التحكيم فــي المنــازعات بيـن القانــون الليبــي

و التشريــع الإسلامــي

رسالة علمية

مقدمة لاستيفاء بعض الشـــــروط الحصول

على درجة الدكتوراة في الدراسات الإســــــلامية

إعداد : أمحمد حسين قزة

رقم التسجيل: F430415053

جمهورية اندونيسيا

جامعة سونان أمبيل الإسلامية الحكومية سورابايا

كلية الدراسات العليا

٢٠١٩ م

إقرار الطالب

انا الموقع ادناه، وبياناتي كالاتي :

الاسم : امحمد حسين قزة

رقم القيد : F430415053

المرحلة : الدكتوراة

الجهة : كلية الدراسات العليا جامعة سونان أمبيل الإسلامية الحكومية سورابايا

اقر بان هذه الرسالة بكافة اجزائها حضرتها من بحثي وكتبتها بنفسي إلا مواضع منقولة عزوت إلى مصادرها .

هذا، وقد حرر هذا الإقرار بناء على رغبتي الخاصة ولا يجبرني احد على ذلك .

سورابايا٢٠١٩

الطالب المقر امحمد حسين قزة

ث

موافقة من طرف المشرفين

تمت الموافقة من طرف المشرف الأول والمشرف الثاني على هذه الرسالة التي قدمها الطالب : إمحمد حسين قزة في جامعة سونان أمبيل الإسلامية الحكومية سورابايا .

المشرف

Prof. Dr. H. Ahmad Zahro, MA

الاستاذ الدكتور : احمد زهرا

المشرف،

Prof. Dr. M.A Faisal Haq. M.Ag

الأستاذ الدكتور : احمد فيصل الحق

موافقة لجنة المناقشة

تمت المناقشة هذه الأطروحة المقدمة من الطالب امحمد حسين قزة في المناقشة المحددة في 1-4-2019 امام لجنة تتكون من :

1-الأستاذ الدكتور	احمد زهرا	رئيسا و مشرفا	.....
2-الأستاذ الدكتور	احمد فيصل حق	مشرفا ومناقشا	.....
3- الأستاذ الدكتور	حسين عزيز	مناقشا	.....
4 - الأستاذ الدكتور	برهان الدين	مناقشا	.....
5 - الأستاذ الدكتور	السيد عقيل المنور	مناقشا خارجي	.....
6 - الدكتور	محمد عارف	مناقشا	.....
7 - الدكتور	همي الشفق	مناقشا	.....

سورابايا1-4-2019

اعتماد : عميد كلية الدراسات العليا

الأستاذ الدكتور اسودي

Prof. H .A . Aswadi M.Ag

رقم التوظيف :196004121994031001

مستخلص البحث

امحمد حسين قزة رقم التسجيل F43415053 ٢٠١٩ التحكيم في المنازعات بين القانون الليبي والتشريع الأسلامي رسالة دكتوراة في قسم الدراسات الاسلامية كلية الدراسات العليا جامعة سونان أمبيل الاسلامية الحكومية سروابايا، المشرفين ، الاستاذ الدكتور/ احمد فيصل الحق و الاستاذ الدكتور/ احمد زهرا

تناولت الدراسة عن موضوع التحكيم في المنازعات بين القانون الليبي والتشريع الاسلامي وبتالي سعت الدراسة البحث في التحكيم في المنازعات بين التشريع الاسلامي والقانون الليبي موضحا موقف القانون الليبي من التحكيم ومعرفة مفهوم اتفاق التحكيم وايضاح الاراء والشكليات في القانون الليبي .

وكانت اسئلة الدراسة هي : ماموقف القانون الليبي من التحكيم في المنازعات مقارنة بالتشريع الاسلامي والقوانين العربية الاخرى ؟ ما مفهوم اتفاق التحكيم وما هي الآراء والشكليات وفقا للقانون الليبي ؟

استخدم الباحث في هذه الدراسة منهج الوثائقي والمنهج التاريخي من حيث جمع البيانات واستخلصتها من خلال القراءة في الكتب المتاحة .

توصل الباحث من خلال هذه الدراسة الى ١- أن التحكيم وفقا للتجربة الليبية، وعلى الرغم من العديد من القضايا التحكيم المختلفة الى ان المؤسسات الليبية كانت في المستوى الدولي أو في قضايا التحكيم المحلية، كانت تجربة بسيطة ،التي تقوم بها الشركات الأجنبية، واتضح من خلال دراسة هذا موضوع ان التحكيم هو مؤسسة شبه قضائية انها قديمة وراسخة في التاريخ وهذا يتوافق مع التاريخ القديم والحديث وهو يختلف عن النظام القضائي ، بشأن عدة قضايا تمت الموافقة على التحكيم من قبل الشريعة وتطبيقها من قبل المسلمين وهذه المنظمات التي أصبحت الآن أكثر أهمية وأصدرت قوانين واتفاقيات ومعاهدات وأصبحت مراكز محلية ودولية لأنواع مختلفة ٢- إن طرفي التحكيم هو الركن الاول من التحكيم، وأنها تتطلب الحق الكامل في الاهلية ، في حين أن الاتفاق على التحكيم والمحكم هو الأساس الثاني التحكيم، التي يلزم فيها الحقوق وتجربة معظم الفقهاء والقضاة الحق في وضع الشروط شكل التحكيم هو العنصرالثالث من التحكيم ويتم الاتفاق على ذلك مسبقا أو لا ويطلق عليها قرار التحكيم أو شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم وهذا منصوص عليه في اتفاق الطرفين محل التحكيم هو العنصر الرابع،ولها تغطية واسعة وفقا لموضوع النزاع ومنع معظم الفقهاء في الحدود وتتوسع في مجال النزاعات ، والأحكام والقوانين والأعراف .

ونوصي من خلال هذه الدراسة ببعض التوصيات للباحثين في هذا الموضوع .

١- نوصي بإنشاء مراكز التحكيم ونشر الوعي بثقافة التحكيم في داخل المجتمع، وذلك لتجنب النزاعات ولفت الانتباه إلى مراكز التحكيم الداخلية والخارجية ، ما لم يكن ذلك مخالفا لأحكام الشريعة، أو يؤثر على طبيعة والسيادة القانون في البلاد.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ABSTRACT

Imhemed Hussen Gazah, SID: F43415053 2018, 2018, **Arbitration in Disputes between Libyan Law and Islamic Law**. Dissertation. Department of Islamic Studies, Postgraduate Program of Universitas Islam Negeri Sunan Ampel Surabaya. Advisor I: Prof. Dr. Ahmad Faisal Haq. Advisor II: Prof. Dr.Ahmad Zahra.

This research discusses about a topic of arbitration in a dispute between Libyan law and Islamic law. Then it developed into a research related to arbitration in disputes between Islamic law and Libyan law. It explains the position of Libyan law in terms of the independence of the arbitration clause compared with other laws. Beside that, it is also about the concept of arbitration agreement and it explains the views and formalities in Libyan law.

The formulations of the problem in this research are 1) How is the position of Libyan law in arbitration in disputes that is compared to Islamic law and other Arab laws? How is the concept of arbitration agreement and how are the views and the formalities according to Libyan law?

The researcher used documentation methods and historical methods in terms of data collecting by reading books. It shows that arbitration that is conducted by Libya in the form of a simple trial in several arbitration cases is carried out by foreign companies either in international institutions or in cases of local arbitration. It also explains that arbitration is carried out by non-judicial institutions that have long existed and solid in the Libya history, both the old one and the new one. It is different from the justice system. Some cases are settled by arbitration according to Islamic law and it is applied by Muslims. Until now, this organization has regional and international offices in various forms. 2. The concept of arbitration agreement is an agreement that is approved by several parties to resolve the dispute. The two conflicting parties are the main elements in arbitration, they demand full of rights from ownership, while the arbitration agreement and arbitrator are the second element that requires the rights and experiences of several jurisprudent experts and legal experts in determining several requites. The formality of arbitration is the third element of arbitration itself, where the agreement on that matter occurs at the beginning or at the end. It is called a decision. The arbitration requites or arbitration terms are stipulated in an agreement between the two parties. The arbitration location is the fourth element. It has a broad scope according to the dispute topic. Most jurisprudent experts forbid to limit and widen in the fields of disputes, laws, and customs.

The researcher gives recommendations to other researchers who examined this topic to the following points:

1. Establishment of an arbitration center and socialization regarding awareness of cultural arbitration in the community. It aims to avoid conflicts and disputes and to draw their attention to regional and international arbitration centers, as long as it does not conflict with Islamic law, or affect the purity and sovereignty of law in that country.
2. Libyan legislators to adopt a new arbitration law that is initiated by the House of Representatives. The researcher also recommends for conducting the special research about arbitration relating to Libyan law and other laws.

Penerjemah,	Tanggal 30 – 1[illegible] 2018 Validasi Kepala PPB,
an.	
Norma Noviana, M.Hum	Dr. H. Abdul Hamid, MA 19730201 1998031007

ش

ABSTRAK

Imhemed Hussen Gazah, NIM: F43415053 2018, 2018, **Arbitrase dalam Sengketa antara Undang-undang Libya dan Hukum Islam**. Desertasi, Jurusan Studi Islam, Progam Pascasarjana, Universitas Islam Negeri Sunan Ampel Surabaya. Pembimbing I: Prof. Dr. Ahmad Faisal Haq. Pembimbing II: Prof. Dr.Ahmad Zahra.

Penelitian ini membahas topic arbitrase dalam sengketa antara undang-undang Libya dan hukum Islam. Kemudian berkembang menjadi penelitian terkait arbitrase dalam sengketa antara hukum Islam dan undang-undang Libya; dimana menjelaskan posisi undang-undang Libya dalam hal independensi klausul arbitrase dikomparasikan dengan undang-undang yang lain. Serta mengetahui konsep kesepakatan arbitrase dan menjelaskan pandangan dan formalitas dalam undang-undang Libya.

Rumusan maslaah dalam penelitian ini adalah 1) Bagaimana posisi undang-undang Libya pada arbitrase dalam sengketa dikomparasikan dengan hukum Islam dan undang-undang Arab yang lain? Bagaimana konsep kesepakatan arbitrase dan bagaimana pandangan dan formalitas menurut undang-undang Libya?

Dalam penelitian ini, peneliti menggunakan metode dokumentasi dan metode historis dalam hal pengumpulan datanya diperoleh melalui bacaaan buku-buku yang tersedia.

Hasil penelitian menunjukkan bahwa arbitrase yang dilakukan oleh Libya berupa uji coba sederhana pada beberapa kasus arbitrase yang dilakukan oleh perusahaan asing baik di lembaga-lembaga internasional atau dalam kasus arbitrase lokal. Penelitian ini juga menjelaskan bahwa arbitrase dilakukan oleh non-yudisial yang telah lama ada dan solid dalam sejarah Libya yang lama maupun yang baru, hal ini berbeda dari system peradilan. Beberapa kasus diselesaikan dengan arbitrase sesuai hukum Islam dan diterapkan oleh umat Islam. Pada saat ini organisasi tersebut memiliki kantor regional dan internasional dengan berbagai bentuknya. 2. Konsep kesepakatan arbritase adalah persetujuan yang disepakati oleh beberapa pihak untuk menyelesaikan sengketa. Kedua pihak yang bertikai adalah elemen utama dalam arbitrase, yang menuntut hak penuh dari kepemilikan, sementara persetujuan arbitrase dan arbitrator adalah elemen kedua yang mengharuskan adanya hak-hak dan pengalaman dari beberapa ahli fiqih serta ahli hukum dalam menentukan beberapa syarat. Formalitas arbritase adalah elemen ketiga dari arbritase itu sendiri, dimana kesepakatan terhadap hal tersebut terjadi di awal ataupun di akhir. Hal ini disebut dengan keputusan, syarat atau ketentuan arbritase yang ditetapkan dalam kesepakatan antara kedua belah pihak. Lokasi arbitrase adalah elemen keempat, dimana memiliki cakupan yang luas sesuai topic sengketa. Sebagian besar ahli fiqih melarang untuk membatasi dan melebar pada bidang sengketa, hukum, undang-undang dan kebiasaan (adat).

Peneliti memberikan rekomendasi kepada peneliti yang meneliti topic ini beberapa hal berikut:

1. Pendirian pusat arbitrase dan sosialisasi terkait kesadaran terhadap budaya arbitrase di masyarakat, hal itu dengan tujuan untuk menghindari konflik maupun sengketa dan untuk menarik perhatian mereka terhadap pusat-pusat arbitrase regional dan internasional, selama tidak bertentangan dengan hukum Islam, atau mempengaruhi kemurnian dan kedaulatan hukum di dalam negara.
2. Legislator Libya untuk mengadopsi undang-undang arbitrase baru yang digagas oleh Dewan Perwakilan, sebagaimana peneliti juga merekomendasikan untuk melakukan penelitian khusus tentang arbitrase yang berkaitan dengan undang-undang Libya serta undang-undang yang lain.

Penerjemah,	Tanggal	Mengetahui Kepala PPB,
M.MubasysyirMunir, M.Pd NIDT:198605132018020112 15	3/12	Prof. Dr. H. M. Abdul Hamid, MA NIP: 19730201 1998031007

KEMENTERIAN AGAMA REPUBLIK INDONESIA

فهرس المحتويات

الواجهة .....ا

اقرار الطالب .....ب

موافقة من طرف المسرفين .....ت

موافقة لجنة المشرفين .....ث

الاستهلال .....ج

الإهداء .....ح

الشكر والتقدير .....خ

مستخلص البحث .....د

Abstract .....ذ

Abstrak.....ر

المحتويات .....ز

الباب الاول : المقدمة ١

خلفية البحث ١

مشكلة البحث وتحديده ٧

اسئلة البحث.....٨

اهداف البحث ٨

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

اهمية البحث ٩

الدراسات السابقة ٩

نوع المنهج الدراسة ١٧

طريقة جمع البيانات.....١٨

مصادر البيانات ١٨

هيكلية البحث ١٩

الباب الثــاني : التحكيم في المنازعات العامة ٢٥

الفصل الاول: نبذه عن التحكيم ٢٥

المبحث الاول : التطور التاريخي ٢٨

اولا : للتحكيم وأسباب نجاحه ٢٨

تانياً : التحكيم في مجتمع بدائي.....٢٨

ثالثاً: التحكيم هو ضرورة في المجتمعات البدائية ٢٩

المبحث الثالث : التحكيم لغة ٣١

اولاً : التحكيم اصطلاحا. ٣٢

ثانيا: التحكيم في الاصطلاح القانوني ٣٢

المبحث الثالث: أهمية التحكيم.....٣٣

المبحث الرابع : مراحل تشكيل التحكيم ٣٦

اولاً: طبيعة التحكيم ٤٤

ثانياً الصفة التعاقدية ٤٤

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ثالثاً : الطبيعة القضائية للتحكيم.....٤٥

المبحث الخامس: الطبيعة القانونية للتحكيم.....٤٦

اولاً : النظرية التقليدية ٤٦

ثانياً : نظرية مختلطة ٥١

الفصل الثاني : أنواع التحكيم ٥٤

المبحث الاول : أنواع التحكيم الدولي ٥٤

المبحث الثاني : جواز التحكيم مطلقاً ولو مع وجود قاضي في البلد.....٦٣

اولاً : التحكيم المقيد بشرط غياب القاضي.....٦٥

ثانياً : تعريف النزاع.....٦٦

ثالثاً : التعريف الموضوعي و الذاتي للنزاع.....٦٦

المبحث الثالث : مفهوم القانون.....٦٨

اولاً : التحكيم والخبرة.....٧٠

ثانياً : التحكيم والقضاء ٧١

ثالثاً : التحكيم والوكالة ٧٦

رابعاً : التحكيم و الصلح ٧٧

خامساً : التحكيم والتوفيق او الوساطة.....٧٨

المبحث الرابع : مكان ولغة التحكيم ٧٩

اولا : مكان التحكيم ٧٩

ثانياً : لغة التحكيم ٨١

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ثالثاً : اختيار المحكمين وشروط أهليتهم ٨١

اولاً : الشروط الواجب توافرها في اتفاق التحكيم.....٨٥

ثانياً : الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم ٨٥

ثالثاً : الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم ٨٨

رابعاً : الآثار الإجرائية لأتفاق التحكيم ٨٩

المبحث الاول : طبيعة شرط الرسالة.....٩٠

اولاً : شرط التحكيم ٩١

ثانياً : أهمية شرط التحكيم ٩٢

ثالثاً : مشارطة التحكيم ٩٢

رابعاً : هيئة التحكيم واقسامها ٩٤

الفصل الرابع : مصادر التحكيم في القانون الوضعي.....٩٥

المبحث الاول : التشريعات المنظمة للتحكيم ٩٥

اولا : المعاهدات مصدر لنظام التحكيم.....٩٦

ثانيا : طرق اختيار المحكمين وأساس اختيارهم.....٩٧

الباب الثالث : **التحكيم في التشريع الاسلامي**.....١٠٠

الفصل الاول : خصائص التحكيم في الفقه الإسلامي.....١٠١

المبحث الاول : مشروعية التحكيم ١٠٢

المبحث الثاني : مشروعية التحكيم في السنة النبوية.....١٠٣

أ- إقرار صريح من السنة ١٠٣

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ب- عمل الصحابة بالتحكيم ١٠٤

ج- نص اول وثيقة تحكيم في الاسلام ١٠٥

الفصل الثاني : أقوال المذاهب الأربعة ١٠٧

المبحث الاول : وجهات نظر المذاهب الاربعة في التحكيم.....١١٢

اولاً : التحكيم في المذهب الحنفي ١١٢

تانيا : التحكيم في المذهب المالكي ١١٥

ثالثا : التحكيم عند المذهب الشافعي.....١١٦

رابعا : التحكيم في المذهب الحنبلي ١١٨

المبحث الثالث : مواقف الاتفاق والاختلافات بين مذاهب الأربعة.....١٢٠

اولا : مواقف الاتفاق اتفقت المدارس السنية الأربع على القضايا التحكيمية .١٢٠

ثانيا : مواقف الاختلاف ابين المذاهب ١٢١

٤- **الباب الرابع** : **اتفاق التحكيم** ١٢٣

الفصل الاول : تعريف اتفاق التحكيم ١٢٣

المبحث الاول : استقلال شرط التحكيم ١٢٣

المبحث الثاني : التعريف باتفاق التحكيم ١٢٤

أولا : الأهمية التقليدية لمبدأ استقلال شرط التحكيم ثانياً- المعنى الحديث لمفهوم استقلالية شرط التحكيم .....

المبحث الثالث : أهمية استقلالية شرط التحكيم من العقد الأصلي ١٣٠

المبحث الرابع : الأساس المنطقي لاستقلالية شرط التحكيم.....١٣١

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أولا : احترام إرادة الأطراف ١٣١

ثانيا: الفرق بين موضوع العقد الأصلي وشروط التحكيم ١٣٢

المبحث الخامس : موقف الفقه والقضاء والمعاهدات الدولية وقضاء التحكيم من مبدأ استقلالية شرط التحكيم ١٣٤

اولا : حالة قوانين مختلفة من مبدأ استقلالية شرط التحكيم.....١٣٤

ثانيا: موقف الفقه بشأن مبدأ استقلالية شرط التحكيم ١٣٦

ثالثا : موقف المعاهدات الدولية بشأن مبدأ استقلالية شروط التحكيم.....١٣٦

رابعا : موقف اتفاقية نيويورك الموقعة في عام ١٩٥٨.....١٣٦

خامسا : اتفاقية واشنطن، الموقعة في ١٨ مارس ١٩٦٥.....١٣٨

سادسا : اتفاقية التحكيم العربية، التي أبرمت في عام ١٩٨٧.....١٣٩

الباب الخامس : قانون المرافعات الليبي ١٤١

الفصل الاول : مفهوم قانون المرافعات.....١٤٤

المبحث الاول : خصائص القانون المرافعات.....١٤٥

المبحث الثاني أنواع التحكيم في القانون الليبي.....١٤٦

اولا : التحكيم الاختياري ١٤٦

ثانيا التحكيم : الإجباري.....١٤٧

المبحث الثالث : اتفاق التحكيم بين توافق الآراء والشكليات وفقا للتشريعات الليبية

المبحث الرابع :الرضائية في اتفاق التحكيم.....١٤٨

أولا: وجود رضا في اتفاق التحكيم ١٤٩

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ثانيا : شكل التعبير عن الإرادة لإبرام اتفاق التحكيم ١٥٠

ثالثا : التعبير عن الرضا بواسطة الكتابة التقليدية الخطية ١٥٠

الفصل الثاني : توافر الأهلية لإبرام اتفاق التحكيم.....١٥٢

المبحث الاول : أهلية الشخص الطبيعي لإبرام اتفاق التحكيم.....١٥٣

المبحث الثاني :أهلية المحتكم أصالة لإبرام اتفاق التحكيم.....١٥٣

اولا: أهلية المحتكم وكالة لإبرام إتفاق التحكيم.....١٥٤

ثانيا : أهلية الشخص الاعتباري لإبرام اتفاق التحكيم ١٥٥

المبحث الثالث: الجزاء المترتب على مخالفة قواعد الأهلية.....١٥٦

اولا: البطلان المطلق كجزاء لتخلف الأهلية ١٥٦

ثانيا البطلان النسبي ـ كجزاء لتخلف الأهلية.....١٥٦

الفصل الثالث : الشكلية في اتفاق التحكيم ١٥٦

المبحث الاول : طبيعة الكتابة في اتفاق التحكيم ١٥٩

اولا: الكتابة وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم ١٦١

ثانيا : الكتابة ركن في اتفاق التحكيم ١٦٢

المبحث الثاني : الجزاء المترتب على عدم كتابة اتفاق تحكيم.....١٦٤

المبحث الثالث : المبادئ التي يتميز التحكيم ١٦٥

اولا : مفهوم مبدأ المساواة ١٦٥

ثانيا : عدم المساواة أمام القانون في عصرنا ١٦٨

المبحث الرابع : التجربة الإسلامية للمساواة أمام القانون ١٦٨

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

اولا : المدلول الاصطلاحي لمبدأ المساواة ١٧١

ثانيا : المساواة أمام القانون ١٧١

ثالثا : المساواة أمام المحاكم.....١٧١

رابعا : المساواة في الحقوق السياسية.....١٧٢

خامسا : المساواة المطلقة والمساواة النسبية ١٧٢

سادسا : القانونية والمساواة الواقعية.....١٧٣

٧- **الباب السادس** : الاختلاف والتشابه بين القانون الليبي والتشريع الاسلام..١٧٥

٦- **الباب السابع** ١٨٥

النتائج ١٨٦

الاثار المترتبة على النتائج ١٨٧

التوصيات.....١٨٩

المراجع ١٩٠

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الباب الاول

المقدمة

1 - خلفية البحث :

من بين الأحداث الأخيرة والتطورات في عصرنا ومن بين الاستخدام الأكثر كفاءة للسرعة في فض المنازعة ، ويعتبر شرّاح القانون أنّ التحكيم وسيلة طبيعية من وسائل فض النزاعات ظهرت منذ القديم فهو طريق العدل الأول للإنسان [1]، وبما أن العمل القضائي يعتمد عادة على عناصر العدالة بالإضافة إلى سرعة حل النزاع القائم بين الخصمين ومع ذلك في الحالات التي يتم النظر فيها في المحاكم العادية ، سيستغرق الأمر بعض الوقت ونتيجة لذلك ، بدأت العديد من الأطراف المهتمة في مجال القانون عن أدوات تحكيمة بديلة مثل التحكيم، كوسيلة لفض المنازعات بشكل عام، وحيث إن القضايا تُعدُّ محط اهتمام المشرع ومن بينهم المشرع الليبي في كثير من الحالات ،سوف يستغرق الأمر وقتًا طويلاً للتأثير بشكل مباشر على المتخاصمين ،ويصبح المستثمر الذي يستثمر معظم الأموال في مجال الاستثمار عندما اصبح الشخص غير قاقد على التأثير على سلطة واضعي القوانين اي السلطة التشريعية .

وأصبح هذا الأمر يرهق المستثمر الذي وضع جل أمواله بمجال الاستثمار يجد أن القضاء يعيق استثماراته ، ومن هنا أصبح يبحث عن وسائل أُخَر، ومن هذا الوسائل التحكيم ، حيث إنه يعتبر من الوسائل البديلة التي يتم اللجوء إليها لأسباب عدة، منها عدم السرعة في الفصل بالقضايا بشكل عام ومن المعلوم إن

[1] - أحمد أبو الوفاء: التحكيم الإختياري والتحكيم الإجباري، منشأة المعارف، الطبعة الخامسة، 1988، رقم 1، ص16

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

زيادة المؤسسات الاقتصادية وعمليات التجارة بين الدول عبر الحدود وعدم ملائمة القوانين الوطنية لتسوية ما ينشأ عنها من منازعات ، أن يتجه الفكر القانوني إلى البحث عن أداة اخرى فنية متخصصة تقوم بالفصل في المنازعات ، حتى أصبح التحكيم الدولي بوصفه بديلا في الفترة الاخيرة والوسيلة المتعارف عليها والمفضلة التي تلجأ أليها الأطارف المتنازعة لفض المنازعة لا سيما تلك الناشئة في أطار العلاقات التجارية الدولية، الا أن لجوء الأطراف إلى اختيار هذا الطريق ومما لاشك فيه أيضا فظ المنازعات الناشئة بينهما لما يقدمه التحكيم كنظام خاص من المازيا قد يعجز القضاء الوطني عن تحقيقها في اغلب الأحيان، منها ما يتعلق بالموضوع ومنها ما يتعلق بالإجراءات كالمساواة والمواجهة بين الخصوم وحق الدفاع وغير ذلك من المبادئ التي اخذ بها مبدأ التقاضي إمام القضاء العادي .

١- تسمية بعض القوانين لنظام التحكيم :

ويعرفه بعض القانونيين نظام التحكيم سلطة قضائية خاصة والبعض يفضل اللجوء إلى التحكيم كآلية أسرع وأكثر مرونة لتسوية النزاعات، خصوصا في ظل التطور والتعقيد في العلاقات الاقتصادية بين الدول والمؤسسات سواء كانت محلية او الدولية هذه هي طبيعة النزاعات على الحياة والنزاعات بين الناس وعلاقاتهم ومعاملاتهم، وبالتالي وجدوا نظاماً قضائياً يهدف إلى القضاء على الخصومات، ومنع الظلم ، فضلا عن السعي وراء المعارضين في المجتمعات البدائية وقبل نشوء الدولة، تركت تسوية المنازعات الى اشخاص متخصصين ، حيث يمكن أن يفرض الإصلاح هو نظام للدفاع عن النفس، وهذا

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

النظام كان خاطئا ثم ظهر في نظام التحكيم الذي كان يسعى الى تحقيق العدالة والانصاف[2] وبالتالي، يعتبر التحكيم أداة لتحقيق العدالة في النظم القانونية الحديثة وعلى الرغم من أن القوة وسيلة للحفاظ على الحقوق القديمة والمراكز القانونية وحمايتها، فإن الأحداث في المجتمعات البشرية قد أدخلت أساليب أكثر تحضراً، في البداية في إطار التحكيم الطوعي، ثم في التحكيم الإلزامي[3] والتحكيم نظام لحل النزاعات بين الطرفين والأطراف يمكن نقلها إلى الأفراد ويمكن نقلها إلى الكيانات القانونية، سواء كانت دولة أو شركة.

ويتطلب ذلك وجود تحكيم محلي وتحكيم دولي للتمييز بين نوعي التحكيم ، ولا سيما فيما يتعلق با الطبيعة القانونية والتحكيم طريقة قديمة لحل النزاعات وقلنا إن القضاء على المنازعات عن طريق التحكيم قد أذن به القضاء بالفعل[4].

إذا كانت جميع النزاعات معروفة في العصور القديمة في القانون المحلي أو في الدولة، وجدت جذورها التاريخية في القانون الدولي العام، حيث لجأت المدن اليونانية إلى التحكيم من أجل حل الخلافات التي نشأت بينهما.

واستمر النزاع في اللجوء إلى التحكيم حتى الآن، محليا ودوليا على السواء، من أجل الانكماش والازدهار وفقا للدور المتزايد والمتناقص للسلطة القضائية على مر القرون ، وعندما يتفق الطرفان على حل نزاعهما عن طريق التحكيم، يؤدي النزاع بالضرورة إلى انهاء التحكيم وإذا كان من الممكن افتراض أن قانونا واحدا سيطبق على جميع مراحل التحكيم من وقت اتفاق التحكيم من خلال التحكيم في موضوع النزاع، فقد يكون القانون المنطبق مختلفا في مراحل

---

[2] - مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، *التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية*،(بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية، ، 1998) ، ص434

[3] - محمود السيد التحيوي، *تنفيذ حكم المحكمين*، (مصر: دار الفكر الجامعي، ،2006)، ص3

[4] - عبد الحميد الأحدب، *التطور التاريخي للتحكيم* ، (الجزء 1، دار المعارف،) ب س، ص20

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

مختلفة، الأمر الذي يتطلب منا التمييز بينهما.

وإذا كان جوهر التحكيم هو تحديد القانون الذي سيتم حل مسألة النزاع، حيث يتلقى كل طرف حقه، لكنه يحتاج إلى عدة إجراءات، ولا شك في أن القواعد التي تحكم الإجراءات،[5] عن الإجراء التحكيم هو مرحلة مهمة جدا، لأن السلوك أو عرقلة الإجراءات يحدد بشكل كبير مستقبل التحكيم الدولي الخاص وحقيقة أن الإجراءات التي عادة ما يكون سبب رفض تنفيذ قرار بعد الإفراج عنه، والذي يفقد قيمته وأهميته وإذ ندرك أن اتفاق التحكيم أو إجراءه يعرقل التحكيم [6] .

ب- التحكيم والسلطة:

بعد تطور المجتمعات البدائية، أصبحت هيئات الدولة مسؤولة عن تنفيذ العدالة في المجتمع ومع ذلك، لا يزال التحكيم، والهيئة والمصالح للمجتمع نقلها إلى الاحتفاظ بها، لكنه أصبح العدالة الثانية جنبا إلى جنب مع العدالة الرسمية وتحت إشرافها والإشراف عليها وحتى القرن العشرين، كانت مهمة التحكيم التوفيق بين الأطراف في المنازعات، هذه هي المصالحة وليس النزاع، كما هو الحال في النظام القضائي الرسمي وعادة ما يتم اختيار المحكمين من الأقارب أو الأصدقاء أو الحكماء الذين يعرفون كيفية التوفيق، وكان القرار أكثر صحة من القاضي وهذا يعادل البلدان الإسلامية التي تطبق قانون العدل أو البلدان الأوروبية تطبق قوانين القانون الرومانية.

---

[5] - عبد العزيز سرحان، *مبادئ القانون الدولي العام*،(دار النهضة العربية، 1980)ص515

[6] - أحمد القشيري، "*مصادر قواعد التحكيم*" ،(مصر: 2000)، بحث مقدم للدورة العامة الثانية في مركز حقوق عين شمس للتحكيم، ص22

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ج- نوع جديد من التحكيم:

في القرن العشرين، وخاصة في النصف الثاني من القرن، نشأ نوع جديد من التحكيم الذي كان له تأثير كبير على الأعمال التجارية المحلية والدولية ولديه ميزتين :

أولا: يتم الاتفاق على التحكيم مسبقا من قبل الطرفين قبل وجود نزاع بينهما بين شرط التحكيم ضمن شروط العقد، في حين أن التحكيم كان يمارس سابقا بعد النزاع بين الطرفين.

ثانيا: ظهور منظمات مهنية أو هيئات تحكيم دائمة توفر الخدمات لأصحاب المشاريع، ورعاية هذا النوع الجديد من التحكيم.

د- التحكيم وسلطة القانون:

على الرغم من أن التحكيم في الماضي كان قائما على المصالحة، وعندما أجبر المحكم على اتخاذ قرار بدون مصالحة، فإن تنفيذ هذا القرار يتوقف على التأثير الأخلاقي للمحكم، فإن المحاكم تقوم الآن بتنفيذ قرارات التحكيم بانتظام ما لم يكن هناك عقبة قانونية أمام تنفيذها، ولا سيما في المعاملات التجارية المحلية والدولية، لأنه يكفل للطرفين تسوية أسرع للنزاع وبتكلفة أقل ووفقا لإجراءات أبسط ، فإن قرار التحكيم له السلطة التنفيذية للقرارات القضائية مباشرة وبعد تصديق المحكمة عليها.

ويرجع نجاحها إلى أسباب أخرى، **أولها** سرعة محكمة التحكيم لديها هذا الملف فقط ، وتراكم الملفات في محاكم الدولة.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ثانيا: سرية، ينطوي التحكيم فقط أطراف النزاع ومحاميهم وهناك دائما معلومات من المؤيدين أنهم لا يريدون أن يعرفو، والمحاكمة العامة هي ضارة للأطراف، على الرغم من أنها أكثر ضررا لبعضها البعض.

وثالثا: الحق في المشاركة في حل النزاع الذي يختاره الطرفان للفصل فيها

هـ - هيئات التحكيم الدائمة:

وسهل نجاح التحكيم بظهور هيئات تحكيم دائمة في أواخر القرن التاسع عشر واستقرارها في القرن العشرين وتطبق هذه الهيئات نظم التحكيم التي تستخدم كإجراءات للمحاكمة أثناء التحكيم وقد زادت بشكل كبير بسبب تطور التجارة والصناعة في العالم وبالتالي، فإن التحكيم لم يعد مغامرة في المجهول، أو مصالح الأطراف، ولكنه أصبح وسيلة واثقة ومضمونة، وخاصة عندما تكون هذه المحاكم التحكيم ملتزمة بمبادئ العمل القضائي، وقراراتها لا تخضع للاستئناف من قبل المحاكم الرسمية.

و- التحكيم عند الرومان:

قبل قيام امبراطورية الرومانية اقتصر القانون الروماني على التحكيم في القانون الخاص الاحوال المدنية الخاص ، وأما في قوانين العقوبات الاخرى فكان يتم تحديدها ونسبها على مرتكبيها من الملك بمعاونة الكهنة، ولكثرة الاعمال الملقاة على شخص الملك تم إنشاء وظيفة خاصة يتولاها حاكم يسمى البريتور، تختص في سماع إدعاءات المتنازعين، وتوثيقها ثم يحال النزاع بالكامل إلى الحكم الذي يختاره الخصوم ليفصل في نزاعهم [7] وتحديد

[7] - محمد بدر، و البدراوي، *مبادئ القانون الروماني* نقلاً عن الأسطل، *التحكيم في الشريعة الإسلامية* ص26

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الاجراءات، وتزايد عدد المنازعات ومن الضروري إنشاء وكالة للنظر في هذه المنازعات ونقلها إلى النظام القضائي[8] ومنذ ذلك الحين، قدمت المحكمة إلى المحاكمة أمام المتنازعين للحضور امام المحاكمة وبعد أن يسمع مطالباتهم أو يسمح لهم بمواصلة العمل، ويأمرونهم بالامتناع عن أي عمل من أعمال العنف قبل التحقق من صحة بياناتهم، فإذا طلب المحكم من كل منهم أن يقسم يمينا على صحة إدعائه وأن يستمع إلى طلب كل منهم، ثم يصحح حق أحدهم.

أما التحكيم الدولي لم يكن معروف لديهم بسبب أنكارهم المساواة بين الدول [9] ولهذه الأسباب يتم تناول هذا الموضوع في التحكيم في المنازعات بين القانون الليبي و التشريع الإسلامي .

2 - مشكلة البحث وتحديده :

مع تطور العلاقات الدولية والمحلية نشأت مصالح متضاربة وغايات متعارضة ، فتعددت الحاجات واختلفت العلاقات فلجأ المجتمع الدولي والمؤسسات والأفراد إلى التحكيم لطرح نزاعاتهم على محكّم أو محكمين للفصل فيها دون اللجوء للقضاء ، وقد أجازت الدول التحكيم وسنت له التشريعات التنظيمية وبالنظر للمحكَّم فتكون النزاهة والأمانة والعلم بالأنظمة والخبرة في مجاله ، كما ان المشاكل التحكيمية عديدة ، منها مايتعلق بشرط التحكيم حيث ان هذه احد المشاكل التي يعاني منها معظم البلدان ، سواء كانت

---

[8] - محمد عبدالمنعم بدر ، *مبادئ القانون الروماني* ،(دار النشر الحديث ، 1937)

[9] -عبد الحسين القطيفي، *دور التحكيم في فض المنازعات الدولية* نقلاً عن عبدالرحمن الدوري *عقد التحكيم* (2001) ص3

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

محلية اودولية ، وتعتبر الاحكام التحكيمية من حيث الاثار المثرتبة التي في بعض الاحيان مشكلة لبعض من احد الخصمين ، سواء من ناحية الية التنفيذ او من ناحية اتخاذ القرار هذه بعض من الاشكال في في التحكيم في المنازعات .

من أهم أسباب اختياره لهذا الموضوع للبحث في فيما يأتي :-

1- موقف القانون الليبي من التحكيم في المنازعات مقارنة بالتشريع الاسلامي.

2- بيان مفهوم اتفاق التحكيم وما هي الآراء والشكليات وفقا للقانون الليبي .

3- معرفة المشكلات التي يعاني منها القانون الليبي .

3 - أسئلة البحث :

1- ماموقف القانون الليبي من التحكيم في المنازعات مقارنة بالتشريع الاسلامي ؟

2- ما مفهوم اتفاق التحكيم وفقا للقانون الليبي ؟

3- ماهي المشكلات التي يعاني منها القانون الليبي ؟

4 - أهداف البحث :

ويهدف هذا البحث الى بيان ما يأتي :

1- معرفة موقف القانون الليبي من التحكيم في المنازعات مقارنة بالتشريع الاسلامي.

2- بيان مفهوم اتفاق التحكيم وفقا للقانون الليبي .

3- معرفة المشكلات في قانون التحكيم الليبي .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

5 - اهمية البحث:

ان اهمية هذا البحث يمكن تقسيمها الى اهمية نظرية واهمية تطبيقية كما يلي :

1- الاهمية النظرية :

يعتبر من أنسب الطرق لحل المنازعات ذات الطابع الدولي ، تتمثل في أن طبيعة هذه المعاملات تتسم بالبساطة والسهولة والتخلص من الشكليات وتستوجب السرعة والثقة واليسر في الإجراءات بل والسرية أيضا ويعتبر التحكيم أحد الوسائل البديلة عن القضاء لتسوية المنازعات التجارية وشاع اللجوء له في العقود الدولية بشكل خاص بحيث يندر ان نجد عقد دوليا لا يتضمن شرط التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد بين المتعاقدين .

2- الاهمية التطبيقية :

تتمثل اهمية هذه الدراسة من الناحية التطبيقية في ان يقدم رؤية لتوضيح معنى التحكيم في القانون الليبي والتشريع الاسلامي ويعطي الباحث توصيفا دقيقا له ومعرفة الاصول التاريخية لتحكيم بين المنازعات .

6- الدراسات السابقة :

اولا – قدري محمد محمود (التحكيم في ضوء احكام الشريعة الاسلامية)

اقتصرت هذه الدراسة على بيان عظمة الشريعة الاسلامية في بيان كيفية انهاء الخصومات والمنازعات بين افراد المجتمع وكشف كنوز التشريع الاسلامي وقارن بين الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية [10]

[10] - محمد محمود قدري ، *التحكيم في ضوء احكام الشريعة الاسلامية*،(الرياض : دار الصميعي للنشر والتوزيع ، 1430هـ 2009، ط1)ص122

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وقد توصل في هذه الدراسة الي عدة نقاط التي وصل عددها الي 17 عشر نقطة ونذكر منها بعض النقاط :

1- التحكيم وسيلة عرفت قبل الاسلام لنفي النزاع واقرها الاسلام وتعد من اهم الوسائل المعاصرة الان .

2- التحكيم يتوقف علي ارادة طرفي النزاع فهو اختياري مهما كان نوع المنازعة .

3- التحكيم عقد كسائر العقود له اركان وشروط واجراءات .

4- الحكم الذي يصدر في قضية النزاع محل التحكيم لزم لطرفين فهو كحكم القاضي المولي من جهة الامام ومن ثم فلا يجوز نقضه او تعديله الا كما ينتقض حكم القاضي .

5- يختلف التحكيم عن غيره من وسائل فض المنازعات كالقضاء والصلح والوكالة .

6- بين الفقهاء الاسلام القواعد العامة للتحكيم واهم هذه القواعد الحكم بشريعة الله والعدل.

الفرق بين هذه الدراسة ودراستي هي انها اقتصرت هذه الدراسة على بيان عظمة الشريعة الاسلامية في بيان كيفية انهاء الخصومات والمنازعات بين افراد المجتمع وكشف كنوز التشريع الاسلامي وان دراستي قد حددت في في موضوع القانون الليبي الذي يعتبر من القوانين الوضعية ومقارنته بالتشريع الاسلامي

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

تانياً – د - عبدالباسط محمد خلف وسائل انهاء المنازعات بين الافراد في الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة فقهية [11]

وصل الى عدة نتائج منها :

1- انه من الواجب على الدولة المسلمة مراعاة حقوق الله تعالى من الحدود والتعزيزات والكفارات والزكاة فتستوفيها ممن وجبت عليه .

2- انها تنتهي الخصومات إذا ما التزم كل فرد بما عليه من حقوق وواجبات تجاه الاخرين فان التقصير او التفريط في هذه الواجبات من شانه ان يوسع في فوهة الخلاف وادارة النزاع .

3- ان انهاء النزاعات والخلافات بالوسائل المبنية على الرضا اولى وافضل من اللجوء الى القضاء وانهاء النزاعات عن طريقه .

كانت دراسة الدكتور عبد الباسط خلف حول وسائل انهاء المنازعات بين الافراد في الشريعة الاسلامية حيث كانت هذه الدراسة مقارنة فقهية ووصل الي عدة نقاط مذكور اعلاه

والعلاقة بينها وبين دراستي اذ انها تبحث عن انهاء المنازعات بين الافراد المجتمع في الشريعة الإسلامية وان دراستي تبحث عن التحكيم في فض المنازعات بين التشريع الاسلامي والقانون الوضعي الليبي .

ثالثاً - شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية رسالة ماجستير لطالب بفي علي في جامعة الشهيد حمه لخضر2015 – 2014 السنة الجامعية [12]

---

[11] - عبدالباسط محمد خلف ، *وسائل انهاء المنازعات بين الافراد في الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة فقهية*،(مصر: دار المحدثين ، 2008م الطبعة 1)ص40

[12] - بفي علي ، "*شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية* " (رسالة الماجستير - جامعة الشهيد حمه لخضر2015 ، 2014)ص22

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

استخدم الباحث في هذه الرسالة على المنهج الوصفي والمنهج المقارن - واستخلص البحث في رسالته الى الاتي :

1- شرط التحكيم هو القاعدة التي يستند إليها النظام القضائي الخاص و السبيل المفضل لحل المنازعات الخاصة الدولية بالتحكيم .

2- شرط التحكيم يعتبر اتفاق يبرم بين الاطراف وفقا لارادتهم الذاتية لان التحكيم من العقود الرضائية وميزة شرط التحكيم تعلقه بمنازعات مستقبلية محتملة .

3- للأطراف كامل الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم .

الفرق بين هذه الدراسة التي تدرس حول موضوع شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية وبين دراستي حيث ان دراستي تبحث عن التحكيم في المنازعات بين القانون الليبي والتشريع الاسلامي ان دراستي احد تساؤلاتها حول شرط التحكيم

رابعاً - التحكيم قضاءً اصيلا للمنازعات التجارية – م هيوا علي حسين - جامعة السليمانية

اتبع الباحث أسلوب التحليل في إنجاز هذه الدراسة ، فجاءت مستندة إلى ركائز الدراسة التحليلية التي تتوخى بيان الطرح المقصود بإعتماد أدوات الدراسة التحليلية في ضوء موقف القوانين الدولية والوطنية من التحكيم والأفكار والآراء الفقهية من التنظيم التشريعي له من خلال هذه الدراسة توصل إلى جملة من الاستنتاجات نبينها ادناه.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

1- ان تقرير الحق في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي ليس بالضرورة مخالفاً لما تفتضيه أعتبارات سيادة الدولة ذلك لأن المشرع هو الذي يعطي بنفسه الحق للأفراد وغيرهم من الأشخاص في اللجوء إلى طريقة تكون بديلة عن القضاء تتناسب مع مصالحهم المشروعة أكثر من القضاء الوطني لاسيما بعد أن عصفت رياح التغيير بمفهوم السيادة التقليدي.

2- إن نشوء التحكيم وازدهاره يرتبط بالتطورات التي حصلت في ميادين العلوم والتكنولوجيا والاقتصاد وسائر أوجه العلاقات الاجتماعية لاسيما العلاقات الدولية فالحاجات والمتطلبات التي رافقت التطور في سائر الميادين اقتضت ابتداع وسائل عصرية حديثة لتسوية المنازعات الدولية والداخلية ولا نبالغ إذا قلنا أن التحكيم هو القضاء الذي ينسجم ويتلاءم مع مقتضيات العلاقات القانونية الخاصة اكثر من مؤسسة القضاء ذات الاختصاص العام الشامل لجميع انواع المنازعات وينطبق هذا على مجال العلاقات الدولية أكثر من غيرها .

3- لقد قطع التحكيم شوطاً كبيراً في بلورة قواعد وأحكام خاصة به بعيداً عن الأطراف التقليدية و قواعد تنازع القوانين في القانون الخاص، بل إن تطوره قد امسى على طريق سالك نحو نشوء قضاء تحكيمي تجاري عالمي اكثر مؤسساتية ونضوجا .

العلاقة بين هذه الدراسة التي تقوم بدراسة التحكيم قضاءً اصيلا للمنازعات التجارية ودراستي التي قمت بالبحث حول التحكيم في المنازعات بين القانون الليبي والتشريع الاسلامي اي ان الدراستين تبحث في جزئية معينة من المنازعات

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

خامساً - حكم التحكيم و آثاره القانونية في التشريع الجزائري – رسالة ماجتسر- تابتي سعيد جامعة موالي الطاهر- السنة الجامعية 2015- 2016[13] المنهج التحليلي الذي يعتمد على تحليل النصوص القانونية المنظمة في التحكيم التجاري واستخلص الباحث على بعض النتائج :

1- أن الحكم التحكيمي الدولي يعتبر حكما قضائيا حقيقيا من خلال الشروط التي تتوفر فيه لصحته .

2- أن الحكم التحكيمي الدولي مستقل عن القضاء الوطني أن المشرع الجزائري أخضعه لرقابة القضاء الوطني و هذه الرقابة ال تهدف إلى تقييد إرادة أطراف التحكيم بل ترمي أساسا إلى حماية هذه الارادة .

3- أفرد المشرع طريقا خاصا و فريدا للطعن و هو الطعن بالبطلان بينما تختلف الأحكام التحكيمية ذات العنصر الوطني في ذلك، و أما الطعن بالأستئناف فلقد منح المشرع الجزائري في القانون التحكيم حق الإستئناف الحكم القضائي الخاص برفض الأعتراف أو تنفيذ أحكام التحكيم الدولي القاضية بذلك

ان هذه الدراسة التي تبحث حول الموضوع حكم التحكيم و آثاره القانونية في التشريع الجزائري وان دراستي تقوم البحث حول التحكيم في المنازعات بين القانون الليبي والتشريع الاسلامي وكلتا الدراستين تقوم بالبحث حول التحكيم من جهات مختلف .

---

[13] - تابتي سعيد ، " حكم *التحكيم و آثاره القانونية في التشريع الجزائري* " (الجزائر : رسالة الماجتسير- جامعة موالي الطاهر- 2015- 2016)،ص22

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

سادساً – التحكيم بالقضاء وبالصلح – احمد ابوالوفا – 2007 واستخلص في نهاية كتابه الى الاتي

1- اجاز التحكيم الا انه قد احاطه بكثير من الاجراءات بحيث يمكن للخصم السئ النية من استفادة وقت خصمه وماله وجهده

2- اهم ما يراه لمعالجة نصوص التحكيم الا يكون حكم المحكم قابلا لأي طعن وانما يكون قابلا للبطلان بدعوى البطلان المبتدأ .

ان هذ الرسالة التي تبحث في التحكيم بالقضاء وبالصلح الذي يعتبر فرع من فروع دراستي التي ابحث عن التحكيم في المنازعات بين القانون الليبي والتشريع الاسلامي دراسة مقارنة

سايعاً- سريان شرط التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية - داود مدالله الثبيتات رسالة ماجستير - جامعة الشرق الأوسط 2015-2014 [14]

اتبع الباحث المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن وتوصل الباحث من خلال هذه الدراسة إلى النتائج الآتية:

1 - أجاز القانون الأردني اتفاق التحكيم وعبّر عنه: يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقاً على نشوء النزاع سواء كان مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل المنازعات أو بعضها، وبذلك يكون المشرع الأردني قد ساوى بين الشرط والمشارطة بإيراده عبارة إتفاق التحكيم.

[14] - داود مدالله الثبيتات " سريان شرط التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية" ، (رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الأوسط ، 2015-2014)ص33

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

2 -إن سريان اتفاق التحكيم بالنسبة لعقود الانشاءات الدولية يقتضي تحديد مفهوم الغير في هذه العقود، فالعقد شريعة المتعاقدين ولا يكون العقد حجة إلا على أطرافه ولا تسرى آثاره إلا عليهم، فقد قرر المشرع أنه لا يرتب العقد التزامً في ذمة الغير

3 - تقتضي القواعد العامة في تفسير اتفاق التحكيم، بأنه إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للطرفين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي ان يتوافر من أمانة.

ان هذه الدراسة اقتصرت على سريان شرط التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية حيث بحتث على مدى سريان شرط التحكيم في العقود الإنشاءات الدولية وان دراستي تقوم بالبحث عن التحكيم في المنازعات بين القانون الليبي والتشريع الاسلامي دراسة مقارنة والعلاقة بينهم انهم تشتركاء في موضوع شرط التحكيم

ثامناً - القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية - دراسة تحليلية مقارنة م. د. علاء حسين علي - كلية الآداب / جامعة الكوفة - العدد 41 سنة 2016 [15] .

