الجامعة العربية الأمريكية

كلية الدراسات العليا

التحكيم مع التفويض بالصلح في النظام القانوني الفلسطيني

(دراسة مقارنة)

إعـــداد

علاء علي شحادة الحوامدة

إشراف

د يوسف شندي

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون التجاري بكلية الدراسات العليا في الجامعة العربية الامريكية 2018.

© الجامعة العربية الامريكية 2018. جميع حقوق الطبع محفوظة.

التحكيم مع التفويض بالصلح في النظام القانوني الفلسطيني

دراسة مقارنة

اعداد

علاء علي حوامدة

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ 2018/4/18م، وأجيزت.

أعضاء لجنة المناقشة	**التوقيع**
- د. يوسف شندي / مشرفاً ورئيساً	.....
- د. رشا حماد / ممتحناً خارجياً	.....
- د. انس ابو العون / ممتحناً داخلياً	.....

الإقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان:

التحكيم مع التفويض بالصلح في النظام القانوني الفلسطيني

" دراسة مقارنة"

Arbitration in amiable composition in the Palestinian legal system
"Comparative Study"

اقر أن ما اشتملت عليه هذه الرسالة هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل، أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أية درجة علمية أو بحث علمي أو بحثي لدى أي مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise reference, is the researchers own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

Student name:	**اسم الطالب**
Signature:	**التوقيع**
Date:	**التاريخ**

قال تعالى:

" إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا "

سورة النساء/ سورة رقم (4) الأية (58)

الاهداء

إلى من صقل الحياة في عيناي، وارتأيت دفء الكون في فؤاده

إلى من منحني عمره، وجهده، ولم يبخل علي يومًا بنصيحة أو دعوة لرب السماء بأن يرزقني توفيقًا لا ينضب

أبي الحبيب والرفيق، وبداية طريقي في الحياة ومنتهاه .. نبع الإرشاد، معلمي وموطني، ومنْ خطوتُ أولى دروب الحياة على يديه، لا توفْ كلمات الشكر والامتنان ذكر أفضالك عليّ .. شكراً لك

الى القلب النابض، الى رمز الحنان والحب والتضحية، الى من كانت دعواتها الصادقة سر نجاحي .. امي الغالية

الى الشموع التي تنير لي الطريق اخوتي واخواتي: ولاء، انس، الاء، وصال

الى عائلتي التي افتخر بها دوما

الشكر والتقدير

بعد شكر الله عز وجل، أتوجه بالشكر الخالص لأستاذي ومعلمي، الدكتور يوسف شندي، الذي قدم لي من العلم والنُصح والصبر الكثير طوال هذه الفترة، حتى خرج العمل بهذه الصورة، فلا أغفل دعمه المستمر لي طوال فترة التحضير، كل الشكر والامتنان لك أستاذي الفاضل

كما لا يفوتني شكر الأساتذة الأكفّاء، أعضاء لجنة المناقشة .. الممتحن الخارجي مديرة المعهد القضائي الفلسطيني الدكتورة رشا حماد، والممتحن الداخلي استاذ القانون الخاص في الجامعة العربية الامريكية الدكتور انس أبو العون، على قبولهم مناقشة هذه الرسالة، وقد أكتسبت بفضل خبراتهم وعلمهم ودماثة أخلاقهم وملاحظاتهم الكثير مما سينفعني في حياتي القادمة بإذن الله

الملخص

يُعتبر التحكيم مع التفويض بالصلح أحد الوسائل الاستثنائية للفصل في موضوع النزاع، بحيث يسعى هذا النوع من التحكيم الى تطبيق عدالة خاصة تقتضي بحث المحكم عن العدالة ليس بين نصوص القانون وحسب، وإنما البحث عنها في كافة القواعد المتاحة وإن لم تعتبر قانون، بحيث يخرج المحكم عن النمط التقليدي الذي يسعى الى إحالة مسالة تحقيق العدالة الى نص القانون الواجب التطبيق، الى نمط أخر يحيل مسالة تحقيق العدالة الى قناعه وشخص المحكم.

وذلك الامر اقتضى أن يتمتع المحكم المفوض بالصلح بسلطات خاصة لا يتمتع بها المحكم بالقانون، مما استدعى ذلك دراسة التحكيم مع التفويض بالصلح في كافة مراحل العملية التحكيمية، بداية من دراسة خصوصية اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح، حيث تم خلاله تناول متى يتم ابرام اتفاق التحكيم ومن هم اصحاب الصفة في انشائه ومدى سلطاتهم في التدخل في اتفاق التحكيم، وتم التطرق خلاله أيضا الى الشروط الشكلية والموضوعية لإنشاء اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح.

ثم استعرض الباحث في المرحلة الثانية خصوصية سلطة المحكم المفوض بالصلح، حيث تناول خلاله سلطة المحكم في اختيار القواعد التي تحكم موضوع النزاع وسلطته في تطبيق العدالة، من حيث بيان كيف يستنبط المحكم العدالة وعلى ماذا يستند المحكم في البحث عن العدالة، وما هي مبررات المحكم في تطبيق أحكام القانون أو استبعاده وأسلوب المحكم في نظر النزاع، وتناول الباحث خلاله ايضا قدرة المحكم على معالجة أحكام العقد وتعديل محتواه من ناحية، وحدود سلطة المحكم بإعادة التوازن العقدي من خلال تناول كيف يعالج المحكم الشروط غير العادلة في العقد ويحافظ على استمرارية العلاقة بين الطرفين من ناحية أخرى.

ثم استعرض الباحث في المرحلة الثالثة ضوابط التحكيم مع التفويض بالصلح أثناء نظر النزاع، تناول خلاله التزام المحكم بقواعد النظام العام من خلال بيان المعيار المكاني والموضوعي للنظام العام الذي يلتزم به المحكم، وذلك من خلال دراسة اي قواعد النظام العام الواجبة التطبيق ونوعها، ثم تناول الباحث التزام المحكم بالإجراءات المتعلقة بالنظام العام من خلال دراسة الاجراءات المتعلقة بحقوق الدفاع واستمرارية اجراءات التحكيم والاستقلالية والحياد.

ثم استعرض الباحث في المرحلة الرابعة ضوابط التحكيم مع التفويض بالصلح اثناء إصـــدار حكم التحكيم، تناول خلاله الشروط الشكلية والموضوعية لإصدار قرار التحكيم مع التفـــويض بالصلح، وذلك من خلال بيان الشروط المتعلقة بإصدار قرار التحكيم مع التفـــويض بالصـــلح ومحتوياته، ومن خلال بيان التزام المحكم بتسبيب قرار التحكيم والتزامه بحدود مهمة التحكيم و بحجية الأمر المقضي به.

وتبرز أهمية هذه الدراسة في كونها تتناول أحد انواع التحكيم الذي لم يحظى بتنظيم قـــانوني كافي يوضح خصوصية وأحكام هذا النوع من التحكيم، لذلك استدعى الامر اكمـــال الـــنقص التشريعي المنظم لهذا النوع من التحكيم في القوانين محل المقارنة، مـــن خـــلال الاســـتعانة بالسوابق القضائية وأحكام المحكمين والاتفاقيات الدولية، واللوائح والانظمة الصـــادرة عـــن مراكز التحكيم الدائمة، ومن خلال الاستعانة ايضا بالدراسات السابقة حول هذا الموضوع.

ويسعى الباحث من خلال هذه البحث الى وضع الخطوات الاولى لدراسة هـــذه النـــوع مـــن التحكيم بقصد فتح المجال امام الباحثين لدراسة هذه النوع من التحكيم بتعمق اكبر.

فهرس المحتويات

الموضوع	الرقم
الإقرار	**ث**
الاهداء	**ج**
الشكر والتقدير	**ح**
الملخص	**خ–د**
فهرس المحتويات	**ذ–ر**
المقدمة	1
الفصل الاول: خصوصية التحكيم مع التفويض بالصلح	5
المبحث الاول: خصوصية اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح	5
المطلب الاول: صلاحية أطراف النزاع في اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح	5
الفرع الاول: صلاحية أطراف النزاع في اختيار التحكيم مع التفويض بالصلح	6
الفرع الثاني: صلاحية اطراف النزاع في تحديد سلطة المحكم المفوض بالصلح	11
المطلب الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح	16
الفرع الاول: الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح	16
الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح	23
المبحث الثاني: خصوصية سلطة المحكم المفوض بالصلح	26
المطلب الاول: حدود سلطة المحكم المفوض بالصلح في نظر النزاع	27
الفرع الاول: حدود سلطة المحكم في اختبار القواعد التي تحكم النزاع	27
الفرع الثاني: حدود سلطة المحكم في تطبيق العدالة	32
المطلب الثاني: حدود سلطة المحكم المفوض بالصلح في إعادة النظر بالعقد	37
الفرع الاول: حدود سلطة المحكم في تعديل أحكام العقد	37
الفرع الثاني: حدود سلطة المحكم في اعادة التوازن العقدي	42
الفصل الثاني: ضوابط التحكيم مع التفويض بالصلح	46
المبحث الاول: ضوابط التحكيم مع التفويض بالصلح اثناء نظر النزاع	46
المطلب الاول: التزام المحكم المفوض بالصلح بالقواعد المتعلقة بالنظام العام	46

الفرع الاول: المعيار المكاني للنظام العام الذي يلتزم به المحكم	46
الفرع الثاني: المعيار الموضوعي للنظام العام الذي يلتزم به المحكم	50
المطلب الثاني: التزام المحكم المفوض بالصلح بالإجراءات المتعلقة بالنظام العام	54
الفرع الاول: التزام المحكم بالإجراءات المتعلقة بحقوق الدفاع	54
الفرع الثاني: التزام المحكم بالاستقلالية والحياد و باستمرارية اجراءات التحكيم	63
المبحث الثاني: ضوابط التحكيم مع التفويض بالصلح اثناء اصدار الحكم	68
المطلب الاول: الشروط الشكلية في قرار التحكيم مع التفويض بالصلح	68
الفرع الاول: الشروط المتعلقة بإصدار قرار التحكيم	69
الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بمحتوى قرار التحكيم	74
المطلب الثاني: الشروط الموضوعية في قرار التحكيم مع التفويض بالصلح	78
الفرع الاول: التزام المحكم بتسبيب قرار التحكيم	79
الفرع الثاني: التزام المحكم بإصدار القرار ضمن حدود مهمة التحكيم وبحجية الامر المقضي به	83
الخاتمة	89
قائمة المصادر والمراجع	94
Abstract	**A**

المقدمة

التحكيم من الوسائل البديلة لحسم المنازعات سواء أكان على المستوى المحلي أو الدولي، يتم اللجوء إليه من قبل أطراف النزاع من أجل حسم المنازعات دون اللجوء إلى القضاء العادي، والتحكيم أكثر الوسائل البديلة فاعليّه في حسم المنازعات، حيث إن قرار التحكيم يكون مُلزما للأطراف وقابلا للتنفيذ شأنه شأن القرار القضائي العادي، والتحكيم ينقسم إلى عدة أنواع، تحكيم مؤسسي وتحكيم حر، تحكيم داخلي وتحكيم دولي، تحكيم بالقانون وتحكيم مع التفويض بالصلح، والنوع الأخير من التحكيم هو موضوع الدراسة في هذا البحث.

الأصل أن يكون التحكيم بالقانون، إلا إذا اتفق أطراف النزاع على تفويض هيئة التحكيم بنظر النزاع تحكيما مع التفويض بالصلح، حيث إن غياب اتفاق الأطراف على تفويض هيئة التحكيم بنظر النزاع بالتحكيم مع التفويض بالصلح يجعل التحكيم هنا بالقانون، وعلى ذلك فإن مسالة تفويض هيئة التحكيم بنظر النزاع بالتحكيم مع التفويض بالصلح هي مسالة جوازيه للأطراف فهم يقدرون، إذا كانت مصلحتهم تقضي تفويض هيئة التحكيم بالصلح من عدمه[1]، ولقد نص المشرّع الفلسطيني على ذلك في المادة (36) من قانون التحكيم على أنه "يحق لأطراف النزاع تفويض هيئة التحكيم بإجراء الصلح بينهم وفقاً لقواعد العدالة ويجوز لهيئة التحكيم أن تعرض بناءً على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها تسوية ودية للنزاع"[2]، وأيضا نصت على ذلك التشريعات العربية محل المقارنة[3].

والتحكيم مع التفويض بالصلح أكثر خطورة من التحكيم بالقانون، حيث يمنح المحكم المفوض بالصلح سلطة واسعة نسبيا بالمقارنة مع المحكم بالقانون، مما يوجب علينا دراسة النظام القانوني للتحكيم مع التفويض بالصلح على الرغم من أن المُشَـرّع الفلسطيني، وأغلب التشريعات محل المقارنة لم تتناول التحكيم مع التفويض بالصلح بشكل كافي ينظم حدود

---

[1] شندي، يوسف، **التحكيم الداخلي والدولي – في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 – دراسة مقارنة**، ط1، جامعة بيرزيت، 2014، ص 285.

[2] قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 المنشور في مجلة الوقائع الفلسطينية في العدد 33 بتاريخ 2000\6\30، ص5.

[3] نصت المادة 1/39 من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 على انه " يجوز لهيئة التحكيم – إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون"، ونصت المادة 1/39 من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001. "يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون".

وضوابط سلطة المحكم المفوض بالصلح، وبذلك يكون هناك خطورة ونقص في التشـــريعات حول هذا النوع من التحكيم.

حيث أن مسالة التحكيم مع التفويض بالصلح تنتهي بحكم ملزم للأطـــراف وقابـــل للتنفيـــذ، وبالتالي يؤدي غياب التنظيم القانوني الضابط لسلطة المحكم المفوض بالصلح إلى منح المحكم سلطة مطلقة، ولتجنب أن تكون سلطة المحكم مطلقة نتيجة غياب التنظيم القانوني الضابط لهذه السلطة، وجب علينا دراسة حدود وضوابط هذه السلطة واستكمال نقص التشريعات فيها مـــن خلال الاستعانة بالسوابق القضائية وأحكام المحكمين والاتفاقيات الدولية واللـــوائح والأنظمـــة الصادرة عن مراكز التحكيم الدائمة، ومن خلال الاستعانة أيضا بالدراسات السابقة حول هـــذا الموضوع.

أهمية الدراسة

تكمن أهمية دراسة التحكيم مع التفويض بالصلح في كونه يعدّ نوعاً من أنـــواع التحكـــيم لـــه صفاته الخاصة، من حيث كونه لا يخضع لذات القيود التي يخضع لها المحكم بالقانون، وأيضا في كون المحكم يتحرر من إلزامية الحكم بموجب قواعد القانون، الأمر الذي يجعل دراســـته تركز على نوع من أنواع التحكيم له طبيعـــة خاصـــة ســـواء مـــن الناحيـــة الإجرائيـــة أو الموضوعية.

كما أن للدراسة أهمية في كونها تتناول خصوصية سلطة المحكم في التحكيم مـــع التفـــويض بالصلح، حيث إن سلطه المحكم المفوض بالصلح تكون سلطّة أكثر شـــموليّه بالمقارنـــة مـــع المحكم بالقانون، وبالتالي يترتب خطورة على هذه السلطة الواسعة نسبيا، مما يحـــتّم علينـــا دراسة حدود وضوابط هذه السلطة في كافة مراحل التحكيم، خاصة أن المشـــرع الفلســـطيني والقوانين العربية المقارنة لم تتناول حدود وضوابط هذه السلطة بشكل مفصل وكافي.

كما تتناول هذه الدراسة التحكيم مع التفويض بالصلح في كافة مراحلـــه بـــدءاً مـــن دراســـة خصوصية اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح، مرورا بدراسة خصوصـــية ســـلطة المحكـــم المفوض بالصلح، إلى دراسة ضوابط هذه السلطة والتزامات المحكم المفوض بالصلح، وأخيرا نتناول ضوابط إصدار حكم التحكيم مع التفويض بالصلح.

ولأهمية هذا الموضوع، ولقلة الدراسات التي تناولته بالشكل المطلوب، ولعدم وجود أي دراسة فلسطينية متخصصة فيه بشكل كامل أو حتى جزئي، فإنني اخترت هذا العنوان كي يكون عنوانا لبحثي.

مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة الدراسة في عدم وجود قواعد قانونية كافية تنظم التحكيم مع التفويض بالصلح، كون التشريعات الفلسطينية والعربية لم تقم بتنظيمها بالشكل المطلوب سواء من حيث تنظيم خصوصية التحكيم مع التفويض بالصلح وذلك في كل من اتفاق التحكيم وفي حدود سلطة المحكم، أو من حيث تحديد القيود الواردة على سلطة المحكم وذلك أثناء نظر النزاع أو أثناء إصدار حكم التحكيم، مما يحتم علينا الرجوع إلى القواعد العامة وأحكام المحاكم وأحكام التحكيم من اجل استنباط تلك القواعد التي تحدد حدود والتزامات المحكم المفوض بالصلح، وانطلاقا من ذلك وانطلاقا من سؤال رئيسي يمثل مشكلة البحث " ما هي حدود وضوابط سلطة المحكم المفوض بالصلح وما هي خصوصية هذا النوع من التحكيم؟" سوف يتم معالجة ما تقدم من خلال الإجابة على أسئلة متعددة تمثل إشكالية هذه الرسالة:

1. ما هي خصوصية اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح من حيث صلاحية أطراف النزاع في اتفاق التحكيم ومن حيث شروط صحة اتفاق التحكيم ؟
2. ما هي خصوصية سلطة المحكم المفوض بالصلح سواء من حيث سلطته في نظر النزاع أو من حيث سلطته في إعادة النظر بالعقد موضوع النزاع ؟
3. ما هي القيود الواردة على سلطة المحكم أثناء نظر النزاع سواء كان ذلك في القيود الواردة على سلطة المحكم في الموضوع أو في الإجراء ؟
4. ما هي القيود الواردة على سلطة المحكم أثناء إصدار حكم التحكيم سواء كان ذلك في القيود الشكلية أو الموضوعية ؟

منهج الدراسة

سيتم الاعتماد في إعداد هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي المقارن، كونه يتناسب مع دراسة التحكيم مع التفويض بالصلح في النظام القانوني الفلسطيني، وذلك من خلال مقارنة قانون التحكيم الفلسطيني مع غيره من القوانين العربية محل الدراسة وكذلك أنظمة ولوائح

مراكز التحكيم، وقواعد الأونسيترال، والقانون النموذجي للأمم المتحدة لسنة 1985، مع الاستعانة بالمراجع والدراسات حول الموضوع ومراجعتها، وتحليل القرارات القضائية ذات الصلة، وتحليلها واستخلاص النتائج الهامة منها، والخروج بتوصيات مناسبة بشأنها.

نطاق الدراسة

يقتصر نطاق الدراسة على قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 وقانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 وقانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994مع الإشارة إلى موقف القوانين الأخرى في بعض الحالات التي تستوجب ذلك، مع الاستعانة بالعديد من الاتفاقيات الدولية والأنظمة واللوائح الصادرة عن مراكز التحكيم.

خطة الدراسة

لقد تم تقسم هذا البحث والذي يحمل عنوان "التحكيم مع التفويض بالصلح في النظام القانوني الفلسطيني" على فصلين، نتناول في الفصل الأول: خصوصية التحكيم مع التفويض بالصلح، والذي تم تقسيمه إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول خصوصية اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح من خلال التطرق إلى خصوصية سلطة الأطراف في إنشاء اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح، ومن خلال تناول شروط صحة اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح، وفي المبحث الثاني خصوصية سلطة المحكم المفوض بالصلح من خلال دراسة خصوصية سلطة المحكم في نظر النزاع، وخصوصية سلطة المحكم في إعادة النظر بالعقد موضوع النزاع.

أما الفصل الثاني فنتناول فيه ضوابط التحكيم مع التفويض بالصلح، حيث جاء في مبحثين، في المبحث الأول: ضوابط التحكيم مع التفويض بالصلح أثناء نظر النزاع وذلك من خلال التطرق إلى التزامات المحكم المفوض بالصلح في الموضوع، ثم نتناول التزامات المحكم المفوض بالصلح في الإجراء، وفي المبحث الثاني ضوابط التحكيم مع التفويض بالصلح أثناء إصدار الحكم وذلك من خلال التطرق إلى التزامات المحكم المفوض بالصلح بالأمور الشكلية في الحكم، ثم بيان التزامات المحكم المفوض بالصلح بالأمور الموضوعية بالحكم.

الفصل الأول

خصوصية التحكيم مع التفويض بالصلح

التحكيم مع التفويض بالصلح أحد أنواع التحكيم يتميز بطبيعة خاصة تجعل بعض أحكامه لها خصوصية تختلف عن التحكيم بالقانون، وهذه الخصوصية تتعلق بطبيعة عمل المحكم المفوض بالصلح غير المقيد بالفصل في النزاع بموجب أحكام القانون، وكذلك تتعلق بطبيعة وحدود سلطة المحكم في نظر النزاع. ولأهمية وخطورة هذه النوع من التحكيم فإن التشريعات وضعت شروط خاصة تتعلق بإنشاء اتفاق التحكيم من جهة، وأحكام خاصة تتعلق بحدود سلطة المحكم المفوض بالصلح من جهة أخرى.

وعليه سيتناول الباحث خصوصية التحكيم مع التفويض بالصلح في مبحثين: الأول خصوصية اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح، وفي الثاني خصوصية سلطة المحكم المفوض بالصلح.

المبحث الأول: خصوصية اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح

يعد اتفاق التحكيم أساس سلطة المحكم المفوض بالصلح، حيث يحدد اتفاق التحكيم حدود سلطة المحكم وضوابط هذه السلطة، ولا يقيد ذلك إلا القيود التي يفرضها القانون على هذه السلطة. ويُعبّر اتفاق التحكيم عن إرادة الأطراف في تحديد طريقة نظر النزاع من قبل المحكم، لكن اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح له طبيعة خاصة تتميز عن اتفاق التحكيم بالقانون، هذه الطبيعة تضع أحكاما خاصة لصلاحية أطراف النزاع في اتفاق التحكيم من جهة، والتي سوف أتناولها في المطلب الأول، وتضع شروطا خاصة لصحة اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح من جهة أخرى، والتي سوف أتناولها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: صلاحية أطراف النزاع في اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح

يقوم أطراف النزاع بصياغة اتفاق التحكيم وذلك بما يتناسب مع مصالحهم الخاصة، سواء أكان على شكل شرط أو مشارطة تحكيم. إلا أن صلاحية أطراف النزاع ليست مطلقة في اتفاق التحكيم وإنما عليها ضابط قانوني يحدد صلاحية أطراف النزاع في اختيار التحكيم مع التفويض بالصلح من جهة، وضابط آخر يحدد صلاحية الأطراف في تحديد سلطة المحكم في اتفاق تحكيم مع التفويض بالصلح من جهة أخرى، وعليه فإننا سنتناول كل جزء بفرع مستقل.

الفرع الأول: صلاحية أطراف النزاع في اختيار التحكيم مع التفويض بالصلح

حين يقوم أطراف النزاع بإبرام اتفاق تحكيم، فإنهم يختارون التحكيم بالقانون أو التحكيم مع التفويض بالصلح، ويخضع اختيار الأطراف للتحكيم مع التفويض بالصلح إلى ضوابط خاصة سواء أكان ذلك فيما يتعلق بوقت إبرام اتفاق تحكيم مع التفويض بالصلح، أو في من له الحق أو الصفة في إبرام مثل هذا الاتفاق، وعليه سأعرض لذلك على التوالي.

أولا: وقت إبرام اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح

إن إبرام اتفاق التحكيم يكون إما قبل حدوث النزاع بموجب شرط تحكيم، أو بعد حدوث النزاع بموجب مشارطه تحكيم، وقد نص على ذلك المشرع الفلسطيني في قانون التحكيم، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة (5) على أن "اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو اتفاق منفصل"، ويترتب على كون اتفاق التحكيم سابق أو لاحق لحدوث النزاع أحكام قانونية مختلفة، وعليه فإنه يجب التفريق بين كون اتفاق التحكيم سابق أو لاحق بشكل فعلي، وليس بموجب مسمّى اتفاق التحكيم[1]، بحيث يكون الاتفاق السابق لحدوث النزاع هو شرط تحكيم والاتفاق اللاحق لحدوث النزاع هو مشارطة تحكيم.

وتبرز أهمية التفريق بين الاتفاق السابق لحدوث النزاع (شرط تحكيم) والاتفاق اللاحق لحدوث النزاع (مشارطه تحكيم) في وجوب تحديد موضوع النزاع في حالة مشارطه التحكيم وإلا اعتبرت مشارطه التحكيم باطلة[2]، وقد نصت على ذلك أغلب القوانين العربية[3]. والعلة في ذلك أن النزاع أصبح واضحاً للأطراف، ولا يوجد ما يمنع تحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم وذلك ينطبق على التحكيم بالقانون والتحكيم مع التفويض بالصلح، إلا أن البعض يرى عدم وجود مبرر علمي لبطلان مشارطة التحكيم في حالة عدم تحديد موضوع النزاع خاصة في

---

[1] نص المادة (3) من مجلة الأحكام العدلية "**العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، ولذا يجري حكم الرهن في البيع بالوفاء**".

[2] حكم محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم 70 لسنة 2005، الصادر في تاريخ 2006/1/14.

[3] المادة (5) فقرة 4 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، المادة (10) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994، المادة (11) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001.

التجارة الدولية[1]، حيث أن بعض الانظمة لا تفرق بين شرط ومشارطة تحكيم في التحكيم الدولي وإنما تأخذ بتسميه واحده وهي اتفاق التحكيم وذلك مثل القانون الفرنسي .

وكون اتفاق التحكيم بالقانون هو الأصل واتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح هو الاستثناء، فإن اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح له طبيعة وأحكام خاصة تتعلق في وقت إنشاء اتفاق التحكيم، وذلك على الأقل حسب رأي بعض الفقهاء بحيث أن هناك اختلافاً فقهياً حول وقت إنشاء اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح.

حيث يرى أصحاب الاتجاه الأول أن اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح يجب أن يكون لاحقاً لحدوث النزاع، أي يجب أن يكون في صورة مشارطه تحكيم لا شرط تحكيم، ويستند في ذلك إلى "أن الاتفاق على التحكيم مع التفويض بالصلح قبل نشوء النزاع ينطوي على تنازل عن حق لم يوجد بعد، ولذلك فهذا التنازل غير مقبول، حيث أن التنازل عن حق يفترض وجود الحق وإمكانية التصرف فيه "[2]، ويفترض هذه الاتجاه أن اتفاق التحكيم يقوم على تنازل عن حق وهذا الحق ينشأ عند حدوث النزاع، وبالتالي يكون اتفاق التحكيم مع تفويض بالصلح السابق لحدوث النزاع غير قابل للتطبيق لأنه تنازل عن حق لم يستحق بعد، ويبقى الأمر في أيدي الأطراف في إنشاء اتفاق تحكيم لاحق بالصلح، وإلا طبق اتفاق التحكيم على أنه اتفاق تحكيم بالقانون.

أما أصحاب الاتجاه الثاني[3]، أو الاتجاه السائد والذي أخذت به أغلب القوانين، أو سكتت عنه التشريعات وهو جواز كون اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح على شكل شرط أو مشارطه تحكيم ولقد ذهبت في ذلك القوانين العربية[4]، وإن لم تتطرق إلى جواز ذلك إلا أنها لم تتناول المنع. وبالرجوع إلى النصوص القانونية التي نصت على التحكيم مع التفويض بالصلح نجدها لم تشترط أن يكون اتفاق التحكيم لاحقاً لحدوث النزاع، وقد أكد على ذلك الدكتور احمد سلامة في تعريفه التحكيم مع التفويض بالصلح والذي عرفه على أنه "هو ذلك النوع من قضاء التحكيم الذي يفصل فيه المحكمون في النزاع الذي نشأ أو يمكن أن ينشأ وفقا لمبادئ العدالة،

---

[1] شندي، يوسف، مرجع سابق، ص 60.

[2] إبراهيم، رشا، **التحكيم بالصلح**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 2009، ص 37.

[3] الشندي، يوسف، مرجع سابق، ص275-276.

[4] جاء النص بشكل عام دون قيود في كل من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000مادة (36) وقانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 المادة (39) فقرة (4) وقانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001المادة (36) فقرة (د) وقانون التحكيم اليمني رقم (32) لسنة 1997المادة (45).

والإنصاف، دون التقيد بقواعد القانوني الموضوعي"[1]، ومن التعريف السابق نجد أن الدكتور أحمد سلامة يرى أن اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح يمكن أن يكون على صورة شرط أو مشارطه تحكيم.

ويتفق الباحث مع أصحاب الاتجاه الثاني كون الاتجاه الاول مبنى على أسباب غير صحيحة فالتحكيم مع التفويض بالصلح ليس تنازل عن حقوق وإنما تفويض المحكم المفوض بالصلح بالتصرف في هذه الحقوق، بحيث أن الاتفاق على التحكيم مع التفويض بالصلح يقوم على تفويض المحكم بالتصرف بهذه الحقوق وفق ضوابط وأحكام وأهداف العملية التحكيمية ولغاية تحقيق العدالة المقصودة وهو موجه الى المحكم وليس الى الطرف الاخر في النزاع.

كما لا يقتصر وقت إنشاء اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح على شرط ومشارطه التحكيم وحسب، وإنما يمكن الاتفاق على التحكيم مع التفويض بالصلح حين نظر الخصومة من قبل المحكم، حيث إن الأطراف وإن كانوا قد اتفقوا على التحكيم في القانون في البداية إلا إنهم قد وجدوا مصلحتهم في تخويل المحكم سلطة البتّ في موضوع النزاع بالتحكيم مع التفويض بالصلح خاصة في حالة توفر الثقة لديهم في أعضاء هيئة التحكيم بعد تعينهم[2].

ثانيا: أصحاب الصفة في إنشاء اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح

أطراف النزاع هم من لهم الحق في إنشاء اتفاق التحكيم سواء أكان اتفاق تحكيم بالصلح أم كان اتفاق تحكيم بالقانون، وعلى الرغم من عدم اشتراط قانون التحكيم الفلسطيني أهلية خاصة في من يقوم بإنشاء اتفاق تحكيم مع التفويض بالصلح، إلا انه يتبادر إلينا بعض الأسئلة وذلك لخصوصية هذه النوع من التحكيم فيما يتعلق بصفة من يقوم بإنشاء اتفاق التحكيم وهي كالتالي: هل يجوز للوكيل إنشاء اتفاق تحكيم مع التفويض بالصلح؟، وهل يجوز للمؤسسات الخاصة ومؤسسات الدولة إنشاء اتفاق تحكيم مع التفويض بالصلح؟

للإجابة على هذه الأسئلة يجب أولا أن نبين أن الأهلية المطلوبة لإنشاء اتفاق التحكيم هي أهلية التصرف وقد نص على ذلك المشرع الفلسطيني في قانون التحكيم في المادة (2) على "مع مراعاة أحكام المادة (4) من هذا القانون تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين

[1] سلامه، أحمد، **القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم : محاذير وتوجيهات**، مجلة الأمن والقانون – أكاديمية شرطة دبي، الإمارات، المجلد 16، عدد 1، سنة 2008، ص43.

[2] أنظر في هذا المعنى : أبو الوفا، أحمد، **التحكيم بالقضاء وبالصلح**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2007، ص173.

أشخاص طبيعيين أو اعتباريين يتمتعون بالأهلية القانونية للتصرف بالحقوق أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، مع مراعاة الاتفاقيات الدولية التي تكون فلسطين طرفاً فيها"، وفي ذات المعنى يسير كلا من قانون التحكيم المصري والأردني، وقد جاء في اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني عن أهلية التصرف في المادة (22) على أنه "لا يصلح الاتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف الكاملة، ولا يجوز للوصي على القاصر أو القيم عليه اللجوء إلى التحكيم ما لم يكن مأذونا له بذلك من المحكمة المختصة بمنح ذلك الإذن"[1].

وعليه فإن أهلية إنشاء اتفاق تحكيم مع التفويض بالصلح هي أهليه التصرف في الحقوق وذلك بالقياس على التحكيم بالقانون، ولعدم وجود نص مخصص للتحكيم بالصلح، ولكن هل يجوز للوكيل إنشاء اتفاق تحكيم مع التفويض بالصلح؟

القاعدة العامة في القوانين العربية هي: أن ما يصح إجراؤه أصالة يصح التوكيل فيه، وعليه فإن الأصل أن يجوز التوكيل في إنشاء اتفاق تحكيم، وعلى الرغم من وجود اختلاف حول مدى جواز كون التوكيل بموجب وكالة عامة و خاصة[2]، إلا أن العبرة في ذلك في وجود نص يذكر فيه جواز إنشاء اتفاق تحكيم[3]. وعليه فان أحكام اتفاق التحكيم بالصلح بخصوص الوكالة ينطبق عليها أحكام اتفاق التحكيم بالقانون، وهنا نرجع إلى النص في الوكالة، فإذا كان النص عام على التحكيم، فيتم تفسيره تفسرا ضيقا على أنه تحكيم بالقانون على اعتبار أنه الأصل وليس تحكيما بالصلح على اعتبار أنه استثناء[4]، وأما إذا كان النص على نوع محدد من التحكيم، فإن صلاحية الوكيل قاصرة على هذا النوع من التحكيم سواء بالقانون أو بالصلح[5].

ويرى الباحث أن اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح يجب أن يكون بموجب وكالة خاصة، وذلك لخطورة هذا النوع من التحكيم لما فيه من صلاحيات واسعة للمحكم المفوض بالصلح، لأن اتفاق التحكيم بالصلح يتضمن خصوصية خاصة في تفويض الأطراف التصرف في بعض

---

[1] قرار مجلس الوزراء رقم (39) لسنة 2004 بشأن اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000م المنشور في الوقائع الفلسطينية عدد 50 صفحة 168 بتاريخ 2004/8/29.

[2] أنظر حول الآراء المختلفة في جواز الوكالة في التحكيم: شندي، يوسف، مرجع سابق، ص 86-87.

[3] شندي، يوسف، مرجع سابق، ص 86-87.

[4] حداد، حمزة، التحكيم في القوانين العربية، **دار الثقافة للنشر والتوزيع**، عمان، سنة 2011، ص93.

[5] أبو الوفا، أحمد، **التحكيم الاختياري والإجباري**، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، سنة 2007، ص71.

حقوقهم بشكل استثنائي عما هو وارد في التحكيم بالقانون، ويجب أن يشير الأطراف في الوكالة إلى الحق في إنشاء اتفاق تحكيم مع التفويض بالصلح وأن النص في الوكالة على جواز التحكيم دون تحديد التحكيم بالصلح غير جائز لتفويض المحكم بالتحكيم بالصلح.

أما بخصوص الأشخاص المعنويين، فإنني أتناول المؤسسات الخاصة ومؤسسات الدولة، فيما يتعلق بالمؤسسات الخاصة، فنص المادة (2) من قانون التحكيم الفلسطيني سمح لها بإنشاء اتفاق تحكيم ما دامت لها الأهلية الكاملة في التصرف بمحل التحكيم. وعليه، يجب البحث في النظام الداخلي للمؤسسة في الشخص المخول بإنشاء اتفاق تحكيم وسلطته[1]، ويكون هذا الشخص مخول بإنشاء اتفاق التحكيم سواء أكان اتفاق تحكيم بالقانون أم بالصلح، ويحدد النظام الداخلي ما هي سلطته سواء أكانت سلطته في إنشاء اتفاق التحكيم أو لا أو تحديد سلطته بنوع محدد من أنواع التحكيم.

أما بخصوص الدولة ومؤسساتها، فإننا هنا يجب أن نرجع إلى القوانين الإدارية التي تنظم عمل هذه المؤسسات خاصة أن مؤسسات الدولة تضع بعض القيود والمنع على التحكيم بشكل عام أو بعض أنواع التحكيم[2]، إلا أن المشرع الفلسطيني سمح للدولة بإنشاء اتفاق تحكيم في نص المادة (2) من قانون التحكيم الفلسطيني حيث إنه لم يقصر الموضوع على الأشخاص الاعتبارية الخاصة، وإنما الأشخاص المعنوية العامة أيضا. وبالرجوع إلى قانون تشجيع الاستثمار، نجد أن المشرع الفلسطيني قد جعل خيار التحكيم من ضمن الخيارات الواردة لحل النزاعات بين السلطة والشركات الخاصة المستثمرة في فلسطين، حيث نص في مادة (40) على أنه "(ب) إذا أخفقت المفاوضات في تسوية النزاع في الفترة الزمنية المحددة في الأنظمة، يحق لأي من الطرفين أن يحيل النزاع إلى: 1- تحكيم مستقل ملزم كما تنص على ذلك الأنظمة. 2 – المحاكم الفلسطينية"[3].

