

التكييف القانوني لطبيعة عمل المحكم في التحكيم التجاري الدولي
(دراسة مقارنة)

*Legal adjustment to the nature of the arbitrator's work in international
commercial arbitration (A comparative study)*

سرحاني عبد القادر مزاولي محمد *

جامعة أحمد دراية - أدرار (الجزائر)

mezaouli@univ-adrar.dz

sarhani69@univ-adrar.dz

تاريخ الإرسال: 16/01/2020 * تاريخ القبول: 19/04/2020 * تاريخ النشر: 01/06/2020

الملخص

تثير الطبيعة القانونية لمهمة المحكم التجاري الدولي، إشكالات متعددة في جدل التكييف الفقهي، سواء تعلق الأمر بشخص المحكم وطبيعة مهمته أو تعلق بطبيعة نظام التحكيم، مما قد يؤدي إلى اصطدام هذه المهمة بالطبيعة الاتفاقية لنظام التحكيم، ما يقتضي تحديد الضوابط القانونية للمحكم، وضبط مفهومه وبيان الشروط الواجب توافرها فيه مع تحديد طرق اختياره، ومن ثم بيان الطبيعة القانونية لعمله.

فإذا كان حكم المحكم ملزم للأطراف، حائز على حجية الأمر المقضي به، فإن مكانته في نظام التحكيم باتت تضاهي مكانه قاضي الدولة في النظام القضائي، وفي هذه الدراسة سنتناول إشكالية الطبيعة القانونية لعمل المحكم في ضوء ما جاءت به النظم القانونية للتحكيم والنظريات الفقهية .

الكلمات المفتاحية: المحكم التجاري الدولي، نظام التحكيم، الطبيعة القانونية، الحكم التحكيمي، الخصومة.

Abstract:

The legal nature of the mission of the international commercial arbitrator raises multiple problems in the controversy of juristic conditioning, whether it comes to the person of the arbitrator and the nature of his mission or related to the nature of the arbitration system, which may lead to a collision of this task with the nature of the arbitration system, which requires defining the legal controls of the arbitrator, controlling its concept and clarifying The conditions that must be fulfilled therein, specifying the methods of his selection, and then stating the legal nature of his work.

If the arbitrator's ruling is binding on the parties, obtaining the authenticity of the matter required by it, then his position in the arbitration system has become comparable to that of the state judge in the judicial system, and in this study we will address the problem of the legal nature of the arbitrator's work in light of what the legal systems of arbitration and jurisprudential theories have brought.

Key words: international commercial arbitrator, arbitration system, legal nature, arbitration award, litigation.

* المؤلف المرسل

مقدمة

يعد التحكيم التجاري من أقدم الوسائل السلمية لحل المنازعات التي تثور في مجال التجارة الدولية فهو يكتسي أهمية بالغة في العلاقات التجارية الدولية والعقود الحديثة، وإذ أقر المشرع الجزائري وأغلب التشريعات الوطنية التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات، فقد أتاحت القوانين إمكانية عرض النزاعات على شخص ترتضيه الأطراف المتنازعة لضمان تحقيق مصالحهم بسرعة وسرية تامة يسمى المحكم .

وأن اتفاق التحكيم يمثل محور عملية التحكيم وعمودها الأساس في هذا الأسلوب القضائي المتميز، فإن خصوصية التحكيم تستمد من أساسين مهمين هما :

الأول: إرادة الأطراف المحكّمة حيث يحق لها عرض النزاع على شخص معين للفصل فيه بحكم ملزم لكل الأطراف.

الثاني: إقرار القانون لتلك الإرادة بما يمكن الأشخاص من اللجوء إلى التحكيم كنظام بديل في المنازعات التجارية.

ولما باتت مكانه المحكم في نظام التحكيم تضاهي مكانه قاضي الدولة في النظام القضائي، بل قد تفوقها في بعض الأنظمة، فإن التكيف القانوني لطبيعة عمل المحكم لا يزال يثير معضلة رئيسية في جدل التكيف الفقهي. سواء تعلق الأمر بشخص المحكم وطبيعة مهمته التي تكتسب البعد القضائي أو تعلق بطبيعة نظام التحكيم.

لذلك فإن البحث في موضوع المحكم التجاري الدولي بما يثيره من إشكالات تتمحور حول شخص المحكم وطبيعة عمله، ودوره في خصومة التحكيم، يكتسي أهمية علمية وعملية كبرى، وهو ما يقتضي في المقام الأول تحديد الضوابط القانونية للمحكم، وإن التحديد العلمي الدقيق لهذه الضوابط يتطلب تحديد ماهية المحكم وتمييزه عن غيره، وكذلك بيان الشروط الواجب توافرها في شخصه بالإضافة إلى طرق اختياره، ومن ثم بيان الطبيعة القانونية لعمله .

فإذا كان ينظر للمحكم على أنه ذلك الشخص الذي يمنحه الأطراف سلطة الفصل في خصومتهم، فإن حكمه في النزاع المعروض عليه منهي للخصومة، ملزم للأطراف.

والمحكم بهذه الصفة هو شخص يفصل فيما شجر بين الخصوم بحكم يحوز حجية الشيء المحكوم به بمجرد صدوره، وعند تناول الموضوع بالدراسة والبحث فإننا ارتأينا أن ننطلق من إشكالية نهدف للتوصل من خلالها إلى تحليل الموضوع واستخلاص النتائج المبتغاة .

ولأن مسألة التكيف القانوني لمهمة للمحكم التجاري الدولي وطبيعة عمله تثير العديد من الإشكالات المتعلقة بالمسائل القانونية الجديرة بالبحث والدراسة، فإن المشرع الجزائري على غرار المشرع المصري وبعض التشريعات الوطنية والمقارنة لم يجب على كل التساؤلات المتعلقة بالمحكم ومركزه القانوني فإننا في مقاربتنا لهذا الموضوع نطرح الإشكالية التالية :

إلى أي مدى ضبط المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة شروط ومواصفات تأهيل المحكم التجاري الدولي، وما مدى تأثير ذلك على التكيف القانوني لطبيعة مهمته ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية تم الاعتماد على المنهج المقارن في مقارنة النصوص القانونية مع التدخل بالمنهج التحليلي في تحليل النظريات الفقهية التي تعرضت إلى المركز القانوني للمحكم التجاري الدولي في جدل التكيف القانوني لطبيعة عمله وفق خطة منهجية قوامها مبحثين، نخصص المبحث الأول لماهية المحكم، بما يوضح مفهومه والشروط الواجب توافرها فيه وما يميزه عن غيره، على أن نخصص المبحث الثاني للطبيعة القانونية لعمله، مستندين إلى ما يقرره الفقه من نظريات في هذا المجال.

المبحث الأول: ماهية المحكم التجاري الدولي:

لقد تعددت التعريفات الخاصة بالمحكم التجاري الدولي، وعلى اختلاف مفرداتها جاءت متشابهة إلى الحد الذي يجعلها تكاد تتفق على أن المحكم في كل الأحوال هو ذلك الشخص الذي يتمتع بالثقة والحكمة في مجال المنازعة التي يراد له الفصل فيها. (فهيم الغنام طارق، 2015، ص15)

ولبيان ماهيته، فإن الأمر يتطلب تحديد مفهوم المحكم وتمييزه عن غيره، وبيان الشروط الواجب توافرها فيه، وتحديد طرق اختياره .

المطلب الأول : مفهوم المحكم :

إن مفهوم المحكم مرتبط إلى حد ما ببيان مركزه القانوني، ولتحديد مفهوم المحكم لابد من التعريف به في اللغة والفقه والقضاء والتشريع وهو ما سيأتي بيانه.

الفرع الأول : تعريف المحكم في اللغة :

المحكم لغة بتشديد الكاف وفتحها الحکم والفاصل، وحكم في الأمر وفصل فيه برأي نفسه، وحكم حكمه وواه وجعله حكماً (ابن منظور جمال الدين، 1982، ص 41). وقد ورد لفظ المحكم في القرآن الكريم في قول الله تعالى: (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا). (سورة النساء، الآية 65). والمحكم عند العرب رجل منسوب إلى الحكمة وحاكمته للقاضي رافعته، ويقال تحاكمنا إليه واحتكمتنا، (اللجيمي أديب وآخرون، 1994، ص 174)

الفرع الثاني : تعريف المحكم في الفقه والقضاء

يعرف بعض الفقه القانوني المحكم اصطلاحاً بأنه "من يعهد إليه بالفصل في النزاع المعروض على التحكيم" (شحاته محمد نور، 1987، ص 5). وعرفه البعض الآخر بأنه "شخص يتمتع بثقة الخصوم يتولى مهمة الفصل في نزاع معين بموجب اتفاق مبرم بينه وبين الأطراف المحتكمة، ويكون حكمه ملزماً لأطراف الخصومة". (أحمد محمود سيد 2000، ص 274).

أما عن تعريف المحكم في القضاء، فقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه "ليس طرفاً في خصومة التحكيم وإنما هو شخص يتمتع بثقة الخصوم ويفصل فيما شجر بينهم بحكم يحوز حجية الشيء المحكوم به بمجرد صدوره" (حامد، محمد حسن 2007، ص 17 و 18).

الفرع الثالث: تعريف المحكم في التشريع

عرفه القانون المصري بأنه: "الشخص الذي يتولى الفصل في النزاع المحال إلى التحكيم" (المصطفى الصالح، أحمد، 2016، ص 170). فقد يكون شخصاً واحداً أو أكثر ويأخذ اصطلاح هيئة التحكيم، ولم نقف على تعريف للمحكم عند المشرع الجزائري .

جدير بالذكر أنه بقدر دقة المحكم ومهارته تكون سلامة إجراءات التحكيم وصحة الحكم الصادر في الواقع العملي، وأن حسن أداء المحكم لمهمته يتوقف على ما يحمله من مؤهلات وخبرات ("فهمني الغنام، ص 15). ومما سبق يمكن تعريف المحكم بأنه شخص يتولى النظر في منازعة تعرض عليه يفصل فيها بحكم ملزم لأطراف جائز على حجية الأمر المقضي به.

