

الجدور التاريخية للتحكيم

الدكتور

أحمد على ديهوم

مدرس فلسفة القانون وتاريخه
كلية الحقوق-جامعة عين شمس

العدد الثاني

السنة الخامسة والخمسون - يوليو ٢٠١٣

مقدمة

تمهيد: التعريف بالأهمية:

يعد موضوع التحكيم من أهم الموضوعات على الساحة القانونية، ويتسم بالغرارة في الكتابات المتعلقة به، ولعل من الملفت للنظر أن هذه الأهمية لم تكن وليدة العصور الحالية بل تضرب بجذورها في أعماق التاريخ، بل يمكن القول أن التحكيم أسبق من القضاء في ظهوره.

وقد أضفى تاريخ التحكيم بعداً هاماً على موضوعاته كما ساعد على إثرائها، ومثله في ذلك كمثل الموضوعات الفلسفية الهامة ارتبطت فلسفة التحكيم بتاريخه بصورة واضحة.

وشهد التحكيم تطوراً ملحوظاً منذ بداياته وحتى الآن، وذلك بالإضافة للأسس التي يقوم عليها وفلسفته، حيث بدأ التحكيم منذ القدم كوسيلة اختيارية ولكافة النزاعات ثم تحول لوسيلة إجبارية، قبل ان يكتسب صفته الدولية حديثاً

ولما للدراسة التاريخية والفلسفية من أهمية فقد وجب التعرض للتحكيم تاريخياً لبيان الفكرة وتوضيحها، وللمساعدة في معرفة الأسس والفلسفات التي يقوم عليها وتطورها.

منهج الدراسة:

في سبيل التعرض لتاريخ التحكيم وفلسفته سوف نتبع المنهج التحليلي بجانب المنهج الاستنباطي، وذلك لما لتاريخ التحكيم من غموض، فنستنبط وجوده من بعض الوقائع ونحلل أخرى حتى نصل لهدفنا.

خطة البحث:

لبيان إرهابات ظهور التحكيم حديثاً وجذوره تاريخياً، لا بد من تناول بداياته و ظهوره في العصور البدائية و وسائله، كما نتعرض لتطبيقات وجوده في العصور القديمة .

كما نتناول ظهوره حديثاً وارتباطه بالتجارة الدولية لما لها من أثر في إثرائه حالياً، وبناءً على ماسبق تتكون الخطة مما يلي:

الفصل الأول: إرهاصات التحكيم فى المجتمعات القديمة.

المبحث الأول: ظهور التحكيم وتطوره قديماً.

المبحث الثانى: نماذج التحكيم فى العصور القديمة.

الفصل الثانى: طبيعة التحكيم قديماً وحديثاً.

المبحث الأول: طبيعة التحكيم لدى الرومان.

المبحث الثانى: طبيعة التحكيم حديثاً.

الفصل الأول

إرهاصات التحكيم فى المجتمعات القديمة

تمهيد:

لعل من المستقر أن التحكيم أسبق ظهوراً من القضاء، فقد لجأ الأفراد والجماعات إليه لحل الكثير من مشاكلهم، وذلك إفشاء للسلام والاستقرار. وقد ارتبطت بدايات التحكيم بظاهرة القوة تنشئ الحق وتحميه، كما استقر فى عصر التقاليد الدينية إلا أن التحكيم لم يستقر ساكناً، بل شهد تطوراً ملحوظاً وذلك حتى العصر الحديث.

وقد عرفت المجتمعات القديمة التحكيم بل وتعددت صورته، كما تباينت شروطه وإجراءاته من جماعة إلى أخرى.

لذا وبناءً عليه نتناول بدايات التحكيم وتطوره قديماً، وذلك فيما يلى:

المبحث الأول: ظهور التحكيم وتطوره قديماً.

المبحث الثانى: نماذج التحكيم قديماً.

المبحث الأول

ظهور التحكيم وتطوره قديماً

تمهيد:

شهدت نشأة القاعدة القانونية مراحل مختلفة، بداية من عصر القوة أو القضاء الخاص، ومروراً بعصر التقاليد الدينية ثم التقاليد العرفية، وصولاً لعصر التدوين.

وقد تلازم التحكيم وظهوره بمراحل القاعدة القانونية المختلفة، فشهدت هذه المراحل بداياته واستقراره ومن ثم تطوره.

وبناءً على ذلك نتناول بدايات التحكيم ثم تطوره وذلك فيما يلى:

المطلب الأول: بدايات التحكيم.

المطلب الثاني: تطور التحكيم.

المطلب الأول

بدايات التحكيم

تمهيد:

ظهرت بوادر التحكيم كوسيلة لحل المنازعات مع بذور المراحل الأولى من تكوين القاعدة القانونية، حيث ارتبط ظهوره بظاهرة القوة تنشئ الحق وتحميه.

إلا أن مفهومه لم يستقر إلا في عصر التقاليد الدينية، حيث لجأ الأفراد إلى رجال الدين لحل منازعاتهم.

لذا فنتناول التحكيم وارتباطه بظاهرة القوة تنشئ الحق وتحميه، ثم لاستقرار مفهومه في عصر التقاليد الدينية، وذلك فيما يلي:

الفرع الأول: التحكيم وظاهرة القوة تنشئ الحق وتحميه.

الفرع الثاني: التحكيم وعصر التقاليد الدينية.

الضلع الأول

التحكيم وظاهرة القوة تنشئ الحق وتحميه

مرت كافة المجتمعات بعصر القضاء الخاص أو عصر القوة حيث ساد طابع الانتقام الفردي، وهو ما ترتب عليه ظهور وسيادة مبدأ القوة تنشئ الحق وتحميه، إذ عدت القوة أساس كافة العلاقات القائمة بين أفراد الجماعة الواحدة أو بين الجماعات المختلفة^(١).

ويرجع ذلك إلى افتقاد المجتمعات القواعد المنظمة، هذا بجانب عدم وجود سلطة عليا ذات نفوذ على الأفراد، بالإضافة إلى أنهم كانوا يعيشون آنذاك على القنص والصيد، وهو ما كان يعتمد على القوة بشكل أساسي، فساد الاعتقاد بأن استخدام القوة هو وسيلة الحياة^(٢).

وقد نتج عن هذا الأمر أن غابت فكرة العدالة بالإضافة لفكرة القانون بالمعنى الحديث، حيث كان الأفراد دائمي النزاع على وسائل الحياة مما أوجد ظاهرة القوة تنشئ الحق وتحميه، فالإنسان في سبيل سعيه لسد احتياجاته الأساسية التي يعمد إلى الاستئثار بها، يقوم بمواجهة غيره من الأفراد الذين يسعون بدورهم إلى سد احتياجاتهم، مما يؤدي إلى نشوب النزاعات التي تكون الغلبة فيها للأقوى في نهاية المطاف^(٣).

إلا أن هذا الوضع لم يدم طويلاً إذ ما لبثت أن استقرت الجماعات وارتقت قليلاً حتى ظهرت العديد من التقاليد التي هذبت من سلوك الجماعات، وقد وجد شعور يتنامى بالزامية هذه القواعد بالرغم

(١) د. صوفى أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، ١٩٨٦،

ص ٤٣، د. محمد عبد الهادي الشقنقيري، دروس في تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الجزء الأول، د. ن، ١٩٩٧، ص ٣٩ وما بعدها.

(٢) د. طه عوض غازي، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والاجتماعية "نشأة القانون وتطوره، دار النهضة العربية، د. ت، ص ١٧ وما بعدها.

(٣) د. مسعد قطب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية "نشأة القانون وتطوره"، وسائل تطور الشرائع القديمة، الجزء الأول، د. ن، د. ت، ص ٢ وما بعدها.

من وجود الانتقام الفردي، ويظهر ذلك الشعور من خلال قيام الجماعات بمساعدة المعتدى عليه في الانتقام من الجاني، هذا بالإضافة لقيام الجماعة بذاتها بتوقيع العقوبة على المعتدى، كما كان الأفراد يقومون باستهجان الفعل^(١).

وقد حاولت الجماعات البحث عن بديل لاستخدام القوة، لما يدره استخدام القوة من دمار وخراب، إذ أن استخدامها حتى ولو كان من قبل الجماعة نفسها لا يتناسب مع قيمة الحق المعتدى عليه، فالجماعة متضامنة في رد أي اعتداء وهي في ذلك لا توجهه إلى الفرد المعتدى فحسب ولكن لجماعته كافة.

كما أن معرفة الإنسان للزراعة واستلزامها الاستقرار والتخلي عن حياة التنقل والترحال، هذا بالإضافة إلى أن ازدياد قوة نفوذ رؤساء الجماعات قد ساعد في إيجاد بدائل للقوة من تصالح وتحكيم^(٢).

ويمكن القول أن هذه المرحلة تعد أول بذور نظام التحكيم كوسيلة لحل المنازعات بين الأفراد، وذلك من خلال الالتجاء إليه لدفع مضار القوة، إلا أن مفهومه لم يكن متطابقاً مع مفهومه الحديث بشكل كامل.

أولاً: تعريف التحكيم في عصر القضاء الخاص.

يعد التحكيم أعلى مراحل التطور التي وصلت إليها الجماعات البدائية في حل المنازعات، وقد قصد به لجوء الأفراد إلى واقعة أخرى لاتعتمد على ادعاءات الخصوم أو إلى طرف ثالث يتفق عليه الأفراد لحل النزاع^(٣).

ويتضح من هذا أن جوهر نظام التحكيم هو اللجوء إلى ذوى الخبرة والحكمة لحل النزاع سلمياً، أو إلى واقعة لاتعتمد على تدخل الأفراد سواء بالادعاءات أو بأى صورة أخرى.

(١) د. مسعد قطب، المرجع السابق، ص ١٣.

Lambert:La fonction du droit civil compare, T.1, paris, 1903, p.35

(٢) د. طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ٢٧ وما بعدها

(٣) د. طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ٣٥.

وتجدر الإشارة إلى أن الجماعات لم تعرف التحكيم إلا فى أواخر عصر القضاء، إلا أن هذا النظام كان اختيارياً حيث كان اللجوء إليه أو تنفيذ ما انتهى إليه مرهوناً بإرادة الأفراد، وذلك يتوقف على مدى قوة الأفراد^(١).

وقد تحول التحكيم إلى تحكيم إجبارى وذلك بعد أن ارتقت الجماعات وتهدبت أخلاقها وازداد نفوذ رؤسائها واستقر، إلا أن هذا كان يسرى بين الأفراد داخل الجماعة الواحدة، أما فيما بين الجماعات فلم يصبح التحكيم إجبارياً إلا بعد نشأة الدولة بفترة طويلة^(٢).

ثانياً: صور التحكيم:

عرفت المجتمعات القديمة صورتين للتحكيم، أولهما اللجوء إلى واقعة لحل النزاع، وهذه الواقعة كانت تتسم باستخدامها القوة حيث كانت آثارها واضحة، هذا بجانب اعتمادها على الصدفة.

وثانيهما اللجوء إلى شخص ثالث يتفقدون عليه ليحل النزاع، وهذه الصورة هي صورته الحديثة المعروفة حالياً.

١- اللجوء إلى واقعة أخرى.

هذه الصورة من التحكيم لا تتوقف على ادعاء الطرفين، وإنما تعهد لحل النزاع إلى مهارة الخصمين أو للصدفة البحتة، ومن أمثلة ذلك:

أ- نظام المبارزة:

وهذه الصورة تمثل التجاءً صريحاً للقوة لحل النزاع، حيث يقوم كلا الطرفين بمبارزة الآخر ومن كان النصر لحليفه كان الحق فى جانبه، فهذه الصورة تعد حرباً منظمة تقتصر فقط على الخصمين فقط بعد أن كانت تشمل كافة القبيلة^(٣).

(١) د. مسعد قطب، المرجع السابق، ص ٩٤، ول ديورانت، قصة الحضارة، المجلد الأول،

الجزء الأول، أصل الحضارة، ترجمة زكى نجيب محمود، ص ٥٢.

(٢) د. صوفى أبو طالب، تاريخ القانون المصرى، ص ٧٩، د. مسعد قطب، المرجع السابق، ص ٩٤.

(٣) د. طه عوض، المرجع السابق، ص ٣٥ وما بعدها، د. مسعد قطب، المرجع السابق، ص ٩٥.

ب-نظام المحنة:

وهذه الصورة تعتمد بصورة كبيرة على الصدفة، حيث يطلب من الخصمين اجتياز امتحان قاسٍ، فمن نجا منهما من الموت كان الحق في جانبه.

ومن أشهر أمثلة ذلك إلقاء المتهم في النهر وإن نجا من الغرق عد بريئاً^(١).

ج-المصادفة البحتة:

وهذه الصورة تقترب كثيراً من الصور السابقة وإن كانت تعتمد على الصدفة البحتة، ومن أمثلتها أن يقوم كل من المتنازعين بتقديم طعام في مكان تكثر فيه الغربان، ومن قامت الغربان بالأكل من طعامه كان خاسراً وعد الحق في جانب خصمه، وهذه الصورة كانت سائدة لدى قبائل الغال^(٢).

٢-الالتجاء إلى شخص ثالث:

تعد هذه الصورة الأهم من صور التحكيم، إذ أنها تعتبر أساس نظام التحكيم السائد حالياً، حيث إن الأطراف يقومون بالاتفاق على اختيار شخص من الغير ليقوم بحل النزاع، وغالباً ما يكون هذا الشخص من رؤساء العشائر أو من رجال الدين^(٣).

وتجدر الإشارة إلى عدم وجود قواعد قانونية معروفة وموجودة مسبقاً يلجأ إليها المحكمون لحل النزاع، إلا أن هدف المحكمين قد انصب على إنهاء النزاع سواء بطريقة ودية أو بإصلاح الضرر، وهم في ذلك يقومون بالتشاور فيما بينهم للوصول لحل النزاع، متأثرين في ذلك بالعادات والتقاليد السائدة وخبراتهم^(٤).

Declarueil: La justice dans les coutumes primitives, Nouvelle revue historique, 1889, p.127.

(١) د. طه عوض، المرجع السابق، ص ٣٥ وما بعدها، د. مسعد قطب، المرجع السابق، ص ٩٥.

(٢) د. مسعد قطب، المرجع السابق، ص ٩٥. Declarueil; op.cit, p.170.

(٣) د. صوفى أبو طالب، المرجع السابق، ص ٦٢ وما بعدها، د. محمد عبد الهادي الشقنقيري، المرجع السابق، ص ٤١ وما بعدها.

(٤) د. طه عوض، المرجع السابق، ص ٣٥. د. مسعد قطب، المرجع السابق، ص ٩٦.

ومفاد ما سبق أن أساس التحكيم حديثاً هي صور الالتجاء إلى شخص ثالث في المجتمعات القديمة.

الفرع الثاني

التحكيم وعصر التقاليد الدينية

كانت بذور إرهاصات نظام التحكيم بمفهومه الحديث قد ظهرت في ظل عصر القوة، حيث لجأ الأفراد والجماعات له لحل النزاع بعيداً عن مضار القوة وما تخلفه من دمار وخراب على الكافة.

إلا أن استقرار المفهوم بمعناه الحالي كان من خلال عصر التقاليد الدينية، حيث لجأ الأفراد إلى رجال الدين لحل كافة النزاعات، ويرجع ذلك لما تمتع به رجال الدين من مكانة خاصة في المجتمع آنذاك.

فقد اكتشف الإنسان البدائي القوة الخالقة للكون المتمثلة في الآلهة، وقد نسب كل القوى والأمور الخفية إليها، وقد عمل لاسترضائها وتجنب غضبها بتقديم القرابين وذلك من خلال رجال الدين، حيث إن تقديم القرابين يستلزم القيام بالعديد من الطقوس المعقدة التي لا يمكن إتقانها إلا بواسطة رجال الدين^(١).

كماعد الأفراد رجال الدين وسطاء بين البشر والآلهة، مما رتب الاعتقاد لدى الأفراد بأن رجال الدين يمكنهم إنزال اللعنات عليهم وهو ما أنشأ هاجس الخوف تجاههم مما دفعهم للجوء إليهم خوفاً من بطشهم^(٢).

هذا بالإضافة إلى أن الشعوب القديمة قد عجزت عن التمييز بين صيغ وشعائر العبادات والطقوس وصيغ التصرفات القانونية، وهو ما أوجد الحاجة للجوء إلى رجال الدين للقيام بهذه التصرفات، كما أن

(١) د. صوفى أبو طالب، المرجع السابق، ص ٦٣. د. محمد عبد الهادي الشقنقيري، المرجع السابق، ص ٩٦. د. محمد نور فرحات، محاضرات في أصول القانون والنظام، دن، ١٩٩٢، ص ١٥٠. د. مسعد قطب، المرجع السابق، ص ٩٨ وما بعدها.

(٢) د. صوفى أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، ص ١٠٤، د. مسعد قطب، المرجع السابق، ص ٩٦ وما بعدها. ول ديورنت، المرجع السابق، ص ١١٧.

رجال الدين قد أحاطوا هذه الطقوس بالسرية حتى يضمنوا لجوء الأفراد إليهم^(١).

وأخيراً فإن دور الديانة بما لها من سلطان عظيم لا يمكن إنكاره، حيث إن الخشية من الوقوع في أخطاء تلاوة الصيغ والقيام بالطقوس من جهة، والخلط بين الدين والقانون إذ أن كثيراً من الأفعال المجرمة تمس الدين كزواج المحارم والزنا من جهة أخرى، يستلزمان ضرورة اللجوء لرجال الدين لمساعدتهم^(٢).

ومفاد ماسبق كله أن لجوء الأفراد لرجال الدين للعوامل السابقة ما هو إلا استقرار لمفهوم التحكيم، حيث إن الأفراد يلجئون لرجال الدين في سبيل حل نزاعهم لدور رجال الدين عظيم الشأن آنذاك.

أولاً: القانون الذى يطبقه رجال الدين:

كان رجال الدين يحكمون وفق آرائهم الشخصية وبما لديهم من خبرة ودراية فى أمور الدنيا، وإن كانوا ينسبون كافة أحكامهم إلى الآلهة.

ويرجع ذلك إلى أن الأفراد كافة بما فيهم رجال الدين، عجزوا عن تصديق أو إدراك أن بمقدور الإنسان إنشاء قواعد قانونية أو تعديلها أو إلغائها، وذلك بغية تنظيم سلوك الأفراد فى المجتمع، إذ أن القاعدة القانونية تنشأ بطريقة تلقائية تحت تأثير الظروف المختلفة الاقتصادية والاجتماعية، وهو ما ترتب الاعتقاد بأنها أداة طيعة فى أيدى الآلهة^(٣).

ومفاد ما سبق أن رجال الدين لم يحكموا بقواعد مستقرة ومعروفة بل على آراء وتجارب شخصية، وهذا الأمر لم يطرأ عليه جديد منذ عصر القضاء الخاص، إلا أن التغيير الذى طرأ تمثل فى فلسفة اللجوء إلى التحكيم.

(١) د. صوفى أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، ص ١٠٦، د. محمد الشقنقى، المرجع السابق، ص ٩٦، د. طه عوض غازى، المرجع السابق، ص ٥٢.

(٢) د. طه عوض غازى، المرجع السابق، ص ٥٠ وما بعدها.

(٣) د. صوفى أبو طالب، تاريخ النظم القانونية، المرجع السابق، ص ٦٤.

إذ تمثل سبب لجوء الأفراد إلى التحكيم خلال عهد القضاء الخاص في التخلص من مضار استخدام القوة، بينما سبب اللجوء إلى التحكيم خلال عهد التقاليد الدينية هو الخوف من غضب الآلهة من جانب، ومحاولة استطلاع آرائها بواسطة رجال الدين من جانب آخر.

ثانياً: وسائل تنفيذ حكم التحكيم:

استقر التحكيم من خلال اللجوء لرجال الدين "الكهنة" لحل المنازعات المختلفة، إلا أن ما يصدر عن رجال الدين لم يكن يتمتع بأى قيمة ملزمة، حيث يتوقف الأمر على مدى رضا الأطراف في تنفيذ ما أمر به رجال الدين^(١).

ولكن سرعان ما لجأ المحكمون من رجال الدين للعديد من الوسائل لضمان تنفيذ أحكامهم، وذلك عن طريق الضغط على الأفراد بواسطة الديانة والآلهة.

فقد لجأ رجال الدين للديانة لترهيب الأفراد ونشر الخوف داخلهم لضمان تنفيذ أحكامهم، وقد تمثلت هذه الوسائل في:

أ- الجزاءات الأخروية:

حيث لجأ الكهنة إلى نشر الأساطير والخرافات بجانب تحريم بعض الأفعال، إلا أن ما يهمننا في نطاق البحث هو الأساطير، فقد ادعوا أن الآلهة لها قوة سوف تظهر من خلال إنزال العقاب على الأفراد بعد الوفاة، وسوف ينال هذا العقاب كافة المخالفين لأحكام الكهنة وأوامرهم^(٢).

ب- الجزاءات الدنيوية:

لم يكتف رجال الدين بالتلويح بعذاب الآخرة إلا أنهم عرفوا الجزاءات الدنيوية لتنفيذ أحكامهم، من هذه الجزاءات والوسائل:

١- الطرد من الديانة:

(١) د. مسعد قطب، المرجع السابق، ص ١٠١

(٢) د. محمد الشقنقيرى، المرجع السابق، ص ١٠٢ وما بعدها.

فهذا الجزاء يمثل جزاءً دنيوياً ودينياً فى ذات الوقت، حيث يوقع على المخالف للأحكام أو من يمتنع عن التنفيذ جزاء الطرد من الديانة أو الخروج من رحمة الإله، مما يرتب إنزال لعنة الآلهة و غضبها^(١).

ويترتب على هذا الجزاء إباحة دم المخالف وماله، كما لا يجوز التعامل معه أو إيواؤه، وقد عرفت هذا الجزاء الكثير من الشرائع القديمة، مثل القانون الرومانى والشريعة اليهودية^(٢).

٢- الرهن:

حيث لجأ الكهنة إلى طلب بعض الضمانات، ويستوى هنا طلب بعض الأموال وذلك لضمان تنفيذ الأحكام، أو طلب تقديم شخص يتسم بالثقة ليضمن تنفيذ الحكم، وهو ما يطلق عليه الكفالة^(٣).

٣- اليمين:

حيث لجأت العديد من الشعوب إلى توثيق اتفاق اللجوء إلى رجال الدين بيمين، وهذه الوسيلة كانت تتضمن الإيجاب على تنفيذ حكم الكهنة، حيث إن رفض أى فرد الحلف يعد حنثاً لليمين وهو ما يعرضه بدوره لغضب الآلهة، وقد عرفت العديد من الشرائع القديمة هذا النظام مثل القانون الفرعونى والقانون الرومانى^(٤).

هذه هى أهم الوسائل التى لجأ إليها رجال الدين لتنفيذ أحكامهم، ويمكن القول أن هذه الوسائل أضفت على اتفاق التحكيم الذى بمقتضاه لجأ الأفراد إلى رجال الدين لحل نزاعهم القوة الملزمة.

وهنا تجدر الإشارة إلى أن اتفاق اللجوء إلى شخص من الغير "التحكيم" لحل نزاع لم يكن يتمتع بالقوة الملزمة من تلقاء نفسه،

(١) المرجع السابق، ص ١٠٥.

(٢) د.صوفى أبو طالب، بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى، د.ن، ١٩٥٦، ص ٧٥. د.صوفى أبو طالب، تاريخ النظم القانونية، المرجع السابق، ص ٦٨.

Declarueil:op.cit.p.378.

(٣) د.طه عوض غازى، المرجع السابق، ص ٥٤.

(٤) د.صوفى أبو طالب، تاريخ النظم، المرجع السابق، ص ٦٩.

وإنما كانت هذه القوة تتبع من وسائل مستقلة عنه، إذ غدت القوة ومدى نفوذ الفرد في تنفيذ حكمه القوة الملزمة في عهد القضاء الخاص، كما عدت وسائل رجال الدين القوة الملزمة لحكم التحكيم في عصر التقاليد الدينية.

كما تجدر الإشارة إلى أن هذا الأمر ليس بمستغرب على القوانين الحديثة، وذلك سواء على مستوى العقوبات الموقعة في حال رفض تنفيذ حكم التحكيم أو على مستوى اعتماد اتفاق التحكيم لوسائل خارجية ليتمتع بالقوة الملزمة.

فمن جهة الجزاءات المواجهة لرفض تنفيذ الحكم، فقد عرفت القوانين الحديثة وذلك في مجال الاتحادات المهنية والتجارية، كمؤسسات التحكيم التابعة لبعض غرف التجارة، هذا بجانب إمكانية وضع شرط جزائي في حال مخالفة الاتفاق.^(١)

إذ تمثلت جزاءات عدم التنفيذ لديها في:

١- نشر رفض التنفيذ: حيث تلجأ غرف التجارة المختلفة إلى نشر عدم التزام طرف ما بحكم التحكيم، ويطلق عليه "النشر المضاد" كما يتمتع بانتشار واسع وبفاعليته، إذ تأخذ به العديد من الغرف كقواعد غرفة التجارة بستراسبورج، وغرفة التحكيم البحري^(٢).