---

[1] رضوان، فايز، **اتفاق التحكيم وفقا لقواعد الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحكيم التجاري الدولي**، مجلة الأمن والقانون – أكاديمية شرطة دبي، الإمارات، المجلد 15، عدد 1، سنة 2007، ص18.

[2] أنظر في ذلك: الرفاعي، أشرف، **اتفاق التحكيم ومشكلاته العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 266-273.

[3] قانون رقم (1) لسنة 1998م بشأن تشجيع الاستثمار في فلسطين، المنشور في الوقائع الفلسطينية عدد 23 صفحه 5 بتاريخ 1998/6/8 وتعديلاته.

وعليه فان خيار التحكيم بين الدولة والشركات الخاصة المستثمرة وارد في فلسطين، ووارد أيضا في القوانين محل المقارنة[1]، ويكون الحق في إنشاء اتفاق التحكيم حسب القانون المصري للوزير أو من يتولى الاختصاص[2]، وعلى الرغم من عدم تحديد ذلك في قانون التحكيم الفلسطيني إلا أنه وحسب نصوص قانون الخدمة الفلسطيني وتعديلاته فإن الشخص المخول هو رئيس الدائرة الحكومية[3].

وعليه وكون الدولة والمؤسسات الحكومية يجوز لها إبرام اتفاق تحكيم بالقانون ويكون لها كامل الصلاحية في التصرف، فإن لهم الأهلية أيضا في إنشاء اتفاق تحكيم مع التفويض بالصلح، وذلك في حالة عدم وجود نص في القانون أو في النظام الداخلي للمؤسسة يمنع أو يقيد إنشاء اتفاق تحكيم مع التفويض بالصلح.

الفرع الثاني: صلاحية أطراف النزاع في تحديد سلطة المحكم المفوض بالصلح

حين يقوم أطراف النزاع بإنشاء اتفاق تحكيم سواء أكان ذلك قبل حدوث النزاع شرط تحكيم أو بعد حدوث النزاع مشارطه تحكيم، فإن أطراف النزاع يحددون خلال هذا الاتفاق طبيعة مهمة المحكم سواء أكان تحكيم بالقانون أو تحكيم مع التفويض بالصلح، ويمكن للأطراف أيضا تحديد الأمور الإجرائية والموضوعية التي يجب على المحكم إتباعها أثناء نظر النزاع، فاتفاق التحكيم يمكن من خلاله تناول كافة تفاصيل النزاع.

وكون التحكيم مع التفويض بالصلح يعطي المحكم سلطة أوسع في نظر النزاع حيث يكون المحكم المفوض بالصلح متحررا من الكثير من القواعد التي يلتزم بها المحكم بالقانون، إلا أنه يلتزم بشقين مهمين: الشق الأول يتعلق بقواعد النظام العام الواجبة التطبيق، والثاني يتعلق بالقيود التي ينشئها أطراف النزاع في اتفاق التحكيم، وإذا اقتنع الأطراف بكفاية القيود الواردة في النظام العام لا يتدخلوا لإنشاء قيود جديدة تضبط عمل المحكم.

---

[1] قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 المادة (1) قانون التحكيم الأردني رقم (3) لسنة 2001 المادة (3).

[2] نص المادة (1) من قانون التحكيم المصري رقم 27) لسنة 1994 وتعديلاته " ... وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك".

[3] شندي، يوسف، مرجع سابق، ص 83.

وعليه سأتناول في هذا الفرع شقين، الشق الأول صلاحية الأطراف في تحديد سلطة المحكم في المجال الإجرائي، وفي الشق الثاني صلاحية الأطراف في تحديد سلطة المحكم في المجال الموضوعي في التحكيم مع التفويض بالصلح.

أولا: صلاحية الأطراف في تحديد سلطة المحكم في المجال الإجرائي

تتفق أغلب القوانين على جواز الاتفاق على مخالفة إجراءات التحكيم الواجبة الإتباع أمام المحكم سواء أكان التحكيم بالقانون أو بالصلح، ويعدّ هذا الاتفاق على ذلك مُلزم للأطراف وللمحكم أيضا[1]، ولقد نص المشرع الفلسطيني في المادة (18) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه "يجوز للأطراف الاتفاق على القواعد الإجرائية الواجب إتباعها من قبل هيئة التحكيم، فإن لم يتفقوا كان لهيئة التحكيم تطبيق الإجراءات المعمول بها في مكان إجراء التحكيم"، وبذلك فان إجراءات التحكيم ليست جميعها من النظام العام، ويمكن للأطراف تحديد الإجراءات المناسبة للتحكيم، وتكون هذه الإجراءات ملزمة لكلا الطرفين ما دام تم الاتفاق عليها، ويكون المحكم مُلتزماً بنطاقها سواء أكان التحكيم بالقانون أو التحكيم مع التفويض بالصلح.

ويمكن للأطراف اختيار ما يناسبهم من إجراءات في التحكيم مثل كتابة ما يرد في جلسات التحكيم، أو إصدار الحكم خلال مدة معنية، أو اشتراط تطبيق كافة الإجراءات الواردة في قانون التحكيم وغيرها من الأمور التي تتفق مع مصلحة الأطراف في حالة الالتزام بها من قبل هيئة التحكيم، ولا يعني تحديد الإجراءات أمام هيئة التحكيم الخروج عن التحكيم بالصلح وإنما يبقى التحكيم هو التحكيم مع التفويض بالصلح حتى وان ألزم بالإجراءات الواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية[2]، وفي الغالب يسعى الأطراف إلى تحديد الإجراءات بقصد تقيد سلطة المحكم أو ضمان حقوقهم الخاصة وليس تلك التي يضمنها القانون.

ولكن السؤال الذي يُطرح هل يلتزم المحكم المفوض بالصلح في التحكيم المؤسسي بما ورد في اتفاق التحكيم من إجراءات؟

---

[1] حداد، حمزة، **التحكيم بالقانون والصلح في قوانين الدول العربية**، ورقة عمل مقدمة لملتقى "التحكيم السعودي من منظور إسلامي ودولي"، جدة، 29/11-1/12/2005.

[2] إبراهيم، رشا، مرجع سابق، ص 241.

و للإجابة لا بّد أن نعلم أن مراكز التحكيم تختلف فيما بينها، حيث أن بعض المراكز تفرض إجراءاتها الخاصة، والأخرى تسمح لإرادة الأطراف بتحديد هذه الإجراءات، ومن المراكز التي تسمح بذلك لإرادة الأطراف في تحديد إجراءات التحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتدريب والتحكيم حيث جاء في نص المادة (4) من اللائحة الداخلية للمركز على أنه "يجرى التحكيم أمام المركز وفق هذه اللائحة ما لم يرد نص مغاير في اتفاق التحكيم، ويجوز للأطراف اختيار إجراءات إضافية للتحكيم أمام المركز، على أن لا تؤثر على صلاحيات المركز أو هيئة التحكيم المنصوص عليها في هذه اللائحة"[1]، وتكون هنا الإرادة هي الأساس والإجراءات الواردة في اللائحة هي الثانوية.

إلا أن هناك مراكز تفرض الإجراءات الخاصة بها على التحكيم الذي يجري من خلالها ومن هذه المراكز غرفة التجارة الدولية بباريس حيث نص في المادة (1/15) من لائحته على أنه "تحكم هذه اللائحة الإجراءات أمام محكمة التحكيم، وعند سكوت هذه اللائحة تحكمها القواعد التي يحددها الأطراف ..."[2]، وهنا تكون القواعد الاتفاقية بخصوص إجراءات التحكيم ثانوية وليست أصيلة ولا تطلق إلا في حالة عدم وجود نص في لائحة المركز.

أما في فلسطين، فقد نص المشرع الفلسطيني في قانون التحكيم في المادة (10) على أنه " بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون إذا عين اتفاق التحكيم مؤسسة تحكيم فإنه يتم في إطار قواعدها تنظيم إجراءات التحكيم بما في ذلك صلاحية تعيين هيئة التحكيم والإشراف عليها وتحديد النفقات اللازمة وكيفية توزيعها على الأطراف والبت في طلب رد هيئة التحكيم أو أحد أعضائها"، وبذلك فان إجراءات التحكيم يتم تحديدها من قبل مؤسسة التحكيم ذاتها وذلك بنص القانون ويعد الأطراف موافقين ضمنيا على ذلك[3].

---

[1] اللائحة الداخلة لمركز القاهرة الإقليمي للتدريب والتحكيم، متوفر على الإنترنت في الموقع التالي: http://www.splashegypt.com/crc/system.html ساعة الدخول 2:35م، تاريخ الدخول 2016/3/8.

[2] اللائحة الداخلة لغرفة التجارة الدولية بباريس، نقلا عن: شندي، يوسف، مرجع سابق، ص 234.

[3] نص المادة (25) من اللائحة التنفيذية رقم (39) لسنة 2004 لقانون التحكيم الفلسطيني " إذا عين اتفاق التحكيم مؤسسة تحكيم فيكون الأطراف قد قبلوا تطبيق النظام الداخلي للمؤسسة ويكون لها في سبيل ذلك: أ. تنظيم إجراءات التحكيم .ب. تعيين هيئة التحكيم من المحكمين المدرجين على لائحتها .ت. البت في طلب رد هيئة التحكيم أو أحد أعضائها .ث. تحديد النفقات اللازمة وكيفية توزيعها".

ويُطرح سؤال هنا، ما هو حكم عدم التزام المحكم بما ورد من اتفاق الأطراف حول الإجراءات الواجب إتباعها في اتفاق التحكيم وخاصة إذا ورد نص يقضي ببطلان حكم التحكيم في حالة عدم الالتزام باتفاق التحكيم وكان مضمون الاتفاق يخالف قواعد النظام العام؟

الأصل أن سلطة المحكم تتحدد بنطاق اتفاق التحكيم، ويعد مخالفة ما ورد في اتفاق التحكيم هو خروج المحكم عن حدود وثيقة التحكيم وتجاوز لسلطته[1]، إلا أن المحكم أيضا ملتزم بعدم مخالفة الاجراءات المتعلقة بالنظام العام، وبالتالي وفي حالة وجود تعارض بين مضمون اتفاق التحكيم وقواعد النظام العام فان ذلك يؤدي الى وجود تناقض بين تطبيق اتفاق التحكيم ومخالفة النظام العام من جهة وبالتالي البطلان، وبين تطبيق قواعد النظام العام ومخالفة اتفاق التحكيم وبالتالي البطلان، الأمر الذي يؤدي إلى عدم القدرة على الفصل في موضوع النزاع بواسطة التحكيم.

وبناء على ما سبق يتبين لنا، أن الإجراءات وإن كانت في التحكيم مع التفويض بالصلح، إلا أنها تخضع إلى ضوابط متعلقة بالالتزام بالنظام العام خاصة ما تعلق بمبدأ المواجهة والمساواة وحقوق الدفاع، وهي ضوابط لا يمكن مخالفتها أو الاتفاق على خلافها لأنها تعتبر من المبادئ الأساسية التي تحكم الدعاوى القضائية والتحكيمية[2]، وبالتالي فإن سلطة الأطراف في تحديد إجراءات التحكيم في التحكيم مع التفويض بالصلح مقيدة بالضوابط الاجرائية المتعلقة بالنظام العام والتي سوف أتناولها بشكل مفصل في الفصل الثاني.

ثانيا: صلاحية الأطراف في تحديد سلطة المحكم في المجال الموضوعي

يقوم أطراف النزاع في اتفاق التحكيم بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هل هو قانون دولة معينة أم اتفاقية دولية، وفي حالة عدم الاتفاق فإن المحكم يقوم باختيار القانون الواجب التطبيق وفق قواعد تنازع القوانين[3]، إلا أن أطراف النزاع في التحكيم مع التفويض بالصلح لا يحددون للمحكم القانون الواجب التطبيق، وإنما يفوضون المحكم باختيار القواعد

[1] التحيوي، محمود، **التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح**، بدون طبعة، منشأت المعرف، الإسكندرية، 2002، ص146.

[2] التحيوي، محمود، المرجع السابق، ص149.

[3] المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 "1- يجوز للأطراف في التحكيم الدولي الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن لم يتفقوا تطبق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني. 2- إذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين ولم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق فتطبق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني مع عدم تطبيق قواعد الإحالة إلا إذا أدت إلى تطبيق أحكام القانون الفلسطيني، وفي جميع الأحوال تراعي هيئة التحكيم الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع".

القانونية المناسبة لحكم موضوع النزاع، فالمحكم المفوض بالصلح ليس محكوم بقواعد معينة لاختيار القانون الواجب التطبيق فليس له ضابط في اختيار القانون مثل ضوابط تنازع القوانين، وإنما يقوم المحكم باختيار القواعد التي يراها مناسبة لتحقيق العدالة في حال طبقت على موضوع النزاع[1].

لكن هل يجوز للأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق في التحكيم مع التفويض بالصلح، وهل يمكن للأطراف تجزئة النزاع بإخضاع جزء منه لأحكام القانون والجزء الأخر للتحكيم مع التفويض بالصلح؟

للإجابة على هذا السؤال، يجب أن نوضح أن التحكيم مع التفويض بالصلح ليس فقط تخويل المحكم باختيار القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، وإنما تخويل المحكم سلطة أوسع في نظر النزاع، وبذلك فان التحكيم مع التفويض بالصلح ينقسم إلى قسمين الأول وهو تخويل المحكم في اختيار القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، والثاني منح المحكم سلطة خاصة وهي سلطة أوسع من سلطة المحكم بالقانون.

ومتى أمكن الفصل بين القسمين يمكن للأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق، وعلى الرغم من عدم وجود نص قانوني فلسطيني يسمح بذلك إلا انه لا يوجد ما يمنع أن يقوم الأطراف بتحديد قانون معين ليحكم النزاع، وفي ذات الوقت منح المحكم السلطة الخاصة بالمحكم المفوض بالصلح، ولكن يرى الباحث هنا أننا لا نكون أمام التحكيم مع التفويض بالصلح، وإنما نكون أمام نوع أخر من أنواع التحكيم وهو مزيج بين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح لأن تفويض المحكم باختيار القواعد الواجبة التطبيق هو أساس التحكيم مع التفويض بالصلح وبه تكتمل سلطة المحكم وتتحقق الغاية من التحكيم بالصلح.

أمّا بخصوص إخضاع جزء من النزاع للتحكيم بالقانون والجزء الآخر للتحكيم مع التفويض بالصلح، فإن أقسام النزاع هي التي تحدد إمكانية ذلك، حيث إن كل جزء من النزاع يجب أن يكون منفصل بشكل كامل عن الجزء الآخر ويمكن من خلاله أن يتم نظر كل جزء بشكل مستقل ولا يجب أن يبنى حكم جزء على جزء آخر، وذلك من اللحظة التي يتم فيها نظر النزاع وصولا إلى حكم فاصل في موضوع النزاع.

---

[1] انظر في هذه المعنى: فهمي، محمد، **اختيار قواعد العدالة والإنصاف لحل منازعات التجارة الدولية**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص 510-511. و الشندي، يوسف، مرجع سابق، ص 177.

كما أن صلاحية الأطراف في اتفاق التحكيم لا تخول المحكم السلطة في مخالفة قواعد النظام العام الموضوعية وذلك في قوانين الدول ذات العلاقة، كما أن أطراف النزاع غير قادرين على تفويض المحكم المفوض بالصلح في الفصل في نزاع ليس قابلا للتحكيم أساسا مثل منح المحكم صلاحية نظر نزاع في المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها[1]، أو المنازعات التي تخضع للاختصاص القضائي الحصري في بعض الأنظمة القانونية[2]، فسلطة أطراف النزاع في تخويل المحكم في محل التحكيم تخضع أيضا لقواعد النظام العام ولا يمكن لاتفاق التحكيم أن يسمو على النظام العام، وسوف يتناول الباحث ذلك بمزيد من التفصيل حين تناول ضوابط التحكيم مع التفويض بالصلح في الفصل الثاني.

المطلب الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح

يعتبر اتفاق التحكيم عقد يجب أن تتوفر فيه الشروط العامة في العقود، وكون اتفاق التحكيم له خصوصية لأنه يقضي بإحالة النزاع إلى هيئة تحكيم للفصل فيه، فإن له أحكاماً خاصة يجب مراعاتها عند صياغة اتفاق التحكيم، وكون التحكيم بالقانون هو الأصل والتحكيم مع التفويض بالصلح هو استثناء، فإن للتحكيم مع التفويض بالصلح أحكاماً خاصة يجب مراعاتها عند صياغة اتفاق التحكيم مع تفويض بالصلح.

وعليه وتجنبا للتكرار، فإن الباحث سوف يتناول في هذا المطلب الشروط الخاصة لصحة اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح دون الشروط العامة في اتفاق التحكيم وذلك في فرعين، حيث أتناول في الفرع الأول الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح، وفي الفرع الثاني الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح.

الفرع الأول: الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح

تعتبر الكتابة من أهم الشروط الشكلية في اتفاق التحكيم، بحيث لا يوجد أي قانون لم يتطرق إلى وجوب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا سواء كان اتفاق التحكيم بالقانون أو بالصلح، وقد نص المشرع الفلسطيني على ذلك في المادة (5) فقرة 2 من قانون التحكيم على أنه "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً"، وبينت في ذات المادة كيف يكون اتفاق التحكيم مكتوبا في الفقرة

[1] تنص المادة (4) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) سنة 2000 "لا تخضع لأحكام هذا القانون المسائل الآتية: 1- المسائل المتعلقة بالنظام العام في فلسطين 2- المسائل التي لا يجوز فيها الصلح قانوناً. 3- المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية".

[2] أنظر في ذلك: شندي، يوسف، مرجع سابق، ص 106-108.

3 حيث نص "يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو تضمنه ما تبادلاه من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة".

وعليه فانه لا يجوز أن يكون اتفاق التحكيم على صورة أخرى غير الواردة في الفقرة الثالثة من قانون التحكيم، ولا يجوز إنشاء اتفاق تحكيم بواسطة التسجيل الصوتي أو الفيديو، ولكن شرط الكتابة في القانون الفلسطيني ليس شرطاً للانعقاد وإنما شرط للإثبات[1]. وعليه سأركز الدراسة في هذا الفرع على الشروط الخاصة الشكلية باتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح دون الشروط العامة، وسوف أركز على شرطين رئيسيين وهما الاتفاق الصريح على التحكيم بالصلح وعلى كتابة أسماء المحكمين في اتفاق التحكيم وسوف أتناول ذلك على التوالي.

أولا: الاتفاق الصريح على التحكيم بالصلح

ينص المشرع المصري في المادة (39) فقرة 4 من قانون التحكيم على أنه " يجوز لهيئة التحكيم – إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح – أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون"، وهو ذات النص في قانون التحكيم الأردني. وعليه فإن الاتفاق على التحكيم مع التفويض بالصلح، يجب أن يكون بنص صريح وقد نص على ذلك قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 وتعديلاته[2].

واعتماداً على ما سبق، فإن قانون التحكيم المصري والأردني وقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، تنص جميعا على وجوب أن يكون اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح صريحا في اتفاق التحكيم، ولم ينص المشرع الفلسطيني على ذلك حيث جاء نص المادة (36) خاليا من وجوب الاتفاق صراحة على التحكيم بالصلح "يحق لأطراف النزاع تفويض هيئة التحكيم بإجراء الصلح بينهم وفقاً لقواعد العدالة، ويجوز لهيئة التحكيم أن تعرض بناءً على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها تسوية ودية للنزاع".

ولخطورة هذا النوع من التحكيم، فإنه يجب الاتفاق صراحة على التحكيم مع التفويض بالصلح، ويكون ذلك من خلال "استخدام عبارات تعبر بوضوح عن اتجاه نية الأطراف إلى

[1] للمزيد أنظر: شندي، يوسف، المرجع السابق، ص 77–79.

[2] تنص المادة (28) فقرة 3 على " لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس مراعاة العدالة والحسنى، أو كمحكم عادل منصف، إلا إذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحة.".

هذا الاختيار وضوحا ينتفي معه أي خلط أو لبس في هذه النية"[1]. وهـذا يعنـي أن الاتفـاق صراحة على التحكيم مع التفويض بالصلح لا يحتاج إلى عبارة محددة بشكل حصـري مثـل ورود عبارة (يتم حل النزاع بواسطة التحكيم مع التفويض بالصلح أو التحكيم بواسطة العدالة) وإنما يمكن التوسع في ذلك، بحيث أن المشرع لو أراد عبارة معينة لنص على ذلـك بشـكل صريح في التشريعات. وعليه يجب أن تكون العبارة دالة على اتجاه نية الأطراف في إنشـاء اتفاق تحكيم مع التفويض بالصلح.

وبهذا لا يعتبر تسمية اتفاق التحكيم بـ "التحكيم مع التفويض بالصلح" دلالة قاطعة على كون هذا الاتفاق اتفاق تحكيم بالصلح، حيث لا يعتد باسم عقد التحكيم وإنما يعتد بنية الأطراف في إنشاء هذا النوع من التحكيم، فقد يسمى العقد تحكيما بالصلح ولا يعفي المحكم مـن تطبيـق القانون، وقد لا يسمى عقد التحكيم بالصلح ويعفى المحكم من تطبيق القانون[2].

وهنا نكون أمام شرطين الأول وجود نص صريح على فض النزاع بواسـطة التحكـيم مـع التفويض بالصلح، والثاني اتجاه نية أطراف النزاع إلى إنشاء اتفاق تحكـيم مـع التفـويض بالصلح، ولا يجوز التنازل عن أحدهما، فلا يكفي وجود نص دون وجود نية لدى الأطراف في إنشاء اتفاق تحكيم مع التفويض بالصلح، ولا يكفى وجود نية لدى الأطراف دون وجـود نص على التحكيم مع التفويض بالصلح.

ويمكن معرفة توجه نية الأطراف إلى إنشاء اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح من داخل نص وارد في اتفاق التحكيم، إذ إن ورود نص لإعفاء المحكم من التقيد بالقانون الموضوعي فـان ذلك دلالة واضحة على تفويض المحكم بالصلح، أما إذا ورد النص على إعفاء المحكـم مـن التقيد بالإجراءات فانه ليس في ذلك أي إشارة إلى التحكيم مع التفويض بالصـلح، حيـث إن المحكم بالقانون يمكن إعفاؤه أيضا من التقيد في الإجراءات الواردة في قانون التحكـيم، ولا يكفي أيضا أن يكون في اتفاق التحكيم نص على أن الحكم الصادر بات في الأنظمة التي تقبل الطعن في حكم التحكيم بالقانون[3]، وإنما يجب أن تكون العبارات دالة على صفة أساسية مـن طبيعة التحكيم مع التفويض بالصلح.

---

[1] فهمي، محمد، مرجع سابق، ص 160.

[2] إبراهيم، رشا، مرجع سابق، ص 58.

[3] أحكام محكمة التميز دبي حيث نصت على انه "... لا يصح اعتبار المحكم مفوضا بالصـلح، إلا إذا وضـحت إرادة الخصوم في التعبير عن ذلك وضوحا تاما وصريحا. ولا يكفي لاعتبار المحكم مفوضا بالصلح مجرد الاتفـاق بشـرط

واعتماداً على ما سبق فإن العبارات الغامضة الواردة في اتفاق التحكيم لا يتم الاعتداد بها، ولا يمكن الاستنتاج من خلالها على أن اتفاق التحكيم هو اتفاق تحكيم مع التفويض بالصلح، بحيث يجب الالتزام بالتفسير الضيق والتقيد في استخلاص نية الأطراف من اتفاق التحكيم[1]، وعليه فانه يجب تجنب التعارض والغموض في اتفاق التحكيم بحيث إن إثبات إن اتفاق التحكيم هو اتفاق تحكيم مع التفويض بالصلح لا يتم من خلال الاستنتاج وإنما يحتاج إلى دليل دامغ وقوي يثبت ذلك[2]، والمقصود بالاستنتاج هنا الاستنتاج القائم على العبارات الغامضة التي تعطي احتمال ضعيف على اتجاه نية الاطراف الى التحكيم مع التفويض بالصلح، أما العبارات الواضحة والتي وإن كان لا تحسم اتجاه نية الاطراف الى التحكيم مع التفويض بالصلح الى انها تدعم هذا الاتجاه فانه يتم الاخذ بها اذا كانت ترجح كفة التحكيم مع التفويض بالصلح.

ويترتب على ذلك في حالة عدم ورود نص صريح أو كان النص غامضاً أو وجد تعارض في اتفاق التحكيم بين عبارات تدل على التحكيم بالقانون وعبارة تدل على التحكيم بالصلح، أو عدم القدرة على استخلاص نية الأطراف، فإننا نعتبر اتفاق التحكيم هو اتفاق تحكيم بالقانون، وذلك لكون اتفاق التحكيم بالقانون هو الأساس، واتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح هو استثناء عليه.

إلا إن النص على كون اتفاق التحكيم يجب أن يكون صريحا لا يلغي مبدأ الإحالة، فقط تتفق الأطراف على إحالة النزاع الذي بينهم إلى أحكام عقد سابق بينهم أو إلى قانون نموذجي أو إلى مركز تحكيم متخصص في التحكيم مع التفويض بالصلح، وعلى الرغم من عدم ورود شرط التحكيم بالإحالة في قانون التحكيم الفلسطيني إلا أن لا ذلك لا يعني عدم الأخذ به وتطبيق أحكامه وذلك لعدم وجود نص يمنع ذلك[3]، وعليه فإنه يطبق أحكام العقد السابق بين

التحكيم او مشارطته على جعل حكمه باتا ونهائيا، وعلى إعفائه من التقيد بأحكام قانون المرافعات، لان ذلك نتيجة من نتائج التحكيم، ولا يكشف عن اتجاه نية الخصوم في اعتبار المحكم مفوضا بالصلح الذي ينفرد فيه" (تميز مدني دبي، طعن 294، بتاريخ 1994/11/26، القضاء والتشريع 994، ص918، ورقم 186، بتاريخ 1997/1/5، القضاء والتشريع 1996، ص15)، نقلا عن : حداد، حمزة، **التحكيم بالقانون والصلح في قوانين الدول العربية**، مرجع سابق.

[1] التحيوي، محمود، المرجع السابق، ص187.

[2] قرار صادر عن محكمة الاستئناف المدنية في الشمال، الغرفة السادسة، رقم 2008/358.

[3] وقد اخذ بشرط التحكيم بالإحالة قانون التحكيم المصري وتعديلاته في نص المادة (10) الفقرة 3 من ذات القانون " ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد"، ونص المادة (6) حيث نص " إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم"، ونص المادة (7/2) من قانون النموذجي لسنة 1985 وتعديلاته "وتعتبر الإشارة

الأطراف أو العقد النموذجي أو أحكام مركز التحكيم المتخصص بالتحكيم مع التفويض بالصلح إذا اتجهت نية الأطراف فعلا إلى تطبيق أحكام المحال عليه بكافة شروطه وخاصة تطبيق أحكام التحكيم مع التفويض بالصلح[1].

وكل ما سبق ينطبق على القوانين التي نصت على ذلك صراحة، أما بخصوص القانون الفلسطيني فلا يمكن تطبيق أحكام الاتفاق صراحة على اتفاق التحكيم، وذلك لعدم وجود نص على وجوب أن يكون اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح صريحا، حيث يمكن أن يكون اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح في فلسطين صريحا وضمنيا ويكون اتفاق التحكيم ضمنيا من خلال استخلاص النية المشتركة للأطراف من الملابسات والظروف المحيطة بالنزاع[2].

ثانيا: كتابة أسماء المحكمين المفوضين بالصلح في اتفاق التحكيم

تتفق أغلب القوانين محل المقارنة على أن كتابة أسماء المحكمين شرط لصحة اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح، حيث ينص المشرع الإماراتي في المادة (205) من الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة على انه "لا يجوز تفويض المحكمين بالصلح إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم في الاتفاق على التحكيم أو في وثيقة لاحقة"[3]، وينص المشرع القطري في المادة (191) من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري على أنه "لا يجوز تفويض المحكمين بالصلح ولا الحكم منهم بصفة محكمين مصالحين إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم في الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقل"[4]، وقد كان المشرع المصري سابقا[5] وأيضا في حكم لمحكمة النقض المصرية وهو حكم حسب القانون القديم[6] تنص على تعين أسماء المحكمين في اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح كشرط لصحة اتفاق التحكيم.

في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوبا وان تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل الشرط جزء من العقد".

[1] فهمي، محمد، مرجع سابق، ص 165.

[2] الشندي، يوسف، مرجع سابق، ص276.

[3] قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 11 لسنة 1992.

[4] قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم 13 لسنة 1990.

[5] نص المادة (705) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الملغى رقم 77 لسنة 1949.

[6] قضت محكمة النقض المصرية على انه" لا يجوز التفويض للمحكمين بالصلح ولا الحكم منهم بصفة محكمين مصالحين إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم في المشارطة المتضمنة لذلك أوفى عقد سابق عليها". وهذا النص صريح في وجوب اتفاق الخصوم المحتكمين على جميع المحكمين المفوضين بالصلح أو الذين يحكمون بصفتهم محكمين مصالحين

ولكن في تعديل قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 ألغى المشرع المصري النص السابق ولم ينص على جعل تعين أسماء المحكمين في اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح كشرط لصحة اتفاق التحكيم، وأيضا في فلسطين والأردن فلم ينص المشرع على وجوب تعين أسماء المحكمين في اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح وبالتالي يمكن إنشاء اتفاق تحكيم دون تعين أسماء المحكمين بحيث لا يعتبر كتابة أسماء المحكمين شرط لصحة لإنشاء اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح، وهنا يمكن أن يتم تعين المحكمين بذات الحلول الواردة في القانون والتي تنطبق على اتفاق التحكيم بالقانون[1]، وبالتالي لا يترتب البطلان في حالة خلو اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح من أسماء المحكمين.

ويرى الباحث أن التشريعات التي اعتبرت كتابة أسماء المحكمين شرط لصحة اتفاق التحكيم قد ذهبت في ذلك الاتجاه تماشيا مع أهداف التحكيم مع التفويض بالصلح، والذي يقوم على تخويل المحكم سلطة واسعة في الفصل في موضوع النزاع مما يوجب أن يتوفر لدى أطراف النزاع الثقة الكاملة في شخص المحكم، فشخص المحكم يكون له اثر كبير على تخويله الصلاحيات، فقد يكون محلَ ثقة وأمانة أو يكون له تجارب سابقة كمحكم بين الأطراف، أو خبرة كبيرة لكي يقوم الأطراف بالمخاطرة في هذه الصلاحيات التي يفوض فيها المحكم، وتجنبا من أن يكون شخص المحكم بعيدا عن توقعات الأطراف.

ويترتب على ذلك عدم جواز الاتفاق على التحكيم المؤسسي، وذلك لكون مؤسسة التحكيم هي من تقوم بتسمية وتعيين المحكمين وفق أنظمتها الداخلية، وقد تقبل أو لا تقبل أنظمتها الداخلية السماح للأطراف بتحديد شخص المحكم، وبذلك إذا اتفق الأطراف على التحكيم مع التفويض بالصلح وإحالة النزاع إلى التحكيم المؤسسي دون تحديد أسماء المحكمين، فان اتفاق التحكيم

وتعيينهم بأسمائهم سواء في مشارطه التحكيم أوفى عقد سابق عليها. وحكم هاتين المادتين ــ على ما جرى به قضاء محكمة النقض ــ من النظام العام فمخالفته موجبة لبطلان الحكم الذي يصدره المحكمون ــ الذين لم يعينوا طبقاً له ــ بطلاناً مطلقاً لا يزيله حضور الخصوم أمام هؤلاء المحكمين. وما دام القانون لا يجيز تعيين الحكم المفوض بالصلح بغير أتفاق الخصوم فإنه يمتنع المحكمة في جميع الأحوال أن تعين محكما مصالحا لم يتفق عليه الطرفان المتنازعان"، حكم محكمة النقض المصرية، طعن رقم 249 لسنة 33ق جلسة 1967/5/18، مجموعة الأحكام س18، ص1028، نقلا عن: الشندي، مرجع سابق، ص172.

[1] حدد المشرع الفلسطيني وسائل تعين المحكم في حالة عدم تعينه من قبل الأطراف في المادة (24) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 على " 1. إذا لم يتفق الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم، يتولى كل طرف اختيار محكم من جانبه، ويكون لهم حق اختيار مرجح إذا لزم الأمر. 2. إذا لم يتفق الأطراف على اختيار المرجح يكون للمحكمين الذي تم اختيارهم حق اختياره وإذا لم يتفق على ذلك تتولى المحكمة المختصة تعيينه بناء على طلب من الأطراف أو أحدهم أو هيئة التحكيم، ويكون قرار المحكمة غير قابل للطعن."

يكون باطلا[1]، بحيث لا يمكن تسمية المحكمين في هذه الحالة مما يعني عدم جواز الاتفاق على التحكيم المؤسسي في القوانين التي تشترط التسمية، إلا في حالة تحديد أسماء المحكمين داخل المؤسسة وقبول المؤسسة ذلك.

ويترتب على تسمية المحكمين في اتفاق التحكيم تحديد عددهم وذلك لغايات التسمية فإذا كان عدد المحكمين واحداً فانه يجب تسميته وإذا كان عدد المحكمين 3 يجب تسميتهم، ويجب أن يتم تسمية كافة المحكمين لا أن يتم تسمية محكمين اثنين وهم يقوموا بتعين الثالث أو أن يتفقوا على تخويل شخص ثالث لتحديد المحكم الثالث، أو أن تقوم المحكمة بتعين المحكم الثالث، إذ إن ذلك يتعارض مع الهدف من التسمية، والتي يقوم على اختبار الأطراف المحكمين الذين يرون فيه الثقة في تخويلهم بهذه السلطة.

وعليه فإن عدم تعيين محكم ثالث، أو اعتذار المحكم عن القيام بمهمة التحكيم أو وفاة المحكم سواء أكان قبل إحالة النزاع إلى التحكيم أو أثناء نظر النزاع أو وفاة أحد أطراف هيئة التحكيم، كلها أسباب لا تؤدي إلى انتهاء التحكيم مع التفويض بالصلح وإنما يبقى اتفاق التحكيم صحيحا موقوفا[2] على فرضين:

1. الحالة الأولى: هي إنشاء اتفاق جديد من قبل الأطراف يتم خلاله تعيين محكم بديل للمحكم أو تعين محكم ثالث لهيئة التحكيم، وبالتالي يزول السبب الذي كان يمكن أن يؤدي إلى إنهاء التحكيم مع التفويض بالصلح[3].
2. الحالة الثانية: في حالة تعذر تعيين محكم بديل أو محكم ثالث من قبل الأطراف فذلك يؤدي إلى إنهاء اتفاق التحكيم وسقوطه، ولا يجوز تعيين المحكم البديل أو الثالث بالوسائل الواردة في قانون التحكيم سواء من قبل المحكمة أو من قبل طرف آخر أو من قبل المحكمين، وقد قضت محكمة النقض اللبنانية في ذلك على أنه: "اعتذار المحكم الخاص الذي سماه. وهذا ما عليه الاجتهاد.- وعليه فان التحكيم بالصلح يزول

[1] شيعان، فارس، **حدود سلطة المحكم في التحكيم وفق العدالة**، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، المجلد 2، الإصدار 1، 2010، ص64.

[2] حداد، حمزة، **التحكيم بالصلح (والتوفيق)**، ورقة عمل مقدمة لندوة رؤية الجوانب القانونية للتكامل في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، 25/4-26/4/2005.

[3] حداد، حمزة، **التحكيم بالصلح (والتوفيق)**، المرجع السابق.

حتما بامتناع المحكم عن العمل أو التنحي عنه ويسقط ويعتبر كأنه لم يكن، ولا تملك المحكمة تعين بديل عنه سواء كان الامتناع قبل بدء المهمة أم بعده أو قبل إتمامها"[1].

وهذا يتعلق بالقوانين المقارنة دون قانون التحكيم الفلسطيني حيث إن قانون التحكيم الفلسطيني لا يشترط تعيين أسماء المحكمين وعددهم في اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح، كما أنه يُجيز أن يتم إنشاء اتفاق تحكيم مع التفويض بالصلح في التحكيم المؤسسي، ويرى الباحث أن قانون التحكيم الفلسطيني موفق أكثر في ذلك لتجنب الكثير من الثغرات التي يمكن أن تعيق إعمال اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح

يجب أن تتوفر في اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح الشروط الموضوعية العامة في العقود واتفاق التحكيم بالقانون مع مراعاة خصوصية اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح، وتجنبا للخوض في الشروط العامة والتي اشبعت بحثا، فإنني سوف أركز دراستي في هذا الفرع على شرط المشروعية القانونية في الاتفاق على التحكيم بالصلح دون سواه من الشروط الموضوعية العامة.