المطلب الثاني : تمييز المحكم عن غيره

إن النشأة الاتفاقية للتحكيم ساعدت على التداخل بينه وبين بعض المهام الاتفاقية الأخرى، ولأن المحكم هو المحور الأساس في عملية التحكيم فإن مهمته تختلف عن مهمة القاضي والموفق والخبير والوسيط .

الفرع الأول : تمييز المحكم عن القاضي

إن التحكيم سابق في نشأته عن قضاء الدولة، ويكمن الفرق بين المحكم والقاضي في الأتي:

1- يشترط في القاضي كثير من الشروط منها السن والتمتع بالجنسية الوطنية، والحصول على مؤهل قانوني بالإضافة إلى كونه يمتلك سلطة توجيه الأوامر إلى الأفراد والسلطات العامة (المصطفى الصالح، أحمد، 163). ولا يشترط في المحكم أن يكون حاصلًا على مؤهل قانوني معين، ولا يملك سلطة توجيه أوامر للسلطات العامة. هذا ولا يلتزم المحكم بتطبيق قانون محدد ما لم يتفق أطراف الخصومة على خلاف ذلك. كما يجوز الطعن في حكمه بدعوى البطلان الأصلية (العنزي ممدوح عبد العزيز، 2006، ص 163). أمام المحكمة المختصة بنظر النزاع، على خلاف القاضي الذي لا يجوز الطعن في حكمه (فهمني الغنام، ص 26). إلا أمام المحاكم الأعلى درجة.

2 - القاضي موظف عام لدى الدولة، وله ولاية قضائية مستمرة، يستمد سلطاته للفصل في النزاع من قانون الدولة التي يعد أحد مواطنيها، وفي تأديته لمهامه يمثل الدولة، فهو يقوم بأداء وظيفة عامة، ولا يتقاضى أتعابه وأجرته إلا من ميزانية الدولة .

أما المحكم فهو شخص عادي يسند إليه القيام بمهمة القاضي وله ولاية مؤقتة مستمدة سلطاته من اتفاق التحكيم وقانون الدولة التي سمحت له بالتحكيم، ويتلقى أجرته وأتعابه من طرفي الخصومة (فهومي الغنام، ص 26). ولايته مؤقتة وجنسيته غير مهمة، على خلاف القاضي الذي تشترط فيه الجنسية الوطنية وهو ما يجعلهما مختلفان .

وخلاصة القول إن المحكم يشغل مركزا قانونيا متميزا يقترب من مركز القاضي لكنه لا يبلغه. كونه مقيدا باردة الأطراف وما يمنحونه له من سلطات بالإضافة إلى كون ولايته مؤقتة وجنسيته غير مهمة لتولي هذه المهمة، على خلاف القاضي الذي تشترط فيه الجنسية الوطنية، وهو ما يجعل المحكم مختلفا نوعا ما عن القاضي

الفرع الثاني : التمييز بين المحكم والموفق

يظهر التمايز بين المحكم والموفق في المسائل التالية :

1- المحكم يكيف الوقائع وينزل حكم القانون عليها بحكم ملزم. في حين يتجه الموفق إلى تقريب وجهات النظر . (وفاء فاروق محمد حسن، 2008، ص 51 .)

2- يملئ الأطراف على الموفق الحل الذي يرغبون في سلوكه، وهذا مالا يحدث مع المحكم الذي يطابق مسلكه في الإجراءات مسلك القاضي والذي يلتزم بقيود لا يلتزم بها الموفق (المصطفى الصالح، أحمد، 165)

3- قرار الموفق لا يخضع لرقابة أو طعن. بينما حكم المحكم قابل للطعن فيه بالبطان.

مما سبق يتضح لنا أن الموفق يسعى إلى التقريب بين وجهات النظر لطرفي النزاع بطريقة ودية للوصول إلى نتيجة عن طريق تقديم التنازلات، وقد يقبل الأطراف بقرار الموفق في النهاية أو يرفضونه. بينما يتبع المحكم إجراءات يستمدتها من اتفاق الأطراف ويطبق القانون الواجب التطبيق على النزاع وصولا إلى حكم ملزم للأطراف واجب التنفيذ .

الفرع الثالث : التمييز بين المحكم والخبير:

يكن الاختلاف بين المحكم والخبير في الجوانب الآتية :

1- الخبير هو كل من يتم اختياره للاستعانة بخبرته في المجالات التجارية أو الحسابية أو الهندسية أو غيرها. (المصطفى الصالح، أحمد، 166) .

2- الخبير شخص يمتاز بكفاءة فنية مهنية، ويستعين به المحكم فيأخذ رأيه العلمي ومشورته الفنية في المسألة .

3 - ليس من أهداف عمل الخبير حسم النزاع وإنما هدفه تقديم رأي متخصص في مشكلة ما. فليس له إلا أبدا الرأي فيما يطرح عليه، ورأيه غير ملزم للخصوم ولا للقاضي، بينما يهدف عمل المحكم إلى الفصل في النزاع (ناصر محمد الشerman، 2015، ص 116 .)

4 - المحكم يقوم بوظيفة القضاء الخاص بين الخصوم و يفرض رأيه عليهم بينما الخبير قد يكون مجرد مساعد للمحكم أو القاضي (الشerman، ص 116)

والخلاصة أن الخبرة هي نوع من المعاينة يقوم بها شخص مختص في المسائل الفنية التي لا يستطيع القاضي أن يفصل فيها بمفرده، وأن رأي الخبير هو رأي استشاري مقتصر على المسائل الواقعية غير القانونية وغير الملزمة للخصوم ولا للقاضي، ويكتب الخبير تقريره غير متقيد بالإجراءات والمواعيد المقررة قانوناً، في حين يصدر المحكم حكمه متقيداً بالأوضاع والمهل والإجراءات والقواعد المقررة في قانون التحكيم .

الفرع الرابع : التمييز بين المحكم والوسيط في الصلح:

يتشابه المحكم مع الوسيط ويختلفان في الآتي :

1- يتشابه عمل المحكم مع عمل الوسيط من حيث وجود العقد بين المتنازعين وكل من المحكم و الوسيط يتفقان في كون كل منهما يهدف إلى حل النزاع. ومما يريده التشابه أنه لا يجوز التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح (منديل أسعد فاضل ، 2011 ص 44) . ومع ذلك فإن الخلاف ظاهر بين مهمة المحكم وعمل الوسيط .

2- ليست مهمة المحكم هي التوسط للصلح أو التوفيق بين الخصوم ليتنازل كل منهم عن جزء من ادعاءاته، فهو ملزم بإصدار حكم ملزم للطرفين. في حين أن الحل المتوصل إليه من قبل الوسيط في الصلح لا يلزم الأطراف إلا إذا قبلوا به طواعية(الطراونة عيسى بادي سالم ، 2011، ص 31و32).

3- لا يكون قرار الوسيط سنداً تنفيذياً إلا متى ما ورد هذا الاتفاق في محضر موثق أو أقر به الخصوم أمام المحكمة و تم إثباته في محضر جلسة، بينما الحكم الذي يصدره المحكم يحوز حجية الأمر المقضي به بمجرد صدوره، ومن ثم يعد سنداً تنفيذياً متى صدر الأمر بتنفيذه من المحكمة المختصة .

4- عقد الصلح لا يكون قابلاً للطعن فيه إلا أنه يجوز رفع دعوى بطلانه بينما حكم المحكم يعد حكماً بالمعنى الصحيح و من ثم يكون قابلاً للطعن فيه بالبطلان بالطرق المقررة في قانون التحكيم.

وخلاصة القول إن حكم المحكم ملزم للجانبين، قبله الأطراف أو رفضوه. في حين أن الحل المتوصل إليه من قبل الوسيط لا يلزم سوى الأطراف متى ما قبلوا به طواعية دون إجبار.

المطلب الثالث : الشروط الواجب توافرها في المحكم

إذا كانت القاعدة العامة تقضي بحرية أطراف النزاع في اختيار المحكم، فإن المشرع قيد هذه الحرية بقيود ووضع مجموعة من الشروط التي يجب توافرها في المحكم ليكون مؤهلاً لإدارة عملية التحكيم على أنه "لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان يتمتع بحقوقه المدنية" (المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08) .

ولأن الفقه والقانون ومراكز التحكيم اتفقوا على جملة من الشروط الواجب توافرها في المحكم وهي الشروط (القانونية) فقد اختلفوا حول شروط أخرى تركت لتقدير طرفي الخصومة وهي الشروط الاتفاقية .

الفرع الأول : الشروط القانونية (الوجوبية)

لكي يتحقق الاطمئنان إلى قرار المحكم، فإن القانون يشترط فيه مجموعة من الشروط لضمان حياده واستقلاله، وهذه الشروط متعلقة بالنظام العام. وتتمركز هذه الشروط حول صفتين أساسيتين . (لزهري سعيد و كرم محمد زيدان النجار، 2010، ص 126 .) هما :

أولاً: ضرورة تمتع المحكم بالأهلية المدنية

لم تختلف معظم التشريعات القانونية الخاصة بالتحكيم حول ضرورة توافر الأهلية المدنية والقانونية في من يتولى مهمة التحكيم، إذ أنه لا يصح أن يكون المحكم قاصراً سواء كان مأذوناً له بالإرادة أو غير مأذون له بها (محمد الشerman، 149). كما لا يصح لمن بلغ سن الرشد وخضع للقوامة بسبب الحجر عليه أن يكون محكماً، فإذا انعدمت الأهلية، أو كانت ناقصة لدى المحكم كان حكم التحكيم باطلاً أو قابلاً للإبطال (النجار كرم محمد زيدان، 2010، ص 68 .) ومن الطبيعي أن يشترط في المحكم أن تكون أهليته سليمة فلا يعتريه عيب عقلي أو نفسي أو جسدي يؤثر في إمكانية تفكيره تفكيراً سوياً، فلا يعقل أن يسند أطراف عقلاء منازعتهم للفصل فيها إلى شخص مجنون أو سفيه أو مصاب بعاهة عقلية أو جسدية تؤثر في بلوغ تفكيره للمستوى المنتظر صدوره من إنسان عاقل . (أحمد هندي، 2013، ص16).