[15] - علاء حسين علي ، *القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية*، (دراسة تحليلية مقارنة ، كلية الآداب ، جامعة الكوفة ، العدد 41 سنة 2016) ، ص120

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وكانت النتائج في هذه الدراسة فيما يأتي :-

1- إن واقع اتفاق التحكيم في مجال عقود التجارة الدولية وتحديد القانون الواجب التطبيق عليه يشهد تأكيداً متزايداً على مبدأ حرية المحكمين الدوليين والقضاة الوطنيين عند غياب مظاهر التعبير عن إرادة المتعاقدين بشان تحديد القانون الذي يجب على المحكم أو القاضي العمل به عند الفصل في النزاع الذي يتعلق بشرط التحكيم او مشارطته .

2- إن بعض التشريعات الوطنية تضع ضوابط احتياطية عند غياب إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية من أجل تحديد القانون الواجب تطبيقه على شرط التحكيم في مجال عقود التجارة الدولية ومثال ذلك بعض التشريعات العربية .

تقوم هذه الدراسة بالبحث عن القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية اي ان ايهم افضل للتطبيق أو القاضي العمل به عند الفصل في النزاع الذي يتعلق بشرط التحكيم او مشارطته وان دراستي تدرس حول موضع المقارنة بين القانون الليبي والتشريع الاسلامي .

7- منهج البحث: نوع البحث

اتبع الباحث على مدخل البحث ونوع البحث المكتبي والمنهج المقارن هو أحد أهم المناهج المستخدمة في البحوث العلمية، والذي يهدف إلى عقد المقارنات بين المسائل لاستخراج أوجه التشابه والاختلاف بينها، فمن خلال هذه المقارنات يفهم الباحث الأمور الغامضة الموجودة في المشكلة البحثية [16] حيث ان هذه المناهج

[16] - محمد جلاء إدريس ، مناهج البحث العلمي نظرياً وتطبيقياً ،(الجامعة الإسلامية العالمية 1998)،ص40

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

سوف تساعد الباحث للخوض في موضوع البحث وهو التحكيم في المنازعات بين التشريع الاسلامي والقانون الوضعي الليبي .

8- طريقة جمع البيانات :

ان طريقة جمع البيانات في هذه البحث تعتمد على الدراسة المكتبية اي البحث في الكتب المكتبية وكل ما عـلاقة بهذا البـحث، وذلك لجمـع المواد الفقهية والقانونية والدراسات السابقة من رسائل الماجستير والدكتوراة و البيانات التي يستخدمها الباحث في بحثه ويتم ذلك عن طريق الخطوات التالية :

1- توضيح البيانات المتعلقة بالبحث .

2- تحقيق الموضوعات المتعلقة بالبحث .

3- وضع الادلة المأخوذة من الوثائق والكتب مع بعضها بطريقة منطقية.

4- قراءة الكتب المتعلقة بهذا البحث واستخراج النتيجة منها.

9 - مصادر البيانات:

مصادر اساسية :

تتكون مصادر البيانات في هذا البحث من مصادر أساسية وهي أهم الكتب

القران الكريم

السنة النبوية

صحيح مسلم

صحيح البخاري

صحيح ابن ماجه

حاشين ابن عابدين

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الكتب القانونين ومنها :

- الكوني علي اعبوده : اساسيات القانون الوضعي الليبي
- صادق محمد جبران : التحكيم التجاري الدولي
- محمود سيد التحيوي : التحكيم في المواد المدنية والتجارية .

10- اسلوب تحليل البيانات :

يجب القيام بجمع المعلومات وفق الطرق المعروفة والمتبعة في البحوث العلمية فلا بـد من تجهيز هذه البيانات ونقوم بتحليلها على الطريقة العلمية الصحيحة وذلك لكي يسهل علينا فهم البيانات المتحصل عليها من مصادرها

قمت أنا بالبحث بجمع المعلومات وفحص بياناتها التي تم جمعها ومن ثم تجزئة المعلومة وربطها ببعض والتفريق بين البيانات المتحصل عليها واختيار الباحث ما يتعلق بالدراسة وتكرار بعد ذلك فحص البيانات للتأكد من صحتها ومن ثم استخلاص البيانات وتقديم الخلاصة لتسهيل عرضها وتقديمها في شكل بحث علمي اما بخصوص المعلومات التي قمت بأخذها كباحث فمنها من بعض الكتب والمجلات العلمية والدورية والمراجع الإلكترونية ، ومنها القران الكريم وبعض كتب تفسير القران الكريم ولقد حرصت على أخذ المعلومات التي لا جدال عليها من أجل الوصول إلى نتائج صحيح.

11- هيكل البحث : سيكون هيكل البحث مكوناً من الهيكل التالي :

1- **الباب الاول** : المقدمة ويشمل هذا الباب التطرق الى خلفية البحث وبيانها بالتفصيل ومشكلة البحث وتحديده واسئلة البحث واهداف البحث واهمية البحث الدراسات السابقة ، ثم منهج البحث التي تشمل نوع المنهج الدراسة وهو

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المنهج الوثائقي المكتبي والمنهج المقارن ومصادر جمع البيانات الاساسية وطريقة جمع البيانات الدراسة وهي القراء من امهات الكتب الفقهية والقانونية الممنهجة ثم الاقتباس المباشر او غير مباشر وطرقة تحليل البيانات وهيكلية البحث .

2- الباب الثــاني :

التحكيم في المنازعات **الفصل الاول** نبذه عن التحكيم **المبحث الاول** التطور التاريخي **اولاً** للتحكيم وأسباب نجاحه **ثانياً** التحكيم في مجتمع بدائي **ثالثاً** التحكيم هو ضرورة في المجتمعات البدائية **المبحث الثاني** عوامل إجراءات التحكيم **اولاً** فخر القبائل بشهرة محكميها: **ثانياً** أكثر قضايا التحكيم التاريخية اشتهرت قبل الإسلام المبحث الثالث التحكيم لغة اولاً التحكيم اصطلاحا. **ثانيا** التحكيم في الاصطلاح القانوني **المبحث الثالث** أهمية التحكيم **المبحث الرابع** مراحل تشكيل التحكيم **اولاً** طبيعة التحكيم **ثانياً** الصفة التعاقدية **ثالثاً** الطبيعة القضائية للتحكيم **المبحث الخامس** الطبيعة القانونية للتحكيم **اولاً** النظرية التقليدية **ثانياً** نظرية مختلطة **ثالثاً** نظرية التحكيم الخاصة **الفصل الثاني** أنواع التحكيم **المبحث الاول** أنواع التحكيم الدولي **المبحث الثاني** جواز التحكيم مطلقاً ولو مع وجود قاضي في البلد **اولاً** التحكيم المقيد بشرط غياب القاضي **ثانياً** تعريف النزاع **ثالثاً** التعريف الموضوعي و الذاتي للنزاع **رابعاً** التعريف الموضوعي **خامساً** التعريف الذاتي للنزاع **المبحث الثالث** مفهوم القانون **اولاً** التحكيم والخبرة **ثانياً** التحكيم والقضاء **ثالثاً** التحكيم والوكالة **رابعاً** التحكيم و الصلح **خامساً** التحكيم والتوفيق او الوساطة **المبحث الرابع** مكان ولغة التحكيم **اولاً** مكان التحكيم **ثانياً** لغة التحكيم **ثالثاً** اختيار المحكمين وشروط أهليتهم **رابعاً** اختيار المحكمين **الفصل الثالث** شروط المحكم ومؤهلاته **المبحث الاول** رد

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المحكمين واستبدالهم **اولاً** الشروط الواجب توافرها في اتفاق التحكيم **ثانياً** الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم **ثالثاً** الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم **رابعاً** الآثار الإجرائية لأتفاق التحكيم **المبحث الاول** طبيعة شرط الرسالة اولاً شرط التحكيم **ثانياً** أهمية شرط التحكيم **ثالثاً** مشارطة التحكيم **رابعاً**هيئة التحكيم واقسامها **الفصل الرابع** مصادر التحكيم في القانون الوضعي **المبحث الاول** التشريعات المنظمة للتحكيم اولا المعاهدات مصدر لنظام التحكيم **ثانيا** طرق اختيار المحكمين وأساس اختيارهم

3- الباب الثالث :

التحكيم في التشريع الاسلامي **الفصل الاول** خصائص التحكيم في الفقه الإسلامي **المبحث الاول** مشروعية التحكيم **اولا** دليل التحكيم في القرآن الكريم **تانيا** آية تحكيم الرسول صلى الله عليه وسلم **المبحث الثاني** مشروعية التحكيم في السنة النبوية **أ-** إقرار صريح من السنة **ب-** عمل الصحابة بالتحكيم **ج-** نص اول وثيقة تحكيم في الاسلام **الفصل الثاني** أقوال المذاهب الأربعة **المبحث الاول** وجهات نظر المذاهب الاربعة في التحكيم المبحث الثاني موقف المذاهب السنيه الاربعة في التحكيم وقد تنوعت اراء المذاهب في مسائله **اولاً -** التحكيم في المذهب الحنفي **تانيا -** التحكيم في المذهب المالكي **ثالثا -** التحكيم عند المذهب الشافعي **رابعا -** التحكيم في المذهب الحنبلي **المبحث الثالث** مواقف الاتفاق والاختلافات بين مذاهب الأربعة **اولا** مواقف الاتفاق اتفقت المدارس السنية الأربع على القضايا التحكيمية **ثانيا** مواقف الاختلاف ابين المذاهب

4- الباب الرابع :

اتفاق التحكيم **الفصل الاول** تعريف اتفاق التحكيم المبحث الاول استقلال شرط التحكيم المبحث الثاني التعريف باتفاق التحكيم التجاري **أولا -** الأهمية التقليدية

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

لمبدأ استقلال شرط التحكيم **ثانياً-** المعنى الحديث لمفهوم استقلالية شرط التحكيم المبحث الثالث أهمية استقلالية شرط التحكيم من العقد الأصلي المبحث الرابع الأساس المنطقي لاستقلالية شرط التحكيم **أولا -** احترام إرادة الأطراف **ثانيا:** الفرق بين موضوع العقد الأصلي وشروط التحكيم **المبحث الخامس** موقف الفقه والقضاء والمعاهدات الدولية وقضاء التحكيم من مبدأ استقلالية شرط التحكيم **اولا** حالة قوانين مختلفة من مبدأ استقلالية شرط التحكيم **ثانيا** موقف الفقه بشأن مبدأ استقلالية شرط التحكيم **ثالثا** موقف المعاهدات الدولية بشأن مبدأ استقلالية شروط التحكيم **رابعا** موقف اتفاقية نيويورك الموقعة في عام 1958 **خامسا** اتفاقية واشنطن، الموقعة في 18 مارس 1965 **سادسا** اتفاقية التحكيم العربية، التي أبرمت في عام 1987-

الباب الخامس :

قانون المرافعات الليبي **الفصل الاول** مفهوم قانون المرافعات **المبحث** الاول خصائص القانون المرافعات **المبحث الثاني** أنواع التحكيم في القانون الليبي اولا التحكيم الاختياري **ثانيا** التحكيم الإجباري **المبحث الثالث** اتفاق التحكيم بين توافق الآراء والشكليات وفقا للتشريعات الليبية **المبحث الرابع** الرضائية في اتفاق التحكيم **أولا** وجود رضا في اتفاق التحكيم **ثانيا** شكل التعبير عن الإرادة لإبرام اتفاق التحكيم **ثالثا** التعبير عن الرضا بواسطة الكتابة التقليدية الخطية **الفصل الثاني** توافر الأهلية لإبرام اتفاق التحكيم **المبحث الاول** أهلية الشخص الطبيعي لإبرام اتفاق التحكيم **المبحث الثاني** أهلية المحتكم أصالة لإبرام اتفاق التحكيم **اولا** أهلية المحتكم وكالة لإبرام إتفاق التحكيم **ثانيا** أهلية الشخص الاعتباري لإبرام اتفاق التحكيم **المبحث الثالث** الجزاء المترتب على مخالفة

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

قواعد الأهلية **اولا** البطلان المطلق كجزاء لتخلف الأهلية **ثانيا** البطلان النسبي - كجزاء لتخلف الأهلية **الفصل الثالث** - الشكلية في اتفاق التحكيم **المبحث الاول** - طبيعة الكتابة في اتفاق التحكيم

اولا- الكتابة وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم **ثانيا** - الكتابة ركن في اتفاق التحكيم **المبحث الثاني** - الجزاء المترتب على عدم كتابة اتفاق تحكيم **المبحث الثالث** - المبادئ التي يتميز التحكيم **اولا** - مفهوم مبدأ المساواة **ثانيا** - عدم المساواة أمام القانون في عصرنا **المبحث الرابع -** التجربة الإسلامية للمساواة أمام القانون **اولا** - المدلول الاصطلاحي لمبدأ المساواة ثانيا - المساواة أمام القانون **ثالثا-** المساواة أمام المحاكم **رابعا -** المساواة في الحقوق السياسية خامسا - المساواة المطلقة والمساواة النسبية سادسا -المساواة القانونية والمساواة الواقعية

7- الباب السادس

الاختلاف والتشابه بين القانون الليبي والتشريع الاسلامي

6- الباب السابع

الخاتمة النتائج التوصيات الاثار المترتبة على النتائج

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الباب الثـــاني

التحكيم في المنازعات

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الباب الثــاني

التحكيم في المنازعات

الفصل الاول : نبذه عن التحكيم :

التحكيم هو وسيلة لحل النزاعات ولم تعرف معظم القوانين التحكيم، الذي أعطاهم تعريفا جزئيا بحيث أنه لا يعرف ما كان التحكيم، بل عرف التحكيم بالصلح بأستثناء بعض التعريفات .

بيد أن الإجتهاد السائد هو أن الطرفين يوافقان على منح هيئة التحكيم الحق في التماس قرار عادل ومنصف يتوافق مع النزاع ويعين الطرفان المحكم إتفاقا أو شرطاً مباشراً لتسوية نزاع قد ينشأ أو نشأ بينهما لمبادئ العدالة ، وعدم مراعاة سيادة القانون واتخاذ قرار ملزم لطرفين .

وفي معظم إتفاقيات التحكيم، سواء كانت دولية أو وطنية، تنظر هيئة التحكيم في النزاع وفقا لاعتبارات الإنصاف وترتبط أسباب ذلك بنهج عدائي عام إزاء السلطة القضائية، اعتقاداً منها بأن أحكام التشريعات الوطنية لا تتفق مع توفير العلاقات التعاقدية إما بسبب طابعها الدولي لهذه المنازعات أو لمخاوف الأطراف بشأن تنفيذ القانون الوطني التقليدي بشأنها والعلاقات التجارية الحديثة والمتقدمة .[1]

[1] - أبو العلا النمر ، " القانون الواجب التطبيق فى منازعات التحكيم" ، (مصر: بحث مقدم إلى مركز تحكيم حقوق عين شمس سنة 2001 ، ص157)

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ولا يقتصر التحكيم، الذي فصل فيه المحكم، على تأييد قراره بأعتباره سببا مشروعا لتبرير قراره[2] ورفض تطبيق قاعدة معينة من قواعد القانون فعلى سبيل المثال، يرفض قبول نظام التقادم ورفض إجراء المقاصة في الحالات التي ينص عليها القانون [3] ، وان مفهوم التحكيم في التوفيق المطلق لا يقيده القانون، ويمكن أن ينظمه القانون والعرف وفقا لمبادئ العدل والمساواة وله صلاحيات اوسع قد تتجاوز صلاحيات المحاكم[4] .

وقد أطلق البعض على هذا النوع من التحكيم ، بالإضافة إلى التحكيم بالصلح أو التحكيم مع التفويض بالصلح ، مصطلحات التحكيم بالعدل والإنصاف[5] ، التحكيم بالإنصاف[6] ، التحكيم بالعدالة ، التحكيم الودى[7]

وعلى الصعيد الدولي، يلاحظ أن لكل مشرع فهمه الخاص للتحكيم في التوفيق، وأن لكل بلد إجراءات التوفيق الخاصة به ذلك يعتمد على الإرادة والسلطة التشريعية ،[8] وتنص المادة 1474 من المجموعة الفرنسية على ما يلي: يحسم المحكم وفقا لقواعد القانون اذا لم يكن بوسع أطراف اتفاق التحكيم أن تكون بمثابة محكمين للمصالح .

---

[2] - إبراهيم أحمد إبراهيم ، " اختيار طرق التحكيم ومفهومه" ، مجلة المحاماة، (سنة 2001) .

[3] - محمود السيد التحيوي ، *التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح* ، (الإسكندرية : منشأة دار المعارف ، طبعة 2002)، ص161

[4] - " حكم تحكيمي بالصلح صادر عن محكمة استئناف" ، (دمشق : مجلة المحامون : عام 1988) رقم 452 1986/12/31.) ، ص310

[5]- محمد توفيق على محمد فهمى: " اختيار قواعد العدالة والإنصاف لحل منازعات التجارة الدولية " (مصر : رسالة دكتوراة - كلية الحقوق ، جامعة عين شمس) ص21-22.

[6]- الحبيب مالوش ، " التحكيم بالإنصاف فى نزاعات الأعمال *الدولية*" ،مصر ، بحث مقدم إلى مؤتمر القاهرة للتحكيم التجاري الدولي- (سنة 1990). ص15

[7]- أبو زيد رضوان ، *الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي* ،(القاهرة : دار الفكر العربي ، سنة 1981)، ص176

[8] - عبد الحميد الأحدب ، المرجع السابق ، 63 .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الأمر نفسه ينطبق على إتفاقية البنك الدولي، وقعت في واشنطن في عام 1965، بعد الفقرة 1 من المادة 42 من هذه الاتفاقية تنص على أن هيئة التحكيم تحدد النزاع وفقا لأحكام القانون الذي اعتمده الطرفان، وفي حالة عدم وجود إتفاق بين الطرفين، تطبق المحكمة قانون الدولة الطرف في النزاع، فضلا عن مبادئ القانون الدولي وفي هذا الصدد، الفقرة 3 من نفس المادة تنص على أنه يجوز لهيئة التحكيم بالفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف، إذا أتفق الأطراف على ذلك.

ومن الواضح في هذه النصوص القانونية أنه عند تقديم طلب إلى التحكيم، يجب أن يستند إجراء التوفيق إلى اتفاق واضح ونهائي من جانب الأطراف في هذا التحكيم فمن الضروري الالتزام الصارم القصد من هيئة التحكيم بالنظر إلى خطورة الآثار الجانبية للتحكيم لطرفي أتفاق التحكيم وتم تعزيز نظم قانونية مختلفة فيما يتعلق بالتحكيم في التـوفيق [9]

المادة 1700 التشريع القضائي البلجيكي يتطلب أن محكمة التحكيم المكلفة بالنزاع الذي هو موضوع اتفاق التحكيم لم يكن لديك الحق في تسوية بين الطرفين بعد الخلاف الذي هو موضوع اتفاق التحكيم.

التحكيم ليس شرطا معين ، لأن هذه ليست فقط وسيلة تسمح المحكم لتجنب مراجعة قضائية، وإنما الطريقة التي يغير منهجية لفهم الجدل عندما طلب الحكم له وفي بعض الأحيان يطلب الطرفان من المحكم تحقيق قضاء مستقل آخر ينبذ الامتيازات الممنوحة لهما بموجب القانون التخلص من الحقوق الخاصة ويعني تحكيم التسوية رفضا تعاقديا للأطراف التي يحق لها الاستفادة من تطبيق القانون

[9] - محمود السيد التحيوي ، المرجع السابق ، ص38

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

على نزاعها ولا ينطبق هذا الرفض على القانون نفسه، بل على الحقوق الخاصة التي يمنحها القانون.[10]

فيما يتعلق بأي القانون، ومبدأ أساسي من مبادئ التحكيم لأفكار العدالة لإيجاد حل مناسب للصراع لا يعني أن تحول هذا القرار في سيادة القانون يتطلب بالضرورة، وسلامة التأكيد أن يشعر الحاجة والمجتمع المحلي والملزم، وتحكيم هذا القرار ورغبته المستمرة في اعتماده بطريقة تؤدي إلى استمرار العمل في إطاره.[11]

المبحث الاول : التطور التاريخي للتحكيم وأسباب نجاحه:

اولا - التحكيم في مجتمع بدائي :

في المجتمع البدائي، كان هناك نظام من العلاقات الاجتماعية التي تعطي لشخص أو القبيلة الحق في جمع حقوقهم أمام أعدائهم، وبعد ذلك كان هناك تحكيم، الذي رفض المشاركين لجمع حقوقه وأوكلت إلى طرف ثالث مع قرار النزاع تأثير في المجتمع لذلك، في هذه المرحلة كان هناك سؤال عن التحكيم، كما كان هناك الهيئة العامة للإقامة العدل، من أجل تجنب العدالة الفردية، لحل النزاعات بالوسائل السلمية، وحتى عندما كان هناك حكومة التي لم تكن في مرحلة مبكرة من عبء العدالة في المجتمع عاش العرب الحياة القبلية، على أساس الحركة والهجرة لأسباب الحياة المادية، مما كان له تأثير واضح على الحياة الاقتصادية والاجتماعية، كما تم تقسيم العرب إلى قبائل .[12]

---

[10] - النمر أبو العلا ، المرجع السابق، ص144

[11] - هشام على صادق ، *القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية* ،(الإسكندرية : منشأة المعارف، سنة 1995)،ص185

[12] - قحطان عبدالرحمن الدوري ، *عقد التحكيم في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي*، (بغداد: مطبعة الخلود ، 1405، 1985م ط1)،ص65

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ثانيا - التحكيم ضرورة في المجتمعات البدائية :

ا- عوامل إجراءات التحكيم :

لا يمكن للشخص كطابع اجتماعي وطبيعة أن يتقاعد للعيش وحده لأنه غير قادر على تلبية الاحتياجات المختلفة ولا يتفق مع المجتمع إلا إذا كانت هناك قواعد وأنظمة تطبق على جميع أفراد المجتمع ويجب أن تكون هناك آلية منظمة لحل النزاعات في هذا المجتمع، الذي وجد بوجود الدولة في مجتمع بلغ درجة معينة من التقدم والتنظيم، لم يكن موجوداً في المجتمعات البدائية حيث توجد بدائل لإقامة العدل من قبل أعضاء المجتمع نفسه أو من خلال نظام قضائي شعبي[13].

أحد العوامل الرئيسية التي تسهم في وجود فكرة التحكيم في المجتمعات البدائية القديمة هو ضيق هذه المنطقة وعدد قليل من الناس الذين اعتمد المجتمع في ذلك الوقت نظام قبيلة ، وقد ساعد هذا النظام السياسي على توسيع نطاق التحكيم وأثبت أنه قادر على تحقيق العدالة في المجتمع.

والحقيقة هي أنه لا توجد في الوقت الحاضر مجتمعات لا تستطيع أن تستغني عن هذا النظام، حتى مع النظام القضائي ولا يزال نظام محاكم الصلح والمحاكم القبلية في نظام العديد من البلدان العربية صالحا وتشكل المحاكم القبيلة قاضي القبيلة أو ثلاثة قضاة بالاتفاق، هم العشائر الأوائل الذين يدركون تماما العادات القبلية ويرجع ذلك إلى حقيقة أن هذه المجتمعات، رغم أنها وصلت إلى درجة معينة من التنظيم، إلا أن العادات والتقاليد لا تزال تؤدي دوراً في هذه

---

[13] - فخري أبو يوسف حسن مبروك ، *مظاهر القضاء الشعبي لدى الحضارات القديمة*،(القاهرة: دار النهضة العربية، 1974) ، ص69

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المجتمعات ومسألة اختيار الخصم من قبل القاضي ليست إلا شكلا من أشكال التحكيم[14].

إذا كان الأمر كذلك فإن التحكيم كان في الأصل، وليس استثناء في مجتمع لم يحقق تقدماً وتنظيماً معينين، ولم يجد هيئات قضائية وظهر التحكيم لأول مرة في القضايا الجنائية[15]، ثم وسع نطاق التحكيم لحل النزاعات التجارية في المجتمعات البدائية والقبائل والدول القديمة باختيار طرف ثالث لحل النزاعات وأنشأت الشعوب القديمة أيضا علاقات دولية مع مجتمعات أخرى وأنشأت علاقات سلمية قائمة على المبادئ الإنسانية لمنع نشوب نزاع وحل المنازعات بطرق ودية للتحكيم والوساطة بين الأفراد ، وكذلك بين الأفراد والجماعات الأخرى اي جهات اعتبارية ، وبالتالي يظل وسيلة هامة لحل الصراعات بين الدول.[16]

ب- فخر القبائل بشهرة محكميها:

قبل الإسلام، عرف العرب أن التحكيم هو السبيل الوحيد لحل النزاع كبديل للمعارك الفردية أو الجماعية وكان للتحكيم بديل مشترك، ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار عند الإشارة إليه تحدثوا عن التحكيم في قصصهم السائدة ففي شعر الفخر المأثور ورد قول ذي الأصبع العدواني يمدح عامر بن الضرب فإذا حكم

---

[14] - الهلسا ، أديب ، أسس التشريع القضائي الأردني، " محاضرات بمعهد البحوث والدراسات العربية القانونية والشرعية" (1991)، ص62

[15] - محمود السنفا ، *فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية*، (القاهرة : دار الفكر العربي، 1989)،ص107

[16] - سمير عبد المنعم ، *العلاقات الدولية في العصور القديمة* (1980.، ط1) ،ص96

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وقضى في الأمر فلا ينقض ما تم القضاء فيه، وأدخلوه في قصص الحيوان الأمثلة الشهيرة: في بيته يأتي الحكم .[17]

ج- أكثر قضايا التحكيم التاريخية اشتهرت قبل الإسلام:

لقد اشتهرت في التاريخ العربي وقائع جرى فيها التحكيم وحسم به النزاع ومن أهمها التحكيم في تولي السقاية من بئر زمزم حيث انه عندما كشف عبد المطلب جد الرسول صل الله عليه وسلم عن بئر زمزم خاصمته قريش مطالبة بنصيبها فيها لأنها بزعمهم بئر أبيهم إسماعيل، واشتد الخلاف بينهم ثم اتفقوا على التحاكم إلى كاهنة بني سعد وكانت تنزل منازل أهلها ببادية الشام، فخرج عبد المطلب وخرج معه من كل قبيلة نفر حيث ساروا في الطريق إلى الكاهنة التي ارتضوا تحكيمها إلى أن نفذ ماؤهم وطال بهم الأمد وهم بغير ماء فبينما هم كذلك وإذا بالماء ينفجر تحت دابة عبد المطلب التي كان يركبها وحده دونهم وكان عهدهم لهم بعدم منازعته في هذا الحق وهكذا انتهت هذه القضية التحكيمية لصالح عبد المطلب ثم لذريته من بعده[18]

المبحث الثاني :

- التحكيم لغة : التحكيم مصدر لفعل حكم بمعنى قضى وإحتكم الى الحاكم بمعنى تحاكما ، والمحاكمة المخاصمة الى الحاكم [19]، معناه التفويض في الحكم فالتحكيم مصدر حكم- بتشديد الكاف مع الفتح يقال حكمت فلاناً في مالي تحكيماً أي فوضت إليه الحكم فيه فأحتكم علي ذلك .

---

[17] - محمد سليم العواء ،"*اختيار المحكم وواجباته*"، القاهرة مؤتمر التحكيم الأول،(1991) ص261

[18] - قحطان عبد الرحمن الدوري ، *عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي*، (مطبعة الخلود، ط1، 1985)،ص65

[19] محمد بن ابي بكربن غبدالقادر الرازي ، *مختار الصحاح* ، تحقيق : محمود خاطر ، الطبعة الاولى ، (بيروت : مكتبة لبنان ناشرون ، ج 1 ، 1995)، ص33

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

اولا - التحكيم اصطلاحا : عرف بعض الفقهاء تعريفاً للتحكيم من ذلك قول صاحب الدر وعرفًه بانه تولية الخصمين حاكمًاً يحكم بينهما [20]، وبهذا المعنى جاء في المجلة التحكيم هو اتخاذ الخصمين برضاهما حاكمًا يفصل خصومتهما ودعواهما .

تانيا - والتحكيم في الاصطلاح القانوني : هو اختيار الأطراف لقاضيهم عن طريق إعمال شرط التحكيم [21] أو مشارطة التحكيم[22] دون اللجوء إلى المحاكم القضائية [23] والمشرع قد حدده في قانونه التحكيم في المادة الثانية على أنه اختيار الأطراف في إتفاق لشخص آخر أو أكثر لحماية بينهما دون المحكمة المختصة في الخلافات بينها في النزاعات .

وقد تلقى الفقهاء والقانونين الكثير من الاهتمام بشأن موضوع التحكيم وتلقوا الكثيرمن البحوث ، وتم وضع عدد من التعاريف تم تحديد بعض الفقهاء باعتبارها طرفا في النزاع موافقة للوصول إلى السلطة القضائية اختياري لحل النزاعات المحتملة من جانب واحد أو أكثر من الأشخاص المعينين من قبلهم أو من قبل وكالة متخصصة [24] على الاتفاق في نزاع محدد بعد إنشائه وفي هذه الحالة يسمى الاتفاق اتفاق التحكيم ، ويجوز للأطراف ذات الصلة أن توافق مسبقاً، وقبل نشوء النزاع، تقدم المنازعات التي تتفق عليها الأطراف

---

[20] - الحصكفي ، *الدر المختار شرح تنوير الأبصار*، (القاهرة: ط2، 1966)، 5/ 428، ص428

[21] - زكريا البورياحي ، "التحكيم في إطار قانون المسطرة المدنية " ، مقال منشور بمجلة رسالة الدفاع، العدد الرابع(2003).،ص79

[22] - على عبد الكريم ، "التحكيم في قانون المسطرة المدنية المغربي"، مقال منشور بمجلة المنتدى، العدد الثاني، مراكش (2000). ص18

[23] - أحمد شكري السباعي ، *الوسيط في قانون التجارة المغربي المقارن* ، النظرية العامة للتجارة (الرباط ج1، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الثالثة، 1988.)،ص231

[24] - عبد اللطيف الناصري ،"*التحكيم وعلاقته بالقضاء*"، بمجلة المحاكم المغربية عدد، 109، ص221

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المعنية وقد تنشأ في المستقبل، على وجه الخصوص، تنفيذ اتفاق محدد بشأن التحكيم [25].

وهنا ما قاله الدكتور أحمد أبو الوفا إذا بدأ التحكيم بعقد، ينتهي بمرسوم إذا إتبع قواعد القانون المدني من وجهة نظر دعوته، يلتزم بقانون الإجراءات القانونية من حيث تأثيره وتطبيقه وإجراءاته وإذا اعتبر ذلك باطلا أنه يحرم الحقوق المشروعة للعقود، فإنه يتحدى الأحكام وينفذها، كما تنفذ الأخيرة [26].

المبحث الثالث :أهمية التحكيم:

للتحكيم العديد من المزايا لتحقيقه من خلال جذب المصالح ودرء المفاسد ، وتشمل هذه الفوائد الاتي :

1- تسريع حل النزاع **:** وذلك لأن المحكم عادة ما يكون متفرغ للعمل كامل لحل هذا النزاع، وليس لديه أي خصومات أخرى. ويمكنه أن يبدأ فورا عملية التحكيم وأن يكملها في فترة أقصر بكثير مما هو عليه في المحاكم العادية و له تأثير كبير على الحقوق المتنازع عليها وتباطؤ اتخاذ القرارات تجعل الضرر ينمو ويتضاعف.

2- تجنب الكراهية والعداء والكراهية بين المعارضين والحفاظ على علاقات طيبة بينهم قدر الإمكان، لأن أساس التحكيم يقوم على مبدأ أن المجلس الذي يختاره المتنازعين أنفسهم يختارون أفضلهم، بارادتهم الحرة وهذا الشخص المختار حائز على ثقتهم .

3 - يسهل التحكيم إصلاح العلاقات في المنازعات داخل المجتمع الإسلامي، مما يخفض عدد القضايا المعروضة على القضاء، ولهذا أثر إيجابي على

---

[25] - محمود السيد التحيوي ، *التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية*، (الطبعة 1999، مطبعة دار الجامعة)،ص65

[26] - أحمد أبو الوفاء ، *التحكيم الاختياري والإجباري* ، (منشأة المعارف ، الطبعة الخامسة ، 1988)،ص33

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

تخفيض عدد القضايا المطلوب تعينهم وهذا يعني مساهمة المواطن في هذا الجانب من خلال الكشف عن التحكيم وتنفيذه المصالح العامة للبلاد قال ابن العربي رحمه الله تعالى (فأمر بنصب الوالي ليحسم قاعدة الهرج، وأذن في التحكيم تخفيفاً عنه، وعنهم في مشقة الترافع لتتم المصلحتان، وتحصل الفائدتان) [27].

4- التحكيم يسمح للمحكمين باختيار المحكمين الذين لديهم تخصص كامل في موضوع النزاع، مما يسهل فهم تسريع متعمق لموضوع النزاع، وخاصة في بعض الحالات الحساسة التي قد لا تكون متاحة للقاضي ويعتمد على رأي أهل الخبرة.

5- التحكيم يعطي الطرفين وسيلة التحكيم بالقانون المعمول به في دول الغربية مع توفر احكام الشريعة الاسلامية عندما يشارك المتنازعون في البلاد التي لا يحكمها قانون الله، والأقليات في الدول الغربية، في التحكيم، فرصة لوقف النزاع بينهما، من بينها، وسيلة القانون الذي يتعارض مع بعض المعتقدات والعادات[28] .

6- التحكيم يحافظ على الهوية الإسلامية وتكون قادرة على تطبيق الشريعة، التي يربطها مع أحكام المسلمين، وتجنب اللجوء إلى المحاكم غير الإسلامية وتطبيق قوانين الوضعية ، لأن اختصاص وسلطة القضاء وعدم وجود ولاية لغير المسلمين على المسلمين، لقوله تعالى: (وَلَن يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً) [29].

---

[27] - ابن العربي ابوبكر محمد ، أحكام القرآن، 623/2.الوفاء 543هـ ،(لبنان :دار الفكر للطباعو والشر ، ص539)

[28] - حسن غزالي ، "التحكيم في الفقه الإسلامي"، (رسالة دكتوراة السعودية ، كلية الشريعة)

[29] - القران ، 4: 141

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

7- تكاليف التحكيم لتجنب الأطراف إذا تم قياسها من حيث التكلفة من الإجراءات في المحاكم العادية، والرسوم القانونية المقدمة والخبراء والمندوبين واللجان والمحامين .

التحكيم محاط بالعديد من أوجه القصور والسلبيات، وأهمها :[30]

1- عدم وجود خبرة كافية في المحكم، وخاصة في الإجراءات اللازمة والثقافة القانونية.

2 - في الوقت الراهن، تكون تكاليف التحكيم مرتفعة جدا، ولا سيما في سياق المنازعات الدولية والمؤسسات الاقتصادية وتكون الرسوم الإدارية والمصروفات يتحملها الأطراف مناصفة حتى تفصل هيئة التحكيم في حكمها النهائي بشأنها ولها أن تحمل الرسوم والمصروفات على طرف دون آخر إن رأت ذلك مناسبًا، على أن المدعي لدى قيد الدعوى يدفع رسوم التسجيل للمركز وتضاف إلى حصته من الرسوم .

3- يجب حرمان الخصوم من الضمانات التي يقرها المشرع في عمل القاضي، في محكمة الولاية، التي تضمن للمعارضين حرية الدفاع.

ومع ذلك، هذه العيوب والسلبيات، بالإضافة إلى مزايا التحكيم تكاد لا تذكر، وبالتالي زيادة وانتشار الخدمة، وتقليل العبء على النظام القضائي.

---

[30] - وهبه الزحيلي ، *أصول المحاكمات الشرعية*، (جامعة الشارقة، دار الفكر)،301.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المبحث الرابع : مراحل تشكيل التحكيم:

كان التحكيم النموذج الأول الذي ظهر به التحكيم في التاريخ كما كانت المصالحة في المجتمعات البدائية هو سيد الحكم[31] ، لأنه كان أول شكل من أشكال المحاكمة، التي عرفتها البشرية في أوقات سابقة .

في تاريخيا، من الواضح أن الإنسان البدائي كان يقوم على استخدام القوة في حل النزاعات مع الآخرين [32] ، ولكن مع تطور المجتمعات وتنامي نفوذ زعماء القبائل من المجتمعات القبلية المعروفة للمصالحة والتحكيم [33].

وبعد ظهور الدولة التي حلت محل القبيلة، والقضاء تدريجياً على نظام السلطة والاستعاضة عن طريق التوفيق والتحكيم، لتصبح واحدة من أهم الوسائل لتحقيق العدالة في المجتمعات البدائية وللحفاظ على النظام والتوازن بين مصالح الشعب، يجب أن يكون كل مجتمع على درجة معينة من النظام، بحيث يمكن الحفاظ على كيانها[34].

كما عرفت مصر القديمة بأنها نظام يمكن من خلاله استبعاد اختصاص المحاكم، وتم اختيار بعض المحكمين لتسوية المنازعات بين الأفراد ولا يكون اختصاص القاضي العادي إلزامياً، ويكون قرار المحكمين نهائيا ويمكن تنفيذه دون الحاجة إلى المثول أمام المحكمة [35].

---

[31]- الأحدب عبد الحميد ، *التحكيم بالصلح* ، مجلة التحكيم العربى ، العدد الثالث ،(أكتوبر، 2000).، ص60

[32] - على بركات ،" الرقابة على دستورية نصوص التحكيم " (دراسة تحليلية لموقف المحكمة الدستورية العليا من النصوص المنظمة للتحكيم ، دار النهضة العربية – سنة 2002)،ص9

[33]- سامى محسن حسين السرى ، " الجوانب فى القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجارى الدولى" ، (رسالة دكتوراة ، دراسة مقارنة ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، سنة 2004)، ص10

[34]- على بركات ، المرجع السابق . ص12

[35] - محمد عبد الهادي الشقنقيرى ، *دروس في تاريخ القانون المصري* ،(ج1 ، سنة 1985 ، 1986) ، ص173

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

كما عرف بابل وآشور نظام التحكيم، حيث سيطر الخصوم على نزاعاتهم مع الكهنة ورجال الدين، لكن حكمهم ليس إلزاميا مع مرور الوقت، كان رجال الدين قادرين على تطوير الأموال لضمان تنفيذ قراراتهم ثم بدأ المعارضين لاختيار شخص أو الناس العاديين اختارهم لحل النزاعات التي تنشأ بينها [36]

في هذا القرن، وجد لوح حجري، وكتب فيه باللغة السومرية، وجد في نص معاهدة السلام المتعلقة القرن الثلاثين قبل الميلاد، بين مدينتي الحسن و اوما السومريين الوقعة في جنوب العراق وينص الاتفاق على احترام خندق الحدود بين الجانبين لحل أي نزاع ينشأ بينهما على الحدود .

أما بالنسبة للغرب القديم، فقد كانت المصالحة والتحكيم من أولى مظاهر القانون البدائي لليونانيين وقد تمت الموافقة على النزاعات التي نشأت بين سكان أثينا القدماء من قبل المحكمين الذين اختارهم المتخاصمين بين شيوخ القبائل والعشائر، باتخاذ القرار الخاص بالمحكمين في المنازعات التي تنشأ بينهما واللجوء إلى التحكيم[37].

كما عرف الإغريق نظام التحكيم في العلاقات الخارجية وكان هناك مجلس تحكيم دائم مسؤول عن تسوية المنازعات بين المدن اليونانية، سواء كان موضوع هذه النزاعات المتعلقة بالمسائل المدنية أو التجارية أو تلك المتعلقة بالحدود، لأن اليونانيين عرفوا في ذلك الوقت اتفاقات التحكيم الدائمة، وكذلك حالات التحكيم الفردية [38].

---

[36] ماهر محمد صالح عبد الفتاح *اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية*، (مصر : رسالة دكتوراه – كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة 2004) ، ص19

[37]- على بركات المرجع السابق .ص30

[38] - عاشور مبروك ، " النظام الإجرائى لخصومة التحكيم "،(دراسة تحليلية وفقاً لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة - مكتبة الجلاء بالمنصورة ، ط2 ، سنة 1998)، ص4

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وكانت روما معروفة للمصالحة في جميع العصور وكان هذا أول شكل من أشكال التحكيم في العصر الروماني ، وصل التحكيم ذروة ازدهارها في عهد جستنيان jstnean إلى القرن الرابع الميلادي.

أما بالنسبة للمصالحة والتحكيم العرب قبل الإسلام، كان لديهم فرص محدودة لأنها لجأت لهم في جميع المنازعات، سواء كانت مدنية أو جنائية، كما استخدم عرب الجاهلية التصالح أيضا في بعض النزاعات غير قانونية، فقد كان من الشائع أن يتنافر شخصان أو قبيلتان حول أيهما أشرف نسباً ويرفعان النزاع إلى أحد المحكمين[39] يطلب بعض الحكام أيضا أن نسأل المتقاضين توفر العهود والمواثيق كافية قبل بدء مهمتهم لضمان قرارهم.

وفيما يتعلق بالتحكيم في العصور الوسطى، وقانون يجمع أن أصل التحكيم الحقيقي كان في العصور الوسطى، وكانت ذروته في حركة التجارة الدولية وظهور المعارض، مما أدى إلى ظهور ما يسمى أسواق عادلة، كان التجار يعتمدون على الجمارك في التجارة، في القواعد العادية، والتحكيم يلعب دورا هاما في حل المنازعات الناشئة عن تنفيذ هذه التجارة وفقا لأسواق الأسهم والمعارض[40].

عندما بدأ الإسلام ركز الانتباه على الطرق المختلفة من أهمية المصالحة، وقد تنشأ خلافات بين مجموعات من المؤمنين في السعي لتحقيق السلام والعدالة،

---

[39] - زناتى محمود سلام ، "*التحكيم عند العرب*" ، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم في القانون الداخلي والدولي بالعريش ، (سبتمبر 1987) ،ص21

[40] - محسن شفيق ، *التحكيم التجاري الدولي* ، (دار النهضة العربية ، سنة 1997). ،ص27

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

[41] ونشير إلى مشروعية للتحكيم والتوفيق من المصادر الرئيسية للشريعة الإسلامية، القرآن والسنة وإجماع العلماء من البلاد.

ففي ذلك يقول الحق تبارك وتعالى (وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا ۖ فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ ۚ فَإِن فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ) [42] كما أكدت السنة النبوية مبدأ التحكيم وأقرت العمل به [43]، يسمح الظالمين لرفع النزاع بينهما من خلال الموافقة على محكم، وأمر الحكم لتغيير القرار بين الاثنين، لأن حكمه المتعلقة بها، وإلا فإن هذا الحق في تلعنه، وهذا هو، جوهر التحكيم.

وبالإضافة إلى ذلك، اتفق العلماء المسلمون بالإجماع على شرعية التحكيم والتوفيق فقد جاء في نهاية المحتاج شرح المنهاج عن التحكيم أنه إذا حكَّم خصمان رجلاً فى غير حد لله تعالى جاز مطلقاً ، كما أوضح أن التحكيم قد وقع لجمع من الصحابة ولم ينكر مع اشتهاره فكان إجماعاً ، بموجب الكتاب والسنة والإجماع[44] .

وارى انا كباحث أن مشروعية التحكيم في الشريعة الإسلامية لم تكن مجالاً لأى شك ، إذ اهتم الإسلام بالتحكيم اهتماماً كبيراً ، وأقر الالتزام به بين القبائل المسلمة والصلح بينها بالعدل والقسط.

ولكن يلاحظ أن الفقه لم يأخذ موقفاً محدداً واضحاً في التفرقة بين التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون ، لا سيما وأن الفقه القديم وضع أحكاماً يصعب قياسها مع الأحكام المعاصرة ، ولكن الشرع ترك أبواب الاجتهاد مفتوحة .

---

[41] - صالح محمد محمود : المرجع السابق ذكره .، ص41

[42] - القرآن ، 49 : 9 .

[43]- على بركات : المرجع السابق . 33

[44] - حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي المتوفي سنة 994هـ ، *تحفة المحتاج بشرح المناهج ضبطه* وصححه الشيخ محمد عبدالعزيز الخالدي ، (بيروت : ج 11 ، 1971م) ص7

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وقد اتخذت التشريعات الإسلامية، المدونة في قانون العدل والمجلة العدلية موقفا مؤيدا للتحكيم ويرى البعض أن تنظيم القاعدة في الشريعة الإسلامية هو التحكيم عن طريق التوفيق، والاستثناء هو التحكيم بموجب القانون [45]، وأنه في غياب إرادة صريحة للتحكيم بموجب القانون، يسود التحكيم، وهذا الاتجاه يؤكد أن الشريعة الإسلامية لديها افتراض لصالح التحكيم في المصالحة ، وأن المحكم في الشريعة الإسلامية يطبق العدالة، ولكن استخدام العدالة لا يعفي المحكم من تطبيق أحكام القانون، ولا سيما القواعد الإلزامية المتعلقة بالنظام العام.

لذلك، نجد أن التحكيم في العالم متأصل أصلا في جذوره منذ قرون، ومنذ العصور القديمة قاد الغريزة البشرية، وإن لم يكن في شكله الحالي، هو صورة للعدالة التي سبقت عدالة الدولة.

ومنذ منتصف القرن العشرين وحتى الآن، ازدادت أهمية التحكيم، ولا سيما في ميدان التجارة الدولية ، إن التطور الكبير للعلاقات التجارية الدولية سيؤدي إلى أنواع جديدة من المعاملات والعقود التي لم ينظر فيها القانون من قبل في النزاعات التي قد تنشأ نتيجة لهذه العلاقات، هذا النظام القضائي هو قرار التحكيم[46].

ويستند التحكيم إلى إرادة الأطراف، وربما تكون هذه أهم وأبرز خصائص التحكيم في النظام القضائي الوطني وسيسود ذلك على نظام التحكيم بأكمله، بدءا باتفاق على نفس المبدأ، بإختيار المحكمين، وتحديد عددهم واختصاصهم، وتحديد صلاحيات الإشراف على التحكيم ، والقانون الذي ينظم هذا النزاع،

45- عبد الحميد الأحدب ، المرجع السابق.،ص17

46 - إبراهيم أحمد إبراهيم ، *التحكيم الدولي الخاص* ، (دار النهضة العربية ، ط 3 ، سنة 2000) ص31.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الأمر الذي يجعل الطرفين يشعران بأنهما مشاركون في عملية التحكيم، وأدى ذلك إلى تزايد الطلب من الأفراد على اللجوء إلى التحكيم لتسوية نزاعاتهم، ولا سيما في مجال المعاملات الدولية [47].

وقد ساهمت عدة عوامل في نمو وانتشار نجم التحكيم على المستوى العالمي، وأهم هذه العوامل هو أنها بسيطة وواضحة ومرنة وبالمقارنة مع القضاء، نجد على العكس من ذلك، يتميز بالركود والتعقيد والبطء كذلك من ناحية عنصر الوقت، الدولي والداخلي على حد سواء، لأن عنصر الوقت في هذا المجال ليس المال، والحريصون على هذا العنصر في التجارة الدولية وجدت مكانها في نظام التحكيم، حيث يبدو أن التحكيم هو الوسيلة المفضلة لتسوية النزاعات التجارية [48].

في رأينا الخاص كاباحث، التحكيم هو حاليا أكثر فترة ازدهارا ويستخدم نظام قضائي طبيعي يحبذ أصحاب المشاريع والتجارة عبر الحدود لحل المنازعات التي قد تنشأ نتيجة لعقود التجارة الدولية وقد فرض التحكيم بسبب الحاجة إلى المصالح العامة والخاصة على حد سواء ولا توجد خصائصه بعد في النظام القضائي الوطني [49].

يرتبط التحكيم بالتجارة الدولية ويرتبط بالحياة كلاهما يؤثر ويعتمد على الآخر ولذلك، أبرمت عدة اتفاقيات دولية بشأن التحكيم [50] منها :-

---

47- إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق ، 42

48- علم الدين محى الدين إسماعيل ، *منصة التحكيم التجاري الدولي* ، (ج 1، دار النهضة العربية ، سنة 1986)، ص70

49- ترك محمد عبد الفتاح ، *التحكيم البحري النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم فى عقد النقل البحري*، (الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة ، سنة 2003) .ص335

50- الموقع القانوني لمركز التجارة الدولية http://www.jurisint.org 21-6 2018

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

1- اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف بقانون المحكمين الأجانب وإنفاذها، التي صادقت عليه بعض الدول العربية من ضمنها جمهورية مصر العربية بتاريخ 1959/3/9.

2 - الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، جنيف، 1961.

وفي مصر، كان القانون الإجرائي السابق والحالي رقم 13 \ 1968 مكانا خاصا للتحكيم، واعتمد القانون رقم 27 \ 1994 بشأن التحكيم في القانون المدني والتجاري ليحل محل نصوص التحكيم في القانون، الإجراء المدني والتجاري، في التشريع الليبي .

وهكذا، كان لتنمية التجارة الدولية أثر كبير على تفعيل دور التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في مجال التجارة الدولية وقد أثر ذلك أيضا في البحث عن إطار قانوني جديد يختلف عن الأساس القانوني الوطني للمعاملات التجارية الدولية، مما يدل على دور التحكيم في المصالحة أو التحكيم وفقا لقواعد العدل والإنصاف، لأن هذا النوع من التحكيم يختلف من حيث أنه يسعى لتحقيق العدالة والمساواة بين الأطراف في التجارة الدولية وتحقيق التوازن بينهما، دون أن تكون ملزمة بأي معايير قانونية.

ويسمى هذا التحكيم أيضا التحكيم والعدالة والإنصاف والنزاهة ، والتحكيم لتسوية التحكيم بحسن نية، كما هو الحال في النظام الأمريكي، [51] والممارسة الشائعة هي إبرام اتفاقات تجارية ينص التحفظ الدولي على أن يحسم الطرفان منازعاتهما قبل التحكيم وفقا لما يسمى بقواعد العدل والإنصاف، وهذا الشرط هو ما يسمى بشرط التسوية السلمية أو شرط التحكيم .

---

[51]- عبد الحميد الأحدب : " *التحكيم بالصلح* " بحث منشور في مجلة التحكيم العربي ، العدد الثالث ، (أكتوبر 2000) .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ويتضح ذلك بصفة خاصة في العقود الدولية الطويلة الأجل، مثل العقود الدولية للعمالة والاستثمار وأفضل طريقة لحل المنازعات الناشئة عن هذه العقود هي حل المنازعات، ويخشى التوظيف والاستثمار الأجنبي عند توقيع العقد وتعتمد هذه التغييرات على شروط تشريعية مختلفة عن تلك التي كانت قائمة وقت التوقيع ولتجنب هذه التغييرات القانونية التي تكون سريعة في بعض الأحيان، يبدو التحكيم في المصالحة أكثر فعالية من التحكيم القانوني لمعالجة هذه الحالات، وهو ما يفسر لماذا ينص قانون الاستثمار في جميع البلدان الأفريقية صراحة على أن التحكيم هو التحكيم وفقا لقواعد العدالة والعدالة.

