جامعة 20 أوت 1955–سكيكدة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الطبيعة القانونية للتحكيم

مذكّرة مكملة نيل شهادة الماستر تخصص: قانـون أعمـــال

من تقديم الطالب(ة):

بودبزة رانية

بوكبير مروى

تحت إشراف:

د/ بوالصلصال نور الدين

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
أ.د/ لنكار محمود	أستاذ تعليم عالي	رئيسا
د/بوالصلصال نور الدين	أستاذ محاضر	مشرفا و مقررا
أ.د/تياب نادية	أستاذ تعليم عالي	مناقشا

دورة جوان 2023

شكـــــر وتقديـــــر

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

بعد شكر الله عز وجل وصلاة وسلام على النبي محمد المبعوث رحمة وهادي للعالمين نتقدم بأسمى آيات الشكر والتقدير إلى الأستاذ الفاضل

"بوالصلصال نور الدين " لتفضله بالإشراف على هذه الدراسة فقد نال موضعا للبحث اهتمام سيادته ونلنا شرف الإفادة من علمه الغزير وخبرته الثرية فكان عطاء سيادته زاخرًا بعمق الرؤية العلمية في دقة الملاحظات والإرشادات والحرص على التأصيل والمتابعة والمراجعة الدقيقة التي ساهمت في إتمام هذه الدراسة فجزاه الله عنا خير الجزاء.

كما نتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة والحكم على هذه الدراسة لتفضلهم وقبولهم مناقشة هذا البحث وإبرازه بشكله العلمي المناسب والشكر والتقدير موصول لكل من أسهم في تسهيل مهمتنا العلمية.

اهـداء

الحمد الله وكفى والصلاة على الحبيب المصطفى وأهله ومن وفى أما بعد
الحمد الله الذي وفقنا للوصول إلى أخر خطوة في مسيرتنا الدراسية فهذه المذكرة هي ثمرة جهدنا وتعب سنوات

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى من سهرت ليالي طويلة من اجل راحتي ومن إستيقظت فجرا من أجل الدعاء لي والتي لو لها لما وصلت إلى هذا النجاح ..... ***أمي الحبيبة***
إلى الانسان الذي علمني كيف يكون الصبر طريقا للنجاح السند

والقدوة ..... ***أبي الغالي*** *أطال الله في عمره*

إلى من قضيت معهم أجمل أيام حياتي وعشت معهم أحلى الذكريات فكانوا أسعد الناس بنجاحي وسندي وقت غياب والدي إخوتي ..... ***مهدي ومحمد***
وزوجاتهم الغاليتين على قلبي ..... ***ميما ومنال***

إلى من ساعدني لإنجاز هذه المذكرة .... ***معتز***

إلى من تعرفت عليهم في مشواري الدراسي وكانوا أفضل الأصدقاء... ***شيماء منى، صفاء، رانية، سولاف، إكرام، صبري***

وكل فرد ***من عائلة بودبزة وعائلة بودردارة***

وأخيرا إلى كل من علمني حرفا في هذه الدنيا الفانية وكل من شجعني وساندني حتى لو بكلمة طيبة.

رانية

اهـداء

بسم الله الرحمن الرحيم

الى من كان معي في كل لحظة. الى من دعوته وأجاب ووثقت به وأكرمني

الى خالقي ربي الحمد لك على كل النعم على الوصول والتمام..... الحمد لله

*الى الأرواح الطاهرة التي أفتقدها وأحن اليها ... والذكرى الطيبة التي لم ولن تفارقني أبدا ..... **عمتي نورة وليلى رحمهما الله وأسكنهما فسيح جناته***

الى من كلله الله بالهيبة والوقار.... الى من أحمل اسمه بافتخار

*الى من عمل لأجلي..... **أبي حفظه الله وأطال عمره***

*الى العشق المقدس والملاك الطاهر. الى الغالية التي لا نرى الأمل الا في عينيها فكل الناس مياه.... **ووحدك زمزم يروي فؤادي يا أمي حفظك الله وأطال عمرك***

*الى من هم ظل وسكينة. وسندي عندما يجور دهري.... **أخوتي محمد وياسر***

*الى اليد اليمين. والضلع الثابت الذي لا يميل..... **أختي اكرام***

*الى صديقات المواقف والأيام. الى من وقفوا بجانبي في ساعة بكت فيها عيني ودمع بها قلبي..... **سارة ولينة***

الى كل عائلتي وكل من شجعني وحفزني...

الى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي المتواضع ***مروى***

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

قائمة المختصرات

ج	الجزء
ص	صفحة
ص ص	صفحة صفحة
ط	الطبعة
ع	العدد
مج	المجلد
ج ر ج ج	الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية

مقدمة

تشهد العلاقات القانونية في هذه الفترة توجها واضحا نحو إعتماد التحكيم وسيلة لحل النزاعات الناشئة عنها، حيث يتفق الأطراف على إخراج نزاعات معينة قائمة أو مستقبلية من إختصاص قضاء الدولة، وإسناد مهمة الفصل فيها بحكم ملزم إلى شخص أو أشخاص عاديين يعينهم الخصوم – كقاعدة – الأمر الذي جعل من مسألة البحث عن الطبيعة القانونية لهذه الوسيلة البديلة ضرورة ملحة لما تشكله من أهمية خاصة في المعرفة الدقيقة لجوهر التحكيم وتحديد ماهيته، وكذا معرفة الأسباب التي تقف وراء اختيار التحكيم بدل القضاء، فضلا عن معرفة مصدر القوة الإلزامية التي يتصف بها قرار التحكيم.

تجدر الإشارة إلى أنه، وبالنظر إلى عدم إختيارنا لموضوع دراستنا بحكم التنظيم الجاري به العمل في طور الماستر الذي يسند مهمة إقتراح مواضيع المذكرات إلى فريق التكوين بإشراف ومصادقة الهيئات العلمية، فقد ظهر لنا في البداية موضوع الدراسة غامضا وغير محدد. إلا أننا ومع إطلاعنا على مختلف الجوانب ذات الصلة بموضوع دراستنا، فقد بدت لنا مدى الفائدة العلمية التي يمكن إكتسابها من خلال هذه الدراسة، ومدى تماشيها مع ميولتنا الشخصية، الأمر الذي جعلنا نتبنى الموضوع.

وتهدف هذه الدراسة إلى إلقاء الضوء على مختلف الآراء الفقهية التي تناولت موضوع الطبيعة القانونية للتحكيم وصولا إلى معرفة الطبيعة الحقيقية لهذا الطريق البديل حتى يمكننا فهم كل ما يلحق في العملية التحكيمية لكون التحكيم نظام تعاقدي في نشأته وقضائي في وظيفته.

أما بالنسبة للدراسات السابقة، ولئن تناولت العديد من المراجع والبحوث العلمية طبيعة التحكيم، إلا أن أغلبها تناولت هذه الطبيعة كجزئية صغيرة من جزئيات الدراسة المعنية، وهو ما تطلب منا جهد كبير في تجميع مختلف جوانب موضوع الدراسة وإخراجها في صيغتها النهائية.

ومن بين هذه الدراسات القليلة المتخصصة في الموضوع نذكر على سبيل المثال:

- أشجان فيصل شكري داود، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وأثاره وطرق طعن به (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح نابلس فلسطين، 2008.
- رامي وليد عبابنة، الطبيعة القانونية لقرارات التحكيم التجاري الدولي وتنفيذها، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، قسم القانون، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، 2005.

من الصعوبات التي واجهتنا في إعداد دراستنا هي:

- غلبة الطابع الفقهي لموضوع الدراسة جعل من مهمة إستيعاب التوجهات الفقهية التي تناولت موضوع المذكرة مسألة غاية في الصعوبة.
- صعوبة الوقوف على الأحكام المتعلقة بالبحث لكونها متضمنة ليس وحسب في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بل تمتد إلى الأحكام المتعلقة بالعقد الواردة في القانون المدنـي وهو الأمر الذي يشكل صعوبة لتقاطع القانونين في موضوع الدراسة.
- غموض فكرة الطبيعة القانونية للتحكيم ذاته، فهو بناء قانوني تختلط فيه ثلاث إرادات مركبة ومتتابعة، إرادة المشرع، وإرادة أطراف النزاع، وفي بعض الأحيان إرادة المحكمين الأمر الذي يجعل من الوصول إلى فكرة واضحة أمرا صعبا.

ولما كان التحكيم يضم عملين أساسيين متطلبين في أي تحكيم، الأول يقوم به طرفا النزاع وهو الإتفاق على التحكيم، والثاني يقوم به المحكم والمتمثل في البت في النزاع بحكم يحوز حجية الأمر المقضي لذلك، فإن دراستنا تهدف إلى الإجابة عن إشكالية أساسية تتمثل في: ماهي الطبيعة القانونية للإختصاص التحكيمي؟

وعليه، فإن الإجابة عن الإشكالية المطروحة تقتضي المزاوجة بين المنهج الوصفي والتحليلي، وذلك من خلال تحليل مختلف الآراء الفقهية التي تضبط جزئيات البحث.

ولحل الإشكالية التي يطرحها هذا البحث، فقد رأينا تقسيم موضوع هذه الدراسة إلى فصلين رئيسيين نبحث في الفصل الأول منه عن النظريات الأحادية التي تناولت طبيعة التحكيم حيث نخصص المبحث الأول من هذا الفصل إلى دراسة النظرية العقدية. أما المبحث الثاني فسنكرسه لعرض النظرية القضائية.

أما الفصل الثاني، فسنخصصه لبحث النظريات الثنائية، عن طريق التعرض في المبحث الأول منه إلى النظرية المختلطة الجامعة بين النظرية العقدية والقضائية، ثم التعرض في مبحث ثان إلى النظرية المستقلة التي ترى في التحكيم نظاما متميزا عن العقد وعن القضاء.

وقبل أن نتصدى لدراسة هذين الفصلين، كان لزاما علينا أن نتناول في فصل تمهيدي مفهوم وأساس التحكيم.

في ضوء ما سبق، سنقسم هذه الدراسة على النحو المبين أدناه:

فصل تمهيدي: ماهية وأساس التحكيم

الفصـل الأول: النظريات الأحادية لطبيعة التحكيم

الفصل الثاني: النظريات الثنائية لطبيعة التحكيم

فصل تمهيدي: ماهية وأساس التحكيم

فصل تمهيدي:
ماهية وأساس التحكيم

لقد عرف قضاء الدولة بسبب الإجراءات التي يتميز بها تزايدا كبيرا في عدد القضايا المعروضة عليه، ما جعل الفكر القانوني يتجه نحو البحث عن طريقة جديدة للفصل في المنازعات الثي تثور بعيدا عن قضاء الدولة، وهذا ما تجسد من خلال الإهتمام الكبير بالتحكيم كوسيلة بديلة لقضاء الدولة على المستوى الفقهي والتشريعي الدولي والوطني.

وأمام هذه الأهمية المتزايدة للتحكيم كأداة بديلة لقضاء الدولة، كان من اللازم علينا التعرض لماهيتها وتطورها وذلك قبل التطرق لطبيعتها، وذلك من خلال مبحثين نتناول فيهما مفهوم التحكيم **(المبحث الأول)** وخصائص التحكيم **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول: مفهوم التحكيم

لتبيان وإبراز مفهوم التحكيم كوسيلة لفض المنازعات بين الأطراف المتعاقدة، سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول تعريف التحكيم، وفي المطلب الثاني تتطرق إلى خصائص التحكيم.

المطلب الأول: تعريف التحكيم

سوف نتناول في هذا المطلب تعريف التحكيم لغة كفرع أول، وتعريف التحكيم إصطلاحا وقانونا في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف التحكيم لغة

يقصد بالتحكيم في اللغة العربية التفويض ويأتي بتشديد حرف الكاف مع الفتح،[1] فمصدره "الحكم" وتحكيمه في الأمر أي فوضه بالحكم فيه وتحكموا فيما بينهم، أي أمره بالحكم كما جاء في لسان العرب المحيط لإبن منظور يقال إن فلان حكم بيننا بمعنى قبلنا حكمه بيننا وحكمه في الأمر فحكم أي جاز حكمه[2]. كما جاء في قوله تعالى :{فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكمون فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما.[3]}

كما جاء في الحديث الشريف عن ابن عباس رضي الله عنهم " وإليك حاكمت."[4]

الفرع الثاني: التحكيم في الإصطلاح القانوني

لقد برز في تعريف وتحديد مفهوم التحكيم اتجاهين أساسيين:

الإتجاه الأول: يعرف التحكيم بأنه تسوية شخص أو أكثر لنزاع معين عهد إليه لتسويته باتفاق مشترك، كما يعرفه نفس الإتجاه بمجموعة من الإجراءات والعمليات التي تهدف إلى حل نزاعات القانون الخاص وفق اتفاق بين الأطراف المعنية من خلال قضاة خاصين لم يحددهم القانون بل يتم اختيارهم من قبل الأطراف[5].

الإتجاه الثاني: يعتقد هذا الإتجاه أن التحكيم هو طريقة تهدف إلى إعطاء حل لمسألة تتعلّق بالروابط بين شخصين أو أكثر من خلال شخص واحد أو أكثر (محكم أو محكمين) يستمدون السلطة من إتفاقية خاصّة والبت على أساسها دون التصريح للقيام بهذه المهمة من قبل الدولة.[6]

---

[1] طيب قبايلي، كريم تعويلت، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بلقيس، الجزائر ، 2004 ص9.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي (تنظيم وتطبيق مقارن)، دار النهضة العربية، ط 1 القاهرة، ص ص 10-11.

[3] سوره النساء، الآية 65.

[4] فتح الباري، شرح صحيح البخاري لإبن حجر العسقلاني، دار الريان للتراث، ج 3، القاهرة،1988، ص 5.

[5] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص14.

[6] المرجع نفسه، ص17.

المطلب الثاني: خصائص التحكيم

يتميز التحكيم بالعديد من الخصائص الإيجابية والسلبية، نتناول الإيجابية منها في الفرع الأول أما السلبية فسنخصص لها الفرع الثاني.

الفرع الأول: إيجابيات التحكيم

للتحكيم العديد من المزايا والفوائد، وهي كثيرة نذكر منها على سبيل المثال:

أولا: سرعة التصدي للمنازعات

يتميز التحكيم بسرعة الفصل في النزاعات، عكس نظام القضاء الذي يعاب عليه بطئه رغم تحقيقه للعدالة، إذ أن صاحب الحق لا يحصل على حقه إلا بعد مدة طويلة،[1] مما يترتب عليه إطالة أمد النزاعات، وهو الأمر الذي لا يتماشى مع طبيعة بعض المسائل منها التجارية.

ثانيا: المحافظة على العلاقات بين الخصوم

إن من أهم ما يتميز به التحكيم أن الأطراف يقبلون مقدما وعلى طيب خاطر ما تحكم به هيئة التحكيم بخصوص النزاع المعروض على التحكيم، فهم الذين أختاروهم ووثقوا بهم وأسندوا إليهم تلك المهمة مما يجعل حكمهم كأنه صادر من مجلس عائلي مما يكون له أثر كبير في نشر السلم الاجتماعي وإستقرار المعاملات وإزدهارها، وذلك خلافا للحكم القضائي الذي يصدر في ظل العداء التام ومحاولة كل طرف الظفر بالحكم مهما كان مخالفا للحقيقة.[2]

ثالثا: المحافظة على أسرار الخصوم

إذا كانت العلانية تعتبر من أهم الضمانات الجوهرية التي ينفرد بها القضاء العادي بالأمر فذلك على العكس تماما بالنسبة لنظام التحكيم، حيث تعتبر السرية من أهم مزايا هذا

---

[1] عبد الله محمد المحاميد، القيود الواردة على نظام التحكيم التجاري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2018، ص 11.

