وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الدكتور مولاي الطاهر – سعيدة –

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

التحكيم كآلية لحل المنازعات ذات طابع تجاري

مذكرة لنيل شهادة الماستر

التخصص: القانون الاقتصادي

من إعداد الطالب: سايح خلف الله

تحت إشراف الدكتور: بن عيسى أحمد

لجنة المناقشة

الأستاذ(ة): د.بن عيسى أحمد.....مشرفا ومقررا

الأستاذ(ة): د.بن أحمد الحاج.....رئيسا

الأستاذ(ة): د.بن خدة سفيان..... عضواً مناقشا

الأستاذ(ة): أ.بن فاطمة بوبكر..... عضواً مناقشا

السنة الجامعية

2014 – 2015 م

إهـــــــــداء

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم ألانبياء والمرسلين

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى الذي لولاه لما وصلت

إلى ما أنا عليه، والدي مهدي أطال الله في عمره

و إلى من ربتني وأنارت دربي وأعانتني بالصلوات والدعوات إلى أغلى إنسان في هذا الوجود أمي رحمها الله وإلى زوجتي الكريمة و إلى إخوتي وأخواتي و أزواجهم.

إلى البراعم الصغيرة: عائشة ، خالد ، جاسم ، جاد ، جنى ، ريان

إلى خالاتي وأخوالي وجدتي رحمها الله.

إلى أصدقاء الدراسة تخصص القانون الإقتصادي

إلى كل من نسيه قلمي ولم ينساه قلبي.

إهـــــــــداء

الحمد لله الذي وفقني لإتمام هذا العمل المتواضع

فالحمد لك ربي حتى ترضى ولك الحمد إذا رضيت والحمد لك بعد الرضا

أهدي هذا العمل إلى من اقترنا رضاهما برضا الله عز وجل

فرسم لي طريق الحياة بالحنان والمحبة إلى أعز الناس على نفسي

أبي وأمي

إلى إخوتي: هشام ، عبد الرحمان ،والى أخواتي فاطمة ، كريمة ، مليكة

إلى أعز أصدقائي ، ثابتي سعيد ، مغربي محمد صديق اللذان تحملا معي عناء انجاز

هذه المذكرة و إلى كل من أحبهم .

شكـــــــر ا

يسعدني أن أتقدم بجزيل الشكر و العرفان للأستاذ المشرف

على هذه المذكرة،"د. بن عيسى أحمد" الذي رافقني في إنجاز هذا العمل

من بداية إلى النهاية، و لم يبخل علي بنصائحه و إرشاداته

كما أتقدم بالشكر إلى أساتذة العلوم القانونية عامة الذين رافقوني طيلة هذه

السنوات، و بصفة خاصة إلى الدكتور "بن أحمد الحاج"

و الأستاذ "بن فاطمة بوبكر"كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر الخالص

إلى كل الموظفين في إدارة قسم العلوم القانونية

بجامعة الدكتور مولاي الطاهر بسعيدة.

المقدمـــة :

التحكيم هو نظام قديم معروف في كل البلاد وهو مؤسسة عريقة ترجع جذورها إلى بداية تواجد الإنسان على وجه الأرض فعرفته مختلف الحضارات القديمة لحل مختلف المنازعات مهما كانت طبيعتها فقد عرفت بصفة خاصة لدى قدماء الإغريق على شكل مجلس دائم لحسم الخلافات التي كانت تحدث بين دويلات المدن اليونانية ، أما الروم فقد عرفوا التحكيم في القانون الخاص والذي استقر في أذهان الناس واعتادوا اللجوء إليه حتى أصبح عادة أصلية في نفوسهم ، وفي القرون الوسطى كانت الدولة الأوربية المسيحية تحتكم من البابا في حسم منازعتهم وعند قدماء المصريين والفراعنة كان الملك هو الحكم الذي يحسم المنازعات بحكم نهائي لا يقبل الطعن فيه، وكان التحكيم شائع عند العرب الجاهلية ، وكان شيخ القبيلة من يتولى عادة مهمة حسم المنازعات التي كانت تحدث ضمن القبيلة ، كما عرفت الشريعة الإسلامية (1) التحكيم في عدة أمور منها ما ورد به نص القرآن الكريم قوله تعالى : " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها" صدق الله العظيم الآية 24 من النساء ، كما أجاز الفقهاء المسلمون التحكيم في المال و القصاص أما في الوقت الراهن تطور التحكيم على الصعيد الداخلي من بين أشخاص القانون الخاص أو العام و قد يكون داخلي وهو الأصل ليصبح وسيلة بديلة لحل النزاعات الوطنية إذا اختار الطرفان ذلك و التحكيم التجاري الدولي تطور أيضا مع التجارة الدولية وأصبح حاليا الطريقة الشائعة لحل المنازعات حيث وسعت اتفاقيات ومعاهدات دولية لتكريس التحكيم التجاري الدولي كنظام قانوني خاص بإيجاد قواعد موضوعية موحدة كما هو الحال لاتفاقيات الدولية المتعلقة باتفاق التحكيم و من ذلك بروتوكول جنيف لعام 1923 و الاتفاقية الأوربية لعام 1961 ، و منها ما دعا بحل مسألة التنازع القضائي الدولي حلا جزئيا بإنشاء مؤسسات التحكيم الدولية دائمة يلجأ إليها الأطراف لحل نزاعاتهم وتتبع إجراءات بسطة والحرية في اختيار الإجراءات المناسبة و اختيار المحكمين و القانون واجب التطبيق على أساس النزاع أو يطلقون الخيار للمحكمين بالحكم وفق تقديراتهم ودون التقيد بقانون معين ومن ذلك نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية لعام 1988 ومجمع التحكيم لدى غرفة التجارة في استوكهولم لعام 1976 ومحكمة التحكيم الدولية

لمواد التجارة عام 1972 واتفاقية واشنطن للتحكيم الدولية لمواد التجارة عام 1978 ، اتفاقية واشنطن للتحكيم الدولي لعام 1965 ، واتفاقية نيويورك لعام 1958 التي حثت دول الأعضاء إلى معاملة التحكيم الأجنبي معاملة الأحكام الوطنية للتغلب على الصعوبات التي قد تنشأ جراء المعاملات الخاصة للأحكام الأجنبية على إقليم الدولة التي ينفذ فيها الحكم و نتيجة التطور اتفاقية "الجات" ، أنشئت منظمة التجارة الدولية بعد اجتماع الدار البيضاء عام 1995 تضمنت شروط وتنظيمات خاصة بالتحكيم التجاري الدولي ، نتيجة الجهود الدولية المبذولة في تطوير قواعد تحكيم التجاري الدولي تعديل التشريعات الوطنية لكثير من الدول بما في ذلك الجزائر في ظل المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/24 المعدل والمتمم للأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية .

وهذا التطور الهائل الذي عرفه التحكيم في كافة مجالات المعاملات الدولية والداخلية أدى إلى إرساء قواعد وتحديد مبادئه التي تختلف عن تلك التي يقوم عليها قضاء الدولة ، الذي يتصف في الوقت ذاته بالبطء و تعقيد إجراءاته ، الأمر الذي يهدر الكثير من الوقت ويزيد في النفقات وإن كان الأمر يمكن تجاوزه في المعاملات المدنية ، فإنه أمر ينفر منه على الصعيد العلاقات التجارية التي تمتاز بالسرعة وهذا يزداد تعقيدا إذا تعلق الأمر بنزاعات التجارة الدولية ، حيث تثار مشاكل متعلقة بالقانون الدولي ، أضف إلى ذلك الصعوبات الناتجة عن تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي ، كل هذه الأمور جعلت من القضاء رغم ما يتمتع به من ضمانات أمر غير مرغوب فيه لحل هذه النزاعات ، أدى إلى اللجوء للتحكيم الدولي الذي يدعو إلى التحرر من جميع القيود التي فرضها النظام القضائي ، تيسيرا لأداء مهمته والقيام بدوره كوسيلة مهمة لحل المنازعات في جو يسوده السير و المرونة ويبعث على الاطمئنان وهذه الأهمية الكبيرة للتحكيم جعلت النظم القانونية تعتني به بوضع أحكامه التي تتناول الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم وتحديد المنازعات التي يمكن طرحها أمامه وتحديد كيفية اختيار القواعد الإجرائية و الموضوعية المطبقة على النزاع .

التحكيم سواء كان دوليا أو وطنيا فهو يعتمد أساسا على أطراف النزاع فأعطى لإرادة الأطراف الدور الهام في عملية التحكيم ، فهم أحرار في اللجوء إلى التحكيم ولإرادتهم الدور في اختيار هيئة التحكيم وفي الاتفاق على الإجراءات التي يجب على المحكمين إتباعها ، إلى اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع ويصح التحكيم باتفاق على إطلاق الحرية للمحكمين في حل النزاع بدون تقيد بقاعد القانون (2) ، فيكون للمحكمين التقدير في حل النزاع بما يحقق مصلحة الخصوم .

أما بالنسبة للتطور التشريعي للتحكيم في الجزائر فقد سادت فكرة أن الجزائر ترفض التحكيم ولكن هذه الفكرة غير صحيحة ، حيث كرست الجزائر قبل استقلالها ومنذ إبرام اتفاقية ايفيان في مارس 1962 مبدأ اللجوء إلى التحكيم في العلاقات التجارية مع الشركات النفطية الفرنسية ، وعلى اثر هذا الالتزام الدولي أبرمت مع هذه الدولة اتفاقيات ثنائية في 1963 التي تكرس هذا الالتزام الدولي ، وقد أكدت ذلك معاهدة الإطار لسنة 1965 على صعيد القانون الداخلي ، ولقد نص القانون الجزائري على التحكيم الداخلي في قانون الإجراءات المدنية في الأمر رقم 154/66 الصادر بتاريخ 1966/06/08 المعدل والمتمم بالأمر رقم 80/71 الصادر بتاريخ 1971/12/29 المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي 09/93 الصادر بتاريخ 1993/04/25 الذي نص على التحكيم التجاري الدولي ، ونص عليه حاليا في القانون رقم 09/08 الصادر بتاريخ 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [3]

من خلال ماتم التطرق إليه يمكن طرح الإشكالية التالية :

- مالمقصود بالتحكيم التجاري الدولي ؟ .
- وفيم يتمثل دور القضاء التحكيمي في حل المنازعات ؟

وللإجابة على الإشكالية التالية سأتناول بشيء من التفصيل موضوع التحكيم باعتباره طريقا بديلا لحل النزاع ضمن خطة معينة ترتكز أساسا عل فصلين :

- الفصل الأول : ماهية التحكيم التجاري الدولي
- الفصل الثاني : دور القضاء التحكيمي في حل المنازعات ذات طابع تجاري

الفصل الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي

التحكيم ليس حديث عهد الولادة بل انه يعود إلى زمن بعيد في تاريخ البشرية والمجتمع الدولي. فقد تم اللجوء إليه قبل اللجوء إلى القضاء لن الأفراد والجماعات ظهرت قبل تكوين الدولة والتي انبثق عنها بعد تطور لاحق لسلطة القضاء ولذا فقد تم اللجوء إليه سواء للفصل في المنازعات التي تنشب بين الأفراد الطبيعيين أو المعنويين في إطار القانون الداخلي، أو الفصل في المنازعات بين أشخاص القانون الدولي. وإذا كان التحكيم الدولي لم يتم اللجوء إليه بكثرة لتسوية المنازعات الدولية، إلا انه قد تم اللجوء إليه للفصل في المنازعات التي تتصف بطبيعتها الفنية، والتي تتطلب في تكوين الجهاز المحكم أشخاصا ذوي خبرات معينة: فنية أو اقتصادية أو مالية أو جغرافية...الخ، وكذلك فيما يتعلق بالمنازعات الإقليمية (خصوصا الحدود بين الدول، سواء كانت برية أو بحرية أو جوية)، وخصوصا فيما يتعلق بمنازعات الاستثمار أو امتيازات استغلال الثروات الطبيعية لبلد ما، أو فيما يتعلق بمنازعات التجارة الدولية ، أو تلك المنازعات الخاصة بالبيئة أو التأميم. ومن ثم فان الناحية الهيكلية لتنظيم مازالت في مراحلها الأولى على الصعيد الدولي[1].

[1] د.فؤاد محمد محمد أبوطالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، طبعة 01،2010، ص 01

المبحث الأول: مفهوم التحكيم التجاري الدولي

المطلب الأول: تعريف التحكيم التجاري الدولي ونشأته

لقد عرفت البشرية في ظل المجتمعات القديمة نظام التحكيم في ذلك العهد البدائي القديم، حيث كان وسيلة للفصل في المنازعات التي تقع بين الناس بموجب القواعد العرفية، والتقاليد السائدة في تلك العصور القديمة، وبما انه توقف اللجوء إليه معظم الوقت، إلا أنها عادت إليه مرة أخرى بطريقة سريعة وخطى ثابتة لأجل أن تلتمس فيه العلاج في فض المنازعات المعقدة.

أولا: المعنى اللغوي للتحكيم

التحكيم في اللغة معناه التفويض ومصدره حكم– بتشديد الكاف مع الفتح –، ويقال حكمت فلانا في مالي تحكيما، إذا فوضت إليه الحكم فيه فاحتكم علي في ذلك، واستحكم فلان في مال فلان إذ جاز فيه حكمه، وحكموه فيما بيتهم أمروه أن يحكم في الأمر، أي جعلوه حكما فيما بينهم.[2]

وفي القرآن الكريم، قوله تعالى: (وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها...)[3]

كما قال تعالى: (فلا ربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدو في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما)[4]

والتحكيم في اصطلاح الفقهاء يعني (توليه الخصمين حكما يحكم بينهما)[5]

---

[2] د.مختار الصحاح، دار القلم بيروت، 1999، ص 148 ، القاموس المحيط للفيروز أبادي، المجلد الرابع، دار الفكر، بيروت، 1987، ص 97، معجم لسان العرب لابن منظور، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر، القاهرة، الجزء 15، ص 31-32.

[3] سورة النساء : الآية: 35.

[4] سورة النساء الآية: 65.

(أي اختيار ذوي الشأن شخصا أو أكثر للحكم فيما تنازعا فيه، دون إن يكون للمحكم ولاية القضاء بينهما).[6]

ومن ثم فان التحكيم شرعا يعني توليه وتقليد من طرفي الخصومة لثالث ليفصل فيما تنازعاه.[7]

ثانيا: تعريف التحكيم فقها

يعرف التحكيم بأنه (اتفاق على طرح النزاع على شخص معين، أو أشخاص معينين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به)[8] ، والتحكيم هو "النظر في نزاع بمعرفة شخص أو هيئة، يلجأ إليه أو إليها المتنازعون مع التزامهم بتنفيذ القرار الذي يصدر في النزاع"[9]، والتحكيم هو "نظام لتسوية أو المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها"[10].

كما يعرف التحكيم أيضا بأنه (نظام لحل المنازعات المالية بين الأطراف)[11]. أو هو (الطريق الخصوصي للفصل في نزاع بواسطة الغير بمساعدة قضاء الدولة وتحت رقابته)[12]، وهو اختيار الخصمين حاكما فيما وقع بينهما من نزاع دون التقيد بالقواعد التي ينبغي إتباعها أمام القضاء[13]. وهو اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل ان تثور عن طريق أشخاص

---

[5] د.نجيب احمد عبد الله، التحكيم في القانون اليمني، منشورات مركز لصادق، اليمن، 2004،ص12.

[6] د.ماهر محمد صالح عبد الفتاح ، اتفاق وحكم التحكيم في المنازعات التجارة الدولية، بدون نشر ، القاهرة ، رسالة دكتوراه، ص 42.

[7] د.أحمد حسان الغندور ، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998 ص19.

[8] د.أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987م، ص15 ومابعدها.

[9] د.علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الطبعة التاسعة، الإسكندرية، 1981م، ص895.

[10] د.أبو زيد رضوان ، أسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1981 ص19

[11] د.ابراهيم أحمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، 1986، ص21.

[12] د. علي سالم ابراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م،ص 388.

[13] د.احمد رسلان، القضاء والاثبات في الفقه الاسلامي والقانون اليمني، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، ص214.

يتم اختيارهم كمحكمين ويتولى الأطراف تحديد أشخاص المحكمين، أو على الأقل يضمنون اتفاقهم على التحكيم، بيانا لكيفية اختيار المحكمين، أو أن يعهدوا لهيئة أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقا للقواعد أو اللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المركز.[14]

ويعرف الأستاذ robert التحكيم "بأنه نظام للقضاء الخاص تقضي فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي وعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها"[15].

ويعرف أوبنهايم في مؤلفه (القانون الدولي) التحكيم الدولي (بأنه إنهاء خلاف بين الدول من خلال قرار قانوني يصدره محكم أو أكثر أو محكمة –غير محكمة العدل الدولية– يختارها الأطراف)[16].

