

مفهوم المحكم التجاري

م.د. أحمد نعمة عطية الشمري

الملخص

اقترح فقه القانون الوضعي المقارن تعريفات عديدة لنظام التحكيم، فقد عرفه جانب من الفقه بأنه: "الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين يسمون محكمين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة أصلاً بتحقيقه، والفصل في موضوعه، وقد يكون الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بعد نشأته، ويسمى عندئذ مشاركة التحكيم، وقد يتفق ذوو الشأن مقدماً، وقبل قيام النزاع على عرض المنازعات التي قد تنشأ بينهم في المستقبل، خاصة بتنفيذ عقد معين على المحكمين، ويسمى الاتفاق عندئذ شرط التحكيم". ويذهب جانب آخر من الفقه بأن التحكيم "ليس اتفاقاً محضاً، ولا قضاءً محضاً، وإنما هم نظام يمر في مراحل متعددة، يلبس كل منهما لباساً خاصاً ويتخذ طابعاً مختلفاً هو في أوله اتفاق، وفي وسطه إجراء، وفي آخره حكم، وينبغي مراعاة اختلاف هذه الصور عن تعيين القانون الواجب التطبيق "وتعرفه المحكمة الدستورية المصرية بأنه : (عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الاغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار قاطع لدابر الخصومة في جوانبها التي احوالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظرة تفصيلياً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية).

Abstract

The jurisprudence of comparative positive law proposed several definitions of the system of arbitration. It defined a part of the jurisprudence as: "The agreement to bring the dispute to certain persons called arbitrators to separate it from the court originally competent to investigate it and to adjudicate its subject. The arbitration agreement is then called, and the parties may agree in advance, and before the dispute arises, to present disputes that may arise between them in the future, in particular the implementation of a particular contract to the arbitrators. The agreement is then called the arbitration clause. "Another argument goes that arbitration" Not just judiciary, but systemic And in the middle of which there is a procedure, at the end of which is a provision. The difference of these images should be taken into account in determining the

applicable law. "The Egyptian Constitutional Court defines it as: An arbitrator appointed by the arbitrator, appointed or appointed by them or in the light of the conditions they specify to separate this arbitrator in that dispute by a conclusive decision to dispel the dispute in the aspects referred to him by the parties after each of them gives a detailed view through the main litigation guarantees.

المقدمة

المحكم هو المحور الأساسي الذي يدير خصومة التحكيم، وقد اعتلى المحكم مركزاً قانونياً يتيح له الفصل في النزاع، بعد ما تم منحه ثقة الخصوم حيث أولوه الفصل في خصومة قائمة بينهم، وقد يتم تعيينه من قبل المحكمة المختصة في الحالات التي نص عليها القانون للقيام بمهمة النظر في النزاع الموكل للمحكم وإذا كان عمل المحكم ينصب على فض نزاع معين، فإن السبب الذي دعا إلى الحاجة إلى محكم - كما يرى البعض - يكمن في نشوء جدال أو نقاش حاد في أمر من الأمور، فيبادر أحدهما إلى سؤال طرف ثالث محايد رأيه فيمن يكون على صواب من الطرفين المتنازعين، فإذا وافق الطرف الثاني صراحة أو ضمناً على اجابة الطرف الثالث يمكن قبولها لإنهاء النقاش أو الجدل، فإن الاقتراح المقدم من أحد الطرفين يعتبر اقتراحاً بالتحكيم، فالمنازعات بين الناس حتمية ولا يمكن تجنبها وهي تشكل مصدر عطاء جيد للمجتمع لما يتمخض عنه من ظهور أفكار جديدة لصالح المجموع ، وكيفية حل هذه المنازعات والاختلافات يشير إلى المعيار الحضاري والفكرة السابقة ببساطتها تعبر عن الحاجة لوجود المحكم، والذي يتبادر للذهن مما سلف أن المحكم عادة يكون شخصاً طبيعياً يقع عليه الاختيار من قبل أطراف النزاع . لأن التحكيم في جوهره حق قرره القانون للأفراد يخول لهم الاتفاق على إحالة ما ينشأ بينهم من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع نشأ بينهم بالفعل و الحقيقة أن المحكم يمكن أن يكون شخصاً طبيعياً واحداً - وهو الأمر المعتاد - وقد يتعدد اشخاص التحكيم والذين يطلق عليهم " هيئة التحكيم " . فقد سمح القانون بالنص لتعدد المحكم أما من

حيث الجنس فيمكن أن يكون المحكم "رجل أو امرأة" ومن حيث التخصص لا يشترط أن يكون المحكم متخصص ولا صاحب خبرة، وقد يكون المحكم جاهلاً بالقانون

ولو كانت المسألة المعروضة عليه قانونية، وقد يكون المحكم جاهلاً لغة الخصوم، ويجوز أيضاً أن يكون المحكم على غير ديانة الخصوم أو أحدهم وهذا كله بشرط عدم مخالفة النظام العام، ويمكن أيضاً أن يكون المحكم مختلف بالجنسية عن الخصوم أي أجنبياً، حسب ما ذهب إليه الرأي الراجع في الفقه، وقد يكون المحكم شخصاً من اشخاص القانون العام وقد يكون المحكم من أصحاب المهن الحرة من غير موظفي الدولة

وأن الضرورة التي دعت إلى وجود المحكم هي الحاجة إلى فض نزاع واقع، يتطلب نصب محكم للنظر في ذلك النزاع، وهذا العمل الذي يقوم به المحكم يسمى تحكيمياً، لذا كان لزاماً علينا قبل الولوج إلى مفهوم المحكم من حيث التعريف به والشروط الواجب توفرها فيه، بيان مفهوم التحكيم والذي يعد العمل المنسوب إلى المحكم، فما المقصود بالتحكيم ؟

اقترح فقه القانون الوضعي المقارن تعريفات عديدة لنظام التحكيم، فقد عرفه جانب من الفقه بأنه : "الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين يسمون محكمين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة أصلاً بتحقيقه، والفصل في موضوعه، وقد يكون الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بعد نشأته، ويسمى عندئذ مشاركة التحكيم، وقد يتفق ذوو الشأن مقدماً، وقبل قيام النزاع على عرض المنازعات التي قد تنشأ بينهم في المستقبل، خاصة بتنفيذ عقد معين على المحكمين، ويسمى الاتفاق عندئذ شرط التحكيم". ويذهب جانب آخر من الفقه بأن التحكيم " ليس اتفاقاً محضاً، ولا قضاءً محضاً، وإنما هم نظام يمر في مراحل متعددة، يلبس كل منهما لباساً خاصاً ويتخذ طابعاً مختلفاً هو في أوله اتفاق، وفي وسطه إجراء، وفي آخره حكم، وينبغي مراعاة اختلاف هذه الصور عن تعيين القانون الواجب التطبيق "وتعرفه المحكمة الدستورية المصرية بأنه : (عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الاغيار

يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار قاطع لدابر الخصومة في جوانبها التي احوالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظرة تفصيلياً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية).

وقد اعتقد البعض أن التحكيم كنظام للفصل في المنازعات، قد يزاحم نظام القضاء في مهمته في الفصل في الخصومات، بل وصل الأمر في هذا الرأي إلى الاعتقاد بأن نظام القضاء أصبح عقيماً ووجهوا إليه سهام النقد مثل أن نظام القضاء يشوبه التعقيد، وأنه نظام بطيء من حيث الإجراءات وأنه مرهق للمتداعيين من حيث أنه يتطلب مبالغ باهظة، وقد كان ذلك النقد الدعوة لإحلال نظام التحكيم محل نظام القضاء - ولو أننا قد تعجلنا في عرض هذه المسألة لكوننا سوف نناقش هذه المشكلة بشكل مفصل في موضع آخر من هذا البحث، إلا أن أهمية هذا الموضوع تفرض بيانه هنا - وباختصار نجيب على هذا الرأي بالقول : أن نظام التحكيم ما هو إلا طريق استثنائي للفصل في المنازعات، والقاعدة تنص أن الاستثناء لا يجوز التوسع فيه هذا من جهة ومن جهة أخرى، أن الاستثناء عن القضاء العادي لا يمكن لكون العلاقة بين التحكيم والقضاء علاقة تعاون ورقابة، فالمحكم يمكن أن يستعين بالقضاء في الأمور التي لا يملك القيام بها في عمله، كما أن للقضاء دور رقابي يشرف على عمل المحكم ويراقبه.

وبعد أن تكلمنا بشكل وجيز عن الدافع لنشوء التحكيم والذي يتمثل في الحاجة لفض الخصومات وبيننا بإيجاز تعريف التحكيم ورأي الفقه والترابط بين التحكيم والقضاء ، فلا بد من التركيز على الموضوع الأساس وهو " المحكم " باعتباره محور التحكيم وأداة الفصل في المنازعات، فيجدر بنا بيان مفهوم المحكم ومركزه القانوني (المبحث الأول) ومن ثم بيان طبيعة عمل المحكم في ضوء نظريات التحكيم (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تعريف المحكم وتحديد مركزه القانوني

إن مهمة المحكم ليست وظيفة عامة أو عمل عام أو فرعاً لأيهما رغم ما تدره من عوائد عليه لأنه لا يعمل بتوجيه من أي جهة بل هو فرد عادي يعمل باستقلالية ولا ينوب عن أحداً وهو محل ثقة لحسم نزاع نشب بين طرفين^(١). ولأهمية دور المحكم لابد من الوقوف على تعريفه (المطلب الأول) وبيان مركزه القانوني (المطلب الثاني) وعلى النحو الآتي :

المطلب الأول

تعريف المحكم

وردت تعريفات عديدة حول المحكم، وهي تتشابه مع بعضها البعض وتكاد تتفق على أن المحكم هو في كل الأحوال يجب أن يتمتع بالثقة والحكمة في مجال المنازعة التي يفصل فيها، ويجب أن يكون موضوعياً مجرداً من الميل لأحد الأطراف على حساب الطرف الآخر^(٢)، وسوف نبحت هذه التعريفات من حيث اللغة والاصطلاح (الفرع الأول) وكذلك تعريف الفقه والقضاء للمحكم (الفرع الثاني) ثم نختم هذا المطلب بدراسة الشروط الواجب توافرها في المحكم (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف المحكم من حيث اللغة والاصطلاح

أولاً : تعريف المحكم من حيث اللغة :

وردت تعاريف عديدة في لغة العرب للمحكم نورد منها التعاريف الآتية :

التعريف الأول :

المحكم بالفتح الحَكم والفاصل : و" تحَكَم" في الأمر حكم فيه وفصل برأي نفسه من غير أن يبرز وجهاً للحكم، وتصرف فيه وفق مشيئته، و" حَكَم حكمه" ولاه وجعله حَكماً .

التعريف الثاني :

الحَكم " بفتحيتين الحاكم و" حَكَمه " في ماله "تحكيماً" إذا جعل إليه الحُكم فيه، يقال : حَكَم فلاناً عما يريد، و" حَكَم " فلاناً في الشيء والأمر جعله حَكماًو" احتكم الخصمان إلى الحاكم " رفعاً خصومتهم إلى حَكَمه و" الحاكم " من نُصب للحكم بين الناس وجمعه "حكام" (٣).

التعريف الثالث :

المحكم لغة : يقال حكم فلاناً في الشيء والأمر : جعله حَكماً وفوض الحكم إليه، ويقال تحاكماً احتكاماً، ويقال تحكم في الأمر : احتكم، ويقال حاكمه إلى الله تعالى، وإلى الكتاب، وإلى الحاكم : خاصمه ودعاه إلى حكمه ، والمحكم :بفتح الكاف هو الشيخ المجرب المنسوب إلى الحكمة والحكمة العدل، ورجل حَكِيم عدل حَكِيم وأحكم الأمر أتقنه وأحكمته التجارب على المثل وهو من ذلك ويقال للرجل إذا كان حَكِيماً قد أحكمته التجارب والحكيم المتقن للأمور (٤).

ثانياً: تعريف المحكم من حيث الاصطلاح :

يمكن استعراض التعاريف الاصطلاحية التي وردت بشأن المحكم على الوجه الآتي :

١-المحكم يعني : الشخص الذي يعهد إليه بالفضل في النزاع المعروض على التحكيم، وعلى نحو ما ذهب البعض المحكم قاضي بكل معنى الكلمة ويخضع حتماً لكل ما ينص

عليه القانون من مبادئ وقواعد فالمحكم كالقاضي يباشر مهمته بحرية تامة ولحكمة خصائص الأحكام^(٥).

٢-المحكم هو شخص يتمتع بثقة الخصوم، اولوه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهم، وقد يتم تعيينه من جانب المحكمة إذا كان التشريع يجيز ذلك للقيام بذات المهمة المتقدمة، وفي فرنسا، يفرق بين مصطلح (premiere arbitre) ومصطلح (tiers arbitre) ومصطلح (troisieme)، والاصطلاح الثاني يعبر به عن المحكم المرجح الذي يعين لترجيح رأي على آخر عند اختلاف رأي المحكمين فيما بينهما أو عندما لا يكون عددهم وتراً، أما الاصطلاح الأخير فهو يختلف عن الثاني لأنه يقصد به ذلك المحكم الذي يتدخل -لا لترجيح رأي على آخر - وإنما لإجراء تحكيم جديد أمام الهيئة الجديدة المشكلة منه ومن المحكمين الأصليين^(٦).

٣- المحكم هو فرد من الافراد يختاره الخصوم، ولا يولى القضاء على وجه الدوام في الخصومات التحكيمية، ولا يخضع إلى أي التزام عام أو خاص، ولا إلى سلوكية دائمة فهو ليس حاكماً وبالتالي ليس له حقيقة نظام، وهو أيضاً من يصدر الحكم لطرفي النزاع ويكون حكمه ملزماً للمحكّمين^(٧).

٤-المحكم هو الشخص الذي يعتبر كالقاضي أثناء مباشرته لمهمته فهو يقود العملية التحكيمية بحرية وحياد وحكمة له نفس خصائص الأحكام القضائية^(٨).

٥-المحكم هو المحور الأساسي الذي تدور حوله خصومة التحكيم وبقدر دقة المحكم ومهارته تكون سلامة إجراءات التحكيم وصحة الحكم الصادر، وفي الواقع العملي فإن إداء المحكم لمهمته يتوقف على ما يحمله من مؤهلات وخبرات^(٩).

الفرع الثاني

تعريف المحكم في الفقه والقضاء

أولاً : تعرف الفقه للمحكم :

يرى الدكتور أحمد أبو الوفا أن المحكم شخص يتمتع بثقة الخصوم، أولوه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهم، وقد يتم تعيينه من جانب المحكمة إذا كان التشريع يجيز ذلك للقيام بذات المهمة المتقدمة - على الرغم من أن التشريع المصري لا يجيز ذلك - ولما كان حكم المحكم بمثابة قضاء على الخصوم فلم يترك المشرع لهم حرية كاملة في اختياره، وإنما قيدها ببعض القيود رعاية لهم، وقد يكون التحكيم بالقضاء وقد يكون بالصلح، وفي الحالة الأخيرة يعفى المحكم المفوض بالصلح من التقيد بقواعد القانون، ولا تثبت الصفة الأخيرة للمحكم إلا إذا كان اتفاق الخصوم قاطعاً في دلالاته على تقريرها^(١٠).

وأغلب التعارف الواردة تركز على التحكيم دون المحكم أي يتم الإشارة إلى العمل المؤدي إلى إنهاء النزاع وليس إلى العامل "المحكم" الذي بدونه لا يمكن فض النزاع، والبعض يخلط بين المحكم وعمله، فيعرف التحكيم من خلال عمل المحكم ومن ذلك قول أحد الكتاب : (التحكيم هو وسيلة خاصة لحسم المنازعات، والأفراد هم الذين يقومون بإدارة العملية التحكيمية) والمقصود من عبارة "الأفراد هم الذين يقومون بإدارة العملية التحكيمية" هو المحكم، فهو من يدير العملية التحكيمية، والبعض يخلط بين سلطة المحكم وسلطة القاضي، حيث يرى بأن المحكم أو المحكمين يكون لهم سلطة الفصل في النزاع، كما هو الحال بالنسبة للقضاة، وسبق منا القول أن جهاز القضاء مستقل عن جهاز التحكيم إذ لو كان المحكم قاضياً بكل ما تحمله العبارة من معنى، لما تدخل القضاء العادي لتفعيل اتفاق التحكيم، ومنح القوة التنفيذية لأحكام المحكمين^(١١).

ثانياً تعريف القضاء للمحكم :

ذهبت محكمة النقض المصري في إحدى قراراتها إلى أن : " المحكم هو الشخص الذي يعهد إليه - بمقتضى الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقل - بفض النزاع بين طرفين أو أكثر ويكون له نظر النزاع والاشتراك في المداولة بصوت محدود وفي اصدار الحكم والتوقيع عليه " وفي قرار آخر للمحكمة نفسها أشارت إلى " أن المحكم ليس طرفاً في خصومة التحكيم إنما هو شخص يتمتع بثقة الخصوم واتجهت إرادتهم إلى منحه سلطة الفصل فيما شجر بينهما بحكم شأنه شأن القضاء^(١٢)، لأن جوهر التحكيم هو (عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائباً عن شبهة الممالة، مجرداً من التحامل، وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي احوالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسة)^(١٣).

