

## التحكيم التجاري والطبيعة القانونية له.

### The Legal Assessment of the Commercial Arbitration ”A Comparative Study”

1- أ. م. د. حاتم غائب سعيد.

2- م. م. فرحان محمد جاسم الجنابي.

1- استاذ القانون التجاري المساعد، كلية القانون- جامعة الفلوجة، dr.hatemsaid700@uofallujah.edu.iq

2- مدرس القانون المدني المساعد، كلية الحقوق- جامعة تكريت، farhanaljanabi@ahoo.com

تاريخ الاستلام: 2020/06/16 تاريخ القبول: 2020/10/25 تاريخ النشر: 2020/12/21

#### ملخص:

ان التكييف القانوني للتحكيم التجاري المحل خلاف فقهي، إذ قيلت بشأنه نظريات عديدة تتمثل في النظرية العقدية التي ترى أن هذا الحكم يتسم بالطبيعة العقدية استناداً إلى إرادة أطراف النزاع التي تُعد مصدر سلطة هيئة التحكيم، والنظرية القضائية التي تتمحور على أن حكم التحكيم يتسم بالطبيعة القضائية استناداً إلى الوظيفة نفسها التي يقوم بها القاضي، والحكم الذي تصدره هذه الهيئة يُعد حكماً لطبيعة الحكم القضائي، والنظرية المختلطة التي تجمع بين النظريتين السابقتين وترى أن نظام التحكيم يحتل مركزاً وسطاً بين العقد والقضاء، إذ انه نظام مختلط يبدأ بعقد وينتهي بقضاء هو صدور حكم التحكيم، وطبيعة هذا النظام تتطلب تطبيقاً مشتركاً لقواعد العقد وقواعد الحكم القضائي، والنظرية المستقلة التي تتمحور حول أن حكم التحكيم يتسم بالطبيعة الخاصة التي تنظر إليه نظرة مستقلة عن العقد والقضاء، إذ لا يمكن تحديد طبيعته القانونية بأي منهما، وتناولنا الموضوع بدراسة مقارنة.

الكلمات المفتاحية: التكييف، التحكيم التجاري، الآلية، العقد، النزاع، القضاء

#### Abstract:

The legal assessment of the commercial arbitration is a subject of juristic controversy, since several theories have been said about that, which is represented in the contract theory which assumes that this arbitration is characterized by its contract nature, according to the will of the dispute parties that are considered the source of authority of the arbitration body.

<sup>1</sup> المؤلف المرسل، أ. م. د. حاتم غائب سعيد، كلية القانون - جامعة الفلوجة : dr.hatemsaid700@uofallujah.edu.iq

Also the judicial theory which believes that the judgment of the arbitration is characterized by the judicial nature, according to the function performed by the judge himself. The judgment that is issued by this committee is considered a judgment owing to the judicial decision. Furthermore ,the mixed theory which combines between( the previous above mentioned theories ) which assumes that the system of arbitration occupies a central position between the contract and the judiciary, as it is a mixed system that begins with a contract ,and ends with judgment , that is the issuance of the decision of the arbitration. The nature of this system requires a joint application to the rules of the contract, the rules of judicial judgment and the independent theory, that revolves around that the arbitration judgment is characterized by the special nature that is viewed by it as an independent view of the contract and the judiciary, that its legal nature cannot be determined by either. The topic has been dealt with in a comparative study .

مقدمة:

## أولاً-أهمية الموضوع

اصبح التحكيم يحتل مكانه هامة في الحقل التجاري وتسوية المنازعات التجارية لما حققه من عدالة ناجزة خارج اطار النظام القضائي في حسم العديد من المنازعات التجارية، وتأتي أهمية التحكيم بناء على ما يشهده العالم من تطور متسارع في الميدان التجاري والعقود التجارية الحديثة، وبدأت الأنظار تتجه صوب التحكيم على اعتباره من الوسائل الأصلية وليست البديلة في حسم المنازعات التجارية، بالإضافة إلى ما يتمتع به من مميزات وخصائص تلاءم طبيعة التعامل التجاري، من سرية ومرونة وسرعة حل النزاع من قبل محكمين متخصصين الذي يرتبط قرارهم ارتباطاً وثيقاً بالقانون واجب التطبيق، اذ ان اغلب التشريعات تشترط مصادقة المحكمة المختصة على قرار المحكمين قبل إعطائه الصيغة التنفيذية، استناداً الى حق المحكمة في مراقبة حكم المحكمين لتطمئن على سلامة الإجراءات القانونية المطلوبة والتحقق من سلامة النتائج التي تمخضت عنها عملية التحكيم.

## ثانياً-إشكالية الموضوع

تكمن إشكالية الموضوع في الإجابة عن التساؤل الآتي:

- هل يعد التحكيم التجاري ذو أساس اتفاقي أو حكم تحكيمي؟

### ثالثاً-أهداف البحث

تهدف الدراسة الى تحقيق الأهداف الآتية:

- 1-تسليط الضوء حول التحكيم التجاري وبيان مزاياه وعيوبه.
- 2-الوقوف عند اهم النظريات الفقهية التي حددت الطبيعة القانونية للتحكيم.
- 3-بيان التكييف القانوني للتحكيم التجاري.

### رابعاً-فرضية البحث

تبنى فرضية الدراسة على أهمية التحكيم المتزايدة وتفضيله على غيره من الوسائل السلمية والبديلة لحسم المنازعات التجارية لما يتمتع به من مميزات زادت من إمكانية اللجوء اليه، بالإضافة إلى اختلاف الآراء الفقهية بشأن التكييف القانوني والطبيعة القانونية لنظام التحكيم وإمكانية ترجيح الأقرب منها إلى الواقع.

### خامساً-منهجية البحث

من اجل تحقيق الأهداف المرجوة من بحثنا هذا والإجابة على التساؤلات المطروحة فقد اعتمد على المنهج التحليلي الوصفي المقارن من خلال استسقاء المادة العلمية من المصادر المختلفة والقوانين المتعلقة بموضوع الدراسة وأبداء رأينا فيها وصولاً الى خاتمة تتضمن اهم الاستنتاجات والمقترحات.

### القسم الأول- مفهوم التحكيم التجاري والتعريف به

يُعد التحكيم من الوسائل السلمية القديمة التي عرفها الإنسان في حل المنازعات المختلفة ومنها المنازعات التجارية، ونظراً لأهمية التحكيم التجاري فأنا سوف نتناول مفهومه وتعريفه وكما يأتي:

### أولاً-مفهوم التحكيم التجاري

التحكيم نظام قديم وحديث في الوقت نفسه، فيُعد قديماً كونه اقدم من القضاء اذ عرفه القدماء على مختلف الحقب الزمنية المتعاقبة، ويُعد نظام حديث لانتشاره بشكل واسع بعد ظهور الدولة وارتباطها مع بقية الدول، والتحكيم هو نوع من أنواع العدالة تتلاءم مع مقتضيات العصر والعلاقات المتشابكة في كافة نواحي الحياة<sup>(1)</sup>.

والتحكيم هو رافد من روافد القضاء ومكلاً له وليس بديلاً عنه، ويطلق على التحكيم "القضاء الخاص" كونه يشكل عدالة خاصة ومسار خاص استثناء على المسار

العام لحل المنازعات من خلال اللجوء إلى القضاء، إذ يستهدف المحكمون العدالة ويبحثون عنها أي كان مكانها مستنديين في ذلك إلى عادات وأعراف التجارة المتمثلة بإرادة الخصوم الصريحة او الضمنية<sup>(2)</sup>، حتى اصبح ضرورة يفرضها واقع التجارة نتيجة التطور السريع في مختلف المعاملات التجارية وظهور العديد من العقود التجارية وما يصاحبها من نزاعات فيتم اللجوء إلى التحكيم التجاري لغرض حسمها والمحافظة على ديمومة العلاقات التجارية<sup>(3)</sup>.

