الطبيعة القانونية لحكم التحكيم التجاري الدولي

The legal nature of the international commercial arbitration award

حسن كليبي

جامعة محمد خيضر بسكرة (الجزائر)h.koulaibi@univ-biskra.dz

تاريخ الاستلام: 2021/11/15 تاريخ القبول: 2021/12/28 تاريخ النشر: 2021/12/31

الملخص :

يثير حكم التحكيم جدلا بين فقهاء القانون، حول طبيعته القانونية، فيستند كل فريق منهم إلى أسباب عديدة للتدليل على صحة موقفه وما يراه ويعتقده صحيحا، وارتباطا بحقيقة كون نظام التحكيم تعاقدي النشأة، قضائي الوظيفة، اتجه البعض إلى ترجيح الطبيعة القضائية اعتمادا على طبيعة المهمة التي يؤديها المحكم .

ويقابل هذا الاتجاه اتجاه أخر يرجح الطبيعة العقدية لحكم التحكيم فلا يولي أهمية لما يقوم به المحكمون بقدر ما يهمه النظر إلى من يخولهم هذه المهمة .

للوقوف على الطبيعة القانونية لحكم التحكيم قام صاحب المقال بتبيان أسانيد وحجج كل فريق .

الكلمات المفتاحية :

حكم التحكيم– الطبيعة القانونية – النظرية الأحادية – النظرية الثنائية –النظرية العقدية – النظرية القضائية–

Summary:

The arbitration judgment raises a debate among legal scholars about its legal nature. Each team of them base on several reasons for proving its view correctness and what it sees and believes that it's true. And relating to reality that the arbitration system is contractual by creation, judicial by function, some scholars weighting the judicial nature depending on the task nature of the arbitrator.

This trend is contrasted with another trend that favor the contractual nature of arbitration judgment. It does not make importance to the arbitrators' work as much as whom give them this task.

Keywords:

- Arbitral award- legal nature - monism theory - The binary theory -The nodal theory - Judicial theory Mixed theory

الطبيعة القانونية لحكم التحكيم التجاري الدولي

الدكتور حسن كليبي / h.koulaibi@univ-biskra.dz

1- مقدمة:

يثير حكم التحكيم جدلا بين فقهاء القانون، ويحتدم الخلاف بينهم، حول طبيعته القانونية، فيستند كل فريق منهم إلى أسباب عديدة للتدليل على صحة موقفه وما يراه ويعتقده صحيح، وارتباطا بحقيقة كون نظام التحكيم تعاقدي النشأة، قضائي الوظيفة، اتجه البعض إلى ترجيح الطبيعة القضائية اعتمادا على طبيعة المهمة التي يؤديها المحكم، فهو يفصل في نزاع شأنه شأن القاضي، ويحوز حكمه حجية الأمر المقضي

ويترتب على طبيعة حكم التحكيم القضائية التسليم بحق الدولة في التدخل لأن القضاء أصلاً منوط بالسلطة القضائية، ويأتي التحكيم استثناء يسمح لأشخاص من خارج هذه السلطة بالقيام بوظيفة القاضي، فلابد أن تراقب الدولة وتتدخل بقواعد آمرة تضمن سلامة إجراءات التحكيم وسلامة الحكم وتسمح بالطعن فيه أمام القضاء وتنظم القواعد والإجراءات اللازمة لتنفيذ حكم التحكيم.

ويقابل هذا الاتجاه اتجاه أخر يرجح الطبيعة العقدية لحكم التحكيم فلا يولي أهمية لما يقوم به المحكمون بقدر ما يهمه النظر إلى من يخولهم هذه المهمة ومن الذي يحدد لهم الإجراءات التي يتبعونها أثناء الخصومة التحكيمية ويدفع أتعابهم ويحدد لهم القانون الذي يحسمون النزاع وفقا لنصوصه، إن أطراف الاتفاق هم الذين يتولون ذلك كله وتقف الدولة عند دور الدولة الحارسة تسهر على منع المساس بالنظام العام.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع في تحديد الطبيعة القانونية لحكم التحكيم التجاري الدولي من خلال النظريات التي تنازعت في تحديده سواء النظريات الأحادية أو النظريات الثنائية، بالإضافة إلى موقف التشريعات المختلفة من هذه النظريات، وكذا حجية حكم التحكيم التجاري الدولي فقها وقضاء.