ويعرف أخر التحكيم بأنه إجراء اختيار لتسوية المنازعات بحكم ملزم بتأسيس على القبول المسبق، من جانب الأطراف في النزاع)[17].

ويعرف آخر التحكيم انه (نظام خاص للتقاضي، ينشا من الاتفاق بين الأطراف المعنية، على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير، بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي)[18].

فمن خلال التعريفات السابقة والتي قدمها الفقهاء للتحكيم فإنها لا تخرج في معناها عن المعنى التالي:

---

[14] أ.د. محمود مختار احمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثالثة ، 2004، ص5،وما بعدها.

[15] د.محسن شقيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1997م،ص13.

[16] د.رقية رياض اسماعيل، خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية، بدون ناشر ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، رسالة دكتوراه، 2001م،ص30.

[17] د. إبراهيم شحاتة، نبذة عامة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية والاستثمار الدولي، مع اهتمام خاص بالتحكيم عن طريق المركز الدولي لستوية منازعات الاستثمار، مجلة مصر المعاصرة، لسنة الثمانون، العددان 1989،418،417م،ص387.

[18] د.حفيظة السيدة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي، بيروت، الطبعة الأولى، 2004م،ص44.

(التحكيم هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به، فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم، وقد يكون هذا الاتفاق تبعا لعقد معين يذكر في صلبه ويسمى شرط التحكيم.

وقد يكون بمناسبة نزع معين قائم بالفعل بين الخصوم، ويسمى في هذه الحالة (مشارطة التحكيم أو اتفاق التحكيم)[19]. شريطة ان يقر المشروع هذا الاتفاق، شرطة كان أم مشارطة[20].

يتضح من التعريف السابق أن الفكرة التي يقوم عليها التحكيم، يقوم على عدم إخضاع المنازعات لمحاكم الدولة، وذلك بناء على اتفاق الخصوم، وذلك بموجب اتفاق تحكيم، وهذا الاتفاق قد يكون مدرج في بند في العقد المبرم بين الأطراف ويتم التوقيع عليه من قبل الأطراف عند توقيع العقد وهو وما يسمى (بشرط التحكيم) وقد يكون الاتفاق منفصل عن العقد، وهو مايسمى (بمشارطة التحكيم)[21].

والواقع ان شرط التحكيم هو الأكثر شيوعا من الناحية العملية، لأنه يتم إبرامه في وقت يسوده الوئام والد فيما بين أطراف الخصومة، وذلك عكس المشارطة التي يتم إبرامها بعد حدوث النزاع مما يؤدي إلى صعوبة إبرام اتفاق التحكيم ،والأساس في التحكيم هو ان أطراف الخصومة هم الذين يقومون باختيار قضائهم ، والقانون الذي سوف يتم تطبيقه على العقد محل النزاع والمتمثل في الخروج عن دائرة القضاء للدولة، والعمل على تسوية المنازعات

---

[19] د. احمد أبو الوفاء، التحكيم الاختيار والإجباري، مرجع سابق، ص15 وما بعدها.
د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، 1984م، ص75، وما بعدها.
د. رمزي سيف، قواعد تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة، 1968م، 63.
[20] د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000، ص 21.
[21] د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، بدون ناشر، جامعة عين شمس، القاهرة، رسالة دكتوراه، 2004م،ص347.

التي نشبت أو تنشب بواسطة محكم دولي ، وهو الذي يقوم بتطبيق قانوني فوق الوطني، فالتحكيم يقوم على أساس مبدأ سلطات الإرادة أي يجب أن يكون لإرادة الخصوم شأن فيه.[22]

أما إذا لم يأخذ الإرادة وتم محوها، فلا تكون بصدد تحكيم وإنما يعتبر قضاء دولة، ليس ذلك فحسب، بل من إقرار المشرع لتلك الإرادة والمتمثلة في اتفاق الخصوم، أي جواز المشرع للخصوم باللجوء للتحكيم، فإرادة الخصوم، وإقرار المشرع لهذه الإرادة، يمثلان الأساس، القانوني والجوهري للعملية التحكيمية، وذلك لما يقوم به المشرع من تنظيم الإجراءات والقواعد وكذلك المقومات التي تساعد على حسن سير عملية التحكيم، وعليه فأحكام التحكيم تخضع لإرادة الخصوم من جانب، ولإرادة القانون من الجانب الآخر، فإجراءات التحكيم تحل محل الإجراءات القضائية بنص القانون.[23]

كذلك فانا لخضوع اختيارا للتحكيم، يعتبر للتحكيم، يعتبر سببا في وجوده بل ويمثل جوهر التحكيم، وان اتجاه إرادة الأطراف إلى ممارستهم حقوقهم المكفولة بمقتضى سلطات الإرادة، لتتجه نحو الاتفاق على الاحتكام، حيث يعتبر ذلك نوع من القضاء الخاص بعيدا عن ولاية محاكم الدولة[24]، وإذا كان في الأصل ان التحكيم اختيارا، إلا ان المشرع قد ينص في معظم أو في بعض الأحوال الالتجاء إليه [25]، فان القانون يستبعد أحيانا في بعض الحالات اللجوء للقضاء، وبفرض على الخصوم اللجوء للتحكيم، لحل نزاعاتهم فهو، التحكيم الذي يجبر فيه الأشخاص–قانونا– على اللجوء للتحكيم، وبالتالي يستبعد لجوء الأشخاص إلى القضاء عند إثارة النزاع إلا إذا أصبح هذا التحكيم اختياريا بموجب نص القانون[26].

---

[22] د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي ،مرجع سابق،ص 22.

[23] د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ، ذات الطابع الدولي، مرجع سابق،ص 22.

[24] د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص353.

[25] راجع: المحكمة الإدارية العليا في جلسة 18 يناير سنة 1994 م في الطعن رقم (886) لسنة (300) قضائية، وراجع أيضا: المحكمة الدستورية العليا في جلسة 17 ديسمبر سنة 1994م في القضية رقم (13) لسنة 15) قضائية ودستورية، 2001م، د/ماهر محمد صالح عبد الفتاح...ص، د. ابراهيم احمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 14.

[26] د.سيد احمد محمود، مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م، ص12، وما بعدها.

ثالثا: تعريف التحكيم قضائيا

وعرفت المحكمة الدستورية العليا في مصر التحكيم بأنه (عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالأة، مجردا من التحايل، وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد ان يدلي كل منهما بوجهة نظرة تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية)... وعرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر التحكيم بأنه (اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة)[27].

كما عرفته محكمة النقض في مصر بأنه (اتفاق على عرض نزاع معين على محكمين والترود على محكمهم)، وبأنه (طريق استثنائي لفصل الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية)[28].

رابعا: تعريف التحكيم قانونا

[27] د.ماهر محمد صالح عبد الفتاح، اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، بدون ناشر، مرجع سابق، ص 50.
[28] د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، الطبعة الأولى، القاهرة، 2002م،ص86.

وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية (التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين أخر حاكما برضاهما، لفصل خصوماتها ودعواها ويقال لذلك حكم لفتحتين، ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة).

كما عرفت المادة (27) من اتفاق لاهاي رقم (1) لسنة 1907م الخاص بالحل السلمي للمنازعات الدولية للتحكيم كما يلي:

(التحكيم الدولي يهدف إلى حل المنازعات بين الدول بواسطة قضاة يختارونهم على أساس احترام القانون ...) ومن هذا النص يتضح ان التحكيم كوسيلة لحل الخلافات الدولية، فالتحكيم والقضاة كلاهما طريقة قانونية لحل الخلافات الدولية، والفرق الوحيد بين التحكيم وبين القضاء في القانون الدولي العام، يعود إلى التحكيم طريق يعتمد في وجوده وفي تشكيل الهيئة التي تفصل في الخصومة على إرادة أطراف تلك الخصومة، فأطراف النزاع هم الذين يقومون باختيار القضاة الذين يتولون الفصل في الخصومة، وفي حين ان القضاء الدولي، وان كان يعتمد إلى إرادة الدول الأطراف في المنازعة، من جهة ولاية القاضي، إلا ان المحكمة وتشكيلها، والإجراءات التي تطبقها، القانون الدولي العام تحديدها وذلك قبل قيام الخصومة، وقبل اتفاق إرادة الأطراف في المنازعة على عرضها على المحكمة الدولية[29].

ونصت المادة الثانية من القانون اليمني رقم (22) لسنة 1992م المعدل بالقانون رقم (32) لسنة 1997م ذ، بشان التحكيم :

التحكيم (اختيار الطرفين برضاهما شخصا آخر أو أكثر للحكم بينهما، دون المحكمة المختصة، وفي ما يقوم بينهما من خلافات أو نزاعات). كما عرف المشرع المصري اتفاق التحكيم في المادة العاشرة من القانون رقم (27) لسنة 1994م، بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية بأنه (اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل بعض المنازعات

[29] د. عبد العزيز محمد سرحان، دور محكمة العدل الدولية في تسوية المنازعات الدولية، بدون ناشر، الطبعة الثانية، القاهرة، 1986م،ص7.

التي نشأت أو يمكن ان تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية، ونصت المادة ذاتها على انه يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع، سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين، كما يجوز أن يتم الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع، ولو كانت قد أقيمت في شانه دعوى أمام جهة قضائية[30].

ويتضح من النص السابق أن القانون المصري قد عرف التحكيم في صورته شرطة التحكيم، ومشاطرة التحكيم، اما من الناحية الواقعية فان شرط التحكيم يدرج كثيرا في العقد، فان هذا الشرط اصبح الركيزة والدعامة الأساسية في ميدان التجارة الدولية ونستطيع أن نقول ان معظم القضايا المعروضة على التحكيم، ونخص بالقول المتعلقة بالمجال الدولي، فان تلك القضايا تنشا مستندة إلى شرط التحكيم، والذي يكون سابقا على قيام النزاع أما القضايا الأخرى والتي تتعلق أيضا بالمجال الدولي، وتنشأ مستندة إلى اتفاق تحكيم لاحق على قيام النزاع ضئيلة. فمن خلال النصوص المتقدمة يتضح ان القانون المصري قد عرف التحكيم في صورتيه:

1-مشاطرة التحكيم (أو اتفاق التحكيم).

2-شرط التحكيم.

تعريف اتفاق التحكيم أو مشارطة التحكيم:

(هو اتفاق بين الخصوم، في نزاع معين، قائم بينهم بالفعل يلتزمون بمقتضاه بعرض هذا النزاع على محكم أو محكمين، يختارونهم للفصل فيه بدلا من المحكمة صاحبة الولاية والاختصاص).

تعريف شرط التحكيم:

[30] د. عادل محمد خير، حجية ونفاذ أحكام المحكمين وإشكالاتها محليا ودوليا، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م، ص85.

(هو الاتفاق الذي يرد– عادة– كبند من بنود عقد من العقود بمقضاه يلتزم أطرافه العقد، بعرض ما قد ينشأ بينهم من منازعات، بخصوص هذه العقد، تنفيذا أو تفسير على محكم أو أكثر يختارونهم للحكم فيها، بدلا من المحكمة المختصة[31].

كما عرف القانون اليمني اتفاق التحكيم في نص المادة (12) (يجوز أن يكون اتفاق التحكيم على شكل عقد مستقل (وثيقة التحكيم) أو عمل شكل بند في عقد (شرط التحكيم) و في الحالة الأخيرة يعامل شرط التحكيم باعتبار اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، و إذا حكم ببطلان العقد ذاته أو بفسخه فإنه لا يترتب على ذلك بطلان شرط التحكيم[32].

فمن خلال هذه التعريفات الفقهية و القضائية و القانونية يتبين لنا أن التحكيم يفترض وقوع نزاع معين أو خصومة معينة أو توقع حدوثها مستقبلا و بما أن الأصل هو القضاء الذي يتولى الفصل فيها، و لكن الأطراف في الخصومة أو النزاع، قد يرغبون في تسوية أو حل تلك الخصومة بعيدا عن ساحات القضاء، و ذلك لأجل عدم الخضوع لإجراءات القضاء و التي تتسم بالتطويل، أيضا من أجل توفير الجهد و الوقت و المال، حماية و ضمان لحقوق المستثمرين الأجانب في الدول المضيفة للاستثمار، فيلئون إما لفرد أو أفراد يكونوا محل تقثهم و لهيئة أو لمركز تحكيم، و ذلك للفصل في منازعاتهم، بحكم ملزم للأطراف، و لذلك يرى الباحث أن التحكيم يتطلب توافر أربعة عناصر حتى يعد تحكيما بالمعنى الفني:

1–وقوع خصومة أو نزاع[33]، أو احتال حدوثها مستقبلا[34].

---

[31] د. أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام و التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م، ص 103. و ما بعدها.

[32] كتيب صادر عن المركز اليمني للتوفيق و التحكيم، مرجع سابق، ص 46.

[33] د. محسن شفيق التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 12.

[34] د. محمود السيد عمر التحيوي، مفهوم التحكيم الاختياري و التحكيم الاجباري و أساس التفرقة بينهما، منشأت المعارف بالإسكندرية ، 2002م، ص 39.

2-إتجاه إرادة الأطراف[35]، باتفاق على حل الخصومة عن طريق دون القضاء[36].

3-محكم (فرد أو أفراد) أو مركز تحكيم[37]، يتولى سلطة الفصل في المنازعات بقرار ملزم.

4-إقرار المشرع اللجوء للتحكيم شرطة كان، أن مشارطة[38].

نشأة التحكيم و تطوره :

إن جذور التحكيم ترجع إلى العصور القديمة، و عليه فإننا لا نستطيع الجزم بأن التحكيم من العلوم القانونية الحديثة،و التحكيم في المفهوم الحالي بدأ يظهر منذ أن بدأ التنظيم الدولي، و سوف نذكر ذلك في الفروع الثلاثة التالية:

أولا: في عصر الإغريق.

لقد عرف اليونانيون القدماء (الإغريق) التحكيم سواء كان دلك في مجال العلاقات الداخلية أو الخارجية، و ذلك بطريقة واسعة، ففي مجال العلاقات الداخلية – سواء كانت المدنية منها أو التجارية– كان يلتزم كل مواطن من مواطني أثينا، بتسجيل اسمه في القوائم المعدة للمحكمين للقيام بهذه المهمة، و ذلك نتيجة ازدياد العبء على المحاكم الشيعية التي كانت موجودة في هذا الوقت، و كان يعاقب من يتخلف عن أداء هذا الواجب بحرمانه من بعض الحقوق، حيث كانت مهمة المحكم الإصلاح بين الخصمين، فإن أخفق في ذلك أصدر حكمه أو (قراره) مشفوعا بقسم، و يمكن استئناف الحكم الصادر من المحكم من قبل الخصم الخاسر و ذلك أمام المحاكم الشعبية، و التي كانت قد

[35] د.إبراهيم محمد العناني اللجوء إلى التحكيم الدولي، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، ص 11.
[36] د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري و الإجباري، مرجع سابق، ص 15.
[37] د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 5.
[38] د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مرجع سابق، ص 21 و ما بعدها.

أحالت ذات النزاع من قبل لهيئة المحكمين لأجل الصلح بين الخصوم... و أما في مجال العلاقات الخارجية، فقد كان هناك مجلس دائم للتحكيم و مهمته تولي الفصل في المنازعات و التي تحدث بين المدن اليونانية، سواء كانت هذه المنازعات تتعلق بالمسائل التجارية أو المدنية، أو تلك التي تتعلق بالحدود، و قد عرف اليونانيون في ذلك العهد أيضا معاهدات التحكيم الدائمة ، إضافة إلى حالات التحكيم المنفردة[39].

و لقد عرف التحكيم عند القدماء المصريين، فلقد كان الملك هو القاضي و كان لا يباشر القضاء بنفسه إلا الحالات الناذرة، و كان الكهنة في ذلك الوقت هم الذين يتولون مهمة الفصل بين الخصوم رسميا عن طريق القضاء نيابة عن الملك الذي هو أصلا القاضي الأول، و كانت هذه المهمة محصورة في ذلك الوقت على المدن الكبرى حيث توجد المعابد، و لقد كان الأمراء في الأقاليم هم الذين يتولون سلطة القضاء بين الخصوم، نيابة عن القاضي الأول (الملك)، ثم انفراد أمراء الإقليم في عهد الأسرة السادسة عن الملك، و أصبح أمير الإقليم هو القاضي، يتولى الفصل في الخصومات بحكم نهائي لا يقبل الطعن فيه، و مع ذلك فقد كان للأفراد حق اللجوء للتحكيم للفصل فيما ينشأ بينهم من منازعات، وكان أطراف النزاع وبموجب اتفاق التحكيم يحددون المحكم والإجراءات الواجب إتباعها أمام المحكم، وحكم هيئة التحليل نهائي وقابل للتنفيذ، دون الحاجة لعرضه مرة أخرى على القضاء والتحكيم على هذا النحو يسمى بالقضاء الخاص، وقد كان في ذلك الوقت مبدأ عام يسود المجتمع المصري القديم، وهو مبدأ الدفاع المشترك والتضامن بما يعني ذلك المبدأ ان حياة كل مواطن كانت في حماية المجتمع ككل على أساس تضامن الجميع في الدفاع عن المجتمع وعن حياة كل فرد يعيش فيه[40].

