدة أو جنسية مختلفة، ما إذا كان الاطراف يحملون جنسية الدولة المنفذ فيها أو لا يحملونها، وذلك ما دام قرار التحكيم أجنبيًا حسب المعيار المعتمد في الإتفاقية[١]، أي ان صدور الحكم بين دولتين في هذا الفرض لا ينفي عنه صفة الأجنبية، فالاتفاقية تبنت مكان صدور الحكم التحكيم لتحديد الصفة الأجنبية لهذا الحكم[٢]، وقد أخذت العديد من الدول بهذا المعيار[٣].

وفي هذا الشأن وضعت اتفاقية نيويورك معيارًا للتفرقة بين قرارات التحكيم الوطنية، وقرارات التحكيم الأجنبية، ومعيار التفرقة هو مكان صدور القرار[٤]، لمعرفة الحكم الأجنبي بالنسبة للدولة المراد الاعتراف بقرار التحكيم فيها وتنفيذه[٥].

وتخضع مسألة القابلية للتحكيم لقانون الدولة المطلوب فيها تنفيذ الحكم والاعتراف به[٦]، وذلك استناداً على المادة (٥/٢/أ) من الاتفاقية، ويجب الأخذ بمفهوم دولي انطلاقاً من القانون المعني، أي أن القابلية للتحكيم يجب أن ينظر

(١) الجازي، مرجع سابق، ص٣

(٢) عبد المجيد، مرجع سابق، ص٣٠

(٣) اعتد بهذا المعيار المشرع المصري في المادة (٢٩٩) من قانون المرافعات، وطبقاً لهذا المعيار، فإن حكم التحكيم الصادر في الخارج يعد في مصر حكماً أجنبياً، بصرف النظر عن مكان ابرام اتفاق التحكيم.

(٤) الجازي، مرجع سابق، ص٣

(٥) الحواري، مرجع سابق، ص٥٣

(٦) ويستدل على ذلك ما أشارت به المحكمة السويسرية الفيدرالية العليا على أنه للمدعي تحمل خطر عدم قابلية تنفيذ الحكم في الخارج متى ما كان موضوع النزاع غير قابل للتسوية عن طريق التحكيم طبقاً لقوانين دول أخرى.

فيها عند تنفيذ قرار التحكيم من منظور دولي مناسب لكون قرار التحكيم أجنبياً.(١)

وقد رأت الدول المتعاقدة في اتفاقية نيويورك وضع حد أدنى لحماية الطرف المستفيد من الحكم التحكيمي، ذلك أن أحكام الاتفاقية لا تخل بصحة الاتفاقيات الجماعية أو الثنائية التي تبرمها الدول المتعاقدة(٢)، كذلك لا تخل بحق صاحب أي شأن التمسك بقرار التحكيم في الحدود التي يسمح بها القانون(٣).

وبالتالي إذا حدث تنازع بين قواعد اتفاقية نيويورك، وقواعد قانون بلد التنفيذ، فإنه يتم اعمال النص الأكثر صلاحية، إلا أنه ذهب البعض إلى أنه إذا طلب أحد الأطراف التنفيذ طبقاً للمادة السابعة من الاتفاقية، واستند إلى قانون داخلي، فينبغي عليه التمسك بذلك القانون كاملاً، ولا يجوز له أن يحتج أو يتمسك بنصوص اتفاقية نيويورك(٤)، فيما ذهب البعض الآخر إلى جواز التطبيق الجامع بين القانون الداخلي واتفاقية نيويورك(٥).

وتؤيد الباحثة الاتجاه الثاني ؛ لما فيه من تناسق وتناسب وملائمة لحالة

---

(١) تعليب، مرجع سابق، ص٣٤٥

(٢) عبد المجيد، مرجع سابق، ص ٢٧٣

(٣) المادة السابعة من اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، كذلك سبق أن ورد هذا النص في المادة الخامسة من معاهدة جنيف سنة ١٩٢٧

(٤) عبد المجيد، مرجع سابق، ص٢٧٤

(٥) وذهبت في هذا الاتجاه محكمة الاستئناف الألمانية حيث قضت في ٢ نوفمبر سنة ١٩٨٣ بالتطبيق الجامع لقواعد قانون المرافعات الألماني، ونصوص اتفاقية نيويورك، وكذلك المحكمة الفيدرالية السويسرية في ١٤ مارس سنة ١٩٨٤ قدرت أن الأفضلية في التطبيق المجزأ لكل من الاتفاقية وقواعد القانون الوطني.

الأطراف وطبيعة النزاع ويحقق تكامل بين كل من اتفاقية نيويورك وقانون بلد التنفيذ.

ويجب الذكر أن هناك قضايا معينة تحكمها القوانين الاساسية للمحاكم الوطنية(١)، والسبب وراء اختيار القوانين الاساسية وليس القوانين المتنازعة هو الاعتقاد السائد أن التحكيم الدولي مؤسسة تمثل اهتمامات دولية وليست وطنية بحيث إن بعض جوانبها تحكمها مجموعة من القواعد والمبادئ المفصلة خصيصاً للطبيعة الدولية(٢).

ويلاحظ أن المادة الرابعة من الاتفاقية قد خففت من المتطلبات فيما يخص تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية(٣)، فما عليه سوى أن يتقدم بطلب التنفيذ إلى الجهة المختصة في البلد المطلوب التنفيذ فيها مشفوعاً بالوثائق التالية(٤):

---

(١) ينطبق هذا تحديدا على قابلية التحكيم التي تحكمها بصورة متزايدة القواعد الاساسية لدولة المحكمة،وأفضل أمثلة توضيحية لذلك، المادة ١٧٧ من القانون ال سويسريPIL والمادة ١٠٣٠ من القانون الألماني ZPO ومن الممكن قانون الاونيسترال النموذجي. بموجب القانون السويسري PIL، على سبيل المثال، تحال كل النزاعات التي تنطوي على حقوق الملكية قابلة للتسوية عن طريق التحكيم.

(2) (Homany, Arfazadeh, Arbitrability under the New York Convention the Lex Fori Revisited, p.76

متاح على:

(٣) الحواري، مرجع سابق، ص٥٤ .

(٤) نصت المادة الرابعة من الاتفاقية على:

"١- للحصول على الاعتراف والتنفيذ المذكورين في المادة السابقة، يقوم الطرف الذي يطلب الاعتراف والتنفيذ، وقت تقديم الطلب، بتقديم ما يلي: =

١ــ الأصل الرسمي لقرار التحكيم أو صورته مستجمعاً بالشروط المطلوبة لها بصورة رسمية.

٢ــ أصل اتفاق التحكيم أو صورة منه، مستوفي للشروط المطلوبة له كصورة رسمية.

٣ــ أن يقدم الحكم أو الاتفاق المشار إليهما مترجم إلى لغة البلد الرسمية المراد التنفيذ فيها.

وفي فقرتها الثانية من ذات المادة من الاتفاقية أوجبت أنه في حال كون قرار التحكيم بلغة غير اللغة الرسمية لبلد التنفيذ، فيجب على طالب التنفيذ ترجمة الوثيقتين باللغة الرسمية، على أن تكون الترجمة معتمدة من قبل موظف رسمي، أو مترجم محلف، أو ممثل دبلوماسي أو قنصلي(١).

وهذا يعني أن الاتفاقية قد اسبغت على حكم المحكم القوة الملزمة واعتباره سنداً من الواجب احترامه.