وان الآليات التي يتبناها التحكيم هي انعكاس لمتطلبات الواقع التجاري والاقتصادي والاستثماري في الدولة التي تستند إلى ما تتطلب كل مرحلة من مراحل التطور في المجتمعات، إذ ان العلاقات التجارية المتشعبة في ظل انتشار المنظمات الدولية المعنية بالتجارة وحرية التجارة والمنافسة الحرة وضرورة حماية المستهلك، فقد افرز وضعاً جديداً يتمثل في البحث عن وسائل موازية للقضاء، لذا نلاحظ ان اغلب التشريعات أقرت التحكيم في القانون الداخلي والدولي كنظام فعال لمعالجة النزاعات التجارية<sup>(4)</sup>.

ونظراً لأهمية التحكيم فقد حظي باهتمام كبير من جانب الفقه، وكذلك اهتمام على المستوى المحلي والدولي من خلال الاتجاه بتشريع قوانين تعنى بتنظيم التحكيم أما على المستوى الإقليمي والدولي فقد تم أبرام العديد من الاتفاقيات والمعاهدات التي تسهل عملية التحكيم للتخفيف من اللجوء إلى القضاء.

### ثانياً- التعريف بالتحكيم التجاري

لقد تعددت التعاريف الفقهية للتحكيم فقد عرف التحكيم على انه نظام لتسوية المنازعات التجارية عن طريق أفراد طبيعيين يختارهم الخصوم بشكل مباشر أو عن طريق وسيلة أخرى يتم الاتفاق عليها تمكن الأطراف المتنازعة بأقصاء منازعاتهم التجارية من الخضوع للقضاء<sup>(5)</sup>.

كما عرف فقهاء المسلمين على انه "تولية الخصمين حكماً بينهما بينهما"<sup>(6)</sup>. وقال تعالى ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾<sup>(7)</sup>.

هو اتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص بشرط إن يكون عددهم وتراً<sup>(8)</sup> معينين ليفصلوا فيه دون المحاكم المختصة<sup>(9)</sup>. وهو نظام لتسوية المنازعات عن طريق

إفراد طبيعيين يختارهم الخصوم مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها أو تمكين أطراف النزاع باللجوء الى احد الوسائل البديلة لحسم النزاعات "التحكيم" المخول لها طبقاً للقانون لكي تُحسم عن طريق المحكمين<sup>(10)</sup>.

والتحكيم في الاصطلاح يعني "اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، على ان يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم فعلاً أو التي يحتمل ان تثور مستقبلاً عن طريق أشخاص يتم تعيينهم كمحكمين، وتتولى اطراف النزاع تحديد أشخاص المحكمين، أو ان يعهدوا لهيئة أو مركز من الهيئات او مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقاً للقواعد او اللوائح الخاصة بهذه الهيئات او المراكز<sup>(11)</sup>.  
والتحكيم نظام قضائي خاص، يختار فيه أطراف النزاع "المحكمين"، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب تسوية المنازعات المتعلقة بعلاقاتهم التجارية، والتي من الممكن حسمها بطريق التحكيم وفقاً لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار قضائي ملزم لهم<sup>(12)</sup>.

أما المشرع العراقي لم يشر إلى التحكيم بشكل صريح وإنما جاء في قانون الاستثمار "يجوز لإطراق النزاع اللجوء إلى التحكيم وفقاً للقانون العراقي..."<sup>(13)</sup>. وأجاز المشرع العراقي الاتفاق على التحكيم اذ نص على انه "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين"<sup>(14)</sup>.  
وتطرق المشرع الجزائري الى التحكيم على انه "يعتبر دولياً التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية والذي يكون فيه مقر او موطن احد الطرفين على الاقل في الخارج"<sup>(15)</sup>، كما ان المشرع الجزائري لم يتناول تعريف واضح ودقيق للتحكيم التجاري الدولي، الا انه تعرض لاحكامه من خلال المرسوم التشريعي 93-09، وكذلك لم يتناول تعريفه في القانون الجديد 08-09 في 25/2/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي نظم المشرع الجزائري فيه التحكيم الداخلي والخارجي. اما قضاء فقد عرفت محكمة النقض المصرية التحكيم على انه "طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، ومن ثم فهو مقصور حتماً على ما تنصرف إرادة المحكمتين الى عرضه علة هيئة التحكيم"<sup>(16)</sup>.

ونرى بان التحكيم التجاري هو عبارة عن وسيلة قانونية مرنة وسريعة وسرية سمح لها المشرع في البت في المنازعات التجارية المتفق على عرضها على التحكيم كنظام مواز للقضاء، اذ ينتهي بقرار يقيد المتخاصمين ويحسم نزاعهم، شأنه في ذلك شأن القضاء.

### ثالثاً- صور التحكيم التجاري

يُعد اتفاق التحكيم الحجر الأساس في اللجوء للتحكيم، اذ يعمل هذا الاتفاق على إثبات موافقة اطراف النزاع باللجوء إلى التحكيم أيا كانت صورته لغرض حسم الخصومة بين الطرفين تتمثل صور التحكيم في الصور الآتية:

1- شرط التحكيم: وهو اتفاق الأطراف على التحكيم قبل حدوث أي نزاع بينهم فيأخذ اتفاقهم شكل شرط التحكيم او بند من بنود الاتفاق الذي ينظم العلاقة الأصلية بينهم، من خلال كتابة ذلك بشكل مستقل يتضمن اتفاقهم على إحالة ما قد يثور بينهم من نزاع إلى التحكيم، أي ان الاتفاق يبني على التحسب للمستقبل<sup>(17)</sup>، وهذا شرط في العقد يقضي بان أي نزاع حول الأنشطة التجارية او تفسير شروط العقد او تنفيذ الحكم يتم تسويته عن طريق التحكيم وهذا يستلزم ان تكون العلاقة عقدية والشرط سابق على قيام النزاع<sup>(18)</sup>.

2- مشاركة التحكيم: يتمثل في انتظار الأطراف الى وقت حدوث نزاع "أي احتمالي" ثم بعد ذلك يتفقوا على إحالة النزاع للتحكيم<sup>(19)</sup>، اذ يبرم طرفا النزاع وثيقة مستقلة يتم الاتفاق على تسوية المنازعة عن طريق التحكيم، ويجوز ان تكون مشاركة التحكيم سابقة او لاحقة على نشوء المنازعة<sup>(20)</sup>.

3- الاحالة: وهي الصورة الحديثة والمعاصرة لاتفاق التحكيم، والتي تتمثل في الإحالة إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم، ويجب ان تكون الإحالة صريحة وواضحة وان يكون شرط التحكيم الوارد في هذه الوثيقة "المحال لها" جزء من الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة<sup>(21)</sup>.

4- البرقيات المتبادلة: يتمثل في الاتفاق المكتوب بين الطرفين المتنازعين الذي يتضمن محرر موقع من الطرفين من خلال ما يتبادلته الطرفان من برقيات ورسائل او أي وسيلة اتصال مكتوبة<sup>(22)</sup>.