ثانيا : في العصور الوسطى

[39] د. فخري أبو سيف مبروك، مظاهر القضاء الشعبي لدى الحضارات القديمة، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، جامعة عين شمس، كلية الحقوق السنة السادسة، العدد الأول، يناير 1964م، ص 103، د.عبد المحسن الطيفي، دور التحكيم في المنازعات الدولية، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ، 1929م، العدد الأول، 32،و ما بعدها.

[40] د.صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986م ص 203،ومابعدها.

وفي القرون الوسطى وبوجود التحكيم والذي تطور في ظل المبادئ التي نادى بها فقهاء الكنيسة، فمبدأ قدسية العقد حيث اعتبر الإرادة مصدر القوة الملزمة في العقد، ومبدأ حسن النية قاعدة في تنفيذه وتفسيره، فكان للمتعاقدين الحرية في الاتفاق على التحكيم مع احترام والالتزام بقرار المحكم، وأصبحت اتفاقات التحكيم على التحكيم مع احترام والالتزام بقرار المحكم، وأصبحت اتفاقات التحكيم في ذلك الوقت خاصة في مركز التجارة الدولية كالجهود الايطالية، وباركة الكنيسة هذا الاتجاه ذلك لن التحكيم يتصف بأخلاق عالية وسامية تتفق وتعاليم الكنيسة كالتسامح والصلح والتضحية المتبادلة والاقتصاد[41]. أما في إطار العائلة الدولية أوربا الغربية المسيحية، فقد تطورت اللجوء للتحكيم في ذلك العصر وذلك نتيجة لعوامل اجتماعية ثلاثة: أولها يرجع إلى ما قامت به الكنيسة الكاثولوكية والباب بدورها في الدعوة إلى التحكيم وإتباعه كوسيلة لتسوية المنازعات بين المسيحيين والثاني: هو ان الجماعات المحلية الأوربية قد مارست التحكيم، والعامل الثالث: في إطار العلاقات بين البارونات والملوك في إطار المجتمع الإقطاعي فيما يقوم بينهم من خلافات، أو نزاع بالملكية الإقليمية، فكان يتم تسوية ذلك باللجوء للتحكيم[42]، أيضا وفي العصور الوسطى أصدر الملك فرانسو الثاني مرسوما عام 1560م ينص باتخاذ التحكيم إجباريا في المسائل التجارية وقسمة التركات، كذلك فقد نادت الثورة الفرنسية بالحرية في مختلف المجالات ومن بينها مجال التعاقد، وأقرت نظام التحكيم، كما أصدرت التقنينات الفرنسية الموضوعية مثل القانون التجاري والذي جعل التحكيم إجباريا ومنذ بداية القرن التاسع عشر وأثناء تطور الثورة الصناعية والتي كان لها دور البارز في ظهور شركات الموال الكبرى وتدفق رأس المال بصورة كبيرة، أدى إلى تطور قانون التجارة الدولية واستعادة طابعه الدولي[43].

---

[41]. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة ، 1996م، ص33.

[42] د.ابراهيم محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، مرجع سابق ،ص13.

[43] د.مهند احمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005م،ص20.

كما أصبحت العقود النموذجية، لسندات الشحن وتأجير السفن وبواصل التامين وعقود بيع البضائع وتسليمها واستغلال براءات الاختراع، ومقاولات الإنشاء والمصانع وعقود تراخيص الإنتاج ومقاولات الأشغال الكبرى كإقامة الموانئ والمطارات والطرق وغيرها، لا تخلوا من شرط التحكيم في معظم الأحوال، ونتيجة لهذه الظروف فقد تهيئ الجو الملائم للعودة إلى التحكيم كوسيلة للفصل في المنازعات بين التجار على المستوى الدولي في القرن العشرين[44].

كذلك فان الباحث في النظم القانونية التجارية في العديد من الدول في الأزمنة المعاصرة يجد أنها مستمدة من المدنيات القديمة، فان التجارة الدولية ترجع في أصولها في القرون الوسطى في غرب أوربا وحوض البحر الأبيض المتوسط فان التجارة التي كانت تقوم عليها جمهوريات شمال ايطاليا منذ القرن الحادي عشر، كذلك التجارة التي تركزت في الأسواق والمعارض والمرافئ في بعض المدن الكبرى في غرب أوربا فيما بين القرن الثاني عشر والقرن الرابع عشر، وبذلك كله ظهرت أعراف وعادات أنشأها التجار، وهذه الأعراف والعادات والممارسات التجارية اكتسبت الصفة الدولية أي قواعد دولية فأصبحت عامة وموحدة وواجبة التطبيق في تلك المدن والأسواق على طبقة التجار المتعاملين فيها، وبصرف النظر كونهم أجانب، بصورة تستقل عن أعرافهم الوطنية، ذلك ما أطلق عليه قانون التجارة ذو الطابع الدولي الذي ساد أوربا أيضا وفي المشرق، حتى أواخر القرون الوسطى[45].

وترتب على ذلك النشاط الملحوظ في مجال التجارة – كنتيجة– ازدياد أهمية التحكيم لن التجار وجدوا في الأسلوب الأمثل كوسيلة لحل مشاكلهم ومنازعاتهم، والتراث المستمد من أعراف وتقاليد التجارة والمتراكم لسنوات طويلة، فقد اعتمد التحكيم عليه فيما بين التجار ومن ثم فان انتشار وشيوع أعراف وعادات المعارض والسواق (التجارية) قد شمل والشرق والغرب

[44] د.محامي، مهند احمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص20.
[45] د.كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1991م،ص33.

على السواء، وننتهي بالقول إن التحكيم كان موجودا ومعروفا في العصور الوسطى كوسيلة يلجأ إليها التجار للفصل فيما ينشب بينهم من نزاع[46].

ثالثا: ظهور التحكيم الدولي في القرن الثامن عشر

ولقد تطور التحكيم الدولي في محيط المجتمع الدولي، وذلك بعد الثورة الفرنسية التي قضت على الحكم المطلق الاستبدادي في فرنسا كما قضت كذلك على فكرة الحق الإلهي المقدس، والذي كان يسود أوربا منذ العصور الوسطى وقد أدت الثورة الفرنسية بما عملت عليه من تغيير للمفاهيم الدينية والسياسية السائدة إلى تطبيق فكرة الحق والقانون، الذي ساعد بطريقة أخرى على تطور فكرة نظام التحكيم الدولي، كذلك فان استقلال الولايات المتحدة الأمريكية عام 1776م، حيث اتفقت الولايات المتحدة الأمريكية الثلاث عشر–والتي كونت اتحاد فدراليا– على التحكيم فيما ينشب بينهما من منازعات، ويتم عرض النزاع على هيئة تحكيم يتم تعيين أعضائها عن طريق الولايات المعينة أو بواسطة الكونجرس وكان هذا الاتفاق ينصرف إلى الشؤون الداخلية للولايات المتحدة الأمريكية وقد قبلت الولايات المتحدة الأمريكية تطبيق نظام التحكيم مع علاقاتها الخارجية، وخاصة مع بريطانيا،وذلك لتسوية المنازعات التي دون حسم بعد الاستقلال الأمريكي، وذلك مثل تعيين الحدود مع كندا– ومسالة الغنائم البحرية– وحسابات وودائع البريطانيين في الولايات المتحدة –وواجبات وحقوق الدول المحايدة.

فتلك التطورات ساهمت في الوصول بنظام التحكيم الدولي إلى شكله الحديث[47].

المطلب الثاني: خصائص التحكيم

---

[46] د.ماهر محمد صالح عبد الفتاح، اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 23.
انظر أيظا في ذلك د.محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص27.

[47] د. خالد محمد القاضي، النظام القانوني لمشارطات التحكيم، بدون ناشر، جامعة أسيوط القاهرة، رسالة ماجستير، 1995م،ص16.

إن إرادة الخصوم متى ما اتضحت أنها اتجهت إلى حسم النزاع عن طريق التحكيم ، فإن ذلك يعني أن أحكام القانون الذي يخضع له التحكيم سيخضع له أطراف الخصومة ، كما أنّ كافة الإجراءات و الأحكام الصادرة تخضع للتحكيم ، كذلك ليس هنالك خيار أمام المحكم إلا أن يلتزم بهذا القانون ، وأن أطراف التحكيم عندما اختاروا هذا الطريق لحل منازعاتهم يعني أنهم قد تخلوا عن حل هذه المنازعات عن طريق القضاء العادي .

إن أبرز مبررات الالتجاء للتحكيم ، و أبرز مزاياه ، هي رغبة أطراف العلاقة القانونية تفادي طرح منازعاتهم على القضاء لما يتصف به من إجراءات بطيئة و معقدة [48] .

و الالتجاء للتحكيم قد أُقر من قبل القوانين الوضعية ، كما أن الشريعة الإسلامية قد سمحت بالالتجاء للتحكيم لفض المنازعات الناشئة بين الأطراف . حيث جاء في القرآن الكريم في سورة النساء في قوله تعالى : ((فَلَا وَ رَبِّكَ لَا يؤمنون حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ فِي أَنْفُسِهِمُ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتُ وَ يُسَلِّمُا تَسْلِيمًا)) [49]، و الأسباب التي جعلت أطراف الخصومة تلجأ للتحكيم يعود إلى مزايا و الفوائد التي ينصف بها التحكيم ، مثل الإجراءات البسيطة التي تعتمد في التحكيم و التي تكون أبسط بكثير من إجراءات التقاضي العادية ، إضافة إلى النفقات الزهيدة التي لا تكاد تذكر ، كأجور المحاماة و أجور الخبراء ، و نفقات انتقال و استحضار الشهود ، كل ذلك جعل أطراف المنازعة يلجأ إلى التحكيم بدلًا عن القضاء العادي [50] . و الأصل أن التحكيم جائز في جميع المسائل التي فيها الصلح[51] .

فعقد التحكيم له سمات بعض العقود الأخرى كما الصلح و الوكالة ، و له سمات القضاء أيضا ، فهو تصرف قانوني (عقد) يصدر عن إرادة الطرفين لتسهيل إجراءات التقاضي ، و لذلك فان موضوع التحكيم مما يجوز أخذ البدل فيه ، و أن يكون معلوما فيما

---

[48] د. محمود مختار احمد بريري/ التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص9

[49] سورة النساء آية (65)

[50] د.حسن المؤمن المحامي، الوجيز في التحكيم، مطبعة الفجر، بيروت، 1977، ص19

[51] د.حسن المؤمن المحامي، المصدر نفسه، ص26

يحتاج إلى القبض و التسليم و ألا يكون مما يتعلق بالنظام العام و الآداب و عليه فلا يجوز التحكيم في دين القمار أو أمور تتعلق بالأحوال الشخصية ، كالبنوه و الميراث و الجنسية و الجرائم التي تعتبر حقا للهيئة الاجتماعية[52] . أما بخصوص المصالح المالية التي تنشأ عن ارتكاب جرائم مثل تقدير التعويض المترتب عن جريمة القذف أو السب أو الإيذاء أو القتل و غيرها من الجرائم التي تنشأ عنها مسؤولية مالية فيجوز التحكيم فيها[53]

و التحكيم اليوم يلعب دورًا كبيرا في مجال التجارة الدولية ، كونه يحسم النزاعات بسرعة مقارنة بالقضاء العادي ، فالمحكمين لا يقرون طلبات أطراف المنازعة بالتأجيل أو التأخير ، تقديرا منهم لظروف التجارة ، على عكس القضاء الذي يلزم القاضي أحينا بإعطاء مثل هذه التأجيلات[54] . فعندما تكون هناك منازعات متعلقة بالتجارة الدولية ، و كثيرًا ما يكون في بلد أجنبي فإذا سلك أطراف المنازعات طريق القضاء العادي ، فإن ذلك سيكلفهم الكثير و صرف مبالغ كبيرة من أجل توكيل خبراء أو محاميين لمعرفة إجراءات القانون في ذلك البلد ، بالإضافة إلى ما قد يثيره تنازع الاختصاص القضائي و تنازع القوانين التي قد تستغرق زمنا طويلا[55] .

و هنالك ميزة يتصف بها التحكيم أيضًا ، هي أن أطراف المنازعات مطمئنون أكثر عند اختيار طريف التحكيم لحل منازعاتهم ، فإذا ما صدر قرار من هيئة التحكيم فهم واثقون أكثر مما لو تصدر هذه الأحكام عن القضاء ، لأنهم هم اختاروا المحكمين بأنفسهم ، و بالتالي لا يشكوا من الأحكام التي تصدرها الهيئة التحكيمية[56] .

---

[52]د.أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء والصلح، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندريةن 2007، ص50

[53]د.حسن المؤمن المحامي،المصدر السابق، ص28

[54]د.فاروق ملشن ، دور القضاء المصري في شأن التحكيم ، بحث منشور في مجلة التكنولوجيا والنقل البحري السنة العاشرة ، العدد 51 ، 1994، ص3

[55] د.عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مجال التحكيم الدولي في القانون الخاص، بحث منشور في المجلة القضائية العربية، العدد الأول، السنة الأولى، نيسان 1984، ص49

1د.علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري، دار الثقافة، عمان، 2005، ص59

و التحكيم يعطي مساحة أوسع للإرادة الفردية ، و يحافظ على العلاقات الاقتصادية و التجارية بين الخصوم ، سواء كان ذلك قبل الفصل في النزاع أم بعده[57]

ونظام التحكيم يتميز بدور وقائي يمكن من خلاله تفادي قيام المنازعات أثناء مفاوضات إبرام العقد خاصة العقود الدولية طويلة الأمد، مثل مجالات نقل التقنية أو تراخيص استغلال براءات الاختراع، كذلك يعطي لأطراف التحكيم الثقة واتخاذ جميع أطراف الوسائل للدفاع عن حقوقهم، كونهم يتمتعون بسرية المرافعات عند اختيارهم للتحكيم طريقاً لحل منازعاتهم[58].

كما أن المتعاملين في التجارة الدولية يعزفون عن طرح منازعاتهم أمام المحاكم الوطنية، لأنهم يعتقدون أن هذه المحاكم سوف تطبق قواعد القانون الداخلي، والتي يجهلون أحكامها، أو أن هذه القواعد لا تأخذ في نظر الاعتبار ضرورات التعامل التي تقتضيها التجارة الخارجية والأعراف السائدة في هذا المجال[59].

وعلى الرغم من المزايا التي يتصف بها التحكيم، إلا أن هنالك بعض المساوئ أيضاً، فالخصوم أعطوا مساحة واسعة للمحكمين في التصرف في حقوقهم وبالتالي يتعذر عليهم معرفة ما سوف يحكمون به، فهو أشد خطراً من الصلح الذي يكون التجاوز الذي قد يقوم به المصالح محدوداً ومقدراً، ويعرف المحتكمون مقدماً بقيمته وما قد يتنازلوا عنه وعلى الرغم من أن أطراف المنازعات قد اختاروا الالتجاء إلى التحكيم لحسم منازعاتهم، إلا أن حاجتهم للقضاء تبقى قائمة فالمشرع لم يحرم المحتكمين من الالتجاء إلى المحاكم العامة لضمان حقوقهم المقدسة التي لا يجوز التنازل عنها، لأن القبول بالتحكيم لا يعني النزول عن حماية القانون وعدم اللجوء للقضاء، وإنما مجرد إحالة النزاع إلى هيئة تحكمية بدلاً من المحكمة[60].

57د.طالب حسن موسى، الوجيز في قانون التجارة الدولية، ط1، دار الثقافة، عمان، د.ت ، ص517

58د.محمود مختار احمد بريري، مصدر سابق، ص10-14

59د.فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة والنشر، عمان، 2006، ص16-17

60د.أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء والصلح، مصدر سابق، ص20-22

وهذا ما أجازه المشرع العراقي، حيث أشار إلى التجاء أحد الطرفين المحتكمين إلى المحاكم غير معتد بشرط التحكيم، في الوقت الذي أعطى للطرف الآخر حق التمسك بعقد التحكيم والاعتراض على نظر المحكمة للدعوى في أول جلسة[61].

