**مدى " تحرر " " سلطان إرادة " المحتكمين في " حرية " إختيار المحكمين**

 **المستشار القانوني الدكتور محمود علي ملحم [[1]](#footnote-1)\***

**المقدمة**

في المسار الحقوقي " ظواهر " تستوقف النظر ، و تغري البحث ، و تدعو إلى التأمل و المراجعة ، مثيرة إشكاليات و معضلات لتعدد الجوانب فيها و تشعب الآراء حولها و تباين الإتجاهات نحوها منتظرة العلاج الأنسب . و بروز ظواهر جديدة غير مألوفة لا يدل بأية حالة من الأحوال على ضعف المبادىء القديمة لأن هذه المبادىء هي التي نهضت بالسابقين نهضة ما يزال التاريخ يفخر بها ، و إنما تدل على ضعف في إيمان أصحابها اليوم و نقص في إخلاصهم للفكرة و إنصرافهم إليها .

فقد يدهش الباحث بادىء ذي بدء و يعجب بظاهرة جديدة تغزو الفكر و العلم و لكن ما إن ينثني على نفسه متأملا مفكرا يدرك أن فيما إستجد ما ينشىء عن حدة ذهن و دقة فهم أو خطورة فكر و سوء قصد.. فلقد علمنا التاريخ ، أن ندرس المستقبل على ضوء الماضي ، فتيار النشاط البشري و إتجاه الحوادث العام يوحيان بإتجاه المستقبل و حوادثه ، كما أن التيارات الفكرية لم ينقطع لها حد بين شطري العالم. و النتائج القادمة المتوقعة تبنى دوما على المقدمات المعلومة المفروضة .

و لقد علمتنا الفلسفة ، أن الباطل لا يصير حقا بكثرة منتحليه و الحق لا يصير باطلا بقلة معتقديه. و لقد علمنا الفن ، أن وظيفة النقد ليست في تغيير طبائع المؤلفين المخلوقة و لا زيادة طاقتهم المحدودة بل توجيه الأنظار إلى المنهاج الأنسب خدمة للفكر و عقلانيته . فالباحث البصير يقف إزاء تاريخ أي علم من العلوم المليء باللمعات الفنية و الإشراقات الذهنية وقفة كلها دهشة و روعة و إعجاب ، و حين يقترب منه مستوضحا مستفهما إنما يقترب إقتراب المنقب عن سر مودع لا الباحث عن عيب فاسد ، يعتني بالسطور و ما بين السطور و ما خلف السطور ، تحركه نزعة علمية موضوعية مجردة بعيدا عن جمالية لفظية و عبقرية تعبيرية . فلرب غموض منشؤه عمق الفكرة و دقة التصور ، و غموض منشؤه خطأ الفكرة و فسادها .

تلك مسلمات أساسية تضفي المصداقية على عمل الباحث بعيدا عن تصعب في العلم أو تعسف في الفكرة أو تزييف للتاريخ ..

ما يعنينا في المجالات الفكرية القانونية ، ألا ننخدع بالإيحاءات الضمنية في بعض الصيغ أو التجليات الذهنية ، و ألا نهمل المعنى و الغرض الحقيقي في التحليل النظري ، و ألا نعتبر كل شيء غير ظاهر بالضرورة شائن و منحرف ، و ألا ننقاد في تصنيف الأصول و المبادىء بنزوة شبه قانونية غير بريئة [[2]](#footnote-2)1، بل أن ننطلق في مقاربة مطلق عقيدة أو نظرية أو إتجاه أو مبدأ من حقائق وضعية ثابتة لا لبس فيها ، بأن القانون ضرورة و ظاهرة إجتماعية تفرضها الحاجة إلى حد أدنى من الإستقرار العادل ، و بأن أصوله و قواعده حقائق حية تتفاعل إيجابا و سلبا مع المحيط المكاني و الزماني ، و بأن إشباع الحاجة إلى الأمن القانوني لا يتحقق بمجرد وجود الضوابط الناظمة لسلوك الأفراد و الجماعات بل في قوة فاعليتها على كبح غريزتهم التلقائية في إشاعة الفوضى في المجتمع .

و التحكيم ، على نحو ما تفيده الشواهد التاريخية ، لم يعد بـ " سبيل للتفلت من قضاء الدولة " ، بل أمسى تجسيدا لفكرة العدالة الكونية ، و أرضا خصبة للمنطلقات الفلسفية الآنفة الذكر ، و ظاهرة تستخف نسبيا بحدود المكان التي تحد القوانين في نشأتها و تطورها [[3]](#footnote-3)2، تحوم في الفضاء الحقوقي ، و تخترق الثقافات الحقوقية من خلال محكمين أحرار مستقلين محايدين مؤتمنين على حراسة الهيكل التحكيمي بصدق و نزاهة ووفاء و أمانة [[4]](#footnote-4)3، يختارهم ، في الأصل ، الفرقاء بإرادة حرة و حرض متناه منعا لأية قرارات مشوهة أو عدالة منتقصة .

إلا أن الإشكالية الأساس الدقيقة و الحساسة المثارة في هذا الصدد ، تكمن في معرفة مدى " تحرر " تلك الإرادة من مطلق قيد أو شرط – أقله في تشكيل الهيئة التحكيمية – وصولا للتوافق على مواصفات شخصية للمحكم قد ترتد سلبا على المقاربة الثابتة لمدلول الحرية و أبعادها لدى مؤيدي التحكيم و مريديه... و نعني بذلك سمة " الإنتماء الديني " بخاصة.. و هنا بيت القصيد ...

إن هذه السمة – المعضلة ، القديمة المستجدة ، و إنطلاقا مما سبق بيانه من منطلقات فلسفية إستشعرنا ضرورة التذكير بها قبل الغوض في متاهات البحث المحرقة ، ليست بفكرة عارضة و لا خاطرة سريعة بل مادة شائكة و معقدة و خطيرة بدلالاتها و أبعادها ، جدير بالعناية و البحث ، لها من العناصر و الظروف ما يوجب الإلتفات إليها و الإهتمام بها ، تتطلب الكثير من الإحاطة و الجرأة و التهيب و التأدب و الحذر و الدقة و الهدوء بعيدا عن حماسة و تهور و تعصب و إنغلاق و قلة إنتباه .

**أهمية البحث :**

حرصا على عدم إهدار مفهوم الحرية و ضمانا لفاعلية التحكيم في تحقيق أهدافه المنشودة، نرى من المفيد لا بل من الضروري علميا و عمليا التصدي بتأن و شمولية لحقيقة مدلول سلطان الإرادة في تشكيل الهيئة التحكيمية من جهة أولى و مداه المشروع من جهة ثانية ، مستشهدين بأبرز المواقف القضائية الأجنبية الضاغطة بإتجاه تبني منحى مغاير لما إستقر في علم التحكيم من مسلمات رئيسية في تكوين العملية التحكيمية و إنتظام مساره ، منذ نشأته و حتى عصرنا الحاضر .

**منهجية البحث :**

أوجبت الغاية المنشودة من هذه الدراسة القانونية المتخصصة إعتماد منهجية عامة جامعة شاملة ، وصفية من جهة أولى نعرض من خلالها لتمايز التحكيم لا سيما التجاري الدولي منه و خصوصيته، و تحليلية من جهة ثانية نتناول من خلالها مدلول التوافق الحتمي على المشهد التحكيمي و المنطلقات المبررة لمواصفات خاصة لدى المحكمين ، و إنتقادية من جهة ثالثة ننتقد من خلالها بعض المواقف التحكيمية الأجنبية ذات الصلة ، و تأصيلية من جهة رابعة نرمي من خلالها تحديد إطارعام يكفل حسن إختيار المحتكمين للمحكمين حرصا على تقنية المعطى التحكيمي و أهدافه المشروعة المنشودة .

**خطة البحث :**

سنحاول الإجابة على مجمل التساؤلات الدقيقة المتصلة بمدى تحرر سلطان إرادة المحتكمين في حرية إختيار المحكمين في هذه الدراسة الشائكة و الشيقة في آن ضمن مبحثين مستقلين ، بحيث نتناول في ( المبحث الأول ) خصوصية التحكيم التجاري الدولي لدى مجتمع التجارة و الأعمال ثم نتطرق في ( المبحث الثاني ) لمدى مشروعية " القيد التوافقي الديني " في التحكيم التجاري الدولي على أن نخلص لـ ( خاتمة ) تتكامل في مقترحاتها مع ما سبق ذكره من ضوابط علها تساعد في تحديد معالم الخروج من أتون حلقة مفرغة محرقة قد تهدد جوهر المشهد التحكيمي و مصدر قوته و فاعليته و نعني حرية إرادة الأطراف المتنازعة في تكوين الهيئة التحكيمية بخاصة .

**المبحث الأول**

**خصوصية التحكيم لدى المجتمع التجاري الدولي**

من المسلمات الراسخة في العصر الحاضر ، عصر العولمة بمعناها الشمولي الواسع و ما رافقها من رفع للقيود و تدفق للإستثمارات عبر الحدود و إنفتاح في الإقتصاد و تبادل في الخبرات ، أن التحكيم نظام قضائي عالمي شديد الصلة بروح العدالة أكثر من تعلقه بحرفية النصوص القانونية ، كونته الإرادة المشتركة لأطراف النزاع ليعمل في مناخ تتبدد فيه بعض حرارة و حدة الخصومة ، محوره الأساس الحرية التعاقدية المتأصلة في جوهر نظرية القانون التي لا تحدها و لا تقيدها في رسم ملامح المشهد التحكيمي عامة و إختيار من يوحي بالثقة لحسم النزاع خاصة إلا القواعد الآمرة و ضوابط النظام العام [[5]](#footnote-5)4 .

نحاول في هذا المبحث إبراز خصوصية التحكيم التجاري الدولي لدى مجتمع التجارة و الأعمال في مطلبين مستقلين ، بحيث نتطرق في ( المطلب الأول ) لتمايز التحكيم التجاري الدولي كقضاء أصيل لعالم التجارة و الأعمال ، على أن نخصص ( المطلب الثاني ) للتوافق الحتمي بين المحتكمين كضمانة ملازمة لفعالية التحكيم التجاري الدولي بخاصة .

**المطلب الأول**

**تمايز التحكيم كقضاء اصيل لدى المجتمع التجاري الدولي**

لا شك أن للمجتمع التجاري الدولي معطيات خاصة و مفاهيم معقدة و علاقات مركبة تثير عقبات عملية و معضلات شائكة تتطلب مرجعية قانونية دولية مستقلة و إطار مؤسساتي لتنظيم الروابط و معالجة المنازعات ذات الصلة بغض النظر عن طبيعة النظامين القانوني و الإقتصادي السائد لدى دولة من الدول . و يشكل التحكيم إحدى أهم مكوناته المتميزة لإنسجامه مع إيقاع البيئة الدولية للأعمال المتغير دوما . فهو ليس بترف علمي أو إضافة غير لازمة بل هو وليد ظروف و ثمرة معطيات متصلة الحلقات جعلت منه حقيقة وضعية من العسير تجاهلها أو غض الطرف عنها ، يتلمس الداخل إلى أعماقه دقة فلسفته و أسرار قوته و تمايز أركانه و أبعاد معانيه و محورية دوره مما أكسبه مكانة علمية و عملية ملفتة تجلت بكثافة التوجه إليه محليا إقليميا دوليا بخاصة في العصر الحاضر على نحو ما تفيده آراء أعلام الفكر القانوني التحكيمي .

**الفقرة الأولى**

**" جدلية " الطبيعة الخاصة للتحكيم التجاري الدولي**

في الواقع ، لم يصل التحكيم التجاري الدولي إلى مرتبته الحالية المرموقة في عالم التجارة و الأعمال إلا بعد أن مر بمحطات متعددة حملت كل واحدة منها نظرية من النظريات التي ساهمت في بلورة مفهومه على النحو المتعارف عليه في عصرنا الحاضر .

**أولا –في النظرية العقدية للتحكيم** .

يتمثل منطلق النظرية العقدية للتحكيم ، في مسلم أساسي مفاده أن التحكيم عبارة عن " أداة للعمل الحر " تتجلى من خلاله حرية الإرادة الفردية . و تبعا لهذا المنطلق ، تقوم المدرسة العقدية للتحكيم على فكرة مركزية و هي أن التحكيم عمل من أعمال الإرادة الفردية تستوعبه فكرة العقد في القانون الخاص التي تستوعب الإتفاق التحكيمي الذي يستوعب بدوره كامل فكرة التحكيم بما في ذلك العمل التحكيمي الذي لا يعدو أن يكون في نظر أتباعه إلا عملا تنفيذيا لإتفاق التحكيم أي العقد[[6]](#footnote-6)5 . و تتجسد فكرة التحكيم التعاقدي في " .. الحالة التي يعهد فيها الأطراف إلى شخص من الغير بمهمة حل النزاع تبعا لإجراءات مغايرة لتلك الواردة في قوانين المرافعات . و هذا الغير لا يتصرف كقاض فرأيه أو قراره يندرج في الإتفاق المبرم بين الأطراف فيصير بندا من بنوده "[[7]](#footnote-7)6 . و يخلص أصحاب هذه النظرية ، إنطلاقا من نظرتهم للتحكيم بوصفه ظاهرة قانونية مدنية إلى القول بأن الأطراف أنفسهم يمكنهم أن يضبطوا و ينظموا طريقة إجراء التحكيم . و في صورة عدم قيامهم بذلك ، فإن نفس الطبيعة العقدية تمكن في مجال العلاقات الإقتصادية الدولية أي في التحكيم الدولي من اللجوء إلى قواعد الإسناد السائدة بصدد الإلتزامات العقدية المتبعة في مجال القانون الدولي الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق . و ترتيبا على ذلك ، يجوز إعمال القانون الأجنبي سواء تعلق الأمر بفصل مسائل تتعلق بالتحكيم أو بإجراءاته أو بالقرار التحكيمي بل إن أنصار هذا المذهب يدمجون حكم التحكيم في إتفاق التحكيم سواء تم التحكيم داخل الدولة أم على إقليم دولة أجنبية .

دفعت هذه الشمولية لعمل الإرادة في التصور العقدي للتحكيم بأشهر أنصاره الفقيه Klein إلى القول بأن التحكيم في أطواره المختلفة إنما هو إجراء واحد قائم على إرادة الأطراف و أنه من الضروري إقامة نظام واحد و موحد للتحكيم حتى يمكن حل جميع مسائله و خصوصا مسائل التنازع في مجال التحكيم بإعتماد قاعدة إسناد واحدة [[8]](#footnote-8)7و يؤيده في منحاه الفقيه أحمد السعيد الزرقد في دراسته القيمة حول طبيعة و أثر عقد التحكيم حيث إعتبر أنه " .. إذا كان عمل التحكيم له طبيعة خاصة ، إلا أنه يقوم على عقد ، يخضع لأحكام النظرية العامة للعقود في القانون المدني لذا لا نملك بداية سوى التعبير عن الدهشة لغياب فقه القانون المدني عن التحكيم برمته . فطبيعته التعاقدية واضحة في أطره و شروطه و إختيار المحكمين و تحديد إجراءات التحكيم . و إذا كان بعض الفقه قد ذهب إلى أن الأصل في التحكيم هو عمل المحكم ، فإن رأيا آخر ذهب إلى أن عمل المحكم لا يخرج عن كونه تنفيذا لعقد التحكيم ... و يترتب على ذلك نتيحة مؤداها أن العقد يستغرق مرحلة التحكيم من البداية إلى النهاية .. و لا يستمد المحكم سلطته من القانون بل من إتفاق التحكيم .. و ينعكس هذا الإتفاق على الحكم الصادر في هذا التحكيم بحيث يعتبر كأنه من عمل المتعاقدين أنفسهم و بذلك يستغرق عقد التحكيم عمل المحكمين من البداية إلى النهاية .. "[[9]](#footnote-9)8 و تصديقا لهذا المنهج يقتضي الإشارة بأن التحكيم لم يكن غائبا تماما عن فقه القانون المدني بل إنه " ... و إن كانت إجراءات التحكيم من مسائل المرافعات ، فلا شك أن عقد التحكيم من موضوعات القانون المدني لأنه عقد كغيره من العقود يتفق بمقتضاه شخصان أو أكثر على إحالة نزاع نشأ بينهما أو ما ينشأ بينهما من نزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين للفصل فيه بدلا من اللجوء إلى القضاء المختص و إذا حصل الإتفاق على التحكيم تبعا لعقد معين سمي شرط التحكيم .. "[[10]](#footnote-10)9 .

**ثانيا – في النظرية القضائية للتحكيم .**

ينطلق أصحاب هذا المذهب من طبيعة مهمة المحكم للقول بأن خصوصية الأساس المزدوج لها بين عقدي مباشر و قانوني غير مباشر لا تغير في أمر ولاية الحكم لدى المحكم شيئا فهو ينطق بحكم القانون و له كالقاضي سلطة الحكم . و يستند مؤيدو هذا المذهب إلى أن التحكيم تسيطر عليه الطبيعة القضائية من حيث المهمة الموكلة إليه كما أن المشرع صاغه في كساء قضائي خاص فهو يتحدث عن نزاع litige و عن أطراف في النزاع parties و عن حكم تحكيمي jugement arbitral و يلزم المحكم بالقضاء juger و هو يسطر قواعد مرافعات تحكيمية مبدئيا مأخوذة من القانون العام للمرافعات و يتوج كل ذلك بإستعارة نظام النفاذ المعجل و بإعتماد نظام للطعن بالإستئناف و بالإلتماس[[11]](#footnote-11)10. فكل هذه المفاهيم و المصطلحات و ما تحمله من مفاهيم قانونية إنما هي مصطلحات و مفاهيم إجرائية قضائية يرتكز عليها نظام الوظيفة القضائية . و مؤدى هذا التصور في النهاية ، هو أن التحكيم ليس إلا شكلا خاصا لممارسة العدالة التي هي من وظائف الدولة و ما دامت هذه الأخيرة قد رخصت للأطراف في اللجوء إلى التحكيم ووافقت على إيقاف نشاط مؤسساتها في ما إحتكموا فيه ، فإن المحكم سيمارس وظيفة عامة هي الوظيفة القضائية و قراره يكون حكما بالمفهوم القانوني للحكم القضائي .