ويوجد العديد من السوابق القضائية المتعلقة بالمادة أعلاه من الاتفاقية،

=أ ــ القرار الأصلي مصدقاً عليه حسب الأصول المتبعة أو نسخة منه معتمدة حسب= الأصول.

ب ــ الاتفاق الاصلي المشار إليه في المادة الثانية او صورة منه معتمدة حسب= الأصول.

٢- متى كان الحكم المذكور أو الاتفاق المذكور بلغة خلاف اللغة الرسمية للبلد الذي يحتج فيه بالقرار، وجب على الطرف الذي يطلب الاعتراف بالقرار وتنفيذه أن يقدم ترجمة لهاتين الوثيقتين بهذه اللغة. ويجب أن تكون الترجمة معتمدة من موظف رسمي أو مترجم محلف أو ممثل دبلوماسي أو قنصلي".

(١) المادة الرابعة الفقرة الثانية من اتفاقية نيويورك

ومنها القضية رقم ١٣٧٩[١]، وتتمثل في أن طرفا القضية قدما طلباً في ليختنشاين/ ألمانيا، للاعتراف وتنفيذ قرار تحكيم صادر عن غرفة التجارة الدولية، وتم تزويد محكمة ليختنشاين بالقرار الأصلي بلغته الإنجليزية مرفقاً معه ترجمة بالألمانية، وقد وفرت الترجمة وكالة سويسرية وصدق كاتب عدل معتمد على توقيع المترجم. وأعلنت محكمة الدرجة الأولى المحلية أن القرار قابل لتنفيذه وتم منحها الموافقة، بيد أن محكمة الاستئناف العليا، قد رفضت الاعتراف بالقرار وتنفيذه، حيث إنه لا يفي بمتطلبات المادة الرابعة (٢) من الاتفاقية، التي نصت على أنه: "يجب أن تكون الترجمة معتمدة من موظف رسمي أو مترجم محلف أو ممثل دبلوماسي أو قنصلي".

وتم قبول استئناف آخر من المحكمة العليا، وإبطال قرارات المحاكم الأدنى درجة، وتم إحالة القضية إلى محكمة درجة أولى، حتى تتخذ قرار جديد بعد اتخاذ إجراءات لتصحيح العيب الشكلي، ورأت أن الاتفاقية يجب أن تفسر على أنها "مؤاتية للتحكيم ونفاذه"، وبالتالي لا ينبغي تطبيق شكليات مفرطة في البت ما إذا كانت ترجمة قرار التحكيم الأجنبي متمثلة لطلب التصديق المنصوص عليها في المادة الرابعة من الاتفاقية، إلا إذا كان بالإمكان تقديم ترجمة رسمية، بالتالي لا يمكن الحياد عن صيغة الحكم، ولكن المحكمة العليا أشارت في القضية إلى أن قوانين الإمارة لا تنص على أن يقوم بالترجمة موظف رسمي أو مترجم محلف أو ممثل دبلوماسي أو قنصلي. وقضت المحكمة العليا بأن الأشخاص المذكورين بموجب المادة الخامسة من القانون الصادر في ١٩٩٩/١١/٢٦م، بشأن قبول

(١) منشورة في قاعدة البيانات الالكترونية لقرارات محاكم ليختنشتاين، متاح على:
www.gerichtsentscheide.li

المترجمين في الإجراءات القضائية والإدارية بصفتهم مترجمين معترف بهم رسمياً، هم وحدهم المخول لهم بتصديق ترجمة قرارات التحكيم الأجنبية، لجعلها قابلة للنفاذ، ورأت المحكمة العليا أن مقتضيات المادة (٢/٤) من الاتفاقية تكون مستوفاة:١"- إذا كان قد ترجم قرار التحكيم شخص مسجل في قائمة مادة الخامسة من قانون2000/15 LGBI، أو ٢- إذا كانت الترجمة معتمدة من قبل مثل هذا الشخص"

كما أن المحكمة العليا قضت بعدم أحقية محكمة الاستئناف من حيث الجوهر رفض طلب قرار التحكيم للاعتراف به وانفاذه، لأن عدم وجود الترجمة المصدقة تعد عيبًا شكليًا، وكان الأجدر اعطاء مقدمي الطلب مهلة لتصحيح العيب، أي تقديم ترجمة مصدقة أو الحصول على اعتماد من المترجم المسجل بصحة الترجمة.

ونستعرض قضية متعلقة بنزاع قابل للتحكيم وفق اتفاقية نيويورك، القضية ١٣١٩، الولايات المتحدة الأميركية، محكمة الإفلاس بدائرة كونيكتيكت.[١]

٢٦ أيلول/سبتمبر ٢٠١٢

الوقائع

استند المدعى عليه وهو شركة "أوشن ديجيتال"، إلى اتفاقية نيويورك لإلزام أحد أصحاب الأقلية من اسهمها، وهو الشركة المدعية NatTel LLC ("نات تل")، بالتحكيم عملاً باتفاق تحكيم منصوص عليه في نظامها الأساسي، وكانت المنازعة متعلقة بمسألة منفصلة ضمن السياق الأوسع لإجراءات الإفلاس المتعلقة بنات تل. وعارضت نات تل التحكيم بحجة أنها غير ملزمة بحكم التحكيم لأنها لم توقع عليه وأن اتفاق التحكيم على أي حال غير قابل للإنفاذ، لأنه لا ينص على

(١) متاح على:

هيئة مختصة بالإجراءات.

لحيثيات ومنطوق الحكم

قضت محكمة الإفلاس بدائرة كونيكتيكت في الولايات المتحدة بالإلزام بالتحكيم وإيقاف باقي الدعاوى غير الخاضعة للتحكيم حتى ينتهي التحكيم، ورأت أن شركة "نات تل" ملزمة بالحكم الخاص بالتحكيم وأن الدعاوى خاضعة للتحكيم في ضوء قانون الإفلاس، وعلقت المحكمة بأن سعي شركة نات تل في السابق إلى التحكيم ورضاها به عملاً بنفس البند أسقط عنها دفوعها المستندة إلى وضعيتها بصفتها جهة غير موقعة وإلى زعمها بعدم قابلية البند للإنفاذ، وبغض النظر عن ذلك قضت المحكمة بأن الشركة ملزمة باتفاق التحكيم لأن حملة الأسهم يعتبرون تلقائياً بموجب قانون جزر البهاما أطرافا موقعة على النظام الأساسي بالشركة، وعلاوة على ذلك، لم تر المحكمة في عدم تحديد هيئة مختصة في اتفاق التحكيم قصوراً حاسماً، لأن تلك الهيئة يمكن أن تحدد بموجب قانون التحكيم الاتحادي. وأخيراً رأت المحكمة أن منازعة الطرفين بشأن تقييم حصة شركة نات تل من الأسهم قابلة للتحكيم لأنه ليس من شأن هذا العمل أن يعوق أي هدف من أهداف قانون الإفلاس.

المطلب الثاني

النزاعات الغير قابلة للتحكيم

في نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك

سنتناول في هذا المطلب النزاعات الغير قابلة للتحكيم في نظام التحكيم السعودي (فرع أول) واتفاقية نيوريورك (فرع ثاني).

الفرع الأول

النزاعات الغير قابلة للتحكيم في نظام التحكيم السعودي

أولاً: المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم:

نصت المادة الثانية من نظام التحكيم السعودي على: "مع عدم الاخلال بأحكام الشريعة الإسلامية وأحكام الاتفاقيات الدولية التي تكون المملكة طرفاً فيها، تسري أحكام هذا النظام على كل تحكيم، أيا كانت طبيعة العلاقة النظامية التي يدور حولها النزاع، إذا جرى التحكيم في المملكة أو كان تحكيم تجارياً دولياً يجري في الخارج، واتفق طرفاه على إخضاعه للنظام.