## القسم الثاني- مزايا التحكيم التجاري وعيوبه

اصبح للتحكيم التجاري أهمية كبيرة في ضوء التطورات العالمية المتسارعة في العمليات والأنشطة التجارية والعقود الحديثة، فيتم اللجوء الى التحكيم لحل المنازعات التجارية الناشئة عنها لما يتمتع به من مميزات وخصائص تجعله في الصدارة عند اختيار وسائل حل المنازعات، ألا انه رغم هذه المميزات فانه لا يخلو من العيوب وكما يأتي:

### أولاً-مزايا التحكيم التجاري

تأتي في مقدمة مبررات اللجوء للتحكيم التجاري المميزات والخصائص التي يتمتع بها دون غيره من وسائل حسم المنازعات التجارية بين الأطراف المتنازعة وكما يأتي:

1-الحيادية: في ظل غياب المحاكم التجارية يضطر طرفي النزاع للجوء الى التحكيم الذي يتيح للخصوم إيجاد محكم او هيئة محكمين محايدة مبتعدة عن احتمالات التحيز الفعلي او الضمني لأحد اطراف النزاع، اذ ان الأطراف التجارية المتنازعة تتمتع بحق تعيين المحكمين واختيار المحايدين منهم وجنسياتهم<sup>(23)</sup> ولغتهم وتحديد مسار إجراءات التحكيم<sup>(24)</sup>، ويقع على عاتق المحكمين احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم وإعطائهم الوقت الكافي لتقديم ما لديهم من ادله او إحصار الشهود وتمكن كل منهم من إجراء مناقشة حرة وتقديم أوجه الدفاع والادعاء وطرحها ومناقشتها وتحقيق مبدأ المساواة في المراكز الإجرائية بين الخصوم<sup>(25)</sup>.

2-السرية: تُعد السرية من اهم مميزات التي يتميز بها التحكيم، اذ تنفذ جلسات التحكيم في اطار السرية العالية وعدم نشر الحكم التحكيمي بعد فض النزاع ما لم تتفق الأطراف على خلاف ذلك، ويحرص اطراف النزاع على سرية ما تتضمنه عقودهم من شروط خصوصاً عقود نقل التقنية او براءة الاختراع او كشف الأسرار الصناعية والمراكز المالية للمتخاصمين، وتفادي إجراءات القضاء التي تتطلب العلانية، ولا يجوز للمحكمين او الخبراء او موظفي المراكز والهيئات التحكيمية من إفشاء أسرار الخصومة التجارية، اذ يضمن التحكيم السرية المطلوبة من قبل اطراف النزاع<sup>(26)</sup>.

3-السرعة: يُعد التحكيم وسيلة سريعة في حسم المنازعات التجارية، أي أنها اسرع من القضاء الذي يحتاج الى إجراءات ومدد قانونية ومراسلات مما يتطلب وقت طويل، ويستطيع الخصوم عند اختيارهم للتحكيم تحديد الجدول الزمني لانتهاه النزاع مقدماً<sup>(27)</sup>.

4- الجودة العالية للمحكّمين "الخبرة": قد يكون القاضي المعروض النزاع أمامه رغم سعة علمه بالقانون ليس خبيراً في اغلب الأحيان بالمسائل التجارية، فيلجأ أطراف النزاع إلى اختيار المحكمون من ذوي الخبرة والكفاءة لأنهم يكونوا خبراء بما يكفي بمنازعات التجارة<sup>(28)</sup>، ويفضل أطراف النزاع حل النزاع عن طريق التحكيم بسبب خبرة المحكمين في مسائل معينة الذين لهم دور مباشر في تعيينهم حسب طبيعة النزاع المراد الفصل به، فيمكن إن يكون المحكم الخبير من ذوي الاختصاص مثل (مهندس-محام -طبيب-حرفي- تاجر- محاسب-رجل أعمال...) قادراً على إصدار حكم يحوز على ثقة الإطارق ويحسم الخصومة<sup>(29)</sup>.

5-انخفاض تكاليف التحكيم:من السمات الأساسية للتحكيم انخفاض تكاليفه المالية بسبب تحديدها وسدادها بالاتفاق بين طرفي النزاع وهيئة التحكيم واختصار الكثير من الإجراءات القضائية، بغض النظر عن طبيعة النزاع أو قيمته المالية، مقارنة إذا ما عرضت القضية على القضاء العادي، الذي يحتاج إلى أموال طائلة وذلك لطول إجراءاته ودفع أتعاب المحامين والرسوم الواجبة لرفع الدعوى، لكن هذه الميزة أنكرها البعض بحجة أن تكاليف التحكيم مصروفات وأتعاب أحياناً تكون عالية ومكلفة خاصة في التحكيم المنظم الذي يكون عبر مراكز التحكيم المستقلة والمتخصصة<sup>(30)</sup>.

6-الاستقلالية:وتتمثل في حرية الأطراف في تحديد مسارات إجراءات التحكيم من خلال اختيار المسائل الرئيسية التي يرغبون ان تسير عليها إجراءات التحكيم وتحديد القانون واجب التطبيق ومكان انعقاد جلسات التحكيم، واستقلالية المحكم بعدم تبعيته لأي من طرفي النزاع او عدم ميله لاحد الخصوم وعدم استلامه لتوجيهات من احدهم وعدم وجود علاقات سابقة<sup>(31)</sup>.

7- يمنح الطمأنينة لإطراق النزاع:على الرغم من ثقة المواطن في قضاء الدولة والقانون الواجب التطبيق على النزاع إلا أن أطراف النزاع التجاري الدولي يتخوفون دائماً من القضاء، ذلك إما لعدم ثقتهم في عدالة القضاة لانحيازهم للطرف الوطني أو لعدم مواكبة القانون لنوع المعاملة أو النزاع أو عدم توافقه مع ديانتته أو مع معتقداته.ولكن اللجوء إلتحكيم يحقق الضمانات للمتنازعين من خلال النص في العقد التجاري على تسوية النزاعات القائمة أو التي تثور مستقبلا عن طريق التحكيم.وهذا يوفر الطمأنينة لهم

بتخلصهم من القضاء الوطني للدول المضيفة للاستثمار الذي يتأثر بالتقلبات السياسية والاقتصادية، اذ يجد التحكيم مخرجاً في مسألة تنازع القوانين حيث يسعى كل طرف تطبيق قوانين بلده<sup>(32)</sup>.

8- المرونة: عند اللجوء إلى التحكيم يحق لأطراف النزاع الاتفاق على اختيار قانون أو قواعد معينة غير القانون الوطني، وهذه المرونة تناسب الخصوم وتمكهم من اختيار المحكم الكفاء والقوانين والقواعد الملائمة<sup>(33)</sup>. وتتحقق المرونة في إجراءات نظر النزاع من حيث الزمان والمكان ومن حيث تطبيق القانون الواجب التطبيق وإجراءات ضبط الجلسات - اذ لا يتقيد المحكمون أو أطراف النزاع ومحامهم بارتداء زي معين أو الترافع وقوفاً ولا يضيع حق أحد الأطراف بسبب التأخير اليسير عن الجلسة ، كما لا يتقيد الأطراف والمحكمين بإجراء التحكيم في مكان أو قاعة معينة. وهذه الإجراءات تحقيق العدالة ورضا أطراف النزاع كون المحكمين تم اختيارهم من قبل المتنازعين أنفسهم من قناعة تامة بقدرتهم على تحقيق العدالة وتخصص وعلم بموضوع النزاع<sup>(34)</sup>.

