

أسس التحكيم التجاري الدولي

Fondations of International Commercial Arbitration

نوال برنوس^{1*}1 جامعة الجزائر 1 (الجزائر)، n.bernous@univ-alger.dz

تاريخ الاستلام: 2022/01/06 تاريخ القبول: 2022/03/20 تاريخ النشر: 2023/01/31

ملخص:

لقد شهدت العلاقات الدولية، تطورا هائلا في جميع المجالات خاصة في مجال المعاملات التجارية الدولية، حيث أصبح التحكيم في الوقت الحاضر أهم وسيلة يرغب فيها المتعاملون في التجارة الدولية واللجوء إليها لحسم خلافاتهم، الناتجة عن تعاملاتهم، لما يتمتع به من أهمية، والسرعة في الحلول، وإلى إرادة الأطراف في اختيار الذين يتولون مهمة التحكيم، وما له من مزايا تجعله، دافع مهم لاستقطاب الاستثمارات والتي تعود بالفائدة على أطراف العلاقة في تعاملاتهم التجارية.

كلمات مفتاحية: التحكيم، مراكز التحكيم، اتفاق التحكيم.

Abstract:

Arbitration has become at the present time the most important means that dealers in international trade desire, and resort to resolve their differences, because of its importance and speed in solutions, and it has advantages that make it, an important motive to attract investments that benefit the parties to the relationship in their commercial dealings.

Keywords: arbitration, arbitration centers, arbitration agreement.

مقدمة:

إن نظام التحكيم لن يكن طارئاً أو جديداً على عصرنا هذا، ولكن عرف منذ القديم لدى المجتمعات وهذا ما يعزز صحة أن التحكيم سبق القضاء في حل النزاعات التي تتور

* المؤلف المرسل

بين الأطراف المتنازعة ، ويعد التحكيم مظهرا من مظاهر العدالة التي سبقت عدالة الدولة ، وتطور بشكل واسع في عصرنا الحالي ، بسبب تطور الحاصل في العلاقات التجارية الدولية ، ولقد سعى المجتمع الدولي إلى توحيد التشريعات التجارية الداخلية بما يتماشى مع التشريعات الدولية للتحكيم التجاري أو تتقارب منها ، وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد نجد أن قضاء التحكيم ثابت ومنصوص عليه في كتاب الله وسنة رسوله ، وإجماع فقهاء الشريعة ، مما يعزز الحجة أن التحكيم يعتبر تقنية أساسية لفض المنازعات التجارية ، وخاصة تلك المنازعات التي تنشأ بين الدول في علاقاتها الاستثمارية .

وتكمن أهمية موضوع التحكيم، في أن التحكيم التجاري أصبح أداة فعالة وطريقا معتمدا سواء من قبل الأفراد أو الدول، وهذا راجع إلى أن طريق التحكيم وإبرام عقود تجارية أصبح شائعا، ولا يمكن تجاهله فرضته الأطراف المتنازعة في مجالات متعددة لا سيما المعاملات التجارية بين الدول.

وعليه يمكن طرح الإشكالية التالية: ما هي أهم مقومات التحكيم التجاري الدولي؟
أهداف البحث:

يهدف موضوع البحث إلى تبيان أهمية موضوع التحكيم التجاري الدولي والأسس التي يستند عليها حيث أصبح من أهم المقومات والأساليب المعتمد عليها في المجال التجارة الدولية، ويعتبر الحافز الأساسي والعامل الرئيسي في المعاملات التجارية الدولية، وفي استقطاب أكبر عدد من المستثمرين، حيث يعتبر الضمانة الحقيقية لهم وبالتالي تعود الفائدة على الاقتصاد الوطني، وخلق الثروة وجلب رؤوس الأموال، وبالتالي التقليل من شبح البطالة.