ولا تسري أحكام هذا النظام على المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والمسائل التي يجوز فيها الصلح"(١).

فالمسائل التي لا يجوز تسويتها عن طريق التحكيم هي المسائل التي لا يجوز فيها الصلح أو المخالفة للنظام العام. وبالرغم من أن المنظم السعودي لم يشر في المادة أعلاه إلى مسائل النظام العام صراحة، إلا أنه عدها ضمن المسائل التي لا يجوز فيها الصلح(٢).

---

(١) المادة الثانية من نظام التحكيم السعودي

(٢) شواخ الأحمد، أحمد العيسى، مرجع سابق، ص٣٧٠

وسبق أن تم توضيح المسائل التي لا يجوز فيها الصلح[١] ، وعلة منع التحكيم والصلح في تلك المسائل هي رغبة المنظم في بسط ولاية قضاء الدولة عليها[٢]، والحقوق الغير مالية تخرج عن إطار التحكيم، والأصل أن كل حق مالي جائز التصرف فيه يكون قابلاً للتحكيم[٣]، إلا أن بعض القوانين أفردت نصوص خالصة وأحالت الاختصاص في بعض الحقوق المالية إلى القضاء الوطني[٤].

ونستعرض الاتفاقات الغير قابلة للتحكيم في نظام التحكيم السعودي في الاتي:

الاتفاقات التي تخالف النظام العام :

وهي تشمل ما يلي:

١ـ القواعد الدستورية والحريات العامة:

الحريات العامة يقررها النظام الأساسي للحكم[٥]، وهي من النظام العام، فلا

---

(١) راجع المبحث الثاني من الفصل الأول لهذه الدراسة، ص ٤٨

(٢) والي، مرجع سابق، ص١٤٥

(٣) حداد، مرجع سابق، ص ١٦٠

(٤) مثل الوكالات التجارية في دولة الإمارات فقد نصت المادة (٦) من القانون رقم (١٨) لسنة ١٩٨١ في الإمارات بشأن الوكالات التجارية بعد تعديلها بالقانون رقم (١٤) لسنة ١٩٨٨، تنص على: "يعتبر عقد الوكالة التجارية لمصلحة المتعاقدين المشتركة وتختص محاكم الدولة بنظر أي نزاع ينشا عن تنفيذه بين الموكل والوكيل، ولا يعتد بأي اتفاق يخالف ذلك". كما نصت المادة (٣) من ذات القانون بأنه: "لا يجوز مزاولة أعمال الوكالة التجارية في الدولة إلا لمن يكون اسمه مقيد في سجل الوكلاء التجاريين المعد لهذا الغرض بوزارة الاقتصاد والتجارة، ولا يعتد بأي وكالة تجارية غير مقيدة بهذا السجل كما لا تسمع دعاوى بشأنها".

(٥) النظام الأساسي للحكم الصادر بموجب الأمر الملكي رقم: (أ/٩٠) وتاريخ: ١٤١٢/٠٨/٢٧هـ.

يجوز ان تكون حرية الزواج من عدمها محل تحكيم[١].

٢ـ النزاعات التي تتعلق بفوائد ربوية :

فلا يجوز الاتفاق على التحكيم في النزاعات التي تتعلق بالفوائد الربوية، فالربا في الشريعة الإسلامية محرم، وبما أن المملكة العربية السعودية تطبق الشريعة الإسلامية فالربا محرم لديها وبذلك يعد من النظام العام ولا يجوز أن يكون محل تحكيم[٢].

٣ـ النظام القضائي:

التنظيم القضائي يحقق مصلحة عامة، فلا يجوز الاتفاق عليه محلاً للتحكيم، كما في حالة طلب رد القضاة أو مخاصمتهم[٣]، ولا فيما يتعلق بالإجراءات القضائية التي تتخذ أمام المحاكم والجهات القضائية أو إجراءات التنفيذ فلا يجوز التحكيم في المسائل التي تدخل في اختصاص محاكم الدولة نفسها[٤].

٤ـ النظم الإدارية والمالية :

إن النظم الإدارية والمالية تحقق مصلحة عامة، فهي من النظام العام، فلا يجوز

---

(١) كيلاني والقرشي، مرجع سابق، ص ١١٤

(٢) كيلاني والقرشي، مرجع سابق، ص١١٥، ويجب الذكر أن الفائدة تدخل في مفهوم الربا بشكل عام لذلك جرى التعامل على عدم الحكم فيها لدى المحاكم والجهات القضائية في المملكة بشكل عام.

(٣) كيلاني والقرشي، مرجع سابق، ص١١٤

(٤) العريان، حسام، نطاق تطبيق التحكيم، بحث منشور في محامي العرب، متاح على: http://www.arabslawyer.com/content_show.php?show=20 (تاريخ الدخول: ٢٠١٧/١٢/٢٧م)

التحكيم بشأنها[١]، والعلة في ذلك تعلقها بالمصلحة العامة للمجتمع وأفراده فيجب إخضاعها لولاية القضاء[٢].

٥- المعاملات المالية :

تعد بعض روابط المعاملات المالية هدفها تحقيق مصلحة عامة، لذلك تعد من النظام العام، ومن ذلك الأسس التي يقوم عليها النظام الاقتصادي في البلاد[٣]، فلا يجوز أن تكون محلاً للتحكيم[٤]، فينبغي كون الحق المالي ناتجًا عن روابط القانون الخاص، فيجب أن تكون ناتجة عن أحد مصادر الالتزام الخمسة، العقد والتصرف الانفرادي، أو الإرادة المنفردة والفعل الضار والنافع والاثراء بلا سبب، فإذا كان الحق ماليًا غير ناتج عن ذلك لا يجوز تسويته عن طريق التحكيم[٥].

٦- المسائل المتعلقة بالجنسية :

تعد هذه المسائل متعلقة بالنظام العام، لأنها تمس تكوين الدولة ذاتها، ومادام أن الجنسية تعد مظهراً من مظاهر سيادة الدولة، فلا يجوز تسويتها بطريق التحكيم[٦]، فلا يجوز لشخص أن يتفق مع غيره على التحكيم في إقرار بالجنسية

---

(١) كيلاني والقرشي، مرجع سابق، ص١١٤

(٢) العريان، مرجع سابق، متاح على:

http://www.arabslawyer.com/content_show.php?show=20

(٣) كيلاني والقرشي، مرجع سابق، ص١١٥

(٤) ومثال ذلك تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان، وإبطال العقد في حالة الاستغلال وتعديل الالتزام في حالة الحوادث الطارئة، وتخفيض الشرط الجزائي، جميع هذه الموضوع لا تقبل تسويتها عن طريق التحكيم

(٥) حداد، مرجع سابق، ص١٦٦

(٦) التحيوي، مرجع سابق، ص ٤١٢

أو نفيها[١].

٧- الاتفاقات التي تخالف الآداب العامة:

من هذه الاتفاقات ما يتعلق بالعلاقات الجنسية الغير مشروعة، وكل اتفاق يتعلق باستغلال بيوت للدعارة والبغاء أو للمقامرة، فهذه العلاقات مخالفة للشريعة الإسلامية، بالتالي تعد مخالفة للنظام العام في المملكة ولا يجوز أن تكون محلاً للتحكيم[٢].

