جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

الميدان : الحقوق والعلوم السياسية
الفرع: حقوق
التخصص: قانون أعمال
رقم: .....

إعداد الطالب(ة) : سليمان بشير
إبراهيم بني عوده

يوم: 2022/06/28

الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري

لجنة المناقشة:

معاشي سميرة	أ. مح ب	جامعة بسكرة	رئيسا
كليبي حسن	أ. مح أ	جامعة بسكرة	مشرفا ومقررا
جروني خالد	أ. مح أ	جامعة بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية : 2021 - 2022

الإهداء

الإهداء

الإهداء

إلهي يا مبدع هذا الكون يا سندي في دنياي وآخرتي ...

حسبنا من الدنيا أنت.. ورجائنا الأزلي الرحمة منك.. نسألك الرضى منك ونحمدك بعدد خلقك ورضاء نفسك وزنة عرشك ومداد كلماتك.. ونسألك الفوز بجنتك وهدية نبيك.. **(ربي وخالقي)**.

إلى قدوتنا الأبدية ومثلنا الأعلى.. إلى سيد المرسلين.. إلى الإنسانية العظمى.. وسيد الأخلاق.. إلى شفيعنا يوم القيامة.. علمتنا الصبر عند البلاء، ومجاهدة النفس.. إلى من نرجوا مرافقته في جنان الخلد.. **سيّد المرسلين (محمد صلى الله عليه وسلم)**..

إلى منهم أفضل منا جميعاً، إلى من ماتوا لكي نحيا ويحيا الوطن.. **(شهداء الجزائر وفلسطين)**..

إلى ذلك الوطن الذي ظل ينزف شهداءهُ منذ سنين.. ينتظرنا جميعاً بكل ما نمتلك، منادياً بالحرية.. **(وطني الحبيب فلسطين)**.

إلى الوطن الذي لم نشعر ولو لحظة بأننا غرباء فيه، إلى الوطن الذي يتنفس من دماء الشهداء، إلى الوطن الذي مهما قلت لن ولم نوفيهِ حقهُ.. **(وطني الثاني الجزائر)**.

إلى من تجرّعت كأس الشقاء مراً لتسقينا رحيق السعادة، إلى التي ضحت بالكثير من أجل أن نحيا، إلى الذكرى الحية في قلوبنا، إلى الشمس التي أنارت دربنا، ودفّأتنا بحنانها، إلى من نرى من خلال ثغرها الباسم جمال الكون ولذته، إلى المقاتلة التي حاربت كل يأس وظلمة ثم أخرجتنا من العتمة، كلما كنا ننكسر كانت هي تجبرنا إلى من ركع العطاء أمام قدميها، **(الأم الغالية)**.

إلى اليَّد الطاهرة التي أزالت من أمامنا أشواك الطريق ورسمت المستقبل بخطوط من الأمل والثقة، وإلى الذي لا تفيه الكلمات والشكر والعرفان بالجميل إلى تاج الرأس. إلى من كساه الشعر الأبيض لننعم بالنعم التي جعلتنا اليوم نكتب هذه الحروف من على مكتب رسم حلمه قبل حلمي،

الإهداء

إلى تجاعيد يده التي جعلتنا نصل إلى هذه المرحلة، إلى قدوتنا ومعلمنا الأول إلى من قال لنا ذات يوم إياك وألا تصل.. من زرع بقلبنا عطاءاً كبيراً.. **(الأب الغالي)**.

فالأخوة هي بمثابة جنة الله على الأرض فيكفي بأنهم يحملون في عروقهم وقلوبهم نفس الدم، وإلى الذين آثرونا على أنفسهم وإلى من علمونا في علم الحياة.. (الأخوة والأخوات الأحباء).

إلى كل الأخوة الفلسطينيين الذين شاركونا أيام الإغتراب، فَعِشنَا فلسطينا في وطن آخر أهداه لنا القدر.. كل حياتنا وسر سعادتنا وابتساماتنا تضيء حياتنا بوجودكم. كثير الحديث عنكم ولا يُملّ، كما كثير عددكم وأصبح من الصعب إحصاؤكم، عشنا معكم أزهى سنوات العمر، ونرجوا من الله إن فرّقتنا الدنيا ألا تفرقنا الآخرة.. وأخص أصدقائنا الجزائريين أيضاً الذي عددهم لا يعد ولا يحصى ونشكركم على ما قدمتموه لنا من ملئ مكانة الصديق والأهل..

أما الإهداء الذي من النوع الخاص فإننا نتوجه بالشكر أيضاً إلى كل من لم يقف بجانبنا، ومن وقف في طريقنا وعرقل مسيرة دراستنا وزرع الشوك في طريقنا فلولا وجودهم لما أحسسنا بمتعة الدراسة ولا حلاوة المنافسة، ولولاهم لما وصلنا إلى ما وصلنا إليه فلهم مني كل الشكر.

نُهدي هذا العمل

إبراهيم بني عودة

سليمان بشير

الشكر والتقدير

الشكر والتقدير

الحمد لله الذي جعل التربية مشتقة من اسمه وجعل أشرف الأعمال عمل المربين والصلاة والسلام على سيد المرسلين محمد وعلى من اهتدى بهديه إلى يوم الدين وبعد:

في البداية نحمد الله العظيم نشكره كثيراً على توفيقنا في إنجازنا لهذا العمل المتواضع، وان واجب العرفان يدعونا أن نتقدم بالشكر الجزيل والتقدير الكبير لأُستاذنا الغالي والجليل الدكتور "كليبي حسن" الذي كان له فضل الإشراف على هذه الدراسة فكان نِعمَ المُرشد والموجه وكان قبس الضياء في عتمة البحث، كما كان قبطان مركب العلم في موج الدراسة المتلاطم ولعلنا لا نعدم الحق إذ نقول أنه كان وما زال نِعمَ الناصح الأمين ونِعمَ الأب الوقور ونِعمَ الأخ الحليم أفاض علينا بعلمه وشملنا بفضله وسماحته ومنحنا الثقة وغرس في نفسنا قوة العزيمة ولم يدخر جسداً ، ولم يبخل علينا بشيءٍ من وقته الثمين ، أبقاه الله ذخراً لطلبة العلم وجعل ذلك في ميزان حسناته وأرضاه بما قسم له.

مقدمة

مقدمة

لقد جاء سجل البشرية حافلا بالحروب حتى غدت أبرز سمات التاريخ البشري، التي بدأت صفحاته ملطخة بالدماء وشاهدة على ويلات تلك الحروب.

ومع تطور المجتمعات البشرية نشأت ضرورة تسوية النزاعات بطرق سلمية، وكان السبق للشريعة الإسلامية في ذلك، لقوله تعالى" وإِنْ طَائِفَتان اقْتَتَلوا فَاصْلِحُوْا بَيْنَهُمَا". وفي الوقت الحاضر قد اعتبرت التسوية السلمية من أهم سياسة القانون الدولي، خاصة بعد تكريسه في ميثاق الأمم المتحدة في المادة 33، وإحدى وسائل هذا المبدأ التحكيم التجاري الدولي، والذي يعتبر إحدى الوسائل التحكيمية لفض المنازعات الدولية ذات الطابع التجاري، والذي اختلف في طبيعته الى عدة اتجاهات يمكن تلخيصها الى اتجاهين، أولها النظريات الآحادية، وثانيها النظريات الثنائية.

*أهمية الدراسة

تتضح أهمية في دراسة هذا الموضوع والتي تتمثل فيما يأتي:

1/ تشهد الساحة الدولية من كثرة التعاملات التجارية وخاصة التعاملات الاقتصادية.

2/ تبرز أهميته من خلال مرونة التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الدولية وخاصة التجارية.

3/ تتضح أهميته بإعتباره إحدى الوسائل السلمية التي تم تكريسه من خلال عدة مواثيق دولية وخاصة: ميثاق الأمم المتحدة والعديد من الأجهزة الدولية من أهمها، غرفة التجارة الدولية.

4/ تتضح أيضا أهميته من خلال اعتباره وسيلة تحاكمية رضائية قائمة على مبدأ إختيار أشخاص القانون الدولي.

5/ تبرز أهمية دراسة الطبيعة القانونية للتحكيم في تحديد مدى الزامية حكم التحكيم ومدى الإعتداد باتفاق التحكيم ومدى اعتبار إتفاق التحكيم جوهر العملية التحكيمية.

*إشكالية الدراسة

وبناءً على ما تقدم ذكره يمكن طرح الإشكالية الآتية:

"ما هي الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري؟"

*المنهج المستخدم

لقد حرصنا في هذه الدراسة ونزولا الى موجبات البحث العلمي على إختيار منهج يتناسب مع طبيعة البحث القانوني التي تفرض علينا نوعية المنهج المتبع، لذا قمنا باختيار منهج يلزم دراسة الموضوع بكل جوانبه وهو "**المنهج الوصفي التحليلي**"؛ والذي يهدف الى بيان ماهية الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي من خلال بيان النظريات المحددة للطبيعة وكذا من خلال بيان أسانيد هذه النظريات، والترجيح بين هذه النظريات وذلك من خلال الرجوع الى المراجع القانونية المتخصصة وكذا الاتفاقيات القانونية ذات الصلة.

*التقسيم العام للدراسة

وأخيرا بهدف الإجابة على إشكالية الموضوع المدروس، قسمنا موضوع الدراسة إلى فصلين، الفصل الأول بعنوان النظريات الأحادية والذي من خلاله يتم التطرق الى مبحثين، الأول يتطرق الى النظرية العقدية، أما الآخر فيتطرق الى النظرية القضائية.

ثم يأتي بعد ذلك الفصل الثاني تحت عنوان النظريات الثنائية، والذي من خلاله يتم التطرق الى مبحثين، الأول يتطرق الى النظرية المختلطة، والثاني يتطرق الى النظرية ذو طبيعة خاصة.

وأخيرا خاتمة تتضمن مجموعة من أهم النتائج والإقتراحات التي توصل اليها الباحث.

المبحث التمهيدي:

ماهية التحكيم التجاري

المبحث التمهيدي: ماهية التحكيم التجاري

قبل الدّخول الى الطبيعة القانونية للتحكيم، يجب علينا أنْ نتطرّق مسبقاً الى التّحكيم التّجاري ومعرفة نشأته، وما المقصود بالتّحكيم من ناحيته اللغوية والاصطلاحية، وبناءًا على ذلك سوف نتطرق في هذا المبحث الى مطلبين، مفهوم التحكيم في المطلب الأول، وأنواع التحكيم في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم التّحكيم التّجاري

سوف نتناول في هذا المطلب كل من تعريف التحكيم التجاري ونشأته.

الفرع الأول: تعريف التحكيم التجاري

أولا: التّعريف اللغوي والاصطلاحي للتّحكيم التّجاري.

1/ التّعريف اللغوي للتّحكيم التّجاري.

أصل كلمة التّحكيم في اللّغة الْعربية من حَكَمَ بالأمر حُكْماً، يقال حُكِمَ له، وحَكَمَ بينهم[1]. ويعرف أنه التّفويض في الحكم [2]، فهو مأخوذ من حكمه وأحكامه، فاستحكم أي صار محكما في ماله تحكيما؛ اذ جعل اليه الحكم فاحتكم عليه في ذلك، وحكموه بينهم، أمروه أن يحكم بينهم، ويقال حكمت فلانا في بيننا، أي أجزنا حكمه بيننا[3].

قال تعالى في كتابه الكريم:" أَفَلْا وَرَبّكَ لا يُؤْمِنوْنَ حتّى يُحَكّمُوكَ فِيْمَا شَجَرَ بَيْنَهَمْ، فَلَا يَجِدُوْا فِيْ أَنْفُسِهُمْ حَرَجاً ممّا قَضَيْت وَيُسّلّمُوْا تَسْلِيْمَا"[4]؛ أي أن يجعلوك حكماً فيما بينهم من مشكلة.

(1) المعجم الوجيز، معجم اللّغة العربية. القاهرة، مصر، 1995، ص 165.

(2) عجابي إلياس، **(النظام القانوني للتّحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد)**. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد 01، ص 57.

(3) مراد محمود المواجدة، **التّحكيم في عقود الدولة ذات الطّابع الدولي**. الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص21.

(4) سورة النساء، الآية 3.

وقال تعالى:"... وَإِذا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النّاْسِ أَنْ تَحْكُمُوْا بِالْعَدْل..."[1]، وقال تعالى أيضا:" وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاْق بَيْنَهُمَا، فَابْعَثُوْا حَكَماً مِنْ أَهْلِهْ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا"[2].

إن التّحْكِيْم في اللّغة الْفرنسية يعني الفصل في النزاع أو الخلاف، والحكم هو الشّخص الذي يفصل في النزاع. والتّحكيم في اللغة الإنجليزية، ورد تحت كلمة يَحكم، من يطلب مساعدة شخص أو مجموعة من الأشخاص للوصول إلى إتّفاق، والمحكم هو الشخص الذي يساعد شخصين أو أكثر للوصول إلى اتفاق أو يفصل ما يراه صحيحا[3].

2/ التعريف الإصطلاحي للتحكيم التجاري.

إن مصطلح التحكيم التجاري، مصطلح حديث النشأة، تم استعماله لأول مرة في مؤتمر الأمم المتحدة المنعقدة في نيويورك في الفترة من 20 ماي إلى 10 جوان 1985، والذي إنتهى بتوقيع إتفاقية نيويورك 1958 بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

وسنقوم بتعريف التحكيم في هذه النقطة في ظل كل من الإتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة.

أ- تعريف التحكيم في ظل الإتفاقيات الدولية.

لقد عرفت مجموعة من الإتفاقيات الدولية التحكيم، ومنها إتفاقية لاهاي لتسوية المنازعات الدولية عام 1907، التي تعتبر الساندة للتحكيم، والتي عرفت التحكيم في المادة 37 على أنه" طريقة لفض المنازعات بين الدول وغيرها من الأشخاص الدولية بواسطة محكم أو أكثر من

(1) سورة النساء، الآية 58.

(2) سورة النساء، الآية 35.

(3) دندن وسيلة، **(التحكيم التجاري الدولي)**. في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، القانون الخاص، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018/2017، ص 09.

إختيارها وعلى أساس الحق"[1]. ونلاحظ من هذا التعريف أن التحكيم يعتبر طريقة قانونية، والتي تمتلك لقراراتها قوة إلزام.

وعرفت اتفاقية عمان العربية لإتفاق التحكيم التجاري لعام 1987 التحكيم في المادة الأولى بأنه" إتفاق التحكيم هو إتفاق الأطراف كتابة على اللجوء إلى التحكيم سواء قبل نشوء النزاع أو بعده،[2] ونلاحظ في تعريف إتفاقية عمان، أن الإتفاقية قد أخذت بالنظرية العقدية في تعريفها للتحكيم.

وعرف القانون النموذجي للتحكيم التجاري عام 1985، في الفصل الثاني المادة 07 اتفاق التحكيم" هو إتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة، التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل"[3].

ونلاحظ أن معاهدة نيويورك لعام 1985 المتعلقة بالإعتراف بالقرارات التحكيمية وبتنفيذها لم تعرف التحكيم.

ب- تعريف التحكيم التجاري في ظل التشريعات.

لم تنص التشريعات الوطنية الحديثة للتحكيم على تحديد ما المقصود بالتحكيم التجاري بشكل مباشر، ولعل ذلك راجع الى أن أغلبية هذه التشريعات قد استوحيت من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الأونسترال) عام 1985.

*القانون المصري: نجد أن قانون التحكيم المصري الجديد في مادته العاشرة قد نص على تعريف اتفاق التحكيم، بقوله " هو إتفاق الطرفين على الإلتجاء الى التحكيم لتسوية كل أو بعض

(1) نص المادة 37 من إتفاقية لاهاي المؤرخة في 19 أكتوبر عام 1907.

(2) نص المادة الأولى من إتفاقية عمان العربية لإتفاق التحكيم التجاري. المؤرخة في 04/14 عام 1987.