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى تعريف المحكم من خلال السلطة الممنوحة له من قبل أطراف النزاع فقد جاء في إحدى قرارات المجلس تعريف للتحكيم أشار فيه إلى سلطة المحكم (التحكيم يتمثل في سلطة القرار التي يعترف بها لطرف ثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم)^(١٤).

الفرع الثالث

الشروط الواجب توافرها في المحكم

حتى لا تترك مسألة ممارسة القضاء الخاص لأي شخص، فإن كثيراً من تشريعات التحكيم ومؤسساته الدولية تشترط فيمن يعين محكماً عدة شروط، منها ما تتضمنه تلك التشريعات

ومنها ما تترك حرية إدراجه إلى إرادة الأطراف ، ولذلك يوجد نوعان من الشروط الواجب توافرها في المحكم^(١٥):

أولاً: الشروط القانونية :

ثانياً: الشروط الاتفاقية :

وسوف نتناول هذه الشروط بشيء من التفصيل على النحو الآتي :

أولاً : الشروط القانونية :

تلك الشروط تمثل الحد الأدنى والضروري من الشروط الواجب توافرها في المحكم، لذلك لم تترك حرية إدراجها من عدمه لإرادة الأطراف، فهي متعلقة بالنظام العام، وتلك الشروط هي الأهلية المدنية والحياد والاستقلال^(١٦) .

١- الأهلية المدنية :

يوجد التراضي بوجود إرادة الموصي واتجاهها إلى إحداث أثر يعتد به الشرع والقانون وإذا وجد التراضي فلا بد من البحث عن مدى صحته لمعرفة إمكانية وجود الأهلية من عدمها ويتحقق الرضا بالإرادة المقصودة لدى القانون، فعدم الإرادة لا تصدر منه إرادة يعتد بها القانون كما هي الحال فيمن فقد التمييز لصغر في السن أو جنون ومن فقد الوعي لسكر أو مرض ومن انعدمت إرادته تحت تأثير الإيحاء بالتنويم المغناطيسي وإذا وجدت الإرادة فلا يحفل بها القانون إلا إذا اتجهت إلى إحداث أثر قانوني فلا عبء بالإرادة التي لم تتجه إلى إحداث مثل هذا الأثر كما في أعمال المجاملات وقبول القيام بخدمة مجانية والاتفاقات التي تقوم بين أعضاء الأسرة دون أن تنطوي على نية الالتزام كذلك لا عبء بإرادة الهازل وإرادة من يعلق التزامه على محض المشيئة^(١٧).

معنى الأهلية :

عرض القانون المدني لتفصيل بعض أحكام الأهلية وقد نقل شراحه تعريف الأهلية عن الشريعة الإسلامية فقالوا : ويعرف علماء اصول الفقه الإسلامي بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه وأهلية الوجوب بهذا التعريف هي في الواقع الشخص ذاته منظوراً إليه من الناحية القانونية فالشخص سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً إنما ينظر إليه القانون من ناحية انه صالح لان تكون له حقوق وعليه واجبات فكل إنسان شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب وتثبت له هذه الأهلية من وقت ميلاده، بل وقبل ذلك من بعض الوجوه عندما يكون جنيناً في بطن امه إلى وقت موته بل وبعد ذلك إلى حين تصفية تركته وسداد ديونه فهم يطلقون على أهلية الوجوب الشخصية القانونية^(١٨). هذا بالنسبة للنوع الأول من أنواع الأهلية .

أما النوع الثاني : أهلية الأداء : وهي صلاحية الإنسان لمباشرة التصرفات القانونية^(١٩).

وتعد الأهلية شرط ضروري فيمن يعين حكماً، حيث يشترط فيه توفر الأهلية المدنية الكاملة، ويعتبر الحكم الصادر في قضية (prunier) من أقدم الأحكام التي قررت وجوب توافر هذا الشرط في المحكم، فإذا كانت التصرفات القانونية العادية من بيع وشراء وغيرها تشترط ذلك، فما بال التحكيم على أساس أنه يقوم بوظيفة أو مهمة قضائية تستلزم تمتع من يمارسها بأهلية كاملة للقيام بها، وذلك عين ما قرره المادة (١٦) الفقرة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ حيث ورد بها أنه " لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً، أو محجوراً عليه، أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية، أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره " ^(٢٠).

ويطلق على شرط الأهلية " شرط الثقة القانونية " فالقانون يضع ثقته في إدراك وتميز القائم بالعمل، والقانون لا يضع ثقته إلا في الشخص الكامل الإدراك والتميز وشرط الثقة القانونية بأشكاله المتعددة التي ورد النص عليها في المادة ١/١٦ السالفة الذكر، من الشروط

المتعلقة بالنظام العام وبالتالي لا يجوز الإخلال به ولو بطريق الاتفاق ومن ثم يعد هذا الشرط مطروحاً من تلقاء نفسه على المحكمة التي تنظر دعوى بطلان حكم التحكيم (م ٥٣ من قانون التحكيم المصري) إذ أوجب القانون على هذه المحكمة أو تلك أن تثير من تلقاء نفسها كل ما يتعلق بالنظام العام، ولهذا فإن هذه الشروط تعد بمثابة قيود مفروضة على حرية الأطراف في اختيار المحكم بواسطة القانون الواجب التطبيق على التحكيم^(٢١).

٢ - شرط الحيادة أو الحياد:

المقصود بالحيادة - أو الحياد - عدم انحياز المحكم ضد طرف أو إلى جانب طرف، فعدم الحيادة حالة نفسية تتعلق أساساً بالعاطفة (مصلحة شخصية أو صلة مودة أو عداوة بأحد الخصوم)، يرجح معها عدم استطاعة المحكم بغير تحيز وقد عرفت محكمة استئناف القاهرة عدم الحيادة بأنه : " ميل نفسي أو ذهني للمحكم لصالح أو ضد أحد أطراف النزاع بحيث يرجح معه عدم استطاعته الحكم بغير ميل أو هوى لأحد (أطراف النزاع) أو ضده، بيد أنه يجب أن تكون العداوة أو المودة شخصية ومن القوة بحيث يستنتج منها قيام خطر عدم الحيادة عند اصداره الحكم " كما قضت أيضاً محكمة استئناف القاهرة، بأنه : " لا يكفي لإثبات هذا الخطر مجرد أحساس شخصي غير موضوعي لدى طالب الرد لا يستند إلى وقائع محددة وحقيقية يراها الشخص المعتاد صالحة عقلاً لتبرير الشك في حيادة المحكم " .

وإذا كانت عدم الحيادة شعوراً عاطفياً ليس له مظهر خارجي، فإن هناك مع ذلك ظروفاً إذا توافرت يغلب معها ألا يكون المحكم محايداً، كأن يكون المحكم زوجاً أو قريباً أو صهراً لأحد الأطراف أو صديقاً له، أو كان قد سبق للمحكم أن أبدى رأيه في النزاع، أو كان هناك نزاع سابق أو حال بينه وبين أحد الأطراف، أو كان للمحكم مصلحة مادية في النزاع كما لو كان المحكم دائن لأحد الطرفين، أو كفيلاً له، كما يعتبر غير محايد أيضاً، المحكم الذي اشتهر بعدائه للثقافة القومية أو للتراث القانوني أو للعقيدة الدينية لأحد الطرفين، وقد تعتبر وحدة جنسية المحكم مع أحد الطرفين دون الطرف الآخر مؤشراً على عدم حيادته

ولهذا فإنه إذا اختلفت جنسية الطرفين فمن الأفضل أن تكون جنسية المحكم الواحد أو المرجح من جنسية أخرى، وهذا ما تنص عليه صراحة المادة التاسعة فقرة (٥) من لائحة محكمة غرفة التحكيم الدولية بباريس على أنه يلاحظ أنه ليس في نصوص القانون المصري ما يمنع المحكمة وهي تعين محكماً أن تعينه من نفس جنسية أحد الطرفين، فضلاً عن أن مجرد كون المحكم من جنسية أحد الطرفين لا يعني بالضرورة عدم حياده، وهذا ما انتهى إليه القضاء الفرنسي إذ اعتبر تعيين محكم فرنسي في نزاع بين فرنسي ومؤسسة مكسيكية تعييناً صحيحاً (٢٢).

٣- شرط الاستقلال:

يكن مفهوم الاستقلال في عدم وجود صلة للمحكم بموضوع النزاع أو عدم ارتباط المحكم بأحد الأطراف أو ممثليهم، وألا تكن له مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في القضية التي ينظرها، ويعتبر استقلال المحكم أحد الصفات الأساسية للمحكمين، بل هو شرط في المحكم الذي يجب أن يكون مستقلاً عن الأطراف وأن يظل كذلك، فلا يكن طرفاً في النزاع أو له مصلحة فيه أو صلة أو تبعية لأحد الأطراف، ويجب أن يستمر هذا الاستقلال حتى صدور الحكم ومما يجب مراعاته أيضاً ضرورة استقلال المحكم عن الغير سواء الجهات القضائية أو الحكومية في الدولة أو المؤسسات التي تتولى مهمة الرقابة والإشراف على سير إجراءات التحكيم، ومن مظاهر استقلال المحكم : عدم وجود روابط أو علاقات مهنية أو اجتماعية سابقة أو حالة تربط المحكم بالأطراف، وعلى ذلك فلا يعتبر المحكم مستقلاً في الحالات الآتية :

أ- إذا كان يتقاضى أتعاباً أثناء سير إجراءات التحكيم من أحد الأطراف، أو إذا كان ممثلاً للطرف الذي اختاره ويتلقى تعليماته .

- ب- إذا كان دائناً أو ضامناً أو كفيلاً أو وكيلاً لأحد الأطراف في النزاع المعروض أمامه، أو إذا كان مساهماً أو شريكاً في شركة تضم أحد أطراف النزاع إذ أنه سيتحول إلى خصم وحكم في نفس الوقت .
- ت- إذا كان له مصلحة مادية أو أدبية في النزاع، أو إذا كانت تربطه بأحد الأطراف رابطة نسب أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة (٢٣).

وقد اقرت المعاهدات الدولية شرط استقلال المحكم، فقد نصت عليه قواعد (الإلوانسترال) بصفة غير مباشرة، وذلك طبقاً لنص الفقرة الرابعة من المادة السادسة من تلك القواعد والتي تقرر أن " تراعى سلطة التعيين - وهي بصدد اختيار المحكم - الاعتبارات التي من شأنها ضمان اختيار محكم مستقل ومحاييد " . ولم تتضمن قواعد القانون النموذجي لسنة ١٩٨٥ نصاً يقرر هذا الالتزام، وإن أمكن استخلاص هذا الالتزام من نص المادة الثانية عشرة من تلك القواعد، والتي تنص على أنه " على الشخص حين يفتح بقصد احتمال تعيينه محكماً أن يصرح بكل الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حياده واستقلاله، وعلى المحكم، منذ تعيينه وطول إجراءات التحكيم، أن يفضي بلا ابطاء إلى طرفي النزاع بوجود أي ظروف من هذا القبيل، إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطهما علماً بها " (٢٤).

ثانياً: الشروط الاتفاقية :

ترك المشرع للأفراد حرية وضع أي شروط أخرى غير الشروط القانونية السابق ذكرها، فلم يشترط أن يكون المحكم ذا جنسية معينة أو رجل فقط - وعليه فمن الممكن أن يكون المحكم أجنبي أو امرأة - إلا أن هناك على الرغم من أن أساس التحكيم الثقة أحجام عن اللجوء إلى المرأة لكونها محكمة - حيث يتحفظ البعض على كونها محكماً وحيداً ومن

الممكن السماح لها بمزاولة التحكيم ضمن الهيئة التحكيمية، كذلك ليس هناك شرط خاص بالمؤهل، حيث يترك ذلك للخصوم^(٢٥).

ويمكن رد الشروط التي من الممكن أن يتفق عليها خصوم إلى الشروط الآتية :

جنسية المحكم - خبرة المحكم - جنس المحكم - إجادة لغة معينة - تمتع المحكم بديانة معينة .

١ - جنسية المحكم :

تذهب بعض النظم القانونية إلى اشتراط أن يكون المحكم وطنياً على اعتبار أن التحكيم نوع من القضاء ينبغي ألا يتولاه الأجانب كما هو الحال في قوانين كولومبيا والاكوادور، وقانون التحكيم السعودي الصادر في ٢٧ مارس ١٩٨٥م، ويذهب جانب من الفقه إلى أن منع الأجنبي من أن يكون محكماً يمثل عائقاً أمام تطور التحكيم الدولي، والاتجاه الغالب في القانون المقارن، لا يفرق بين الوطني والأجنبي في تولي مهمة التحكيم نظراً لأن اختيار المحكم يعتمد على اعتبارات شخصية متروك أمر تقديرها للخصوم، وإذا كانت الجنسية كقاعدة ليست معياراً حاسماً في اختيار المحكم إلا أنها تعبر في حالات عديدة عن مدى حياد المحكم، وفي الواقع فإن التجارب العملية لقضايا التحكيم المشهورة في بعض الدول العربية البترولية تسجل حقيقة هامة وهي أنه من المستحيل تقريباً أن تتجنب خطر أن يعمل المحكمين لمصالح دولهم، فليس أقوى تأثيراً في النفس من عقدة الولاء التي تربط الإنسان بوطنه، وحياد المحكم السياسي يعد من المشكلات الضارية التي يعاني منها التحكيم، وإذا كان الترجيح بين اختيار محكم وطني أو أجنبي أمر يتوقف على أسس موضوعية يأتي في مقدمتها نزاهة المحكم وحياده بالإضافة إلى إلمامه بالنظام القانوني الذي يحكم النزاع إلا أن احساس المحكم بالعدالة يختلف باختلاف ثقافته القانونية والخلفيات التي ترسبت بداخله

مع مراعاة أن المحكم لا يمكن أن ينفصل عن البيئة الثقافية له، وعلى الخصوم مراعاة أنه لا يمكن تجاهل الجذور العرقية والسياسية للمحكم إلا إذا انكرنا الطبيعة البشرية ذاتها^(٢٦).

٢- خبرة المحكم :

لم يشترط المشرع أن يكون المحكم حاملاً ليسانس الحقوق أو له خبرة معينة في موضوع النزاع ولو كانت المسألة المطروحة عليه قانونية بل أنه يجوز أن يكون المحكم جاهلاً لغة الخصوم فيحكم من واقع الأوراق المقدمة إليه وبالطبع يتعين أن تكون مترجمة في ظل هذا الفرض ويجوز أن يكون المحكم جاهلاً القراءة والكتابة بشرط ألا يكون وحده في هيئة التحكيم لأن القانون لا يتطلب إلا أن يوقع على الحكم أغلبية المحكمين. بل من الجائز اتفاق الخصوم على تعيين محكم واحد يجهل القراءة والكتابة بشرط أن يعينوا شخصاً آخر لمجرد كتابة الحكم والأوراق اللازمة لمباشرة العملية التحكيمية وإذا كان الأمر متروكاً لتقدير طرفي التحكيم، إلا أنه من الأفضل أن يختار الطرفان محكماً من ذوي الخبرة في مجال النزاع أو من ذوي الخبرة القانونية على نحو يغني عن اللجوء إلى الخبراء، ويؤدي إلى سرعة الفصل في النزاع، وأما أن يكون المحكم جاهلاً بحكم القانون ومنعدم الخبرة بشأنه فهو أمر غير مقبول عملياً وهناك رأى اجتهادي في الفقه يرى أنه يشترط في المحكم أن يكون على الأقل ملماً بالقراءة والكتابة لأن وظيفة المحكم تستلزم في القائم بها أن يكون قادراً على الاطلاع على مستندات الخصوم وعلى كتابة الحكم وتوقيعه وذكر أسبابه والاطلاع على القوانين وغير ذلك من الأمور التي تستدعي المام المحكم بالقراءة والكتابة. وإذا لم يكن القانون قد نص على هذا الشرط فذلك لأنه شرط بديهي واجب التحقق دون حاجة للنص عليه ونحن لا نؤيد هذا الاتجاه لأن جوهر العملية التحكيمية الثقة الشخصية في المحكم ويمكن للمحكم أن يقوم بمهمته بالرغم من عدم توافر هذا الشرط وإذا كانت الخبرة لاتعد شرطاً جوهرياً إلا في المحدود التي يقرها الخصوم فإن المشكلة تكمن في اختيار المحكم الملم بكافة القواعد والاعراف المؤثرة على الفصل في النزاع إذ أن معرفة المحكم بهذه القواعد في

غاية الأهمية لإمكان استيعاب الموضوع وحتى لا يكون الحكم في حاجة إلى الاستعانة بخبير لينير له طريق حسم النزاع ويعتبر بعض الفقه ان شرط الخبرة يعد شرطاً مفترضاً بالرغم من عدم نص المشرع عليه وإلا فكيف يطالب المحكم بتسبيب حكمه إذا لم تتوافر له الخبرة القانونية ويرتبط بالخبرة- الكفاءة - وفي الواقع أن اختيار المحكم لم يعد يعتمد على ثقة الخصوم في شخص المحكم بل أصبح يقتضي توافر كفاءة موضوعية وتخصصاً وعلماً بقواعد وأصول مهنة التحكيم وهنا جانب من الفقه يشترط ضرورة أن يكون المحكم من ذوي الخبرة في النزاع المعروض يكون متخصصاً في المنازعة التي يفصل فيها أو تكون له خبرة فيها حتى تغنيه عن الاستعانة بالخبراء وهو ما يحقق مصلحة مؤكدة للأطراف^(٢٧). وفي الواقع أن عدم تطرق المشرع لهذه المسألة بعدم اشتراطه أن حمل المحكم مؤهلاً معيناً أو شهادة معينة لا يعني أنه أجاز تحكيم الجاهل غير الملم بالكتابة والقراءة ولكنه ترك تحديد هذه المسألة في ضوء كل نزاع على حدة إلى يرويه الأكفأ والأقدر على حل وحسم تلك المنازعة^(٢٨).