٨- المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

لا يجوز أن يتفق شخص مع آخر على التحكيم في بنوته منه بنفي أو اثبات كذلك الحالة المدنية للشخص والأهلية وعلاقته بأسرته كحالة[٣]، على سبيل المثال إذا وقع نزع بين زوج وزوجته في حقه في الزواج من امرأة أخرى، أو حول تطليقه منها[٤]، وجميع المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية لا يجوز فيها التحكيم[٥].

٩- المسائل الجنائية :

هي التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم، فلا يجوز أن يتفق المسؤولون

---

(١) الأحمد والعيسى، مرجع سابق، ص٣٧٠

(٢) كيلاني والقرشي، مرجع سابق، ص١١٥

(٣) كيلاني والقرشي، مرجع سابق، ص١١٥، وأيضاً مثال على ذلك: النزاعات التي تتعلق بالحضانة، والنزاعات التي تتعلق بصحة عقد الزواج أو بطلانه.

(٤) حداد، مرجع سابق، ص١٦٧

(٥) راجع حداد، مرجع سابق، ص١٦٧، على سبيل المثال الحقوق المعطاة لشخص معين بصفته الشخصية دون غيره حتى في حال ارتبطت بمسائل مالية مثل الشهادات المدرسية والجامعية ورخص القيادة والإجازة الممنوحة لممارسة مهنة معينة.

المتعددون على التحكيم لتحديد مسؤولية كل منهم في مواجهة المجني عليه[١].

ثانياً: جواز الاتفاق على التحكيم في الآثار المالية المترتبة عن المسائل التي لا يجوز الاتفاق على التحكيم بشأنها :

وإن كان الاتفاق على التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح أو المتعلقة بالنظام العام، ومسائل الجنسية أو الأحوال الشخصية غير جائز، إلا أن الأثار المالية المترتبة على هذه المسائل يجوز الاتفاق على التحكيم بشأنها[٢]،فيجوز الصلح على الحقوق المالية الخاصة التي تترتب على الحالة الشخصية[٣]، وقد اتفقت العديد من التشريعات على هذا الأمر[٤].

ولهذا إذا كان محل النزاع حقاً مالياً، ولكن يفترض للفصل فيه الفصل على مسألة أولية من المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم، فإن الحق المالي المبني على هذه المسألة يجوز أن يكون محلاً للتسوية بطريق التحكيم، إلا في حال كون هذا المسألة تخرج عن ولاية قضاء الدولة كما هو الحال بالنسبة لأعمال السيادة، فإن كانت المسألة الأولية لا تخرج عن نطاق ولاية القضاء فإن التحكيم يجوز بشأن

---

(١) شواخ الأحمد، أحمد العيسى، الاتفاق على التحكيم في قانون التحكيم السوري ونظام التحكيم السعودي، بحث منشور في مجلة القضائية، العدد السابع، رمضان ١٤٣٤هـ، ص٣٧٠

(٢) شواخ الأحمد، أحمد العيسى، المرجع سابق، ص٣٧١

(٣) حداد، مرجع سابق، ص ١٦٧

(٤) نصت المادة (٥٥١) من القانون المدني المصري على: "يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب احدى الجرائم"، كذلك المادة ٥١٩ من القانون المدني سوري نصت على ذات النص المصري.

الحق المالي[١]، فيجوز الاتفاق على التحكيم في الآثار المالية المترتبة على المسائل المخالفة للنظام العام، فيجوز الاتفاق على التحكيم في مقدار التعويض الذي يدفع للمتعاقد لإجازة عقد قابل للإبطال، كذلك يجوز التحكيم في الآثار المالية المتعلقة بالجنسية[٢]، فيمكن في نزاع يتطلب تعويض إذا صدر قرار إداري في شأن الجنسية[٣]، كما يجوز في الآثار المالية المترتبة على الأحوال الشخصية، فيجوز لمن له نفقة على غيره فيما يستحقه من نفقة خلال مدة معينة، لا أن يتفق على التحكيم في حق النفقة ذاته[٤]، وكذلك يجوز لتسوية الحقوق المالية التي تنشأ عن ارتكاب الجرائم[٥]، وهو مبدأ عام اتخذته غالبية الدول والتشريعات[٦].

الفرع الثاني

النزاعات غير قابلة للتحكيم في اتفاقية نيويورك

إن الهدف الرئيسي الذي ترمي إليه اتفاقية نيويورك سنة ١٩٥٨م، هو السعي إلى عدم التمييز تجاه قرارات التحكيم الأجنبية وغير المحلية، ومن ثم فإن الاتفاقية تعد ملزمة للأطراف بضمان الاعتراف بتلك القرارات واعتبارها عموماً

(١) والي، مرجع سابق، ص١٥٠

(٢) التحيوي، مرجع سابق، ص٤١٢

(٣) أبو الوفا، أحمد، التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق، ص٧٥

(٤) الأحمد وعيسى، مرجع سابق، ص٣٧١

(٥) حداد، مرجع سابق، ص١٦٧

(٦) ومثال ذلك : إذا انتحل شخص اسم وصفة شخص اخر، مما يشكل جريمة توجب العقوبة الجزائية من جانب،وعمل غير مشروع موجب للمسؤولية المدنية للشخص الذي انتحل والتعويض للمتضرر الذي تم انتحال اسمه وصفته، وفي حين لا يحق للطرفين إحالة النزاع بينهم للتحكيم،إلا أنه يجوز إحالة الحق المدني وهو التعويض لتقديره عن طريق التحكيم.

قابلة للإنفاذ في ولايتها على غرار قرارات التحكيم المحلية، كما أن من الأهداف التي وضعتها الاتفاقية أنها تقتضي من محاكم الدول الاطراف أن تجعل اتفاقات التحكيم، ذات مفعول تام. وذلك بحرمان الاطراف من اللجوء إلى المحكمة للإخلال باتفاق التحكيم المبرم بينهم على إحالة نزاعهم إلى هيئة التحكيم(١).

فيجب رفض تنفيذ الحكم التحكيمي والاعتراف به إذا كان قانون بلد التنفيذ لا يجيز تسوية النزاع محل الحكم عن طريق التحكيم(٢).

وبالرجوع إلى نص مادة (١/٢) من الاتفاقية نجد أنها لم تحدد المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم، واكتفت بذكر عبارة (تتصل بموضوع يمكن تسويته عن طريق التحكيم)، أي أنها لم تتناول في الصياغة إشارة للضابط الذي يجب اتباعه، لتحديد قابلية موضوع النزاع للتحكيم من عدمه(٣).

ولما كانت أسباب عدم تنفيذ حكم التحكيم قد وردت على سبيل الحصر في اتفاقية نيويورك، بالتالي لا يجوز لقاضي التنفيذ أن يرفض التنفيذ لسبب لم يرد في أسباب رفض التنفيذ الواردة في الاتفاقية(٤).

وقد قررت المادة الخامسة فقرة (٢/أ) أن: للجهة المختصة رفض طلب التنفيذ من تلقاء نفسها بناء على الأسباب التالية:

---

(١) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك ١٩٥٨)، فيننا، ٢٠١٥، ص١، متاح على:
http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-A.pdf (2017/11/13)

(٢) عبد المجيد، مرجع سابق، ص٢٨٧

(٣) المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

(٤) عبد المجيد، مرجع سابق، ص ٢٨٨

١ــ أنه لا يمكن تسوية موضوع النزاع بالتحكيم طبقاً لقانون الدولة المطلوب التنفيذ فيها .

٢ــ أن الاعتراف بالقرار وتنفيذه يتعارض مع النظام العام للدولة.