(3) نص المادة 07 من القانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي عام 1985 مع التعديلات المعتمدة في عام 2006.

المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أم غير عقدية[1].

*التشريع الأردني: لم يقم التشريع الأردني بالتطرق إلى تعريف التحكيم في قانون التحكيم الجديد لسنة 2001، ولكن ورد تعريف التحكيم في القانون القديم رقم 18 سنة 1953، حيث نصت المادة الثانية منه " تعني عبارة إتفاق التحكيم، الإتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم، سواء أكان اسم المحكم أو المحكمين مذكورا في الإتفاق أم لم يكن[2].

*التشريع الفلسطيني: عرف التحكيم في الفصل الأول، المادة الأولى على أنه" وسيلة لفض نزاع قائم بين أطرافه، وذلك يطرح موضوع النزاع أمام هيئة التحكيم في الفصل فيهما"[3].

ونلاحظ أن تعريف التحكيم في التشريع الفلسطيني قد جاء بحكم أن التحكيم وسيلة اختيارية، يتفق عليه الأطراف مسبقا.

*التشريع الجزائري: لم يتناول المشرع الجزائري تعريف واضح ودقيق للتحكيم التجاري، الا أنه تعرض لأحكامه من خلال المرسوم التشريعي 93-09، وكذلك لم يتناول تعريفه في القانون الجديد 08-09 في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي نظم المشرع الجزائري في التحكيم الداخلي والخارجي، كون أن المشرع الجزائري قد عرف التحكيم على أنه" يعتبر دوليا التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أم الطرفين على الأقل في الخارج[4].

ثانيا: التعريف الفقهي للتحكيم التجاري.

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي، **التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية**. د ط، دار الكتب القانونية، مصر، ص200.

(2) دندن وسيلة، **المرجع السابق**. ص11.

(3) المادة الأولى من **قانون التحكيم الفلسطيني** رقم 3 سنة 2000.

(4) حاتم غائب سعيد، **(التحكيم التجاري والطبيعة القانونية له)**. مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، جامعة الفلوجة- تكريت، المجلد 04، العدد 02، 2020، ص37.

لقد ذكر فقهاء التحكيم تعريفات عديدة ترتكز أساسا على أن التحكيم يعتبر وسيلة من والوسائل السلمية لفض النزاع، وتعددت التعريفات للفقه الأجنبي والفقه العربي.

1/ تعريف التحكيم التجاري في الفقه العربي

لقد عرف فقهاء العرب التّحكيم في عدة تعريفات نذكر منها:

أ- عرف فقهاء المذاهب الأربعة، الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي للتحكيم، فعرفه فقهاء المذهب الحنفي بأنه" تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما. وجاء تعريف المالكية بأنه" تولية الخصمين حاكما يرتضيانه ليحكم بينهم. وعرفه الشافعية" تولية خصمين حكما صالحا للقضاء ليحكم بينهما". وعرفه فقهاء المذهب الحنبلي بأنه" تولية شخصين حكما صالحا للقضاء يرتضيانه للحكم بينهما"[1].

ونلاحظ من تعريفات المذاهب الأربعة الاجماع على أن التحكيم يتم بإرادة الطرفين برضاء تام دون ممارسة أي إجبار عليها من طرف اخر، كما يتم تولية شخص ثالث ألا وهو المحكم بالفصل في المنازعات، والذي يمتاز حكمه بذات قوة الحكم القضائي مالم يخالف المشرع.

ب- وعرف التحكيم أيضا على أنه رغبة الطرفين في عدم عرض النزاع على القضاء المدني في الدولة، ورغبتهم في إقامة محكمة خاصة بهم يختارونها هم بأنفسهم، ويحددون لها موضوع النزاع والقانون الذي يرغبون تطبيقه فيما بينهم[2].

نلاحظ في هذا التعريف أن المحكم ليس قاضي مفروض على الطرفين، وانما هو قاضي مختار بواسطة الطرفين بشكل مباشر أو غير مباشر.

ج- يذهب جانب من الفقه المصري الى تعريف التحكيم بأنه" حق وطريق خاص من طرق التقاضي يقرره القانون ويحميه ويفرض نظامه عليه في التنفيذ ويستخرج من أجل الوصول الى

(1) عبد الحميد العوض القطيني محمد، **(الوسائل السلمية لتسوية النزاع الدولي)**. أطروحة دكتوراه، جامعة شندي، كلية الدراسات العليا، السودان، 2016، ص 185.

(2) مراد محمود المواجدة، **المرجع السابق**. ص27.

تطبيق القواعد العامة للعدالة بغير مخالفة القانون في هذا التطبيق ويتحقق من ورائه الهدف الذي سعى اليه الخصوم في انهاء النزاع، وتفادي طرق التقاضي العادية والنفقات الباهظة في التقاضي عن طريق السلطة المختصة بذلك[1].

د- في الفقه الإسلامي تعني" التفويض الذي يمنحه القاضي للشخص أو أكثر لأجل الفصل في موضوع أو حالة معينة[2].

هـ- وقد عرف الفقيه محمد بجاوي، التحكيم على أن" التحكيم هو تلك العدالة الخاصة التي يسلبها الإختصاص من المحاكم الوطنية العادية للدولة، ويجعله من اختصاص أشخاص خواص يختاره الأطراف المتنازعة"[3].

و- عرفت الأستاذة حفيظة السيد حداد التحكيم على أنه" نظام خاص للتقاضي ينشأ من الإتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة الى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل بالمنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي[4].

2/ تعريف التحكيم التجاري في الفقه الأجنبي.

لقد عرف فقهاء الأجانب التحكيم في عدة تعريفات نذكر منها:

أ- عرف الفقه السويسري التحكيم على أنه:" آلية خاصة لفض المنازعات، تجد مصدرها في إتفاق الأطراف وتتميز بإخضاع المنازعة لأشخاص عادية بشكل مباشر أو غير مباشر بوساطة أشخاص آخرين[5].

(1) هشام خالد، **أوليات التحكيم التجاري الدولي**. د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص55.

(2) إبراهيم مصطفى إبراهيم المهندز، **(تسوية المنازعات الدولية بالوسائل السياسية والقضائية)**. رسالة ماجستير، العلوم السياسية، الاكاديمية الليبية، مدرسة الدراسات الاستراتيجية والدولية، ليبيا، 2018، ص84.

(3) فكري عبد الله خاني، **المحاكم الدولية والحضور السوري والعربي**. دار النفائس، دمشق،2009، ص103.

(4) باسود عبد المالك، **(طبيعة النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري)**. مجلة القانون والمجتمع، جامعة الدكتور طاهر مولاي، سعيدة، 2015، ص4.

(5) باسود عبد المالك، **المرجع نفسه**.

ب- عرف الفقيه الفرنسي روبرت التحكيم على أنه" نظام للقضاء الخاص تقتضي فيه خصومة عن إختصاص القضاء العادي، ويعهد بها الى أشخاص يختارون للفصل فيه"[1].

ج- عرف الفقيه جون روبرت التحكيم" تحقيق العدالة الخاصة وهي آلية وفقا لها يتم سلب المنازعات من الخصوم لولاية القضاء والعام لكي يتم الفصل فيها بواسطة أفراد عقد اليه العصمة[2].

د- يؤخذ جانب من الفقه الأجنبي الى محاولة وضع تعريف للتحكيم طارحا التساؤل التالي" هل رأيت أثناء مجادلة أو حوار، ان قام المتجادلين باللجوء الى شخص من الغير يتسم يصفه الحياد، حتى يحسم مثل هذا الجدال وذلك بأن يقول من على حق من المتجادلين؟ هل توافق صراحة أو ضمنا أو تحتوي أن تكون إجابة الشخص مثل هذا الشخص مقبولة ومنهية للنزاع والجدل القائم بين المتجادلين أو المتنازعين؟ إذا كانت الإجابة بالإيجاب فأنت بصدد تحكيم، وما تقوم هو تعريف بدائي للظاهرة المماثلة[3].

هـ- قد قام قاموس أكسفورد المختصر بتعريف التحكيم بأنه" تسوية النزاع بواسطة شخص معين إتفق الأطراف على إحالة النزاع اليه عن طريق حكم عادل يصدره في النزاع المعني[4].

ثالثا: تعريف القضاء للتحكيم.

1- ذهب القضاء السوري في بعض أحكامه الى تعريف التحكيم بأنه" ولاية إستثنائية شرعها قانون أصول المحاكمات المدنية لحل الخلافات وهي ترفع يد القضاء عن النظر فيها[5].

(1) عبد العزيز عبد المنعم، **التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية**. الطبعة الأولى: دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 10.

(2) باسود عبد المالك، **المرجع السابق**. ص03.

(3) هشام خالد، **المرجع السابق**. ص33.

(4) هشام خالد، **المرجع نفسه**. ص34.

(5) **المرجع نفسه**. ص60.

2- عرفت محكمة النقض المصرية للتحكيم بقولها" طريق لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية، وعدم التقيد بإجراءات المرافعات أمام المحاكم بالأصول الأساسية في التقاضي، وعدم مخالفة ما نص عليه في باب التحكيم"[1].

وذهبت المحكمة في حكم اخر الى أن التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، وما تكفله من ضمانات، فهو يكون مقصورا على ما نتصرف اليه إرادة المحتكمين الى غرضه على هيئة التحكيم[2].

3- قامت المحكمة الدستورية العليا بتعريف التحكيم بقولها" عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم، يعين باختيارهما أو بتفويض منها على ضوء شروط يحددها ليفصل ذلك الحكم في النزاع بقرار يكون نائبا عن شبهه،[3] مجرد من التحامل، قاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان اليه، بعد أن يدلى كل منهما بوجهة نظره تفصيليا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية[4].

4- تعرف محكمة التمييز الأردنية التّحكيم بأنه" طريق استثنائي لفض المنازعات، ويقتصر على ما انصرفت اليه إرادة طرفي التحكيم، وعلى المحكمة ان لا تتوسع في تفسير العقد المتضمن شرط التحكيم لتحرير المنازعات الخاضعة للتحكيم.

الفرع الثاني: نشأة التحكيم

أولا: نشأة التحكيم في العصور القديمة

عرفت الحضارات القديمة التحكيم كأسلوب بديل عن الحرب، فنجد أن اليونانيون قد طبقوا التحكيم في مجال العلاقات الداخلية المدنية منها والتجارية، حيث كان يلزم كل مواطن من مواطني

(1) مراد محمود المواجدة، **المرجع السابق**. ص23.

(2) مراد محمود المواجدة، **المرجع نفسه**. ص24.

(3) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **المرجع السابق**. ص13.

(4) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية**. الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية،2015، ص13.

أتينا بأن يقوم بتسجيل اسمه في قوائم المحكمين، وكذلك استعملوه في العلاقات الخارجية فكان هناك مجلس دائم للتحكيم.

وكذلك عرف الرومان التحكيم، فقد كان يقوم بهذه الوظيفة الملك، وكذلك عرفه البابليون والاشوريون، وكذلك عرفه العرب قبل الإسلام، فقد كان هناك العديد من المحكمين العرب سواء كانوا رجال أو نساء وكانوا يطبقون قاعدة الاثبات على المدعي واليمين على من أنكر وكذلك في الإسلام نص القران الكريم على التحكيم بقوله تعالى:" أَفَلْا وَرَبّكَ لا يُؤْمِنوْنَ حتّى يُحَكّمُوكَ فِيْمَا شَجَرَ بَيْنَهَمْ، فَلَا يَجِدُوْا فِيْ أَنْفُسِهُمْ حَرَجَاً ممّا قَضَيْت وَيُسّلّمُوْا تَسْلِيْمَا"[1].

ثانيا: نشأة التحكيم في العصور الوسطى.

عرفت المماليك الأوروبية المسيحية التحكيم، فكان يتم اللجوء الى البابا أو أحد الأباطر، وكان من أشهرها تحكيم البابا إسكندر في النزاع بين اسبانيا والبرتغال حول المناطق المكتشف في أمريكيا الجنوبية[2].

المطلب الثاني: أنواع التحكيم

تتعدد أنواع التحكيم حسب التصنيفات الواردة في الفقه فهناك تصنيف حسب الجهة التي تتولى الفصل في النزاع وهناك تصنيف حسب مبدأ سلطان الإرادة، وهناك تصنيف آخر بالنظر إلى جنسية الخصوم ومكانه وآخرها حسب طبيعة العقد.

الفرع الأول: من حيث الجهة التي تتولى الفصل في النزاع

ينقسم التحكيم من حيث الجهة التي تتولى الفصل في النزاع إلى تحكيم خاص ويطلق عليه التحكيم الحر والتحكيم المؤسساتي كالأتي:

أولا: التحكيم الحر (الخاص)

(1) محمد كولا، **تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري**. منشورات بغدادي الجزائر 2008، ص 14.

(2) نزار قشطة، **التحكيم الدولي**. المركز الدولي للأبحاث القانونية، فلسطين، 2008، ص 14.

يعتبر التحكيم الحر الصورة الطبيعية والمثلى للتحكيم، كما يطلق عليه اسم التحكيم الخاص الذي يعرف بأنه هو ذلك التحكيم الذي يختار أفراد النزاع المحكمين في كل حالة دون التقيد بقواعد وإجراءات، وكذلك يقومون بتعيين قواعد وإجراءات العملية التحكيمية من بدايتها إلى غاية صدور حكم التحكيم[1].

ويتميز هذا النوع من التحكيم بعدة خصائص كالأتي:[2]

1) قليل التكاليف، ويحقق سرية أكبر من التحكيم المؤسساتي.

2) يتبع إجراءات مرنة تحقق مصالح الأطراف.

3) يحقق السرعة المطوبة.

4) له مكانة مهمة في مجال التحكيم الدولي وخاصة في المنازعات التي تقع بين الدول.

وقد عرف التحكيم الحر عدة أشكال ومنها الفردي والجماعي. [3]

ثانياً: التحكيم المؤسساتي:

ويعرف أيضا بالتحكيم المنظم وهو الأكثر شيوعا في مجال تحكيم المنازعات التي تنشأ عن العقود الدولية،[4] ويعرف هذا النوع بأنه التحكيم التي تتولاه هيئات أو منظمات دولية أو إقليمية أو وطنية منشأة لهذا الغرض، حيث تطبق قواعد وإجراءات موضوعة مسبقاً بموجب إتفاقيات دولية أو تشريعات وطنية كما تكون لوائح المنظمة واجبة التطبيق بمجرد إختيار الأطراف لهذه المؤسسة[5].

---

(1) خليل بوصنوبرة، **(القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقاً للقانون الجزائري)**. مذكرة ماجستير، القانون العام، جامعة منتوري، قسنطينة،2008، ص38.

(2) عزمي عبد الفتاح عطية، **قواعد التحكيم الداخلي في قانون المرافعات الكويتي**. مؤسسة دار الكتاب، الكويت،2012، ص55.

(3) عبد الحميد الأحدب، **موسوعة التحكيم الدولي**. الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار المعارف، الإسكندرية،1998، ص65.

(4) منى بوخالتة، **(التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الإستثمار)**. مذكرة ماجستير، القانون العام، جامعة قسنطينة1، قسنطينة،2014، ص31.

(5) زياد عبد الوهاب النعيمي، أحمد طارق ياسين، **(دور التحكيم في تسوية النزاعات الحدودية)**. مجلة المنار للبحوث السياسية والقانونية، العدد الأول، جوان 2017، جامعة الموصل العراق، ص8-9.

ويتناسب هذا النوع مع التجارة الدولية والتعاملات الإقتصادية خاصةً أنه المخرج الوحيد عندما يتعلق الأمر بالتحكيم المتعدد الأطراف. [1]

وقد تم الإقرار بهذا النوع في التشريعات الوطنية والدولية بموجب اتفاقيات دولية واقليمية ومنها اتفاقية نيويورك 1958/06/10 الخاصة بالإعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها، إذ نصت المادة 2/1 على أنه:" يقصد بقرار التحكيم ليس فقط القرارات الصادرة من محكمين معينين لحالة محددة بل أيضاً القرارات التي تصدرها أجهزة التحكم الدائمة التي يحتكم إليها الأطراف "[2]؛ وهو ما أخذ به المشرع الجزائري من خلاص نص المادة 1041 بالقول :" يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو إستبدالهم " [3].