[2] عاشور مبروك، النظام الاجرائي لخصومة التحكيم، (دراسة تحليلية وفقا لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة)، مكتبة الجلاء الجديدة، ط2، المنصورة، 1998، ص ص 11-10.

النوع من القضاء الخاص، فتطبيق مبدأ العلانية بالنسبة للتحكيم يعني وضع حد للعلاقات سيما في بعض العلاقات التجارية منها.[1]

رابعا: تفادي الخوف حيال القضاء العادي

نظرا لأن الفصل في بعض المنازعات التي تتطلب خبرة ودراية كبيرة في مجال تقني معين، والتي لا تتوفر عادة لرجال القضاء العادي ذوي الثقافة القانونية البحتة، فإن التحكيم كوسيلة سلمية لحل النزاعات تعمل على تفادي ذلك الخوف بما تملكها هيئات التحكيم ومؤسساته من إمكانيات هائلة على المستوى الفني والاقتصادي.[2]

الفرع الثاني: مساوئ التحكيم

على الرغم من مزايا التحكيم، إلا أن له عيوب ومثالب نذكر أهمها أدناه:

أولا: التحكيم يخدم الدول المتطورة

يعتبر التحكيم آلية من آليات النظام الرأسمالي، وضع لصالح المستثمر الأجنبي والشركات العملاقة التي تعتبر طرفا هاما في الكثير من العقود الاقتصادية الدولية، وذلك لعدم تطبيق القوانين الوطنية للدول النامية، وجلبها لاختصاص وسلطة المحكم الذي غالبا ما ينتمي للدول المتطورة الرأسمالية، والذي لا يتمتع في الكثير من الحالات بالنزاهة اللازمة كما هو الوضع لدى القاضي.[3]

غير أن عدم موضوعية بعض المحكمين يمكن تلافيه بحسن إختيار المحكم، وبالتالي فهذه المسألة تقع على عاتق الأطراف أساسا باللجوء إلى مؤسسات ومراكز التحكيم غير المنحازة، إلا أنه وفي الكثير من الأحيان لا يمكن لهؤلاء المحكمين التخلص من ثقافتهم التي غالبا ما تكون ثقافة رأسمالية.[4]

---

[1] محمود مختار أحمد البريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط4، القاهرة، 2014، ص 11.

[2] عاشور مبروك، المرجع السابق، ص 13.

[3] طيب قبايلي، كريم تعويلت، المرجع السابق، ص40.

[4] حاتم خليفة بريسم العجيلي، "مقترح تطوير قانون التحكيم العراقي من خلال دارسة مقارنة بعض قوانين العربية"، **مجلة الهندسة والتنمية**، مج 16، ع 2، حزيران 2012 ص22.

ثانيا: التحكيم آلية مكلفة

يتميز التحكيم بإعتباره نظام رأسمالي بإرتفاع مصاريفه خصوصا في بعض مراكز التحكيم ومؤسساته. [1]

ثالثا: صعوبة تنفيذ القرار التحكيمي

قد يواجه القرار التنفيذي عند صدوره صعوبة في تنفيذه في الحالة التي يرفض فيها خاسر الدعوى التنفيذ الطوعي للقرار، مما يتحتم على الطرف الآخر اللجوء إلى القضاء من أجل تنفيذه.[2]

المبحث الثاني: أساس انعقاد الاختصاص للتحكيم والنتائج المترتبة عنه

تعتبر إتفاقية التحكيم هي أساس إسناد الإختصاص للتحكيم، وبالتالي فهي عماد التحكيم وركيزة التعاقد الخاصة به وفي غيابها لا يمكن الحديث عن التحكيم إطلاقا.[3]

وعليه، فإتفاقية التحكيم هي نقطة البداية في مصير التحكيم وهي الجوهر الأساسي في نظام التحكيم، وبوجودها ينسحب القضاء ليترك المجال للتحكيم للفصل في النزاع المتفق بشأنه على التحكيم،[4] وهو ما سنتطرق له في هذا المبحث من خلال مطلبين نتناول في المطلب الأول صورتي اتفاقية التحكيم. أما المطلب الثاني فسنخصصه لدراسة الآثار المترتبة عنها.

المطلب الأول: صورتي إتفاقية التحكيم

تعتبر إتفاقية التحكيم التعبير الحر إرادة الأطراف المتعاقدة سواء كانوا أشخاص طبيعيين أم أشخاص معنويين مؤهلين للجوء إلى التحكيم،[5] وقد تظهر إتفاقية التحكيم في صورة شرط

---

[1] طيب قبايلي، كريم تعويلت، المرجع السابق، ص 41.

[2] علي النعيمي،2021/03/10، التحكيم(3)، مزايا التحكيم وعيوبه , 2023/03/09، 9.30 AMالموقع الالكتروني الاتي ;

https://almerja.com/aklam/index.php?id=28662&fbclid=IwAR0k2CjAPQV3hEBd5JpqK1pOiRimq3_B_CuSHWZDNxLD_79a_wME5YzRZuA.

[3] كمال عليوش قربوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، بوساحة للطباعة والنشر والتوزيع، ط4، الجزائر,2017 ص 90.

[4] المرجع السابق، ص 90.

[5] المرجع نفسه، ص 90.

.

في العقد المبرم بين الطرفين، أو في إتفاق منفصل عنه وذلك قبل إندلاع النزاع، كما قد تظهر في صورة إتفاق بعد قيام النزاع، وهو ما نتطرق إليه في الفرعين أدناه:

الفرع الأول: شرط التحكيم

يقصد بشرط التحكيم ذلك الإتفاق الذي يلتزم الأطراف بموجبه بتقديم وعرض نزاعاتهم التي قد تنشأ مستقبلا عن ذلك العقد إلى التحكيم.[1]

وعليه، فإن شرط التحكيم ينشأ قبل حدوث النزاع، لذا يتم النص عليه عادة في العقد الأصلي، لذلك فقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بذلك: "الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".[2] أي أن شرط التحكيم يكون ضمن نصوص العقد حيث يتفق عليه أطراف العلاقة قبل نشوب أي نزاع لحسم النزاع عن طريق التحكيم، لكن هذا لا يمنع من أن يكون هذا الشرط بعقد لاحق للعقد الأصلي.[3]

الفرع الثاني: اتفاق التحكيم

يقصد بإتفاق التحكيم ذلك الإتفاق الذي يلتزم به أطراف النزاع عن الإمتناع من اللجوء إلى القضاء العام للدولة وطرح نزاعهم على محكم أو أكثر للفصل فيه بحكم ملزم.[4]

وبالتالي، فالأطراف يتفقون على حل النزاع الناشئ بينهم عن طريق التحكيم، ويمنح المحكم سلطة الفصل فيه بقرار ملزم، ويجعل محاكم الدولة غير مختصة بالنظر فيه، لذلك

---

[1] أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة, 2001 ص 33.

[2] نبيل صالح لعباوي، "اتفاق التحكيم"، مجلة **دفاتر السياسية والقانون**، ع 15، جامعة بشار (الجزائر)، 2016 ص 361.

[3] عمر نوري عبد الله عبابنة، شرط التحكيم التجاري من حيث صحته واستقلاله (دراسة مقارنة بين القانون الأردني والاتفاقيات الدولية)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية 2006 ص 31.

[4] أحمد إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2009، ص 39.

فقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وعرفه بذلك: "الإتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم."[1]

وتجدر الإشارة الى أنه قد ثار نقاش فقهي حول مدى إعتبار وثيقة التفويض المعمول بها في بعض هيئات التحكيم اتفاق تحكيم أو لا، غير أن الرأي الراجح ذهب إلى إعتبار هذه الوثيقة بمثابة العمل التمهيدي للخصومة، وبالتالي فوثيقة التفويض لا تكون إلا بوجود إتفاقية تحكيم لأن بدونها لا يمكن أن يبدأ العمل الإجرائي الذي تمثله تلك الوثيقة.[2]

المطلب الثاني: اثار إتفاقية التحكيم

يترتب على إتفاقية التحكيم أثران أحدها سلبي والآخر إيجابي، وهو ما نعكف على دراسته في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الأثر السلبي لاتفاقية التحكيم

لما كانت إتفاقية التحكيم من العقود الملزمة للمتعاقدين، لذلك ينتج على عاتق أطرافها إلتزاما بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة. وبالتالي فإن الأثر السلبي لإتفاقية التحكيم يتمثل في سلب اختصاص قضاء الدولة بالفصل في النزاع، وإسناد مهمة الفصل فيه إلى قضاء التحكيم الذي يتكون من أفراد عاديين يختارهم الأطراف بأنفسهم ليتولوا البت فيه بدلا من المحكمة المختصة أصلا في الفصل فيه، وبالتالي، إذا لجأ أحد الطرفين إلى قضاء الدولة بالرغم من وجود اتفاقية تحكيم أمكن الطرف الآخر التمسك بسبق الإتفاق على التحكيم، وذلك في سبيل منع قضاء الدولة من نظر النزاع والفصل فيه بحيث ينبغي على هذا الأخير الإمتناع عن نظر ذلك النزاع، والتخلي عن مصلحة القضاء الإتفاقي الذي تشكل بإرادة الأطراف وإختيارهم.[3]

---

[1] راجع قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج ع 21 الصادر بتاريخ 23 ابريل ،2008 ، تم تعديله سنة 2022 بموجب القانون رقم 13-22 .

[2] أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 38 39.

[3] باسمة لطفى دباس، شروط اتفاق التحكيم واثاره، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص ص 364 365.

الفرع الثاني: الأثر الإيجابي لإتفاقية التحكيم

يتمثل الأثر الإيجابي لإتفاقية التحكيم في التزام الأطراف بالإتفاق المبرم بينهم، وعليه عرض النزاع الذي إتفق بشأنه على الحكيم، على محكمة التحكيم المكلفة بالفصل فيه. فيتعين على الأطراف الالتزام بمضمون الإتفاق المبرم بينهم، من حيث عقد الإختصاص بالفصل في النزاع إلى القضاء الإتفاقي، دون قضاء الدولة ومن ثم لا يجوز لأي منهم الرجوع على هذا الإتفاق بإرادته المنفردة.

فإذا ما لجأ أحد الطرفين إلى قضاء الدولة، جاز لخصمه التمسك بسبق الإتفاق على التحكيم، وذلك في سبيل منع قضاء الدولة من الفصل في هذا النزاع.

كما يتوجب على الأطراف وبموجب هذا الأثر اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لإجراء العملية التحكيمية، ابتداء من المشاركة في تعيين هيئة التحكيم، مرورا باتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لتسهيل مهمة المحكم، وإنتهاء بالالتزام بالتنفيذ الإختياري للحكم الصادر في النزاع والإعتداد به، واعتباره وكأنه قد صدر من المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع.

وكما أن إتفاقية التحكيم تلزم أطرافها، فإنها كذلك تلزم المحكمين بالقيام بالمهمة الموكلة إليهم، وذلك طبقا للأحكام الواردة في القانون، أو في اتفاق الأطراف.[1]

يترتب عن إتفاقية التحكيم أثر إيجابي يتمثل في إجازة الإتجاء إلى الهيئة التحكيمية التي يختارها الطرفان أو يختارها القضاء للفصل في المنازعة في حال عدم الإتفاق على هيئة التحكيم.[2]

فالحقيقة أن إتفاق التحكيم لا يسلب الأطراف حق الالتجاء للقضاء؛ لأن هذا الحق من الحقوق العامة التي لا يجوز التنازل عنها، بل يمنح الأطراف حق الالتجاء للتحكيم، مع كفالة حقه في الالتجاء للقضاء ويكون معلقا على عدم تمسك الطرف الاخر بالتحكيم، وبالتالي مادام شرط التحكيم قائما، فان إتفاق التحكيم يمنع الأطراف من اللجوء للقضاء.[3]

---

[1] باسمة لطفى دباس، المرجع نفسه، ص ص 362 363

[2] توفيق بلعابد، "الآثار القانونية لاتفاق التحكيم من حيث الموضوع"، **مجلة العلوم الانسانية**، مج31، ع 04، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر، 2020، ص 538.

[3] أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والسلبي لاتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة , 2013، ص 29.

الفصل الأول: النظريات الأحادية لطبيعة التحكيم

الفصل الأول
النظريات الأحادية لطبيعة التحكيم

تتمثل النظريات الأحادية في نظريتين أساسيتين، الأولى تؤكد على الطبيعة الإتفاقية أي تقوم على أساس تراضي الأطراف بشكل يجعل من عمل المحكم تنفيذا لذلك الإتفاق من أجل التوصل إلى حل الخصومة القائمة أي أن للتحكيم طابع تعاقدي[1]، وهذا ما ستناوله في **(المبحث الأول)**.

في حين تؤكد النظرية الثانية على الطبيعة القضائية للتحكيم وتعتبره نوع من أنواع القضاء باعتبار أن المحكم يقوم بنفس عمل القاضي حيث أنه يصدر أحكام ملزمة لأطراف النزاع، وبالتالي فالتحكيم حسب هذه النظرية ذو طبيعة قضائية[2]، وهذا ما سنحاول عرضه في **(المبحث الثاني)** من هذا الفصل.

المبحث الأول: النظرية العقدية

يرى إتجاه من الفقه بأن التحكيم ذو طبيعة عقدية بناءً على حجج وأسانيد مختلفة سنتناولها في المطلب الأول، غير إن هذه النظرية قد تعرضت لعدة إنتقادات سنتناولها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مضمون النظرية العقدية

يرى أنصار هذه النظرية أن نظام التحكيم له طبيعة عقدية لا قضائية،[3] بإعتبار أن التحكيم طريق إستثنائي لحل النزاعات دون الحاجة إلى اللجوء للتقاضي أمام قضاء الدولة.[4]

---

[1] خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي (في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري)، دار الشروق، ط 1، 2002، ص111.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 16.

[3] محمود سيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشاة المعارف بالإسكندرية، 2003، ص 26.

[4] عاطف عبد الحميد، الدورة لأعداد المحكم الدولي (الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم)، ج1، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة,2017، ص 18.

بمعنى أن إتفاقية التحكيم تؤدي إلى إخراج النزاع من سلطات القضاء، وإسناده إلى محكم خاص.[1]

وتعتبر النظرية العقدية نظرية تقليدية كونها من أولى النظريات المحددة للطبيعة القانونية لتحكيم.[2]

وإنطلاقا من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإن أطراف النزاع إذا ما إتفقوا على حل النزاع عن طريق التحكيم، كانوا في هذه الحالة أحرارا في اختيار نوع التحكيم والهيئة التحكيمية التي تقوم بالفصل في النزاع القائم بينهم[3]، فحكم التحكيم يستمد قوته التنفيذية من إتفاقية التحكيم، وبالتالي فالحكم الصادر يكون نتيجة لذلك الإتفاق.[4]

وبهذا الصدد، فإن إتفاقية التحكيم مع حكم المحكم كلاهما يصبان في قالب واحد، في شكل هرم قاعدته هذه الإتفاقية وقمته حكم التحكيم الذي يبدو مجرد عنصر تبعي في عملية التحكيم على الرغم من كونه الهدف منه.[5]

لهذا فإن جوهر النظرية العقدية، يتمثل في إرادة أطراف النزاع الرامية إلى نشأة نظام التحكيم،[6] فإذا عدنا الى القضاء سنجد أن محكمة النقض الفرنسية قد أيدت الاتجاه التعاقدي للتحكيم بطريقة غير مباشرة، في حكم شهير لها صدر في يوليو 1937 حيث جاء في تقريرها أن قرارات التحكيم الصادرة على أساس إتفاق تحكيم تكون وحدة واحدة مع هذا الاتفاق وتنسحب عليه صفته التعاقدية.[7]

---

[1] عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2009 ص45.

[2] المرجع نفسه، ص16.

[3] أشجان فيصل شكري داود، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم واثاره وطرق الطعن به (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون ، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس، فلسطين, 2008، ص 14.

