

# الطبيعة القانونية للتحكيم

باحث

أ. سهيل حسن عثمان نوري

## مستخلص:

تناولت الورقة الطبيعة القانونية للتحكيم. تمثلت مشكلة الورقة في الاجابة على التساؤلات المتعلقة بفحوى النظرية التعاقدية والقضائية للتحكيم. هدفت الورقة إلى التعرف على الطبيعة القانونية للتحكيم عبر النظريتين الاثنيالتعاقدية والقضائية وإلى توضيح دور ارادة الاطراف والتشريع في التحكيم وأخيراً بيان اخذ الفقه والقضاء بنظرية الطبيعة القضائية. نبعت اهمية الورقة من كثرة لجوء أطراف النزاع التجاري إلى التحكيم لفض نزاعاتهم والآثار التي تترتب عند اجراءات الدعوى وتنفيذ الحكم في حالة الأخذ بأى من النظريتين. اتبعت الورقة المنهج الوصفي التحليلي للطبيعة القانونية للتحكيم كمشكلة قانونية وجمع الحقائق والمعلومات عنها ووصف الظروف الخاصة ومعرفة الأسباب والاعتماد على عرض آراء الفقهاء وأحكام القضاء. توصلت الدراسة إلى عدة نتائج من أهمها إن نظرية الطبيعة القضائية هي أفضل النظريات. أوصت الورقة بعد توصيات منها ضرورة الأخذ بنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم وعدم تعميم نظرية الطبيعة القضائية على كل مراحل التحكيم.

## Abstract:

The paper dealt with the legal nature of arbitration .The problem of the paper was to answer the questions related to the content of the contractual and judicial theory of arbitration .The paper aimed to identify the legal nature of arbitration through the two contractual and judicial theories ,to clarify the role of the parties <will and legislation in arbitration ,and finally to show the jurisprudence and the judiciary by the theory of judicial nature. The importance of the paper stems from the frequent resort of the parties to the commercial dispute to arbitration to resolve their disputes and the effects that result in the case procedures and the implementation of the judgment in the event of adopting either of the two theories .The paper followed the descriptive-analytical approach to the legal nature of arbitration as a legal problem, gathering facts and information about them ,describing special

circumstances, knowing the reasons, and relying on the presentation of the opinions of jurists and court rulings. The study reached several results, the most important of which is that the theory of judicial nature is the best theory. The paper recommended, after recommendations, including the necessity of adopting the theory of the judicial nature of arbitration and not generalizing the theory of judicial nature to all stages of arbitration.

### مقدمة:

يعتبر التحكيم من الطرق البديلة في حل النزاعات وأصبح الاهتمام بالتحكيم لحل النزاعات في تزايد وصار يمثل القضاء الخاص في النزاع التجاري بشقيه الدولي والداخلي وعليه كان لابد من البحث عن الطبيعة القانونية لهذه الآلية التي تعمل في حل النزاعات كبديل للقضاء العادي صاحب الاختصاص الأصيل في حل القضايا، ولقد عمل التشريع والقضاء والفقهاء على مواكبة هذا التطور والاهتمام في مجال التحكيم وقد نتج عن هذا التطور نشوء ثلاث نظريات في التحكيم وهما النظرية التعاقدية والنظرية القضائية والنظرية المختلطة وسوف نقوم بدراسة هذه النظريات الثلاث في هذا البحث. مشكلة البحث:-

### تتمثل مشكلة الدراسة في التساؤلات الآتية:

1. ماهى النظرية التعاقدية؟
2. ماهى النظرية القضائية؟

### أهداف الدراسة :

- أ. التعرف على الطبيعة القانونية للتحكيم عبر النظريات الثلاث التعاقدية، القضائية والمختلطة
- ب. توضيح دور ارادة الاطراف والتشريع فيالتحكيم.
- ج. بيان اخذ الفقه والقضاء بنظرية الطبيعة القضائية

### أهمية البحث:

- كثرة لجوء أطراف النزاع التجارى إلى التحكيم لفض نزاعاتهم.
- الآثار التى تترتب عند اجراءات الدعوى وتنفيذ الحكم في حالة الأخذ بأى من النظريات الثلاثة، دراسة النظريات الثلاث والأخذ بأفضلها.

### حدود البحث:

يختصر البحث في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم بدراسة النظريات الثلاث التعاقدية، القضائية والمختلطة مع التركيز على نظرية الطبيعة القضائية التى نالت القبول في آراء الفقهاء وتطبيقات المحاكم ومقارنتها مع القضاء الطبيعى.