**ثالثا – في النظرية الذاتية للتحكيم .**

تمثل هذه النظرية إتجاها جديدا في تحديد طبيعة التحكيم ظهر في الفقه الحديث يستند أنصاره إلى فكرة مفادها أن التحكيم ما هو إلا ظاهرة تلقائية أو قائمة بذاتها على أساس نفعي و حضاري تقني . فتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم لا يتيسر إلا إذا أخذنا بالإعتبار الهدف من التحكيم و منفعته الواقعية . فهو نظام خاص بمجتمع التجار الذي يخلق قانونه الخاص و ينشىء هيئاته الخاصة للفصل في المنازعات الناشئة بين التجار في مجتمع التجار و خارج مجتمع الدولة أو حتى في مجتمع ما بين الدول . و كما يعكس القانون الموضوعي للتجارة الدولية حاجيات التجارة في مجتمع رجال الأعمال ، فإن التحكيم يحقق بدوره غاية نفعية إقتضتها التجارة الدولية و يندرج ضمن التجارب البراغماتية لرجال الأعمال و لا يتعلق بالقانون و ليس بالتالي ظاهرة قانونية . و هو نظام أصيل متحرر من العناصر التعاقدية و من العناصر القضائية على السواء . فإتفاقية التحكيم عند أصحاب هذا المذهب لا تعد عقدا مدنيا على الإطلاق لأن أي عقد مدني مهما كانت خصوصيته لا يرتب آثارا إجرائية كما أنها لا تعد إتفاقا إجرائيا أي داخلا في مجال الإجراءات طالما أن التحكيم يخرج عن إختصاص قضاء الدولة . لكن هذا لا يعني أن التحكيم لا علاقة له مطلقا بالقانون و الإجراءات و إنما يعني ذلك فقط أنه نظام تلقائي ذاتي فرضته على الأطراف مقتضيات التجارة لما يوفره من ضمانات السرية و السرعة ، أما إلتزام المحكمين بإتفاقية التحكيم و بحكم التحكيم يفسر بكونه ضروريا لأداء التجارة الدولية أداءا دقيقا . و بالرغم مما تعرضت من نقد لاذع ، إستهوت فكرة ذاتية التحكيم جانبا من الفقه الحديث الذي إنطلق من إستقراء حضاري و تاريخي لفكرة التحكيم ليسلم بوحدته و إستقراره و إستقلاليته عن العقد و عن القضاء معا و طبيعته الحضارية الإستثئنائية العامة المستقلة المحايدة ، لكنه مع الإقرار بطابعه الإجرائي و العمومي ينزع عنه الطابع القضائي معتبرا أن الجمع بين وظيفة القضاء و المهمة التحكيمية باطلا و غير دستوري[[12]](#footnote-12)11 . فالتحكيم ليس بصناعة اليوم و لا صيغة من صيغ الإزدهار التجاري و إنما هو بكر من أبكار الحضارة في فجرها الأول و رمز من رموزها الدائمة عبر العصور و ليس القضاء سليله و إنما التحكيم هو أصل مبدأ الغيرية و الحيدة في المجال الإجرائي . كما أنه ليس من صنع القانون الموضوعي و لا من صنيع أدواته الفنية و إنما الثابت أنه أسبق وجودا في القانون الموضوعي حتى في صيغته العرفية الأولى و يجد أساسه في فكرة الحضارة و هي فكرة إجرائية محضة . فضلا عن ذلك ، هو ليس إستثناءا في فكرة القضاء بل هو إستئناء على فكرة القضاء ، فلا التحكيم قضاء و لا التحكيم قضائي ، فلا تقاضي على درجتين و لا علنية و لا رسوم قضائية و لا إختصاص قضائي للمحكم لا يمين قضائية و لا أمر بالنفاذ المعجل و لا مخاصمة قضائية و لا نكران للعدالة و لا إحالة من القضاء للتحكيم أو من التحكيم للقضاء .

**الفقرة الثانية**

**" الإجماع " حول التحكيم التجاري الدولي كملاذ آمن للعدالة**

ما أنبأ به فيلسوف اليونان قديما من أن " ... أطراف النزاع يستطيعون تفضيل التحكيم عن القضاء لأن المحكم يرى " العدالة " بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع ..." بات يردده الفقه المعاصر الذي يرى في التحكيم التجاري و إتساع مجاله ردة فعل مضادة لحرفية قانون القضاء و رغبة جامحة لأطراف المنازعة في التخلص منه كي تحل منازعاتهم طبقا لمبادىء أكثر رحابة من تلك التي يتضمنها القانون الوضعي[[13]](#footnote-13)12.و في هذا السياق ، لاحظ René David أن " التحكيم نشأ كأداة في بناء السلام و الغرض منه كان الحفاظ على الوئام بين الأشخاص " [[14]](#footnote-14)13 كما إعتبر Motulsky " أن قدم مؤسسة التحكيم و تطورها بينا أن وجود قضاء خاص كان حاجة مترسخة في الضمير الجماعي حتى أنها تدفع بالبعض للحديث عن حق طبيعي فهوخيار تمليه الثقة التي تفسر النفاذ التلقائي و الطوعي للحكم التحكيمي .. يتمثل في حكم منازعة من قبل خواص يختارهم مبدئيا خواص آخرون بموجب إتفاق .. " [[15]](#footnote-15)14 و أيده في ذلك أحمد أبو الوفاء " .. فالقانون الطبيعي هو الذي فرض التحكيم على الإنسان ، و فرضته عليه الطبيعة منذ الأزل و قبل إنشاء الدول . التحكيم إذن كان هو طريق العدل الأول للإنسان ، يحقق بمقتضاه الأمن و السلام في المجتمع ... " [[16]](#footnote-16)15 إلا أنه بحسب أستاذنا عبد الحميد الأحدب " .. لم يعد بإمكانه أن يقف مكتوف اليدين تجاه التحولات العميقة التي طاولت التجارة الدولية و ما رافقها من تطور بالغ الأهمية و ذلك منذ بداية القرن العشرين خاصة منذ الحرب العاملية الثانية . فإندفع نحو التكيف مع المعطيات الجديدة للتجارة الدولية ليؤمن للنزاعات الناشئة عنها الحلول المناسبة التي تحتاجها و المتسمة بخاصية السرعة و الضمانة و العدالة .." [[17]](#footnote-17)16 والتي يحفظ التحكيم برأيه " ... كبرياءها لأنه يجب أن يمارس في أجواء السلام و التسامح و التفاهم لينجح في دوره الدولي كوسيلة بديلة عن الحرب و العنف .. " [[18]](#footnote-18)17 مؤكدا " ... على شروطه الثلاثة " .. الثقة ، الثقة ، الثقة .. فلا يأتي أحد إلى التحكيم إلا إذا كان التحكيم يوحي بالثقة و الأمان و النزاهة و العلم . فهو ليس سرعة فحسب بل هو ثقة . و ليس ثقة فحسب بل أصبح على صعيد التجارة الدولية المحكمة التي فيها مفهوم العدالة عند كل الأطراف ... " [[19]](#footnote-19)18 أما الحسين السالمي فيرى " ... أنه أيا كانت الملابسات التاريخية حول تطور مفهوم العدالة و أدوات تحقيقها ، فإن الإشكال في الواقع الحالي للقانون لم يعد يتعلق بتواجد قضاءين يتقاسمان الوظيفة القضائية بقدر ما أصبح يتعلق بخصوصية كلا القضاءين و أثرهما على العلاقة بينهما و على علاقة كل منهما بعنصري الجدلية القانونية أي الواقع و القانون .." [[20]](#footnote-20)19 واصفا التحكيم " .. بنظام ذي إلتزام عقلاني و براغماتي نفعي لأنه يتوافق مع نزوع الأطراف إلى تهدئة نزاعاتهم و الإستعاضة عن التحاكم الصدامي بالتوافق السلمي و مع مقتضيات العلاقات الإقتصادية الدولية ما جعل منه الأداة الفضلى لحل النزاعات .. " [[21]](#footnote-21)20 معتبرا أن " الثقة ما هي العامل الأول ، لأن العامل الثاني و الذي يمثل الضمانة الأهم في نجاح بل تفوق التحكيم يكمن في سلوك المحكم و الذي بإلتزامه الأمانة و المرونة و نزوعه إلى التوفيق على المستويين الإجرائي و الموضوعي ، نجده يستصدر حكمه من الأفراد المحتكمين سواء من خلال جمعهم على رأي مشترك يكتفي هو بتقريره أو من خلال جمعهم حول مركز يوفق بين مصالحهم ينطق هو برأيه و يستعيض فيه عن الحل الصدامي بالحل الوئامي .

و إذا كان مصطلح " التحكيم التجاري الدولي " لم يستعمل لأول مرة إلا في مؤتمر الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي الذي إنعقد في نيويورك عام 1958 و إنتهى بالتوقيع على إتفاقية نيويورك المعروفة ثم من بعدها الإتفاقية الأوروبية لعام 1961 ، إلا أن بدايات ملامح وجودهتعود إلى عصور روما القديمة مع إتساع سلطة القاضي و ظهور عدالة حسن النية حيث عرف الرومان التحكيم الإختياري كما نتصوره اليوم و إن لم يكن لقرارات التحكيم في القانون الروماني القديم أية سلطة أو قوة تنفيذية . إذ لم يكن قرار التحكيم سوى " فكرة " أو " إقتراح " ليس له صفة الحكم . و كل ما كان يترتب على عدم التنفيذ هو ملاحقة الطرف الذي يمتنع عن تنفيذ قرار التحكيم بدعوى لدفع غرامة أو عقوبة مالية بمقتضى إشتراط في إتفاق التحكيم Stipulation Poenae . و الحقيقة ، أن التحكيم التجاري الدولي - رغم حداثة هذا المصطلح – قد إرتبط بالتجارة الدولية و التبادل التجاري بين الشعوب ، و إزدهر بإزدهار هذه التجارة و أفل نجمه بأفولها . حيث كانت هذه التجارة هي الميدان الخصب لإنماء و تطوير قواعد التحكيم التجاري . فحيث إزدهرت التجارة الدولية في القرون الوسطى من خلال إقامة المعارض و الأسواق لا سيما في ألمانيا و إسبانيا و هولندا و فرنسا ، فضلا عن جمهوريات إيطاليا و ظهور ما يسمى بقانون التجارة الدولية أو القانون التجاري الدولي LexMercatoria و هو قانون لم يتكون من عادات و أعراف تجار تابعين لدولة واحدة بعينها أو ورثوها عن أجدادهم و إنما كانت قواعده تجسيدا لأعراف و عادات التجار في المعارض و الأسواق من جميع الدول [[22]](#footnote-22)21.و في مرحلة تالية ، لا سيما بداية القرن التاسع عشر و بداية التوحيد الجغرافي و السياسي و حركة التقنينات الوطنية ، أفل نجم التحكيم التجاري الدولي حيث أدمجت أعراف التجار و عاداتهم في القوانين الداخلية و تميزت هذه الفترة بسيادة فكرة الوطنية و سيطرت النزعة " الشوفونية " فيما يتعلق بسلطات الدولة القضائية[[23]](#footnote-23)22 . أما في العصر الحاضر ، فقد تغير الوضع و ذلك نتيجة لزيادة معدل التجارة الدولية و إتساع سوقها لزيادة و سهولة المواصلات عبر القارات و إنتشار العقود ذات الشكل النموذجي و الهيئات و الوكالات المتخصصة في التجارة الدولية و الشركات ذات الطابع الدولي و الشركات المتعددة الجنسيات . و لقد كان من نتيجة الإختلافات الإيديولوجية بين النظم الإجتماعية و الإقتصادية لدول عالم اليوم ، أن بدأت العلاقات التجارية الدولية تبتعد رويدا رويدا عن سيطرة قانون الدولة لتحكم أو تنظم بقواعد ذات منبع مهني و كذلك إنتشرت مراكز و هيئات التحكيم على المستويين الإقليمي و الدولي[[24]](#footnote-24)23 . و نتيجة لذلك ، أولت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي Uncitralو التي أنشئت بمقتضى القرار رقم 2205 الصادر عن دورة الإنعقاد الحادي و العشرين للجمعية العمومية للأمم المتحدة عام 1966 ، إهتمامها بالتحكيم التجاري الدولي بنواحي عديدة تجلى أبرزها بوضع قانون نموذجي للتحكيم التجاري الدولي عدل مؤخرا إعتنقته كثير من النظم و هيئات التحكيم ، كما حظيت كل جزئية من جزئيات التحكيم التجاري الدولي بإهتمام ملحوظ من جانب سائر الهيئات و المؤسسات الأوروبية و الإقليمية و العربية على نحو ما تفيده كثافة المؤتمرات و نوعية الدراسات و تمايز الإتجاهات القضائية ذات الصلة بما عزز ما زال تحقيق أهدافه المنشودة . بالتالي ، تتأكد أصالة التحكيم كقضاء للتجارة الدولية من خلال واقع هذه التجارة من حيث مدى إذعان أطرافها للتحكيم التجاري و إستقلالية هذا النظام عن العقود التجارية الدولية التي تثار بمناسبتها المنازعات التي تطرح على التحكيم و تمتعه بقانون مستقل للإجراءات و صيرورة قراراته مصدرا لقضاء المحكمين فضلا عن حجيتها فيما تقضي به[[25]](#footnote-25)24 .

**المطلب الثاني**

**" حتمية " توافق المحتكمين كضمانة ملازمة لفعالية التحكيم التجاري الدولي**

الإرادة الفردية ، في تصورها الفني التقليدي كمنشىء للإلتزام و معيار للتصرف القانوني ، أو في تصورها التقني الحديث كأداة لتهدئة و تسوية النزاعات الدولية عبر الطرق الغير التنازعية أو عبر التحكيم كما عند المدرسة الذاتية ، بل و حتى في تصورها الفلسفي الإجتماعي كأساس للإلتزام القانوني في نظرية العقد الإجتماعي مثلا ، لا تخرج عن الدور الكاشف للولاية الأصلية في المستويين الداخلي و الدولي على السواء [[26]](#footnote-26)25 . فهي تعمل في تفويض من القانون كمنشىء للحقوق جميعها و منها الحق الشخصي الذي تمثل الإرادة مصدره الرئيسي ضمن مصادر الإلتزام كما تعمل في الحدود التي يرسمها لها القانون من حيث صيغة التصرف و ماديته . و لو طبقنا دور الإرادة على مؤسسة التحكيم سنلحظ أنه لا يخرج عن دورها تجاه كل مؤسسة بإعتبارها أداة يمكن للإرادة أن تحيل عليها أو تستعملها في إطار تصرف قانوني مركب . و يكفي دلالة على دورها المحوري ، إعتبار علم التحكيم ، بإجماع أممي منقطع النظير ، " عالما من الحريات " المتجانسة و المتعاونة في رسم مجمل ملامح المشهد التحكيمي بمختلف جزئياته ، لا سيما أكثرها دقة و خطورة و أهمية ، و نعني " الحرية " في إختيار الأشخاص المولجين بمعالجة النزاعات المثارة بين الأطراف المتنازعة بموضوعية و حياد و إستقلالية و تجرد .

**الفقرة الأولى**

**" مرجعية " سلطان الإرادة في تكوين المهمة التحكيمية لدى المجتمع التجاري الدولي**

من ثوابت علم القانون ، أن لمطلق قاعدة قانونية معايير خاصة تبين مدى قدرتها على إنتاج الآثار القانونية المتوخاة ألا و هي الشكلية و الفعالية و الشرعية . و بحسب الفيلسوف البرازيلي Miguel Real ، إذا كانت القاعدة شرعية إنما غير فعالة و غير قانونية فهي ليست إلا قيمة أخلاقية قد تشكل مصدر وحي للمشرع و القاضي . و إذا كانت القاعدة قانونية إنما غير فعالة و غير شرعية فقد تصبح حتما مهجورة . و إذا كانت القاعدة فعالة إنما غير قانونية و غير شرعية فقد تكون قاعدة سلطة إحتلال . أما إذا كانت القاعدة قانونية فعالة إنما غير شرعية فقد تعتبر بطبيعة الحال قاعدة غير عادلة [[27]](#footnote-27)26.

إنطلاقا من تلك المسلمة التقليدية الثابتة ، تعد " الإرادة " و سلطانها ، بحقيقة مدلولها و إتساع آفاقها ، و بإجماع مؤيدي التحكيم و مريديه ، وعاء السيادة التحكيمية و الأساس الصلب الذي يكسب دوما المسار التحكيمي فعاليته و قوته و شرعيته في الشكل و المضمون . فهي و إن تعاونت مع إرادتي النظام القانوني الوضعي و هيئة التحكيم ، إلا أن لها الفضل الأساس و الدور المحوري في خلق التحكيم و بدونها لا يتصور له وجود أو كينونة . و يكفي دلالة على هذه الصلة العضوية ، وصف Lazareffالتحكيم بـ " ... عملية توافقية حيث يكون خيار الأطراف مقيدا لجهة المخالفات المحتملة للنظام العام الدولي أو المحلي .. " [[28]](#footnote-28)27، و قد أيده في منحاه أعلام الفقه التحكيمي الدولي ، نذكر منهم على سبيل المثال لا الحصر ، Herbraudالذي وجد في التحكيم " .. تكريسا خصوصيا للظاهرة العامة التي تجمع المؤسسة و حرية الإرادة .." [[29]](#footnote-29)28 ، وLegendre الذي شدد " ...على دورها ( الإرادة ) الخلاق.... " [[30]](#footnote-30)29 ، و Gaillard الذي وجد في صميم مادة التحكيم " ... مفاهيم فلسفية كالإرادة و الحرية .. فالأطراف أحرار في إختيار وسيلة خاصة لتسوية النزاعات و تفضيلها على القضاء الوطني ، و في إختيار شخص القاضي و في إبتكار الإجراءات التي تبدو لهم الأكثر ملاءمة كما أنهم أحرار في إختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق و لو كانت تلك القواعد مستقلة عن أي نظام قانوني وطني .. كما أن للمحكمين حرية في الفصل بمسألة إختصاصهم بالنظر في النزاع المعروض عليهم و تيسير إجراءات التحكيم و إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حال عدم إتفاق الأطراف .. " [[31]](#footnote-31)30 ، و Klein الذي إستند إلى القوة التنظيمية للإرادة الفردية معتبرا بذلك التحكيم " ... إجراء واحد قائم على إرادة الأطراف ... " [[32]](#footnote-32)31 ، و Mayer الذي إعتبر " ... أن أحدا لم يقدم على تعيين المحكم حارسا للنظام العام بل الأطراف .. " [[33]](#footnote-33)32 ، و Clay الذي إعتبر أن مدار مؤسسة التحكيم يكمن في " ... إلتزام المحكم بمراعاة الواجبات التي يحملها عليه المركز الذي أسنده له الأطراف ، بتبادل الرضى ... " [[34]](#footnote-34)33 .

**الفقرة الثانية**

**ضوابط " سلطان الإرادة " في إختيار المحكمين**

تقتضي حرية التحكيم المستندة إلى الحق في التحكيم ، إقرار سلطان الإرادة التحكيمية في مختلف مظاهر و مراحل التحكيم من حرية إختيار الأطراف لنظام التحكيم حرا كان أو مؤسسيا ، إلى حرية إختيار محكميهم ، إلى حرية تحديد مكان ومدة و إجراءات التحكيم و القانون المنطبق في الأصل . إلا أن هذه الحرية على شموليتها ليست بمطلقة ، فزيادة على الطابع شبه الفرضي للتحكيم في العلاقات الإقتصادية الدولية بخاصة ، فإن خيار الأطراف أصبح محدودا إما في الإنخراط في نظام تحكيمي مؤسسي ، و إن لم يكن كذلك ففي النظام الأفقي المشترك للشرعية التحكيمية الذي يسير و يحرك " مؤسسة " التحكيم ، و التي يعد " المحكم " من أهم عناصرها و محورها الأساس . فبقدر دقته و مهارته ، تكون سلامة إجراءات التحكيم و صحة الحكم الصادر بل أن العملية التحكيمية برمتها تبقى مرهونة بشخصه .

**أولا – " النظام القانوني التحكيمي " كمصدر أساسي لمبدأ " سلطان الإرادة " في إختيار المحكمين.** إذا كان للمتنازعين أن يختاروا تعاقديا المحكمين ، فقد ترك المشرع التحكيمي لهؤلاء الحرية في الإختيار على إعتبار أن المبدأ المهيمن في حق الإختيار هو الثقة التي يجب أن تربط بين المتنازعين و المحكمين [[35]](#footnote-35)34 . و لحرية التعاقد التي تتبعها حرية إختيار المحكمين مبرر أيضا من الناحية الواقعية و العملية ، فللمتنازعين أن يختاروا المحكمين وفقا لإعتبارات عدة جميعها مصدرها الثقة منها على سبيل المثال لا الحصر الكفاءة القانونية أو الفنية أو الإنتماء لذات الفئة التي ينتمي إليها المتنازعان أو إمتلاك السلطة المعنوية أو الهيبة التي تبرر ثقة المتنازعين به .