[4] لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية وقوانين المقارنة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، الجزائر 2014، ص19.

[5] خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار (دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والأجنبية والإتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، الأردن، 2014، ص 46.

[6] حسن كليبي، "الطبيعة القانونية لحكم التحكيم التجاري الدولي"، **مجلة المفكر**، ع02، جامعة محمد خيصر، بسكرة جزائر، 2021، ص227.

[7] محمود سيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ،2003 ص 269.

أما على المستوى الفقهي، فيرى جانب منه أن لتواجد نظام التحكيم يجب إبرام ثلاثة عقود أساسية، وهي: [1]

1. عقد أصلي بين الطرفين (بيع أو إيجار أو غيره) فعند تواجد نزاع يتم اللجوء إلى العقد الموالي
2. عقد متمثل في اتفاقية التحكيم
3. عقد التحكيم المتمثل في العقد المبرم بين أطراف الخصومة والمحكم أو المحكمين الذين يتم اختيارهم

فقد أكد اتجاه فقهي على الطبيعة التعاقدية للتحكيم من خلال تعريفة للتحكيم ب: "نظام خاص للتقاضي ينشأ من اتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الامر المقضي."[2]

ويرى الأستاذ "marlin "، وهو أول من تبنى النظرية العقدية للتحكيم إذ ذهب إلى القول أن حكم التحكيم بدون إتفاقية تحكيم لا معنى له، فالإتفاقية هي التي تعطي للتحكيم معناه أي أن التحكيم جزء لا يتجزأ من اتفاقية التحكيم.[3]

حيث يتشدد أصحاب هذه النظرية وأنصارها أن عنصر التحكيم تبعي لإتفاقية التحكيم بإعتبار أنها الأساس الذي تعتمد عليه جميع الإجراءات التحكيمية وصولا الى الحكم التحكيمي.[4]

---

[1] عباس عبد القادر،" التحكيم التجاري الدولي وآثاره"، **مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية**، مج 09، ع 04، جامعة الجلفة ص 314.

[2] عبد المالك باسود، طبيعة النظام القانوني للتحكيم تجاري الداخلي في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة الدكتور طاهر مولاي سعيدة، تم الاطلاع عليه ف 2023/4/16 على ساعة 10: 30 Am رابط الموقع : https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/133/3/2/34475 .

[3] محمد محمود أحمد حجاجري، ولاية القضاء على أحكام المحكمين في قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، قسم قانون خاص، جامعة مؤته ،2005، ص21.

[4] عبد الله محمد المحاميد، القيود الواردة عن نظام التحكيم التجاري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط ،2018، ص21.

ولقد قدم أصحاب هذه النظرية جملة من الأسانيد والحجج نعرضها في الفروع الستة التالية:

الفرع الأول: تجسّد نظام التحكيم في إرادة الاطراف ورغبتهم في التصالح

ويقصد بذلك أن التحكيم يبنى على اتفاق بين الخصوم لهم نية في التصالح، وفي حل وتسوية النزاع القائم بينهم عن طريق شخص أو عدة أشخاص يختارونهم بمحض إرادتهم وليس عن طريق القضاء.[1]

فالتحكيم يغلب عليه مبدأ سلطان الإرادة باعتبار أن المحكم يستمد سلطته من إرادة الخصوم،[2] التي هي أساس اللجوء إلى التحكيم سواء كانت شرطا أو إتفاقا.[3]

وبالتالي، فأطراف النزاع هم من يرغب في حل النزاع بطريقة ودية عن طريق إتفاقهم على التحكيم بغية الوصول إلى حل يرضيهم، وذلك بإخراج النزاع من سلطان القضاء وإسناده للتحكيم الذي يقوم بالفصل في النزاع المعروض عليه بقرار واجب التطبيق،[4] أي أن المحكم يقوم بمهمته بناء على رضا الأطراف باللجوء إلى التحكيم والخضوع للحكم الصادر عنه.[5]

الفرع الثاني: إختلاف الهدف بين التحكيم وقضاء الدولة

قام أصحاب هذه النظرية بالمقارنة بين مركز المحكم ومركز القاضي، حيث أن أعضاء هيئة التحكيم هم مجرد أفراد عاديين تم تعيينهم بإرادة الأطراف، فهم ليسوا قضاة،[6] فالهدف من الإتفاق على التحكيم هو تحقيق مصلحة الأطراف على عكس القضاء الذي يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة وإقامة العدالة.[7]

حيث أن القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة يمارسها القاضي ويقوم بالفصل فيها بالحكم في وظيفته القضائية الذي يهدف إلى حماية القانون وتطبيقه دون النظر إلى العلاقات

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص16.

[2] علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري، (دراسة قانونية مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1 ،2006، ص60.

[3] حسن كليبي، المرجع السابق، ص229.

[4] عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 46.

[5] ناصر ناجي محمود جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارة، (دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث بالإسكندرية 2008، ص25.

[6] محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 25.

[7] علاء محي الدين مصطفى، أبو أحمد، التحكيم في المنازعات العقود الإدارية والدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة ،2008، ص 34.

المستقبلية بين أطراف النزاع. أما المحكم فمهمته إجتماعية حيث يقوم هذا الأخير بالفصل في النزاع بطريق ودي يعمل على المحافظة على إستمرار العلاقة بين الأطراف.[1]

فالتشابه بين وظيفة المحكم ووظيفة السلطة القضائية لا يمكن إعتباره أساس لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم فهو تشبيه ظاهري فقط، فالمحكم يقوم بوظيفته على أساس الاتفاق القائم بين الأطراف، ويتقاضى أتعابه عن أدائه لمهمته، عكس القاضي الذي يتم تعينه من طرف الدولة، ولا يتقاضى أي أتعاب من قبل المتقاضين.[2]

الفرع الثالث: إختلاف عمل المحكم عن عمل القاضي

إن العمل الذي يقوم به المحكم لا يعتبر عملا قضائيا سواء من الناحية الشكلية أو من الناحية المادية،[3] فمن الناحية الشكلية لا يتم إلزام المحكمين باتباع الاجراءات التي يفرضها القانون في حالة ما إذا تم اعفاءهم من طرف الخصوم بالتقيد بها، ومن الناحية المادية فالمحكم لا يملك سلطة الأمر الذي يتمتع بها القاضي حيث لا يمكنه إلزام الشهود بالحضور وتوقيع غرامة مالية في حالة عدم حضورهم على عكس القضاء.[4]

الفرع الرابع: تأييد القوانين الوضعية للنظرية العقدية

تؤكد القوانين الوطنية الطبيعة العقدية للتحكيم،[5] ذلك أن المحكم إما أن يكون وطنيا أو أجنبيا عكس القاضي الذي لابد أن يكون وطنيا، كما لا يشترط أن يكون للمحكم جنسية معينة إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك. [6]

كما أن للمحكم كامل الحرية في رفض وقبول مهمة التحكيم عكس القاضي الذي لا يمكنه رفض ممارسة وظيفته القضائية لأنه يعتبر منكرا للعدالة.[7]

---

[1] أشجان فيصل شكوى داود، المرجع السابق، ص 18.

[2] حسن كليبي، المرجع السابق، ص229.

[3] علاء محي الدين مصطفى، المرجع السابق، ص34.

[4] المرجع نفسه، ص35.

[5] محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 63.

[6] المرجع نفسه، ص66.

[7] حسن كليبي المرجع السابق، ص 228.

الفرع الخامس: المحكم وكيلا لأطراف النزاع

يذهب جانب من الفقه إلى المناداة بالطبيعة العقدية تأسيسا على إعتبار المحكم المعين وكيلا للخصم الذي وكله، وبالتالي فحكمه يعتبر تنفيذ لهذه الوكالة.[1]

وعليه، فالمحكمين هم مجرد وكلاء عن الأطراف لا أكثر، كون التحكيم يشمل عقدين في نفس الوقت العقد الأول هو العقد القائم بين أطراف النزاع للوصول إلى حل بطريقة سلمية وودية أما العقد الثاني فهو عقد وكالة بين الأطراف وهيئة التحكيم. [2]

الفرع السادس: إمكانية إتفاق أطراف النزاع على التنازل عن الدعوى

ما يؤكد الطبيعة العقدية أن بإمكان أطراف النزاع التنازل عن الدعوى بمحض إرادتهم فلا يحق للمحكم المعارضة، وبالتالي فهذه السلطة لا يمكن أن تكون قضائية إذ أنها تقوم على إرادة أطراف الخصوم.[3]

ولا يغير الطبيعة التعاقدية تعيين المحكم من طرف السلطة قضائية في بعض الحالات حيث تحل هذه الأخيرة محل الأفراد في تعيين وإختيار المحكم.[4]

بناء على كل ما سبق، وإستنادا على هذه الأسانيد فإن أصحاب هذه النظرية يعتقدون أن التحكيم يقوم على إتفاق الأطراف في طرح نزاعهم على محكم أو أكثر والخضوع إلى أحكامهم وبالتالي، فهو عقد رضائي ملزم لجانبين. [5]

---

[1] عاطف عبد الحميد، المرجع السابق، ص، 17.

[2] عمار غالب، مصطفى تركمان، تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية ضوء التشريع الفلسطيني واتفاقيتي الرياض ونيويورك (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت ،2013، ص 13.

[3] فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشاة المعارف، ط1، الإسكندرية،2007، ص 4.

[4] المرجع نفسه، ص 50.

[5] أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء والصلح، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية ،2007، ص 25.

المطلب الثاني: نقد مضمون النظرية العقدية

بالرغم من تقديم الإتجاه المنادي بالنظرية العقدية للعديد من الأسانيد، أنها لم تسلم من الإنتقاد، في العديد من الجوانب نذكر أهمها في الفروع الستة فروع التالية:

الفرع الأول: المبالغة في الارتكاز على إرادة الأطراف

لقد ركزت هذه النظرية كثيرا على دور الأطراف في تكييف الطبيعة القانونية للتحكيم وأعطت له الدور الجوهري الى حد المبالغة. حيث أنها تجاهلت حقيقة الوظيفة التي يقوم بها المحكم، فهو يقوم بإصدار أحكام كالقاضي، وأطراف النزاع لا تدخلون في الحكم، حيث ينتهي دورهم بتعيين هيئة التحكيم، وليس لهم أي دور في إجراءات الدعوى ولا في إصدار الحكم. [1]

بمعنى ان هذه النظرية إعتمدت كثيرا على العنصر الإرادي لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم في حين أنها تجاهلت إرادة المشرع لإقرار تلك الإرادة، وتجاهلت أيضا وظيفة هيئة التحكيم في حسم النزاع.[2]

الفرع الثاني: عدم الإختلاف في الهدف بين التحكيم والقضاء

كما وجهت إنتقادات إلى النظرية العقدية على أساس مناداتها بالاختلاف القائم من هدف كل من القضاء والتحكيم بقولها إن غاية القضاء هو تحقق مصلحة عامة، في حين أن التحكيم غايته تهدف إلى تحقيق مصالح خاصة.[3]

ذلك، أنه لا وجود لإختلاف في هدف نظام التحكيم ونظام القضاء، فالأطراف سواء لجأوا إلى قضاء الدولة أو لجأوا إلى التحكيم، فقد إختاروا قضاء معين حسب رغبتهم، فرغبتهم في الإمتثال يكون مفترضا في جميع الأحوال، وهدفهم هو الفصل في دعواهم.[4]

---

[1] سهيل حسن عثمان نوري، "الطبيعة القانونية للتحكيم"، **مجلة القلزم**، الدارسات السياسية والقانونية عملية دولية محكمة، ع 08، 2021، ص 47.

[2] عبد الوهاب لطفي، نظم وإجراءات التحكيم في إطار القانون الدولي والمنظمات الدولية، مكتبة الوفا القانونية، ط1، الإسكندرية ،2019، ص 120.

[3] عبد الوهاب لطفي، المرجع السابق، ص 121.

[4] محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص215.

الفرع الثالث: عدم اقتصار طبيعة التحكيم على إرادة الأطراف

بالرغم من أن التحكيم وليد لإرادة أطراف النزاع إلا أنه يفرض عليهم تطبيق إرادة القانون فضلا عن تأكيده على عدم إمكانية عزل المحكمين إلا بإتفاق أطراف النزاع، فلا يجوز ردهم إلا في حدود القانون وهذا ما أكدت عليه إنتقادات هذه النظرية بأنها أعطت الدور البارز والأساسي لإرادة الأطراف، في حين أن المحكم غير مطالب بالكشف عن إرادته بل مطالب بالكشف عن إرادة القانون.[1]

فالتحكيم يستند على ركيزتين هما إرادة الإطراف من جهة وإقرار المشرع بهذه الإرادة من جهة أخرى، وبذلك فإرادة الأطراف لوحدها لا تكفي لتكوين نظام التحكيم بل يجب أن يقر المشرع بذلك، وعليه يمكن القول إن إرادة الأطراف ليست مطلقة بل مقيدة بالتشريع، فلا يمكن الإتفاق على ما يخالف القانون،[2] فضلا عن ذلك فالتحكيم لا يجوز إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح.[3]

الفرع الرابع: تحديد طبيعة التحكيم لا تتوقف على مصدره بل تمتد الى وظيفته

بما أن التحكيم لا يمكن أن يكون إجباريا، وأن المحكمون لا يعينون دائما بإتفاق الأطراف فهذا دليل على أن العقد ليس جوهر التحكيم.[4]

إتفاق الأطراف لوحده لا يكفي لإعتبار التحكيم نظاما عقديا بل يجب التمييز بين مصدر ووظيفة هذا النظام، فالتحكيم في مصدره هو عقد تستند عليه محكمة التحكيم للفصل في النزاع، في حين تقوم هذه الأخيرة بمهمة القضاء وبوظائف قضائية.[5]

ففقدان هيئة التحكيم لسلطة الجبر التي يتمتع بها القاضي العام في الدولــة لا يضفي الطابع التعاقدي على عملية التحكيم، فإن كانت هذه الهيئة تفتقد لسلطة لأمر لكونها تقوم بوظيفة القضاء الخاص بين الأفراد والجماعات داخل الدولة. فهي تكون قاضيا خاصا

[1] عمر نوري عبد الله عبابنة، المرجع السابق، ص 45.

[2] سهيل حسن عثمان نوري، المرجع السابق، ص ص47 -48.

[3] محمد محمود أحمد حجاجري، المرجع السابق، ص 22.

[4] عمر نوري عبد الله عبابنة المرجع السابق، ص 44.

[5] أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص 21.

الأطراف المحتكمين الذين اتفقوا على تحكيمها، للفصل في منازعاتهم التي تدخل أصلا في الولاية القضائية المقررة للقضاء العام في الدولة. [1]

الفرع الخامس: عدم إتفاق أنصار هذه النظرية حول طبيعة العلاقة بين المحكم والأطراف

ما يعاب هذه النظرية أن أنصارها لم يتفقوا حول طبيعة العلاقة التعاقدية التي تربط المحكم بأطراف النزاع هل هي عقد وكاله أم عقد مقاولة أم عقد عمل.[2]

فجانب من الفقه اعتبر أن العلاقة التي تربط الأطراف والمحكم هي عقد وكالة حيث انتقد هذا الرأي بإعتبار المحكم ليس وكيلا للأطراف، ذلك لأن الوكالة تعرف بأنها التزام الوكيل بالقيام بعمل قانوني لحساب موكله ويخضع لتعليماته. [3] في حين أن المحكم لا يعد ممثلا عن الأطراف بل يتمتع بسلطة واستقلالية التي تمكنه من الفصل في النزاع، ذلك لأن الأحكام الصادرة من هيئة التحكيم تكون من محض إرادتهم فلا دخل لإرادة الأطـراف فـي ذلك. [4]

ومن الفقهاء من اعتبر التحكيم عقد مقاولة، في حين أنه انتقد على أساس أن مهمة المقاول أكثر إتساع من التحكيم ومهمته الجوهرية هي قيام بأعمال مادية، إما المحكم فمهمته تتمثل في حسم وحل النزاع بين أطراف الخصومة من خلال عمل غير مادي وإنما عمل ذهني وقانوني. [5]

---

[1] محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 208.