٣- جنس المحكم :

ترك المشرع للأفراد حرية وضع أي شروط أخرى غير الموضوعية السابق ذكرها فلم يشترط أن يكون المحكم ذات جنسية معينة أو رجل فقط وعليه فمن الممكن أن يكون المحكم أجنبي أو امرأة إلا أن هناك على الرغم من أن أساس التحكيم الثقة أحجام عن اللجوء إلى المرأة لكونها محكمة حيث يتحفظ البعض على كونها محكماً وحيداً ومن الممكن السماح لها بمزاولة التحكيم ضمن الهيئة التحكيمية^(٢٩). ولكن نجد أن بعض القوانين التي تربط بين التحكيم والقضاء حرمت على المرأة تولي مهمة التحكيم، ويجمع الرأي في مصر على جواز تحكيم المرأة لأنها أصبحت في النظم الحديثة تتمتع بالحقوق المدنية والحقوق السياسية مثل الرجل تماماً، بالإضافة إلى أن فلسفة التحكيم ذاتها تقوم على ثقة الخصوم في شخصية المحكم، ولذلك لا يوجد ما يمنع قانوناً المرأة من التحكيم متى حازت على ثقة الخصوم وقد

أوضح المشرع المصري أن اختيار الرجل أو المرأة للتحكيم إنما هو أمر متروك لتقدير الخصوم الشخصي وذلك وفقاً لما ورد النص عليه في المادة (١٦) من قانون التحكيم والتي تنص على " لا يشترط أن يكون المحكم من جنس معينة إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك "(٣٠).

٤- إجادة المحكم لغة معينة :

لا يوجد تلازم بين جنسية المحكم واللغة التي يتحدث بها، فالأصل أن يلم المحكم بأكثر من لغة، والمهم أن يكون عالماً بلغة الخصوم، ويتعين أن تكون لغة المحكم من العوامل الجوهرية في اختياره ولا يجوز أن يتساهل الخصوم في تطلب إلمام المحكم باللغة المستخدمة في النزاع وتمكنه منها وذلك لما تتكلفه الترجمة من مصروفات ضخمة فضلاً عن عدم دقة الترجمة وما تنثيره من صعوبات في العديد من الحالات، بالإضافة إلى صعوبة فهم وقائع النزاع ومعطياته

ويبدو لنا أن اشتراط علم المحكم باللغة له ميزة صدور الحكم بلغة الأطراف العربية، وهذا يوفر عبء ترجمة الحكم إلى العربية وهو شرط جوهري لإمكان تنفيذ الحكم في مصر وعدم توافر اللغة لدى المحكم من شأنه خلق صعوبة عملية في ترجمة المستندات وشهادة الشهود، وسوف توجد صعوبة في عمل ترجمة صادقة وأمانة لما يحدث أمام المحكم بالإضافة إلى مصاريف الترجمة وضياع الوقت على الخصوم (٣١).

٥ - تمتع المحكم بديانة معينة:

يجوز للمحكم أن يكون على غير ديانة الخصوم ولو كان موضوع النزاع يمس الدين عن قرب، بشرط ألا يتصل النزاع بالنظام العام، ويلاحظ أن بعض النظم القانونية تعتبر الديانة من الشروط الجوهرية التي يتعين أن تتوفر في المحكم ومثال ذلك المادة (٣) من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم ٢٠٢١/٧ م وهي تنص على أنه: "يكون المحكم من الوطنيين أو الأجانب المسلمين من أصحاب المهن

الحرّة أو غيرهم ويجوز أن يكون من بين موظفي الدولة بعد موافقة الجهة التي يتبعها الموظف وعند تعدد المحكمين يكون رئيسهم على دراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية والعرف والتقاليد السارية في المملكة "، ومن مبررات عدم اشتراط تمتع المحكم بالديانة الإسلامية، أن التحكيم في العصر الحديث قد تطور تطوراً هائلاً وأصبح وسيلة للفصل في المنازعات التجارية الدولية ذات الطابع الفني والتكنولوجي والمتخصص وبالتالي فإن الحكمة من منع الأجانب من تولي القضاء في علاقاتهم مع المسلمين قد فقدت كثيراً من أهميتها، كما أن اشتراط الديانة الإسلامية في المحكم من شأنه أن يدفع الشركات الأجنبية إلى الأحجام عن التعامل مع الشركات التابعة لدول إسلامية ويترتب على ذلك تأخر المسلمين عن ملاحقة ركب التطور الذي وصلت إليه الدول المتقدمة^(٣٢).

المطلب الثاني

تحديد المركز القانوني للمحكم

المحكم هو شخص طبيعي يتم اختياره من قبل أطراف النزاع أو من أية جهة أخرى لكي يقول بالفصل في النزاع بين المتخاصمين، وإلحاق الحقوق بينهما، وعليه فالمحكم يقوم بدور مهم في فض النزاع، وأن هذا الدور قد يشته به بعض الأشخاص في الانظمة القانونية الأخرى مما يستوجب وضع الحد الفاصل بينهم ومن هذا المنطلق سوف يتم بحث هذا الموضوع في الفروع الآتية:

الفرع الأول

التمييز بين عمل المحكم وعمل القاضي

لبيان أوجه الاختلاف والتشابه بين المحكم والقاضي يتوجب علينا أن نعطي معني القضاء والقضاء لغة: الحكم والالزام لقوله تعالى: "وقضي ربك إلا تعبدوا إلا إياه" وفي الفراغ قوله تعالى: "فإذا قضيت الصلاة" وفي اصطلاح الفقهاء ((هو فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه مخصوص)) .

وعليه يتشابه عمل المحكم مع عمل القاضي في إنهما يقومان بحسم النزاع وإقامة العدل، ومع ذلك هناك جملة من الفروقات تتمثل في أن أغلب القوانين تمنع أن يمارس القاضي أية وظيفة أو مكاسب عند تعيينه كقاضي ومنها العمل كمحكم مالم يحصل على إذن من جهة معينة وهي في قانون المرافعات العراقي (مجلس القضاء)^(٣٣).

ويذهب البعض مؤيداً لهذا الاتجاه - الذي يعتبر عمل المحكم هو ذاته عمل القاضي - إلى إن حكم المحكم ذو طابع قضائي، إذ يعتبر التحكيم قضاء أصيلاً للتجارة الدولية ويستند في ذلك إلى أن التحكيم التجاري قضاء أصيلاً للتجارة الدولية ويستند في ذلك إلى أن التحكيم التجاري على الصعيد العالمي ليس عملاً ذا طبيعة إرادية خالصة إذ إنه كثيراً ما يفرض التحكيم جبراً على أطراف التجارة الدولية كما يدل على انتقاء الطبيعة التعاقدية للتحكيم التجاري الدولي باستقلال شرط التحكيم عن العقد الذي نشئت عنه المنازعات، وكذلك ليستند إلى اتباع هيئات التحكيم الدائمة لقواعد خاصة للإجراءات تتضمنها اللوائح المنظمة للعمل بها، وكذلك لاعتبار قرارات التحكيم مصدراً مستقلاً لمنازعات التجارة الدولية لما تتمتع به قرارات التحكيم من حجية قوة تنفيذ ويسير في هذا الاتجاه البعض الآخر ويرى أن ثمة ثلاثة عناصر يجب أن تتوافر

في العمل القضائي وهي الادعاء والمنازعة والعضو القائم بالعمل وهو الشخص الذي يملك قانوناً صلاحية حسم النزاع، وإذا طبقنا المعايير الثلاثة على التحكيم لوجدنا أنها تتوافر جميعاً في حين يرى البعض أن التحكيم قضاء، فالأشخاص عندما يتفقون على التحكيم لا يتنازلون عن الدعوى وإنما يتنازلون عن الحق في الالتجاء إلى القضاء .

في حين ذهب محكمة النقض إلى إقرار الطبيعة القضائية للمحكم، ويؤيد البعض هذا الاتجاه ويرى أن هذا يقتصر فقط على التحكيم في مجال المعاملات الدولية دون غيرها من صور التحكيم المختلفة^(٣٤).

وفي كل من المحكم والقاضي يسعى إلى تحقيق العدالة في المنازعة المعروضة أمامه وهناك العديد من أوجه التشابه بينهما وسنتناولها على النحو التالي:

١ - الاختصاص بالاختصاص:

كل من المحكم والقاضي يختص بالفصل في الدفوع التي تتعلق باختصاصه فالمحكم دون غيره يختص بفحص نطاق اختصاصه، والتصدي لكافة الاعتراضات المثارة حول اختصاصه بما في ذلك الناشئ عن اتفاق التحكيم دون حاجة إلى وقف الاجراءات، فالمقصود بمبدأ الاختصاص بالاختصاص هو عدم إعاقة سير عملية التحكيم، وإطالة أمد النزاع، والاتجاهات الحديثة في التحكيم تتجه إلى تأصيل هذا المبدأ وتأكيد فهيئة التحكيم هي التي تملك سلطة الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما فيها الدفوع المتعلقة ببطلان العقد الأصلي، ولقد أقر المشرع المصري هذا المبدأ بموجب المادة ٢٢ من قانون التحكيم.

٢ - الالتزام بسرية المداولة:

يتشابه نظام المداولة في القضاء والتحكيم بأن كلا من القاضي والمحكم يلتزم بالسرية في المداولة، وتأخذ العديد من النظم بهذا المبدأ فيجب أن تحدث مناقشات بين المحكمين قبل صياغة الحكم، وعلى الرغم من أن المشرع المصري لم ينص على هذا الالتزام صراحة في قانون التحكيم إلا أنه مستمد من القواعد العامة التي تقضي بالمحافظة على الطابع السري لخصومة التحكيم .

٣ - الحيادة والاستقلالية:

الاستقلالية هي ألا يوجد ما يربط ما بين المحكم أو القاضي بالأشخاص المتنازعة بأي مظهر من المظاهر الخارجية، أما الجودة فهي تفترض ألا يوجد ما بين القاضي والمحكم من الأسباب الظاهرة أو الباطنة ما يجعله يميل إلى أحد الطرفين .

ويجب أن يتمتع كل من يعهد إليه القضاء أو التحكيم بالموضوعية والحيادة والاستقلالية وذلك يعتمد أساساً على الإحاطة بموضوع المنازعة والإلمام بالأحكام القانونية المتعلقة بها وما تحتويه المنازعة من إشكاليات ومحل ذلك لا يمكن تبين تحققه من عدمه إلا بعد الحكم في النزاع المعروض على القاضي أو على المحكم، وقد رسم القانون الطرق الكفيلة بمعرفة مدي موضوعية المحكم واتفاقه مع أحكام القانون ويتمثل ذلك في طريق الطعن في الأحكام .

٤ - احترام حقوق الدفاع الأساسية:

بما أن المحكم يمارس عملاً قضائياً فهو يشترك مع القاضي في ضرورة احترام حقوق الدفاع الأساسية للخصوم بهدف كفالة الضمانات والحقوق الأساسية لهم، وهو أمر يتعلق بالنظام العام، ومن هذه الحقوق والضمانات تلك المتعلقة بكفالة حق الدفاع لكل من الطرفين ومعاملتها على قدم المساواة وإتاحة فرصة متكافئة لكل منهما في عرض دعواه وطلباته وتقديم مستنداته واحترام مبدأ المواجهة^(٣٥) .

وتأسيساً على هذا فإن القضاء يقترب كثيراً من التحكيم لأن كليهما يؤدي إلى فض الخصومات وإظهار حكم العدالة فيها إلا أنه في الوقت نفسه يبتعد القضاء عن التحكيم في بعض الجوانب والتي منها إن القاضي يستمد ولايته وسلطانه من قانون الدولة التي عُين فيها في حين يكون المحكم مستمداً سلطانه من عقد التحكيم وبما أن الأصل هو القضاء والتحكيم هو فرع منه، لذا فإن ولاية المحكم تقتصر على الفصل في النزاع المعروض أمامه فقط دون غيره من النزاعات حتي وإن كانت لها صلة بالنزاع المعروض عليه بينما تكون ولاية القاضي

عامة وله الحق في النظر والفصل في أي نوع من النزاعات التي تقع بين الأفراد، ويمكن القول أن أهم ما يميز التحكيم عن القضاء هو أن القضاء لا يتطلب اتفاق المتنازعين حتي يرفع النزاع إليه وهذا بعكس التحكيم حيث أن لكل من المتنازعين الحق في أن يرفع دعواه إلى القضاء دون الحاجة إلى رضا خصمه . ويضاف إلى هذه الفروق في أن القاضي يختلف عن المحكم حيث أن المحكم يتم تعيينه من قبل أطراف النزاع أو من قبل المحكمة المختصة في بعض الحالات المعينة التي نصت عليها المادة (٢٥٦) من قانون المرافعات العراقي والتي تنص على أنه (إذا وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو اعتزاله أو عزل عنه أو قام مانع من مباشرته ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم فلاي منهم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع بعريضة لتعيين المحكم أو المحكمين بعد تبليغ باقي الخصوم وسماع أقوالهم). في حين أن القاضي يتم تعيينه من

قبل الدولة وهو يمثل سيادة الدولة وسلطة من سلطاتها وهي السلطة القضائية التي لا سلطان عليها غير القانون .

وخلاصة لما تقدم يبدو أن أساس العلاقة بين القاضي والمحكم تقوم على التداخل الصحيح بين الأصل الاتفاقي للتحكيم والغاية المتحققة منه هو حسم النزاع خارج اختصاص القضاء الرسمي للدولة من ثم فأن هذه العلاقة هي التي تبرر جعل القاضي في خدمة المحكمة ومنحه سلطة الإشراف والرقابة على القرارات التحكيمية^(٣٦).