## تعريف التحكيم لغة وفقهاً:

التحكيم في اللغة يأتي من المصدر «حكم من باب التفضيل بتشديد الكاف مع الفتح وحكمه في الأمر أنفوض إليه الحكم<sup>(1)</sup> أو حكموه بينهم أيأمروه أن يحكم ويقال حكمنا فلاناً فيما بيننا أنأجزنا حكمه بيننا وحكمته في الأمر فاحكمم أبجاز فيه حكمه<sup>(2)</sup>»

عرفه الأحناف «هو منفروع القضاء أحط رتبة منه وهو تولية الخصمين أالفريقين المتخاصمين غيرهما ليفصل بينهما<sup>(3)</sup>». عرفه المالكية بأنه: «هو رضا الخصمين المتنازعين بتحكيم رجل للحكم بينهما<sup>(4)</sup>» وعرفه الشافعية: «هو أن يتحاكم رجلان أو خصمان إلى رجل من الرعية ليقضى بينهما أو يكون حاكماً بينهما في بلد فيه قاض أو ليس فيه قاض<sup>(5)</sup> وعرفة الحنابلة بأنه: «أن يتحاكم رجلان إلى رجل، حكماه بينهما ورضياه وكان ممن يصلح للقضاء<sup>(6)</sup>». عرفه الشيعة الامامية «أن يتحاكم رجلان إلى من يصلح للقضاء ليحكم بينهما<sup>(7)</sup>» عرفه البروفسير وهبة الزحيلي «أن يحكم المتخاصمان شخصاً آخر لفرض النزاع القائم بينهما على هدى حكم الشرع وقد دل على جوازه في مواضع كثيرة منها قوله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَانصَحُوا حَكَمًا.....)<sup>(8)</sup>»<sup>(9)</sup> وعرفه من الفقهاء «الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة<sup>(10)</sup>»

## تعريف التحكيم قانوناً:

لقد خلت نصوص التشريعات المقارنة بما فيها المشرع المصري من تعريف للتحكيم وبالعكس كثرت التعريفات الفقهية للتحكيم وتعددت وكلها ليست متناقضة فيما تصدح به وإما الواقع إنه نظراً لتعدد زوايا التحكيم فإن كل فقيه يسلط نظره على زاوية من هذه الزوايا أو على الأقل لا يأتي تعريفه للتحكيم شاملاً لكل جوانبه ومن ثم فهناك ثلاثة اتجاهات في تعريف التحكيم ينظر الأول بصفته اتفاقاً وينظر الثاني الى عمل المحكم والثالث ينظر إليه نظام أو وسيلة قانونية<sup>(11)</sup>

## تعريف التحكيم في القانون السوداني:

أما المشرع السوداني عرف التحكيم (يقصد به اتفاق طرفي النزاع في النزاعات ذات الطبيعة المدنية على إحالة ما ينشأ بينهما من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع قائم بينهم ليحل عن طريق هيئات أو أفراد يتم اختيارهم بإرادتهم واتفاقهم)

## الطبيعة القانونية للتحكيم:

رغم الاتفاق بأن التحكيم هو وسيلة لحل النزاع بين الخصوم إلا أنه نشأ خلاف فقهي حول طبيعة التحكيم القانونية، هل هو ذات طبيعة عقدية أم قضائية؟  
نناقش هاتين النظريتين مع التطرق إلى آراء المؤيدين من جهة والنقد الموجه لها من جهة أخرى إذ أن نقاش هاتين النظريتين يؤدي إلى معرفة الاصول التي قام عليها التحكيم.  
«من الضرورة إمكان تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم الذنشا بموجب اتفاق الطرفين وينتهي بصودر حكم ملزم لأن هذا التحديد يقود إلى معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ويعين على معرفة وضع الحكم الصادر من حيث الاعتراف به وتنفيذه داخل الدولة التي صدر فيها الحكم أو خارجها إذا أخذنا في الاعتبار تباين التشريعات الوطنية في تنظيم قواعد التحكيم<sup>(12)</sup>»

## نظرية الطبيعة التعاقدية

المشرع السوداني عرف العقد بأنه: هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر. يجوز أن تتطابق أكثر من إرادتين لإحداث الأثر القانوني<sup>(13)</sup> الاتفاق هو توافق إرادتين أو أكثر على انشاء التزام أو نقله أو إنهاءه<sup>(14)</sup>

كما عرف العقد هو أخص من الاتفاق فهو توافق إرادتين على انشاء التزام أو على نقله ، أما القانون الفرنسي عرفه بما يأتي: العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص بإعطاء شيء أو بفعله أو الامتناع عن فعله<sup>(15)</sup> ليس هناك أهمية للتمييز بين العقد والاتفاق إلا أن الفقه والقضاء مال على تعريف التحكيم هو اتفاق تحكيم أكثر من انه عقد تحكيم . أصحاب النظرية التعاقدية. «يرى أنصار هذه النظرية أن نظام التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، فهم يصفون الطابع الاتفاقي على خصومة التحكيم وحكم المحكم، فاتفق التحكيم وحكم المحكم عند أنصار هذه النظرية يمثلان كلاً واحداً لا يمكن فصلها فهما يكونان هرمياً قاعدته اتفاق التحكيم وقمته حكم المحكمين<sup>(16)</sup>»

استند اصحاب هذه النظرية بأن كل مراحل التحكيم هذات طبيعة تعاقدية ويتمثلي:

- من حيث الغاية في التحكيم يهدف الأطراف إلى حل النزاع بطرق ودية بعيداً عن سلطات القضاء وقبول القرار الذي يصدره المحكم.
- التحكيم يهدف إلى تحقيق مصلحة أطراف العقد بينما يهدف القضاء إلى تحقيق مصلحة عامة. إلا أن الباحث يرى بالحكم عندما يصدر سواء كان عبر التحكيم أو القضاء يصدر لصالح أحد الأطراف ويهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة وعامة، وهو استقرار المجتمع وحفظ الحقوق والمراكز القانونية وأن يتمتع كل ذو حق بحقه .
- مصدر سلطة المحكم هو إرادة الأطراف ورضاء الخصوم بالقرار الذي يصدره المحكم وبالتالي يمكن اعتبار هذه السلطة سلطة قضائية من الناحية العملية.
- من حيث الشكل لا يقيّد المحكم بالإجراءات التي يطلبها القانون إذا ما أعفيا الأطراف من التقيّد بها.
- من الناحية المادية ليس للمحكم السلطة الأمر التي يتمتع بها القاضي فالزام الشهود بالحضور أمامه أو تقديم مستند بحوزتهم أو توقيع الغرامة كما يمارسها القاضي.
- الطعن في حكم التحكيم يكون عن طريق رفع دعوى البطلان عكس الطعن في أحكام المحاكم العادية التي تتم بطرق الطعن العادية التي تحددها القانون<sup>(17)</sup>.

كما ذهب على هذا النحو الفقه المصري إلى حين صدور حكم المحكمة الدستورية في 6 نوفمبر 1999م بموجبه تم اسباغ الصفة القضائية للتحكيم<sup>(18)</sup>»

هذه النظرية يسندها الفقه الفرنسي بالحكم الصادر من محكمة النقض بتاريخ 1937م<sup>(19)</sup> إلا أن هذا الاتجاه قد تغير ابتداءً من حكم المحكمة العليا الصادر في 22 أكتوبر 1949م<sup>(20)</sup>

إن الأخذ بالنظرية التعاقدية يخضع للنظرية العامة للعقود ويترتب عليه الآتي:  
- إن ما يصدره المحكم قرار وليس حكم. (الحكم هو القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً ومختصة في خصومة رفعت إليها. فالحكم يتميز بالخصائص الآتية:

1. أنه يصدر من محكمة تتبع جهة قضائية.
2. إنه يصدر بما للمحكمة من سلطات قضائية أي بصدد خصومة.
3. أن يكون الحكم مكتوباً في الشكل المقرر في قانون المرافعات القرار الصادر من هيئة غير قضائية لا يعد حكماً ولو كان من بين أعضائها أحد القضاة والقرار الصادر من المحكمة بما لها من سلطة ولائية لا يعد حكماً ما لم ينص القانون على ما يخالف ذلك، ومن المقرر أن تميز القرارات الولائية والغير ولائية انما يرجع فيه الى حكم القانون لا الى إقرارات الخصوم أو اتفاقهم<sup>(21)</sup>

وقد اورد في هذا الصدد قاضي المحكمة العليا محمد أبو بكر محمود الخطأ الذي يلازم دائماً اصدار الأحكام النهائية هو خطأ يقع فيه القضاء الجالس والقضاء الواقف معاً - فاستعمال كلمة قرار بمعنى Decision في حكم نهائي Judgment هو إجراء خاطئ تماماً فالمحاكم لا تصدر قرارات في نهاية الدعوى وإنما تصدر أحكام - فالقرارات تصدرها المحاكم في أثناء نظر الدعوى (الاستجابة لطلبات من الادعاء والدفاع وتاجيل الجلسة لأخرى في سبيل هذه الحالات تصدر المحكمة قرارات وهي من اجل تسيير الدعوى - ولكن اذا وصلت الدعوى إلى نهايتها وارادت المحكمة اصدار حكم نهائي فيها لا بد أن يكون ذلك Judgment وليس قرار Decision<sup>(22)</sup>

بطلان اتفاق التحكيم يؤدي بالضرورة إلى بطلان حكم المحكمين كذلك، فإن مخالفة المحكم لاتفاق التحكيم أو خروجه عن حدوده يؤدي إلى بطلان حكمه<sup>(23)</sup>

- تنفيذ حكم التحكيم يتم طواعية دون اللجوء للقضاء للحصول على الأمر بتنفيذه حتى لو تم اللجوء إلى القضاء فإن الأمر لا يعدوا أن يكون مشابهاً لعقود الصلح التي تخضع لتصديق القضاء.
- استبعاد التحكيم الاجباري لأنه غير مستند على إرادة الافراد. التحكيم الاجباري هو تحكيم بلا اتفاق ولا يجوز التحكيم الاجباري في القطاع الخاص لأنه تعدم فيه حرية الاطراف فيا للجوء اليهويكون في القطاع العام وفق قانون.
- نقد النظرية التعاقدية
- عيوب النظرية تتمثل فيالآتي:
- أنها بالغت فياعطاء الدور الأساس لإرادة الأطراف فيتكييف الطبيعة القانونية للتحكيم. فيحين أن المحكمين يصدرن أحكامهم كالقضاء وليس للأطراف أنتاجير على المحكمين بعد تعيينهم فياصدار أحكامهم، حيث ينتهي دور الاطراف باتفاق التحكيم وتعيين المحكمين وليس لهم أي دور في اجراءات الدعوى وإصدار الحكم.
- التحكيم يستند على أساسين وهما إرادة الخصوم من ناحية وإقرار المشرع لهذه الإرادة من ناحية أخرى لذلك فإنإرادة الأطراف لاتكفيوحدها لتكوين نظام التحكيم بل يجب أن يقر

المشرع اتفاهم<sup>(24)</sup> وعليه يمكن القول بأن إرادة الأطراف ليست مطلقة لأنها مقيدة بالتشريع حيث لا يمكن الاتفاق بما هو مخالف للقانون مثل مسائل الاحوال الشخصية الزواج والطلاق والميراث إذا ما صدر يكون الحكم قابل للبطلان وغير قابل للتنفيذ.