وفي غياب هذا التعيين يتعين على الطرف المستعجل أن يلجأ إلى القضاء الوطني، لتعيين المحكم سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي الذي يجري بالجزائر، وقرر الأطراف تطبيق قانون الإجراءات المدنية الجزائري[4].

الفرع الثاني: من حيث مبدأ سلطان الإرادة

ينقسم التحكيم بحسب مبدأ سلطان الإرادة والصفة الإلزامية إلى إختياري وإجباري وهذا كالآتي:

أولاً: التحكيم الإختياري

يعتبر التحكيم الإختياري القاعدة العامة للتحكيم سواء كان دولياً أو وطنياً،[1] ويقصد به التحكيم القائم على إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم بموجب إتفاق التحكيم، الذي يتم من خلاله إختيار المحكمين والقانون الواجب التطبيق وإجراءات التحكيم[2].

(1) وجدال سمية، **(التحكيم في النزاعات الدولية)**. مذكرة ماجستير، جامعة منتوري، قسنطينة،2012، ص12.

(2) المادة2/1 من **إتفاقية نيويورك**. بتاريخ1958/06/10.

(3) المادة 1041 **من قانون التحكيم**. رقم 66-84، يونيو1966.

(4) خليل بوصنوبرة، **المرجع سابق**. ص39.

وهذا النوع يقوم على ركيزتين أساسيتين وهما الإرادة الذاتية للأطراف وإقرار المشرع لإرادتهم. [3]

ثانياً: التحكيم الإجباري(الإلزامي)

يعتبر مؤتمري لاهاي لسنة 1899-1907 حجر الأساس لإقرار مبدأ التحكيم الإجباري، حيث وضعا قواعد وإجراءات هذا التحكيم إلا أنهما فشلا في إنشاء محكمة تنظر في منازعات الدول[4].

ويعرف هذا النوع من التحكيم بأنه التحكيم القائم على نص قانوني يفرض التزام مسبق على أطراف علاقة قانونية باللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات فيما بينهم،[5] ويعرف باسم مشارطة التحكيم[6].

وقد يكون التحكيم مفروض من طرف المشرع مع ترك الحرية للخصوم في تنظيم عملياته كلها أو بعضها، وهذا حال التحكيم الإجباري[7].

الفرع الثالث: من حيث جنسية الأطراف ومكان إجراؤه

ينقسم التحكيم بحسب هذا التصنيف إلى تحكيم دولي وأجنبي ووطني.

أولاً: التحكيم الدولي

---

(1) رشيد واضح، **(نظام التحكيم في تسوية منازعات العمل الجماعية-دراسة مقارنة-)**. أطروحة دكتوراة، قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص142.

(2) محمد بواط، **(التحكيم في حل النزاعات الدولية)**. مذكرة ماجستير، حسيبة بوعلي، الشلف،2008، ص25.

(3) زياد عبد الوهاب النعيمي، **المرجع سابق**. ص10-11.

(4) نزار قشطة، **المنظمات الدولية**. ط2، المركز الدولي للدراسات القانونية، غزة،2014، ص8.

(5) زيادي جمال، **(التحكيم في الصفقات العمومية)**. مذكرة ماستر، قانون الأعمال، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي،2014، ص25.

(6) عبد الحميد الأحدب، **المرجع سابق**. ص153.

(7) محسن شفيق، **التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)**. دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة،1997،ص13-16.

هو ذلك التحكيم الذي تنتمي عناصره لأكثر من دولة مما يثور بشأنه العديد من الصعوبات، مثل القانون الواجب التطبيق والإجراءات المتبعة وكذا مكان التحكيم وأسماء المحكمين وهذا التحكيم يصعب اضافته إلى دولة معينة[1].

وفي تحديد الصفة الدولية للتحكيم هناك عدة معايير فمنها القانوني والإقتصادي والمزدوج، لكن ما يهمنا أن التشريع الجزائري اعتدّ بالمعيار الإقتصادي [2]،وذلك في قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، والذي يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 1006[3].

ويجدر الإشارة على المشرع الجزائري قد إعتد بالمعيار الاقتصادي والقانوني سابقا قبل صدور قانون رقم 09/08، حيث أفرد له باب رابع في الكتاب الثامن تحت عنوان " الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري" بموجب المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 1993/4/25، بحيث خصص له 29 مادة من المادة 458 مكرر إلى المادة 458 مكرر 28[4].

بالإضافة إلى هناك العديد من الإتفاقيات الدولية التي أبرمت بشأن التحكيم التجاري الدولي " اتفاقيات ثنائية، جماعية، وإقليمية" منها الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف في 1961.

فالمشرع حاول تجسيد فكرة مبدأ سلطان إرادة الأطراف أثناء تنظيم قواعد عملية التحكيم بدءا من تشكيل المحكمة فإجراءات التحكيم ، إلى القانون الذ يحكم موضوع النزاع ، وكيفية الإعتراف بهذه الأحكام وتنفيذها وطرق الطعن فيه ، الملاحظ هذه السلطة تضيق في مجال التحكيم الوطني الداخلي عنه في التحكيم التجاري الدولي ، فالقواعد الموضوعية والإجرائية ، تحد من سلطات

(1) عبد الحميد الأحدب، **المرجع سابق**. ص160.

(2) عبد الله نجادي، **(تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي)**. مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة عبد الحميد بن باديس، الجزائر، العدد الأول،2021، ص87.

(3) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008.

(4) قانون الإجراءات المدنية الجزائري رقم 66-154 في 8 يونيو 1966.

الأطراف ، فأغلب الإجراءات تكون منظمة بالقانون الوطني " قانون الإجراءات المدنية " وبالتالي السلطات المخولة للأطراف ، تكمن في الغالب في استبعاد القضاء واختيار التحكيم كقضاء بديل ، واعتبار الأحكام الصادرة نهائية غير قابلة للإستئناف ، وتحديد المدة الزمنية للمحكمين مع إمكانية إعفائهم من بعض الإجراءات الغير جوهرية ، التي تمس بالنظام العام في الدولة التي يجري بها التحكيم ، بخلاف التحكيم الدولي إذ يمتد نطاق سلطان الإرادة فيه ، إلى أقصى حد ممكن، حيث حرية الأطراف في تحديد القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعية واجبة التطبيق بالإضافة إلى إختيار نصوص خاصة للتحكيم ، وقد تسترشد وتطبق قواعد العدالة والإنصاف في فصل المنازعات ذات العنصر الأجنبي.[1]

ونلاحظ أن التحكيم الدولي يختلف عن التحكيم الداخلي من حيث كيفية معاملة الحكم التّحكيمي الصادر في نهاية العملية التحكيمية كالآتي:[2]

1) أن عدم تسبيب الحكم في التحكيم الداخلي يبطله ولا يمكن بتنفيذه لدى الجهات القضائية المختصة.

2) حكم التحكيم الداخلي يقبل فيه بالإستئناف مثل القانون الجزائري والفرنسي وقانون التحكيم التونسي ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، بينما الطعن بالإستئناف غير جائز ومستبعد في التحكيم التجاري الدولي ذلك أن الطعون غايتها إصلاح الحكم لمخالفته لقواعد القانون في التحكيم التجاري الدولي، لم يسمح المشرع الجزائري إلا بطعن وحيد وهو دعوى البطلان المقتبسة من التشريع الفرنسي وذلك من خلال نص المادة 1056.

3) أن تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية تخضع لنفس القواعد التي تخضع لها أحكام المحاكم الوطنية ، أما تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية أو الدولية الصادرة في الجزائر فتخضع لقواعد الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية قبل 1993. ويعد تعديل قانون الإجراءات المدنية بموجب القانون 09/08 أصبح

(1) خليل بوصنوبرة، **المرجع سابق**. ص44-45.

(2) منى بوخالتة، **المرجع سابق**. ص37.

يخضع للأوامر على نيل العرائض التي تصدر إما عن رئيس المحكمة التي صدر بدائرة اختصاصها القرار التحكيمي الدولي، وإما عن رئيس المحكمة الذي يتم فيها تنفيذ القرار التحكيمي الأجنبي طبقاً للمادة 2/1051 قانون الإجراءات المدنية والادارية وفضلاً عن خضوعها للقواعد التي اقرتها الإتّفاقية الدولية الخاصة بالإعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها خاصة إتّفاقية نيويورك 1995/06/10[1] .

ثانياً: التحكيم الأجنبي

ويقصد به ذلك التحكيم الذي ينتمي فيه عنصر أو أكثر لدولة معينة كأن يصدر حكم التحكيم في دولة، ويراد تنفيذه في دولة أخرى ولا يعد كل تحكيم أجنبي تحكيماً دولياً وإن كان العكس صحيح[2].

ويمكن حصر المؤشرات الأجنبية في التحكيم كالآتي:[3]

1) موضوع النزاع.

2) جنسية ومحل إقامة الأطراف.

3) جنسية المحكمين.

4) القانون المطبق لحسم النزاع.

5) قانون إجراءات المحاكمة.

6) مكان التحكيم واللغة والعملة وحركة إنتقال الأموال عبر حدود الدول للخروج من إقتصاد دولة معينة.

ثالثاً: التحكيم الداخلي (الوطني)

(1) منى بوخالتة، **المرجع سابق**. ص38.

(2) عبد الله نجادي، **المرجع سابق**. ص85-86.

(3) عبد الله نجادي، **المرجع نفسه**.

هو ذلك التحكيم الذي يعلق بنزاع وطني من كافة زواياه ويعين له المتعاقدون محكمون وطنيون يصدرون حكمهم داخل الدولة ووفقاً لإجراءات وطنية مع تطبيق القانون الوطني على النزاع[1]، فهو يجري إجبارياً في التراب الوطني ويطبق قانون الإجراءات المدنية ولا تثار فيه أدنى مشكلة بالنسبة لقواعد تنازع القوانين أو كيفية تنفيذ الأحكام الأجنبية مثل ما هو الحال في التحكيم التجاري الدولي.

(1) عبد القادر عبّاس، **(التحكيم التجاري الدولي وآثاره)**. مجلة العلوم الإنسانية، العدد التاسع، 2019، ص321.

الفصل الأول:

النظريات الآحادية في الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري

الفصل الأول: موقف النظريات الآحادية من الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري

المحكم هو ذلك الشخص الذي يتولى مهمة الفصل في النزاع،[1]كما اختلفت الآراء حول الطبيعة القانونية لعمل المحكم. فذهب رأي الى أن التحكيم ذو طبيعة متكاملة منذ البداية حتى النهاية متصفة بالصفة التعاقدية. في حين ذهب رأي آخر أن هذه العملية تتصف بالصفة القضائية منذ بدايتها إلى نهايتها ، وانعكس ذلك على موقف القضاء حيث ينظر الى التحكيم من خلال نظريات أحادية تحدد الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وتأخذ مبدأ تفسير كل ما يتعلق بالتحكيم، تبدأ من الاتفاق عليه وحتى انتهائه بصدور الحكم،[2] وهذا ما سيتم تناوله في الفصل والذي قسمناه إلى مبحثين الأول يتطرق إلى النظرية العقدية والثاني يتطرق إلى النظرية القضائية.

المبحث الأول: موقف النظرية العقدية من الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري:

تعتبر الطبيعة العقدية أو ما يطلق عليها الطبيعة الإتفاقية للتحكيم أول نظرية حددت الطبيعة القانونية للتحكيم، نظراً لبروز مبدأ سلطان الإرادة في تلك الفترة والذي يستند على أن القاعدة العامة للتحكيم أنه إختياري.

حيث يرى أصحاب هذه النظرية أن إرادة الأطراف هي الأساس وأن المحكم ليس بقاضي كما أن حكمه يستمد قوة تنفيذه من إتفاقهم، وإستقرّ الفقه والقضاء على أن هذا الإتفاق يستلزمه إيجاب وقبول[3].

حيث يغلب أنصار هذا الاتجاه مبدأ سلطان الإرادة حيث يرون أن للتحكيم طبيعة تعاقدية يستمد المحكم فيه ولايته من إرادة الخصوم فمركز الثقل فيه هو اتفاق الأطراف، ومن هذا الأخير يستمد حكم التحكيم قوته التنفيذية، فهذا الحكم والاتفاق كل لا يتجزأ ولا يكون الحكم إلا نتيجة وانعكاسا للاتفاق.

---

(1) حيدر طالب مناف، **عقد النقل البحري في التحكيم التجاري الدولي**. دار السندس، الرياض،2019، ص40.

(2) عبد الله محمد المحاميد، **(القيود الواردة على نظام التحكيم التجاري)**. مذكرة ماجستير، القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن،2018، ص21.

(3) عقيل سرحان النصيري، مهدي صالح الحسن، **(الطبيعة القانونية للتحكيم في سوق الأوراق المالية)**. جامعة القادسية، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العراق، العدد الثاني، المجلد السابع،2016، ص425-426.

ولأن أن العقد شريعة المتعاقدين، فإن أطراف هذا الاتفاق يمتلكون حرية اختيار نوع التحكيم الذي يحيلون اليه النزاع، واختيار هيئة التحكيم التي ستتولى الفصل في النزاع وغيرها من إجراءات التحكيم[1].

وسنفصل في هذا المبحث أسس النظرية العقدية كمطلب أول، ونقد النظرية العقدية كمطلب ثاني.

المطلب الأول: أسانيد نظرية العقدية في الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري

استند فقهاء هذه النظرية على عدة أسس لتدعيم هذه النظرية والتي تعتمد على الدور الحيوي الذي يلعبه مبدأ سلطان الإرادة في العملية التحكيمية، وعلى الفرق بين حكم التحكيم والحكم القضائي، وتفصيل هذه الأسس تبعاً للفروع الآتية:

الفرع الأول: أسانيد النظرية العقدية بناءً على إتفاق التحكيم:

أولاً: أن الأطراف المتنازعة يتنازلون ضمنياً عن اللجوء للقضاء ويخولون المحكم سلطة الفصل في النزاع بناءاً على إتّفاق يعقد بينهم، والذي يعد جوهر العملية التحكمية وعلى هذا الأساس لا يمكن وصف المحكم بأنه قاضي ولكن لا يمنع هذا من تعيين محكم من قبل سلطة القضاء[2].

ثانياً: التحكيم الإلزامي لا يتم اللجوء إليه بناءاً على إتفاق فهو لا يعد تحكيماً بالمعنى الفني القائم على سلطان الإرادة[3].

ثالثاً: الطبيعة العقدية للتحكيم تجد أساسها بإعتبار أن التحكيم أحد مقتضيات المعاملات التجارية والإقتصادية الدولية، مما يقتضي السرعة وهذا ما يتنافى مع قوانين الدول وأحكام القضاء لذا يتم تطبيق أحكام العقد الدولي والتحكيم الدولي[4].

---

(1) سرحاني عبد القادر، مزاولي محمد، **(التكييف القانوني لطبيعة عمل المحكم للتحكيم التجاري الدولي)**. مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة أحمد درارية، أدرار، المجلد12، العدد2020،، ص148.

(2) حاتم غائب سعيد، فرحان الجنابي، **المرجع السابق**. ص43-44.

(3) إبراهيم نادر محمد، **مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي**. ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية،2000، ص30.

(4) الألفي محمد، **النظام القانوني للتحكيم**. بحث منشور على الموقع الإلكتروني، http:/www.eatlaws.com، بتاريخ 2022/03/27، الساعة 04:06مساءاً، ص3.

رابعاً: العملية التحكيمية تقوم على إتفاق التحكيم فهو إما أن يكون شرط أو مشارطة تحكيم[1].