ويتعرض الطرف الممتنع أو المعارض للتنفيذ لمساس جدي بسمعته وعلى الأخص إذا كانت إحدى الدول، حيث تفقد مصداقيتها في المجال الدولي وهو ما قد يعرضها لاضرار بالغة^(٣).

(١) د. عزت محمد على البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه مقدمة لحقوق عين شمس، ١٩٩٦، ص ١٤٥.

(٢) Fouchord, philippe: L'arbitrage commercial international, these pour le doctorat, Dijon, 1963, No645, p.464.

R.David: Arbitration in international trade, Kluwer law and Taxation publishers, 1985, p.357-358.

(٣) د. عزت محمد على، المرجع السابق، ص ١٤٦.

A.Redfern, M.Hunter: Law and practice in international commercial arbitration, second edition, 1991

وتجدر الإشارة إلى أن الغرف التي لا تتضمن نصوصها هذا الإجراء تلجأ لإجراءات مشابهة له بحيث تحقق الهدف المراد، وذلك كوضع اسم الطرف الممتنع عن التنفيذ في قائمة في مقر الغرفة أو اتحاد التجارة المعنى، هذا بالإضافة إلى أن أغلبية اللوائح تعطى الاتحادات المعنية السلطات التقديرية في كل حالة على حدة^(١)، وهو ما يضمن نشر عدم التنفيذ بأي شكل من الأشكال.

وفي ذات السياق فإن المؤتمر الدولي للتحكيم الذي عقد تحت رعاية غرفة التجارة الدولية بباريس عام ١٩٦١، قد تضمن توصية لإنشاء مكتب لتسجيل أحكام التحكيم وذلك بغرض تسهيل تنفيذها ومعرفة أسباب عدم التنفيذ، وهو ما قد يشكل إجباراً معنوياً على الأطراف لتنفيذ الحكم^(٢).

ومما لا شك فيه أن هذا المكتب لتسجيل الأحكام بما يمكن فرضه من إجبار معنوي يشابه إلى حد كبير ما كان يطبقه رجال الدين من اللجوء إلى وسائل تلعب على مشاعر وضمائر الأفراد، وهو ما يمثل إجباراً معنوياً.

٢- حرمان الطرف الممتنع من خدمات التحكيم ومزايا أخرى:

يتخذ هذا الجزاء العديد من الأشكال والصور، حيث قد تلجأ بعض غرف التجارة لمنع الطرف الممتنع عن التنفيذ من اللجوء إليها في اتفاق تحكيم آخر، مثال ذلك العقد الذي أعدته اللجنة الاقتصادية الأوروبية المنبثقة عن الأمم المتحدة لبيع الحبوب، إذ أقرت حق المدعى عليه في الاعتراض على منح تسهيلات للمدعى المعروف عنه رفض تنفيذ أحكام التحكيم، كما قد يمنح الفرد حق رفض تنفيذ حكم التحكيم الصادر لمصلحة الطرف السابق امتناعه عن تنفيذ حكم سابق والصادر تحت رعاية ذات الاتحاد^(٣).

(١) د. عزت محمد علي، المرجع السابق، ص ١٤٦.

(٢) R.David:op.cit.p.357-358.

(٣) P.Lalive:En forcing Awards 60 years of Icc arbitration a look at the future,1983,p.438.R.David:op.cit.p358.

وقد يحرم الطرف الممتنع عن تنفيذ حكم التحكيم من بعض المزايا، مثال ذلك قواعد مركز منازعات الاستثمار بواشنطن ICSID، إذ أقرت بأن الدولة الراضية بتنفيذ حكم التحكيم تحرم من الحصول على قروض إضافية من البنك الدولي^(١)، هذا بالإضافة إلى رفض رجال الأعمال والمقاولين الاستثمار أو الاشتراك في مشروعات هذه الدولة.

كما قد يصل الجزاء في حال عدم تنفيذ حكم التحكيم إمكان الطرد من اتحاد التجارة المعنى^(٢)، وهو ما يعرض الفرد إلى أضرار جسيمة في استثماراته وتجارته، وتجدر الإشارة هنا إلى تشابه هذا الجزاء مع صورة الطرد من الديانة مع الاختلاف في طبيعته وآثاره.

وفى سبيل تدعيم وتأكيده هذه الإجراءات والعمل على إيجاد نوع من الإكراه الأدبي والمعنوي على الأفراد أو حتى المادى، أنشأت الاتحادات المهنية والغرف التجارية نظاماً رقائياً يعرف بنظام المساعدة المتبادلة، إذ تتمثل مهمة هذا النظام في مراقبة مدى احترام تنفيذ أحكام التحكيم في نطاق الاتحادات المشاركة^(٣)، وذلك مما يوفر المعلومات الكافية واللازمة لفرض الجزاءات.

أما من جهة القوة الملزمة فإن حكم التحكيم حديثاً باعتباره عملاً قانونياً فله القوة الملزمة، وهذه القوة تأخذ المعنى الإجرائي وبالأخص الحجية^(٤)، وقد نصت على ذلك المادة "٥٥" من قانون التحكيم المصري، إذ نصت على أن "تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر.....".

إلا أن قوة حكم التحكيم التنفيذية ليست أثراً مباشراً لحكم التحكيم، وهو في ذلك يتفق مع الحكم القضائي إذ لا يكتسب قوته إلا إذا

(١) R.Redfern.M. hunter,op,cit,p.418.

(٢) د.عزت محمد على، المرجع السابق، ص ١٤٨.

(٣) د.عزت محمد على، المرجع السابق، ص ١٤٨.

R.David.op cit.p.358.

(٤) د.أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١، ص ٣٢ وما بعدها.

اتخذ شكل الصورة التنفيذية^(١)، إذ ينفذ حكم التحكيم العادى بعد صدور أمر من رئيس المحكمة التى تم إيداع الحكم بها بناءً على طلب الأفراد، كما يحوز حكم التحكيم القضائى قوة الأمر المقضى ويكون واجب النفاذ ولكن بعد وضع الصيغة التنفيذية على الحكم بواسطة إدارة كتاب محكمة الاستئناف تطبيقاً للمادة "٩" من قانون التحكيم المصرى^(٢).

ومفاد ماسبق أن حكم التحكيم ليس هو المصدر المباشر لقوته التنفيذية، فالقوة التنفيذية باعتبارها أثراً قانونياً وتنفيذياً تقتضى وجود مصدر مباشر لها، وهذا المصدر يتمثل فى القانون إذ أن القانون يعد المصدر المباشر لقوة حكم التحكيم التنفيذية^(٣)، لذا فالقانون هو ما يحدد مفترضات قوته التنفيذية ووقتها وشكلها المتمثل فى الصيغة التنفيذية^(٤).

ومما سبق يتضح أن لجوء رجال الدين فى عصر التقاليد الدينية إلى جزاءات لتنفيذ أحكامهم وإعطائها القوة التنفيذية يجد تطبيقاته فى العصر الحديث وذلك فى نطاق التحكيميات المؤسسية بصورة أوضح، ومن جانب آخر فإن اتفاق التحكيم والحكم لا يرتبان قوته التنفيذية بل القاعدة القانونية، مما يعنى أن القوة التنفيذية تعتمد وسيلة خارجية عنه مما يشابه الوضع قديماً من اكتساب القوة التنفيذية لحكم التحكيم من قوة الأفراد تارة أو من الخشية من غضب الآلهة ورجال الدين تارة أخرى.

(١) د. وحدى راغب، مبادئ التنفيذ القضائى، د.ن، ١٩٨٨، ص ٥٨، د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ٣٩.

(٢) د. سيد أحمد محمود، نظام التحكيم "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعى الكويتى والمصرى"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ٢٥٨ وما بعدها.

(٣) د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٤٠.

(٤) د. فتحي والى، التنفيذ الجبرى القضائى والإدارى، مجلة القضاة، ١٩٨٠، ص ٣٦ وما بعدها.

المطلب الثاني

تطور التحكيم

تمهيد:

ظهر التحكيم منذ نشأة القبائل وقبل تكوين القواعد القانونية، إذ أنه عد وسيلة للهروب من دمار وخراب استخدام القوة بين القبائل لرد الاعتداء أو الحصول على الحق.

كما ألبس التحكيم طابع ديني وذلك من خلال الاحتكام إلى رجال الدين في ظل عهد التقاليد الدينية، وهو ما أوجد الصورة الحالية للتحكيم وإن كان في قالب ديني.

إلا أن هذا القالب لم يدم طويلاً فسرعان ما أقل عصر التقاليد الدينية وظهر العرف بما رتبته من مرونة وعلانية للقواعد القانونية، وهو ما أكد القالب الحالي للتحكيم، وهو ما عكس بالتبعية تطور نظام التحكيم.

لذا فنتناول استقرار الشكل الحالي للتحكيم، ومن ثم تطور فلسفته، وذلك فيما يلي:

الفرع الأول: استقرار مفهوم التحكيم حديثاً.

الفرع الثاني: تطور فلسفة التحكيم.

الفرع الأول

استقرار التحكيم حديثاً

ظهرت صورة اللجوء إلى شخص ثالث للاحتكام له لفض المنازعات فيما بين الأطراف في عهد القوة، ثم استقرت في عهد التقاليد الدينية وذلك من خلال اللجوء إلى رجال الدين للاحتكام لهم لفض المنازعات.

إلا أن هذه الصورة قد خلعت عن نفسها عباءة الدين، وذلك بظهور العرف وازدهار التجارة، إذ نجحت الشعوب في فصل السلطة الزمنية عن السلطة الدينية، مما رتب التحلل من فكرة أن القانون تعبير عن الإرادة الإلهية واعتباره عملاً بشرياً^(١).

ومن جهة أخرى ظهرت المبادلات التجارية حيث أقيمت الأسواق المحلية والدولية، وقد حكمها قانون عرفي ساد هذه المعاملات، وهو ما اتضح في العصور الوسطى إذ ازدهرت التجارة الدولية وخاصة بين الموانئ الإيطالية وموانئ غرب أوروبا من جهة وبلاد الشرق من جهة أخرى^(٢).

حيث ظهرت الأسواق نتيجة التبادل بين هذه الموانئ وهو ما عد عامل جذب لكافة التجار من كافة الأنحاء، وقد عد الملوك عامل جذب آخر للتجارة في التخلي عن تطبيق قوانينهم الخاصة، ومن ثم إنشاء هيئات تحكيم خاصة وذلك لحل المنازعات، وذلك نظراً لتعدد الجنسيات من جهة واتسام القوانين آنذاك بالشكلية إلى حد كبير، وهذه الهيئات تألفت من كبار التجار الذين يتم اختيارهم بواسطة الأطراف، وهو ما فتح المجال لتطبيق قانون تجاري عرفي في ظل هيمنة العرف على

(١) د. طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ٧٩.

(٢) د. محسن شفيق، اتفاقات لاهاي لعام ١٩٦٤ بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، دراسة في قانون التجارة الدولية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٢-١٩٧٣، ص ١١؛ د. حسنى المصرى، التحكيم التجارى الدولي فى ظل القانون الكويتى والقانون المقارن، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٢٣ وما بعدها

Schapira(J):Le droit international des affaires collection,Que sais Je?,p.u.f,Paris,1972.P.6.

مصادر القانون آنذاك، وقد وصل هذا الأمر لذروته خلال القرن الخامس عشر إذ ذاع صيت قانون التجارة القديم الذى اتسم بطائفتيه وعرفيته العالمية، مما رتب صلاحيته للتطبيق على كافة منازعات التجار بفضل بساطته ومرونته^(١).

وهذا الأمر هو ما انطبق على علاقات العرب متمثلة فى بلاد الشرق عامة والغرب، إذ نشأت علاقات تجارية متبادلة بينهما وذلك أثناء الحملات الصليبية، كما تعامل العرب من خلال عرب الأندلس مع أسواق الغرب، وهو ما ترتب عليه تأثر الغرب بقواعد الإسلام التجارية وخاصة قواعد التحكيم، لما اتسمت به من البعد عن الشكليات والتعقيدات^(٢).

إلا أن التحكيم قد انطفأ توجّه على أثر تقلص المعاملات التجارية، ولجوء الدول إلى تطبيق قوانينها الوطنية وذلك استناداً إلى سيادتها الوطنية، إذ رتب التنافس الاستعماري بين الدول الأوربية ومحاولة الكثير منها كإنجلترا وفرنسا فرض سيطرتها على المستعمرات فى مختلف الأنحاء بواسطة شركاتها ذات الصفة السياسية، أفول نجم القانون التجارى العرفى وانتشار تقنين القواعد^(٣).

حيث اتجهت الأغلبية إلى تقنين قواعد التجارة البرية والبحرية، مما أدمجت معه الأعراف والعادات التجارية فى القوانين وبالتالي فقد القانون التجارى العرفى هيمنته الدولية، إذ سادت هذه الفترة فكرة الوطنية وسيادة الدولة^(٤).

(١) د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ١١، د. سميحة القليوبى، القانون التجارى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٢٣، د. حسنى المصرى، المرجع السابق، ص ٢٤. Ripert(G):traite elementaire de droit commercial par:R.Roblot,L.G.D.J,paris,1968,p.11

(٢) د. ثروت حبيب، دراسة فى قانون التجارة الدولية، القاهرة، ١٩٧٥، ص ٢٤، د. حسنى المصرى، المرجع السابق، ص ٢٤، د. محمد صالح، شرح القانون التجارى المصرى، الطبعة الرابعة الجزء الأول، القاهرة، ١٩٣٨، ص ١٢ وما بعدها.

(٣) د. حسنى المصرى، المرجع السابق، ص ٢٤. Escrra(J):Principes des droit commercial,siery paris, 1934, p.17 et s.

(٤) د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى، دار الفكر العربى، القاهرة، ١٩٨١، ص ٥. A.Goldstagen:international convention and

إلا أنه سرعان ما تبدد هذا الوضع، فنتيجة للثورة الصناعية ظهرت العديد من شركات الأموال الكبرى، كما تم استغلال الطيران التجارى وتحولت المراكب التجارية إلى مدن عائمة، هذا بجانب تطور وسائل الاتصال اللاسلكى والسلكى، وهو ما رتب ازدهار التجارة الدولية من جديد، إذ غدت الصفقات تبرم عبر الحدود وهو ما أظهر الحاجة إلى اللجوء إلى قواعد تنسم بالبساطة والمرونة والسرعة، وذلك بهدف كسب الثقة فى التعاملات والائتمان^(١).

ويتطور ونمو التجارة الدولية من جديد، عاد اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات وذلك فى القرن التاسع عشر، ومن ثم ذاع صيته من جديد وتربع على عرش وسائل فض المنازعات، وذلك باتساع التجارة الدولية فى بدايات القرن العشرين وإلى الآن، إذ عد اللجوء للتحكيم شرطاً أساسياً تتضمنه العديد من العقود، كعقد تراخيص الإنتاج، والمقاولات الدولية لإنشاء المصانع^(٢).

الفرع الثانى

تباين مبررات اللجوء للتحكيم

ظهر التحكيم منذ قديم الأزل- كما سبق الذكر- حتى أمكن القول إنه اسبق ظهوراً من القضاء^(٣)، كما شهد التحكيم تطوراً ملحوظاً منذ نشأته وإلى الآن، فمن بزوغ إلى أفول أمام القضاء الوطنى لسيطرة مبدأ السيادة الوطنية على الأوساط إلى عودة إلى التائق مرة أخرى والتوجه فى مجال التجارة سواء على المستوى الداخلى أو الدولى^(٤).

standard contracts as means of escaping from the application of municipal law مؤتمر للجمعية الدولية للعلوم القانونية المنعقد فى لندن سبتمبر ١٩٦٢، ص ١٠٦ .

(١) د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ١٣، د. حسنى المصرى، ص ٢٥. Gore(f):Droit des affaires, editions montchrestion collection, universite Nouvelle, precis, Danas, Paris, 1977. p.24 et s.

(٢) د. حسنى المصرى، المرجع السابق، ص ٢٥.

(٣) د. سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص ٥.

(٤) انظر ما سبق

وقد صاحب ظهور فكرة التحكيم ارتباطه بمبررات معينة، إلا أن هذه المبررات قد أصابها التطور بتطور المجتمع، فسنة المجتمعات التطور المستمر بما يصاحبها من أفكار.

فالتحكيم تم اللجوء إليه بداية لتجنب مساوئ استخدام القوة، إذ لم تعرف المجتمعات البدائية قواعد قانونية محددة، بالإضافة لعدم وجود سلطة عليا تسيطر على الأمور لذا تم اللجوء إليه في محاولة لتقليل أضرار الاعتداء ورد الاعتداء "ظاهرة القوة تنشئ الحق وتحميه"^(١).

إلا أن هذه المبررات قد تطورت بسيطرة شعور الخوف من الآلهة وغضبها، إذ لجأ الأفراد لرجال الدين لحل ما يثور بينهم وذلك بغية استطلاع رأى الآلهة في النزاع^(٢).

فالجوء للتحكيم لم يكن لتجنب مضار استخدام القوة بل خوفاً من غضب الآلهة وبطشها، لذا فلم يكن اللجوء للتحكيم بإرادة الأفراد الحرة بقدر ما هو إجباري بسبب الخوف من القوة أو الآلهة، إلا أن ماتجب ملاحظته أن الإجبار في مجال عصر القوة ليس في التحكيم ذاته، بل هو مرتبط بظروف الأفراد وقوة قبيلتهم في مواجهة القبيلة الأخرى.

لكن فلسفة التحكيم المرتبطة بالخوف لم تدم طويلاً، إذ بنشأة الأسواق وتنشيط المبادلات التجارية وجدت العديد من الأسباب التي تشير لأهمية التحكيم وهو ما قد يوضح الفلسفة في اللجوء إليه، وتتمثل في:

١- السرعة:

إذ أن التحكيم يعد من أسرع الوسائل لحل المنازعات بالمقارنة بالقضاء العادي، إذ أن القضاء متقنون بالعديد من القضايا التي تأخذ وقتاً طويلاً، نظراً لتقيدها بمواعيد الجلسات التي تحدد وفقاً لظروف العمل وكم القضايا^(٣).

(١) د. طه عوض غازي، المرجع السابق، ص، ١٧ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق، ص ٤٨ وما بعدها.

(٣) د. سامي محسن حسين، بعض الجوانب في القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه مقدمة لحقوق عين شمس، ٢٠٠٤، ص ٧٤.

أما التحكيم فإن الجلسات تحدد في أوقات مناسبة للأطراف، كما أن هيئة التحكيم ملزمة بحسم النزاع خلال مدة محددة، حيث إن الأطراف هم من يتحكمون في الفترة الزمنية^(١)، وهذا ما أقره قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، إذ نصت المادة (٤٥) منه على أن هيئة التحكيم ملتزمة بإصدار حكم خلال المدة التي اتفق عليها الطرفان، بل لقد تعرض القانون لفرض عدم اتفاق الأطراف وأقر ضرورة إصدار حكم خلال اثني عشر شهراً يمكن مده لستة أشهر أخرى، وهو ما يؤكد السرعة التي يتصف بها التحكيم.

ويترتب على السرعة توفير الجهد والطاقة، إذ يوفر الأطراف مجهوداتهم في متابعة النزاع أمام القضاء بدرجاته المختلفة^(٢).

٢- السرية:

حيث يمتاز التحكيم بالسرية وذلك للحفاظ على سرية العقود والصفقات والمعلومات، وغير خاف أن علانية إجراءات التقاضي أمام القاضى العادى ضمانه من ضمانات العدالة، إلا أن العديد من التجار يفضلون خسارة دعواهم على أن تكشف أسرارهم الصناعية أو التجارية التي تمثل قيمة أعلى بكثير من قيمة الحق المتنازع عليه^(٣).

وهذه الميزة هي التي تبرر قلة الإحصائيات الخاصه بالتحكيم، حيث يندر أن ينشر قرار من قرارات التحكيم، الأمر الذي يعيق الدراسات النظرية في مجال التحكيم، مما قد يؤثر في تطور قانون التجارة الدولية الذي يتأثر بقرارات التحكيم^(٤).

وقد نص على هذه الميزة قانون التحكيم المصري في مادته "٢/٤٤" التي أقرت عدم جواز نشر حكم التحكيم أو أحد أجزاءه إلا

(١) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار التحكيم ومفهومه، ورقة عمل مقدمة للدوره العامة لإعداد

المحكم، مركز حقوق عين شمس للتحكيم، يناير ٢٠٠٠، ص٧، د.ناريمان عبد القادر،

اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ١٩٩٦، ص٦٨ وما بعدها.

(٢) د.سامى محسن، المرجع السابق، ص٧٦.

(٣) د.محسن شفيق، التحكيم التجارى الدولى، دار النهضة العربية، د.ت، ص٢٩، د.محمد

عبد القادر الحاج، الوسيط فى التحكيم التجارى، د.ن، ١٩٩٨، ص١٣.

(٤) د.ناريمان، المرجع السابق، ص٦٦.

بموافقة الأطراف، ومما هو جدير بالذكر أن هذا النص لا يوجد فى القانون النموذجى الذى اکتفى بما جرى عليه العمل فى المجال الدولى.

٣- العدالة:

إذ أن التحكيم يحقق العدالة بما يملكه المحكم من خبرة وتخصص فى نطاق النزاع دون الحاجة للجوء إلى خبراء^(١)، حيث يتمتع المحكم بالقدرة على فهم تفاصيل وتعقيدات النزاع، فالأطراف حين يقومون باختيار المحكمين يراعون درجة التخصص المطلوبة لحل النزاع، وذلك بعكس القاضى الذى يكون غير متخصص فيلجأ إلى الخبير لإرشاده وهو ما يطيل مدة التقاضى^(٢).

كما أن التحكيم يحقق العدالة بما يمنحه للمحكم من ميزة التحرر من الشكلىة، إذ أنه يتقيد فقط بالضمانات الأساسية للتقاضى ولا يتقيد بقواعد قانون معين للتطبيق على النزاع، بل أنه يختار القواعد التى تتناسب مع حل النزاع، وذلك بخلاف القاضى الذى يتقيد بقانون الدولة، ويقول فى ذلك الفيلسوف أرسطو "إن القاضى يحكم وهو ينظر إلى القانون، أما المحكم فهو يحكم وهو ينظر إلى العدالة"^(٣).

ويذهب البعض إلى أن هذه الميزة تعد السبيل الوحيد للمسلمين لتطبيق شرع الله من أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك بعد أن انحصرت تطبيقها فى مسائل الأحوال الشخصية فقط^(٤).

وقد نص قانون التحكيم المصرى فى مادته "٤/٣٩ على "إن لهيئة التحكيم تطبيق قواعد الإنصاف والعدالة وذلك دون التقيد بأحكام القانون، وذلك فى حال اتفاق الأطراف على تفويضها فى الصلح.

(١) د. محمود مختار بربرى، التحكيم التجارى الدولى، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية،

١٩٩٩، ص ١٠.

(٢) د. ناريمان، المرجع السابق، ص ٧٠، د. سامى محسن، المرجع السابق، ص ٧٨ وما بعدها.

(٣) د. محيى الدين إسماعيل، منصة التحكيم التجارى الدولى، الجزء الثانى، النسر الذهبى للطباعة، د. ت، ص ٥.

(٤) د. إسماعيل الأسطل، التحكيم فى الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه مقدمة لحقوق القاهرة، ١٩٨٦، ص ٧.

ومما هو جدير بالذكر أن عدم تقييد المحكم بقواعد القانون عد سبباً لدى الرومان في ظهور التحكيم لديهم، إذ شعروا بأن ذلك يحقق العدالة الفعلية فضلاً عن العدالة القضائية التي يمثلها البريتور^(١).

المبحث الثاني

نماذج التحكيم في العصور القديمة

تمهيد وتقسيم:

ظهرت بوادر التحكيم قديماً وذلك في أعقاب بزوغ معرفة الإنسان النسبي ومحاولته الابتعاد عن مضار القوة، أو مساوئ ظاهرة القوة تنشئ الحق وتحميه.

لذا فقد وجدت العديد من التطبيقات الظاهرة للتحكيم في الشرائع القديمة، فنجد أن الفراعنة قد عرفوا التحكيم ولجئوا إليه، كما عرفته بلاد ما بين النهرين، والإغريق.