9- استمرار العلاقة التجارية بين أطراف النزاع: التحكيم أداة لتنشيط التجارة الدولية، وأسلوب يجامل أطراف النزاع، لان حسم النزاع يكون بعد التراضي وبطيب خاطر بين الجانبين بواسطة أناس حائزين لثقتهم التامة<sup>(35)</sup>. ويبقى على ما بينهما من صلوات عمل وصفقات تجارية، والمحافظة على السلام بينهما، إذ يفضل أطراف العلاقة التجارية اللجوء إلى التحكيم كأحد الوسائل التي تحل نزاعهم بطريقة أقرب إلى الود والتصالح لا الفصل والقطع، كل ذلك حفاظاً على استمرار العلاقات والمعاملات التجارية القائمة أو المستقبلية والتي نجد بعضاً منها تقوم بأموال طائلة<sup>(36)</sup>.

10- الزامية وبساطة إجراءات التحكيم: إجراءات التحكيم بسيطة، اذ يحدد أطراف النزاع تلك الإجراءات، الأمر الذي يؤدي إلى سرعة إصدار قرار التحكيم، إضافة لما في التحكيم من اختصار لدرجات التقاضي، حيث تصدر هيئة التحكيم حكم بات غير قابل للطعن فيه من حيث الموضوع وقابل للتنفيذ الفوري، والإلزام بالقرارات الصادرة من هيئة او مركز التحكيم بصفة الإلزام وبالقوة ذاتها التي تتمتع بها القرارات الصادرة من القضاء<sup>(37)</sup>.

ونرى بان التحكيم اصبح احد اهم وسائل حسم المنازعات التجارية ليس على الصعيد الدولي فحسب وإنما على الصعيد الوطني، نظراً لما يتمتع به من مزايا تستند إلى مبدأ سلطان الإرادة، كونه قائم على الرضا واتفق الأطراف المتنازعة على استبعاد اللجوء إلى القضاء وعرض النزاع على المحكمين حتى اصبح نظاماً قضائياً عالمياً إلى جانب القضاء الوطني.

### ثانياً-عيوب التحكيم التجاري

على الرغم من المزايا التي يتمتع بها التحكيم، إلا انه لا يخلو من العيوب، إذ تعتبره بعض المساوي والاعتراضات، وان القضاء هو احد سلطات الدولة التي تتحقق من خلالها إقامة العدالة، وان هذه الوظيفة التي لا يمكن إن تُترك للإفراد وإلا سادت الفوضى، واهم عيوب التحكيم هي:

1-منع القضاء الوطني: غالباً ما تعتمد الدول المتقدمة على التحكيم التي تعتبره وسيلة لضمان سيطرتها، فتلجأ اليه لمنع القضاء الوطني في الدول النامية من النظر في نزاعات المشاريع الاستثمارية الاستراتيجية الكبيرة التي تقيمها في هذه الدول، فتعمل على تجنب المستثمر الأجنبي وشركاته تطبيق القوانين الوطنية، وفرض الشروط المجحفة بحقوق الطرف الضعيف وفرض قوانين الدول القوية<sup>(38)</sup>، وبناء على ذلك لا يجوز للدولة التمسك بالتحكيم والتخلي عن السيادة لفقدانها الحصانة أمام دوله قوية متعاقدة معها لان شرط التحكيم يُعد تنازلاً ضمناً عن الحصانة<sup>(39)</sup>.

2-كثرة المصاريف بالنسبة للقضاء العادي:في القضاء العادي تقوم الدولة بدفع المرتبات للقضاة وانتداب الخبراء والمحامين، أما رافع الدعوى فلا يدفع سوى الرسوم القضائية، في حين تكاليف اللجوء إلى التحكيم فانه يكلف اطراف النزاع مصاريف اكثر تتمثل في دفع أتعاب المحكمين وأجور نقلهم وحضور الشهود وانتداب الخبراء واجتماعاتهم من قبل اطراف النزاع والرسوم والمصاريف الإدارية<sup>(40)</sup>، كما ان تكلف التحكيم قد تكون باهضه خاصة اذا اتفق الطرفان على ان التحكيم يقع أما مركز أو هيئة دولية على الرغم من عدم أهمية النزاع مما يكبد الطرف الضعيف تكاليف باهضه تدفعه للتنازل عن حقوقه<sup>(41)</sup>.

3-التحكيم يستند على اتفاق الأشخاص: يُعد التحكيم آلية فنية لحسم المنازعات التجارية الناشئة بين التجار انفسهم أو بين التجار والغير يختلف عن القضاء العام للدولة فالأخير، يجد مصدره في سلطة الدولة التي تفرضه على الأشخاص اذا ما نشب نزاع بينهم على عكس التحكيم الذي يستند على إرادة الخصوم<sup>(42)</sup>.

4-عدم الزامية التنفيذ: لا توجد مشكلة في إصدار قرار التحكيم ولكن الصعوبة تتمثل في عدم تنفيذه لان الطرف الذي صدر الحكم التحكيمي لصالحه يلجأ إلى القضاء الذي تجنبه في البداية لإلزام الطرف الآخر على تنفيذ الحكم وهذا يعود من نقطة الصفر<sup>(43)</sup>. وعلى الرغم من هذه العيوب في التحكيم ألا ان مميزاته تفوق هذه العيوب التي يمكن تجنبها في اغلب الأحيان ، فيبقى التحكيم وسيلة موازية للقضاء وناجحة في إيجاد الحلول للمنازعات التجارية، ونجاح التحكيم التجاري شجع الكثير من التجاري بتضمينه كشرط في العقود التجارية التي يبرمونها مع الغير.

### القسم الثالث: التكييف القانوني للتحكيم وأثاره القانونية

لقد اختلف الفقه بشأن التكييف القانوني للتحكيم وتحديد الطبيعة القانونية له، بوصفه عملية متكاملة منذ بدايتها باتفاق الأطراف وحتى نهايتها بصدور حكم فاصل في النزاع، وان سبب الاختلاف هو كون التحكيم نظام تعاقدى في نشأته وقضائي في وظيفته، ولغرض الإحاطة بالموضوع سوف نتناول التكييف القانوني للتحكيم وأثاره بما يلي:

#### أولاً- التكييف القانوني للتحكيم

يكون التكييف القانوني للتحكيم بإحدى النظريات الآتية:

1-النظرية العقدية: يرى انصار هذه النظرية بان التحكيم عبارة عن عقد بين الأطراف المتنازعة وله صبغة تعاقدية في جميع مراحل عملية التحكيم، ابتداء بالاتفاق بين الأطراف المتنازعة وانتهاء بصدور قرار التحكيم، ويستند أصحاب هذا الرأي إلى الأسانيد الآتية:

أ-ان الغرض من اللجوء إلى التحكيم يختلف من حالة إلى أخرى حسب متطلبات موضوع النزاع وأطرافه، مما يؤثر على تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، تتمثل في رغبة الأطراف

المتنازعة إلى أبرام عقد التحكيم وإحلال شخص ثالث وهو "المحكم" للقيام بهذه المهمة وقبولهم بالنتائج التي يتمخض عنها المحكم<sup>(44)</sup>.

ب- الأطراف المتنازعة يقبلون ضمناً عن التنازل عن الدعوى القضائية ويخولون المحكم للفصل بالنزاع المعروف أمامه مستنداً إلى سلطته التي منحها إياه الأطراف المتخاصمة، وهذه السلطة لا يمكن ان تكون سلطة قضائية، وبناء على ذلك فان الرابطة القانونية هي مصدر الأثر الذي لا يمكن اعتبار سلطة المحكم بانها قضائية أي سلطه عامة، ولا يمنع ان تكون الطبيعة التعاقدية للتحكيم بتعين محكم من جانب السلطة القضائية، أي ان المحكمة تحل محل الأطراف المتنازعة في استعمال حقهم واختيار المحكم<sup>(45)</sup>.