إلا أن الحقيقة القائلة بأن المحكم " مختار " ليست بمطلقة ، بل جزئية و نسبية ، إذ تستند إلى مبدأ حرية التحكيم كأصل ثابت في مختلف مراحله و بالتحديد من خلال نظام إتفاقية التحكيم الذي يشترط تعيين المحكم أو المحكمين إما مباشرة أو من خلال إعتماد نظام للتعيين كالإحالة على مؤسسة تحكيم دائمة . لذلك يحمل هذا المسلم في داخله حدوده ما دام لا يتعلق إلا بالتحكيم الإختياري و الحر أساسا . و في التحكيم المؤسسي كما في خيار القاضي ، يكون الإختيار غير مباشر من خلال نظام التحكيم و إن أبقى هذا النظام للأطراف حرية محدودة في إختيار المحكم كأصل عام . أما في التحكيم الإجباري الذي هو تحكيم بدون سند إتفاقي ، فإن الإختيار يغيب أو يصبح محدودا جدا إذ عادة ما يسند إلى هيئات تحكيم تخضع إلى نظام مسبق الوضع يشارك في تكوينها في بعض القوانين قضاة حرفيون كأعضاء أو كرؤساء [[36]](#footnote-36)35 .

في الواقع ، لا يكفي التمسك بمبدأ سلطان الإرادة و الأصل التعاقدي ، فهو لا يجيب عن التساؤل الأساس إنما يؤجله لأنه يترك السؤال المحوري المتصل بمصدر المبدأ و حيثياته . هذا التساؤل الأخير هو تحديدا التساؤل الذي تهدف إلى إجابته نظرية النظام القانوني التحكيمي " الذي ظهر في التسعينات بصورة غير محددة في الفقه الفرنسي بخاصة ، مثيرا بذاته جدلية محتدمة ما زالت أصداؤها تتردد حتى اللحظة في المحافل التحكيمية الدولية بخاصة .

و في هذا الصدد ، يكشف إستقراء تطور تصور التحكيم و علاقته بالوظيفة القضائية أن الفقه ذهب في تحديد المركز القانوني للمحكم مذهبين محوريين ، المذهب الأول يعتمد قراءة إستقرائية تاريخية فلسفية كان نتاجها تصورين مكملين لبعضهما تحت راية المدرسة الذاتية بفرعيها الذاتية الخالصة المعتصمة بما إستقر عليه التطور التاريخي لفكرة التحكيم من كونه ضرورة براغماتية نفعية من ضرورات التجارة الدولية الخاصة بمجتمع التجار ما جعل بعض الفقه يدرجها ضمن التجارب الذرائعية و الذاتية الحضارية و ينتهي إلى إنكار إشتراك المحكم مع القاضي في الطبيعة و في الوظيفة بإعتبار التحكيم غير العقد و غير القضاء ، إذ ما هو إلا تقنية للحياد ذات طبيعة إجرائية فلا التحكيم قضاء و لا القضاء تحكيم . أما المذهب الثاني ، فيعتمد منهجا قانونيا تقنيا هو منهج القياس إذ ينطلق من مسلمة الطبيعة القضائية للوظيفة التحكيمية الذي أثبته التصور القانوني على المستويين الداخلي و الدولي ثم يتخذ من القاضي أو من القضاء محكا لتجربته في المقايسة بين نظام ولاية القاضي و نظام و ولاية المحكم . هذا التماشي الذي لم يغب تماما في المدارس و المذاهب الأخرى ، إذ كان قاسمها المشترك لكن بدرجات متفاوتة بينها كان خيارا منهجيا صريحا و حاسما عند أول فقيه تصدى لإشكالية النظام القانوني الخاص للمحكم في شبكة و خارطة العلاقات بين المتداخلين في النشاط التحكيمي و هو Thomas Clay الذي كتب دراسته حول طبيعة المهمة التحكيمية و تحت عنوان المنهج " كيف نحلل نظام المحكم تجاه نظام القاضي ؟ " ، منهجان يبدوان مبرران مبدئيا منهج المماثلة identification و الذي يقوم على البحث داخل النظام القانوني للمحكم بما يماثله في نظام القاضي و يفترض هرمية بين مؤسسة مثال و أخرى تابعة و هو ما لا يستقيم بين القاضي و المحكم . أما الثاني ، فهو منهج القياس أو التفكير بالمقايسة analogieouraisonnement الذي رغم كون البعض يقول أنه لا يعطي سوى رؤية منقوصة لنشاط المحكم يقدم في هذا الصدد الجواب الحقيقي الوحيد . إن المتأمل في الإختلاف المنهجي بين النهج الإستقرائي الذاتي و النهج القانوني الفني سواء إعتمد طريقة المماثلة أو بين القاضي و المحكم أو إعتمد طريقة القياس القانوني يتبين أنه في حقيقته إختلاف ظاهري و يقوم على خطأ منهجي في التصدي لمسألة الولاية عموما و الولاية التحكيمية في الخصوص . فلقد كشف الإستقراء التاريخي لتطور تصور فكرة التحكيم ، من جهة أولى ، أنه كان دائما ينطلق من مدى إستقلالية رأي الغير المحايد في تقرير الحل الذي يعطيه للنزاع أو العارض القانوني من جهة مرجعية ذلك الرأي و حجيته على المستوى الموضوعي ، بمعنى هل هي إرادة الأطراف فيكون رأي ذلك الغير مكملا لها أو معبرا عنها أو ميسرا لعملها أي " محكما مغشوشا " أم هي إرادة قانونية سلطانية وطنية أو دولية مستقلة عن إرادة الأطراف ينطلق بها الغير المحايد و المستقل هو القاضي أصلا فيكون ذلك الغير " محكما قاضيا " لا محكما مغشوشا ، كل ذلك بناء على مسلم إحتكار قضاء الدولة للوظيفة القضائية و بإعتماد القاضي و نظام القاضي كمعيار أم كمقياس[[37]](#footnote-37)36 . أما المنهج القانوني الفني فهو لئن عاب أصحاب نهج القياس على نهج المماثلة قيامه على البحث داخل النظام القانوني للمحكم على ما يماثله في نظام القاضي و إفتراض هرمية بين مؤسسة مثال هي مؤسسة القضاء و أخرى تابعة هي مؤسسة التحكيم و هو ما لا يستقيم في نظرهم في علاقة القاضي بالمحكم ، إذ يقيم مسبقا علاقة تبعية مفترضة بين التحكيم و القضاء لصالح هذا الأخير ، فإنهم يصرحون بأن التفكير بالقياس رغم كونه في رأي البعض لا يعطي سوى رؤية منقوصة لنشاط المحكم يمكن في الرأي الغالب من إعطاء الجواب الحقيقي الوحيد لإشكالية المركز القانوني و من ورائه النظام القانوني للمحكم الذي يرون مع ذلك أنه لم يستقر بعد حول جوانب كثيرة . أما داخل نفس المنهج القانوني ، فإن الإختلاف بين المماثلة و القياس في مدلوله القانوني ليس بالأهمية التي يتصورها البعض إذ أنه يقوم على علاقة إختلاف / تشابه التقليدية حال أن الحقيقة المؤكدة أنه لا وجود لمرادفات أو مشابهات مطلقة أو كاملة . و خلاصة القول بين المنهجين ، أنه إذا كان التماثل هو الإختلاف في التشابه فإن القياس هو تشابه في الإختلاف . من جهة أخرى ، هو خلاف راجع لخطأ منهجي ، و قد إنعكس هذا الخطأ المنهجي في ضبط العلاقة بين التأهيل و الصفة و طبيعة الولاية و مناطها عند المقاربة بين ولاية القاضي و ولاية المحكم فقد جعل من ولاية القاضي ولاية عامة و مفتوحة إذ أعطته إختصاصا مبدئيا بالنهوض بالوظيفة القضائية بإسم الدولة و لحسابها على وجه الإستمرار و الدوام كصدى لذلك التأهيل الذاتي السيادي المؤسس على مسلم إحتكار الدولة الوظيفة القضائية ، في حين جعلتها عند المحكم ولاية خصوصية و محدودة بموضوع المهمة التحكيمية كصدى للتأهيل الموضوعي المفترض الإرادي النشأة و العقد الصياغة . لكن الواقع كشف من جهة أخرى أنه على مستوى التحكيم الدولي لئن لم يتغير المنشأ المباشر للتأهيل و هو الإرادة بل على عكس ذلك نجده يترسخ بغياب سلطان الدولة حسب الفكر الحديث ، فإن المعادلة تنعكس فيصبح التأهيل الموضوعي التحكيمي هو سبب تفضيل التحكيم على قضاء الدولة و منشأ ولايته العامة و المفتوحة كمؤسسة بل مصدرا لسلطانه الدولي و الحال أن التأهيل يفترض سلطانا منشأ له و ليس هو المنشىء للسلطان .

و عليه ، لا يصح إستخدام مصطلح النظام القانوني التحكيمي إلا بالإشارة إلى مفهوم شامل قادر على منح التحكيم بصورة مستقلة طابعه القانوني ، فلا وجود لنظام قانوني في غياب نظام يملك مصادره الخاصة التي تميزه و لا وجود لنظام قانوني تحكيمي إذا كان هذا الأخير لا يتمتع بالإستقلال عن الأنظمة القانونية الوطنية [[38]](#footnote-38)37 .

**ثانيا – مواصفات المحكم كقيود قانونية و إتفاقية لإنتظام الإجراءات التحكيمية .**

من المسلمات الرئيسية المتفق عليها في علم التحكيم ، أن أهمية و سلامة مؤسسة التحكيم لا تتوقف على ما قيل و سيقال حتما من سمات تتحلى بها مهما بلغت درجتها الإبداعية من جمالية لفظية و صور مجازية ، إنما بدرجة كمال " محكم " مختار و لو على وجه نسبي و جزئي يقضي بحسب الحسين السالمي " ... بسلطان و إن لم يكن سلطان دولة ما و مقيد في قضائه بالقانون في وجهيه الإجرائي و الموضوعي و إن هو كان لا يدين مسبقا لدولة ما أو لقانون وطني ما .. " [[39]](#footnote-39)38 يحمي بحسب Klaus Peter Berger " .. نظام التجارة الدولية .. " [[40]](#footnote-40)39 ، و ينطق بحسب Jarrosson " .. بما هو عادل .. في حين ينطق القاضي بما هو مطابق للقانون .. " [[41]](#footnote-41)40 . في الواقع ، تكاد جل المواقف التحكمية الفقهية و القضائية تلتقي على بعض المزايا القانونية ( مثال الأهلية ، التجرد ، الموضوعية .. ) و الإتفاقية ( مثال الذكورة ، الجنسية ، الإنتماء إلى مهنة معينة .. ) الواجب توفرها في شخصه لضمان حسن أدائه لمهمته على النحو المطلوب منه . فهو ، أي المحكم ، بحسب عبد الله درميش " .. ذاك المحرك الذي تدور به عجلة التحكيم ، السائق الماهر الذي يحسن التبصر ، و يملك سرعة البصيرة ، أو الربان الذي يجب أن يكون دائما يقظا متحليا بكثير من السلوكيات و الأخلاقيات التي لا تكون مطلوبة في عموم الناس ، و أن يختار بعناية فائقة .." [[42]](#footnote-42)41 ، تجتمع لديه بحسب الحسين السلمي " .. مقومات التأهيل و الغيرية المحايدة التي تعطيه صلاحية إعلان إرادة مستقلة عن إرادة الخصوم تفرض عليه تنظيما خارجيا للمراكز الخلافية بما له من ولاية للحكم تتجاوز حدود التنظيم الذاتي للمصالح من قبل الإرادة الفردية أي تتجاوز الفلسفة العقدية للتحكيم و تقيم نظاما لممارسة الوظيفة القضائية متميزا و مستقلا عن قضاء الدولة .. " [[43]](#footnote-43)42 ، و له بحسب ناصر الزيد " ... صفات فيها الإستقامة ، النزاهة ، الإستقلال ، عفة اللسان ، هدوء الفكر ، تواضع العلماء ، و هي صفات تلازمه في سلوكه الخاص و عمله التحكيمي . فالواجبات الأخلاقية للمحكم و إن لم تنص عليه القوانين تجد أساسها في ضمير المحكم و أخلاقه .. " [[44]](#footnote-44)43 ، تتجلى حياديته بحسب وائل طبارة " .. في شفافيته تجاه كل من طرفي الخصومة التحكيمية ... " [[45]](#footnote-45)44 ، و يؤيده في منحاه إسماعيل الزيادي الذي يرى " .. أن النزاهة و الحيدة و الموضوعية ، هي في نهاية المطاف ، ميزات شخصية تنتج من الضمير الشخصي للمحكم أو القاضي و هي و إن كانت ثقافة شخصية فإنها أيضا ثقافة مجتمع .."[[46]](#footnote-46)45 .

**المبحث الثاني**

**مدى مشروعية " القيد التوافقي الديني " في علم التحكيم**

يكمن تفوق التحكيم بالإجمال ، كما سبقت الإشارة ، في سلوك المحكم الذي بإلتزامه الأمانة و المرونة و بنزوعه إلى التوفيق على المستويين الإجرائي و الموضوعي يستصدر حكمه من الأفراد المحتكمين سواء من خلال جمعهم على رأي مشترك يكتفي هو بتقريره أو من خلال جمعهم حول مركز يوفق بين مصالحهم ينطلق هو به برأيه و يستعيض فيه عن الحل الصدامي بالحل الوئامي ، لذلك لا مبالغة بالقول أن مسألة حرية إختيار تعد بحق من أخطر و أدق مراحل المسار التحكيمي. إلا أن الإشكالية الجلل التي تربك الباحث في هذا السياق تكمن في معرفة ما إذا كان القيد الديني يجسد حقيقة الحرية بالمعنى المقصود للكلمة أو الفوضى في ممارسة الحرية و الدعوة إليها و إستطرادا ما إذا كان يصح إطلاق الحرية من كل قيد بإعتبارها " الحرية " أم من الأجدر ضبط حركتها و توضيح حقيقة مدلولها و حدود مداها . نحاول في هذا المبحث إستكشاف مدى مشروعية " القيد التوافقي الديني " في علم التحكيم، بحيث نتطرق في ( المطلب الأول ) لخصوصية المجتمع القانوني الإسلامي في تحديد " الإنتماء الديني " للمحكم ، على أن نخصص ( المطلب الثاني ) لمنحى مقاربة جدوى " الإنتماء الديني " للمحكم لدى الإجتهاد التحكيمي الدولي .

**المطلب الأول**

**خصوصية المجتمع القانوني الإسلامي في تحديد " الإنتماء الديني " للمحكم**

إن الفكر القانوني المتكون حول الشريعة الإسلامية فكر متعدد إن من حيث إتجاهاته أو مذاهبه و هو إن كان موحدا حول الأساسيات إلا أنه غير متشابه و متماثل بما يتعلق بالجزئيات و الفرعيات . و ليس أدل على ذلك من أن مفهوم التحكيم تطور في الإسلام تبعا لتطور الفقه الإسلامي تمشيا مع المستجدات الزمنية و ما رافقها من متغيرات في الظروف و الحاجات الإجتماعية عملا بالقاعدة الكلية القائلة " بتغير الأحكام تبعا لتغير الأزمان " ، بحيث كانت أجوبة الفقه على المسائل المتعلقة بالتحكيم تتطور بإستمرار لتتلاءم و تلك الحاجات و المتغيرات ضمن إطار ما أباحته الشريعة الإسلامية و ما حرمته من أمور[[47]](#footnote-47)46 . إلا أن ما يسترعي الإنتباه في هذا السياق ، خروج التشريع في بعض الأقطار الإسلامية عن المنحى العام المعتمد لدى غالبية التشريعات العربية من ضرورة عدم التمييز في إختيار المحكمين على غرار القانون النوذجي الصادر عن منظمة الأمم المتحدة ، مشترطا " الديانة الإسلامية " في شخص المحكم و بخاصة الأجنبي منه كونها مفترضة حكما لدى المحكم سعودي الجنسية .

**الفقرة الأولى**

**الضوابط الشرعية العامة في إختيار المحكم**

بظهور الإسلام تجدد الأخذ بالتحكيم لكن في ثوب جديد و بمضمون مختلف عما كان عليه قبل حيث أصبح يخضع لنظام مستقر و متناسق و شامل يتناول مفهومه و أحكمه و أساسه و نظامه و شروطه و يجلعها جميعها تحكمها قواعد الشريعة الإسلامية ما يستوجب أن تكون في توافق معها .

**أولا – التعريف بالتحكيم و دليل مشروعيته .**

لغة ، مصدر التحكيم " حكَم " - بتشديد الكاف مع الفتح - يقال حكمت فلانا في مالي تحكيما و جاء بمعنى العلم و الفقه و القضاء بالعدل و منه الحكمة بمعنى وضع الشيء في محله ، و إستحكم فلان في مال فلان إذا جاز فيه حكمه . و قد روي عن شمير عن ابي سعيد الضرير أنه قال في قولة إبراهيم النحعي " حكم اليتيم كما تحكم ولدك " معناه حكمه في ماله و ملكه إذا صلح كما تحكم ولدك في ملكه . و من التحكيم معنى وضع الشيء في محله . و الحكم - بفتح الحاء و الكاف – من أسماء الله تعالى . و يطلق على من يختار للفصل بين المتنازعين . أما المعنى الإصطلاحي للتحكيم عند الفقهاء هو المقصود شرعا بالتحكيم . و عبارات الفقهاء في جملتها لا تخرج عن المعنى اللغوي السابق بيانه [[48]](#footnote-48)46. و جاء في الدر المختار أن التحكيم " هو توليه الخصمين حاكما يحكم بينهما و ركنه اللفظ الدال عليه بعض قبول الآخر " . و يقول المواردي أن التحكيم " هو أن يتخذ الخصمين رجل من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه " . و في تبصرة الحكام لإبن فرحون " .. إن الخصمين إذا حكما بينهما رجل و إرتضياه لأن يحكم بينهما جاز .. ". و في المغنى لإبن القدامة " إذا تحاكم الرجلين إلى رجل حكماه بينهما و رضياه و كان مما يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز " . و قد عرفته مجلة الأحكام العدلية في مادتها 1790 بالآتي : " التحكيم عبارة عن إتخاذ الخصمين حاكما برضاهما لفصل خصومتهما و دعواهما ، و يقال لمن إرتضى به الطرفان الحكم " . و قد عرفه الشيخ مصطفى الزرقاج بأنه " عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصا آخر حكما بينهما للفصل في خصومتهما " . و قد عرف قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التحكيم بأنه " إتفاق بين طرفي خصومة معينة على تولية من يفصل في منازعة بينهما بحكم ملزم يطبق الشريعة الإسلامية . و بالإجمال ، و تأسيسا على عبارات الفقهاء ، و إن إختلفت بعض ألفاظها فإنها متحدة في المعنى و المضمون في إعتبار التحكيم تولية و تقليد من طرفي الخصومة لطرف ثالث يفصل فيما تنازعاه ، فهو عقد كعقد توليه القاضي منصب القضاء ، إلا أن عقد القضاء يجب أن يصدر من صاحب صفة خاصة و هو الإمام أو نائبه بإعتباره وكيلا عن الأمة و منوطا به حراسة الدين و سياسة الدنيا . أما تولية الحكم فلا يجب أن تتوفر فيما يوليه مثل تلك الصفة بمعنى أنه يصح أن يقع التحكيم من آحاد الناس أو ممن له صفة خاصة كالإمام [[49]](#footnote-49)47 .