يمثل اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح إرادة أطراف النزاع في إحالة النزاع إلى هيئة تحكيم للفصل في موضوع النزاع لا وفق قواعد قانونية محددة، وإنما الفصل في موضوع النزاع وفق القواعد التي ترى هيئة التحكيم أنها مناسبة لتحقيق العدالة إذا ما طبقت على موضوع النزاع، وعليه فإن بداية اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح يبدأ من إرادة الأطراف في إنهاء النزاع وفق قواعد التحكيم مع التفويض بالصلح، إلا أن إرادة أطراف النزاع لا تكفي لوحدها لإضفاء الصفة الشرعية على اختيار الأطراف التحكيم مع التفويض بالصلح، وإنما يجب لاكتسابها هذه الصفة أن تتوافق مع الاعتراف بها من قبل قانون وطني لدولة ما[2].

وقد نصت على ذلك قواعد الأونسيترال للتحكيم (1976) في المادة (33) فقرة 2 على انه "لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع وفقا لمبادئ العدل والإنصاف، أو كمحكم غير مقيد بأحكام القانون إلا إذا أجاز لها الطرفان في ذلك صراحة وكان القانون الواجب التطبيق على

[1] محكمة النقض اللبنانية، الغرفة المدنية الأولى، القضية رقم 312 أساس لعام 2002، قرار 159 لعام 2003، بتاريخ 2002/3/10.

[2]Loquin (E) Les pouvoirsdesarbitvesinternationanx .La lumière de l'évolutionrécente du droit de L'arbitrage international , J.D.I,1983,p.318. .نقلا عن شيعان: فارس، المرجع السابق، ص65

إجراءات التحكيم يجيز هذه النمط من التحكيم"[1]، وعلى ما سبق فإنه يشترط توفر إرادة الأطراف أولا في إنشاء اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح بكافة شروطها الشكلية والموضوعية، ومن ثمّ يجب إجازة ذلك من القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

وليس هنالك إجماع على التحكيم مع التفويض بالصلح في القوانين، حيث إن الأنظمة تنقسم إلى قسمين حول جواز التحكيم مع التفويض بالصلح وإن كانت الأغلبية العظمى تنص على جواز التحكيم مع التفويض بالصلح، ومن القوانين التي لا تجيز ذلك القانون البريطاني إذ يرفض التحكيم مع التفويض بالصلح كأحد أنواع التحكيم، فالتحكيم وفق هذه القوانين يجب أن يكون وفق قانون وطني محدد وذلك للرقابة صارمة من المحاكم الوطنية على أحكام التحكيم[2].

ومن القوانين التي أخذت، على العكس، بهذا النوع من التحكيم قانون التحكيم الفلسطيني والذي نص على ذلك " يحق لأطراف النزاع تفويض هيئة التحكيم بإجراء الصلح بينهم وفقاً لقواعد العدالة، ويجوز لهيئة التحكيم أن تعرض بناءً على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها تسوية ودية للنزاع"، وأخذت بذلك معظم القوانين العربية[3].

وعليه فإننا بحاجة لمعرفة القانون الذي يحدد مدى جواز ومشروعية إنشاء اتفاق تحكيم مع التفويض بالصلح؟

قواعد الأونسيترال للتحكيم (1976) في المادة (33) فقرة 2، نجد أنها تحدد أن القانون الذي يحدد ذلك هو القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وهذا يعني أنه إذا كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم هو قانون دولة تسمح بالتحكيم مع التفويض بالصلح فإن اتفاق التحكيم يكون صحيحاً ومستوفياً لشروطه الموضوعية، أما إذا كان القانون الواجب التطبيق على الإجراءات لا يسمح بهذا النوع من التحكيم فإن اتفاق التحكيم لا يكون مستوفي لشروطه الموضوعية.

[1] قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة القانون الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1976 (UNCCITRAL).

[2] فهمي، محمد، مرجع سابق، ص 173.

[3] المادة (39) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994و المادة (36) من قانون التحكيم الاردني رقم (31) لسنة 2001.

وذهبت اتفاقية جنيف لعام 1985 إلى اشتراط أن يكون نوع التحكيم معترف بـــه لـــدى دول أطراف النزاع[1]، بحيث يشترط هنا ليس القانون واجب التطبيق على الإجراءات، وإنما قانون دول أطراف النزاع، فإذا كان الطرفان من أنظمة قانونيه لا تقبل هذه النوع مـــن التحكـــيم أو كان قانون دولة أحد الأطراف من الأنظمة التي لا تقبل هذه النوع من التحكيم لا يكون اتفاق التحكيم مستوفي لشروطه الموضوعية.

وعليه وفي حالة كان القانون الواجب التطبيق لا يقبل هذه النوع من التحكيم، فانه يترتب على ذلك جزاء سواء أمام هيئة التحكيم التي تنظر النزاع، أو من قبل المحكمة المختصة أو أثنـــاء طلب تنفيذ الحكم في الدولة التي لا تعترف بهذا النوع من التحكيم.

حيث إن هيئة التحكيم تنظر في صحة اتفاق التحكيم حسب القانون الذي يحكم اتفاق التحكـــيم سواء كان القانون الواجب التطبيق على الإجراءات حســـب قواعـــد الأونســـيترال للتحكـــيم (1976) أو قانون دول أطراف النزاع حسب اتفاقية جنيف لعام 1985 فان هيئة التحكيم بحد ذاتها تنظر في ذلك، وقد سمح المشرع الفلسطيني بذلك في المادة (16) من قـــانون التحكـــيم على أنه "تختص هيئة التحكيم بالفصل في الأمور التالية: 1- المسائل المتعلقة بالاختصاص. 2- المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم. 3- الطلبات المتعلقة برد هيئة التحكيم أو أحد أعضائها. 4- الدفوع المتعلقة بالتحكيم المعروض أمامها".

ويسمى هذا مبدأ الاختصاص بالاختصاص: وهي قاعدة ثابتة في الفقه يقصد بها أن المحكـــم هو الذي يملك الصفة في التحقق من اختصاصه[2]، وهنا ينظر المحكم في صحة اتفاق التحكيم ومشروعيه نوعه، وذلك وفق القانون الواجب التطبيق عليه، فإذا وجد المحكم أن اتفاق التحكيم غير مشروع وفق القانون الواجب التطبيق سواء لعدم تحقق شروطه أو لعدم مشروعية نوعه فانه يحكم بعد اختصاصه[3].

---

[1] Art.33sestion 2UNICTRAL: the arbitral tribunal shall. decide as amiable compoditeur or ex aequo et bono only if the parties have expressly authorized the arbitral tribunal to do so & if the law applicable to the arbitral procedure permits such arabitration . نقلا عن: صبح، سلمى، **دور المحكم المطلق وحدود صلاحيته في ضوء التشريع والاجتهاد اللبنانيين**، رسالة ماجستير، كليـــة الحقـــوق، الجامعـــة الاسلامية، لبنان، 2012.

[2] الشندي، يوسف، مرجع سابق، ص 207.

[3] المادة (16) فقرة 1 من الاونسيترال النموذج للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985. تنص على انـــه "يجـــوز لهيئـــة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكـــيم او بصـــحته، ولهـــذه الغرض، ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من عقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخـــرى. وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم".

أما إذا لم يقم المحكم بالبت في موضوع الاتفاق وتم السير في الملف، والبت فيه فإن الحكم هنا يكون عرضة للبطلان، حيث نصت المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه " يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناءً على أحد الأسباب الآتية: ... 4- بطلان اتفاق التحكيم أو سقوطه بانتهاء مدته ..."، وبالتالي يمكن الطعن وإبطال حكم التحكيم أمام المحكمة المختصة، بحيث تنظر المحكمة إلى صحة اتفاق التحكيم وفق القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم[1].

كما أنه لا يمكن تنفيذ القرار في الدولة التي ترفض هذا النوع من التحكيم، حيث أن الدولة تعارض تنفيذ أي حكم يتعارض مع النظام العام فيها[2]، ولو افترض عدم مشروعية التحكيم مع التفويض بالصلح في فلسطين فانه يمكن أن يتم رفض قرار التحكيم لمخالفته النظام العام في فلسطين، وقد نص على ذلك المشرع الفلسطيني في المادة (48) من قانون التحكيم " مع مراعاة الاتفاقيات الدولية التي تكون فلسطين طرفا فيها والقوانين المعمول بها في فلسطين، يجوز للمحكمة المختصة ولو من تلقاء نفسها رفض تنفيذ قرار تحكيم أجنبي في إحدى الحالتين التاليتين:

1- إذا كان القرار مخالفاً للنظام العام في فلسطين.

2- إذا كان القرار لا يتفق والمعاهدات والاتفاقيات الدولية المعمول بها في فلسطين".

المبحث الثاني: خصوصية سلطة المحكم المفوض بالصلح

التحكيم مع التفويض بالصلح أحد أنواع التحكيم، يتميز بكونه يمنح المحكم سلطة أوسع في الفصل في موضوع النزاع، وهي سلطة خاصة تتجاوز سلطة المحكم بالقانون حيث إن المحكم بالقانون يقوم بالحكم وفقاً للقانون معين سواء تم تعيين القانون من قبل الأطراف أو من قبل هيئة التحكيم، أما المحكم المفوض بالصلح فإنه غير ملزم بالحكم بموجب قواعد قانونية معينة.

[1] المادة (34) فقرة 2 أ من الاونسيترال النموذج للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985. تنص على انه " أن احد طرفي اتفاق التحكيم المشار إليه في المادة (7) يفتقر إلى الأهلية، او أن اتفاق التحكيم المذكور غير صحيح بموجب القانون الذي اخضع الطرفان الاتفاق له، او بموجب قانون هذه الدولة في حالة عدم وجود ما يدل على أنهما فعلا ذلك ...".

[2] المادة (36) فقرة 1 من الاونسيترال النموذج للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985. تنص على انه " لا يجوز رفض الاعتراف باي قرار تحكيم او رفض تنفيذه، بصرف النظر عن البلد الذي يصدر فيه، إلا ... 1. أن احد طرفي اتفاق التحكيم المشار إليه في المادة (7) يفتقر إلى الأهلية، او أن اتفاق التحكيم المذكور غير صحيح بموجب القانون الذي اخضع الطرفان الاتفاق له، او بموجب قانون هذه الدولة في حالة عدم وجود ما يدل على أنهما فعلا ذلك ...".

ويترتب على ذلك منح المحكم المفوض بالصلح سلطة واسعة نسبيا، ولكنها سلطة غير مطلقة وإنما لها نطاق يجب أن لا يتم تجاوزه حتى لا يصبح الحكم عرضة للبطلان، وتمتد هذه السلطة الخاصة إلى جانبين: الجانب الأول يتعلق بسلطة المحكم في نظر النزاع، والجانب الثاني يتعلق بسلطة المحكم في نظر العقد، وعليه فإنني سوف أتناول هذا المبحث على مطلبين في المطلب الأول حدود سلطة المحكم المفوض بالصلح في نظر النزاع، وفي المطلب الثاني حدود سلطة المحكم المفوض بالصلح في نظر العقد.

المطلب الأول: حدود سلطة المحكم المفوض بالصلح في نظر النزاع

إن المحكم المفوض بالصلح لا يسعى مثل القاضي أو المحكم بالقانون إلى تطبيق أحكام القانون على النزاع وإلا ما وجد هذا النوع من التحكيم، وإنما يسعى إلى تطبيق القواعد التي يرى أنها القواعد التي يمكن أن تحقق العدالة إذا ما طُبقت على النزاع وذلك بعد الأخذ بالاعتبار قواعد النظام العام، وبالتالي يبحث المحكم المفوض بالصلح عن تحقق العدالة سواء من حيث اختيار النص الذي يطبقه على النزاع أو من خلال الفصل في موضوع النزاع، فالمحكم يبحث عن تحقيق العدالة كنتيجة للفصل في موضوع النزاع، ولذلك سوف أتناول في هذا المبحث من خلال مطلبين: في الأول حدود سلطة المحكم في اختبار القواعد التي تحكم النزاع، والثاني حدود سلطة المحكم في تطبيق العدالة.

الفرع الأول: حدود سلطة المحكم في اختبار القواعد التي تحكم النزاع

إن المحكم المفوض بالصلح يسعى إلى تحقيق العدالة لذلك أول ما يقوم به هو تحديد القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، بحيث يقوم المحكم بذلك بقصد تحقيق العدالة من حيث أن اختيار القواعد المناسبة التي تحكم النزاع وهو بداية البحث عن العدالة، ولأن المحكم غير ملزم بتطبيق أحكام القانون، فإن له سلطة في اختيار القواعد التي تحكم موضوع النزاع، وهذه السلطة في الاختيار تخضع لتقدير المحكم، وعليه سوف أتناول اختيار القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع ثم سلطة المحكم في تطبيق قواعد القانون واستبعاده، وأخيرا سلطة المحكم في الحكم وفق ضميره الشخصي وذلك على التوالي.

أولا: اختيار القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع

يسعى المحكم المفوض بالصلح إلى البحث عن أكثر القواعد تحقيقا للعدالة وذلك وفقا لتقديره الشخصي من أجل تطبيقها على موضوع النزاع، إذ إن المحكم يخرج عن النمط التقليدي في

اختيار القواعد التي تطبق على موضوع النزاع، والتي إما أن يتم تحديده من قبل الأطراف أو من قبل هيئة التحكيم[1]، إلى نمط آخر يسمح للمحكم باختيار القواعد التي يطبقها على النـــزاع دون القيود السابقة والتي يكون الغاية منها تحقيق العدالة وفقا لتقـــديره، حيـــث إن المحكـــم بالقانون وإن كان مسموح له تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع وذلـــك فـــي بعـــض الحالات إلا انه يمنع – رغم عدم النص على ذلك صراحة في قوانين التحكيم – من اختيـــار تطبيق قانون ليس له علاقة بموضوع النزاع، ولكن يبدو أن لا شيء يمنع المحكم المفـــوض بالصلح من تطبيق قواعد وأعراف التاجر Lex Mercatoria باعتبارها تمثل قواعد قانونيـــة معظمها غير مقنن في مجال التجارة الدولية[2].

حيث أن المحكم المفوض بالصلح غير ملزم باختيار نصوص تشريعية معينة أو قواعد قانونية أيّاً كان مصدرها، وإنما يفصل المحكم المفوض بالصلح النزاع بما يراه محققا للعدالـــة ومـــا يرضي ضميره ووجدانه[3]، فالمحكم المفوض بالصلح له أن يختار قواعد لحكم موضوع النزاع لا تنتمي إلى نظام قانوني معين مثل قانون دولة مكان إجـــراء التحكـــيم أو قـــانون جنســـية الأطراف، وإنما يجوز له أن يختار من الاتفاقيات الدولية والأعراف ما يرى أنهـــا يمكـــن أن تحقق العدالة إذا ما طبقت على موضوع النزاع، وهي سلطة تقديرية للمحكم تتفق مع رؤيتـــه أنها إذا ما طبقت على موضوع النزاع سوف تحقق العدالة المرجوة.

ولكل موضوع نزاع حاله خاصة يتم خلالها اختيار القواعد المناسبة التي تلائمها، فالقواعـــد الواجبة التطبيق على موضوع نزاع لا تتناسب مع موضوع نزاع آخر، حيـــث إن المحكـــم يبحث عن القواعد الواجبة التطبيق بما يلائم موضوع النزاع وذلك بقصد تحقيق العدالة حيث إن العدالة لا تتحقق بتواجدها في قاعدة معينة، وإنما في كون هذه القاعدة تحقق العدالة إذا ما طبقت على موضوع النزاع بحدّ ذاته، ويتم ذلك من خلال دراسة كافـــة الجوانـــب المحيطـــة بموضوع النزاع.

---

[1] لقد أجازت معظم القوانين للمحكم بالقانون اختيار القواعد التي تحكم النزاع وان اختلفت في طريقة اختيـــار القواعـــد التي تحكم النزاع سواء أن يتم اختيار القوانين التي تحكم النزاع استنادا لتنازع القوانين او استنادا لكونها أكثر ارتباطـــا بموضوع النزاع او لما يراه المحكم مناسبا لحكم موضوع النزاع، للمزيد انظر: الشندي، يوسف، مرجـــع ســـابق، ص 270 وما بعده.

[2] شندي، يوسف، **مرجع سابق**، ص 277.

[3] الفيلالي، فؤاد، **تفويض المحكم بالصلح وأثره على تطبيق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية**، الوســـائل البديلـــة لتسوية المنازعات: الوساطة، الصلح، التحكيم، سلسلة دراسات وأبحاث، العدد الثالث، الطبعة الأولى، منشورات مجلـــة القضاء المدني، بدون سنة.

ويكون المعيار هنا هو قناعة المحكم أي معيار شخصي في كون هذه القواعد هي التي تحقق العدالة أو لا، ولا يوجد معيار عام اخر يتم الاستناد عليه، حيث لم يضع المشرع أو الفقه أي قواعد يتم من خلالها تحديد القانون الواجب التطبيق في التحكيم مع التفويض بالصلح، كما أنه لا يمكن تحديد طريقة يمكن من خلالها تحديد العدالة حيث إن العدالة هنا ليست نص مقنن وليست مبدأ ثابتاً، وإنما هي مسالة تتعلق بشخص المحكم وقناعته في مبادئ معينة كونها تحقق العدالة المرجوة اذا ما تم تطبيقها على النزاع.

ثانيا: سلطة المحكم في تطبيق قواعد القانون

يسعى المحكم المفوض بالصلح إلى البحث عن القواعد التي يرى أنها تحقق العدالة إذا ما طبقت على موضوع النزاع، وقد تكون أحكام القانون برأي المحكم تحقق العدالة إذا ما طبقت على موضوع النزاع، فهل يطبق المحكم قواعد القانون؟، لقد اختلفت الآراء حول صحة وجواز قيام المحكم المفوض بالصلح بتطبيق أحكام القانون على النزاع.

حيث أن أصحاب الاتجاه الأول يرون وجوب امتناع المحكم المفوض بالصلح عن تطبيق أحكام القانون فإرادة الأطراف، قد توجهت إلى استبعاد حكم القانون، واختيار المحكم لتطبيق أحكام القانون هو مخالفة لإرادة الأطراف، وتبرير ذلك أنهم لو أرادوا تطبيق أحكام القانون لما كانوا قد اختاروا تفويض المحكم بالصلح[1]، ويرى الباحث أن هذه الرأي يتبنى أن فكرة تفويض المحكم بالصلح يعني تجنب تطبيق أحكام القانون التي تكون هي ذات النتيجة في التحكيم بالقانون، ولو أراد الأطراف تطبيق أحكام القانون لاتفقوا على إحالة النزاع إلى التحكيم بالقانون الذي يكون فيه ضمانات أكبر للأطراف من التحكيم مع التفويض بالصلح، مستبعدين في ذلك أن المحكم المفوض بالصلح يقوم بالبحث عن العدالة المرجوة والتي لا يمكن تحديدها بشكل مسبق.

أما أصحاب الاتجاه الثاني فيرون عدم وجود مانع من تطبيق أحكام القانون إذا رأى المحكم أنها تحقق العدالة، وهو الرأي الغالب والذي أخذت به الغالبية العظمى[2]، إذ أن مسالة تفويض المحكم بالصلح لا تنصب على تطبيق قواعد تخالف أحكام القانون أو قواعد خاصة وإنما تنصب على تخويل المحكم السلطة في اختيار القواعد، هذه القواعد التي يختارها المحكم تكون

[1] شيعان، فراس، مرجع السابق، ص75.

[2] انظر في ذلك : حداد، حمزة، **التحكيم بالصلح (والتوفيق)**. و الشندي، يوسف، **مرجع سابق**، ص276-277.

بمعياره الشخصي تحقق العدالة، فإذا وجد المحكم أن قواعد القانون تحقق العدالة فلا مانع من تطبيقها لأن عدم تطبيقها يعتبر مخالفة للغاية من التحكيم مع التفويض بالصلح، الذي يسعى إلى تطبيق أحكام القواعد الأكثر تحقيقا للعدالة دون النظر إلى مصدرها.

ويكون تطبيق المحكم المفوض بالصلح لقواعد القانون لا لكونها هي القانون الواجب التطبيق أو لتنفيذ إرادة المشرع وإنما لكونها عنوان العدالة[1]، وهذا ليس غريبا حيث أن العدالة ليست نقيضا للقانون فالمحكم حر في تطبيق قواعد العدالة والإنصاف أو تطبيق القانون أو استبعاده[2]،وهذا يعني أن المحكم يبحث عن الحلول الأكثر عدالة وعن النص الذي يرى أنه يحقق مفهوم العدالة فهو لا يكيف واقعة ويسقط عليها حكم القانون، وإنما يكيف واقعه ويبحث عن الحل الأقرب إلى المصلحة المشتركة للأطراف.

حيث إن المحكم يحاول أن يتوصل إلى تسوية مشتركة لمصلحة الطرفين، وهنا تكون مسؤولية المحكم أكبر فالمحكم المفوض بالصلح لا ينظر موضوع النزاع فقط، وإنما ينظر كافة الجوانب المتعلقة بالنزاع، وهذا ما يبرر له تعديل بعض الأمور في العقد بين الأطراف وفي تعديل بعض الالتزامات على الأطراف، وعليه فإن المحكم المفوض بالصلح حين اختياره تطبيق قواعد القانون يجب عليه أن يسبب ذلك بكون تطبيق هذه القواعد يؤدي إلى تحقيق العدالة وهو تسبيب مزدوج يقوم على تسبيب سبب استبعاد قواعد العدالة والإنصاف وتطبيق قواعد القانون[3]، ويجب أن يكون التفويض لا يحرمه من الحكم وفق أحكام القانون وإلا التزم المحكم بعدم تطبيق أحكام القانون.

ويرى الباحث أن مهمة المحكم المفوض بالصلح هي البحث عن أكثر القواعد تحقيقا للعدالة إذا ما طبقها على موضوع النزاع، بحيث يبحث المحكم في كافة القواعد المطروحة وينتقي أكثرها مناسبة للتطبيق على موضوع النزاع، ويمكن أن تكون هذه القواعد قانون دولة ما أو قانون وطني وبالتالي يؤدي ذلك إلى تطبيق أحكام القانون ولكن هنا لا تطبق أحكام القانون لكونها واجبة التطبيق، وإنما تطبق على أنها هي أكثر القواعد تحقيقا للعدالة إذا ما طبقت على موضوع النزاع، وهو يتعلق بمحتوى القاعدة وليس مصدر القاعدة حيث أن المعيار هو الحلول التي يعالجها القانون والتي تطابق إرادة المحكم بكونها تحقق العدالة.

---

[1] إبراهيم، رشا، **مرجع سابق**، ص 270.

[2] فراس شيعان، **مرجع سابق**، ص72. وفي هذه المعنى أيضا: الفيلالي، فؤاد، **مرجع سابق**.

[3] انظر في هذه المعنى: الشندي، يوسف، **مرجع سابق**، ص277.

ثالثا: سلطة المحكم في الحكم وفق ضميره الشخصي

تحدث الباحث في السابق عن أن المحكم يبحث عن قواعد تحقق العدالة إذا ما طبقت على موضوع النزاع، وهذه القواعد قد تكون قوانين وطنية أو اتفاقية دولية أو حتى مجموعة من الأعراف ولكن هذا لا يعني أن المحكم ملزم بتطبيق قواعد مكتوبة أو قواعد مدونة، إذ إن جميع النصوص التي تناولت التحكيم مع التفويض بالصلح لم تنص على ضرورة أن تكون القواعد الواجبة التطبيق هي قواعد قانونية أو أعراف.

فقد يجد المحكم أن القواعد القانونية المطروحة لا تحقق العدالة إذا ما طبقت على موضع النزاع وذلك إما بسبب حداثة الموضوع المطروح أو لعدم وجود معالجة للنزاع المطروح أو أن الحلول المطروحة لا تحقق العدالة المرجوة[1]، مما يسعى المحكم في ذلك إلى البحث عن حلول أخرى خارج نطاق هذه القواعد يمكن أن تحقق العدالة.

وقد تكون الحلول الأخرى المطروحة هي من صنعه أو معتقداته، وقد تكون هذه الحلول غير مسبوقة التطبيق أو أنها حلول تاريخيه غير واردة التطبيق حديثا، مما يعني قيام المحكم بإسقاط هذه الحلول على موضوع النزاع، وهذه الحلول لم تكن مدونة أو لم تعترف فيها أنظمة قانونية معنية، ويجوز ذلك ما دامت هذه الحلول لا تصطدم بالنظام العام وهنا المحكم لا يطبق أحكام قاعدة معينة، وإنما يقوم بمعالجة موضوع النزاع من خلال وضع حلول مباشرة دون الاسترشاد بقواعد مكتوبة.

ويستند الباحث في ذلك إلى تحليل أن التحكيم مع التفويض بالصلح يستند في أحكامه إلى تطبيق قواعد من أنظمة قانونية مختلفة، ويكون النظام العام هو الرادع والمانع من التعسف في تطبيق أحكام الأنظمة القانونية الأخرى، وبالتالي يكون النظام العام هو المانع من تعسف المحكم في تطبيق أحكام من معتقداته الشخصية.

وعليه فان المحكم المفوض بالصلح يحكم في موضوع النزاع بضميره الشخصي، فالحالة التي يختار فيها المحكم قواعد معينة واجبة التطبيق يكون ضميره هو من اختار هذه القواعد ثم يبدأ

[1] انظر في هذه المعنى: صادق، هاشم، **مرجع سابق**، ص 243 وما بعده.

بتطبيقها، أما في هذه الحالة فان ضميره هو ما يملي عليه الحلول للفصل في النزاع، وتكـــون هذه الحلول هي نتاج فكري للمحكم ذاته وتطبق بمدى إحساسه وضميره بعدالتها[1].

إلا أن مسألة التحكيم بموجب الضمير مسألة خطرة نوعا ما، كونها تتعلق بحلول قد لا تكـــون متوازنة تميل وتتحدد بأهواء المحكم، حيث أن المعالجة في اختيار القواعد الواجبة التطبيق تتم في اختيار القاعدة، ويكون داخل القاعدة الحلول المتوازنة التي تعالج بشكل متكامل موضـــوع النزاع، أما في حالة التحكيم بضميره الشخصي فإن الحلول ذاتها تكـــون خاضـــعة لأهوائـــه الخاصة، حيث إن اتجاه المحكم السياسية وتوجهه الفكري يكون له دور فعال في تحديد الحلول على موضوع النزاع.

الفرع الثاني: حدود سلطة المحكم في تطبيق العدالة

بعد أن يقوم المحكم المفوض بالصلح باختيار القواعد التي سوف يطبقها على موضوع النزاع، فإن المحكم ينظر النزاع المعروض أمامه من أجل إصدار حكم بات وفاصل فيه، وهنا المحكم لا ينظر النزاع بالشكل الوارد في التحكيم بالقانون حيث إن المحكم في القانون يسقط أحكـــام القانون الواجب التطبيق على النزاع ويطبق أحكامه، أما المحكم المفوض بالصـــلح فإنـــه لا يسعى إلى إسقاط حكم القانون على النزاع، وإنما يسعى إلى تحقيق العدالة، وذلك من خـــلال جعل حكمه الصادر يتفق مع مبدأ العدالة وفقا لتقديره الشخصي.

وعليه فإنني سوف أتناول حدود سلطة المحكم المفوض بالصلح في استنباط العدالة ثم أسلوب نظر المحكم المفوض بالصلح للنزاع.

أولا: حدود سلطة المحكم في استنباط العدالة

إن المحكم المفوض بالصلح يسعى إلى تحقيق العدالة والإنصاف حين الفصل فـــي موضـــوع النزاع، حيث إن تحقيق العدالة هو جوهر التحكيم مع التفويض بالصلح، وإن كـــان التحكـــيم بالقانون يسعى إلى تحقيق العدالة أيضا، إلا أنه ينظر إلى تطبيق أحكام القانون على أنها تحقق العدالة ويفترض وجود العدالة في نصوص القانون، ولا ينظر إلى تحقيق العدالة الحقيقة على النزاع والتي قد لا تكون في بعض الأوقات موجودة في أحكام القـــانون، إذ يحيـــل المحكـــم

[1] فهمي، محمد، **مرجع سابق**، ص278.

بالقانون مسؤولية تحقيق العدالة إلى النص على عكس التحكيم بالصلح فالمحكم يتحمل مسؤولية البحث عن تحقيق العدالة.

وتطبيق المحكم المفوض بالصلح للعدالة، يكون هنا بالنظر إلى الأثر الذي يحقق الحكم في موضوع النزاع وليس إلى القاعدة الواجبة التطبيق، بحيث يقوم المحكم بالنظر إلى أثر تطبيق النص على تحقيق العدالة وليس مثل المحكم بالقانون الذي يطبق نص القانون وحده دون النظر إلى الأثر الذي يحققه[1]، والفرق بين الحالتين أن الحكم بالقانون يفترض أن نص القانون يحقق العدالة كونه تم وضعه من المشرع وكونه واجب التطبيق، وحتى وإن كان المحكم يرى عدم تحقيق النص للعدالة، أما المحكم المفوض بالصلح يجب أن يبحث عن أثر تطبيق القواعد على تحقيق العدالة الفعلية.

والعدالة يقصد بها هنا "تحقيق العدل في حالة خاصة ينطبق على واقعة معينة أو حالة فردية ليكون الحكم المستمد منه مطابقا لظروف خاصة فهي تنظر إلى كل نزاع على حدة تنظر لكل ظروف وملابسات حدوثه"[2]، وعليه فإن العدالة شيء نسبي وليس شيء ثابت ومقنن، والعدالة هنا أحكام تعالج وتتناسب مع حالة معينة بحيث تكون عادلة لحسم نزاع معين، وغير عادلة لحسم نزاع آخر، وبالتالي فإن مفهوم العدالة مفهوم مرن يتحقق بمقدار مناسبتها لحسم النزاع ذاته.

أما الإنصاف "فهو التسامح والفضل ومراعاة الاعتبارات الإنسانية في التعامل، وعدم الإلزام بأداء الحق وتنفيذ الالتزام إلا في حدود الطاقة وعدم الإرهاق، وبما يحقق التوازن المعقول بين أعباء الأطراف"[3]، والإنصاف هو جزء من العدالة يسعى إلى حسم النزاع ليس بحكم فاصل قائم على أحكام معينة، وإنما يفصل في موضوع النزع بمراعاة ظروف وأحكام النزاع والأطراف أيضا، ولا يعتبر الإنصاف شيئاً غريباً عن العدالة، وإنما هو مكمل لأحكام العدالة، فهو يحاول تلطيف وتحقيق التوازن عند الفصل في موضوع النزاع.

وعلى الرغم من أن المحكم المفوض بالصلح يسعى إلى تحقيق العدالة إلا أن ذلك لا يعني أن مطلوب منه تحقيق العدالة المطلقة والتي تعتبر قيم فلسفية لا يمكن تحقيقها على أرض الواقع،

---

[1] شيعان، فراس، **مرجع سابق**، ص72.

[2] فهمي، محمد، **مرجع سابق**، ص35.

[3] سلامة، احمد، **مرجع سابق**، ص45.

وإنما يطلب منه تحقيق عدالة خاصة وهي العدالة في ذات مجال النزاع وهي عدالة تكون في مرحله وسطى بين العدالة بالقانون والعدالة المطلقة[1]، فالعدالة المقصودة هي حلــول متغيــرة غير ثابتة تتناسب مع نزاع معين تختلف حسب شخص وقناعة المحكم وليست قواعــد ثابتــة معلومة مسبقا.

فالمحكم المفوض بالصلح يقوم بعمل "إنشائي" خلاق لا يخضع فيه إلا لما يرضــي وجدانــه، طالما أنه حقق مبدأ المساواة، وأتاح للأطراف إمكانية إبداء أوجه دفاعهم[2]، وذلــك يعنــي أن أحكام العدالة التي تطبق على النزاع لا يمكن أن تقيم عدالتها من طرف غريب عن النزاع ما دام التزم المحكم بإجراءات وقواعد النظام العام، فالتحكيم بالعدالة يعتمد على قناعات شخصية يوثر فيها الحالة النفسية للمحكم وبيئة تكوينه الثقافي والاجتماعي والخبرة المكتسبة[3].

ولا يمكن التعجب في حالة تم عرض النزاع ذاته على عدة محكمين مفوضين بالصلح وكانت نتيجة الحكم للمحكمين مختلفة، بل إن التعجب في حالة وجود نفس الحلول حيث أن شخصــية المحكمين تختلف عن بعضهم البعض، وما يراه أحدهم يحقق العدالة قد لا يراه الآخر يحقــق العدالة، فهم لا يرجعون إلى قواعد موحَده مثل المحكم بالقانون الذي يفترض فيه الوصول إلى نتيجة واحده حتى وإن عرض النزاع على عدة أشخاص.

وتطبيق أحكام العدالة في التحكيم مع التفويض بالصلح تتحقق حتى وإن طبق المحكم قواعــد القانون، فيكون المحكم قد طبق هذه القواعد لأنها تحقق العدالة وبالتالي تكون إرادته هي مــن طبقتها وليست إرادة القانون[4]، وبالتالي فإن محتوى النص هو الذي يأخذ بالاعتبار لكونه يحقق العدالة دون النظر إلى مصدر هذا النص.

فالعدالة موجودة في نص القانون أيضا وليست حكراً على مكان معين، فالعدالة هي تلك التي تكمن في روح المحكم وفقا لوجهة نظره لحل موضوع النزاع حيث يفترض أن المحكم إنسان مستوٍ ذو عقلية متوازنة، يبحث عن العدالة في كافة الحلول الواردة أمامــه، وبالتالي لا يمكن تقييد المحكم بالنظر في النزاع بموجب قواعد معينة أو باستثناء قواعد معينة وإلا اعتبر ذلــك

---

[1] إبراهيم، رشا، **مرجع سابق**، ص 264.

[2] الفيلالي، فؤاد، **مرجع سابق**، ص 74.

[3] سلامة، احمد، **مرجع سابق**، ص45.

[4] إبراهيم، رشا، **مرجع سابق**، ص 263.

تحكيم ليس تحكيما بالصلح بالمعنى الصحيح، فالعدالة تتكيف مع ظروف النزاع فقد تكون العدالة في مخالفة القانون أو قد تكون العدالة متكيفة مع نص القانون أو قد تكون العدالة في القانون بعينه[1].

وإن كان المحكم المفوض بالصلح ملزماً بتطبيق قواعد النظام العام وليس له سلطة مخالفتها فهذا لا يتنافى مع مبدأ تحقيق العدالة، حيث إن قواعد النظام العام وإن كانت تقيد سلطة المحكم في نظر النزاع بموجب قواعد معينة، إلا أنها ما كانت من قواعد النظام العام إلا لكونها تحقق عدالة عامة أكبر وأهم من العدالة الخاصة في حسم نزاع معين، إذ أن وضع المشرع لهذه النصوص على أنها من النظام العام وإجماع المجتمع الدولي على ذلك يحقق مصلحه أسمى من المصلحة التي يراها المحكم المفوض بالصلح في نزاع معين.

ويرى الباحث أن قواعد العدالة تحقق الحلول المناسبة لموضوع النزاع ذلك من خلال البحث عن الظروف المحيطة بموضوع النزاع وطرح الحلول التي تحقق حسم النزاع بشكل يراعي المصلحة المشتركة لأطراف النزاع ولو بشكل جزئي، والإنصاف يكمل الحلول الواردة من خلال تلطيف أثر الحلول بما يتناسب مع حالة طرفي النزاع فالأول ينظر محل النزاع والثاني ينظر ظروف أطراف النزاع.

ثانيا: أسلوب نظر المحكم للنزاع

المحكم بالقانون حين يفصل في موضوع النزاع، فإنه قد يحكم في الطلبات التي تعرض أمامه لصالح ادعاء أحد أطراف النزاع، ويكون الحكم فيه وفق البينات المقدمة دون أن يراعي المحكم بالقانون الاعتبارات الأخرى من حيث مدى تحقيق الحكم للعدالة ومن حيث مراعاة المصلحة المشتركة للأطراف أو استمرارية العلاقة المستقبلية بينهم، على عكس المحكم المفوض بالصلح الذي ينظر النزاع وفق اعتبارات أخرى يسعى من خلالها إلى الفصل في موضوع النزاع بحكم يحقق العدالة من وجهة نظره على الأقل.