[2] نور الدين بوالصلصال الاختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم، رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011، ص 40.

[3] ناصر محمد الشرمان، المركز القانوني للمحكم في التحكيم الاتجاري الدولي، مركز الدراسات للنشر والتوزيع، ط1، مصر ،2015، ص 33.

[4] محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 195.

[5] عبد القادر سرحاني، محمد مزاولي،"التكييف القانوني لطبيعة عمل المحكم في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة") **دفاتر سياسية والقانون**، جامعة أحمد دراية، مج 12، ع 02 ،2020، ص 149.

في حين هناك بعض الفقهاء إعتبروا التحكيم على أنه عقد عمل، ويظهر الأختلاف بينهما كون التحكيم هو قيام بمجهود ذهني وليس بدني، فالمحكم يتمتع بإستقلالية تامة في مواجهة أطراف النزاع، على عكس عقد العمل الذي ينشأ عنه علاقة تبعية.[1]

كما أن أنصار هذه النظرية اختلفوا حول ما إذا كان عقد التحكيم من عقود القانون الخاص أم من عقود القانون العام أم من العقود الجزائية، بالتالي فالعقد لوحده لا يحل النزاع بل النزاع يحل بحكم التحكيم. [2]

الفرع السادس: إمكانية الطعن بالاستئناف وبالبطلان في حكم التحكيم

بالرغم من محاولة أنصار النظرية العقدية إعطاء تفسير حول الطعن بحكم التحكيم بالإستئناف الذي لا يوجه إلى حكم قضائي فتبقى تفسيراتهم غير منطقية، والإستئناف يكون ضد حكم التحكيم الذي يكون نتيجة إتفاق أطراف الخصومة بالإتفاق على التحكيم[3] بالإضافة إلى أن الطعن في حكم التحكيم عن طريق دعوى البطلان الأصلية أمام محكمة المختصة لا يعطي ويضفي الطبيعة التعاقدية، ولا يؤكد أن نظام التحكيم ذو طبيعة تعاقدية وينفي الطبيعة القضائية لحكم التحكيم لأن هناك بعض أحكام المحاكم القضائية العادية يجوز ويمكن الطعن فيها بالبطلان.[4]

أما القول إنه لا يمكن تنفيذ حكم التحكيم إلا بأوامر من القاضي، وذلك لأنها كالأحكام الأجنبية، فهي لا تنفذ إلا بأمر من قضاء الدولة في حين لم يقل أحد بأن تلك الأحكام الأجنبية ليست بقضاء.[5]

مما سبق يتضح أنه بالرغم من رجاحة عدة جوانب من هذه النظرية إلا أنها تعتريها بعض النقائص حاولت تفاديها نظرية أخرى تنادي بالطبيعة القضائية للتحكيم.

---

[1] عبد القادر سرحاني، محمد مزاولي، المرجع نفسه، ص 149.

[2] محمد محمود أحمد حجاجري، المرجع السابق، ص 22.

[3] أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص 23.

[4] سهيل حسن عثمان نوري، المرجع السابق، ص 48.

[5] علاء محي الدين مصطفى، أبو أحمد، المرجع السابق، ص 38.

المبحث الثاني: النظرية القضائية

يرى إتجاه من الفقه بأن التحكيم ذو طبيعة قضائية بناءً على حجج وأسانيد مختلفة سنتناولها في المطلب الأول غير أن هذه النظرية قد تعرضت هي الأخرى لعدة انتقادات سنتناولها في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول: مضمون النظرية القضائية

يرى أنصار هذه النظرية أن طبيعة التحكيم يغلب عليها الطابع القضائي.[1]حيث أن التحكيم وإن كان يبدأ بعقد، فإنه ينتهي بحكم حاسم للنزاع،[2] فالتحكيم يعد نوعا من أنواع القضاء، بإعتبار أن المحكم يقوم بنفس عمل القاضي. حيث يقوم بإصدار أحكام ملزمة لأطراف النزاع الذين لا يتنازلون عن حقهم في رفع دعوى قضائية لحماية حقوقهم،[3] وبالنسبة لإتفاق التحكيم، فهو لا يغيّر من طبيعة الوظيفة القضائية، ولا يؤثر على جوهرها إذ أنه مجرد محرّك أساسي لنظام التحكيم،[4] فهو عند البعض «ينشئ بعمل إرادي لا يعدو أن يكون(فتيلاً) لوضع نظاماً تهمين عليه الطبيعة القضائية موضع الحركة، ليعمل وفق نسق خاص به بعيدا عن سيطرة الأطراف».[5]

ويقول أنصار هذا الرأي كذلك أنه إذا كان نظام التحكيم يخضع من حيث انعقاده لقواعد القانون المدني فإنه يخضع من حيث إجراءاته وآثاره ونفاده لقانون الإجراءات، وإذا كان يبطل بما تبطل به العقود فإن حكمه في كثير من التشريعات يطعن فيه كما يطعن في الأحكام القضائية، وينفذ كواحدة منها[6]، ويرد فيه المحكم بالأسباب التي يرد بها القاضي.[7]

---

[1] خالد محمد القاضي المرجع السابق، ص112.

[2] علي طاهر البياتي، المرجع السابق، ص61.

[3] خالد ممدوح إبراهيم المرجع السابق، ص 16.

[4] علاء محي الدين مصطفى ابو أحمد، المرجع السابق، ص39.

[5] رضوان أبو زيد، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي دار الفكر العربي، القاهرة،1981، ص27.

[6] أحمد درويش الشرعه، إتفاق التحكيم وآثاره في القانون التحكيم الاردني رقم(31) لسنة 2001(دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص قسم الدراسات القانونية كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت،2003، ص6.

[7] علي طاهر البياتي، المرجع السابق، ص61.

إن المشرع الجزائري لم يحدد صراحة الطبيعة القانونية للتحكيم، ولكن يمكن إستخلاصها من خلال النصوص التشريعية الخاصة بالتحكيم من خلال أحكام القانون (08-09) المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فتبين المواد (1031)، (1033) (1034)، (1036) أن المشرع الجزائري تبنى الطبيعة القضائية للتحكيم معاملة الأحكام قضائية.[1]

كما ذهب القضاء الفرنسي منذ نهاية القرن الماضي إلى إعتبار التحكيم وما يصدر عنه من قرارات ذو طبيعة قضائية.[2] على الرغم من إتجاه محكمة النقض الفرنسية في البداية إلى تبني الطبيعة التعاقدية، إلاّ أنها في أحكامها الحديثة أرست المحكمة الفرنسية العليا في هذا الإتجاه، واعتبرت التحكيم قضاءً إستثنائيا يملك فيه المحكم سلطة مستقلة وذاتية للفصل في المنازعات.[3]

أما مجلس الدولة الفرنسي فقد اعترف لحكم المحكم بالصفة القضائية منذ زمن طويل.[4]

كما اعتنقت محكمة النقض المصرية الطابع القضائي لنظام التحكيم عندما قررت في بعض أحكامها أنه في الأصل تنعقد ولاية الفصل في المنازعات للمحاكم المادة [15] من قانون السلطة القضائية المصري رقم [46] لسنة 1972، واستثناءً إتفاق الخصوم لإختيار محكمين الفصل في النزاع الذي نشأ بينهم وإحالته بحكم له طبيعة أحكام المادة [501] من قانون المرافعات المصري، وما يصدر بغير هذا الإتفاق خارج المحاكم يعتبر مجرداً من المقوّمات الأساسية للأحكام، ويكون لأي من الخصوم بمجرد إنكاره رفع الاحتجاج عليه والتمسك بعدم وجوده، دون حاجة لإقامة دعوى قضائية مبتدأه لإهداره، أو الإدعاء بتزويره.[5]

الملاحظ أن أصحاب هذه النظرية قد استندوا لإضفاء الطابع القضائي على نظام التحكيم على أسانيد مختلفة نتناولها بالدراسة في الفروع التالية:

---

[1] راجع قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج ع 21 الصادر بتاريخ 23 ابريل ،2008، تم تعديله سنة 2022 بموجب القانون رقم 13-22.

[2] رضوان أبو زيد، المرجع السابق، ص29.

[3] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص42.

[4] المرجع نفسه، ص42.

[5] محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص348.

الفرع الأول: طبيعة عمل المحكم هي نفس طبيعة عمل القاضي

من وجهة نظر مؤيّدي هذا الرأي ، فإن المهمّة التي يقوم بها المحكم هي نفس المهمّة التي يقوم بها القاضي، والمتمثلة في الفصل في النزاع المعروض أمامهم من قبل الخصوم وتطبيق إرادة القانون الوضعي،[1] وهذا يتطلب ترجيح المعيار الموضوعي لبيان طبيعة نظام التحكيم على المعيار العضوي، المبني على الشخص أو المعيار الشكلي المبني على الإجراءات، وبالرغم من أن الوظيفتان متطابقتان من حيث تطبيق القانون وحسم المنازعات[2] إلاّ أنهما يختلفان من حيث المصدر، وذلك لإختيار المحكم من قبل الأطراف أماّ القاضي فيعيّن من طرف الدولة.[3]

فضلاً على ذلك، فإن المحكم له الحق في تصحيح أحكامه من الأخطاء المادية التي تعتريها، تماماً مثل القاضي، وذلك بتوافر هذين الشرطين:

الشرط الأول: ألاّ يكون قد فات ميعاد التحكيم، لأن بإنقضائه تزول سلطة المحكم.

الشرط الثاني: ألاّ يكون قد تم ايداع حكم التحكيم بقلم كتاب المحكمة (أمانة ضبط المحكمة) حتى لو تم هذا الإيداع قبل فوات ميعاد التحكيم.[4]

الفرع الثاني: إجراءات خصومة التحكيم هي ذات إجراءات الخصومة القضائية

أن الإجراءات المتبعة في خصومة التحكيم هي إجراءات ذات طبيعة قضائية، سواء من جهة إحترام المحكم للمواعيد المحدّدة والِتزامه بفحص البيانات المقدمة من قبل الخصوم أم من جهة احترام المبادئ الأساسية في التقاضي.[5]

وعليه، فإن حكم المحكم الصادر في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم، بناءً على هذه الإجراءات يعد بمثابة حكم قضائي، فتكون للمحكم بالتالي وظيفته القضائية بإعتبار أنه يحل محل القاضي العام في الدولة.

---

[1] عبد الوهاب لطفي، المرجع السابق، ص122.

[2] محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص ص 349-350.

[3] عبد الوهاب لطفي المرجع السابق، ص ص 122-123.

[4] علاء محي الدين مصطفى ابو احمد، المرجع السابق، ص 40.

[5] أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، 31.

فأحكام المحكمين تعد أعمالاً قضائية سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضـــوع فيصدر حكم التحكيم من حيث الشكل بنفس الشكل المقرر في القانون بالنسبة للأحكام القضائية فيكون مكتوب وموقع عليه من طرف المحكمين، بعد سماع الخصوم عن طريق المحكم.[1] أما من حيث الموضوع، فيصدر حكم التحكيم متضمنا تقريرا حاسما للنزاع الناشئ بين الخصوم وتستنفذ ولاية المحكمين في نظر النزاع بإصدار هذا الحكم إذ أنه يتمتع بحجية الأمر المقضي به.[2]

الفرع الثالث: وحدة المصطلحات القانونية بين القضاء ونظام التحكيم

يقصد بوحدة المصطلحات القانونية بين القضاء ونظام التحكيم باتفاق المصطلحات القانونية التي نص عليها المشرع المستخدمة بشأن التحكيم مع المصطلحات التي تستخدم بشأن القضاء كمصطلح "الحكم"، "النزاع"، "الخصوم"، "محكمة التحكيم"، وغيرها من المصطلحات التي تستخدم بخصوص الأعمال القضائية، وهو الأمر الذي يدل على الطابع القضائي للتحكيم.[3]

الفرع الرابع: وحدة الأثر القانوني بين القضاء ونظام التحكيم

يترتب عن الحكم الصادر عن المحكم والحكم الصادر عن القاضي ذات الأثر القانوني بمعنى أن حكم المحكم يحوز حجية الأمر المقضي به، فيكتسب حكم التحكيم القوة التنفيذية التي تمنع من إعادة النظر فيما فصل فيه المحكم من نزاع.[4]

الفرع الخامس: إنتشار المنظمات والهيئات والمراكز التحكيمية الدائمة

إن إنتشار نظام التحكيم وظهور العديد من الهيئات والمنظمات والمراكز الدائمة للتحكيم تؤكد طبيعة التحكيم القضائية ، والتي تمارس مهمة التحكيم خاصةً في مجال التجارة الدولية وفق إجراءات وقواعد محدّدة، حيث أصبح نظام التحكيم قضاءً أصيلا للتجارة الدولية وخصّه بالصفة القضائية وذلك لإنتفاء الطبيعة الإرادية للتحكيم التجاري على الصعيد العالمي الذي

[1] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص41.

[2] علاء محي الدين مصطفى، المرجع نفسه، ص 41.

[3] نور الدين بوالصلصال، المرجع السابق، ص 44.

[4] عبد الله محمد المحاميد، المرجع السابق، ص 25.

كثيرا ما يفرض التحكيم على أطراف التجارة الدولية جبراً، بالإضافة لإتباع هيئات التحكيم الدائمة لقواعد خاصة بالإجراءات بإعتبار قرارات التحكيم مصدراً مستقلا لقضاء التحكيم التجاري الدولي التي تتمتع بالحجية والقوة التنفيذية.[1]

الفرع السادس: صلاحية ممارسة المحكم للوظيفة القضائية

يستمد المحكم من القانون صلاحية ممارسة الوظيفة القضائية، ويعد المعيار العضوي متوافرا من اللّحظة التي يجيز فيها القانون لشخص ما أن يباشر هذه الوظيفة، حيث يتضمّن التحكيم عناصر العمل القضائي، والمتمثلة في العضو، الإدعاء، والمنازعة، فالعضو يتمثل بالشخص الذي يفصل في النزاع، والمنازعة تتمثل بإختلاف وجهات نظر الخصوم ومحاولة كل من الأطراف إثبات وجهة النظر الخاصة به، مع تقرير القاعدة القانونية التي تعطيه الحل لصالحه، والإدعاء فيتمثل بالحماية القانونية التي يريد الطرف الحصول عليها من خلال تطبيق القاعدة القانونية.[2]

بناء على هذه الأسانيد، فإن أنصار هذه النظرية يعتبرون أن التحكيم نوعا من أنواع القضاء، كونه يبدأ بعقد وينتهي بحكم حاسم للنزاع.

المطلب الثاني: نقد مضمون النظرية القضائية

رغم أن جانب من الفقه أيّد هذه النظرية إلاّ أنها لم تسلم من الإنتقادات التي سوف نتطرق إليها في الفروع الستة التالية:

الفرع الأول: إختلاف وظيفة القاضي عن وظيفة المحكم

أن وظيفة المحكم على رغم تطابقها مع وظيفة القاضي في الفصل في المنازعات وتطبيق القانون، إلاّ أنهما يختلفان في جوهرهما، حيث تعتبر وظيفة القاضي وظيفة قانونية محضة، تتمثل في حماية الحقوق والمراكز القانونية، بصرف النظر عن وجود أو عدم وجود

[1] محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق ص 550-551.

[2] أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق 31.