ومبدأ تطبيق قواعد العدل والإنصاف في أي علاقة تجارية دولية هو أنه تطبيق يستفيد منه جميع أطراف هذه العلاقات على قدم المساواة العدالة والعدالة هي ميزة لجميع الأطراف وبالمثل، فإن تطبيق قواعدها يكفل استمرار التوازن الاقتصادي بينهما في أي فترة من العلاقات التجارية.

ومع ذلك، يلاحظ أنه على الرغم من الخصائص المميزة للتحكيم وفقا لقواعد العدل والمساواة، هناك اختلاف في موقف النظم القانونية، إذ أصبحت أنظمة التحكيم بالعالم منقسمة بين أنظمة تحكيم تعترف بثنائية التحكيم وتفرق بين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح .

1- لا يعترف أو يفرض التحكيم الثنائي، أي، لا يميز بين التحكيم عن طريق التوفيق والتحكيم بموجب القانون.

2 - لا يعترف إلا بنوع واحد من التحكيم على أنه تحكيم بموجب القانون، حيث لا يجري التحكيم في التوفيق

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

اولا- طبيعة التحكيم :

الفقه والقضاء يختلفان عن تعريف الطبيعة القانونية للتحكيم، واتجاهه، كقاعدة عامة، يؤثر على طبيعته التعاقدية.

ويعتقد البعض أن التحكيم عقد ملزم على جانبي عقود المعارضة ومؤيدي هذا الاتجاه، ويشمل قاعدة تحكيم في اتفاق التحكيم، سواء كان التحكيم في دولة أو في دولة أجنبية والمحكمون ليسوا قضاة، الذين يكلفون بتنفيذ الاتفاق. [52]

وفي حين أن نظام التحكيم يقوم على إرادة الأطراف، فهو تعاقدي بطبيعته ، ومن خلال الموافقة على التحكيم، يتخلى الطرفان عن بعض الضمانات القانونية والإجرائية التي يوفرها النظام القضائي من أجل تحقيق مبادئ الإنصاف وعادات العمل، واعتماد إجراءات محاكمة أسرع وأقل رسمية.

ثانيا - الصفة التعاقدية :

يعتبر التحكيم أداة للمعاملات الدولية وهذا يتطلب الامتثال لمتطلبات هذه المعاملات، وتوزيعها سوف تزيد كل يوم ليس هناك شك في أن المعاملات التجارية الدولية أو يعارضون التشريع والنظام القضائي في مختلف البلدان، ولا يمكن تحرير التبادلات الدولية إلا من خلال العقد بسبب طابعها الدولي أيدت محكمة النقض الفرنسية الطبيعة التعاقدية ورفض هذا الطابع لاتفاق التحكيم وحكم التحكيم، بعد اتجاه القضاء المصري لجعل الاتفاقية أكثر تساهلا إلى التخلي عن القدرة القضائية للتحكيم وتعتقد محكمة التمييز في مصر أن التحكيم خارج الإجراءات القضاء العادية [53] وعلاوة على ذلك، يشعر البعض بدعم من المشرع المصري فيما يتعلق الطبيعة التعاقدية للتحكيم، والمذكرة التفسيرية

---

[52] - أحمد أبو الوفا، *التحكيم بالقضاء وبالصلح*، (منشأة المعارف، 1965)

[53] - قمست الجداوي، *التحكيم في مواجهة الاختصاص القضائي الدولي*، (دار النهضة العربية، 1982) .ص37

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

لقانون بشأن إعلان عدد 13\ 1968، في التعليق على المادة 513 إلغاء هذا القانون ينص على أن حكم المحكمين ليس حكماً قضائياً وأن المادة 501 من قانون التحكيم يعتمد على موافقة الطرفين نحن لا تجعل هذا التحيز من المشرع لتحديد طبيعة التحكيم [54]

في حين أن الاتجاه في الفقه يميل إلى أن الطبيعة القضائية للتحكيم هي الارجح ، فمن الواضح أن التحكيم من حيث التحكيم الإلزامي ملزم للخصوم ، وهذا محل

اختصاص الدولة الإلزامية وأن المحكم ليس وهو يعمل مع إرادة العدو، الذي يسود على التحكيم وأن قرار المحكم هو عمل قضائي، مثل دعوى قضائية صادرة عن سلطة قضائية في الدولة يسمح المحكم والقاضي النزاع إلى تأثير وجود قوة القرار، وهي مشتقة من القانون. [55]

من وجهة نظرنا، ونحن لا ننكر وجود تشابه كبير بين أحكام التحكيم والحكم. ومع ذلك، فإن هذا التشابه لا يمكن أن تقودنا إلى النظر في نظام التحكيم، لأن بين هؤلاء هناك أيضا العديد من الاختلافات.

ثالثا - الطبيعة القضائية للتحكيم :

يري بعض الشراح أن التحكيم ذو طبيعة قضائية ، والتحكيم إلزامي إذا اتفق الطرفان على اللجوء إليه كوسيلة لحل خلافاتهما وبهذه الصفة، يحل محل الولاية القضائية الإلزامية للدولة عمل المحكم، على الرغم من أنه على أساس اتفاق التحكيم، ليس أساساً وتتمثل مهمة المحكم في مهمة قضائية واحترازية تمارس نفس تأثير قرار المحكمة، وإذا كان التحكيم يبدأ على أساس طوعي، فإن

---

[54] - إبراهيم أحمد إبراهيم، *التحكيم الدولي الخاص*،(دار النهضة العربية، سنة 2000)،ص43
[55] - عبد العزيز سرحان ، *مبادئ القانون الدولي العام*،(دار النهضة العربية، 1980)ص50

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

هذا الإجراء هو شرط أو اتفاق تحكيم وهذا العمل، في رأي الطبيعة القضائية، هو طابع قضائي ، ليس أكثر من مجرد أن يكون فتيل لتحويل هذا النظام إلى حركة تسود فيها الطبيعة القضائية، ويوجه من تلقاء نفسها، ومثل هذا العمل التطوعي المتنازعين في اللجوء إلى التحكيم وحل نزاعاتهم، المنازعات التي سوف يديرها طواعية من قبل المعارضين في منتجع لعقد الدولة .

المبحث الخامس ـ الطبيعة القانونية للتحكيم:

كانت هناك نزاعات كثيرة حول الطبيعة القانونية للتحكيم بسبب طبيعة هذه الشخصية ذات الأهمية الخاصة في معرفة جوهر التحكيم، وبالتالي وصفها القانوني وإدارتها في الإرادة، فضلا عن أهمية تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم وما إذا كان التحكيم تعاقديا أو قضائية، مع مراعاة ما يثير هذه الشخصية. وتنبع الآراء العقائدية من المشاكل العملية المرتبطة بهذه الشخصية، نتيجة لتحديد هذه الشخصية النتائج التي نقدمها على أساس بعض المفاهيم .

وبالإضافة إلى الاختصاص الرسمي المنصوص عليه في القانون، توجد طرق موازية لتسوية المنازعات البديلة لمعالجة المنازعات بين الخصوم عموماً، وأبرزها التحكيم، الأمر الذي يجعل من الصعب تحديد طبيعة القانون الأخير.

اولا- النظرية التقليدية :

يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم عقد رضائي باتفاق أطرافه وهو قوات التحكيم وأساس تواجده وبالتالي فحكمه جزء لا يتجزأ من اتفاق التحكيم، وأن مقومات التحكيم من حيث القانون المطبق والإجراءات المتبعة والحكم الملزم

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الذي يصدره المحكم في نهاية النزاهة يستمد قوته الالزامية من الاتفاق بين الطرفين [56].

وقد بدأت هذه النظرية في الانتشار خاصة بعد حكم محكمة النقض الفرنسية سنة 1812 بصدد الاتفاق التحكيمي والذي أكد صراحةً على أن أساس وجود التحكيم وما يشمله من حكم ملزم يرجع للاتفاق المبرم بين الأطراف وبالتالي يأخذ الصبغة والطبيعة الاتفاقية .

فضلا عن أن التحكيم يختلف عن القضاء في هدفه لأن القضاء يرمي إلى مصلحة عامة، أما التحكيم فإنه يرمي إلى تحقيق مصالح خاصة لأطراف عقد التحكيم، كما أن حكم المحكمين لا يتمتع بالقوة التنفيذية التي تتمتع بها أحكام القضاء، بل يلزم الأمر بتنفيذه من قبل قضاء الدولة بالإضافة إلى أن بطلان حكم التنفيذ يكون بدعوى بطلان أصلية وذلك بعكس أحكام القضاء التي تعتمد بشأنها على درجات التقاضي، ولهذا اعتبر التحكيم نظاماً من أنظمة القانون يستمد قوته وينتج آثاره من اتفاق التحكيم [57].

شاعت هذه النظرية في إيطاليا ووجدت لها بعض الأنصار في فرنسا وفي مصر، وهي تدرج التحكيم ضمن المعاملات الخاصة للأفراد التي تستند إلى مصدر عقدي بإدراج شرط التحكيم في بنود العقد، أو مشارطة التحكيم الذي يحدد جهة التحكيم ومهمتها، والموضوع الذي سينصب عليه التحكيم والإجراءات، وكذلك القانون الذي سيتم تطبيقه على النزاع، مما يعني أن اتفاق التحكيم يشكل في حد ذاته مصدرا لقرارات التحكيم، وضرورة تنفيذها [58] .

---

[56] - ناريمان عبدالقادر، *اتفاق التحكيم*،(القاهرة : دار النهضة العربية، ط1، 1996)، ص225

[57] - محمود مختار بريري، *التحكيم التجاري الدولي*،(القاهرة : دار النهضة العربية، ط2، 1998) ، ص12

[58] - محمد أخياظ " *التحكيم البحري*" ، غرفة التحكيم البحري بالمغرب ، مجلة القصر، العدد 1(يناير 2002) ص10

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أي أن قرار المحكمين يستمد حجيته بالنسبة للأطراف من عقد التحكيم الذي يلتزم فيه الطرفان بالخضوع لهذا القرار، ويستندوا أصحاب هذه النظرية إلى الدور الكبير الذي تؤديه الإرادة في التحكيم، فهي المحرك الأساسي لعملية التحكيم وهذا يتوافق والطبيعة العقدية، فالعقد شريعة المتعاقدين والرضائية هي الركن الأساسي فيه وبتالي فقرارات التحكيم الصادرة على أساس اتفاق تحكيم تشكل وحدة واحدة وتشاركه في خاصية الاتفاق [59] وذلك لكون التحكيم عقد مسمى يخضع للقواعد الخاصة لعقد التحكيم والنظرية العامة للعقد.

أما على مستوى القضاء فقد ذهب القضاء في بعض اجتهاداته إلى تبني هذه النظرية بحيث جاء في قرار لمحكمة استئناف تبعا لذلك فإن حكم المحكمين المطابق لاتفاقية الأطراف لها طبيعة تعاقدية، ولا تصل إلى درجة القرارات القضائية استخلاصه من هذه النظرية أن أصحابها يستندون على الحجج الآتية:

1- المحكمون ليسوا قضاة تعينهم الدولة وانما يختارون من قبل المتنازعين.

2 - إن مصدر سلطتها في السلطة القضائية هو الطابع التعاقدي لموافقة الفرد بحكم المحكمين .

3- أن يطبق القانون على أحكام المحكمين الأجانب.

4. يمكن للمحكمين رفض التحكيم دون حرمانهم من العدالة ولا يمكنهم فرض عقوبات على الخصوم.

---

[59] - معمر نعمان محمد النظاري، " *الرقابة القضائية على التحكيم في التشريعين المغربي واليمني*"، (رسالة دبلوم - جامعة محمد الأول، كلية الحقوق) ص43

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

5- لا يتمتع المحكمين بسلطة النظام الذي يفضله القضاء ويتقيدون بالأشكال الإجرائية، [60] إلا أن هذه النظرية قد انتقدها بعض الفقه من حيث أنه بالغ في دور الأطراف، على الرغم من أنه استناداً إلى إتفاق المتخاصمين، اللجوء إلى القضاء ويترتب عن هذا الاتفاق الذي يرد في شكل عقد، أثار قانونية مهمة في ذمة عقديه ومن يحل محلها وفي حقوقيهما والتزاماتهما، ولعل من أبرزها نزع الاختصاص عن المحاكم القضائية وجعل هيئة التحكيم هي المختصة ، ويطرح هذا السحب جملة من التساؤلات نناقشها في أربع حالات:

الحالة الأول: تمسك أحد الأطراف باتفاق التحكيم أمام القضاء يثير لجوء أحد الأطراف إلى القضاء رغم وجود إتفاق على التحكيم خلافا حول الموقف الذي ستتخذه المحكمة هل تقضي بعدم الاختصاص أم تقضي بعدم قبول الطلب

وقد حسم المشرع في تعديل لقانون المسطرة المدنية من خلال قانون 05-08 الأمر فنص الفصل 327 عندما يعرض نزاع مطروح أمام هيئة تحكيمية عملا باتفاق تحكيم، على نظر إحدى المحاكم، وجب على هذه الأخيرة إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل الدخول في جوهر النزاع أن تصرح بعدم القبول إلى حين استنفاذ مسطرة التحكيم أو إبطال اتفاق التحكيم.

الحالة الثانية : للمحكمة سلطة البت في نزاع يبطل إجراءاته المتعلقة بالتحكيم المحكمة التي ألغت التحكيم لا يمكن تسوية النزاع، كما هو الحال عندما تلغي المحكمة الإجراء، وهذا لا يعني أن إتفاق التحكيم غير صحيح ، لأنه منفصل عن التحكيم، يبقى صحيحا في حد ذاته ، على الرغم من بطلان التحكيم ، للنظر

[60] - عزمي عبد الفتاح سلطة ، " *المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم* " ، مقال منشور بمجلة الحقوق الكويتية عدد الرابع (ديسمبر، 1984)، ص101

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

في النزاع، والتي سوف تسمح للمحكمة، التي تبطل إجراءات التحكيم، ليست مختصة للنظر في النزاع.

الحالة الثالثة : يحق للأطراف التقدم بطلب إلى محكمة الصلح للتدابير المؤقتة إذا كان وجود اتفاق التحكيم يلغي اختصاص المحكمة، فإنه لا يمنع الأطراف من القرارات لحماية حقوقهم خسائر في الحالات التي يستحيل أن تنتظر مسألة لا بد من تأجيلها، نجد أن جميع إجراءات الطوارئ ضمن اختصاص قاضي الصلح، حتى إذا تم عرض النزاع على القاضي، الموضوع وإجراءات التحكيم ، وهذا ما يؤكده القانون المعدل 05-08 من القانون المدني في الفصل 1-327، التي تنص صراحة على أن بالإشارة إلى قاضي الأمور المستعجلة أو إلى بدء التحكيم، أو طلبا للحصول على اعتماد أي قدر من الوقت أو التحيز، وفقا لأحكام المنصوص عليها في هذا القانون قد يتم إلغاء بالطريقة نفسها ، كما هو منصوص عليه في العمل القضائي، حيث بلغ عدد أوامر الطوارئ رقم 325/665، أصدر 05/07/1976 على الرغم من أن النزاع في هذا الموضوع هو أمام غرفة التجارة الدولية في باريس .

الحالة الرابعة: اتفاق التحكيم وفتح مسطرة صعوبة المقاولة ، ويختلف تأثير اتفاق التحكيم على تعقيد المؤسسة عن إنشائها قبل افتتاح أو فتح هذا الإجراء وفي حالة الاتفاق على التحكيم قبل صدور الحكم، تفتح قواعد العقد، ويجمع الفقه والقضاء على إمكانية مواصلة التحكيم، حتى بعد صدور قرار من المحكمة، بفتح صعوبات العقد وفي حكم محكمة النقض الفرنسية، ذكر أنه في حالة عدم قيام هيئة التحكيم أمام القاضي، يجب على الأخير أن يتحقق من صحة الشرط وإمكانية انطباقه، ثم ينص على أنه غير مختص.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وفي قرار اتخذ في عام 1991 بشأن نزاع بين شركة سورية وشركة فرنسية بشأن عقد توريد وبناء، وأثناء إجراءات التحكيم قررت الشركة الفرنسية تصفية النظام القضائي ، وقرر المحكمون أن تصفية الشركة الفرنسية لا تعفيهم من الحاجة إلى قرار التحكيم.

وفي حالة الاتفاق على التحكيم بعد فتح صعوبات العقد، يكون باطلا بسبب علاقته بالنظام العام وبإجراءات الأساسية ، وتؤكد معظم التشريعات الحديثة على هذا الاختصاص فقط للمحاكم الوطنية، بما في ذلك التشريع في الدول العربية.

ثانيا ـ النظرية المختلطة والخاصة لطبيعة التحكيم:

كما في النظريات التقليدية السابقة، اعتمدت الفقه الحديث نظريتين أكثر موضوعية نظرية مختلطة ونظرية خاصة لطبيعة التحكيم.

ا- نظرية مختلطة :-

ويعتقد مؤيدو هذه النظرية أن عملية التحكيم هي نظام مختلط ، وهي تبدأ مع الاتفاق، ومن ثم تواصل هذا الإجراء، الذي ينتهي مع الانتهاء بقرار التحكيم والمحكم القانوني ، ولكن مصدر هذه الوظيفة موافقة الأطراف إجراءات التحكيم لديها وزارة التجارة الخارجية والحق في التفاوض من أجل التحكيم منذ البداية، ومن ثم نقله إلى مرحلتها النهائية في المنطقة للحصول على قرار الذي يتم إنتاجه في حد ذاتها لا يحتاج إلى قضية، يليه حكم ينص على هذا الحكم[61]

[61] - *Fouchard, L'arbitrage commercial international, E Gailland Goldman, 1992,*

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

في حين يعتقد البعض أن أصحاب هذه النظرية قد اختارت الحل الأسهل، وليس التعامل مع جوهر المشكلة وأن العلاقة بينهما بين القوى أحكام والسلطة التنفيذية غير دقيقة وليس لها علاقة حيازة حكم التحكيم .

راي الباحث ، نرى أن التحكيم ذات طابع مستقل عملية التحكيم العمل العام والرسمي منذ صدوره ، بغض النظر عن ترتيب تنفيذه أو في المحاكمة ويمكن القول أيضا إن التحكيم خاص ومستقل، وبالتالي فهو نظام حصري للقواعد العامة، وبالتالي ينبغي تفسير اتفاق التحكيم تضييقا ، وكلماته تتوافق مع معانيها.

وهناك عدد كبير من الفقهاء يميلون إلى التوفيق بين النظريتين السابقتين، قائلين إن كل منهما يقع في جزء من الحقيقة، والتحكيم في الواقع مجمع مختلط أو مجمع تعاقدي وقضائي وهي تبدأ بموافقة الطرفين وينتهي أمر من المحكمة، والتي لديها صلاحية أن تأمربتوثيق الحكم .

يفسر أصحاب هذه النظرية منهجهم لما تقتضيه مصالح التجارة، الأمر الذي يتطلب الإفراج عن حرية الاتفاق على التحكيم وبدءه، ثم نقله في المرحلة النهائية إلى القضاء لاتخاذ قرار صادر عن مبدأ موثوق، ولا يحتاج إلى دعوى قضائية ، يليه حكم بشأن توفير هذه الحجية بمعنى أن قرار المحكم حقيقي، حتى وإن كان يمكن الطعن فيه، ويشار إلى حقيقة أن قرار التحكيم صدر أخيراً.

على الرغم من أن هذا المنهج يحاول جلب النظريات السابقة معاً وتجنب النقد، فإنه لا يجلب أي شيء جديد، وإنما هو موجود، لأن وجود عقد والتحكيم معترف بها ولا يمكن إنكاره ووفقا لأحد الفقهاء، حاول هذا الاتجاه الهروب من الحقيقة

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

بالقضاء عليه، لأن البيان المختلط لا معنى له وينبغي أن تحدد هذه الشخصية ليس فقط بحقيقة أنها مختلطة، بحيث يكون النظام القانوني الذي يحكم التحكيم [62]

ب- نظرية التحكيم الخاصة :

وتعتقد هذه النظرية أن التحكيم ظهرت في المجتمعات البدائية قبل السلطات القضائية ، ورفع قضية إقامة دولة مستقلة له واستمر في الوجود بعد ظهور السلطة القضائية، على ما يبدو ونظام قضائي آخر لا يحتاج حاجة اجتماعية أخرى، وأنه لا يمكن تمييزه من يتطلب النظام القضائي وجود نظام خاص، يبقيه مرنا جداً من بعيد عن نظام القضاء الرسمي في وقواعده الصعبة وهكذا، هو عمل قضائي من نوع خاص، لأنه لا يصدر عن سلطة قضائية، والتعامل مع إجراءات المحكمة في المحاكم، فإنه لا يمكن أن يطلق سراحه في نفس الشكل لشغل وظائف قضائية، وعلى الجانب الآخر لا يستخدم، صفقة مع تقنين القوانين التقليدية ، وإنما يمكن أن يرجع في صدوره إلى العرف والعدالة وتجدر الإشارة إلى أن الفرق في التحكيم من اختصاص الدولة لا يفهمون أن التحكيم لا يزال بمعزل عن مسؤول في السلطة القضائية، ولكن القضاء يحتفظ دورها في تقديم المساعدة والمراقبة في جميع مراحل عملية التحكيم.

وخلاصة القول بالنسبة لهذه المسألة أن جميع النظريات السابقة قد لامست جانب من الصواب إلا أننا نزكي أصحاب النظرية الخاصة التي ترى أنها أقرب إلى الصواب والمنطق لما يتمتع به التحكيم من ذاتية خاصة ينفرد به عن القضاء، وكذلك لا يمكن اعتبار العقد جوهر التحكيم بدليل أنه لا يوجد في التحكيم الإجباري.

---

[62] - سامي راشد، *التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة* ، (القاهرة : دار النهضة العربية)ص17

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وهكذا يمكننا القول أن القانون ينظم نوعين من العدالة ومحاكم التحكيم، وبعبارة أخرى يعتبر اختصاص الدولة وقضاء التحكيم الخاص نوع خاص من النظام القضائي

الفصل الثاني : أنواع التحكيم:

التحكيم لديها العديد من الصور وفقا لرغبة والارادة الاطراف في إنشاء التحكيم اختياري وينقسم وفقا للصلاحيات المحكم، محدودة أو المخفف إلى التحكيم في النظام القضائي محدودة ، واتفاق التحكيم المطلق، ويتم حسب مكان صدور التحكيم الوطني والأجنبي.

المبحث الاول - أنواع التحكيم الدولي :

ينقسم نظام التحكيم القانوني إلى أقسام مختلفة، إعتماداً على الزاوية التي ينظر إليها هناك تحكيم اختياري التحكيم المؤسسي ، والتحكيم المطلق التحكيم الحر تفرض التحكيم الإلزامي على جزء من نص قانوني أو اتفاق ثنائي أو الدولي الدولة التي ينتمون إليها .

التحكيم اختياري يعتمد على إرادة الجانبين الحرة، التي تعبر بشكل مباشر على اختيار التحكيم بدلا من القضاء لتسوية منازعاتها القائمة أو المحتملة هذا الخيار يمكن تضمينها في العقد المبرم بين الطرفين في المعاملة بينهما شرط التحكيم [63]

وقد يكون العقد الأصلي لا يتضمن شرط التحكيم ولكن بعد قيام النزاع ، قد يبقى الطرفان في عقد مستقل على اختيار التحكيم لفضه وفي هذه الحالة يسمى اتفاق التحكيم او مشارطة التحكيم ، وقد يقبل الطرف التحكيم بشروط غير

---

[63] - مولانا عبد المؤمن ولد محمد ، *التحكيم بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي*، (رسالة ماستر- جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية ، المغرب، 2009) . ص33

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ملائمة له كإجراء التحكيم في بلد أجنبي أو وفق لنظام مركز تحكيمي باهظ التكاليف إلى غير ذلك .

ا- التحكيم الدولي:

التحكيم الدولي هو وجود علاقة بين الأشخاص الذين ينتمون إلى دول أو النزاعات بين الدول والمنظمات والهيئات الدولية المختلفة دعا التحكيم، التي تعتبر المنازعات الناشئة عن التجارة الدولية والتحكيم الدولي الخاص في حين التحكيم، الذي يفض النزاعات بين الدول، ويسمى التحكيم الدولي العام .

التحكيم التجاري الدولي لا يقتصر على حل المنازعات الناشئة عن العقود التجارية الدولية، وإنما هو وسيلة لتجنب أي نزاع قد ينشأ في التفاوض على العقود طويلة الأجل[64] المدرجة في العقد الأصلي قبل النزاع، من أجل حل المشاكل التي قد تنشأ عن تفسير هذا العقد أو تنفيذه، يقول السيد عبد الرحمن العالم أن المحكمين قد يكون المعين مسبقا في شرط التحكيم عن طريق تعيين أسمائهم دون هويتهم [65].

والتحكيم الدولي يجمع الأطراف من مختلف البلدان، وعادة ما يكون خارج بلدانهم أو وفقا لنزاعاتها التجارية الدولية، وتشارك في الانتهاء من الأعمال الرئيسية مثل بناء الطرق والسدود والمركبات الصناعية الكبيرة، وتوسيع خطوط أنابيب الطاقة في جميع القارات والبحار.

---

[64] - رضوان ، ابوزيد ، *الاسس العامة للتحكيم التجاري الدولي* ، (1979) ص35

[65] -العالم عبد الرحمن ، " *شرح قانون المرافعات المدنية*" رقم 83 لسنة 1969،العاتك لصناعة الكتاب ،القاهرة (2005)،ص399-400

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ب- التحكيم المؤسسي:

هو التحكيم الذي تقوم به الهيئات والمنظمات الدولية والوطنية وفقا للقواعد والإجراءات المعمول بها في الاتفاقيات أو القرارات الدولية المنشئة لتلك الهيئات وأصبح انتشار مراكز التحكيم أمرا شائعا، لا سيما بعد الحرب العالمية الثانية وتتخصص هذه المراكز في مجال معين[66] .

وأصبح التحكيم المؤسسي أساس التجارة الدولية ، وعادة ما تفضل الأطراف استخدام نظم التحكيم المؤسسي، لأنها مكلفة مقدما وتفصيلا لمعظم قضايا التحكيم، وتحول التحكيم إلى هذه المرحلة بسبب ازدهار التجارة الدولية وأصبح التحكيم الوسيلة المقبولة الوحيدة لحل المنازعات الناشئة عنها وللتجار الدوليين بجنسياتهم مختلفة، ولا يقبل أحدهم الاختصاص القضائي والتشريعي للآخر ولا يكون للطرفين سوى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات بينهما، وليس تقديم قانون آخر.

والتحكيم المؤسسي، الذي يتفق فيه الطرفان على أن التحكيم يقوم به مركز تحكيم دائم أو منظمة تحكيم دائمة، سواء كانت وطنية أو دولية ويتم التحكيم وفقا لنظام وإجراءات هذا المركز نظراً لأهمية التحكيم وفائدته، وخاصة في مجال العلاقات التجارية الدولية، فإنه يتطلب إنشاء المؤسسات والهيئات والمراكز المتخصصة في مجال التحكيم، وذلك بأستخدام الفرص العلمية والمادية والعملية وإنشاء قاعدة التحكيم

---

[66] -أحمد محمد عبد البديع شتا ، *شرح قانون التحكيم*، (دراسة مقارنة - وفقا لآراء الفقه وأحكام القضاء، وهيئات التحكيم العربية والدولية، دار النهضة العربية ، ط 3، 2005) ،ص55.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وقد تم إنشاء العديد من هذه الهيئات على المستوى الإقليمي أو الدولي، على سبيل المثال، نظام لجنة التحكيم التجارية الدولية ومجلس التعاون للدول العربية في الخليج وغيرها من الهيئات التي تتسم بالخصخصة والمثابرة، لأن التحكيم هو وظيفتها الوحيدة، وهي أيضا دائمة لأنها لا يسري على عملية تحكيم معينة، ولكنه لا يزال يتلقى ما يضعه على التحكيم عندما يصبح التحكيم المؤسسي أساسا للقانون الدولي التجارة .[67]

وقد فرض التحكيم المؤسسي على المنازعات الدولية والمعاملات الأجنبية بضع الطرفان على التحكيم كيانا قانونيا مثل غرفة باريس التجارية ومركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار أو أي غرفة أو مركز تحكيم آخرى حول العالم بدأ يتضاعف ، وينتشر على نطاق واسع أهم سمات هذه المراكز أو تلك الغرف التي هي مؤسسات مستقلة تماماً عن هيئات الدولة التي لا تتدخل في شؤونها إلا من حيث الامتثال للقوانين التي تحكمها .[68]

معنى تحكيم المؤسسي أو التحكيم التنظيمي يعني التحكيم الذي يخضع لنظام خاص من المؤسسة أو المركز، إذا كانت هذه الإجراءات تحدد إجراءات التحكيم والقواعد المنطبقة عليه من الناحية الموضوعية والإجرائية [69].

والتحكيم المطلق هو عندما يعفى المحكم من تطبيق قواعد القانون ويحكمه الإنصاف ويبدو أن مراقبة التحكيم المطلق تعطي المحكم حرية تطبيق قواعد العدالة والإفراج عنه دون الالتزام بقواعد أي قانون وفي حالة محكم معين، يحدد المحكمون الإجراءات والقواعد التي تنطبق على أنفسهم والتحكيم يختلف

---

[67] - فريد عنبر، " التحكيم ضرورة عصرية" ، البوابة القانونية، مصر 2-7-2018 www.tachreaat.com

[68] - عبد الإله البرجاوي، "*مجلة دولية يصدرها منتدى البحث القانوني*"، (مراكش : 2ط ،2000)،ص63

[69] - أحمد شرف الدين، *دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية*، (القاهرة : مكتبة أبناء وهبت حسان ، (1993) ، ص27

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

عن الخبرة، لأن الخبير يعبر فقط عن وجهة نظره ، في حين أن المحكم، على العكس من ذلك، يأخذ القرار المعني بالمتنازعين .

التحكيم الداخلي هو نزاع يؤثرعلى جميع عناصر إقليم الدولة ، أي أنه لا يحتوي على أي عنصر أجنبي ، والتحكيم الدولي هو أحـد مكوناته المتعلقة بدولة أجنبية أو موضوع النـزاع أو مكان التحكيم، وتختلف الأحـكام المنطبقة على كل من هذين النوعين وتجدر الإشارة إلى أن هناك قوانين وأنظمة عربية لا تميز بين هذين النوعين من التحكيم، ولا تضع قـوانين خاصـة لكل نوع .

وأصبح التحكيم المؤسسي أساس التجارة الدولية تفضل الأطراف عموما استخدام أنظمة التحكيم المؤسسية للوائح مسبقة الإعداد ومفصلة لمعظم قضايا التحكيم، مما يتجنب مشكلة عدم الخبرة في وضع قواعد وإجراءات التحكيم ويستهلك المزيد من الوقت لمواءمة هذه القواعد. بالإضافة إلى القدرات الإدارية والمالية والتنفيذية التي تستخدمها هذه الهيئات، ووضعها في أيدي الأفراد، فضلا عن الخبرة المكتسبة من هذه الهيئات بسبب وجود قواعد عملية وواقعية، ومن ثم الخبرة والنجاح في العديد من الصراعات.

ج- التحكيم بالصلح والتحكيم بموجب بالقانون:

يقصد بالتحكيم بالصلح هو أن يفوض المحتكمون هيئة التحكيم في ان لا تتقيد بقانون معين بما تراه عدلا فلا تقيد الا بما يمليه عليها قانون النظام العام ففي التحكيم بالصلح ليس هناك قانون إجرائي أو موضوعي يتقيد بهما المحكم عقد يرفع النزاع بالتراضي الطرفين اي بتراضي المتخاصمين وانهاء الخصومة برغبة الطرفين المتنازعين بالتراضي ، وركنه الاساسي عبارة عن إيجاب

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وقبول وينعقد ويصح بحصول الايجاب من طرف والقبول من طرف الاخر [70] والتحكيم بموجب القانون هو أن المحكمين ملزمون بقانون يحدده المحكمون ، وقد يقتصر هذا القانون على مراحل معينة أو في جميع مراحل عملية التحكيم الأخرى، ويتسم بالتحكيم المنتظم والمطلق، ويبدو أن التحكيم التوفيقي ينطوي على قدر أكبر من المرونة في الإجراءات وفقا للحاجة إلى حل المنازعات بسرعة بين الاثنين هناك نوعان من الاختلافات الرئيسية بين هذين النوعين: [71]

ا - في حالة التحكيم المذكورة في اتفاق التحكيم من الضروري كتابة أسماء المحكمين والا يكون التحكيم غير صالح حتى لاتفاق مبدئي، وإلا فإنه هو الاسم المرتبط بالنظام العام أو هيئة التحكيم ، أو غير مطلوب وهو ما يعني أن المحكمين قد عين في وقت لاحق عن طريق الاتفاق بين الطرفين .

ب- التحكيم يختلف عن الوساطة : والوساطة وسيلة لحل النزاعات التي يستخدمها الطرفان بطريقة مختلفة للتوصل إلى حل مقبول للطرفين، في حين أن التحكيم التحكيمي ملزم ويلزم المنشقين بصرف النظر عن رضاهم والفرق الرئيسي بين هاتين الطريقتين يجعل بعضها مربحا.

أنواع التحكيم في القانون الوضعي :

إن إرادة الأطراف هي جوهر التحكيم ، وهذا سوف يحدد مسارها ويهيمن عليها منذ إنشائها ، والاتفاق على التحكيم قبل نهايته من خلال اتخاذ قرارات ملزمة للطرفين ويسمح ذلك باختيار المحكمين وتحديد عددهم وتحديد الإجراءات والقانون الواجب اتباعها لحل النزاع تعزيز مطالبة الأفراد والبلدان

---

[70]- علي حيدر ، " *درر الحكام شرح مجلة الاحكام* " تعريب المحامي فهمي الحسيني ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ج4) ،ص2

[71] - مهند احمد الصانوري، *دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص*، (عمان : دار الثقافة للنشروالتوزيع، ط1 ، 2003) ،ص47 .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

بتطبيقه كوسيلة لحل المنازعات الناشئة في مجال المعاملات الدولية وبسبب تعدد المعاملات التجارية ، أصبح التحكيم أفضل طريقة لحل هذه المنازعات وبالتالي، يختلف التحكيم من القطاع الخاص والمؤسسي والدولي والمحلي اختياري وإلزامي.

التحكيم الاجباري و التحكيم الاختياري :

1 - **التحكيم الإجباري** : يعتبر من القواعد العامة المتعلقة بالتحكيم، والتحكيم الاختياري، يمكن أن يتفق الطرفان على اللجوء إليها لتسوية المنازعات وفقا لاتفاق التحكيم ، وفي بعض الأحيان قد يتطلب القانون أطراف النزاع للحصول على التحكيم، يجوز للأطراف الاتفاق على اللجوء إليه للفصل في المنازعات بموجب إتفاق التحكيم فإنه في بعض الأحيان قد يلزم القانون طرفي النزاع في اللجوء إلى التحكيم والخضوع لأحكامه وبالتالي تنعدم فيه إرادة الأطراف المتنازعة ، سواء فيما يتعلق باللجوء إليه أو فيما يتعلق بأختيار الجهة المختصة التي تباشره ويصبح التحكيم نظاماً مفروضاً عليهم، وفي معظم الأحيان يطبق التحكيم الإجباري بناء على قاعدة أمرة تتعلق بالنظام العام ، والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها على الصعيد الدولي، لا يزال التحكيم الإجباري في بعض الحالات في مرحلة مبكرة بسبب عدم وجود قناعة فكرية بهذا الشأن وفي رأينا فإن التحكيم الإجباري ما زال في مراحله الأولى لعدم القناعة الفكرية للعمل به والدليل على ذلك أن التجربة الفرنسية في أخذها بالتحكيم الإجباري في بعض المنازعات في فترات محدودة ثم لم يلبث أن أعادتها للتحكيم الاختياري ، ومثل على ذلك قانون عام 1938، التي تلزم أطراف علاقة العمل لطلب التحكيم ، ثم عاد في عام 1950 ولجأ إلى التحكيم اختياري.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

2 - **التحكيم الاختياري** : التحكيم هو اختياري ، إذا كان لدى الأفراد حرية تقديم بحرية نزاعاتهم إلى المحكمين التحكيم مع إجراءات الاختيار والتحكيم، وكذلك حول كيفية تعيين المحكمين في مجال التجارة الدولية بما في ذلك اتفاق التحكيم ، سعت الدول إلى تعزيز قواعد التحكيم بما في ذلك قانون الأجانب ، وقواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي القانون الذي اعتمده المجتمع الدولي، كما ينص القانون التجارة الدولية من نظام موحد من الناحية القانونية أن يتجنب عدم كفاية إجراءات التحكيم والإجراءات القانونية المحلية في التجارة الدولية [72] وذكر بعض الشراح القانون أن هناك ظروف معينة ينبغي أن يطبق فيها المحكم على التحكيم، وهو ما يسمى بالتحكيم الإجباري، وهذا في بعض المسائل التي لا يمكن للهيئة التنظيمية أن تعتبرها دليلا يحال إلى المحاكمة لأسباب وأسباب معينة.

التحكيم الحر: هو التحكيم الذي يعطي الحرية للمتنازعين لتحديد قواعد وإجراءات التي يتبعها المحكم من اختيارهم لاتخاذ قرار في نزاع أمامهم وفقا لهذه القواعد، سواء كانت إجرائية أو موضوعية ، وفي المكان الذي يحددونه لا يتعارض مع القواعد الآمرة أو النظام العام.

نشأ التحكيم الحر قبل ظهور التحكيم المؤسسي ، وأنه يعطي حرية أكبر للأفراد في اختيار المحكمين الذين يعتمدون عليها لتجربتهم في حل النزاع ويمكن أن تكون القواعد والإجراءات المستخدمة لحل النزاع أكثر مرونة وواقعية من قواعد التحكيم المؤسسي ويمكن أن يكون حل النزاعات السمة الأكثر تميزا في هذا النظام وقد يعتمد على مؤسسة أو هيئة لحل نزاع قائم على العديد من القواعد والاجراءات التي قد تتعارض مع توقعات الافراد

---

[72] - أحمد محمد عبد البديع ، *شرح قانون التحكيم*،(القاهرة : دار النهضة العربية، ، ط3، 2005)،ص49

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وهذا هو التحكيم الذي تقوم به الهيئات والمنظمات الدولية والوطنية وفقا للقواعد والإجراءات المعمول بها في الاتفاقيات أو القرارات الدولية المنشئة لتلك الهيئات وأصبح انتشار مراكز التحكيم أمرا شائعا، لا سيما بعد الحرب العالمية الثانية هذه المراكز متخصصة في مجال معين، على سبيل المثال في التجارة الدولية، على سبيل المثال ومنها ما هو عام ويتولى التحكيم العام في مختلف جوانب النشاط التجاري بما في ذلك ما هو وطني . [73]

التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح:

التحكيم في السلطة القضائية إذا كانت مهمة المحكم في النزاع تتطابق مع مهمة القاضي، يتخذ قراره وفقا لوقائع الدعوى والأدلة المقدمة إليه ، ولا يأخذ في الاعتبار إرادة المؤيدين في محاكمته.

أما بالنسبة للتحكيم بالصلح ، فإن المحكم مخول من قبل الخصم للاتفاق في نزاع بينهما وتتمثل مهمتها في جمع وجهات النظر بين المتخاصمين على أساس الوثائق التي تمثلها ، وإذا لم تتمكن من القيام بذلك فإنها أكثر ملاءمة لمصالح الأطراف

التحكيم الوطني: التحكيم، الذي يتضمن نزاعا في أراضي الدولة وجميع عناصرها وطنية.

التحكيم الداخلي: هو التحكيم الذي يتم وفقا لأحكام القانون الوطني للأطراف في النزاع وداخل دولتهم ويتضمن التشريع الوطني نص الإجراءات والقواعد المنطبقة على عملية التحكيم، ولا تنطبق جميع عناصرها إلا على دولة واحدة،

---

[73] - 2018-7-8http://www.law-arab.com/2015/02/Free-institutional-arbitration.html

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

من حيث موضوع النزاع وجنسية الخصوم والمحكمين القانون الواجب التطبيق والمكان الذي يحدث فيه التحكيم بمصالح التجارية الدولية، تعدد الاستثمار الدولي حيث التحكيم الدولي عندما يرتبط أحد الطرفين بالمصالح الاقتصادية لدولة اخرى، في حين أن الآخر يتعلق بالمصالح الاقتصادية لدولة أخرى.

فإن هذا التعريف يتجاوز المعيار الاقتصادي مصالح التجارة الخارجية والمعيار القانوني لتعدد المواطنة إلى حد معيار اقتصادي يتعلق بمصالح التجارة الدولية والمعيار القانوني المتعلق بتعددية الدول وجنسيات والاقامات ، [74] ويرى البعض أن التحكيم المحلي هو نزاع يتعلق بأراضي دولة تكون فيها جميع العناصر وطنية، والتحكيم الدولي هو أحد عناصرها الخارجية، مثل موضوع النزاع وجنسية الخصوم أو القانون المنطبق في النزاع أو مكان التحكيم

وأخيراً ارى كباحث إلي أن التحكيم قد يتنوع حسب موضوعه فإذا كان موضوع النزاع تجارياً فإن التحكيم يسمى تحكيماً تجارياً وإذا كان الموضوع مدنياً يسمي تحكيماً مدنياً وهكذا.

راء مختلف من القانونيين والفقهاء على أنواع التحكيم هي دائما في إطار التحكيم في الفقه الإسلامي كوسيلة لحل أي خلافات، وان كان هناك اختلافات في الرأي منها كالاتي :

المبحث الثاني - جواز التحكيم مطلقاً ولو مع وجود قاضي في البلد :

يقول العسبي حيث روي عنه أنه قال إذا رضي الخصمان بقول رجل جاز

---

[74] - عبد الحميد الأحدب ، " *قانون التحكيم الجزائري* "، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزائر،(2008) ص23.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

عليهما ما قال، وهذا ما رضي به الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة، وذكروا أن يسمح على الإطلاق للسماح للتحكيم، سواء كان في خصومة ، ويحكم شخصان ثالثا بينهما ، واستشهد هذا النوع من التحكيم المطلق في الكتاب والسنة، الإجماع والمعقول .[75]

قوله تعالى: (ومَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ)[76]، والدليل من هذه الآية الكريمة أن التحكيم دوره هو إحقاق الحق ورده إلى أهله وإبطال الباطل.

أما السنة النبوية ففيها ما يدل على مشروعية التحكيم مطلقاً وذلك في عدد من المسائل منها : في بني قريضه حيث روى البخاري ومسلم عن أبي سعيد الخذري أنه قال : نزل اهل قريضه على حكم سعد بن معاذ، فأرسل النبي صل الله عليه وسلم إلى سعد آتاه فلما دنا قريباً من المسجد قال صل الله عليه وسلم للأنصار: قوموا إلى سيدكم ثم قال هؤلاء نزلوا على حكمك [77]، وبالتالي فالدلالة على كون التحكيم مطلقاً هو قبول الرسول صل الله عليه وسلم تحكيم بني قريضه لما نزلت على حكمه ثم جعل الحكم منهم إلى سعد بن معاذ رضي الله عنه وارضاه.

وفي الإجماع جازالتحكيم مطلقاً باجماع الصحابة حيث جاء ذلك من خلال ما ورد من عبارات الفقهاء والعلماء فقد أجمع الصحابة رضي الله عنهم على جوازه مطلقاً وذلك في كتاب نهاية المحتاج لأن ذلك وقع لجمع من الصحابة ولم ينكر مع اشتهاره فكان إجماعاً ، ومن بين تلك المسائل التحكيمية في هذا الإطار أمر تحكيم عمر بن الخطاب رضي الله عنه على فرس، وتحكيم زيد

---

[75] شهاب الدين أبي اسحق ابراهيم، *آداب القاضي*، (دمشق : ج3، 1975) ص55.

[76] القران ، 5: 44.

[77] مسلم بن الحجاج، صحيح *مسلم*، ج5، طبعة دار الشعب، القاهرة، (1968)

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

بن ثابت بين عمر رضي الله عنه والشعبتين وكذلك تحكيم علي ومعاوية على الخلافة [78]، والتحكيم الذي حدث بين الأشعث وعبدالله بسبب الاختلاف في مبلغ بيع القمح، حيث طلب عبدالله من الاشعث أن يختار رجلاً يكون بينهما ليحتكما إليه ويفص بينهما من نزاع .

اولا- التحكيم المقيد بشرط غياب القاضي :

المقصود هنا أنه إذا كان هناك قاضي في البلد لايجوز التحكيم فيه وهذا الرأي مبني على تقديم مكانة القضاء على التحكيم وذلك بناء على كون الحكم في حكمه أقل رتبة من القاضي، وهذا من ما اوضحه الامام والفقيه في مذهبه الشافعي وكذا في مذهب الحنفية بقولهما بأن القاضي يقضي فيما لا يقضي الحكم لاقتصار حكمه على من رضي بحكمه بعكس عموم ولاية القاضي، مع إثبات الفقهاء للاختلاف الموجود بين القضاء والتحكيم، وقد قال ابن حزم: لا يجوز إلا ممن ولاه الإمام، فإن لم يقدر على ذلك فكل من أنفذ حقاً فهو نافذ ومن أنفذ باطلاً فهو مردود[79].

وبالتالي فان لا يوجد في البلد القاضي جاز التحكيم للضرورة كي تحكم في المنازعات، وهنا يتضح أنه في النوع من التحكيم عدم جواز التحكيم مطلقاً وإذا حكم المحكم وان اتى بالاجتهاد لا يطبق حكمه ومن خلال ما ذكر يمكن إبداء رأينا بأن الراجح هنا هو جواز التحكيم مطلقاً سواء وجد القاضي في البلد أم لم يوجد وهذا تبعاً لما ورد في الكتاب والسنة النبوية وكذلك في إجماع الصحابة، بالإضافة إلى ذلك فإن الدليل العقلي في التحكيم هو فض للمنازعات

---

[78] ابن كثير،" *الكامل في التاريخ*" ، ج3، بيروت، (1965)،ص75

[79] أبي محمد بن علي بن سعد،" *المحلى*"، منشورات المكتب التاري للطباعة والنشر، ج9، بدون تاريخ نشر.،ص435

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وعدم جوازه قد يؤدي إلى ضياع الحقوق وتفرق الأمم واستبدا للمشاحنات فيما بينها

إن النزاع إذا كان لأطراف النزاع ولاية يمكن أن يحكم على الآخرين، ثم سهولة إجراءات الرقابة، فضلا عن عدم الإنفاق ودفع الخصومات من خلال الموافقة وتشجيع الخصوم لتخفيفها وتسهيلها من خلال غياب العقبات القانونية.

ثانيا - تعريف النزاع:

يوجد تعريف شامل وعام للنزاع ، ينطلق من كونه حالة تفاعل قائم على التعايش بين فاعلين أو أكثر، حالة من التناقض وعدم تطابقها مع المصالح و الأهداف، قد تكون مصادر النزاع مادية أو معنوية قيمية.

من اجل تحقيق أمنها يدخل الاشخاص و الجماعات و الدول في حالات عديدة من النزاعات للحفاظ على استقرارها وانهاء على أي خطر أو تهديد خارجي من خارج الدولة ، أي أنها تعمل على التحرر من التهديد الأمن و هنا يكون النزاع متعلق بفكرة الأمن و مقتضياته .[80]

الوضع اجتماعي ينشأ حين يسعى طرفان أو أكثر لتحقيق أهداف متعاكسة أو غير متلائمة ويمكن ملاحظة النزاع في العلاقات الدولية حيث يتجلى على شكل الحرب كنتيجة يتم التهديد بها وكواقع فعلي، على حد سواء وكسلوك في المساومة يكاد يصل إلى مرحلة العنف.

ثالثا - التعريف الموضوعي و الذاتي للنزاع:

التعريف الموضوعي : يرى هذا الاتجاه للنزاع على انه حالة طبيعية واقعية، بحيث نكتفي بمراقبة او الملاحظة الى سلوك الأطراف دون محاولة حله أي

[80] - بالمكاحل ابراهيم ، " *سلسة محضرات مقياس التحليل النزاعات الدولية*" ، قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية ، جامعة قسنطينة

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

إدارة النزاع وهنا يكون النزاع وضع تنافسي يكون فيه الطرفين مدركين بتضارب و عدم انسجام المواقف و الرؤى .

توماس شيلينغ Thomas Schilling**:** يقول توماس في تعريفه هي المواجهة التي يسعى كل طرف للحصول عليها عندما يوصف سلوك العدو بكلمات مثل الوعي والصوت والأحزاب في هذه المواجهة، والسعي لإيجاد قواعد تمكنهم من توفير أفضل فرصة للنجاح وقد اعتبر الصراع نزاعا محليا، بعكس الصراع الدولي .[81]

التعريف الذاتي للنزاع: يقول جون بيرتون: أن الصراع مرتبط بالاختلافات الكبيرة في المصالح، ويمكن أن يتحول إلى صراع مع نتائج إيجابية على أساس وظيفي لاستخدام الموارد المثيرة للجدل .

تعريف جون غالتون John GALTHUNG **مثلث الصراع :** ويعتبر الصراع مثلث متساوي الأضلاع، ويطلق عليه الزوايا الثلاثة من جانبيه زاوية التناقض وزاوية التصور وزاوية السلوك.

ا- زاوية التناقض وهي حالة تبلورعدم توافق الأهداف والمصالح بين الطرفين.

ب - تشير زاوية الإدراك إلى عملية تصور المفاهيم الخاطئة وليس مخطئا لنفسه الرؤية والإدراك بأنهما يحملان بعضهما البعض.

ج - السلوك يشير إلى تبلور التناقض والسلوك السرد على الأرض الواقع ، كقاعدة تتجسد في شكل تهديد أو قمع واستخدام العنف المسلح .

---

[81] - دورتي جيس ، *النظريات المتضاربة في العلاقات الدولية* ، ترجمة وليد عبد الحي،(بيروت : المؤسسة الجامعية للنشر ،1985)،ص140

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ويؤكد غالتون على الحاجة إلى الوصول المتزامن إلى ثلاثة مكونات للمثلث في حالة حدوث نزاع كامل، وفقط إذا كان المكونان الأول والثاني متوفران بدون تضارب متأصل أو هيكلي.