المنهج:

للإجابة على الإشكالية اعتمدنا على المنهج الوصفي والتحليلي وهو المنهج الملائم لطبيعة البحث، حيث استندنا على المنهج الوصفي لتبيان المفاهيم والأسس العامة التي يقوم عليها موضوع التحكيم التجاري الدولي، وكذلك اعتمدنا على المنهج التحليلي في شرح وتحليل وإبداء الرأي كلما استدعت الضرورة ذلك.

المبحث الأول: ماهية التحكيم التجاري:

يعتبر التحكيم مرحلة وصلت إليها الجماعات البشرية لحل المنازعات والخلافات فيما بينها، يمكن القول بأن التحكيم قديم وحديث قديم في نشأته ووجوده، ونظام حديث في مادته وأحكامه ودراسته، بالرغم من أن الدولة هي التي تتولى الفصل في منازعات عن طريق السلطة القضائية التابعة لها، فقد أقرت التحكيم كوسيلة أخري للفصل في مثل هذه المنازعات والخلافات، ولهذا جاء التحكيم ليكون سندا للقضاء العادي، وبالتالي سنتطرق في المطلب الأول إلى تعريف التحكيم التجاري، أما المطلب الثاني فسنتناول فيها أهمية التحكيم وأبرز هيئات التحكيم التجاري الدولي في العالم.

المطلب الأول: تعريف التحكيم التجاري:

لكل شيء أصل ومنشأ، وعليه سنتناول في هذا الصدد، تعريف التحكيم وكذلك ذكر مناط اللجوء إلى التحكيم.

الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاح للتحكيم التجاري:

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف التحكيم التجاري الدولي من الناحية اللغوية في النقطة الأولى، ثم تعريفه من الناحية الاصطلاحية في النقطة الثانية كما يلي:

1- التعريف اللغوي للتحكيم التجاري:

تعددت المعاني والمفاهيم لمعنى التحكيم، فكلمة التحكيم تتسع لأكثر من معنى فالتعريف اللغوي للتحكيم، في معجم لسان العرب: ورد في تعريف فعل ((حكم)) المعاني التالية من بين معاني أخرى.

حكم: يقول ابن الأثير ((فيأسماء الله تعالى الحكم والحكيم وهما بمعنى الحاكم وهو القاضي)) أما التحكيم في معجم محيط العرب: حكم بالأمر، يحكم بالأمر يحكم وحوكمة: قضى: يقال حكم له وحكم عليه.

وفي المعجم السياسي التحكيم: هو من مادة (حكم) وحكم بتشديد الكاف تعني طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه ويسمى (الحكم) بفتح الحاء والكاف، أو الحكم بضم الميم وفتح الحاء والكاف المشددة.

والحكم لغة كالحاكم، منفذ الحكم جمعها حكام وحاكمة إلى المحاكم دعاة وخاصمه، وحكمه في الأمر تحكيماً أمره أن يحكم فاحتكم، والحكمان يحركه أبو موسى، الأشعري وعمرو بن العاص، وحكام العرب في الجاهلية أكثم بن صيفي، وحاجب ابن زرارة وعبد المطلب، وأبو طالب. (محمد جاسم المعماري، 2014، ص16).

2- التعريف الاصطلاح للتحكيم التجاري:

لقد جاء لمعنى التحكيم التجاري اصطلاحاً الكثير من التعاريف فقد جاء ذكر التحكيم في القرآن الكريم فيما ينشأ بين الزوجين، من شقاق بقوله تعالى في الآية 35 من سورة النساء: "وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا".

هذا النص يبين أنهذين الحكمين هما قاضيان وليس وكيلين أو شاهدين. وعرف جانب من الفقه التحكيم بأنه "الطريق الإجرائي الخصومي للفصل بين نزاع معين بواسطة الغير، بدلا من عن طريق القضائي العام".

وكذلك عرف التحكيم بأنه "نظام خاص للتقاضي ينظمه القانون الوضعي، ويسمح بمقتضاه للخصوم وفي منازعات معينة أن يتفقوا على إخراج منازعة قائمة أو مستقبلية من ولاية القضاء العام في الدولة، وتحل هذه المنازعة بواسطة شخص أو أشخاص عاديين يختارهم الخصوم كقاعدة ويسندون إليهم مهمة الفصل في النزاع بحكم ملزم".