الفرع الثاني

التمييز بين عمل المحكم وعمل القائم بالصلح

الصلح في اللغة هو قطع النزاع، وفي الشرع فهو العقد الذي يرفع به النزاع بالتراضي، وهو عقد مندوب إليه لأنه يرفع النزاع ويقطع الخصومة وكما قال الباري عز وجل في محكم كتابه العزيز: "وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينها". وكذلك فقد عرفه المشرع العراقي في نص المادة (٦٩٨) من القانون المدني على أنه "عقد يرفع به النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي" في حين عرفه المشرع المصري في نص المادة (٥٤٩) بقوله "عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه" وعليه فإن عقد الصلح يعتبر سيد العقود أو سيد الأحكام وبذلك يكون الصلح هو أفضل من الحكم على اعتبار أن الحكم مهما كان عادلاً فإن يترك في نفس المحكوم عليه أثراً للكرهية والبغضاء تجاه المحكوم له بصورة دائمة. بينما نجد أن الصلح عكس القضاء فهو يرفع النزاع بالرضا وبدون أي جبر أو كراهية أو حقد بين الطرفين من جراء إقامة الدعوي، وعليه فإن الصلح يقترب من التحكيم لأن كليهما يهدف إلى فض النزاع بدون إصدار حكم قضائي ومما يزيد التشابه بين النظامين هو تداخلهما بالنطاق من حيث الموضوع إذ لا يجوز التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح، وكذلك ففي النظامين نوعاً من التشابه من حيث التقسيمات الفرعية فالصلح يقسم إلى قضائي وغير قضائي، فالصلح القضائي يتم بين الخصوم في دعوي مرفوعة أمام القضاء فإن تم ذلك الصلح صادقت عليه المحكمة المختصة، أما الصلح غير القضائي فهو ذلك الصلح الذي يتم بين الخصوم خارج المحكمة المختصة. ونفس هذا التقسيم يمكن أن ينطبق على التحكيم بقسميه التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح وبالرغم من كل هذا التشابه بين النظامين إلا أنه لا بد من وجود بعض الفروقات الجوهرية بين الصلح والتحكيم والتي منها هي أنه يعد من مقومات وأركان عقد الصلح هو نزول كل من المتصالحين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه، في حين بموجب عقد التحكيم يتولى المحكم مهمة القاضي ويصدر حكماً يفصل في النزاع

إن كان التحكيم قضائياً وليس صلحياً. وكذلك يختلف الصلح عن التحكيم في أن عقد الصلح غير قابل للتنفيذ في حد ذاته إلا أن يتم في صورة عقد رسمي أو أن يتم أمام المحكمة المختصة، أما اتفاق التحكيم فإنه يقبل التنفيذ بمجرد تصديقه من المحكمة المختصة وبالإضافة إلى هذه الاختلافات، توجد اختلافات من ناحية طرق الطعن، فعقد الصلح يعطى به بعيوب الإرادة فقط، أما اتفاق التحكيم فيعطى به بعيوب الإرادة باعتباره عقداً ويطعن بقراره التحكيمي بكل طرق الطعن المقررة في قانون المرافعات المدنية باعتباره حكم قضائياً، باستثناء طريق الاعتراض. كذلك فإنه يمكن

القول بأنه القرار التحكيمي في بعض القوانين يملك قوة تنفيذية تسمح بتنفيذه جبراً على المحكوم عليه إذا امتنع عن تنفيذه اختياريّاً، أما عقد الصلح فلا يجوز تنفيذه جبراً إلا إذا تم تصديقه عليه من قبل المحكمة، وختاماً لهذه الفروق يمكن أن نوضح بأن عقد الصلح لا يتم إلا بين أطراف الخصومة أو من يمثلهم قانوناً، أما في عقد التحكيم فإن أطراف الخصومة يتفقون على إحالة النزاع إلى أشخاص آخرين وهم المحكمين^(٣٧).

الفرع الثالث

تمييز عمل المحكم عن عمل الخبير

الخبرة هي استشارة فنية يلجأ إليها القاضي عندما يستدعي موضوع الدعوى المنظورة أمامه ذلك لكونها تتعلق بأمور فنية أو علمية غير قانونية لا يمكن للقاضي أن يكون عقيدته لكي يبت في الدعوى وعليه فالخبرة إجراء تحقيقي يروم من ورائها القاضي الحصول على معلومات ضرورية تساعد في حسم الدعوى، ولقد نصت محكمة النقض المصرية في احدي قراراتها على ((إن ندب الخبير يعد من المسائل التي يستلزم الفصل فيها استيعاب النقاط الفنية التي لا تشملها معارف القاضي والوقائع المادية التي يشق عليه الوصول إليها ما عدا المسائل القانونية)).

وعليه فالخبير طرف ثالث يتدخل في مناسبة الخصومة ليوضح للأطراف أو القاضي أو المحكم عناصر فنية معينة في سبيل إزالة الغموض من خلال تقريره، هناك أوجه للتشابه بين المحكم والخبير حيث إن كلا منهما يكون عددهم عند تعددهم، وذلك للترجيح بين الآراء عند الاختلاف وكلاهما يخضعان لحالات رد القاضي، ويلاحظ أن أطراف النزاع يلجأون في كل من التحكيم والخبرة لأشخاص آخرين^(٣٨).

وتعتبر الخبرة من ضمن الأمور الاستشارية التي قد يلجأ القاضي إليها عندما تتطلب الدعوى المعروضة أمامه منه ذلك، لكونها تتعلق بأمور غير قانونية كأن تكون فنية أو علمية أو مهنية لا تدخل ضمن اختصاص القاضي إنما تدخل ضمن اختصاص الخبير، فالخبير هو كل شخص له معرفة أو دراية بعلم معين أو فن من الفنون يستطيع من خلالها إبداء الرأي إذا ما طلب منه ذلك من قبل القضاء، والذي يقدمه الخبير من خدمات إلى القضاء تكون ضمن حدود السلطة التقديرية للقاضي، فله كامل الحرية في الأخذ بها أو عدم الأخذ بها، وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة (١٤٠) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٠، حيث نصت "إن رأي الخبير لا يقيد المحكمة، وعليها إذا ما قضت المحكمة بخلاف رأيه إن تضمن حكمها الأسباب التي أوجبت عدم الأخذ برأي الخبير كلاً أو بعضاً"^(٣٩).

هذا وإن هناك بعض الاجراءات المتبعة في كل من نظام الخبرة ونظام التحكيم والتي تزيد من التشابه بينهما والتي منها هو أن يكون عدد الخبراء وتراً عند انتخابهم لمهمة معينة. وذلك لغرض توفير إمكانية الترجيح بين الآراء عند الاختلاف وهذا الإجراء نفسه يطبق على المحكمين. بالإضافة إلى هذا أن الخبراء والمحكمين يخضعون في حالات طلب ردهم إلى الاجراءات المتبعة نفسها في رد القضاة المنصوص عليها في المادة ٩١ من قانون

المرافعات ، ومع هذا فأن أهم ما يميز نظام التحكيم عن الخبرة أنه لا يشترط في المحكم أن تكون لديه معرفة أو دراية بعلم أو فن معين بل قد يكون غير متخصص ولا خبرة له بذلك لأن مهمته تنحصر في الفصل في النزاع المعروض عليه، فهو كالقاضي أي أنه يحسم النزاع القائم بين الأطراف المتخاصمة عن طريق إصدار حكم قضائي يفرضه على الخصوم فرضاً، بينما نرى أن المهام التي يقوم بها الخبير هي فقط إبداء الرأي غير الملزم لا للطرفين ولا للمحكمة المختصة.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المحكم عندما يتولى مهمة التحكيم بموجب اتفاق التحكيم فأن من الواجب عليه التقييد بالإجراءات والمواعيد القانونية التي نص عليها قانون المرافعات المدنية إذا كان مفوضاً بالقضاء وعلى وجه الخصوص تلك القواعد القانونية المنصوص عليها في باب التحكيم، وعلى النقيض من هذا نجد أن الخبير عندما يقدم خدماته الفنية أو العلمية أو المهنية إلى القضاء من خلال إعداد التقارير التي يقدمها إلى القاضي الذي طلب خبرته في هذا المجال أو ذاك فإنه يتبع في هذا العمل القواعد القانونية الواردة في قانون الإثبات، وكذلك فإن الأطراف المتخاصمون يستطيعون إعفاء المحكم من الاجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات ما عدا تلك الاجراءات الخاصة بالتحكيم وهذا ما لا يمكن بالنسبة للخبير، ويضاف إلى هذه الفروق أن الخبير بموجب قانون الخبراء أمام القضاء يجب عليه أن يؤدي اليمين التي نصت عليه المادة العاشرة من هذا القانون، والتي تقضي: " للمحكمة تحليف الخبير اليمين قبل مباشرته مهمته إذا كان من غير الخبراء المسجلين في جدول الخبراء المبحوث عنه في قانون الخبراء: وهذا اليمين يغني عن اليمين المنصوص عليه في المادة (١٣٤) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

في حين نجد أن المحكم لا يؤدي مثل هذا اليمين بسبب أن اختياره يكون قد تم على أساس ثقة الخصوم به. وهذا ولابد من التنويه أخيراً بأنه لا يمكن اللجوء إلى نظام التحكيم إلا بناءً على اتفاق طرفي الخصومة. في حين نلاحظ أن الخبرة هي اجراء تحقيقي أو

استشاري فني يمكن أن يلجأ إليها القاضي إذا تطلب موضوع الدعوي ذلك حتي بدون موافقة الخصوم^(٤٠).

الفرع الرابع

تمييز عمل المحكم عن عمل الوكيل

تعرف المادة ٦٦٩ من القانون المدني المصري عقد الوكالة بأنه: "عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب موكله"^(٤١). ومن هنا يوجد تشابه بين المركز القانوني للمحكم والوكيل: إذ أن كليهما يؤدي تصرفاً قانونياً عمل له طابع ذهني فضلاً عن أن هذه العلاقة تتميز بمراعاة الاعتبار الشخصي في الوكيل والمحكم عند اختياره ومن هنا يوجد التقارب بينهما. وفي الواقع أن هذا التكييف له جذور تاريخية، إذ أن من وظائف التحكيم الأساسية في فرنسا في عصر ما قبل الثورة كانت حماية الفرنسيين ضد عدالة قضائهم الظالمة مما يقتضي ألا يكون التحكيم قضاءً. ولا يتأتى للتحكيم أن يحقق وظيفته الأساسية هذه إلا إذا كان المحكم وكيلاً عادياً نصبه أطراف التحكيم عنهما في حسم النزاع بينهما وكان لهما بالتالي عزله كما يعزل الوكلاء وكان عمله من ثم عملاً خاصاً وهذا التكييف يعد من المبادئ الفلسفية لنظرية الطبيعة التعاقدية لخصومة التحكيم. وهذا الاتجاه له أنصاه في الفقه الفرنسي الذي يردد عبارة أن المحكم مجرد وكيل عن الأطراف *l'arbitre est un simple mandataire de paries* وقد تعرض هذا التكييف لانتقادات شديدة من حيث:

أولاً: فكرة الاستقلال:

يستقل المحكم في عمله عن الخصوم على نحو ينفي فكرة الوكالة فالوكالة تقوم على التزام الوكيل بعمل قانوني لحساب موكله والخضوع لتعليماته وأوامره وتقوم بينهما علاقة تبعية لا يتمتع فيها الوكيل بأي استقلال. في حين أن المحكم بمجرد قبوله مهمة التحكيم يصبح مثل القاضي يباشر مهامه مستقلاً عن الأطراف.

ثانياً: فكرة مراعاة مصلحة الموكل:

باعتبار أن الوكيل يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل فإن قبلته التي يتوجه إليها دائماً هي مراعاة مصلحة الموكل في إطار التعليمات الصادرة إليه. ولذلك فإن الوكيل لا يملك مخالفة تعليمات موكله أو العمل ضد إرادته ومصلحته، في حين أن المحكم يباشر عمله مراعيًا في ذلك مبدأ المساواة بين الطرفين مبتغياً تحقيق العدالة ومن ثم فإن الحكم الصادر منه قد يكون في غير صالح من اختاره بل قد يضر به.

ويجب أن يكون من المعلوم لكل من يطرق أبواب التحكيم أن تعيين المحكم من قبل أحد الأطراف لا يعني أنه يمثل مصالح من اختاره أو يدافع عنه دائماً وإنما هو كفاض يلتزم الحياد ويعمل بوظيفة قضائية وعدم حياده وانحيازه لأحد الأطراف يعني إخلاله بواجبات وظيفته الأساسية ويبرر طلب رده أو بطلان الحكم الصادر منه^(٤٢).

ثالثاً: المحكم ليس وكيلاً مشتركاً:

لا يصلح فكرة الوكالة في تبرير المركز القانوني للمحكم حتي باعتباره وكيلاً مشتركاً عن الطرفين كما ذهب جانب من الفقه ومرجع ذلك أن مصالح الطرفين متعارضة ومن ثم لا يمكن للمحكم أن يراعي مصالح الطرفين في نفس الوقت فهناك شخص يحكم له وشخص آخر يحكم عليه بالإضافة إلى أن المحكم لا يعبر عن المصالح المشتركة للطرفين في تصرف قانوني وإنما هو يحسم نزاعاً يحكم ملزم لهما.

رابعاً: سلطة المحكم تجاوز سلطة الوكيل:

وفقاً لأحكام عقد الوكالة، فإن الوكيل لا يملك من السلطات أكثر مما يملك الأصل في حين أن المحكم رغم أنه يتلقى أتعاباً من الخصوم إلا أنه يتمتع بسلطة لها طابع قضائي لا يتمتع بها الموكل ويملك إصدار حكم يمكن تنفيذه جبراً ضد من اختاره في الأصل، ومرجع

ذلك أن القانون يزود المحكم بسلطة تسمح بتنفيذ حكم التحكيم قسراً على غرار الأحكام القضائية.

فهل يمكن القول مع ذلك أن المحكم وكيل لمن اختاره؟! .

بالإضافة إلى أن المحكم لا يمكنه حبس المستندات التي قدمت له أثناء نظر خصومة التحكيم، في حين أن حق حبس المستندات يعد من الامتيازات التي ترتبط بعقد الوكالة وفي الواقع أن الطبيعة القانونية لمهمة المحكم تمنعه من أن يكون وكيلاً ومحكماً في ذات الوقت. إذ أن علاقة الوكالة وما تقضيه من وجود رابطة تبعية بين الطرفين تحول دون قبول الوكيل كمحكم عند وقوع النزاع، حتي ولو توافرت فيه ضمانات الحيدة والنزاهة.

وقد أكد القضاء الفرنسي أن المحكمين قضاة وليسوا وكلاء وإذا فوض الأطراف مركز تحكيم في اختيار المحكمين وتنظيم عملية التحكيم. فإن مركز التحكيم كشخص معنوي وفقاً لما يري جانب من الفقه يعد وكيلاً وتكون مسؤوليته وفقاً للقواعد العامة للوكالة وذلك على اعتبار أنه يتدخل في التحكيم بناء على هذه الصفة وإذا تقاضي هذا الشخص المعنوي أجراً عن قيامه بتنظيم عملية التحكيم فإن مسؤوليته تكون وفقاً لقواعد مسؤولية الوكيل بأجر^(٤٣).

المبحث الثاني

طبيعة عمل المحكم في ضوء نظريات التحكيم

يعد اتفاق التحكيم قضاءً استثنائياً وعدولاً عن الأصل، لأن الأصل هو أن القضاء العادي يعد المرجع الوحيد لفض الخصومات جميعها التي تحدث بين الأفراد. أما الاستثناء فجواز التحكيم في بعض المسائل التي حددها القانون هذا من ناحية أما الناحية الأخرى أن نظام التحكيم يقوم في أوله على الاتفاق الذي يخضع للقانون المدني من حيث الأركان

والشروط، أما آخره فيكون حكماً قضائياً يخضع لقانون المرافعات من حيث الإجراءات. كل هذه المعطيات أدت إلى اختلاف رجال الفقه القانوني حول مسألة أساسية شغلت حيزاً لا بأس به في كتابات الفقه القانوني إلا وهي مسألة تحديد طبيعة عمل المحكم حيث أن جانباً من الفقه رجح الطبيعة التعاقدية لعمل المحكم، بينما رجح الجانب الآخر الطبيعة القضائية له بينما ذهب فريق ثالث إلى القول بالطبيعة الخاصة أو المختلطة أو المركبة للمحكم^(٤٤)، وذهب فريق رابع بالقول بفكرة استقلالية عمل المحكم، عليه ففي هذا المبحث سوف نتناول تحديد هذه الطبيعة في أربع مطالب وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

مهمة المحكم ذات طبيعة تعاقدية

الفرع الأول

مضمون النظرية التعاقدية

يذهب جانب من الفقه إلى أن مهمة المحكم مهمة تعاقدية، والمرجع في ذلك هو ارتباط طبيعة عمل المحكم بالطبيعة القانونية للتحكيم، وبذلك فإن أصحاب هذا الرأي هم أصحاب الرأي المنادي بالطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم عموماً، حيث إن اتفاق التحكيم هو المؤثر في كافة جوانب التحكيم بما فيها مهمة المحكم، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٧ يوليو عام ١٩٧٣ والذي قررت فيه أن قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشاركة التحكيم وتكون وحدة واحدة مع هذه المشاركة وتشاركها في صفتها التعاقدية. وسارت محكمة باريس الكلية على نفس المنوال، حيث ذكرت في حكمها الصادر بتاريخ ٢٨ مارس

١٩٨٤ أن اختيار المحكم - الذي يعتبر قاضياً قد جاء نتيجة عمل مشترك اتحدت فيه إرادة الخصوم في الدعوي التحكيمية وذلك على الرغم من أن تعيينه قد تم ابتداءً بناء على مبادرة من جانب طرف واحد^(٤٥).

وقد ترسخت الفكرة التعاقدية لمهمة المحكم في ذهن كل من الفقه والقضاء حيث سلم كل من هذين القطبين بأن اتفاق التحكيم ذو طبيعة إجرائية عامة بمعنى أنه من قبيل الاجراءات، وذلك على أساس أن عقد التحكيم يمنع من عرض النزاع على القاضي ويعطي المدعي عليه حق الدفع بوجود اتفاق التحكيم. وهذا الرأي منتقد ذلك لأن عقد التحكيم هو من العقود التي لها طبيعة خاصة وليست طبيعة اجرائية، كون هذا الاتفاق يبرم قبل قيام الخصومة وعليه فإنه لا يعتبر عنصراً من عناصرها، وبالتالي فإن هذا العقد يخضع للأحكام التي يخضع لها عقود القانون الخاص ولا يخضع للأحكام التي ينظمها القانون للأعمال الاجرائية، أما الرأي الراجح في إيطاليا على صعيد الفقه هو أن التحكيم يستند إلى الارادة التصرفية للخصوم وهو بهذا الرأي يأخذ بالطبيعة التعاقدية للتحكيم ويستبعد الطبيعة القضائية^(٤٦).