المبحث الثالث - مفهوم القانون:

يعني مجموعة من القواعد التي تنطبق على الأشخاص في علاقاتهم الاجتماعية، وتلزمها بإحترام ومراعاة لهم في سلوكهم لتحقيق النظام الاجتماعي ، وهو مجموعة مـن القواعد القانونية التي تنظم أنشطة الأشخاص في المجتمع واستناداً إلى سلطـة عمومية تابعة للاحتـرام توقـع عقـاب من انتهكها [82]

والقانون بالمعنى الأوسع هو مجموع القواعد القانونية التي تحكم الحياة في المجتمع في شروط ضيقة ودقيقة من القانون يشير إلى نص تشريعي بغض النظر عن رتبته في التسلسل الهرمي للقواعد القانونية، التي نشرها المشرع لتنظيم قضية أو نشاط معين داخل اقليم اي دولة[83] هذه القواعد التي تحكم المحكمة في القضايا المدنية والتجارية والجنائية أو غيرها، بغض النظر عن مصدر هذا النظام، وبغض النظر عما إذا كانوا يأتون من التشريعات أو من مصادر أخرى وتشكل هذه القواعد القانونية بغض النظر عن مصدرها أو موضوعها، والهيكل الذي يتكون فيه القانون بالمعنى العام الذي يحدده و من منظور اخر يوجد معنى خاص منتشر الاستعمال والمقصود به القواعد الصادرة عن السلطة التشريعية المختصة وهذه القواعد وإن كانت تحتل الجزء الأكبر من القواعد القانونية في عصرنا الحالي إلا أنها لا تشملها جميعها أي أن

[82] - هشام القاسم ، *المدخل إلى علم القانون* ، (جامعة دمشق 2003، 2004)،ص32

[83] - الحبيب الدقاق ، واخرون ، *مدخل لدراسة العلوم القانونية* ، (الرباط : جامعة محمد الخامس ، كلية العلوم الاقتصادية والاجتماعية ، سنة النشر 2015- 2016 ب ، ط)،ص4

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

القانون بمعناه الخاص هذا ليس سوى مصدر من مصادر القانون بمعناه العام وهو من أهم مصادره في عصرنا الحالي ولكنه ليس المصدر الوحيد.

ويستند اصحاب هذا الرأي إلى الحجج التالية:

1 - محكمة التحكيم هي حالة استثنائية مستثناة من المبدأ العام للإجراءات القضائية في المحاكم التي ينص عليها القانون ، وإذا عرضت القضية على محكمة مختصة يكون للطرف الآخر الحق في عدم الامتثال، بالنظر إلى أن المحكمة تنظر في قضية خاضعة لولاية هيئة التحكيم رفع نزاع محدد في محكمة معينة ليست مختصة في البداية، ولكن يمكن استبعادها سواء في الولاية القضائية المحلية .

2 - يكون قرار المحكمين سلطة البت في الدعوى وينفذ بعد صدور أمر التنفيذ، وكذلك القرار القضائي الصادر عن السلطة القضائية في الدولة ، ومعظم القوانين منصوص عليها في هذا القانون المادة 55 من القانون رقم 27 لسنة 1994 في التحكيم القانون التجاري المدني يكون لقرارات المحكمين الصادرة وفقا لهذا القانون سلطة هذا النظام ويكون قابلا للإنفاذ وفقا لأحكام هذا القانون، التحكيم هو نوع من السلطة القضائية، فضلا عن ولاية الدولة أو القانون أو القضاء الهيئات الدينية، بإستثناء الحكومة .

3 - إن الطبيعة القضائية للتحكيم مدعومة بقوانين مختلفة استخدمت في بدء مدة الأحكام القضائية في قرارات المحكمين ، وقرارات المحاكم ويذكر القانون الفرنسي الجديد محكما بالإضافة إلى قواعد تفصيلية تنص عليها القوانين لتنظيم المنازعات في إجراءات التحكيم، وفقا للقواعد الموضوعية الأصلية للتقاضي .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

4- قد تطور موقف المحكمة من هذه القضية، وألغت محكمة النقض الفرنسية قيادتها بالنظر إلى طبيعة عقد التحكيم ، وفي أحكام حديثة نسبيا، أعلنت أطراف النزاع عن استعدادها لإعطاء السلطة القضائية سلطة قضائية ويكون التحكيم هو محكمة حصرية يكون فيها للمحكمين سلطة مستقلة لتسوية النزاعات التي تجلب ضد خصومهم.

اولا- التحكيم والخبرة:

الخبيرهو الذي لديه بعض الخبرة في موضوع معين والخبرة تحتاج الى شخص له معرفة وعلم وخلفية على موضوع ما يسمى خبير ، ويقوم هذا الخبير بإعطاء رأيه بعد المهمة التي كلف بها على ضوء ما استخلاصه عن الموضوع حسب خبرته، ولا يكون مقيد بإجراءات معينة ومواعيد معينة إضافة الى ان رأيه غير ملزم للخصوم والقاضي.

أما التحكيم ، فالمحكم يقوم بوظيفة مثل وظيفة القاضي ويحسم النزاع بين الخصمين ، ويكون قراره الذي اتخده ملزم للخصوم ، ويتقيد بالاصول والمهل والاوضاع المقررة والمعمول بها في إتفاق التحكيم وقد يلتبس الامر احيانا في تحديد المقصود بالمهمة التي كلف بها على عاتق شخص فيما إذا كانت خبرة او تحكيم ، ولحلحلة على هذه الصعوبة لابد من النظر الى الالفاظ التي صيغ بها اتفاق التحكيم، فإذا اتفق الخصمان على تكليف شخص بتقدير الاضرار، أو بل إيجار فهذا خبير، ولو ان الخصوم قد وصفوه في اتفاقهم على انه محكم ، ولو اتفق الاطراف على تكليف شخص لإبداء رأيه في نزاع قائم بينهم فهذا محكم .وهو مكلف ايضا بالإعراب عن رأيه بشأن مسائل محددة قد تعرض عليه يمكن أن يكون في مجال الهندسة اوطباو في مجال التجارة ولا تعتبر الخبرة بهذا

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المعنى وسيلة لحل النزاع، فهي تختلف اختلافا كبيرا عن التحكيم ووفقا للخبير، يتم التعبير عن رأي ، وهذا الرأي غير ملزم من أجل تحديد ما إذا كان الاتفاق من اتفاق الأطراف على التحكيم أو الخبرة والمعيار المميز هو مدى الصلاحيات الممنوحة الشخص الذي النزاع، إذا كلفت السلطات لذلك، فإن الفصل في النزاع ولجعل الطرفين قرار ملزم لا تتجاوز إبداء الرأي في المسائل التقنية للإدارة، سواء كان ذلك رأي المتنازعين أو ذاك، والذي كتب التقرير للعمل أو ترك الأمر مجرد رأي الخبراء.[84]

ثانيا- التحكيم والقضاء :

التحكيم قسم من اقسام القضاء يقول صاحب تبصرة الأحكام وأما ولاية التحكيم بين الخصمين فهي ولاية مستفادة من آحاد الناس وهي شعبة من القضاء متعلقة بالأموال دون الحدود واللعان والقصاص ولذلك يذكره الفقهاء عادة في باب القضاء ، فكل من المحكم والقاضي يستمدّ سلطته ممن ولاه، فالقاضي تعينه سلطة البلاد والمحكم يعينه الخصوم ، والحكم الصادران كل منهما حكم شرعي متى ما اصبح صحيحاً مستوفياً لشروطه واركانه يصبح ملزم لطرفي النزاع [85].

قال ابن النقيب الشافعي جامعاً لهذه الأحكام ويجوز في بلد قاضيان فأكثر، وإن حكم الخصمان رجلاً يصلح للقضاء جاز ولزم حكمه وإن لم يتراضيا به بعد الحكم والقضاء في اصطلاح الفقهاء هو توضيح الحكم المنصوص عليه شرعاً

---

[84]- محمد بن ناصر البجاد ، *التحكيم في المملكة العربية السعودية* ، 44

[85] - ابي عبدالله بن فرحون اليعمري توفي سنة 799هـ، *تبصرة الاحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام* ، تحقيق جمال مرعشلي (بيروت : دار الكتب العربية ، 2001، ج1) ،ص17

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

والإلزام به وفصل الخصومات [86]، وهو مشروع ومسموح به بالكتاب والسنة وإجماع الصحابة والعلماء والفقهاء ، وأنه من أقوى الفرائض وأشرف العبادات، قال تعالى : (وأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَن بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِن تَوَلَّوْا فَاعْلَمْ أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَن يُصِيبَهُم بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ ۗ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ)[87]، ومن هنا يعتبر التحكيم نوع من انواع القضاء لأنه يتضمن الفصل بين الخصوم وبيان الحكم الشرعي وهو بمثابة الفرع من الأصل بالنسبة للقضاء ومع ذلك، وعلى الرغم من اتفاق التحكيم وإزالة ما يعنيه وهو تسوية المنازعات والمنازعات واتفاقهم على أنها تبين أن القرار الشرعي في القضية ، لديهم اختلافات تؤثر على كل منهم و تؤثر على الإجراءات التي يتم تنفيذها في كل، وعلى الرغم من القاسم المشترك بينهما في عمل السلطة القضائية والنيابة العامة والنزاع ومع ذلك، وهذا لا يعني أنه لا يوجد فرق بينهما في عدد من النواحي من حيث القوى التي تحتفظ بها المحكم مع صلاحيات واسعة من تلك التي توجد عند تفويضهم وفي حالة التحكيم، فإن النظام القضائي ملزم بالقواعد القانونية والقاضي ملزم دائما بتطبيق القانون في الواقع، فإن أساس التحكيم هو إرادة الأطراف في النزاع، في حين ينبغي تقسيم اختصاص القضاء في الحالات التي يكون فيها الطعن في النظام القضائي عادة دون الحصول على موافقة مسبقة من الطرف الآخر الذي يؤدي دائما إلى اضطراب العلاقات بين الطرفين والقاضي باحترام أحكام القانون المتعلقة بالصراع، واعتماد القواعد أو المعايير الدولية لحل النزاع التحكيم والمحكم لديه الحق الكامل في استخدام هذه القواعد والأعراف، سواء كانت دولية أو تلك في

---

[86] - منصور بن يونس البهوتي ولد الشيخ منصور سنة 1000هـ، ببلدة بُهُو، توفي الشيخ منصور بمصر، سنة 1051هـ، ، *الروض المربع*، (الرياض : مكتبة الرياض الحديثة، 1390هـ، ج3)، ص382

[87] - القران ،5 : 49

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

مجتمع معين، مثل القانون التجاري الذي يقوم على العدالة في السوق، فضلا عن الاستفادة من خصوصية، والذي يستخدم نظام التحكيم نظام المراقبة، والتي تقتضيها طبيعة التجارة الدولية العلاقات ، هذا بالإضافة إلى التمييز بين القضاء والنظام القضائي فيما يتعلق سرعة التعامل مع النزاعات أمام المحاكم والقرارات ذات الصلة الصادرة عن سرعة البحث عنهم من قبل حرية بطء الإجراءات وعدم مواكبة بعض القوانين تتغير بسرعة عهد والدولية المعاملات والاتصالات التي تجاوزت جميع التصورات، عندما لجأت إلى حل أي نزاع. فمن الواضح كيفية التمييز العمل المحكم من عمل القضاة، في حين سمح المشرع الحكم للعمل في فكرة اختيار الطريقة الصحيحة القواعد والنصوص المختلفة من أجل تحقيق الحكم الرشيد في مجال الأعمال التجارية التي سبقتها، والحق في تطبيق قواعد العدالة والإنصاف، في إطار برنامجها السيطرة المشرع لا يهتم بالأحكام القاسية بين الطرفين بل إنها تتحكم في العدالة من خلال التطبيق الصارم للنصوص والقواعد القانونية، وهناك نقاط اتفاق بين هيئات التحكيم والهيئات القضائية ونقاط الخلاف .

أولا، نقاط الاتفاق:

1 - كل منهم مرسوم وذكر بعض الفقهاء أن التحكيم هو تقسيم للسلطة القضائية.

2 - كل من الحكم والقاضي يكتسب ولاية الحكم ممن ولاه ، باتفاق الطرفين الموليِّ والمولىَّ، ويتقيد كل من القاضي والحكم بما يقيده به من ولاه من وجهة نظر زمان ومكان الاختصاص والكيانات الخاضعة للتنظيم.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

3 - المولِّى يملك عزل المؤَلى فإذا عزل الإمام القاضي انعزل ، وإذا تفق الخصمان على عزل الحكم انعزل .

4- يعتبر كل من القرار الذي يصدره القاضي محكمة قانونية عندما يستوفي شروطه وفي حالة التحكيم، يسيطر عليها معارضو المرسوم، وتتلقى الحكومة منها سلطتها وخاصة بشكل مستقل في النظام القضائي، يعين الإمام من قبل القاضي ، الذي هو قوة مشتركة السلطة القضائية هي سلطة الدولة في حل النزاعات وحماية الحقوق السلطة القضائية هي مظهر من مظاهر سيادة الدولة، وبالتالي، يختلف عن التحكيم، وهو السلطة القضائية الثانوية وهذا يعني أن اختصاص التحكيم أدنى من اختصاص القضاء الحكم له سلطة أقل من القاضي وأدنى رتبة، وبالتالي قراره هو أقل رتبة من القاضي.[88]

هذا الاختلاف أدى إلى عدد من الاختلافات الأخرى:

ا- التحكيم مشروع فيما لو احتاج الخصمين أو أحدهما حاجة لحكم قضائي، وهما في بلد اجنبي لا يحكم بشرع الله ، فليس أمامهما إلا تحكيم طرف ثالث [89]، يحكم بينهما بشريعة الله، وحينئذ يجب عليهما التحكيم ، للوصول الى الحكم المحتاجة احد الخصمين تلك الحاجة الضرورية ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو كذلك [90].

---

[88] - محمد بن ناصر البجاد، *التحكيم في المملكة العربية السعودية*، (الرياض : معهد الإدارة العامة ب، ط ، 1420).

[89] - حسن الغزالي ، التحكيم في الفقه الإسلامي ، (رسالة دكتوراة - كلية الشريعة بالرياض).ص96

[90] - سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي ، أبو الربيع، نجم الدين (المتوفى: 716هـ) ، شرح مختصر الروضة ، تحقيق ، عبد الله بن عبد المحسن التركي ، ط 1 (بيروت : مؤسسة الرسالة 1410) 335/1 .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ب- لا يكون القاضي مختصا إلا في حالة المحكم وللقاضي الحق في إعادة النظر في جميع القضايا الخاضعة لولايته القضائية، التي عادة ما تكون الزمان والمكان.

ت- حكم المحكم قاصر على المحكوم عليه فقط ولو ثبت ببينة ، أما حكم القاضي فقد يتعدى المحكوم عليه [91] فلو حكم خصمان رجلا في عيب المبيع فقضى الحكم برده ، لم يكن للبائع حق رده على بائعه الأول استناداً إلى قرار الحكم ، إلا أن يرضى البائع الأول وكذلك لو أن رجلا ادعى على آخر دينا ، وأن فلانا قد ضمنه فحكما بينهما ، والضامن غائب ، فأقام المدعي بينة على المال والضمان ، صح الحكم في حق الدائن والمدين دون الضامن ، ومثله لو كان الغائب هو المضمون ، والتحكيم جرى بين صاحب المال والضامن[92] ولذلك قال الفقهاء حكم المحكم بفتح الكاف في حق طرفي الخصومة حكما ، وفي حق غيرهما بمنزلة الصلح بينهما ، والصلح لا يتعدى أثره .

ج- يجب على الخصم عدم الرد على خصمه للتحكيم، إذا كان مدعو، ولكن إذا كان مدعو إلى النظام القضائي، وقال انه يجب الرد.

د- التحكيم بالفعل من النظام القضائي، وهذا صحيح فقط في حيازة العدو، ولكن في النظام القضائي للحكم على جميع المعارضين.

---

[91] - أبوبكر أحمد بن على الرازى،ولد الإمام الجصاص في مدينة الري سنة 305 هـ، توفى في سنة 370 هـ، " *شرح أدب القاضي للخصاف* " وعبدالله بن خنين، التحكيم في الشريعة الإسلامية.،ص36

[92]- الموسوعة الفقهية الكويتية ،(10/ 245)

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

هـ - والتحكيم أوسع نطاقا من النظام القضائي في الولاية القضائية الإقليمية. التحكيم ساري بين الطرفين، حتى لو كان مكانهم مختلفا يقتصر قرار القاضي وفقا للاختصاص القاضي، وهكذا يمكن اعتبار قرار للتعامل مع موافقة كلا الجانبين، حتى إذا كان لا يوجد المتهم في بلد التحكيم.

و- قاض لا يمكن تعيين شخص آخر إلى اعتماد التحكيم نيابة عنه، إلا بموافقة الطرفين، كما يرضي التحكيم المتعلقة بهذا الشخص، ويجوز للقاضي أن يعين شخصا آخر في النظر في القضايا المعروضة.[93]

وقد ادرجت قحطان الدوري أربع وعشرين الاختلافات بين القضاء والتحكيم، نقلا عن الكتب الحنفية وغيرها [94].

ثالثا- التحكيم والوكالة:

تعرف الوكالة بانها اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم [95]، ويعمل الوكيل في مصلحة موكله ويحتفظ بجميع واجباته، ولا يستطيع العمل وفقا للوكالة المقدمة له إلا في مصلحة الموكل، ويطلب منه إبلاغ الشخص وجميع وكلائه المحكمون في حالة تعددهم وتعيين المحكمين من كل جانب يفهمون بشكل مختلف، ولكل منهم مستقل تماما عن المتنازعين وبعد إنشاء وثيقة التحكيم، تنشأ السلطة القضائية بين طرفي النزاع ، ولا يجوز للقضاة التدخل في عملهم ، ويصدر حكمهم عليهم يجب أن يكون هناك فرق بين الطرف الذي تعمل عليه، أو أن الطرف الآخر على حقوق الآخرين، وأنه يجب أن تعمل مع الحياد

---

[93] - " مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة " رقم (91-9/8)ص23

[94] قحطان الدوري ، *عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي* ، (بغداد : وزارة الأوقاف والشؤون الدينية ، ط ، 1، 1405).،ص66

[95] - بن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ) ، *حاشية رد المختار على الدرر المختار* (بيروت : دار الفكر لطباعة والنشر ، ج7 ، 1421هـ) ص265

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

التام ولا يمكن دعم أو تميل نحو واحدة من المتنازعين ، لأنه كان القرار بالنسبة له، وإذا كان فعلت ذلك فتتم عزل الموكل.

ومسؤوليته هو حل النزاع بين الطرفين قاضياً، عين باتفاق الخصوم، ولتنفيذ أعمالها وفقا للمتطلبات القانونية المعمول بها ، وليس بناء على طلب من حكمه ثم لا يكون وكيلا أو ممثلا لأي طرف في النزاع أو لا يدافع عنه أو يتحمل عبء إثبات الحق فيه [96].

رابعا- التحكيم و الصلح:

غالبا ما يقارن التحكيم بالمصالحة هذا التشبيه ليس خطأ تماما ، وقد أظهرت التجربة العملية أن عدداً كبيراً من إجراءات التحكيم يتم حلها عن طريق التسوية المتبادلة ومع ذلك، هناك فرق بين التحكيم والمصالحة، ويكون للنزاع نفس أثر قرار المحاكم، على الرغم من أن الحكم يصدر على أساس اتفاق بين الطرفين على نقل النزاع الناشئ بينهما في التحكيم، فإن هذا الحكم لا يتطلب في حد ذاته أي اتفاق بينهما لحل النزاع ، وتطبق محكمة التحكيم القانون، ويجوز للمحكمة أن تقرر وفقا لقواعد الإنصاف . [97]

وتهدف المصالحة إلى التوصل إلى إتفاق بين الأطراف المؤدية إلى انتهاء النزاع وينطبق هذا المبدأ على المصالحة التقليدية التي يدعو فيها طرف ثالث الطرفين إلى حل النزاع شخصياً، فضلاً عن الوسائل الأخرى التي تستهدف التفاوض، مثل التوفيق، عندما يمنح الطرف الثالث الأطراف دون أي التزام باقتراح حلول لها ، وهناك أيضا إجراءات توحد الوسائل المختلفة للمحكمة التي يكون فيها

---

[96] أحمد أبو الوفاء ، *التحكيم الاختياري والإجباري* الطبعة الثالثة (الإسكندرية : منشأة المعارف 1978)، ص30

[97] - عامر بورور ، "*الطرق البديلة لحل النزاعات في القانون التونسي*"، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، (2008).،ص345

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

لطرف ثالث غالبا في مسائل تعاقدية بعض الصلاحيات، مثل محكم خبير، ولكن هذه القرارات لا تساوي من حيث المبدأ محاكم المحاكم الوطنية[98].

خامسا ـ التحكيم والتوفيق او الوساطة :

المقصود بالتوفيق هنا هو دخول طرف ثالث لحل نزاع نأشي بين شخصين بشكل ودي للعمل على تسويته ويشترك الطرف الثالث مباشرة في المفاوضات الدائرة بين الاطراف ويقترح بنفسه حلاً للنزاع وقد يتدخل الوسيط بصورة عفوية اوقد تستدعيه الاطراف المتنازعة للعمل كوسيط لبنهم ، وتتشابه الوساطة مع التحكيم في إنهما خصومة تستلزم تدخل طرف ثالث لا علاقة له بالنزاع القائم من اجل تسويته وحله بطريقة ودية، الا انهما يختلفان في ان سلطة الوسيط تقف عند حد العرض والاقتراح ، اما سلطة المحكم فهي كسلطة القاضي وقراره بمثابة حكم قضائي نافد ، كما يختلفان في ان قرار الوساطة ليس ملزماً مثل قرار التحكيم ومن ثمة لا يمكن جبره على الاطراف المتنازعة ومن بين ميزات الوساطة توفير ملتقي للأطراف قبل بدء المحاكمة [99] والتوفيق أو الوساطة مافادها أن يقوم فرد أو أكثر من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الاطراف المتنازعه بالتوسط والتوفيق بينهم , وذلك بتقديم عرض او اقتراح لتسوية ما بينهم من خلاف تاركين للأطراف حرية الأخذ به او رفضه.

وتعتبر الوساطة احدى الطرق الفعالة لفض المنازعات بين الاشخاص بعيدا عن عملية التقاضي وذلك من خلال اجراءات سريه وسريعة تقوم على محاولة تقريب وجهات النظر بين اطراف النزاع من خلال استخدام اساليب

---

[98] – عصام القصبي، *خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار*، (القاهرة : دار النهضة العربية، 1993) ،ص125.

[99] ـ دليل الوساطة، ماخوذ من الموقع الإلكتروني،2018-7-9 WWW. SFCJ.programmes/ marocca/pdf

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

مستحدثه في المحادثات للوصول إلى تسوية النزاع تكون مرغوبة لجميع الاطراف حيث يشارك كل من اطراف النزاع بالوصول إلى هذه التسوية .

ونخلص إلى ان الوساطة هي عبارة عن عملية مفاوضات غير ملزمه يقوم بها طرف ثالث محايد يهدف إلى مساعدة اطراف النزاع للتوصل إلى حل النزاع القائم بينهم ، وذلك من خلال اتباع واستخدام فنون مستحدثه في الحوار لتقريب وجهات النظرالمتنازعين وتقييم المراكز القانونيه لطرفي النزاع تحت غطاء من السريه .

المبحث الرابع - مكان ولغة التحكيم:

اولا- مكان التحكيم :

ومن المسائل التي ينبغي أن تؤخذ في الحسبان عند تعيين الأطراف في نزاع لتسوية نزاعها ما يلي:

- مكان مناسب لأطراف النزاع
- وجود الشهود وإمكانية المعاينة
- إقرار وتنفيذ اتفاقية التحكيم وقراراتها
- المزايا التي يمكن تحقيقها عند إجراء التحكيم في بلد مقدم الطلب

وترد هذه في المادة الرابعة من القواعد التي وضعتها اللجنة الاقتصادية للأمم المتحدة يمكنك أيضا ملاحظة أنه في بعض الاتفاقيات يتم تجاهل حرية الأطراف في تعيين مكان التحكيم، على النحو المحدد في الفقرة 5 من المادة الثامنة من المرفق إلى اتفاق موحد للاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول لسنة 1981 التي جاء فيها أن الهيئة التحكيم أن تعقد لأول مرة في وقت و في مكان

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

لاتخاذ قرار بشأن قرار متوازن، ثم تحدد اللجنة مكانها ووقتها غير أن القاعدة هي أن اختيار مكان التحكيم يمنح للطرفين من ظروف القضية .

ووفقا لنظام غرفة التجارة الدولية فإن محكمة التحكيم هي التي تحدد مكان التحكيم ، إلا إذا كان الطرفان قد اتفقا على غير ذلك [100]، أما قواعد اليونسترال للجنة القانون التجاري التابعة للأمم المتحدة فقد نصت على ما يلي:

1- إذا لم يتفق الطرفان على مكان إجراء التحكيم تتولى هيئة التحكيم تحديد هذا المكان مع مراعاة ظروف التحكيم.

2- يجوز لهيئة التحكيم أن تحدد مكان التحكيم داخل الدولة التي يختارها الطرفان وله الحق في سماع الشهود وعقد جلسات استماع لمناقشته بين أعضائه في أي مكان يراه مناسبا، رهنا بظروف التحكيم.

3- يجوز لهيئة التحكيم أن تجلس في أي مكان تراه ملائما للتحقق من البضائع أو الأموال الأخرى أو فحص الوثائق ، وفي هذه الحالة يجب إخطار الطرفين بالوقت قبل تاريخ عمليات التفتيش بحيث يمكن حضورهما أثناء العملية .

4-يتم تحديد مكان التحكيم باتفاق الطرفين أو المحكمين الآخرين، وتوفر الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لحرية الأطراف في اختيار دولة ليست الدولة المضيفة، ولكن يقول إنه سيوافق على مكان التحكيم التي اختارتها هيئة التحكيم بعد التشاور مع مكتب المركز، على النحو المحدد في المادة الثانية والعشرون من الاتفاقية التحكيم في مقر المركز، إذا لم يوافق الطرفان على عقدها في دولة

---

[100] – المادة 120 "*نظام غرفة التجارة الدولية*" (1922)

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أخرى وافقت عليها اللجنة[101] المذكرة التفسيرية للاتفاقية تنص على أنه يتابع هذا الاتجاه وفقا لمتطلبات الاستقرار ولديها للاستفادة من الخدمات التي يقدمها مركز والأمانة العامة يمكن أن توفر للسلطة.

ثانيا ـ لغة التحكيم :

إن تحديد اللغة التي يجري بها التحكيم أهمية كبيرة بالنسبة لطرفي النزاع محل التحكيم ، فعندما يتم التحكيم بلغة لا يتحدثها احد طرفي النزاع هو أو من يدافع عنه أو شهوده ، فإن ذلك سيخلق عبئا ثقيلا عليه وسيؤدي به إلى المزيد من النفقات المتعلقة بالترجمة ، ومن جهة أخرى فإن تحديد لغة التحكيم يقيد من مجال اختيار المحكمين ، حيث يقتصر ذلك على المحكمين القادرين على انجاز التحكيم بهذه اللغة وبما أن الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري تقتصر على الدول العربية ، فإنها تنص على أن اللغة العربية هي لغة الإجراء والمرافعة والحكم، وتنطبق هذه الاتفاقية على المنازعات التجارية بين الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين الذين ترتبط جنسيتهم بأعمال تجارية مع دولة متعاقدة أو شخص، ويمكن للجنة أن تقرر الاستماع إلى أقوال الأطراف والشهود والخبراء الذين لا يعرفون اللغة العربية .

ثالث- اختيار المحكمين وشروط أهليتهم :

ا- اختيار المحكمين :

اختيار المحكمين هو واحد من أهم مراحل التحكيم ، ولذلك يولى اهتمام خاص لاتفاقات التحكيم وقواعده، وفقا لاتفاق التحكيم التجاري تكون الملائمة من هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين أو محكم واحد ويتم اختيار المحكمين ثلاثة من المحكمين ويكون الثالث هو الرئيس الذي تم اختياره بالاتفاق بين الطرفين، وإذا

---

[101] – المادة 22 "*الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري*" بعمان(1987)، ص13

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

لم يوافقوا يقوم المكتب بتعيين المحكم الثالث من القائمة ، ويدعو رئيس مجلس إدارة مركز التحكيم الطرفين إلى الاتفاق على المحكم الثالث من القائمة التي وضعتها مجلس الإدارة في المادة الرابعة عشرة من الاتفاقية .

إذا فشل المحكم أو المحكمين في تعيين محكم في تطبيق تحكيمها من اختيارهم، على المحكمة أن تعين محكما من القائمة خلال أسبوع واحد من طلب مواعيد التحكيم .[102]

أحكام اتفاقية التحكيم العربية في هذا الصدد تتفق مع أحكام نظام المحكمة الجنائية الدولية في باريس، فضلا عن أحكام التوفيق والتحكيم وتقييم الخبراء من الدول العربية وغرفة التجارة الأوروبية ونلاحظ أيضا أن محكمة التحكيم الدولية عادة تعين ثلاثة محكمين، عندما تكلفة التحكيم للنزاع عالية وعلى العكس من ذلك فإنه يكفي لتعيين محكم واحد، عندما تكون قيمة النزاع هي أقل تكلفة ما لم يتفق أطراف النزاع على خلاف ذلك .

هناك مشكلة إذا فشل الطرفان على تعيين محكم واحد، على الرغم من أن نتفق على أن التحكيم محكم واحد، ولكن إبرام اتفاق أنه إذا كان النزاع تسويته عن طريق محكم واحد من الطرفين تقدم إلى المركز طلبا ثم يدعو رئيس المركز الأطراف في الاتفاق خلال ثلاثين يوما من تاريخ النظر في القضية وفي حالة الخلاف، يعين المكتب محكما من القائمة وينبغي أن يكون ذلك وفقا لأحكام الفقرة 3 من المادة 18 من الاتفاقية المتعلقة بتعيين محكم ثالث.[103]

---

[102] - ابراهيم الدسوقي ،" قواعد واجراءات التحكيم وفق لنظام غرفة التجارة الدولية" ، مجلة الحقوق الدولية ، (1993)،ص81

[103] - فوزي محمد سامي، *التحكيم التجاري الدولي*, (عمان: مكتبة دار الثقافة، ج5، 1997)،ص208

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

في الفقرة الثالثة إن الاتفاق والتحكيم والخبرة من الغرف العربية والأوروبية للتجارة تنص على أنه إذا كان لم يتفق الطرفان مع اسم محكم واحد وإذا كان أحد الطرفين لا يمكن تعيين محكم من اختيارهم عين المجلس له بدلا منه في غضون 30 يوما قبل طلب التحكيم.

ب- شروط المحكم ومؤهلاته :

لا تحدد معظم القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية شروطاً خاصة يجب أن يحترمها المحكم ، ولم يطلب المحكم أن يكون المحكم قاضيا أو حتى محاميا، ولكن كلهم شددو على أن المحكم لا يعتمد على أطراف النزاع لا تعتبر حتى المحكم الذي اختاره واحدة من طرفي النزاع وكيلا الخصم الذي يختارونه ، ولا يعتبر أن يكون محاميا ، ولكن نستطيع أن نقول أن اختيار ليست سوى نيابة عن شخص آخر، حتى أن هذا الأخير لحل النزاع و قبول القرار الأول للمحكم الحكم الوطني له شروط خاصة.

وقد وضعت اتفاقية التحكيم التجاري العربي في عمان شروطا خاصة في المحكم الذي تم اختياره من قائمة المحكمين، والذي يتضمن أسماء المحكمين يكون من كبار المحامين أو القضاة مع خبرة واسعة ومعرفة واسعة أعدت في مجال الأعمال التجارية مع خبرات عالية وسمعة جيدة . [104]

ج- رد المحكمين واستبدالهم

تنظم المادة الثانية من محكمة التحكيم التابعة للمحكمة الجنائية الدولية استجابة المحكمين وتحل محلها على النحو التالي:

---

[104] - *اتفاقية " عمان العربية للتحكيم التجاري"* (1987)

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

1 - يقدم طلب الرد في تقرير خطي إلى الأمين العام لمحكمة التحكيم يبين الوقائع والظروف التي يستند إليها الطلب

2- يجب أن يوجه هذا الطلب من احد الأطراف في غضون 30 يوما بعد إخطار تعيين أو تأكيد من هيئة التحكيم أو في غضون 30 يوما من تاريخ علمه بالوقائع والحقائق أو الظروف التي استند طلبه الا اذا كان الطلب غير مقبول.

3- تقرر هيئة التحكيم على قبول الطلب في الوقت نفسه إذا لزم الأمر، في سلامة مؤسساته بعد كان الأمين العام قادرا على الاستجابة لهذا الطلب والأعضاء الآخرين إذا كانوا قادرين على تقديم تعليقاتها في الكتابة في غضون فترة معقولة من الزمن.

4 - يستبدل المحكم بآخر إذا توفي أو قدم استقالته.

5- يستبدل المحكم أيضا مع آخر، إذا اقتنعت هيئة التحكيم أن هناك عقبات قانونية أو واقعية لتنفيذ الحكم أهدافه أو أنها لا تؤدي وظيفتها وفقا للنظام أو في المواعيد المحددة.

6- في جميع الحالات حيث يتم استبدال محكم من جانب آخر تطبق احكام اللجنة، وتحدد المحكمة بعد إعادة تشكيلها ، وبعد ذلك يتم تقديم ملاحظاته إلى الأطراف إذا ينبغي تأكيد الإجراءات السابقة والاسمرار بها ام لا .

7 - إن أسباب قرارات اللجنة فيما يتعلق بتعيين المحكم وتأكيده واستبداله لا تتصل بالفشل في أداء مهامه وفقا للقواعد وفقا للموعد النهائي المحدد للإخطار.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وقد وفرت الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لمكتب المركز العربي للحصول على حق التحكيم لحل النزاع المقدم من أحد الطرفين إلى التحكيم، على صحة تعيين محكم من قبل القرار وإذا توفي أحد المحكمين أو لم يقم بواجباته يعين بالقوة القاهرة ليحل محله بالطريقة التي عين بها [105] ولا يجوز للمحكم أن يستقيل بعد بدء مهمته ، بمنعه من الاستمرار يمكنه الاستقالة بعد موافقة مكتب المركز ومع ذلك يحق لأطراف النزاع التماس رد أحد المحكمين للأسباب المبينة في طلبه إذا تم استلام الطلب يتم قبول الطلب يعين محكم جديد بنفس الطريقة التي يعامل بها المحكم ، والجواب الذي قد تمت تسويتها، والمحكم الذي يجب أن تعاد، ويجب إخطار الطرفين لقرار المكتب في أقرب وقت صدوره [106]

الفصل الثالث ـ الشروط الواجب توافرها في اتفاق التحكيم :

يمكن تقسيمها إلى نوعين من الشروط الموضوعية والإجراءات الشكلية على النحو التالي :

المبحث الاول ـ الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم

يتطلب سريان اتفاق التحكيم أو العقد أو الشرط لاستيفاء الشروط اللازمة لصلاحية أي عقد ككل وتحدده النظرية العامة للعقود، وهذه هي عناصر العقد، أي الموافقة، وهي التراضي والأهلية والمحل والسبب

[105] - من الاتفاقية العربية" للتحكيم التجاري" بعمان ، المادة 18 الفقرة 7 (1987).

[106] - المادتان 18 و 19 ، نفس الاتفاقية.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

1 التراضي في اتفاق التحكيم :

التراضي على أنها رغبة الطرفين في اتفاق التحكيم ، وهذا الأخير ليس لديها قائمة دون ذلك ، ومفاده أن تتجه إرادة الأطراف المتطابقة في اللجوء إلى التحكيم كبديل لقضاء الدولة [107] وبعبارة أخرى تقبل موافقة الشخص الذي تمنح الموافقة، سواء كان الشخص الذي يوقع العقد باسمه، على الاجتماع مع الآخر، التحكيم كوسيلة لحل نزاعاتها بعيدا عن ولاية قضاء الدولة.

ولا بد من التوصل إلى الموافقة فيما يتعلق بشرط التحكيم من خلال التفاوض على جميع شروط أو شروط العقد ، بما في ذلك شرط التحكيم، وتم الاتفاق على العقد بأكمله في النهاية وليس هناك حاجة إلى حل وسط خاص في شرط التحكيم.

أما بالنسبة لعقد التحكيم، فان التراضي يتحقق بقبول مبدأ التحكيم ذاته كموضوع للعقد ، واثبات التراضي على ذلك كتابة إضافة إلى توقيع عقد التحكيم من الأطراف . [108]

وأخيرا، تجدر الإشارة إلى أن عقد التحكيم ، شأنه في ذلك شأن أي عقد يقوم على الإرادة ، يجب تبرير الموافقة استناداً إلى إرادة واضحة بشأن موضوع اتفاق التحكيم وبشأن الإرادة الحرة ، وهي ليست ملزمة بإبرام هذا الاتفاق وهذا التعبير صريح وواضح ، حتى لا يخلق صعوبات تفسر رغبة الأطراف في التقدم إلى التحكيم أم لا.

---

[107] ـ نبيل اسماعيل عمر، *التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية*، (الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة، ط.2، 2005)،ص8 .

[108] ـ أحمد عبد الكريم سلامة، " *التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية*" ـ دراسة مقارنة، (القاهرة ، دار النهضة العربية، ، ط.1، 2006).،ص216

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

2 ـ الأهلية في إبرام اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم تصرفا قانونيا تتجه إرادة طرفيه إلى إحداث أثر قانوني، والمتجلي في نزع الاختصاص عن القضاء في نظر منازعات الأطراف، ومنحه لهيئة التحكيم ، وكان من الضروري أن تتوفر لدى كل طرف أهلية الأداء اللازمة لصدور إرادة كافية لإبرام الاتفاق ومناط أهلية الأداء، هو توفر أهلية التصرف في الحقوق، فكل من يملك التصرف في حقوقه المالية أصلا أو بإذن من المحكمة أو بحكم القانون يكون أهلا لإبرام اتفاق التحكيم.

3- محل اتفاق التحكيم:

الحقيقة هي أن السلطة القضائية مختصة بالنظر في جميع المنازعات، نظرا لأنها تتمتع بولاية عامة لحماية الحقوق والمراكز القانونية ولذلك يشير إلى التحكيم كوسيلة بديلة .

ويقصد بمحل اتفاق التحكيم، تلك المنازعة التي يراد حسمها عن طريق التحكيم ، والتي يجب أن تقبل التسوية بواسطته والذي يرتبط وجوده بوجودها غير أن المنازعة التي تكون محلا لاتفاق التحكيم، قد توجد مستقبلا في شرط التحكيم وقد تكون موجودة حالا في عقد التحكيم الذي يتم إبرامه بسبب نزاع قائم بالفعل.[109]

وتجدر الإشارة إلى أن هناك تشابه بين محل التحكيم ومحل الصلح عندما إذ ما يجوز فيه الصلح يجوز فيه التحكيم، و ما لا يجوز فيه الصلح لا يجوز فيه التحكيم بيد أن المنازعات المالية الناشئة قد تخضع للتحكيم باستثناء تطبيق

[109]- ناريمان عبد القادر، "*اتفاق* رقم: 27 لسنة 1994" مرجع سابق .،33

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

القانون الجنائي ، فهناك مجالان لا يجوز فيهما التحكيم مسائل الأحوال الشخصية والمسائل المتعلقة بالنظام العام.

وتتعلق المسائل المتصلة بالنظام العام التي لا يمكن أن تخضع للتحكيم في المقام الأول بالقواعد التي تستهدف المصالح العامة للبلد ، فيما يتعلق بالوضع البدني والأخلاقي لمجتمع منظم وعلى مصالح الأفراد، مثل المسائل المتعلقة بحالة الشخص وكفاءته ، والمنازعات المتعلقة بصحة البراءات أو تلك المتعلقة بحيازة أو فقدان الجنسية [110].

ويبدو واضحا أن مكان التحكيم له أهمية كبيرة من أجل القول بصحة اتفاق التحكيم أو عدم شرعيته ، وينبغي لقاضي أن يقرر ما إذا كان موضوع النزاع محكوما أم لا ، مسترشدا بالقانون الذي يحكم التحكيم .

4 السبب في اتفاق التحكيم:

اتفاق التحكيم كغيره من الاتفاقات، يجب أن يتضمن ركن السبب وفق نفس الشروط ، والسبب في اتفاق التحكيم هو رغبة الأطراف لاستبعاد إحالة النزاع إلى المحاكم.

المبحث الثاني ـ الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم :

إذا كان اتفاق التحكيم يختلف من حيث أشكاله ، أو شروط العقد وأنهم جميعا متفقون على اشتراط ضرورة الإجراءات التي طالب المشرعون أن اتفاق التحكيم كان صحيحا ، ويجب أن يكون أتفاق التحكيم كتابيا، والاتفاق الشفوي

[110] ـ أحمد عبد الكريم سلامة، "*التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية*" ، دراسة مقارنة، مرجع سابق.،ص188

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

باطل في هذا الصدد وهو ما ينظم معظم التشريعات الوطنية إلى جانب اتفاقات التحكيم الدولية في الشكلية للاتفاق .

المبحث الثالث- الآثار الإجرائية لأتفاق التحكيم :

يترتب على اتفاق التحكيم قسمان احدهما سلبي والآخر إيجابي وهم كالتالي :-

أولا: الأثر الإيجابي لأتفاق التحكيم :

القصد من الأثر الإيجابي لأتفاق التحكيم هو التزام الطرفين المنازعة في هذا الالتجاء و الاستمرار فيه ، لان الاتفاق على التحكيم لا يتضمن سحب النزاع من سلطة القضاء إلا إذا اتفق الاطراف صراحة النزول عن اتفاق التحكيم، أو في حالة ذهاب أحد الأطراف إلى القضاء مع سكوت الطرف الآخر عن الدفع بوجود اتفاق التحكيم [111].

وهنا يخضع الى مجموعة من القواعد المنطقية كتحديد الألفاظ وماترمي اليه ، والقواعد القانونية التي تتعلق بالبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين فيما وراء مادونوه في الاتفاق وعند تفسير هذا الاتفاق يجب أن يكون تفسيراً ضيقا مع كامل الحيطة والدقة مع التزام ألفاظه ، كما تستوجب فعالية أتفاق التحكيم أن يكون للمحكمين سلطة الفصل في اختصاصهم شخصياً، وذلك في الاحوال التي تتعلق بولايتهم القضائية لفض النزاع شرط التحكيم أو سقوطه .

وبهذا يجب على المحكمين أن يحترموا شروط الاتفاق القائم بين طرفين النزاع فيما يتعلق بموضوعه ، الا وهو النزاع وما يقضي به كمسألة صياغته

[111]- محمد المجدوبي الإدريسي: "المحاكم التجارية بالمغرب – (دراسة تحيلية نقدية مقارنة" مطبعة بابل الطبعة الأولى) ، ص149

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

القانونية ، وتفسيرهذا الاتفاق وعدم الفصل في نزاع محله غير قابل للتحكيم فيه كالمسائل التي تتعلق بالنظام العام.

ولذلك فصياغة القانونية للاتفاق التحكيم له أهمية كبيرة، وبالتالي يكون اطرفان الحرية في صياغته فكان من المستحسن أن تحاول أطرافه الإحاطة بكل ما هو ضروري لتجنب الرجوع للقضاء.[112]

ثانيا: الأثر السلبي لاتفاق التحكيم :

اما الأثر السلبي لاتفاق التحكيم هو التزام أطرافه بعدم الالتجاء إلى القضاء، وهذا الالتزام هو التزام إرادي يقيمه الخصوم بإرادتهما الحرة المشتركة فإذا ما أخل أحد الأطراف بالتزامه ورفع دعواه إلى سلطة القضاء كان للطرف الآخر أن يدفع هذه الدعوى بسبق الاتفاق على التحكيم، وبعبارة أخرى هو منع قضاء الدولة من نظر المنازعة محل التحكيم ، وهذا المبدأ كرسته المعاهدات الدولية المتصلة بالتحكيم وأيضا التشريع الوطني داخل الدولة .

ثالثا- - طبيعة شرط الرسالة :

إذا كان اتفاق التحكيم شرطاً أو عقداً ، يعتبر تصرفا طوعياً، فإن وجود هذا الاتفاق ضروري توافرأركانه وهي الرضا والأهلية والمحل والسبب ، وبالإضافة إلى هذه الشروط وجود شرط رسمي للكتابة (لا يجوز تاكيد اتفاق التحكيم وثائق فقط سواء كان رسميا أو كتابيا ، محضر جلسة استماع أو وثيقة مكتوبة في محكمة التحكيم اختارت له) .

---

[112] -ابراهيم اوريك ، " الدفع باتفاق التحكيم "، (دراسة على ضوء التشريع المغربي)، رسالة ماجستير في قانون الاعمال ، جامعة القاضي عياض ، مراكش، السنة الجامعية، (2009 -2010)،ص64

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

من وجهة نظر الفقه أنه إذا كان المشرع جعل بوضوح بيان عن دليل أتفاق التحكيم والكتابة ومن ثم تضطر إلى إثبات العقد ، وكان من الممكن أن يثبت الاتفاق في الكتابة ، أو التي تاتي في المقام الحقوق الحرجة وهذا من جانب الفقه ، قائلا: (الاعتراف بالكتابة كوسيلة للإثبات ، والاعتراف والحق المتنازعين وهده الوسيلة للإثبات في الحالات التي يلزم إثباتها بالكتابة [113].

ويرى جانب آخر من الفقه أنه لما كانت قواعد الإثبات الموضوعية لا تتعلق بالنظام العام ، فمن الواجب الاعتداد بإرادة الأطراف في قانون التحكيم ، بحيث إذا اتفق الأطراف على جواز الإثبات بغير الكتابة ، فيما كان يجب إثباته بها صح اتفاق التحكيم لان قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام . [114]

المبحث الرابع - شرط التحكيم:

شرط التحكيم هو سابقة لإقامة نزاع بين الطرفين ، ويهدف إلى فصل النزاع من خلال التحكيم والشروط المنصوص عليها في العقد ، عن طريق إرسال المنازعات في المستقبل بموجب هذا العقد إلى التحكيم ، وكثيرا ما يكون هذا هو الحال في الممارسة العملية ، ولكن لا يوجد شيء يمكن أن يتعارض مع شرط التحكيم اتفاق مستقل مع أو بعد العقد الأصلي على سبيل المثال ، ومثال ذلك أن يبرم الطرفان عقدهمـا دون أن يتضمن شرطاً لتسوية المنازعات بينهم[115].

---

[113] - محمود هاشم، *النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية* ،(اتفاق الحكيم، دار الفكر العربي، ج.1، 1990)،ص106

[114] - أحمد أبو الوفا، *التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري*، (الإسكندرية : دار المعارف، ، ط.5، 1988)،ص30

[115] - ساميه راشد، *التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة*،(القاهرة : دار النهضة العربية ، 1984) ص17

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

اولا - أهمية شرط التحكيم:

يعد التحكيم وسيلة استثنائية لحل المنازعات الناشئة عن العلاقات التعاقدية والقانونية بين الطرفين ، وشرط التحكيم هو أساس نظام التحكيم الذي يظهر إرادة الطرفين في اختيار نظام التحكيم لحل خلافاتهم.

وافقت معظم التشريعات العربية على شرط التحكيم واسمته بأسماء عديدة اسماه القانون اللبناني شرط التحكيم وفي التشريع الليبي اتفاق التحكيم، اختلفت هذه الأسماء وأنها تعتبر مرادفا لاتفاق التحكيم .

يعتبر شرط التحكيم كشرط من شروط العقد ، يتفق الطرفان على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهما في تفسير العقد وتنفيذه .

ثانيا - مشارطة التحكيم:

تفاق منفصل للعقد الأصلي الذي أبرمته الأطراف فيما يتعلق بنزاع قائم بالفعل بينهما للتحكيم [116].

ويتصف المنازعون بشرط أن يكونوا في نزاعات فعلية وأن يبينوا بوضوح موضوع النزاع ، ولكن الشرط يجيب ان كون النزاعات محتملة الحدوث. ويتطلب هذا التمييز أن تشترط الأطراف تحديد موضوع النزاع من أجل صحة الاتفاق ، كما هو مقرر بعد نشوء النزاع يتم قبول شرط التحكيم عموما لجميع أو بعض أنواع الاختلافات.

[116] - سامية راشد، مرجع سابق .ص17

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أثناء المفاوضات يرفض الطرفان تقديم طلب إلى النظام القضائي فيما يتعلق بالنزاع القائم ، ويعكس هذا الشرط إرادة الطرفين ورغبتهم في الامتناع عن التقدم إلى القضاء وحل النزاع عن طريق التحكيم .

يكتسب شرط التحكيم أهمية كبيرة ، فإنه يعتبر مصدراً للتحكيم التجاري الدولي وفي معظم الحالات وأكثر من 80٪ من عقود التجارة الدولية يحتوي على شرط التحكيم ، وتكمن أهمية اتفاق التحكيم في أن المتعاقدين يرفضون اللجوء إلى المحاكم العادية ذات الاختصاص المختص ويقدمون نزاعهم إلى أشخاص معينين من جانبهم . [117]

يشتمل شرط التحكيم على منفعة وقائية تستثني مثل هذه الخلافات والمخالفات في سياق تقديم نزاع قد ينشأ عند إبرام اتفاق تحكيم.

وتعتبر المشارطة التحكيم ايضا ليست مدرجة في العقد الأصلي ، ولكن يحتاج إلى عقد اتفاق مستقل بعد النزاع الأصلي ، وخاصة في إطار التحكيم الدولي ولا يعتمد شرط التحكيم على العقد الأصلي هو استقلال شرط التحكيم أكثر[118] أهمية في سياق العلاقات الدولية ، كحكم ذاتي مستقل يوفر نوع وشرط التحكيم من التي لا يسمح لها أن تهدد اتفاق المبرم بين المتنازعين ، وينص اتفاق التحكيم نوع من التفوق والقوة والذي يحدث بعد ظهور نزاع ، أي خلال نزاع بين الطرفين فيما يتعلق بالعلاقات القانونية ، من أجل تطبيق التحكيم على حل نزاع [119] في بعض من الأسباب منها :

---

[117] - عبد الحميد الأحدب مرجع سابق .،ص49

132 - جمال محمود الكردي، *القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم*، (القاهرة : دار النهضة العربية، ط3، 2003)،ص36

133- أحمد أبو الوفا، مرجع سابق .،ص22

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

1- تستغرق فترة من الزمن عندما يتم حل النزاعات العمالية في المحاكم، تكون الأطراف إلى التحكيم، ولا سيما في مرحلة ما بعد الصراع .