وفي سبيل ذلك فان المحكم المفوض بالصلح يقوم بالتنسيق بين طلبات الأطراف بحيث لا يؤدي الفصل في موضوع النزاع إلى تجريد احد الخصوم من كامل طلباته وانما يتم الأخذ بالاعتبار اثر الحكم على تحقيق العدالة والمحافظة على العلاقة المستقبلية بين الأطراف[1].

---

[1] ترو، مصطفى، **سلطة المحكم الدولي في تعين القواعد القانونية**، بدون دار نشر، ط1، 2006، ص 194-195. نقلا عن: صبح، سلمى، **مرجع سابق**.

فالمحكم المفوض بالصلح يسعى إلى مراعاة المصلحة المشتركة والخاصة بكل طـــرف مـــن أطراف النزاع، وهذا لا يعني أن المحكم المفوض بالصلح وكيلا عن أحد الطرفين للدفاع عن مصالحه، وإنما يمارس عملا قضائيا مثل القاضي، إذ إنه يثبت ويتحقق ثم يـــزن الادعـــاءات المتعارضة ويصدر أخيرا حكما في النزاع، وهو يقوم بهذا التثبت والتحقق والموازنـــة وفقـــا لمعايير مختلفة[2]، بقصد الوصول إلى العدالة ولكن يقوم المحكم بدور أخر وهو فـــي صـــميم عمله وهو تلطيف أثر الحلول ليراعي مصلحة الطرفين، ويمكن القول أن المحكـــم المفـــوض بالصلح يبحث عن مصلحة مشتركة بين الطرفين وذلك من خلال الحلول التي يحســـم فيهـــا النزاع. ويقوم المحكم بتلطيف الحلول التي لا تتعلق فقط بالحكم وإنما في تطبيق الحكم مثل أن يمنح أجل كبير للوفاء أو يخصم جزءاً من المبلغ مقابل الوفاء الفوري[3].

وهنا المحكم المفوض بالصلح يحسم النزاع بشكل يُبقى العلاقة بين الطرفين مستمرة بحيـــث يتبع حلول قادرة على حل النزاع دون إرهاق لأحد الطرفين، ووضع لمسات خاصة للمحكـــم تجعل الحكم متقبل من قبل الطرفين، إذ إن الطرف الأول وهو المدعي وإن كان حكم القانون يعطيه حقه بشكل أفضل إلى أنه يبحث عن استمرار العلاقة أما الطرف الثاني فإن الحكم يكون مناسبا له وأيضا يؤدي إلى استمرار العلاقة بين الطرفين.

وحرية المحكم المفوض بالصلح في نظر النزاع لا تخضع في الواقع للرقابة من قبل قاضـــي البطلان أو القاضي المانح للأمر بالتنفيذ، بل يراقب فقط ما إذا احترم المحكم مهمته، بمعنـــى آخر التأكد من أن المحكم قد وضع السؤال، ولكنه لا يمارس أي رقابة على الجواب[4]، حيـــث إن الجواب يبنى على اعتقاد شخصي يتعلق بمدى تحقق العدالة من الحل الوارد فـــي نظـــر المحكم، سواء أكان الحل من قواعد معينة تم اختيارها أو كان الحل مـــن وجـــدان المحكـــم المفوض بالصلح.

---

[1] الوفا، احمد، التحكيم بالقضاء وبالصلح، مرجع سابق، ص166.

[2]الفيلاوي، فؤاد، مرجع سابق، ص74.

[3] انظر في هذه المعنى: التحيوي، التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض الصلح، مرجع سابق، ص 169.

[4]Dominique Vidal, op.cit, p 249. « end'autrestermes, la courd'appelvérifierquel'amiablecompositeurs'estposé la question, ellen'exerceaucuncontrôlesur la réponse :. نقلا عن الفيلاوي، فؤاد، مرجع سابق، ص75

وإن كان المحكم غير مقيد بالحكم وفقا للقانون والحكم وفقا لما يمليه عليه ضميره إلا انه يجب أن يكون الحكم منطقيا ومعقولا بعد الأخذ بالاعتبار الظروف المحيطة بالقضية[1]، وعلى الرغم من عدم وجود رقابة حقيقية على مدى معقولية الحكم إلا إنه في كل الأحوال يجب أن يراعي مبادئ النظام العام من حيث الإجراءات والموضوع ويبين أثر تحقيق ذلك للعدالة عند التسبيب.

المطلب الثاني : حدود سلطة المحكم المفوض بالصلح في إعادة النظر بالعقد

سيتناول الباحث في هذا المطلب حدود سلطة المحكم المفوض بالصلح في إعادة نظر العقد وذلك من حيث قدرة المحكم على معالجة أحكام العقد وتعديل محتواه من ناحية، وحدود سلطة المحكم بإعادة التوازن العقدي من خلال تناول كيف يعالج المحكم الشروط غير العادلة في العقد ويحافظ على استمرارية العلاقة بين الطرفين من ناحية أخرى وذلك على فرعين، نتناول في الفرع الأول حدود سلطة المحكم في تعديل أحكام العقد، ثم نتناول في الفرع الثاني حدود سلطة المحكم في إعادة التوازن العقدي.

الفرع الأول: حدود سلطة المحكم في تعديل أحكام العقد

لكي يحقق المحكم المفوض بالصلح العدالة على كافة جوانب النزاع، فإنه يجب أن ينظر العقد موضوع النزاع ويعدل الجزء غير العادل فيه وصولا إلى تحقيق العدالة على كافة جوانب النزاع، وذلك ممكن في حالة كانت القواعد التي اختارها المحكم تجيز ذلك أو في حالة ورود نص في اتفاق التحكيم يتيح للمحكم ذلك مثل شرط إعادة التفاوض[2]، أما في حالة غياب شرط إعادة التفاوض فقط اختلف الفقهاء في جواز قيام المحكم المفوض الصلح في تعديل العقد وذلك على النحو التالي:

يرى أصحاب الاتجاه الأول أن المحكم المفوض بالصلح وفي إطار تحقيقه للعدالة ليس له الخروج عن أحكام القانون فقط، وإنما أيضا مخالفة أحكام العقد وتعديله إذا ما رأى المحكم أن

---

[1] حداد، حمزة ، التحكيم بالقانون والصلح، مرجع سابق.

[2] ويمكن تعريف شرط اعادة التفاوض على انه "شرط يدرجه الاطراف في العقد يتفقون فيه على اعادة التفاوض فيما بينهم بقصد تعديل احكام العقد عندما تقع احداث معينة يحددها الاطراف من شأنها الاخلال بتوازن العقد واصابة احد المتعاقدين بضرر جسيم"، نقلا عن: جاسم، اسيل، **النظام القانون لشرط اعادة التفاوض – دراسة في عقود التجارة الدولية**، متوفر على الإنترنت في الموقع التالي: http://repository.uobabylon.edu.iq/journal_view.aspx?dpp=687 ، ساعة الدخول 4:50م، تاريخ الدخول 2017/4/2، ص27.

تعديل محتوى ومضمون العقد يؤدي إلى تحقيق العدالة[1]، ولقد أيدت هذه الرأي محكمة استئناف باريس حيث نصت على أن المحكم المفوض بالصلح تثبت له صلاحية إعادة النظر في العقد بمجرد تفويضه بنظر النزاع بالصلح ولغايات تحقيق العدالة[2].

أما أصحاب الاتجاه الثاني فيرون أن سلطة تعديل العقد لا تثب للمحكم المفوض بالصلح تلقائيا لمجرد منحه سلطة التحكيم بالصلح وذلك لأن سلطة تعديل العقد لا تدخل في مفهوم التحكيم بالصلح إلا إذا فوض الأطراف المحكم سلطة تعديل العقد بشكل صريح[3]، ويرى اصحاب هذا الاتجاه أن المحكم المفوض بالصلح يحتاج إلى سند يجعله قادراً على تعديل العقد، ولا يكفي غايات تحقيق العدالة لتعديل العقد، وإنما يحتاج إلى نص سواء أكان في القانون أو في اتفاق التحكيم يتيح ذلك.

ويتفق الباحث مع الرأي الأول لكون تفويض المحكم بالصلح يعني تفويض أطراف النزاع للمحكم لكافة الحقوق والسلطات التي يملكونها، وهو تنازل منهم عن التمسك الدقيق بهذه الحقوق ما دامت هذه الحقوق لا تتعارض مع قواعد النظام العام، وهنا سلطة المحكم تمتد إلى العقد أيضا ويمكن للمحكم تعديل العقد دون الحاجة إلى النص على ذلك بشكل صريح من قبل أطراف النزاع في اتفاق التحكيم، كما تتميز هذه السلطة بخاصية تجعل المحكم غير مقيد بالشروط والقيود الواردة في القانون من أجل تعديل العقد.

فعلى سبيل المثال لا الحصر وبالرجوع إلى أحكام إبرام العقد في القانون المدني نجد أن المشرع قد أوجد بعض الأسباب التي تسمح للقاضي وللمحكم بالقانون التدخل في محتوى العقد، وتعديل أحكامه، وعلى الرغم من اعتراف المشرع بجواز تعديل العقود أو إبطالها في

---

[1] حداد، حمزة، **التحكيم الصلح والتوفيق**، مرجع سابق.

[2] قضاء محكمة استئناف باريس في الاحكام الصادرة من محكمين مفوضين بالصلح خالفوا شروط العقد التي لا تتعلق بالنظام العام وأيدت احكام اخري استبعدت تطبيق بعد شروط العقد وقالت المحكمة في ذلك "ان المحكم المفوض بالصلح له المكنة ان يستبعد من التطبيق الصارم ليس فقط قواعد القانون ولكن ايضاً بعض الشروط العقدية وبمقدوره تعديل تلك الشروط او التلطيف من حدة نتائجها لاعتبارات تتعلق بالعدالة"، [حكم استئناف باريس جلسه 12/3/1985]، نقلا عن الصفحة الرسمية لمركز الاسكندرية للتحكيم الدولي والوسائل البديلة لحل المنازعات على الفيس بوك، مقال منشور على الانترنت: تاريخ الدخول الساعة 11:25 مساءا، بتاريخ 2017/5/5 على الموقع الالكتروني: https://www.facebook.com/Aiacadr/posts/765339153492790.

[3] علي الدين، رشا، **سلطة المحكم في اعادة التوازن المالي للعقد- دراسة في ظل الازمة المالية الراهنة**، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر لكلية حقوق جامعة المنصورة بعنوان (الجوانب القانونية والاقتصادية للازمة المالية العالمية)، جامعة المنصورة، مصر، مجلد (1)، 2009، ص416-415.

هذه الحالة إلا أنه قيد المحكمة أو المحكم بالقانون بالشروط الواردة في النص التي تسمح بتعديل محتوى العقد.

فبالرجوع إلى أحكام الغبن في مجلة الأحكام العدلية نجدها تنص في المادة (357) على أنه " إذا غر أحد المتبايعين الآخر وتحقق أن في البيع غبناً فاحشاً فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذ "، ونص مشروع القانون المدني الفلسطيني والمطبق حاليا في غزة في المادة (128) فقرة (1) على أنه "إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئه، أو طيشاً بيناً، أو هوى جامحاً، أو عدم خبرة، وجعله ذلك يبرم لصالحه أو لصالح غيره عقداً ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه وما يجره عليه من نفع مادي أو أدبي، كان للطرف المغبون أن يطلب إبطال العقد أو أن ينقص التزامه. ويجوز للمتعاقد الآخر أن يتوقى إبطال العقد إذا عرض ما تراه المحكمة كافياً لرفع الغبن"[1].

وبالرجوع إلى أحكام الغبن في مجلة الأحكام العدلية ومشروع القانون المدني الفلسطيني والمطبق في غزة نجد أنها تشترط لكي تقوم المحكمة أو المحكم بالقانون بفسخ العقد توفر عدة شروط، تتمثل في 1. أن يكون العقد من عقود المعاوضة، 2. أن يكون العقد محددا، 3. عدم انعقاد العقد بطريقة المزايدة أو المناقصة، 3. أن يكون العقد ملزما للجانبين، 4. أن يكون الغبن وقت تكوين العقد، 6. أن يكون الغبن فاحشا، 7. وجوب اقتران الغبن بالتغرير أو الاستغلال[2].

وفي حالة عدم توفر هذه الشروط فإن المحكم والقاضي ليس بإمكانهم تعديل العقد أو فسخه بحيث اشترط المشرع لكي يطبق أحكام النص توفر الشروط السابقة، وهذا يتعارض مع الغاية من النص حيث إن اقتصار التعديل على توفر شروط مجردة لا يحقق الغاية من النص لكون الغاية هي في إزالة الضرر الذي وقع على أحد أطراف العقد كنتيجة وليس تطبيق الشروط.

وهذه السلبيات غير واردة في التحكيم مع التفويض بالصلح حيث إن المحكم المفوض بالصلح يمكنه تعديل العقد وحتى وإن لم تتحقق الشروط الواردة في النص، مثل أن يكون الغبن فاحشا فيمكن للمحكم أن يتجاوز هذا الشرط ويطبق الأحكام حتى على الغبن غير فاحش ما دام أن

[1] مشروع القانون المدني الفلسطيني والمطبق بغزة رقم (4) لسنة 2012.

[2] عابدين، عبد الناصر، **الغبن واثره على العقد في مجلة الاحكام العدلية**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الازهر، غزة، 2013، ص 27 وما بعده.

أحد الأطراف قد وقع في الغبن بشكل يخالف إرادته حيث إنه لو كان على دراية في كافة الجوانب المتعلقة بالعقد لما أقدم على إنشاء العقد[1].

وتنطبق الأحكام السابقة أيضا على الغلط في إبرام العقد، ومع أي عيب أخر من عيوب الإرادة وقت إبرام العقد فالمحكم لا يقوم بالتقيد بالشروط الواجبة ولا الأحكام الواردة في القانون، فيمكن للمحكم أن يطبق أحكام أي حالة حتى وإن لم تتوفر شروطها، حيث إن المحكم لا يسعى لتطبيق أحكام القانون وإنما يسعى إلى تحقيق العدالة ويجب أن يكون تحقيق العدالة هو الدافع لتطبيق الأحكام وليس أي سبب آخر.

كما أن هذه الأحكام تطبيق على الظروف الاستثنائية سواء القوة القاهرة أو الظروف الطارئة فبالرجوع إلى أحكام الظروف الطارئة نجد أن القانون المدني الفلسطيني والمطبق بغزة ينص على أنه " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، أصبح مرهقاً للمدين، يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك".

ويتبين لنا من النص السابق أنه يشترط لكي تطبق نظرية الظروف الطارئة توفر عدة شروط يمكن إجمالها في أن يكون العقد الذي تطبق عليه النظرية متراخيا، وأن يطرأ حادثا استثنائيا عاما لم يكن في الوسع توقعه، وأن يصبح هذا الظرف أو الحادث الاستثنائي العام مرهقا في تنفيذ الالتزام، وأن لا يكون العقد من زمرة العقود الاحتمالية[2].

ومن هذا النص يتبين لنا أن القاضي أو المحكم بالقانون يمكنه مخالفة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بالاستناد إلى نص قانوني يسمح ويتيح ذلك، بحيث يقوم المحكم بالقانون أو القاضي بالبحث عن توفر الشروط التي تتيح له تطبيق نظرية الظروف الطارئة وبعد ذلك ينظر إلى الظروف الخاصة بالنزاع لكي يحكم بتعديل العقد بشكل يخفف من العبء الواقع على أحد الأطراف مقابل مراعاة مصلحة الطرف الثاني وعدم الإضرار به.

وتكمن الفروق هنا في طبيعة نظر المحكم للظروف الطارئة حيث إن المحكم المفوض بالصلح في سبيل سعيه لتحقيق العدالة ونتيجة لتحرره من القيود القانونية يمكن أن يخالف بعض

[1] انظر في هذه المعنى، ابراهيم، رشا، مرجع سابق، ص133.

[2] للمزيد حول ذلك انظر: عطية، فواز، شرط العمومية في تطبيق نظرية الظروف الطارئة "دراسة مقارنة"، مقال منشور على الانترنت: تاريخ الدخول الساعة 9:10 مساءا، بتاريخ 2017/8/9 على الموقع الالكتروني: http://www.wattan.tv/tv/38910.html. وعابدين، عبد الناصر، مرجع سابق، ص36 وما بعدها.

الشروط والقيود إذا ما كانت هذه المخالفة سوف تؤدي إلى تحقيق العدالة المرجوة، على خلاف المحكم بالقانون والقاضي فانه في حالة مخالفة أي شرط من شروط تطبيق الظروف الطارئة فإنهما ملزمين بعدم تطبيق هذه النظرية وبالتالي عدم تعديل بنود العقد[1].

ولأن المحكم المفوض بالصلح يسعى إلى تحقيق العدالة، والتي هي هنا إزالة الإرهاق في التنفيذ الواقع على الطرف المطلوب منه تنفيذ الالتزام فإن المحكم يقوم بتعديل العقد وحتى وإن تخلف أحد شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، على فرض أن الظروف التي أدت إلى إرهاق أحد الأطراف كانت نتيجة وقوع البلد تحت الاحتلال وأدى ذلك إلى إغلاق الطرق التي يتم من خلالها نقل البضائع مما أدى إلى مضاعفة تكاليف النقل بشكل كبير، وحيث أن الطرق وإن كانت غير مغلقة وقت إنشاء العقد إلى أنه يمكن حدوث ذلك نتيجة وجود الاحتلال.

مما يؤدي ذلك إلى امتناع المحكمة والقاضي عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة لتخلف أحد شروط تطبيق النظرية، أما المحكم المفوض بالصلح فإنه يسعى إلى إزالة الإرهاق حتى في حالة تخلف أحد الشروط، ما دام ذلك في نظر المحكم يحقق العدالة، ويراعي هنا المحكم المفوض بالصلح المصلحة المشتركة للأطراف حيث إن إزالة الإرهاق عن أحد الأطراف يجب أن لا يتعارض مع مصلحة الطرف الأخر.

والمصلحة هنا تقدر بحسب الظروف المحيطة بالنزاع ذاته، إذ من المؤكد أنه من مصلحة الطرف الثاني أن لا يتم تعديل العقد إذا ما كانت الظروف الطارئة لا تؤثر على التزامه وليست هذه المصلحة المقصودة، وإنما المصلحة المقصودة هي عدم الإضرار بالطرف الثاني على حساب إزالة الإرهاق عن الطرف الأول، وإنما يقوم المحكم المفوض بالصلح بمحاولة تخفيف التزام أحد الأطراف مقابل زيادة التزام الطرف الأخر، أو أن يقوم المحكم بالحكم بتوزيع الالتزام بين الأطراف أو تغيير طريقة التنفيذ بما يحقق التوازن بين الطرفين حتى وإن أدى ذلك إلى زيادة التزام الطرف الأخر، إلا انه لا يؤدي إلى إرهاقه في تنفيذ التزامه، وإنما يتم توزيع الالتزامات بما يحقق مصلحة مشتركة للطرفين[2].

ويرى الباحث أن الشروط الواردة في نص القانون، والتي تحدد متى يتم تطبيق نظرية الظروف الطارئة والتي يلتزم فيها المحكم بالقانون والمحكمة هي شروط وضعها المشرع

---

[1] فهمي، احمد، مرجع سابق، ص416.

[2] انظر في هذا المعنى: علي، رشا، مرجع سابق، ص 416-417.

لكونها تحقق مصلحة عامة تطبق على كافة العقود، وترسم المسار الصحيح لحالات مخالفة مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، على عكس المحكم بالصلح الذي يحدد شروط وطريقة تطبيق نظرية الظروف الطارئة وفق المصلحة الخاصة بالأطراف والظروف المحيطة بالنزاع.

والذي يميز المحكم بالقانون عن المحكم بالصلح، أن المحكم بالقانون والمحكمة هنا تقوم بهذا التعديل استناداً إلى نص يسمح ويتيح لها ذلك، وبذلك يقوم بتطبيق أحكام القانون، أما المحكم المفوض بالصلح حين نظر النزاع وتعديل العقد، لا يقوم بالاستناد إلى قانون معين وإنما يقوم بهذا التعديل تحقيقا للعدالة، فالعدالة هنا تقتضي أن يقوم المحكم بتخفيف بعض التزامات أحد الأطراف الذي تضرر من تغير الظروف ليصبح الالتزام الواقع عليه غير مرهقٍ.

الفرع الثاني: حدود سلطة المحكم في إعادة التوازن العقدي

يسعى المحكم المفوض بالصلح إلى تحقيق العدالة حين إصدار الحكم في موضوع النزاع، فهو يتجنب أن يكون الحكم غير عادل لأحد الأطراف، وهذا ما يميز المحكم المفوض بالصلح عن المحكم بالقانون، حيث إن المحكم بالقانون يطبق أحكام القانون دون النظر إلى مدى عدالة الحكم لكل من طرفي النزاع، أما المحكم المفوض بالصلح يسعى إلى تحقيق العدالة وجعل الحكم متوافقا مع مصلحة كل طرف من أطراف النزاع.

ولكي يقوم المحكم المفوض بالصلح بذلك فانه يسعى الى تحقيق العدالة على كافة جوانب النزاع، حيث أن المحافظة على التوازن العقدي بين أطراف النزاع يتفق مع الغاية من التحكيم مع التفويض بالصلح، وذلك من حيث المحافظة على استمرارية العلاقة بين اطراف النزاع من ناحية، ومن حيث مراعاة مصلحة اطراف النزاع من ناحية اخرى.

ويقصد بالتوازن العقدي "عدة توازنات اقتصادية مجتمعة منها التوازن الاقتصادي بين التزامات أي طرف والتزامات الاطراف الاخرى، ومنها التوازن بين التزامات أي طرف والمكاسب المتوقعة له عند اتمام الاتفاق وتنفيذه، ومنها التوازن بين الأخطار المتوقعة والارباح المحتملة لكل طرف"[1].

والتوازن العقدي المطلوب هنا ليس التوازن التام وإنما التوازن الذي يحافظ على استمرارية العلاقة بين الاطراف دون وجود مشقة على احدهم في تنفيذ التزاماته، أو بتوزيع المشقة بين

[1] فهمي، احمد، مرجع سابق، ص399.

الاطراف بحيث يمكنهم الاستمرار في العلاقة دون تحميل أحد الأطراف التزام وعبء أكبر من طاقته.

ويتمثل ذلك في قيام المحكم المفوض بالصلح وفي نطاق حدود سلطة بتعديل التزامات الاطراف بما يحقق العدالة ويراعي مصلحتهم المشتركة، حيث يسعى المحكم المفوض بالصلح وفي سبيل المحافظة على التوازن العقدي الى تجنب فسخ العقد وتعديل أحكامه بما يراعي مصلحة طرفي النزاع ويحافظ على العلاقة المستقبلية بينهم، حتى وإن لم يكن في التعديل معالجة تامة للشخص المتضرر إلا انه يزيل جزء من الاضرار الواقعة عليه لغرض استمرار العلاقة، ويكون المقصد من ذلك ازالة المشقة عن أحد الاطراف بتحميل كلا منهما جزءاً من المشقة لغاية استمرار العلاقة[1].

والمحكم المفوض بالصلح وإن كان يوزع المشقة بين الطرفين إلا أن ذلك يكون في حالة الإمكانية على معالجة وتعديل العقد بما يحقق مصلحة الطرفين، فالمحكم لا ينحصر هدفه في المحافظة على استمرار العلاقة بين الطرفين، وإنما المحكم يسعى إلى استمرار العلاقة إذا ما كان من المناسب أن يكون استمرار العلاقة متوافقاً مع تحقيق العدالة وتحقيق مصلحة طرفي النزاع، أما في حالة عدم امكانية تعديل العقد أو عدم تحقيق تعديل العقد للعدالة المقصودة، فان المحكم يتخذ الاجراء المناسب بما يحقق المصلحة المشتركة للأطراف وفق واقع الحال.

وتمتد سلطة المحكم في سبيل إعادة التوازن العقدي إلى معالجته للشروط التعسفية الواردة في العقد والتي تشكل عبئا على أحد أطراف النزاع، مثل وجود شروط تؤدي الى عدم تساوي التزامات أطراف النزاع بما يشكل ضررا أو خسائر لأحد الأطراف، أو وجود التزامات على أحد الاطراف غير ممكنة التطبيق أو مرهقة له، أو وجود شروط جزائية قاسية، وبالتالي فإن بقاء هذه الالتزامات أو إجبار أحد الأطراف على القيام بالتزام بذاته يؤدي إلى مشقة على أحد الأطراف وذلك يتنافى مع العدالة والغاية المرجوة من الفصل في النزاع بالتحكيم مع التفويض بالصلح.

---

[1] انظر في ذلك حكم محكمة استئناف باريس " ان المحكم المفوض بالصلح يمكن ان يعدل بعض شروط العقد او يخفف من اثارها وفى ذلك خروج علي مبدأ قدسيه العقد او العقد شريعة المتعاقدين فقضت المحكمة بتأييد حكم تحكيم صادر من هيئة تحكيم مفوضه بالصلح قضي بتحميل طرفي العقد بالتساوي مبلغ فائدة البنك التي كان يتحمل بها وفقاً للعقد المدين للبنك وقالت المحكمة ان هيئة التحكيم لم تفعل سوء استخدام سلطتها فى تفويضها بالصلح"، حكم محكمة استئناف باريس [10/3/81/197]، نقلا عن الصفحة الرسمية لمركز الاسكندرية للتحكيم الدولي والوسائل البديلة لحل المنازعات على الفيس بوك، مقال منشور على الانترنت: تاريخ الدخول الساعة 5:20 مساءا، بتاريخ 2017/6/4 على الموقع الالكتروني: https://www.facebook.com/Aiacadr/posts/765339153492790

وبالتالي يتدخل المحكم لإدخال لمسته على العقد بحيث يعدل وينسق في الشروط الواردة في العقد، فقد تكون أسباب الشروط التعسفية نتيجة إبرام العقد بين أحد الأطراف ذي قوة اقتصادية كبيرة مع طرف آخر أقل قوة اقتصادية أو أن يكون أحد الأطراف محتكرا لسلعة معينة أو ترخيص معين مما يجبر الطرف الأخر على إبرام العقد حتى بما يخالف إرادته، بحيث يتدخل المحكم لتعديل وتخفيف اثر هذه الالتزامات حيث يقال في ذلك " المحكم المصالح يستطيع تهدئة الآثار القانونية الناتجة عن التطبيق الجامد للقانون أو لاتفاق الأطراف، إذ أن شرط التسوية الودية يعطى المحكم سلطة الحكم دون أن يعطى اعتباراً جامداً للحقوق والالتزامات التي يخلقها العقد "[1].

ويقوم المحكم هنا بإعادة التوازن العقدي بين أطراف النزاع بحيث يجعل التزاماتهم متناسقة، ولا يعني ذلك أن يقوم المحكم بالمساواة بين التزامات الأطراف وإنما يقوم بالتنسيق بينها وذلك بالنظر إلى جعل شروط العقد وأحكامه غير مرهقة لأحد الأطراف، وإن كان التنسيق لا يؤدي إلى تساوي الالتزامات إلا أن ذلك لا يعارض تحقيق العدالة.

ويرى الباحث أن المحافظة على التوازن العقدي بين اطراف النزاع يتم بالنظر الى كافة شروط العقد، حيث ان وجود شرط قاسي قد يقابله لدى طرف الثاني وجود امتيازات بحيث يجب أن يتم الاخذ بالاعتبار كافة الشروط في العقد، ويجب على المحكم لا ان ينظر الى احد الشروط وتخفيفه وانما يقوم بمقارنة الامتيازات والشروط واعادة تحقيق توازن في العقد.

ويكون للتحكيم مع التفويض بالصلح دور كبير في الحد من تعسف اطراف النزاع في العلاقات التجارية الدولية، حيث أن الطرف الذي يضع شروط قاسية يكون على علم بأنه في التحكيم بالقانون محمي ولا يمكن أن تعدل هذه الشروط أو تخفف، أما في التحكيم مع التفويض بالصلح فالمحكم الحق في تعديل هذه الشروط وتخفيف الالتزامات الواقعة على أحد الأطراف. وغالبا ما يسعى الاطراف ذوي القوة الاقتصادية الكبيرة الى اشتراط التحكيم بالقانون لكونه يطبق الالتزامات بأحكام جامدة، على خلاف التحكيم بالصلح الذي يمكن أن يعدل من قسوة هذه الالتزامات باسم العدالة[2].

---

[1] Eric Loquin: op.cit.,p.285.152 نقلا عن إبراهيم، رشا، المرجع السابق، ص

2 فهمي، احمد، مرجع سابق، ص397.

وسلطة المحكم المفوض بالصلح في تعديل العقد وإعادة التوازن فيه، يجب أن لا تؤدي إلى تغيير طبيعة العقد تغييرا جوهريا بحيث يؤدي إلى تحويله إلى عقد اخر يخالف إرادة الأطراف[1]، او ان يقوم المحكم باستبدال التزام الأطراف بالتزامات جديدة لا تتفق مع القصد المشترك للأطراف[2]، فمثلا لو كان العقد عقد بيع بالتقسيط فلا يجوز للمحكم أن يحول طبيعة العقد إلى عقد إيجار[3]، أو كان العقد عقد مقاولة أن يحول طبيعة العقد إلى عقد عمل، بحيث يجب ان يكون التعديل الى الحد الذي لا يصل إلى إعادة بناء العقد أو يشكل خرقا للنظام العام[4].

1 شيعان، فراس، مرجع سابق، ص77.

2 لقد عرفت محكمة استئناف باريس (الدائرة الاولي المدنية) في حكمها الصادر بجلسه 1997/11/4 المحكم المفوض بالصلح وواجباته بقولها "المحكمة المفوض بالصلح رغم كونه معفياً من مراعاة اجراءات المرافعات الا انه ملزم باحترام مبدأ المواجهة ويجب عليه ان يحترم النطاق المحدد لطلبات الأطراف، وترتكز مهمة المحكم المفوض بالصلح علي نزول الاطراف عن التمسك بالتنفيذ الدقيق للحقوق التي يستمدونها من العقد يسمح له بصفه خاصة بسلطة تلطيف اثار العقد في بحث عن حل عادل ومطابق للعدالة وذلك بان يستبعد كلما اقتضت الحال تطبيق حقوق معينة ناشئة عن الاتفاق بشرط الا تعدل اقتصاد العقد باستبدال الالتزامات التعاقدية بالتزامات جديدة لا تتفق مع القصد المشترك للطرفين وعلي المحكمين الا يحكموا في غير ما طلبهم"، منشور بمجلة التحكيم الفرنسية العدد الرابع ص 407، نقلا عن الصفحة الرسمية لمركز الاسكندرية للتحكيم الدولي والوسائل البديلة لحل المنازعات على الفيس بوك، مقال منشور على الانترنت: تاريخ الدخول الساعة 8:00 مساءا، بتاريخ 2017/7/2 على الموقع الالكتروني: https://www.facebook.com/Aiacadr/posts/765339153492790.

3 حداد، حمزة، التحكيم الصلح والتوفيق، مرجع سابق.

4 علي الدين، رشا، مرجع سابق، ص 416.

الفصل الثاني

ضوابط التحكيم مع التفويض بالصلح

بعد تناول الباحث في الفصل الأول خصوصيّة سلطة المحكم المفوض بالصلح، تبيّن وجود سلطة واسعة نسبيا له بالمقارنة مع سلطة المحكم بالقانون، ولكن هذه السلطة مقيّدة بمجموعة من القيود القانونية التي لا يمكن للمحكم مخالفتها وإلا أصبح حكمه عرضة للبطلان. وعليه سأتناول في هذا الفصل ضوابط التحكيم مع التفويض بالصلح في مبحثين: الأول ضوابط التحكيم مع التفويض بالصلح أثناء نظر النزاع، والثاني ضوابط التحكيم مع التفويض بالصلح أثناء إصدار الحكم.

المبحث الأول: ضوابط التحكيم مع التفويض بالصلح أثناء نظر النزاع

يلتزم المحكم المفوض بالصلح أثناء نظر النزاع بمجموعة من الضوابط القانونية، وتعتبر هذه الضوابط مُلزمة للمحكم ولا يجوز له مخالفتها وإلا اعتبر حكمه عرضة للبطلان. وعليه وحتى يكون حكم المحكم صحيحا وقابلا للتنفيذ، يجب التقيد بهذه الضوابط، وسوف يتناول الباحث هذه الضوابط والالتزامات والقيود في مطلبين، يتناول في المطلب الأول التزام المحكم المفوض بالصلح بالقواعد المتعلقة بالنظام العام، ويتناول في المطلب الثاني التزام المحكم المفوض بالصلح بالإجراءات المتعلقة بالنظام العام.

المطلب الأول: التزام المحكم المفوض بالصلح بالقواعد المتعلقة بالنظام العام

يتناول الباحث في هذا المطلب التزام المحكم المفوض بالصلح بالقواعد المتعلقة بالنظام العام وذلك على فرعين، يتناول في الفرع الأول المعيار المكاني للنظام العام الذي يلتزم به المحكم، ثم يتناول في الفرع الثاني المعيار الموضوعي للنظام العام الذي يلتزم به المحكم.

الفرع الأول: المعيار المكاني للنظام العام الذي يلتزم به المحكم

على الرغم من عدم نص المشرّع الفلسطيني على التزام المحكم المفوض بالصلح بقواعد النظام العام في المادة (39) من قانون التحكيم الفلسطيني حيث جاء النص خاليا من التزام المحكم بالنظام العام "يحق لأطراف النزاع تفويض هيئة التحكيم بإجراء الصلح بينهم وفقا لقواعد العدالة، ويجوز لهيئة التحكيم أن تعرض بناءً على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها تسوية ودية للنزاع"، إلا أن ذلك لا يعفي المحكم المفوض بالصلح من التقيد بالنظام

العام، حيث أن أحكام قانون التحكيم الفلسطيني، والتي وضعت جزاء البطلان على عدم الالتزام بالنظام العام، لم تفرق بين التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون[1]، وبالتالي يلتزم المحكم المفوض بالصلح بقواعد النظام العام.

ويمكن تعريف النظام العام على أنه: "مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية"[2]. والنظام العام ينقسم إلى نظام عام داخلي ونظام عام دولي. وبخصوص النظام العام الداخلي فإنه لا يمكن إيجاد تعريف جامع وافٍ له، إذ إن النظام العام الداخلي قائم ومبني على المصالح الجوهريّة لقانون القاضي ويصعب تحديد نطاقه لكونه فكرة وطنية تختلف باختلاف المكان والزمان[3]، فالنظام العام الداخلي يُستنبط من عادات وتقاليد ومصالح خاصة لكلّ مجتمع بشكل منفرد، ونتيجة تعدد الأفكار في المجتمعات المختلفة نجد هامشا كبيرا وفروقَ كبيرةً بين النظام العام الداخلي في الدول المختلفة، وبالتالي يمكن تعريف النظام العام الداخلي لمجتمع بمفرده دون إيجاد تعريف شامل للنظام العام الداخلي في المجتمعات المتعددة.

والنظام العام الداخلي يراعي المصلحة الوطنية بشكل أساسي ورئيسي، وهو في الوقت ذاته جزء من مصادر النظام العام الدولي، إلا أن النظام العام الدولي يختلف عن النظام العام الداخلي بكونه أكثر اتساعا من النظام العام الداخلي لأنه يمثل أنظمة قانونية مختلفة وليس نظام قانوني واحد، ويتجسد في مصلحة عليا لمجموعة من الأنظمة القانونية وليس مصلحة لنظام قانوني معين، وذلك لاتساع مصادره والتي تبلورت من عدة أنظمة قانونية ومن خلال الاتفاقيات الدولية والأعراف والاجتهادات القضائية الدولية واجتهاد كبار العلماء حول العالم[4].

ويطرح تساؤل حول ما هو النظام العام الواجب التطبيق، هل هو النظام العام الداخلي أم النظام العام الدولي في التحكيم مع التفويض بالصلح ؟

---

[1] حداد، حمزة، **التحكيم بالقانون والصلح في القوانين العربية**، مرجع سابق.

[2] عبد المطلب، ممدوح، والدسوقي، أنعام، **تأثير فكرة النظام العام علي حكم التحكيم وتنفيذه (دراسة مقارنة)**، مجلة الأمن والقانون، دبي، مجلد11، عدد1، سنة 2000، ص473.

[3] بلعيد، جميلة، **التحكيم التجاري الدولي بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي**، مجلة مصر المعاصرة، مصر، مجلد 104، عدد 505، 2012، ص 418.

[4] للمزيد حول ذلك أنظر: بلعيد، جميلة، المرجع السابق، ص422.

