تمييز التحكيم التجاري عن القضاء وطبيعته القانونية

م.م. عبدالستار احمد مجيد الجبوري
Ssatar76@yahoo.com
باحث قانوني

DISTINGUISHING COMMERCIAL ARBITRATION FROM THE JUDICIARY AND ITS LEGAL NATURE

Assist. Lecturer. Adbdulsattar ahmed majed
Legal Researcher

المستخلص

التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات ليس نظام حديث، فأصوله تمتد الى العصور الغابرة وهو أحد وسائل الفصل في المنازعات القائمة بين الأطراف المعنية بواسطة شخص من الغير بعيداً عن قضاء الدولة، وتعود نشأة التحكيم الى بداية البشرية ، وهو قديم قدمها، فقد عرفته البشرية قبل أن تعرف القضاء العام، واعترفت به كافة الأنظمة الأساسية التي كانت سائدة آنذاك، كالحضارات البابلية والسومرية والفرعونية واليونانية والرومانية والإسلامية وغيرها، ويرى جانب من الفقه بأن يتولى التوفيق وكذلك التحكيم هو شخص من الغير بالنسبة للمتنازعين، ومنها أن هذا الشخص أي الموفق، هو من اختيار هؤلاء، وهو يقوم بالسعي لدى الأطراف ويتعرف على وجهة نظرهم، ويسمع أقوالهم، ويتوصل إلى حل ينهى الخلاف، بما يحفظ استمرار علاقاتهم مستقبلاً.

الكلمات المفتاحية: التحكيم، القانون العراقي، القانون المصري، القضاء، الفقه

Summary

Arbitration as an alternative means of resolving disputes is not a modern system, its origins extend to ancient times and it is one of the means of settling disputes between the concerned

parties by a person from others far from the state's jurisdiction. General judiciary, and was recognized by all the basic systems that prevailed at that time, such as the Babylonian, Sumerian, Pharaonic, Greek, Roman, Islamic and other civilizations.

One aspect of jurisprudence believes that he is in charge of conciliation, as well as arbitration, is a person from others in relation to the disputants, including that this person, the conciliator, is the choice of these, and he pursues the parties and recognizes their point of view, hears their sayings, and arrives at a solution that ends the dispute, in a way that preserves the continuation of Their future relationships.

Key words: arbitration, Iraqi law, Egyptian law, judiciary, jurisprudence, legal nature.

المقدمة

ان التحكيم يتميز بأنه قضاء خاص مصدره الاتفاق لأنه ينشأ من حرية الأطراف ومن ثم تكون مهمة المحكم اشبه من مهمة القاضي، والحكم الذي يصدر عن المحكم مثل الحكم الذي يصدر عن القاضي، هذا من جهة ومن جهة أخرى لا تكون للتحكيم صفة القضاء العام الذي هو قضاء الدولة بل يعتبر قضاء خاصاً.

ولا ينشأ التحكيم إلا نتيجة اتفاق طرفي النزاع على اللجوء إليه، لكن الحكم الذي يصدره المحكّم بعد ذلك لا يختلف في جوهره عن الحكم الصادر عن قضاء الدولة، وقد اختلف فقهاء القانون حول الطبيعة القانونية للتحكيم.

أولاً– أهمية البحث:وقد اهتمت الدول في السنين الأخيرة بنظام التحكيم، وذلك لأهميته في حل النزاعات وخاصة في عقود التجارة الدولية، وقد شُرعت قوانين تنظم التحكيم التجاري ومنها مصر وفرنسا، إلا أن العراق لازال ينظم التحكيم في قانون المرافعات.

اذ تكمن أهمية موضوع هذا البحث فيما يلي:

١– بيان نشأة وتاريخ التحكيم التجاري وتعريفه.

٢– توضيح العلاقة بين القضاء وبين نظام التحكيم من خلال التمييز بينهما.

٣- بيان الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري

ثانياً-مشكلة البحث: نظراً لكون عملية التحكيم أصبحت أمر ضروري ومعمول به في جميع النظم القانونية وله علاقة وطيدة بمهام الدولة الحديثة، يستوجب دراسة هذه الإشكالية في التحكيم مع القضاء الوطني والبحث في كيفية معرفة التحكيم من خلال تاريخه ونشأته وتعريفه وتمييزه عن القضاء على اعتبار أن القضاء هو الطريق الذي يفصل بين الخصوم بالشكل الرئيسي والتحكيم يحكم بشكل استثنائي.

ثالثاً- أهداف البحث:

١- بيان دور القضاء في الرقابة على حكم التحكيم.

٢- بيان دور القضاء في إجراءات سير الدعوى التحكيمية.

٣- بيان دور القضاء في تنفيذ حكم التحكيم والاعتراض عليه.

رابعاً- منهجية البحث: اعتمد الباحث المنهج التأصيلي لهذه الموضوع، ولما كانت دراسة هذا الموضوع في القانون العراقي وحده لا تكفي لبيان صورة متكاملة لهذه البحث لذا فقد اعتمد الباحث المنهج المقارن بقوانين بعض الدول العربية، والأجنبية؛ منها القانون المصري والقانون العراقي، والقانون الفرنسي والقانون الإنجليزي كما ان البحث اعتمد المنهج العلمي القائم على الاستقراء والتحليل القانوني الى جانب التأصيل والمقارنة.

خامسا - هيكلية البحث: سيتناول الباحث هذا البحث في ثلاثة مطالب، تناول في المطلب الأول ماهية التحكيم التجاري وخصص المطلب الثاني لتمييز التحكيم عن القضاء، وبيّن في المطلب الثالث الطبيعة القانونية للتحكيم.

سادساً- الخاتمة: وتتكون من النتائج والتوصيات التي يتوصل إليها الباحث من خلال رحلته مع موضوع البحث.

المطلب الاول

ماهية التحكيم التجاري

ان بيان ماهية التحكيم التجاري يتطلب منا دراسة نشأة وتعريف التحكيم التجاري وسنتناول ذلك على النحو الاتي اولا –نشأة التحكيم التجاري ثانيا– تعريف التحكيم التجاري

التحكيم قديم قدم المجتمعات البشرية، وهو تطور طبيعي لنظام العدالة الفردية التي كانت تسود المجتمعات القديمة، في غياب السلطة السياسية والتشريعية التي تنظم امور الدولة ، فقد كانت القبيلة تنتصر لنفسها في اية مظلمة وتأخذ حقها بيدها الى ان تطور الحال بإيجاد آلية لتسوية المنازعات وذلك عن طريق وسائل منها التوفيق ، والتحكيم والصلح ، وقد عرف التحكيم عند الرومان خاصة في العقود الرضائية؛ حيث كانوا يتفقون على اختيار شخص لا لأن يفصل في النزاع فحسب، بل لتكملة شروط العقد أو الاشراف على تنفيذه، الاً ان التحكيم اقتصر بالبداية فقط في القانون الخاص لانهم انكروا فكرة المساواة بين الدول.

وعرف نظام التحكيم منذ قرون طويلة حيث يسند إليه مهمة حل النزاعات وتسويتها، ولقد صاحب الإنسان منذ عهود قديمة، وتطور بتطور التجارة الدولية، حتى أصبح عادة أصيلة مترسخة في نفوس الناس، فقد اعتقدوا كونه وظيفة للقضاء والعدل ووسيلة لحسم الخلافات، وقد اعتمد عليه وعرف في حضارات المصريين القدماء والبابليين والأشوريين والفنيقين والرومان واليونان والعرب قبل الإسلام، وقد مر التحكيم بعدة مراحل الى ان وصل ما عليه الان ولا زال يتطور.

إن التحكيم يمتد تاريخه لألاف السنين، فمنذ وجود البشرية والأفراد والجماعات تلجأ إلى التحكيم لحل النزاعات التي تنشب فيما بينهم ومع التطور الحاصل في نظام

التحكيم، ولكن لازال هناك في القرى وعند بعض القبائل في الدول العربية، عند حصول خلاف، يكلف شيخ القبيلة أو أن يختاروا محكمين لحل هذا النزاع.