2- الفترة الطويلة التي تستغرق في فض المنازعات العمالية عن طريق القضاء يحمل الأطراف باللجوء إلى التحكيم خاصة بعد وقوع النزاع أو حتى بعد السير في بعض الإجراءات القضائية.

3- السرعة التي يمكن إنجازها خاصة أن العامل هو الحلقة الأضعف ويلجأ إلى التحكيم من أجل الحصول على حقوقه في أسرع وقت.

4-تحديد الشروط بشكل واضح وادق ، حيث إن النزاع قد وقع وأصبح بحاجة للبحث عن الحل، وليس كما هو الحال في شرط التحكيم الذي يوضع قبل وقوع النزاع.

ثالثا- هيئة التحكيم واقسامها :

تنقسم هيئة التحكيم بتنظيمها إلى التحكيم الحر أو المستقل والتحكيم المؤسسي الأساس لهذا الفرق هو وجود أو عدم وجود مؤسسة التحكيم التي تنظم عملية التحكيم ، بدءا من تعيين هيئة التحكيم عن طريق التحكيم وانتهاء بصدور قرار التحكيم إلى أطراف النزاع للتحكيم وفقا لقواعد المؤسسة ، وإلا كان حرا الموافقة على إحالة النزاع إلى التحكيم إلا ان وافقة قواعد التحكيم دون الرجوع إلى مؤسسة التحكيم محددة حرة في التحكيم ، في حين أن الاتفاق على التحكيم وفقا لقواعد مؤسسة أو منظمة أو هيئة معينة هو التحكيم المؤسسي والتحكيم لغرفة التجارة الدولية في باريس لجنة التحكيم الأمريكية ، في حين أن أهم قواعد التحكيم الحر حاليا في المجال الدولي ، والقواعد التي وضعتها لجنة القانون التجاري الدولي وليس إعداد النظام الداخلي من قبل الأطراف أو هيئة

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

التحكيم ، بوضع هذه القواعد يجب أن تلتزم إذا كانت الأطراف وهذا سيكون مرغوبا فيه ، ومبررا للتحكيم في اي نزاع .

المبحث الخامس - مصادر التحكيم في القانون الوضعي:

لقد اقرت التشريعات بالتحكيم وأعطت للأفراد والمؤسسات حق اللجوء إلى التحكيم ، دون المحكمة المختصة وشغلت على تنظيم وترتيب ذلك حتى لا يكون هذا النظام سلاحا ذو حدين يسمح للأفراد بالتهرب من القواعد المتعلقة بالنظام العام ، فقررت ان ثمة منازعات لا يجوز فيها التحكيم ومن ثم وضعت التشريعات المختلفة تنظيما دقيقا يجب على الأفراد والمؤسسات أتباعه عند ذهابهم إلى التحكيم ، وقد وضعت بعض من القوانين العربية والأجنبية للتحكيم تنظيما في باب مستقل من أبواب قوانين المرافعات المدنية والتجارية أو أصدرت قانونا خاص بالتحكيم ، وبالتالي أصبح هذا التنظيم في اعتبار التشريعات المختلفة استثنائيا بديلا عن القضاء وتطور في مختلف الاختصاصات ، وخاصة منها الجانب التجاري ومن بين القوانين التي عملت عليه القانون الليبي حيث وضعت فصل مستقل في نهاية قانون المرافعات المدنية [120].

اولا- التشريعات المنظمة للتحكيم:

التشريع هو المصدر الرسمي في النظام الأساسي في القوانين الوضعية ،[121] بما في ذلك فرنسا والجزائروالقانون الليبي ، وهو مصدر رئيسي في الدول

[120]– جميل الشقراوي، *القانون المدني المقارن*، (القاهرة : دار النهضة العربية ،1989)،ص378.
[121]- المرجع نفسه،38.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الحديثة حيث أصبح التشريع من أهم مصادر القانون ، بعد تقدم الدول سياسيا خلافاً لأول مرة عندما يكون العرف هو أهم مصدر للقانون .[122]

كان التحكيم نظاما قانونيا ، عرفته معظم التشريعات في العصور الاولى وفي عصرنا الحاضر متساويين يعتبر هذا النظام ثانوية ، اي بديلا استثنائيا للسلطة القضائية حيث أنه تم تطويره ولا يقتصر على وتنظم البلدان في شكل تحكيم وتجبر على تسوية المنازعات بين المشاريع بسبب القضاء العادي، ويدعي بعض الفقهاء هذا النوع من التحكيم إلزامي، ويطلق عليه البعض تحكيم طوعي. ، وفي رأينا أنه يمكن أن يسمى التحكيم بالتوافق.

ثانيا ـ المعاهدات مصدر لنظام التحكيم:

قد اكتسب التحكيم أهمية بعد التوسع في التجارة الدولية ، التي أصبحت الوسيلة الأساسية لتسوية النزاعات في التجارة الدولية ، لأنه حتى الآن لا يوجد أي ولاية قضائية دولية لحل النزاعات التجارية الدولية الناشئة بين الأطراف من بلدان مختلفة، وكان هناك وما زال أسرع طريقة لإنهاء هذه الصراعات ، وعدم إيجاد سبل انتصاف ومشاكل مشتركة قد تنشأ في نزاع في الولاية القضائية الدولية.

في الواقع ، لا سيما في مجال المنازعات التجارية الدولية في مجال الخصوبة، الذي يزدهر بها التحكيم ، وخاصة التجارية كما أن هناك في الوقت الحالي عقدا التجارة الدولية ونادرا ما دون حكم أن جميع المنازعات الناشئة عن العقد أو تنفيذه يسوى عن طريق التحكيم ، وهذا التحكيم في مسائل التجارة الدولية أكثر ملاءمة من النظام القضائي منذ عام 1923، فإن المجتمع الدولي مهتم في

---

[122]- محمد كامل ، *أصول القوانين*،(المطبعة الرحمانية ،1923.)،ص104

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

تنظيم التحكيم في الاتفاقيات الدولية، بما في ذلك بروتوكول جنيف ل24 سبتمبر 1923 تحت رعاية الأمم المتحدة [123].

أقامت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) المنازعات التجارية الدولية ، التي ينبغي تطبيقها في مراكز التحكيم والمؤسسات، والمعروفة باسم اللجنة ، وقد اعتمدت هذه القواعد من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها 98/31 المؤرخ 15 كانون الأول عام 1976، واقتناعا منها بقيمة التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات في إطار العلاقات الدولية[124].

ثالثا - طرق اختيار المحكمين وأساس اختيارهم

استخدام التحكيم هو سلوك مشترك من حيث المنشأ ، الذي اختاره إرادة الجانبين حرة غير مرغوب فيها لحرمان شخص تناشد له قاضيه الطبيعي، ولكن اختياره للجوء إلى وسائل نزاعات أخرى تحل بموجب القانون هي مسألة تدخل في نطاق ولايتها القضائية وحرية الاختيار [125] إذا تفضل الأطراف في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات، واحدة من النتائج الأكثر أهمية هو أن الأطراف يجب أن توافق على مضمون اختيار هيئة التحكيم، والتي سوف تنظر في النزاع بينهما. ويجوز للطرفين الاتفاق على اختيار محكم واحد للنظر في هذا النزاع واتخاذ قرار بشأنه وقد يختلف المحكمون في عدد أعضاء هذه الهيئة ، وفي هذه الحالة يكون القرار نصا

---

[123] أحمد أبو الوفا،" *التحكيم في عقود البترول في البلاد العربية"* ، مجلة الحقوق، العدد 2،(1971)،ص23

[124] عبدالحميد الأحدب، " موسوعة التحكيم " مرجع سابق . ،ص195

[125] - حفيظة السيد حداد، " *الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي*" ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، (2007) ، ص53

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

يحدد عدد أعضاء هيئة التحكيم ، وإذا لم يتفق على عدد المحكمين وعددهم، ستشكل هيئة التحكيم بموافقة الطرفين من محكم واحد أو أكثر وإذا لم يتفقوا مع عدد المحكمين، إذا كان عدد المحكمين يجب أن يكون عددهم ، [126] ونتيجة لذلك، فإن الأصل هو الحكم الوحيد، والتعددية .

نتيجة مفادها أن الأصل هو المحكم المنفرد، والتعدد هو خروج على هذا الأصل حتى وإن كان الواقع العملي يظهر أن التعدد هو الأغلب وقوعا قد أثيرت مسألة المفاضلة بين اختيار محكم منفرد أو اختيار أكثر من محكم ، حيث تم تحديد عدة نقاط كمزايا للتحكيم المنفرد منها أن اختيار المحكم المنفرد يحقق توفيرا للنفقات وقد يكون أقدر على الفصل في النزاع منفرداً إذا تم النظر إلى زيادة قدرته على تحديد أوقات الجلسات وأوقات التدقيق في نظر النزاع الذي قد يعرقل سرعته تعدد المحكمين ، وخصوصاً إذا تم الأخذ بعين الاعتبار تخصصيته وإلمامه في موضوع النزاع و قواعد التحكيم[127] بينما وفي الجانب الآخر يتم الاحتجاج بعدة مسائل لتفضيل تعدد المحكمين ومنه أن وجود أكثر من محكم فيه تحقيق أكبر للضمانة المقررة لفحص النزاع وحيدة القرار الذي يصدر فيه، كون وجود أكثر من محكم يعني تعدد الخبرات وتعدد وجهات .

ومن وجهة نظري أرى أن الحكم على العموم بتفضيل نوع على آخر فيه شيء من عدم الدقة ، حيث ان هناك انواع نزاع معينة يمكن لمحكم منفرد أن ينظر النزاع فيها ويؤدي الغرض بمزايا أفضل من تلك التي تتوافر عند تعدد

---

[126] - قانون التحكيم الإنجليزي في المادة 3/15 (لعام 1996)

[127] - حسني المصري، ، ، *التحكيم التجاري الدولي*،دراسة مقارنة ، (مصر: دار الكتب القانونية، 2006)،ص138

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المحكمين في مثل هذا النوع من النزاعات ، بينما هناك نزاعات تتطلب أن يتعدد المحكمون فيها على أنني في عموم الفكرة أغلّب تعدد المحكمين على المحكم المنفرد.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الباب الثالث

التحكيم في التشريع الاسلامي

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الباب الثالث

التحكيم في التشريع الإسلامي

الفصل الاول : خصائص التحكيم في الفقه الإسلامي:

من الممكن لتحديد خصائص التحكيم في الفقه الإسلامي ، في الفقرات التالية :

1- التحكيم الإسلامي لا يقتصر على النظر في المسائل التي تحكمها قواعد أو المفهوم الحديث للنزاعات القانونية ، لأن الشريعة الإسلامية تعتبر التحكيم هو نوع من النظام القضائي ، والتي ليس من الضروري في أي نزاع آخر وفقا لمبادئها ، يمكن للمحكم النظر في المنازعات القانونية هي نتيجة للشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، الذي هو موضوع النزاع والسبب في المشرعين، وبالتالي يختلف عن التحكيم ، والمعروف في القانون الوضعي واختصاص التحكيم .

2- تعترف الشريعة الإسلامية بالجوانب التحكيمية أو القانونية السابقة للنزاع، واوضح ذلك إلى السنة العملية للنبي صلى الله عليه وسلم ، حيث ينص اتفاقه مع يهود المدينة أن إذا كان الناس من هذه الصحيفة على الحدث أو مشاجرة الذين يخافون من الفساد فإن ذلك يرجع إلى الله ورسوله.

3 - المحكم يجب تطبيق النصوص القانونية ، إن وجدت وربما محاولة لوضع حل للنزاع ، بما في ذلك تطبيق قواعد العدالة والإنصاف.

4 - تحدد اهلية التحكيم لكل من الطوائف والدول ، بصرف النظر عن شكلها السياسي والعقدي لهم .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

5 - فيما يتعلق بقياس التحكيم بالتشاور، ويكون قرار المحكم من قبل الطرفين لتحقيق مكاسب التحكيم ، ولكن أيضا لأن الانحراف من أحد الطرفين لتنفيذ النتائج في فقدان وبالتالي تظهر أن قرار المحكم ، مثل قرار القاضي وطالما أن العدل هو أمر حاكم فإنه أمر بأن يسمح له بالحكم عليه.

المبحث الاول : مشروعية التحكيم :

الحديث عن مشروعية التحكيم يعتبر فرع من أصل حالة دين التشريع الإسلامي ، هذا البيان الذي يلجأ إلى صناعة تحكيم مع وجود النظام القضائي الإسلامي الأصلي .

اولا : دليل التحكيم في القرآن الكريم :

ويقسم العلماء دليلا على قرارات الشرعية أو مصادرها إلى قسمين : قسم يسمونه أدلة ثابتة ، وهي القرآن والسنة والإجماع والقياس ، والقسم يسمونه مختلف الشهادات في ذلك.

تانيا : آية تحكيم الرسول صلى الله عليه وسلم

قال ربك في كتابه العزيز: (فلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا) [1]، هذه الآية اوضحت في سياق يتعلق بوضع الرسول صل الله عليه وسلم مبلغا عن رب العالمين للبشر بان الخطاب موجه لمجموع المؤمنين بتحكيم رسول الله صل الله عليه وسلم .

[1] - القران،4: 65

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المبحث الثاني : مشروعية التحكيم في السنة النبوية:

إذا كانت نصوص بعض الآيات التي تعرضنا لدلالتها على مشروعية التحكيم وتساند دلالة جلب المصلحة ، إذ لو كان أصل التحكيم غير مشروع لما شرع القرآن تطبيقات متعددة له، بالإضافة إلى ذلك هناك إقرار من السنة النبوية كما يلي:

أ- إقرار صريح من السنة

إن السنة الصحيحة تضمنت إقراراً صريحاً من الرسول صلى الله عليه وسلم بأن التحكيم مشروع وأنه من الأشياء الحسنة، بل من أحسنها ودليل ذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم جاءه وفد فيهم رجل يكنى أبا الحكم، فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وسأله: إن الله هو الحكم وإليه الحكم، فلم تكنى أبا الحكم؟ فقال: ما أحسن هذا فمالك من ولد؟ فال: لي شريح، وعبدالله، ومسلم فكناه الرسول بأبي شريح على اسم ولده الأكبر ودعا له ولولده [2] وهكذا فإن دلالة هذا الإقرار مع دلالة السمحة تعبر عن مشروعية التحكيم في السنة النبوية.

وروى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، اشترى رجل من رجل عقارا له فوجد الرجل الذي اشترى العقار في عقاره جرة فيها ذهب ، فقال له الذي اشترى العقار خذ ذهبك مني إنما اشتريت منك الأرض ، ولم أبتع منك الذهب ، فقال الذي شرى الأرض ، إنما بعتك الأرض وما فيها قال فتحاكما إلى رجل ، فقال الذي تحاكما إليه ألكما ولد

[2] - احمد بن شعيب بن عبدالرحمن النسائي ، *سنن النسائي الكبرى* ، (بيروت: الناشر ، دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1411 1991 تحقيق ، عبد الغفار سليمان البنداري ، سيد كسروي حسن (جزء 2، رقم الحديث 5940) 466

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

فقال أحدهما لي غلام وقال الآخر لي جارية ، قال : أنكحوا الغلام و الجارية ، وأنفقوا على أنفسكما منه وتصدقا " [3] .

ب- عمل الصحابة بالتحكيم:

إن أشهر واقعة للتحكيم في التاريخ الإسلامي التي لم ينكر أحد من الصحابة خلالها مشروعية التحكيم باتفاق جميع الصحابة [4] ، هي أنه بعد فترة وفاة عثمان بن عفان رضي الله عنه مقتولاً بويع علي رضي الله عنه بالخلافة، وكان معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنه والي الشام من قبل عثمان، فاعترض على البيعة، ليس اعتراضاً منه على الخليفة ولا مطالبة منه بالخلافة دونه، وإنما طلباً للثأر من قتلة عثمان قبل الاستقرار على أمر من يخلفه، اعتباراً من معاوية رضي الله عنه أن القصاص أولى من اختيار الخليفة فخرج كلا الرجلين معاوية وعلي رضي الله عنهما على رأس جنودهما والتقى الجيشان في صفين، وكادت الغلبة أن تكون لفرقة علي رضي الله عنه لولا رفع جند معاوية المصاحف على أسنة الرماح مطالبين بتحكيم كتاب الله فيما بينهما من خلاف، وقبل المختار للتحكيم، وعين كل منهما حكماً عنه فكان الصحابي الجليل أبو موسى الأشعري رضي الله عنه حكماً عن الإمام علي والصحابي الجليل عمرو بن لعاص رضي الله عنه حكماً عن معاوية.

---

[3] - الجامع الحديث ، الناشر دار ابن كثير ،(اليمامة ، ط 3 ، 1407 ، تحقيق مصطفى ديب البغا ، (رقم الحديث 2385، باب ام حسبت ان اصحاب الكهف ، ج 3) ،ص265

[4] - محمد سليم العوا ، *النظام السياسي للدولة الإسلامية*، (دار الشروق، 1989)،ص160 .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ج- نص اول وثيقة تحكيم في الاسلام:

ان اول وثيقة تحكيمية كتبت بين فريقين والتي تعتبر الاولى من نوعها في التاريخ الاسلامي وجرى نصها على ما يلي : هذا ما تقاضى عليه علي بن ابي طالب ومعاوية بن ابي سفيان على اهل الكوفة ومن معهم من شيعتهم من المسلمين ومعاوية على اهل الشام ومن كان معهم من المؤمنين و المسلمين وان كتاب الله عز و جل بيننا من فاتحته الى خاتمته نحي ما احيا ونميت ما امات فما وجد الحكمان في كتاب الله عز وجل وهما ابو موسى الاشعري عبدالله بن قيس وعمرو بن العاص القرشي عملا به وما لم يجدا في كتاب الله عز وجل فالسنة الجامعة غير المفرقة و اخذ الحكمان من علي ومعاوية ومن الجندين من العهود والميثاق والثقة من الناس انهما امناء على انفسهما و اهلهما وعلى المؤمنين و المسلمين من الطائفين كلتيهما عهد الله و ميثاقه انا على ما في الصحيفة وان قد وجدت قضيتهما على المؤمنين فان الامن والاستقامة ووضع السلاح بينهم اينما ساروا على انفسهم واهليهم و اموالهم وشاهدهم وغائبهم و على عبدالله بن قيس وعمرو بن العاص عهد الله و ميثاقه ان يحكم بين هذه الامه واجل القضاء الى رمضان وان احبا ان يؤخرا ذلك اخراه على تراض منهما و ان توفي احد المحكمين ، فان امير يختار مكانه مقصود هنا اي الفرقة وليس بالمذهب الفقهي[5] او السياسي وان مكان قضيتهما الي يقضيان فيه مكان عدل بين اهل الكوفة واهل الشام ، وان رضيا واحبا فلا يحضرهما فيه الا من اراد يأخذ الحكمان من اراد من الشهود، ثم يكتبان شهادتهما على ما

[5] - للامام أبى جعفر محمد بن جرير الطبري، تاريخ الأمم والملوك، الجزء السادس بمطبعة ، بيروت - لبنان " بريل " بمدينة ليدن في سنة 1879 م راجعه وصححه وضبطه نخبة من العلماء الاجلاء منشورات مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ص 53، 54.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

في هذه الصحيفة وهم انصار علي من ترك ما في هذه الصحيفة ، واراد فيه الحاد او ظلما اللهم انا نستنصرك على من ترك ما في هذه الصحيفة [6].

الإسلام نظامٌ رباني يُصلِح للبشر في جميع شؤنهم الدينية والاخروية ، فيه أحكامٌ للعبادات والمعاملات والأحوال الشخصية والعلاقات بين الدول ،ولا يُعدّ المرء مسلماً إلا إذا استسلم لله بالتوحيد وأقرّ له بالحاكميّة وانقاد له بالطاعة في كل شأن من شؤون حياته ، وما سوى ذلك فليس من الإسلام في شيءٍ قال الله في كتابه العزيز (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)[7]

وقال ايضا ابن كثير في بيان المقصود بقول الله تعالى (أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ) [8] فقال رحمه الله (ينكر تعالى على من خرج عن حكم الله المحكم المشتمل على كل خير الناهي ، عن كل شر وعدل إلى ما سواه من الآراء والأهواء التي وضعها الرجال بلا مستند من شريعة الله كما كان أهل الجاهلية يحكمون به من الضلالات ما ليس به علم بما يضعونها بآرائهم وأهوائهم ورغباتهم ، وكما يحكم به التتار من السياسات الملكية) [9].

فإن الحكم بالشريعة للحاكم والاحتكام لشرع الله للمحكوم أصلٌ عظيمٌ من أصول المنصوص عليها في الدّين ، لا يسع المسلم الانفكاك عنه فوق كل أرض وتحت كل سماء ، لا يصحّ إيمانه بغيره إلا بعارض معتبر شرعاً كالإكراه والجهل وبشروطٍ ينبغي تواجدها في كل عارض، وقد ذكرها أهل

---

[6] - قحطان عبد الرحمن الدوري، مرجع سابق 78

[7]- القران ، 4 : 65

[8]- القران ، 5 :50

[9] -عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير بن ضَوْ بن درع القرشي الحَصْلي، البُصروي، الشافعي، ثم الدمشقي، مُحدّث ومفسر وفقيه،ولد بمجدل دمشق سنة 701 هـ، و توفي سنة 774 هـ، تفسير القرآن العظيم ، (بيروت : دار النشر ، دار الفكر ،ج1 ، 1401) ،ص68

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

يكاد الإجماع ينعقد على مشروعية التحكيم وإجازته في الجملة من كثرة الّقول الواردة في كتب المذاهب المتبوعة الدّالّة على ذلك ، ومن اعترض من أهل العلم فاعتراضه ليس على أصل مشروعية التحكيم ، وإنما على ما ينبغي تحقّقه من الضوابط لإباحة التحكيم كاشتراط أهلية الحكم وعدم وجود قاض بالبلد خشية منافسة التحكيم للقضاء.

قال الامام النّووي مفسراً لحديث نزول بني قريظة على حكم سعد بن معاذ ومقرّراً الإجماع الآنف ذكره (فيه جواز التحكيم في أمور المسلمين وفي مهماتهم العظام ، وقد أجمع العلماء عليه ولم يخالف فيه إلا الخوارج، فإنهم أنكروا على عليّ التحكيم وأقام الحجة عليهم) [10].

الفصل الثاني - أقوال المذاهب الأربعة :

قال ابن عابدين في حاشيته (حكم المحكّم كالقضاء على الصحيح ، ولا يُفتى به لئلا يتطرّق الجهّال إلى هدم المذهب) [11] فيشترط الحنفية أن يكون الحكم أهلا للحكم وقت التحكيم ووقت الحكم أهلا للقضاء، فلو فوض الخصمان صبيا وحكم في حال صباه ، أو بعد البلوغ بناء على التحكيم السابق فلا يصح حكمه ولا ينفذ [12] وعبر صاحب الفتاوي الهندية باشتراط أن يكون الحكم من أهل الشهادة وقت التحكيم ووقت الحكم ، حتى إنه إذا لم يكن أهلا فأعتق ، أو ذميا فأسلم وحكم لا ينفذ حكمه [13]

---

[10] ابوزكريا يحي ، صحيح *مسلم بشرح النووي* ، باب جواز قتال من نقض العهد ،631هـ-676هـ (بيروت : -ج12،دار احياء الثرات) ط2،

[11] - *حاشية رد المختار على الدر المختار ، الشهير بحاشية ابن عابدين* ، (بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر، ج 3 ، 2000) المتوفى: 1252هـ)،ص347

[12] - درر الحكام في شرح مجلة الأحكام, شرح المادة ١٧٩٠ 1.

[13] - رد المحتار: اشتراط الأهلية في الشهادة عند الأداء فقط .ص42

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ومن مذهب **المالكي** قال صاحب منح الجليل (تحكيم الخصمين غيرهما جائز كما يجوز أن يستفتيا فقيها يعملان بفتواه في قضيتهما) [14] وقول الدّسوقي (كُلَّ ما لَا يَجُوزُ التَّحْكِيمُ فيه وكان الْحُكْمُ فيه مُخْتَصًّا بِالْقُضَاةِ إذَا وَقَعَ وَنَزَلَ وَحَكَمَ فيه الْمُحَكَّمُ وكان حُكْمُهُ صَوَابًا فإنه يَمْضِي وَلَيْسَ لِأَحَدِ الْخَصْمَيْنِ وَلَا لِلْحَاكِمِ نَقْضُهُ ، وَأَمَّا ما هو مُخْتَصٌّ بِالسُّلْطَانِ كالأقطاعات فَحُكْمُ الْمُحَكَّمِ فيه غَيْرُ مَاضٍ قَطْعًا)[15]

وفي المذهب **الشافعيّ** ، قال الشربيني (يمضي حكم المحكم كالقاضي ، ولا يُنقض حكمه إلا بما ينقض به قضاء غيره) [16] وكذلك الأمر عند **الحنابلة،** فقد قال ابن قدامة (فإن تحاكم رجلان إلى من يصلح للقضاء فحكّماه ليحكم بينهما جاز) [17] وذكر صاحب كشاف القناع وهو كتابٌ معتمد في المذهب ما هو أكثر من ذلك فقال (وإن تحاكم شخصان إلى رجل للقضاء بينهما فحكم نفذ حكمه في المال ، والقصاص والحد والنكاح واللعان وغيرها حتى مع وجود قاض) [18].

لا يوجد فرق في مشروعية التحكيم وجوازه ، واعتمدت العلماء على الكثير من الأدلة على هذا الجواز، كقوله تعالى (وإن خفتم شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ

---

[14]- محمد عليش ، *منح الجليل شرح على مختصر خليل* ،(بيروت : ج 8 ، دار النشر دار الفكر ، 1409هـ - 1989م)،ص283

[15]- الدسوقي محمد عرفه ، *حاشية الدسوقي على الشرح الكبير* ،(بيروت: دار النشر ، دار الفكر، ج 4) (1230 هـ / 1815 م)،ص136

[16]- الشربيني محمد الخطيب ، *مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج* ،(بيروت: ، دار النشر ، دار الفكر ، ج 4) التوفي سنة 977 هـ ،ص379

[17] - المقدسي عبد الله بن قدامة *الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل* ، (بيروت : ، دار النشر ، المكتب الاسلامي، ج 4)،ص79

[18] - منصور بن يونس بن إدريس بهوتي ، *كشاف القناع عن متن الإقناع* ، (بيروت : دار الفكر، ج 6 ، ،ص3081402

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

عَلِيمًا خَبِيرًا)[19] وكتحكيم النبيّ صلى الله عليه وسلّم لسعدٍ رضي الله عنه في حادثة بني قريظة فالقضاء الشرعيّ كان منصوباً كي لا يسمح لأحدٍ أن يفتات على ولي الامر أو ينتقص من سيادته ، ومن حكّم أو احتكم خارج نطاق القضاء المعروف فقد فعل ذلك بأمر من السلطان وموافقته ، فيستساغ القول والحالة هذه أن التحكيم خارج دائرة نظام القضاء المعروف جائزا شرعاً .

إذا تم اللجوء إلى التشريع الإسلامي باعتباره التزاما دينيا وأصلا هاما، فإن التحكيم وسيلة لهذا الغرض هو التزام التشريع لأنه التزام بتحمل المسؤولية فقط من خلال ذلك .

ومن اقوال العلماء السّلف عبر القرون الاولى الماضية ، فمن علماء القرن الخامس نذكر ما قاله الإمام عبدالملك بن عبدالله الجويني في كتابه المعروف (غياث الأمم) قال- رحمه الله - في معرض حديثه عن خلوّ الزمان عن السلطان وما الذي يجب على النّاس فعله للحكم بالشّرع (فإذا خلى الزمان عن السلطان وجب البدارعلى حسب الإمكان ، إلى درء البوائق عن أهل الإيمان فإن ما يتولاه ولي الامر من أمور السياسة أوقع وأنجح وأدفع للتنافس وأجمع لشتات الرأي في تمليك الرعايا أمور الدماء) [20]

ويقرر أن يعين الناس قاضيا وفقا لأماكن إقامتهم وأن أدفع للفساد لتولي المسؤولية عن تنفيذ الأوامر ، خاصّةً ماله علاقةٌ بالدماء كالحدود والقصاص ولازم كلامه أنه إن كانت تولية محكّم هو غاية ما يستطيعون فيجب عليهم ذلك.

---

[19] - القران ، 4: 35

[20]- جويني عبد الملك بن عبد الله بن يوسف أبو المعالي ،الوفاء 478هـ *غياث الأمم والتياث الظلم* ،(الاسكندرية ، ج 1 دار الدعوة ، ط ،1، 1979) تحقيق : فؤاد عبد المنعم، مصطفى حلمي،ص279

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ومن الفقهاء المعاصرين في فترة القرن السابع قول كمال الدين محمد السّيواسي (وإذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقلد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة في بلاد المغرب العربي الآن وبلاد الحبشة وأقروا المسلمين عندهم على مال يؤخذ منهم يجب عليهم أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه وحكم فيولّي قاضيا أو يكون هو الذي يقضي بينهم)[21] .

ومن القرن الثالث عشر قول ابن عابدين (وإذا لم يكن حاكم ولا من يجوز التقلد منه كما هو في بعض بلدان العربية غلب عليهم الكفار كقرطبة الآن يجب على المسلمين أن يتحدو على شخص منهم يجعلونه واليا فيولي قاضيا ويكون الشخص الذي يحكم بينهم وكذا ينصبوا إماما يصلي بهم الجمعة) [22]

ومن هذه يتضح أن الكلمة مجتمعة على وجوب الحكم بالتشّريع عند عدم وجود حاكم أو وجود حاكم غير مسلم أو المعطّل لأحكام الشرع متى كان الناس يستطيعون ذلك لا يجوز للمسلم أن يرفض التحكيم بغير عذر مشروع متى دُعي إليه وتعيّن وسيلةً لحل الخلاف القائم ، وسواءً علم أنّ الحقّ له أو عليه .

قال تعالى (وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِّنْهُم مُّعْرِضُونَ 48 وَإِن يَكُن لَّهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ 49 أَفِي قُلُوبِهِم مَّرَضٌ أَمِ ارْتَابُوا أَمْ يَخَافُونَ أَن يَحِيفَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَرَسُولُهُ بَلْ أُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ 50 إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَن يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وأولئك هُمُ الْمُفْلِحُونَ) [23]

---

[21] - سيواسي كمال الدين محمد بن عبد الواحد، ، *شرح فتح القدير*، (ج 7 ، دار الفكر ، ط ، 2)،ص62

[22] -*حاشية ابن عابدين* ، مرجع سابق ج 5 ،ص90

[23]- القران ، 24 : 48 -51

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

كما لا يعاقب المسلم إذا ذهب الى القضاء غير الإسلاميّ إذا كانت الشي الوحيد لكي يضمن حقه او يرجعه من غاصبه باعتبار ذلك من الضّرورات ، وعلى اعتبار أن الضرورة هي (ما يلحق المكلّف ضرر بتركه، ولا يقوم غيره مقامه)[24]

وقد اتجه الفقه الإسلامي الى هذا المذهب فقال (إذا لم يوجد هناك محاكم دولية مسلمة ، يجوز احتكام الدول أو المؤسسات الإسلامية إلى محاكم دولية غير إسلامية توصلاً لما هو جائز شرعاً وعدم مخالفة التشريع الاسلامي) [25]وظاهر من اتخاذ القرار الى أن الاحتكام في المنازعات لا يشترط أن يكون لتحصيل أمر لو فُقد لأدّى للهلاك الشي أو مقاربة للهلاك.

قول مجمع الفقه قال المجلس الأوروبي للإفتاء (الأصل أن يختار المسلم عند احتياجه إلى تحكيم محكّمين ان يكونو في الاصل مسلمين ، أو مراكز تحكيم ملتزمة بأحكام الفقه والتشريع الإسلامي ، وإذا لم يوجد ذلك فيجوز الاحتكام إلى جهات تحكيم غير إسلامية توصلا لما هو مطلوب شرعاً وعدم مخالفة التشريع الاسلامي والنظام العام)[26] .

وختاما يتضح لنا جليا أن الحكم بالتشّريع الإسلامي من لوازم الإيمان للحاكم والمحكومين، وأن التحكيم جائز عند وجود القضاء الشّرعي، وواجب بحسب القدرة عند فقده، فلا يجوز الذهاب للقضاء غير الإسلامي مع وجود التحكيم، ويمنع رفض التحكيم بغير عذر ويُعذر المكره والذي لا يحصّل حقّه إلا بالقضاء غير الإسلاميّ.

---

[24]- ابن قدامة ، تمييزاً بين الضرورة والحاجة على أساس (وجود البديل) في المغني دار الفكر العربي طبعة عام 1405 هـ ، ج2 ص 235

[25]-المؤتمر التاسع المنعقد في دولة الإمارات، مجلة المجمع، (أبو ظبي ، ج 4 ، 1995) العدد 9

[26]- http://www.e-cfr.org/ar/index.php2018-4-11

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المبحث الاول - وجهات نظر المذاهب الاربعة في التحكيم:

موقف المذاهب السنيه الاربعة في التحكيم وقد تنوعت اراء المذاهب في مسائله

اولاً - التحكيم في المذهب الحنفي:

1- أتاح علماء هذه المدرسة من الحنفية التحكيم في جميع الحالات، باستثناء الحدود ، حيث إجراءات التحكيم في حدود ومعاقبة والديه ، وعلماء هذا المذهب ناقشوا المسائل المذكورة في نظام التحكيم [27]

أ- المحكم وصلاحياته وأسباب فصله :

الشروط المنصوص عليها من قبل القاضي هي نوعية ، وإذا كان الحكم في منزله القاضي الذي يحكم بين اثنين من المتنازعين ، والمنصوص عليها في اختصاص السلطة القضائية، وغير مسموح للكافر بالتحكيم ، والصبي بسبب عدم اختصاص القضاء المحكم مطلوب كقاضي العقل والعدل، ويختارون من المحكمين على أساس مصالحهم ، لذلك لم يسمح لهم التحكيم والأدلة ، والحق في عدم السماح بتعليق اتفاق التحكيم أو قرار المحكم من قبل الشرط ، لأنها مهمة المصالحة لاثبات أي شيء من هذا الوضع لكل من الطرفين الحق في استخدام المحكم ويقوم القاضي ، بمشاركة عدد من المحكمين ، باتخاذ قرار بشأن اتفاق المحكم عند اتخاذ قرارها ، بما كان في جلسة امام القاضي في ايه دعوى او خصومه اخرى و يعزل المحكم باي من الامور التالية :

1- خروجه من أهليه الشهادة.

2- نهاية مدة التحكيم دون اصدار الحكم وفي هذا الوضع يجب على القاضي فصله .

---

[27] - أبي محمد محمود بن أحمد ، *البناية في شرح الهداية*، (دار الفكر، ج7، ط1، 1981)، ص66

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

3-ان يقوم احد اطراف المنازعة بفصله.

4-بالإضافة إلى العناصر السابقة يتم إنهاء التحكيم بقرار من المحكم، على الرغم من أنه في الواقع ليس عملا منفصلا، وإنما إنهاء الولاية عن طريق أداء المهمة الموكلة إليه ، ولا يمكن للمحكم الذي يختاره الخصوم أن يعين محكما آخر دون موافقته حقيقة أن المحكم في مركز الوكيل سمح له بتعيين قاعدة أخرى سواء معه [28] .

أ. طرفا الخصومة:

ومن بين الشروط ان يتوافر للخصوم أولئك الذين بأنفسهم باللجوء إلى للولاية القضائية العامة في النظام القضائي ، يكون للقاضي الحق في إبعاد المحكم والانسحاب من التحكيم قبل اتخاذ قراره ، ولكنه ليس بعد إصدار المحكم كما جاء في كتاب البحر الرئق على المحكم بعد الحكم ، ولكن في هذه الحالة واجب الأطراف بمقتضى الحق في رفض تنفيذه ، وحقيقة أن العزل هو في مكان اختصاص المحكم ينتهي مع اصدار الحكم ، لا يستجيب إلى الفضاء العزل لاجتماعاتها ، وإنما هو دليل على أن القرار يلزم المعارضين وينفذ خصومهم والمطالبة يريدون لهم أن تقرر متى يكون الحكم حيث يجب أن تتوافق مع المحكم .

ب. خصومة التحكيم:

يحق اللجوء إلى التحكيم في جميع منازعاتهم إلى أن يكونوا على الحدود وفي الحالات حق من حقوق الله ، لأن المحكمين ليس لهم ولاية قضائية على دمائهم ، ويختلفون في التشهير على اثنين منهم التحكيم في جميع المنازعات الأخرى، سواء كانت مالية أو عائلية ، مثل الزواج والطلاق ولا ينبغي النظر في المحكم

[28] - حاشية ابن عابدين، *رد المحتار على الدر المختار*، ج4، دار الكتب العلمية .ص347

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

إلا في حالة المحكمين ، ولا يتخذ المستفيد من التحكيم أي ترتيبات خاصة لعقده ، ولا يحكم المحكم الا فيما يرفع اليه من المتحكمين و لم يجعل الأحناف للتحكيم ايه اجراءات خاصه في سبيل عقده وان الزموا المحكم باتباع ادأب القاضي فليس له قبول الهديه وعليه بالعدل بين الاطراف وسماع حججهم وادلتهم.

حكم التحكيم:

الأصل في التحكيم إلزام حكم التحكيم ونفاذة على الخصوم وقرار المحكمين يتفق مع قرارات القضاة كانت صحيحة ما لم يثبت خلاف ذلك ، وليس مطلوبا الحكم الصادر عن الأطراف إذا تم استبدال واحد أو الطرفين سوف يكون التحكيم تقرر الأطراف لإنهاء التحكيم قبل التصريف المطلق والمقصود من القاضي المعين من قبل المحكمة ، وهو صاحب الولاية العامة الأصلية في السلطة القضائية على قرار المحكم[29]، على حكم المحكم متى رفع اليه، والمقصود متى رفع إليه في شان موضوعي لا اجرائي فأن وجوده مخالفا لمذهبه في امر مجتهد فيه نقضه والا فانه يمضيه هذا على راي ، ويذهب راي اخر الى وجوب امداده على كل حال لان الاجتهاد لا ينقض بمثله لان اختلاف الفقهاء في هذا الامر مبعثه اختلافهم في نقض القاضي لإحكام غيره من القضاة فمن اجاز النقض جعل من حق القاضي نقض حكم المحكمة ومن لم يجزه لم يجعل له النقض طالما لم يخالف مذهب المحكم مذهب القاضي و اذا كان حكم المحكم مخالفا للأصول الشرعية سواء في اجراءات الخصومة او في اي موضوع الحكم فهو ينقض قطعا في ذلك .

[29] - أبي محمد محمود بن احمد ، مرجع سابق.، 54

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ثانيا - التحكيم في المذهب المالكي:

سمح الفقهاء المالكيين بالتحكيم باستثناء القاضي بالخصومات، وخلصوا إليه بأتفاق الخصوم وموافقتهم ، ونص على عدة شروط في المحكم وعلى طرفي النزاع كما ياتي :

ا - المحكم :

جعل واقع المحكم شريطة أن يكون أحد الشهود مثل الإحناف ، وزاد من شرط أنه ليس طرفا في النزاع مع اشتراط معرفته بالموضوع هذا لم يذكر من قبل الحنفية ، وهو ما يعني أن الحكم لديه الخبرة والمعرفة حول ما يجري حول النزاع ولم يقرر للفتى ولا المحكمون من النساء ، أنهن يسمح لهن بالحكم، لذلك يختلف القاضي عن المحكم ، إذ لا يسمح لهن بالقيام بتولي سلطة قضائية [30] .

ب - طرفا المنازعة :

لا يمكن للقاصر حق اللجوء إلى التحكيم ولا محجور عليه ولا وكيل لم يفوض بالمنازعة ، والأهلية المشترطة هنا من أجل اللجوء إلى التحكيم هي أهلية الأداء أي أهلية استعمال الحق من حقوق الاشخاص ، ويصبح التحكيم لمن عنده الأهلية فقط ، مهما كان ما دام الحكم موافقاً للأصول التشريع الإسلامي.

ج- موضوع منازعة التحكيم:

جاز المالكية بالتحكيم في جميع النزاعات المالية ، وسمح له بالجروح وإن كبرت إلا في حد من الحدود الله كقصاص أو رجم ومنعوه من اللعان ، على

[30] - أحمد بن أحمد بن أبي حامد العدوي المالكي الأزهري الخلوتي الميلاد1127 هـ / 1715م الوفاة 6 ربيع الأول سنة 1201 هـ، الموافق 27 ديسمبر سنة 1786م ، *الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك*،(ج4، دار المعارف) .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

عكس الحنفية ، لم يسمحوا بالتحكيم في الطلاق أو الزواج ولا يجوز له أن يحكم فيه أن ينسب الحق لغير الأخصائيين ، ولا يسمح التحكيم فيها لتعلق الحق بغير المتنازعين ، لأنها إما تتعلق بحق من حقوق الله عز وجل كالحدود وإما أنه حق لآدمي كاللعان والنسب [31].

د- قرار التحكيم:

إن صلاحية قرار التحكيم عند الإمام مالك رحمه الله يلتزم الطرفين بالتحكيم قبل صدور الحكم وبعده وكانوا ملتزمين به ، حيث اتفقوا على اللجوء إلى التحكيم النقطة الصحيحة هي الرأي الذي يتطلب رضا كلا الجانبين من التحكيم قبل هذا الحكم كان لديهم ، وإذا عاد واحد منهم دون الآخر كان لديه وجهة نظر.

ثالثا - التحكيم عند المذهب الشافعي:

لقد أجاز هذا المذهب التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات ، واعتماد شرعيتها بوصفها مجموعة من القواعد التي يوجزها على النحو التالي :

أ- المحكم:

من بين الشروط أن تتوافر أهلية الشهادة ، وأن يكون من أهل اجتهاد وجعل علماء المذهب نتيجة تخلف هذا الشرط عدم جواز الحكم [32]، ولكن الاشياء التي يختص بها القاضي فقد أجاز هذا المذهب اختياره كمحكم باستثناء مذهبين لأن تنفيد حكم المحكم هو من أهل الاجتهاد ويجوز أن يكون قاضياً لأنه قد

---

[31] - وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، الفقه العام ، الجزء السادس ،(دمشق: دار الفكر الطباعة للنشر والتوزيع دمشق الطبعة التانية 1984-1404،) ص700

[32] - أبو زكريا يحيى بن شرف الحزامي النووي الشافعي 631هـ-1233م/ 676هـ-1277م ، *روضة الطالبين وعمدة المفتين*، (المكتب الإسلامي، ج11، ط2.)، ص121

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

صار بالتحكيم حكماً، وان لم يكن من المحكمين بطل حكمه ولم ينفذ حكمه وعلي العموم اشترطوا ان تتوافر فيه اشياء التي يتميز بها القاضي ، وله في سبيل الوصول إلى الحكم استخدام وسائل القاضي في الإثبات وتحقيق الدعوى وضبط إجراءاتها كاتخاذ كاتب وسماع الشهود والاستعانة بمترجم وغيرها، وأجازوا تعدد المحكمين وإن اشترطوا لصحة الحكم التحكيمي اجماعهم على الحكم [33].

ب- طرفا الخصومة:

من الشروط التي يشترطها المذهب الشافعي في رضا الطرفين بالتحكيم، تشترط ايضا بعد الرضا تشترط الأهلية للجوء إلى القضاء، وأجازوا أن يحتكم القاضي وخصمه إلى ثالث وكذلك الحاكم وذلك قياساً على لجوء الصحابة رضوان الله عليهم ، عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو أمير المؤمنين إلى التحكيم وكذلك الإمام علي رضي الله عنه وهو خليفة المؤمنين.

ج- خصومة التحكيم:

تنقسم الاحكام لديهم إلى ثلاثة اتجاهات اتجاه يجوز فيه التحكيم وهو التحكيم الاموال وعقود المعاوضات وما يصح فيه العفو والإبراء يجوز فيه التحكيم ايضا، لجوء الخصوم إلى رجل ليقوم بالقضاء في منازعة بينهما في مكان ما سواء أكان فيه قاض أم لم يوجد حيث لا تأثير لذلك على التحكيم ،واتجاه اخر يقول لا يجوز فيه التحكيم وهو ما اختص القضاة بالإجبار عليه من حقوق الله تعالى وإيقاع الحجر على مستحقيه واتجاه اخر مختلف فيه وهو أربعة أحكام متمثلة في اللعان والنكاح والقذف والقصاص [34].

---

[33] - المرجع نفسه.، ص22

[34] - لأبي الحسن على محمد بن حبيب الماوردي البصري ، *الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي* ، *شرح مختصر المزني*، (، بيروت: دار الكتب العلمية ، ط. 1، 1994، ج16).،ص8

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

د- حكم التحكيم:

أصل حكم الشافعي هو الحاجة إلى الإدارة واحترامها وتختلف في الواقع عن طريق تنفيذها انها مجرد نزاع بينهما على التحكيم وتفسيرات المحكم أو استمرار نزاعهم قبل الإدانة أو ارتياحهم بعد القرار وهو في ذلك على ثلاثة اتجاهات [35].

- إن صحة القرار وضروراته تستند إلى عملية صنع القرار، لأن التحكيم الذي نشأ نتيجة حل وسطه ينتهي أيضا لأنه يجب أن يكون من اختياره في النهاية، كما كان يختاره في البداية.

- بعد أن يقرر المحكم، يجب على أطراف النزاع مراعاة ذلك، وهذا لن يتوقف على استمرار رضاهم بعد الإفراج عنه.

- إمكانية إجراء محاكمة في التحكيم بشأن أي مسألة توقفت عن طريق المحكم في التحكيم.

وراي انا كباحث اميل إلى الرأي الثالث إذ يترتب على الأخذ بالرأيين الآخرين أن يكون الرجوع ميسراً لمن استشف حكماً على غير ما يرضي مما يهدد نظام التحكيم بالانهيار.

رابعا - التحكيم في المذهب الحنبلي:

المذهب الحنبلي من المذاهب الثلاثة الأخرى ظالتي تتسم بالمرونة من القواعد التي تنظم عملية التحكيم ، كما يتبين مما يلي:

---

[35] - أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي الحسن علي بن محمد القرشي التيمي البكري. فقيه حنبلي محدث ومؤرخ ومتكلم (510هـ/1116م - 12 رمضان 597 هـ) ولد وتوفي في بغداد، *القواعد الفقهية*، (مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، 1974)،ص81

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ا- المحكم:

اشترطوا فيه نفس الشروط التي تتوفر عند القاضي من قدرة على الاجتهاد والانصاف والحرية ، وغير ذلك مما يشترط في القاضي ولم يجعلوا جواز التحكيم للمحكم مرتبطاً بوجود القاضي ، إن التوجه إلى القاضي والتحكيم هو حق غير قابل للتصرف لأطراف النزاع كحق لهم في التقدم إلى المحاكم في البداية ، ولذلك قرروا أنه إذا حكموا على اثنين أو أكثر بينهما وجه أي شخص جيد ولاه في القيود والزواج ، بحضور قاض ولايجوز في المحكم الولاية المرأة في التحكيم ، كما في يوجد عند المذهب المالكي [36].

ب- طرفا التحكيم:

يجب ان يتوفر في ولايتهما على نفسيهما ، ولابد من التقاء ارادتهما معاً للجوء إلى التحكيم في فض الخلاف ، فلا يجوز التحكيم برغبة طرف دون الآخر، ولا يعتد حينها بالحكم الصادر عن المحكم ، كما لا يجوز لجوء القاصر والمعتوه ومن عليه وصاية الى التحكيم ، لأن القاضي هو صاحب الولاية والمؤتمن على مصالحهم أو الوصي على القاصر أو المحجور عليه.

ج- خصومة التحكيم:

أجاز الإمام أحمد بن حنبل على غيره من المذاهب الاخرى التحكيم في جميع القضايا قصاصاً ونكاحاً حتى في الحدود، والراجح في المذهب أن حكم المحكم ينفذ في جميع الأحوال باستثناء أربعة أشياء هي النكاح والقصاص والحدود والقذف لأن لهذه الأحكام ميزة فاختص الإمام بالنظر فيها ونائبه يقوم مقامه.

---

[36] -كمال الدين محمد عبد الواحد ، ولدته 790 هـ 1388 م وفاته 861 هـ 1457 م *شرح فتح القدير*،(المطبعة الكبرى الأميرية، 1984)، ص40

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الحكم التحكيمي:

يقر الحكم في حق المختلفين عند اخراج القرار ويلتزم القاضي الذي يحال إليه حكم المحكم بإنفاذه ولا يجوز نقضه ولو كان مبنياً على اجتهاد مخالف لمذهبه إلا بما ينقض به الحكم القضائي العام وهذا رأي اغلب اراء جمهور المذهب ولذلك ذهب موفق الدين ابو محمد ابن قدامه في الشرح الكبير إلى أنه "إذا كتب المحكم بما حكم به كتاب إلى قاض من قضاة المسلمين لزمه قبوله وتنفيذ كتابه لأنه حاكم نافذ للأحكام فلزم قبول كتابه كحاكم الإمام " [37].

المبحث الثاني : مواقف الاتفاق والاختلافات بين مذاهب الأربعة :

اولا- مواقف الاتفاق: اتفقت المدارس السنية الأربعة على القضايا التحكيمية التالية:

أ- يعتبر التحكيم أحد السبل الكفيلة بحسم نزاع في محيط السلطة القضائية

ب - يتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى المحم وبالتالي فاتفاقهما هذا عقد وهو ما يعرف اليوم بشرط التحكيم أو اتفاق التحكيم، ثم يختاران محكما ويتفقان معه فيصير اتفاقهما هذا عقدا آخر.

ج- اشترطوا في الخصوم توافر أهلية الأداء.

د- اشترطوا في المحكم توافر أهلية الشهادة وزاد عليها بعضهم اشتراط توافر صفات القاضي كاملة في المحكم.

ه- اتفقوا على أن التحكيم ينتهي بإصدار الحكم أو ترك الحكم للتحكيم أو عزل الخصوم له أو سقوط أهلية أحد طرفي التحكيم أو المحكم نفسه قبل صدور الحكم.