خامساً: إستخدام مصطلحات شبيهة للمستخدمة في القضاء مجرد تشابه ظاهري لا يحدد الطبيعة القانونية للتحكيم[2].

الفرع الثاني: أسانيد النظرية العقدية بناءً على الإختلاف بين التحكيم والقضاء:

يختلف التحكيم والقضاء في عدة أمور من أهمها الآتي:

1) من حيث الغرض: القضاء يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة بينما التحكيم يهدف إلى تحقيق المصلحة الذاتية لأطراف النزاع[3].
2) من حيث مدى تطبيق القانون: القاضي ملزم بتطبيق القانون بينما المحكم يهدف إلى تحقيق العدالة والقانون المتفق عليه بين الأطراف والموجود في إتّفاق التحكيم[4].
3) من حيث تطبيق قواعد إنكار العدالة ودعوى رد القضاة: لا يمكن تطبيق هذه القواعد على المحكم بعكس القاضي[5].
4) من حيث السرية: نجد أن غالب التحكيم جلساته سرية ما لم يتم الإتفاق على خلاف ذلك بعكس القضاء التي تكون جلساته علانية والإستثناء هو السرية[6].
5) من حيث الطعن: لا يجوز الطعن في حكم التحكيم إلا برفع دعوى أصلية فهو حكم تحكيمي بعكس الحكم القضائي الذي يخضع للقواعد العامة للدعاوى القضائية[7].
6) من حيث جنسية الشخص الذي يتولى الفصل في النزاع: نجد في التحكيم أنه ليس شرطاً أن يكون المحكم وطنياً أو أجنبياً بعكس القضاء الذي يشترط به الجنسية[1].

---

(1) شفيق محسن، **التحكيم التجاري الدولي**. ط1، دار النهضة العربية، القاهرة،1997، ص15.

(2) أشجان فيصل داود، **(الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به)**. مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين،2008، ص20.

(3) فؤاد علي القهالي، **النظام القانوني لتنفيذ أحكام المحكمين الداخلية**. مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض،2020، ص34

(4) محمود عارف الكفارنة، **النظام القانوني للتحكيم التجاري في ظل القانونين المصري والأردني**. دار الكتاب الثقافي، الأردن،2015، ص10.

(5) حاتم غائب سعيد وفرحان محمد الجنابي، **المرجع سابق**. ص44.

(6) محمود عارف الكفارنة، **المرجع سابق**. ص12.

(7) محمود علي وافي، **خصوصية إجراءات التحكيم في كل من مصر ودول الخليج العربي**. ط1، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض،2016، ص239.

7) من حيث أساس تمتع الحكم بحجية الشيء المقضي به: نجد في التحكيم أن أساسه هو إتفاق التحكيم بعكس القضاء فهو صادر من سلطة مختصة[2].

الفرع الثالث: أسانيد النظرية العقدية بناءً على حكم التحكيم:

أولاً: للأطراف الإتفاق على تنفيذ حكم التحكيم دون الحصول على أمر من المحكمة المختصة بشرط عدم مخالفته للنظام العام في المجتمع، فالأمر عندما يتعلق بالنظام العام بالدولة يصبح من القواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد مخالفتها تحت أي ظرف وإن كان المشرع يسمح للأطراف في القواعد المكملة بالإتفاق على غير ما نص عليه[3].

ثانياً: أن التحكيم يهدف إلى ضبط المعاملات التجارية الدولية والإقتصادية بين الأطراف عن طريق حكم تحكيمي ملزم لهم، والتي تصدره هيئة تحكيم مختصة في هذا الشأن وتقوم بتطبيق القانون الوارد في إتفاق التحكيم والسير على الإجراءات التي حددها الأطراف سواء ما تعلق بسير الجلسات انتهاءً بإصدار الحكم وتنفيذه أمام المحاكم الوطنية[4].

المطلب الثاني: نقد النظرية العقدية المحددة لطبيعة التحكيم التجاري:

أبرزت هذه النظرية مضمون ودور مبدأ سلطان الإرادة في نظام التحكيم لكنها بالغت في ذلك، فواجهت العديد من الإنتقادات، وتفصيل هذه الإنتقادات تبعاً للفروع الآتية:

الفرع الأول: نقد النظرية العقدية من حيث إتفاق التحكيم:

أولاً: لا إلزامية للعقد إلا في إطار القانون فالقول بأن قانون الإرادة هو الذي يحكم العملية العقدية ومدى إلزاميتها مردود فحسب الفقيه –بايتفول– أن المشرع وحده المختص بقواعد التنازع الخاصة بالعقود الدولية، وهو الذي يضع القواعد المكملة التي يجوز للأطراف مخالفتها بشرط عدم

(1) مصطفى ناطق مطلوب، **نظام التحكيم التجاري الطارئ**. المكتب العربي، القاهرة،2017، ص126.

(2) مصطفى ناطق مطلوب، **المرجع السابق**. 126.

(3) الخزاعلة شمس الدين قاسم، **نطاق سلطان الإرادة في قانون التحكيم الأردني رقم31 سنة2001 دراسة مقارنة مع القانون الإنجليزي الجديد سنة1996**. دار الكتاب، إربد،2005، ص37.

(4) حاتم غائب سعيد وفرحان محمد الجنابي، **المرجع سابق**. ص44–45.

مخالفة النظام العام،[1] فيكون القول بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد على إطلاقه غير صحيح ولكن هذا لا ينكر دور العقود النموذجية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد[2].

ثانياً: الطابع الإختياري للتحكيم لا يكفي لإعتبار طبيعته عقدية وإنما يجب التمييز بين مصدر ووظيفة هذا النظام فالتحكيم مصدره عقد الأطراف، أما وظيفته هو القيام بوظائف قضائية مؤقتة بإصدار حكم تحكيمي فاصل في موضوع النزاع [3].

ثالثاً: النظرية العقدية بالغت في تقديس مبدأ سلطان الإرادة ودور الأفراد في العملية التحكيمية حيث أن المحكم يقوم بتطبيق إرادة القانون في موضوع النزاع[4].

رابعاً: وإن سلمنا أن إتفاق الأطراف يضفي على نظام التحكيم الصفة العقدية فإنه لا يمكن التسليم بإعتباره عقد خالص، فهو يقوم أيضاً على مجموعة من اللوائح والقواعد القانونية.

خامساً: الإعتماد على مضمون النظرية العقدية يؤدي إلى تحوير وتغير مفهومي المحل والسبب للعقد الدولي رغم قيامه على أساس متين[5].

الفرع الثاني: نقد النظرية العقدية من حيث مرتكزاتها:

أولاً: مبدأ الحرية المطلقة للأطراف غير منطقي وذلك من ناحيتين[6]:

الناحية الأولى: كيف نفسر وجود قواعد آمرة وضعها المشرع لحماية النظام العام.

أما الثانية: نجد الواقع العملي أن العقود الدولية غالباً ما يكون فيها طرف مستضعف إقتصادياً، فتكون حمايته عن طريق تدخل المشرع بموجب قواعد آمرة لأنها بمثابة حد الكفاف له.

ثانياً: أن المعيار الذي إستند إليه فقهاء هذه النظرية يتجاهل طبيعة العمل الموكل للمحكم، والذي يتجسد في حماية الحقوق والمراكز القانونية من خلال إصدار حكم في بموضوع النزاع[1].

---

(1) الطيب زروقي، **القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية**. الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر،2000، ص102.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، **نظرية العقد الدولي الطليق**. دار النهضة العربية، القاهرة،1989، ص54.

(3) أشجان فيصل داود، **المرجع سابق**. ص21.

(4) حاتم غائب سعيد وفرحان محمد الجنابي، **المرجع سابق**. ص45.

(5) صبري حمد خاطر، **الغير عن العقد**. دار الثقافة، عمان،2001، ص281.

(6) منسول عبد السلام، **(قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري)**. مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، قانون الأعمال، الجزائر،2001، ص42.

ثالثاً: أن هذه النظرية تستبعد بشكل مطلق العلاقة بين الدعوى المباشرة مع وجود نظرية المجموعة العقدية وذلك لأن هذه الدعوى قد سبقت تطور نظام التحكيم.

رابعاً: أن أساس النظرية العقدية ضعيف وغامض يؤدي إلى صعوبة تحديد العناصر المؤثرة في العقد الدولي.

خامساً: أنه يمكن إنتقاد هذه النظرية على أساس أنها لا ترتب المسؤولية المدنية بالنسبة للغير إذا كان ليس طرفاً في العقد.

الفرع الثالث: نقد النظرية العقدية من حيث آثار التحكيم:

أولاً: أن الطبيعة العقدية للتحكيم تحدد سلطات المحكم من خلال فرض إرادة الأطراف بشكل مطلق، وبهذا تصبح سلطات المحكم أقل إكتمالاً من سلطات القاضي[2].

ثانياً: أن غالبية التشريعات ومنها المشرع الجزائري في المادة 458 مكرر 16 من قانون التحكيم الجزائري تقر بالطبيعة القضائية لحكم التحكيم فالقرارات التحكيمية تكتسي صفة وقوة الشيء المقضي فيه كالحكم القضائي[3].

ثالثاً: أن هذه النظرية تؤدي إلى التهرب من أحكام المسؤولية التقصيرية لأنها أهملت حماية من يجب حمايته وهو المتضرر.

رابعاً: تعذر تحديد نوع العلاقة العقدية بين المحكم والأطراف فهي ليست عقد وكالة، فالمحكم ليس وكيلاً عن أي طرف وليست عقد عمل أو مقاولة، لأن عمل المحكم مجرد مجهود قانوني ذهني، وهذا يدل على عجز هذه النظرية عن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم الدولي[4].

الفرع الرابع: نقد النظرية العقدية من حيث الإختلاف بين التحكيم والقضاء:

أولاً: أن التحكيم نوع خاص من القضاء فهو يختلف عن القضاء من حيث تطلبه وجود إتفاق أو نص قانوني خاص، بينما اللجوء إلى القضاء يعتبر حق ورخصة تلقائية دون موافقة الغير، حيث يعتبر القضاء مرفق عام؛ وبالتالي القاضي موظف عام يخضع لقانون الأساسي للقضاء

(1) التحيوي محمود عمر، **الطبيعة القانونية لنظام التحكيم**. دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2003، ص306.307.

(2) بسام شيخ العشرة، **التحكيم التجاري**. منشورات الجامعة الإفتراضية السورية، سوريا،2018، ص22.

(3) المادة 458 من قانون التحكيم الجزائري"لا يجوز إستئناف أحكام المحكمين ولا التماس إعادة النظر فيها في الأحوال الآتية..."

(4) سرحاني عبد القادر ومزاولي محمد، **المرجع سابق**. ص149.

وبموجبه يتمتع بإمتيازات، كما يخضع لنظام تأديبي خاص، وهذا ما لا نجده في نظام التحكيم حيث لا يعتبر المحكم موظف وبالتالي لا يتمتع بسلطات وصلاحيات القاضي وإمتيازاته.

ثانياً: لا تتمتع هيئة المحكمين بسلطات القاضي فهي لا تملك السلطات الممنوحة له، حيث يعتبر القاضي الآمر والناهي في الجلسة بموجب سلطة الأمر الذي يتمتع بها بموجب النظام والقانون الأساسي للقضاء، والتي تجبر الأشخاص سواء أكان حكام أو محكومين على الإنصياع لأحكام القانون بما تملكه من قوة إلزامية تستند في تنفيذها على ما تتمتع به السلطات من القهر والتنفيذ الجبري.

المبحث الثاني: موقف النظرية القضائية من الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري:

ونتيجة لإنتقادات الفقه لنظرية العقدية المحددة للتحكيم، ظهرت النظرية القضائية والتي سادت في الفقه والقضاء الفرنسي والتي تؤكد على أن التحكيم يستجمع عناصر العمل القضائي ويتشابه مع حكمه وكذا مع القاضي في الفصل بالنزاع، وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى الآتي:

المطلب الأول: أسانيد النظرية القضائية في الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري:

إرتكز فقهاء هذه النظرية على عدة أسس تتمحور حول التشابه بين العمل القضائي والتحكيم وتفصيل هذه الأسس تبعاً للفروع الآتية:

الفرع الأول: أسانيد النظرية القضائية من حيث إتفاق التحكيم:

أولاً: تعتبر هذه النظرية إتفاق الأطراف مجرد آلية يتحرك بها التحكيم الذي هو في الأصل نظام قضائي بمعنى أن هذه النظرية تسلم بأن مصدر التحكيم هو الاتفاق التحكيمي، إلا أن الطبيعة القضائية فكلاهما يعملان وفق قانون الدولة التي تنظم أحكام التحكيم، فلا يمكن اللجوء إلى التحكيم كوسيلة للفصل في المنازعات إلا بإقرار المشرع لهذه الوسيلة، ولا يمكن للمحكم أيضاً إصدار حكم إلا بمقتضى هذا التشريع وإلا كان من باب العبث،[1] كما أن المحكم نفسه لا يملك سلطة إصدار حكم التحكيم إلا بتفويض من الدولة. ولما كان قانون الدولة هو الذي ينظم التحكيم، ويفوض للمحكم سلطة إصدار الحكم فإن التحكيم يكون له طبيعة قضائية تستغرق الإتفاق على التحكيم بدليل، أن الإتفاق على التحكيم وحده لا معنى له بدون نص في القانون يجيز الإلتجاء

(1) محمد سعيد المري، **المرجع السابق**. ص10-11.

إليه. وبعبارة أخرى إذ لم ينص المشرع على جواز التحكيم، وجواز تنفيذ حكم المحكمين ما كانت إرادة الخصوم وحدها كافية لخلقهِ[1].

ثانياً: إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الذي ينظم العلاقة القانونية الأصلية بين الأطراف، فبطلان العقد أو فسخه لا يؤدي إلى بطلان إتفاق التحكيم ما دام هذا الإتفاق صحيح فموضوعهما مستقل عن الآخر وهذا يؤكد الطبيعة القضائية للتحكيم[2].

ثالثاً: إقرار المشرع لمبدأ التحكيم الإلزامي والذي يتم اللجوء إليه بناءاً على نصوص تشريعية وليس بناءاً على إتفاق الأطراف، وهذا يؤكد على الطبيعة القضائية لأن المحكم يتولى الفصل في النزاع بموجب القانون، فالإرادة ليس لها دور هنا وبالتالي لا تصلح كأساس لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم[3].

الفرع الثاني: أسانيد النظرية القضائية من حيث التشابه بين القضاء والتحكيم:

تشابه بين القضاء والتحكيم في عدة أمور كالآتي:

1) من حيث الوظيفة: يقوم كلاهما بذات العمل والمتمثل في الفصل في النزاع وهذا يتطلب ترجيح المعيار الموضوعي على المعيار الشكلي والعضوي في تحديد الطبيعة، لأن كلاهما يقوم بتطبيق قواعد القانون أو قواعد العدالة من أجل الفصل في هذا النزاع فالحكم الصادر من كلاهما يعد قضائياً، وهذا بخلاف ما تبناه فقهاء النظرية العقدية عندما رَأَو بأن حكم التحكيم أثر من آثار العقد[4].

(1) أحمد أبو الوفا، **التحكيم الإختياري والإجباري**. منشأة المعارف، الإسكندرية،1997، ص16.

(2) هذا ما نصت عليه المادة 5 من قانون التحكيم الفلسطيني: يعتبر شرط التحكيم إتفاقاً مستقلاً ولا يتأثر ببطلان العقد أو فسخه أو إنتهائه.

(3) عبد المجيد منير، **قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية** .دون طبعة .الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية،1995، ص9.

(4) الجبلي نجيب أحمد ثابت، **التحكيم في القوانين العربية دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية**. دون طبعة، دون مكان النشر، المكتب الجامعي الحديث،2006، ص51.

2) من حيث جوهر القواعد الإجرائية: كلاهما يتبعان تقريباً نفس القواعد الإجرائية والذي يتمحور مضمونها حول تسيير الفصل في النزاع وإن إختلف مصدرها فهي تشمل قواعد تقديم الإدّعاء، وإعلان الخصوم، مبادئ التقاضي، فحص الأدلة...إلخ[1].