فبالنسبة للفراعنة فبالرغم من انفراد الملك الفرعون بالسلطة التشريعية والقضائية والتنفيذية وسلطاته المطلقة السائدة آنذاك، إذ كان له وحده حق الفصل في المنازعات فهو القاضى الأوحد لكنه لم يباشر هذا الاختصاص إلا قليلاً، إلا أن الأفراد قد منحوا حق اللجوء للتحكيم لإنهاء ما يثور بينهم من منازعات بعيداً عن القضاء، وكان اتفاق التحكيم هو الذى يتضمن تحديد أعضاء هيئة التحكيم والإجراءات المتبعة والجزاء الذى يوقع، بل لقد تمتع حكم التحكيم لديهم بصفته النهائية والقابلية للتنفيذ وذلك دون الحاجة للعرض على القضاء^(٢).

كما عرف البابليون والآشوريون اللجوء للتحكيم، إذ كانوا يحتكمون لفض منازعاتهم إلى رجال الدين واستطلاع رأى الآلهة، وهذه

(١) أنظر ماسيلي.

(٢) د. إسماعيل الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ٢٧. د. فؤاد عبد المنعم، حكم الإسلام في القضاء الشعبى، رسالة دكتوراه مقدمة لحقوق عين شمس، د.ت، ص ١٨.

المرحلة-كما سبق الذكر-من مراحل نشأت التحكيم وتطوره، إذ لعب الدين دوراً هاماً في لجوء الأفراد لرجال الدين لحل منازعاتهم^(١). وقد عثر على لوح حجري يتضمن شرط تحكيم، إذ عقدت معاهدة صلح بين مدينتي "لجش" و"لوما" السومريتين في الجنوب، نصوا فيها على احترام الحدود واللجوء للتحكيم لفض أي نزاع ينشأ بينهما^(٢). وكما وجدت تطبيقات للتحكيم في الشرق فقد وجدت أيضاً في الغرب قديماً، إذ عرف الإغريق شرط اللجوء للتحكيم، فقد ساد أئينا مبدأ القضاء الشعبي، إذ كانت المحاكم تتألف من ستة آلاف عضو يتم اختيارهم بواسطة القرعة من سجل المواطنين.

إلا أن كثرة القضايا المعروضة عليهم وازدياد العبء وتراكم القضايا، جعل الأثينيون يلجئون إلى تكليف أشخاص لحل منازعاتهم كمحكمين، وذلك من خلال قائمة عدت لذلك، حيث كان واجباً على كل مواطن أثنيني أن يسجل اسمه في قوائم المحكمين، ويوقع جزاء الحرمان من بعض الحقوق في حال امتنع عن ذلك، وبناءً على ذلك فإن المحاكم الشعبية حين يعرض عليها النزاع ونظراً لازدياد الأعباء، تقوم بإحالتها إلى هيئة المحكمين، وتتحصر مهمة المحكمين في محاولة الإصلاح بين المتنازعين بدايةً، فإن فشلوا في ذلك قاموا بالفصل في النزاع بقرار مشفوع بيمين، ويكون هذا القرار قابلاً للاستئناف أمام المحاكم الشعبية^(٣). هذا بالإضافة لمعرفة الأثينيون التحكيم في العلاقات الخارجية، إذ وجد مجلس دائم للتحكيم في المنازعات التي تثور بين المدن اليونانية سواء تعلق النزاع بمسائل مدنية وتجارية أو تعلق بالحدود، كما قاموا بإبرام معاهدات التحكيم الدائمة بجانب حالات التحكيم المنفردة^(٤).

(١) أنظر ماسبق.

(٢) د. عبد الحسين القطيفي، التحكيم في المنازعات الدولية، مجلة العلوم القانونية، بغداد، العدد الأول، ١٩٦٩، ص ٣٢. د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٣٣.

(٣) د. فخرى أبو سيف، مظاهر القضاء الشعبي لدى الحضارات القديمة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة السادسة عشرة، العدد الأول، ١٩٧٤، ص ١٠٣. د. أحمد محمد شتا، شرح قانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ٢٠٠٤، ص ٣٨ وما بعدها.

(٤) د. إبراهيم العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، رسالة دكتوراه مقدمة لحقوق عين شمس، ١٩٧٠، ص ٤. Baron do Taupe: Les origines de l'arbitrage international, RcADI, 1932-

ومفاد ما سبق كله أن المجتمعات القديمة قد عرفت التحكيم، ووجدت العديد من التطبيقات له، إلا أننا سوف نقتصر على إلقاء الضوء على التحكيم لدى الرومان لما لهذه الشريعة من أهمية وتأثير في القوانين المختلفة إلى الآن، بالإضافة للتحكيم لدى الإغريق لتأثير الثقافة الإغريقية في الرومان، كما نقلت الضوء على التحكيم لدى العرب لما يعكسه من فكر في المجتمعات الشرقية بصفة عامة والعربية بصفة خاصة قديماً.

وبناءً على ما سبق نتناول التحكيم لدى الرومان ولدى العرب، وذلك فيما يلي:

المطلب الأول: التحكيم لدى الإغريق.

المطلب الثاني: التحكيم لدى الرومان.

المطلب الثالث: التحكيم لدى العرب.

المطلب الأول

التحكيم لدى الإغريق

عرف الإغريق نظام التحكيم منذ القدم، ويظهر ذلك من خلال العديد من المصادر التي تتدر ضمن النصوص الأدبية، حيث أشار "هومير" في الإلياذة^(١) إلى قصة "أشيل" التي تتضمن اللجوء للتحكيم^(٢) إذ اقترح البعض فض النزاع بواسطة اللجوء لقاضي. وبالرغم من أن بعض الفقه ذهب إلى أن هذه الواقعة لا تمثل تحكيمياً، حيث أن الإقتراح كان اللجوء لقاضي وليس محكم^(٣)، إلا أن الواقع القضائي يخالف ذلك، حيث أن المحكم قاضي في نطاقه ولكن

(١) Gernet'Lucien: L'institution des arbitres publics a Athenes In:droit et

. societe-dans la Grece ancienne, paris 1955m pp. 103 et s

(٢) يشار إلى أن شخص يدعى "Hephoestes" زعم إقتراء أن أخر يدعى "Achiele" قام بتمرد مسلح، ولحقن الدماء تم إقتراح اللجوء لقاض.

(٣) د.محمد محسوب، الجذور التاريخية للتحكيم، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنوفية، العدد ١١، السنة ٦، ١٩٩٧،

يعين من قبل الأطراف، كما أن المتابع للتنظيم القضائي قديماً يتبين أن التحكيم كان يندرج ضمن مراحل الدعوى.

وبجانب هذا المصدر وجد تشريع يؤكد معرفة الإغريق للتحكيم، إذ صدر تشريع "جورتين" مشيراً إلى بعض الحالات التي تم فيها حل النزاع بواسطة محكمين يتم إختيارهم بواسطة المتنازعين أنفسهم^(١).

وقد ذهب الكثيرون أن هذه الوقائع المعروفة لدى الإغريق تشابه التحكيم جداً، إلا أنها لا تمثل سوى حالات بدائية للعدالة ولا تعد تحكيمياً، وذلك على أساس أن عملية فض النزاع تسند للأشخاص دون إرادة المتنازعين وإنما على أساس العرف الجماعي^(٢).

وبالرغم من وجهة هذا الرأي إذ أن اللجوء للمحكم يجب أن ينبع من إرادة الأطراف فلا يجب أن يكون اللجوء إليه إلزامياً، هذا بجانب إختيارهم للمحكمين بأنفسهم دون تدخل من أحد، إذ أن التحكيم وفقاً لهذا الرأي نظام يعتمد على حرية إرادة الأطراف، ويجب تمييزه عما يسمى بالتحكيم الإلجباري والذي ليس سوى إجراء قضائي إستثنائي متوقع ومفروض قانوناً بغض النظر عن الإرادة التعاقدية لأطراف النزاع^(٣).

إلا أننا لا نتفق معه حيث أن الحكم على وجود التحكيم بالمعنى الحديث في المجتمعات القديمة لهو أمر يحمل الجور والظلم الشديد، إذ أن المجتمعات القديمة كان لها تنظيمها وأدواتها في معالجة النزاعات المختلفة، و مما هو ثابت أن الإغريق ربطوا التحكيم بالنظام القضائي، هذا بالإضافة لمعرفةهم التحكيم الفردي.

وبناءً على ماسبق نتناول التنظيم القضائي الذي يحمل في ثناياه التحكيم الإلجباري، ثم التحكيم الفردي، وذلك فيما يلي:
الفرع الأول: التنظيم القضائي لدى الإغريق.
الفرع الثاني: التحكيم الفردي.

(١) L.genert:op.cit.p.108et s.

(٢) Foustoucos(A): L`Arbitrage en droit grec ancien, In Archives de droit prive, hellenique, paris-litec,1976,p.3 No2

(٣) Klein F.E: Considerations sur L`arbitrage en droit international prive,Bale1955,Ed helbing&lichtenbahn320,p.35No170.

الفرع الأول

التنظيم القضائي لدى الإغريق

تتضمن التنظيم القضائي في العديد من المدن الإغريقية نوعاً من التحكيم أو ما يسمى القضاء الشعبي، فمن أمثلة ذلك مدينة أسبرطة، فبالرغم من أن النظام السائد فيها هو النظام الملكي، إلا أن تنظيمه جاء مختلفاً عن أنظمة الحكم الملكي الأخرى، فمن ناحية أولى تم حكم المدينة من قبل ملكين وليس ملك واحد، وهما يتمتعان بذات السلطات الحربية والإدارية.

ومن ناحية ثانية تم نزع السلطة القضائية في جانب الفصل في المنازعات من سلطات، إذ أقتصرت سلطاتهم القضائية على تبنى الأطفال و زواج البنت التي توفي والدها قبل أن يحدد زوج لها، هذا بجانب كافة المسائل المتعلقة بالطرق العمومية^(١).

أما من له حق إصدار الأحكام فقد وجد مجلس سمي بمجلس كبار السن، وكان يتكون من ثلاثين عضواً من ضمنهم الملكين، وبشرط أن يزيد عمرهم عن ستين عاماً، وقد كان إختيارهم يتم بواسطة الجمعية العامة للمواطنين، وهذا المجلس يمثل محكمة ذو إختصاص عام في المسائل الجنائية.

وبجانب هذا المجلس وجد مجلس آخر سمي "ephops"، وعد هذا المجلس محكمة ذو إختصاص عام في المسائل المدنية، وإن كان هذا لم يمنع من نظره لبعض المسائل الجنائية^(٢).

ومفاد ما سبق أن النظام القضائي في أسبرطة قد حمل فكرة إختيار المتنازعين للمحكمين، وذلك من خلال الجمعية العامة للمواطنين. وإذا كان النظام القضائي الأسبرطي لا يعكس فكرة التحكيم إلا بصورة بسيطة، وذلك فيما يتعلق بإختيار أعضاء المجلس المختص

(١) د. فخرى أبو سيف، مظاهر القضاء الشعبي لدى الحضارات القديمة، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، عين شمس، العدد الأول السنة السادسة عشر، يناير ١٩٧٤، ص ٣٦.

(٢) المرجع السابق، ص ٣٦ وما بعدها.

بالفصل فى المنازعات، إلا أن النظام الأثينى كان واضحاً فى إدراج التحكيم فى مراحل التقاضى العادية.

فنتيجة لسعى الأثينيين لتطبيق نظام ديمقراطى، قام "صولون" تدعيماً لذلك بإنشاء المحاكم الشعبية، حيث ضمن كافة طبقات المجتمع الدنيا والعليا، وكان إختيار القضاة يتم بطريق الإقتراع، ويقوم من يقع عليه الإختيار بأداء يمين وذلك قبل بدء عمله^(١).

وقد تمتعت المحاكم الشعبية بالإختصاص القضائى، حيث مثلت فى البداية هيئة إستئنافية، ثم أصبحت هى الهيئة القضائية الأولى والاخيرة. وقد أختصت بمساءلة أى حاكم بجانب الرقابة على القضايا والقوانين^(٢).

وبالرغم من أن المحاكم الشعبية التى أنشئت لدى صولون مثلت أساس الديمقراطية الأثينية، إلا أنها أكتسبت أهمية خاصة فى عهد "كليستين"، إذ انشأ مجلس مكون من خمسمائة عضو، وكان يتم إختيارهم على مرحلتين، أولهما ترشيح القبيلة، حيث تقوم كل قبيلة بترشيح عدد من أفرادها اعضوية المجلس، وثانيهما الإقتراع، إلا أن هذا النظام لم يدم طويلاً إذ تم الإكتفاء بالإقتراع فقط فيما بعد^(٣).

وقد اختص هذا المجلس بنظر المسائل المتعلقة بالمالية العامة، بالإضافة لحق مساءلة الموظفين، وكان له أن ينظر القضايا المتنوعة كما كان له أن يحيلها إلى محكمة أخرى^(٤).

و مما لاشك فيه أن التنظيم القضائى بهذه الصورة الشعبية كان تعترضه بعض الصعوبات، فكثيراً ما كان القضاة يتأثرون بأرائهم الشخصية وذلك على حساب صالح المدينة، كما أن تعدد أعضاء الهيئة القضائية يصعب من الوصول إلى قرار^(٥).

(١) Aristote: "Politics and the Athenian constitutions, Trans by J.Warrington, London 1956.p.62and s.

(٢) George.H.sabine: Ahistory of political theory,3rd.U.S.A,1961, p.10 et s.

Grote: Ahistory of Greece from the time of solern to 403B.c, London, Last edition,1930,p.323.

(٣) د.د فخرى ابو سيف، المرجع السابق، ص ٣٨ وما بعدها.

(٤) المرجع السابق، ص ٣٩.

(٥) المرجع السابق، ص ٣٩ وما بعدها.

ونظراً لكثرة القضايا المعروضة على المحاكم الشعبية وصعوبة حل النزاع سريعاً، وإذ كان من الصعب إيجاد الحكم أو القرار وذلك لكثرة عدد القضاة، فقد تم الإعتماد على التحكيم و ذلك بإعتباره مرحلة من مراحل التقاضي^(١).

وفى سبيل تحقيق ذلك وضع نظام ألزم فيه كل مواطني أثينا البالغين سن الستين القيد فى قوائم المحكمين، ويمارس كل منهم إختصاصه لمدة عام، وكان أى شخص يحاول التملص من هذا الإلتزام توقع عليه جزاءات تتمثل فى حرمانه من بعض الحقوق، إذ ان الفكر السائد لدى الأثينيين أن المواطن لابد أن يقبل مباشرة عمل عام، وإلا فليبقى خارج أسوار المدينة^(٢).

وكان المحكم فى ظل هذا النظام يحاول أن يوفق بين الطرفين أولاً، فإذا فشل فى ذلك قام بالفصل فى النزاع بقرار، فإن قبل الطرفان القرار أنتهى النزاع، وإن لم يقبل أى منهما القرار يطعن عليه بالإستئناف أمام المحاكم الشعبية^(٣).

وقد أشار البعض إلى عدم إعتبار المحاكم الشعبية هنا بمثابة درجة ثانية لحكم التحكيم، حيث ذهبوا إلى أن الأمر لا يعدو أن يكون إنتقالاً من جهة قضائية إلى جهة أخرى مختلفة عن الأولى، فهى لا تملك سلطة مراجعة حكم الجهة الاولى أو التعقيب عليه، كل ما تقوم به هو إعادة النظر فى الدعوى كما لو كانت أول درجة^(٤).

ولكن ما يجب الإشارة عليه أن سلطات محكمة الإستئناف تتمثل فى أن تنظر الدعوى كما لو كانت أول درجة، ولا يعد ذلك إنتقال بين جهتين قضائيتين.

ومفاد ذلك أن التحكيم لم يكن وسيلة إختيارية يقوم بإستخدامها المتنازعين، وإنما كان إجبارياً مكوناً إحدى مراحل الدعوى، كما أن

(١) المرجع السابق، ص ٤١.

(٢) د.فخرى أبو سيف، المرجع السابق، ص ٤١، د.محمد محسوب المرجع السابق، ص ١٥٥.

(٣) د.فخرى أبو سيف، المرجع السابق، ص ٤١.

(٤) A.Foustoucos: op.cit.p.5, No3.

قرار المحكم لا يحتاج إلى أى قرار لاحق من أى سلطة قضائية لاكتسابه الحجية، وهذا ما عنى أن التحكيم مثل نظاماً مرحلياً هدف منه تخفيف العبء عن كاهل القضاة الشعبيين.

ومفاد ما سبق أن نظام المحكمين العامين عد صورة من صور قيام الأفراد بالفصل فى المنازعات، وقد كان إختصاص المحكمين يتحدد عن طريق القرعة، كما أتمم بالسرعة و الإختصار فى الإجراءات^(١).

الفرع الثانى

التحكيم الإختيارى

عرف التحكيم بمفهومه الحالى فى القانون الأثينى قديماً، إذ ظهرت ملامحه فى الفترة ما بين القرن السادس إلى القرن الرابع قبل الميلاد، إذ وجدت العديد من القضايا التى تم اللجوء فيها للتحكيم بداءة من قبل الأطراف^(٢).

وقد أشارت العديد من النصوص إلى التحكيم بمفهومه المعاصر، فقد ذكر أن شخص يدعى "Demosthene" ذكر فى مرافعة له، انه إذا نشأ نزاع بين طرفى عقد فإن لهما أن يلجأ لمحكم لترجيح إدعاءات أحدهما، ويكون ذلك بالإتفاق فى العقد، ويكون الطرفان ملتزمين بقراره ولا يجوز الطعن عليه أمام محكمة أخرى^(٣).

وقد عقد أرسطو مقارنة بين المحكم من جهة و القاضى من جهة أخرى، موضحاً أن القاضى يهدف إلى تطبيق القانون بصفة مطلقة أما المحكم فيهدف إلى تحقيق العدالة^(٤)، فأرسطو ميز بين العدل والعدالة أما

(١) د.فخرى أبو سيف، المرجع السابق، ص ٤٢.

(٢) Foustoucos(A): Larbitrage interne et international-en droit prive hellenique, paris-lite, 1976,p3,no2.

(٣) Carabiber"Charles": L'evolution de l'arbitrage commercial international,in problems and methods in conflict of laws,by Elliatte E.cheatham,p.125and s.

(٤) Aristote: the Athenian constitution, translated by sir Frederic G.kenyan,In the complete Aristotle, http/ebooks, Adelaide. .Edu.au/a/Aristotle,p.2252..

العدل فمعياره مطلق جامد اما العدالة فمرنة تتلائم مع ظروف الأفراد^(١)، وهذا هو الفرق بين القاضى الذى يمثل العدل الجامد، والمحكم الذى يمثل العدالة المرنة.

ومفاد ما سبق أن الأفراد كان لهم الحق المطلق فى الإتفاق على التحكيم، وهذا الإتفاق مثله مثل أى إتفاق يهيمن عليه مبدأ سلطان الإرادة، إذ أن إرادة الأطراف تقوم بدور هام فى بلورته، ويظهر ذلك من خلال مراحل التحكيم التى تتمثل فى إقتراح التحكيم، وقبول الأطراف له، ثم قيام الأطراف بإختيار المحكمين، وتحديد إجراءات التحكيم^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن إقتراح اللجوء للتحكيم كان يتم من خلال العديد الصور، منها أن يقوم الأصدقاء بإقتراح اللجوء للتحكيم فى شكل نصيحة، كما قد يأخذ الإقتراح شكل أستدعاء "Sommaton" من أحد الأطراف للخصم الاخر، بحيث يعد هذا الإستدعاء إيجابياً، وبالرغم من أن هذا الشكل قد مثل لدى البعض شكل فوضى، إلا أنه يعكس الأسلوب الجدلى السائد آنذاك^(٣).

والإستدعاء يشبه فى إجراءاته وهدفه إجراءات حلف اليمين والشهادة والإستجابات، والتصرفات ذات الأهمية، وذلك فى سبيل علم الكافة من المحيطين وأعضاء المدينة به، وقد ذهب الإغريق إلى أن عدم إستجابة الطرف الموجه إليه الإستدعاء للتحكيم يعد دليلاً على سوء نيته، بحيث يعد الرفض قرينة ضده^(٤).

أما بشأن شكل إتفاق التحكيم، فقد أستقر الإغريق على إمكان اتخاذ الإتفاق الشكل الكتابى أو الشفوى، والكتابة هنا للإثبات وليس للإنعقاد، إذ أن إتفاق التحكيم اتسم بالرضائية. وقد تميز الشكل الكتابى

(١) د.طه عوض غازى، دروس فى فلسفة القانون "القانون الطبيعى بين المنادين به والمنكرين له"، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ٥٤.

(٢) E.Karabelias; L arbitrage prive dans Athenes classique, In l assistance dans la resolution des conflit, de boeck universite, bruxelles, 1996, p.15.

op.cit.p.16. (٣)

op.cit.p.17. (٤)

عن الشفوى فى شأن الإثبات، إذ أنه كان من السهل إثبات محتوى الإتفاق المكتوب، بخلاف الإتفاق الشفوى الذى كان إثباته يتطلب الإستعانة بشهادة الشهود^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن الإتفاق على التحكيم لحل المنازعات يجوز قبل اللجوء للقضاء أو بعد اللجوء للقضاء، فحق الأطراف فى اللجوء للتحكيم لا يسقط بلجوئهم إلى القضاء، وذلك طالما لم يصدر حكم من قبل القضاء، لذا فإن الأطراف لهم حق الإتفاق فى أى مرحلة من مراحل الدعوى على التحكيم^(٢).

وقد كان القاضى الأثينى يلتزم بإتفاق الاطراف على اللجوء إلى التحكيم، حيث أن إعلان الأطراف إتفاقهم على التحكيم كان يلزم القاضى بالحكم بوقف إجراءات التقاضى، وهذا الامر يسرى من باب أولى إذا أتفق الأطراف على التحكيم بداءة^(٣).

حيث أن الإتفاق على التحكيم بعد اللجوء للتحكيم يرتب وقف إجراءات التقاضى، وذلك سواء أكانت الدعوى امام القضاء أو امام التحكيم العام، وذلك على الأخص فى مجالات محددته كالتجارة، حيث يوكل التحكيم للمحترفين من التجار^(٤)، والتخصص عد من إحدى مميزات اللجوء للتحكيم حديثاً.

وتجدر الإشارة إلى أن أثر وقف إجراءات التقاضى فى أثينا حال الإتفاق على التحكيم يختلف عن أثر اللجوء للتحكيم حديثاً، حيث أن المشرع المصرى قد رتب حكم القاضى بعدم قبول الدعوى، وذلك وفقاً لنص قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، إذ نصت المادة ٣ منه على أن "١) يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إيدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى.

(١) op.cit.p16.

(٢) د.محمد محسوب، المرجع السابق، ص ١٥٢.

(٣) L'Gernet et lucien: L'institution des arbitres publics athenes in:droit et societe. Dans la grece ancienne, paris, sirey ed,1964 .p.114.

(٤) E.Karabelias; op.cit.p.17.

وتأكيداً لذلك حظر قانون التحكيم بشكل قاطع نظر الدعوى المنظورة أمام التحكيم من قبل القضاء، وذلك إعمالاً لحكمة رومانية تقضى بحظر قيام دعويين منعاً للتعارض "bis de eadem re ne sit action"^(١).

وهذا ما يؤدي إلى تدعيم وتقوية نظام التحكيم كأداة لفض المنازعات، وذلك من خلال عدم جواز طرح ذات المنازعة مرة أخرى أمام القضاء العادي.

ومفاد ما سبق يتضح أنه لا يجوز طرح الموضوع واحد أمام التحكيم والقضاء في ذات الوقت، وإن كان طرح الموضوع على القضاء لا يحول دون إمكان الإتفاق على التحكيم، بما يرتب وقف إجراءات التقاضي، إذ أن طرح النزاع على التحكيم يسلب المحاكم اختصاصها، حيث أن طرح النزاع على التحكيم يحول دون عرضه على القضاء العادي، وإن كان يجوز الإتفاق من قبل الأطراف على التراجع عن التحكيم، وذلك شريطة أن يكون ذلك قبل صدور حكم التحكيم^(٢).

وقد أتسمت إجراءات التحكيم الإختياري في أئينا بالبساطة واليسر، إذ كان يكفي التعبير عن رغبة الأطراف في اللجوء للتحكيم لإنعقاد اتفاق التحكيم، وكان الأطراف يقومون بالإتفاق على تحديد المحكمين المخول لهم الفصل في النزاع.

كما يقوم الأطراف بتحديد الإجراءات الواجب إتباعها من قبل المحكمين، وهذا ما يعكس دور إرادة الأطراف في إتفاق التحكيم، وهذا ما يماثل دور الإرادة في التحكيم حديثاً، وفي حال عدم إتفاق الأطراف على الإجراءات يقوم المحكمين بوضع الإجراءات الواجبة، في سبيل الفصل في النزاع^(٣).