و- قيدو المتخاصمين الى ما وصل اليه من قرار المحكم النهائي كأصل عام.

---

[37] - ابن قدامه الميلاد541 هـ الوفاة يوم الفطر 620 هـ في دمشق ، *الكافي*، (ج3، المكتب الإسلامي.)،ص436

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

هـ - انصراف آثار الحكم على المتنازعين كأصل عام دون أن يذهب إلى غيرهم اشترطوا لصحه الحكم التحكيمي عند تعدد المحكمين أن يصدر عن إجماعهم عليه لم يحدد الفقهاء السلطة المشرفة على تنفيذ حكم التحكيم وهل يلزم لتنفيذه تصديق القاضي أم لا، وكيف يثبت إن لم يكن ثابتا كتابة، وهل يجب أن يشهد على الحكم وقت صدوره أحد غير الخصمين، والظاهر أن جميع هذه المسائل يسري فيها على حكم المحكم ما يسري على حكم القاضي.

ثانيا - مواقف الاختلاف: اختلفت أربع مدارس عن المسائل التالية:

حق المتقدمين لمواصلة اتفاق التحكيم أو الانسحاب منها وفقا للآراء ، وفقا لرأي مفاده أن يحق لهم القيام به في كل شيء، وإما عن طريق التوقيع أو تمر بمرحلة انتقالية في المعنى، في أي مرحلة من مراحل التحكيم، وينص على الرأي القائل بأن المعارضين لها هذا الحق، ولكن مقيدة بإصدار قرار التحكيم عند الإفراج عنه، ولكل واحد منهم الحق في الرجوع إليه ورأي آخر مفاده أن حق الطرفين يقتصر على بدء إجراءات التحكيم المتعلقة بالمعرفة والنظر في النزاع. عندما يبدأ في اعتبار أن اتفاق التحكيم يصبح إلزامي تماما بالنسبة لهم اختلف الفقهاء في أمر نقض الحكم التحكيمي إذا رفع إليه تكون له إذا كان الحكم موافقا لمذهبه أمضاه ووافق عليه، وإن كان مخالفا لمذهبه نقضه وعدله بما يوافق مذهبه، ويرى بعضهم أن حق القاضي لا يلغي قرار التحكيم إذا كان يتفق مع مبادئه القانونية ولا يتعارض معها

وفي الأخير ارى انا كباحث ، وحسب رأينا، فإن التحكيم واجب مطلقا سواء كان القاضي أو لم يوجد، لأن فيه فض للمنازعات ولم الشمل وعدم جوازه قد يؤدي إلى ضياع الحقوق واستبداد الظلم بين الناس، فإقامته طاعة لله تعالى

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وتركه إبقاء للنزاع، ثم إن السهولة في إجراءاته وقلة نفقاته ودفع الخصوم بالرضا به والاتفاق عليه تجعل الخصوم يلجؤون إليه

ومن الواضح لنا أن التحكيم يستند أساسا إلى الإرادة الحرة للأطراف، التي تنظم جميع جوانب اتفاق التحكيم. ثم هذه أداة متضافرة اختيارية لا يمكن تحقيقها إلا بموافقة جميع الأطراف على الأسلوب والاجراءات والموضوع والقانون الواجب التطبيق القانون أو القواعد الأساسية التي تحكم موضوع النزاع، من المشاكل المعروفة التي تنطوي على تنازع أحكام القوانين. كما يمنح الأطراف حرية اختيار القواعد والإجراءات التي يجب على المحكم اتباعها لحل النزاع وحلها بشكل مباشر أو غيرمباشر اللجوء إلى الهيئات الدائمة التحكيم أو مراكز أو الوصول إلى القانون أو القواعد أو القواعد الإجرائية للمجتمع، فضلا عن حرية الطرفين لتحديد موعد ومكان التحكيم، مكانها ومكان التنفيذ كما يعطي الطرفين حرية كاملة في اختيار نزاع ممكن وقانوني.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

البـــــاب الرابـــع

التحكيم في القانون الليبي
من استقلال التحكيم وبيان موقفه

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

البـــــاب الرابـــــع

التحكيم في القانون الليبي وموقفه من استقلال التحكيم

الفصل الاول - تعريف اتفاق التحكيم :

هو الاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه الأطراف الفصل في المنازعات الناشئة بينهما، أو المحتمل نشوئها خلال عملية التحكيم بدلا من عرضه على قضاء الدولة، وذلك بطرح النزاع على أشخاص معنيين يسمون محكمين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة أصلا لتحقيقه [1].

المبحث الاول - استقلال شرط التحكيم :

اولا- التعريف باتفاق التحكيم :

اتفاق التحكيم هو وسيلة وأداة لحل نزاع من خلال نظام التحكيم التجاري ويمكن تعريف اتفاق التحكيم بأنه التنازل عن نزاع بين محكم واحد أو أكثر لفصل المحكمين عن إجراءات المحكمة العادية ،[2] وقد عرّفه البعض على أنه اتفاق تحكيم يوافق فيه شخصان أو أكثر على الإشارة إلى شخص أو أكثر عند فصلهم في نزاع قائم، أو من المتوقع حدوثه في المستقبل فيما يتعلق بأداء عقد محدد ، وعدم اللجوء إلى القضاء.[3]

من وجهة نظر الأحكام القانونية لتعريف اتفاق التحكيم ، فإن الكثير من القوانين والاتفاقيات الدولية بشأن التحكيم التجاري ، نجد في معظمها تم تحديده

---

[1]- محمد سيد عمر التحييوي ، *الطبيعة القانونية لنظام التحكيم*، (الإسكندرية : منشأة المعارف ، طبعة 3) ،ص20

[2] - ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، جامعة (بغداد: ،1988،) ص275.

[3] - حسين المؤمن، الوجيز في التحكيم، مطبعة الفجر،(بيروت: ،1977،) ص10.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

بموجب هذه الاتفاق حددت اتفاقية عمان للتحكيم التجاري لعام 1987 ، في المادة 1 / ط ، اتفاق خطي من الطرفين على اللجوء إلى التحكيم قبل أو بعد وقوع نزاع. في الواقع ، بعد كل هذه التعريفات المتعلقة باتفاق التحكيم ، هناك نزاع خاص في حالة خاصة تستند إلى وجوده ، والذي يلعب فيه الطرفان دورًا هامًا في تحديد إجراءاتها والقانون الساري [4].

هناك فرق بين اتفاق التحكيم وعقد التحكيم واتفاق التحكيم ، كما هو مذكور أعلاه هو اتفاق بين الطرفين لنقل ما قد ينشأ بينهما إلى التحكيم من أجل حسمه بعيد عن النظام القضائي العادي [5] والأطراف في هذه الاتفاقية هم طرفان أو أطراف في العلاقات القانونية الأصلية ، بغض النظر عما إذا كانت تعاقدية أم لا.

وبخصوص عقد التحكيم فانعقاده بشكل قانوني يقود الى ان المحكم يتولى اجراء عملية التحكيم لكي يصل الى اصدار قراره في تسوية النزاع، فأطراف هذا العقد يختلف عنه في اتفاق التحكيم، فالطرف الأول في عقد التحكيم هم اطراف النزاع، اما الطرف الثاني فالامر [6] يختلف باختلاف نوعية التحكيم فان كان تحكيما خاصا فان عقد التحكيم يتم بين المحكم (فردا كان او هيئة) واطراف النزاع [7] .

وان وجود عقد التحكيم ضروري، لانه من خلاله يعرب المحكم عن قبولها لمهمة التحكيم والنظر في النزاع بين الخصوم، فقبول المحكم في هذه لحالة هو الذي يؤدي الى ابرام عقد اخر يختلف عن اتفاق التحكيم، ويطلق عليه بعقد

---

[4] - قواعد مركز التحكيم التجاري الدول مجلس التعاون الخليجي النافذه في 1995/9/27 في المادة 1منها.القواعد منشورة على الموقع:www.albazaie.com/ta7kem.aspk 11-3-2018

[5] - احمد عبد الرحمن الملحم، "*عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم* " ، بحث منشور في مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، الكويت، العدد 2، السنة 18، (حزيران1994) ، ص186وص187.

[6] - احمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون 27 لسنة1994 وانظمة التحكيم الدولية، ط2، القاهرة، (2004،) ص15

[7] - فوزي محمد سامي، *التحكيم التجاري الدولي*، (بيروت : ط2، جامعة بغداد الطبعة التانية ،1992) ص24.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

التحكيم وقبل استقرار مبدأ الاستقلالية كان هناك اتجاه اخر تقليدي لدى بعض الأنظمة القانونية في بعض الدول يذهب إلى انه إذا كان العقد الأصلي باطلا او فسخ لأي سبب كان فان ذات الأثر ينصرف على شرط التحكيم باعتباره تابعا له وجزء من العقد فالنتيجة الطبيعية لذلك هو انتهاء الشرط تبعا لانتهاء الأصل [8]

الا انه ومع التطور الحاصل في نظام التحكيم وقواعده استقر على ان عدم مشروعية العقد الأصلي او عدم صحته او بطلانه او فسخه لاي سبب كان ، والسبب في عدم تاثر اتفاق التحكيم التجاري ببطلان العقد الأصلي كون ان اتفاق التحكيم يعالج موضوعا مختلفا عن موضوع العقد الأصلي، إذ الاتفاق تصرفا قائما بذاته له كيانه المستقل عن العقد الاصلي [9]

من أجل معرفة المعنى الحقيقي لمبدأ استقلالية شرط التحكيم من المعاهدة الأصلية، يجب علينا أن ننظر في بداية معناها التقليدي، ثم معناها الحديث في التفاصيل التالية:

ثانيا - الأهمية التقليدية لمبدأ استقلال شرط التحكيم :

والمفهوم التقليدي لاستقلال شرط التحكيم ينحرف عن المعاهدة الأصلية التي أدخلت بها أو ربطت بها، بحيث تعتبر صحة شرط التحكيم دائما هي نفسها، أي من حيث وجود المعاهدة والتعاريف[10] الواردة في هذا الصدد، ما يلي:

---

[8] - حمزة حداد، "اتجاهات حديثة في التحكيم التجاري في الدول العربية"، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر خصائص المحكم في دول البحر المتوسط والشرق الأوسط، القاهرة2001، ص9

[9] - منير عبد المجيد، *التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم*، (الاسكندرية : منشاة المعارف بالإسكندرية، 1997،) ، ص117.

[10] - أحمد مخلوف ، مرجع نفسه .ص90

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ويعني استقلالية شرط التحكيم من العقد الأصلي أن عدم قانونية العقد الأصلي أو صلاحيته أو بطلانه أو إلغائه لا يؤثر على شرط التحكيم، سواء أكان هذا الشرط مدرجا في العقد الأصلي أم لم يعتمد عليه في شكل اتفاق تحكيم ويتعلق اتفاق التحكيم بموضوع آخر من العقد الأصلي، لأن اتفاق التحكيم هو فعل منفصل مع موضوع مستقل عن العقد الأصلي[11].

ا - التعريف يتعلق بمسألة واحدة هي مسألة العيب الذي قد يؤثر على العقد الأصلي وغياب هذا الخلل في شرط التحكيم.

ب- لم يتناول التعريف الصورة العكسية، أي مسألة العيب الذي قد ينجم عن شرط التحكيم، ومدى تأثيره على العقد الأولي الذي قد ينشأ ويتطلب حلولا عملية.

ج- تعريف عالج مشكلة بطلان العقد الأصلي وعواقب هذا البطلان في شرط التحكيم بواسطة صورتين:

الصورة الأولى: صورة إدراج شرط التحكيم في العقد الأصلي.

الصورة الثانية: شكل الاتفاق على شرط التحكيم بعد إبرام العقد الأصلي، وهو ما يعني أن الاتفاق على شرط التحكيم أبرم في شكل اتفاق مستقل.

وفي رأينا أن مسألة الاستقلال لا تنشأ إلا في حالة واحدة، أي في حالة الاتفاق على شرط تحكيم وإدراجه في العقد الأصلي وهنا تثار مسألة استقلالية شرط التحكيم فقط. في حال الاتفاق على شرط التحكيم بعد قضية استقلال شرط التحكيم ، ولا تنشأ مسألة الاستقلال إذا كان سيتم الاتفاق على التحكيم في شكل

[11] - قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية- (دار المطبوعات الجامعية – (1999 فقرة 77)،ص102

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

شراكة، وهذا يقودنا إلى الاستنتاج المهم أن إذا كان سيتم الاتفاق على التحكيم في شكل اتفاق، لا تعتمد على العقد الأصلي. على أصل النزاع - اتفاق التحكيم

وقد قرر الفقهاء[12] استقلال شرط التحكيم من العقد الأصلي على أنه: إذا كان الشرط باطلا، فلا ينبغي أن يؤثر ذلك على العقد الذي يحتوي عليه إذا كان الاتفاق نفسه باطلا أو غير صالح، فإن هذا لا يؤثر على شرط التحكيم، على الرغم من أن شرط التحكيم، على الرغم من أنه وارد في العقد الأصلي، منفصل ومستقل عن العقد ، نرى ما يلي:

ا - التعريف مسألتين: استقلال شرط التحكيم من المعاهدة الأصلية ومسألة استقلال العقد الأصلي من شرط التحكيم.

ب- الحد من تعريف الاستقلال إلا في حالة واحدة، وهي حالة إدراج شرط التحكيم في العقد الأصلي ونحن نميل إلى تفضيل هذا التعريف، كما يقول على استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، واستقلال هذه الأخيرة من شرط التحكيم، ومن ناحية أخرى، يتضمن تعريف شرط التحكيم الوارد في شروط العقد الأصلي فقط ، يمكننا تحديد استقلالية شرط التحكيم "إذا كان العقد الأصلي غير صالح، لا ينبغي أن تؤثر على شرط التحكيم، وإذا كان شرط التحكيم غير صحيح، فإنه لا ينبغي أن تؤثر على العقد الأصلي، إذا كان شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي،" - قال: . بطلان كل من العقد الأصلي وبطلان شرط التحكيم لا يؤثر على صحة أو بطلان الآخر. إذا تم إلغاء العقد الأصلي، فعندئذ يمكن التمسك بصحة شرط التحكيم ، وبالتالي سمحت التحكيم، ويتم حل الخلاف عن طريق محكم، وليس المحكمة هذا التحكيم لا يؤثر على صحة العقد الأصلي

[12] - ناريمان عبد القادر، *اتفاق التحكيم*، (دار النهضة العربية ، ط 1 ،.1996) ،ص225

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

[13]ولا يتوقف اتفاق التحكيم الوارد في العقد الأصلي بالضرورة على مصير هذا الأخير وينبغي أن يكون ذلك اتفاقا مستقلا منفصلا عن الأحكام الأخرى للعقد الأصلي وإذا لم تلغ هيئة التحكيم العقد الأصلي، فإن الطلب على السيطرة على غير صحيح[14]

الفكرة التي يقوم عليها مبدأ استقلال شرط التحكيم، هو حقيقة أن شرط التحكيم والعقد الأولي يتكون من اثنين من أعمال منفصلة، وبالتالي فإن شرط التحكيم كان لأي اتفاقية أو اتفاق في العقد، وبعبارة أخرى، فإن العقد، موازية للعقد الأصلي، وبالتالي فإن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، وقاضي العقد هو قاضي شرط التحكيم، لأن قضاء التحكيم قضاء شامل[15]

وأخيرا، كان الهدف من استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي بالقيمة القانونية، بدلا من التركيز على معنى مادي. هذا لا يعني أن شرط التحكيم تخضع لموافقة وقبول بغض النظر عن موافقة وموافقة من العقد الأصلي[16].

ثالثا – المعنى الحديث لمفهوم استقلالية شرط التحكيم:

لا يبقى مفهوم استقلال شرط التحكيم بالمعنى التقليدي لها الاستقلال المادي من أحكام الاتفاق الذي تم عرضه، ولكن اعتمد مفهوم مختلف، وهي استقلالها عن حكم القانون الذي يحكم العقد والقوانين الوطنية الأخرى، ونتيجة الى المعنى الحديث للاستقلال، كان مفهوم من بين نتائج استقلالية شرط التحكيم ويهدف استقلالية شرط التحكيم إلى تنظيم القانون الذي يحكم العقد الأولي:

---

[13] - فوزي محمد سامي، *التحكيم التجاري الدولي*، (مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، جزء 5، 1997)
[14] - عبد المنعم دسوقي، *التحكيم التجاري الدولي والداخلي*، (القاهرة : مكتبة مدبولي، 1995)
[15] - ناريمان عبد القادر، مرجع نفسه .
[16] - حفيظة السيد الحداد ، *الإتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم* ، دار الفكر الجامعي.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وإذا ألغى قانون العقد شرط التحكيم بشأن العيب في الاتفاق، على سبيل المثال، بشأن الخصائص المختلفة للطرفين، وعلى طبيعة الالتزامات التعاقدية ذات الصلة، وعن بعض العقود، ، إلى غير ذلك فإن ذلك لا أثر لهذا كله على صحة الشرط المذكور ويقصد من استقلالية شرط التحكيم عن سائر القوانين الوطنية:

هذا هو استقلالية شرط التحكيم فيما يتعلق بأي قانون يؤدي إلى بطلانها. ويخضع لسيادة القانون الناشئة عن مبادئ وممارسات التجارة الدولية[17]

رابعا- أهمية استقلالية شرط التحكيم من العقد الأصلي :

العلاقة بين شرط التحكيم والعقد الأصلي، والذي يتضمن شرط يستتبع عدم السير في اجراءات تحكيم طالما أن السلطة القضائية لا تسوية المنازعات المتعلقة اختصاص هيئة التحكيم أو عدم الاختصاص [18] وبعبارة أخرى، يمكن القول بأنه بمجرد أن ينازع أي طرف في بطلان العقد الأصلي، ويصبح المحكم باطلا. إذا كان أحد الطرفين المتعاقدين خوض العقد الأصلي الباطل، وإدخال شرط التحكيم، والعقد الأصلي يؤدي ذلك إلى حقيقة أن المحكم لا يمكن التعامل في النزاعات المتعلقة بالعقود وبما أن الحكم لا يمكن تحديد صحة العقد هو مصدر سلطاته[19]، وبالتالي، إذا تم المتنازع عليها صحة العقد الأصلي، أن القضاء يتعامل مع هذه القضية، ويمكن، نظرت في صحة العقد الأصلي لإيجاد حل للقواعد النزاع[20]

---

[17] - أحمد مخلوف- مرجع نفسه ، فقرة -25

[18] - مصطفى محمد الجمال، "أضواء على عقد التحكيم"، بحث منشور في الدراسات القانونية الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت، العدد 1، فقرة ،27 (1998)

[19] - ناريمان عبد القادر، مرجع نفسه .

[20] - ناريمان عبد القادر، مرجع نفسه.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أن تطبيق مبدأ شرط التحكيم على موضوع الاستقلال العقد الأصلي يؤدي ذلك إلى حقيقة أن شرط التحكيم لم تؤثر على بطلان العقد الأصلي، بحيث اعتبر شرط التحكيم مستقلة عن العقد الأصلي، لأنه لا يستمد ولايته منه وإنما من اتفاق التحكيم المستقل عنه[21] فيما يتعلق بطلان العقد الأصلي ولكن، بدلا من ذلك، من اتفاق التحكيم مستقلة، وبالتالي، يعتبر التحكيم إلزامي وتخضع لآثاره من وجهة نظر عدم شرعية محاكم الدولة أما اتفاق التحكيم، إذا كان مدرجا في العقد، فهو موجه إلى موضوع ليس موضوع العقد إذا كان العقد، على سبيل المثال، وشروط التحكيم متضمنة، فإن العقد يتعلق بقضايا المبيعات

المبحث الثاني - الأساس المنطقي لاستقلالية شرط التحكيم:

ومبدأ استقلالية شرط التحكيم من العقد الأصلي له عدة مبررات قانونية ويمكن الاستشهاد به على النحو التالي:

أولا - احترام إرادة الأطراف:

عندما يدخل الطرفان في عقد محدد، يتفقان على حل المنازعات المتعلقة بتنفيذ أو تفسير هذا العقد للتحكيم. وقد أبرمت هذه الاتفاقية في شكل شرط تحكيم وارد في الشروط الأصلية للعقد، تقرر بموجبه إرسال المنازعات التي قد تنشأ، أو تفسير عقد أبرمه التحكيم، مما يعني أن الطرفين يعتزمان تقديم جميع المنازعات التي قد تنشأ حول هذا بالمعنى الواسع أيضا للنظر في صحة أو بطلان العقد الأصلي. معناها عدم احترام هذا الإرادة، التي تهدف إلى عرض

[21] -مصطفى الجمال ، مرجع نفسه .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

جميع النزاعات التي قد تنشأ بموجب العقد الأصلي، وإذا كان الأفراد يرغبون في الحد من نطاق هذه الإرادة، التعبير عن هذا صراحة[22].

ثانيا: الفرق بين موضوع العقد الأصلي وشروط التحكيم :

إذا كان هذا العقد لا ينتهك النظام العام أو الأخلال بشرط التحكيم[23] هو حل مقبول وهناك نزاعات قد تنشأ فيما يتعلق بأداء العقد الأصلي أو تفسيره. وبالتالي، فإن موضوع شرط التحكيم يؤثر على الموضوع الأولي للعقد، على الرغم من أن هذا الأخير يتم تضمينها في شروط العقد الأصلي[24]، والسبب هو أيضا مختلفة. السلطة القضائية فيما يتعلق بنزاع بينهما بموجب عقد معين، والسبب في العقد الأصلي هو مختلف تماما. [25]

- الكتابة هي شرط من شروط تحكيم يختلف عن العقد الأصلي الذي قد يتطلب كتابة ، وإن كتابة شرط التحكيم شرط لوجود شرط تحكيم وسلامة وجوده، وليس مجرد شرط لإثبات اتفاق التحكيم. الاتفاق على التحكيم هو اتفاق على الإجراءات التي لا تعقد إلا بإذن كتابي وهذا لا يمكن إثباته حتى من خلال إعلان أو اليمين. ويكفي أن يكون الطرفان قد وقعت العقد، حتى لو كان شرط التحكيم المدرج في الشروط العامة للعقد، كما أن الأطراف لم توقع على شرط التحكيم على وجه الخصوص، إذا تم إرفاق هذا الشرط في العقد الأصلي، تجدر الإشارة إلى أنه في حالة توقيع العقد الأصلي من قبل الطرفين، وتضمن شرط التحكيم شرط في التي تحتوي على شرط التحكيم والتي ترد في الشروط المحددة

---

[22] - عاطف محمد الفقي، *التحكيم في المنازعات البحرية*، (القاهرة : دار النهضة العربية ،1997)،ص125

[23] - ناصر ناجي محمد جمعان، *شرط التحكيم في العقود التجارية*، (المكتب الجامعي الحديث(2005)

[24] - نبيل إسماعيل عمر- *التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية*، (الطبعة الأولى ، دار الجامعة الجديدة، 2004)

[25] -فتحي والي، *قانون التحكيم في النظرية والتطبيق*، (الإسكندرية: منشأة المعارف، ط 1 ،2007) ، فقرة 44،ص135

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

في بوليصة التأمين. ينبغي توفيرها في شكل اتفاق مستقل منفصل عن الشروط العامة الحالة باطل[26]، بالنسبة للعقد الأصلي، فيمكن أن يحدث ذلك حالما يتفقون دون أي إجراء آخر. الرضا هو الأساس لإبرام العقود الحديثة والإرادة في هذا النوع من العقود كافية لإبرام عقد، أي أمثلة على هذه العقود هي عقد البيع والتأجير واتفاق الوكالة[27] وقد لا يكون العقد الأولي المبرم بين الأفراد كافيا لقبول عقد، ولكن من الضروري اتباع شكل معين يحدده القانون على سبيل المثال، يجب أن يتم كتابة عقد الشركة في أن الشركاء وافق على السندات الموقعة من قبل كل منهم ومن ثم يمكن القول بأن شرط التحكيم يجب أن يكون كتابيا، ولكن العقد الأصلي، بما في ذلك شرط التحكيم في أحكامه، قد يتطلب من القانون أن يكتب وقد لا يكون مطلوبا[28]

المبحث الثالث : عدم منح استقلالية شرط التحكيم من العقد الأصلي إلى إزالة المحكم من التحكيم بعد أن يدفع الطرف العقد الاصلي :

عدم استقلالية شرط التحكيم ليس مستقلا عن العقد الأولي يؤدي ذلك إلى حقيقة او صلاحية أن المحكم لن تكون قادرة على النظر في النزاعات المتعلقة بالعقد الأصلي، إذا كان أحد الطرفين قد أعلن العقد غير صالح لأنه في هذه الحالة، فإن الحكم النظر في مسألة صحة العقد الأصلي وصحة شرط التحكيم يرى المحكم أن العقد هو مصدر سلطته[29].

---

[26] - على طاهر البياتي، *التحكيم التجاري البحري*، ط 1، الإصدار 1، (دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2006)

[27] - موسى سليمان ابوملوح ، *شرح القانون المدني الأردني*، مصادر الالتزام، الكتاب الأول (1995)

[28] - عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، *النظام القانوني لاتفاق التحكيم*، ط 2، (المكتب الجامعي الحديث - 2008) ،ص90

[29] - ناريمان عبد القادر- مرجع نفسه .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

اولا - يؤدي عدم الحفاظ على استقلالية شرط التحكيم إلى اختلاف بين شرط التحكيم وشروطه:

إذا كان شرط التحكيم مستقل عن العقد الأصلي، شرط التحكيم يختلف عن اتفاق التحكيم، والمحكم في حالة وجود اتفاق تحكيم يمكن اتخاذ قرار نهائي بشأن بطلان أو صحة العقد الأصلي ، ويمكن للمحكم إلى الرقابة القضائية اللاحقة إلغاء القرار، وهذا الاختلاف بين شرط التحكيم ومشاركته غير مبرر

ثانيا - حالة قوانين مختلفة من مبدأ استقلالية شرط التحكيم:

وفي الغالبية الساحقة من قوانين التحكيم الحديثة، يشار مباشرة إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم من العقد الأصلي ومن بين هذه القوانين قانون التحكيم الفلسطيني وتنص المادة 5/5 من القانون المذكور على أن شرط التحكيم هو اتفاق مستقل لا يتأثر بعدم أهميته. نص المادة 23 من قانون التحكيم المصري ينص على أن "شرط التحكيم يعتبر اتفاقا مستقلا من الشروط الأخرى للعقد. إن عدم صلاحية العقد أو إنهائه أو إنهائه لا يؤثر على شرط التحكيم الوارد فيه، إذا كان هذا الشرط صحيحا في المادة 16 ينظر الى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من الاتفاق، ويعتبر الاتفاق على أن تكون مستقلة عن غيرها من شروط العقد وأي قرار من هيئة التحكيم، بإلغاء العقد، لا يترتب عليه بطلان شرعية شرط التحكيم. ووفقا للنصوص السابقة، ميز المشرع نوعين من الشروط.

النوع الأول: تم النظر في شرط التحكيم من قبل المشرع كاتفاق، بغض النظر عن جميع الشروط الأخرى المدرجة في العقد،

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

النوع الثاني: هو المصطلحات الأخرى للعقد، ورتب المشرع هذا التمييز ليكون له تأثير هام. وفي حالة إلغاء بطلان العقد أو إنهائه أو إنهائه لأي سبب من الأسباب، فإن ذلك لا يؤثر على شرط التحكيم. هناك عيوب غير صالحة أو جعلها معيبة [30] إذا تم الطعن في عقد يحتوي على شرط تحكيم، فإن هذا لا يعني أن شرط التحكيم يجب الطعن فيه باعتباره مستقلا عنه، على الرغم من أن هذا الشرط مدرج في العقد الأصلي. إلغاء شرط التحكيم الوارد فيه، وبعبارة أخرى، إذا ألغت لجنة التحكيم لان العقد الأصلي ولا تعتمد صحة وصلاحية شرط التحكيم على مصير العقد الأصلي وفي حالة إلغاء العقد ، ينبغي ألا يؤثر ذلك على فعالية التحكيم. فعلى سبيل المثال، إذا أنهي العقد بسبب عدم الوفاء بالالتزامات التعاقدية، فإنه يؤثر على شرط التحكيم المحدد في العقد. [31]

وفي هذا الصدد، تجدر الإشارة إلى أن الطلب أو إنهاء العقد الأصلي مع شرط التحكيم وسبب البطلان تشمل أيضا شرط التحكيم، بيان بسيط لا يمنع تنفيذ شرط التحكيم، وبالتالي فإن هيئة التحكيم هي المختصة للتعامل مع النزاعات المتعلقة بطلب بطلان إنهاء العقد الأصلي بشروط[32] والعقد يتوقف ليتم تضمينها في شرط التحكيم، وسوف إدخال هذا المبدأ يؤدي إلى وفورات في الوقت والتكاليف والإجراءات. صحة العقد الأصلي، المحكم - أن اعتماد هذا المبدأ يمنع التدخل الإجرائي، حتى أن واحدا من أطراف التحكيم لا يمكن تعليق تعسفا التحكيم.

---

[30] - محمد على سكيكر، *تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية*، (الإسكندرية : منشاة المعارف ، دار الجامعيين 2006) فقرة ،94

[31] - نبيل محمد أحمد صبيح- *دور وكلاء العقود في التجارة الدولية*(القاهرة : دار النهضة العربية ، 1995)

[32] - ناريمان عبد القادر- مرجع نفسه .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ثالثا- موقف الفقه بشأن مبدأ استقلالية شرط التحكيم:

قال إن مسألة استقلالية شرط التحكيم بموجب العقد الأصلي ليست قانونية. وقال البعض إنهم مستقلون وغيرهم - على العكس من ذلك أخذت بعض من لهم موقف وسط، وترك الناس أحرارا لقبول مبدأ استقلال شرط التحكيم وتتبع بعض الدول العربية

رابعا- موقف المعاهدات الدولية بشأن مبدأ استقلالية شروط التحكيم

ومسألة الاعتراف بمبدأ استقلال شرط التحكيم من المعاهدة الأصلية التي يتضمنها لا الدول[33] الأطراف في التصديق على هذه المعاهدات ليست أساسا لاعتماد هذا المبدأ. معظم العقود على أساس مبدأ الولاية القضائية، والتي في بعض الأحكام القضائية[34] غير أن هذا المبدأ يعكس مبدأ استقلال شرط التحكيم. العقد الأولي .

خامسا - موقف اتفاقية نيويورك، الموقعة في عام 1958

وقال أحد العلماء[35] أن اتفاقية نيويورك لا تشمل من بين نصوصه الرجوع إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي من مبدأ أن هذا المبدأ لم تكن متوفرة في ذلك الوقت وأن قرار بشأن صحة اتفاق التحكيم وتقييمها وفقا للقانون الذي يختاره الطرفان ، وقانون البلد الذي صدر فيه القرار. في نص المادة 1/5/ا الاتفاقية تنص على أنه "في الاعتراف وإنفاذ قرار لا يجوز رفض، بناء على طلب من الخصم، ضد الذي يطبق على النزاع، إذا كانت هذه المعارضة ليست هي السلطة المختصة في الدولة المطلوب الاعتراف والتنفيذ، دليل على

---

[33] - هشام خالد، " معيار دولية التحكيم التجاري"- دراسة مقارنة ، منشاة المعارف بالإسكندرية (2006)

[34] - حفيظة الحداد ، مرجع نفسه

[35] - أحمد مخلوف ، مرجع نفسه

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أن الاتفاق ليس صحيحة وبقدر الامكان[36] ، أو أن نص هذا الحكم لا ينص على إمكانية أن يكون اتفاق التحكيم خاضعا لقانون مختلف عن القانون الذي يتصل به العقد الأصلي وهكذا، فإن اتفاقية نيويورك يعترف صراحة أن اتفاق التحكيم هو نظام قانوني مستقل عن العقد الأصلي، التي يمكن إدراجها في سياق الاتجاهات لدعم فكرة استقلال اتفاق التحكيم. وأوافق على هذا الرأي القائل[37] بأن اتفاقية نيويورك قد تركت قوانين وطنية لمعالجة هذه المشكلة [38]

وقد خفضت اتفاقية نيويورك واتفاقيات التحكيم الأخرى اهتمامها باتفاق التحكيم باعتباره عقدا يتطلب شروطا معينة، فضلا عن نصوص خاصة تؤدي في بعض الأحيان إلى إجراءات ونظام عام ينص على تحقيق التوحيد التشريعي ولذلك، تفضل االتفاقيات ترك هذه القضايا للتشريع الوطني وقواعد القانون الدولي الخاص، عندما يكون النزاع بينهما [39]

وذهب راي اخر بالقول[40] ، وإن لم يكن ينص صراحة على استقلال شرط التحكيم، قررت اتفاقية نيويورك ضمنا أن الاستقلال، واستند هذا الرأي على نص المادة 3/2، حيث نص تلك المادة ، وجلب إليها نزاع بشأن هذه المسألة، التي وافق عليها الطرفان بالمعنى المقصود في هذه المادة، على إرسال الأطراف بناء على طلب أحدهما للتحكيم إذا لم تعترف المحكمة بأن هذا الاتفاق باطل أو غير قابل للتنفيذ[41] وإذا طالب أحد الأطراف في اختصاص المحكمة

---

[36] - أحمد مخلوف ، مرجع نفسه

[37] - حفيظة الحداد ، مرجع نفسه

[38] -عبد الحميد الأحدب ،مرجع نفسه .

[39] - محسن شفيق- مرجع نفسه .

[40] - حسني المصري، *التحكيم التجاري الدولي*- دراسة مقارنة- (دار الكتب القانونية ، مطابع شتات ، 2006)، ص137

[41] - عبد الحميد الأحدب، مرجع نفسه .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

بطلان العقد الأصلي. المطالبة لا يمنع أن هذه المحكمة أرسلت المتقاضين إلى التحكيم وفقا لتأثير ملزم لشرط التحكيم، حالما منحت المحكمة صلاحية هذا الشرط هو لإنتاج أثره وإمكانية تطبيقها، وبالتالي الفوز استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، حتى لو كان غير صالح [42] من جانبنا، نؤيد الرأي الأخير أن اتفاقية نيويورك وفقا لأحكام المادة 3/2 من الاتفاقية المذكورة تخضع لمبدأ استقلال هذا البند على شرط التحكيم، ودفع في المحكمة المختصة في اتفاق التحكيم والاتفاق ساري المفعول، والتحكيم المحكمة إذا كان الدفع من قبل أحد الطرفين، وإذا قررت المحكمة أن اتفاق التحكيم غير صالح، لن يتم نقل الطرفين إلى التحكيم. ولا علاقة للمحكمة بصحة العقد الأصلي، لأن نص المادة يجمع بين صحة اتفاق التحكيم دون العقد الأصلي.

سادسا- اتفاقية واشنطن، الموقعة في 18 مارس 1965 :

وتنص الفقرة 1 من المادة 41 من اتفاقية واشنطن[43]على أن "تحدد هيئة التحكيم اختصاصها" [44] واعتمد بعض المحامين[45] على نص هذه المادة لتبرير استقلال شرط التحكيم من العقد الأصلي وتقرر هيئة التحكيم ما إذا كان هناك اتفاق تحكيم أم لا فقط على أساس الاتفاق الحالي. ووفقا للباحث، لا يجوز استنادا على نص المادة السابقة على مبدأ شرط التحكيم استقلال العقد الأصلي، والنص أعلاه لا يشير إلى استقلال شرط التحكيم، كما يظهر النص فقط على مبدأ اختصاص هيئة التحكيم، ومبدأ آخر هو واحد من المبادئ التي الصلب و لا يستند الأساس القانوني للولاية القضائية للمحكم إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم

---

[42] - حسني المصري- مرجع نفسه .،ص139

[43] فوزي محمد سامي، *التحكيم التجاري الدولي*، الجزء 5، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع (1997) ،ص45

[44] - حفيظة الحداد- مرجع نفسه .ص30

[45] ناصر ناجي محمد جمعان، *شرط التحكيم في العقود التجارية*، المكتب الجامعي الحديث (2008) ص102.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

من العقد الأصلي. ويستند الأساس القانوني لهذا المبدأ إلى أساس قضائي، أي الاعتراف بالولاية القضائية للمحكم وبما أن الأخير يشير إلى النتائج التي ينظمها المحامون بشأن مبدأ استقلالية شروط التحكيم

سابعا - اتفاقية التحكيم العربية، التي أبرمت في عام 1987:

ولا تشير اتفاقية التحكيم العربية صراحة[46] إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم من المعاهدة الأصلية، لكنها تنص على أنه يجوز للمحكمين النظر في اختصاصهم [47] نص المادة 24 من الاتفاقية على ما يلي: "يجب أن يتم دفع الاختصاص وغيرها من الحماية الرسمية قبل جلسة الاستماع الأولى،" المادة 27 من الاتفاقية تنص أيضا على أن اتفاقا على التحكيم وفقا لأحكام هذه الاتفاقية ما يمنع إحالة النزاع إلى محكمة أخرى[48] أو للطعن في قرار التحكيم[49]، ويرى البعض أن الاتفاقية في نصها لإعطاء هيئة التحكيم فرصة للنظر[50] في ولايتها القضائية، فإنه يشير إشارة واضحة لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وعلى هذا الأساس الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري، فضلا عن الأحكام القانونية الحالية في مجال التحكيم الدولي، فقد اعتمد مبدأ الاستقلال، وقال أحد الفقهاء [51] استقلال شرط التحكيم، الذي سيسمح للطرف الراغب في التهرب من التحكيم بتأجيل إجراءاته وفي رأينا أن الاتفاقية العربية لا تتضمن بين نصوصها استقلالية شرط التحكيم في المعاهدة الأصلية، حيث أن المادة تشير إلى مبدأ الاختصاص القضائي وأن كل مبدأ لا يعتمد على مبدأ آخر.

---

[46]- فوزي محمد سامي، مرجع نفسه .،ص43
[47] - درويش الوحيدي، مرجع نفسه .،ص19
[48] - فوزي محمد سامي، مرجع نفسه .،ص13
[49] - درويش الوحيدي، مرجع نفسه .،ص41
[50] - فوزي محمد سامي، مرجع نفسه.،22
[51] - عبد الحميد الأحدب، الجزء الثاني، مرجع نفسه .ص33

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الباب الخامس

قانون المرافعات الليبي

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الباب الخامس

قانون المرافعات الليبي

قام المشرع الليبي بكتابة قانون التحكيم في الباب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية ، وهي من المواد 739 حتى المادة 777 ، فتحدث في الفصل الأول عن التحكيم بشكل عام واضاف عناوين له حول الاتفاق على التحكيم والأحوال التي لا يصح فيها التحكيم في شانها ، وأحوال المحكم ، واثبات مشارطة التحكيم ، وخص بذلك موضوع النزاع الذي نحن بصدده نبحث في هذا الشان، وتعدد المحكمين، والتفويض بالصلح ، والاختلاف على المحكمين وغيرها من الاجراءات التي تستند عليها المحكمة في اجراء اتها، ومما يعيب باب التحكيم الليبي أن المشرع لم يفرد له قانون مستقل ، بل جعله باباً من أبواب قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ولم ينكر أنواعه صراحة ، بل ذكرها ضمنياً بين نصوصه المنصوص عليها هذا الخصوص .

ولقد عرفت ليبيا منذ فترة طويلة بنظام الاستثمار الأجنبي، وكان هذا في مجال النفط وقدر صدرقانون النفط الليبي في مايو 1955،[1] وأحكامها في اهتمام المستثمرين الأجانب بسبب السياق التاريخي والاقتصادي الذي كان أفرج عنه، وهيمنة الشركات الأجنبية، التي شاركت في إعداده فحرم الدولة الليبية من امتيازات الإدارة التي تخولها سلطة تعديل العقد أو إخضاع المنازعات الناشئة عنه إلى العدالة الإدارية وينص على استبعاد اختصاص النظام القضائي الوطني وكان شرط التحكيم واحدة من ضمانات الأولى المطلوبة من قبل المستثمر

[1] - قانون البترول ، (1955)

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الأجنبي، والتي من شأنها أن تكون أكثر ملاءمة للإشارة إلى مؤسسة تحكيم الغربية.[2]

في أوائل السبعينات من القرن الماضي وفي البلاد لاحظت حركة الدولة في المناطق الحضرية ونشطة اقتصاديا، والتي بدأت للحد من متطلبات قانون التحكيم الدولي رقم 76 لسنة 1970 ميلادي أن المادة الأولى كان ممنوعا لتقديم طلب التحكيم في العقود التي تكون الدولة حيث جاء فيها فيها "كل مادة في العقود التي تبرمها الوزارات والهيئات والمصالح العامة، بما في ذلك تسوية المنازعات الناشئة عن العقود والتحكيم أو ولاية هيئة ، باستثناء النظام القضائي الليبي وتستبعد أطراف العطاء أي معدل مرتبط بهذا الشرط إذا لم يتنازل مقدم الطلب عن ذلك " ولكن ما هي الا أشهر قليلة حتى صدر القانون رقم 1 لسنة 1971

وهو ذات ما ورد باللائحة تحت رقم 813 والصادر في سنة 1983 مع النص على أن يكفل للجانب الليبي نفس الفرص فيما يتعلق الامر باختيار المحكمين وسلطاتهم وصلاحياتهم ، بعد ذلك صدر المشرع القانون رقم 5 لسنة 1997 بشأن تشجيع استثمار رؤوس الأموال الأجنبية وأستحدث من خلاله هيئة تشجيع الاستثمار وأعاد بموجب مادته 24 للقضاء الوطني اختصاصه في نظر منازعات الاستثمار ، حيث نصت نصَّت على أنه يعرض أي نزاع ينشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة إما بفعل المستثمر أو نتيجة لإجراءات اتخذتها ضده على المحاكم المختصة في ليبيا ، إلا إذا كانت هناك اتفاقية ثنائية بين ليبيا

[2] - فرج أحمد معروف ، "*دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار*" ، (الدوحة: ورقة مقدمة إلى المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية ، 24 - 26 سبتمبر 2013)ص5

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

والدولة التي ينتمي إليها المستثمر أو اتفاقيات متعددة الأطراف تكون ليبيا والدولة التي ينتمي إليها المستثمر طرفين فيها ، تتضمن نصوصاً متعلقة بالصلح أو التحكيم أو اتفاق خاص بين المستثمر والدولة ينص على شرط التحكيم .

ومع وجود هذه النصوص والقوانين التي أعادت للقضاء الوطني الاختصاص بنظر في منازعات الاستثمار ولو جزئيا إلا أن حرص المستثمر الأجنبي على وضع شرط التحكيم ضمن بنود العقد أبقى تلك النصوص حبراً على ورق ، وكبدت الكثير من دعاوى التحكيم الجانب الليبي تكاليف باهضه خاصة في المشاريع الكبرى [3] ومن ذلك قضية الخرافي التي كانت ليبيا طرفا فيه .

أما عقود المقاولات الصغرى التي كانت من نصيب شركات أجنبية صغيرة لا تحضي بشهرة عالمية فقد كانت تخوض منازعاتها للقضاء الوطني وقد تعاطى معها القضاء الليبي من خلال دوائر القضاء التجاري بمهنية وأقر فيها أحكاماً أنصفت الطرفين ومنها شركات تركية ويونانية ولم تجحف المحاكم الليبية على مختلف درجاتها في حق المستثمر الأجنبي الذي كان يعامل على قدم المساواة مع إدارات وأجهزة الدولة المتعاقدة بعكس التحكيم الدولي الذي أجحف في حق الدولة الليبية من خلال اصداره أحكاماً جائرة ضدها متجاهلاً الكثير من المعطيات والظروف الاقتصادية في البلاد .

احتكرت الدولة الحداثة مهمة تنظيم القضاء كمرفق عام بعد أن منعت الأفراد من استعمال القوة للحصول على حقوقهم او الدفاع عنها كما هو سائد في المجتمعات القديمة ، وبالتالي فان غاية هذا الفضاء إرساء العدل وإعطاء كل ذي

[3] - المرجع السابق ،ص8

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

حقاً حقه ، وذلك عن طريق المحاكم التي وجدت أصلا لتوفير الحماية القضائية لمن يطلبها ، فحددت الدولة في قانون المرافعات المدنية والتجارية والقوانين المكملة له هذه الحاكم والعاملين بها واختصاصاتها وكيفية اللجوء إليها والتي يمكن الوصول اليها سواء أكان عن طريق العريضة أو بواسطة الدعوى و ستتناول كل هذه الموضوعات بالتفصيل ، الا أن الدراسة تقتضى تعريف قانون المرافعات وبيان خصائصه وقواعد سباته من حب الزمان[4] .

الفصل الاول - مفهوم قانون المرافعات:

يطلق اصطلاح قانون المرافعات على مجموعة القواعد والأوضاع والاراء التي يجب ضمان مراعاتها للوصول الى حقوقهم ومعرفت واجباتهم ، كما يجب عليا الحاكم اقامة العدل بين الناس والمساواة بينهم ، معنى آخر هو القانون السلطة القضالية ، وإيضاح اختصاص المحاكم والاجراءات المنصوص عليها في القانون[5] وبالتالي قانون المرافعات يحتوي على قواعد تنظم العديد من الموضوعات والاجراءات منها قواعد ترتيب المحاكم المدنية وتشكيلها وبيان اعتصاصها ، والقواعد المتعلقة بالقضاة وأعوانهم كالمحامين والكتبة والقانونيين ورجال القضاء وغيرهم ، وسير القضايا بين المحاكم المختلفة كل حسب الاختاص المنوط بيه ، وتحديد نطاق سلطة كل محكمة وإجراءات رفع الدعوى إلى المحكمة ، ووسائل الدفاع أمامها ، إلى حين صدور فيها يقبل الطعن والتنفيذ كما يتضح معناه الى انه تقديم المستندات الدالة ، والمدعمة للطلب المقدم إلى القاضي حيث المرافعات أوجب المشرع ضرورة ارفاق مستند أصل الحق أي

---

[4] -رمزي سيف الوسيط في شرح قانون المرافعات ط1958 ص8

[5] - وجدى راغب، مفهوم التحكيم وطبيعته ، الدورة التدريبه للتحكيم ،(الكويت: كليه الحقوق – جامعه الكويت , سنه 1993 ،) ص3

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

تلك الورقة التي تؤكد علاقة المديونية بين الدائن والمدين كما استوجب المشرع أن يكون هذا الدين مكتوبا نافيا للجهالة سواء أفي ورقة رسمية أم غيرها ، إضافة إلى أن أصل الدين يجب أن يكون محدد المقدار .[6]

وخلاصة القول أن قانون المرافعات هو مجموعة القواعد الإجرائية التي تهدف معرفة الحق وارجاعه الى صاحبه وحمايته القانونية سواء أكان في مرحلة التقاضي أو في مرحلة التنفيذ

المبحث الاول - خصائص القانون المرافعات: هناك عدة خصائص يمكن حصرها في الاتي :

1- الطابع العام : للمرافعات الشكلية حيث يحدد الاجراءات والأشكال التي يتعين اتباعها من قبل طرفي الخصوم عند اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالحماية القانونية ، و يترتب على عدم احترام تلك المشكلات جزاء البطلان الذي قد يؤدي إلى ضياع الحق أحيانا فلا نجد أن المشرع اوجب اشنمال صحيفة الدعوى على بعض البيانات الجوهرية ورتب على عدم مراعاتها بطلان الصحيفة

2- الطابع الآمر : هو الذي يطمح اليه قانون المرافعات مع حسن سير العدالة والمساواة ، وبالتالي من البدهي أن تكون قواعد آمره لتعلق معظمها بالنظام العام .

فلا يحق للأفراد الاتفاق على مخالفتها وعلى القاضي أن يطبقها من تلقاء نفسه ، ويمكن لكل خصم التمسك بها وفي أي حالة تكون عليها الدعوى ، أما إذا كانت

---

[6] - الكوني اعبوده ، *قانون عالم القضاء*، ج2 منشورات جامعة ناصر ط1998 ص404

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المصلحة تخص الصالح العام فإنها تعتبر امرة بحيث لا ينبغي مخالفتها ، وإلا كان الاتفاق باطلا وتجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من أن معظم قواعد قانون المرافعات تتعلق بالنظام العام ، كولاية المحاكم وقواعد الاختصاص النوعي ، وطرق الطعن وغيرها إلا أن هناك بعض القواعد لا تعتبر من النظام العام لارتباطها مصالح الخصوم القواعد الاختصاص المحلي .

3 - قانون المرافعات بعتباره الشريعة العامة ، يعتبر قانون المرافعات الشريعة العامة باالنسبة الإجراءات المعمول بيها قضائياً .

المبحث الثاني - أنواع التحكيم في القانون الليبي :

لم يذكر المشرع الليبي بشكل واضح أنواع وتقسيمات التحكيم ، وإنما يمكن استخلاصها من قانون التحكيم الليبي المنصوص عليه في بابه الرابع من قانون المرافعات المدنية ، حيث نصت في المادة 739 مانصه يجوز للمتعاقدين أن يشترطوا بصفة عامة عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في المستقبل في تنفيذ عقد من العقود بين المحكمين ويجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين من النزعات القائمة بينهم بمشارطة تحكيم خاصة ، ويتضح لنا من هذا النص أن للتحكيم قسمين وهما التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري .

اولا- التحكيم الاختياري :

هوالتحكيم الذي يذهب إليه الخصمان بكامل ارادتهم كوسيلة لما ينشا عن معاملاتهم من نزاع [7]، وهو الأصل في التحكيم ، لأن الأصل فيه الاختيار لا

[7] - منتدي المحامين العربي ، الواسع التحكيم ،http : //www. mohamoon montada . com 3-3-2018

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الإجبار ، و عليه فلا إجبار لأي من الخصمين على الآخر في اللجوء إلى التحكيم ، و الأصل في التشريعات جميعها أن القضاء هو أحد مظاهرالسيادة الدولة على الافراد و هي السلطة الوحيدة التي لها الحق في فرض إرادتها وسلطتها على الأفراد في إخضاعهم للقضاء الوطني داخل الدولة ، وعليه فإن القوانين بناء على السلطة المطلقة على أرض الإقليم هي التي تخضع الأفراد، أيضاً اللجوء إلى التحكيم في بعض أنواع النزعات ، إلا أن ذلك لا ينفى في النهاية الصفة الاختيارية برغم ذلك الإجبار ، حيث أن التحكيم لابد و أن تتم صياغته في شكل اتفاق دائماً .

