



جامعة النـيـلـين
كلية الدراسات العليا
كلية القانون

النظام العام وأثره على التحكيم

(دراسة مقارنة)

بـحـث مـقـدم لـنـيـل دـمـرـجـة الـدـكـتـوراه فـي القـانـون المـخـاص

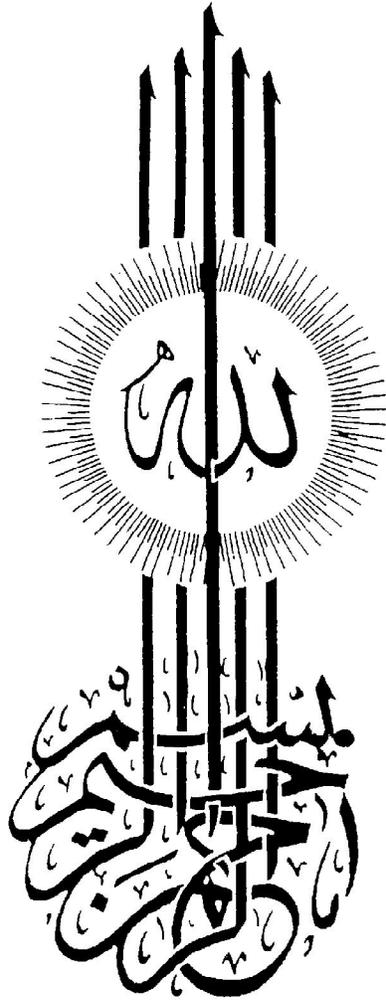
إعداد الباحث

الطيب عبد الله شرف الدين

إشراف

أ. د. محمد عثمان خلف الله

1438هـ — 2017م



استهلال

قال الله تعالى:

﴿وَلَا تُخْفَمُ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا
إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾

صدق الله العظيم

سورة النساء، الآية (35)

إهداء

إلى أمي الحنونة وأبي صاحبنا الفضل الكثير والدعاء
المستمر.

إلى زوجتي وأبنائي .. متعهم الله بالصحة والعافية.

إلى إخواني الذين دائماً ما أجدهم بجواري بتشجيعهم
لي.

إلى أساتذتي الأجلاء وإلى كل من وقف معي وساندني في إتمام
هذا العمل.

شكر وتقدير

اشكر المولى عز وجل الذي باسمه تتم الصالحات، وأصلى واسلم على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحابه الغر الميامين.
اعترافاً مني بالفضل، أتقدم بشكري لإدارة جامعة النيلين كلية الدراسات العليا وكلية القانون.

وأقدم شكري لمكتبات جامعة النيلين كلية الدراسات العليا، وكلية القانون، ومكتبة البحوث، سعدت بأن أتقدم بالشكر والامتنان لمكتبة الجهاز القضائي، ومكتبة وزارة العدل، ومكتبة جامعة إفريقيا العالمية، ويمتد شكري للأستاذة زينب إسماعيل احمد على طباعة هذا البحث.

واخص بالشكر البروفيسور/ محمد عثمان خلف الله الذي وافق على الإشراف على هذه الرسالة، ولما قدمه لي من نصح وإرشاد.
الشكر والامتنان للدكتور المرحوم/ حسن عبد الله دفع الله الترايبي الذي وضعني في هذا الطريق وخالص شكري وتقديري للدكتور/ محمد العالم ادم أبو زيد عميد كلية القانون، جامعة النيلين، الذي كلما أحس بان النتائج عميقة وغامضة، كان يحثني على الاستمرار.

وجزاكم الله خيراً

مستخلص

هدفت الدراسة إلى التطرق إلى النظام العام وأثره على التحكيم باعتباره إحدى الأسباب التي تبطل التحكيم، والذي يتدخل لإبطاله لأهداف سياسية وليست قانونية، ورغبة الدول في انتشار قوانينها على حساب دول أخرى، والهدف الأساسي هو إقصاء قوانين تلك الدول. اتبعت هذه الدراسة منهجاً وأسلوباً استقرائياً واستقرائياً وتحليلاً مقارناً، وتناولت الدراسة مصطلح النظام العام الذي دائماً تحدده الأنظمة الحاكمة لتلك الدول على حسب مرتكزاتها الفكرية، إن النظام العام الدولي أكثر اصطداماً مع التشريع الداخلي لتباين الثقافات والحضارات بين الدول، ومفهومه القانوني يجب أن يكون ضماناً لحماية مصالح المجتمع أمام قوانين بعض الدول وحماية حقوق بعض المؤسسات والأفراد في الدولة. استعرضت الدراسة أثر النظام العام على التحكيم في جميع مراحل التحكيم من الاتفاق على التحكيم وكتابته وشرطه وتكوين الهيئة التحكيمية والقانون الواجب التطبيق وإبطاله وتنفيذه. توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج منها: إن المشرع السوداني لم يعرف النظام العام والآداب العامة في قوانين التحكيم الصادرة والقوانين الأخرى، لذلك لم يتبين الفرق بينهما. كما أوصت بضرورة مناقشة المشرع السوداني باستحداث مادة في قانون التحكيم يعرف فيها النظام العام ووسائل استتباطه وذلك بتحديد مجموعة من القواعد، الأمر الأساسي السوداني ويجدها من فترة لأخرى، وكذلك تعرف الآداب العامة بمفهومها القانوني.

ABSTRACT

This study is aimed at handling the issue of public order and its impact on the arbitration, because it is considered one of the means which invalidates the arbitration. The public order interferes to invalidate the arbitration for political objectives not for legal objectives and the willingness of the countries in the spread of their laws to the detriment of other countries and the main goal is the exclusion of those countries' laws. The study used the inductive approach and comparative analysis. It also handled the terminology of the public order which is usually determined by the ruling systems of those countries according to their intellectual pillars. International public order is more colliding with internal legislation because of difference of cultures and civilizations among the countries. Its legal concept must be a guarantee to protect the community interests before some countries' laws as well as the protection of the rights of some institutions and the individuals in the country. The study reviewed the impact of the public order on the arbitration in all its stages in terms of the agreement for the arbitration, redaction, condition, formation of arbitration authority, the applicable law, its invalidation and implementation. The study reached many results including: The Sudanese legislature does not identify public order and public morals in the issued arbitration Acts and the other laws, therefore, the difference between them is not clear. The study recommended the necessity of appealing to the Sudanese legislature to insert a new article in the arbitration Act which identifies public order and its elicitation means by determining a number of Sudanese peremptory norms basics and renewing it from time to time as well as identifying the legal concept of public morals.

النظام العام وأثره على التحكيم

(دراسة مقارنة)

إعداد الطالب:

الطيب عبد الله شرف الدين

بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه

في القانون المدني

قسم: الخاص

كلية: القانون

إشراف أ.د: محمد عثمان خلف الله

التوقيع

لجنة الممتحنين

1. د. الرشيد حسن سيد ممتحن خارجي
2. د. عبد الحي القاسم عبد المؤمن ممتحن داخلي
3. أ.د. محمد عثمان خلف الله مشرف

جامعة النيلين

السودان

1437هـ - 2017م

مقدمة

نتيجة لازدهار التحكيم في عصرنا الحالي، حيث أصبح من المواضيع الهامة التي تحظى باهتمام كبير من جانب الدول المتقدمة والدول النامية، فالتحكيم لم يكن وسيلة حديثة لفض المنازعات وإنما له السبق في الوجود على القضاء، ولأهميته الكبيرة في المعاملات التجارية وغيرها من المعاملات فأصبح الاتجاه غالباً يميل إلى التحكيم. إلا أن للتحكيم بعض المشكلات التي تقف حجر عثرة أمام انطلاقه وهي مسألة الدفع بالنظام العام الذي يلجا إليه القاضي الوطني للحيلولة دون إصدار أمر تنفيذ الحكم الصادر من المحكم وهيئات مراكز التحكيم بدعوى تعارض الحكم مع النظام العام في دولته.

إن موضوع التحكيم قديم في الواقع السوداني إلا أنه لم يقنن خلاف ما هو عليه في التشريع، إذ نظم المشرع أحكام التحكيم منذ قانون القضاء المدني الملغي لسنة 1900م مروراً بقوانين 1929م وقوانين 1974م وقانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م، إلا أن الاهتمام به ظهر مؤخراً مع تطور التجارة، ودخول الاستثمارات الأجنبية للبلاد فاضطر المشرع إلى تقنين أحكامه، فأصدر قانون التحكيم لسنة 2005م، الخاص لتنظيم إجراءات التحكيم، وبعد اكتمال الدراسة في هذا البحث صدر قانون التحكيم لسنة 2016م، معدلاً للقانون السابق مما حتم علينا مراجعة القانون وإدخاله في الدراسة.

أولاً: مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة الدراسة في أن النظام العام يعتبر من المسائل التي تؤثر على التحكيم وكثير من أحكام التحكيم تبطل بحجة مخالفة الحكم للنظام العام وتثور التساؤلات:

- ما مدى إمكانية إيجاد وسيلة لضبط النظام العام وفق معايير محدده ومعروفه؟
- ما هي المعايير التي يمكن أن تفرق بين النظام العام والآداب العامة؟
- هل يمكن أن يكون هناك تكامل بين النظام العام الداخلي والدولي؟

▪ هل يمكن أن يكون النظام العام له أثر إيجابي في مجال التحكيم؟

ثانياً: أهمية الدراسة

تكمن أهمية الموضوع:

1. في أن النظام العام يوجه لإبطال حكم التحكيم من قبل قضاة الدول ويواجه عقبة التنفيذ في دولة القاضي مما يكون له أثر في انطلاق التحكيم.
2. رفق المكتبات ببحث النظام العام وأثره على التحكيم والاستفادة منه من قبل المشرع والقضاة والمحكمين والباحثين في مجال النظام العام ومبطلات التحكيم.

ثالثاً: أهداف الدراسة

1. التعرف على اثر النظام العام في إبطال حكم التحكيم.
2. مدى العلاقة التي تربط بين النظام العام والآداب العامة في مجال التحكيم.
3. الفوارق بين النظام العام الدولي والداخلي في حالة تنازع القوانين وفي الشريعة الإسلامية.

رابعاً: فروض الدراسة

- عدم تعريف النظام العام والآداب العامة وضبطهما له أثراً سالبة على التحكيم ولا يوجد في العالم تشريع يعرف النظام العام وإنما ذلك متروك للقضاة ومساعدة الفقه.
- التتبع التاريخي للنظام العام والآداب العامة يمكن أن يودى إلى إمكانية تعريفه.
- ما هي العلاقة التي تربط بين التحكيم والنظام العام والآداب العامة في مجال التحكيم وتأثيرهما عليه.
- إذا أحسن المشرع استخدام النظام العام يمكن أن يكون له دوراً إيجابياً في مجال التحكيم.

خامساً: أسباب اختيار الدراسة

الرقبة في دراسة النظام العام وإثره على التحكيم من خلال الإطلاع على كتب القوانين، باعتباره من المواضيع الهامة التي تستخدم لإبطال التحكيم وذلك محاولاً تخفيف أثره بالوقوف على تفاصيله.

- إزالة الغموض الذي يكتنف النظام العام وذلك بدراسة تعاريفه ومضامينه ومفاهيمه وأثره على التحكيم.
- المساهمة في طريقة تعريفه وإيضاح الموجهات العامة التي تعمل على تحديده مما يخفف الأثر السلبي على التحكيم.
- تأكيد على أن المشرع السوداني لم يقف من جانبه في المحاولة لتعريفه أو تحديد ماهيته أو مدلوله.

سادساً: منهجية البحث

اتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي والاستقرائي والمقارن.

1. الوصفي التحليلي وصف القوانين والاتفاقيات المتعلقة بموضوع الدراسة وآراء الفقهاء والاتفاقيات الدولية والقوانين الأجنبية والعربية.
2. المنهج الاستقرائي لاستقراء النتائج واستنباط حلول تخدم أغراض الدراسة.
3. المنهج المقارن مقارنة القواعد المنظمة للنظام العام الداخلي والدولي مع بعض قوانين بعض الدول مع النظام العام في السودان وأثره على التحكيم.

سابعاً: أدوات الدراسة

تم جمع المعلومات من مراجع وكتب خاصة تنازع القوانين وكتب التحكيم، وقوانين التحكيم، والمؤلفات العامة، والخاصة، كذلك الرسائل والبحوث العلمية، والوثائق المنشورة، وغير المنشورة، ومقابلة المختصين في مجال القضاء والتحكيم.

ثامناً: الدراسات السابقة

1. دارة/ محمد عثمان خلف الله. بعنوان: (الرقابة القضائية على قرارات التحكيم في القانون المقارن والقانون السوداني)، جامعة النيلين 2002م، رسالة دكتوراه، هدفت الدراسة إلى معالجة العلاقة بين نظام القضاء ونظام التحكيم في ظل معطيات النظم القانونية السائدة في العالم في التاريخ المعاصر وتأثير نصوص الاتفاقيات الدولية والاجتهادات القضائية التحكيمية في هذا الاتجاه ومقدار النجاح أو الفشل الذي صاحب اتجاهاتها.

مدى حتمية استعانة نظام التحكيم بنظام القضاء في صور المساعدة القضائية قبل التحكيم وأثناء إجراءات سير التحكيم وبعد صدور قرار التحكيم وإجراءات تنفيذه. توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات.

من أهم النتائج: الاضطراب في الأحكام التشريعية والاجتهادات القضائية والمعالجات الفقهية نتيجة محاولة إلباس التحكيم الوطني أثار التحكيم الدولي بالاجتهادات والمبتدعات التي عرفت بالمفاهيم النظرية.

وأهم توصيات الدراسة:

تحديد الصلاحيات الإجرائية والموضوعية للمحكمن وإلزامهم بالتقيد باتفاقيات التحكيم والقواعد الإجرائية والموضوعية في تشريعات التحكيم وتحديد القواعد التي تكفل حيادتهم واستقلالهم وتضبط سلوكهم في إدارة التحكيم، وإصدار قراراته وتقرير مسؤوليتهم العقدية والتقصيرية عما يرتكبون من مخالفات أو إهمال أو غش أو سوء سلوك.

وتختلف هذه الدراسة السابقة عن دراسة الباحث في أنها ركزت على "الرقابة القضائية على قرارات التحكيم في القانون المقارن والقانون السوداني" بينما تناولت دراسة الباحث "النظام العام وأثره على التحكيم".

2. دراسة معاذ علي فضل المولى، بعنوان: (العلاقة بين التحكيم والقضاء الدوليين ودور كل منهما في تسوية المنازعات الدولية بالتركيز على قضيتي دارفور وأبيي) رسالة دكتوراة، جامعة النيلين 2013م.

هدفت الدراسة إلى بيان مفهوم وتطور القضاء والتحكيم الدوليين، وتوصلت إلى عدد من النتائج والتوصيات.

من أهم النتائج:

القضاء الدولي له جذور ضاربة في القدم حيث لعبت أجهزته دوراً بارزاً في تسوية المنازعات الدولية، وحفظ السلم والأمن الدوليين.

وأوصت الدراسة بإعطاء تنفيذ أحكام القضاء والتحكيم الدولي صفة الإلزام والإجبار شأنهما في ذلك شأن أحكام القضاء الوطني.

وتختلف هذه الدراسة السابقة عن دراسة الباحث في أنها ركزت على بيان مفهوم وتطور القضاء والتحكيم الدوليين والعلاقة بينهما، بينما تناولت دراسة الباحث "النظام العام وأثره على التحكيم".

تاسعاً: هيكل الدراسة

تناولت الدراسة موضوع النظام العام وأثره على التحكيم في مقدمة، وأربعة فصول، وخاتمة.

خصص الفصل الأول لتعريف التحكيم نشأته وتطوره، ثم جاء الفصل الثاني عن النظام العام والآداب العامة تعريفهما ومضمونهما وأقسامهما وعلاقتها بالتحكيم، بينما جاء الفصل الثالث في النظام العام وشرط التحكيم وكتابته والمسائل التي لا يجوز فيها التحكيم، أما الفصل الرابع أثر النظام العام على إجراءات التحكيم ثم ختمت الدراسة بخاتمة تضمنت عدداً من النتائج والتوصيات مع قائمة المصادر والمراجع وفهرس تفصيلي للموضوعات.

الفصل الأول

تعريف التحكيم نشأته وتطوره

المبحث الأول: تعريف التحكيم وماهيته

المبحث الثاني التمييز بين نظام التحكيم وغيره من وسائل تسوية المنازعات

المبحث الثالث أنواع التحكيم

المبحث الرابع النشأة والتطور.

تمهيد:

يعتبر موضوع التحكيم من المواضيع الهامة التي تحظى باهتمام كبير من جانب الدول المتقدمة والدول النامية على السواء، فالتحكيم لم يكن مجرد وسيلة مدنية لفض النزاع، وإنما هو أسبق في الوجود من القضاء، حيث كانت المجتمعات البشرية لا تعرف السلطة القضائية، وإذا حصل نزاع بين الأفراد أو بين القبائل لجأوا إلى التحكيم، وحيث تطورت المجتمعات البشرية من القضاء الخاص أو عصر القوة إلى اقتضاء الشخص لحقه بنفسه إلى مرحلة التحكيم والاحتكام للغير، إلى أن ظهرت الدولة بمفهومها الحديث وبدأ القضاء يحل محل التحكيم، حتى وصل الأمر إلى اختصاص قضاء الدولة بكل المنازعات التي تنشأ داخل إقليم الدولة ومن ثم اندثر التحكيم كأسلوب لفض المنازعات بطريقة ودية أو رضائية.

ونتيجة لتطور الحياة الاقتصادية والاتجاه نحو الاقتصاد الحر وتشابك العلاقات الدولية بين الأفراد والشركات الأجنبية والوطنية ورغبة المستثمر الأجنبي في عدم الخضوع لقانون وقضاء الدولة الوطني فقد بدأ التحكيم كوسيلة ودية ورضائية لفض النزاع في الظهور من جديد إلى جانب قضاء الدولة الوطني⁽¹⁾.

ففي عهد عصبة الأمم أبرم بروتوكول جنيف 1923م بشأن شروط التحكيم، واتفاقية جنيف 1927م بشأن تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية وفي عهد الأمم المتحدة أبرمت اتفاقية نيويورك في 10 يونيو 1958م بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، وغيرها من الاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم وأهمها قانون التحكيم النموذجي المعروف بالاونسترال في 21 يونيو 1985م. وتطور العلاقات التجارية بين الدول مما أدى إلى ظهور اتفاقيات إقليمية للتحكيم، وقد تم تقنينه في قوانين الدول فأصبح من أهم الوسائل لفض المنازعات.

(1) شريف يوسف خاطر: التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، ط1، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2009م، ص 6-7.

المبحث الأول

تعريف التحكيم وماهيته

إن إيضاح ماهية التحكيم وبيان طبيعته القانونية وتحديد نطاقه يستوجب تناول كلاً منهما في مطلب مستقل، وقد جاء ذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

ماهية التحكيم

يقصد بماهية التحكيم التعريف به والتطرق لأنواعه وبيان مزاياه وتمييزه من الأنظمة المشابهة.

تعريف التحكيم:

أولاً: المعنى اللغوي للتحكيم

التحكيم يؤخذ من حكم القول إلى الاحتكام إلى الله تعالى وإلى الكتاب الحكيم، في أي أمر قد يثور فيه الخلاف، وفي التهم من خصم آخر دعاه إلى الحاكم ليقضي بينهما. ومن احتكم الخصمان إلى الحاكم أي (رفعهما حقوقهما) إلى الحاكم وهو من يختار الفصل بين الأطراف المتنازعة، وأحكم فاستحكم أي صار حكماً وحكمه في ماله (تحكيمياً) إذا جعل إليه الحكم وفي القرآن الكريم قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁽¹⁾.

وهو مأخوذ لغة من مادة حكم بتشديد الكاف بمعنى طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه، ويقترّب هذا التعريف من تعريف التحكيم في ثوبه الفقهي أو الاصطلاحي⁽²⁾. التحكيم لغة يعني التفويض في الحكم، يقال: حكمه في الشيء أي جعله حكماً وفوض إليه الحكم فيه، وحكمه في هذا الأمر أي أمره أن يحكم⁽³⁾، وحكموه بينهم أي أمره أن يحكم بينهم⁽⁴⁾، ويقال حكمنا فلاناً بيننا أي أجزنا حكمه بيننا.

(1) سورة النساء، الآية (34).

(2) عصام رجب بيومي التميمي: التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعلامات التجارية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م، ص 8.

(3) محمد بن يعقوب الفيروز الشيرازي: القاموس المحيط، ط4، ج4، دار العلم للجمع، بيروت، 2009م، ص 98.

(4) محمد بن علي بن فقيه بن منظور الأنصاري الأفريقي المصري: لسان العرب، ط3، ج12، دار صابر، بيروت، (د.ت)، ص 142.

إن لفظ التحكيم في اللغة العربية هو مصدر الفعل حكم بتشديد الكاف وكما جاء في لسان العرب المحيط لابن منظور: يقال: حكمت فلاناً في مالي تحكيماً، أي فوضت إليه الحكم فيه⁽¹⁾.

ويقول صاحب مختار الصحاح تحت (حكم) حكمه في ماله تحكيماً إذ جعل إليه الحكم فيه فاحتكم عليه ذلك⁽²⁾. قضاة خاصين يختارونهم هم: وفي ذات السياق يقول البعض الآخر أن التحكيم هو وسيلة عن طريقها يحيل الأطراف برغبتهم منازعاتهم لشخص ثالث محايد يختارونه ليصدر قراراً قائماً على الأدلة والبراهين التي تقدم إلى محكمة التحكيم أو هو نظام قضائي خاص بمقتضاه تخرج المنازعة من القضاء العادي كي يتولى أفراد مخولون مهمة الحكم فيها. أو هو نظام بمقتضاه يتولى شخص من الغير تسوية نزاع يقوم بين طرفين أو أكثر ممارساً المهمة القضائية التي عهد بها هؤلاء إليه. أو هو النظام الذي يعهد به الأطراف إلى محكمين عينوهم بأجرة في مهمة الفصل في منازعاتهم.

والمتأمل في هذه التعريفات يدرك أنها تركز على أمرين الأول أن التحكيم لا يكون إلا في مسألة محل نزاع ووظيفة المحكم هي فض النزاع بقرار ملزم، والثاني أن التحكيم وسيلة اتفاقية بفض المنازعات قوامها إرادة الأطراف التي تتجه إلى اختيار شخص من الغير ليحكموه بينهم ويرتضون ما ينتهي إليه، وأمر ثالث بل هو المهم ويتمثل في إقصاء قضاء الدولة عن الفصل في النزاع.⁽³⁾

مما سبق يتضح أن التحكيم بأنه يمكن لأي أطراف في عقد معين أو خلاف محدد أن يختاروا من أرادوا من الأفراد أو المؤسسات التحكيمية أن يحكموا بينهم فيما بينهم وفق القانون الذي يتفقون عليه بإصدار حكم ملزم يفصل في النزاع. وحكموه فيما بينهم، أمروه أن يحكم في الأمر أي جعلوه حكماً بينهم، وحكمت بين القوم أي فصلت بينهم.

قال تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا

(1) ابن منظور الدمشقي: لسان العرب، ط3، ج13، دار صادر للطباعة والنشر، ودار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، 1994م، ص 142.

(2) محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي: مختار الصحاح، ترتيب: محمود خاطر، ط1، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، 2005م، ص 148.

(3) لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 17.

مَمَّا قَضَيْتَ وَيَسْلَمُوا تَسْلِيمًا ﴿١﴾.

والمحكم بتشديد الكاف هو الشخص الذي يسند إليه الحكم في الشيء، والحكم بفتح الحاء والكاف بنفس المعنى أي من يختار للفصل بين المتنازعين والحكم اسم من أسماء الله تعالى. وقد تأثرت التعريفات الشرعية بذلك التحديد اللغوي، فقد قيل بأن التحكيم هو اختيار الشخص لغيره حكماً، يكون الحكم فيما بين الخصمين كالقاضي في حق كافة الناس. والتحكيم في اللغة الفرنسية يعني الفصل في النزاع أو الخلاف والحكم هو الشخص الذي يفصل في النزاع⁽²⁾.

وفي اللغة الإنجليزية ورد تحت كلمة يحكم، من يطلب مساعدة شخص أو مجموعة أشخاص للوصول إلى اتفاق، والمحكم هو الشخص الذي يساعد شخصين أو أكثر للوصول إلى اتفاق أو يفصل بما يراه صحيحاً⁽³⁾.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي للتحكيم:

التحكيم هو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما. وعرفت المادة (1970م) في مجلة الأحكام العدلية بقولها: "اتخاذ الخصمين شخصاً آخر برضاها لفصل خصومتها ودعواهما"⁽⁴⁾

والاتفاق على التحكيم في خلاف أو نزاع معين يتم بوثيقة تحكيم خاصة تسمى مشاركة التحكيم ويجوز الاتفاق على التحكيم في المنازعات التي تنشأ عند تنفيذ عقد معين على محكم أو أكثر، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بشروط. عرف بعض الفقهاء التحكيم بأنه هو إقامة أو تكوين حالة خاصة تخرج أو تشرع بناء عليه المتنازعات من جهات التداعي المعتادة لنقل أو لتحكيم النزاع ويتم الفصل والبت فيها بواسطة أفراد يخولوا أو يمنحوا أو يقلدوا في هذه الحالة مهمة القضاء والفصل فيها، وعرفه البعض بأنه عبارة عن عقد بين أطراف النزاع لتولية حكماً يحكم بينهما. وبالتالي فهو عبارة عن اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية

(1) سورة النساء، الآية 65.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م، ص 11.

(3) لزهرة بن سعيد: وكرم زيدان النجار: التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010م ص 15.

(4) يوسف حسن يوسف: التحكيم الدولي، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011م، ص 13.

على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص تم اختيارهم للتحكيم⁽¹⁾. لم تضع غالبية الأنظمة القانونية تعريفاً للتحكيم ومنها المشرع المصري والجزائري، وذلك تلافياً لصعوبات وضع التعريف، واكتفت بالإشارة إلى عناصر التحكيم، مما فتح الباب أمام اجتهادات الفقه وسنحاول التعرض لبعض هذه الاجتهادات فيما يلي:

فقد عرف بعض الفقه التحكيم بأنه الاتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين يختارونهم ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة⁽²⁾. وقد عرفه البعض أيضاً بأنه عقد يتفق الأطراف بمقتضاه على طرح النزاع على محكم شخص أو أشخاص يختارونهم للفصل في النزاع دون المحكمة المختصة. ويؤخذ على هذين التعريفين الخلط بين التحكيم كنظام واتفاق التحكيم كآلية لتفعيله، وذهب البعض الآخر إلى أنه قضاء خاص يتولاه أفراد مزودين بولاية الفصل في المنازعات وذلك خروجاً على الأصل العام، وهو أن أداء العدالة وظيفه من وظائف الدولة تقوم بها سلطتها القضائية⁽³⁾. وحسن هذا الرأي لأنه ركز على تمتع التحكيم بالطبيعة القضائية وتمتع المحكم بولاية الفصل في النزاع، يؤيد الباحث أنه يتعذر تعريف التحكيم على نحو يحدد مضمونه وعناصره، لا تحديد الهدف منه ودافع الالتجاء إليه دون الاكتفاء بالتركيز على الجانب الرضائي أو الاختياري فتعريف التحكيم يدور وجوداً وعدمياً مع الهدف منه.

ويرى بعض أهل الفقه أن الهدف الذي يرمي إليه الخصوم من الالتجاء إلى التحكيم هو السعي إلى العدالة، وهناك اتجاه فقهي يرى بأن التحكيم هو تسوية شخص أو أكثر نزاعاً عهد به إليه للفصل فيه، وفي نفس الاتجاه يرى البعض أن التحكيم مجموع التصرفات والعمليات التي تهدف إلى حل المنازعات بموجب اتفاق الأطراف المعنية عن طريق قضاة خاصين يختارونهم هم. وفي ذات السياق يقول البعض الآخر أن التحكيم هو وسيلة عن طريقها يحيل الأطراف برغبتهم منازعاتهم لشخص ثالث محايد يختارونه ليصدر قراراً قائماً على الأدلة والبراهين التي تقدم إلى محكمة التحكيم أو هو نظام قضائي خاص بمقتضاه تخرج المنازعة من القضاء العادي كي يتولى أفراد

(1) عصام رجب، بيومي التميمي: التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعلامات التجارية، مرجع سابق، ص 9.

(2) لزهرة بن سعيد: الأستاذ أكرم محمد زيدان النجار: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 15.

(3) فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، ط1، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980م،

مخولون مهمة الحكم فيها، أو هو نظام بمقتضاه يتولى شخص من الغير تسوية نزاع يقوم بين طرفين أو أكثر ممارساً المهمة القضائية التي عهد بها هؤلاء إليه⁽¹⁾.

يرى الباحث "أن التحكيم يمكن تعريفه بأنه يمكن للأطراف في عقد معين أن يختاروا من أرادوا أن يفوضوهم ليحكموا فيما بينهم من خلاف أو أن يكون مشاركة فيما وقع بينهم من خلاف في عقد معين ويكون للمحكمن الفصل فيما بينهم وفق القانون الذي يتفقون عليه بإصدار حكم ملزم يفصل في النزاع".

ثانياً: تعريف التحكيم في الشريعة الإسلامية:

التحكيم: أن يحكم المتخاصمان شخصاً آخر لفض النزاع القائم بينهما على هدى حكم الشرع وقد دل على جوازه قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾⁽²⁾، وعن أبي شريح قال: يا رسول الله أن قومي إذا اختلفوا في شيء جاؤوا إليّ فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان فقال له الرسول: ما أحسن هذا" وعمل الرسول بحكم سعد بن معاذ الذي اتفق مع يهود بني قريظة على تحكيمه فيهم وأجمع الصحابة على جواز التحكيم.

ويشترط في المحكم أن يكون أهلاً للشهادة رجلاً كان أو امرأة وأن تتوفر فيه هذه الأهلية وقت الحكم، وأن يكون الموضوع في غير الحدود والقصاص لاختصاص الإمام بالنظر فيها وفي استيفائها فيصح التحكيم في القضايا المالية وفي الأحوال الشخصية من زواج وطلاق. ويلتزم المتحاكمان بقرار المحكم عند الحنفية والراجح عند المالكية لا يشترط دوام رضائهما حتى صدور الحكم، فإن رجعا معاً ولم يرتضياه قبل الحكم،⁽³⁾ فلهما ذلك وإن رجع أحدهما فله ذلك عند سحنون⁽⁴⁾ وليس له حق الرجوع عند ابن الماجشون⁽⁵⁾.

(1) لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 17.

(2) سورة النساء، الآية 35.

(3) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ط3، ج6، دار الفكر بدمشق، سوريا، 2011م، ص 757.

(4) الإمام سحنون (القيروان، 776م-854م) هو أبو سعيد عبد السلام سحنون بن سعيد بن حبيب التنوخي. من أشهر فقهاء المالكية بالمغرب العربي. ولد بمدينة القيروان سنة 160هـ وتلمذ لأكبر علمائها. رحل إلى المشرق طالبا للعلم سنة 188هـ فزار مصر والشام والحجاز، تولى القضاء سنة 234هـ/848م حتى وفاته في رجب سنة 240هـ، ودفن بالقيروان.

(5) العلامة الفقيه مفتي المدينة أبو مروان، عبد الملك بن الإمام عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة بن الماجشون النيمي مولا هم المدني المالكي، تلميذ الإمام مالك.

المطلب الثاني التحكيم في القانون

الاتفاق على إحالة ما ينشأ بين الأفراد من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة نزاع قائم بينهم بالفعل على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون (مُحكِّمين) ليفصلوا في النزاع المذكور بدلاً من أن يفصل فيه القضاء المختص⁽¹⁾.

يعتبر نوع من العدالة الخاصة ينظمه القانون ويسمح بمقتضاه إخراج بعض المنازعات عن ولاية القضاء العام في حالات معينة كي تحل بواسطة أفراد عاديين يختارهم الخصوم كقاعدة وتسند إليها مهمة القضاء بالنسبة لهذه المنازعات⁽²⁾. وأيضاً هو اختيار الخصمين حكماً فيما وقع بينهما من نزاع دون التقيد بالقواعد التي ينبغي إتباعها أمام قضاء الدولة⁽³⁾.

نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم أما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرضونها⁽⁴⁾.

يقصد بالتحكيم اتفاق الأطراف أو بتفويض منهم أو على ضوء شروط يحددها على اختيار شخص (محكم) أو أكثر يفصل فيما يثور مستقبلاً أو يثور فعلاً بينهم من منازعات بحكم ملزم دون المحكمة المختصة⁽⁵⁾.

التحكيم في القوانين العربية:

ونظراً لأهمية تعريف التحكيم فقد حرصت بعض القوانين على أدراج ذلك التعريف في نصوصها.

وفيما يلي نستعرض بعض تعريفات التحكيم في القوانين العربية:

أولاً: لقد عرف المشرع السوداني في قانون التحكيم لسنة 2005م، في المادة (4)

(1) قحطان عبد الرحمن الدوري: عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط1، مطبعة الخلود، بغداد، 1405هـ - 1985م، ص 1.

(2) عزمي عبد الفتاح: شرح قانون التحكيم الكويتي، ط1، مطبوعات جامعة الكويت، 1990م، ص 11.

(3) أحمد رسلان: القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي والقانون اليمني، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989م، ص 214.

(4) أبو زيد رضوان: الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، ط6، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981م، ص 19.

(5) أحمد السيد صاوي: الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم (27) لسنة 1994م على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، ط3، (د. ن)، 2010م، ص 13.

التحكيم: "يقصد به اتفاق الأطراف في المنازعات ذات الطبيعة المدنية على إحالة ما ينشأ بينهم من نزاع قائم بينهم ليحل عن طريق هيئات أو أفراد يتم اختيارهم بإرادتهم واتفاقهم". أما المرسوم المؤقت لقانون التحكيم السوداني لسنة 2016م في المادة (4)

إعادة صياغة عبارة كلمة تفسير بحذف كلمة الأطراف واستبدالها بكلمة طرفاً.⁽¹⁾

وعرف ذات القانون:⁽²⁾ " بأن التحكيم يكون دولياً في الحالات الآتية:

1. إذا كان المركز الرئيسي لأعمال أطراف التحكيم في دولتين مختلفتين.

2. إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة.⁽³⁾

ثانياً- أما في القانون المصري رقم (27) لسنة 1994م لم يعرف التحكيم بشكل مباشر بل أظهر عناصر التحكيم في تعريفه لاتفاق التحكيم في الفقرة الأولى من المادة العاشرة من القانون المذكور على النحو التالي:

ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء أكان الجهة التي تتولى التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركزاً دائماً للتحكيم أو لم تكن كذلك، يعرف التحكيم بأنه اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل أو التي يحتمل أن تثور، عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين، حيث يتولى أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين حيث يتولى الأطراف تحديد الأشخاص المحكمين أو أن يعقدوا لهيئة تحكيم أو إحدى مراكز التحكيم الدائمة أن تتولى تنظيم عملية التحكيم وفقاً للقواعد واللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز.

وعرفته محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بأنه: "طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ومن ثم فهو مقصور على ما تنصرف إرادة المحكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم. كما عرفت المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكمها الصادر في ديسمبر

(1) المادة (4) قانون التحكيم السوداني لسنة 2016م.

(2) قانون التحكيم السوداني 2005م المادة (7).

(3) صدر قانون التحكيم السودان في منتصف العام 2005م أي في 13 يونيو 2005م ووافق عليه رئيس الجمهورية في 26/يونيو/2005م حيث يعتبر سارياً من التاريخ الثاني، ويعتبر أول قانون تحكيم في السودان حيث كان السودان حتى ذلك الوقت يطبق قواعد التحكيم التي تتضمنها قواعد قانون الإجراءات المدنية المتعاقبة على السودان.

1994م التحكيم بأنه: عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الغير باختيارهما، أو بتفويض منهما على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الموالاة مجرداً من التحامل، وقاطعاً لرد الخصومة من جوانبها التي أحالت الطرفين إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية⁽¹⁾.

فالتحكيم إذن هو عبارة عن وسيلة قانونية أفسح المشرع لها المجال للفصل في المنازعات المتفق على عرضها على التحكيم كنظام مواز للقضاء لا يخلو من مزايا بحيث ينتهي إلى حكم يتقيد به الأطراف ويؤدي إلى حسم النزاع الذي شجر بينهم شأنه في ذلك شأن القضاء ولكن بسرعة ملحوظة وبقدر أقل من الجهد⁽²⁾.

وقد أدى ذلك كله إلى تزايد إقبال الأفراد والمؤسسات والشركات للجوء إلى التحكيم كأسلوب لحل منازعاتهم خاصة في مجال المعاملات ذات الطابع الدولي، حيث يكون القاضي أجنبي عن كل أو بعض الأطراف كذلك شأن القانون الذي يحكم النزاع سواءً أكان بحكم موضوعي أو إجرائي⁽³⁾.

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية للتحكيم

احتلت طبيعة التحكيم اهتمام الفقه وقد حاول العديد من الفقهاء التوصل إلى هذه الطبيعة التي يكتنفها الغموض واختلاف المفاهيم، ويرجع هذا الاختلاف إلى الأساس الاتفاقي الذي يقوم عليه التحكيم، والنتيجة ذات الصفة القضائية التي ينتهي إليها المحكم. فإن التحكيم يتكون من عمليتين هي الاتفاق الذي يبرمه أطراف النزاع، والثانية هي الحكم الصادر من هيئة التحكيم فهذه التركيبية الوظيفية للتحكيم خلقت آراء متباينة حول طبيعته.

الفرع الأول: الطبيعة الاتفاقية للتحكيم (النظرية العقدية)

يغلب أنصار هذا الاتجاه مبدأ سلطان الإرادة، حيث يرون أن للتحكيم طبيعة تعاقدية يستمد المحكم فيه ولايته من إرادة الخصوم ويعتبر ذلك طريقاً استثنائياً لفض النزاعات

(1) القصيمي صلاح أحمد محمد طه: عقد التحكيم وإجرائه، ط2، 2014م، (د. ن)، ص 61.

(2) حمزة حداد: التحكيم في القوانين العربية، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007م، ص 31.

(3) أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988م، ص 15.

وخروجاً عن الأصل في عرض المنازعات على القضاء⁽¹⁾.

فمركز الثقل هو اتفاق الأطراف ومن هذا الأخير يعتمد حكم التحكيم قوته التنفيذية، فهذا الحكم والاتفاق كل لا يتجزأ، فالحكم لا يكون إلا نتيجة وانعكاس للاتفاق⁽²⁾. واعتبره عقداً رضائياً من عقود المعاوضة ويدمج أيضاً هذا الاتجاه حكم التحكيم في اتفاق التحكيم سواء تم التحكيم داخل الدولة أم في دولة أجنبية، وأنصار هذا الاتجاه قالوا:

أ/ لطالما أن نظام التحكيم يقوم على أساس إرادة الأطراف فإنه يكون له طابعاً تعاقدياً، فالأطراف باتفاقهم على التحكيم يتخلون عن بعض الضمانات القانونية والإجرائية التي يحققها النظام القضائي، وذلك بهدف تحقيق مبادئ العدالة والعادات التجارية وإتباع إجراءات سريعة وأقل رسمية من إجراءات المحاكم وإذ كان في هذا التخلي بعض المخاطر فهي بلا شك مخاطر محسوبة. وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية الطبيعة التعاقدية وانسحاب هذه الطبيعة إلى كل من اتفاق التحكيم وحكم التحكيم.

ب/ أبقى القضاء الفرنسي لحكم التحكيم الطابع التعاقدية سواء أكان هذا الحكم قد صدر في فرنسا أم في دولة أجنبية، حتى لو كانت السلطة القضائية لبلد الأصل قد أسبغت على حكم التحكيم بمثابة الحكم القضائي. ويبدو ميل القضاء المصري لترجيح الطابع الاتفاقي للتحكيم إذ ترى محكمة النقض المصرية أن قوام التحكيم الاتفاق.

كذلك يرى البعض تأييد المشرع المصري للطبيعة التعاقدية للتحكيم نظراً لأن المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات رقم (13) لسنة 1968م من التعليق على المادة (513) من ذلك القانون تنص على أن حكم المحكمين ليس حكماً قضائياً كما أن المادة (501) من القانون تجعل التحكيم يرتكن على اتفاق الأطراف⁽³⁾.

الفرع الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم (النظرية القضائية)

الأصل في التحكيم أن يلتزم المحكم بتطبيق القواعد الإجرائية والموضوعية للقانون الذي يحكم النزاع ولا يجوز أن يحكم بقواعد العدل والإنصاف إلا إذا اتفق الأطراف على ذلك صراحة⁽⁴⁾.

(1) علي طاهر البياتي: التحكيم التجاري البحري، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006م، بيروت، ص 60.

(2) رضوان أبو زيد: الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، ط6، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1981م، ص 24.

(3) إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 20.

(4) أحمد السيد صاوي: الوجيز في التحكيم، ط3، (د. ن)، الإسكندرية، 2010م، ص 34.

ويرى أنصار هذه النظرية بأن التحكيم نوع من القضاء يتم عن طريقه حسم النزاع تطبيقاً لإرادة القانون وبالتالي فإن المحكم يعتبر قاضياً وحكمه له طابع الإلزام. ويبرز هؤلاء ما ذهبوا إليه أن الأطراف عندما يتفقون على إحالة نزاعهم للتحكيم بدلاً عن القضاء أنهم لا ينزلون عن الالتجاء إلى القضاء الرسمي لصالح قضاء آخر، ويذهب هؤلاء إلى أن التحكيم أيضاً يعتبر قضاء نسبة لحجيته وقوته التنفيذية، وعلى هذه النظرية ذهب القضاء الفرنسي مؤخراً وكذلك البلجيكي والأردني والمصري على أن هذه النظرية قد واجهت نقداً بحجة أن المحكم لا يملك سلطات القاضي المتمثلة في جبر الشهود بالحضور وكذلك تنفيذ الحكم⁽¹⁾.

ووفقاً لرأي راجح آخر - منسوب إلى الإمام الشافعي فإن القرار التحكيمي مستقل عن إرادة الفرقاء وذلك منذ صدوره ويصبح في هذه الحالة ملزماً لهم. هذه النظرية تعتبر القرار التحكيمي بمثابة الحكم القضائي وتسبغ عليه صفة قضائية وأن مؤيدي هذا التحليل يستندون إلى الأسباب الآتية:

1. إن السلطة العامة موضوعاً تحت تصرف المحكم لتمكينه من فرض الاحترام لقراره فله سلطة الأمر والحبس، في حال وجود أي تمنع عن تنفيذ قراره.
2. يقتضي أن يتمتع المحكم بالصفات والأهلية التي تؤهله أن يكون قاضياً ويقتضي التتويه في مطلق الأحوال بأن القرار التحكيمي رغم ما له من صفة قضائية فهو يختلف عن الأحكام القضائية. فإذا كان القرار التحكيمي بحد ذاته للصفة التنفيذية فإنه ليست للمحكم سلطة التنفيذ ويحتاج لتدخل من القاضي ليتمكن من تنفيذ قراره.⁽²⁾

أكثر المناهج في تحديد طبيعة حكم التحكيم شيوعاً وانتشاراً في الوسط القانوني هو مناهج تحديد هذه الطبيعة على نسبه إلى القضائية لهذا الحكم. ومن ثم فإن التساؤل المثار وفقاً لهذا المنهج عما إذا كان لحكم التحكيم طبيعة قضائية أم لا؟ فالإتجاه المؤيد لوجود طبيعة قضائية لحكم التحكيم يجد صدى لدى القانون الفرنسي مثلاً، بينما الإتجاه المنكر لوجود طبيعة قضائية لحكم التحكيم يجد صدى لدى القانون المصري مثلاً. فالقانون الفرنسي يساير الموقف الشائع في الفقه الفرنسي الذي يوحد فكرة حكم

(1) إبراهيم محمد أحمد دريج: التحكيم الداخلي والدولي، مرجع سابق، ص 29.

(2) عبد الحميد الأحمد: التحكيم الدولي والوطني، ط1، ج1، دار المعارف، الإسكندرية، 1998م، ص 51.

التحكيم والحكم القضائي، إذ الرأي الغالب في هذا الفقه أن حكم التحكيم قضائي لذا أجاز هذا القانون خضوع حكم التحكيم لطرق الطعن في الأحكام القضائية سواء الاستئناف أو التماس إعادة النظر أو اعتراض الغير بل أجاز خضوع حكم التحكيم لقواعد النفاذ المعجل وموقف القانون الفرنسي في هذا الشأن هو موقف قديم قدم قانون نابليون للمرافعات⁽¹⁾.

أما القانون المصري فقد سلك مسلكاً عكسياً في هذا الشأن ابتداء من منتصف القرن الماضي، فاتخذ موقفاً يختلف ليس فقط مع موقفه هو نفسه قبل هذا التاريخ إنما أيضاً مع موقف قانون المرافعات الفرنسي الملغي والمعاصر ولو أن الموقف الجديد للقانون المصري لم يتكون مرة واحدة إنما تكون تباعاً على امتداد النصف الثاني من القرن الماضي. فقانون المرافعات المصري الملغي رقم 77 لسنة 1949م ألغى نظام المعارضة في حكم التحكيم ثم المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات لسنة 1968م نصت على صيغته القضائية بقولها صراحة "حكم المحكمين ليس حكماً قضائياً" وتبعها في ذلك قانون المرافعات فألغى نظام استئناف حكم التحكيم، كما ألغى نظام نفاذه المعجل وحملت قواعد التحكيم في منازعات القطاع العام مبدأ حظر الطعن في حكم التحكيم الإجمالي بأي طريقة من طرق الطعن ثم جاء قانون التحكيم الجديد رقم 27 لسنة 1994م فألغى آخر ما كان يخضع له حكم التحكيم الاختياري من طرق الطعن، أي ألغى التماس إعادة النظر في حكم التحكيم.

كما مد نطاق مبدأ حظر الطعن في حكم التحكيم بأي طريق من طرق الطعن، إلى حكم التحكيم الاختياري فنصت المادة (1/52) تحكيم على حظر الطعن في هذا الحكم بأي طريق من طرق الطعن المقررة في قانون المرافعات.

مما يعني أن مبدأ استقلال التحكيم في مصر أوسع نطاقاً منه في القانون الفرنسي الذي يوحد فكرة حكم التحكيم والحكم القضائي ولدى الرومان كانت القاعدة أن التحكيم غير القضاء ولدى النظرية التاريخية الحديثة أنه لا التحكيم أصل القضاء ولا القضاء أصل التحكيم⁽²⁾. وحكم التحكيم لا يخضع لنظام دعوى بطلان الحكم القضائي، إنما

(1) أحمد محمد أحمد حشيش: القوة التنفيذية لحكم التحكيم، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012م، ص 14.

(2) أحمد محمد أحمد حشيش: القوة التنفيذية لحكم التحكيم، مرجع سابق، ص 18.

يخضع لنظام دعوى بطلانه، وهناك اختلاف بين النظامين، ليس فقط من حيث الطبيعة إنما أيضاً من حيث التفاصيل.

إن قانون التحكيم لسنة 2005م يقدم الطلب (أي طلب لإلغاء البطلان) أمام المحكمة المختصة ويكون قرارها نهائياً، المرسوم المؤقت رقم (2) لقانون التحكيم السوداني لسنة 2016م، المادة (42)⁽¹⁾ "إن قرار التحكيم يقدم طلب الطعن فيه أمام محكمة الاستئناف"، إذن المشرع السوداني أخذ بالطبيعة المختلطة للتحكيم لأنه أخضعه لدعوى البطلان. فمن حيث الطبيعة، نظام دعوى بطلان الحكم القضائي مقرر فقهاً وقضاءً، لا تشريعاً وهو مقرر كاستثناء تمليه اعتبارات الملائمة لا طبيعة الحكم إذ الأصل أن الحكم القضائي يخضع لنظام الطعن لا لنظام دعوى البطلان، أي أن القاعدة أنه لا دعاوى بطلان ضد الأحكام القضائية. بينما نظام دعوى بطلان حكم التحكيم مقرر تشريعاً وهو مقرر لا كاستثناء.

الفرع الثالث: الطبيعة المختلطة للتحكيم:

هذا ويؤيد أغلب الفقه المصري وجانب كبير من الفقه الفرنسي الطبيعة المختلطة للتحكيم فهو عقدي بالنظر إلى الوجوه التي تشق من أصل التحكيم وهو العمل الإرادي للأطراف، وهو قضائي بالنظر إلى كون الحكم الذي ينتهي إليه يلزم الأطراف بقوة تختلف عن مجرد القوة الملزمة للعقد. ويحلل البعض من هذا الاتجاه التحكيم باعتبار أنه ليس اتفاقاً محضاً، ولا قضاءً محضاً وإنما هو نظام يمر في مراحل متعددة، يلبس في كل منها لباساً خاصاً ويتخذ طابعاً مختلفاً فهو من أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم. كما يعتبر البعض أن التحكيم في أساسه وجوهره هو تصرف إرادي على أنه في انطلاقه نحو تحقيق هدفه يؤدي على تحريك نظام تفاعل فيه عناصر ذات طبيعة مغايرة تدخل في عداد العمل القضائي. فالمظاهرة المستمدة من أصله وهي إرادة الأطراف ترجح طابعه التعاقدية، بينما هو قضائي من حيث أنه يلزم الأطراف بقوة تختلف عن مجرد قوة العقد⁽²⁾. وبرغم إقرار هذا الاتجاه لتطور الطابع التعاقدية للتحكيم فهو مضطر إلى الاعتراف بما له من سمة قضائية.

يوافق الباحث على أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة لأنه لو لا ضمانات القضاء في

(1) المادة (42) قانون التحكيم السوداني لسنة 2016م.

(2) إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 36.

تنفيذ الحكم التحكيمي لرفض كثير من المحكّمين حكم التحكيم وبالتالي يكون ذا طبيعة مختلطة.

الفرع الرابع: الطبيعة المستقلة للتحكيم

يجمع الفقه عند بيان الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم الدولي على أنه اتفاق من نوع خاص فهو لا يمكن إدراجه تحت أي طائفة من العقود التي يضمها القانون الخاص فهو إذا كان في شموله وعمومه أحد التصرفات القانونية التي تصدر عن أردتين أو أكثر إلا أنه في خصوصيته وذاتيته يعد السند الحقيقي في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية وعليه يتميز اتفاق التحكيم بما يلي:

إن اتفاق التحكيم الدولي تصرف ملزم للجانبين بمعنى أن الالتزامات التي ينشئها تنقل كلا طرفيه ولاغرو في ذلك فهو تصرف يقوم على الإرادة ويظل الطابع الملزم لاتفاق التحكيم⁽¹⁾. كما أنه لا يجوز لأحد الأطراف الانسحاب منه بإرادته المنفردة والالتزام الذي يفرضه اتفاق التحكيم هو الالتزام بتحقيق نتيجة بمعنى أن كل طرف يلتزم من ناحية باتخاذ إجراءات التحكيم إذا كان هو المدعي وأن يشارك في استكمال هذه الإجراءات إذا كان هو المدعي عليه ومن ناحية أخرى يتمتع كل طرف أن يعرض هذا النزاع أمام قضاء دولته أو أمام قضاء دولة الطرف الآخر أو أمام قضاء أية دولة أخرى. ويتقيد كل طرف بهذين الالتزامين معاً - إيجاباً أو سلباً - يكون قد حقق النتيجة التي يفرضها عليه هذا الالتزام، فإذا نكث عن ذلك كان مخالفاً بالتزامه ومخالفاً للمبادئ التي باتت راسخة في قانون التجارة الدولية مثل مبدأ احترام التعهدات ومبدأ حسن النية في تنفيذ الاتفاقيات الدولية وهو من بعد لن يسلم من تنفيذ خصمه لهذا الاتفاق رغماً عنه وربما استطاع أن يكسب دعواه ضده وفي هذه الحالة لن يجد صعوبة في تنفيذ حكم التحكيم وفقاً لأحكام اتفاقية نيويورك لسنة 1958م.

ويلاحظ أن اتفاق التحكيم الدولي يعد من التصرفات المعتادة بصرف النظر عن كون العقد التجاري الدولي الذي ورد بشأنه يكتسب هذه الخصيصة من عدمه ذلك أن الاتفاق يتمتع في مقوماته باستقلال كامل من العقد الذي ورد به.⁽²⁾

(1) محمد سعد الرحاطة، القاضي إيناس الخالدي: أصول التحكيم الهندسي، ط3، دار الحامد للنشر

والتوزيع، بيروت، 2011م، ص 135، 138.

(2) محمد سعد الرحاطة، القاضي إيناس الخالدي: أصول التحكيم الهندسي، مرجع سابق، ص 35.

المبحث الثاني

التمييز بين نظام التحكيم وغيره من وسائل تسوية المنازعات

أصبح نظام التحكيم يحتل مرتبة متقدمة بين الوسائل البديلة لتسوية المنازعات وصار الالتجاء إليه أمراً مألوفاً. بل واجباً في بعض المنازعات وذلك للمزايا العديدة التي تميزه عن غيره، فهو النظام الذي يفضل للفصل في كثير من المنازعات لاسيما تلك التي يفضل أطرافها تسويتها خارج نطاق القضاء العادي، مثل منازعات العلاقات التجارية، والمنازعات ذات الطابع الفني، وبالتالي يصبح نظام التحكيم قضاءً أصيلاً للمنازعات التجارية الدولية، أو المنازعات التي تحتوي على العنصر الأجنبي.

وبالرغم من تأييدنا للطبيعة المختلطة لنظام التحكيم وطبيعة عمل المحكم إلا أننا لا ننكر أن يفوض أطراف النزاع شخصاً أو مؤسسة ليختار لهم المحكم ويمنحه سلطات الفصل في النزاع، لأن ذلك يحدث باسم الأطراف الذين قبلوا مسبقاً بأن يختار لهم هذا الشخص أو ذاك المركز القاضي الخاص أو المحكم. ولما كان هناك أنظمة كثيرة تتشابه مع نظام التحكيم فقد أثار هذا الوضع جدلاً بين الفقهاء إذ أن هناك عدة وسائل أخرى مثل الصلح والخبرة والتوفيق والوكالة والوساطة ترتبط مع نظام التحكيم في كثير من الجوانب كسلطات إرادة الأطراف في اختيار الوسيط أو الخبير أو الموفق أو الوكيل، وبالتالي فقد أصبح التمييز بين التحكيم وغيره من هذه الوسائل أمراً واجباً، عليه سوف نتناولها من خلال الآتي:

المطلب الأول

التحكيم والتوفيق

التوفيق هو تقريب وجهات النظر للوصول إلى اتفاق بين المتنازعين بصورة ودية، وقد يتم اختيار الموفق أو الموفقين بإرادة الطرفين أو بواسطة أية جهة قضائية أو تحكيمية أخرى طلب منها الأطراف ذلك.⁽¹⁾

وقد أصبح التوفيق أحد الوسائل الهامة لحسم المنازعات الأمر الذي أدى إلى أن تتضمن تشريعات بعض الدول وقواعد مركز التحكيم الدائمة واتفاقيات التحكيم الإقليمية والدولية أيضاً مسألة التوفيق كطريقة لتسوية المنازعات بطريقة ودية. فقد تناولت اتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية المعقودة في

(1) إبراهيم محمد أحمد دريج: التحكيم الداخلي والدولي، مرجع سابق، ص 38.

عمان في إطار جامعة الدول العربية في نوفمبر 1980م مسألة التوفيق في المادة الأولى من الملحق الخاص بالاتفاقية بالآتي:

"في حالة اتفاق المتنازعين على التوفيق يجب أن يتضمن الاتفاق وصفاً للنزاع ولمطالبات الأطراف فيه، واسم الموفق الذي اختاره والأتعاب التي قررها له ويجوز للمتنازعين أن يطلبوا من الأمين العام للجامعة بتبليغ الموفق نسخة من اتفاق التوفيق ويطلب إليه مباشرة مهمته".

تقتصر مهمة الموفق على التقريب بين وجهات النظر المختلفة ويكون له حق إبداء المقترحات الكفيلة بحل يرتضيه الأطراف وعلى الموفق أن يقدم خلال ثلاثة أشهر من تبليغه بمهمة التوفيق تقريراً إلى المجلس يتضمن تلخيصاً لأوجه الخلاف ومقترحاته بشأن تسويتها وما يكون الأطراف قد قبلوه من حلول ويجب أن تبلغ الأطراف هذا التقرير خلال أسبوعين من تقديمه ولكل منهم إبداء الرأي خلال أسبوعين من تاريخ التبليغ. لا يكون لتقرير الموفق أية حجية أمام القضاء فيما لو عرض عليه النزاع كما تناول أيضاً نظام غرفة التجارة الدولية بباريس مسألة التوفيق في المادة الثانية وحدد طرق تقديم الطلب بواسطة الأطراف إلى الأمانة العامة للهيئة والتي تقوم بإبلاغ الطلب للطرف الآخر خلال مهلة أسبوعين لإبداء رأيه في طلب التوفيق فإذا أبدى موافقته يقوم الأمين العام لهيئة التحكيم بتعيين الموفق كما ألزم النظام الموفق بالالتزام بالحيادة والإنصاف والعدالة وأوضح النظام في المادة السابعة كيفية انتهاء التوفيق وذلك في إحدى الحالات الآتية:⁽¹⁾

1. بتوقيع الأطراف على الاتفاق.
2. تحرير محضر من الموفق يثبت فيه أن محاولة التوفيق قد فشلت.
3. تلقي الموفق إخطاراً من الأطراف أو من أحدهما الاعترام بعدم الاستمرار في محاولة التوفيق. أيضاً تناول مسألة التوفيق لائحة التوفيق والتحكيم التي وضعها اتحاد أصحاب العمل السوداني في المواد من الثالثة حتى الحادية والعشرين، حيث أوضحت اللائحة طريقة تقديم طلب حل النزاع عن طريق التوفيق وطريقة تشكيل هيئة التوفيق وإجراءات نظر النزاع، وكما سبق القول فإن واضعي هذه اللائحة كانوا على قدر كبير من الإدراك بتطورات التحكيم الدولي وذلك لأنهم عملوا على

(1) محمد سعد الرحاحلة: القاضي ايناس الخالدي، مرجع سابق، ص 179.

مسايرة هذه النصوص مع معظم أحكام محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، وهذا مؤشر على أن هذه اللائحة تشابه لوائح مراكز التحكيم الدولية الأخرى. جدير بالذكر أن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي قد تبنى التوفيق كمرحلة من مراحل تسوية المنازعات، كذلك اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى قد تبنت مسألة التوفيق في باب مستقل⁽¹⁾. واضح مما تقدم أن التوفيق يعد أحد الوسائل الهامة لحسم المنازعات بين المتنازعين على الصعيد الوطني أو الدولي، على أن عملية التوفيق تختلف عن التحكيم في أن قرار الموفق أو الموفقين ليس له صفة الإلزام ولا حجية أمام القضاء إلا بتراضي الطرفين.

يقوم نظام التوفيق في التجارة الدولية على قيام الموفق بتقريب وجهات النظر بين المتنازعين، بحيث يجعلهم يشتركون معه في إيجاد تسوية مناسبة لحكم النزاع أو على الأقل يحيطهم علماً بالقرار الذي سوف يتخذه في هذا الشأن فإذا لم يقبل الأطراف اقتراح الموفق أو انسحبوا أو انسحب أحدهم أثناء سير عملية التوفيق فإن أي قرار يصدر منه لا يكتسب أية قوة إلزامية.

أما في التحكيم، فيجعل الأطراف القرار الذي يتخذه المحكم لتسوية النزاع فهم لا يشاركون معه في إعداده، وكل ما لهم هو عرض نزاعهم أو شرح دعواهم بحيث إذا ما صدر قرار المحكم أصبح ملزماً لهم بصرف النظر عن قبولهم أو رفضهم إياه⁽²⁾.

المطلب الثاني

التحكيم والخبرة

أولاً: الخبرة: هي الإجراء الذي يعهد بمقتضاه القاضي أو المحكم أو الخصوم إلى شخص ما مهمة إبداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني الذي يكون على دراية بها دون إلزام القاضي بهذا الرأي⁽³⁾.

وجه الشبه بين الخبرة والتحكيم هو تدخل شخص من الغير، أي أن المحكم والخبير ليس من أعضاء الجهاز القضائي للدولة وليس أطراف النزاع، مع ملاحظة أن الخبرة

(1) إبراهيم محمد أحمد دريج: التحكيم الداخلي والدولي، مرجع سابق، ص 40.

(2) محمد سعد الرحاطة: القاضي ايناس الخالدي، مرجع سابق، ص 180.

(3) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضرامي: النظام القانوني لاتفاق التحكيم، ط2، الهيئة العامة للكتاب،

صنعاء، 2008م، ص 36.

قد تكون منظمة يلجأ إليها القضاء والتحكيم وتتشابه الخبرة مع التحكيم في أن كلا من الخبير والمحكم قد يبدي رأيه أو يباشر عمله في نقطة قانونية أو واقعة بمناسبة نزاع معروض على القضاء. وكذلك تشترك الخبرة مع التحكيم في أن الخبير والمحكم يخضعان عند ممارستهما لعملها لشروط واحدة تقريباً، حيث يتطلب الموضوعية والاستقلالية والحياد في كل منهما.

ثانياً: أوجه الخلاف بين التحكيم والخبرة

أولاً يختلف التحكيم عن الخبرة في الهدف المتوخى في كل منهما فهو في الأولى فض النزاع بين الخصوم أما في الثانية هو إبداء رأي في مسألة تتعلق باختصاص معين، وقد اختير الخبير لأن شخصه موضع الاعتبار في أداء هذه المهمة وليس من حقه التوصل عن مهمته والخبير كذلك لا يلتزم ببذل الجهد فقط في أداء عمله، أي أن التزامه ليس مجرد التزام ببذل عناية وإنما هو التزام بتحقيق غاية أو نتيجة معينة، هي أداء العمل الفني المطلوب منه.

ثانياً: إن الاستعانة بالخبير قد تكون من الأطراف أنفسهم أو من المحكم أو هيئة التحكيم وقد تكون من جهة ثالثة الخبرة المنظمة عن طريق القضاء والذي يستعين بتقارير الخبراء وأما التحكيم فإنه يكون بمجرد الاتفاق بين أطراف النزاع أنفسهم ولا يملك الأطراف العودة وطرح النزاع على محكمين آخرين أو رفع دعوى قضائية جديدة إلا باتفاقهم.

ثالثاً: الفارق بين الخبير والمحكم يتعلق بكيفية أداء كل منهما للمهمة المناطة به فالمحكم يصدر قراره بناء على ما تقدمه له الأطراف من مستندات ومرافعات، أما الخبير فإنه يعتمد على معلوماته وخبراته الذاتية وللخبير حق التصدي لموضوع النزاع وإبداء رأيه فيه، دون حاجة للرجوع إلى الأطراف، وهو ما لا يتسنى للمحكم الذي يتحتم عليه تخويل الأطراف إمكانية تقديم مستنداتهم وحق كل طرف في الإطلاع على ما يقدمه الطرف الآخر فهو يقوم بدور مشابه لدور القاضي.

رابعاً: لا يشترط تعيين الخبير بالاسم أما المحكم فينبغي أن يعين بالاسم (كقاعدة) في اتفاق التحكيم⁽¹⁾.

(1) محيي الدين إسماعيل علم الدين: قواعد عامة لعمل الخبير والتمييز بينه وبين المحكم، بحث منشور في مجلة التحكيم، الصادرة عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، صنعاء، العدد 10، نوفمبر 2000م، ص 2.

وقد يثير اتفاق الأطراف نوعاً من الصعوبة في تحديد المهمة التي يعهد بها إلى طرف ثالث، حيث انه لا يعتد بالتسمية التي يطلقها الخصوم على الشخص الذي يعهدون إليه بمهمة التحكيم أو الخبرة. وإنما العبرة دائماً بطبيعة المهمة التي تناط به. والطريق إلى معرفة ما إذا كانت المهمة تحكيمية أم خبرة، هو استجلاء قصد الطرفين اللذين طلبا هذه المهمة والتعرف على نيتهما، فإذا قصدا أن يستصدرا حكماً يلتزمان به ويقومان بتنفيذه فالمهمة تحكيم فيعد محكم، الشخص الذي يكلفه الخصوم بحسم النزاع بينهم ولو وصفه هؤلاء بكونه خبيراً أو مستشاراً، ولا يعد محكم الشخص الذي يكلفه الخصوم أو القاضي بتقدير قيمة الخسائر في حادثة ما، ولا يجوز الالتجاء إليه عند حصول نزاع بين الطرفين في هذا الصدد ولو وصف بأنه محكم⁽¹⁾.

والخبير هو الشخص العالم ببواطن الأمور في مسائل فنية معينة (طب، هندسة، محاسبة...) يتم ندبه بواسطة المحكمة أو يطلب منه الأطراف لإبداء رأي فني حول مسألة ما تعين المحكمة للوصول للقرار السليم وهذا الرأي لا يعد ملزماً للقاضي أو المحكم لأن هذا الرأي يعد عنصراً من عناصر الإثبات فحسب، والخبرة تختلف عن التحكيم في أن التحكيم يتناول المسائل الواقعية والقانونية ويقوم بالفصل في النزاع بينما الخبير يقتصر دوره في استشارته في المسائل الغامضة فحسب⁽²⁾.

المطلب الثالث

التحكيم والصلح

يختلف التحكيم عن الصلح حيث أن الصلح يتم بين الخصوم أنفسهم أو من ينوب عنهم أما التحكيم فإن المحكم يقوم فيه بمهمة القاضي فيصدر قراره سواء رضي به الطرفان أم لم يرضوا⁽³⁾.

أولاً: الصلح هو: عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة، يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أم يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بان يتنازل كل منهما عن جزء من ادعائه⁽⁴⁾.

ثانياً: ووجه الشبه بين التحكيم والصلح هو أن كلاهما يجد أصله في اتفاق يعبر عن رغبة أطرافه في حل النزاع بعيداً عن قضاء الدولة وأن كلاهما يؤدي دوره بمناسبة

(1) عبد الباسط محمد عبد الواسع: النظام القانوني لاتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 37.

(2) إبراهيم محمد أحمد دريج: التحكيم الداخلي والدولي، مرجع سابق، ص 43.

(3) يوسف حسن يوسف: التحكيم الدولي، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011م، ص 20.

(4) المادة (668) من القانون المدني اليمني رقم 14 لسنة 2002م.

وجود منازعة وقعت أو ستقع في المستقبل كما يشترك التحكيم والصلح في كونهما بديلين عن القضاء العام صاحب الاختصاص في نطاق معين، كما يشبه الصلح التحكيم بأن ما لا يجوز فيه الصلح لا يجوز فيه التحكيم⁽¹⁾. ويتشابهان كذلك في إن كلاً منهما يؤدي إلى عدم جواز عرض النزاع على قضاء الدولة.

وأخيراً في أن كل منهما يشترط أطرافه أن يكون أهلاً للتصرف في الحقوق المتنازع عليها.⁽²⁾

إن التحكيم يختلف عن الصلح في عدة أمور هي:

أولاً: أن الصلح ينهض بعنقه أطراف العقد فهو ثمرة تفاوض مباشر بينهم بينما يقف دورهم في التحكيم عند تخويل المحكم سلطة حسم النزاع بحكم ويتركون الباقي للمحكم.

ثانياً: إن جوهر الصلح يقوم على تقديم تنازلات عن جزء من الحق الموضوعي مقابل الجزء الذي يتنازل عنه الآخر، أما في التحكيم فإن الخصوم لا يقدمون مثل هذا التنازل وإنما يفوضون المحكم في فض النزاع بما يراه عادلاً فالصلح جوهره تقديم تنازلات من كل طرف لصالح الطرف الآخر أما في التحكيم فقد يجاب طرف واحد بكل طلباته دون الطرف الآخر.

وبعد ذلك نتيجة طبيعية للفرق بين اتفاق الصلح الذي يحل النزاع حول الحق الموضوعي بشكل مباشر، واتفاق التحكيم الذي يتضمن فقط وسيلة حل النزاع حول هذا الحق الموضوعي، حيث لا يوجد تنازل عن الحق الموضوعي. ولكن تنازل عن الحق في حسم هذا النزاع أمام قضاء الدولة وحله أمام قضاء خاص⁽³⁾.

ثالثاً: يبقى فارق هام بين التحكيم والصلح المتمثل في أن الصلح يظل مجرد اتفاق بين الخصوم ولا ينفذ إلا إذا صدر به حكم قضائي.

ويجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للعقود، أما التحكيم فينتهي بحكم حاسم للنزاع ويكون قابلاً للتنفيذ مباشرة بعد الأمر بتنفيذه ووضع الصيغة التنفيذية أي أن

(1) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي: النظام القانوني لاتفاقيات التحكيم، مرجع سابق، ص 30.

(2) يوسف حسن يوسف: التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص 24.

(3) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي: النظام القانوني لاتفاقيات التحكيم، مرجع سابق، ص 32.

الأطراف قد خولوا المحكمين سلطات أكبر مما هو عليه الحال في الصلح. ورغم هذه الاختلافات الجوهرية إلا أن الألفاظ المتعارف عليها التي يستخدمها الخصوم أحياناً في تفاهمهم قد تثير صعوبة في تكييف المهمة التي عهد بها هؤلاء الخصوم على الشخص المختار، وهل هي مهمة تحكيم أم مهمة صلح في لغة الخصوم الدارجة.

إلا أن في حالة الاتفاق على تحكيم و صلح فهذا يعني أن العبارة تتصرف على اتفاق تحكيم.

القانون الأردني لم يفرق بين التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون وجاء الاجتهاد في أول الأمر ليعتبر الشرط التحكيمي الذي يتبنى التحكيم بالصلح ويسمح للمحكمين أن يصدروا قرارهم دون التقيد بالقانون هو اتفاق تحكيم باطل، لأنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف القانون وأن أي قرار يصدر بالاستناد على اتفاق كهذا باطل بمقتضى المادة (13) من قانون التحكيم الأردني.

ثم غير الاجتهاد هذا الاتجاه وذهب إلى أن القواعد القانونية الممكن الاتفاق على مخالفتها هي تلك التي شرعت لمصلحة الفريقين المتخاصمين والتي أجاز القانون الاتفاق على ما يخالفها، ذلك لأن المادة (174) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية الأردنية نصت على تنفيذ جميع أحكام العقود والتعهدات بحق عاقيدها وتكون ملزمة لهم ما لم تكن ممنوعة بقانون أو بنظام خاص أو مخلة بالآداب أو النظام العام- هكذا على أساس هذا الاجتهاد خطت المحاكم خطوة ثانية على درب التحكيم بالصلح إذ استبعدت إبطال اتفاق التحكيم الذي ينص على إعفاء المحكم من التقيد بقواعد القانون⁽¹⁾.

المطلب الرابع

التحكيم والوكالة

تعريف الوكالة:

تختلف الوكالة عن التحكيم من حيث أن الوكالة عقد بمقتضاه يخول شخص غيره يسمى (الوكيل) القيام بعمل قانوني باسمه ولحسابه ويسمى (الموكل) فهو يعمل لمصلحة موكله وفي حدود الوكالة على عكس التحكيم الذي يعين فيه شخص أجنبي عن طرفي النزاع ولا يخضع في نظر النزاع لموجهات أحد الطرفين بل يحكم ضميره ويطبق

(1) عبد الحميد الأحمد: التحكيم في البلاد العربية، ط3، ج1، دار المعارف، القاهرة، 2013م، ص 78.

قواعد القانون الذي ارتضاه الطرفان، كما أن الوكيل قابل للعزل بواسطة موكله على عكس المحكم الذي يتعذر عزله إلا باتفاق الخصوم⁽¹⁾.

يتمتع المحكم باستقلال كامل عن الأطراف رغم اختيارهم له بإرادتهم فمجرد الاتفاق على التحكيم يلبس المحكم ثوب القاضي ولا يستطيع الأطراف التدخل في عمله بل أن حكمه يفرض عليهم، وهذا هو جوهر الاختلاف عن الوكالة، حيث أن الوكالة عقد يخول بمقتضاه شخص غيره يسمى الوكيل للقيام بعمل باسمه ولحسابه يسمى الموكل⁽²⁾.

ويستمد سلطته من الموكل، ولا يجوز له القيام كقاعدة عامة إلا بما يمكن أن يقوم به الموكل، حيث يمكن للموكل التحرر عن عمل الوكيل إذا تجاوز نطاق وكالته.

شبه بعض أهل الفقه وظيفة المحكم بوظيفة الوكيل وإن عقد التحكيم يقترب كثيراً من عقد الوكالة المبرم لصالح الأطراف، واستندوا في رأيهم هذا على أن الوكيل كالمحكم لا يجوز عزله إلا لخطأ وألا استحق تعويضاً إلا أنه من الصعب التسليم بهذا الاتجاه الذي يكيف عمل المحكم بعقد وكالة ذلك أن الأطراف لا يفوضون المحكم بتمثيلهم والمحكم لا يمثل إطلاقاً الطرف الذي اختاره، وأن مهمته لا علاقة لها بما كان سيقوم به أطراف النزاع، فالأطراف في التحكيم يقدمون مرافعاتهم التي تسند أوضاعهم القانونية ولا نعتقد أن هذه تمثل أحد مهام المحكم.

ولا يمكن أن ينوب عنهم في ذلك هذا وقد اتخذ الاجتهاد الفرنسي موقفاً صريحاً في التمييز بين التحكيم وعقد الوكالة، حيث أبطل شرطاً تحكيمياً يحيل أي خلاف محتمل إلى وكلاء مقررراً بطلان هذا الشرط⁽³⁾.

وفي غالبية القوانين العربية أن ما يصح إجراءه أصالة يصح التوكيل فيه، مما يعني انه يجوز التوكيل في إبرام اتفاق التحكيم ولكن يجب أن يكون عقد الوكالة صريحاً وواضحاً بالنسبة لهذه المسألة وسواءً أكانت الوكالة عامة أو خاصة أي أن ينص عقد الوكالة على تفويض الوكيل بإبرام اتفاق التحكيم بالنيابة عن الموكل، أو أي عبارة أخرى واضحة الدلالة على ذلك وفي الوقت ذاته يجب على الوكيل ذكر صفته عند

(1) إبراهيم محمد أحمد دريج: التحكيم الداخلي والدولي، مرجع سابق، ص43

(2) عبد الحميد الأحمد: موسوعة التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص 249.

(3) محمد أحمد عبد الله عبد الله: القواعد المنظمة لإجراءات التحكيم في المنازعات التجارية ذات العنصر الأجنبي، رسالة دكتوراه، جامعة النيلين سنة 2008م ص 46.

التوقيع على اتفاق التحكيم⁽¹⁾.

ويستشف من ذلك "أن الفرق الجوهرى بين التحكيم والتوفيق والخبرة والصلح والوكالة جاء حكم المحكمين فيها ملزم للأطراف ولا يجوز لهم مخالفته أو عدم تنفيذه إلا في حالات البطلان التي حددها قانون التحكيم، بينما في الأخرى فإن حكمهم غير ملزم للأطراف، حيث يجوز لهم رفضه والسير في الإجراءات التي يرونها كالقضاء".

(1) حمزة أحمد حداد: التحكيم في القوانين العربية، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 1435هـ - 2012م، ص 88.

المبحث الثالث

أنواع التحكيم وخصائصه

يتخذ التحكيم باعتباره نظاماً للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات عدة صور وأشكال وذلك تبعاً للزاوية التي ينظر إليه منها، فالنظر إليه من حيث سيطرة إرادة الأفراد، بحسب ما إذا كان يستند إلى اتفاق خاص بحيث يكون الالتجاء إليه امتثالاً لسلطان الإرادة، أو أن يكون الالتجاء إليه واقعاً مفروضاً على الأطراف بنص قانوني، بحيث يجعله أمراً واجباً لا تستطيع معه الأطراف رفع منازعاتها إلى القضاء العام للدولة، ينقسم التحكيم وفق هذا المعيار إلى (تحكيم اختياري، وتحكيم إجباري)، وينقسم من حيث التقيد بالإجراءات القضائية ومدى السلطة الممنوحة لهيئة التحكيم عند مباشرة الإجراءات والفصل في الموضوع بشأن الالتزام بتطبيق قواعد القانون الوضعي من عدمه، أو تفويض هيئة التحكيم للفصل في النزاع عبر الصلح بين الأطراف إلى (تحكيم بالقضاء وتحكيم بالصلح).

أما من حيث حرية المحكم، ومدى اختيار الأطراف المتنازعة لطريق التحكيم كالإحالة إلى مركز أو مؤسسة دائمة للتحكيم بحيث تخضع كافة إجراءات التحكيم للوائح وقواعد المركز والاتفاق على التحكيم خارج الأطر المؤسسية ينقسم التحكيم وفق هذا الاتجاه إلى (تحكيم حر وتحكيم مقيد أو مؤسسي).⁽¹⁾

أما من الناحية الجغرافية ومكان التحكيم فإن التحكيم ينقسم إلى (تحكيم وطني وتحكيم أجنبي ودولي). في ظل اتساع دائرة المعاملات الاقتصادية والتجارية بين الدول أصبح التحكيم الدولي الوسيلة الأكثر فاعلية في حسم النزاعات الناتجة عن هذه المعاملات ففي ربع قرن من الزمان طرحت عدة قضايا على دوائر تحكيمية الأطراف ينتمون لجنسيات عديدة تختلف اختلافاً معيناً من حيث الأنظمة القانونية والاقتصادية والثقافية واللغوية أدى هذا التنوع على نوع التحكيم الدولي والوطني أو داخلي وتحكيم خاص وآخر مؤسسي وتحكيم إجباري وتحكيم اختياري.

(1) عقبة خضراوي: قوانين التحكيم في الدول العربية، ط2، ج1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية،

المطلب الأول

التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي

الفرع الأول: التحكيم الحر

إذا كان الاتفاق على إحالة النزاع إلى التحكيم فقط، أو وفق قواعد تحكيم معينة دون الإشارة إلى مؤسسة تحكيمية محددة، هو اتفاق على تحكيم حر، فمعيار التفرقة إذن شكلي من حيث وجود مثل تلك الإشارة أو عدم وجودها في اتفاق التحكيم. ولم يشر قانون التحكيم اليمني على التحكيم المؤسسي إلا إشارة عابرة في مادته الثانية وهو في صدر تعريف التحكيم الدولي حيث اعتبر التحكيم دولياً إذا تم في مركز دولي للتحكيم بخلاف قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م، والذي أشار صراحة إلى هذا النوع من التحكيم في مادة الرابعة الفقرة الأولى⁽¹⁾.

والقانون السوداني لسنة 2005م والمعدل لسنة 2016م، لم يشر إلى أنواع التحكيم سواءً أكان مؤسساً أو حراً ولكن القانون سمح بقيام مؤسسات تحكيم في المادة (20)⁽²⁾ بناء على موافقة وزير العدل، وأشهر هذه الهيئات التحكيمية في السودان لجنة التوفيق والتحكيم المنشأة بموجب لائحة اتحاد أصحاب العمل لسنة 1996م⁽³⁾ وكذلك المركز الوطني للتحكيم والمركز العربي للتحكيم عام 2007م.

ويسمى أيضاً بالتحكيم الخاص أي تحكيم الحالات الخاصة وفي هذا النوع من التحكيم يحدد فيه أطراف النزاع المواعيد والمهل ويعينون المحكمين ويقومون بعزلهم أو ردهم، ويقومون بتحديد الإجراءات اللازمة للفصل في قضايا التحكيم.

يعتبر التحكيم خاصاً ولو تم الاتفاق بين طرفي النزاع على تطبيق إجراءات وقواعد منظمة أو هيئة تحكيمية طالما أن التحكيم يتم خارج إطار تلك المنظمة أو الهيئة. ومن ذلك على سبيل المثال، أن يختار الطرفان تطبيق القواعد الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية المعروف بقواعد (اليونسترال) للتحكيم. فالعبرة في هذا

(1) عبد الباسط محمد عبد الواسع: النظام القانوني لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 49.

(2) المادة (20) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م، أ/ يجوز إنشاء هيئات تحكيم مستقلة متخصصة في السودان بموافقة وزير العدل وعلى هيئات التحكيم القائمة توفيق أوضاعها وفقاً لهذا القانون. ب/ يحفظ وزير العدل سجلاً بهيئات التحكيم المنشأة بموجب هذا القانون تحوي المعلومات الأساسية عن الهيئة وأي معلومة أخرى يراها ضرورية.

(3) المادة (20) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016م. تم إعادة صياغة المادة بإضافة بند جديد تم بموجبه منح سلطة إلغاء التصديق لمراكز التحكيم لوزير العدل.

النوع من التحكيم بما يختاره طرفا النزاع من إجراءات وقواعد تطبق على التحكيم وخارج أية هيئة أو منظمة تحكيمية حتى وإن استعان الطرفان بالإجراءات والقواعد والخبرات الخاصة بتلك الهيئة أو المنظمة.

هذا التحكيم الذي كان أول نوع من أنواع التحكيم ما زال مستمراً وما زالت له مكانه هامة في حقل التحكيم، ولاسيما في المنازعات التي تقع بين الدول. فإن الدول ذات سيادة وحين تذهب إلى التحكيم فإنها لا ترضى به إلا إذا فصلته على القياس والشكل الذي يراعي سلطتها وسيادتها. وكثيراً ما يحصل ذلك في منازعات تكون أطرافها الدولة ذاتها أو إحدى وزاراتها أو مصالح حكومية تابعة للدولة.⁽¹⁾

لكن مفهوم الدولة الذي أوجد نوعين من المؤسسات العامة التابعة للدولة، منها التي ترتبط بمراقف عامة ومنها التي لها نشاطات صناعية وتجارية ولها طابع خاص من الذاتية والاستقلالية الإدارية والمالية، هذه المؤسسات حين تكون طرفاً في النزاع لا تطرح سلطة وسيادة الدولة وهي تقبل ثم تذهب بسهولة إلى تحكيم مراكز التحكيم. ولكن النوع الآخر من المؤسسات العامة أو الوزارات هو الذي لا يقبل إلا التحكيم الذي يساهم هو في تنظيمه وتشكيل محكمته التحكيمية بحيث يختار هو محكميه ويختار هو خصمه المحكم الثالث، بحيث إذا لم يتوصل هو وخصمه إلى هذا الخيار توقف التحكيم، ثم ينظم هو وخصمه إجراءات التحكيم وأصوله. ثم تتولى المحكمة التحكيمية التي أوجدوها بالاتفاق - إذا اتفقوا - تتولى هذه المحكمة النظر في الخلاف ثم الفصل فيه بحكم لا يكون خاضعاً لرقابة هيئة حقوقية دائمة أخرى.

هذا النوع من التحكيم إذا كانت كمية المنازعات التي تحل عن طريقه هي أقل، إلا أن نوعية المنازعات التي تحل عن طريقه عديدة لأنه يناسبها أكثر، ولاسيما المنازعات الكبرى بين الدول حول المواضيع التجارية والمالية أو المنازعات بين شركات متعددة الجنسيات.

من هنا فإن الظاهرة التي تلفت النظر في الزمن الحاضر هي أن نوعي التحكيم: تحكيم مراكز التحكيم، وتحكيم المحكمة التحكيمية التي ينشئها الأطراف خصيصاً لحل النزاع ويسمى تحكيم الحالات الخاصة، كلاهما له مكانته ومنازعاته. ويمكن القول أن تحكيم الحالات الخاصة هو تحكيم على القياس، وتحكيم مراكز التحكيم هو تحكيم جاهز

(1) إبراهيم محمد أحمد دريج: شرح قانون التحكيم لسنة 2005م، مرجع سابق، ص 59.

في مقاييسه ومعاييرهِ⁽¹⁾. والتحكيم الحر هو الصورة التقليدية للتحكيم وفيه يقوم أطراف النزاع بتنظيم إجراءات التحكيم، وذلك باختيار المحكم أو المحكمين الذين يتولون الفصل في النزاع، فهو تحكيم منظم مخصص لنزاع معين ويطلق عليه تحكيم الحالات الخاصة. وهؤلاء المحكمون الذين تم اختيارهم هم مجرد أفراد لديهم من الخبرة والصفات الشخصية وحسن السمعة والاستقامة والكفاءة ما يؤهلهم لكسب ثقة أطراف النزاع، فيقع عليهم اختيارهم لينظروا نزاعهم الذي برز إلى حيز الوجود، وليقولوا فيه حكمهم، وبهذا تنتهي مهمتهم عند هذا الحد⁽²⁾.

إجراءات التحكيم الطليق (الحر):

وعلى العكس من التحكيم المؤسسي، لا يخضع التحكيم الطليق لقواعد منظمة له بصورة مؤسسية ولا لإدارة وإشراف إحدى مؤسسات التحكيم، وإنما تتم العملية التحكيمية بالاستناد لما اتفق عليه الطرفان من قواعد إجرائية إن وجدت وإلا فإن القانون المطبق على إجراءات التحكيم وهو غالباً ما يكون قانون مكان التحكيم هو الذي يسري على هذا النوع من التحكيم، فهو الذي يبين كيفية تشكيل هيئة التحكيم، والإجراءات الواجبة الإلتباع أمامها، بما في ذلك القانون الموضوعي الواجب التطبيق على النزاع، وشروط حكم التحكيم والمدة التي يتوجب خلالها إصدار الحكم، والبيانات وغير ذلك من قواعد إجرائية مختلفة.

وفي الحياة العملية تضع هيئة التحكيم قواعد الإجراءات التي في حال عدم اتفاق الأطراف عليها وتعرضها عليهم وغالباً ما يوافقون عليها، لأن ذلك يتم بالتشاور معهم حتى في حالة رفض أحد الطرفين لهذه الإجراءات أو بعضها، فإن الهيئة تستطيع فرضها والسير في التحكيم على نهجها، ولكن في حالة رفض الطرفين لإجراء معين والاتفاق على غيره يتوجب على الهيئة التقيد بما اتفق عليه الطرفان ما دام ذلك ليس مخالفاً للنظام العام، ومثال ذلك أن لا يتفق الطرفان على مكان معين للتحكيم، أو قانون معين ليطبق على النزاع فتقرر هيئة التحكيم أن هذا المكان هو دبي والقانون هو القانون السوري في هذا الفرض يستطيع الطرفان الاتفاق على العكس، أما سوريا كمكان للتحكيم أو القانون الإماراتي هو الواجب التطبيق على موضوع النزاع ويتعين على

(1) يوسف حسن يوسف: التحكيم الدولي والقانون الدولي والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 31.

(2) عبد الباسط محمد عبد الواسع: النظام القانوني لاتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 4849.

هيئة التحكيم كقاعدة عامة الامتثال لاتفاق الطرفين⁽¹⁾.

يرى الباحث "أن التحكيم الحر هو النموذج الأمثل للتحكيم حيث يفضله الأطراف، وذلك بإعطاء المحكمين الصلاحية والثقة اللازمة للعملية التحكيمية للوصول لحل نقطة النزاع دون الالتزام بالقواعد التي تصدرها بعض مؤسسات التحكيم الدائمة التي تفرض لوائحها والتي تصطدم كثيراً مع رغبة المحكّمين".

الفرع الثاني: التحكيم المقيد:

التحكيم المقيد هو التحكيم الذي يسند فيه أطراف النزاع مهمة التحكيم إلى شخص معنوي مثل مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار أو غرفة التجارة الدولية بباريس أو مركز التحكيم الدولي بالقاهرة، أو المركز السوداني للتحكيم والتوفيق أو أي مركز آخر للتحكيم في العالم،⁽²⁾ فهذه المراكز أو المؤسسات قائمة بذاتها تتمتع باستقلالية تامة عن السلطات العمومية والتي لا تتدخل في شئونها إلا من حيث تقيدها بالقوانين المنظمة لها⁽³⁾. حيث تقوم مراكز التحكيم بحل النزاعات بالتحكيم وفق القواعد واللوائح والإجراءات الخاصة بها.

وفي التحكيم المقيد أو المؤسسي لا يمكن لأطراف التحكيم التصدي لكل التفاصيل المتعلقة باتفاق التحكيم، بحيث يجب عليهم الاكتفاء بما ورد في شأنها في نظام التحكيم المتعلق بمركز أو مؤسسة التحكيم التي لجأوا إليها لفض منازعاتهم⁽⁴⁾.

لقد فرض التحكيم أهميته وجدواه بل ضرورته خصوصاً في مجالات علاقات التجارة الدولية، مما اقتضى قيام مؤسسات وهيئات ومراكز متخصصة في مجال التحكيم بما تملكه من إمكانيات علمية وفنية ومادية وعملية ولوائحها الخاصة في إجراءات التحكيم، ولقد أنشئت العديد من تلك الهيئات سواء على المستويات الإقليمية أو الدولية، وعلى سبيل المثال:

(1) حمزة أحمد مراد: التحكيم في القوانين العربية، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2014م، 1435هـ، ص 127.

(2) خالد كمال عكاشة: دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2014هـ، ص 55.

(3) عقبة خضراوي: قوانين التحكيم في الدول العربية، مرجع سابق، ص 31.

(4) المرجع السابق، ص 32.

نظام هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية ICC المعدل والساري المفعول اعتباراً من 1998/11م.

في البند الأول لهذا النظام حدد مهام هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية من قبل إدارة غرفة التجارة الدولية في حل النزاعات ذات الطابع الدولي في مجال الأعمال عن طريق التحكيم، والملاحظ أن نظام هذه الهيئة لم يستعمل عبارة التجارة الدولية بل عبارة الأعمال حرصاً منه على توسيع معنى التجارة بحيث تشمل كل الأعمال وبذلك يكون قد تبنى المعيار الاقتصادي لدولة التحكيم وجعل كل موضوع يتعلق بالأعمال قابلاً للتحكيم، إلا أنه يجوز للهيئة أن تحل النزاعات التي ليس لها طابع دولي في مجال الأعمال إذ خولها العقد التحكيمي الصلاحية وقد أوصت غرفة التجارة الراغبين في ذلك بالبند التحكيمي التالي: "لحل الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد يتم حسمها نهائياً وفقاً لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بواسطة حكم أو مُحكمين يتم تعيينهم طبقاً لذلك النظام".

ويلاحظ أن قرارات التحكيم الصادرة عن هذه الهيئة بغرفة التجارة الدولية تتم مراجعتها بصورة مستقلة بواسطة المحكمة المشكلة في الغرفة التجارية الدولية التي لها أن تقضي بإدخال تعديلات على الحكم من حيث الشكل ولها مع احترامها لحرية تقرير هيئة التحكيم أن تنبئ الهيئة إلى نقاط تتعلق بموضوع النزاع ولا يجوز أن تصدر حكماً دون أن تقره المحكمة من حيث الشكل.

أولاً: هيئة التحكيم الأمريكية:

أصبحت حيز التنفيذ في 1/5/1929م هذه الهيئة تنتظر عدد كبير من الدعاوى وبالتأكيد ليست بنفس المظهر الدولي لمحكمة غرفة التجارة الدولية، وهذه الهيئة لا تطبق نظام مراجعة قرارات التحكيم الصادرة منها كما هو الحال في محكمة غرفة التجارة الدولية⁽¹⁾.

ثانياً: محكمة لندن للتحكيم الدولي:

على الأرجح هي أكبر هيئات التحكيم الدولي عمراً. هذه المحكمة تدير خدمات التحكيم بموجب لوائحها الخاصة وكذلك لوائح التحكيم الخاصة بقانون لجنة الأمم

(1) يوسف حسن يوسف: التحكيم الدولي بين القانون الدولي والشريعة الإسلامية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، الإسكندرية، 2013م، ص 32.

المتحدة للتحكيم التجاري الدولي، وكذلك العمل بموجب أي نظام قانوني في أي مكان في العالم.

ثالثاً: التحكيم الإقليمي:

على المستوى الإقليمي قام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية بالبحرين، والذي أقر قادة هذه الدول نظامه كمركز للتحكيم وذلك أثناء انعقاد مؤتمر القمة الرابعة عشرة في الرياض في ديسمبر عام 1993م. وتم العمل بهذا النظام بعد مضي ثلاثة أشهر من تاريخ إقراره.

ويتمتع المركز بالشخصية المعنوية المستقلة، ويختص بموجب المادة الثانية من نظامه بالنظر في المنازعات التجارية بين مواطني دول مجلس التعاون أو بينهم وبين الغير، سواءً أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم معنويين ويختص بالنظر في المنازعات التجارية إذا اتفق الطرفان كتابة في العقد أو في اتفاق لاحق على التحكيم في إطار هذا المركز.

ويجري التحكيم فيه وفقاً للائحة إجراءات المركز، ما لم يرد نص مغاير في العقد المتعلق به النزاع. ويكون الحكم الصادر من هيئة التحكيم وفقاً لهذه الإجراءات ملزماً للطرفين ونهائياً⁽¹⁾.

ومع ازدهار التحكيم في نهاية القرن السابق كوسيلة مفضلة لتسوية النزاعات انتشرت مراكز التحكيم ومنظماته وغرف التحكيم الدائمة لتمارس نشاطها التحكيمي على كافة المستويات الوطنية والإقليمية والدولية، ولهذه المراكز أو المؤسسات التحكيمية لوائحها وقواعدها الخاصة بها، فعندما يلجأ الأطراف إلى هذا المركز أو ذلك يكون قد ارتضوا بإرادتهم الخضوع لتلك القواعد وكأنها قد أصبحت جزءاً من اتفاقهم كأساس التفرقة هو وجود أو عدم وجود مؤسسات تحكيم تتولى تنظيم العملية التحكيمية بدء من تعيين هيئة التحكيم، مروراً بإجراءات التحكيم وانتهاءً بصدر حكم التحكيم وتبليغه لأطراف النزاع، فحيث يحيل أطراف النزاع إلى التحكيم وفق قواعد إحدى مؤسسات التحكيم يكون التحكيم مؤسسياً (أي منظماً)⁽²⁾.

(1) يوسف حسن يوسف: التحكيم الدولي والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 32..

(2) عبد الباسط محمد عبد الواسع: النظام القانوني لاتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 48.

الفرع الثالث: التحكيم المؤسسي

أما التحكيم المؤسسي ففيه يتفق الأطراف على أن يتم التحكيم بواسطة مركز دائم للتحكيم أو مؤسسة تحكيم دائمة سواء أكانت وطنية أو دولية فيتم التحكيم وفقاً لنظام هذا المركز وإجراءاته، وقد يقوم المركز أيضاً بتعيين المحكمين أو أحدهم حسب اتفاق الطرفين أو يقوم بمراجعة حكم التحكيم حسب ما تنص عليه لائحته.

وقد يطلق عليه التحكيم النظامي، وهو ذلك التحكيم الذي يعهد به على هيئة أو منظمة أو مركز من هيئات أو منظمات أو مراكز التحكيم الدائمة والذي يتم وفقاً لإجراءات وقواعد موضوعة سلفاً تحددها الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات. وقد اعترف قانون التحكيم المصري بكلا النوعين إذ تنص المادة (1/4) من قانون التحكيم المصري 1994م على أنه: "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه أطراف النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك"⁽¹⁾.

عرف قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل لسنة 2016م،⁽²⁾ التحكيم المؤسسي يقصد به اتفاق الأطراف في المنازعات ذات الطبيعة المدنية على إحالة ما ينشأ بينهم من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة نزاع قائم بينهم ليحل عن طريق هيئات أو أفراد يتم اختيارهم بإرادتهم واتفاقهم وهذه الهيئات يقصد بها التحكيم المؤسسي ومراكز التحكيم في السودان. "نظراً لأهمية التحكيم وتزايد انتشاره خاصة في مجال التجارة الدولية فقد قامت مؤسسات غالباً ما تكون من القطاع الخاص بوضع قواعد خاصة للتحكيم، تتعلق بإجراءات التحكيم بما فيها تعيين هيئات التحكيم وفق شروط وأحكام معينة نصت عليها تلك القواعد والهدف من ذلك هو تسهيل العملية التحكيمية من بدايتها وحتى نهايتها، من قبل مؤسسة التحكيم المعنية فإذا تمت إحالة النزاع إلى التحكيم وفق قواعد إحدى هذه المؤسسات فإن هذه القواعد تطبق على العملية التحكيمية، ويلتزم بها الطرفان حتى ولو لم يطلعوا عليها مسبقاً، كما تلتزم بها هيئة التحكيم بعد تشكيلها بل ومؤسسة التحكيم أيضاً.

(1) المادة (1/4) من قانون التحكيم المصري لسنة 1994م.

(2) المادة (4) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل 2016م والتي تم فيها إعادة صياغة عبارة التفسير بحذف كلمة الأطراف واستبدالها بطرفي.

ويمكن القول في هذه الحالة أن قواعد التحكيم أصبحت عقداً، أو جزءاً من عقد متعدد الأطراف يلتزم به كل من قبل التحكيم وفق هذه القواعد. وفي علاقة الطرفين ببعضهما، فإن مجرد الإحالة في اتفاق التحكيم لقواعد مؤسسة معينة فإن هذه القواعد تصبح جزءاً من الاتفاق أما دور مؤسسة التحكيم في العملية التحكيمية فهو دور تنظيمي لها، وإشرافي عليها حسب ما هو منصوص عليه في قواعدا مقابل رسوم وأتعاب محددة سلفاً يدفعها الطرفان لتلك المؤسسة ويطلق على التحكيم في هذه الحالة بالتحكيم المنظم أو المؤسسي⁽¹⁾. ومن مؤسسات التحكيم ذائعة الصيت دولياً، والتي يكثر اللجوء لها، غرفة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية ومقرها باريس، ومحكمة لندن للتحكيم الدولي ومقرها لندن، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ومقره واشنطن، وفي الدول العربية توجد مؤسسات تحكيم كثيرة، مثل مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (مصر) ومركز دبي للتحكيم الدولي (الإمارات) ومركز أبو ظبي للتحكيم (الإمارات) ومركز البحرين للتحكيم الدولي (البحرين) ومركز تحكيم تونس (تونس) ومركز التحكيم اللبناني (لبنان) ومركز التوفيق والتحكيم اليمني (اليمن)، والمعهد العربي للتحكيم والتسويات البديلة (الأردن) ومركز الخرطوم الدولي للتحكيم (الخرطوم).

أولاً: قواعد التحكيم المؤسسي:

عادة ما يكون لكل مؤسسة تحكيم من هذه المؤسسات قواعد تحكيم خاصة بها، وهي عموماً تنص على طلب التحكيم والرد عليه وتشكيل هيئة التحكيم، ورد المحكم، وبعض القواعد الخاصة بإجراءات التحكيم وحكم التحكيم وشروطه، ونفقاته كما تتضمن هذه القواعد شرط تحكيم نموذجي، ينصح الأطراف بإدراجه في اتفاق التحكيم، إذا رغبوا بتسوية نزاعهم عن طريق مؤسسة التحكيم وعلى الأغلب يكون مثل هذه الشروط جامعاً لكل منازعة تتعلق بالعقد أو أي بند من بنوده أو تفسيره بما في ذلك انتهائه لأي سبب مثل البطلان أو الفسخ، أو أي مطالبة ناشئة عنه من أي نوع كانت ومثل هذا الشرط النموذجي، يوضع لاسترشاد الأطراف به غير أنه ليس بالضرورة الأخذ به كما ورد حرفياً، إذ يمكن للأطراف استخدام عبارات أخرى وفق ما يرونه مناسباً، ولكن مع الإشارة الواضحة إلى تنظيم التحكيم عن طريق المؤسسة المعنية.

(1) حمزة أحمد حداد: التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 132.

ثانياً: التحكيم المؤسسي في الدول العربية:

لا تتضمن القوانين العربية موضوع هذه الدراسة باستثناء القانون اللبناني إشارة للتحكيم المؤسسي، ولا يعني ذلك عدم اعتراف هذه القوانين به بل على العكس ما دام أن التحكيم يستند أساساً لإرادة الأطراف واتفاقهم ومن ضمن ذلك الاتفاق على إحالة النزاع لمؤسسة تحكيم دائمة ويوجد ذلك في وجهة النظر هذه التطبيقات القضائية التي أجازت مثلاً التحكيم وفق قواعد مؤسسة تحكيم أجنبية أو وطنية، كما أنه في دبي بشكل خاص صدر مرسوم أميري بإعطاء مركز دبي للتحكيم الدولي شخصية معنوية مستقلة، مما يفهم منه عموماً إقرار المشرع في دبي واعترافه بالتحكيم المؤسسي، أما القانون اللبناني فقد أقر التحكيم المؤسسي صراحة بالنص في المادة (768) على أنه لا تولي مهمة التحكيم لغير شخص طبيعي، وإذا عين عقد التحكيم شخصاً معنوياً فتقتصر مهمته على تنظيم التحكيم كما يستدل على التحكيم المؤسسي من المادة (772) أيضاً التي أشارت لتنظيم التحكيم من قبل شخص معنوي⁽¹⁾.

وسواء نص المشرع على التحكيم المؤسسي أو لم ينص، فإن هذا النوع من التحكيم، ما هو إلا صورة من صور الاتفاق على التحكيم الجائز قانوناً في مختلف قوانين الدول العربية، وبالتالي فإنه كمبدأ عام صحيح وملزم لأطرافه كأى اتفاق تحكيم آخر دون حاجة إلى النص عليه مباشرة.

ومع ازدهار التحكيم في نهاية القرن السابق كوسيلة مفضلة لتسوية النزاعات انتشرت مراكز التحكيم ومنظّماته وغرف التحكيم الدائمة لتمارس نشاطها التحكيمي على كافة المستويات الوطنية والإقليمية والدولية، ولهذه المراكز أو المؤسسات التحكيمية لوائحها وقواعدها الخاصة بها، فعندما يلجأ الأطراف إلى هذا المركز أو ذلك يكون قد ارتضوا بإرادتهم الخضوع لتلك القواعد وكأنها قد أصبحت جزء من اتفاقهم كأساس التفرقة هو وجود أو عدم وجود مؤسسات تحكيم تتولى تنظيم العملية التحكيمية بدء من تعيين هيئة التحكيم، مروراً بإجراءات التحكيم وانتهاءً بصدور حكم التحكيم وتبليغه لأطراف النزاع، فحيث يحيل أطراف النزاع إلى التحكيم وفق قواعد إحدى مؤسسات التحكيم يكون التحكيم مؤسسياً (أي منظماً).

أما إذا كان الاتفاق على إحالة النزاع إلى التحكيم فقط أو وفق قواعد تحكيم معينة

(1) حمزة أحمد حداد: التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 134.

دون الإشارة إلى مؤسسة تحكيمية محددة فهو اتفاق على تحكيم حر، فمعيار التفرقة إذاً هو معياراً شكلياً من حيث وجود مثل تلك العبارة من عدمها ومحلها هو اتفاق التحكيم، ولم يشر قانون التحكيم اليمني إلى التحكيم المؤسسي إلا إشارة عابرة في مادته الثانية، وهو في صدد تعريف التحكيم الدولي حيث اعتبر التحكيم دولياً إذا تم في مركز دولي للتحكيم بخلاف قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م، والذي أشار صراحة على هذا النوع من التحكيم في مادته الرابعة الفقرة الأولى⁽¹⁾. وكذلك أشار القانون السوداني للتحكيم لسنة 2005م صراحة في المادة ذاتها.

من بين هذه الهيئات والمؤسسات ما هو متخصص في التحكيم المتعلق بمنازعات التجارة الدولية، ومنها من يكفي بأن يكون النزاع تجارياً فلا يشترط أن يكون دولياً ومنها من يتخصص في التحكيم في تجارة بعينها كالقطن والحبوب أو البترول، ومنها من يتولى التحكيم ويكتفي بتهيئة المكان والخبرة الإدارية والقوائم ومتابعة الإجراءات والتففيذ.

وقد حاولت الدول النامية بعد الحصول على استقلالها أن يكون لها مكان في ميزان التحكيم دفاعاً عن مصالحها الوطنية فبدأت تنتشر بها مراكز التحكيم ومؤسساته⁽²⁾. إن إرادة الأطراف هي جوهر التحكيم، فهذه الإرادة تحدد مساره وتهيمن عليه منذ بدايته بالاتفاق على التحكيم وحتى نهايته بصدور حكم فيه ملزم للأطراف، فهذه الإرادة تتولى اختيار المحكمين وتحديد عددهم والإجراءات التي يجب أن تتبع لحل النزاع والقانون الواجب تطبيقه، ونظراً لسلطان الإرادة في عملية التحكيم أدى ذلك إلى زيادة إقبال الأفراد والدول على اللجوء إلى التحكيم أسلوباً لحل ما يثور بينهم من منازعات خاصة في مجال المعاملات ذات الطابع الدولي. ونظراً لتشعب وتعدد المعاملات التجارية أصبح التحكيم الوسيلة المثلى لحل المنازعات.

(1) عبد الباسط محمد عبد الواسع: النظام القانوني لاتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 48-49.

(2) أحمد السيد صاوي: الوجيز في التحكيم، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013م، ص 36-37.

المطلب الثاني

التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري

قد يأخذ التحكيم الدولي إحدى صورتين صورة التحكيم الاختياري وهو الشائع في المعاملات التجارية والاقتصادية وصورة التحكيم الإجباري مثل اتفاقية برن المبرمة عام 1961م والمتعلقة بنقل البضائع بالسكك الحديدية حيث أسندت الاتفاقية إلى محكمة التحكيم سلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بالنقل بالسكك الحديدية بين رعايا الدول المتعاقدة وغير المتعاقدة، كما أن المادة (90) من الشروط العامة للكومنولث عام 1968م تنص على أن جميع المنازعات المتعلقة ببيوع البضائع بين منظمات التجارة الخارجية والناشئة عن العقد يجب ضرورة حسمها عن طريق التحكيم⁽¹⁾.

التحكيم الاختياري ينبع من اتفاق الطرفين على حل نزاعهما بعيداً عن القضاء الوطني وتلعب إرادتهما دوراً مهماً في اختيار المحكمين وتحديد مكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق وكيفية تحديده.

كما أن التحكيم الاختياري قد يكون مقيداً إذا لزم الطرفان المحكم على تطبيق قواعد القانون الموضوعي ويسمى التحكيم بالقضاء كما قد يكون طليقاً إذا تركا الحرية للمحكم للفصل في النزاع وفقاً لما يرى. وهذا يسمى تحكيم بالصلح⁽²⁾.

وهو المقصود به التحكيم الذي يتم بناء على اتفاق طرفي النزاع وبمحض إرادتهما الحرة، فلهما اللجوء باختيارهما إلى تحكيم لفض النزاع القائم بينهما واختيار المحكمين والإجراءات والقواعد التي تطبق على التحكيم، وقد ينظم القانون مثل هذا التحكيم.

وهو جوهر التحكيم حيث أن التحكيم مصدره الاتفاق وهذا النوع من التحكيم الإجباري يعتبر منافياً للأصل والتحكيم لا يتولد إلا عن الإرادة الحرة ولا يتصور إجراؤه تسليطاً أو كرهاً والواقع أن التحكيم الإجباري لم يعد له مكانة تذكر خاصة بعد انهيار الأنظمة الاشتراكية فقد انهار مجلس المعونة الاقتصادية المتبادلة المعروف باسم الكوميكون سنة 1991م وبالتالي اتفاقية موسكو سنة 1972م بشأن التحكيم الإجباري بين المؤسسات الاقتصادية للدول الأعضاء في هذا المجلس⁽³⁾.

(1) خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 116.

(2) إبراهيم محمد أحمد دريج: التحكيم الداخلي والدولي، مرجع سابق، ص 20.

(3) أحمد مخلوف: اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م، ص 15.

الأصل في اللجوء إلى التحكيم حرية الإرادة إلا أن المشرع قد يوجب في بعض الأموال الالتجاء إلى حل النزاع عن طريق التحكيم بحيث لا يجوز مطلقاً الالتجاء إلى القضاء العادي وهذا هو التحكيم الإجباري وهذا التحكيم على نوعين أولهما يفرض المشرع التحكيم ويترك للخصوم حرية اختيار المحكم وتحديد إجراءات التحكيم، وثانيهما تدخل المشرع وفرض تنظيم إلزامي لإجراءات التحكيم فلا يكون لإرادة الخصوم أي دور في التحكيم، على أن التحكيم الإجباري قد يكون بطريقة أو المؤسسي وقد يكون مقيداً طليقاً كما في التحكيم الاختياري ومثال التحكيم الإجباري ما أوجبه المشرع الكويتي بشأن المنازعات التي تتم في سوق الكويت للأوراق المالية كذلك التحكيم بشأن المنازعات التي تنشأ بين الوزارات والمؤسسات الحكومية.

في مصر نص قانون الجمارك لسنة 1963م في المادة (57) على وجوب عرض المنازعات التي تنشأ بين الجمارك وصاحب البضاعة حول نوعها ومنشأها أو قيمتها للتحكيم تعين الجمارك أحدهما ويعين الآخر صاحب البضاعة أو من يمثله كما نصت المادة (52) من قانون سوق راس المال لسنة 1995م على أن يتم الفصل في المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون فيما بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية عن طريق التحكيم دون غيره⁽¹⁾.

وفي السودان نص قانون العمل لسنة 1997م في المادة (112) على حل النزاع الذي ينشأ بين العامل ورب العمل عن طريق التحكيم وحدد القانون المواد (113-123) كيفية تشكيل هيئة التحكيم وإجراءات نظر النزاع والقانون الواجب التطبيق والمصروفات ومكافآت أعضاء هيئة التحكيم، وأحدث مثال لذلك القضية رقم م ع/ب/ 2000 الهيئة النقابية للعاملين بالشركة السودانية للزيوت النباتية المحدودة ضد إدارة الشركة ويتلخص النزاع في رفض الشركة تطبيق الاتفاقية الجماعية لمعالجة شرائح الأجور بالقطاع الخاص لسنة 2000م حيث تقدمت الهيئة النقابية بطلب إحالة النزاع للتحكيم لإلزام الشركة بتطبيق الاتفاقية ودفع المصروفات التي تقدر 16.041.185 دينار أصدر بناء عليه السيد والي ولاية الخرطوم بالإنابة قراراً بتشكيل الهيئة من خمسة محكمين والتي أصدرت قرارها خلال شهر بإلزام إدارة الشركة بتطبيق الاتفاقية ودفع المتأخرات.⁽²⁾

(1) إبراهيم محمد أحمد دريج: التحكيم الداخلي والدولي، مرجع سابق، ص 21.