ج- اختلاف الأهداف بين التحكيم والقضاء فالأخير يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة في المجتمع، بينما التحكيم يرمي إلى تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف النزاع.

د- يفترض القضاء على عدم اتجاه إرادة الأطراف المتنازعة من الامتثال للقاعدة القانونية التي تحمي مصلحة احد الأطراف المتخاصمة في مواجهة الطرف الآخر، في حين يتجه التحكيم برغبة الأطراف وإرادتهم نحو أبعاد الشكوك حول نطاق حق كل منهم.

هـ- المحكم يقوم بمهمته بصفته مفوضاً عن أطراف النزاع، والحكم الصادر منه يُعد عقداً مبرماً بين هؤلاء الأطراف ويتم تنفيذه بأمر من المحكمة المختصة، كما هو الحال بالنسبة للحكم الذي يتطلب تنفيذه إجراءات تنفيذية خاصة<sup>(46)</sup>.

و- ان الأصل بالتحكيم هو التحكيم مع التفويض بالصلاح، وهذا يؤدي إلى ان المحكمين لا يطبقون القانون وإنما يبحثون عن تحقيق العدالة، اذ يجوز للمحكمين اذا اتفق طرفي النزاع بشكل صريح على تفويضهم بالصلاح الفصل في موضوع النزاع بمقتضى قواعد العدالة والأنصاف دون التقيد بأحكام القانون<sup>(47)</sup>.

ز- في التحكيم يكون شخص المحكم وطنياً أو أجنبياً، بينما يقتصر القضاء على الوطنيين فقط.

ح- اذا اخطأ المحكم ولم يقم بواجبه فلا تنطبق عليه قواعد أنكار العدالة ولا يخضع لقواعد المتخاصمة.

ط- لا يجوز الطعن في حكم التحكيم إلا برفع دعوى اصلية، اذ ان حكم التحكيم لا يقبل الطعن بطرق الطعن المطبقة في الأحكام القضائية، أي ان حكم التحكيم ليس حكماً

قضائياً، كما ان قرار التحكيم لا تكون له حجية الأمر المقضي، وإذ أريد تنفيذه فانه يخضع لرقابة موضوعية من المحكمة الأمرة بالتنفيذ، وهذا الاتجاه يجد له أساساً في اعتبارات المعاملات التجارية المتعلقة بالسهولة والسرعة والسرية من خلال امتلاك الأطراف الحرية الواسعة في القيام بإجراءات التحكيم التي تفتقر اليها إجراءات المحاكم<sup>(48)</sup>.

ي- نظام التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، فاتفق التحكيم وحكمه يمثلان كلاً واحداً لا يمكن فصله، كونه التحكيم عقد بين الإطراق المتنازعة، ولا يبرم العقد إلا بتوافر الأركان الموضوعية (رضا-محل-سبب) والشكلية بالكتابة، وغالباً ما يهدف التحكيم إلى تحقيق مصالح خاصة، اذ يستمد المحكم ولايته من إرادة أطراف النزاع، ويُعد هذا الإجراء طريقاً استثنائياً لفض النزاع وخروج عن الأصل في عرض النزاع على القضاء، فالأساس هنا الاتفاق العقدي الذي يستمد حكم التحكيم قوته التنفيذية منه، والحكم انعكاس للاتفاق<sup>(49)</sup>.

وقد وجهت لهذه النظرية انتقادات تتمثل في كونها بالغت في منح الدور الأساسي لإرادة الأطراف على الرغم من ان الأطراف المتنازعة لا يطلبون من المحكم الكشف عن أرائهم وإنما الكشف عن إرادة القانون في موضوع النزاع، كما ان المحكم عندما يقوم بالفصل في النزاع مطبقاً إرادة القانون، كما ان الطبيعة العقدية للتحكيم تحدد سلطات المحكمين من خلال تقيدهم في شروط إرادة اطراف النزاع بشكل مطلق ولا يمكن لهم الخروج من هذا التقييد وبهذا تصبح سلطات المحكمين اقل اكتمالاً من السلطات التي يتمتع بها القاضي<sup>(50)</sup>، ونتيجة لهذه الانتقادات فان هذا الرأي لا يصلح في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم.

2- التحكيم قضاء: ويرى انصار هذا الرأي بأن التحكيم نوع من أنواع القضاء إلى جانب قضاء الدولة شأنه شأن القضاء الأجنبي الذي يعترف القانون الداخلي بأحكامه او القضاء الذي تتولاه سلطة دينية غير سلطة الدولة، وان التحكيم قضاء ما دام جوهر القضاء هو تطبيق إرادة القانون في حالة معينة بواسطة شخص لا تتوجه اليه القاعدة القانونية التي يطبقها، كما يُعد المحكمين قضاة<sup>(51)</sup> أيأ كان المعيار الذي يؤخذ به في تحديد العمل القضائي<sup>(52)</sup>، ويستند انصار هذا الرأي إلى ما يأتي:

أُعيد نظام التحكيم نوعاً من أنواع القضاء موازي لقضاء الدولة الأصلي، والأحكام الصادرة من المحكمين تُعد من الأحكام القضائية، واتفاق التحكيم هو نقطة انطلاق لتحريك هذا النظام التي تهيمن عليه الطبيعة القضائية<sup>(53)</sup>.

ب- إن التحكيم يتمتع بطبيعة قضائية، فإطراف النزاع يبنون رأيهم على إن التحكيم يشمل جميع عناصر العمل القضائي وهي (الخصومة-الادعاء-الأعضاء-الشهود-والمحكم الذي يعد قاضياً حيث يقوم بالفصل في النزاع). ويستمد المحكم سلطته من إرادة المشرع التي سبق وان اعترفت بعقد التحكيم.

ج- يُعد التحكيم عملاً قضائياً وان كان اسمه قائم على الاتفاق، كون الإحكام التي يصدرها المحكمون تعد إحكماً قضائية متمتعة بحجة الشيء المقضي به، فالتحكيم قضاء إرادي واختياري، يتمثل بإرادة الخصوم باللجوء إليه، واختياري لانعدام الإلزام باللجوء إليه، فإطراف النزاع إمام خيار اللجوء إلى التحكيم وإلى القضاء<sup>(54)</sup>. ألا ان هذا الرأي واجه انتقادات تتمثل بما يأتي:

أ- ان الصفة القضائية يجب ان تظهر أثناء قيام المحكم بوظيفته، بينما المحكم أثناء نظره للنزاع لا يتمتع بصفة الإلزام "الجبر" التي يتمتع بها القاضي، فلا يستطيع ان يلزم شاهداً بالحضور أو ان يلزم أحد اطراف النزاع من ان يقدم مستنداً أو وثيقة ذات صلة بموضوع النزاع، كما ان القضاء مظهر من مظاهر السيادة فلا يجب ان تقوم به سوى الدولة<sup>(55)</sup>.

ب- اختلاف في أحكام القانون والتحكيم كون المحكم الذي يقوم بالقضاء لا يمثل الدولة أي يمكن ان يكون أجنبياً ولا يلتزم بما تلتزم به الدولة من إقامة القضاء في إقليمها.