فمنذ القدم كانت القوة هي التي تحكم بين الأفراد، وبعد قيام السلطة في المجتمعات وضعت القواعد القانونية التي تحكم الأفراد والجماعات [١]، وقد مرت المجتمعات بحقب زمنية كان الذي يفصل في النزاع بينهما هي القوة، لحين ظهور الدولة، والتي اعتمدت نظام التحكيم لفض المنازعات.

وقد عرفت بلاد الشرق ايضا التحكيم وذلك عند الاشوريين والبابليين والسومريين، حيث كان التحكيم يجري بواسطة الكهنة، اما التحكيم عند العرب قبل الاسلام فقد كان يحصل عبر شيوخ القبائل (الحكّام) الذين كان يسند اليهم التحكيم في مسائل تتعلق بالتجارة والاراضي وحدودها و العلاقات، وكان التحكيم معروفاً لدى دولتي لكش واوما السومريتين جنوب العراق قبل خمسة ألاف سنة [٢]، وكذلك كان معروف عند الحضارتين البابلية والأشورية ببلاد الرافدين، والتحكيم موغل في القدم في الحضارة الفرعونية في مصر، وكذلك الحضارة اليونانية، والحضارة الرومانية.

وفكرة التحكيم والصلح، هما من أقدم صور الاتفاق الإجرائي، وهاتين الفكرتين متلازمتين، وهما ضاربتان في أعماق الزمن [٣]، حيث أن الصلح مرتبط بالتحكيم والعكس صحيح، وهذا ما تؤكده التشريعات الحديثة[٤] ، أن التحكيم لا يجوز إقراره إلا في العقود التي تقبل الصلح.

---

[١] () د. محمد حسن جاسم المعماري، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠١٤م، ص٢٤.

[٢] () د. نزار الطبقجلي، تسوية المنازعات عن طريق التحكيم، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الثالث والرابع، بغداد، ١٩٨٩م، ص١١-١٢.

[٣] () د. جمال أحمد هيكل، الاتفاق على التحكيم بين الاجراء والموضوع، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٦م، ص٢١.

[٤] () قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩،م٢٥٤،٢٥٥ الباب الثاني.

وفي القرن الثاني عشر الميلادي، انتشر التحكيم في عموم أوربا؛ حيث تم تنظيم الإجراءات التي يستند عليها التحكيم في فض المنازعات .[١]

والتحكيم عرف عند العرب قبل البعثة المحمدية، عندما حصل خلاف بين قبائل قريش حول وضع الحجر الأسود لبناء الكعبة المشرفة، وقد احتكموا عند الرسول (صلى الله عليه وسلم) لفض النزاع بينهم، وكان حكمه بأن يقوم ممثل عن كل قبيلة في رفع الحجر، ثم وضعه بيديه الكريمتين في مكانه.

أما الاسلام فقد اقر مشروعية التحكيم في وضع حد للخصومات بعيدا عن القضاء، لان حكم القضاء ولو كان عادلا قد يورث الضغينة بعكس التحكيم والتوفيق والصلح.

وفي الشريعة الاسلامية الغراء كان الفصل في النزاعات بين الناس يستند إلى العدل الذي يعد مقصداً أسمى للشريعة الاسلامية، وأمر الله تعالى نبيه محمد(صلى الله عليه وسلم) والمؤمنين من بعده الحكم بما أنزل الله ونشر العدل بين الناس.

وللتحكيم أصل وأساس في أحكام الشريعة الإسلامية، بقوله تعالى:" وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما [٢]"، وقال عز وجل:" فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما[٣]" ، وقال تعالى:" إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعما يعظكم به إن الله كان سميعا بصيرا.[٤]"

---

[١] () ينظر: د. حيدر ضياء طالب مناف، أطروحة دكتوراه (التحكيم التجاري الدولي في عقد النقل البحري للبضائع والحاويات، دراسة مقارنة)، مقدمة الى أكاديمية البورك للعلوم- كلية القانون، ٢٠١٩م، ص٩.

[٢] () سورة النساء آية "٣٥".

[٣] () سورة النساء آية "٦٥".

[٤] () سورة النساء آية "٥٨".

وقد تطورت فكرة اللجوء إلى التحكيم ومرت بعدة مراحل؛ ولكن التطور الأكثر حصل بعد الحرب العالمية الثانية؛ حيث أدركت الدول أن مصالحها تقتضي بأن يكون السوق العالمي مفتوح، وهذا يتطلب إلى نظام يلجأ إليه الأفراد أو الدول عند حصول النزاعات، وأصبح نظام التحكيم هو الأمثل لفض هذه النزاعات.

وبعد الحرب العالمية الثانية وبعد فتح الابواب الدولية على بعضها البعض في حقول الاموال والخدمات والسلع والنقود، أصبح التحكيم التجاري الدولي حاجة مطلوبة لواقع التجارة الدولية خاصة بين الدول الصناعية الكبرى، التي تحركت بسرعة لوضع الاتفاقيات الدولية من اجل تسهيل حركة التجارة الدولية.

في العقد الثاني من القرن العشرين وتحديدا بعد الحرب العالمية الأولى، ونتيجة لوعي المجتمع الدولي، بأن مشكلة فض المنازعات التجارية الاجنبية، كادت تتحول الى عقبة تعيق وتعرقل نمو حركة التجارة الدولية وتطورها وازدهارها، مما ادى الى تذليل العقبات عبر الاخذ بالتحكيم في تسوية المنازعات التجارية الدولية، والتي اصبحت بين اشخاص القانون العام واشخاص القانون الخاص، وظهرت محاولات جادة لحلها عن طريق موضوعي، بفضل اجتهاد التحكيم، قوامه الدعوة الى خلق قواعد موضوعية مادية تطبق مباشرة على النزاع دون اللجوء الى قواعد التنازع.

وقد ارتبطت الاستثمارات الاجنبية بنشأة وتطور التجارة الدولية وساعد على انتشارها وتزايد معدلاتها ظهور الشركات المتعددة الجنسية وعمليات الاندماج بما في ذلك شراء المستثمرين الاجانب للمؤسسات التي خصخصت، وقد استعانت معظم دول العالم وأخصها الدول النامية برأس المال الاجنبي لتحديث وتطوير منشأتها الانتاجية والاقتصاديات الوطنية، واخذ المجتمع يلجأ الى التحكيم والذي وجد فيه الامان.

ومن أجل ذلك أخذت اتفاقيات التحكيم الدولية تبصر النور ومن بينها:

- بروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٣ الخاص بشروط التحكيم، التي تم تحت اشراف عصبة الأمم.
- اتفاقية جنيف لسنة ١٩٢٧ الخاصة بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية.
- اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ المتعلقة بتنفيذ قرارات التحكيم الاجنبية والتي تمت تحت اشراف الامم المتحدة.
- الاتفاقية الاوروبية بخصوص التحكيم التجاري الموقعة في جنيف لسنة ١٩٦١ والترتيبات المتعلقة بتطبيق هذه الاتفاقية لسنة ١٩٦٢.
- الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات عن طريق التحكيم المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الاخرى الموقعة لسنة ١٩٦٥ بهمة ورعاية البنك الدولي للإنشاء والتعمير والتي انشأت مركزا للتحكيم هو ICSID.
- اتفاقية موسكو لسنة ١٩٧٢ بخصوص تسوية المنازعات عن طريق التحكيم بين الدول الاشتراكية.
- اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الاخرى الموقعة لسنة ١٩٧٤ وغيره.

وذلك لعدم وجود قضاء دولي يفصل في المنازعات الخاصة بالتجارة الدولية التي تنشأ سواء بين اشخاص تابعين لدول مختلفة، او بين دولة ما ورعايا تابعين لدولة أخرى.