(2) إبراهيم محمد أحمد دريج: التحكيم الداخلي والدولي، مرجع سابق، ص 25.

أيضاً نص قانون تشجيع الاستثمار السوداني لسنة 1999م تعديل 2000/ 2001م في المادة (32)⁽¹⁾ على حل المنازعات في الاستثمار عن طريق التوفيق والتحكيم وذلك بالنص الآتي:

فيما عدا النزاعات التي تحكمها أحكام الاتفاقيات الواردة في البند (2) إذا نشأ أي نزاع قانوني متعلق بالاستثمار يعرض للتوفيق والتحكيم.

تسري أحكام الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1980م واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية لسنة 1984م.

واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965م والاتفاقيات العامة للتعاون الفني الاقتصادي والتجاري بين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي لسنة 1977م وأي اتفاقية أخرى في هذا الشأن يكون السودان طرفاً فيها وذلك على أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أي من تلك الاتفاقيات كذلك حظرت لائحة النائب العام للتحكيم بين أجهزة الدولة لسنة 1983م، جميع أطراف النزاع من اللجوء إلى المحكمة وهذا يعني تسوية النزاع بطريقة ودية أو عن طريق التحكيم أو يوافق النائب العام على اللجوء للمحكمة.

على أن التحكيم الإلزامي لا يقتصر في مجال التجارة الداخلية فحسب بل في مجال التجارة الخارجية أيضاً وذلك وفقاً لما تنص عليه المعاهدات الإقليمية أو الدولية أو الشروط العامة ونحو ذلك في اتفاقية المعونة الاقتصادية المتبادلة بين دول الكميكون الموقعة عام 1965م⁽²⁾.

يرى الباحث "أن الأصل في التحكيم أن يكون اختياريًا حسب التعريف الحديث للقانون وأن يكون إجبارياً فهذا استثناء لا يتوافق مع طبيعة التحكيم لأن التحكيم يكون بإرادة الطرفين دون فرضه عليهم إلا أن الحاجة للتحكيم الإلزامي هي محاولة من الأنظمة الحاكمة بإخراج بعض المسائل من دائرة القضاء وذلك لحماية مصالح محددة بالنسبة لها".

(1) المادة (32) من قانون تشجيع الاستثمار السوداني لسنة 1999م، تعديل 2001م.

(2) إبراهيم محمد أحمد إبراهيم، التحكيم الداخل والدولي، مرجع سابق، ص 25.

المطلب الثالث

التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي

التحكيم الدولي المقصود به التحكيم في مجال علاقات التجارة الدولية والمصالح الخارجية لأطراف النزاع والتي تكشف إرادتها المشتركة عن أن التحكيم ناشئ عن علاقة تجارية دولية أو مصالح خارجية أي خارج الدول التي ينتمون إليها.

الفرع الأول: التحكيم الدولي:

لقد وجد التحكيم الدولي مجاله المناسب خصوصاً مع تنامي العلاقات التجارية بين الدول وازدهار المشروعات الاستثمارية وتعدد الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار وضمان الاستثمار، ولكن ما هي المعايير التي يمكن الوقوف عندها في تحديد التحكيم الدولي كما في التحكيم الداخلي يجلس المحكمون وأطراف النزاع ومحاموهم حول طاولات في قاعة اجتماعات ليس فيها شكليات المحاكم القضائية. في التحكيم الداخلي المحكمون والأطراف كلهم أبناء البلد التي يجري فيه التحكيم والقانون المطبق هو قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم، أما في التحكيم الدولي فالنزاع بين شركة إيطالية وشركة مصرية مثلاً والقانون المطبق هو القانون الفرنسي، والتحكيم يجري في جنيف والمحامون هم إيطاليون ومصريون، وهناك ربما في الدعاوى الكبرى محام سويسري أو ربما محام فرنسي مكمل للمحامين المصريين، وربما يسمح بدخول محامين إضافيين آخرين غير المحامين الذين تعودهم كل طرف محامين دوليين تكون لهم علاقة بالقانون المطبق أو يكون من جنسية رئيس المحكمة التحكيمية وثقافته القانونية، هذا التنوع في الجنسيات يهون أمام التنوع في الأنظمة القانونية وأمام المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي ترعى هذا التحكيم الدولي. وهناك إمكانية لأن ترعى التحكيم الدولي خمسة أنظمة قانونية مختلفة على سبيل المثال وهي:

قانون يطبق على الشرط التحكيمي وعلى شرط الاعتراف به وتنفيذه أو أي اتفاقية دولية في مستوى القانون.

قانون يطبق على إجراءات التحكيم أو أي اتفاقية دولية هي في مستوى القانون أو أعلى منه أو اتفاق الطرفين على تطبيق إجراءات تحكيم مركز تحكيمي.⁽¹⁾
القانون المطبق لحسم النزاع أو اتفاق على المبادئ العامة للقانون.

(1) إبراهيم محمد أحمد إبراهيم: التحكيم الداخل والدولي، مرجع سابق، ص 27.

القانون الذي يطبق على تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية أو الأجنبية أو أي اتفاقية دولية هي في مستوى القانون أو أعلى منه. كذلك قانون العقد الذي يمكن أن يكون هو القانون الوطني أو قانون البلد الذي وقع فيه العقد بل قانون دول أو مزيج من المبادئ العامة للقانون وأعراف التجارة الدولية أو ما سمي قانون التجار.⁽¹⁾

لكن ما هي أهم المؤشرات الأجنبية التي يمكن الوقوف عندها واستخلاص ضوء يكشف طبيعة كل تحكيم، هل هو داخلي أو دولي، وهذه المؤشرات الأجنبية سبعة وهي كالآتي:

1. موضوع النزاع،
 2. جنسية ومحل إقامة الأطراف،
 3. جنسية المحكمين،
 4. القانون المطبق لحسم النزاع،
 5. قانون إجراءات المحاكمة المطبق،
 6. مكان التحكيم، اللغة، العملة.
 7. حركة انتقال الأموال عبر حدود الدول للخروج من اقتصاد البلد.
- هذه المؤشرات السبع (الأجنبية) تصلح أن تكون مع غيرها ضوء لبيان الحدود التي ينتهي عندها التحكيم الداخلي ويبدأ بعدها التحكيم الدولي، وهي مؤشرات تفك ارتباط التحكيم ببلد ما أو بالتجارة الداخلية لبلد ما أو الاقتصاد الداخلي لأي بلد، وإذا كان المؤشر مرتبطاً ببلد واحد أدى تكاثر هذه المؤشرات إلى تغيير في نوعية التحكيم ونقله من خانة التحكيم الداخلي إلى خانة التحكيم الدولي وقد ساد اعتماد مقاييس للتفريق بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي هما المقياس الجغرافي (مكان التحكيم) والمقياس الاقتصادي (موضوع النزاع)⁽²⁾.

لكن تكمن الصعوبة في تحديد معيار لدولية التحكيم أو التفرقة بين التحكيم الوطني والأجنبي حيث ثار خلاف في فقه قانون التحكيم في تحديد ضابط الدولية هل من حيث القانون الواجب التطبيق على إجراءات النزاع (قانون وطني أو أجنبي أو نصوص اتفاقية دولية) أم من حيث مكان صدور حكم التحكيم أم من حيث طبيعة النزاع أم العبرة

(1) إبراهيم محمد أحمد إبراهيم: التحكيم الداخل والدولي، مرجع سابق، ص 27.

(2) يوسف حسن يوسف: التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص 33-34.

يمكن المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع⁽¹⁾.

وعلى الرغم من الخلاف السائد في الفقه حول المسائل السابق الإشارة إليها إلا أن بعض التشريعات الوطنية الحديثة في بعض الدول قد تناولت هذا الضابط بصورة قاطعة لتحسم الجدل الدائر في هذا الشأن فقد تناول قانون التحكيم المصري لسنة 1994م ضابط الدولية من خلال نص المادة الثالثة⁽²⁾ بالآتي:

يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية:

إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عده مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتادة. إذا اتفق طرفي التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها. إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة. إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة:

(أ) مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه

(ب) مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

(ج) المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

من خلال ما تقدم يتضح أن القانون المصري تبنى اتجاهين في تحديد ضابط الدولية: أولهما: ارتباط صفة الدولية بالضوابط التشريعية وذلك فيما يتعلق بموضع النزاع وهو ذات الاتجاه الذي عليه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

وثانيهما: ارتباط صفة الدولية بموضوع النزاع.

كما ذهب على هذا النهج القانون الفرنسي الصادر في 1981م بشأن التحكيم بالنص

(1) محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 23.

(2) المادة (3) من قانون التحكيم المصري لسنة 1994م.

الآتي: (يعتبر دولياً التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية)⁽¹⁾. وهذا ما أخذ به قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني في المادة (809) أما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن اليونسترال فقد حدد كذلك عدة معايير لتحديد ضابط الدولية وذلك من خلال المادة الأولى الفقرة الثالثة بالآتي:

إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم - وقت إبرام ذلك الاتفاق - واقعاً في دولتين مختلفتين. إذا كان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين:

وكان التحكيم إذا كان محددًا في اتفاق التحكيم أو طبقاً له.

أي مكان ينفذ فيه جزء هاماً من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به، إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة.

إن المادة (7) من قانون التحكيم السوداني 2005م⁽²⁾ المعدل 2016م⁽³⁾ يتفق مع القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (اليونسترال) كان يجب على القانون السوداني أن يوسع من مجال الدولية حتى لا يجد نفسه في حالة من الحالات التي لم يضمنها في معنى التحكيم الدولي لذلك يجب أن يكمل بنود اتفاقية (اليونسترال) حتى يكون متفق معها في إطار التحكيم الدولي.

وفي إطار معيار دولية التحكيم فقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً هاماً في 7 مايو 1963م اتجهت فيه على التوسع في معنى الدولية حيث قررت بأن يشتمل النزاع على وجود عنصر خارجي في التحكيم أو في النزاع يكون على قدر من الأهمية بحيث يضيف على التحكيم الصفة الدولية، وعلى ذلك ذهبت محكمة الاستئناف باريس في الحكم الصادر في أبريل 1985م بالقول بأن الطابع الدولي يتحدد بصفة أساسية بالنظر إلى العملية الاقتصادية التي يرتبط بها سواء من ناحية حركة انتقال للبضائع أو الخدمات

(1) مصطفى محمد الجاك، عكاشة محمد عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط1، 1989م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص 99.

(2) المادة (4) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م.

(3) المادة (7) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016م، والتي تنص على: يكون التحكيم دولياً وفقاً لأحكام هذا القانون، أ/ المركز الرئيسي لأعمال أطراف التحكيم في دولتين مختلفتين. ب/ موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة.

أو تسوية عبر الحدود.

نخلص مما سبق إلى وجود تباين في وجهات النظر بشأن تحديد معياراً دقيقاً لضوابط دولية التحكيم على الرغم من وجود حد أدنى للاتفاق وذلك وفقاً للمعايير التي أوردها القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي وما ذهب إليها المشرع المصري في قانون التحكيم الجديد والقضاء الفرنسي وقانون التحكيم السوداني وهذه المعايير برأينا تصلح لاعتمادها كمخرج من الأزمة الناشئة في هذا الإطار، ومن ناحية أخرى فإنه وعلى الرغم من تجاهل أو إغفال معظم التشريعات الوطنية وضع تحديد بهذا الموضوع في ثنايا القوانين إلا وأنه من خلال الواقع العملي نجدها تأخذ المعايير سائلة الذكر لكن هذا الإغفال لا شك أنه قصور في هذه التشريعات⁽¹⁾.

يؤدي إلى عدم مواكبة تلك القوانين للتطورات الناشئة في مجال العلاقات التجارية الدولية وظهور أشكال جديدة من العقود التجارية الدولية بالإضافة إلى تطورات وسائل الاتصال وغيرها.

الفرع الثاني: التحكيم الداخلي

هو التحكيم الذي يتم طبقاً لأحكام القانون الوطني لأطراف النزاع داخل دولتهم فالقانون الوطني هو الذي ينص على كافة الإجراءات والقواعد التي تطبق على عملية التحكيم.

ويلاحظ أن قوانين بعض الدول العربية تتضمن نصوصاً تميز بين نوعي التحكيم الدولي والداخلي كما في قانون البحرين وعمان⁽²⁾، وقانون التحكيم السوداني لسنة 2005 المعدل 2016م.

ومن خلال الواقع العملي وما استقر عليه قضاء التحكيم لا نجد هناك صعوبة في تحديد معايير التحكيم الذي يعتبر وطنياً أو داخلياً وذلك إذا كانت جميع عناصر التحكيم تنتمي لدولة واحدة (طبيعة المنازعة، الإجراءات، القانون الواجب التطبيق).

(1) إبراهيم محمد أحمد دريج: التحكيم الداخلي والدولي، مرجع سابق، ص 26-28.

(2) يوسف حسن يوسف: التحكيم الدولي بين القانون الدولي و الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 38.

المبحث الرابع

التطور التاريخي للتحكيم

لما كان من غير المستطاع تناول تطور نظام التحكيم في كل تشريع وطني على حدا فقد رأينا تقسيم الأنظمة إلى مجموعات بحيث تتم دراسة تطور التحكيم في كل مجموعة على اعتبار أن هذه الأنظمة هي التي سادت وحكمت العالم في مختلف الحقب وأثرت تأثيراً سياسياً على القواعد التي تنظم العلاقات بين المجتمعات، حيث كان من الضروري أيضاً أن نتناول نماذج لبعض الدول داخل كل مجموعة ولا يعني الحصر- تطابق الأنظمة الوطنية داخل كل مجموعة فقد توجد اختلافات في بعض التفاصيل بين هذه الأنظمة، إلا أن الرابط بينهم هو الأصل الذي تتبع منه، والجواهر التي تشترك فيه وهكذا ينبغي التأكيد عليه.

التحكيم قديم قدم مجتمعات البشرية عرف في المراحل الأولى لتكوين الفكر القانوني عند الإنسان، وهو تطور طبيعي لنظام العدالة الفردية التي كانت تسود المجتمعات القديمة في غياب السلطة السياسية والتشريعية التي كانت تنظم أمور الدولة فقد كانت القبيلة تنتصر لنفسها في أي مظلمة وتأخذ حقها بيدها، إلى أن تطور الحال بإيجاد آلية تسوية المنازعات بالطرق الودية وذلك عن طريق وسائل منها التوفيق، التحكيم، والصلح، وغيرها، بعد ظهور الدولة الحديثة والتنظيم القضائي.

المطلب الأول

نشأة التحكيم

التحكيم وسيلة تقليدية من وسائل تسوية المنازعات الدولية، عرفت منذ القدم لجأ إليها الأفراد والجماعات ثم الدول لتصفية مراكز الخلاف بغية الوصول للاستقرار والهدوء وتحقيق سيادة القانون بدلاً من سيادة القوى وترجع أصول فكرة التحكيم إلى جماعات الشرق القديم،⁽¹⁾ حيث عرفته مصر الفرعونية وبابل وأشور والسومريين وهي من أكبر المجموعات الدولية في العصور القديمة، وكذلك عرفت مدن اليونان القديمة حيث كانت تلجأ إلى التحكيم لتسوية المنازعات الدينية والتجارية الخاصة بالحدود التي تثار بينها.⁽²⁾ وكذلك عرفته الإمبراطورية الرومانية والجدير بالذكر أن اللجوء إلى التحكيم من الوسائل المعروفة في الهند القديمة وقد عرفت القبائل العربية اللجوء إلى

(1) محمد سعيد الرقاق: التنظيم الدولي، دار الجامعة للنشر، ط1، الإسكندرية، 1990م، ص 94.

(2) محمد سعيد الرقاق: التنظيم الدولي، مرجع سابق، ص 94.

التحكيم في صورة مشابهة لما يحدث حالياً حيث كان يختار للقيام بدور المحكم في الخلافات التي تثور إلى رئيس قبيلة محايد أو هيئة مشتركة يختارها الطرفان المتنازعان ونتيجة لانتشار التحكيم في بقاع المعمورة تعددت أساليبه وأشكاله وتطورت أنواعه مع ذلك نجد أن مفهوم التحكيم ومضمونه ظل واحداً وإن تعددت تفريعاته على ضوء ما سبق.

كان للتحكيم في تلك المجتمعات أشكال وصور عديدة، منها الاحتكام إلى المعتقدات الأسطورية كالمصادفة البحتة، حيث تميزت بعض المجتمعات بالاحتكام للمصادفة بحيث يعرض كل من المتخاصمين طعاماً معيناً في مكان يمتاز بكثرة الغربان، ويعتبر خاسراً دعواه من تأكل الغربان طعامه هذا وتشير بعض صور التحكيم إلى القوة بعد تهذيبها في صورة مبارزة.⁽¹⁾

إذاً يعتبر التحكيم تطوراً طبيعياً لنظام العدالة الفردية التي كانت تسود المجتمعات القديمة وتحكمها في غياب سلطة الدولة وقد كان تطوره المستمر نتيجة لتطور المجتمعات ذاتها شأنه شأن سائر القواعد والأنظمة القانونية الأخرى، حيث كانت بداية ظهوره في المسائل الجنائية، إذ بدأ اختيارياً ومعتمداً على القوة، وبالإمكان رفضه خاصة إذا كانت الجماعة واثقة من قوتها وإحلال الثأر مكانه. ولكن سرعان ما ارتقت وتطورت وتبعاً لهذا التطور أصبح التحكيم وسيلة مهمة لتسوية المنازعات لاسيما التجارية والمدنية واستطاع أن يحتل مرتبة متقدمة في فترات متتالية.

لقد عرفته دول الشرق (بابل وأشور) وتجسد في العلاقات المتبادلة بينهما فضلاً عن انتشاره في المدن اليونانية القديمة، حيث كان الوسيلة الوحيدة في تسوية المنازعات التي تنشأ سواء أكانت تجارية أو دينية أو حدودية، أيضاً كان لروما تاريخ عريق في ذلك فقد عرفه الرومان واحكتموا إليه لاسيما في المسائل المدنية، حيث كان الأمر متروكاً للتحكيم الخاص هذا ولم تكن الجماعات العربية بعيدة عن هذا النظام، فقد تعارفت عليه القبائل العربية قبل ظهور الإسلام، حيث كان لشيخ القبيلة دوراً فعالاً في التحكيم بشأن المنازعات التي تحدث داخل القبيلة أو تلك التي تحدث بين القبائل بعضها البعض وقد تأكد نظام التحكيم بالنصوص القرآنية بعد ظهور الإسلام تأكيداً لأهميته في

(1) معاذ علي فضل المولى: العلاقة بين التحكيم والقضاء الدوليين ودور كل منهما في تسوية المنازعات الدولية بالتركيز على قضيتي دارفور وأبيي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، 2013م،

تحقيق السلام والأمن والعدل. والتحكيم قديم قدم المجتمعات البشرية.⁽¹⁾

الفرع الأول: التحكيم عند الرومان

وعرف التحكيم عند الرومانيين في العقود الرضائية، حيث كانوا يتفقون على اختيار شخص ليفصل في النزاع وتكتملة شروط العقد والإشراف على تنفيذه، وفي القرون الوسطى وجد التحكيم المناخ الصالح للتطور في كنف المبادئ التي نادى بها فقهاء الكنيسة لاسيما مبدأ قدسية العقد الذي يجعل الإرادة مصدر القوة الملزمة في العقد وحسن النية قاعدة تنفيذه وتفسيره غير أن الرومان قصرُوا التحكيم في مجال القانون الخاص لأنهم أنكروا فكرة المساواة بين الدول بالإضافة لاحتقارهم للعمل التجاري في بادئ الأمر.

الفرع الثاني: التحكيم عند الإغريق (اليونان)

أما الإغريق «اليونان» فقد عرفوا التحكيم بسبب المنازعات التي كانت تنشأ من حين لآخر بين الدويلات اليونانية بشأن العلاقات المدنية والتجارية المحلية والحدود، وقد كان الهدف الأساسي من التحكيم تخفيف العبء على المحاكم الشعبية التي أنشأت محاكم استئناف ضد قرار المحكمين، كما عرف اليونانيون أيضاً معاهدات التحكيم الخاصة وتطور الأمر على ما نحن عليه في العصر الحديث.

عرف التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية وكان على كل مواطن من مواطني أثينا أن يسجل اسمه في قوائم المحكمين للقيام بدوره في فض المنازعات وذلك نظراً لتضخم المحاكم الشعبية بالأقضية والمنازعات فإذا أخفق المحكم في فض المنازعة أصدر قراراً مشفوعاً بقسم مما يكون معه قابلاً للاستئناف أمام المحاكم الشعبية والتي بدورها تحيله إلى هيئة المحكمين. وفي مجال العلاقات الخارجية عرف الإغريق أيضاً نظام التحاكم فقد انشأ الإغريق مجلساً دائماً للتحكيم تكون مهمته الفصل بين المدن اليونانية في المنازعات المدنية والتجارية والمنازعات المتعلقة بالحدود⁽²⁾.

الفرع الثالث: التحكيم عند الآشوريين والبابليين والسومريين

ومثلما عرف التحكيم في الدول الأوروبية قديماً فقد عرف في الدول الشرقية أيضاً عند الآشوريين والبابليين والسومريين، حيث كان الفصل في الخصومات يتم عن طريق التحكيم وبواسطة الكهنة وتحكيم الآلهة، وعثر في القرن العشرين الميلادي على لوح

(1) عبد الحميد الأحديب: التحكيم (أحكامه ومصادره)، (د. ط)، ج1، مؤسسة نوفل، بيروت، لبنان، ص 34.

(2) إبراهيم القباني: اللجوء إلى التحكيم الدولي، ط2، دار الفكر العربي، بيروت، 1973م، ص 12.

حجري كُتب عليه باللغة السومرية نصوص معاهدة صلح أُبرمت في القرن الحادي والثلاثين قبل الميلاد بين الطورين الأول والثاني بين دولتي «لجش» ومدينة «روما» بشأن الحدود والإرواء، حيث نصت المعاهدة على احترام الحدود بين المدينتين وعلى شرط التحكيم لفض أي نزاع قد ينشأ في المستقبل بشأن الحدود وقد كان المحكم ملكاً محايداً من ملوك "كيش".⁽¹⁾

الفرع الرابع: التحكيم عند العرب قبل الإسلام

أما التحكيم عند العرب قبل الإسلام فقد كان للنظام القبلي دوراً هاماً في المجتمع بعاداته وتقاليده وكان للقبائل حكامها الذين عرفوا برجاحة العقل وسعة الإدراك والعدل والابتعاد عن الدنيا والصدق في إعطاء الأحكام هؤلاء الحكام كانوا يوسد إليهم دور فض المنازعات عن طريق التحكيم في المسائل التي تتعلق بالتجارة والحدود وسائر العلاقات وقد كانت أحكامهم محل تقدير واحترام يفرضه الشرف والأنفة وعلو الهمة، بالإضافة إلى ذلك فقد كان سائداً الاحتكام إلى الكهنة والعراف والفقهاء والمفتون نسبة لمكانتهم في المجتمع، كل هذا يرجع لغياب الدولة والسلطة التشريعية التي تضع القوانين للمجتمع.⁽²⁾

قامت مجتمعات العرب قبل الإسلام على أساس القبلية والعشيرة فلم تعرف مجتمعات الصحراء سلطة تنظم شؤونهم، لذلك استقر مبدأ الانتقام الشخصي وأخذ الثأر وأصبح هو المسيطر على تسوية المنازعات التي تحدث بين القبائل والأفراد، وقد كانت القوة هي السائدة في تلك الحقبة، بحيث يتم حسم النزاع عبر عراك بين الخصمين المتنازعين على مرأى من الناس ويختلف طبيعة هذا العراك بنتائجه، فقد يكون مبارزة بأسلحة تؤدي إلى الموت أو قد يكون نوعاً من الملاكمة يبطل ادعاء من يغلب فيها.⁽³⁾

وقد كانت السلطة القضائية الوحيدة آنذاك هي سلطة القبيلة ممثلة في شيخها الذي يتمتع بصلاحيات واسعة في تنظيم حياة القبيلة بما يراه مناسباً⁽⁴⁾. وباعتباره أنبل أفرادها وأشرفهم نسباً توكل إليه مهمة التحكيم، هذا واستثناءً يمكن أن توكل هذه المهمة لأفراد

(1) إبراهيم القباني: اللجوء إلى التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص 13.

(2) إبراهيم محمد احمد دريج: التحكيم الداخلي والدولي، مرجع سابق، ص 11.

(3) ول ديورانت: قصة الحضارة، الجزء الأول، الباب الثالث، الفصل الثالث، ترجمة: زكي بخت وآخرون، لجنة التأليف والترجمة، جامعة الدول العربي، بيروت، دار رشد، ص 116.

(4) صبحي المحمصاني: الأوضاع التشريعية في البلاد العربية ماضيها وحاضرها، ط2، ج2، دار العلم للملايين، بيروت، (د.ت)، ص 32.

آخرين غير الشيخ ممن يتصفون بأصالة الرأي وسعة المدارك، ورجاحة العقل، ويقظة الضمير، وتحاكت قريش وخزاعة إلى يعرب بن عوف في ولاية البيت. هذا وقد كان التحكيم عند العرب اختيارياً إذ لم تكن هناك سلطة عامة تلزم به الناس، ولم يقتصر اختصاص المحكم على الفصل في منازعات دون أخرى، بل كانت تشمل كافة المنازعات⁽¹⁾.

وقد كانت هناك شروط يجب توافرها فيمن يتقلد منصب المحكم تتمثل في:

1. أن يكون ملماً بعبادات القبيلة وتقاليدها.

2. أن يكون فطناً ذكياً سريع الفهم والبديهة ذا قدرة على الاستنباط.

3. أن يكون معروفاً بالعدل والإنصاف والنزاهة والصدق والأمانة.

تميزت إجراءات التحكيم عند العرب بالبساطة وكانت القاعدة المعمول بها في الإثبات وفقاً لما ذهب إليه أحد المحكمين أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، وهكذا جرى حلف اليمين مرات عديدة في مواجهة تمثال هبل.

لم يتمتع قرار التحكيم بالصفة الإلزامية ولم تكن له القوة التنفيذية بل كان يعتمد بشكل أساسي على سلطة المحكم المعنوية، ولهذا السبب فإن بعض المحكمين كانوا يفرضون على أطراف النزاع التزامات محددة مستهدفين بذلك التأكد من ضمان تنفيذ أحكامهم، ثم تطورت تدريجياً وصولاً إلى تأسيس المحاكم وهي أقرب ما تكون إلى مجالس التحكيم، بحيث كان الرؤساء أو الشيوخ أو الكهنة يجلسون مجلس القضاء للفصل فيما ينشأ بين الناس من خلافات وغالباً ما يكون غاية هذه المحاكم إيجاد التسويات الرضائية بين أطراف النزاع.

هذه المحاكم تفقد إلزامية تنفيذ أحكام التحكيم ولكن عندما يكون المحكم ذا نفوذ في القبيلة فإن أحكامه تكون قابلة للتنفيذ أكثر من غيره وأيضاً يكون التنفيذ بالقوة لمن حكم له التحكيم.

(1) حسن مصطفى فتحي: التحكيم وفق للشريعة الإسلامية، منشورة بمجلة التحكيم العربي، العدد الأول، مايو

1999م، ص 95.

المطلب الثاني

التحكيم في الإسلام

لقد اقر الإسلام مشروعية التحكيم حيث ورد ذكره في القرآن الكريم عدة مرات منها قوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾⁽¹⁾، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾⁽²⁾.

وبعد ذلك أيضاً موقف الرسول ﷺ على أداء مهمة المحكم في النزاع بين شيوخ قريش على من يكون له شرف حمل الحجر الأسود لوضعه في مكانه بالكعبة المشرفة وكذلك موافقته على قرار التحكيم الذي أصدره المحكم على ما روى عن ابن شريح أنه قال: قال: يا رسول الله إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني، فحكمت بينهم، فرضي على الفريقين، فقال رسول الله ﷺ: ما أحسن هذا" كما أن الرسول ﷺ قد نصح إحدى القبائل أن تحل نزاعها بواسطة التحكيم وغير ذلك كثير على ما ورد في كتب السيرة.⁽³⁾ وما يدل على ذلك أيضاً إجماع الصحابة على صحة التحكيم لفض النزاعات، عندما حدث نزاع بين سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه ورجل يدعى أبي كعب حيث اتفقا على تحكيم زيد بن ثابت للفصل في النزاع وعندما ذهب الخليفة مع خصمه على زيد دهش وسأل الخليفة عن سبب عدم استدعائه إليه بدلاً من حضوره شخصياً، فأجاب الخليفة عندما نأتي إلى بيت الحكم لنطلب إليه الفصل في النزاع ثم دخل الخليفة وخصمه إلى زيد بن ثابت فأعطاه وسادة ليرتاح عليها فرفض الخليفة ذلك قائلاً: هذا أول تصرف يفتقر إلى الإنصاف.

ويتضح مما سبق أن الخليفة والرجل اتفقا على حل النزاع عن طريق التحكيم واختارا محكماً وذهبا إليه في بيته وجلسا أمامه على قدم المساواة وعرضا عليه النزاع وفصل فيه ورضيا بحكمه⁽⁴⁾.

(1) سورة النساء، الآية 65.

(2) سورة النساء، الآية 35.

(3) حسن مصطفى فتحي: التحكيم وفق للشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 96.

(4) إبراهيم محمد أحمد دريج: التحكيم الداخلي والدولي، مرجع سابق، ص 12.

وفي عهد الخلفاء الراشدين جرى أول تطبيق للتحكيم فكان في حالة النزاع على السلطة وذلك عندما حصل نزاع حول الخلافة بين علي بن أبي طالب ومعاوية بن أبي سفيان ونشبت على أثر ذلك حرب أهلية بين المسلمين وطلب جيش معاوية الاحتكام إلى القرآن وعين كل منهما حكماً من جانبه⁽¹⁾.

ويرى الباحث "أن التحكيم في الإسلام جاء بمعنى القضاء في بعض الآيات وجاء في الأخرى بمعنى التحكيم مما يدل على أن القضاء والتحكيم هما أصلان موجودان في الشريعة الإسلامية وذلك على حسب كل قضية وما يناسبها من الجهة الموجهة إليها". جاء التحكيم في قضايا الأحوال الشخصية كالشجار بين الزوجين فإنه يصلح له تحكيم أما بعض المسائل الجنائية فإنه لا يجوز فيها التحكيم وهي تلك التي تتعلق بالنظام العام للمجتمع.

بإجماع الفقهاء لا يجوز التحكيم في كل ما هو حق لله تعالى (كالحدود واللعان) نخلص إلى أن التحكيم جاء في مصادر الشريعة الإسلامية. التحكيم عند الأحناف

هو فرع من فروع القضاء أحط رتبة منه وهو تولية الخصمين أي الطرفين المتخاصمين غيرهما للفصل في نزاعهما⁽²⁾.

عند المالكية: يرون أنه رضا الخصمين المتنازعين بتحكيم رجل للحكم بينهما. عند الشافعية: هو أن يتحاكم رجلان أو خصمان إلي رجل من الرعية ليقضي بينهما، أو يكون حاكماً ليحكم بينهما في بلد فيه قاضٍ أو ليس فيه قاضٍ. عند الحنابلة: هو أن يتحاكم رجلان على رجل، حكماً بينهما ورضياه وكان يصلح للقضاء.

عند الشيعة الأمامية: بأنه أن يتحاكم رجلان إلي من يصلح للقضاء ليحكم بينهما عند المتأخرين:

بروفيسور الزحيلي: أن يحكم المتخاصمان شخص آخر لفض النزاع القائم بينهما⁽³⁾.

(1) حسين مصطفى فتحي: مجلة التحكيم العربي، مجلة متخصصة تصدرها الأمانة العامة لمركز التحكيم العربي، بحث بعنوان: التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية، 2012م، ص 99.

(2) هيثم مصطفى سليمان: التحكيم الدولي والوطني في الفقه الإسلامي المقارن، ط1، شركة الجزيرة للطباعة والنشر المحدودة، 2010م، ص 19.

(3) وهبة مصطفى الزحيلي: الفقه الإسلامي، ط4، ج8، دار الفكر، دمشق، 2011م، ص 625.

كما عرفه دكتور محيي الدين إسماعيل: يحصل التحكيم في الشريعة الإسلامية بالتراضي بين الطرفين ويجوز في دعاوى المال والديون والبيوع والنفقة والشفعة ثم يجب أيضاً بعد رضا الطرفين⁽¹⁾. أن يتخذ طرفا الخصومة ويتوافق بينهما طرفاً ثالثاً ليفصل فيما تنازعا فيه⁽²⁾.

يرى الباحث "أن التحكيم في الشريعة الإسلامية أقرب ما يكون للصلح بين المتخاصمين لما فيه من عدم وجود مرجح للطرفين الذين يمثلان المتخاصمين ليلتزم الطرف الآخر بإنفاذ ما حكم به، أو وسائل تجبر المتخاصمان لتنفيذه".

الفرع الأول: ملامح التحكيم في الإسلام

عرفت الشريعة الإسلامية نظام التحكيم كبديل عن القتال والقوة الغاشمة لتسوية المنازعات بخلاف طريق القضاء، وقد تعددت تعريفات المذاهب الفقهية لمعنى التحكيم وكلها كانت تدور حول أن التحكيم هو عرض النزاع الذي قد ينشب بين طرفين أو أكثر على طرف محايد، ليست له علاقة بالنزاع ولم يكن طرفاً فيه، وذلك ليحكم فيه طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية⁽³⁾.

وقد شرع الإسلام التحكيم بنزول الآيات المحكمات التي نصت عليه وأوجبه بقوله تعالى: ﴿وَأِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁽⁴⁾.

وقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَلَا وَمِرْيَاكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾⁽⁵⁾.

ويطلق على الطرف الذي يحال إليه النزاع اصطلاح الحكم أو المحكم وهو شخص عادل يتمتع بمواصفات ومؤهلات القاضي ويكون مشهوداً له بالنقوى والورع والعلم

(1) محيي الدين إسماعيل علم الدين: فقه التحكيم التجاري والدولي، ط2، ج4، النسر الذهبي للطباعة، مصر، 2002م، ص 270.

(2) رحمة الحسن حسين شريف: القاضي بالمحكمة العليا، التحكيم بين الشريعة والقانون المقارن، دراسة تطبيقية، 1994م، ص 89.

(3) إسماعيل الأسطل: التحكيم في الشريعة الإسلامية، ط1، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 1998م، ص 29.

(4) سورة النساء، الآية 35.

(5) سورة النساء الآية 65.

بأحكام الشريعة ويحظى بثقة أطراف النزاع.

وقد أجمعت المذاهب الفقهية الإسلامية على ضرورة توافر شروط ومؤهلات معينة في المحكم الذي يتولى الفصل في منازعات الأفراد، فيجب أن يكون رجلاً قد بلغ سن الرشد وأن يكون مسلماً ويتمتع بالقدرة على حل المشاكل والخلافات وأن يكون حراً ويتصف بالعدالة، ويجب ألا يكون أعمى أو أخرس أو أصم.⁽¹⁾

ويشترط المذهب المالكي أن تتوافر صفة الحياد في المحكم كما يشترط عدم تعدي آثار الحكم الصادر في النزاع إلى أي طرف آخر.

ويقرر فقهاء المذهب الحنبلي ضرورة أن تجوز أحكام التحكيم ذات الحجية التي تتمتع بها أحكام القضاء وأن تكون قابلة للتنفيذ الجبري.

ويذهب فقهاء المذهب الشافعي على أن اللجوء إلى التحكيم يجب أن يكون في حالة عدم وجود محاكم لنظر النزاع ويجب عدم التوسع في اللجوء إليه ذلك أن المحكم قد يكون أقل كفاءة وأقل إماماً بأحكام الشريعة الإسلامية ومن ثم فإن التحكيم يكون مناسباً للمنازعات المالية دون غيرها.

ويجب أن يتم تعيين المحكم برضا واتفق أطراف النزاع، أما فيما يتعلق بموافقة المحكم على هذا التصنيف فإن معظم المذاهب الفقهية تشترط موافقته شخصياً وقبوله لممارسة مهمة التحكيم بين الأطراف.

لم يرد في كتب الفقهاء ما يشير إلى مقدار الأتعاب التي يتقاضها المحكم نظير قيامه بمهمة الفصل في النزاع وقد اشترط المذهب الشافعي بعدم المغالاة في قيمة هذه الأتعاب وأنها تجب على طرفي النزاع بالتساوي بينهما.

تنتهي مهمة المحكم بانتهاء المدة المحددة للتحكيم أو فقده أحد الشروط الواجب توافرها في المحكم أو بإصدار حكم التحكيم أو يتراجع الأطراف عن موافقتهم على تعيين المحكم أو لموته أو مرضه مرضاً شديداً يعوقه على أداء مهمته في الفصل في النزاع.⁽²⁾

(1) إسماعيل الاسطل: التحكيم في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 30.

(2) إسماعيل الاسطل: التحكيم في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 32.

الفرع الثاني: التحكيم في نصوص القرآن الكريم

عند الحديث عن أدلة مشروعية التحكيم في القرآن الكريم فإن من الطبيعي أن يتم تتبع أي لفظ يشير على الحكم أو التحكيم، وقد وجدت أن من الضروري ابتداء التطرق على الآيات التي ورد فيها لفظ التحكيم دون أن يكون المقصود بها التحكيم بالمعنى الاصطلاحي ثم التطرق للآيات التي دلت على التحكيم أو دلت على أنواع معينة في التحكيم بمعناها الاصطلاحي والتي تشير إلى مشروعيته من حيث الأصل.

أولاً: آيات ورد فيها التحكيم بلفظه وقصد به القضاء والتشريع في مستجدات الأمر

قال تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾⁽¹⁾.

هذه الآية وأن ورد فيها لفظ التحكيم أي تحكيم الرسول فذلك لكونه ﷺ قاضياً ذلك أن السلطة القضائية كانت بيده ﷺ ثم أن هذه الآية تعني أن الشريعة الإسلامية هي المطبقة في الحكم، ولا شيء غير ذلك، فإذا كان الأمر محل الحكم من الأمور التي لم يسبق أن فصل بمثلها ولم ينزل بها نص قرآني كنا أمام قضاء وتشريع، ذلك أن الرسول ﷺ عندما يقضي فيما استجد من أمور فهو عليه الصلاة والسلام لا يمارس مهمة القضاء فقط وإنما مهمة التشريع أيضاً فهو الذي لا ينطق عن الهوى في وقوله وفعله فالقضاء يعتبر سنة والسنة هي المصدر الثاني للتشريع في الشريعة الإسلامية وعلى ذلك فهذه الآية من سورة النساء إنما تدل على أن القضاء منوط بصاحب الاختصاص في صدر الدولة الإسلامية. وهو الرسول ﷺ وأن ما ينطبق على أي نزاع لا بد أن يكون بالذات ودون غيرها أحكام الشريعة الإسلامية متمثلة في نصوص القرآن والسنة النبوية في ذلك الوقت، وأما إقراره ﷺ لتحكيم غيره فيما ليس فيه نص حاضر من القرآن والسنة ليطبقه المحكم.

يرى الباحث "أنه إقرار من الرسول ﷺ للتحكيم المطلق وفق التعبير المعاصر أي التحكيم وفق قواعد العدل والإنصاف وهي قواعد متجذرة لدى قبائل العرب قبل الإسلام تجذرت أكثر فأكثر بعد الإسلام".

يقول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ

(1) سورة النساء الآية 65.

وَأَلْبَسِي عِظْمَكُمْ لِعَالِكُمْ تَذَكُّرُونَ ﴿١﴾.

وما يؤكد وجهة النظر السابقة أنه من الناحية الفعلية فإن الرسول ﷺ كان يتسم السلطتين التنفيذية والقضائية معاً وأما التشريع فكان وحياً من الله من خلال قرآن ينزل عليه، أو فيما يقول ﷺ أو يقرره فإذا كان واقع الأمر كذلك اتضحت الصورة بالنسبة لهذه الآية.

ثانياً: الآية التي لها علاقة بالتحكيم

وردت آية التحكيم في الشقاق بين الزوجين في سورة النسا وهي تشير إلى أمرين:

الأمر الأول: أنها تشير إلى مشروعية التحكيم من حيث المبدأ. (2)

والأمر الثاني: أنها تشير إلى تحكيم واجب في بعض الأمور.

يقول تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْتِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ (3).

رغم تعدد الآراء حول هذه الآية فيما يخص طبيعة التحكيم، وصفة الحكيمين وسلطتهما في التفريق بين الزوجين إلا أن ظاهر النص أنه تحكيم إجباري بصيغة الأمر في لفظة فابعثوا وهو تحكيم غايته الصلح ابتداءً على أن من الجدير ذكره أنه ليس للمحكمين في حال عدم التوفيق أن يحكما في التفريق إلا برضا الزوجين عند الحنفية والشافعية.

إذاً هذه الآية تشير إلى أنها أنزلت للتحكيم في موضوع معين بذاته ورد النص على وجوب التحكيم فيه، فهي تشير إلى تحكيم إجباري سوى عرض الأمر على القضاء أم لم يعرض فمن الممكن تعيين المحكمين من ولي الأمر، وكذلك من القاضي المأل عليه النزاع، وهو تحكيم غايته الصلح وهذا لا يعني أنه قد لا يسفر عن تفريق بين الزوجين انتهاءً أن لم يتوصلا إلى صلح، وبالتالي فإن الحكم الصادر من القاضي بالتفريق ما هو إلا في جانب كاشف لما استقر عليه المحكمون فإن عدل القاضي فيما اتخذه من قرار بالتفريق بعوض وفرق بدون عوض أو بشراء من العوض مثلاً فإن ذلك يؤكد الطبيعة

(1) سورة النحل، الآية 90.

(2) إسماعيل أبو بكر البامرتي: أحكام الأسرة، الزواج والطلاق، بين الحنفية والشافعية، ط1، المملكة الأردنية

الهاشمية، 1429هـ - 2009م، ص 231

(3) سورة النساء، الآية 35.

القضائية لمهمة المحكمين⁽¹⁾.

يرى الباحث "أن التحكيم في الإسلام جاء بمعنى القضاء في بعض الآيات وجاء في الأخرى بمعنى التحكيم مما يدل على أن القضاء والتحكيم هما أصلان موجودان في الشريعة الإسلامية وذلك على حسب كل قضية وما يناسبها من الجهة المنسوبة إليها".

المطلب الثالث

التحكيم في العصور الوسطى والعصر الحديث

الفرع الأول: التحكيم في العصور الوسطى

تطور التحكيم خلال هذه العصور في البلاد الأوربية حتى أصبح نظاماً لفض المنازعات الدولية، وساعد على هذا التطور نفوذ البابا وبعض الملوك، فكانت الدول المسيحية تحتكم في منازعاتها خلال تلك العصور على البابا والإمبراطور وكان قرار التحكيم الصادر من أحدهما يتخذ في الغالب صفة حكم قضائي صادر من أعلى سلطة روحية أو زمنية، وإلى جانب هذا القضاء الصادر عن تلك السلطة العليا كان يعين للتحكيم في تلك العصور أحد كبار رجال الثالوث أو إحدى كليات الحقوق المشهورة كما كان يتبع في اختيار المحكمين مبدأ (تحكيم الأقران) وبمقتضى هذا المبدأ يختار الأمراء المتنازعون محكماً من بين الأمراء الآخرين وتحكّم المدن المتنازعة على مدن أخرى وهكذا.

وفي أواخر القرون الوسطى أبرمت اتفاقات تحكيم بين الأمراء تناول بعضها فض المنازعات التي تنشأ في المستقبل كما نصت على الإجراءات الدائمة للتحكيم وفي خضم العصور الوسطى اشتهر الاتحاد السويسري خاصة في تطوير أساليب التحكيم، وكان يقوم على شبكة واسعة من معاهدات الاتحاد والتحكيم المعقودة بين المقاطعات التي يتكون منها الاتحاد⁽²⁾.

الفرع الثاني: تطور التحكيم في العصر الحديث

بعد إنشاء الدولة الحديثة وتنظيمها لكافة مناحي الحياة منها الاجتماعية والاقتصادية والقانونية فقد قامت بإلغاء ما يعرف بنظام القضاء الخاص (التحكيم) الذي كان يسود المجتمعات وآلت على نفسها تحمل إقامة العدل والإنصاف بين أفراد المجتمع عن

(1) نضال جبر البلوي: التحكيم في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الرياض، 1433هـ-2013م، ص 47-48.

(2) قحطان عبد الرحمن الدوري: عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط1، دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمّان، الأردن، سنة 1422هـ-2002م، ص 43.

طريق نظام يطلق عليه (السلطة القضائية) التي أصبحت إحدى السلطات الرئيسية في الدولة الحديثة وعلى الرغم من إنشاء هذا الجهاز القضائي إلا أن الدولة لم تحجر على أطراف التعامل من الخروج عنه واختيار طريق آخر للفصل في النزاع الناشئ بينهم أو الذي قد ينشأ مستقبلاً، يتضح ذلك جلياً في قيام الدول بتقنين التحكيم وتنظيمه بصورة دقيقة بجانب القضاء في أواخر القرن الماضي وأن بعض الحكومات توسع دائرة التحكيم وتجعله إلزامياً في بعض المنازعات الدولية بعد أن بحث ذلك في مؤتمر لاهاي 1899-1907م إلا أن المؤتمرين فشلوا في تحديد المنازعات التي يجب أن تخضع للتحكيم الإلزامي لكنهم نجحوا في تدوين إجراءات التحكيم في إنشاء محكمة التحكيم الدائمة وأخذت عصبة الأمم في بذل الجهود منذ أواخر القرن الماضي لتطوير التحكيم فوضعت بروتوكول جنيف الذي أقرته الجمعية العامة للعصبة في 2 أكتوبر 1924م لكنه لم يصبح نافذ المفعول لعدم مصادقة العدد اللازم من الدول عليه، ثم وضعت ميثاق التحكيم العام الذي وافقت عليه الجمعية العامة بالإجماع في 26 سبتمبر 1928م لتكون نموذجاً تسيّر عليه الدول للتسوية السلمية للمنازعات الدولية، وفي عام 1958م أسفر مؤتمر دبلوماسي للتحكيم دعت إليه عصبة الأمم المتحدة وذلك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وهذا حل محل البروتوكولين السابقين.

وفي إطار المجلس الأوروبي أمكن التوصل إلى إبرام اتفاقية أوروبية بشأن تشريع موحد في مسائل التحكيم في 20 يناير 1966م، وفي إطار الجامعة العربية أبرمت اتفاقية تنفيذ الأحكام وأقرها مجلس الجامعة في 14 سبتمبر 1952م⁽¹⁾.

الفرع الثالث: تطور التحكيم التجاري الدولي

ولأهمية التحكيم التجاري في تسوية المنازعات التجارية الدولية فقد تم عقد عدة اتفاقيات ومعاهدات دولية وإقليمية ساعدت في إيجاد تطوير قواعد خاصة بالتحكيم التجاري الدولي، حيث بذلت لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة اليونسترال جهوداً كبيرة لتوحيد القواعد التي تنظم التجارة الدولية وذلك بوضع قواعد موحدة للتحكيم غير المنظم اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 15 ديسمبر 1976م وتطور الأمر إلى وضع القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي عام 1985م وفي عام 1996م أنشئت آلية بحث على شبكة الإنترنت الخاصة باليونسترال لتمكين

(1) محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط3 القاهرة، 2004م، ص 103.

مستخدمي مجموعة السوابق القضائية المستندة إلى قواعد اليونسترال بهدف تشجيع التطبيق الموحد لنصوص القوانين بالإضافة إلى زيادة الاهتمام بتدريب قضاة التحكيم والمحامين ومسؤولين من الدول على مسائل التحكيم التجاري الدولي، هذا بالإضافة إلى اعتماد التحكيم في جهاز تسوية المنازعات التابع لمنظمة التجارة العالمية واعتماد التحكيم أيضاً في مشروع قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادرة في عام 1996م كذلك اعتماد التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في جهاز المنظمة العالمية للملكية الفكرية وكذلك في عقود الإنشاءات الهندسية المعروفة اختصاراً بـ (الفيدك) وهناك عدة قواعد واتفاقيات إقليمية ودولية خاصة بالتحكيم التجاري الدولي لا يسع المجال لذكرها هنا.

مؤخراً زاد الإقبال على التحكيم خاصة في المجال التجاري نظراً لظهور علاقات ومعاملات جديدة في مجال التجارة الدولية تخرج عن نطاق عقود التجارة الخارجية المعتادة وتتمثل هذه العلاقات في التعاون التكنولوجي في بناء وتشديد المشاريع في المؤسسات الإنتاجية الكبرى، وإقامة الصناعات التكميلية ومصانع تسليم المفتاح، في نقل التكنولوجيا، وعقود التمويل، وعقود البوت⁽¹⁾ وهذه المعاملات جميعها تتميز بأنها ذات طابع دقيق وفني يحتاج إلى متخصصين في مرحلة التعاقد وفي مرحلة التنفيذ وكذلك في حالة نشوب النزاع الأمر الذي أدى إلى أهمية التحكيم والاتفاق الدولي حوله على أنه القضاء الأنسب لحل منازعات التجارة الدولية للمزايا التي يتمتع بها قضاء التحكيم على القضاء العادي.

هذا الاهتمام الدولي المشهود بالتحكيم أدى إلى قيام عدة هيئات ومراكز مهنية متخصصة في مجال التحكيم كما أدى ذلك إلى لجوء الدول لتقنينه في تشريعاتها الداخلية، والاهتمام به والعمل على تطوير الهيئات من أهم هذه:

أولاً: محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس

غرفة التجارة الدولية بباريس تأسست عام 1920م بجهود فردية من رجال المال الفرنسيين وعرفت في كل أنحاء العالم ويعتمد عليها في كل الشؤون التجارية الدولية على الرغم من أنها منظمة غير حكومية ولا هيئة دولية عامة، ومن أهداف هذه الغرفة أنها تعتبر الممثل الوحيد الذي ينطق مفوضاً وبالنيابة عن مؤسسات من جميع قطاع

(1) إبراهيم محمد أحمد دريج: التحكيم الداخلي والدولي، مرجع سابق، ص 17..

الأعمال في كل جزء من العالم.

ثانياً: محكمة التحكيم الدولية

تعتبر هذه المحكمة المؤسسة العالمية الأولى التي يتم الالتجاء والاتفاق على حسم منازعات التجارة الدولية بواسطتها، وذلك لما تتمتع به من ميزات تتمثل في تخصص المحكمين وخبراتهم المتنوعة والمرونة والفعالية والسرعة في حسم المنازعات وتشكل هذه المحكمة من رئيس ونائبه وأعضاء مناوبون بالإضافة إلى السكرتاريا للأعمال الإدارية والتنفيذية.

يتضمن نظام المحكمة عدد 26 مادة تشتمل على كيفية تشكيل الهيئة وسير الإجراءات وإصدار الحكم، بالإضافة إلى ملحق جدول مصاريف المصالحة والتحكيم وعلى الرغم من الميزات التي تتمتع بها هذه المحكمة إلا أن هناك عدة انتقادات وجهت لها من جهات عديدة تتعلق بارتفاع التكاليف المالية والحياد خاصة في القضايا التي تكون إحدى الدول النامية فيها.

ثالثاً: محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي

محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي تأسست عام 1892م، تحت اسم غرفة لندن للتحكيم وفي عام 1903م سميت بمحكمة لندن للتحكيم وفي عام 1981م ونسبة لتزايد الأنشطة التجارية الدولية تم تغيير الاسم السابق للاسم الحالي لتلعب المحكمة دوراً هاماً في التحكيم على المستوى الدولي، يتكون نظام هذه المحكمة من (20) مادة تتضمن كيفية تقديم طلب إجراء التحكيم عن طريق هذه المحكمة وإجراءات نظر الموضوع وإصدار الحكم والمصاريف.⁽¹⁾

رابعاً: المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

تم إنشاء هذا المركز عام 1965م بواشنطن في إطار البنك الدولي وبموجب اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى ويتميز عمل هذا المركز بالتخصص في تسويات المنازعات بين الدول ورعايا الدول الأخرى بشرط أن تكون هذه الدول قد انضمت لاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ويتضمن نظام هذا المركز عدد (75) مادة تتعلق بإنشاء المركز والهيكل التنظيمي وإجراءات التوفيق والتحكيم وإصدار الحكم والتنفيذ والمصروفات.⁽²⁾

(1) إبراهيم محمد أحمد دريج: التحكيم الداخلي والدولي، مرجع سابق، ص 18.

(2) المرجع السابق، ص 19.

خامساً: مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي

تم إنشاء هذا المركز بناءً على قرار صادر من اللجنة القانونية الاستشارية لدول آسيا وأفريقيا في دورتها المنعقدة في يناير 1978م وذلك من أجل إيجاد نظام متكامل ومناسب لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الدول الأعضاء في مجال الاقتصاد والتجارة، وقد عهد إلى المركز مهام متعددة، منها النهوض بالتحكيم التجاري الدولي، حل المنازعات تحت إشرافه وفق شروطه بتطبيق قواعد اليونسترال للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1976م، إنشاء وتشجيع وكالات تحكيم وطنية وتقديم المساعدة في تنفيذ الأحكام. تحتوي لائحة المركز على (18) مادة تشتمل على وظائف المركز وقواعد التحكيم بالمركز وإجراءات نظر النزاع، وإصدار الحكم، والنفقات⁽¹⁾.

سادساً: تطور التحكيم في إنجلترا

صدر أول قانون للتحكيم في إنجلترا 1899م، وبموجبه ظهر نظام التحكيم المسمى (Statuteary) إلى جانب التحكيم المعروف باسم تحكيم القانون العام وللأفراد الاختيار بينهما وقد ألغى قانون التحكيم الصادر 1899م وحل محله قانون آخر للتحكيم 1950م سمي بالقانون الموحد ثم صدر قانون 1979م بتعديل قانون 1950م وصدر في نهاية عام 1996م قانون جديد تأثر بالقانون النموذجي الذي أصدرته الأمم المتحدة 1985م وحدد سريانه اعتباراً من 31 يناير 1997م⁽²⁾.

سابعاً: التحكيم في الولايات المتحدة الأمريكية

بدأ التحكيم قضائياً حيث لاقى التأييد من القضاء بدءاً من حكم المحكمة العليا الأمريكية الصادر عام 1855م، حيث عبرت عن التحكيم بأنه وسيلة لفض المنازعات التي يجب أن تتلقى كل تأييد وتشجيع من القضاء⁽³⁾. والتشريع المنظم للتحكيم في الولايات المتحدة الأمريكية هو قانون التحكيم الفيدرالي الصادر عام 1925م وجرى تعديله عدة مرات آخرها 1970م كي يتماشى مع اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية التي تسري أحكامه على المنازعات التي يمكن أن تنشأ أو نشأت بالفعل.

(1) إبراهيم محمد أحمد دريج: التحكيم الداخلي والدولي، مرجع سابق، ص 28 وما بعدها.

(2) محمد عثمان خلف الله: الرقابة القضائية على قرارات التحكيم في القانون المقارن والقانون السوداني، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه، 2002م، جامعة النيلين ص 19.

(3) عادل محمد خير: حجية نفاذ أحكام المحكمين وإشكالاتها محلياً ودولياً، ط1، مارس 1995م، دار النهضة العربية، ص 22.

وتعد الجمعية الأمريكية للتحكيم التي تأسس عام 1926م هيئة التحكيم الرئيسية إن لم تكن الوحيدة في الولايات المتحدة الأمريكية ذات النشاط المتنوع والمؤثر في تسوية المنازعات الدولية المتعلقة بالنشاط التجاري والنشاط الصناعي ومطالبات التأمين. ساهمت الجمعية الأمريكية في إنشاء اتحاد التحكيم التجاري عام 1985م وتوطيد العلاقات بين وكالات التحكيم التجاري على مستوى العالم، ساهمت في صنع ونشر قواعد الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي التي شرعت للنشر وتوسيع نطاق الطرق الودية لتسوية المنازعات التجارية في العالم، وأيضاً ساهمت في إنشاء المجمع العالمي للتحكيم 1989م بالاشتراك مع غرفة التجارة الدولية بباريس ولجنة التحكيم الدولي الأمريكية للتحكيم التجاري.

وخلاصة القول أن الجمعية الأمريكية للتحكيم تعتبر جسر الاتصال بين وزارتي الخارجية والتجارة الأمريكيتين ومؤسسة الاستثمار الخاص عبر البحار.. والمجلس الدولي للتحكيم البحري ولجنة الأمم المتحدة للقانون البحري والدولي واللجنة الأمريكية للتحكيم التجاري واللجنة القانونية للاستشارات الأفرو آسيوية وغرفة التجارة الدولية بباريس وغيرها من المنظمات والهيئات المهمة والعاملة في حقل التحكيم⁽¹⁾.

يمكن تقسيم الأنظمة التشريعية في الولايات المتحدة الأمريكية إلى ثلاثة مجموعات تمسكت بالقديم واكتفت بتطبيق القانون العام فقط ومجموعة هجرت القديم واستبدلت به قانوناً مكتوباً حديثاً، ومجموعة ثالثة وسطاً فاستبقت القانون العام في حاله، وأصدرت بجانبه تشريعاً مكتوباً حديثاً، كما هو الحال في إنجلترا هذا وتعتبر ولاية نيويورك من أسبق الولايات التي هجرت القديم، ونظمت التحكيم بتشريع مكتوب، ويرجع ذلك لمركزها التجاري ومحاولة لمجاراة سرعة النشاط التجاري وكثافته، حيث أصدرت أول قانون مكتوب في العام 1920م وسار العمل بمقتضاه حتى العام 1965م حيث تمت إعادة النظر فيه هذا التميز الذي تفرد به قانون ولاية نيويورك جعله تشريعاً نموذجياً اهدت به سائر الولايات عند إصدار تشريعات مكتوبة بشأن التحكيم حيث استعانت به العديد من الولايات قد تصل إلى 23 ولاية⁽²⁾.

أجاز قانون ولاية نيويورك شرط التحكيم سواءً أكان قبل نشوء النزاع أو بعده، هذا

(1) عادل محمد خير: حجية نفاذ أحكام المحكمين، وإشكالاتها محلياً ودولياً، مرجع سابق، ص 25.

(2) محسن شفيق: الوسيط في القانون التجاري المصري، ط4، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م،

وبخلاف قانون التحكيم الإنجليزي رجع هذا القانون الطبيعة القضائية للتحكيم ولكن يتمتع بشيء من الاستقلال عن القضاء العادي، وأعطى المحكم حرية كاملة تصل لدرجة تجاوز التفويض الممنوح له للفصل في المنازعة.

أدى تباين تشريعات التحكيم وأنظمتها في الولايات المختلفة إلى نشوء التنازع بينها، حيث تثير هذه المنازعات مسائل قانونية عديدة، أهمها مسألة تحديد طبيعة التحكيم أهو نظام يتعلق بالإجراءات أم بالموضوع؟ إذ يتوقف الفصل في هذه المسائل الجوهرية على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع محل التحكيم، فإذا اعتبر التحكيم نظاماً موضوعياً وجب تطبيق القانون الذي يسري على مصدر النزاع وهو العقد⁽¹⁾.

ثامناً: التحكيم في فرنسا

التحكيم ظهر في فرنسا مبكراً وانتشرت مراكز التحكيم في فرنسا في فترات متفاوتة لحل المنازعات المتعلقة بالعلاقات الدولية الخاصة وسبقت الإشارة إلى بروتوكول جنيف في 24 سبتمبر 1923م الخاص بالتحكيم وكذلك اتفاقية جنيف 1927م الخاصة بأحكام التحكيم الأجنبية ونفاذها كما إنشأ غرفة التجارة الدولية بباريس عام 1923م في سبيل انتشار التحكيم كوسيلة لحل المنازعات الخاصة بالمعاملات التجارية.

المطلب الرابع

التحكيم في السودان

في السودان عرف التحكيم منذ قديم الزمان حيث كانت لكل مملكة من ممالك السودان نظامها الخاص في مجال الحكم والتجارة وغيرها، وقد كانت هنالك علاقات تجارية وسياسية بين هذه الممالك وكانت تقوم عدة منازعات بين القبائل مع بعضها البعض وبين الأفراد أيضاً، بشأن هذه العلاقات التجارية وبشأن الحدود والمراعي والمزارع، كان لزعماء القبائل (الإدارة الأهلية) دور كبير في المجتمع حيث يعتبر زعيم القبيلة هو القاضي في إطار قبيلته، ونسبة لغياب الدولة الحديثة والسلطة التشريعية فقد كانت المجتمعات تحل منازعاتها عن طريق (الأجاويد) وهو نوع من التحكيم بالمعنى الحديث، هؤلاء الأجاويد يقومون بدور الفصل في النزاع الذي يعرض عليهم بواسطة شيخ القبيلة أو بواسطة المتنازعين يقومون بالفصل في النزاع من واقع العادات

(1) محسن شفيق: الوسيط في القانون التجاري المصري، المرجع السابق، ص 123.

والتقاليد الخاصة بأطراف النزاع ويعرف هؤلاء بالحكمة والعقل وحصافة الرأي وسعة الإدراك، أن نظام التحكيم الذي كان سائداً منذ قديم الأزمان لا يزال حتى تاريخ اليوم ليس في مجتمع القرية أو البادية والريف فحسب بل حتى على مستوى المدينة، وفي ظل التطور التشريعي في السودان تم النص على التحكيم في صلب قانون القضاء المدني (الملغي) لسنة 1929م وقانون الإجراءات المدنية لسنة 1974م و 1983م وذلك في المواد (139-156) قبل صدور قانون التحكيم وهي تتناول كيفية إحالة النزاع للتحكيم وتعيين المحكمين وسير الإجراءات وإصدار الحكم والطعن فيه. هذه القواعد على الرغم من أنها إجرائية فقط إلا أنها لا تتناسب بعض قضايا التجارة خاصة الدولية وهذا يستدعي مراجعتها وإدخال بعض الإضافات عليها وإصدار قانون منفصل خاص بالتحكيم على قرار الدول الأخرى.⁽¹⁾

عام 1981م أصدر النائب العام لائحة النائب العام للتحكيم بين أجهزة الدولة، وذلك استناداً على نص المادة (20) من قانون النائب العام لسنة 1981م هذه اللائحة حسب تسميتها فهي مقتصرة على التحكيم في النزاعات التي تنشأ بين مؤسسات الدولة فحسب فهي تتكون من تسعة مواد تشتمل على كيفية إحالة النزاع للتحكيم وتشكيل هيئة التحكيم وإجراءات نظر الدعوى وسلطة النائب العام في تأييد أو رفض قرار الهيئة. هذه اللائحة وعلى الرغم من قلة موادها إلا أنها تتضمن مبادئ هامة.

وفي عام 1996م أصدر الاتحاد العام لأصحاب العمل السوداني لائحة التوفيق والتحكيم لسنة 1996م وذلك بالاستناد على أحكام المادة (6) من النظام الأساسي للاتحاد تضمن ستة فصول في (50) مادة تناولت أحكام تمهيدية ولجنة التوفيق والتحكيم وتشكيلها وإجراءات نظر النزاع وتكاليف التحكيم، هذه اللائحة في تقديري أن الذين قاموا بوضعها ذوي خبرة ومعرفة بأعمال التحكيم على الصعيد الوطني والدولي ذلك لأن هذه اللائحة راعت تطورات التحكيم على الصعيد الدولي تبعاً لتطور العلاقات الدولية خاصة التجارية كما راعت هذه اللائحة المبادئ الهامة التي قررتها اتفاقيات ومراكز وهيئات التحكيم الدولية. على الرغم من حداثة هذه اللائحة ومواكبتها إلا أن الاتحاد العام لأصحاب العمل السوداني لم يفلح في إعداد مركز منظم لعمل لجنة التوفيق

(1) إبراهيم محمد أحمد دريج: التحكيم الداخلي والدولي، مرجع سابق، ص 15.

والتحكيم لكي يستوعب عدد كبير من منازعات التجارة على المستوى الوطني والدولي بحيث يكون له القدر المعلى في إرساء قواعد تحكيمية وطنية ودولية يستهدي بها القانونيون ورجال الأعمال وغيرهم⁽¹⁾.

موقف قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل 2016م.

وفقاً لأحكامه وضع ضوابط من خلالها يتم الفصل بين التحكيم الوطني والتحكيم

الدولي، وردت الضوابط وفقاً لأحكام هذا القانون بكون التحكيم دولياً.

1. إذا كان المركز الرئيسي لأعمال أطراف التحكيم من دولتين مختلفتين.

2. إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة. وحسناً

فعل المشرع السوداني لأنه وضع اعتبار لقواعد الاتفاقيات الدولية التي يعتبر

السودان طرفاً فيها، والاتفاقيات لا تطبق أحكامها إلا على إجراءات التحكيم الدولي

لذلك نقول أن القانون السوداني وفق في وضع هذين الضابطين.⁽²⁾

وهناك مراكز تحكيمية في السودان، يعتبر مركز الخرطوم للتحكيم أول مركز

تحكيم سوداني متخصص في مجال التحكيم بصورة مستقلة تحت اسم عمل مسجل لدى

المسجل التجاري بوزارة العدل وفقاً لقانون أسماء الأعمال لسنة 1931م، 2005/2/11م

ويهدف إلى الإسهام في دفع عجلة التنمية الاقتصادية والقانونية في السودان والدول

المجاورة بوجه عام وذلك من خلال الخدمات الفنية المتخصصة التي يقدمها في مجال

التسوية العملية لمنازعات التجارة والاستثمار ويشمل ذلك بالإضافة إلى التحكيم

بالوسائل البديلة حسم المنازعات كالوساطة والتوفيق والخبرة الفنية.⁽³⁾

(1) إبراهيم محمد أحمد دريج: التحكيم الداخلي والدولي، مرجع سابق، ص 17.

(2) المرجع السابق، ص 18.

(3) النظام الأساسي للاتحة تحكيم مركز الخرطوم المادة الأولى.

خلاصة الفصل الأول :

عالجت الدراسة مفهوم التحكيم لغة واصطلاحاً ومن خلال هذا المفهوم أن يحتكم الطرفان في نزاع بينهما في عقد اتفقا عليه شرطاً أو مشاركة يحتكمان إلى طرف ثالث ليفصل بينهما.

أن التحكيم في الإسلام ليس له قوة ملزمة وهو أقرب ما يكون إلى الصلح. ثم عالجت الدراسة الطبيعة القانونية للتحكيم إلى أنه يعتبر مختلطاً يتفق مع استقلالية التحكيم مع مراعاة مراقبة القضاء له، وبالتالي عالجت أنواع التحكيم بأنه داخلي ودولي وفق شروط وضعتها قوانين الدول.

وخلصت الدراسة إلى أن التحكيم له خصائصه وتقسيماته من تحكيم مؤسسي وحر، ووطني، وخارجي، واختياري، في هذا الإطار تبنت الدراسة أن التحكيم أصبح ليس له وطناً محدداً لأن الاتفاقيات الدولية والوطنية تبيح للأطراف اختيار القانون والمكان الذي يحتكمون فيه مما يؤكد دوليته التي تطغي على التحكيم الوطني. إن التحكيم في العلاقات الدولية هو الذي يسود على معنى التحكيم الوطني وللتحكيم إيجابيات رغم اختلاف المدارس القانونية للدول واختلاف حضاراتها، إلا أنها تتفق على أهمية وجوده.

الفصل الثاني

النظام العام والآداب العامة

وماهيتها وعلاقتها بالتحكيم

المبحث الأول: النظام العام تعريفه ومفهومه ومضمونه وعلاقته بالتحكيم.

المبحث الثاني: الآداب العامة والقواعد المفسرة والمكملة وعلاقتها بالتحكيم

المبحث الثالث: أنواع النظام العام

المبحث الرابع: أثر النظام العام على التحكيم

تمهيد:

لا شك أن فكرة النظام العام فكرة مرنة فهي تختلف من دولة إلى أخرى باختلاف الزمان والمكان، كما أنها أداة سهلة في يد القاضي الوطني، فعندما لا يجد مبرراً مقبولاً لاستبعاد التحكيم فإنه يلجأ إلى هذه الوسيلة التي تعتبر غير منضبطة وتستعصى عن التعريف وبناءً عليه، فإن إطلاق يد القاضي في اللجوء إلى الدفع بالنظام العام الداخلي يؤدي إلى انعدام فائدة نظام التحكيم، بعد أن أصبح الوسيلة المألوفة لحل المنازعات ذات الطابع الدولي بحيث لا يكاد يخلو عقد من العقود الدولية والمعاملات بين الأفراد من شرط التحكيم⁽¹⁾.

من المعوقات التي تقف حجر عثرة أمام انطلاق التحكيم الذي كثيراً ما يأتي بصورة تعسفية الدفع بالنظام العام الذي يلجأ إليه القاضي الوطني للحيلولة دون إصدار أمر تنفيذ الحكم الصادر من المحكم وهيئات ومراكز التحكيم الدولية بدعوى تعارض هذا الحكم مع النظام العام في دولته.

وستكون دراستنا في الفصل الثاني من حيث تعريفه ومفهومه ومضمونه وأقسامه وعلاقته بالتحكيم وتقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث ومطالب وفروع حسب الحاجة لذلك.

المبحث الأول: النظام العام تعريفه ومفهومه ومضمونه وعلاقته بالتحكيم.

المبحث الثاني: الآداب العامة والقواعد المفسرة والمكاملة وعلاقتها بالتحكيم

المبحث الثالث: أنواع النظام العام

المبحث الرابع: أثر النظام العام على التحكيم

(1) أشرف عبد الحلیم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الدولية، الناشر دار الكتب القانونية، القاهرة، لسنة 2006م، ص 5.

المبحث الأول

النظام العام تعريفه ومفهومه ومضمونه وعلاقته بالتحكيم

سوف نتناول في هذا المبحث تعريف النظام العام واختلاف فقهاء القانون في تعريفه حيث نتناول عدد من التعريفات الواردة في هذا الشأن ومفهومه لدى الفقهاء والقضاة. ومضمونه في النظم القانونية المختلفة ونقارن كل ذلك مع علاقته بالتحكيم. قبل الانطلاق على علاقته بالتحكيم وارتباطه الوثيق به ونقطة الضعف التي ينفذ من خلالها إبطال حكم المحكمين وعدم تنفيذه محاولاً تعريفه وأهم ضوابطه.

المطلب الأول

تعريف النظام العام

يقصد بالنظام العام في دولة ما مجموعة الأصول والقيم العليا التي تشكل كيانها المعنوي وترسم صورة الحياة الإنسانية المثلي فيها وحركتها نحو تحقيق أهدافها، سياسية كانت أم اجتماعية أم اقتصادية أم خلقية، وهي بهذه المثابة مبادئ وقيم تفرض نفسها على مختلف أنواع العلاقات القانونية في الدولة وجوداً وأثراً، غالباً في صورة قواعد قانونية أمرت بحكم هذه العلاقة والمظهر العملي لهذه القواعد والوظيفة التي تؤديها⁽¹⁾.

عرف بأنه يتعلق بمجموعة القواعد التي تهدف إلى المحافظة على الكيان السياسي والاقتصادي، والأخلاقي للدولة وتضع في الاعتبار سمو المصلحة العامة على المصلحة الفردية دون أن تغفل أو تتجاهل كلية المصلحة الفردية⁽²⁾.

إن النظام العام يحمي المقومات الأساسية التي تشمل القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية. والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي أو المعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الأفراد وتقوم فكرته على مذهب علماني⁽³⁾.

(1) القصيمي صلاح أحمد محمد طه: عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 145.

(2) أشرف عبد العظيم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 16.

(3) محمد فؤاد عبد الباسط: مدى إمكانية التحكيم في منازعات القرارات الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000، ص 106.

من الفقه نقرأ أيضاً في تحديد المدلول والأثر يقصد بالنظام العام في دولة ما مجموعة الأصول والقيم العليا التي تشكل كيانها المعنوي وترسم صورة الحياة الإنسانية المثلى فيها وحركتها نحو تحقيق أهدافها سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية، وهي بهذه المثابة مبادئ وقيم تفرض نفسها على مختلف أنواع العلاقات القانونية في الدولة وجوداً وأثراً غالباً في صورة قواعد أمرت بحكم هذه العلاقة، والمظهر العملي لهذه القواعد والوظيفة التي تؤديها هو بطلان كل عمل إرادي يأتيه المخاطب بالمخالفة لها، عقد كان هذا العمل أو عملاً منفرداً من ناحية وعدم جواز النزول عن الحقوق، والمراكز القانونية التي تقررها للبعض منهم دون البعض الآخر من ناحية أخرى⁽¹⁾.

يرى البعض الآخر أنها مجموعة المصالح الأساسية للجماعة أي مجموعة الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليماً دون استقراره عليها⁽²⁾.

إن قانون التحكيم لسنة 2005م والقوانين التي سبقته في السودان لم تحدد تعريفاً محدداً للنظام العام، ولكنه لا يخرج من التعريفات العامة له، وهي مجموعة القواعد القانونية التي تهدف إلى المحافظة على الكيان السياسي والاقتصادي والأخلاقي للمجتمع وتعلوا فيه المحصلة العامة على المصلحة الفردية⁽³⁾.

في ضوء ما تقدم يتضح لنا أن التعريفات السابقة للنظام العام غير كافية لتحديد هذه الفكرة تحديداً منضبطاً لأن فكرة النظام العام فكرة نسبية معيارية تختلف باختلاف الزمان والمكان، فهي تختلف من دولة إلى أخرى وتختلف أيضاً في نفس الدولة باختلاف الزمان والمكان، فهي تختلف من دولة إلى أخرى وتختلف من نفس الدولة باختلاف الزمان، ففي مصر كان شرط الدفع بالذهب جائز قبل سنة 1914م إلى أن أصدر المشرع في ذلك العام قانون يفرض السعر الإلزامي للعملة الورقية فأصبح شرط الدفع بالذهب مخالفاً للنظام العام.

(1) مصطفى محمد الجمال: عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط1، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، لسنة 1998م، ص 231.

(2) المرجع السابق، ص 233.

(3) محمد كمال فهمي: أصول القانون الدولي، ط2، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1985م، ص 512.

لكن القضاء المصري ظل مع ذلك غير مستقر في هذا الشأن بالنسبة للمعاملات الخارجية إلى أن صدر في سنة 1935م قانون تفسيري يقضي ببطلان شرط الذهب في المعاملات الدولية والداخلية على حد سواء، ويلاحظ أن قواعد النظام العام آمرة إلا أن القواعد الآمرة ليس جميعها من النظام العام طالما أن هذه القواعد لا تتعلق بالأسس السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية التي يقوم عليها كيان المجتمع⁽¹⁾. ونلاحظ أنه من الصعوبة بمكان وضع قائمة بالقواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام وإزاء هذه الصعوبة أورد الفقه بعض الأمثلة لهذه القواعد.

أمثلة لقواعد النظام العام في القانون المصري:

تعتبر من القواعد المتعلقة بالنظام العام القواعد المتعلقة بالحريات العامة وهي التي تنص عليها الدساتير عادة كحرية الرأي والحرية الشخصية وكذلك قواعد قانون العقوبات.

كما تعتبر القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي فيما عدا الاختصاص المحلي من النظام العام، وكل اتفاق على خلاف تلك الاختصاص المحلي من النظام العام، وكل اتفاق على خلاف تلك القواعد يكون باطلاً.

القواعد المتعلقة بالأسس الاقتصادية للمجتمع كفرض سعر إلزامي للعملة الورقية وبطلان شرط الدفع بالذهب لأنه يخالف مصلحة عامة أساسية للمجتمع وهي ثبات النقد فيه واستقراره.

وتعتبر قواعد الأهلية من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام ولذلك تنص المادة

(48) من القانون المدني المصري لسنة 1994م على ما يلي:

ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها وكذلك الشأن فيما يتعلق بقواعد الولاية حيث لا يستطيع الولي أو الوصي أو القيم تعديل اختصاصه وحقوقه المنصوص عليها في القانون.

وتعتبر من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام القواعد التي تحكم الحالة المدنية فأى اتفاق على تغيير الاسم أو الجنسية في غير الأحوال التي يحددها القانون يكون باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام.

(1) محمد كمال فهمي: أصول القانون الدولي، المرجع السابق، ص 516.

كذلك القواعد الخاصة بنظام الأسرة فأبي اتفاق على تعديل حقوق كل من الزوجين قبل الآخر أو التنازل مقدماً عن المطالبة بالنفقة المنصوص عليها في القانون أو تنازل الزوج المسلم عن حقه في الطلاق أو حقه في تعدد الزوجات يكون باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام لأن هذه الحقوق تتعلق بالأسس العائلية التي يقوم عليها بناء المجتمع⁽¹⁾. من يتأمل قليلاً في هذا الإحصاء يتبين ما ينطوي عليه من إفراط ومن خلط فقد أتى واضعوه بأقسام متعددة للقوانين تكاد تجمع كل شيء بحيث يمكن أن نتساءل مع البعض كان من السهل تعداد القوانين التي لا تتعلق بالنظام العام. ومن ناحية أخرى فقد تضمنت القائمة السابقة قوانين تطبق من تلقاء نفسها وبصفتها الخاصة دون حاجة إلى الاستعانة بفكرة النظام العام. ويرى جانب من الفقه أن كل محاولة تبذل في هذا الاتجاه هي محاولة عقيمة، وقد أثبتت التجربة صحة هذا القول، فعندما انعقد مؤتمر لاهاي لوضع اتفاق بشأن المواريث نص على مسألة النظام العام وحاول المؤتمرين تعدد الحالات المتعلقة به ولكن دون جدوى فقرروا أن تقوم كل دولة بتحديد ما تعتبره من النظام العام في هذا الصدد⁽²⁾.

هناك نماذج مختلفة لهذه الفكرة مع اللجوء إلى تعريفات مطولة وقد استعرض أحد الباحثين الفرنسيين في رسالته للدكتوراه أكثر من عشرين تعريفاً للنظام العام واكتفى إلى أن أياً منها لا يكفي لتحديد الفكرة تحديداً دقيقاً. إن القضاء الفرنسي كان يرى أن الاتفاق على تغيير حق المالك في التصرف في ملكه يعد مخالفاً للنظام العام وذلك لخروجه على أساس من الأسس الاقتصادية التي يقوم عليها نظام المجتمع وهو حرية تداول الأموال وعدم جواز حبسها عن التداول. وقد تغير المفهوم بعد ذلك وأجازت المحاكم الفرنسية في وقت لاحق أن يتضمن الاتفاق الناقل للملكية شرطاً يمنع المتصرف إليه من التصرف فيما آلت إليه لمدة معقولة. إذ وجدت مصلحة خاصة جديّة تبرر هذا الشرط المانع للتصرف. ومن أمثلة ذلك أيضاً القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804م كان يبيح الطلاق وكان ذلك أمراً متعلقاً بالنظام العام غير أنه في عام 1811م حرم الطلاق

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 18.

(2) المرجع السابق، ص 19.

واعتبر هذا المسلك الجديد متعلقاً بالنظام العام إن فكرة إجازة الطلاق أو تحريمه وهو من النظام العام قد تغيرت في البلد بتغير الزمان⁽¹⁾.

كما عرفته محكمة استئناف بيروت النظام العام إقرار رقم (267) بتاريخ 1995/3/16م أنه مجموعة القواعد القانونية التي ترمي إلى تحقيق مصلحة عامة قد تكون سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى ومقومات وجوده وهي تلوا على مصلحة الأفراد الذين يجب عليهم مراعاتها باعتبار أن المصالح الفردية لا يجوز أن تتقدم أمام المصلحة العامة.

قد نصت المادة (108) الفقرة السادسة، أصول مدنية على أن الطعن بطريق الإبطال ضد قرار تحكيمي لا يكون جائزاً إلا في حالات محددة ومنها إذا كان مخالفاً لقاعدة تتعلق بالنظام العام كما ورد في الفقرة الأولى من هذه المادة أيضاً إن الإبطال يتناول القرار التحكيمي المبني على اتفاق تحكيمي أي إذا كان مبنياً على أسباب أو مواضيع باطلة بحد ذاتها وإنما غير مخالفاً لمقتضيات النظام العام فهذه العبارة لا تقتصر على كل ماله ارتباط بالنظام العام أو بأحكام القانون الإلزامية كأن يكون البند أو العقد التحكيمي باطلاً مثلاً لكونه مشوباً بعيب من عيوب الرضاء، فإن النص المذكور يرى وجهاً للتطبيق في جميع هذه الحالات⁽²⁾ وهو من المسائل التي نتطرق لها خلال هذا البحث.

يرى البعض الآخر أنها مجموعة المصالح الأساسية للجماعة أي مجموعة الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليماً دون استقراره عليها، وقد عرفته محكمة النقض المصرية، بأنه يشمل القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه مصلحة الجماعة على مصلحة الأفراد.⁽³⁾

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 20.

(2) مجلة المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون، التحكيم المطلق، ضوء الشريعة والقانون لسنة 1421هـ - 2000م، جمعية الإصلاح الإسلامية، معهد طرابلس، لبنان، ص 41.

(3) محمد فؤاد عبد الباسط: مدى إمكانية التحكيم في منازعات القرارات الإدارية، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، لسنة 2007م، ص 106.

قد حددت محكمة النقض القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام بأنها تلك القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الآلي وتعلو على مصلحة الأفراد حيث ينص على جميع الأفراد مراعاة تلك المصلحة العامة لتسمو على المصلحة الفردية⁽¹⁾.

يرى الباحث "ومن خلال التعريفات السابقة بأنها قد تتشابه من حيث الشكل بحيث جميعها يعمل على حماية المصالح الأساسية للمجتمع السياسية والاجتماعية والاقتصادية ولكنها تختلف من حيث الاعتبار لأننا حينما نقول هو مجموعة الأصول تختلف عن كلمة مجموعة القواعد الأمره وكذلك كلمة مبادئ تختلف عن القيم لأن المبادئ يمكن أن تكون شخصية وعامة والقيم غالباً هي عامة للمجتمع لذلك يُعرف النظام العام بأنه القواعد الأمره التي تنظم مصالح المجتمع السياسية والاجتماعية والاقتصادية ويجب على كل دولة تحديد تلك القواعد وذلك محاولة ضبطتها في الزمان والمكان المحددين. أيضاً من خلال الممارسة القضائية في السودان إن النظام العام أحياناً يكون عند مخالفة القواعد الأساسية كقواعد الاختصاص القضائي أو حجية الأحكام القضائية فهي من النظام العام، وأحياناً يكون عن طريق المبادئ العامة التي تحافظ على المصالح الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ومخالفة أحكام الشريعة الإسلامية فالممارسة القضائية غير منضبطة كالنظام العام نفسه ولكن يجب تحديد مدلوله في القانون السوداني إما أن يكون القواعد الأساسية المنصوص عليها في القانون أو المبادئ العامة التي يترك تحديدها حسب مفهوم القاضي ولكن من الأفضل أن تكون قواعد محددة لمحاولة ضبطه وتحدد هذه القواعد حسب تطور الزمان في القانون السوداني".

المطلب الثاني

مفهوم فكرة النظام العام في التحكيم

النظام العام له مفهوم خاص، كما له توجهات وغايات معينة يهدف إلى حفظ الاستقرار والسلامة والأمان بصورة إجمالية في كل مجتمع وعلى ذلك ينبغي أن يتبين القرار التحكيمي على بند أو عقد تحكيمي صحيح وليس مخالفاً بحد ذاته لأحكام النظام العام⁽²⁾. هناك علاقة تبادلية بين مفهوم النظام العام وبين القواعد الأمره فالنظام العام هو السبب في اكتساب بعض قواعد القانون صفتها الأمره وهو ما يبرر من ناحية وجود

(1) حسن كيرة: المدخل إلى القانون، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص 49.

(2) مجلة المؤتمر الإسلامي الثاني: التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 46.

قواعد توصف بأنها قواعد أو نصوص أمرية بقانون التحكيم كما أنه يبرر البطلان جزاءً وأثراً ما يتعلق بالنظام العام⁽¹⁾.

تعد فكرة النظام العام من الأفكار الأساسية في علم القانون بصفة عامة حيث يقترن استخدام مصطلح النظام العام في القانون الداخلي بكافة فروعه المختلفة بالكلام عن القواعد القانونية الأمرية التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها فالنظام العام يعد قيماً على سلطات الإرادة⁽²⁾.

يهدف النظام العام إلى حماية المبادئ والأسس العامة السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو الخلقية التي يقوم عليها كيان المجتمع وقد اتخذ المشرع، المصري من النظام العام معياراً للتفرقة بين القواعد الأمرية والقواعد المفسرة ولكنه لم يضع تعريفاً له ولم يحدد فكرته، وإن الطعون التي توجه ضد القرار التحكيمي والمسندة إلى مخالفته بقاعدة من قواعد النظام العام ليست كلها طعوناً جديدة مع أن من يطعن فيه يثير دائماً هذا السبب والمحاكم لا تقبل الطعن بطريقة لإبطال سنداً لهذه الحالة إذا كان ما يتصوره الطاعن لا يدخل فعلاً وقانوناً وحقيقة في مفهوم النظام العام.

إن الانتظام العام في القانون الداخلي يشمل معظم القوانين الأمرية وهذه القوانين تحد إجمالاً من مبدأ الحرية التعاقدية وهي تفرض على الفريقين المتعاقدين فلا يمكنها الشذوذ عنها والأمر كذلك بالنسبة للمحكم المطلق كما للقاضي، فهو كقاضي عليه أن يراعي مفاهيم النظام العام المعتمدة قضاء بهذا الخصوص. وبالتالي أن لا يقوم بتطبيق ما يعتقد مخالف للنظام العام حتى لا يتعرض قراره للبطلان لخرقه مقتضياته، وإلا فالمحاكم العليا ستكون بالمرصاد لمثل هذا القرار فإذا خالفها استحق قراره البطلان⁽³⁾.

إن النظام العام لا يمس إطلاقاً القوانين التفسيرية وهي القوانين الواجبة التطبيق عندما لا يبدي الفريقان إرادة صريحة مخالفة⁽⁴⁾.

(1) القميصي صلاح أحمد محمد طه: عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 36.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة: المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1950م، ص 225.

(3) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، لسنة 1964م، ص 399.

(4) مجلة المؤتمر الإسلامي الثاني، الشريعة والقانون، التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 55.

هناك رأي يقول أن الانتظام العام لا يستمد مصادره من القانون فقط وإنما من مبادئ موجودة كل زمان ومكان، وإنما تختلف من دولة إلى أخرى أو حتى من مجتمع إلى آخر في الدولة نفسها.

إن القوانين الآمرة هي عادة وفي معظمها من النظام العام لا قلة منها يعود أمر تحديدها إلى المحكم أو إلى القاضي فيما إذا رأى أنها تتوقى حماية مصالح فردية أو خاصة، والنتيجة هي لا يكون القرار التحكيمي باطلاً في حال مخالفته لهذا النوع من القوانين الآمرة والخارجة عن مفهوم مقتضيات النظام العام أي المرتبطة بحماية مصالح خاصة وليست عامة⁽¹⁾.

هناك رأي يرى بأن القوانين الآمرة المتعلقة بالمصلحة العامة هي وحدها من النظام العام، إن التعداد لهذه القوانين الآمرة المتعلقة بالمصلحة العامة العليا ليست كلها أيضاً متجانسة بينها، مع أنها قد تؤدي إلى البطلان المطلق.

تعطي أمثلة عن مصادر الانتظام العام:

هناك نظام عام اقتصادي ونظام عام إداري:

إداري: هو أن قاعدة المساواة بين الدائنين في الإفلاس هي قاعدة من النظام العام أم لا؟ تجيب المحاكم اللبنانية بالإيجاب، وبالتالي فإن القرار التحكيمي الذي يعطي الدائن المفلس حقوق على سواه في معرض تحكيم مطلق يتعرض للبطلان من هذه الناحية.

اقتصادي: يوجد نظام عام اقتصادي، عندما تهدف بعض القوانين إلى حماية الممثل التجاري اللبناني على من عداه فالقرار التحكيمي يمكن أن يبطل بهذه الصلة فإذا خالف قواعد الحماية المقررة بالممثل التجاري اللبناني كما تأخذ به بعض المحاكم الدرجة الأولى خلافاً لما تذهب إليه المحكمة العليا.

اجتماعي: أن الاتفاقات الجماعية التي تتوقى حماية الإجراء تعرض القرار التحكيمي الذي خالفها إلى البطلان لهذه القلة.

هناك نظام عام سياسي وأخلاقي فالأمور التي تتعلق بالضريبة أو سلطان الدولة أو السلطات والتي تكون موضوع تحكيم يؤدي تجاوزها إلى إبطال القرار الفاصل بها لمخالفته قواعد مرتبطة بالنظام العام الداخلي.

(1) مجلة المؤتمر الإسلامي الثاني، للشريعة والقانون، التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون، مرجع

سابق، ص 56.

إن كل شيء يتعلق بالأحوال الشخصية وخارجاً عن مفهوم الذمة المالية يدخل في باب النظام العام، والتعرض له يبطل القرار التحكيمي الصادر عن المحكم المطلق مع التحفظ بجهة ما هو وارد في قانون تنظيم القضاء الشرعي.

إن التعرض للأداب العامة وهو المظهر الأخلاقي للانتظام العام كمثل خلاف على بيت دعارة وعلى مردوده فهل يعود المحكم أن يقرر فتح بيت دعارة أو لا وهل برأيكم يعترف بالقرار التحكيمي الفاصل في مثل هذا النزاع للإبطال أم لا إذا ما جرى الطعن به أمام محكمة الاستئناف الجواب هو ايجابي طبقاً⁽¹⁾.

إن النظام العام يتداخل أيضاً مع مفهوم التجارة والاجتماع فهل إن دفع هدايا إلى موظف وإيجاد منافسة معينة بين التجار عن طريق تقديم عروض وهدايا بقصد الاحتكار وإغراق الأسواق أو حمل المؤسسات على الإغلاق يمكن أن تكون موضوع تحكيم مطلق بين الأشخاص المتنازعين بشأنها نرى أن في ذلك يخالف فعلاً مفهوم النظام العام في هذا المجال بالنسبة للحالة الأولى أما بالنسبة لسواها فإن القضاء اللبناني يتجاوز أمرها ولا يعتبرها من النظام العام بحجة أن المنافسة أمر مشروع.

الفرع الأول: مفهوم النظام العام في القانون الفرنسي

وباستعراض هذه الفكرة في القانون الفرنسي نجد أن المشرع الفرنسي لم يضع تعريفاً للنظام العام تاركاً هذا الأمر للفقهاء والقضاء ويرتكز النظام العام على نص المادة السادسة من القانون المدني حيث تنص المادة على ما يلي:

كل اتفاق خاص مخالفاً للقوانين المتعلقة بالنظام العام والأداب يكون باطلاً ولا يعمل به وقد بذل الفقه قصارى جهده لتعريف النظام العام ولكن محاولته لم تكمل هي الأخرى بالنجاح، حيث ترجع صعوبة وضع تعريف دقيق ومنضبط للنظام العام إلى أن فكرته مرنة وتتغير وفقاً للزمان والمكان فما لا يعتبر من القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في دولة ما يعتبر من هذه القواعد في دولة أخرى وفي نفس الدولة في وقت آخر.

فتعدد الزوجات مخالف للنظام العام في فرنسا حيث أنه ليست كذلك في مصر، فالفقه يقضي خصائص للنظام العام في كل قضية على حدة وقد لاحظنا بصيغة عامة أن

(1) قطان عبد الرحمن الدوري: عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 83.

الفقهاء الذين حاولوا التغلب على هذه العقبة قد اقترحوا صيغاً ونماذج مختلفة لهذه الفكرة مع اللجوء إلى تعريفات مطولة⁽¹⁾.

فالنظام العام كمفهوم كلي مرن وواسع، والحال ما ذكر، إبطال جميع القواعد الأصولية المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية والتي تفرض على المحكمة إثارتها عفواً إذا ما ورد نص صريح بشأنها.

مثال ذلك إذا كان القرار التحكيمي صادراً عن هيئة مؤلفة من محكمين بعدد زوجي فإن صدور مثل هذا القرار يعتبر باطلاً لمخالفته النظام العام وذلك عملاً بنص صريح وارد في المادة (77) أصول مدنية فقرتها الأولى والتي فرضت أن يكون عدد المحكمين وتراً⁽²⁾.

إن المقصود من مفهوم النظام العام هو الأسس الاقتصادية والسياسية والثقافية والدينية التي يقوم عليها نظام الحكم في بلد ما وقد خولت اتفاقية الجامعة العربية القاضي رفض تنفيذ الحكم متى كان في الحكم ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ.

قد تركت الاتفاقية لقاضي الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها مسألة تقدير مخالفة الحكم للنظام العام والآداب العامة من عدمه.

من المستغرب إن الاجتهاد الفرنسي اعتبر أن مخالفة القرار التحكيمي حجية القضية المحكوم بها ليست من النظام العام في حين اعتبر أن مخالفة قوة القضية المقضية من النظام العام، علماً كان كل قرار قضائي يعتبر متمماً للحجية فور صدوره وعندما يصبح قطعاً أي غير قابل لطرق الطعن العادية فإنه يعتبر متمماً بقوة القضية المفضية مع الإشارة أيضاً إلى إن المادة (303) أصول مدنية اعتبرت أن الأحكام النهائية حجة فيما فصلت فيه من الحقوق وأنه لا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية، وقد قيدت هذه الحجية ضمن حدود النزاع القائم بين الخصوم أنفسهم من دون أن تتغير صفاتهم وعلى أن يتناول النزاع الموضوع والسبب عينهما، وقد شددت هذه المادة كذلك على أنه يكون للمحكمة أن تثير هذه الحجية من تلقاء نفسها وهي بالتالي من النظام العام الأصولي، لذا فإنه يتعين على المحكم أن يثير هذه الحجية عفواً ومن ثم فإن مخالفته

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية، مرجع سابق، ص 20.

(2) مجلة المؤتمر الإسلامي الثاني في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 52.

بنص هذه المادة من شأنها أن تؤدي إلى اعتباره أنه قد خالف قاعدة من قواعد النظام العام الأصلي في التحكيم الداخلي وفي ضوء النصوص الوصفية البنائية أن على المحكم مراعاة ليس فقط قوة القضية المفضية، بل أيضاً حجية كل قرار قضائي لهذه الناحية، ولا يفهم كيف يمكن أن تثير المحكمة عفواً في مسألة ما دون أن يكون السند المنطقي لها هو وجود مخالفة لقاعدة كلية⁽¹⁾.

قد اتفق الدكتور عز الدين عبد الله والدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم على أنه يمكن أن يدخل في مجال مخالفة الحكم للنظام العام حالة ما يكون الحكم متعارضاً مع حكم سبق صدوره في محاكم دولة التنفيذ⁽²⁾.

قد استعملت التشريعات الوطنية تقريباً نفس المصطلحات مما يؤكد أن أحكام اتفاقيتي نيويورك والجامعة العربية مشتقة أساساً من التشريعات الوطنية، أو أن الاتفاقيات والتشريعات الوطنية قد تأثرت ببعضها البعض في مفهوم النظام العام، وقد ذكرت أن شرط تنفيذ حكم التحكيم أن لا يخالف النظام العام وأن لا يتعارض معه ويحق للقاضي هنا أن يحدد مفهوم النظام العام حسب ظروف بلده وقوانينه⁽³⁾.

الفرع الثاني: مفهوم فكرة النظام العام ما بين التحكيم الدولي والداخلي

لا شك أن فكرة النظام العام في التحكيم الدولي مجالاً تختلف كلية عن مجالها في التحكيم الوطني فهي أضيق نطاقاً في النوع الأول في التحكيم عنه في النوع الثاني، إذ يختلف في مدى مساس موضوع واحد بالنظام العام تبعاً لتعلق الأمر بالتحكيم الوطني أو الدولي فمسألة قابلية النزاع للحل بالتحكيم يمكن أن لا تكون مبرراً لعدم تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن بالحكم مساس واضح وجدي بالنظام العام في ذلك بصدد أحكام التحكيم الأجنبية فليس كل قاعدة آمرة تتعلق بالنظام العام في القانون الداخلي تعتبر من النظام العام في المعاملات الدولية⁽⁴⁾.

(1) مجلة المؤتمر الإسلامي الثاني في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 48.

(2) سعيد محمد أحمد المهدي: المرشد في مبادئ وإجراءات التحكيم الوطني والتحكيم التجاري الدولي وتنفيذ أحكامه، ط1، دار الحرية للطباعة، الجزائر، 1990م، ص 128.

(3) نفس المرجع السابق، ص 136.

(4) إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي والخاص طبيعة تحكيم هيئات التحكيم تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، المجلة المصرية للقانون الدولي، ع37، القاهرة، 1989م، ص 44.

ففكرة النظام العام كسبب لرفض تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية استقرا الفقه على ضرورة جعلها فكرة مرنة بحيث لا يتم التمسك بها إلا في حالات استثنائية. قد أيد القضاء في العديد من الدول الأخذ بتفسير ضيق لفكرة النظام العام في مجال التحكيم بشأن المعاملات الدولية.

إن فكرة النظام العام من الأفكار التي تختلف من دولة لأخرى ومن مجتمع لآخر وتتغير بمرور الوقت وأنها فكرة مطاطة مما يؤدي إلى أنها تسبب في إشكالات قانونية التحكيم لاختلاف فكرة النظام العام من دولة إلى أخرى⁽¹⁾.

لكن ما هو المعيار الذي يجب الأخذ به لاعتماد فكرة النظام العام فهناك عدة اقتراحات بأن تكون دولية وفق الاتفاقيات الدولية التي حددت بقوانين الدول المتمدنة ولكن هذا الرأي يجد معارضة من بعض المفكرين الذين يرون أن فكرة قانون الدول المتمدنة إنما هي فرية استعمارية لا إقصاء بعض الشعوب.

يعتبر مفهوم النظام العام من الأسس الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تتصل بالمصالح العليا للمجتمع ويرتكز عليها، كيان الدولة والعبرة بالمفهوم هنا السوداني والوطني للنظام العام وليس النظام العام الدولي فالأسس السابقة لا تتقارب ولا تتطابق إلى الذي يمكن معه القول بوجود مفهوم موحد للنظام العام الدولي، وبالتالي فإن مخالفة حكم التحكيم للنظام العام أو الآداب العامة في السودان أن يكون موجباً لأن تحكم المحكمة بالبطلان من تلقاء نفسها دون الحاجة لتمسك صاحباً المصلحة ببطلان التحكيم.

قانون التحكيم لسنة 2005م، جاء في المادة (41) الفقرة (هـ)⁽²⁾ المعدل لسنة 2016م في المادة (42) الفقرة (3)⁽³⁾ "إذا تضمن الحكم ما يخالف النظام العام في السودان يعتبر هذا الحكم باطلاً لأن السياسة التشريعية داخل السودان وضعت مصادر للتشريع يجب العمل بها وبالتالي يجب أن تقوم الأحكام وفق تلك المصادر التشريعية وصدور أحكام مخالفة لتلك المصادر أو مغايرة لمعتقداته أو إرثه الحضاري أو تقاليده وعاداته ومثله العليا ويعتبر ذلك الحكم إخلالاً بالسلام والنظام العام ويكون قابل للطن فيه بالبطلان إضافة إلى إن فكرة النظام العام مرتبطة أيضاً بصدور حكم هيئة التحكيم في نزاع غير

(1) محمد أحمد عبد الله: القواعد المنظمة لإجراءات التحكيم في المنازعات التجارية ذات العنصر الأجنبي، بحث دكتوراة، جامعة النيلين، 2008م، ص 366.

(2) المادة (41/هـ) قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م.

(3) المادة (3/42) قانون التحكيم السوداني لسنة 2016م.

مشمول باتفاق تحكيم أو لم يكتب ذلك الاتفاق فإن هذا الحكم يعتبر مخالفاً للنظام العام، ومتعلقاً بالمصلحة العامة، السياسية، والاجتماعية، والاقتصادية.⁽¹⁾

العبرة هنا ليست لتعلق الحكم بمسألة تمثل النظام العام وإنما يضمن الحكم فصلاً يخالف النظام العام في السودان.

بهذا فقد وقف المشرع في صياغة هذا النص وذلك للتمييز بين حالة اتفاق التحكيم الذي يضمن مسائل لا يجوز فيها التحكيم وبين حكم التحكيم الذي يضمن ما يخالف النظام العام.⁽²⁾

يجدر التنبيه إلى أن مفهوم النظام العام الذي يتعين على هيئة التحكيم مراعاته تسع لتشمل مختلف أبعاد هذه المفاهيم الموضوعية والإجرائية ومخالفة الشريعة الإسلامية ولكن في نفس الوقت يجب أن لا يفهم من ذلك أن أية مخالفة للنظام العام في السودان توجب البطلان لأنه غير متفق على تعريفه أو وضع قواعد لاستتباط النظام العام، لذلك أصبح باستطاعة الأطراف الإطاحة بحكم التحكيم لأي سبب، فقد جاء في أحكام القضاء بأن عدم بيان أسماء الأطراف في مشاركة التحكيم أو في اتفاق مستقل لا ينهض مبرراً استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق إذا أمكن فصل الشق الذي يخالف النظام العام عن الشق الذي لم يخالفه واعتباراً من ذلك تنفيذاً جزئياً للحكم.⁽³⁾

رأي الشريعة الإسلامية قابلية محل النزاع للتحكيم يرى الدكتور إبراهيم محمد أحمد دريج فإنه لا يجوز التحكيم فيما هو حق خالص لله تعالى كالحود، لأنها شرعت للمصلحة العامة فهي من النظام العام لا يملك أحداً إسقاطها ونسبة لأهميتها في المجتمع فإنه من الأوفق حسمها عن طريق القضاء العادي.⁽⁴⁾

ومن هنا جاءت الحاجة إذ لا بد من وجود نظام عام دولي توافقي مع النظم العامة الوطنية والسعي للتوفيق بينهما.

يرى الباحث: "أن مفهوم النظام العام يجب استنتاجه من خلال القواعد الأمرة التي يحددها قانون الدولة المحددة ولا تترك استنتاجات للمحكم أو القاضي. إن ما رآه حسناً

(1) فهمي يوسف زين العابدين: شرح قانون التحكيم لسنة 2005م، مرجع سابق، ص 68.

(2) محمود السيد عمر التحيوي: أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية لسنة 2007م، ص 88.

(3) إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 87

(4) إبراهيم محمد أحمد دريج: التحكيم الداخلي والخارجي، مرجع سابق، ص 30.

فهو من النظام العام وما رآه سيئاً ليس من النظام العام بل تحدد في قواعد أمره في قانون الدولة".

المطلب الثالث

مضمون النظام العام

بدأت فكرة النظام العام تعرف منذ أن ظهر فقه الأحوال الإيطالي القديم حيث فرق الفقيه (بارتون) في العصور الوسطى بين الأحوال أو القوانين الملائمة والأحوال أو القوانين المستهجنة فالقوانين الأخيرة لا تطبق إلا حيث صدرت ولا يمكن أن تمتد إلى خارج الإقليم الذي صدرت فيه ثم استخدمها الفقيه الإيطالي باثينر في القرن التاسع عشر ليعلل تطبيق بعض القوانين تطبيقاً إقليمياً خروجاً على نظريته التي أكد فيها مبدأ شخصية القوانين مبرزاً الفكرة باسمها الحالي⁽¹⁾.

في اتجاه آخر أبرز الفقيه الألماني (فريدرك سافيتي) فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق عند شرحه لفكرته عن وجوب الاشتراك القانوني بين الدول لتدبير تطبيق القوانين الأجنبية فيما لو تبين للقاضي انقطاع الوحدة القانونية بين قانونه والقانون المختص بحكم التنازع فقد استخلص الفقه بعد ذلك أن النظام القانوني لكل دولة يتضمن قواعد خاصة مستقلة بذاتها يطلق عليها قواعد النظام العام وإن هذه القواعد أقوى من قواعد الإسناد بدليل أنه عند التنازع بين هذين النوعين من القواعد تتغلب الأولى على الثانية.

بتحصيل المفهوم الأصلي لهذه الفكرة في مجموعة القواعد القانونية التي لا تسمح لدولة القاضي في الخروج على أحكامها وذلك سواء تعلق الأمر بعلاقة قانونية خالصة الطبع الوطني أو تعلق بعلاقة قانونية ذات طابع دولي، وأياً ما كانت درجة صلة العلاقة الأخيرة.

يرجع السبب في ذلك إلى أن الخروج على أحكام مثل هذه القواعد من شأنه أن يثير الإحساس بالاستهجان العام فيها ويتعارض مع الأسس التي يقوم عليها المجتمع ويخدش الشعور العام فيه، ويخالف الأفكار الأساسية التي يقوم عليها المجتمع الأعلى في مجتمع القاضي لاسيما في علاقات الأحوال الشخصية، فعندئذ يتحتم على القاضي أن

(1) صلاح الدين جمال الدين: القانون الدولي الخاص، الناشر دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010م، ص 315، يتلخص مفهوم فكرته المشار إليها أن هناك اشتراك الفكر القانوني بين المجتمعات.

يتمتع عن تطبيق القانون الأجنبي رغم إشارة قاعدة الإسناد إليه باعتباره القانون الأقرب للعلاقة⁽¹⁾.

الفرع الأول: مضمون فكرة النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية

بذل الفقه جهوداً كبيرة لوضع ضوابط يمكن عن طريقها تحديد ما إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام في قانون القاضي أم لا فذهب جانب من الفقه إلى القول باستبعاد القانون الأجنبي واستناداً لفكرة النظام العام إذا كان تطبيق هذا القانون ماساً بمبادئ العدالة الدولية أو بمبادئ القانون الطبيعي أو بالمبادئ العامة المتعارف عليها في جماعة الأمم المتحضرة.

يذهب جانب آخر من الفقه إلى القول باستبعاد القانون الأجنبي إذا كان يشتمل على نظم قانونية يجهلها قانون القاضي ويؤخذ على هذا الرأي بطرفه إذا أن تطبيق قانون غير معروف في دولة القاضي لا يؤدي بالضرورة إلى المساس بالأسس والمبادئ الجوهرية السائدة في دولة القاضي ويذهب جانب آخر من الفقه في محاولة تحديد مضمون فكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص مذهباً آخر، يرى أن القانون الأجنبي يعد مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي إذا تعارض مع السياسة التشريعية لتلك الدول حتى ولو كان هذا القانون لا يتعارض مع مبادئ العدالة أو مبادئ القانون الطبيعي أو المبادئ العامة المتعارف عليها في الأمم المتحضرة، فإذا كان تطبيق القانون الأجنبي يحول دون تحقيقها كان للقاضي أن يستبعد تطبيق هذا القانون.

يمكن أن نعرف النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية من جانب الفقه المصري، بأنه دفع يتم بمقتضاه استبعاد تطبيق القاعدة القانونية في القانون الأجنبي تحكم العلاقة وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية إذا كان حكم هذه القاعدة يتعارض مع المبادئ والأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدينية التي يقوم عليها النظام القانوني في مجتمع دولة القاضي⁽²⁾.

الفرع الثاني: أثر الدين على مضمون فكرة النظام العام في الدول الإسلامية

على الرغم من أنه لم يعد للدين الآن في معظم الدول الغربية أهمية في القانون الدولي الخاص، بل ولا في القانون الداخلي فلا شأن له إلا في تعيين اختصاص المحاكم

(1) صلاح الدين جمال الدين: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص316، 319.

(2) عثمان النور عثمان الحاج: النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، جامعة النيلين كلية القانون، العام 2012م، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه، ص 179.

ولا في اختيار القانون الذي تقضي به فيما يرفع إليها من الدعاوى، ولا يعتد في هذه البلاد بالفوارق الدينية بين الأفراد التي يقدرها قانون أجنبي وعلى الخصوص من حيث تأثيرها في حقوقهم الخاصة، ومن ثم فإن اختلاف الدين بين مسلم وغير مسلم لم يكن بمانع من موانع الزواج في دولة أجنبية كبريطانيا إلا أن الأمر على خلاف ذلك في الدول العربية والبلاد الإسلامية إن الدين فيها له أهمية كبيرة لاسيما في مسائل الأحوال الشخصية.

لما كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقضي بأن يخضع غير المسلمين المقيمين في دار الإسلام من ذميين ومستأمنين لأحكام الإسلام في المعاملات تطبيقاً للمبدأ المعروف بمبدأ (إقليمية القوانين) أي سريانها على كل من يقيم في الإقليم إلا أن هذا المبدأ لا يطبق على إطلاقه في التربية الإسلامية إذ تخرج من تطبيقه طبقاً للرأي الراجح. المعاملات الخاصة بالذميين التي لا يتعدى ضررها أو شرها إلى المسلمين كالأنكحة وشرب الخمر التي يعامل فيها أهل الذمة والأجانب بأحكام دينهم⁽¹⁾.

هذا فعلاً عن أن مبدأ إقليمية القوانين إلى تطبيق الشريعة الإسلامية لا يمتد إلى العقائد والعبادات، إذ ترك لغير المسلمين أن يتبعوا عقائدهم فيها. فصل معنى هذا أن الشريعة الإسلامية قد عرفت ضمن نظامها القانوني ما يطلق عليه الآن الدفع بالنظام العام.

ولا يختلف الأمر في الشريعة الإسلامية إذ أن فكرة النظام العام تتكون وفق ما يسود في المجتمع الإسلامي من أفكار ومبادئ ومثل عليا أساسها الشرع الإسلامي⁽²⁾. إن فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية فكرة مطلقة منضبطة وليست للقاضي أو المحكم من نصوصها وقواعدها إلى سلطة تقديرية لأنها تجسد حقيقة التشريع الإسلامي بحسبانه صادر عن الحكيم الخبير العالم لما يفيد البشر بخلاف المشرعين

(1) جلال الدين عبد العزيز أحمد البخاري: كشف الأسرار عن أصول فجر الإسلام، مطبعة الفاروق الحديثة للطباعة، لسنة 1416هـ، ج4، ص 1456، حيث أشار إلى قول الإمام أبو زيد الدوني تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الذميين فيما يقع بينهم من تصرفات لو جاز لهم مباشرتها واعتادوها فيما بينهم خاصة ولا يتعدى شرها إلى المسلمين فيتركوا دياناتهم كالأنكحة وشرب الخمر.

(2) محمد عبد المنعم بك رياض: مبادئ القانون الدولي الخاص، ط2، النهضة العربية، القاهرة، 1943م، ص 336.