ج- ان حكم المحكمين لا تنطبق عليه جميع قواعد الأحكام القضائية الصادرة من قضاء الدولة، أي ان حكم التحكيم ليس كغيره من الأحكام<sup>(56)</sup>.

ونرى بان الاتفاق الذي يلجئون اليه المتنازعين باختيار التحكيم لحل منازعاتهم التجارية فهم لا ينزلون عن الالتجاء للقضاء بشكل نهائي، وإنما ينزلون عن لجوئهم عن القضاء الذي تنظمه الدولة لصالح قضاء ثاني يختارون فيه قضائهم وتعترف به الدولة شأنه شأن القضاء الأجنبي، وبما ان المحكم يحل محل القاضي في النزاع فان المشرع قد فوض جزء من وظيفة القاضي في حل النزاعات والاعتراف بالحكم الصادر منه، وبذلك فان مهمة المحكم تقوم على مبدأين الاعتراف والتفويض.

3- الطبيعة المركبة للتحكيم: التحكيم يقوم على أساس طبيعتين تجتمعان في نظام واحد، وهي طبيعة العقد وطبيعة القضاء، فيتم ترجيح الطبيعة العقدية فتبرز الصفة التعاقدية على التحكيم، ويتم ترجيح الطبيعة القضائية فتبرز الصفة القضائية، إذ إنه تم وضع نظام التحكيم في وصف واحد بينهما، كون التحكيم ذو طبيعة مزدوجة او مركبة، وهو عقد لازم لا يمكن الرجوع عنه بالإرادة المنفردة من قبل احد الأطراف المتنازعة إلا بموافقة الطرف الثاني، ولكن تبدأ هذه الطبيعة العقدية بالتلاشي والضمور لتبدأ بعدها الطبيعة القضائية بالظهور، فالقرار الذي يصدره المحكمون لا يسري إلا على أطراف النزاع ولا يمتد لغيرهما، ولا ينفذ إلا بعد مصادقة المحكمة المختصة ليتسنى تنفيذه وبهذا تكتمل الصفة القضائية<sup>(57)</sup>، ويستند انصار هذه النظرية إلى ما يأتي:

أ- ان كل من الطبيعة العقدية والقضائية للتحكيم تحتكم الى مرحلة واحدة من مراحل التحكيم وانها تميزت بالوصف القانوني العقدي او القضائي فتكون طبيعة التحكيم طبيعة مركبة "مزدوجة" أي ذو طبيعة عقدية وقضائية معاً، فاتفاق الأطراف بإرادتهما يسند الطبيعة العقدية ثم يتلاشى تدريجياً لصالح الطبيعة القضائية، والتحكيم هنا ليس اتفاقاً محضاً أو قضاءً محضاً وإنما هو نظام يمر بمرحل متعددة تتمثل في المرحلة الأولى الاتفاق وفي الثانية إجراء وفي الثالثة حكم.

ب- يتم تحديد القانون واجب التطبيق وتنفيذ الأحكام طبقاً للمرحلة التي يمر بها التحكيم، ففي مرحلة الاتفاق يتم تطبيق القانون واجب التطبيق على الاتفاقيات والعقود، وفي المرحلة الثانية مرحلة الإجراءات والتداعي يتم تطبيق القانون الواجب التطبيق على المسائل ذات الطابع القضائي، وفي المرحلة الثالثة مرحلة تنفيذ الأحكام تصبح بمنزلة الحكم القضائي بعد صدور الأمر بالتنفيذ<sup>(58)</sup>. ألا ان هذه النظرية واجهت انتقادات تتمثل فيما يأتي:

أ- ان قيام الطبيعة المختلطة للتحكيم على أساس ما يؤثر على التحكيم ام هام والتحليل القانوني يجب ان لا يقف عند القول بان التحكيم خليط غير متجانس كونه اعتراف بالعجز عن تحليل الحقائق وتحديد مظاهر كل مرحلة من مراحل التحكيم.

ب- ان الأخذ بالطبيعة المختلطة للتحكيم يؤدي إلى الخلط بين حجية التحكيم وقوته تنفيذ أحكامه، إذ ان حجيته تثبت لحكم التحكيم بمجرد صدوره، أما القوة التنفيذية لا يحوزها حكم التحكيم إلا بصدور امر قضائي<sup>(59)</sup>.

4- الطبيعة المستقلة للتحكيم: ينشأ التحكيم من خلال اتفاق إرادة الإطراق المتنازعة باللجوء إلى شخص أو مجموعة أشخاص لفض النزاع فيما بينهم، فهو ينشأ بصورة عقد من حيث توافر الشروط والأركان وإتباع الإجراءات والنفاذ<sup>(60)</sup>. ويستند انصار هذا الرأي إلى ما يأتي:

أ- إن اتفاق التحكيم ليس مجرد شرط وارد في العقد الأصلي، وإنما هو عبارة عن شرط مستقل بشكل كامل، على الرغم من اندماجه من الناحية المادية في العقد الأصلي<sup>(61)</sup>، وبما إن العقد الأصلي تترتب عليه آثار تختلف عن الآثار التي تترتب على شرط التحكيم من حيث المضمون، لذلك لا يترتب على بطلان العقد بطلان الشرط في كافة الحالات، بالإضافة إلى إن هذا الشرط لا يخرج عن كونه عقداً داخل عقداً، وهذا من أهم التطبيقات للاتجاه الذي يقضي بان بطلان العقد لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان شرط التحكيم<sup>(62)</sup>.

ب- ان التحكيم نظام مستقل وأصيل في حل النزاعات، فقد ظهر قبل القضاء ومنتشر في كل دول العالم، كما ظهرت هيئات ومراكز وغرف دائمية دولية للتحكيم، الأمر الذي يجعله قضاء موازياً لقضاء الدولة الأصلي.

ج- التحكيم أداة قانونية لحل المنازعات تختلف عن العقد والقضاء، كونه يهدف إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية مميزة تتمثل في تحقيق العدالة والتعايش السلمي بين أفراد المجتمع<sup>(63)</sup>.

د- المحكم يحاول الوصول إلى حل توفيقى منسجماً مع مقتضيات النزاع، إذ يتمتع التحكيم بذاتية خاصة ويخضع لقواعد خاصة على الرغم من استعارته لقواعد العقد او قواعد العمل القضائي.

هـ- التحكيم يعني حسم النزاع بطريقة ودية بين الأطراف المتخاصمة، وبهذا يجب حصر العناصر ذات الطابع التعاقدى الإرادى للتحكيم وتمييزها عن العناصر القضائية ومدى

تداخل كل عنصر من العناصر مع بعضها وتكوين نظام التحكيم وإعطائه طبيعته المستقلة.

و-إذا كان التحكيم عقداً فيجب ان يتمتع بالشروط العامة للعقود، ألا انه يتميز عنها من حيث الهدف والموضوع، فيهدف إلى تسوية النزاع الناشئ عن علاقة قانونية سابقة وليست إقامة علاقة قانونية مالية مبتدئة بين طرفين، أما موضوعه إقامة كيان على شكل " محكم " فرداً أو هيئة أو مركز تحكيم ترفع اليه ادعاءات الطرفين لتولي الفصل بينهما وليس التراضي على تسوية النزاع بحد ذاته.