فبخصوص قابلية النزاع للتحكيم، يرى الدكتور يوسف شندي أنه يجب أن نفرق بين ما إذا كان التحكيم داخليا أو دوليا، فإذا كان التحكيم داخليا وفق مفهومه في قانون التحكيم الفلسطيني فإن قابلية النزاع للتحكيم تتحدد وفق النظام العام الداخلي، أما إذا كان التحكيم دوليا فإن قابلية النزاع للتحكيم تتحدد وفق النظام العام الدولي[1].

ولكن الواقع الحالي، والتطبيق العملي يخالف هذا الرأي إذ إن اعتبار النظام العام الدولي هو الذي يحدد قابلية النزاع للتحكيم فقط يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم في الدولة التي سوف ينفذ فيها قرار التحكيم إذا كانت قابلية النزاع للتحكيم تتعارض مع النظام العام الداخلي، إذ إن أغلب الأنظمة لا يمكن أن تصادق أو تنفذ حكم تحكيم أجنبي إذا كان يتعارض مع نظامها العام الداخلي.

وتبرير ما سبق يتمثل في أن المحكم يميل لأن يكون قراره قابلا للتنفيذ وهذا الالتزام يتحدد بعلمه المسبق والبسيط بأن تقيده بالنظام العام الدولي دون النظام العام الداخلي للدولة التي سوف ينفذ فيها القرار سوف يؤدي في حالة معارضته للنظام العام الداخلي إلى عدم تنفيذ القرار[2]، وبناء عليه فإن التزام المحكم بالنظام العام الدولي دون النظام العام الداخلي للدولة التي سوف ينفذ فيها القرار يكون التزام محسوم النتيجة، بعدم صلاحية الحكم للتنفيذ وهذا يتعارض مع الغاية من التحكيم.

ومثالا على ما سبق لو أن المحكم المفوض بالصلح قد عُرض عليه نزاع في موضوع لا يقبل التحكيم في قانون وطني ما، وكان النظام العام الدولي يجيز هذا النوع من التحكيم هل يمكن للمحاكم الوطنية في الدولة المراد التنفيذ فيها والتي لا تقبل هذا النوع من التحكيم أن تنفذ القرار؟ بكل تأكيد لا، وبالتالي يعلم المحكم أن قراره لا يمكن أن يُنفذ واختصارا لوقت المحكم، والأطراف يمكن للمحكم أن يفصل باختصاصه مسبقا بعدم قابلية النزاع للتحكيم وهو في ذلك يرعى مصلحة الأفراد من قبوله للتحكيم والسير فيه والنتيجة معروفة بشكل مسبق.

وقد اتجه المشرع الفلسطيني إلى ذلك وإن لم ينص على ذلك بشكل صريح إلا إنه رفض أن ينفذ قرار التحكيم الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام في فلسطين، حيث نص على ذلك في المادة (48) من قانون التحكيم الفلسطيني "مع مراعاة الاتفاقيات الدولية التي تكون فلسطين

[1] شندي، يوسف، مرجع سابق، ص 102.

[2] أنظر في هذا المعنى وما يتفق مع الرأي السابق، الرفاعي، أشرف، **اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية**، بدون طبعه، دار الفكر الجامعي، 2006، ص39.

طرفا فيها والقوانين المعمول بها في فلسطين، يجوز للمحكمة المختصة ولو من تلقاء نفسها رفض تنفيذ قرار تحكيم أجنبي في إحدى الحالتين التاليتين:

1- إذا كان القرار مخالفاً للنظام العام في فلسطين. 2- إذا كان القرار لا يتفق والمعاهدات والاتفاقيات الدولية المعمول بها في فلسطين".

ومما سبق يتبين لنا : أن المحكم المفوض بالصلح عليه الالتزام بقواعد النظام العام الداخلي لدولة فلسطين إذا كان الحكم سينفذ في فلسطين، وقد ذهب في هذا الاتجاه كل من المشرع المصري[1] والأردني[2]. وقواعد النظام العام الواجبة التطبيق على النزاع ليست فقط في شأن قابلية النزاع للتحكيم وإنما يمتد ذلك إلى تطبيق القواعد الآمرة المرتبطة بالنظام العام في بلد تنفيذ قرار التحكيم والتي سوف نتناولها بمزيد من التفصيل لاحقا.

ولكن هل المحكم يلتزم فقط بالنظام العام الداخلي للدولة المراد التنفيذ فيها، أم يمتد التزامه إلى النظام العام في أنظمة قانونية أخرى؟

ذهبت مجموعة من الآراء إلى أن المحكم المفوض بالصلح يجب أن يلتزم بقواعد النظام العام في بلد إجراء التحكيم، وذهب رأي آخر إلى التزام المحكم بقواعد النظام العام بالدول المتصلة في موضوع النزاع، إلا أن هذه الآراء لا يمكن تطبيقها فعلا لكون الرأي الأول يوجه له انتقاد لأنّ مكان إجراء التحكيم قد يكون محايدا بشكل تام عن موضوع النزاع. أما الرأي الثاني فإنه غيرُ ممكن التطبيق لصعوبة تحديد القوانين المتصلة بموضوع النزاع ولوجود تعارض كبير بين الأنظمة القانونية المختلفة[3].

ويرى الباحث أن التزام المحكم بالنظام العام الداخلي للدول المقترنة بموضوع النزاع التحكيم سواء أكان بلد تنفيذ قرار التحكيم أو قانون إجراء التحكيم أو قوانين الدول المتصلة بالنزاع، سوف يؤدي ذلك بشكل أو بآخر إلى تقيد المحكم عن القيام بعمله، إذ إن المحكم يصعب عليه توقع الدولة المقترنة بموضوع النزاع، كما يؤدي ذلك إلى تعارض كبير بين الأنظمة الداخلية

---

[1] المادة (58) فقرة 2 من قانون التحكيم المصري " ب. أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية".

[2] المادة (54)من قانون التحكيم الأردني " أ .تنظر المحكمة المختصة في طلب التنفيذ تدقيقا وتامر بتنفيذه الا اذا تبين لها: 1.ان هذا الحكم يتضمن ما يخالف النظام العام في المملكة، واذا امكن تجزئة الحكم في ما يتضمنه من مخالفة للنظام جاز الامر بتنفيذ الجزء الباقي ".

[3] انظر في هذه الآراء: شعبان، فارس، مرجع سابق، ص75.

في الدول المرتبطة بالنزاع، وعليه فإنه يجب أن يتم تجنب التعصب في النظام العام الـداخلي من خلال جعل النظام العام الداخلي متوافقا مع النظام العام الدولي وإن كان ذلك غيرَ وارد في المستقبل القريب، أو من خلال تحرير المحكم من الالتزام بالنظام العام الداخلي في التحكـيم الدولي.

والمحكم المفوض بالصلح يلتزم بالنظام العام الداخلي، وذلك إذا كان التحكيم داخليا إذ لا أهمية للنظام العام الدولي في التحكيم المحلي، أما إذا كان التحكيم دوليا فإنّ المحكم ملزم بـالالتزام بالنظام العام الدولي، ولا تثار مشكلة إذا ما كان النظام العام الدولي يتفق مـع النظـام العـام الداخلي للدول صاحبة المصلحة، والواجب تطبيق النظام العام الداخلي فيهـا، وإنمـا تثـور المشكلة في حالة وجود تعارض بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي.

إلا إن الباحث يتفق مع رأي الدكتور يوسف الشندي وإن كان ذلك يخالف الواقـع والتطبيـق العملي في الدول محل الدراسة، إذ إن التطبيق العملي يقيد عملية التحكيم ويؤدي إلى إرهـاق المحكم في سعيه لتجنب تعرض حكمه للبطلان ويزيد من حالات الطعن في قـرار التحكـيم، ويتفق الباحث مع الاتجاه الحديث والتي تسير عليه الأنظمة القانونية المتقدمة مثل فرنسا التي تتجه إلى الأخذ بالنظام العام الدولي دون النظام العام الداخلي إذا كان التحكيم دوليـا، ومـن تطبيقات ذلك شرط الدفع بالذهب والذي يعتبر مخالفا للنظام العام الداخلي في فرنسا إلا إنه إذا تعلق بتحكيم دولي يعتبر صحيحا، ولا يتم الدفع كونه مخالفا للنظام العام الداخلي.

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي للنظام العام الذي يلتزم به المحكم

تنقسم القواعد من حيث إلزاميتها إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة، والقواعد الآمرة : هي تلـك القواعد التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، وكل اتفاق على مخالفة هذه القواعد يعـدّ باطلا ولا يعتدّ به قانونا، أما القواعد المكملة هي تلك القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة حكمها وإذا ما اتفقوا على مخالفة هذا الحكم كان اتفاقهم صحيحا، أما إذا سـكتوا ولـم يتفقوا على مخالفة حكمها فإنها تطبق عليهم، وعليه فإن المحكم المفـوض بالصـلح يلتـزم بالقواعد الآمرة أثناء نظر النزاع أما بالنسبة للقواعد المكملة، فإن تفويض المحكـم بالصـلح يعتبر تنازل على التمسك بتطبيق هذه القواعد، حيث أن تفويض المحكم بالصلح يعتبر بمثابـة تفويض المحكم التصرف في الحقوق المقررة للأطراف التي يمكن التصالح عليها[1].

[1] المومني، احمد، **التحكيم في التشريع الاردني والمقارن**، ط1، مطبعة التوفيق، عمان، 1983، ص 67.

إذ إنّ المحكم المفوض بالصلح يستمد سلطته من اتفاق التحكيم، ويكون اتفاق التحكيم هو المعيار الذي يحدد سلطات المحكم وعلى الرغم أن المحكم المفوض بالصلح يتمتع بسلطات واسعة نتيجة تفويضه بالتحكيم مع التفويض بالصلح، إلا إنه لا يمكن أن يتجاوز سلطات الأطراف أنفسهم، حيث انه ما لا يجوز للأطراف الاتفاق عليه بنص القانون لا يجوز للمحكم المفوض بالصلح أن يتجاوزه، حتى في حالة نص اتفاق التحكيم على تفويض المحكم بالصلح على مخالفة بعض القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام، وبالنتيجة فان فاقد الشيء لا يعطيه، وهذا يعني من لم يستطع التصرف بشيء فإنه لا يمكن أن يفوض غيره التصرف فيه، وعلى هذا فإنه من الواجب على هيئة التحكيم حتى دون الرجوع إلى اتفاق التحكيم عدم تجاوز القواعد الآمرة حتى لا يصبح حكم التحكيم عرضة للبطلان.

ولكن هل يلتزم المحكم المفوض بالصلح بجميع القواعد الآمرة ؟

للإجابة على هذا السؤال، يجب أن نوضح أن الفقه والقضاء يقسم القواعد الآمرة إلى قواعد نظام عام حمائي وقواعد نظام عام توجيهي. فقواعد النظام العام الحمائية هي: تلك القواعد المخصصة لمصلحة الأفراد، أما قواعد النظام العام التوجيهية فهي: تلك القواعد المخصصة للمصلحة العامة[1].

وعلى ذلك فإن القواعد المخصصة للمصلحة العامة لا يمكن للمحكم تجاوزها وإنما يلتزم بها، أما القواعد المخصصة لمصلحة الأطراف فإنها تخضع لضابط زمني من حيث إمكانية التصرف فيها، وهذا الضابط الزمني يتعلق بالفترة الزمنية التي يمكن لأطراف النزاع التصرف في هذه الحقوق، حيث لا يستطيع الأطراف التصرف فيها إلا في حالة ثبوتها لهم، وبالتالي فإن تصرف المحكم مرتبط بمقدرة الأطراف على التصرف في هذه القواعد.

وبناء عليه، فإن قيام الأطراف بتفويض المحكم المفوض بالصلح بنظر النزاع وهذه الحقوق غير مستحقة، فإنّ المحكم لا يستطيع استبعاد هذه الحقوق، وإنما يقوم المحكم بتطبيقها والالتزام بها، وهذا ما يميز هذه القواعد عن القواعد المكملة التي يستطيع المحكم استبعادها في حالة خلو اتفاق التحكيم من الالتزام بها في اي وقت يشاء.

والمحكم المفوض بالصلح في استبعاده قواعد النظام العام الحمائي لا ينظر إلى اتفاق الأطراف على استبعاد هذه القواعد حتى يقوم باستبعادها، إنما ينظر إلى صلاحية الأطراف في

[1] شيعان، فارس، مرجع سابق، ص75.

استبعادها مع التزامه بأن يقوم بالالتزام بها في حالة اتفاق الأطراف على ذلك، وبالتالي ينظر الأطراف إلى موعد إنشاء شرط أو مشارطة التحكيم، فإذا كان الأطراف وقت إنشـــاء شـــرط ومشارطة التحكيم لهم صلاحية التصرف في هذه الحقوق يقوم المحكم باستبعادها أما إذا كان الأطراف ليس لديهم صلاحية استبعاد هذه القواعد فإن المحكم لا يستطيع استبعادها[1].

ومن هذه الحقوق، الحقوق المشروعة لمصلحة الفئات الضعيفة في المجتمع[2]، ومثـــال ذلـــك الحقوق العمالية، فان هذه الحقوق هي حقوق محمية بموجب القانون ويراعـــى فيهـــا حمايـــة الطرف الضعيف حتى من تصرفه، فيعتبر التصرف في هذه الحقوق قبل اســـتحقاقها قبـــل أو أثناء فترة سريان عقد العمل تصرف باطل ولا يتم الأخذ به، وإنما يلتفت إلى هذا التصـــرف بعد استحقاق هذه الحقوق وثبوتها، وهي الفترة التي تكون بعد انتهاء العمل، وبالتالي يعتبر أي تنازل أو تصرف سابق للعامل أو أثناء العمل عن حقوق العمالية باطلا ولا يتم الأخذ به ، لأن هذه الحقوق لم تستحق بعد حتى يتم التصرف فيها[3]، ويمكن تبرير ذلك أيضا أن هذا التصرف لا يعبر عن الإرادة الحقيقة للعامل[4].

وتطبيقا لما سبق فإن اللجوء إلى التحكيم في بعض الأحيان يعد مخالفا للنظام العام إذا ما تـــم على شكل شرط تحكيم وليس مشارطة، والعبرة في ذلك حماية الطرف الضعيف، ولتعلق هذه الحقوق بالنظام العام ولعدم استحقاق الطرف الضعيف لهذه الحقوق حتى يتم التصرف فيهـــا، وعلى ذلك يعتبر أي اتفاق سابق لحدوث النزاع باطلا، ومثـــال ذلـــك المنازعـــات العماليـــة والمنازعات المتعلقة بعقود الاستهلاك وعقود الإيجار حيث يعتبر الاتفاق فيها على حل النزاع بواسطة التحكيم قبل حدوث النزاع في بعض الأنظمة مثل النظام الفرنسي غير جائز ومخالف للنظام العام، إلا إنه وفي ذات الوقت يجوز إنشاء اتفاق تحكيم في هذه المنازعات بعد حدوث النزاع وذلك كون هذه الحقوق أصبحت مستحقة للطرف الضعيف ويستطيع التصرف فيها[5].

---

[1] ابراهيم، رشا، مرجع سابق، ص323.

[2] أنظر في ذلك: قريقر، فتحية، **النظام العام والتحكيم التجاري الدولي**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر – بن يوسف بن خدة، 2016-2017، ص68-71.

[3] نقض مدني رام الله، طعن رقم 2010/166 جلسة 2010/7/13.

[4] نقض مدني رام الله، طعن رقم 2004/181 جلسة 2004/12/21.

[5] انظر في ذلك : شندي، يوسف، مرجع سابق، ص103-107.

إلا أن ذلك غير وارد في النظام القانوني الفلسطيني بحيث يجوز إنشاء اتفاق تحكيم سابق أو لاحق لحدوث النزاع في المنازعات العمالية والمنازعات المتعلقة بعقود الاستهلاك وعقود الإيجار، إذ إن المشرع الفلسطيني لم يضع أية قيود على إنشاء اتفاق تحكيم في مثل هذه العقود سواء في قانون العمل أو قانون التحكيم[1]، إلا إن الاتجاه الفقهي الفلسطيني الحديث يذهب إلى عدم جواز إنشاء شرط تحكيم في مثل هذه الحقوق وخاصة في عقود العمل، وتبرير ذلك أن إنشاء شرط التحكيم قبل حدوث العمل لا يعبر عن الإرادة الحقيقة للعامل ويخالف فلسفة المشرع وغايته من سن قانون العمل والذي يسعى إلى حماية الحقوق العمالية[2].

وقد جاء حكم قضائي فلسطيني فريد ويعتبر الحكم الأول في هذا الاتجاه بحيث صدر حكم عن محكمة صلح رام الله بتاريخ 2014/2/27، ومجمل الحكم أنه تقدم وكيل صاحب العمل بطلب عدم قبول الدعوى لورود شرط تحكيم في عقد العمل، إلا أن قرار المحكمة اعتبر أن شرط التحكيم يعد باطلاً لكونه يتعلق بحقوق العامل التي هي من النظام العام، وعليه فإنه يجب حماية هذه الحقوق وعدم الانتقاص منها، وقد يكون وجود مثل هذا الشرط سببا للانتقاص من هذه الحقوق لكونه لا يمثل الإرادة الحقيقية للعامل[3]، والمشكلة التي يثيرها هذا الحكم في وجود شرط لا مشارطة تحكيم، إذ إن المشارطة تعبّر عن الإرادة الحقيقية للعامل لعدم وجود أسباب تجبر العامل على إنشاء مثل هذا الاتفاق.

أما قواعد النظام العام التوجيهي فهي قواعد لم تشرّع لحماية المصلحة الخاصة لأطراف النزاع فقط، وإنما هي قواعد تسعى لحماية المصلحة العامة للمجتمع ككل، وعليه فإن هذه القواعد لا يجوز لأطراف النزاع التنازل عنها، وعليه ليس للمحكم المفوض بالصلح الحق في استبعادها، ومن الأمثلة على هذه القواعد قواعد حماية المنافسة، ومنع الاحتكار والقيود

---

[1] للمزيد حول ذلك أنظر: سلامة، نعيم، **التحكيم في النزاعات العمالية والنظام العام**، مقال منشور على الانترنت: تاريخ الدخول الساعة 8:22 مساءا، بتاريخ 2017/5/16 على الموقع الالكتروني: https://pulpit.alwatanvoice.com/content/print/323859.html . و الشندي، يوسف، مرجع سابق، ص103-104.

[2] عمرو، ايهاب، **مدى قانونية شرط التحكيم في عقد العمل**، مقال منشور على الانترنت: تاريخ الدخول الساعة 4:11 مساءا، بتاريخ 2017/5/16 على الموقع الالكتروني: https://pulpit.alwatanvoice.com/content/print/407770.html .

[3] عمر، ايهاب، المرجع السابق.

المتعلقة بالأسعار والأجور، وهي كلها قواعد تسمو فيها المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأطراف ويلتزم المحكم بتطبيقها وإلا أصبح حكمه عرضة للبطلان[1].

المطلب الثاني: التزام المحكم المفوض بالصلح بالإجراءات المتعلقة بالنظام العام

بعد تناول الباحث التزامات المحكم بقواعد النظام العام سوف يتناول في هذا المطلب الإجراءات التي يلتزم فيها المحكم المفوض بالصلح، وعلى الرغم أن المحكم بشكل عام لا يلتزم بالإجراءات التي يلتزم فيها القاضي إلا أنه يلتزم في الإجراءات المتعلقة بالنظام العام والتي تسعى إلى حماية أطراف النزاع والتي شرعت لمصلحتهم، وسوف يتناول الباحث هذه الإجراءات على فرعين حيث يتناول في الفرع الأول التزام المحكم بالإجراءات المتعلقة بحقوق الدفاع، ويتناول في الفرع الثاني التزام المحكم بالاستقلالية والحياد و استمرارية إجراءات التحكيم.

الفرع الأول: التزام المحكم بالإجراءات المتعلقة بحقوق الدفاع

كما تناول الباحث سابقا فإن المحكم معفى من التقيد بالإجراءات الواجبة التطبيق أمام القاضي سواء أكان محكما بالقانون أو بالصلح، إلا أنه مقيد باتباع القواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام، وعلى الرغم من عدم النص على التزام المحكم المفوض بالصلح بالإجراءات المتعلقة بالنظام العام في قانون التحكيم الفلسطيني على خلاف قانون التحكيم اليمني والذي نص في المادة (32) على أنه " يحق لطرفي التحكيم أن يتفقا على الإجراءات التي يتعين على لجنة التحكيم إتباعها فإذا لم يوجد أي اتفاق فإنه يجوز للجنة أن تتبع ما تراه ملائما من الإجراءات مع ضرورة مراعاة أحكام هذا القانون وعدم الإخلال بأحكام قانون المرافعات التي تعتبر من النظام العام"[2].

وعدم ورود نص في قانون التحكيم الفلسطيني والقوانين المقارنة، والتي ينفرد في هذا النص في القوانين المقارنة القانون اليمني لا يعطي للمحكم الحق بتجاوز هذه الإجراءات المتعلقة بالنظام العام، إذ إن النصوص الواردة في قانون التحكيم الفلسطيني، وفي القوانين المقارنة تجبر المحكم على الالتزام بالإجراءات المتعلقة بالنظام العام وخاصة تلك المتعلقة بحقوق الدفاع.

---

[1] قريقر، فتحية، مرجع سابق، ص62.

[2] قانون التحكيم اليمني رقم (22) لسنة 1992.

وتقرر المادة (35) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني على التزام المحكم بحقوق الدفاع حيث تنص على أن " تكفل هيئة التحكيم جميع حقوق الدفاع لأطراف النزاع، وتعاملهم على قدم المساواة وتتيح لكل طرف منهم في جميع الإجراءات الفرصة الكاملة لعرض قضيته"[1]، ويمثل التزام المحكم بحقوق الدفاع الخطوة الأولى في تحقيق العدالة إذ إن أطراف النزاع يجب أن يكون لهم دور فعال خلال جلسات التحكيم وتقديم ما لديهم من طلبات ودفوع أثناء نظر النزاع.

والإجراءات المتعلقة بحقوق الدفاع كثيرة، تبرز أهميتها في مبدأ المواجهة والمساواة وعلانية الجلسات وإعلان أطراف النزاع بإجراءات التحكيم، وحق الأطراف في تقديم بيناتهم ودفوعهم ، ولكن المحكم هنا يلتزم بالإجراءات المتعلقة بحقوق الدفاع التي تتناسب مع التحكيم في فلسطين، فالتقاضي في التحكيم على درجتين غير وارد في فلسطين[2]، أما علانية الجلسات فهي لا تتناسب مع التحكيم بشكل عام والذي هو سري[3]، ولذلك ستقتصر الدراسة في هذا الفرع على حقوق الدفاع التي تتناسب مع التحكيم وهي مبدأ المساواة بين أطراف النزاع ومبدأ المواجهة.

أولا: التزام المحكم المفوض بالصلح بالمساواة بين أطراف النزاع

نصّ المشرع الفلسطيني على التزام المحكم بمعاملة أطراف النزاع على قدم المساواة حيث نص في المادة (25) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة كاملة ومتكافئة لعرض دعواه أو دفوعه"[4]، ويقصد بمبدأ المساواة هنا معاملة أطراف النزاع معاملة عادلة بحيث يُهيأ لكل طرف فرصة متكافئة وكاملة

---

[1] يقابل ذلك في القوانين المقارنة: المادة (25) من قانون التحكيم الأردني والمادة (26) من قانون التحكيم المصري والمادة (33) من قانون التحكيم اليمني.

[2] لا بد أن نوضح هنا أن التقاضي على درجتين في التحكيم يعني وجود هيئة تحكيم أخرى يتم رفع الحكم الصادر من هيئة التحكيم الاولى الى الهيئة الاخرى لتنظر موضوع النزاع مره اخرى وهو مشابه لتعامل محكمة الاستئناف في الاحكام الصادرة من محكمة الدرجة الاولى، وهذا الامر غير وارد في فلسطين، الا ان حكم التحكيم الصادر هنا لا يكون حكم نهائي وانما يمكن الطعن به بالبطلان وذلك في حالة مخالفته لنص المادة (43) ولا يعتبر ذلك تقاضي على درجتين حيث أن الطعن بالبطلان لا يؤدي الى نظر المحكمة الى موضوع النزاع الا فيما يتعلق بمخالفة هيئة التحكيم النظام العام إساءة سلوك من قبل المحكم اما نظر المحكمة الى مدى عدالة حكم التحكيم أو وزن البينة فهو غير وراد ويكون في ذلك حكم التحكيم هو حكم بات وقطعي في هذه الامور.

3 المادة (50) من قرار مجلس الوزراء رقم (39) لسنة 2004م باللائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000م "تنظر هيئة التحكيم النزاع المعروض أمامها بصفة سرية على أنه يجوز بناء على اتفاق الأطراف جعل الجلسة علنية".

[4] يقابل هذا النص في القوانين المقارنة: نص المادة (25) من قانون التحكيم الأردني، ونص المادة (26) من قانون التحكيم المصري.

لعرض دعواه أمام هيئة التحكيم عرضا كافيا ومتكافئا مع الطرف الآخر للخصومة بحيث يتمتع كل طرف بالحقوق والواجبات التي يتمتع فيها الطرف الآخر[1]، وهنا تكون المساواة في مجال الإجراءات بحيث يتيح لكل طرف حق تقديم بينته ودفوعه وطلباته بشكل عادل ومتساوي اتجاه الطرف الآخر.

فأساس حق الدفاع يقوم على المساواة بين الأطراف في هذا الحق بحيث يتيح المحكم المفوض بالصلح لأطراف النزاع بتقديم أوجه الدفاع التي تؤيد ادعائهم، فلا يجوز للمحكم المفوض بالصلح السماح بسماع شاهد لطرف ومنعه عن الطرف الآخر، إذ إن ذلك يعتبر إخلالا بمبدأ المساواة[2]. وعلى الرغم من ذلك إلا أن سماع الشاهد يخضع لسلطة المحكم في إجازتها لأحد الأطراف، مثل إمكانية المحكم رفض سماع شاهد لأحد الأطراف مقابل السماح للطرف الآخر وذلك إذا كانت الوقائع التي سوف يشهد عليها الشاهد غير منتجة، أو إعطاء المحكم مهلة أكبر لأحد الأطراف بتقديم بينته عن الطرف الآخر، وهذا يعود إلى السلطة التقديرية للمحكم وذلك وفق طبيعة النزاع ومدة التحكيم[3]، وذلك لا يتعارض مع مبدأ المساواة ما دام المحكم أتاح لأطراف النزاع الفرصة لتقديم بيناتهم، وأوجه الدفاع، وتمكّن أطراف النزاع من مناقشة بينه الطرف الآخر.

ففي حين أن طرفي النزاع يسعى كل منهم إلى تقديم البينة التي تجعل المحكم يؤمن بطلباته وبالتالي الحكم للطرف الذي يقدم بينة تكون أكثر إقناعا للمحكم بالأحقية بادعائه، فإنه يجب أن يُسمح لكلّ طرف بتقديم بينته بحريّة ما دامت هذه البينة لا تخالف القانون، وهذه الحرية لا يجب أن تتعارض مع سلطة المحكم في إدارة الجلسات، إذ إن المحكم يسعى إلى عدم إهدار الوقت في بينات غير منتجة في النزاع أو جعل إهدار الوقت في المماطلة تحت ذريعة إحضار بينة[4].

---

[1] غرايبة، خالد، عوارض خصومة **التحكيم التجاري وانتهاء الإجراءات التحكيمية**، رسالة ماجستير، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، 2005، ص 21.

[2] إبراهيم، رشا، مرجع سابق، ص220.

[3] استئناف بيروت، 2001/77، بتاريخ 2001/12/10، المجلة اللبنانية، عدد 36، ص21.

[4] المادة (17) من قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة لسنة 2010 فقرة 1 تنص على أنه " مع مراعاة هذه القواعد، يجوز لهيئة التحكيم أن تسير التحكيم على النحو الذي تراه مناسبا، شريطة أن يعامل الاطراف على قدم المساوة ويتاح لكل طرف، في مرحلة مناسبة من الاجراءات، فرصة معقولة لعرض قضيته، وتسير هيئة التحكيم، لدى ممارستها صلاحيتها التقديرية، الاجراءات على نحو يتفادى الابطاء والانفاق بلا داع، ويكمل الانصاف والكفاءة في تسوية المنازعات بين الاطراف".

ويكفي أن يقوم المحكم بتوزيع عدد الجلسات بشكل متساوي بين الأطراف من أجل تقديم بيناتهم مثل منح كل طرف ثلاثة جلسات من أجل تقديم بينته، ولكن قد يحتاج طرف إلى عدد أكبر من الجلسات سواء أكان السبب في ذلك حجم البينة، أو الوقت الذي يحصل عليه أحد الأطراف من أجل تقديم البينة والحصول عليها، ولا يعتبر منح أحد الأطراف مدة أطول من الطرف الثاني في تقديم البينة خروجا على مبدأ المساواة ما دام أن من طلب المدة الإضافية يستند إلى أسباب واقعية وجدية واقتنع فيها المحكم.

وبما أن المحكم يقوم بعمل قضائي فإنه يفصل في موضوع النزاع بما يُقدم لديه من أدلة وبينات من قبل الأطراف، ويجب على المحكم إتاحة الوقت والفرصة الكافية والمتساوية للأطراف من أجل تقديم ما لديهم من بينات، ولا يجوز للمحكم حصر الأطراف في نوع معين من البينات مثل الاكتفاء بالبينة الخطية أو شهادة الشهود، فهذا الأمر متعلق بحق الأطراف في التدخل في إدارة دفوعهم وبيناتهم ولا يجوز له ذلك إلا باتفاق الأطراف[1].

وهذه الحقوق مكفولة للأطراف وتدخل ضمن مفهوم العدالة، فلا يمكن أن يقوم المحكم بالصلح بنظر النزاع المعروض أمامه تدقيقا إذا رغب أحد الأطراف في غير ذلك[2]، وإنما يجب أن يسمع أقوال الخصوم، ويعطي لكل طرف الحق في تقديم بينته، وهذا لا يتعارض مع سلطة المحكم المفوض بالصلح، إذ إن العدالة تتحقق من تحقيق المساواة بين الأطراف في منحهم ذات الفرص لتقديم دفوعهم وبيناتهم في الدعوى.

ويرى الباحث أن مسالة المساواة المقصودة هنا ليست في التزام المحكم في توزيع الأدوار على الأطراف بشكل متساوٍ وإنما بمنحهم ذات الفرصة، والمساواة المقصودة لا تخلو من تدخل السلطة التقديرية للمحكم فهو يوزع الأدوار بقدر الحاجة وبالاستناد إلى أسباب منطقية يستند عليها المحكم، وبالتالي فإن المحكم يقسم الأدوار ويمنح الأطراف الفرص بقدر حاجة كل طرف لهذه الفرصة بعد تبرير ذلك.

---

[1] نص المادة (24) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 " تحدد هيئة التحكيم موعداً لحضور الأطراف وتبلغهم بذلك قبل التاريخ المحدد بوقت كاف، وتستمع للأطراف، ويجوز لها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق إذا اتفق الأطراف على ذلك".

[2] المادة (17) من قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة لسنة 2010 فقرة 3 تنص على " تعقد هيئة التحكيم جلسات استماع لأقوال الشهود، بمن فيهم الشهود الخبراء، أو للمرافعات الشفوية، اذا طلب ذلك أي طرف في مرحلة مناسبة من الاجراءات، فإن لم يطلب ذلك قررت هيئة التحكيم ما إذا كان من الأوفق عقد جلسات استماع من هذا القبيل أو السير في الاجراءات على اساس الوقائع وغيرها من المستندات".

ثانيا: التزام المحكم المفوض بالصلح بمبدأ المواجهة

يعتبر مبدأ المواجهة من أكثر حقوق الدفاع أهمية لكونه يمكّن الأطراف من استيفاء كافة الفرص من أجل تقديم ما لديهم من بينات ومن أجل الرد على ما يقدم ضدهم من بينات من الطرف الآخر، ويمكن تعريف مبدأ المواجهة على أنه : "مواجهة المحتكمين بعضهم بعضا بادعائهم ودفاعهم، وحق كل محتكم في أن يعلم أو يمكن من العلم بما لدى المحتكم الأخر من وسائل دفاع وبينات وذلك في وقت مناسب وكافي يمكنه من الرد على ما قدمه خصمه"[1].

وبالتالي فان مبدأ المواجه يقوم على عدة عناصر أهمها:

أولا : السماح للخصوم بتقديم بيناتهم وسماع المحكمين لادعائهم، ثانيا : حق الخصوم في العلم بالبينات المقدمة من الطرف الآخر، ثالثا : حق الخصوم في الرد على ادعاء الطرف الآخر ومنحه الوقت والفرصة المناسبة لذلك، رابعا : حق الخصوم معا في مواجهة المحكمين والمساعدة في إدارة سير دعواهم، وعليه سأتناول كل من هذه العناصر على حدة.

1. السماح للخصوم بتقديم بيناتهم وسماع المحكمين لادعائهم

في نطاق صلاحية المحكم المفوض بالصلح فإن المحكم ينظر للنزاع من خلال موازنة ادعاءات الأطراف والحكم بحسب بينه كل طرف من الأطراف ويقوم بذلك مثل القاضي، إلا أن معالجته للحكم تختلف لكونه يسعى إلى تحقيق العدالة، وبذلك تكون الخطوة الأولى في نظر المحكم إلى النزاع في الحصول على دلائل وبراهين من قبل الأطراف تدعم ادعائهم.

ويترتب على عدم سماح المحكم للأطراف بتقديم ادعائهم الابتعاد عن العدالة، ويترتب على ذلك عدم مقدرة المحكم الفصل في موضوع النزاع بشكل نزيه، لذلك وجب على المحكم وفي إطار كونه محكما أولا ثم من كونه محكما بالصلح يسعى إلى تحقيق العدالة ثانيا منح الأطراف الحرية الكاملة في تقديم ما لديهم من بينات دون التدخل في ذلك إلا في إطار

[1] الصانوري، مهند، **دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص- دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي في غالبية التشريعات العربية والأجنبية والاتفاقيات والمراكز الدولية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بدون طبعة، عمان، 2005، ص197.

صلاحياته في إدارة الدعوى من حيث نوع البينة والوقت المخصص للدعوى التحكمية، وفي تقديره لأهمية البينة وإنتاجيتها في الدعوى[1].

ويعتبر التزام المحكم هنا من النظام العام، يترتب على مخالفته وضع حكمه تحت طائلة البطلان، ويكون لأطراف النزاع الحق في تقديم البينة دون أن يكون للمحكم الحق في التدخل بها إلا بنطاق صلاحيته، فكل طرف من أطراف النزاع يكون حريصا على تقديم الأدلة والبراهين التي تثب ادعائه ويترتب على أي قصور أو إهمال من أحدهم تحمله مسؤولية ذلك لأن الحكم سيبنى على ما يُقدم من أدلة أثناء نظر النزاع، ولا يجوز لأحد الأطراف تحت ذريعة أن لديه بينه أن يلزم المحكم بسماع بينته في خارج دوره أو المدة المحددة له في ذلك.

2. حق الخصوم في العلم بالبينات المقدمة من الطرف الآخر

يعتبر هذا الحق من أهم الحقوق التي يقوم عليها مبدأ المواجهة كون هذا الحق يمكّن كل طرف من أطراف النزاع في العلم بالبينات المقدمة من الطرف الآخر، كون أن البينة المقدمة من الطرف الأول قد تؤيد ادعائه أو قد تدحض ادعاء الطرف الثاني، وبالتالي يجب أن يعلم الطرف الثاني بها حتى يتمكن من الاعتراض عليها أو الرد عليها أو التثبت من صحتها ،وكل هذه الأمور تتم من خلال إعلام الطرف الآخر بذلك بشكل قانوني يسمح له من الاطلاع عليها وتفحصها وذلك خلال فترة زمنية مناسبه[2].

فقد تكون البينة المقدمة غير صحيحة أو مزورة أو يكون أحد الشهود ممن لهم مصلحة في الدعوى أو يكون الخبير المعين غير محايد، فإعلام الطرف الآخر بذلك وخلال وقت مناسب يعطيه الفرصة من أجل الطعن بهذه البينة والتأكد من صحتها، إذ أن الطرف الآخر يتمكن في هذه الحالة من التوجه إلى المحكمة من أجل الطعن في البينة إذا كانت مزورة، ويتم إيقاف النظر في إجراءات التحكيم حتى البت في الطعن وذلك إذا كانت هذه البينة محورية وفاصلة

---

[1] المحكم يراعي أثناء نظر النزاع وفي الخصومة التحكمية المواعيد التي يتم منحها للأطراف من أجل تقديم بينتهم وذلك في سعية الى جعل هذ المدة لا تؤدي الى تعطيل البت في موضوع النزاع ومنع المماطلة وانهاء اجراءات التحكيم ضمن المدة المحددة، كما أن المحكم يراعي كون البينة منتجة أو غير منتجة في الدعوى واثرها على الحكم الفاصل، وذلك من ظاهر البينة بحيث يجب أن تكون البينة منتجة وتؤثر على الحكم ومتعلقة بموضوع النزاع، كما أن نوع البينة له اهمية في تحديد مدى صلاحيتها في اثبات ادعاء الاطراف فقد يتفق الاطراف على جعل البينة الخطية هي البينة الوحيدة المنتجة في الدعوى وعدم رغبتهم في تقديم أي بينة شفوية وذلك في متن اتفاق التحكيم، وبالتالي يكون المحكم ملزم بذلك حتى لا يخرج عن نطاق طلبات الاطراف.