الوضعيين الذين قد يجهلون كنه المصالح التي تحميها تشريعاتهم وتتغير أهواؤهم تبعاً لعلمهم وخبرتهم وسيطرة المصالح الخاصة بهم.

إن النظام العام أمر يتعلق بالمصلحة العامة في المفهوم الإسلامي التي لا يجوز إصدارها. فضلاً عن التي تتعلق بحقوق الله التي لا يجوز التحكيم بشأنها، فلا يجوز مثلاً أن أعقد عقداً تحكيمياً بين طرفين زوجين على سبيل المثال صدر الطلاق جزماً من الزوج ثلاثاً متفرقان بحكم المحكم بأن الصلح سيد الأحكام ويعيد المسألة إلى مجاريها⁽¹⁾.

الحقيقة أنه لا معنى لكلام عن وجود مخالفة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية إلا إذا أمكن تطبيق قانون أجنبي على إقليم الدولة أي إذا تضمن القانون الوطني قواعد إسناد لحل مشكلة تنازع القوانين فهل عرفت الشريعة الإسلامية نظام تنازع القوانين انقسمت الآراء في هذه المسألة إلى اتجاهين نعرفهما فيما يلي: حتى يتبين لنا ما إذا كان من الممكن تطبيق قانون أو شرع أجنبي في دولة تطبق فيها الشريعة الإسلامية، ومن ثم يتصور حدوث التعارض بين القانون الأجنبي والشريعة الإسلامية.⁽²⁾

الاتجاه الأول: لا مجال لأعمال فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية إن الفقهاء المسلمين كانوا قد قسموا العالم إلى دارين أو دولتين دار الإسلام (الدولة الإسلامية) ودار الحرب (الدولة أو الدول الأجنبية) بصرف النظر عن وجود حرب أو سلام بينهما ومعيار ذلك التقسيم هو تطبيقاً إقليمياً في كل نزاع يرفع إلى القاضي المسلم حيث لا يعلم القاضي المسلم بغير أحكام الشريعة الإسلامية، أعمالاً لتغيير قول الحق سبحانه: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِنْ لِيُكَلِّمَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ (48) وَأَنْ أَحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنْ كَثِيرًا مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ (49)﴾⁽³⁾.

(1) مجلة المؤتمر الإسلامي الثاني في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 78.

(2) المرجع السابق، ص 79.

(3) سورة المائدة، الآيتان (48، 49).

فقد استخلص المفسرون من صريح العبارة في هاتين الآيتين ومن سياقها مع ما قبلهما من الآيات ومن أسباب نزولهما إن المراد بالحكم بما أنزل الله هو الحكم بأحكام الشريعة الإسلامية دون سواها. وليس معنى ذلك أنه كان يطبق أحكام واحدة في جميع المنازعات سواءً أكانت إسلامية خالصة أم كانت ذات عنصر أجنبي يستمد منه مباشرة الحكم القانوني بل كان يرجع في ذلك إلى أحكام الفقه الإسلامي خاصة كحكم هذه العلاقات مباشرة،⁽¹⁾ ولئن كان بعض هذه الأحكام مستمداً أصلاً من النظم القانونية غير الإسلامية أو متأثراً بها في الحدود التي تقرها الشريعة الإسلامية إلا أنها أحكام مندمجة في الفقه الإسلامي، تعتبر جزءاً منه وهي أحكام موضوعية محددة تحكم مباشرة العلاقات القانونية، ولا تتأثر بصفة آلية بما يطرأ على أصلها التاريخي من تغيير، ومن ثم يمكن القول بلغة قانون العلاقات الخاصة الدولية بأن قانون العلاقات ذات العنصر الأجنبي على النحو الذي عرفته الشريعة الإسلامية كان موضوعياً لا إسنادياً.

بمعنى أنه استخدم أسلوب القواعد الموضوعية المادية لا أسلوب قواعد الإسناد وعلى ذلك يجب على القاضي المسلم أن يجري حكم الشرع في كل دعوى رفعت إليه وكان من الواجب عليه أن يحكم فيها أو قبل ذلك، وذلك بغض النظر عن ديانة الخصوم أو جنسيتهم أي سواءً أكانوا مسلمين أو ذميين أو حربيين وبصرف النظر عن موضوع الدعوى أي سواءً أكان بيعاً أو نكاحاً أم غيرهما من حقوق الله أو حقوق العباد.⁽²⁾ يستخلص أصحاب هذا الاتجاه أن الشريعة الإسلامية قد أخذت من هذه الناحية بمبدأ إقليمية القوانين على إطلاقه متى يحول دون ظهور قواعد تتازع القوانين لأن القاضي الوطني لا يطبق قانوناً غير قانونه.

لا يغير من هذا أن الشريعة الإسلامية قد أخذت بمبدأ شخصية القوانين حيث أباحت لغير المسلمين فيما بينهم أن يحتكموا إلى حكم ملتهم فيما يتعلق بمسائل المعتقدات والعبادات وبعض المعاملات إذ أن ذلك قول بعض الفقهاء بوجوب امتداد حكم الشريعة الإسلامية إلى المسلمين الذين يذهبون إلى دار الحرب تطبيقاً للمبدأ السابق فالوسيلة الفنية التي اتبعتها الفقه الإسلامي لحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي تختلف عن الوسيلة الفنية التي يتبناها التشريع والفقه الحديث هذه العلاقات لقواعد ذات صياغة

(1) صلاح الدين جمال الدين: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 324.

(2) المرجع السابق، ص 325.

إسنادية تقتضي الرجوع مباشرة إلى قوانين أجنبية ومسايرة هذه القوانين يحكمها الفقه الإسلامي بقواعد ذات صياغة موضوعية، ون كانت مستمدة أو متأثرة بالقوانين الأجنبية، ومن ثم فهي أحكام مندمجة في أحكام الشرع على نحو ما يوضحه الفقه الإسلامي فلا مجال لتصور وجود تعارض بين نظم قانونية أجنبية والنظام القانوني الإسلامي وبالتالي فلا مجال للكلام عن فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية.

الاتجاه الثاني: وجود مجال لتطبيق فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية.

لم يلق الاتجاه السابق استحساناً جانباً من الفقه حيث تبين من استعراض وجه نظر الإمام أبو حنيفة أنه إذا ترفع إلى القاضي المسلم مدع غير مسلم فإنه يختص بنظر الدعوى إلا أنه لا يطبق أحكام الشريعة الإسلامية، بل يطبق أحكام ديانة الطرفين وهو ما يستفاد منه من وجود قواعد الإسناد تسمح باستبعاد قانون القاضي الشريعة الإسلامية وتطبيق قانون آخر لأن تحقيق العدالة على وجه كامل يستلزم ذلك ويساند ذلك أن بعض الفقهاء قد عارض تفسير آيات سورة المائدة على النحو الذي يمنع القاضي من تطبيق أي قانون أجنبي ويرى هؤلاء أنه يمكن تفسير المراد بالحكم بما أنزل الله بأنه الحكم العدل وأنا من العدل أن يحكم بين غير المسلمين وعلى وجه الخصوص الأجانب بما أفوه من الأحكام أو العادات أو القوانين لاسيما إذا كان من وراء الحكم تلك القوانين ضماناً لبقاء الحقوق المكتسبة بحسبها ووصولها إلى أربابها وسندهم في هذا أن الآيات في القرآن كثيرة بخصوص الحكم بالعدل ومنها قول الحق سبحانه ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ...﴾ (1).

والحكم بالعدل بإيصال الحق إلى صاحبه من أقرب الطرق إليه. (2)

من ثم أثاروا التساؤل أليس الحكم بين أجنبيين القانون الذي تقرر الحق بينهما بناءً عليه أقرب طريق إلى إيصال الحق إلى صاحبه وليس في الحكم بينهما حكم شريعة إسلامية ومهما لم ينظر البعض وقت إنشاء الحق ولم يعتمد في إيجادها احتمال تضيقه كما استند هذا الاتجاه إلى الفتوى بشأن أمر الحكم بالقوانين الإنجليزية في الهند، حيث انتهى الرأي إلى أنه وإن كان غير جائزاً شرعاً إلا أن هناك رخصة في تطبيقه

(1) سورة النساء، الآية (58).

(2) علي الزيني: القانون الدولي الخاص المصري المقارن، مرجع سابق، ص 176.

بشرط أن لا يكون ضاراً بالمسلمين وفي ذلك ما يسمح بتأويل الآية على النحو المشار إليه بعاليه.

الموازنة بين الرأيين:

إذا ما رجحنا وجهة نظر القائلين بأن الشريعة الإسلامية قد ضمن أحكامها قواعد الإسناد، بمعنى أن هناك احتمال لأن يطبق القاضي في دار الإسلام قانوناً آخر غير الشريعة الإسلامية ظهور احتمال لوجود تعارض بين القانون أو الشرع الأجنبي وبين أحكام الشريعة الإسلامية، بحيث يجب ترجيح تطبيق هذه الأخيرة على النحو الذي كان متبعاً في أحكام المحاكم المختلطة في مصر، التي اعتبرت إن نظام الشريعة الإسلامية باعتباره النظام الغالب فيما يتعلق بالأحوال الشخصية للمصريين، هو المرجع لتحديد ما يخالف النظام العام من الأحكام الأخرى سواء ورد في نظم أجنبية أو في نظم مصرية أخرى⁽¹⁾.

وضع المسألة: إذا تمكن القاضي من التصرف على القانون الأجنبي واستبان له قواعده وأحكامه، فإنه يكون ملزماً بتطبيقه وإنزال حكمه على المسألة المعروضة، غير أن هذا لا يكون دائماً، فقد طرأ مانع فني يحول دون ذلك التطبيق فقط يتضح للقاضي إن مضمون قواعد القانون الأجنبي يصطدم بالمبادئ والقيم العليا الاجتماعية والخلقية والاقتصادية لمجتمعه الوطني، على نحو ظاهر، بحيث يضحى غير سائغ له تطبيقه رغم ذلك وإلا كان حكمه مخالفاً للقانون.

يرى الباحث (أن النظام العام في المفهوم الإسلامي من خلال أحكام منصوص عليها كآيات التحريم والنهي وكل نص قطعي الدلالة ورد في التحريم وأن النظام العام في مضمونه الإسلامي يلاحظ بأنه ثابت لا يتغير بتغير الزمان والمكان وذلك لصلاحيته القرآن الكريم في كل زمان ومكان) لذا أوافق الرأي بوجود نظام عام إسلامي.

الفرع الثالث: ماهية النظام العام

أولاً: مضمون فكرة النظام العام

النظام العام الداخلي والدولي تعد فكرة النظام العام من الأفكار الأساسية في علم القانون عموماً في القانون الداخلي، وفروعه المختلفة، يقترن استعمال اصطلاح النظام العام بالكلام عن القواعد القانونية الأمرة، التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها

(1) على الزيني: القانون الدولي الخاص المصري والمقارن، مرجع سابق، ص 178.

فالنظام العام يعد قيدياً على سلطان الإرادة لأفراد وتلازم مع بعض القواعد القانونية كي تحقق الهدف منها وجوهره حماية المبادئ والأسس الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والخلقية التي يقوم عليها المجتمع.

أما في تنازع القوانين، فإن فكرة النظام العام ترمي إلى إدراك ذات الهدف ولكن بطريقة مغايرة فالنظام العام في القانون الداخلي يهتم أكثر بالقاعدة القانونية الوطنية فهو شق فيها وهام لها أما في تنازع القوانين فهو مدافع عنها حيث يعترض به على تطبيق أحكام القانون الأجنبي التي تتنافى مع المبادئ والقيم الاقتصادية والاجتماعية والسياسية لمجتمع الدولة فالنظام العام هنا هو ند أو رقيب على القاعدة القانونية الأجنبية واجبة التطبيق، بينما هو حليف وحام للقاعدة القانونية الوطنية، موضوعية كانت أو إجرائية.

هنا نشير إلى أن النظام العام الداخلي هو الأصل أما النظام العام في تنازع القوانين فهو فرع منه، ونظراً لخصوصية تنازع القوانين واتصاله بعلاقات الأفراد وحركة التجارة عبر الحدود، فإن مقتضيات النظام العام فيه تتكمش وتضيق عنها في مجال القانون الداخلي، فما يعد من النظام العام في هذا الأخير، ليس بالضرورة من النظام العام في تنازع القوانين، والعكس ليس صحيحاً بإطلاق ونشير كذلك إلى أن هناك نقاط أخرى يلتقي عندها النوعين من النظام العام من ناحية فإن النظام العام الداخلي يرسم الحدود التي يسمح فيها بتطبيق القانون الأجنبي وهنا نقول أن تلك الحدود تستمد معالمها أساساً من أفكار القانون الداخلي المتعلقة بالنظام العام الخاص بالعلاقات الوطنية، ومن ناحية ثانية، فإنه عند أعمال النظام العام في تنازع القوانين إن النظام العام الذي يغزو الحياة كل يوم هو أمر من الصعب تحديده فحدوده مبهمة⁽¹⁾.

استبعاد القانون الأجنبي يلاحظ أن القاعدة القانونية التي ستحل محل هذا الأخير تتكون من قواعد قانون القاضي، والأمر لا يتعلق بأية قاعدة بل هي بالضرورة من القواعد الأمرة أي قواعد النظام العام الداخلي يطلق عليه عادة الدفع بالنظام العام على أساس أنه يدفع أو يدرأ به القانون الأجنبي، ويستبعد تطبيقه حينما يصطدم بمقتضيات حماية مجتمع دولة القاضي، وهي تبدو أكثر دقة من اصطلاح النظام العام الدولي الذي يستخدمه بعض الشراح.

(1) نادية محمد معوض: التحكيم وحقوق الملكية الفكرية، ط1، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة 2009م، ص 211.

النظام العام التوجيهي والحماي:

من تلك القوانين ما يتعلق بحماية المستهلك أو حماية عمليات الائتمان والحفاظ على الأسعار وحماية العمال والرقابة على النقد وتحديد سعر الصرف.

بعض الفقهاء يطلقون عليها قوانين النظام العام، القانون ذا الطابع الأمر هو نظام توجيهي يعمل على حماية المصلحة العامة عن طريق توجيه كافة الأنشطة ما تبقىه الدولة من وراء سياستها الاقتصادية والاجتماعية.

أما ما يسمى بالنظام العام الحماي وهو ما يهدف إلى حماية المصلحة الخاصة عموماً. النظام العام الحماي أنه نظام عام سلبي يعمل على الحفاظ على المبادئ العليا للمجتمع عن طريق درأ أو استبعاد كل اتفاق أو قانون يتعارض معها، أما النظام العام الإسنادي أو النظام العام التوجيهي فهو نظام عام إيجابي⁽¹⁾.

المطلب الرابع

التخصص النوعي للنظام العام وعلاقته بالتحكيم

إذا طرحنا جانباً من النظام العام الحماي أو الدفع فإنه يمكن التمييز بين نوعين من القواعد التي يغطيها النظام العام التوجيهي الأول، فيتعلق بتنظيم وتوجيه نشاط التجارة الدولية في اتجاه معين عن طريق تشجيع وابتداع القواعد الذاتية الخاصة التي تقف ونمو المبادلات عبر الحدود أي أن هذا النوع يشتمل على القواعد المادية أو الموضوعية في القانون الدولي الخاص والمتعلقة بالتجارة الدولية بجوانبها المختلفة وهنا قد يبدو مقبولاً استخدام اصطلاح النظام العام الدولي⁽²⁾.

أما النوع الثاني فيشمل القواعد التي تعمل على تحقيق مصالح الجماعة الوطنية واللازمة لحماية الأهداف الاقتصادية والاجتماعية التي لا قيام للمجتمع بدونها وهي تصحب عادة تدخل الدولة.

فمخالفة تلك القواعد لن يكن متعارضاً مع مقصود النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، وعلى ذلك ينحصر الأثر السلبي للنظام العام في شأن تلك العلاقات على المخالفات الجسيمة للأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية، أو القانونية، أو الاقتصادية للنظام القانوني المعني، وعلى ذلك

(1) أحمد عبد الكريم سلامة: الأصول في التنازع الدولي للقوانين، ط1، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م، ص 584.

(2) المرجع السابق، ص 585.

لا ينبغي الأخذ بمعيار صارم لفكرة النظام العام وإعماله بشأن الممارسات التحكيمية التي تتصف بالطابع الدولي على نحو يؤدي بعيداً بالصدق من التحكيم أو يذهب بفاعليته⁽¹⁾.

بيد أن المفهوم المرن لفكرة النظام العام والذي ينبغي أعماله بشأن تلك العلاقات يثير التساؤل عن إمكانية الوصول إلى مفهوم عالمي تتضح من خلاله معالم هذه الفكرة؟

الفرع الأول: النظام العام الدولي

مضت الإشارة إلى أن النظام العام يصطبغ دائماً بصيغته وطنية خالصة لا يصح تجاهلها تحت ستار فكرة غامضة تتوسل بها الدول المتقدمة لإهدار مصالح الدول النامية، وهي فكرة النظام العام الدولي فهذه الأخيرة ليست سوى تجسيد وتكريس لتقليب وترجيح مصالح دول الشمال على دول الجنوب ولن يتسنى القول بوجود نظام عام دولي حقيقي إلا عندما تتلاشى الهوة التي تفصل بين دول العالم المتقدم والدول النامية.

بيد أنه من ناحية أخرى لا نستطيع أن نغفل ما أسفر عنه التطور المعاصر للروابط الخاصة الدولية من تطبيقات عامة متنوعة لفكرة النظام العام الدولي كما هو الشأن بالنسبة للروابط التي تحكمها المعاهدات من ناحية، والروابط التي تخضع للعرف التجاري بين المتعاملين والذي تجري هيئات التحكيم الدولية على تطبيقه من ناحية.

فالمنشأ الوطني للنظام العام لا يحول إذاً دون التسليم بوجود قواعد تتعلق بالنظام العام ذات طابع دولي، أمثلة عديدة يمكن الاستشهاد بها في هذا الصدد، فالقاعدة الدولية التي تحرم الرشوة وتحارب الفساد أو منع الرق، التفرقة العنصرية، أو تحرم الاتجار في الأسلحة، أو التهريب، أو الاتجار في المخدرات هذه الأمثلة وغيرها تعد تجسيداً لفكرة النظام العام الدولي.

على الرغم من المحاولات المستمرة لتكريس فكرة النظام العام الدولي إلا أن شأنها شأن المفهوم الوطني لها يصعب تحديدها على وجه منضبط، وهو أمر لا يثير أدنى غرابة، فهذه الفكرة ذات غاية وظيفية ولا يتأتى محاولة ضبطها إلا من خلال تحديد هذه الغاية ولكن المرونة العالية التي تتمتع بها هذه الفكرة وتغيرها بتغير الزمان كل ذلك لا يستطاع مع نجاح أي محاولة لوضعها في قالب علمي محدد⁽²⁾.

(1) بليغ حمدي محمود: الدعوى بطلان أحكام التحكيم الدولية، مرجع سابق، ص 47.

(2) مرجع سابق ص 52.

مع الأخذ في الاعتبار أن أعمال هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي إلى نتائج غير التي تصل إليها في حضارة أخرى. من الواضح إذ إن فكرة النظام العام هي في الأصل فكرة وطنية خالصة هدفها حماية النظام الداخلي من أي تهديد يمس وتزعزع أركانه بيد أن الدور الذي يمكن أن يلعبه النظام العام في هذا الصدد يختلف بحسب ما إذا كانت العلاقة محل النزاع وطنية خالصة أم تخللها العنصر الأجنبي الفعال الذي أسبغ عليها الطابع الدولي.

ففي الحالة التي تكون فيها العلاقة داخلية أو وطنية العناصر من جميع جوانبها فإن النظام العام يتسربل بالرداء الوطني البحث وتكون غايته أبطال كفه التصرفات والاتفاقات المناهضة له. وتتجسد صورته في القواعد الآمرة وتنتهي مهمته عند تأكيد القانون وإعمال مقتضاه والأمر على خلاف ذلك فيما لو كانت العلاقة تنطوي على عنصر أجنبي فعال أسبغ عليها الطابع الدولي، فحينئذ يكون للنظام العام بعد دولي هدفه لا أبطال تلك الاتفاقات، وإنما استبعاد ما تؤدي إليه من نتائج سوء في مجال البحث عن القانون الواجب التطبيق أو عند طلب إصدار الأمر بتنفيذ الأحكام التي تتعارض في مضمونها مع النظام العام في دولة القاضي، هذه المغايرة في الآثار تقتضي المغايرة في نطاق الأعمال. بمعنى أنه لا يجوز إسقاط المفاهيم الوطنية لهذه الفكرة وإعمالها بصورة العلاقات ذات الطابع الدولي، فإذا كان من المقبول التشدد في إعمال هذه الفكرة بشأن العلاقات الوطنية، فإنه من غير المقبول المساواة بين هذه الأخيرة وتلك التي تتصف بالطابع الدولي شأن أعمال الدفع بالنظام العام فليس ما يخالف النظام العام الداخلي يعد مخالفاً للنظام العام الدولي والعكس صحيح، بمعنى أن كل ما يخالف النظام العام الدولي بشكل مخالف للنظام العام الداخلي لأن الأول هو جزء من الأخير صحيح أن كل الدول على اختلاف نظمها القانونية والسياسية والاجتماعية لديها قواعد أساسية يمكن تسميتها بشروط المحافظة على النظام الاجتماعي للدولة يستبعد بمقتضاها أي قانون أجنبي، أو أي أثر لقرار قضائي يتضح تغوله هذه القواعد أو يتعارض مع مصالح تلك الدولة، أو أساسها الاجتماعي⁽¹⁾. ولكن هذا لا يعني بحال من الأحوال تطابق مفهوم النظام العام بشأن العلاقات الداخلية مع ما يقضي أن يكون عليه بشأن العلاقات ذات الطابع الدولي فيجب أن يقتصر مقصود النظام العام بشأن تلك العلاقات الأخيرة على مجموعه المبادئ

(1) بليغ حمدي محمود: الدعوى بطلان أحكام التحكيم الدولية، مرجع سابق، ص 4

التي تسعى إلى تحقيق العدالة والمفاهيم المتعلقة بالأخلاق ومن ثم يمكن أن يدخل في مضمون فكرة النظام العام في هذا الصدد مجموعته القواعد الآمرة في النظام الداخلي. الحقيقة التي لا يمكن إنكارها أن أي نظام قانوني مهما كانت اتجاهاته، وأياً ما كان شأنه يحوي العديد من القواعد تمثل الحد الأدنى للحفاظ على كيان الجماعة التي ينظمها، والتي لا يجوز بحال من الأحوال المساس بها، أو لافتتان عليها أو تجاهلها تلك القواعد ويطبق عليها اصطلاح النظام العام.

على الرغم من الاهتمام لغرض دراسة موضوع النظام العام والذي بلغ حداً ربما لا يمكن حصره بالنظر لمكانته التي يحتلها هذا الموضوع سواءً من ناحية المعاملات الداخلية أو المعاملات الخاصة الدولية. ما زال يكتنف هذه الفكرة الكثير من الغموض ويصعب تحديدها على وجه دقيق.⁽¹⁾ كذلك يصعب تحديد النظام العام تحديداً مطلقاً يتمشى مع كل زمان ومكان لأن النظام العام شي نسبي⁽²⁾.

ولئن كانت أي محاولة لوضع مفهوم منضبط ومحدد لهذه الفكرة أمر من الصعوبة بما كان بالنظر إلى المرونة العالية التي يتمتع بها هذا المصطلح إلا أنه يمكن التعرف على حقيقة هذه الفكرة من خلال البحث عن الغرض من وجودها فالنظام العام واحد في هدفه سواءً أكان بصدد علاقة داخلية أم علاقة ذات طابع دولي والذي يتمثل في حماية كيان وأسس الجماعة التي يضلح بحمايتها وتنظيمها فهو يمثل صمام الأمان لصيانة تلك الأسس والمبادئ العليا في المجتمع فغاية هذه الفكرة هي حماية الصالح العام الذي يصلح أن يكون معياراً للدلالة عليها⁽³⁾.

الفرع الثاني: إعمال فكرة النظام العام

فلفكرة النظام العام في التحكيم الدولي مجالاً تختلف عن مجالها في التحكيم الوطني، فهي أضيق نطاقاً، في النوع الأول من التحكيم عنه في النوع الثاني إذ يختلف مدى مساس موضوع واحد بالنظام العام تبعاً لتعلق الأمر بالتحكيم الوطني أم الدولي،

(1) هشام صادق: القانون الدولي الخاص، شارع القوانين، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999م، ص 203.

(2) بليغ حمدي: الدعوى ببطان أحكام التحكيم، مرجع سابق، ص 466

(3) * يذهب جانب من الفقه إلى أنه لا يصح الاتجاه إلى الدفع بالنظام العام إلا في الأحوال التي تقتضيها المصالح العليا للمجتمع، هذا وصف النظام العام بأنه سلاح ذو حدين يجب الاعتدال في استخدامه وإلا سيفقد الهدف الذي يسعى إليه تنظيم التنارع في الدولة.

فمسألة قابلية النزاع للحل بالتحكيم يمكن ألا تكون مبرراً لعدم تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن بالحكم مساس واضح وجدي بالنظام العام وذلك بصدد أحكام التحكيم الأجنبية.

فليست كل قاعدة أمرّة تتعلق بالنظام العام في القانون الداخلي تعتبر من النظام العام في المعاملات الدولية فكرة النظام العام كسبب لرفض تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية استقر الفقه على ضرورة جعلها فكرة مرنة بحيث لا يتم التمسك بها إلا في حالات استثنائية ولقد أيد القضاء في العديد من الدول الأخذ بتفسير ضيق لفكرة النظام العام في مجال التحكيم بشأن المعاملات الدولية⁽¹⁾.

يرى الباحث (أن النظام العام الدولي هو عبارة عن مجموعة من المبادئ العليا التي تحمي كيان المجتمع الدولي، وهي باتفاق كل الدول بأنها مبادئ وأخلاق مشينة في المجتمع الدولي وهي بالتأكيد تكون هذه المبادئ من النظام العام في كل دولة لأن معظم قواعد وقوانين الدول تتفق على عقوبة الرشوة وغسل الأموال والاتجار بالبشر. وبالتأكيد إن فكرة نظام عام دولي هي عبارة عن تنازع قوانين تختلف القواعد القانونية التي تضعها لكل دولة والكل يريد أن ينتصر لقاعدته القانونية باعتبارها نظام عام دولي).

أ/ فكرة النظام العام كأساس لمنع التحكيم:

تعد فكرة النظام العام من الأفكار المحورية التي استند إليها الاتجاه المناهض لتطبيق أسلوب التحكيم على المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها العامة طرفاً فيها فإذا كانت قواعد توزيع الاختصاص القضائي تعد من قبيل القواعد المتعلقة بالنظام العام، فإن القواعد التي تحكم الروابط القانونية التي تكون الدولة وسائر أشخاصها العامة طرفاً فيها، ومن بينها العقود الإدارية تتعلق هي الأخرى بالنظام العام ومن ثم فلا يجوز الالتجاء إلى التحكيم بشأن المنازعات المتولدة عن تلك الروابط وتوضيح ذلك إذا كان النظام العام، وفقاً لما انتهى إليه غالبية الفقهاء الفرنسيين، هو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة. وإذا كانت الغاية الأساسية التي يرمى إليها العقد الإداري هي تحقيق الصالح العام من خلال إشباع الحاجات العامة للمواطنين، مما ينبني على ذلك أن القواعد الخاصة بهذه العقود تقدمت القواعد المتعلقة بالنظام العام وبالتالي لا يجوز

(1) إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 44.

الالتجاء إلى التحكيم بشأن المنازعات التي تتولد عنها، نظراً لأن التحكيم غير جائز في المسائل المتعلقة بالنظام العام.

على هذا الأساس، فإن التعارض المنهجي بين التحكيم والدعوى الإدارية كما يصورها الفقيه يتجسد في فكرة حماية المصلحة العامة والتي من متطلباتها وفقاً لرأي الفقه حظر لجوء الدولة وغيرها من الأشخاص المعنوية العامة إلى قضاء آخر غير القضاء الوطني حتى تتحاشى إهمال هؤلاء في الدفاع عن المصلحة العامة المكلفة بها. وبذلك إذا كان مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية يعد المصدر الأساسي لمنع لجوء الدولة وغيرها من أشخاص القانون العام إلى التحكيم، فإن هذا المنع يرجع كذلك إلى فكرة النظام العام والتي تجسدها فكرة المصلحة العامة وفي هذا الإطار يشير الفقه إلى أن مبدأ الحظر للجوء إلى التحكيم يمكن تحليله على ما يبدو لنا - بأنه قاعدة الهدف منها إخراج فئة من الأشخاص، وهم الدولة والجماعات العامة من الشريعة العامة للتحكيم على اعتبار أنهم مكلفون بالعمل على تحقيق المصلحة العامة مما يلزم إبعادهم عن مواجهة الأخطار الناجمة عن لجوئهم إلى التحكيم⁽¹⁾.

الفرع الثالث: النظام العام في التحكيم وآثار الدفع به أولاً: النظام العام واتفق التحكيم

يشكل النظام العام عقبة أمام اتفاق التحكيم، حيث يمكن القول بأن هذه المنازعات ليست قابلة للتحكيم، أو أن شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم باطل بسبب أن موضوع النزاع غير مشروع. ويأتي رد الفعل تجاه اتفاق التحكيم في فترة ازدهار النزاعات الوطنية المصاحبة لسن التشريعات الداخلية وحرص كل دولة على استئثار قضائها بممارسة وظيفة الفصل في منازعات معينة تحت مسمى الاختصاص المقصور على قضاء الدولة⁽²⁾. حيث تمثل تلك المواقف المناهضة لاتفاق أن التحكيم (أو شرط التحكيم) أو من حيث أهلية اللجوء للتحكيم سواء بالنسبة للشخص الطبيعي أو بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، أو من حيث المسائل التي لا يجوز التحكيم بصددتها⁽³⁾.

(1) وليد محمد عباس: التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، الناشر دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، السنة 2010م، ص 130.

(2) سامية راشد: اتفاق التحكيم، الكتاب الأول، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، لسنة 1984م، ص 4.

(3) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الدولية الخاص، ط2، دار الكتب القانونية، الإسكندرية، لسنة 2008، ص 11.

غير أن كثير من القواعد القانونية لا يعمل بنفسه بيان الصفة الأمرة أو المكملة وحينئذ تتحدد التفرقة بين النوعين من القواعد بالرجوع إلى معيار معين هو معيار النظام العام والآداب وهو معيار سليم في الفقه والقضاء، ويأخذ به المشرع المصري صراحة فيما ينص عليه عند بطلان العقد إذا كان المحل أو السبب مخالفاً للنظام العام أو الآداب المادة (135 و 136) مدني. وعلى ذلك لا يوجد من المشرع تصريح بصفة القاعدة القانونية فكل القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام أو الآداب تعتبر قواعد أمرية لا قبل للأفراد مخالفتها أي أن سلطان الإرادة يكون منعدماً إزاءها وكل القواعد القانونية التي لا تتصل بالنظام العام والآداب تعتبر قواعد فاعلة، لإرادة الأفراد مطلق السلطات في مخالفتها والخروج عليها⁽¹⁾.

ثانياً: وحدة النظام العام الدولي في التحكيم

إن الاعتماد على النظام العام المستمد من أحكام القانون الدولي العام يكاد يكون نادراً بعض الشيء، لذلك يمكن الرجوع إلى النظام العام المستمد من أحكام القوانين الوطنية وذلك لاستقرارها، ووجودها الراسخ مقارنة بالنظام العام الدولي الحديث الموجود، ولكن بالرغم من ذلك نجد أن القضايا التي تطرقت للإجراءات التحكيمية قليلة بعض الشيء. نجد أن أحد الفقهاء تطرق في كتاباته إلى أن المحاكم الإنجليزية في خلال الستين عاماً الماضية لم تجد من الضروري أن يخضع التحكيم لقواعد النظام العام. ونجد أن القضايا التي تطرقت لهذا الموضوع قد جمعت في عشرة مجلدات تسمى الكتاب السنوي وهناك تعليق على مجموعة منها من قبل القاضي وتتص المادة الخامسة الفقرة الأولى (2/ب) من اتفاقية نيويورك للتحكيم 1958م الوثيقة اللصيقة بهذا الموضوع على ما يلي: يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها أن الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه مما يخالف النظام العام في هذا البلد ونلاحظ أن المادة الخامسة (2/ب) من الاتفاقية قد تعرضت صراحة للنظام العام في البلد المطلوب تنفيذ الحكم فيها حيث ينبغي على المحكم احترامه، وتعرضت المادة الخامسة فقرة (1) (ب، د، هـ) بطريقة ضمنية لتأثير النظام العام على التحكيم.

(1) حسن كبيرة: المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص 46.

بالنظر إلى المشاكل المتعلقة بالنظام العام نجد أنها في تطور دائم أمام المحاكم التحكيمية حيث أصبحت هذه المحاكم تتبنى نظاماً عاماً لا يخالف النظام العام الدولي وينبغي أن تميز بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي وبين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي⁽¹⁾.

إن القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والتي تطبق في مادة التحكيم عديدة ومتنوعة. البعض منها ملحوظ في قانون الموجبات والعقود والبعض الآخر في قانون أصول المحاكمات المدنية. تضمن قانون الموجبات والعقود نصان يشيران إلى النظام العام في مادة التحكيم الأول عام والثاني خاص.

النص العام هو نص المادة (166) مدني لبنان التي جاء فيها: (أن قانون العقود خاضع لمبدأ حرية التعاقد فلأفراد أن يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاؤون بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة الإلزامية وبما أن اتفاقية التحكيم خاضعة لمبدأ حرية التعاقد فإنها خاضعة في الوقت نفسه لقيود النظام العام.

النص هو نص المادة (1037) م. ع التي جاء فيها:

(لا تجوز المصالحة على الأمور المختصة بالأحوال الشخصية أو بالنظام العام ولا على الحقوق الشخصية التي لا تعد مالا بين الناس، وإنما تجوز على مصلحة مالية ناشئة عن أمر يتعلق بالأحوال الشخصية أو بأحد الجرائم) وبما أن المادة (762) أ. م. م تعرف المنازعات القابلة للتحكيم بأنها المنازعات القابلة للصلح فإن المادة (1037) المشار إليها تطبق في مادة التحكيم⁽²⁾.

ثالثاً: ما يميز النظام العام في التحكيم

أن تكون مادة التحكيم مقيدة بقواعد النظام العام ليس بالمستغرب لأن كل مواد القانون خاضعة لسيادة النظام العام سواءً أكان ذلك في مواد الحق العام أو في مواد الحق الخاص في الحقل الداخلي كما في الحق الدولي فالقانون المدني، والتجاري أو

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، الناشر دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، لسنة 2003م، ص 22.

(2) مجلة المؤتمر الإسلامي الثاني للشرعية والقانون، التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون 1421هـ، 2000م، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية في لبنان، التابع لجمعية الإصلاح الإسلامية، ص 15.

الجزائي أو في قانون العمل أو في أصول المحاكمات المدنية أو الجزائية، ولكن ما يميز النظام العام في مادة التحكيم عن سائر المواد هو أن مسألة تطبيقه تثار أمام مرجعين أمام المحكم وأمام القاضي، أما سائر المواد هو أن مسألة تطبيقه تثار أمام مرجعية واحدة فقط هي القاضي، لذا يجب علينا تحديد الحالات التي تطرح فيها مسألة النظام العام أمام المحكم في ثلاث حالات:

1. عندما ينازع أحد الخصوم أمام المحكم في مبدأ أو مدى الولاية العائدة له للنظر في القضية المعروضة عليه.

2. عندما يطبق المحكم القواعد المتعلقة بأصول المحاكمة.

3. عندما يطبق المحكم القواعد المتعلقة بالأساس نصت المادة (785) أ. م. م جديد على ما يلي: (إذا نازع أحد الخصوم أمام المحكم في مبدأ أو مدى الولاية العائدة له لنظر القضية المعروضة عليه، فيكون له أن يفصل في هذه المنازعة)⁽¹⁾.

فإذا كان المحكم غير مختص بنظر القضية موضوع التحكيم فإنه يجب عليه أن يتتحي بنفسه قبل أن يكون ذلك من قبل القضاء.

(¹) المرجع السابق، ص 113.

المبحث الثاني

الأداب العامة والقواعد المفسرة والمكلمة وعلاقتها بالتحكيم

سوف نتناول في هذا المبحث الآداب العامة والقواعد المفسرة والمكلمة وعلاقتها بالتحكيم وذلك أن الآداب العامة كثيراً ما ينص عليها باعتبارها مرادفة للنظام العام مما يتحتم تعريفها ومقارنتها بالنظام العام، وإن القواعد الآمرة المكلمة والمفسرة في إحدى تعريفات النظام العام تعتبر أساس تعريفه.

المطلب الأول

القواعد العامة كقواعد قانونية من حيث قوتها

لما كان الغرض من القانون تنظيم حريات الناس ونشاطهم بما يتفق مع العدالة ويحقق خير المجتمع، وكانت سبيله إلى ذلك أن يوجه إلى الناس أوامر ونواهي تتضمن فرض قيود على حرياتهم ووضع حدود لنشاطهم ترتب على ذلك أولاً الاعتراف بحرية الأفراد وثانياً وجود مجموعة من القيود التي تحد من هذه الحرية. يقسم بعض الشراح الحديثين القواعد القانونية من حيث طبيعتها أيضاً إلى تقسيمين آخرين:

التقسيم الأول: القواعد الأصلية والقواعد التبعية حيث قسم العلامة ديجي⁽¹⁾ القواعد القانونية إلى قواعد أصلية وقواعد تبعية وعرف الأولى بأنها هي التي تفرض على الناس سلوكاً معنياً، أمراً كان أو نهياً كالأمر باتخاذ درجة معينة من الحيطة لعدم الأضرار بالغير وإلزام المدنيين بوفاء ديونهم والنهي عن القتل أو السرقة أما الثانية فهي قواعد وضعت لكفالة احترام الأولى وتنظيم تطبيقها كالقواعد التي تنظم السلطات العامة وتعين اختصاص كل منها وترسم إجراءات التقاضي وطرق التنفيذ.⁽²⁾

(ديجي في شرح القانون الدستوري جاء بذلك وقد اعترض على هذا التقسيم بأنه لا يركز إلى أساس صحيح وبأنه عديم الفائدة، أما عدم صحته فلأن كل القواعد القانونية حتى التي يعتبرها ديجي تبعية تتضمن في النهاية أمراً أو نهياً، حتى التي يعتبرها ديجي

(1) الفقيه الفرنسي ديجي الذي يعد من أنصار المدرسة الوضعية العلمية التي يتزعمها الفيلسوف أوغست كانت.

(2) سليمان مرقس: المدخل للعلوم القانونية، 2، ج1، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952م، ص 63.

أصلية يكون لها جزاء يكفل احترامها وأما عدم فائدته فإن التفرقة بين هذين النوعين من القواعد لا تترتب عليها أية نتيجة عملية.

القسم الثاني: القواعد الجامدة والقواعد المرنة- يميز الشراح الحديثون بين أحوال يضع فيها الشارع قاعدة محددة تقتصر بموجبها وظيفة القاضي على التحقيق من توافر انطباقها وعلى تطبيقها حتى تتوافر هذه الشروط فلا تكون له في تطبيقها سلطة في تقدير ما يجب توافره من شروط لذلك ويسمون هذه القواعد قواعد جامدة⁽¹⁾.

من أمثلتها القاعدة التي تحرم التعامل في الشركات المستقبلية يميز الشراح بين ذلك وبين أحوال يقتصر فيها الشارع على الإحالة إلى معيار معين يسترشد به القاضي في تعيين شروط انطباق الحكم القانوني في كل قضية على حده.

الفرع الأول: تنوع قواعد القانون إلى أمره ومكملة

تتنوع قواعد التحكيم إلى نوعين كبيرين، نجد للإرادة سلطاناً بالنسبة إلى أحدهما دون الآخر فقواعد القانون إما قواعد أمره وإما قواعد مفسرة أو مكملة. أما القواعد القانونية الأمرة فيقصد بها تلك القواعد التي لا يجوز للأفراد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها.

أما القواعد القانونية المفسرة أو المحكمة فهي تلك القواعد التي تلزم الأفراد في حال عدم انصراف إرادتهم إلى مخالفتها.

فكأن مدى سلطان إرادة الأفراد متفاوت بتفاوت نوع القواعد القانونية فسلطان إرادة الأفراد منعدم إزاء القواعد القانونية الأمرة، بمعنى أن إلزام هذه القواعد لهم إنما هو إلزام مطلق، لا يملكون أمامه الخروج على أحكامها بإرادتهم أو باتفاقات يعقدونها فيما بينهم.

أما القواعد القانونية المفسرة أو المكملة فسلطان إرادة الأفراد إزاءها كامل موفور، بمعنى أن للأفراد في الأصل حق الخروج للبحث بإرادتهم أو باتفاقات يعقدونها فيما بينهم. وقد دعا إلى هذا التنوع في القواعد القانونية وتقييد إرادة الأفراد تقييداً كاملاً من ناحية وإطلاق سلطان هذه الإرادة إطلاقاً كاملاً من ناحية أخرى إن النشاط الفردي والعلاقات الاجتماعية ليست على درجة واحدة من الأهمية والخطر، فمنها ما هو وثيق الصلة بالمجتمع عظيم الأثر في حياته بحيث ينبغي استقلال القانون نفسه بتنظيمه

(1) سليمان مرقس: المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 63.

ووضع قواعده، وحماية هذا التنظيم وتلك القواعد من كل عدوان عن طريق منع الأفراد منعاً باتاً من مخالفتها، وهنا تظهر القواعد القانونية الأمرة، ومنها ما لا يمس تنظيمه على وضع دون آخر كيان المجتمع ولا مقوماته الأساسية، فيباح للأفراد الاستقلال بتطبيقه وفق مشيئتهم وحسب ما تمليه عليهم مصالحهم الخاصة، وإن يكن القانون في مثل هذا الحال لا ينفذ يده نفضاً تاماً من وضع تنظيم نموذجي يلزم من المفسرة أو المكملة⁽¹⁾.

فإن القاعدة القانونية التي تحرم القتل أو السرقة مثلاً قاعدة أمره بمعنى أنه لا يجوز لأحد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها بحال من الأحوال والقاعدة القانونية التي تحدد المحرمات من النساء قاعدة أمره بمعنى أنه يتمتع على الأفراد مخالفتها بالزواج من إحدى هؤلاء المحرمات والقاعدة المقررة في الشريعة الإسلامية والتي تقرر للذكر مثل حظ الأنثيين من الإرث قاعدة أمره.⁽²⁾

أما القاعدة التي تقضي مثلاً بأن يكون الثمن مستحق الوفاء في مكان ووقت تسليم المبيع، فهي محدد قاعدة مكملة لا تطبق إلا إذا لم يتفق المتعاقدان على مكان ووقت آخر للوفاء بالثمن.

على أية حال فإنه من الضروري مراعاة هذه القواعد الأمرة عند إبرام العقد الدولي، مما قد يشكل بعض الصعوبات للأطراف، بصفة خاصة فيما يتعلق بمعرفة وجود ومضمون تلك القواعد.

لذلك فإن المفاوضات الدولية غالباً ما تكون مليئة بالعقبات التي يتعين الإحاطة بها والاستعداد لمواجهتها بكل الوعي والإمكانيات المتاحة.

إن النصيحة الأساسية تكمن بطبيعة الحال في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد والقضاء المختص بحسم المنازعات الناجمة عنه، فهذين العنصرين كما سنرى يشكلان الاحتياطات الأساسية الواجب اتخاذها لتوفير الأمان القانوني المتكامل حيث أن الحذر في هذا المقام صمام الأمان.

(1) * يبدو إن إطلاق اسم القواعد المكملة على هذه القواعد أكثر دقة، إذ هي نصوص تكون عادة عند وجود نقص إرادي تتصدى لإكماله.

(2) صلاح الدين جمال الدين: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 312.

أ/ المقارنة بين النظام العام والقواعد الآمرة والآداب

استخدم الفقهاء فكرة النظام العام لتحقيق معاني مختلفة في العلاقات الداخلية وفي العلاقات الخاصة الدولية، ذلك أن المشرع الفرنسي طالع اللغة القانونية، ولأول مرة على ما يظهر، باصطلاح النظام العام الذي ورد في بعض نصوص التقنين المدني الفرنسي ولاسيما نص المادة (16) الذي يقض بأنه لا يجوز بالاتفاقات الخاصة مخالفة القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب، والحقيقة أنه كان يقصد بذلك القوانين الآمرة التي لا يجوز للأفراد مخالفتها.

على إن فقهاء القانون الدولي الخاص قد التقطوا بدورهم فكرة النظام العام وإعمالها في ميادين تتنازع القوانين سواء عند صياغة قاعدة الإسناد لإيجاد أساس للاستثناء من قاعدة امتداد القوانين عند من يقول بها أو لتبرير كافة الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص لقانون القاضي أو لإيجاد مبرر لتعطيل تطبيق القانون الأجنبي الذي عينته قواعد الإسناد متى كانت أحكامه غير مقبولة في بلد القاضي⁽¹⁾.

وتعد تلك المسائل من الأولويات الأساسية في قوانين البوليس في الدول الأوروبية قال بالنسبة للمستهلك مثلاً فإن اتفاقية روما الصادرة في 15 يونيو 1950م تنص على اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يمكن أن يؤدي إلى حرمان المستهلك من الضمانات التي تقرها له النصوص الآمرة، قانون الاستهلاك في الدولة التي يقيم فيها ويتعين على المتعاقدين احترامها. يستطيع المستهلك التمسك بالنصوص التي توفر له الحماية، محل أقامته، ومن باب أولى عند التعامل معه في وطنه، ويمكنه الاستناد إلى تلك القواعد بصدد كل رابطة عقدية تثير أعمال قانون الاستهلاك نظراً لتعلق الأمر بأحكام آمرة (قوانين بوليس) يتعين على الأطراف احترامها وبصفة خاصة إذا تم تسويق السلعة في بلده.

ينبغي الإشارة في هذا المجال إلى أن التماثل في النصوص التشريعية المعاملة بالمثل بين الدول الأجنبية ودولة الاستقبال يبدو شرطاً أساسياً للتمسك بقوانين البوليس الأجنبية، ويطبق ذلك بصفة خاصة في الدول الغربية التي بها قانون استهلاك، وذلك في علاقتها بالدول الشرقية والنامية التي لا تعرف مثل هذه القوانين وفي الواقع فلأنه يتم

(1) صلاح الدين جمال الدين: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 315.

التمسك بتلك القوانين في مواجهة مواطني هذه الدول، وفي الوقت الذي لا يمكنهم الاستفادة منها طالما أن الدول التي ينتمون إليها لا يوجد بها قوانين مماثلة⁽¹⁾.

ب/ توافر صفة الإلزام للقواعد المكملة

إذا كان لإرادة الأفراد كامل السلطات في مخالفة القواعد القانونية المكملة وحدها دون القواعد الآمرة، فهل معنى هذا أن القواعد الآمرة هي وحدها الملزمة، وأن القواعد المكملة ليست بقواعد ملزمة.

الواقع أن كلا من النوعين من القواعد القانونية تتوافر له صفة الإلزام ولئن كانت هذه الصفة أوضح ما تكون في القواعد القانونية الآمرة حيث تستعصي مخالفته على إرادة الأفراد، فهي كذلك لا تختلف في حال القواعد القانونية المكملة. فهذه القواعد الأخيرة ملزمة قانوناً إذا لم يوجد اتفاق على عكسها من جانب الأفراد أي أن الإلزام فيها موجود وأن لا يتوجه إلا إلى طائفة معينة من العلاقات والروابط هي تلك التي لم تخضعها إرادة الأفراد لتنظيم مخالف⁽²⁾.

فتطبيق القاعدة القانونية المكملة، معقود إذن بشرط عدم وجود اتفاق مخالف لأحكامها، فإذا اختلف هذا الشرط بأن اتفق المتعاقدان على خلافها امتنع تطبيقها. ومن هنا فامتناع تطبيقها ليس معناه أنها قاعدة غير ملزمة وأن معناه أن هذه القاعدة الملزمة أمام ما يوجد من اتفاق مخالف تفتقد شرطاً من شروط تطبيقها وهو ما لا يطعن في وجودها أو إلزامها.

الإلزام لا يستند - كما يرى بعض الفقهاء - إلى إرادة المتعاقدين الضمنية بانصرافها عن مخالفة القواعد المكملة، فقد يجهلان وجود هذه القواعد ولا ينبغي رغم ذلك إلزامها لهم في حال عدم الاتفاق على عكسها وإنما يقوم إلزامها على أساس قوتها الذاتية كقاعدة قانونية تخضع لحكمها إلزام الروابط التي لا يحكمها اتفاق مخالف وتتوجه بالخطاب الملزم كذلك إلى من لا يخالفها من الأفراد.

ج/ معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة

يراعى أن الأمر في هذه التفرقة يكون واضحاً حينما تتضمن القاعدة القانونية فيها تصريحاً بصفتها الآمرة بالنص مثلاً على بطلان كل اتفاق مخالف لها أو بفرض

(1) محمد حسين منصور: العقود الدولية، مرجع سابق، ص 128.

(2) حسن كيرة: المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص 44

عقوبة على مخالفتها أو حينما تتضمن تصريحاً بصفتها المكملة بالنص على إجازة الاتفاق على عكسها فمن أمثلة التصريح بصفة القاعدة الأمرة، لكل قواعد قانون العقوبات فهي صريحة النص على صفتها الأمرة بما تتضمنه من فرض عقوبات على ما تحرمه من جرائم، وكذلك ما ينص عليه التقنين المدني من بطلان التعامل في تركة إنسان بغير الحياة ولو كان ذلك برضاه وبطلان كل اتفاق على خلاف ما يقدره هذا التقنين للقاضي في حال الظروف الطارئة.⁽¹⁾

إلى هذا الاتجاه في ظل التقنين المدني القديم، ولكن هذه القاعدة الرومانية التقليدية الشكلية⁽²⁾ إذا لم يكن محل الفصل في النزاع يثور بشأن تلك العقود وإنما هدفه تكملة شروط العقد أو الإشراف على تنفيذه وكانت محل هجوم وانتقاد جمهور الفقه، سواء في فرنسا أو مصر لأنها تخالف منطقي البطلان الذي يحتم إرجاع كل شيء إلى أصله واسترداد ما دفع في جميع الحالات وقد هم المشرع المصري بمتابعة القضاء المصري فيما كان منقولاً عليه من التزام القاعدة الرومانية إذ وضع نصاً يقدرها في المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي، ولكن لجنة المراجعة رأت من دون حذف هذا النص على أساس أنه، لا يتماشى مع منطق البطلان فظهر التقنين الحالي خالياً منه، وهو ما يخول القول مع جموع الفقه المصري بأن المشرع المصري قد أفصح بجلاء عن قصده في استبعاد القاعدة الرومانية وترك منطق البطلان يرتب آثاره دون استثناء لحالة ترتبه على مخالفة الآداب.

وعلى هذا النحو نستطيع أن نؤكد استبعاد القاعدة الرومانية في القانون المصري الحالي، بحيث لا يعود ثم فارق فيه اليوم بين الجزاء المترتب على مخالفته القواعد المتعلقة بالنظام العام فالجزاء المترتب على مخالفة القواعد المتعلقة بالآداب العامة وهو البطلان بما ينتبع إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التصرف أو الاتفاق الباطل⁽³⁾.

د/ جزاء مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب

القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب باعتبارها قواعد أمره تعتبر قيدياً يرد على سلطان الإرادة في إتمام التصرفات القانونية بمعنى أن إرادة الأفراد تتقيد باحترام هذه القواعد، بحيث يترتب على مخالفة هذه القواعد بطلان الاتفاق الذي يتضمن هذه

(1) حسين كبر: المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص 57.

(2) العقود الرضائية المستثناة هي البيع والإجارة والوكالة والشركة.

(3) المرجع السابق، ص 58.

المخالفة بطلاناً مطلقاً، ولذلك لا يزول مثل هذا البطلان بالإجازة ويكون لكل ذي مصلحة أن يتمسك به وعلى القاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه ولو لم يطلب إليه أحد الخصوم ذلك⁽¹⁾. والقاعدة أن البطلان يستتبع حتماً إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التصرف أو الاتفاق، أي رجوع كل شيء إلى أصله، فيكون لمن سلم شيئاً إلى آخر تنفيذاً للاتفاق الباطل حق استرداده.

غير أن القضاء في فرنسا يجري، تبعاً لقاعدة تقليدية مستقرة في القانون الروماني منذ قديم، على منع من أوفى بالتزام مخالف للآداب من استرداد ما أدى من التزام إذا كانت المخالفة للآداب آتية من ناحيته هو لأنه طرف لا يجوز له الاحتجاج ومخالفته للآداب لاسترداد ما أدى من الالتزام وقد انحاز القضاء المصري في مجموعة⁽²⁾.

الفرع الثاني: اختلاف الآراء في معنى المادة

الرأي الأول: فالفريق الأول من شراح القانون المدني الفرنسي وهم فقهاء مدرسة الشرح على المتون وقفوا عند ظاهر النص وراوا أنه يدل على أن الاتفاقات الخاصة تقع باطلة إذ خالفت نصوصاً تشريعية متعلقة بالنظام العام أو بالآداب، أي أن الاتفاق المخالف لقاعدة من قواعد النظام العام أو من قواعد الآداب لا يبطل إلا إذا كانت تلك القاعدة يتضمنها نص تشريعي، ومن هذا الفريق هيك وبودري لا كاشري ووافقهما على ذلك من الشراح المحدثين كابتان حيث يقول في المادة (6) المذكورة لا تتعرض لبطلان الاتفاقات المخالفة لقواعد النظام العام أو الآداب غير المنصوص عليها في القانون ولكنه يسلم ببطلان هذه الاتفاقيات.

الرأي الثاني: وجاء بعدهم فريق ثان من الشراح وقد تجرد في تفسير القانون من التقيد بألفاظه فراو أن في صياغة هذه المادة خطأ، وذلك لأنه إذا كان المقصود بالآداب القواعد التي يوجد بشأنها نص في القانون، فإن هذه القواعد تدخل في ضمن النظام العام باعتبارها من الأسس الخلقية للمجتمع كالنص الذي يعاقب على جريمة الزنا أو هناك العرض مثلاً ولم تكن هناك حاجة إلى ذكرها بوجه خاص، أما ذكرها إلى جانب

(1) * يختلف البطلان النسبي عن البطلان المطلق إذ في البطلان النسبي يكون التصرف القانوني صحيحاً ولكنه قابل للإبطال لمصلحة أحد الأشخاص، ولذلك فإن طلب الإبطال لا يكون إلا من قبيل من جعل له القانون حقاً فيه، ويزول حق الإبطال بالإجازة الصريحة أو الضمنية من جانبه (م 138، 139) مدني.

(2) حسن كبيرة: المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص 59.

القوانين المتعلقة بالنظام العام فيستفاد منه قصد المشرع أن الاتفاقات تقع باطلاً إذا خالفت نصاً متعلقاً بالنظام العام أو خالفت قاعدة من قواعد الآداب العامة غير منصوص عليها في القانون كالاتفاق على معايشة غير مشروعة بين شخصين كل منهما غير متزوج وكان الواجب أن يكون النص أن كل اتفاق خاص مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب باطل لا يعمل به حتى يؤدي حقيقة المعنى الذي قصد إليه المشرع وهو أنه يعتبر قواعد الأخلاق المتعلقة بالآداب العامة قواعد قانونية أمره كالقواعد المتعلقة بالنظام العام من حيث أنه يترتب عليها بطلان الاتفاقات التي تقع مخالفة لها. (1)

يرى الباحث "أن القواعد الأمرة في القانون السوداني تعتبر من النظام العام الذي يرتكز العمل القضائي عليه في أي قاعدة أمره لا يجوز مخالفتها".

المطلب الثاني

الآداب العامة وعلاقتها بالنظام العام

الآداب العامة تعني القيود التي فرضها المجتمع في النطاق الجغرافي المحدد والخروج عنها يستجبهه أفراد ذلك النطاق. الآداب العامة هي مجموعة القواعد الفقهية التي درج الناس على إتباعها والشعور بأنها واجبة الاحترام وإذا خالفها الأفراد أصبحت تلك التصرفات غير صحيحة وبالتالي فمصيرها البطلان المطلق. (2)

لا تقل فكرة الآداب العامة عن فكرة النظام العام من حيث عدم وضوحها وتعذر ضبطها.

إن تفسير الفقه الفرنسي بما ينكر على الآداب العامة أن يكون لها وجود قانوني مستقل، فقاعدة الآداب في هذا الرأي إما أن يكون القانون قد قررها ونص على جزاء لها فتكون قد أصبحت قاعدة قانونية وإما أن لا يكون القانون قد فعل ذلك بالنسبة إليها فلا تعدو كونها قاعدة خلقية وفي الفقه الحديث رأي، يتزعمه الأستاذ (بيبر) يعتبر أن القانون إذ ذكر الآداب العامة في القانون الفرنسي المادة (6) قد أحال بذلك على مجموعة قواعد الأخلاق ويخول المحاكم سلطة رقابة الاتفاقات الخاصة للتحقق من مراعاة المتعاقدين فيها القواعد.

(1) محمد حسين منصور: العقود الدولية، مرجع سابق، ص 130.

(2) أنور أحمد حمرون: كتاب الشركات التجارية، ط1، شركة مطابع السودان للعملة المحدود، الخرطوم،

2015م، ص 35.

لكن الرأي السائد في الفقه الحديث هو رأي وسط بين الرأيين السابقين يعتبر أن القانون قد قصد بالنصين المذكورين الإحالة إلى البعض فقط من قواعد الأخلاق التي لم يتضمنها نص قانوني خاص، لا إليها كلها، ليرفع هذا البعض حمله، عن طريق هذه الإحالة، إلى مرتبة القواعد القانونية الأمرة من حيث بطلان كل اتفاق على ما يخالفها. غير أن هذا الرأي الأخير يلقى صعوبة في تحديد ذلك البعض من القواعد الأخلاقية التي تكون الآداب العامة، والرأي الراجح في ذلك أنه لا يجوز للقاضي في تعيين ما يعتبر من الآداب العامة تصوره هو لما يجب أن تكون عليه الأخلاق، بل يجب عليه أن يتبع في ذلك الرأي العام وما يشعر به ضمير المجتمع فيعتبر كل اتفاق لا ينفر منه المجتمع صحيحاً ولو كان في ذاته منافياً للمثل الأعلى في الأخلاق ويلاحظ أن هذا المعيار المادي الذي يراد به تحويل القاضي عن تطبيق أرائه الخاصة، معياراً مرناً متغيراً بتغير ظروف الزمان والمكان وتدخل في تكوينه بنسب مختلفة عوامل شتى، منها الدين والمعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس، فالآداب في أمة معينة وفي جيل معين، هي مجموعة القواعد التي وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس يسود علاقاتهم الاجتماعية⁽¹⁾.

إن الآداب يقصد بها مجموع الأسس الخلقية التي يقوم عليها ببناء المجتمع وكيانه المعنوي أي الحد الأدنى من قواعد الأخلاق اللازم لحفظ كيان الجماعة وبقائها والتي يؤدي تخلفها إلى انحلاله⁽²⁾.

يقصد بالآداب الأصول الأساسية للأخلاق في الجماعة أي مجموعة الأسس الأخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقائه سليماً من الانحلال من أجل ذلك لا يتصور أن تكون القواعد القانونية المتعلقة بمثل هذه الأسس الأخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقائه سليماً من الانحلال إلا قواعد أمرية يمتنع على الأفراد مخالفتها والاتفاق على عكسها بإرادتهم، لأن مخالفتها تصدع كيان الجماعة الأخلاقي.

فلا يقصد إذاً بالقواعد المتعلقة بالآداب كل قواعد الأخلاق واختلاط القانون بالأخلاق، وهما منفصلان نتيجة اختلافهما في الغاية والهدف، وإنما يقصد بهذه القواعد

(1) سليمان مرقس: المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 77.

(2) محمد حسين منصور: العقود الدولية، الناشر، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص

الحد من قواعد الأخلاق التي ترى كل جماعة أنه لازماً لوجودها وكيانها بحيث تفرض على الجميع احترامه وعدم المساس به أو الانتقاص منه.

وفكرة الآداب على هذا النحو، كفكرة النظام العام فكرة نسبية تتفاوت بتفاوت الجماعات، لأن العبرة في مضمونها هي بما تعتبره كل جماعة في زمن معين من الأصول الأساسية للأخلاق فيها وهي تخضع في ذلك لما يحيط بها من ظروف خاصة متعلقة بالعادات والتقاليد والدين. ولما كانت هذه الظروف تتغير مع الزمن، فإن فكرة الآداب يختلف مضمونها كذلك في الجماعة الواحدة باختلاف الزمان والأجيال فيها⁽¹⁾.

ففي بعض الدول كفرنسا مثلاً لم يكن يسمح للولد غير الشرعي يرفع دعوى لإثبات نسبه لمخالفة ذلك الآداب، ثم تطور من هذه الناحية فأصبح مباحاً، وفي أغلب الدول كان عقد التأمين على الحياة وعقد الوساطة في الزواج يعتبران باطلين لمخالفتهما للآداب، ثم تغير النظر إليهما فأصبحا اليوم من العقود المشروعة، وأغلب الجماعات لا تزال ترى في الاتفاقات الخاصة بإنشاء أندية للعبارة مخالفة للآداب، بينما تغيرت نظرة بعض الجماعات الحديثة إلى ذلك فأصبحت تعتبر مثل هذه الاتفاقات مشروعة.

من بين الأمثلة الواضحة علي مخالفة الآداب الاتفاقات الخاصة بإدارة أو بإيجار أو استغلال البيوت المعدة للدعارة أو القمار والاتفاقات الخاصة بإنشاء أو استمرار العلاقات الجنسية غير المشروعة وخاصة التعهدات بدفع مبلغ من المال لقاء قيام هذه العلاقات.

الفرع الأول: تطبيق فكرة الآداب العامة

قضت المحاكم ببطلان الاتفاقات الخاصة، لمخالفتها الآداب العامة، في مسائل شتى تتصل في الغالب بالعلاقات الجنسية وبيوت الدعارة والمغامرة أو بالأمانة في التعامل. ومن أمثلة الاتفاقات التي حكم بطلانها لهذا السبب: التعهد بدفع مبلغ إلى شخص آخر مقابل إيجاد علاقات جنسية غير مشروعة مع ذلك الآخر.

كل اتفاق متعلق باستغلال بيوت الدعارة أو أندية القمار، ولو كانت تلك البيوت أو الأندية مرخصاً بها من جهة الإدارة، لأن الترخيص إذا كان ينفي عن تلك البيوت والأندية مخالفتها للنظام العام، فإنه لا ينفي عنها مخالفتها للآداب العامة.

(1) حسن كيرة: المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص 52.

التعهد بدين قمار أو القرض الذي يقصد به تمكين المقامر من المقامرة أو الاستمرار فيها. (1)

عقد الوساطة في الزواج لأنه يجعل للوسيط مصلحة في خداع طالبي الزواج خلافاً لما يقتضيه منه واجب الأمانة في التعامل.

عقد الهتاف الذي يعقد ما بين مدير المسرح وجماعة من الهتافة يستأجرهم المدير للتصفيق ولترويج ما يعرض على المسرح، لأن الغرض منه خداع الجمهور في قيمة المسرحيات.

يلاحظ أن دين القمار كان يعتبر فيما مضى ديناً يقضي الشرف بأدائه فأصبح يعتبر مخالفاً للآداب ثم نص التقنين المدني المصري الجديد على أن يكون باطلاً كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان وأن المحاكم في مصر وفي فرنسا أخذت تميل إلى إجازة الوساطة في الزواج وإجازة عقد الهتاف كما أنها انتهت من زمن إلى الاعتراف بعقد التأمين بعد أن ظل يعتبر طويلاً مخالفاً للآداب وكذلك الأمر فيما يتعلق بعقد اليانصيب ومن السهل أن نلتمس في تغيير الأحكام في شأن هذه المسائل الأخيرة ما يؤكد على نسبية الآداب العامة ومرونتها وتغيرها من أمة إلى أمة ومن جيل إلى جيل، ومن زمان إلى زمان آخر، وما يجعل منها إلى جانب النظام العام، منفذاً آخر تنفذ منه قواعد الأخلاق إلى دائرة القانون (2).

في المادة (152) أراد المشرع السوداني أن يحمي قيم المجتمع وآدابه العامة (3) وعرفها مولانا عبد الله الفاضل إدريس، " بأنها المناظر المؤذية للذوق العام والحياء العام وأمثلتها ممارسة العري أو شبه العري أو ممارسة التقبيل والمخالصة والمداعبة الجنسية في الأماكن العامة والحدائق"، وتحسباً لذلك أراد أن يجرمه على سبيل صون قيم المجتمع وأخلاقياته الفاضلة وأن يحمي الذوق العام من زي فاضح يكشف أو يشف، والنص عام وواسع التطبيق ليشمل كل مظاهر الانفلات على مستوى السلوك وقد وضع

(1) سليمان مرقس: المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 77، 84.

(2) سليمان مرقس: المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 77، 84.

(3) * القانون الجنائي السوداني لسنة 1991م الآداب العامة في المادة (152)، أ/ من يأتي في مكان عام فعلاً أو سلوكاً فاضحاً أو مخالفاً بالآداب العامة أو تزيماً بزي فاضح أو مخل بالآداب العامة يسبب مضايقة للشعور العام يعاقب بالجلد بما لا يتجاوز أربعين جلدة أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً. ب/ يعد الفعل مخالفاً بالآداب العامة إذا كان كذلك في معيار الدين الذي يعتنقه الفاعل أو عرف البلد الذي يقع فيه الفعل.

المشروع لما يعد أو لا يعد سلوكاً فاضحاً أو مخلاً بالآداب معيار دين الجاني وحتى لا يكون ذلك مدخلاً للفساد أكمل العبارة بعبارة العرف، عرف البلد الذي يقع فيه الفعل هذا من جانب ومن جانب آخر يضع الاعتبار لطبيعة المجتمع ومحلية المعيار فما يعتبر عرفاً في دار فور بشأن الملابس مثلاً لا يعتبر في الولايات الجنوبية أو الشمالية أو نهر النيل كذلك فترك مساحة لذلك تقدر المحكمة على ضوءها ما يكون مجرمًا أو لا يكون. وفي المادة (153) من القانون الجنائي السوداني لسنة 1991م⁽¹⁾ في ذات الإطار الحفاظ على الآداب العامة وقيم المجتمع وتقاليد الفاضلة يحرم المشروع تصنيع أو تصوير المواد المخلة بالآداب العامة ويشمل التجريم تصنيع هذه الصور أياً كانت هذه المواد وأياً كان شكل المادة المصنعة متى كان مخلاً بالآداب العامة كتصنيع التماثيل العارية أو ما يشابهها من مواد تنثير الشهوة أو الغريزة الحيوانية في الإنسان ويشمل ذلك التصوير أيضاً لذوات المواد ليس ذلك فحسب بل النص يعاقب على مجرد حيازة هذه المواد وكذلك تداولها.

تحرم الفقرة الثانية من المادة التعامل في تلك المواد أو العروض المخلة بالآداب العامة كأفلام الجنس والصورة العارية وما إلى ذلك ويشمل النص أيضاً إدارة معرض أو مسرح أو ملهى أو دار عرض أو أي مكان عام يقدم تلك الصور أو الأفلام المنافية للآداب العامة لآخر أو لآخرين أو من كان مثل هذا المكان تحت حيازته أو إدارته يسمح للجاني أن يقدم عرض أو يعرض أو يتداول كل تلك المواد أو العروض المخلة بالآداب العامة ومن استخدم منزله أو مقر سكنه للتعامل لمثل هذه المواد للمشاهدة الخاصة أو العامة أو لأغراض التعامل فيها وتداولها يكون قد ارتكب جريمة الآداب العامة.⁽²⁾

(1) * القانون الجنائي السوداني لسنة 1991م الآداب العامة في المادة (153)، أ/ من يصنع أو يصور أو يحوز مواد مخلة بالآداب العامة أو بتداولها يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز شهراً أو بالجلد بما لا يجاوز أربعين جلدة كما تجوز معاقبته بالغرامة. ب/ من يتعامل في مواد مخلة بالآداب العامة أو يدير معرضاً أو مسرحاً أو ملهى أو دار عرض أو أي مكان عام فيقدم مادة أو عرضاً مخلاً بالآداب العامة أو يسمح بتقديمه يعاقب بالجلد بما لا يجاوز ستين جلدة أو بالسجن مدة لا تتجاوز ثلاثة سنوات أو بالعقوبتين معاً. ج/ في جميع الحالات تأمر المحكمة بإبادة المواد المخلة بالآداب العامة ومصادرة الأجهزة والمعدات المستخدمة في عرضها كما يجوز الحكم بإغلاق المحل.

(2) عبد الله الفاضل عيسى: شرح القانون الجنائي السوداني لسنة 1991م، مطبعة الهيئة القضائية، الخرطوم، 2004م، ص 166-167.

تناولت المادة (16) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م⁽¹⁾ فكرة الآداب العامة أنها ليست إلا مجموعة التقاليد والأخلاق التي تسود مجتمعاً ما في زمن معين، فهي فكرة مرنة تختلف باختلاف الزمان والمكان من تطبيقاتها واتفاقات على العلاقات الجنسية وتلك المتعلقة باستغلال إدارة منازل الدعارة واتفاقات المراهقات والمغامرة وكل اتفاق يمكن عن طريقه الحصول على كسب غير مشروع.

والجدير بالملاحظة أن فكرة الآداب ليس فكرة واحدة في كل الأمكنة والأزمنة وإنما هي تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة، من ذلك مثلاً الفائدة على المبالغ المقترضة والتأمين على الحياة بالرغم من استنكار المجتمعات الدينية لهذه الأفكار إلا أن كثير من القوانين الحديثة تجيزها وتنظمها مما يتعين معه إطلاق الحرية للقاضي عند تقدير عما إذا كان محل الالتزام موافقاً لحسن الآداب أو مخالفاً له مع التزامه بالوضع في الاعتبار عند إجراء ذلك التقدير مما يعتنقه أصحاب المكان دون الاعتداد بمعتقداته الخاصة من تطبيقات فكرة الآداب الاتفاقات على العلاقات الجنسية تلك المتعلقة باستغلال وإدارة منازل الدعارة وكل اتفاق يمكن عن طريقه الحصول على كسب غير مشروع.⁽²⁾

وتقدير محكمة الموضوع لأمر ما وعما إذا كان يتعلق بالنظام العام أو حسن الآداب يعتبر مسألة قانونية يخضع فيها ذلك التقدير لرقابة محكمة أعلى درجة من الجدير بالملاحظة أنه قديماً قد جرى التمييز بين بطلان الاتفاق المخالف للنظام العام وذلك المخالف لحسن الآداب من حيث النتائج المترتبة على ذلك إذ أنه ما كان يسمح للطرف الذي دفع مبلغاً لاسترداد ذلك المبلغ إذا ما كان البطلان قد أسس على مخالفة حسن الآداب بينما كانوا يجيزون ذلك الاسترداد على العكس من ذلك إذا كان البطلان قد قرر نتيجة لمخالفة الاتفاق النظام العام.

وقد جاء القانون السوداني خاوياً من هذا التمييز الذي لا أساس له إذ إن الآداب في الواقع ذات صلة كبيرة بالنظام العام، ففكرة النظام العام يقصد بها كل ما قد يمس الدولة في مصلحة من مصالحها السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو الأخلاقية فإذا

(1) * المادة (16) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م: (1) إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص (2). لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في السودان.

(2) عبد الله الفاضل عيسى: شرح القانون الجنائي السوداني لسنة 1991م، مرجع سابق، ص 167.

كان الضرر عائداً على مصلحة من المصالح الأخلاقية كان هذا خرقاً لما يقضي به حسن الآداب ومن ذلك يتضح أن فكرة النظام العام تتضمن في الواقع حسن الآداب بل وتعتبر جزءاً منها بحيث تنتفي الحكمة من التمييز بينهما في الآثار.⁽¹⁾

إن قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل لسنة 2016م، قد أخذ منحى القانون السوداني بأنه لم ينص على الآداب العامة بل جعلها جزءاً من النظام العام بالرغم من الفروق الجوهرية بينهما فإن الآداب العامة هي أي سلوك يستهجنه المجتمع ولم يحدد له القانون عقوبة عند مخالفته إلا بعض القوانين الولائية تضع له عقوبة تعزيرية وهذا السلوك يحدد ضمير المجتمع وقيمه وأخلاقه دون تدخل القانون بنصوص حرمان إنما بنصوص حماية لهذه الأخلاق هي ما يسمى بالآداب العامة.

الفرع الثاني: الآداب العامة في الشريعة الإسلامية

يجدر بنا أن نتناول هذه الفكرة في الشريعة الإسلامية التي هي أكثر وضوحاً وجلاءً سواء من ناحية مبادئها العامة أو من ناحية احترام المجتمع وحرصه على الأخذ بها، ولقد جاءت آيات القرآن الكريم في مجموعها مصباحاً يبين طريق الضال ومنها تتخذ أنوار الحقيقة الأسمى أخلاقاً يحتاج إليها أي مجتمع يتسامى بها عن سائر المجتمعات ولقد جاءت آيات الذكر الحكيم جلية في ترسيخها للمبادئ الأخلاقية حيث حث على الصدق والمعاملة مع الناس وفي هذا يقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ﴾⁽²⁾ ويقول تبارك وتعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْكُونَ أَنفُسَهُمْ بِاللَّهِ يَزْكِي مَنْ يَشَاءُ وَلَا يَظْلُمُونَ فِتْيَانًا﴾⁽³⁾ ويقول تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾⁽⁴⁾

كما جاءت الآيات القرآنية تحث على الإحسان بين الناس وهذه قيمة المعاملة فالإحسان أن يعبد المرء الله كأنه يراه وهذا هو قيمة المراقبة التي تحيل سلوك الفرد إلى كل ما يرضي الله تبارك وتعالى وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُجَادِلْ عَنِ الَّذِينَ يَخْتَانُونَ أَنفُسَهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا

(1) محمد الشيخ عمر: القانون المدني السوداني لالتزامات العقد والإرادة المنفردة والمصادر الإرادية، دار الكتب السودانية، الخرطوم، 1972م، ص 182.

(2) سورة التوبة، الآية 119.

(3) سورة النساء، الآية 49.

(4) سورة الأحزاب، الآية 70.

يُحِبُّ مَنْ كَانَ حَوَانًا نِيَمًا»⁽¹⁾ والآداب هي المبادئ الأخلاقية تحدد بالمبادئ الدينية فيكون الدين أساساً للأخلاق وراعياً لها يعمل على حسن التمسك بها وعلى ذلك فإن الدين لا يحدد على أساسه الأخلاق فحسب بل يراها برقابته على الدوام ولقد أولى الدين اهتماماً كبيراً بالأخلاق وحماها وجعل الناس يحترمونها ويتمسكون بها بصفة دائمة فجعل رقابة الله للناس عاملاً على احترام مبادئ الأخلاق يقول تبارك وتعالى: ﴿مُرَبُّكُمْ أَعْلَمُ بِمَا فِي نُفُوسِكُمْ إِنَّ تَكُونُوا صَالِحِينَ فَإِنَّهُ كَانَ لِلأَوَّابِينَ غَفُورًا﴾⁽²⁾ هكذا يبدو جلياً وواضحاً اهتمام الإسلام برعاية الأخلاق وحث الناس على الالتزام بها ويسعى بمبادئه كسائر الشرائع السماوية إلى أن يصل بالإنسان إلى أكمل صورة يكون عليها وذلك خلافاً لما يسعى إليه القانون حيث يهدف إلى تحقيق الحد الأدنى للإلزام بالأخلاق الضرورية لحفظ المجتمع واستقراره والإسلام يحرص على بث الأخلاق والآداب في النفوس وغرسها في القلوب بل جعلها النظام الأسمى، أسمى أهدافه وغاياته، يقول الرسول (ﷺ) "إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق"⁽³⁾، إن موقف الشريعة الإسلامية واضح من كل اتفاق يخالف الآداب العامة والمبادئ الأخلاقية حيث يترتب عنه البطلان بل يجعل من تلك المخالفة جريمة يعاقب عليها".

الفرع الثالث: الفرق بين النظام العام والآداب العامة

قد نص التقنين المدني الفرنسي في المادة (6) منه على أن كل اتفاق خاص مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب يكون باطلاً ولا يعمل به فأورد المشرع المصري هذا النص ذاته في المادة (28) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية الصادر في سنة 1883م والتي استبدل بها قانون نظام القضاء الصادر في 27 أغسطس 1949، ثم نص في التقنين المدني الجديد على أنه إذا كان محل الالتزام أو سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً (المادتان 135 و136 مدني جديد).

(1) سورة النساء، الآية 107،

(2) سورة الإسراء، الآية 25،

(3) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج13، دار الريان للتراث،

1407هـ / 1986م، ص 665.

الفرع الرابع: سلطة القاضي في تحديد مضمون النظام العام والآداب

إذا كانت فكرة النظام العام وفكرة الآداب فكرتين معياريتين تعطيان القاضي سلطة واسعة في تحديد مضمونها نظراً لعدم ثبات هذا المضمون وتغيره في الزمان والمكان إلا أن القاضي لا يملك أن يحل آراءه أو عقائده الشخصية في هذا الصدد محل آراء الجماعة نفسها، ففكرة النظام العام والآداب فكرتان نسبيتان أي تنسبان إلى جماعة معينة في زمن معين ولذا فالقاضي في تحديد مضمونها مقيد بما يراه هو ولكن بالتيار العام السائد بشأنها في هذه الجماعة المعنية وفي ذلك الزمن المعين⁽¹⁾.

يرى الباحث: "أن الآداب العامة تختلف في تعريفها حسب المجتمعات فبعضها يعتبر الزنا وبيوت الدعارة من الأشياء المخالفة للآداب العامة بينما مجتمعات أخرى تراها لا تخالف الآداب العامة وإن المجتمعات الإسلامية تعتبرها من النظام العام.

إذاً فهي فكرة نسبية تختلف من مكان إلى آخر ومن زمان إلى آخر ففكرة الآداب العامة في السودان لم ينص عليها القانون السوداني ولكن بناءً على تجربة النظام العام فالقانون الذي أصدرته ولاية الخرطوم لمراقبة بعض السلوك الذي يستهجنه المجتمع كاللبس القصير للنساء أو العاري وبعض الأعمال الفاضحة اعتبرت من النظام العام ولكن المسمى خطأً يجب أن تسمى الآداب العامة، وتختلف حتى داخل المجتمع الواحد فما يعتبره من الآداب العامة جزء من المجتمع المحدد قد لا يعتبرها كذلك في نفس المجتمع، إذا افترضنا هذا المجتمع دولة وأنه ليس مهدد لكيان المجتمع كالنظام العام وبالعكس فإن الآداب العامة أن تشدد على تطبيقها وفرضها على كل المجتمع يهدد كيانه الاجتماعي".

المطلب الثالث

النظام العام وقوانين البوليس

ظهرت فكرة قوانين البوليس في القانون الدولي لتفسير الطبيعة الأمرة لبعض النصوص التشريعية التي تطبق على العقد بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق ولكن كيف يتعرف الأطراف على النصوص الأمرة التي تحكم علاقاتهم التعاقدية يتعلق الأمر بالتأكد بقانون العقد أي القانون الذي يحكم العقد بكل أحكامه الأمرة والمكملة ولكن القاضي يلتزم بتطبيق القواعد الأمرة المتعلقة بالنظام العام (قوانين البوليس)

(1) أبو جعفر عمر المنصوري: فكرة النظام العام والآداب العامة، في القانون والفقاه مع التطبيقات القضائية،

مرجع سابق، ص 464-465.

الموجودة في دولته، لذلك تبدو أهمية اهتمام المتعاقدين بتحديد القاضي المختص بتقدير صلاحية عقدهم وبيان النصوص التي يعتبرها أمرة أي يتعين على الأطراف تحديد القوانين الأمرة الواجبة التطبيق على عقدهم واحترامها ولكن الصعوبة تزداد ويكمن الغموض عندما يتضح من العمل أن قوانين البوليس الأجنبية يمكن أن تؤخذ في الاعتبار وحدها بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق والقاضي المختص بنظر النزاع، ويحدث ذلك مثلاً بصدور النصوص الحمائية الأمرة المتعلقة بالمستهلك والمؤمن عليه أو المستفيد في عقد التأمين والتعامل أو حكمه للنظام العام باعتبار أن القضاء هو صمام الأمان الأخير للمجتمع للمحافظة على هويته وحماية مقدراته⁽¹⁾.

الفرع الأول: تحديد القواعد المتعلقة بالنظام العام في القانون المصري

تعتبر من القواعد المتعلقة بالنظام العام القواعد المتعلقة بالحريات العامة كحرية الرأي والحرية الشخصية وكذلك قواعد قانون العقوبات.

كما تعتبر القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي فيما عدا الاختصاص المحلي من النظام العام، وكل اتفاق على خلاف تلك القواعد يكون باطلاً لكونه يهدر المصلحة العامة التي استهدفها المشرع بتوزيع العمل على جهات القضاء وعلى طبقات المحاكم داخل الجهة القضائية الواحدة.

القوانين التي تنظم النقد والعملية، وهي القوانين التي تتعلق بالأسس الاقتصادية للمجتمع.

وتعتبر قواعد الأهلية من القواعد الأمرة المتعلقة بالنظام العام (م48 مدني): (ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها).

القواعد الخاصة بنظام الأسرة فأى اتفاق على تغيير الاسم أو الجنسية في غير الأحوال التي يحددها القانون يكون باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام.

القواعد الخاصة بنظام الأسرة فأى اتفاق على تعديل حقوق كل من الزوجين قبل الآخر أو التنازل مقدماً عن المطالبة بالنفقة المنصوص عليها في القانون أو تنازل الزوج المسلم عن حقه في الطلاق أو حقه في تعدد الزوجات يكون باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام لأن هذه الحقوق تتعلق بالأسس العائلية التي يقوم عليها بناء المجتمع كذلك بعض القواعد الخاصة بالمعاملات المالية بين الأفراد، فلا يجوز الاتفاق على فائدة

(1) محمد حسين منصور: العقود الدولية، مرجع سابق، ص 127.

تجاوز الحد الأقصى (م 227 مدني المصري) ولا يجوز الاتفاق على منع اتفاق الالتزام المرهق في حالة الظروف الطارئة (م 147 مدني المصري) أو منع تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها في عقود الإذعان (م 149 مدني المصري)⁽¹⁾.

مبدأ التقاضي على درجتين من المبادئ الأساسية للنظام القضائي لا يجوز مخالفته أو النزول عنه.

إن القانون السوداني لم يحدد القواعد المتعلقة بالنظام العام ولكن يمكن أن تكون قواعد الاختصاص القضائي، حجية الأمر المقضي به، القواعد الأهلية، القواعد الخاصة بنظام الأسرة ومبدأ التقاضي على درجتين، إن هذه القواعد لم تحدد حسب السوابق القضائية السودانية ولكن يمكن أن نعتبرها قواعد للنظام العام، وإن هذه القواعد ذات التطبيق الضروري أو قواعد البوليس التي يتعين مراعاتها لأجل حماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة وأيضاً القواعد القانونية التي تطبق دون أعمال قواعد الإسناد، ويمكن أن تكون مجموعة القواعد القانونية الموضوعية المقررة لحماية النظام القانوني للدولة بمختلف صورته، والتي تستدعي انطلاقاً من أهميتها تطبيقها مباشرة دون أي إمكانية لدخولها في تراحم مع القوانين الأجنبية دون أي حاجة لإعمال قواعد الإسناد.⁽²⁾

أ/ ليس كل نص أمر يتعلق بالنظام العام

أثيرت هذه المسألة في مصر بمناسبة ما تنص عليه المادتان (298) و (299) بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية قضائية أو تحكيمية من عدم جواز الأمر بتنفيذها إلا بعد التحقق من أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقرر في قوانينها.

لم تتردد محكمة النقض المصرية من الانتصار بضرورة احترام أحكام التحكيم تشجيعاً للتجارة والاستثمار غير متهيبة من قواعد ونصوص آمرة تتعلق باختصاص المحاكم المصرية لا ترى في التجاوز عن مراعاتها ما يهدد الكيان الاجتماعي أو الاقتصادي أو السياسي لمصر، فقضت في حكم حديث لها بأن خلو اتفاقية نيويورك من

⁽¹⁾ المواد (48 مدني) و (227 مدني) و (149 مدني) قاعدة التشريعات المصرية 2003م.

⁽²⁾ إياد محمود براون: التحكيم والنظام العام، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، 2004م، ص 405.

النص على عدم جواز الأمر بتنفيذ حكم المحكمين إلا بعد التحقق من عدم اختصاص المحاكم بنظر المنازعة التي صدر فيها، يترتب عليه أن يتعين على المحاكم ألا تعمل نص المادة (298) من قانون المرافعات الذي يتطلب ذلك، إعمالاً لنص المادة (301) من قانون المرافعات الذي يقضي بأنه إذا وجدت معاهدة بين مصر وغيرها من الدول بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية فإنه يتعين إعمال أحكام هذه المعاهدة. هكذا، وضعت محكمة النقض المصرية مبدأ يرقى بقضائها إلى مرتبة الحس القضائي العالمي الذي يتفق ومتطلبات التجارة الدولية واحترام موثيق الدولة واتفاقياتها الدولية، فلم تجعل من كل نص أمر يتصل بالمصلحة العليا للبلاد أو يحمي نظامها العام، وذلك دون إخلال في ذات الوقت بمفهوم ما يتصل بالصالح العام الذي يتعين مراعاته⁽¹⁾.

قد استندوا في هذا التفسير إلى نص المادة (1133) مدني فرنسي التي تقضي ببطان كل اتفاق يكون سببه مخالفاً للقانون أو الآداب أو النظام العام ومقتضى هذا التفسير إن النظام العام تتضمنه النصوص القانونية أما الآداب العامة فيحددها ضمير المجتمع، ولكن يترتب عليها ما يترتب على القوانين المتعلقة بالنظام العام من بطلان الاتفاقات التي تقع مخالفة لها.

ولكن المحاكم والشراح الحديثين لم يقفوا عند هذا الحد في التفسير، بل ذهبوا إلى أن نطاق النظام العام يجاوز نصوص القانون، وإن الاتفاق يمكن أن يقع باطلاً لمخالفته للنظام العام دون التصرف في ملكه منعاً مؤبداً. والاتفاق على عدم ذكر الثمن الحقيقي في العقد رغبة في تخفيف رسوم التسجيل أو غيرها من الضرائب المستحقة للاتفاق في ظل قانون السعر الإلزامي للنفود الورقية على الدفع بهذه النفود بما يعادل مقداراً معيناً من الذهب أو السند في ذلك إلى نص المادة (1133) مدني فرنسي ذاتها التي قررت بطلان الاتفاق الذي يكون سببه مخالفاً للقانون أو الآداب أو النظام العام، وقالوا أنه لو كان النظام العام لا يجاوز نطاق القانون لم تكن هناك حاجة إلى ذكرها في هذه المادة إلى جانب القانون.

الرأي الراجح: وبعد أن وصل الشراح إلى التسليم بأن فكرة النظام العام أوسع نطاقاً من نصوص القانون، رأى فريق منهم في ذلك وجهاً للشبه بينها وبين فكرة الآداب العامة،

(1) أحمد السيد صاوي: الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم (27) لسنة 1994م، على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، ص 16.

فقرّبوا بينهما حتى ذهب البعض إلى اعتبار العبارتين مترادفتين وجرى القضاء في بعض أحكامه على استعمال العبارتين معاً بهذا المعنى. لكن الرأي الغالب من فرنسا إلى الآن، هو الرأي الثالث الذي يعتبر أن النظام العام والآداب العامة شيئان متميزان، وإن كان كل منهما يجاوز نطاق النصوص القانونية، وهو يشير في ذلك إلى أن المحاكم ترتب على كل منهما نتيجة تختلف عن الآخر إذ تجيز لمن نفذ التعهدات الناشئة من عقد باطل أن يسترد ما نفذه إذا كان سبب بطلان العقد مخالفاً للنظام العام، ولا تجيز له ذلك إذا كان بطلان العقد بسبب مخالفة الآداب العامة وكان طالب الرد قد وقع منه هو ما يعد مخالفاً للآداب. مع أن التقنين المدني المصري الجديد قد سوى بين آثار البطلان الناشئ من مخالفة الآداب، فإن أعماله التحضيرية تفيد أن المشرع لم يستعمل عبارتي النظام العام والآداب كمترادفتين بل قصد بها شيئين متميزين ولذلك يرى الاحتفاظ فكرتي النظام العام والآداب العامة مستقلين كل منهما عن الآخر وعن نصوص القانون أيضاً⁽¹⁾.

ب/ صفة الإلزام في القواعد المقررة أو المفسرة أو المكملة:

إذا كانت حقيقة القواعد المقررة أو المفسرة أو المكملة أن يستطيع المتعاقدان استبعاد تطبيقها عليهم بأن يتفقوا فيما بينهم على إتباع ما يخالفها، يمكن مع ذلك اعتبارها قواعد قانونية تتوافر لها صفة الإلزام أو بعبارة أخرى لا يوجد تعارض بين القول بأن هذا النوع من القواعد يملك الناس الخروج عليه دون جزاء والقول بأنه يعتبر قواعد قانونية ذات قوة ملزمة⁽²⁾.

يقول الشراح بأن هذه القواعد تكون اختيارية ابتداءً ولكنها ملزمة انتهاءً. والحقيقة إن هذه القواعد قواعد قانونية، بمعنى أنها ملزمة ابتداءً وانتهاءً، أي من وقت وضعها لا من وقت العقد فقط⁽³⁾.

غير أن هذا لا ينفي وجود الفرق بين القواعد الأمرة والقواعد المقررة فإن هذا الفرق إنما يرجع إلى طبيعة العلاقة التي ينظمها كل من هذين النوعين وكونها داخلة،

(1) سليمان مرقس: المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 77.

(2) المرجع السابق، ص 70.

(3) المرجع السابق، ص 96.

ضمن دائرة النشاط المحكوم أو دائرة النشاط الحر أن الأولى قيد مفروض على الإرادة في حين الثانية تنظم لنشاط حر يدخل لإرادة ضمن شروط انطباقه.⁽¹⁾

الفرع الثاني: طريقة التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المقررة

يمكن تصور التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المقررة بالتعويل على أحد معيارين أو كليهما معاً، المعيار الأول لفظي والثاني معنوي ويكون التعويل على المعيار اللفظي بإتباع إحدى ثلاث:

الأولى: أن تتضمن كل قاعدة قانونية نصاً صريحاً على جواز الاتفاق على ما يخالفها أو على عدم جوازه.

والثانية: أن يعتبر الأصل أن القواعد القانونية آمرة ما لم ينص فيها على جواز الاتفاق على مخالفتها فتكون مقررة.

الثالثة: أن يعتبر الأصل أن القواعد القانونية مقررة، ما لم تتضمن النص على بطلان كل اتفاق يخالفها.

يكون المعيار معنوياً، إذا كان ضابط التفرقة لا يبحث عنه في الألفاظ التي صيغت بها القاعدة القانونية، ولكن في مضمون الخطاب الذي تتضمنه القاعدة وطبيعة العلاقة التي ينظمها، كتعلق هذه العلاقة أو ذلك المضمون بمصلحة المجتمع أو بالنظام العام. وإذا التزم القانون المعيار اللفظي التزاماً دقيقاً في صياغة جميع قواعد القانون الوضعي استثنى بذلك عن المعيار المعنوي.

إذا لم يلتزم في جميع القواعد القانونية، كان لابد له من الاستعانة في ذلك بالمعيار المعنوي. وقد اعتبر الشراح القواعد التي تحيل إلى مثل هذه المعايير قواعد مرنة أو معايير.

يلاحظ أن القواعد المرنة أو المعايير يغلب وجودها في الشرائع الأولية أو في أوقات الأزمات والطفرات أو في الشرائع التي يعتبر فيها القضاء المصدر الرئيسي للقانون.

كالشريعة الإنجليزية وهي التي لفتت نظر الفقهاء إلى التمييز بين القواعد الجامدة والقواعد المرنة أما القواعد المحددة أو الجامدة فيغلب وجودها في الشرائع التي تعتمد على التشريع كمصدر رئيسي للقانون أو التي يكون قد اكتمل نموها أو وصفها، وبعبارة

(1) سليمان مرقس: المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 68.

أخرى فإن القاعدة تبدأ مرنة ثم يؤدي العمل بها مدة طويلة إلى ترتيب تطبيقاتها المختلفة في عدة قواعد جامدة.

القواعد الآمرة والقواعد المقررة:

تنقسم القواعد القانونية من حيث قوتها الملزمة إلى قواعد أمرة وقواعد مقررة. فالقواعد الآمرة هي القواعد الملزمة التي لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقوا على ما يخالفها كالقوانين التي تفرض الضرائب والخدمة العسكرية والتي تنهي عن القتل والسرقة وغيرها من الجرائم الجنائية أو التي تقرر حداً أقصى لسعر الفوائد الاتفاقية أو ترسم شكلاً معيناً تصب فيه بعض أنواع العقود.

أما القواعد المقررة فهي التي يجوز للمتعاقدين أن يتفقوا على إتباع حكم آخر يخالفها كالقواعد التي تعين من يتحمل نفقات عقد البيع ونقصان نقل المبيع والتي تعين مواعيد استحقاق الأجرة في عقد الإيجار. والأولى تثبت لها تلك القوة التي لا تسمح بالاتفاق على ما يخالفها لأنها تمثل إرادة المجتمع العليا في تنظيم نشاط معين على وجه قاضي فهي تتضمن أمراً أو نهياً ولذلك سميت قواعد أمرة أو ناهية، يعتبر قيداً مفروضاً على إرادة الأطراف وحداً لازماً لحيدتهم في مسائل معينة وتنظم في مجموعها إدارة النشاط الذي يخضع فيه الأفراد لسلطان القانون أما الثانية فلا تمثل إرادة المجتمع العليا، بل تمثل إرادة المتعاقدين المفترضة لأنها تتعلق بالنشاط الحر للأفراد، ذلك النشاط الذي يملك الأفراد تنظيمه بإرادتهم ولا يخضعون فيه لسلطان القانون⁽¹⁾.

فإذا وجد اتفاق بين الطرفين على ما يجب إتباعه في علاقتهما هذه كان اتفاقهما الذي يتضمن إرادتهما الحقيقية أولى بالإتباع من القاعدة العامة التي تمثل إرادتهما المفترضة ولذلك لا يسمى هذا النوع من القواعد قواعد مقررة فقط بل يسمى قواعد مقررة أو مكملة أو مفسرة لإرادة المتعاقدين هذا المبدأ المقبول في كل الدول. وفي كل التشريعات تنشأ قاعدة دولية تكون إرادة لقانون مشترك للعقود في المجالات الدولية. وفي هذه الواقعة أبرم الأطراف عن وعي وتبصر عقداً وهمياً بالمخالفة للقانون اليوغسلافي الذي يحكم العقد، وذلك باللجوء إلى الاستيراد الوهمي، والائتمان الوهمي، وهو ما يعتبر خرقاً للقانون والأخلاق في آن واحد.

(1) سليمان مرقس: المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 66.

في حكم آخر لغرفة التجارة الدولية بخصوص العمولة:

فقد اعتبر المحكم أن مبلغ (الرشوة أو الهدية) من الشركة البريطانية كانت السبب في التعهد المبرم من الشركة الفرنسية واستتبط من ذلك بطلان العقد. وقد حدد دور المحكم بدقة إن هذا الحل لا يتفق فقط مع النظام العام الفرنسي الداخلي بل أيضاً مع مفهوم النظام الدولي الذي تعترف به الغالبية العظمى من الدول. في قضية أخرى: فرنسية - إيرانية:

اعترض المدافع بأن العمولة المطلوبة لا تستحق الأداء لأن أساس العقد كان مشوباً بالبطلان المطلق.

قد أقر المحكم بطلان العقد، ولكن بعد تحليل مفصل للتشريع الإيراني والتشريع الفرنسي حيث لاحظ أنه في أثناء السنوات التي حدثت فيها الأعمال (أو الأشغال) في إيران كانت أعمال الرشوة أو على الأقل الاتجار بالنفوذ يمارس بصفة دائمة (أو مستمرة).

كان من الصعب للغاية إن لم يكن من المستحيل الحصول على عقد من عقود الأشغال العامة دون اللجوء إلى هذه الوسائل، وإن الحكومة حاولت معالجة الوضع بإصدار العديد من القوانين دون جدوى.

إن الحكم في صياغته يعكس نفس الاعتقاد بوجود النظام العام الدولي الحقيقي لكن أقل وضوحاً من السوابق الأخرى⁽¹⁾.

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: اتفاق الحكم والمشكلات العملية، والعلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق،

المبحث الثالث

أنواع النظام العام

إن النظام العام من حيث أنواعه ينقسم إلى ثلاثة أقسام رئيسية وإن كل نوع منه يمثل دوره الأساسي لذلك فإن الدراسة في هذا المبحث سوف تتحدث عن أنواعه من حيث أنه داخلي ودولي وهل هناك إمكانية وجود نظام عام حقيقي ليحل محل النظام العام الداخلي والدولي أم يظان متكاملان ومدى اتفاق الدول على نظام عام دولي في مجال التحكيم متفق عليه دون تنازع القوانين بين الدول أو الأنظمة القانونية لمجموعة دول تتشابه ثقافياً أو اجتماعياً أو دينياً أو اقتصادياً لها إمكانية الاتفاق على نظام عام يجمعها.

المطلب الأول

النظام العام الداخلي

استقر القضاء ومن بعده الفقه على عدم الاعتراف بالتحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام الداخلي وأقرت المعاهدات الدولية ضمناً هذا الفهم حيث أجازت عدم الاعتراف بحكم التحكيم ومن هنا كان من الضروري معرفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والتي لا يجوز التحكيم فيها إلا أن الأمر تطور إلى اتجاه الفقه لخلق قواعد النظام العام الدولي بعيداً عن النظام العام الداخلي لكل دولة وهو ما يلزم معه التطرق إلى النظام العام الداخلي ثم النظام العام الدولي.⁽¹⁾

يقصد بالنظام العام في دولة ما مجموعة الأصول والقيم العليا التي تشكل كيانها المادي والمعنوي، وترسم صورة الحياة الإنسانية المتلى فيها وحركتها نحو تحقيق أهداف سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية كانت أو خلقية، وهي تفرض نفسها على مختلف أنواع العلاقات القانونية في الدولة وجوداً وأثراً، وهي دائماً ما تكون في صورة قواعد قانونية أمرت بحكم هذه العلاقات وتبطل كافة التصرفات عقديّة كانت أو غير ذلك إذا ما خالفت هذه القواعد ويكون البطلان المطلق هو مالها وبحق لكل ذي مصلحة أن يطلب إبطال هذا التصرف بل وبحق للقاضي أن يتصدى لهذا البطلان من تلقاء نفسه دون حاجة يطلب من الخصوم.

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: اتفاق الحكم والمشكلات العملية، والعلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق،

ومن هنا تبين لنا أن هناك علاقة وثيقة ومترددة بين القواعد الأمرة والنظام العام، فعادة ما تكون المتعلقة بالنظام العام أو المصالح العليا في البلاد لكن ليس كل قاعدة أمرية تتعلق بالنظام العام أو المصالح العليا في البلاد فهناك من القواعد ما يراها المشرع أنها أمرية في بعض الأزمنة والظروف على أنها غير ذلك في أزمنة أو ظروف أخرى مثال القواعد المتعلقة بالتسعيرة الجبرية بالنسبة لسلعة معينة في وقت معين ومن ناحية أخرى فإنه لا يشترط أن ينص المشرع في نهاية كل قاعدة أمرية على عدم جواز مخالفتها، بل يستطيع القاضي أن يعمل فكره بتأثره بالتوجهات المحيطة به في النظام القانوني الذي يطبقه حتى يستطيع أن يستخلص عما إذا كانت القاعدة المعروضة عليه أمرية من عدمه وعما إذا كانت متعلقة بالنظام العام من عدمه.

يتضح لنا أن الفقه والقضاء قد استقر على عدم جواز اتفاق الأطراف على مخالفة القواعد الأمرة التي تتعلق بالنظام العام وخاصة في التحكيم الداخلي، أما على الصعيد الدولي فيخفف من وطأة هذا التقنين بما لا يتعارض مع القواعد الأمرة التي تتعلق بالمصالح العليا للبلاد وينبغي للقاضي الوطني التحقيق من عدم مخالفة اتفاق التحكيم.

تطبيق النظام العام الداخلي أمام المحكم الدولي

من حيث المبدأ ونظراً لأن المحكم الدولي ليس له قانون اختصاص فإنه غير ملزم باحترام المفاهيم الوطنية، ويكون ملزماً فقط باحترام المفاهيم الدولية، ولهذا فإن النظام العام الداخلي لا يطبق أمام المحاكم التحكيمية. بل أمام محاكم الدول، ولكن لا يجب على المحكم مع ذلك أن يحرص على أن يكون حكمه قابلاً للتنفيذ من قبل قاضي الدولة.⁽¹⁾

في الواقع ليكون الحكم التحكيمي معترفاً به وناظراً في القانون الوطني ينبغي على المحكم أن يحترم القواعد الأمرة والأساسية في قانون القاضي فالمبدأ القوي لدى المحكم لتطبيق النظام العام للدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها يرجع إلى رغبة المحكم في أن يرى حكمه منفذاً حيث أن القاضي الوطني يمتنع عن إعطاء أمر التنفيذ لحكم يخالف النظام العام في دولته.

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: اتفاق الحكم والمشكلات العملية، والعلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق،

إلا أن ضرورة الحصول على أمر تنفيذ الحكم من محاكم الدول ليس لكثير الحدوث في الممارسة العملية ففي أغلب الأحيان ينفذ الحكم تلقائياً (التنفيذ الاختياري) يرضى الأطراف دون ما حاجة إلى اللجوء إلى محاكم الدول⁽¹⁾.
لو أن المحكم ليس بحارس لنظام قانوني لدولة معينة فإنه يعاني بالضرورة من الخضوع للأنظمة القانونية في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها.
ونظراً لأن المحكم لا يستمد سلطاته إلا من إرادة الأطراف فإنه يلتزم باحترام النظام العام في القانون الذي اختاره الأطراف قانون العقد شريطة ألا يتعارض هذا مع النظام العام الدولي الحقيقي.

حيث يرى بعض الفقهاء أنه ينبغي على المحكم تطبيق قوانين البوليس المنتمية إلى النظام القانوني الذي اختاره الأطراف تحت تحفظ وحيد ألا تكون متعارضة مع النظام العام الدولي الحقيقي الذي يفرض نفسه على المحكمين، فإذا تعارض قانون البوليس في القانون الذي اختاره الأطراف مع النظام العام الدولي الحقيقي فعلى المحكم استبعاده.
حيث يرى هذا الفقه أن النظام العام الدولي الحقيقي هو النظام العام المشترك لمجموعة من الأمم أو على الأقل الأغلبية من هذه الأمم.

يتضح لنا أن المحكم الدولي ينبغي عليه احترام النظام العام الدولي الحقيقي الذي يستمد مصادره من الأدوات الدولية. فإذا حدث مثل هذا التعارض فإنه ينبغي على المحكم الدولي تفضيل النظام العام الدولي الحقيقي على الأنظمة العامة الوطنية. ولهذا فإن النظام العام بالمعنى الوارد في القانون الدولي الخاص والمتعلق بدولة ما لا يطبق أمام المحاكم التحكيمية بل أمام محاكم الدول فالمحكم يطبق النظام العام بالمعنى الوارد في القانون الدولي الخاص.

المطلب الثاني

النظام العام الدولي

يجب التفرقة بين مفهوم النظام العام الوطني والنظام العام الدولي في مجال التحكيم، والواقع يشهد أنه ليس كل ما ينظم بموجب قواعد أمر في القانون الداخلي وتكون متعلقة بالنظام العام الوطني (ومن ثم لا يجوز في شأنه التحكيم) يعد كذلك متعلقاً بالنظام العام الدولي، وبالتالي لا يجوز اللجوء في شأنه إلى التحكيم. على سبيل المثال

(1) معاذ علي فضل: العلاقة بين التحكيم والقضاء الدوليين، مرجع سابق، ص 37.

يعد شرط الدفع بالذهب أو بعملة أجنبية شرطاً باطلاً ومخالفاً لقواعد النظام العام الداخلي، الذي يبطل مثل هذا التعامل، في حين يقبل في النظام العام الدولي. ويقر بصحة هذا الشرط في معاملات التجارة الدولية، لأن هذا الشرط وإن كان لا يناسب احتياجات التجارة الداخلية فإنه يعد من المستلزمات الضرورية للمعاملات الدولية وبدون هذا الشرط من الممكن أن ترفض الشركات الأجنبية التعامل مع الشركات الوطنية مما قد يلحق أشد الضرر بالاقتصاد القومي ومن ثم يكون الملائم لحاجات التجارة الدولية قصر مجال أعمال تلك القواعد الآمرة في مجال القانون الوطني فقط ولا تمتد إلى مجال المعاملات الدولية.⁽¹⁾

على ذلك يتضح وجود اختلاف في مجال النظام العام الوطني الداخلي ومجال النظام العام الدولي مما يبرز أهمية التفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي. ويمكن القول بناءً على ذلك أن كل ما يتعلق بالنظام العام الداخلي. قد لا يعد كذلك بالنسبة للنظام العام الدولي - وبمعنى آخر فإن مجال النظام العام الوطني يبدو أكثر اتساعاً من مجال النظام العام الدولي، إلا أن ذلك لا ينفى وجود نظام عام دولي يجب احترام قواعده باختلاف النظم القانونية، أو حتى باختلاف الدول المنتمية لنظام قانوني واحد، ومثال ذلك أن قطر والسعودية دولتان إسلاميتان يطبقان الشريعة الإسلامية مع اختلاف درجة ذلك، ولكن الفوائد جائزة في القانون القطري، في حين ليست كذلك عموماً في السعودية، ولكل وجهه نظره في هذا الشأن كذلك من غير المقبول أن السعودية تعطل أو لا تنفذ حكم تحكيم جرى في قطر وبين بنكيين قطريين مركز أعمالهما قطر، وتمت المصادقة عليه في قطر، لمجرد كونه يتضمن إعطاء فائدة لأحد البنكين على المبلغ الواجب دفعه له من البنك الأخر. فإذا كان ذلك مخالفاً للنظام العام في السعودية، فإنه ليس كذلك في قطر، ولا في غالبية الدول العربية.

من هذا المنطق من غير المعقول ولا المنطقي أن يطلب من أطراف التحكيم ومن المحكمين الإلمام بمختلف القوانين الوطنية، لمعرفة ما هو مخالف للنظام العام وما هو ليس كذلك في كل منها والسير في التحكيم بما يلائم مع هذه القوانين فهذا أمر يكاد يكون ضرباً من المستحيل، بل هو كذلك فعلاً ويكفي أن لا يكون الحكم مخالفاً للنظام العام الدولي، وذلك على أبعد تقدير النظام العام في القانون الواجب التطبيق على موضوع

(1) حمزة أحمد حداد: التحكيم في القوانين العربية، ط1، ج1، الناشر، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق،

النزاع، وربما أيضاً القانون المطبق على الإجراءات حتى لو كان الحكم مخالفاً للنظام العام في دولة التنفيذ بل يذهب هذا الاتجاه إلى حد إعطاء هيئة التحكيم صلاحية عدم تطبيق أي حكم في القانون المطبق على موضوع النزاع وعلى إجراءات التحكيم إذا كان الحكم مخالفاً للنظام العام الدولي.⁽¹⁾ بالرغم من هذا التوجه، إلا أن المشكلة الأساسية والتي واجهت ولا زالت تواجه فكرة التمييز بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، تمكنت في بيان مفهوم النظام العام الدولي، بيان ما يعتبر أو لا يعتبر كذلك أو بمعنى أصح تعريف النظام العام الدولي بما يؤدي إلى تمييزه عن النظام العام الداخلي وهذا أيضاً ضرب من المستحيل لذلك، تمت محاولة تحديد مفهوم النظام العام الدولي بعبارات عامة ومطاطة، ثم عملياً ترك مجال تفسير مصطلح النظام العام الدولي، للمحكمة المرفوع أمامها النزاع تقضي به في كل قضية على حدة حسب معطيات وظروف القضية.⁽²⁾

هناك اتجاه سائد بالتفرقة ما بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي ويهدف هذا الاتجاه إلى التقليل بما أمكن من حالات بطلان أحكام التحكيم الأجنبية بحيث يجوز إبطاله أو عدم تنفيذه من أحكام وطنية لمخالفته للنظام العام الداخلي ليس بالضرورة التي يؤدي إلى النتيجة ذاتها في التحكيم الأجنبي أو الدولي ما دام حكم التحكيم في الحالة الأخيرة لا يخالف النظام العام الدولي.. بمعنى أصح، فإنه لا يجوز للقاضي الوطني في دولة من الدول أن يقضي ببطلان حكم التحكيم الدولي أو الأجنبي، أو بعدم تنفيذه لمجرد مخالفته للنظام العام في دولته، بل يجب أيضاً أن يكون مخالفاً للنظام العام الدولي.⁽³⁾ من الأمثلة التقليدية على مخالفة النظام العام الدولي، العقود المتعلقة بالفساد والاحتيال والرشوة والتمييز العنصري وغسيل الأموال والاتجار بالمخدرات والرقيق والأطفال والاتجار الدولي غير المشروع بالسلع، وخاصة أسلحة الدمار الشامل وانتهاك

(1) حمزة أحمد حداد: التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 391.

(2) المرجع السابق، ص 392.

(3) * في قضية في زمباوي 1998/12/9م، قضي بأن قرار التحكيم الذي يتعارض مع النظام العام هو القرار الذي يعرض سلامة نظام التحكيم الدولي للخطر، إن ذلك يشمل قضايا الرشوة والاحتيال والمخالفات الإجرائية تصرف المحكم، بشكل منافي للأخلاق 26 .

حقوق الإنسان، فكل ذلك غير مقبول عالمياً أو دولياً وهو بالتالي مخالف للنظام العام الدولي⁽¹⁾.