إشكالية الموضوع:

للوقوف على الطبيعة القانونية لحكم التحكيم يمكن أن نثير الإشكالية التالة: **هل تحديد الطبيعة القانونية لحكم التحكيم تتحدد من خلال إعطاء الأهمية لمن منح هيئة التحكيم هذه المهمة أم من خلال إعطاء الأهمية للمهمة التي تقوم بها هذه الهيئة؟** وللإجابة على هذه الإشكالية اعتمدت خطة البحث التالية:

1- مقدمة

2- النظرية العقدية.

3- النظرية القضائية.

4- النظرية المختلطة.

5- النظرية المستقلة الخاصة

2- النظرية العقدية.

يذهب اصحاب هذه النظرية نحو إضفاء الطبيعة التعاقدية على التحكيم ونقطة الانطلاق لدى القائلون بهذه النظرية، تكمن في أن جوهر التحكيم وسنده يتمثل في إرادة الأطراف، واتفاقهم على اتخاذه سبيلا لحل منازعاتهم بديلا عن القضاء (فهمي، 1940، صفحة 40)

كم يرى أيضا أنصار هذه النظرية أن اتفاق التحكيم ذو طبيعة عقدية، بدأ من هذا الاتفاق الذي يعد عقدًا كغيره من العقود حتى لو كان منتجا لحكم، فهذا الحكم يعد أثرا من آثار اتفاق التحكيم (فهمي، 1940، صفحة 43).

وبما 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 (أشجان، صفحة 18).

كما يؤكد اصحاب هذه النظرية على أن حكم المحكمين لا يعد عملا قضائيا حتى بعد صدور أمر من قضاء الدولة (الفزايري، صفحة 78).

ويبرر أنصار هذه النظرية وجهة نظرهم في انكار الطبيعة القضائية عن عمل المحكم بتخلف ركن العضو في هذا العمل لكون المحكم شخصا عاديا وليس قاضيا من قضاة الدولة، ولأنه يستمد سلطته في التحكيم من اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بدلا من اللجوء إلى قضاء الدولة، ورضائهم بالحكم الذي يصدره لحل النزاع موضوع التحكيم، وبالتالي فان الحكم الصادر منه يكون له خصائص الاتفاق ايضا بمعنى أنه عمل تعاقدي.

ويعد أنصار النظرية اتفاق التحكيم وحكم التحكيم مرحلتين في إجراء واحد لأن تنظيم التحكيم وإجراءاته هدف مرحلي لتحقيق الهدف النهائي المتمثل في حسم النزاع، وأطراف هذا النزاع عندما يبرمون اتفاق التحكيم يلتزمون بجميع الالتزامات الناتجة عن هذا الاتفاق بما فيها تنفيذ حكم التحكيم (أشجان، صفحة 14).

وقد ساندت طائفة من الفقه هذه النظرية سواء في مصر (ابراهيم، 1994) أم في فرنسا (خالد، 2006، صفحة 54)، وهم يدللون على ذلك بالقول بأن: المحك في نظام التحكيم هو اتفاق الاطراف، سواء تجسد هذا الاتفاق في صورة شرط أو مشارطة، ويرتبون على ذلك قولهم بان الطبيعة التعاقدية للتحكيم، تنسحب على قرار المحكم، فحكم التحكيم في نظرهم يرتدي ثوب الطبيعة العقدية، ولا ينفك عنها، وبالتالي فهو عقد مسمى، يخضع للقواعد الخاصة لعقد التحكيم، بالإضافة إلى النظرية العامة للعقد (خالد، 2006، صفحة 54).

وقد سعى أنصار هذه النظرية إلى اجراء مقارنة بين مركز المحكم ومركز القاضي، لترجيح عقدية حكم التحكيم بمقولة أن المحكم ليس من قضاة الدولة ولا يعدو كونه شخصا عاديا وقد يكون أجنبيا ويملك رفض قبول مهمة التحكيم ولا يعتبر منكرا للعدالة (محمود، 2007، صفحة 30)، وهو لا يملك سلطة الأمر التي يتمتع بها القاضي فلا يستطيع توقيع الجزاءات على الخصوم أو الشهود، فضلا عن أن المحكم لا يلتزم بالأشكال الإجرائية، ولا بقواعد القانون الموضوعي في حالة إذا أعفاه الخصوم من التقيد بها (الفزايري، صفحة 78) .