كما اشترط المشرع بلوغ سن الرشد وكمال الأهلية لمباشرة الحقوق المدنية في القانون المدني الجزائري. (المادة 40 من القانون 05/07)، وهو ما يتفق فيه مع المشرع المصري الذي نص على أنه "لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره" المادة 1/16 من قانون التحكيم المصري (1994). رقم 27 ويعتبر شرط الأهلية المدنية الكاملة لدى المحكم الواحد والمحكمين هو الشرط الوحيد الذي أجمعت عليه الأنظمة القانونية الوضعية.

ونحن نرى أنه من الأنسب أن يكون من بين أعضاء هيئة التحكيم رجل قانون لضبط إجراءات التحكيم وحتى يحق للشخص أن يكون محكماً يشترط التشريع ما يلي:

1- أن يكون المحكم بالغاً سن الرشد:

يختلف سن الرشد من قانون وطني لآخر، أما قبل سن الرشد فإن الشخص يعتبر قاصراً، لذا يشترط في المحكم كمال الأهلية . (مناني فراح، 2010، ص131) .

2- أن لا يكون المحكم محجوراً عليه:

المحجور عليه لا يملك حق التصرف في أموره فكيف له أن يتولى أمر غيره.

3 - أن لا يكون المحكم محروما من حقوقه المدنية:

وهذا يفيد عدم الحكم من قبل على المحكم في جريمة مخلة بالشرف والأمانة وهو ما نص عليه المشرع المصري صراحة وأشار إليه المشرع الجزائري ومن الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يشترط في النص شهر إفلاسه ووجوب حرمانه من تولي مهمة التحكيم على عكس المشرع المصري الذي نص على ذلك حرفيا في المادة "1/16" من القانون رقم 27 لسنة 1994 إذ أن من أشهر إفلاسه يترتب على ذلك حرمانه من بعض الحقوق المدنية مثل مزاولة العمل التجاري لمدة معينة.

ثانيا : ضرورة استقلال المحكم وحياده:

الحياد والاستقلال شرطان لمباشرة الوظيفة القضائية. كما جاء في قانون اليونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي حيث نص على أنه "...أن يثير شكوكا لها ما يبررها حول حياده واستقلاله، وعلى المحكم منذ تعيينه وطوال إجراءات التحكيم أن يفضي بلا إبطاء إلى طرفي النزاع بوجود أي ملابسات من هذا القبيل إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطهما علما بها." (المادة 12 فقرة 01 من قانون اليونيسترال في 2010). وقد اقترب المشرع الجزائري من هذا الطرح وقد استعمل المشرع الجزائري تعبير "إذا علم المحكم أنه قابل للرد يخبر الأطراف بذلك ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم" (المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري).

وفي الحقيقة أن نص المادة جاء غامضا. ذلك أنه أثار احتمال كون المحكم على علم بأنه قد يكون موضوع طلب الرد، فقرر المشرع الجزائري أنه متى كان كذلك تعين عليه إخبار الأطراف بذلك. وهو ما لم يوجب عليه الإفصاح من تلقاء نفسه عن أية علاقة بينه وبين أطراف النزاع، ومع ذلك جعل من الاستقلالية أحد الأسباب التي تتيح لأطراف التحكيم طلب رد المحكم الذي تحوم حول شخصيته شبهة عدم الاستقلال. حيث جاء في الفقرة الثالثة من المادة 1016 أنه "عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف، مباشرة أو عن طريق وسيط" (المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري).

وقد أوجب قانون التحكيم المصري استقلال المحكم وحياده كما قرر أن فقدان المحكم للحياد يجيز رده عند نظر الدعوى (المادة 3/16 والمادة 1/18 من قانون التحكيم المصري).

جدير بالذكر أن قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي حيث نصت المادة 11، الفصل الثاني، من قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، الساري اعتبارا من 2011/03/01. على أنه " يجب على من يرشح ليكون محكما أن يصرح لمن يتصل به في أمر هذا الترشيح بكل الظروف التي من شأنها إثارة شكوك حول حياده أو استقلاله وعلى المحكم بمجرد تعيينه أو اختياره التصريح بهذه الظروف لأطراف النزاع إلا إذا كان قد سبق إحاطتهم علما بذلك..."

الفرع الثاني : الشروط الاتفاقية الواجب توفرها في المحكم

نصت معظم التشريعات على بعض الشروط اللازم توافرها في المحكم وجوبا. غير أن ذات التشريعات أعطت للأطراف كامل الحرية في الاتفاق على شروط أخرى مختلفة وذلك بالنظر إلى أهمية المركز القانوني للمحكم في الخصومة والسلطات التي يتمتع بها. وهذه الشروط تختلف تبعا للظروف والملابسات الخاصة بكل تحكيم (الشرمان، ص 167).

وعلى ذلك نص المشرع المصري صراحة تاركا للأطراف حرية اشتراط مواصفات معينة في المحكم حيث نص على أنه " تراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفان وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة" (المادة 3/17 من قانون التحكيم المصري).

ولأن الشروط الاتفاقية جوازيه موقوفة على إرادة الأطراف غير متعلقة بالنظام العام، وإذا كان المشرع المصري قد نص في قانون التحكيم بأن تراعى الشروط التي يتطلبها القانون وتلك التي يتفق عليها الطرفان فإنه لا يوجد ما يتوافق مع ذلك في التشريع الجزائري، ومن الشروط الاتفاقية ما يلي:

أولاً: جنس المحكم:

لم يشترط المشرع الجزائري جنس محدد للمحكم، فلا فرق أن يكون ذكراً أو أنثى، وقد نص المشرع المصري على أنه "لا يشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفق طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك المادة 02 /16 من قانون التحكيم المصري".
وقد تبنى المشرع المصري الرأي القائل بجواز تحكيم المرأة حيث قضت محكمة القضاء الإداري بأن "تقصير بعض الوظائف على الرجال دون النساء لا يعد كونه وزناً لمناسبات التعيين وظروف البيئة و أوضاع العرف والتقاليد" (السيد صاوي أحمد، 1987 ص 81).
وقد قضت محكمة لندن للتحكيم الدولي بذلك حيث نصت على أن "لفظ المحكم ينصرف إلى الذكر و الأنثى" وهو ما يؤكد جواز تعيين المرأة محكماً" (المادة 5 فقرة 01 قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي 1998)

ثانياً: جنسية المحكم:

لم تتناول معظم التشريعات والقوانين التحكيمية بما في ذلك التشريعين الجزائري والمصري مسألة الجنسية وتركت ذلك لاتفاق الأطراف فقد يكون المحكم عربياً أو أجنبياً، وذلك وفق إرادة الأطراف فالمشرع اشترط الأهلية المدنية فقط. ونظراً للطبيعة القضائية لمهمة المحكم حسب بعض الفقه. اشترطت بعض الأنظمة في المحكم أن يكون وطنياً اعتباراً بان التحكيم نوع من القضاء ينبغي أن لا يتولاه أجنبياً كالتشريعات أمريكا اللاتينية مثل شيلي وكولومبيا. (النجار، ص 148).

ولأن التحكيم قضاء خاص، فإن اختيار المحكم يعتمد على اعتبارات شخصية ترك أمر تقديرها للخصوم فإن البعض يرى أن لجنسية المحكم تأثيراً كبيراً على استقلاله مما ينعكس بدوره على قراره، (خليل أحمد، 2003 ص 50).

أما بخصوص الاتفاقيات الدولية فإنها وعلى خلاف أحكام وقوانين التشريعات المختلفة والتي لم تشترط جنسية معينة فقد نصت بعض الاتفاقيات صراحة على عدم تعيين المحكمين ممن يحملون جنسية أحد أطراف النزاع وذلك عندما يتم تعيينه من قبل سلطة التعيين وهذا ما نصت عليه المادة "4/18" من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987 "لا يجوز أن يكون المحكمون الذين يعينهم المكتب من مواطني احد الطرفين" (الراوي مظفر جابر إبراهيم، 2012، ص 277). وقد أخذ مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم بضرورة أن لا يكون رئيس هيئة التحكيم المرجح من جنسية أطراف النزاع وقرر ذلك في المادة "3/6" والمادة "3/7" منه. وهو ما نصت عليه المادتان "6 و7" من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة "اليونسترال".

كما أشارت إلى ذلك المادة "1/9" من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية كما نصت المادة ذاتها في الفقرة الخامسة منها على أنه "يعين المحكم المنفرد أو رئيس محكمة التحكيم من جنسية مختلفة عن جنسيات الأطراف" (الشرمان، ص 172 و 173).

وخلاصة القول إن التشريعات تركت للأطراف كامل الحرية في تحديد جنسية المحكم تأكيداً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يتميز به التحكيم فيختار الأطراف المحكم بحرية وفقاً لمبدأ الثقة والنزاهة والعدالة في اتخاذ القرار الخاص بحسم النزاع.

ثالثاً: خبرة المحكم:

أخذت أغلب التشريعات بعدم اشتراط خبرة معينة في المحكم وتركت ذلك لاتفاق الأطراف على الرغم من إدراكها لأهمية عنصر الخبرة وجوهريته في شخص المحكم، ومع ذلك فإن بعض التشريعات وأنظمة التحكيم اشترطت خبرة المحكم في مجال النزاع المعروض عليه وهو ما اشترطه نظام التحكيم السعودي الصادر سنة 1983 في المادة "4" منه، كما اشترط التشريع الاسباني أن يكون المحكم قانونياً في المنازعات المدنية واشترط المشرع السويسري عدم استبعاد الحقوقيين من وظيفة المحكم (الشرمان، ص 176). إلا أن اغلب التشريعات سكتت على هذا الشرط ومنها التشريعين الجزائري والمصري (السيد عبد الحميد رضا، 2004، ص 136).