فقد جاء في المادة (2/253) من قانون المرافعات العراقي ما يلي:

(ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتداء بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى جاز نظر الدعوى وعُد شرط التحكيم لاغياً)[62].

وفي رأينا أن المزايا التي يتمتع بها التحكيم التجاري هي الأكثر فعالية، بل إن ما ذكر من مساوئ ما هي إلا معالجات لثغرات يمكن أن يتخللها نظام التحكيم، وأن تحقيق العدالة يتطلب بعض الأحيان تدخل القضاء الوطني لتصحيح المسار ولا يمكن عد ذلك من المساوئ التي يمكن تسجيلها على نظام التحكيم الذي أخد يتسع وينتشر في كل البلدان، بل أن أغلب التشريعات إن لم نقل هنالك إجماعاً دولياً على القناعة أن التحكيم التجاري يحمل مزايا كثيرة خدمة لتوسيع العلاقات التجارية، إن كانت على المستوى المحلي أو الدولي، وبالتالي يبقى نظام التحكيم معبراً عن إرادة الأطراف المحتكمين، ومساعداً في بناء علاقات تجارية محكومة بقواعد قانونية، سواء كانت هذه القواعد تشريعات داخلية أم تشريعات أجنبية أم اتفاقيات دولية.

61د.حسين المؤمن المحامي ، المصدر نفسه، ص 21

62المادة (2/253) من قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1996

المطلب الثالث: تمييز التحكيم عن باقي الأنظمة المشابهة

إذا كانت ذاتيات التحكيم بمعناه الاصطلاحي تكمن– على النحو المتقدم– في الفصل في النزاع من ناحية، وفي جهة الفصل فيه والسند الاتفاقي والخاص لهذه الجهة ولصلاحياتها من ناحية أخرى، فان اجتماع هذين الأمرين هو الذي يميز بينه وبين غيره من المفاهيم الأخرى التي تعرفها الحياة القانونية والتي تتلاقى معه في احدهما أو الآخر. وهذا هو الشأن بصفة خاصة في الصلح وفي الخبرة وفي الوكالة وفي الاتفاق على نقل الاختصاص القضائي بنظر النزاع.

أولا : التحكيم والصلح

أما عن الصلح فوجه الشبه بينه وبين التحكيم يكمن في وجود العقد بين المتنازعين في كل منها، وفي كون كل منها يوصل إلى إنهاء النزاع بينهم. لكن الخلاف بينهما يظل مع ذلك واضحا من نواح أخرى.[63]

ففي التحكيم يكون محل العقد هو الالتزام بعد طرح النزاع على القضاء واختيار محكم خاص للفصل فيه. أما في الصلح فيكون محل العقد هو تسوية مباشرة للنزاع فحواها نزول كل من المتنازعين عن بعض ما يدعيه نزولا يكتفي به الآخرون.

وفي التحكيم لا ينتهي النزاع بمجر إبرام الاتفاق على التحكيم وإنما ينتهي بممارسة المحكم المختار لمهمته وإصداره حكما فيه. وهذا الحكم يكون قابلا للتنفيذ الجبري وفقا للإجراءات المقررة في القواعد العامة بمجرد الحصول على آمر بتنفيذه. إما في الصلح فينتهي النزاع بمجرد التنازل المتبادل المرضى لكل المتنازعين. وهذا الاتفاق لا يكون قابلا للتنفيذ بذاته، ما لم يتم في صورة عقد رسمي، أو يتم أمام المحكمة التي يكون النزاع قد طرح عليها قبل التوصل إلى الصلح.

[63] انظر في هذا الموضوع: شارل جاروسون، شرط التحكيم ، مجلة التحكيم ، 1992 ، ص259.

ثانيا :التحكيم والخبرة

الخبرة بمعناها القانوني غير التحكيم[64]. فالخبرة تتمثل في مجرد إبداء الرأي والمشورة من متخصص لمن يطلبها دون التزام من هذا الأخير بإتباعها. أما التحكيم فهو فصل في النزاع من المحكم يلتزم به المحتكمون إليه. والخبرة قد تطلب من المتنازعين أنفسهم خارج ساحة القضاء أو من أحدهما أثناء نظر النزاع أمامه بقصد تقديمها إليه تدعيما لادعاءاته. وهي في جميع الأحوال ليست أكثر من دليل من أدلة الإثبات، التي تتوقف حجيتها على تقدير الفصل في الدعوى قضائيا كان أو محكما. وفي حالة طلب الخبرة وأن المحكم كثيرا ما يختار من أهل الخبرة في موضوع النزاع.

والعبرة في هذا الشأن ليست بالألفاظ التي يصف بها المتنازعان من يرتضيانه للقيام بالتحكيم أو لتقديم الخبرة، وإنما بحقيقة المهمة التي يعهدان له بها، وما إذا كانت فصلا في النزاع ملزما أو مجرد تقديم رأي استشاري غير ملزم متعلقا بتحكيم، أو يخلعان عليه وصف المحكم ويكون متعلقا بمجرد خبرة.[65]

ثالثا : التحكيم والوكالة

الأصل أن التحكيم لا يشتبه بالوكالة على الرغم من وجود العقد في كل منهما. فعقد التحكيم طرفاه هما طرفا النزاع، وموضوعه هو تنصيب أجنبي عنهما للفصل فيه، هو المحكم. والمحكم يستقل تمام في ممارسته لمهمته عن الطرفين اللذين عيناه، ولا يخضع إلا لسلطان ضميره وسلطان القانون الذي يحكم النزاع. أما عقد الوكالة فطرفاه هما الموكل والوكيل، وموضوعه هو تخويل الوكيل ذاته سلطة النيابة عن الموكل في عمل من الأعمال القانونية. والوكيل في قيامه بالعمل الموكل فيه لا يستقل عن الموكل ولا يملك أكثر مما

[64] أنظر في هذا الموضوع: شارل جارسون، المرجع السابق، بند 302 وما بعدع، ص112 وما بعدها.
[65] أنظر محكمة ليون، 1953/10/12،

يملك وإنما يأتمر بأوامره فان خرج عنها كان للموكل لن يتنصل من العمل الذي أجراه لحسابه.

ومع ذلك فالأمر يدق في الحالة التي يعهد الطرفان فيها بالتحكيم إلى هيئة ثلاثية، يختار كل منهما عضوا فيها، ويتفق الطرفان على العضو الثالث. ففي هذه الحالة يكون العضو الذي استقل احد أطراف النزاع باختياره شبيها بممثل له، ويثور التساؤل حول حقيقة الدور الذي يؤديه في التحكيم، وما إذا كان هو دور الوكيل الذي يتولى الدفاع عنه، بحيث تقتصر صفة المحكم على العضو الثالث المختار من قبل الطرفين معا، أو هو دور المحكم في التحكيم تتعهد هيئته. بل وكثيرا ما يعمد كل من طرفي النزاع إلى اختيار محاميه–الموكل عنه بالخصومة– فيثور التساؤل عما إذا كان المحامي المختار يفقد هذه الصفة الثابتة له أصلا منذ اختياره عضوا في هيئة التحكيم، أو ما إذا كان يحتفظ بها رغم هذا الاختيار.

وقد عرض المرحوم الدكتور احمد أبو الوفا لهذه السنة المسالة بقوله "...ففي مثل هذه الأحوال يكون محكم الخصم بمثابة مدافع عنه (وكيل بالخصومة)، وتكون هذه هي الصفة الغالبة له ...ومع ذلك يظل له من الناحية القانونية صفته كمحكم وليس كوكيل بالخصومة"[66]. ثم عاد لمتابعة المسالة في موضع آخر بقوله:"... ففي هذه الحالة يكاد يكون المحكم الذي يملك الخصم –وحده– اختياره بمثابة وكبل له وتكون صفة المحكم في واقع الأمر مقصورة على رئيس الهيئة وعلى أي حال فان هذه المسالة موضوعية تختلف النظرة إليها بحسب كل حالة ووقائعها وظروفها ونية المتعاقدين".

والواقع إن اعتبار عضوي هيئة التحكيم اللذين يستقل طرفا النزاع باختيارهما على انفراد وكيلين عنهما أو محكمين بالمعنى الدقيق، ليس له من اثر عملية التحكيم وحقيقته لن رئاسة الهيئة تكون للعضو الثالث المختار منهما معا ولن رأيه يظل هو المرجح في حالة الاختلاف بينهما في الرأي. لكن تحديد صفة هذين العضويين يظهر أثره في نواح أخرى

[66] أحمد ابو الوفا، التحكيم الاختيار والاجباري، المرجع السابق، ص 21،بند11.

خارج كيان التحكيم ذاته، إذ لو كنا وكيلين لكان على كل منهما أن يلتزم بأوامر وتعليمات موكلة ولكان مسؤولا قبله عن عدم إتباعها، وكان على هذا الأخير وحده ان يتحمل أجره، وكان له في النهاية ان ينهي وكالته وقتما شاء وأن يستبدل به غيره. أما لو كان محكمين، فانه يكون لهما استقلالهما التام عمن اختارهما، بحيث لا يخضعان إلى سلطان ضميرهما ولا تقوم مسؤوليتهما إلا وفقا للقواعد التي سوف نراها في مسؤوليته المحكم، ويتحمل طرفا النزاع أجرهما معا وفقا لما قد يقرره حكم التحكيم، ولا يملك أي منهما منفردا أن يعزل المحكم الذي اختاره أو ان يستبدل به غيره.

والمسالة كما لاحظ المرحوم الدكتور احمد أبو الوفا مسألة واقع تختلف من حالة إلى أخرى، تبعا لشروط اتفاق التحكيم وما تكشف عنه من حقيقة الدول المسند إليهما وما إذا كان دور المحكم الحقيقي أو كان دور النائب عن صاحب الاختيار في الدفاع عن مصالحه في التحكيم. فان كانت الأولى كان محكما من وقت اختياره، وانتهت بذلك صفة الوكيل التي يمكن ان تكون ثابتة له من قبل وسرت عليه الأحكام المقررة بشان المحكمين، ولا ضير في هذه الحالة من احتمال ميله إلى الوقوف إلى جانب من اختاره، ما دام قرار الهيئة متوقفا في الحقيقة على رأى العضو الثالث الذي اختاره الطرفان معا.

وان كانت الثانية احتفظ بصفة الوكيل، وسرت عليه إحكام الوكالة، وكانت هيئة التحكيم من محكم فرد، فلا يكون لغيره المشاركة في اتخاذ القرارات المتعلقة بالتحكيم كالقرارات المتعلقة بالإثبات، ولا المشاركة في المداولة قبل إصدار الحكم ولا يكون له أو عليه التوقيع عليه.

وفي تقديرنا أن الأصل هو أن يكون العضوان المختاران من قبل الطرفين محكمين بالمعنى الدقيق، بحيث يعمل بهذا الأصل عند عدم وجود ما يدل على خلاف ذلك في نصوص الاتفاق على التحكيم والظروف المحيطة به باعتبار ما يجب – وفقا للقواعد العامة

في التفسير[67] من الأخذ بالمعنى الظاهر لعبارة المتعاقدين ما لم توجد قرينة تصرفها إلى معنى آخر.

رابعا :التحكيم والتوفيق

إن أطراف المنازعة عدما يتجهون إلى عرض منازعاتهم إلى التحكيم، فهم يعلمون مسبقاً بأن حكم المحكم الذي يصدر في موضوع النزاع يكون ملزماً لهم، كونهم قد اختاروا هذا الطريق بديلاً عن عرض منازعاتهم على القضاء، وبالتالي لا يمكن تهرب أطراف اتفاق التحكيم من الأحكام التي تصدرها هيئة التحكيم إلا إذا كان هنالك من الأسباب التي رسمها القانون، والتي تعطي الحق لأحد أطراف النزاع أو كلاهما بالطعن بهذه الأحكام.

وإن العبرة في معرفة ما اتجهت إليه الأطراف يمكن معرفته من خلال التكييف القانوني الصحيح الذي يقوم به القاضي، وأن العبارات أو المصطلحات التي استخدمت بواسطة الأطراف عند الاتفاق لا تكون بديلة عن ما اتجهت إرادتهم إليه لمعرفة هل أن هذا الاتفاق اتفاقاً تحكيمياً أم إنهم يهدفون إلى الوساطة والتوفيق، ومن ثم يستطيعون بموجب ذلك طرح النزاع على القضاء إذا لم تصل محاولة التوفيق بينهم إلى النجاح[68].

وهذا ما يعني عندما نقول أن إرادة الأطراف ذهبت إلى اختيار التحكيم لحسم منازعاتهم، علينا أن نتأكد بأن هذه الإرادة لا يشوبها أي غموض من إنها فعلاً قد اتجهت إلى التحكيم.

---

[67] أنظر مايلي: بند 366 وما بعده.

68د. محمود مختار احمد بريري/ مصدر سابق، ص19

لأن التوفيق هو اتفاق الأطراف على محاولة إجراء تسوية ودية عن طريق (الموفق) الذي يقوم بدوره بتحديد موضوع النزاع ويقدم المقترحات، على أن تكون هذه المقترحات قد وافق عليها الأطراف، والموفق لا يصدر قرارات وإنما يقدم مقترحات، وتظل هذه المقترحات معلقة إلا إذا وافق عليها الأطراف، ومن هنا تستطيع أطراف النزاع الالتجاء للقضاء إذا لم يستطع الموفق حل النزاع[69]. والتوفيق يختلف عن التحكيم، فالتوفيق يتطلب بعض التنازلات من الطرفين لكي يسهل على "الموفق" التواصل إلى تسوية بينهما، وهذا يختلف عن مهمة المحكم الذي يصدر حكماً يلي فيه كافة طلبات أحد الطرفين، كون مهمة المحكم ليست حلاً وسطاً أو توفيقاً بين الأطراف المتخاصمة بل فصلاً في الخصومة، في الوقت الذي لا يستطيع الموفق ألا إنهاء الإجراءات، وهنا تستطيع الأطراف وبحرية الالتجاء للقضاء[3] .

إذن دور أطراف المنازعة مهم في وصول "الموفق" إلى وضع حل لمنازعتهم، فيمكن لهم التفاوض بشكل مباشر فيما بينهم للتواصل إلى تقارب في وجهات نظرهم لتساعد "الموفق" في حل هذا النزاع، في الوقت الذي يتحمل المحكم الأعباء في حسم النزاع، وأن دور أطراف اتفاق التحكيم ينحصر بتخويلهم المحكم سلطة حسم النزاع.

ويختلف التحكيم عن التوفيق أيضاً في الإجراءات المتبعة لكل منهما، فإجراءات التوفيق أبسط بكثير من إجراءات التحكيم، وهذا ما تبين من خلال القواعد الخاصة التي أصدرتها لحنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة الخاصة بحل المنازعات المتعلقة بالعلاقات التجارية الدولية عندما يرغب الطرفان حل منازعاتهم بالطرق الودية[70].

كما أن مهام التوفيق لا ترتقي إلى مهام التحكيم، وهذا ما جاء في حكم في حكم المحكمة الدستورية في مصر، حيث ورد (أن التحكيم يخرج عن مهام التوفيق بين وجهات

69د. محمود مختار احمد بريري/ مصدر سابق، ص19

70د.فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة والنشر، عمان،2006،ص16-17

3 دافيد رانبيه ، التحكيم في التجارة الدولية ، د.ن 1982 ، ص 11

نظر يعارض بعضها بعضاً، إذ هو تسوية ودية لا تحوز التوصية الصادرة في شأنها قوة الأمر المقضي، بل يكون معلقاً نفاذها على قبول أطرافها، فلا تتقيد بها إلا بشرط انضمامها طواعية لها)[71]. وبهذا يكون حكم التحكيم يختلف عن التوصية التي يقدمها "الموفق" ، حيث يكون حكم التحكيم ذا صفة إلزامية للأطراف بينما لا تأخذ توصية "الموفق" هذه الصفة، وهذا يعني ان الهدف الأساسي من عرض الأطراف لخصومتهم للتوفيق لوضع حل لمنازعاتهم لكي يبتعدوا عن هذه الصفة إلزامية مما يجعل التوفيق أقل درجة من التحكيم، كون حكم التحكيم يأخذ صفته الإلزامية في إجبار أطراف الخصومة الرضوخ له وتنفيذه وفق ما حدده القانون.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم

لقد كان لظهور التحكيم الإجباري إلى جانب التحكيم الاختياري و ظهور النظامي إلى جانب التحكيم الحر أثره على تحديد طبيعة التحكيم حيث يتسع دور إرادة الخصوم أو يضيق – بدرجة متفاوتة– في مسيرة التحكيم، سواء التحكيم، سواء فيما يتعلق باللجوء إلى التحكيم أصلا، أو في اختيار المحكمين أو في تحديد القانون الإجرامي الواجب الإتباع في خصومه التحكيم، لذا التنازع تحديد طبيعة التحكيم ثلاثة أراء يرى أولها أن التحكيم عمل عقدي، و يرى ثانيها أن التحكيم على قضائي، و يرى ثالثها أن التحكم عمل مركب أو مختلط يجمع بين هذا و ذاك.