وقد اعتنقت محكمة النقض الفرنسية فكرة الطبيعة العقدية للتحكيم في حكم لها صادر سنة 1928 (خالد، 2006، صفحة 55)، كما أيدت فكرة انسحاب الطبيعة التعاقدية على قرارات التحكيم الصادرة بناء على اتفاق التحكيم في حكمها الصادر في 1937/07/27 " **إن قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشارطة التحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشارطة وتنسحب عليها صفتها التعاقدية**" (الفزايري، صفحة 78)

ولم يكتف أنصار 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 فهو ليس عملا قضائيًا وإنما عملا مختلفا يجد أساسه في عقد يستند إلى إرادة الأطراف ويستمد آثاره من الاتفاق على التحكيم.

وتشابه وظيفة المحكم مع وظيفة السلطة القضائية يشكل تشابهًا ظاهريًا لا يصلح أن يكون أساسا لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم. فالمحكم يقوم بوظيفته بناءً على اتفاق خاص تم تعيينه بموجبه ويتقاضى أتعابه من أطراف هذا الاتفاق وهذا يشكل اختلافًا جوهريًا بينه وبين القاضي الذي تعينه الدولة (أشجان، صفحة 15).

واستند أنصار النظرية العقدية على أسانيد متعددة في تدعيم الطبيعة العقدية لحكم التحكيم تعتمد على الدور الجوهري الذي تمثله إرادة الأفراد في التحكيم وعلى الفرق بين هذا الحكم والحكم القضائي تأسيسًا على أن المحكم لا يتمتع بسلطات القاضي من هذه الأسانيد:

2.1- أساس اللجوء إلى التحكيم بوصفه وسيلة لحل النزاع هو اتفاق أطراف النزاع

على ذلك سواء كان هذا الاتفاق شرطًا أم مشارطة تحكيم .حيث تعد إجراءات التحكيم والحكم المنهي للنزاع والصادر بناء على هذه الإجراءات جزءًا لا يتجزأ من هذا الاتفاق (ابراهيم، 1994، صفحة 21).

2.2- رغبة أطراف النزاع في حل النزاع القائم بينهم وديًا عن طريق اللجوء إلى

التحكيم واختيار هيئة تحكيم تتولى إنهاء هذا النزاع بإصدار حكم يكون محلا لقبولهم (محمود السيد عمر، 2003، صفحة 273).

2.3- المحكم يقوم بمهمته بصفته وكيلا أو مفوضًا عن أطراف النزاع، والحكم الصادر يعد عقدا مبرما بين هؤلاء الأطراف ويتم تنفيذه بأمر من المحكمة المختصة، كما هو الحال بالنسبة للحكم الذي يتطلب تنفيذه إجراءات تنفيذية خاصة (ناجي، 1994، صفحة 85).

2.4- أساس تمتع حكم التحكيم بحجية الشيء المقضي به يرجع إلى وجود اتفاق ضمني بين أطراف اتفاق التحكيم على الالتزام بالحكم الصادر عن المحكم، والالتزام بعدم إعادة عرض النزاع على القضاء (رمضان، 2016، صفحة 32).

2.5- لأطراف النزاع الاتفاق على تنفيذ حكم التحكيم دون الحصول على أمر بتنفيذه من المحكمة المختصة إذا صدر وفقًا للشروط والإجراءات المتفق عليها بينهم على اعتبار هذا الحكم أثر لاتفاق التحكيم (رمضان، 2016، صفحة 35).

2- النظرية القضائية.

يرى أنصار هذه النظرية اسباغ الطابع القضائي على التحكيم واعتباره نوعا من القضاء بحيث لا يعدو كونه شكلا خاصا لممارسة العدالة... ذلك أن أطراف النزاع عندما يتفقون على اللجوء إلى التحكيم لا يتنازلون عن حق التقاضي، ولا يستهدفون عدم الخضوع لقواعد القانون أو عدم تطبيقها على نزاعاتهم، وإنما يعدلون عن اللجوء للقضاء الرسمي للدولة لصالح نوع آخر من القضاء هو التحكيم الذي يعد بمثابة نوع من القضاء الخاص (رمضان، 2016، صفحة 25).