[2] المادة (65) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني رقم (39) لسنة 2004 تنص على "على هيئة التحكيم مراعاة أصول التقاضي بين الأطراف، بحيث تضمن مواجهة كل طرف للآخر في الإجراءات وتمكينه من العلم بإجراءات التحكيم والاطلاع على الأوراق والمستندات المنتجة في المواعيد المناسبة".

في موضوع النزاع[1]. كما يحق لأحد الأطراف أن يعترض على الشهود والخبراء المقدمة من الطرف الآخر في حالة كان أحدهم غير محايد.

ويكون إبلاغ الأطراف فيما يتعلق بخصومة التحكيم بإشراف هيئة التحكيم حيث نص المشرع في المادة (40) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم على أن " كل تبليغ أو إخطار يتعلق بخصومة التحكيم يتم بمعرفة هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم، ويكون عن طريق مراسلين أو جهات رسمية، سواء أكان الإجراء بناء على طلب أطراف التحكيم أو بمبادرة من هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم، وعلى الجهات الرسمية المختصة أن يساعدوا هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم على أداء مهمتها في حدود اختصاصاتها"، ويقوم المحكم بالتأكد من صحة وصول التبليغ إلى الطرف الآخر.

ويجب أن يمنح التبليغ الطرف الآخر موعدا كافيا من أجل القدرة على الرد والاعتراض على البينة المقدمة من قبل الطرف الآخر، وبالتالي لا يمكن أن يقوم أحد الأطراف بالجلوس مع المحكم لوحده أو تقديم بينة في مجلس لم يبلّغ فيه الطرف الآخر، وهذا الإجراء يجب أن يتم معالجته من قبل المحكم بحيث لا يسمح لنفسه باستفراد بأي طرف على حدة.

ويترتب على استفراد أحد الأطراف بالمحكم والاتصال به خارج نطاق جلسات التحكيم أو دون حضور الطرف الآخر بطلان حكم التحكيم، ولقد ذهبت في ذلك محكمة النقض الفرنسية إلى بطلان حكم تحكيم على أساس أن أحد المحكمين أجرى اتصالات مع أحد الطرفين لإجراء تحريات عن مسائل مشتركة تتصل بالقضية دون علم الطرف الآخر باعتبار أن ما أجراه المحكم يعتبر إخلالا بمبدأ المواجهة [2].

---

[1] المادة (32) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 تنص على "1- إذا طعن أمام هيئة التحكيم بالتزوير في مستند جوهري ومرتبط بموضوع النزاع فيكلف الطرف الطاعن بإثبات طعنه أمام الجهات المختصة. 2- توقف إجراءات التحكيم لحين الفصل في الطعن بالتزوير إذا أثبت الطاعن أنه تقدم بادعائه إلى الجهات المختصة خلال أسبوع من تاريخ تكليفه بذلك".

[2] [نقض مدنى فرنسي جلسة 1998/11/10 منشور ملخصه فى مجلة التحكيم العربى – العدد الثانى يناير 2000 ص 232]، نقلا عن الصفحة الرسمية لمركز الاسكندرية للتحكيم الدولي والوسائل البديلة لحل المنازعات على الفيس بوك، مقال منشور على الانترنت: تاريخ الدخول الساعة 7:17 مساءا، بتاريخ 2017/7/3 على الموقع الالكتروني: https://www.facebook.com/Aiacadr/posts/765339153492790.

3. حق الخصوم في الرد على ادعاء الطرف الآخر ومنحه الوقت والفرصة المناسبة لذلك

وهنا يقوم كل من أطراف النزاع بالرد على بينة الطرف الآخر ببينة أخرى تدحضها بحيث أنه بعد أن يتوفر العلم الكافي لدى الطرف المدعى عليه بما تقدم به الطرف الثاني المدعي فإن المدعى عليه يقدم بينه تحتوي مضمون يخالف البينة الأخرى، حيث تبدأ إجراءات الدعوى التحكيمية بتقديم المدعي للبينة التي تثبت ادعائه ثم ينتهي دور المدعي ليتقدم الطرف المدعى عليه ليثبت ادعائه وتدحض البينة المقدمة من الطرف الأول[1].

ويكون للمدعي الرد على بينة المدعى عليه من خلال تقديمه بينة مفندة لها بعد انتهاء المدعى عليه من تقديم بينته، وبذلك يكون كل طرف قد حصل على حقه الكامل في تقديم ما لديه من بينات يستند عليها في ادعائه وفي تفنيد بينة الطرف الآخر[2].

ويلتزم المحكم المفوض بالصلح بالسماح لكلّ طرف بالرد على الآخر وذلك ضمن المدة القانونية التي يتم خلالها إجراء التحكيم، وضمن المدة القانونية التي يجوز خلالها تقديم البينة بحيث لا يجوز ذلك بعد إقفال المرافعة إلا لأسباب جديّة ومقنعة يمكن أن يقتنع فيها المحكم المفوض بالصلح وبعلم الطرف الآخر[3].

---

[1] المادة (52) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني رقم (39) لسنة 2004 تنص على "يتعين على هيئة التحكيم أن تمكن كل طرف من أطراف التحكيم من تقديم ملاحظاته ودفاعه ودفوعه كتابة أو شفاهة بالقدر المناسب وفي المواعيد التي تحددها، ويراعى أن يكون المدعى عليه آخر من يتكلم، وتقوم هيئة التحكيم باستيفاء كافة الأوراق أو المستندات اللازمة في النزاع ومن ثم تهيئتها للفصل فيها".

[2] واذ ان المشرع الفلسطيني لم ينص على السماح بتقديم بينة مفندة في قانون التحكيم الفلسطيني الا انه لا يوجد ما يمنع من تطبيق احكام قانون اصول المحاكمات المدنية والتي تسمح بذلك وفي حالة وجود مبرر كافي يمكن ان يقتنع فيه المحكم.

[3] المادة (52) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني رقم (39) لسنة 2004 تنص على "1. لا يجوز لهيئة التحكيم أثناء حجز القضية للتدقيق في المداولة أن تسمع أية إيضاحات من أحد الأطراف أو وكلائهم إلا بحضور الطرف الآخر، وليس لها أن تقبل أية مذكرات أو مستندات دون إطلاع الطرف الآخر عليها. 2. إذا رأت هيئة التحكيم أن ما قدم إليها من مذكرات أو مستندات أو ما استمعت إليه من إيضاحات منتجا في القضية فلها أن تمدد أجل النطق بقرار التحكيم، وفتح باب المرافعة من جديد يكون بقرار تدون فيه الأسباب والمبررات، ويجب إخطار الأطراف بالميعاد المحدد للنظر في القضية"

4. حق الخصوم معا في مواجهة المحكمين والمساعدة في إدارة سير دعواهم

وهنا يتدخل أطراف النزاع في سير الدعوى التحكيمية بحيث يناقشوا العناصر التي يقدمها المحكم مثل انتدابه خبير معين[1]، أو رغبة المحكم في سماع شاهد معين[2]، أو رغبته في الحصول على بينة معينة من قبل أطراف النزاع، ويجوز للأطراف الاعتراض على كل ما سبق حسب مصلحة كلا منهم بعد أن يتقدم بذلك إلى المحكم مبررا سبب اعتراضه، وعلى المحكم الأخذ بهذا الاعتراض إذا كان التبرير جديا ومقنعا ويتعارض مع مصلحة أحدهم، مثل أن يكون الخبير أو الشاهد المطلوب للشهادة غير محايد.

كما يلتزم المحكم المفوض بالصلح في نطاق طلبات الأطراف المشتركة والتي تتم أثناء سير الدعوى التحكمية، وهي التزامات أخرى غير المفروضة بموجب القانون، وإنما تتعلق برغبة الأطراف في سير الدعوى التحكيمية بنمط معين، مثل إلزام المحكم بكتابة جلسات التحكيم أو إلزام المحكم بتقصير المدة الزمنية التي يتم فيها إجراء التحكيم، أو تدخلهم بالموضوع مثل إلزام المحكم بعدم التدخل بالشروط والبنود الواردة بالعقد، كما لهم الصلاحيات في تحويل التحكيم من التحكيم بالصلح إلى التحكيم بالقانون، ويكون ذلك باتفاق الأطراف معا ويلتزم المحكم بذلك.

كما يحق لأطراف النزاع إنهاء الإجراءات التحكيمية لرغبتهم بإجراء الصلح فيما بينهم وذلك قبل إقفال باب المرافعة، ولقد نص المشرع الفلسطيني على ذلك في المادة (37) من قانون التحكيم الفلسطيني حيث نص على أنه "إذا اتفق الأطراف قبل صدور قرار التحكيم على تسوية النزاع فعندئذ على هيئة التحكيم أن تصدر قراراً بالمصادقة على التسوية بالشروط المتفق عليها واعتبارها قراراً صادراً عنها"، وبالتالي يلتزم المحكم هنا بإنهاء الإجراءات التحكمية والمصادقة على المصالحة الصادرة من قبل الأطراف، إذ أن الأطراف أكثر تقديرا لمصلحتهم في اتخاذ مثل هذا القرار.

---

[1] المادة (30) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 تنص على "يحق لهيئة التحكيم بناءً على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها تعيين خبير أو أكثر بشأن مسألة تحددها، وعلى كل طرف أن يقدم إلى الخبير كل ما لديه من معلومات أو مستندات متعلقة بهذه المسألة"

[2] المادة (28) من قانون التحكيم الفلسطيني (3) لسنة 2000 تنص على "1- يحق لهيئة التحكيم بناء على طلبها أو طلب أي طرف من أطراف التحكيم أن تدعو أي شاهد للحضور للشهادة أو لإبراز أي مستند. 2- يحق لهيئة التحكيم إذا رفض الشاهد المثول أمام هيئة التحكيم أن تطلب من المحكمة المختصة إصدار أمر بتأمين حضوره في التاريخ المحدد للطلب"

يتبين مما سبق أن مبدأ المواجهة هو حق لكلّ طرف من أطراف النزاع اتجاه الطرف الآخـــر والمحكم، فكل ما يُثار أثناء سير الدعوى التحكيمية يجب أن يعلم به الطرف الآخر علما كافيا ووافيا في فترة زمنيه كافية لتقديم الدفوع والاعتراضات، وبالتالي يلتزم المحكم بهذا المبدأ وإلا أصبح حكمه عرضة للبطلان، إذ يشكل أساس حقا لأطراف النزاع في دفاعهم عن حقـــوقهم ومشاركتهم في سير دعواهم.

الفرع الثاني: التزام المحكم بالاستقلالية والحياد و باستمرارية إجراءات التحكيم

يعتبر التحكيم مع التفويض بالصلح أحد الوسائل التي يتم من خلالها الفصـــل فـــي موضـــوع النزاع بقرار ملزم ونهائي، وبالتالي فإن أطراف النزاع يسعون إلى الحصول على حكم نهائي عادل، ولكي يكون الحكم عادلا يجب أن يكون المحكم مستقلا ومحايدا في نظر النزاع، وذلك وإن كان المحكم مفوضا بالصلح. كما أن أطراف النزاع يسعون إلى الحصول علـــى الحكـــم الفاصل في موضوع النزاع خلال فترة زمنية معينة دون أي مماطلة أو تعطيل سواء من قبل المحكم أو من قبل أي طرف، وبالتالي فإن المحكم يجب أن يستمر في نظر النزاع وصـــولا إلى حكم فاصل في الموضوع وذلك خلال المدة القانونية المحددة. وعليه سأتناول هذا الفـــرع على قسمين، أتناول في القسم الأول التزام المحكم المفوض بالصلح بالاستقلالية والحيـــاد ثـــم أتناول في القسم الثاني التزام المحكم المفوض بالصلح باستمرارية إجراءات التحكيم.

أولا: التزام المحكم المفوض بالصلح بالاستقلالية والحياد

بعد أن تناول الباحث التزامات المحكم المفوض بالصلح والإجراءات المتعلقة بحقوق الـــدفاع، فإنه سيتناول هنا التزام المحكم المفوض بالصلح بالاستقلالية والحياد، إذ إن هذا المبدأ مكمـــل لمبدأ حقوق الدفاع، ومن الضمانات الأساسية في التقاضي والتي شرعت لمصـــلحة أطـــراف النزاع، والتي تسعى جميعها إلى سير النزاع والفصل فيه بشكل منصف لطرفي النزاع، ولقد جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية أنه "لئن كان من المقرر أن اعتبار التحكيم ذا طبيعـــة قضائية، يوجب على هيئة التحكيم مراعـــــاة المبادئ الأساسية في التقاضي، وذلك سواء أكان التحكيم تحكيماً عادياً أو تحكيماً مع التفويض بالصلح، وتعتبر حيدة المحكم واســـتقلاله مـــن الضمانات الأساسيـــة في التقاضي"[1].

[1] نقض مصري، الطعن رقم 240 لسنة 74 ق، جلسة 9-2-2010.

وعلى الرغم من أن التزام المحكم بالحياد والاستقلالية هما التزامان منفصلان إلا إنهما يحملا ذات الغاية، وهي تجرد المحكم المفوض بالصلح حيال النزاع المعروض عليه من أي مصلحة وذلك لكي يتسنى له البت في موضوع النزاع بشكل منصف لطرفي النزاع[1]، وما يميز مبدأ الاستقلالية عن مبدأ الحياد أن مبدأ الاستقلالية يقوم على عنصر مادي يتعلق بارتباط المحكم المادي بأحد عناصر النزاع، أما الحياد فإنه مبني على سلوك المحكم في نظر النزاع[2].

وارتباط المحكم المادي بالنزاع قد يتعلق بالخصوم أو بموضوع النزاع من حيث وجود مصلحة للمحكم المفوض بالصلح في موضوع النزاع بحيث لا يجوز أن يكون المحكم هنا هو الخصم والحكم في ذات النزاع، أو أن يكون ذا ارتباط بأحد أطراف النزاع بوجود صلة قرابة أو مصاهرة مع أحد الأطراف أو أن يكون الارتباط قانونيا مثل كون المحكم محاميا أو شريكا لأحد الأطراف[3].

أما الحياد فإنه أمر شخصي ذاتي غير محسوس يصعب التحقق منه وإثباته، كالميل العاطفي للمحكم وصلة القرابة والصداقة[4]، ويكون الحياد أمر نفسي يتعلق بالمشاعر الخاصة بالمحكم لا يمكن ملاحظتها والتي تجعل المحكم يميل مع أحد الخصوم.

وعليه وفي حالة وجود أي سبب يؤثر على استقلال المحكم أو حياده يجب على المحكم أن يفصح لأطراف النزاع حول أي ظروف تؤدي إلى إثارة الشكوك حول استقلاليته أو حياده، وقد نص المشرع الفلسطيني على ذلك في الفقرة الأولى من المادة (12) من قانون التحكيم حيث نص على أنه "1- يثبت قبول المحكم لمهمته كتابة أو بتوقيعه على اتفاق التحكيم، ويجب

---

[1] عاشور، مرتضى، و سليمان، عماد، **حياد المحكم التجاري الدولي**، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 5، العدد 1، 2012، ص69.

[2] انظر في هذا المعنى، ابراهيم، رشا، **مرجع سابق**، ص 308.

[3] المادة (27) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني (39) لسنة 2004 تنص على " 1. يكون من قبيل الظروف التي من شأنها أن تثير الشكوك حول حيدة المحكم واستقلاليته توافر إحدى الحالات الآتية: أ. إذا كان قريبا لأحد الأطراف أو زوجه حتى الدرجة الرابعة. ب. إذا كان له أو لزوجه نزاع قائم مع أحد الأطراف أو زوجه. ت. إذا كان ممثلا قانونيا أو شريكا لأحد الأطراف أو كان وارثا ظنيا له أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة حتي الدرجة الرابعة مع أحد أوصياء الأطراف أو القيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة أو بأحد مديريها. ث. إذا كان النزاع ينطوي على مصلحة قائمة له أو لزوجه أو لأحد أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة أو لمن يكون هو ممثلا قانونيا له. ج. إذا كان قد سبق له أن أفتى في موضوع النزاع أو ترافع عن أحد الأطراف فيه أو كتب أو أدلى بشهادة فيه. ح. إذا كان قد سبق له أن نظر النزاع بصفته قاضيا أو خبيرا أو محكما أو وسيطا. خ. إذا كان بينه وبين أحد أعضاء هيئة التحكيم صلة قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة. 2. تعتبر الحالات السابقة أسبابا لرد هيئة التحكيم أو أحد أعضائها".

[4] الشندي، يوسف، مرجع سابق، ص189.

عليه أن يفصح عند قبوله مهمة التحكيم عن أية ظروف من شـــأنها إثـــارة شـــكوك حـــول استقلاليته أو حيدته".

وبناء على ما سبق فإن التزام المحكم هنا ليس كونه مستقلا عن موضوع النزاع والخصـــوم وإنما يتعلق بعلم الأطراف بهذا الارتباط المادي مع المحكم، وبالتالي يلتزم المحكم المفـــوض بالصلح بإعلام أطراف النزاع حول أي ارتباط مادي له في موضوع النزاع أو الخصوم، وهذا الإفصاح يحرر المحكم فيما بعد من رده من قبل أطراف النزاع.

حيث إن الأطراف وفي حالة إفصاح المحكم عن وجود سبب من الأسباب التي تثير الشـــكوك حول استقلاليته، فإن المحكم في هذه الحالة لا يتنحى عن نظر موضوع النزاع وإنما يمكـــن للأطراف إجازة ذلك بالرغم من توفر الأسباب التي تثير الشكوك حول استقلاليته فـــالأطراف يتوفر لديهم العلم ويتخذون القرار بما يتناسب مع مصلحتهم سواء من الثقة في المحكم بعـــدم انحراف سلوكه وتحيزه أو ثقة بالضمانات التي تكفلها حقوق الدفاع الأخرى.

والأصل أن يتم اعتبار المحكم محايدا ومستقلا ما دام قد قبل مهمة التحكيم، وفي حالة الادعاء بعكس ذلك يجب على الطرف الذي يدعى ذلك إثارة الدفوع حول عدم حياد واستقلال المحكم وذلك خلال نظر النزاع وقبل صدور الحكم، حيث جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية على أنه "ولئن كان من المقرر أن اعتبار التحكيم ذا طبيعة قضائية، يوجب علـــى هيئـــة التحكـــيم مراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي، وذلك سواء أكان التحكيم تحكيماً عادياً أو تحكيماً مـــع التفويض بالصلح، وتعتبر حيدة المحكم واستقلاله من الضمانات الأساسية في التقاضي، إلا أن الأصل في المحكم أنه محايد ومستقل ما دام قد قبل القيام بمهمته، وعلى من يدعى عدم حياد المحكم أو عدم استقلاله أن يتمسك بذلك ويثيره أثناء نظر الدعوى التحكيمية طالما أنه قد علم بالعيب قبل صدور حكم التحكيم ، وليس له بعد صدوره أن يرفع دعوى ببطلانه استناداً إلـــى عدم توافر أيهما في المحكم "[1].

ويعتبر توفر العلم المسبق لدى أطراف النزاع فيما يتعلق بعدم استقلاله عند تعينه سبب لعـــدم قبول طلب رد المحكم فيما بعد، حيث إن المشرع يعتبر تعين المحكم مع العلم بمدى استقلالية المحكم عن النزاع هو قبول ضمني للأطراف لنظر المحكم النزاع بالرغم من الارتباط المادي بينه وبين عناصر النزاع، وقد نص على ذلك مشرع الفلسطيني في مادة (13) الفقرة الأولـــى

[1] نقض مصري، الطعن رقم 240 لسنة 74 ق، جلسة 9-2-2010.

من قانون التحكيم "لا يجوز طلب رد المحكم إلا إذا وجدت ظروف تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حيدته أو استقلاله، ولا يجوز لأي من أطراف التحكيم رد محكم عينه هو أو اشترك في تعيينه إلا لأسباب اكتشفها بعد أن تم تعيين هذا المحكم".

والحياد يمكن إثباته من القرائن التي تدل عليه مثل وجود ارتباط مادي بين المحكم وأحد عناصر النزاع، وبالتالي يستعان بالرابط المادي المحسوس كقرينه على عدم وجود الحياد، وعليه فإن الحياد لا يمكن الإفصاح عنه بشكل مسبق وإنما يتم الإفصاح عن ظروف محيطة التي يمكن أن تؤثر على الحياد.

ويخضع سلوك المحكم أثناء نظر النزاع لرقابة المحكم المختصة حيث إن إساءة السلوك من قبل المحكم يعتبر من الأسباب التي تؤدي إلى بطلان حكم التحكيم إذ نص على ذلك المشرع الفلسطيني في المادة (43) من قانون التحكيم على أنه "يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناءً على أحد الأسباب الآتية: ... إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم أو مخالفتها لما اتفق عليه الأطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع أو خروجها عن اتفاق التحكيم أو موضوعه ... "، وبالتالي يخضع سلوك المحكم والمتعلق بعدم الحياد وميوله الظاهر إلى أحد الأطراف والذي يؤثر على الحكم لرقابة المحكم المختصة وهو أحد أسباب البطلان الواردة في قانون التحكيم الفلسطيني.

ويرى الباحث أن رقابة المحكمة المختصة يجب أن تراعي خصوصية التحكيم مع التفويض بالصلح من حيث أن المحكم المفوض بالصلح له صلاحية أكبر في التدخل في إدارة سير الخصومة ونظر النزاع، وهذه الخصوصية قد تجعل المحكم يعدّل من التزامات الأطراف والعقد بشكل خاص يتناسب مع رؤيته في تحقيق العدالة، ويجب على المحكمة تفهم ذلك حتى وإن لم يرغب أحد الخصوم بذلك، ما دام لم يخرج المحكم عن نطاق صلاحيته وضوابط التحكيم مع التفويض بالصلح.

ثانيا: التزام المحكم المفوض بالصلح باستمرارية إجراءات التحكيم

حين يعرض النزاع على المحكم فإن المحكم يسعى للوصول إلى حكم التحكيم خلال المدة المتفق عليها من قبل أطراف النزاع، أو المدة المحددة في قانون التحكيم[1]، ولكي يستطيع

[1] المادة (38) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 "1. أ- على هيئة التحكيم إصدار القرار المنهي للخصومة خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان. ب- ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك يجب أن يصدر القرار خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد لمدة

المحكم إصدار حكم التحكيم في الوقت المحدد فإنه يسعى إلى السير بالإجراءات وفق خطة معينة يحددها ويحدد على أساسها مواعيد الجلسات والمدد التي يمهل فيها الأطراف لتقديم ما لديهم من بينات.

وذلك يستدعي عدم إتاحة المجال أمام أطراف النزاع للمماطلة وتعطيل سير إجراءات التحكيم، وقد نص المشرع الفلسطيني في قانون التحكيم على ذلك في عدة نصوص متفرقة في ذات القانون، حيث يبدأ المحكم بنظر النزاع بمجرد قبوله مهمة التحكيم، ويقوم المحكم بإلزام طرفي النزاع بتقديم ما لديهم من بينات في مدد محدده بموجب القانون مع جواز تمديد هذه المدد بما يراه مناسبا وبما لا يتعارض مع استمرارية إجراءات التحكيم ومدة التحكيم.

واستمرارية إجراءات التحكيم تتعلق بكلٍّ من المدعي والمدعى عليه والمحكم، فبخصوص المدعي فان المحكم يُلزم المدعي بتقديم ادعائه خلال مدة معينة بمجرد إحالة النزاع عليه ويجب على المدعي تقديم ما لديه من مستندات وادعاءات خلال المدة المحددة أو ذكر ما يمكن تقديمه في وقت لاحق، وقد نص المشرع الفلسطيني على ذلك في فقرة واحد من المادة (23) من قانون التحكيم " يجب على المدعي خلال المدة التي تحددها هيئة التحكيم أن يرسل إلى المدعى عليه وهيئة التحكيم بياناً خطياً شاملاً ادعاءاته وتحديد المسائل محل النزاع وطلباته مرفقاً به نسخاً عن المستندات التي يستند إليها"، وذلك من أجل عدم المماطلة في إجراءات التحكيم من قبل المدعي وخاصة إذا لم يكن المدعي يملك ما يثبت دعواه، ويترتب على عدم التزام المدعي بذلك رد دعواه من قبل هيئة التحكيم.

أمّا المدعى عليه فإنه يلتزم بتقديم لائحة جوابية خلال مدة 30 يوما، كما نص المشرع الفلسطيني على ذلك في نص المادة (23) ويجوز للمحكم تمديد المدة بحسب ما يراه مناسبا وذلك بما لا يتعارض مع مدة التحكيم واستمرارية إجراءات التحكيم، وفي حالة عدم تقديم اللائحة الجوابية فان المحكم يستمر في إجراءات التحكيم بناء على طلب المدعي وصولا إلى إصدار حكم فاصل في النزاع بما يقدم أمامه من بينات.

لا تزيد على ستة أشهر 2.إذا لم يصدر قرار التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة (1) أعلاه جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من المحكمة المختصة أن تصدر أمراً لتحديد ميعاد إضافي أو لإنهاء إجراءات التحكيم، ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعوى إلى المحكمة المختصة 3.تصدر هيئة التحكيم قرارها الفاصل في موضوع النزاع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ حجز القضية للحكم، ويجوز للهيئة تمديد هذه المدة إذا دعت الضرورة إلى ذلك4. يصدر قرار التحكيم بالإجماع أو بأكثرية الآراء بعد المداولة إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد، أو بقرار من المرجح عند تعذر الحصول على الأكثرية".

ويستمر ذلك حتى أثناء تقديم البينة من قبل المدعي والمدعى عليه حيث يستمر المحكم في إجراءات التحكيم بما تم تقديمه من بينات من قبل الأطراف، وذلك وصولا إلى الحكم في موضوع النزاع بحسب ما يرد أمامه من بينات من قبل الأطراف وضمن المواعيد المحددة.

كما أن هناك التزام على المحكم بالفصل في موضوع النزاع بعد أن ينتهي دور الأطراف وذلك عند حجز القضية للحكم بحيث يلتزم المحكم بالحكم خلال ثلاثة شهور ويستطيع تمديد هذه المدة في حالة الضرورة، وبذلك يسعى كافة أطراف النزاع إلى استمرارية الإجراءات وصولا إلى حكم فاصل.

ويعتبر هذا المبدأ مهم جدا في كل من التحكيم بالقانون والصلح، وذلك لما يتفق مع المبادئ التي يقوم عليها التحكيم وهي: السرعة في الفصل في موضوع النزاع، وأيضا الفصل في موضوع النزاع بحيث يسعى كلّ طرف من أطراف النزاع إلى الوصول إلى الحكم الذي يحدد واجباته والتزاماته وحقوقه اتجاه الطرف الآخر، وبذلك يتجنب الأطراف حين إنشاء اتفاق التحكيم أن يكون التحكيم سبب في المماطلة وإهدار حقهم في الحصول على حقوقهم في مدة مناسبة.

المبحث الثاني: ضوابط التحكيم مع التفويض بالصلح أثناء إصدار الحكم

يعتبر حكم التحكيم هو المرحلة النهائية الذي يتم من خلاله إنهاء النزاع بقرار فاصل يحدد حقوق كلا طرفي النزاع، ولأن حكم التحكيم هو الثمرة التي يسعى إليها أطراف النزاع والمحكم فإنه يجب أن يكون حكم التحكيم مستوفي لشروطه الشكلية والموضوعية حتى لا يكون عرضة للبطلان، ولكي يمكن تنفيذه من قبل أطراف النزاع، وعليه سوف أتناول هذا المبحث على مطلبين: أتناول في المطلب الأول الشروط الشكلية لحكم التحكيم مع التفويض بالصلح، ومن ثم أتناول الشروط الموضوعية لحكم التحكيم مع التفويض بالصلح في المطلب الثاني .

المطلب الأول: الشروط الشكلية في قرار التحكيم مع التفويض بالصلح

تعتبر الشروط الشكلية في قرار التحكيم هي المظهر الخارجي للحكم، بحيث تحدد مكونات حكم التحكيم وطريقه اصداره، وهي التي توصل الحكم إلى مرحلة نهائية التي تجعله قابلا للتنفيذ، بحيث يعتبر حكم التحكيم بمثابة حكم قضائي يجب أن تتوفر فيه الشروط الشكلية التي تتوفر في الحكم القضائي والتي تتوافق مع طبيعة وخصوصية التحكيم، وعليه فإن الباحث

سوف يتناول الشروط المتعلقة بإصدار قرار التحكيم مع التفويض بالصلح في الفرع الأول ثم الشروط المتعلقة بمحتوى قرار التحكيم مع التفويض بالصلح في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بإصدار قرار التحكيم

من الشروط الأساسية المتعلقة بإصدار قرار التحكيم هو أن يكون حكم التحكيم مكتوبا، وهـذا الشرط تجمع عليه التشريعات العربية والأجنبية وأيضا الفقه، وهو شرط بديهي لا يحتاج إلى معالجة هنا، وإنما من الشروط الأساسية والتي تحتاج إلى معالجة هنا هي المداولة بين أطراف هيئة التحكيم والذي سأتناولها أولا، وإصدار قرار التحكيم خلال المدة المحددة لإصداره والذي سوف أتناوله ثانيا.

أولا: المداولة

بعد انتهاء أطراف النزاع من تقديم بيناتهم ومرافعتهم إلى هيئة التحكيم تحجز القضية للحكـم والفصل في موضوع النزاع، وتتمثل هذه الفترة في الفترة التي يستطيع المحكم تكوين رؤيته حول طلبات الأطراف والفصل فيها، وذلك إذا كان المحكم منفردا، أو الفترة التي يتم خلالهـا التشاور بين أعضاء الهيئة وتكوّن رأيا موحدا أو بالأغلبية للفصل في موضوع النزاع، وذلك إذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم، وعليه فإن المداولة بين أعضاء هيئة التحكيم يمكن تعريفها على أنها المناقشة التي تتم بين هيئة التحكيم إذا تعددوا للاتفاق على وجه الحكم في دعوى[1].

وتعتبر إجراءات المداولة هي الغاية التي يتم من خلالها تعين هيئة التحكيم من أكثر من محكم، بحيث ينتج عن ذلك إصدار حكم من عدة أشخاص لينعكس ذلك على الشفافية والخبرة العالية في إصدار قرار تحكيم بشكل يمثل حصول الأطراف على حكم أكثر عدالة لوجود عـدة آراء ذات خبرات متعددة.

وعليه فإن المداولة تتم بعد إقفال باب المرافعة، وعلى الرغم من عدم نص المشرع الفلسطيني على إقفال باب المرافعة، والتي تتفق مع إقفال باب المرافعة في الإجراءات القضائية، والتـي يمنع بعدها تقديم أية بينة بعد إقفال باب المرافعة، والتي تعني حجز القضـية للحكـم، وهـي المرحلة التي يتم خلالها إصدار حكم التحكيم. وقد نص المشرع الفلسطيني على ذلك في الفقرة

[1] الصاوي، احمد، **حكم التحكيم**، ندوه القرارات التحكيمية وكيفية تنفيذها في المنازعات الادارية، المنظمة العربية للتنمية الادارية، مصر، 2006، ص3.

(2) من المادة (35) من قانون التحكيم والتي جاء فيها " بعد اختتام بينات الأطراف تصدر هيئة التحكيم قراراً بحجز القضية للحكم مع السماح للأطراف بتقديم مذكرات ختامية لمن يرغب منهم خلال المدة التي تحددها الهيئة"، وبالتالي فإن حجز القضية للحكم يتشابه مع قفل باب المرافعة إلا في كونه يجيز للأطراف تقديم مذكرات ختامية، وهنا إذا رأت هيئة التحكيم أن المذكرات منتجة في القضية يجوز لها أن تقوم بفتح باب المرافعة أو تمديد الأجل لإصدار حكم التحكيم[1].

وتكون إجراءات المداولة سريّة بحيث لا يجوز لأطراف النزاع حضورها، ولا يجوز لأي طرف غير أعضاء هيئة التحكيم المشاركة فيها، وقد نصت على ذلك المادة (69) الفقرة 2 من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني " تتم المداولة سرا لا يحضرها سوى هيئة التحكيم التي سمعت المرافعة مجتمعه". والهدف من سرية المداولة هو أن يتم مناقشة الآراء بحرية بين أعضاء هيئة التحكيم دون أن يكون هناك حرج من قبل المحكمين اتجاه من قام بتعينهم في هيئة التحكيم. وإذا شارك في المداولة أي طرف آخر مثل الخبراء والمستشارين، فإن حكم التحكيم يكون عرضة للبطلان[2].

وبما أن المداولة هي مشاركة أعضاء هيئة التحكيم في الرأي، واختيار الحكم الفاصل في موضوع النزاع، فإن المحكمين يجب أن يشاركوا في المداولة بأنفسهم دون توكيل غيرهم، ومشاركة المحكم بشخصه تتمثل في كون الإجراء ليس شكليا وحسب وإنما إجراء يقوم على إعطاء المحكم الفرصة لمناقشة ما تم تقديمه من الأطراف من بينات من أجل الفصل في موضوع النزاع.

وعلى ما سبق فإنه يجب أن يشارك في المداولة جميع أعضاء هيئة التحكيم، أما إذا انعقدت هيئة التحكيم وأصدرت حكمها في حالة غياب أحد أعضائها، فان الحكم يكون قد صدر

---

[1] المادة 70 فقرة 2 من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني رقم (39) لسنة 2004 " إذا رأت هيئة التحكيم أن ما قدم إليها من مذكرات أو مستندات أو ما استمعت إليه من إيضاحات منتجا في القضية فلها أن تمدد أجل النطق بقرار التحكيم، وفتح باب المرافعة من جديد يكون بقرار تدون فيه الأسباب والمبررات، ويجب إخطار الأطراف بالميعاد المحدد للنظر في القضية".

[2] الصانوري، مهند، **مرجع سابق**، ص159.

باطلا[1]، وعليه ما هو الحكم في حالة وفاة أحد أعضاء هيئة التحكيم أو رده أو تنحيه أو انتهاء عمله في هيئة لأي سبب آخر قبل إجراء المداولة وإصدار الحكم ؟

لم يعالج المشرع الفلسطيني حالة عدم مشاركة أحد أعضاء هيئة التحكيم في المداولة بسبب الوفاة أو الرد أو التنحية أو انتهاء عمله في هيئة لأي سبب آخر، وهنا نتحدث عن المرحلة التي يتم خلالها حجز القضية للحكم وليس قبل ذلك حيث تم معالجة ذلك في قانون التحكيم، ولكن وبالقياس يمكن معالجة ذلك من خلال نص المادة (15) من قانون التحكيم والتي تنص على أنه " 1- إذا انتهت مهمة المحكم بوفاته أو برده أو تنحيه أو لأي سبب آخر وجب تعيين خلف له بذات الطريقة التي تم فيها تعيين المحكم الأول، أو طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادة (11) من هذا القانون. 2- توقف إجراءات التحكيم لحين تعيين محكم جديد".

وعلى ما سبق فان المادة (11) من قانون التحكيم تحيل تعيين المحكم إلى المحكمة المختصة[2]، ولكن يثار تساؤل في هذه الحالة وهو التساؤل الأهم من أين يبدأ المحكم المعين إجراءات التحكيم هل يبدأ بالمداولة مباشرة أم يتم فتح باب المرافعة؟

لم يعالج المشرع الفلسطيني هذا الأمر في قانون التحكيم على الرغم من أهمية ذلك، وإنما ترك الأمر للقواعد العامة، وعليه وبالرجوع إلى قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية نجد أنه يعالج موضوع تغيير أحد اعضاء هيئة المحكمة بالسماح لأعضاء الهيئة بسماع المرافعات الختامية فقط[3]، وعليه وقياسا على ذلك فإنه يمكن أن يتم السماح للعضو الجديد في هيئة التحكيم من سماع المرافعات الختامية دون الحاجة إلى إعادة سماع البينات والشهود من قبل أطراف النزاع، لكن ذلك مشروط بأن تكون الشهادات والبينات المقدمة من قبل الأطراف

---

[1] الشندي، يوسف، مرجع سابق، ص283. و استئناف القاهرة، د91 تجاري، الطعنان رقم 34 و 53 لسنة 119ق، جلسة 2003/1/29.