من جهة أخرى ، أجيز التحكيم شرعا من القرآن الحكيم و السنة النبوية و الإجماع و هي مصادر التشريع الإسلامي الرئيسية الثلاثة . قال الله تعالى في سورة المائدة ، الآية 42 " فإن جاؤوك فإحكم بينهم أو أعرض عنهم أو إن حكمت فإحكم بينهم بالقسط " . كما قال الله تعالى ، في سورة المائدة ، الآية 43 " و كيف يحكمونك و عندهم التوراة فيها حكم الله ثم يتولون من بعد ذلك و ما أولئك بالمؤمنين " . كما قال الله تعالى في سورة النساء ، الآية 49 " و إن أحكم بينهم بما أنزل الله و لا تتبع أهواءهم " ، كما ورد في سورة النساء ، الآية 50 " أفحكم الجاهلية بيغون و من أحسن من الله حكما لقوم يوقنون " .و ورد كذلك في سورة النساء ، الاية 35 " و إن خفتم شقاقا بينهما فإبعثوا حكما من اهله و حكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا " . و من الذين مارسوا التحكيم في الجاهلية ثم عاصر الرسول عليه الصلاة و السلام هاني بن يزيد و كان يكنى أبا الحكم فقال له النبي صلى الله عليهم سلم " لما يكنيك هؤلاء ابا الحكم ؟ " ، و في الرواية " أن الله هو الحكم فلم تكنى أبا الحكم " ، فقال " لأنه إذا كان بينهم أمر تشاجر أتوني فحكمت بينهم " أو قال " إذا إختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضى كلا الطرفين " ، فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم " ما أحسن هذا . فما لك من ولد ؟ " ، فقلت " نعم " ، فقال " فأيهما اكبر ؟ " ، قلت " شريح " ، قال صلى الله عليه و سلم " أنت أبو شريح " و دعا له و لولده . و طالما أن الرسول صلى الله عليه و سلم أجاز أبا شريح على أن يكون محكما فمعنى ذلك أنه أجاز الإتفاق على التحكيم و بذلك تتأكد مشروعية التحكيم بالمصدر الثاني من مصادر التشريع الإسلامي ألا و هي السنة المطهرة . و من عمل الصحابة رضي الله عليهم ، أن تحاكم عمر إعرابيا إلى شريح قبل أن يوليه و تحكاما عمر و طلحة إلى جبير بن مطعم و لم يكونوا قضاة . و عن علي رضي الله عنه حين خاصم اليهودي في درع وجدها في يده فإدعى أنها كانت لرجل من الأنصار ، يعني طلحة على ما قيل ، فتخاصما إلى شريح [[50]](#footnote-50)48 .

**ثانيا- شروط المحكم من منظور إسلامي .**

لقد جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية أن الشرط في طرفي التحكيم الأهلية الصحيحة للتعاقد التي قوامها العقد إذ بدونها لا يصح العقد . و طرفي التحكيم هما الخصمان اللذان إتفقا على حل النزاع بينهما عن طريقه و قد يكون الخصمين إثنين أو أكثر من ذلك . و لا يجوز للوكيل عن الشخص إبرام عقد التحكيم نيابة عن موكله إلا بإذن صريح من الموكل . و كذلك الصغير المأذون له في التجارة من غير إذن وليه و لا من الولي و الوصي و المحجور عليه في الإفلاس إذا كان ذلك يضر بالقاصر أو بالغرماء . و الشرط من جهة المحكم ، صلاحيته للقضاء بإتفاق المذاهب الأربعة مع بعض الإختلافات حول الشروط اللازمة لتولية القاضي . و في هذا الصدد ، قال النووي " أن الرجوع في ذلك إلى حكم مسلم ، عادل ، صالح للحكم " ، كما قال إبن قدامة في المغنى " إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماه بينهما و رضيا كان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز ذلك و نفذ حكمه عليهم " ، و بهذا قال أبو حنيفة . و في شرح فتح القدير " صفات المحكم أهليته للقضاء بأهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يقلد حاكما و لا محكما ، و يشترط أن يكون أهلا للحكم وقت التحكيم ووقت الحكم " بمعنى أنه إذا زالت أهليته أثناء التحكيم زالت عنه صفة المحكم و لا يجوز له متابعة النظر في التحكيم . و في الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، تحت عنوان شرح صحة المحكم " العدالة ، فلا يصح حكم غير عادل سواء حكم بطلاق أو بقاء أو بمال ، و غير العدل هو صبي أو مجنون أو فاسق " و هذا يعني عدم جواز تحكيم من لم يبلغ سن الرشد أو فاقد العقل أو فاقد الأهلية للفسق ، و هذا يعني أيضا لزوم التحري عن شخص المحكم و أن يكون من ذوي السمعة الحسنة و الأخلاق الفاضلة . و الجهل و العلم هما نسبيان و العلماء يقصدون بالعلم العلوم الشرعية و الفقه . و في الوقت الحاضر ، فإن الأساس لتولية القضاء أن يكون الشخص حائزا إجازة في الشريعة و القانون أو في أحدهما . و لأن التحكيم قضاء خاص كان يقتضي أن يكون المحكم ممن لديه الأساس العلمي الشرعي و القانوني . و إذا إتفق الطرفان على محكم من غير هؤلاء مهندس أو طبيب أو رجل أعمال مثلا كان عليه أن يشاور أهل القانون و الشرع في عمله . و في حاشية رد المحتار لإبن عابدين و شرطه من جهة المحكم " صلاحيته للقضاء " ، و في شرح المجلة لعلي حيدر و سليم باز ، يشترط أن يكون المحكم " أهلا للشهادة يوم توليه و يوم الحكم و من ثم لو حكما صبيا فحكم بعد بلوغه لا يتخذ حكمه " . و يتضح مما تقدم ، أن الجمهور يشترط في المحكم صلاحه للقضاء و يكتفي البعض على أن يكون ممن يصلح للشهادة كما يتضح أن كافة الفقهاء أجمعوا على لزوم أن يكون المحكم مسلما إذا إختير أن يكون حكما بين مسلمين أو كان أحدهما مسلما . و قال الأحناف أما إذا كانا غير مسلمين فلا يشترط إسلام المحكم و علة ذلك أن غير المسلم أهل للشهادة بين غير المسلمين ، فيكون تراضي الخصمين عليه كتولية السلطان عليه . و معلوم أن ولاية غير المسلم الحكم بين غير المسلمين صحيحة و كذلك التحكيم [[51]](#footnote-51)49 .

**الفقرة الثانية**

**" الديانة الإسلامية " كقيد لإختيار المحكم لدى بعض النظم القانونية الإسلامية**

يفيد الإستقراء التاريخي التحكيمي ، أن فلسفة التحكيم و تقنيته الإجرائية لم تكن بأية حالة من الأحوال غريبة عن البيئة القانونية الإسلامية بل متأصلة متجذرة في صلب العقيدة الإسلامية بمصادرها المتنوعة التي شكلت و ما زالت إطارا سرمديا لتلاقي المجتمعات العربية و الإسلامية ثقافيا و سياسيا و قانونا و لغويا.

و رغم الحيز الملفت ، القديم – المستجد ، للتشابه و شبه الوحدة في كثير من جوانب القوانين الوضعية العربية الناظمة للمسار التحكيمي لفعل التأثر القوي بالتشريعات و الإتجاهات الغربية بخاصة ، تبقى بعض الخصوصيات الملفتة و المستغربة – إن صح التعبير – في بعض جوانبها، يتقدمها إشتراط " الديانة الإسلامية " لإختيار المحكم لدى بعض النظم القانونية الإسلامية التي تعد و بحق نماذج يحتذى بها .

**أولا – " طائفة " المحكم في النظام القانوني السعودي .**

لقد عرفت المملكة العربية السعودية " التحكيم " منذ نشأتها من واقع إعمالها الكامل و المطلق للشريعة الإسلامية المستمدة من الكتاب الكريم و السنة الشريفة كأصل عام ، و لكن لم يكن ينظر إليه – أي التحكيم - بإرتياح لأن هيئة التحكيم لم تكن تدرج في محاكم الدولة الشرعية و التجارية التي تتمتع بمهابة في نفوس الناس بإعتبارها تطبق قواعد الشريعة السمحاء .

نتيجة لذلك ، و حرصا من المملكة على التطوير القانوني و النظامي ، و تحت ضغط الحاجة الإقتصادية الإستثمارية بخاصة ، عمدت إلى تضمين أنظمتها التحكيم إنطلاقا من مشروعيته في الإسلام ، و كان أول نظام يتضمنه هو نظام المحكمة التجارية الصادر بالأمر العالي رقم 32 تاريخ 15 / 5 / 1350 هـ ( عام 1930 ) و الذي عدل لاحقا بصدور نظام متكامل للتحكيم بالمرسوم الملكي تاريخ 12 / 7 / 1403 ه ( عام 1982 ) . إلا أنه لم ينل إستحسان الحقوقين لعدة أسباب أبرزها الإقتضاب و الرقابة القضائية على حميع مراحل التحكيم ، إن أن الجهة القضائية المختصة أصلا بنظر النزاع هي التي توافق على وثيقة التحكيم و تشرف على تطبيق الإجراءات و خاصىة فيما يتعلق بمدة التحكيم و تمديدها و إصدار الإجراءات التحفظية و القرارات المؤقتة بطلب من هيئة التحكيم و هي التي توافق على قرار التحكيم أو تعدله أو تلغيه بحيث لا يعتبر قرار التحكيم نهائيا و ملزما واجب النفاذ إلا بعد موافقة الجهة القضائية المختصة عليه . كما أخذ على هذا النظام إخضاع قرار التحكيم لموافقة الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع و هي محكمة الدرجة الأولى ، فيجد أطراف الخصومة أنفسهم و قد خضعوا لإجراءات التقاضي بما تتطلبه من الوقت و الجهد و كأن قرار التحكيم كان مجرد رأي صادر عن مساعدين قضائيين [[52]](#footnote-52)50 .

و بتاريخ 8 / 9 / 1405 هـ ( عام 1985 ) صدرت لائحته التنفيذية و نشرت في الجريدة الرسمية بعد عشر سنوات و قد إشترطت في المادة الثالثة من الباب الأول منها أن يكون المحكم " ... من الوطنيين أو الأجانب المسلمين من أصحاب المهن الحرة أو غيرهم ويجوز أن يكون من بين موظفي الدولة بعد موافقة الجهة التي يتبعها الموظف ، وعند تعدد المحكمين يكون رئيسهم على دراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية والعرف والتقاليد السارية في المملكة " .

إزاء هذا الواقع القانوني السلبي ، صدربقرار مجلس الوزراء رقم 156 تاريخ 17 / 5 / 1433 هـ ( عام 2012 ) المتوج بالمرسوم الملكي رقم م / 34 تاريخ 24 / 5 / 1433 ه نظام جديد للتحكيم مختلف كلية عن النظام المعمول به سابقا حل محله بموجب المادة 57 منه التي نصت على أن " يحل هذا النظام محل نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / 46 تاريخ 12 / 7 / 1403 ه " . لقد وضع النظام الجديد شروطا للمحكم لحظتها المادة 14 منه التي نصت على أن يشترط في المحكم ما يأتي :

1 – أن يكون كامل الأهلية . 2 - حسن السيرة و السلوك . 3 – أن يكون حاصلا على الأقل على شهادة جامعية في العلوم الشرعية أو النظامية ، و إذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم فيكتفي توافر هذا الشرط في رئيسها " .

رغم صراحة هذه المادة ، إلا أن الأخذ بالديانة الإسلامية كشرط لتولي المحكم المهمة التحكيمية ما زال يزيد من تعسير الأمور ، كون هناك نزاعات تحكيمية لا تتطلب دراية بالتشريع الإسلامي بقدر ما هي نزاعات تقنية . كما أن الدراية بالتشريع الإسلامي تبقى مجرد قرينة في الأشخاص المسلمين و يمكن أن تتوفر الدراية في أشخاص من جنسيات أخرى . و يمكن أن يبرز عديد من الإشكاليات على هذا المستوى ، فإن كان النزاع مثلا متعلقا و ماسا بعديد من الأنظمة القانونية و أطرافه من عديد الدول بما فيهم المملكة العربية السعودية ، أفلا يمكن للمحكم ألا يكون عالما بالدين الإسلامي في هكذا حالات . و هذا السياق ، يرى بعض الفقهاء أن هذا الشرط و إن كان لازما في التحكيم السعودي البحت إلا أنه لا ينطبق لزوما على التحكيم الدولي و تبرير ذلك بنظره " مبدأ الضرورة " الذي يبيح في التشريع الإسلامي الإستثناءات[[53]](#footnote-53)51.

**ثانيا – " طائفة " المحكم في النظام القانوني الكويتي .**

لقد نظم المشرع الكويتي التحكيم لأول مرة في قانون المرافعات رقم 6 لعام 1960 ، و أجريت بعده التعديلات التي كانت لازمة لتطويره و كان أهمها القانون رقم 3 لعام 1971 الذي اضاف المادة 264 مكررا من قانون المرافعات ، و عاد المشرع الكويتي إلى تنظيم التحكيم بشكل كامل مرة أخرى في قانون المرافعات المدنية و التجارية الصادر بالمرسوم بالقانون رقم 38 لعام 1980 ، و قد لحقت هذا القانون تعديلات عديدة. جاءت أحكام التحكيم في الباب الثاني عشر من قانون المرافعات من المادة 173 إلى المادة 188 منه ، اي أنه نظمه بـ 16 مادة . في عام 1995 ، عمد المشرع الكويتي إلى إصدار قانون خاص هو القانون رقم 11 لعام 1995 بشأن التحكيم القضائي المنصوص عنه في المادة 177 من قانون المرافعات ، مع إلغاء حكمها ، لإنتهاء سبب وجودها بعد أن نظم موضوعها كاملا بقانون خاص صدر من أجل ذلك ( القانون رقم 22 لعام 1995 ) .

و بالإجمال ، يتميز نظام التحكيم في الكويت بعدة خصائص أبرزها إحترام دور الإرادة الخاصة في التحكيم من جهة أولى ، فالتحكيم العادي ، يغلب عليه سيطرة مبدأ سلطان الإرادة في كيفية اللجوء إلى التحكيم و تحديد القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع أما التحكيم القضائي المختلط ، فقد منح للإرادة الحق في اللجوء إليه و في إختيار المحكم و تحديد أتعابه ، و تحديد بعض إجراءات التحكيم التي ينظمها قانون التحكيم القضائي ، و الطابع الفني المتميز من جهة ثانية ، إذ يؤدي التحكيم الإختياري في دولة الكويت إلى إختيار محكمين متخصصيين في موضوع النزاع ( إلى إختيار فنيين ) سواء في التحكيم العادي أو في إختيار المحكم العادي في التحكيم القضائي – ينال ثقة الخصوم و يكون على دراية تامية بفنية النزاع مما يوفر الوقت و الجهد و يجعل اللجوء إلى الخبير عديم الفائدة كما يؤدي إلى حسم النزاع نظرا لمعرفة المحكم المختار لطبيعة النزاع و دقائقه بطريقة تؤدي إلى إستمرار العلاقة الإقتصادية و الإجتماعية بين الخصوم و ذلك لأنه يؤدي بدوره أيضا إلى المحافظة على سرية النزاع[[54]](#footnote-54)52 .

لناحية إختيار المحكم و الشروط الملازمة لشخصه ، فقد أتت المادة 174 واضحة في دلالاتها بنصها على أنه " لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجوا عليه أو محروما من حقوقه المدنية ، بسبب عقوبة جنائية أو مفلسا لم يرد إليه إعتباره " . و يتضح من هذا النص ، انه و إن كان المحتكمون أحرار في إختيار المحكم أو المحكمين من حيث المبدأ إلا أن المشرع قد ذكر الحالات التي لا يصح أن يكون الشخص فيها محكما ، و يعني أن كل شخص يصلح أن يكون محكما طالما لم توجد فيه حالة من الحالات التي ذكرها النص . و تطبيق ذلك ، أنه متى كان المحكم شخصا طبيعيا ، فلا يهم جنسيته و لا ديانته لأن القانون لم يشترط الجنسية الكويتية و الديانة الإسلامية في شخص المحكم . رغم صراحة النص ، يميل إتجاه غالب على ما يبدو إلى عدم جواز تولي غير المسلم التحكيم في المنزعات التي تسود أقله بين المسلمين و إذا كان غير المسلم لديه خبرة في مسألة فنية معينة فإنه يمكن الإستعانة به كخبير بحيث يكون رأيه إستشاري غير ملزم ، و سنده في ذلك المادة الثانية من الدستور من جهة أولى التي تنص على أن " دين الدولة الإسلام و الشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع .. " ، و قانون تنظيم القضاء رقم 23 لعام 1990 من جهة ثانية التي نصت المادة 19 منه على أن يشترط فيمن يتولى القضاء أن يكون مسلما [[55]](#footnote-55)53 .

**المطلب الثاني**

**تباين مقاربة جدوى " الإنتماء الديني للمحكم " لدى الإجتهاد التحكيمي الدولي**

لا خلاف على أن البند التحكيمي ليس ببند عادي من بنود العقد بل هو بند إستثنائي بإمتياز معقد مركب مليء بالمخاطر و المزالق يبحر في الفلك العابر للدول ناظما بدقة متناهية – من حيث المبدأ – مسار فض المنازعات المتولدة عن العقد مثيرا في كل جزئية من جزئياته الفضول و العديد من الإشكاليات التي شغلت - و مازالت - بال ثالوث المنظومة التجارية الدولية و نعني الفقه و القضاء و الإتفاقيات الثنائية و المتعددة الأطراف . إلا أن الإشكالية المربكة المثارة في هذا الصدد ، تكمن في تقيم ملامسة البند لحرية من مجموعة حريات عالم التحكيم كما هو الحال مع القضيتين الأميركية و الإنكليزية المشار إليهما لاحقا ، الذين تجاوزا برأينا الخطوط الحمراء لما يثيرانه من تساؤلات و هواجس خطرة مما يستدعي قدر كبير من الهدوء و الحذر و الدقة و التهيب في العرض و التحليل و النقد و التصويب و الإجابة ، لعل من أهمها معرفة ما إذا كانتا بأبعادهما و دلالاتهما الحقيقيتين أقرب لمعادلة " ما يجب أن تكون عليه الحرية أو لا تكون " من معادلة " إما أن تكون الحرية أو لا تكون " ، و إستطرادا ، ما إذا كانتا تشوهان فعلا الحرية حين تمارس بغير مقصدها فينسحب أثرها السلبي على ممارسها و ميدان ممارستها .

**الفقرة الأولى**

**خصوصية المقاربةالإنكليزيةلجدوى " الإنتماء الديني للمحكم "**

**قضية جيفراج Jivraj الشهيرة**

في عصر العولمة بمعناها الشمولي الواسع ، صدر من بلاد ملأت الدنيا بالدعوة للحرية و العدالة و المساواة و إحترام حقوق الإنسان قرارين في قضية " Jivraj " الشهيرة[[56]](#footnote-56)54 جديرين بالإهتمام ليس لأن الغارق فيهما سيوافق أو سيرفض كل ما جاء فيهما بل لأنهما يثيران الإنفعال بالرضى تارة و التعجب طورا تماما كالزهرة التي يصيبك بهاؤها و يقتلك عبيرها ..

لناحية وقائع القضية ، فتتلخص أنه عام 1981 ، أبرم كل من السيد صدر الدين هشواني و السيد نور الدين جيفراج إتفاقية تعاون مشترك للإستثمار في المجال العقاري في مختلف أنحاء العالم و خاصة كندا و من بعدها في مكان آخر . و قد نص البند الثامن من العقد في هذا الإطار على ما يلي :

" ( 1 ) إذا نشأ في ما بعد أي نزاع أو خلاف و في أي وقت كان بين المستثمرين في ما يتعلق بتفسير هذا العقد أو بالنسبة إلى ما هو وارد في هذا العقد أو ناشىء عن هذا العقد أو بكل ما يتعلق بحقوق و مسؤوليات و واجبات المستثمرين أو أي واحد منهم أو ناشىء ( دون الحصر ) عن أعمال أو أنشطة التعاون المشترك المتفق عليها بالطريقة نفسها يحال إلى ثلاثة محكمين ( يقومون بمهمتهم بالأغلبية ) يعين كل طرف محكما واحدا على أن يكون المحكم الثالث رئيس المجلس الوطني للمملكة المتحدة في مؤسسة آغا خان في الوقت الحاضر . يجب أن يكون المحكمون من بين الأعضاء الذين يتسمون بالإحترام في الطائفة الإسماعيلية و من أصحاب المناصب العليا في الطائفة ..... " .