كما يرى أنصار هذه النظرية أن تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم يكون بتغليب المعايير الموضوعية المتمثلة في المهمة التي يقوم بها المحكم، والغرض من هذا النظام وليس بتغليب المعايير الشكلية أو العضوية بالرغم أن القضاء مظهر لسيادة الدولة الحديثة يمارس بوساطة سلطات قضائية مخصصة لذلك، فإن القوانين أجازت للأفراد الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم واختيار محكم يتولى مهمة الفصل في النزاع بدلا من القضاء. (عمر ا.، 2003، صفحة 02)

كما يرى مؤيدو هذا الاتجاه انه مادام جوهر القضاء هو تطبيق ارادة القانون بواسطة الأطراف، وان الاصل في التحكيم عمل المحكم الذي يقوم بذات الوظيفة التي يقوم بها قضاء الدولة وينظر النزاع بذات

الاجراءات التي يمر بها امام القاضي ثم ينتهي الى حكم يشبه تماما الحكم القضائي. (محمد سعيد، 2016، صفحة 10)

كما يعدون مركز الثقل في نظام التحكيم هو حكم التحكيم، وليس اتفاق التحكيم لأن المحكم يؤدي العدالة في إطار سيادة الدولة وبتفويض منها، وهذه العدالة يمكن أن تتحقق من خلال القضاء العام الذي تتولى الدولة إقامته وتنظيمه أو من خلال القضاء الخاص المتمثل في نظام التحكيم الذي تقره الدولة لهذا النوع من القضاء، مع الاعتراف بالارتباط بين حكم التحكيم واتفاق التحكيم الذي أدى إلى صدور هذا الحكم، لكن هذا لا ينفي الطبيعة القضائية للتحكيم لكنه يفسر بعض الاستثناءات التي يتميز بها هذا القضاء الخاص عن القضاء العام، مثل جواز الطعن في حكم التحكيم بدعوى البطلان (الفزايري، صفحة 69)فالسلطة القضائية سلطة قائمة بذاتها بغض النظر عمن يتولاها، تمنحها الدولة إلى الأشخاص بالطرق التي يحددها القانون، إما بصورة دائمة، وإما بصورة مؤقتة كالمحكم الذي تمنح له بسبب طبيعة المهمة التي يقوم بها (عمر غ.، 2005، صفحة 67)، والمحكم بوصفه قاضيًا خاصًا لا يملك سلطة الجبر في مواجهة الأطراف والغير (حفيظة، صفحة 19)، والسبب في ذلك هو أن المحكم يقوم بوظيفة القاضي بصفة مؤقتة حين النظر في النزاع مما يتطلب عدم منحه كامل سلطات القاضي، وحكم التحكيم لا يقبل التنفيذ الجبري إلا بعد صدور أمر التنفيذ من المحكمة، وهذا لا يغير من طبيعته القضائية، ولا يعيبه إنما تقتضيه طبيعة الأمور، لأن الإجراءات المتعلقة بتنفيذ حكم التحكيم تتعلق باختصاص المحاكم على نحو قاصر، وأطراف النزاع الذين يمكنهم الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم دون القضاء لحسم النزاع لا يمكنهم منح المحكم سلطة إصدار أمر بتنفيذ الحكم. والهدف من إصدار هذا الأمر هو التأكد من مراعاة حكم التحكيم للشروط التي يتطلبها القانون، والتأكد من مدى التزام المحكم بالقواعد القانونية المتعلقة باتفاق التحكيم وإجراءاته (السيد، صفحة 44)

كما استند أنصار النظرية القضائية على أسانيد متعددة تعتمد على قواعد مشتركة بين التحكيم والقضاء تؤيد اعتبار حكم التحكيم حكما قضائيًا، من هذه الأسانيد:

3.1- العمل الذي يقوم به المحكم هو ذات العمل الذي يقوم به القاضي، والمتمثل في

الفصل في النزاع، وهذا يتطلب ترجيح المعيار الموضوعي على المعيارين الشكلي والعضوي في تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم (محمود السيد عمر، 2003، صفحة 324). فكل منهما يقوم بتطبيق قواعد القانون أو قواعد العدالة من أجل الفصل في هذا النزاع، والحكم الصادر عنهما يعد حكمًا قضائيًا، وذلك خلافًا لما نادى به أنصار النظرية العقدية بأن حكم التحكم يعد أثرًا من آثار الاتفاق (محمود السيد عمر، 2003، صفحة 325) .

3.2- اختلاف الهدف بين نظام التحكيم ونظام القضاء في الدولة والذي نادى به

أنصار النظرية العقدية، لا يعد دليلا على الطبيعة العقدية لنظام التحكيم ونفي طبيعته القضائية لأن القضاء يهدف إلى حماية المصالح الخاصة شأنه شأن التحكيم (محمود السيد عمر، 2003، صفحة 325) الذي يحقق مصالح خاصة للخصوم، ومصالح عامة تتمثل في تخفيف العبء الكبير الملقى على عاتق المحاكم بسبب كثرة القضايا المرفوعة أمامها (الفزايري، صفحة 68).