ويشترط البعض في المحكم أن يكون على الأقل ملماً بالقراءة والكتابة لأن وظيفة التحكيم تستلزم من القائم بها أن يكون قادراً على الاطلاع على مستندات الخصوم وأوراقهم. وعلى كتابة الحكم وتوقيعه وذكر أسبابه

والاطلاع على القوانين وغير ذلك من الأمور التي تستدعي إمام المحكم بالقراءة والكتابة. عليه كما أنه يجوز اتفاق الخصوم على تعيين محكم واحد يجهد القراءة والكتابة بشرط أن يعينوا شخصا آخر لمجرد كتابة الحكم والأوراق اللازمة لمباشرة العملية. (أبو الوفا أحمد ، 1987 ، ص 154 و 155)

ومن الأصح في اعتقادنا أن يلجأ الطرفان إلى المحكم الذي له من الخبرة والدراية ما يمكنه من الفصل في النزاع المعروض عليه بسرعة ويجنبه الاستعانة بخبرة الخبراء التي قد تطيل أمد النزاع أو تعريض حكمة للبطلان. أما مسألة تعيين محكم جاهل بقواعد القانون الذي يحكم النزاع وعديم الخبرة بشأنه تبدو مسألة غير منطقية ولولا مخافة الحد من مبدأ سلطان الإرادة لما تبنى أحد هذا القول أو أيده. ومن الأمور التي تساعد المحكم على اكتساب الخبرة ما يلي:

- 1- التدريب القانوني وفقا لبرامج نظرية وتطبيقية لإكساب المحكم الخبرة والتجربة.
- 2- ضرورة إجادة المحكم للغة الأجنبية وبالذات اللغات المعتمدة في المعاملات الدولية .
- 3- اطلاع المحكم الواسع ومعرفته بأنظمة وتشريعات التحكيم المختلفة الإقليمية والدولية، ومتابعة التطورات المستمرة في مجال التحكيم التجاري الدولي . (الشرمان، ص 178).

الفرع الثالث: شروط تولي القاضي مهمة المحكم

نص قانون السلطة القضائية المصرية على أنه "لا يجوز للقاضي بغير موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية أن يكون محكما ولو يغير أجر ولو كان النزاع غير مطروح أمام القضاء إلا إذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه أو أصهاره لغاية الدرجة الرابعة، كما نص في الفقرة الثانية من نفس المادة " على أنه "يجوز بغير موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية ندب القاضي ليكون محكما عن الحكومة أو إحدى الهيئات العامة متى كان طرفا في النزاع الذي يراد فضه بطريق التحكيم وفي هذه الحالة يتولى المجلس وحده تحديد المكافأة التي يستحقها القاضي" (المادة 63 فقرة 1 و 2 من قانون السلطة القضائية المصري رقم 46 لسنة 1972). وفي هذا الصدد قضت محكمة استئناف القاهرة ببطالان حكم التحكيم لبطلان الهيئة التي أصدرته (حكم قضائي رقم 125-12 الصادر بتاريخ 2010/04/04 عن محكمة استئناف القاهرة).

ويفهم من هذا أن المشرع يحظر تولي القاضي مهمة التحكيم إلا في حالتين هما:

الحالة الأولى: أن يكون أحد طرفي النزاع من أقارب القاضي أو أصهاره لغاية الدرجة الرابعة.

الحالة الثانية: أن يكون أحد طرفي النزاع هي الدولة أو الهيئات العامة بشرط أن يكون القاضي محكما عن الدولة. ويرى بعض الفقهاء أن قيام القاضي بالتحكيم له آثار سلبية في الانحراف بالتحكيم عن أهدافه ووظيفته الأصلية. ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أبعد من ذلك، فيرى أن تولي القاضي مهمة التحكيم إلى جانب عمله من شأنه إعاقة القاضي عن التفرغ لعمله ويسهم في تأجيل الفصل في القضايا المنظورة أمام المحاكم (بن سعيد، النجار، ص 157) ويجزم رأي فقهي ثالث بعدم جوار الجمع مطلقا بين وظيفة القاضي وبين المهمة التحكيمية باعتبارها مهمة إجرائية غير قضائية ولكنها من مهام أعوان القضاء (الشرمان ص 187).

وإذا كان لا بد من إبداء الرأي في المسألة، فإننا نميل إلى النأي بالقاضي عن تولي مهمة التحكيم درءاً للشبهات من جهة، وحرصا على استقلالية القاضي وحياده من جهة أخرى، وللأسباب التالية:

1- إن تولي القاضي مهمة التحكيم يشغله عن مهمته الأساس، ما يرتب تراكم عدد القضايا غير المفصول فيها أمام القضاء.

2- نظر لحساسية منصب القاضي باعتباره ممثلا للعدالة في الدولة، فلا ينبغي تعريض هذا الميزان للاختلال بالجمع بين وظيفتين، والاحتكاك مع الشركات التجارية الدولية الكبرى التي تعمل جاهدة لتحقيق مصالحها الاقتصادية ولو على حساب العدالة.

واستثناء نرى أنه يمكن للقاضي تولي مهمة المحكم حين يتعلق الأمر بندبه محكما عن هيئة عامة في الدولة.

المطلب الرابع : طرق اختيار المحكم التجاري الدولي:

إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، فإن الأصل يقتضي قيام الأطراف بتعيين المحكم. وفي التحكيم المؤسسي لا بد من احترام لوائح مراكز التحكيم، كما يمكن للقضاء التدخل عند عدم الاتفاق على تعيين المحكم، (لزهر بن سعيد، النجار كرم، ص 82). وسنفضل في ذلك كما يلي :

الفرع الأول : التعيين الاتفاقي لهيئة التحكيم:

يعتبر التحكيم الرفيق الطبيعي للاقتصاد الحر، فهذا الشكل من القضاء هو في الواقع فعل أساسي للحرية، ذلك أن أطراف النزاع هم من يختارون قضاتهم، وبالتالي فهو ترجمة للحرية التعاقدية في معالجة النزاعات. (Jean baptiste racine P271)

أولاً: اختيار المحكم في التحكيم الحر

باعتبار التحكيم نظام قضائي خاص فإنه يحق للمحكّمين فيه اختيار قضاتهم بمقتضى اتفاق خاص مكتوب يعهدون به إليهم لتسوية منازعاتهم بحكم ملزم.

1- اختيار المحكم في التشريع المصري :

نظم المشرع المصري اختيار المحكم وأعطى الأطراف حرية واسعة في اختيار محكميهم ، تاركاً لهم الحرية في الاتفاق على كيفية ووقت اختيارهم والمدة التي يتم فيها الاختيار والمدة التي يلتزمان فيها بتعيين رئيس هيئة التحكيم (المادة 17 من قانون التحكيم المصري .) وتماشياً مع هذا الاتجاه نص في المادة 15 من نفس القانون على الآتي:

أ - تتشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة

ب - إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً.

كما ركز المشرع المصري على مبدأ المساواة بين الخصوم. حيث يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهدياً لكل منهم فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه" (فهمني الغنام، ص 104 .)

2 - اختيار المحكم وفقاً للتشريع الجزائري:

نص المشرع الجزائري على أنه" يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم واستبدالهم..." (لمادة 1041) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (الجزائري) . وما جاءت به هذه المادة يعد تجسيدا للطابع الاتفاقي حيث تكون إرادة الأطراف في مركز متقدم فيما يتعلق بتنظيم العملية التحكيمية، وقد نص على مجموعة من الإجراءات كما يلي :

أ - قاعدة العدد الوتري في تشكيل هيئة المحكمين :

نصت عليه المادة "1017" من ق.ا.م.ا الجزائري على ما يلي : " تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي"

ب - كيفية اختيار المحكم:

نص المشرع الجزائري على أنه" يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم" (المادة 1008 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري). ويفهم من نص المادة أنه يقع شرط التحكيم باطلاً. إذا لم يعين فيه المحكم أو المحكمين، أو لم ينص على طريقة تعيينهم، كما اشترط المشرع الجزائري أن يتضمن اتفاق التحكيم موضوع النزاع، أسماء المحكمين و كيفية تعيينهم تحت طائلة البطلان وفق نص المادة "2/1012" من نفس القانون .

ج- مراعاة مبدأ المساواة بين الأطراف في اختيار المحكمين :

إن حرية الأطراف في اختيار هيئة التحكيم ليست مطلقة ذلك أنها تتقيد بقيود ومن أهمها. ضرورة مراعاة المساواة في ذلك التعيين بين الطرفين بحيث يقع باطلاً كل شرط يقضى باستقلال أحدهما عن الآخر بالتعيين أو يقضي باختيار أحدهم عدداً يفوق العدد الذي يقوم الطرف الآخر باختياره أو يقضي باستقلال المحكم المختار من قبله بالفصل في النزاع في حالة تخلف الطرف الآخر عن اختيار محكمه، أو يقضي بإنفراد أحدهما ببيان الطريقة التي يعين بها المحكم، وهذا فيما لو تم الاتفاق بين الطرفين على التعيين، أو الطريقة التي يعين بها المحكمين (الشرمان، ص 190 .)

ثانياً: تشكيل هيئة التحكيم في التحكيم المؤسسي

لا يوجد اختلاف كبير بين أنظمة مؤسسات التحكيم في الإجراءات والضوابط التي تطبقها لتعيين المحكمين حيث أنها تعطي للأطراف حرية كاملة للاتفاق على اختيار المحكمين وتحديد عددهم ولا تتدخل إلا في حالة عدم الاتفاق (لزهر بن سعيد، النجار كرم محمد زيدان ، ص 96 و 97 .) وقد أشار إلى ذلك قانون

التحكيم المصري وذلك في المادة "1/17" التي أعطت لطرفي التحكيم الاتفاق على كيفية اختيار محكميهم. وقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة "1014" على أنه إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم.