ويمكن تعريف التحكيم بأنه "الطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع، والبت فيه أمام شخص أو أكثر، يطلق عليهم المحكم أو المحكمين دون اللجوء إلى القضاء". (محمد جاسم المعماري، المرجع السابق، ص17).

الفرع الثاني: مناط اللجوء إلى التحكيم:

في الحالات التي لا يوجد فيها نزاع لا يوجد ثمة تحكيم، ففكرة المنازعة وكيفية حلها هي التي يجب أن تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم أو المحكمون، وذلك باعتباره قاضيا خاصا يختاره الأطراف المحكّمون ليقول الحق أو حكم القانون بينهم، بحيث يكون هو قاضيا للخصوم في النزاع، وذلك لأنه يستند على القانون ويفصل في حقوق والتزامات الطرفين المحكّمين، ويصدر حكمه ضد أي واحد منهما أو ضدهما معا.

فالمحكّمين وإن كانوا أفراد عاديين، إلا أنّهم يملكون سلطة القضاء التي يملكها القضاة في الدولة، بخصوص النزاع المعروض على التحكيم، فإذا كان صحيحا أن إقامة العدالة بين الأفراد باعتبارها وسيلة ضرورية لهيمنة السلام بينهم هو وظيفة حيوية من وظائف الدولة الحديثة، إلا أن هذا العمل لا يعتبر على وجه الإطلاق احتكارا لها إذ يستطيع الأفراد عن طريق اتفاق بينهم أن يختاروا محكما، أو محكمين، وذلك للفصل في المنازعات التي نشأت أو سوف تنشأ في المستقبل بينهم، ومن هنا ينبغي عدم الخلط بين القاعدة القانونية الملزمة وكيفية تنفيذها، فمن بين عناصر التحكيم هو وجود نزاع قائما أو محتملا بين الأطراف ذو الشأن، وتخويل الغير أي المحكم أو المحكمين سلطة الحسم والفصل والنظر بمقتضى حكم، وتختلف ذلك يؤدي إلى وجود نظام آخر يختلف عن التحكيم. (محمود السيد عمر التحيوي، 2019، ص 25، 26، 27).

ولعل أهم ما قيل عن التحكيم أنه يتلاءم مع منازعات التجارة الدولية وكذلك لا يثار مشكلة تنازع القوانين خاصة في الحالات التي يصرح فيها الاطراف الالتجاء إلى التحكيم، وهذا ما سنوضحه وفقا لما يلي:

1: ملائمة التحكيم التجاري الدولي لمنازعات التجارة الدولية:

يقوم نظام التحكيم سواء كان داخليا أو دوليا على تبسيط الإجراءات الفصل في النزاع الذي يعرض عليه، والتحرر من الشكليات، وذلك أن الأطراف في إطار التحكيم تقاضي اختلاف الإجراءات والقواعد الوطنية التي تختلف من دولة إلى أخرى، وتؤدي إلى إهدار حقوق الأطراف وتوقعاتهم، ويعتبر ذلك عاملا أساسيا لسرعة الفصل في النزاع، وتحصر لوائح التحكيم في الوقت نفسه على النص في مدة قصيرة للفصل في النزاع، وهو ما لا يتحقق في الإجراءات المعتادة أمام المحاكم. (منير عبد المجيد، 2010، ص، ص، 5، 6).

-ومن ناحية أخرى فإن القضاء يلتزم بتطبيق القانون تطبيقا جامدا أما التحكيم فقد يصدر حكما يتضمن حلا وسطا ومرضيا للطرفين، فتستمر العلاقة بينهما على الأخص إذا كان هذا الحكم مبناه قواعد العدالة والإنصاف المرنة التطبيق.