المطلب الأول: النظرية العقدية

يسلم أنصار النظرية العقدية بأن التحكيم يقوم على عمل من المحتكمين، هو اتفاق التحكيم، و عمل من المحكم هو الفصل في النزاع بقرار ملزم لطرفيه. لكنهم يرون أن العمل الأخير يرتد إلى الأول و يقوم عليه، باعتباره مجرد تنفيذ له، و من ثم فاتفاق التحكيم

71حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، الصادر في 1999/12/17

يستغرق عملية التحكيم برمتها، بحيث يستقيم مبدأ لتفسير كافة مراحلها حتى صدور قرار من المحكم يلتزم به طرفا النزاع. فهذا الاتفاق هو الذي يحقق إخراج النزاع من سلطان القضاء و إسناده إلى سلطان محكم خاص، و يعين في الوقت ذاته المحكم الذي يتولى الفصل فيه، و يحدد دائرة ولايته و الأجل الذي ينتهي فيه من مهمته. و هذا الاتفاق ذاته هو الذي يحدد القواعد الواجب على المحكم إتباعها في أدائه لهذه المهمة، فقد يلزمه بالتباع قواعد القانون الإجرائي، و قد يعفيه من التقيد بها،و قد يعفيه فوق ذلك من إتباع قواعد القانون الحاكمة لموضوع النزاع تمكينا له من إنهائه وفقا لما تمليه اعتبارات العدالة في ظروف الخصوم. و على هذا النحو فإن القرار الذي يصل إليه المحكم في النهاية يكون مجرد محصلة لتطبيق الشروط التحكيم التي اتفاق عليها النزاع، و تنفيذ هذا القرار بواسطة السلطة العامة لا بد أن يمر بالقضاء باعتبار مجرد تنفيذ لاتفاق التحكيم. و هكذا يدخل التحكيم برمته في أيطار العقد، و تقدم القوة الملزمة للعقود، و مناط توافر هذه القوة، أساسا لتفسير صحته و بطلانه و نفاذه، و الالتزام بنتائجه، و يبدو قرار المحكم مرتبطا باتفاق التحكيم ارتباط لا يقبل التجزئة[72]،و يكون المحكم ذاته أقرب إلى الوكيل المشترك عن الطرفين من إلى القاضي[73].

و قد جاء هذا الاتجاه صدى لدى محكمة النقض الفرنسية في وقت مبكر إلى عام 1812[74]. لكن أظهر أحكامهما في هذا المعنى هو حكمها الصادر في 27 يوليو 1937، الذي سجلت فيه "أن القرارات التحكيم الصادرة على أساس مشاطرة تحكيم، تكون وحدة واحدة مع هذه المشاطرة و تشاركها في صفتها التعاقدية"،و مازال هذا الاتجاه يجد صدى في المجال الدولي،اعتقادا بأن من شأنه الإسهام في نشر التحكيم في هذا المجال[75].غير أن أغلبية المحكم الدنيا، و على رأسها محكمة استئناف باريس[76]، لم تتابع هذا النظر.

---

[72] د.أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1981 ،ص 23و 24،

[73] د.نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القانون اليمني ، دراسة المقارنة في الفقه الإسلامي و الأنظمة الوضعية ، رسالة من الإسكندرية ، 1996 ص 42 و 46.

[74] جان روبير، مجلة التحكيم ، الطبعة الرابعة، 1992، بند 409ص491.

[75] رنيه دافيد، التحكيم في التجارة الدولية ، باريس،1992 ، بند 65، 106.

[76] نظر بصفة خاصة: استئناف باريس1901/12/10، أشار إليه جان روبير، المرجع السابق، الطبعة الرابعة، بند 409

ولا شك أن لهذا الاتجاه فضل إبراز الدور الذي يؤديه اتفاق الأطراف في مجال التحكيم، غير أنه يتجاهل مع ذلك حقيقة الوظيفة التي يؤديها المحكم، فالمحكم يقوم في الواقع بالوظيفة ذاتها التي يقوم بها القاضي،و هو ينتهي في هذا الشأن إلى حكم مشابه للحكم الذي يصدره القاضي. و لعل مرجع هذا التجاهل هو الانطلاق من ظاهرة هيمنة الدولة الحديثة على الوظيفة القضائية و احتكارها إقامة العدل بين الناس بواسطة قضاء موظفين يختارون من قبلها، إذ الاستسلام لواقع هذه الهيمنة و هذا الاحتكار من شأنه أن يحول دون الاعتراف لمحكم يختاره طرفا النزاع و يحددان صلاحياته بوظيفة قضائية، و يودي من ثم إلى البحث عن التفسير أخر لنظام التحكيم لا يتصادم مع الحقائق الواقعة. و هذا ما تقدمه بالفعل فكرة العقد التي تدور في فلك أخر غير فلك القضاء، هو فلك السلطان الإرادة و القوة الملزمة للعقود.

لكن النظر إلى هيمنة الدولة على الوظيفة القضائية و احتكارها لإقامة العدل بين الناس من خلال السياق التاريخي للأمور ، و من شأنه أن يفتح الباب أمام البصر بالدور القضائي الذي يؤديه المحكم. فاحتكار الدولة للقضاء و لتنظيم السلطة القضائية إن هو إلا مرحلة من مراحل تطور الوظيفة القضائية، سبقته مرحلة كان التحكيم يستقل فيها بهذه الوظيفة أو يكاد، و تلوح في الأفق ملامح مرحلة أخرى تتوزع فيها الوظيفة القضائية بين قضاء الدولة و بين التحكيم[77].

المطلب الثاني: النظرية القضائية

يبدأ أصحاب النظرية القضائية للتحكيم من التنبيه إلى أن تحديد طبيعة نظام من النظم إنما يعتمد على معايير موضوعية تتعلق بأصل وظيفته و ليس على معايير عضوية أو شكلية تتعلق بشخص من يؤدي هذه الوظيفة أو بما هو عارض في أدائها[78]، و إذ كان

[77] أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 25 .
[78] أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 26 و ما بعدها.

التحكيم يقوم بالوظيفة ذاتها يقوم بها قضاء الدولة، و هي حسم النزاع و تحقيق العدالة بين المتنازعين، فإنه يكتسب الضرورة الطبيعة القضائية، و من ثم فنظر النزاع أمام المحكم يمر بذات الإجراءات التي يمر بها أما القاضي، و ينتهي بحكم مماثل للحكم القاضي سواء فيما يتعلق بالطعن فيه أو فيها يتعلق بالقابلية للتنفيذ، و هكذا فإقامة العدل بين الناس لها طريقان، أحدهما عام تقيمه الدولة، و الأخر خاص يقيمه الخصوم أنفسهم.

أما أن العقد هو المحرك للتحكيم، فإن ذلك ليس إلا نتيجة لكون التحكيم نظاما خاصا للفصل في المنازعات، يقوم إلى جانب النظام العام، و هو نظام القضاء، هو النظام العام لحسن المنازعات، قد اقتضى بالضرورة إناطة إعمال الخاص، و هو نظام التحكيم، بإرادة المتنازعين اعتماد بدلا من النظام العام، و من هنا كان إعمال التحكيم رهينا بالاتفاق الخصوم على الالتجاء إليه، و كان هذا الاتفاق مجرد أداة لتحريك نظام التحكيم، لا يؤثر على جوهر وظيفته القضائية ولا تغير من طبيعتها، و بعبارة أخرى فهو عنصر عارض فرضته ظروف لا صلة لها بوظيفة التحكيم و طبيعته. و قد ذهب في سبيل استظهار أوجه الشبه بين نظام التحكيم و نظام إلى الموازنة بين دور الإرادة المشتركة للخصوم في التحكيم و دورها في القضاء[79]، فإذا كان اختيار التحكيم وسيلة لحسم النزاع يتم بعمل إرادي من طرفيه، فإن الالتجاء إلى القضاء يتم بعمل إرادي من جانب أحدهما، و متى تم هذا العمل تعلق به حق الأخر بحيث لا يجوز لرافع الدعوى النزول عنه إلا بموافقة أطراف النزاع على رفعه إلى محكمة غير المحكمة المختصة به أصلا، أو إلى محاكم غير الدولة التي يثبت الاختصاص لمحاكمتها، و قد يتفق أطراف الخصومة على النزول عنها بعد رفعها و هذا كله دليل واضح على أن ما تؤديه إرادة الخصوم من دور في طرح النزاع على التحكيم بدلا

[79] أنظر: محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية ، دار الفكر العربي، 1990، ص62، ز المراجع المشار إليها هـ 1 من هذه الصفحة.

من القضاء ليس له من أثر على حقيقة الوظيفة التي يؤديها التحكيم، و من كونها وظيفة قضائية مثلها في ذلك مثل وظيفة قضاء الدولة[80].

وقد عنى أنصار هذا الاتجاه بمحاولة تفسير وضع نظام التحكيم من النظام القانوني الكلي[81]،فمنهم من ذهب إلى احتفاظ الدولة وحدها بسلطة إقامة العدل بين الناس على النحو ما يفهم موقف أنصار الاتجاه العقدي، لكنه في الوقت ذاته أجاز لها تفويض هذه السلطة إلى المحكم الذي يختاره المتنازعان في حدود النزاع الذي يطرحانه عليه، فيكون هذا التفويض هو السبب المنشئ لسلطة المحكم، و يكون اتفاق المتنازعين بمثابة شرط لقيام هذا التفويض و منهم من ذهب –على عكس من ذلك– إلى أن الجوهري في وظيفة الدولة المعاصرة هو ضمان تحقيق العدل بين الناس، و ليس الوسيلة المحققة لهذا الغرض، و هذا الضمان يمكن أن يتحقق من خلال القضاء العام الذي تستقل الدولة ذاتها بإقامة و تسييره، كما يمكن أن يتحقق من خلال قضاء خاص يقيمه الخصوم أنفسهم، وفقا لنظام التحكيم الذي تضعه له، و كل من النظامين له أصالته و استقلاله،و العلاقة بينهما ليست علاقة تبيعه بقدر ما هي علاقة تواز و اشتراك في الوظيفة[82].

ولقد كان لهذا الاتجاه فضل الكشف عن حقيقة الوظيفة التي يؤديها المحكم، بحسبانها وظيفة قضائية، تتجاوز مجرد تنفيذ شروط عقد التحكيم، وهذا ما سجلته أحكام محكمة النقض الفرنسية في الكثير من أحكامها،حيث سلمت بأن "أطراف الخصومة بالتجائهم إلى التحكيم إنما يعبرون عن إرادتهم في إعطاء الغير (المحكم) سلطة القضائية"[83]،و بأن حكم المحكم يشبه الحكم القضائي من حيث اكتسابه الحجية منذ صدوره و من حيث جواز استئنافه منذ صدوره و دون انتظار لإعطائه الصيغة التنفيذية".

---

[80] أبو زيد رضوان، المرجع السابق، بند 12، ص 327 أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري و الإجباري، المرجع السابق، ص17.
[81] أبو زيد رضوان، المرجع السابق، بند 17،ص 27 و ما بعدها.
[82] د. محمد محمود هاشم، النظرية العامة في التحكيم، المرجع السابق، ص 28 هـ 1، و المراجع لمشار إليها فيه.
[83] نقض 1982/5/25، مجلة 1982، ص 103.

غير أنه يبقى بعد هذه الوظيفة القضائية للتحكيم أمر واتفاق التحكيم أمر أخر لا يمكن تجاهل إثره على أداء الوظيفة القضائية من خلال التحكيم، و لا يخفي ما تتضمنه محاولة التقرب بين اتفاق التحكيم و بين الأعمال الإرادية التي يتوقف عليها تحريك الدعوى أمام القضاء أو مواصلة السير فيها من افتعال، فهذه الأعمال إنما يقابلها تحريك الدعوى أمام المحكم الذي سبق اختياره في اتفاق التحكيم، و ما قد يليه من أعمال أخرى أثناء سيرها، و من يبقى أتفاق التحكيم خارجا عن حدود ممارسة المحكم للوظيفة القضائية وسابقا عليها، و مفروضا على كيفية ممارستها.

المطلب الثالث: نظرية الطبيعية المختلطة

أدت صعوبة إدماج عمل أطراف النزاع متمثلا في اتفاق التحكيم، و عمل متمثلا في الفصل في النزاع بحكم حاسم له، أحدهما في الأخر – و حسب طبيعته الخاصة إليه إل بروز اتجاه يضفي على التحكيم صفة العقد و صفة القضاء في أن واحد، و خلاصة هذا الاتجاه أن التحكيم هو حقيقة ممتدة في الزمن تبدأ بالتفاق التحكيم و تنتهي بشمول حكم المحكم بأمر التنفيذ، و خلال امتدادها الزمني بتعاقب عليها طابعان: الطابع الأول هو الطابع التعاقدي، الذي يجسده اتفاق التحكيم، و الطالع الثاني هو الطابع القاضي الذي تجسده وظيفة المحكم متمثلة في حسم النزاع المطروح عليه.

لكن يبدو أن أنصار هذا الاتجاه لا يتفقون فيما بينهم حول الحد الزمني الذي يغير التحكيم اعتبارا منه من طبيعته التعاقدية إلى طبيعته القضائية، فالبعض هو قرار التحكيم[84]، و البعض الأخر يذهب إلى أنه "طبقا لهذه النظرية الوسيطية أو التوفيقية فإن هذه القرارات (قرارات التحكيم) وإن اعتبرت عقدا قبل أمر التنفيذ، إلا أنها تصبح بهذا الأمر بمثابة الحكم القضائي"[85].

[84] محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 10.
[85] د. أبو زيد رضوان، المرجع السابق، بند 20، ص 23.

ولا شك لدينا في أن نقطة الضعف في هذه النظرية إنما تمكن في محاولتها إيجاد حد زمني فاصل بين كل من الطابع العقدي و الطابع القضائي للتحكيم، خلافا للواقع من بروز هذين الطابعين معا منذ الاتفاق على التحكيم و حتى الانتهاء منه بتنفيذ حكم المحكم، فإذا كان التحكيم يبدأ من الانفاق على التحكيم، فإن هذا الانفاق ليس بعيدا تماما عن الطابع القضائي،بحسبان موضوعه هو إقامة عضوي للفصل في النزاع، و إذا كان التحكيم ينتهي بحكم فهذا الحكم بدوره ليس منبت الصلة لاتفاق التحكيم و أثره على سير خصومة التحكيم و إجراءات الفصل فيها، و من هنا كان الخلاف حول النقطة التي ينتهي عندها الطابع التعاقدي و يبدأ الطابع القضائي، فالبعض –فيما يبدو – يعتد ببداية ممارسة المحكم لمهمته، أو على الأكثر بإصداره حكمه، و البعض الأخر لا يعتمد إلا بالنقطة التي ينتهي عندما تمام التأثير العقدي، و هي شمول حكم المحكم بأمر التنفيذ.

و يذهب البعض بحق – تعقيبا على النظريات المختلطة– إلى القول بأن "التحليل القانوني يجب ألا يقف عند القول (بأن التحكيم) ذو طبيعة القول بأن " أو أنه خليط غير متجانس، فمثل هذا الوصف يعتبر بمثابة اعتراف بالعجز و محاولة الهروب من مواجهة الحقيقة بأبعادها المتعددة، و الواجب في مواجهة مثل هذه الحقائق المركبة محاولة تحليلها لردها إلى عناصرها المميزة ة تحديد دور كل عنصر و مظاهره في كل مرحلة من مختلف المراحل... بحيث يمكن في النهاية تحديد مدى تداخل كل من العناصر التعاقدية و القضائية تكوين نظام التحكيم و إعطائه طبيعته الذاتية المستقلة"[86].

و الواقع أن التحكيم، كما مر بنا أكثر من مرة، ليس إلا قالبا قانونيا يحتوي عملين، الفاعل في أحدهما غير الفاعل في الأخر، هما اتفاق التحكيم و قضاء المحكم، الأول يحدثه المتنازعان، و الثاني يحدثه المحكم، و جهد الفقيه لا ينبغي أن يتوجه إلى إذابة أحدهما في الأخر أو إلى محاولة صنع كائن موحد من بعض عناصر كل منهما، و إنما تحليلها تحليلا

[86] سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة،مرجع سابق، ص 71.

دقيقا يكشف عن الخصائص المميزة لكل منها بين أفراد جنسه فاتفاق التحكيم من جنس العقد/ لكن له خصائص ذاتية تميزه عن غيره من العقود، و فصل المحكم في المنازعة من جنس القضاء، لكن له من الخصائص الذاتية ما يميزه عن القضاء في صورته المألوفة التي تنظمها الدولة، ز الكشف عن الخصائص الذاتية لكل من اتفاق التحكيم و حسم المحكم للنزاع على هذا النحو، هو الذي يكشف عن حقيقة الصلة بينهما.