وقد كان شرط التحكيم يتضمن أحياناً شرطاً إلزامياً، بحيث يضمن تنفيذ الحكم، ومن ثم لا يستطيع الأطراف التنصل من الحكم، وتطبيقاً لذلك يتضمن الإتفاق العديد من الأفعال الدالة على إلزامية

(١) op. cit, p.17.

(٢) op.cit.p.18.

(٣) د.محمد محسوب، المرجع السابق، ص ١٥٣.

الإتفاق، كما قد يقوم الأطراف بحلف يمين أمام المحكمين، كما أن المحكمين كانوا يشترطون صراحة إعلان موافقة الأطراف مسبقاً على حكم التحكيم أياً كان^(١).

وقد كان حكم التحكيم يصدر بالأغلبية وذلك حال وجود أكثر من محكم، حيث إن الإجماع لم يكن شرطاً لإكتساب حكم التحكيم إحترام الأطراف، كما لم يشترط صدور حكم التحكيم كتابتة^(٢).

وقد أتم حكم التحكيم الأثنيى بنهائيته، بحيث لايجوز الطعن عليه أو إعادة طرح الموضوع مرة أخرى أمام أى جهة قضائية أخرى، بحيث يمكن القول أن حكم التحكيم يستنفذ ولاية المحاكم الأخرى^(٣).

وقد تضمن القانون الإغريقي القديم خاصية نهائية حكم التحكيم، وإن تركت القوة التنفيذية للحكم لحسن نية الأطراف، وتجدر الإشارة إلى أن القوة التنفيذية بدأت تظهر فى القانون الأثنيى عندما تبلورت الشكلية القانونية والإجرائية، وذلك تأسيساً على أن حكم التحكيم له ذات قيمة الحكم التحكيم، فالتحكيم وإن لم يكن له صفة قضائية فأساسه الإتفاق، إلا أن تتضمنه دليل مقترن بيمين يجعل له صفة شبه قضائية^(٤).

وتجدر الإشارة إلى أن عدم تضمن اتفاق التحكيم شرطاً تنفيذياً لا يحول دون تنفيذه، حيث أن الحكم سينفذ به أو بدونه، كما لا يشترط لصحة حكم التحكيم صدور تعبير صريح من الأطراف بالتزامهم به، إذ أن مجرد لجوء الأطراف للتحكيم لفض النزاع يعد قبولاً ضمناً بحكم التحكيم ومن ثم تنفيذه^(٥).

واتساقاً مع ما سبق فإن الطرف الممتنع عن تنفيذ حكم التحكيم يجبر على تنفيذه، وإن كان هذا الإيجابار يكون بمقتضى تدخل من القضاء^(٦).

(١) E.Karabelias; op.cit.p.17et s.

(٢) op.cit.p.33.

(٣) op.cit.p.33.

(٤) op.cit.p.33et .s.

(٥) op .cit.p.18.

(٦) op. cit.p.17.

ومفاد ما سبق أن طرح النزاع مرة أخرى أمام القضاء يفتح المجال للدفع بسبق الفصل في الدعوى أو ما يعرف بقوة الأمر المقضى، فإذا قام أحد الأطراف باللجوء إلى أى جهة أخرى بعد صدور حكم التحكيم وذلك رفضاً منه لحكم التحكيم كان للطرف الآخر الدفع بسبق الفصل في الدعوى^(١).

المطلب الثانى

التحكيم لدى الرومان

تمهيد:

عرفت الشريعة الرومانية فكرة اللجوء للتحكيم لحل ما ينشأ من منازعات بين الأفراد، وقد عكس النظام القضائى الرومانى قديماً هذه الفكرة بشكل واضح، وذلك بالإضافة إلى التحكيم الفردى.

وبناءً على ذلك نتناول مظاهر التحكيم فى النظام القضائى، ثم اتفاق التحكيم الفردى، وذلك فيما يلى:

الفرع الأول: مظاهر التحكيم فى النظام القضائى.

الفرع الثانى: اتفاق التحكيم الفردى.

الفرع الأول

مظاهر التحكيم فى النظام القضائى

قام الملك الرومانى فى العصر الملكى بتولى النظر فى الجرائم المرتكبة، إذ جمع بين يديه كافة السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية فهو الرئيس الأعلى للمدينة، لذا فقد منح حق توقيع العقاب على مرتكبى الجرائم^(٢)، وكان يعاونه فى ذلك الكهنة^(٣).

(١) Foustoucos: op. cit. p.4 no 3.

(٢) د.أحمد إبراهيم حسن، تاريخ القانون المصرى فى العصر البطلمى مع دراسة فى القانون الرومانى، دار المطبوعات الجديد، ٢٠٠٠، ص ١١٣. د.طه عوض غازى، الأصول التاريخية للشرايع الغربية الشريعة الرومانية والشريعة الأنجلوسكسونية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ١٧.

(٣) د.إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٢٦.

ونظراً لكثرة أعباء الملك فقد أسندت المنازعات المدنية لحاكم يسمى "البريتور" وذلك للفصل فيها^(١).

وتجدر الإشارة هنا إلى أن النظام القضائي الروماني قد مر بعدة تطورات فبدائية من نظام دعاوى القانون التي تتضمن عدداً محدداً من الدعاوى وعلى سبيل الحصر خصص صيغة لكل منها، مروراً بنظام دعاوى البرنامج والتي تحررت الدعاوى فيه ولم تعد على سبيل الحصر، وصولاً لنظام الدعاوى الإدارية^(٢).

وقد تميز نظاما دعاوى القانون ودعاوى البرنامج بمرورها بمرحلتين، أحدهما أمام البريتور وثانيتها أمام القاضي أو المحكم، وإن تمتع البريتور بسلطات أوسع في الثانية عن الأولى، إذ اقتصرته وظيفته في ظل دعاوى القانون على التأكد من صحة الإجراءات والصيغ ومدى مطابقتها للإجراءات القانونية الدينية وذلك لإحالتها للقاضي أو المحكم، إذ ليس له استحداث دعاوى جديدة أو تعديل في الصيغ أو حتى رفض الدعوى إذا اتبعت الصيغ والشكليات المطلوبة، أما في ظل دعاوى البرنامج فقد منح البريتور حق صياغة الادعاءات في برنامج مكتوب، بالإضافة لحق رفض الدعوى بالرغم من توافر شروطها إذا كانت مخالفة لمبادئ العدالة وحسن النية^(٣).

وقد لعبت مبادئ العدالة وحسن النية دوراً كبيراً في هذا الصدد، إذ سعى البريتور سواء بسلطته القضائية أو الولائية إلى إقرار السلام بين الأفراد، ومحاولة حل النزاعات التي تنشأ بينهم أو حملهم على الالتجاء للقضاء والبعد عن القضاء الخاص "الاستخدام القوة".

فقد قام البريتور بموجب سلطاته بإصدار أوامر ونواهي يلتزم بها المواطنون وذلك في محاولة لإقرار السلام بينهم، كحماية واضح اليد من تعرض الغير له، وهذا ما يعرف بالأوامر البريتورية، كما كان يقوم بتكليف شخص بالتعهد لآخر بموجب عقد الإشتراط، وذلك لإنشاء

(١) د. أحمد شتا، المرجع السابق، ص ٣٩. د. طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ١٧

(٢) د. أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص ١٤٧ وما بعدها، د. طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ١ وما بعدها

(٣) د. طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ٤٢-٤٥ وما بعدها

التزامات في أحوال لا يوجب القانون إنشاءها، ومثال ذلك إلزام صاحب المنزل الآيل للسقوط بأن يتعهد بتعويض الجار عن الأضرار التي قد تنشأ في حال تهدم المنزل^(١)، وهو ما يعرف بالاشتراطات البريتورية.

هذا بالإضافة لاستحدثاته العديد من الدعاوى البريتورية لإقرار العدالة، مثل الدعاوى التي تقوم على التوسع في تطبيق الدعاوى المدنية وذلك بواسطة تحويل الحكم، كالدعوى التي تمنح للدائن ضد التابع لرب الأسرة مع المطالبة بإصدار الحكم ضد رب الأسرة وذلك كتحويل للحكم، فمن المعروف في القانون الروماني أن رب الأسرة يكتسب ما ينشأ من حقوق من تصرفات التابع له، ولكنه في المقابل لا يتحمل بما يترتب في ذمته من التزامات هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن الدائن لا يستطيع مطالبة التابع لرب الأسرة لأنه عديم الشخصية، وبناءً على ذلك وإقراراً لمبادئ العدالة تم منحه تحويل الحكم من قبل البريتور^(٢).

وتجدر الإشارة هنا إلى أن دور البريتور قد زال نهائياً وذلك بإقرار نظام الدعاوى الإدارية، إذ أصبحت الدعوى تنظر على مرحلة واحدة من قبل قاضٍ يعين من قبل الدولة وليس حكماً يختاره المتنازعان^(٣).

ومفاد ما سبق أن النظام القضائي الروماني قد حمل في طياته نسمات اللجوء إلى التحكيم في مرحلتى دعاوى القانون ودعاوى البرنامج خاصة، وذلك بجعله الدعاوى على مرحلتين يقوم البريتور في مرحلتها الأولى بسماع ادعاءات الخصوم وكتابة تقرير يحدد طلباتهم والقواعد الواجبة التطبيق.

ومما يؤكد ذلك أن الشريعة الرومانية عرفت عدة أنواع من القضاء، تمثلت في:

١- القضاء الشعبيون: وهم أفراد يتم اختيارهم في كل قضية على حدة، وتنتهى ولايتهم بانتهاء النزاع، ويتم اختيارهم من خلال سجلات

(١) د. أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٤٨ وما بعدها.

(٢) د. طه عوض غازى، المرجع السابق، ص ٤٥ وما بعدها.

(٣) د. طه عوض غازى، المرجع السابق، ص ٤٩.

وقوائم تعد سلفاً^(١)، وقد ذهب مونتسكيو إلى أن القناصل قد توقفوا عن تعيين القضاة وتشكيل المحاكم، مما حدا بالرقيب بتقييد أسماء أشخاص ينتخبهم كقضاة كل سنة ومدة تعيينهم سنة^(٢).

والقاعدة العامة المطبقة آنذاك أن الأطراف هم من كانوا يقومون باختيار القاضى أو المحكم، والحاكم يؤيد هذا الاختيار بإعطائه المحكم أو القاضى سلطة القضاء^(٣).

ويمكن القول أن هؤلاء القضاة هم من كانوا يمثلون القضاء الشعبى.

٢-القضاة الدائمون: وهم من كانوا يمثلون القضاء الدائم، وإن أحيطت طبيعتهم بالغموض عما إذا كانوا قضاة أم كانوا حكاماً، وقد اقتصوا بالقضايا التى تتعلق بحق المدنية أو بالحرية^(٤).

وقد عرف الرومان نوعاً من التفرقة بين المحكم والقاضى، فالقاضى يختص بالمنازعات التى تتضمن معنى الخصومة وتستلزم تطبيق قاعدة محددة، بمعنى آخر يختص بالمنازعات التى موضوعها سؤال محدد من أحكام القانون الضيق، أما المحكم فيختص بالمنازعات التى لاتحمل فى طبيعتها معنى الخصومة، أو التى تعتمد على التقييم وفقاً لأحكام حسن النية، وهو ما يرتب تمتعهم بسلطات أوسع من القضاة^(٥).

وقد ترجع تلك التفرقة إلى أن القانون الرومانى فى بداياته قد وجد أساسه فى المصدر الدينى، حيث عد موحياً به من الآلهة وهو ما رتب ضرورة التزام القاضى بالقانون حرفياً، إذ أن القوانين الإلهية لايمكن مخالفتها، إلا أن ذلك لم يكن بالعدالة ليطبق فى كافة الأحوال، لذا

(١) د.محمد محمود، المرجع السابق، ص ٥٤.

(٢) مونتسكيو، أصول النواميس والشرائع "الجزء الأول"، ترجمة يوسف أصفاف، ١٨٩١، ص ٢٠٢.

(٣) د.محمد محمود، النظرية العامة للقضاء الشخصى، رسالة دكتوراه مقدمة لحقوق عين شمس، د.ت، ص ٥٤.

(٤) المرجع السابق، ص ٥٥.

(٥) د.طه عوض غازى، مشاركة التحكيم فى القانون الرومانى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ١٨، د.محمد محمود، المرجع السابق، ص ٥٤.

ظهر المحكم بجانب القاضى حيث يتم اختياره للفصل فى المسائل التى تحتاج إلى تقديرات ومواءمات والتى تستعصى على الخضوع لقواعد محددة بالتبعية، وذلك على أساس تقديره ومعرفته الشخصية وخبراته، مما يمنحه سلطات أوسع فى البحث عن الحقيقة وعناصر الإثبات^(١).

وقد أقرت هذه التفرة مدونة الألواح الاثنى عشر، حيث خصت القاضى بالمنازعات التى تتطلب تطبيق قاعدة محددة، كمطالبة بحق عيني أو شخصي، كما خصت المحكم بالمنازعات التى تتطلب سلطة تقديرية، كتحديد مقدار الغرامة فى الجرائم الخاصة فى حال عدم تحديدها قانوناً ولم يتفق الأطراف عليها^(٢).

ويمكن القول مما سبق أن النظام القضائى الرومانى قد عرف نظام التحكيم وتضمنه بين ثناياه، مما حدا بالبعض إلى القول أن النظام القانونى الرومانى وقت صدور الألواح الاثنى عشر قد بلغ حد التحكيم الإيجابى، وذلك للقضاء على الانتقام الفردى واللجوء لحل النزاع ودياً^(٣).

وغير خاف أن النظام القضائى الرومانى بما يتضمنه فى دعاوى البرنامج من مرور بمرحلتين، قد وجد صداه فى القوانين المصرية الملغاة، إذ تضمن القانون رقم ٣ لسنة ١٩١٠، وقانون ٦٣ لسنة ١٩٣٣، وقانون المرافعات المدنية رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ قاضى التحضير.

وقد تضمن اختصاص قاضى التحضير إختصاصاً لازماً وذلك برضاء الخصوم أو بدونه، ويتمثل فى التحقق من صفات الخصوم وصحة توكيلاتهم، كما كان له اختصاص تحكيمى وذلك حال اتفاق

(١) د. طه عوض غازى، المرجع السابق، ص ٨ وما بعدها.

M.Lemosse:"cognitio"etudes dur le role du juge dans l' instruction du process civil antique,paris,1944,p.150.

Girord:Manuel elementaire de droit romain,paris, 1906,p.975.

(٢) د. طه عوض غازى، المرجع السابق، ص ٢١ وما بعدها.

Cornil:Ancien droit romain,paris,1930,p.127 et s.

(٣) د. عمر ممدوح مصطفى، القانون الرومانى، الطبعة الرابعة، ١٩٦١، ص ٥١.

الخصوم، كتحقيق الدعوى إذا رأى أنها تحتاج إلى تحقيق، وله تعيين خبراء واستحضر الخصوم وسماع الشهود والانتقال للمعاينة^(١).

وقد عاد هذا النظام للظهور من جديد وذلك من خلال القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٨ بإنشاء المحاكم الاقتصادية، حيث نص فى مادته الثامنة على إنشاء هيئة للتحضير، وهى تختص بالتحقق من استيفاء مستندات المنازعات والدعاوى ودراسة المستندات، كما كان لها بذل محاولات الصلح بين الخصوم وسماع كافة الأطراف للوصول إلى هذا الصلح^(٢).

ومما هو جدير بالذكر أن هذا النظام يشابه النظام القضائى الرومانى فى مرور الدعوى بمرحلتين، كما أنه يشابه فى الاختصاصات فى محاولته إنهاء النزاع بعيداً عن ساحات القضاء، وهو ما يتضمن فى ثناياه استخدام الوسائل البديلة لحل النزاعات ومن ضمنها التحكيم أو الصلح وإن كان إجبارياً إلى حد ما، إذ تسعى هيئة التحضير لمحاولة فض النزاع بالتراضى أولاً وقبل اللجوء للقاضى للفصل فى النزاع.

الفرع الثانى

اتفاق التحكيم الفردى

لم يكتف الرومان بإدراج أسلوب التحكيم فى نظامهم القضائى فحسب، بل لقد عرفوا اتفاق التحكيم الاتفاقى البعيد كل البعد عن التحكيم الإجبارى، حيث أدرك الرومان أن التحكيم الإجبارى فى النظام القضائى غير كاف لتحقيق العدالة الفعلية التى تختلف عن العدالة الرسمية^(٣).

(١) د. عبد الحميد ابو هيف، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائى فى مصر، مطبعة الاعتماد، طبعة ١٩٢١، ص ٥٦٣ وما بعدها؛ د. عبد المنعم الشرقاوى، الوجيز فى قانون المرافعات المدنية والتجارية "قانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩"، طبعة ١٩٥١، ص ٣٥٧ وما بعدها.

(٢) القرار الوزارى رقم ١٩٢٩ لسنة ٢٠٠٨.

(٣) د. طه عوض غازى، المرجع السابق، ص ٢٥.

ويقصد باتفاق التحكيم اتفاق بين طرفين يوكلان فيه أمر حسم النزاع إلى شخص آخر يسمى بالحكم أو المحكم^(١)، والاتفاق بهذا المعنى مجرداً لا يندرج ضمن العقود الشكلية أو العينية أو الرضائية، فلم يكن عقد التحكيم يلزم الأطراف أو ينتج آثاراً قانونية^(٢).

وقد ترتب على ذلك عدم تمتع الاتفاق بالحماية القانونية التي تنتج دعوى مدنية لحمايته، فهو لم يكن ملزماً حتى عصر جستينيان^(٣).

ويرجع سبب عدم ترتيب اتفاق التحكيم آثاراً قانونية وبالترتبة عدم إنتاج دعوى تحميه إلى أن القانون الروماني قد اعتنق مبدأ الشكلية، الأمر الذي أهمل تماماً معه دور الإرادة، إذ أن الإرادة في ظل هذا المبدأ لا تنتج أثراً قانونياً مالم تفرغ في الشكل الذي حدده القانون، لذا فقد عد اتفاق التحكيم مجرداً من الإلزام لعدم إدراجه ضمن العقود التي حددها القانون، وذلك تطبيقاً لقاعدة أن الاتفاق المجرد لا يتولد عنه التزام^(٤).

غير أنه بالرغم من عدم ترتيب اتفاق التحكيم آثاراً قانونياً إلا أنه يرتب التزاماً طبيعياً، فالالتزام الطبيعي هو الالتزام الذي لا ينشئ دعوى تحميه طبقاً للقانون المدني أو القانون البريتوري، ولا يستطيع الدائن أن يكره المدين على الوفاء به.

وبالرغم من ذلك إلا أنه يتمتع بوجود قانوني يميزه عن الالتزامات الأخلاقية، حيث يعد الوفاء به صحيحاً منتجاً لآثاره إذا قام المدين بالوفاء به باختياره أو باعتقاده بالزاميته، لذا فهو لا يستطيع المطالبة باسترداد ما أوفى به^(٥)، وهذا ما ينطبق على اتفاق التحكيم.

(١) د. شفيق شحاته، نظرية الالتزامات في القانون الروماني، العالمية للنشر، د.ت، ص ٣٠٣.

(٢) د. طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ٢٩.

(٣) د. شفيق شحاته، المرجع السابق، ص ٣٠٣ وما بعدها.

1.Hoche:L'arbitrage en droit romain,these,paris,1879,p.4.

Giffard et villers:Les obligation en droit romain et dans l'ancien droit francais,dalloz,1958,p.127.

(٤) د. طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ٣٠.

(٥) د. أحمد إبراهيم حسن، تاريخ القانون المصري في العصر البطلمي مع دراسة في القانون الروماني، دار المطبوعات الجديدة، ٢٠٠٠، ص ٣٢٢ وما بعدها.

O.Hugues: Etudes de la classe compromissaire, these, Montpellier, 1912, p.37. Hoche. op. cit. p.4

فلم يتمتع اتفاق التحكيم بالإلزامية فى ظل القانون الرومانى القديم، لذا فقد لجأ الأفراد إلى التحايل للاحتكام إلى شخص ثالث لحسم النزاع بعيداً عن القضاء وإكساب الاتفاق صفة الإلزام، كأن يودع كل منهما شيئاً أو مبلغاً لدى المحكم ويقرنان هذا الإيداع بشرط الرد إلى من يحكم لصالحه، أو أن يتعهد الطرفان رسمياً بالتنفيذ، وهو ما يعرف بالتعهد الرسمى المتبادل، وهو ما كان يضمن تنفيذ اتفاق التحكيم.

إلا أن الأمر لم يستقر على ذلك إذ أصدر جستينيان عام ٥٢٩ مرسوماً يقضى بألا حاجة لصدور تعهد رسمى لانعقاد اتفاق التحكيم "مشاركة التحكيم"، وإن اشترط اقتران الاتفاق بيمين حتى يتمتع بالإلزام، وعد ذلك تطوراً ملحوظاً إلا أن التطور الحقيقى تحقق بإصدار جستينيان ذاته مرسوماً عام ٥٣٨ باعتبار اتفاق التحكيم ملزماً ولو لم يقترن بيمين^(١)، حيث تفتت ظاهرة الحنث باليمين وهو ما دعاه إلى إلغاء القسم، وبذلك يكتسب اتفاق التحكيم إلزاميته فى مواجهة طرفيه وذلك دون حاجة إلى التحايل.

ومفاد ماسبق أن اتفاق التحكيم لدى الرومان اتخذ شكلاً قضائياً، إذ أصبحت قرارات المحكمين لها قيمة فى ذاتها، ومن ثم الوصول إلى ما يمنحه القانون حديثاً من قوة ملزمة لحكم التحكيم بواسطة تدخل السلطة القضائية^(٢).

(١) د. شفيق شحاته، المرجع السابق، ص ٣٠٣ وما بعدها.

Lepoint et Monier:op.cit.p.306.

Roussier"J":Du compromise sine poena en droit romain classique,Revue

Historique de droit francais et etranger,18eme annee,1939,p.168.

Derouin"M":l'arbitrage en droit romain et en droit

francais,these,paris,1886.

(٢) د. محمد محسوب عبد المجيد، الجذور التاريخية للتحكيم، مجلة البحوث القانونية

والاقتصادية التى تصدرها كلية الحقوق جامعة المنوفية، عدد أبريل ١٩٩٧، ص ١٧٠.

المطلب الثالث

التحكيم لدى العرب

تمهيد:

عاش العرب حياة قبلية تقوم على التنقل والترحال لضمان توفير أسباب العيش الكريم، وهذه الظروف قد أثرت على الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية^(١).

فمن الناحية السياسية قسم العرب إلى قبائل، والقبائل قسمت إلى بطون وأفخاذ وعشائر، وقد تولى أمر كل قبيلة رجل أطلق عليه شيخ القبيلة أو سيدها، وذلك للنظر في أمور القبيلة الداخلية والخارجية^(٢).

وقد ساد نظامان للفصل في منازعات الأفراد لدى العرب قديماً، فقد وجد نظام القضاء الذى ساد فى ظل المناطق التى تتولاها سلطة مركزية قوية، وفى ظل هذا النظام يعين موظف من موظفى الدولة كقاض، ليفصل فى المنازعات باسم الدولة وتضمن سلطة الدولة تنفيذ الحكم، ويظهر ذلك فى اليمن "جنوب شبه الجزيرة العربية"^(٣).

أما النظام الثانى فيتمثل فى التحكيم، حيث وجد هذا النظام فى المجتمعات التى تفتقد السلطة المركزية القوية، مثال ذلك ما ساد فى مكة ويثرب، ويتولى التحكيم فرد عادى يقوم الأطراف باختياره وينفذ حكمه بالتراضى بينهما^(٤).

وقد وجدت العديد من صور اللجوء للتحكيم لدى العرب، وذلك بالنظر إلى شخص المحكم.

وبناءً على ماسبق نتناول اتفاق التحكيم، وصوره لدى العرب فيما يلى: الفرع الأول: اتفاق التحكيم.
الفرع الثانى: صور التحكيم.

(١) د. ناريمان، المرجع السابق، ص ٣٤،

(٢) د. أحمد شلبي، موسوعة النظم والحضارة الإسلامية، ج ٧، ص ٢١

(٣) د. محمود سلام زنتانى، التحكيم عند العرب، بحث منشور بمؤتمر حول التحكيم فى القانون الداخلى والقانون الدولى "العريش من ٢٠ إلى ٢٥ سبتمبر ١٩٨٧، ص ١٥.

(٤) المرجع السابق، ص ١٥.