في العام 1988 قرر الأطراف إنهاء عقد التعاون المشترك الموقع بينهم . عين الأطراف ثلاثة أعضاء من الطائفة الإسماعيلية كهيئة توفيق لمساعدتهم في تقاسم الأصول غير أن بعض المسائل بقيت عالقة ، كما أن محاولة حل خلافاتهم المتبقية عن طريق تحكيم خاص باءت بالفشل . علق الأمر حتى شهر يوليو 2008 حين قدم محامون يمثلون السيد هشواني دعوى في وجه السيد جيفراج بقيمة 1412494 باوند ( جنيه إسترليني ) إضافة إلى الفائدة الفصلية المركبة من 31 مايو 1994 ، بعد أن ابلغهم بتعيين السير أنطوني كولمان محكما بموجب البند الثامن من العقد . و قد طلب محامو السيد هشواني من السيد جيفراج تعيين محكم خلال سبعة أيام .

كان رد السيد جيفراج مباشرة الإجراءات أمام المحكمة التجارية ملتمسا إعلانا بعدم صحة تعيين السير أنطوني كولمان كونه ليس فردا من الطائفة الإسماعيلية . بعد ستة أسابيع أودع السير أنطوني كولمان محكما فردا إستنادا إلى الفصل 18 ( 2 ) من قانون التحكيم لعام 1996 . و قد بني الإستدعاء على أساس أن شرط التحكيم نص على أن يكون المحكمون من الطائفة الإسماعيلية رغم كونه شرطا قانونيا وقت إبرام العقد ، إلا أنه أصبح شرطا غير قانوني و باطلا لأنه يخالف المساواة في التوظيف ( الدين و المعتقد ) أنظمة عام 2003 ( الأنظمة ) . و قد طلب السيد هشواني الإعتماد على قانون حقوق الإنسان لعام 1998 و على النظام العام دعما لقضيته . و عندما طرحت القضية على قاضي أول درجة David Steel ( المحكمة القضائية العليا ، قسم المحكمة الملكية – المحكمة التجارية ) إنتهى بتاريخ 26 حزيران 2009 إلى أن اللوائح المذكورة لا تنطبق على المحكمين لأنهم لا يعدون من العاملين و ليس في إشتراط إنتماء المحكمين لطائفة دينية معينة مخالفة للنظام العام أو لتشريعات حماية حقوق الإنسان و من ثم إن تعيين المحتكم لشخص لا يتوافر فيه شرط الإنتماء للطائفة الإسماعيلية يعد باطلا و هو بطلان يلحق بشرط التحكيم في جملته بما يفيد أن النزاع يصير الفصل فيه من إختصاص القضاء .

 و رغم عدم إعطاء قاضي أول درجة إذنا كي يستأنف حكمه ، فقد أقيم الإستئناف أمام الدائرة المدنية بالمسائل المتعلقة حصرا بالأنظمة و بالفصل ، و خلصت المحكمة بتاريخ 22 حزيران 2010 إلى نتيجة مغايرة عن حكم القاضي David Steel حول جملة من النقاط ذات الصلة مقررة فيما يتصل بخاصة بشرط الإنتماء إلى الطائفة الإسماعيلية إلى أن هذا الشرط ليس ضروريا لتنفيذ مهمات المحكم بموجب إتفاق من هذا القبيل و أنه مع ذلك شرط غير مقبول مشيرة إلى أن هذا الإستثناء قد يكون ممكنا ضمن إطار هيئة تحكيمية تحكم بالإنصاف و ليس من خلال تطبيق القانون الإنكليزي كما هو الحال مما يفيد بالنتيجة أن الشروط الدينية ليست ضرورية . و مما ورد في حيثياته :

" .... *إن ما توصل إليه القاضي حول طبيعة الطائفة الإسماعيلية و معتقداتها لم تنتقص و لكن بحسبوجهة نظرنا فشل في إيلاء الشروط الأخرى الواردة في النظام رقم 7 ( 3 ) الإهتمام الكافي ، و خاصة ، بالنظر إلى معتقدات هذه الطائفة و طبيعة مهمة المحكم ، إذا كان الإنتماء إلى الطائفة الإسماعيلية هو شرط مهني أساسي لإقالته وفقا للأصول . لو كان البند التحكيمي قد خول الهيئة التحكيمية سلطة الفصل في النزاع ، وفقا لقواعد العدل و الإنصاف لكان من الممكن أن نبين أن من ينتمي إلى الطائفة الإسماعيلية فقط يمكن أن نتوقع منه أن يطبق المبادىء الأخلاقية و أن يفهم العدالة و الإنصاف المعروفة بشكل عام في هذه الطائفة ، كما يتم تطبيقها بين أفرادها ، و لكن طبيعة مهمة المحكمين تحت البند 8 ( 1 ) هي فصل النزاع بين الأطراف وفقا لمبادىء القانون الإنكليزي . إن ذلك يتطلب بعض الإلمام بالقانون المذكور في حد ذاته ، بما في ذلك أحكام قانون التحكيم لعام 1996 كما القدرة على السير بالإجراءات بإنصاف وفقا لقواعد العدالة الطبيعية ، و لا يستلزم أية معتقدات معينة . إن الإنتماء إلى الطائفة الإسماعيلية ليس ضروريا لإقالة المحكم من مهماته وفقا لإتفاق من هذا النوع ، كما يظهر جليا و لا نستطيع أن نقبل ، تبعا لذلك ، بإثارة الإستثناء المنصوص عليه في النظام رقم 7 في هذه القضية* ... " .

بتاريخ 27 تموز 2011 أصدرت المحكمة العليا الإنكليزية حكمها في الطعن المقدم أمامها مقررة فسخ حكم محكمة إستئناف لندن وتأييد حكم المحكمة العدل العليا إلى حد كبير لا سيما بشأن حرية المتعاقدين في إختيار المحكمين من دين معين . و مما ورد في حيثياته :

" *... العديد من المحامين الإنكليز و غيرهم من المحامين يؤمنون بتقنيات تسوية النزاعات وديا و مدربون عليها و مطلعين عليها بما في ذلك التوفيق و الوساطة و التحكيم . إن قيمة الطرق البديلة لحل النزاعات ، خاصة الوساطة ، مسلم بها أيضا على المستوى القانوني الأوروبي ( راجع مثلا التوجيه 2008/52/EC حول بعض أوجه الوساطة في المسائل المدنية و التجارية و التوصية رقم R(2002)10 الصادرة عن مجلس أوروبا بشأن الوساطة المدنية ) . إن قدرة جماعة أو منظمة قائمة على الدين أو المعتقد أولا في إختيار و ثم توجيه المحامين الموظفين لديها هو وسيلة آمنة لضمان أن هؤلاء المحامين قيموا و فهموا و أعطوا الأولوية لتولي العمل القانوني الخاضع للقانون الإنكليزي قدر الإمكان على اساس غير تصادمي ، بإستخدامهم الإجراءات المتبعة في الطرق البديلة لحل النزاعات كلما كان ذلك ممكنا . إن رفض توظيف شخص لا ينتمي إلى الدين أو المعتقد المعين من غير المرجح أن يكون له في هذا الإطار مبررا أو ملائما ....* " .

لقد أثارت هذه القضية إهتماما واسعا في الأوساط التحكيمية الدولية ، فكانت ردات الفعل المتخوفة ، بحق ، مفرطة و غيرة مبررة في بعض جوانبها شكلا و مضمونا مولدة نتائج أكثر خطورة و سلبية من تلك التي لامستها قضية جيفراج و سعت المحاكم لتداركها .

إذ وجد**Giorgio Bernini** هذه القضية " .... غاية في الأهمية لأنها تعالج بعض القضايا التي من المحتمل أن تؤثر إلى حد كبير في عدد من القوانين و المبادىء المطبقة على التحكيم المحلي و الدولي " و " .. تفتح مجالا لنقاش ثقافي مثير للإهتمام يتعلق بالنظرة إلى التحكيم كوسيلة لتجسيد صوت المجتمعات التي تقوم على دين أو تقليد معين و التعبير عنها " و " .. هي مسألة تتعلق بقضية أوسع نطاقا تتصل بتطبيق حقوق الإنسان في إتفاقيات التحكيم التجاري الدولي ... " مستشعرا " ... الحاجة إلى التنسيق على المستوى العالمي لتلبية إحتياجات المؤسسة التجارية العاملة في إطار ما يسمى السوق العالمية إزاء ما يرجح أن تولده الخلافات على المستوى الوطني و / أو المحلي من حواجز ثقافية و قانونية لا تؤثر فقط في إستخدام التحكيم الدولي على الصعيد العالمي بل تضعف الميزات الأساسية للتحكيم كأداة مقبولة لحل النزاعات ... " داعيا إلى " .. عدم وضع التشريعات الوطنية في تنازع مع المبادىء المعترف بها دوليا .. " جازما " أن إحدى أهم سمات التحكيم ( إن لم تكن الأهم ) هي الإمكانية المفتوحة أمام الأطراف لإختيار المحكم الخاص بهم ( و تحمل مخاطر هذا الإختيار ) و هو أمر في حد ذاته يبرر الحاجة لوجود نظام خاص ( دولي و محلي ) للحفاظ على التحكيم كعملية مختلفة عن المقاضاة أمام محاكم الدولة الوطنية ... " . و لاحظ في سياق تعليقه على منحى محكمة الإستئناف أنها " إعتمدت حل إنكليزي لمشكلة معقدة تتخطى الحدود القومية .. " تستدعي معالجتها " ... تحقيق توازن عادل و مستقر بين النطاق الذي يحظر التمييز و المجال الذي يتمتع فيه الأطراف بإستقلالية وضع أحكام العقد و شروطه " مستنتجا " .. أن الشرط الذي يقيد تعيين المحكمين *بأعضاء محترمين من الطائفة الاسماعيلية* ليس باطلا و بالتالي يكون نطاقه التقييدي صحيحا ... " مقترحا إعتماد " ... نظام القوائم المفتوحة المتضمنة أعضاء من الطائفة الإسماعيلية و الذي يعادل الإشارة إلى *أعضاء محترمين من الطائفة الإسماعيلية* فإذا كان خيار الأطراف في شرط التحكيم خيارا مشروعا ، عندها لا يمكن الإدلاء جديا بأية حجة تمييز ... " متمنيا عدم تأييد المحكمة العليا للمنحى الإستئنافي " ... لئلا يصبح حقل التحكيم التجاري الدولي عرضة للإندثار أو على الأقل يتأثر سلبا إلى حد كبير ... " [[57]](#footnote-57)55 مرحبا ، في سياق تعليقه على القرار التمييزي ، بما صدر عن المحكمة العليا مشيرا إلى أن " .. أسلوبها يختلف من حيث التحليل المنطقي و التسبيب القانوني عن تعليقه (على الحكم الإستئنافي ) الهادف إلى إجراء تقييم ناجم عن وجهة نظر دولية و عن وجهة نظر القانون المقارن حيث يتم التركيز على دور التحكيم الدولي و أهدافة كأداة فعالة لتعزيز التعاون على صعيد التجارة و الإقتصاد العالميين في حين أن أسباب حكم المحكمة العليا و حتميته ترتكز على تحليل دقيق للقانون الإنكليزي مصوغ بأسلوب القانون العام الرائع و المتكلف الذي يعطي الأفضلية و الأسبقية للإجتهادات و تغنيه المراجع في القانون الأوروبي و العديد من الأحكام القانونية الأخرى في بقاع العالم الأخرى و بالطبع إلى العديد من القوانين الدولية الأخرى ... " معتبرا " أن دعوى جيفراج و تتابع الأحكام المتعارضة الصادرة عن ثلاث درجات تقاض رمزية تشير إلى أن المعيار الغالب الذي بموجبه يمكن ، و بشكل دقيق ، مناقشة شرعية مجموعة من المؤهلات الهادفة إلى تقييد عدد الأشخاص المحتملين لمنصب محكمين يكمن في التقييم الإيجابي أو السلبي لأهمية الأسباب التي تعلل هذا التقييد ... " فبرأيه " .. منع التمييز هو في الواقع محاولة مهمة و لكن نجاح هذه المحاولة معرض للخطر بوجود عنصر شك ثالث هو التحديد الدقيق للحدود بين تقييد مقبول يسببه فرض مؤهلات يتعذر الدفاع عنها تخص إتفاق التحكيم و المحكم الذي سيعين على عكس التمييز القانوني ( بشكل أصح أكثر المنبعث من الحس بالواجب ) الذي لا تسببه حوافز معقولة و أخلاقية ....." لذلك يرى أنه " ... من الضروري أن يوجه الإستشراف العملي السليم تفسير المبادىء التي تتجاوز قيمها الجوهرية حدود النطاق القانوني المحض التي ( أي الحدود ) يجب أن تكون محددة بموجب الحكم الحكيم الذي تصدره المحكمة بقصد تطبيق المبادىء و القيم التي تؤثر ليس فقط في مصلحة الأطراف بل أيضا في مصلحة المجتمع ككل ... " مكررا إقتراح " .. نظام القوائم كأحد الأساليب التي بموجبها يتم الإعتراف بسلطة الأطراف التقديرية في إختيار المحكمين الذين سيعينون من دون أن يترتب على ذلك خطر تمييز ... " [[58]](#footnote-58)56 .

أما**CremadesBernardo**، فيعتبر أن " ... شرط الإنتماء إلى طائفة دينية معينة هو معقول و منطقي و موضوعي و مبرر بوجه إتفاق يطبق فيه قانون الطائفة الدينية .. " آخذا على القرار الإستئنافي " .. ضعف التسبيب في ما يتعلق بالعلاقة بين الأطراف و المحكمين ، بدور التحكيم ، بالتفريق بين التحكيم المؤسسي و المستقل و النتائج المحتملة التي قد تنتج منهما كذلك الأمر بالنسبة إلى التفسير الموسع لأنظمة عام 2003 في ضوء التوجيه ، القانون الأوروبي في شأن عدم التمييز و الإجتهاد في هذا الصدد .. فضلا عن التناقضات خاصة في ما يتعلق بفصل شرط التمييز عن باقي الشرط التحكيمي فالمحكمة تؤكد أهمية السرية ، الثقة و التأثير في تشكيل هيئة التحكيم و مهارة القدرة على الحد من تكوينها بهذا المعنى تعترف بأهميتها في شكل التحكيم في حين أنها تبطل في الوقت عينه تشكيل هيئة التحكيم لأنها ليست مبررة ... " آملا أن يأتي حكم المحكمة العليا مختلفا عن المنحى الإستئنافي " .. منعا لأي إحتكاك بين المنظمات العلمانية و المنظمات الدينية .. أو خفض عدد خدمات التحكيم لدى هذه الأخيرة .. و تداركا لأثر لا يستهان به على القانون الواجب التطبيق على العقود و على إجراءات التحكيم .. " مما يعزز " .... الإعتراف بالتحكيم كمجال له إعتباراته الخاصة نظرا إلى تأثيره الذي يتخطى حدود المملكة المتحدة ..و إكتشاف الفرص لتكييف المفاهيم الأوروبية التي تضع مستوى أدنى من الحماية مع خصائص شكل التحكيم ... " [[59]](#footnote-59)57 .

و بدوره ، لم يخفي**Serge Lazareff**، إستغرابه من منحى محكمة إستنئاف إنكلترا وويلز ( الدائرة المدنية ) واصفا قرارها " ... بشيء عجيب .. غريب .. الأكثر إثارة للدهشة .." و " .. لا يصدق يبين عن سوء فهم لماهية التحكيم .. و له وقع القنبلة في عالم التحكيم الدولي .. و مؤذ للتحكيم في إنكلترا .. " و " .. يلحق الضرر ليس بلندن فحسب و إنما بالتحكيم عموما ... " فبرأيه " قد ضلت المحكمة الإنكليزية طريقها و لم تأخذ بالإعتبار المقاربات الأكثر عقلانية التي يمليها المنطق السليم .. " مؤيدا " ... التمييز الإيجابي في إختيار المحكمين .. فلكل شخص الحق في القول أريد محكمين حكماء على إطلاع على عاداتي و ما يجب أن يكون عليه سلوكي .. " متمنيا كزملائه " .. أن يسود الصواب و المنطق السليم .. و أن تنقض المحكمة العليا هذا القرار .. " أقله كي لا تنشأ إشكالية جديدة " تتصل برفض التمييز الإيجابي أو السلبي في تعيين محكم ما بسبب جنسيته ... " [[60]](#footnote-60)58 مرحبا ، في سياق تعليقه على القرار التمييزي الصادر عن المحكمة العليا ، بالنهاية السعيدة لدعوى جيفراج " .. التي أعادت إنكلترا لسابق عهدها بلدا صديقا للتحكيم .. مما يريح عالم التحكيم من الإرباك و الشك اللذين سادا جراء قرار محكمة الإستئناف و يضع حدا لمقاربة إنكليزية قديمة التي بموجبها المحكم هو خادم الطرف و التي تتناقض تناقضا تاما مع التحكيم الدولي الحديث " [[61]](#footnote-61)59 .

أما **أحمد صادق القشيري** ، فوجد " قضية جيفراج .. طريفة تتناول موضوعا غير مألوف .. " و إعتبر أنه " .. في مجال العلاقات القانونية التي تتسم بأهمية الإعتبارات الشخصية بين الأطراف مثل المشاركة في الأنشطة الإقتصادية القائمة على إنتماءات خاصة ثقافية أو دينية أو عائلية ، يمكن تصور إتفاق التحكيم الوارد في العقد أو في مشارطة تحكيم شروطا تقيد عملية إختيار المحكمين بحيث يتوجب في مفهوم المتعاقدين و ما إتجهت إليه إرادتهم أن ينتموا إلى ديانة أو إتجاه عقائدي معين ، و مثل هذا الإشتراط لا يعد من حيث المبدأ مخالفا للنظام العام متى كان ما يبرره بحسب طبيعة تلك العلاقة و على وجه الخصوص إذا كان الإتفاق على التحكيم يتضمن تفويضا للمحكم أو لهيئة التحكيم للفصل في النزاع وفقا لمقتضيات العدالة أي بتخويله سلطة التحكيم بالصلح ... أما خارج إطار العلاقات الحميمية و ذات الطابع الشخصي ، إن أي إشتراط لجنسية معينة أو جنس معين أو ديانة أو الإنتماء إلى طائفة عقائدية معينة يجب النظر إليه بإعتباره مبررا كافيا لإهدار شرط التحكيم و تقرير بطلانه و هو بطلان ينصرف إلى شرط التحكيم في جملته .. " [[62]](#footnote-62)60مرحبا في سياق تعليقه التمييزي بالقرار الصادر عن المحكمة العليا مبينا إسهامه القانوني في التحكيم لا سيما في " ... التحليل المتعاطف و المتفهم لمفهوم حل المنازعات وفقا للمذهب الإسماعيلي بما في ذلك التحكيم و هو ما حدا إلى تأييد مشروعية إعتبار اللجوء إلى محكم إسماعيلي محققا ليس فقط لمفهوم كونه genuine بل و كذلك both legitimate and justified .. " [[63]](#footnote-63)61 .