نزاع، بينما وظيفة هيئة التحكيم تعتبر اجتماعية واقتصادية سلمية، تتمثل في حل النزاع بالقانون أو بغيره، على نحو يضمن في المستقبل استقرار العلاقات بين الخصوم.[1]

وعلى هذا الأساس، فإن الهدف بين نظام التحكيم ونظام القضاء يختلف، حيث أن المحكم يرغب في تحقيق غاية خاصّة، والمتمثلة في حل المسائل المطروحة عليه فقط. بينما الغاية التي يرغب في تحقيقها القاضي هي غاية عامة، تتمثل في حل المنازعات بين الأفراد وتحقيق القانون.[2]

الفرع الثاني: إختلاف سلطات المحكم عن سلطات القاضي

لا يتمتع المحكم بما يتمتع به القاضي من حصانة وإستقرار ودوام، فالقضاء هو طريق عام لحماية الحقوق والمراكز القانونية، أما التحكيم فهو طريق خاص للفصل في المنازعات. فالمحكم لا يتمتع بالصفات التي توجد في القاضي ولا بسلطة الأمر والجبر، حيث أنه لا يستطيع إلزام الغير في الخصومة بتقديم مستند تحت يده أو إجبار شاهد للحضور وإنما يلجأ للمحكمة، فالمحكم لا يكتسب مركز القاضي الذي تتوافر فيه سلطة الجبر.[3]

الفرع الثالث: عدم تطابق المصطلحات بين القضاء ونظام التحكيم

في بعض الأحيان لا تستخدم بعض المصطلحات بالدّقة المطلوبة فيما يتعلق بالحكم التحكيمي والحكم القضائي، فإطلاق مصطلح "الحكم" على حكم التحكيم والحكم القضائي مقصور على التشريعات العربية، وهذا غير راجع لأمر مقصود من المشرّع العربي، وإنما يرجع لاستقرار مصطلحي "الحكم" و "المحكمة" في مجال القضاء وفي مجال التحكيم فبعض التشريعات غير العربية تميّز بين المصطلحات المستخدمة في التحكيم والمصطلحات المستخدمة في القضاء، ففي فرنسا يستخدم اصطلاح (arbitrale Sentence) للدلالة على حكم التحكيم. أما الحكم القضائي يطلق عليه (Jugement) أو (Arrêt)، وفي إنجلترا يطلق

---

[1] وجدي راغب فهمي، "هل التحكيم نوع من القضاء؟ (دراسة انتقادية لنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم)"، **مجلة الحقوق في جامعة الحقوق الكويتية**، مج 17-ع1و2-1993، ص ص 139-140.

[2] عبد الوهاب لطفي، مرجع السابق، ص 127.

[3] ربيع معين محمد زريق، صلاحيات المحكم في قانون التحكيم الفلسطيني، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2019، ص 19.

على حكم التحكيم (Award)، وعلى الحكم القضائي (Jugement)، وفي إيطاليا يطلق على حكم التحكيم(Sentenze)، وعلى الحكم القضائي (Lodo).[1]

الفرع الرابع: إختلاف حجية وقوة الحكم التنفيذية بين النظامين

تختلف حجية الأمر المقضي به والقوة التنفيذية للحكم في الحكم القضائي عن حكم التحكيم، فحجية الحكم القضائي تحول دون تعديله أو إلغائه إلاّ بطرق الطعن المقررة لذلك في القانون، ولا يجوز رفع دعوى بطلان هذا الحكم إلاّ في حالة إنعدامه، بمعنى أنه لا يجوز رفع دعوى بطلان أصلية إلاّ إذا كان الحكم مجرداً من أيّة حجية بينما القاعدة في حكم التحكيم أنه يجوز رفع دعوى بطلان أصلية بناءً على أي سبب من أسباب البطلان المقررة في القانون، ويرجع ذلك لكون حكم هيئة التحكيم من أعمال الأفراد، فإن حجيته لا تحول دون اللجوء بطلب الحماية من القضاء.[2]

فمصدر حجية حكم المحكمين يرجع إلى القوة الملزمة لإتفاقية التحكيم أكثر مما يرجع إلى طبيعة عمل المحكمين والدليل على ذلك أنه إذا إتفق الخصوم على ألا تكون له هذه الحجية قبل ذلك.[3]

وهذا يعني أنه إذا إتفق الطرفان المحتكمان بعد صدور الحكم على إعادة التحكيم أمام ذات هيئة التحكيم أو محكم آخر نفذ إتفاقهما، لأن حجية قرارات التحكيم لا تتعلّق بالنظام العام خلافاً لحجية الأحكام القضائية والتي تصدر باسم النظام العام.[4]

أما عن القوة التنفيذية لحكم المحكمين فإن القانون لا يعترف بها لحكم التحكيم إلا بعد صدور أمراً من القضاء بتنفيذه، والواقع أن الأمر بتنفيذ حكم المحكم هو الذي يزوده بالقوة التنفيذية التي يفتقدها قبل صدوره.[5]

---

[1] عمر نوري عبد الله عبابنة، المرجع السابق، ص ص 53-54.

[2] نور الدين بوصلصال، المرجع السابق، ص 47.

[3] وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص ص 143-144.

[4] محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 590.

[5] محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 591.

الفرع الخامس: عدم تطابق التحكيم مع القضاء في مجال التجارة الدولية

على الرغم من أهمية التحكيم في مجال التجارة الدولية، إلا انه لا يمكن أن يتطابق أو يحل محل القضاء، فجميع حالات إحالة اطراف النزاع إلى التحكيم، لا تنفي أن المبدأ في كافة الحالات في حل النزاعات عن طريق التحكيم هو قبول الأطراف، بصرف النظر عن طبيعة الطرف وما إذا كان يتعلق بالعلاقات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، وأنه يمكن أن يصدر من قبل المستثمر أو من جانب الدولة رفض حل النزاع بخصوص هذه النزاعات، كما أنه ليس من شأن استقلال شرط التحكيم في التجارة الدولية إضفاء الطبيعة القضائية على التحكيم في مجال التجارة الدولية، كما أن ذيوع وإنتشار العديد من الهيئات والمراكز الدائمة التي تنظّم التحكيم وإنفرادها بقواعد وإجراءات خاصة، لم يسلب أطراف هذه المنازعات القدرة على إتباع قواعد وإجراءات مختلفة، بالرغم من أهمية أحكام التحكيم إلا أنه لا يمكن مقارنتها بقانون القاضي في المحاكم الداخلية.[1]

الفرع السادس: إختلاف النظام القانوني المؤطر لعمل كل من القاضي والمحكم

يختلف النظام القانوني الذي يخضع له القاضي عن النظام الذي تخضع له هيئة التحكيم من حيث القواعد المتعلقة بالمسؤولية والسلطات والصلاحيات، فشروط تعيين القاضي تختلف عن شروط تعيين المحكم من حيث المؤهلات، الجنس، السن والجنسية.[2]

فيجوز للمحكم أن يكون من جنسية أجنبية مثلا، فإذا امتنع عن حكمه في النزاع لا يعد مرتكباً لجريمة إنكار العدالة، ويخضع القواعد العامة للمسؤولية المدنية.[3]

كذلك القانون لا يلزم هيئة التحكيم بأداء اليمين كما هو الحال بالنسبة للقاضي فالمحكم لا يحوز على سلطة الأمر والجبر أو سلطة توقيع الغرامات على الخصوم في التحكيم، ففي هذه الحالات يجب عليه اللجوء إلى القضاء العام لإستصدار مثل هذه الأوامر.[4]

---

[1] نور الدين بوالصلصال، المرجع السابق، ص ص 47-48.

[2] عبد الوهاب لطفي، المرجع السابق، ص 127.

[3] عمر نوري عبد الله عبابنة، المرجع السابق، ص 51.

[4] عبد الوهاب لطفي، المرجع السابق، ص 128.

الفصل الثاني: النظريات الثنائية لطبيعة التحكيم

الفصل الثاني:
النظريات الثنائية لطبيعة التحكيم

تتمثل النظريات الثنائية في نظرتين أساسيتين، الأولى تؤكد بأن التحكيم ذو طبيعة مختلطة أو مزدوجة، أي تجمع بين النظرية العقدية والنظرية القضائية كونهما يشتركان في مثلبة واحدة تتمثل في إعطاء التحكيم صفة واحدة بينهما نظام مختلط، بدايته إتفاق ونهايته حكم[1]. أما الثانية فتؤكّد على أن التحكيم ذو طابع مستقل وخاص أي أنه نظام التحكيم مستقل بذاته يحل النزاعات، وهو أداة متميزة عن العقد والقضاء[2].

بناء على ذلك، سوف نعكف في **(المبحث الأول)** من هذا الفصل على دراسة النظرية المختلطة، ثم نتطرق في **(المبحث الثاني)** إلى النظرية المستقلة.

المبحث الأول: النظرية المختلطة

يرى جانب من الفقه بأن التحكيم ذو طبيعة مختلطة بناءً على حجج وأسانيد مختلفة سنتناولها في المطلب الأول غير أن هذه النظرية قد تعرضت لعدة انتقادات سنتناولها في المطلب الثاني.

[1] أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص 43.

[2] عبد الباسط محمد عبد الواسع، النظام القانوني لإتفاق التحكيم، (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 24.

المطلب الأول: مضمون النظرية المختلطة

يعتقد مؤيّدو هذه النظرية أن كل من النظريتين السابقتين لم تصل إلى الحقيقة، بل جزء منها فقط، في حين أن التبني المطلق لإحداهما دون الأخرى يؤدي إلى العديد من الصعوبات، وبالتالي كان من الأصح الجمع بينهما.[1]

ويذهب أنصار هذه النظرية إلى أن التحكيم له طبيعة مختلطة، وأنّ وصفاً محدداً ينطبق عليه في كل مرحلة من مراحله، وبالتالي فهم لا يمنحون التحكيم طابعًا واحدًا من بدايته إلى نهايته، بل يكيّفون كل مرحلة على حدة، ويمنحونها التكييف القانوني المناسب والمتوافق معها.[2]

فالتحكيم حسب أنصار هذه النظرية له طبيعة مختلطة، فهو عقد في ضوء الجوانب التي لإنبثق منه التحكيم، وهو عمل طوعي للأطراف، وهو حكم في ضوء حقيقة أنّ الحكم الصادر يلزم الطرفين بقوّة غير القوة الملزمة للعقد.[3]

إن أصحاب هذه النظرية أكثر إعتدالا وواقعية، لموازنتهم بين الطبيعة التعاقدية والطبيعة القضائية للتحكيم، حيث يرون أن له طبيعة مركبة أو مزدوجة، لذلك يقولون بأن الطبيعة المركبة للتحكيم تبرز جانبًا تعاقديًا بسبب الإتفاق على التحكيم المنشئ لها، وكذلك تبرز الجانب القضائي بسبب حكم التحكيم الذي يفصل في النزاع.[4]

فحسب هذه النظرية، فإن التأثيرات المختلفة لفكرتي العقد والقضاء هي التي تؤثر تباعًا على طبيعة هذا النظام مما تجعله مزدوجًا، ففي بعض الأحيان تهيمن التأثيرات العملية لفكرة العقد، وتظهر الصفة التعاقدية واضحة، عن طريق الإتفاق على التحكيم وإختيار هيئة التحكيم من قبل أطراف النزاع، ثم بعد ذلك تتلاشى هذه الصفة لإثبات الصفة القضائية وذلك بعد

---

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 48.

[2] عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 23.

[3] مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات (حسب اخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري)، دار الهدى، ط1 ،2010، ص 44.

[4] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 23.

مباشرة الإجراءات وإصدار قرار التحكيم، والذي يليه قرار قضائي بتنفيذه، ثم يصبح حكمًا قضائيًا.[1]

تجدر الإشارة إلى أن أنصار هذا الإتجاه الذي يؤيّد الطبيعة المختلطة للتحكيم قد قدموا عدة أسانيد نذكرها في الفروع التالية:

الفرع الأول: الإجراءات القضائية المطبقة في مجال التحكيم قائمة على أساس اتفاقي

يرى أنصار هذا الإتجاه أن ما يثبت الطبيعة المختلطة للتحكيم هو إجتماع الإجراءات القضائية التي تقوم على أساس الإتفاق، وينتج عن ذلك تطبيق موزع زمنيًا للقوانين المعمول بها فيما يتعلق بالمسائل ذات الطبيعة الإتفاقية ثم المسائل ذات الطبيعة القضائية، دون إنكار ترابط أجزاء عملية التحكيم وتأثيراتها المتبادلة.[2]

بمعنى أن الأخذ بهذه الطبيعة يترتب عنه نتائج هامة خاصة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، حيث يتم تحديده وفقا للمرحلة التي يمر بها نظام التحكيم، فيتم تطبيق القانون الواجب التطبيق على العقود والإتفاقيات في المرحلة الأولى، ويتم تطبيق القانون الواجب التطبيق على المسائل ذات الطبيعة القضائية في مرحلة التداعي، أما بالنسبة لتنفيذ الأحكام، فتكون هذه الأحكام من قبل العقود قبل صدور الأمر بالتنفيذ لتصبح بعد صدور هذا الأمر حكمًا قضائيًا.[3]

الفرع الثاني: قيام نظام التحكيم على مبدأ سلطان الإرادة والخضوع لحكم القانون

يستند البعض للقول بالنظرية المختلطة على أن التحكيم نوع من الحلول الذي ينشئ التوازن بين متناقضين، هما إحترام سلطان الإرادة ومقتضيات الخضوع لأحكام التنظيم القانوني

---

[1] أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وإجراءات (دراسة مقارنة)، دار نيبور الطباعة والنشر والتوزيع، ط1، العراق، 2011، ص 57.

[2] علي قوادرية، وآخرون، مشكلات وقضايا المجتمع في العالم متغير، دار الهدى، ط1 ،2007، عين مليلة، الجزائر، ص393.

[3] دريس بن مالك، تفاصيل صفحة الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم، (25نوفمبر 2009)، تم الاطلاع عليه 08/05/2023، على الساعة pm 55: 17 رابط الموقع:
https://fr.scribd.com/document/23077851/ .

الوضعي للمجتمع، فمن حيث فكرة العقد التي تجسّد مبدأ سلطان الإرادة للأخذ بفكرة الطبيعة المختلطة، وتتمثل كذلك غي فكرة القضاء من حيث إقتضاء الحق من خلال الخضوع لحكم القانون والعدالة ليضفي الطبيعة المختلطة على عملية التحكيم، كونها نوع من القضاء الخاص ذي أساس إتفاقي، بحيث تتناوب التأثيرات المختلفة لفكرة العقد والقضاء على طبيعة التحكيم.[1]

حيث يعتبر نظام التحكيم نوعًا من القضاء لذلك يجب على هيئة التحكيم التقيد بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القضائي، ومن أهمها معاملة الأطراف على قدم المساواة وإحترام مبدأ الوجاهية وإتخاذ الإجراءات في مواجهة أطراف النزاع، وبحضور جميع أعضاء هيئة التحكيم تحت طائلة البطلان.[2]

الفرع الثالث: تعاقب صفة العقد والقضاء على نظام التحكيم

نظام التحكيم – حسب ما دفع به البعض – تتعاقب عليه صفتان الأولى، وهي الصفة التعاقدية حيث تبدو واضحة في إختيار أطراف النزاع كوسيلة لفض منازعاتهم وإمتناعهم عن التوجه نحو قضاء الدولة، كذلك إختيارهم للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وعلى الإجراءات، غير أنّ التحكيم يغيّر من طبيعته التعاقدية هذه إلى الطبيعة القضائية نتيجة تدخل قضاء الدولة، عندما يلجأ إليه أطراف النزاع ليكتسب قرار التحكيم القوة التنفيذية، إذ يتحول نظام التحكيم إلى عمل قضائي بأمر التنفيذ الصادر من قضاء الدولة فيتحول قرار التحكيم إلى حكم قضائي بدءًا من هذا الأمر.[3]

فهناك من يرى بأن الوقت الذي يغير فيه نظام التحكيم من الطبيعة العقدية إلى الطبيعة القضائية هو بمجرد صدور أمر التنفيذ، ويتحول الحكم التحكيمي إلى حكم قضائي ولا يعد حكمًا قضائيًا قبل صدور هذا الأمر، ومنهم يرى بأن نظام التحكيم يتحول إلى الطبيعة القضائية في الوقت الذي يصدر فيه الحكم الفاصل في النزاع، أو الوقت الذي يباشر فيه المحكم مهمته

[1] عمر نوري عبد الله عبابنة، المرجع السابق، ص 56.