ز-أما عمل المحكم فهو حسم النزاع وفقاً للمبادئ القضائية العامة التي يضعها القانون مثل الحياد والمساواة، ويطبق اتفاق التحكيم للتعرف على حدود النزاع الداخل في ولايته والتعرف على القواعد الموضوعية والإجرائية التي يجب القيام بها في موضوع النزاع<sup>(64)</sup>.  
ولكن ما هو موقف المشرع الجزائري من التكييف القانوني للتحكيم وطبيعته القانونية؟

ان المشرع الجزائري لم يتطرق الى طبيعة التحكيم بشكل صريح، ويمكن استخلاص الطبيعة التي تبناها بشكل ضمني من خلال فحوى نصوص قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، اذ انه استعمل عبارة "حكم ومحكمة" في نص المادة 1050 من ق.ا.م.ا.ج ، واعتبر هيئة التحكيم محكمة بنصه " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون" ، ويمكن القول بان المشرع الجزائري قد تبني الطبيعة القضائية للتحكيم من خلال نص المادة 1049 من ق.ا.م.ا.ج والتي نصت على انه " يجوز لمحكمة التحكيم اصدار احكام".

ونرى بان عملية تكييف التحكيم وتحديد الطبيعة القانونية له امر في غاية الصعوبة، اذ يصعب وضعها في اطار قانوني محدد، اذ لكل مرحلة من مراحل التحكيم خصائصها المنفردة لاتسامها بطبيعة خاصة، وفي رايانا فان النظرية العقدية هي الأقرب لتحديد الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم.

#### ثانياً-الأثار القانونية التحكيم

بعد اتفاق الأطراف المتنازعة بإحالة نزاعهم إلى التحكيم سواء على صورة شرط أو مشاركة بإرادتهم المشتركة فان هذا الاتفاق ينتج عنه اثرين وكما يأتي:

1- سلب اختصاص قضاء الدولة الذي كان يجب عرض النزاع عليه في حالة عدم وجود اتفاق التحكيم، إذ أن هذا الاتفاق له اثر مانع يتمثل بالتزام القضاء بعدم النظر في النزاع طالما وجد اتفاق تحكيم وتمسك به احد الأطراف حتى لو حاول الطرف الآخر الاستمرار في تصدي القضاء للفصل في النزاع<sup>(65)</sup>.

2- قبول الأطراف المتنازعة بشكل طوعي ونهائي لقرار التحكيم الصادر من المحكم أو المحكمون فلا يحق لمن صدر الحكم في غير صالحه رفع دعوى أمام القضاء لإعادة النظر في النزاع نفسه، وللمحكم قوة الشيء المقضي به في خصوص ما تم الفصل به ومنع الطعن في حكم التحكيم او محاصرة طرق الطعن أو طلب بطلان الحكم<sup>(66)</sup>.

ونرى بان نظام التحكيم بصوره وأثاره لا يصادر ولاية القضاء صاحب الاختصاص ومظهر من مظاهر السيادة في الدولة، بل يعطي لأطراف العلاقة القانونية قدراً من الحرية في اللجوء إلى وسيلة أخرى لحسم منازعاتهم تتمثل في التحكيم، ويبقى للقضاء ولايته وسلطته الكاملة في تنفيذ اتفاق التحكيم ورقابة وصحة الاتفاق وحسن سير الإجراءات وصحة صدور القرارات وتنفيذها.

#### الخاتمة

ان اختلاف وجهات النظر حول الطبيعة القانونية للتحكيم صاحبة اختلافاً في قيمة التحكيم القانونية، فالمحاكم تشارك المحكمين في عملهم ولا يستطيع المحكمين ان يقرروا في مسائل القانون، وفي نهاية البحث تم التوصل الى جملة من النتائج والتوصيات وكما يأتي:

#### أولاً- الاستنتاجات

1- إن إرادة أطراف النزاع هي الأساس في التحكيم، وان المحكم الذي اختاره الطرفان يكونون مزودين بسلطة الفصل في النزاع القائم عن طريق إصدار قرار ملزم للطرفين نتيجة هذا الاتفاق.

2- انقسام التشريعات بصدد تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم بين الطبيعة (العقدية- القضائية- المركبة او المزدوجة- مستقلة) فهو ينطلق من عقد في نقطة البداية وينتهي بقرار قضائي ملزم.

3-التحكيم التجاري وسيلة ناجحة وطريق بديل عن القضاء لحل النزاعات التي قد تنشأ عن هذه العلاقات التجارية هذا نتيجة لما يحمل من مزايا وامتيازات يحققها من تبسيط في إجراءات الفصل في النزاع والتحرر من الشكليات بغية الفصل في النزاع بأقصى سرعة ممكنة وفي سرية تامة فهذه المزايا تدعم التجارة على نطاق واسع وتستجيب لرغبة الأطراف المتعاقدة، إذ أثبت التحكيم وجوده وقدرته لحل النزاعات التجارية الناشئة عن خصومة تجارية وتبنيه على المستوى الدولي وحتى الداخلي كنظام مستقل عن قضاء الدولة ومنافس له ،كون أطراف العقود الدولية التجارية لها سلطة الخيار في إتباع نظام التحكيم أو الخضوع لنظام قضاء الدولة، فنجد الإقبال عليه كنظام منفصل عن القضاء العادي.

4- أن الإحكام الصادرة من المحكمين بنوعها تخضع لرقابة القاضي من خلال فحص القاضي لهذه الأحكام قبل إصداره أمر التنفيذ، وهذا فيما يخص تأكده من خلو الحكم التحكيمي من أسباب البطلان الواردة والمحددة في القانون ومن عدم مخالفتها للنظام العام الداخلي والدولي .

5-يُعد التحكيم وسيلة لحسم المنازعات التجارية وهو وسيلة استثنائية لخروج المنازعات التجارية عن أروقة المحاكم واختصاصها، ويتم على إرادة الأطراف التي تأتي بصورة شرط ضمن بنود العقد او مشاركة باتفاق بين الأطراف المتنازعة، المحكم يقوم بإجراءات التحكيم وعمله كمحكم تجاري بموجب ما يمتلكه من خبرة وكفاءة ونزاهة وحيادية وثقافة اطمئن لها اطراف النزاع في إمكانية في حسم خلافهم التجاري الذي يتسع لكل المعاملات التجارية والأنشطة المتعلقة بتداول السلع والخدمات.

6-ازدهار التحكيم يرتبط بالتطورات المتسارعة التي حصلت في القطاع التجاري والاقتصادي والعقود الناشئة عنهما،والتي اقتضت ابتداء وسائل حديثة وبديلة عن القضاء في تسوية المنازعات التي تثور بين اطراف العلاقة القانونية.

#### ثانياً- المقترحات

1-العمل على بناء العلاقة بين التحكيم والقضاء لغرض تحقيق درجة من التكامل بين النظامين لتحقيق الغاية الأساسية بينهما وهي فض النزاعات التجارية، بشرط عدم

المساس بذاتية نظام التحكيم من خلال إحاطة التحكيم بضوابط تكفل الحفاظ عليه وتدعم فاعليته.

2-نقترح على المشرع إعداد مشروع قانون يسمى "قانون التحكيم" للفصل في المنازعات التجارية، يحمل بين نصوصه المعايير الدولية، ومواكب التطورات الدولية، ويمكن الاستفادة من المراكز الدولية الخاصة بالتحكيم.

3-التأكيد على مبدأ استقلالية شرط التحكيم عند إبرام العقد بين الطرفين، والنص على إن المحكم كالقاضي يجب إن يقوم بعمله بكل حيطة واستقلال. مع مراعاة المحكمين للمعايير الدولية التي تنسجم مع القانون العام من المساواة بين الطرفين وتكافؤ الفرص واحترام حق الدفاع وإتاحة الفرصة للحضور والسماع لوجهات النظر.