3) من حيث الحكم: كلاهما يتشابها في الحكم من حيث الشكل والكتابة والتسبيب ومن ناحية المضمون وكذلك حيازة حجية الأمر المقضي به والقابلية للتنفيذ، وكلاهما يخضع لذات القواعد القانونية لصدور الحكم كالأحكام المتعلقة بالبيانات التي يجب أن يتوافر عليها الحكم كما أشرنا لها سابقاً، كما أن الطعن في حكم التحكيم بدعوى البطلان لا يوثر على طبيعته القضائية، والدليل على ذلك أن الحكم القضائي المنعدم الذي فقد ركن من أركانه الأساسية كصدوره من محكمة غير قانونية يمكن إبطاله لهذه الدعوى[2].

4) من حيث القواعد المطبقة: كلاهما يطبق قواعد القانون ويمتثل لإرادة المشرع لا إرادة المتعاقدين فبذلك يكتسب التحكيم الصفة القضائية وهذا الإتّجاه يأخذ به غالبية الفقه، وما أخذت به المحكمة الدستورية المصرية في قضائها[3].

الفرع الثالث: أسانيد النظرية القضائية من حيث آثار التحكيم:

أولاً: تنتهي ولاية المحكم بمجرد إصدار الحكم فلا يستطيع تعديل الحكم إلا بظهور وقائع جديدة وهذا جوهر العمل القضائي، فالعقد وإن كان المحرك الأساسي للعملية التحكيمية إلا أن ذلك ليس إلا لكون التحكيم نظام قضائي، وهذا يرجع إلى الطبيعة المؤقتة للتحكيم التجاري والذي يتصل بوقائع معينة قد تكون تجارية أو اقتصادية فلا يمكن أن يكون دائماً بشأن تلك الوقائع وإن كان هناك هيئات تحكيم دائمة إلا أنها تختص في نظر نزاعات لفترة من الزمن مثل غرفة التجارية الدولية في باريس[4].

---

(1) لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة**. دار هومة، الجزائر،2012، ص21-22.

(2) لزهر بن سعيد، **المرجع نفسه**. ص22-23.

(3) حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة11\5\2003- القضية رقم 380 لسنة 23ق-دستورية.

(4) هدى محمد عبد الرحمن، **(دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته)**. أطروحة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة ،1997، ص40.

ثانياً: إستقلالية التحكيم وإن كان قضاء الدولة يتدخل لمنح القوة التنفيذية للحكم فيه حيث أن ذلك لا يؤثر على هذا الحكم شأنه شأن الحكم القضائي الأجنبي، فحكم التحكيم حائز على قوة الأمر المقضي به فهو قد حصل على قوته من إقرار المشرع الوطني له وكذلك إقرار المشرع الدولي له وهذا ما رأيناه في القانون النموذجي للتحكيم الدولي الذي سبق أن أشرنا له[1].

المطلب الثاني: نقد النظرية القضائية المحددة لطبيعة التحكيم التجاري:

لم تسلم هذه النظرية من النقد؛ لأن التشابه بين نظام القضاء ونظام التحكيم الذي أدى إلى وجود قواعد مشتركة بينهما لا يعني التماثل، فإختلافهما من حيث الوظيفة والغاية، ومن حيث الآثار القانونية، ومن حيث البناء القانوني أدى إلى اختلافهما في تفاصيل القواعد المشتركة، وتفصيل ذلك تبعاً للفروع الآتية:

الفرع الأول: نقد النظرية القضائية من حيث الإختلاف بين التحكيم والقضاء:

أولاً: المحكم وإن كان يتشابه في بعض الجوانب مع وظيفة القاضي، أي، إلا أنه لا يتمتع بسلطات القاضي ومن أهمها سلطة الإلزام، كما أنه يقوم بمهمة مؤقتة بعكس القاضي المعين من الدولة والذي يخضع لدعاوى رد القضاة وكذا الإجراءات التأديبية المنصوص عليها في القانون الأساسي للقضاة، كما يكفي وجود مصلحة شخصية محتملة ليقوم القاضي بإصدار حكم بعكس التحكيم[2].

ثانياً: كما أن التحكيم يهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة للأطراف بعكس القضاء كما أشرنا سابقاً.

ثالثاً: يتمتع القاضي بالحصانة المنصوص عليها في المادة 165 والمادة 166 من الدستور الجزائري لعام 2020 بعكس المحكم لا يتمتع بهذه الحصانة، وبالتالي لا يصح إضفاء الصفة القضائية على التحكيم[3].

---

(1) محمد سعيد المري، **خصوصية خصومة التحكيم**. ط1، دار النهضة العربية، القاهرة،2016، ص10.

(2) الجبلي نجيب أحمد ثابت، **المرجع سابق**. ص54.

(3) تنص المادة 165: لا يخضع القاضي إلا للقانون.

المادة166: القاضي محمي من كل أشكال الضغوط وتدخلات ...

الفرع الثاني: نقد النظرية القضائية من حيث حكم التحكيم:

لا يمكن أن يكتسب حكم التحكيم حجية الأمر المقضي به إلا بعد مصادقة سلطة قضائية مختصة بعكس القضاء كما أنه يختلف عن القضاء بأن المحكم لا يمكنه التعديل في الحكم بعد إصداره، لأن ذلك يعد حسماً نهائياً للنزاع لأجل إستقرار المراكز القانونية في ظل تشعب العلاقات الدولية خاصة التجارية فيشترط في عمل المحكم وحكمه ألل يخالف النظام العام المقرر في الدولة فإن كان يخالفه يكون العمل التحكيمي وآثاره باطل بطلان مطلق ولا يمكن تنفيذه ويمكن إثر ذلك لجوء الأطراف إلى القضاء الوطني عبر رفع دعاوى تتضمن طلباتهم وحججهم من أجل إنصافهم وإرجاع حقوقهم إليهم الموجودة في العقود التجارية[1].

الفرع الثالث: نقد النظرية القضائية من حيث إتفاق التحكيم:

أولاً: هذه النظرية تبالغ بشكل كبير بالطبيعة القضائية للعمل الذي يقوم به المحكم وتتجاهل إرادة الأطراف التي هي جوهر العملية التحكيمية، والتي تحدد إجراءات التحكيم وهيئة التحكيم ومكان التحكيم وزمان التحكيم والقانون المطبق وإختصاصات هيئة التحكيم...إلخ، كما أن المحكم لا يشترط فيه جنسية معينة بعكس القاضي الذي يتعين أن يكون من نفس الجنسية كما أشرنا سابقاً، والمحكم يقوم بتطبيق قانون الإرادة بشرط أن يكون القانون الأوثق صلة بالعقد أما القاضي يقوم بتطبيق القانون الوطني[2].

ثانياً: نستطيع إنتقاد هذه النظرية من حيث إختلافهم حول طبيعة العمل التّحكيمي حيث أن أنصار هذه النظرية هناك من اعتبر عمله مثل القاضي وهناك من اعتبره ذو طبيعة خاصة تختلف عن عمل القاضي وليست بعقد، وكذلك في الوقت الذي يكتسب فيه الحكم التّحكيمي الصفة القضائية حيث هناك منهم من أسند الصفة القضائية له بمجرد إنتقال النزاع إلى هيئة التحكيم، وهناك من أسند هذه الصفة من وقت إبرام إتفاق التحكيم بين الأطراف سواء كان هذا الاتفاق شرط أو مشارطة تحكيم[3].

(1) واضح رشيد، **المرجع سابق**. ص110-111.

(2) منسول عبد السلام، **المرجع سابق**. ص49.

(3) أشجان فيصل داود، **المرجع سابق**. ص37.

الفصل الثاني:

موقف النظريات الثنائية من الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري

الفصل الثاني: موقف النظريات الثنائية من الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري

تتمثل هذه النظريات في نظريتين: النظرية المختلطة (المركبة) والنظرية ذو طبيعة خاصة (المستقلة)، فالنظرية الأولى للتحكيم التي تجمع كل من النظريتين العقدية والقضائية، أما النظرية الثانية، تؤكد على الطبيعة المستقلة عن النظريات السابقة.

يرى أنصار النظرية المختلطة عند تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم على أنه وجب الجمع ما بين النظرية العقدية والقضائية، وأن العيب المشترك في النظريتين السابقتين يتمثل في إضفاء صفة واحدة على نظام التحكيم في مجموعة، بينما هو نظام مختلط يبدأ باتفاق وينتهي بقضاء هو حكم التحكيم، [1] ويخضع لقواعد الإجراءات المدنية من حيث أثاره ونفاذه واجراءاته، والتحكيم كعقد يمكن الطعن فيه بالبطلان[2].

ويرى أنصار النظرية المستقلة على أن للتحكيم طبيعة قانونية خاصة ينفرد بها عن باقي التصرفات القانونية،[3] وأن نظام التحكيم ذو طبيعة خاصة ليست عقدية ولا قضائية ولا مختلطة[4]، وذلك لأنه عند تحديد الطبيعة القانونية حسب هذه النظرية يستوجب الأخذ بمزاياه التي يهدف الأطراف الى تحقيقها عند اللجوء الى هذه النظرية لحل النزاع.

وبالرغم استناد أنصار النظريات الثنائية الى أسس وإستنادات في تدعيم وجهة نظرهم الا أنه لم تسلم من الانتقادات التي وجهت اليها.

لهذا قسمنا هذا الفصل الى مبحثين النظرية المختلطة في المبحث الأول، والنظرية المستقلة في المبحث الثاني، لنبين في كل من المبحثين مجموعة الأسس والإستنادات التي بنى عليها أنصار النظريات في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، والانتقادات التي وجهت اليها.

---

(1) أشجان فيصل شكري داود، **المرجع السابق**. ص42.

(2) محمد سعيد الشيبة المري، **المرجع السابق**. ص43.

(3) عبد الله محمد المحاميد، **المرجع السابق**. ص28.

(4) أشجان فيصل شكري داود، **المرجع السابق**. ص44

المبحث الأول: موقف النظرية المختلطة (المركبة) من الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري.

أخذ من أبرز رواد هذه النظرية الفقه السويسري والأستاذة حفيظة السيد حداد، حيث يرى أنصار هذه النظرية أن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم يتم من خلال موقف براغماني، حيث يرصدون هذه الطبيعة من خلال رصدهم للتأثيرات المزدوجة في هذا النظام، أي فكرة العقد وفكرة القضاء،[1] حيث تبرز وجها تعاقديا بسبب اتفاق التحكيم الذي ينشئه، وتبرز وجها قضائيا بسبب طبيعة عمل المحكم والحكم التّحكيمي الذي يفصل في النزاع[2].

فالنظرية العقدية ترتكز على مبدا سلطان الإرادة على اعتبار التحكيم أسلوب اختياري، ويستمد حكم التحكيم قوته التنفيذية ونهايته من اتفاق التحكيم[3].

أما القضائية ترتكز على الإجراءات القضائية التي يتم اصدار الحكم بناء، والتحكيم نظام يحتوي عمليتين هما: اتفاق التحكيم وقضاء التحكيم والفاعل فيهما مختلف، وجهد الفقيه ينبغي الا يتوجه الى ادماج أحدهما في الاخر[4].

وعلى هذا نجد هذا التحكيم ذو طبيعة مختلطة لما فيه من تأثيرات عقدية وقضائية، فهو يعد نظاما قضائيا اتفاقيا، يجيز لأطراف النزاع اختيار المحكم الذي سيتولى مهمة الفصل في النزاع بإصدار حكم قضائي حائز لحجية الأمر المقضي به،[5] أي أن القرار الذي يصدره المحكمون لا

(1) حسان كليبي، **(الطبيعة القانونية لحكم التحكيم التجاري الدولي)**. مجلة الفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 16، العدد 02، 2021، ص232.

(2) زيادي كمال، **المرجع السابق**. ص24.

(3) عقيل سرحان محمد النصيري، **المرجع السابق**. ص 425.

(4) حسان كليبي، **المرجع السابق**. ص233.

(5) أشجان فيصل شكري داود، **المرجع السابق**. ص 44.

يسري الا على أطراف النزاع ولا يمتد لغيرها، ولا ينفذ الا بعد مصادقة المحكمة المختصة ليتسنى تنفيذه وبهذا تكتمل الصفة القضائية[1].

بداية هذه النظرية ترجع الى المقترح الذي قدمه الأستاذ جورج سوزارهال في الدورة الرابعة والأربعين لمعهد القانون الدولي في إفريل 1952 حيث طرح أسس هذه النظرية[2].

وبالرغم من اتفاق أنصار هذه النظرية على الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم، الا أنهم اختلفوا فيما بينهم حول الوقت الذي يتحول فيه التحكيم من العقدية الى القضائية[3].

فمنهم من يرى بصدور أمر التنفيذ من المحكمة المختصة يتحول التحكيم من العقدية الى القضائية، ومنهم من يرى في الوقت الذي يصدر في الحكم المنهي لهذا النزاع يتحول التحكيم الى طبيعة قضائية. ويرى اتجاه ثالث، أن هاتين الطبيعتين متوافرتين في التحكيم ابتداء من الاتفاق على اللجوء اليه وحتى الانتهاء منه بتنفيذ الحكم الفاصل في النزاع[4].

ولقد استند أنصار هذه النظرية الى مجموعة من الأسس في تدعيم وجهة نظرهم، والتي سنوضحها في المطلب الأول، وبالرغم من ذلك فلقد وجهت أيضا لهذه النظرية مجموعة من الانتقادات والتي سوف نتطرق اليها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: أسانيد النظرية المختلطة في الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري.

لقد استند أنصار النظرية المركبة الى مجموعة من الأسس والأسانيد في تدعيم وجهة نظرهم، والتي تعتمد هذه الأسانيد على الدور الجوهري الذي تمثله إرادة أطراف النزاع والجهة القضائية التي يقوم بها المحكم، وتفصيل هذه الأسانيد تبعاً للفروع الآتية:

(1) حاتم غائب سعيد، فرحان محمد جاسم، **المرجع السابق**. ص47.

(2) أحمد بن حاجة، **(التحكيم وحل المنازعات في العقود الاقتصادية)**. رسالة ماجستير، قانون المؤسسات، جامعة الجزائر، الجزائر،2005-2006، ص 69.

(3) أشجان فيصل شكري داوود، **المرجع السابق**. ص44.

(4) أشجان فيصل شكري داوود، **المرجع نفسه**. ص45.

الفرع الأول: أسانيد النظرية المختلطة من حيث اتفاق التحكيم:

أولاً: الطبيعة المختلطة جاءت لتلاشي الانتقادات الموجهة للنظريات السابقة من خلال جعل التحكيم يحتل موقفا وسطا بين الطبيعة العقدية والطبيعة القضائية،[1] لأن كل من النظريتين السابقتين قد أصابتا جزءا من الحقيقة، لكن الأخذ بإحداهما دون الأخرى يؤدي الى صعوبات كثيرة مما يتطلب وجود نظام التحكيم ذات طبيعة مختلطة تجمع بين هاتين النظريتين[2].

ثانياً: أن التحكيم ذو سمة مرحلية، فهو يبدأ تعاقديا من خلال اتفاق الأطراف على اللجوء الى التحكيم دون التوجه للقضاء،[3] وينتهي قضائيا بصدور حكم التحكيم وأمر تنفيذه من قضاء الدولة محل التنفيذ[4].

ثالثاً: اللجوء لهاتين النظريتين شجع الأطراف على اللجوء للتحكيم، لأن إعطاء نظام التحكيم الطبيعة العقدية يمنح للأفراد حرية اختيار المحكم الذي سيتولى الفصل في النزاع واختيار الإجراءات الواجب اتباعها عند قيامه بذلك، وهذا يشعرهم بتميز نظام التحكيم عن باقي أساليب فض النزاع، واعطائه الطبيعة القضائية يمكن الدولة من فرض الرقابة على التحكيم الذي يجري على أراضيها[5].