[2] محمود أحمد محمود سويلم، المرجع السابق، ص 22.

[3] محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص ص599-598.

المتمثلة في الفصل في النزاع، كذلك من يرى بأن هاتين الطبيعتين موجودتين في نظام التحكيم بدءًا من إتفاق الأطراف على اللجوء إليه حتى الإنتهاء منه بتنفيذ الحكم المنهي للنزاع.[1]

الفرع الرابع: الجمع بين الصفة الاتفاقية والوظيفة القضائية لنظام التحكيم

كما يذهب جانب من هذا الإتجاه الفقهي إلى أن القول بأنّ نظام التحكيم في حالة الأخذ بإحدى النظريتين التعاقدية والقضائية على حدة، يطرح الكثير من الصعاب على مستوى التطبيق، ولتفاديها يقتضي الجمع بين الصفة الإتفاقية والوظيفة القضائية، وإعتبار أن للتحكيم طبيعة تعاقدية وقضائية معاً أي طبيعة مزدوجة.[2]

وبالتالي فإن الجانب السائد في المرحلة الأولى للتحكيم هو العنصر الإرادي وهي مرحلة الإتفاق على التحكيم كوسيلة لحل النزاعات الناشئة أو التي قد تثار بين الخصوم، ثم يبدأ هذا العنصر في الزوال تدريجيًا تاركًا الغلبة للصفات التي يتميز بها العمل القضائي منذ بدء مرحلة التداعي.[3]

والأخذ بالنظريتين العقدية والقضائية معًا هو أمر مطلوب لتشجيع أطراف النزاع على اللجوء إلى نظام التحكيم، لأن منح هذا الأخير الطبيعة التعاقدية يعطي الأطراف حرية إختيار المحكم الذي سيتولى مهمة الفض في النزاع، وإختيار الإجراءات الواجب إتباعها عند قيامه بذلك، وهذا لتميز التحكيم عن باقي طرق فض المنازعات، وكذلك منحه للتحكيم الطبيعة القضائية يسهل للدولة فرض الرقابة على نظام التحكيم الذي يسري على أراضيها.[4]

الفرع الخامس: نظام التحكيم ليس اتفاقًا محضًا ولا قضاءً محضًا

---

[1] أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص 45.

[2] وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبية التعاقدية (دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربي)، دار الجامعة الجديدة، ط 1، الإسكندرية، 2016، ص 47.

[3] محمد السطيحة المحامي، الطبيعة القانونية للتحكيم والتعاقدية والمختلطة والمستقلة لشرط التحكيم، (3مايو 2010) تم الاطلاع عليه (08/05/2023) على الساعة 05: 18 PM، رابط الموقع:
https://kenanaonline.com/users/ELstehaAveocato/posts/123298?fbclid=IwAR2iktSXA4-uMN3PXLXTusL5D7OViRs71Z_h6sC7yHbXl6vqqlOGqm_R2vU .

[4] أشجان فيصل فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص 46.

نظام التحكيم ليس إتفاقًا بحتًا، ولا قضاءً بحتًا، بل أنه يمر بعدّة مراحل، يلبس في كل منها لباسًا خاصًا ويتخذ إتجاهًا مختلفًا، حيث يبدأ بإتفاق، وفي وسطه إجراء، ثم ينتهي بحكم. ويكون التحكيم تصرفًا إراديًا في أساسه وجوهره، غير أنه يؤدي إلى تحريك نظام تتفاعل فيه عناصر ذات طبيعة مختلفة تدخل في عداد العمل القضائي، وذلك لتحقيق هدفه في مراحله اللاحقة.[1]

ويقصد بذلك أن نظام التحكيم له طابعًا مرحليًا حيث أنه يبدأ تعاقديًا من خلال إتفاق أطراف النزاع على التوجه للتحكيم دون اللجوء إلى القضاء، وينتهي قضائيًا بصدور الحكم التحكمي، ثم يؤمر بتنفيذ هذا الحكم من القضاء العام في الدولة.[2]

المطلب الثاني: نقد مضمون النظرية المختلطة

رغم تأييد الفقه لهذه النظرية إلا أنها تعرضت للعديد من الإنتقادات نتناولها في الفروع الأربعة التالية:

الفرع الأول: عدم تحليل النظرية المختلطة لحقيقة التحكيم المركبة

لقد إختار – حسب هذا الانتقاد – أصحاب هذه النظرية أبسط وأيسر الحلول، ولم يحاولوا التصدي للبّ المشكلة ذاتها، وذلك من خلال التهرب منها، فالجدال الهادئ يبين لنا أنه توجد نقاط ضعف خاصة بكل واحدة من النظريتين العقدية والقضائية، مما يؤدي إلى وقوع الباحث في حيرة في إتخاذها موقع سلبي، والمتمثل في أن هذه النظرية ذات طبيعة خاصة، والأشد عيبًا من هذا أنها ذات طبيعة مزدوجة، حيث أن النظرية المختلطة لم تحاول أن تتجاوز وصفها لعملية التحكيم في مراحلها المختلفة، ولم يفنّذ أصحاب النظرية المختلطة تمتع المحكم بالسلطات القضائية، ولم يقدم إطارًا قانونيًا يعطي تفسيرًا لها، إستقلالًا عن أطراف النزاع ، وهذا ما يبين لنا ضعف التأصيل القانوني لهذه النظرية.[3]

---

[1] محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 599.

[2] دريسي كمال فتحي، المرجع السابق، ص 8.

[3] علي قوادرية وآخرون، المرجع السابق، ص 393.

فالنظرية المختلطة لم تأت بجديد فقد حدد أصحاب هذه النظرية معيارها من خلال ربطهم بين حجية أحكام التحكيم التي تصدر في النزاعات موضوع الاتفاقات على التحكيم وبين القوة التنفيذية لهذه الأحكام ربطًا غير صحيح.[1]

وعليه، فيجب ألا يقف التحليل القانوني عند القول بأن نظام التحكيم خليط غير متطابق أو أنه ذو طبيعة مختلطة، فيعتبر في هذه الحالة بأنه إعتراف بالضعف والعجز في مواجهة الحقيقة، ففي مواجهة هذه الحقائق المركبة لردها إلى عناصرها المميزة يجب تحليلها ومحاولة تحديد كل عنصر ودوره في كل مرحلة من المراحل المختلفة.[2]

الفرع الثاني: صعوبة التعامل في إطار النظرية المختلطة بين النظام التعاقدي والقضائي

اختلف مؤيدو النظرية المختلطة حول الوقت الذي يغير فيه التحكيم من طبيعته التعاقدية إلى الطبيعة القضائية، كونه يبدأ من الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم وينتهي بتنفيذ الحكم التحكيمي، فعدم تحديد النقطة الزمنية لتغير طبيعة التحكيم من قبل أنصار هذه النظرية يشكل نقطة ضعف.[3]

وعليه، فإن الأخذ بالنظامين يعتبر عيبًا، ولا يمثل حالة ايجابية لأن التعامل مع نظامين أحدهما تعاقدي والآخر قضائي أمر صعب، وذلك لأن لكل منهما عناصر مختلفة ومكانة مختلفة في عملية التحكيم.[4]

الفرع الثالث: القول بالنظرية المختلطة تؤدي الى الخلط بين الأحكام التحكيمية وقوتها التنفيذية

إن القول بأن التحكيم ذو طبيعة مختلطة يؤدي إلى الخلط بين حجية الأحكام التحكيمية وبين قوتها التنفيذية، وأن الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في النزاع موضوع الإتفاق على

[1] ناصر ناجي محمد جمعان، المرجع السابق، ص 28.

[2] فراح مناني، المرجع السابق، ص 45.

[3] أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص 48.

[4] عبد الله محمد المحاميد، المرجع السابق، ص 31.

التحكيم والصادرة من القضاء العام، لا علاقة له بحيازته للحجية القضائية إنما يتعلق بقوة أحكام التحكيم التنفيذية، فلا تحوز الحجية القضائية إذا قيل أن أحكام التحكيم الصادرة في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لا تعد أحكامًا قضائية قبل الأمر بتنفيذها، فلا تكون لها الصفة القضائية إلا بعد الأمر بتنفيذها، والصادرة من القضاء العام في الدولة.[1]

بمعنى أن حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الصادر من القضاء العام تثبت له حجية الأمر المقضي به بمجرد صدوره، فهي تختلف عن القوة التنفيذية التي لا يحوزها الحكم التحكيمي إلا بعد صدور الأمر بتنفيذ الحكم.[2]

الفرع الرابع: عمل هيئة التحكيم يستمد قوته من الإتفاق على التحكيم

إن عمل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع لا يستمد قوته إلا من الإتفاق على التحكيم نفسه لأن المشرع الوضعي شاء أن يراقب عمل الهيئة التحكيمية، فأوجب أن يخضع الحكم التحكيمي الذي يصدر منها في النزاع لإشراف ورقابة السلطة العامة في الدولة قبل تنفيذه وإضفاء الصيغة التنفيذية عليه، وذلك للتحقق من صدوره، وأن الهيئة التحكيمية قد راعت الشكل الذي نصها عليه القانون الوضعي.[3]

المبحث الثاني: النظرية المستقلة

يرى جانب من الفقه أن التحكيم ذو طبيعة مستقلة متحججا بأسانيد مختلفة سنتناولها في مطلب أول. غير أن هذه النظرية قد تعرضت لعدة إنتقادات نتناولها في مطلب ثاني.

[1] عمر نوري عبد الله عبابنة، المرجع السابق، ص 58.

[2] فراح مناني، المرجع السابق، ص ص 45-46.

[3] محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص ص 601-602.

المطلب الأول مضمون النظرية المستقلة

يرى أنصار هذه النظرية أنه يجب النظر الى التحكيم بنظرة مستقلة فهو ذو طبيعة خاصه، فلا يمكن تفسيره في ضوء المبادئ التقليدية ولا بمحاولة ربطه بالعقد أو بالحكم القضائي أو بهما معا.[1]

حيث يعتقد أصحاب هذه النظرية أن التحكيم يتميز بإستقلاليته، فهو من أحدث النظريات ظهورا في الفكر القانوني، سواء في المجال القضائي أو التشريعي أو الفقهي.[2]

فقد ظهر التحكيم منذ الأزل في المجتمعات البدائية قبل ظهور القضاء، وإستمر وبقي قائما حتى بعد ظهور القضاء حيث تطور وإنتشر في جميع دول العالم حيث ظهرت هيئات ومراكز للتحكيم، وذلك ما جعله متوازيا مع قضاء العام لدولة ولكنه مستقل عنه. [3]

حيث يعتقد أصحاب هذه النظرية ان أنصار الطبيعة العقدية للتحكيم لم يتفقوا حول طبيعة هذا العقد إذا كان من عقود القانون العام أم من عقود قانون الخاص، وهل هو عقد ينظم الشكل أم ينظم الموضوع، فحتى الذين إعتبروه من عقود القانون الخاص قد إختلفوا في تحديد طبيعته إذا كان عقد وكالة أم عقد مقاولة أو عقد عمل.[4]

أما أنصار الطبيعة القضائية للتحكيم لم يستطيعوا التفكك من إعتبارات النظام القضائي الداخلي، فالبعض يرى انه مجرد بطانة للقضاء الوطني. أما البعض منهم فإعتبره تفويض صدر من الدولة للمحكم لإقامة العدالة بين الخصوم. أما بالنسبة لأنصار النظرية المختلطة للتحكيم فموقفهم فيه نوع من الهروب للتخلص من مشكلة تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم.[5]

فالإتجاه المؤيد لهذه النظرية رفض أيضا الطبيعة المركبة أو المختلطة، وذلك لعدم تقديمها الطبيعة القانونية بشكل قاطع وواضح، وإنما حاولت الجمع بين النظرية العقدية والنظرية

---

[1] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 50 .

[2] محمود أحمد محمود سويلم، المرجع السابق، ص 23.

[3] عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص24.

[4] فراح مناني، المرجع السابق، ص 46.

[5] المرجع نفسه، ص 46.

التعاقدية وإدخال التحكيم في إحداهما بإعتبار هاتين النظريتين تمثل قوالب قانونية يتعين إدخال التحكيم في إحداهما.[1]

فأصحاب هذه النظرية لا يعتبرون التحكيم عملا إراديا كالصلح، ولا تعتبرونه عملا قضائيا كالقضاء الذي يقوم بإصدار احكام وفقا للقانون لحل النزاع بين الأطراف، وإنما تعتبرون التحكيم عملا ذاتيا مستقلا، فالتحكيم بالنسبة لهذه النظرية هو نظام أصيل متحرر من العناصر التعاقدية والقضائية، ويتميز بالسرعة في نظر القضايا وتقول هذه النظرية بأن إرادة الأطراف المتفقين على قيام التحكيم ليست أساس نظام التحكيم، فالعقد ليس هو جوهر نظام التحكيم بدليل عدم وجوده في نظام التحكيم الإجباري.[2]

فالتحكيم بالنسبة لهم هو وسيلة واداة قانونية متميزة لحل المنازعات والخصومات فهو يهدف الى تحقيق العدالة بطريقة تختلف عن العقد والقضاء.[3]

فهدف التحكيم في نظرهم هو تحقيق وظيفة إجتماعية وإقتصادية، وأيضا تحقيق السلام للتعايش السلمي بين أطراف الخصومة في المستقبل. [4]

أما الطبيعة القانونية فتأخذ إتجاه آخر يختلف عن النظريات الثلاث السابقة وهي نظرية إستقلال التحكيم، فنظام التحكيم هو عبارة طريقة خاصة يلجأ إليها الأطراف لحل وفض النزاعات القائمة بينهما. هذا ما يجعل نظام التحكيم قضاء موازي لقضاء الدولة إلا أنه ليس

---

[1] عاطف عبد الحميد، المرجع السابق، ص 22.

[2] آية الوصيف، بحث قانوني والطبيعة القانونية للتحكيم التجاري، إستشارات قانونية مجانية، (20ماي (2018 تم الاطلاع عليه 29\04\2023 على ساعة 25pm: 14رابط الموقع:
https://www.mohamah.net/law/%D8%A8%D8%AD%D8%AB-%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%8A-%D8%AD%D9%88%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%B7%D8%A8%D9%8A%D8%B9%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%8A%D8%A9-%D9%84%D9%84%D8%AA%D8%AD .

[3] عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لإتفاق التحكيم، (دراسة تحليلية مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث، ط 1، الإسكندرية، 2005، ص 26.

[4] عبد الباسط عبد الواسع، المرجع السابق، ص25.