-كما يكفل التحكيم الاقتصاد في النفقات، والخبرة الفنية في المنازعات محل التحكيم، إذ يتيح للخصم انتقاء المحكمين ممن لديهم الخبرة الكافية والتكوين المهني، بدلا من عرضه على القضاء الذي قد يلجأ إلى الاستعانة بأهل الخبرة في مسائل التجارة الفنية وبذلك يتفادى طول الإجراءات ويؤدي إلى اختصار السبل لحل النزاع.

-وكذلك فإن توفير السرية في جلسات التحكيم التي تكون عادة قاصرة على الأطراف، له أهمية في المنازعات، إذ لا يفضل التجار كشف أسرارهم التجارية في ساحات المحاكم، ولهذا

المبدأ أهمية بالنسبة للشركات العالمية التي تعتمد في معاملاتها التجارية على الثقة التي ترتبط بسمعتها، وهو ما لا يتحقق أمام القضاء الذي يعتمد على العلنية كضمان للعدالة.

2: التحكيم التجاري وتنازع الاختصاص:

لا يثير التحكيم التجاري الدولي مشكلة تنازع الاختصاص القضائي الدولي أمام المحاكم عند تحديد الدولة التي تختص محاكمها بالنظر في المنازعة، وقد يؤدي الاختصاص الدولي للمحاكم إلى اختصاص أكثر من محاكم الدولة بنظر النزاع، وهذه مسائل لا تجد محلا في نطاق التحكيم الدولي الذي يقوم أساسا بإلزام الأطراف في تحديد هيئة التحكيم، ومكان التحكيم وكذلك القواعد الإجرائية الموضوعية الواجبة التطبيق، كما أن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها أكثر يسرا وسهولة منه بالنسبة لأحكام القضاء، ولا يصادف ذات الصعوبات التي تعترض تنفيذ أحكام القضاء. (منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص، 76، 7).

المطلب الثاني: أهمية التحكيم وأبرز هيئات التحكيم التجاري الدولي في العالم:

للتحكيم أهمية في فض المنازعات بين الدول، كما له أهمية كبرى في رفع الثقل والكاهل عن القضاء العادي، أو قضاء الدولة، حيث يتمتع بعدة إيجابيات ومزايا على الأفراد والدول، كما أن التحكيم هو الأداة الآمنة التي يجذبها المستثمرون في علاقاتهم التجارية بين الدول، وستتناول أهمية التحكيم في الفرع الأول كما سنتحدث عن أبرز هيئات التحكيم التجاري الدولي في العالمي الفرع الثاني .

الفرع الأول : أهمية التحكيم :

يلعب التحكيم دورا أساسيا في فض المنازعات الدولية لا سيما التعاملات التجارية بين الدول، وله فعالية وعدة مزايا وإيجابيات يتمتع بها، وعليه سنتطرق إلى إيجابيات التحكيم في فض المنازعات القائمة بين الدول في نقطة وإيجابيات التحكيم بالنسبة للمستثمرين في النقطة الثانية:

1-مزايا التحكيم في فض المنازعات القائمة بين الدول:

-الإسراع في فض النزاع

-الاقتصاد في النفقات

-الصلاحية الفنية لاختيار ذوي الخبرة

-تشجيع التجارة بين الدول وغيرها.

وهناك أهمية خاصة بالنسبة للهيئات، ففي الوقت الذي زادت فيه المنازعات وتشابك المصالح نجد أن من المفيد أن تتفرغ الهيئات القضائية الهامة أو التي لا يجوز التحكيم فيها وذلك من خلال السماح للأفراد بعرض منازعاتهم على الأفراد عديدين ولكن مؤهلين يسمون المحكمين لها، خاصة في الوقت الذي كثرة فيه عدد القضايا والمتقاضين زيادة مضطردة لا تقابلها بنفس الوقت زيادة في عدد القضاة، وتصبح إجازة التحكيم بحق علاجا ناجحا وفعالا لهذه الظاهرة. (علي رحيم راضي، 2018، ص، 24).