وبعد ظهور الدولة الحديثة والتنظيم القضائي لم يظهر التحكيم كنوع من وسائل تسوية المنازعات فحسب، بل تم تقنينه بصورة مثلى فأصبح يعيش تحت رقابة القضاء الوطني. فازدهرت وتطورت احكامه وأصبح الحل الانسب لتسوية المنازعات المتعلقة بالتجارة المحلية والدولية.

وبرز التحكيم التجاري الدولي في عالم التجارة الدولية، وانتشر سريعاً، ولهذا عكف رجال القانون على دراسته لتبين أحكام هذا النظام .[١]

وأول ظهور للتحكيم التجاري الدولي في صيغة تنظيم تشريعي بنصوص محددة في المعاهدات الإقليمية والدولية، والتي وضعت الأساس الذي يحكمه، فيما يتعلق بالإجراءات أو القانون الواجب التطبيق، وأول معاهدة أوردته في نصوصها هي معاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨ والخاصة بالاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية .[٢]

فالتطور الذي حصل بعقود التجارة الدولية، قد أثر بالفكر القانوني للتحكيم التجاري الدولي، وأدى إلى خلق قواعد تستند إلى ممارسات المتعاملين، واستقرار هذه المفاهيم الجديدة لقواعد التجارة الدولية .[٣]

وقد أزدهر التحكيم التجاري الدولي بازدهار التجارة الدولية وارتبط بها، وقد وجد التحكيم التجاري الدولي من اجل التجارة الدولية ولحل مشاكلها.

والتحكيم يتيح للجماعات والأفراد الفصل في المنازعات التي حصلت بالفعل أو التي قد تحصل في المستقبل من خلال تنظيم هذه الإجراءات وهذا الفصل .[٤]

وقد لوحظ في السنوات الأخيرة أن التحكيم قد توسع وهذا حصل على حساب القضاء في الفصل في المنازعات [٥]، وهذا يعود إلى مسايرة المشرع في معظم دول

---

[١] () د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م، ص١.

[٢] () د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٠م، ص٩.

[٣] () د. محمد أحمد إبراهيم محمود، دور قضاء التحكيم التجاري الدولي في خلق قواعد قانونية للتجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص٥٩.

[٤] () د. محمود السيد عمر التحيوى، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٦.

[٥] () د. حاتم رضا السيد، التحكيم في منازعات الشركات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦م، ص١.

العالم للتطور الحاصل في التحكيم، وهذا ترجم إلى إصدار تلك الدول التشريعات التي تنظم التحكيم.

ويتطور التحكيم يوماً بعد يوم، فهو الوسيلة الأفضل لفض النزاعات وبشكل خاص في منازعات عقود الاستثمارات الدولية؛ لأنه يختصر الوقت ويحقق السرعة بحسم النزاع، بالإضافة أنه يتجاوز الإجراءات المعقدة والطويلة في التقاضي أمام القضاء.

وبازدياد التبادل التجاري ازداد الاهتمام بالتحكيم التجاري الدولي، وهذا أدى بالتالي إلى إنشاء الهيئات والمراكز المتخصصة بالتحكيم، كما أن المنظمات الدولية ساهمت في ايجاد قواعد خاصة بالتحكيم التجاري الدولي ولهذا عقدت الاتفاقيات متعددة الأطراف لتنظم تلك القواعد، ومنها الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها .[١]

والأصل أنه يختص قضاء الدولة بالفصل في المنازعات التي تقام أمامه سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي، وإذا كان هذا هو الأصل، فقد فرضت طبيعة التجارة الدولية نظاماً خاصاً لحسم المنازعات التي تنشأ في مجال هذا النوع من التجارة، نظراً لما تحتاجه من مرونة وسرعة يجب أن تتوفر لحل المنازعات التي تنشأ بسببها، وهذا غير موجود في قضاء الدولة.[٢]

لذلك كان من صالح ازدهار التجارة الدولية، أن يظهر نظام التحكيم التجاري في المجتمع الدولي كبديل مقبول عن اللجوء إلى القضاء، إذ تخضع دعوى التحكيم

[١] () د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩٢م، ص٣١.

[٢] () ينظر: د. أحمد إبراهيم مصيلحي، اطروحة دكتوراه (العلاقة التبادلية بين التحكيم والقضاء في الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية)، مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٤م، ص٩٣.

لإجراءات سهلة ميسرة، وتتوافر لدى المحكم المرونة في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع إذا لم يتفق أطراف النزاع على تحديده .[١]

وقد تعددت آراء الفقه والقانون والقضاء بشأن تعريف نظام التحكيم إلا إنها اتفقت من حيث المضمون على أنه أحد الوسائل القانونية التي يتم فيها حل النزاعات بين أطراف اتفاق التحكيم بطريقة سريعة وسرية.

ثانيا– تعريف التحكيم التجاري: وقد جرى تعريفه بأنه:" هو نظام قضائي خاص ينشأ من اتفاق الأطراف على العهدة إلى شخص من الغير بمهمة محددة، هي الفصل في منازعة قائمة بين الأطراف بحكم يتمتع بالحجية يمنع الأطراف من إعادة طرح المنازعة التي فصل فيها حكم التحكيم على قضاء الدولة أو على قضاء تحكيمي آخر".[٢]

وعرفه جانب آخر من الفقه بأنه:" نظام للقضاء الخاص تقضي فيه الخصومة، ويعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها أو بعبارة أخرى يقصد بالتحكيم إنشاء عدالة خاصة يتم عن طريقها سحب المنازعات من يد القضاء لتحل عن طريق محكمين مخولين بمهمة الحكم [٣]، أو هو " نظام بمقتضاه يتولى شخص من الغير تسوية نزاع يقوم بين طرفين أو أكثر ممارساً المهمة القضائية التي عهد بها هؤلاء إليه

[١] () د. محمود سمير الشرقاوي - التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م، ص ٥.

[٢] () ينظر: د. حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الحلبي للمطبوعات الجامعية، بيروت، ٢٠٠٧م، ص ٤٤.

[٣] () Jean Robert : L'arbitrage civil et commercial droit interne, droit international privé - Dalloz, 1983. P. 7.

[١]، أو هو " النظام الذي يعهد به الأطراف إلى محكمين عينوهم بحرية مهمة الفصل في المنازعات .[٢]

وذهبت محكمة النقض المصرية في تعريف التحكيم إلى أنه:" التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات خروجاً عن طرق التقاضي العادية .[٣]

ويّعرف أيضاً بأنه طلب الخصمين باختيار أخر يسمى حاكماً وبرضاها وبالاتفاق.[٤]

وفي التشريعات فبالنسبة للمشرع العراقي لم يعرف التحكيم ولكن ذكره في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل في المادة (٢) بقولها:" يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين، فالقانون هنا لم يشير إلى تعريف التحكيم ولكنه أجاز الاتفاق على التحكيم.

وفي قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦، كذلك لم يعرف التحكيم؛ ولكن ذكر في المادة (٢٧) بقولها:" تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون إلى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي، ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء إلى التحكيم التجاري – الوطني أو الدولي– وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجب إجراءات التحكيم، وجهته والقانون الواجب التطبيق".[٥]

---

[1]() Charles Jarrosson : La notion de l'arbitrage, Paris, 1987, No 785.

[2]() Matthieu de Boisséson : Le droit Français de l'arbitrage interne et international, Paris, éd., GLN, 2 éme éd. 1990, P. 5.

١- [٣]() حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٠٠٤ لسنة ٦١ قضائي بجلسة ١٩٩٧/١٢/٢٧، طعن رقم ٤٨٣٧ لسنة ٦٥ قضائي بجلسة ٢٠٠١/١١/٢٦. ينظر د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧م،ص١٣٨.