أما عن اتفاق التحكيم، فهو إن كان عقدا له كل الخصائص العامة للعقود، إلا أنه يتميز عنها بهدفه و موضوعه في أن واحد، فهدفه ليس إقامة علاقة قانونية مبتدأة بين الطرفين، مالية كانت أو شخصية، كما هو الحال في غيره من العقود، و إنما تسوية الآثار عن علاقة سابقة قائمة بالفعل، و أما موضوعة فهو ليس التراضي على تسوية نهائية محددة بذاتها للنزاع، و إنما إقامة كيان عصوي– فردا كان أو هيئة– ترفع إليه ادعاءات للنزاع، و أنما إقامة كيان عضوي – فردا كان أو هيئة– ترفع إليه ادعاءات الطرفين و يتولى الفصل فيها استقلالا عنهما.

ولا شك أن اتفاق التحكيم يتفق من بعض الوجوه مع عقد الصلح،لكن هذه الاتفاق قاصر على الهدف، و هو فض النزاع، و يبقى بعد ذلك الاختلاف بينهما في الموضوع، إذ موضوع (أو مضمون) الصلح هو التراضي على حل مباشر للنزاع، من خلال تنازل كل من طرفيه عن بعض ما يدعيه قبل الأخر، أو تسليمه بما يدعيه قلبه بينما موضوع التحكيم هو مجرد التراضي على من يتولى الفصل في النزاع استقلالا عن طرفيه.

وبالمثل يمكن الموازنة من حيث الموضوع بين اتفاق التحكيم و بين بعض العقود التي تولد كيانا عضويا معنويا، كعقود الشركات و عقود الجمعيات و المؤسسات الخاصة، ففي كل يتولى العقد إقامة هذا الكيان فإذا ما تمت إقامته تولى إنفاذ المهمة المحددة له، في ضوء الضوابط القانونية الموضوعية لجنسه– قضاء كان أو شركة أو مؤسسة – ووفقا للضوابط التعاقدية التي تبناها العقد المنشئ له و المحدد لنظامه، و بعبارة أخرى فاتفاق

التحكيم يحقق إلى جانب الوظيفة العادية التي تحققها سائر العقود – و هي تنظيم العلاقة بين طرفيه – و ظيفة أخرى مميزة هي إقامة كيان عضوي يتولى الفصل في النزاع، و هو بذلك يقترب من العقود التي تهدف بصفة أساسية لإقامة كائن عضوي، كعقود الشركات و الجمعيات و المؤسسات الخاصة، كما تهدف – تبعا لذلك – إلى تنظيم العلاقة بين أطرافه من خلال هذا الكائن، و الفارق الوحيد بين اتفاق التحكيم و بين غيره من الاتفاق التي تقيم كيانا عضويا، و إنما يكمن في طبيعة الغرض الذي يسند إلى الكائن العضوي الذي يقيمه اتفاق التحكيم و حقيقته من حيث كونه غرضا قضائيا على وجه التحديد و ليس غرضا اقتصاديا أو اجتماعيا أو سياسيا.

أما عن حسم المنازعة بالفعل، فهو عمل المحكم، و هو يتولى الضرورة هذا العمل وفقا للضوابط العامة التي يعها النظام القانوني لحسم المنازعات،و التي تجد مكانها في التنظيم التشريعي لقضاء الدولة بحسبانه التنظيم العام الذي يسرى على كافة الهيئات ذات الصفة القضائية،و أهمها– إلى جانب قضاء الدولة – الهيئات و اللجان ذات الطابع القضائي و جهات التحكيم، و أحص هذه المبادئ، مبدأ تحقيق دفاع الخصمين، و مبدأ الحيدة بينهما و مبدأه المساواة و مبدأ المواجهة و غيرها من المبادئ القضائية.

ويتضح مما سبق أم كلا من اتفاق التحكيم و قضاء التحكيم صاحبان لا يفارقان في كل مراحل التحكيم من أولها إلى أخرها، فما أن يصبح اتفاق التحكيم نافذا بتمام تعيين المحكم حتى تتعين الجهة المخولة سلطة القضاء في النزاع،و هنا تحقق الوظيفة الأساسية لاتفاق التحكيم فيخرج النزاع عن سلطان القضاء و يصير من سلطان المحكم وحده، و ما أن يرفع النزاع إلى المحكم حتى تبدأ مهمته في حسمه وفقا لمقتضيات الوظيفة القضائية، على النحو السابق ذكره، و هنا تظهر الوظيفة التبعية لاتفاق التحكيم، فيدخل الاتفاق في عداد الاتفاقات المطروحة تطبيقها على المحكم، و بعبارة أخرى فالمحكم يكون عليه أن يطبق

شروط اتفاق التحكيم مثله في ذلك مثل القاضي عندما يطبق الشروط عقد متعلق بالنزاع المطروح عليه، إنفاذا لمهمته القضائية.

فالمحكم يطبق هذا الاتفاق في صدد التعرف على حدود المنازعات التي تدخل في ولايته، و هو يطبقه أيضا في صدد التعرف على القواعد الإجرائية و الموضوعية الواجبة الإعمال في صدد النزاع و هو غي كل ذلك يلتزم بالمعايير و الضوابط التي يضعها النظام القانوني لصحة الاتفاقيات و أخصها ضابط النظام العام، و على هذا النحو فاتفاق التحكيم يظل مصاحبا لأداء الوظيفة القضائية من خلال المحكم مثله في ذلك مثل إي اتفاق أخر ضابط لموضوع النزاع، الأمر لا يختلف في ذلك عما يجري أمام قضاء الدولة.

وعلى هذا النحو فالتحكيم إن هو قضاء لكنه قضاء اتفاقي، بمعنى أن أطراف النزاع هم الذين يختارون قاضيهم، و هم إذ يختارون قاضيهم يجعلون له وحدة سلطة الفصل في النزاع و من ثم فقراره يكون حكما قضائيا حائزا لحجية الأمر المقضي في مواجهة الخصوم، نهائيا لا يقبل الطعن فيه،لكن ذلك بالطبع رهين بالتزامه بنصوص عقد التحكيم و بالقواعد القانونية التي يفرض عليه النظام القانوني الالتزام بها، فإن هو حاد عنها كان هناك محل للطعن على حكمه، طعنا لا يمس سلطته المطلقة في حسم النزاع و إنما يتوجه إلى مخالفته التحكيم أو الأحكام القانون.

الفصل الثاني: دور قضاء التحكيم في حل منازعات التجارة الدولية

سوف نتناول في هذا الفصل مبحثين :

المبحث الأول: إجراءات وشروط رفع الدعوى أمام قضاء التحكيم

يجب أن يتوفر في اتفاق التحيكم جميع الشروط الموضوعية والشكلية التي أوجب المشرع مراعاتها عند ابرام أي تصرف قانوني ،وعليه فسوف نتناول الشروط الموضوعية والشكلية التي يجب توفرها في اتفاق التحكيم حتى يكون صحيحا وينتج آثاره في هذا المبحث

المطلب الأول : الشروط الموضوعية

تتمثل هذه الشروط في ضرورة توافر التراضي الصحيح، وأن يرد هذا التراضي على محل ممكن ومشروع، وأن يستند إلى سبب مشروع، شأنه فيذلك شأن أي تصرف قانوني وسوف نفصل ذلك فيمايلي:

أ/ التراضي:

يعتبرالإتفاق على التحكيم عقدا من عقود القانون الخاص، يسوده مبدأ سلطان الإرادة، وتسري عليه القواعد العامة في العقود.

وبناءا على ذلك فلابد لقيام اتفاق التحكيم من وجودالرضا وإلا كان الإتفاق غير قائما، فيجب أن تتطابق إرادتي الطرفين وتتجه إلى ترتيب آثار قانونية تبعا لمضمون ماتفقا عليه ،فلابد من إيجاب وقبول يتطابقان على اختيار التحكيم اختيارا حرا كوسيلة لحسم المنازعات التي تثور بشأن العلاقة الأصلية [87] كبديل عن قضاء الدولة.

[87] د.مختار محمود بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، مرجع سابق ، ص 45

ويلزم أن تتوافر الأهلية لدى الأطراف، وهي اهلية التصرف ولذلك نصت المادة 11 من قانون التحكيم المصري على أنه " لايجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الإعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه."....

فالمشرع المصري أعطى كل شخص طبيعي يتمتع بأهلية التصرف وفقا لأحكام القانون المدني حرية الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم، أما فيما يخص الأشخاص الإعتبارية بجميع انواعها حقا للجوء إلى التحكيم متى تم التحقق من اكتساب واستيفاء الشروط التي يستلزمها القانون للاقرار بالشخصية المعنوية.

أما المشرع الجزائري فقد استلزم أن يكون التراضي في اتفاق التحكيم صادرا عن اطراف أهل للتصرف حيث تنص المادة (1006) على أنه "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها."

فهذه المادة تقتصر حق اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للأشخاص الطبيعيين في من تتوفر لهم الأهلية القانونية لمباشرة التصرفات القانونية وفقا لنصوص القانون المدني الجزائري[88]

حيث يتضح أن إتفاق التحكيم يقع باطلا إذا قام به شخص لايملك حق التصرف في حقوقه ،فمن لم يبلغ سن الرشد الذي حدده المشرع الجزائري ب 19 سنة لايجوز له ابرام اتفاق التحكيم، وكذلك المحجور عليه والمعتوه والسفيه، لايمكنه الإتفاق على اللجوء للتحكيم وكذلك المحروم من حقوقه المدنية ومن أشهر إفلاسه لايمكنه كذلك الإتفاق على اللجوء للتحكيم كوسيلة لفض ماقد يثور من نزاع بينه وبين خصمه.

[88]راجع المواد 40 ، 41 من الأمر رقم 59/75 المتضمن القانون المدني الجزائري.

وبالنسبة للأشخاص المعنوية فقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة (1006) على مايلي " ولايجوز للأشخاص المعنوية العامة ان تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أوفي إطار الصفقات العمومية."

فيظهر من النص السابق أن الأشخاص المعنوية الخاصة كالشركات التجارية التي تخضع للقانون الجزائري إذا كانت تمارس نشاطها في الجزائر، فهي تكتسب الشخصية القانونية ،وبالتالي لها حق اللجوء إلى التحكيم بعد قيدها في السجل التجاري.

أما بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة، فقد وضع المشرع الجزائري شرطين حتى يمكن لها الإتفاق على التحكيم وهي كالآتي:

1-العلاقات الدولية الإقتصادية:

أعطى المشرع الجزائري الأشخاص المعنوية العامة والمتمثلة في مؤسسات الدولة والشركات العمومية والمؤسسات الإقتصادية العامة الحق في اللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق بعلاقاتها الاقتصادية الدولية لتسوية المنازعات التي قد تنشأ عن هذه العلاقات، خصوصا مع تزايد هذه المعاملات .

2-الصفقات العمومية:

فقد اجاز كذلك المشرع الجزائري للأشخاص المعنوية العامة إمكانية اللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق بابرام الصفقات العمومية وما ينشأ عنها من منازعات.[89]

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري كان يحظرعلى الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم وذلك وفقا لنص المادة (3/442) من الأمر154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والتي تنص على أنه "لايجوز للدولة والأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم."

ولكن على الرغم من هذا الموقف التشريعي الواضح، والرافض للتحكيم، إلا أنه من الناحية العملية كان الوضع مختلفا، فقد أبرمت الجزائر عدة عقود في مجال البترول مع الشركات الأجنبية الخاصة تضمنت شرط التحكيم، نذكر منها العقد الذي أبرم في 1968/10/19 مع شركة (GETTY) الأمريكية والذي استمر حتى بعد تأميم المحروقات سنة 1971.[90]

والمثال الثاني هو نظام التحكيم الجزائري –الفرنسي الموقع في 1983/03/27 والذي يعتبرتجسيدا للاتفاق الاطار المبرم بين الحكومتين في 1982/06/21 والمتعلق بالتعاون الاقتصادي بين البلدين.

وقد تدخل المشرع الجزائري من أجل إزالة هذا التناقض وعد لصياغة المادة 442 سالفة الذكر بالمادة الأولى من المرسوم التشريعي 09/93 التي نصت على مايلي :"...ولايجوز للأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقاتهم التجارية الدولية."

الملاحظ على هذا النص أنه لم يبين من هم الأشخاص التابعين للقانون العام . وبعبارة أخرى هل يجوزللدولة اللجوء إلى التحكيم في منازعات التجارة الدولية؟

---

[89]فقد نظم المشرع الجزائري الصفقات العمومية بالمرسوم الرئاسي رقم 52/02 المؤرخ في 2002/07/27. والذي خضع لعدة تعديلات آخرها سنة 2011

[90]لقد تم تعديل أحكام بروتوكول 1968 في 1972/05/27 بهدف مطابقته مع الإطار القانوني الجديد خاصة بعد التأميم ، غير أن الأحكام الخاصة بحل المنازعات – خاصة بند التحكيم لم يعدل وبقى ساري المفعول وفقا للمادة 02 من نص التعديل.

ولكن يبدو أن القانون الجزائري جسد المبدأ الذي وصلت إليه محكمة النقض الفرنسية، بحيث ربط لجوء هذه الأشخاص إلى التحكيم بشرط تعلق المنازعة بمسائل التجارة الدولية في القانون الجديد.

أما فيما يخص الأشخاص المعنوية العامة التي يمكن لها اللجوء إلى التحكيم فقد حددها في المادة (975) من قانون المرافعات الجديد التي نصت على أنه : لايجوز للأشخاص المذكور في المادة (800) أعلاه أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية " وبالرجوع إلى نص المادة (800) يتضح لنا أن هذه الأشخاص المعنوية هي : الدولة أو الولاية، أو البلدية أو احدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

فعند تعلق التحكيم بالدولة فيتم اللجوء إليه بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين[91]

وإذا تعلق التحكيم بالولاية أوالبلدية فيتم اللجوء إليه بمبادرة من الوالي أورئيس المجلس الشعبي البلدي[92].

وعندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة ادارية ،يتم اللجوء إلى التحكيم بمبادرة من ممثلها القانوني، أومن ممثل السلطة الوصية التي تتبعها.[93]

عيوب الرضا:

يجدر التنبيه إلى أن اتفاق التحكيم – شرطا أو مشارطة – قد يخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم الاتفاق الأصلي، ولذا يكون المرجع في توفرالتراضي وصحته وخلوه من العيوب كالغلط والتدليس والإكراه للقانون الذي يخضع له اتفاق

[91]المادة 2/976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية
[92]المادة 3/976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية
[93]المادة 4/976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

التحكيم، وهو إما قانون الإرادة أوالموطن المشترك أو قانون بلد محل ابرام الإتفاق وفقا لقاعدة الإسناد التي تضمنتها المادة(1/19) مدني وإذا كان الإتفاق بشأن تحكيم يدخل في نطاق نصوص اتفاقية نيويورك ،فالتراضي يخضع أيضا لقانون الإرادة وإلا خضع لقانون البلد الذي يصدر فيه حكم التحكيم والأولوية في حالة التعارض لأحكام الاتفاقية بحكم نص المادة الأولى [94] ،وهو ماذهب إليه المشرع الجزائري كذلك في المادة 10 من القانون المدني الجزائري.

ب/ قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم "محل التحكيم"

نصت المادة 11 من قانون التحكيم المصري على أنه : لايجوز التحكيم في المسائل التي لايجوز فيها الصلح "وقد نصت المادة 551 من القانون المدني المصري على أنه " لايجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أوالتي تنشأ عن ارتكاب احدى الجرائم."

وترتيبا على ذلك يمتنع الإتفاق على التحكيم في مسائل الأهلية أوصحة أوبطلان الزواج أوإثبات النسب...إلخ.

كما لايجوز التحكيم في جريمة القتل أوالسرقة أواختلاس الأموال العامة أوجريمة إصدار شيك بدون رصيد، ويمتد الحظر بكل مايتعلق بالنظام العام كالتحكيم بشأن علاقة غير مشروعة ،أو قرض بفوائد ربوية أوتحديد أسعار تخضع للتسعير الجبري، أوعقد مقامرة ،أو التحكيم بشأن منازعات العمل التي تخضع لقواعد آمره.

وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 1006 التي نصت على أنه "لايجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أوحالة الأشخاص وأهليتهم "، وانطلاقا من هذا النص نجد أن المشرع الجزائري قد أخرج

[94] د.محمود مختار البريري ، مرجع سابق ، ص 46

بعض المسائل من مجال التحكيم الداخلي، وهي المتعلقة بالنفقة والإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن وكذلك المسائل المتعلقة بالنظام العام ،وحالة الأشخاص وأهليتهم وجسد بذلك، الحل الكلاسيكي المعتمد في جل التشريعات الداخلية للدول رغم اختلافها في بعض المسائل.