بالإضافة إلى أنه إذا كان المحكم يفتقد لسلطة الجبر التي تمتع بها القاضوا لتطبق عليه الأحكام الخاصة بالرد والمخاصمة وقواعد إنكار العدالة فإن هذا لا يضيفا لطابع التعاقد على عملية التحكيم ذلك لأن المحكم قاض خاص للخصوم الذين اتفقوا على تحكيمهم فيما بينهم ولم يقل أحد أنه منقضاء الدولة وإنما هو شخص اختاره الخصوم ليكون قاضياً خاصاً لهم يصدر حكمه في النزاع المعروف عليه وتتعترف به الدولة، فالدولة تنظم قضاء المحاكم وما التحكيم إلا نوع من القضاء شأنه شأن القضاء الأجنبي الذي تعترف القوانين الوطنية بأحكامه<sup>(25)</sup> بالإضافة إلى أن الطعن في حكم التحكيم عن طريق دعوى البطلان الأصلية ليس مبرراً لإلغاء الطبيعة التعاقدية على حكم التحكيم وذلك لأن بعض أحكام المحاكم العادية يمكن أن يطعن فيها بالبطلان دون أن يعن ذلك أنها لم تعد أحكاماً قضائية بالمعنى الضيق<sup>(26)</sup>. أما القول بعدم تنفيذ حكم التحكيم إلا بأمر من القضاء فإن ذلك لا يؤدي إلى إبطال الطبيعة القضائية إذ ذلك هو شأن الأحكام الأجنبية فهب دورها لا تنفذ إلا بأمر يصدر من القاضوا الوطنوا لم يقل أحد بأن الأحكام الأجنبية ليست بقضاء<sup>(27)</sup>

فضلاً عن أن التحكيم وإن كان يستند إلى اتفاق الخصوم فإن اللجوء إلى القضاء يستند أيضاً لإرادة الخصوم المتمثلة في المطالبة القضائية وطلبات الخصوم ولا يحكم إلا بناء على طلبات الخصوم وفي حدود طلباتهم كما يمكن للخصوم الاتفاق على نزع الاختصاص من محكمة وتبنيته إلى محكمة أخرى<sup>(28)</sup>

## نظرية الطبيعة القضائية

### أصحاب النظرية :

أصحاب هذه النظرية ينظرون إلى التحكيم من حيث المهمة الموكلة إلى المحكمين وهو الفصل في النزاع أما اتفاق التحكيم ماهو إلا عبارة عن محرك يتوقف بعمل المحكمين وإصدار أحكام ملزمة للخصوم وهو جوهر دعوى التحكيم حيث يسيطر عليه العمل القضائي للمحكمون هم عبارة عن قضاة والأحكام التي تصدر تعتبر أحكاماً قضائية، فالمحكم يؤدي وظيفة قضائية وما يصدر عنه هو حكم بمعنى الكلمة. هذا الحكم يتمتع بكافة الخصائص التي تتمتع بها غيره من الأحكام فهو يجوزها بمجرد صدوره حجية الأمر المقضيه ويستند المحكم بمجرد إصداره له ولايته بشأنه فلا يملك أن يعدله أو أن يرجع فيه أو أن يصدر ما يخالفه<sup>(29)</sup>. يقصد بالحجية أن ما تم عرضه على القضاء وتم الفصل فيه فلا ينبغي أن يطرح مرة أخرى للنقاش أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم أو أمام أية محكمة أخرى ليفصل فيه من جديد إلا بالطرق، والمواعيد التي حددها القانون<sup>(30)</sup> حفاظاً على مصالح الأفراد والجماعة فمن غير المعقول أن تستمر الخصومات بين الناس، وعدم وقوفها عند حد معين، فتصبح هذه المنازعات مؤبدة، ويترتب على ذلك عدم استقرار الحقوق والمراكز القانونية، وتعطيل المعاملات بين الناس، في حين أنه لو أتيح الفصل من جديد فيما تم الفصل فيه، فإن أحكام القضاء تتعرض للتناقض، وبذلك يصبح القضاء دون هيبة، كما تتزعزع ثقة الناس فيه ولا يعتبر من طبيعة

التحكيم أن حكم المحكم لا ينفذ إلا بصدر أمر من قاضي الدولة فليس من شأنه ذلك أن يغير من طبيعته القضائية فليس الهدف من اشتراط صدور الأمر بالتنفيذ، لتنفيذ حكم التحكيم، أن يراقب قضاة الدولة عدالة حكم المحكمين وإغا الهدف من ذلك هو فقط التثبت من وجود اتفاق بين الخصوم على التحكيم بصدد نزاع معين أو أن هذا النزاع هو الذنفصل فيه بالفعل الحكم الصادر من المحكمين<sup>(31)</sup>»