1- تشكيل هيئة التحكيم وفقا لقواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي :

نص قانون اليونيسترال على أنه "إذا اتفق الأطراف على تعيين محكم وحيد ثم أنقضت 30 يوماً على تسلم جميع الأطراف الآخرين بتعيين محكم وحيد دون أن يتوصلوا إلى اتفاق بهذا الشأن تولت سلطة التعيين تعيين ذلك المحكم بناء على طلب أحد الأطراف" (المادة 8 فقرة 1 من قانون اليونيسترال)

2- تشكيل هيئة التحكيم طبقاً لنظام المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة :

نظمت قواعد مركز القاهرة مسألة تعيين هيئة التحكيم في المواد من "7-10" حيث إذا تعلق الأمر بتعيين محكم واحد. يجوز لكل من الطرفين أن يقترح على الآخر اسم شخص واحد ليكون المحكم الوحيد أو أسماء جملة أشخاص يمكن اختيار المحكم الوحيد من بينهم. وقد قرر المركز لنفسه سلطة التعيين بعد انقضاء ثلاثين يوماً دون أن يتم تعيين المحكم .

الفرع الثاني : تعيين المحكم بواسطة القضاء

الأصل أن قضاء الدولة لا يتدخل في خصومة التحكيم احتراماً لإرادة الطرفين التي ارتضت أن تعهد بالفصل في النزاع إلى جهة أخرى، وقد نظم المشرع الجزائري هذا التدخل حيث نص على أنه "في حالة غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يلي:

- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر .
- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر(المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري).

وقد تصدى المشرع المصري للحالات التي يعين فيها القضاء المحكم بصفة احتياطية وقصرتها على الفروض التي يتفق الأطراف على شخص المحكم، أو على كيفية اختياره، ثم يحدث ما يحول دون إتمام تعيينه ، وفي الحالة التي يختلف الخصوم على اختيارهم وهي الحالة التي تستوجب تدخل القضاء. فإنه إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولى القضاء المختص الاختيار بناء على طلب أحد الطرفين. ونصت المادة 9 على مايلي:

"يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى في مصر أو في الخارج فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة وإن لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة أخرى في مصر وتظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة الثانية دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم .

لكن بالرجوع إلى بعض التشريعات المقارنة مثلاً القانون الفرنسي من خلال المادة 1064 فإنها قد جعلت للقاضي المساعد الفصل في طلب التعيين بصفته قاضي استعجالي وأمر القاضي بتعيين المحكم نهائي غير قابل للطعن (المادة 1460 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي .) ولكن الأمر القاضي بأن لا وجه للتعيين في الحالات المنصوص عليها في المادة 1455 يمكن الاستئناف عليه.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعمل المحكم

لقد اختلف الفقه والقضاء في تحديد طبيعة عمل المحكم وهذا الاختلاف له نتائج هامة بشأن تحديد مهمة المحكم (الشرمان، ص 84 .) حيث ذهب البعض إلى ترجيح فكرة العقد أما البعض الآخر فيرى أن عمل المحكم عمل قضائي، كما برز اتجاه فقهي آخر ليغلب الطبيعة المختلطة لمهمة المحكم، أما الاتجاه الرابع فيقرر أن مهمة المحكم تخضع لنظام قانوني مستقل ينظم هذه المهمة دون أن تختلط بالنظم الأخرى مستنداً في طرحه إلى الطبيعة المستقلة لنظام التحكيم(نجيب سعد إبراهيم ، ص 265 .).

المطلب الأول: الطبيعة التعاقدية (الاتفاقية) لعمل المحكم

إن الطبيعة المتميزة لعمل المحكم تثير الكثير من الغموض حول التكييف القانوني لمهمة فالطابع التعاقدية يحكم واقعة وميلاد مهمة المحكم، والتحديد الرضائي يزكي الطابع التعاقدية لعمل المحكم (النجار، ص 45 .)

الفرع الأول : مضمون النظرية:

يغلب أنصار هذا الاتجاه مبدأ سلطان الإرادة. حيث يرون أن للتحكيم طبيعة تعاقدية يستمد المحكم فيه ولايته من إرادة الخصوم فمركز الثقل فيه هو اتفاق الأطراف، ومن هذا الأخير يستمد حكم التحكيم قوته التنفيذية، فهذا الحكم والاتفاق كل لا يتجزأ ولا يكون الحكم إلا نتيجة وانعكاسا للاتفاق. ولأن أن العقد شريعة المتعاقدين، فإن أطراف هذا الاتفاق يمتلكون حرية اختيار نوع التحكيم الذي يحيلون إليه النزاع، واختيار هيئة التحكيم التي ستتولى الفصل في النزاع وغيرها من إجراءات التحكيم (الصلاحى أحمد أيهم بن ناجي ، 1994، ص 18 .).

كما خلص أنصار هذا الاتجاه إلى أن المحكم ليس من قضاة الدولة. يستمد سلطاته من اتفاق التحكيم، كما أن المحكم لا يملك توقيع جزاءات على الأطراف أو الشهود فضلا عن ضرورة إصدار أمر بتنفيذ حكمه لدى القضاء (الشواربي عبد الحميد ، ص 30 .).

ولقد وجد هذا الاتجاه صده لدى محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 17 يوليو لسنة 1937 والذي جاء فيه أن قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشارطه التحكيم تكون وحدة مع هذه المشاركة وتشاركها في صفتها التعاقدية، كما جاء حكم المحكمة الكلية بباريس في 28 مارس لسنة 1984 ينص على أن اختيار المحكم الذي يعتبر قاضيا وليس وكيلًا عن الخصم الذي عينه يعد عملا مشتركا اتحدت فيه إرادة الخصوم في الدعوى التحكيمية على الرغم من أن تعيينه قد تم ابتداء بناء على مبادرة من جانب طرف واحد. (الشرمان ص 88 .). واستند أنصار هذا الاتجاه على الاختلاف بين القاضي والمحكم سواء من الناحية الشكلية أو الموضوعية وقد تتجلى هذه الاختلافات من حيث كيفية تعيين المحكم والسلطات الممنوحة له، والحصانة التي يتمتع بها.

ولم يكتف أنصار هذه النظرية بإبراز الدور الكبير الذي تجسده الإرادة في تحديد الطبيعة القانونية لحكم التحكيم، إنما حاولوا إظهار الفرق بين التحكيم والقضاء من خلال عمل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع والمختلف في طبيعته عن عمل قاضي الدولة، فالمحكم يقوم بوظيفته بناء على اتفاق خاص تم تعيينه بموجبه ويتقاضى أتعابه من أطراف هذا الاتفاق وهذا يشكل اختلافا جوهريا بينه وبين القاضي الذي تعينه الدولة (أشجان فيصل شكري داود، 2008، ص 15 .). وقد أيدت هذا الاتجاه محكمة النقض المصرية ونفت عن مهمة المحكم الطبيعة القضائية، ورأت أن التحكيم قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية.

ويرى البعض أن الطبيعة التعاقدية لمهمة المحكم تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، فالمحكم لا يعد قاضيا لأنه يفقد شرط تولية الحاكم له وأن المحكم يستمد ولايته من المتداعيان (بربري محمود مختار، 2004، ص 7) .

الفرع الثاني : الانتقادات الموجهة لنظرية الطبيعة (التعاقدية) الاتفاقية

على الرغم من إبرازها للدور الايجابي لاتفاق الأطراف، فإن هذه النظرية تعرضت لجملة من الانتقادات نذكر منها:

أولاً: التركيز على الجانب الإرادي في خصومه التحكيم رغم أن الإرادة لا تكفي في ذاتها لبناء هذا النظام المتميز كما أن هذه الإرادة لا تكفي وحدها لرد المحكمين إذ لا يجوز ردهم إلا في الحالات والحدود التي حددها القانون (ابو الوفا، ص 19 .) هذا بالإضافة إلى كون إرادة الأطراف ليست مطلقة، فالتحكيم لا يجوز إلا في المسائل التي يجوز الصلح فيها، وهذه الإرادة لا تعد دائما أساسا للجوء إلى التحكيم كما هو الحال في التحكيم الإجباري الذي يتم اللجوء إليه بناء على نص القانون.

والأخذ بالنظرية العقدية للتحكيم يؤدي إلى إطلاق مبدأ سلطان الإرادة وترك الأمر لأطراف النزاع والمحكم الذي تم اختياره من قبلهم واتفقوا مسبقا على قبول ما يصدره من أحكام يؤدي إلى عدم تدخل الدولة إلا للحفاظ على النظام العام أو لضمان حسن سير عملية التحكيم بوضع قواعد مكملة لسد النقص في اتفاق التحكيم ولا توضع قواعد أمرة إلا لضمان المحافظة على المبادئ والاقتصادية والسياسية والدينية السائدة فيها. (أشجان فيصل، ص 22 .)

ثانياً: المبالغة في إعطاء الدور الأساسي لإرادة أطراف النزاع في تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم فالمحكم عندما يفصل في النزاع يطبق إرادة القانون دون الاهتمام بما توجهت إليه إرادة الخصوم.

ثالثاً: تعذر تكييف نوع العلاقة العقدية التي تربط المحكم بالأطراف، فقد ذهب البعض إلى تكييف هذه العلاقة على أنها من قبيل الوكالة وقد لقي هذا المعيار انتقاد الفقه لاستقلال المحكم عن الخصوم على نحو ينفي فكرة الوكالة. بربري، ص 50 . لأن المحكم ليس وكيلاً عن الخصوم، فالوكالة تقوم على أساس التزام الوكيل بعمل قانوني لحساب موكله والخضوع لتعليماته وأوامره وتقوم بينهما علاقة تبعية لا يتمتع الوكيل فيها بأي استقلال ولا يملك أكثر مما يملكه الأصيل. في حين أن المحكم رغم أنه يتلقى أتعاباً من الأطراف إلا أنه لا يمثلهم. ولقد لجأ بعض الفقه تفادياً لهذه الانتقادات إلى ابتداء معنى جديد لفكرة الوكالة تقوم على المصلحة المشتركة التي تجمع أطراف النزاع، وقد استند أنصار هذا الرأي إلى استقلال المحكم وعدم إمكانية عزله إلا بموافقة جميع الخصوم. ولما كان تعارض مصالح الخصوم يحول دون قبول فكرة المصلحة المشتركة فقد كیفها البعض الآخر على أنها من قبيل إجارة العمل، وقد لقي هذا النقد نقداً أيضاً .