ففكره النظام العام فكره مرنه ليس لها ضابط محدد، فهي فكرة معيارية نسبية تختلف من دولة إلى دولة، بل من زمن إلى زمن داخل تلك الدولة، فكل دولة لها الحرية وفقا لسياستها الإقتصادية والإجتماعية أن تحدد المسائل التي يمكن حلها عن طريق التحكيم ،ومايؤكد هذه الحرية هو ما ذهبت إليه الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم والتي ربطت التزام الدول بالاعتراف باتفاقات التحكيم بكون النزاع – محل هذه الاتفاقات – متعلقا بمسألة تقبل التسوية عن طريق التحكيم ودون أن تحاول وضع قواعد مادية (موضوعية) تلتزم بها كل الدول الأعضاء [95]فقد نصت المادة الثانية من اتفاقية نيويورك 1958 على مايلي "تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أوبعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية معينة ،سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية ،متى تعلقت بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم."

ومن هنا نؤكد على ضرورة إعطاء مفهوم ومضمون ضيقين لفكرة النظام العام يشكل يسمح لنظام التحكيم بتحقيق فاعليته وهدفه، خاصة بعد دخول الجزائر اقتصاد السوق وفتح باب الاستثمار أمام الشركات الأجنبية.

أما بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فقدنصت المادة (1040 من ق.إم.إ الجزائري) على أنه "تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت

[95]تنص المادة 04/25 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 على أنه يجوز لكل دولة متعاقدة عند التوقيع أو الموافقة أو التصديق على الإتفاقية أو في تاريخ لاحق أن تخطر المركز بالنزاع أو النزاعات التي ترى بإمكانية خضوعها أو عدم خضوعها لاختصاص المركز .

للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أوالقانون المنظم لموضوع النزاع أوالقانون الذي يراه المحكم ملائما "

ج/السبب :

إن اتفاق الأطراف على التحكيم يجد سببه في اتفاق الأطراف لاستبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمين، وهذا السبب مشروع دائما ولانتصور عدم مشروعيته إلا إذا ثبت أن الهدف من اتفاق التحكيم هو التهرب من أحكام القانون الذي كان يتعين تطبيقه لوطرح النزاع على القضاء،نظرا لما يتضمنه هذا القانون من قيود والتزامات يراد التحلل منها، وهو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون ،فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها الاستفادة من حرية الأطراف أوحرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق، ولايختلط السبب غير المشروع بالمحل غير الممكن أوغير المشروع ،فالأول يقتضي البحث عن اجابة السؤال ، لماذالجأ الأطراف للتحكيم ؟أم االثاني فيتعلق بتحديد المراد تسويته بطريق التحكيم ،وهل هو مشروع أولا؟

المطلب الثاني : الشروط الشكلية

أجمعت مختلف التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم على أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا ،حيث نصت المادة 12 من قانون التحكيم المصري على وجوب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، وإلا كان باطلا ،وورود الاتفاق كشرط في العقد الأصلي أو الاتفاق عليه بوثيقة مستقلة ، فإذا كانت هذه الوثيقة تنص على التحكيم فيما قد يثور من منازعات بمناسبة العقد الأصلي، لزم أن يتضمن هذا العقد الإشارة إلى الوثيقة ويكون الأمر متعلقا بشرط تحكيم.

أما المشارطة ،فهي محرر يتم الاتفاق عليه بعد قيام النزاع ويجب في جميع الأحوال التوقيع غلى اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشارطة ولايلزم أن يوقع الأطراف توقيعا خاصا بجوار شرط التحكيم ،إذا ورد بند من بنود العقد الأصلي ويكفي التوقيع على العقد إذ ينصرف هذا التوقيع إلى كافة بنود العقد[96].

وتتحقق الكتابة وفقا لنص القانون إذا ورد شرط التحكيم في رسائل أو برقيات متبادلة بين الطرفين ،ويمتد ذلك إلى كل وسائل الإتصال المكتوبة ،ولكن يجب تحقق تبادل الإيجاب والقبول بشأن التحكيم.

وإذا كان الإتفاق على التحكيم يتم بواسطة وكيل فيلزم أن تكون الوكالة مكتوبة إعمالا لنص المادة (700) من القانون المدني المصري، والتي تستلزم أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ،ولابد من وكالة خاصة بالنسبة للتحكيم وفقا لنص المادة (1/702) من القانون المدني المصري، حيث لاتخول الوكالة العامة الوكيل سلطة إبرام اتفاق تحكيم أو وضع شرط تحكيم في العقد التي تمت الوكالة لابرامه.

ويعتبرشرط الكتابة متحققا إذا تم النص في العقد الأصلي على الإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم كالإحالة على عقد نموذجي في مجال النقل البحري أوبيع البضائع، ولكن يلزم أن تتضمن الإحالة مايفيد اعتبار شرط التحكيم الذي تتضمنه هذه الوثيقة جزءا من العقد الأصلي . فالاحالة العامة التي قد يتضح منها عدم دراية او علم أحد الأطراف بوجود شرط التحكيم يكتفي فيها امكانية القول بوجوداتفاق وتراضي على شرط التحكيم،وذلك إعمالا لنص الفقرة الثالثة من المادة (10) من قانون التحكيم المصري والتي نصت على أنه "ويعتبر اتفاقا على التحكيم كل احالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة باعتبار هذا الشرط جزء من العقد.

[96]د.سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية ، مرجع سابق ، ص 236

وجدير بالملاحظة أن قانون التحكيم وعلى خلاف نصوص المرافعات الملغاة قد جعل الكتابة شرطا لوجود اتفاق التحكيم ورتب البطلان على عدم الكتابة ،فهي لم تعد كما كانت مجرد شرطا لاثبات اتفاق التحكيم.

أما المشرع الجزائري فقد استلزم الكتابة لوجود شرط التحكيم وإلا كان باطلا ويستوي في ذلك أن ترد كتابة شرط التحكيم في العقد الأصلي أو في الوثيقة التي يستند إليها، أي الاتفاق اللاحق المبرم في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي وذلك وفقا لنص المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ،والتي تنص على انه "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقي الأصلية أو الوثيقة التي يستند إليها ". كما اشترط المشرع الجزائري أن يتضمن شرط التحكيم تعيين المحكم اوالمحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم وإلا كان باطلا.[97]

أما بالنسبة لمشارطة التحكيم فالكتابة شرط لوجودها وليس شرط لاثباتها حيث نصت المادة 1012 من ق.إ.م.إ الجزائري على انه " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابة، ويجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان وموضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم.

ويتبين من هذا النص أن المشرع الجزائري يعتبر الكتابة شرط الوجود مشارطة التحكيم ،وليس شرطا لاثباتها ، حيث يمكن اثباتها بمحضر يوقعه المحكم والأطراف، كما استلزم أن تتضمن مشارطة التحكيم موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعينهم ،هذا في التحكيم الداخلي، أما بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فقد اشترط المشرع الجزائري أن يبرم اتفاق التحكيم كتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة ،وتتحقق الكتابة وفقا لنص القانون إذا ورد شرط التحكيم في رسائل أو برقيات متبادلة بين الطرفين، ويمتد ذلك إلى كل وسائل الإتصال المكتوبة والإلكترونية ولكن يجب أن تحقق تبادل الإيجاب والقبول بشأن التحكيم.

[97]الفقرة الثانية من المادة 1008 ، قانون الإجراءات المدنية والجزائرية

ونلاحظ أن كل من المشرع المصري والجزائري لم يستلزما بيانات معينة في شرط ومشارطة التحكيم ،فلا يوجد نصوص تحدد بيانات إلزامية إلا بالنسبة لمشارطة التحكيم بالنسبة لبيان وتحديد موضوع النزاع ،إذ الفرض أن مشارطة التحكيم هي اتفاق لاحق على قيام النزاع مما يتحتم معه تحديد دقيق للمسائل محل النزاع والمراد طرحها على التحكيم ،ويترتب البطلان على عدم تحديد موضوع النزاع ،وقد زاد المشرع الجزائري على ذلك وجوب ذكرأسماء المحكمين أوكيفية تعيينهم.

المطلب الثالث: حكم التحكيم

لاشك أن صدور حكم التحكيم هو الغاية من اللجوء لنظام التحكيم، وهو النهاية الطبيعية للعملية التحكيمية برمتها، حيث يباشر المحكم العملية التحكيمية من بدايتها بمجرد قبوله القيام بها بإرادته لينتهي بحكم تحكيمي ينهي النزاع المعروض على التحكيم، فيملك المحكم إصدار مختلف أنواع الحكام، سواء كانت أحكام جزئية أو وقتية يصدرها قبل إصدار الحكم الفاصل في الموضوع، غير المحكم ملزم بإصدار حكمه في الميعاد المحدد قانونا أو اتفاقا، وبإتباع الإجراءات اللازمة، كما يجب ان تتوفر في حكم التحكيم بعض الشروط التي تنأى به على ان يكون محلا للطعن فيه. وسف نعرض فيما يلي لأهم هذه الجوانب.

أولا: سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأحكام الجزئية

الأصل أن تصدر هيئة التحكيم حكما في موضوع الدعوى منهيا للخصومة كلها، غير أنه في بعض الحالات قد تصدر هيئة التحكيم أحكاما لا تفصل في النزاع، فقد تصدر أحكاما جزائية، كما قد تصدر أحكاما وقتية، وذلك إدارتها للعملية التحكيمية، أو إصدار حكم تمهيدي قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة والنزاع المعروض عليها.

أ- سلطة هيئة التحكيم في اصدار الأحكام الجزئية

قد تكون الأحكام غير منتهية للخصومة فاضلة في الموضوع بالنيبة لبعض طلبات الموضوعية، وتسمى هذه الأحكام بالحكام الجزئية، فقد نصت المادة (1049) من قانون ا.م.ا الجزائري في شأن التحكيم التجاري الدولي، على انه "يجوز لمحكمة التحكيم إصدار أحكام اتفاق الأطراف، أو أحكام جزئية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، وهذا أيضا ما ذهب إليه المشرع المصري كذلك في المادة (42) من قانون التحكيم التي نصت على انه "يجوز ان تصدر هيئة التحكيم أحكاما.. في جزء من الطلبات، وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها".

وتقوم الحاجة إلى اصدار حكم جزئي في بعض المنازعات خاصة في منازعات المقولات التي تجري فيها التحكيم مع استمرار المقاول في القيام بعمله، ويتصور أن يصدر حكم جزئي في تحكيم بشأن عقد المقاولة يتعلق فقد بطلبات المتعلقة بالتأخير، أو بأوامر التغيير الصادرة من رب العمل أو يتعلق فقط بنسبة ما تم تنفيذه ويجب ان يتضمن الحكم الجزئي على وجه التحدي الطلب أو الجزء من الطلب الذي فصل فيه، إلى أن الهيئة مستمرة في نظر باقي السائل.ويلاحظ ان الحكم الجزئي هو حكم موضوعي وليس حكما وقتيا ويتميز بأنه يفصل فقط في جزء من المسائل محل النزاع التحكيم في نظر باقي هذه المسائل، ولهذا فان الحكم الجزئي الذي تصدره هيئة التحكيم لا ينهي ولايتها في نظر النزاع في باقي المسائل التي لم يشملها الحكم الجزئي.[98]

ولا يشترط ممارسة هيئة التحكيم لسلطتها في إصدار أحكام جزئية أن يتفق الأطراف على تخويلها هذه السلطة، إلا انه يجوز لأطراف الاتفاق على حرمان هيئة التحكيم من إصدار أحكام جزئية وفي هذه الحالة يمتنع عليها إصدار أي حكم جزئي.

ب- سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأحكام الوقتية

[98]فتحي والي ،الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993، ص 398.

منح المشرع المصري هيئة التحكيم سلطة إصدار الأحكام الوقتية حيث نصت المادة (42) من قانون التحكيم الذي أورد نصا يقضي بأنه " يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاما وقتية...وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها" وبهذا النص خول المشرع المصري هيئة التحكيم سلطة إصدار أحكاما وقتية (مستعجلة) كالحكم بالحراسة القضائية، أو الحكم بالنفقة الوقتية وذلك قبل أن تصدر حكمها في الموضوع.

فإذا كان النزاع متعلقا تعويض عن أضرار لحقت البضاعة أثناء نقلها، ولم يكن مثار نزاع أو جدل إلا تحديد مقدار التعويض، فللمحكمة أن تحكم بناء على طلب المضرور بدفع مبلغ مؤقت لحين الفصل النهائي المتوقف على تقدير الخبراء المنتدبين، كما للهيئة ان تحكم بوقف استمرار العمل في الموقع، أو باستمرار لحين الفصل في موضوع النزاع وذلك حسبما تقدره الهيئة من ظروف وملابسات محيطة بموضوع الخلاف[99].

ويكون لهيئة التحكيم هذه السلطة سواء اتفق الأطراف على تخويلها هذه السلطة أو لم يتفقو، فاتفاقهم على التحكيم في نزاع معين، بعني تخويل المحكمين سلطة الفصل في موضوع النزاع، وفي إصدار أحكام وقتية ومستعجلة تبعا لاختصاصهم الموضوعي به. على انه إذا اتفق الأطراف على عدم تحويل هيئة التحكيم سلطة إصدار أحكام وقتية فلا يجوز للهيئة إصدار أي حكم منها.

ويشترط لكي يصدر المحكمون حكما وقتيا متعلقا بالنزاع عدة شروط:[100]

1- أن يقدم احد الأطراف طلبا إلى الهيئة للحكم بالإجراء الوقتي المطلوب، فليس به من تلقاء نفسها.
2- ان تتوفر شروط الدعوى المستعجلة، فيجب أن يكون هناك احتمال لوجود الحق أو المركز القانوني الموضوعي، أو احتمال ان يلحق به ضرر.
3- ان تكون إجراءات التحكيم قد بدأت ، فلا يمكن لهيئة التحكيم ان تصدر أحكاما وقتية إلا إذا تم فعلا بدء إجراءات التحكيم أمامها.

---

[99] د.محمود مختار بريري، مرجع سابق ص 156.
[100] د.فتحي والي، مرجع سابق ص 400.

ج- سلطة هيئة التحكيم في إصدار الأحكام التمهيدية

لم يشر القانون المصري إلى إمكانية إصدار هيئة التحكيم لأحكام تمهيدية، على خلاف ما تنص عليه المادة (1035) من قانون المرافعات الجزائري[101] التي يستخلص منها إمكانية إصدار محكمة التحكيم لأحكام تحضيرية أو تمهيدية "....يجوز لهيئة التحكيم ان تصدر ... أحكام تحكيم....تمهيدية..."

ويتميز الحكم التمهيدي بأنه حكما ليس فاصلا في موضوع النزاع كليا أو جزئيا وليس منهيا للخصومة، كما انه لا يصدر في طلب وقتي، ولم ينص القانون على شكل خاص للحكم التمهيدي أو التحضيري، ولهذا فانه يمكن ان يصدر في شكل قرار من الهيئة، يثبت في محضر الجلسة، كما يمكن ان يصدر في شكل ورقة حكم مستقلة عليها الهيئة أو أغلبيتهم.

المبحث الثاني: القانون الواجب تطبيقه أمام قضاء التحكيم

رأينا أن المحكم في النظامين الوطني والدولي، أما ان يحكم على مقتضى قواعد العدالة متى خوله الطرفان هذه المهمة باتفاق صريح ويعرف بالمحكم الطليق أو المصالح.

وتبين القوانين الوطنية الفروض المختلفة لاتفاق التحكيم من جهة معالجته أو عدم معالجته لموقف الطرفين من تقييد المحكم بالقانون أو عدم تقيده به، ومن جهة الحلول الواجب الإتباع لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. كذلك تعنى اتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي لهذه المعالجة مراعية الحلول الدارجة في القوانين الوطنية اهتمامها بتطبيق قواعد قانونية يمكن التغلب بها مشكلة تنازع القوانين التي تثور غالبا في علاقات التجارة الدولية من جهة فضلا على التغلب على شكليات وصرامة القوانين الوطنية التي تحول عادة دون الوصول إلى حلول عادلة للمنازعات الناشئة عن هذه التجارة من جهة أخرى.

[101] حيث نصت على انه "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة..."

وعلى ما تقدم نتكلم عن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المعروض على التحكيم في النظامين الوطني والدولي.