3.3- التحكيم والقضاء يسيران في ركاب قواعد اجرائية تكون واحدة في جوهرها،

وان اختلفت احيانا في مصدرها، سواء من ناحية احترام المبادئ الأساسية في التقاضي والمتمثلة في حقوق الدفاع والمساواة والمواجهة بين الخصوم أم من ناحية احترام المحكم للمواعيد المحددة للقيام بهذه الإجراءات والتزامه بفحص الأدلة والبينات المقدمة من الخصوم، وغيرها من الإجراءات والحكم الصادر بناء على هذه الإجراءات يعد حكمًا قضائيًا. (لزهر، 2014، صفحة 22)

3.4- الطعن في حكم التحكيم عن طرق رفع دعوى البطلان لا ينفي طبيعته

القضائية، فالحكم القضائي المنعدم يمكن إبطاله بهذه الدعوى (أحمد، 2001، صفحة 204)، ويكون الحكم القضائي منعدمًا إذا فقد ركنًا من أركانه الأساسية، كصدوره من محكمة غير مشكلة تشكيلا قانونيًا صحيحا أو صدر ضد شخص متوفى (أحمد، 2001، صفحة 210).

3.5- تدخل قضاء الدولة لمنح حكم التحكيم أمر التنفيذ لا ينفي طبيعته القضائية شأنه

في ذلك شأن منح أمر التنفيذ للحكم القضائي الأجنبي حينما يراد تنفيذه في الداخل. (محمد سعيد، 2016، صفحة 10)

3- النظرية المختلطة.

يرى أنصار هذه النظرية أن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم يتم من خلال تحديد الطبيعة المركبة للتحكيم والتي تجمع بين الصفتين العقدية والقضائية (رمضان، 2016، صفحة 28) ، فالطبيعة العقدية تجد أساسها في اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم للفصل بالنزاع القائم بينهم، وهذا يتطلب احترام هذا الاتفاق انطلاقًا من احترام مبدأ سلطان الإرادة، والطبيعة القضائية تجد أساسها في الفصل في هذا النزاع وفقًا لإجراءات قضائية يصدر بناء عليها حكم قضائي والتحكيم قالب قانوني يحتوي عملين هما : اتفاق التحكيم وقضاء التحكيم، الفاعل فيهما مختلف الأول: يحدثه أطراف النزاع والثاني: يحدثه المحكم (محمد سعيد، 2016، صفحة 13)، وجهد الفقيه ينبغي ألا يتوجه إلى إدماج أحدهما في الآخر (محمد، 1998، صفحة 46) .

وقد أيد هذه النظرية طائفة من الفقه (شفيق، 1973، صفحة 73)، ذاهبين الى التوفيق بين النظريتين العقدية والقضائية، على سند من القول بأن:

1- التحكيم ذو طبيعة مختلطة، فهو يبدأ باتفاق، ويمر بإجراء، وينتهي بحكم. وفي كل مرحلة من هذه المراحل الثلاث، يلبس ثوبا مختلفا.

2- إن النظريتين العقدية والقضائية، قد أخطأتا، عندما حاولتا، أن تضفيا على نظام التحكيم في مجمله، الطبيعة الخاصة لمرحلة واحدة من مراحل هذا النظام، وإهمال ما عداها من المراحل، ذلك أن كل مرحلة تؤثر في المرحلة الأخرى من مراحل التحكيم، فهو في حقيقته، ليس من طبيعة تعاقدية محضة، ولا يعتبر أيضا من طبيعة قضائية محضة، وإنما هو نظام مختلط، يبدأ باتفاق، ويمر بإجراء، وينتهي بقضاء.

إلا ان بداية ظهور الاختلاف داخل هذا الرأي يدور حول تحديد اللحظة التي يتحول فيها التحكيم من الطبيعة العقدية إلى الطبيعة القضائية، ولحل هذا الاختلاف فقد ذهب البعض إلى القول بأن قرار المحكم، وان اعتبر عقدا قبل صدور أمر التحكيم إلا أنه يصبح بهذا الأمر حكما قضائيا، ويرى البعض

الآخر أن هذين الطابعين معا يعتبران قائمان منذ الاتفاق على التحكيم وحتى الانتهاء منه بتنفيذ حكم المحكم (راغب، 1994، صفحة 133).