بعمل قضائي حيث أن هناك إختلاف بينهما فقضاء الدولة وظيفته هو حماية الحقوق والمصالح العامة، في حين أن وظيفة التحكيم محصورة بين أطراف الخصومة فقط ولا تتعدى إلـــى غيرهم. [1]

ويستند أصحاب هذه النظرية على العديد من الأسانيد والحجج لتدعيم موقفهم، سنتناولها في الخمسة فروع التالية:

الفرع الاول: العقد ليس هو جوهر التحكيم

إن الإتفاق على التحكيم ليس هو الجوهر بالنسبة لنظرية المستقلة على عكس ما تأخذ به النظرية التعاقدية، وذلك لإستبعاد القانون للقضاء في بعض الحالات، ويتم إلزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم لفصل في النزاع. أما بالنسبة للمحكمين فلا يعينون دائما بالإتفاق القائم بين أطراف الخصوم، وإنما قد يتم تعيينهم من طرف المحكمة المختصة أو يعينون بواسطة مراكز التحكيم الدائمة التي يلجأ إليها الأطراف الراغبة في التحكيم للنظر في النزاع القائم بينهم والفصل فيه، وبالتالي فالتحكيم بالنسبة لهذه النظرية يملك ذاتيته المستقلة،[2] وبالتالي العقد ليس هو جوهر التحكيم، والدليل على ذلك ظهور التحكيم الإجباري.[3]

الفرع الثاني: إختلاف البناء الداخلي بين التحكيم والقضاء

هناك إختلاف بين التحكيم والقضاء حيث أن نظام التحكيم يتميز بكونه أداة خاصه لحل النزاع بالإتفاق على التحكيم، فهذا الأخير يكون طريقا خصوصيا مفصلا عضويا واجرائيا للفصل في نزاع معين. أما نظام القضاء فيعتبر طريق عام لحماية الحقوق والمراكز القانونية للأفراد والجماعات داخل الدولة حيث تحكمه قواعد عامة مجردة فموضوعه سلفا لأية دعوى قضائية قد تعرض عليه للفصل فيها.[4]

---

[1] عبد الستار أحمد مجيد الجبوري، المرجع السابق، ص ص 310-311.

[2] علي قوادرية وأخرون، المرجع السابق، ص 395.

[3] أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص 51.

[4] محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 362.

كما أن القانون يتولى تنظيم القضاء عضويا وإجرائيا عن طريق قواعد عامة يتم تحديد فيها أنواع المحاكم وكيفية تشكيلها والقواعد المتعلقة بالإختصاص، وأيضا تبين قواعد التقاضي والإجراءات الواجب إتخاذها من قبل هذه المحاكم وكيفية مراعاتها... أما بالنسبة للتحكيم فهو أسلوب خاص متميز للفصل في النزاع من قبل فرد أو هيئة (محكم أو هيئة التحكيم) تتشكل خصوصا للفصل في النزاع، فأطراف النزاع أو المحكمين هم من يحدد الإجراءات التي يرونها مناسبة للنزاع دون الإخلال بالمبادئ الأساسية للتقاضي.[1]

الفرع الثالث: الإختلاف بين وظيفة التحكيم وظيفة قضاء الدولة

تؤكد هذه النظرية على وجود إختلاف بين وظيفة التحكيم ووظيفة القضاء، حيث أن وظيفة المحكم الحقيقية هي وظيفة إجتماعية إقتصادية سلمية بحتة تتمثل في حل النزاع سواء بالقانون أو بغير القانون بشكل يضمن إستمرار العلاقة في المستقبل بين أطراف الخصومة في حين أن وظيفة القاضي هي وظيفة قانونية بحتة تتجسد في حماية الحقوق والمراكز القانونية بغض النظر عن وجود أو عدم وجود نزاع، بل يكفي وجود مصلحة للمدعي، فالقاضي لا يهتم بإستمرار العلاقة في المستقبل بين أطراف النزاع.[2]

كما أن هناك اختلاف من حيث الآثار القانونية المترتبة بين أحكام التحكيم وأحكام القضاء، حيث أن حكم التحكيم لا يكتسب القوة التنفيذية إلا بعد صدور أمر بذلك من المحكمة وفقا للإجراءات القانونية للتحكيم على عكس أحكام القضاء التي تكتسب قوة تنفيذية.[3]

الفرع الرابع: إخضاع القانون الوضعي للمحكم لنظام مختلف عن النظام الذي يحكم القاضي

تخضع قواعد القانون الوضعي المحكم أو هيئة التحكيم إلى نظام قانوني مختلف عن ذلك الذي يخضع له القاضي العام في الدولة من حيث صلاحياته ومسؤولياته.[4]

---

[1] حسن كليبي، المرجع السابق، ص 236.

[2] علي قوادرية، واخرون، المرجع السابق ص395.

[3] أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص 53.

[4] علي قوادرية، واخرون، المرجع السابق ص 396.

ولذلك، فإن إمتناع المحكم عن الحكم في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لا يكون في هذه الحالة مرتكب لجريمة إنكار العدالة، بل يخضع إلى القواعد العامة للمسؤولية المدنية إذا إمتنع عن تنفيذ الحكم والفصل فيه دون مبرر، فالمحكم يفتقر لسلطة الجبر والأمر، ولا يشترط صفات السن والمؤهلات والجنسية وغيرها من الشروط على عكس القاضي.[1]

الفرع الخامس: ظهور نظام التحكيم قبل نظام القضاء العام

لقد كان نظام التحكيم أسبق في ظهوره على نظام القضاء الدولة إلا أنه ظل قائما و منتشرا بعد ظهوره، إذ أن في المجتمعات البدائية قد عرفت نظام التحكيم منذ الأزل أسلوبا ثالثا لحل منازعات الأفراد، حيث أفرزت الحياة الإجتماعية أسلوبا ثالثا لحل الخصومات و النزاعات بين الأفراد و الجماعات لا يقوم على السلطة العامة مثل نظام القضاء العام في الدولة ، ولا يتم ذاتيا بإرضاء أطراف ذوي الشأن مثل نظام الصلح وإنما بنزول أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على رأى نظير لهم، فهو أداة سلمية بحتة لا يقوم على حل للنزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، يفرض من أعلى بقوة السلطة العامة، و إنما على إمتثال الأفراد و الجماعات لرأي من يحوز ثقتهم، بحيث أن الحل يكون مرضيا للأطراف و الحفاظ على إستمرار العلاقات بينهما في المستقبل للتعايش السلمي ، [2] فهو يلبي حاجات إجتماعية لا يمكن لقضاء العام لدولة تحقيقها مما يفرض الخضوع لنظام خاص يختلف عن نظام قضاء الدولة ، فهذا النظام الخاص يحافظ على مرونة التحكيم التي لا نجدها في القضاء المتميز بضماناته الشكلية الكثيرة و قواعده الجامدة. [3]

المطلب الثاني: نقد النظرية المستقلة

على الرغم من تأييد جانب من الفقه لهذه النظرية إلاّ أنها لم تسلم من الإنتقادات نتطرق لها تباعا في الفروع الأربعة التالية:

---

[1] حسن كليبي، المرجع السابق، ص 236.

[2] محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 369.

[3] علي قوادرية وآخرون، المرجع السابق، ص 396.

الفرع الأول: عدم تقديم النظرية المستقلة لأية إضافة

يرى منتقدو النظرية المستقلة للتحكيم أنها لم تأتي بشيء جديد سواء من حيث التأصيل القانوني أو من حيث تفسير السلطات التي يتمتع بها المحكم.[1]

حيث أن أنصار هذه النظرية لم ينكروا الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم بلإعتباره عملا قضائيا يستمد من لإتفاق الأطراف، بالرغم أنهم يرون النظرية العقدية تعجز عن تفسير تطور التحكيم تحت لواء القضاء مع الحفاظ على ذاتية وإستقلالية التحكيم، التي يجب تأصيلها الأمر الذي يمكن القول معه أن النظرية المستقلة لم تقدم إجابة عليه، فلهذا يجب رد تحديد طبيعة التحكيم الى الأصل الذي تنتمي إليه.[2]

بمعنى أنه لا يمكن القول إن نظام التحكيم يتمتع بعدالة خاصة، تختلف عن عدالة القضاء العام في دولة لأنه لا يمكن الوصول إلى طبيعة التحكيم من خلال الأثر الذي يرتبه وإنما من خلال رده إلى أصله، فإذا كانت إرادة الأطراف هي الأصل ذلك يعني أن نظام التحكيم ذات طبيعة عقدية. أما إذا كان الأصل الذي ينتمي إليه نظام التحكيم هو سلطة القضاء، فذلك يعني أن نظام التحكيم نظام قضائي. أما إذا كانت غير ذلك فإنه يكون ذات طبيعة مستقلة يجب تأصيلها.[3]

وبالتالي فالنظرية المستقلة تقوم على خطأ منهجي، حيث أنها تفشل في تحديد وتأصيل الأعمال القانونية بشكل منطقي، فالإستقلال لا يكون بطبيعة العمل وإنما طبيعة العمل هي التي تجعله وتحدد إذا كان مستقلا أو غير مستقل، أما بالنسبة للأعمال القضائية والتصرفات القانونية فتعتبر أعمال مستقلة إذا كان لهما مصدر ينتميان إليه ووظيفة تؤيدها في الحياة القانونية.[4]

---

[1] عبد الله محمد المحاميد، المرجع السابق، ص 29.

[2] علي قوادرية وآخرون، المرجع السابق ص 396.

[3] محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص ص 377-378.

[4] وليد محمد عباس، المرجع السابق، ص 53.

الفرع الثاني: قيام النظرية المستقلة على ربط غير سليم

قام أنصار النظرية المستقلة بالربط بين القضاء وبين القانون من جهة ، بين التحكيم وتطبيق الأعراف أو قواعد العدالة من جهة أخرى، فهذا الربط يعتبر ربط خاطئ لأن القاضي يقوم بالفصل في النزاع المعروض عليه وفقا للقواعد القانونية أو الأعراف السائدة أو قواعد العدالة في حالة غياب القواعد القانونية التي تحكم النزاع أو الخصومة[1]، حيث أن هذا الدور تلعبه هيئة التحكيم للفصل في النزاع المعروض أمامها ، وفي حالة تم تفويضها بالصلح وحل النزاع بين الأطراف فيجب أن تطبق القواعد القانونية تطبيقا حرفيا إذا كان ذلك يحقق العدالة ومن ثم يكون إستنادا أصحاب النظرية المستقلة للتحكيم لهذه الحجة ليست في محلها ، لأن ذلك لا يؤكد أستقلال التحكيم وأنما يؤكد خصوصيته.[2]

حيث أن أنصار هذه النظرية ربطوا ربطا خاطئا بين مرفق القضاء الذي يشكل أحد سلطات الدولة، وبين فكرة القضاء البسيط والذي يقوم بالفصل في النزاع إستنادا للقانون، من خلال طرف محايد غير مكلف أصلا بتطبيق القواعد القانونية، لأن الوظيفة القضائية قد تتم ممارستها من خلال أشخاص عاديين لا ينتمون إلى هذا المرفق.[3]

الفرع الثالث: إعمال النظرية المستقلة يؤدي الى القول إن نظام التحكيم لا يؤدي وظيفة اجتماعية واقتصادية

فمن عيوب النظرية المستقلة لنظام التحكيم أنه لا يمكن القول بأن نظام التحكيم يؤدي إلى تحقيق وظيفة إجتماعية وإقتصادية للتعايش السلمي بين أطراف النزاع في المستقبل ذلك لأن هيئة التحكيم تقوم بتطبيق قواعد القانون الموضوعي عند حل النزاع موضوع الاتفاق التحكيم، وهو نفس دور القاضي العام في الدولة في الدعوى المطروحة عليه للفصل

[1] عبد القادر سرحاني، محمد مزاولي، المرجع السابق، ص152.

[2] وليد محمد عباس، المرجع السابق، ص 53.

[3] أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص 54.

فيهاوبالتالي فالمحكم أو هيئة التحكيم تؤدي نفس الدور الذي يقوم قاضي الدولة، فقد يصدر حكما لا يرضي أحد الخصوم أو كلاهما.[1]

الفرع الرابع: قول إن التنظيم القانوني لنظام القضاء يختلف عن التنظيم القانوني لنظام التحكيم لا يعني إختلافهما

ذهب أنصار هذه النظرية إلى أن التنظيم القانوني لنظام القضاء يختلف عن التنظيم القانوني لنظام التحكيم، وذلك إستناد إلى أسانيد شكلية لا موضوعية موضوعية تتمثل بالمهمة التي يقوم بها كل من القاضي والمحكم، فالقضاء منظم تنظيماً قانونياً عاماً بشكل يحكم في جميع المنازعات، أما التحكيم فمنظم تنظيماً خاصاً من قبل أطراف النزاع بالإتفاق أو من قبل المحكم المكلف في النزاع، فهذا لا يعني إختلافهما في الطبيعة إنما يعني" أن القضاء هو قضاء عام في حين أن التحكيم فهو قضاء خاص".[2]

[1] وليد محمد عباس، المرجع السابق، ص 52.

[2] أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص54.

خاتمة

خاتمة

إنطلاقا من أن التحكيم يضم عملين مجتمعين بوقت واحد، الأول يقوم به أطراف النزاع وهو إبرام إتفاقية التحكيم، والآخر يقوم به المحكم المختار من قبلهم، وهو الفصل في النزاع بحكم يحوز حجية الأمر المقضي به.

وبالرغم إتفاق الفقه على إعتبار نظام التحكيم وسيلة لحل النزاعات يحل فيها حكم التحكيم محل الحكم القضائي في تحقيق الحماية للحق المتنازع فيه، إلا أنه قد ثار الخلاف حول طبيعته القانونية، فظهرت نظريات فقهية تنادي كل واحدة منها برأي معين، وكانت لهذا الخلاف نتائج ليس فقط على المستوى النظري، بل إمتدت إلى المستوى العملي لا سيما عند بحث القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وعند تنفيذ حكم التحكيم.

فالتحكيم يعتبر نظام تعاقدي في نشأته حيث يتجسد في إتفاق بين الأطراف المتنازعة للوصول الى حل النزاع القائم أو الذي سوف يقوم في المستقبل بطريقة سلمية، وبالتالي فالإتفاق يعد أساس تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، وهذا ما أخذت به النظرية العقدية.

كما أن المحكم يباشر مهمة قضائية تتمثل في الفصل في النزاع القائم بين الأطراف بموجب حكم يكتسب حجية الأمر المقضي به، وللمحكم مركز متميز إذ يتمتع بسلطة قضائية تخول له فض وحسم النزاع الأمر الذي يقربه من المركز القانوني للقاضي، وهذا ما ذهبت إليه النظرية القضائية.

إن نظام التحكيم يعتبر عقد بالنظر إلى الوجوه التي تشتق من أصل التحكيم، حيث أنه يحتل مركزا وسطا بين العقد والقضاء، فالتحكيم ليس إتفاقًا محضًا ولا قضاءً محضًا إذ أنه يبدأ بعقد وينتهي بصدور حكم التحكيم، وهو كذلك قضاء بالنظر إلى كون هذا الحكم الصادر يلزم الأطراف بقوة غير القوة الملزمة للعقد، وهذا ما أخذت به النظرية المختلطة بقولها إن للتحكيم طبيعة مزدوجة أو مركبة.

إن للتحكيم طبيعة قانونية خاصة ينفرد بها عن باقي التصرفات القانونية، فهو مستقل وقائم بذاته أي أن التحكيم يمثل وسيلة قانونية لحل المنازعات دون أن يكون تصرفا قانونيا أو عملا قضائيا، وهذا ما ذهبت إليه النظرية المستقلة.

وبناء على كل ما سبق، وبالنظر إلى أوجه القوة وأوجه الضعف الخاصة بكل نظرية نخلص في نهاية هذا البحث إلى اعتماد النظرية القائلة بأن نظام التحكيم ذو طبيعة مختلطة نظرا لمنطقها وواقعيتها وعدم إهمالها لأي مرحلة من مراحل التحكيم المختلطة أو طغيان مرحلة على أخرى، فالتحكيم يولد من عقد ويمر بإجراء وينتهي بحكم، وهذا الطابع المختلط لا يمكن إنكاره، وبالتالي معالجة التحكيم في ظل مفهوم واحد، وإلا أدى ذلك إلى نتائج خاطئة، وما يزيد من التأكيد على رجاحة النظرية المختلطة أن نظام التحكيم قضاءً إتفاقيًا أي أنه مركب من عناصر عقدية وعناصر قضائية، وذلك أن العناصر العقدية تتمثل في إتفاقية التحكيم الذي تعتبر مظهرا لإرادة الأطراف، وتخضع لما تخضع له العقود من أحكام من حيث الإجراءات والبطلان، والعناصر القضائية تتمثل في الطبيعة القضائية لمهمة المحكم، وما يصدر عنه من أحكام.