ويتضح من المادة أعلاه، أنه إذا توافر أياً من الحالتين الواردة، وجب على المحكمة التي تنظر طلب تنفيذ حكم التحكيم، أن تحكم برفض تنفيذ حكم التحكيم، من تلقاء نفسها ودون أن يطلب أحد الاطراف ذلك.(١)، وينبغي الإشارة للفقرة (أ) في أن ما تعتبره بعض الدول يجوز تسويته عن الطريق التحكيم قد لا تعتبره دولة أخرى كذلك(٢).

وقد أظهرت التطبيقات القضائية، عدم وجود اتساق فيما يخص قابلية أنواع نزاعات معينة للبت فيها عن طريق التحكيم، نتيجة اختلاف المعايير المحلية للقابلية للتحكيم من دولة إلى أخرى.(٣)

وتتبع جون بولسون، تجربة قرارات المحكمة غير المتسقة وتوصل الى أن مصدر عدم الاتساق يكمن في اتفاقية نيويورك نفسها(٤)، واقترح الكاتب "هومايون

(١) راشد، مرجع سابق، ص ٣٤٠

(٢) العناني، ابراهيم محمد، اللجوء إلى التحكيم الدولي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ١٩٧٠، ص ١٨٧

(٣) تعليب، مرجع سابق، ص٣٤٣

(٤) يرى الكاتب هومايون ارفازاده أن مصدر عدم الاتساق ليس في الاتفاقية نفسها ولكنه في التفسيرات غير المقنعة لنصوصها وطرق التحليل غير المناسبة. أولا: الافكار الواضحة مثل عدم قابلية التحكيم في حد ذاتها، صحة شروط التحكيم واستثناء النظام العام، هي أفكار مختلطة دوما ولذلك تسبب التباسًا. ثانياً: فيما يتعلق بطريقة عدم قابلية التحكيم، فإنها كانت تعامل بصورة منهجية على أنها تنازع في القانون وليس تنازعا في الولاية القضائية.

ارفازاده" تبني بروتكول لاتفاقية نيويورك لتفسيرها بموجبه. ولأغراض المادتين ٢ و ٥ الفقرة (١) (أ)، يعتبر اتفاق التحكيم، في هذه الحالة، نافذا ما لم يكن الاتفاق غير نافذ بموجب (أ) القانون الذي اختارته الاطراف ليحكم اتفاقهم (ب) وقانون الدولة الموجود فيها مكان التحكيم، .... بينما يسمح بتطبيق مقيد لمعايير المحكمة أو المجلس القضائي الواردة النص عليها بموجب المادة ٥ الفقرة (٢) (أ). ومع ذلك، يعتبر جيرولد هيرمان هذا الاقتراح مثيرا للجدل ومن المحتمل أن يثير الاعتراض" ومن الوارد ان يؤدي الى" نقاشات محبطة ومفاوضات"[١].

ولا تتفق الباحثة مع رأي "جيرولد هيرمان"، ونرى أن ما ذهبت إليه الاتفاقية في تحديد القانون الذي اختاره الأطراف أو قانون الدولة أنه يحد من تنازع القوانين إذ أن الأطراف في حالة اختيارهم لقانون معين يحكم النزاع نابع من محض إرادتهم يستوجب قبولهم ورضاهم بكل ما يجيزه هذا القانون من نزاعات تقبل التسوية عن طريق التحكيم من عدمه.

ويلاحظ أن اتفاقية نيويورك القت عبء الإثبات على عاتق الخصم الذي يحصل الاحتجاج عليه بحكم التحكيم، وعبء اثبات بعضها على قاضي التنفيذ، فيجب أن يقضي من تلقاء نفسه برفض الطلب إذا كان قانون بلد التنفيذ لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم[٢].

---

(1) Homany,Arfazadeh, Arbitrability under the New York Convention the Lex fori Revisted, p.74

متاح على:

http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/columbia-arbitration-day/files/04_2001_-_arfazadeh.pdf

(٢) عبد المجيد، مرجع سابق، ص٢٩٥

وقد تتناولت الاتفاقيات الدولية موضوع القابلية للتحكيم سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، على سبيل المثال اتفاقية نيويورك سنة ١٩٥٨، نصت على التزام المحاكم الوطنية بتنفيذ اتفاقات التحكيم وأحكام المحكمين، على أن تكون قابلة للتحكيم، وبصورة لا لبس فيها، فتنظم قواعد قانون الدولة الذي يحدد قابليتها للتحكيم من عدمه، فإذا كان النزاع يقبل التحكيم بموجب أحكام هذا القانون، لا يجوز الاستناد على قانون آخر بغرض عدم التنفيذ.(١)

وذلك يتوافق مع ما جاء خلال مناقشات مؤتمر الأمم المتحدة الذي وضع اتفاقية نيويورك، لم يمكن الوصول إلى قاعدة موضوعية تحدد النزاعات التي يحوز تسويتها عن طريق التحكيم والتي لا يجوز، فقد اتفق على حل توفيقي يشتمل العناصر التالية(٢):

١ــ تسجيل رفض المؤتمر لإقحام فكرة النظام العام، في خصوص القابلية للتحكيم.

٢ــ وجوب ترك المجال مفتوحاً للاجتهاد خلال المراحل السابقة على صدور حكم هيئة التحكيم، وذلك بالنسبة للقانون الذي تلجأ الحكم الوطنية إلى تطبيقه في شأن تحديد مدى جواز أن تكون المسائل المطروحة عليها محلاً للتحكيم.

٣ــ لا يتناول التنظيم الدولي سوى المرحلة التالية، عند طلب الاعتراف بقرار التحكيم ونفاده، إذ يجوز عندئذ للقضاء الوطني في الدولة المطلوب أمام محاكمها، ذلك أن يرفض الاعتراف أو التنفيذ على أساس أن قانون هذه الدولة (لا يجيز

---

(١) انظر:

Lukas A.Mistelis & Stavros L. Brekoulakis, Arbitrability international & Comparative perspectives, Wolters Kluwer Law & Business, p.11

(٢) راشد، مرجع سابق، ص٤٢٠

تسوية النزاع عن طريق التحكيم).

يتعلق التحكيم بما إذا كان نوع معين من النزاع قابلا للتسوية عن طريق التحكيم. أو إذا كان الاختصاص بدلا من ذلك مقصوراً على المحاكم المحلية أو أجهزة الدولة. وعادة ما يتم تحديد هذه القرارات بالرجوع إلى القانون الداخلي. فإن أطراف النزاع عند النظر في موضوع قابل للتحكيم وفقا للإتفاقية وتتفق أيضا مع القوانين والنظام العام للقانون الحاكم للعقد والدول التي يسعى فيها إلى إصدار قرارات التحكيم.(١)

وقد واجهت اتفاقية نيويورك صعوبة في تحديد قائمة توضح فيها المسائل التي يجوز او لا يجوز فيه التحكيم، ترتضيها الدول الأطراف فيها، ومن ثم لو تورد الاتفاقيات التي تعالج موضوع تنفيذ احكام التحكيم الأجنبية قاعدة موضوعية في هذا الشأن(٢)، وقد تبين من خلال مناقشات مؤتمر الأمم المتحدة من استحالة الوصول إلى قاعدة موضوعية محددة تحدد المسائل التي يجوز أو لا يجوز فيها التحكيم، واتجه المؤتمرون إلى الاكتفاء بالإشارة للمبدأ العام مع احاطته بالقدر الممكن من الضمانات.(٣) تاركة ذلك للدولة المطلوب تنفيذ حكم التحكيم فيها(٤).