يترتب على هذا الرأي إن المحكمة المرفوع أمامها النزاع يتوجب عليها أن تقضي بصحة حكم التحكيم ونفاذه على أراضيها، مادام أنه ليس مخالفاً للنظام العام الداخلي في تلك الدولة والمحكمة وعلى العكس من ذلك، يمكن لتلك المحكمة، في ظروف معينة، أن تقضي ببطلان الحكم أو عدم تنفيذه حتى لو لم يكن مخالفاً للنظام العام الداخلي ما دام أنه مخالف للنظام العام الدولي، كما هو الحال في الأمثلة المذكورة.⁽²⁾ وسنداً لهذا الاتجاه الذي أصبح مقبولاً لدرجة كبيرة، يمكن القول أنه ليس من المنطق في شيء، تطبيق القواعد الوطنية الخاصة بالنظام العام بحرفيتها على التحكيم الدولي والأجنبية، فمفهوم الفكرة ونطاق تطبيقها كما تقدم يختلف. وتحدو الصعوبات حجر عثرة في الإحاطة بمفهوم محدد وواضح لما يطلق عليه النظام العام الدولي دون الدخول في تفاصيل العديد من الآراء والنظريات التي قيلت في هذا الشأن والاجتهادات التي بذلت فإن كل محاولة في هذا الشأن تعجز أن تعطي تصوراً محدداً للفكرة ومضمونها ونطاقها ويستنتج من كتابات بعض الفقه وقرارات التحكيم الدولي أن النظام العام الدولي يتمثل في مبادئ وقواعد قانون التجارة الدولية أو ما يطلق عليه البعض المبادئ العامة في قانون الشعوب أو بعبارة أخرى المبادئ التي استقر عليها التعامل في مجال التجارة الدولية وما أقرته أحكام التحكيم التي تتفق مع قواعد الأخلاق والآداب العامة في المعاملات التجارية الدولية ويطلق بعض الفقه العديد من المسميات

(1) * وفي قضية لمحكمة الاستئناف الكوبيك أكثر بتاريخ 1990/6/15م، ميزت المحكمة بين الابتزاز والرشوة وفي هذه القضية قام (أ) باستخدام (ب) في تقديم خدمات المواني وأثناء رسو إحدى بوخر (أ) في أحد المواني رفض أحد المسؤولين (ج) في الميناء منح الإذن لمغادرة الباخرة، إلا مقابل دفع مبلغ من المال فأصر (ب)، الدفعة فعلاً أقام (ب) بدعوى تحكيمية ضد (أ) للمطالبة باسترداد المبلغ، وصدر الحكم ضد (أ) طعن (أ) ببطلان الحكم على أساس أن ما دفعه (ب) لـ (ج) هو رشوة، وهذا مخالف للنظام العام في كندا، إلا أن المحكمة رفضت هذا الدفع، وقالت إن الرشوة، هي عمل مناف للأخلاق بالنسبة للراشي والمرتشي وهي مخالفة للنظام العام أما ما قام به (ب) فهو ليس برشوة وإنما نتيجة ابتزاز (ج) له، وهو عمل مناف للأخلاق من جانب (ج) أو لا علاقة لـ (ب) بذلك CLOUT CASE .FXOLNA

(2) حمزة أحمد حداد: التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 392.

بغية تحديد مضمون الفكرة مثل القانون الطبيعي على المستوى العالمي (مبادئ العدالة المطلقة) ويذهب البعض إلى وصف فكرة النظام العام الدولي بأنها (تعني القواعد المعيارية والتي تعتبر بمثابة الحد الأدنى أو القياسي التي يفرضها واقع المجتمع الدولي لحماية حقوق الإنسان، وتسمى أيضاً بمبادئ العدالة العالمية) أو الأخلاق. والمبادئ المشتركة لدى الأمم المتحدة، ويعطي الفقه أمثلة لما يمكن أن يطلق عليه مبادئ أو قواعد تتعلق بالنظام العام الدولي الذي يقع باطلاً كل اتفاق على مخالفتها كالاتفاقيات المتعلقة بتجارة المخدرات أو تجارة النقود⁽¹⁾.

إزاء الغموض وعدم التحديد الذي يحيط بفكرة النظام العام الدولي فإنه ليس من المستغرب أنه لا يحدث التطابق في كثير من الأحيان بين معطيات النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، بل كثيراً ما يقع التعارض بين مفهوم كل من النظامين وإن كنا نلاحظ أن في العقود الأخيرة أن بعض النظم القانونية والتطبيقات القضائية في بعض الدول الغربية المتقدمة تقدم في مجال التحكيم الدولي بعض التوضيحات⁽²⁾. لا شك في أن النظام العام الإجرائي الداخلي أو الوطني في الدول المختلفة يتضمن بصفة عامة المبادئ المكونة للنظام العام الإجرائي بمعناه الدولي أو أغلبها لكل التشريعات الوطنية كثيراً ما تضمنت من القواعد الإجرائية الآمرة ما يتجاوز هذه المبادئ، وبعض الدول تسلم بالفعل بقصر هذه القواعد الأخيرة على التحكيم الداخلي بالمعنى والحدود التي تعينها لكن بعضها الآخر يفرض الالتزام بهذه القواعد في خارج هذا النطاق وفي حدود تختلف من دولة لأخرى⁽³⁾.

أنه من حيث المبدأ لأن المحكم الدولي ليس له قانون اختصاص فإنه غير ملزم باحترام المفاهيم الوطنية ويكون ملزماً فقط باحترام المفاهيم الدولية. ولهذا فإن النظام العام الداخلي لا يطبق أمام المحاكم التحكيمية بل أمام محاكم الدول لكن يجب على المحكم مع ذلك أن يحرص على أن يكون حكمه قابلاً للتنفيذ من قبل قاضي الدولة.

(1) محي الدين إسماعيل: صيغة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 83.

(2) محمد عثمان خلف الله: الرقابة القضائية على قرارات التحكيم في القانون المقارن والقانون السوداني، لسنة 2002م، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه، جامعة النيلين، كلية القانون، ص 83.

(3) مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص 233.

في الواقع لكي يكون الحكم التحكيمي معترفاً به ونافذاً في القانون الوطني ينبغي على المحكم أن يحترم القواعد الآمرة الأساسية في قانون القاضي فالميل القوي لدى المحكم لتطبيق النظام العام للدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها يرجع إلى رغبة المحكم في أن يرى حكمه منفذاً حيث أن القاضي الوطني يمتنع عن إعطاء أمر التنفيذ لحكم يخالف النظام العام في دولته.

ولأن ضرورة الحصول على أمر تنفيذ الحكم من محاكم الدول ليس تلقائياً (التنفيذ الاختياري) برضا الأطراف دون ما حاجة إلى اللجوء إلى محاكم الدول. لو أن المحكم ليس بحارس نظام قانوني لدولة معينة فإنه يعاني بالضرورة من الخضوع للأنظمة القانونية في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها ونظراً لأن المحكم لا يستمد سلطاته إلا من إرادة الأطراف فإنه يلتزم باحترام النظام العام في القانون الذي اختاره الأطراف (قانون العقد) شريطة أن لا يتعارض هذا مع النظام العام الدولي الحقيقي⁽¹⁾.

وحيث يرى بعض الفقهاء أنه ينبغي على المحكم تطبيق قوانين البوليس المنتمية إلى النظام القانوني الذي اختاره الأطراف تحت تحفظ وحيد ألا يكون متعارضاً مع النظام العام الدولي الحقيقي الذي يفرض نفسه على المحكمين، فإذا تعارض قانون البوليس مع القانون الذي اختاره مع النظام العام الدولي الحقيقي فعلى المحكم استبعاده. يتضح لنا أن المحكم الدولي ينبغي عليه احترام النظام العام لقانون العقد وهو القانون الذي اختاره الأطراف لحكم الواقعة محل النزاع شريطة ألا يتعارض هذا مع النظام العام الدولي الحقيقي⁽²⁾.

لفظ نظام عام دولي يوحي بوجود نظام عام مشترك بين الدول والواقع أن النظام العام دائماً وطني وتحديده يكون بواسطة القاضي الوطني في المجتمع الوطني. كل ما في الأمر أن هناك نظاماً عاماً ما في نطاق القانون الداخلي وآخر في نظام تنازع القوانين. وإذا كان صحيحاً أن هناك مبادئ أساسية مشتركة لمعظم دول العالم في الاعتراف بأهميتها فإن تطبيقها باسم النظام الدولي هو خلط غير مستساغ فالقاضي إذ

(1) معاذ على فضل المولى: العلاقة بين التحكيم والقضاء الدوليين، مرجع سابق، ص 37.

(2) المرجع السابق، ص 40.

يطبق النظام العام الدولي المقال به فإنما يفعل ذلك لكون الأمر يمس أساسا النظام العام الوطني السائد في دولته⁽¹⁾.

التمييز بين النظام العام الدولي والداخلي

إلا أنه ومع ذلك يجب عدم العمل على اتساع الفجوة بين معايير النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي في التحكيم التجاري الدولي إذ أنه في بعض الحالات تتحدث الدولة عن قواعدها الآمرة التي لا يجوز مخالفتها في التعاملات الداخلية بين الأفراد، ولكنها مباحة على صعيد التحكيم الدولي، كاتفاق الأشخاص الاعتبارية العامة على التحكيم بالنسبة للعقود الدولية فقط في فرنسا. ولكنه مع ذلك يجب عدم التوسع في مفهوم النظام العام الدولي لتشجيع الاستثمارات داخل البلاد على حساب المقومات الأساسية التي هي أساس تحضره وأمنة ومستقلة⁽²⁾.

أن النظام العام في مجاله الدولي يتميز عن النظام العام الداخلي. بأمور عدة منها مرونته وكونه مستقلاً إجمالاً عن فكرة النظام العام الداخلي وقل شمولاً منه، فالقرار التحكيمي الدولي أو القرار المانع للاعتراف أو المكتسبي بالصفة التنفيذية لا يجوز بدوره أن يستند على مخالفة لقاعدة تتعلق بالنظام العام الدولي وألا فتجب عنه الصفة التنفيذية هذه.

أن التحكيم الدولي ينصب أساساً على كل ما يتعلق بمصالح التجارة الدولية⁽³⁾.

فكرة النظام العام كسبب لرفض تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية استقر الفقه على ضرورة جعلها مرنة بحيث لا يتم التمسك بها إلا في حالات استثنائية. ولقد أيد القضاء في العديد من الدول الأخذ لتفسير ضيق حديثاً لفكرة النظام العام في مجال التحكيم بشأن المعاملات الدولية⁽⁴⁾. ونلاحظ أن القضاء الوطني لم يتبنى مثل هذا المفهوم للنظام العام الدولي الحقيقي بشكل قاطع، إلا أن الفقه لم يكن بعيداً عنه، فالإحالة إلي نظام عام دولي مميز عن النظام العام الداخلي أليس منفذا لقاعدة دولية تسموا على القوانين الوطنية؟

(1) هشام صادق: تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، ط1، ج1، الإسكندرية، 2007م، ص 197.

(2) محمد ماهر أبو العينين، عاطف محمد عبد اللطيف: قضاء التحكيم، ط1، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2010م، ص 443.

(3) مجلة المؤتمر الإسلامي الثاني لشريعة والقانون. مرجع سابق، ص 48.

(4) إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 44.

نلاحظ أن القضاء يملك السلطة التقديرية للبحث عن الحلول التي تتلاءم مع مقتضيات التجارة الدولية في القوانين الأجنبية الأكثر لبرالية. ومن هنا فإن النظام العام الدولي الذي يرد في أي نص قانوني من قوانين الدول هو بكل بساطة مهارة فنية (تكتيكية) سيمتد مصادره من الأدوات الدولية ويستطيع المحكم الدولي بما لديه من سلطة تقديرية واسعة من استنباط النظام العام الدولي الحقيقي لأنه علي خلاف قاضي الدولة ليس له قانون اختصاص وغير ملزم باحترام المفاهيم الوطنية للنظام العام فأحكام الفقه والقضاء علي درجة كبيرة من الأهمية لأن القيود من أهم التعقيدات أو الصعوبات التي تتأثر في إثارة التحكيم وهذا يرجع بداهة إلي غموض فكرة النظام العام، وكثرة القوانين المتعلقة بها فكثره هذه القوانين واختلافها من حيث الهدف وطريقة التدخل تجعل تطبيق مفهوم النظام العام في مادة التحكيم أو في أي مادة أخرى من التطبيقات الصعبة والمعقدة والمتشابكة علاوة علي ذلك فإنه توجد صعوبة خاصة بالتحكيم تتعلق بالطبيعة المختلطة، لهذا النظام الذي يكون تعاقدياً وقضائياً في أن واحد وهذه الصعوبة تضي غموضاً آخر على هذه الفكرة.

فإذا حدث مثل هذا التعارض فإنه ينبغي على المحكم الدولي تفضيل النظام العام الدولي الحقيقي على الأنظمة العامة الوطنية.⁽¹⁾

لهذا فإن النظام العام بالمعنى الوارد في القانون الدولي الخاص والمتعلق بدولة ما لا يطبق أمام المحاكم التحكيمية بل أمام محاكم الدول فالمحكم يطبق النظام العام بالمعنى الوارد في القانون الدولي الخاص لا النظام العام في العقد في حالة عدم تعارضه مع النظام العام الدولي الحقيقي ففي حالة قيام تنازع أمام المحكم بين النظام العام الداخلي والنظام العام بالمفهوم الوارد في القانون الدولي الخاص (لقانون العقد) وهو القانون الذي اختاره الأطراف فإنه ينبغي على المحكم تطبيق النظام العام بالمفهوم الوارد في القانون الدولي الخاص نظراً لأن هذا الأخير يسمو على الأول وفي حالة قيام تنازع أمام المحكم بين النظام العام الدولي الحقيقي.

إن هذا المعيار محل نظر لأن وجود نظام عام دولي حقيقي يتصف بالعالمية وما زال في الوقت الراهن مجرد خيال نظراً لعدم الانسجام (والترابط) داخل المجتمع الدولي وتنوع واختلاف القيم السياسية والأخلاقية والاجتماعية والدينية وعدم التساوي في

(1) معاذ علي الموالي: العلاقة بين التحكيم والقضاء الدوليين، مرجع سابق، ص 75.

التطور السياسي والاجتماعي والاقتصادي وفي المقابل (أو على العكس) يوجد نظام عام دولي حقيقي ذو بعد إقليمي خاص بدول ذات حضارة معينة أو نظام اقتصادي أو سياسي أو اجتماعي معين.

إن النظام العام الدولي هو القانون الدولي لأنه مختص بالدول فليس هناك إذاً نظام عام دولي ونظام عام وطني وإنما يتسم النظام العام كقاعدة عامة بصفة الوطنية. كل ما في الأمر هو أن دور فكرة النظام العام ونطاق أعمالها يختلف في القانون الداخلي عنه في مجال القانون الدولي الخاص⁽¹⁾ فالطريقة التي اتبعتها محكمة باريس، كذلك محكمة النقض أدت إلى استتباط معيارين في القانون الفرنسي إحداها يطبق على العلاقات الداخلية والآخر يطبق على العلاقات الدولية.

هذا التكتيك الذي ظل كما يبدو مؤسس على القانون الداخلي ليس في الواقع منتقد لظهور نظام عام دولي يسمو على القوانين الوطنية. هناك عولمة تشريعية هذه العولمة تكتسح كل البلاد التي أمامها ثوبها الخارجي معاهدات واتفاقيات دولية أو إعلانات وتوصيات وقرارات أو ما يسمى بالأعراف الدولية. في الواقع مسألة النظام العام غير منفصلة عن هذه العولمة بمعنى أن هيئة التحكيم الأمريكية أصدرت كراساً فيه عشرون قاعدة لا يسمح بهدر مضمونها وهذا من قبيل العرف الدولي الذي يكرس شيئاً فشيئاً.

إن النظام العام ما زال شيئاً غير مفهوم وغير منضبط، لذلك يدخله الفقه الفرنسي تحت إطار المفاهيم ذات المضمون المتغير لكل عنصر يغير مضمون هذا النظام، من حيث أنهم في الأولى، قد حددوا النظام العام بالعديد من الأمور، وهذا ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ 93/9/30 والمنشور في مجلة التحكيم الفرنسية عام 94 ص 359 والذي تعتبر فيه حماية الآثار من النظام العام ومكافحة المخدرات ومكافحة الإرهاب ومكافحة غسيل الأموال غير المشروعة والتصدي للفساد المتمثل في الرشوة والعمولات غير المشروعة، وبالتالي يهدر الحكم التحكيمي لعدة أسباب مثل هذا النزاع لعرضه على التحكيم، فشرط من شروط صحة التحكيم قابلية النزاع لأن يعرض على التحكيم وهذا ما يعرف بالتحكيم.⁽²⁾

(1) سيد أحمد محمود: خصومة التحكيم القضائي وفقاً للتحكيم الكويتي، 35/78، مؤسسة دار الكتب القانونية، مجلة الفتوى والتشريع، الكويت، 1991م، ص 26.

(2) مجلة المؤتمر الثاني الشريعة والقانون، التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 26.

المطلب الثالث

النظام العام الدولي الحقيقي

مجال النظام العام الدولي الحقيقي يكمن في فرض احترام القواعد الأمرة لنظام عام دولي حقيقي يستمد مصدره من الأدوات الدولية لذلك فإن النظام العام الدولي الحقيقي يسمو على النظام الداخلي.⁽¹⁾

ففي حالة قيام تنازع أمام المحكم بين النظام العام الداخلي والنظام العام بالمفهوم الوارد في القانون الدولي الخاص (القانون العقد) وهو القانون بالمفهوم الوارد في القانون الدولي الخاص نظراً لأن هذا الأخير يسمو على الأول وفي حالة قيام تنازع أمام المحكم بين النظام العام الدول الحقيقي والنظام العام بالمعنى الوارد في القانون الدولي الخاص لقانون العقد فإنه يطبق النظام العام الدولي الحقيقي.⁽²⁾

إن هذا المعيار محل نظر لأن وجود نظام عام دولي حقيقي يتصف بالعالمية مازال في الوقت الراهن مجرد خيال نظراً لعدم الانسجام (أو الترابط) داخل مجتمع الدول وتنوع واختلاف القيم السياسية والأخلاقية والاجتماعية والدينية وعدم التساوي في التطور السياسي والاجتماعي والاقتصادي وفي المقابل أو على العكس يوجد نظام عام دولي حقيقي ذو بعد إقليمي خاص بدول ذات حضارة معينة أو نظام اقتصادي أو اجتماعي معين، أن النظام العام الدولي هو القانون الدولي لأنه مختص بالدول فليس هناك إذن نظام عام دولي ونظام عام وطني وإنما يتسم النظام العام كقاعدة عامة بصفة الوطنية كل ما في الأمر هو أن دور فكرة النظام العام ونطاق أعمالها يختلف في القانون الداخلي عنه في مجال القانون الدولي الخاص.

فالتطريقة التي اتبعتها محكمة باريس، وكذلك محكمة النقض أدت إلى استنباط معيارين في القانون الفرنسي أحدهما يطبق على العلاقات الداخلية والآخر يطبق على العلاقات الدولية، هذا التكتيك الذي ظل كما يبدو مؤسساً على القانون الداخلي، ليس في الواقع منفذ بظهور نظام عام دولي يسمو على القوانين الوطنية.

(1) معاذ علي الموالي: العلاقة بين التحكيم والقضاء الدوليين، مرجع سابق، ص 76.

(2) مجلة المؤتمر الثاني الشريعة والقانون، التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون، مرجع سابق،

ونلاحظ أن القضاء الوطني لم يتبنى مثل هذا المفهوم للنظام العام الدولي الحقيقي بشكل قاطع، إلا أن الفقه لم يكن بعيداً عنه، فالإحالة إلى نظام دولي مميز عن النظام العام الداخلي ليس منفذاً لقاعدة دولية تسمو على القوانين الوطنية. حيث يرى هذا الفقه أن النظام العام الدولي الحقيقي هو النظام العام المشترك لمجموعة من الأمم، وعلى الأقل الأغلبية من هذه الأمم. مجاز النظام العام الدولي الحقيقي يكمن في فرض احترام القواعد الآمرة لنظام عام دولي حقيقي يستمد مصدره من الأدوات الدولية لذلك فإن النظام العام الدولي الحقيقي يسموا على النظام العام الداخلي. ففي حالة قيام تنازع أمام المحكم بين النظام العام الداخلي والنظام العام بالمفهوم الوارد في القانون.

أما في إطار مفهوم النظام العام الدولي، فإنه نظام عام أكثر مرونة من النظام العام الداخلي، فإذا كان القاضي الوطني لا يعتبر إلا بنظام عام واحد يهدف إلى استبعاد كل ما يخالف قانونه الوطني إلا أن المحكم الدولي أي الناظر في نزاع داخل في نطاق التجارة الدولية. لا يكون تابعاً مبدئياً لوطن ما أو لدولة ما، ويكون بالتالي متحرراً من أحكام قوانين دولته ومع ذلك وبصورة إجمالية فإن على المحكم الدولي أن يتقيد بقواعد الأمن العام وبالأنظمة العائدة للدول التي ترتبط بعلاقات أو باتفاقيات فيما بينها. (1) فالتحكيم المطلق في نطاق التحكيم الدولي جائز وبه يعفي الطرفان المتحاكمان المحكم من بعض الأمور التي تخرج عن نطاق القوانين الآمرة الداخلية أو المتعلقة بالنظام العام الداخلي، وبذلك يستطيع المحكم الدولي أن يستبعد تطبيق أحكام هذا النظام العام.

ففي نطاق التحكيم الدولي أوجبت المادة (813) فقرة (2) أصول مدنية على المحكم أن يفصل في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها الخصوم وإلا فوفقاً للقواعد التي يراها مناسبة. وهو يعتد في جميع هذه الأحوال بالأعراف التجارية وهو يفصل في النزاع كمحكم مطلق إذ حددت اتفاقية التحكيم مهمته على هذا الوجه. (2) من المواضيع التي تعتبر مخالفة لما يتعلق بالنظام العام الدولي تجارة الرقيق أو الأولاد أو تجارة المخدرات، فعلى المحكم المطلق أن يتجنب النظر في هذه النزاعات

(1) معاذ علي الموالي: العلاقة بين التحكيم والقضاء الدوليين، مرجع سابق، ص 77.

(2) المادة (813) فقرة (2) أصول مدنية القانون اللبناني 2008م.

لأنها مخالفة للنظام العام الدولي، كما عليه أيضاً أن يمكن الخصوم من ممارسة حقوق الدفاع وبالتالي عليه مراعاة قاعدة الوجاهية⁽¹⁾.

إن حماية المصالح العليا للمجتمع الدولي تعترف للمحكم بفحص مطابقة العقد للنظام العام الدولي الحقيقي.

ويعتبر أيضاً مخالفاً للأخلاق، والآداب كأساس لمفهوم النظام العام الدولي الحقيقي الاتفاقات المرتبطة بالرشوة، الممارسات التعاقدية المؤيدة للاتجار بالمخدرات، والاتجار بأسلحة الحرب بين الأشخاص والاتفاقات بغرض مساندة الهدم (أو التدمير أو التخريب) أو خرق حقوق الإنسان ونفس الشيء في الممارسات التعاقدية للنقل غير المشروع للآثار كل هذه الموضوعات المتباينة تؤكد بوضوح ظهور فكرة النظام العام الدولي الحقيقي.

في حكم صادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس بين المحكم بوضوح بأن هذا الحل ليس مطابقاً فحسب للقانون الفرنسي بل لمفهوم النظام العام الدولي الذي تعترف به الغالبية العظمى من الدول. وفي حكم آخر⁽²⁾ لغرفة التجارة الدولية بباريس ينحو مبدأ حسن النية في مادة تعاقدية.

من المسلم به في القضاء الفرنسي أن المحكمين لهم سلطة تطبيق القواعد المتعلقة بالنظام العام الدولي، حيث يملك المحكمون سلطة إبعاد السلوك أو التصرفات المخالفة لمبدأ حسن النية الذي ينبغي أن يسمو في علاقات التجارة الدولية، ويشير الحكم الصادر سنة 1983م من غرفة التجارة الدولية بباريس إلى ما يلي: بعد ملاحظة أن العقد المتنازع فيه كان مخالف للنظام العام لقانون العقد وللنظام العام لمكان تنفيذ العقد إلا أنه في النهاية يمكن تقييم الواقعة بعيداً عن أي قانون وطني حسب ما اعتبر أخلاقاً في القضايا الدولية.

إن مبدأ حسن النية هو بلا شك من المبادئ المفضلة لدى المحكمين الدوليين وهذا المبدأ هو الذي ألهم القضاء التحكيمي الثابت (أو المستقر) بتقرير أهلية الشخص المعنوي في إبرام اتفاق التحكيم بحيث لا يستطيع الطرف الآخر أن ينازع فيما بعد في صلاحية الاتفاق متمسكاً بقانونه الوطني الذي يمنع ذلك ففي الممارسة العملية يبدو (أو

(1) التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 51.

(2) معاذ علي الموالي: العلاقة بين التحكيم والقضاء الدوليين، مرجع سابق، ص 80.

يترأى) أنه لا يمكن إنكار أن المحكمين لديهم عدة وسائل لاستخدام مفهوم النظام العام الدولي الحقيقي أو النظام العام عبر الوطنية لتأسيس حكمهم. أجمع الفقه على أن المحكم يعتبر على الأقل الحارس للقواعد الأخلاقية الدولية. وأختلف الفقه عندما يتعلق الأمر بتحديد محتوى أو مضمون النظام العام الدولي الحقيقي⁽¹⁾.

الفرع الأول: أهمية التفرقة بين التحكيم الوطني و الأجنبي والدولي

يتخذ وصف التحكيم بالدولية، لإعطاء سلطات تقديرية للمحكمين تكون أو سع نطاقا من تلك التي يتمتع بها القاضي في القانون الداخلي من حيث البحث عن القانون الواجب التطبيق علي النزاع أو فسخ العقد أو الالتزام بتعويض الأضرار أو العملة الواجب الدفع بمقتضاها أو أثر انخفاض تلك العملة نتيجة لظروف دولية أو فكرة النظام العام الدولي التي تختلف عن فكرة النظام العام الداخلي بمفهومها الواسع في القوانين الوطنية وحقيقة أن التفرقة بين التحكيم الوطني والدولي ليست من الأمور التي يبدو فيها الجهد ضائعا إنما هي من المسائل التي تترتب عليها نتائج بالغة الأهمية لاسيما عند معرض تنفيذ قرارات التحكيم الدولي. ففي التحكيم الدولي يتمتع شرط التحكيم باستقلال تام عن العقد مثار النزاع ويصبح لجوء الدولة أو أحد أشخاصها العامة إلى هذا التحكيم دون اعتبار لذلك يعد متعارضا مع النظام العام الداخلي أن الكتاب يثيرون في التحكيم الدولي ما يطلق عليه النظام العام الدولي بالمقابلة مع النظام الداخلي ويبرزون التطبيق القضائي في أحكام عديدة، حيث أزحيت فكرة النظام العام الداخلي لصالح فكرة النظام العام الدولي، ويرى البعض بحق أن فكرة النظام العام الدولي فكرة محل نظر وشك لما يكتنفها من عدم التحديد ويرون أن الأجدى أن يضع المحكم نصب عينه مراعاة النظام العام الداخلي حيث أن مال القرار الذي يصدره التنفيذ في دولة القاضي ومن المستحسن أن لا يصطدم ذلك القرار مع النظام العام في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها.

فكرة النظام العام في التحكيم الدولي مجالا تختلف كلية عن مجالها في التحكيم الوطني فهي أضيق نطاق في النوع الأول من التحكيم عنه في النوع الثاني إذ يختلف مدي مساس موضوع واحد بالنظام العام تبعا لتعليق الأمر بالتحكيم الوطني أم الدولي

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: أفاق التحكيم والمشكلات العملية والعلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق،

فمسألة قابلية النزاع للحل بالتحكيم يمكن ألا تكون مبرراً لعدم تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن بالحكم مساس واضح وجدي بالنظام العام وذلك تصدر أحكام التحكيم الأجنبية. فليست كل قاعدة أمره تتعلق بالنظام العام في القانون الداخلي تعتبر من النظام العام في المعاملات الدولية⁽¹⁾. ومن ثم يتفق الفقهاء على أن كل ما يعتبر من النظام العام في مجال تنازع القوانين يعد حتماً جزءاً من النظام العام الداخلي والعكس غير صحيح.

الاتفاق على الهدف: على الرغم من الاختلافات السابقة إلا أن هناك اتفاق بين كل من النظام العام في المجال الداخلي والنظام العام في مجال تنازع القوانين من حيث النتيجة التي يحققها كل منهما، ذلك بأن كلاهما يرمي إلي تحقيق مطلب رئيسي واحد حماية النظام القانوني الوطني وترميم قوانين الدولة الأساسية سواء عن طريق منع الأفراد من الاتفاق على ما يخالفها أم عن طريق استبعاد القوانين الأجنبية التي تصطدم بالأسس والمبادئ التي يقوم عليها مجتمع الدولة.

كذلك وبتحديد أكثر حكم غرفة التجارة الدولية بباريس رقم (730) لسنة 1982م إن ممارسة الرشوة والاتجار بالنفوذ المخالف للآداب والأخلاق يستند على قاعدة دولية حقاً أو فعلاً وليس من شك في أن هذه القاعدة ينبغي اعتبارها من النظام العام الدولي الحقيقي أو النظام العام عبر الوطنية إن إدانة التصرفات المنافية للآداب والأخلاق منصوص عليها في القوانين الداخلية للغالبية العظمى من الدول أيضاً في النصوص الدولية ونذكر هنا على سبيل المثال النصوص الصادرة عن منظمة الأمم المتحدة وعن غرفة التجارة الدولية وفي مجال صحة أو شرعية العقد نستطيع إعطاء بعض الأمثلة للنظام العام الدولي الحقيقي. أي تحكيم دولي يكون مستنداً على عقد، ويهدف إلى تسوية نزاع تعاقدية لذلك فإننا نملك فرصة أكبر في مجال قانون العقود للعثور على أمثلة تعترف بقدرة المبادئ الأساسية على تغذية مفهوم النظام العام الدولي الحقيقي وسوف نرى تدخل المحكم لحماية هذه المبادئ فيما يتعلق بالرشوة سوف نذكر الحكم الشهير للمحكم لكريجن حيث رفض المحكم الدولي الصفقة (أو الطابع) غير الأخلاقي للصفقة.

(1) محمد عثمان خلف الله: الرقابة القضائية على قرارات التحكيم في القانون المقارن والقانون السوداني،

هذا الحكم يتعلق بنزاع نجم (أو تولد) عن عواقب أو نتائج الاتجار بالنفوذ في الأرجنتين ويرجع تاريخ هذه القضية بداية الخمسينات شركة بريطانية كانت ترغب في إبرام عقد مع الأرجنتين بمبلغ قيمته (4) ملايين ليرة بعد الاتصال بالموظف المحلي، الذي بذل قصارى جهده للحصول على مساندة الرئيس بارون والذي بدونه كانت فرصة إبرام العقد ضئيلة، ومقابل هذه الخدمات وعدته الشركة بعمولة 10% من المبلغ الإجمالي للعقد، ولكن في سنة 1955 فقد بارون السلطة، وهذا لم يعوق الشركة البريطانية من إبرام العقد بمبلغ (9) ملايين ليرة، وقد طالب الموظف بالعمولة التي كانت قد وعدته بها الشركة، وعرض النزاع على المحكم لكريجن الذي رفض الطابع الغير الأخلاقي للصفقة⁽¹⁾.

يمكننا أن نرى في رفض المحكم للرشوة تطبيقاً لمبدأ عام من مبادئ القانون وأيضاً تكريساً (أو إقراراً) لقاعدة موضوعية من قواعد التطبيق الفوري ومبدأ من مبادئ النظام العام الدولي الحقيقي وينبغي على المحكم إثارة البطلان من تلقاء نفسه.

في حكم لغرفة التجارة الدولية بباريس أثرت المشكلة بخصوص شرعية مجموعة من العقود أبرمت بين شركتين يوغسلافيتين وشركات أجنبية يتعلق الأمر بعملتين مزورتين استيراد وتصدير والجزء الأخير من العمل كان وهمياً وغرضه فقط السماح للشركات اليوغسلافية، بالحصول على ائتمان بالمخالفة للنصوص اليوغسلافية.

استنتج المحكمون أن العملية التي نحن بصددنا مخالفة ليس فقط للتشريع اليوغوسلافي بل أيضاً للأخلاق والآداب العامة ويرى المحكم أن موضوع العقد الذي يخالف القواعد الأمرة أو النظام العام أو الأخلاق أو الآداب يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً.

الفرع الثاني: النظام العام الدولي أمام قضاء التحكيم

يجد النظام العام الدولي الحقيقي أرض (ملائمة- أو مناسبة) بصفة خاصة أمام محاكم التحكيم، فالمحكم الدولي على خلاف قاضي الدولة ليس له قانون اختصاص ويستطيع أن يطبق مفاهيم قانونية دولية بالمعنى الصحيح، مجردة من أي تعلق بدولة ما، وهذا لا يعني أن المحكم يتحرر تماماً من أي إلزام ينبثق من النظام العام الوطني.

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية،

مرجع سابق، ص 131.

أن المحكم الدولي يلتزم من حيث المبدأ بالنظام العام لقانون العقد (وهو القانون الذي اختاره الأطراف) بشرط عدم تعارض هذا القانون مع النظام العام الدولي الحقيقي. هكذا صرح أحد المحكمين بأن قواعد النظام العام في الدولة التي يحكم قانونها العقد تفرض نفسها على القاضي أو المحكم وهذا حقاً قضاءً ثابت في القانون الدولي الخاص بالقدر الذي تكون هذه القواعد نفسها لا تخالف النظام العام الدولي. نستطيع أن نعطي بعض الأمثلة الواقعية للجوء المحكم إلى النظام العام عبر الوطنية أو النظام العام الدولي الحقيقي.

نظراً لندرة الأحكام التحكيمية في هذا الصدد فهذا ما يبرر اللجوء إلى القياس ابتداءً من أمثلة مقدماً أو مستمدة من الممارسة القضائية من السهل تصور طرحها في المستقبل القريب على المحكمين⁽¹⁾.

من أمثلة تلك القضايا القضية المتعلقة بالسفينة كوريل والتي صدر فيها حكم في 15 يناير 1855م اعترف بحق المالك علي عبيدة أن هذا الحكم يسمح بالاستنتاج بدون تردد بأن هذه القضية إذا عرضت اليوم أمام المحكم فإنه سوف يصل إلى نتيجة عكسية بالاستناد إلى النظام العام الدولي الحقيقي أو النظام العام عبر الوطنية.

أ/ القضية المتعلقة بالشركة Fruheuf:

فلو عرضت هذه القضية في الوقت الحاضر على محكم فسوف يحكم بصحة العقد استناداً إلى نص المادة الرابعة (3) من ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول والذي يكرس مبدأ حرية التجارة الدولية بغض النظر عن التباين أو الاختلاف في الأنظمة السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية للدول وهو ما يعد تكريساً لمبدأ من مبادئ النظام العام الدولي الحقيقي.

فكرة النظام العام الدولي من الأفكار التي راجت في مجال القانون الدولي الخاص وتستخدم لا قضاء أو التخفيف من آثار تطبيق فكرة النظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية أو لرفض المحاكم الوطنية تنفيذ الأحكام الأجنبية⁽²⁾.

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003م، ص 127، 128.

(2) أشرف عبد العليم الرفاعي: فيما يتعلق بفكرة النظام العام الدولي الحقيقيين النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دراسة في قضاء التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م ص 44.

إن قاعدة النظام العام غير المرتبط بدولة معينة أي النظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي لكلمة طلب الجمهور أي النظام العام الناشئ عن الأوساط الدولية المهنية أي الأعراف الإلزامية المعمول بها في عالم التجارة الدولية دون أن تكون هذه القواعد المرتبطة بالضرورة بالنظام القانوني المعتمد في دولة معينة ومن الأمثلة على قاعدة متعلقة بالنظام العام بالمعنى الحقيقي للكلمة: القاعدة التي تحظر الرشوة، القاعدة التي تحظر تبييض الأموال قاعدة الالتزام الدقيق بقواعد حسن النية. وهي قواعد متعارف عليها دولياً حتى لو لم تكن مرتبطة بنظام دولة معينة تجدر الإشارة إلى أن المادة (813) من القانون المدني اللبناني تسمح بالكلام عن نظام عام دولي بالمعنى الحقيقي للكلمة لأنها تقض على أن المحكم الدولي يعتد في جميع الأحوال بالأعراف التجارية إن في عبارة الأعراف التجارية إشارة واضحة إلى قانون التعامل التجاري الدولي⁽¹⁾. للنظر في خصومة التحكيم ما لم يردده أحد الخصوم خلال المواعيد التي حددها القانون⁽²⁾.

من هنا فإن النظام العام الدولي الذي لم يرد في أي نص قانوني من قوانين الدول هو بكل بساطة مهارة فنية (تكتيكية) ليستمد مصادره من الأدوات الدولية. ويستطيع المحكم الدولي بما لديه من سلطة تقديرية والسعة من النشاط النظام العام الدولي الحقيقي لأنه على خلاف قاضي الدولة ليس له اختصاص وغير ملزم باحترام المفاهيم الوطنية للنظام العام فأحكام الفقه والقضاء على درجة كبيرة من الأهمية لأن القيود الناجمة على النظام العام بالنسبة لعدم قابلية المنازعات للتحكيم هي من أهم التعقيدات أو الصعوبات التي تثار في مادة التحكيم وهذا يرجع بداهة إلى غموض فكرة النظام العام، وكثرة القوانين المتعلقة بها، فكثرة هذه القوانين واختلافها من حيث الهدف وطريقة التدخل تجعل تطبيق مفهوم النظام العام في مادة التحكيم أو في أي مادة أخرى من التطبيقات الصعبة والمعقدة والمتشابكة علاوة على ذلك فإنه توجد صعوبة بالتحكيم تتعلق بالطبيعة المختلفة⁽³⁾.

بهذا النظام الذي يكون تعاقدياً وقضائياً في آن واحد وهذه الصعوبة تضيء غموضاً آخر على هذه الفكرة. ما يميز النظام العام الاجتماعي الحمائي عن قواعد النظام العام

(1) مجلة المؤتمر الإسلامي الثاني، التحكيم المطلق في ضوء الشريعة و القانون، مرجع سابق، ص 113.

(2) سيد أحمد محمود: خصومة التحكيم القاضي وفقاً للقانون الكويتي، لسنة 1995م، مرجع سابق، ص 26.

(3) المرجع السابق، ص 26.

الحامية للمصالح الخاصة أن المشرع المعاصر يحمي أشخاصاً معينة ليس بطريقة مجردة، ولكن لانتمائهم إلى طبقة اجتماعية معينة تعتبر أقل كفاءة من الطبقات الأخرى، للدفاع عن مصالحها وهؤلاء الأشخاص هو الأجير والمستهلك والمستأجر... الخ.

نلاحظ بصفة عامة أن القانون لا يفرض على هؤلاء المتعاقدين سوى اكتساب حقوق معينة إذن هذه الحقوق وحدها هي الممنوع التنازل أو التخلي عنها مسبقاً.

في القانون الفرنسي، يمكن للخصوم أن يتفقوا صراحة على تحويل القاضي في حقوقهم الخاصة- أن يحكم بينهم كمحكم وفقاً لقواعد العدالة. إذا كانت قرابة القاضي أو مصاهرته لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة تجعله غير صالح للنظر في الدعوى، إلا أن الأمر هنا يختلف، إذا أن القاضي ينظر النزاع بصفته محكماً مختاراً ولذا فإنه يكون صالحاً.⁽¹⁾

يرى الباحث "أن النظام العام الدولي الحقيقي محدد وفق المبادئ الدولية المتعارف عليها بين مجتمعات الدول التي تستهجن وترفض السلوك المشين الذي بدوره يعتبر من الأشياء المخالفة للنظام العام الدولي الحقيقي والأمثلة على ذلك: (الرشوة، غسل الأموال، والاتجار بالبشر) وربما تجدد الأشياء التي تضاف للنظام العام الدولي الحقيقي كنقل النفايات إلى بعض الدول والأنشطة الضارة بالبيئة تتجدد مع تطور النظام العام وهي متروكة للمحكم لاستنباطها وقياسها لمخالفتها النظام العام أو عدمه".

(1) سيد أحمد محمود: التحكيم القضائي وفقاً للقانون الكويتي لسنة 1995م، مرجع سابق، ص 28.

المبحث الرابع

أثر النظام العام على التحكيم

إن النظام العام بأنواعه المختلفة له آثار على التحكيم لما له من عوامل تتنازع القوانين وبحكم أنه صادر من محكمين خارج القضاء وبالتالي خارج سلطات الحكومات مما يكون معرضاً لنقضه وعدم تنفيذه لأي سبب من الأسباب والتي يكون من ضمنها مخالفة النظام العام خاصة في معظم الدول التي لم يكن لها تعريف محدد للنظام العام أو ضوابطه أو قواعده.

المطلب الأول

الدفع بالنظام العام

إن الدفع بالنظام العام يحد من تطبيق القوانين الأجنبية التي تعينها قواعد التنازع بالاعتراض على تطبيقها واستبعادها، فقواعد النظام العام التوجيهي (العائلي، الاقتصادي، القضائي، الاجتماعي) تطبق بالأولوية على غيرها من القواعد الأجنبية التي تكون المسألة محل النزاع على صلة بها ومشكلة الاختيار بينها وبين قواعد النظام العام التوجيهي الوطنية لا تعرض أصلاً.

الدفع بالنظام العام فإنه دفع يتم بمقتضاه منع تطبيق القاعدة القانونية في القانون الأجنبي واجب التطبيق بمقتضى قاعدة التنازع الوطنية، إذا كان حكمها يصطدم ويتعارض مع المبادئ والقيم العليا الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي. والجوانب الفنية لهذا التعريف لفرصها الفقرات التالية: (1)

الفرع الأول: أصول الدفع بالنظام العام وتقنيته

نظرية الأحوال ودور سافيني: ليست فكرة الدفع بالنظام العام من مستحدثات نظرية تنازع القوانين بل هي قديمة قدمها فأصل تلك الفكرة يرجع إلى عهد نظرية الأحوال، عندما يلجأ فقهاء مدرسة المحدثين اللاحقين، في أوائل القرن الرابع عشر، وبخصوص مسائل الأحوال الشخصية، إلى التفرقة بين الأقوال والقوانين المستحسنة والأحوال المستهجنة أو البغيضة فالأولى يمكن أن تسري خارج حدود الإقليم الذي صدرت فيه، ويطبقتها القاضي الوطني، أما الثانية، فهي تقف عند حدود إقليم الدولة التي صدرت فيها، ولا يسوغ القاضي الوطني تطبيقها لمخالفتها القيم والمبادئ التي يقوم عليها

(1) سيد أحمد محمود: التحكيم القضائي وفقاً للقانون الكويتي لسنة 1995م، مرجع سابق، ص 29.

مجتمعة، وبعد ذلك بدأت تلك الفكرة تظهر في كتابات الفقه الأمريكي استبوك والإيطالي مارشيني غير أن فكرة الدفع بالنظام العام قد تبلورت لفكر الفقيه وعالم برلين الشهير (سافيني) فهو قد رأى أن القاضي الوطني لا يطبق قانوناً أجنبياً إلا إذا كان يوجد بين هذا الأخير ونظامه الوطني اشتراكاً قانونياً وهذا الاشتراك، أو التقارب القانوني متحقق مثلاً، بين الدول المسيحية التي اتفقت قوانينها من القانون الروماني والاشتراك أو التقارب لا ينبغي وجود درجة من الاختلاف بين قانون القاضي والقانون الأجنبي وهو اختلاف يفرضه الطابع الاجتماعي للقانون عموماً، وعلى أي حال فإنه كل حالة لا يتحقق فيها ذلك الاشتراك أو التقارب يكون هناك تعارضاً بين القانون الأجنبي وقانون القاضي يستوجب استبعاد الأول وهذا هو جوهر الدفع بالنظام العام.

إن الدفع بالنظام العام يعد أمراً لا غنى عنه لحماية النظام القانوني لدولة القاضي. فهو بمثابة صمام أمان يلزم الوسيلة الفنية الرئيسية لفض تنازع القوانين، وهي قاعدة التنازع، إنها قاعدة إرشادية تختار بطريقة مجردة قانوناً معيناً دون اهتمام بمضمونه الموضوعي والقاضي يلتزم بتطبيق قانون لا يعرف، مقدماً ما إذا كان مضمونه يتفق أم يصطدم ويتنافى مع مبادئ وقيم مجتمعه، فهو يستقبل وهو معصوب العينين قانوناً أجنبياً، كمن يقوم بقفزة في غياهب المجهول ومن ثم كانت ضرورة التسلح بوسيلة فنية يواجه بها القانون الأجنبي عندما يتنافى في أحكامه مع مبادئ وقيم المجتمع الوطني فكان الدفع بالنظام العام.⁽¹⁾

لذلك لا يبدو غريباً عدم خلو أي نظام قانوني من النص الصريح على الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي فالقانون المدني المصري نص عليه في المادة (28) منه بقوله: (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر وهو نص له نظير في القانون المدني السوري (م 30) والعراق (م 32) والليبي (م 28) والكويتي لعام 1961 (م 73) وقانون المعاملات المدنية السوداني لعام 1984م (م 2/1) والقانون المدني البرتغالي لعام 1966 (م 22) والأسباني لعام 1974م (م 2/12) والبيروتي لعام 1984م (م 2049) ومن تقنيات القانون الدولي الخاص الحديثة تذكر مجموعة القانون الدولي الخاص لتشيكو سلوفاكيا السابقة لعام 1963 (م 36) ومجموعة القانون الدولي الخاص البولندي

(1) أحمد عبد الكريم سلامة: أصول التنازع الدولي، ط1، 1983م ص 593.

عام 1965 (م5) والنمساوي لعام 1979 (م6) والمجرى لعام 1979 (م7) والتركي لعام 1982 (م5) واليوغوسلافي القديم لعام 1983م (م4) والألماني لعام 1986 (م6) والسويسري لعام 1987 (م17) كما استقر الأخذ به في النظم القانونية الأخرى، كما هو الحال في فرنسا (145) وبلجيكا (146) وانجلترا (147) والولايات المتحدة الأمريكية (148) وكندا (149) وأستراليا (150)⁽¹⁾.

يرى الباحث أن فكرة الدفع بالنظام العام في مجال التحكيم هي حماية قانون دولة القاضي من أي تجاوز حسب القواعد الأمرة لدولته أو القيم التي تحمي مصالح دولته الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والدينية.

الفرع الثاني: طبيعة وخصائص فكرة الدفع بالنظام العام

إذا ما كان النظام العام مانعاً من تطبيق القوانين الأجنبية فإن التساؤل المبدئي الذي يثور بشأنه هو هل الدفع بالنظام العام تطبيق لمبدأ أصلي أو هو مجرد استثناء. وتبرز أهمية الرد على هذا التساؤل من ناحية تحديد نطاق النظام العام وتفسيره، فالقول بأنه تطبيق لمبدأ أصلي يتيح الفرصة للتوسع في هذا التحديد والتفسير أما القول بأنه استثناء بحت فنترتب عليه نتيجة أخرى عكسية هي تفسير النظام العام تفسيراً ضيقاً وعدم التوسع في نطاقه ومدى آثاره⁽²⁾. وقد اختلف الفقهاء في ذلك اختلافاً بيناً بحسب اتجاهاتهم:

(1) أحمد عبد الكريم سلامة: أصول التنازع الدولي، ط1، 1983م ص 593.

* أولاً معيار النظام العام وأن يكون مخالفاً لمقتضيات النظام العام، القانون الذي يتضمن حلاً غير عادل وبيّنت عن المستويات الحضارية ومخالف للضمير الإنساني والقواعد المقبولة لدى كافة الشعوب، كما يصبح الرق أو القرصنة ويحرم الفرد من بعض الحقوق الأساسية، وذلك للأسباب عنصرية والأمر يتعلق هنا بنوع من النظام العام الدولي الحقيقي الذي يهتم الإنسانية والمجتمع الدولي، وهو يعد مصدره في الاتفاقيات الدولية، وإعلانات حقوق الإنسان، التي ترتبط بها دولة القاضي. ثانياً: يكون متعارضاً مع مقتضيات النظام العام، القانون الأجنبي الذي يصدم مع المبادئ والأسس الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والدولية لمجتمع دولة القاضي.

ثالثاً: يعد مخالفاً للنظام العام في مفهوم تنازع القوانين القانون الأجنبي الذي تتنافى أحكامه مع مبادئ السياسة التشريعية التي يحاول القانون أرساها.

(2) جابر جاد عبد الرحمن: تنازع القوانين، ج1، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1959م، ص 565.

الاتجاه الأول: النظام العام تطبيق لقاعدة عامة

يرى البعض أن مسائل النظام العام تطبيق لقاعدة عامة من قواعد القانون الدولي الخاص، فقوانين النظام العام تقوم على أساس السيادة الإقليمية، وإقليمية بعض القوانين هي قاعدة كقاعدة شخصية القوانين وكلاهما مستمدة من أحكام السيادة المقصورة للدول وعلى ذلك فقواعد النظام العام قواعد أصلية وأساسية لا ينظر إليها كقاعدة استثنائية كعنصر أساسي من عناصر الوضع الطبيعي للأشياء، فكما أن قانون جنسية الأشخاص هو الذي يحكم علاقاتهم فإن هناك قواعد في قانون القاضي لا بد أن تحكم جميع العلاقات بغير تمييز بين الوطنيين والأجانب، هذه القواعد التي يطلق عليها البعض القواعد ذات الطابع الأمر المطلق، ومودى هذا أن قانون جنسية الأشخاص يتلشى في هذا النوع من العلائق لكي يترك المجال لقانون القاضي استناداً على ضرورة احترام سيادة الدولة واستقلالها.

الحقيقة أننا نرى مع غيرنا أن هذا الاتجاه خلط بين إقليمية القوانين وما يتعلق بالنظام العام مع أنه يجب التفرقة بينهما وإلا كانت فكرة النظام العام لغواً لا طائل فيه، إذ كانت قواعد النظام العام ذات صيغة وطنية إقليمية حيث تسري على الجميع من المواطنين والأجانب إلا أن هناك حالات لا تكفي فيها القوانين الإقليمية وحدها لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي كان هذا القانون يتضمن مثلاً نظاماً قانونياً مجهولاً لقانون القاضي أو كان يتعارض تعارضاً ظاهراً مع الصالح العام ففي مثل هذه الأحوال يجب الاستعانة بفكرة النظام العام لاستبعاده.⁽¹⁾

الاتجاه الثاني: النظام العام استثناء على القاعدة العامة

ذهب الفقيه الألماني سافيني وشايعه غالبية الفقه إلى أن وجود الدولة في المجتمع الدولي يفرض على القاضي الوطني التزاماً بالفصل في النزاع المرتبط بأكثر من نظام قانوني وفقاً للقانون الأكثر ملاءمة للتطبيق، إلا أنه يسلم بأن هناك استثناءات ترد على هذا الالتزام أولها ما يتعلق بحل المشكلة التي يتحتم على تعارض القانون الأجنبي الواجب التطبيق مع النظم القانونية ذات الطابع الأمر المطلق أو الأسس الجوهرية في المجتمع ذلك التعارض الذي يفرضه الطابع الاجتماعي للقانون عموماً وتأثره بظروف كل مجتمع، والذي يفرض على القاضي استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق

(1) صلاح الدين جمال الدين: القانون الدولي الخاص الجنسية وتنازع القوانين، مرجع سابق، ص 34

ليتعطل بذلك وعلى وجه الاستثناء التطبيق المعتاد لقاعدة الإسناد بهدف تجنب النتائج غير المقبولة التي تنتج عن تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه. وبفهم هذه الطبيعية الاستثنائية لا بد أن تحدد شروط تطبيق فكرة النظام العام إذ يجب:

أولاً: أن يتم استخدام قاعدة من قواعد تنازع القوانين لتشير إلى أن القانون الواجب التطبيق أحد القوانين الأجنبية، وإلا فإننا لن نجد للتطبيق الدفع بالنظام العام أي دور، كما لو كنا بصدد تطبيق قاعدة من قواعد البوليس أو قاعدة من القواعد فورية التطبيق من قانون القاضي، مما يمتنع منه تطبيق أي من القوانين الأجنبية.

ثانياً: ويتعين أخيراً أن يؤدي تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إلى تطبيق قاعدة الإسناد إلى نتائج تخالف المبادئ الأساسية للقانون الوطني للقاضي بشأن الحالة المعروضة عليه وقت نظر الدعوى أو إن كان مفهوماً وطبيعياً أن يوجد اختلاف بين النظم القانونية الوطنية إلا أن هذا الاختلاف لا يقبل أن يزيد عن حدود معينة وإلا وقع اعتداء على المجتمع الوطني مما يبرر عدم استمرار القاضي الوطني في الالتزام لتطبيق القانون الأجنبي.

هنا يثور التساؤل حول ما إذا كان وجود قاعدة قانونية مشابهة في قانون القاضي للقاعدة الموجودة بالقانون الأجنبي يحول دون اعتبار القانون الأجنبي مخالفاً للنظام العام والحقيقة أن في تقرير تعارض القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام الوطني، يتمتع القاضي بسلطة تقديرية، أن لم تكن مطلقة فهي واسعة نظراً لعدم وضوح معيار فكرة النظام العام ذاتها أزهى فكرة مرنة تختلف باختلاف الزمان والمكان⁽¹⁾

أ/ خصائص فكرة الدفع بالنظام العام

لما كان الدفع بالنظام العام ذا طبيعة استثنائية فمن الطبيعي أن يفسر في أضيق نطاق وقد اتفق الفقه والقضاء على أن النظام العام يتصف بالصفات الآتية:

1/ النظام العام فكرة وطنية

إذ أن النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية فكرة وطنية فقد انتقد الفقهاء وصف النظام العام بالوصف الدولي، حيث يوحى بأن مضمون فكرة النظام العام واحدة في كل دول العالم.

(1) صلاح الدين جمال الدين: القانون الدولي الخاص الجنسية وتنازع القوانين، مرجع سابق، ص 34

2/ النظام العام فكرة نسبية

معنى ذلك أن ما يوافق النظام العام هو ما يوفق الوضع الطبيعي في المجتمع بما يتعين معه استبعاد سبب المخالفة، أي استبعاد القانون الأجنبي وإعادة الحال إلى طبيعته ويتعين من وصف النظام العام بأنه الوضع الطبيعي للمجتمع أن يكون متطوراً بتطور المجتمع، ومن ثم يكون نسبياً يختلف من مكان إلى مكان ومن زمان إلى زمان، لاختلاف المثل والمبادئ باختلاف الجهات والأوقات والأفكار والمعتقدات وبالتالي فلا يمكن تحديد مضمونه في أمة معينة وفي جيل معين.

3/ النظام العام فكرة وقتية

قد استقر الرأي على الأخذ بمبدأ هام هو آنية النظام العام بمعنى أن العبرة في تقدير مقتضيات النظام العام بلحظة الفصل في الدعوى دون نظر إلى ما قبل ذلك فإذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام وقت نشأ المركز القانوني ثم لم يعد كذلك عند رفع الدعوى على أثر تعديل القانون الأجنبي قبل الفصل في النزاع فلا مسوغ لاستبعاد هذا القانون⁽¹⁾.

ب/ معيار الدفع بالنظام العام

على الرغم من تأكيد الفقهاء في العصر الحديث على أهمية دور الدفع بالنظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، إذا تعارض مضمونه مع الأسس الجوهرية في المجتمع واهتمام مشروع الدول الحديثة تقنين هذه الفكرة في شكل قواعد قانونية عبر عنها بالنظام العام مثل المادة (851) من القانون المدني السنغالي والمادة (3/12) من القانون المدني الأسباني وعبروا عنها بالمصالح العامة على نحو المادة (150) من القانون المدني الصيني أو أضاف إلى النظام العام الأخلاق الحميدة مثل المادة (31) من القانون المدني الإيطالي والمادة (33) من القانون المدني اليوناني والمادة (28) من القانون المدني المصري التي نصت على أنه لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في مصر والمادة (73) من القانون المدني الكويتي والمادة (30) من القانون المدني بالجابون أو حتى باستخدام اصطلاح

(1) هشام على صادق: موجز القانون الدولي الخاص، ط1، ج1، الناشر الدار الجامعية، الإسكندرية، 1986م،

النظام العام الدولي مثل المادة (33/أ) من القانون المدني البرتغالي أو اصطلاح القيم الأساسية مثل المادة (6) من القانون المدني النمساوي أو حتى بإضافة اصطلاح الحقوق الأساسية مثلما فعل المشرع الألماني سنة 1986م وما استقر عليه العمل في فرنسا رغم أن بعض نص المادة (6) من القانون المدني الفرنسي لم تذكر شيئاً عن القوانين الأجنبية.⁽¹⁾

فضلاً عن استقرار الفكرة على المستوى الدولي بنصوص المادة (6) من اتفاقية البيع الدولي المبرمة سنة 1955م والمادة (16) من اتفاقية روما والمادة (5) من الاتفاقية الأمريكية. للقواعد العامة في القانون الدولي الخاص إلا أننا رغم شيوع الفكرة لا يتحد من المشرعين من وضع قائمة بالحالات التي يطبق فيها الدفع بالنظام العام، الأمر الذي يثير التساؤل عما هو المعيار الأمثل الذي يمكن الرجوع إليه لتحديد متى يأخذ القاضي بفكرة النظام العام.

الحقيقة أنه ونظراً لخطورة فكرة النظام العام حيث تقطع المجرى الطبيعي لتطبيق قاعدة الإسناد بمنع تطبيق القانون الذي أشارت إليه، فقد حاول الفقهاء استخلاص بعض القواعد والمبادئ العامة التي تجلو مضمونها بما يوفق بين ضرورة تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، وبين احترام المبادئ العليا لمجتمع دولة القاضي إلا أن محاولاتهم تلك لم تستقر على معيار واحد لتحديد المقصود بفكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية وإنما استقرت على اختلافهم في تعريف النظام العام وتحديد المعيار الذي يمكن الرجوع إليه للتوصل إلى ما يدخل في إطاره وهو ما يمكن بيانه في الاتجاهات الآتية:⁽²⁾

الاتجاه الأول: قصر النظام العام في القواعد الآمرة

اتجه البعض في الفقه التقليدي إلى أن النظام العام ما هو إلا مجموعة من القواعد القانونية التي تعتبر بالنظر إلى الأفكار الخاصة المعقولة في بلد معين مسألة ماسة بالمصالح الجوهرية لهذا البلد بصرف النظر إن كان الأمر يتعلق بمصالح دينية أو خلقية أو سياسية أو اقتصادية، وإن من الفقهاء التقليديين من أنصار الفقهية الإيطالية (مانشي) من قال بأن المادة (6) من القانون المدني الفرنسي التي تقرر بطلان الاتفاقيات

⁽¹⁾ هشام على صادق: موجز القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 169.

⁽²⁾ المرجع السابق، ص 169.

المخالفة للقواعد الآمرة والآداب هي مما يتعلق بالنظام العام على خلاف ما انتهى إليه الفقه الحديث من وجود التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي أو النظام العام في العلاقات ذات الطابع الدولي.

الاتجاه الثاني: الربط بين النظام العام والهدف من قاعدة تنازع القوانين فالهدف من وضع قواعد الإسناد إعطاء حل عادل للمسائل ذات العنصر الأجنبي، ومن ثم يجب استبعاد القانون الأجنبي الذي قد تشير إليه قاعدة الإسناد إذا ما كان الحل الذي يقدمه لا يحقق هذه الغاية.

الاتجاه الرابع: النظام العام فكرة معيارية

وهي تقوم على تحقيق المصلحة العامة العليا وهي فكرة مرنة لا يستطيع وضعها في غالب علمي مجرد، فمن الأفضل الاكتفاء بوضع موجبات أو معايير موضوعية يسترشد بها القاضي عند تعارض القانون الأجنبي مع الأسس والمبادئ العليا لمجتمعه وقت نظر الدعوى⁽¹⁾.

المطلب الثاني

شروط الدفع بالنظام العام

وهو أن تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي معين على النزاع وعلى ذلك لا يتصور إعمال الدفع بالنظام العام إذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني، وذلك في حالة وجود تنازع قوانين داخلي، بحسبان أن كافة هذه القوانين صادرة من مشروع ودولة واحد أما إذا كانت الدولة مقسمة إلى وحدات تشريعية مستقلة فمن المتصور وجود اختلاف في الأسس والمبادئ الجوهرية التي يقوم عليها النظام القانوني في كل مكان وحدة من هذه الوحدات التشريعية مما يبرر إعمال النظام العام بمفهومها في القانون الدولي الخاص، ويمكن التمثيل لذلك بمنع الزواج بسبب اختلاف اللون، فإذا ما تقرر هذا المنع في إحدى الولايات الأمريكية في ولاية أخرى لا تعد بهذا المنع فمن الممكن استبعاد قانون الولاية الدولي باعتباره مخالفاً للنظام العام.

إذا تعارض وخالف أحكام القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي وهذا ما يبرر استبعاد القانون الأجنبي فمعظم التشريعات الوطنية حيثما أشارت في قاعدة الإسناد إلى التطبيق الأجنبي لم يقصد أن يطبق هذا القانون أيّاً كانت النتيجة المترتبة على ذلك وإنما يتعين ألا يمس ذلك التطبيق بمقتضيات النظام العام في دولته،

(1) صلاح الدين جمال الدين: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 353.

ويترك للقاضي المقتضي تقدير مدى تعارض القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام في دولته وله أن يسترشد بذلك بعدم تعارض القانون الأجنبي مع الأسس الجوهرية للنظام القانوني الوطني كما تحميه النصوص في القواعد الآمرة المنظمة للسياسة الاقتصادية والاجتماعية لدولته.

إذا كان على القاضي أن يلجأ في تقدير مدى تعارض أحكام القانون الأجنبي مع مقتضيات النظام العام في دولته إلى معيار موضوعي فهو لا بد أن يتحرر من التفسير الموسع لفكرة النظام العام، وذلك للنتائج الخطيرة التي تترتب على استعمال هذه الفكرة الغلط في اللجوء للدفع لنظام العام يضر بالتعايش المشترك بين النظم القانونية وهو الهدف الأساسي لعلم تنازع القوانين كما يخل بتوقعات الأفراد المشروعة في مجال التجارة الدولية لأنه يحول دون إعمال القانون الذي يحفظ هذه التوقعات.⁽¹⁾

إلى جانب تلك الأسباب المتقدمة يذهب الفقه والقضاء في ألمانيا إلى أنه يتعين بقدر الإمكان الدفع بالنظام العام في مجال العلاقات ذات الطابع الدولي أن توجد صلة كافية بين النزاع لصلة هذا القانون بالنزاع فإنه لا يقتضي الاختصاص من هذا النوع بحكم النزاع نتيجة الدفع بالنظام العام في دولة القاضي إلا إذا كانت هناك صلة كافية بين النزاع والنظام القانوني لدولة القاضي فإذا كانت هذه الصلة مبنية كان من غير الجائز أعمال القاضي لفكرة النظام العام لأن النزاع لا يعني دولته في شيء⁽²⁾.

أولاً: اختصاص قانون أجنبي بحكم النزاع

أ/ قاعدة التنازع والقانون الأجنبي

إن الدفع بالنظام مستقل عن قاعدة التنازع ولا يعطلها فهي تؤدي دورها وتستنفذ مهمتها بمجرد تعيين القانون الواجب التطبيق إنما الذي تتعطل هو القانون الذي تعينه إلى ذلك أن الدفع بالنظام العام يساعد على تلافي بعض سلبيات قاعدة تنازع القوانين، بينما تعيين قانوناً بطريقة محددة دون معرفة مضمونه الموضوعي.

فإذا كان هذا الأخير يصطدم باعتبارات النظام العام فيستبعد ويطبق القاضي قانونه منسقاً بذلك بين القانون الأجنبي وقانونه الوطني.

(1) عثمان النور عثمان الحاج: النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص 179.

(2) المرجع السابق، ص 180.

ب/ الدفع بالنظام العام وقانون القاضي

هناك حالات يمكن للقاضي بشأنها أن يدفع بالنظام العام في مواجهة إحدى القواعد القانونية الوطنية خصوصاً من النظم القانونية المركبة التي تتعدد فيها الشرائع فمن ناحية التعدد الإقليمي في النظم القانونية الفدرالية كأمریکا وكندا أو ألمانيا حيث يكون لكل ولاية أو دولة قانونها الذاتي الصادر عن سلطاتها التشريعية المستقلة فقد تختلف القوانين فيما بينها من ذلك أن يعتبر قانون دويلة أو ولاية اختلاف اللون مانعاً من الزواج أو الميراث فيستبعده القضاء في دولة أو ولاية أخرى لا يعترف بذلك المانع ومن ناحية التعدد الشخصي الذي يقوم غالباً على فكرة اختلاف الدين.

ثانياً: مخالفة أحكام القانون الأجنبي مقتضيات النظام العام الوطني

النظام العام الوطني وتقدير التعارض: يضع العلاقات الدولية بالأفراد على أنه لاختيار القانون المناسب والملائم لحكم العلاقات الدولية للأفراد على أنه لا يكفي أن يكون القانون الأجنبي المختار مناسباً وملائماً لتلك الأخيرة، بل لابد أن يكون كذلك مناسباً متلائماً مع المبادئ والقيم السياسية لمجتمع دولة القاضي غير متعارض معها، وهذا قيد أو تحفظ على أعمال ذلك القانون يجسده النظام العام الذي يسمى بتلك المثابة بالشرط الاستثنائي أو التحفظي.

النظام العام الأجنبي ورفض تقدير التعارض: مقتضى الشرط أن يكون القانون الأجنبي متعارضاً مع اعتبارات النظام العام الوطني للتقاضي إن فكر النظام العام هي بالأصل فكرة وطنية تستمد مضمونها من النظام القانوني الوطني للقاضي المختص، وهذا القاضي لا يأتمر بقيد أوامر دولته في ظل الوضع الراهن للمجتمع الدولي، ومن غير المتصور العمل بإلزامه بالسهر على الحفاظ على النظم القانونية الأجنبية ليبرر القوانين المخالفة لاعتبارات النظام العام فيها.⁽¹⁾ إن الدفع بالنظام العام إقليمي التطبيق، فهو يجد أساسه في القانون الوطني وبغيته حمايته، ولهذا إذا كان القانون الأجنبي واجب التطبيق مخالفاً لاعتبارات النظام العام، التزام القاضي بتطبيقه، ولا يسوغ له استبعاده اللهم إلا إذا كانت دولته مرتبطة باتفاقية دولية مع الدول الأجنبية التي يصطدم القانون الذي يطبقه مع مقتضيات النظام العام فيها⁽²⁾.

(1) أحمد عبد الكريم سلامة: الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 60.

(2) المرجع السابق، ص 60.

المطلب الثالث أثار الدفع بالنظام العام

تعريف الأثر في الاصطلاح

يرى بعض المحدثين أن الأثر مرادف للحديث سواء أكان الحديث مرفوعاً أو موقوفاً ومن العلماء من يقول الأثر أعم من الحديث فالحديث خاص بالرسول (ﷺ) والأثر ما جاء عن الرسول (ﷺ) وغيره من الصحابة والتابعين وقيل أن الحديث ما جاء عن الرسول (ﷺ) والأثر ما جاء عن الصحابة وإلى هذا ذهب فقهاء خراسان فيقولون الخبر ما روي عن الرسول (ﷺ) والأثر ما يروى عن الصحابة⁽¹⁾.
والأثر عند فقهاء الإسلام هو ما يترتب عن الشيء المسمى بالعلم⁽²⁾.

فمثلاً الأثر يقولون في تعريف العقد ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في المحل⁽³⁾. وهذا الأثر هو انتقال المعقود عليه إلى المشتري في عقد البيع مثلاً وانتقال الثمن إلى البائع، وهذا في الواقع الحكم الذي نتج وترتب على ذلك العقد⁽⁴⁾.
وفقهاء القانون يقصدون بالأثر ما يترتب على الشيء من أحكام تتعلق بتنفيذه، وذلك يفهم من نصوص القانون وكتابات شراحه⁽⁵⁾. لم يختلف تعريف الأثر في اللغة عنه في الاصطلاح وهو ما يتركه في الشيء من أثر وبذلك يقصد الباحث ما يتركه النظام العام من أثر حكم التحكيم وتنفيذه لدى دولة القاضي.

النظام الإجرائي للدفع والطابع النسبي لآثاره أولاً: الأثر السلبي واستبعاد القانون الأجنبي

مضمون الأثر السلبي: القانون الأجنبي المخالف للنظام العام هو قانون يتضمن مساساً بالمبادئ والقيم الحيوية التي يقوم عليها المجتمع الوطني ويخل بالنظام والتضامن الوطني. تلافى ذلك لا يتم إلا باستبعاد مصدره وهو القانون الأجنبي والأثر السلبي

(1) السيوطي، تدريب الراوي في شرح تقريب النووي، ج1، دار الكتب الحديثة، 1966م، ص 184م

(2) المفتي: قواعد الفقه، دار الكتب الحديثة، ط2، ج1، دار الكتاب العلمية، بيروت لبنان، (بدون سنة نشر)، ص 184.

(3) محمد سيد أحمد: عقود المعاملات في الفقه الإسلامي، ط2، 1999م، ص 184.

(4) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، دار النشر للجامعات المصرية، الإسكندرية، 1952، ص 717.

(5) إسماعيل عمر: البصمة الوراثية وأثرها في إثبات جرائم القصاص، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أفريقيا العالمية، السنة الثامنة العدد الخامس عشر 2010، ص 272.

بالنظام العام، وهو الدفاع عن المبادئ والقيم الاجتماعية والدينية والاقتصادية والسياسية للمجتمع الوطني كما يظهر الأثر السلبي الوظيفة الوقائية للدفع بالنظام العام، حيث يفى النظام العام الوطني من أسباب الضعف التي قد تتسرب إليه من الأنظمة القانونية الأجنبية التي تتعارض مع مبادئه الأساسية.

ثانياً: الأثر الإيجابي وحلول قانون القاضي

أ/ الفراغ القانوني والأثر الإيجابي

هنا يثور التساؤل إذا استبعد الجزء المخالف من القانون الأجنبي فإن الأثر الإيجابي يقتضي البحث في القانون الأجنبي ذاته عن قاعدة قانونية بديلة لكل مكان القاعدة المستبعدة بدلاً من التطبيق الآلي لقانون القاضي وفي هذا المعنى قضت المحكمة العليا الألمانية، بخصوص تقادم دين خاضع للقانون السويسري، باستبعاد القاعدة المنصوص عليها في قانون الالتزامات السويسري المادة (5/149) المقرر لعدم تقادم الدين، لتتافي ذلك مع النظام العام الألماني ولكنها لم تطبق بدلاً منها القاعدة المقابلة في القانون الألماني، بل طبقت قاعدة أخرى من قواعد القانون السويسري والمتعلقة بأحوال تقادم يعرفه ذلك القانون.⁽¹⁾

يتكئ هذا الاتجاه على القول بضرورة احترام قاعدة التنازع التي طالما قررت اختيار قانون معين، فيجب تطبيقه، أو البحث على حل في إطاره وثبات فساد بعض قواعده لا يعني طرحه جملة، طالما أنه قادر على تقديم حل بديل. يضاف إلى ذلك أن تطبيق قانون القاضي يخل بتوقعات الأفراد، الذي قد لا توجد بينه وبين المسألة المعروضة أية صلة، وقد لا تتلاءم أحكامه معها، فضلاً عن أن تطبيق قانون القاضي يجعل الحل النهائي للنزاع يختلف باختلاف المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى وهو ما يجب تلافيه.

ب/ حلول قانون القاضي:

والرأي بتطبيق قانون القاضي يوجد الفقه الغالب فمن الناحية المنطقية:
أولاً: أن غاية الدفع بالنظام العام هي حماية تضامن وتناسق النظام القانوني الوطني.
والقاضي هو الأقدر على تقدير أبعاد تلك الحماية، فإذا كان ذلك القانون هو الذي شخص الداء، فهو المؤهل لوصف الدواء.

(1) أحمد عبد الكريم سلامة: الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 610.

ثانياً: فإنه إذا كانت الاستحالة والواقعية في التعرف على مضمون القانون الأجنبي تسوغ للقاضي الرجوع إلى قانونه الوطني لتطبيقه على نحو ما رأينا فيما قبل فإن ذلك يجب استصحابه أن تعلق الأمر باستحالة قانونية في أعمال ذلك القانون والمتمثلة في اصطدامه بالنظام العام بل أن الأمر في هذه الحالة الأخيرة أولى لتعلقه ليس بحماية مصالح خاصة للأفراد، بل بحماية كيان الدولة والقيم والمبادئ الحيوية للمجتمع.

الأصل هو تطبيق قانون القاضي، والاستثناء هو تطبيق القانون الأجنبي فقد سبق القول أن قانون القاضي له اختصاص وقابلية احتياطية لحكم العلاقات الدولية للأفراد، وبمقتضى تلك القابلية يطبق قانون القاضي ويحل مكان القانون الأجنبي الذي تتعارض قواعده مع اعتبارات النظام العام. ومن الناحية القانونية، فقد اتجهت العديد من التشريعات إلى النص صراحة على تطبيق قانون القاضي بدلاً من القانون الأجنبي المستبعد.

من ذلك مجموعة القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979م، فبعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة (6) على استبعاد القانون الأجنبي بناءً على النظام العام، أضافت الفقرة الثانية أنه يجب أن يطبق مكانه الحكم المقابل في القانون النمساوي، وهذا النص الصريح له نظير في مجموعة القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979 م (م 3/7) والتركي لعام 1982م (م5) واللبناني لعام 1984م (م 2049 م) والقانون الكويتي لعام 1961م (م73) وهو حل مستقر عليه في النظام القانوني المصري رغم عدم النص التشريعي الصريح.⁽¹⁾

ثالثاً: الأثر المخفف للنظام العام

للتعرف على فكرة الأثر المخفف للنظام العام نفرض فرضين، الأول ويتعلق بالحقوق والمراكز القانونية التي يراد أنشاؤها أو تكوينها، في دولة القاضي من ذلك إبرام زواج، إيفاع طلاق، تبني وفقاً لقانون أجنبي معين، تتعارض بعض أحكامه مع النظام العام، هنا ينتج النظام العام أثريه السابقين السلبي والإيجابي، بمعنى أنه يستبعد

(1) أحمد عبد الكريم سلامة: الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 610.

ذلك الحكم المخالف ويحل قانون القاضي مكانه، ويعاد أو يصحح، تكوين الحق أو المركز القانوني طبقاً له وهذا هو الأثر الكامل للنظام العام.⁽¹⁾

وفيه تكون الحقوق أو المراكز القانونية، محل النزاع، وقد نشأت وتكونت بالفعل في الخارج، وفقاً لقانون أجنبي مخالف لمقتضيات النظام العام الوطني، ولكن يراد التمسك أو الاحتجاج بها في دولة القاضي، علماً بأنه ما كان لتلك الحقوق أو المراكز أن تنشأ أصلاً في هذه الأخيرة، مثل هذا الغرض تقابله مثلاً في قضاء الدول التي تحظر الطلاق بالإرادة المنفردة أو باتفاق الزوجين وفقاً لقوانين أجنبية تبيحه وهنا يصاب النظام العام بشلل جزئي، ولا ينتج كامل آثاره، بحيث لا يستطيع القاضي الحكم ببطان الطلاق أو الزواج الثاني بل يعترف ببعض آثاره وهذا هو الأثر المخفف للنظام العام. (إذ أن مناهض فكرة النظام العام هو التصادم مع الأسس والمصالح العليا للبلاد)⁽²⁾.

اتباع اختلاف الفقهاء على طبيعة الدفع بالنظام العام إن اختلفوا حول نطاقه الذي يتغير النظرية التي يؤخذ بها ويعتبر الزمان والمكان إلا أنه يمكن القول بوجود آثار عادية وأخرى استثنائية.

أولاً: الآثار العادية

وجد اتجاهات أقوال الفقهاء وفي التشريعات في نطاق الآثار

استبعاد الجزء المخالف للنظام العام من القانون الأجنبي

الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي وتطبيق قانون القاضي اختلاف آثار تطبيق الدفع بالنظام العام في الشريعة الإسلامية عنها في النظم الوضعية.

تختلف هنا الآثار التي يرتبها الدفع بالنظام العام في القوانين الوضعية عن تلك التي يرتبها تطبيق الدفع بالنظام العام في الشريعة الإسلامية فلا مجال للأخذ بفكرة الاستبعاد الجزئي إذ من المقرر أنه فيما يتعلق بأحكامها التي لا تقبل التغيير والتبديل أنه يجب استبعاد أي قانون أو تشريع أجنبي كلياً لصالح تطبيق الشريعة الإسلامية التي تستأثر بالاختصاص التشريعي سواء أن تتعلق القاعدة الواجب استبعادها بجانب الموضوع أو بجانب الشكل من جانبي صحة نشأة المركز القانوني وسواء في ذلك أن يعرض النزاع بشأن مرحلة نشوء الحق أم في مرحلة نفاذه⁽³⁾. ذلك أنه إذا كان استبعاد

(1) د أحمد عبد الكريم سلامة: الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق، ص 618.

(2) أحمد السيد صاوي: الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم (27) 1994م على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، ط2، مصر، 2010م، ص 29.

(3) صلاح الدين جمال الدين: القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 335

القانون الأجنبي أمراً واجباً كلما تخلف الاشتراك القانوني بين قانون القاضي والقانون الأجنبي يمكن أن يمس أصلاً من أصول التشريع الإسلامي باعتباره المصدر الأول للقانون في مصر والبلاد الإسلامية، سواءً أكان سبب هذا لانقطاع. ثانياً لأسباب فقهية، كما إذا كانت دولة القاضي تجهل النظام القانوني الذي يطبق في الدولة الأجنبية، أو لاعتبارات ملائمة كما إذا كان قانون القاضي لا يقر وضعاً سائداً في القانون الأجنبي المراد تطبيقه في هذا الصدد مثل إثبات نسب الولد الطبيعي، فإذا كانت فكرة النظام العام في القوانين الوضعية فكرة نسبية فإنها في الشريعة الإسلامية فكرة مطلقة ومن ثم يجب استبعاد كل قانون أجنبي يتنافى مع التشريع الإسلامي وأسس العقيدة الدينية أي يتنافى مع النظام العام الإسلامي، استبعاداً كلياً مع إحلال القانون الإسلامي محله، بغير تفرقة في آثار النظام العام بين حالة يعرض فيها الدفع بمناسبة إنشاء الحق في دولة القاضي أو يصدر نفاذه فيها، خاصة وأن القاعدة الأصلية هي أن أحكام الإسلام إقليمية في دار الإسلام ومن ثم فهي تلتزم كمبدأ عام للمسلمين وغير المسلمين فيما يتعلق بالمعاملات⁽¹⁾.

(1) غالب عبد الحميد ثابت: أساليب فض تنازع القوانين الطابع الدولي في الإسلام المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد (53)، لسنة 1997م، ص 34

خلاصة الفصل الثاني:

وفي ختام هذا الفصل نكون قد توصلنا إلى أن النظام العام ليس له تعريفاً محدداً يمكن الاعتماد عليه بل هناك عدة تعريفات تختلف من حيث تعريفها اللفظي ولكن كلها تتفق على حماية المصالح الأساسية لمجتمع معين، هي المصالح الدينية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية. إن النظام العام في التشريع السوداني لم يكن له تعريف محدد متروك تحديده من قبل القاضي الذي أحياناً يعتمد في تعريفه على القواعد الأساسية وأحياناً على المبادئ العامة وفي الأحوال متروك للقاضي تحديد مدلول النظام العام، فيجب تحديد طريقة معينة لاستنباط النظام العام من خلال القواعد الأساسية من بين فترة وأخرى. النظام العام له ثلاثة أنواع داخلي ودولي وحقيقي ولكن أساسه ينبع من النظام العام الداخلي الذي يعمل على حماية المصالح الأساسية للمجتمع وإن الدولي هو النظام العام الذي تقره مجموعة من الدول وهو مجموع النظام العام في كل دولة ويرى بعض الفقهاء بأنه ليس هناك نظام عام دولي بل هناك نظام عام داخلي، هناك محاولات لإيجاد نظام عام دولي حقيقي تتفق عليه الدول هو الناشئ عن الأوساط الشعبية الدولية المهنية أي مرتبط بالأعراف الإلزامية المعمول بها في عالم التجارة لا تكون مرتبطة بنظام عام دولة معينة. ومن تلك الأعراف تحريم الرشوة والرقيق الأبيض وتبييض الأموال وغيرها من الأعراف التي يستهجنها المجتمع الدولي.

تناولنا الآداب العامة التي تكون مترادفة للنظام العام في مواد القانون وأن هناك خلط بين النظام العام والآداب العامة، إن الآداب العامة هي سلوك يستهجنه المجتمع وهي أعراف رسخت لدى ذلك المجتمع المعين وهي أقل أهمية من النظام العام، لأن النظام العام يحفظ كيان المجتمع والآداب العامة هي سلوك يستهجنه بعض المجتمع، في الدولة المعنية دون غيره. إن الممارسة التشريعية في السودان تخلط بين مسألة الآداب العامة والنظام وهناك بعض المسائل التي تتعلق بالآداب العامة اعتبرت من النظام العام مما كان لها الأثر على تعامل المجتمع مع النظام العام بطريقة سلبية، من خلال استقراء هذا الفصل خلصنا إلى أن القواعد العامة المكتملة هي مصدر من مصادر النظام العام التي تعتمد عند تعريفه كقواعد الاختصاص وحجية الأمر المقضي به وبالتالي وهي تعتبر من النظام العام، والقواعد المفسرة ليست من النظام العام لأنها تبطل الحكم في جزء منه. إن النظام العام في الشريعة الإسلامية منضبط التعريف لأنه منزل من العليم الخبير، وللنظام العام أثر مباشر على التحكيم في دولة التنفيذ، في دولة التنفيذ تفرض قوانينها بحجة مخالفة النظام العام وهي مسألة تنازع قوانين.

الفصل الثالث

النظام العام وشرط التحكيم وكتابته

والمسائل التي لا يجوز فيها التحكيم

المبحث الأول: شرط التحكيم وكتابته وتعلقه بالنظام العام.

المبحث الثاني: المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم وأحكامها.

المبحث الثالث: طرق تشكيل الهيئة التحكيمية وأحكام المحكمين.

تمهيد

إن شرط التحكيم يكون دائماً سابقاً على قيام النزاع سواءً أكان مستقلاً بذاته أو ورد ضمن عقد معين.

شرط التحكيم أمر أجازته جميع الأنظمة القانونية المعاصرة عدا قانون المرافعات الفرنسي القديم، أقتصر في المادة (1003) منه على النص على جواز التحكيم بمشاركته التحكيم أي اتفاق التحكيم ولم يتحدث على شرط التحكيم جوازاً وبطلاناً، الأمر الذي أدى إلى وقوع جدل فقهي وقضائي حول صحة هذا الشرط، السؤال الذي يطرح نفسه هل بطلان شرط التحكيم من النظام العام.⁽¹⁾

سوف نتناول صحة شرط التحكيم وعلاقته بالنظام العام من وجه القانون السوداني وقوانين الدول العربية مقارنة مع الاتفاقات الدولية وطبيعة شرط التحكيم في القانون الفرنسي القديم. نتناول في هذا الفصل شرط التحكيم من حيث كتابته وشروطه وتعلقه بالنظام العام من خلال دراسة قوانين التحكيم في هذا الصدد والمسائل التي لا يجوز فيها التحكيم وكل ذلك من جزاء الاتفاق على التحكيم فيما لا يجوز فيه. وأيضاً تشكيل الهيئة وأحكامها من حيث عدد المحكمين والإخلال بشرط المحكم وتعلقه بالنظام العام من خلال ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: شرط التحكيم وكتابته وتعلقه بالنظام العام.

المبحث الثاني: المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم وأحكامها.

المبحث الثالث: طرق تشكيل الهيئة التحكيمية وأحكام المحكمين.

(1) طارق فهمي الغنام: طبيعة مهمة المحكم، ط1، ج5، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011م، ص 152.

المبحث الأول

شرط التحكيم وكتابته وتعلقه بالنظام العام.

المطلب الأول

النظام العام وشرط التحكيم

في القانون الفرنسي بعد أن كان القضاء الفرنسي قد استقر على جواز شرط التحكيم في أوائل القرن التاسع عشر إلا أنه قد عدل عن موقفه هذا إلى بطلان شرط التحكيم منذ صدور حكم محكمة النفض الفرنسية في 10 يوليو سنة 1843م ببطلان شرط التحكيم استناداً علي نص المادة(1006) من قانون المرافعات القديم التي استوجبت تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين في اتفاق التحكيم وإلا كان التحكيم باطلاً. وعلى الرغم من أن بعض النصوص الخاصة تسمح بهذا الشرط في مادة التأمين البحري بنص المادة (322) من القانون التجاري إلا أن هذا الشرط سوف تكون له مخاطر كبيرة لأن الضمانات التي يقدمها التحكيم للأفراد، ليست هي نفس الضمانات التي يقدمها القضاء وهذا الاعتبار الأخير يمكن أن يفسر بكون شرط التحكيم باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام.

على الرغم من ذلك فإن القضاء الفرنسي قرر أن بطلان شرط التحكيم هو بطلان نسبي لا يتعلق بالنظام العام، أي أن القاضي لا يستطيع أن يحكم به من تلقاء نفسه ويمكن تدارك هذا البطلان أو تغطيته عن طريق تسميه المحكمين في اتفاق لاحق أو المثلول أما المحكمين.

قد انتقد جانب من الفقه مسلك القضاء الفرنسي القائل بالبطلان في هذا الشأن اعتباراً منه بأن شرط التحكيم لا يعد اتفاق على التحكيم حتى يجب أن يكون موضوعه محدداً وإنما يعتبر وعداً بالتحكيم، يلتزم أطرافه بإبرام مشارطه تحكيم عند قيام النزاع بينهم في شأن تنفيذ العقد الذي تضمنه الشرط⁽¹⁾، ورغم انتقاد الفقه الفرنسي لمسلك القضاء في الاستقرار علي بطلان شرط التحكيم، فإن المشرع الفرنسي قد أكد مسلك القضاء الفرنسي في هذا الخصوص، عندما أصدر في 31 ديسمبر سنة 1925م قانون أجاز فيه شرط التحكيم في المواد التجارية وحدها، ويكون باطلاً في المواد المدنية وقد

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 206.

فتح هذا القانون الجدل حول الطابع الأمر للنظام العام في مادة شرط التحكيم الواردة في عقد مختلط.

المادة (361) من القانون التجاري الفرنسي المعدلة 1925/12/31م بأن يتخذ العمل التجاري إحدى صورتين.

الصورة الأولى: وهي التي يعتبر فيها العمل تجارياً بالنسبة لكل طرفيه. الصورة الثانية: وهي التي يعتبر فيها العمل تجارياً بالنسبة لأحد طرفيه فقط مبهماً بالنسبة للطرف الآخر وهذه صورة الأعمال المختلطة، ولما كان شرط التحكيم قد ورد استثناء بقانون 1925 / 12/31م، فقد ثار التساؤل عما إذا كان شرط التحكيم مشروعاً في العقود المختلطة، فإذا كان مثل هذا الشرط باطلاً فما طبيعة هذا البطلان، وما يتعين في هذا المجال هو طبيعة هذا البطلان، هل البطلان مطلقاً أم بطلاناً نسبياً، اتجهت بعض أحكام القانون بأن بطلان شرط التحكيم الوارد في عقد من العقود المختلطة هو بطلاناً نسبياً غير متعلقاً بالنظام العام مقررراً لمصلحة الطرف المدني فقط ولا يستطيع الطرف الآخر الذي يعتبر العمل تجارياً بالنسبة له أن يتمسك ببطلان شرط التحكيم حيث يلتزم التاجر بمقتضى شرط التحكيم الوارد في عقد مختلط بالخضوع للتحكيم طالما لم يتمسك غير التاجر ببطلانه.

يكون غير التاجر بالخيار بين الخضوع للتحكيم عن طريق التمسك بالشرط أو عدم الخضوع له فيتمسك ببطلانه⁽¹⁾، أن شرط التحكيم لا يشكل مخالفة للنظام العام الدولي إذا كان موضوعه يشترك فيه الطابع المدني مع التجاري والعقود المختلطة.

اتجهت العديد من الأحكام علي عكس الأحكام السابقة إلي القول بأن بطلان شرط التحكيم الوارد في عقد مختلط هو بطلان مطلق⁽²⁾، الدائرة التجارية لمحكمة النفوس أعلنت موقفها بخصوص هذه المسألة حيث قررت أن بطلان شرط التحكيم بطلاناً مطلقاً، إن الفقه في غالبية قد مال إلى البطلان النسبي. غير أن محكمة النفوس الفرنسية في حكم لها قد قضت ببطلان شرط التحكيم الوارد في عقد مختلط بطلاناً مطلقاً حيث يستطيع أن يتمسك بهذا البطلان التاجر وغير التاجر.() وقد ثار جدل في الفقه الفرنسي حول طبيعة البطلان الناجم عن إدراج شرط التحكيم في عقد مختلط بين مؤيد للبطلان

(1) قرار محكمة باريس في حكمها الصادر في 19 يونيو سنة 1970م.

(2) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 290.

النسبي ومؤيد للبطلان المطلق. وآيا كان الرأي حول صحة أو بطلان شرط التحكيم في الفقه الفرنسي فإن الأمر المؤكد أن شرط التحكيم قد أصبح أمراً واقعاً يستعصي على الإنكار بل أنه أصبح الأمر الأكثر شيوعاً في الواقع العملي في الأنظمة الأخرى وفي مختلف العقود التجارية منها أو المدنية على السواء.⁽¹⁾

إن اتجاه القضاء الفرنسي بتقرير البطلان المطلق لشرط التحكيم الوارد في عقد مختلط محل نظر، لأن القضاء الفرنسي قبل تدخل المشرع بإجازة شرط التحكيم المواد التجارية كان قد استقر علي أن بطلان شرط التحكيم هو بطلاناً نسبياً استناداً علي نص المادة (1006) من القانون القديم التي استوجبت تحديد موضوع وأسماء المحكمين و إلا كان التحكيم باطلاً.

إن المادة (1006) لا تتعلق بالنظام العام حيث يمكن تصحيح البطلان الناشئ عن عدم تعيين أسماء المحكمين في اتفاق لاحق أو بالمثل أمام المحكمين، وأنه من المستحيل أن تكتسب هذه المادة طابع النظام العام لمجرد أن شرط التحكيم قد أدرج عقد مختلط.

أياً كان الرأي حول طبيعة البطلان الناشئ عن شرط التحكيم في عقد مختلط فسوف يكون ذلك قاصراً على التحكيم الداخلي ولا يمكن تطبيق ما انتهى إليه القضاء الفرنسي علي التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية.

الفرع الأول: موقف القضاء الفرنسي

القضاء الفرنسي على عكس القضاء المصري انقسم على نفسه في هذا الخصوص إذ ذهب في بعض أحكامه إلى اعتبار الدفع بوجود اتفاق على التحكيم من قبل الدفع بعدم الاختصاص المتعلقة بالنظام العام بينما ذهب في بعض الأحكام الأخرى إلى اعتباره دفعاً بعدم الاختصاص غير المتعلقة بالنظام العام.

ترددت محكمة النقض أيضاً في أن الدفع بالتحكيم دفع بعدم الاختصاص متعلق بالنظام العام القائم وقررت بوضوح أن الدفع بالتحكيم دفع بعدم الاختصاص غير متعلق بالنظام العام.⁽²⁾

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 291.

(2) قرار محكمة النقض الفرنسية في 3/ يناير/1951، يونيو 1975م.

موقف الفقه الفرنسي: ذهب جانب من الفقه إلى الاستناد على الاختصاص النوعي لإضفاء طابع النظام العام هذا الدفع بالقول بأن القانون الصادر في 31 ديسمبر سنة 1925م الذي اعترف بشرط التحكيم وأقر بمشروعيته وإدراجه في نص المادة (631) من القانون التجاري المنظم للاقتصاد النوعي للمحاكم التجارية، وهذه المحاكم باعتبارها مختصة نوعياً طبقاً لهذه المادة فإن عدم اختصاصها لا يمكن أن يكون من نفس الطبيعة ويتساءل جانب آخر من الفقه كيف يمكن إسناد طابع نظام عام لقاعدة ناتجة عن اتفاق، حيث أن سلطات المحكمين تستمر من شرط أو مشاركة التحكيم فالقول بأن الاختصاص المعني هو اختصاص نوعي ومن ثم يتعلق بالنظام العام هو مفهوم تعسفي للاختصاص النوعي لأنه ليس كل القواعد المتعلقة بالاختصاص النوعي من النظام العام فضلاً عن ذلك فإنه من المستحيل التسليم بأن القاعدة الاتفاقية التي تسلب الاختصاص من المحاكم المختصة طبيعياً بالفصل في النزاع يمكن أن تصبح قاعدة متعلقة بالنظام العام فالنظام العام ليس مصدره إرادة الأطراف والنشأة الاتفاقية للتحكيم لا يمكن أن تخلق اختصاصاً للمحكمين متعلقاً بالنظام العام⁽¹⁾.

استقر الرأي السائد في الفقه والقضاء الفرنسي وجانب من الفقه الإيطالي تؤيده محكمة النقض الإيطالية أن الدفع بوجود اتفاق تحكيم هو دفع بعدم الاختصاص غير متعلق بالنظام العام واعتبرت محكمة النقض الإيطالية هذا الدفع من الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام، مثال ذلك الدفع بعدم الاختصاص المحلي ومن ثم لا تملك المحكمة الحكم به من تلقاء نفسها بل يلزم التمسك به وفي الموعد المحدد للدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام أي قبل الكلام في الموضوع، وإلا سقط الحق فيه.

إلا أن هذا الانقسام الذي حدث في الفقه والقضاء الفرنسيين لم يعد له ما يبرره.

لقد خصص قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد 1980م-1981م فصلاً كاملاً لشرط التحكيم الداخلي، فحقق بذلك خطوة هامة عندما أقر رسمياً شرط التحكيم إلا أن هذا الإقرار ليس القاعدة بل استثناءً يستخلص من ذلك أنه بالرغم من اعتراف قانون

(1) فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة سنة 1980، ص 932.

المرافعات المدنية الجديد بشرط التحكيم, وهو الاعتراف الذي أقره من قبل الفقه الفرنسي سعياً إلى حماية شرط التحكيم في ميزان التحكيم الدولي.⁽¹⁾

إلا أن شرط التحكيم قد ظل باطلاً في الأعمال المدنية باستثناء الأعمال التجارية وقد تابع مبدأ استقلال شرط التحكيم في العلاقات الدولية انتصاره في السنوات الأخيرة فقضت محكمة استئناف باريس بأن مبدأ استقلال شرط التحكيم يتمتع بعمومية التطبيق في مجال التحكيم الدولي بحسبانه قاعدة مادية دولية تقرر شرعية اتفاق التحكيم دون الحاجة إلى الاستناد إلى نظام أو آخر من نظم تنازع القوانين ومن ثم فاتفاق التحكيم لا يقيد سوى اعتبارات النظام العام وحدها، وقضت محكمة النقص بأنه بمقتضى قاعدة مادية في القانون الدولي للتحكيم يعتبر شرط التحكيم مستقلاً قانوناً عن العقد الأصلي الذي يحتويه أو تشير إليه وجوده وفعاليتها ويقران بما لا يمس القواعد الآمرة في القانون الفرنسي والنظام العام الدولي وفقاً للإرادة المشتركة للطرفين دون حاجة لإشارة إلى قانون دولة من الدول.⁽²⁾

أما في مجال العلاقات الوطنية البحتة فقط ظل القضاء الفرنسي منقسماً حول مبدأ استقلال شرط التحكيم ولكن الاتجاه الراجح فيه قد ذهب مع ذلك إلى أن من سلطة هيئة التحكيم نظر كافة المنازعات المنطوية عليها ما في ذلك الفصل فيها إذا كان الفقه الأصلي باطلاً أو أنه تم فسخه أو إلغاؤه وقد حسم المشرع الفرنسي هذا الخلاف مبيناً مبدأ لاستقلالية، إذ نصت المادة(46) من قانون المرافعات الجديد علي أنه إذا كان شرط التحكيم باطلاً فإنه يعتبر غير مكتوباً علي نحو لا يترتب معه على بطلانه بطلاناً للعقد الأصلي, كما نصت المادة (1266) من هذا القانون ذاته علي أنه إذا نازع أحد الأطراف أمام المحكم في أساس أو مدى سلطة أو نطاق اختصاص المحكم، فيكون لهذا الأخير الفصل في صحة الاتفاق على التحكيم أو حدود اختصاصه، ومقتضى هذا النص أن تصبح هيئة التحكيم هي صاحبه الولاية في الفصل في كل نزاع حول أساس اختصاصها أو نطاقه مما يعرف في الفقه الاختصاص بالاختصاص، وتؤكد بهذا النص

(1) فتحي ولي: الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص 943.

(2) * غير أنه يلاحظ في هذا الصدد أن مبدأ استقلال شرط التحكيم لا يقوم إلا إذا كان للعقد الأصلي وجود من الناحية الشكلية، وهذا ما يتم تقديره وفقاً للقانون الذي حكم شكل الاتفاق على النص الذي تشير به قواعد القانون الدولي الخاص، فقه فرنسي 1990/7/10م مجلة التحكيم، ص 851.

مبدأ استقلال شرط التحكيم من العقد الأصلي⁽¹⁾. والجدير بالذكر بأن القانون الجديد قد أضاف شرطاً لصحة شرط التحكيم هو أن يكون شرط التحكيم مكتوباً وهذا الشرط يتفق مع التنظيم الوارد في اتفاقية نيويورك 1958م.

الفرع الثاني: شرط التحكيم في التحكيم الدولي

إن شرط التحكيم أصبح في الوقت الحالي واقعاً لا يمكن إنكاره وبصفة خاصة في التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، فيكاد لا يخلو عقد من العقود الدولية على النص على شرط التحكيم سوى كان ذلك العقد من العقود التجارية أو المدنية أو من المختلطة. لا نجد مبرراً معقولاً لاعتبار هذا الشرط باطلاً في المعاملات المدنية فهذا الشرط قاصراً على التحكيم الداخلي في القانون الفرنسي ولا يمكن للقضاء الفرنسي الذي أقر لجوء الدولة وهيئاتها ومؤسساتها العامة إلى التحكيم على الرغم من وجود نصوص صريحة كانت ولا تزال تحظر ذلك أن يعتبر هذا الشرط باطلاً في العقود المدنية أو المختلطة في التحكيم الدولي والدليل على صحة ما نقول أن محكمة باريس في حكمها الصادر في 19 يونيو سنة 1970م قد قررت أن شرط التحكيم لا يشكل مخالفة للنظام العام الدولي إذا كان موضوعه يشترك فيه الطابع المدني مع التجاري⁽²⁾. وعلى فرض أن هذا الشرط يتعلق بالنظام العام فإنه لا يشكل مخالفة للنظام العام الدولي.

الفرع الثالث: موقف الفقه والقضاء المصري

أ) موقف الفقه المصري:

انقسم الفقه في طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم إلى اتجاهات مختلفة فاتجاه يرى أن الدفع بالاعتداد شرط التحكيم وهو دفع بعد القبول ولا مفر من القول بإجازة ابتدائية في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة في الاستئناف فهو دفع لا يتعلق بالنظام العام⁽³⁾.

اتجاه آخر يرى اعتبار الدفع بالتحكيم دفعاً بانتفاء الولاية وعدم الاختصاص، إلا أنهم لم يبينوا لنا، ما إذا كان يجب على المحكمة أن تقضي به بعدم الاختصاص أن تأمر

(1) مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبدا لعال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط1، ج1، الناشر منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، 1945م، ص 353.

(2) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 293.

(3) وجدي راغب: طبيعة الدفع بالتحكيم أمام المحاكم، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر حول التحكيم، العربيين الفترة من 20- 1978/6/25م، ص 115-119.

بإحالة الدعوى على التحكيم أم لا واتجاه يرى أن الدفع بالتحكيم دفع إجرائي يبطلان المطالبة القضائية بسبب عيب موضوعي هو عدم قابلية الطلبات التي تضمنتها الصحيفة لأن تكون محلاً للمطالبة القضائية بسبب الاتفاق على التحكيم فيها وهو ما يؤدي إلى بطلان المطالبة القضائية.

يترتب على هذا التكيف عدة نتائج أهمها أن الحكم في الدفع يعد حكماً يبطلان المطالبة أو لصحتها، ويطبق عليه قواعد البطلان الخاصة اعتباراً بأنه غير متعلق بالنظام العام. واتجاه رابع يرى أن الدفع بالتحكيم يعد دفعاً بانتفاء الولاية وهو يتفق مع الاتجاه الثاني إلا أنه يبين هذا الدفع لا يجوز إيدائه في أية حالة كانت عليها الإجراءات ولا يجوز للمحكمة القضاء به من تلقاء نفسها كما هو الشأن بالنسبة للدفع المتعلقة بالنظام العام وذلك لأن الأصل هو ولاية القضاء، والاستثناء هو للمحكم في خصوص نزاع معين ولا يجوز للقضاء والأمر كذلك أن يتصل عن ولايته بحجة وجود اتفاق تحكيم، فقد يعدل الخصوم عليه بعد حصوله، ولهذا كان منطقياً عدم الحكم بانتفاء الولاية من تلقاء نفس المحكمة وإنما يجب التمسك به قبل الكلام في الموضوع شريطة أن يكون ذلك بإبداء أي طلب أو دفاع يمس موضوع الدعوى أو مسألة فرعية فيها ينطوي على التمسك بصحتها سواء أبدى كتابة أو شفاهة.

فطلب التأجيل لضم دعوى أخرى لا يعتبر كلاماً في الموضوع مسقطاً للحق في التمسك بشرط التحكيم⁽¹⁾.

ب) موقف القضاء المصري:

قد تواترت أحكام محكمة النقض المصرية على اعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم غير متعلق بالنظام العام، حيث قررت محكمة النقض المصرية في 24 مايو 1966م أن مفاد نص المادة (888) من قانون المرافعات تخويل المتعاقدين الحق في الالتجاء إلى التحكيم لنظر ما قد ينشأ بينهم من نزاع كانت تختص به المحاكم أصلاً.

فاختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع وإن كان يرتكز أساساً إلى حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب اختصاص جهات القضاء إلا أنه ينبني مباشرة وفي كل حالة على حدة على اتفاق الطرفين، وهذه الطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها شرط التحكيم وتتخذ قواماً لوجوده تجعله غير متعلقاً بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بأعماله من

(1) وجدي راغب: الدفع بالتحكيم أمام المحاكم، مرجع سابق، ص 125.

تلقاء نفسها وإنما يتعين التمسك به أمامها ويجوز النزول عنه صراحةً أو ضمناً، ويسقط الحق فيه فيما لو أثير متأخراً بعد الكلام في الموضوع إذ يعتبر السكوت عن أبدائه قبل نظر الموضوع نزولاً ضمناً عن التمسك به.

حيث قررت المحكمة ما يلي: (1)

إذا كان مفاد نص المادة (818) من قانون المرافعات السابق الذي ينطبق على واقعة الدعوى وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض تخويل المتعاقدين الحق في الالتجاء إلى التحكيم لنظر ما قد ينشأ بينهم من نزاع كانت تختص به المحاكم أصلاً، فإن اختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع كان يرتكز أساساً على حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب اختصاص جهات القضاء إلا أنه يبني مباشرة وفي كل حالة على حدة على اتفاق الطرفين وهذه الطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها شرط التحكيم، وتتخذ قواماً لوجوده تجعله غير متعلق بالنظام العام، فلا تجوز للمحكمة أن تقضي بإعماله من تلقاء نفسها، وإنما يتعين التمسك به أمامها ويجوز النزول عنه صراحةً أو ضمناً ويسقط الحق فيه لو أثير متأخراً بعد الموضوع نزولاً ضمناً عن التمسك به.

في حكمها الصادر في 26/ أبريل 1972: قررت أن شرط التحكيم وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بأعماله من تلقاء نفسها، وإنما يتعين التمسك به أمامها، ويجوز النزول عنه صراحةً أو ضمناً ويسقط الحق فيه لو أثير متأخراً بعد الكلام في الموضوع وإن الفقه المصري وأن اختلف على تطبيق طبيعة الدفع بوجود اتفاق تحكيم إلا أنه أجمع على اعتبار الدفع غير متعلقاً بالنظام العام⁽²⁾.

الدفع بشرط التحكيم في قانون التحكيم السوداني

تنص المادة (9) من قانون التحكيم لسنة 2005م "أنه إذا رفع نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم، فإنه يجب على المحكمة شطب الدعوى إذا دفع المدعى عليه في الجلسة الأولى للإجراءات بذلك وإلا يعتبر متنازلاً عن حقه في الدفع بشرط التحكيم ويفهم من ذلك أن شرط التحكيم لا يتعلق بالنظام العام.

(1) حكم محكمة النقض المصرية في 15/12/1972م.

(2) عبد الباسط جمعي: مبادئ المرافعات، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1974م، ص 96.

فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها دائماً، ويتعين التمسك به أمامها ويسقط الحق فيه لو أثير متأخراً بعد تناول موضوع الدعوى وحينها يعتبر تنازلاً عن التمسك به⁽¹⁾. تم تعديل العبارة الواردة في المادة (9) (الجلسة الأولى للإجراءات بعبارة "بذلك قبل أو مع الرد على العريضة" قانون التحكيم لسنة 2016م.⁽²⁾

يرى الباحث (أن المشرع السوداني في قانون التحكيم 2016م فعل حسناً بأنه حدد فترة تقديم طلب التحكيم بدلاً من قانون 2005م بالجلسة الأولى).

هذا المعنى قضت به محكمة النقض المصرية في الحكم رقم (9) لسنة 1976م السنة القضائية (32) وقد قضت المحكمة العليا السودانية تطبيقاً لذلك في قضية شركة الجواهر للتقنيات والتجارة المحدودة ضد شركة وينكس للاستثمار والتجارة المحدودة وأن الدفع بشرط التحكيم حق للمدعي عليه يجوز له استخدامه في الجلسة الأولى للإجراءات فقط، وليس سبباً مانعاً من تصريح الدعوى ابتداءً.

الجلسة الأولى لا يقصد بها الأولى عدداً وإنما جلسة تقديم الدفاع⁽³⁾ وأنه إذا امتنع أحد الأطراف الرضوخ لهذا الشرط نجد أن قانون التحكيم لسنة 2005م لم يتطرق لهذه الجزئية إلا أنه طالما كان هناك عقد فإن ذلك تحكمه القواعد العامة للعقود في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م حيث نصت المادة 1/28/ أنه في حالة العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين أن يطلب تنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين، ومقتضى ذلك إذا كان هناك شرط تحكيم ورفض الطرف الآخر التحكيم، فإنه يجب أن يتقدم الطرف المتضرر للمحكمة وحينها تجبر المحكمة الطرف الراض بتعيين محكم وينتهي دور المحكمة عند ذلك.

يجب الإشارة إلى أن قانون التحكيم أغفل الإشارة إلى هذه الحالة، بالرغم من أنه اقتبس المادة (4) من قانون التحكيم المصري المتعلقة بتعيين رئيس هيئة التحكيم من القانون النموذجي المادة (11) منه ونجد أن البند (4) من المادة أعطى السلطة للمحكمة

(1) الصادق ضرار مختار: قانون التحكيم لسنة 2005م وتطبيقاته العملية في المحاكم السودانية، مرجع سابق، ص 26.

(2) المادة (9) من قانون التحكيم لسنة 2005م المعدل 2016م.

(3) * شركة الجواهر للتقنيات والتجارة المحدودة ضد شركة وينكس للاستثمار والتجارة المحدودة بالرقم 4/ط/م/2004/2007م، مجلة الأحكام القانونية لسنة 2009م، ص 83.

في تعيين المحكم أو أي إجراء لازم بهذا الخصوص، وجاء فيها أنه في حالة وجود إجراءات تعيين اتفق عليها الطرفين: (1)

إذا لم يتصرف أحد الطرفين وفقاً كما تقضيه هذه الإجراءات أو، إذا لم يتمكن الطرفين أو المحكمان من التوصل إلى اتفاق مطلوب منهما وفقاً لهذه الإجراءات أو،

إذا لم يقيم طرف ثالث، أو إن كان مؤسسة بأداء أي مهمة موكولة له فيجوز لأي من الطرفين أن يطلب من المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة (6) أن تتخذ الإجراءات اللازمة، ما لم ينص الاتفاق الخاص بإجراءات التعيين على وسيلة أخرى لضمان التعيين ونجد أن قانون التحكيم الأردني أيضاً نص على ذلك في المادة (16) الفقرة (ب) منه مقروءاً مع نص المادة (17) الفقرة (2) من قانون التحكيم المصري وكان ينبغي على المشرع السوداني أن يضيف تلك الفقرة طالما اقتبس المادة أصلاً من القانون النموذجي إلا أنه استناداً على القواعد العامة، فإنه يجوز للطرف المتضرر أن يلجأ للمحكمة لإجبار الطرف الراض لتعيين محكم للقيام بذلك وبالإضافة للقواعد العامة فإن المحكمة أصلاً عند تطبيق النص ترجع لأصله التاريخي ولأصل التاريخي لنص المادة (14) من قانون التحكم هو نفس المادة (1) من القانون النموذجي الذي أوضح كيفية ماطلة الأطراف في تعيين المحكم، وجعل حينئذ السلطة للمحكمة المختصة للقيام بذلك، ولم يكن القضاء السوداني بعيداً من ذلك حينما قررت السلطة القضائية شركة نايل أنترتريد المحدودة ضد شركة أتركوك للأعمال التجارية والكيماوية المتقدمة بأن المحاكم تقوم بإلزام الراضين تعيين المحكمين جبراً، وقد قضت بذلك أيضاً محكمة الاستئناف في قضية هدى أحمد أبو عركي ضد عبد الله محمد الأمين.