واستندت هذه النظرية على الدور الجوهري الذي، تمثله إرادة أطراف النزاع وعلى المهمة القضائية التي يقوم بها المحكم، من هذه الأسانيد:

4.1- كل من النظريتين العقدية والقضائية أصابت جزءًا من الحقيقة، لكن الأخذ بإحداهما دون الأخرى يؤدي إلى صعوبات كثيرة، مما يتطلب عد نظام التحكيم ذا طبيعة مختلطة تجمع بين هاتين النظريتين (محمود السيد عمر، 2003، صفحة 598).

4.2- الأخذ بالنظريتين معًا هو أمر مرغوب فيه لتشجيع اللجوء إلى التحكيم؛ لأن إعطاء نظام التحكيم الطبيعة العقدية يمنح الأفراد حرية اختيار المحكم الذي سيتولى الفصل في النزاع واختيار الإجراءات الواجب إتباعها عند قيامه بذلك، وهذا يشعرهم بتميز نظام التحكيم عن باقي أساليب فض النزاع وإعطائه الطبيعة القضائية يمكن الدولة من فرض الرقابة على التحكيم الذي يجرى على أراضيها (البديع، 2002، صفحة 28).

4.3- الطبيعة المختلطة هي التي تفسر لنا الأحكام التي تبدو معارضة في داخل نظام التحكيم مثال ذلك :احترام المحكم لحقوق الدفاع ولمبدأ المواجهة والتزامه بتسبيب الحكم وسلطته في إدارة جلسات التحكيم تفسره الطبيعة القضائية، أما الطعن في حكم التحكيم بدعوى البطلان وإمكانية اختيار المحكم وتحديد إجراءات التحكيم من قبل أطراف النزاع تفسرها الطبيعة العقدية (محمد سعيد، 2016، صفحة 14).

4.4- التحكيم يتمتع بالطبيعة المزدوجة استنادًا إلى مصدره المتمثل في الاتفاق على اللجوء إليه، سواء كان شرط تحكيم أم مشارطة، وإلى وظيفته القضائية المتمثلة في حسم النزاع بحكم له آثار الحكم القضائي (داود، 2011، صفحة 41).

4.5- استند أنصار الرأي القائل: بأن حكم التحكيم، يعد حكمًا قضائيًا بعد صدور أمر

تنفيذه إلى العلاقة بين حجية حكم التحكيم وقوته التنفيذية، لأن هذه القوة، والتي لا يتمتع بها حكم التحكيم إلا بعد صدور أمر بذلك من الجهة القضائية المختصة، هي التي تمنح هذا الحكم حجية الأمر المقضي به (الفزايري، صفحة 80).

4- النظرية المستقلة الخاصة

يرى أنصار هذه النظرية أن نظام التحكيم مستقل بنظامه وأصالته في حل النزاعات، فقد ظهر التحكيم في المجتمعات البدائية قبل القضاء واستمر وما زال قائما بعد ظهور القضاء، وهو نظام منتشر في كل دول العالم، وفضلا عن ذلك ظهرت هيئات وغرف ومراكز التحكيم، الامر الذي جعله قضاء موازيا لقضاء الدولة ولكنه مستقل عنه (عبد الباسط، 2008، صفحة 26).

كما يعتبرون أنصار هذه النظرية التحكيم ذو طبيعة خاصة، ويجب النظر إليه نظرة مستقلة، ولا يمكن تفسيره في ضوء المبادئ التقليدية لمحاولة ربطه بالعقد أو بالحكم القضائي الصادر عن القضاء في الدولة (محمود السيد عمر، 2003، صفحة 24) ،ولا يمكن إدماج هذا النظام في أنظمة قانونية يتشابه معها في أمور ويختلف عنها في أمور أخرى (محمود السيد عمر، 2003، صفحة 604).

وفي الأحوال التي يكون فيها المحكم ملزمًا بالحكم وفقًا للقانون، وحل النزاع يتطلب خبرة فنية خاصة أو دراية بالأعراف الجارية في مجال تجارة أو صناعة أو مهنة معينة، فإن خصوصية نظام التحكيم تنعكس على الحل الموضوعي للنزاع وتفرز حكمًا يستجيب لمقتضيات هذه الصناعة أو التجارة أو المهنة، ولا يكون مجرد تطبيق لنصوص قانونية جامدة (شحاتة، 1994).

استند أنصار النظرية في تأييدهم للطبيعة المستقلة لحكم التحكيم ولتمتعه بنظام خاص به على أسانيد متعددة تتلخص في إبعاد هذه الطبيعة عن فكرة العقد التقليدية، وعن فكرة القضاء، وعن كلا الفكرتين معًا.