[2] المادة (11) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 تنص على " 1- بناءً على طلب أحد الأطراف أو هيئة التحكيم تعين المحكمة المختصة محكماً أو مرجحاً من ضمن قائمة المحكمين المعتمدين من وزارة العدل وذلك في الحالات الآتية: أ- إذا كان اتفاق التحكيم يقضي بإحالة النزاع إلى محكم واحد ولم يتفق الأطراف على تسمية ذلك المحكم. ب- إذا كان لكل طرف الحق في تعيين محكم من قبله ولم يقم بذلك. ج- إذا لم يقبل المحكم مهمته كتابة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه باختياره محكماً. د- إذا اعتذر المحكم أو محكم أحد الأطراف في التحكيم المتعدد عن القيام بالتحكيم أو أصبح غير أهل لذلك أو غير قادر عليه ولم يعين الأطراف أو ذلك الطرف خلفاً له. هـ- إذا كان على المحكمين تعيين مرجح ولم يتفقوا. و- إذا رفض أو اعتذر المرجح عن القيام بالتحكيم، ولم يتضمن اتفاق التحكيم كيفية تعيين خلف له ولم يتفق الأطراف على تعيين ذلك الخلف. 2- تصدر المحكمة قرارها بالتعيين خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغ الطرف الآخر بنسخة الطلب، ويكون القرار غير قابل للطعن. ".

[3] المادة (170) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2000 "إذا حجزت القضية للحكم وتبدلت هيئة المحكمة، تقوم الهيئة الجديدة بسماع المرافعات الختامية للخصوم ثم تصدر حكمها".

مرفقة في ملف التحكيم، ويمكن للمحكم المعين أن يراجعها ويطلع عليها حيث إن الحكم ككل يبنى على ما يتم تقديمه من بينات لهيئة التحكيم.

ويرى الباحث عدم جواز ذلك في التحكيم مع التفويض بالصلح كون شخص المحكم له أهمية في القوانين التي تشترط تحديد أسماء المحكمين في اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح، كما أن التحكيم مع التفويض بالصلح لا يقتصر على الفصل في موضوع النزاع بحكم فاصل بالاستناد إلى البينات المقدمة، وإنما هو إجراء يبدأ من لحظة استلام الملف وصولا إلى إصدار الحكم، يتم خلاله نظر النزاع وتعديل الالتزامات والعقد بما يحقق العدالة واستمرارية العلاقة بين أطراف النزاع، وعلاج الاشكالية السابقة يتمثل في اقتصار الحق في تعين محكم بديل على اطراف النزاع من جهة، وفي منح المحكم السلطة في فتح باب المرافعة وإعادة نظر ما يلزم من البينات المقدمة من أجل استكمال رؤيته والقدرة على البتّ في القضية التحكيمية بقناعة تامة.

وتنتهي إجراءات المداولة بإصدار قرار تحكيم نهائي يكون هذا القرار إما بالأغلبية أو الإجماع، بحيث لا يشترط موافقة جميع أعضاء هيئة التحكيم على قرار التحكيم، ولكن يشترط توفر الأغلبية حتى يكون الحكم نهائي مستوفي لشروطه، ويقوم أطراف هيئة التحكيم بالتوقيع على القرار جميعا في حالة الإجماع ويكفي في حالة الأغلبية توقيع الأطراف الذين اشتركوا في إصداره على أن يشار في ذلك إلى الرأي المخالف[1]، وفي حالة تعذر الحصول على الأغلبية فان المشرع الفلسطيني قد عالج ذلك في نص المادة (38) الفقرة الرابعة بصدور قرار من المرجح، والمرجح في قانون التحكيم الفلسطيني هو " المحكم الذي يتولى إصدار قرار التحكيم عند تعذر تحقق الأغلبية"[2].

ثانيا: إصدار قرار التحكيم خلال المدة المحدد لإصداره

تعتبر السرعة في الفصل في النزاع أحد أبرز وأهم ما يميز التحكيم عن القضاء، ويمكن أن يكون أهم الأسباب التي تؤدي إلى لجوء أطراف النزاع إلى التحكيم، خاصة أن أطراف النزاع لهم دور في تحديد المدة التي يتم خلالها الفصل في موضوع النزاع على خلاف القضاء

[1] المادة (72) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني، ونقض مدني مصري، طعن رقم10350 لسنة 65ق، جلسة 1999/3/1.

[2] المادة (1) من قانون التحكيم الفلسطيني.

العادي الذي يتم الفصل بموضوع النزاع فيه وفق سلم زمني يتحـــدد بمواعيـــد وإجـــراءات المحكمة.

ولقد حدد المشرع الفلسطيني المدة التي يتم خلالها الفصل في موضوع النزاع حيث نص على ذلك في المادة (38) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه "

1- أ- على هيئة التحكيم إصدار القرار المنهي للخصومة خلال الميعاد الـــذي اتفـــق عليـــه الطرفان. ب- ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك يجب أن يصدر القرار خلال اثني عشـــر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم تمديد الميعاد لمدة لا تزيد على ستة أشهر.

2- إذا لم يصدر قرار التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة (1) أعلاه جاز لأي مـــن طرفي التحكيم أن يطلب من المحكمة المختصة أن تصدر أمراً لتحديد ميعاد إضافي أو لإنهاء إجراءات التحكيم، ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعوى إلى المحكمة المختصة.

3- تصدر هيئة التحكيم قرارها الفاصل في موضوع النزاع خلال ثلاثة أشهر مـــن تـــاريخ حجز القضية للحكم، ويجوز للهيئة تمديد هذه المدة إذا دعت الضرورة إلى ذلك ... ".

وعليه فإن الأولوية في تحديد مدة الفصل في موضوع النزاع تكون لأطراف النزاع حيث أن أطراف النزاع على علم أكبر بمصلحتهم فإنهم يحددون المدة التي يتم خلالهـــا الفصـــل فـــي موضوع النزاع، ولا يجوز لهيئة التحكيم أن تستمر في نظر النزاع أو الفصل فيه بعـــد هـــذه المدة إلا بموافقة أطراف النزاع الصريحة أو الضمنية[1]، وفي حالة استمرار هيئة التحكيم فـــي نظر النزاع أو الفصل فيه بعد المدة المحددة من قبل الأطراف دون إجازة ذلـــك مـــن قبـــل الأطراف يجعل الحكم الصادر باطلا.

وفي حالة عدم وجود اتفاق من قبل أطراف النزاع لتحديد المدة التي يتم خلالها إصدار حكـــم التحكيم، فإنه يتم تحديد المدة بموجب نص القانون وقد حدد المشرع الفلسطيني ذلك بحيث نص على وجوب إصدار حكم التحكيم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجـــراءات التحكـــيم، وهنا نلاحظ حرص المشرع الفلسطيني على إنهاء إجراءات التحكيم في أقصر مدة ممكنـــة لا تتجاوز العام.

[1] استئناف مدني القدس، رقم 2009/311، بتاريخ 2010/5/9. و استئناف مدني القدس رقـــم 2009/347، بتـــاريخ 2010/5/26. نقلا عن الشندي، يوسف، مرجع سابق، ص286.

ويلتزم المحكم هنا أولا باتفاق الأطراف ثم بنص القانون بحيث إذا خلا اتفاق التحكيم من تحديد المدة يلتزم المحكم بنص القانون، وقد تكون مدة التحكيم غير كافية لإنهاء إجراءات التحكيم ففي هذه الحالة يلزم تمديد المدة من أجل إنهاء إجراءات التحكيم بحكم فاصل في موضوع النزاع، وتمديد المدة يكون إما بقرار من هيئة التحكيم أو من المحكمة المختصة، بحيث أجاز المشرع للمحكم تمديد مدة التحكيم سواء في حال تم تحديد المدة بموجب اتفاق التحكيم أو بموجب نص القانون إلى ما لا يتجاوز ستة شهور.

وهذه المدة خيار للمحكم يستطيع استعماله في الوقت الذي تستدعي الحاجة إلى ذلك، وفي حالة عدم إصدار الحكم واستنفاذ كافة الوسائل سالفة الذكر فإنه يمكن لأحد أطراف النزاع التوجه إلى المحكمة المختصة من أجل إنهاء إجراءات التحكيم أو طلب تمديد المدة، ولكن يثار سؤال حول الظروف التي تؤدي إلى عدم قدرة المحكم على استمراره في نظر النزاع المعروض عليه وأثر ذلك على المدة؟

ومثال على ذلك القوة القاهرة أو العطلة الرسمية أو تعليق التحكيم حتى الفصل في موضوع آخر أو طلب رد المحكمين أو التوقف عن التحكيم باتفاق الخصوم، وعليه فإن المدة المحددة تتوقف حتى يتم زوال السبب الذي أدى إلى التوقف في إجراءات التحكيم، وبالتالي لا يتم احتساب المدة في فترة الانقطاع من مدة التحكيم[1].

وتعتبر المدة المحددة سابقا هي مدة ممتدة من تاريخ البدء في إجراءات التحكيم وصولا إلى الفصل في موضوع النزاع، إلا أن المشرع أوجب أن مدة أخرى تدخل ضمن المدة ككل وهي مدة ثلاثة شهور من تاريخ حجز القضية للحكم وحتى إصدار الحكم ويمكن تمديد هذه المدة للضرورة من قبل هيئة التحكيم، وهنا المحكم يراعي في كل إجراء من إجراءات التحكيم السرعة بقصد إنهاء إجراءات التحكيم بأسرع وقت ممكن مع إعطاء المحكم الوقت الكافي في كل مرحلة من مراحل نظر النزاع.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بمحتوى قرار التحكيم

يتشابه حكم التحكيم من حيث المضمون مع الحكم القضائي، إذ إن كل منهما يسعى إلى الفصل في موضوع النزاع بقرار فاصل يبين حقوق كل طرف من أطراف النزاع في ذات الحكم، ولقد حرص المشرع الفلسطيني على ذكر مضمون حكم التحكيم ولم يدع ذلك للقواعد العامة

[1] انظر في ذلك: الصاوي، احمد، مرجع سابق، ص21-22.

أو لقانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطيني حيث نص في المادة (39) من قانون التحكيم على انه "

1- يجب أن يشتمل قرار التحكيم على ملخص لاتفاق التحكيم وأطرافه وموضوعه والبينات المستمعة والمبرزة والطلبات وأسباب القرار ومنطوقه وتاريخ ومكان صدوره وتوقيع هيئة التحكيم.

2- تضمّن هيئة التحكيم قرارها كل ما يتعلق بالرسوم والمصاريف والأتعاب الناجمة عن التحكيم وكيفية دفعها".

ولقد أضافت اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم المزيد من التفاصيل حول البيانات التي يجب أن يحتويها حكم التحكيم الفلسطيني[1]، وعليه وبناء على ما سبق فان البيانات التي يحتويها حكم التحكيم متعددة وكثيرة لذلك سوف أقوم بحصرها في نقاط أقوم بتقسيمها على قسمين وأتناولها بالتتابع، مع عدم تناول تسبيب حكم التحكيم ومنطوقة بحيث سوف أتناولها في فرع مستقل في المبحث الثاني.

أولا: البيانات الواجب توفرها في حكم التحكيم وتتعلق بأطراف النزاع

لقد أوجب المشرع أن يقوم المحكم عند صياغة حكم التحكيم بكتابة أسماء أطراف النزاع في حكم التحكيم، وهذا شيء بديهي فكيف يمكن أن يتم تنفيذ القرار التحكيم لدى المحكمة دون أن يتم كتابة أسماء أطراف النزاع ومعرفة من هو المحكوم له ومن هو المحكوم عليه ويترتب على عدم ذكر أسماء الخصوم في حكم التحكيم بطلان حكم التحكيم[2]، وهنا يجب أن يشار إلى كل طرف من أطراف النزاع بصفته في النزاع ولم يحدد المشرع الفلسطيني صفة محددة تطلق على الأطراف حيث إن البعض يطلق عليهم مدعي أو مدعى عليه أو طالب التحكيم والمطلوب التحكيم ضده[3]، والبعض الآخر يطلق عليه المحتكم والمحتكم ضده[1]، وبعيدا عن

[1] المادة (73) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني رقم (39) لسنة 2004 "يجب أن يشتمل قرار التحكيم على اسم المحكم الذي أصدره إذا كان منفردا، أو أسماء أعضاء هيئة التحكيم التي أصدرته، وتاريخ ومكان إصداره، وملخص لاتفاق التحكيم وموضوعه وأسماء أطراف التحكيم وألقابهم وصفاتهم وخلاصة موجزة لدفوعهم ودفاعهم الجوهري، ثم أسباب القرار ومنطوقة ويوقع المحكم أو أعضاء هيئة التحكيم والكاتب نسخة القرار الأصلية المشتملة على ما تقدم وتحفظ في ملف القضية".

[2] انظر في ذلك: الشندي، يوسف، مرجع سابق، ص289+290و استئناف مدني رام الله رقم 2010/260، الصادر بتاريخ 2011/1/17، المقتفي.

[3] سامي، فوزي، **التحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة** ، ط4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص318.

صيغة معينة إلا إن صيغة الصفة هنا يجب أن تحدد بدون لبس من هو طالب التحكيم ومن هو المطلوب ضده للتحكيم.

وأيضا يجب أن يحتوي قرار التحكيم على ملخص لاتفاق التحكيم الذي تم بين أطراف النزاع سواء أكان اتفاق التحكيم شرطا أو مشارطة، بحيث يمكن من خلال ملخص اتفاق التحكيم الرقابة على عمل المحكم من قبل المحكمة من حيث تجاوزه لحدود سلطته أو خروجه عن نطاق طلبات أطراف النزاع، ويرى الباحث أن وجود ملخص لاتفاق التحكيم يعطي الحكم الكفاية الذاتية التي تجعل الحكم مشتملا على كافة العناصر المتعلقة بموضوع النزاع، وإن كان من الأفضل أن يحتوي حكم التحكيم على صورة أو نسخة كاملة من اتفاق التحكيم الأصلي، وهذا ما نص عليه قانون التحكيم المصري بحيث أوجب أن يحتوي قرار التحكيم على صورة من اتفاق التحكيم[2]، والعبرة في ذلك في أن يكون حكم التحكيم مستكملا بذاته شرائط صحته[3].

ويجب أن يذكر المحكم أيضا في قرار التحكيم موضوع النزاع المعروض ويجب أن يحدد المحكم الجزء المكلف بالفصل فيه في النزاع، مثل أنه مكلف بالفصل في النزاع المتعلق بتنفيذ العقد أو أنه مكلف بالفصل في النزاع المتعلق بالتزام البائع وهكذا، وتحديد موضوع النزاع والجزئية المكلف فيها المحكم في قرار التحكيم تحدد ما إذا كان المحكم قد خرج عن حدود صلاحياته في نظر النزاع المعروض عليه أم لا.

---

[1] هنا اشار الكاتب الى هذه التسمية في هذا البحث عند ذكره بعض التطبيقات القضائية: سلامة، احمد، **تطبيقات عملية لصياغة حكم التحكيم: مشكلات تطبيقه لرداءة صياغة اتفاق التحكيم: شرط تحكيم ومشارطة**، الورشة التكوينية حول فن ومهارات المحكم، المنظمة العربية للتنمية الادارية، المغرب، 2010، ص 2-3.

[2] المادة (43) الفقرة 3 من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 "يجب أن يشتمل حكم التحكيم على أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم وصورة من اتفاق التحكيم وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وتاريخ ومكان إصداره وأسبابه إذا كان ذكرها واجباً".

[3] نقض مصري، الطعن رقم 2568 لسنة 56ق جلسة 1990/1/23 " من المقرر – و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن النص في الفقرة الأولى من المادة 506 من قانون المرافعات على أن " يصدر المحكمون حكمهم غير مقيدين بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه في هذا الباب و يكون حكمهم على مقتضى قواعد القانون ما لم يكونوا مفوضين بالصلح " يدل على أن المشرع و إن لم يشأن أن يتضمن حكم المحكمين جميع البيانات التى يجب أن يشتمل عليهم حكم القاضى ، إلا أنه أوجب إتباع الأحكام الخاصة بالتحكيم الواردة في الباب الثالث من الكتاب الثالث من قانون المرافعات – و منها حكم المادة 507 التى توجب إشتمال الحكم بوجه خاص على صورة من وثيقة التحكيم، و قد هدف المشرع من إيجاب إثبات هذا البيان في الحكم إلى التحقق من صدور قرار المحكمين في حدود سلطتهم المستمدة من وثيقة التحكيم فهو على هذا النحو بيان جوهرى لازم لصحة الحكم يترتب على إغفاله عدم تحقق الغاية التى من أجلها أوجب المشرع إثباته بالحكم بما يؤدى إلى البطلان و لا يغير من ذلك أن تكون وثيقة التحكيم قد أودعت مع الحكم بقلم كتاب المحكمة لأن الحكم يجب أن يكون دالاً بذاته على إستكمال شروط صحته بحيث لا يقبل تكملة ما نقص فيه من البيانات الجوهرية بأى طريق آخر ، و كان يجوز طلب بطلان حكم المحكمين وفقاً لنص الفقرة الأخيرة من المادة 512 من قانون المرافعات إذا وقع بطلان في الحكم أو في الإجراءات أثر في الحكم ، و كان البين من حكم المحكمين موضوع التداعى لم يشتمل على صورة من وثيقة التحكيم و من ثم فإنه يكون باطلاً"

بالإضافة إلى ذلك يجب أن يذكر المحكم في حكم التحكيم البينات المقدمة من قبل أطراف النزاع من حيث بيان نوع البينات المقدمة، وذكر جوهرها الأكثر تأثيرا في الفصل في موضوع النزاع وذلك من أجل الرقابة على إدارة المحكم للجلسات ومعرفة مدى استيعاب المحكم لوقائع النزاع ومدى احترام المحكم لحقوق الدفاع، حيث جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية "المشرع وأن لم يشأ أن يتضمن حكم المحكمين جميع البيانات التي يجب أن يشتمل عليها حكم القاضي، إلا أنه أوجب إتباع الأحكام الخاصة بالتحكيم الواردة في الباب من الكتاب الثالث من قانون المرافعات ومنها حكم المادة 507 التي توجب اشتمال الحكم بوجه خاص على ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم، وقد استهدف المشرع من إيجاب إثبات ذلك بحكم المحكمين توفير الرقابة على عملهم والتحقق من حسن استيعابهم لوقائع النزاع ودفاع طرفيه والوقوف على أسباب الحكم الصادر فيه وذلك رعاية لصالح الخصوم وهى على هذا النحو بيانات لازمة وجوهرية يترتب على إغفالها عدم تحقق الغاية التي من أجلها أوجب المشرع لإثباتها بالحكم بما يؤدى إلى البطلان. ولا ينال من ذلك أن أوراق القضية قد أودعت مع الحكم بقلم كتاب المحكمة لأن الحكم يجب أن يكون دالاً بذاته على استكمال شروط صحته بحيث لا يقبل تكمله ما نقص فيه من البيانات الجوهرية بأى طريق آخر"[1].

وبعد تناول البيانات المتعلقة بأطراف النزاع، سوف نتناول البيانات الواجب توفرها في حكم التحكيم وتتعلق بالتحكيم والمحكمين.

ثانيا: البيانات الواجب توفرها في حكم التحكيم وتتعلق بالتحكيم والمحكمين

يلتزم المحكم المفوض بالصلح أيضا بالإضافة إلى ما تم ذكره سابقا بذكر مكان إصدار قرار التحكيم في حكم التحكيم، وتتمثل أهمية ذلك في معرفة كون قرار التحكيم هو قرار محلي أم قرار أجنبي حيث بين المشرع الفلسطيني كيف يكون قرار التحكيم أجنبيا أو محليا في المادة (3) من قانون التحكيم[2]، ويكون أثر ذلك على كيفية الطعن بقرار التحكيم حيث إن قرار التحكيم الصادر في دولة أخرى لا يخضع لطرق الطعن المذكورة في القانون مثل فسخ قرار التحكيم وإنما يتم الطعن فيه برفض تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي، أما قرار التحكيم الصادر داخل الدولة فإنه يخضع لطرق الطعن المذكورة في القانون.

[1] نقض مصري، الطعن رقم 90 لسنة 58ق جلسة 1991/3/24.

[2] المادة 3 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 " لغايات هذا القانون يكون التحكيم: أولاً: محلياً إذا لم يتعلق بالتجارة الدولية وكان يجري في فلسطين. ... ثالثا: أجنبياً إذا جرى خارج فلسطين ....".

كما يلتزم المحكم بذكر تاريخ صدور قرار التحكيم في حكم التحكيم، وتكمن أهمية ذلك في أمرين:

أولا: في مراقبة مدى التزام المحكم المفوض بالصلح بالفصل في النزاع خلال المدة المحددة بموجب القانون أو بموجب اتفاق الأطراف، كما تكمن أهمية ذلك في معرفة المدة القانونية التي يمكن خلالها الطعن في قرار التحكيم، حيث أوجب المشرع الفلسطيني على الطرف الذي يرغب في فسخ قرار التحكيم أن يتقدم بطلب فسخ قرار التحكيم خلال ثلاثين يوما من اليوم التالي للحكم إذا كان وجاهيا أو خلال ثلاثين يوما من اليوم التالي للتبليغ إذا لم يكن وجاهيا.

كما تكمن أهمية تحديد تاريخ إصدار قرار التحكيم في معرفة متى يمكن التقدم للمحكمة من أجل المصادقة على قرار التحكيم، حيث يلزم مرور ثلاثين يوما على إصدار قرار التحكيم من أجل التقدم بطلب المصادق على قرار التحكيم وجعله قابلا للتنفيذ.

كما يلتزم المحكم عند صياغته حكم التحكيم أن يذكر أسماء المحكمين الذين شاركوا في عمليه التحكيم، وتكمن أهمية ذلك في الرقابة على مشاركة أشخاص المحكمين الذين تم تعينهم في اتفاق التحكيم، وهذا له أثر مهم في تحديد أشخاص المحكمين الذين شاركوا في إصدار قرار التحكيم، ولا يلزم أن يوقع الجميع على الحكم وإنما المحكمون الذين شاركوا في المداولة.

وأخيرا يقوم المحكم بذكر أتعابه ومصاريفه الواجب على الأطراف دفعها بحيث يحدد من خلالها ما هي الأتعاب الخاصة به وإذا ما كانت أيضا قدرت منه أو باتفاق الأطراف ويحدد أيضا المصاريف الناتجة عن عمليه التحكيم، حيث نص المشرع الفلسطيني في المادة (2/39) من قانون التحكيم على " تضمِّن هيئة التحكيم قرارها كل ما يتعلق بالرسوم والمصاريف والأتعاب الناجمة عن التحكيم وكيفية دفعها".

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية لقرار التحكيم مع التفويض بالصلح

بعد أن تناولت سابقا ما يلتزم به المحكم من شروط شكليه في قرار التحكيم مع التفويض بالصلح، فإنني سوف أتناول هنا الشروط الموضوعية في قرار التحكيم مع التفويض بالصلح، وذلك على فرعين بحيث أتناول في الفرع الأول التزام المحكم بتسبيب قرار التحكيم مع إظهار خصوصية التحكيم مع التفويض بالصلح في هذا الصدد، ثم أتناول التزام المحكم بإصدار القرار ضمن حدود مهمة التحكيم وبحجية الأمر المقضي به.

الفرع الأول: التزام المحكم بتسبيب قرار التحكيم

أسباب الحكم هو "ما تسوقه المحكمة من أدلة واقعية وحجج قانونية لحكمها"[1]، ويمكن تعريف تسبيب قرار التحكيم على أنه :"بيان الأسباب الواقعية والقانونية التي بني عليها الحكم"[2]، ويعتبر التسبيب هو التحليل الذي يسبق ذكر منطوق الحكم والذي يبين كيف وصل الحكم إلى هذه النتيجة وبيان الأسباب التي بني عليها الحكم.

ويعتبر تسبيب قرار التحكم من الأمور الجوهرية حيث نص المشرع الفلسطيني في المادة (39) فقرة واحد من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه " يجب أن يشتمل قرار التحكيم على ملخص لاتفاق التحكيم وأطرافه وموضوعه والبينات المستمعة والمبرزة والطلبات وأسباب القرار ومنطوقه وتاريخ ومكان صدوره وتوقيع هيئة التحكيم"، ويترتب على إغفال التسبيب بطلان حكم التحكيم[3].

لكن التسبيب لا يعتبر من قواعد النظام العام في بعض التشريعات القانونية المقارنة[4]، ومثال على ذلك قانون التحكيم المصري الذي ينص في المادة (43) الفقرة 2 على أنه "يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم"، والمشرع المصري هنا كما نلاحظ أن مسألة التسبيب هي مسالة إجبارية من المنطلق العام، ويجب أن يقوم المحكم بتسبيب قرار التحكيم، إلا أنه أجاز لأطراف النزاع إعفاء المحكم من تسبيب قرار التحكيم، وهو خيار هنا يحق للأطراف التمسك به أو تركة حسب ما تقضي مصلحتهم، أما سكوت الأطراف فإن ذلك يعني أن المحكم ملزم بالتسبيب وإلا اعتبر حكمه باطلا لأن الأصل التسبيب ويجوز الاتفاق على عكس الأصل على سبيل الجواز فقط.

وهنا لكي نحدد مدى صحة أو بطلان حكم التحكيم لعدم التسبيب يتم من خلال الرجوع إلى القانون الواجب التطبيق على إجراءات النزاع، فإذا كان القانون الواجب التطبيق يجيز أو لا يشترط التسبيب فإن الحكم يكون صحيحا أما إذا كان القانون الواجب التطبيق يشترط أن يتم

---

[1] مجمع اللغة العربية، **المعجم الوسيط**، الجزء الثامن، ط4، مكتبة الشروق الدولية، 2004، ص412.

[2] الرمح، عبد الله، **حكم التحكيم وفقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون التحكيم القضائي – دراسة في القانون الكويتي والقانون المصري مقارنا بالفقه الاسلامي**، بدون طبعة، بدون دار نشر، 2009، 174.

[3] الشندي، يوسف، مرجع سابق، 292.

[4] نقض مصري رقم 4457 لسنة 77ق جلسة 2010/11/9.

التسبيب فإن الحكم لا يكون صحيحا ويكون قابلا للطعن مثل أن يكون القانون الواجب التطبيق على الإجراءات هو قانون التحكيم الفلسطيني.

وتبرز أهمية تسبيب حكم التحكيم في مراقبة عمل المحكم من حيث ضمان حسن أداء المحكم والتحقق من مدى استيعابه لوقائع النزاع ودفاع الخصوم[1]، وأيضا في بيان مدى تفاعل المحكم مع طلبات الأطراف وبيناتهم في ملف التحكيم، إذ إن المحكم حين يقوم بتسبيب قرار التحكيم ويستبعد بينة معينة أو يقبل بينة معينة فانه في تسبيبه لقرار التحكيم يبين لماذا رفض هذه البينة أو قبل البينة الأخرى، بل يبين تفاعل المحكم مع طلبات أطراف النزاع من حيث الحكم في الطلبات أو رفضها مبينا السبب الذي أدى إلى الحكم لأحد الأطراف على حساب الآخر.

ومع ذلك فإن تسبيب حكم التحكيم لا يقارن بتسبيب الحكم القضائي من حيث الدقة المراعاة في التسبيب بحيث يكفي أن يذكر المحكم النصوص القانونية التي قام بإعمالها في صدد النزاع سواء من حيث تكيف الوقائع أو من حيث إرساء حكم القانون على الوقائع المستخلصة في النزاع[2]، حيث إن الغاية المطلوبة هنا من تسبيب المحكم لحكم التحكيم هو جعل المحكم يضع الأسباب التي يمكن الرجوع إليها لمعرفة كيف توصل إلى النتيجة النهائية للحكم.

ولا يشترط أن يتم التسبيب بشكل معين أو نمط مخصص وإنما للمحكم مطلق الصلاحية في التسبيب ما دام المحكم يبنى التسبيب على أسباب صحيحة، حيث يرى الدكتور حمزة حداد أنه يشترط شرطان في تسبيب قرار التحكيم وهما[3]:

1. أن يبنى حكم التحكيم على وقائع ثابتة في ملف الدعوى أو استخلصت منه: وهنا المقصد أن يتم التسبيب بالاستناد إلى وقائع ومجريات تمت في ملف الدعوى وتوصلت هيئة التحكيم إلى العلم بها من ملف الدعوى وبالطرق المقررة قانونا، بحيث لا يجوز أن يبني المحكم على وقائع توصل إليها بعلمه الشخصي وهذا يتفق مع نص المادة (1) من قانون البينات الفلسطيني والتي تنص على أنه "لا يجوز للقاضي أن

[1] مقداد، محمد، **المسلك السليم لاصدار وتنفيذ حكم التحكيم – دراسة نظرية تطبيقية مقارنة**، ط1، مؤسسة حمادة للدراسات الجامعية والنشر والتوزيع، 2013، ص89.

[2] ابو الوفا، احمد، التحكيم بالقضاء وبالصلح، مرجع سابق، ص246.

[3] حداد، حمزة، **حكم التحكيم وشروط صحته**، بحث مقدم لدورة التحكيم في العقود الهندسية والإنشائية وإعداد المحكمين في دمشق، غرفة التحكيم العربية للعقود الهندسية الإنشائية، دمشق، 2008، ص14.

يحكم بعلمه الشخصي"[1]، كما يجب أن نستبعد هنا الافتراض أو التوقع الذي يبني بأن يبني المحكم حكمه على افتراض شيء معين وهنا نتحدث عن الافتراض العادي وليس استخلاص وقائع من قرائن أمامه.

2. أن يؤدي التسبيب إلى النتائج التي توصلت إليها هيئة التحكيم في حكمها: وهنا نتحدث عن شيء يتفق مع الواقع بحيث أن يكون مسار التسبيب ومنطوق القرار في ذات الاتجاه بحيث لا يجوز أن يكون تسبيب حكم المحكم بأن ما يدعيه المدعي سقط بالتقادم ثم يحكم للمدعي، أو أن يتوصل المحكم إلى التزام المدعى عليه بالدين ثم يحكم برد الدعوى.

كما يجب أن يكون التسبيب مجديا حقيقيا محققا للغرض المشروع لأجله، حيث إن التسبيب الغير مجدي العام المبهم مساوي لعدم التسبيب[2]، بحيث يلتزم المحكم بأن يضع أسئلة لنفسه ويجيب عليها وذلك فيما يتعلق في كل ما هو ذو أهمية في الفصل في موضوع النزاع وببيان أثر ذلك على الحكم الفاصل، وبيان الأسباب التي تستدعي أن يتم الحكم بمسار معين مع تجنب التعارض، فلو تم افتراض أن المحكم في تسبيبه الحكم استبعد أغلب شهود الادعاء وبين عدم قدرتهم على إثبات ما يدعيه المدعي فإن الحكم وكنتيجة يجب أن يكون مع عدم الحكم للمدعي وإلا كان التسبيب يتعارض مع النتيجة.

ويتبادر سؤال حول التسبيب في حالة التحكيم مع التفويض بالصلح هل هو إلزامي وإذا كان إلزاميا كيف يكون التسبيب؟

من حيث كون التسبيب إلزاميا أو غير إلزامي فان هناك شبه إجماع من الفقهاء حول إلزامية التسبيب حتى وإن كان المحكم مفوضا بالصلح[3]، بل يرى الباحث أن تسبيب قرار التحكيم هو التزام أكبر على المحكم المفوض بالصلح كون أن له سلطة أكبر إلا أنه يجب عليه أن يحسم النزاع بعيدا عن أهوائه الشخصية، والتسبيب هنا يعزز الرقابة على عمل المحكم المفوض بالصلح وخاصة فيما يتعلق بالتزامه بحقوق الدفاع وفي بيان مدى استيعابه لوقائع النزاع والبينات المقدمة في ملف الدعوى.

---

[1] قانون البينات الفلسطيني رقم (4) لسنة 2001.

[2] الشندي، يوسف، مرجع سابق، ص294.

[3] ابوالوفا، احمد، التحكيم بالقضاء وبالصلح، مرجع سابق، ص245. والرفاعي، اشرف، مرجع سابق، ص125. وسامي، فوزي، مرجع سابق، ص321-322. والشندي، يوسف، مرجع سابق، ص293.

ويرى الباحث ان المحكم المفوض بالصلح يقوم بالتسبيب بما يتناسب مع خصوصية التحكيم مع التفويض بالصلح، فقد لا يحكم المحكم المفوض بالصلح بموجب القانون مع عدم وجود ما يمنع من قيامه بذلك، إلا إنه وإن حكم بموجب قواعد العدالة والإنصاف عليه أن يبين كيف توصل إلى هذا الحكم، بل عليه أن يبين كيف يحقق هذا الحكم العدالة، وإن حكم بموجب القانون عليه أن يوضع لماذا حكم بموجب القانون وكيف يمكن لهذا القانون تحقيق العدالة.

ويرى الباحث ايضا أن عمليه تسبيب حكم التحكيم مع التفويض بالصلح تبنى على عملية معقدة ومتشابكة توضح أثر الحكم الفاصل، وعليه سوف يحاول الباحث هنا أن يحلل عمليه التسبيب على ثلاثة مراحل بقصد توضيح كل من هذه المراحل وكيف يتم ذلك دون أن يتم ذكر هذه المراحل أثناء التسبيب:

1. تسبيب اختيار المحكم للقواعد المطبقة على موضوع النزاع: حيث يقوم المحكم أولا ببيان كيف تكون هذه القواعد المطبقة على موضوع النزاع قواعد محققة للعدالة سواء طبق قواعد العدالة والإنصاف أو قواعد القانون وذلك من خلال بيان الأسس التي اعتمد عليها من أجل تطبيق هذه القواعد وأثرها على تحقيق العدالة[1].
2. مناقشة المحكم للمعطيات المقدمة في الملف: وهنا يقوم المحكم المفوض بالصلح بمناقشة ما تم تقديمه من بينات من قبل أطراف النزاع ،ويقوم بالرد على طلبات الخصوم وبيان ما أخذ به وما لم يأخذ به وسبب الأخذ بهذا ورفض ذاك.
3. تسبيبه كيف يكون الحكم الفاصل محققا للعدالة: وهو الجزء الأهم بحيث يبين المحكم كيف يكون الحكم الفاصل محققا للعدالة لأطراف النزاع وذلك وفق نظرته الشخصية ما دام ذلك وفق تسبيب معقول، وهذا مهم في الرقابة على كون المحكم قد نظر النزاع بصفته محكما بشكل عام، ثم نظره النزاع بصفته محكما بالصلح بشكل خاص واتبع القواعد الخاصة بهذا النوع من التحكيم، ثم الرقابة على تفاعل المحكم مع المعطيات ونتيجة حكمه هي نتيجة مبنية على أساس سليم على الأقل من وجهة نظر المحكم.

وهذه الخطوات ليست مراحل بالتسبيب يجب أن تكون مرتبة وفق تسلسل معين أو أن هذه الخطوات يجب أن تكون كل خطوه على حدة، وإنما يجب أن يراعي المحكم هذه الخطوات في

[1] ابراهيم، رشا، مرجع سابق، ص298-299.

صياغته لتسبيب حكم التحكيم وبالطريقة التي تناسبه ما دام تطرق إلى هذه الأسباب وذلك تجنبا للقصور في التسبيب.

ويجب أن ينتهي حكم التحكيم بمنطوق للقرار يحدد التزامات الأطراف وما توصل إليه المحكم من نتائج ويكون خلاصة الحكم والتسبيب، حيث إن النتيجة النهائية التي يمكن من خلالها معرفة منطوق الحكم الذي توصل إليه المحكم، وبالتالي لا يجب أن يكون الحكم غامضا آو متناقضا[1]، بل يجب أن يكون قرار التحكيم واضحاً وحاسماً بحيث يبين بصورة لا تدع مجالاً للشك الواجبات المفروضة على كل من الطرفين والحقوق المعطاة لكل واحد منهم[2]، حيث إن ولاية المحكم تنتهي هنا ولا يصبح للمحكم أية سلطة إلا فيما يتعلق بتفسير حكم التحكيم وتصحيح ما وقع منه من أخطاء في حكم التحكيم والفصل في الطلبات التي أغفلها.