وهناك عدد من الحقوق التي لا يجوز التصرف فيها، وتقتضي طبيعتها أو

---

١) للمزيد انظر:

Ilias Bantekas, The Foundations of Arbitrability in International Commercial Arbitration, p 193

(٢) تعليب، مرجع سابق، ص ٣٤٤

(٣) راشد، مرجع سابق، ص٩٤

(٤) ورد ذلك أيضاً في اتفاقية جنيف سنة ١٩٢٣ الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وكذلك اتفاقية جنيف سنة ١٩٦١م.

أهميتها الحماية من قضاء الدولة، على سبيل المثال الزواج والتبني والحق في الحرية الفردية، والوعد بعدم الزواج، وكذلك النزاع المتعلق بمدة عقد العمل المأجور مدى الحياة، فهذه النزاعات لا يمكن أن تكون محلاً للتسوية عن طريق التحكيم أيًا كان القانون المطبق عليها(١).

ولا يمكن لقضاء التحكيم أن يفصل في المنازعات المتعلقة بالتنفيذ المباشر أو الغير مباشر يشأن عقد محله بضائع مفروضًا عليها ضريبة، حيث ان الضرائب متعلقة بالنظام العام(٢)، فالضرائب لا يجوز تسويتها عن طريق التحكيم(٣).

والثابت أن العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي تثير مشكلة تنازع القوانين، وفي شأن تحديد قابلية أو عدم قابلية المنازعة للتحكيم الناشئة عن تلك العلاقات تثور مسألة تعيين القانون الذي يرجع إليه لحسم تلك القابلية.(٤)

وبالتالي أصبح لا بد من اللجوء إلى منهج تنازع القوانين وذلك بتحديد قاعدة إسناد مشتركة يتحدد بها القانون الواجب التطبيق لتحديد قابلية النزاع للتسوية عن طريق التحكيم من عدمه.

مثال ذلك الحكم الصادر من المحاكم الأمريكية:

District Court in Washigton D.C والذي يتضمن رفض تنفيذ حكم تحكيم صدر في سويسرا ضد الحكومة الليبية.

فقد قضى الحكم بتعويض شركة أمريكية للنفط بسبب قرار التأميم، الذي اتخذته

---

(١) عبد المجيد، مرجع سابق، ص٢٣٨

(٢) عبد المجيد، مرجع سابق، ص ٢٣٩

(3)arbitrability and tax

(٤) سلامة، مرجع سابق، ص٢٢٩

ليبيا وقد دفعت دولة ليبيا بتمسكها بالحصانة الدولية، غير أن المحكمة لم تأخذ بهذا الدفع. وقد قررت المحكمة أن الاتفاق على التحكيم يفيد معنى التنازل أو رفع الحصانة، وهذا يؤدي إلى رفض تنفيذ هذا الحكم لأن موضوع النزاع، وهو التأميم، من المسائل التي لا يجوز تسويتها عن طريق التحكيم وفقاً للقانون الوطني الأمريكي(١).

بالتالي يتضح لنا من الواقعة أعلاه، أنه إذا ظهر أن موضوع النزاع محل حكم التحكيم من المسائل التي لا يجوز تسويتها عن طريق التحكيم وفقاً لقانون البلد التي سيتم فيها تنفيذ الحكم، في هذه الحالة يقوم قاضي التنفيذ برفض تنفيذ هذا الحكم.

الخلاصة :

١ــ البحث في مدى القابلية للتحكيم لا ينحصر في قابلية موضوع النزاع للتحكيم، بل ينبغي البحث في قابلية الأشخاص في اللجوء للتحكيم.

٢ــ اتفق كل من نظام التحكيم السعودي، واتفاقية نيويورك على وجوب توافر الأهلية اللازمة للجوء للتحكيم للشخص الطبيعي أو المعنوي، وورد ذلك في المادة العاشرة من نظام التحكيم السعودي، والمادة الخامسة فقرة (١) (أ) من اتفاقية نيويورك، التي أعطت الحق برفض تنفيذ قرار التحكيم في حالة ثبت انعدام أهلية أحد الأطراف.

٣ــ اتفق كلاً من النظام السعودي واتفاقية نيويورك في الاعتراف للشخص المعنوي بأهليته في حق اللجوء للتحكيم، إلا أن المنظم السعودي قيدها بالحصول على الترخيص اللازم لتوافر الأهلية، وكذلك موافقة مجلس الوزراء بالنسبة

(١) تعليب، مرجع سابق، ص٣٤٦

للأشخاص الاعتبارية العامة.

٤ــ تختلف مسألة القابلية للتحكيم عن نطاق التحكيم.

٥ــ الأصل أن جميع النزاعات تقبل التحكيم إلا ما استثناء النظام، ولكن التحكيم الغالب في المعاملات التجارية.

٦ــ حدد المنظم السعودي النزاعات التي لا تقبل التحكيم في مادته الثانية من النظام وحصرها في المسائل التي لا تقبل الصلح ومسائل الأحوال الشخصية، بعكس اتفاقية نيويورك التي اكتفت في مادتها الخامسة فقرة (٢)(أ) بحق رفض طلب الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم إذا كان النزاع لا يقبل التسوية عن طريق التحكيم في بلد التنفيذ.

٧ــ اتفق كل من النظام السعودي واتفاقية نيويورك في الطلبات اللازم تقديمها عند طلب تنفيذ حكم التحكيم، إلا أن المنظم السعودي أضاف طلب ما يثبت إيداع الحكم المراد تنفيذه لدى المحكمة المختصة.

الخاتمة

تناولت هذه الدراسة القابلية للتحكيم في نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٤ بتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤هـ، واتفاقية نيويورك المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام ١٩٥٨م.

قد توصلنا في هذه الدراسة إلى النتائج التالية:

١ــ أن التحكيم نظام يوجد في العديد من قوانين وتشريعات الدول، كذلك الأنظمة والمواثيق العالمية.

٢ــ اختلاف تعريف التحكيم من قانون لآخر، لكن المتفق عليه اتجاه إرادة الافراد في اللجوء إلى التحكيم.

٣ــ تفوق المنظم السعودي على اتفاقية نيويورك في تعريفه لاتفاق التحكيم حيث أنه أشمل وأوضح ومحدد العناصر.

٤ــ أن انواع التحكيم تتمثل في: التحكيم الاختياري والاجباري، تحكيم بالصلح وبالقانون، تحكيم حر ومؤسس.

٥ــ أن تعدد أنواع التحكيم وظهور أنواع جديدة حتى تتناسب مع طبيعة كل علاقة ونزاع.

٦ــ أن مشروعية التحكيم ثابتة في كتاب الله وسنة نبيه.

٧ــ مزايا التحكيم متمثلة في التالي: سرعة الإجراءات أمام قضاء التحكيم، سرية قضاء التحكيم والحرية التي يتمتع بها الاطراف، الطبيعة المختلفة لقضاء التحكيم.

٨ــ إختلاف ميزة تكلفة التحكيم من دولة لأخرى بحسب نظام التقاضي في كل دولة.

٩ــ إن التحكيم يعد قضاء اتفاقي، ولكن هذا الاتفاق ليس مطلقاً في الموضوع.

١٠ــ أنه ليس كل نزاع يقبل التسوية عن طريق التحكيم ويجب فحص النـــزاع وقابليته للتحكيم من عدمه.

١١ــ صلاحية النزاع محل التحكيم تستوجب أن يكون ذا طابع إداري أو تجاري او مدني.