[٤]() ينظر: د. حيدر ضياء طالب مناف، مرجع سابق، ص١٤.

[٥]() نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية العدد (٤٣٩٣) في ٢٣/ربيع الأول/ ١٤٣٧ه/ الموافق ٤/ كانون الثاني / ٢٠١٦م، السنة السابعة والخمسون.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد عرف اتفاق التحكيم في قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م، المعدل بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧، والقانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠٠م، في الفقرة الأولى من المادة (١٠) على أنه: اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.[١]

أما قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٧، فلم يعرف التحكيم؛ ولكنه أجاز اللجوء إلى التحكيم فقد ورد في نص المادة السابعة منه بقولها: فض النزاعات المتعلقة بهذا القانون .[٢]

وبين المشرع الفرنسي اتفاق التحكيم في المرسوم رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١، بتعديل قانون التحكيم في المادة (١٤٤٢)، بقولها: "يأخذ اتفاق التحكيم شكل شرط تحكيم أو مشارطة تحكيم".

شرط التحكيم: هو اتفاق بمقتضاه تلتزم الأطراف في عقد أو أكثر بإخضاع منازعتهم المتولدة عن هذا العقد أو تلك العقود إلى التحكيم.

مشارطة التحكيم عبارة عن: اتفاق بمقتضاه يتفق الأطراف في نزاع قائم إلى إخضاع نزاعهم إلى التحكيم.

ويرى الباحث بأنه من خلال استقراء القوانين الخاصة بالتحكيم في تلك الدول، بأنه كان على المشرع العراقي أن يعرف التحكيم أو اتفاق التحكيم مثلما فعل كلا من المشرع المصري والقطري والفرنسي.

[١] () ،الجريدة الرسمية ، العدد١٩(مكرر) ، صدر قانون التحكيم المصري، في ١٣ مايو ١٩٩٧.
[٢] () الجريدة الرسمية ،العدد١٩(مكرر) ،صدر قانون الاستثمار المصري في ١١ مايو ١٩٩٧.

ويحث الباحث المشرع العراقي بإصدار قانون يختص بالتحكيم التجاري والمدني ويتضمن تعريف التحكيم، وليواكب التطور الحاصل في تشريعات معظم دول العالم.

المطلب الثاني

تمييز التحكيم عن القضاء

إن اللجوء للقضاء هو أول الوسائل المشروعة لإعادة الحقوق، وقد كفل هذا الحق الدستور والقانون؛ ولكن مع تطور التجارة الدولية في العالم أصبح من الضرورة إيجاد وسائل بديلة لفض المنازعات التي تحصل بسبب ذلك التجارة[١]، ومنها عقود الاستثمارات الدولية.

وهناك تباين بين التحكيم والقضاء ينصب في بعض الفوارق الجوهرية، فالقضاء هو إحدى سلطات الدولة، والقاضي يعتبر موظف عام ويتقاضى أجره من الدولة وليس من غيرها، بينما التحكيم فهو يولد في اتفاق الخصوم، وتتقاضى هيئة التحكيم أجرها من الخصوم، بالإضافة إلى ذلك فإن القضاء له ولاية قضائية عامة دائمه، أما التحكيم فله ولاية قضائية خاصة ومؤقته.[٢]

والتحكيم على خلاف القضاء، في أن هيئة التحكيم في الغالب تكون أجنبية وتطبق قانوناً أجنبياً، وأن أحكام التحكيم تكون نهائية ولا يقبل الطعن فيها، وإضافة إلى ذلك فإن دعوى البطلان تكون أسبابها محددة على سبيل الحصر.[٣]

---

[١] () د. محمد سعيد الشيبة المري ،اطروحة دكتوراه، خصوصية خصومة التحكيم، دراسة مقارنة، مقدمة الى كلية الحقوق ،جامعة عين شمس، ٢٠١٦، ص٢٤.

[٢] () د. عرفان أحمد المنجي، التحكيم في منازعات الاعتمادات المستندية (في الفقه والقانون المقارن)، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٧م، ص١٩٢.

[٣] () د. عبد السلام منصور الشيوي، التحكيم في نطاق القانون الدولي، ٢٠١٠، ص٢٠.

ويتفق التحكيم والقضاء بأنهما طريقتان من وسائل فض النزاعات والفصل فيها؛ ولكنهما يختلفان بأن التحكيم لا يتقيد بحدود لبلد ما بينما القضاء يتقيد ببلد القاضي، والتحكيم في معظم الأحوال يبقى المودة بين الخصمين بعد الحكم، بخلاف الحكم من القاضي في الغالب يولد الضغينة بين الخصوم.[١]

فمبدأ استقلال التحكيم عن القضاء قديم، وغير صحيح أنه مبدأ حديث أوجده القضاء الفرنسي، فالتحكيم مستقل عن القضاء قدم القانون الروماني.[٢]

واذا كان القضاء والتحكيم يتفقان في كونهما جهات للفصل في المنازعات الا انهما يختلفان فالتحكيم يعد قضاءً ثانوياً بجانب قضاء الدولة، بينما القضاء هو المسار الاصيل.

ويجوز أن يتم الاتفاق على التحكيم بين الطرفين بعد وقوع النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية.[٣]

وفي قضاء التحكيم تكون صلاحيات هيئة التحكيم واسعة، فالهيئة قد تطبق قواعد القانون أو قواعد العدالة وهذا كله مرهون بإرادة الخصوم، أما القضاء فهو ملزم بتطبيق قواعد القانون.[٤]

وقرار التحكيم يتميز عن الحكم القضائي بعدة أوجه، والتي تبدأ بمرحلة إجراءات إصدار القرار ومروراً بتنفيذه والطعن فيه.[٥]

فالتحكيم هو صورة من صور القضاء، وهو جزء منه إلا أنه هناك أوجه اتفاق وأوجه اختلاف بينهما، ويرى الباحث بأنه من الضروري بيان هذا الاتفاق والاختلاف.

---

[١] () د. خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم وأثره في فض المنازعات، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١١م، ص١٩.

[٢] () د. جمال أحمد هيكل ، مرجع سابق، ص٢٩.

[3] () Fréderic Edouard Klein : op. cit. P. 148.

[٤] () د. عرفان أحمد المنجي، مرجع سابق، ص١٩٣.

[٥] () بشير عبد الهادي التميمي، الاثار القانونية لقرار التحكيم التجاري الدولي، ٢٠١٠، ص٥١.

أولاً- أوجه الاتفاق بين التحكيم والقضاء:

١- يتفق التحكيم مع القضاء بعدة وجوه أهمها: توافر الأهلية القانونية عند القاضي والمحكم، فيجب توافر البلوغ والعقل.

٢- ويتفق القضاء والتحكيم على أنهما وسيلتان للفصل في النزاع، فالحكم الذي بصدده المحكمة أو هيئة التحكيم يعتبر بمنزلة حكم القاضي.

٣- أن اللجوء إلى القضاء هو حق دستوري لكل فرد تنطبق عليه الضوابط المقررة قانوناً، وكذلك اللجوء إلى نظام التحكيم هو حق أيضاً أجازه القانون.[١]

٤- من أهم المبادئ والضوابط للتنظيم القضائي هو مبدأ المساواة أمام القضاء، وهذا يتحقق في القضاء والتحكيم.

٥- للقضاء والتحكيم لكل منها ولاية حكم، فالقضاء هو من أولى الوسائل المشروعة لإعادة الحقوق؛ ولكن مع تطور التجارة الدولية أصبح من اللازم إيجاد وسائل بديلة لفض النزاعات، ويعتبر التحكيم أحد هذه الوسائل عن القضاء.

٦- التحكيم والقضاء يتشابهان في انهما وسيلتان لحسم المنازعات كما يتشابهان في ان قرارتهما ملزمة للأطراف المتنازعة

٧- احترام مبدأ المساواة بين الخصوم وهذا ينطبق على القضاء والتحكيم، ويتم ذلك بتهيئة فرص متساوية لكل طرف لعرض دعواه.