الفرع الأول

اتفاق التحكيم

كان اللجوء للتحكيم يستلزم وجود اتفاق بين أطراف النزاع لتعيين حكم للفصل في المنازعات التي تثور بينهم، وهو ما يطرح التساؤلات حول شروط هذا المحكم، واختصاصاته، والقواعد التي يطبقها، وهي ما نتناولها فيما يلي:

أولاً: شروط المحكم:

كان الأطراف يلجئون لاختيار فرد عادي للفصل في المنازعات، إلا أن اختيار المحكم لم يكن تبعاً للأهواء، ولكن كانت هناك ضوابط يختار المحكم على أساسها، ويمكن القول أن هذه الضوابط تتمثل في أن يكون ملماً بعبادات القبيلة وتقاليدها، وأن يعرف عنه العدل والنزاهة بالإضافة للصدق والأمانة، كما يجب أن يكون فطناً ذكياً ذا قدرة على الاستنباط وسرعة الفهم^(١).

فمن المستقر أن كافة القبائل مهما كانت مكانتها يوجد بها قاض بن قاض، يتمتع بالإلمام والدراية بعبادات وتقاليدهم والذكاء الشديد، وكان السائد أن هذه الوظيفة تتوارث في عائلات بعينها^(٢).

ومن أمثلة ذلك عشائر العراق، حيث تولى الفصل في المنازعات شخص يعرف "بالعارفة" -من له دراية بالعرف-، وقد أفاد أحدهم عند سؤاله بأنه يقضى بين الأفراد كما كان أبأوه وأجداده يحكمون، كما أن الشخص يكتسب الخبرة بواسطة عمله منذ صغره، حيث يعتمد على حضور القضايا والاستفسار من الكبار^(٣).

(١) د. جواد علي، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، ج٥، الطبعة الثانية ١٩٩٣،

ص٦٣٥ وما بعدها. د. محمود سلام زنتي، المرجع السابق، ص١٦.

(٢) Jaussen: Les coutumes des Arabes au pays de moob, paris, 1948, p.181

د. محمود سلام زنتي، المرجع السابق، ص١٧.

(٣) عباس المزاولي، عشائر العراق، ج١، كتاب منزل من النت موقع WWW.al-Mostafa.com

Jaussen: op.cit. p.182

ص٢١٤.

وتجدر الإشارة إلى أنه لم يشترط في المحكم أن يكون رجلاً، حيث وجد من النساء اللاتي تمتعن بالحكمة والدراية، مما دفع الأطراف إلى تعيينهن للفصل في المنازعات التي تثور بينهم، وقد وجدت أمثلة على ذلك مثل هند بنت حسن الأبادي وجمعة بنت حابس الأبادي، فقد لجأت قبائل العرب إليهن للفصل فيما يثور بينهم من منازعات حول الأنساب^(١).

ومما هو جدير بالذكر أن الأطراف لم يكن ليجدوا صعوبة في اختيار المحكم، إلا أنه يثور فرض عدم اتفاق الأطراف على اختيار المحكم، وقد تضمنت بعض المجتمعات وسائل لحل هذا الفرض، من ذلك قيام الأطراف بالاجتماع لدى طرف ثالث، ويقوم الطرف الذي يكون له ظاهر الحق في اختيار حكم، ثم يقوم الطرف الآخر باختيار حكم آخر، ثم يضيف الطرف الأول اختيار قاض آخر، إلا أن ثلاثة محكمين يعدون أكثر من اللازم في نظر العرب، لذا يقوم الطرف الثاني باستبعاد أحد المحكمين، ثم يقوم الطرف الذي له أولوية الحق استبعاد محكم آخر، ليتبقى محكم يقوم بالفصل في النزاع^(٢).

ثانياً: اختصاص المحكم:

لم توجد أي قيود ترد على اتفاق الأطراف فيما يتعلق باختصاص المحكم النوعي أو المكاني.

فمن جهة الاختصاص النوعي لم تكن هناك أي قواعد تحدد الموضوعات التي يمكن الالتجاء فيها إلى التحكيم، فكان يمكن اللجوء للتحكيم في المنازعات المتعلقة بالميراث أو النسب أو ملكية الأفراد أو حتى بخصوص عقد من العقود، هذا بالإضافة للجوء إلى التحكيم في خصوص بعض الجرائم كالقتل أو الزنا أو السرقة، بل لم يتوقف الأمر عند هذا الحد، بل امتد ليلجأ الأفراد إلى التحكيم في منازعات خارج الحدود القانونية، مثل تنازع عشيرتين على أيهما أشرف نسباً أو أكرم^(٣).

(١) د. جواد علي، المرجع السابق، ص ٤٩٨، د. ناريمان، المرجع السابق، ص ٣٦.

(٢) د. محمود سلام زنتي، المرجع السابق، ص ٢٠ وما بعدها.

Jausen: op. cit.p.182.

(٣) د. محمود سلام زنتي، المرجع السابق، ص ١٨.

أما من جهة اختصاص المحكم المكانى فكان المستقر أن المحكم يكون أحد أفراد القبيلة، إلا أن هذا لم يمنع من إمكانية لجوء الأطراف إلى محكم آخر من خارج القبيلة، وكان هذا الأمر شائعاً فى حال اختصاص طرفين من قبيلتين مختلفتين^(١).

وأياً كان اختصاص المحكم النوعى أو المكانى، فإن المحكم عند فصله فى النزاع يلتزم بتطبيق عادات وتقاليد القبيلة أو الأعراف السائدة فى المجتمع آنذاك، إذ أن المحكم فى فصله فى النزاع غير طليق فى تطبيقه القواعد، بل أنه ملتزم بالأعراف السائدة فى المجتمع، وإلا عد حكمه خروجاً سافراً عن مهمته مما ينال من سمعته ويثير الرأى العام عليه، وهذا ما يبرر شرط معرفة المحكم بأعراف القبيلة.

هذا بالإضافة إلى حق المحكم فى الاسترشاد بالأحكام التى أصدرها السابقون، بل أن هذا الأمر وصل إلى حد الواجب المفروض عليه^(٢).

إلا أنه قد يثور فرض عملى؛ إذ قد يطرح نزاع لا يجد المحكم له قواعد تحكمه لحل النزاع فى العرف، مما يوجب عليه الاجتهاد لإيجاد قواعد لحل مثل هذا النزاع^(٣)، وقد يشابه هذا الوضع التحكيم بالصلح حالياً.

الفرع الثانى

صور التحكيم

وجدت العديد من صور التحكيم لدى العرب قديماً، فبجانب الاحتكام إلى شخص ثالث لفض النزاع-كما سبق الذكر-كان هناك صوراً أخرى، كالاختكام إلى الكهنة أو إلى النار أو إلى الأزلام، وهو ما يمكن عرضه فيما يلى:

أولاً: الاختكام إلى الكهنة:

(١) المرجع السابق، ص ١٩.

(٢) عباس المزواوى، المرجع السابق، ص ٢١٥؛ د. محمود سلام زنتاى، المرجع السابق، ص ٢٣.

(٣) د. محمود سلام زنتاى، المرجع السابق، ص ٢٣.

كان العرب فيما مضى يلجئون لرجال الدين لما يعتقدونه من علمهم بالغيب، وذلك لاستطلاع رأيهم الموحى به من الآلهة لفض المنازعات، إذ يعتقدون أن الكاهن بما يعلمه من غيب يستطيع أن يتبين الظالم والمظلوم^(١). ويلاحظ أن هذا الأمر يعيد لأذهاننا ما مرت به المجتمعات من مرحلة التقاليد الدينية-كما سبق الذكر-.

وقد وجدت العديد من المواقف التي تبين التجاء العرب إلى الكهنة لفض منازعاتهم، ومن ذلك لجوء عبد المطلب جد النبي صلى الله عليه وسلم إلى كهنة بنى سعد بأشراف الشام، وذلك عندما نازعه قريشى في تجديد حفر بئر زمزم، هذا بالإضافة لواقعة لجوئه إلى عرافة بالحجاز؛ وذلك في أثر محاولة منعه من تنفيذ نذره بذبح ابنه عبد الله والد النبي صلى الله عليه وسلم^(٢).

ثانياً: الاحتكام إلى النار:

عرف العرب وسيلة الاحتكام إلى النار لفض ما يثور بينهم من منازعات، إذ اعتقدوا أن النار تأكل الظالم ولا تمس المظلوم، وقد وجد ما يؤكد ذلك من وقائع، حيث ذكر ابن إسحاق عن أبي مالك بن تغلب بن مالك القرظي، أنه سمع إبراهيم بن محمد بن طلحة بن عبد الله يحدث: أن تبعاً لما دنا من اليمن ليدخلها حالت حمير بينه وبين ذلك، وقالوا له لا تدخلها علينا وقد فارقت ديننا، فدعاهم إلى دينه، وقال أنه خير من دينكم، فقالوا: حاكمنا إلى النار قال نعم، وكانت باليمن فيما يزعم أهل اليمن نار تأكل الظالم ولا تضر المظلوم، فلما خرج قومه إلى النار بأوثانهم وما يتقربون به، أقبلت النار نحوهم حتى غشيتهم فأكلت الأوثان، ومن حمل ذلك من الرجال، وخرج الحبران، بمصاحفهما في أعناقهما، تقطر جباههم، لم تضرهم، فأصفت عند ذلك حمير على دينه^(٣).

(١) د. إسماعيل الأسطل، المرجع السابق، ص ٣٠.

(٢) السيرة النبوية، لأبي محمد عبد الملك بن هشام المعروفة بسيرة ابن هشام، تحقيق وتخريج وفهرسة، جمال ثابت، محمد محمود، سيد إبراهيم، المجلد الأول، الجزء الأول، دار الحديث، الطبعة الثانية، ١٩٩٨، ص ٣٠ وما بعدها، ص ٣٦ وما بعدها.

(٣) سيرة ابن هشام، المرجع السابق، ص ٤٠.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض أقوام العرب فى شمال سينااء يلجئون للنار فى فض منازعاتهم إلى يومنا هذا، إذ يجلبون مقلاة ويحمون عليها النار حتى إذا اشتد احمرارها، دعوا المتهم للحضور فى وجود جمع من الناس الشهود وذلك للمسها بلسانه، فإن تردد أو أكلته فيثبت عليه الحق، أما إذا لم تضره فإنه يبرأ مما نسب إليه^(١).

ثالثاً: الاحتكام إلى الأزلام:

بجانب الاحتكام إلى الكهنة والنار عرف العرب وسيلة أخرى هى الاحتكام إلى الأزلام، وهى وسيلة معروفة لدى العرب ويلجئون إليها فى ظعنهم وإقامتهم وتجارتهن ومناكحاتهن وفض خصوماتهن.

حيث كان بالكعبة صنم كبير يدعى هبل، ويوجد بجواره أزلام موسومة، بفاعل ولا تفعل، وأمرنى أو نهانى ربى، وبنعم أو لا، وباخرج أو لا تخرج، وبمنكم أو من غيركم، وكلمة وقع نزاع لجئوا إلى أمين الأزلام ليتبين القداح الموسومة فما خرج منها أخذوا به، فعلى سبيل المثال إذا وقع نزاع بشأن نسب أحدهم قام أمين الأزلام باستقسام الأقداح الموسومة بمنكم، ومن غيركم، وملصق، فإذا ظهر "منكم" أعزوا ذلك الرجل الذى كانوا يشككون فى نسبه من قبل، أما إذا ظهر "من غيركم" نفروا منه واجتنبوه، أما إن ظهر "ملصق" بقى الرجل مجهول النسب^(٢).

وقد حرم الله سبحانه وتعالى الاحتكام إلى الأزلام، لما تضمنته من شرك بالله والحكم بغير ما أنزل الله، فقد قال تعالى "يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون"^(٣).

(١) د. أحمد صفوت، مقدمة القانون، الطبعة الثانية ١٩٢٤، ص ٣٧٨؛ د. ناريمان، المرجع السابق، ص ٣٧.

(٢) جامع البيان عن تأويل آى القرآن، للإمام أبى جعفر محمد بن جرير الطبرى، قدم له الشيخ خليل الميسر، ضبط وتوثيق وتخريج صدقى جميل العطار، المجلد الرابع، الجزء السادس، دار الفكر، ١٩٩٥-١٤١٥، ص ٠١ وما بعدها.

(٣) سورة المائدة، الآية ٩٠.

ومما سبق يتضح أن التحكيم عرف قديماً، بل وصل إلى حد اعتباره الشريعة العامة والعرف السائد لدى العرب قبل الإسلام، إلا أن اللجوء للتحكيم كان اختيارياً كما كان تنفيذ حكمه اختيارياً أيضاً.

الفصل الثانى

طبيعة التحكيم لدى الرومان وحديثاً

تمهيد:

ثار خلاف واسع حول طبيعة التحكيم حديثاً، فذهب البعض إلى اعتباره ذا طبيعة عقدية، بينما ذهب البعض الآخر إلى اعتباره ذا طبيعة قضائية، بينما ذهب رأى ثالث إلى اعتباره ذا طبيعة مختلطة.

ولكن هل كان لهذا الخلاف أثر قديماً لدى الرومان، فمن الهام أن نتعرف على موقف الرومان فى هذا الشأن لما للقانون الرومانى من أهمية وتأثير فى القوانين الحديثة.

وبناءً على ما سبق نتناول طبيعة التحكيم لدى الرومان، ثم طبيعة التحكيم حديثاً، وذلك فيما يلى:

المبحث الأول: طبيعة التحكيم لدى الرومان.

المبحث الثانى: طبيعة التحكيم حديثاً.

المبحث الأول

طبيعة التحكيم لدى الرومان

التحكيم لدى الرومان عبارة عن اتفاق بين الأطراف للجوء إلى شخص ثالث "محكم" للفصل في النزاع الذي نشأ بينهم، وهذا الاتفاق ليعد تماماً كان لا بد من توافر شروط سواء على مستوى الأطراف أو على مستوى المحكم ذاته.

ولكن ماهي وسائل الرومان لإضفاء الصفة الإلزامية على اتفاق التحكيم، هل اتفاق التحكيم بذاته يتمتع بالصفة الإلزامية؟ وهل لهذا الأمر آثار في ظل اعتناق الرومان الطبيعة العقدية لاتفاق التحكيم، وذلك بناءً على أسباب لديهم.

وبناءً على ذلك نتناول اتفاق التحكيم وإلزاميته، ثم الطبيعة العقدية لدى الرومان، وذلك فيما يلي:

المطلب الأول: اتفاق التحكيم ومدى إلزاميته.

المطلب الثاني: الطبيعة العقدية لدى الرومان.

المطلب الأول

اتفاق التحكيم ومدى إلزاميته

تمهيد:

تداولنا -فيما سبق- اتفاق التحكيم الفردي لدى الرومان، ولكن هذا الاتفاق لينتج آثاره ويعد عقداً كان لا بد من توافر شروط في جانب أطراف النزاع من جهة، وفي جانب المحكم ذاته من جهة أخرى.

كما أن الرومان لجئوا للعديد من الوسائل والحيل، وذلك في سبيل إضفاء الصفة الإلزامية على اتفاق التحكيم، وهذه الوسائل قد تمثلت في إدراج الاتفاق في عقد اشتراط شفهي، أو اقتران هذا الاتفاق بشرط جزائي.

وبناءً على ما سبق نتناول شروط صحة اتفاق التحكيم، ثم إضفاء الإلزامية على اتفاق التحكيم، وذلك فيما يلي:

الفرع الأول: شروط صحة اتفاق التحكيم.

الفرع الثاني: وسائل إضفاء الإلزامية على اتفاق التحكيم.

الفرع الأول

شروط صحة اتفاق التحكيم

كان لازماً تحقق شروط لصحة اتفاق التحكيم سواء في جانب الأطراف، أو في جانب المحكم ذاته، لذا نتناول هذه الشروط تباعاً فيما يلي:

أولاً: شروط الأطراف:

كان أى اتفاق لدى الرومان لا يصح إلا إذا توافرت الأهلية لأطراف الاتفاق، وذلك لاستلزام القدرة على الالتزام، والأهلية في القانون الروماني المقصودة هنا هي الأهلية الفعلية، إذ أن القانون الروماني عرف مثله مثل القوانين الحديثة ما يعرف بأهلية الوجوب وأهلية الأداء، وإن كان أطلق على أهلية الوجوب الشخصية القانونية، أما أهلية الأداء فأطلق عليها الأهلية الفعلية^(١).

والمعروف أن الأهلية الفعلية في القانون الروماني تمنح لمن تتوافر له الشخصية القانونية التي تستلزم الحرية والرعية وعدم خضوع الفرد لسلطان غيره. وتستلزم تحقق السن والعقل، لذا فهناك فئات لا يتمتعون بالأهلية الكاملة، إذ لا يصح اتفاق التحكيم بصددهم.

وقد تمثلت هذه الفئات في:

١- عديم التمييز: ويقصد به الطفل والمجنون، فمن جهة الطفل ويقصد به الذي لم يجاوز مرحلة الطفولة بعد، فإنه لا يستطيع التعاقد فالعقد الذي يبرمه يعد باطلاً، ويرجع ذلك إلى أنه صبي لا يعقل ما يقول^(٢).

أما من جهة المجنون وهو من فقد عقله بسبب آفة أصابته، ويعد المجنون في نظر القانون الروماني عديم التمييز، إذ يعتبر فاقداً لأهلية الأداء. وقد كان الرومان يفرقون بين الجنون المطبق والجنون المتقطع،

(١) د. شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٨١ وما بعدها؛ د. عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني الجزء الثاني الحقوق الشخصية أو الالتزامات، مطابع البصير، الطبعة الثانية، ١٩٥٤، ص ٦٨ وما بعدها.

(٢) د. شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٨٨؛ د. عمر ممدوح، المرجع السابق، ص ٦٩

لذا فإن العقد الذي يبرمه المجنون في غير أوقات الإفاقة يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً^(١).

٢- الصبي المميز: هو الصبي الذي بلغ سن السابعة إلا أنه لم يبلغ سن البلوغ بعد، وقد نظر القانون الروماني لهذا الصبي ليس باعتبار عديم الأهلية، إذ منحه حق إبرام التصرفات النافعة له نفعاً محضاً، أما غير ذلك من التصرفات فلا يجوز له إبرامها إلا بعد إجازة الوصي لها، ولكن بشرط أن تأتي هذه الإجازة في ذات وقت التصرف وليس لاحقة عليه.

وبناءً على ذلك فإن الصبي المميز لا يجوز له إبرام اتفاق التحكيم دون موافقة الوصي، وذلك لما قد يتضمنه اتفاق التحكيم من التزامات مالية، وذلك حال اقتترانه بشرط جزائي^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن الصبي المميز يجوز له إبرام اتفاق التحكيم، وذلك إذا قام بتقديم كفيل يضمن التزامه بتعهداته، وهنا يصح الاتفاق إذ أن اتفاق التحكيم وتنفيذ الحكم الصادر يعد مكفولاً ويلتزم الكفيل بتنفيذه^(٣).

٣- السفية: ويقصد به من ينفق المال على خلاف مقتضى العقل، وقد أخضع القانون الروماني السفية لولاية القيم مثله في ذلك مثل المجنون، إلا أنه اختلف عن المجنون في عدم اعتباره عديم الأهلية، بل أنه أخذ حكم الصبي المميز في أنه يصح إبرام العقود النافعة له نفعاً محضاً، أما غير ذلك فلا تصح حتى لو أجازها القيم^(٤).

(١) د. شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٩٦؛ د. طه عوض غازی، مشاركة التحكيم، المرجع السابق، ص ٥٨.

(٢) د. شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٨٩ وما بعدها؛ د. طه عوض غازی، المرجع السابق، ص ٥٩.

(٣) د. طه عوض غازی، المرجع السابق، ص ٥٩.

(٤) د. شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٩٧.

وبناءً على ذلك فلا يجوز له إبرام اتفاق التحكيم، إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن السفيه لا يعتبر في عداد ناقصي الأهلية إلا إذا صدر حكم من القاضي بتوقيع الحجر عليه^(١).

٤- المرأة البالغة: كانت القاعدة في القانون الروماني أن المرأة أياً ما كان سنها تعد ناقصة الأهلية، فالمرأة ظلت لفترة طويلة خاضعة للوصاية إذ اعتبرت ناقصة الأهلية، فهي بالرغم من بلوغها تستمر تحت الوصاية، وهو ما ترتب ضرورة حصولها على إذن وليها لإبرام أى تصرف من التصرفات، لذا لم يكن لها حق إبرام اتفاق التحكيم دون موافقة وليها^(٢).

إلا أن وضع المرأة قد تطور نسبياً في عهد جستينيان، إذ أصبح لها شأن مثل الرجل فقد تحررت من ولاية الوصي بالبلوغ، إلا أنها بقيت عاجزة عن إبرام اتفاق التحكيم لصدور قرار مجلس الشيوخ "الفليني" بمنعها من إبرام بعض التصرفات، إلا أنها في النهاية أصبح لها حق إبرام اتفاق التحكيم^(٣).

وتجدر الإشارة هنا إلى أن قانون التحكيم المصري ٢٧ لسنة ١٩٩٤ قد نص على ضرورة توافر الأهلية في أطراف اتفاق التحكيم، إذ نص في مادته الحادية عشرة على أنه "لايجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه"، ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل لقد منح هذا القانون سبباً لدعوى بطلان حكم التحكيم متى كان أحد طرفي التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته، وذلك بموجب المادة "٥٣" من القانون^(٤).

(١) د. شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٩٧ وما بعدها؛ د. طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ٦٠.

(٢) د. شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ٣٩٤ وما بعدها.

(٣) د. محمود سلام زنتي، المرأة عند الرومان، دار الجامعات المصرية، ١٩٨٥؛ د. طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ٦١.

(٤) د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم، دار الفكر العربي، ١٩٩٠، ص ١٣؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، ٢٠٠٢، ص ٣٥-٢٤٢.

ثانياً: شروط المحكم:

بالإضافة إلى شروط الأطراف فإن هناك شروطاً يجب توافرها في المحكم، وهذه الشروط لا بد من توافرها إلا أن هناك شرطاً بديهيّاً باعتبار أن المحكم يعد طرفاً في اتفاق التحكيم، ألا وهو الأهلية-وقد سبق الحديث عنه ضمن شروط الأطراف- أما الشروط الأخرى فتمثل في:

١- أن يقبل المحكم المهمة التحكيمية:

فالمحكم لا بد أن يقبل الفصل في النزاع وذلك بمحض إرادته الحرة، فلا يجوز إجباره على قبول الفصل في النزاع، وهذا الأمر هو ما يبرز اختلاف التحكيم الاتفاقي عن التحكيم القضائي، الذي يقوم فيه البريتور بإحالة النزاع إلى محكم يعد مكلفاً بمهمة عامة، لذا فلا يشترط قبوله للمهمة، بخلاف المحكم في التحكيم الاتفاقي الذي لا يعد مكلفاً بخدمة عامة لذا يشترط موافقته.

أما عن قبول المحكم للتحكيم فإنه قد يكون صريحاً، وذلك عن طريق قيامه بالتعهد بقبول الحكم وهو ما يطلق عليه "تعهد الحكم"، وهذا التعهد يكون ملزماً لجانب واحد ألا وهو المحكم فقط. وقد يكون التعبير ضمناً وذلك بقيام الأطراف بإبرام اتفاق التحكيم وتحديد المحكم الذي يقوم بالفصل في النزاع مباشرة^(١).

وإذا قبل المحكم المهمة كان للبريتور إلزامه على تنفيذ التزامه بالفصل في النزاع، وكان للقاضي توقيع غرامة على المحكم أو أخذ رهينة من ماله، وذلك في سبيل إجباره على التنفيذ^(٢).

٢- ألا يكون المحكم شاغلاً منصباً يخوله سلطة مساوية أو أعلى من سلطة البريتور:

ويرجع السبب في إدراج هذا الشرط أن القاضي له-كما سبق الذكر-إجبار المحكم على تنفيذ التزامه إذا قبل المحكم المهمة، وهو ما لا يستطيع تحقيقه إذا كان هذا المحكم له سلطات مساوية للبريتور أو أعلى

(١) د. طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ٧٦.

(٢) د. شفيق شحاته، المرجع السابق، ص ٢٧٥ وما بعدها.

من سلطاته، إذ أن التنظيم القانون الروماني يقوم على تجريد الحاكم من السلطة تجاه من يماثله أو يعلوه في السلطة^(١).

ونتيجة لذلك فلا يجوز تعيين القنصل أو الدكتاتور محكماً، أما المحتسبون والمحققون فيجوز تعيينهم. وتجدر الإشارة هنا إلى أن كل من يتولوا منصباً مساوياً أو أعلى من البريتور يمتنع عن قبول التحكيم سواء قبل التحكيم قبل شغله الوظيفة أو بعدها، وفي هذا يختلفون عن طائفة الكهنة الذين يمتنعون عن الاستمرار في التحكيم إذا كان القبول سابقاً على توليهم وظيفتهم، أما إذا كان القبول لاحقاً فإن ذلك لا يحول دون قبولهم التحكيم، ويرجع ذلك إلى أنهم يفسرون ذلك بأن قبلوا ضمناً أن يستقطعوا جزءاً من وقتهم لخدمة الأفراد^(٢).