يعتبر التحكيم طريقاً قضائياً لحسم المنازعات أو كما قضت بعض المحاكم طريق قضائي يتمتع فيه المحكم بسلطات ذاتية ومستقلة للفصل في الخصومات التي يطرحها عليه الخصوم فالتحكيم طريق مواز وليس طريقاً استثنائياً يعترف به الدولة لأداء العدالة وحماية الحقوق والمراكز القانونية هو يؤدما توديه محكمها من وظيفة قضائية. وهذا ما يؤيده فقه القانون الدولي الخاص والقانون الاجرائي على السواء وتحليل عملية التحكيم من نشأتها حتى نهايتها يدعم ذلك<sup>(32)</sup>

قد اشترط فقهاء المسلمين فيمن يصلح أن يكون اهلاً للقضاء بان يكون على صفه يصح معها توليته مهمة القضاء أى أن يكون أهلاً لتقلد منصب القضاء ولا يتمتع بأهلية القضاء إلا من توافرت لديه الشروط الواجب توافرها في القاضي المولى وهذه الشروط هي البلوغ، والعقل، والاسلام، والعدالة، والذكورة، والاجتهاد، والحرية، وسلامة الحواس<sup>(33)</sup>

إن أساس التحكيم هو قيامه على الثقة المتبادلة بين اطرافه في محكميهم لذلك يجب ان تتوافر في المحكم الحياد والاستقلالية عن الخصوم وهذا ما يتوافق مع طبيعة مهمته التي يؤديها وهذه الخصائص يجب ان تكون لصيقة بأعضاء هيئة التحكيم ولا يمكن تجاوزها كما هو عند القضاة<sup>(34)</sup>

تعد حيدة المحكم واستقلاله من الضمانات الاساسية في التقاضى وذلك حتى يطمئن الاطراف الى قاضيهم والى ان قضاءه لا يصدر الا عن الحق وحده دون تحيز أو هوى فهما شرطان لمباشرة الوظيفة القضائية أياً كان القائم بها قاضياً أو محكماً. كما يعتبران ركيزتين اساسيتين لنجاح المحكم في مهمته وهما السببان الرئيسيان للاستقرار القضائي في أى نظام قانوني بل أن استقلال القاضي وحياده اثناء نظرالنزاع يبعث الطمأنينة والرضا في نفوس المتنازعين ويكون عاملاً رئيسياً في خضوعهم لحكم القاضي كذلك الامر في التحكيم فإن حياد المحكم واستقلاله هو استقلاله عن الخصوم بمعنى عدم الخضوع لهم ولرغباتهم ما يزيد في ثقتهم فيه واحترامهم لحكمه بعد صدوره وتنفيذه أياً كانت طبيعة الحكم الصادر اضافة الى ان الاستقلال يعد شرطاً لاختيار المحكم والحياد يعد التزاماً في عاتقه وشرطاً لصحة حكمه<sup>(35)</sup> حيث يجب على المحكم أن يتصف بصفتي الاستقلال والحياد طيلة فترة نظره الدعوى وحتى صدور الحكم وإلا سوف يكون حكمه عرضه للطعن بالبطان.

المحكم قاض خاص ولا ينتمى الى مرفق عام وبصعب على الاطراف تتبع حالته الاجتماعية وعلاقاته المالية والمهنية إفصاحه عند قبوله المهمة التحكيمية واقاراره باى علاقة مع اطراف الخصومة التحكيمية يتيح تقييم موقف المحكم تقيماً موضوعياً حتى لا تتثر هذه العلاقات اعتراضا مما يهدد سير الخصومة التحكيمية<sup>(36)</sup>

الافصاح يواز في القضاء التنحي حيث يجوز للقاضي عند نظر الدعوى المقدمة امامه إذا كانت لدية صلة قري بالأطراف أو مصلحة يجوز للقاضي أن يتنحي عن نظر الدعوى لو كان بإمكانه أن يفصل في النزاع باستقلالية ونزاهه وحياد وذلك حتى لا يكون حكمة موضوع ريب وشك.

سادت هذه النظرية في الفقه والقضاء الفرنسي حيث يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم يستجمع عناصر العمل القضائي الثلاثة وهما الادعاء والمنازعة والعمو وإن المحكم يعد قاضياً بحكم وظيفته وهما الفصل في المنازعات، وهو لا يستمد سلطته من عقد التحكيم وحده وإنما من إرادة المشرع التي تعترف به وأن إرادة الأفراد لا تكفي لخلق التحكيم لولا منح المشرع لهذه الصفة<sup>(37)</sup>

«فضلاً عن ذلك أن حكم التحكيم يحوز على حجية قضائية مانعة من مناقشة ما قضى به المحكم إلا بالطرق التي تنبئها الأنظمة بهذا الشأن، وهكذا تنظم الدولة قضاء التحكيم بجانب قضاء المحاكم وما التحكيم إلا نوع من القضاء شأنه شأن القضاء الأجنبي الذي تعترف القوانين الوطنية بأحكامه»<sup>(38)</sup>

بالإضافة لذلك فإن المحكم يملك تصحيح أحكامه من الأخطاء المادية التي تشوبها، مثل القاضي، بشرطين:

الأول: ألا يكون ميعاد التحكيم قد انقضى لأنه بفوات هذا الميعاد تزول سلطته.