وذهب بعض الفقه إلى تكييفها بأنها عقد عمل إلا أن هناك اختلاف جوهري يتمثل في أن محل العقد هو القيام بمجهود ذهني وليس بدني فضلاً عن وجود علاقة تبعية تفرضها علاقة العمل لا تتوفر بالنسبة للمحكم الذي يتمتع باستقلال في مواجهة الأطراف، وهذا الاستقلال يتعارض مع خضوع المحكم لاتفاق الأطراف أو لأحكام القانون. الشرمان ، ص 33.

وقد اتجه بعض الفقه إلى تكييف هذه العلاقة على أساس أنها عقد مقاوله على أساس أن العقد يقترب من مهمة المحكم، كما أن عقد المقاوله له مجال أكثر اتساعاً من عقد الوكالة. وقد تعرض هذا الرأي إلى الانتقاد على أساس أن جوهر مهمة المقاول هو القيام بأعمال مادية في حين أن جوهر مهمة المحكم هو حسم نزاع بين أطراف الخصومة من خلال عمل ذهني وقانوني.

يضاف إلى ذلك انتفاء عنصر المضاربة، وهو عنصر جوهري في المقاوله وهذا ما لا يتوفر في المحكم، لذلك لم تلق محاولة تكييفها على أساس أنها عقد مقاوله قبولا لدى الفقه. عزمي، عبد الفتاح، (1990)، ص 86 .

الفرع الثالث: تقدير النظرية

مما سبق نخلص إلى القول بأن أنصار هذه النظرية نظروا إلى طبيعة عمل المحكم انطلاقاً من اتفاق الأطراف، وإن مهمة المحكم بزعمهم تستند إلى إرادة الأطراف مستندين في دعم رأيهم إلى أسانيد تبرز دور هذه الإرادة. وما ذكر من انتقادات يؤكد عدم إمكانية تحديد الطبيعة القانونية من خلال نظرية العقد .

المطلب الثاني : الطبيعة القضائية لعمل المحكم

على عكس أصحاب الرأي القائل بالطبيعة التعاقدية فإن هناك اتجاه فقهي آخر يغلب الطبيعة القضائية لمهمة المحكم، لأن المحكم في نظرهم يهدف إلى حسم النزاع وتحقيق العدالة بين المتنازعين وهو يكتسب بالضرورة الطبيعة القضائية. ذلك أنه يقوم بوظيفة القاضي ويحوز حكمه حجية الأمر المقضي به وهذا جوهر الوظيفة القضائية.

الفرع الأول: مضمون النظرية

تقوم هذه النظرية على أساس مستمد من أن أصل الوظيفة التي يقوم بها المحكم هي ذاتها التي يقوم بها القاضي وبالتالي فإن عمله يكون عملاً قضائياً، ويتم نظر النزاع أمام المحكم على ذات المراحل التي تتم أمام القضاء (لزهر بن سعيد، النجار كرم محمد زيدان ، ص 19 .) ويرى أنصار هذا الاتجاه أنه يجب تغليب المهمة التي توكل إلى المحكم والغرض من نظام التحكيم، واستند أنصار هذه النظرية إلى الدور المتشابه، فالقاضي والمحكم يؤديان وظيفة واحدة هي حسم النزاع وتحقيق العدالة بين الخصوم، وكل ما هنالك أن التحكيم هو قضاء خاص يعمل إلى جانب القضاء العام في الدولة (بربري، ص 7 .)

كما يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم يكون بتغليب المعايير الموضوعية المتمثلة في المهمة التي يقوم بها المحكم وهي الفصل في النزاع بقرار ملزم لطرفيه، والعمل الأخير يستغرق عملية التحكيم برمتها، أما اتفاق التحكيم فهو مجرد أداة لتحريك نظام لا يؤثر على جوهر الوظيفة ولا يؤثر في طبيعتها (ابو احمد مصطفى علاء محي الدين ، 2008، ص 39 .) ويرى جانب من الفقه أنه باتفاق التحكيم يحل قضاء التحكيم محل قضاء الدولة في حماية الحقوق ويكون إلزامياً شأنه في ذلك شأن قضاء الدولة.

فالتحكيم اتفاق، ثم إجراء، ثم حكم شأنه في ذلك شأن الحكم الصادر عن السلطات القضائية في الدولة (الشرمان، 96 ، ص 97 .)

والى ذات الاتجاه ذهب القضاء الفرنسي في بعض أحكامه حيث اعتبر التحكيم ذا طبيعة قضائية (فاضل منذيل اسعد ، ص 56 .) . ويبدو أن الطبيعة القضائية لمركز المحكم تحظى بتأييد واسع إذ يستند أنصارها على حجية ما ذهبوا إليه من خلال ما يلي :

1- تشابه الوظيفة، إذ أن العمل الذي يقوم به المحكم هو ذات العمل الذي يقوم به القاضي والمتمثل في الفصل في النزاع وهذا يتطلب ترجيح المعيار الموضوعي على المعيار الشكلي والعضوي في تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم .

2- إقرار القانون نظام التحكيم لحل النزاعات، فالمحكم يعد قاضيا لأنه يستمد سلطته من اتفاق التحكيم ومن القانون

3- الإجراءات التحكيمية هي إجراءات ذات طبيعة قضائية سواء من ناحية احترام المبادئ الأساسية في التقاضي والمتمثلة في حقوق الدفاع والمساواة والمواجهة (أشجان فيصل ص 30 و 31 .)

و**خلاصة** ما ذهب إليه أنصار هذه النظرية أنهم نظروا إلى التحكيم من زاوية أنه قضاء ملزم للخصوم وأن التملص منه لا يجدي، وأنه يحل محل قضاء الدولة الإلزامي وأن عمل المحكم ما هو إلا شكل من أشكال ممارسة العدالة، فالمحكم غالبا ما يطبق قواعد القانون الموضوعي ويفصل في نزاع حقيقي بين الخصوم ويلتزم باحترام حقوق الدفاع (لزهر بن سعيد، النجار كرم محمد زيدان ، ص 21 و 22).

الفرع الثاني : الانتقادات الموجهة لنظرية الطبيعة القضائية : لم تسلم هذه النظرية من النقد . ذلك أن التشابه

بين نظام القضاء والتحكيم أدى إلى وجود قواعد مشتركة بينهما. لكن هذا لا يعني التماثل، ولأن اختلافهما من حيث الوظيفة والغاية ومن حيث الآثار القانونية ومن حيث البناء القانوني أدى إلى اختلافهما في تفاصيل القواعد المشتركة(أشجان فيصل ، ص34). ومن الانتقادات الموجهة لهذه النظرية نورد ما يلي :

أولا : الاستناد إلى العمل الذي يقوم به المحكم هو ذات العمل الذي يقوم به القاضي لا يكفي للقول بالطبيعة القضائية لمهمة المحكم، فوظيفة القاضي ووظيفة قانونية تحمي الحقوق والمراكز القانونية بغض النظر عن وجود نزاع من عدمه حيث يكفي وجود مصلحة للشخص حتى يصدر القاضي حكم يكفل حماية هذه الحقوق والمراكز(الشرمان، ص 98).

ثانيا: لم يعتبر القانون المحكم المكلف بالفصل في النزاع قاضيا خاصا أو عاما بدليل أنه نظم قواعد خاصة بالقاضي تختلف عن القواعد الخاصة بالمحكم كالقواعد المتعلقة بالصلاحيات والسلطات والمسؤولية (أشجان فيصل ص 35).

ثالثا: إن النظرية القضائية لا تستقيم مع طبيعة التحكيم، لأن القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة لا يتولاها إلا القاضي الذي يمثل الدولة فيما يصدره من أحكام . الشرمان، ص 99.

الفرع الثالث : تقدير النظرية

في المحصلة نخلص إلى القول: أن المحكم يتمتع بوضع قانوني خاص ومتميز يكون له بموجب هذا الوضع سلطة حل النزاع بين الأطراف الذين وقع اختيارهم عليه كقاض لهم في ظل نظام قضائي الطبيعة .

جدير بالذكر أن تقدير الطبيعة القضائية للمحكم لا يعني اندماجه كليا في القضاء أو يفقده ذاتيته الخاصة فالتحكيم ليس هو القضاء، وإنما جزء من النظام القضائي ذلك أن كثيرا من الدول تعتمد نظام القضاء كنظام أساسي ليأتي التحكيم موازيا لقضاء الدولة ومعاونها له في حسم النزاعات.

المطلب الثالث: الطبيعة المختلطة لعمل المحكم

أمام اختلاف النظريتين العقدية والقضائية ظهر اتجاه فقهي آخر توفيقيا منطلقا في طرحه من العيب المشترك في النظريتين السابقتين والمتمثل في إضفاء صفة واحدة على نظام التحكيم في مجموعه ليقرر الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم لتسمى هذه النظرية بنظرية الطبيعة المختلطة، وهو ما سنفصل فيه على النحو التالي :

الفرع الأول : مضمون النظرية: إن الذين قالوا بهذه الطبيعة أرادوا الموازنة بين فكرتين جوهريتين داخل نظام التحكيم هما فكرة العقد وفكرة القضاء (الشرمان، ص 99 .) فالطبيعة العقدية تجد أساسها في اتفاق الأطراف

على اللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاع القائم وهو ما يتطلب احترام هذا الاتفاق انطلاقاً من احترام مبدأ سلطان الإرادة .

أما الطبيعة القضائية فإنها تجد أساسها من خلال الفصل في النزاع وفقاً لإجراءات قضائية يصدر بناءً عليها حكم قضائي، والتحكيم قالب قانوني يتضمن عمليتين :

الأولى يحدثه أطراف النزاع والثاني يحدثه المحكم وبناءً على ذلك يتسم التحكيم بالطبيعة المختلطة (الشرمان، ص101 و102). لما فيه من تأثيرات عقدية وقضائية وهو يعد نظاماً قضائياً اتفاقياً يجيز لأطراف النزاع اختيار المحكم الذي سيتولى مهمة الفصل في النزاع بإصدار حكم قضائي حائز على حجية الأمر المقضي به ونهائي لا يقبل الطعن.