أما **فايز الحاج شاهين ،** فقد علق على القرار الإستئنافي من زاوية إمكانية الإسترشاد به في القانون اللبناني منتقدا " ... إستناده على الأحكام المطبقة على التمييز discrimination لأن مجمل هذه الأحكام يجب أن تفسر بصورة ضيقة في مادة قانون العقود المنظور في إنشائها إلى شخص العاقد institus personae .... " سيما و أن " ... هناك أسباب مشروعة كانت تبرر إختيار المحكمين على اساس إنتمائهم إلى الطائفة الإسماعيلية مثل الإطمئنان الذي يولده هذا الإنتماء في نفوس المحتكمين و مثل إمتناع المحكمين الذين ينتمون إلى هذه الطائفة من تقاضي الأتعاب مما يخفف من كلفة التحكيم " موضحا أن " الإنتماء الديني ليس شرطا فرضه المشرع بل شرط إرتضاه الفريقان و الفرق شاسع بين الحالتين ، ففي الحالة الأولى يشكل شرط الإنتماء الديني قيدا على حرية الفرقاء بإختيار المحكم أما في الحالة الثانية فإن هذا الشرط نابع من حرية الفريقين و هو بالتالي يتوافق مع هذه الحرية و لا يتعارض معها و لذلك يجب إعلان صحته ... " مبينا تناقض القرار " ... فعندما أبطلت محكمة الإستئناف تعيين المحكم على اساس الإنتماء الديني لم توقف عند فكرة إحترام إرادة الفريقين الذين عبرا صراحة عن رغبتهما في إعتماد هذا المعيار لكنها عندما قضت بأن إبطال التعيين يشمل البند التحكيمي بكامله أشارت إلى ضرورة إحترام إرادة الفريقين ... " رافضا ما ذهب إليه " ... في التفريق بصورة ضمنية بين التحكيم العادي و التحكيم المطلق " فبرأيه البند التحكيمي المبني على الإنتماء الديني " .. إما أن يكون صحيحا و إما أن يكون باطلا و ذلك بصرف النظر عن طبيعة التحكيم ، فجواز أو بطلان البند يجب أن تستمد من مشروعية أو عدم مشروعية الإختيار المبني على الإنتماء الديني ... " [[64]](#footnote-64)62 .

**أما حمزة حداد ،** فيعتقد أن " ... من الصعوبة تطبيق الحكم الإستئنافي في الحياة العملية في التحكيم المؤسسي الدولي .. " سيما إزاء ما يثيره من " ... تساؤل عن تنازع القوانين من حيث الزمان و الحقوق المكتسبة .. " و يرى أن الحكم **" ..** محلنظر كبير في الظروف المحيطة .. ففريقا العقد ينتميان إلى الطائفة الإسماعيلية و يرغبان في أن يكون المحكمون من الطائفة نفسها لغرض معين لم يفصحا عنه و هذا شأنهم و لا يستطيع أحد أن يجبرهم على التحكيم أمام أشخاص آخرين من غير تلك الطائفة و لا على الإفصاح عن سبب إشتراط كون المحكمين من الطائفة التي ينتميان إليها أي الطائفة الإسماعيلية ... " مما يعزز برأيه " .. صحة الإتفاق و وجوب العمل به .. فالسبب وجيه لإشتراط كون المحكمين من الطائفة الإسماعيلية .. " [[65]](#footnote-65)63 .

**الفقرة الثانية**

**تمايز المقاربة الأميركية لجدوى " الإنتماء الديني للمحكم "**

**قضية/ Rohde Rebmann الشهيرة**

لم يكد يلتقط الوسط التحكيمي الدولي أنفاسه بعد قضية Jivraj حتى إستشعر قبيل صدور القرار التمييزي الإنكليزي بإرتدادات زلزلة تحكيمية جديدة خطيرة كسابقتها في مدلولاتها و أبعادها مصدرها قرار صادر عن محكمة إستئناف كاليفورنيا بتاريخ 28 حزيران 2011 بمعرض قضية / Rohde Rebmann الشهيرة . و تتخلص وقائع القضية في إتفاق تعاون مشترك أبرم بين شركة كاليفورنية Precious Smart Ingredients يملك أكثرية أسهمها السيد Rohde و شركة ألمانية R RBeteiligungsgellschaft يملكها السيد Rebmann بهدف تأسيس شركة جديدة Lipoid للإستثمار في المجال الغذائي في أميركا الشمالية . و نتيجة صعوبات طرأت أثناء تنفيذ العقد ، لجأ الفريق الكاليفورني إلى التحكيم الملحوظ في نظام الشركة مطالبا بتحميل الفريق الألماني المسؤولية القانونية عن الأضرار المادية الناجمة عن وقوعه ضحية تشويه لبعض الحقائق التي لعبت دورا محوريا في حثه على الإنضمام إلى الإتفاق المشترك . و نظرا لعدم توصل الفرقاء إلى إتفاق حول تسمية المحكم ، إختار مركز التحكيمJams القاضي الفدرالي المتقاعدHaberfeld الذي أصدر قرارا لصالح الفريق الألماني بتعويض رمزي مقداره 1000 دولار أميركي معللا ذلك بضعف حجة الفريق المدعي محملا هذا الأخير مصاريف الدعوى و أتعاب المحاماة البالغة في قرار لاحق أصدره بما يوازي مليون و 200 ألف دولار أميركي مما أثار حفيظته ( أي الفريق الكاليفورني ) ’ something did not smell right ‘ . و إثر إحالة النزاع أمام أمام المحكمة العليا لمقاطعة Orange ، أيد القاضي Luesebrink بتاريخ 2 شباط 2010 القرار التحكيمي.. فإستأنفه الفريق الكاليفورني أمام محكمة إستئناف كاليفورنيا مدليا بجملة أسباب تتصل بحيادية المحكم و إستقلاليته جازما بعدم موافقة السيد Rohde على تسميته فيما لو جرى الكشف مسبقا حول جملة حقائق تتصل بهوية المحكم الشخصية و الثقافية سيما " ... بأنه ينتمي إلى الطائفة اليهودية .. و بأنه مولود عام 1944 في الولايات المتحدة الأميركية .. من والدين ألمان من أصل يهودي إنتقلا إلى الولايات المتحدة الأميركية قبيل الحرب العالمية الثانية .. و بأنهم جميعا خسروا عائلاتهم و ممتلكاتهم خلال الهولوكوست .. و بأنهم أعضاء في نادي 1939 الهادف إلى تدارك تكرار الهولوكوست .. " مما يساهم في خلق الشعور بنية المحكم " محاسبته ( أي الفريق الكاليفورني ) على الأذى اللاحق بعائلته " “ to punish me for the harms brought on his family “ سيما أنه ( أي السيد Rohde ) و زوجته من مواليد ألمانيا عام 1944 و من والدين خدما في الجيش الألماني خلال الحرب العالمية الثانية . رفض الفريق الألماني هذه الحجج مبينا " ... أن المحكم غير ملزم بالإفصاح عن جذوره و إنتماءاته الدينية أو الثقافية أو السياسية .. و بأن كلا الفريقين المتنازعين ألمان مما يثبت لاعقلانية حجج الفريق الكاليفورني و يكشف عن نيته التهرب من تنفيذ ما قضى به المحكم .. " .نكلا و بتاريخ 26 حزيران 2011 ، أيدت محكمة إستنئاف كاليفورنيا حكم المحكمة العليا مستندة على سوابق قضائية تتصل بحيادية المحكم و إستقلاليته و معللة موقفها " .. بأن الحيادية يجب أن تقيم موضوعيا من منظور شخص ثالث نزيه مطلع متبصر و حكيم .. و بإنتفاء الصلة بين قرار المحكم من جهة و الوضع العائلي للسيد Rohde و مسألتي الهولوكوست و الحرب العالمية الثانية من جهة ثانية .. و بأنه لا يقبل الإعتراض على خلفية المحكم و إنتماءاته في مرحلة متقدمة من المسار التحكيمي لأنه كان بمقدور الجهة المستأنفة الإعتراض على تسميته قبل إنطلاق العملية التحكيمية.. " [[66]](#footnote-66)64 .

في الواقع ، يكمن السؤال الأساس المطروح على محكمة إستئناف كاليفورينا في معرفة ما إذا كان الإنتماء الديني أو الثقافي يشكل بحد ذاته وقائع قابلة لأن تولد الشكوك و الريبة لدى شخص عاقل راشد حول حيادية المحكم . لقد أجابت محكمة الإستئناف بالنفي .. و برأينا ، هو موقف في محله القانوني . فإذا كان يصح حجب الثقة عن المحكم لأداء المهمة الموكلة إليه لتأثره بإعتبارات تتصل بإنتمائه الديني أو الثقافي أو الإجتماعي ، فمن باب أولى ، يصح الإعتراف بأن الإرتياب و الشك حول محاباته و تحيزه و ميوله لمجرد إنتمائه لطائفة إجتماعية أو ثقافية أو دينية سيسيء بدون أدنى شك لكرامة المحكم و مصداقيته العلمية . و قد سعت بوضوح محكمة الإستئناف لحماية حرمته الشخصية من خلال رفض السماح برده لمجرد الإنتماء الديني مؤكدة بأنه غير ملزم للكشف عنه طوعا تلقائيا . و كأنها بمنحاها تدعو المحكمين – كي لا تقل تدفعهم و تحرضهم – لعدم التجاوب مع طلب إفصاح من هذا القبيل .

**الخاتمة**

إن الفكر عامة في صبره على الحاضر و إنتظاره للمستقبل أحوج ما يكون إلى إستخلاص الفوائد و العبر من عظائم الحوادث الغابرة . فالإنسان أمام المستقبل المجهول يبحث في الماضي عن قبس ينير له الطريق .. فالسياسي يعود إلى السوابق ... و القانوني يرجع إلى العرف و التقاليد ... و الإجتماعي يذهب منقبا في ثنايا التاريخ .. و ليس من مقياس للتقدم أصدق و لا أوضح و لا أكثر إطرادا في جميع الأحوال من مقياس حرية الفرد بين زمان و زمان ، و مكان و مكان ، و تفكير و تفكير . فإذا قابلنا بين عصرين إثنين فأرقاهما و لا ريب هو العصر الذي يعظم فيه نصيب الفرد من الحرية ... و أسوأهما هو العصر الذي يساء فيه إستخدامها . و إذا فرض الباحث على نفسه ثقافة معينة تلامس حرية ما أو تمسك بها أيا كانت قيمتها فسلم بقضاياها و إطمأن إلى عرضها و إستراح إلى أحكامها ثم تناول ما يريد من بحث على هذا الأساس قلما يصاحبه التوفيق أو يصادفه النجاح . فالأخذ بنظرية خاصة لا يؤدي إلى نتائج صحيحة في كثير من الأحوال .. فليس كل قديم بضائرنا .. و ليس كل جديد بنافعنا ... و مرامي الفكر القانوني كثيرة التشعب و ظروفه مستمرة التقلب و أهدافه تتغير بتغير الظروف و الملابسات . إلا أن هذا ليس من شأنه أن يبخس النظريات التي وضعها الأسلاف بل يكفي فخرا أنهم فتحوا الأذهان للبحث و إستكشفوا آفاقا مجهولة من العقل البشري و أرسلوا بصيصا من النور على كثير من الحقائق .

و الحديث عن حرية إرادة المحتكم في إختيار المحكم لم يكن مادة للجدل البناء بقدر ما كانت شيء كالسحر ينفذ إلى النفوس ستغدو في القريب العاجل مسألة المسائل ... و ما تكرار المشهد الإنكليزي أميركيا - بشكل أو بآخر - سوى تثبيت لصدق مقولة أن رقعة الزيت لا بد أن تتنشر و لو بعد حين.. ففي القضيتين التوأمين بلا شك معركة حامية بين طبيعتين مختلفتين .. طبيعة الخضوع للعادات و التأثر بسلطانها ... و طبيعة الحياة التي تطلب دوما للفكر أن يسايرها و يتدرج معها ... و لا بد من تدخل العقل العاقل المتعقل للفصل في هذه المعركة و تصويب العلاج إذا أمكن يوجد به التوازن بين هاتين القوتين الضرورتين للإنسان . إذ تنازعت الموضوع تيارات كثيرة و على حسب إختلاف تلك التيارات و قوتها إختلفت كما بينا أعلاه طريقة البحث و نتيجته فكثرت المناقشات و دارت حول الرغبة في تحديد وجهة الخلاف و بيان مقدار سلامة أو عيب منحى الأحكام التي بحق تجرأت بجديدها و بتجرؤها و تمردها على هالة التحكيم ... و الخطوة على ما فيها من جرأة تدل على النفس الثائرة و مكنونات منها الظاهر و منها قطعا الخفي تحاول تعبيد طريق جديد قد يجد السائر فيه كل ما يبهج أو يفرح أو يحزن و يؤلم .

لذلك نعتقد أنه من الأصوب التفكير مرارا و تكرارا بأبعاد معطيات القضيتين موضوع التعليق . فهما كالتوأم متشابهان في إثارة نقطة مشتركة تتصل بصوابية رد المحكم لعلة الإنتماء الديني و إن تمايزا بعض الشيء في مرحلة التذرع بالعنصر الديني بحسب المعطيات ذات الصلة ( مرحلة تسمية المحكم على نحو ما جرى التوافق عليه في البند التحكيمي و مرحلة تقييم حيادية المحكم بعد إنطلاق المسار التحكيمي ) . بمعزل عن هذا التباين ، يبدو أن مقاربة موقع العنصر الديني في آلية إختيار المحكم مسألة ليست بيسيرة بل على قدر من الحساسية و الدقة و الخطورة . فإذا كان من المنطق منع أحد الأطراف من الإعتراض على تسمية المحكم لمجرد الإنتماء الديني فلماذا السماح مسبقا بتحديد طائفة المحكم في البند التحكيمي ؟ ألا يستند البند الذي يفرض أن يكون المحكم من دين ما ضمنا على فكرة مرفوضة مفادها أن عدم الإنتماء لهذا الدين من شأنه إثارة الشك و الإرتياب بحيادية المحكم ؟ و إستطرادا نتساءل : ما علاقة الحيادية بالدين ؟ أوليس في كلتا القضيتين محاولة فك إرتباط صريحة بين الدين و إختيار المحكم ؟ ألم تستبعد فيهما فعلا إمكانية تأسيس محاكم تحكيمية طائفية ؟ ألم تقطع الطريق أمام تأثر الأنظمة التحكيمية المحلية و الإقليمية و الدولية بمعيار جديد يسعى لإيجاد منفذ ما لتثبيت وجوده بداية ليصبح أمرا واقعا يقتضي تكريسه و العمل به لاحقا ؟

يستحضرني في هذا المقام قول أحدهم لصاحبه : يا هذا ؟ ما مذهبك ؟ قال : مذهبي أن لا أقر على الضيم و لا أنام على الهون و لا أعطي صمتي لمن لم يكن ولي نعمتي و لم تصل عصمته بعصمتي . قال : هذا مذهب حسن و من ذا الذي يأتي الضيم طائعا و يركب الهون سامعا ! و لكن ما نحلتك التي تنصرها ؟ قال : نحلتي في صدري لا أتقرب بها إلى مخلوق و لا أنادي عليها في سوق و لا أعرضها على شاك و لا أجادل فيها المؤمن .

والحق يقال .. ليس من المعيب أن يكون للمحكم إنتماءات ثقافية أو دينية أو إجتماعية .. و لكن العيب كل العيب أن يحملها معه متى وافق على أن يحتكم في قضية خلافية .

فطائفة المحكم عند القبول هي حكما العلم و الموضوعية و التجرد و الخبرة و الثقة بالنفس ... و مذهبه عند القبول هو حتما التواضع و عفة اللسان و القيم العليا و الإستقلالية و الحيدة .. أما عند الرفض فهو حر بكل ما تعنيه كلمة حرية من معنى بأن ينتمي لما يريد و يعتنق ما يريد و يؤمن بما يريد .. ذاك هو التحكيم الحقيقي – كما يجب أن يكون أو يفترض به أن يكون - .. يأتي من منافذ الحرية الواسعة لا من كوة الأفكار المحدودة العاجزة عن تصور مقاصد سيدة الجبابرة - الحرية - و أسرارها و أسباب إطلاقها من كل قيد و شرط . و ذاك هو المحكم الحقيقي – كما يجب أن يكون أو يفترض به أن يكون - موطنه العالم بأسره .. نزاهة و علم في حقل إختصاصه .

لا شك أن أمد بقاء كل فكرة جديدة فقهية كانت أم قضائية أم تشريعية يحدد بالقياس إلى قوة إصطدامها بالقديم الموهوب أو المكسوب . أما التقديس فإنه وليدة الغموض الذي يحيط بنشأة كل قديم و لذلك تجد هذا التقديس يزداد أثرا في النفس و قوة على البقاء كلما كان أوغل في أبعاد الماضي السحيق و إبتعد عن التعليل و التحليل . و لا شيء أضر على العلم و لا أسوأ على العقل و لا أشد فسادا في الرأي و الفكر من المقاربة السطحية و غير الموضوعية لأمور الدين في مجال البحث و النقاش .

من حسنات القضيتين أعلاه ، برأينا ، أنهما سلطتا الضوء على الثقة التي لا تعرف لون و لا عرقو لا دين .. فإما أن تكون أو لا تكون ... فالمسألة أبعد من مجرد التأييد و الرفض .. المسألة أبعد من مجرد الترحيب أو الحذر من عنصر جديد في آلية إختيار المحتكم للمحكم .. المسألة أبعد من من نظام عام يمنع أو نظام قوائم يسمح أو حقوق إنسان تحمي أو أنواع تحكيم تبرر ... المسألة كل المسألة برأينا في الخلفيات .. المسألة كل المسألة في ما وراء السطور و ما بين السطور .. هي في أسباب منحى جديد و ليس في أهمية إعتماد منحى جديد ..

لقد أبدع Jean-Denis Bredin في وصف مستقبل حياة المحكم " المراهق الجميل " كما سماه ، بالقول أن أمامه " ... حياة جديدة تنتظره مليئة بالعقبات التي يفترض به تجاوزها و النجاحات التي عليه تحقيقها ، حياة تملؤها الثقة بدلا عن الريبة و الشك ، حياة رافضة للغموض و الإلتباس ، حياة تقدم الأجوبة المباشرة و الصريحة على التساؤلات الجوهرية في علم التحكيم .. " .

نعتقد جازمين .. أن هكذا حياة .. مفعمة بالحياة .. صعبة التحقق و المنال .. إذا أبقينا المحكم – قسرا أو عن قناعة - أسير عادات و تقاليد و معتقدات و قيود غير متآلفة مع الحرية – جوهر علم التحكيم – بمعناها الكامل المقصود للكلمة .

نعتقد جازمين ..أن التحكيم في أزمة .. التحكيم في محنة .. فلنسمع صوت الزمن إن لم نسمع – أو لم نكن نريد أن نسمع - صوت الحق .. و لنتريث و لنتبصرحرصا على هيبة التحكيم و مصداقيته و سمعته .. فكم من فريق بيده النور و هم لا يستنيرون .. و كم من فريق في الظلمات يظنون أنفسهم في نور.

نعتقد جازمين و بحسن نية .. أن في الأمر " زلة " فكر .. إنما هل هي قصدية ! أم عفوية ! الترقب سيد الأحكام .. و الله ولي التوفيق ..

**لائحــــــــة الــــــــــمراجـــــــــــــــع**

**المراجع باللغة العربية:**

**أ – المؤلفات العامة:**

* (أبو الوفاء) أحمد: **التحكيم الاختياري والإجباري**، منشأة المعارف، الطبعة الخامسة، 1988.
* (الأحدب) عبد الحميد: **موسوعة التحكيم**، مقدمة الطبعتين الأولى والثانية، الكتاب الأول، التحكيم في البلدان العربية، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2008.
* (حشيش) أحمد محمد: **طبيعة المهمة التحكيمية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2000.
* (السالمي) الحسين: **التحكيم وقضاء الدولة**، الطبعة الأولى، بيروت 2008.
* (شحاته) محمد نور عبد الهادي: **الرقابة على أحكام المحكمين**، دار النهضة العربية، القاهرة 1993.
* (عطية) عزمي عبد التفاح: **قانون التحكيم الكويتي**، الطبعة الثانية، مؤسسة دار الكتب، الكويت 2012.
* (مرسي باشا) محمد كامل: **شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة**، الجزء الأول، المخصص للكفالة والوكالة والسمسرة والصلح والتحكيم والحراسة، الطبعة الثانية، المطبعة العالمية، القاهرة 1952.
* (مليجي) أحمد: **قواعد التحكيم في القانون الكويتي**، الطبعة الأولى، دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت 1996.
* (يونس) محمود مصطفى: **المرجع في أصول التحكيم**، دار النهضة العربية، القاهرة 2009.