الفرع الثاني: التزام المحكم بإصدار القرار ضمن حدود مهمة التحكيم وبحجية الأمر المقضي به

التزام المحكم بحدود مهمة التحكيم هو التزام أساسي لا يمكن تجاوزه، ويجب أن يكون حكم التحكيم في محتواه صادر ضمن حدود هذه المهمة دون أي تجاوز لذلك، حتى وإن كان المحكم مفوضا بالصلح. كما يترتب التزام آخر على المحكم في التزامه بحجية الأمر المقضي به، حيث إن صلاحية المحكم لا يجب أن تطغى على الأحكام الصادرة من الجهات الأخرى سواء محكمة أو هيئة تحكيم، ويجب أن يراعي المحكم ذلك عند إصداره حكم التحكيم، وعليه سأتناول هذه الالتزامات على التوالي.

أولا: التزام المحكم بإصدار القرار ضمن حدود مهمة التحكيم

يقوم المحكم المفوض بالصلح بعمل قضائي مثل عمل المحكم بالقانون والمحكمة، إلا أن له سلطة أوسع نسبيا نتيجة تفويضه بالتحكيم مع التفويض الصلح من قبل أطراف النزاع ونتيجة تنظيم ذلك بموجب القانون. وهذه السلطة تمتد إلى كافة جوانب النزاع سواء أكان ذلك في إجراءات التحكيم أو في موضوع النزاع أو في نظر العقد موضوع النزاع، إلا أن هذه السلطة لا يجب أن تخالف النظام العام واتفاق التحكيم، وذلك كون قواعد النظام العام هي قواعد لا

[1] مقداد، محمد، مرجع سابق، ص93.

[2] حداد، حمزة، **حكم التحكيم وشروط صحته**، مرجع سابق، ص4.

يجوز الاتفاق على خلافها وكون اتفاق التحكيم هو الذي يحدد السلطة والقيود على المحكم في نظر النزاع.

وذلك يعني أن المحكم مقيد بكافة القيود الواردة في اتفاق التحكيم ويمتد ذلك إلى حدود النزاع الذي يستطيع المحكم الفصل فيه حيث إن المحكم وإن كان مفوضا بالصلح فإنه لا يجوز لـــه الفصل في موضوع النزاع أو في جزء منه إلا إذا ورد ذلك في اتفاق التحكيم، ويلتزم أيضـــا المحكم بالفصل وفق القيود الواردة في اتفاق التحكيم، حيث جاء في حكم لمحكمـــة اســـتئناف القاهرة "تفويض المحكم بالصلح وان وسع من سلطاته فيما يتعلق بالفصل فـــي النـــزاع دون التقيد بقواعد القانون الموضوعية فإنه لا يترتب عليه إعطاؤه سلطه الفصل في مســـائل لـــم يشملها اتفاق التحكيم"[1].

وعلى الرغم من كون المحكم يبحث عن تحقيق العدالة وإن كانت العدالة تقتضي أن يتم الفصل في كافة جوانب النزاع حتى النزاع الغير مذكور في اتفاق التحكيم، والذي يتضمن جانـــب لا يحقق العدالة إلا أن ذلك لا يعطي المحكم السلطة في نظر النزاع الغير مفوض بالفصل فيـــه، حيث إن تحقيق العدالة في التحكيم مع التفويض بالصلح مقترنـــة بـــالنزاع المعـــروض دون التطرق إلى النزاع الغير معروض على المحكم، وإن كان يحقق ذلك العدالـــة فـــاحترام إرادة الأطراف هنا أولى وذلك حتى لا يكون حكم التحكيم عرضة للبطلان[2].

والتزام المحكم هنا لا يقتصر على محل النزاع بشكل عام، أي إن تفويض المحكم بنظر النزاع يعني نظر المحكم لكافة عناصر النزاع، وإنما يتم الرجوع إلى اتفاق التحكيم فإذا كان اتفـــاق التحكيم عاما فإنه يكون مفوضا بالنظر في كافة عناصر النزاع، أما إذا كان اتفـــاق التحكـــيم يحدد جزء من النزاع فان المحكم يلتزم بهذا الجزء فقط دون نظر كافة جوانب النزاع الأخرى وذلك مثل تفويض المحكم بالنظر في المنازعات التي تتعلق بتنفيذ عقد شراكة أو عقد بيع فهي لا تفوض المحكم النظر المنازعات التي تتعلق بفسخ العقد أو إبطاله[3]، كما يلتـــزم المحكـــم

[1] إستئناف القاهرة الدعوي رقم 12 لسنـــه 120ق الدائرة 91 جلســـه 2003/7/27.

[2] المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 تنص على " يجوز لكل طرف من أطـــراف التحكـــيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناءً على أحد الأسباب الآتية: ... 5. إساءة السلوك مـــن قبـــل هيئـــة التحكيم أو مخالفتها لما اتفق عليه الأطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع أو خروجهـــا عـــن اتفـــاق التحكيم أو موضوعه ...".

[3] حداد، حمزة، التحكيم بالقانون والصلح في القوانين العربي، مرجع سابق.

بنطاق طلب الأطراف في الفصل في موضوع النزاع مثل نطاق تحديد المسؤولية وذلك بموجب اتفاق الأطراف بكون تحديدها يتم بموجب مسؤولية تقصريه أو عقدية.

كما يمتد ذلك إلى طبيعة الحكم المراد الحصول عليه من حيث كون الاطراف يرغبون في الحصول على فصل لموضوع النزاع أم الحصول على حكم يحدد الالتزامات على كل طرف من أطراف النزاع، بحيث يحدد الثاني مدى التزام كل طرف دون أن يلزمه أما الأول يحدد التزام كل طرف مع الزامه بتسديد وتنفيذ الالتزام، وتطبيقا لذلك جاء في حكم لمحكمة استئناف القاهرة على أنه " إذا كان شرط التحكيم قد حدد نطاق اتفاق التحكيم بإثبات الأضرار أو الخسائر الناشئة عن الحادث المضمون بوثيقة التأمين وتقدير قيمتها دون القضاء بالإلزام فإن هيئة التحكيم بقضائها بإلزام الشركة المدعية المحتكم ضدها المبلغ المقضي به الحكم المذكور تكون قد تجاوزت حدود المهمة التي يشملها اتفاق التحكيم الأمر الذي يصيب ذلك الحكم بعوار البطلان"[1].

كما يمكن أن يحدد اتفاق التحكيم سلطة المحكم المفوض بالصلح بحيث يجرد المحكم المفوض بالصلح من بعض سلطاته الخاصة مثل منعه من تعديل العقد أو منعه من إعادة التوازن المالي بين الأطراف، ولا يعني ذلك خروج المحكم عن التحكيم مع التفويض بالصلح فالتحكيم مع التفويض بالصلح ما هو إلا نوع من التحكيم يمنح المحكم صلاحيات خاصة، ولا يؤدي تقليص هذه الصلاحيات الى عدم اعتبار التحكيم تحكيما بالصلح .

كما يمتد ذلك إلى التزام المحكم المفوض بالصلح بالجانب الإجرائي والشكلي الذي يحدده أطراف النزاع في اتفاق التحكيم وذلك بالإضافة إلى القواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام، فالمحكم المفوض بالصلح ملزم بالالتزام بالشكل والإجراء المتفق عليه من قبل أطراف النزاع حتى وإن كان إجراء شكليا غير وارد بالتحكيم أو إجراء مبتكرا ما دام هذا الإجراء غير مخالف للنظام العام حيث أن سلطة المحكم هنا ما هي إلا سلطة تكميله لإرادة أطراف النزاع[2]، بحيث يحدد القانون نطاق هذه السلطة ليتدخل اتفاق الأطراف في تحديدها والتقليل من نطاقها.

وعليه فإننا يجب أن نوضح أن مسالة تفويض المحكم المفوض بالصلح هنا وإن كانت تمنح المحكم سلطة واسعة نسبيا إلا أن سلطته واسعة بما يتعلق بموضوع النزاع، ولا يجوز أن

[1] الدعوي رقم 82 لسنه 119ق محكمة إستئناف القاهرة الدائرة 91 تجاري جلسة 2003/2/26 .

[2] ابراهيم، رشا، مرجع سابق، ص324.

تتجاوز نطاق النزاع المحدد في اتفاق التحكيم وإن كان التجاوز يحقق العدالة إلا أن ذلك لا يبرر للمحكم الخروج عن نطاق مهمته، حيث إن المحكم المفوض بالصلح يسعى إلى تحقيق العدالة على الجزء المفوض فيه في اتفاق التحكيم، وبما لا يتعارض مع النظام العام وذلك يوضح لنا أن تفويض المحكم بالصلح لا يمنح المحكم سلطة الخروج عن مهمة التحكيم، أو الخروج عن نطاق طلبات الأطراف في اتفاق التحكيم.

ثانيا: التزام المحكم بحجية الأمر المقضي به

يقصد بحجية الأمر المقضي به "أن ما سبق عرضه على القضاء وتم الفصل فيه لا ينبغي أن يطرح مرة أخرى للنقاش أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم، أو أمام أية محكمة أخرى، ليفصل فيه من جديد إلا بالطرق والمواعيد التي حددها القانون"[1].

ويكون لحجية الأمر المقضي به أثرا ايجابيا وأثرا سلبيا، حيث يتمثل الأثر الإيجابي في وجوب احترام الحكم من قبل أطراف النزاع، والأثر السلبي في عدم القدرة على نظر المحكم أو محكمة قرار التحكيم مرة أخرى على الرغم من جواز الطعن به.

وما يميز حجية الأمر المقضي به عن القوة الامر المقضي به، أن قوة الأمر المقضي به يكون القرار فيها قد استنفذ كافة وسائل الطعن ويكون ذلك إما من خلال الطعن به أمام كافة الدرجات القضائية المختصة أو لانتهاء المدة دون أن يتم الطعن به وأصبح الحكم غير قابل للطعن، اما حجة الأمر المقضي به فانه يمكن الطعن فيه لدى درجات المحاكم المختلفة فهو لم يستنفذ وسائل الطعن، وانما هو حكم فصل في خصومة له حجة لا تقبل الدحض الا بطرق الطعن المقررة في القانون.

ويكون لقرار التحكيم حجية الأمر المقضي به بمجرد صدوره حيث جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية على أن "أحكام المحكمين شأن أحكام القضاء تحوز حجية الشيء المحكوم به بمجرد صدورها وتبقى هذه الحجية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – طالما بقى

[1] السيد صاوي، احمد، **التحكيم طبقا للقانون 27 لسنة 1997**، بدون طبعة، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، عمان،2002، ص266، نقلا عن: الكيلاني، احمد، **حجية قرارات المحكمين المحلين – دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، نابلس، 2012، ص18.

قائماً – ومن ثم لا يملك القاضي عند الأمر بتنفيذها التحقق من عدالتها أو صحة قضائها في الموضوع لأنه لا يعد هيئة استئنافية في هذا الصدد"[1].

وقد سار المشرع الفلسطيني وفق هذا الاتجاه بحيث جعل لحكم التحكيم حجة الأمر المقضي به بمجرد صدوره، إلا إن حكم التحكيم هنا لا يحوز الصيغة التنفيذية إلا بالمصادقة عليه من قبل المحكمة المختصة أو رفض الطعن المقدم على حكم التحكيم وبالتالي المصادقة عليه حيث نصت المادة (45) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه:

"1- إذا انقضت المدة المنصوص عليها في المادة (44) من هذا القانون دون الطعن في قرار التحكيم تصدر المحكمة المختصة بناء على طلب أحد الأطراف قرارا بتصديقه وإكسابه الصيغة التنفيذية، ويكون قرار المحكمة نهائيا، وينفذ بالطريقة التي تنفذ بها قرارات المحاكم.

2- إذا قضت المحكمة المختصة برفض طلب الطعن فإنها تقرر صحته واكتسابه الصيغة التنفيذية ...".

حيث لا يكون لحكم التحكيم القوة التنفيذية ولا يترتب أثره الجبري في التنفيذ بمجرد صدوره من هيئة التحكيم وإن كان قرار التحكيم نهائيا إلا بمصادقته من قبل المحكمة المختصة، حيث يصبح لقرار التحكيم بعد مصادقته القوة والمفعول لقرارات المحكمة ويمكن تنفيذه، وقد نص على ذلك المشرع الفلسطيني في المادة (47) من قانون التحكيم على أنه "يكون لقرار التحكيم بعد تصديقه من المحكمة المختصة القوة والمفعول التي لقرارات المحاكم ويتم تنفيذه بالصورة التي ينفذ فيها أي حكم أو قرار صادر عن محكمة وفقاً للأصول المرعية".

وتعامل التسوية التي تتم بين الأطراف وقبل الفصل في النزاع والمصادق عليها من قبل المحكم معاملة قرار التحكيم وتنطبق عليها أحكامه، حيث نص المشرع الفلسطيني في المادة (37) من قانون التحكيم على أنه "إذا اتفق الأطراف قبل صدور قرار التحكيم على تسوية النزاع فعندئذ على هيئة التحكيم أن تصدر قراراً بالمصادقة على التسوية بالشروط المتفق عليها واعتبارها قراراً صادراً عنها".

[1] نقض مصري رقم (2660) لسنة 59ق في جلسة 1997/3/27.

وبالتالي يلتزم أطراف النزاع ومن له مصلحة من الأطراف بالتمسك وإعـــلام المحكـــم بـــأن النزاع المعروض صادر فيه حكم من قبل المحكمة أو من قبل هيئة التحكيم، ويلتزم المحكـــم وبعد إعلامه من قبل الأطراف وتقديم الأدلة التي تثبت ذلك من التوقف عن نظر النزاع.

الخاتمة

تناولت هذه الدراسة موضوع في غاية الأهمية وهو التحكيم مع التفويض بالصلح في النظـــام القانوني الفلسطيني، تم فيه دراسة هذا النوع من التحكيم في كافة مراحله، حيث تمت معالجة خصوصية اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح وصولا إلى ضوابط قرار التحكيم مع التفويض بالصلح، مع التركيز بشكل كبير على حدود وضوابط التحكيم مع التفـــويض لكونهـــا تعتبـــر عنصر البحث الرئيس وأهم ما يميز هذا النوع من التحكيم.

ولقد تم دراسة هذا الموضوع بناء على دراسات سابقة وأحكام المحاكم العربية والأجنبية، وقد تمت الاستعانة بالقواعد والأحكام الصادرة عن مراكز التحكيم العربيـــة والاجنبيـــة، وأيضـــا المقالات وأوراق العمل التي ناقشت موضوع التحكيم مع التفويض بالصلح، وبعد الانتهاء من دراسة موضوع البحث نخلص إلى النتائج والتوصيات التالية.

النتائج

توصل الباحث من خلال دراسة هذا الموضوع وتحليله إلى العديد من النتائج يمكن اجمالهـــا بالتالي :

1. يتميز اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح بخصوصية تجعل الأطراف يســـلكون هـــذا الطريق بمطلق ارادتهم ليتمتعوا بالامتيازات التي يقدمها هذا النوع من التحكيم، وهـــم بالمقابل يتنازلون عن بعض الامتيازات والحقوق التـــي يكفلهـــا التحكـــيم بالقـــانون. ويستطيع الأطراف إبرام اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح بأنفسهم أو مـــن خـــلال توكيل الغير في إنشاء مثل هذا الاتفاق سواء أكانت الوكالة عامة او خاصة بشرط أن تنص الوكالة صراحة على سلطة الوكيل في إبرام اتفاق تحكيم مع التفويض بالصلح.
2. لم يضيق المشرع الفلسطيني النطاق على إنشاء اتفاق تحكيم مع التفويض بالصلح، على خلاف القوانين العربية محل المقارنة والتي اشترطت أن يكون الاتفاق صريحا على إنشاء اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح. وتباينت الاتجاهات بخصوص ذكر أسماء المحكمين وعددهم في اتفاق التحكيم، حيث أن المشرع المصري عدل القانون بحيث ألغى شرط وجوب ذكر أسماء المحكمين في اتفاق التحكيم مع التفويض بالصلح. ووفقا للتشريعات الفلسطينية، فقد جاءت من ناحية أكثر اتساعا من القوانين

العربية محل المقارنة كونها تجيز استنباط الاتفاق على التحكيم مع التفويض بالصلح من اتفاق التحكيم ذاته، وكونها لم تشترط ذكر أسماء المحكمين من ناحية أخرى مما يسمح بإنشاء اتفاق تحكيم مع التفويض بالصلح في التحكيم المؤسسي، وبذلك اكتفى المشرع المصري والاردني والفلسطيني بالضمانات التي تكفلها القوانين بدل من الثقة بشخص المحكم في حماية حقوق الاطراف واحال للأطراف المجال بزيادة الضمانات بما يناسبهم في اتفاق التحكيم.

3. المحكم المفوض بالصلح ليس عليه أي ضابط في اختيار القواعد التي تطبق على موضوع النزاع وإنما يقوم باختيار القواعد كجزء من عمله في البحث عن تحقيق العدالة، بحيث يمكن للمحكم اختيار قواعد غير مرتبطة بموضوع النزاع أو اختيار قواعد مرتبطة بموضوع النزاع أو ابتكار حلول مباشرة تطبق على النزاع، حيث لم يضع أي تشريع ضوابط على المحكم في اختياره القواعد ما دام قد بين أن سبب اختياره للقواعد على أنها تحقق العدالة وبين كيف تحقق هذه القواعد للعدالة إذا ما طبقها على موضوع النزاع.
4. مفهوم العدالة مفهوم واسع يختلف باختلاف منظور الاشخاص اليه بحيث لا يوجد معيار يحدد مدى عدالة الحكم في النزاع، ولا يمكن تحديد مدى تحقيق الحكم للعدالة من منظور اجنبي، وإنما تكمن الرقابة على تسبيب كيف توصل المحكم الى أن الحكم يحقق العدالة، وللمحكم اعتبارات كثيرة أثناء إصدار الحكم والبحث عن تحقيق العدالة تتمثل في ظروف النزاع والعوامل المحيطة به وموازنة مصالح الأطراف، ولا يمكن إيجاد رقابة حقيقية على مدى تحقيق المحكم للعدالة بحيث تختلف معاير العدالة في نظر المحكم عن محكم اخر.
5. في اطار سعي المحكم المفوض بالصلح الى تحقيق العدالة عند الفصل في موضوع النزاع فانه يراعي أن لا يكون حكمه مستندا الى نص قانوني جامد ترشده اليه قواعد قانونية، وانما يقوم المحكم باختيار قواعد تتناسب مع ظروف النزاع بحد ذاته، فهو وإن كان يقوم بدور قضائي للفصل في موضوع النزاع الى أنه يسعى وبشكل اكبر الى المحافظة على المصالح المشتركة واستمرارية العلاقة المستقبلية لأطراف النزاع، وبالتالي يراعي هنا المحكم تحقيق التوازن في الحكم بين طلبات اطراف النزاع بحيث يفصل المحكم في النزاع بما يجعل القرار الفاصل اقرب الى كونه متقبل من كل الأطراف إلى كونه مرضيا لهم، وهذا يكون من خلال الاخذ بالاعتبار محاولة

الموازنة بين طلبات الاطراف لا المساواة وصولا إلى حكم يراعي المصلحة المشتركة لكلا الطرفين.

6. المحكم بالقانون وفي حدود سلطته في إعادة النظر في العقد موضوع النزاع يحتاج الى نص قانوني يسمح له بذلك أو اتفاق من الاطراف يتيح له إعادة النظر في العقد، على خلاف المحكم المفوض بالصلح المتحرر من الشروط السابقة والذي يعدل العقد باسم العدالة، حيث يمكن للمحكم المفوض بالصلح تعديل العقد بقصد تجنب فسخ العقد أو ازالة الشروط التعسفية والالتزامات التي تؤدي الى ارهاق أحد أطراف النزاع بقصد اعادة التوازن العقدي، كما يمكن للمحكم تعديل العقد تطبيقا لنظرية لم تتحقق شروطها في القانون، وكل ذلك يكون بقدر تحقيق التعديل للمصلحة المشتركة لأطراف النزاع، الا أن ذلك مقيد بعدم وجود نص في اتفاق التحكيم يمنع ذلك وفي أن التعديل الذي يتم لا يؤدي إلى التغيير في قوام العقد والغاية منه وإرادة أطراف النزاع.
7. ان سلطة المحكم المفوض بالصلح الواسعة نسبيا تقيدها مجموعة من الضوابط القانونية سواء على مستوى الموضوع أو الاجراء، حيث يتمثل التزام المحكم أولا بالضوابط التي يضعها اطراف النزاع في اتفاق التحكيم، ثم التزامه بالقواعد الامرة المتعلقة بالنظام العام، والتزامه بالإجراءات المتعلقة بالنظام العام والتي تتمثل في التزامه بحقوق الدفاع، والتزامه بالاستقلالية والحياد واستمرارية إجراءات التحكيم.
8. يلتزم المحكم المفوض بالصلح بجعل الحكم الصادر مستوفي الشروط الشكلية اللازمة لجعله ناطق بما فيه، وكاف بحد ذاته لجعل القاضي يعلم بكافة جوانب النزاع ومنطوق الحكم، ولا يلزم هنا الدقة الموجودة في الحكم القضائي العادي إلا أن المحكم يجب أن يراعي أن القاضي يمكن أن يكتفي بالاطلاع على الحكم المكتوب المقدم للتنفيذ أو المصادقة للرقابة على أعمال المحكم التي تخضع للرقابة دون الحاجة للاطلاع على ملف التحكيم.
9. يعتبر تسبيب الحكم في التحكيم مع التفويض بالصلح هو العصارة التي تبين مسار المحكم في نظر النزاع وصولا الى الحكم الفاصل فيه، حيث يتبين خلال الحكم مدى فهم المحكم للنزاع وطريقة معالجته وكيف توصل الى أن الاعمال التي قام بها سواء بالإجراء او الموضوع حققت العدالة من وجهة نظره، ويعتبر التسبيب في التحكيم بالقانون في فلسطين من النظام العام الذي لا يجوز للأطراف الاتفاق على اعفاء المحكم منه وذلك على خلاف القوانين محل المقارنة، أما التسبيب في التحكيم مع

التفويض بالصلح فيعتبر من النظام العام في كل الانظمة القانونية وان لم يتم الـــنص على ذلك بشكل صريح حيث أن التسبيب في هذه الحالة يمنح المحكمة المقدرة علـــى الرقابة على أعمال المحكم المفوض بالصلح وإلا أصبحت سلطته مطلقة نتيجة عـــدم فاعليه الرقابة على الحكم.

10. على الرغم من السلطة الواسعة للمحكم المفوض بالصلح التي يستطيع مـــن خلالهـــا نظر النزاع في كافة جوانبه إلا أنه ملزم بحدود المهمة التحكيمية بحيث لا يجوز لـــه الخروج عن طلبات أطراف النزاع ولا عن حدود النزاع المتفق عليـــه فـــي اتفـــاق التحكيم، حيث يعتبر اتفاق التحكيم هو الدستور الذي يحدد نطاق وسلطة المحكم فـــي نظر النزاع.

التوصيات

يقترح الباحث من خلال دراسة هذا الموضوع وتحليله إلى العديد من التوصيات يمكن اجمالها بالتالي :

1. نجد من دراسة التحكيم مع التفويض بالصلح أنه يقوم على خصوصية تتمثل في سلطة المحكم وهذه السلطة هي زبدة التحكيم وأهم ما يميزه عن غيرة من انـــواع التحكـــيم الاخرى، لذلك يوصي الباحث بتنظيم حدود وضوابط سلطة المحكم المفوض بالصلح في قانون التحكيم الفلسطيني وذلك لأهمية هذا النوع من التحكيم.
2. التحكيم مع التفويض بالصلح نوع من أنواع التحكيم ليس حديث النشأة ولكـــن يقـــل اللجوء إليه من قبل أطراف النزاع لعدم وجود جهات متخصصة تراعي هذا النوع من التحكيم، لذلك يوصي الباحث بإنشاء مؤسسات تحكيم متخصصة بهـــذا النـــوع مـــن التحكيم يكون اساسها صحيحا ونظامها الداخلي يتناسب مع طبيعة هـــذه النـــوع مـــن التحكيم بحيث يكون هذه المركز بداية مميزة في جعل التحكيم مع التفويض بالصلح له تطبيق فعلي اكبر على ارض الواقع .
3. حيث أن التحكيم مع التفويض بالصلح يتعلق في بعض نواحيه بشخص المحكم الـــذي يجب أن يتوافر فيه شروط وضوابط والقدرة والكفاءة تجعلـــه قـــادرا علـــى البحـــث والتحري من اجل تحقيق الغاية من هذا النوع من التحكيم، لذلك يوصي الباحث بوضع

شروط وضوابط تتعلق بشخص المحكم في التحكيم مع التفويض بالصلح مثل الكفاءة والخبرة والدرجة العلمية بما يتناسب مع طبيعة هذا النوع من التحكيم وخطورته.

4. من خلال دراسة هذا النوع من التحكيم تبين للباحث وجود نقص في الدراسات العربية المتخصصة في شرح هذا النوع من التحكيم، لذلك يوصي الباحث بزيادة الاهتمام العلمي بهذا النوع من التحكيم لما فيه من أهمية في الوقت الراهن والمستقبل بحيث يعتبر هذا النوع من التحكيم هو المستقبل القريب للتحكيم ككل لما فيه من امتيازات ولما فيه من تجنب للسلبيات في التحكيم بالقانون وذلك من خلال زيادة الابحاث والدراسات المتخصصة بهذه النوع من التحكيم.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

1. قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.
2. قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001.
3. قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994.
4. قانون التحكيم اليميني رقم (22) لسنة 1992.
5. قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985.
6. قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المنقحة لسنة 2010.
7. مجلة الاحكام العدلية.
8. اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني.
9. قانون رقم (1) لسنة 1998م بشأن تشجيع الاستثمار في فلسطين، المنشور في الوقائع الفلسطينية عدد 23 صفحه 5 بتاريخ 1998/6/8 وتعديلاته.
10. قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 11 لسنة 1992.
11. قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم 13 لسنة 1990.
12. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الملغى رقم 77 لسنة 1949.
13. قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة القانون الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1976 (UNCCITRAL).
14. الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985.
15. مشروع القانون المدني الفلسطيني والمطبق بغزة رقم (4) لسنة 2012.
16. قانون البينات الفلسطيني رقم (4) لسنة 2001.

ثانيا: المراجع

❖ **الكتب القانونية**

1. أبو الوفا، احمد، التحكيم الاختياري والإجباري، ط4، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1983.

2. أبو الوفا، احمد، التحكيم بالقضاء وبالصلح، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
3. التحيوي، محمود، التحكيم بالقضاء و التحكيم مع التفويض بالصلح، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
4. حداد، حمزة، التحكيم في القوانين العربية، ط1، دار الثقافة، عمان، 2014.
5. الرفاعي، اشرف، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، بدون طبعه، دار الفكر الجامعي، 2006.
6. الرفاعي، اشرف، اتفاق التحكيم ومشكلاته العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
7. الرمح، عبد الله، حكم التحكيم وفقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون التحكيم القضائي – دراسة في القانون الكويتي والقانون المصري مقارنا بالفقه الاسلامي، بدون طبعة، بدون دار نشر، 2009.
8. سامي، فوزي، التحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة، ط4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.
9. شندي، يوسف، التحكيم الداخلي والدولي – في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 – دراسة مقارنة، ط1، جامعة بيرزيت، رام الله، 2014.
10. الصانوري، فوزي، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص– دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي في غالبية التشريعات العربية والاجنبية والاتفاقيات والمراكز الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بدون طبعة، عمان، 2005.
11. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الجزء الثامن، ط4، مكتبة الشروق الدولية، 2004.
12. مقداد، محمد، المسلك السليم لإصدار وتنفيذ حكم التحكيم – دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، ط1، مؤسسة حمادة للدراسات الجامعية والنشر والتوزيع، 2013.
13. المومني، احمد، التحكيم في التشريع الأردني والمقارن، ط1، مطبعة التوفيق، عمان، 1983.

❖ **الرسائل جامعية**

1. إبراهيم، رشا، التحكيم بالصلح، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2003.
2. صبح، سلمى، دور المحكم المطلق وحدود صلاحيته في ضوء التشريع والاجتهاد اللبنانيين، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الاسلامية، لبنان، 2012.
3. عابدين، عبد الناصر، الغبن واثره على العقد في مجلة الاحكام العدلية ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الازهر، غزة، 2013.
4. غرايبة، خالد، عوارض خصومة التحكيم التجاري وانتهاء الإجراءات التحكيمية، رسالة ماجستير، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، 2005.
5. فهمي، محمد، اختيار قواعد العدالة والإنصاف لحل منازعات التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس.
6. قريقر، فتحية، النظام العام والتحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر – بن يوسف بن خدة، 2016-2017.
7. الكيلاني، احمد، حجية قرارات المحكمين المحلين – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، نابلس، 2012.
8. مسيحة، أيمن، التفويض بالصلح والتحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2013.

❖ **الأبحاث والمقالات وأوراق العمل**

1. بلعيد، جميلة، التحكيم التجاري الدولي بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، مجلة مصر المعاصرة، مصر، مجلد 104، عدد 505، 2012، ص 418.
2. جاسم، اسيل، النظام القانون لشرط اعادة التفاوض – دراسة في عقود التجارة الدولية، متوفر على الإنترنت في الموقع التالي: http://repository.uobabylon.edu.iq/journal_view.aspx?dpp=687 ، ساعة الدخول 4:50م، تاريخ الدخول 2017/4/2.
3. حداد، حمزة، التحكيم بالصلح والتوفيق، ورقة عمل مقدمة لندوةرؤية الجوانب القانونية للتكامل في دول مجلس تعاون لدول الخليج العربية، 2005، متوفر على الانترنت في

الموقع التالي :http://aiadr.com، تـــاريخ الـــدخول: يـــوم الأربعـــاء، الموافـــق 2015/11/11، الساعة 22:30.

4. حداد، حمزة، التحكيم بالقانون وبالصلح في قوانين الدول العربية، ورقة عمل مقدمـــة لملتقى التحكيم السعودي من منظور إسلامي ودولي،2005، متوفر على الانترنت في الموقع التالي : http://aiadr.com، متوفر على الانترنـــت فـــي الموقـــع التـــالي :http://aiadr.com، تاريخ الدخول: يوم الثلاثاء، الموافق 2015/11/10، الساعة 20:00.

5. حداد، حمزة، حكم التحكيم وشروط صحته، بحث مقدم لدورة التحكـــيم فـــي العقـــود الهندسية والإنشائية وإعداد المحكمين في دمشق، غرفة التحكيم العربية للعقود الهندسية الإنشائية، دمشق، 2008.

6. رضوان، فايز، اتفاق التحكيم وفقا لقواعد الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحكيم التجاري الدولي، مجلة الأمن والقانون – أكاديمية شرطة دبـــي، الإمـــارات، المجلد 15، عدد 1، سنة 2007.

7. سلامة، احمد، تطبيقات عملية لصياغة حكم التحكيم: مشكلات تطبيقه لرداءة صـــياغة اتفاق التحكيم: شرط تحكيم ومشارطة، الورشة التكوينية حول فن ومهارات المحكـــم، المنظمة العربية للتنمية الادارية، المغرب، 2010.

8. سلامة، نعيم، التحكيم في النزاعات العمالية والنظام العام، مقال منشور على الانترنت: تاريخ الدخول الساعة 8:22 مساءا، بتاريخ 2017/5/16 على الموقع الالكترونـــي: https://pulpit.alwatanvoice.com/content/print/323859.html .

9. سلامه، احمد، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم : محاذير وتوجيهـــات، مجلة الأمن والقانون – أكاديمية شرطة دبي، الإمارات، المجلد 16، عـــدد 1، ســـنة 2008.

10. شيعان، فراس، حدود سلطة المحكم في التحكيم وفقا للعدالة، مجلة المحقـــق الحلـــي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، مجلد (2)، إصدار(1)، 2010.

11. الصاوي، احمد، حكم التحكيم، ندوه القرارات التحكيمية وكيفية تنفيذها في المنازعات الادارية، المنظمة العربية للتنمية الادارية، مصر، 2006.

12. عاشور، مرتضى، و سليمان، عماد، حياد المحكم التجاري الدولي، مجلة القادســـية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 5، العدد 1، 2012، ص6.

13. عبد المطلب، ممدوح، والدسوقي، انعام، تأثير فكرة النظام العام علي حكم التحكيم وتنفيذه (دراسة مقارنة)، مجلة الأمن والقانون، دبي، مجلد11، عدد1، سنة 2000، ص473.
14. عطية، فواز، شرط العمومية في تطبيق نظرية الظروف الطارئة "دراسة مقارنة"، مقال منشور على الانترنت: تاريخ الدخول الساعة 9:10 مساءا، بتاريخ 2017/8/9 على الموقع الالكتروني: http://www.wattan.tv/tv/38910.html.
15. علي الدين، رشا، سلطة المحكم في اعادة التوازن المالي للعقد- دراسة في ظل الازمة المالية الراهنة، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر لكلية حقوق جامعة المنصورة بعنوان (الجوانب القانونية والاقتصادية للازمة المالية العالمية)، جامعة المنصورة، مصر، مجلد (1)، 2009.
16. عمرو، ايهاب، مدى قانونية شرط التحكيم في عقد العمل، مقال منشور على الانترنت: تاريخ الدخول الساعة 4:11 مساءا، بتاريخ 2017/5/16 على الموقع الالكتروني: https://pulpit.alwatanvoice.com/content/print/407770.html.
17. الفيلالي، فؤاد، تفويض المحكم بالصلح وأثره على تطبيق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية، الوسائل البديلة لتسوية المنازعات: الوساطة، الصلح، التحكيم، سلسلة دراسات وأبحاث، العدد الثالث، الطبعة الأولى، منشورات مجلة القضاء المدني، بدون سنة.

❖ **المواقع الالكترونية**

1. موقع المجلات الأكاديمية العلمية العراقية

http://iasj.net/iasj?uiLanguage=ar

2. موقع المعهد العربي للتحكيم والتسويات البديلة

http://aiadr.com/aiadr/default.asp

Abstract

Arbitration with the authorization of reconciliation is one of the exceptional means of resolving disputes. This kind of arbitration seeks to apply a special justice that requires the arbitrator to apply justice not only between the texts of the law, but also to search for them in all the available rules even it’s not a law, So that the arbitrator emerges from the traditional pattern, which seeks to refer the issue of justice to the law applicable, to another pattern that refers to the issue of justice to the conviction of the arbitrator.

This necessitated that the arbitrator who delegated the conciliation to has special authorities that he did not enjoy by law, which necessitated studying the arbitration with the delegation of conciliation in all stages of the arbitration process, starting from the study of the privacy of the arbitration agreement with the delegation of reconciliation, where the search was conducted on the timing of the conclusion of the arbitration agreement and those who have the capacity to establish it, And the extent to which the parties to the dispute have the authority to intervene in the arbitration agreement, and also the formal and objective conditions for the establishment of the arbitration agreement with the delegation of conciliation.

The researcher then reviewed in the second stage the specificity of the authority of the arbitrator authorized to conciliate, In this section, he addressed the authority of the arbitrator to choose the rules governing the subject of the dispute and the application of the arbitrator to justice, in terms of how the arbitrator interprets justice, what is the basis of the arbitrator in the search for justice and what is the justification for applying the provisions of the law or excluding it. The researcher also examined the arbitrator's ability to deal with the provisions of the contract and amend its content on the one hand, and the limits of the arbitrator's authority to restore the contractual balance by addressing how the arbitrator deals with the

unfair conditions in the contract and maintains the continuity of the relationship between the parties on the other hand.

In the third stage, the researcher reviewed the arbitration rules with the authorization of reconciliation during the consideration of the dispute, Where he talked about the extent of the arbitrator's compliance with the rules of general system by examining the spatial and objective criteria of the general system to which the arbitrator is bound by studying the rules of the general system applicable and their types, The researcher then dealt with the commitment of the arbitrator to procedures related to general system through studying the procedures related to the rights of the defense and the continuity of arbitration, independence and impartiality procedures.

In the fourth stage, the researcher reviewed the arbitration rules with the authorization of reconciliation during the issuance of the arbitral decision, where he addressed the formal and objective conditions for the issuance of the decision with the authorization of reconciliation, In terms of dealing with the conditions related to the issuance of the award with the authorization of the reconciliation and its contents, and by studying the commitment of the arbitrator to cause the arbitral award and its commitment to the limits of the task of arbitration and the authority of the order ordered.

The importance of this study is highlighted in the fact that it deals with one type of arbitration that has not been sufficiently regulated to clarify the specificity and provisions of this type of arbitration, Therefore, it is necessary to complete the legislative deficiency regulating this type of arbitration in comparative laws, through the use of case law and the provisions of arbitrators and international conventions, regulations issued by permanent arbitration centers, and through the use of previous studies on this subject.

The researcher seeks through this research to put the first steps to study this type of arbitration in order to open the way for researchers to study this type of arbitration in greater depth.