وقد انعكس صدى الفكرة التعاقدية على كل من الفقه والتشريع في مصر :

أولاً: في الفقه المصري :

أما المحال في مصر فقد ذهب جانب من الفقه، إلى الأخذ بهذه النظرية حيث يرى أصحاب هذا الرأي بأن الأحكام التي يصدرها المحكمون ليس لها أدنى قوة ملزمة بل على العكس أن هذه الأحكام تستمد قوتها الملزمة من ارادة الخصوم والاتفاق على الخضوع

لقضاء المحكمين، وما أمر التنفيذ الذي تصدره المحكمة المختصة نوع من السلطة التي ترتفع بقرار المحكمين إلى مرتبة أحكام القضاء العادي^(٤٧).

ثانياً: في التشريع المصري:

أما موقف المشرع المصري فقد كان يرفض الطبيعة القضائية للتحكيم وتجلي ذلك بوضوح في المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، وكذلك فقد منعت المادة ٥١٠ من القانون المذكور الطعن بأحكام المحكمين عن طريق الاستئناف بينما أجازت المادة ٥١٣ منه رفع دعوي بطلان أصلية وما يترتب عليها من وقف التنفيذ حكم المحكمين^(٤٨).

أما في قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والذي الغي المواد الخاصة بالتحكيم في قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وحل محلها فقد ابقى المشرع المصري على نفس الاتجاه السابق حيث نصت المادة ٥٢ من قانون التحكيم على أنه: "لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريقة من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية"^(٤٩).

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هل يخضع عقد التحكيم إلى قواعد القانون المدني أو هو مجرد عقد إجرائي خاص؟.

يرى جانب من الفقه المصري (كالدكتور محمود هاشم)^(٥٠) أن اتفاق التحكيم الذي يربط الأطراف بالمحكم، يعد عقداً من عقود القانون الخاص ويخضع للقواعد العامة لنظرية العقود المنصوص عليها في القانون المدني . وبذلك يكون هذا الرأي قد خالف ما ذهب إليه جانب من الفقه في إيطاليا إلى أن الاتفاق على التحكيم كعقد ليس من عقود القانون الخاص وإنما هو عقد ذو طابع إجرائي عام وذلك على أساس أن عقد التحكيم يؤثر تأثيراً مباشراً في وجود خصومة التحكيم بدليل أنه يمنع قضاء الدولة من نظر المنازعة التي اتفق على التحكيم بشأنها ويمنح المحكم سلطة قضائية.

الفرع الثاني

اسانيد النظرية التعاقدية

لم يكتفِ أنصار الفكرة التعاقدية بالترويج لفكرتهم بل صاغوها بمادة القانون وهي العقد ولتبرير هذه الفكرة فقد أوجدوا عدة أسانيد تمثل أوجه الدفاع عن الفكرة التعاقدية لطبيعة مهمة المحكم ومن هذه الأسانيد :

١- إن الفقه لا ينكر كون الاتفاق على التحكيم هو من عقود القانون الخاص وتتنطبق عليه القواعد العامة في القانون المدني و لا يمكن شك في صحة القول بأن العلاقة التي تربط المحكم بالخصوم إنما هي علاقة تعاقدية خاصة، ذلك أن قوانين التحكيم الوضعية قد عالجت هذا العقد ووضعت الكثير من الأحكام الخاصة بالمسائل التفصيلية التي تثيرها في الواقع العملي. وبالطبع فإن هذه الأحكام هي التي يجب أن تطبق^(٥١).

٢- تبني جانب كبير من الفقه الفرنسي نظرية الطبيعة العقدية، استناداً إلى الطابع الارادي للجوء إلى التحكيم ويرون أن التحكيم طالما يقوم على أساس إرادة الأطراف فتكون له الطبيعة العقدية، وأن الأطراف باتفاقهم على التحكيم يتخلون عن بعض الضمانات القانونية والاجرائية التي يحققها للنظام القضائي^(٥٢).

٣- أن التحكيم لن يكون له وجود بدون الجوهر التعاقدي، وقد أخذت بها محكمة النقض الفرنسية في أحكام قديمة لها فذهبت إلى تقرير أن هيئات التحكيم تفتقر إلى ما للقضاء من طابع العمومية والديمومة وتتنقي بذلك الطبيعة القضائية للتحكيم، ثم قررت في مناسبة لاحقة أن لحكم التحكيم الصفة الاتفاقية، وجاء في حكم آخر لها أن أحكام المحكمين التي تتخذ أساسها من مشاركة التحكيم تكون معها، كلاً واحداً وتشاركها في طبيعتها الاتفاقية^(٥٣).

٤- إن سلطة المحكم راجعة إلى اتفاق الأطراف وإرادة طرفي النزاع هي حجر الزاوية في العملية التحكيمية ككل- فعليه تكون السلطة التشريعية للمحكم من قبل الأطراف المتنازعة ليست قضائية، لأن مصدرها راجع إلى إرادة ذوي الشأن ويؤكد أنصار تلك النظرية وجهة نظرهم بأنه بناء على أن المحكم شخصا عاديا وليس قاضيا من قضاة الدولة فعليه يعتبر الركن الخاص بالطبيعة القضائية والمتمثل في إصدار الحكم من عضو من أعضاء الهيئة القضائية قد تخلف^(٥٤).

الفرع الثالث

الانتقادات الموجهة للنظرية التعاقدية لمهمة المحكم

يمكن اجمال الانتقادات الموجهة لنظرية العقد التي تجعل العلاقة التي تربط المحكم بالخصوم علاقة عقدية، على النحو الآتي :

١- إن هذه النظرية تعتمد أساساً على ركن العضو دون النظر إلى طبيعة العمل الصادر منه- وهو قياسه كقاضي خاص باستقلال عن الأطراف الذين اختاروه للكشف عن العوار والخطأ في المنازعة وتطبيق إرادة القانون على المنازعة موضوع التحكيم^(٥٥).

٢- إن هذه النظرية تركز على الجانب الإرادي في خصومة التحكيم رغم أن هذه الإرادة لا تكفي في ذاتها لبناء صرح هذا النظام المتميز.

٣- تعجز هذه النظرية عن تبرير تمتع الحكم الصادر بالحجية فضلا عن إمكانية استئنائه في ظل الأنظمة التي تجيز ذلك.

٤- يضاف إلى ذلك تعذر تكييف نوع العلاقة العقدية التي تربط المحكم بالأطراف، فقد ذهب الفقه في هذا الصدد إلى مناحي شتي فكيفها البعض على أنها من قبيل الوكالة، وقد

لاقي هذا المعيار انتقاد غالبية الفقه لاستقلال المحكم عن الخصوم على نحو ينفي فكرة الوكالة، لهذا التكييف قد ينطبق على المحامي إلا أنه لا ينطبق على المحكم لأنه ليس وكيلا عن الخصوم، فالوكالة تقوم على التزام الوكيل بعمل قانوني لحساب موكله والخضوع لتعليماته وأوامره وتقوم بينهما علاقة تبعية فعلية لا يتمتع الوكيل فيها بأي استقلال ولا يملك أكثر مما يملكه الأصل في حين أن المحكم رغم أنه يتلقى أتعاباً من الأطراف إلا أنه لا يمثلهم^(٥٦).

٥- عدم استطاعة هذه النظرية تبرير السلطات القضائية التي يتمتع بها المحكم، وقد ذهب رأي في الفقه إلى أن أنصار النظرية العقدية كانوا يهدفون إلى إنكار الطبيعة القضائية لحكم التحكيم لاستبعاد الرقابة على أحكام التحكيم باعتبارها أحكاماً أجنبية، وباستبعاد هذه الرقابة على أحكام التحكيم لم يعد هناك مبرر للتمسك بهذه النظرية وقد انتقدت هذه النظرية من عدة وجوه أهمها مبالغتها في الاعتماد على المعيار العضوي دون النظر إلى طبيعة المهمة ذاتها المخولة للمحكم، والتعويل على المصدر الإرادي لاتفاق الأطراف^(٥٧).

ومما تجدر الإشارة إليه أن هذه الانتقادات جميعاً هو التركيز على الإطار الاتفاقي الذي تنشأ في إطاره مهمة المحكم في مرحلة الاتفاق على التحكيم، فهذا الإطار الاتفاقي يوجد تقارباً، على الأقل ظاهرياً بين مهمة المحكم وغيرها من المهام ذات الطابع العقدي كالوكالة والمقولة، وقد دفع هذا التقارب إلى الخلط بين مهمة المحكم وغيرها من المهام، وكان لهذا أثره السلبي على تحديد نطاق سلطاته وأسبغ على مهمته كثيراً من الشك والغموض ولعل هذا ما دفع إلى تقادي التصدي لمهمة المحكم بالدراسة والتأصيل إلا فيما ندر وقد انعكس هذا على صعوبة تحديد التزامات المحكم ونطاق مسؤوليته تجاه الأطراف خاصة وأن غالبية التزامات المحكم تجد مصدرها خارج العقد، وفي الحالات القليلة التي أثرت فيها مسؤولية المحكم تفادت الأحكام القضائية تقرير مسؤوليته تجنباً للتصدي لتكييف العلاقة. وعلى نحو ما ذهب البعض أنه يصعب النظر إلى التحكيم كعقد فالعقد في ذاته

محل النزاع، وإذا كنا لا ننفي وجود اتفاق بين الأطراف على حسم النزاع بالتحكيم فيجب عدم الخلط بين هذا الاتفاق وبين التحكيم ككل، وحتى ولو أمكن وصف اتفاق التحكيم بالطبيعة العقدية فلا يمكن مد هذه الصفة إلى حكم التحكيم الصادر، فإذا كان التحكيم لا يكون إلا باتفاق بين الأطراف فإن هذا لا يعني أن التحكيم مجرد عقد أو نظام تعاقدية، فما دفع الفقه والقضاء إلى تبني فكرة الطبيعة العقدية هو التركيز على الطابع الرضائي للجوء إلى التحكيم، غير أنه إذا كان الأساس التعاقدية يمثل نقطة الانطلاق إلا أن هذا الاتفاق هو إليه أعمال التحكيم ومنبت الصلة بإجراءات التحكيم والقول بغير ذلك يشكل في القوة القضائية لحكم المحكم باعتباره عنواناً للحقيقة ويلاحظ أن مسaire هذا التكييف يرتب حتماً إنكار الطبيعة

القضائية لحكم المحكم ويفقده الحجية وقوة الشيء المحكوم فيه، وينحصر في وصف مهمة الموفق التي لا تتجاوز اقتراح لحل يرضي جميع الأطراف ولا يعبر عن مهمة المحكم الذي يحسم النزاع نهائياً بحكم ملزم يستقل بإصداره من خلال إجراءات مخاصميه في جوهرها تمهد له الطريق لتحقيق ادعاءات الخصوم، وفحص المستندات والأدلة المقدمة إليهما أن غياب فكرة الخصومة هو أمر ينفيه الواقع العملي فتعارض المصالح الذي يعكسه وجود النزاع يحتم ظهور اعتبارات الخصومة ومن ثم تخلص إلى أن هذا الجانب الاتفاقي الذي تبدأ به عملية التحكيم لا يحول دون إسباغ الصفة القضائية على الإجراءات وهو ما أكدته أحكام قانون التحكيم المصري الجديد. وإزاء هذه الانتقادات سعي الفقه إلى تبني نظرية الطبيعة القضائية^(٥٨).

المطلب الثاني

النظرية القضائية لطبيعة مهمة المحكم

الفرع الأول

مضمون النظرية القضائية

أن المحكم بمنزلة القاضي وعمله عمل قضائي على اعتبار أنه يحل محل القاضي فتكون له وظيفته وصفته، وأن اللجوء إلى المحكم قضاء إجباري ملزم للأطراف متى اتفقوا عليه، والمحكم لا يعمل بإرادة الأطراف وحدها وإنما له طبيعة قضائية أيضاً لها الغلبة على طبيعة عمله، ومن ثم فدور المحكم هو دور قاضي الدولة ويتمثل هذا الدور في تطبيق إرادة القانون على شخص معين وواقعة معينة، إذن فجوهر الطبيعة القضائية أن المحكم يؤدي وظيفة القضاء بين الأطراف بحكم يحسم النزاع يحوز حجية الأمر المقتضي به وهذه الحجية استمدتها المحكم من المشرع الذي يجعل حكم المحكم قابلاً للطعن فيه، والمحكم بهذا يؤدي عملاً قانونياً ملزم للأطراف شأنه شأن القاضي^(٥٩).

وعلى أساس ذلك فإن المحكم يقوم بوظيفة القضاء بين الخصوم بحكم حاسم للنزاع يجوز حجية الأمر المقضي، فالمحكم قاض ويعد ما يصدره من قرارات أحكاماً حقيقة أي أحكاماً قضائية وهذا الحكم يقف من الخصوم موقف أحكام القضاء، حيث إن فكرة العقد تعجز عن تفسير كل هذه السلطات الممنوحة للمحكم وهناك من يذهب إلى أنه توجد ثلاثة عناصر يجب أن تتوفر في العمل القضائي الادعاء والمنازعة والعضو القائم بالعمل وتتوافر هذه العناصر جميعها في التحكيم وبذلك فإن العمل المحكم يعد قضائياً مادام جوهر القضاء هو تطبيق إرادة القانون^(٦٠). وقد ظهر اتجاه آخر يضيف على عمل المحكم صفة قضائية ويشبه عمل

المحكم لعمل القاضي، والذي قال بهذا الاتجاه الأستاذ: (كارنيلوتي) حيث جعل من التحكيم نوع من أنواع القضاء، وسادت هذه النظرية في الفقه والقضاء المقارن في فرنسا وإيطاليا ومصر والكويت وإن مركز النقل في عمل المحكم هنا ليس كما يقول أنصار الاتجاه العقدي يكمن في اتفاق التحكيم بل هو في الحكم الذي ينطق به المحكم، لأن الوظيفة التي يقوم بها المحكم هي تطبيق القانون وإقامة العدل وصولاً لحسم النزاع وهو ما يشبه إلى حد كبير دور القاضي في القضاء العادي ولقد أشار أنصار هذه الطبيعة إلى أساس تلك

الوظيفة التي يمارسها المحكم فانقسموا إلى رأيين: الأول وهم التقليديون حيث ذهبوا إلى أن أساس هذه السلطة هي تحويل الدولة للمحكم في إقامة العدل وإن المحكم يباشر هذه الوظيفة بصورة مؤقتة، أما الرأي الثاني فيري أن عمل المحكم ما هو إلا بطانة لنظام القضاء في الدولة فيعدون عمل المحكم نوعاً من أنواع القضاء أي يقرون بوجود قضاء أن قضاء للدولة وقضاء التحكيم، ويترتب على الطبيعة القضائية جواز تدخل الدولة لأن القضاء منوط أصلاً بالسلطة القضائية ويأتي التحكيم استثناءً حيث يسمح لأشخاص من خارج النظام القضائي للدولة القيام بوظيفة القاضي وعليه لا بد من وجود نظام مراقبة من قبل الدولة على التحكيم بقواعد أمرة تضمن سلامة الاجراءات وسلامة الحكم وغيرها^(٦١).

الفرع الثاني

اسانيد النظرية القضائية

استند انصار النظرية القضائية إلى عدة اسانيد لدعم فكرتهم ومن هذه الاسانيد:

- ١- أن عمل المحكم ما هو إلا شكل من أشكال ممارسة العدالة التي تمارسها الدولة فإذا رخصت للأطراف باللجوء إلى التحكيم فإن مهمة المحكم تنحصر في ممارسة وظيفة قانونية عامة وبالتالي فعمل المحكم عمل قضائي وحكمه حكم قضائي.
- ٢- أن عناصر ثلاثة يجب أن تتوفر في العمل القضائي وهي الادعاء المنازعة، والشخص الذي يخو له القانون حسم النزاع، وإذا نظرنا إلى هذه العناصر مجتمعة لوجدناها تتوافر في عمل المحكم.
- ٣- أن حكم المحكم يعتبر عملاً قضائياً بالمعنى الدقيق من حيث الموضوع والشكل، فمن حيث الشكل فهو يصدر وفقاً للإجراءات التي تصدر بها الأحكام القضائية، ومن حيث الموضوع فالمحكم غالباً ما يطبق قواعد القانون الموضوعي ويلتزم باحترام حقوق المتخاصمين في الدفاع وتقديم الطلبات والبت فيها.

٤- أن حكم المحكم يتكون من عناصر ثلاثة ادعاء، تقرير، قرار، ووفقاً لمعيار العمل القضائي يعتبر حكم المحكم في هذه الصورة عملاً قضائياً.