ثانياً- أوجه الاختلاف بين التحكيم والقضاء:

١- القاضي يعتبر موظف دولة، ويتقاضى راتبه من الدولة وليس من المتخاصمين، على عكس المحكم يتقاضى اتعابه من المتخاصمين.

[١]() د. محمد سعيد الشيبة المري، مرجع سابق، ص٣٠.

٢- معظم الدول يكون مبدأ التقاضي على درجتين في النظام القضائي، فالدعوى ترفع أولاً إلى محكمة يطلق عليها محكمة الدرجة الأولى، ومن ثم يكون من حق المحكوم عليه التظلم من الحكم باستئنافه إلى محكمة أعلى يطلق عليها محكمة الدرجة الثانية أو محكمة الاستئناف؛ حيث يعاد طرح النزاع للفصل فيه بحكم نهائي، أما التحكيم فالطريق الوحيد للطعن في حكم التحكيم هي دعوى البطلان، فالتحكيم لا يعرف مبدأ التقاضي على درجتين كما في القضاء.

٣- العلانية تعتبر من المبادئ الأساسية للنظام القضائي، ومعنى ذلك أن تكون الجلسات علنية أمام الجمهور، ويسمح بنشر الأحكام، وهذه الإجراءات تبعث بالطمأنينة للمتخاصمين، في حين نظام التحكيم تكون جلساته غير علنية، وهو بهذا يكفل المحافظة على أسرار أطراف النزاع، وأحكامه لا تنشر إلا بموافقة أطرافه، والغاية من ذلك لكي تبقى الثقة في العلاقات التجارية.

٤- أن رقابة القضاء لسير الخصومة وهي أن للمحكمة سلطة فعالة في توجيه الدعوى، وهي ملزمة بالحكم في الدعوى، وهذا الالتزام يستمد من القانون، أما إلزام المحكم بإصدار الحكم في النزاع المعروض أمامه؛ فإنه يستمد من اتفاق الأطراف، فسلطان الإرادة هو الذي يتحكم بهذا الاتفاق.[١]

٥- المحكم يختاره الخصوم، وهذا الاختيار يستند إلى اتفاق التحكيم، أما القاضي فيعين من السلطة العامة في الدولة، وليس للخصوم التدخل في ذلك.

٦- أن معظم الأحكام التي تصدر من القضاء تولد الضغينة بين المتخاصمين على عكس أحكام التحكيم فبعضها يولد المودة بين الخصوم واستقرار العلاقة التي تربط بينهما.

[١] () د. محمد سعيد الشيبة المري، مرجع سابق، ص٣٦.

٧- القاضي ينظر في جميع القضايا التي تكون من اختصاصه، ولا يتقيد بأي قضية مازالت ضمن اختصاصه، أما المحكم أو هيئة التحكيم فهم ينظرون في الدعوى المحددة لهم دون غيرها، أي يكون المحكم اختصاصه محدد بالنزاع المعروض أمامه.

٨- سلطة القاضي تتقيد بالبلد الذي يمارس فيه أعماله التي رسمها له القانون، أما المحكم فلا يتقيد ببلد، فقد تكون إجراءات التحكيم في أكثر من بلد.

٩- القضاء أوسع مجالاً من التحكيم، فلا يصح التحكيم إلا فيما يملكه الخصوم أما القاضي فله النظر في كل خصومه .[١]

١٠- ان اساس اللجوء للتحكيم هو إرادة طرفي النزاع سواء وردت في شرط تحكيم او في مشارطه التحكيم وعلى العكس من ذلك فإن اللجوء الى القضاء لا يحتاج الى اتفاق طرفي النزاع على ذلك.

١١- واللجوء للتحكيم لا يعد بمثابة تنازل عن حق اللجوء الى القضاء لتعلق هذا الحق بالنظام العام ولو تم مثل هذا التنازل فانه يعد تنازلا باطلا لا يرتب أثراً قانونياً.

١٢- ان نطاق الاختصاص للقضاء اوسع بالمقارنة بين نطاق اختصاص هيئة التحكيم نظرا لما يتمتع به القضاء من ولايه عامه تمكنه من الفصل في جميع المنازعات.

١٣- ومن الفروق ان أطراف النزاع لهم حق اختيار هيئة التحكيم، ولا يكون ذلك في القضاء فلا يمكن لأطراف النزاع اختيار قاض معين للفصل في النزاع.

[١] () د. حيدر ضياء طالب مناف ، مرجع سابق، ص٤٥.

١٤- القضاء هو الطريق العادي لرفع الدعاوى وإعادة الحقوق، والتحكيم طريق استثنائي، وهذا ما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا في مصر عام ١٩٩٤، حيث قضت بأن:" اتفاق التحكيم يعزل المحاكم جميعها في نظر المسائل التي يتناولها ذلك الاتفاق استثناء من خضوعها أصلا لها" .[١]

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية لنظام التحكيم

إن سلطان الإرادة أو بتعبير أخر إرادة الخصوم في اختيار نظام التحكيم هي التي تحرك النظام القانوني وترسم معالمه، فالإرادة هي التي يقع عليها عند الاتفاق على التحكيم وانتخاب هيئة التحكيم للفصل في النزاع، وأخرها تنفيذ حكم التحكيم؛ ولكن بشرط وجود نص قانوني يجبر التحكيم، بالإضافة إلى ذلك فإن حكم التحكيم يكون خاضعاً لرقابة القضاء، وقد حصل خلاف في الفقه حول الطبيعة القانونية لنظام التحكيم.[٢]

واتفاق الخصوم في اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاعات فيما بينهم دون القضاء، هو أساس نظام التحكيم، فالاتفاق يعتبر اللبنة الأولى التي نبنى عليها المنظومة التحكيمية، والإرادة هي التي تخلق التحكيم كأسلوب استثنائي لفض النزاعات، بعد أن يجبر القانون هذا الاتفاق، ومن هنا كان الاختلاف الفقهي حول طبيعة نظام التحكيم.[٣]

ولعل الطبيعة القانونية للتحكيم تعتبر من أهم المسائل التي أثير الجدل بشأنها في الفقه عندما تعرض للتحكيم كأحد الطرق لفض منازعات التجارة الدولية، وأن مسألة

---

[١] () الحكم الصادر بتاريخ ١٧ ديسمبر ١٩٩٤، في الطعن رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية منشور في الجريدة الرسمية، العدد الثاني، عام ١٩٩٥.

[٢] () د. خالد عبد العظيم أبو غابه ، مرجع سابق، ص٢٩.

[٣] () د. محمد سعيد الشيبة المري، مرجع سابق، ص٧.

الوقوف على طبيعة التحكيم لها نتائج أهمها تحديد المصدر الذي يستمد التحكيم سلطته كمصدر للقواعد القانونية.[١]

وهناك اختلاف بين حكم التحكيم والحكم القضائي، ففي التشريع المقارن بعد اختلاف بين المؤيد لوجود طبيعة قضائية لحكم التحكيم، واتجاه أخر ينكر وجود هذه الطبيعة[٢]، فالقانون الفرنسي يعتبر من الاتجاه المؤيد، بينما نجد القانون المصري من الاتجاه المنكر لهذه الطبيعة، وسيعرض الباحث الآراء المختلفة في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، وهي كالآتي:

أولاً– الطبيعة التعاقدية للتحكيم: ذهب بعض الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، بأنه نظام ذو طبيعة اتفاقية تعاقدية، ويترتب على ذلك أن العقد المبرم بين الأطراف سوف يستغرق مرحلة التحكيم من بدايتها إلى نهايتها، وهو يهدف إلى تحقيق مصلحة وهي إرادة الخصوم، فالخصوم هم يحدون ويختارون المحكم والإجراءات والقانون الواجب التطبيق، والمحكم يستمد سلطته من العقد.[٣]

وهناك رأي يذهب أن التحكيم ليس ذو طبيعة قضائية وإنما تعاقدية؛ لأنه عقد يستند إلى الرضا بين الطرفين وأن اتفاق التحكيم يستغرق عملية التحكيم برمتها.[٤]

فالطبيعة القانونية للتحكيم هي طبيعة عقدية أصلها هو الاتفاق بين الخصوم على جعل التحكيم هي الطريقة المتخذة لحل النزاع بينهما، الذي نشأ حول تنفيذ العقد الأصلي، وأن اتفاق الأطراف في اللجوء إلى التحكيم هو محور العملية التحكيمية.[٥]

---

[١] د. محمد أحمد إبراهيم محمود، مرجع سابق، ص٧٦.