٣- أن يكون المحكم من غير أطراف الخصومة:

ويعد هذا الشرط من الشروط البديهية لضمان حيده المحكم، إذ لايجوز أن يكون الشخص خصماً وحكماً في ذات الوقت^(٣).

وقد ذهب البعض إلى أن غيرية المحكم تعد ركناً قانونياً في التحكيم، إذ يجب أن يكون المحكم غيراً بالنسبة للنزاع من الجهة الشخصية أو الجهة الموضوعية، وهو في ذلك يختلف عن الصلح الذي يعني اتفاق أطراف الخصومة أنفسهم بحسم خلافاتهم فيما بينهم^(٤).

ويرتبط هذا الشرط بفكرة عدم توافر مصلحة للمحكم في النزاع، وهي ما تصب في مزيد من حيده المحكم واستقلاله، إذ لايجوز أن يكون للمحكم مصلحة في النزاع، وهو ملتزم بالتححي عن الحكم إذا ظهرت له مصلحة في النزاع، كأن يصبح وارثاً لأحد الأطراف، كذلك لايجوز له الفصل في النزاع إذا كان هناك عداوة ظاهرة بينه وبين أحد الخصوم^(٥).

(١) د. طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ٧٧.

(٢) المرجع السابق، ص ٧٧ وما بعدها.

(٣) Hoche:op. cit. p.34.

(٤) د. أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٣٠، د.

طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ٧٨ وما بعدها.

Viardat: De la transation en droit Romain, paris, 1872, p.18 et s.

(٥) د. طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ٧٩ وما بعدها.

إلا أن جانباً من الفقه ذهب إلى أنه يلزم التفرقة في هذا الصدد بين ما إذا كانت العداوة نشأت لاحقة على اتفاق التحكيم أم سابقة عليه، وذهبوا إلى إعمال الحكم السابق على حالة نشوء العداوة لاحقة على اتفاق التحكيم، أما في حال كانت العداوة سابقة على اتفاق التحكيم فإنه لا يعمل الحكم، حيث تعد موافقة الطرف منذ البداية على المحكم موافقة ضمنية، أو تخلياً عن حقه في الإدعاء بمحاباة المحكم للخصم^(١).

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذا الحكم يشابه ما نص عليه في قانون التحكيم المصري الحالي، إذ تضمن في مادته الثامنة عشرة سبباً عاماً لرد المحكم يتمثل في وجود ظروف تثير الشكوك حول استقلاله وحيدته، إلا أنه عاد في الفقرة الثانية من ذات المادة وأشار إلى عدم أحقية أي من طرفي التحكيم في رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه إلا إذا وجد السبب بعد التعيين^(٢).

الفرع الثاني

وسائل إضفاء الإلزامية على اتفاق التحكيم

كان اتفاق التحكيم يبرم لدى الرومان بموجب اتفاق الأطراف على حل نزاعهم بواسطة اللجوء إلى محكم ليفصل فيما ثار بينهم من نزاع، إلا أن هذا الاتفاق لم يكن يتسم بقوة إلزامية في حد ذاته، مما دعا الرومان إلى اللجوء للعديد من الوسائل التي تضيف الإلزامية على هذا الاتفاق.

وقد تمثلت هذه الوسائل في إدراج الاتفاق في القالب العام للاتفاق لدى الرومان ألا وهو الاشتراط الشفهي، هذا بالإضافة لإمكانية اقتران الاتفاق بشرط جزائي، مما يؤدي إلى إضفاء الصفة الإلزامية على الاتفاق من خلال ذلك.

وبناءً على ما سبق نتناول الاشتراط الشفهي أولاً، ثم اقتران الاتفاق بشرط جزائي ثانياً، وذلك فيما يلي:

Hoche: op. cit. p.82.

(١)

(٢) د. أحمد السيد الصاوي، المرجع السابق، ص ٩٧ وما بعدها.

أولاً: الاشتراط الشفهي:

هو أحد العقود الرسمية في ظل القانون القديم، ويقوم هذا العقد على سؤال وجواب، إذ أن الركن الرئيسي في هذا العقد هو التفوه بعبارات معينة، والقاعدة أن الألفاظ التي ينعقد بها العقد هي الفاظ محددة ولا يستطيع المتعاقد استعمال غيرها للتعبير عن إرادته.

وقد اتسم هذا العقد بعدة خصائص تمثلت في أنه عقد شكلي، بجانب أنه عقد من عقود القانون الضيق، أي أن القاضي لا يستطيع تفسيره وفقاً لمقتضيات العدالة أو نية المتعاقدين، كما أن هذا العقد هو من العقود المجردة فلا يذكر فيه سبب، لذا فالقاضي لا يبحث في سبب الالتزام مالم يقيم المدعى عليه بالدفع بالغش^(١).

وقد ظهر التعهد الشفهي في قالب ديني في بداية الأمر، إذ كان يتبادل السؤال والجواب وفقاً لأوضاع معينة تعكس الطقوس الدينية، إذ كان العقد يرتكز على أساس ديني إلا أن هذا الأساس الديني قد تقلص نتيجة تقلص المسحة الدينية في النظم القانونية، ولذا فقد استقر الأمر على الاشتراط الشفهي البعيد عن الأمور الدينية^(٢).

وقد تميز الاشتراط الشفهي بأنه يصلح قالباً عاماً لكافة أنواع المعاملات، فقد يقوم شخص بالتعهد بموجبه بنقل ملكية أو بإعطاء شيء، وقد يكون هذا الشيء عبارة عن مبلغ من النقود، وقد يكون شيئاً آخر غير النقود، كما قد يلتزم الفرد بموجبه بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل^(٣).

ويترتب على إدراج اتفاق التحكيم في صورة الاشتراط الشفهي إضفاء القوة الإلزامية على الاتفاق، إذ يتحول اتفاق التحكيم من اتفاق مجرد من الإلزام إلى عقد لفظي يتكفل القانون بحمايته بدعاوى مدنية^(٤).

(١) د. شفيق شحاته، المرجع السابق، ص ١١٩ وما بعدها؛ د. طه عوض غازي، الأصول

التاريخية للشرائع الغربية" الشريعة الرومانية والشريعة الانجلوسكسونية، دار النهضة العربية، ص ٢٠٠٥، ص ٨٧.

(٢) د. شفيق شحاته، المرجع السابق، ص ١٢١ وما بعدها.

(٣) د. طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ٨٧ وما بعدها.

(٤) Van wetter: cours elementaire du droit romain, tome second,

1876,p.189, Hugues: op.cit,p.38.

حيث تم حماية التعهدات بواسطة أربع دعاوى تمثلت فى دعاوى المطالبة بالنقود المعينة، ودعاوى المطالبة بأشياء معينة، ودعاوى التعهد، وأخيراً دعوى لحماية التعهد الوارد على شىء غير معين أو على عمل أو على مجرد الامتناع. وهذه الدعوى الأخيرة هى التى تضى على اتفاق التحكيم الحماية، إذ فى حال مخالفة أحد الأطراف اتفاق التحكيم يلجأ الطرف الآخر إلى هذه الدعوى للمطالبة بمبلغ نقدي كتعويض^(١).

ثانياً: اقتران اتفاق التحكيم بشرط جزائى:

لجأ الرومان إلى وسيلة ثانية لضمان فاعلية اتفاق التحكيم، ألا وهى إدراج شرط جزائى تبادلى ضمن اتفاق التحكيم، بحيث يلتزم كل طرف بمقتضاه باتفاق التحكيم واحترام وتنفيذ حكم المحكم، وينتج عن الإخلال باتفاق التحكيم دفع مبلغ مالى اتفق عليه كشرط جزائى، وهذا المبلغ يكون عادة أكبر من قيمة النزاع الذى من أجله أبرم اتفاق التحكيم^(٢).

ويتخذ الشرط الجزائى صورة اشتراط تبادلى من قبل كل طرف، بموجبه يلتزم كل طرف بدفع قيمة الشرط الجزائى حال مخالفة اتفاق التحكيم أو عدم تنفيذ حكم المحكم.

وقد استلزم العديد من الشروط لصحة اقتران الشرط الجزائى باتفاق التحكيم، وهذه الشروط تتمثل فى وجود اتفاق تحكيم سابق، ويستوى فى ذلك أن يكون اتفاقاً بسيطاً أو اتفاقاً أبرم فى صورة اشتراط شفهي^(٣). ويرجع ذلك إلى أن اقتران شرط باتفاق التحكيم مدرج فى قالب الاشتراط الشفهي له أهمية عظيمة، إذ أن الاشتراط الشفهي يمنح الدائن دعوى المطالبة بأشياء غير معينة ضد المدين، ولكى يحصل الدائن على أكبر استفادة منها كان يجب عليه إثبات مقدار الضرر،

(١) د. شفيق شحاته المرجع السابق، ص ٣٠ وما بعدها؛ د. طه عوض غازى، مشاركة

التحكيم فى القانون الرومانى، المرجع السابق، ص ٣٤.

(٢) د. طه عوض غازى، المرجع السابق، ص ٣٤ وما بعدها.

(٣) Hoche: op. cit. p.5, Hugues: op. cit. p.37.

ويوصم هذا الإثبات بالصعوبة وخاصة إذا تعلق الالتزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وهذا ما يعالجه اقتران شرط جزائي بالاتفاق إذ يستحق الدائن قيمة الشرط الجزائي دون الحاجة إلى إثبات الضرر^(١).

كما يشترط لاقتران شرط جزائي بالاتفاق أن يكون الشرط الجزائي تبادلياً، إذ أن التزام طرف واحد فقط بالشرط الجزائي لا يجعلنا أمام اتفاق تحكيم تام، وذلك لانتفاء الإيجاب المتبادل، وشرط تبادل الشرط الجزائي يجعلنا نعوض الطرف عن طبيعة الجزاء، إذ يستوى أن يكون مبلغاً من النقود أو أى شيء آخر، كما لا يهم أن يكون مقداراً واحداً أو مساوياً أو حتى أعلى من قيمة النزاع، فالهام أن الشرط الجزائي يعكس ضماناً فعلياً يمكن الدائن من إجبار المدين أو الحصول على تعويض جراء مخالفة اتفاق التحكيم^(٢).

كما يشترط أن يكون الشرط الجزائي صحيحاً، وهو ما يعنى أن يكون الشخص الذى أبرمه يتمتع بالأهلية الفعلية وفقاً للقانون الرومانى^(٣)، وبناءً على ذلك لا يجوز إبرام اتفاق مقترن بشرط جزائي لمن لا أهلية له، كما لا يصح الشرط الجزائي الصادر من المرأة.

ولكن يجب إذا نشأ الشرط صحيحاً أن يبقى سارياً حتى ينتهى النزاع، إذ ان الشرط إذا أصبح غير سار أو غير فعال لا يمكن للدائن إجبار المدين وبالتالي يصبح اتفاق التحكيم غير تام، وتطبيقاً لذلك لا يصح الشرط الجزائي إذا قام أحد الأطراف بالتنازل عن أمواله للدائن، أو إذا تم إبرام صلح بين الطرفين قبل أن يصدر الحكم، كذلك لا يعد الاتفاق تاماً إذا كانت قيمة الشرط تستحق قبل أن يصدر الحكم، إذ يعد الاتفاق مجرداً من الإلزام فى هذه الحالة، فلا توجد وسيلة لإجبار المدين على تنفيذ التزامه^(٤).

(١) د.أحمد حسن، الأصول الرومانية لفكرة الشرط الجزائي، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠١، ص ٣٢ وما بعدها.

(٢) د.طه عوض غازى المرجع السابق، ص ٣٨ وما بعدها.

Drouin: op. cit. p.11.N1, Van wetter. Op. cit. p.190.

(٣) انظر ماسبق.

(٤) د.طه عوض غازى، المرجع السابق، ص ٣٩ وما بعدها.

Drouin: op.cit. p.13.

ومفاد ما سبق أن اقتران اتفاق التحكيم بشرط جزائي يكفل إلزامية الاتفاق، وذلك بما يضمنه من توقيع جزاء على الممتنع عن التنفيذ أو المخالف للاتفاق، بل أن وسيلة الشرط الجزائي قد تلاقت عيوب إدراج الاتفاق في قالب الاشتراط الشفهي-كما سبق العرض-، مما دعا البعض إلى القول أن الشرط الجزائي هو الوسيلة الأكثر فاعلية بحيث عدت الأصل العام أما الاشتراط الشفهي فهو الاستثناء، وذلك من واقع التجارب العملية^(١).

المطلب الثاني

الطبيعة العقدية لدى الرومان

كان لإضفاء الرومان على اتفاق التحكيم الصفة الإلزامية المجردة، من خلال إدراجه في قالب الاشتراط الشفهي أو اقتران الاتفاق بشرط جزائي، الأثر في تحديد الرومان طبيعة التحكيم واعتناقهم الطبيعة العقدية لاتفاق التحكيم الخاص، وقد وجد العديد من المبررات التي أيّدت هذه الطبيعة لديهم.

فبالرغم من الخلاف الموجود حالياً حول طبيعة اتفاق التحكيم بين طبيعة عقدية أم قضائية أم مختلطة، إلا أن الرومان حسموا موقفهم واعتنقوا الطبيعة العقدية دون أدنى تردد، وقد ترتب على ذلك العديد من الآثار، وبناءً على ما سبق نتناول مبررات الأخذ بالطبيعة العقدية، ثم أثر الطبيعة العقدية، وذلك فيما يلي:

الفرع الأول: مبررات الأخذ بالطبيعة العقدية.

الفرع الثاني: أثر الطبيعة العقدية.

الفرع الأول

مبررات الأخذ بالطبيعة العقدية

أسس شراح القانون الروماني اعتناقه الطبيعة العقدية خلال فترة القانون الكلاسيكي على العديد من المبررات، التي أيّدت ترجيح الطبيعة العقدية دون غيرها، وهذه الحجج تتمثل في:

(١) د. طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ٣٦.

أولاً: أن إرادة الأطراف المعلن عنها في اتفاق التحكيم هي التي تحدد المحكم، فلا دور للبريتور في اختيار المحكم، فالاختصاص التحكيمي لا يثبت للمحكم إلا بعد الاتفاق على التحكيم، وذلك بخلاف القاضى الذى يختص بنظر النزاع بغض النظر عن وجود اتفاق الأطراف من عدمه، ويرجع ذلك إلى أن المحكم يستمد سلطانه من اتفاق التحكيم وبدونه لا يمكن إجباره على الفصل في النزاع^(١).

ثانياً: أن اتفاق التحكيم هو الذى يحدد حدود سلطات المحكم ومهمته التحكيمية، إذ لا يجوز للمحكم الفصل في مسألة لم يتفق الأطراف على عرضها عليه، بل أنه لا يجوز له الفصل في منازعات طرأت بعد النزاع مالم يتفق الأطراف على عرضها عليه.

كما أن اتفاق التحكيم يحدد للمحكم مكان الفصل في النزاع والفترة الزمنية التي يجب الفصل فيها، وذلك دون التقييد بأى مواعيد محددة قانوناً. إذ أن مكان الفصل في النزاع يحدده اتفاق التحكيم، إلا أن القانون الرومانى قد حدد مكان انعقاد التحكيم بأنه مكان انعقاد اتفاق التحكيم، وذلك في حالة عدم تحديد المكان من قبل الأطراف^(٢).

كما يجب أن يصدر المحكم حكمه خلال الفترة الزمنية التي حددها الأطراف في اتفاق التحكيم، إذ أن سلطة المحكم ترتبط بهذه المدة الزمنية، حيث إنه إذا لم يصدر حكمه خلال الفترة الزمنية المحددة انقضى اتفاق التحكيم حتى وإن أصدر المحكم حكمه، إذ لا يجوز الحكم حينذاك الاحترام من قبل الأطراف مالم يتفق الأطراف على مد ميعاد التحكيم لفترة أخرى^(٣).

ثالثاً: أن المحكم لى ينعقد له الاختصاص التحكيمي بنظر النزاع والفصل فيه، لا بد أن يقبل المهمة التحكيمية بإرادة حرة مدركة ودون إجبار، إذ أنه ليس مكلفاً بالقيام بخدمة عامة، فهو لا يمثل السلطة العامة، إنما هو فرد من العامة اتفق الأطراف على أن يعهدوا له بالفصل في النزاع، وهو في ذلك يختلف عن القاضى الذى يمثل السلطة العامة

(١) د. طه عوض غازى، المرجع السابق، ص ٨١-٤٥ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق، ص ٩٢-١٤٧.

(٣) المرجع السابق، ص ١١١-١٤٧.

ويعد مكلفاً بالقيام بخدمة عامة^(١)، لذا لا يمكن اعتبار المحكم ذا طبيعة قضائية.

رابعاً: أن المحكم عند تصديه للفصل في النزاع ليس ملتزماً بأى قواعد قانونية موضوعية أو أى أوامر تصدر له من قبل الحاكم القضائي في هذا الصدد، فالحكم الذي يصدر من المحكم يجب أن يعكس مجهود المحكم الحر، إذ أن الأصل في التحكيم أن المحكم له الحرية التامة في الوصول إلى حل النزاع بالشكل الذي يراه، بل أن البعض رأى أن الحكم الظالم من وجهة نظر القضاء لمخالفته القانون يعد حكماً صحيحاً من وجهة نظر التحكيم، لأن المحكم يجب عليه أن يحكم وفقاً لما يميله عليه ضميره حتى ولو لم يتفق مع ما تقرره القواعد القانونية لحل هذا النزاع^(٢).

وقد ذهب جانب من الفقه إلى ضرورة التفرقة في شأن هذا الصدد بين الحكم المخالف للواقع والحكم المخالف للقانون، إذ رأوا أن الأطراف يجب أن يحترموا الحكم الصادر من المحكم إذا صدر بناءً على سوء تقدير للوقائع، ويرجع ذلك إلى أن الأطراف هم من اختاروا المحكم، لذا فعليهم تحمل سوء تقديره للوقائع، أما إذا صدر الحكم مخالفاً للقانون فإن الأطراف غير ملتزمين باحترامه، إذ رأوا أن الوكالة تقوم على إرادة الأطراف إلا أنها لاتعفى الوكيل من وجوب احترام القانون عند أدائه لمهامه، وهذا ما ينطبق على حكم التحكيم الصادر من قبل المحكم^(٣).

إلا أن البعض الآخر ذهب إلى أن المحكم غير ملتزم باتباع القواعد القانونية إلا ما كان منها متعلقاً بالنظام العام^(٤)، وهو رأى أولى بالاتباع إذ أن لكل مجتمع قواعد تتعلق بالنظام العام وذلك للمحافظة على نظامه القانوني، لذا يجب احترام هذه القواعد من قبل القاضى أو المحكم.

(١) أنظر ماسبق.

(٢) المرجع السابق، ص ١٠٤-١٤٧.

(٣)

Hoche: op. cit. p. 81.

(٤) د. طه عوض غازى، المرجع السابق، ص ١٠٥ وما بعدها.

الفرع الثاني

أثار الطبيعة العقدية

ترتب على اعتناق الرومان الطبيعة العقدية العديد من الآثار فى نطاق الحكم الصادر، وقد تمثلت هذه الآثار فى:

أولاً: أن الحكم الصادر من المحكم لا يحوز حجية الأمر المقضى، فنتيجة أن المحكم ليس ممثلاً للسلطة العامة فإن ما يصدره من حكم لحل النزاع لا يحوز حجية الأمر المقضى، لذا فإن الأطراف لهم حق اللجوء للقضاء أو إبرام اتفاق تحكيم جديد للفصل فى ذات النزاع، إذ أن اتفاق التحكيم لا يمنع الأطراف من اللجوء للقضاء سواء كان ذلك قبل صدور الحكم أو بعده، وإن كان يترتب على ذلك دفع الطرف الذى لجأ للقضاء قيمة الشرط الجزائى لمخالفة اتفاق التحكيم^(١).

ويرجع سبب ذلك إلى أن حجية الأمر المقضى تقتصر على الأحكام القضائية الصادرة من قاض مختص، وذلك بموجب سلطته القضائية التى خولها له القانون^(٢)، وبناءً على ذلك وحيث إن حكم التحكيم ليس صادراً من سلطة عامة فإنه غير ملزم، وإن كان ينشئ وضعاً أو مركزاً ارتضاه الأطراف مقدماً.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الرومانى وإن اتفق على أن حكم التحكيم لا يحوز حجية الأمر المقضى فى جانبه الإيجابى، الذى يعنى أنه لا يجوز لأى حكم قضائى مخالف ما قرره حكم سابق، إلا أنهم اختلفوا بشأن الجانب السلبى للحجبة والذى يقصد به اعتبار الحكم وسيلة دفاع، وذلك بمنح المدعى عليه دفعا لتجنب الدعوى المقامة ضده مرة أخرى أمام القضاء^(٣).

(١) د. طه عوض غازى، المرجع السابق، ص ١١٥.

Drouin: op cit. p.74.

(٢) د. مصطفى سيد أحمد صقر، حجبة الأمر المقضى به "دراسة تأصيلية تحليلية فى القانون الرومانى، المنصورة، ١٩٩٧، ص ٤٩ وما بعدها.

(٣) د. طه عوض غازى، المرجع السابق، ص ١١٧؛ د. محمد سليم محمد سعد، حجبة الأمر المقضى فى القانون الرومانى والفقه المقارن "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه مقدمة لحقوق حلوان، ٢٠١١، ص ١١٥-١٣٠.

فبينما ذهب جانب من الفقه إلى أن اتفاق التحكيم التام المقترن بشرط جزائي صحيح ومتوافر شروطه، لا يمنح الحكم الصادر في أثره دفعا للتمسك به أمام القضاء، ويرجع ذلك إلى أنهم ارتضوا مقدماً اللجوء إلى القضاء، وذلك عن طريق رفع دعوى أمام القضاء لإلزام الطرف الآخر بقيمة الشرط الجزائي، بل لم يقف الأمر عند هذا الحد بل أن رفع الدعوى أمام القضاء يرتب تلقائياً انقضاء اتفاق التحكيم، ومن ثم لا يجوز للبريتور إجبار المحكم على إصدار حكمه^(١).

أما إذا أبرم اتفاق التحكيم ولم يكن هناك شرط جزائي صحيح فإننا هنا لا نكون أمام تحكيم تام، مما يرتب عدم إجبار المحكم على إصدار حكمه، كما لا يجبر الأفراد على تنفيذ الحكم، وإن ظل اتفاق اللجوء للتحكيم يمنح للمدعى عليه إن صدر الحكم لصالحه حق التمسك بدفع أمام القضاء بوجود اتفاق تحكيم سابق^(٢).

ذهب رأى ثان إلى أنه من غير المعقول أن يمنح اتفاق التحكيم غير المقترن بشرط جزائي للمدعى عليه دفعا ضد المدعى أمام القضاء، إذ أن فلسفة القانون الروماني تقوم على تجنب المنافسة بين التحكيم من جهة والقضاء الرسمي من جهة أخرى، لذا فقد أنكر أي تعطيل للقضاء أو أوامر البريتور وقواعده، وذلك من خلال الدفع أو غيره من الحقوق التي تمنح للأطراف بموجب التحكيم^(٣).

ثانياً: أن حكم التحكيم غير قابل للطعن فيه بالاستئناف، وإن كان يجوز التمسك ببطلانه، فنظراً إلى أن التحكيم يستمد مصدره وقوته الإلزامية من اتفاق التحكيم، فإن الحكم الصادر نتيجة له لا ينشئ إلا رابطة عقدية وليست قضائية مثل الحكم القضائي، مما يرتب عدم جواز

(١) د. طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ١١٧.

Bonjean: etudes historiques et critiques sur le droit

Roussier: du Romain, T.1 "Organisation Judiciaire", paris, 1841, p.169, compromise sine poena en droit Romain classique, revue historique de droit Francais et etranger, 18eme, 1939, p.193.

Drouin: op. cit. p.20.

(٢)

J.Roussier: op. cit. p. 203, et. s.

(٣)

الطعن في حكم التحكيم، إذ أن حكم التحكيم يتسم بأنه نهائي وغير قابل للاستئناف، وإن جاز تعديله بواسطة الأطراف^(١).

فالأصل أن الاتفاق لا يعتبر باطلاً لمجرد أنه أجهف بأحد الأطراف لحساب الطرف الآخر، إذ أن فكرة العدالة لا تلعب ذات الدور التي تلعبه في نطاق الأحكام القضائية، كما أن المحكم - كما سبق الذكر - لا يلتزم بقواعد القانون مما يرتب عدم جواز الطعن عليه، وذلك بخلاف القضاء^(٢).