**ب – الدراسات والأبحاث والمداخلات والتعليقات:**

* (أق بيق) محمد بن جميل:**التحكيم في الشريعة الإسلامية**، مجلة التحكيم العالمية، العدد السادس عشر، بيروت 2012.
* (الأحدب) عبد الحميد:**التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامي**، المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون، “التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون “، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية، لبنان 2000.
* (الزرقد) أحمد سعيد: **عقد التحكيم، دراسة في طبيعته وأثره**، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم في المنصورة، مصر، 27 – 28 مارس 2000.
* (بالطيب) محمود أنيس:**المحكم في التشاريع العربية**، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثامن عشر، بيروت 2013.
* (بو صابر) معن:**تعيين المحكم واستقلاله وحياده**، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، تشرين الأول 2010.
* (الحجيلان) صلاح:**نظام التحكيم السعودي الجديد**، مجلة التحكيم العالمية، العدد السادس عشر، بيروت 2012.
* (الداعوق) محمد أمين:**تعيين المحكم وحيدته واستقلاله**، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، تشرين الأول 2010.
* (درميش) عبد الله:**المحكم، تعيينه حياده واستقلاله**، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، تشرين الأول 2010.
* (راغب) وجدي**: هل التحكيم نوع من القضاء ،** مقال منشور بمجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، العدد الأول والثاني ، مارس يوينو 1993 .
* (رضوان) أبو زيد:**قانون التجارة الدولية**، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، السنة الأولى، العدد الأول.
* (الزيادي) إسماعيل:**المفهوم المختلف لحيدة المحكم عن الحيدة الواجبة في القاضي**، العدد الرابع، مجلة التحكيم، تشرين الأول 2009.
* (الزيد) ناصر:**المحكم بين سندان الأخلاق ومطرقة القانون**، مجلة التحكيم، العدد الخامس، كانون الثاني 2010.
* (شاوول) جوزف:**المحكم وموجب الاستقلاليةوالحياد**، مجلة التحكيم العالمية، العدد العاشر، نيسان 2011.
* (صادر) شكري:**هل يجب أن يكون المحكم حقوقيا؟**، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد العاشر، بيروت 1999.
* (طبارة) وائل:**مدخل إلى المبادئ العامة في التحكيم،** المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 31، بيروت 2004.
* (عبود) سهيل:**تعيين المحكم وصفاته**، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد السادس والخمسون، سنة 2010.
* (محمصاني) غالب: **ميزات التحكيم المطلق**، المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون، “التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون “، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية، لبنان 2000.
* (معماري) مهيب:**المحكم والحدود**، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثاني عشر، بيروت 2011.
* (المغربي) محمود محمود:**مـن " Jivraj " إلـى " Rebmann " اجتهاد " يحيي " التحكيم أم " يقتله**“، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثالث عشر، بيروت 2012.
* (المهيري) محمد عبد المجيد:**تعيين المحكم واستقلاله وحياده ومسؤوليته**، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، تشرين الأول 2010.
* (الهوشان) محمد: **نظام التحكيم السعودي الجديد**، مجلة التحكيم العالمية، العدد السادس عشر، بيروت 2012.
* (اليافي) موفق:**المحكم وكيفية اختياره، هل يحق لخبير المحاسبة أن يكون محكما أم لا؟**، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد العاشر، بيروت 1999.
* (يوسف) خالد أمين مصطفى:**التحكيم التجاري الدولي في ضوء قواعد الشريعة الإسلامية**، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثامن والثلاثون، بيروت 2006.
* مداخلة المحامي الدكتور عبد الحميد الأحدب في الجلسة الافتتاحية لمؤتمر تعديل قواعد تحكيم اليونسترال المنعقد في بيروت 2010، مجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن، تشرين الأول 2010.
* مداخلة المحامي الدكتور عبد الحميد الأحدب في الجلسة الافتتاحية لأعمال مؤتمر التحكيم العربي الأوروبي المنعقد في بيروت 1996، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثالث، سنة 1996.
* مداخلة المحامي الدكتور محمد نديم الجسر حول ورقة العمل المقدمة من قبل أستاذنا الدكتور فتحي والي لمؤتمر “التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون “، بعنوان " تحكيم الشريعة الإسلامية في نظر القانون “، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية، لبنان 2000.
* تعليق البروفسور Giorgio Bernini على حكم محكمة الاستئناف، مجلة التحكيم العالمية، العدد الحادي عشر، تموز 2011.
* تعليق البروفسور CremadesBernardoعلى حكم محكمة الاستئناف، مجلة التحكيم العالمية، العدد الحادي عشر، تموز 2011.
* تعليق المحامي Serge Lazareffعلى حكم محكمة الاستئناف، مجلة التحكيم العالمية، العدد الحادي عشر، تموز 2011.
* تعليق البروفسور أحمد صادق القشيري على حكم محكمة الاستئناف، مجلة التحكيم العالمية، العدد الحادي عشر، تموز 2011.
* تعليق البروفسور فايز الحاج شاهين على حكم محكمة الاستئناف، مجلة التحكيم العالمية، العدد الحادي عشر، تموز 2011.
* تعليق الدكتور حمزة حداد على حكم محكمة الاستئناف، مجلة التحكيم العالمية، العدد الحادي عشر، تموز 2011.
* مجلة القضاء و القانون الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة التمييز بدولة الكويت .
* مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز و الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة التمييز بدولة الكويت .

**Bibliographie** :

**A – Ouvrages généraux :**

* (Clay) Thomas : **l’arbitre**, Dalloz. Paris 2001.
* (David) René : **Droit naturel et arbitrage**, Paris 1954.
* (Herbraud) Pierre : **Rôle de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques**, in Mélanges Jacques Maury, Préface G.Mary, Dalloz –Sirey, Université des sciences sociales de Toulouse 1960.
* (Loussouarn) Y., (Berdin) J.D. : **Droit du commerce international**, Paris 1979.
* (Mayer) P. : **L’arbitre et la loi**, Etudes offertes à Pierre Catala, le droit privé français à la fin du 20ème siècle, Litec, Paris 2001.
* (Motulsky) H. : **La nature de l’arbitrage**, études et notes sur l’arbitrage, Dalloz, 1974.
* (Réale) M. : **La situation de la théorie tridimensionnelle du droit**, Archives de Philosophie du Droit, Le droit international, 1987.
* (Rideau) J. : **L’arbitrage international public et commercial**, Paris 1969.
* (Robert) Jean : **Arbitrage civil et commercial droit interne et droit international**, Dalloz 1967.
* (Robert) Jean : **Exposé introductif et général sur l’arbitrage**, Annuaire de la faculté de Liège, 1964.
* (Rubellin-Devichi) J. : **Essai sur la nature de l’arbitrage**, LGDJ, Paris 1965.

**B- Articles et Notes et Conférences :**

* (Ahdab) Abdul Hamid : **L’arbitrage en Arabie Saoudite**, revue de l’arbitrage, 1981.
* (Al Andaloussi) Hamid : **Le choix des arbitres**, revue libanaise de l’arbitrage interne et international, n3 ,1996 .
* (Augendre) Geneviève : **L’arbitrage dans la justice et le rôle de l’arbitre**, revue libanaise de l’arbitrage interne et international, n.48, 2008.
* (Benjamin) P. : **Aperçu des institutions arbitrales de l’Europe de l’est qui exercent une activité dans le domaine de l’arbitrage commercial international**, revue de l’arbitrage 1957.
* (Berger) Klaus Peter: **International Economic Arbitration**, Denver Bosten Kluwer, 1993.
* (Carabiber) Ch. : **L’évolution de l’arbitrage commercial international**, recueil des cours, La Haye, 1960.
* (Clay) Thomas : **Indépendance et impartialité de l’arbitre**, revue de l’arbitrage, 2004.
* (David) René: **Arbitration in International Trade**, Kluwer, 1981.
* (Gaillard) Emmanuel : **Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international**, recueil des cours, La Haye 2008.
* (Herbraud) Pierre : **La juridiction arbitrale et la notion de compétence**, RTDC civ.1962.
* (Klein) F.E. : **Autonomie de la volonté et arbitrage**, revue critique de droit international privé, 1958.
* (Krings)  V.E.. (Martray)  L. : **Le juge et l’arbitre**, revue critique de droit international et de droit comparé, 1982.
* (Legendre) Pierre : **Revisiter les fondations du droit civil**, RTD civ, 1990.
* (Minoli) E : **Indépendance de l’arbitre, relations entre parties et arbitres**, in “ qualifications de l’arbitre international ‘ symposium du comité français de l’arbitrage, Paris 1970, revue de l’arbitrage 1970.
* (Pallieri) Ballorde : **L’arbitrage privé dans les rapports internationaux**, recueil des cours, La Haye 1935.
* (Wengler) W. : **Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat**, revue critique de droit international privé, 1982.
* Jurisclasseur Proc. civil, Fasc. 1005, n. 101.
* ‘ L’arbitre dans la vision jusnaturalisme dirait ce qui est juste, non ce qui est conforme au droit ‘ in ‘ L’idéal de la justice n’autorise t – il pas hors du droit à recourir à l’arbitre ? ‘Conférence au laboratoire de théorie juridique de l’université Aix-Marseille 3 ,1991 .

**الفهـــــــــــــــــــــرســــــــــــــــــــــــــــــــــــــــت**

|  |  |
| --- | --- |
| **المقدمة .............................................................................................** | **1** |
| **أهمية البحث ........................................................................................** | **3** |
| **منهجية البحث.......................................................................................** | **3** |
| **خطة البحث..........................................................................................** | **4** |
|  |  |
| **المبحث الأول : خصوصية التحكيم لدى المجتمع التجاري الدولي .....................................** | **4** |
|  |  |
| **المطلب الأول : تمايز التحكيم كقضاء اصيل لدى المجتمع التجاري الدولي ............................** | **5** |
| الفقرة الأولى : " جدلية " الطبيعة الخاصة للتحكيم التجاري الدولي...................................... | **5** |
| أولا – في النظرية العقدية للتحكيم .................................................................... | **5** |
| ثانيا – في النظرية القضائية للتحكيم................................................................. | **7** |
| ثالثا – في النظرية الذاتية للتحكيم..................................................................... | **8** |
| الفقرة الثانية : " الإجماع " حول التحكيم التجاري الدولي كملاذ آمن للعدالة.............................. | **9** |
|  |  |
| **المطلب الثاني : " حتمية " توافق المحتكمين كضمانة ملازمة لفعالية التحكيم التجاري الدولي..........** | **13** |
| الفقرة الأولى : " مرجعية " سلطان الإرادة في تكوين المهمة التحكيمية لدى المجتمع التجاري الدولي ..... | **13** |
| الفقرة الثانية : ضوابط " سلطان الإرادة " في إختيار المحكمين.......................................... | **15** |
| أولا – " النظام القانوني التحكيمي " كمصدر أساسي لمبدأ " سلطان الإرادة " في إختيار المحكمين....... | **15** |
| ثانيا – مواصفات المحكم كقيود قانونية و إتفاقية لإنتظام الإجراءات التحكيمية........................... | **19** |
|  |  |
| **المبحث الثاني : مدى مشروعية " القيد التوافقي الديني " في علم التحكيم.............................** | **21** |
|  |  |
| **المطلب الأول : خصوصية المجتمع القانوني الإسلامي في تحديد " الإنتماء الديني " للمحكم...........** | **22** |
| الفقرة الأولى : الضوابط الشرعية العامة في إختيار المحكم.............................................. | **22** |
| أولا – التعريف بالتحكيم و دليل مشروعيته............................................................. | **23** |
| ثانيا- شروط المحكم من منظور إسلامي.............................................................. | **25** |
| الفقرة الثانية : " الديانة الإسلامية " كقيد لإختيار المحكم لدى بعض النظم القانونية الإسلامية............ | **26** |
| أولا – " طائفة " المحكم في النظام القانوني السعودي .................................................. | **27** |
| ثانيا – " طائفة " المحكم في النظام القانوني الكويتي................................................... | **28** |
|  |  |
| **المطلب الثاني : تباين مقاربة جدوى " الإنتماء الديني للمحكم " لدى الإجتهاد التحكيمي الدولي........** | **30** |
| الفقرة الأولى : خصوصية المقاربة الإنكليزية لجدوى **" الإنتماء الديني للمحكم "**قضية جيفراج Jivraj الشهيرة...................................................................................... | **31** |
| الفقرة الثانية : تمايز المقاربة الأميركية لجدوى **" الإنتماء الديني للمحكم "**.. قضية/ Rohde Rebmann الشهيرة.................................................................................. | **38** |
|  |  |
| **الخاتمة..............................................................................................** | **42** |
| **لائحــــــــة الــــــــــمراجـــــــــــــــع............................................................................** | **46** |
| **الفهـــــــــــــــــــــرســــــــــــــــــــــــــــــــــــــــت........................................................................** | **52** |

1. \*دكتوراه دولة في الحقوق ، أستاذ محاضر لدى كلية القانون الكويتية العالمية ، محام بالإستئناف . [↑](#footnote-ref-1)
2. 1راجع :

W.Wengler : Les principesgénéraux du droit en tantqueloi du contrat , revue critique de droit international privé , 1982 , p. 476 et s . [↑](#footnote-ref-2)
3. 2راجع :

مهيب معماري : المحكم و الحدود ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الثاني عشر ، بيروت 2011 ، ص 143 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-3)
4. 3راجع :

جوزف شاوول : المحكم و موجب الإستقلالية و الحياد ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد العاشر ، بيروت 2011 ، ص 57 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-4)
5. 4راجع :

\* موفق اليافي : المحكم و كيفية إختياره ، هل يحق لخبير المحاسبة أن يكون محكما أم لا ؟ ، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي و الدولي ، العدد العاشر ، بيروت 1999 ، ص 10 و ما يليها .

\* شكري صادر : هل يجب أن يكون المحكم حقوقيا ؟ ، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي و الدولي ، العدد العاشر ، بيروت 1999 ، ص 9 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-5)
6. 5راجع :

\* Jean Robert : Arbitrage civil et commercial droit interne et droit international , Dalloz 1967 , n. 410 , p. 493 et s . ;

\* BallordePallieri : L’arbitrage privé dans les rapports internationaux , recueil des cours la Haye 1935 , p. 286 et s . [↑](#footnote-ref-6)
7. 6راجع :

محمد نور عبد الهادي شحاته : الرقابة على أحكام المحكمين ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1993 ، ص 33 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-7)
8. 7راجع :

F .E.Klein : Autonomie de la volonté et arbitrage , revue critique du droit international privé , 1958 , p. 255 et s . ; [↑](#footnote-ref-8)
9. 8راجع :

أحمد سعيد الزرقد : عقد التحكيم ، دراسة في طبيعته و أثره ، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم في المنصورة ، مصر ، 27 – 28 مارس 2000 . [↑](#footnote-ref-9)
10. 9راجع :

محمد كامل مرسي باشا : شرح القانون المدني الجديد ، العقود المسماة ، الجزء الأول ، المخصص للكفالة و الوكالة و السمسرة و الصلح و التحكيم و الحراسة ، الطبعة الثانية ، المطبعة العالمية ، القاهرة 1952 ، ص 541 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-10)
11. 10راجع :

\* J.Rubellin-Devichi : Essai sur la nature de l’arbitrage , LGDJ , Paris 1965 , préface .

\* V.E.Krings .L.Martray : Le juge et l’arbitre , revue critique de droit international et de droit comparé , 1982 , p. 222 et s . [↑](#footnote-ref-11)
12. 11راجع :

\* أحمد محمد حشيش : طبيعة المهمة التحكيمية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية 2000 ، ص 350 و ما يليها .

\* وجدي راغب : هل التحكيم نوع من القضاء ، مقال منشور بمجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، العدد الأول والثاني ، مارس يوينو 1993 ، ص 133 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-12)
13. 12راجع :

\* Ch.Carabiber : L’évolution de l’arbitrage commercial international , recueil des cours , La Haye , 1960 , p. 125 et s ;

\* R.David : Droit naturel et aribtrage , paris 1954 , p. 20 et s. . [↑](#footnote-ref-13)
14. 13راجع :

René David : Arbitration in International Trade , Kluwer , 1981 , p.2. [↑](#footnote-ref-14)
15. 14راجع :

H.Motulsky : La nature de l’arbitrage , études et notes surl’arbitrage , Dalloz , 1974 , p. 14 et s :

“ … L’anciènneté de cette institution et son développement montrent que l’existence d’une justice privée est ressentie comme un besoin pour la conscience collective. On est tenté de parler de droit naturel … l’arbitrage constitue le jugement d’une contestation par des particuliers choisis, en principe, par d’autres particuliers au moyen d’une convention …. “ . [↑](#footnote-ref-15)
16. 15راجع :

أحمد أبو الوفاء : التحكيم الإختياري و الإجباري ، منشأة المعارف ، الطبعة الخامسة ، 1988 ، ص 16 و ما يليها [↑](#footnote-ref-16)
17. 16راجع :

عبد الحميد الأحدب : موسوعة التحكيم ، مقدمة الطبعتين الأولى و الثانية ، الكتاب الأول ، التحكيم في البلدان العربية ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 2008 ، ص 5 . [↑](#footnote-ref-17)
18. 17راجع كلمة أستاذنا المحامي الدكتور عبد الحميد الأحدب في الجلسة الإفتتاحية لمؤتمر تعديل قواعد تحكيم اليونسترال المنعقد في بيروت 2010 ، مجلة التحكيم ، ملحق العدد الثامن ، تشرين الأول 2010 ، ص 62 و ما يليها. [↑](#footnote-ref-18)
19. 18راجع كلمة أستاذنا المحامي الدكتور عبد الحميد الأحدب في الجلسة الإفتتاحية لأعمال مؤتمر التحكيم العربي الأوروبي المنعقد في بيروت 1996 ، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي و الدولي ، العدد الثالث ، سنة 1996 ص 17 . [↑](#footnote-ref-19)
20. 19راجع :

الحسين السالمي : التحكيم و قضاء الدولة ، الطبعة الأولى ، بيروت 2008 ، ص 56 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-20)
21. 20راجع :

الحسين السالمي : المرجع المذكور سابقا ، ص 219 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-21)
22. 21راجع :

\* Y.Loussouarn ,J.D.Berdin : Droit du commerce international , Paris 1979 , p. 18 et s ;

\* Jean Robert : Exposé introductif et général sur l’arbitrage , Annuaire de la faculté de Liège , 1964 , p. 29 et s . . [↑](#footnote-ref-22)
23. 22راجع :

J.Rideau : L’arbitrage international public et commercial , Paris 1969 , p. 5 et s . [↑](#footnote-ref-23)
24. 23راجع :

P.Benjamin : Apercu des institutions arbitrales de l’Europe de l’est qui exercent une activité dans le domaine de l’arbitrage commecrcialinternational , revue de l’arbitrage 1957 , p. 121 et s . [↑](#footnote-ref-24)
25. 24 راجع :

\* محمود مصطفى يونس : المرجع في أصول التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2009 ، ص 11 و ما يليها .

\* أبو زيد رضوان : قانون التجارة الدولية ، مجلة الأمن و القانون ، كلية شرطة دبي ، السنة الأولى ، العدد الأول ، ص 222 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-25)
26. 25راجع :

الحسين السالمي : المرجع المذكور سابقا ، ص 120 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-26)
27. 26راجع :

M.Reale : La situation de la théorietridimensionnelle du droit , Archives de Philosophie du Droit , Le droit international , 1987 , p. 369 et s . [↑](#footnote-ref-27)
28. 27راجع تعليق المحامي Serge Lazareff على حكم Jivraj المنشور في مجلة التحكيم العالمية ، العدد الحادي عشر ، تموز 2011 ، ص 71 و ما يليها [↑](#footnote-ref-28)
29. 28راجع :

\* Pierre Herbraud :Rôle de la volonté et des élémentsobjectifsdans les actesjuridiques , in Mélanges Jacques Maury , PéfaceG.Mary , Dalloz –Sirey , Université des sciences sociales de Toulouse 1960 . T.2 , p. 419 et s .