[٢] د. أحمد محمد أحمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣م، ص١٢.

[٣] د. محمد سعيد الشيبة المري، مرجع سابق، ص٨.

[٤] د. خالد عبد العظيم أبو غابة، مرجع سابق، ص٢٩.

[٥] القاضي جبار جمعه اللامي، التحكيم التجاري في القانون العراقي والاتفاقيات الدولية، مطبعة الشيماء، بغداد، دون تاريخ نشر، ص١٧.

ولما تقدم فان أنصار هذا الرأي في اعتبار طبيعة التحكيم طبيعة عقدية اتفاقية يستندون إلى عدة حجج أهمها:

١- نظام التحكيم يسعى إلى تحقيق رغبة الخصوم بحل الخلاف بطريقة توفيقية وبشكل ودي، بعيداً عن القضاء.

٢- يعُد التحكيم عملاً عقدياً خاصاً، فاتفاق الأطراف على اختيار التحكيم يعد تنازلاً عن الدعوى القضائية.

٣- اتفاق التحكيم هو حجر الأساس للتحكيم منذ بدايته حتى صدور حكم التحكيم، وهذا الأخير هو انعكاس لسلطان ارادة الخصوم.

أما الانتقادات التي وجهت لهذا الرأي، فسيعرض الباحث عدد منها كالآتي:

أخذ على هذا الرأي إعلاء دور الإرادة على عمل المحكمين، وبالمقابل إنكار الطبيعة الخاصة بعمل المحكمين، فإبراز دور إرادة الأطراف في الاتفاق على التحكيم فيه تقصير لوظيفة المحكم القضائية، فهو دوره الناشئ في الارادة الفردية، وبموافقة القانون، وتلك الموافقة التي تتيح لفرد عادي بإصدار عمل يعترف به القانون كالحكم القضائي، فالمحكم في حسمه للنزاع ينفذ ارادة المشرع، كما أنه يحظى بثقة الأطراف، وبالتالي فحكمه يحوز الحجية عند صدوره.[١]

أن الرأي بالطبيعة العقدية للتحكيم منتقد لأنه بالغ في إعطاء ارادة الأطراف في وصف الطبيعة العقدية للتحكيم؛ بحيث أنها وصف العنصر الأهم للتحكيم والمتمثل في حكم التحكيم مبالغ لمدى كبير وإعطائه الصفة العقدية .[٢]

وهذه الآراء تجاهلت حقيقة الوظيفة التي يقوم بها المحكم فهو يقوم بما يقوم به القاضي وتنتهي الإجراءات بإصدار المحكم حكم يشبه حكم القاضي، بالإضافة إلى

[١] د. محمد سعيد الشيبة المري ، مرجع سابق، ص٩.
[٢] القاضي جبار جمعه اللامي، مرجع سابق، ص١٧.

ذلك فإن هذا الاتفاق المبرم بين الأطراف والذي يرد بشكل عقد، له آثار قانونية في ذمة أطرافه وأهمها هو نزع الاختصاص من القضاء والباسه إلى هيئة التحكيم .[١]

ويرى الباحث مهما وجهت الانتقادات لهذا الرأي أو هذه النظرية فإن أصحابها عندهم من الحجج ما يؤيد وجهة نظرهم.

ثانياً- الطبيعة القضائية للتحكيم: إن التحكيم ذو طبيعة قضائية، فهو يعتبر كقضاء إجباري يلزم الأطراف عند اتفاقهم على اللجوء لنظام التحكيم كوسيلة لفض نزاعاتهم بحل محل قضاء الدولة، وأن مهمة التحكيم مهمة قضائية، والحكم الذي يصدره يرتب نفس الأثار التي يرتبها الحكم القضائي.[٢]

فالمحكم يقوم بنفس الوظيفة التي يقوم بها قضاء الدولة، وهو حسم المنازعات التي تنشأ بسبب العقد أو تنفيذه، فاتفاق الخصوم على إحالة الخلاف إلى التحكيم عوضاً عن القضاء؛ فإن ذلك لا يؤثر على وظيفة المحكم الذي ينظر النزاع بنفس الإجراءات التي يقوم بها القاضي، ثم أخرها إصدار المحكم حكم يشبه أي حكم قضائي.[٣]

وسير العملية التحكيمية للقضاء وللتحكيم متشابهة وإن اختلفت المصادر، ولوجود فوارق بين حكم التحكيم وحكم القضاء، وذلك لعدم شمول الأول بأمر التنفيذ إلا بعد اللجوء للقضاء، هذا لا يعني اختلاف النتائج التي تترتب على كل منها.[٤]

وهذا الرأي يطرح عدة إشكاليات، لعل أهمها قد يتمسك أحد الخصوم باتفاق حكم التحكيم أمام القضاء، وذلك لأن اتفاق التحكيم يرتب أثر إيجابي وسلبي، فالأثر

---

[١] () د. أحمد يوسف حلاوي، التحكيم وطبيعته، بحث منشور في الموقع الالكتروني:-www.mog-gov.sa-www.ciamex.ouve.blog.com

[٢] () د. خالد عبد العظيم أبو غابة ، مرجع سابق، ص٣٠

[٣] () د. محمد سعيد الشيبة المري ، مرجع سابق، ص١٠.

[٤] () د. محمد أحمد إبراهيم محمود، مرجع سابق، ص٨١.

الايجابي هو إنهاء النزاع باللجوء إلى التحكيم، والاعتداد بحكم التحكيم، واعتباره كأنه صدر من القضاء، أما الأثر السلبي، يتجلى في حرمان أحد الخصوم من اللجوء للقضاء بصدد النزاع الذي اتفقوا فيه على نظام التحكيم، وذلك بمحض إرادتهم واختيارهم.[١]

ومما تقدم فأن اصحاب الطبيعة القانونية للتحكيم هي طبيعة قضائية يستندون إلى عدة حجج وأسانيد أهمها:

١- أن ما يقوم به المحكم أو هيئة التحكيم من إجراءات هي نفس ما يقوم به القاضي، فمهمة المحكم قضائية.

٢- اتفاق التحكيم الذي يحيل النزاع إلى المحكم بدلاً من القضاء لا يؤثر على طبيعة وظيفة المحكم، فالحكم الذي يصدره الأخير هو نفس الحكم القضائي.

٣- لا ينفذ حكم التحكيم إلا بعد إصدار أمر التنفيذ في القضاء، وهذا ما يضفي الصفة القضائية على التحكيم.

والبعض وجه انتقادات لهذا الرأي، بان لو كان التحكيم قضاءً، لما احتاج محضر الصلح القضائي الذي يدون فيه المحكم الصلح إلى إجراء قضائي أخر، وهذا الاختلاف ليس له ما يبرره، سوى الإقرار بأن التحكيم ليس قضاءً .[٢]

ثالثاً- الطبيعة المختلطة للتحكيم: ويعتبر هذا الرأي بان الطبيعة القانونية للتحكيم هي طبيعة مشتركة (عقدية قضائية)، ويجب اشراك الصنفين معاً عند تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، فإذا أخذنا العقد لا يمكن الانكار بأن اتفاق الخصوم لا يتم إلا بموجب عقد اختاره الخصوم، أو بموجب شرط في العقد الأصلي الذي توافرت شروطه،

[١] د. أحمد يوسف علاوي، التحكيم وطبيعته، مرجع سابق، ص٢٥.
[٢] د. أبو الخير عبد العظيم ، التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي ، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الاولى، القاهرة، ٢٠١٧م، ص٤٧.