رابعاً: أن التحكيم هو عدالة أنشئت لفك النزاعات، وأن مهنة المحكم هي نفسها مهمة القاضي، وهو عبارة عن قاضي خاص، وأن التحكيم هو قضاء خاص مصدرها إتفاقي [6].

خامساً: إن كلا الطبيعتين للتحكيم تعود لاتفاق التحكيم، وانما تميزت بالوصف القانوني العقدي أو القضائي، فتكون طبيعة التحكيم طبيعة مركبة، فاتفاق الأطراف بإرادتهم يسند الطبيعة

(1) لزهر بن سعيد، **المرجع السابق**. ص 24.

(2) حسان كليبي، **المرجع السابق**. ص24.

(3) لزهر بن سعيد، **المرجع السابق**. ص 25.

(4) سرحاني عبد القادر، مزاولي محمد، **المرجع السابق**. ص151

(5) أشجان فيصل شكري داوود، **المرجع السابق**. ص 46.

(6) سليم بشير، **(الحكم التحكيمي والرقابة القضائية)**. أطروحة دكتوراه، القانون الخاص، جامعة الحاج لخضر- باتنة، 2010-2011، ص70.

العقدية ثم يتلاشى تدريجيا لصالح الطبيعة القضائية، والتحكيم هنا ليس اتفاقا محضا أو قضاء محضا، وانما هو نظام يمر بمراحل متعددة تتمثل في المرحلة الأولى الاتفاق، وفي الثانية اجراء، والثالثة حكم[1].

الفرع الثاني: أسانيد النظرية المختلطة من حيث حكم التحكيم:

أولاً: الطبيعة المختلطة هي التي تفسر لنا الأحكام التي تبدو معارضة في داخل نظام التحكيم[2].

ثانياً: أن التحكيم يحتفظ بالطابع التعاقدي الى حين صدور الحكم وأمر تنفيذه،[3] فيصبح حكما قضائيا، ويعود ذلك الى العلاقة بين حجية حكم التحكيم وقوته التنفيذية، لأن هذه القوة والتي لا يمتنع بها حكم التحكيم الا بعد صدور الأمر بذلك من الجهة القضائية المختصة التي بدورها هي التي تمنح هذا الحكم حجية الأمر المقضي فيه[4].

وأن حكم التحكيم الممهور بالصيغة التنفيذية هو حكم قضائي رسمي، وأن التحكيم لا يتجرد من خصائصه العقدية والقضائية، فهو ذو طبيعة مختلطة مركبة [5].

ثالثا: ان التحكيم يتمتع بالطبيعة المختلطة،[6] فالحكم التحكيمي يجمع ما بين العقد والقضاء أو عمل قضائي ذو أساس عقدي، وعليه فاذا ما حكم المحكم فان عمله مستندا الى ارادة الأطراف وارادته شخصيا وإرادة القانون، لأن القانون هو الذي يحدد شكل الحكم واثاره والطعن فيه[7].

(1) حاتم غائب سعيد، فرحان محمد جاسم، **المرجع السابق**. ص48.
(2) حسان كليبي، **المرجع السابق**. ص 234.
(3) سرحاني عبد القادر، مزاولي محمد، **المرجع السابق**. ص150.
(4) حسان كليبي، **المرجع السابق**. ص235.
(5) سليم بشير، **المرجع السابق**. ص71.
(6) أشجان فيصل شكري داوود، **المرجع السابق**. ص224.
(7) سليم بشير، **المرجع السابق**. ص71.

رابعاً: عند الأخذ بالطبيعة المختلطة أو المزدوجة يجدون في ذلك تطبيقا وتوزيعا لقواعد العقد ولقواعد الحكم، أما قرار التحكيم فيرون فيه" حكما ذا شكل تعاقدي"، فالتحكيم عليه صفتان– الصفة التعاقدية والصفة القضائية[1].

الفرع الثالث: أسانيد النظرية المختلطة من حيث آثار التحكيم:

أولاً: يتم تحديد القانون الواجب التطبيق وتنفيذ الأحكام طبقا للمرحلة التي يمر بها التحكيم، ففي مرحلة الاتفاق يتم تطبيق القانوني واجب التطبيق على الاتفاقيات والعقود، وفي المرحلة الثانية مرحلة الإجراءات والتداعي فيتم تطبيق القانون الواجب التطبيق على المسائل ذات الطابع القضائي،[2] وفي المرحلة الثالثة مرحلة تنفيذ الأحكام تصبح بمنزلة الحكم القضائي بعد صدور الأمر بالتنفيذ[3].

ثانياً: ان التحكيم يتمحور جوهره في تصرف ارادي، لكنه ينطلق الى تحريك نشاط ذي طابع قضائي يسفر عن حسم منازعة بوساطة قضاء خاص.

ثالثاً: يرى بعض أنصار هذه النظرية أنه حتى في نطاق التحكيم الاجباري: على أساس أن نظام فض المنازعات الذي أرساه المشرع بقوانين تنظيم القطاع العام هو نظام للتحكيم، وان كان التحكيم مفروض، يصدر قرارات لها خصائص العمل القضائي، ومن ثم فانه قد خلق نمطا جديدا هو في حقيقته خلط من التحكيم والقضاء وان كانت عناصره الغالبة من نظام القضاء[4].

(1) خالد كمال عكاشة، **دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار**. الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2014، ص 49.

(2) حاتم غائب سعيد، فرحان محمد جاسم، **المرجع السابق**. ص31

(3) خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**. الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2011، ص40.

(4) حسن المصري، **التحكيم التجاري الدولي**. د ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص16.

رابعاً: دمج كلا النظريتين يشجع على اللجوء الى التحكيم من جانب زيادة الثقة من قبل طرفي الخصومة لحل النزاع فيما بينهما، وكذلك إعطاء التحكيم طابع قضائي سيؤدي الى زيادة الثقة بنظام التحكيم الذي يتمثل من خلال رقابة الدولية على حكم التحكيم الصادر[1].

المطلب الثاني: الانتقادات التي وجهت النظرية المختلطة

على الرغم مما جاء به أصحاب النظرية المختلطة من حل وسط لمشكلة تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، الا أن هذا الرأي لا يخلو من النقد، وتفصيل هذه الإنتقادات تبعاً للفروع الآتية

الفرع الأول: الانتقادات التي وجهت للنظرية المختلطة من حيث آثار التحكيم:

رغم قيام هذه الطبيعة المختلطة للتحكيم على أساس تحليل ورصد لما يؤثر في التحكيم سواء أكان ذلك بإجراء إجراءات التحكيم التي تشتمل على إختيار المحكمين، وكذلك مدته وموعده والقانون الذي سيتم تطبيقه على النزاع وإجراءات سير الدعوى أمام هيئة التحكيم، والإجراءات المتعلقة بحكم التحكيم ، من حيث حجية هذا الحكم ومدى قوة إلزاميته ومدى تنفيذ حكم التحكيم أمام المحاكم الوطنية للأطراف، حيث يعتبر حكم التحكيم بمثابة سند أجنبي أمام هذه المحاكم فان التحليل القانوني يجب الا يقف عند القول بأن التحكيم ذو طبيعة مختلطة أو خليط غير متجانس[2].

الفرع الثاني: الانتقادات التي وجهت للنظرية المختلطة من حيث حكم التحكيم:

ربط وبصورة غير صحيحة بين ما تتمتع به أحكام المحكمين من حجية وبين قوته التنفيذية،[3] فحجية الأمر المقضي تثبت لحكم التحكيم بمجرد صدوره وهي أمر اخر غير القوة التنفيذية التي لا يحوزها حكم التحكيم الا بصدور أمر قضائي بتنفيذه،[4] والأحكام القضائية تعد من حيث القوة في مرتبة أعلى من أحكام التحكيم، فالقضاء يعتبر إحدى السلطات العامة في الدولة

(1) عبد الله محمد المحاميد، **المرجع السابق**. ص11.

(2) مناني فراح، **التحكيم طريق بديل لحل المنازعات**. طبعة 2010، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 45.

(3) سرحاني عبد القادر، مزاولي محمد، **المرجع السابق**. ص152.

(4) مناني فراح، **المرجع السابق**. ص 46.

حيث أن القاضي يعتبر موظف عام رسمي يتمتع بمجموعة من الحصانات والإمتيازات التي لا يتمتع بها المحكم، حيث أنه ليس بموظف عام ولا يمتلك صلاحيات القاضي ومن أهمها سلطة الإلزام [1].

الفرع الثالث: الانتقادات التي وجهت للنظرية المختلطة من حيث اتفاق التحكيم:

أولاً: وصفها كمختلطة يعد هروبا من مواجهة الحقيقة بأبعادها المتعددة، والواجب مواجهة هذه الحقيقة بتحديد الطبيعة القانونية وليس الاكتفاء بوصفها مختلطة، حتى يمكن تحديد القواعد القانونية التي تحكم هذا النظام[2].

ثانياً: انتقد الفقه هذه النظرية لأنها تحاول إيجاد فاصل زمني بين كل من الطابع التعاقدي والطابع القضائي على الرغم من أنهما يمثلان كلا واحدا لا يقبل التجزئة، فاذا كان التحكيم يبدأ باتفاق، فهو ليس بعيدا تماما عن الطابع القضائي، فبحسب أن موضوعه هو إقامة كيان عضوي للفصل في النزاع، وإذا كان التحكيم ينتهي بحكم فهو ليس منبت الصلة باتفاق التحكيم وأثره على سير الخصومة[3].

ثالثاً: إذا سلمنا أن العملية التحكيمية تبدأ بعقد وتنتهي بحكم قضائي، الا أن هذا النوع من العقود يختلف عن غيره من العقود، فان كانت العقود بطبيعتها تهدف الى انشاء مراكز قانونية جديدة، الا أن عقد التحكيم ينصب أثر كذلك على الاثار الناشئة عن العقد

رابعاً: تم نقد الطابع التعاقدي للتحكيم في هذه النظرية بذات الانتقادات التي وجهت اليه للنظرية العقدية التي أشرنا اليها سالفا في الفصل الأول.

---

(1) إبراهيم محمد شاكر علي، **التحكيم في منازعات شركات سمسرة الأوراق المالية مع العملاء**. د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ،2015، ص 295.

(2) أشجان فيصل شكري داوود، **المرجع السابق**. ص47.

(3) علاء محيي الدين مصطفى أبو أحمد، **التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم**. د ط، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2008، ص45.

الفرع الرابع: الانتقادات التي وجهت للنظرية المختلطة من حيث مرتكزات النظرية:

أولاً: تعرضت للنقد في انعدام الأسس المنطقية والمستقلة التي يمكن أن تقوم عليها أية نظرية، فهذه النظرية تقوم على المزج والدمج بين الأسس التي قامت عليها النظريتين العقدية والقضائية، دون أن تكون لها أسس خاصة بها[1].

تؤخذ على هذا الاتجاه أنه لم يتصدى للمشكلة وانما اختار أيسر وأسهل الحلول، وجمع بين النظريتين.

ثانياً: ان هذا الاتجاه لم يتفق على الحد الزمني الفاصل الذي ينحسر فيه الطابع الاتفاقي ليبدأ الطابع القضائي له[2].

ثالثاً: أن التحكيم وان كان يحمل تشابها بين طبيعتين مختلفتين هما الطبيعة العقدية والطبيعة القضائية، الا أنه لا يمكن اسباغ الصفة الاتفاقية والقضائية جنبا الى جنب على التحكيم، لأنه قد لا يكون أساس التحكيم الاتفاق، وذلك كالتحكيم الاجباري المبني على إرادة الأطراف، وكذلك لا يمكن اعتبار التحكيم قضاء لأن الأخير يعد احدى سلطات الدولة الثلاث والتي من خلالها يؤدي القاضي دوره باعتباره ممثلا عنها[3].

المبحث الثاني: موقف النظرية المستقلة من الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري

ظهر مؤخرا في الفقه اتجاه يسعى نحو كشف النقاب عن صعوبة تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم في ظل المفاهيم التقليدية السائدة، ويرى أنصاره أن التحكيم ما هو الا ظاهرة تلقائية أو

(1) زروق نوال، **محاضرات في مقياس التحكيم التجاري الدولي**. سنة ثانية ماستر، قانون أعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بن دباغين، سطيف، 2014-2015-2016-2017-2018، ص 30.

(2) مصطفى ناطق صالح مطلوب، **المعين في التحكيم التجاري**. د ط، دار الكتب القانونية، دار الشتات للنشر والبرمجيات، مصر- الامارات، 20017، ص 86.

(3) إبراهيم محمد شاكر علي، **المرجع السابق**. ص 296.

ذاتية، وأن تحديد الطبيعة لا يمكن الوقوف عليها مالم يؤخذ في الحسبان هدف التحكيم ومنفعته الواقعية التي تدفع الأطراف نحو تجنب اللجوء للمحاكم القضائية[1].

ويرى أنصار هذه النظرية أن نظام التحكيم ذو طبيعة خاصة، ويجب النظر اليه نظرة مستقلة، ولا يمكن تفسيره في ضوء المادة التقليدية لمحاولة ربطه بالعقد أو بالحكم القضائي الصادر عن القضاء في الدولة، ولا يمكن اسقاط وصف الازدواجية عليه.

فلا يمكن ادماج هذا النظام في أنظمة قانونية يتشابه معها في أمور ويختلف عنها في أمور أخرى، لأن اتفاق التحكيم نوع من أنواع العقود، لكن له خصائص ذاتية تميزه عن غيره من العقود في أمور عديدة[2].

فالتحكيم لا يعد ذا طبيعة عقدية، لأنه لو نظرنا الى التحكيم الاجباري نرى أن العقد ليس هو مصدر انشائه، وأن الصبغة القضائية ليست هي العالية على التحكيم، لأن السلطة القضائية تعد احدى سلطات الدولة الثلاث التي يمارس من خلالها القضاء دوره الدستوري في تطبيق القانون، أما في العملية التحكيمية فان المحكم لا يحسب ضمن السلطة القضائية، ولا يتمتع بما يتمتع له القضاة من حصانة ولا يلتزم بصفة عامة بتطبيق القوانين الوضعية.

أكد روادها على الطبيعة الذاتية الخاصة لما يتسم بعدة خصائص وسمات وفعالية تكتب له الغلبة على ما عداها من طرق لحل المنازعات ولا سيما ما تعلق منها بالتجارة الدولية، وهو بهذه المكانة يجد مأواه ليس فقط في قوانين الدول، وانما أيضا في المواثيق الدولية وقرارات المنظمات الدولية، وفي منظمة لوائح هيئات التحكم المنتشرة في مختلف دول العالم[3].

(1) بليغ حمدي محمود، **المرجع السابق**. ص33.

(2) أشجان فيصل شكري داوود، **المرجع السابق**. ص49.

(3) إبراهيم محمد شاكر علي، **المرجع السابق**. ص296.

ولإبراز الطبيعة الاستقلالية للتحكيم، فان هذا الرأي يؤكد على نظامي التحكيم والقضاء يعملان جنبا الى جنب ولا يمكن مزجهما،[1] أي أننا أمام نظامين متوازنين ومستقلين لا يعد أحدهما فرعا من الاخر ممكن يجعل لكل منهما قواعده الخاصة به[2].

ولقد استند أنصار هذه النظرية الى مجموعة من الإستنادات في تدعيم وجهة نظرهم والتي سيتم التطرق اليها في المطلب الأول، وسنتطرق في المطلب الثاني الى الانتقادات التي وجهت الى النظرية المستقلة بالرغم من الأسس التي استندوا عليها.