٥- أن ذبوع التحكيم وانتشاره وظهور العديد من المنظمات والهيئات والمراكز الدائمة التي تنظم التحكيم يؤكد الطبيعة القضائية لعمل المحكم^(٦٢).

٦- يؤكد البعض الآخر هذه الطبيعة القضائية للتحكيم بأنه يسير موازياً للقضاء الدولة وأن وظيفة المحكم تتطابق مع مهمة القاض وإذا وجد اختلاف فمرده إلى عوامل خارجية ليست من صميم مهمة المحكم ذاتها، كما ذهب البعض إلى أن عملية التحكيم كما تعرفها قواعد القوانين الوطنية، هي عملية قضائية يقوم بها شخص له صفة القاضي، واختياره من قبل الأطراف لا يؤثر على عملية التحكيم ذاتها وآليات سيرها، والتناضي عن هذا الإطار القضائي يحول دون الاعتراف بالحكم أو تنفيذه لما ينطوي عليه من إخلال بحقوق الدفاع كما يؤكد البعض أن المحكمين يعتبرون ممثلين الدولة أو لقضائها وأنهم يؤدون مهمة مماثلة لوظيفة القضاة ويتحملون المسؤوليات ذاتها^(٦٣).

٧- عدم تدخل القاضي في مضمون حكم المحكم عند إصداره أمراً بتنفيذ هذا الحكم، وإنما يقوم بإجراء شكلي الهدف منه التأكد من وجود اتفاق التحكيم في نزاع يجوز التحكيم فيه وأنه لا يخالف النظام العام في دولة القاضي^(٦٤).

٨- أن محكمة النقض الفرنسية هجرت نظرية الطبيعة التعاقدية إلا أنها لم تسلم بالطبيعة القضائية مرة واحدة وإنما تحولت نظرتها لمهمة المحكم من أنه قاض مستعار، ثم التسليم بأنه قاض استثنائي وهو ما عبرت عنه بقولها إن التحكيم قضاء استثنائي يملك فيه المحكم سلطة ذاتية مستقلة للفصل في المنازعات التي يطرحها عليه الخصوم، إلى أن سلمت بالطبيعة القضائية لمهمته حيث قررت أن حكم المحكم هو عمل قاض سماه الخصوم وقد تأكد هذا القضاء فيما تلاه من أحكام فانتهت في حكم لاحق إلى أن المفهوم الحقيقي لعملية

التحكيم هو اتجاه إرادة الأطراف إلى منح المحكم سلطة قضائية، وقد جاءت أحكام قانون المرافعات الفرنسي الجديد في عام ١٩٨٠ مؤكدة في مضمونها على هذه الطبيعة القضائية^(٦٥).

الفرع الثالث

نقد الفكرة القضائية لعمل المحكم

١- إن المقارنة بين قضاة التحكيم الدولي وقضاة الدولة إنما يقوم على وهم خاطئ هو أن وظيفة المحكم مماثلة لوظيفة القاضي في حين أن هناك اختلافات أساسية بينهما. أما المحكم الذي يستمد سلطاته أساساً من اتفاق الأطراف فلا يستطيع الادعاء بأي حال بأن مثل هذا الاتفاق يمنحه سلطة وضع معايير وقواعد يمكن أن يكون لها أية قيمة قانونية فيما يجاوز النزاع المعروض عليه^(٦٦).

٢- يرى أنصار تلك النظرية أن التحكيم ما هو إلا نوع من أنواع القضاء بجوار قضاء الدولة بهدف إلى حل النزاع وتطبيق روح القانون - ولكن التحكيم قضاء من نوع خاص - لأن قضاء الدولة العام متمثلاً في المحاكم لا تقوم به سوي الدولة والتي بها من سلطة تستطيع أن تفوض وتخول نوع من الأشخاص المحكم القيام بهذه المهمة وفق ضوابط معينة.

٣- يستند أصحاب تلك النظرية إلى العمل الذي يقوم به المحكم، وبالتالي فهم يؤيدون بأن العمل القائم به المحكم هو فقط عملاً قضائياً أما أساس ذلك العمل وهو اتفاق التحكيم فهو ليس بعملاً قضائياً.

٤- إن أنصار تلك النظرية قد عمدوا إلى التفرقة بين اتفاق التحكيم والتحكيم ذاته، حيث لابد من الخطوة الأولى وهي الاتفاق الخاص باللجوء إلى ذلك القضاء الخاص والذي

تحل إجراءاته محل إجراءات القضاء طبقاً لرغبة الأفراد والتحكيم هو الفصل في النزاع بحكم نهائي ملزم يحوز حجية الأمر المقضي ولو كان ذلك قبل صدور الأمر بتنفيذه وبمجرد صدور هذا الحكم من قبل المحكم أو الهيئة التحكيمية تستنفذ مصدره ولا يجوز مساس الحكم إلا وفقاً لطرق محددة ومعينة^(٦٧).

٥- سعت الكثير من القوانين إلى إطلاق مصطلح (الحكم) على ما يصدره المحكمون عند حسمهم للنزاع تشبيهاً للحكم القضائي إلا أن مثل هذا الأمر منتقد، لأن مصطلح الحكم مقصور على النهج الذي تتبعه التشريعات العربية في قوانين التحكيم.

٦- إن حكم المحكم يحوز حجية الشيء المقضي به وينفذ تنفيذاً جبرياً يعد صدور الأمر بالتنفيذ وإن هذا متأني من تشبيه المحكم بالقاضي، إلا أن هذه الحجة مردودة لأن المحكم ليست لديه سلطات عامة ولا يقوم بخدمة عامة وحكمه لا ينفذ تلقائياً.

٧- أن عمل المحكم مستقل عن عمل القاضي ونظام التحكيم هو نظام قائم بحد ذاته ومستقل عن أنظمة التقاضي وفصل النزاعات الأخرى، له سماته وأساليبه وقواعده التي يسير عليها، ومهما حاول أنصار الطبيعة القضائية من إضفاء بعض الجوانب جعل إصدار حكم المحكمين باسم السلطة العليا في البلاد وغيرها من المحاولات.

٨- يمكن القول بأن الذي ساعد على انتشار هذه الطبيعة وإصاقها بعمل المحكم هو انتشار مراكز التحكيم التي ظهرت كبناء قضائي تحكيمي لحل منازعات التجارة الدولية بعيداً عن النظام القضائي العادي^(٦٨).

المطلب الثالث

النظرية المختلطة لعمل المحكم

الفرع الأول

مضمون النظرية المختلطة

ظهرت نظرية الطبيعة المختلطة لعمل المحكم نتيجة الاعتراف بالخصائص المميزة للتحكيم، وتفرق هذه النظرية بين العلاقة التعاقدية والعلاقة القانونية الإجرائية القضائية البحتة، وهي تسعى إلى التوفيق بين النظريتين السابقتين العقدية والقضائية وقيل أنها جاءت لتلاقي الانتقادات الموجهة للنظرية التعاقدية، كما ينظر البعض إلى أن التحكيم في أساسه وجوهره تصرف إرادي على أنه في انطلاقه نحو تحقيق هدفه يؤدي إلى تحريك نظام تتفاعل فيه عناصر ذات طبيعة مغايرة تدخل في عداد العمل القضائي. فالظاهرة المستمدة من أصله وهي إرادة الأطراف ترجح طابعة التعاقدية بينما هو القضائي من حيث أنه يلزم الأطراف بقوة تختلف عن مجرد قوة العقد. إذن فهذه النظرية تجعل المحكم يحتل موقعا وسطاً بين الطبيعة التعاقدية والطبيعة القضائية فيتراخى الاعتراف بالطبيعة القضائية لحكم المحكم لما بعد صدور الأمر بتنفيذه وذلك كنتيجة للربط بين حجية حكم التحكيم وقوته التنفيذية ومن ثم يتمتع الحكم بطبيعة مزدوجة تبدأ تعاقدية وتنتهي قضائية عندما يصدر الأمر بتنفيذ الحكم. وعلى ذلك فعمل المحكم وفقاً لهذه النظرية عقدية بالنظر إلى الوجوه التي تنشق من أصل التحكيم وهو العمل الإرادي للأطراف، وهو قضائي بالنظر إلى كون الحكم الذي ينتهي إليه يلزم الأطراف بقوة تختلف عن مجرد القوة الملزمة للعقد^(٦٩).

وهذه النظرية تقوم على أساس وجود نظاماً مختلطاً يبدأ باتفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهي بقضاء وهو قرار التحكيم، ونجد من خلال هذا الأمر بأن عمل المحكم ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاءً بل إن عمل المحكم في حسم النزاع يمر بعدة مراحل يلبس كل منها لباساً خاصاً، وإن مثل هذا التحليل هو الذي يصب في مصلحة التجارة الدولية التي من متطلباتها إطلاق حرية الاتفاق على التحكيم في مرحلة الأولى ثم تحويله إلى قضاء في النهاية، وطبقاً لهذه النظرية يلاحظ بأن قرارات المحكم التي يصدرها لا يمكن تنفيذها ما لم تحوز على سلطة الأمر بالتنفيذ من قبل قضاء الدولة المراد تنفيذ القرار لديها وبهذا الأمر تحظى على سمة الحكم القضائي^(٧٠).

الفرع الثاني

مبررات الأخذ بالنظرية المختلطة لعمل المحكم

١- أن التحكيم ليس اتفاقا محضا ولا قضاء محضا، بل هو نظام يمر في مراحل متدرجة ومتعددة يلبس في كل منها لباسا خاصا يتخذ طابعا مختلفا فهو في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم.

٢- أن التحكيم يبدو وكأنه نوع من الحلول التي تقيم التوازن بين متناقضين هما احترام سلطان الإرادة ومقتضيات الخضوع لأحكام التنظيم القانوني للمجتمع.

٣- أن الأخذ بالطبيعة المختلطة لعمل المحكم من ناحية يمثل فكرة العقد باعتبارها تجسيذا لمبدأ سلطان الإرادة، ومن ناحية ثانية يمثل فكرة القضاء عن طريق حكم القانون والعدالة ليضفيا على طبيعة عمل المحكم صفة مختلطة، أي أن عمل المحكم يخضع للتأثيرات المختلطة لفكرة العقد والقضاء^(٧١).

الفرع الثالث

نقد النظرية المختلطة

وعلى الرغم مما جاء به هذا الاتجاه من حل وسط وتوفيقى شكله طبيعة عمل المحكم إلا أنه لم يسلم من النقد وكما يأتي:

١- إن في هذا الاتجاه هناك خلاف آخر مع الخلاف الأصلي لطبيعة عمل المحكم يكمن في عدم اتفاق أنصار النظرية على الحد الزمني الفاصل الذي ينحسر به الطابع الاتفاقي لعمل المحكم ليبرز الجانب القضائي له.

٢- الطبيعة المختلطة لعمل المحكم (من عقد وقضاء) هي منتقدة بحد ذاتها لا تقوم على أساس متين، لأن أنصار النظرية لم يتصدوا للمشكلة نفسها فهو بمثابة العجز والهروب ومن مواجهة الحقيقة بأبعادها المتعددة فالواجب مواجهة مثل هذه الحقائق المركبة ومحاولة تحليلها لردّها إلى عناصرها المميزة وتحديد دور كل عنصر فيها.

٣- كذلك إن هذه النظرية خلطت ما بين حجة حكم المحكم والقوة التنفيذية له فحجية الحكم تثبت له لمجرد صدوره من قبله أما القوة التنفيذية فلا يحوزها ما لم يصدر أمر بالتنفيذ من قضاء الدولة العادي^(٧٢).

المطلب الرابع

نظرية استقلالية التحكيم

الفرع الأول

مضمون نظرية استقلالية التحكيم

يقر أنصار هذه النظرية بأن التحكيم عبارة عن قالب قانوني به شقين أساسين اتفاق التحكيم وقضاء هيئة التحكيم الأول بإرادة الأطراف والثاني بناء على إمام وخبرة ودراية المحكم بالخصومة والنزاع وهناك من ينادي بعدم التداخل وإذابة كلاهما في بعض لصنع كيان واحد وإنما لابد من تحليلهما تحليلًا كاملاً ودقيقاً وبناء على ذلك:

أ- اتفاق التحكيم هو من جنس العقد ولكن به الخصائص الذاتية المميزة له عن غيره من العقود حيث يهدف اتفاق التحكيم إلى تسوية الآثار الناشئة عن علاقة قائمة بالفعل وموضوع اتفاق التحكيم هو إقامة كيان عضوي ممثلاً في المحكم الفرد أو هيئة التحكيم للفصل في النزاع وهو غرض قضائي في ذاته.

ب- حكم المحكم هو من جنس عمل القضاء ولكن في صورة خاصة تميزه عن قضاء الدولة في صورته المألوفة متمثلاً في الحسم النهائي للنزاع.

وعليه فإن كل من اتفاق التحكيم وقضاء التحكيم صديقان لا يفترقان في كافة مراحل التحكيم من بدايتها حتي نهايتها حيث يتحقق اتفاق التحكيم بتمام تعيين المحكم والمخول له سلطة الفصل في النزاع وعليه يخرج النزاع عن سلطة القضاء إلى سلطة المحكم وحده الذي يبدأ في حسم ذلك النزاع طبقاً لمقتضيات الوظيفة القضائية وعلى المحكم ألا يتجاوز حدود اتفاق التحكيم حيث أن المحكم تطبيق اتفاق التحكيم في المنازعات الداخلة فقط في ولايته ويطبق أيضاً اتفاق التحكيم في القواعد الاجرائية والموضوعية الواجبة الأعمال في صدد النزاع. ويدفع أنصار تلك النظرية عن وجهة نظرهم في أن التحكيم وسيلة مستقلة لفض المنازعات متسلحين بأن القانون في بعض الأحيان قد يستبعد اللجوء إلى القضاء ويدفع الأطراف المتنازعة إلى التحكيم الإجباري كما أن هيئة التحكيم نفسها قد يتم تعيينها عن طريق القضاء العام بالدولة أو عن طريق مراكز التحكيم الدائمة كما أن أطراف تلك النظرية يدافعون عن وجهة نظرهم باختلاف البنيان في قضاء الدولة عن التحكيم فالأول طريق عام لحماية الحقوق والأفراد وبه من القواعد العامة والمجردة ما يمكنه من الفصل في أي دعوي تعرض عليه للفصل فيها وهدف القضاء هو حماية القانون فيعطي مساحة لأطراف النزاع مسبقاً أو لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع وعلى الجانب الآخر فإن هدف التحكيم هو حماية الأفراد والجماعات حيث لا يلتزم المحكم بتطبيق قانون وضعي على النزاع مثل التحكيم بالصلح حيث يتم فض أي منازعة من خلاله بمنهج إجرائي معين كما هو الحال في التحكيم الحر. وتؤكد هذه المدرسة على أن قواعد القضاء هي قواعد قانونية جامدة أساسها التشريع والسلطة العليا أما قواعد التحكيم فهي قواعد خاصة غير مجردة تهدف إلى حل النزاع بصورة تتضمن استمرار المعاملات مستقبلاً وفي حالة ما إذا تم إخضاع التحكيم للقواعد

القضائية المجردة فإن ذلك يعد انتهاكاً لخصوصية العملية التحكيمية والتي تتميز بأن قواعدها غير مجردة ووظيفتها اقتصادية سليمة^(٧٣) ونجد أن أنصار هذه النظري يرفضون الطابع التعاقدي، ولكن رفض أنصار هذه النظرية الطابع التعاقدي للتحكيم لا يعني اندماجه في القضاء لأن القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة يباشرها القاضي بهدف تحقيق سيادة القانون على المصالح المتنازعة في العلاقات الاجتماعية بينما يهدف التحكيم إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية والمتمثلة في التعايش السلمي بين أطراف النزاع في المستقبل فضلاً عن تحقيق العدل. كما لا يعد التحكيم نظاماً مختلطاً تحكمه القواعد المنظمة للعقود والقواعد المنظمة للقضاء في أن واحد لأنه من الصعب توحيد نظامين مختلفين وإدماجهما في نظام واحد، فضلاً عن أن تطبيق النظام المختلط يؤدي إلى نتائج متعارضة أو شاذة فالتحكيم نظام له ذاتيته واستقلاله بما يميزه عن الأنظمة الأخرى إذ يعد طريق خصوصي مفصل عضوياً وإجرائياً للفصل في نزاع معين وإن كان لا يحقق الضمانات التي يوفرها القانون في القضاء إلا أنه يكتسب مرونة لا يوفرها القضاء وذلك بالنظر إلى الكيفية التي يتم بها تشكيل هيئة التحكيم المكونة من عناصر فنية وقانونية تكون أكثر قدرة على تفهم المسائل المتنازعة عليها مما يفرز عن حل النزاع أكثر استجابة لخصوصية النزاع كما يصدر المحكم حكمه غير مقيد بإجراءات المرافعات ما عدا ما نص عليه المشرع ووجوب التزام المحكم به. كما يجيز القانون تفويض المحكم بالفصل في موضوع النزاع دون التقيد بقواعد القانون الموضوعي، فالمحكم بالصلح يحكم بما يراه أكثر عدالة أو ملائمة لحل النزاع. ولهذا يقال أن المحكم يري العدالة بينما القاضي يري التشريع والتحكيم يتميز عن القضاء في بنائه الداخلي ليس الآن الأول طريق اتفاقي والثاني طريق قانوني لأن التحكيم الاجباري لا يقوم على الاتفاق وليس لكون من يتولى التحكيم أفراد عاديين في حين أن القضاة في الدولة يتولون القضاء لأن التحكيم قد يباشر من قبل موظفين بحكم وظائفهم كما في التحكيم الاجباري بل أنه في التحكيم الاختياري وفقاً للمادة ١٧٧ مرافعات كويتي تشكل هيئة التحكيم

برئاسة قاض أو مستشار تعينه الجمعية العمومية للمحكمة للفصل في المنازعات التي يتفق الأفراد على عرضها عليها ومن ثم فإن المسألة ليست قضاء عام وقضاء خاص. ولكن يتعلق بكون التحكيم أداة خاصة للفصل في المنازعات إذ يتشكل في كل حالة على حدة حسب مقتضيات الخاصة بالنزاع بينما يعد القضاء طريق عام لحماية الحقوق والمراكز القانونية تحكمه قواعد عامة مجردة موضوعه سلفاً لأي قضية فالتحكيم ليس نظاماً تعاقدياً ولا نظاماً مختلطاً ولا يعد كذلك نوعاً من القضاء إنما هو نظام مستقل مختلف في وظيفته وطبيعته وفي غايته وبنائه الداخلي عن القضاء، ومن ثم لا ينبغي تطبيق قواعد القضاء على مسائل التحكيم إلا على سبيل القياس وبشروط القياس وهذا يقتضي التحقق من عدم وجود قاعدة خاصة تحكم المسائل المثارة في التحكيم، كما يتطلب التحقق من توافر العلة من القاعدة القضائية المطبقة في حالة التحكيم إذ أن التطبيق الألى لقواعد القضاء على التحكيم يمكن أن يمسح نظام التحكيم ويشوه ويخرجه عن طبيعته الأصلية ويفوت الغاية من ورائه^(٧٤). لأن التحكيم هو الصيغة أو الطريقة التي يلجأ إليها الأطراف لحسم المنازعات الناتجة عن العقد خارج المحكمة^(٧٥).