من هذه الأسانيد:

5.1- يؤكد الطبيعة المستقلة والخاصة لنظام التحكيم، أن هذا النظام أقرته القوانين

الداخلية وأنظمة ولوائح مراكز التحكيم الدائمة المنتشرة في مختلف دول العالم وفي المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم سواء كانت معاهدات ثنائية أم جماعية

5.2- العقد ليس هو جوهر التحكيم بدليل وجود التحكيم الإجباري الذي يلزم أطراف النزاع باللجوء إليه بموجب القانون، وبدليل أن المحكمين لا يعينون باتفاق الأطراف أحيانا إنما قد يتم تعيينهم بواسطة المحكمة المختصة أو مراكز التحكيم (عبد الباسط، 2008، صفحة 60).

5.3- القضاء سلطة من سلطات الدولة يباشرها القاضي بهدف سيادة النظام والقانون أما التحكيم فله وظيفة اجتماعية واقتصادية تتمثل في التعايش السلمي بين أطراف النزاع في المستقبل. ومن ثم، عدم الزج بهذا النظام ضمن الأفكار التقليدية كالعقد والقضاء (رمضان، 2016، صفحة 27).

5.4- يختلف نظام التحكيم عن نظام القضاء من حيث البناء الداخلي، حيث يتولى القانون تنظيم القضاء عضويًا وإجرائيًا عن طريق قواعد عامة، تحدد أنواع المحاكم، وكيفية تشكيلها، وتحدد قواعد الاختصاص الدعاوى التي تختص كل محكمة بصلاحية النظر فيها، وتبين قواعد التقاضي، الإجراءات الواجب مراعاتها من قبل هذه المحاكم، وبهذا تنشأ محاكم دائمة لنظر الدعاوى وفقًا لقواعد الاختصاص والتقاضي المعدة مقدمًا لهذه الدعاوى، أما التحكيم فهو أسلوب خاص للفصل في النزاع من قبل فرد أو هيئة، تشكل خصوصًا لهذا النزاع، بحيث يترك لأطراف النزاع أو المحكمين تحديد الإجراءات التي يرونها ملائمة للنزاع دون الإخلال بالمبادئ الأساسية للتقاضي (خالد، 2006، صفحة 60).

4.5- القانون لم يعد المحكم قاضيًا، لأن المحكم يخضع لنظام قانوني يختلف عن النظام القانوني الذي يخضع له القاضي، فالمحكم لا يمتلك سلطة الأمر والجبر ولا يشترط فيه ما يشترط في القاضي من صفات كالسن والجنسية والمؤهلات العلمية وغيرها من الشروط، ولا يعد منكرًا للعدالة إذا امتنع عن القيام بعمله (محمود السيد عمر، 2003، صفحة 631).

6- خاتمة:

بعد دراسة النظريات التي قيلت بصدد تحديد الطبيعة القانونية لحكم التحكيم بمضمونها وأسانيدها واستعراض آراء الفقهاء المختلفة، يرى الباحث أن حكم التحكيم يتسم بالطبيعة الخاصة والمستقلة، فهذه الطبيعة يجب أن لا تفسر بفكرة العقد أو بفكرة القضاء أو بالفكرتين معًا، إنما يجب أن تفسر بالطبيعة الخاصة له نظرًا لما له من خصائص تميزه عن العقد وعن الحكم القضائي، وصدور هذا الحكم بناء على إجراءات ذات طبيعة قضائية، وترتيبه بعض الآثار الذي يرتبها الحكم القضائي تقتضيها طبيعة نظام التحكيم بوصفه وسيلة لحل النزاعات تكفل استقرار الحقوق والمراكز القانونية لأطراف هذه النزاعات.

وبالتالي فإن أنسب هذه النظريات هي نظرية الطبيعة المستقلة، وذلك بسبب مرونتها وتماشيها مع الواقع العملي، لاعتمادها على المنهج التحليلي بإعطاء كل مرحلة وصفها المناسب،

وبما ان التحكيم يمثل وسيلة مستقلة لحل النزاعات دون أن تكون تصرفا قانونيا أو عملا قضائيا، ولما كان اللجوء إلى التحكيم يزداد في العلاقات التجارية الدولية من أجل تجنب الخضوع لقانون وقضاء وطنيين بشأن موضوع النزاع وإجراءات التحكيم، فان ما يلائم هذا الهدف، وبحسب رأي الباحث، ألا يخضع التحكيم برمته لأي قانون وطني بدأ من اتفاق التحكيم وانتهاء بحكم التحكيم، فلا مناص إذن من خضوع التحكيم لقواعد مستمدة من مصادر غير وطنية.