المطلب الأول: القانون الوطني

تتيح معظم القوانين الوطنية لطرفي التحكيم حرية الاختيار بين التحكيم بالقضاء الذي يتقيد فيه المحكم بالقانون والتحكيم الطليق الذي لا يتقيد فيه المحكم بأي قانون وطني معين وتترك للمحكم اختيار أي قواعد يراها عادلة، وفي هذا الصدد نصت المادة 1474مرافعات فرنسي على أن "يفصل المحكم في النزاع على مقتضى قواعد القانون مالم يخوله الطرفان، في اتفاق التحكيم، مهمة الحكم كمحكم مصالح" [102]. كذلك نصت المادة 2/182 مرافعات كويتي على أن "يكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضا بالصلح فلا يتقيد بهذه القواعد عدا ما تعلق منها بالنظام العام". ويجري الرأي في فرنسا والكويت، على ان النصين المذكورين يفيدان بان الأصل، في التحكيم، أن يكون المحكم مقيدا بالقانون الموضوعي الذي يحكم النزاع وأنه يجوز للطرفين الخروج على هذا الأصل بالاتفاق على تخويل المحكم سلطة الفصل في النزاع لمحكم مصالح أو طليق[103]، وهو نفس الوضع المقرر أيضا بنص المادة 39 من قانون التحكيم المصري كما سنرى.

ويرجع تقرير هذا الأصل بنصوص قانونية إلى تأثر المشرع بالمفهوم القضائي conception juridictionnelle التقليدي لوظيفة "المحكم" وقياسها على وظيفة "القاضي" وهو أن المحكم يباشر وظائف القاضي ويقوم بواجباته التي يفرضها عليه

[102] L'arbitre trancha le litige conforment aux règles de deroit, à moins que dans la convention d'arbitrage les parties ne lui aient conféré mission de stature comme amiable compositeur ».

[103] د.عزمي عبد الفتاح ، قانون التحكيم الكويتي ، مطبوعات جامعية ، الكويت .

القانون، ليس هذا بل يستند هذا الأصل أيضا إلى رادة طرفي التحكيم parties volonté، حيث لا تتجه إلى التخلي عن الضمانات المستمدة من تطبيق القانون.

و لكن أي قانون ذلك الذي يجب على المحكم النقيد تطبيقه على موضوع النزاع؟ إن النص المادة 1474 مرافعات فرنسي و نص المادة 172/2 مرافعات كويتي و لئن أوجبا تقيد المحكم المقيد بقواعد القواعد règles de droit إلا إنهما لم يبينا ماهية هذا القانون ولا شك أن هذا القانون الموضوعي، كالقانون المدني أو القانون العمل أو القانون التجاري،و لكن هل يقصد القانون الموضوعي القانون الوطني أو أي قانون أخر أجنبي أو دولي؟، و هل يتحدد هذا القانون بإرادة الطرفين أو بإرادة المحكم أو بإرادة المشرع؟.

بالنظر إلى ما قد تثير هذه الأسئلة من اختلاف في الرأي أحيانا و من اضطراب في الحلول القانونية أحيانا أخرى فإن المشرع المصري قد حرص على إعطاء إجابة واضحة و محددة لتلك الأسئلة فقد نصت المادة 29 من قانون التحكيم المصري رقم 26 لسنة 1994 على مايلي:

1- تطبيق هيئة (محكمة) التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، و إذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك.
2- و إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع.
3- ويجب أن تراعي هيئة التحكم، عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع و الاعتراف الجارية في نوع المعاملة.

4- و يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة و الإنصاف دون التقيد بأحكام القانون، وهذا يتطابق مع نص المادة 1497.[104]

و يبين من نص المادة 39 المذكورة أنه يستوي في القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح على محكم أن يكون قانونا و وطنيا أو أجنبيا أو دوليا تتضمنه اتفاقية دولية مثلا،و أن هذا القانون في التحكيم بالقضاء قد يكون قانون الإرادة أو القانون الذي يريد المحكم المقيد أنه الأكثر اتصالا بالنزاع أو القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص ، و هي قواعد تتحدد بإرادة المشرع و أيا كان القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يجب على المحكم المقيد مراعاة شروط العقد مثار النزاع و الأعراف الجارية في نوع المعاملة.

ولقد كان للمشرع الفرنسي فضل السبق في تقييد المحكم بالقانون الذي أختاره الطرفان و تخويله حرية اختيار القانون الواجب التطبيق هذه عدم وجود هذه الاختيار كما كان له فضل السبق أيضا في إلزام المحكم بمراعاة العادات التجارية وبالأولي الأعراف التجارية الجارية،[105] فقد نصت المادة 1/1496 من قانون المرافعات الجديدالمضافة بالمرسوم الفرنسي الصادر في 12 مايو 1971م بشأن التحكيم التجاري الدولي على أن يفصل المحكم في النزاع على مقتضى قواعد القانون الذي أختاره الطرفان فإدا لم يختار الطرفان قانون معينا فصل المحكم في النزاع على مقتضى قواعد القانون الذي يراه مناسبا، كما يراعى المحكم في جميع الأحوال العادات التجارية الجارية، وواقع الأمر أن النصوص المتقدمة، سواء في القانون الفرنسي أو القانون المصري، لا تعدوا أن تكون انعكاسا لتطور التجاري الدولي على نحو ما جسدته أنظمة و اتفاقية الدولية، و هو ما سنراه حالا.

---

[104]وتطابق الفقرة الأخيرة نص المادة 1496 مرافعات فرنسي المضافة بمرسوم 12 مايو 1961 بشان التحكيم التجاري الدولي، حيث تنص على أنه:

« l'arbitre statue comme amiable compositeur si a convention des parties lui a conféré cette mission

[105]نصت المادة 3/39 من قانون التحكيم المصري على ضرورة مراعاة المحكم للأعراف الجارية في نوع المعاملة فإن المشرع الفرنسي قد تجاوز ذلك إلى ضرورة مراعاة المحكم للعادات التجارية ليحسم بذلك خلافا حول مدى حرية المحكم في تطبيق هذه العادات .

المطلب الثاني: قانون التجارة الدولية

الأصل، في هذا النظام المحكم الدولي يمون مقيدا بالقانون الذي اختاره الطرفان، مع تخويله حرية إختيار القانون الأنسب إذا لم يوجد بينهما اتفاق بشأن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و لو كان المحكم مقيدا أما الاستثناء فهو أنه يجوز للطرفين الاتفاق على عدم تقييد المحكم بقانون معين سوى يسرى على موضوع النزاع بحيث يمكل المحكم استبعاد هذا القانون، و ذلك كله مع ضرورة مراعاة المحكم الدولي للأعراف و العادات التجارية الجارية فضلا على شروط العقد و هو ما يظهر من جماع نصوص اتفاقيات و أنظمة التحكيم التجاري الدولي.

فلقد نصت المادة 7 من الاتفاقية الأوربية للتحكم الدولي لعام 1961، المطابقة لنص المادة 1/33و2 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة، على أن يكون للطرفين حرية تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدد هذا القانون عن طريق الطرفين طبق المحكومين قاعدة تنازع القوانين التي يرونها مناسبة لموضوع النزاع و في الحالتين يراعي المحكومون شروط العقد و العادات التجارية الجارية،[106]كذالك يتطابق مع هذين النصين نص المادة 1/27و2و3 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي مع عناية هذه المادة ببيان المقصود بقواعد القانون الذي قد يحددها الطرفان لحكم موضوع النزاع فقد نصت هذه المادة بفقرتها المذكورة على أن تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختار الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، و أي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة و ليس إلى قواعدها الخاصة يتنازع القوانين ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك و إذا لم يعين الطرفان أي قواعد وجب على محكمة التحكيم أن تطبيق القانون الذي تقرره القواعد.

[106] نص المادة 7 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، لعام 1961

تنازع القوانين التي ترى هذه المحكمة أنها واجبة التطبيق و في جميع الأحوال تفصل محكمة التحكيم في النزاع و فقا لشروط العقد و تأخذ في اعتبار العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة.

ولا يؤدي لجوء الطرفين إلى تحكيم إحدى مؤسسات التحكيم الدولية الدائمة إلى حرمانهما من حرية تقييد المحكم بقواعد القانون الذي يختارانه و دليل دلك ما نصت عليه المادة 3/13و5 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية من أن للطرفين ملء الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإا لم يحدداه طبق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة في هذا النصوص..، و يراعي المحكم في كل الأحوال أحكام العقد و العادات التجارية و على ذلك فالأصل في ظل نظام الغرفة تقييد المحكم بالقانون الذي يرغبه الطرفان.[107]

و إذا كانت النصوص المتقدمة توجب على المحكم في مجموعتها تقيد المحكم بالقانون الموضوعي الذي اختاره الطرفان و مراعاته العقد و العادات و الأعتراف التجارية الجارية فإن ثمة نصوص واردة في اتفاقية و أنظمة دولية أخرى تضيف إلى ذلك ضرورة مراعاة المحكم لمصادر أخرى من مصادر القواعد الموضوعية التي يمكن تطبيقها على موضوع النزاع من هذه المصادر ما أسمته اتفاقية لعام 1966 بشأن تسوية منازعات الاستثمار "بمبادئ القانون الدولي"، حيث نصت المادة 1/43 من هذه الاتفاقية على أن تفصل محكمة التحكيم في النزاع على مقتضى قواعد القانون الذي أتفق عليه الطرفان، فإذا لم يوجد اتفاق بيناهما في هذا الشأن طبقت محكمة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما فيه من قواعد الخاصة بتنازع القوانين، " و ذلك فضلا عل مباد القانون الدولي المتصلة بالنزاع".

[107]أنظر : دليل تحكيم غرفة التجارة الدولية ص 43.

و من هذه المصادر أيضا ما أشار إليه أحد قرارات معهد القانون الدولي، بشأن قانون العقود بين الدول و الأشخاص الخاصة الأجنبية، من أنه "يجوز للطرفين أن يختار القانون للعقد أما القانون أو عدة قوانين أو عدة قوانين داخلية أو مبادئ المشتركة في هذه القوانينأو مبادئ العامة للقانون أو المبادئ المنطبقة في العلاقات الاقتصادية الدولية أو القانون الدولي أو مزيج من هذه المصادر[108] ،لكن مما بجدر ملاحظته في هذا النص أن يخول المحكم حرية الرجوع إلى المصادر المذكورة حيث يجعل اختيارها وقفا على إرادة التحكيم با قضاء و أن يتقيد المحكم الدولي بالتالي بالقانون و بقواعد الإسناد التي تتضمنها هده الاتفاقية و الأنظمة إلا أن نصوص بعضها قد أجازت التحكيم بالصلح و إطلاق يد المحكم في اختيار القانون الذي يطبق على موضوع النزاع شريحة اتفاق الطرفين على ذلك.

من ذلك ما نصت عليه المادة 2/33 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة من أن "تفصل محكمة التحكيم في النزاع كمحكم مصالح متى أجاز لها الطرفان ذلك صراحة و بشرط أن يكون ذلك جائز وفقا للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم و يلاحظ على الشرط الأخير أنه لما كان يجوز للطرفين اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات فإنه ليس ما يمنعها من اختيار قانون للإجراءات يسمح بالتحكيم بالصلح و بالتالي يكون هذا الشرط المقرر في النص المذكور تحصيل حاصل من أجل ذلك لم يرد هذا الشرط في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي[109]، حيث اقتصرت المادة 9/27 منه على قول بأنه "لا يجوز لمحكمة التحكيم الفصل في النزاع على أساس ودي (التحكيم بالصلح) إلا أذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحة و يتفق النص الأخير مع نص المادة 4/13 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية و إن لم تشترط أن يكون اتفاق الطرفين على التحكيم بالصلح صريحا إذ نصت على أن يكون للمحكم سلطة المفوض بالصلح إذا اتفق الطرفان على تخويله هذه السلطة"وهو نص مطابق تماما لنص المادة 3/42 من

[108] د. أحمد شريف الدين ، مضمون بنود التحكيم وصياغتها في العقود الدولية
[109] القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، المادة 3/28

نظام تحكيم مركز تسوية منازعات الاستثمار المقرر بالاتفاقية نيويورك لعام 1988 و تفيد هذه النصوص في أن الأصل في التحكيم التجاري الدولي هو أن يكون المحكم الدولي مقيدا بالقانون الموضوعي في أن الأصل في التحكيم التجاري الدولي هو أن يكون المحكم الدولي مقيدا بالقانون الموضوعي و أنها لا تحرره من هذا القيد إلا بالاتفاق الطرفين على ذلك.

الخاتمة:

التحكيم، تلك الكلمة التي قد يظن كثيراً من العامة والخاصة أنها مصطلح جديد لنظام جديد لهذا العصر الحديث، إنما هي كلمة ومصطلح ونظام قد عرفه الإسلام قبل ما يربو على 1400 سنة. فقد ذكره القرآن الكريم وعرفه العرب قبل الإسلام كما مارس المسلمون الأولون التحكيم على نطاق واسع باعتباره وسيلة ناجحة لحل المنازعات في جميع الأمور.

هذا ولقد أدرك العالم اليوم ومعظم الدول ما لهذا النظام من أهمية خاصة لنوعية من النزاعات التي يتميز بها هذا العصر فلقد ارتبط نمو المعاملات الدولية والمحلية في القرن الحالي بتزايد اللجوء إلى التحكيم كطريق لحل المنازعات حتى أنه أصبح سمة بارزة في المعاملات المحلية و الدولية و قد ساعد على انتشار التحكيم رغبة المتعاملين في التحرّر بقدر الإمكان من القيود التي تفرضها النُظم القانونية للتقاضي بالقدر الذي يحقق لهم سرعة الفصل في المنازعات عموما و خاصة المنازعات التجارية ، تلك المنازعات التي يتعين الفصل فيها في أقصر وقت ممكن حتى تستقر المراكز القانونية بين المتنازعين و بأقل قدر ممكن من العلانية و النشر و بإجراءات مبسطة تتيح في مجملها احتواء النزع في أضيق نطاق ، أضف إلى ذلك توافر التخصص المهني لدى الأشخاص الذين يناط بهم حل تلك المنازعات التي تتسم بالتعقيدات في المعاملات المدنية و التجارية عموما و المعاملات التجارية الدولية خاصة و ما يرتبط بها من أمور فنية و عادات و أعراف و مصطلحات تحتاج للوقوف على فحواها و الكشف عن مقدار تعلقها بالنزاع و مدى أثرها على حقوق المتنازعين إلى تخصصات فنية دقيقة . يتم اختيارهم عادة بمعرفة أصحاب الشأن في النزاع و يرتضون بما ينتهون إليه من أحكام تحسم النزاع . و لما كان التحكيم قد تطور تطورًا سريعا بحيث أصبح أداة العصر في فض المنازعات الناشئة عن العلاقات الاقتصادية المحلية خصوصًا و الخارجية عمومًا أيًا كانت طبعتها عقدية أو غير عقدية مما بمثل ركيزة لتسهيل هذه العلاقات و يحقق الأمن و الأمان للتجارة و الاستثمار ، لذلك أنشئت هيئات

مركزية دولية و إقليمية لمواكبة هذا التطور و ذلك لتنظيم آلية التحكيم و المساهمة في وضع الاتفاقيات المتعلقة بدعمه و تعزيزه .

و لم تكن الجزائر بالبعيدة عن هذا المعترك بل ساهمت و سايرت في إثراء هذا النظام المتميز من خلال إرساء قواعد التحكيم سواءً كان داخليا أو دوليا خاصة بعد أن نظمه فانون الإجراءات المدنية و الذي عُدل بموجب رقم 08 ـ 09 في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 و هكذا يتضح أن التحكم له أهمية كبيرة كطريق بديل لحل النزاعات .

التشكرات

الاهداء

مقدمة 1

الفصل الأول : ماهية وطبيعة التحكم التجاري الدولي

المبحث الأول : ماهية التحكيم التجاري الدولي.....4

المطلب الأول : تعريف التحكيم التجاري الدولي ونشأته.....**5**

المطلب الثاني : خصائص التحكيم التجاري الدولي.....18

المطلب الثالث : تمييزالتحكيم عن باقي الأنظمة المشابهة.....22

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم 28

المطلب الأول : النظرية التعاقدية.....28

المطلب التاني : النظرية القضائية 30

المطلب الثالث : النظرية المختلطة 32

الفصل الثاني : دور قضاء التحكيم في حل منازعات التجارة الدولية

المبحث الأول: اجراءات وشروط رفع الدعاوى أمام قضاء التحكيم 37

المطلب الأول : الشروط الموضوعية 37

المطلب الُثاني : الشروط الشكلية.....45

المطلب الثالث : حكم التحكيم.....47

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق أمام قضاء التحكيم.....51
المطلب الأول : القانون الوطني 52
المطلب الثاني : قانون التجارة الدولية.....54
الخاتمة 59
قائمة المصادر والمراجع.....61