ولهذا يكتسب التحكيم قوته من هذا العقد، وإضافة إلى ذلك فإن وصف التحكيم ذو طبيعة قضائية هناك ما يبرره كون الغاية التي يبتغيها المحكمين هو الفصل في النزاع القائم بين الأطراف بإصدار حكم التحكيم؛ كما في المحاكم التي تصدر حكمها النهائي في الدعوى.[١]

واتفاق التحكيم وقضاء التحكيم هما عنصران يسيران سوية في كل المراحل، فالمحكم يجب عليه تطبيق شروط اتفاق التحكيم شأنه شأن القاضي عندما يطبق شروط العقد محل النزاع المنظور أمامه في الدعوى .[٢]

وتبدأ العملية التحكيمية باتفاق بين الأطراف ثم تمضي الإجراءات وتنتهي بإصدار حكم التحكيم وهو قضاء، وهذا يعني بأنها ذات نظام مختلف، فالتحكيم يستمر لمدة زمنية يتعاقب عليها طابعان هما الطابع التعاقدي والطابع القضائي، والتحكيم وفق هذا الرأي هو تجسيد لمبدأ سلطان الارادة وفكرة القضاء في نفس الوقت.

ويرى الباحث بأن حجج أنصار الطبيعة المختلطة للتحكيم يمكن أن نستعرض أهمها كالآتي:

١- المحكم وظيفته تعتبر ذات طبيعة مختلطة، ما بين الوكالة التي يصدرها ارادة الأطراف وما بين الوظيفة العامة.

٢- أن صفة العقد والقضاء مشتركة، فأصل اتفاق التحكيم هو العقد المبرم بين الأطراف، وأن عمل المحكمين هو الفصل في النزاع وإصدار حكم التحكيم وهو عمل القضاء.

---

[1]) القاضي جبار جمعه اللامي، مرجع سابق، ص٢٠.
[2]) د. محمد سعيد الشيبة المري، مرجع سابق، ص١٤.
[3]) د. محمد أحمد إبراهيم محمود، مرجع سابق، ص٨٣.

٣- عند الأخذ بالنظرية التعاقدية أو النظرية القضائية، فهو يثير صعوبات، والأحسن الأخذ بهما سوية، واعتماد بأن نظام التحكيم ذو طبيعة مزدوجة.

أما الانتقادات التي وجهت لهذا الرأي فسيعرض الباحث البعض منها وكالآتي:

لم يأتي أنصار هذا الرأي بشيء جديد، بل العكس أقروا شيء موجوداً؛ لأن العقد والتحكيم لا خلاف فيه، وكان الأجدر تحديد هذه الطبيعة وليس الاكتفاء بالقول أنها مختلطة.[١]

وعدم تقديم هذا الرأي لإطار قانوني يفسر ما يتمتع به المحكم أو هيئة التحكيم من سلطة مستقلة عن إرادة الأطراف، واعتمد هذا الاتجاه على ايجاد حد زمني بين كل من الطابع العقدي أو القضائي لنظام التحكيم.[٢]

رابعاً- الطبيعة المستقلة للتحكيم: التحكيم ليس له سوى طبيعة واحدة ألا وهي الطبيعة التحكيمية، التي أقر له القانون بإمكانية حسم النزاع، فكما أن القانون أقر فض النزاعات قضاءً اعترف لما يحكم به المحكمون من أحكام وأسبغ عليها قوته التنفيذية، ومثلما في أحكام القضاء، فنظام التحكيم له نظامه القانوني الخاص به، والذي هو ليس نظام العقود أو نظام القانون أو النظام المختلط بينهما، وإنما هو مسار يسير لموازاة القضاء في حسم النزاعات التي أقرها المشرع له بحسمها، واعترف بما يصدر عنه من أحكام.[٣]

والطبيعة القانونية تأخذ اتجاه أخر يختلف عن الفرضيات الثلاثة، ويدخل ضمن (نظرية استقلال التحكيم)، فنظام التحكيم هو عبارة عن مسار خاص يلجأ إليه الأطراف لفض النزاع الناشئ بينهما، وهو ذو طبيعة خاصة، مما يجعل نظام التحكيم

[١] () د. أحمد يوسف علاوى، مرجع سابق، ص٢٥.
[٢] () د. محمد أحمد إبراهيم محمود، مرجع سابق، ص٨٧.
[٣] () د. أبو الخير عبد العظيم ، مرجع سابق، ص٥٣.

قضاء موازياً لقضاء الدولة، إلا أنه ليس بعمل قضائي، اضافة إلى ذلك فأن وظيفة قضاء الدولة هو حماية الحقوق والمصالح العامة، في حين أن وظيفة التحكيم تكون بين أطراف النزاع ولا تتعدى غيرهم.[١]

أهم الأسانيد التي نادى أصحاب الطبيعة المستقلة للتحكيم بما يلي:

١- أن التحليل القانوني للنظريات التي قبلت في الطبيعة القانونية للتحكيم سيضفي إلى نتيجة بأن نظام التحكيم ذو طبيعة مستقلة.

٢- نظام التحكيم له مساره الخاص الذي يسير بجنب من قضاء الدولة، وله نظامه القانوني الخاص به.

٣- التحكيم هو وسيلة متميزة لحل النزاعات بين الأطراف، فلا يمكن ربطه بعقد خاص أو حكم قضائي، ولا يمكن الرجوع للقضاء بعد حسم الموضوع في التحكيم بإصدار حكم تحكيم بات.[٢]

ويرى الباحث بعد استعراض الآراء أو النظريات الأربعة التي قبلت في الطبيعة القانونية للتحكيم، بأن جميع تلك الآراء لامست الصواب؛ ولكن الذي يميز التحكيم بأنه قضاء خاص وليس ذو طبيعة عقدية أو قضائية أو مختلطة، ويؤيد ما ذهبت إليه النظرية المستقلة للتحكيم، فالأخير ينفرد بذاتيته الخاصة عن القضاء، ولا يمكن اعتبار العقد هو جوهر التحكيم والدليل على ذلك بأنه لا يوجد في التحكيم الاجباري، ونخلص بأن التحكيم يعتبر نوعاً خاصاً في القضاء، ودليل ذلك حكم من محكمة استئناف القاهرة بتاريخ ٢٠٠٣/٤/٢٩ بهذا المعنى، حيث قضت بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل

---

[١] () القاضي جبار جمعه اللامي ، مرجع سابق، ص٢٠.

[٢] () انظر الحكم الصادر من محكمة استئناف باريسفي٢٧ أكتوبر سنة ١٩٩٤ حيث قررت في الدعوى المطروحة عليها:" أن حكم التحكيم قد أصبح نهائياً ولا يجوز استئنافه وإن اتفق الطرفان على ذلك لعدم توافر الحالات التي توجب الطعن في أحكام التحكيم".