ثانيا - التحكيم الإجباري :

هو ذلك التحكيم الذي يفرض على الطرفان في بعض المنازعات ينص القانون على خضوعها للتحكيم ، وكذلك من حيث مكان صدور الحكم ، فقد نص باب التحكيم في مادته 761 مايلي يجب أن يصدر حكم المحكمين داخل حدود الأراضي الليبية والا اتبعث في شانه القواعد المقررة الاحكام الصادرة في بلد اجنبي ، في هذا النص قد فرق المشرع بين نوعين من التحكيم ، وهما التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي .

المبحث الثالث : اتفاق التحكيم بين توافق الآراء والشكليات وفقا للتشريعات الليبية :

التحكيم هو عمل قانوني حيث يتنازل المحكمون عن حقهم الدستوري في التقدم بطلب إلى الولاية القضائية للدولة والضمانات القانونية الهامة التي لديهم، مع التعهد بتقديم نزاعاتهم أو نشأت في المستقبل، إلى واحد أو أكثر من المحكمين، وتنظم التشريعات هذا العقد لفترة طويلة وقد وضعت قواعد قانونية

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

لضمان سلامة رضا المتعاقدين ومن بين هذه القوانين القانون الليبي الذي يحكم التحكيم في الفصل الرابع من قانون الإجراءات المدنية والتجارية، الذي نشر في الجريدة الرسمية غير أن هذه القاعدة تقتصر على التحكيم الداخلي وهو غير مهتم بالتحكيم التجاري الدولي الذي لم يكن له أهمية في تطوير التشريعات الليبية وأعقب ذلك المشرع المصري قبل صدور القانون رقم 27 لسنة 1994، وهو مشروع القانون التجاري الدولي للتحكيم النموذجي الذي أعدته لجنة الأونسيترال وهذا هو النهج المعتمد في مشروع قانون التحكيم الليبي لعام 2010، الذي لم ينشر بعد توافق الآراء والشكليات. يثير اتفاق التحكيم العديد من الأسئلة التي لم يأخذها المشرع الليبي بعين الاعتبار، كما هو الحال في مشروع القانون الجديد بشأن التحكيم الليبي. وتشمل هذه القضايا شكل الارتياح في اتفاق التحكيم .

اولا- الرضائية في اتفاق التحكيم :

ويعتبر اتفاق التحكيم عقدا للقانون الخاص ينظمه مبدأ إرادة السلطة وتطبق القواعد العامة التي تنظمها النظرية العامة للقانون[8] وبناء على ذلك، يجب الوفاء باتفاق التحكيم. وإلا، فإن الاتفاق غير موجود [9]، على الرغم من أن هذا الارتياح هو الصحيح وخالي من العيوب الاحتيال والإكراه والاستغلال وبالنظر إلى وضوح مسألة موافقة وعيوب العديد من القضايا التي يرفع في احترام اتفاق التحكيم، واتفاق التحكيم في هذا الصدد، فضلا عن غيرها من العقود تخضع

---

[8] نبيل إسماعيل عمر، *التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية*، (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2008)،ص9

[9] - محمود السيد التحيوي، *اركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته*، (الإسكندرية : دار الفكر الجامعي، 2008)، ص135

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، وسوف يكون كافيا، ويجب أن تصدر الارتياح الشخص الذي لديه القدرة اللازمة للتوقيع عليه،

ثانيا - وجود رضا في اتفاق التحكيم:

اتفاق التحكيم يخضع لإرادة أطراف النزاع على أساس مبدأ التعبير عن إرادتهم أن يكون لها أثر قانوني على اختيار نظام التحكيم لتسوية المنازعات التي قد تنشأ في المستقبل[10]، على شرط أن يتم إصدارها من قبل شخص يعرف ما هو مقبول وما هو معروف عن سلوك وحقوقهم ومسؤولياتهم، مع العلم أن القانون لا يتفق مع هذه الإرادة، إذا لم يتم التعبير عنه في شكل معين[11].

أ. شكل التعبير عن الإرادة لإبرام اتفاق التحكيم :

الارادة هي قضية نفسية، وبالتالي فإنه لا يكفي للكشف عن اتفاق التحكيم، ويجب أن يفصح عنها صاحب نفس العالم الخارجي بالتعبير عن ذلك[12]، وأن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون صريحا ويمكن ضمنا وفقا للقواعد العامة للتعبير عن إرادة المتعاقدين، على أهمية وخطورة ما يأتون، لذلك لا تأخذ قراراتها إلا بعد تفكير عميق وانعكاس لإرادة واضحة وصريحة [13] ، والقانون لا يأخذ بعين الاعتبار إرادة، كان معبرا عنها، وسوف التعبير أصبح وجود المادي خروجه من صاحبها[14]، ولكنه لا يعطي أثر قانوني إلا من وقت لارتباطه بعلم شخصه

---

[10] - محمد علي البدوي، *النظرية العامة للالتزام*، ، (بنغازي : دار الكتب الوطنية ، ج 1، ط4، 2003)،ص48

[11] - عبد الفتاح عبد الباقي، *نظرية العقد والإرادة المنفردة*، (القاهرة : دار النهضة العربية ، 1984)، ص88

[12] - محمود السيد التحيوي، المرجع نفسه، ص128 .

[13] - محمد بن ناصر البجاد، " *التحكيم في المملكة السعودية* "، منشورات مركز البحوث والدراسات الإدارية، الرياض، ط1 (1999).ص60

[14] - محمد علي البدوي، المرجع نفسه .ص18

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

بموجب قانون خاص وكلام والكتابة ، والتي عادة ما تباع، أو اتخاذ موقف، لا تسمح الظروف يشكون من أهمية الحقيقة.

1- التعبير عن الرضا بواسطة الكتابة التقليدية الخطية :

قدمت المادة 739 من قانون المرافعات الليبي: على أنه: "يجوز للمتعاقدين أن يشترطوا بصفة عامة عرض ما قد ينشأ بينهم من نزاع في تنفيذ عقد معين على التحكيم "يتضح من القراءة الأولية للنص السابق، أن المشرع الليبي لم يستلزم طريقاً محدداً للتعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم[15] ولهذا يمكن القول إنه أخذ بمبدأ الرضائية في العقود الذي يكتفي بتوافق إرادة المتعاقدين على إبرام العقد دون الحاجة إلى إجراء آخر[16]

ولذلك، فإن جزءا من العلاقة القانونية قد التعبير عن إرادتهم إلى إبرام اتفاق التحكيم من قبل أي من وسائل التعبير، المنصوص عليها في القانون المدني الليبي، نصت على أنه: "لا تثبت مشارطة التحكيم إلا بالكتابة" وهذا التعبير يمكن ان يثبت جميع الأدلة يعني المنصوص عليها في القانون: مثل الاعتراف بحق وشهادة وتبادل الرسائل بين الطرفين ومع ذلك، فإن المادة (742) "شرط التحكيم ليست مكتوبة إلا كتابة". يعتقد القانون الذي طلب المشرع الكتابة إلى اتفاق التحكيم تنطبق أيضا على شرط التحكيم، لتوحيد الأعمال في كلتا الحالتين، مذكرا الأطراف المعنية أنهم يرفضون من خلال محكمة عامة[17] بعكس الوضع

---

[15] - فضل آدم فضل، *التحكيم في منازعات الاستثمار*،(أطروحة دكتوراة - جامعة طرابلس، كلية القانون، 2009)،ص9

[16] - محمد علي البدوي، المرجع نفسه،ص80

[17] - الكوني علي اعبوده، " *اتفاق التحكيم في العلاقات النفطية*"، ليبيا: صحيفة العدالة، تصدر عن الإدارة العامة للعلاقات والتعاون ، السنة 1، العدد9 ، 2006،ص32

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

في مشروع قانون التحكيم الليبـي لسـنة 2010م الـذي نـص بموجب المادة 5منه يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كـان بـاطلاً ، في هذا النص نجد أن مشروع قانون بشأن نهج التحكيم الليبي اعتمد التشريعات الحديثة ، والذي يتناول قضية كتابة شروط وجود اتفاق التحكيم وصلاحيتها، ويعتبر أن الرسالة هو أداة فقط للتعبير عن الإرادة، وبالتالي يجب أن تتوافق مع كتابي والكلمات من إرادة أولئك الذين ينسب إليهم، والتعبير الحصري المكتوب في التشريع الليبي، يعني إضاعة كل قيمة قانونية مرضية أعرب عن طريق أخرى غير الكتابة، ما لم ينص على خلاف ذلك في كتابة المحرر، هناك شكلي عندما يتدخل القانون للحد من التعبير عن إرادة بعض الصناديق أو الصناديق واستبعاد وسائل أخرى وعلى الرغم من أن مشروع قانون بشأن التحكيم الليبي يعتبر أن تكون مكتوبة كجزء من اتفاق التحكيم، ليست هناك حاجة لكتابة في شكل نموذج خاص، فمن المستحسن في شكل رسمي أو رسالة عادية مكتوبة باليد أو الآلة الكاتبة، ومما لا شك فيه أن الغرض من هذه الرسالة هو لحمل أصحاب المصلحة في الترويكا قبل التحكيم، لأن الاتفاق الشفوي يحرم بسهولة من أحد الطرفين، ثم تختفي كل القيمة القانونية. وبالإضافة إلى التحقق من أن إرادة الأطراف في علاقة قانونية أدت بالفعل إلى اختيار التحكيم

ثالثا - توافر الأهلية لإبرام اتفاق التحكيم :

يقصد بالأهلية الأهلية اللازمة للاتفاق على حسم النزاع بالتحكيم ولا يمكن لشخص أن يجري اتفاق على تلك ، إلا إذا كانت له اهلية التصرف في حقوق المتعلقة بالنزاع المراد حسمه بالتحكيم وهو مانص علية المشرع الليبي في

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المادة 740 من قانون المرافعات المدنية ومعرفة القواعد القانونية التي تحكم مسائل الاهلية يتم الرجوع الى القانون الشخصي ، لاطراف النزاع .

ويعني الحق في المشاركة ما يلي: "إن حق الإنسان في الحصول على الحقوق والوفاء بالالتزامات وتنفيذ الإجراءات،[18] أي قدرة الشخص على القيام بأفعال قانونية على نفقته الخاصة [19]، أن وجود التوفيق لا يكفي للتسوية النهائية للمعاهدة. ولكي يتم حل العقد نهائيا، يجب أن يكون إجراء التوفيق هذا صحيحا وكفؤا ولاغيا ، وبسبب الافتقار إلى الإرادة، وطالما يتم ذلك، ما هي درجة الحاجة إلى حق الموضوع، سواء كان شخص طبيعي أو معنوي للموافقة على التحكيم ونرد على ذلك في الفقرات التالية:

أ. أهلية الشخص الطبيعي لإبرام اتفاق التحكيم : قد يكون الاتفاق التحكيمي قد أبرم من قبل المحتكم أصالة أو وكالة على النحو التالي-:

المبحث الرابع : أهلية المحتكم أصالة لإبرام اتفاق التحكيم

وقد نظم المشرع الليبي هذه المسألة في القواعد العامة التي تنظم التحكيم في قانون المرافعات وتنص المادة (740/2) على أنه لا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه، وهذا ما ذهب إليه مشروع قانون التحكيم الليبي، حيث نص في المادة5 منه على أنه يجب أن تتوافر في أطراف اتفاق التحكيم أهلية التصرف في حقوقهم .

---

[18] - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع نفسه.ص44

[19] - الكوني علي اعبوده ، *أساسيات القانون الوضعي الليبي*، المدخل إلى علم القانون، (طرابلس : المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ، ج 2، ط 4، 2003 م) ص136

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الحق في التصرف في حقوق المحكم،[20] ومن ثم اعتمد المشرع الليبي منهج معظم القوانين التي تتطلب سلطة التصرف، وليس فقط قدرة التقاضي التي تشمل صلاحيات الخصم لأداء العمل الإجرائي [21]، أو كان باسمه أو لمصلحة الآخرين، للمشاركة في اتفاق التحكيم هو القدرة على التصرف، فالشخص الذي لا يستطيع التصرف في حقوقه كقاصر [22] ولا يجوز للولي أو الوصي أو الوصي أن يدخل في اتفاق تحكيم إلا بعد الحصول على إذن المحكمة[23] ونتيجة لذلك، خرج المشرع الليبي عن القاعدة العامة التي تحكم الأهلية التي تثبت للقاصر المأذون له بإدارة أعماله بالالتجاء إلى القضاء في المسائل المأذون له فيها بالإدارة ، وكذلك الولي والوصي والقيم إذ لا يملك هؤلاء التصرف في أموال من هم تحت رعايتهم إلا بإذن من المحكمة بالرغم من أن لهم قاعدة عامة صفة التقاضي نيابة عنهم [24].

اولا- أهلية المحتكم وكالة لإبرام إتفاق التحكيم:

ويقتضي اتفاق التحكيم أن يكون له الحق في التصرف في موضوع التحكيم المناسب. ولذلك، ليس هناك التزام على الأطراف المعنية بالدخول في اتفاق تحكيم[25]، ولكن لهم الحق في تعيين آخرين لإتمامها. ومع ذلك، مطلوب هذه القوة، وفقا للقواعد العامة، إذن خاص من العميل: المادة 732 قانون المرافعات الليبي ، التي تنص على حيث تنص على أنه :لا يصح بغير تفويض خاص

---

[20] - محمود محمد هاشم، *النظرية العامة للتحكيم*، الجزء الأول، اتفاق التحكيم ، (القاهرة: دار الفكر الجامعي، ، 1990م)،ص112

[21] - المادة11 :قانون التحكيم المصري، والمادة6 :قانون تحكيم يمني-

[22] - أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري، مجلة الحقوق، السنة السادسة، العددان الأول والثاني، 1952-1954م -

[23]. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، *التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية*،(الجزء الأول، الطبعة الأولى، 1998م)

[24] - احمد أبو زقي ، " أوراق في التحكيم"، منشورات جامعة قار يونس، (بنغازي :الطبعة 1 ، 2003)

[25] - الكوني علي اعبودة ، اتفاق التحكيم في العقود النفطية، المرجع نفسه ص18.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الإقرار بالحق المدعي به وإلا التحكيم فيه" وكذلك المادة702 مدني ليبي التي عالجت مسألة الوكالة الخاصة.

ومن ثم لا يملك الوكيل وكالة عامة ، إبرام اتفاق تحكيم، لأنه ليس له أهلية التصرف، ولكن له أهلية الإدارة والحفظ فقط، وعلى هذا فإن الوكالة العامة التي ترد في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها لنوع العمل القانوني محل التوكيل لا تخوله القيام بذلك[26] فاتفاق التحكيم يتطلب وكالة خاصة من الموكل تخول الوكيل سلطة إبرام اتفاق التحكيم، شريطة أن يكون العميل مؤهلا بالكامل، له عواقب إجرائية خطيرة، مثل التنازل عن الحق في رفع دعوى القدرة على التصرف ضرورية لإبرام اتفاق التحكيم من لحظة إبرام الاتفاق في حالة وفاة أحد الطرفين[27]، وكان من ورثته قاصرا: المادة 750 من قانون المرافعات الليبي.

ثانيا - أهلية الشخص الاعتباري لإبرام اتفاق التحكيم :

الشخص الاعتباري يطلق عليه الشخص المعنوي ويقصد به: مجموعة من الأشخاص أو من الأموال يجمعهم تحقيق هدف معين، وهذه المجموعة تعد شخصاً واحداً لها كيان مستقل عن الأشخاص أو الأموال المكونين لها[28] مثل الدولة والمدن والمؤسسات والجمعيات والسلطات والشركات المدنية والتجارية وتنقسم الكيانات القانونية إلى كيانات قانونية مشتركة وكيانات قانونية خاصة، وهي ممثلة على النحو التالي:

1 - **الأشخاص الاعتبارية العامة:** وهي هيئات تفي بمصالح المصلحة العامة، كليا أو جزئيا، عن طريق إدارة بعض الأشياء التي يقصد بها تحقيق هذه

---

[26] - محمود محمد هاشم، المرجع نفسه،

[27] -أحمد أبو زقيه، أوراق في التحكيم، المرجع نفسه،

[28] محمد الجيلاني البدوي، " قانون النشاط الاقتصادي" ، (ط 5 ، 2005)

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المصالح، وينص عليها قانون الشخص الاعتباري[29]، مثل الدولة والمؤسسات والهيئات الحكومية وتختلف أحكام التشريع بمنح الكيانات الاعتبارية الحق في الإبرام

اتفاق التحكيم يقبل المشرع الليبي على نحو متعمد التحكيم بالنسبة للدولة وكياناتها القانونية العامة ضد مستثمر أجنبي بين الحظر وإذن محدود للحصول على إذن من السلطات المعنية [30] ويتوافق هذا الحظر مع القانون رقم 76 لعام 1970، الذي تنص المادة الأولى منه على أن أي تحفظ يرد في العقود التي تبرمها الوزارات والمصالح العامة والمؤسسات والهيئات باطل، بما في ذلك تسوية المنازعات التي قد تنشأ نتيجة للتحكيم.

على الرغم من أن الجواز المحدود أدرج في قائمة العقود الإدارية لسنة 1988 المعدلة في عام 2007 وتنص المادة 83 منه على أن يراعى النص في العقود الإدارية -بصفة أساسية على اختصاص القضاء الليبي في المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود، ويجوز إذا اقتضت الضرورة في حالات التعاقد مع جهات غير وطنية وبموافقة اللجنة الشعبية العامة سابقاً أن ينص في العقد على الالتجاء للتحكيم بمشارطة تحكيم خاصة ويجب في هذه الحالات أن تحدد مشارطة التحكيم أوجه النزاع التي يلجأ فيها إلى التحكيم وإجراءاته وقواعد اختيار المحكمين بما يكفل للجانب الليبي فرصة متكافئة في اختيارهم وتحديد مدى ما للمحكمة من سلطة واختصاص والجوانب الأخرى المتطلبة لهذا الغرض، ويراعى في كل ذلك عدم الاتفاق على التحكيم بواسطة محكم منفرد

[29] مسعود مادي، فاضل الزهاوي، " الشركات التجارية في القانون الليبي " ، (منشورات جامعة الجبل الغربي، ط 1 ، 1997)

[30] - فضل آدم فضل، المرجع نفسه.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وهذا يتنافى مع قانون التحكيم الليبي الذي، حيث لا يوجد نص في هذا القانون يمنع ذلك [31] وفي قانون التحكيم المصري، يحق للكيانات العامة أن تدخل صراحة في اتفا ورهنا بموافقة الوزير المختص أو سلطته القانونية [32] يمنح القانون الفرنسي الكيانات القانونية الصناعية والتجارية للكيانات القانونية العامة، ولكن في إطار العمليات التجارية الدولية، يحق للأشخاص الاعتباريين التجاريين والصناعيين العاديين في فرنسا الاتفاق على التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن عقودهم التجارية الدولية، ويحذو القانون الايطالي حذو القانون الفرنسي في ذلك . [33]

2- الأشخاص الاعتبارية الخاصة

وهذا يعني مجموعة من الأشخاص أو الأصول، بما في ذلك تكوين معين لتحقيق الأهداف التي يمكن أن يقوم بها الشخص المعني من الكيانات الخاصة والشركات، ونحن نعلم أن هذه الشركات تتطلب الفرد لإدارة واتخاذ القرارات اللازمة لتحقيق أهدافها أو أجنبيا، لممارسة حقوقهم وتعمل من خلال ممثلها القانوني، رئيس مجلس الإدارة أو المدير التنفيذي يقوم ممثل أن يكون أداة من خلالها هذه الشركات تعبر عن إرادتهم، بالإضافة إلى تسيير شؤونها.

ذهب الدكتور السنهوري إلى القول: يجوز للمدير أن لا تشارك في أي نشاط ليست ضرورية لأغراض الشركة، أو عن طريق التوفيق أو التحكيم إلا اتفاق شريك[34] وهذا يعني أن صلاحيات الممثل القانوني للشركة لم لا تسمح له

---

[31] - " مشروع قانون التحكيم الليبي" المادة رقم1 ،ص3

[32] - أمل خليفة البكوش، " التحكيم الدولي ودوره في فض المنازعات المتعلقة بقانون الاستثمار الليبي وقانون الاستثمار المصري" ، (رسالة ماجستير- أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، 2006م ،)،ص94

[33] - أحمد الشيخ قاسم، " التحكيم التجاري الدولي"، (أطروحة دكتوراة - منشورات، دمشق، دار الجاحظ، للطباعة والنشر، ط،1994،1)

[34] - السنهوري - *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*، (بيروت : دار إحياء التراث العربي، بدون تاريخ)،ص309

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

بالدخول في اتفاق التحكيم إلا بموافقة الشريك، ويقول بعض الفقهاء[35] أن لا يسمح لرئيس شركة مساهمة المجلس إلى الدخول في شرط التحكيم، وأنه لا يستطيع أن يفعل ذلك ما دام لا يوجد اتفاق الاجتماع العام لشركاء

وينبغي أن إزالة النزاع من اختصاص المحاكم. في حين قال القضاء الفرنسي أن الرئيس لشركة، قدمت مجلس الإدارة ككل، قد تدخل إدارة الهيئة في اتفاق التحكيم نيابة عن الشركة، حتى لو لم يتم تعيين بشكل خاص إلى هذا العمل.[36] .

طالما يقوم رئيس مجلس الإدارة الحق في التصرف نيابة عن الشركة لتحقيق أهدافها وتنفيذ أنشطتها، فإنه يمكن، على وجه الخصوص، إلى إبرام اتفاق التحكيم ضمن صلاحياته لحل المنازعات الناشئة عن مثل هذه الأعمال. وغني عن القول أن ممثل الكيان القانوني يجب أن تكون مؤهلة بشكل كامل وفقا التشريع الوطني.

ثالثا - الجزاء المترتب على مخالفة قواعد الأهلية

إذا كان الشخص لا يوجد لديه الحق في التصرف من أجل إبرام اتفاق التحكيم يشكل انتهاكا لقواعد القانون اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم، الاتفاق الذي وقع غير صالح، ولكن يمكن طرح السؤال عما إذا كان غير صالح، انها البطلان المطلق ولم يتم توفير البطلان النسبي القانون وبالتالي وقع العبء على الفقه الذي انقسم بشأن نوع الجزاء إلى اتجاهين هما-:

---

[35] - علي يونس، *الشركات التجارية - الشركة المساهمة*،(القاهرة : دار الفكر العربي، بدون تاريخ)

[36] - عاطف محمد الفقي، *التحكيم في المنازعات البحرية*، (القاهرة : دار النهضة العربية، الطبعة 1، 1997)،ص125

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ا- البطلان المطلق كجزاء لتخلف الأهلية:

واصل مؤيدو هذا الاتجاه[37] القول ما إذا كان اتفاق التحكيم قد أبرم من قبل أولئك الذين ليس لديهم ذلك الحق في التصرف في حقوقهم، اتفاق التحكيم يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً، الإجراءات التي بنيت عليها باطلة، من حيث صلتها بالنظام العام وللمحكمة الحق في التصرف فيها بشكل مستقل، ويمكن لكل خصم أن يصر على ذلك الاعتراف باتفاق التحكيم، إذا تم نقل المسألة إلى النظام القضائي أو إلى محكمة التحكيم على أساس صفر، ويمكن لأي شخص أن يصر على هذا .

ب- البطلان النسبي ـ كجزاء لتخلف الأهلية:

وبينما استمر مؤيدو البطلان النسبي[38] في الحديث عن حقيقة أن البطلان المترتب على إبرام اتفاق تحكيم من شخص ليس له الحق في التصرف في حقوقه لاغية وباطلة وفي النظام العام، لا ينبغي للمحكمة أن تقرر بشكل مستقل، وبالتالي، عرض النزاع على هيئة تحكيم جاز للقاصر أو من يمثله قانوناً التمسك ببطلان اتفاق التحكيم، ولا يجوز لأي شخص آخر التمسك بهذا البطلان ، كما تقرر لصالح ما يبدو أن أول وهلة سلبية مطلقة من المرجح لأن معظم وتتطلب القوانين التي تنظم أحكام التحكيم أمرا بإبرام اتفاق تحكيم المادة 740 من قانون التجارة الليبي والمادة 11 من القانون والتحكيم المصري، والمادة 22/1 من قانون المعاملات المدنية السودانية وبالتالي فإن فاقد الأهلية أو ناقصها لا يستطيع الاتفاق على التحكيم وإلا كان هذا الاتفاق باطلاً بطلاناً مطلقاً.

الفصل الثاني: الشكلية في اتفاق التحكيم.

---

[37] - أحمد أبو الوفا، *التحكيم الاختياري والإجباري*، (الإسكندرية: منشأة المعارف، 2000)،ص57

[38] - عزمي عبد الفتاح، *قواعد التنفيذ الجبري*، في قانون المرافعات،(القاهرة : دار الفكر العربي ،1984)ص244

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

إن كتابة اتفاق التحكيم هو أحد الركائز الخاصة اللازمة لصلاحية اتفاق التحكيم، ووفقا لمعظم قوانين التحكيم .

المبحث الاول - طبيعة الكتابة في اتفاق التحكيم :

الكتابة تأخذ المكان الأول في ترتيب الأدلة،[39] كما هو الحال في الشريعة الإسلامية أو القانون الوضعي ، وتركز الشريعة الإسلامية على مشكلة الكتابة وتحث عليها في قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ۚ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَن يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ۚ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا ۚ فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ۚ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ) [40]هو اتجاه الله سبحانه وتعالى يجب على العبيد المؤمنين أن يكتب في حالة الديون، من أجل توفير المال وتجنب النزاعات حول عدد ونطاق، والغرض من الكتابة هنا هو الوثائق والمحافظة عليها. وهكذا، الكتابة هي واحدة من أهم طرق الإثبات التصرف حتى النزاع، ويكتب المشرع كأداة لإظهار السلوك القانوني في المسائل المدنية، وتنص المادة 378 من القانون المدني الليبي في غير المواد التجاريـة إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على عشرة دينارات، فلا يجوز البينـة في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص مخالف." وإذا كان مبدأ السلوك المثبت خطيا لا يسبب نزاعات طفيفة في المواد المدنية، وحقيقة أن الرأي لم يحل الشكليات المطلوبة بموجب اتفاق التحكيم، في حين يرى البعض

---

[39] - احمد صدقي محمود، *الكتابة في اتفاق التحكيم*،(القاهرة : دار النهضة العربية ، الطبعة 1، 2004) ، ص21

[40] - القران ، 1: 282

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

التشريعات لصالح الاجتهاد القضائي والفقه القانوني الذي يقضي بضرورة الكتابة في اتفاق التحكيم وللإثبات، ينظر البعض في شرط الكتابة في اتفاق التحكيم للنظر فيه، ولعل الخلاف حول ركن الكتابة في اتفاق التحكيم يرجع إلى آثار مختلفة قد تنشأ نتيجة لاعتماد اتجاه أو آخر.

اولا- الكتابة وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم :

تطلب المشرع الليبي الكتابة في مشارطة التحكيم حيث قرر في المادة 742 من قانون المرافعات الليبي على إنه: "لا تثبت مشارطة التحكيم إلا بالكتابة ."وينص حكم هذه المادة، الذي يتطلب أدلة خطية لدعم شرط التحكيم، على " شرط التحكيم في اتحاد القضية في كلتا الحالتين، مذكرا الأطراف المعنية التي يرفضونها من خلال النظام القضائي الذي أنشأته الدولة[41] "، وبالتالي يجب أن يكون شرط التحكيم مكتوبة، ولكن هذه الرسالة ليست شرطا للصحة، ولكنها ليست سوى شرط الإثبات.

هذا هو الاتجاه الصحيح في الفقه الليبي، الذي يعتقد أن الكتابة مطلوبة في ولا يقصد بعبارة التحكيم إلا الأدلة، وليس لصحتها أو لعقدها منذ الاتفاق التحكيم هو مجرد اتفاق إجماع الذي يحدث حالما يتم تبادل الموافقة المتبادلة والقبول فالأطراف، التي لا تتطلب أي إجراءات أخرى، ليست اتفاقا رسميا، لأن الرسالة ليست كذلك وهي ركن في العقد، وليس شرطا لصحته، ولكنها ليست سوى وسيلة لإثباته[42] ويتبع هذا النهج القانون الكويتي،

---

[41] - الكوني على اعبوده، *اتفاق التحكيم في العلاقات النفطية*، المرجع نفسه ، ص73

[42] - عبد الحميد أبو هيف، *طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية*، (الإسكندرية : منشأة المعارف، الطبعة 5، 1988م)،ص51

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

على النحو المنصوص عليه في المادة 1730 يعلن أن "التحكيم لم ينشأ إلا عن طريق الكتابة" وقانون الإجراءات القانونية الواجبة وتنص المادة 509 على ما يلي: لا يمكن إثبات التحكيم إلا بالكتابة ، وفي ضوء النصوص السابقة وغيرها من النصوص التي تأخذ هذا الاتجاه[43]، يمكن القول وتهدف هذه الرسالة لإثبات اتفاق التحكيم، وليس لصحة انعقاده، والكتابة بسيطة كوسيلة لإثبات العقد، مما يعني أن الدليل على وجود اتفاق التحكيم قد فشلت ولا تؤدي الرسالة إلى بطلان اتفاق التحكيم، لأن اتفاق التحكيم لا يزال غير متضرر ويمكن إثباتها بأي شكل من الأشكال[44]

ويلاحظ أن هذا التشريع الذي اعتمد فيه هذا الاتجاه لم يحدد فيه الجزاء المترتب في اتفاق التحكيم ومع هذا الصمت يمكن للمرء[45]أن يقول ذلك على أي حال، هذا هو مجرد وسيلة لإثبات التحكيم، وعدم وجود لغة مكتوبة ليست كذلك بطبيعة الحال، ينطوي على عدم وجود اتفاق التحكيم، ولكن يجعل رفضها باطلا، وبالتالي، ويعتبر اتفاق التحكيم اتفاقا توافقيا لا ينبغي كتابته بل يجب إثباته ومن ثم يمكن التوصل إلى الاتفاق عن طريق تبادل المراسلات أو الرسائل التي تحتوي على رغبة الطرفين في الطعن أمام محكمة التحكيم لتسوية النزاع بينهما[46].

ثانيا - الكتابة ركن في اتفاق التحكيم :

يتطلب القانون الليبي تأكيدا كتابيا لاتفاق التحكيم وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والتجارية في ليبيا. ومع ذلك، اعتمد مشروع التحكيم الليبي نهج معظم

---

[43] - احمد عبد الكريم سلامة ، *قانون التحكيم التجاري والداخلي*، دار النهضة العربية، (القاهرة : الطبعة الأولى، 2004م)، ص120

[44] - أحمد نشأت، *رسالة الإثبات*، دار الفكر العربية، ج 2، 1972

[45] - مصطفى الجمال عكاشة عبد العال، المرجع السابق،ص59

[46] - محمود السيد التحيوي، اتفاق التحكيم، المرجع السابق،ص28

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

القوانين الحديثة [47] في المادة 12 وأحكام القانون الإيطالي في المادة 807، اعتمد أحكام القانون المصري بشأن التحكيم، التي تنص على أن: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم كتابيا أو يلغى المادة 5/2 من مشروع قانون التحكيم الليبي".

ويتضح من سياق هذا الحكم أن مشروع قانون التحكيم موجود فقط بين شرط التحكيم او مشارطة التحكيم حيث أوجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا اعتبر باطلاً، وعلة اشتراط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم هو الحرص على عدم فتح الباب لمنازعات فرعية حول وجود أو مضمون هذا الاتفاق[48] على أنه إذا كان مشروع قانون التحكيم قد يتطلب إذن كتابي لاتفاق التحكيم، فإنه لا يتطلب إضفاء الطابع الرسمي. من كلا الجانبين. مشروع قانون التحكيم الليبي لم يتوقف هناك، لكنه ذهب أبعد من ذلك. وقال إنه يعلق أهمية كبيرة على تبادل الرسائل والبرقيات وغيرها من وسائل الاتصال المكتوبة. وهي المادة 5 من مشروع قانون التحكيم، أي تلك التي لم تكتشف بعد، ريثما تكتشف وسائل اتصال جديدة يكون لها أثر مكتوب يمكن بموجبه إبرام اتفاق تحكيم. ووفقا للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي اتخذ فيه القرار: ويختتم اتفاق التحكيم كتابة ويعتبر على هذا النحو ، إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين في تبادل الرسائل أو البرقيات أو غيرها من وسائل الاتصالات السلكية والتي ستكون بمثابة بروتوكول الاتفاق ، المادة 2/7 من القانون النموذجي. وغني عن القول، أصبحت الكتابة الرقمية واحدة من أهم الصور الحديث في الكتابة، وتستخدم

---

[47] - أحمد صدقي، محمود، *دور الكتابة في اتفاق التحكيم*، دار النهضة العربية، (القاهرة : الطبعة الأولى، 2004م) ص21

[48] - فتحي والي، *التحكيم في النظرية والتطبيق*، (الإسكندرية : منشأة المعارف، الطبعة 1، 2006)، ص129

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

عادة في رسائل البريد الإلكتروني الرقمية، والتي تتم عن طريق الحاسب الالي في وقت واحد إلى عن طريق شبكة المعلومات الدولية الانترنت[49]

، وبالتالي ساهمت بشكل كبير في إبرام العديد من العقود، إلا أن الصعوبة تكمن في عملية إثبات تلك العقود والاتفاق على التحكيم بشأنها حيث يتجاوز إثباتها وسائل الإثبات التقليدية المعروفة في القواعد العامة، يتضح مما سبق أن الكتابة أصبحت شرطاً لانعقاد العقد، فالاتفاق على التحكيم اتفاق شكلي لا ينعقد إلا بالكتابة، فإذا لم توجد الكتابة فلا يجوز إثبات انعقاده ولو بالإقرار واليمين. وبهذا نأمل من المشرع الليبي أن يحذو حذو التشريعات الحديثة لمواكبة التطورات التحكيمية التي نصت عليها هذه التشريعات.

ثالثا- الجزاء المترتب على عدم كتابة اتفاق تحكيم :

ولم تحدد الممارسة القضائية الليبية تخلف لعدم القدرة على كتابة اتفاق تحكيم، على الرغم من صمت المشرع ، ولا تفرض المادة 742 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي أي جزاءات ولذلك، يمكننا أن نقول إن رفض الكتابة لا يتطلب بالطبع غياب اتفاق التحكيم أو الإلغاء. وإيجاد وسيلة لإثبات ذلك. ومع ذلك، ينص مشروع قانون التحكيم في ليبيا في المادة 5 على أن اتفاق التحكيم يجب أن يكتب، أي أن الكتابة المطلوبة لتجميعها فهي ركن في وجودها، وجودها ينطوي على وجود اتفاق وعدم وجود اتفاق، عدم الامتثال لهذا النموذج عند إنشاء اتفاق. وعدم كفاية توفير هذا الاتفاق خاطئ ولا يمكن أن يؤدي إلى عواقبه القانونية؛ أي أنه غير صحيح. وبما أن المادة 5 من مشروع المادة هذه نصت على عدم كتابة اتفاق التحكيم. وفي هذه الحالة، فإن البطلان هو النفي

---

[49] - احمد مخلوف ، " *مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية* " - دراسة قانونية في التحكيم التجاري الدولي ، (دار النهضة العربية - 2000 -) فقرة 9 ،ص195

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المطلق لرفض العنصر الرسمي، والبطلان في هذه الحالة بطلان مطلق لتخلف الركن الشكلي الذي يعد ركناً أساسياً من أركان اتفاق التحكيم والذي بدونه يصبح الاتفاق باطلاً . إلا أن هناك رأياً فقهياً يرى بأن البطلان المترتب على عدم كتابة اتفاق التحكيم، هو بطلان يتعلق بالصالح الخاص للأفراد، لأن اتفاق التحكيم في ذاته لا يتعلق بالنظام العام،[50] وما لم تثبت أصوله لم يحدد للفرع. تتطلب معظم القوانين التي تنظم التحكيم موافقة خطية لتأكيد اتفاق التحكيم والبطلان في حالة التخلف عن السداد، وهذه العقوبة هي نتيجة لانتهاك حق العنصر الثالث من الدعوى. وما لم تثبت أصوله لم يحدد للفرع. تتطلب معظم القوانين التي تنظم التحكيم موافقة خطية لتأكيد اتفاق التحكيم والبطلان في حالة التخلف عن السداد، وهذه العقوبة هي نتيجة لانتهاك حق العنصر الثالث من الدعوى ، وهذا ما وافقت عليه المحكمة العليا اليمنية في حكمها بما أنه لا يوجد تناقض بين أطراف الطعن فيما يتعلق بعدم وجود اتفاق تحكيم مكتوب، فإن الجزاء التي ينص عليها القانون هي إلغاء قرار التحكيم[51]، فإن اتفاق التحكيم هو أحد العناصر الأساسية لاتفاق التحكيم وفقا للأغلبية الساحقة التي تفعل ذلك [52]، وهو إجراء شكلي ضروري لوجود اتفاق التحكيم نفسه، ولكنه لا يشترط أن يتم الاتفاق رسميا على الكتابة في وثيقة عادية موقعة من الطرفين ، كما أنه لم يرد في شكل مراسلات أو برقيات بين الطرفين أو في شكل تبادل للبيانات عبر الإنترنت إذا نص على تدوين اتفاق وأدلة مقنعة على إرادة الأطراف في اتفاق التحكيم

---

[50] - أحمد إبراهيم عبد التواب، *اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به*،(القاهرة : دار النهضة العربية، الطبعة 1، 2008)،ص22

[51] حكم المحكمة العليا اليمنية، "*الدائرة التجارية*" ، رقم125 لسنة 1424 .

[52] - محمود السيد التحيوي، المرجع نفسه .ص34

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المبحث الثاني : المبادئ التي يتميز التحكيم هي على النحو التالي :

ا- **مفهوم مبدأ المساواة** :يعني مبدأ المساواة أن "جميع المراكز القانونية المماثلة تخضع لنظام قانوني واحد يتناسب مع الهدف المنصوص عليه في القانون. ويتم التوصل إلى المبدأ على حساب تقرير آخر عن المعاملة القانونية للمراكز القانونية المختلفة، أو بسبب المصالح العامة، إذا كان كل شيء يتفق مع الموضوع في القانون[53].

ويعني مبدأ المساواة عدم التمييز بين أفراد المجتمع نفسه، إذا كان وضعهم القانوني متطابقا. وبالتالي، فإن مبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون لا يعني أن الأشخاص الذين يعانون من عدم المساواة في المركز القانوني يعاملون على قدم المساواة ويتطلب مبدأ المساواة في المعاملة في التشريع، الذي ينص على قيود وتعيين حدود معاملة الأشخاص ذوي المواقف القانونية المختلفة بطرق مختلفة ومبدأ المساواة لا يعني أنه ينبغي معاملة الجميع بنفس الطريقة، ولكن ينبغي معاملة الأشخاص الذين لهم وضع قانوني مماثل على قدم المساواة.

بمعنى آخر، أن المساواة أمام القانون ليست مساواة حسابية، ولا تعني التطابق في التعامل مع المراكز القانونية المتماثلة، فالمساواة القانونية لا يجوز فهمها بمعنى ضيق، لأنها لا تعني سوى عدم التمييز في المعاملة، وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر، على أن المساواة كضمان دستوري ليست مساواة حسابية، بل يملك المشرع بسلطته التقديرية ولمقتضيات الصالح العام، وضع شروط موضوعية تتحدد بها المراكز القانونية التي يتساوى بها الأفراد أمام القانون فالمساواة تعني اشتراط التناسب في المعاملة القانونية.

---

[53] - مروان المدرس ، " مجلة الوطن " ،(كلية الحقوق ، جامعة البحرين ، 2017/12/7)

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ولا تعني المساواة معاملة الأفراد من مختلف الفئات وعدم المساواة في المركز القانوني معاملة متساوية وهذا المبدأ لا يعني معارضة جميع أشكال التمييز وبعض أشكال التمييز قانونية إذا كانت تستند إلى أسس موضوعية حيث أن التمييز الذي يحظره هو التمييز الذي يحكمه، كل منظمة قانونية لا تعتبر افتراضية، ولكن لأغراض محددة، وهذه المنظمة القانونية مرتبطة به وتعكس شرعية هذه الأهداف المصلحة العامة التي يسعى إليها المشرع، مع مراعاة المعايير القانونية التي تقوم عليها هذه القواعد القانونية.[54]

فهذه قاعدة الإسلام الأصلية في المساواة، كما تحددت في آيات القرآن الكريم، وبينتها السنة المشرفة ، ويتحقق انتهاك مبدأ المساواة أمام القانون من خلال أي عمل يزيل الحماية القانونية المتساوية بغض النظر عما إذا كانت الدولة قد مرت من خلال سلطتها التشريعية أو من خلال سلطتها التنفيذية بمعنى أنه لا يجوز لأي سلطة أن تفرض نهجا آخر إلا على هذا الأساس إذا كان له ما يبرره منطقيا الاختلافات التي يمكن ربطها فكريا بالأغراض التي ينص عليها عملها التشريعي.

وبالتالي، تعني المساواة عدم التمييز بين الناس على أي أساس والفرق بين الناس، حسب الجنس أو اللغة أو اللون أو العرق أو الخلفية، يشكل انتهاكا لمبدأ المساواة، أي أن جميع الناس يجب أن يكونوا متساوين إذا كانوا في نفس الوضع القانوني بغض النظر عن جنسهم أو لونهم أو لغتهم أو عرقهم أو أصلهم

[54] - 3-26-2018http://www.alukah.net/web/fouad/0/31737/#ixzz585nZnyOS

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ويضمن دستور البحرين مبدأ المساواة ، وينص الدستور على هذا المبدأ في العديد من النصوص ، وهذا المبدأ مكرس في المادة 4 التي تنص على أن العدالة هي أساس الحكومة والمساواة تكافؤ الفرص بين المواطنين، في هذا النص من أن المشرع الدستوري يعتبر المساواة أحد المبادئ الأساسية للمجتمع، التنمية الاقتصادية دون المساس بأحكام الشريعة الإسلامية .

ب- عدم المساواة أمام القانون في عصرنا:

وفي عصرنا هذا ، فإن مبدأ المساواة أمام القانون هو المبدأ الأساسي الذي حققه الناس في عصرنا ليس هناك شيء بعيد عن حقيقة هذا البيان ، وفي الآونة الأخيرة ، كانت البلدان الاستعمارية الأوروبية معايير مزدوجة إن الاستعمار يتراجع في علاقات الدول مع بعضها البعض .

ج- التجربة الإسلامية للمساواة أمام القانون:

إن عظمة التجربة الإسلامية في هذا المجال تظهر أولا في تاريخ البشرية ، في القانون والمذاهب الموجهة للبشرية جمعاء ويعتبر الجميع مستعدين لقبول الحقوق والواجبات مثل أي شخص آخر وبداية ، والجنس واللون لا يميز شخصا واحدا من آخر للقانون: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ)[55] ، يا أيها الناس إن ربكم واحد، وإن اباكم واحد، كلكم لآدم وآدم من تراب، ليس لعربي على عجمي ولا لعجمي على عربي، ولا لأحمر على أبيض، فضل إلا بالتقوى (من خطبة

[55] - القران ،49: 13

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الرسول في حجة الوداع) وهكذا نرى أن المحاولة الأولى في التاريخ للتأكيد على المساواة بين جميع الناس أمام القانون من الأجناس والألوان المختلفة والظروف الاجتماعية.

على الرغم من أن التجربة الإسلامية استند إلى تقرير المبادئ النظرية للما قاله عن ضرورة دراسة والاستيعاب، ولكن هذا يضاعف عظمة التجربة أنها قد استخدمت بالفعل بين الناس التي تستند على الأرض حياة، القائم على التفرقة والنسب وضياع حقوق الرقيق لصالح الرجال. ، فقيام مجتمع يظهر فيه بلال الحبشي مع صهيب الرومي، وسلمان الفارسي مع أبي سفيان القرشي وأمام قانون واحد هو قانون الإسلام.

وبما أن المشكلة، التي لا تزال تشكل تحديا للبشرية، وحتى يومنا هذا، هي مشكلة التمييز العنصري، وهي مشكلة تقضي على فكرة المساواة أمام القانون، ودراسة التجربة الإسلامية في النظرية والتطبيق - هذا هو أفضل للمساعدة الإنسانية اليوم إلى حل المشكلة الأساسية.

ونحن لا يمكن أن تظهر عمق التجربة الإسلامية واتساع مضمونها ودرجة الاتفاق إلا بالمقارنة مع الأنظمة السابقة في المجتمعات غير الإسلامية، والتي كنا في مصر القديمة واليونان والرومان، والأديان السماوية في الهند والصين وبلاد فارس والدين موقف العرب قبل ظهور الإسلام والأنظمة اللاحقة للحكومة الحديثة، مثل الديمقراطية الغربية والنظام الماركسي

لجعل مساهمة كبيرة وإيجابية في النهوض القانون والتشريع، كما يبين البحث التاريخي لنا درجة التماثل في صياغة القوانين في سنوات مختلفة، وتظهر الدراسات المقارنة لنا تشابه في قواعد النظم القانونية بين قوانين الدول المختلفة

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

في تطوير العصر[56] ، وسيلة فعالة لكشف اسرار الشريعة الإسلامية الحق، للتأكيد على مبادئه في شكله الحالي ووضعه في المستوى المناسب، من بين غيرها من القوانين، فإنه يتطلب فهما الفقهاء في مجال الشريعة الإسلامية مع من المتوقع أن يرتفع جهود التضامن والمساعدة ذات شقين، والعلاقة بين الشريعة والقانون يحمل، واتخذت الشريعة الإسلامية مكانها في الفقه المعاصر. [57] "علينا أن نميز بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي والغرض منه - وينبغي الأصول الثابتة من الأحكام الشرعية إلزامية القانون الواردة في القرآن والسنة الصحيحة والمعنى الدلالي من وجهة نظر عدم التمييز في المحتوى وأحكام الفرق، وليس الخلط بين هذه الأصول الأساسية التي هي الشر بين آراء العلماء والباحثين من بداية الإسلام في عصرنا في تفسير ما هو ربما اختلاف في تفسيرها، والاجتهاد في النص من الحقائق التي تم جمعها في أماكن مختلفة، وتطور ذلك ، وهذا ما يعبر عنه بالفقه.

الفقه في هذا المعنى الأخير، ويحتوي على الكثير من وجهات نظر مختلفة حول الموضوع نفسه، اعتمادا على الاختلافات في التفسير القانوني للنص أو الرأي القانوني وتقييم الفائدة أو مجموعة متنوعة من الظروف والشروط في الآراء

في عصرنا وفي بلدان مختلفة من الإسلام، ونحن نواجه مسؤوليات كبيرة - إلى صياغة الحياة القانونية لدينا وفقا لمنهج الإسلام، وأنه من السهل، اذا ما نظرنا الى الوضع الذي جاء القرآن الكريم صارمة لأنها واضحة، في السنة التي هي القانون العام يكون ملزما للبنا في أي وقت وفي أي مكان، من خلال التشريعات العامة، مثل تلك التي صدرت من قبل رسول الله، في ظروف الزمان والمكان

[56] - علي بدوي، *أبحاث للتاريخ العام للقانون*، (الجزء 1، تاريخ الشرائع، الطبعة 3،)،ص3-4

[57] - المرجع نفسه، ص12

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

اللذين إمام مسلم (رئيس الدولة) فهو غير ملزم لنا في العصر الحديث دون إذن إمام العصر

في الواقع، في الاجتهاد غير مقيدين بعدما وصل إليه اجتهاد أسلافنا قابل لصواب والخطاء اختلفت آرائهم حتى من اتحاد بيئتهم ووقتهم، ولكن حماسهم لم يكن إلزاميا لأنفسهم. بعضهم غيروا رأيهم في عدة قضايا لسبب أو لآخر. قواعد الأصولية الأساسية الواردة في كتاب الله وما نشرت من قبل النبي باعتباره القانون العام والتشريعات التي صدرت في المقام الأول، بالإضافة إلى ما ورد في الكتاب والسنة التشريعية العام [58] .

المبحث الثالث ـ المدلول الاصطلاحي لمبدأ المساواة :

مبدأ المساواة كمبدأ من المبادئ الحديثة هو أن البشر متساوون أمام القانون دون تمييز في الأصل أو الجنس أو الدين أو اللغة أو الوضع الاجتماعي للاقتناء وتنفيذ وتطبيق وإنفاذ الحقوق ويشمل مبدأ المساواة أربعة أمور: [59].

اولا ـ المساواة أمام القانون:

يعني أن جميع أفراد المجتمع هم في طائفة واحدة دون تمييز فيما بينهم على تطبيق القانون

ثانيا ـ المساواة أمام المحاكم:

---

[58] - جمال الدين عطية، *تراث الفقه الإسلامي ومنهج الاستفادة منه على الصعيدين الإسلامي والعالمي*، (بيروت : ، 1967)، ص11

[59] - عبدالحميد متولي في رسالته للدكتوراه في:

.La démocratie et la représenuntion dex interels en France, ed Paris,(1931)

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وهذا يعني أن نقطة الفصل في النزاع لا تختلف تبعا للوضع الاجتماعي للأطراف، وهذا لا يتعارض مع تنوع القضاء وفقا لتخصصه [60].

ثالثا - المساواة في الحقوق السياسية:

ويقصد بها تلك الحقوق التي يشترك الأفراد بمقتضاها- بطريق مباشر أو غير مباشر في شؤون الحكم والإدارة، مثل الحق في التصويت، والحق في المشاركة في الاستفتاء الوطني، الحق في الترشح لعضوية البرلمانات ورؤساء الدول والحق في العمل [61] الشروط اللازمة لتنفيذ كل من هذه الحقوق المتساوية لجميع المواطنين الذين يمكن أن تتخذ في الوظائف العامة، ويتم معاملتها بنفس الطريقة التي يعامل بها المؤهلات والشروط المطلوبة لكل نشاط من حيث المهارات والمنافع والحقوق والالتزامات والمكافآت.

رابعا - المساواة المطلقة والمساواة النسبية:

ومبدأ المساواة القانونية هو أن القانون المنطبق على الجميع هو القانون دون تمييز لطائفة على أخرى. ويتطلب ذلك أن يكون القانون علنيا تماما وينطبق على جميع أعضاء الجماعة دون استثناء أو تمييز، لأن هذا هو الحرمان من الامتيازات الخاصة وتكافؤ الفرص غير أن القانون يتضمن دائما الشروط

---

[60] - إزمن ، *القانون الدستوري الفرنسي والمقارن*، (الجزء الثاني، طبعة باريس 1921م) ،ص545

[61] - عبدالحميد متولي ، *مبادئ نظام الحكم في الإسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الحديثة*، (1966) ص403

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

والقواعد التي تنظم تطبيقه على من يستوفون شروطه. إذا كنت ترغب في ممارسة مهنة القانون [62] .