الفرع الثاني

اسانيد نظرية استقلالية التحكيم

ويبرر أنصار هذه النظرية ما ذهبوا إليه بالآتي:

- ١- أن الطبيعة الحقيقة للتحكيم تنحصر في أنه نظام أصيل متحرر من العناصر التعاقدية أو القضائية، مما يكفل السرعة الضرورية في نظر القضايا والتأمينات التي يدعيها الأطراف.
- ٢- أن القضاء سلطة من سلطات الدولة يباشرها القاضي بهدف تحقيق سيادة القانون على المصالح المتنازعة، بعكس التحكيم الذي قد لا يطبق القانون الموضوعي على النزاع ، لأن المحكم قد يطبق قواعد العدل والأنصاف أو القانون الذي يتفق الأطراف على تطبيقه.

٣- اتفاق التحكيم لا يعتبر عقدا مدنيا لأن العقد المدني لا يرتب بذاته أثارا إجرائية كما أن اتفاق التحكيم لا يدخل في مجال الإجراءات طالما أن التحكيم خارج عن اختصاص قضاء الدولة.

٤- التحكيم يختلف عن القضاء في بنائه الداخلي حيث يتولى قانون المرافعات تنظيم القضاء عضوياً وإجرائياً، أما التحكيم فينظمه قانون خاص به كما أن عدالة التحكيم تختلف عن عدالة القضاء لأن عدالة التحكيم عدالة طبيعية سبقت في ظهورها قضاء الدولة.

٥- التحكيم له ميزات خاصة به مثل لا وطنية للتحكيم، وسلطان الإرادة الأطراف غير المقيدة في اختيار القواعد الموضوعية والاجرائية، تلك الذاتية الخاصة تكسب التحكيم طابعا يعلو بالضرورة فوق الدول والتي عند فصلها في النزاع تطبق استثناء القانون التجاري الدولي^(٧٦).

٦- التحكيم له طبيعة خاصة وذاتية مستقلة التي تختلف عن العقود كما تفرق عن أحكام القضاء^(٧٧).

٧- عدم امكانية تطبيق قواعد القضاء إلا على سبيل القياس وبشروطه^(٧٨).

ومن ثم فالتحكيم غير القضاء التحكيم طريق استثنائي لا يجوز ولوجه إلا في المنازعات المتفق عليها بين الأطراف، ويشترط ألا تكون متعلقة بالنظام العام وأن يفصل المحكم بمقتضي الإجراءات الاتفاقية والقانونية المقررة، ويخضع كل هذا لرقابة القضاء وإشرافه بما له من ولاية عامة بغير حاجة إلى أي تحفظ خلال اتباع هذا الطريق الاستثنائي سواء من ناحية المحكم أو من ناحية الخصوم^(٧٩).

الفرع الثالث

نقد نظرية استقلال التحكيم

لم ينكر أنصار هذه النظرية الطبيعة المركبة لنظام التحكيم بوصفه قضاءً إراديًا أو عملاً قضائيًا يستمد أساسه من اتفاق الأطراف، ومن ثم يجمع بين الطابع الإرادي والقضائي بين جانبيه، غير أنهم يرون أن النظرية العقدية تعجز عن تفسير تطور التحكيم لذاتيته المستقلة واندماجه في القضاء وذلك لاختلاف التحكيم في بنائه ونظامه القانوني عن القضاء وترجع أسباب انتقاد هذه النظرية إلى أنها لم تأت بجديد ولم تتضمن تأصيلًا قانونيًا أو تفسيرًا للسلطات الواسعة التي يتمتع بها المحكم. كما أن الرأي القائل بعدم جواز إعمال القواعد العامة للقضاء على خصومة التحكيم، قد استند إلى وجود فراغ تشريعي دفع بالفقه والقضاء إلى الاسترشاد بقواعد المرافعات أما بعد صدور قانون التحكيم المصري الجديد رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والذي أتى بتنظيم إجرائي مخصص لا يختلف في جوهره عن التنظيم القضائي ومن ثم فإن الطابع القضائي لتنظيم إجراءات خصومة التحكيم أصبح أصيلاً وليس مأخوذاً بالقياس وهذا الوضع هو السائد في غالبية التشريعات الحديثة ومنها القانون الفرنسي والسعودي والكويتي والسويسري والإيطالي^(٨٠).

تقييم نظريات تحديد طبيعة عمل المحكم

يظهر لنا من خلال عرض النظريات السالفة الذكر، أنه لا يمكن الأخذ بهذه النظريات جميعها، كما لا يمكن هدرها ككل، لذا لابد من إخضاع هذه النظريات إلى تقييم لاستخلاص الراجح منها والذي يظهر من خلال النقاط الآتية :

١ - على الرغم من أننا نميل إلى جانب من الفقه الذي يضيف على العملية التحكيمية الصفة القضائية إلا أننا نؤكد على كونه قضاءً اتفاقياً خاص حيث يتفق أطراف الخصومة على النزول على حقهم الأساسي والطبيعي في اللجوء إلى قاضيهم الأصلي قضاء الدولة ويلجئون بإرادتهم المحضة إلى التحكيم ومن ثم فهم قد ارتضوا مسبقاً حكم هذا المحكم أو تلك الهيئة التي اختاروها لأنفسهم^(٨١).

٢- أن المحكم يتمتع بوضع قانوني متميز يملك بمقتضاه سلطة حسم النزاع بين أطراف اختاروه كقاض لهم في إطار نظام قضائي الطبيعة، مع ملاحظة أن تقرير الطبيعة القضائية للتحكيم لا تعني اندماجه في القضاة أو فقدته لذاتيته الخاصة في مواجهته، فالتحكيم ليس هو القضاء وإنما هو جزء من النظام القضائي يسير موازيا لقضاء الدولة ومعاوناً له في حسم المنازعات طالباً مساعدته فيما يعجز عنه خاضعاً لرقابته وفقاً لنظام محدود ومغاير في طبيعته وأثاره عن وسائل التسوية الأخرى^(٨٢).

٣- يمكن ويصف طبيعة اتفاق التحكيم بأنه خليط من عناصر ذات طابع تعاقدية وعناصر ذات طابع قضائي مما يضفي على التحكيم مرة الصفة التعاقدية ومرة الصفة القضائية ولكي نستطيع تحديد هذه الطبيعة بالضبط يجب أن نحدد مدي التداخل فيما بينها داخل هذا النظام، حتي تتمكن بعد ذلك من تحديد معالمها الخارجية ومن ثم المعرفة لمن تكون الغلبة في إبراز طبيعة التحكيم وإذا حللنا هذا النظام إلى عناصره الأساسية نلاحظ بوضوح أن دور الإرادة فيه ضئيل ومقتصر فقط على رسم نقطة البداية ثم ينتهي بعد ذلك هذا الدور لترك هذا النظام إلى إرادة المشرع حيث يتناوله بشكل مسهب لكل جزء من أجزاء هذا النظام في قواعد قانونية محددة. ولا يكون دور الإرادة فيما بعد إلا تطبيقاً حرفياً لهذه النصوص ومن ثم تتضح الطبيعة القضائية إلى حد النهاية بصدر القرار التحكيمي.

غير أن هذه الطبيعة تكون طبيعة قضائية ولكن من نوع خاص، وأنه يجب النظر إلى هذه الطبيعة نظرة فاحصة ويكون هذا من خلال الهدف الذي يرمي إليه الخصوم وهو السعي لتحقيق العدالة على أسس تختلف عن الأسس التقليدية لتحقيق العدالة أمام القضاء العادي، وبهذا تبدو بوضوح الطبيعة القضائية الخاصة للتحكيم^(٨٣).

الخاتمة

من خلال صفحات البحث نجد أن مضمون النظريات التي خاضت في طبيعة عمل المحكم في القانون الوضعي نجد أن رواد هذه النظريات رغم احتدام الخلاف بينهم إلا أنهم جميعاً متفقون علي تعريف موحد للتحكيم وأن اختلفت الصيغ والعبارات فيقولون بأن التحكيم: (اتفاق علي طرح النزاع علي شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه" دون المحكمة المختصة به وفي لفظ بغير طريق القضاء ولفظ آخر بأنه نوع من القضاء الخاص تخرج به القضايا والمنازعات من اختصاص السلطة القضائية في الدولة ويعهد بها إلي محكم أو أكثر يختارهم أطراف النزاع للحكم بينهم طبقاً للقانون أو طبقاً للقواعد العدالة، وفي لفظ آخر: هو نزول أطراف النزاع عن الالتجاء إلي القضاء الدولة والتزامهم بطرح النزاع علي محكم أو أكثر لحسم النزاع يحكم ملزماً). وبهذا التعريف أقر بأن التحكيم طريق والقضاء طريق آخر. أو بمعنى آخر أن التحكيم نظام مستقل بذاته له مميزاته وأحكامه والقضاء نظام آخر له مميزاته وأحكامه مع وجود علاقة خاصة بينهما. إلا أنهم بعد ذلك يعودون للخوض من جديد في محاولة منهم للإجابة علي تساؤل سبق أن أجابوا عليه في تعريفهم للتحكيم، ويمكن القول: أن حقيقة هذا الخلاف انطلقت من منطلق فلسفي نشأ عنه بعض القصور والعجز في نظام التحكيم في جوانب معينة في فترة من الفترات أدى ذلك إلي إعاقة التحكيم عن السير في طريقه الصحيح، وهذا هو ما قرره لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في مذكرتها الإيضاحية التابعة لقانون الأونسيترال حيث جاء في البند الخامس القول: "كشفت دراسة استقصائية عالمية بشأن قوانين التحكيم الوطنية عن وجود اختلافات شاسعة فيما بينها ليس فقط فيما يتعلق بالأحكام والحلول المنفردة وإنما أيضا من حيث التطور والدقة، وقد تكون بعض القوانين قديمة العهد إذ أنها ترقى أحيانا إلي القرن التاسع عشر وغالبا ما تساوي بين عملية التحكم والدعاوي القضائية". ومع ذلك يجب ألا نذكر الدور الفعال لتلك الآراء والاتجاهات الفقهية القانونية التي كان لها أثر في تكوين وتقنين نظام التحكيم إلا أننا يجب ألا نغیر من طبيعة التحكيم بهدف الزج به في أحضان أنظمة قانونية

يتشابه معها في أمور ويختلف عنها في أمور أخرى. والواقع أن ما يشهده العالم اليوم من توسع في العلاقات الاقتصادية والاجتماعية والزيادة المذهلة في حجم التبادل الاقتصادي والتجاري بين الدول. وما يتطلبه ذلك من ثقة وسرعة في التعامل والبت في المنازعات الناجمة عن هذا التعامل، وبسبب قصور القضاء الوطني عن تلبية مثل هذه المتطلبات فإن ذلك كله فرض علي المجتمع الدولي أن يعترف للتحكيم بطبيعته الذاتية الخاصة المستقلة والتي تميزه عن غيره وتجعله نظاماً قائماً بذاته، ومن أجل ذلك أبرمته الاتفاقيات الدولية والاقليمية بشأن التحكيم ووضعت قوانين وطنية وأنظمة إقليمية ودولية للتحكيم ونظمته باعتباره نظام مستقل بذاته يأتي في مقدمة هذه القوانين قانون الأونسيترال الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي عام ١٩٨٥م والذي تراعي أحكامه كل دولة عضو في منظمة الأمم المتحدة أثناء صياغتها لمواد قانون التحكيم الخاص بها امثالاً لما جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون في البند "١" والذي نص علي أن : "تعطي جميع الدول الاعتبار الواجب للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في ضوء الاستحسان بأن يكون قانون إجراءات التحكيم موحداً، وفي ضوء الاحتياجات المحددة لممارسات التحكيم التجاري الدولي. وعلي سبيل المثال فقد اقتبس المشرعان اليمني والمصري أغلب مواد قانون التحكيم الخاص بكل منهما من نصوص قانون الاونسيترال. وخلاصة القول: أن الواقع الدولي والوطني قد أثبت للتحكيم عموماً وللمحكم خصوصاً طبيعة عمل خاصة جعلته نظاماً مستقلاً قائماً بذاته، وأصبح التحكيم أداة متميزة لحل المنازعات، فيه اتفاق وفيه قضاء وفيه ما يميزه عنهما ولا ريب أن لكل من القضاء والتحكيم نطاقه المستقل الذي قد يتفق أو يختلف مع نظام الآخر. ومما تقدم لا يسعني إلا أن أرجح الطبيعة الخاصة المستقلة لعمل المحكم وأقف إلي جوار المنادين بأن طبيعة عمل المحكم أمر ليس في حاجة إلي اختلاف في الرأي أو اجتهاد مؤسس علي قواعد قانونية سليمة، وإنما الحاجة ملحة بدون شك لتقنين مهنة التحكيم من حيث الشروط الواجب توافرها في المحكم وواجباته، حقوقه، مسؤوليته، ضماناته،

امتيازاته، خاصة أن التحكيم سيصير علي وجه التأكيد لغة المستقبل، وأنه أصبح كما ذكرنا سابقا نظام عالمي" لا يجد مأواه في قوانين الدول فحسب بل في غيرها من قوانين دولية ومعاهدات وقرارات لمنظمات دولية وفي أنظمة لوائح هيئات التحكيم الدائمة المنتشرة في مختلف دول العالم.

هوامش البحث

- ١- حكم محكمة استئناف القاهرة - مشار إليه في جريدة الأهرام الإلكترونية - الموقع الإلكتروني للجريدة :
- ٢- <http://gate.ahram.org.eg/UI/Front/inner.aspx?NewsContentID=612928&Title=> الكاتب إبراهيم العزب، التاريخ ٢٠١٥/٣/٢١م تأريخ زيارة الموقع الإلكتروني : ٢٠١٥/٨/٢٩م، ويعد حكم محكمة استئناف القاهرة السالف الذكر بمثابة ارساء قاعدة قانونية جديدة مفادها : أن اختيارالمسؤولين كمحكمين في نزاعات العقود المبرمة في مجال تعاملات (البيزنس) لا يسرى عليهم قانون تعارض المصالح في الدولة .
- ٣- طارق فهمي الغنام- طبيعة مهمة المحكم - رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ٢٠٠٨م- ص ١٢. حميد محمد على اللهبي - المحكم في التحكيم التجاري الدولي - ط ١ - ٢٠٠٢م- د.د.ن- ص ١٣.
- ٤- د. زكريا محمد صالح السراجي - المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - ٢٠١٠م ص ١٢٣.
- ٥- د.أحمد ابو الوفا - التحكيم الاختياري والاجباري - ط ٥ - ٢٠٠١م منشأة المعارف - الاسكندرية - ص ١٥٣ د. محمد نور شحاتة - النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين - ١٩٩٣م- ص ٥، حيث يقرر أن اصطلاح المحكم في قانون الألواح الإثني عشر يعني القاضي، مشار إليه في مؤلف د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن - دور المحكم في خصومة التحكيم - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٧م- ص ٢٦.