الثاني: ألا يكون قد تم ايداع حكم التحكيم قلم كتاب المحكمة ولو تم هذا الإيداع قبل انقضاء ميعاد التحكيم<sup>(39)</sup>

بالإضافة إلى أن المحكم كالقاضي يملك سلطة تفسير ما يقع من غموض أو إبهام في حكمه كذلك فإنه يرد بنفس الأسباب التي يرد بها القاضي<sup>(40)</sup>

من حيث الشكل يصدر حكم المحكمين مكتوباً ومسبباً وموقعاً عليه من المحكمين ويشتمل على بيانات تكاد تنطبق مع أحكام القضاء ويصدر في خصومة بعد سماع أقوال الخصوم عن طريق شخص مستقل ومحايد في وظيفته وهو المحكم وتتم المداولة بين المحكمين فيسرية ويصدر حكم التحكيم بمجرد التوقيع عليه من المحكمين كلهم أو أغلبهم وفي حالة امتناع أحد المحكمين عن التوقيع وجب ذكر ذلك<sup>(41)</sup>

من حيث الموضوع يصدر حكم المحكم متضمن تقرير مستند إلى قواعد القانون أو العدالة يحسم به النزاع الذي نشأ بين الخصوم ويتمتع هذا الحكم بحجية الأمر المقضيه وبإصداره يستنفذ المحكمون ولايتهم فينظر النزاع<sup>(42)</sup>

### موقف القضاء من هذه النظرية:

أولاً: القضاء الفرنسي: حكم محكمة النقض الفرنسية الشهير الصادر في يوليو 1937م متبنياً الطبيعة التعاقدية للتحكيم إلا أن المحاكم الدنيا لم تسير هذا الاتجاه بل أن محكمة النقض نفسها تراجعت عن هذا الاتجاه وأشارت في أحكامها المدنية إلى أن التحكيم يعتبر قضاء استثنائياً يملك فيه المحكم سلطة ذاتية مستقلة للفصل في المنازعات التي طرحها الخصوم ومجلس الدولة الفرنسي يعترف منذ زمن طويل بالصفة القضائية لحكم المحكم<sup>(43)</sup>

ثانياً: القضاء المصري: اعتنقت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه عندما قررت في بعض أحكامها أن ولاية الفصل في المنازعات تنعقد في الأصل للمحاكم مادة (15) من 46 لسنة 1972م والاستثناء هو اتفاق الخصوم على إحالة ما ينشأ بينهم من نزاع إلى محكمين يختارونهم للفصل فيه بحكم له طبيعة أحكام المحاكم مادة (501) مرافعات، وما يصدر خارج المحاكم. يعتبر هذا الاتفاق مجرد من المقومات الأساسية للأحكام ويكون لأمن الخصوم رفع الاحتجاج عليه بمجرد انكاره والتمسك بعدم وجوده ودون الحاجة للادعاء بالتزوير أو إقامة دعوى مبتدأ لإهداره. نقد نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم<sup>(44)</sup>:

تتمثل أهم انتقادات هذه النظرية في الآتي:

- 1- أن وحدة بعض المصطلحات القانونية المستخدمة بالنسبة لكل من حكم التحكيم والحكم القضائي تدل على أن المصطلحات لا تستخدم أحياناً بالدقة المطلوبة.
  - 2- أن الصفة القضائية يجب أن تظهر أثناء قيام المحكم بوظيفته في حين أن المحكم أثناء نظره للنزاع لا يتمتع بأهم سلطات وهسلطة الجبر فلا يستطيع أن يلزم شاهداً بالحضور أو يلزم من ليس خصماً بتقديم مستند تحت يده. يمكن الرد على ذلك بأن هذه السلطة تنقص المحكم لأنّه يقوم بالقضاء ولكن لأنه قضاء خاص ولنفس هذه العلة فإن حكم المحكم لا ينفذ جبراً إلا بأمر تنفيذ من الدولة صاحبة السيادة أنه شأن الحكم الصادر من دولة أجنبية<sup>(45)</sup>
  - 3- إذا كان المؤدبوالنتيجة المنطقية لهذه النظرية هو تطبيق القواعد العامة للقضاء على مسائل التحكيم حيث لا توجد قاعدة عامة فينصوص التحكيم فإن هذه النتيجة مرفوضة لأن التحكيم ليس نوعاً من القضاء وإنما هو نظام مختلف عن القضاء فيوظيفته وطبيعته وغاياته، والحقيقة أن الاختلاف في أحكام القانون الوضعي بين القضاء والتحكيم يرجع فيمظاهره المختلفة إلى علة واحدة هي أن المحكم وإن كان يقوم بالقضاء إلا أنه لا يمثل الدولة ولهذا يمكن أن يكون المحكم أجنبياً كما إنه لا يعتبر ملتزماً بما تلتزم به الدولة من إقامة القضاء في إقليمها وبالتالى يعد منكرًا للعدالة إذا لم يصدر حكماً في الدعوى<sup>(46)</sup>
- وجدير بالإشارة أن مؤيد هذه النظرية لا يعممون الطبيعة القضائية على كل مكونات التحكيم فهم يرون الطبيعة القضائية هللعمل القضائيالذي يصدر عن المحكم أو المحكمين أما مكونات عملية التحكيم كالعقد المبرم بين المحتكمين تبقله الطبيعة التعاقدية وتخضع فيبرامها وآثارها فيالقواعد العامة للعقد<sup>(47)</sup>.
- تظهر أهمية الأخذ بنظرية الطبيعة القضائية إنه بصور حكم التحكيم فإن الخصوم لا يجوز لهم الاتفاق أن يعرضوا مرة أخرى هذه الخصومة على هيئة تحكيم أخرى أو محكمة محايدة وهذا يحقق هدف التحكيم باختصار الوقت وسرعة الاجراءات وهي على عكس النظرية التعاقدية للتحكيم وتكون تلك الحجية بالنسبة للأنظمة التتأخذ بها بأن حجية الأمر المقضبه من النظام العام.