وهو لا يساوي المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة، وأن أحدهما يتطلب متطلبات أخرى، وإذا كان القانون والقانون في بلادنا العربية المتعلقة في حضانة النساء لأطفالهن بسبب تعاطفهم والتعاطف، لا يسمح للرجال في المطالبة بهذا الحق، للمطالبة بالحقوق المتساوية للمرأة [63].

وعليه، فإن المساواة إلزامية بين جميع من يشغلون نفس المناصب دون تمييز بينهم بسبب أنفسهم أو أنفسهم. وهذه مساواة نسبية تشير إلى عمومية قواعدها. أحكام القوانين التي لا تتوفر إلا لمجموعة محدودة أو شخص واحد، طالما أن هذا الخيار متاح للجميع[64].

خامسا - المساواة القانونية والمساواة الواقعية:

المساواة القانونية حتى بالمعنى النسبي لا يعرف المساواة الحقيقية في الشعور بالمساواة الأفراد في أوضاعهم والظروف والخصائص الاجتماعية، وكذلك المذهب الاجتماعي، والعديد من المعلقين، خصوصا الفقيه ازمن، ونعتقد أن المساواة القانونية في الحقوق المدنية، والمادة 1 من الإعلان حقوق الإنسان لعام 1789 تنص على أن الأشخاص يولدون ويعيشون أحرارا ومتساوين أمام

---

[62] - عبدالوهاب العشماوي ، ومحمد العشماوي، *قواعد المرافعات في التشريع المصري المقارن*، (جزء 1، 1376 هـ- 1957م،) ،ص323.

[63] - صبحي محمصاني ، *مبادئ القانون الأساسي والعلم السياسي وتطبيقاتها في لبنان وسائر البلاد العربية*، (بيروت : 1952)،ص58

[64] - جريفز: أسس النظرية السياسية ترجمة عبدالكريم أحمد ومراجعة الدكتور عبده عبدالملك جودة، طبعة (1961).،ص199

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

القانون، وعدم المساواة الاجتماعية - فقط من أجل المصلحة العامة "[65]، ولكن مجموعة من المفكرين، وخاصة كارل ماركس وإنجلز، ولكنها لم تصل إلى هدفها من خلال تزويدهم بالمهارات والمواهب امتياز وليس أقل خطورة، من المشرفين امتياز وكبار الكهنة في الماضي- وفق رأي ماركس وإنجلز- وأنه لا سبيل إلى المساواة إلا بالمجتمع اللاطبقي حيث يعمل كل فرد فيه قدر جهده ولا ينال إلا قدر حاجته فينقضي الصراع، وبذلك تتحقق المساواة الواقعية .

[65] - أزمن، المرجع السابق .،ص37

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الباب السادس

مقارنة بين القانون الليبي والتشريع الاسلامي

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الفصل السادس

جدول المقارنة بين الإختلاف والتشابه في القانون الليبي والتشريع الإسلامي

المسئلة المقارنة	القانون الليبي	التشريع الإسلامي	الإختلاف والمساواة
المشروعية	ان القانون الليبي اسمتد مشروعية من القران المريم والشريعة الاسلامية حيث كانت تعثبر مصدرا اساسا له في اغلب الاحيان	مذهب الحنفية : يجيز فقهاء الحنفية التحكيم ويشترطون في المحكَّم أن يكون صالحا للقضاء، وأن يكون مسلما ، وأن يكون بالغا ويجيزون تحكيم الفاسق والمرأة ، خلافا للجمهور وأما المالكية : فإنهم يجيزون تحكيم العدل المسلم الحر البالغ العاقل ، فلا يجيزون تحكيم امرأة ولا فاسق . وأما الشافعية : فإنهم يجيزون تحكيم من يصلح للقضاء المذهب	هنا اتفق القانون الليبي في المشروعية الا ان كان الاختلاف بين الائمة الاربعة من ناحية تولي المراة والفاسق واتفق ان يكون يصلح كقاضي في بعض المذاهب

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

		الحنبلي يقترب من المذهب المالكي في إعطاء الهيئة التحكيمية صلاحية الاستمرار في عملها حتى إصدار حكمها النهائي الملزم، ولذلك يصح الرجوع عن التحكيم قبل الشروع في الحكم أما بعد ذلك فليس لأي من الخصمين الرجوع عن التحكيم لأنه يؤدي إلى أن كل واحد منهما إذا رأى من المحكَّم ما لا يوافقه رجع فبطل مقصودة .	
اتفاق التحكيم	يجوز للمتعاقدين في القانون الليبي في المادة 739 أن يشترطوا بصفة عامة عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين	يكون الاتفاق التحكيم في التشريع الاسلامي قائم على توافق ايرادتين بين المتنازعين على شي معين	اتفق القانون الليبي في هذه المسئلة ايضا مع نضيره التشريع الاسلامي

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

	ويجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بمشارطة تحكيم خاصة	واشتراط الاهلية عند حدوث الاتفاق	
الاحوال التي لا يجوز فيها التحكيم	لا يجوز التحكيم في الأمور المتعلقة بالنظام العام أو المنازعات بين العمال وأرباب العمل بشأن تطبيق الأحكام الخاصة بالتأمين الاجتماعي وإصابات العمل وأمراض المهنة والمنازعات المتعلقة بالجنسية أو بالحالة الشخصية ، كما يجوز التحكيم بين الزوجين فيما تجيزه أحكام الشريعة الإسلامية.	المنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ جبراً والميراث والأحوال الشخصية والحدود واللعان وفسخ عقود النكاح ورد القضاة ومخاصمتهم وسائر المسائل التي لا يجوز فيها الصلح كالحدود واللعان بين الزوجين وهناك مسائل متعلقة بالأشخاص وحقوق الله تعالى الخالصة مثل حد الزنا وكذلك الحقوق التي يجتمع فيها حق لله تعالى وحق للعبد كحد القذف كما لا يجوز اللجوء إلى التحكيم في اللعان بين الزوجين ولا	ان موقف القانون الليبي من هذه الاحوال يتفق مع التشريع الاسلامي في الحالات التي التي لا يجوز فيها التحكيم

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

		في تحديد اهلية شخص معين قد حدد الفقهاء العديد من المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم بل ووضعوا لذلك ضوابط ثابتة وراسخة مفادها ان كل ما يصح فيه العفو والاجراء يصح فيه التحكيم ولا يجوز التحكيم في الامور القطعية لأنه لامجال للاجتهاد مع ثبوت حكم المسألة شرعاً – فجميع مسائل	

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ان التشريع الاسلامي ماخوذ من من القران الكريم والسنة واقوال الصحب والقياس والاجماع واجتهادات العلماء وائمة المذاهب

في حين ان القانون الليبي يستمد احكامه من الشريعة الاسلامية في الاصل من تم من القوانين الوضعية المعاصرة ويتفق القانون الليبي من حيث الاصل انه يتفق مع احكام الشريعة الاسلامية .

تعيين المحكمين :

المادة 20- من القانون الليبي إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا.[297] وتتكون هيئة التحكيم من محكم واحد، فأكثر، إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا ، وإذا كان عدد المحكمين فردا، فان هيئة التحكيم تكتمل بإضافة محكم تسند إليه رئاستها، إما باتفاق الأطراف، أو من قبل المحكمين المعينين أنفسهم

وإذا كان عدد المحكمين المعينين من قبل أطراف النزاع شفعا فإن هيئة التحكيم تكمل بمحكم تبعا لتقدير الأطراف أو في غياب التقدير يختاره المحكمون المعينون فإن لم يتفقوا على ذلك يختاره رئيس محكمة الولاية التي يوجد في دائرتها محل التحكيم ، وذلك بناء على طلب أحد الأطراف وبأمر استعجالي غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن ، وفي حالة تعيين نظام تحكيم معين فإن إجراءات تعيين هيئة التحكيم هي الإجراءات المبينة بهذا النظام.

[297] - مشروع قانون التحكيم الليبي ، متعلق بإصدار قانون التحكيم الليبي ، مجلس النواب / ليبيا

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

تعيين القضاة :

يحدد القانون طرق تشكيل المحاكم واختصاصاتها والقضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة وتعيين القضاة ونقلهم وانتدابهم وترقيتهم ومساءلتهم يكون بالكيفية التي يقررها قانون السلطة القضائية.

القضاة غير قابلين للعزل إلا في الأحوال التي يجيزها قانون السلطة القضائية و ينشأ مجلس أعلى للقضاء ويبين القانون طريقة تشكيله واختصاصاته وقواعد سير العمل فيه، ويؤخذ رأيه في مشروعات القوانين التي تنظم أي شأن من شؤون السلطة القضائية بما في ذلك النيابة العامة.

تعيين القضاة وترقيتهم وأقدميتهم :

يشترط فيمن يولى القضاء:-

أن يكون متمتعاً بالجنسية الفلسطينية وكامل الأهلية.

أن يكون حاصلاً على إجازة الحقوق أو إجازة الشريعة والقانون من إحدى الجامعات المعترف بها.

ألا يكون قد حكم عليه من محكمة أو مجلس تأديب لعمل مخل بالشرف ولو كان قد رد إليه اعتباره أو شمله عفو عام.

أن يكون محمود السيرة وحسن السمعة ولائقاً طبياً لشغل الوظيفة.

أن ينهي عضويته عند تعيينه بأي حزب أو تنظيم سياسي.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

يضع مجلس القضاء الأعلى نظاما لتدريب القضاة وإعدادهم قبل تولي أعمال القضاء ويكون شغل الوظائف القضائية بقرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بناء على تنسيب من مجلس القضاء الأعلى وفقاً لما يلي:-

بطريق التعيين ابتداء.

-الترقية على أساس الأقدمية مع مراعاة الكفاءة.

-التعيين من النيابة العامة.

-الاستعارة من الدول الشقيقة.

يشترط في القاضي المستعار كافة الشروط المنصوص عليها في المادة (16) من هذا القانون فيما عدا شرط الجنسية الفلسطينية شريطة أن يكون عربياً ويعتبر التعيين أو الترقية من تاريخ القرار الصادر بخصوص ذلك.

يجوز أن يعين قاضياً في محاكم الصلح والبداية والاستئناف أو عضوا بالنيابة العامة:

-القضاة وأعضاء النيابة العامة السابقون.

-المحامون.

-أعضاء هيئة التدريس في كليات الحقوق وكليات الشريعة والقانون.

ويحدد مجلس القضاء الأعلى القواعد العامة لمدد الخبرة اللازمة للتعيين في كل درجة ويشترط فيمن يعين رئيساً لمحكمة الاستئناف أن يكون قد جلس للقضاء بدوائر إحدى محاكم الاستئناف مدة لا تقل عن خمس سنوات.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

1- يشترط فيمن يعين قاضيا بالمحكمة العليا أن يكون قد شغل لمدة ثلاث سنوات على الأقل وظيفة قاض بمحاكم الاستئناف أو ما يعادلها بالنيابة العامة أو عمل محاميا مدة لا تقل عن عشرة سنوات.

2- يشترط فيمن يعين رئيساً للمحكمة العليا أو نائباً له أن يكون قد جلس للقضاء بدوائر المحكمة العليا مدة لا تقل عن ثلاث سنوات أو عمل محامياً لمدة لا تقل عن خمس عشرة سنة.

1- يؤدي القضاة قبل مباشرتهم لعملهم في المرة الأولى اليمين الآتية:-

2- يكون أداء اليمين من رئيس المحكمة العليا أمام رئيس الدولة، ويكون أداء اليمين لباقي القضاة أمام مجلس القضاء الأعلى.

نقل القضاة وندبهم وإعارتهم:

لا يجوز نقل القضاة أو ندبهم أو إعارتهم إلا في الأحوال والكيفية المبينة في القانون.

1- لا يجوز نقل القضاة أو ندبهم لغير الجلوس للقضاء إلا برضائهم.

2- يكون نقل القضاة أو ندبهم بقرار من مجلس القضاء الأعلى، ويعتبر تاريخ النقل أو الندب من تاريخ التبليغ بالقرار.

3- استثناءً مما ورد في الفقرتين أعلاه يجوز ندب القاضي مؤقتاً للقيام بأعمال قضائية غير عمله أو بالإضافة إليه أو للقيام بأعمال قانونية متى اقتضت ذلك مصلحة وطنية بقرار من وزير العدل بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وفقاً لأحكام لقانون يجوز لمجلس القضاء الأعلى:

1- أن يندب مؤقتاً للعمل بالمحكمة العليا أحد قضاة محاكم الاستئناف ممن تتوافر فيهم شروط العمل بالمحكمة العليا لمدة ستة أشهر قابلة للتجديد.

2- أن يندب أحد قضاة محاكم الاستئناف أو البداية للعمل في محكمة أخرى من ذات الدرجة لمدة ستة أشهر قابلة للتجديد.

المادة (25) في حالة خلو وظيفة رئيس المحكمة أو غيابه أو قيام مانع لدية يقوم بمباشرة اختصاصه الأقدم فالأقدم من أعضاء المحكمة ذاتها حسب الأحوال.

تجوز إعارة القاضي إلى الحكومات الأجنبية أو الهيئات الدولية بقرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بتنسيب من مجلس القضاء الأعلى.

لا يجوز أن تزيد مدة الندب أو الإعارة عن ثلاث سنوات متصلة إلا إذا اقتضت ذلك مصلحة وطنية، ولا يجوز ندب أو إعارة القاضي إلا إذا كان قد أمضى السنوات الأربعة السابقة في عمله بدوائر المحاكم واستوفى تقارير الكفاية.

عدم قابلية القضاة للعزل

القضاة غير قابلين للعزل إلا في الأحوال المبينة في هذا القانون.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

واجبات القضاة :

لا يجوز للقاضي القيام بأي عمل تجاري، كما لا يجوز له القيام بأي عمل لا يتفق واستقلال القضاء وكرامته، ويجوز لمجلس القضاء الأعلى أن يقرر منع القاضي من مباشرة أي عمل يرى أن القيام به يتعارض مع واجبات الوظيفة وحسن أدائها.

2- يقدم كل قاض عند تعيينه إقراراً بالذمة المالية الخاصة به وبزوجه وبأولاده القصر، مفصلاً فيه كل ما يملكون من عقارات ومنقولات وأسهم وسندات وأموال نقدية داخل فلسطين وخارجها، وما عليهم من ديون إلى رئيس المحكمة العليا الذي يضع الترتيبات اللازمة للحفاظ على سريتها وتبقى سرية ولا يجوز الإطلاع عليها إلا بإذن من المحكمة العليا عند الاقتضاء.[298]

يحظر على القضاة:

1- إفشاء أسرار المداولات أو المعلومات السرية التي يحصلون عليها أثنا تأديتهم لعملهم.

2- ممارسة العمل السياسي.

3- الترشيح لانتخابات رئاسة السلطة الوطنية أو المجلس التشريعي أو مجالس

[298] - عبد الله غزلان ، *قواعد سلوك القاضي* ، قاضي المحكمة العليا

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الباب السابع

الخاتمــة والنتائج والتوصــيات والاثار المـترتبة على النتائج

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الباب االسابع

النتائج :

1- إن القواعد العامة للتشريعات الليبية تتعلق بمعايير ازدوجية للتحكيم، فإنها لا تعترض على اعتماد إتفاق بشأن تطبيقه بسبب طبيعة توافق الآراء والاتفاق التكميلي كما انها تتفق مع التشريع الاسلامي من حيث مبداء التحكيم ، ولكن بمجرد هذه النتيجة، فإن الاتفاق على قرارالتحكيم ، وهو بسبب طبيعته الرسمية والإجرائية وللمشرع الليبي الحق في التدخل لإبقاء القواعد العامة من وضع الانقسام ومن القواعد الهامة المطلوبة في التحكيم وصلاحية شرط التحكيم .

2- إن طرفي التحكيم هو الركن الاول من التحكيم، وأنها تتطلب الحق الكامل في الاهلية، في حين أن الاتفاق على التحكيم والمحكم هو الأساس الثاني التحكيم، التي يلزم فيها الحقوق وتجربة معظم الفقهاء والقضاة الحق في وضع الشروط شكل التحكيم هو العنصر الثالث من التحكيم ويتم الاتفاق على ذلك مسبقا ويطلق عليها قرار التحكيم أو شرط التحكيم أو وثيقة التحكيم وهذا منصوص عليه في اتفاق الطرفين ان ولاية هيئة التحكيم في النزاع بغض النظرعن أي قضايا تتعلق بالبطلان في المحاكم، ومن خلال مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، ان يأتي هذا الشرط ضمن اتفاق مستقل عن العقد الأصلي ولكنه سابق على قيام النزاع .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الاثار المترتبة على النتائج :

النظرية المستخلصة هي نظرية مكملة لنظرية عقد التحكيم الذي جاء بها الدكتور قحطان عبدالرحمن الدوريفي دراسته عن الفقه الاسلامي والقانون الوضعي والتي ذكرا فيها.

1- حرص الإسلام كل الحرص على إقامة العدل وفض المنازعات بين الناس ، ومن الطرق التي شرعها لذلك التحكيم والصلح والقضاء ، وهي الإسراع في فض الخصومة ، وتلافي الحقد بين المتخاصمين ، وروح الاعتدال التي تميز بها التحكيم جعلته يحتل في المنازعات الدولية مكانا وسطا بين صلابة القضاء الدولي ، وقد عرف التحكيم منذ بداية تكون الفكر القانوني عند الإنسان، وحين جاء الإسلام قرره ونظمه ، وبحث الفقهاء المسلمون مسائله بحثاً مستفيضاً دقيقاً، يرجع إليه المسلمون في معرفة الحكم الذي يريدون و تنوع التحكيم والأساس فيه واحد تبعا للاختصاصات التي كان من أجلها.

2- الراجح من أقوال الفقهاء هو جواز التحكيم مطلقا، سواء وجد القاضي في البلد الإمام أو لم يوجد، وذلك لأنه مباح بالدليل النقلي من القرآن الكريم والسنة النبوية، وقد أجمع الصحابة على جوازه، والتحكيم عقد، توفر فيه ركن العقد وهو الإيجاب والقبول بشروطه، ولوازمه من العاقدين وهما المحكم والحكم، والمحل ، وهو من عقود التراضي وليس له شكل معين.

3- إذا تعدد الحكم فلا مانع من أن يكون العدد وترا فيصدر الحكم بالأغلبية، فإن لم يحسم بالأغلبية بأن تشعبت الآراء عين غيرهم ، أما شروط الحكم فهي كما ذكر الفقهاء أن يكون أهلا للقضاء، وهذا القول هو الأحكم والأدق حماية لحقوق الناس .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

4- لا يجوز التحكيم في ما هو حق خالص لله تعالى كالحدود الواجبة حقا لله تعالى مثل حد الزنا والسرقة ، ويجوز في ما هو حق خالص للمكلف كالبيوع والكفالة والطلاق ، وقول الفقهاء هذا أوسع دائرة من القانون وأكثر تحديدا، لأن القانون ضيق المجال محدود في مسائل معينة تبعا لاختلاف نظرة الدول إلى ما يعد من النظام العام أو الآداب.

بعد أن قارنت ما جاء في كثير من قوانين المرافعات التي جاءت باسس التحكيم بما قاله فقهاؤنا المسلمون ، رايت ان القوانين عموماً والليبي خاصة لم يأت بما يخالف ما نص عليه الفقهاء ، فهو إما مأخوذ من أقوالهم مباشرة أو موافق لها ، أو مساير للقواعد العامة ، وضيق المجال في ما يجوز أن يُحكم به ، وفي الأسباب التي يُردّ بها أما قوانين الأحوال الشخصية فهي لم تخرج عما ذكره الفقهاء المسلمون ، وهذا يعود إلى أن مصدرها هو الشريعة الإسلامية ، والراجح من أقوال الفقهاء هو جواز التحكيم مطلقاً ، سواء وجد القاضي في البلد أم لم يوجد وذلك لأنه مباح بالدليل التنقلي من القرآن الكريم والسنة النبوية ، وقد أجمع الصحابة على جوازه ، ومباح بالدليل العقلي لما فيه من فض النزاع وإصلاح ذات البين والتحكيم عقد ، توفر فيه ركن العقد وهو الإيجاب والقبول بشروطه ، ولوازمه من العاقدين وهما المحكم والحكم ، والمحل وهو من عقود التراضي .

ان القوانين عامة والقانون الليبي خاصة لا يعتارض مع إعتماد إتفاق من الناحية التطبيقية بسبب طبيعة توافق الآراء والاتفاق التكميلي كما انها تتفق مع التشريع الاسلامي من حيث مبداء التحكيم ، فإنه الاتفاق على قرارالتحكيم ،

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

وللمشرع الليبي الحق في التدخل من اجل القواعد العامة وبقائها بدل من وضع الانقسام ، ومن القواعد المهمة من اجل عميلة التحكيمية .

التوصيات:

1- نوصي بإنشاء مراكز التحكيم ونشر الوعي بثقافة التحكيم في داخل المجتمع، وذلك لتجنب النزاعات ولفت الانتباه إلى مراكز التحكيم الداخلية والخارجية ، ما لم يكن ذلك مخالفا لأحكام الشريعة، أو يؤثر على طبيعة والسيادة القانون في البلاد.

2- نوصي المشرع الليبي باعتماد القانون التحكيم الجديد المقترح من قبل مجلس النواب كما نوصي باجراء دراسات متخصص بالتحكيم المتعلقة بالقانون الليبي والقوانين الاخرى .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المصادر والمراجع

إبراهيم أحمد إبراهيم ، " اختيار طرق التحكيم ومفهومه" ، مجلة المحاماة، (سنة 2001). ص4

ـــــــــــــ ، التحكيم الدولي الخاص ، (دار النهضة العربية ، ط 3 ، سنة 2000). ص31

ابراهيم الدسوقي ،" قواعد واجراءات التحكيم وفق لنظام غرفة التجارة الدولية" ، مجلة الحقوق الدولية ، (1993) ص81

ابراهيم اوريك ، " الدفع باتفاق التحكيم "، (دراسة على ضوء التشريع المغربي)، رسالة ماجستير في قانون الاعمال ، جامعة القاضي عياض ، مراكش، السنة الجامعية، (2009 -2010)ص64

ابن العربي ابوبكر محمد ، أحكام القرآن، 623/2.الوفاء 543هـ ،(لبنان :دار الفكر للطباعو والشر ، ص539)

ابن عابدين ، حاشية رد المختار على الدرر المختار (بيروت : دار الفكر لطباعة والنشر ، ج7 ، 1421هـ) ص265

ابن قدامة ، تمييزاً بين الضرورة والحاجة على أساس (وجود البديل) في المغني دار الفكر العربي طبعة عام 1405 هـ ، ج2 ص 235

ـــــــــــــــــــــــ، الكافي، (ج3، المكتب الإسلامي.)ص436

ابن كثير،" الكامل في التاريخ" ، ج3، بيروت، (1965)ص75

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أبو العلا النمر ، " القانون الواجب التطبيق فى منازعات التحكيم" ، بحث مقدم إلى مركز تحكيم حقوق عين شمس (سنة 2001). ص157

أبو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ،(القاهرة : دار الفكر العربي ، سنة 1981)ص176 .

ابوزكريا يحي ، صحسح مسلم بشرح النووي ، باب جواز قتال من نقض العهد ،631هـ-676هـ (بيروت : ج12،دار احياء الثرات) ط2،ص55

ابي عبدالله بن فرحون اليعمري الوفاء 799هـ، تبصرة الاحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام ، تحقيق جمال مرعشلي (بيروت : دار الكتب العربية ، 2001، ج1) ص17

أبي محمد بن علي بن سعد،" المحلى"، منشورات المكتب التاري للطباعة والنشر، ج9، بدون تاريخ نشر.ص435

أبي محمد محمود بن أحمد ، البناية في شرح الهداية، (دار الفكر، ج7، ط1، 1981)ص66

اتفاقية " عمان العربية للتحكيم التجاري" (1987)

أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به،(القاهرة : دار النهضة العربية، الطبعة 1، 2008)،ص22

أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، (الإسكندرية : دار المعارف، ، ط.5، 1988)ص30

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ـــــــــــــ ، التحكيم الاختياري والإجباري، (الإسكندرية: منشأة المعارف، 2000 ص57

ـــــــــــــ ، التحكيم الاختياري، مجلة الحقوق، السنة السادسة، العددان الأول والثاني، 1954-1952م -

ـــــــــــــ ، التحكيم بالقضاء وبالصلح، (منشأة المعارف، 1965)

ـــــــــــــ ،" التحكيم في عقود البترول في البلاد العربية"، مجلة الحقوق، العدد 2،) 1971)ص23

ـــــــــــــ ، التحكيم الاختياري والإجباري ، (منشأة المعارف ، الطبعة الخامسة ، 1988)ص25

ـــــــــــــ ، التحكيم الاختياري والإجباري الطبعة الثالثة (الإسكندرية : منشأة المعارف 1978)ص30

احمد أبو زقي ، " أوراق في التحكيم"، منشورات جامعة قار يونس، (بنغازي: الطبعة 1 ، 2003)ص43

احمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون 27 لسنة1994 وانظمة التحكيم الدولية، ط2، القاهرة، (2004،) ص15

أحمد شفيع قاسم، " التحكيم التجاري الدولي"، (أطروحة دكتوراة -منشورات، دمشق، دار الجاحظ، للطباعة والنشر، ط،1،1994)ص78

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

أحمد القشيري، "مصادر قواعد التحكيم" ،(مصر: 2000)، بحث مقدم للدورة العامة الثانية في مركز حقوق عين شمس للتحكيم، ص22

أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، (القاهرة : مكتبة أبناء وهبت حسان ، (1993) ، ص27

أحمد شكري السباعي ، الوسيط في قانون التجارة المغربي المقارن ، النظرية العامة للتجارة (الرباط ج1، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الثالثة، 1988.)ص231

احمد صدقي محمود، الكتابة في اتفاق التحكيم،(القاهرة : دار النهضة العربية ، الطبعة 1، 2004) ص21

احمد عبد الرحمن الملحم، "عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم " ، بحث منشور في مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، الكويت، العدد 2، السنة 18، (حزيران1994) ، ص186وص187.

احمد عبد الكريم سلامة ، قانون التحكيم التجاري والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2004م،ص120

ـــــــــــــــــ، " التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية" ـ دراسة مقارنة،) القاهرة ، دار النهضة العربية، ، ط.1، 2006).ص216

أحمد محمد عبد البديع شتا ، شرح قانون التحكيم، (دراسة مقارنة ـ وفقا لآراء الفقه وأحكام القضاء، وهيئات التحكيم العربية والدولية، دار النهضة العربية ، ط 3، 2005). ص55

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

احمد مخلوف ، " مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية " - دراسة قانونية في التحكيم التجاري الدولي ، (دار النهضة العربية - 2000 -) فقرة 9 ص195

أحمد نشأت، رسالة الإثبات، دار الفكر العربية، ج 2،1972

ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، جامعة (بغداد: ،1988،) ص275.

إزمن ، القانون الدستوري الفرنسي والمقارن، (الجزء الثاني، طبعة باريس 1921م) ،ص545

الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، (المكتب الإسلامي، ج11، ط2.)، ص121

أمل خليفة البكوش، " التحكيم الدولي ودوره في فض المنازعات المتعلقة بقانون الاستثمار الليبي وقانون الاستثمار المصري" ، (رسالة ماجستير- أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، 2006م ،)،ص94

بالمكاحل ابراهيم ، " سلسة محضرات مقياس التحليل النزاعات الدولية" ، قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية ، جامعة قسنطينة

بفي علي ، " شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية " (رسالة الماجستير - جامعة الشهيد حمه لخضر2015 ، 2014)

تابتي سعيد ، " حكم التحكيم و آثاره القانونية في التشريع الجزائري " (رسالة الماجتسير- جامعة موالي الطاهر- 2015- 2016)،ص22

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

للامام أبى جعفر محمد بن جرير الطبري، تاريخ الأمم والملوك، الجزء السادس بمطبعة ، بيروت - لبنان " بريل " بمدينة ليدن في سنة 1879 م راجعه وصححه وضبطه نخبة من العلماء الاجلاء منشورات مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ص 53، 54. ص 53، 54.

ترك محمد عبد الفتاح ، التحكيم البحري النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم فى عقد النقل البحري، (الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة ، سنة 2003) . ص335

الجامع الحديث ، الناشر دار ابن كثير ،(اليمامة ، ط 3 ، 1407 ، تحقيق مصطفى ديب البغا ، (رقم الحديث 2385، باب ام حسبت ان اصحاب الكهف ، ج 3) س265

جريفز: أسس النظرية السياسية ترجمة عبدالكريم أحمد ومراجعة الدكتور عبده عبدالملك جودة، طبعة (1961).،ص199

الجصاص، " شرح أدب القاضي للخصاف " وعبدالله بن خنين، التحكيم في الشريعة الإسلامية.ص36

جمال الدين عطية، تراث الفقه الإسلامي ومنهج الاستفادة منه على الصعيدين الإسلامي والعالمي، (بيروت : ، 1967)، ص11

جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، (القاهرة : دار النهضة العربية، ط3، 2003)،ص36

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

جميل الشقراوي، القانون المدني المقارن، (القاهرة : دار النهضة العربية ،1989)ص378.

جويني عبد الملك بن عبد الله بن يوسف أبو المعالي ، غياث الأمم والتياث الظلم ،) الاسكندرية ، ج 1 دار الدعوة ، ط ،1، 1979) تحقيق : فؤاد عبد المنعم، مصطفى حلمي

حاشية رد المختار على الدر المختار ، الشهير بحاشية ابن عابدين ، (بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر، ج 3 ، 2000) المتوفى: 1252هـ)ص347

حاشية ابن عابدين، *رد المحتار على الدر المختار*، ج4، دار الكتب العلمية ص347.

الحبيب الدقاق ، واخرون ، مدخل لدراسة العلوم القانونية ، (الرباط : جامعة محمد الخامس ، كلية العلوم الاقتصادية والاجتماعية ، سنة النشر 2015- 2016 ب ، ط)، ص4

الحبيب مالوش ، " التحكيم بالإنصاف فى نزاعات الأعمال الدولية" ، بحث مقدم إلى مؤتمر القاهرة للتحكيم التجاري الدولي- (سنة 1990 .)ص15

حسن غزالي ، "التحكيم في الفقه الإسلامي"، (رسالة دكتوراة السعودية ، كلية الشريعة)

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي- دراسة مقارنة- (دار الكتب القانونية ، مطابع شتات ، 2006)، ص138

حسين المؤمن، الوجيز في التحكيم، مطبعة الفجر، بيروت،1977، ص10.

الحصكفي ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، (القاهرة: ط2، 1966)، 5/ ص428

حفيظة السيد حداد، " الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي" ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، (2007)، ص53

حكم المحكمة العليا اليمنية، " الدائرة التجارية" ، رقم 125لسنة 1424 .

حكم تحكيمي بالصلح صادر عن محكمة استئناف" ، دمشق ، (مجلة المحامون : عام 1988) رقم 452 1986/12/31.ص310

حمزة حداد، "اتجاهات حديثة في التحكيم التجاري في الدول العربية"، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر خصائص المحكم في دول البحر المتوسط والشرق الأوسط، القاهرة2001، ص9

حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي المتوفي سنة 994هـ ، تحفة المحتاج بشرح المناهج ضبطه وصححه الشيخ محمد عبدالعزيز الخالدي ، (بيروت : ج 11 ، 1971م) ص7

داود مدالله الثبيتات " سريان شرط التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية" ، (رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الأوسط ، 2014-2015)

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الدردير أبي البركات ، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك،(ج4، دار المعارف).

درر الحكام في شرح مجلة الأحكام, شرح المادة ١٧٩٠ 1.

الدسوقي محمد عرفه ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،(بيروت: دار النشر ، دار الفكر، ج 4) (1230 هـ / 1815 م).ص136

دليل الوساطة، ماخوذ من الموقع الإلكتروني، /WWW. SFCJ.programmes marocca/pdf 9-7-2018

دورتي جيس ، النظريات المتضاربة في العلاقات الدولية ، ترجمة وليد عبد الحي،(بيروت : المؤسسة الجامعية للنشر ،1985)ص140

رضوان ، ابوزيد ، الاسس العامة للتحكيم التجاري الدولي ، (1979) ص35

رمزي سيف الوسيط في شرح قانون المرافعات ط1958 ص8

زكريا البورياحي ، "التحكيم في إطار قانون المسطرة المدنية" ، مقال منشور بمجلة رسالة الدفاع، العدد الرابع(2003).،ص79

زناتى محمود سلام ، "التحكيم عند العرب" ، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم في القانون الداخلي والدولي بالعريش ، (سبتمبر 1987) ،ص21

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

سامى محسن حسين السرى ، " الجوانب فى القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجارى الدولى" ، (رسالة دكتوراة ، دراسة مقارنة ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، سنة 2004)ص10

سامي راشد، *التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة* ، (القاهرة : دار النهضة العربية) ص17

ساميه راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة،(القاهرة : دار النهضة العربية ، 1984) ص17

سمير عبد المنعم ، العلاقات الدولية في العصور القديمة (1984.ط1)ص96

سنن النسائي الكبرى ،احمد بن شعيب بن عبدالرحمن النسائي (بيروت: الناشر ، دار الكتب العلمية ، ط،1 ، 1411 1991 تحقيق ، عبد الغفار سليمان البنداري ، سيد كسروي حسن (جزء 2، رقم الحديث 5940) 466

السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (بيروت : دار إحياء التراث العربي، بدون تاريخ)، ص309

شهاب الدين أبي اسحق ابراهيم، آداب القاضي، (دمشق : ج3، 1975) ص55.

صبحي محمصاني ، مبادئ القانون الأساسي والعلم السياسي وتطبيقاتها في لبنان وسائر البلاد العربية، (بيروت : 1952)،ص58

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

الطوفي ، شرح مختصر الروضة ، تحقيق ، عبد الله بن عبد المحسن التركي ، ط 1 (بيروت : مؤسسة الرسالة 1410) 335/1.

عاشور مبروك ، " النظام الإجرائى لخصومة التحكيم "،(دراسة تحليلية وفقاً لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة - مكتبة الجلاء بالمنصورة ، ط2 ، سنة 1998)،ص4

عامر بورور، " الطرق البديلة لحل النزاعات في القانون التونسي"، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص،(2008).،ص345

عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، (القاهرة : دار النهضة العربية، الطبعة 1، 1997)،ص125

العالم عبد الرحمن ، " شرح قانون المرافعات المدنية" رقم 83 لسنة 1969،العاتك لصناعة الكتاب ،القاهرة (2005)،ص399-400

عبد الإله البرجاوي، "مجلة دولية يصدرها منتدى البحث القانوني"، (مراكش : ط2، 2000)،ص63

عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، ط 2،) المكتب الجامعي الحديث- 2008) ،ص90

عبد الحسين القطيفي، دور التحكيم في فض المنازعات الدولية نقلاً عن عبدالرحمن الدوري عقد التحكيم (2001) ص3

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

عبد الحميد أبو هيف، طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية، (الإسكندرية : منشأة المعارف، الطبعة 5، 1988م)،ص51

عبد الحميد الأحدب : " التحكيم بالصلح " بحث منشور في مجلة التحكيم العربي ، العدد الثالث ، (أكتوبر 2000)ص60.

ـــــــــــــ ، " قانون التحكيم الجزائري" ، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزائر،(2008) ص23.

ـــــــــــــ ، التطور التاريخي للتحكيم ، (الجزء 1، دار المعارف،) ب س، ص20

عبد الرحمن ابن الفرج ، القواعد الفقهية، (مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، 1974)، ص125

عبد العزيز سرحان، مبادئ القانون الدولي العام،(دار النهضة العربية، 1980)ص515

عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، (القاهرة : دار النهضة العربية ، 1984)ص88

عبد اللطيف الناصري ،" التحكيم وعلاقته بالقضاء"، بمجلة المحاكم المغربية عدد، 109،)ص221

عبد المنعم دسوقي، التحكيم التجاري الدولي والداخلي، (القاهرة : مكتبة مدبولي، 1995)

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

عبدالباسط محمد خلف ، وسائل انهاء المنازعات بين الافراد في الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة فقهية،(مصر: دار المحدثين ، 2008م الطبعة 1)

عبدالحميد متولي ، مبادئ نظام الحكم في الإسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الحديثة، (1966)ص403

عبدالحميد الأحدب، " موسوعة التحكيم " ،ص195

عبدالوهاب العشماوي ، ومحمد العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري المقارن، (جزء 1، 1376 هـ- 1957م،). ص323

عزمي عبد الفتاح سلطة ، " المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم " ، مقال منشور بمجلة الحقوق الكويتية عدد الرابع (ديسمبر، 1984)ص101

عصام القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، (القاهرة : دار النهضة العربية، 1993). ،ص125

علاء حسين علي ، القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، (دراسة تحليلية مقارنة ، كلية الآداب ، جامعة الكوفة ، العدد 41 سنة 2016

علم الدين محى الدين إسماعيل ، منصة التحكيم التجاري الدولي ، (ج 1، دار النهضة العربية ، سنة 1986)، ص70

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

على بركات ،" الرقابة على دستورية نصوص التحكيم " (دراسة تحليلية لموقف المحكمة الدستورية العليا من النصوص المنظمة للتحكيم ، دار النهضة العربية – سنة 2002)، ص9

على طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري، ط 1، الإصدار 1، (دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2006)

على عبد الكريم ، "التحكيم في قانون المسطرة المدنية المغربي"، مقال منشور بمجلة المنتدى، العدد الثاني، مراكش (2000) .ص18

علي بدوي، أبحاث للتاريخ العام للقانون، (الجزء 1، تاريخ الشرائع، الطبعة 3،)،ص3-4

علي حيدر ، " درر الحكام شرح مجلة الاحكام " تعريب المحامي فهمي الحسيني ،) بيروت : دار الكتب العلمية ، ج4) ص2

علي يونس، الشركات التجارية ـ الشركة المساهمة،(القاهرة : دار الفكر العربي، بدون تاريخ)ص210

عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير بن ضَوْ بن درع القرشي الحَصْلي، البُصروي، الشافعي، ثم الدمشقي، مُحدّث ومفسر وفقيه،ولد بمجدل دمشق سنة 701 هـ، و توفي سنة 774 هـ، تفسير القرآن العظيم ، (بيروت : دار النشر ، دار الفكر ،ج1 ، 1401)،ص68

عزمي عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبري، في قانون المرافعات،(القاهرة : دار الفكر العربي ،1984)،ص244

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، (الإسكندرية: منشأة المعارف، ط 1 ،) 2006 ، فقرة 44،ص135

فخري أبو يوسف حسن مبروك ، مظاهر القضاء الشعبي لدى الحضارات القديمة،) القاهرة: دار النهضة العربية، 1974) ص69

فرج أحمد معروف ، " دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار" ، ورقة مقدمة إلى المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية ، الدوحـة ، (24 - 26 سبتمبر 2013) ص5

فريد عنبر، " التحكيم ضرورة عصرية" ، البوابة القانونية، مصر 2-7-2018 www.tachreaat.com

فضل آدم فضل، التحكيم في منازعات الاستثمار،(أطروحة دكتوراة - جامعة طرابلس، كلية القانون، 2009)ص9

فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي, (عمان: مكتبة دار الثقافة، ج5، 1997)ص208

ـــــــــــــ ، التحكيم التجاري الدولي، (بيروت : ط2، جامعة بغداد الطبعة التانية ،1992) ص24.

ـــــــــــــ، التحكيم التجاري الدولي، (مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، جزء 5، 1997) ص45

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

قانون البترول ، (1955)

قانون التحكيم الإنجليزي في المادة 3/15 (لعام 1996)

قحطان عبدالرحمن الدوري ، عقد التحكيم في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي،) بغداد: مطبعة الخلود ، 1405، 1985م ط1) ص65

قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية- (دار المطبوعات الجامعية 1999) – فقرة 77)، ص102

قمست الجداوي، التحكيم في مواجهة الاختصاص القضائي الدولي، (دار النهضة العربية، 1982) ، ص37.

قواعد مركز التحكيم التجاري الدول مجلس التعاون الخليجي النافذه في 1995/9/27 في المادة 1منها القواعد منشورة على الموقع : www.albazaie.com/ta7kem.aspk

كمال الدين محمد عبد الواحد ، شرح فتح القدير،(المطبعة الكبرى الأميرية، 1984)ص 40

كمال الدين محمد بن عبد الواحد سيواسي ، شرح فتح القدير، (ج 7 ، دار الفكر ، ط ، 2) ص62

الكوني اعبوده قانون عالم القضاء ج2 منشورات جامعة ناصر ط1998 ص404

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

ـــــــــــــــ ، أساسيات القانون الوضعي الليبي، المدخل إلى علم القانون، (طرابلس : المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية ، ج 2، ط 4، 2003م) ص136

ـــــــــــــــ، " اتفاق التحكيم في العلاقات النفطية"، صحيفة العدالة، تصدر عن الإدارة العامة للعلاقات والتعاون ، (السنة 1، العدد9 ، 2006)،ص32

لأبي الحسن على محمد بن حبيب الماوردي البصري ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي ، شرح مختصر المزني، (، بيروت: دار الكتب العلمية ، ط. 1، 1994، ج1)،ص8

المادة 120 " نظام غرفة التجارة الدولية" (1922)

المادة 22 " الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري" بعمان(1987)، ص13

المادة: 11قانون التحكيم المصري، والمادة: 6قانون تحكيم يمني-

المادتان 18 و 19 ، نفس الاتفاقية.

ماهر محمد صالح عبد الفتاح اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، (رسالة دكتوراه – كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة 2004).ص19

مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة " رقم (91-9/8)ص23

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ، (دار النهضة العربية ، سنة 1997)ص27

محمد أخياظ " التحكيم البحري" ، غرفة التحكيم البحري بالمغرب ، مجلة القصر، العدد 1(يناير 2002). ص10

محمد الجيلاني البدوي، " قانون النشاط الاقتصادي" ، (ط 5 ، 2005)ص173

محمد المجدوبي الإدريسي: "المحاكم التجارية بالمغرب –دراسة تحيلية نقدية مقارنة" مطبعة بابل الطبعة الأولى ، ص149

محمد بدر، و البدراوي، مبادئ القانون الروماني نقلاً عن الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية ،ص26

محمد بن ابي بكربن غبدالقادر الرازي ، مختار الصحاح ، تحقيق : محمود خاطر ، الطبعة الاولى ، (بيروت : مكتبة لبنان ناشرون ، ج 1 ، 1995)،ص33

محمد بن ناصر البجاد، " التحكيم في المملكة السعودية "، منشورات مركز البحوث والدراسات الإدارية، الرياض، ط1 (1999) ص44

محمد بن ناصر البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، (الرياض : معهد الإدارة العامة ب، ط ، 1420)،ص60.

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

محمد توفيق على محمد فهمى: " اختيار قواعد العدالة والإنصاف لحل منازعات التجارة الدولية " (رسالة دكتوراة - كلية الحقوق ، جامعة عين شمس)ص21-22 .

محمد جلاء إدريس ، مناهج البحث العلمي نظرياً وتطبيقياً ، الجامعة الإسلامية العالمية 1998. ،ص40

محمد سليم العواء ،" *اختيار المحكم وواجباته*"، القاهرة مؤتمر التحكيم الأول،(1991) ص261.

محمد سيد عمر التحييوي ، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، (الإسكندرية : منشأة المعارف ، طبعة 3) ، ص20

محمد عبد الهادي الشقنقيرى ، دروس في تاريخ القانون المصري ،(ج1 ، سنة 1985 ، (1986 ،)ص173

محمد عبدالمنعم بدر ، مبادئ القانون الروماني ،(دار النشر الحديث ، 1937)

محمد على سكيكر، تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية، (الإسكندرية : منشاة المعارف ، دار الجامعيين 2006 (فقرة ،94) ص59

محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، ، (بنغازي : دار الكتب الوطنية ، ج 1، ط4، 2003)ص48

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

محمد عليش ، ،منح الجليل شرح على مختصر خليل 1299،(بيروت : ج 8 ، دار النشر دار الفكر ، 1409هـ - 1989م)ص283

محمد كامل ، أصول القوانين،(المطبعة الرحمانية ،1923.)، ص104

محمد محمود قدري ، التحكيم في ضوء احكام الشريعة الاسلامية،(الرياض : دار الصميعي للنشر والتوزيع ، 1430هـ 2009، ط1)

محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ،(بيروت: ، دار النشر ، دار الفكر ، ج 4) التوفي سنة 977 هـ ، ص379

محمود السنفا ، فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، (القاهرة : دار الفكر العربي، 1989) ، ص107

محمود السيد التحيوي ، التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح ، (الإسكندرية : منشأة دار المعارف ، طبعة 2002)، ص161

ـــــــــــــــ ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، (الطبعة 1999، مطبعة دار الجامعة)، ص65

ـــــــــــــــ، اركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، (الإسكندرية : دار الفكر الجامعي، 2008) ، ص135

ـــــــــــــــ، تنفيذ حكم المحكمين، (مصر: دار الفكر الجامعي، 2006)، ص3

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، النظرية العامة للتحكيم، الجزء الأول، اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1990م) ص112

محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي،(دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1998.)ص12

محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية ،(اتفاق الحكيم، دار الفكر العربي، ج.1، 1990)ص106

مروان المدرس ، " مجلة الوطن " ،(كلية الحقوق ، جامعة البحرين ، 2017/12/7) ص22

مسعود مادي، فاضل الزهاوي، " الشركات التجارية في القانون الليبي " ، (منشورات جامعة الجبل الغربي، ط 1 ، 1997)ص72

مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، ج5، طبعة دار الشعب، القاهرة، (1968)

مشروع قانون التحكيم الليبي" المادة رقم 1

مصطفى محمد الجمال، "أضواء على عقد التحكيم"، بحث منشور في الدراسات القانونية الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت، العدد 1، فقرة ،27 (1998) ص21

ـــــــــــــــ، وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية،(بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية، ، 1998) ، ص434

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

معمر نعمان محمد النظاري، " الرقابة القضائية على التحكيم في التشريعين المغربي واليمني"، (رسالة دبلوم - جامعة محمد الأول، كلية الحقوق) ص14

المقدسي عبد الله بن قدامة الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل ، (بيروت : ، دار النشر ، المكتب الاسلامي، ج 4)، ص79

من الاتفاقية العربية" للتحكيم التجاري" بعمان ، المادة 18 الفقرة 7 (1987).

منتدي المحامين العربي ، الواسع التحكيم ، http : //www. mohamoon montada . com / default aspx ? ction = isclav 810 = 86186 & Type = 3

منصور بن يونس البهوتي ، الروض المربع، (الرياض : مكتبة الرياض الحديثة، 1390هـ، ج3)، ص382

_____ ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، (بيروت : دار الفكر، ج 6 ، 1402)ص308

منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، (الاسكندرية : منشاة المعارف بالإسكندرية، 1997،) ، ص117.

مهند احمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، (عمان : دار الثقافة للنشروالتوزيع، ط1 ، 2003) ص47 .

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

المؤتمر التاسع المنعقد في دولة الإمارات، مجلة المجمع، (أبو ظبي ، ج 4 ، 1995) العدد 9 -

الموسوعة الفقهية الكويتية ،(10/ 245)

موسى سليمان ابوملوح ، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الالتزام، الكتاب الأول (1995)

مولانا عبد المؤمن ولد محمد ، التحكيم بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، (رسالة ماستر- جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية ، المغرب، 2009)ص33

ناريمان عبدالقادر، اتفاق التحكيم،(القاهرة : دار النهضة العربية، ط1، 1996)ص225

ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، (المكتب الجامعي الحديث ،2005)

ـــــــــــــــــ، شرط التحكيم في العقود التجارية، المكتب الجامعي الحديث (2008.) ص102

نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، (الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة، ط.2، 2005) . ص8

نبيل محمد أحمد صبيح- دور وكلاء العقود في التجارة الدولية(القاهرة : دار النهضة العربية ، (1995 -)ص144

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

هشام القاسم ، المدخل إلى علم القانون ، (جامعة دمشق 2003، 2004)،ص32

هشام خالد، " معيار دولية التحكيم التجاري"- دراسة مقارنة ، منشاة المعارف بالإسكندرية2006) ، ص192

هشام على صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ،(الإسكندرية : منشأة المعارف، سنة (1995 .)ص185

الهلسا ، أديب ، أسس التشريع القضائي الأردني، " محاضرات بمعهد البحوث والدراسات العربية القانونية والشرعية" 1991)، ص62

وجدى راغب، مفهوم التحكيم وطبيعته ، الدورة التدريبه للتحكيم ،(الكويت: كليه الحقوق – جامعه الكويت , سنه 1993 ،) ص3

وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، الفقه العام ، الجزء السادس ،(دمشق: دار الفكر الطباعة للنشر والتوزيع دمشق الطبعة التانية 1984-1404،) ص700

ـــــــــــــ ، أصول المحاكمات الشرعية، (جامعة الشارقة، الشورابي، التحكيم والتصالح، دار الفكر)، ص301.

الموقع القانوني لمركز التجارة الدولية http://www.jurisint.org21-6 2018

- Fouchard, L'arbitrage commercial international, E Gailland Goldman, 1992,

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

http://www.alukah.net/web/fouad/0/31737/#izz585nZnyOS

http://www.law-arab.com/2015/02/Free-institutional-arbitration.html8-7-2018

http://www.e-cfr.org/ar/index.php

La démocratie et la représenuntion dex interels en France, ed Paris,(1931).

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id

فهـــرس الايـــات

رقم الاية	السورة	الايـــــــــــــة
65	النساء	فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىَ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيمًا
141	النساء	وَلَن يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً
9	الحجرات	وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغى حتى تفئ إلى أمر الله فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين
35	النساء	فابعثوا حكما من اهله وحكما من أهلها
44	المائدة	ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون
48	المائدة	فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللّه
65	النساء	فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا
50	المائدة	أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ
35	النساء	تُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا
282	البقرة	يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه
13	الحجرات	يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ

digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id digilib.uinsby.ac.id