لا يزال هناك استفهام؟ ما العمل إذا شطبت المحكمة الدعوى القضائية بموجب دفع قدم إليها استناداً على نص المادة (6). (2)

(1) محمد السيد التبولي: اتفاق التحكيم وقواعده، قانون المرافعات، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1994م، ص 14.

(2) المادة (6) من قانون التحكيم لسنة 2005م المعدل 2016م، يجوز لأي من الطرفين أن يدفع بعدم الاختصاص بسبب عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله على موضوع النزاع، في هذه الحالة: أ/ يجب التمسك بتلك الدفوع في ميعاد لا يتجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعي، ب/ على هيئة

الجواب البديهي هو أن يتقدم أي من الطرفين بطلب للمركز الذي اتفق عليه الطرفين لنظر نزاعيهما فإذا لم يتفقا علي مركز محدد أو لم يعينا هيئة التحكيم بموجب اتفاق التحكيم فإن المدعى يعرض رغبته في إحالة النزاع للتحكيم بخطاب يعنون للطرف الآخر والذي يسمى المدعى عليه ويحدد في خطابة المحكم الذي عينه أو المحكم الذي يرشحه في حالة أن ينص اتفاق التحكيم علي تكوين الهيئة من محكم واحد فإذا تقدم أي من الطرفين بطلب للتحكيم وانصاع الطرف الآخر فإنه لا ضير من ذلك⁽¹⁾.

المادة (9) من القانون السوداني المعدل لسنة 2016م⁽²⁾ أن شرط التحكيم في هذه المادة تعطي لإرادة طرفي النزاع ولاتفاق التحكيم مكانة كبيرة وذلك بإعطاء المدعي عليه الحق في تقديم دفع قانوني بطلب شطب الدعوى لعدم اختصاص المحكمة نسبة لوجود شرط أو اتفاق بين الطرفين على حل النزاع القائم بينهما علي طريقة التحكيم دون المحكمة شرط أن يكون الدفع في الجلسة الأولى للرد تم تعديل المادة في قانون التحكيم لسنة 2016م واستبدلت عبارة الجلسة الأولى للإجراءات بعبارة بذلك قبل أو مع الرد على العريضة،⁽³⁾ وإلا اعتبر متنازلاً عن اتفاق التحكيم.

إذا قام بالرد علي العريضة دون إثارة موضوع التحكيم هذا الأمر يحدث كثيراً في الواقع السوداني العملي إذ نجد أن بعض الأشخاص أو الجهات تبرم عقوداً مع آخرين ونصت ضمن بنود العقد علي حل النزاع عن طريق التحكيم، وعندما يحدث النزاع بالفعل يلجأ أحد الطرفين إلي المحكمة بعريضة دعوى مدنية ضد الطرف الآخر بصورة من العريضة للرد ربما يتجاهل هذا المدعى عليه أيضاً شرط التحكيم وبالتالي يرد علي العريضة وبالتالي يعتبر ذلك ضمناً تنازلاً. عن شرط التحكيم ويمتنع عليه التمسك به في أي مرحلة لاحقه أو يتمسك به ويطلب من المحكمة شطب الدعوى للجوء المدعي علي الرغم من وجود شرط التحكيم وينبع أحياناً من جهله بشرط التحكيم أو عدم الاعتداد به

التحكيم الفصل في الدفع المشار إليها قبل الفصل في موضوع النزاع. ج/ يعد شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد.

(1) هيثم مصطفى سليمان: قانون التحكيم السوداني لعام 2005م معلقاً عليه، مرجع سابق، ص 23.

(2) المادة (9) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل 2016م، يجب على المحكمة التي رفع عليها نزاع يوجد بشأن اتفاق تحكيم شطب الدعوى إذا دفع المدعى عليه في الجلسة الأولى في الإجراءات بذلك ولا يعتبر متنازلاً عنه حقه في الدفع بشرط التحكيم.

(3) المادة (9) من قانون التحكيم لسنة 2016م.

واعتبار أن الاختصاص الأصلي في نظر المنازعات للمحاكم وأن منع الناس من اللجوء إليها يعد مخالفاً للنظام العام.⁽¹⁾

علي سبيل المثال الدعوى رقم 2001/263م أمام محكمة الخرطوم الجزئية حيث تجاهلت المدعية (شركة النزول للإنتاج والاستثمار في شرط التحكيم المنصوص عليه في العقد وقامت برفع الدعوى ضد شركة كوب ترد المحدودة بشأن مديونيتها التي نشأت بموجب عقد إمدادات غذاءات السجون، تم إعلان المدعى عليها بصورة من العريضة ورفض بشرط التحكيم وبالتالي عدم اختصاص المحكمة، عقت المدعية بأنها لجأت للمحكمة ناشدة العدالة وأن اللجوء إلي التحكيم ليس من النظام العام ويمكن للمحكمة الإحالة أو عدم الإحالة حسب سلطاتها وإن المدعية لا ترغب في التحكيم وترغب في الحصول علي حقوقها بواسطة القضاء، وليس في هذا أي ضرر للمدعى عليها أصرت المدعي عليها علي الدفع القانوني وبموجبه قررت المحكمة إحالة النزاع للتحكيم وألزمت طرف النزاع بتعيين هيئة تحكيم ثلاثية وإخطارهم للحضور أمام المحكمة لاستلام الملف متضمنا نقاط النزاع، مدة الفصل في النزاع أتعاب المحكمين⁽²⁾. في ضوء ما تقدم يتضح أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو من الدفع غير المتعلق بالنظام العام في كل من القانون السوداني والمصري والفرنسي.

قد رأينا أن الفقه المصري والسوداني وإن كانا قد اختلفا في تكييف طبيعة هذا الدفع، إلا أنه قد أجمع على أنه لا يتعلق بالنظام العام وأما القضاء الفرنسي فقد تردد في البداية بين اعتبار هذا الدفع غير متعلق بالنظام العام وبين اعتباره من النظام العام. أما الفقه الفرنسي فقد اختلف في تكييف طبيعة هذا البطلان واختلف أيضاً فيما إذا كان هذا الدفع من النظام العام أم لا، إن الاتجاه السائد في الفقه الفرنسي يعتبر هذا الدفع غير متعلقاً بالنظام العام. وعلى أية حال فقد حسم المشرع الفرنسي هذا الخلاف باعتبار هذا الدفع غير متعلقاً بالنظام العام وقد أحسن المشرع الكويتي والسوداني والمصري

(1) إبراهيم محمد أحمد دريج: شرح قانون التحكيم لسنة 2005م، مرجع سابق، ص 35.

(2) المرجع السابق، ص 35.

والفرنسي بالنص الصريح علي أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو من الدفوع التي لا تتعلق بالنظام العام.⁽¹⁾

صدر القرار التحكيمي وفقاً للتسوية التي توصل إليها الطرفان، وهناك أمثلة كثيرة في دعاوى التحكيم التي يتجاهل الأطراف فيها هذا الاتفاق التحكيمي الذي يعد هو الأصل ويعد من النظام العام تفره إرادة الأطراف إعمالاً للقاعدة القانونية (العقد شرعية المتقاعدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا برضى الطرفين) هذا النص الذي أوردته المادة (113) من قانون المعاملات السوداني لسنة 1984م متشابه لما عنته من قوانين الدول الأخرى⁽²⁾.

يري الباحث "حيث أكدت المادة (9) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005 المعدل لسنة 2016م،⁽³⁾ على الطبيعة القانونية لدفع اتفاق التحكيم بمنع قضاء الدولة من نظر المنازعات التي بها اتفاق التحكيم وفي حالة الدفع بشرط التحكيم أمام المحكمة لا يجوز للمحكمة نظر الدعوى إلا في حاله وجود سبباً قانونياً لتدخل المحكمة سبباً متعلقاً بالنظام العام في ذاته وإذا تدخلت لغير ذلك يعد التدخل في حد ذاته مخالفاً للنظام العام، وأن هذا الدفع يتعلق بالمصلحة التي قررها الأطراف بإرادتهم، ومن ثم لا يجب على المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها".

في ضوء ذلك يتضح أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو من الدفوع غير المتعلقة بالنظام العام، والجلسة الأولى لا يقصد بها الأولى عدداً وإنما جلسة تقديم الدفاع⁽⁴⁾ وأنه إذا امتنع أحد الأطراف الرضوخ لهذا الشرط نجد أن قانون التحكيم لسنة 2005م لم يتطرق لهذه الجزئية إلا أنه طالما كان هناك عقد فإن ذلك تحكمه القواعد العامة للعقود في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م حيث نصت المادة (1/128) أنه في حالة العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد

⁽¹⁾ نصت المادة (173) من قانون المرافعات الكويتي علي عدم اختصاص المحاكم لنظر المنازعات التي اتفق علي التحكيم بشأنها، ويجوز النزول عن الدفع بعدم الاختصاص صراحة أو ضمناً وذلك لكل خلاف.

⁽²⁾ معاذ علي فضل المولى: العلاقة بين التحكيم والقضاء الدوليين، مرجع سابق، ص 37.

⁽³⁾ المادة (9) من قانون التحكيم لسنة 2009م، "يجب على المحكمة التي رفع إليها نزاع بشأنه اتفاق تحكيم، شطب الدعوى لعدم الاختصاص إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل أو مع الرد على عريضة الدعوى، وإلا يعتبر متنازلاً عن حقه في الدفع بشرط التحكيم.

⁽⁴⁾ معاذ علي فضل المولى: العلاقة بين التحكيم والقضاء الدوليين، مرجع سابق، ص 17.

إعذاره المدين أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين، ومقتضى ذلك إذا كان هناك شرط تحكيم ورفض الطرف الآخر التحكيم، فإنه يجب أن يتقدم الطرف المتضرر للمحكمة وحينها تجبر المحكمة الطرف الراضى بتعيين محكمة وينتهي دور المحكمة عند ذلك.

يجب الإشارة إلى أن قانون التحكيم أغفل الإشارة إلى هذه الحالة، بالرغم من أنه اقتبس المادة (4) من قوانين التحكيم المتعلقة بتعيين رئيس هيئة التحكيم من القانون النموذجي المادة (11) منه ونجد أن البند (4) من المادة أعطى السلطة للمحكمة في تعيين المحكم أو أي إجراء لازم بهذا الخصوص.

المطلب الثاني

النظام العام وكتابة اتفاق التحكيم

الاتفاق على التحكيم أياً كانت صورته مشارطه تحكيم أو شرط تحكيم لا يعدو أن يكون تصرفاً قانونياً يتم بإرادتين أي أنه عقد من العقود ولهذا فإنه يخضع في قواعده وأحكامه لما تخضع له سائر العقود من قواعد وأحكام خاصة بانعقاده وتفسيره، وترتيب آثاره.

إذا كان الاتفاق على التحكيم شرطاً كان أو مشارطه، عقداً من العقود أي تصرفاً من التصرفات التي تتعدد بإرادتين فإنه يلزم لوجود هذا الاتفاق توافر أركانه وهي الرضا والمحل والسبب وأن يلزم لصحة هذا الوجود أن يكون الرضا به صادراً عن أهلية يعتد بها القانون وأن يكون خالياً من العيوب المفسدة له⁽¹⁾.

السؤال الذي يطرح نفسه الآن هل الكتابة تعد ركناً من أركان اتفاق التحكيم أم شرطاً لصحته؟ أم مجرد وسيلة لإثباته؟ أو بعبارة أخرى هل البطلان الناشئ عن عدم كتابة اتفاق التحكيم هو بطلان مطلق متعلقاً بالنظام العام أم بطلاناً نسبياً لا يتعلق بالنظام العام للإجابة على ذلك يجب علينا تقسيم استعراض موقف الأنظمة المختلفة من هذه المسألة ثم موقف الاتفاقيات الدولية.

الفرع الأول: موقف الأنظمة القانونية

اختلفت الأنظمة الوضعية فيما بينها بشأن كتابة اتفاق التحكيم فتذهب بعض الأنظمة إلى اعتبار الكتابة التي تطلبها في الاتفاق على التحكيم مجرد وسيلة للإثبات

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 273

ومن هذه الأنظمة القانون التونسي فمقتضى نص المادة (6) من نصوص التحكيم في قانون المرافعات التونسي (القانون رقم 130 لسنة 1959م) يجب الكتابة لإثبات اتفاق التحكيم سواءً أكانت الكتابة بمقتضى محوراً رسمياً أو عرفي. مع ملاحظة أن الكتابة شرطاً لإثبات العقد- وليست شرطاً من شروط انعقاده وبالتالي يجوز إثبات التحكيم بالإقرار أو باليمين الحاسمة⁽¹⁾.

تنص المادة (523) من نصوص التحكيم في مشروع قانون أصول المحاكمات اللبناني على ما يلي: (لا يثبت التحكيم إلا بكتابته)⁽²⁾ وتنص المادة (829) من نصوص التحكيم في القانون اللبناني على ما يلي (ولا يجوز إثباته بشهود أو قرائن)، ويتضح من هذا النص عدم جواز إثبات العقد التحكيمي بشهادة الشهود أو بالقرائن ويتعين إثباته بالكتابة، وتنص المادة (742)⁽³⁾ من نصوص التحكيم في قانون المرافعات الليبي الصادر في 1953/11/28م على ما يلي: (لا يثبت مشاركة التحكيم إلا بالكتابة) وتنص المادة (509) من نصوص التحكيم في قانون أصول المحاكمات السوري، القانون رقم (84) لسنة 1953 على ما يلي (لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة) وتنص المادة (233)⁽⁴⁾ من نصوص التحكيم في القانون البحريني على ما يلي (.... ولا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة).

تنص المادة (2/50) من نصوص التحكيم في القانون المصري رقم (13) لسنة 1968م على ما يلي (ولا يثبت التحكيم إلا بالكتابة). ولذلك حسناً فعل المشرع المصري عندما يحصر صور الكتابة مقررراً في المادة (12) من قانون التحكيم على أنه يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا ما تبادل الطرفان في رسائل أو برقيات أو غيرها من سبب وسائل الاتصال المكتوبة،⁽⁵⁾ وفي القانون الفرنسي تنص المادة (1005) من قانون الإجراءات المدنية القديم على ضرورة أن يكون اتفاق

(1) أحمد أبو الوفاء: التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 116

(2) وتنص المادة (173) من قانون المرافعات الكويتي لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة.

(3) تم تعديل نص هذه المادة وحل محلها نص المادة (1949) من قانون المرافعات الكويتي.

(4) نص المادة (1005) من قانون المرافعات الفرنسي القديم 2002م.

(5) أحمد صادق محمود: مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م،

التحكيم مكتوباً وقد جرى الفقه والقضاء في فرنسا في ظل نص هذه المادة على أن الكتابة ليست شرطاً لصحة الاتفاق بل مجرد وسيلة لإثباته.

فنص المادة (1005) يمنع فقط إثبات اتفاق التحكيم بشهادة الشهود وليس ثمة ما يمنع في حالة عدم وجود نزاع في كينونة اتفاق التحكيم أن يتم إثباته بالبينة أو اليمين فالبطلان الناشئ عن عدم كتابة اتفاق التحكيم ليس بطلان من النظام العام ويمكن تغطيته عن طريق التنفيذ الاختياري أو الإرادي للأطراف⁽¹⁾.

نصت المادة (8) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م على ما يلي (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وإلا كان باطلاً ويكون في حكم كتابة الرسائل المتبادلة بين الطرفين عبر وسائل الاتصال المختلفة)، فإذا لم يكتب اتفاق التحكيم يكون إحالة النزاع للتحكيم باطلاً⁽²⁾ ومتعلقاً بالنظام العام وفقاً ما قرره هذه المادة (41)⁽³⁾ من هذا القانون. والكتابة التي حددها المشرع يمكن أن تكون بصياغة نص الاتفاق داخل العقد بين الأطراف أو عن طريق الرسائل المتبادلة بين الطرفين عبر أية وسيلة من وسائل الاتصال المختلفة كالوسائل الحديثة لنقل الرسائل وفي هذه الحالة يكون شرط الكتابة للاتفاق قائماً على إثبات الكتابة عبر تلك الوسائل أيضاً⁽⁴⁾.

إن نص المادة (8) من قانون التحكيم السوداني توسع في شرط الاتفاق كتابة والذي يمتد إلى حكم الرسائل لأن المشرع أصلاً قد حدد المسائل المحكومة بالتحكيم وفق الصفة المدنية المادة (30) من هذا القانون وبالتالي وحتى تتسق الإشارة إلى الكتابة مع طبيعة المعاملة فقد توسع المشرع.

قد تعارفت القواعد الدولية وكافة التشريعات الوطنية كما رأينا من قبل على اشتراط شكل معين لعقد التحكيم وهو الكتابة فإذا تم اتفاق بين أطراف ما ولم يكتب هذا الاتفاق فإنه يكون باطلاً ومتعلقاً بالنظام العام، ومواكبة من المشرع السوداني لحركة التكنولوجيا وحتى يبسر على الأطراف والذين في العادة إن لهم مراكز مختلفة في

(1) أحمد أبو الوفاء: التحكيم الاختياري و الإلزامي، ط5، دار المعارف، الإسكندرية، 1980، ص 26.

(2) فهمي يوسف زين العابدين: شرح قانون التحكيم 2005م مقارنة بقواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري، الناشر سلسلة نشر الثقافة القانونية، ص 22.

(3) يجوز للمحكوم ضده طلب إلغاء حكم هيئة التحكيم لأسباب الآتية: هـ/ تضمن الحكم ما يخالف النظام العام في السودان.

(4) المادة (8) قانون التحكيم السوداني 2005م المعدل لسنة 2016م.

أماكن مختلفة اعتبر الرسائل المتبادلة بين الطرفين عبر وسائل الاتصال المختلفة في حكم العقود المبرمة في مجلس واحد. هناك العديد من طرق تبادل الرسائل عبر وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية مثل: تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكسي أو النسخ البرقي⁽¹⁾.

نلاحظ أن النص السوداني في المادة (8) والنص المصري في المادة (12) متطابقان في الصياغة والمضمون تنص المادة (12) على ما يلي يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان وإذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة.

إن مختلف الأحكام القانونية الخاصة بالتحكيم تدل بوضوح على كتابة شرط التحكيم وبعض الدول قضت ببطان العقد إذا لم يكن مكتوباً⁽²⁾.
ويعد في حكم الاتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد.

إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة فعلى المحكمة أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم، ويعد هذا القرار بمثابة اتفاق تحكيم مكتوب.
ويتبين من هذه النصوص أن قوانين الدول العربية تتفق على ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ولكن تختلف قوانين السودان ومصر والأردن من جهة، حيث أن الكتابة في القوانين المذكورة هي شرط انعقاد عن القانون الإماراتي والبحريني والعراقي والكويتي والقانون الليبي من جهة أخرى حيث أنها تعتبرها شرط إثبات لذلك يترتب على عدم كتابة الاتفاق بطلانه في كل من السودان ومصر والأردن، في حين يكون الاتفاق الشفوي صحيحاً في قانون الإمارات والبحرين وليبيا ولكن لا يجوز إثباته إلا كتابة وحسب القواعد العامة في الإثبات في دولة الإمارات مثلاً فإنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة في عدة حالات نصت عليها المادة (37)

(1) هيثم مصطفى سليمان: قانون التحكيم السوداني 2005م، معلقاً عليه، مرجع سابق، ص 20.

(2) حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، ج1، دمشق، 1996م، ص 51.

من قانون الإثبات الاتحادي، ولكن لا يجوز تطبيق هذه القاعدة العامة على الإثبات في اتفاق التحكيم للعديد من الأسباب:

الأول: ما جرى عليه العرف التحكيمي والتطبيق العملي سواءً في التحكيم الداخلي أو الدولي من أن كافة اتفاقيات التحكيم وبشكل خاص التجارية منها، تكون كتابة إلا أن الحالات النادرة، علماً بأن العرف هو المصدر الأول بعد التشريع في المعاملات التجارية.

الثاني: إن العديد من نصوص قانون الإجراءات المدنية أشارت إلى وثيقة التحكيم مما يعني أنه يجب أن يكون هناك وثيقة أي مستند خطي يثبت الاتفاق على التحكيم.

الثالث: إن المادة (5/212) من القانون الإماراتي، اشترطت في حكم التحكيم أن يتضمن صورة من الاتفاق على التحكيم، وتطبيقاً لهذا النص ذهب محكمة تمييز دبي في حكم حديث لها أن عدم التقييد بهذا الشرط يؤدي إلى بطلان الحكم⁽¹⁾ لأنه متعلقاً بالنظام العام.

يرى جانب من الفقه أنه لما كانت قواعد الإثبات الموضوعية لا تتعلق بالنظام العام، فمن الواجب الاعتداد بإرادة الخصوم في صدور التحكيم، بحيث إذا اتفق الخصوم على جواز الإثبات بغير الكتابة، فيما كان يجب إثباته بها صح هذا الاتفاق لأن القاعدة التي نحن بصددتها لا تتعلق بالنظام العام.

إن الاتجاهات الفقهية التي تفسر النصوص السابقة على أساس أن الكتابة تعد مجرد وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم وليس ركناً لانعقاده وبالتالي من الممكن إثبات عقد بالإقرار أو حلف اليمين تسري فقط في صدور اتفاقيات التحكيم الوطنية البحتة، ولا تسري في شأن اتفاقيات التحكيم ذات الطابع الدولي التي تخضع لاتفاقية نيويورك سنة 1958م فطبقاً لنص المادة الثانية من هذه الاتفاقية تعد الكتابة شرط وجود إلا إثبات وبالتالي لا يمكن الاستغناء عن الكتابة بأي وسيلة أخرى من وسائل الإثبات⁽²⁾.

وبعض الأنظمة الأخرى تتطلب كتابة اتفاق التحكيم

القانون الفرنسي الجديد حيث نصت المادة (1443) من قانون المرافعات على بطلان شرط التحكيم إذا لم يكن مكتوباً.

(1) القصيمي صلاح أحمد محمد طه: عقد التحكيم وإجراءاته 2005م والقوانين العربية، الناشر المركز العربي للتحكيم بالسودان، ط2، الخرطوم، 2014م، ص 131.

(2) أحمد أبو الوفاء: التحكيم الاختياري والإجباري، ط5، دار المعارف، الإسكندرية، 1988م، ص 25.

أما المادة (1449) من قانون المرافعات الفرنسي الخاصة بمشارطة أو اتفاق التحكيم فلا تنص على بطلان المشارطة إذا لم تكن مكتوبة وإنما نصت على أن إثباتها يكون بالكتابة.

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه إذا وضحت إرادة المشرع ونصت صراحة أن كتابة اتفاق التحكيم إنما هي للإثبات فتكون الكتابة هنا أمام صراحة النص للإثبات وليست للانقضاء ويجوز من ثم إثبات هذا الاتفاق بالكتابة أو ما يقوم مقامه من إقرار يمين حاسمة إذ لا معنى إلى ذلك البعض أن نعترف أن الكتابة هي للإثبات ثم نعود بعد ذلك ولا نسمح لهذا الإثبات إلا بالكتابة.

إذ أن من المقرر أن الإقرار واليمين الحاسمة وسيلتان من وسائل الإثبات يصح الإثبات بأيهما في الحالات التي يجب إثباتها بالكتابة يتضح لنا من النصوص السابقة أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوباً وجزءاً عدم الكتابة هو البطلان.

فإرادة المشرع قد اتجهت صراحة إلى اعتبار الكتابة ركناً لقيام الاتفاق على التحكيم وليس مجرد وسيلة للإثبات ولو كانت الكتابة تعد ركناً شكلياً في الاتفاق على التحكيم فإن البطلان الناشئ عن تخلفه يعتبر بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام⁽¹⁾.

القرن الثاني: معالجة المسألة في ظل الاتفاقات الدولية:

إن برتوكول جنيف سنة 1923م واتفاقية جنيف 1927م لم تتصد لمعالجة هذه المسألة دولياً، والاكتفاء بمجرد الإحالة إلى التشريعات الوطنية لتحديد الضمانات التي تقضيها للتأكد من وجود اتفاق التحكيم، غير أن التطبيق العملي قد كشف عن حدوث تضارب وتباين نتيجة الاختلاف مواقف الدول، مما أدى إلى عدم استقرار لم يعد من الممكن السكوت عنه خلال مرحلة إعادة التقييم التي صاحبت وضع اتفاقية نيويورك سنة 1958م وقد جاء نص المادة الثانية من هذه الاتفاقية على النحو التالي:⁽²⁾

تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يتعهد الأطراف بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم كافة أو أية خلافات نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم.

وتعتبر اتفاقاً مكتوباً يشمل شرط التحكيم الوارد في عقد أو اتفاق تحكيم موقع عليه من الأطراف أو تضمن في تبادل للخطابات والبرقيات ويتضح من هذا النص أن الكتابة

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 279.

(2) برتوكول جنيف سنة 1923م واتفاقية جنيف 1927م.

تعد ركناً أساسياً يجب توافره لا مكان القول بوجود اتفاق تحكيم، فهذا النص قد قرر في الفقرة الأولى قاعدة موحدة تقضي الكتابة به كشرط صحة تتعلق بوجود الاتفاق ذاته وليس عنصراً خارجياً متطلباً للإثبات فقط، ويترتب على تخلف الكتابة بطلان الاتفاق بطلاناً متعلقاً بالنظام العام.⁽¹⁾

كما أن الفقرة الثانية من المادة الثانية قد أوردت صورتين للتحقق للاتفاق الكتابي: إفراغ اتفاق التحكيم في وثيقة موقعاً عليها من الأطراف.

أو وجود تبادل لمستندات كتابية بين الأطراف يفيد قبولهم التحكيم ونكتفي فقط بالقول بأن مصدر القواعد الواردة في المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لسنة 1958م هو نص المعاهدة.

الذي يعد قاعدة دولية تسمو على القواعد الواردة في التشريعات الداخلية ويترتب على هذه الطبيعة الدولية عدة نتائج:

أولاً: يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً بحسب المفهوم الوارد في الاتفاقية حتى ولو لم يكن شرطاً متطلباً وفقاً للتشريع الوطني في الدول المعنية.

ثانياً: إن اتفاق التحكيم يعتبر مستوفياً للشكل المطلوب بتوافر شرط الكتابة حسب المفهوم الوارد في الاتفاقية، وذلك بغض النظر عن القيود الأكثر تشدداً في هذا الخصوص التي قد تتطلبها النصوص التشريعية في الدول المعنية وبعبارة أخرى، فإن الانضمام إلى الاتفاقية يعد بمثابة إلغاء ضمني في خصوص اتفاقات التحكيم ذات العنصر الأجنبي لأية متطلبات زائدة عن الحد الذي تقتضيه المادة (2/2) من هذه الاتفاقية.

عدل المشرع المصري نص المادة (2/501) من قانون المرافعات بنص المادة (12) من القانون رقم (1) لسنة 1994م في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية التي جاء نصها على النحو التالي:

يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وألا كان باطلاً⁽²⁾.

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 280.

(2) هيثم مصطفى سليمان: قانون التحكيم السوداني 2005، مرجع سابق، ص 20.

نص قانون التحكيم السوداني في المادة (8) يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً
وإذا كان باطلاً ويكون في حكم الكتابة الرسائل المتبادلة بين الطرفين عبر وسائل
الاتصال المختلفة.

هذان النصان ينطبقان مع نص المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لسنة 1958م التي
انضمت إليها مصر في 9 مارس سنة 1959⁽¹⁾. والسودان لم يصادق على هذه
الاتفاقية حتى الآن، وهي ملزمة بالنسبة لمن صادق عليها وفق المادة الثالثة.
يرى الباحث "أن من الأوفق للأنظمة التي تنص قوانينها على أن الكتابة وسيلة لإثبات
اتفاق التحكيم أن تعدل من موقفها وبصفة خاصة الدول المنضوية لاتفاقية نيويورك لسنة
1958م بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية على ضرورة كتابة اتفاق التحكيم
حتى تكون على اتفاق مع دولية التحكيم".

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 282.

المبحث الثاني

المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم وأحكامها

على الرغم من حرية الإرادة المتروكة للمتازعين على الخلاف الناشئ بينهما عن طريق التحكيم إلا أن هذه الإرادة ليست على إطلاقها بل لابد من ورود هذا الاتفاق على مسألة يجوز حلها عن طريق التحكيم⁽¹⁾. فالقابلية للتحكيم قد تنور لأسباب تتعلق بعدم المشروعية أو بالنظام العام أو حماية المصلحة العامة وسيادة الدولة كما تنور بسبب طبيعة ومهمة أحد الأطراف، وهناك من الموضوعات التي لا يجوز أن تكون محلاً للتحكيم أي العبرة من موضوع النزاع المعروض ولهذا تسمى عدم القابلية الموضوعية للتحكيم⁽²⁾.

سوف نتناول في هذه الدراسة وفقاً لما ذهب عليه تشريعات بعض الدول العربية والاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم.

المطلب الأول

فكرة النظام العام وارتباطها بالدفع بعدم القابلية

بناءً على ما تقدم يمكن القول - بوجه عام بأن المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ومن ثم لا يجوز فض المنازعات الناشئة عنها بطريق التحكيم ولا يجوز الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم التي فصلت في هذه المنازعات، هي المسائل التي تتصل بالنظام العام. بيد أن فكرة النظام العام فكرة غامضة ومطاطة يصعب إن لم يتعذر تحديد مضمونها الذي يختلف من دولة لأخرى كما يختلف في نفس الدولة في عهد لأخر فضلاً عن مجالات استخدامها، وأغراض اللجوء إليها، لذا تعددت واختلقت تعريفات النظام العام.

كل تلك التعريفات على اختلافها تنصب على فكرة النظام العام في القانون الوطني الذي يستخدم هذه الفكرة أساساً للحد من مبدأ سلطان الإرادة، وذلك فيما يقره هذا القانون من نصوص لا تجيز الاتفاق على ما يخالف النظام العام⁽³⁾، وفي هذا الخصوص أحياناً ما يحمل تعريف الفقهاء للنظام العام طابعاً مستمداً من الشريعة الإسلامية الغراء

(1) إبراهيم محمد أحمد دريج: التحكيم الداخلي والدولي النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 44.

(2) نفس المرجع السابق، ص 48.

(3) حسني المصري: التحكيم التجاري الدولي، الناشر دار الكتب القانونية، ط2، القاهرة، 2006م، ص

كالتعريف الذي أتى به العلامة المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف⁽¹⁾ حيث قال (كل حكم دل عليه نص قطعي الثبوت والدلالة فهو من النظام العام، ولا تجوز مخالفته، ولا يباح للأفراد والجماعات أن يتفقوا على خلافه بأية صورة من الصور ويقصد بهذا النص على ما يبدو النص المستمد من الأصول الشرعية الإسلامية المعتمدة التي كان لها دورها أثرها على موقف دولة اليمن عند انضمامها إلى اتفاقية جامعة الدول العربية لعام 1952م بشأن تنفيذ الأحكام في أقاليم الدول الأطراف، حيث أبدت اليمن آنذاك تحفظاً بمقتضاه أنه لا تلتزم بتنفيذ حكم في إقليمها إذا كان مخالفاً لأصل من الأصول العامة للشريعة الإسلامية وذلك باعتبار أن هذه المخالفة تمس النظام العام اليمني).

يمكن القول أن هذا التحفظ يستشف منه أن فكرة النظام العام كما تستخدم في القانون الوطني للحد من مبدأ سلطان الإرادة فإنها تستخدم كذلك لمنع تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية أو الدولية في دولة معينة متى تعارضت مع نظامها العام الوطني، بل ولا يقتصر استخدام فكرة النظام العام على هذين المجالين وإنما قد تستخدم أيضاً كوسيلة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي أصلاً على النزاع متى كان هذا القانون متعارضاً مع النظام العام في قانون القاضي أو في القانون الذي يجري التحكيم على مقتضاه.⁽²⁾

لذا عرف أحد الكتاب الإنجليز النظام العام بأنه المبدأ الذي يوجب استبعاد تطبيق القانون في الأحوال التي يخالف فيها تطبيقه للقانون الإنجليزي أو قواعد الآداب العامة المرعية في إنجلترا أو يتعارض مع ضرورة المحافظة على النظم السياسية فيها ومن المعلوم أن الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون يدخل في نطاق تنازع القوانين في العلاقات ذات العنصر الأجنبي مما حد بالبعض إلى وصف النظام العام في هذا المجال بالنظام العام الدولي وهو وصف منتقد على أية حال لأن النظام العام الذي تؤدي مخالفته

(1) * هو الشيخ عبد الوهاب خلاف (1305-1375هـ / 1888-1956م)، هو المحدث الأصولي، الفقيه، الفرضي عضو مجمع اللغة العربية في القاهرة، وصاحب المؤلفات الكثيرة خصوصاً في علم أصول الفقه. عين قاضياً بالمحاكم الشرعية سنة 1920م ثم نقل مديراً للمساجد بوزارة الأوقاف سنة 1924م وبقي بها حتى عين مفتشاً بالمحاكم الشرعية في منتصف سنة 1931م. انتدبته لكلية الحقوق جامعة القاهرة مدرساً بها في أوائل سنة 1934م وبقي أستاذاً لكرسي الشريعة الإسلامية حتى أحالته إلى المعاش سنة 1948م وقد ظلت تمتد مدة خدمته حتى بداية عام 1955-1956م حيث أقعده المرض عن إلقاء المحاضرات. زار كثيراً من دول الوطن العربي للإطلاع على المخطوطات النادرة وإلقاء المحاضرات، انتخب عضواً بمجمع اللغة العربية فأشرف على وضع معجم القرآن. ترك عدداً من المؤلفات امتازت بوضوح العبارة.

(2) حسني المصري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 627.

إلى استبعاد القانون الأجنبي هو في التحليل الأخير نظام عام وطني باعتبار أن لكل دولة لها نظامها العام الوطني.⁽¹⁾

إن فكرة النظام العام ليس لها مفهوم محدد وثابت وأنها لذلك تتسم بالمرونة وعدم الجمود ولعل ذلك ما جعل معظم المشرعين الوطنيين ينادون بأنفسهم على ذلك تعريف النظام العام، تعريفاً قانونياً وبينما يقدم بعضهم على استحياء على تحديد بعض المسائل التي يعتبرونها من صميم النظام العام الوطني كالمسائل التي لا يجوز فيها الصلح مثلاً، كما حذا قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م في المادة (3/ب) المعدل لسنة 2016م في المادة (2/3)،⁽²⁾ ومن ثم لا تكون قابلة للتحكيم، فإن بعضهم الآخر يترك للقاضي الوطني حرية تقدير ما يعتبر وما لا يعتبر من النظام العام الوطني بغير حاجة إلى تعريفه وتحديد المسائل المتصلة به، باعتبار أن القاضي الوطني هو الأقر دائماً على تحديد المسائل التي تتعلق بالنظام العام الوطني للدولة وقت نظر النزاع. وأياً ما كان الأمر حول اختلاف التعريفات القانونية والفقهية للنظام العام وتباينها فإنه يمكننا القول بوجه عام اعتماداً على هذه التعريفات أن المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، ومن ثم لا يجوز فض المنازعات الناشئة عنها بطريق التحكيم أو تنفيذ أحكام التحكيم التي فصلت فيها، هي المسائل التي تمس أسس النظام الاجتماعي أو الاقتصادي أو السياسي التي لا يمكن مخالفتها أو الخروج عنها من قبل الأفراد أو الجماعات في الدولة فالمسائل المتعلقة بالحالة كالذكورة والأنوثة والسن والموت والحياة ومسائل الزواج والطلاق والانفصال الجسماني والأبوة والبنوة وفضلاً على المسائل الجنسية والجرائم والعقوبات ومسائل الإفلاس والمحال التجارية وحقوق الملكية الصناعية والتجارية والأدبية هذا وإن كان يجوز الصلح والتحكيم في المنازعات ذات الطابع المالي الناشئة عن تلك المسائل كالصلح والتحكيم في النزاع المتعلق بالتعويض الناشئ عن جريمة. وترتيباً على ذلك إذا فصل حكم التحكيم في حالة لا يجوز فيها الصلح فيها وبالتالي لا يجوز فيها التحكيم لتعلقها بالنظام العام الوطني للدولة التي يطلب إليها تنفيذ الحكم في إقليمها جاز الدفع بعدم قابلية النزاع للتحكيم مما يحول دون صدور الأمر بتنفيذه، بل ويجوز الحيلولة دون

(1) حسن المصري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 631.

(2) المادة (3/ب) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل بالمادة (2/3) لسنة 2016م.

صدور هذا الأمر بمجرد التمسك بالدفع بالنظام العام والحال كذلك عن الدفع بعدم القابلية للتحكيم⁽¹⁾.

هذا لاسيما وأن اتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي أحياناً ما تقتصر على النص على عدم جواز الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إذا تعارض مع النظام العام لدولة التنفيذ، وإن كان الغالب اشتمال تلك الاتفاقيات والأنظمة على النص على هذين الدفيعين كل على استقلال برغم الارتباط الوطيد بينهما.

المطلب الثاني

المنازعات التي لا يجوز فيها التحكيم

إجازة الدفع بعدم القابلية للتحكيم أو بالنظام العام في اتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي:

تضمنت معظم هذه الاتفاقيات والأنظمة نصوصاً تجيز الدفع بعدم القابلية للتحكيم والدفع بالنظام العام بينما اكتفى بعضها بالنص على الدفع بالنظام العام باعتباره كافياً لمنع الاعتراف بأحكام التحكيم التجاري الدولي أو تنفيذها.

فقد نصت المادة الأولى من بروتوكول جنيف لعام 1923م على الاعتراف بصحة شرط أو مشاركة التحكيم كاتفاق يخضع طرفاه بمقتضاه للتحكيم جميع المنازعات الناشئة عن مسألة تجارية أو أي مسألة أخرى يجوز تسويتها بطريق التحكيم ونصت المادة الثالثة من نفس الاتفاقية على تعهد الدول الأطراف بكفالة تنفيذ أحكام التحكيم من تصدر في أقاليم الدول متى فصلت هذه الأحكام في المسائل المذكورة وبالتالي إذا كان حكم التحكيم قد فصل في مسألة لا يجوز تسويتها بطريق التحكيم طبقاً لقانون الدولة الذي يخضع له اتفاق التحكيم جاز للمحكوم عليه الحيلولة دون تنفيذ هذا الحكم بالدفع بعدم قابلية النزاع للتحكيم.

جاءت المادة الأولى فقرة (أ) من اتفاقية جنيف لعام 1927م لتؤكد هذا المعنى حيث اشترطت لحصول المحكوم له على الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه في إقليم إلى أي دولة من الدول الأطراف في بروتوكول جنيف المذكور أن تكون مشاركة التحكيم أو شرط التحكيم صحيحاً طبقاً لقانون الدولة الذي أبرم على مقتضى، وبديهي أن شرط أو مشاركة التحكيم لا يكون صحيحاً إلا إذا تعلق بمسألة يجوز فيها التحكيم طبقاً لهذا

(1) حسن المصري: التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 631.

القانون كما اشترطت الفقرة (ب) من نفس المادة للاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذ في إقليم دولة من الدول الأطراف أن يكون موضوع النزاع الذي فصل فيه حكم التحكيم مما يقبل تسويته بطريق التحكيم وفقاً لقانون هذه الدولة ليس هذا فقط بل اشترطت الفقرة (هـ) من ذات المادة بهذا الاعتراف والتنفيذ أن لا يحصل التمسك فيها بحكم التحكيم⁽¹⁾ ويعني أنه لا يكفي، وفقاً لبرتوكول جنيف لعام 1923م واتفاقية جنيف عام 1927م أن يكون موضوع النزاع قابلاً للتحكيم في الدولة التي أبرم اتفاق التحكيم على مقتضى قانونها كشرط لتنفيذه في إحدى الدول الأطراف وإنما يلزم أيضاً لذلك أن يكون هذا الموضوع قابلاً للتحكيم طبقاً لهذه الدولة وغير متعارض مع نظامها العام. ولكن يكفي للحيلولة دون هذا التنفيذ بعدم القابلية للتحكيم أو الدفع بالنظام العام بحيث لا يلزم لرفض هذا التنفيذ التمسك بالدفعيين في آن واحد، إذ يمثل كل منهما مانع مستقل من مواع تنفيذ التحكيم.

على خلاف معظم اتفاقيات التحكيم التجاري الدولي أدخلت اتفاقية جامعة الدول العربية المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ضمن المسائل التي يجوز فيها التحكيم بالرغم من تعلق هذه المسائل بالنظام العام في معظم الدول الأطراف.

فقد نصت المادة الأولى التي أحالت إليها المادة (1/3) من هذه الاتفاقية بشأن تنفيذ أحكام المحكمين، على أن (كل حكم نهائي مقرر لحقوق مدنية أو تجارية أو قاضي بتقويض من المحاكم الجنائية أو متعلق بالأحوال الشخصية الصادر عن هيئة قضائية في جامعة الدول العربية يكون قابلاً للتنفيذ في سائر دول الجامعة الأطراف) وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية، ويوحى من هذا النص بأنه يجب على أي دولة من الدول تنفيذ حكم التحكيم الصادر في دولة أخرى بشأن مسألة متعلقة بالأحوال الشخصية ولو كانت هذه المسألة غير قابلة للتحكيم وفقاً لقانون الدولة التي يطلب إليها التنفيذ، إلا أن هذا الاتجاه سرعان ما يتلاشى أمام نص المادة (3/هـ) من نفس الاتفاقية، حيث اشترطت لتنفيذ حكم المحكمين في أي دولة من الدول الأطراف، أن لا يكون متعارضاً مع نظامها العام⁽²⁾، وبالتالي لا يجوز هذا التنفيذ متى تعلقت مسائل الأحوال الشخصية بالنظام العام

(1) حسن المصري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 632.

(2) فقد نصت المادة (3-هـ) من هذه الاتفاقية على أنه لا يجوز تنفيذ حكم المحكمين إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف النظام العام أو الآداب العامة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ، وهي صاحبة السلطة في تقدير كونه كذلك، وعدم تنفيذ ما يتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة فيها.

لدولة التنفيذ وكان قانون هذه الدولة لا يجيز فض المنازعات الناشئة عنها بطريق التحكيم لهذا السبب⁽¹⁾.

غالباً ما يقصد بمسائل الأحوال الشخصية التي يجوز فيها التحكيم كمسألة النفقة أو التحكيم في اختلافات الزوجين وقد نصت قوانين بعض الدول العربية كاستثناء من الأحوال الشخصية يجوز فيها التحكيم. وإن تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في ظل اتفاقية واشنطن لعام 1966م بشأن تسوية منازعات الاستثمار تتم على مقتضى قوانين دولة التنفيذ فإنه يجوز الدفع أمام السلطة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ بمخالفة الحكم للنظام العام في هذه الدولة لكننا نلاحظ بالنسبة لهاتين الاتفاقيتين، أنه بالنظر إلى تعلقهما بأحكام التحكيم التي تفصل في منازعات التجارة الدولية فإن أمكن اللجوء إلى الدفع بالنظام العام في دولة التنفيذ للحيلولة دون تنفيذها في إقليمها، وإذا كانت تلك الأحكام مخالفة لهذا النظام العام، إلا أنه يمكن اللجوء إلى الدفع بعدم التجارية أو بعدم القابلية للتحكيم للحيلولة دون هذا التنفيذ لأن المنازعات الناشئة عن المسائل التجارية تكون قابلة للتحكيم، بطبيعتها من جهة ولأن الدول الأطراف متى قبلت الالتزام بهاتين الاتفاقيتين الدوليتين التجارييتين فإنه لا يجوز لها التخلص من هذا الالتزام تحت ستار الدفع بعدم القابلية للتحكيم.

بالنظر إلى أن واضعي القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985م، قد أراد تحقيق الاتساق قدر الطاقة بين هذا القانون واتفاقية نيويورك لعام 1958 فإنهم قد صاغوا نصوصه صياغة تكاد تتطابق مع نصوص هذه الاتفاقية سواء فيما يتعلق بالدفع بعدم القابلية للتحكيم أو الدفع بالنظام العام، فمن ناحية نصت المادة (136/أ) من القانون النموذجي المذكور على أنه لا يجوز رفض الاعتراف بأي حكم تحكيم أو رفضت تنفيذه (إلا إذا كان الاتفاق المذكور (اتفاق التحكيم) غير صحيح بموجب القانون، الذي أخضع الطرفان الاتفاق له أو أنه عند عدم الإشارة إلى هذا القانون غير صحيح بموجب قانون الدولة التي صدر فيها الحكم وبالتالي فإنه لو كان الاتفاق قد انصب على موضوع لا يجوز تسويته بطريق التحكيم فإنه يكون اتفاقاً باطلاً مما يجيز الدفع أمام السلطة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ في الدولة التي يطلب إليها ذلك بعدم القابلية للتحكيم.

(1) حسن المصري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 633.

ومن ناحية أخرى نصت المادة (36/ب) من نفس القانون النموذجي على أنه يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إذا قررت محكمة دولة التنفيذ. إن موضوع النزاع لا يقبل التسوية بطريق التحكيم وفقاً لقانون هذه الدولة. إن الاعتراف بحكم التحكيم أو بتنفيذه يتعارض مع النظام العام لهذه الدولة وهذا النص مطابقاً تماماً لنص المادة (2/5) من اتفاقية نيويورك لعام 1958م التي انضمت إليها كل من فرنسا والكويت ومصر.⁽¹⁾

قابلية النزاع لأن يكون محلاً لاتفاق التحكيم وعلاقته بالنظام العام في السودان: يجب أن يرد الاتفاق على مسألة تقبل الفصل فيها عن طريق التحكيم، وهو ما سوف نتناوله في هذا الجزء، من خلال استعراضنا للمسائل التي لا يجوز أن تكون محلاً لتحكيم المنازعات التي يجوز أن تكون محلاً للتحكيم، وذلك في التشريع السوداني. تنص الفقرة الأولى بالمادة الثالثة من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل لسنة 2016م أنه: "تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم يجري في السودان أو في الخارج إذا اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون متى كانت العلاقة القانونية ذات طبيعة مدنية سواء أكانت تعاقدية أو غير تعاقدية".

نلاحظ من النص السابق أن المشرع السوداني لم يصرح بالمنازعات التي لا يجوز أن تكون محلاً للتحكيم، وإنما يمكن الوصول إلى هذا التحديد بمفهوم المخالفة بأنها كافة المنازعات التي لا يكون محلها علاقة قانونية ذات طبيعة مدنية سواء أكانت تعاقدية أو غير تعاقدية وبالتالي فإن المشرع السوداني يكون بذلك قد أخرج المنازعات ذات الطبيعة الجنائية السياسية والإدارية ومسائل الأحوال الشخصية وغيرها من المنازعات الأخرى التي لا يكون لها الصيغة المدنية وفقاً للمفهوم القانوني لها. بيد أنه لا يكفي أن يكون محل التحكيم علاقة قانونية ذات طبيعة مدنية، بل يجب فوق ذلك ألا تتعارض هذه العلاقة مع قواعد النظام العام ومن الأهمية بمكان التأكيد على أن المشرع السوداني عندما اشترط أن يكون محل التحكيم منازعات ذات طبيعة مدنية لم يقصد بذلك قصر التحكيم على المنازعات ذات الطبيعة المدنية وحدها دون التجارية بل غاية ذلك أن

(1) حسن المصري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 636.

التشريع السوداني يأخذ بالنظام الانجلوسكسوني والذي لم يفرق بين القانون التجاري والمدني كما في نص الدول كالسعودية ومصر وفرنسا⁽¹⁾.

الفرع الأول: المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم في قوانين الدول العربية

يقصد بعدم مخالفة اتفاق التحكيم للنظام العام أن هذا الاتفاق يتعلق من حيث موضوعه بمسائل يجوز فيها الصلح ولا تتعارض مع القيم والأسس التي يقوم عليها المجتمع، وإن المشرع أجاز للأطراف الاتفاق بصددها لالتجاء للتحكيم، وأن هذا الاتفاق يتعلق بإرادة الأطراف ولا يتعلق بالنظام العام. فلا يجوز التحكيم بشأن النزاع على تبني طفل أو نسبه أو الطلاق أو الزواج أو حقوق الإرث أو الأهلية في تحديد المسؤولية الجنائية في جريمة من الجرائم التي ينص عليها القانون، غير أن ذلك لا يمنع من التحكيم بالنسبة للحقوق المالية المترتبة على تلك الجرائم⁽²⁾.

جدير بالذكر أن النفقة من الحقوق المالية التي يجوز التحكيم بشأنها في معظم القوانين العربية، ولا تعارض بشأنها مع النظام العام، إذ هي من الحقوق التي تقوم بمال ويمكن تقديرها بمبلغ من النقود وتتعلق بالصالح الخاص للفرد، والأمر الذي يجيز التصالح فيها، والمبدأ في القانون المقارن، أن التحكيم جائز في كل ما يجوز فيه الصلح إلى جانب ذلك فقد نصت بعض التشريعات صراحة على إجازة التحكيم بشأنها حيث نصت المادة (740) من قانون المرافعات الليبي على أن: (لا يجوز التحكيم في الأمور المتعلقة بالنظام العام أو المنازعات بين العمال وأرباب العمل بشأن الأحكام الخاصة بالتأمين الاجتماعي وإصابات العمل وأمراض المهنة والمنازعات المتعلقة أو بالحالة الشخصية بما في التفريق البدني يجوز أن يكون موضوع التحكيم تقدير لنفقة واجبة في النظام الزوجي أو العائلي أو في خلاف على مقدار المهر أو دعوى مالية أخرى ناشئة عن قضايا الأحوال الشخصية كما يجوز التحكيم بين الزوجين فيما تجيزه أحكام الشريعة الإسلامية.

غير أن بعض التشريعات المعاصرة تمنع التحكيم بالنسبة للنفقة وتعتبرها من النظام العام. مثال المادة (442) من قانون المرافعات الجزائري والتي نصت على أن

(1) عرفات أحمد علي محمود: النظام القانوني للتحكيم في القانون السوداني، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير لعام 2012م جامعة أم درمان الإسلامية، مكتبة كلية الشريعة والقانون.

(2) أحمد إبراهيم عبد التواب: اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009م، ص 27.

يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها، ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو في حالة الأشخاص وأهليتهم.

تنص المادة (190) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم (13) لسنة 1990م تحديد المنازعات حتى لا يجوز أن تكون محلاً للتحكيم ... ولا يجوز للتحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح). والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح هي المسائل المتعلقة بالنظام العام، المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية، المسائل الجنائية، المنازعات المتعلقة بإجراءات التقاضي والتنفيذ، الحقوق الناشئة عن عقد العمل، سوف نتحدث عن كل هذه المسائل بشيء من التفصيل.⁽¹⁾

أولاً: المسائل المتعلقة بالنظام العام

قد استقر الفقه والقضاء على عدم جواز اتفاق الأطراف على مخالفة القواعد الأمرة التي تتعلق بالنظام العام، ولا يجوز أن تكون محلاً للصلح، وبالتالي لا يجوز أن تكون محلاً للتحكيم.

ثانياً: المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

لم نجد في الفقه والقضاء السوداني والقطري تعريفاً منضبطاً بالأحوال الشخصية لكن نجد محكمة النقض المصرية قد عرفت أنها (مجموعة ما يميز بها الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية لكونه ذكراً أو أنثى، وكونه رجلاً أو أرملاً، أو مطلقاً أو ابناً شرعياً أو أباً، أو كونه تام الأهلية أو ناقضها لصغر سنه أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية بسبب من أسبابها القانونية).

قد خلص الفقه إلى أن المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والتي لا يجوز أن تكون محلاً للتحكيم هي مسائل الأحوال الشخصية البحتة، إذ أنها تعد من الأركان الرئيسية حتى يقوم عليها المجتمع فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وبالتالي لا يجوز فيها الصلح ومن ثم تخرج عن نطاق المسائل التي يجوز فيها التحكيم ومن أمثلة مسائل الأحوال الشخصية البحتة الخصومات التي تتعلق بصحة عقد الزواج أو بطلانه، والطلاق وشروطه الشرعية، وزواج المحارم والخلع، وأحكامه وإقرار البنوة والتبني،

(1) أحمد إبراهيم عبد التواب: اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، مرجع سابق، ص 271.

والانتساب إلى أسرة ما، وحضانة الطفل الرضيع، وحقوقه على والديه، والمسائل المتعلقة بالأهلية، وسن الرشد، والولاية والوصاية والقوامة والمواريث من حيث كون الشخص وارثاً من عدمه والمسائل المتعلقة بالجنسية كرابط قانوني وسياسي بين الفرد ودولته، والمسائل المتعلقة بالحق العام في الانتخابات والترشيح لمقاعد السلطات التشريعية والتنفيذية⁽¹⁾.

أما المسائل المالية المتعلقة بمنازعات الأحوال الشخصية فيجوز الصلح فيها وبالتالي فإنه يجوز التحكيم فيها تبعاً لذلك، ومن أمثلة المسائل التي تدرج تحت هذا النوع من مسائل الأحوال الشخصية ذات الطبيعة المالية التعويض الناشئ عن عقد الزواج الباطل، وتحديد مقدار النفقة الزوجية أو للصغير وأجر الحضانة وتنظيم إدارة التركة، وتخراج أحد الورثة، والتعويض عن القرار الإداري الصادر بالمخالفة للقانون في شأن الجنسية وأيضاً الحقوق المالية المتنازل عنها من الزوجة للزوج في حالة الخلع والتعويض الناشئ عن القرار الصادر في الإقرار بنوة للصغير، والتعويض الناشئ عن القرار الصادر من الجهة الإدارية بالمخالفة للقانون في المنع من الترشيح للانتخابات فكل هذه المسائل يجوز فيها التحكيم كما يجوز فيها الصلح.

ثالثاً: المسائل الجنائية

حكم المسائل ذات الطبيعة الجنائية قواعد قانونية أمره لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو التصالح فيها لكونها تتعلق بالنظام العام وبالتالي لا يحق للأطراف أن يجعلوها محلاً لاتفاق التحكيم بيد أن التحكيم جائز في كافة المنازعات المتعلقة بالمسائل المدنية المالية، التي تكون محلاً للتعويض الناشئ عن الضرر الذي أصاب أحد الأطراف من جراء أحد الجرائم التي ارتكبها الطرف الآخر.⁽²⁾

رابعاً: المنازعات المتعلقة بإجراءات التقاضي والتنفيذ

اتفق الفقه على أنه لا يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع يتصل بإجراءات التقاضي أمام القضاء، فلا يجوز التحكيم في شأن اختصاص المحاكم في نظر الدعوى

(1) يس محمد يحي: عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978م، ص 369.

(2) عرفات أحمد علي: النظام القانوني للتحكيم في القانون السوداني والقطني، رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص 205.

أو في بطلان أو صحة الإجراءات في التقاضي أمام المحكمة للفصل في النزاع محل الدعوى أو التحكيم في المنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ.

خامساً: الحقوق الناشئة عن عقد العمل

إن معظم قوانين العمل في القانون المقارن قواعد أمره لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لتعلقها بالنظام العام والمصالح العليا للبلاد والتي ترمي إلى المحافظة على الحقوق المشروعة للعامل وإن كان الأمر كذلك فإنه لا يجوز الصلح فيها، ومن ثم لا يجوز التحكيم فيها، إلا أنه هناك استثناء يرد على ذلك وهو ما يتعلق بمنازعات العمل الجماعية إذ أن هناك العديد من التشريعات التي لم تجز فقط التحكيم بشأنها بل أنها أوجبت التحكيم فيها، ومن تلك التشريعات التي لم تحكم القانون اللبناني، وأيضاً قانون العمل السوداني لسنة 1997م المواد (112)، (113) وكذلك الأمر في قانون العمل القطري رقم (14) لسنة 2004م المواد (130)، (134) كما أن هذا ما استقر عليه الفقه والقضاء الفرنسي لكن هناك فريق من الفقه القانوني من يذهب إلى جواز التحكيم في العقوبات الناشئة عن الأضرار التي لحقت بالعامل أو رب العمل من جراء الخطأ الذي ارتكبه نتيجة لتنفيذ عقد العمل وخاصة في المسائل التي لم يرد فيها نص أمر في قانون العمل⁽¹⁾.

الفرع الثاني: المنازعات التي تدخل في الاختصاص المنفرد للقضاء الوطني

قد اتجه رأي في فرنسا إلى التقريب بين قواعد الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص النوعي والاستعانة بها نظراً لقصور الأولى عن الوفاء بالغرض منها، ورتب على ذلك، أنه مادامت قواعد الاختصاص النوعي متعلقة بالنظام العام فإنه يجب أيضاً أن تكون قواعد الاختصاص القضائي الدولي متعلقة بالنظام العام⁽²⁾.

بينما يرى غالبية الشرح التقريب بين قواعد الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص المحلي والاستعانة بها، وأنه ما دامت الأخيرة تراعي المصلحة الشخصية للخصوم وغير متعلقة بالنظام العام فإن قواعد الاختصاص الدولي تصبح كذلك متعلقة بالنظام العام إذ القضية الأجنبية التي تفرض حلاً مختلفاً. وعلى خلاف المشرع الفرنسي

(1) عرفات أحمد علي: النظام القانوني للتحكيم في القانون السوداني والقطري، رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص 205.

(2) بدر الدين عبد المنعم شوقي: الوسيط في القانون الدولي الخاص، تنازع قوانين الاختصاص القضائي الدولي، مركز الأجنبي، المملكة العربية السعودية، 2002م، ص 41

فإن المشرع المصري تصدى تشريعاً وبالتفصيل لموضوع الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية وهذا الاختصاص قد جاء على نحو واسع مغالي فيه وأمام هذا النطاق الواسع يمكن القول بأن التساؤل المثار في القانون المصري ليس هو في الواقع تكون المحاكم المصرية المختصة دولياً، بل الأصح متى لا تكون هذه المحاكم المختصة.

نلاحظ انه بالرغم من هذا الوضع، فالاتجاه الغالب في الفقه المصري يضيف بصفه عامة على قواعد الاختصاص الدولي في القانون المصري تعتبر من القواعد الأمرة التي لا يجوز الخروج عليها والاتفاق على مخالفتها⁽¹⁾.

شرط التحكيم في القضاء العماني:

التحكيم يكون في المسائل التي يجوز فيها الصلح) المحكمة الابتدائية الدائرة التجارية مسقط 2009/4/26م إذ تداولت الدعوى بالجلسات علي النحو الثابت، بمحاضرها وفيها حصر طرفا التداعي كل بوكيل عنه إلي أن دفع الحاضر عن المدعى عليه بعدم قبول الدعوى بوجود شرط مقدم مذكرة بالدفاع إلي أن قررت المحكمة حجز الدعوى للحكم لجلسة اليوم ثم قررت المحكمة مد أجل النطق بالحكم لجلسة اليوم حيث قالت (اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوباً وإلا كان باطلاً، الدفع بوجود شرط التحكيم قبل ابتداء أي مطلب، المحكمة تحكم بعدم قبول الدعوى).

الاجتهاد القضائي الإماراتي:

المسائل المتعلقة بالنظام العام - مخالفة حكم من أحكام الشريعة الإسلامية مخالفة النظام العام - بطلان حكم التحكم.

طلب بطلان حكم المحكمين عندما تنظر المحكمة في المصادقة عليه- جائز في الأحوال الواردة بالمادة (216) إجراءات مدنية على سبيل الحصر، الأصل عدم جواز تعرض المحكمة لحكم المحكمين من الناحية الموضوعية ومدى مطابقتها للقانون، الاستثناء ثبوت أن المحكم قد أصدر حكمه بالمخالفة للقواعد المتعلقة بالنظام العام مؤدي ذلك وجوب تمحيص المحكمة لهذه المخالفة في ضوء ما تقضي به تلك القواعد في دولة القاضي- علة ذلك حكم التحكيم الذي يضمن موضوعه ما يخالف النظام العام في الدولة المرفوعة أمام محاكمها دعوى بطلان الحكم أو تنفيذه، تعرضه للبطلان أو لعدم التنفيذ

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 32.

في تلك الدولة حتى ولو كان صحيحاً أو قابلاً للتنفيذ في دولة أخرى لعدم مخالفته للنظام العام فيها.

قواعد الميراث التي تضمنتها المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في دولة الإمارات بما في ذلك الفوائد الربوية المحرمة قانوناً من القواعد المتعلقة بالنظام العام التي تعين على المحكمة أعمالها عند النظر في التصديق على حكم المحكم أو طلب بطلانه. (محكمة التمييز - دبي - الطعن رقم 146 لسنة 2008م مدني جلسة 2008/11/9م)⁽¹⁾.

الفرع الثالث: المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها في القانون السوداني

لقد حدد المشرع السوداني في المادة (3) من قانون التحكيم لسنة 2005م المعدل 2016م:

أن المشرع السوداني توسع في خضوع المسائل المحكومة بالتحكيم لأنه لم يضع شرط وجود عقد مخصص به الاتفاق على التحكيم بل ترك ماعون التحكيم يسع كفاه المسائل المدنية هذه ميزه أضافها المشرع على قانون التحكيم 2005م وذلك مع مراعاة أحكام المادة 2 تطبيق وقت نفاذ هذا القانون⁽²⁾.

لقد حدد المشرع السوداني في المادة (3) الفقرة (أ) طبيعة المواضيع التي تنتظر بموجب هذا القانون (تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم يجرى في السودان أو في الخارج، إذا اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون متى كانت العلاقة القانونية ذات طبيعة مدنية سواءً أكانت تعاقدية أو غير تعاقدية).

عدم الالتزام بضوابط محل التحكيم يجعل حكم التحكيم باطلاً أوفي حكم المعدوم ومُنَع بمفهوم المخالفة بعض المواضيع من أن تنتظر أمام التحكيم مثلاً في المسائل الأهلية والحالة المدنية والأمور المتعلقة بصحة الزواج وإثبات النسب كما لا يجوز التحكيم في الجرائم الجنائية، لذلك لا يجوز التحكيم في المسائل التي تتصل بالأسس الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسي أو الأخلاقية أو ما يعرف بالنظام العام الداخلي. ولكن جواز التحكيم في الحقوق المالية الناشئة عن الزواج أو الطلاق أو التعويض

(1) مجلة التحكيم، العدد السابع، تموز، يوليو 2010م، السنة الثانية، ص 240.

(2) فهمي يوسف زين العابدين: شرح قانون التحكيم 2005م، مرجع سابق، ص 12.

الناشئ عن ارتكاب جريمة وسوف نستعرض المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم على النحو التالي

1/ لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام

هناك علاقة تبادلية بين مفهوم النظام العام وبين القواعد الآمرة فالنظام العام هو السبب في اكتساب بعض قواعد القانون صفتها الآمرة وهو ما يبرر من ناحية وجود قواعد توصف بأنها قواعد أو نصوص أمره بقانون التحكيم كما أنه يبرر البطلان الإجراء وأثره على مخالفة النظام العام.

2/ لا يجوز التحكيم في مسائل الأحوال الشخصية

من قبيل مسائل الأحوال الشخصية، أيضاً كي يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النظر في المسائل التي قد تحتوى عنصراً دينياً ذا أثر في تقرير حكمها على أي جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت في شيء مما يختص به من تلك العقود، فإن نظرها فيه بالبداية لشروط بإتباع الأنظمة المقدره قانوناً لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها ومن أمثله المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية التي لا يجوز فيها التحكيم المسائل المتعلقة بثبوت النسب وصحة الزواج أو بطلانه، والمحارم الذين لا يجوز الزواج بينهم ووقوع الطلاق أو عدم وقوعه وتحديد الأنصبة والميراث وعدم جواز التبني، والنفقة ونفقة المتعة وأجر الحضانة وسكن الحضانة وبناءً على الشرح والتعريف بمفهوم المشرع للأحوال الشخصية نجد أن المادة (3) الفقرة (1) التحكيم السوداني المعدل لسنة 2016م قيدت التحكيم في الأمور المتعلقة بالطبيعة المدنية وبالتالي لا يجوز التحكيم في الأحوال الشخصية وكذا الجنائية كما جاء في المادة أعلاه.⁽¹⁾

3/ لا يجوز التحكيم في المسائل الجنائية

لا يجوز التحكيم بصدد تحديد مسؤوليه الجاني عن الجريمة الجنائية ويعد باطلاً لمخالفته للنظام العام ونص المادة (3) من قانون التحكيم السوداني على إنه إذا أشتمل الاتفاق على التحكيم من منازعات يجوز فيها الصلح، فإن شأنه في ذلك شأن سائر العقود لا يصح بالنسبة إلى ما يجوز فيه الصلح ويقتصر البطلان على الشق الباطل

(1) محمد سلامة: الموسوعة الشاملة في التحكيم والمحكم، ط1، ج1، دار مصر للطبوعات القانونية، القاهرة، 2007م، ص 26.

الذي لا يجوز فيه الصلح وحده ما لم يقدم من يدعى البطلان الدليل على أن الشق الباطل أو القابل للإبطال لا ينفصل عن جملة التعاقد⁽¹⁾.

بينما نرى انه يجوز التحكيم في الشيك بالرغم من طبيعة جريمة الشيك الجنائية وفق نص المادة (179) من القانون الجنائي، وذلك لاعتبارين: الاعتبار الأول: أن جريمة الشيك من جرائم الحق الخاص وطالما يجوز فيها التصالح يجوز فيها الاتفاق على التحكيم أما الاعتبار الثاني: هو سقوط الشق الجنائي للشيك وذلك عند فوات ستة أشهر من تاريخ تحرير الشيك ولم يقدمه الساحب للصرف خلال تلك الفترة ففي هذه الحالة ينتفي الركن الجنائي للشيك لعدم تقديم الشيك وختمه من البنك حتى تكتمل عناصر المادة (179) وبالتالي يرجع المستفيد للقضاء المدني لتحصيل قيمه الشيك وهنا يجوز الاتفاق بين الأطراف على أن يحل هذا النزاع عن طريق التحكيم⁽²⁾، المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم في القانون السوداني لعام 2005م ينحصر فقط في المسائل المتعلقة بالنظام العام ونضيف أن عقد التحكيم في هذه المسائل يكون باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام فيجوز التمسك به أي خصم في الدعوى وفي أي حاله تكون عليها الإجراءات. أضافت الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من قانون التحكيم لسنة 2016م: "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ولا يصح الاتفاق على التحكيم إلا من له أهلية التصرف في الحق مل النزاع".

المطلب الثالث

عدم تعلق اتفاق التحكيم بالنظام العام

اتفاق التحكيم عمل إرادي أساسه إجازة المشرع للأفراد في جواز الاتفاق على الالتجاء للتحكيم وعدم الالتجاء لقضاء الدولة، وذلك في بعض المسائل التي يجوز فيها الصلح ولا تتعارض مع النظام العام للمجتمع وهذا الاتفاق يتعلق بإرادات الأطراف ورغبتها في التمسك بوجوده أو تنازلها عنه صراحة أو ضمناً، ونتيجة لذلك فإن اتفاق التحكيم لا يتعلق بالنظام العام وإنما يتعلق بالصالح الخاص للأطراف في الالتجاء إليه وعدم الالتجاء للقضاء. ومعنى ذلك أنه يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته والنزول عنه صراحة أو ضمناً ولا يجوز للمحكمة القضائية من تلقاء نفسها فيجوز للأطراف اتفاق التحكيم العدول عنه صراحة وإلغاء أو إقامة هذا الاتفاق المبرم بينهم، كما قد

(1) محمد سلامة: الموسوعة الشاملة في التحكيم والمحكم، مرجع سابق، ص 26.

(2) القصبى صلاح أحمد محمد طه: عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 152.

يكون أيضا بقيام أحد الأطراف بالالتجاء للقضاء دون الالتجاء للتحكيم وتمسكه بالقضاء، كما يترتب علي عدم التمسك به أما القضاء افترض تنازل صاحب الحق في التمسك به ضمنا وفي الحالة الأخيرة لا يجوز إعمال مقتضى اتفاق التحكيم إلا بناءً على طلب أو اعتراض من أحد الأطراف، فإذا لم يتمسك الطرف الآخر باتفاق التحكيم قبل إيداء أي طلب أو دفاع في الدعوى كما هذا الحال في القانون المصري أو الجلسة كما هو الحال في قانون الإجراءات المدنية وقانون التحكيم السوداني لسنة 2005م اتفق مع القانون المصري في الجلسة الأولى وإلا اعتبر تنازلاً عن اتفاق التحكيم أن قانون التحكيم المعدل لسنة 2016م في المادة (9) استبدالها بعبارة بذلك قبل أو مع الرد على العريضة وإلا اعتبر تنازلاً.⁽¹⁾

حيث رتب المشرع المصري النتيجة السابقة في حالة عدم التمسك بالتحكيم قبل إيداء أي طلب أو دفع في الدعوى وافترض التنازل الضمني عن التمسك باتفاق التحكيم لا بشرط النص عليه صراحة في النص التشريعي من قانون التحكيم المصري والعماني والتي نصت علي عدم قبول الدعوى في حالة الدفع بالتحكيم أو دفاع في الدعوى بقولها (يجب علي المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل أبدائه أي طلب للدفاع في الدعوى).

الجدير بالذكر أن التنظيم السابق في القوانين المشار إليها كان ترجمة بعض الفقرة (3) من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك 1958م بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية على أنه على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعني الوارد في هذه المادة، أن تحيل الخصوم بناء علي طلب أحدهم التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل ولا أثر له أو غير قابل للتطبيق، وهو نفس ما حرصت بالنص عليه المادة (118) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للانسيترال لعام 1985 بقولها (علي المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسالة ابرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ بيانه الأول في موضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه).

(1) التقصيمي صلاح أحمد محمد طه: عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 153.

في القانون الفرنسي الجديد نص المشرع على عدم جواز إقصاء محاكم الدولة بعدم الاختصاص في حالة اتفاق تحكيم في المادة (1458) من المرسوم رقم (81-500) الصادر في يوليو 1981م وهو نفس ما نص عليه المشرع في المادة 1448م من المرسوم رقم (200-48) الصادر في 13 مايو 2001م حيث نصت المادة 1448 من قانون المرافعات الجديد المعدل بالمرسوم رقم 48/2011م الصادر بتاريخ يناير 2011م على أنه في حالة وجود اتفاق تحكيم يجب علي محاكم الدولة الحكم بعدم الاختصاص في حالة رفع النزاع أمام هيئة التحكيم ما لم يكن الاتفاق ظاهر البطلان أو ظاهر عدم القابلية للتطبيق، وفي كل الأحوال لا يجوز للمحكمة الحكم بعدم الاختصاص لوجود شرط التحكيم من تلقاء نفسها.

النص الجديد للمادة (1448) من القانون الفرنسي الجديد قد يحدث ثورة في عالم التحكيم من عده أوجه.

أولها: أن اختصاص هيئة التحكيم يجب اختصاص محاكم الدولة، فلا اختصاص للمحاكم في حالة رفع النزاع أمام هيئة التحكيم، وبمفهوم المخالفة فإن هذه النتيجة قد يفهم أن عدم رفع النزاع أمام هيئة التحكيم قد يجعل المحاكم مختصة بنظر النزاع حتى في حالة وجود اتفاق تحكيم. (1)

ثانيها: أن الدفع بالتحكيم لا يرتبط بميعاد محدد، فيجوز الدفع به في أي وقت، وهذه النتيجة كان منصوصاً عليها في نص المادة (1458) من القانون الفرنسي الجديد قبل تعديله بالمرسوم الحالي رقم (2011م/48) بتاريخ 13 يناير 2011م وذلك بخلاف ما تنص عليه التشريعات في الدول العربية والتي ربطت بين إيداء هذا الدفع بالكلام في الموضوع أو في الجلسة الأولى وهو ما أحدث خلافاً في الرأي في طبيعة هذا الدفع في الفقه العربي. (2)

ثالثها: أن محاكم الدولة يعود لها اختصاصها في حالة ما إذا تعين لها أن اتفاق التحكيم ظاهر البطلان أو كان غير قابل للتطبيق، الأمر الذي يعني أن الإقرار التشريعي سلطة المحاكم في وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم، فإذا تعين لها وجود تحكيم بعدم الاختصاص.

(1) محمد سلامة: الموسوعة الشاملة في التحكيم والمحكم، مرجع سابق، ص 27.

(2) فهمي يوسف زين العابدين: شرح قانون التحكيم 2005م، مرجع سابق، ص 15.

رابعاً: إن المشرع الفرنسي يستلزم لإعمال اتفاق التحكيم تمسك جميع أطرافه به بما يعبر عن استمرار إرادتهما في الالتجاء للتحكيم دون قضاء الدولة، ولا يكفي لإعمال اتفاق التحكيم في هذه الحالة تمسك أحد الأطراف به في حالة التجاء الطرف الآخر بقضاء الدولة، إذاً هذه الحالة لا يتوجب علي المحكمة الحكم بعدم الاختصاص، وهو ما يعبر من قبيل الاعتداد بفسخ اتفاق التحكيم من جانب واحد أو يمكن اعتباره تنازلاً ضمناً من جانب المتمسك بالتحكيم لعدم بدئه في إجراءات التحكيم ويتعين في هذه الحالة على المتمسك بالتحكيم البدء في رفع النزاع أمام هيئة التحكيم.⁽¹⁾

معنى ذلك أن المشرع الفرنسي لا يعول علي التمسك بالدفع بالتحكيم لوجود المحكم بعدم الاختصاص، بل يستلزم دفع النزاع أمام هيئة التحكيم، وأنه لا يعلق التمسك بالدفع بميعاد أو واقعة محددة من شأن حدوثها افتراض تنازل الأطراف عن اتفاق التحكيم، إنما يجوز الشخص المتمسك بالتحكيم في أي وقت علي أن يثبت للمحكمة جديته في القيام بالإجراءات التحكيمية برفع الدعوى أمام هيئة التحكيم وبهذا التنظيم التشريعي عزز المشرع الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم بوجوب الحكم بعدم الاختصاص في حال كون النزاع قد رفع ودخل في حوزة هيئة التحكيم، الأمر الذي يترتب علي امتناع المحاكم عن نظر النزاع ووجوب قضاءها بعدم الاختصاص فيما لم يكن اتفاق التحكيم ظاهر البطلان أو ظاهر عدم القابلية للتطبيق.⁽²⁾

يجوز لأطراف اتفاق التحكيم النزول عنه صراحة أو ضمناً إذ يترتب علي ذلك أن عدم تعلق الدفع بوجود اتفاق التحكيم النظام العام ويسقط هذا الدفع إذا لم يبده الخصم قبل الكلام في الموضوع وأساس ذلك أن اتفاق التحكيم عمل إرادي ينعقد نتيجة تلاقي أرادات الأطراف، فإذا ما أبرم بين الأطراف وتمسك الخصم به قبل الكلام في الموضوع وفقاً لقانون التحكيم المصري أو في الجلسة الأولى وفقاً لقانون التحكيم لسنة 2005م المعدلة 2016م قبل أو مع الرد على العريضة، كان علي المحكمة أن تحكم بإحالة النزاع للتحكيم ما لم يكن اتفاق التحكيم ظاهر البطلان وفقاً نصت عليه المادة (1448) من قانون المرافعات الفرنسي، فلا يجوز للمحكمة القضاء بوجود اتفاق تحكيم من تلقاء نفسها بل يتعين تمسك الخصم به ورفع النزاع أمام هيئة التحكيم وإلا عند

(1) فهمي يوسف زين العابدين: شرح قانون التحكيم 2005م، مرجع سابق، ص 16.

(2) إن القانون الفرنسي النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (البونستران) لم تقيد حق الأطراف في التمسك في التحكيم الحال أغلب القوانين العربية أعطت المحكمة السلطة الكاملة لبحث وجود اتفاق تحكيم صحيحاً وموافقاً للقانون.

الخصم متنازلاً ضمناً علي اتفاق التحكيم، إذ يرجع أساس اتفاق التحكيم لإجازة المشرع للخصوم الاتفاق علي التحكيم، وعدم الالتجاء للقضاء، وسلطة الخصوم في إبرام اتفاق التحكيم ليست مطلقة، بل أنها سلطة محصورة فقط في المسائل التي يجوز فيها الصلح ولا تتعارض مع النظام العام.⁽¹⁾

يترتب علي عدم تعلق اتفاق التحكيم بالنظام العام وتعلقه بإرادات الأطراف، أنه لا يجوز للمحكمة القضاء بوجود اتفاق التحكيم من تلقاء نفسها وجواز تنازل الأطراف عن اتفاق التحكيم وتحلهم منه صراحة أو ضمناً وفي هذا النطاق فقد ترك المشرع للأطراف قدر كبير من الحرية في تحديد ما يروونه من تغيرات أو طرق التعبير الصريح للتنازل عن اتفاق التحكيم دون قيد أو شرط، كما يجوز الوكالة في التنازل عن اتفاق التحكيم ولا تشترط الوكالة الخاصة في حالة التنازل عن شرط التحكيم أما بالنسبة للنزول الضمني عن اتفاق التحكيم فيتم بأية وسيلة تعبر عن ذلك ضمناً، فقد اعتبر المشرع المصري أن الدفع المتعلق بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع المتعلقة بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع المتعلقة بعدم القبول الشكلي التي تسقط بالكلام في الموضوع، إذا وجب علي المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق التحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى حيث نصت المادة (1113) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م علي أنه يجب علي المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى، أما المشرع الإماراتي فقد رتب علي عدم اعتراض الخصم في الجلسة إلقاء شرط التحكيم، حيث نصت المادة (51203) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي علي أنه: (وإذا اتفق الخصوم علي التحكيم في نزاع فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلي رفع الدعوى دون اعتداد شرط التحكيم ولم يعترض الطرف الأخر في الجلسة الأولى وجب نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغياً).

الواقع أن الحكم الوارد في نص المادة (1113) من قانون التحكيم المصري والمادة (203) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي أساسه أن اتفاق التحكيم عبارة عن عقد أو اتفاق وأن المقرر شرعاً أن السكوت في معرض الحاجة بيان وأن الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع المتعلقة بعدم القبول الشكلي التي تسقط بالكلام في

(1) أحمد إبراهيم عبد التواب: اتفاق التحكيم مفهومه وأركانه وشروطه، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013م، ص 140.

الموضوع، والتطبيق السابق للدفع بالتحكيم ربما يثير العديد من التساؤلات في ظل الانقسام الفقهي حول طبيعة الحكم الصادر. في الدفع بوجود اتفاق التحكيم، وهل هو الحكم بعدم قبول الدعوى أم أنه حكم بعدم الاختصاص، الأمر الذي يترتب عليه وجود تنازل ضمني عن اتفاق التحكيم في هذه الحالة ويعتبر أستاذنا الدكتور فتحي إسماعيل وإلي هذا ليس نزولاً ضمناً عن اتفاق التحكيم بالمعنى الصحيح، وأن الصحيح أنه يعتبر سقوطاً للحق في الدفع بوجود اتفاق التحكيم ومع وجهة ما ذهب إليه الدكتور فتحي ولي إلى سقوط الحق في الدفع بوجود اتفاق التحكيم، فالنتيجة المترتبة بالنسبة لاتفاق التحكيم علي هذا السقوط هي النزول الضمني من المدعي عليه عن هذا الاتفاق⁽¹⁾.

يرى الدكتور أحمد إبراهيم عبد التواب أن القول بأن ذلك يعتبر سقوطاً لحق الدفع بوجود اتفاق التحكيم لا يتفق مع تكييف الحكم الصادر في هذا الدفع علي أنه حكم بعدم القبول ولا يكون ذلك إلا في حالة اعتباره حكماً بعدم القبول الإجرائي⁽²⁾.

يترتب على عدم الدفع بوجود اتفاق التحكيم إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل أو مع العريضة قد خالف قانون التحكيم السوداني لسنة 2016م قانون المصري لسنة 1994م عكس ما كان موافقاً له قانون التحكيم لسنة 2005م، فإن قانون التحكيم السوداني لسنة 2016م جاء معدلاً كلمة الجلسة الأولى التي لم تكن محددة بصورة قاطعة سواء اجتهادات القضاء التي تعني بعد الكلام في موضوع الدعوى كما في القانون المصري. سقوط حق الخصم في الدفع بالتحكيم، وتعتبر ذلك تنازلاً ضمناً عن التمسك باتفاق التحكيم، أما في قانون التحكيم المصري فلا يسقط حق الخصم في الدفع بوجود اتفاق التحكيم إلا بعد الكلام في الموضوع، ولا يعتبر طلب المدعي عليه في هذا الدفع طالما لم يحضر المدعي عليه أو وكيله كما لا يعتبر تأجيل الدعوى أكثر من مرة لضم دعوى أخرى أو تقديم مذكرة بالدفاع مسقطاً لحق الخصم في التمسك بالدفع باتفاق التحكيم.⁽³⁾

(1) أحمد إبراهيم عبد التواب: اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 144.

(2) نفس المرجع السابق، ص 145.

(3) * قررت المحكمة الاتحادية العليا لدولة الإمارات العربية المتحدة. أنه لا يؤثر ذلك إن كان وكيل المطعون ضده الأول قد طلب في تلك الجلسة التأجيل للجواب علي الدعوى، ذلك المعول عليه في اعتبار شرط التحكيم لاغياً هو حصول الاعتراض أو عدم حصوله في الجلسة التي يحضر فيها المدعي عليه بنفسه أو عدم تعرضه له باعتبار أن نص المادة السابقة الذكر نص خاص بإجراءات التحكيم، مما لا يجوز معه الالتجاء للأحكام الخاصة بالدفع الواردة في الفصل الأول من الباب السادس من قانون الإجراءات المدنية، وقد جاء نص المادة (203) المتقدم ذكرها جلياً وصرحاً ولا محل معه للخروج عليه وتأويله والبحث عن قصد المشرع، ولا تستلزم الوكالة الخاصة للتنازل عن اتفاق التحكيم.

فإن القضاء الأمريكي قد ذهب إلى القول بأن أي شك يتعلق بمجال المسائل التحكيمية يجب تفسيره لصالح التحكيم وموقف القضاء الأمريكي يأتي باعتبار أنه متى ما وجد أن هناك شكاً حول تحكيم القابلية للتحكيم فإننا يجب أن نفسر ذلك الشك لصالح القابلية للتحكيم ويعطي القابلية للتحكيم فائدة الشك، ومن ثم فإن القضية تكون مختصة بتحديد قابلية النزاع للتحكيم من عدمه⁽¹⁾.

الفرع الأول: التمييز بين عدم تعلق اتفاق التحكيم بالنظام العام وعدم مخالفة موضوع اتفاق التحكيم للنظام العام:

إذ يترتب على عدم تعلق اتفاق التحكيم بالنظام العام جواز نزول الخصوم منه صراحة أو ضمناً وعدم جواز قضاء المحكمة بعدم الاختصاص لوجود اتفاق التحكيم من تلقاء نفسها أما بالنسبة لمخالفة اتفاق التحكيم للنظام العام فيترتب عليه بطلان اتفاق التحكيم وبطلان حكم المحكمين الصادر بناء عليه. ويقصد بعدم مخالفة اتفاق التحكيم للنظام العام أن هذا الاتفاق يتعلق من حيث موضوعه بمسائل يجوز فيها الصلح ولا تتعارض مع القيم والأسس التي يقوم عليها المجتمع، وأن المشرع أجاز للأطراف الاتفاق بصدها لالتجاء للتحكيم وعدم الالتجاء للقضاء، وأن هذا الاتفاق يتعلق بإرادات الأطراف ولا يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز التحكيم بشأن النزاع على تبني طفل أو نسبه أو الطلاق أو الزواج وحقوق الإرث أو الأهلية أو الحالة أو الجنسية أو في تحديد المسؤولية الجنائية في جريمة من الجرائم التي ينص عليها القانون غير أن ذلك لا يمنع من التحكيم بالنسبة للحقوق المالية المترتبة على تلك الجرائم.(2)

جدير بالذكر أن النفقة من الحقوق المالية التي يجوز التحكيم بشأنها في معظم القوانين العربية، ولا تعارض بشأنها مع النظام العام، إذ هي من الحقوق التي تقوم بمال، ويمكن تقديرها بمبلغ من النقود وتتعلق بالصالح الخاص للفرد والأمر الذي يجوز فيه الصلح، إلى جانب ذلك فقد نصت بعض التشريعات صراحة على إجازة التحكيم بشأنها حيث نصت المادة (740) من قانون المرافعات الليبي أنه: (لا يجوز التحكيم في الأمور المتعلقة بالنظام العام أو المنازعات بين العمال وأرباب العمل بشأن الأحكام الخاصة بالتأمين الاجتماعي وإصابات العمل وأمراض المهنة والمنازعات المتعلقة أو

(1) عبد الرحمن آدم عثمان الجزولي: تسوية النزاعات المصرفية عن طريق التحكيم، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه من جامعة أم درمان الإسلامية، 2013م.

بالحالة الشخصية بما في ذلك التفريق البدني، على أن يجوز أن يكون موضوع التحكيم تقديراً لنفقة واجبة في النظام الزوجي أو العائلي أو في خلاف على مقدار المهر أو البائنة أو دعوى مالية أخرى ناشئة عن قضايا الأحوال الشخصية كما يجوز التحكيم بين الزوجين فيما تجيزه أحكام الشريعة الإسلامية.(1)

التشريعات المعاصرة تمنع التحكيم بالنسبة للنفقة وتعتبرها من النظام العام مثال المادة (442) من قانون المرافعات الجزائي والتي نصت على أنه: (يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها، ولا يجوز التحكيم في الالتزامات بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو في حالة الأشخاص وأهليتهم)⁽¹⁾.

أما عدم مخالفة اتفاق التحكيم للنظام العام فهو أمر يتعلق بالموضوع الذي يتضمنه أو ينصب عليه اتفاق التحكيم، إذاً التحكيم لا يكون إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح ولا تتعلق بالنظام العام، وقد خلا القانون المصري من تحديد المقصود بالنظام العام من يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية المادة (58/ب) أو النص على حق المحكمة التي تنتظر دعوى البطلان في القضاء من تلقاء نفسها ببطلان حكم المحكمين إذا تضمن ما يخالف النظام العام الداخلي في جمهورية مصر العربية بينما نصت المادة (2) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985م على تعريف النظام العام بأنه: "يعتبر من النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب والأحكام المتعلقة بنظم الحكم وحرية التجارة وتداول الثروات وقواعد الملكية الفردية وغيرها من الأسس التي يقوم عليها المجتمع وذلك بما لا يخالف الأحكام الفقهية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية" ومن المقرر في قضاء محكمة النقض المصرية ومحكمة تمييز دبي، أن الاتفاق على التحكيم في الخارج ليس فيه ما يخالف النظام العام⁽²⁾.

من واقع قراءة الباحث لقوانين التحكيم وجد أن القانون السوداني لسنة 2005م والمعدل 2016م لم ينص صراحة في أي من القانون السوداني على تعريف النظام

(1) أحمد إبراهيم عبد التواب: اتفاق التحكيم مفهومة أركانه وشروطه ونطاقه، مرجع سابق، ص 142.

(2) المرجع السابق، ص 146.

العام وترك أمرها للقاضي لاستنباط النظام العام من واقع معرفته بمصالح المجتمع العليا السياسية والاقتصادية والدينية والاجتماعية.

أولاً: النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم

التحكيم هو استثناء على القضاء وأنه يترتب على اتفاق التحكيم التزام الأطراف من الناحية الإيجابية بالالتجاء للتحكيم أو الاستمرار فيه والتزامهم سلبياً بعدم الالتجاء لقضاء الدولة دون أن يترتب على ذلك سلب اختصاص الدولة بنظر النزاع، والقاعدة أن التحكيم لا يجوز في كل ما لا يجوز فيه الصلح، وقد نصت على هذه القاعدة معظم التشريعات القانونية في العالم وأساس ذلك أن الصلح يكون لمن له أهلية التصرف بالحق وبالتالي كل ما يتعلق بالصالح الخاص بالشخص، ومن ثم يتصور التحكيم من عدمه، ويتصل بذلك أيضاً أنه وفي ضوء ذلك فإن اتفاق التحكيم ينحصر نطاقه الموضوعي في كل المنازعات التي يجوز فيها الصلح، سواء أكان ذلك في المسائل المدنية أو التجارية أو في المنازعات والعقود الإدارية، ومن ثم تخرج المنازعات الجنائية من نطاق اتفاق التحكيم إذ لا يجوز الاتفاق على التحكيم لتحديد المسؤولية الجنائية للمتهم غير أن ذلك لا يمنع من الاتفاق على التحكيم في المسائل المالية المترتبة على تلك المسؤولية، لأن المسائل المالية كمبدأ يجوز فيها الصلح.(1)

دراسة النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم، تقتضي بيان القاعدة أو المعيار الذي إذا توافر أمكن للأفراد الاتفاق على التحكيم، والحالات الأخرى التي تخرج عن نطاق هذه القاعدة وهو ما سنتناوله على النحو الآتي:

ثانياً: اتفاق التحكيم لا يجوز إلا فيما يجوز فيه الصلح:

الصلح عقد أو اتفاق يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي، أو هو يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه،(1)

قد أجازت المادة 808 من قانون التحكيم الإيطالي الصادر في 5 يناير 1994م التحكيم في جميع المنازعات الناشئة بين الأفراد باستثناء تلك المنازعات العمالية المنصوص عليها في المواد من 409 إلى 424 من قانون العمل والمنازعات المتعلقة بحالة الأشخاص وتلك المتعلقة، لانفصال الجسماني وقد حددت المواد 2059 و2060

(1) أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم وإجراءاته، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974م، ص 72.

من القانون المدني الفرنسي الصادر عام 1804م والمعدلة بالقانون رقم 1972/26م الشروط المتعلقة بمحل اتفاق التحكيم حيث نصت المادة 2059 علي حق جميع الأشخاص في تسوية حقوقهم التي يكون لهم حرية التصرف فيها.

نصت المادة 2060 من القانون الفرنسي على منع التسوية أو التصالح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية ومسائل الطلاق والانفصال الجسماني والمسائل المتعلقة بالجمعيات العامة والمؤسسات العامة والمسائل أو الأمور المتعلقة بالنظام العام. جدير بالذكر أن القضاء الفرنسي قد أكد على صلاحية شرط التحكيم في النطاق الدولي وأنه بالنسبة للتحكيم الداخلي لم يكن معروفاً سوى التحكيم في العقود التجارية وفي 15 مارس 2001م قد عدل المشرع الفرنسي المادة 2061 بموجب المادة 126 من القانون رقم 2001م بتاريخ 15 مارس 2001م مجيزاً التحكيم في جميع العقود التي تتضمن منشطاً وظيفياً حيث نص على أنه باستثناء الحالات الخاصة التي ينص عليها القانون يكون شرط التحكيم صالحاً في التصرفات التجارية والعلاقات بين الجمعيات والشركات التجارية، ومن الآن فصاعداً يكون شرط التحكيم صالحاً في العقود المتعلقة بالأنشطة الفنية والزراعية، مع بقاءه ممنوعاً في عقود المستهلك وعقود العمل، وبذلك التحليل يكون المشرع الفرنسي قد وسع من نطاق شرط التحكيم في جميع العقود علي المستوي الداخلي والخارجي فيها عدا عقود الاستهلاك وعقود العمل.⁽¹⁾

تجوز الإشارة إلي أن القابلية للتحكيم هي الأصل وأن عدم القابلية للتحكيم هي الاستثناء حيث نصت المادة (11) من قانون التحكيم المصري على عدم إجازة التحكيم في كل ما لا يجوز فيه الصلح، بمعنى جواز التحكيم في كل ما يجوز فيه الصلح. وقد نصت علي هذا المعني المادة (4/203) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي والمادة (173) من قانون المرافعات الكويتي والمادة (190) من قانون المرافعات القطري وقد نصت المادة (551) من القانون المدني المصري على أن: (لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام لكن يجوز الصلح في المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم. وقد تباينت التشريعات في النص على هذا المبدأ إذا اتجهت بعض التشريعات بالمبدأ بإطلاقه، بينما نصت بعضها الآخر على تغير ذلك حيث أطلقت معظم التشريعات نطاق موضوع اتفاق

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص 201.

التحكيم بجوارزه في كل ما يجوز فيه الصلح حيث نصت المادة (11) من قانون التحكيم المصري على أنه: (لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح).
قد نصت علي هذا المعنى المادة (4/303) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي والمادة (173) من قانون المرافعات الكويتي والمادة (254) من قانون المرافعات العراقي. المادة (11) من قانون التحكيم العماني، ولا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو النظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب الجرام المادة (551) مدني مصري.
قد قيدت بعض التشريعات من نطاق هذه القاعدة فنصت على استبعاد الاتفاق على التحكيم في مسائل بعينها حيث نصت المادة (5) من قانون التحكيم اليمني على أنه (لا يجوز التحكيم فيما يلي: ⁽¹⁾
الحدود واللعان وفسخ عقود النكاح.
رد القضاة ومخاصمتهم.
المنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ الجبري.
سائر المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح.
كل ما يتعلق بالنظام العام.
نصت المادة (7) من قانون التحكيم الفرنسي على أنه (لا يجوز التحكيم:
أولاً: في المنازعات المتعلقة بالنظام العام.
ثانياً: في المنازعات المتعلقة بالجنسية.
ثالثاً: في المنازعات المتعلقة بالحالة الشخصية باستثناء الحالات المالية الناشئة عنها.
رابعاً: في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.
خامساً: في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والجماعات المحلية إلا إذا كانت هذه النزاعات ناتجة عن علاقة دولية اقتصادية كانت تجارية أو مالية.
نصت المادة (1) من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي الصادر، الأمر الملكي رقم (م/46) بتاريخ 1403 /7/12 على أنه (لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح كالحدود واللعان بين الزوجين وكل ما يتعلق بالنظام العام).

⁽¹⁾ أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص 202.

نصت المادة (442) من قانون المرافعات الجزائري أنه (يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرفات فيها ولا يوجد تحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو في حالة الأشخاص وأهليتهم).⁽¹⁾

نصت المادة (507) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري على أنه (... ولا يصح التحكيم في نزاع يتعلق بالأحوال الشخصية أو الجنسية أو بالمسائل التي لا يجوز فيها الصلح، ونص الفصل السابع من قانون التحكيم التونسي على أنه لا يجوز التحكيم:

أولاً: في المسائل المتعلقة بالنظام العام.

ثانياً: في النزاعات المتعلقة بالجنسية.

ثالثاً: في النزاعات المتعلقة بالحالة الشخصية باستثناء الخلافات المالية الناشئة عنها.

رابعاً: في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

خامساً: في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية والجماعات المحلية إلا إذا كانت ناتجة عن علاقات دولية اقتصادية كانت تجارية أو مالية وينظمها الباب الثالث من هذه المجلة).

من الناحية الضمنية نصت المادة (2/110) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (28) لسنة 2005م على عدم جواز التراضي على إسقاط نفقة الأولاد أو حضانتهم الأمر الذي يستفاد منه عدم جواز التحكيم بشأن النفقة والحضانة ونصت المادة (3) من قانون التحكيم الليبي لعام 1994 التحكيم في مسائل الزواج والتبني والوصاية، والزواج، والمنازعات الإدارية بين أشخاص القانون العام.

إن المقدر في قضاء محكمة تمييز دبي وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن لا يجوز التحكيم بصدد إجراءات التنفيذ والحجز ولا الدعوى اللازمة لصحتها، إلا إذا اتفق على اختصاص جهة التحكيم بها، فإذا تطلب القانون بصدد إجراءات الحجز رفع دعوى معينة فلا يجوز أن ترفع إلا أن المحكمة المختصة دون جهة التحكيم ما لم يتفق على خلاف ذلك.

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص 228.

يستفاد مما سبق أن التشريعات العربية تكاد تتفق على إجازة التحكيم في كل المنازعات التي يجوز فيها الصلح ولا تتعارض مع النظام العام للمجتمع وفي إطار ذلك يتحدد موضوع ومحل اتفاق التحكيم، وهذا الموضوع أو المحل الذي يتعين عليه اتفاق التحكيم يتميز عما يرتبه هذا الاتفاق من آثار يربتها القانون ويحددها بمجرد توقيع الأطراف على اتفاق التحكيم فإذا خالف أحد الأطراف هذا الاتفاق على التحكيم والتجاء للقضاء، كان للطرف الآخر التمسك بوجود اتفاق التحكيم قبل الكلام في الموضوع فيترتب على اتفاق التحكيم بمجرد توقيعه من الأطراف عدم جواز التجاء الأطراف تلقائياً للقضاء والالتزام بالالتجاء للتحكيم وقبول الحكم الصادر من هيئة التحكيم في هذه الحالة، والتمسك بوجود اتفاق التحكيم لا تترب تلقائياً لعدم تعلق اتفاق التحكيم بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة القضاء به من تلقاء نفسها، بل تعين على الخصم التمسك بوجوده قبل الكلام في الموضوع وإلا عُد متنازلاً عن التحكيم بخلاف موضوع ومحل اتفاق التحكيم إذ يتعين على الأطراف تحديد موضوعات اتفاق التحكيم ويترتب على ذلك الاتفاق أنه لا يجوز فيها الصلح وبطلان اتفاق التحكيم، وبهذا البطلان يجوز التمسك به أمام المحكمة المدفوع أمامها بوجود اتفاق التحكيم، كما يجوز التمسك به أمام هيئة التحكيم في ميعاد رد المدعى عليه على الدعوى وفقاً لنص المادة (2) من قانون التحكيم المصري وإلا سقط الحق في التمسك به، كما يجوز في هذه الحالة التمسك ببطلان اتفاق التحكيم عن طريق دعوى بطلان حكم المحكمين.⁽¹⁾

وفقاً لنص المادة (53) من قانون التحكيم المصري:

أساس ذلك إن المسائل التي لا يجوز فيها الصلح تتعلق بالصالح الخاص بالأفراد ولا تتعلق بالنظام العام للمجتمع أو مصالحه العليا ويتمثل هذا الموضوع أو المحل في موضوع من موضوعات العقد الذي ورد شرط التحكيم كبند من بنوده، أو ما آثار النزاع بشأنه بالنسبة للاتفاق اللاحق على العقد أو ما تم الاتفاق عليه بين الأطراف بعد قيام النزاع بين الأطراف سواءً أكان ذلك بمناسبة نزاع مطروح أمام القضاء أو قبل قيام هذا النزاع، وفي كل الأحوال يتعين أن يكون هذا الموضوع أو المحل قابلاً للصلح وغير مخالف للنظام العام.

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص 239.

الفرع الثاني: عدم جواز الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام

إذا كان عدم قبول الدعوى يتصل بالنظام العام بمعنى أن المحكمة تلتزم من تلقاء نفسها بالحكم فيها بعدم القبول، فلا شك أن المحكم هو الآخر يلتزم بالحكم بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسه حتى ولو كان محكماً مصالحاً، وإذن، ومتى كان على المحكمة الحكم من تلقاء نفسها بعدم سماع الدعوى الزوجية أو كان الزواج قد تم في غير الشكل المطلوب قانوناً فإن المحكم هو الآخر عليه الحكم بعدم قبول الدعوى ولو كان مصالحاً. كذلك الحال في كل دعوى يكون عدم قبولها متصلاً بالنظام العام، أيّاً كان سبب عدم القبول وسواءً أكان لرفع الدعوى من غير ذي صفة أو على غير ذي صفة أو يتجاوز الميعاد أو المدة المقررة لرفعها إن كان احترام الميعاد يوجب النظام العام.⁽¹⁾

في قضاء محكمة تمييز دبي أنه إذا اشتمل اتفاق التحكيم على بعض المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح، ومن ثم لا يقبل التحكيم، فإنه يكون كما هو الشأن في سائر العقود، صحيحاً بالنسبة إلى ما يجوز فيه التحكيم وتعتبر البطلان على الشق الباطل وحده ما لم يرق من يدعي البطلان الدليل على أن الشق الباطل أو القابل للإبطال ينقص عن جملة التعاقد.

غير أن بعض التشريعات المعاصرة تمنع التحكيم بالنسبة للنفقة وتعتبرها من النظام العام مثال المادة (442) من قانون المرافعات الجزائري والتي نصت على أنه (يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام في حالة الأشخاص وأهليتهم). ولكن يثور التساؤل عن مدى جواز الاتفاق على التحكيم بالنسبة للحقوق المتعلقة ببعض القوانين التي ينص فيها المشرع على عدم جواز الاتفاق على ما يخالف أحكامها.

ورد النص في بعض القوانين على عدم جواز اتفاق الأطراف على مخالفة أحكامها مثل قوانين العمل في بعض الدول العربية، بهدف توفير الحد الأدنى من الحماية للعمال كطرف ضعيف.

حيث نصت المادة (7) من قانون تنظيم علاقات العمل الليبي رقم (8) لسنة 2003م على أنه يقع باطلاً كل شرط يخالف أحكام هذا القانون ولو كان سابقاً على

(1) أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 78.

العمل به إذا كان يتضمن انتقاصاً من حقوق العامل المقررة فيه، وهو نفس ما نصت عليه المادة الخامسة من نظام العمل السعودي.

إن قانون رقم (18) لسنة 1981م بشأن تنظيم الوكالات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة قد نص في المادة (6) المعدلة بالقانون رقم (14) لسنة 1988 على اختصاص محاكم الدولة بنظر المنازعات الناشئة عن تنفيذه بين الموكل والوكيل وعدم الاعتداد بأي اتفاق يخالف ذلك إن العلة من صدور قانون بمنع تجاوز هذه القوانين الخاصة بالعامل ورب العمل.

إن عدم جواز الاتفاق على التحكيم بشأن الحقوق التي تنظمها هذه القوانين ولو تعلق بالصالح العام لتعلق استعمال تلك الحقوق بالأمن القانوني أو بالنظام العام للمجتمع.

يرى الدكتور أحمد إبراهيم عبد التواب أن المسألة فيها وجهات نظر كثيرة فقد يكون الاتفاق على التحكيم وعدم الالتجاء للقضاء أكثر فائدة للعامل، وقد يكون الاتفاق على التحكيم ضار بالعامل لسلب الحماية القانونية التي كفلها القانون للعامل وآيا ما كانت وجهات النظر فإن المحكم يعمل وفق القوانين الموضوعية والإجرائية التي اتفق عليها الأشخاص والاتفاق على التحكيم نفسه مقيد بعدم جواز مخالفة النظام العام للمجتمع، وأن معظم أنظمة التحكيم التي يتصور إحالة الأطراف اتقاقهم إليها، تضمن للجميع احترام الأصول العامة في التقاضي.⁽¹⁾

في هذه الحالة جواز الاتفاق على التحكيم في مثل هذه الحالة طالما أن العامل هو من يريد الالتجاء للتحكيم بدلاً من القضاء بمعنى أن البطلان في هذه الحالة مقرر لمصلحة العامل، وأنه وحده صاحب المصلحة في التمسك به، ولا يكون لصاحب العمل التمسك به، وفي حالة تمسك العامل بالقواعد الآمرة المقررة في القانون لحمايته من تعسف صاحب العمل، على أن يراعي في جميع الأحوال مضمون اتفاق التحكيم، ما إذا كان يتضمن شروطاً أكثر ضرراً بالعامل أولاً، ووقت الاتفاق على التحكيم، وأنه لا يقيد شرط التحكيم الوارد في العقود. مع إمكان الاعتداء بالشروط والمشاركة اللاحقة على قيام النزاع.

(1) أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 79.

الجدير بالذكر أن نظام العمل السعودي قد أجاز التحكيم في منازعات العمل الفردية، حيث نصت المادة الرابعة والعشرون بعد المائتين من نظام العمل السعودي الصادر بالأمر الملكي رقم (م/69) على جواز التحكيم في منازعات العمل مع تطبيق نظام التحكيم المطبق في المملكة في حالة اتفاق طرفي العلاقة على ذلك، بقولها يجوز لطرفي عقد العمل تضمثته نصاً يقضي تسوية الخلافات بطريق التحكيم كما يمكن لهما الاتفاق على ذلك بعد نشوب النزاع، وفي جميع الأحوال تطبق أحكام نظام التحكيم النافذ في المملكة ولائحة التنفيذ به⁽¹⁾.

الفرع الثالث: النظام العام للتحكيم في المعاهدات الدولية

إن اتفاقه نيويورك في صورتها النهائية لم تنظم إمكانية تطبيق قواعد القانون الوطني إلا في المرحلة التالية لصدور حكم التحكيم حيث نصت المادة (5/12) في مجال بيان أسباب رفض الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين كون قانون البلد المطلوب الاعتراف أو التنفيذ بواسطة قضائه الوطني لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم⁽²⁾. فاتفاقية نيويورك سنة 1958 للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها تشترط لكي يمكن لاتفاق التحكيم أن يرتب أثره ينبغي أن يتعلق بمسألة من المسائل التي يجوز التحكيم فيها ويلاحظ أن الاتفاقية لم تتعرض لبيان المسائل التي يجوز أو لا يجوز حلها عن طريق التحكيم ولذلك ينبغي البحث عن القانون الذي يتعين الرجوع إليه لمعرفة قابلية النزاع للتحكيم وقد أشارت الفقرة الثانية من المادة الخامسة من الاتفاقية على قانون الدولة المطلوب تنفيذ الحكم في إقليمها للتأكد من قابلية النزاع للتحكيم.

أولاً: اتفاقية جامعة الدول العربية سنة 1952م

لم تعالج اتفاقية جامعة الدول العربية مسألة قابلية النزاع للتحكيم بطريقة مباشرة فهي لم تتعرض لبيان المسائل التي يجوز أو لا يجوز حلها عن طريق التحكيم ولكن المادة الثالثة من الاتفاقية أشارت إلى رفض طلب تنفيذ حكم المحكمين ولا يجوز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم.

(1) أحمد إبراهيم عبد التواب: اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 362.

(2) سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984 ص 390.

ثانياً: الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف 1961م

نصت هذه الاتفاقية في المادة السادسة الفقرة الثانية على ما يلي يستطيع القاضي المختص عدم الاعتراف باتفاق التحكيم إذا كان موضوع النزاع غير قابل للتحكيم بموجب قانونه الوطني.

ثالثاً: اتفاقية جنيف بتاريخ 26 سبتمبر 1927م بشأن تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية

تبين الفقرة الثانية في المادة الأولى من هذه الاتفاقية شروط الاعتراف وتنفيذه ومن هذه الشروط أن يكون موضوع النزاع يجوز عرضه على التحكيم وفقاً لقانون الدولة التي يطلب منها الاعتراف بالقرار وتنفيذه.

يتضح لنا مما تقدم أن الاتفاقيات الدولية المتمثلة في بروتوكول واتفاقية جنيف واتفاقية نيويورك واتفاقية جامعة الدول العربية والاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لم تتضمن نصوصاً لمعالجة المسائل التي لا يجوز أو يجوز فيها التحكم وقد كانت هناك افتراضات بتعديل اتفاقية نيويورك وإحاقها بقائمة تتضمن الموضوعات والمجالات التي لا يجوز التحكيم فيها لتصبح سارية على كل الدول الأعضاء في الاتفاقية أو إبرام اتفاقية جديدة ولكن هذه الافتراضات لم تؤخذ في الاعتبار وذلك لاختلاف الأنظمة القانونية الوطنية لهذه الدول.

يرى جانب من الفقه أن تقدير مدى قابلية النزاع للتحكيم يجب أن يتم بالرجوع فقط إلى قانون الدولة التي يثار فيها عدم اختصاص محاكمها الداخلية، وليس من محل في هذا الصدد لتطبيق أو لتزاحم أي قانون أجنبي. ويوجد هذا الاتجاه جانب آخر من الفقه حيث يرون أن قابلية النزاع للتحكيم يجب أن يحكمها قانون الدولة التي كان يمكن لمحاكمها أن تختص بنظر النزاع في حالة غياب شرط التحكيم وذلك أن التحكيم يحتفظ دائماً بأثر سلبي من طبيعة القانون العام طالما أنه يفقد الجهات القضائية في الدولة اختصاصها. (1)

ينتقد جانب آخر من الفقه قابلية النزاع للتحكيم لأنها تؤدي إلى تعقيدات غالباً ما يصعب حلها، نظراً لأن الأطراف في مجال التجارة الدولية يكونون في أغلب الأحيان أمام عدة قوانين لدول مختلفة فلا يتسنى من ثم معرفة أي قانون من بينها سوف يحكم

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص 323.

مسألة القابلية للتحكيم⁽¹⁾. ويرد جانب من الفقه على هذه الانتقادات قائلاً أن هذه الانتقادات لا يمكن أن تكون قاطعه، فالقضاة الذين يقولون بها إنما يضعون أنفسهم في مكان المحكم الذي يتعين عليه الفصل في مسألة القابلية للتحكيم، وهم يقترحون عليه أن يطبق في هذا المجال أمام قانون إرادة الأطراف وحده وأمام هذا القانون مجتمعاً مع قانون الدولة التي نزع التحكيم اختصاص محاكمها⁽²⁾.

مع ذلك فالوضع يختلف تماماً حيث يلزم حسم هذه المسألة بواسطة قاضي الدولة الذي يطلب منه الفصل في نقطة اختصاصه وعدم اختصاصه هي نقطة النزاع المعهود بها إلى المحكمين ولا يتضح في هذا الصدد تراحم بين عدة قوانين لدول مختلفة وذلك لأن رسم حدود الاختصاص القضائي للدولة لا يزال مرجعه من حيث المبدأ فالحالة الراهنة للقانون الدولي، القانون الداخلي لكل دولة قاضي يفصل في حدود اختصاصه أو عدم اختصاصه، لا يمكنه أن يرجع إلى قانون آخر غير قانونه الوطني، ذلك لأن القانون الأجنبي ليس مؤهلاً البتة ليعبر نطاق اختصاص هذا القاضي ومن ثم فمسألة القابلية للتحكيم، وهي التي قضت تلك الحدود لا يمكن أن تقسم بواسطة ذلك القاضي إلا بمقتضى ذات هذا القانون الوطني ونظراً لأن المعاهدات الدولية السابقة الذكر لم تبين المسائل التي يجوز أولاً يجوز فيها التحكيم فإنه لا مفر من الرجوع إلى التطبيقات العملية في أحكام القضاء الدولي ونظراً لاختلاف تشريعات الدول حول قابلية النزاع للتحكيم فإنه من الصعوبة بمكان وضع معياراً (لعدم القابلية للتحكيم)⁽³⁾.

طابع النظام العام المقرر للاختصاص المصري: يعتبر الفقه المصري في غالبيته على أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية هي من قواعد النظام العام التي لا يجوز بناءً على إرادة الخصوم مخالفتها لصالح محاكم الدولة الأجنبية.