-Cour d'app. De Paris 27 Oct 1994, aff. Diseno. Rev. Arb. 1995. P. 263

الأوان، عندما رفع أحد طرفي التحكيم دعوى بطلان حكم هيئة التحكيم التمهيدي برفض دفع هذا الطرف لدعوى التحكيم لرفعها من غير ذي صفة، وأسست محكمة الاستئناف عدم قبولها لدعوى البطلان برفعها قبل الأوان على أنه لا يجوز رفع هذه الدعوى إلا بعد صدور الحكم التحكيمي في موضوع النزاع .[١]

الخاتمة:

اولاً–النتائج:

١– ان انشاء التحكيم كوسيلة لفض المنازعات ومن ضمنها منازعات عقود الاستثمارات الدولية يبررها عدة عوامل يمكن إجمالها فيما يلي: السرعة أهم ما يميز التحكيم، مقابل الإجراءات البطيئة للتقاضي أمام المحاكم، فمعظم القضايا التي تنظر أمام المحاكم تستغرق وقت، أما التحكيم فهو يختصر الوقت، وأطرافه يحددون ميعاد صدور القرار فيه.[٢]

٢– البساطة في إجراءات التحكيم تميزه عن القضاء، فإجراءات التحكيم تتسم بالبساطة دون التعقيد، أما في القضاء فتمر الدعوى بإجراءات طويلة رسمها لها القانون.

٣– السرية أهم ما يميز العمل التجاري، فالتاجر أو المستثمر يكون حريصاً على إحاطة أعماله بأقصى درجات السرية، وهذه من أهم المبادئ للعمل التجاري، والتحكيم يحقق هذا المبدأ، فتتسم، إجراءات التحكيم بالطابع السري، وهذا بناء على رغبة الأطراف، بالإضافة إلى ذلك فالسرية تحجم توسع النزاع وبالتالي تحقق الاستمرار بين الخصوم.

٤– اختيار المحكمين يقع على أطراف النزاع، وهذا يعطيهم قدراً كبيراً من الحرية في تحديد المحكمين، وهم يختاروا أفراد ذو اختصاص وخبرة في موضوع النزاع، في

[١] () حكم الدائرة (٩١) تجاري لمحكمة استئناف القاهرة بتاريخ ٢٠٠٣/٤/٢٩ في القضية رقم ١٢٠/١ قضائي تحكيم تجاري.

[٢] () د. عبد السلام منصور الشيوي ، مرجع سابق، ص١٦.

حين أن القاضي هو موظف لدى الدولة، ولا يستطيع الخصوم في الدعوى اختيار القاضي.

ثانياً-التوصيات:

١- يوصي الباحث أن يقوم المشرع العراقي بتلافي القصور الموجود في نصوص التحكيم في قانون المرافعات العراقي، ومنها ما يخص الطلبات المستعجلة، وإصدار تشريع خاص بالتحكيم، مع أخذ بالتطورات التي يشهدها العالم في نطاق التحكيم.

٢- يحث الباحث المشرع العراقي أن يشرع قانون خاص بالتحكيم يساير التطور الحاصل في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، ويتضمن نصاً تكريس مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

٣- يهيب الباحث المشرع العراقي بإصدار قانون خاص في التحكيم والنص في مواده على روح التحكيم ألا وهي سلطان إرادة الأطراف باختيار نظام التحكيم لتحقيق السرعة والسرية في حسم النزاع مع الرقابة القضائية المساعدة والمساندة لهيئة التحكيم.

المراجع والمصادر

أولاً- الكتب القانونية:

١- د. أبو الخير عبد العظيم، التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي ، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الاولى ، القاهرة ، ٢٠١٧م.
٢- د. أحمد محمد أحمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣م.
٣- د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.
٤- د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م.
٥- احمد يوسف علاوي، التحكيم وطبيعته، بدون تاريخ نشر.
٦- بشير عبد الهادي التميمي، الاثار القانونية لقرار التحكيم التجاري الدولي، ٢٠١٠.
٧- د. جمال أحمد هيكل، الاتفاق على التحكيم بين الاجراء والموضوع، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٦م.
٨- د. حاتم رضا السيد، التحكيم في منازعات الشركات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦م.
٩- د. حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الحلبي للمطبوعات الجامعية، بيروت، ٢٠٠٧م.
١٠-د. خالد عبد العظيم أبو غابة، التحكيم وأثره في فض المنازعات، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١١م.

١١-د. عرفان أحمد المنجي، التحكيم في منازعات الاعتمادات المستندية (في الفقه والقانون المقارن)، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٧م.
١٢-د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩٢م.
١٣- د. محمد أحمد إبراهيم محمود، دور قضاء التحكيم التجاري الدولي في خلق قواعد قانونية للتجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠١٣م.
١٤- د. محمد حسن جاسم المعماري، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠١٤م.
١٥-د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م.
١٦-د. محمود السيد عمر التحيوى، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به ، دار النهضة العربية، القاهرة.
١٧- د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٠م
١٨-د. عبد السلام منصور الشيوي ، التحكيم في نطاق القانون الدولي، ٢٠١٠.
١٩-القاضي جبار جمعه اللامي، التحكيم التجاري في القانون العراقي والاتفاقيات الدولية، مطبعة الشيماء، بغداد، دون تاريخ نشر.

ثانياً- الرسائل والاطاريح الجامعية:

٢٠-د. أحمد إبراهيم مصيلحي، اطروحة دكتوراه (العلاقة التبادلية بين التحكيم والقضاء في الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية)، مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٤م.
٢١- د. حيدر ضياء طالب مناف، أطروحة دكتوراه (التحكيم التجاري الدولي في عقد النقل البحري للبضائع والحاويات ، دراسة مقارنة)،مقدمة الى أكاديمية البورك للعلوم- كلية القانون، ٢٠١٩م.
٢٢-د. محمد سعيد الشيبة المري ،اطروحة دكتوراه، خصوصية خصومة التحكيم، دراسة مقارنة ، مقدمة الى كلية الحقوق ،جامعة عين شمس، ٢٠١٦.

ثالثاً- الدوريات والمجلات العلمية:

٢٣-جريدة الوقائع العراقية العدد (٤٣٩٣) في ٢٣/ربيع الأول/ ١٤٣٧ه/ الموافق ٤/ كانون الثاني / ٢٠١٦م، السنة السابعة والخمسون.
٢٤-د. نزار الطبقجلي، (تسوية المنازعات عن طريق التحكيم)، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد الثالث والرابع، بغداد، ١٩٨٩م.

رابعاً- القوانين:

٢٥-قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦م.
٢٦-قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م، المعدل بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧، والقانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠٠م.
٢٧-قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٢٨-قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م.
٢٩-المرسوم الفرنسي رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١، بتعديل قانون التحكيم.

خامساً-البروتوكولات والاتفاقيات والمعاهدات الدولية:

٣٠-الاتفاقية الاوروبية بخصوص التحكيم التجاري الموقعة في جنيف لسنة ١٩٦١ والترتيبات المتعلقة بتطبيق هذه الاتفاقية لسنة ١٩٦٢م.
٣١-الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات عن طريق التحكيم المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الاخرى الموقعة لسنة ١٩٦٥م.
٣٢-اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الاخرى الموقعة لسنة ١٩٧٤م.
٣٣-اتفاقية جنيف لسنة ١٩٢٧ الخاصة بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية.

٣٤-اتفاقية موسكو لسنة ١٩٧٢ بخصوص تسوية المنازعات عن طريق التحكيم بين الدول الاشتراكية.
٣٥-اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ المتعلقة بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية.
٣٦-بروتوكول جنيف لسنة ١٩٢٣ الخاص بشروط التحكيم.
٣٧-معاهدة نيويورك لسنة ١٩٥٨ والخاصة بالاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية.

سادساً- المراجع الأجنبية:

٣٨-Charles Jarrosson : La notion de l'arbitrage, Paris, 1987, No 785.
٣٩-Cour d'app. De Paris 27 Oct 1994, aff. Diseno. Rev. Arb. 1995.
٤٠-Jean Robert : L'arbitrage civil et commercial droit interne, droit international privé - Dalloz, 1983.
٤١-Matthieu de Boisséson : Le droit Français de l'arbitrage interne et international, Paris, éd., GLN, 2 éme éd. 1990.

سابعاً- المواقع الإلكترونية:

٤٢--ww.mog-gov.sa
٤٣-www.ciamex.ouve.blog.com