١٢ــ اختلاف الفقهاء في المسائل التي يجوز فيها التحكيم من عدمه، وخلص الفقهاء في ذلك أن المسائل التي فيها حق خالص لله تعالى أو اختلط فيها حق من حقوق الله، لا يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، بينما التي فيها الحقوق خالصة للعباد فيجوز خضوعها للتحكيم.

١٣ــ عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا تقبل الصلح.

١٤ــ اتفق نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك على عدم جواز التحكـــيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، إلا أن نظام التحكيم لم ينص عليها صراحة في مادته الثانية ولكنها عدها ضمن المسائل التي لا تقبل الصـــلح، بعكـــس اتفاقيـــة نيويورك التي نصت صراحة في المادة الخامسة فقـــرة (٢) (ب) بـــرفض قـــرار التحكيم وتنفيذه في حال كونه يتعارض مع النظام العام لبلد التنفيذ.

١٥ــ البحث في مدى القابلية للتحكيم لا ينحصر في قابلية موضـــوع النـــزاع للتحكيم، بل ينبغي البحث في قابلية الأشخاص في اللجوء للتحكيم.

١٦ــ اتفق كل من نظام التحكيم السعودي، واتفاقية نيويورك على وجوب توافر الأهلية اللازمة للجوء للتحكيم للشخص الطبيعي أو المعنوي، وورد ذلك في المادة العاشرة من نظام التحكيم السعودي، والمادة الخامسة فقرة (١) (أ) مـــن اتفاقيـــة نيويورك، التي أعطت الحق برفض تنفيذ قرار التحكيم في حالة ثبت انعدام أهلية أحد الأطراف.

١٧ــ اتفق كلاً من النظام السعودي واتفاقية نيويورك في الاعتراف للشخص المعنوي بأهليته في حق اللجوء للتحكيم، إلا أن المنظم السعودي قيدها بالحصول على الترخيص اللازم لتوافر الأهلية، وكذلك موافقة مجلس الوزراء بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة.

١٨ــ تختلف مسألة القابلية للتحكيم عن نطاق التحكيم.

١٩ــ الأصل أن جميع النزاعات تقبل التحكيم إلا ما استثناء النظام، ولكن التحكيم الغالب في المعاملات التجارية.

٢٠ــ اتفق كل من النظام السعودي واتفاقية نيويورك في أن عدم قابلية النزاع للتحكيم من أسباب بطلان حكم التحكيم، والتي حددها المنظم السعودي في مادته الثانية من النظام بعكس اتفاقية نيويورك التي أسندت ذلك لقانون بلد التنفيذ المراد فيها تنفيذ حكم التحكيم والاعتراف به.

٢١ــ حدد المنظم السعودي النزاعات التي لا تقبل التحكيم في مادته الثانية من النظام وحصرها في المسائل التي لا تقبل الصلح ومسائل الأحوال الشخصية، بعكس اتفاقية نيويورك التي اكتفت في مادتها الخامسة فقرة (٢)(أ) بحق رفض طلب الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم إذا كان النزاع لا يقبل التسوية عن طريق التحكيم في بلد التنفيذ.

٢٢ــ اتفق كل من النظام السعودي واتفاقية نيويورك في الطلبات اللازم تقديمها عند طلب تنفيذ حكم التحكيم، إلا أن المنظم السعودي أضاف طلب ما يثبت إيداع الحكم المراد تنفيذه لدى المحكمة المختصة.

التوصيات

١ــ نقترح إنشاء مراكز تحكيم متخصصة في المملكة العربية السعودية.

٢ــ توصي الباحثة الأطراف بالإلمام الكامل واخذ المعلومات الكافية عند

التوقيع على اتفاق التحكيم أو ادراج شرط التحكيم في العقد، والتثبت من قابليـــة نسوية هذا النزاع عن طريق التحكيم من عدمه.

٣ــ نقترح على واضعي اتفاقية نيويورك حصر المسائل الغير قابلة للتســـوية عن طريق التحكيم في المادة الخامسة فقرة (٢)(أ).

٤ــ نقترح على واضعي اتفاقية نيويورك تحديد قواعد اسناد موضوعية محددة تلتزم بها جميع الدول الموقعة على الاتفاقية.

٥ــ نقترح على المنظم السعودي النص صراحة في مادته الثانية علـــى عـــدم جواز تسوية المسائل المتعلقة بالنظام العام عن طريق التحكيم.

المصادر

القرآن الكريم.

السنة النبوية.

المراجع

الأنظمة والاتفاقات الدولية

١-١-الأنظمة

نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٤/م المؤرخ ١٤٣٣/٥/٢٤، الموافق ١٦ أبريل ٢٠١٢.

نظام التنفيذ السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٥٣/م وتاريخ

النظام الأساسي للحكم الصادر بالمرسوم الملكي رقم وتاريخ

١-٢- الاتفاقيات الدولية

اتفاقية نيويورك

اتفاقية واشنطن

اتفاقية جنيف

الكتب:

١. ابراهيم، ابراهيم أحمد، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٤، ٢٠٠٥.

٢. ابن منظور، محمد بن محمد بن المكرم، لسان العرب، المؤسسة المصرية للتأليف والنشر، القاهرة-مصر.

٣. أبو أحمد، علاء محي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون طبعة، ٢٠١٢.

٤. أبو الهيف، عبد الحميد، طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية،

١٩١٨.

٥. أبو الوفا، أحمد، التحكيم بالقضاء وبالصلح، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ،٢٠٠٧.

٦. أبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف للنشر، الاسكندرية،١٩٩٠.

٧. أحمد قمحة، عبد الفتاح السيد، التنفيذ علماً وعملاً، دار النهضة العربية، ط١، ١٩٢٤.

٨. أدب القاضي لابن مازة ج٤ ص٦٣، الفتح القدير والغابة ج٥.

٩. الأسطل، إسماعيل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.

١٠. باخشب، عمر أبو بكر، النظام القانوني لاتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها وتطبيقها في المملكة العربية السعودية، جامعة الملك سعود، الرياض، ٢٠٠٤.

١١. البجاد، محمد ناصر محمد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة، الرياض، ١٩٩٩م.

١٢. تعليب، وئام نجاح إبراهيم السيد، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥.

١٣. حجيري، محمد مهدي عبد الوهاب، بطلان حكم التحكيم دراسة مقارنة قانون لتحكيم المصري وقانون التحكيم البحريني وقانون غرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية

١٤. الحداد، حفيظة السيد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري

الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون طبعة، ٢٠١٠.
١٥. حداد، حمزة أحمد، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ج١، ٢٠١٠.
١٦. الخالدي، إيناس، التحكيم والوسائل البديلة لحل المنازعات، دار الثقافة والنشر والتوزيع، ط١، ٢٠١٦.
١٧. الخولي، عمر، الوجيز في القانون الإداري السعودي، مكتبة الملك فهد الوطنية، جدة، ط١، ٢٠١٢.
١٨. الدر المختار- حاشية الدر المختار ج٥.
١٩. الدوري، قحطان عبد الرحمن، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١، ط٢، ص٢٤٤
٢٠. الرازي، زين الدين محمد أبي بكر، مختار الصحاح، دار البصائر.
٢١. راشد، سامية، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، ١٩٨٤.
٢٢. زيدان، عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، ٢٠٠٩.
٢٣. ساري، جورجي شفيق، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
٢٤. سامي، فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٥.
٢٥. السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار الفكر موزعون وناشرون، الأردن، ، ط١، ٢٠٠٧.