### الخاتمة:

يرى الباحث أن التحكيم ذو طبيعة قضائية فالمحكم يباشر مهمة قضائية وهو الفصل في نزاع بين خصمين وأن الحكم الذي يصدره هو حكم بالمعنى الفني للكلمة ويترب ما يترب على الاحكام من آثار وأهمها حجية الامر المقضى به كما أن المحكم يشغل مركزاً متميزاً ويتمتع بسلطة قضائية تخوله حسم النزاع ليقترب من المركز القانوني للقاضي.

رغم إننا من أنصار الطبيعة القضائية لنظام التحكيم إلا أن التحكيم لا يماثل القضاء في كل شى نظراً أن التحكيم قضاء خاص له بعض الخصوصية التي تستلزمها اعتبارات التحكيم ويتمثلي حسم النزاع بطريقة ودية وحيث ليس لديه السلطة الأمره بإجبار الشهود على الحضور أو تقديم مستند بيد الغير والحبس والغرامة

### النتائج:

- من خلال الدراسة التحليلية عن واقع تطبيقات قضاء التحكيم توصل الباحث إلى النتائج التالية:
1. إن نظرية الطبيعة القضائية هأفضل النظريات.
  2. تخلص القضاء الفرنسي والمصرى عن نظرية الطبيعة التعاقدية وأخذت بنظرية الطبيعة القضائية .
  3. العقد المرهبين الطرفين تبقى له الطبيعة التعاقدية من حيث الالزام واللجوء الى التحكيم حكم التحكيم يحوز حجية الامر المقضى فيعند الاخذ بنظرية الطبيعة القضائية.
  4. الاتفاق على التحكيم والتشريع هما أساس التحكيم.
  5. مرت الطبيعة القانونية للتحكيم بعدة مراحل حتى رست في نظرية الطبيعة القضائية.
  6. المحكم يطبق العدلفي التفويض مع الصلحفي حين أن القاضى يطبق القانون.

### التوصيات

- من خلال النتائج يوصى الباحث بالتوصيات التالية:
1. الأخذ بنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم.
  2. عدم تعميم نظرية الطبيعة القضائية على كل مراحل التحكيم.
  3. اللجوء الى التحكيم لحل النزاعات التجارية .
  4. يجب أن تتوفر في المحكم نفس الصفات المطلوبة في القاضى من حيث الاستقلال والحياد والنزاهة وكذلك يرد بنفس الاسباب التى يرد بها القاضى.
  5. مراعاة تسبب احكام التحكيم.
  6. احترام وتقدير المحكم عند نظر الدعوى مثل القاضى الطبيعى تماماً.
  7. استصحاب الجانب الودئفي اجراءات الدعوى وعند تنفيذ الحكم.