حيث ذهب جانب من الفقه⁽⁴⁾ إلى أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي من النظام العام، إنه إذا كانت قواعد الاختصاص القضائي الدولي من النظام العام فإنه لا ينفي ذلك

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 32 .

(2) أحمد قسنت الجداوي: التحكيم في مواجهة الاختصاص القضائي الدولي، تنازع الاختصاص وتنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 64،

(3) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق ص 315.

(4) هشام صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة، منشأه العارف الإسكندرية، 1972م،

كون المشرع المصري قد أجاز في المادة (32) من قانون المرافعات عُقد الاختصاص للمحاكم المصرية وذلك لأنه إذا اتفق الخصوم على الخضوع لولاية قضاء دولة أجنبية في حاله من الحالات التي تدخل في صميم اختصاص القضاء الوطني فإن ذلك سوف يتعارض غالباً مع ما قدره المشرع من قانون المحاكم الوضعية دون غيرها هي التي يتعين عليها نظر النزاع كفالة الأمن والسكينة على الإقليم أما إذا اتفق الخصوم على الخضوع لولاية القضاء الوطني في غير الأحوال التي تختص فيها محاكم الدولة بالنزاع وفقاً لضوابط الاختصاص الأخرى فليس في ذلك كأصل عام ما يمس سيادة الدولة على إقليمها أو اعتبارات الأمن والسكينة فيها.

ذهب جانب آخر إلى أنه عند الاتفاق على إجراء التحكيم في الخارج يجب التحقق من النزاع في الأصل لا تختص به المحاكم المصرية والمحاكم الأجنبية وفرق البعض بين سجلات الاختصاص الأصلي حالات الاختصاص الجواز ورُتب على ذلك أن قواعد الاختصاص الأصلي هي حالات الاختصاص الوجوب الإلزامي وهي متعلقة بالنظام العام. ويترتب على تعلق قواعد الاختصاص الداخلي بالنظام العام أنه لا يجوز للخصوم الاتفاق على ما يخالفها ولهم الحق في التمسك به في أي حاله كانت عليها الدعوى كما يجوز للمحكمة أن تقضى بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها، ويحق للنيابة العامة إذا كانت طرفاً متضمناً طلب الحكم بعدم الاختصاص.

إن محكمة النقض المصرية لم تقسم بالمرّة هذه المسألة، وفي بعض أحكامها حيث ميزت بين الاختصاص المنفرد والاختصاص المشترك تبدو هذه المحكمة بالأصح معاديه للمفهوم الجامد للنظام العام في موضوع الاختصاص القضائي.

يرى الفقه أن هذا المفهوم الخاص بطابع النظام العام للاختصاص المصري لا ينفى نقله إلى مجال التحكيم.

المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها في القانون الفرنسي: إن مسألة قابلية النزاع للتحكيم كانت قد نظمت خلال فترة معينة بنص المادتين (1003-1004)، من قانون الإجراءات المدنية القديم قد أُلقيت هاتين المادتين بالقانون رقم (72\626) في 5 يوليو 1972 وحل محلها نص المادتين (2059-2060) من القانون المدني ومن الملاحظ أن القانون الجديد قد عدل الصياغة فقط ولم يغير محتوى أو مضمون النصوص السابقة.

فمنص المادة (2059) من القانون المدني الفرنسي قد تناول حرفياً المعاني والتحريرات الواردة في نص المادة (1003) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ، القديم حيث نصت المادة 2059م على ما يلي ويستطيع الأشخاص الاتفاق على التحكيم في كل الحقوق التي يستطيعون بإرادتهم التصرف فيها فهذا النص يعالج من حيث المبدأ مشكله أهليه إبرام اتفاق التحكيم إلا أنه يقصر الموضوعات التي يجوز التحكيم فيها على الموضوعات التي يمكن للأشخاص التصرف فيها بإرادتهم وهذا التحديد يتعلق بصفه عامه بالنظام العام وهذا التفسير كان هو السائد في ظل المادة 1003 من القانون الفرنسي القديم ونص المادة (2060) من القانون المدني الفرنسي قد عالجت بطريقه مباشرة مشكله قابليه النزاع للتحكيم حيث أنها منعت إبرام اتفاق التحكيم بالنسبة للهيئات العامة والمؤسسات العامة وبصفه عامه في الموضوعات التي تتعلق بالنظام العام.

على الرغم من اختلاف الصياغة بين نص المادة (2060) من القانون المدني الفرنسي ونص المادة 1004 من القانون الفرنسي القديم إلا أن الجوهر لم يتغير حيث كانت المادة (1004) تنص على أن المنازعات التي لا يجوز الاتفاق على التحكيم بشأنها هي المنازعات التي تنصب على الهبة والوصية – الإيجار الانفصال الجسماني – الطلاق – مسائل الحالة والمنازعات التي يجب إبلاغها إلى النيابة العامة⁽¹⁾.

نلاحظ أن نص المادة (1004) لم يذكر النظام العام من ضمن المنازعات التي أوردتها. إلا أن الفرق يظل أيضاً شكلياً، لأن نص المادة (1004) يستبعد التحكيم فيما يخص المنازعات التي يجب إبلاغها إجبارياً إلى النيابة العامة بالإحالة الضمنية إلى نص المادة 83 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم.

والتي عددت الحالات التالية: الدعاوى أو القضايا المتعلقة بالهبات والوصايا والدعاوى المتعلقة بحاله الأشخاص...الخ. وكل هذه الحالات التي أوردتها نص المادة (83) من القانون القديم تدعو إلى القول بأن فكره النظام العام هي المعنية من هذا النص، ومن هنا فإن المادة (2060) من القانون المدني الفرنسي قد عالجت نفس الموضوعات التي عالجه القانون السابق على سنة 1972م، كالنتيجة لهذا فإن أحكام الفقه والقضاء والتي كانت قد تطورت بخصوص نص المادتين 1003، 1004 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم تظل قائمه مع التحفظ على بعض التفاصيل المختلفة.

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 305.

فأحكام الفقه والقضاء على درجه كبيرة من الأهمية لأن القيود الناجمة عن النظام العام بالنسبة لعدم قابلية النزاعات للتحكيم هي من أهم التعقيدات أو الصعوبات التي تثار في مادة التحكيم وهذا يرجع بداهة إلى غموض فكره النظام العام، وكثره القوانين المتعلقة بها، فكثره هذه القوانين واختلافها من حيث الهدف وطريقه التدخل تجعل تطبيق مفهوم النظام العام في مادة التحكيم أو في أي مادة أخرى، من التطبيقات الصعبة والمعقدة والمتشابكة، علاوة على ذلك فإنه توجد صعوبة خاصة بالتحكيم تتعلق بالطبيعة المختلطة لهذا النظام الذي يكون تعاقدياً وقضائياً في آن واحد وهذه الصعوبة تضيء غموضاً آخر على هذه الفكرة (1).

في الفقه الإسلامي: لقد تناول الفقهاء هذا الموضوع في باب المحكوم به واختلفوا فيما يجوز فيه التحكيم وما لا يجوز إلى عدة آراء حيث ذهب فريق إلى القول بأن التحكيم يجوز في جميع الأحكام (الحدود والقصاص والنكاح واللعان وغيرها) وذلك بحجة أن المحكم كالحاكم ينفذ حكمه في جميع الأحكام وعلى رأسهم الحنابلة وذهب رأي آخر إلى القول، يجوز في سائر المجتهديات (نكاح زواج، بيع) ولا يجوز في الحدود الواجبة حقاً لله تعالى ودرجة عدم جواز التحكيم في الحدود أن الإمام هو المتعين لاستيفائها وأن حكم الحاكم بمنزلة الصلح والحدود لا يجوز فيها الصلح وأن المحكمين لا يملكان إباحة دمهما فلا يجوز حكم الحكم فيهما لتوقف حكمه على صحة تحكيمهما وهذا رأي الحنفية. (2)

أما الشافعية فيرون أن التحكيم يجوز في كل أمر إلا في الحد بخلاف حد القذف والتقريب وحق الله تعالى المالي الذي لا طالب له معين كالزكاة أن كان المستحقون غير محصورين. (3)

رابعاً: النزاعات التي لا يجوز عرضها على التحكيم في الإسلام

هذا النوع من النزاعات يتعلق بحق الله تعالى وتتمثل في الجنايات والتي يسميها القضاء بالحدود، والحدود كما قال الأحناف هي خمسة (السرقه، الزنا، السكر، القذف، البغي) وعند الجمهور يضاف حد الردة يعتبرونه القضاء أيضاً من الحدود وأيضاً يعتبرون الحراية منفصل عن السرقه، وذلك لأن الأحناف أضافوا الحراية للسرقه

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 375.

(2) عبد الحميد الأحديب: التحكيم أحكامه ومصادره، ج1، مؤسسة نوفل - بيروت، ص 64.

(3) دار إبراهيم محمد أحمد دريج: التحكيم الداخلي والدولي، مرجع سابق، ص 47.

وأسموها بالسرقة الكبرى ووجه الخلاف بين الأحناف والجمهور أن الجمهور يرون أن كل عقوبة أنزلها الله تعالى تعتبر حداً وعندهم الحدود ثمانية (الزنا، السكر، القذف، البغي، الحراية، القصاص، الردة، السرقة الحدية). والمشرع السوداني⁽¹⁾ أخذ برأي وسط بين رأي الجمهور والأحناف حيث فصل بين الحراية والسرقة مثلما ذهب الجمهور ولكنه لم يجعل القصاص ولا البغي ضمن جرائم الحدود آخذاً برأي الأحناف واشتملت نصوص التشريع الجنائي السوداني على ستة حدود (السكر، الردة، الزنا، القذف، الحراية، السرقة الحدية) والحكمة من عدم جواز التحكيم في الحدود أنها حق لله تعالى وأن الله تعالى حدد الحكم الذي يوقع على من يخالفها مسبقاً إذا أنه لا يمكن أن يتفق الأطراف على عرض نزاعاتهم على المحكم وهذا قول فقهاء الإسلام بالإجماع، أورد الإمام النووي⁽²⁾ لا يجوز التحكيم فيما اختص به القضاء بالإجبار عليه من حقوق الله تعالى، والولاية على الأيتام والحجر، وجاء في الواجب لا يحكم في القصاص واللعان والطلاق والقذف لتعلق الحق في ذلك بغيرها وقالوا أن الحكم فيها بغير جواز ينفذ حكمه، والظاهر أن التعديل والتجريح كذلك فتأمله والله أعلم).

وجاء في ملتقى الأبحر (لا يصح التحكيم في حد إذ فيه حق الله تعالى لأنهما لا يملكان إباحتها فلا يجوز حكم المحكم فيهما لتوقيف حكمه على صحة تحكيمهما وجاء عن أسباب ألا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص أن حكماً فظناً في دم قضى الحاكم على العاقلة بالدية لم ينفذ حكمه). وجاء في مجمع الأنهر (لا يصح التحكيم في حد).

سار الفقه الحديث على ذات الدرب وقد أفتى مجمع الفقه الإسلامي السوداني في فتوى جاء في فقرتها (لا يجوز التحكيم في كل ما هو حق لله تعالى كالحدود ولا فيما استلزم الحكم فيه إثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المحاكمين ممن لا ولاية للمحكم عليه كاللعان لتعلق حق الولد به، ولا فيما ينفرد القضاء دون غيره للنظر فيه) وقد أثبتت كفاه التشريعات الإسلامية هذه الوجهة إذا لم تباح للأطراف⁽³⁾.

(1) المادة (3) من القانون الجنائي السوداني لسنة 1991م

(2) أبو زكريا يحيى بن شرف الحزامي النووي الشافعي: (631هـ-1233م / 676هـ-1277م) المشهور باسم "النووي"، ط3، ج1، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، بيروت، 1991م ص 312.

(3) هيثم مصطفى سليمان: التحكيم الدولي والوطني في الفقه الإسلامي والقانون، ط1، مطبعة الولايات الوسطي، مندي، شركة الجزيرة للطباعة والنشر المحدودة، السودان، 2007م ص 147.

عُرفت النزاعات التي تعلقت بحد على التحكيم بل وأنها اعتبرت كل المسائل الجنائية غير صالحه لعرضها على التحكيم لأنها تتعلق بالنظام العام للمجتمع الإسلامي وقيدت الفصل فيها عن طريق القضاء فحسب وهذا ما اتفق فيه الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

خلص الباحث إلى أن مسائل الجنایات لا يجوز فيها التحكيم مطلقاً وإن كان يجوز الصلح فيها والتنازل عندما يتعلق بحق خاص لأنها تعتبر من النظام العام.

الفرع الرابع: جزاء الاتفاق على التحكيم فيما لا يجوز فيه التحكيم

يتضح مما سبق - أن ما لا يجوز فيه التحكيم ينحصر فقط في المسائل المتعلقة بالنظام العام فعقد التحكيم في هذه المسائل يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً من النظام العام، فيجوز أن يتمسك به أي خصم في الدعوى وفي أي حاله تكون عليها الإجراءات، وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها دون الاعتداد بما اتفق عليه الخصوم، لكن ما هو الحل ما اشتمل اتفاق التحكيم في شق منه على منازعات لا يجوز التحكيم فيها.

لم ينص قانون التحكيم على عدم جواز تجزئه التحكيم في حين أن القانون المدني الفرنسي ينص في المادة 11557 على أن الصلح لا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضى بطلان العقد كله، وقد نصت الفقرة الثانية من ذات المادة على أن حكم الفقرة الأولى لا يسرى إذا تبين من عبارات العقد أو من الظروف أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض.

يتضح من هذا النص أنه ينبغي التفرقة بين نوعين من التحكيم بالصلح والتحكيم بالقضاء. فالتحكيم بالصلح طبقاً لنص المادة السابقة غير قابل للتجزئة وبناءً عليه فإنه إذا اشتمل العقد على شق منه على منازعات لا يجوز التحكيم فيها يترتب على ذلك بطلان العقد كله ولعل القانون قد راعى ما للصلح من صفة خاصة تميزه عن غيره من العقود ففيه يتنازل الشخص عن جزء مما يدعيه في مقابل أن يتنازل باقي أطراف العقد أيضاً عن جزء مما يدعونه فهو على هذا النحو لا يتجزأ.

أما إذا تبين من عبارات العقد أو من الظروف أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن البعض، فإن هذا الاتفاق لا يكون باطلاً إلا في الجزء الذي اشتمل على منازعه لا يجوز التحكيم فيها أما التحكيم بالقضاء فهو يقبل التجزئة بطبيعته سواءً من ناحية الموضوع أو من ناحية الأطراف، ولا يتسنى من هذه القاعدة إلا الحالة التي يكون فيها الموضوع لا يقبل التجزئة حسب طبيعته أو بنص القانون أو

بالاتفاق، ومن ثم إذا اتفق على التحكيم في أمر تعديل شق منه بالنظام العام بطل التحكيم في هذا الشق دون الشق الآخر.⁽¹⁾

إذا عرض على المحكم موضوع يتألف من عدة طلبات بعضها يتعلق بالنظام العام دون البعض الآخر وجب عليه أن يمتنع عن الفصل في الشق المتعلق بالنظام العام لانتهاء سلطته في هذا الصدد⁽²⁾، ومن المسائل المتقدمة مالا يجوز لذات المحكم الفصل فيه كما هو الحال بالنسبة لأعمال السيادة وطلبات الخصوم المخالفة للنظام العام وحسن الآداب، ومنها مالا يجوز الفصل فيه إلا من جانب المحاكم المصرية دون غيرها أو من جانب محكمين بشرط أن يقوموا بإجراء التحكيم بمصر.

كانت المادة (849) من قانون المرافعات السابق تقتضى اعتبار حكم المحكم الصادر في المسائل المتقدمة باطلاً وليس معدوماً، وذلك لأنها كانت تجيز طلب بطلان حكم المحاكم الصادر انتهاءً في المسائل المتقدمة أما إذا صدر ابتدائياً وكان قابلاً للاستئناف وفوت المحكوم عليه ميعاد استئنافه أو أسقط الخصومة فيه بفعله أو امتناعه أو تركها فإن الحكم يزول عنه البطلان ويصح ويستقر. وهذا يخالف القاعدة المقررة بالنسبة إلى الأحكام المعدومة وهذه لا تلحقها إجازة أو حصانه ولا يزول عنها العيب بفوات ميعاد الطعن فيها ولا يتعلق بصدها أي سبيل للتمسك بانعدامها.

أما المادة (512) من قانون المرافعات المصري الجديد. والتي حلت محل المادة (849) من القانون السابق، فلم تأت بعبارة (انتهائي) وذلك لأن أحكام المحكمين تصدر في جميع الأحوال نهائيه غير قابله للاستئناف، ومن ثم يترك اعتبار حكم المحكم الصادر في المسائل المتعلقة بالنظام العام معدوماً أم باطلاً للقواعد العامة دون التقييد بأي نص قانوني، ويرى الدكتور أحمد أبو الوفاء معدوماً في هذا الصدد ومن الجائز إقامة الدعوى بطلب انعدامه دون التقييد بأي ميعاد بل ولو كان الخصم قد سبق له التنازل عن إقامتها، هذا ويلاحظ أن الحكم سواء أكان باطلاً أو معدوماً — تسرى آثاره إلى أن يحكم ببطلانه أو انعدامه⁽³⁾

(1) هيثم مصطفى سليمان: التحكيم الدولي الوطني في الفقه الإسلامي والقانون، مرجع سابق، ص 140.

(2) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 413.

(3) أحمد أبو الوفاء: عقد التحكيم وإجراءاته، ط2، منشأه المعارف، الإسكندرية، 1974م، ص 117.

المبحث الثالث

تشكيل الهيئة التحكيمية وأحكام المحكمين والإخلاق

بشرط المحكم بالنظام العام

نتطرق في هذا المبحث أحكام تشكيل الهيئة التحكيمية وشروط المحاكم وأحكام المحكمين من حيث عددهم من خلال أحكام قوانين التحكيم في الدول العربية والقوانين الأخرى مع المقارنة بالقانون السوداني وتعلقه بالنظام العام.

المطلب الأول

طرق تشكيل هيئة التحكيم

كلما كانت إرادة الأطراف هي دستور التحكيم فإن الأصل في أنهم يقومون بتشكيل هيئة التحكيم، بمعنى أنهم هم الذين يختارونهم بشرط أن يكون عددهم وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً (1) المادة 12\15 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 (1) وتريه عدد المحكمين يعد قاعدة متعلقة بالنظام العام⁽¹⁾ ويرجع اشتراط وتريه العدد إلى تجنب إنكار العدالة، فإذا انقسمت الآراء تكون هناك أغلبية تسمح بإصدار القرار التحكيمي، ذلك أن أحكام المحكمين تصدر بأغلبية الآراء.

فهية التحكيم تُشكل بإرادة الأطراف المحتكمون باتفاقهم سواء في وثيقة التحكيم أو في شرط التحكيم فقد يتفقوا على أن تُشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر، ولا يوجد حد أقصى لعدد المحكمين طالما اتفق الأطراف على ذلك وطالما كان العدد وتراً، وإذا لم يتفق الأطراف على عدد المحكمين يكون عددهم ثلاثة، بتصريح المادة 15 من القانون المصري المطابق لنص المادة 37 من اتفاقيه واشنطن ولا مقابل لذلك في قانون التحكيم السعودي مع مراعاة أن هيئة التحكيم، خاصة في التحكيم الحر لا المؤسسي، هي هيئة خاصة مؤقتة تنتهي مهمتها بالفصل في النزاع.

يتم اختيار هيئة التحكيم من قبل الأطراف مباشرة ولهم الاستعانة بخبره غيرهم في الوقوف على هيئة التحكيم الصالحة من وجهه نظرهم للفصل في نزاعهم أي أن الأطراف أن يعهدوا للغير باختيار الهيئة التحكيمية ويقوم هذا الاختيار على أساس الثقة والنزاهة والخبرة وعدم إفشاء الأسرار ولا يلتزم الأطراف باختيار هيئة التحكيم في اتفاق التحكيم فعدم تعيين المحكم في اتفاق التحكيم لا يؤدي إلى بطلانه أو عدم صحته

(1) أحمد هندي: التحكيم دراسة إجرائية في ضوء قانون التحكيم المصري وقانون الدول العربية والأجنبية، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013م، ص19.

وللأطراف اختيار هيئة المحكمين في اتفاق التحكيم وفي أي وقت لاحق، وقت نشوء النزاع، ويكون اختيارهم بتحديد أسمائهم أو ذكر صفاتهم كما أن لأطراف التحكيم الاتفاق على كيفية اختيارهم للمحكمين أو الطرق التي يتم على أساسها تعيينهم، وإذا لم تقم الأطراف بتعيين المحكمين بأسمائهم ولم يبينوا الطريقة التي يتم على أساسها تعيينهم كانت مشارطة التحكيم باطله وفقاً للمادة 2\1448 من قانون المرافعات الفرنسي وإذا تعدد المحكمون وجب على الأطراف الاتفاق على كيفية اختيارهم، فإن كانت هيئة التحكيم مشكله من محكم واحد تختاره المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع في قانون التحكيم المصري⁽¹⁾.

إذا كانت هيئة التحكيم مشكله من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكماً ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث. فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمة خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تعيين أخراهما، تولت المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وفي التحكيم الأصلي أو محكمة استئناف القاهرة، ما لم يتفق الطرفان على محكمة استئناف أخرى في التحكيم التجاري الدولي، اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين ويكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي اختارته المحكمة برئاسة هيئة التحكيم أما إذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها أو لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يلزم اتفاقهما عليه، أو إذا تخلف الغير من أداء ما عهد به إليه في هذا الشأن تولت المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أو محكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على محكمة استئناف أخرى في التحكيم التجاري الدولي بناءً على طلب أحد الطرفين للقيام بالإجراء أو بالعمل المطلوب فيما لم ينص في الاتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو بعمل المادة (17) من قانون التحكيم.

بذلك نجد أن قانون التحكيم أصبح نظاماً منطقياً، يتماشى مع الاتجاهات الحديثة في التحكيم، حيث يختار كل طرفاً محكماً والمحكم المرجح يختاره المحكمان المعينان من قبل أطراف التحكيم، فإن اختلفوا عليه اختارته المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أو محكمة الاستئناف الاتفاقيه أو محكمة استئناف القاهرة – بناء على طلب أحد

(1) حسن المصري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص215.

الطرفين، ويكون المحكم المرجح هو رئيس هيئة التحكيم كذلك الحال إذا اختلف أحد الطرفين عن اختيار محكم، حيث تختاره المحكمة، كذلك تتولى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وفقاً لقواعد قانون المرافعات – القيام بالإجراء، أو العمل الذي اختلف حوله الأطراف واختلف حوله المحكمان المعينان ولأحد الأطراف أن يعترض على اختيار الطرف الآخر لأحد المحكمين إذا كان هناك ما يبرر ذلك، كما إذ كانت للمحكم مصلحة في النزاع وكان بينهم وبين أحد الأطراف عداوة فذلك ما تمليه المبادئ العامة في المرافعات⁽¹⁾.

أما القانون الإماراتي فإن الأصل أن أطراف النزاع يختارون المحكمين، فإذا لم يتفقوا عليهم أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين عن العمل أو اعتزله أو عزل عنه أو حكم برده أو قام مانع من مباشرته له ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم عينت المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع من يلزم من المحكمين وذلك بناءً على طلب أحد الخصوم، بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى ويجب أن يكون عدد ممن تعينهم المحكمة مساوياً للعدد المتفق عليه بين الخصوم أو مكماً له، لا يقبل حكم المحكمة هنا الطعن بأي طريق (المادة 204 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي).

يكاد يتطابق على هذا النص مع نص المادة 10 من نظام التحكيم السعودي ويراعى أن المحكم ليس ممثلاً للطرف الذي اختاره، ولا ينبغي أن يعمل لمصلحه هذا الطرف فالمحكم يتمتع بالاستقلال تجاه الأطراف.

فالمحكم يختار شخصاً يثق فيه وفي خبرته وكفاءته، ولكنه لا يتمتع بأي سلطان عليه، فالمحكم قاضي، يجب أن يحكم بين المحتكمين بالعدل، ولا ينجاز إلى أحد الطرفين، وهو لا يعمل لمصلحة من اختاره، ولا يتقاضى منه أتعابه وإنما هو حكم، والحكم ليس خصماً بحال من الأحوال، كذلك فإن المحكم المرجح هو محكم محايد، على أن العمل يشهد بانحياز المحكم للطرف الذي اختاره وهو يهدد عدالة التحكيم⁽²⁾.

(1) أحمد هندي: التحكيم دراسة إجرائية في ضوء قانون التحكيم المصري، مرجع سابق، ص 14.

(2) المرجع السابق، ص 16.

الفرع الأول: طريق تشكيل هيئه التحكيم في القانون السوداني

تنص المادة (12) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م⁽¹⁾ المعدل لسنة 2016م على أن تشكل هيئه التحكيم باتفاق طرفي النزاع من محكم واحد أو أي عدد فردي من المحكمين، وإذا لم يتم الاتفاق على عدد المحكمين يكون عددهم ثلاثة. إن القانون السوداني يتفق مع اتفاقيه واشنطن 1958م في عدد وترية تشكيل هيئه التحكيم كغيره من القوانين العربية إلا أنه نص على كيفية تشكيل هيئه التحكيم وعددها وقال بأن تشكيل الهيئه يتم باتفاق طرفي النزاع أو الأطراف الذين اتفقوا على إحالة النزاع إلى التحكيم فعليهم الاتفاق على ملحق اتفاق يحدد شرط التحكيم بالاتفاق على إحالة النزاع للتحكيم وأن يضمن فيه تشكيل هيئه التحكيم وعددها، أو عمل مشارطه تحكيم تتضمن ما ذكر سابقاً ويُقدم الاتفاق إلى المحكمة لتشكيل هيئه تحكيم قبل قبول إحالة النزاع للتحكيم وهذه مسألة إجرائية تنظم إجراءات التحكيم أمام الهيئه. اشترط المشرع على الأطراف أن يكون تشكيل الهيئه فردياً متعلق بالنظام العام وهذا النص يقابل نص المادة (5) من القواعد الدولية والأمم المتحدة) غير أن القواعد وضعت قيوداً زمنياً لاتفاق طرفي النزاع على عدد المحكمين خلال خمسه عشر يوماً من تاريخ تسلم المدعى عليه إخطار التحكيم أما نص المادة (12) فلم يشترط قيوداً زمنياً لاتفاق الطرفين في تشكيل هيئه التحكيم وترك الأمر لإرادة الأطراف والمحكمة المختصة كما أن القواعد فصلت في مسألة تعيين عدد المحكمين وفق قيود زمنيه وبإجراءات معينه⁽²⁾.

إن المشرع السوداني قد احتفظ لحاله عدم اتفاق طرفي النزاع على عدد المحكمين فتولى بنفسه تحديد العدد بثلاثة ملتزماً بذلك بمبدأ الوترية الذي قرره في بيان⁽³⁾ نص المادة (12) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل 2016م، إذا كانت هيئه التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين يختار كل طرف محكماً ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث (المحكم المرجح).

لقد رسم المشرع السوداني للمحتكمين طريق الرجوع إلى المحكمة المختصة لتعيين رئيس هيئه التحكيم عند اختلاف المحكمين على رئيس الهيئه وذلك وفق نص

(1) المادة (12) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016م.

(2) فهمي يوسف زين العابدين: شرح قانون التحكيم 2005م، مرجع سابق ص 24.

(3) القصيمي صلاح الدين أحد طه: عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 214

المادتين (2/14) من القانون السوداني، كما أن القضاء قد حل مسألة تعيين المحكم المختار من قبل المحكم ضده الرفض للتحكيم أو تماطل في التعيين وهذه الجزئية كان ينبغي على المشرع أن ينص عليها صراحة في الفقرة الثانية من المادتين (2/14) ⁽¹⁾ إن هذا التعدد أيضاً له سلبيات من ناحية أن هؤلاء جلهم أو أغليبتهم تم اختيارهم بواسطة طرفي النزاع وبالتالي ربما يسعى كل شخص معين للميل لصالح الطرف الذي اختاره ويبقى الحياد الرسمي والتام في شخص رئيس الهيئة الذي يتولى في غالب الأحوال التدوين في المحضر والاحتفاظ به ورسم المداولات وإصدار القرارات عن طريق الترجيح والحكمة من العدد الفردي تكمن في أن قرارات التحكيم يصعب فيها اتفاق الجميع على رأي موحد لأن هذا يخالف طابع الأشياء.

لذلك فإن فردية العدد تساعد في إصدار القرار بالأغلبية وذلك عن طريق الترجيح ويرى الدكتور محمد إبراهيم دريج أن عنوان هذه المادة يجب أن يكون (عدد المحكمين) وليس تشكيل الهيئة لأن التشكيل يتحدث عن الكيفية ⁽²⁾.

في المادة (1/20) أجاز إنشاء هيئات تحكيم مستقلة ومخصصة في السودان بموافقة وزير العدل، وفقاً لتعريف التحكيم في قانون السودان، فإن اتفاق الأطراف بإحالة أي نزاع ينشأ، أو نزاع قائم بينهم، ليحل عن طريق هيئات أو أفراد يتم اختيارهم بإرادتهم، ومن ثم فإن النزاع كما يعرض على الأفراد يمكن عرضه أيضاً على هذه الهيئات المستقلة ونجد أنه وقبل صدور القانون، فإن هناك في السودان لجنة التوفيق والتحكيم المنشأة بموجب لائحة اتحاد أصحاب العمل للتوفيق والتحكيم لسنة 1969. وهذه الهيئة تنظم عملية التحكيم في المنازعات التجارية التي تقدم إليها ⁽³⁾.

⁽¹⁾ المادة (14) من قانون التحكيم السوداني فقره (2) إذا كانت هيئة التحكيم مشكله من محكم واحد يتم اختياره بواسطة طرفي النزاع أو بالطريقة التي يتفق عليها، وإلا قامت المحكمة المختصة بتعيينه بناءً على طلب أحد الأطراف.

⁽²⁾ إبراهيم محمد أحمد دريج: شرح قانون التحكم 2005، مرجع سابق ص 46

⁽³⁾ الصادق ضرار مختار: قانون التحكيم لسنة 2005، مرجع سابق، ص 32

الفرع الثاني: سلامه تركيب هيئه التحكيم ومدى احترام قواعد النظام العام دون موضوع النزاع

(تغيب الداخلية شركة هوتال قصد حرمانها من الدفاع عن حقوقها):

حيث يمك نائب طالبة الإبطال في شركه صحراء بكون شركة هوتال لم تعين محكماً ضمن أعضاء الهيئة التحكيمية ولم تقم دعوتها للمشاركة في تكوين الهيئة التحكيمية قصد حرمانها من المناجزة عن حقوقها، وهو ما يشكل خرقاً لمبدأ حق الدفاع وسبباً موجباً للإبطال، وحيث وإن كانت هذه الدفوعات دفوعات شكلية وكان تعاطى هذه المحكمة مع الطعن المرفوع أمامها في حدود اعتبارها محكمة إبطال على معنى أحكام الفصل 88 المذكور وهو ما عليه فقه القضاء من ذلك القرار الاستئنافي الصادر في مادته التحكيم الدولي في القضية عدد 38350 الصادر 2007\7\10م الذي جاء به أن محكمة الاستئناف عند استماعها للنظر في دعوى إبطال القرار التحكيمي لا تنصب كمحكمة استئناف، بل تسلط رقابة شكلية على القرار المطعون فيه فتراقب سلامه تركيب هيئه التحكيم ومدى احترام، قواعد النظام العام دون موضوع النزاع⁽¹⁾.

يرى الباحث: (أن تشكيل هيئه التحكيم عن طريق أطراف النزاع يؤدي دائماً بأن يقف الذي عينه لصالحه والميل على مكاسب الطرف الذي اختاره وخاصة إذا كان التحكيم ليس عن طريق مراكز متخصصة في التحكيم، لذا كان يجب على المشرع أن ينص صراحة أن يكون المحكمان أو المحكمون الذين يختارهم الأطراف متخصصون في المجال المختلف حوله أو رجال القانون حتى ينأى بنفسه من عملية وقوف الأطراف مع ما عينوهم وأن عدم الحياد في عملية التحكيم يعد مخالفاً للنظام العام).

المطلب الثاني

شروط أحكام المحكم وتعلقها بالنظام العام

إن المحكم هو قاضي ولكن قاضي خاص لقراره حجية الأمر المقضي ومن ثم يجب توافر شروط معينة في المحكم⁽²⁾. لذلك أول ما يجب أن يتوافر في المحكم أن يحوز ثقة الأطراف أن يكون:

⁽¹⁾ مجلة الأحكام العالمية، مرجع سابق، ص 313

⁽²⁾ يوسف حسن يوسف: التحكيم الدولي، ط1، الناشر مكتبة الوفاء القانونية، القاهرة، 2011م، ص 85.

أ/ كامل الأهلية:

(المادة 4 من نظام التحكيم السعودي) فلا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية مخلة بالشرف أو بسبب اشهار إفلاسه ما يرد إليه اعتباره (المادة 16 من قانون التحكيم المصري والمادة 174 من قانون المرافعات الكويتي) فيجب أن يكون المحكم حسن السير والسلوك (المادة 4 من نظام التحكيم السعودي) فلا يجوز أن يكون محكماً من حكم عليه بجلد أو تعزير في جرم مخل بالشرف أو صدر بحقه قرار تأديبي بالفصل من وظيفة عامه أو حكم بشهر إفلاسه ما لم يكن قد رد إليه اعتباره (المادة 4 من اللائحة التحكيمية لنظام التحكيم السعودي).

على أنه لا يشترط في المحكم أن يكون ملماً بالقراءة والكتابة فيكفي أن يكون من ذوى الخبرة ممن حاز على ثقة الأطراف كما لا يشترط أن يكون رجل قانون أو أن يكون أحد المحكمين على الأقل رجل قانون كما لا يشترط أن يكون مواطناً، فالمادة (3) من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي صرح بأن المحكم يكون من الوطنيين أو الأجانب المسلمين من أصحاب المهن الحرة وغيرهم من موظفي الدولة بموافقة الجهة التي يتبعها الموظف، ولكن يجب عند تعدد المحكمين أن يكون رئيسهم على دراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية والطرق والتقاليد السارية في المملكة، فإذا كان لا يشترط الجنسية في المحكم إلا أنه يشترط فيه الإسلام ويضاف في رئيس التحكيم اشتراط الدراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية والعرق والتقاليد وذلك لأنه كالقاضي يحسم منازعات الأفراد ويطبق العدل ويعيد الحقوق إلى أصحابها، أما في القانونين المصري والكويتي فلم يرد شرط الإسلام في المحكم وتشترط بعض مراكز التحكيم الدائمة أن يكون المحكم من غير جنسيه أطراف النزاع.⁽¹⁾

لم يشترط قانون التحكيم المصري ولا نظام التحكيم السعودي ولائحته التنفيذية أن يكون المحكم رجلاً، وإن كان العمل يجرى على اشتراط الذكورة في المحكم كما في القاضي، ويذهب جمهور الفقهاء (الشافعية والمالكية والحنابلة) إلى اشتراط الذكورة في القاضي والمحكم وإلا كان الحكم باطلاً، فلا يجوز تحكيم المرأة مطلقاً في شيء من

(1) طارق فهمي الغنام: طبيعة مهمة المحكم، مرجع سابق، ص 58.

أمور القضاء والتحكيم، فالذكورة شرط لصحة الحكم، أما الحنفية فيرون جواز تولي المرأة التحكيم فيما سوى الحدود. والقصاص، لأن المرأة تصلح شاهدة فيما سوى الحدود والقصاص فتصلح أن تكون حكماً ولم يشترط القانون المصري والقانون الكويتي الذكورة في المحكم ولم يوضح أي من القوانين السعودية أو المصرية أو الكويتية مدى جواز أن يكون المحكم شخصاً اعتبارياً.⁽¹⁾

يمكن القول أن اشتراط القوانين الثلاثة في المحكم كمال الأهلية وألا يكون قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من مباشره حقوقه أو مفلساً، يستنتج منه أن يشترط في المحكم أن يكون شخصاً طبيعياً لأن هذه الصفات لا ترد إلا على الشخص الطبيعي دون الاعتباري (شركه أو جمعيه أو مركزاً ولكن من المتصور أن يقوم الشخص بتنظيم عملياته التحكيم دون أن يكون محكماً في حال تضمن اتفاق التحكيم شرطاً يقضى بتولي الشخص الاعتباري مهمة التحكيم وهو ما يحدث عملياً في التحكيم عن طريق منظمه أو هيئة متخصصة وهو ما يسمى بالتحكيم المؤسسي والمنظم)⁽²⁾.

قيل أن القاصر الذي يجوز له القيام بأعمال الإرادة والتجارة يجوز تعيينه محكماً في حدود تلك الأعمال، ولكن لا يجوز أن يكون المحكم أحد الخصوم ولا يكون صاحب مصلحة في الدعوى كالدائن والكفيل بالنسبة إلى نزاع بين المدين والغير وهذه القاعدة متعلقة بالنظام العام.

ب/ ألا يكون ممنوعاً من التحكيم

أحياناً يمنع القانون بعض الأشخاص بنص خاص رغم توافر الأهلية المدنية لديهم من تولي مهمة التحكيم ومثال ذلك نص المادة (26) من القانون الاتحادي في شأن السلطة القضائية الاتحادية بالرقم 83/3 المعدل في العام – وتقضى على ما يلي (لا يجوز لأي قاضي بغير موافقة المجلس الأعلى للقضاء الاتحادي أن يكون رئيساً لهيئة التحكيم أو محكماً ولو كان النزاع غير مطروح) أمام القضاء ولا يجوز للقاضي أن يكون محكماً عن الأشخاص الاعتبارية الخاصة، كما لا يجوز له أن يكون محكماً عن أحد أطراف النزاع ما لم يكن أحد أطراف النزاع من أقارب القاضي أو أصهاره حتى من الدرجة الرابعة وإنما يجوز له أن يكون محكماً عن الحكومة أو إحدى الهيئات العامة

(1) طارق فهمي الغنام: طبيعة مهمة المحكم، مرجع سابق، ص 58.

(2) أحمد هندي: التحكيم دراسة إجرائية، مرجع سابق، ص 18

أو المؤسسات العامة، وفي جميع الأحوال يتولى المجلس الأعلى للقضاء الاتحادي اختيار القاضي وتحديد المكافأه التي يستحقها ولا يجوز صرف المكافأه التي حددها المجلس أو أي جزء منها إلا بعد انتهاء مهمة التحكيم).

من القواعد الأساسية عدم جواز تعيين أحد الخصوم في الدعوى حكماً إذ لا يتصور أن يكون الشخص خصماً وحكماً في وقت واحد وهذه القاعدة من النظام العام لأن الخصم إن كان يملك تفويض أمره لخصمه فهو لا يملك تعيينه محكماً⁽¹⁾.

وتنص المادة 225 من قانون المرافعات المدنية العراقي لا يجوز أن يكون المحكم من رجال القضاء إلا بإذن من رجال القضاء، ولا يجوز أن يكون قاصراً أو محجوراً أو محروماً من حقوقه المدنية أو مفلساً ما لم يرد إليه اعتباره⁽²⁾.

إن القانون العراقي قد وضع شرط المحكم أن لا يكون قاصراً أو محجوراً أو مفلساً ما لم يرد إليه اعتباره كسابقه من قوانين الدول العربية، إلا أنه تميز عن ذلك بوضع شرط أن لا يتولى رجال القضاء التحكيم إلا بموافقة من إدارته.

ج/ الشروط الواجب توافرها في المحكم في القانون السوداني:

نصت المادة (13) من قانون التحكيم السوداني لعام 2005م لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو سبق الحكم عليه في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة، في قانون التحكيم السوداني المعدل لسنة 2016م⁽³⁾ تم إعادة صياغة المادة وأضيفت عبارة "أو أشهر إفلاسه" ومن منظور الباحث كان يجب على المشرع أن يضيف "عبارة ما لم يرد اعتباره" كما أشار إلى ذلك قانون التحكيم المصري لسنة 1994م. إن المشرع هنا حدد الشروط التي يجب توافرها في المحكم برغم أن قانون التحكيم يفترض في المحكم الحياد والاستقلال والنزاهة وافترض في المحكم أن يكون مستوفياً لشروط الأهلية (الأداء والوجوب) حسب قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م بالإضافة إلى شرط العدالة التي تعنى الاستواء في الأفعال والأقوال وألا يكون مداناً في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة والمشرع هنا لم يشترط في المحكم درجة علمية أو

(1) يوسف حسن يوسف: التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص 86-87.

(2) محمد شهاب: قوانين التحكيم في البلاد العربية، ط1، الناشر مكتبة الوفاء القانونية، القاهرة، 2011م، ص 49.

(3) المادة (13) من قانون التحكيم السوداني 2016م.

تخصصاً معيناً بل أعطى أطراف النزاع مطلق الحرية في اختيار المحكم وفق الشروط أعلاه دون قيد تحقيقاً لمبدأ سلطان الإرادة للأطراف في اختيار المحكمين وأحسب هنا إن قرار التحكيم يحتاج إلى درجة علمية أو خبره تراكمية تعين المحكم في تنفيذ ما يصدر من هيئته التحكيم من قرارات وهذا ما يتسق مع ما جاءت به المادة (20) من هذا القانون⁽¹⁾.

إن الاستقامة شرط أساسي في أهلية المحكم والقانون السوداني لم يخرج من إطار ما تطلبته معظم القوانين الأخرى من حيث الحياد والاستقامة، ولم يتحدث القانون السوداني عن جنس أو دين⁽²⁾ كما نص القانون السعودي لابد أن يكون مسلماً. وأرى أن المحكم لابد أن تكون لديه خبره كافيه لتمكنه من أداء مهمته خاصة وأن مجالات المنازعات متعددة وتحتاج لخبرات مختلفة بحسب طبيعة النزاع⁽³⁾.

1/ م (20) ومنه فإن التحكيم السوداني لعام 2005م (1) يجوز إنشاء هيئات تحكيم مشكله ومتخصصة في السودان بموافقة وزير العدل - وعلى هيئات التحكيم توفيق أوضاعها وفقاً لهذا القانون.

2/ يحفظ وزير العدل سجلات لهيئات التحكيم المنشأة بموجب البند (1) تحتوى المعلومات الأساسية عن الهيئة وأي معلومات أخرى يراها ضرورية. إن قانون التحكيم السوداني المعدل لسنة 2016م تم إعادة صياغة المادة (20)⁽⁴⁾ وإضافة بند جديد تم بموجبه منح سلطة إلغاء التصديق لمراكز التحكيم لوزير العدل.

إن هناك بعض قوانين التحكيم كالقانون السعودي في المادة (16) عدم جواز التحكيم في المفلس أو المحروم من حقوقه المدنية ولم ينص على ذلك قانون التحكيم السوداني فالحكمة من ذلك أن المحكم كالقاضي فمن الضرورة بمكان توافر حد أدنى من ضمانات سير العدالة وذلك لا يتوافر في المحروم من حقوقه أو المفلس، أضافت بعض التشريعات صفات أخرى لابد من توافرها في المحكم كأن يكون المحكم حسن السير والسلوك ومن ذوى الخبرة، ونصت البعض بأن لا يكون أجنبياً، كما نصت بعض

(1) فهمي يوسف زين العابدين: شرح قانون التحكيم 2005م، مرجع سابق، ص 28.

(2) الصادق ضرار مختار: قانون التحكيم لسنة 2005م وتطبيقاته العملية أمام المحاكم السودانية، مرجع

سابق، ص 34

(3) نفس المرجع السابق، ص 34

(4) المادة (20) من قانون التحكيم السوداني 2016م.

التشريعات بأن يكون محايداً ومستقلاً تمام الاستقلال وبأن يكون أغلبية المحكمين من رجال القانون⁽¹⁾.

لقد انتقد بعض الشراح في فرنسا الرأي الذي لا يجيز للقاصر أن يكون محكماً على تقدير أنه في بعض الأحيان قد يكون القاصر محامياً أو مهندساً أو محاسباً أو طبيباً ويكون في عمله وفي راحة عقله أفضل بكثير ممن بلغ سن الرشد، ومع ذلك قيل أن القاصر الذي لا يملك أن يتعاقد بنفسه أو يتصرف في ملكه لا يمكن أن يسمح له بأن يلي القضاء في شأن من شئون الغير وتكون لمطلق إرادته التصرف في حقوق الغير، وقيل القاصر الذي يجوز له القيام بأعمال الإرادة أو التجارة يجوز تعيينه محكماً في حدود تلك الأعمال.

ثمة رأي في فرنسا لا يمنع المحروم من حقوقه المدنية والممنوع من القيام بالوظائف العامة من أن يكون محكماً على تقدير أن المحكم لا يقوم بوظيفة عامه على اعتبار أنه لا يباشر أمراً سياسياً ولا يعتبر اختياره محكماً تكريماً له أو احتقالاتاً به⁽²⁾.

يرى الباحث: (أن قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م في المادة (13) المعدل لسنة 2016م، لم ينص على شرط المحكم إذا كان من رجال القضاء ولا يجوز له التحكيم إلا بإذن من مجلس القضاء كما فعل ذلك قانون المرافعات المدنية العراقي في المادة (225). ورقم ذلك في سابقه غير منشوره في قضيه الأقطان قد أبطل الحكم التحكيمي من قبل المحكمة المختصة لاشتراك رئيس القضاء في التحكيم كمحكم بأنه باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام لذا يجب تعديل نص المادة (13) لتنسق الممارسة القضائية مع التشريعية).

د/ جزء الإخلال بشرط المحكم:

إن المشرع المصري الجديد يعتبر تعيين أسماء المحكمين في عقد التحكيم من أركانه الأساسية بحيث ينهار أو يبطل التحكيم برمته متى كان المحكم أو أصبح غير صالح للحكم ومن ثم إذا حكم بعزل المحكم لأي سبب من الأسباب التي تخل بشرط المحكم يترتب على ذلك انهيار التحكيم برمته وبطلانه وإذا صدر الحكم في التحكيم أي

(1) إبراهيم محمد أحمد دريج: شرح قانون التحكيم لسنة 2005م مع رؤية خاصة عن الإشكالات العملية من

واقع التطبيق العملي، مرجع سابق، ص 47

(2) أحمد أبو الوفاء: عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 169.

كان نوعه ممن لا يصح أن يكون محكماً أمامه أو الإدلاء بطلبات موضوعيه أو دفع أو دفاع لا يصح هذا البطلان المتعلق بالنظام العام، كما لا يصححه نزول الخصوم مقدماً في الطعن في حكم المحكم أو التمسك ببطلانه، فمع كل ما تقدم يملك هؤلاء التمسك ببطلان حكمه عملاً بالمادة (512) من قانون المرافعات على صورة دعوى ترفع بالإجراءات المعتادة إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع⁽¹⁾.

من الجائز بطبيعة الحال رفع دعوى أصليه أمام القضاء بطلب عزل المحكم للأسباب المتقدمة قبل إجراء التحكيم أو في أثناءه أو الإدلاء بالطلب أمام القضاء أثناء نظر خصومه مرتبطة أو عند التمسك بعقد التحكيم كما يجوز التمسك بالبطلان بعد صدور الحكم أثناء الطعن فيه أو عن طريق المعارضة في الأمر الصادر تنفيذه.

أما إذا صدر حكم المحكم أياً كان نوع التحكيم، وقبله بعدئذ الخصوم أو تنازلوا عن رفع دعوى البطلان المقررة في المادة (512) فإن هذا التنازل أو ذلك القبول يصحح الإجراءات ويمنع من التمسك بعدئذ ببطلان الحكم الصادر من محكم غير صالح.

هناك أسباباً لا تؤثر في صحة اختيار المحكم مادامت معلومة قبل اختياره وتعد سبباً في رده أو عدم صلاحيته لنظر الدعوى إذا علمت بعدئذ القاعدة أن المحكم يرد إذا كان بسبب من أسباب رد القضاء، ولا يعتد في هذا الصدد بأسباب رد الخبراء، وفي هذا تنص المادة (503) على أنه يطلب رد المحكم لنفس الأسباب التي يرد بها القاضي أو يتقيد بسببها غير صالح للحكم ويختلف التحكيم عن القضاء فبينما القاضي يجب ألا تربطه بأحد الخصوم رابطة تؤثر في مظهر الحيطة التي يجب أن يتحلى به، وهذا هو الغرض الأساسي من وضع نظام عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى ونظام رده عملاً بالمادة (146) وما يليها نجد أن المشرع لا يتطلب ما يقدم في الحكم، لأن الخصوم لا يتفقوا على التحكيم إلا لحسم خلافاتهم في جو عائلي أو خاص لا يسوده ما يسود جو المحاكم من رسميات ومظاهر وشكليات قد تؤثر على العلاقات العائلية أو الودية القائمة بينهم، وكثيراً ما يكون أساس التحكيم والغرض الرئيسي منه وضع النزاع في يد شخص أمين حريص على تلك العلاقات كرب الأسرة، أو صديق حميم للطرفين، أو محامى

(1) أحمد أبو الوفاء: عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 172.

لأحدهما يحترمه الآخر، فإذا الرباط الوثيق بين المحكم والخصوم أو بينه يؤدي بالضرورة إلى حل النزاع.

في سابقة مراجعه إبطال ضد حكم محكمين صادر عن محكم منفرد أمام المحكمة الفدرالية الدفع بعدم مطابقة الحكم التحكيمي للنظام العام لجهة مخالفه عدم احترام قواعد حسن النية دفع مرود - لحق السماع - عدم مخالفه الحق في السماع ورد المراجعة. في الأساس تشكو المدعية من أن المحكم المنفرد قد حكم عليها بالتعويض عن ضرر غير مثبت، إن الطعن المماثل، قريب عن ضمان الحق في السماع تؤكد المدعية فضلاً عن ذلك أن المحكم المنفرد لم يرتب أي نتيجة على الحجج التي أثارها في المقاطع (34 إلى 43) من دفاعها في حال كانت المدعية تسعى إلى إثبات أن المحكم المنفرد لم يعالج حججها المشار إليها. فتكون قد أخطأت بما أن الحكم المطعون فيه قد تطرق إلى هذه الحجج بطريقه واضحة (الرقم 106) إذا كانت غير موافقة على النتائج التي توصل إليها المحكم المنفرد وبخصوص هذه الحجج، فتكون بصدد طعن لا يقع تحت المادة (190 الفقرة 2) من القانون الفدرالي الدولي الخاص. في كلتا الحالتين، فإن السبب المثار والمتعلق بخرق أحكام هذه المادة غير منطقي⁽¹⁾.

1/ رد المحكم

تنص المادة (1/18) من قانون التحكيم المصري على أنه لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حيده أو استقلاله كما تنص المادة 19 من قانون التحكيم بعد تعديلها بالقانون رقم (8) لسنة 2000م على أن: "يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئه التحكيم مبيناً فيه أسباب الرد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو الظروف المبررة للرد، فإذا لم يتتح المحكم المطلوب فرد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب، يحال بغير رسوم إلى المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون للفصل فيه لحكم غير قابل للطعن ولا يقبل طلب الرد ممن سبق له تقديم طلب برد المحكم نفسه في ذات التحكيم". لا يترتب على تقديم طلب الرد وفق إجراءات التحكيم وإذا حكم برد المحكم ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم بما في ذلك حكم المحكمين، كأن لم يكن.

(1) مجله الأحكام العالمية، روسايت، المحكمة الفدرالية. المحكمة المدنية الأولى 488/2009 - أ/4/حكم صادر 15 شباط 2010م، ص 748.

أ/ أسباب رد المحكم:

وضع المشرع المصري سبباً عاماً لرد المحكم هو فقدان المحكم للحيدة والاستقلال فلم يحدد القانون أسباباً محددة لرد المحكم كما لم يحل في ذلك إلى أسباب رد القضاء المنصوص عليها في المادة (148) من قانون المرافعات. ومع ذلك ذهب الفقه إلى أن فقدان الحيدة والاستقلال يعتبر من العموم بحيث يتسع ليشمل جميع أسباب أو عدم صلاحية القضاء الواردة في قانون المرافعات بل أنه بالنسبة للمحكّمين إذا وجدت أسباب أخرى أو شبهات قوية حول عدم حيده المحكم غير تلك الواردة في المادة (148) يمكن الاستناد إليها كسبب لرد المحكم.

فيجوز رد المحكم إذا ثبت وجود عداوة أو مودة بين المحكم وأحد الأطراف⁽¹⁾ وهي تعتبر من النظام العام. وإن الجهة المسئولة برد المحكم حسب نص المادة (111) من قانون التحكيم المصري إن المشرع قد نص صراحة على أن القضاء هو الذي يختص بالفصل في طلب الرد المقدم من أحد أعضاء هيئته التحكيم، كذلك جعل المشرع التقاضي في خصومه رد المحكم على درجه واحده وليس على درجتين إذ جعل الحكم الصادر في طلب الرد غير قابل للطعن فيه.

إن هذه المادة قبل تعديلها تنص على اختصاص هيئته التحكيم بالفصل في طلب الرد المقدم ضد أحد أعضائها على أن يكون قرارها الصادر برفض طلب قابلاً للطعن فيه أمام القضاء، إلا أن المحكمة الدستورية العليا قضت في حكم لها بتاريخ 18 نوفمبر 1999م بعدم دستوريه هذا النص وذلك على أساس أنها تجعل من هيئة التحكيم خصماً وحكماً في ذات الوقت فالنص يخول الهيئة الفصل في طلب ردها لتقول كلمتها في شأن يتعلق بذاتها وينص على حيدها وهو ما يهدر ضمانه الحيدة الواجب توافرها في كل من يتولى عملاً قضائياً وهو الأمر الذي يشكل تمييزاً غير مبرر. وإجراءات رد المحكم المنصوص عليها في القانون تعتبر من النظام العام و بالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها سواء بطريقه مباشره أو بالإحالة إلى لائحة مركز أو مؤسسة تحكيم معينة. وذهب جانب من الفقه إلى أن إجراءات رد المحكم المنصوص عليها في قانون التحكيم لا تعتبر من النظام العام.

(1) طارق فهمي الغنام: طبيعة مهمة المحكم، مرجع سابق، ص 259.

وقد استند هذا الرأي إلى نص المادة (25) من قانون التحكيم التي تقضى بأن لطرفي التحكيم الاتفاق على إخضاع إجراءات التحكيم للقواعد النافذة في أي منطقة أو مركز تحكيم.

ب/ إجراءات رد المحكم:

تنص المادة (1119) من القانون الفرنسي على وجوب أن يقدم طلب الرد كتابه إلى هيئة التحكيم مبيناً فيه أسباب الرد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو بالظروف المبررة للرد، فإذا لم يتتبع المحكم المطلوب رده خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب يحال بغير رسوم إلى المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون للفصل فيه بحكم غير قابل للطعن.

إن تقديم طلب الرد إلى الهيئة أولاً ليس الغرض منه قيامها بالفصل فيه وإنما الهدف منه منح المحكم الفرصة للتحكي دون عرض الأمر على القضاء. ويعتبر اختصاص المحكمة المشار إليها في المادة (9) من قانون التحكيم اختصاصاً نوعياً متعلقاً بالنظام العام وبالتالي لا يجوز للأطراف الاتفاق على اختصاص محكمة أخرى لنظر طلبات الرد ويصدر قرار المحكمة في طلب الرد غير قابل للطعن فيه بأي طريقه من طرق الطعن العادية أو غير العادية وذلك سواء أكان الحكم صادراً بقبول أو رفض طلب الرد، فالمشرع المصري جعل التقاضي في خصومه رد المحكم على درجه واحده وليس على درجتين⁽¹⁾.

ج/ رد المحكم في التحكيم المؤسسي:

من المسائل الهامة التي تثور في رد المحكم، تلك التي تتعلق بمدى جواز الخروج على هذه القواعد، وإعطاء الاختصاص بالرد وشروطه لجهة ثالثة عبر القضاء وتبدو أهمية هذه المسألة في التحكيم المؤسسي بشكل خاص، مثل غرفه التجارة الدولية، مركز دبي للتحكيم الدولي وغيرها من المراكز، وقد درجت مؤسسات التحكيم على وضع قواعد تحكيمية خاصة بها تشمل أيضاً قواعد لرد المحكم وشروط وإجراءات ذلك بما في ذلك إعطاء المؤسسة ذاتها، صلاحية البت في طلب رد المحكم⁽²⁾ لا يوجد في

(1) فاطمة صلاح الدين رياض يوسف: دور القضاء في خصومة التحكيم، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010م، ص 146 - 148.

(2) حمزة أحمد حداد: التحكيم في القوانين العربية، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010م، ص 266.

القوانين العربية موضوع الدراسة حل لهذا التساؤل وقد يكون هناك وجهه نظر مفادها. أن النصوص القانونية المنظمة لدعوى الرد، وإعطاء الاختصاص للقضاء، هي من النظام العام الذي لا يجوز مخالفته إلا أننا لسنا مع هذا الرأي، علي الأقل إذا كان التحكيم مؤسساً دولياً حيث نرى جواز الاتفاق علي نزع الاختصاص فيها للقضاء بالنسبة لدعوى الرد وإعطائه للمؤسسة التحكيمية كغرفة التجارة الدولية، فاخيار طرفي النزاع أبو ظبي مكاناً للتحكيم قد يكون للموامة ليس أكثر فإن كثيراً من الدول لا تمنع باستبعاد الأطراف قواعد التحكيم الإجرائية لديها، والاتفاق علي تطبيق قواعد أجنبية تشجيعاً لإجراء التحكيم على أراضيها واستقطاب الشركات الأجنبية لها وهو ما يتعين أخذه بالاعتبار بالنسبة لهذه المسألة.

من جانب آخر نجد أن القضاء في الدول العربية أجاز اللجوء للتحكيم المؤسسي الدولي، وتطبيق قواعد تحكيم أجنبية علي التحكيم الذي يجري داخل الدولة، بالرغم من عدم وجود نص صريح يسمح بذلك، كما في بعض القوانين العربية محل البحث، نصت علي أن اختصاص القضاء الوطني بتعين المحكم في حال تعذر ذلك من جانب طرفي النزاع أو أحدهما حسب الأحوال، وعليه فإن هذه القوانين باستثناء القانون اللبناني. لم تنص علي جواز الاتفاق علي إعطاء جهة ثالثة صلاحية تعيين المحكم في حال عدم الاتفاق مباشرة على هذا التعين، وإنما أعطي ذلك للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، ومع ذلك فإنه لا خلاف علي مصلحه الاتفاق الذي يعطي جهة ثالثة، هي عادة مؤسسه تحكيم، صلاحية التعين.

كما يلاحظ أن قواعد التحكيم في هذه القوانين أعطت إرادة الأطراف حرية كبيرة في المسائل الأساسية الخاصة في التحكيم وإجراءاته، مثل جواز الاتفاق علي التحكيم في نزاع مستقبلي محتمل الوقوع بموجب شرط التحكيم، والاتفاق عليه بعد وقوع النزاع والاتفاق علي المحكمين وعزلهم ومدته التحكيم وتمديدتها للأجل أو الأجل التي يراها الأطراف مناسبة، ومن غير المنطقي مثلاً، جواز اتفاق الأطراف علي عزل المحكم. وعدم إعطائه حق إيلاء لجهة ثالثة وفق الشروط التي يتفقون عليها.⁽¹⁾

(1) حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014م، ص 298.

من الضروري التقيد بالإجراءات والأوضاع والمدد القانونية التي قد يتفق عليها الخصوم في اتفاق التحكيم أو في أي اتفاق آخر ليسير عليها المحكمون.⁽¹⁾ ومن غير المنطقي كذلك جواز الاتفاق على منح تلك الجهة صلاحية تعيين محكم بناءً على طلب أحد الأطراف وفق شروط معينه وعدم جواز إعطائها صلاحية عزل المحكم الذي عينه بناءً على طلب أحد الأطراف أيضاً إذا توافرت شروط معينه.

يمكن القول في هذا الشأن، بأن المشرع في القوانين العربية، باستثناء القانون اللبناني، عندما نظم أحكام التحكيم الوطني كان بذهنه التحكيم الوطني البحت والأمر في هذه الحدود الضيقة قد يكون مقبولاً لدى البعض وإن كنا لا نؤيده، ولكن نظراً لانتشار التجارة الدولية بشكل واسع، بحيث أصبح هو الأصل وليس الاستثناء كان علي القضاء مع الاحترام أن يواجه هذا الوضع الواقعي في العديد من الحالات التي عرضت عليه وإعطائها الحلول المناسبة، بما يتلاءم مع متطلبات التجارة الدولية تحت غطاء تفسير النصوص، بالرغم من حرفيه هذه النصوص قد لا تسعفه في ذلك حسناً فعل القضاء في هذا الشأن بالنسبة لبعض الحالات كاعترافه بالتحكيم المؤسسي واستقلالية شرط التحكيم وقبول الاختصاص بالاختصاص ولو بطريقة غير مباشرة كذلك بالرغم من عدم وجود نصوص صريحة تغطي هذه الحالات مباشرة.

أمام هذه الاعتبارات نرى بالنسبة لرد المحكم، على الأقل في التحكيم الدولي المؤسسي كما تقدم إجازة الاتفاق على تطبيق قواعد الرد، المنصوص عليها والمتبعة لدى إحدى مؤسسات التحكيم التي تفي بالتحكيم الدولي علماً بأن هذه القواعد تنص على اختصاص مؤسسه التحكيم ذاتها بالنسبة لطلبات رد المحكم ولا تحيل الأمر للقضاء في هذا الشأن، وقد راعي المشرع اللبناني هذا الأمر صراحة، عندما ميز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي وفي باب التحكيم الدولي نص المادة (819)(1) على ذلك ومن ضمنها اتفاقهما على إخضاع التحكيم لقواعد إحدى مؤسسات التحكيم بما تتضمنه من أحكام خاصة برد المحكم وباختصار نرى بأن قواعد الاختصاص القضائي بالنسبة لرد المحكم ليست من النظام العام بمفهومه الضيق، وإنما يجوز للأطراف الاتفاق على خلافها وإعطاء الاختصاص لأي جهة أخرى التي عادة ما تكون إحدى مؤسسات

(1) أسعد فاضل منديل: أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، دراسة مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت،

التحكيم الدائمة⁽¹⁾، وفق متطلبات المادة (17) من قانون التحكيم السوداني على إجراءات الرد بالآتي:

أولاً: يقدم طلب رد المحكم كتابه إلى المحكمة المختصة

والمحكمة المختصة هي المحكمة المختصة مكانياً بنظر النزاع إذا لم يرد شرط التحكيم في العقد وبالتالي إذا استدعى الأمر رد إلى المحكم يلجأ للمحتكم أو المحتكم ضده للمحكمة المختصة.

ثانياً: أسباب الرد

على طالب الرد أن يقدم أسباباً جدية للمحكمة يطعن فيها بعدم استقلال المحكم أو حياده أو أن له مصلحة حقيقية في النزاع وبناءً على هذه الأسباب إنه لا يطمئن إلى حكمه ويجب على المحتكم أن يقدم هذا الطلب بصورة للمحكم المراد رده ويلتمس من المحكمة المختصة إعلان المحكم للرد على طلب الرد كما يطلب من المحكمة إخطار هيئة التحكيم بطلب الرد حتى تمارس صلاحياتها في وقف الدعوى التحكيمية أثناء نظر المحكمة للطلب والفصل فيه، ومن ثم تولى الهيئة السير في إجراءات التحكيم.⁽²⁾

ثالثاً: مدة تقديم طلب الرد

يقدم طلب الرد خلال أسبوعاً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل الهيئة أو بالأسباب المبررة للرد، ونجد هنا أن تطبيقات القضاء قد درجت على أن يسمح للأطراف الطعن في المحكم قبل اكتمال تشكيل الهيئة ونجد أن هذا التطبيق أكثر عمليه من انتظار اكتمال تشكيل الهيئة كما جاء في المادة (17) وذلك لسببين:

كسباً للوقت حتى لا يضيع وقت الهيئة والأطراف بعد التشكيل وشروع الهيئة في الإجراءات ولربما استلم المحكم في هذه المرحلة بعض أتعاب الهيئة.

قد يشارك المحكم المراد عزله في تشكيل الهيئة باختيار رئيسها وفي ذلك ضرر للأطراف إذا لم يكن نزيهاً في اختيار المحكم الرئيس⁽³⁾.

(1) * على أنه عندما يكون التحكيم الدولي خاضعاً للقانون اللبناني لا تنطبق عليه أحكام المواد (712) - (792)، إلا إذا لم توجد اتفاقيات خاصة ومن ضمن ذلك أحكام رد المحكم المنصوص عليها في المادة (77) حيث تقضي هذه الأحكام لاتفاق الطرفين.

(2) أسعد فاضل منديل: أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 175.

(3) حمزة أحمد حداد: التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 270.

نص المادة (17) من قانون التحكيم السوداني المعدل لسنة 2016م مطابق لما جاء به نص المادة (17) من قواعد التحكيم للقانون التجاري الدولي مع اختلاف نص المادة (17) أعطى الأطراف الحق في تقديم طلب الرد إلى المحكمة المختصة وليس إلى سلطة التعيين (وسلطة التعيين حسب القواعد يمكن أن تكون مراكز أو الغرفة التي اختارها الأطراف لإجراء أو إكمال النزاع التحكيمي وفقاً للائحتها). أيضاً نجد أن هنالك اختلاف في القيد الزمني لتقديم طلب رد المحكم فنص المادة (17) من هذا القانون حدد أسبوع من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل الهيئة أو أسباب الرد أما القواعد حسب نص المادة (11) فقد حددت القيد الزمني إلى (15) يوماً⁽¹⁾. وعلى كل حال فإن هذه المسألة موضوعية تختلف النظرة إليها بحسب كل حالة ووقائعها وظروفها ونية المتعاقدين⁽²⁾.

نصت المادة (16) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م لا يجوز لأي طرفي الاتفاق رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول استقلاله أو حيده كما لا يجوز رد المحكم الذي يعينه أو يشترك في تعيينه أحدهما إلا لأسباب بينهما. لقد عدلت هذه المادة في قانون التحكيم السوداني لسنة 2016م بمادة جديدة استحدثها المشرع السوداني⁽³⁾.

يحظر لهذا النص على طرف النزاع طلب رد المحكم الذي تم تعيينه إلا لأسباب جدية ومقتعة بعدم حيده أو نزاهته، ولعل مسألة الحيده والنزاهة من الصفات الأساسية التي لا بد من توافرها في القاضي وبالتالي المحكم ففي حاله القاضي إذا ثبت عدم حيده ونزاهته يتوجب عزله ومنعه من ممارسه العمل القضائي وذلك بصدور أمر من الجهة المختصة أما في حاله المحكم فإن هذا الإجراء لا يسمى العزل بل يسمى الرد وغالباً ما يكون الرد من جانب الطرف الذي لم يقم بتعيين المحكم.

(1) القصيمي صلاح أحمد محمد طه: عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 223.

(2) فهمي يوسف زين العابدين: شرح قانون التحكيم، 2005م، مرجع سابق، ص 36.

(3) * نصت المادة (16) من قانون التحكيم السوداني 2016م، في حالات رد المحكم حيث نصت: (1) يجوز لأي من طرفي النزاع رد المحكم إذا "أ/ قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول استقلاله أو حيده، ب/ تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير غير مبرر في إجراءات التحكيم ولم يتفق طرفا النزاع على عزله. (2) مع مراعاة أحكام البند (1) لا يجوز رد المحكم الذي يعينه أو يشترك في تعيينه أحد طرفي النزاع إلا لأسباب علم بها بعد اكتمال إجراءات التحكيم.

هنالك حالة ثالثة (التحفي) ويصدر ذلك من المحكم نفسه ويكون ذلك عندما يشعر المحكم إنه لا يستطيع مباشرة الإجراءات لسبب قد يتعلق باكتشاف علاقة له مع أحد طرفي النزاع يؤثر ذلك علي عدالة الفصل في النزاع أو بسبب مرضه أو سفره أو غير ذلك من الأسباب المقنعة لطرفي النزاع الذين لهما الحق في رفض طلب التحفي أو قبوله ويرى الدكتور إبراهيم محمد أحمد دريج أن يتم النص في هذه المادة على حق المحكم في تقديم طلب التحفي أو الاستقالة بشرط أن يوافق عليها طرفي النزاع⁽¹⁾. وهو ما جاء متسقاً وموافقاً لقانون التحكيم السوداني لسنة 2016م في المادة (16)، ولهذا نجد أن المشرع السوداني أراد بهذا النص حكمه قياس الظروف التي تثير شكوكاً جديه وهذه المسألة جديه تستشفها المحكمة وفق عقيدتها في وزن تلك الظروف لتخلص إلى نتيجة مفادها أن قيام الظروف التي تثير شكوكاً في مسلك المحكم تعتبر عدم حيده واستقلالية وفق معيار الرجل المعقول.

أما إذا طلب الرد للمحكم من قبل الطرف الذي عينه أو اشترك في تعيينه فعليه ذكر الأسباب وبيانها للمحكمة بحيث تؤكد قيام تلك الظروف التي تثير شكوكاً حول حيده أو استقلاله وهذا النص مطابقاً لما جاء به نص المادة 10 من قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي⁽²⁾.

رابعاً: سابقه قضائية سودانية في إجراءات رد المحكم

القضية التحكيمية رقم 1606 - 1998م أمام محكمة الخرطوم الجزئية - التجاني النور عثمان ضد شركه كوبريد المحدودة.

حيث تتلخص هذه الدعوى في تعاقد (وكالة) بين الشركة والتجاني النور عثمان على أن يكون الأخير وكيلاً عن الأول لشراء محاصيل زراعية في مدينه الدمازين ولظروف مالية خاصة بالشركة فشلت في تمويله للشراء في موسمي 96-1997م ونسبة لان العقد ينص على إحالة النزاع للتحكيم في حال حدوث أي خلاف لجأ التجاني لمحكمة الخرطوم الجزئية طالباً إحالة النزاع للتحكيم حيث تم تكوين هيئه ثلاثية لنظر النزاع اجتمعت الهيئة عده اجتماعات وأصدرت قرارها بإلزام المدعى عليها بدفع مبلغ قدره 40.787 جنيهاً بالإضافة لأتعاب المحامى 3.000.000 جنيه لم يرضى المدعى

(1) أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 175.

(2) إبراهيم محمد أحمد دريج: شرح قانون التحكيم لسنة 2005م، مرجع سابق، ص 180.

بالحكم. كما تقدمت المدعى عليها بطلب لدى المحكمة ضد قرار الهيئة. قررت المحكمة وفقاً لنص المادة 148 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م إعادة القرار للمحكّمين لمخالفه القانون، قبل مباشره الهيئة مهامها من جديد تقدم عضو هيئة التحكيم المعين من قبل المدعى عليها (شركة كوبريد) بطلب لدى المحكمة للتّحّي عن عضويه الهيئة مسبباً طلبه نظر النزاع في هذه المرحلة يتطلب إمام ودراية كافيّه بالقانون وإيان هذا لا يتوفر لديه كما تقدم مدير عام الشركة بطلب للمحكمة بعزل المحكم واقترح بديلاً له المستشار القانوني عبد الناصر ونان - تقدم محامى المدعى الأستاذ عبيد قسم الله بالرد على طلب التّحّي مبدئياً اعتراضه على الطلب ويرى عدم ضرورة إمام أعضاء هيئة التحكيم بالقانون وبعد إصرار مستشارة الشركة آنذاك الأستاذة إيمان محمد البشير على طلب العزل والتّحّي وبعد موافقة محامى المدعى تمت الاستجابة للطلب بتعيين المستشار عبد الناصر ونان بديلاً عن محمد الحسن - اجتمعت الهيئة وأصدرت قرارها بإلزام المدعى عليها بدفع مبلغ قدره 28.281.960 جنيّه بالإضافة 3.00.000 جنيّه أتعاب محاماة ولم يقنّع المدعى والمدعى عليها ونقدما بطلباتهم لدى محكمة الاستئناف وصدر قرار الاستئناف بتخفيض مبلغ التعويض 20.000.000 جنيّه ولم يقنّع الطرفان فتقدما بطعن أصلى ومقابل أمام المحكمة العليا أصدرت قرارها بإلغاء قرار الاستئناف وتأييد قرار محكمة الموضوع تأسيساً على عدم مخالفه قرار الهيئة الأخير للقانون وتأسيساً على القاعدة العامة بامتناع المحاكم عن التّدخل في قرارات التحكيم.⁽¹⁾

إن عزل المحكم قد يكون صريحاً إذا اتفق طرفا النزاع على حل النزاع عن طريق التوفيق أو الوساطة أو المحكمة، كما يكون ضمناً بلجوء أحد الأطراف للقضاء وعدم اعتراض الآخر على ذلك، أما الاعتذار فهو ترك العمل بواسطة المحكم بدون سبب جدي أو عذر مقبول كما أن التّحّي أيضاً قد يصدر من المحكم ذاته لكن بعذر مقبول، كأن يتضح لاحقاً وجود مصلحه له في النزاع أو وجود أي سبب آخر يؤثر في حياده واستقلاله، وإزاء ما تقدم فإن الطرف الذي قام بعزل المحكم ملزم بأن يدفع له تعويض مناسب إذا بدأ المحكم في إجراءات نظر الدعوى أو وصل في المراحل النهائية

(1) إبراهيم محمد أحمد دريج: شرح قانون التحكيم لسنة 2005م، مرجع سابق، ص 76.

كما يلتزم المحكم بدفع تعويض مناسب لطرفي التحكيم عن الضرر الذي يلحقهما نتيجة تحييه أو اعتزاله العمل إذا طلب ذلك⁽¹⁾.

بين أحدهم لا يؤثر في صحة اختياره متى كان معلوماً لهم قبل اختيار المحكم، وإنه إذا كان أحد الخصوم علي جهل بالعلاقة، بين المحكم وخصمه وكانت هذه العلاقة ذاتها تعد سبباً من أسباب رد القاضي عن نظر الدعوى أو تعد سبباً من أسباب عدم صلاحيته لنظرها عملاً بنص المادة (141) وما يليها فإن علمه بها بعدئذ يؤثر حتماً في صحة اختيار المحكم ويكون للخصم التمسك برده وعزله وقد تجد أموراً لم تكن موجودة من قبل، أي وقت الاتفاق علي التحكيم وتعتبر سبباً من أسباب الرد أو عدم الصلاحية كما إذا تزوج أحد أقارب المحكمين ولما كان من بين أسباب عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى سبق الإفتاء أو المعرفة أو الكتابة فيها لأن كل هذا يدل على ميل القاضي إلى جانب الخصم الذي حصل الإفتاء أو المرافعة أو الكتابة لمصلحته، وقد يأنف من التحرر منه فالمحكم هو الآخر يكون غير صالح لنظر الخصومة إذا قام سبب به من الأسباب المتقدمة وكان الخصم على جهل به وقت اختياره وكذلك لما كان المحكم كالقاضي يجب أن لا يقضي بمعلوماته الشخصية التي استمدها من خارج نطاق الخصومة أي من خارج الأوراق المقدمة أو الاستدلال التي استمدها مما اتخذه من الإجراءات لإثبات التي أمر بها، فيكون غير صالح لنظر الدعوى إذا كان قد أدلى بشهادة فيها فإن المحكم هو الآخر يكون غير صالح للتحكيم إذا كان الخصم علي جهل بما تقدم وقت اختياره محكماً.

لما كانت أيضاً من أسباب عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى سبق الإدلاء برأيه كقاضي أو خبير أو محكم فإن هذه الأسباب في ذاتها تعد من أسباب عدم صلاحية المحكم لنظر الخصوم في التحكيم ما لم تكن الخصومة على علم بها قبل اختياره.

إذن صفوه القول أنه لا يعيب المحكم توافر مصلحه أدبيه له في حسم النزاع القائم بين الخصوم، وإنما يعيب اختيار رغبته في حسمه علي وجه معين لمصلحه خصم سواء لتحقيق مصلحه ماديه أو لتحقيق مصلحه أدبيه كما يعيب اختيار المحكم مساس هذا الاختيار بمظهر الحيده الذي يجب أن يتحلى به فلا يكون في موقف متكافئ بين طرفي الخصومة، إما سبب علاقة عائليه أو خاصة بينه وبين أحدهم. أو بسبب الإدلاء

(1) إبراهيم محمد أحمد دريج: شرح قانون التحكيم لسنة 2005م، مرجع سابق، ص 76.

برأي له في موضوع النزاع أو بسبب علمه الشخصي به أو القيام لأي سبب من الأسباب الأخرى لرد القاضي أو لعدم صلاحيته لنظر الدعوى التي وردت في التشريع علي سبيل الحصر في المادة (146) وما يليها ويشترط في كل الأحوال المتقدمة ألا يكون الخصوم علي علم بها وقت اختيار المحكم. وقد حكم بأنه يصح أن يعين محامي أحد الخصوم محكماً بشرط أن يكون الخصم الآخر علي علم بذلك وقت التوقيع علي المشاركة تضمنت ذلك⁽¹⁾.

أ/ أثر الحكم برد الحكم:

يترتب علي صدور الحكم برد الحكم المفوض بالصلح أو زوال صفته لأي سبب من أسباب انقضاء التحكيم لأن القانون يستوجب في التحكيم بالصلح نكر اسم المحكم والمصالح إلا كان باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام، فذكر اسم المحكم شرط أساسي لانقضاء التحكيم بالصلح.

أما التحكيم بالقضاء فإنه لا يبطل بصدور الحكم برد المحكم أو بزوال صفته لأي سبب من الأسباب ويتم تعيين محكم آخر إما باتفاق الخصوم أو بواسطة القضاء.⁽²⁾

ب/ أثر تعيين محكم بديل علي ما تم من إجراءات:

يثور التساؤل عن أثر انتهاء مهمة المحكم وتعيين محكم بديل علي ما يكون قد تم اتخاذه من إجراءات وقرارات ومرافعات شفوية، فإذا كان المشرع المصري قد نص علي أنه في حالة رد المحكم وتعيين محكم بديل، يعتبر ما تم من إجراءات، بما في ذلك حكم المحكمين كأن لم يكن، فما هو الوضع في حالة التنحي أو العزل أو الوفاة هل يجب بدء إجراءات التحكيم أمامه من حيث انتهت عند تنحي أو عزل أو وفاه المحكم السابق⁽³⁾ اتجهت بعض لوائح مراكز التحكيم إلى جواز قيام من بقى من المحكمين باستكمال الإجراءات وإتمام المد أوله وإصدار الحكم النهائي علي الرغم من عدم مشاركته المحكم الذي انتهت مهمته، وقد كانت قواعد جمعيه التحكيم الأمريكية الصادرة عام 1991م هي الأولى في الأخذ بهذا النظام حيث نصت صراحة علي جواز استمرار المحكمين المتبقين في نظر النزاع والفصل فيه علي الرغم من عزل أو تنحي أو وفاه

(1) إبراهيم محمد أحمد دريج: شرح قانون التحكيم لسنة 2005م، مرجع سابق، ص 76.

(2) أحمد أبو الوفا: التحكيم بالقضاء وبالصلح، ط1، منشأة المعارف الإسكندرية، 1964م، ص 152.

(3) فاطمة صلاح الدين رياض: دور القضاء في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص 26.

أحد المحكمين وعدم مشاركته، ومع ذلك نجد أن معظم تشريعات التحكيم الوطنية لم تنص حتى الآن على مثل هذه المادة⁽¹⁾.

ذهب بعض الفقه إلى ضرورة أعاده المرافعات الشفوية من جديد أمام هيئه التحكيم بحضور المحكم الجديد، وقد استند هذا الرأي إلى المبادئ الأساسية في التقاضي التي توجب ألا يقوم بالفصل في الدعوى إلا من سمع المرافعة واشترك في المداولة. وقد لاقى هذا الرأي قبولاً لدى محكمة استئناف القاهرة التي قضت بأن تتخلى أحد أعضاء هيئه التحكيم وتعين محكم بديل يعد إقفال باب المرافعة يستوجب دعوة الطرفين بالاتصال بالدعوى مره أخرى وإعادة الدعوى التحكيمية للمرافعة لتمكين الخصوم من إيراد طلباتهم النهائية أمام هيئه التحكيم بتشكيلها الجديد، وذلك وفقاً لنص المادة (167) من قانون المرافعات المصري والتي تقضى بأنه لا يجوز أن يشترك في المد أوله غير القضاء الذين سمعوا المرافعة إلا كان الحكم باطلاً، فإذا اشترك المحكم البديل في المداولة دون أن يسمع المرافعة في التحكيم، فإن الحكم الصادر عن هذه الهيئه يكون قد أهدر واحدة من القواعد الآمرة في القانون المصري لتعلقها بحسن سير العدالة والنظام العام للتقاضي بما يستلزم بطلان حكم التحكيم باعتباره أنه يتضمن ما يخالف النظام العام في مصر⁽²⁾.

ج/ أثر تعيين محكم بديل على ما تم من إجراءات في القانون السوداني

يشترك المحكم البديل في المد أوله ويصدر الحكم مع زملائه وفق متطلبات المادة (33) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل لسنة 2016م،⁽³⁾ ولا يجوز للمحكم أن يطلب إعادة إجراءات التحكيم من الأول وذلك لعدده أسباب.

(1) فاطمة صلاح الدين رياض: دور القضاء في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص 162.

(2) المرجع السابق، ص 163.

(3) المادة (33) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016م، /1 " يصدر حكم التحكيم في الإجماع أو بالأغلبية خلال المدة المتفق عليها أو خلال ستة أشهر من تاريخ بدء إجراءات التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق على تحديد المدة. /2 إذا لم يصدر حكم هيئة التحكيم خلال المدة المنصوص عليها في البند (1) جاز لطرفي النزاع الاتفاق على تمديد المدة في حالة الخلاف يجوز لهيئه التحكيم تمديد المدة مناسبة بطلب من أحد طرفي النزاع على أن يكون نهائياً يجوز بعده لأي منها رفع دعواه أمام المحكمة المختصة".

إن نص المادة (18)⁽¹⁾ إعادة تعيين محكم وليس إعادة تشكيل للهيئة وذلك يعنى أن ما تم من إجراءات سابقه صحيحة إلا إذا قامت البيئة على خلاف ذلك.

إعادة الإجراءات من الأول يتنافى والفلسفة القائم عليها التحكيم وهي السرعة في الإجراءات.

للهيئة السلطة المطلقة في تحديد من أين يبدأ الإجراءات وهنا يجب على الهيئة أن تراعى مصلحة الأطراف وظروف الدعوى والشهود، ولا ينبغي للمحكم المعين أن يتعسف في تحديد بداية الإجراءات وينخرط مع زملائه في المداولة أو السماع متى ما تأكد من سلامه الإجراءات سابقه الذكر⁽²⁾ يرى الدكتور إبراهيم محمد أحمد دريج أن تستمر الإجراءات من النقطة التي تم فيها إنهاء إجراءات ذلك المحكم لأن الإجراءات السابقة معظمها إجرائية تتعلق بتقديم المستندات وسماع الشهود والخطوة المهمة هي خطوة إصدار القرار من خلال ما تم حصره بالملف وهذا الاستمرار في القضاء إذ ينقل القاضي أو عزله أو تركه للعمل يتولى غيره مباشرة إجراءات الدعوى التي كان ينظرها سلفه ليس بإعادة الإجراءات إلى مبتدئها بل من المرحلة التي توقف عندها زميله السابق⁽³⁾، وهذا ما تم تعديله في قانون التحكيم السوداني لسنة 2016م.⁽⁴⁾

المطلب الثالث

أثار اتفاق التحكم

ثار الخلاف في فقه القانون الوضعي وأحكام القضاء حول تحليل الطبيعة القانونية للدفع بالتحكيم، وهل هو دفعا بعدم الاختصاص أم دفعا بعد القبول أم أنه غير ذلك.

يمكننا أن نتعرض لهذه الاتجاهات ثم نحلل موقف القضاء السوداني منها، الاتجاه الأول: إن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم الاختصاص فهو الرأي السائد في الفقه والقضاء الفرنسي وجانب في القضاء الإيطالي وجانب من الفقه والقانون الوضعي المصري وبعض أحكام محكمة النقض المصرية وبعض التشريعات الوضعية، إن القول بأن الدفع

(1) يجب أن يكون قرار هيئة التحكيم مكتوباً ومسبباً وموقعاً عليه من أعضاء هيئة التحكيم أو أغلبهم على أن يتم تدوين رأي العضو المخالف في ورقة مستقلة.

(2) يجب تعيين محكم بديل إذا انتهت مهمة أحد المحكمين وفقاً لأحكام المادة (17) أو بسبب تنحيه باتفاق الطرفين أو بأي حالة من حالات إنهاء الولاية.

(3) القصيمي صلاح أحمد محمد طه: عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 231.

(4) المادة (18) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016م

بوجود اتفاق على التحكيم شرطاً كان أو مشاركة هو دفع بعدم الاختصاص، اعتبرت محكمة النقض الإيطالية هذا الدفع من الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام مثله في ذلك مثل الدفع بعدم الاختصاص المحلي ومن ثم لا تملك المحكمة الحكم به من تلقاء نفسها بل يلزم التمسك به أمامها وفي الميعاد المحدد للدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام أي قبل الكلام في موضوع الدعوى القضائية وإلا سقط الحق في إيدائه.

أما القضاء الفرنسي فقد انقسم على نفسه في هذا الشأن وذلك في ظل قانون المرافعات الفرنسي السابق إذ ذهب في بعض أحكامه على اعتبار الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم من قبيل الدفع بعدم الاختصاص المتعلق بالنظام العام بينما ذهب بعض أحكام القضاء الأخرى في فرنسا للاعتبار دفعاً بعدم الاختصاص غير متعلق بالنظام العام.⁽¹⁾

لكن من الملاحظ أن هذا الانقسام لم يحدث من جانب فقه القانون الوضعي الفرنسي والذي أجمع على اعتبار الدفع بالتحكيم دفع بعد الاختصاص واجب التمسك به قبل الكلام في موضوع الدعوى القضائية، وأخيراً صدر قانون المرافعات الفرنسي الحالي الذي اعتبر الدفع بالتحكيم دفع بعدم الاختصاص غير متعلق بالنظام العام الفرنسي وإنما يتعلق بالمصلحة الخاصة بالأفراد ولا يجوز أن تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها.

الاتجاه الثاني: الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم القبول ويأخذ في هذا الاتجاه جانب كبير من فقه القانون الوضعي المصري ومحكمة النقض المصرية وكذلك قانون التحكيم المصري رقم (27) سنة 1924م في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية.⁽²⁾

إن قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل لسنة 2016م، والممارسة القضائية أنها تكون بالدفع بعدم القبول رغم تعلقه بالنظام العام كما في القانون المصري لأن الدفع بعد قبول الدعوى القضائية أي بانتفاء سلطة الخصم بالالتجاء إلى القضاء العام في الدولة عندما المحكمة مختصة بنظر الدعوى القضائية وفقاً للقواعد الشكلية المقررة بالأنظمة القانونية الوضعية على اختلاف مزاياهم واتجاهاتهم إنما تكون سلطتها

(1) محمود السيد عمر التحوي: مفهوم الأثر في الاتفاق على التحكيم شرطاً كان أم مشاركة، والوسيلة الفنية

لإعماله ونطاق تطبيقه، الناشر: دار المطبوعات الجامعية، لسنة 2003م، ص 140.

(2) أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، 1988م، ص 130.

منبثقة لتخلق شرطاً عاماً من الشروط المقررة في الأنظمة القانونية الوضعية تكون متصلة بعنصر من عناصر الحق لأن الحق هو مصلحة يحميها القانون فإن هذا القيد يرد على ذات سلطة الخصم في الالتجاء للقضاء العام في الدولة. (1)

يترتب على التحكيم أثران مهمان أحدهما سلبي والآخر إيجابي:

أولاً: الأثر السلبي

هو حرمان أطراف العقد من الالتجاء إلى القضاء بصدد الخصومة التي اتفقوا فيها على التحكيم، لنزولهم عن الالتجاء إلى القضاء وهذا الأثر في جوهره يذهب إلى ضرورة وجوب احترام عقد التحكيم في كل الأحوال ما دام الخصوم قد اتفقوا على فض النزاع عن طريق التحكيم وقد جاء المشرع السوداني في نص المادة (9) من قانون التحكيم لسنة 2005 المعدل لسنة 2016م، بالنص صراحة على الأثر السلبي في حاله تمسك أحد أطراف النزاع بشرط التحكيم وعلى المحكمة التي رفع إليها الأمر أن تشطب الدعوى لعدم الاختصاص⁽²⁾ بناءً على طلب أحد الأطراف وأنه ليس متعلقاً بالنظام العام لأنه لا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها إذا تنازل الأطراف عن اتفاق التحكيم.

قد حكم تطبيقاً لهذا المبدأ بأنه إذا رفض دعوى على أحد المحكمتين من الغير أمام المحاكم العادية فلا يجوز لهذا المحكمت أن يختصم محكماً آخر أمام هذه المحكمة بحجه أنه ضامن له، لأن الخلاف بينهما يجب أن يفضي عن طريق التحكيم ومع ذلك اعترض البعض عن اتجاه الرأي المتقدم بمقوله إن التحكيم وإن كان يمنع القضاء العادي نظر الدعوى المباشرة القائمة بين طرفيه أياً كان نوعها إلا أنه لا يمنع هذا القضاء من نظر دعاوى الضمان والدعاوى الناشئة عن تدخل الغير في علاقتهما وترى وجوباً احترام الاتفاق على التحكيم في كل الأحوال ما دامت الخصومة اتفق على فضها بطريق التحكيم وكانت قائمة بين أطرافه أي كان موقف الغير من هذه الخصومة وحتى إذا أدلى بطلبات ترتبط بها، ما دام هذا الرباط يقبل التجزئة أما إذا كان لا يقبل التجزئة فلا يجوز التحكيم⁽³⁾.

(1) محمود السيد التحوي: مرجع سابق، ص 146.

(2) أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 127.

(3) نفس المرجع السابق، ص 137..

يرى الباحث "أن الدفع يعتبر بعدم قبول الدعوى لأن المحكمة التي تنتظر الدعوى هي مختصة بنظر النزاع ولكن اتفاق التحكيم حد عدم قبول هذه الدعوى ولكن في حالة التنفيذ أو حالات الاستئناف فإن الأطراف يلجأون إلى هذه المحكمة المختصة فإن اختصاصها يظل قائماً حتى لو ما نظرت الدعوى من خلال رقابة المحكمين وتنفيذ أحكام المحكمين لذا يكون الدفع بعدم قبول الدعوى وهو دفع غير متعلق بالنظام العام لأنه لا تحكم به من تلقاء نفسها بل عن طريق أحد الأطراف صاحب المصلحة وهي ليست من المصلحة العامة".

ثانياً: الأثر الإيجابي وينقسم إلى قسمين

فض الخصومة بطريق التحكيم والاعتداد بالحكم الصادر فيه واعتباره كأنه صدر من المحكمة المختصة أصلاً بالنزاع ولاسيما في كل ما منحه القانون للتحكيم من قوة الأمر المقضي فيه مما يجعله واجب النفاذ لعدم جواز الطعن فيه ولا تعوقه في التنفيذ إلا أسباب قد صدرها المشرع السوداني المادة(4)(1) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005 المعدل لسنة 2016م على سبيل الحصر. (1)

لا يبطل شرط التحكيم مجرد بطلان العقد، يثور التساؤل عن مصير شرط التحكيم الذي تضمنه العقد الأصلي - إذا تعرض هذا العقد لسبب أدى إلى بطلانه أو فسخه أو إنهائه - فالمقصود منطقياً إذا تعرض العقد لأحد العوائق فإنه يزول بكل ما تضمنه وبالتالي ينتهي أثر شرط التحكيم بالتحية. (2)

ولكن مع تطور الفقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي انتهى إلى اعتناق مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فلا تأثير لبطلان أو فسخ أو إنهاء هذا العقد على شرط التحكيم - فالشرط يظل صحيحاً طالما استكمل شروط صحته الخاصة به، علاوة على أن التحكيم يخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يخضع له موضوع العقد الأصلي - لذلك من المتصور أن يستوفي الشرط صحته رغم ما أصاب العقد الأصلي من عوارض ورتبياً على ما سبق ينتج الشرط أثره ويكون للمحكمين سلطه النظر في أي منازعات تنشأ عن بطلان أو فسخ العقد أو إنهاء العقد بالرغم من الخلاف والجدل الذي ثار في الفقه المصري حول هذا المبدأ من حيث وجوده في القانون القديم. إلا أن

(1) المادة (4) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016م.

(2) أحمد الفقيهي: التحكيم التجاري الدولي، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م، ص 70.

المشرع المصري قد حسم هذا الخلاف في القانون الجديد فنص المادة (23) على أنه (يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو إنهائه أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته، وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء المصري أخيراً، حيث أن مبدأ استقلالية شرط التحكيم من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم سواءً أكان وطنياً أو تحكيمياً دولياً⁽¹⁾).

1. تقدم الطلب المشار إليه في البند (1) أمام المحكمة المختصة ويكون قرارها نهائياً.
2. للمحكمة المختصة أن تقضى ببطلان الحكم من تلقاء نفسها بناءً على الأسباب الواردة في البند واحد⁽²⁾.

كما نص المشرع السوداني صراحة على ذلك في المادة (6) الفقرة الثانية من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل 2016م (يعد شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه). ويعتبر هذا النص من النصوص الإيجابية في التحكيم وهو ضمانه لأطراف العقد في الاستمرار في فض خلافاتهم عن طريق التحكيم بالرغم من بطلان عقدهم الأصلي المنشأ لشرط التحكيم.

(¹) يجوز للمحكوم ضده طلب إلغاء حكم هيئة التحكيم للبطلان للأسباب الآتية:

إذا فعل الحكم في مسائل لا يشتملها اتفاق التحكيم أو تجاوز حدود الاتفاق.

فساد أو سوء سلوك المحكمين أو أي منه.

وجود إهمال خطير لإجراء أساسي من إجراءات التحكيم.

فشل هيئة التحكيم في ذكر الأسباب التي بنت عليها حكمها .

تضمن الحكم ما يخالف النظام العام في السودان.

(²) أحمد الفقهي: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 70.

خلاصة الفصل الثالث:

تناولنا في هذا الفصل شرط التحكيم وكتابته وتعلقه بالنظام العام وخلصنا إلى أن شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم هي ليست من النظام العام، لأن المحكمة لا تقضي به من تلقاء نفسها، بل بناء على طلب أحد الخصوم وأنه يجب أن يقدم الطلب في الجلسة الأولى وهي ليس الأولى عدداً حسب السوابق القضائية السودانية بل الأولى للنظر بعد اكتمال الأوراق والتي تم تعديلها بالقانون الجديد لسنة 2016م بعبارة (بذلك قبل أو مع الرد على العريضة).

وإن كتابة اتفاق التحكيم في معظم التشريعات الوطنية وقانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل لسنة 2016م بأنها وسيلة من إثبات التحكيم وهي مسألة متعلقة بالنظام العام واعتبر في حكم الكتابة، الرسائل المتبادلة بين الطرفين عبر وسائل الاتصال المختلفة مواكباً منه لحركة التجارة العالمية، أن هناك بعض من التشريعات لا تعتبر الكتابة فقط وسيلة إثبات بل اعتبرت ليس من النظام العام بل يمكن إثبات ذلك عن طريق شهادة الشهود.

وخلصت إلى أن المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم هي كل مسألة لا يجوز فيها الصلح والمسائل المتعلقة بالنظام العام ومن ضمن المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم مسائل الأحوال الشخصية، إلا إذا ما تعلق بالنفقة والمسائل الجنائية والمنازعات المتعلقة بإجراءات التقاضي، وفي بعض القوانين الحقوق الناشئة عن عقد العمل وأيضاً المنازعات التي تدخل في الاختصاص المنفرد للقضاء الوطني.

عن تشكيل الهيئة التحكيمية يقع على عاتق أطراف التحكيم بأن يكون من محكم واحد أو أكثر، شرط أن يكون مقررراً وأن هذا الشرط هو من النظام العام، وأن المحكمة لا تتدخل في تشكيل الهيئة إلا في الحالات التي حددها القانون وأن بعض القوانين حددت فترة زمنية معينة لتدخل المحكمة في تشكيل الهيئة ونجد أن قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل لسنة 2016م، لم يحدد فترة محددة وهناك شروط محددة في الحكم هي يجب أن يستوفي شروط الأهلية وهي من النظام العام وأن لا يكون قد أدين بجناية مخلة بالأمانة والشرف ولم يحدد له درجة علمية محدد وليس ما جاء قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل لسنة 2016م.

وإن هناك بعض الشروط للمحكم بأن لا يكون مفلساً هذا ما أخذ به قانون التحكيم السوداني لسنة 2016م، وهناك بعض الأنظمة لا تسمح بأن يعمل القضاة في التحكيم كالقانون العراقي إلا بعد أخذ الأذن من الإدارة التي يعمل بها أي إخلال بهذه الشروط حسب كل قانون دولة هي متعلقة بالنظام العام تبطلها المحكمة من تلقاء نفسها، وأن الدفع بالتحكيم هل هو دعماً بعدم الاختصاص أم هو دعماً بعدم القبول، إن قانون التحكيم السوداني يعتبره دعماً بعدم القبول وليست بعدم الاختصاص لأن المحكمة أصلاً مختصة بنظر النزاع ولكن في حالة وجود اتفاق تحكيم فهي تكون غير مسموح لها بقبول الدعوى رغم اختصاصه له، وأن الأطراف يلجأون إليها في حالة التنفيذ أو أي إجراء آخر وقف بينهم.

الفصل الرابع

أثر النظام العام على إجراءات التحكيم

المبحث الأول: النظام العام والقواعد الواجبة التطبيق على الإجراءات.

المبحث الثاني: إبطال القرار التحكيمي.

المبحث الثالث: تنفيذ حكم التحكيم

تمهيد

متى اتفق الأطراف على حل منازعاتهم عن طريق اللجوء إلى التحكيم، فإن قيام النزاع بينهم يؤدي بالضرورة إلى تداعي إجراءات التحكيم والتي تنتهي بصدور حكم التحكيم، وهذه الإجراءات تتم وفقاً لقواعد قانونية معينة. وإذا كان من المتصور أن يطبق قانون واحد على كافة مراحل التحكيم منذ اتفاق التحكيم مروراً بإجراءات التحكيم حتى موضوع النزاع إلا أنه من الممكن اختلاف القانون الواجب التطبيق على مختلف هذه المراحل⁽¹⁾. وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية أنه ليس هناك ما يمنح الأطراف من إسناد كل من موضوع النزاع وإجراءات التحكيم لقانونين مختلفين. وتختلف القواعد التي تحكم الإجراءات تبعاً لتعلق الأمر بتحكيم يتم في إطار هيئات دائمة أو بتحكيم لحالة خاصة.

ومن الملاحظ أن الإجراءات التي يمر بها التحكيم تعتبر على درجة كبيرة من الأهمية، إذ أن تيسير الإجراءات أو إعاقتها يسهم إلى حد كبير في تحديد مستقبل التحكيم في العلاقات الدولية، كما أن عدم صحة الإجراءات التي يمر بها التحكيم عادة ما تكون سبباً لرفض تنفيذ حكم التحكيم بعد صدوره وهو ما يفقد التحكيم قيمته وأهميته. وتبدأ هذه الإجراءات منذ تشكيل هيئة التحكيم وتستمر حتى صدور الحكم في النزاع⁽²⁾. جاء في المادة (3) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل لسنة 2016، "يجب على هيئة التحكيم أن تطبق القواعد التي اتفق عليها الأطراف واتفاقهم حول أداءات التحكيم من اتفاقهم حول لغة التحكيم والقانون الواجب التطبيق ومكان التحكيم واختيار من يروونه الأصلح لفض النزاع بينهم"، كل هذه الميزات جعلنا نوقن بأن التحكيم هو القضاء الفعال والناجع في فض النزاعات بين الأطراف⁽³⁾.

يتحدث هذا الفصل عن أثر النظام العام على إجراء التحكيم وسنتناوله في ثلاثة مباحث.

المبحث الأول: النظام العام والقواعد الواجبة التطبيق على الإجراءات.

المبحث الثاني: إبطال القرار التحكيمي.

المبحث الثالث: تنفيذ حكم التحكيم

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات

ذات العنصر الأجنبي، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2003م، ص 1.

(2) إبراهيم محمد أحمد دريج: شرح قانون التحكيم لسنة 2005م، مع رؤية خاصة عن الإشكالات العملية

من واقع التطبيق العملي، ط3، الخرطوم، 2010م، ص 69.

(3) القصيمي صلاح أحمد محمد طه: عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 9 .

المبحث الأول

النظام العام والقواعد الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم

إن القانون الواجب التطبيق يعتبر من أهم الإجراءات التي تسبب في إبطال التحكيم ويعتبر غرقه من النظام العام وذلك يتضارب مع قوانين بعض الدول التي لا تتفق على مبادئ عامة وبعض القواعد التي تعتبر من النظام العام بمبادئ وقواعد عكسها لذا لا بد للقانون الواجب التطبيق أن يكون محدداً في العقد وإذا لم يكن محدداً فإنه سيكون استشكل المحكمين في أي قانون يطبقون بحيث لا يتعارض مع النظام العام في دولة التنفيذ وأن لا يكون قابلاً للطعن بالبطلان في دولة التنفيذ أو أحد أطراف العقد بأن يكون مخالفاً للنظام العام.

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على إجراءات النزاع وتعلقه بالنظام العام

إن المحكمين عندما ينظرون للقضايا التحكيمية الموكلون بالتحكيم فيها فأول ما ينظرون إليه هل حدد شرط أو مشاركة التحكيم القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم فإن وجد فإنهم يلتزمون به وإن لم يوجد فإنهم يكونون أمام خيارات لاختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم فإنه يكون بإحدى الطرق الآتية:

أولاً: قانون إرادة الأطراف

إن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم يكون لإرادة الخصوم في مثل هذا التحكيم دوراً رئيسياً في صياغة القواعد الإجرائية أو اختيار القانون الذي يحكم سير المنازعة سواءً أكان هذا الاختيار صريحاً أو ضمناً وفي هذا الشأن يلعب قانون محل التحكيم دوراً احتياطياً أو مساعداً ويستطيع الأطراف في مثل هذا التحكيم تنظيم سير المنازعة وفقاً لقواعد إجرائية من خلق أو من إنشاء إرادتهم أو الاستهداء بقواعد إجرائية تكون بمثابة تركيب مزجي من العديد من لوائح التحكيم⁽¹⁾.

وإن كان الأصل في التحكيم أن الأطراف هم أصحاب الشأن والأمر في تنظيم إجراءات التحكيم، إلا أن الواقع كثيراً ما يثبت أن صياغة الأطراف للقواعد الإجرائية المفصلة التي تحكم سير المنازعة هو من الأمور غير المألوفة كثيراً لأنها قد تصطدم مع بعض القواعد الإجرائية الآمرة أو تلك التي تتعلق بالنظام العام في دولة التنفيذ والتي

(1) أبو زيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، لسنة 1981م،

لا يجوز للأطراف الالتفات عليها أو بسبب بطلان محتمل لمشاركة التحكيم ذاتها مخالفتها النظام العام.

والقانون الذي اختاره الأطراف قد لا يستوعب في بعض الأحيان كافة المسائل الإجرائية ومن ثم يستوجب الأمر على المحكمين البحث عن قانون آخر لتكملة هذا النقص، وغالباً ما يتجهون إلى قانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم، فهذا القانون يلعب دوراً احتياطياً أو مساعدة إلى جانب قانون الإرادة بالنسبة لاختيار القواعد التي تحكم إجراءات سير المنازعة وبمعنى آخر الأفضلية في هذا الشأن هو القانون الذي يختاره الأطراف ولا مجال لقانون محل التحكيم في حالة ما إذا كان الاختيار قاطعاً أو صريحاً. ويبدو أن هذا التدرج في الأفضلية بين قانون الإرادة وقانون محل التحكيم بشأن القواعد التي تحكم إجراءات سير المنازعة هو الذي استقر في القضاء الأجنبي، ولاسيما القضاء الفرنسي والإيطالي والسويسري وقرارات التحكيم التجاري الدولي وأقرته صراحة البرتوكولات والمعاهدات الخاصة بهذا التحكم مثل برتوكول جنيف 24 سبتمبر 1923م حيث تنص المادة (2) من هذا البرتوكول على أن إجراءات التحكيم بما فيها تشكيل محكمة التحكيم، تنظمها إرادة الأطراف وقانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم⁽¹⁾.

وأقرته اتفاقية نيويورك 1958م الخاصة بالاعتراف وتنفيذ قرارات المحكمين الأجنبية نصت المادة (1/5) من هذه الاتفاقية على جواز رفض قرار التحكيم إذ ثبت أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم جاء مخالفاً لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون الدولة التي تم فيها التحكيم في حالة عدم الاتفاق كما أقرته الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في جنيف في 21 أبريل 1961م حيث تنص المادة (1/4-ب) على حرية الخصوم في تحكيم الحالات الخاصة في تنظيم إجراءات التحكيم واختيارهم لمكان التحكيم⁽²⁾.

كما يمكن للأطراف الاتفاق على إخضاع التحكيم للإجراءات التي ينص عليه أي قانون للمرافعات بالنسبة للخصومة القضائية العادية أو إخضاعه لنظام إجرائي ينص عليه أي قانون المرافعات في دولة أجنبية بل يمكن للأطراف الاتفاق على إخضاع إجراءات التحكيم لقانون ملغي، ويمكن أن يتم الاتفاق بين الطرفين على إجراءات

(1) أشرف عبد العليم: التحكيم في العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص 418.

(2) نفس المرجع السابق، ص 103.

التحكيم أن تكون في دولة معينة، دون اختيار صريح للإجراءات التي يخضع لها أو للقواعد الإجرائية في مركز تحكيم معين يعني ضمناً اختيارهما لإجراءات التحكيم التي ينص عليها قانون الدولة التي اختارت إجراءات التحكيم على أرضها.

إذا تم اتفاق بين الأطراف بالنسبة للإجراءات، فإن على المحكمين احترامه بشرط ألا يتضمن إخلالاً بأحد المبادئ الأساسية في التقاضي أو بالنظام العام. فالمحكمون يختارون قانون الأطراف إلا إذا كان نص القانون يتعلق بمسألة لم ينظمها قانون الأطراف أو اللائحة المنفق على تطبيقه أو كان يتعلق بالنظام العام⁽¹⁾.

نصت المادة (21) من قانون التحكيم لسنة 2005م⁽²⁾ المعدل لسنة 2016م، إلى إتاحة فرصة لطرفي النزاع للاتفاق أو تفويض الهيئة لإتباع إجراءات معينة قانونية أو قواعد عامة لكن في حالة عدم وجود هذا الاتفاق بين الطرفين، فالخيار متروكاً للهيئة لإتباع ما تراه مناسباً من إجراءات بشرط معاملة الأطراف على قدم من المساواة.⁽³⁾ إن المادة (1/21) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016م، أصبح واجباً على هيئة التحكيم تطبيق القوانين الإجرائية والموضوعية التي اتفق عليها طرفا النزاع.

ثانياً: اختيار المحكم لإجراءات التحكيم

في حالة عدم اتفاق الأطراف على اختيار قانون معين ليحكم إجراءات سير المنازعة يكون من سلطة المحكمين تحديد القواعد التي يرونها مناسبة لحكم إجراءات سير المنازعة، ويملك المحكم في هذا الصدد سلطات أوسع بل وغير معترف بها لقضاء الدولة ويستطيع بالتالي أن يحدد الإجراءات الواجب إتباعها أياً كان المصدر الذي يستمد من هذه الإجراءات، بشرط أن لا يكون في هذا الإجراء الذي اختاره المحكم إخلال بحقوق و ضمانات الدفاع أو إخلال بالمساواة والعدالة بين الخصوم.⁽⁴⁾ والنظام العام لدولة التنفيذ.

(1) فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط1، الناشر دار المعارف الإسكندرية، 2007م، ص 292.

(2) إبراهيم محمد أحمد دريج: شرح قانون التحكيم لسنة 2005م، مرجع سابق، ص 60.

(3) المادة (21) من قانون التحكيم السوداني المعدل لسنة 2016م. يجوز لهيئة التحكيم إتباع الإجراءات التي يتفق عليها الأطراف وفي حالة عدم وجود هذا الاتفاق للهيئة أن تتبع الإجراءات التي تراها مناسبة بشرط معاملة الأطراف على قدم المساواة في جميع مراجع إجراءات نظر الدعوى.

(4) فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 293.

لقد اتبعت هذه الوسيلة في بعض مشارطات تحكيم للحالات الخاصة مثل التحكيم الذي جرى بين الشركة العربية الأمريكية للزيوت والمعروفة باسم (أرمكو) وبين المملكة العربية السعودية إذ نص في المادة (4) من اتفاق التحكيم على أن محكمة التحكيم هي التي تحدد بنفسها القواعد الإجرائية التي تتبعها. ومثل شرط التحكيم التقاضي باتفاقية طهران البترولية الموقعة في أكتوبر 1954م والتي تعطي للمحكم الثالث أو المحكم الواحد المنفرد تحديد الإجراءات الواجب إتباعها في حالة عدم اتفاق الأطراف أو اختلافهم حول مكان وإجراءات التحكيم.

كما تقر هذه الطريقة بالنسبة لحرية المحكمين في تحديد أو تكملة الإجراءات الواجب إتباعها في سير المنازعة بعض لوائح هيئات أو مراكز التحكيم التي يختارها الأطراف وعلى سبيل المثال القواعد النموذجية الخاصة بإجراءات التحكيم الصادرة من الأمم المتحدة حيث تقضي المادة (1/12) من هذه القواعد بأن محكمة التحكيم في حالة عدم اتفاق الأطراف، صياغة أو تكملة إجراءات سير المنازعة.

لائحة اللجنة الاقتصادية الأوروبية للأمم المتحدة والصادرة في أكتوبر 1956م المادة (22) من اللائحة، ولائحة محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الخارجية في ألمانيا الديمقراطية والصادرة في يوليو 1957م المادة (23) من هذه اللائحة، ولائحة محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الخارجية البولندية ولائحة التحكيم لدى غرفة التجارة البحرية والتجارة الخارجية في جمهورية الصين الشعبية والصادرة في يناير 1958م المادة (22) من هذه اللائحة، ولائحة التحكيم الدنماركية الصادرة في مايو 1972م المادة (6) من نصوص هذه اللائحة⁽¹⁾.