4-خلق قنوات اتصال مع مراكز التحكيم في الدول ذات التجارب الناجحة في نظام التحكيم والمشاركة في جميع المؤتمرات التي تتناول موضوعات تتعلق بالتحكيم، وذلك للاطلاع على كلما هو جديد في هذا المجال وهذا يضمن إعداد قادر على تولي مهمة التحكيم.

5-ضرورة بذل العناية القصوى من قبل أطراف النزاع عند اختيار المحكمين مع مراعاة أن يتمتع المحكم المختار بالخبرة والتخصص والاستقامة والحيادية ووجوب استبعاد فكرة النظر إلى المحكم من قبل الأطراف على أنه محامي الدفاع عنهما، وأن تضع الشروط والضمانات التي تراها مناسبة من حيث الكفاءة والخبرة والجنسية مع تحييد الاعتبارات الشخصية والسياسية.

---

(1) ناريمان عبدالقادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص12.

(2) سراج حسين محمد أبوزيد، التحكيم في عقود البترول، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص22.

(3) كاوه عمر محمد، التحكيم في منازعات العقود النفطية، مكتبة زين الحقوقية والأدبية ش. م. م، ط1، لبنان، بيروت، 2015، ص20.

(4) محمود السيد عمر التحيوي، العنصر الشخصي لمحل التحكيم، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص3.

- (5) مصطفى ناطق صالح مطلوب، المعين في التحكيم التجاري-دراسة مقارنة على وفق احدث الأنظمة القانونية التحكيمية الإقليمية والدولية، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر، الإمارات، 2017، ص29.
- (6) محمد علاء الدين، شرح الدر المختار، مطبعة محمد علي صبيح، القاهرة، س.ن ، ص151.
- (7) سورة النساء، الآية(65).
- (8) المادة( 1017) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لسنة 2008.
- (9) احمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص15.
- (10) أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1992، ص17.
- (11) دندن وسيلة، التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبدالحميد بن ماديس- مستغانم، 2017-2018، ص21.
- (12) احمد عبدالكريم سلامة، النظرية العامة للنظر في المسائل الودية لتسوية المنازعات-المفاوضات-الوساطة-التوفيق-الصلح-بديلاً عن المعتكك القضائي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص146.
- (13) المادة(4/27) من قانون الاستثمار العراقي المعدل رقم 13 لسنة 2006 المعدل.
- (14) المادة(251) من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم 83 لسنة 1969.
- (15) انظر الباب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لسنة 2008.
- (16) قرار النقض المدني في الطعن المرقم 1004 لسنة 61 قضائية، جلسة 1996/12/27، والمنشور في مجلة القضاء المصرية، ع1، س31، 1998، نقلاً عن كاوه عمر محمد، مصدر سابق، ص36.
- (17) أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، ط5، الإسكندرية، 2001، ص22.
- (18) محمود مختار احمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص6.
- (19) أحمد عبدالكريم سلامة، قانون التحكيم الدولي والداخلي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص256.
- (20) محمود مختار احمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص6.
- (21) أحمد عبدالكريم سلامة ، مصدر سابق، ص256.
- (22) المادة (12) الباب الثاني من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.
- (23) المادة (7/6) من قواعد مركز القاهرة للتحكيم الإقليمي " من المستحسن ان تكون جنسية المحكم غير جنسية الأطراف.
- (24) المادة(16) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.
- (25) مصطفى ناطق صالح مطلوب، مصدر سابق، ص237.
- (26) ياسر عبدالسلام، دراسة نقدية لقانون التحكيم، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص12.
- (27) كاوه عمر محمد، مصدر سابق، ص73.

- (28) محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي-دراسة في قانون التجارة الدولية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 1974، ص 18.
- (29) هاشم خالد، تكوين المحكمة التحكيمية في منازعات التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008 ، ص 30.
- (30) منير عبد المجيد ، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 8.
- (31) احمد السيد الصاوي، التحكيم طبقاً للقانون 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم، ط2، المؤسسة الفنية، القاهرة، 2004، ص 101.
- (32) كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، ط1، القاهرة، 1991، ص 25.
- (33) محمود مختار احمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 36.
- (1) احمد عشوش، التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار، جامعه الزقازيق، 1990 ، ص 21.
- (35) فحطان عبدالرحمن الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط1، مطبعة الخلود، بغداد، 1985، ص 31.
- (36) محمد الدوري، الآليات القانونية لحل النزاعات بالتحكيم، بحث منشور في مجلة بيت الحكمة، دراسات قانونية، ع4، السنة الرابعة، 2002، ص 5.
- (37) عبد العزيز عبد المنعم، خليفة التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دراسة مقارنة لأحكام التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 2006، ص 21.
- (38) سمير جاويد، التحكيم كآلية لفظ المنازعات، ط1، دار القضاء، أبوظبي، 2014، ص 23.
- (39) بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 399.
- (40) سمير جاويد، مصدر سابق، ص 23.
- (41) بسام شيخ العشرة، التحكيم التجاري، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018، ص 22.
- (42) بشار محمد الأسعد، مصدر سابق، ص 399.
- (43) سمير جاويد، مصدر سابق، ص 23.
- (44) محمود مختار احمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص 283.
- (45) فتحي والي، مصدر سابق، ص 49.
- (46) محمود مختار احمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص 283.
- (47) المادة (4/39) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.
- (48) مصطفى ناطق صالح مطلوب، مصدر سابق، ص 79.
- (49) عبد الباسط احمد الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، ط1، الإسكندرية، 2005، ص 22.
- (50) بسام شيخ العشرة، مصدر سابق، ص 22.

- (51) قرار محكمة استئناف القاهرة بان المحكم يصبح في منزلة القاضي بمجرد قبوله بمهمة التحكيم المسندة اليه، وهو يحمل صفات القاضي من حيادية واستقلال عن جميع اطراف النزاع بما فهم الخصوم الذين اختاروه. حكم محكمة استئناف القاهرة 2003/4/29، الدعوى 120/1 في الدائرة 91 تجاري.
- (52) فتحي والي، مصدر سابق، ص50.
- (53) بسام شيخ العشرة، مصدر سابق، ص5.
- (54) سنان عبدالحمزة تايه، الطبيعة القانونية للتحكيم، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، ع 51، 2008، ص101.
- (55) فتحي والي، مصدر سابق، ص51.
- (56) احمد أبو الوفا، مصدر سابق، ص20.
- (57) صادق مهدي حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، بغداد، 1986، ص445.
- (58) الطبيعة القانونية للتحكيم –التعاقدية والمختلطة والمستقلة لشرط التحكيم، مقال منشور على الموقع الالكتروني وأخر زيارة في 2019/7/19. <http://kenanaonline.com>
- (59) احمد أبو الوفا، مصدر سابق، ص20.
- (60) سنان عبدالحمزة تايه، مصدر سابق، ص98.
- (3) حفيظة السيد الحداد، الموجه في نظرية التحكيم التجاري، ص169.
- (62) طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1997، ص161.
- (63) بسام شيخ العشرة، مصدر سابق، ص6.
- (64) الطبيعة القانونية للتحكيم –التعاقدية والمختلطة والمستقلة لشرط التحكيم، مقال منشور على الموقع الالكتروني وأخر زيارة في 2019/7/19. <http://kenanaonline.com>
- (65) فتحي والي، التحكيم قانون في النظرية والتطبيق، ط1، مشاة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص161.
- (66) محمود مختار احمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، مصدر سابق، ص7.