- ٦- د. زكريا محمد صالح السراجي - المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي - رسالة دكتوراه -المصدر السابق - ص ١٢٤-١٢٥.
- ٧- ينظر :د. أحمد رشاد محمود سلام - البيان الفني لحكم التحكيم - دار النهضة العربية - ٢٠١٠م - ص ١٤.
- ٨- طارق فهمي الغنام - المصدر السابق - ص ١٢.
- ٩- د. أحمد أبو الوفا- عقد التحكيم وإجراءاته - دار المطبوعات الجامعية - ٢٠٠٧ - الاسكندرية - ص ١٦١.
- ١٠- من القوانين التي وضعت تعريف خاص للمحكم : القانون المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وقانون المرافعات الفرنسي الصادر في ١٤ / ٥ / ١٩٨١ والقانون اليمني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ والقانون الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠م، ومن القوانين التي اغفلت النص على تعريف المحكم قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، والذي يبدو لنا أن الراجح عدم النص على تعريف المحكم في التشريعات الوضعية لأن مهمة المشرع ليست وضع تعريف للمحكم بل أن ذلك من اختصاص الفقه، ينظر في هذا المعنى : د. مصطفى ناطق الناصري - المحكم التجاري الدولي - دراسة مقارنة - كلية القانون -جامعة الموصل - العراق - ٢٠١٣م - ص ٢٧-٢٨.
- ١١- ينظر في هذا المعنى : محمد شعبان إمام سيد - التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية - ط١- دار المناهج للنشر والتوزيع - ٢٠١٤م - ص ٤٢-٤٣.
- ١٢- د. مصطفى ناطق الناصري - المحكم التجاري الدولي - دراسة مقارنة - المصدر السابق - ص ٢٨.
- ١٣- حكم المحكمة الدستورية العليا ١٧ ديسمبر ١٩٩٤ في القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية، أورده د. خالد محمد القاضي - موسوعة التحكيم التجاري الدولي - دار الشروق - ط١- ٢٠٠٢م - ص ٨٦.
- ١٤- د. خالد محمد القاضي - موسوعة التحكيم التجاري الدولي - المصدر السابق - ص ٨٦.
- ١٥- د. ناصر عثمان محمد عثمان - النظام القانوني لمسئولية المحكم - ط١- ٢٠٠٨م - دار النهضة العربية - القاهرة - ص ٤٢.

- ١٦- د. ناصر عثمان محمد عثمان - النظام القانوني لمسئولية المحكم - المصدر السابق - ص ٤٢-٤٣.
- ١٧- ينظر في الفقه العراقي : د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي - الجزء الأول - مصادر الالتزام - وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - العراق - ١٩٨٠م - ص ٣١-٣٢.
- ١٨- ينظر : د. سعيد أبو الفتوح - الملكية ونظرية العقد في الفقه الإسلامي - د.د.ن - ١٩٩٦ - ص ١٢٥م - ١٩٩٧م.
- ١٩- د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي - المصدر السابق - ص ٦٤.
- ٢٠- د. ناصر عثمان محمد عثمان - النظام القانوني لمسئولية المحكم - المصدر السابق - ص ٤٣-٤٤.
- ٢١- ينظر : د. أبو العلا النمر - المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم - ط١ - دار أبو المجد للطباعة - القاهرة - الهرم - ٢٠٠٦م - ص ٢٥.
- ٢٢- ينظر : د. على إسماعيل دياب غازي - موسوعة المحكم في التحكيم - ٢٠١٥م - ص ١٠٢-١٠٣.
- ٢٣- حميد محمد علي اللهيبي - المحكم في التحكيم التجاري الدولي - المصدر السابق - ص ١١٢-١١٣. وقد عبرت محكمة النقض الفرنسية عن هذا المبدأ " الاستقلال " أجل تعبير في حكمها الصادر في ١٣ / أبريل / ١٩٧٢ الذي جاء فيه أنه لا غنى عن الاستقلال المعنوي والروحي لممارسة أي سلطة قضائية أيّاً كان مصدرها وأن هذا الاستقلال هو أحد الصفات الأساسية للمحكمين. ينظر: د. أكثم أمين الخولي - خلفيات التحكيم - مجلة التحكيم - عدد ٣ سنة ٢٠٠٠م - ص ١٥، مشال إليه في مؤلف د. حميد محمد علي اللهيبي - المصدر السابق - ص ١١٣.
- ٢٤- د. ناصر عثمان محمد عثمان - النظام القانوني لمسئولية المحكم - المصدر السابق - ص ٥٣.
- ٢٥- د. أحمد رشاد محمود سلام - البيان الفني لحكم التحكيم - المصدر السابق - ص ١٧.

- ٢٦- ينظر المؤلف المشترك : د.أبو العلا على النمر مع د. أحمد قسمت الجداوي - المحكمون - دراسة تحليلية لإعداد المحكم - مركز التحكيم في جامعة عين شمس - ص ٣١-٣٢-٣٣.
- ٢٧- ينظر المؤلف المشترك : د. أبو العلا على النمر مع د. أحمد قسمت الجداوي - المحكمون - المصدر السابق - ص ٣٥-٣٦-٣٧.
- ٢٨- ينظر : د. سحر عبد الستار إمام - المركز القانوني للمحكم - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٦ - ص ٧٤
- ٢٩- د. أحمد رشاد محمود سلام - البيان الفني لحكم التحكيم - المصدر السابق - ص ١٧.
- ٣٠- ينظر : د. أبو العلا النمر - المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم - المصدر السابق - ص ٤٣-٤٤.
- ٣١- د. أبو العلا النمر - المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم - المصدر السابق - ص ٤٤-٤٥.
- ٣٢- د. أبو العلا النمر - المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم - المصدر السابق - ص ٤٦-٤٧.
- ٣٣- المادة (٢٥٥) مرافعات عراقي والمادة ٦٣ من قانون السلطة القضائية المصري المرقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ والمادة ١٧ الفقرتين (أ، ب) من قانون استقلال القضاء الأردني المرقم ١٥ لسنة ٢٠٠١ مشار إليه في مؤلف د. مصطفى ناطق الناصري - المحكم التجاري الدولي - دراسة مقارنة - كلية القانون - جامعة الموصل - العراق - المصدر السابق - ص ٣٣.
- ٣٤- طارق فهمي الغنام - طبيعة مهمة المحكم - رسالة ماجستير - المصدر السابق - ص ١٦ .
- ٣٥- طارق فهمي الغنام - طبيعة مهمة المحكم - رسالة ماجستير - المصدر السابق - ص ١٩ .
- ٣٦- ينظر : اسعد فاضل منديل - أحكام عقد التحكيم وإجراءاته - دراسة مقارنة - المصدر السابق - ص ٤٢-٤٣.
- ٣٧- ينظر : ا.م. اسعد فاضل منديل - أحكام عقد التحكيم وإجراءاته - دراسة مقارنة - منشورات زين الحقوقية - دار نيبور - العراق - الديوانية - ط ١ - ٢٠١١ م - ص ٤٣-٤٦.
- ٣٨- مصطفى ناطق الناصري - المحكم التجاري الدولي - دراسة مقارنة - المصدر السابق - ص ٣٥.

- ٣٩- اسعد فاضل منديل - أحكام عقد التحكيم وإجراءاته - دراسة مقارنة - المصدر السابق - ص ٤٦-٤٩.
- ٤٠- اسعد فاضل منديل - أحكام عقد التحكيم وإجراءاته - دراسة مقارنة - المصدر السابق ص ٤٦-٤٩.
- ٤١- قارن مع نص المادة (٩٢٧) من القانون المدني العراقي والتي تنص "الوكالة بأنه عقد يقيم به الشخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم"
- ٤٢- د. أبو العلا النمر - المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم - المصدر السابق - ص ٨٥-٨٧
- ٤٣- د. أبو العلا النمر - المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم - المصدر السابق - ص ٨٨-٩٠.
- ٤٤- وقد تدخلت محكمة النقض المصرية في بيان طبيعة التحكيم حيث جاء في قرار لها بتاريخ ٣ كانون الثاني ١٩٥٢ مجلة المحاماة عدد ٣٣، ص ١٢٢٨ أن اتفاق التحكيم قضاء استثنائياً وعدولاً عن الأصل، وقد جاء في الأسباب الموجبة للقانون المرافعات المدنية العراقية، رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ص ١١١ وإذا كان التحكيم يستمد فيه المحكم ولايته من إرادة الخصوم على خلاف ولاية القضاء التي تفرض عليهم فإنه يعتبر قضاءً استثنائياً وخروجاً عن الأصل العام ينظر في هذا المعنى : اسعد فاضل منديل - أحكام عقد التحكيم وإجراءاته - دراسة مقارنة - المصدر السابق ص ٥١.
- ٤٥- د. ناصر عثمان محمد عثمان - النظام القانوني لمسئولية المحكم - المصدر السابق - ص ١٢-١٣.
- ٤٦- اسعد فاضل منديل - أحكام عقد التحكيم وإجراءاته - دراسة مقارنة - المصدر السابق ص ٥١-٥٢.
- ٤٧- اسعد فاضل منديل - أحكام عقد التحكيم وإجراءاته - دراسة مقارنة - المصدر السابق ص ٥٣-٥٤.
- ٤٨- اسعد فاضل منديل - أحكام عقد التحكيم وإجراءاته - دراسة مقارنة - المصدر السابق ص ٥٤.
- ٤٩- اسعد فاضل منديل - أحكام عقد التحكيم وإجراءاته - دراسة مقارنة - المصدر السابق ص ٥٤.

- ٥٠- د. محمود هاشم: النظرية العامة للتحكيم دار الفكر العربي القاهرة ١٩٩٠، ص ٨٩. مشار إليه في مؤلف. د. أبو العلا النمر - المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم - المصدر السابق - ص ٨٣-٨٤.
- ٥١- د. أبو العلا النمر - المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم - المصدر السابق - ص ٨٤-٨٥.
- ٥٢- د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن- دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته- الناشر دار النهضة العربية- القاهرة -١٩٩٧م- ص ٣٠.
- ٥٣- د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن- دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته - المصدر السابق - ص ٣٠.
- ٥٤- د. أحمد رشاد محمود سلام - البيان الفني لحكم التحكيم - المصدر السابق - ص ١٩.
- ٥٥- د. أحمد رشاد محمود سلام - البيان الفني لحكم التحكيم - المصدر السابق - ص ١٩.
- ٥٦- د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن- دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته-المصدر السابق - ص ٣١.
- ٥٧- د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن- دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته-المصدر السابق - ص ٣٣.
- ٥٨- د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن- دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته-المصدر السابق - ص ٣٤.
- ٥٩- حميد محمد على اللهي - المحكم في التحكيم التجاري الدولي - المصدر السابق - ص ٧٠-٧١.
- ٦٠- د. ناصر عثمان محمد عثمان - النظام القانوني لمسئولية المحكم - المصدر السابق - ص ١٤-١٥.
- ٦١- د. مصطفى ناطق الناصري - المحكم التجاري الدولي - دراسة مقارنة -المصدر السابق - ص ٥٦-٥٧.
- ٦٢- حميد محمد على اللهي - المحكم في التحكيم التجاري الدولي - المصدر السابق - ص ٧١-٧٢.
- ٦٣- د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن- دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته-المصدر السابق - ص ٤٣.

- ٦٤- د. ناصر عثمان محمد عثمان - النظام القانوني لمسئولية المحكم - المصدر السابق - ص ١٦.
- ٦٥- د. هدي محمد مجدي عبد الرحمن- دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته-المصدر السابق - ص ٤٣-٤٤.
- ٦٦- د. هدي محمد مجدي عبد الرحمن- دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته - المصدر السابق - ص ٤٤ هامش رقم (٣).
- ٦٧- د. أحمد رشاد محمود سلام - البيان الفني لحكم التحكيم - المصدر السابق - ص ٢٠.
- ٦٨- د. مصطفى ناطق الناصري - المحكم التجاري الدولي - دراسة مقارنة -المصدر السابق - ص ٥٨-٥٩ .
- ٦٩- حميد محمد علي اللهيبي - المحكم في التحكيم التجاري الدولي - المصدر السابق - ص ٧٢-٧٣ .
- ٧٠- د. مصطفى ناطق الناصري - المحكم التجاري الدولي - دراسة مقارنة -المصدر السابق - ص ٦٠.
- ٧١- حميد محمد علي اللهيبي - المحكم في التحكيم التجاري الدولي - المصدر السابق - ص ٧٣-٧٤.
- ٧٢- د. مصطفى ناطق الناصري - المحكم التجاري الدولي - دراسة مقارنة -المصدر السابق - ص ٦٠-٦١.
- ٧٣- د. أحمد رشاد محمود سلام - البيان الفني لحكم التحكيم - المصدر السابق - ص ٢٣-٢٤ .
- ٧٤- د. سحر عبد الستار إمام - المركز القانوني للمحكم - المصدر السابق- ص ٣٢-٣٣-٣٤.
- ٧٥- د. فوزي محمد سامي - التحكيم التجاري الدولي - دار الحكمة للطباعة والنشر - العراق - بغداد- ١٩٩٢م- ص ١٩.
- ٧٦- حميد محمد علي اللهيبي - المحكم في التحكيم التجاري الدولي - المصدر السابق - ص ٧٤-٧٥ .
- ٧٧- د. هدي محمد مجدي عبد الرحمن- دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته - المصدر السابق - ص ٣٨.
- ٧٨- د. هدي محمد مجدي عبد الرحمن- دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته - المصدر السابق - ص ٣٩.

- ٧٩- حميد محمد على اللهيبي - المحكم في التحكيم التجاري الدولي - المصدر السابق - ص ٧٥.
- ٨٠- د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن- دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته - المصدر السابق - ص ٣٩.
- ٨١- د. أحمد رشاد محمود سلام - البيان الفني لحكم التحكيم - المصدر السابق - ص ٢٥.
- ٨٢- د. هدى محمد مجدي عبد الرحمن- دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته - المصدر السابق - ص ٤٦.
- ٨٣- ينظر : اسعد فاضل منديل - أحكام عقد التحكيم وإجراءاته - دراسة مقارنة - المصدر السابق - ص ٥٨-٥٩.

المصادر والمراجع

- ١- أبو العلا على النمر مع أحمد قسمت الجداوي المحكمون دراسة تحليلية لإعداد المحكم مركز التحكيم في جامعة عين شمس.
- ٢- أحمد ابو الوفا - التحكيم الاختياري والاجباري ط٥ - ٢٠٠١م منشأة المعارف - الاسكندرية
- ٣- أحمد أبو الوفا- عقد التحكيم وإجراءاته- دار المطبوعات الجامعية - ٢٠٠٧- الاسكندرية
- ٤- أحمد رشاد محمود سلام - البيان الفني لحكم التحكيم - دار النهضة العربية - ٢٠١٠م
- ٥- اسعد فاضل منديل - أحكام عقد التحكيم وإجراءاته - دراسة مقارنة - منشورات زين الحقوقية - دار نيبور - العراق - الديوانية - ط١ - ٢٠١١م
- ٦- حميد محمد على اللهيبي - المحكم في التحكيم التجاري الدولي - ط ١ - ٢٠٠٢م- د.د.ن

- ٧- زكريا محمد صالح السراجي - المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - ٢٠١٠م
- ٨- سحر عبد الستار إمام - المركز القانوني للمحكم - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٦
- ٩- سعيد أبو الفتوح - الملكية ونظرية العقد في الفقه الإسلامي - د.د.ن - ١٩٩٦ - ١٩٩٧م
- ١٠- طارق فهمي الغنام - طبيعة مهمة المحكم - رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ٢٠٠٨م
- ١١- عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي - الجزء الأول - مصادر الالتزام - وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - العراق - ١٩٨٠
- ١٢- فوزي محمد سامي - التحكيم التجاري الدولي - دار الحكمة للطباعة والنشر - العراق - بغداد
- ١٣- محمد القاضي - موسوعة التحكيم التجاري الدولي - دار الشروق - ط١ - ٢٠٠٢م
- ١٤- محمد شعبان إمام سيد - التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية - ط١ - دار المناهج للنشر والتوزيع - ٢٠١٤م
- ١٥- محمد نور شحاتة - النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين - ١٩٩٣م
- ١٦- ناصر عثمان محمد عثمان - النظام القانوني لمسئولية المحكم - ط١ - ٢٠٠٨م - دار النهضة العربية
- ١٧- هدى محمد مجدي عبد الرحمن - دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته - الناشر دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٧م.