كما يرى الباحث أنه يجب إحداث هيئة استئناف دولية مستقلة تكون هي جهة الطعن الوحيدة بأحكام التحكيم، وبالتالي خلق نظام تحكيمي رائع يعمل على توحيد القوانين الوطنية والدولية.

بعد دراسة النظريات التي قيلت بصدد تحديد الطبيعة القانونية لحكم التحكيم بمضمونها وأسانيدها واستعراض آراء الفقهاء المختلفة، يرى الباحث أن حكم التحكيم يتسم بالطبيعة الخاصة والمستقلة، فهذه الطبيعة يجب أن لا تفسر بفكرة العقد أو بفكرة القضاء أو بالفكرتين معًا، إنما يجب أن تفسر بالطبيعة الخاصة له نظرًا لما له من خصائص تميزه عن العقد وعن الحكم القضائي، وصدور هذا الحكم بناء على إجراءات ذات طبيعة قضائية، وترتيبه بعض الآثار الذي يرتبها الحكم القضائي تقتضيها طبيعة نظام التحكيم بوصفه وسيلة لحل النزاعات تكفل استقرار الحقوق والمراكز القانونية لأطراف هذه النزاعات.

وبالتالي فإن أنسب هذه النظريات هي نظرية الطبيعة المستقلة، وذلك بسبب مرونتها وتماشيها مع الواقع العملي، لاعتمادها على المنهج التحليلي بإعطاء كل مرحلة وصفها المناسب،

وبما ان التحكيم يمثل وسيلة مستقلة لحل النزاعات دون أن تكون تصرفا قانونيا أو عملا قضائيا، ولما كان اللجوء إلى التحكيم يزداد في العلاقات التجارية الدولية من أجل تجنب الخضوع لقانون وقضاء وطنيين بشأن موضوع النزاع وإجراءات التحكيم، فان ما يلائم هذا الهدف، وبحسب رأي الباحث، ألا يخضع التحكيم برمته لأي قانون وطني بدأ من اتفاق التحكيم وانتهاء بحكم التحكيم، فلا مناص إذن من خضوع التحكيم لقواعد مستمدة من مصادر غير وطنية.

كما يرى الباحث أنه يجب إحداث هيئة استئناف دولية مستقلة تكون هي جهة الطعن الوحيدة بأحكام التحكيم، وبالتالي خلق نظام تحكيمي رائع يعمل على توحيد القوانين الوطنية والدولية.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا / قائمة المراجع:

أ. المؤلفات:

1- التحيوي محمود السيد عمر، مفهوم الاثر السلبي للاتفاق على التحكيم شرطا كان ام مشارطة – الوسيلة الفنية لأعماله ونطاقه، دون طبعة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2003.

2- التحيوي، محمود السيد عمر، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.

3- الحداد حفيظة السيد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة، الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون تاريخ النشر.

4- الزعبي محمد داود، دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2011.

5- عبد الباسط الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، الطبعة الثانية، المكتب الجامعي الحديث الاسكندرية، سنة 2008.

6- آمال أحمد الفزايري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1998.

7- بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007.

8- بن سعيد لزهر، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، مطبعة دار هومة، 2014.

9- شعبان أحمد رمضان، نطاق الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الادارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.

10- غصن، خليل عمر، سلطة المحكم الأمرية في التحكيم الداخلي، ط 1ب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2005.

11- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973.

12- محمد حامد فهمي، تنفيذ الأحكام والسندات التنفيذية والحجوز التحفظية، الطبعة الثانية، مطبعة فتح الله الياس نوري، القاهرة، 1940.

13- محمد سعيد الشيبة المري، خصوصية خصومة التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.

ب– الرسائل الجامعية:

1- خالد احمد حسن، بطلان حكم التحكيم، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2006.

2- أشجان فيصل شكري داود، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به، رسالة ماجيستير، جامعة النجاح الوطنية. كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2008.

ج- المقالات في المجلات:

1- ابراهيم شحاتة نبذة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية والاستثمار الدولي، مجلة مصر المعاصرة العدد 418 اكتوبر 1994.

2- وجدي راغب، هل التحكيم نوع من القضاء دراسة انتقادية لنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 17، العدد الأول والثاني، مارس ويونيو، الطبعة الثانية، 1994.