قائمة المصادر والمراجع

***القرآن الكريم:**

1.النساء (الآية 65).

أولا–المصادر:

أ–كتب الحديث:

1. فتح الباري، شرح صحيح البخاري لإبن حجر العسقلاني، دار الريان للتراث، ج 3 القاهرة 1988.

ب–القوانين:

1. راجع قانون رقم 08–09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج ع 21 الصادر بتاريخ 23 ابريل ،2008، تم تعديله سنة 2022 بموجب القانون رقم 13–22.

ثانيا–المراجع:

أ–الكتب:

1. أحمد إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة، القاهرة 2009.
2. أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الايجابي والأثر السلبي لإتفاق التحكيم، دار النهضة العربية القاهرة،2013.
3. أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء والصلح، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2007.
4. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي (تنظيم وتطبيق مقارن)، دار النهضة العربية، ط 1، القاهرة ،2004.
5. أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية القاهرة، 2001.

6. أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته (دراسة مقارنة)، دار نيبور للطباعة والنشر والتوزيع، ط 1، العراق، 2011.
7. باسمة لطفى دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
8. خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار (دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والأجنبية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، الأردن، 2014.
9. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي (في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري)، دار الشروق، ط 1، 2002.
10. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ط 1 الإسكندرية، 2008.
11. رضوان أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة 1981.
12. طيب قبايلي، كريم تعويلت، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية دار بلقيس، الجزائر، 2004.
13. عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم (دراسة تحليلية وفقا لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة)، مكتبة الجلاء الجديدة، ط 2، المنصورة، 1998.
14. عاطف عبد الحميد، الدورة العامة لأعداد المحكم الدولي (الطبيعة القانونية لإتفاق التحكيم) ج 1، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2017.
15. عبد الباسط محمد عبد الواسع، النظام القانوني لإتفاق التحكيم، (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
16. عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لإتفاق التحكيم، (دراسة تحليلية مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث، ط 1، الإسكندرية، 2005.
17. عبد الوهاب لطفي، نظم وإجراءات التحكيم في إطار القانون الدولي والمنظمات الدولية، مكتبة الوفا القانونية، ط1، الإسكندرية ،2019،
18. عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2009.

19. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية والدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة) دار الجامعة الجديدة 2008.
20. علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري (دراسة قانونية مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، 2006.
21. علي قوادرية وآخرون، مشكلات وقضايا المجتمع في عالم متغير، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، ط 1، عين مليلة، 2007.
22. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، ط 1، الإسكندرية 2007.
23. فراح مناني، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات (حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري)، دار الهدى، ط1، 2010.
24. كمال عليوش قربوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، بوساحة للطباعة والنشر والتوزيع ط 4، الجزائر، 2017.
25. لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط 2، الجزائر، 2014.
26. لطفي عبد الوهاب، نظم وإجراءات التحكيم في إطار القانون الدولي والمنظمات الدولية، مكتبة الوفاء القانونية، ط 1، الإسكندرية، 2019.
27. محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف ، الإسكندرية 2003.
28. محمود سيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ،2003.
29. محمود مختار أحمد البريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط 4 القاهرة 2014.
30. ناصر محمد الشرمان، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، مركز الدراسات للنشر والتوزيع، ط 1، مصر، 2015.
31. ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية (دراسة مقارنة)، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2008.

32. وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية (دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربي)، دار الجامعة الجديـدة، ط1 الإسكندريـة، 2016.

ب-الرسائل والمذكرات الجامعية:

- **رسائل الدكتوراه:**

1. عمر نوري عبد الله عبابنة، شرط التحكيم التجاري من حيث صحته واستقلاله (دراسة مقارنة بين القانون الأردني والاتفاقيات الدولية) رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2006.
2. محمود أحمد محمود سويلم، الدفع بشرط التحكيم في الخصومة المدنية (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة عمان العربية، المملكة الأردنية الهاشمية، 2011.
3. نور الدين بوالصلصال، الإختصاص في تسوية النزاعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011.

- **مذكرات الماجستير:**

1. أحمد درويش الشرعه، اتفاق التحكيم وآثاره في القانون التحكيم الأردني رقم(31) لسنة 2001 (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، قسم الدراسات القانونيـة كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، 2003.
2. أشجان فيصل شكري داود، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وأثاره وطرق الطعن به (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.
3. رامي وليد عبابنة، الطبيعة القانونية لقرارات التحكيم التجاري الدولي وتنفيذها، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، قسم القانون، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، 2005.

4. ربيع معين محمد زريق، صلاحيات المحكم في قانون التحكيم الفلسطيني، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين 2019.
5. عبد الله محمد المحاميد، القيود الواردة على نظام التحكيم التجاري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط 2018.
6. عمار غالب مصطفى تركمان، تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في ضوء التشريع الفلسطيني واتفاقيتي الرياض ونيويورك (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بير زيت، 2013.
7. محمد محمود أحمد حجاجري، ولاية القضاء على أحكام المحكمين في قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة مؤتة، 2005.

ج-المقالات العلمية

1. توفيق بلعابد، "الآثار القانونية لإتفاق التحكيم من حيث الموضوع"، **مجلة العلوم الانسانية** مج31، ع 04، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر،2020، ص ص 537-552.
2. حاتم خليفة بريسم العجيلي، "مقترح تطوير قانون التحكيم العراقي من خلال دراسة مقارنة بعض القوانين العربية"، **مجلة الهندسة والتنمية**، مج 16، ع 02، 2012، جامعة بغداد ص ص 19-41.
3. حسن كليبي، "الطبيعة القانونية لحكم التحكيم التجاري الدولي"، **مجلة المفكر**، مج 16 ع 02، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2021 ص ص 225-240.
4. سهيل حسن عثمان نوري، "الطبيعة القانونية للتحكيم"، **مجلة القلزم للدراسات السياسية والقانونية عملية دولية محكمة**، ع 08، 2021 ص 43-54.

5. عبد الستار أحمد مجيد الجبوري، "تمييز التحكيم التجاري عن القضاء وطبيعته القانونية"، **مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية**، مج 10، ع 38، 2021، ص ص 286-315.
6. عبد القادر سرحاني، محمد مزاولي، " التجاري الدولي (دراسة مقارنة)"، **مجلة دفاتر السياسة والقانون**، مج 12، ع 02 جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر ،2020 ص ص 138-155.
7. عبد القادر عباس، "التحكيم التجاري الدولي وآثاره"، **مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية**، مج 09 ع 04، جامعة الجلفة، ،2016، ص ص 311-327.
8. نبيل صالح العرباوي، "اتفاق التحكيم"، **مجلة دفاتر السياسة والقانون**، ع 15، جامعة بشار (الجزائر)، 2016، ص ص 361-371.
9. وجدي راغب فهمي، "هل التحكيم نوع من القضاء؟ (دراسة انتقادية لنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم)"، **مجلة الحقوق في جامعة الحقوق الكويتية**، مج 17، ع 01 و02، 1993 ص ص 131-172.

هـ-المواقع الإلكترونية:

1. آية الوصيف، بحث قانوني حول الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري، استشارات قانونية مجانية 2018/05/20، تم الإطلاع عليه في 2023/04/29، على الساعة

14: 25 pm، رابط الموقع :

https://www.mohamah.net/law/% D

2. دريس بن مالك، تفاصيل صفحة الطبيعة القانونية لإتفاق التحكيم، 2009/11/25 تم الإطلاع عليه في 2023/05/08، على الساعة 17:55 pm، رابط الموقع: ./https://fr.scribd.com/document/23077851
3. عبد المالك باسود، طبيعة النظام القانوني للتحكيم التجاري الداخلي في التشريع الجزائري
4. كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور طاهر مولاي، سعيدة، تم الإطلاع عليه في 2023/04/16 على الساعة 10:30Am رابط الموقع: .https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/133/3/2/34475

5. علي النعيمي، التحكيم (3) –مزايا التحكيم وعيوبه، 2021/03/10، تم الإطلاع عليه في 2023/03/09، على الساعة 09:30 Am، رابط الموقع:

https://almerja.com/aklam/index.php?id=28662&fbclid=IwAR0k2CjAPQV3hEBd5JpqK1pOiRimq3_B_CuSHWZDNxLD_79a_wME5YzRZuA .

6. محمد السطيحة المحامي، الطبيعة القانونية للتحكيم والتعاقدية والمختلطة والمستقلة لشرط التحكيم،2010/05/03، تم الإطلاع عليه في 2023/05/08، على الساعة 18:05pm، رابط الموقع:

https://kenanaonline.com/users/ELstehaAveocato/posts/123298?fbclid=IwAR2iktSXA4-uMN3PXLXTusL5D7OViRs71Z_h6sC7yHbXl6vqqlOGqm_R2vU

فهرس المحتويات

العنوان	الصفحة
شكر وتقدير.....	
إهداء.....	
قائمة المختصرات.....	
مقدمة.....	1
فصل تمهيدي: ماهية وأساس التحكيم.....	5
المبحث الأول: مفهوم التحكيم	6
المطلب الأول: تعريف التحكيم.....	6
الفرع الأول: تعريف التحكيم لغة.....	7
الفرع الثاني: تعريف التحكيم في الإصطلاح القانوني.....	7
المطلب الثاني: خصائص التحكيم.....	8
الفرع الأول: إيجابيات التحكيم	8
الفرع الثاني: مساوئ التحكيم.....	9
المبحث الثاني: أساس انعقاد الإختصاص للتحكيم والنتائج المترتبة عنه.....	10
المطلب الأول: صورتي إتفاقية التحكيم	10
الفرع الأول: شرط التحكيم.....	11
الفرع الثاني: إتفاق التحكيم.....	11
المطلب الثاني: اثار إتفاقية التحكيم.....	12
الفرع الأول: الأثر السلبي لاتفاقية التحكيم.....	12
الفرع الثاني: الأثر الإيجابي لاتفاقية التحكيم.....	13
الفصل الأول: النظريات الأحادية لطبيعة التحكيم	14
المبحث الأول: النظرية العقدية.....	15
المطلب الأول: مضمون النظرية العقدية.....	15

الفرع الأول: تجسّد نظام التحكيم في إرادة الأطراف ورغبتهم في التصالح.....18
الفرع الثاني: اختلاف الهدف بين التحكيم وقضاء الدولة.....18
الفرع الثالث: اختلاف عمل المحكم عن عمل القاضي.....19
الفرع الرابع: تأييد القوانين الوضعية للنظرية العقدية.....20
الفرع الخامس: المحكم وكيلا لأطراف النزاع.....20
الفرع السادس: إمكانية إتفاق أطراف النزاع على التنازل عن الدعوى.....20
المطلب الثاني: نقد مضمون النظرية العقدية.....21
الفرع الأول: المبالغة في الارتكاز على إرادة الأطراف.....21
الفرع الثاني: عدم الإختلاف في الهدف بين التحكيم والقضاء.....21
الفرع الثالث: عدم اقتصار استناد التحكيم على إرادة الأطراف 22
الفرع الرابع: تحديد طبيعة التحكيم لا تتوقف على مصدره بل تمتد إلى وظيفته.....22
الفرع الخامس: عدم اتفاق أنصار هذه النظرية حول طبيعة العلاقة بين المحكم والأطراف.....23
الفرع السادس: إمكانية الطعن بالإستئناف وبالبطلان في حكم التحكيم.....24
المبحث الثاني: النظرية القضائية.....25
المطلب الأول: مضمون النظرية القضائية.....25
الفرع الأول: طبيعة عمل المحكم هي نفس طبيعة عمل القاضي.....27
الفرع الثاني: إجراءات خصومة التحكيم هي ذات إجراءات الخصومة القضائية.....27
الفرع الثالث: وحدة المصطلحات القانونية بين القضاء ونظام التحكيم.....28
الفرع الرابع: وحدة الأثر القانوني بين القضاء ونظام التحكيم.....28

الفرع الخامس: انتشار المنظمات والهيئات والمراكز التحكيمية الدائمة يؤكد طبيعة التحكيم القضائية.....28
الفرع السادس: صلاحية ممارسة المحكم للوظيفة القضائية.....29
المطلب الثاني: نقد مضمون النظرية القضائية.....29
الفرع الأول: اختلاف وظيفة القاضي عن وظيفة المحكم.....29
الفرع الثاني: اختلاف سلطات المحكم عن سلطات القاضي.....30
الفرع الثالث: عدم تطابق المصطلحات بين القضاء ونظام التحكيم.....30
الفرع الرابع: إختلاف حجية وقوة الحكم التنفيذية بين النظامين.....31
الفرع الخامس: عدم تطابق التحكيم مع القضاء في مجال التجارة الدولية.....31
الفرع السادس: اختلاف النظام القانوني المؤطر لعمل كل من القاضي والمحكم..... 32
الفصل الثاني: النظريات الثنائية لطبيعة التحكيم 33
المبحث الأول: النظرية المختلطة..... 34
المطلب الأول: مضمون النظرية المختلطة 35
الفرع الأول: الإجراءات القضائية المطبقة في مجال التحكيم قائمة على أساس اتفاقي 36
الفرع الثاني: قيام نظام التحكيم على مبدأ سلطان الإرادة والخضوع لحكم القانون 37
الفرع الثالث: تعاقب صفة العقد والقضاء على نظام التحكيم.....37
الفرع الرابع: الجمع بين الصفة الإتفاقية والوظيفة القضائية لنظام التحكيم.....38
الفرع الخامس: نظام التحكيم ليس اتفاقًا محضًا ولا قضاءً محضًا.....39
المطلب الثاني: نقد مضمون النظرية المختلطة 39
الفرع الأول: عدم تحليل النظرية المختلطة لحقيقة التحكيم المركبة 39
الفرع الثاني: صعوبة التعامل في إطار النظرية المختلطة بين النظام التعاقدي والقضائي 40

الفرع الثالث: القول بالنظرية المختلطة تؤدي إلى الخلط بين الأحكام التحكيمية وقوتها التنفيذية.....41
الفرع الرابع عمل هيئة التحكيم يستمد قوته من الاتفاق على التحكيم 41
المبحث الثاني: النظرية المستقلة.....41
المطلب الأول: مضمون النظرية المستقلة..... 42
الفرع الأول: العقد ليس هو جوهر التحكيم 44
الفرع الثاني: إختلاف البناء الداخلي للتحكيم عن نظام القضاء 44
الفرع الثالث: الإختلاف بين وظيفة التحكيم ووظيفة قضاء الدولة 45
الفرع الرابع: اخضاع القانون الوضعي للمحكم لنظام مختلف عن النظام الذي يحكم القاضي 46
الفرع الخامس: سبق ظهور نظام التحكيم عن نظام القضاء ونشأته المستقلة..... 46
المطلب الثاني: نقد مضمون النظرية المستقلة 47
الفرع الاول: عدم تقديم النظرية المستقلة لأية إضافة 47
الفرع الثاني: قيام النظرية المستقلة على ربط غير سليم 48
الفرع الثالث: إعمال النظرية المستقلة يؤدي إلى القول إن نظام التحكيم لا يؤدي وظيفة اجتماعية واقتصادية.....49
الفرع الرابع قول ان التنظيم القانوني لنظام القضاء يختلف عن نظام التنظيم القانوني لنظام التحكيم.....49
خاتمة 51
قائمة المراجع 53
فهرس المحتويات 60