تنص المادة (25) من قانون التحكيم المصري على أنه إذا لم يتفق الأطراف على إجراءات التحكيم كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون. أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة، فتقوم هيئة التحكيم بوضع الإجراءات التي يجب إتباعها للفصل في النزاع المطروح كما يكون لها عند اتفاق الأطراف على إجراءات معينة تكملة هذه الإجراءات.

على أن سلطة المحكمين في هذا الشأن ليست مطلقة، إذ يجب عليهم في تحديدهم إجراءات التحكيم أو في تكملتها مراعاة أحكام التحكيم المادة (25) قانون التحكيم أي

(1) أشرف عبد العليم: التحكيم في العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص 420.

مراعاة النصوص الإجرائية التي ينص عليها قانون التحكيم أي مراعاة النصوص الإجرائية التي ينص عليها قانون التحكيم وتشير عبارة مع مراعاة أحكام هذا القانون مشكلة بالنسبة لتحديد مدى سلطة هيئة التحكيم في اختيار إجراءات التحكيم عند عدم اتفاق الأطراف.

يرى البعض أن نطاق سلطة هيئة التحكيم في هذا الشأن هي نفسها السلطة التي لأطراف عند اتفاقهم على الإجراءات فللهيئة أن تضع إجراءات تحكيم معينة، وإن تحيل إلى قواعد مركز تحكيم معين أو إلى قانون وطني كقانون التحكيم المصري أو أي قانون تحكيم أجنبي.⁽¹⁾

يرى الدكتور فتحي والي أن هذا الرأي الذي يأخذ به الفقه الفرنسي يتعارض مع القيد الذي وضعه المشرع المصري على سلطة هيئة التحكيم والذي ليس له مقابل في القانون الفرنسي وهو إلزامها بوجوب مراعاة أحكام هذا القانون أي أحكام قانون التحكيم المصري دون تفرقة بين أحكام آمرة أو أحكام يجوز الاتفاق على مخالفتها وهو قيد لم يضعه المشرع على سلطة الأطراف في اختبار إجراءات التحكيم.

يلاحظ أنه لا يلزم "مراعاة أحكام هذا القانون قانون التحكيم المصري إلا عند عدم اتفاق الأطراف على إجراءات التحكيم أو على الإحالة إلى نظام إجرائي نافذ في مركز أو منظمة تحكيم أو في قانون معين، فالخطاب في النص موجه إلى المحكمين وليس إلى الأطراف أو ما يحيل الأطراف وفي هذا يختلف قانون التحكيم المصري عما كان ينص عليه قانون المرافعات المصري في باب التحكيم الملغى بقانون التحكيم إذا كان لا يجوز للأطراف الاتفاق على إجراءات تحكيم بما يخالف القواعد التي كان ينص عليها في هذا القانون في باب التحكيم المادة (506) مرافعات مجموعة 1966م".⁽²⁾

يرى المحكمون أنه من المناسب بعد وضع الإجراءات التي سيتبعونها في التحكيم أن يضعونها في وثيقة تحمل توقيع المحكمين توقيع أطراف التحكيم وعندئذ تأخذ هذه

(1) فتحي والي: قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 295.

(2) كان نص قانون المرافعات المصري لسنة 1929م، المادة (834) من أن يتبع المحكمون والخصوم الأصول والمواعيد المتبعة أمام المحكمة إلا إذا حصل إعفاء المحكمين منها صراحة.

الإجراءات حكم الإجراءات التي اتفق عليها الأطراف فلا تتقيد بما تعهد به سلطة المحكمين من وجوب مراعاة قواعد قانون التحكيم كما تأخذ حكم مشاركة التحكيم.⁽¹⁾

تنص المادة (30) من قانون التحكيم السوداني لعام 2005م المعدل 2016م، دمجت مع المادة (2/21) في قانون التحكيم الجديد في البند (2) وأعيد صياغتها، يجب على هيئة التحكيم أن تطبق القواعد التي اتفق عليها الأطراف وإذا لم يتفق طبقت القواعد الموضوعية في القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.⁽²⁾

إن القانون السوداني نص على تطبيق الإجراءات التي اتفق عليها الأطراف وأن هذه القواعد الموضوعية الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع إذا لم يتفق الأطراف وإن هذه القواعد هي قواعد التقاضي التي لا تخل بالنظام العام ولم تحدد هذه القواعد وأن سلطة المحكمين ليست مطلقة بل يجب عليهم التقيد بالقواعد وهيئة التحكيم ليست لها الحرية المطلقة ويجب عليها مراعاة شروط العقد محل النزاع، فالعقد هو الذي يحدد حقوق والتزامات الأطراف كذلك يجب مراعاة الأعراف الجارية في مجال المعاملة محل التحكيم.⁽³⁾

على المحكمين عندما يريدون تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم يجب عليهم مراعاة المبادئ الأساسية للأسس القضائية حتى لا يصطدم حكمهم بالنظام العام وهي:

1/ ضرورة مراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي

نتيجة لاعتبار التحكيم ذا طبيعة قضائية، يجب على هيئة التحكيم مراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي، وذلك سواءً أكان التحكيم تحكيمياً عادياً أو تحكيمياً مع التفويض بالصلح، سواءً أكان تحكيمياً حراً أو تحكيمياً مؤسساً، ووطنياً أو تجارياً دولياً وهي مبادئ مسلم بوجوب مراعاتها في جميع نظم التحكيم في جميع الدول دون حاجة للنص عليها أو اتفاق الأطراف على مراعاتها، فبدونها لا يتصور إقامة عدالة حقيقية، فالمحكم يجب عليه أن يتبع المنهج القضائي في مراعاة الضمانات الأساسية للتقاضي عند تحقيق الإدعاءات ونظر الطلبات، وفي أسلوب فض المنازعة سواء بهدف إنزال حكم القانون

(1) فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 300.

(2) المادة (30) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م تم تعديلها للمادة (2/21) من قانون التحكيم لسنة 2016م.

(3) القصيمي صلاح أحمد محمد طه: عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 262.

عليها أو بهدف الحكم وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف، فهي مفترض ضروري لإقامة العدالة وهذه المبادئ الأساسية يجب على المحكم احترامها، ولو اتفق الأطراف على ما يخالفها أو خوله القانون أو اتفاق الطرفين أو منع السلطات لتنظيم إجراءات التحكيم، ولا يجوز بأي حال إعفاء من أي منها فإذا انتهك المحكم مبدأ من هذه المبادئ الأساسية فإن الإجراء الذي انتهك المبدأ يكون باطلاً مما يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم إذا كان بطلان الإجراء أثر في الحكم وهو بطلان متعلق بالنظام العام.

2/ مبدأ الطلب

لا يباشر المحكم مهمته إلا إذا طلب أحد الطرفين الالتجاء إلى التحكيم ولو كان هناك اتفاق بينهما على التحكيم شرطاً أو مشاركة ويكون الأمر كذلك ولو كان الطرفان قد اتفقا على اختيار المحكم فالحكم كالتقاضي لا يعمل دون طلب.

يسري هذا المبدأ ليس فقط بالنسبة لمبدأ خصوصية التحكيم وإنما أيضاً بالنسبة لاستمرارها لهذا فإنه إذا نزل على طلب التحكيم امتنع عن المحكم نظر القضية ويتقيد المحكم بطلبات الخصوم فإن المحكم الذي يقضي في غير ما طلب منه أو في أكثر من يكون قد تجاوز ولايته التي يحددها ليس فقط اتفاق التحكيم وإنما أيضاً ما يطلب منه الحكم به كما أن قضاء المحكم بغير ما طلب منه يعتبر انتهاكاً لمبدأ المواجهة والحق في الدفاع، إذ يكون المحكم قد قضى في مسألة لم تنظر مواجهة بين الطرفين، ولم يمكن المدعى عليه فيها من إبداء دفاعه بشأنها، وهو ما يتعلق بالنظام العام.

3/ مبدأ المساواة بين الخصوم

يعتبر من أهم المبادئ الأساسية في التقاضي ويقصد به منح الخصوم فرصاً متساوية لإبداء دفاعهم وطلباتهم وقد حرص قانون التحكيم المصري على النص على ضرورة احترامه فوفقاً للمادة (7) ⁽¹⁾ تحكيم يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهم فرصة متكافئة كاملة تعرض دعواه. ⁽²⁾

(1) المادة (7) من قانون التحكيم المصري لسنة 1994م.

(2) هيئة التحكيم مراعاة المبادئ الأساسية للتقاضي في أدائها لمهمتها أهمها:

أ/ احترام حق الدفاع وذلك بتمكين كل طرف من الإدلاء بما لديه من أقوال ودفاع وبيانات قبل صدور قرار التحكيم.

ب/ تمكين كل طرف من الأطراف من الإطلاع على الأوراق في المستندات التي يقدمها الطرف الآخر.

د/ معاملة الأطراف على قدم المساواة.

فالمقصود بمبدأ المساواة بين الخصوم هو المساواة الإجرائية وتطبيقاً لمبدأ المساواة حرصت مواد قانون التحكيم التي تنص على حقوقه في لائحة أصحاب العمل السوداني للتوفيق والتحكيم لسنة 1996م في المادة (2/35)⁽¹⁾ مراعاة المبادئ الأساسية للتقاضي.⁽²⁾

إن قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل لسنة 2016م، تناول في المادة (26)⁽³⁾ المساواة بين الخصوم في فقرته الأولى أنه على هيئة التحكيم للانعقاد تمكن كل طرفي الدعوى من سماع دعواهم وقد تتعدد جلسات الهيئة للسمع وللهيئة أيضاً الحق في ترتيب إجراءات سماع كل طرف بشرط إعطاء فرصة كافية ومتساوية لكل طرف ليشرح دعواه وعرض حجته وأدلته في هذه المسألة. وتعيين سماع الشهود وقبول المستندات وكل أدلة الإثبات المسموح بها قانوناً، والهيئة هنا يمكنها تحديد ادعاءات كل طرف ومطالبة السير في النزاع حسب مذكرة كل طرف لإثبات ما ادعاه، أما الفقرة الثانية فقد حددت الهيئة وبموافقة الأطراف الاكتفاء بالمذكرات والمستندات المكتوبة إذا كانت حقيقة النزاع تقتضي ذلك أو أن الفصل العادل في هذا النزاع يقتضي ذلك توفيراً للوقت والجهد وهذا النص متطابق لنص المادة (15) من قواعد التحكيم للقانون التجاري الموضوعة بواسطة لجنة الأمم المتحدة.⁽⁴⁾

على سبيل المثال المواد (3/30 أو 31/ و 32 و 36 و 34) من قواعد التحكيم للقانون التجاري الدولي، كما حرص القانون على المساواة بين الطرفين عند تشكيل هيئة التحكيم، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية باعتبار مبدأ المساواة من المبادئ المتعلقة بالنظام العام وقررت على هذا عدم جواز التنازل عنه إلا بعد بدء الخصومة فإذا أخلت الهيئة بمبدأ المساواة فإن حكمها المبني على هذا الإخلال يكون باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام.

(1) المادة (2/35) من لائحة أصحاب العمل السوداني للتوفيق والتحكيم لسنة 1996م.

(2) إبراهيم محمد أحمد دريج: شرح قانون التحكيم لسنة 2005م، مرجع سابق، ص 120.

(3) المادة (29) أ/ تعقد هيئة التحكيم جلسات سماع لتمكين كل من الطرفين لشرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته. ب/ يجوز للهيئة الاكتفاء بالمذكرات والمستندات المكتوبة إذا اتفقت الأطراف على ذلك.

(4) فهمي يوسف زين العابدين: شرح قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م، مرجع سابق، ص 46.

4/ مبدأ المواجهة:

يجب أن تتم إجراءات التحكيم مواجهة بين الخصوم، فنظر المحكم للنزاع لا يكون إلا بمواجهة بين الطرفين، وذلك على النحو المسلم به أمام قضاء الدولة وكل حكم تحكيم يخل بمبدأ المواجهة يعتبر باطلاً ولا يكفي احترام مبدأ المواجهة من الناحية الشكلية، بل يجب أيضاً احترامه في جوهره بأن يمكن كل طرف من عرض دفاعه بالكامل، ويقتضي مبدأ المواجهة ليس فقط دعوة الأطراف لكل اجتماع أو جلسة تعقدتها الهيئة واتخاذ الإجراءات في مواجهة الطرفين أو في جلسة يدعيان إليها. وليس للمحكم أن يجري اتصالاً مع أحد الطرفين دون علم الطرف الآخر ولهذا فإن خطابه يجب أن يوجه للطرفين، ويجب أن يعمل على أن كل خطاب يرسل إليه من أحد الطرفين تسلم منه صورة للطرف الآخر، ولا يجوز للمحكم أن يجري اتصالاً تليفونياً مع أي منهما وإذا كان هناك أمر عاجل، وأرسل المحكم فاكساً أو أي ميل إلى طرف فيجب عليه أن يرسل منه صورة للطرف الآخر، ولا يجوز للمحكم أن يقابل أي طرف دون حضور الطرف الآخر.

لا يقتصر وجوب احترام مبدأ المواجهة على جلسات المرافعة بل يجب أن يراعي أيضاً في جلسات التحقيق، وعند اتخاذ إجراءات الإثبات المختلفة سواء تمت أمام هيئة التحكيم أو أمام واحد من أعضائها أو أمام خبير وتطبيقاً لهذا المبدأ قضت محكمة النقض الفرنسية ببطلان حكم تحكيم على أساس أن أحد المحكمين أجرى اتصالاً مع أحد الطرفين لإجراء تحريات عن مسائل مشتركة تتصل بالقضية دون علم الطرف الآخر، باعتبار أن ما أجراه المحكم يعتبر إخلالاً بمبدأ المواجهة.

قد حرص قانون التحكيم المصري على النص على أهم تطبيقات هذا المبدأ فنصت المادة (31) منه على أن ترسل صورة مما يقدمه أحد الطرفين إلى هيئة التحكيم من مذكرات أو مستندات أو أوراق أخرى إلى الطرف الآخر، وكذلك ترسل إلى كل من الطرفين صورة من كل ما يقدم إلى الهيئة المذكورة من تقارير الخبراء والمستندات وغيرها من الأدلة كما نصت المادة (33/د) منه على أنه "يجب إخطار طرفي التحكيم بمواعيد الجلسات والاجتماعات التي تقرر هيئة التحكيم عقدها قبل التاريخ الذي تعينه لذلك بوقت كاف تقدره هذه الهيئة من الظروف".⁽¹⁾

(1) فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 306.

إن قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل لسنة 2016م، لم يتحدث عن إخطار الأطراف كما فعل قانون التحكيم المصري في المادة (33) لذا كان يجب أن ينص القانون صراحة إلى ذلك لأهميته.

يعتبر مبدأ المواجهة صورة من صور الحق في الدفاع أي شرطاً لممارسته بغيره لا تتوفر للأطراف خصومة عادلة وقد قضت محكمة استئناف باريس بأن هذا الحق يعتبر من النظام العام الدولي فإن خولف كان جزاء مخالفته البطلان.⁽¹⁾

نص المادة (31) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل لسنة 2016م حيث أعيدت صياغة المادة وحذف البند (2) وأفردت له مادة مستقلة وهي المادة (3/32)، "يجوز لهيئة التحكيم إتباع الإجراءات التي يتفق عليها الأطراف في حالة عدم وجود هذا الاتفاق للهيئة أن تتبع الإجراءات التي تراها مناسبة بشرط معاملة الأطراف على قدم المساواة في جميع مراحل إجراءات نظر الدعوى"، وتذهب معظم التشريعات إلى إتاحة الفرصة لطرفي النزاع للاتفاق أو تفويض الهيئة بإتباع إجراءات معينة قد تكون قانونية أو قواعد عامة لكن في حالة عدم هذا الاتفاق بين الطرفين فالخيار متروك للهيئة لإتباع ما تراه مناسباً من إجراءات بشرط معاملة طرف النزاع على قدم المساواة وذلك بإتاحة الفرصة لكل منها لتقديم حججه وأسانيده من شهود ومستندات وغير ذلك من متطلبات إجراءات التحكيم، في كل الأحوال على هيئة التحكيم الالتزام بما قرره الطرفان من إجراءات، وهذا عكس ما ذهب إليه قانون 2005م المعدل 2016م، بكلمة (يجوز) أي للهيئة الخيار لإتباع ما اتفق عليه الطرفان من إجراءات وأرى تعديل هذا النص باستبدال عبارة يجوز بـ (يجب).⁽²⁾

5/ احترام الحق في الدفاع

يجب تمكين كل طرف من إبداء دفاعه والرد على دفاع خصمه ومن ثم تقديم مستنداته والإطلاع على ما قدمه خصمه من مذكرات أو مستندات، وكذا منحه الميعاد الذي يكفي للرد على هذه المذكرات أو المستندات، وعلى الهيئة مراعاة قاعدة أن المدعى عليه هو آخر من يتكلم فلا تقبل مستندات أو دفاع من المدعي دون منح المدعي عليه فرصة لإبداء دفاعه بشأنه، وإذا قدم المدعى عليه دفعا من الدفوع أو طلباً مقابلاً

(1) * حكم استئناف باريس 1994/9/9م، منشور موجزه في مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، بند 8، ص 233.

(2) إبراهيم محمد أحمد دريج: شرح قانون التحكيم لسنة 2005م، مرجع سابق، ص 60.

فيجب أن يمكن المدعى من إبداء دفاعه بشأنه وأن يراعي أن يكون آخر من يتكلم بالنسبة لهذا الدفع أو الطلب المقابل.

6/ الإبطال بسبب إجراءات التحكيم:

في سابقة: قرار تحكيمي - طعن بالإبطال - عدم تضمن كافة البيانات الإلزامية لا يلزم المحكم بالأخذ بأسباب محددة - يستند المحكم، كما القاضي إلى أسباب دون سواها إذا كان من شأن تلك الأسباب تكوين قناعته الرقابة على القرار التحكيمي لا تطل فناعة المحكم - عدم خرق حق الدفاع لا مخالفة للنظام العام - رد طلب الإبطال وتصديق القرار التحكيمي⁽¹⁾ (من المسلم به فقهاً أو اجتهاداً أن عدم البت ببعض المطالب لا يعتبر خروجاً عن المهمة المحددة للمحكمن).

المحكم رد طلب التحكيم المقابل معتبراً أن البت بالطلب المذكور، يخرج عن حدود اختصاصه، وقراره هذا لا مجال لمراقبته في إطار الطعن الحاضر بطريق الإبطال لا مجال لطالب الإبطال أن يلزم المحكم بالأخذ بأسباب محددة، ذلك أنه يعود له وحده أن استند إلى أسباب دون سواها إذا كان من شأن تلك الأسباب تكوين قناعته إذا أخذ المحكم بأسباب دون أخرى فإن ذلك لا يؤلف خرقاً لحقوق الدفاع، حيث تقتضي الإشارة في المستهل إلى أنه لا يعود لهذه المحكمة في معرضيتها في طلب إبطال القرار التحكيمي، البت على أساس القرار المذكور، قبل القضاء بالإبطال في حال توافرت شروطه، بل يتوجب عليها التثبت مما إذا كانت إحدى أسباب البطلان الملحوظة في المادة (800 مدني مصري) متوافرة في القرار التحكيمي المطعون فيه أم لا، وذلك دون البحث في الأساس مما يوجب معه في المرحلة الراهنة حصر البحث بالأسباب المثارة المرتبطة بالمادة (800 مدني مصري)، وعدم التطرق إلى الأسباب المتعلقة بأساس القرار التحكيمي المطعون فيه.⁽²⁾

بالنسبة لما يدلي به طالب الإبطال شمول مهمة المحكم النزاع القائم حول سوء إدارة تحفظه وخروج المحكم عن إطار مهمته وفقاً لما حدده القرار الصادر عن محكمة الاستئناف في باريس بتاريخ 2004/4/28م لعدم بته بالمسألة المتعلقة بسوء إدارة المحفظة المذكورة، فإنه من المسلم به فقهاً واجتهاداً أن عدم البت ببعض المطالب لا

(1) محكمة الاستئناف المدنية، بيروت، الفرقة الأولى، قرار رقم 2011/3/3م بتاريخ 2011/2/3م.

(2) فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 308.

يعتبر خروجاً عن المهمة المحددة للمحكّمين، علماً بأن المحكم في هذه القضية رد طلب التحكيم المقابل (المتعلق بعقد CUSSA/8/5 معتبراً أن البت بالطلب المذكور، يخرج عن حدود اختصاصه وقراره هذا لا مجال لمراقبته في إطار الطعن الحاضر بطريق الإبطال، فيقتضي رد كل ما أدلى بخلاف هذه الواجهة.⁽¹⁾

بالنسبة للسبب المدلي به والمستند إلى عدم تضمين القرار التحكيمي لكافة البيانات الإلزامية، فإنه مردود بدوره ذلك أنه بالعودة إلى مضمون القرار التحكيمي المطعون فيه، فإنه يتبين أنه تضمن كافة البيانات الإلزامية المتعلقة بمطالب الخصوم والأسباب والوسائل المؤيدة لها لاسيما منها المنازعة المثارة حول مدى صحة البند التحكيمي، وفي مدى شمولية مهمة المحكم وسواها من الأمور المدلي بها وأنه لا مجال لطالب الإبطال أن يلزم المحكم بالأخذ بالأسباب المحددة ذلك أنه يعود له وحده أن يستند إلى أسباب دون سواها إذا كان من شأن تلك الأسباب تكوين قناعته، علماً أنه لا يعود لهذه المحكمة في معرض الطعن الراهن الرامي إلى إبطال القرار التحكيمي، البحث في الأسباب المتعلقة بأساس النزاع الذي كان معروضاً على المحكم ذلك الطعن بطريق الإبطال يجيز لهذه المحكمة إجراء رقابتها على القرار التحكيمي سنداً لأحكام المادة 800/أ م م، للثبوت من مدى توافر شروطها، وحيث أن السبب المسند إلى مخالفة القرار التحكيمي للنظام العام، هو مردود بدوره، ذلك أن قرار المحكم قد جاء معللاً بصورة كافية ومنتاسقة، ولأنه إذا أخذ المحكم بأسباب دون أخرى فإن ذلك لا يؤلف خرقاً لحقوق الدفاع كما يدلي به طالب الإبطال، إذ انه للمحكم على قرار القاضي أن يأخذ بأسباب دون أخرى كما جري بيانه آنفاً ويقتضي رد كلما أدلى به بخلاف ذلك.⁽²⁾

يقتضي بالاستناد إلى كل ما تقدم به رد هذا الطعن برمته وحيث يقتضي رد طلبات العطل والضرر لعدم توافر شروط الحكم بها وحيث يقتضي رد سائر الأسباب والمطالب الزائدة أو المخالفة أما لكونها قد لاقت رداً ضمناً، وما لعدم تأثيرها على الحل لذلك تقرر بالاتفاق:

أ/ قبول طلب الإبطال شكلاً، ورده أساساً: وتصديق القرار التحكيمي المطعون فيه.
ب/ رد طلبات العطل والضرر.

(1) استئناف، بيروت، الفرقة الثالثة، بتاريخ 2008/2/19م، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي، (الأولى، الجزء 45، ص 41 - 43.

(2) فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 209.

ج/ رد ما زاد أو خالف.

د/ تضمن طالب الإبطال النقطتان القانونية⁽¹⁾.

هـ/ عدم جواز قضاء المحكم بعلمه الشخصي.

من القواعد المقررة أمام محاكم الدولة أنه ليس للقاضي أن يقضي في الدعوى بعلمه الشخصي، فلو كان القاضي حسب علمه الخاص متأكداً من ثبوت واقعة معينة فإنها تبقى غير ثابتة حتى يثبتها أحد الخصوم. ولكن تطبيق هذا المبدأ على خصومة التحكيم يثير مشكلة، ذلك أن المحكم قد يتم اختياره بسبب معرفته الفنية في فرع معين من فروع المعرفة، فإذا أحدث خلاف في القضية المعروضة عليه حول مسألة فنية معينة فهل يستطيع المحكم أن يبدي رأيه فيها مستعملاً معلوماته الفنية لترجيح رأي أحد الطرفين على الآخر؟

من الطبيعي أن يستخدم المحكم خبرته وعلمه عند تقديره وتفسيره لوقائع القضية، ولكن ليس للمحكم أن يقضي بعلمه الخاص، إذ مثل هذا القضاء يكون معتمداً على ما لم تتح للخصوم فرصة مناقشته، وإبداء دفاعهم بشأنه.

على أنه يلاحظ أن منع المحكم من القضاء بعلمه الشخصي مقصوداً منه ألا يستمد قناعته من عناصر غير قائمة في الخصومة بأن يعتمد على علمه الشخصي كعناصر من عناصر الإثبات ولهذا فإن تأكيد المحكم في حكمه على أنه بما له من خبرة فنية في المسائل المتصلة بالنزاع المطروح على التحكيم يقتنع بسلامة أو صحة دليل مما يطرح عليه في التحكيم لا يعد قضاء بعلمه الشخصي لأنه بذلك لا يجاوز سلطته في تقدير هذا الدليل.

وجوب نظر النزاع وإصدار الحكم من جميع أعضاء هيئة التحكيم فليس للهيئة أن تشكلت من ثلاثة أن تتعقد في أية جلسة من جلساتها بعضوين فقط أو بعضو واحد، وإعمالاً لذلك قضت محكمة استئناف القاهرة بأنه إذا كان الثابت أن بعض محاضر جلسات هيئة التحكيم قد تضمنت أمن رئيس الهيئة فقط دون باقي أعضاء الهيئة وبعضها الآخر تضمنت إجراءات التحكيم تكون باطلة وتعين القضاء ببطلان الحكم.⁽²⁾ وليس لهيئة التحكيم أن تنتدب عضواً منها لاتخاذ إجراء من الإجراءات إلا إذا كان يجوز لها

(1) مجلة الأحكام العالمية 2011م، العدد العاشر، مرجع سابق، ص 45.

(2) فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 210.

ذلك سواء بنص قانون التحكيم أو باتفاق الأطراف فإذا لم يوجد هذا النص أو الاتفاق، فليس للهيئة أن تخول لنفسها هذه السلطة وتفوض أحد أعضائها للقيام بهذا الأجراء وإلا كان الإجراء باطلاً⁽¹⁾.

7/ تسبب الحكم:

من الواجب تسبب الحكم وإلا كان باطلاً، هذا ولو كان الحكم مفوضاً بالصلح، لأن إرادة الخصوم ترمي أصلاً إلى إجراء تحكيم، وليس إلى مجرد إجراء صلح، وإن تفويض المحكم بالصلح لا يعفيه من ضرورة بيان الأساس القانوني ولا اعتبارات التي حدثت به إلى ما اتجه إليه في حكمه وهذه قاعدة أساسية في فرنسا وبلجيكا. كذا في مصر، يتعين أن يكون حكم المحكم مسبباً ولو كان مفوضاً بالصلح وذلك عملاً بصريح المادة (43) من القانون المصري التي يعمل بها في كل الأحوال.

قيل أن المحكم المصالح يعني من ذكر أسباب حكمه إذا اتفق الخصوم على ذلك صراحة في مشاركة التحكيم وقيل إن الإجازة الضمنية يعتد بها في هذا الصدد والجدير بالذكر أن القواعد المتقدمة يعمل بها ومسلم بها ولو عند من يجادل في طبيعة الحكم الموضوعية ويعتبره عقداً، بل ولو عند ما يجادل في طبيعة الحكم الموضوعية ويعتبره عقداً بل ولو عند من يجادل في صفة المحكم بالنسبة للنزاع المطروح.

إذاً وأياً كان الرأي في طبيعة حكم المحكم من الناحية الموضوعية فإنه يخضع لشكل الأحكام العادية ويبطل الحكم إذا لم يكن مسبباً، وقيل أن هذا البطلان يتعلق بالنظام العام.⁽²⁾ ومع ذلك حكم بأن المحكم لا يؤخذ بما يؤخذ به القضاء في صدد الدقة المقررة في التسبب ويكفي أن يذكر الحكم نصوص القانون التي قام بأعمالها في صدر النزاع، سواء من ناحية تكييف الوقائع، أو من ناحية إرساء حكم القانون المستخلصة في النزاع، وقيل أيضاً أن عدم كفاية التسبب أو إيرادها في صورة عامة لا يؤدي إلى البطلان ما دام أن هذا أو ذلك لا يتضمن مخالفة للقانون - أي أن ما انتهى إليه المحكم لا يكون قد خالف فيه القانون.

(1) فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، نفس المرجع السابق، ص 309.

(2) أحمد أبو الوفا: التحكيم بالقضاء بالصلح، مرجع سابق، ص 245.

التسبب في قانون التحكيم السوداني:

نصت المادة (33) من قانون التحكيم السوداني بأنه: "يجب أن يكون قرار هيئة التحكيم مكتوباً ومسبباً وموقعاً عليه من أعضاء هيئة التحكيم أو أغلبيتهم، على أن يتم تدوين رأي العضو المخالف في ورقة مستقلة".

في هذا القانون أن يكون قرار هيئة التحكيم مسبباً والتسبب هنا يعني أن يقوم الحكم على أسباب وفق قواعد إصدار الحكم وشروط العقد وحسب طبيعة النزاع والقانون الذي يحكم هذه الطبيعة أي أن الحكم يقوم على سند قانوني.

نصت المادة (33) من هذا القانون مطابقاً لنص المادة (32) من قواعد التحكيم للقانون التجاري الدولي وفق الشروط التي حددتها المادة (33) من هذا القانون استيفاء الشكل القانوني لقرار التحكيم.⁽¹⁾ ويكون القرار مسبباً مشتملاً على المبررات التي قادت الهيئة لإصدار حكمها على ضوء مناقشتها لكافة نقاط النزاع التي بنت على ضوءها دعوى التحكيم، كما يجب أن يوقع أعضاء الهيئة على القرار ولا يكفي توقيع الرئيس فقط، ويمكن أن يكتفي بتوقيع الأغلبية والمسألة الأخيرة هي ضرورة تدوين المخالفة في ورقة منفصلة.⁽²⁾

إذاً فالقصور في التسبب يعني عدم كفاية أسباب الحكم من الناحية الواقعية بمعنى أن الحكم لم يتضمن بيانات كافية لموضوع الدعوى وطلبات الخصوم فيها وما طرأ على هذه الطلبات من تغيير أو تعديل، بحيث يتبين للمطلع على الحكم أنه استند إلى فهم صحيح للواقع في الدعوى، وقد استهدف المشرع من إيجاب إثبات ملخص طلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم وتوفير الرقابة على عملهم والتحقق من حسن استيعابهم لوقائع النزاع ودفاع طرفيه والوقوف على أسباب الحكم الصادر فيه، وذلك رعاية لمصالح الخصوم، وهي على هذا النحو بيانات لازمة جوهرية يترتب على إغفالها عدم تحقق الغاية التي من أجلها أوجب المشرع إثباتها بالحكم بما يؤدي إلى البطلان، متعلق بالنظام العام ولا ينال من ذلك أن يكون دالاً بذاته على استكمال شروط صحته ولا يقبل تكملة ما تقضي فيه من البيانات الجوهرية بأي طريق آخر، والأصل أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا في حالتين:

(1) فهمي يوسف زين العابدين: شرح قانون التحكيم لسنة 2005م، مرجع سابق، ص 58.

(2) الصادق ضرار مختار: قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م وتطبيقاته العملية أمام المحاكم السودانية،

مرجع سابق، ص 56.

الحالة الأولى: إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك.

الحالة الثانية: إذا كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم⁽¹⁾. فمن الضرورة بمكان تسبب القرار أي اشتماله على المبررات التي أدت للحكم للمدعي بكل طلباته أو الجزء منها أو العكس، والحكمة من هذا التسبب لإقناع طرفي النزاع بالمنطق والحجة لما توصل إليه المحكمون من قرار كذلك هذا التسبب يعين المحكمة المختصة عند إيداع القرار أمامها للتنفيذ وذلك للتأكد من بعض المسائل المتعلقة بعدم مخالفة الشريعة الإسلامية أو النظام العام، وغير ذلك من المسائل التي تؤدي إلى الطعن بالبطلان في الحكم.⁽²⁾

8/ إجراءات سير المنازعة أمام الهيئات الدائمة للتحكيم:

يتسم التحكيم التجاري الدولي لدى هيئات ومراكز التحكيم الدائمة بأنه تحكيم منظم تسري في أحكامه اللاتحوية على إجراءات التقاضي أمام هيئة أو محكمة التحكيم. ويتضمن اختيار أطراف المنازعة أو التجاؤم جبراً لقضاء هذه الهيئات ضرورة الإذعان للقواعد الإجرائية المقررة في لائحة التحكيم بحيث لم يعد لأطراف الخصومة في مثل هذا التحكيم سوى اختيار مكان التحكيم حيث أصبح إجبارياً في الكثير من العقود الدولية ذات الشكل النموذجي والتي تعتبر إلى حد ما محوراً في التجارة الدولية، مثل عقود المنشآت الصناعية والتوريدات الدولية وعقود التجميع والتي تتضمن نصوصها ضرورة غرفة التجارة الدولية وطبقاً لإجراءاتها وكذلك الأمر بالنسبة للعقود التي تبرم وفقاً للشروط العامة الصادرة عن اللجنة الاقتصادية الأوروبية للأمم المتحدة في جنيف مارس 1953م والتي تقضي المادة (13) منها بضرورة خضوع المنازعات التي تثور بشأنها وفقاً لقواعد ولائحة محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية والتي تبرم وفقاً للشروط العامة التي تحكم توريد البضائع بين دول (الكوميكون) إذ تخضع المنازعات فيها بالضرورة إلى محكمة التحكيم في دولة المدعى عليه وفقاً لإجراءاتها. كذلك فإن التحكيم أمام هيئات ومراكز التحكيم الدائمة ووفقاً للوائحها يصبح إجبارياً، تطبيقاً لنصوص الاتفاقيات والمعاهدات الدولية متعددة الأطراف.

(1) الفصيمي صلاح طه: عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 304.

(2) إبراهيم محمد أحمد دريغ: شرح قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م، مرجع سابق، ص 73.

9/ مراعاة المبادئ الأساسية

عدم سلامة التفرقة بين النظام الداخلي والنظام العام الدولي⁽¹⁾

لا يقدر في ذلك محاولة التفرقة بين القواعد المتعلقة بالنظام العام الداخلي وتلك المتعلقة بالنظام العام الدولي في محاولة لإهدار القيم الدينية والاجتماعية والاقتصادية للشعوب، وتحد منها أمام تطلعات العولمة التي تسعى إلى طمس هوية الدول النامية حتى يظل التحكيم كما بدأ قاصراً على الدول الكبرى كي تكون هي الخصم والحكم في علاقاتها التجارية مع الدول النامية التي سعت لحماية مصالحها بإعادة تقنين نصوص قوانينها الداخلية سعياً لإيجاد موضع قدم لها على ساحة التحكيم التجاري الدولي حماية لمصالحها الوطنية كما تنص المادة (28) من القانون المصري.⁽²⁾

هذا فضلاً عن أنه لا يوجد ضابط قانوني للتفرقة في مجال المعاملات التجارية الدولية بين النظام العام الداخلي وبين النظام العام الدولي سوى كونها ستاراً أريد به سيطرة الدول الرأسمالية على دول العالم الثالث بالقول يسمو ما يسمى بالنظام العام الدولي على النظام العام الداخلي، ذلك أن المقابلة بين النظامين لا تتأتى فبينما تسعى كل دولة إلى حماية مصالحها بما تفرضه من نصوص آمرة تتعلق بمصالحها القومية العليا الاجتماعية والاقتصادية والسياسية يسعى ما يسمى بالنظام العام الدولي إلى مجرد حماية مصلحة فردية للطرف الأجنبي.

هذه التفرقة في مجال البحث عن القانون الواجب التطبيق على النزاع بين قواعد النظام العام الداخلي وتلك التي تتعلق بالنظام العام الدولي لا تعدو أن تكون مخرجاً دبلوماسياً عسرياً وتعبيراً أكثر تهذيباً عن ما ورد على لسان المحكم الإنجليزي اللورد الأسقف اسكويث سنة 1951م عند إصداره قرار التحكيم في النزاع بين أبو ظبي وشركة التنمية البترولية المحدودة والذي استبعد فيه قانون أبو ظبي القانون الواجب التطبيق على النزاع باعتباره قانوناً متخلفاً لا يصلح لتفسير وحكم المعاملات التجارية الحديثة لتفسيح المجال أمام تطبيق ما أسماه المبادئ العامة في الدول المتحضرة ولكن يمكن التحصن أمام مثل هذه المظاهر بما قرره اتفاقية نيويورك في المادة (14) مبدأ

(1) القصيمي صلاح طه: عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 304.

(2) المادة (28) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر.

المعاملة بالمثل وكذلك بما قررتة هذه الاتفاقية في الفقرة (ب) من المادة (5) حق الدولة التي يراد الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم على أرضها من عدم الاعتراف به وعدم تنفيذه إذا اصطدم ذلك بنظامها العام وقد استخدمت الاتفاقية في هذا الصدد عبارة ما يخالف النظام العام في هذا البلد مما يعني النظام العام الداخلي للدولة وليس بما يسمى العام الدولي.⁽¹⁾

في سابقة: حكم تحكيمي - تسببه - مفهوم التسبب - المحكم معفي من التقيد بقواعد المرافعات ماعدا ما نص عليه في باب التحكيم الحكم قد تسبب تسبباً كافياً لحمل قضائه لم يخالف المحكم قاعدة من القواعد المتعلقة بالنظام العام - الطعن بصفة المطعون ضدها غير مقبول إذا لم يسبق التمسك به أمام محكمة الموضوع - لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة التمييز - رد الطعن.⁽²⁾

من المقرر أصلاً أن يكون حكم المحكم مسبباً، إلا أنه معفي من التقيد بالشكل العام المقرر في قانون الإجراءات المدنية السوداني، إذ يكفي أن يكون ضمن حكمه ملخصاً لأقوال الخصوم ومستنداتهم والأسباب التي حملت عليها رأيه في المنطوق بشرط أن لا يكون خالف قاعدة متعلقة بالنظام العام.

إن الطعن أقيم على سبب واحد من أربعة أوجه تنص به الطاعة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون، وقالت بياناً لذلك أن الحكم أخطأ في تأييده للحكم المستأنف في قوله بعد تقيد المحكم بأحكام قانون الإثبات وأنه لا يجب عليه أن يحجب اسم الخبيرين اللذين استعان بهما عن الطاعة وإن قام به الخبير لم يكن سوى مجرد استشارات شفوية غير مكتوبة لبعض المصطلحات. وأنه لا يلزم تسبب حكم المحكم على وجه الدقة بل يكفي إيراده في صورة عامة، وإن عرضه الصلح على الخصوم ثم عدوله عنه لا يعتبر تجاوزاً لحدود مهمته، وأنه لا تترتب على المحكمة الابتدائية إن رفضت طلبها بإعادة الدعوى إلى المرافعة لضم ملف الدعوى رقم 1995/75م التي أقامتها بطلب الحكم ببطلان عمل المحكم، حال أن القول بعدم التقيد بأحكام قانون الإثبات ليس له سنده من القانون وأن حجب اسم الخبيرين، الاستشاريين عنها فيه إخلال

(1) أحمد السيد صاوي: التحكيم طبقاً للقانون رقم (1) لسنة 1994م التحكيم الدولية لسنة 2002م، مرجع سابق، ص 205.

(2) محكمة التمييز - دبي - الطعن رقم 1995/269م، جلسة 1996/12/10م.

بحق الدفاع، إذ يجرمها من حقها في الاعتراض عليها فيه إخلال بحق الدفاع، إذ يجرمها من حقها في الاعتراض عليهما، وأن الثابت من المستندات التي قدمتها في الدعوى إن المحكم الذي ألزم الخبيرين بتقديم تقرير ثم عاد ونفى وجود مثل هذا التقرير ودون أن يرفق الخطابات المتبادلة بينه وبين الخبيرين بالحكم الذي أصدره، وما كان للمحكمة أن تسايهه في قوله وتقول أن المحكم استعان بهما لمجرد استشارات في بعض المصطلحات، وحال دون حكم المحكم قد خلا من الأسباب حسبما يوجبه قانون الإجراءات المدنية، وإن عرضه الصلح على طرفي النزاع فيه تجاوز لحدود الاتفاق على التحكيم وإبداء الرأي مسبقاً في النزاع، وقال أنها طلبت من المحكمة ضم ملف الدعوى 1995/75م إلا أنها لم تجبها إلى طلبها رغم اشتغال تلك الدعوى على دفع جديدة خاصة فيما يتعلق بصفة المطعون ضدها فقد أثبت المحكم في صدر حكمه أن اسمها عند توقيع عقد العمل من الباطن - شركة ... الخصومة المحدودة ثم أصبح اسمها شركة وهو اسمها القانوني بعد تصحيح الوضع القانون عملاً بقانون الشركات التجارية وذلك دون أن تكون هناك بيئة أمام المحكم تفيد ذلك، مما يشوب شكله البطلان. (1)

إن هذا النص مردود ذلك أنه وأن كان من المقرر - أصلاً أن يكون حكم المحكم مسبباً إلا أنه معفي من التقيد بالشكل العام المقرر في قانون الإجراءات المدنية السوداني إذ يكفي أن يكون قد ضمن حكمه ملخصاً لأقوال الخصوم ومستنداتهم والأسباب التي حمل عليها رأيه في المنطوق شرط ألا يكون قد خالف قاعدة متعلقة بالنظام العام - وقد أعفى قانون الإجراءات المدنية المحكم - من التقيد بقواعد المرافعات ما عدا ما نص عليه في باب التحكيم والإجراءات الخاصة بدعوة الخصوم وسماع أوجه دفاعهم وتمكينهم من تقديم مستنداتهم، ومن المقرر أن هذا الإعفاء ينطبق أيضاً على إجراءات الإثبات سواء كانت قد وردت في صلب قانون الإجراءات المدنية أو قانون المعاملات المدنية السوداني أو في قانون مستقل، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من التصديق على حكم المحكم على ما أورده في مجمل أسبابه من أن الثابت بالأوراق أن المحكم لم يستند في حكمه إلى أي تقرير من

(1) أحمد السيد صاوي: التحكيم طبقاً للقانون رقم (1) لسنة 1994م التحكيم الدولية لسنة 2002م، مرجع سابق، ص 206.

تقارير أهل الخبرة، وإنما أسس قضاءه في ضوء بحثه لدفاع طرف النزاع وما قدمه من مستندات، وبحجة كل مطلب تقدما به على حدة وإدائه رأيه الفني في مدى صحته استناداً إلى خبرته الشخصية مع الاستعانة في ذلك باستشارات هندسية وقانونية - شفهية - بمعرفة وموافقة طرفي النزاع وأنه بالتالي يكون الحكم قد سبب تسبباً كافياً لحمل قضاؤه - تقيد فيه المحكم بأحكام المادة (212) من قانون الإجراءات المدنية السوداني دون خطأ في الإجراءات ولم يثبت أنه خالف فيه قاعدة من القواعد المتعلقة بالنظام العام، وأن عرض المحكم الصلح على النزاع ثم عدوله عن ذلك ليس له أدنى أثر على ما انتهى إليه المحكم في قضاؤه فقد التزم بذلك حدود ما فوض فيه بمقتضى وثيقة التحكيم وهي أسباب سائقة لها أصلها بالأوراق، وكان لا يترتب على محكمة الاستئناف أن لم ترد على طلب الطاعن ضم الدعوى رقم 1995/75م التي أقامتها بطلب الحكم ببطان حكم المحكم طالما لم يثبت أنه قد صدر فيها حكم نهائي، لأن تلك الدعوى هي الوجه الآخر للنزاع المائل والتي كان في وسعها أن تقدم فيه ما نشاء من دفاع أو بيانات لإبطال حكم المحكم الأمر الذي يتعين معه رد هذا النص، وكان ما أثارته الطاعنة، بشأن صفة المطعون ضدها فأياً كان الأمر فيه فهو غير مقبول، إذ لم يسبق لها التمسك به أمام محكمة الموضوع ومن ثم فإنه لا يجوز لها التصدي له لأول مرة أمام محكمة التمييز⁽¹⁾.

يجوز للمحكم أن يختار مكان التحكيم قانون يسري على إجراءات ومن الأحكام التي صدرت في ذلك. الحكم الذي أصدره المحكم (ليقرقري) أكتوبر سنة 1973م في النزاع بين الحكومة الليبية وشركة البترول البريطانية وتتعلق وقائع النزاع في هذه القضية بعقد استقلال بترول منحتة ليبيا في 18 ديسمبر سنة 1957م لمدة 50 عاماً لمواطن أمريكي وذلك بإقرار السلطات الليبية.⁽²⁾

بعد قيام الثورة في ليبيا سنة 1969م وإتباع سياسة التأمينات بها ثم تأمين تلك الشركة في 7 ديسمبر سنة 1971م وهو ما أدى إلى قيام النزاع بين الشركة وبين الحكومة الليبية وتم تعيين المحكم (ليقرقري) لحل هذا النزاع بالاستعانة برئيس محكمة العدل الدولية وانتهى المحكم في هذا النزاع أنه بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على

(1) مجلة التحكيم العالمية، العدد العاشر، مرجع سابق، ص 240-241.

(2) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 427.

الإجراءات لا مفر من الرجوع إلى نظام قانوني داخلي ومن الأفضل تطبيق القانون الدنماركي على الإجراءات باعتباره قانون دولة المقر وقرر أن تطبيق هذا القانون على الإجراءات يحقق ميزة تيسير تنفيذ حكم التحكيم الصادر في النزاع.

بينما ذهبت بعض أحكام التحكيم إلى إكمال إرادة الأطراف بقواعد القانون الدولي العام ومن ذلك حكم التحكيم الصادر في قضية شركة أران بشأن النزاع بين الحكومة السعودية وشركة البترول الأمريكية أرامكو ويتعلق النزاع بعقد استقلال حقل بترول على الأراضي السعودية حصلت عليه شركة أرامكو ولما قامت الحكومة بالتعاقد مع شخص آخر يدعي أو تأسيس لنقل البترول المصدر من السعودية اعترضت على ذلك أرامكو واعتبرت أن من شأن ذلك المساس بحقوقها المترتبة على عقدها مع السعودية وكان أول مواجهة هيئة التحكيم تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وقررت في هذا المجال تطبيق قواعد الإجراءات الواردة في الاتفاق واحتفظت بالحق في إكمالها بقرار من الأغلبية بما لا يخل بأحكام اتفاق التحكيم، ولقد أكملت هيئة التحكيم قواعد الإجراءات عدة مرات بمشاورات فيما بين الأطراف واعتبرت ذلك أفضل من الرجوع في هذا الشأن لقانون دولة المقر وقررت المحكمة ضرورة استناد الإجراءات إلى نظام قانوني قائم، واستبعدت فكرة ترك الإجراءات لتقديرها الشخصي وانتهت إلى إخضاع إجراءات التحكيم للقانون الدولي العام نظراً لأن أحد أطراف النزاع دولة.

يعتبر هذا التبرير خروجاً على القاعدة التي كانت سائدة في مجال القانون الدولي وموادها أن قواعد القانون الدولي العام لا تطبق المنازعات فيما بين الدول ذات السيادة. وهذا ما انتهت إليه محكمة العدل الدولية الدائمة إذ قرر في قضية قروض الصرب والبرازيل أن كل عقد أطرافه ليسوا من الدول أشخاص القانون الدولي يجد أساسه في القانون الداخلي وبذا لا يكفي كون الدولة أحد أطراف العقد لإدخاله في مجال القانون الدولي العام.

أياً كان الأمر فإن هذا الحكم لم يخرج على مبدأ سلطان الإرادة بل انتهى إلى أن هذا المبدأ يستمد بصدده هذا النزاع من أحكام القانون الدولي العام.⁽¹⁾

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 427.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

قد تعرض مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أمام المحاكم القضائية، وذلك بمناسبة طلب بطلان حكم المحكمين لمخالفته القواعد الآمرة في قانون القاضي أو بمناسبة الطعن في هذا الحكم بطريق الاستئناف أو بمناسبة طلب صدور الأمر بتنفيذه عندما يكون قانون القاضي المطلوب منه إصدار هذا الأمر يوجب مراجعة الحكم⁽¹⁾، وقد تعرض في هذه المسألة لدى المحكمين فبحثوها لمعرفة القانون الواجب التطبيق على الموضوع، حتى يتمكنوا من الفصل في النزاع ومن المعروف أن المحكم ليس له قانون اختصاص يحدد أساس القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح أمامه.

تعرضنا للقانون الذي يحكم موضوع النزاع سيكون قائماً على التفرقة بين فرضين، الأول هو اختيار المتعاقدين لقانون العقد وفي هذه الحالة يجب إعمال هذا الاختيار وتطبيق القانون المختار استناداً على النظرية التي نادى بها جانب من الفقه الفرنسي والقائلة بأعمال قانون الإرادة، وأما الفرض الثاني فيقوم على أساس عدم اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم العقد، فترى مدى سلطة المحكمين في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وبناء على ما تقدم سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم العقد وفي الفرع الثاني سلطة المحكمين في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

الفرع الأول: تطبيق قانون إرادة الأطراف

تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الأطراف وإذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك وتلتزم المحكمة في تطبيقها

(1) عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص المصري، ط2، ج2، تنازع القوانين، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1958م، ص 25.

للقانون الذي اختاره الأطراف بتطبيق الفرع الذي يتسق مع موضوع النزاع ووقائعه من بين فروع القانون الواجب التطبيق⁽¹⁾.

يختلف التحكيم عن القضاء بأصله الاتفاقي، وانطلاقاً من هذا الأصل يؤكد الفقه والقضاء على حرية طرفي التحكيم في اختيار القواعد الموضوعية التي يطبقها المحكم على النزاع المحكم فيه، وهي حرية تتسع للاتفاق المباشر على القواعد الموضوعية التي تطبق على النزاع، كما تتسع للاتفاق على تطبيق قواعد قانون دولة معينة أو أخرى على هذا النزاع.

الغالب أن يختار الطرفان قانوناً أو نظاماً واحداً للتطبيق على اتفاق التحكيم ذاته وعلى النزاع المطروح على المحكم، وهذا ما يصادف عادة في حال إدراج شرط تحكيم في العقد الأصلي المنشئ لعلاقة الطرفين (لكنهما قد يختاران قانوناً أو نظاماً قانونياً للتطبيق على اتفاق التحكيم - مغاير للقانون المختار للتطبيق على النزاع، وهذا ما يصادفه في حالة وثيقة التحكيم المبرمة بعد قيام النزاع مثل ذلك أن يتفق الأطراف على اتخاذ مقر التحكيم في بلد معين، وعلى خضوع التحكيم باتفاق صريح أو حملاً على إرادة مفروضة) لقانون هذا البلد فإن هذا القانون لا يكون بالضرورة هو الواجب التطبيق في موضوع النزاع، وبعبارة أعم هو الواجب التطبيق في العقد الأصلي.

استقراء أحكام القوانين المختلفة يكشف عن اتجاه عام فحواه إلزام القاضي بأعمال القانون الذي يتفق عليه الطرفان، أو تبين من الظروف أنه هو المراد تطبيقه في شأن الالتزامات التعاقدية لكن حرية الطرفين في اختيار القانون الواجب التطبيق أمام القاضي في أكثر من وجه⁽²⁾.

فمن ناحية أولى: دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق أمام القاضي في الفقه السائد هو توظيف العقد، بمعنى اختيار أي من عناصر العقد التي تعتبر أساسية في تحديد النظام القانوني الذي يحكم العقد من بين الأنظمة القانونية المختلفة التي ترتبط به، أي الأخذ بنظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية بما يؤدي إليه من توطين هذه الرابطة في مركز النقل الذي تشير إليه ظروف التعاقد وملابساته والذي تكشف عنه مظاهر مادية أو خارجية تلعب إرادة المتعاقدين دوراً كبيراً في تحديدها.

(1) القصيمي صلاح أحمد محمد طه: عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 260.

(2) زهير نجم الدين مختار: القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تحل بالتحكيم، ط1، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، بيروت، 2005م، ص 193.

يتم إسناد الرابطة العقدية إلى القانون الأوثق صلة بها على هذا النحو بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين المزدوجة في دولة القاضي المطروح أمامه النزاع، أما ميدان التحكيم فالرأي السائد في الفقه وفي ممارسات هيئات التحكيم الدولي هو أن للأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون الذي يطبقه المحكمون على المنازعات التي تثور بشأن عقود التجارة الدولية بغض النظر عن أي صلة بينه وبين العقد محل النزاع. من ناحية ثانية: حرية طرق التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق أمام المحكم لا يقتصر على اختيار القانون الواجب التطبيق في شأن المنازعات المتعلقة بالالتزامات التعاقدية، وإنما تبسيط على غيرها من المنازعات القابلة للتحكيم، كالمنازعات المتعلقة بالمسئولية التقصيرية، والحد الحقيقي لهذه الحرية هو ما قد يفرضه اعتبار ضمان تنفيذ حكم المحكم في دولة معينة مع مراعاة القواعد الآمرة في قانونها⁽¹⁾. أولاً: وإذا ما انتقلنا من الاجتهاد الفقهي إلى القانون لاتفاق والاتفاقات الدولية نجد أن المادة (7) من الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي المبرمة سنة 1961 تقضي بأنه: "للأطراف تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه في موضوع النزاع، وإذا لم يحدد الأطراف القانون الواجب التطبيق يطبق المحكمون القانون الذي تعينه قاعدة الإسناد التي يرى المحكمون ملاءمتها للقضية محل النزاع"، وفي الحالتين تراعي شروط العقد وعادات التجارة، والنظام العام لدولة التنفيذ.

يتضح أن هذا النص يقر سلطان الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في موضوع النزاع والمقصود هو اختيار القواعد الموضوعية وليس مجرد قواعد الإسناد، والنص يستلزم الاختيار المبني على إرادة صريحة فلا يعتد بالإرادة الضمنية أو بالإرادة المفروضة، أما المحكمون فليس لهم أن يعينوا القواعد الموضوعية التي يتولون تطبيقها في موضوع النزاع وإنما عليهم أن يعينوا قاعدة الإسناد التي تؤدي إلى تعيين هذه القواعد إلا أن الاتفاقية وضعت شرطاً وهو ألا يهمل المحكمون ما هو موجود في شروط العقد موضوع النزاع، وما جرت عليه العادة في التعامل التجاري ويعتبر هذا الاتجاه في معالجة مسألة القانون الواجب التطبيق على النزاع اتجاهاً سليماً، ويلائم ما

(1) زهير نجم الدين مختار: القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تحل بالتحكيم، مرجع سابق، ص

يجب إتباعه في مجال التعامل الدولي الذي قد لا يتلاءم مع قواعد معينة لنظام قانوني معين⁽¹⁾.

قد ذهب رأي في الفقه إلى أن الاتفاقية الأوربية بموجب هذا النص قد كرست مبدأ الاستقلال المطلق لإرادة الأطراف، بحيث يجوز لهم اختيار أي قانون وطني ولو لم يكن له أدنى صلة بالعقد أو على وجه التحديد بموضوع النزاع وقد توجد قواعد أخرى أكثر ملائمة لو ترك الخيار في اختيارها للمحكّمين لتحقيق السبيل الأفضل في حل المنازعات التجارية الدولية، ونجد هذا المعنى في نصوص مماثلة حديثاً مثال ذلك: ما جاء في المادة الحادية والعشرين من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987م حيث جاء في فقرتها الأولى النص الآتي: تفصل الهيئة وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمناً، إن وجد وإلا فوفق أحكام القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع على أن تراعى قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة.⁽²⁾

واضح من هذا النص أيضاً أنه يأخذ أو يقر سلطات الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي كل الأحوال يجب على هيئة التحكيم أن تراعى قواعد الأعراف التجارية الدولية التي جرى عليها العرف والعادة أي المستقرة. إذا انتقلنا إلى قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية، نجد نصوصاً مماثلة فقط نصت المادة (28) من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1982م على أن تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف بوضعها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي اختيار لقانون دولة ما أو لنظامها لهذه الدولة، وليس لقواعدها الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الأطراف صراحة على خلاف ذلك.

يلاحظ على هذا النص من ناحية أنه قد حظر اللجوء إلى الإحالة وعلى هذا فإن اختيار الأطراف لقانون دولة معينة يعني وجوب تطبيق المحكم للقواعد الموضوعية وفي هذا القانون وليس لقواعد الإسناد فيه.

(1) المرجع السابق، ص 195.

(2) زهير نجم الدين مختار: القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تحل بالتحكيم، مرجع سابق، ص 195.

تنتقل حرية المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع عند عدم اتفاق الأطراف على تحديد أو تعيين هذا القانون، أي عند غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف كما أخذت بنفس المبدأ قواعد التحكيم التي وضعتها نفس اللجنة المذكورة عام 1976م إذ تنص الفقرة الأولى من المادة (33) من قواعد الاستدلال لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على أن تطبق محكمة التحكيم القانون الذي اختاره الطرفان على موضوع النزاع، فإذا لم يحدد قانون تطبق المحكمة القانون الذي تسند إليه قواعد التنازع الواجبة التطبيق⁽¹⁾.

إلا أن جانباً من الفقه يرى بالرغم من عدم صراحة النص، أن على هيئة التحكيم البحث عن الإرادة الضمنية أيضاً للأطراف في حالة عدم اتفاقها صراحة على القانون الواجب التطبيق.

كما تنص الفقرة الثانية من المادة (33) على أن تحكم المحكمة باعتبارها حكماً طليقاً، إذا فوضها الطرفان في ذلك وأجاز القانون الواجب التطبيق هذا التحكيم ويقصد بذلك أنه إذا توافر شرطان، وهما أن يفوض الطرفان المحكم في الحكم بمطلق الحرية، وأن يجيز ذلك القانون الواجب التطبيق أي إذا ما توافر هذان الشرطان تنتقل حرية المحكمة في الحكم، بمعنى أن تحكم وفقاً لمبادئ العدالة بين الطرفين. والسؤال الذي يثور هنا هو: هل تنقيد المحكمة بأي قيود، ويرى جانب من الفقه أن المحكمة تنقيد بثلاثة قيود هي:

1. العقد.
2. العادات التجارية.
3. القانون الواجب التطبيق.

لا تسمح المعاهدات الدولية للمحكم أن يختار القانون الواجب التطبيق إلا إذا لم يتفق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق، فإذا تركت له الحرية فيما أن يختار قانون دولة معينة بناء على إسناد موضوعي، أي إسناد حكم النزاع لدولة يقوم بتطبيق قانونها، مثل تطبيق قانون محل العقد أو قانون مكان التحكيم، وإما أن يلتجئ إلى قواعد القانون الدولي أو المبادئ العامة للقانون وذلك في حالة أن أحد الأطراف دولة أما

(1) زهير نجم الدين مختار: القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تحل بالتحكيم، مرجع سابق، ص 197.

الالتجاء إلى الأعراف والعادات التجارية أو المبادئ العامة للقانون أن التحكيم التجاري الدولي يتم تحت رعاية هيئات التحكيم الدائمة كفرقة التجارة الدولية في باريس أو بموجب نظام التوفيق والتحكيم والخبرة للغرفة التجارية العربية الأوربية الذي أقر في 1/6/1982م وعمل به اعتباراً من 10/1/1983م أو المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة الذي أسسته اللجنة الاستشارية القانونية الاستثمارية الآسيوية الإفريقية وذلك بتاريخ 28/1/1978م وقد أجاز مجلس الشعب المصري اتفاقية المركز في 20/3/1984م ومصدر المرسوم الجمهوري رقم (104) لسنة 1984م بتاريخ 24/3/1984م ويمكن أن يتم التحكيم التجاري بمقتضى المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم كالقانون النموذجي لقواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية أو الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1960 أو اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار لسنة 1956م ويكون التحكيم الذي يتم تحت رعاية هيئات التحكيم الدولية تحكيمياً مؤسسياً أو نظامياً أو في ظل هيئة دائمة للتحكيم المؤسسي⁽¹⁾.

النزاع بين شركة فلوج سرفيس النمساوية ووزير الزراعة المصري في هذه القضية وقع عقد مقاوله عمليات رش القطن بالطائرات لموسم 83-84 بين الشركة النمساوية ووزير الزراعة المصري، وأثناء قيام إحدى طياري الشركة في 9/9/1983م من مطار أسيوط فوجي بسيارة مدير زراعة أسيوط تقطع ممر المطار بالعرض فحاول تفادي الحادث ولكن الطائرة تحطمت بالكامل وأصيب الطيار فطالبت الشركة وزير الزراعة بالتعويض بسبب خطأ تابعي الوزارة الذي أحدث الأضرار المادية التي لحقت بالطائرة وتتمثل في تحطيم الطائرة وفيما فاتها من كسب لعدم استقلال الطائرة في الرش بالسودان وفقاً لعقد مبرم واستندت في ذلك إلى أن وزارة الزراعة قد أخلت بخطأ تابعيها بالتزام تعاقدي هو مسؤوليتها عن تأمين سلامة مهبط الطائرة ضد دخول الأفراد والسيارات.

لما كان طرفاً العقد قد اتفقا على حل المنازعات وفقاً لقواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم وفوض الطرفان مدير المركز في تعيين محكم فرد، وفعلاً قرر في 9/9/1984م تعيين محكم وحيد في الدعوى، وقد طبق المحكم على إجراءات التحكيم

(1) حمزة أحمد حداد: "التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات التجارية (الدولية)"، ورقة عمل مقدمة لندوة "مهام المستقبل"، في الأردن خلال الفترة 3-7/10/1998. نشرت في مجلة البحوث القانونية بالأردن.

القواعد التي يطبقها المركز وهي قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. وقد واجه المحكم مسألة القانون الواجب التطبيق في موضوع النزاع وفي هذا قرر الآتي:
إن هذا القانون متروك لإرادة الطرفين إذا قررا تطبيق قانون معين.

وفي حالة عدم النص في العقد محل النزاع على القانون الواجب التطبيق يجوز الاتفاق في تاريخ لاحق على تطبيق القانون المصري وأي قانون آخر كما نصت المادة (1/33) من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة المم المتحدة.

في عقد المقاوله بين الشركة ووزير الزراعة لم يحدد اتفاق الطرفين تطبيق قانون معين ولذا فإن المحكم الوحيد طبق القانون المصري للأسباب الآتية:

1. لأنه قانون الدولة التي أبرم فيها العقد بين الطرفين المتنازعين مختلفي الوطن.
2. لأنه قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزامات غير العقدية.
3. لأنه قانون دولة محل العقد.
4. لأنه قانون الدولة الطرف في العقد مع الشركة.
5. لأنه قانون الدولة التي يتم فيها التحكيم ويصدر الحكم.

يؤخذ مما سبق أن أياً من هذه الصلات كان يكفي لتطبيق هذا القانون كما أن اجتماعها جميعاً يؤكد صحة التطبيق.

إن هيئة التحكيم في حالة عدم اتفاق الطرفين على القانون الواجب التطبيق تحاول البحث عما يمكن أن يشير إلى قصد الطرفين للوصول إلى إرادتها الضمنية. وأن من أهم العوامل في تحديد القانون الواجب التطبيق قد يكون مكان التحكيم فقد يكون هو بمثابة الإرادة الضمنية لتطبيق قانون هذا المكان متى كان الأطراف قد اتفقوا على تحديده. وعلى وجه العموم فإنه يتعين على هيئة التحكيم عندما تريد تحديد القانون الواجب التطبيق أن تبحث عن الآتي:

اتفاق الأطراف - وهو الإرادة الصريحة.

فإذا لم يكن هناك اتفاق تبحث الهيئة عن الإرادة الضمنية للأطراف وهي تعني بحث واستعراض كافة الظروف المحيطة بالاتفاق والقضية لمعرفة مدى تعلق مسألة ما بالقانون العام بها ومعرفة القانون الذي يبدو أن الأطراف اختاروه.

فإذا لم تجد فإن الهيئة تبحث ما كان يمكن أن يريده الأطراف أو ما يفكرون فيه.⁽¹⁾

(1) حمزة أحمد حداد: "التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات التجارية (الدولية)"، مرجع سابق، ص 306.

إن على هيئة التحكيم في حالة عدم اتفاق الأطراف على قانون محدد أن تبحث عن أكثر الأنظمة اتفاقاً مع طبيعة العلاقات التي ترتبها على عاتق الأطراف بتطبيق قانون الدولة ذات الصلة الطبيعية والقولية الأوثق. وإذا انتهت الهيئة إلى تطبيق قانون محدد- فإنها عند الضرورة تكمله بمبادئ القانون الدولية والعادات المتبعة في مجال موضوع النزاع باعتباره أن هذه العادات وتلك المبادئ تكمل قانوناً وضعياً غير كامل، وقد تكمل الهيئة القانون الواجب التطبيق بأحكام القانون الدولي العام التي قد لا تتضمن قواعد تكفي لمواجهة مشكلات التحكيم الدولي الخاص، تتبع فكرة أفضلية تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار باعتباره القانون الأكثر صلة⁽¹⁾، لقد ورد النص على هذا القيد في الفقرة الثانية من المادة الأولى التي تجري على النحو التالي: تنظم هذه القواعد التحكيم إلا إذا تعارضت إحدى قواعده مع القانون الواجب التطبيق الذي لا يمكن للأطراف الخروج عليه فتغلب قاعدة القانون الواجب التطبيق، ويترتب على ذلك أن هيئة التحكيم يجب ألا تذهب في تطبيقها لمبادئ العدالة على النزاع إلى حد إهدار قواعد القانون الواجب التطبيق، وفي حالة التعارض بين قاعدة من القواعد التي تطبقها المحكمة وقاعدة من قواعد القانون الواجب التطبيق، فيتعين تغليب تلك الأخيرة.

إذا ما انتقلنا إلى نظام غرفة التجارة الدولية بباريس، نجد أن نظام هيئة تحكيم الغرفة يتجه إلى الأخذ بقانون إرادة المتعاقدين، فتتص الفقرة الثالثة من المادة الثالثة عشرة من ذلك النظام على أن للطرفين مطلق الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدده، يطبق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة في هذا الخصوص.

إلا أن المشكلة تظل في حالة عدم اتفاق المتعاقدين على تحديد القانون الواجب التطبيق في العقد وعدم استطاعة المحكم استخلاص إرادة ضمنية للمتعاقدين تغلب تفضيل قانون على غيره، والنص هنا يترك للمحكم اختيار قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة، في هذا الخصوص إلا أن المشكلة تظل في حالة عدم اتفاق المتعاقدين على تحديد القانون الواجب التطبيق في العقد وعدم استطاعة المحكم من إرادة ضمنية للمتعاقدين تغلب تفضيل قانون على غيره، والنص هنا يترك للمحكم لاختيار قاعدة

(1) صلاح الدين: دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلته تنازع القوانين، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004م، ص 212.

تنازع القوانين التي يراها ملائمة، ولكن هل يقصد بهذا أن للمحكم الأخذ بقاعدة إسناد أخرى في قانون دولة ما أمام القيام بتطبيق القواعد الموضوعية في قانون الدولة التي يرى أنها مرتبطة بالنزاع؟

يرى جانب من الفقه الأخذ بالحل الأخير أي أن يقوم المحكم بتطبيق القواعد الموضوعية مباشرة دون الأخذ بقاعدة الإسناد باعتبار ذلك حلاً لمشكلة تنازع القوانين على أن تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النحو يجب ألا يترتب عليه إهدار الأحكام الواردة في العقد.

فقد طبقت هيئات التحكيم العديد من المبادئ العامة وقواعد العرف التجاري مما أدى إلى ظهور مبادئ وعادات يطبقها المحكمون في المنازعات المتعلقة بالمعاملات التجارية ذات الطابع الدولي، وهي مبادئ قد تختلف عن القوانين الوطنية ومما يزيد من الاتجاه للأخذ بهذه المبادئ ويرغمها نظام هيئة التحكيم غرفة التجارة الدولية، والذي ينص في الفقرة الخامسة من المادة (13) على أن يراعى المحكم في كل الأحوال أحكام العقد والعادات التجارية.

هذا يعني أن المحكم يتقيد أولاً بأحكام العقد وهذه الأحكام قد تمثل قاعدة إسناد أو في قواعد موضوعية⁽¹⁾.

نجد أن اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار العربية أخذت منحى آخر واعتبرت أن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وهو قانون الدولة المضيفة الطرف في النزاع في حالة عدم وجود نص في الاتفاقية.

حيث جاء فيها تفصل المحكمة في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي نصت عليها هذه الاتفاقية والأنظمة التي يقررها المجلس وفي حالة عدم وجود نص فيما سبق تطبق المحكمة قانون الدولة المضيفة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها وما يصلح للتطبيق من قواعد القانون الدولي⁽²⁾.

الشيء الذي يدفع الفقه الدولي إلى تطبيق قواعد القانون الدولي هو الكم الهائل من الشركات متعددة الجنسيات والتي لها حركة واسعة في ميدان التجارة الدولية فإن اختيار قانون وطني لدولة بعينها قد يجد نزاعاً داخلياً بالنسبة لطرف واحد حيث يصعب تحديد

(1) زهير نجم الدين مختار: القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تحل بالتحكيم، مرجع سابق، ص 199-200.

(2) هيثم مصطفى سليمان: التحكيم الدولي والوطني في الفقه الإسلامي والقانون، مرجع سابق، ص 280.

جنسية الطرف المتنازع بسبب الازدواجية أو التعددية في الجنسية المكتسبة. والقانون الدولي وهو (مجموعة القواعد القانونية الدولية التي تنظم العلاقة الدولية وأهم مصادره العرف والمعاهدات الدولية).

من الهيئات التحكيمية التي ذهب نظامها الأساسي إلى تطبيق القانون الدولي أمامها محكمة العدل الدولية حيث نص نظامها الأساسي على تطبيق قواعد القانون الدولي ابتداءً دون الرجوع إلى إرادة الأطراف المتنازعة فكل نزاع يرفع تفصل فيه وفقاً لقواعد القانون الدولي⁽¹⁾.

كما أخذت القوانين الوطنية الحديثة المتعلقة بالتحكيم بمبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع ويمكن أن نذكر منها نصت المادة (30) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل لسنة 2016م (يجب على هيئة التحكيم أن تطبق القواعد التي اتفق عليها الطرفان وإذا لم تتفق طبقت القواعد الموضوعية في القانون الأكثر ارتباطاً لموضوع النزاع)⁽²⁾.

هذا النص يقرر أن على الطرفين عند إبرام عقد الاتفاق على التحكيم أن يضمناه القواعد التي سوف تطبقها هيئة التحكيم في حالة نشوء نزاع بينهما ويكون هذا الاتفاق مكملاً لاتفاق التحكيم ضمن العقد المبرم بينهما أو ضمن ملحق العقد أو ضمن مشاركة تحكيم بعد نشوء النزاع أو قبل عرضه على المحكمة المختصة وتشكيل هيئة التحكيم⁽³⁾.

إن محكمة الاستئناف السودانية لها رأي مخالف لإجماع فقهاء القانون الدولي حول حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وإلزامية هيئة التحكيم بتطبيق القانون الموضوعي المتفق عليه فقد ذهبت محكمة الاستئناف إلى منح القضاء الوطني الحق في نظر الدعوى القضائية وتطبيق القانون الوطني بالرغم من وجود شرط حيث جاء في أحد أحكامها وجود نص في اتفاق التحكيم على انعقاد الاختصاص للقضاء الأجنبي لا يسلب المحاكم السودانية اختصاصها⁽⁴⁾ فقد كان النزاع بين الأطراف حول

(1) يس محمد يحيى: المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للقانون، ط1، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م، ص 31.

(2) المادة (30) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل لسنة 2016م.

(3) فهمي يوسف زين العابدين: شرح قانون التحكيم 2005م، مرجع سابق، ص 52.

(4) الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بالرقم أ/س م/1981/276م مجموعة شركات مومايس، ضد دومن أندلمان دفت المنشورة بمجلة الأحكام القضائية 1981م الصادرة عن الهيئة القضائية السودانية

القانون الواجب التطبيق في النزاع ومكان انعقاد المحاكمة التحكيمية، حيث اتفق الطرفان على انعقاد المحاكمة التحكيمية أمام غرفة التجارة الدولية بباريس وأن القانون الذي يجب أن يطبق هو القانون الفرنسي، وحسبت محكمة الاستئناف هذا النزاع بالقرار السابق.

يرى مولانا الدكتور هيثم مصطفى بأن قرار محكمة الاستئناف المشار إليه لا سند قانوني له البتة باعتبار أن الأصل في التحكيم هو العقد التحكيمي لأن العقد شريعة المتعاقدين وأن الأصل في التحكيم إرادة الأطراف فلا يجوز تجنبها إذا جاءت واضحة مهما كان الأمر⁽¹⁾.

أخذ القانون الوضعي الفرنسي بمفهوم ثنائي، شخصي وموضوعي بحيث يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وفقاً للاختيار الذي قام به الأطراف، وفي حالة انعدام هذا الاختيار يتم تحديد هذا القانون من خلال عملية التركيز الموضوعي للعملية التعاقدية⁽²⁾.

قد سار في نفس الاتجاه المشرع الجزائري حيث نصت المادة (358) من هذا القانون على أن تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي اختارها الأطراف.

نجد أيضاً أن المشرع المصري في قانون التحكيم رقم (27/1994م) قد سار في نفس الاتجاه، حيث يتضح من نص المادة (39/أ) أن الهيئة تلتزم عند الفصل في موضوع النزاع بالنزول على إرادة الأطراف وإعمال القواعد التي ارتضوا إخضاع علاقتهم لها، وإذا أهمل الأطراف ذلك تولت الهيئة بنفسها تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على الموضوع، كما يمكن أن يحررها الأطراف في كلية من التقيد بأي

الخرطوم- السودان (وقد خالفت محكمة الاستئناف إلى المحكمة العليا في قضية الشيخ مصطفى الأمين ضد/ سماسرة المنتجات الزراعية حيث جاء إلى المحكمة العليا السودانية موافقاً لرأي الفقه الدولي بشأن اختيار القواعد الطبقة في النزاع التحكيمي.

(1) هيثم مصطفى سليمان: التحكيم الدولي والوطني في الفقه الإسلامي والقانون، مرجع سابق، ص 278.

(2) وليد محمد عباس: التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مطبعة دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2010م، ص 623.

نصوص أو أنظمة قانونية وإطلاق حريتها في الفصل في موضوع النزاع وفقاً لما تراه محققاً للعدالة والإنصاف⁽¹⁾.

بعد استقراء نصوص القوانين والاتفاقيات الدولية والسوابق القضائية في محل القانون الواجب التطبيق تؤكد من دون شك احترام المحكمين لقانون الإرادة الذي بات مستقراً عليه كذلك في قضاء التجارة الدولية. ولكن يثور التساؤل عن مدى الأخذ بنظرية الإحالة المفروضة في فقه القانون الدولي الخاص في مجال التحكيم وبمعنى أكثر وضوحاً إذا ما اختار الأطراف قانون دولة معينة ليحكم النزاع فيما بينهم حال طرحه على التحكيم هل يطبق المحكم القواعد الموضوعية التي يتضمنها قانون تلك الدولة مباشرة، دون المرور بقواعد تنازع القوانين فيها أم يتعين عليه المرور بهذه القواعد.

يستبعد الفقه الأخذ بنظرية الإحالة في شأن عقود التجارة التجارية الدولية بحيث يتعين على المحكم تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار من قبل الأطراف، دون تلك المتعلقة بقواعد التنازع، وذلك لذات الاعتبارات التي تقف وراء استبعاد فكرة الإحالة في فقه تنازع القوانين وقد نصت على إقصاء فكرة الإحالة في مجال التحكيم العديد من الاتفاقيات الدولية ولكن إذا ما تم استبعاد الإحالة في خصوص القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم، هل تكون هناك حاجة لقاعدة الإسناد من هذا المجال.

يرى جانب من الفقه أن الحاجة إلى قاعدة إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق تظل قائمة، حتى مع اتساع حرية طرفي التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إذا تبقى لهذه القاعدة وظيفة تكمن في تعيين القانون الواجب التطبيق في خصوص أمرين.

الأمر الأول: يخص المسائل التي تخرج بطبيعتها عن سلطات قانون الإرادة كما هو الحال بشأن الأهلية وما يتبعها من نظم، وكما في النيابة في التعاقد.

أما الأمر الثاني: فيتعلق بالحالات التي يتم فيها استبعاد القانون المختار من الطرفين إذا ما رأى فيه المحكم ما يخالف النظام العام أو وجود غش نحو القانون في

(1) زهير نجم الدين مختار: القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تحل بالتحكيم، مرجع سابق، ص

الاختيار، إذ يتعين في مثل هاتين الحالتين البحث عن قاعدة إسناد تعيين القانون الواجب التطبيق فيهما⁽¹⁾.

الفرع الثاني: قيود المحكم في القانون الواجب التطبيق

النظام العام كقيد على سلطات المحكم الطليق:

منح المحكم سلطة استبعاد قواعد القانون، والفصل في النزاع بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف، لا يعني مطلقاً إمكانية استبعاده للقواعد المتعلقة بالنظام العام فهذه القواعد تعبر عن قيم سياسية واقتصادية واجتماعية وخلقية لجماعة بشرية معينة وهي من الأفكار المحورية التي يركز عليها أي نظام قانوني، وتؤدي وظيفة لا غنى عنها، وتحثل بهذه المثابة وضعية قانونية لا تقل أهمية عن باقي المعايير الأخرى، وبخاصة معايير التعاقد، وبالتالي فهي غير قابلة للمساس بها من جانب المحكم وتؤدي مخالفتها أما إلى بطلان الأحكام الصادرة عنه، وأما إلى عدم تنفيذها.⁽²⁾

فالأحكام الصادرة عن المحكم الطليق، في حالة التحكيم الداخلي تخضع لرقابة لاحقة من جانب القضاء الوطني سواء بمناسبة الطعن فيها بالبطلان أو سواء عند طلب الحصول على الصيغة التنفيذية، فالمحكم الطليق وإن كان يملك حرية واسعة إلا إنها حرية خاضعة لرقابة القضاء الوطني التأكد من توافق تلك الأحكام مع النظام العام الداخلي. أما إذا تعلق الأمر بتحكيم دولي، فإن المحكم، وفقاً لرأي البعض يستطيع أن يتجاهل قواعد النظام العام الداخلي، ولا يبقى أمامه سوى ما يمس النظام العام الدولي، غير أن فكرة النظام العام الدولي بمفهومها الداخلي تستبعد تماماً، إذ تظل سلطة المحكم مقيدة بمراعاة النظام العام في الدولة التي يغلب تنفيذ حكم التحكيم فيها.

أولاً: المحكم الطليق والنظام العام الداخلي

الأصل المستقر عليه أن المحكم لا يملك قانوناً وطنياً، كما أنه لا يحمي نظاماً قانونياً داخلياً لدولة ما. الأمر الذي يثير التساؤل عن مدى إمكانية استبعاد المحكم الطليق لقواعد النظام العام، إذا تبين له أن من شأن احترامها سيؤدي إلى نتائج غير عادلة للنزاع المطروح عليه.

(1) مصطفى محمد جمال، وعكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص 425.

(2) مصطفى محمد جمال، وعكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص 425.

يميز الفقه الفرنسي بين نوعين من قواعد النظام العام الداخلي، الأولى: النظام العام التوجيهي والثانية النظام العام الحمائي.

أ/ النظام العام التوجيهي

تعمل قواعد النظام العام التوجيهي على حماية المصلحة العامة عن طريق توجيه كافة الأنشطة لخدمة ما تبتغيه الدولة من وراء سياستها الاقتصادية والاجتماعية ويدخل في نطاقها على سبيل المثال،⁽¹⁾ القوانين الخاصة بتنظيم الائتمان والصرف والأسعار والاستثمار والتجارة والبيئة ... الخ. ومن المستقر عليه أنه لا يجوز للمحكم عند الحكم وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف استبعاد القواعد المتعلقة بالنظام العام التوجيهي، فهذه القواعد ترتبط بتنظيم الدولة ولا يجوز المساس بها أو الاتفاق على ما يخالفها.

لقد أكدت الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي على ضرورة احترام المحكم لقواعد النظام العام التوجيهي، ومن ذلك حكم محكمة الاستئناف باريس الصادر بتاريخ 12 مارس عام 1958م إذ قضت بأن المحكم يملك القدرة في استبعاد التطبيق الضيق لأحكام القانون، وكذلك لشروط العقد في اللحظة التي تنتسخ فيها قواعد النظام العام.

في حكمها الصادر عام 1989م قضت محكمة التحكيم بأن يقضي المحكم الذي يلي مهمة التحكيم الطليق من التقيد بالقانون واجب التطبيق على أصل النزاع مع التحفظ بشأن مراعاة القواعد غير القابلة للاستبعاد كقواعد النظام العام⁽²⁾.

ب/ النظام العام الحمائي

تهدف قواعد النظام العام الحمائي إلى حماية المصالح الخاصة لفئة معينة من الأشخاص الذين لا قدرة لهم على التفاوض من دون تعريض مصالحهم للضياع ومن ثم تعمل هذه القواعد على الحد من تسلط القوى وتمنعه من فرض إرادته على الطرف الضعيف الذي لا يملك بسبب ضعف مركزه الاقتصادي الدفاع عن مصالحه عند التعاقد، كالمستهلك في عقد البيع المفترض في عقد الغرض.

إذا كان الأطراف يملكون في ظل التحكيم الطليق التنازل عن تطبيق القانون على النزاعات الناشئة بينهم، فإن هذا يعني تنازلهم عن قواعد النظام العام الحمائي المتعلقة بهذا القانون وبالتالي يستطيع المحكم تجاهل تلك القواعد باعتبار أنه يصبح مالكا لما

(1) أحمد عبد الكريم سلامة: مختصر قانون العلاقات الخاصة الدولية، ط7، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979م، ص309.

(2) نفس المرجع السابق، ص312.

يملكه الأطراف شريطة أن يكون الحق اكتسب بالفعل وهكذا فإن سلطة المحكم الطليق في استبعاد قواعد النظام العام الحمائي تنشأ منذ اللحظة التي يملك الأطراف فيها حرية التصرف في الحقوق التي تم اكتسابها، وذلك خلافاً لقواعد النظام العام التوجيهي التي يتعين على المحكم احترامها دائماً ولا يمكن أن تكون محلاً لإرادة الأطراف واتفاقهم. إن النظام العام في مجاله الدولي يختلف عنه في مجاله الوطني وهذا ما عبرت عنه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 19 نوفمبر 1991م بقولها إن النظام العام الفرنسي المطبق على العلاقات الدولية ينبغي أن يقدر بشكل أقل شدة من النظام العام الداخلي.

ثانياً: المحكم الطليق والنظام العام الدولي

لقد جرى الفقه على التمييز بين نوعين من قواعد النظام العام الدولي: النوع الأول: النظام العام الدولي ذو المفهوم الوطني والثاني النظام العام عبر الدول. وإذا كان المحكم الطليق ملزماً باحترام القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام الداخلي فإنه يستطيع بالمقابل تجاهل هذه القواعد إذا تعلق الأمر بتحكيم دولي بحيث لا يقف أمامه سوى ما يمس النظام العام الدولي بمفهومه الوطني.

هذا ما عبر عنه حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 12 من مارس 1985م والذي ورد في حيثياته أن الاعتداء على النظام العام الداخلي على فرض وجوده لا يعد من حالات الطعن بالاستئناف في القرار الذي يقر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في فرنسا فالمادة (5/1502) لا تشير إلا إلى الحالة التي يكون فيها حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام الدولي.

النوع الثاني: النظام العام عبر الدول:

يرمي بعض الفقهاء المعاصرين على خلاف فكرة النظام العام الدولي ذو المفهوم الوطني، ظهور نظام عام دولي حقيقي يستمد مصادره من الأدوات الدولية فهو ينتج عن ممارسات دول أو تجمعات مهنية أو تجارية معينة على الصعيد الدولي.⁽¹⁾

فإن مبدأ استقلال التحكيم الدولي هو الذي يبرر وجود فكرة النظام العام عبر الدول، فهذه الفكرة تجد أساسها في غياب ارتباط التحكيم الدولي بأن قانون من ناحية،

(1) وليد محمد عباس: التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، الناشر مطبعة دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010م، ص 788، 779.

وفي وجود قواعد عبر دولية يكون النظام العام عبر الدول أحد مكوناتها من ناحية أخرى، وقد لاقت فكرة النظام العام عبر الدول رواجاً لدى قضاء التحكيم الدولي إذا تواتر المحكمون على الاعتماد عليها سواء لمحاربة الفساد المتمثل في الرشاوي في مجال الأعمال عبر الدولية أو لوضع حدود على إرادة الأطراف. إن سلطة المحكم الطليق لا تعد سلطة مطلقة بل مقيدة بعدة اعتبارات أهمها احترام القواعد المتعلقة بالنظام العام للقانون الموضوعي الذي يحكم النزاع علاوة على ضرورة احترامه⁽¹⁾.

ثالثاً: المحكم الطليق وتطبيق قوانين البوليس

حيث يستند المحكمون إلى مبدأ الفاعلية عن طريق تطبيق قاعدة البوليس التي تنتمي إلى قانون الدولة التي يتوقع المحكمون أن حكمهم ينفذ في إقليمها، والتي سيرفض قضائها غالباً الأمر بتنفيذ الحكم فيما لو كان قد تجاهل قاعدة البوليس الآمرة التي ينطوي عليها قانونها كمخالفته في هذا الغرض للنظام العام في دولة التنفيذ، مما يجرد الحكم التحكيمي من فاعليته.

يرى جانب من الفقه رداً على الرأي السابق أنه من الصعب التوقيع المسبق للدولة التي سيتم فيها تنفيذ الحكم بالنظر لوجود أموال المحكوم ضده عادة في دول مختلفة ما دما بصدد علاقة دولية بطبيعتها.

من جهة أخرى، فإن التحديد المسبق لدولة التنفيذ يتضمن مصادره على المطلوب، وذلك لأن تحديد هذه الدولة يتوقف على معرفة الطرف الذي سيصدر الحكم في مواجهته ومعرفة هذا الطرف تتوقف بدورها على تطبيق أو عدم تطبيق قاعدة البوليس المطروحة وبهذه المثابة يؤدي الرأي السابق إلى الدوران في حلقة مفرغة ذلك أن معرفة قاعدة البوليس التي يتعين تطبيقها تتوقف على تحديد قانون دولة التنفيذ بينما أن تحديد هذه الدولة يتوقف على أعمال قاعدة البوليس.

علاوة على ذلك فإن اعتداد الحكم بقواعد البوليس السارية في دولة التنفيذ قد يلقي معارضة من القاضي المطلوب منه الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي والذي قد يترأى له أن هناك قاعدة بوليس أخرى أولى بالإتباع. ويميل جانب من المحكمين إلى ترجيح أعمال قواعد البوليس السائدة في الدولة التي يتوقع الأطراف تطبيق قانونها فإذا تبين للمحكم أن

(1) وليد محمد عباس: التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، مرجع سابق، 779.

إعمال قاعدة من قواعد البوليس التي تريد الانطباق سيؤدي إلى مفاجأة للأطراف فإنه يتجاهل أعمالها مفضلاً الرجوع إلى القاعدة التي لا تتأهض توقعات الأطراف⁽¹⁾.
إن الاهتمام بالإجابة على التوقع المشروع للأطراف يقوم المحكم إلى احترام أو رفض القوانين ذات التطبيق الفوري لنظام قانوني آخر غير النظام القانوني الذي يحكم العقد بصفة أساسية⁽²⁾.

إن بعض أحكام المحكمين تعمل على إنزال نصوص القانون المختار منزلة الشروط العقدية مما يسمح للمتعاقدين بالثبوت الزمني لأحكام هذا القانون حتى لا يفاجئوا بأي تعديلات تشريعية لاحقة على إبرام العقد، بالإضافة إلى تجريد القانون المختار من القدرة على إبطال العقد خلافاً لما يتوقعه الأطراف. وحتى أحكام المحكمين التي احتفظت للقانون المختار بصفته الأمرة فقد منحت للمتعاقدين مع ذلك حرية واسعة في الاختيار حتى ولو أدى ذلك إلى تطبيق قانون لا تربطه بالعقد أي علاقة معقولة وذلك خشية أن يؤدي تصحيح المحكم لهذا الوضع إلى مفاجأة الأطراف بما لم يتوقعوه.
بل أن اتجاه المحكمين إلى إخضاع العقد للعادات والأعراف التجارية الدولية قد برره بعض الشراح على أساس ارتياح المتعاقدين لقواعد القانون التجاري المشترك والتي شاركوا في نشأتها واعتادوا على التعامل على أساسها، ومثل هذا الحرص على احترام إرادة المتعاقدين لا يرجع فقط إلى أن هؤلاء يستمدون اختصاصهم من إرادة الأطراف وإنما أيضاً لأن المحكمين ليسوا حراساً على الأنظمة القانونية الداخلية ولا يشعرون مثل القاضي بضرورة الإذعان لما تتطوي عليه من قواعد أمره تسعى إلى إدراك مصالح اجتماعية واقتصادية وسياسية للدولة التي ينتمي إليها⁽³⁾.

إن السؤال الذي يطرح نفسه هل المحكم يحكم في إرادة الأطراف بقوة باسم النظام العام للقانون المختار إلى هدم أو تحطيم الاتفاق التعاقدية الذي ينبثق من نفسه هذه الإرادة.

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، ط1، الناشر دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2003م، ص 136، 137.

(2) نفس المرجع السابق، ص 139.

(3) أبو زيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم، مرجع سابق، ص 164، يراجع.

أنه يجب على المحكم تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف وأن يأخذ في الاعتبار الشروط التعاقدية، ويمكن أن نستنتج من ذلك أن المحكم ينبغي أن يضع في الاعتبار الشروط التعاقدية التي يعترف بمشروعيتها القانون الذي اختاره الأطراف وبغرض هذا الاستنتاج ألا يضع الأطراف شروطاً تعاقدية خارج نطاق القانون الواجب التطبيق.

لاحظنا أن النص لم يتعرض لهذه المشكلة ومن الممكن أن يفترض أن النص يقصد الشروط التعاقدية المشروعة طبقاً للقانون الذي يخضع له العقد.

بيد أن مثل هذا الافتراض الذي ينطوي على التنازع بين القانون الواجب التطبيق والشروط التعاقدية كان قد حسم مسبقاً في صالح الأول وهذا بدوره يثير المشكلة التي تبحث لها عن حل فالمحكم لا يستطيع من خلال النصوص القانونية ولوائح التحكيم أن يحسم أو يسوى التنازع الممثل لتعارض شرط من شروط العقد مع النظام العام للقانون الذي اختاره الأطراف فالواقع ينبغي على المحكم أن يتقيد بإرادة الأطراف.

إن الأطراف ليسوا أحراراً فحسب في اختيار أي قانون بل في استطاعتهم استبعاد أي قانون وطني وذلك بالإحالة إلى المبادئ العامة للقانون وإلى أعراف التجارة الدولية لتغيير مجال تطبيق القانون الوطني المختار حتى يتجانس مع المبادئ العامة.

كما يجوز أيضاً للأطراف استبعاد النصوص القانونية في القانون الواجب التطبيق والتي تجعل بعض الشروط التعاقدية باطلة ومن ذلك إذا كانت هذه هي إرادتهم (أو قصدهم) فينبغي عليهم توضيحها بدقة أن التنازع بين نصوص العقد والنظام العام للقانون الذي اختاره الأطراف يجب على المحكم حله على ضوء الشروط التعاقدية المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق⁽¹⁾.

(1) إشراف عبد العليم الرفاعي: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، مرجع سابق، ص 147.

المبحث الثاني

بطلان حكم التحكيم

دعوى بطلان حكم التحكيم هي دعوى إجرائية يرفعها المحتكم ضده أو المحتكم بحسب الحال الذي كان طرفاً في خصومة التحكيم أمام محكمة الموضوع وتسمى أيضاً المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة أخرى في السودان، سوى جرى التحكيم في السوداني أو في الخارج بشرط الاتفاق على أن يكون القانون السوداني هو القانون الواجب التطبيق يطالب فيها الطرفان، بالإجراءات المعتادة وفقاً لقواعد قانون الإجراءات بعد سداد الرسم المقرر قانوناً توقيع جزاء بطلان حكم التحكيم إذا توافرت فيه حالة من الحالات المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة (41) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل لسنة 2016م في المادة (42)⁽¹⁾ حيث أعيدت صياغة المادة وتغيير عنوانها وتم تحديد أسباب البطلان بصورة أوضح وتحديد المحكمة التي يقدم إليها طلب البطلان بمحكمة الاستئناف وذلك خلال أسبوعين من تاريخ النطق بالحكم.⁽²⁾

يرى البعض أن المحتكم باتفاقه على التحكيم، لا ينزل من حماية القانون، ولا عن حقه في الالتجاء إلى القضاء، وإلا فإن المشرع لا يعتد بهذا النزول ولا يقره لأن الحق في الالتجاء إلى القضاء هو من الحقوق المتصلة بالنظام العام، والمحتكم باتفاقه على

(1) المادة (41) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل لسنة 2016م (1) يجوز لأي من طرفي التحكيم طلب إلغاء حكم هيئة التحكيم للبطلان من محكمة الاستئناف لأي من الأسباب الآتية: أ/ إذا لم يوجد اتفاق تحكيم، أو كان باطلاً، أو قبلاً للإبطال، أو سقط بانتهاء مدته، ب/ إذا كانت أحد طرفي اتفاق التحكيم، وقت إبرامه، فاقداً للأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته، ج/ إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته، د/ إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع. هـ/ إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لإتفاق الطرفين، و/ إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم، أو جاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزاءه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها. ز/ إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم. (2) يقدم الطلب المشار إليه في البند (1) أمام محكمة الاستئناف. (3) لمحكمة الاستئناف أن تقضي ببطلان الحكم من لقاء ذاتها، أثناء نظر الطلب المذكور في البند (1) إذا تضمن حكم هيئة التحكيم ما يخالف النظام العام في السودان.

(2) القصيبي صلاح أحمد محمد طه: عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 263.

التحكيم إنما يقوم في الواقع بمنح المحكم سلطة الحكم في النزاع بدلاً من المحكمة المختصة أصلاً بنظره، وعلى ذلك فإن إرادة المحكم في عقد التحكيم تقتصر على مجرد إحلال المحكم محل المحكمة في نظر النزاع، وعلى ذلك فإذا لم ينفذ عقد التحكيم لأي سبب عادت سلطة الحكم في النزاع إلى المحكمة. وفي كلمة واحدة فإن العدالة تفرض على الخصوم سواء بمقتضى حكم صادر من المحكمة أو من المحكم، ويتم حسم النزاع بحكم صادر منه أو منها، ويكون الحكم في الحالتين قابلاً للتنفيذ الجبري إذا توافر هذا الأخير.

إذا كان يبطل مما تبطل به العقود فإن حكمه يطعن فيه، إذا كان قابلاً للطعن كما يطعن في الأحكام ويتم تنفيذها كما ينفذ الأحكام لا كما تتعدّد العقود، فعقد التحكيم يتم التوصل إلى بطلانه كما هو الحال بالنسبة لأي عقد من العقود، أما حكم التحكيم ذاته فيتم التوصل إلى بطلانه كما هو الشأن بالنسبة للأحكام القضائية أي بطرق الطعن في الحكم التحكيمي إذا كان يقبله⁽²⁾.

المطلب الأول

التحكيم بين الطعن عليه بالاستئناف ورفع دعوى البطلان

للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985م وهو المصدر التاريخي لقوانين التحكيم العربية أجاز فقط الطعن في قرار التحكيم بطلب إلغاء المادة (1/24) وقانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي لسنة 1925م أجاز فقط إبطال حكم التحكيم في حالات محددة ولم ينظم أو يجيز الطعن فيه بالاستئناف والقانون السويسري - القانون الفيدرالي المتعلق بالقانون الدولي الخاص لسنة 1987م في المادة (190) وقانون التحكيم البحريني لسنة 1992م نص صراحة في المادة (34) أنه لا يجوز الطعن في قرار التحكيم أمام إحدى المحاكم إلا بطلب إلغاء، وكذلك القانون الفرنسي بخصوص التحكيم التجاري الدولي حيث تجيز المادة (1504) مرافعات دعوى البطلان في حالات المادة (1502) وهو ما أكدته المادة (243) من قانون المرافعات البحريني، بإجازة طلب بطلان حكم المحكمين في حالات محددة ويدخل المشرع المصري في هذا الاتجاه، حيث نصت المادة (52) من قانون التحكيم صراحة على أنه لا تقبل أحكام التحكيم الطعن فيها بأي طريقة من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات ويجوز رفع دعوى بطلان حكم

(1) نبيل إسماعيل عمر: دعوى بطلان حكم التحكيم، مرجع سابق، ص 47.

التحكيم في أحوال معينة أما اتفاقية نيويورك تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة 1958م فلم تنظم دعوى البطلان ولم تتعرض للطعن بالاستئناف في أحكام المحكمين وإنما اكتفت بالإشارة إلى أن الدول المتعاقدة تعترف بحجية حكم التحكيم وتأمّر بتنفيذه وأنه في أحوال محددة حيث توجد عيوب في الحكم أو صعوبات أمام تنفيذه تمتنع محاكم دولة التنفيذ عند تنفيذ الحكم التحكيمي بينما هناك اتجاه آخر يجيز الطعن بالاستئناف في أحكام المحكمين بجانب رفع دعوى البطلان ضدها - مثل القانون الفرنسي بخصوص التحكيم الوطني فبعد أن نص على أن الحكم التحكيمي لا يقبل الاعتراض ولا طلب النقض المادة (148) مرافعات أجاز الطعن فيه بطريق اعتراض الغير كما أجاز في المادة (1482) الطعن بالاستئناف في حكم التحكيم طالما أن الأطراف لم يكونوا قد تنازلوا عنه في العقد التحكيمي، كذلك يجوز الطعن بالاستئناف في العقد التحكيمي كذلك أجاز القانون الفرنسي للأطراف في المادة (1484) مرافعات رفع دعوى البطلان ضد حكم التحكيم وذلك في حالة تنازلهم عن الاستئناف في التحكيم المقيد أو عدم احتفاظهم بالاستئناف في التحكيم المطلق هذا في التحكيم الداخلي.⁽¹⁾

أما في التحكيم الدولي فإن المشرع الفرنسي أجاز استئناف قراره الذي يعترف بالحكم التحكيمي أو بمنحه الصيغة التنفيذية في حالات معينة حددتها المادة (1502) مرافعات بينما أجاز رفع دعوى بطلان الحكم التحكيمي في ذات هذه الحالات - وذلك بموجب المادة 154 مرافعات ويقترّب من هذا التنظيم كثيراً من القانون اللبناني في التحكيم الوطني في المواد (798) (799) (800) من قانون أصول المحاكمات كذلك في قانون التحكيم،⁽¹⁾ إن المشرع السوداني في قانون التحكيم لسنة 2005م في المادة (42) يقدم الطعن في البطلان للمحكمة المختصة، ولكن قانون التحكيم لسنة 2016م استحدث مادة جديدة وهي المادة (44) بأن يقدم طلب البطلان أمام محكمة الاستئناف، وقد خالف قانون التحكيم المصري وحزباً حزوا قانون التحكيم الفرنسي لسنة 1980م.

(1) أحمد هندي: التحكيم دراسة إجرائية، مرجع سابق، ص 14.

(1) المادة (42) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدلة لسنة 2016م في المادة (43).

أولاً: بطلان حكم التحكيم

إن الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم في النزاع المتفق على التحكيم بشأنه هو حكم قضائي يقوم على أساس اتفاقي وهذا الأساس أو الطابع المختلط للتحكيم ينعكس على التنظيم القانوني للتحكيم ويؤثر فيه، فباعتباره حكماً قضائياً فإنه يجوز الطعن فيه بالاستئناف وبسائر طرق الطعن التي توجه للأحكام القضائية وذلك حماية للمحكوم عليه من خطأ القاضي، سواء في تطبيق القانون أو في تقدير الوقائع واستخلاص النتائج منها وباعتبار أن أساس التحكيم هو عقد اتفاق فإنه يمكن مهاجمة الحكم التحكيمي بطرق مهاجمة العقود وهي رفع دعوى أصلية ببطلانه (خلفاً للأحكام القضائية التي لا توجه ضدها دعوى بطلان حيث أن لها حجية تحميها من المهاجمة، الأمن خلال طرق الطعن التي حددها القانون وفي المواعيد التي حددها، فإذا انقضت هذه المواعيد واستنفدت سبل الطعن، أصبح الحكم غير قابل للطعن فيه مهما شابه من أخطاء⁽¹⁾).

من ذلك نجد أن طبيعة التحكيم ونظامه القانوني تختلف عن حكم القاضي، فالتحكيم يستند إلى اتفاق الأطراف (الذي هو دستور التحكيم) لأن ما يصدر عن التحكيم هو حكم قضائي له حجية الأمر المقضي فيه، بصريح نص المادة (55) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م والمادة (3) من اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1958م (تعترف كل من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمّر بتنفيذه طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة لديها). ولكن في كل الأحوال فأنا عندما نكون بصدد تحكيم لا نكون أمام محكمة من محاكم الدولة ولسنا بصدد قانون واحد يحرص المشرع على توحيد تطبيقه وتفسيره تحقيقاً للمساواة أما القانون بإلغاء الأحكام المخالفة وإنما نحن بصدد قضاء خاص يحكم حالات متباينة، تحكمها قواعد وقوانين متباينة فلا محل لوحة تطبيق القانون بشأنها.

وبناءً على ذلك، وتوفيقاً بين طبيعة التحكيم الخاصة وما يتميز به من خصائص وما تقتضيه من سرعة الفصل في النزاع واستقرار الحقوق وبين ضرورة إصلاح أخطاء حكم التحكيم، باعتباره عملاً قضائياً، قام المشرع في مختلف الدول بتنظيم السبل الكفيلة لتحقيق هذا التوازن ولكن تباينت القوانين المختلفة بشأن ذلك، فبعضها ذهب إلى تحريم

(1) نبيل عمر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، لسنة 2007م، ص

الطعن بالاستئناف وقصر المراجعة على رفع دعوى بطلان حكم المحكم، والبعض الآخر أضاف إلى دعوى البطلان جواز رفع الطعن بالاستئناف ضد أحكام التحكيم فطائفة من القوانين أجازت صراحة رفع دعوى بطلان حكم التحكيم (أو طلب إلغاءه) وحظرت الطعن عليه بالاستئناف مثل القانون النمورجي الهولندي أجاز الطعن بالاستئناف في المادة (1050) مرافعات ورفع دعوى البطلان ضد حكم التحكيم المادة (1064) مرافعات بالإضافة إلى إجازته الطعن في الحكم التحكيمي بالتماس إعادة النظر، المادة (1068) مرافعات.

من ذلك نجد أننا بصدد اتجاهين رئيسيين بخصوص الطعن في حكم التحكيم اتجاه يقصر الطعن فقط عن طريق دعوى البطلان ولا يجيز الطعن بالاستئناف ولا بالنقض في أحكام المحكمين، ويدخل فيه المشرع المصري حيث لا يجيز الطعن في حكم المحكم بأي طريقة من طرق الطعن المادة (52) فالحكم يصدر باتاً. إن قانون التحكيم السوداني لسنة (2005م) يجوز تقديم طلب إلغاء الحكم أمام المحكمة المختصة إذا وافق البطلان في القانون، ولكن قانون التحكيم السوداني لسنة (2016م) في المادة (1/42) حيث أعيدت صياغة المادة بتغيير عنوانها وتم تحديد أسباب البطلان بصورة أوضح وأن يقدم طلب البطلان أمام محكمة الاستئناف.

هناك اتجاهاً ثالثاً: آخر يعطي فعالية أسرع لأحكام التحكيم و لا تجيز الطعن على أحكام التحكيم لا بالاستئناف ولا بدعوى بطلان ولا بأي طريقة طعن أخرى مثل نظام التحكيم محكمة لندن للتحكيم حيث تقرر المادة (8/26) صراحة أنه (تكون الأحكام التحكيمية نهائية وملزمة للأطراف وبقبولهم التحكيم وفقاً لنظام محكمة لندن يكون الأطراف منفتحين على تنفيذ الحكم دون أي تأخير ويتنازلون عن حقهم في الاستئناف أو إعادة النظر أو أي طريق دون طرق المراجعة أمام أية محكمة أخرى في الحدود التي يتم فيها هذا التنازل بطريقة قانونية.⁽¹⁾

نفس المعنى في قواعد نظام التحكيم الويبو المنظمة العالمية للملكية الفكرية، حيث تقرر المادة (1/64) صراحة أنه بقبول التحكيم بناءً على هذا النظام يلتزم الطرفان بتنفيذ قرار التحكيم دون إبطاء ويتنازلا عن حقهما في أي نوع من أنواع الاستئناف أو التقاضي أمام محكمة أو سلطة قضائية أخرى في الحدود التي يجوز فيها أن يتم ذلك

(¹) نبيل عمر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 386.

التنازل على الوجه السليم وفقاً للقانون واجب التطبيق) وقريب من ذلك قواعد الهيئة الأمريكية للتحكيم في المادة (28) وفي المادة (26) أما غرفة التجارة الدولية بباريس فقد نصت المادة (1/27) من نظام الغرفة على تدقيق هيئة التحكيم بالغرفة للحكم الصادر من محكمة التحكيم بها قبل توقيعه أو تعيين على محكمة التحكيم أن ترفع إلى هيئة التحكيم مشروع الحكم قبل توقيعه وللهيئة أن تدخل التعديلات التي تراها على شكل الحكم، ولها أيضاً أن تلفت انتباه محكمة التحكيم بها إلى بعض المسائل الموضوعية التي انتهى إليها الحكم دون المساس بحرية محكمة التحكيم في اتخاذ الحكم.

يلاحظ أن هذا الاتجاه الأخير لم تأخذ به سوى بعض هيئات التحكيم ولا تتبناه الدول عادة حرصاً على سيادتها وعلى أهمية فرض رقابة من قضاء الدولة على التحكيم وإن كان هذا الاتجاه هو أكثر الاتجاهات تمشياً مع طبيعة التحكيم خاصة ما أخذت به غرفة تحكيم باريس⁽¹⁾.

إن بطلان التحكيم في قانون التحكيم السوداني نصت عليه المادة (41)⁽²⁾ من قانون التحكيم لسنة 2005م المعدل لسنة 2016م، من المعلوم أن التحكيم يقوم في الأساس على إرادة الأطراف فإذا ما اتجهت الإرادة إلى اللجوء إلى التحكيم بشأن نزاع ما فلا يجب على المحكم تجاوز حدود ما اتفقت عليه الإرادة بشأن تحديد محل النزاع، ومن ثم فلا تمتد سلطة المحكم لمسائل أخرى لم ينص عليها اتفاق التحكيم، فإن الحكم لا يبطل إلا بقدر ما فصل فيه بشأن هذه المسائل الأخيرة، ولكن يجب ألا تكون هذه المسألة الأخرى ترتبط ارتباطاً لا يقبل التجزئة وهذه المسألة كانت قد تناولتها المادة (147) من قانون الإجراءات المدنية السوداني⁽³⁾ في ظل المواد الملقاة بعد صدور قانون التحكيم حيث نصت المادة (147) على أنه للمحكمة أن تعدل أو تصحح قرار المحكمين في الحالات الآتية:

1/ إذا فصل القرار في مسألة لم تكن بحالة للتحكيم، وأمكن استبعاد تلك المسألة دون أن يؤثر ذلك على ما فصل فيه من المسائل المحالة للتحكيم، وقد قضت بذلك السابقة القضائية شركة انقيد شيافيشس ضد شركة النجم الذهبي للشحن بالرقم أ س م 183 المنشورة في موسوعة القوانين والسوابق القضائية السودانية وجاء فيها: (فصل

(1) أحمد هنري: التحكيم دراسة إجرائية، مرجع سابق، ص 144، 145.

(2) المادة (41) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدلة لسنة 2016م في المادة (42).

(3) الصادق ضرار مختار: شرح قانون التحكيم لسنة 2005م، مرجع سابق، ص 67.

المحكّمين في مسألة لم تحال إليهم تعالج وفقاً للمادة (148) باستبعاد تلك المسألة على ألا يؤثر ذلك على ما فصل فيه من المسائل المحالة للتحكيم، ولا يبطل ذلك إلغاء قرار التحكيم أو إعادة القرار لهيئة التحكيم لإعادة النظر فيه وفقاً للمادتين (148) و (149) من قانون الإجراءات المدنية السوداني ويرى الدكتور الصادق ضرار مختار أن ذلك ينسحب أيضاً من القانون الحالي لأن العبرة أصلاً في التحكيم بما جاء في اتفاق الطرفين غير تجاوز.

2/ فساد أو سوء سلوك أو أي منهم.

إن سلوك المحكم هو محل نظر واعتبار وأهم أساسيات ضمان نزاهة الحكم، ومن ثم فإن وجود ما يثير الشبهة في عمل المحكم من فساد أو انحياز واضح من شأنه أن يجعل القرار قابلاً للإبطال بطلب الأطراف وقد جاء في سابقة الشركة الصينية للهندسة والإنشاءات البترولية ضد الشركة السودانية للطرق والكباري المحدودة بتاريخ 2006/9/16م غير منشورة عندما تقرر المحكمة ثبوت سوء سلوك المحكمين أو أحدهم، عليها إلغاء الحكم دون الخوض في مناقشة موضوع النزاع حتى ولو أورده مقدم الطالب.

3/ وجود إهمال خطير لإجراء أساسي من إجراءات التحكيم

نجد أن هذه الفقرة يمكن أن تكون صورتها واسعة جداً تشمل الاتفاق على التحكيم لم يكن بصورة واضحة تلاقت فيه الإرادتان دون أن يشوب الإرادتين أي عيب من عيوب الإرادة، وكذلك إذا صدر الحكم بعد فوات الميعاد المحدد في اتفاق التحكيم، أو المحدد بواسطة المحكمة بعد من الميعاد أو أن أحد الأطراف لم يتمكن من تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً عموماً فإن أي إجراء أساسي من الإجراءات الخاصة بإجراءات التحكيم تدخل في إطار هذا النص.⁽¹⁾

4/ عدم تسبب الحكم

الأصل في الأحكام أن تكون مسببة ولقد نصت المادة (33) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل في المادة (34)⁽²⁾ كما سبق ذكره أن الشكل المطلوب لقرار التحكيم هو أن يكون مكتوباً وسبب ذكرنا أن الكتابة من النظام العام وأن التسبب

(1) الصادق ضرار مختار: شرح قانون التحكيم لسنة 2005م، مرجع سابق، ص 68.