المطلب الأول: أسانيد النظرية المستقلة في الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري:

لقد استند رواد النظرية المستقلة على مجموعة من الإستنادات لتدعيم وجهة نظرهم وفي بناء هيكل التحكيم كنظام قانوني مستقل، وتفصيل هذه الأسانيد تبعاً للفروع الآتية:

الفرع الأول: أسانيد النظرية المستقلة من حيث اتفاق التحكيم:

أولاً: يعتبر التحكيم قضاء اتفاقي يتقيد بنصوص اتفاق التحكيم، لهذا وجب علينا الابتعاد عن القوالب التقليدية لكي نحدد الطبيعة القانونية للتحكيم،[3] وربط التحكيم بفكرة عقدية أم قضائية ربما، لأن ذلك ذا فائدة في الماضي وليس في الحاضر، وذلك لأن الفكرة قد تقف عائقا أمام الوصول الى نظرة شاملة وواضحة لظاهرة التحكيم التي باتت تفرض نفسها على منازعات التجارة الالكترونية[4].

ثانياً: ان وظيفة المحكم لم يعد ذو طبيعة ارادية خالصة، وذلك لأن واقع التجارة الدولية تقوم بالكشف على حرية الخصوم في اختيار المحكمين على أنها قد أصبحت غير مطلقة بشكل كبير،[5] ويعتبر عمل المحكم عمل قضائي ولكن يقوم بذلك بشكل مستقل عن القضاء، وذلك لأنه

(1) إبراهيم محمد شاكر علي، **المرجع السابق**. ص 297.

(2) أشجان فيصل شكري داوود، **المرجع السابق**. ص50.

(3) مناني فراح، **المرجع السابق**. ص47.

(4) مناني فراح، **المرجع نفسه**. ص50.

(5) مصطفى ناطق صالح مطلوب، **المرجع السابق**. ص 88

لا يستمد سلطته من سلطة قضاء الدولة، وذلك بسبب أن المحكم كان ظهوره الأسبق، وان مصدر سلطاته نابع عن إرادة الأطراف وإرادة القانون، فيعتبر نظام يسير بالتوازي جنبا الى جنب القضاء[1].

ثالثاً: ان اتفاق النظرية الخاصة للتحكيم وتوافقها مع الاعتبارات العملية التي تفرض مظاهر كثيرة للتحكيم وذلك على المستوى الدولي وعلى المستوى المحلي والإقليمي واستجابة النظرية لمتطلبات عولمة الاقتصاد والتجارة والتطور التكنولوجي، كان لابد من طبيعة خاصة للتحكيم[2].

رابعاً: ان العقد لا يعتبر جوهر التحكيم، وليس الا أداة خاصة تحقق الهدف المطلوب للخصوم،[3]وذلك بدليل وجود التحكيم الاجباري الذي يقوم بإلزام أطراف النزاع باللجوء اليه بموجب القانون، وبدليل أخر أن المحكمين لا يعينون باتفاق الأطراف في بعض الأحيان، وانما يتم تعيينها عن طريق المحكمة المختصة[4].

خامساً: إن القانون لا يعتبر المحكم قاضيا، لأن المحكم يخضع لنظام قانوني يختلف عن النظام القانوني الذي يخضع له القاضي، فالمحكم لا يمتلك كل من سلطة الجبر والأمر، ولا يشترط فيما يشترط في القاضي من صفات معينة مثل: الجنسية والسن والمؤهلات العلمية... وغيرها من الشروط، ولا يعد منكرا للعدالة إذا امتنع القيام بعمله[5].

الفرع الثاني: أسانيد النظرية المستقلة من حيث حكم التحكيم:

في ظل الطبائع المتعددة للتحكيم لن يكون مستبعدا الخلط واللبس بين التحكيم وما بشابهه من أنظمة، وذلك بسبب صعوبة إفراد الطبيعة في عدد محدود، فلن يلبث أن يتحول نوع منها الى آخر مثلما حدث في التحكيم بالصلح، فقد كان قريبا من التوفيق، حيثما كان هناك اقتراح للأطراف

(1) سليم بشير، **المرجع السابق**. ص71.

(2) خالد كمال عكاشة، **المرجع السابق**. ص50.

(3) لزهر بن سعيد، **المرجع السابق**. ص 30.

(4) حسن كليبي، **المرجع السابق**. ص 236.

(5) مصطفى ناطق صالح مطلوب، **المرجع السابق**. ص 87.

اختيار قبوله أو رفضه، ولكن بسبب التطور أعتبر هذا الاقتراح حكما وأصبح ملزما للأطراف، الأمر الذي يجعلنا نؤيد الطبيعة المستقلة للتحكيم، وكذلك حدث خلط بينه وبين التحكيم في الخبرة وغيره من أنظمة التحكيم، حيث يكون المحكم خبير يملك خبرة معينة حول موضوع محدد سواء أكان هذا الموضوع طبّي هندسي أو غيره، حيث يكتفي هذا النوع من الأنظمة بإبداء الرأي دون أي قوة الزامية له[1].

الفرع الثالث: أسانيد النظرية المستقلة من حيث آثار التحكيم:

أولاً: ان التحكيم ليس نوعا من القضاء،[2] وذلك من خلال اختلاف العدالة المقدمة من نظام التحكيم عن العدالة المقدمة من قبل قضاء الدولة، لأنها عدالة طبيعية أسبق في الظهور من قضاء الدولة، وبطبيعة الحال يختلف التحكيم عن القضاء في البناء الداخلي،[3] ولذلك لا يجوز اخضاع مسائل التحكيم الى قواعد القضاء الا على سبيل القياس وبشروطه، وفي النهاية يعتبر التحكيم نظاما قانوني مستقلا بذاته[4].

ثانياً: ان التحكيم نظام وأداة قانونية متميزة لحل النزاعات فيه اتفاق، وما يميزه عنهما كون التحكيم يهدف الى تحقيق وظيفته الاجتماعية والاقتصادية المميزة والتي تتثمل في تحقيق العدالة والتعايش السلمي،[5] فلماذا نغير حقيقة التحكيم ووضعه في إطار أنظمة قانونية أخرى يتشابه معها في أمور ويختلف معها في أمور أخرى، ولماذا لا نقر أن التحكيم له طبيعته الخاصة والمستقلة، فالتحكيم يعتبر نظام قانوني يلجأ اليه الأطراف لحل منازعاتهم دون القضاء.

(1) مناني فراح، **المرجع السابق**. ص48

(2) عقيل سرحان، **المرجع السابق**. ص 50.

(3) بليغ حمدي محمود، **المرجع السابق**. ص34.

(4) عقيل سرحان، **المرجع السابق**. ص51.

(5) حاتم غائب سعيد، فرحان محمد جاسم، **المرجع السابق**. ص36.

ثالثاً: إذا كان التحكيم عقدا فيجب أن يتمشى بالشروط العامة للعقود، الا أنه يتميز عنها من حيث كل من الهدف والموضوع، فيهدف الى تسوية النزاعات الناشئة عن علاقة قانونية سابقة وليس إقامة علاقة قانونية مالية مبتدئة بين طرفين، أما بالنسبة لموضوع إقامة كيان على شكل "محكم" فردا أو هيئة ترفع اليه ادعاءات الطرفين للفصل بينهما وليس التراضي على تسوية النزاع بحد ذاته[1].

رابعاً: اختلاف أحكام التحكيم عن أحكام القضاء من حيث الاثار القانونية المترتبة على كل منهما، سواء من حيث القوة التنفيذية أم من حيث الحجية، فحكم التحكيم لا يكتسب القوة الا بعد صدور أمر بذلك من المحكمة وفقا للإجراءات القانونية[2].

المطلب الثاني: انتقادات النظرية المستقلة

لم تسلم هذه النظرية من الانتقاد على أساس أن اختلاف نظام التحكيم عن نظام القضاء ونظام العقد لا يكفي للقول بالطبيعة المستقلة أو الخاصة له، وتفصيل هذه الانتقادات تبعاً للفروع الآتية:

الفرع الأول: انتقادات النظرية المستقلة من حيث اتفاق التحكيم:

أولاً: ان تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم يتم من خلال تحديد الأصل الذي ينتمي اليه، وليس من خلال الأثر المترتبة أو الأساس الذي يقوم عليه، فان كان هذا الأصل هو سلطان الإرادة وهو المبدأ السائد في غالب العقود الذي بني عليه مبدأ حرية أطراف التعاقد، كان النظام التحكيم ذا طبيعة عقدية، وإذا كان الأصل الذي ينتمي اليه نظام التحكيم هو سلطة القضاء كان نظاما قضائيا[3].

(1) حاتم غائب سعيد، فرحان محمد جاسم، **المرجع السابق**. ص 37.

(2) أشجان فيصل شكري داوود، **المرجع السابق**. ص53.

(3) سرحاني عبد القادر، مزوالي محمد، **المرجع السابق**. ص153.

ثانياً: ربط أنصار النظرية ربطا خاطئا بين القضاء الذي يشكل أحد سلطات الدولة، وبين فكرة القضاء البسيط المتمثل في الفصل في النزاع وفقا للقانون، بوساطة طرف محايد غير مكلف أصلا بتطبيق القواعد القانونية، كما أن التحكيم البسيط لا يخول هذا الشخص امتيازات وحصانات القضاء المتعلقة بالنقل والعزل وغيرها من الإمتيازات الخاصة بالأمور المالية، لأن الوظيفة القضائية قد تتم ممارستها من أشخاص عاديين لا ينتمون الى هذا المرفق[1].

الفرع الثاني: انتقادات النظرية المستقلة من حيث الآثار:

أولاً: ربط رواد هذه النظرية ربطا خاطئا بين تطبيق القانون وبين القضاء من جهة وبين التحكيم وتطبيق الأعراف أو قواعد العدالة من جهة أخرى، فالقاضي يفصل في النزاع المعروض عليه استنادا الى القواعد القانونية أو الأعراف السائدة أو قواعد العدالة في حال غياب القاعدة القانونية التي تحكم، وهو الدور الذي يقوم به المحكم عندما يكون مكلفا بالفصل في النزاع وفقا لقواعد العدل والانصاف دون التقيد بقواعد القانون فالمحكم يقوم بتطبيق اتفاق التحكيم فيما يخص القانون الواجب التطبيق على العقد وعند خلو الاتفاق من قواعد تفصل في النزاع المعروض عليه يلجأ لقواعد العدالة استثناءً[2].

ثانياً: لا يمكن القول بأن نظام التحكيم يؤدي الى تحقيق وظيفة اجتماعية تضمن التعايش السلمي بين أطراف النزاع، حيث أن التحكيم لا يؤدي حكمه إلى التنفيذ التلقائي له وإنما يحتاج إلى صيغة تنفيذية من المحكمة المختصة، كما أن ذلك يتعارض مع التحكيم بالقانون الذي يلتزم فيه المحكم بالفصل في النزاع وفقا لقواعد القانون، وهو الدور ذاته الذي يقوم به القاضي العام في الدولية[3].

(1) أشجان فيصل شكري داوود، **المرجع السابق**. ص54.

(2) سرحاني عبد القادر، مزاولي محمد، **المرجع السابق**. ص152.

(3) أشجان فيصل شكري داوود، **المرجع السابق**. ص 55.

الفرع الثالث: انتقادات النظرية المستقلة من حيث المرتكزات:

أولا: انعدام أساس منطقي تقوم عليه، فيجب تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم وذلك فالقول بالطابع المستقل للتحكيم غير كاف، فجميع أسانيد النظرية المستقلة تخلو من العملية حيث أن نظام التحكيم نظام يمتزج بالطابع التعاقدي تارةً، وتارة أخرى نجد المحكم يقوم تقريبا بنفس وظيفة القاضي من خلال إصدار قرار ملزم للأطراف، وإن كان يختلف معه من حيث النفاذ[1].

ثانياً: ان البراهين التي جاء بها هذا الاتجاه غير مقبولة ولا تتماشى مع ما يقوم به المحكم في حل النزاعات، وذلك على أساس قيامها بوجود مجتمع رجال أعمال متخصصين بالتجارة الدولية بعيدا عن مجتمع الدول، وما جاء في هذه النظرية تذهب الى عدم الاعتراف بالأنظمة الوطنية للدول[2].

ثالثاً: استناد أنصار هذه النظرية على التنظيم القانوني لنظام القضاء، والمختلف عن التنظيم القانوني لنظام التحكيم هو استناد الى أسانيد شكلية غير موضوعية،[3] تتمثل بالمهمة التي يقوم بها كل من القاضي والمحكم، فالقضاء منظم تنظيما قانونيا عاما يحكم جميع المنازعات، أما التحكيم منظم تنظيما خاصا من قبل أطراف النزاع أو من قبل المحكم في النزاع، وهذا لا يعني اختلافهما في الطبيعة، وانما يعني أن القضاء قضاء عام والتحكيم قضاء خاص.

(1) زروق نوال، **المرجع السابق**. ص31.

(2) مصطفى ناطق صالح مطلوب، **المرجع السابق**. ص88.

(3) سرحاني عبد القادر، مزاولي محمد، **المرجع السابق**. ص152.

خاتمة

خاتمة

يعتبر تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري من أهم معايير قوة التحكيم الدولي والي اعتبرها أغلب الفقهاء ذو طبيعة خاصة، أي أنه ذو طبيعة قضائية من نوع خاص.

وفي نهاية الدراسة توصلنا الى مجموعة من النتائج والإقتراحات كالآتي:

أولا: النتائج.

1/ استندت النظرية العقدية الى العديد من الأسانيد ومن أبرزها الغاية من التحكيم وهو الفصل في النزاع بحكم يرضي الأطراف.

2/ انتقدت هذه النظرية بالعديد من الانتقادات أهمها أنها أمدت للحرية المطلقة للأطراف، بحيث أن الحرية نسبية تقتصر على مجرد اللجوء الى التحكيم ووضع بعض أس اتفاق التحكيم.

3/ استندت النظرية القضائية الى أسانيد متعددة، تعتمد على أن التحكيم يشابه وظيفة القضاء ويصدر المحكم حكم يماثل الحكم القضائي من حيث القوة الإلزامية والقابلية للتنفيذ.

4/ وجه العديد من الإنتقادت للنظرية، لعل أبرزها أن التحكيم لا يماثل الوظيفة القضائية، بل أن التحكيم خاضع من حيث قابليته للتنفيذ تتم عن طريق القضاء.

5/ استندت النظرية المختلطة على العديد من الأسانيد من أهمها، أنه التحكيم ذو طابع مرحلي يبدأ تعاقدي وينتهي قضائي.

6/ انتقدت النظرية المختلطة بالعديد من الإنتقادات لعل أهمها: انعدام الأسس المنطقية التي يمكن الإستناد اليها.

7/ تستند النظرية المستقلة على العديد من الأسانيد لعل أهمها طبيعة اتفاق التحكيم واردة الأطراف.

8/ وجهت العديد من الإنتقادات النظرية المستقلة لعل أبرزها، إنعدام الأساس المنطقة التي بنيت عليه هذه النظرية.

9/ كرس المشرع التحكيم التجاري الدولي رغم عدم تطرقه بصراحة الى الطبيعة القانونية، ولكن من خلال نصوصه نرى أنه قد تبنى الطبيعة القضائية.

ثانيا: الإقتراحات.

1/ تعديل المواثيق الدولية الخاصة للتحكيم القانون الدولي، وخاصة نظام التحكيم الخاص بمحكمة التحكيم الدائمة حتى تتناسب مع مستجدات العصر الحالي.

2/ على الباحثين القانونيين الإستناد الى الإتفاقيات الدولية لتحديد دقيق للطبيعة القانونية.

3/ على أطراف التحكيم القانون الدولي التحديد الدقيق لإتفاق التحكيم بإعتباره جوهر العملية التحكيمية.

4/ إنشاء معاهد تكوين لدراسة التحكيم التجاري الدولي بغية تفادي الخسائر الناتجة على النزاعات التجارية الدولية.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

I /قائمة المصادر

أولاً: القران الكريم

ثانياً: المعاجم

- المعجم الوجيز، **معجم اللّغة العربية**. القاهرة، مصر، 1995.

ثالثاً: الإتفاقيات:

1-إتفاقية لاهاي المعتمدة في اتفاقية لاهاي المؤرخة في 19 أكتوبر عام 1907.

2-إتفاقية عمان العربية لإتفاق التحكيم التجاري، المؤرخة في 04/14 عام 1987.