## المصادر والمراجع:

- (1) كرم البستاني وعادل أمبويلا- المنجد في اللغة والاعلام- دار المشرق العربي - بيروت - الطبعة الثامنة والعشرون- 1986م - ص 146.
- (2) أبي الفضل جمال الدين محمد بن منظور - لسان العرب- دار إحياء التراث - بيروت - الطبعة الثانية - 1997 م - ص 129.
- (3) ابن عابدين حاشية رد المحتار على الدر المختار - المطبعة الأميرية - مصر- 1326هـ الجزء الخامس - ص 112.
- (4) محمد بن فرحون اليعمرى - تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الاحكام - مطبعة الحلبي - القاهرة - مصر - الجزء الاول - ص 55 .
- (5) أبو زكريا يحيى بن شرف النووي - المجموع شرف المذهب - مطبعة مصطفى الحلبي - الجزء الاول - ص 97 .
- (6) موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامه المغنى على مختصر الخرقي - الطبعة الثالثة - 1327 هـ - الجزء التاسع - ص 107 .
- (7) محمد يعقوب بن اسحق الرازي - الكافي - مطبعة حجر - 1303 هـ - الجزء الرابع - ص 197.
- (8) سورة النساء آية 35 .
- (9) أ.د. وهبة الزحيلي - الفقه الاسلامي وأدلته - مطبعة دار الفكر - دمشق - سوريا - الطبعة الرابعة - الجزء الثامن - ص 6250.
- (10) د. أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختياري والاجباري - منشأة المعارف - الاسكندرية - الطبعة الرابعة - 1983 م - ص 15 .
- (11) المادة 4 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016 م.
- (12) د. معتز عفيفي - نظام الطعن على حكم التحكيم - دار الجامعة الجديدة - 2012م - ص 11.
- (13) د. إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولي الخاص - الطبعة الثالثة - دار النهضة العربية - 2000م - ص 26.
- (14) المادة 33 من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م
- (15) عبد الرازق السنهوري - نظرية العقد ، دار الفكر ، بيروت، ص 79
- (16) المرجع السابق - ص 80.
- (17) د. محمد السيد التحيوي - اتفاق التحكيم وقواعده - في قانون المرافعات وقانون التحكيم - رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق - مقدمة لجامعة المنوفية - 1994م - ص 135.
- (18) د. فتحى والى - التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية - منشأة المعارف - الاسكندرية - سنة 2014 - ص 34،35 .
- (19) د. إبراهيم محمد أحمد دريج - التحكيم الداخلى والدولى - النظرية والتطبيق - شركة مطابع السودان للعملة المحدودة - الطبعة الرابعة - 2013 - ص 36.
- (20) د. أبو زيد رضوان - الأسس العامة للتحكيم التجارى الدولي - دار الفكر العربى - 1981م ص 30.
- (21) المرجع السابق - ص 25.
- (22) د. عبد الحميد الشورابي - أوجه الطعن بالنقض في تسبيب الأحكام المدنية والجنائية - شركة الجلال للطباعة - ص 8،9
- (23) مجلة الأحكام القضائية السودانية - السلطة القضائية - 2017م - المكتب الفني والبحث العلمي ص 139
- (24) اتفاق التحكيم وقواعده- مرجع سابق- ص 185.
- (25) محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية - اتفاق التحكيم - دار الفكر العربى - القاهرة - الطبعة الاولى - 1990م - ص 60 و 61.

- (26) جورج شفيق سارى - التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الادارية - دار النهضة العربية - 1999م - ص 40.
- (27) أحمد أبو الوفا- التحكيم الاختيارى والاجبارى- منشأة دار المعارف -الإسكندرية - الطبعة الخامسة - 1988م - ص 317.
- (28) سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - اتفاق التحكيم - دار النهضة العربية - 1984م - الكتاب الاول - ص 501 وما بعدها.
- (29) النظرية العامة للتحكيم - مرجع سابق - ص 143 ، 218 .
- (30) عيد محمد القصاص - حكم التحكيم - دار النهضة العربية - ص 77.
- (31) المرجع السابق - نفس الصفحة .
- (32) حكم التحكيم - مرجع سابق - ص 77.
- (33) د. أحمد عبد الكريم سلامة - التحكيم في المعاملات المالية الوطنية والدولية - دار النهضة العربية - القاهرة - 2016م - ص 47،48 .
- (34) ( 34 ) د.عبد الكريم محمد عبدالكريم نصير - التحكيم عند العرب دراسة تاريخية - رسالة دكتوراه - مقدمة الى كلية الحقوق جامعة طنطا - 1417هـ - 1996م - ص 136.
- (35) المركز القانونى للمحكم - مرجع سابق - ص 57.
- (36) المرجع السابق - ص 75، 76.
- (37) د. هدى محمد مجدى عبدالرحمن - دور المحكم في خصومة وحدود سلطاته - رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة - 1997م - بند 71- ص 104 .
- (38) عزمي عبد الفتاح عطيه - قانون التحكيم الكويتي - منشورات جامعة الكويت - الطبعة الأولى - 1990م - ص 23 - وجدى راغب فهمى - هل التحكيم نوع من القضاء - بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمى - جامعة الكويت - السنة السابعة عشر- العديدين الأول والثانى - مارس 1994م - ص 134.
- (39) النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية - مرجع سابق - 1990 - ص 212.
- (40) محمد التحيوى - اتفاق التحكيم وقواعده - رسالة الحصول على الدكتوراه - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - 1994م - ص 129.
- (41) أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختيارى والاجبارى - الطبعة الخامسة - دار المعارف الاسكندرية - 1988م - ص 284 وما بعدها.
- (42) المرجع السابق - ص 267 و 266.
- (43) د. عزيزة الشريف - التحكيم الإدارى في القانون المصرى - دار النهضة العربية - 1992م-1993م - ص 13.
- (44) c.E.4 Javier 1957, Lam borot, A.J.D.A 1957, 107
- (45) حكم محكمة النقض الصادر في 6 فبراير 1986م في الطعن رقم 2186 لسنة 1954م ق منشور مجلة القضاء 21 يوليو 1988م ص 234 وما بعدها.
- (46) فتحي والى - قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق - منشأة المعارف - الطبعة الأولى - 2007م - ص 53.
- (47) النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية - مرجع سابق - ص 214 وما بعدها.
- (48) كم التحكيم - مرجع سابق - ص 79 وما بعدها
- (49) انون التحكيم بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص 54.