\* Pierre Herbraud : La juridiction arbitrale et la notion de compétence compétence , RTDC civ.1962 , p.160. et s . [↑](#footnote-ref-29)
30. 29راجع :

Pierre Legendre : Revisiter les fondations du droit civil , RTD civ , 1990 , p.642 et s [↑](#footnote-ref-30)
31. 30راجع :

Emmanuel Gaillard : Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international ,MartinusNijhoff , [Académie de Droit International de La Haye](http://www.lgdj.fr/collection56601/) , 2008 . p. 8 et s . [↑](#footnote-ref-31)
32. 31راجع :

F.E.Klein :Autonomie de la volonté et arbitrage , revue critique de droit international privé , 1958 , p. 255 et s . [↑](#footnote-ref-32)
33. 32راجع :

P.Mayer : L’arbitre et la loi , Etudes offertes à Pierre Catala , le droitprivéfrancais à la fin du 20 ème siècle , Litec , Paris 2001 , p. 225 et s . [↑](#footnote-ref-33)
34. 33راجع :

Thomas Clay :l’arbitre , Dalloz . Paris 2001 , p. 340 et s . [↑](#footnote-ref-34)
35. 34راجع :

JurisclasseurProc . civil , Fasc 1005 , n. 101 :

‘ .. sansdoute , est-cel’avantagemajeur de l’arbitrage .. l’arbitrageestd’abordune relation de confiance entre les parties et l’arbitre . ledroit de l’arbitrage protégé la liberté de choix des arbitres par les parties , en particulier en interdisant aux personnesmoralesd’arbitrer les litiges .. la jurisprudence reconnaitcomme un droitfondamental la liberté pour les parties de désigner les arbitres … ‘ .

كذلك راجع على سبيل المثال لا الحصر ، المادة ٧٦٥ من قانون قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد التي تنص على أن " العقد التحكيمي عقد بموجبه يتفق الأطراف فيه على حل نزاع قابل للصلح ناشئ بينهم عن طريق تحكيم شخص أو عدة أشخاص " ، و المادة الخامسة عشر من قانون التحكيم المصري رقم 27 لعام 1994 التي تنص على أنه "1 - تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة . 2 - إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا ، وإلا كان التحكيم باطلا " و المادة السابعة عشر من ذات القانون التي تنص على أنه : " 1 -لطرفى التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم فإذا لم يتفقا أتبع ما يأتى :-أ – إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المشار إليها فى المادة ( 9 ) من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين .ب – فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين أختار كل طرف محكما ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث ، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر ، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما ، تولت المحكمة المشار إليها فى المادة ( 9 ) من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين ويكون للمحكم الذى اختاره المحكمان المعينان أو الذى اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم ، وتسرى هذه الأحكام فى حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين . 2 - وإذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التى أتفقا عليها ، أو لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يلزم أتفاقهما عليه ، أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد به إليه فى هذا الشأن ، تولت المحكمة المشار إليها فى المادة ( 9 ) من هذا القانون بناء على طلب أحد الطرفين القيام بالأجراء أو بالعمل المطلوب ما لم ينص فى الاتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا ألأجراء أو العمل .... " و المادة 175 من قانون المرافعات المدنية و التجارية الكويتي رقم 38 لعام 1980 و تعديلاته التي تنص على أنه " إذا وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم 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 من تعينهم المحكمة مساوياً للعدد المتفق عليه بين الخصوم أو مكملاً له ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر بذلك بأي طريق من طرق الطعن. " ، و المادة الأولى من القانون رقم 11 لسنة 1995 بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية الكويتي التي تنص على أنه " تشكل بمقر محكمة الاستئناف هيئة تحكيم أو أكثر من ثلاثة من رجال القضاء، واثنين من المحكمين، يختار كل من أطراف النزاع - ولو تعددوا - أحدهما من بين المحكمين المقيدين بالجداول المعدة لذلك بإدارة التحكيم بمحكمة الاستئناف أو من غيرهم، وفي حالة عدم قيام أي من طرفي التحكيم بذلك خلال عشرة الأيام التالية لتكليف إدارة التحكيم له باختيار محكمه تعين الإدارة المذكورة المحكم صاحب الدور بجدول المحكمين المتخصصين في موضوع النزاع لعضوية الهيئة، وتكون رئاسة الهيئة لأقدم الأعضاء من رجال القضاء على أن يكون بدرجة مستشار.ويقوم بأمانة سر الهيئة أحد موظفي محكمة الاستئناف، وتعقد الهيئة جلساتها بمقر محكمة الاستئناف أو في مكان آخر يعينه رئيس الهيئة.ويصدر بتعيين المحكمين من رجال القضاء قرار من مجلس القضاء الأعلى وذلك لمدة عامين من تاريخ صدوره ". [↑](#footnote-ref-35)
36. 35راجع :

الحسين السالمي : المرجع المذكور سابقا ، ص 218 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-36)
37. 36راجع :

Thomas Clay :L’arbitre , Dalloz , Paris 2001 , p. 211 et s . [↑](#footnote-ref-37)
38. 37راجع :

إيمانويل غايار : المرجع الذكور سابقا ، ص 57 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-38)
39. 38راجع :

الحسين السالمي : المرجع المذكور سابقا ، ص 330 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-39)
40. 39راجع :

Klaus Peter Berger : International Economic Arbitration , Denver Bosten Kluwer , 1993 , p.692. [↑](#footnote-ref-40)
41. 40راجع :

‘ L’arbitredans la vision jusnaturalismediraitce qui estjuste , non ce qui estconforme au droit ‘ in ‘ L’idéal de la justice n’autorise t – il pas hors du droit à recourir à l’arbitre ? ‘Conférence au laboratoire de théorie juridique de l’université Aix-Marseille 3 ,1991 . [↑](#footnote-ref-41)
42. 41راجع :

عبد الله درميش : المحكم ، تعيينه حياده و إستقلاله ، مجلة التحكيم ، ملحق العدد الثامن ، تشرين الأول 2010 ، ص 673 و ما يليها. [↑](#footnote-ref-42)
43. 42راجع :

الحسين السالمي : المرجع المذكور سابقا ، ص 61 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-43)
44. 43راجع :

ناصر الزيد : المحكم بين سندان الأخلاق و مطرقة القانون ، مجلة التحكيم ، العدد الخامس ، كانون الثاني 2010 ، ص 140 و ما يليها .

و كذلك راجع بذات المعنى :

\* Hamid Al Andaloussi : Le choix des arbitres ,rervue libanaise de l’arbitrage interne et international , n3 ,1996 , p.9 et s : ‘ la notion de choix des arbitres implique deux questions intimement liées : qui choisir ? qui choisit ? … l’Impartialité de l’arbitre ne doit pas être seulement objective mais culturelle dans la mesure ou elle ne doit pas privilégier le nationnalisme juridique mais plutôt une ouverture d’esprit .. “ .

\* Geneviève Augendre : L’arbitrage dans la justice et le rôle de l’arbitre , revue libanaise de l’arbitrage interne et intenrational , n.48 , 2008 . p. 21 et s :

“ … on choisit son arbitre en fonction de sa compétence , de sa spécifité dans un domaine déterminée , de son indépendence , de sa diligence en un mot de la confiance qu’on le fait .. “ .

\* Thomas Clays : Indépendance et impartialité de l’arbitre ,revarb 2004 p. 6 et s .

\* E Minoli : Indépendance de l’arbitre , relations entre parties et arbitres , in “ qualifications de l’arbitre international ‘ symposium du comité francais de l’arbitrage , Paris 1970 , revarb 1970 , p.221.et s . [↑](#footnote-ref-44)
45. 44راجع :

وائل طبارة : مدخل إلى المبادىء العامة في التحكيم ، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي و الدولي ، العدد 31 ، بيروت 2004 ، ص 7 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-45)
46. 45راجع :

إسماعيل الزيادي : المفهوم المختلف لحيدة المحكم عن الحيدة الواجبة في القاضي ، العدد الرابع ، مجلة التحكيم ، تشرين الأول 2009 ، ص 41 و ما يليها .

كذلك راجع بذات المعنى :

\* محمد أمين الداعوق : تعيين المحكم و حيدته و إستقلاله ، مجلة التحكيم ، ملحق العدد الثامن ، تشرين الأول 2010 ، ص 655 و ما يليها .

\* محمد عبد المجيد المهيري : تعيين المحكم و إستقلاله و حياده و مسؤوليته ، مجلة التحكيم ، ملحق العدد الثامن ، تشرين الأول 2010 ، ص 663 و ما يليها .

\* معن بو صابر : تعيين المحكم و إستقلاله و حياده ، مجلة التحكيم ، ملحق العدد الثامن ، تشرين الأول 2010 ، ص 649 و ما يليها.

\* سهيل عبود : تعيين المحكم و صفاته ، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي و الدولي ، العدد السادس و الخمسون ، سنة 2010 ، ص 58 و ما يليها .

\* جوزف شاوول : المحكم و موجب الإستقلالية و الحياد ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد العاشر ، نيسان 2011 ، ص 57 و ما يليها. [↑](#footnote-ref-46)
47. 46راجع :

\* غالب محمصاني : ميزات التحكيم المطلق ، المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة و القانون ، " التحكيم المطلق في ضوء الشريعة و القانون " ، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية ، لبنان 2000 ، ص 67 و ما يليها .

\* مداخلة أستاذنا المحامي الدكتور محمد نديم الجسر حول ورقة العمل المقدمة من قبل أستاذنا الدكتور فتحي والي لمؤتمر " التحكيم المطلق في ضوء الشريعة و القانون " ، بعنوان " تحكيم الشريعة الإسلامية في نظر القانون " ، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية ، لبنان 2000 ، ص 67 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-47)
48. 46راجع :

خالد أمين مصطفى يوسف : التحكيم التجاري الدولي في ضوء قواعد الشريعة الإسلامية ، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي و الدولي ، العدد الثامن و الثلاثون ، بيروت 2006 ، ص 7 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-48)
49. 47راجع :

خالد أمين مصطفى يوسف : المرجع الذكور سابقا ، ص 8 و ما يليها .

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن القانون اللبناني عرف التحكيم من خلال مجلة الأحكام العدلية التي لم تلغ جميع أحكامها إنما فقط تلك التي توجد نصوص تتعارض معها.و سندنا في ذلك أن المادة 1106 موجبات و عقود كما نص المادة 1030 أصول مدنية الذي لم يذكر المجلة من بين القوانين الملغاة. و بالتالي، فإن المادة 1790 برأينا لا تزال متمتعة بقوتها كنص قانوني لبناني في ظل عدم وجود نص آخر يتعارض معها.أما قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 لم يُعرِّف التحكيم بشكل مباشر ، بل أظهر عناصر التحكيم في تعريفه لإتفاق التحكيم في الفقرة الأولى من المادة العاشرة من القانون المذكور التي تنص على أن " اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الألتجاء لتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية .. " ، وترك تعريف التحكيم للقضاء ، فقد عرّفته المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 17 ديسمبر 1994م ، بأنه : "عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما ، أو بتفويض منهما ، على ضوء شروط يحددانها ، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالأة ، مجرداً من التحامل ، وقاطعاً لداء الخصومة في جوانبها ، التي أحال الطرفان إليه ، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية" . ، و ضمن ذات السياق لم يعرف القانون الكويتي التحكيم بل ترك بدوره هذه المهمة للقضاء ، **بحيث عرفته محكمة التمييز الكويتية** في جلستها المنعقدة بتاريخ 25 مارس 2002 ، في الطعنين رقم 332 و 338 لسنة 2000 ( مدني 2 ) حيث قضت بأنه " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التحكيم هو عمل قضائي ذو طبيعة خاصة أساسها أن المحكم لا يستمد ولايته من القانون ، كما هو الحال بالنسبة لقضاة المحاكم ، و إنما يستمدها من إتفاق الخصوم على تحكيمه ، و لذا كان طريقا إستثنائيا لبعض الخصومات ، قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية و ما تكفله من ضمانات بما يتعين معه تحديد موضوعه في المشارطة و التقيد بهذا التحديد و تفسير إرادة الطرفين في شأنه تفسيرا ضيقا ، و قصره على طرفيه و على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم " .

راجع لمزيد من التفصيل بهذا الشأن : مجموعة القضاء و القانون الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة التمييز بدولة الكويت . [↑](#footnote-ref-49)
50. 48راجع :

محمد بن جميل أق بيق : التحكيم في الشريعة الإسلامية ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد السادس عشر ، بيروت 2012 ، ص 136 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-50)
51. 49راجع :

\* محمد بن جميل أق بيق : التحكيم في الشريعة الإسلامية ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد السادس عشر ، بيروت 2012 ، ص 136 و ما يليها .

\* عبد الحميد الأحدب : التحكيم بالصلح في الشرع الإسلامي ، المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة و القانون ، " التحكيم المطلق في ضوء الشريعة و القانون " ، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية ، لبنان 2000 ، ص 131 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-51)
52. 50راجع :

\* محمد الهوشان :نظام التحكيم السعودي الجديد ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد السادس عشر ، بيروت 2012 ، ص 85 و ما يليها .

\* صلاح الحجيلان : نظام التحكيم السعودي الجديد ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد السادس عشر ، بيروت 2012 ، ص 23 و ما يليها .

\* Abdul Hamid Ahdab :L’arbitrage en AabieSaoudite , revue de l’ arbitrage , 1981 , p. 239 et s . [↑](#footnote-ref-52)
53. 51راجع :

محمود أنيس بالطيب : المحكم في التشاريع العربية ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الثامن عشر ، بيروت 2013 ، ص 156 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-53)
54. 52راجع :

عزمي عبد الفتاح عطية : قانون التحكيم الكويتي ، الطبعة الثانية ، مؤسسة دار الكتب ، الكويت 2012 ، ص 200 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-54)
55. 53راجع :

أحمد مليجي : قواعد التحكيم في القانون الكويتي ، الطبعة الأولى ، دار الكتب للطباعة و النشر و التوزيع ، الكويت 1996 ، ص 127 و ما يليها .

كذلك راجع بشأن صفات المحكم ، و على سبيل المثال لا الحصر ، قرار محكمة التمييز الكويتية في جستها المنعقدة بتاريخ 28 يونيو عام 1999 في الطعن رقم 445 لسنة 98 ( تجاري 2 ) حيث قضت أنه " ... لا يشترط في المحكم توافر الشروط الواجب توافرها فيمن يعين في القضاء فيجوز أن يكون المحكم إمرأة كما يجوز أن يكون أجنبيا ... " . [↑](#footnote-ref-55)
56. 54راجع حكم محكمة الإستئناف ، الدائرة المدنية ، قضية رقم 1963/2009/2A ، محاكم العدل الملكية ستراند ، لندن ، WC2A 2LL - تاريخ 22 يونيو 2010 ، و المنشور في مجلة التحكيم العالمية ، العدد الحادي عشر ، تموز 2011 ، ص 18 و ما يليها . كذلك راجع حكم محكمة المملكة المتحدة العليا ، قضية رقم UKSC2010/0158 الصادر بتاريخ 27 يوليو 2011 و المنشور في مجلة التحكيم العالمية ، العدد الثاني عشر ، تشرين الأول 2011 ، ص 13 و ما يليها .

كذلك لمزيد من التفصيل :

محمود محمود المغربي : مـن " Jivraj " إلـى " Rebmann " إجتـهاد " يحيي " التحكيم أم " يقتله " ، مجلة التحكيم العالمية، العدد الثالث عشر، بيروت 2012 . [↑](#footnote-ref-56)
57. 55راجع تعليق البروفسور Giorgio Berniniعلى حكم محكمة الإستئناف ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الحادي عشر ، تموز 2011 ، ص 35 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-57)
58. 56راجع تعليق البروفسور Giorgio Berniniعلى حكم المحكمة العليا ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الثاني عشر ، تشرين الأول 2011 [↑](#footnote-ref-58)
59. 57راجع تعليق البروفسور CremadesBernardoعلى حكم محكمة الإستئناف ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الحادي عشر ، تموز 2011 ، ص 57 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-59)
60. 58راجع تعليق المحامي Serge Lazareffعلى حكم محكمة الإستئناف ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الحادي عشر ، تموز 2011 ، ص 71 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-60)
61. 59راجع تعليق المحامي Serge Lazareffعلى حكم المحكمة العليا ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الثاني عشر ، تشرين الأول 2011 . [↑](#footnote-ref-61)
62. 60راجع تعليق البروفسور أحمد صادق القشيري على حكم محكمة الإستئناف ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الحادي عشر ، تموز 2011 ، ص 76 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-62)
63. 61راجع تعليق البروفسور أحمد صادق القشيريعلى حكم المحكمة العليا ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الثاني عشر ، تشرين الأول 2011 . [↑](#footnote-ref-63)
64. 62راجع تعليق البروفسور فايز الحاج شاهين على حكم محكمة الإستئناف ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الحادي عشر ، تموز 2011 ، ص 81 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-64)
65. 63راجع تعليق الدكتور حمزة حداد على حكم محكمة الإستئناف ، مجلة التحكيم العالمية ، العدد الحادي عشر ، تموز 2011 ، ص 94 و ما يليها . [↑](#footnote-ref-65)
66. 64راجع :

\* Rebmann v. Rohde (2011) 196 CAL.APP.4TH1283 .

\* The State Bar Of California , 84thAnnual Meeting , Program 66 , Ethics Update 2011 Significant Developments in the Law of Lawyering , September ,2011 p.4 .

\* Califonia Newsletter, Thomson Reuters Business, 22 July 2011, p. 3.

الموقع الإلكتروني : [http://www.courtinfo.ca.gov](http://www.courtinfo.ca.gov/opinions/documents/G043665.PDF)

“ … In the context of judicial recusal , potential bias and prejudice must clearly be established by an objective standard … Judges , like all human beings , have widely varying experiences and backgrounds . Except perhaps in extreme circumstances, those not directly related to the case or the parties do not disqualify them. The reasonable person is not someone who is “hypersensitive or unduly suspicious “but rather is a “well-informed, thoughtful observer “(Haworth.v.Superior Court – 2010 - Cal.4 th.372, 384-385) …. This case had nothing to do with World War 2 and nothing to do with the Holocaust … no facts were presented that would support a reasonable belief that Haberfeld was not impartial. The background of Rohde and his family and Haberfeldfamily’s were irrelevant. Further, Rhode’s family background was unknown at the time of the arbitration. the information regarding Haberfeld’s background was available to defendant’s before the arbitration commenced … if defendants were concerned about the cultural or religious affiliations of their arbitrator , or anything else about his background they should have done their “googling” before the arbitration began … it’s an appropriate to allow any party to trifle with the courts by standing silently by, thus permitting the proceedings to reach a conclusion in which the party could acquiesce if favorable and avoid if unfavorable ( Dietz .v. Meisenheimer&Herron ( 2009 ) 177.Cal.App.4th 771,800 ) …. A judge or arbitrator’s impartiality should never be questioned simply because of who they are. “ the fact that an individual belongs to a minority does not render one biased or prejudiced , or raise doubts about one’s impartiality : that one is black does not mean , ipso facto , that he is anti-white ; no more than being Jewish implies being anti-Catholic, or being Catholic implies being anti-Portestant “ ( U.S..v. Alabama (11th Cir.1987) … “. [↑](#footnote-ref-66)