ويبرر أنصار هذا الاتجاه (الطبيعة المختلطة) رأيهم بأن التحكيم يحتل موقعا وسطا بين الطبيعة القضائية والطبيعة التعاقدية وأن له طابعا مرحليا فهو يبدأ تعاقديا وينتهي قضائيا بصور حكم التحكيم، وأمر تنفيذه من قضاء الدولة محل التنفيذ (لزهر بن سعيد، النجار كرم محمد زيدان ، ص 22 .) ومن ثم فإن التحكيم يظل تعاقديا إلى حين صدور الحكم وأمر تنفيذه فيصبح قضائيا فهو يمر بمراحل متدرجة ومتعددة تلبس في كل منها لباسا خاصا فهو في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم. وقد نصت المادة 21 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه " حكم التحكيم يعتبر بعد صدور الأمر بتنفيذه في قوة الحكم الصادر من الجهة التي أصدرت الأمر بالتنفيذ"

الفرع الثاني : الانتقادات الموجهة لنظرية الطبيعة المختلطة

على الرغم من أن هذه النظرية حاولت التوفيق بين الاتجاهين السابقين، إلا أنها نالت نصيبها من الانتقادات ومنها:

أولا : يؤخذ على هذا الاتجاه أنه لم يتصدى للمشكلة وإنما اختار أيسر وأسهل الحلول وجمع بين النظريتين وأنه ربط وبصورة غير صحيحة بين ما تتمتع به أحكام المحكمين من حجية وبين قوتها التنفيذية (الطرونة عيسى بادي سالم، ص52).

ثانيا: اختلاف أنصار هذه النظرية حول الوقت الذي يتحول فيه التحكيم من الطبيعة العقدية إلى الطبيعة القضائية يتعارض مع ظهور النظرية المختلطة التي تقوم على الطبيعيتين منذ الاتفاق على التحكيم وحتى الانتهاء منه **ثالثا:** يترتب على قبول هذه النظرية إهدار القيمة القانونية لحكم التحكيم الذي لا يصدر الأمر بتنفيذه، وهذا يتنافى مع قصد المشرع في إقرار نظام التحكيم، ففكرة التحكيم تقوم أساسا على التنفيذ الاختياري لحكم المحكم الذي يكتسب الحجية فور صدوره دون أن يتراخى في هذا الأثر لحين صدور الأمر بتنفيذه. (الشرمان، ص104)

وإن التسليم بهذه النظرية على ما في العلاقة بين حجية حكم التحكيم وقوته التنفيذية يتماشى مع إقرار القانون لهذا النظام بوصفه وسيلة للفصل في النزاعات .

الفرع الثالث : تقدير النظرية:

مما سبق نخلص إلى القول: أن تبني هذه النظرية والأخذ بها فيه ضعف كبير ولا يستقيم مع الطبيعة القانونية لمركز المحكم، ذلك أن الجمع بين النظريتين العقدية والقضائية لا يمثل أساسا صحيحا لمركز المحكم، لأن عدم الأخذ بكل من هاتين النظريتين على حدة يقتضي عدم الأخذ بهما معا. هذا من جهة ومن جهة أخرى رفض جانب كبير من الفقه لهذه النظرية واعتبار الأخذ بها هروبا من جوهر المشكلة، وأخذ بأسهل الحلول وأيسرها.

المطلب الرابع الطبيعة : المستقلة (الخاصة) لعمل المحكم:

في ظل وجود انتقادات للاتجاهات الثلاثة السابقة برز اتجاه رابع يقول أنصاره بان نظام التحكيم وعمل المحكم له طبيعته الخاصة وذاتيته التي تختلف عن العقود وتختلف عن حكم القضاء العام في الدولة فهم يرون أن العقد ليس هو جوهر التحكيم (المصطفى الصالح ، ص 190) . بدليل أنه لا يوجد في التحكيم الإجماعي كما أن المحكمين لا يعينون دائما باتفاق الأطراف أو بواسطتهم إنما يتم تعيينهم بواسطة المحكمة أو عن طريق منظمات ومراكز التحكيم الدائمة.

كما ذهب بعض الفقه إلى القول بأن التحكيم ليس نوعا من القضاء وإنما هو نظام مختلف في وظيفته وطبيعته عن القضاء ويمشي موازيا له (لزهر بن سعيد، النجار كرم محمد زيدان ، ص23) واختلاف نظام التحكيم عن القضاء يؤكد أننا أمام نظامين مستقلين منهما قواعد الخاصة به فالقضاء قواعده عامة مجردة، معدة مسبقا بهدف حماية الحقوق والمراكز القانونية.

أما التحكيم فقواعده تتميز بالخصوصية، فهي تختلف من نزاع إلى آخر حسب ما يتفق عليه أطراف النزاع الذين يمتلكون حرية اختيار إجراءات التحكيم الواجب مراعاتها من قبل المحكم عند الفصل في النزاع (أشجان فيصل، ص51). فالتحكيم لدى أنصار هذا الاتجاه هو النظام القانوني الذي يمكن الأطراف من حل نزاعهم عن غير طريق القضاء. أو هو أسلوب ثالث لحل منازعات لا يقوم على السلطة العامة مثل القضاء كما لا يتم ذاتيا برضى الطرفين مثل الصلح وإنما بنزول أطراف النزاع على رأي شخص محكم يثقان في رأيه. ولا يشترط فيه ما يشترط في القاضي من الصفات والشروط، ولا يعد منكرا للعدالة إذا امتنع عن القيام بعمله(أشجان فيصل ص53).

الفرع الأول : مضمون النظرية:

يرى أنصار النظرية المستقلة لطبيعة عمل المحكم أن طبيعة عمل المحكم ومركزه القانوني لا يمكن أن تكون عملا تعاقديا بحتا ولا عملا قضائيا بحتا ولا مختلطا أيضا، لكنه ذو طبيعة خاصة مستقلة مستندين في ذلك إلى أن التحكيم نظام أصيل (المصطفى الصالح، ص190 و191). متحرر من العناصر التعاقدية أو القضائية مما يكفل السرعة الضرورية في نظر القضايا، وأن اتفاق التحكيم لا يعتبر عقدا مدنيا، لأن العقد المدني لا يرتب بذاته آثارا إجرائية. كما أن مجال التحكيم لا يدخل في مجال الإجراءات طالما أن التحكيم خارج قضاء الدولة. ويجادل أنصار النظرية المستقلة (الخاصة) بصحة ما ذهبوا إليه. مؤكدين على الطبيعة الخاصة لنظام التحكيم، وحثهم في ذلك أن هذا النظام أقرته القوانين الداخلية وأنظمة و لوائح مراكز التحكيم المختلفة .

كما يستندون إلى حجة مفادها أن العقد ليس أساسيا في نظام التحكيم. بدليل ظهور التحكيم الإلزامي الذي يلزم أطراف النزاع باللجوء إليه بموجب القانون، وبدليل أن المحكمين لا يعينون باتفاق الأطراف أحيانا وإنما قد يتم تعيينهم بواسطة المحكمة المختصة، وإذ يخلص أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن التحكيم أداة متميزة لحل المنازعات فيه اتفاق، وفيه قضاء، وفيه ما يميزه عنه، وأن التقارب بين نظام التحكيم ونظام القضاء المتمثل في الفصل في النزاع له حدود يقف عندها ولا يتجاوزها ليصل إلى حدا الدمج أو الخلط بينهما (الشرمان، ص110). ومع ذلك فإن هذا الطرح لم يمنع من توجيه انتقادات لهذا الرأي نتعرض إليها في الآتي :

الفرع الثاني : الانتقادات الموجهة للنظرية المستقلة (الخاصة)

تعرضت هذه النظرية للنقد على أساس الاختلاف بين نظام التحكيم ونظام القضاء، إذ لا يمكن التسليم بالطبيعة المستقلة الخاصة بنظام التحكيم لمجرد استناد التحكيم في تكوينه إلى العقد، ومن الانتقادات ما يلي :

أولا : استناد أنصار هذه النظرية على التنظيم القانوني لنظام القضاء والمختلف عن التنظيم القانوني لنظام التحكيم هو استناد إلى أسانيد شكلية غير موضوعية. (أشجان فيصل ، ص54)

ثانيا: ربط أنصار هذه النظرية ربطا خاطئا بين القضاء وبين تطبيق القانون من جهة، وبين التحكيم وتطبيق الأعراف أو قواعد العدالة من جهة أخرى، فالقاضي يفصل في النزاع المعروض عليه استنادا إلى القواعد القانونية أو الأعراف السائدة أو قواعد العدالة في حال غياب القاعدة القانونية التي تحكم النزاع. وهو الدور الذي يقوم به المحكم عندما يكون مكلفا بالفصل في النزاع وفقا لقواعد العدل والإنصاف دون التقيد بقواعد القانون

(حكم التحكيم رقم 357 لسنة 2003) وقد قضى الحكم بما يلي: "إن تفويض المحكمين بالصلح وبالقضاء وفقا لقواعد العدل والإنصاف لا يعني استبعاد حكم القانون".

ثالثا: إن تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم يتم من خلال تحديد الأصل الذي ينتمي إليه وليس من خلال الأثر المترتب عليه، أو الأساس الذي يقوم عليه، فإن كان هذا الأصل هو سلطان الإدارة. كان نظام التحكيم ذا طبيعة عقدية، السيد عمر التحيوي، محمود. (2003)، ص 642 وإذا كان الأصل الذي ينتمي إليه نظام التحكيم هو

سلطة القضاء كان نظاما قضائيا. وعلى الرغم من اختلاف النظريات الأربع في تحديد طبيعة مهمة المحكم فإنها تجمع على أن التحكيم يمر بثلاث مراحل أولها اتفاق، ووسطها إجراء، وأخرها حكم ملزم .

الفرع الثالث: تقدير النظرية

إن اتخاذ هذه النظرية أساس لتحديد الطبيعة القانونية للمحكم فيه ضعف واضح تؤكد الانتقادات التي أوردناها.