٢٦. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول مصادر الالتزام، دار الشروق، مصر، ٢٠١٠.
٢٧. شناق، زكي محمد، النظام الجنائي السعودي نظرية الجريمة والعقوبة، الشقري، الرياض، ٢٠١٨.
٢٨. عبد التواب، أحمد إبراهيم، اتفاق التحكيم مفهومه أركانه شروطه-نطاقه، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، ٢٠١٣.
٢٩. عبد الصادق، أحمد محمد، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، دار القانون للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة السابعة،٢٠١٦.
٣٠. عبد المجيد، منير، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٠.
٣١. غادة انس كيلاني، انس كيلاني، هاني القرشي، الكامل في التحكيم، دار الأنور للطباعة، دمشق،٢٠٠٧.
٣٢. القاري، القاضي/أحمد بن عبد الله، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة ديوان المحامين، الرياض، ط١، ٢٠١٢.
٣٣. لحواري، أسامة أحمد، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٩، ط٢.
٣٤. لزهر بن سعيد، كرم محمد النجار، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط١، ٢٠١٠.
٣٥. محمد، عبد الجواد محمد، التطور الشرعي في المملكة العربية السعودية،

منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٧.

٣٦. محمود، عمر محمود، الوسيط في نظام التنفيذ السعودي، خوارزم العلمية للنشر والتوزيع، جدة، ٢٠١٥.

٣٧. محمود، قدري محمد، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، ٢٠١٤.

٣٨. المصري، صباح، أساسيات البحث القانوني، بدون ناشر، جدة، ٢٠١٤.

٣٩. مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى،١٩٩٨.

٤٠. مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى،١٩٩٨.

٤١. المواجدة، مراد محمود، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط٢، ٢٠١٥.

٤٢. والي، فتحي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية والدولية علما وعملا، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة أولى، ٢٠١٤.

المقالات العلمية

١. الخالدي، إيناس، تقييم آلية تنفيذ أحكام التحكيم في نظام التحكيم السعودي، كلية الدراسات القضائية والأنظمة، جامعة أم القرى، متاح على:

٢. الشريف، نايف بن سلطان، التحكيم في منازعات شركات المساهمة العامة في المملكة العربية السعودية: دراسة تحليلية لنظام التحكيم السعودي الجديد، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، ع٥٣، ٢٠١٣.

٣. الشريف، نايف بن سلطان، دراسة نقدية لنظام التحكيم السعودي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية.

http://platform.almanhal.com/Files/2/100548

الأبحاث العلمية

١. آل فريان، عبد العزيز بن عبد الرحمن، تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية والأجنبية في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠٦م.

٢. باوزير، أميرة عبد الله، بطلان اتفاق التحكيم دراسة مقارنة بين نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م المتعلقة بالاعتراف بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الملك عبد العزيز، ٢٠١٥م.

٣. ابن صر، عبدالسلام، ضوابط عدم قابلية تنفيذ حكم، مذكرة ماجستير،جامعة الجزائر، ٢٠١٢.

٤. زايري، مولاي أحمد، القابلية الشخصية للتحكيم-عقود الدولة-، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة د. الطاهر مولاي، الجزائر، ٢٠١٤.

٥. شواخ الأحمد، أحمد العيسى، الاتفاق على التحكيم في قانون التحكيم السوري ونظام التحكيم السعودي، بحث منشور في مجلة القضائية، العدد السابع، رمضان ١٤٣٤هـ.

٦. العريان، حسام، نطاق تطبيق التحكيم، بحث منشور في محامي العرب، متاح على:

٧. العناني، ابراهيم محمد، اللجوء إلى التحكيم الدولي، رسالة دكتوراه، حقوق

عين شمس.

http://www.arabslawyer.com/content_show.php?show=20

المحاضرات والندوات

١ــ باباه، عبدالفتاح ولد، ندوة علمية بعنوان التحكيم الجنائي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالتعاون مع فريق التحكيم السعودي، الرياض، ٢٠١٣م، ص٨ ، متاح على:

http://repository.nauss.edu.sa/bitstream/handle/123456789/62566/التحكيم%٢٠الجنائي%٢٠ومبادئ%٢٠التحكيمات%٢٠العادلة1=sequence?pdf.

٢ــ الجازي، عمر مشهور حديثة، قانون التحكيم الأردني ومدى انسجامه مع قواعد التحكيم التجاري الدولي، ورشة عمل، العقبة، ٢٠٠٣، متاح على:

http://www.jcdr.com/pdf/article_aqaba.pdf

المراجع الأجنبية

BERNARDO, M.Cremades, The impact of international arbitration on the development of business law. The American Joural of Comparative Law. Vol.31 , November, 3. Summer1993.

Arfazadeh, Arbitrability under the New York Homany, Convention the Lex fori Revisted, Available at:

http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/columbia-arbitration-day/files/04_2001_-_arfazadeh.pdf

Lukas A.Mistelis & Stavros L. Brekoulakis, Arbitrability international & Comparative perspectives, Wolters Kluwer

Law & Business.

Ilias Bantekas, The Foundations of Arbitrability in International Commercial Arbitration.

William W. Park, arbitrability and tax , Available at: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.arbitration-icca.org/media/4/54080822237337/media012409314487590tax_and_arbitration_w_w_park.pdf&safe=active

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
مقدمة	٣٩٠
الفصل التمهيدي: مفهوم التحكيم . وفيه مبحثان :	٣٩٨
المبحث الأول: ماهية التحكيم وأنواعه ، وفيه مطلبان :	٣٩٩
المطلب الأول: تعريف التحكيم.	٣٩٩
المطلب الثاني: أنواع التحكيم .	٤٠٣
المبحث الثاني: مشروعية التحكيم ومزاياه ، وفيه مطلبان :	٤١٥
المطلب الأول: مشروعية التحكيم .	٤١٦
المطلب الثاني: مزايا التحكيم.	٤١٩
الفصل الأول: مفهوم القابلية للتحكيم ، وفبه مبحثان :	٤٢٣
المبحث الأول: ماهية القابلية للتحكيم ومدى القابلية للتحكيم في الشريعة الإسلامية وفيه مطلبان :	٤٢٤
المطلب الأول: تعريف القابلية للتحكيم .	٤٢٥
المطلب الثاني: مدى القابلية للتحكيم في الشريعة الإسلامية.	٤٢٩
المبحث الثاني: المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم ، وفيه مطلبان:	٤٣٦
المطلب الأول: المسائل التي لا تقبل الصلح .	٤٣٧
المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بالنظام العام .	٤٤٣
الفصل الثاني: القابلية للتحكيم في نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك ، وفيه مبحثان :	٤٥٥

الموضوع	الصفحة
المبحث الأول: القابلية الشخصية للتحكيم ، وفيه مطلبان :	٤٥٦
المطلب الأول: مدى أهلية الشخص الطبيعي للتحكيم في نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك.	٤٥٧
المطلب الثاني: مدى أهلية الشخص المعنوي للتحكيم في نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك.	٤٦٧
المبحث الثاني: مدى القابلية الموضوعية للتحكيم،وفيه مطلبان:	٤٧٤
المطلب الأول: النزاعات القابلة للتحكيم في نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك.	٤٧٥
المطلب الثاني: النزاعات الغير قابلة للتحكيم في نظام التحكيم السعودي واتفاقية نيويورك.	٤٨٩
الخاتمة	٥٠٤
المصادر والمراجع	٥٠٨
فهرس الموضوعات	٥١٦