وإذا كانت القاعدة أنه لا يجوز الطعن في حكم التحكيم بغية نقضه أو تعديله بواسطة القضاء، إذ أنه لا يجوز استئناف الاتفاق، فإنه من الممكن التمسك ببطان حكم التحكيم في العديد من الحالات، منها على سبيل المثال إبطال اتفاق التحكيم لتضمنه على غش مثلاً، إذ أن المعروف أن الغش يفسد كل شيء، وهو ما يترتب عليه بالتبعية إبطال حكم التحكيم مما يؤدي إلى منح الطرف الممتنع عن التنفيذ دعواً بالغش لمواجهة مطالبة الطرف الآخر بالتنفيذ^(٣).

وتجدر الإشارة هنا إلى تشابه هذا الأمر بقانون التحكيم المصري، إذ أنه منح لأطراف اتفاق التحكيم دعوى بطلان حكم التحكيم، وذلك بعيداً عن استئناف الحكم، إذ لا يجوز الطعن على حكم التحكيم إلا بدعوى البطلان.

ثالثاً: أن حكم التحكيم لا يقبل التنفيذ الجبري، إذ أن تجرد المحكم من أي صفة رسمية يترتب النظر إلى الحكم باعتباره تنفيذاً لالتزام عقدي متروك لإرادة الأطراف، وبناءً على ذلك إذا رفض أحد الأطراف تنفيذ

(١) د.سيد أحمد محمود، المرجع السابق، ص ٣٧٦ وما بعدها؛ د.علي سالم، ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٣٣٩ وما بعدها

Drouin: op.cit.p.75 et.s, Hoche: op.cit. p.96.

Accarias: précis de droit romain, T.2, paris,1882,p.824. (٢)

Cuq: Manuel des institutions Juridiques des Romains, paris, 1928. (٣)

p.516, Accarias: op. cit. p.824.

حكم التحكيم لم يكن للطرف الاخر سوى المطالبة بالشرط الجزائي جراء مخالفة اتفاق التحكيم^(١).

وتجدر الإشارة هنا إلى أن دعوى تنفيذ الحكم المعروفة فى القانون الرومانى لايمكن تطبيقها فى شأن أحكام التحكيم، إذ أن القانون الرومانى عرف نوعين من الدعاوى، أولهما الدعاوى التقريرية وثانيهما الدعاوى التنفيذية، ولايمكن تنفيذ أحكام الدعاوى التقريرية إلا باللجوء للدعاوى التنفيذية المتمثلة فى دعوى إلقاء اليد ودعوى أخذ رهينة، إلا أن هذه الدعاوى لاتسرى إلا بشأن أحكام صادرة من القضاء وفى حالات محددة، كما أنها تتسم بعدم انصافها على تنفيذ الحكم مباشرة، بل كانت تمارس ضغطاً على المدين لتنفيذ الحكم.

وكان يجب على الدائن الانتظار مدة معينة بعد صدور الحكم القضائى، وذلك للجوء إلى البريتور بدعوى تنفيذية لحمل المدين على التنفيذ^(٢)، وهذا الأمر لايتحقق إلا إذا كنا أمام حكم قضائى.

ومفاد ماسبق أن الحماية التنفيذية لاتسرى إلا على الأحكام القضائية، أما أحكام التحكيم فلا تمنح الحماية التنفيذية، وكل ما هنالك بخصوصها هو دعوى الاشتراط للحكم بقيمة الشرط الجزائى^(٣)، وذلك نتيجة لمخالفته اتفاق التحكيم.

رابعاً: أن وفاة أحد طرفى التحكيم يرتب بحسب الأصل انقضاء اتفاق التحكيم، ولا يكون هناك التزام على المحكم فى الاستمرار فى أداء مهمته^(٤).

(١) د.طه عوض غازى، المرجع السابق، ص ٢٩ وما بعدها.

(٢) د.محمد بدر والبدر اوى، مبادئ القانون الرومانى "تاريخه ونظمه"، دار الكتاب العربى، ١٩٥٤، ص ١٩ وما بعدها.

(٣) د.طه عوض غازى، المرجع السابق، ص ١٣١

Drouin:op.cit. p.90, Hoche: op.cit.p.43

Hoche: op.cit.p.96.

(٤)

ويرجع ذلك إلى أن اتفاق التحكيم يقوم على الاعتبار الشخصي، لذا فإن وفاة أحد الأطراف ترتب انقضاء الاتفاق، إلا إذا اتفق على عدم انقضاء اتفاق التحكيم، إذ في هذه الحالة يحل الورثة محل مورثهم.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه لا بد وأن يكون هذا الاتفاق تبادلياً، أي أن يسرى على كل من طرفي النزاع، ومفاد ذلك أن انعدام التبادل في هذا الشرط يرتب انقضاء الاتفاق بوفاة أحد طرفي الاتفاق حتى ولو كان أحد الأطراف قد وافق على أن يحل ورثته محله^(١).

إلا أن انقضاء اتفاق التحكيم بوفاة أحد أطرافه لا يسرى إلا إذا حدثت الوفاة قبل صدور الحكم، أما إذا حدثت الوفاة بعد صدور الحكم فإن خيار تنفيذ الحكم أو عدم تنفيذه ودفوع الشرط الجزائي ينتقل إلى الورثة^(٢).

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الطبيعة العقدية لاتفاق التحكيم لدى الرومان، والتي ظهرت آثارها في علو إرادة الأطراف في تعيين المحكم وتحديد سلطاته واختصاصاته، هذا بالإضافة لحريتهم في تحديد زمان ومكان التحكيم، بجانب حرية الطرف المحكوم عليه في تنفيذ الحكم أو عدم تنفيذه^(٣).

ومفاد ما سبق كله أن أثار الحكم القضائي وخصائصه لا تنسحب على حكم التحكيم، فهذا الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضى، كما لا يجوز الطعن عليه أو تنفيذه جبراً، وهذه الأمور سرت إلى أن قام جستنيان بإضفاء الصفة الملزمة على اتفاق التحكيم في حد ذاته، ومنح لكل طرف من أطراف التحكيم حق الطعن على الحكم، وهو ما يعنى اعتبار اتفاق التحكيم اتفاقاً مشروعاً يرتب التزاماً على عاتق أطرافه بتنفيذه، وإلا كان للطرف الآخر طلب تنفيذه عن طريق الدعاوى التي تحمي مختلف الاتفاقات المشروعة^(٤).

(١) د. طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ٥١ وما بعدها.

(٢) Drouin: op.cit.p.60.

(٣) د. طه عوض غازي، المرجع السابق، ص ١٤٩.

(٤) د. شفيق شحاته، المرجع السابق، ص ٣٠٥ وما بعدها.

Roussier: op.cit.p.168 et.s.

والخلاصة أنه يمكن القول أن الرومان اعتنقوا الطبيعة العقديّة في بداية الأمر وحتى عصر جستنيان، أما في عهد جستنيان فقد تمتع اتفاق التحكيم والحكم الصادر بخصوصه بذات خصائص اتفاق التحكيم الآن، إذ أن الحكم له خصائص الحكم القضائي، وهو ما يجعل الطبيعة القضائية تظهر بجانب الطبيعة العقديّة، وهو ما يجعل الأمر يشابه الوضع الحالي في الاختلاف حول طبيعة التحكيم.

المبحث الثاني

طبيعة التحكيم حديثاً

تمهيد:

يثار الخلاف حديثاً حول طبيعة التحكيم، فبينما ذهب البعض إلى أن التحكيم يتسم بطبيعة تعاقدية، يذهب رأي آخر إلى أنه ذو طبيعة قضائية، بينما يذهب رأي ثالث إلى الأخذ بموقف وسط عن طريق القول بأن التحكيم ذو طبيعة مختلطة.

وقد يرجع تباين الآراء حول طبيعة التحكيم إلى اختلاف الزاوية التي ينظر من خلالها كل طرف للتحكيم، وقد ذهب البعض إلى أن الخوض في تفاصيل طبيعة التحكيم لا طائل من ورائه^(١).

إلا أن المدقق لهذا الموضوع يتبين أن أهمية تحديد طبيعة التحكيم القانونية، تنبع من المشكلات العملية التي تثيرها هذه النقطة، إذ يترتب على تحديد طبيعة التحكيم العديد من الأمور التي لا تتضح إلا من خلال تحديد الطبيعة، ومنها^(٢):

(١) د.سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول "اتفاق التحكيم"، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، ص٦٩؛ د.عزت محمد على البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه مقدمة لحقوق عين شمس، ١٩٩٦، ص١٤.

Rene David: Arbitration in international Trade, Kluwer, 1985,p.78

(٢) د.محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دن، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، ص٨؛ د.أحمد محمد شتاء، المرجع السابق، ص١٩، د.ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص٥٥.

أولاً: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إذ يختلف تحديد هذا القانون بناءً على طبيعة التحكيم، فإذا اعتنقنا النظرية العقدية يطبق قانون الإرادة، أما إذا اعتنقنا النظرية القضائية طبق قانون محل التحكيم، أما إذا اعتنقنا النظرية المختلطة فيتم اللجوء إلى التطبيق التوزيعي.

ثانياً: حكم التحكيم، فالنظرية إلى حكم التحكيم تختلف بحسب طبيعة التحكيم، فإذا نظرنا له من خلال الطبيعة التعاقدية فإنه يعد مجرد نتيجة لاتفاق الأطراف، وبالتالي لا يخضع الحكم للتدرج القضائي الذي تنتهجه المحاكم، كما أنه لا يكون واجب النفاذ إلا إذا أقرته المحكمة.

أما إذا نظرنا له من خلال الطبيعة القضائية عد حكماً واجب النفاذ من تمام صدوره ولا يحتاج إلى أي إجراء آخر، وإذا نظرنا له من خلال الطبيعة المختلطة، عد عقداً قبل أمر التنفيذ، إلا أنه يصبح حكماً بعد هذا الأمر، ومن ثم يخضع لقواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية عند تنفيذه.

وبناءً على ماسبق، ونظراً لاعتناق القانون الروماني للنظرية العقدية في مجال طبيعة التحكيم في بداية الأمر، فإننا سوف نتناول الطبيعة القضائية والمختلطة للتحكيم أولاً، ثم طبيعة التحكيم العقدية ثانياً، وذلك فيما يلي:

المطلب الأول: الطبيعة القضائية والمختلطة.

المطلب الثاني: الطبيعة التعاقدية للتحكيم.

المطلب الأول

الطبيعة القضائية والمختلطة للتحكيم

تمهيد:

في إطار تحديد طبيعة التحكيم، ذهب جانب من الفقه إلى أن التحكيم يتصف بطبيعة قضائية، بينما ذهب جانب آخر إلى أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة.

لذا نتناول رأي كل جانب والحجج التي استند إليها، وذلك فيما

يلي:

الفرع الأول: الطبيعة القضائية للتحكيم.

الفرع الثاني: الطبيعة المختلطة للتحكيم.

الفرع الأول

الطبيعة القضائية للتحكيم

يذهب هذا الرأي من الفقه إلى أن التحكيم يتسم بطبيعة قضائية، ويمثل هذا الاتجاه الرأي الغالب في الفقه المقارن حالياً^(١)، وقد تضمن هذا الاتجاه العديد من الأسانيد والآراء، كما أن القضاء قد أبدى رأيه في ذلك الأمر، ويمكن تفصيل ذلك فيما يلي:

أولاً: مضمون الرأي:

بنى هذا الاتجاه موقفه من التحكيم على أساس أن التحكيم وإن يجد أساسه في العقد، إلا أنه ينتهي بحكم قضائي يفصل في النزاع^(٢)، إذ أن التحكيم بهذه المثابة يعد قضاءً إجبارياً يلزم الخصوم حال اتفاقهم على اختيار التحكيم كوسيلة لحل خلافاتهم^(٣)، فإن كان عمل المحكم يؤسس على الاتفاق إلا أن ذلك ليس الأساس الوحيد لعمل المحكم.

إذ أن أنصار هذا الرأي يغلبون الوظيفة المسندة للمحكم على مصدر التحكيم ألا وهو الاتفاق، فجوهر القضاء هو تطبيق إرادة القانون في الحالة المعروضة بواسطة شخص لاتتجه إليه القاعدة القانونية التي يطبقها^(٤).

(١) د.سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم وفقاً لقانوني التحكيم المصري والمرافعات الكويتي، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٦، ص ٣٣.

Rubellin-Devichi(Jacqueline): L`arbitrage nature juridique, paris 1965,no.11, p.15,

J.Robert: Arbitrage civil et commercial, droit international prive 4eem ed, paris,1967, no210,p.256 ets.

(٢) د.حسني المصري، المرجع السابق، ص ١٣.

(٣) د.أحمد أبو الوفاء، التحكيم الإختياري والإجباري، ط٤، ١٩٨٣، ص ١٩؛ د.عزت محمد على البحيري، المرجع السابق، ص ٢٤.

(٤) د.فتحى والى، قانون التحكيم فى النظرية و التطبيق، منشأة المعارف، ط١، ٢٠٠٧، ص ٥٢.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الاتجاه ظهر نتيجة التطورات التي طرأت على التحكيم الإرادي، وذلك في أثر ظهور وانتشار التحكيم الإجباري والتحكيم النظامي، مما رتب اقتراب التحكيم من القضاء^(١).

ويرى البعض من أنصار هذا الاتجاه أن حكم التحكيم يعتبر قضاءً أياً كان المعيار المتبع في تحديد العمل القضائي، وذلك بإستبعاد معيار الهيئة مصدره العمل^(٢)، فحكم التحكيم يعد عملاً من أعمال القضاء إذ أن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها. ففكرة المنازعة والبحث عن حلها والإجراءات التي تتبع لذلك هي التي تؤصل الطبيعة القضائية في العمل الذي يقوم به المحكم^(٣).

فالمحكم يعد قاضياً ويتمتع حكمه بحجية الأمر المقضى، فالمحكم لا يستمد سلطانه من الاتفاق فقط، وإنما من اعتراف المشرع به، وصيغ حكمه بالحجية نتيجة لتطبيق قواعد القانون الموضوعي، وذلك ما اتبعه المشرع المصري في قانون التحكيم المصري^(٤).

فقواعد القانون تنظم نوعين من القضاء، أولهما قضاء الدولة المتمثل في المحاكم، وثانيهما القضاء الخاص أو القضاء الخارجي المتضمن قضاء التحكيم، فالتحكيم يعد نوعاً من القضاء، ومما يؤكد ذلك أن قضاء التحكيم لم تنظم إجراءاته نصوص خاصة، وإنما يخضع للقواعد العامة التي يخضع لها قضاء الدولة بصفة عامة^(٥).

ومفاد ما سبق أن النظرية القضائية تذهب إلى أن القول الفصل في تحديد طبيعة التحكيم ليس هو اتفاق التحكيم، بل هو حكم المحكمين الذي يتسم بصفته القضائية مثل أحكام القضاء، إذ أن المحكمين يؤدون

(١) د.حسنى المصرى، المرجع السابق، ص ٣ وما بعدها.

(٢) J.R.Devichi: op.cit.no11.p.15.

(٣) د.أحمد شتا، المرجع السابق، ص ٢٣.

(٤) د.فتحي والى، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ١٩٩٣، ص ٤٢

(٥) د. وجدى راغب، مفهوم التحكيم وطبيعته، محاضرة مكتوبة في دورة تدريبية بالكويت، ١٩٩٢-١٩٩٣، ص ١٦ وما بعدها؛ د.سيد محمود، المرجع السابق، ص ٣٤.

العدالة فى نطاق سيادة الدولة وبتفويض منها^(١)، فبالرغم من أن القضاء هو أحد سلطات الدولة الأساسية، إلا أنه يمكن للدولة أن تعترف لبعض الأشخاص "المحكّمين" بالقيام بالمهمة فى نطاق معين، ومما يؤكد ذلك أن المحكم يقوم بتطبيق القانون الموضوعى وذلك بناءً على المادة "٣٩" من قانون التحكيم المصرى ٢٧ لسنة ١٩٩٤، بالإضافة إلى أن قرار المحكم يتمتع بحجية الأمر المقضى.

وقد ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى تأييد موقفهم عن طريق تغليب المعيار الموضوعى لتمييز العمل القضائى، المبنى على فكرة المنازعة والفصل فيها، إذ أنهم رفضوا المعيار الشكلى والمستند على الإجراءات، كما رفضوا المعيار العضوى المستند على العضو الذى يصدر الحكم القضائى^(٢).

فقد اتجهوا إلى أن دور هيئة التحكيم هو ذات دور القاضى فى الدولة، والمتمثل فى تطبيق إرادة القانون على حالات معينة، كما أن لهيئة التحكيم ذات الولاية التى للقاضى فى القضاء العام^(٣).

ولا يقدح فى ذلك القول بأن المحكمين ليسوا من القضاة المعيّنين لولاية القضاء، إذ أن الأنظمة القانونية قد تعترف لبعض موظفيها بممارسة الوظيفة القضائية فى بعض المنازعات مثل لجان تقدير الضرائب فى القانون المصرى^(٤).

(١) د. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين فى مسائل التحكيم الدولى فى مواد القانون الخاص،

مجلة مصر المعاصرة، السنة التاسعة والستون، العدد ٣٧١، يناير ١٩٧٨، ص ١٨.

(٢) د. محمود السيد عمر، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، ٢٠٠٣، ص ٢٣٨.

(٣) د. فتحي والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة

١٩٩٣، ص ٤١؛ د. محمد عبد الخالق عمر، النظام القضائى المدنى، الجزء الأول،

المبادئ العامة، دار النهضة العربية، ١٩٧٨، ص ١٠٨.

(٤) د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية" اتفاق التحكيم"، دار

الفكر العربى، ١٩٩٠، ص ٢٢٤.

كما لا يقدح فى ذلك عدم استطاعة المحكم إلزام الشهود بالحضور أو إلزام خصم بتقديم مستند، إذ أن المحكم يمارس قضاءً خاصاً، وهذا ما يبرر عدم تنفيذ حكم التحكيم جبراً إلا بعد صدور أمر تنفيذى من الدولة^(١).

كما ذهب أنصار هذا الاتجاه فى سبيل تأييد موقفهم إلى أن إجراءات خصومة التحكيم تتسم بالطبيعة القضائية، وذلك باعتبار أن طبيعة إجراءات التحكيم تعد بمثابة خصومة قضائية، وبالتالي يعد حكم التحكيم حكماً قضائياً^(٢)، كما أن الأنظمة القانونية المختلفة تنص على قواعد إجرائية تفصيلية لخصومة التحكيم، وهذه الإجراءات تتماثل إن لم تكن تتطابق مع إجراءات الخصومة القضائية^(٣).

وقد ذهب جانب من الفقه^(٤) بقصر الصفة القضائية على التحكيم التجارى الدولى، وذلك على أساس أن التحكيم فى مجال التجارة الدولية كثيراً ما يفرض على الأطراف، هذا بالإضافة إلى تمتع شرط التحكيم بالاستقلال عن العقد الأسمى، هذا بجانب اتباع هيئات التحكيم قواعد خاصة للإجراءات^(٥).

ويستند أنصار هذا الرأى إلى التطور الذى واكب مجال التجارة الدولية، والذى أضفى على قرارات التحكيم القوة الإلزامية، وذلك تحت ضغط الثقة المطلوب توافرها فى نطاق هذا المجال^(٦).

ثانياً: موقف القضاء:

وجدت العديد من الأحكام التى تؤيد الطبيعة القضائية للتحكيم، فعلى مستوى القضاء الفرنسى فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية فى

(١) د.فتحى والى، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص ٥٣؛ د.هبة بدر، الحماية الوقتية فى التحكيم، رسالة دكتوراه مقدمة لحقوق عين شمس، ٢٠٠٩، ص ٢٩.

(٢) د.محمود السيد عمر، المرجع السابق، ص ٢٣٩ وما بعدها.

(٣) المرجع السابق، ص ٢٤٢.

(٤) د.أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص ٣٣، د.عصام الدين القصبى، النفاذ الدولى لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ٢٠.

(٥) د.عزت محمد على البحيرى، المرجع السابق، ص ٢٦.

(٦) المرجع السابق، ص ٢٦.

حكم لها " أن أطراف الخصومة بالتجأهم إلى التحكيم إنما يعبرون عن إرادتهم بإعطاء الغير "المحكم" سلطة قضائية"^(١).

كما ذهبت المحكمة الفرنسية العليا إلى "أن التحكيم يعد قضاء استثنائياً يكون للمحكّمين فيه سلطة ذاتية ومستقلة للفصل في المنازعات التي يطرحها الخصوم عليها"^(٢).

أما على مستوى القضاء المصري فقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على طبيعة التحكيم القضائية، إذ قررت أنه ".....ومن ثم يؤول التحكيم إلى وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع محدد مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة"^(٣).

كما قررت في حكم آخر أنه "وحيث إن أحكام هيئات التحكيم الصادرة طبقاً لقانون هيئات القطاع العام وشركاته هي أحكام لها حجية وهي نافذة شأنها في ذلك شأن أحكام هيئات التحكيم التي تصدر في منازعات التحكيم المبني على اتفاق الخصوم فكلاهما يعد عملاً قضائياً يفصل في خصومة بما مؤداه تقيدهما معا بالمبادئ الأساسية لضمانات التقاضي...."^(٤)

الفرع الثاني

الطبيعة المختلطة للتحكيم

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن التحكيم نظام مختلط، إذ يبدأ باتفاق وينتهي بقضاء ويمر بإجراء، فقد رأوا أن التحكيم يجمع بين دوفه الاتفاق والقضاء، لذا فإن التحكيم ذو طبيعة مركبة.

(١) Cour de cassation,(cir.civ) 25 Mag. 1962, Revue de l'arbitrage,1962, p.103.

(٢) Cour de cassation,(cir.civ), 9 juillet, 1961, Revue de l'arbitrage, 1962, p.186.

(٣) المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ق، دستوري، جلسة ١٧/١٢/١٩٩٤.

(٤) المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم ٩٥ لسنة ٢٠ق، دستوري، جلسة ١١/٥/٢٠٠٣.

فالتحكيم ذو طبيعة مركبة بالنظر إلى أن العقد يدعم أساس اللجوء إليه والاتفاق عليه، بالإضافة إلى أن ما ينتج عنه حكم يلزم الأطراف كأى حكم قضائى^(١).

وفى سبيل ذلك يحلل البعض من أنصار هذا الاتجاه التحكيم بأنه فى الأساس عمل إرادى إلا أنه وهو فى طريقه صوب تحقيق هدفه يعمل على تحريك نظام ينطوى على عناصر مختلفة تعد أعمالاً قضائية^(٢).

كما يحلله البعض بأنه ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاءً محضاً، وإنما هو نظام يمر فى مراحل متعددة يلبس فى كل منها لباساً خاصاً ويتخذ طابعاً مختلفاً، فهو من أوله اتفاق وفى وسطه إجراء وفى آخره حكم^(٣).

ومفاد ما سبق أن التحكيم لدى أنصار هذه النظرية تتعاقب عليه صفتان، أولاهما الصفة التعاقدية، ويتضح ذلك من خلال اختيار الأطراف اللجوء للتحكيم وإحجامهم عن اللجوء للقضاء العادى.

وثانيتها الصفة القضائية، التى تتبع نتيجة لتدخل القضاء لمنح حكم التحكيم القوة التنفيذية، مما يترتب عليه تغير نظام التحكيم من طبيعته التعاقدية إلى طبيعة قضائية^(٤).

(١) د. عزت البحرى، المرجع السابق، ص ٣١.

(٢) د. سامية راشد، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، ص ٧١.

Klein: Consideration sur l'arbitrage en droit international prive, paris, 1955, p.203.

(٣) د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٧٣.

(٤) د. محمود السيد عمر، المرجع السابق، ص ٣٦ وما بعدها.

المطلب الثاني

الطبيعة التعاقدية للتحكيم

تمهيد:

وجد رأى فى الفقه يذهب إلى أن التحكيم يتسم بالطبيعة التعاقدية، وقد استندوا فى ذلك إلى العديد من الحجج التى تدعم موقفهم، وتجدر الملاحظة أن هذا الاتجاه هو ما كان سائداً لدى الرومان قديماً قبل تعديلات "جستيان".

وبناء على ذلك نتناول مضمون هذه النظرية حديثاً وأسانيدها، وذلك فى سبيل إيضاح التشابه والاختلاف بين هذا الاتجاه وما اعتنقه الرومان قديماً، وذلك فيما يلى:

الفرع الأول: مضمون نظرية الطبيعة التعاقدية.

الفرع الثانى: أسانيد نظرية الطبيعة التعاقدية.

الفرع الأول

مضمون نظرية الطبيعة التعاقدية

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن التحكيم عقد رضائى ملزم للجانبين من عقود المعاوضة، فالتحكيم يقوم على أساس إرادة الأطراف، فهذا الرأى يتجه إلى أن التحكيم لا يمكن اعتباره عملاً قضائياً باعتبار ما ينتهى إليه من حكم، وذلك طالما أن هذا الحكم صدر من محكمة اعتمد فى تأليفها وتحديد مهامها على اتفاق الأطراف^(١).