(2) المادة (33) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدلة لسنة 2016م في المادة (34).

ليس من النظام العام إلا أن التسبب ضروري لمعرفة المرتكزات والمبررات التي قام عليها الحكم.

ثانياً: الطعن في القرار التحكيمي

القواعد الدولية بشأن الطعن في القرار التحكيمي ثلاثة أنواع بعضها نظمت طرق الطعن في القرار التحكيمي والبعض الآخر أغفل ذلك فلم تنص لا بالجواز ولا بالمنع، والنوع الثالث من القواعد التحكيمية نصت على عدم جواز الطعن في القرار التحكيمي إذن بالرغم من منح إرادة الأطراف تحديد الإجراءات بما في ذلك طرق الطعن إلا أن هناك قواعد تحظر الطعن في القرار التحكيمي وتجعله نهائياً ومثال لها القرار التحكيمي الصادر من هيئة التحكيم في النزاعات العمالية - حيث ذكر د. حسن محمد علوب (إن القرار الصادر من هيئة التحكيم في نزاع عمالي وصل إلى مرحلة التحكيم يكون نهائياً وواجب النفاذ ولا يجوز الطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن)⁽¹⁾، لأنها من النظام العام.

في سابقة عمالية في الجمهورية الاشتراكية الليبية - عقد عمل - خلاف حول الأجور - أحكام قانون العمل من النظام العام - لا تحكيم - خطأ في تفسير القانون وتطبيقه.

إن نص المادة (740) من قانون المرافعات الليبي صريح في عدم جواز التحكيم في الأمور المتعلقة بالنظام العام - وإذا كان من المقرر وما جرى به قضاء هذه المحكمة إن أحكام قانون العمل كلها تعتبر من النظام العام. ومن ثم يكون المقصود من نص المادة (740) مرافعات على عدم جواز التحكيم في الأمور المتعلقة بالنظام العام أو المنازعات بين العمال وأرباب العمل بشأن تطبيق الأحكام الخاصة بالتأمين الاجتماعي وإصابات العمل المقصود بذلك إضافة هاتين الحالتين إلى الحالات المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز فيها التحكيم حيث خلا قانون العمل من الأحكام المنظمة لهاتين الحالتين.

النزاع بين الطاعنة والشركة المطعون ضدها إنما يتعلق بالأجور الإضافية المستحقة عن ساعات العمل الإضافية والعمل خلال العطلات الرسمية وقد قرر قانون

(¹) هيثم مصطفى سليمان: التحكيم الدولي والوطني في الفقه الإسلامي والقانون، مرجع سابق، ص 297.

العمل استحقاق هذه الأجور فتكون مقررة بمقتضى هذا القانون ومن ثم لا يجوز التحكيم فيها لتعلق الأمر بالنظام العام.⁽¹⁾

1/ الأسباب: حيث أن الطاعنة تعيب على الحكم المطعون فيه في السبب الأول من أسباب الطعن بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وتفسيره ويتلخص ذلك في أن الحكم المطعون فيه رفض دفع بطلان شرط التحكيم إذ لا يجوز التحكيم بالنسبة للأمور المتعلقة بالنظام العام ومن ضمنها قانون العمل - وأن المادة (740) من قانون المرافعات الليبي حيث نص على أنه لا يجوز التحكيم في الأمور المتعلقة بالنظام العام أو المنازعات بين العمال وأرباب العمل بشأن إضافتها إلى الحالات التي لا يجوز فيها التحكيم، ولم تقصد استثناءها من جواز التحكيم، لأن قانون العمل نفسه من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته.

لما كان موضوع النزاع بين الطرفين يتعلق بالأجر الإضافي المستحق للطاعنة طبقاً لأحكام قانون العمل فإنه لا يجوز التحكيم بشأنه وقد نصت المادة الثانية منه على أنه يقع باطلاً كل شرط في عقود العمل يخالف أحكام هذا القانون ولو كان سابقاً على العمل به ما لم يكن الشرط أكثر فائدة للعامل ولم يثبت أن هذا الشرط أكثر فائدة للطاعن، بل الأمر بالعكس إذ سيقوم بالحكم بالنزاع موظف تابع للحكومة اليوغوسلافية المالكة للشركة، مما يؤكد أن الشرط أقل فائدة للطاعنة ومن مصلحتها أن يفصل النزاع بالتقاضي لا بواسطة موظف تابع للحكومة التي هي صاحبة مصلحة في الواقع مما يؤكد بطلان هذا الشرط.⁽²⁾

حيث أن هذا الوجه من النص صحيح، ذلك أن نص المادة (740) من قانون المرافعات الليبي والذي سبق إيرادها في وجه الطعن بتصريح في عدم جواز التحكيم في الأمور المتعلقة بالنظام العام وإذا كان من المقرر وما جرى به قضاء هذه المحكمة أن أحكام قانون العمل كلها تفسر من النظام العام، ومن ثم يكون المقصود من نص المادة (740) من قانون المرافعات الليبي على عدم جواز التحكيم في الأمور المتعلقة بالنظام العام أو المنازعات بين العمال وأرباب العمل، بشأن تطبيق الأحكام الخاصة بالتأمين الاجتماعي، وإصابات العمل المقصود بذلك، إضافة هاتين الحالتين إلى الحالات المتعلقة

(1) محكمة النقض المصرية - طعن مدني رقم 23/84 قضائية - جلسة السبت 25 ديسمبر 1977م. مجلة محكمة التحكيم العالمية، العدد العاشر، لسنة 2011م، ص 49.

(2) هيثم مصطفى سليمان: التحكيم الدولي والوطني في الفقه الإسلامي والقانون، مرجع سابق، ص 298.

بالنظام العام التي لا يجوز فيها التحكيم، حيث خلا قانون العمل من الأحكام المنظمة لهاتين الحالتين.

حيث أن النزاع بين الطاعنة والشركة المطعون ضدها، إنما يتعلق بالأجور الإضافية المستحقة عن ساعات العمل الإضافية والعمل خلال العطلات الرسمية، وقد قرر قانون العمل استحقاق هذه الأجور فتكون مقررمة لمقتضى هذا القانون ومن ثم لا يجوز التحكيم فيها لتعلق الأمر بالنظام العام كما سبق البيان.

لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد فسر المادة (740) من قانون المرافعات على أنها نصت على عدم جواز التحكيم في المنازعات بين العمال وأرباب العمل بشأن تطبيق الأحكام الخاصة بالتأمين الاجتماعي وإصابات العمل فقط دون أن يتطرق إلى ما ينشأ بين العمال وأرباب العمل من المنازعات الناشئة عن تطبيق عقد العمل بالنسبة للأجور وغيرها - يكون الحكم قد أخطأ في تفسير القانون وتطبيقه، إذ أن قانون العمل قد نظمها وهو متعلق بالنظام العام وبالتالي يكون الحكم خليقاً بالنقص.

لهذه الأسباب حكمت المحكمة بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية إلى محكمة استئناف بنغازي للنظر فيها مجدداً من هيئة أخرى والتزمت المطعون ضدها بالمصروفات وبمبلغ عشرين ديناراً مقابل أتعاب المحاماة. (1)

2/ طبيعة الطعن بالبطلان

يرمي الطعن بالبطلان إلى إبطال حكم المحكمين وليس التثبيت من بطلانه أو انعدامه فهو درب من دروب النقض، وتؤكد ذلك بطريقة إيجابية في بعض النظم، كالقانون السويسري، حيث تفرض على المحكمة التي تقرر البطلان إحالة الحكم إلى محكمة التحكيم التي أصدرته وليس لها سلطة الفصل فيه بغرض إصلاحه أو تعديله أو تكملته، وترتيباً على ذلك إذا قضت محكمة الطعن بعدم اختصاصها فإنها تقتصر على تقرير ذلك دون أن تحيله التحكيم بقصد تعديل حكمها.

مما يؤكد أن الطعن بالبطلان هو درب من دروب النقض هو أن الطلبات التي تعد مقبولة هي الطلبات التي ترمي إلى الإبطال لا إلى الإصلاح أو التعديل في حكم المحكمين وأن محكمة الطعن لا تفحص إلا الأوجه المثارة على أن تكون من بين

(1) مجلة محكمة التحكيم العالمية، 2011م، العدد العاشر، مرجع سابق، ص 491-493.

الأوجه الأسباب التي نص عليها المشرع على سبيل الحصر المادة (512) من قانون المرافعات المدنية المصري وترتيباً على ذلك، أن الطعن إذا كان مؤسساً على سبب غير منصوص عليه فإنه يكون غير مقبول، وإذا ما تم الفصل في هذا الطعن بناءً على مثل هذه الأسباب فإنه يمكن الطعن في هذا الحكم بطرق الطعن المقررة لأحكام المحاكم. يبدو أن الطعن بالبطلان يتمتع ببعض خصائص الطعن بالاستئناف حيث أنه في القانون المصري، يترتب على مجرد رفع دعوى البطلان حكم المحكمين وقف تنفيذه ما لم تر المحكمة المرفوع إليها الدعوى استمراره بناءً على طلب المحكوم له ويرجع ذلك إلى أن المشرع نص على عدم جواز الطعن في أحكام المحكمين بالاستئناف ويثور التساؤل حول مدى الأثر الناقل للطعن بالبطلان. (1)

أخيراً إن الطعن بالبطلان يتفق مع النشأة الاتفاقية للتحكيم، ولا تسري على حكم المحكمين قاعدة أنه لا دعوى بطلان ضد الأحكام وهذه القاعدة تعد النتيجة الإجرائية للاعتراف بحجية الشيء المقضي لحكم المحكمين. (2)

وأن قانون التحكيم السوداني خالف القانون المصري بأن أعطى أطراف النزاع الدفع بالبطلان وفقاً لأحكام المادة (41) المشار إليها سابقاً وأن المحكمة إذا ألغت الحكم وفقاً لأحكام المادة (41) فإنه يجوز لها وفقاً لأحكام المادة (43) عرض النزاع أمامها والفصل فيه مما يعني عدم توافر الثقة من المشرع في أحكام هيئة التحكيم كأحكام تأخذ الصيغة القانونية. وهذا مخالفاً لما قرره وفق المادة 42 و 41 من ذات القانون من إلزامية حكم التحكيم وتنفيذه وهذا يناقض المواد (41، 42، 43) المعدلة لسنة 2016م (3) (41، 42، 45) من عدم مشروعيته كحكم قضائي. (4)

ثالثاً: محل شروط دعوى البطلان

محل دعوى بطلان حكم التحكيم وشروطها

(1) هيثم مصطفى سليمان: التحكيم الدولي والوطني في الفقه الإسلامي والقانون، مرجع سابق، ص 299.
(1) محمد نور عبد الهادي شحاتة: الرقابة على أعمال المحكمين، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م، ص 302.

(2) المواد (41، 42، 43) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدلة لسنة 2016م في المواد (41، 42، 45).

(3) فهمي يوسف زين العابدين: شرح قانون التحكيم لعام 2005م، مرجع سابق، ص 72.

محل دعوى بطلان حكم التحكيم هو حكم التحكيم وحكم التحكيم هو القرار الذي يحسم النزاع سواءً أكان موضوعياً أو وقتياً أو مستعجلاً وبالتالي لا يجوز المطالبة ببطلان الأوامر الوقتية أو التحفظية التي تقضيها طبيعة النزاع. الأوامر على الفرائض.

القرارات التي تثبت انتهاء خصومة التحكيم بالتسوية.

ما يحول دون قبول دعوى بطلان حكم التحكيم

أولاً: سبق الحكم بصحة حكم التحكيم أو بطلانه إعمالاً لأثر حجية الأمر المقضي.

ثانياً: سبق علم صاحب الصفة في رفع الدعوى بطلان حكم التحكيم بحصول مخالفة الشرط في اتفاق التحكيم أو الحكم من أحكام قانون التحكيم مما يجوز الاتفاق على مخالفته ولم يعترض على هذه المخالفة (قرينة الرضا) في الميعاد الاتفاقي أو في وقت معقول أن لم يكن ثمة اتفاق على تحديد ميعاد عندئذ، فلا يجوز له رفع دعوى بطلان حكم التحكيم.

نزول صاحب الحق في دعوى بطلان حكم التحكيم عن حقه بعد صدور حكم التحكيم وذلك في نص المادة (42) من قانون التحكيم السوداني المعدل في المادة (43) لسنة 2016م⁽¹⁾ حيث أعيدت صياغة المادة وتم تغيير عنوانها بتحديد محكمة الاستئناف لتقديم الطلب من علم مقدم الطلب بالحكم إذا كان معلناً إعلاناً صحيحاً لجلسة النطق بالحكم، يقدم طلب الإلغاء للمحكمة المختصة خلال أسبوعين من تاريخ النطق، بالحكم ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعى البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور حكم التحكيم ولا يعتد بالنزول قبل صدور حكم التحكيم لأن الحق في دعوى البطلان لا ينشأ إلا بصدور حكم التحكيم وليس لأحد النزول عن حق قبل أن ينشأ.

رابعاً: قيام صاحب الحق في رفع دعوى بطلان التحكيم بتنفيذ الحكم لأن تنفيذ الحكم يعد قبولاً به رضاءً بما فصل فيه، يسقط الحق في رفع الدعوى بقبول مدعى البطلان لحكم التحكيم سواءً أكان قبولاً صريحاً أو ضمناً بإقدامه على تنفيذ الحكم مثلاً ما لم يتعلق بالنظام العام⁽²⁾.

(1) المادة (42) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدلة لسنة 2016م في المادة (43).

(2) عاطف محمد الفقي: التحكيم التجاري الدولي، (د. ط)، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، لسنة 2009م،

رابعاً: شروط قبول دعوى البطلان:

- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: (1)
1. إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته.
 2. إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.
 3. إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو إجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج إرادته.
 4. إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.
 5. إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين.
 6. إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو تجاوز حدود هذا الاتفاق ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن إجراءاته الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.
 7. إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم.
 8. وتقتضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية. (1)
- أما القانون السوداني فقد نص قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م جاء بتحديد حالات البطلان على سبيل الحصر في المادة (41) المعدل لسنة 2016م في المادة (42): (2) حيث أعيدت صياغة المادة وتحديد أسباب البطلان بصورة أوضح وتحديد المحكمة التي يقدم طلب البطلان إليها بمحكمة الاستئناف، "يجوز للمحكوم ضده تقديم طلب إلغاء حكم هيئة التحكيم للبطلان للأسباب الآتية:

(1) القصيمي صلاح أحمد محمد طه: عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 267.

(2) المادة (41) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدلة لسنة 2016م في المادة (42).

إذا فصل الحكم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو تجاوز حدود الاتفاق.
فساد أو سوء سلوك المحكمين أو أي منهم.

وجود إهمال خطير لإجراء أساسي من إجراءات التحكيم.

فشل هيئة التحكيم في ذكر الأسباب التي بنت عليها حكمها.

تضمن الحكم ما يخالف النظام العام في السودان.

يقدم الطلب المشار إليه في البند (1) أمام المحكمة المختصة ويكون قرارها نهائياً.

يلاحظ أن المشرع السوداني قد حصر أسباب البطلان في خمسة بنود في قانون التحكيم لسنة 2005م إلا أن قانون التحكيم لسنة 2016م تم تحديد أسباب البطلان بصورة أوضح في سبعة بنود فقط في حين أن المشرع المصري قد توسع في أسباب البطلان وحسناً فعل المشرع السوداني باختصار حالات البطلان حتى نصل إلى الهدف المنشود من التحكيم،⁽¹⁾ وهو السرعة مع مراقبة الحكم من حيث سلامته فقط في أشياء محددة متعلقة بالعدالة دون الخوض في تفاصيل النزاع كما تلاحظ أن المشرع السوداني قد حصر مدة الطعن وفقاً لنص المادة (42) المعدل لسنة 2016م في المادة (43) في خمسة عشرة يوماً من تاريخ النطق بالحكم، يقدم طلب الإلغاء للمحكمة المختصة خلال أسبوعين من تاريخ النطق بالحكم، وهي أيضاً مدة معقولة تميز بها القضاء السوداني في كل الإجراءات بعكس المشرع المصري الذي حددها بتسعين يوماً وهي مدة طويلة جداً للطعن كما اتفق القانون في موضوع قضاء المحكمة من تلقاء نفسها في بعض الحالات وفق نص المادة (41) الفقرة (3) المعدل في المادة (42) الفقرة (3) لسنة 2016م للمحكمة المختصة أن تقضي ببطلان الحكم من تلقاء نفسها بناءً على الأسباب الواردة في البند (1).

بصدد هذه الدراسة سوف نركز على البطلان المتعلق بالنظام العام بطلان حكم التحكيم إذا تضمن الحكم ما يخالف النظام العام في السودان لقد سبق أن تحدثنا عن فكرة النظام العام عندما يحدث اصطدام بين حكم تحكيم قد يمس الأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع والتي قد تكون عائقاً، يمنع تنفيذ حكم التحكيم كلياً أو جزئياً أو قد يؤدي إلى عرقلة الوصول إلى الغاية التي يستقيها الأطراف المعينة في سرعة فصل المنازعات وإزاء استقرار المشرع السوداني على أن أحكام التحكيم لا تقبل الطعن فيها بأي طريق

(1) التصميمي صلاح أحمد محمد طه: عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 267.

من طرق الطعن وأنها مقيدة فقط بما لا يخالف النظام العام فلا يجوز الأمر بتنفيذ هذه الأحكام إلا بعد التحقق من عدم مخالفتها للنظام العام، ولكن نجد أن المشرع السوداني قد أعطى المحكمة المختصة الحق وفق الفقرة (3) من نص المادة (41) المعدل في الماد (42) لسنة 2016م، في بطلان حكم التحكيم لأي سبب من الأسباب الواردة في هذه المادة وكان الأوفق أن يقيد المشرع القاضي في الفقرة (5) أي ما يخالف الحكم للنظام العام في السودان ويترك باقي الفقرات للأطراف لربما ارتضوا بالحكم ويكون مبدأ الرضائية في كل مراحل التحكيم هو الأصل وصاحب الولاية الأكبر ويتم التنفيذ دون أن يتطرق الأطراف لدعوى البطلان.

المطلب الثاني

البطلان المتعلق بالنظام العام

يبطل حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية، السند القانوني للبطلان في هذه الحالة: نص الفقرة الثانية من قانون التحكيم 27 لسنة 1994م والذي يجري: وتقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.⁽¹⁾ تنص المادة (28) من القانون المدني لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفتها للنظام العام أو الآداب في مصر والوظيفة التي يؤديها النظام العام هو بطلان كل عمل إرادي يأتيه المخاطب بها بالمخالفة له عقداً كان هذا العمل أو عملاً متفرداً من ناحية، وعدم جواز النزول عن الحقوق والمراكز القانونية التي تقرها للبعض منهم قبل البعض الآخر من ناحية أخرى. هناك إذاً علاقة تبادلية بين مفهوم النظام العام وبين القواعد الأمرة بالنظام العام هو السبب في اكتساب بعض قواعد القانون صفتها الأمرة، وهو ما يبرر من ناحية وجود قواعد توصف بأنها نصوص أمرة بقانون التحكيم، كما أنه يبرر البطلان بجزاء وأثر على مخالفة ما يتعلق بالنظام العام.

قضى وقبل إصدار قانون التحكيم المصري في البطلان لمخالفة النظام العام مفاد نص المادة (501) من قانون المرافعات وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض تحويل المتعاقدين الحق في الالتجاء إلى التحكيم لنظر ما قد ينشأ بينهم من نزاع كانت تختص به أصلاً المحاكم، فاختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع وأن كان يرتكز أساساً على

(1) التميمي صلاح أحمد محمد طه: عقد التحكيم وإجراءاته، المرجع السابق، ص 276.

حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب اختصاص جهات القضاء إلا أنه ينبغي مباشرة وفي كل حالة على حدة على اتفاق الطرفين كما أن المشرع لم يأت في نصوص قانون المرافعات بما يمنع أن يكون التحكيم في الخارج على يد أشخاص غير مصريين، لأن حكمة التشريع في التحكيم تنحصر في أن طرفي الخصومة يريدان بمحض إرادتها واتفاقهما تفويض أشخاص ليست لهم ولاية القضاء في أن يقضوا بينهما أو يحسموا النزاع بحكم أو صلح يقبلان شروطه، فرضياً طرفي الخصومة هو أساس التحكيم وكما يجوز لهما الصلح دون وساطة أحد فإنه يجوز لهما تفويض غيرهما في إجراء هذا الصلح في الحكم في النزاع يستوي في ذلك أن يكون المحكمون في مصر وأن يجري التحكيم فيها أو أن يكونوا موجودين في الخارج ويصدر حكمهم هناك بإرادة الخصوم هي التي تخلق التحكيم كطريق استثنائي لفض المنازعات وقد أقر المشرع جواز الاتفاق عليه ولو تم في الخارج دون أن يمس ذلك النظام العام.

في ذلك قررت المادة (53) فقرة 1(و) من قانون التحكيم المصري: ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان الأعلى إلا على جزاء الأخيرة وحدها⁽¹⁾.

باستقراء نص الفقرة الثانية من المادة (53) من قانون التحكيم المصري، والتي نصت على أن تقضي المحكمة التي تنتظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية وبهذا النص خول قانون التحكيم المصري المحكمة التي تنتظر دعوى البطلان سلطة القضاء ببطلان حكم التحكيم من تلقاء نفسها أثناء نظر دعوى البطلان ولو لم يتمسك أحد الأطراف بهذا البطلان، متى قررت أن الحكم تضمن ما يخالف النظام العام في مصر، وفي هذا الصدد يجب وضع حدود بين بطلان حكم التحكيم لتضمنه ما يخالف النظام العام المصري، وبطلان اتفاق التحكيم لوروده على مسألة لا تقبل التسوية بطريق التحكيم، فبطلان الاتفاق كما رأينا يعد سبباً من أسباب رفع دعوى بطلان الحكم ولكن ما يجب التنبيه له أن العلاقة ليست طردية على نحو حتمي. فقد يكون اتفاق التحكيم باطلاً ويصدر الحكم صحيحاً إذا قضى ببطلان هذا الاتفاق لمخالفته النظام العام أو لوروده

(1) القصيبي صلاح احمد محمد طه: عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 292-293.

على مسألة لا تقبل التسوية بطريق التحكيم، والعكس أيضاً صحيح فقد يكون اتفاق التحكيم صحيحاً ويصدر الحكم متضمناً لما يخالف النظام العام المصري⁽¹⁾.

هذا وإن كانت اتفاقية نيويورك حددت مادتها الخامسة فقرة (2) الحالات التي يجوز للدولة المطلوب إليها الاعتراف بحكم التحكيم أن ترفض هذا الاعتراف من تلقاء نفسها. إلا أن الأمر على خلاف ذلك في اتفاقية جامعة الدول العربية لسنة 1952م فقد تضمنت المادة الثالثة منها والتي تنص على مع مراعاة ما ورد في المادة الأولى من هذه الاتفاقية لا تملك السلطة المطلوب إليها تنفيذ حكم المحكمين صادر في إحدى دول الجامعة العربية، إعادة فحص موضوع الدعوى الصادر فيها حكم المحكمين المطلوب تنفيذه ولها أن ترفض طلب تنفيذ الحكم في الأحوال الآتية:

1. إذا كان قانون الدولة المطلوب إليها تنفيذ الحكم لا يجيز حل النزاع عن طريق التحكيم.

2. إذا كان حكم المحكمين غير صادر تنفيذاً لشرط أو لعقد تحكيم صحيحين.

3. إذا كان الحكم غير صادر تنفيذاً لشرط التحكيم أو طبقاً للقانون الذي صدر قرار المحكمين عليه.

4. إذا كان الخصوم لم يعلنوا بالحضور على الوجه الصحيح.

5. إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ وهي صاحبة السلطة في تقدير كونه كذلك وعدم تنفيذه ما يتعارض مع النظام العام والآداب العامة فيها.

6. إذا كان حكم المحكمين ليس نهائياً في الدولة التي صدر فيها⁽²⁾.

ويلاحظ على نص هذه المادة أنها حددت الحالات التي لو تحققت إحداها يكون لمحاكم الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها أن ترفض هذا التنفيذ.

يلاحظ أيضاً اختلافها مع اتفاقية نيويورك حيث أنها لم تفرق بين الحالات التي يجوز للمحكمة أن ترفض فيها التنفيذ من تلقاء نفسها كحالات النظام العام والحالات التي يجب أن يتمسك أحد الأطراف بها وإثباته لتوافرها حتى يقضي له برفض التنفيذ.

(1) لزهري بن سعد، وكرم محمد زيدان النجار: التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2010م، ص 328.

(2) خالد عبد الهادي الزناتي: بطلان حكم التحكيم الدولي، ط1، المكتبة العربية، 2011م، ص 24.

هذا عن الخلاف بين اتفاقية نيويورك سنة 1958م واتفاقية جامعة الدول العربية سنة 1952م، أما عن أوجه الاتفاق فنتفق الاتفاقيتان بنصهما على الحالات التي يجوز رفض التنفيذ إذا توفرت إحداها:

(وبالتالي يكون الأصل هو تنفيذ الحكم، والاستثناء هو رفض تنفيذه متى ثبت وجود إحدى الحالات التي نصت عليها الاتفاقية.

بينما اتفاقية واشنطن ذهبت إلى حد أبعد من الاتفاقيتين حيث أنها تفرض على الطرف الخاسر في التحكيم التزاماً صارماً بضرورة الانصياع لحكم المحكمة، وهذا المبدأ تقرر في المادتين 53، 45، من الاتفاقية فالمادة (53) من اتفاقية واشنطن لسنة 1965م تقضي بأن حكم المحكمة يكون ملزماً للأطراف و لا يمكن أن يستأنف أو يستبعد لأي سبب، إلا ما ذكرته الاتفاقية نفسها، فكل طرف يلتزم بتنفيذ الحكم وعناصره ما عدا الحالات التي تنص فيها المعاهدة على عدم التنفيذ.

أما المادة (54) فهي تفرض على كل دولة متعاقدة الاعتراف بحكم التحكيم الصادر طبقاً للاتفاقية باعتباره ملزماً، كما يجب على الدولة القيام بتنفيذ الالتزامات المالية المقررة في الحكم كما لو كان حكم المحكم الصادر عن المركز حكماً نهائياً صادر من محكمة على إقليمها.

إلا أن المادة (52) من اتفاقية واشنطن حددت على سبيل الحصر الحالات التي يجوز فيها لأي من الطرفين أن يطلب إبطال الحكم وذلك عن طريق تقديم طلب كتابي إلى السكرتير العام للمركز، وذلك بناءً على أحد الأسباب المحددة في الاتفاقية ويجب تحرير طلب الإبطال في خلال مائة وعشرين يوماً بعد إصدار الحكم، أما في حالة الغش فيكون تقديم الطلب في خلال مائة وعشرين يوماً من تاريخ اكتشافه ويمكن تأسيس طلب الإبطال على أحد الأسباب الآتية:-

1. إذا لم يتم تشكيل المحكمة تشكيلاً صحيحاً.
2. إذا تجاوزت المحكمة بوضوح حدود سلطاتها.
3. إذا وقع فساد أو رشوة من أحد أعضاء المحكمة.
4. إذا لم ترع المحكمة أحد القواعد الإجرائية الأساسية.
5. إذا لم يذكر الحكم الأسباب التي استند إليها.

يلاحظ على هذا النص أنه لم يورد أسباب محددة تتعلق ببطلان الاتفاق، ولكنه أورد حالتين ليس لهما مثيل في قانون التحكيم المصري هما حالة البطلان للغش وكذلك حالة البطلان لعدم التسبب.⁽¹⁾

إن قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م في المادة (41) (و)⁽²⁾ المعدل لسنة 2016م: اتفق تماماً مع الاتفاقية إذا لم يذكر الأسباب للمحكوم ضده أن يقدم طلب إلغاء حكم هيئة التحكيم للبطلان.

إن الاتفاقية ذكرت في حالات الإبطال إذا لم تشكل الهيئة تشكيلاً صحيحاً أن القانون السوداني لم يذكر ذلك السبب بالنص عليه صراحة في المادة (41) ولكن نجد عدم تشكيل الهيئة تشكيلاً صحيحاً يعتبر من النظام العام في السودان، إلا أن قانون التحكيم لسنة 2016م، توافق مع اتفاقية واشنطن حيث نص في المادة (42/هـ) إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون، أو لاتفاق الطرفين يمكن للمحكمة أن تبطله من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب المحكوم ضده وأيضاً ذكرت من حالات البطلان التسبب والقانون السوداني ذكر ذلك، وأن حالة الغش لم تذكر في القانون السوداني ولكنها تعتبر من النظام العام الذي يبطل التحكيم.

تنص المادة (5-2) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م على أن تقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.

تنص المادة (41) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل في المادة (42) لسنة 2016م: للمحكمة المختصة أن تقضي ببطلان الحكم من تلقاء نفسها بناءً على الأسباب الواردة في البند (1)⁽³⁾.

(1) نص المادة (41):

أ. يجوز للمحكوم ضده، طلب إلغاء حكم هيئة التحكيم للبطلان للأسباب الآتية:

إذا فصل الحكم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو تجاوز حدود الاتفاق، فساد أو سوء سلوك المحكمين أو أي منهم، وجود إهمال خطير لإجراء أساسي من إجراءات التحكيم، فشل هيئة التحكيم في ذكر الأسباب التي بنت عليها حكمها، تضمن الحكم ما يخالف النظام العام في السودان.

ب. يقدم الطلب المشار إليه في البند (1) أمام المحكمة المختصة ويكون قرارها نهائياً.

ج. للمحكمة المختصة أن تقضي ببطلان الحكم من تلقاء نفسها بناءً على الأسباب الواردة في البند (1).

(2) خالد عبد الهادي الزناتي: بطلان حكم التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص 26.

(3) المادة (41-3) قانون التحكيم السوداني عام 2005م، المعدلة في المادة (42) لسنة 2016م.

إن قانون التحكيم المصري أعطى للمحكمة المشار إليها في المادة (9) من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994م في بطلان حكم التحكيم من تلقاء نفسها وإذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية وذلك أثناء نظرها دعوى البطلان فطباً لهذا النص حتى يتسنى للمحكمة الحكم من تلقاء نفسها لمخالفة النظام العام⁽¹⁾. وذلك ما أخذ به قانون التحكيم لسنة 2016م في المادة (42/هـ)⁽²⁾ حيث أعطى المحكمة الحق في التدخل في كل مبطلات التحكيم دون حدود بينما المشرع المصري حصر تدخل المحكمة من تلقاء نفسها في المسائل المتعلقة بالنظام العام فقط، وكذلك قانون التحكيم السوداني لسنة 2016م، بأن جعل تدخل المحكمة في حالات المسائل التي تتعلق بالنظام العام.

يرى جانب من الفقه قوله: (أي أن المحكمة لا تملك القضاء بالإبطال إلا إذا كانت هناك دعوى بطلان مرفوعة أمامها من أحد أطراف التحكيم فسلطة القضاء في الإشراف على التحكيم لا توله التصدي من تلقاء نفسها لحكم التحكيم لتقدير مدى صحته.

فطباً لمنطوق نص المادة (5-2) من قانون التحكيم المصري لسنة (1994م) تقضي المحكمة بأن تنظر دعوى البطلان ويلزم ذلك أن تكون هناك دعوى بطلان مرفوعة أمام هذه المحكمة، لكن لا يلزم أن يكون سبب الإبطال المرفوع استناداً إلى الدعوى المرفوعة هو مخالفة النظام العام إذ يجوز رفع دعوى إبطال حكم التحكيم ويؤسس المدعي دعواه على أي من الأسباب الواردة في المادة (53-1).

يتضح للمحكمة أثناء نظر الدعوى عدم توافر أي من هذه الأسباب ولكن يتوافر سبب الإبطال لمخالفة النظام العام، هنا يحق للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها لمخالفة النظام العام وهذا الاستثناء قاصر على حالة مخالفة الحكم للنظام العام.⁽¹⁾ أي أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي ببطلان حكم التحكيم من تلقاء نفسها استناداً إلى أي من الأسباب الواردة في المادة (53-1) إذا كان رافع الدعوى قد استند إلى سبب مغاير لذلك الموجود في الدعوى، وهذا إعمال للقاعدة التي يلتزم بها القضاء وهي التنفيذ فيما يقضون به بما طلبه الخصوم، ولهذا الاستثناء والخروج على القواعد العامة

(1) المادة (9) من قانون التحكيم المصري لسنة 1994م.

(2) المادة (42) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016م.

(3) خالد عبد الهادي الزناتي: بطلان حكم التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص 89-90.

ما يبرره من وجهة نظر الفقه حيث يقول لعل حرص المشرع على النظام العام ما يشفع له هذا الخروج على القواعد العامة.

قد انتقد جانب من الفقه ورود صياغة نص المادة (53- 2) على هذا النحو حيث يأتي بحكم واحد ينطبق على التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي قائلاً: "أنه كان حرياً بالمشرع أن يقرر لكل من النوعين من أنواع التحكيم القواعد الخاصة والذاتية به".
قد ذهب جانب من الفقه إلى أن عدم التفات المشرع إلى إجراء هذه المغايرة لعدم تعرض نموذج قانون لجنة الأمم المتحدة محدداً على هذا النحو سبب إتيان المشرع بهذا النص على هذا النحو دون وصف النظام العام بالدولي حتى ينطبق على النظام العام الداخلي والدولي على السواء.

يرى جانب من الفقه أنه لا يعني أن يكون تطبيق الفكرة واحداً في كلا المجالين بل يجب على المحكمة المرفوع أمامها دعوى البطلان أن تفرق بين ما إذا كان الحكم المطلوب إبطاله قد صدر في تحكيم داخلي، بصدد معاملة وطنية أم أنه صادر في تحكيم دولي ففي الحالة الأولى يتعين عليها أن تعمل فكرة النظام العام وفقاً لمفهوم القانون الداخلي أما في الحالة الثانية فهي تنظر إلى مدى تضمين الحكم المطعون فيه بالبطلان ما يتعارض مع النظام العام بصدد العلاقات ذات الطابع الدولي فليس كل قاعدة أمره تتعلق بالنظام العام على المستوى الداخلي، وتطبق في شأن التحكيم الداخلي، وتعتبر متعلقة بالنظام العام في القانون الدولي الخاص فلفكرة في المعاملات ذات الطابع الدولي دور ومجال مختلفان عنه في المعاملات الداخلية.

يرى جانب من الفقه أن مفهوم النظام العام الذي يتعين إخضاع الحكم التحكيمي لرقابته هو ذلك القائم وقت ممارسته الرقابة على الحكم والقاعدة المماثلة لهذا المبدأ والتي تطبق على الأحكام الأجنبية يطلق عليها مبدأ وقتية النظام العام فما سبق يتضح أنه حينما تكلم المشرع عن ضرورة احترام النظام العام في الدولة المعنية أنه يقصد المفهوم الداخلي للنظام العام لأن في الدولة مفهوم دولي أيضاً للنظام العام وهو مفهومها بصدد العلاقات ذات الطابع الدولي⁽¹⁾.

(1) خالد عبد الهادي الزناتي: بطلان حكم التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص 90.

أ/ دعوى البطلان قبل الحكم المنهي للخصومة:

عدم جواز رفع دعوى بطلان الأحكام الصادرة قبل الحكم المنهي لخصومه التحكيم قد تصدر أثناء سير خصومة التحكيم وقبل صدور الحكم المنهي للخصومة كلها فهيئة التحكيم قد تصدر أثناء سير الخصومة أحكاماً متعلقة بالإثبات كالحكم بإحالة بعض المسائل الفنية إلى خبير أو أكثر (المادة 36) من قانون التحكيم المصري⁽¹⁾ أو أحكاماً متعلقة بإجراءات لا تنهي الخصومة كما لو حكمت بوقف الخصومة المادة (46)، أو بانقطاعها المادة (38) قانون التحكيم) وقد تصدر أحكاماً وقتية تمنح بموجبها حماية وقتية لأحد الطرفين كالحكم بنفقه وقيته أو الحكم بغرض الحراسة القضائية على المال محل النزاع وتعين أحد الطرفين حارساً عليه المادة (42) قانون التحكيم كما قد تصدر أحكاماً قطعية تحسم بعض أوجه النزاع بين الطرفين كما لو أصدرت أحكاماً بتكييف العقد المبرم بين الطرفين، وتفصل في بعض الطلبات المقدمة إليها مع أرجاء الفصل في باقي الطلبات.

يرى بعض الفقه الفرنسي، أنه أمام سكوت المشرع يجب الرجوع إلى إرادة الطرفين ومفاد هذا الرأي أن للأطراف الاتفاق على عدم قابلية حكم التحكيم الصادر أثناء سير الخصومة للدعوى الفورية بالبطلان، أو على عدم قابليته لها إلا مع الحكم المنهي للخصومة كلها، كما أن لهم الاتفاق على قابلية بعض الأحكام فقط للدعوى الفورية دون غيرها.

قد ذهب رأي آخر في الفقه الفرنسي، يؤيده بعض الفقه المصري إلى أنه يمكن الطعن بالبطلان الفوري في كل حكم يصدر أثناء الخصومة ما دام حكماً قطعياً سواء تعلق بالاختصاص أو بالإجراءات أو بالموضوع ولو لم يؤدي إلى إنهاء الخصومة. المبدأ العام:

يرى الدكتور فتحي ولي أن المبدأ العام الذي يجب الأخذ به بالنسبة لأحكام المحكمين هو عدم جواز رفع دعوى بطلان حكم تحكيم صدر أثناء سير الخصومة إلا بعد انتهاء خصومة التحكيم ومع الطعن في الحكم المنهي للخصومة كلها⁽¹⁾.

(1) المادة (36) من قانون التحكيم المصري 1994م.

(1) فتحي ولي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 556.

المادة (41) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل في المادة (42) لسنة 2016م، لم تنص على تقديم دعوى بطلان في الأحكام التي تكون قد حكم بها المحكمون أثناء سير الخصومة قد أغفل المشرع النص على ذلك فإنه ينطبق عليها نص المادة عدم جواز رفع دعوى البطلان. لأن دعوى البطلان تصدر بعد صدور حكم التحكيم.

أن المادة (11)⁽²⁾ من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل لسنة 2016م حيث تم إعادة صياغة المادة وأصبحت البند (1) أضيفت ثلاثة بنود جديدة في الإجراءات التحفظية.⁽³⁾ أعطت لأي طرف في نزاع تحكيم الحق بتقديم طلب للمحكمة أو هيئة التحكيم لاتخاذ الإجراءات التحفظية حفاظاً للحقوق ولتحقيق الفصل العادل في الدعوى، أثناء إجراءات التحكيم ولم يعط المشرع هنا الطرف الآخر الحق في استئناف قرار المحكمة أو هيئة التحكيم في شأن اتخاذها إجراءً تحفظياً يغير بمصلحة أحد أطراف التحكيم.

بالنظر إلى المادة (11) نجدتها متسقة مع ما أورده قواعد التحكيم الدولية في المادة 26/3 من (قواعد اليونسترال) على أن الطلب الذي يقدمه أحد الطرفين إلى سلطة قضائية باتخاذ تدابير مؤقتة لا يعتبر مناقضاً لاتفاق التحكيم أو نزول عن الحق في التمسك به. أي أن هذا الطلب يعتبر ضمن إجراءات التحكيم كما أن نص المادة (2/26) أعطى الهيئة التحكيمية حق البت في الطلب بقرار تحكيم مؤقت مع اشتراط تقديم كفالة لمقابلة نفقات التدابير الموقعة وهذا الأمر لم يذكر في سياق المادة (11) من هذا القانون وفق هذه الاشتراطات ولكن يجوز للمحكمة أو الهيئة التحكيمية في حالة البت في طلب الإجراءات التحفظية أن تأمر بتقديم كفالة لمقابلة نفقات هذا الإجراء

(2) نص المادة (11) يجوز لأحد أطراف التحكيم أن يطلب من المحكمة أو هيئة التحكيم اتخاذ إجراءات تحفظية أثناء إجراءات التحكيم.

(3) المادة (11) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016م: 1/ "يجوز لأي من طرفي النزاع أن يطلب اتخاذ إجراءات تحفظية من المحكمة المختصة قبل تشكيل هيئة التحكيم أو من هيئة التحكيم بعد تشكيلها. 2/ تصدر المحكمة المختصة أو هيئة التحكيم حسبما يكون الحال أو امرها في طلب الإجراءات التحفظية الوارد في البند (1) وفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م، ويكون الأمر نهائياً. 3/ يرفق مع الطلب المقدم وفقاً لأحكام البند (1) صورة من اتفاق التحكيم وصورة من عريضة الدعوى. 4/ تنفذ المحكمة المختصة أو امرها وأوامر هيئة التحكيم في الإجراءات التحفظية وفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م ويكون أمر التنفيذ نهائياً.

التحفظي اتساقاً مع قبول الطلب⁽¹⁾. وكما ذكرنا آنفاً حسب نص المادة (41) في قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل لسنة 2016م، أن هذه الإجراءات لا يمكن استئنافها.

ب/ النظام القانوني لدعوى البطلان في التحكيم:

هناك سؤال يثور في هذا النطاق هو: هل يجب الأخذ بالتفسير الموسع لأسباب بطلان حكم التحكيم أو بالتفسير المضيق لهذه الأسباب مع ملاحظة أن الأخذ بالتفسير الموسع يؤدي إلى الإفراط في الإطاحة بالعديد من الأحكام القضائية وضياع آثارها الموضوعية والإجرائية بما يمثله ذلك من هدر إجرائي شديد، أما التفسير المضيق فعلى العكس من ذلك يؤدي إلى الحفاظ على الأحكام من الهدر وعلى الآثار المتولدة منها من الضياع. التفسير الموسع لأسباب البطلان يأخذ في الاعتبار أن هذه الأسباب تحل محل طرق الطعن في الأحكام التي حظرها القانون بالنسبة لحكم المحكم.

أما الآراء المضيفة لتفسير أسباب البطلان فتقوم على أساس ضرورة احترام الإرادة الفردية التي أرادت التحكيم وهجر قضاء الدولة، والواقع أن التفسير الموسع لأسباب البطلان يستند على الفكرة العقدية للتحكيم سواء اتخذ شكل الشرط أم المشاركة، وسواءً أكان تحكيمياً بالصلح أم بالقانون وسواءً أكان تحكيمياً خاصاً أو مؤسساً. يجب أن تتوفر في عقد التحكيم شروط الصحة كما يفرض القانون المدني من أهلية وكتابة ومحل وسبب وعدم مخالفة للنظام العام.

يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ويجب تحديد نطاق النزاع في المشاركة التي تعقد بعد نشوء النزاع أو تحديد النزاع في شرط التحكيم عند نشوء النزاع.

كما يجب أن يكون حكم المحكم قد صدر في تحكيم قائم لم تنته مدته كعقد، أو في المدة المحددة لإصدار الحكم المتفق عليها أو المحددة في القانون عند عدم الاتفاق⁽²⁾.

دور النظام العام بشأن دعوى البطلان:

أن تقليص الدور الذي يمكن أن يلعبه النظام العام في دعوى البطلان يهدف لتحقيق أكبر قدر ممكن من الفاعلية لنظام التحكيم والناي بأحكامه عن البطلان أو عدم التنفيذ رهين بأمرين كلاهما يرتبط بالآخر تمام الارتباط، يتعلق أولهما بضرورة تقييد مفهوم هذه الفكرة في شأن المنازعات التي تنسم بالطابع الدولي بصفة عامة، ودعوى البطلان

(1) فهمي يوسف زين العابدين: شرح قانون التحكيم لعام 2005م، مرجع سابق، ص 25.

(1) نبيل إسماعيل عمر: دعوى بطلان حكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، لسنة 2011م،

صفة خاصة، ويتعلق ثانيهما بالتضييق والانحسار في التدخل باسم النظام العام لإبطال الحكم التحكيمي ما لم يكن النظام القانوني المدعي مخالفة معينة على نحو وثيق بهذا الحكم وعلى ذلك تعتمد ركائز تقليص دور النظام العام في خصوص دعوى البطلان على التقييد ليس فقط في مفهوم هذه الفكرة وإنما أيضاً في نطاق أعمالها.

أنه إذا اقتصر دور قاضي البطلان على مجرد نظر الدعوى ليس إلا فإن أعماله للنظام العام يجب أن يتقلص إلى أقصى حد بحيث يقتصر تقريره للبطلان عند حد الانتهاك الصارخ للنظام العام العابر للدول، أما إذا تعدى ارتباطه بالحكم عن حد نظر الدعوى إلى حد التنفيذ فإن النظام العام سوف يأخذ صورة أكثر قوة عن صورته. أياً ما كان الدور الذي يمكن أن يلعبه النظام العام بشأن تسوية العلاقات التجارية الخاصة الدولية، فإن ما نود الإشارة إليه أن قاضي البطلان عليه التزام بعدم وضع هذه الفكرة موضع الندد أو السلاح ذو النصل الحاد في مواجهة الحكم التحكيمي فلا يبطله ما لم يكن هناك ما يبرر ذلك أن على قاضي البطلان أن يحاول قدر الإمكان حصر هذا السبب في أضيق نطاق، فالقضاء الفرنسي يحاول جعل إبطال الحكم لهذا السبب نادراً⁽¹⁾. ولذا كان للنظام العام الدولي أثره في أبطال الحكم التحكيمي على النحو السابق فإنه يجب ألا يقض الطرف عن الايجابيات التي أفرزتها هذه الفكرة نحو إرساء العديد من القواعد التي يتناسب أعمالها والممارسات التحكيمية ذات الطابع الدولي.

دور النظام العام في تقرير مبدأ استقلال اتفاق التحكيم.

يقصد به لا يتأثر بما قد يتأثر به العقد الأصلي بمعنى أننا أمام عقدين لكل منهما دائرته الخاصة الأول هو العقد الأصلي والثاني هو الاتفاق التحكيمي وبطلان أحدهما لا يترتب عليه بالضرورة بطلان الآخر ما لم تطل آثار البطلان كليهما كما لو أبرم العقد واتفاق من ليس أهلاً لأبراهما.

(1) نبيل إسماعيل عمر: دعوى بطلان حكم التحكيم، المرجع السابق، ص 43.

المبحث الثالث

تنفيذ الحكم

تتفق القوانين على أن حكم التحكيم غير قابل للتنفيذ بحد ذاته وإنما يجب اكساوه الصيغة التنفيذية من الجهة القضائية المختصة والسبب في ذلك، أن الحكم ليس صادراً من جهة قضائية رسمية وإنما عن جهة خاصة ليس لها القدرة القانونية على إجبار الأطراف على تنفيذ الحكم بل لابد من مساعدة جهة رسمية حسب ما ينص عليه القانون وهي جهة القضاء الرسمي في مختلف القوانين.

وإن المحكمة المعروض عليها الحكم للمصادقة والتنفيذ ليس لها البحث في أصل النزاع ثانية، وإنما تنحصر مهمتها بالمصادقة عليه مع الأمر بتنفيذه أو عدم المصادقة عليه، والأصل أن تصادق على الحكم ما لم يتبين لها أن هنالك ما يمنع تنفيذه، مثل مخالفة النظام العام يكون موضوع النزاع مثلاً لا يجوز التحكيم فيه أصلاً⁽¹⁾. إن أحكام المحكمين تخضع لرقابة القضاء قبل أن تدخل حيز التنفيذ بأمر يصدره القاضي المختص بالمحكمة التي أودع أصل الحكم قلم كتابها⁽²⁾.

(1) حمزة احمد حداد: التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 454.

(2) محمد نور شحاتة: الرقابة على أعمال المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 356.

إن قاضي التنفيذ هو المختص بنظر منازعات التنفيذ دون غيره سواءً أكانت هذه المنازعات موضوعية أم وقتية أم في صورة أمر على عرائض وعلى ذلك فإن اختصاص قاضي التنفيذ هو اختصاص نوعي من النظام العام بالنسبة لمنازعات التنفيذ. يختص قاضي التنفيذ بمنازعات التنفيذ ومن ثم يكون هذا الاختصاص نوعياً متعلقاً بالنظام العام فلا يجوز اتفاق الخصوم على منح هذا الاختصاص لمحكمة أخرى، وعلى صاحب المصلحة التمسك بعدم الاختصاص في أي حالة تكون عليها الإجراءات وعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها مع إحالة الدعوى إلى قاضي التنفيذ إعمالاً لنص المادة (110) من قانون المرافقات المصري لسنة 1994م⁽³⁾ لا يختص قاضي التنفيذ إلا بمنازعات التنفيذ، حيث إذ قدمت إليه دعوى لا تتعلق بالتنفيذ وجب الحكم من تلقاء نفسه بعدم اختصاصه مع إحالتها إلى المحكمة المختصة.

إذا تقدم الخصوم إلى غير قاضي التنفيذ لاستصدار أمر على عريضة في منازعات متعلقة بالتنفيذ وجب عليه أن يرفض إصدار الأمر وإلا كان باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام⁽¹⁾.

إذا صدر القرار التحكيمي وأصبح نهائياً فإنه يكون ملزماً للطرفين وعليها الانصياع له ويأخذ هذا الحكم الحجية لكل منهما (والطرف الذي صدر حكم التحكيم لصالحه لا يهمه من هذا الحكم إلا الحق المحكوم به وكيفية حصوله على هذا الحق وبالتالي إن لم يجد طريقة إلى التنفيذ الجبري في مواجهة المحكوم ضده فلا معنى من عملية التحكيم برمتها ووقتها سيشعر هذا الطرف أنه قد ضيع ماله ووقته في إجراءات ثبت عدم نفعها له)⁽²⁾.

الأصل أن تنفيذ حكم المحكمين اختياري، فمتى صدر حكم المحكمين وكان خالياً من العيوب، فإن حسن النية الذي يسود مناخ التحكيم يفترض قيام الأطراف بتنفيذه،

(3) المادة (110) من قانون المرافقات المصري لسنة 1994م.

(1) خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الناشر دار الشروق، ط1، العراق، 2002م، ص 446-447.

(2) نفس المرجع السابق، ص 478.

ويكون هذا التنفيذ الودي نتيجة للطابع الاختياري الذي يقوم عليه نظام التحكيم ولارتباط الخصوم باتفاق التحكيم⁽³⁾.

شروط تنفيذ حكم التحكيم نصت المادة (5) من اتفاقية نيويورك على أنه:

1/ لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناءً على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا أقدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على:

إن أحد أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة (2) كان طبقاً للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

إن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه.

إن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشاركة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضي به، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلاً للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم غير المتفق على حلها بهذا الطريق.

إن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالفاً لما اتفق عليه أطرافه أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

أن الحكم لم يصبح ملزماً للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد الذي فيها أو بموجب قانون صدر الحكم.

2/ يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها:

إن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم أو

إن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد⁽¹⁾.

(3) عامر فتحي البطانية: دور القاضي، في التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت، 2008م، ص 215.

(1) عامر فتحي البطانية: دور القاضي، في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 210.

السودان لم يصادق على هذه الاتفاقية حتى الآن وهي ملزمة بالنسبة لمن صادق عليها وفقاً للمادة الثالثة منها.

أحكام المحكمين وكيفية تنفيذها:

إن حكم المحكم الأجنبي ليس له حجية الأمر المقضي به إلا بعد صدور الأمر بتنفيذه على اعتبار أن شروط تنفيذه تخضع للشروط المنصوص عليها عند تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة من القضاء ودور القضاء قاصر على الأمر بالتنفيذ ومنح الحكم القوة التنفيذية لتنفيذه جبراً إذا طلب له المحكوم ذلك⁽²⁾.

المطلب الأول

تنفيذ قرار التحكيم في الاتفاقيات الدولية

الأصل في الهيئات التحكيمية أنها لا تملك السلطة اللازمة لتنفيذ أحكام التحكيم فهذه أكبر المشاكل التي واجهت التحكيم الدولي لأنه يكون لأي طرف من أطراف النزاع انتماء إلى دولة أخرى وقد تجرى المحاكمة بدولة ثالثة فلا يملك المحكوم عندها من تنفيذ الحكم بسبب وجود المال المتنازع عليه داخل سيادة دولة أخرى، ولحل هذه المشكلة نصت القواعد الدولية صراحة على كيفية تنفيذ الأحكام التحكيمية وضرورة الاعتراف بها ومن أهم هذه القواعد⁽¹⁾.

اتفاقية نيويورك 1958م الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية والتي جاء في صدرها (تطبق هذه الاتفاقية للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام في إقليمها وتكون ناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعية ومعنوية، كما تطبق أيضاً على أحكام المحكمين التي لا تكون وطنية في الدولة المطلوب إليها الاعتراف أو التنفيذ هذه الأحكام).

وجاء في اتفاقية واشنطن 1965م (تعترف كل دولة متعاقدة بالحكم الذي صدر بناءً على أحكام هذه الاتفاقية وتضمن تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم كما لو كان حكماً نهائياً صادراً من محكمة محلية وعلى الدولة المتعاقدة التي تتبع النظام

(2) حسن محمد هنري: التحكيم والمنازعات الإدارية، الناشر دار الكتب القانونية، القاهرة، 2004، ص 164.

(1) الحسن محمد سعيد: بحث بعنوان التحكيم في السودان، منشور بمجلة العدل، الصادرة عن وزارة العدل السودانية الخرطوم، العدد الثالث عشر، ديسمبر، 2004م.

الفدرالي ضمان تنفيذ الحكم عن طريق محاكمها الفدرالية وأن تلتزم هذه المحاكم بمعاملة هذا الحكم كحكم نهائي صادر من محاكم إحدى الدول الفدرالية⁽²⁾.

وقد نصت كل القواعد الدولية على أن يكون التنفيذ أمام القضاء للأسباب التي أشرنا إليها وبالتالي فإن إجراءات التنفيذ بالنسبة للحكم التحكيمي هي ذات الإجراءات التي نصت عليها القوانين الوطنية فيطبق في إجراءات التنفيذ القانون الوطني للدولة التي وضع طلب التنفيذ أمامها لتنفيذ الحكم أن الإجراءات لا يوجد فيها خلاف كبير وهي متشابهة إلى حد كبير فقط يختلف الاسم الذي يطلق على الطائفة من القواعد الإجرائية فالنظم التي أصلها لاتيني تسمى هذه الطائفة بقواعد المرافعات ومنها فرنسا ومصر والنظم التي تأثرت بالشرعية الانجلوسكسونية تسميها قواعد الإجراءات ومنها الهند والسودان وهناك بعض الدول تسمى هذه الطائفة بقواعد أصول المحاكمات مثل لبنان وكلها تنظم أمراً واحداً هو مسألة الإجراءات المتبعة أمام القضاء المدني بأنواعه⁽¹⁾.

حيث جاءت الاتفاقية الدولية بشأن قواعد الإجراءات المدنية: (لا يجوز في المواد المدنية أو التجارية اتخاذ الإكراه البدني كوسيلة من وسائل التنفيذ أو حتى كمجرد إجراء تحفظي بالنسبة للأجانب الذين ينتمون إلى إحدى الدول المتعاقدة إذا كان لا يجوز اتخاذه بالنسبة لمواطني البلد كما أن كل واقعة يجوز لأحد المواطنين المقيمين في البلد الاستناد إليها للحصول على رفع الإكراه البدني تنتج بنفس الأثر لصالح مواطني أية دولة من الدول المتعاقدة الأخرى حتى إذا كانت هذه الواقعة حديث في الخارج).⁽²⁾ وأيضاً اتفاقية تنفيذ الأحكام بين دول جامعة الدول العربية لسنة 1952م.

حيث نصت المادة الأولى فيه (كل حكم نهائي مقررراً لحقوق مدنية أو تجارية أو قاضي بتعويض من المحاكم الجنائية والجزئية) أو متعلق بالأحوال الشخصية صادر من هيئة

(2) المادة 1/54 في اتفاقية واشنطن 1965م بشأن تسوية المنازعات وتقابل المادة (35) من قواعد التحكيم التجاري الدولي، وتقابل المادة (35) من نظام تحكيم مركز القاهرة، وتقابل المادة (35) من القانون النموذجي وتقابل المادة (35) من لائحة إجراءات التحكيم أمام دول التعاون الخليجي العربي وتقابل المادة (26) من اتفاقية العربية لتسوية المنازعات وتقابل المادة (37) من اتفاقية الرياض وتقابل المادة (35) اتفاقية (35) اتفاقية عمان العربية للتحكيم الدولي.

(1) هيثم مصطفى سليمان: التحكيم الدولي والوطني في الفقه الإسلامي والقانون ، مرجع سابق، ص 313.

(2) المرجع السابق، ص 323.

قضائية في إحدى دول الجامعة العربية يكون قابلاً للتنفيذ في سائر دول الجامعة وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية.

1/ لا يجوز للسلطة القضائية المختصة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ أن تبحث في

موضوع الدعوى ولا يجوز لها أن ترفض تنفيذ الحكم إلا في الأحوال الآتية:

أ- إذا كانت الهيئة القضائية التي أصدرت الحكم غير مختصة بنظر الدعوى أو بسبب عدم ولايتها (عدم الاختصاص) أو بحسب قواعد الاختصاص الدولي.

ب- إذا كان الخصوم لم يعلنوا بالوجه الصحيح.

ج- إذا كان الحكم مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الدولة المطلوبة إليها

التنفيذ وهذه الأخيرة هي صاحبة السلطة في تقرير كونه كذلك، وعدم تنفيذ ما

يتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة فيها، أو إذا كان الحكم مناقضاً لمبدأ

معتبر كقاعدة عمومية دولية.

د- إذا كان قد صدر حكم نهائي بين نفس الخصوم في ذات الموضوع من إحدى

المحاكم الدولية المطلوب إليها التنفيذ، أو أنه توجد لدى هذه المحاكم دعوى قيد

النظر بين نفس الخصوم في ذات الموضوع رفعت قبل إقامة الدعوى أمام

المحكمة التي أصدرت الحكم المطلوب تنفيذه.

المادة (3) من الاتفاقية الدولية مع مراعاة ما ورد في المادة الأولى من هذه الاتفاقية، لا

تملك السلطة المطلوب إليها تنفيذ حكم محكمين صادر من إحدى دول الجامعة العربية

إعادة فحص موضوع الدعوى الصادر فيها حكم المحكمين المطلوب تنفيذه وإنما لها أن

ترفض طلب تنفيذ حكم المحكمين المرفوع إليها في الأحوال الآتية:

أ- إذا كان قانون الدولة المطلوب إليها تنفيذ الحكم لا يجيز حل موضوع النزاع عن

طريق التحكيم.

ب- إذا كان حكم المحكمين غير صادر تنفيذاً لشرط أو العقد تحكيم صحيحين.

ج- إذا كان حكم المحكمين غير المختصين طبقاً لقعد أو شرط التحكيم أو طبقاً للقانون

الذي صدر قرار المحكمين على مقتضاه.

د- إذا كان الخصوم لم يعلنوا بالحضور على الوجه الصحيح.

هـ- إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف النظام العام أو الآداب العامة في الدولة

المطلوب إليها التنفيذ، وهي صاحبة السلطة في تقرير كونه كذلك وعدم تنفيذ ما

يتعارض منه مع النظام العام أو الآداب العامة فيها.

و- إذا كان حكم المحكمين ليس نهائياً في الدولة التي صدر فيها. (1)
واتفاقية الرياض العربية للتضامن القضائي لسنة 1983م

نصت المادة (10) لا يجوز رفض تنفيذ طلب الإعلان أو التبليغ وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية إلا إذا رأى الطرف المتعاقد المطلوب إليه ذلك أن تنفيذه من شأنه المساس بسيادة أو بالنظام العام فيه،⁽¹⁾ وأن السودان صادق على هذه الاتفاقية وتم تنفيذها 1958م.

نصت المادة (7) من اتفاقية نيويورك لسنة 1958م، مع عدم الإخلال بنص المادتين 28، 30 من هذه الاتفاقية يعترف بأحكام المحكمين وتنفيذها لدى أي من الأطراف المتعاقدة بنفس الكيفية المنصوص عليها في هذا الباب مع مراعاة القواعد القانونية لدى الطرف المتعاقد المطلوب التنفيذ لديه ولا يجوز للهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد⁽¹⁾ المطلوب إليه التنفيذ أن تبحث موضوع التحكيم وألا أن ترفض تنفيذ التحكيم إلا في الحالات الآتية:

1. إذا كان قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف وتنفيذ الحكم لا يجيز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم.
2. إذا كان حكم المحكمين صادراً تنفيذاً لشرط أو لعقد تحكيم باطل أو لم يصبح نهائياً.
3. إذا كان المحكومون غير متخصصين طبقاً لعقد أو شرط التحكيم أو طبقاً للقانون الذي صدر حكم المحكمين على مقتضاه.
4. إذا كان الخصوم لم يعلنوا بالحضور على الوجه الصحيح.
5. إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ ويتعين على الجهة التي تطلب الاعتراف بحكم المحكمين وتنفيذه أن تقدم صورة معتمدة من الحكم مصحوبة بشهادة صادرة من الجهة القضائية تفيد حيازته للقوة التنفيذية.

(1) فارس محمد عمران: قوانين التحكيم بالدول العربية والخليجية ودول أخرى، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2011م، ص 798.

(2) فارس محمد عمران: قوانين التحكيم بالدول العربية والخليجية ودول أخرى، المرجع السابق، ص 823.

(1) فارس محمد عمران: قوانين التحكيم بالدول العربية والخليجية ودول أخرى، المرجع السابق، ص 82.

في حالة وجود اتفاق صحيح مكتوب قبل الأطراف بموجبه الخضوع لاختصاص المحكمين وذلك للفصل في نزاع معين أو فيما ينشأ بين الطرفين من منازعات في علاقة قانونية معينة يجب تقديم صورة معتمدة من الاتفاق المشار إليه⁽²⁾.
قد ورد بالفصل الثامن من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي تحت عنوان الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها المادة (35).
يكون قرار التحكيم ملزماً بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه وينفذ بناءً على طلب كتابي يقدم إلى المحكمة المختصة مع مراعاة أحكام هذه المادة.
على الطرف الذي يستند إلى قرار تحكيم أو يقدم طلباً لتنفيذه أن يقدم القرار الأصلي الموثق حسب الأصول أو صورة منه مصدقة حسب الأصول واتفاق التحكيم الأصلي المشار إليه في المادة (7) أو صورة له، وإذا كان قرار التحكيم غير صادر بلغة رسمية لهذه الدولة وجب على ذلك الطرف تقديم ترجمة له إلى هذه اللغة مصدقة حسب الأصول.

قد ورد بالمادة (25) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري والتي أقرها مجلس وزراء العدل في دورته الخامسة.
تختص المحكمة العليا لدى كل دولة متعاقدة بإضفاء الصيغة التنفيذية على قرارات هيئة التحكيم ولا يجوز رفض الأمر بالتنفيذ إلا إذا كان القرار مخالفاً لنظام العام⁽¹⁾.

المطلب الثاني

التنفيذ في قوانين الدول العربية

نصت المادة (1252) من قانون التحكيم الجزائري: "ينفذ القرار التحكيمي بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة التي يكون القرار التحكيمي صدر في نطاق دائرة اختصاصها.

لهذا الغرض فإن أصل هذا القرار يودع في كتابة الضبط للمحكمة المذكورة قبل ثلاثة أيام من قبل أحد الخبراء. وإذا كان اتفاق التحكيم ينص على استئناف قرار التحكيم

(2) المرجع السابق، ص 83.

(1) القصيمي صلاح أحمد محمد طه: عقد التحكيم بالدول العربية، مرجع سابق، ص 391.

فيودع القرار لدى كتابة الضبط للجهة الاستئنافية ويصدر الأمر عن رئيس هيئة الجهة القضائية وأن النفقات المتعلقة بإيداع العرائض يتحملها أطراف النزاع⁽²⁾.

إن حسب نص المادة أنه يكون التنفيذ عن طريق المحكمة المختصة وأن الاختصاص من النظام العام يبطل التنفيذ إذا تم مخالفة ذلك.

نصت المادة (44) من قانون التحكيم السعودي، على أنه متى صدر الأمر بتنفيذ قرار التحكيم أصبح سناً تنفيذياً وعلى كاتب الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع أن تسلم المحكوم له الصورة التنفيذية لقرار التحكيم موضحاً بها الأمر بالتنفيذ مزيلة بالصيغة الآتية:

(يطلب من كافة الدوائر والجهات الحكومية المختصة العمل على تنفيذ هذا القرار بجميع الوسائل النظامية المتبعة ولو أدى ذلك إلى استعمال القوة الجبرية عن طريق الشرطة⁽³⁾). نجد أن المشرع السعودي تشدد في تنفيذ الحكم التحكيمي عن طريق القوة الجبرية من قبل الجهة المختصة ويقصد بالجهة المختصة هي المحكمة المختصة بنظر النزاع وإذا ذهب لغيرها يبطل بطلاناً متعلقاً بالنظام العام.

نصت المادة (272) من قانون التحكيم العراقي:

"لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواءً أكان تقيدهم قضاء أو اتفاقاً ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناءً على طلب أحد الخصوم وبعد دفع الرسوم المقررة، لا ينفذ قرار المحكمين إلا في حق الخصوم الذين حكموهم وفي الخصوص الذي جرى التحكيم من أجله".

تميز المشرع العراقي بأن تنفيذ الحكم التحكيمي لا يكون إلا بناءً على توصية المحكمة المختصة.

"يصير حكم المحكمين قابلاً للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية التي صدر في دائرة نفوذها".

يودع أحد المحكمين لهذا الغرض أصل الحكم بكتابة ضبط هذه المحكمة خلال ثلاثة أيام من صدوره إذا تعلق التحكيم الاستئناف حكم يودع حكم المحكمين بكتابة ضبط محكمة الاستئناف ويصدر الأمر من الرئيس الأول لها⁽¹⁾.

(3) محمد شهاب: قوانين التحكيم في الدول العربية، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، القاهرة، 2011م، ص 13.

(3) المرجع السابق، ص 16.

(1) محمد شهاب: قوانين التحكيم في الدول العربية، مرجع سابق، ص 86.

تميز قانون التحكيم المغربي بأن وضع مدة لإيداع للحكم وهي ثلاثين يوماً وهي مدة كافية في حالات وجود أبطال الحكم التحكيمي.

جعل المشرع المصري الاختصاص بإصدار أمر التنفيذ للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، إذا كان التحكيم وطنياً أو داخلياً، أما في مجال التحكيم التجاري الدولي فإن هذا الاختصاص يكون لرئيس محكمة استئناف القاهرة، أو لرئيس أي محكمة استئناف أخرى يكون الأطراف قد اتفقوا على اختصاصها بنظر مسائل التحكيم، وذلك تطبيقاً لأحكام المادتين (29، 56) من قانون التحكيم المصري، ويفضل بعض الفقه أن يكون الاختصاص المحلي بإصدار الأمر بالتنفيذ للمحكمة التي يتبعها المكان الذي صدر فيه حكم التحكيم، وأن يودع حكم التحكيم في قلم كتاب هذه المحكمة، وهذا تيسيراً على الأطراف باعتبار أن هذه المحكمة التي قدمت المساعدة للأطراف طيلة فترة التحكيم. ميعاد رفع إصدار أمر التنفيذ يكون وفقاً للآتي:

أن يكون ميعاد رفع دعوى البطلان لحكم التحكيم قد انقضى فوقاً للفقرة الأولى من المادة (58) لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى وهذا الميعاد هو (90) يوماً تبدأ من إعلان حكم التحكيم للمحكوم ضده، ألا يكون حكم التحكيم متعارضاً مع أي حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع⁽²⁾. بعد صدور حكم هيئة التحكيم إذا لم يستجب الطرف المحكوم ضده لتنفيذ الحكم فإنه يتوجب في هذه الحالة أن يتقدم المحكوم لصالحه بطلب للمحكمة المختصة لتنفيذ الحكم جبراً. وقد نصت على ذلك المادة (57) من قانون التحكيم المصري والمادة (24) من قانون التحكيم الأردني، وقد نصت المادة (45) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل لسنة 2016م، لا يجوز تنفيذ حكم هيئة التحكيم إلا بعد التحقق من الآتي المادة (45):

1. إرفاق صورة من قرار التحكيم.
2. نهاية ميعاد رفع دعوى البطلان.
3. أنه تم إعلان المحكوم عليه إعلاناً صحيحاً،

(1) لزهري بن سعيد وكرم محمد زيدان البحار: التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010م، ص 313.

وفي المادة (47) من قانون التحكيم لسنة 2016م أعيدت صياغة الفقرتين وأضيفت فقرة جديدة (د) عدم مخالفة الحكم أو جزء منه في النظام العام في السودان على أن تنفذ المحكمة ما هو متسق مع النظام العام وتمتتع عن تنفيذ الجزء المخالف للنظام العام. بالتالي لا بد لتنفيذ الحكم أن يتقدم المحكوم له بعريضة للمحكمة المختصة مرفقاً معها قرار التحكيم، وتتأكد المحكمة أن إعلان المحكوم ضده تم صحيحاً، وأن موعد رفع دعوى البطلان والمحدد بأسبوعين من تاريخ النطق بالحكم قد انقضى، ومع ذلك يرى الدكتور الصادق ضرار مختار أنه لا بد من إرفاق اتفاق التحكيم (المشاركة) مع ملاحظة أن المحكمة أيضاً لا بد من أن ترفق في الحكم بمعنى أنه إذا كان مخالفاً للنظام العام يمكن أن تبطله وفقاً لمفهوم المادة (31/3) من قانون التحكيم لسنة 2005⁽²⁾. المعدل 2016م.

أ/ تنفيذ حكم هيئة التحكيم الأجنبية:

حكم التنفيذ الأجنبي هو كل حكم تحكيمي صدر من هيئة البلد المعني بالحكم ويتم التنفيذ طلب تنفيذ الحكم أمام المحكمة المختصة ولقد وضعت معظم القوانين شروطاً لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، ودولياً نجد أنه مع ازدياد أهمية التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية المنازعات، فقد تم إصدار اتفاقية نيويورك للاعتراف بهيئة التحكيم الأجنبية لسنة 1958م وقد انضمت لهذه الاتفاقية العديد من الدول بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الدولية وتنفيذها علماً بأن السودان لم يصادق على هذه الاتفاقية حتى الآن وهي اتفاقية ملزمة بالنسبة لمن صادق عليها، وفقاً للمادة الثالثة منها، فإن كل دولة متعاقدة تعترف بحجية الحكم وتأمراً بتنفيذه طبقاً لقوانينها. وحددت في المادة الخامسة منها ما يمكن أن يقدمه المحكوم ضده من اعترافات تمنع المحكمة من تنفيذ الحكم.

نصت المادة (46) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدلة لسنة 2016م على ما يلي:

لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي أمام المحاكم السودانية إلا بعد التحقق من الآتي:

1. الحكم أو الأمر صادر من هيئة أو مركز تحكيم طبقاً لقواعد اختصاص التحكيم الدولي المقرر في قانون البلد الذي صدر فيه، وأنه أصبح نهائياً.

(2) الصادق ضرار مختار: قانون التحكيم لسنة 2005م، وتطبيقاته العملية أمام المحاكم السودانية، شركة مطابع السودان المحدودة، الخرطوم، ص 7.

2. الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً.

3. الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من المحاكم السودانية.

4. الحكم لا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب في السودان.

5. البلد الذي صدر فيه الحكم المراد تنفيذه يقبل تنفيذ أحكام المحاكم السودانية في أرضه أو بموجب اتفاقيات تنفيذ الأحكام التي صادق عليها السودان.

وفي قانون التحكيم السوداني لسنة 2016م في المادة (48) أعاد المشرع صياغة المادة وغير عنوانها كما أضاف عبارة أو من هيئات أو من مراكز هيئات التحكيم حسبما يكون الحال في السودان في موضوع النزاع وكذلك أضاف الفقرة (5) ومراكز وهيئات التحكيم السودانية،⁽¹⁾ ومودى النص أن يتم تقديم طلب للمحكمة المختصة، مرفقاً معه الحكم واتفاق التحكيم، وقد يحتاج لأن يكون مترجماً بترجمة معتمدة، ومصديق عليها، إذا كان بلغة أجنبية عن مقر المحكمة، وأن يكون القرار مصدقاً عليه من الجهات المختصة في ذلك البلد وأن يكون قراراً نهائياً، وأن تتأكد المحكمة من أن الأطراف قد تم إعلانهم وقد مثلوا تمثيلاً صحيحاً، وألا يكون الحكم الذي صدر مخالفاً لحكم سبق وأن أصدرته المحاكم السودانية، لأن تنفيذ قرارات المحاكم أولى من تنفيذ القرارات الصادرة من المحكمين لأن قضاء الدولة أعلى والقول خلاف ذلك يمس قوة القرارات القضائية، ولا يتعارض الحكم مع النظام العام في السودان ولا بد من التأكد أن البلد الذي صدر فيه الحكم يرضى بتنفيذ الأحكام الصادرة من السودان إعمالاً لمبدأ المعاملة بالمثل ومراعاة الاتفاقيات التي صادق عليها السودان.

ب/ استئناف أمر التنفيذ:

وفقاً للمادة (47) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل لسنة 2016م في المادة (49)⁽¹⁾ أعاد المشرع صياغة المادة وأضاف كلمة هيئة، فإن الأمر الصادر من المحكمة بالتنفيذ نهائي ولا يجوز استئنافه إلا أنه إذا رفضت المحكمة التنفيذ، فيجوز وفقاً لمفهوم مخالفة النص أن يستأنف لأعلى درجة⁽¹⁾.

(1) المادة (46) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل لسنة 2016م في المادة (48).

(1) المادة (47) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل لسنة 2016م في المادة (49).

(2) الصادق ضرار مختار: قانون التحكيم لسنة 2005م، مرجع سابق، ص 88.

إن قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م في المادة (45) المعدل لسنة 2016م في (47)⁽²⁾ أعيدت صياغة الفقرتين (ب و ج) أضيفت فقرة (د) جديدة، منه وضع متطلبات تنفيذ حكم هيئة التحكيم نصت المادة (45) المعدل لسنة 2016م في المادة (47)، لا يجوز تنفيذ حكم هيئة التحكيم وفقاً لهذا القانون إلا بعد التحقق من استيفاء شروط التنفيذ وبالتالي يعتبر نص المادة (45) المعدل لسنة 2016م في المادة (47)، نص خاص يقيد النص العام وهو نص المادة (331، 213) من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م، وهنا على المحكمة المختصة بعد التأكد من متطلبات التنفيذ وفقاً لنص المادة (45) المعدل لسنة 2016م في المادة (47)، أن ينفذ الحكم فوراً بعد انقضاء ميعاد تنفيذ الحكم وهذا ما جاء به المبدأ العام في سابقة من المحكمة العليا الاتحادية بين وزارة الزراعة ولاية نهر النيل طاعنة ضد ملاك الساقية رقم (1) الزيداب مطعون ضدهم بالرغم م 4/ ط م 3124 / 2011.

تحدثت هذه السابقة عن متطلبات التنفيذ وفقاً لنص المادة (45) من قانون التحكيم لسنة 2005م المعدل لسنة 2016م في المادة (47)⁽¹⁾، وأرست المبدأ الآتي: (أن محكمة التنفيذ غير معنية بإتباع الإجراءات التي نصت عليها المادة (1/33) من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م حال تنفيذها لحكم هيئة التحكيم الصادر في مواجهة جهة حكومية وذلك لأن المادة (45) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل لسنة 2016م، المتعلقة بمتطلبات التنفيذ لم يرد في أي بند من بنودها ضرورة إتباع إجراءات معينة، ولم تحل لنص المادة (23) من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م خلاصاً مما سبق يجب على محكمة التنفيذ لما جاء من قانون التحكيم لسنة 2005م وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضد الجهات الحكومية فور انتهاء المدة المحددة في الحكم⁽²⁾.

من الضروري تنفيذ حكم التحكيم الدولي، طالما أنه لم يخالف النظام العام الدولي، حتى إن كان مخالفاً للنظام العام الداخلي والنظام العام الدولي هو المصلحة العليا الاجتماعية والاقتصادية والخلقية للمجتمع الدولي فإذا كان النظام العام الداخلي لكل بلد ولكل مجتمع هو نسبي فإن النظام العام الدولي مشترك بين كل دول العالم أي

(3) المادة (45) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل 2016م في المادة (47).

(1) المادة (45) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2005م المعدل 2016م في المادة (47).

(2) المجلة القضائية السودانية، لسنة 2012م، ص 246.

ضرورة الأخذ بنظام أكثر تصالحاً مع رغبات الشعوب وباعتبار أن القيم الإنسانية قيم واحدة على رغم ثقافاتهما، فرشوة المحكمين هي من النظام العام الدولي، وكذلك شراء ضمير الشاهد ليعطي شهادة زور وبيع المخدرات، لا يجب أن يشمل النظام العام الدولي الجانب الإجرائي في التحكيم. فحجية الحكم وإن كانت تتعلق بالنظام العام الداخلي في بعض الدول، إلا أنها لا تتعلق بالنظام العام الدولي، كذلك تسبب الحكم، ووترية عدد المحكمين، كما أن احترام حقوق الدفاع وإن كان يجب مراعاتها، إلا أنها لم ترد ضمن الحالات التي تتصدى لها المحكمة من تلقاء نفسها، وإن كان القانون الأمريكي يعتبر مخالفة قواعد المنافسة أو إبرام عقداً احتكارياً من النظام العام الداخلي إلا أنها ليس من النظام العام الدولي، لأن أحكام حرية المنافسة ليست من النظام العام في كل دول العالم وفي ذلك تضيق المحاكم الأمريكية فكرة النظام العام بدرجة كبيرة وتميزه عن فكرة المصلحة الوطنية⁽¹⁾.

خلاصة الفصل الرابع

خلصنا في هذا الفصل إلى أن القانون الواجب التطبيق على النزاع التحكيمي ينقسم إلى شقين قانون إجراءات التحكيم وقانون موضوع التحكيم وفي حالة تطبيق قانون إجراءات التحكيم على المحكم أن يطبق قانون إرادة الأطراف وإذا لم يحدده الأطراف فيجب على المحكم عند الإجراءات أن يراعي المبادئ الأساسية للتقاضي، منها مبدأ الطلب والمساواة بين الخصوم والمواجهة واحترام حقوق الدفاع والتسبب وكل تلك المبادئ هي متعلقة بالنظام العام فأى تجاوز فيها يعمل على إبطال الحكم التحكيمي، إلا التسبب فهناك خلاف من اعتبره من النظام العام ومن اعتبره غير ذلك ويجب عليه احترام النظام العام في دولة التنفيذ، وأن القانون الواجب على موضوع النزاع هو قانون إرادة الأطراف إذا لم يوجد قانون حدده الأطراف، فيجب على المحكمين تطبيق قواعد الإسناد أو القانون الأقرب لإرادة الأطراف.

(3) أحمد هنري: التحكيم دراسة إجرائية، الناشر: دار الجامعة الجديدة، لسنة 2013م، ص 263.

تناولنا إبطال القرار التحكيمي أو الطعن بالاستئناف فهناك اختلاف بين الأنظمة منهم من اعتبر قرار الطعن بالإبطال وذلك بحجة أن التحكيم هو قضاء اتفاقي فلا يتدخل فيه القضاء بل يعمل على إبطاله إذا خالف النظام العام أو إحدى الأسباب التي حددها قانون دولة التنفيذ من إبطال القرار التحكيمي وأن بعض القوانين تجيز الطعن بالاستئناف كالقانون الفرنسي القديم ولكن في القانون الجديد المعدل أجاز الطعن بالبطلان وهذا ما أكدته الاتفاقيات الدولية والإقليمية.

وخلصنا إلى أن القرار التحكيمي بالرغم من صدوره من المحكمين إلا أنه يتم تنفيذه عن طريق القضاء إذا لم ينفذه الأطراف بإرادتهم فالقضاء ينفذه وفقاً لشروط محددة وأن قانون التحكيم السوداني قد وضع بعض الشروط بإرسال صورة من قرار المحكمين قبل نهاية ميعاد رفع دعوى البطلان وتتأكد المحكمة أنه تم إعلان الأطراف إعلاناً صحيحاً فإنها تعمل على تنفيذه فوراً بعد المدة المسموح بها في رفع دعوى البطلان وهي أسبوعين من تاريخ صدور القرار التحكيمي وأنه من الضروري تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي إذا لم يخالف النظام العام الدولي وذلك دون اعتبار للنظام العام الداخلي الذي إذا نفذ الحكم لم يهدد كيان المجتمع لأن التحكيم يعمل على مد جسور التواصل بين الشعوب بحل منازعاتهم عن طريقه دون تدخل القضاء الذي يكون لديه العديد من القضايا التي تحتاج إلى مزيد من الوقت، وكثرة التكاليف.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ووفقني على إتمام هذه الدراسة، التي تناولت فيها النظام العام وأثره على التحكيم، بتعريف التحكيم ماهيته ونظامه القانوني، وتناولت النظام العام من حيث مضمونه ومفهومه وأنواعه وعلاقته بالتحكيم، وعرفت الآداب العامة وهي وثيقة الصلة بالنظام العام والتحكيم، وكذلك القواعد الآمرة والمفسرة والمكملة بمالهم من أثر في تحديد النظام العام.

إن أثر النظام العام على التحكيم يكون في جميع مراحل من شرط التحكيم، وكتابته، وشروط المحكمين، وتشكيل الهيئة التحكيمية، والقانون الواجب التطبيق على التحكيم من حيث الإجراءات وموضوع النزاع، وعن تنفيذ حكم التحكيم في دولة القاضي الذي يبعد حكم التحكيم كثيراً بسبب مخالفته للنظام العام والآداب العامة، ذلك بدراسة بعض قوانين الدول الأجنبية والعربية مقارنة بالقانون السوداني.

إن أثر الدفع بالنظام العام على التحكيم له اثر ايجابي لحماية قانون القاضي، واثر سلبي يمنع تطبيق القاعدة القانونية، وحلول قانون القاضي.

إن مخالفة النظام العام يحدده القاضي الوطني وفق شروط محده لتطبيق القواعد التي تحدد مدى تعارض التحكيم مع النظام العام لدولة القاضي في كل مراحل التحكيم.

النتائج :

1. عمد المشرع السوداني إلى عدم تعريف النظام العام والآداب العامة في قوانين التحكيم الصادرة والقوانين الأخرى.
2. خلط المشرع السوداني بين النظام العام والآداب العامة حيث الممارسة والتطبيق بعدم تعريفهما في التشريع.
3. السوابق القضائية السودانية لم تعرف النظام العام ولا المعايير التي استندت إليها في تحديد ماهية النظام العام.

4. المادة (44) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016م قد جعلت تقديم طلب البطلان أمام محكمة الاستئناف غير ما كان عليه قانون التحكيم لسنة 2005م بأن يقدم الطلب أمام المحكمة المختصة بنظر النزاع وذلك يؤدي إلى التباس الأمر كأنه يقدم بالاستئناف وليس بالطعن بالبطلان كما هو عليه.
5. إن مسألة النظام العام في السودان متروكة دائماً في يد القاضي لتحديد مدى مخالفة الحكم للنظام العام من دون وضع معايير محده لذلك.
6. إن النظام العام والآداب العامة يعتبران من القضايا الأساسية لإبطال حكم التحكيم داخلياً وخارجياً.
7. النظام العام في الشريعة الإسلامية منضبط وصالح لكل زمان ومكان وفق قواعد محده بالنهاى أو التحريم ومرونة الشريعة.
8. يوجد عدد من الدول ذات ثقافات متشابهة تتفق على مضمون وماهية النظام العام في مجال التحكيم.
9. النظام العام يستخدم كوسيلة من وسائل الأنظمة السياسية في استخدامه لمنع القضايا التحكيمية التي لا تتسق مع نظامها السياسي.
10. هناك نظام عام دولي حقيقي تتفق عليه معظم الدول بماهيته، كقضايا الرشوة، والاتجار بالبشر، وتجارة المخدرات.

التوصيات:

1. أن يستحدث المشرع السوداني في قانون التحكيم مادة يعرف بها النظام العام بتحديد مجموعه من القواعد الآمرة الأساسية السودانية ويجدها من فتره لأخرى.
2. من الضرورة للمشرع السوداني أن يحدد الفوارق بين النظام العام والآداب العامة، لأن لكل منهما مجاله وأن الآداب العامة أثرها أقل من النظام العام لأنها تعتبر سلوك أو عمل يستهجنه المجتمع ولا يهدد كيانه السياسي والاقتصادي والاجتماعي والديني وتختلف داخل مجتمع الدولة الواحدة.
3. ينبغي على قضاة المحاكم عند فصل قضيه وبها ما يتعارض مع النظام العام أن يحدد كيفية استنباط النظام العام ما هي أوجه التطبيق علي المخالفة.

4. أن يعدل المشرع السوداني المادة (44) من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016م، وذلك بالإبقاء على المادة (41) من قانون التحكيم لسنة 2005م، بأن يقدم طلب البطلان أمام المحكمة المختصة لأنها تتسق مع أهداف التحكيم، من حيث السرعة واحترام إرادة الأطراف وإزالة الالتباس الذي يوحى بأن الطلب الذي يقدم بأنه استئناف وليس طلب للبطلان كما هو عليه في قانون التحكيم لسنة 2016م.
5. ينبغي أن لا تترك مسألة تحديد النظام العام في السودان في أيدي القضاة بل يحدد لهم وسائل استنباط النظام العام والآداب العامة وفق معايير محددة.
6. على الدول الإسلامية أن تعتمد مسألة النظام العام والآداب العامة وفق أحكام الشريعة الإسلامية لأنها منضبطة وصالحه لكل زمان ومكان.
7. ينبغي على الدول المتشابهة الثقافات والديانات أن تحدد النظام العام والآداب العامة التي تتناسب معها حتى يكون المحكّمين على دراية به عند إبرام عقود بها شرط تحكيم.
8. ينبغي أن لا يستخدم النظام العام كوسيلة لإبطال التحكيم، لا يتشدد في تطبيقه على القضايا التحكيمية.
9. أن يكون هناك نظام عام دولي حقيقي في مجال التحكيم يتفق حول الأمور التي تُجرّمها جميع الدول، كالرشوة، والاتجار بالبشر، وتجارة المخدرات، ويستحدث ذلك بين فتره وأخرى وإضافة كل ما تتفق عليه الدول من انه يهدد كيانها السياسي والاجتماعي والاقتصادي والديني مثلا كقضية نقل النفايات من دولة إلى أخرى.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: السنة النبوية الشريفة.

ثالثاً: المؤلفات

1. د. إبراهيم القباني: اللجوء إلى التحكيم الدولي، ط2، دار الفكر العربي، بيروت، 1973م.
2. د. إبراهيم محمد أحمد دريج: شرح قانون التحكيم لسنة 2005م، مع رؤية خاصة عن الإشكالات العملية من واقع التطبيق العملي، ط3، الخرطوم، 2010م.
3. د. أبو زيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، لسنة 1981م.
4. د. أحمد إبراهيم عبد التواب: اتفاق التحكيم مفهومه وأركانه وشروطه، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013م.
5. د. أحمد إبراهيم عبد التواب: اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009م.
6. د. أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري " ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988م.
7. _____: التحكيم بالقضاء وبالصلح، ط1، منشأة المعارف الإسكندرية، 1964م.
8. _____: عقد التحكيم وإجراءاته، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974م.
9. _____: عقد التحكيم وإجراءاته، ط3، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007م.
10. _____: التحكيم الاختياري والإجباري، ط5، دار المعارف، الإسكندرية، 1988م.

11. د. أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم وإجراءاته، ط2، منشأه المعارف، الإسكندرية، 1974م.
12. د. أحمد السيد صاوي: الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم (27) 1994م على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، ط2، مصر، 2010م.
13. د. أحمد السيد صاوي: الوجيز في التحكيم، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013م.
14. د. أحمد الفقي: التحكيم التجاري الدولي، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م.
15. د. أحمد رسلان: القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي والقانون اليمني، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989م.
16. د. أحمد صادق محمود: مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.
17. د. أحمد عبد الكريم سلامة: الأصول في التنازع الدولي للقوانين، ط1، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.
18. _____: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م.
19. _____: المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1950م.
20. د. أحمد قسمت الجداوي: التحكيم في مواجهة الاختصاص القضائي الدولي، تنازع الاختصاص وتنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982م.
21. د. أحمد محمد أحمد حشيش: القوة التنفيذية لحكم التحكيم، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012م.
22. د. أحمد هندي: التحكيم دراسة إجرائية في ضوء قانون التحكيم المصري وقوانين الدول العربية والأجنبية، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013م.

23. د. أسعد فاضل منديل: أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، دراسة مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2001م.
24. د. إسماعيل أبا بكر البامرتي: أحكام الأسرة، الزواج والطلاق، بين الحنفية والشافعية، ط1، المملكة الأردنية الهاشمية، 1429هـ - 2009م.
25. د. إسماعيل الاسطل: التحكيم في الشريعة الإسلامية، ط1، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 1998م.
26. د. أشرف عبد الحليم الرفاعي: التحكيم في العلاقات الدولية، الناشر دار الكتب القانونية، القاهرة، لسنة 2006م.
27. _____: اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003م.
28. _____: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ط2، دار الكتب القانونية، الإسكندرية، لسنة 2008.
29. _____: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، ط1، الناشر دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2003م.
30. _____: النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، الناشر دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، لسنة 2003م.
31. _____: فيما يتعلق بفكرة النظام العام الدولي الحقيقيين النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دراسة في قضاء التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م.
32. د. أنور أحمد حمرون: كتاب الشركات التجارية، ط1، شركة مطابع السودان للعملة المحدود، الخرطوم، 2015م.
33. إياد محمود براون: التحكيم والنظام العام، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، 2004م.

34. د. بدر الدين عبد المنعم شوقي: الوسيط في القانون الدولي الخاص، تنازع قوانين الاختصاص القضائي الدولي، مركز الأجنبي، المملكة العربية السعودية، 2002م.
35. د. جابر جاد عبد الرحمن: تنازع القوانين، ج1، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1959م.
36. د. حسن كيرة: المدخل إلى القانون، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.
37. د. حسن محمد هنري: التحكيم والمنازعات الإدارية، الناشر دار الكتب القانونية، القاهرة، 2004.
38. د. حسني المصري: التحكيم التجاري الدولي، الناشر دار الكتب القانونية، ط2، القاهرة، 2006م.
39. د. حسين مصطفى فتحي: مجلة التحكيم العربي، مجلة متخصصة تصدرها الأمانة العامة لمركز التحكيم العربي، بحث بعنوان: التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية، 2012م.
40. د. حمزة أحمد حداد: "التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات التجارية (الدولية)"، ورقة عمل مقدمة لندوة "محامو المستقبل"، في الأردن خلال الفترة 3-7/10/1998 نشرت في مجلة البحوث القانونية بالأردن.
41. _____: التحكيم في القوانين العربية، ط1، ج1، الناشر، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، 2007م.
42. د. خالد عبد الهادي الزناتي: بطلان حكم التحكيم الدولي، ط1، المكتبة العربية، 2011م.
43. د. خالد كمال عكاشة: دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2014هـ.
44. د. خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الناشر دار الشروق، ط1، العراق، 2002م.

45. د. رحمة الحسن حسين شريف: القاضي بالمحكمة العليا، التحكيم بين الشريعة والقانون المقارن، دراسة تطبيقية، 1994م.
46. د. رضوان أبو زيد: الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، ط6، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1981م.
47. د. زهير نجم الدين مختار: القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تحل بالتحكيم، ط1، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، بيروت، 2005م.
48. د. سامية راشد: اتفاق التحكيم، الكتاب الأول، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، لسنة 1984م.
49. ———: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984م.
50. د. سعيد محمد أحمد المهدي: المرشد في مبادئ وإجراءات التحكيم الوطني والتحكيم التجاري الدولي وتنفيذ أحكامه، ط1، دار الحرية للطباعة، الجزائر، 1990م.
51. د. سليمان مرقس: المدخل للعلوم القانونية، ط2، ج1، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952م.
52. د. سيد أحمد محمود: خصومة التحكيم القضائي وفقاً لقانون التحكيم الكويتي، 35/78، مؤسسة دار الكتب القانونية، مجلة الفتوى والتشريع، الكويت، 1991م.
53. د. شريف يوسف خاطر: التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، ط1، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2009م.
54. د. الصادق ضرار مختار: قانون التحكيم لسنة 2005م، وتطبيقاته العملية أمام المحاكم السودانية، شركة مطابع السودان المحدودة، الخرطوم.
55. د. صبحي المحمصاني: الأوضاع التشريعية في البلاد العربية ماضيها وحاضرها، ط2، ج2، دار العلم للملايين، بيروت، (د.ت).
56. د. صلاح الدين جمال الدين: القانون الدولي الخاص، الناشر دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010م.

57. _____: دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004م.
58. د. طارق فهمي الغنام: طبيعة مهمة المحكم، ط1، ج5، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011م.
59. د. عادل محمد خير: حجية نفاذ أحكام المحكمين وإشكالاتها محلياً ودولياً، ط1، مارس 1995م، دار النهضة العربية.
60. د. عاطف محمد الفقي: التحكيم التجاري الدولي، (د. ط)، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، لسنة 2009م.
61. د. عامر فتحي البطانية: دور القاضي، في التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت، 2008م.
62. د. عبد الباسط جميعي: مبادئ المرافعات، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1974م.
63. د. عبد الباسط محمد عبد الواسع الضرامي: النظام القانوني لاتفاق التحكيم، ط2، الهيئة العامة للكتاب، صنعاء، 2008م.
64. د. عبد الحميد الأحذب: التحكيم (أحكامه ومصادره)، (د. ط)، ج1، مؤسسة نوفل، بيروت، لبنان.
65. _____: التحكيم (أحكامه ومصادره)، ج1، مؤسسة نوفل - بيروت.
66. _____: التحكيم في البلاد العربية، ط3، ج1، دار المعارف، القاهرة، 2013م.
67. د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، لسنة 1964م.
68. د. عبد الله الفاضل عيسى: شرح القانون الجنائي السوداني لسنة 1991م، مطبعة الهيئة القضائية، الخرطوم، 2004م.
69. د. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص المصري، ط2، ج2، تنازع القوانين، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1958م.

70. د. عزمي عبد الفتاح: شرح قانون التحكيم الكويتي، ط1، مطبوعات جامعة الكويت، 1990م.
71. د. عصام رجب بيومي التميمي: التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعلامات التجارية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م.
72. د. عقبة خضراوي: قوانين التحكيم في الدول العربية، ط2، ج1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2014م.
73. د. علي طاهر البياتي: التحكيم التجاري البحري، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006م، بيروت.
74. د. فارس محمد عمران: قوانين التحكيم بالدول العربية والخليجية ودول أخرى، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2011م.
75. د. فاطمة صلاح الدين رياض يوسف: دور القضاء في خصومة التحكيم، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010م.
76. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة سنة 1980.
77. ———: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط1، الناشر دار المعارف الإسكندرية، 2007م.
78. د. فهمي يوسف زين العابدين: شرح قانون التحكيم 2005م مقارنة بقواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري، الناشر سلسلة نشر الثقافة القانونية.
79. د. قحطان عبد الرحمن الدوري: عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط1، دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمّان، الأردن، سنة 1422هـ-2002م.
80. د. القصيمي صلاح أحمد محمد طه: عقد التحكيم وإجراءاته، 2005م والقوانين العربية، الناشر المركز العربي للتحكيم بالسودان، ط2، الخرطوم، 2014م.

81. د. لزهـر بن سعـيد: وكرم زيدان النجار: التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010م.
82. د. محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط3 القاهرة، 2004م.
83. د. محسن شفيق: الوسيط في القانون التجاري المصري، ط4، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م.
84. د. محمد السيد التبولي: اتفاق التحكيم وقواعده، قانون المرافعات، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1994م.
85. د. محمد الشيخ عمر: القانون المدني السوداني لالتزامات العقد والإرادة المنفردة والمصادر الإرادية، دار الكتب السودانية، الخرطوم، 1972م.
86. د. محمد حسين منصور: العقود الدولية، الناشر، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
87. د. محمد سعد الرحاحلة، القاضي إيناس الخالدي: أصول التحكيم الهندسي، ط3، دار الحامد للنشر والتوزيع، بيروت، 2011م.
88. د. محمد سعيد الرقاق: التنظيم الدولي، دار الجامعة للنشر، ط1، الإسكندرية، 1990م.
89. د. محمد سلامه: الموسوعة الشاملة في التحكيم والمحكم، ط1، ج1، دار مصر للمطبوعات القانونية، القاهرة، 2007م.
90. د. محمد سيد أحمد: عقود المعاملات في الفقه الإسلامي، ط2، 1999م.
91. د. محمد شهاب: قوانين التحكيم في الدول العربية، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، القاهرة، 2011م.
92. د. محمد عبد المنعم بك رياض: مبادئ القانون الدولي الخاص، ط2، النهضة العربية، القاهرة، 1943م.
93. د. محمد فؤاد عبد الباسط: مدى إمكانية التحكيم في منازعات القرارات الإدارية، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، لسنة 2007م.

94. د. محمد كمال فهمي: أصول القانون الدولي الخاص، ط2، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1985م.
95. د. محمد ماهر أبو العينين، عاطف محمد عبد اللطيف: قضاء التحكيم، ط1، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2010م.
96. د. محمد نور شحاتة: الرقابة على أعمال المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م.
97. د. محمد نور عبد الهادي شحاتة: الرقابة على أعمال المحكمين، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م.
98. د. محمود السيد عمر التحيوي: مفهوم الأثر في الاتفاق على التحكيم شرطاً كان أم مشاركة، والوسيلة الفنية لإعماله ونطاق تطبيقه، الناشر: دار المطبوعات الجامعية، لسنة 2003م.
99. د. محمود السيد عمر التحيوي: أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية لسنة 2007م.
100. د. محيي الدين إسماعيل علم الدين: فقه التحكيم التجاري والدولي، ط2، ج4، النسر الذهبي للطباعة، مصر، 2002م.
101. د. محيي الدين إسماعيل علم الدين: قواعد عامة لعمل الخبير والتميز بينه وبين المحكم، بحث منشور في مجلة التحكيم، الصادرة عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، صنعاء، العدد 10، نوفمبر 2000م.
102. د. مصطفى محمد الجمال: عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط1، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، لسنة 1998م.
103. د. نادية محمد معوض: التحكيم وحقوق الملكية الفكرية، ط1، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة 2009م.
104. د. نبيل إسماعيل عمر: دعوى بطلان حكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، لسنة 2011م.

105. د. نبيل عمر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، لسنة 2007م.
106. د. نضال جبر البلوي: التحكيم في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الرياض، 1433هـ - 2013م.
107. د. هشام صادق: القانون الدولي الخاص، شارع القوانين، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999م.
108. د. هشام على صادق: تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1972م.
109. _____: تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، ط1، ج1، الإسكندرية، 2007م.
110. _____: موجز القانون الدولي الخاص، ط1، ج1، الناشر الدار الجامعية، الإسكندرية، 1986م.
111. د. هيثم مصطفى سليمان: التحكيم الدولي والوطني في الفقه الإسلامي المقارن، ط1، شركة الجزيرة للطباعة والنشر المحدودة، 2010م.
112. د. وجدي راغب: طبيعة الدفع بالتحكيم أمام المحاكم، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر حول التحكيم، الفترة من 20 - 25/6/1978م.
113. د. وليد محمد عباس: التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، الناشر دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، السنة 2010م.
114. د. يس محمد يحي: عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978م.
115. _____: المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للقانون، ط1، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م.
116. د. يوسف حسن يوسف: التحكيم الدولي بين القانون الدولي والشريعة الإسلامية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، الإسكندرية، 2013م.

ثالثاً: المجلات والدوريات

1. د. إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي والخاص طبيعة تحكيم هيئات التحكيم تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، المجلة المصرية للقانون الدولي، ع37، القاهرة، 1989م.
2. حسن مصطفى فتحي: التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية، منشورة بمجلة التحكيم العربي، العدد الأول، مايو 1999م.
3. د. الحسن محمد سعيد: بحث بعنوان التحكيم في السودان، منشور بمجلة العدل، الصادرة عن وزارة العدل السودانية الخرطوم، العدد الثالث عشر، ديسمبر، 2004م.
4. غالب عبد الحميد ثابت: أساليب فض تنازع القوانين ذات الطابع الدولي في الإسلام المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد (53)، لسنة 1997م.
5. مجلة التحكيم العربي، مجلة متخصصة تصدرها الأمانة العامة لمركز التحكيم العربي، بحث بعنوان: التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية، مقدم بواسطة: المستشار حسين مصطفى فتحي.
6. مجلة التحكيم، العدد السابع، تموز، يوليو 2010م، السنة الثانية.
7. المجلة القضائية السودانية، لسنة 2012م.
8. مجلة المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون، التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون 1421هـ، 2000م، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية في لبنان، التابع لجمعية الإصلاح الإسلامية.
9. مجلة المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون، التحكيم المطلق، في ضوء الشريعة والقانون لسنة 1421هـ - 2000م، جمعية الإصلاح الإسلامية.
10. مجله الأحكام العالمية، روسايت، المحكمة الفدرالية. المحكمة المدنية الأولى 488/2009 - أ/4/حكم صادر 15 شباط 2010م.
11. محيي الدين إسماعيل علم الدين، قواعد عامة لعمل الخبير والتمييز بينه وبين المحكم، بحث منشور في مجلة التحكيم، الصادرة عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، صنعاء، العدد 10، نوفمبر 2000م.

رابعاً: الرسائل الجامعية

1. إسماعيل عمر: البصمة الوراثية وأثرها في إثبات جرائم القصاص، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أفريقيا العالمية، السنة الثامنة العدد الخامس عشر 2010م.
2. عبد الرحمن آدم عثمان الجزولي، تسوية النزاعات المصرفية عن طريق التحكيم، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه من جامعة أم درمان الإسلامية، إشراف البروف حاج آدم حسن الطاهر، 2013م.
3. عثمان النور عثمان الحاج، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، إشراف د. مصطفى حلمي عابدين، جامعة النيلين كلية القانون، العام 2012م، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه.
4. عرفات أحمد علي محمود، النظام القانوني للتحكيم في القانون السوداني، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير إشراف البروفيسور عثمان حيدر أبو زيد، لعام 2012م جامعة أم درمان الإسلامية، مكتبة كلية الشريعة والقانون.
5. القواعد المنظمة لإجراءات التحكيم في المنازعات التجارية ذات العنصر الأجنبي، رسالة دكتوراه، جامعة النيلين، كلية القانون، 2008.
6. محمد عثمان خلف الله، الرقابة القضائية على قرارات التحكيم في القانون المقارن والقانون السوداني، بحيث مقدم لنيل درجة الدكتوراه إشراف البروفيسور محمد الشيخ عمر، 2002م، جامعة النيلين.
7. معاذ علي فضل المولى، العلاقة بين التحكيم والقضاء الدوليين ودور كل منهما في تسوية المنازعات الدولية بالتركيز على قضيتي دارفور وأبيي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون إعداد الطالب إشراف د. عز الدين الطيب آدم، 2013م.

خامساً: المعاجم

1. ابن منظور الدمشقي، لسان العرب، ج12، دار صادر للطباعة والنشر، ودار بيروت للطباعة والنشر 1375هـ.

2. أبو زكريا يحيى بن شرف الحزامي النووي الشافعي (631هـ-1233م/676هـ-1277م) المشهور باسم "النوي"، روضة الطالبين، 312/1.
3. جلال عبد الرحمن السيوطي، تدريب الراوي في شرح تقريب النووي، دار الكتب الحديثة، الطبعة 1966، ج1.
4. السيوطي، تدريب الراوي في شرح تقريب النووي، ج1، دار الكتب الحديثة، 1966م.
5. الشيخ الإمام محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ترتيب: محمود خاطر، القاهرة، دار الحديث، بدون تاريخ نشر.
6. محمد بن علي بن فقيه بن منظور الأنصاري الأفريقي المصري، لسان العرب، طبعة دار صادر، بيروت، ج12.
7. محمد بن يعقوب الفيروز الشيرازي، القاموس المحيط، طبعة دار العلم للجميع، بيروت، ج4.
8. المفتي، قواعد الفقه، دار الكتب الحديثة، ط2، ج1.
9. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السادس، دار الفكر بدمشق، الطبعة الثالثة.

سادساً: القوانين

1. قانون التحكيم السوداني 2005م.
2. القانون الجنائي السوداني لسنة 1991م
3. قانون المرافعات الكويتي لسنة 1994م.
4. قانون المرافعات المصري لسنة 1929م.
5. قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م
6. قانون التحكيم السوداني 2016م.

سابعاً: الكتب المترجمة:

1. ول ديورانت، قصة الحضارة، الجزء الأول، الباب الثالث، الفصل الثالث، ترجمة: زكي بخيت وآخرون، لجنة التأليف والترجمة، جامعة الدول العربي، بيروت، دار رشد.

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
أ	استهلال
ب	إهداء
ج	شكر وتقدير
د	مستخلص الدراسة
ز	Abstract
1	المقدمة
2	أولاً: مشكلة الدراسة
2	ثانياً: أهمية الدراسة
2	ثالثاً: أهداف الدراسة
2	رابعاً: فروض الدراسة
2	خامساً: أسباب اختيار الدراسة
3	سادساً: منهجية الدراسة
3	سابعاً: أدوات الدراسة
3	ثامناً: الدراسات السابقة
5	تاسعاً: خطة الدراسة
الفصل الأول	
النظام القانوني للتحكيم نشأته وتطوره	
7	تمهيد
8	المبحث الأول: تعريف التحكيم وماهيته
8	المطلب الأول: ماهية التحكيم
13	المطلب الثاني: التحكيم في القانون
15	المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للتحكيم
21	المبحث الثاني: التمييز بين نظام التحكيم وغيره من مسائل تسوية المنازعات

21	المطلب الأول: التحكيم والتوفيق
23	المطلب الثاني: التحكيم والخبرة
25	المطلب الثالث: التحكيم والصلح
27	المطلب الرابع: التحكيم والوكالة
30	المبحث الثالث أنواع التحكيم
31	المطلب الأول: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي
41	المطلب الثاني: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري
44	المطلب الثالث: التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي
49	المبحث الرابع: التطور التاريخي للتحكيم
49	المطلب الأول: نشأة التحكيم
54	المطلب الثاني: التحكيم في الإسلام
60	المطلب الثالث: التحكيم في العصور الوسطى والعصر الحديث
66	المطلب الرابع: التحكيم في السودان.
69	خلاصة الفصل الأول
الفصل الثاني	
النظام العام والآداب العامة وماهيتها وعلاقتها بالتحكيم	
71	تمهيد
72	المبحث الأول: النظام العام تعريفه ومفهومه ومضمونه وعلاقته بالتحكيم.
72	المطلب الأول: تعريف النظام العام
77	المطلب الثاني: مفهوم فكرة النظام العام في التحكيم.
85	المطلب الثالث: مضمون فكرة النظام العام.
93	المطلب الرابع: التخصص النوعي للنظام العام وعلاقته بالتحكيم.
102	المبحث الثاني: الآداب العامة والقواعد المنسرة والمكاملة وعلاقتها بالتحكيم
102	المطلب الأول: القواعد الآمرة كقواعد قانونية من حيث قوتها.
109	المطلب الثاني: الآداب العامة وعلاقتها بالنظام العام.

117	المطلب الثالث: النظام العام وقوانين البوليس.
125	المبحث الثالث: أنواع النظام العام
125	المطلب الأول: النظام العام الداخلي.
127	المطلب الثاني: النظام العام الدولي.
136	المطلب الثالث: النظام العام الدولي الحقيقي.
145	المبحث الرابع: أثر النظام العام على التحكيم
145	المطلب الأول: الدفع بالنظام العام
152	المطلب الثاني: شروط الدفع بالنظام العام
155	المطلب الثالث: آثار الدفع بالنظام العام.
160	خلاصة الفصل الثاني
الفصل الثالث	
النظام العام وشروط التحكيم وكتابته والمسائل التي لا يجوز فيها التحكيم	
162	تمهيد
163	المبحث الأول: شرط التحكيم وكتابته وتعلقه بالنظام العام.
163	المطلب الأول: النظام العام وشرط التحكيم.
176	المطلب الثاني: النظام العام وكتابة اتفاق التحكيم
184	المبحث الثاني: المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم وأحكامها.
184	المطلب الأول: فكرة النظام العام وارتباطها بالدفع بعدم القابلية.
187	المطلب الثاني: المنازعات التي لا يجوز فيها التحكيم
198	المطلب الثالث: عدم تعلق اتفاق التحكيم بالنظام العام.
223	المبحث الثالث: تشكيل الهيئة التحكيمية وأحكام المحكمين والإخلال بشرط المحكم بالنظام العام.
223	المطلب الأول: طرق تشكيل الهيئة التحكيم
228	المطلب الثاني: شروط وأحكام المحكمين وتعلقها بالنظام العام.
247	المطلب الثالث: آثار اتفاق التحكيم

252	خلاصة الفصل الثالث
الفصل الرابع أثر النظام العام على إجراءات التحكيم	
255	تمهيد
256	المبحث الأول: النظام العام والقواعد الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم
256	المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات النزاع وتعلقه بالنظام العام.
277	المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.
295	المبحث الثاني: بطلان حكم التحكيم.
296	المطلب الأول: التحكيم بين الطعن عليه بالاستئناف ورفع دعوى البطلان
309	المطلب الثاني: البطلان المتعلق بالنظام العام
320	المبحث الثالث: تنفيذ حكم التحكيم
322	المطلب الأول: تنفيذ قرار التحكيم في الاتفاقيات الدولية
327	المطلب الثاني: التنفيذ في قوانين الدول العربية
333	خلاصة الفصل الرابع
334	الخاتمة
334	أولاً: النتائج
335	ثانياً: التوصيات
338	قائمة المصادر والمراجع
351	فهرس الموضوعات