3-القانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي عام 1985 مع التعديلات المعتمدة في عام2006.

رابعاً: القوانين:

1-قانون الإجراءات المدنية الجزائري رقم 66-154 في 8 يونيو1966.

2-قانون التحكيم الفلسطيني، رقم 03، لسنة 2000.

خامساً: أحكام قرارات المحاكم

- حكم المحكمة الدستورية العليا جلسة11\5\2003- القضية رقم 380 لسنة 2003.

II /قائمة المراجع

أولاً: الكتب

1- إبراهيم محمد شاكر علي، **التحكيم في منازعات شركات سمسرة الأوراق المالية مع العملاء**. د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ،2015.

2- أحمد أبو الوفا، **التحكيم الإختياري والإجباري**. منشأة المعارف، الإسكندرية،1997.

3- أحمد عبد الكريم سلامة، **نظرية العقد الدولي الطليق**. دار النهضة العربية، القاهرة،1998.

4- أشرف عبد العليم الرفاعي، **التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية**. د ط، دار الكتب القانونية، مصر ،2004.

5- براهيم نادر محمد، **مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي**. ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية،2000

6- بسام شيخ العشرة، **التحكيم التجاري**، منشورات الجامعة الإفتراضية السورية. سوريا،2018.

7- بليغ حمدى محمود، **الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية**. د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2007.

8- التحيوي محمود عمر، **الطبيعة القانونية لنظام التحكيم**. دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2003.

9- الجبلي نجيب أحمد ثابت، **التحكيم في القوانين العربية دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية**، د ط، د مكان النشر، المكتب الجامعي الحديث،2006.

10- حسن المصري، **التحكيم التجاري الدولي**. د ط، دار الكتب القانونية، مصر ،2006.

11- حيدر طالب مناف، **عقد النقل البحري في التحكيم التجاري الدولي**. دار السندس، الرياض،2019.

12- خالد عبد العظيم أبو غابة، **التحكيم وأثره في فض المنازعات**. الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2011.

13- خالد كمال عكاشة، **دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار**. الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن،2014.

14- الخزاعلة شمس الدين قاسم، **نطاق سلطان الإرادة في قانون التحكيم الأردني رقم31 سنة2001 دراسة مقارنة مع القانون الإنجليزي الجديد سنة1996**. دار الكتاب، إربد،2005.

15- شفيق محسن، **التحكيم التجاري الدولي**. ط1، دار النهضة العربية، القاهرة،1997.

16- صبري حمد خاطر، الغير عن العقد. دار الثقافة، عمان،2001.

17-الطيب زروقي، **القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية.** الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر،2000.

18-عبد الحميد الأحدب، **موسوعة التحكيم الدولي.** الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار المعارف، الإسكندرية،1998.

19-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية.** الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية،2015.

20-عبد العزيز عبد المنعم، **التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية.** الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2006.

21-عبد المجيد منير، **قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية** .دون طبعة .الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية،1995.

22-عزمي عبد الفتاح عطية، **قواعد التحكيم الداخلي في قانون المرافعات الكويتي.** مؤسسة دار الكتاب، الكويت،2012.

23-علاء محيي الدين مصطفى أبو أحمد، **التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم.** د ط، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة،2008.

24-فكري عبد الله خاني، **المحاكم الدولية والحضور السوري والعربي.** دار النفائس، دمشق، 2009.

25-فؤاد علي القهالي، **النظام القانوني لتنفيذ أحكام المحكمين الداخلية.** مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض،2020.

26-لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة.** دار هوما، الجزائر،2012.

27-محسن شفيق، **التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة).** دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة،1997.

28-محمد سعيد المري، **خصوصية خصومة التحكيم**. ط1، دار النهضة العربية، القاهرة،2016.

29-محمد كولا، **تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري**. منشورات بغدادي الجزائر،2008.

30-محمود عارف الكفارنة، **النظام القانوني للتحكيم التجاري في ظل القانونين المصري والأردني**. دار الكتاب الثقافي، الأردن،2015.

31-محمود علي وافي، **خصوصية إجراءات التحكيم في كل من مصر ودول الخليج العربي**. ط1، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض،2016.

32-مراد محمود المواجدة، **التّحكيم في عقود الدولة ذات الطّابع الدولي**. الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن،2010.

33-مصطفى ناطق صالح مطلوب، **المعين في التحكيم التجاري**. د ط، دار الكتب القانونية، دار الشتات للنشر والبرمجيات، مصر- الامارات،2017.

34-مصطفى ناطق مطلوب، **نظام التحكيم التجاري الطارئ**. المكتب العربي، القاهرة،2017.

35-مناني فراح، **التحكيم طريق بديل لحل المنازعات**. طبعة 2010، دار الهدى، الجزائر،2010.

36-نزار قشطة، التحكيم الدولي. **المركز الدولي للأبحاث القانونية**، فلسطين،2008.

37-نزار قشطة، **المنظمات الدولية**. ط2، المركز الدولي للدراسات القانونية، فلسطين،2014.

38-هشام خالد، **أوليات التحكيم التجاري الدولي**. د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2004.

ثانياً: الرسائل العلمية

1-أطروحات الدكتوراه

-رشيد واضح، **(نظام التحكيم في تسوية منازعات العمل الجماعية-دراسة مقارنة-)**. أطروحة دكتوراة، قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2010.

-سليم بشير، **(الحكم التحكيمي والرقابة القضائية)**. أطروحة دكتوراه، القانون الخاص، جامعة الحاج لخضر- باتنة، 2010-2011.

-عبد الحميد العوض القطيني محمد، **(الوسائل السلمية لتسوية النزاع الدولي)**. أطروحة دكتوراه، جامعة شندي، كلية الدراسات العليا، السودان، 2016.

-هدى محمد عبد الرحمن، **(دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته)**. أطروحة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة ،1997.

2-رسائل الماجستير

-إبراهيم مصطفى إبراهيم المهندز، **(تسوية المنازعات الدولية بالوسائل السياسية والقضائية)**. رسالة ماجستير، العلوم السياسية، الاكاديمية الليبية، مدرسة الدراسات الاستراتيجية والدولية، ليبيا،2018.

-أحمد بن حاجة، **(التحكيم وحل المنازعات في العقود الاقتصادية)**. رسالة ماجستير، قانون المؤسسات، جامعة الجزائر، الجزائر ،2005-2006.

-أشجان فيصل داود، **(الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به)**. مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين،2008.

-خليل بوصنوبرة، **(القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقاً للقانون الجزائري)**. مذكرة ماجستير، القانون العام، جامعة منتوري، قسنطينة،2008.

-دندن وسيلة، **(التحكيم التجاري الدولي)**. في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، القانون الخاص، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017-2018.

-عبد الله محمد المحاميد، **(القيود الواردة على نظام التحكيم التجاري)**. مذكرة ماجستير، القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن،2018.

-محمد بواط، **(التحكيم في حل النزاعات الدولية)**. مذكرة ماجستير، حسيبة بوعلي، الشلف،2008.

-منسول عبد السلام، **(قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري)**. مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، قانون الأعمال، الجزائر،2001.

-منى بوخالتة، **(التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الإستثمار)**. مذكرة ماجستير، القانون العام، جامعة قسنطينة1، قسنطينة،2014.

-وجدال سمية، **(التحكيم في النزاعات الدولية)**. مذكرة ماجستير، جامعة منتوري، قسنطينة،2012.

3- رسائل الماستر

- زيادي جمال، **(التحكيم في الصفقات العمومية)**. مذكرة ماستر، قانون الأعمال، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي،2014.

ج- المقالات في المجلات

1- باسود عبد المالك، **(طبيعة النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري)**. مجلة القانون والمجتمع، جامعة الدكتور طاهر مولاي، سعيدة، 2015.

2- حاتم غائب سعيد، **(التحكيم التجاري والطبيعة القانونية له)**. مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، جامعة الفلوجة- تكريت، المجلد 04، العدد 02، 2020.

3- حسن كليبي، **(الطبيعة القانونية لحكم التحكيم التجاري الدولي)**. مجلة الفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 16، العدد 02، 2021.

4- زياد عبد الوهاب النعيمي، أحمد طارق ياسين، **(دور التحكيم في تسوية النزاعات الحدودية)**. مجلة المنار للبحوث السياسية والقانونية، العدد الأول، جوان 2017.

5- سرحاني عبد القادر، مزاولي محمد، **(التكييف القانوني لطبيعة عمل المحكم للتحكيم التجاري الدولي)**. مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة أحمد درارية، أدرار، المجلد12، العدد،2020.

6- عبد القادر عباس، **(التحكيم التجاري الدولي وآثاره)**. مجلة العلوم الإنسانية، العدد التاسع، 2019.

7- عبد الله نجادي، **(تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي)**. مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة عبد الحميد بن باديس، الجزائر، العدد الأول،2021.

8- عجابي إلياس، **(النظام القانوني للتّحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد)**. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد 01.

9- عقيل سرحان النصيري، مهدي صالح الحسن، **(الطبيعة القانونية للتحكيم في سوق الأوراق المالية)**. جامعة القادسية، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العراق، العدد الثاني، المجلد السابع،2016.

د-المقالات على مواقع الانترنت

- الألفي محمد، النظام القانوني للتحكيم. بحث منشور على الموقع الإلكتروني "http:/www.eatlaws.com"، بتاريخ 2022/03/27، الساعة 04:06 مساءً.

الفهرس

الفهرس

الإهداء ..... أ

الشكر والتقدير ..... ج

مقدمة ..... أ

المبحث التمهيدي: ماهية التحكيم التجاري 1

المطلب الأول: مفهوم التّحكيم التّجاري 1

الفرع الأول: تعريف التحكيم التجاري 1

الفرع الثاني: نشأة التحكيم 8

المطلب الثاني: أنواع التحكيم: 9

الفرع الأول: من حيث الجهة التي تتولى الفصل في النزاع: 9

الفرع الثاني: من حيث مبدأ سلطان الإرادة: 11

الفرع الثالث: من حيث جنسية الأطراف ومكان إجراؤه: 12

الفصل الأول: موقف النظريات الآحادية من الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري 18

المبحث الأول: موقف النظرية العقدية من الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري: 18

المطلب الأول: أسانيد نظرية العقدية في الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري..... 19

الفرع الأول: أسانيد النظرية العقدية بناءً على إتفاق التحكيم..... 19

الفرع الثاني: أسانيد النظرية العقدية بناءً على الإختلاف بين التحكيم والقضاء 20

الفرع الثالث: أسانيد النظرية العقدية بناءً على حكم التحكيم 21

المطلب الثاني: نقد النظرية العقدية المحددة لطبيعة التحكيم التجاري: 21

الفرع الأول: نقد النظرية العقدية من حيث إتفاق التحكيم:..... 21

الفرع الثاني: نقد النظرية العقدية من حيث مرتكزاتها:..... 22

الفرع الثالث: نقد النظرية العقدية من حيث آثار التحكيم: 23

الفرع الرابع: نقد النظرية العقدية من حيث الإختلاف بين التحكيم والقضاء: 23

المبحث الثاني: موقف النظرية القضائية من الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري:.....24

المطلب الأول: أسانيد النظرية القضائية في الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري: 24

الفرع الأول: أسانيد النظرية القضائية من حيث إتفاق التحكيم: 24

الفرع الثاني: أسانيد النظرية القضائية من حيث التشابه بين القضاء والتحكيم: 25

الفرع الثالث: أسانيد النظرية القضائية من حيث آثار التحكيم: 26

المطلب الثاني: نقد النظرية القضائية المحددة لطبيعة التحكيم التجاري: 27

الفرع الأول: نقد النظرية القضائية من حيث الإختلاف بين التحكيم والقضاء:..... 27

الفرع الثاني: نقد النظرية القضائية من حيث حكم التحكيم: 28

الفرع الثالث: نقد النظرية القضائية من حيث إتفاق التحكيم: 28

الفصل الثاني: موقف النظريات الثنائية من الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري 30

المبحث الأول: موقف النظرية المختلطة (المركبة) من الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري. ...31

المطلب الأول: أسانيد النظرية المختلطة في الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري. 32

الفرع الأول: أسانيد النظرية المختلطة من حيث اتفاق التحكيم: 33

الفرع الثاني: أسانيد النظرية المختلطة من حيث حكم التحكيم: 34

الفرع الثالث: أسانيد النظرية المختلطة من حيث آثار التحكيم: 35

المطلب الثاني: الانتقادات التي وجهت النظرية المختلطة..... 36

الفرع الأول: الانتقادات التي وجهت للنظرية المختلطة من حيث آثار التحكيم: 36

الفرع الثاني: الانتقادات التي وجهت للنظرية المختلطة من حيث حكم التحكيم: 36

الفرع الثالث: الانتقادات التي وجهت للنظرية المختلطة من حيث اتفاق التحكيم: 37

الفرع الرابع: الانتقادات التي وجهت للنظرية المختلطة من حيث مرتكزات النظرية:..... 38

المبحث الثاني: موقف النظرية المستقلة من الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري.....38

المطلب الأول: أسانيد النظرية المستقلة في الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري: 40

الفرع الأول: أسانيد النظرية المستقلة من حيث اتفاق التحكيم:..... 40

الفرع الثاني: أسانيد النظرية المستقلة من حيث حكم التحكيم: 41

الفرع الثالث: أسانيد النظرية المستقلة من حيث آثار التحكيم: 42

المطلب الثاني: انتقادات النظرية المستقلة 43

الفرع الأول: انتقادات النظرية المستقلة من حيث اتفاق التحكيم:..... 43

الفرع الثاني: انتقادات النظرية المستقلة من حيث الآثار: 44

الفرع الثالث: انتقادات النظرية المستقلة من حيث المرتكزات: 45

خاتمة 47

قائمة المصادر والمراجع 50

الملخص 61

الملخص

لقد هدفت الدراسة إلى بيان مفهوم التحكيم من خلال الإشارة إلى تعريفه وأنواعه، وبيان الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري من خلال استعراض النظريات الآحادية، حيث تضمنت هذه النظرية عدة مذاهب كان الأول المذهب العقدي والتي قمنا بتوضيح مواقف أصحاب هذا المبدأ وأهم الانتقادات التي تعرضت لها، والثاني المذهب القضائي حيث قمنا باستعراض أفكار هذا المذهب وكذلك بيننا الانتقادات التي وجهت إليه والتي تمحورت حول الاختلاف بين وظيفة القاضي ووظيفة المحكم.

وكذلك بتوضيح النظريات الثنائية، حيث تضمنت المذهب المختلط والذي ارتكز على أن التحكيم نظام ذو طبيعة مختلطة يبدأ بالمرحلة العقدية وينتهي بالمرحلة القضائية، ثم أوضحنا أهم الانتقادات التي وجهت إليه، وكذلك تضمنت النظريات الثنائية المذهب الخاص والذي يصف التحكيم بأنه نظام خاص يرتكز على القانون، ورغم أن هذا الرأي هو الرأي الراجح للفقه إلا أنه قد تعرض إلى العديد من الانتقادات والتي قمنا بتوضيحها مسبقاً.

The study aimed to illustrate the concept of arbitration by referring to its definition and types and demonstrate the legal nature of commercial arbitration by reviewing mononial theories, This theory included several doctrines that were the first nodal doctrine and that we clarified the positions of the authors of this principle and the most important criticisms to which it was subjected and the second judicial doctrine where we reviewed the ideas of this doctrine as well as among us the criticisms made against him that centred on the difference between the function of the judge and the function of the arbitrator.

As well as clarifying bilateral theories, where the mixed doctrine is based on the fact that arbitration is of a mixed nature, beginning with the nodal phase and ending with the judicial phase, We then explained the most important criticisms against him, as well as the binary theories of the special doctrine, which describes arbitration as a special system based on law, Although this view is the prevailing view of the doctrine, it has been subjected to many criticisms that we have made clear beforehand.