كما يضيفون أن المحكمين ليس بقضاة، إذ تستمد أحكامهم قوتها من إرادة الخصوم، فهذه الأحكام لا تكون قابلة للتنفيذ إلا إذا صدر أمر من المحكمة بتنفيذها^(٢).

ويضيف أنصار هذا الرأى أن التحكيم العقدى يستند إلى قانون الإرادة باعتباره ضابطاً للإسناد فى خصوص العقود الدولية التى تتضمن عنصراً أجنبياً، ومن أمثلة هذه العقود الاتفاقات المنشئة

(١) د.حسنى المصرى، المرجع السابق، ص ١١.

(٢) المرجع السابق، ص ١ او ما بعدها.

للمشروعات العامة الدولية والتي تتضمن النص على اللجوء للتحكيم لحل ما يثور من منازعات بخصوصها^(١).

وقد أيد هذا الاتجاه العديد من أحكام القضاء، فالقضاء الفرنسي أيد الطبيعة التعاقدية للتحكيم سواء صدر حكم التحكيم داخل فرنسا أو خارجها، إذ لا يصبح حكم التحكيم بمنزلة الحكم القضائي حتى فى حالة اسباغ السلطة القضائية للبلد التي صدر فيها الحكم القوة التنفيذية له^(٢).

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية فى العديد من أحكامها على الطبيعة التعاقدية للتحكيم بتقريرها أن قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشاركة تحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشاركة، وتتسحب عليها صفتها التعاقدية^(٣).

وتجدر الإشارة هنا إلى ذهاب جانب من الفقه إلى أنه بالرغم مما اشتهر به قضاء النقض الفرنسي من تأييده للنظرية التعاقدية، إلا أن ذلك الامر لا يجد صدقاً واسعاً فى أحكام القضاء الفرنسي، مما يدل على عدم وضوح أو رسوخ هذه النظرية فى فرنسا^(٤).

أما على مستوى القضاء المصرى، فمن الملاحظ أنه يميل إلى ترجيح الطابع الاتفاقى لنظام التحكيم، فقد قضت محكمة النقض بأن "قوام التحكيم الخروج على طرق التقاضى العادية، وما تكفله من ضمانات، وإن مفاد نص المادة "٨١٨" من قانون المرافعات المصرى السابق رقم "٧٧" لسنة ١٩٤٩ تخويل المتعاقدين الحق فى الالتجاء إلى التحكيم لنظر ما قد ينشأ بينهم من نزاع كانت تختص به المحاكم أصلاً، فاختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع وإن يرتكز أساساً إلى حكم القانون الوضعى والذى أجاز استثناءً سلب اختصاص جهات القضاء، إلا أنه يبنى مباشرة وفى كل حالة على حدة على اتفاق الطرفين، وهذه

Fouchard(p): l'arbitrage commercial international, these, Dijon, (١)

Dalloz, Paris, 1965, p.260.

Cour d'appel de Caen, 22 octobre 1959, Riv. Crit 1960, p.596, note (٢)

Mezger.

(٣) د. محمود السيد عمر، المرجع السابق، ص ٥٨ وما بعدها.

(٤) د. عزت محمد على البحيرى، المرجع السابق، ص ٢٠.

الطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها شرط التحكيم، وتتخذ قواماً لوجوده، تجعله غير متعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بإعماله من تلقاء نفسها، وإنما يتعين التمسك به أمامها، ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً، ويسقط الحق فيه فيما لو أثير متأخراً بعد الكلام في الموضوع، إذ يعتبر السكوت عن إيدائه قبل نظر الموضوع، نزولاً ضمناً عن التمسك به^(١).

الفرع الثاني

أسانيد نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم

استند أنصار هذا الاتجاه على العديد من الحجج التي تمثلت في:

١- أن التحكيم أساسه إرادة الأطراف في التصالح وحل النزاع بعيداً عن ساحات القضاء، إذ أن الأهمية في تحديد طبيعة التحكيم تدور في فلك رغبة الأطراف في حل نزاعاتهم بطريق ودي، وذلك عن طريق اللجوء إلى شخص آخر ألا وهو المحكم والقبول بتقديره في حل النزاع^(٢).

وتجدر الإشارة إلى اقتراب هذا الأساس مما استند عليه الرومان في اعتناق الطبيعة التعاقدية للتحكيم.

٢- إن الأطراف باتفاقهم على اللجوء للتحكيم يتنازلون ضمناً عن اللجوء للقضاء، مسندين الفصل في النزاع للمحكم يستمد سلطانه من إرادتهم، فسلطة المحكم لا يمكن أن تكون قضائية إذ أن أساسها إرادة الأطراف^(٣).

كما أن الحكم الصادر من هيئة التحكيم وإن كان أثراً لعملية التحكيم، فإن تحديد طبيعة التحكيم تقوم على أساس الرابطة القانونية التي تعد مصدره، إذ لا يمكن اعتبار المحكم يقوم بأداء عمل يعد ضمن أعمال

(١) الطعن رقم ١٦٧ - لسنة ٣١ ق - تاريخ الجلسة ٢٤ / ٠٥ / ١٩٦٦ - مكتب

فني ١٧ - رقم الجزء ٣ - رقم الصفحة ١٢٢٣

(٢) د.فتحى والى، الوسيط في قانون القضاء المدنى، المرجع السابق، ص ٥٢ وما بعدها.

(٣) Rene David: op.cit.p.76.

السلطة العامة، إلا إذا كان من منحه السلطة يتمتع بهذه الصفة وهذا ما لم يقرره أحد^(١).

٣- أن الغاية من التحكيم تختلف عن الغاية من القضاء، فبينما يهدف التحكيم إلى تحقيق مصلحة خاصة، نجد أن القضاء يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة^(٢)، كما أن الأطراف باتفاقهم على التحكيم يتخلون عن بعض الضمانات القانونية التي يضمنها النظام القضائي، وذلك في سبيل تحقيق العدالة ومبادئها والعادات والأعراف الجارية^(٣).

٤- أن اللجوء للقضاء يفترض أن أحد الأطراف يرفض الامتثال للقاعدة القانونية التي تحمي مصلحة الطرف الآخر في مواجهته، أما التحكيم فإن الأطراف يرغبون في تأكيد حقوقهم وإبعاد كل شك حول نطاقها ومراكزهم القانونية^(٤).

٥- أن الطبيعة التعاقدية للتحكيم تفرضها اعتبارها أحد أدوات المعاملات الدولية، إذ أن المعاملات التجارية تستلزم التحرر من المعوقات التي تفرضها بعض التشريعات والنظم الوطنية، وهو ما يتحقق عن طريق العقود لما يتصف به من طابع دولي^(٥).

هذه هي أهم الأسانيد التي قامت عليها النظرية التعاقدية للتحكيم، وتجدر الملاحظة هنا إلى تقارب هذه الحجج والنتائج المترتبة عليها من أن الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضى بذاته، ولا يقبل الطعن عليه إذ أن قانون التحكيم المصري لم يقرر إلا طريقاً واحداً للاعتراض على حكم التحكيم، ألا وهو دعوى البطلان وقد حدد اسباباً لها، من أسانيد الرومان في الاستناد إلى الطبيعة التعاقدية لاتفاق التحكيم لديهم قبل تعديلات "جستنيان".

(١) د. عزت البحيري، المرجع السابق، ص ١٩.

(٢) د. عمر محمود السيد، المرجع السابق، ص ٦٢.

(٣) د. سامي محسن حسين، المرجع السابق، ص ٦٧.

(٤) د. محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص ٢١٢.

(٥) Jean Robert: Arbitrage civil commercial Droit international prive,

Dalloz, 1967, no 410, p.493.

خاتمة

تناولنا في هذا البحث دلائل ظهور التحكيم كصورة من صور حل المنازعات التي تثور بين الأفراد، وفي سبيل ذلك وضحنا كيفية اللجوء للتحكيم في ظل عصور تطور القاعدة القانونية المختلفة، فبداية من عصر القضاء الخاص مروراً بعصر التقاليد الدينية ووصولاً إلى عصر التقاليد العرفية، بينا كيفية اللجوء للتحكيم وأسباب اللجوء إليه.

ومن جانب آخر تناولنا نماذج لصور التحكيم قديماً، وقد أوضحنا نموذج التحكيم لدى العرب قبل الإسلام، والتحكيم لدى الرومان، وذلك في محاولة للتعرف على نماذج مختلفة للتحكيم قديماً، وذلك كله في فصل أول.

أما الفصل الثاني فتم تخصيصه لطبيعة التحكيم قديماً وحديثاً، وقد تم التركيز على طبيعة التحكيم لدى الرومان قديماً، لما للنظم القانونية الرومانية من أثر هام في النظم القانونية الحديثة، هذا بالإضافة لتشابه المواقف القانونية في ظل القانون الروماني مع الوضع الحالي.

ومن خلال عرض كافة هذه الموضوعات أمكن الوقوف على ما

يلي:

١- أن أسباب اللجوء للتحكيم اختلفت بحسب اختلاف العصور، فمن الخوف من مضار استخدام القوة في عصر القوة، إلى الخشية من غضب الآلهة في عصر التقاليد الدينية، إلى الرغبة في التمتع بمميزات التحكيم من سرعة وسرية حديثاً.

٢- أن التحكيم قديماً لم يختلف عن التحكيم حديثاً بشكل جذري، وإن كانت التطورات التكنولوجية والاقتصادية هي ما يكمن بها الاختلاف، فقواعد قبول المحكم واختياره، والقانون الواجب التطبيق تتماثل إن لم تكن تتطابق مع الوضع حديثاً.

ومثال ذلك اشتراط القانون الروماني قبول المحكم المهمة التحكيمية لصحة التحكيم، وهو ما يماثل حكم قانون التحكيم المصري من ضرورة موافقة المحكم على قبول المهمة التحكيمية كتابة.

٣- أن العقوبات التي انتهجها القدماء لتنفيذ حكم التحكيم قديماً، قد وجدت صداها في التحكيم التجاري الدولي حديثاً، ومثال ذلك عقوبة الطرد من الديانة وتقديم رهن أو كفالة قديماً، تماثلها حديثاً في مجال التحكيم التجاري الدولي الطرد من غرفة التجارة التابع لها التحكيم أو تقديم رهن أو كفالة كضمان قبل اللجوء للتحكيم لتنفيذ حكم التحكيم.

٤- أن طريقة الاعتراض على حكم التحكيم لدى الرومان تشابه طريقة الاعتراض حديثاً، إذ منح المعترض دعوى بطلان في القانون الروماني، كما أقر ذلك قانون التحكيم المصري حديثاً، الذي فتح المجال للاعتراض على حكم التحكيم عن طريق دعوى البطلان فقط.

٥- أن النظام القضائي الروماني المتضمن مرور الدعوى بمرحلتين أو لاهما أمام البريتور في محاولة لحل النزاع ودياً، يشابه ما اعتنقه المشرع المصري حديثاً في المحاكم الاقتصادية من تضمينه ضرورة مرور الدعوى على هيئة التحضير في محاولة لحل النزاع ودياً قبل عرضه على المحكمة.

٦- أن طبيعة التحكيم قديماً لدى الرومان تشابه إلى حد كبير الوضع الحالي، فقبل تعديلات "جستتيان" اعتنق الرومان الطبيعة التعاقدية، وإن لجئوا إلى حيل لإضفاء الإلزامية على اتفاق التحكيم من وضعه في قالب الاشتراط الشفهي أو إقرانه بشرط جزائي. وتظهر الطبيعة التعاقدية في آثار الحكم من خلال عدم حوزته حجية الأمر المقضى، بجانب عدم قابلية الطعن عليه أو تنفيذه جبراً.

أما بعد تعديلات "جستتيان" فقد تماثل الوضع مع الوضع الحالي من عدم الاتفاق على طبيعة محددة للتحكيم، إذ أضفى "جستتيان" الصفة الإلزامية للتحكيم وحكمه دون اللجوء إلى أي إجراء آخر.

المراجع

أولاً: المراجع العربية

١- الكتب العامة:

- الإمام أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل أئمة القرآن، قدم له الشيخ خليل الميس، ضبط وتوثيق وتخريج صدقي جميل العطار، المجلد الرابع، الجزء السادس، دار الفكر، ١٩٩٥-١٤١٥.
- أبو محمد عبد الملك بن هشام، السيرة النبوية، المعروفة بسيرة ابن هشام، تحقيق وتخريج وفهرسه، جمال ثابت، محمد محمود، سيد إبراهيم، المجلد الأول، الجزء الأول، دار الحديث، الطبعة الثانية، ١٩٩٨.
- د. أحمد إبراهيم حسن، تاريخ القانون المصري في العصر البطلمي مع دراسة في القانون الروماني، دار المطبوعات الجديدة، ٢٠٠٠.
- د. أحمد حسن، الأصول الرومانية لفكرة الشرط الجزائي، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠١.
- د. أحمد شلبي، موسوعة النظم والحضارة الإسلامية، ج ٧.
- د. أحمد صفوت، مقدمة القانون، الطبعة الثانية ١٩٢٤.
- د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، القاهرة، ١٩٧٥.
- د. جواد علي، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، ج ٥، الطبعة الثانية ١٩٩٣.
- د. سميحة القليوبي، القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧.
- د. شفيق شحاته، نظرية الإلتزامات في القانون الروماني، العالمية للنشر، د.ت.
- د. صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والإجتماعية، دار النهضة العربية، ١٩٨٦.
- د. صوفي أبو طالب، تاريخ القانون المصري، دن، د.ت.
- د. صوفي أبو طالب، بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني، دن، ١٩٥٦.
- د. طه عوض غازي، فلسفة وتاريخ النظم القانونية والإجتماعية "نشأة القانون وتطوره"، دار النهضة العربية، د.ت.

- د. طه عوض غازي، دروس في فلسفة القانون "القانون الطبيعي بين المنادين به والمنكرين له"، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.
- د. طه عوض غازي، الأصول التاريخية للشرائع الغربية الشريعة الرومانية والشريعة الأنجلوسكسونية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.
- عباس المزواوي، عشائر العراق، ج١، كتاب منزل من النت موقع WWW.al-Mostafa.com.
- د. عبد الحميد ابو هيف، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر، مطبعة الاعتماد، طبعة ١٩٢١.
- د. عبد المنعم الشرقاوي، الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية "قانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩"، طبعة ١٩٥١.
- د. عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني الجزء الثاني الحقوق الشخصية أو الالتزامات، مطابع البصير، الطبعة الثانية، ١٩٥٤.
- د. عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، الطبعة الرابعة، ١٩٦١.
- د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ١٩٩٣.
- د. فتحي والي، التنفيذ الجبري القضائي والاداري، مجلة القضاة، ١٩٨٠.
- د. محسن شفيق، اتفاقات لاهاي لعام ١٩٦٤ بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، دراسة في قانون التجارة الدولية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٢-١٩٧٣.
- د. محمد بدر والبدر اوي، مبادئ القانون الروماني "تاريخه ونظمه"، دار الكتاب العربي، ١٩٥٤.
- د. محمد صالح، شرح القانون التجاري المصري، الطبعة الرابعة الجزء الأول، القاهرة، ١٩٣٨.
- د. محمد عبد الخالق عمر، النظام القضائي المدني، الجزء الأول، المبادئ العامة، دار النهضة العربية، ١٩٧٨.
- د. محمد عبد الهادي الشقنقيري، دروس في تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الجزء الأول، دن، ١٩٩٧.
- د. محمد نور فرحات، محاضرات في أصول القانون والنظام، دن، ١٩٩٢.
- د. محمود سلام زناتي، المرأة عند الرومان، دار الجامعات المصرية، ١٩٨٥.

- د.مسعد قطب، تاريخ النظم القانونية والإجتماعية "نشأة القانون وتطوره"، وسائل تطور الشرائع القديمة، الجزء الاول، دن، د.ت،
 - د.مصطفى سيد أحمد صقر، حجية الامر المقضى به "دراسة تأصيلية تحليلية فى القانون الرومانى، المنصورة، ١٩٩٧.
 - د.وجدى راغب، مبادئ التنفيذ القضائى، دن، ١٩٨٨.
- ٢-كتب متخصصة:
- د.أبو زيد رضوان، الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى، دار الفكر العربى، القاهرة، ١٩٨١.
 - د.أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجبارى، ط٤، ١٩٨٣.
 - د.احمد السيد صاوى، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ و أنظمة التحكيم الدولية، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، ٢٠٠٢.
 - د.أحمد محمد شتا، شرح قانون التحكيم المصرى، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ٢٠٠٤.
 - د.أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
 - د.أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الفكر الجامعى، ٢٠٠١.
 - د.حسنى المصرى، التحكيم التجارى الدولى فى ظل القانون الكويتى والقانون المقارن، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.
 - د.سامية راشد، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول "اتفاق التحكيم"، دار النهضة العربية، ١٩٨٤.
 - د.سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم وفقاً لقانونى التحكيم المصرى والمرافعات الكويتى، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٦.
 - د.سيد أحمد محمود، نظام التحكيم "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعى الكويتى والمصرى"، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.
 - د.طه عوض غازى، مشاركة التحكيم فى القانون الرومانى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.
 - د.عصام الدين القصبى، النفاذ الدولى لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.
 - د.على سالم، ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.

- د.فتحى والى، قانون التحكيم فى النظرية و التطبيق، منشأة المعارف، ط١، ٢٠٠٧.
 - د.محسن شفيق، التحكيم التجارى الدولى، دار النهضة العربية، د.ت،
 - د.محمد عبد القادر الحاج، الوسيط فى التحكيم التجارى، دن، ١٩٩٨.
 - د.محمود السيد عمر، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، ٢٠٠٣.
 - د.محمود مختار بريرى، التحكيم التجارى الدولى، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٩٩.
 - د.محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم، دار الفكر العربى، ١٩٩٠.
 - د.محيى الدين إسماعيل، منصة التحكيم التجارى الدولى، الجزء الثانى، النسر الذهبى للطباعة، د.ت.
 - د.ناريمان عبد القادر، إتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٦.
- ٣-رسائل ومقالات:
- د.إبراهيم أحمد إبراهيم،إختيار التحكيم ومفهومه، ورقة عمل مقدمة للدوره العامة لإعداد المحكم، مركز حقوق عين شمس للتحكيم، يناير ٢٠٠٠.
 - د.إبراهيم العنانى، اللجوء إلى التحكيم الدولى، رسالة دكتوراه مقدمة لحقوق عين شمس، ١٩٧٠.
 - د.إسماعيل الأسطل، التحكيم فى الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه مقدمة لحقوق القاهرة، ١٩٨٦.
 - د.سامى محسن حسين، بعض الجوانب فى القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجارى الدولى، رسالة دكتوراه مقدمة لحقوق عين شمس، ٢٠٠٤.
 - د.عبد الحسين القطيفى، التحكيم فى المنازعات الدولية، مجلة العلوم القانونية، بغداد، العدد الأول، ١٩٦٩.
 - د.عز الدين عبد الله، تنازع القوانين فى مسائل التحكيم الدولى فى مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، السنة التاسعة والستون، العدد ٣٧١، يناير ١٩٧٨.
 - د.عزت محمد على البحيرى، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية"دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه مقدمة لحقوق عين شمس، ١٩٩٦.

- د.فخرى أبو سيف، مظاهر القضاء الشعبي لدى الحضارات القديمة، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، السنة السادسة عشر، العدد الأول، ١٩٧٤.
- د.فؤاد عبد المنعم، حكم الإسلام فى القضاء الشعبى، رسالة دكتوراه مقدمة لحقوق عين شمس، د.ت.
- د.محمد سليم محمد سعد، حجية الأمر المقضى فى القانون الرومانى والفقهاء المقارن "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه مقدمة لحقوق حلوان، ٢٠١١.
- د.محمد محسوب عبد المجيد، الجذور التاريخية للتحكيم، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التى تصدرها كلية الحقوق جامعة المنوفية، عدد إبريل ١٩٩٧، ص ١٧٠.
- د.محمد محمود، النظرية العامة للقضاء الشخصى، رسالة دكتوراه مقدمة لحقوق عين شمس، د.ت.
- د.محمود سلام زناتى، التحكيم عند العرب، بحث منشور بمؤتمر حول التحكيم فى القانون الداخلى والقانون الدولى "العريش من ٢٠ إلى ٢٥ سبتمبر ١٩٨٧.
- د.هبة بدر، الحماية الوقتية فى التحكيم، رسالة دكتوراه مقدمة لحقوق عين شمس، ٢٠٠٩،
- د. وجدى راغب، مفهوم التحكيم وطبيعته، محاضرة مكتوبة فى دورة تدريبية بالكويت، ١٩٩٢-١٩٩٣.
- ٤- كُتب مترجمة:
- ول ديورانت، قصة الحضارة، المجلد الأول، الجزء الأول، أصل الحضارة، ترجمة زكى نجيب محمود.
- مونتسكيو، أصول النواميس والشرائع "الجزء الاول"، ترجمة يوسف أصاف، ١٨٩١.

ثانياً: المراجع الاجنبية

- A.Goldstagen:international convention and standard contracts as means of escaping from the application of municipal law مؤتمر للجمعية الدولية للعلوم القانونية المنعقد في لندن سبتمبر ١٩٦٢ .
- Accarias: précis de droit romain, T.2, paris,1882.
- A.Redfern,M.Hunter: Law and practice in international commercial arbitration, second edition, 1991.
- Aristote: politics and the Athenian constitutions, trans by J.Warrington, London, 1956.
- Aristote: the Athenian constitution, translated by sir Frederic G.kenyan,In the complete Aristotle, <http://ebooks, Adelaide. Edu.au/a/Aristotle>.
- Baron do Taupe: Les origins de l`arbitrage international, RcADI ,1932-IV, tome42.
- Bonjean: etudes historiques et critiques sur le droit Romain,T.1"Organisation Judiciaire", paris, 1841.
- Carabiber"Charles": L evolution de l arbitrage commercial international, in problems and methods in conflict of laws, by Elliatte E.cheatham.
- Cornil:Ancien droit romain,paris,1930.
- Cuq(E): Manuel des Institutions Juridiques des romains, paris, 1928.
- Declarueil: La justice dans les coutumes primitives, Nouvelle revue historique, 1889.
- Derouin"M":l`arbitrage en droit romain et en droit francais, these, paris,1886.
- E.Karabelias: L arbitrage prive dans Athenes classique, In l assistance dans la resolution des conflit, de boeck universite, Bruxelles, 1996.

- Escarra(J):Principes des droit commercial, siery paris, 1934.
- Fouchard(p): l`arbitrage commercial international, these, Dijon, Dalloz, Paris, 1965
- Fouchard, philippe: L`arbitrage commercial international, these pour le doctorat, Dijon, 1963.
- Foustoucos(A): Larbitrage interne et international-en droit prive hellenique, paris-lite, 1976.
- George.H.sabine: A history of political theory, 3rd, U.S.A, 1961.
- Giffard et villers:Les obligation en droit romain et dans l`ancien droit francais,dalloz,1958.
- Girord:Manuel elementaire de droit romain,paris, 1906
- Gore(f):Droit des affaires, editions montchrestion collection, universite Nouvelle, precis, Danas, Paris, 1977.
- Grote: A history of Greece from the time of solern to 403B.c, London, Last edition,1930.
- L`Gernet et lucien: L'institution des arbitres publica athenes in:droit et societe. Dans la grece ancienne, paris, sirey ed,1964
- l.Hoche:L`arbitrage en droit romain, these, paris, 1879.
- Jaussen: Les coutumes des Arabes au pays de moob, paris, 1948
- Jean Robert: Arbitrage civil commercial Droit international prive, Dalloz, 1967.
- Klein:Consideration sur l`arbitrage en droit internatonal prive, paris, 1955.
- Lambert: La fonction du droit civil compare, T.1, paris, 1903.

-
- M.Lemosse:"cognitio"etudes dur le role du juge dans l`instruction du process civil antique,paris,1944
 - O.Hugues:Etudes de la classe compromissoire ,these, Montpellier, 1912
 - P.Lalive:En forcing Awards 60 years of Icc arbitration a look at the future,1983.
 - R.David: Arbitration in international trade,Kluwer lawand Taxation publishers,1985.
 - Ripert(G):traite elementaire de droit commercial par:R.Roblot,L.G.D.J,paris,1968.
 - Roussier: du compromise sine poena en droit Romain classique, revue histroique de droit Francais et etranger, 18eme, 1939.
 - Rubellin-Devichi(Jacqueline): L`arbitrage nature juridique, paris 1965.
 - Schapira(J):Le droit international des affaires collection,Que sais Je?, p.u.f, Paris, 1972.
 - Van wetter: cours elementaire du droit romain, tone second, 1876.
 - Viardat: De la transation en droit Romain, paris, 1872.