وبناء على ما سبق فإننا نميل إلى ترجيح الطبيعة القضائية لمركز المحكم حيث نخلص إلى القول بأن المحكم يشغل مركزا متميزا ويحوز سلطة قضائية واسعة تخوله الفصل في النزاع بحكم ملزم ليقترب من المركز القانوني للقاضي، كما أن أحكام المحكمين هي بمثابة أحكام قضائية. كونها ملزمة وحائزة على حجية الشيء المقضي به. هذا بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري اعترف بنظام التحكيم وسن له القوانين الخاصة به ونظم أحكامه حيث نصت المادة على أنه " تطبق أحكام المواد من 1035 إلى 1038 فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي " (المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري) .

خاتمة

من خلال ما سبق يتضح لنا أن للمحكم التجاري الدولي تنظيم قانوني خاص به فهو يتميز عن غيره من الأنظمة الأخرى المشابهة له له كالقاضي والخبير والوسيط والموفق، وإن تشابه مع هذه الأنظمة من حيث المهمة، فإنه يختلف عنها من حيث حجية الحكم الصادر عنه ليقترب بذلك من القاضي حيث يحوز الحكم الصادر عن المحكم حجية الأمر المقضي به كما هو الشأن بالنسبة لحكم القاضي.

وعليه يمكننا القول بأن المحكم يشغل مركزا خاصا ومتميزاً ويتمتع بسلطات قضائية تخوله حسم النزاع والفصل فيه بحكم منهي للخصومة ليقترب من مركز القاضي استنادا إلى الطبيعة القضائية لمهمة المحكم.

وإذا تستند هذه الطبيعة إلى حجج واضحة وأدلة منطقية، فإنه كان لابد من التطرق إلى الشروط التي يجب توافرها في المحكم لتمييز مهمته عن مهمة القاضي وطبيعته القانونية عن الطبيعة القانونية للقاضي، وتبيان كيفية اختياره والضوابط المعتمدة في ذلك، سواء تعلق الأمر بالتحكيم الحر أو المؤسسي، أو التعيين عن طريق القضاء الذي يعد استثناء عن الأصل، والذي يتيح لأطراف النزاع اختيار محكمهم إعمالا لسلطان الإرادة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين المعمول به في اتفاق التحكيم، باعتباره عقدا ليس للقاضي إلا سلطة محدودة في تعديله، وهو ما يتيح إمكانية تعيين المحكم من طرف القضاء إذا لم يتفق أطراف الخصومة على تعيينه أو اختلفوا في ذلك.

وقد توصلنا في نهاية هذه الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات نوردتها كما يلي:

- على الرغم من اختلاف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للمحكم وتباين الآراء في ذلك، إلا أن التحكيم وبحكم الواقع يمثل قضاء خاصا ، تسلب بموجبه المنازعات من القضاء ليفصل فيها من قبل شخص أو أشخاص محايدين يمارسون وظيفة القاضي.

- إن الشروط التي أوجب كل من المشرع الجزائري المصري ومعظم التشريعات الأخرى توافرها في المحكم تمثل الحد الأدنى من الشروط الواجب توافرها في من يعتلي منصب التحكيم للتوصل إلى حكم عادل نزيه ومقبول يرتضيه أطراف النزاع.

- إن تميز المحكم ببعض المميزات التي تباعد بينه وبين من يتشابه معه مثل القاضي والموفق والخبير يؤكد استقلاليته وخصوصيته .

- تثبت هذه الدراسة أن للمحكم مركزا قانونيا يقترب من مركز القاضي في إصداره لحكم يجوز حجية الأمر المقضي به ويبتعد عن هذا المركز كونه يستمد مصدر سلطته من إرادة الأطراف على خلاف القاضي الذي يستمد سلطته من القانون.

التوصيات

- في محاولة متواضعة منا فإننا سنضع بعض التوصيات التي نرى أنها قد تفيد في الحد من هذه المشكلات وهذه التوصيات تتلخص في الآتي:
- ضرورة تلافي الثغرات والعيوب المحيطة بالنظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وسن القوانين المناسبة لتطوير هذا النظام كقضاء بديل ينسجم مع متطلبات التجارة والاستثمار الدوليين .
 - وضع النصوص القانونية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي لدى المشرع الجزائري في تقنين خاص ومستقل .
 - إنشاء قسم متخصص يعنى بتأهيل المحكمين بتخريج وتخرجهم من الجامعات الجزائرية كما هو الشأن بالنسبة للمحامين باعتبار المحكم قاض يلجأ إليه للفصل في النزاعات التجارية الدولية بإرادة الأطراف وقوة القانون الساري في الدولة
 - وضع نظام دقيق يحدد قواعد تنظم مسؤولية المحكم بشكل مفصل مثلما عليه الأمر بالنسبة للقاضي باعتبار المحكم قاض خاص .

المراجع

* القرآن الكريم

أولاً: الكتب

- 1- ابن منظور، جمال الدين محمد بن عبد الله بن مكرم.(1982). لسان العرب. ط1 الجزء 3. دار صادر. بيروت
- 2- أبو الوفاء، أحمد. (1978). التحكيم الاختياري والإجباري . منشأة المعارف الإسكندرية. مصر.
- 3- اللجمي، أديب، وآخرون.(1994). المحيط، معجم اللغة العربية . ط2. مجلد1، بيروت .
- 4- السيد صاوي، أحمد. (1987). الوسيط في قانون المرافعات . دار النهضة العربية. مصر.
- 5- النجار محمد زيدان، كرم.(2010). المركز القانوني للمحكم. ط1. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية . مصر.
- 6 - السيد عمر التحيوي محمود(2003) الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر
- 7 - العزي، ممدوح عبد العزيز.(2006). بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي، (الأسباب والنتائج) - دراسة مقارنة - ط1 منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت
- 8 - الصلاحي، احمد أيهم بن ناجي.(1994). النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة. ط1. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. اليمن .
- 9- الراوي مظفر جابر، إبراهيم. (2012). اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987. ط1. دار وائل للنشر والتوزيع. عمان .
- 10 - الشواربي، عبد الحميد. التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء . ط1. منشأة المعارف الإسكندرية. مصر.
- 11- الشerman، ناصر محمد. (2015). المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي. ط1. مركز الدراسات للنشر والتوزيع. مصر.
- 12- الغنام، طارق فهمي. (2015). التنظيم القانوني للمحكم . ط1. مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع. مصر.
- 13- بن سعيد، لزهري. و النجار محمد زيدان، كرم.(2010). التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة. ط1. دار الفكر الجامعي . مصر
- 14- بربري، محمود مختار.(2004). التحكيم التجاري الدولي . ط1. دار النهضة العربية. مصر.
- 15 هندي، أحمد. (2013). التحكيم، دراسة إجرائية في ضوء القانون المصري . ط1 دار الجامعة الإسكندرية . مصر.
- 16 حامد، محمد حسن. (2007). نظم التحكيم الحديث. دار النهضة العربية. مصر.
- 17 محمود، سيد أحمد. (2000). نظام التحكيم - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - ط1. دار النهضة العربية. مصر.

- 18- مناني، فراح. (2010). التحكيم طريق بديل لحل النزاعات - حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري - دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع. عين مليلة. الجزائر.
- 19 - منديل، أسعد فاضل. (2011). أحكام عقد التحكيم وأثره - دراسة مقارنة. ط1. منشورات زين الحقوقية. دار نيبور للنشر والتوزيع. القادسية. العراق .
- 20 نجيب سعد، إبراهيم. (دون سنة النشر). القانون القضائي الخاص . الجزء الثاني. منشأة المعارف الإسكندرية. مصر
- 21 عزمي ، عبد الفتاح. (1990) قانون التحكيم الكويتي، مطبعة جامعة الكويت، الكويت
- 22- فاروق محمد حسن ، وفاء . (2008). مسؤولية المحكم ط1. دار النهضة العربية . مصر.
- 23- خليل، أحمد. (2003). قواعد التحكيم . ط1 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان .
- 24- رضا السيد، عبد الحميد. (2004). قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 في الميزان . دار النهضة العربية. مصر.

ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية.

1- baptiste racine , Jean, les raisons de la libéralisation de l'arbitrage international dans les pays émergents(le cas particulier de l'Algérie)P271

ثالثاً: المقالات العلمية.

- 1- المصطفى، الصالح أحمد. (2016). «المسؤولية القانونية للمحكم في القانون السوداني والمقارن»، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، العدد 27. (152 - 2005)
- رابعاً: الرسائل الجامعية.
- 1- الطراونة، سالم عيسى بادي (2011) « دور المحكم في خصومة التحكيم » . رسالة ماجستير كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن.
- 2- شكري داود، أشجان فيصل. (2008). «الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وأثره وطرق الطعن به » ، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة النجاح فلسطين، سنة.
- خامساً: النصوص القانونية.
- أ - الإتفاقيات.
- 1- قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي السارية المفعول ابتداء من 01 يناير (1998)
- 2- قانون اليونسيترال النموذجي للتحكيم الدولي بصيغتها المنقحة (2010).
- 3- قواعد التحكيم التجاري الدولي لمركز القاهرة الإقليمي، الساري اعتباراً من 2011/03/01.
- ج - التشريع
- 1 - الأمر المتضمن القانون المدني الجزائري ، رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 (2007) .
- 2- القانون المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 09/08 (2008)، ج.ر، العدد 21، (2008).
- 3 - قانون السلطة القضائية المصري رقم 46 (1972)
- 4- القانون المتضمن قانون التحكيم المصري رقم 27 (1994)
- د - التنظيم.
- 1- المرسوم المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها رقم 233/88 (1988).
- سادساً : الاجتهادات القضائية.
- 1- حكم التحكيم رقم عن محكمة القاهرة 357 (2003)
- 2- حكم قضائي عن محكمة استئناف القاهرة ، دائرة 63 تجاري رقم 12-125 (2010).