2-مزايا التحكيم بالنسبة للمستثمرين:

يعتبر التحكيم التجاري الدولي للمستثمرين ضمانا ضرورية أساسية لحماية استثماراتهم، وهذا عكس القضاء العادي، وذلك لأن العقود الاستثمارية الدولية، غالبا ما ترتبط بدولة

معينة بمستثمر أجنبي لا يثق عادة في قضاء الدولة المتعاقدة أو في قوانينها، حيث يسهل أن يتأثر القاضي بالدوافع الوطنية التي قد تخالف مصالح المستثمر، كما أن القوانين في الدولة النامية سهلة التعديل والإلغاء وتتسم بعدم الاستقرار، ولهذا يرتبط التحكيم بالعديد من الاتفاقيات المزدوجة المبرمة بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات ومنها ضمانات الدولة المضيفة في العمل على ثبات التشريع والضريبة والمعاملة العادلة للمستثمر الأجنبي، كما للاستثمارات لها فائدة من الناحية الاقتصادية كما تخلق مناصب كثيرة لطالبي الشغل. وعليه كلما كانت الضمانات كافية لاسيما في المجال التشريعي كلما عمت الفائدة لكلا الطرفين.

الفرع الثاني: أبرز هيئات التحكيم التجاري الدولي في العالم

تزايدت أهمية التحكيم التجاري الدولي منذ منتصف القرن العشرين، ومن ثم بدأت صياغة الاتفاقيات التي تنظمها منذ ذلك الوقت، ولكن مع بداية التسعينيات، ومنذ بداية زيادة حركة التجارة العالمية نظرا لفرض العولمة والتي من أهم معالمها التجارة والخدمات على مستوى العالم، والتي نظمتها اتفاقيات منظمة الجات ثم حلت محله منظمة التجارة العالمية، ومن ثم نظرا لاختلاف أوضاع العالم والمعاملات التجارية والخدمات كان لابد من إيجاد الوسائل لحسم نزاعات التجارة الدولية وعدم الركون إلى قوانين وضعية للنقاضي، والتي هي في العالم الثالث مازالت تحولاتها بطيئة وإجراءاتها أكثر بطناء، ولا تتناسب مع المعطيات الجديدة، لذا فقد برز ظهور مراكز تحكيم تجاري دولي وهناك إحصائيات على مستوى غرفة التجارة الدولية في باريس تبرهن على تعاظم دور التحكيم التجاري الدولي في مجال تسوية المنازعات التي يكون أحد أطرافها من دول العالم الثالث وفي هذه الإحصائية يأتي على رأس الدول الأخذة بهذا الأسلوب: الجزائر - نيجيريا - ليبيا - سوريا - مصر .

-هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس

-معهد التحكيم الدولي انجلترا لندن

-جمعية التحكيم الأمريكية لندن

-المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار واشنطن

-معهد التحكيم لغرفة التجارة بالسويد ستوكهولم

-المحكمة الدائمة للتحكيم هولندا لاهاي

-محكمة التحكيم العربي الأوروبي باريس

-معهد يون يدروا في ايطاليا للتحكيم روما

-محكمة التحكيم الأوروبي ايطاليا

-المجلس المتوسط للتحكيم بدول البحر المتوسط تونس

-مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي القاهرة

-مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي العربي

-المركز الإسلامي للتحكيم القاهرة

- آلية فض المنازعات التابعة لمنظمة التجارة العلمية بسويسرا جنيف
- محكمة التحكيم البحري بمؤسسة النقل البحري اليابانية
- مركز كوالالمبور الإقليمي للتحكيم الدولي بماليزيا
- محكمة التحكيم الدائمة بهولندا. (محمد شهاب، 2009، ص، 45، 46).

المبحث الثاني: ماهية اتفاق التحكيم:

من أهم الأسس التي يستند عليها عملية التحكيم، هو الاتفاق على التحكيم، والذي يعد بمثابة الحجر الأساس في عملية التحكيم وهذا نتيجة لما يترتب على الاتفاق من آثار قانونية ملزمة للأطراف العلاقة، وعليه سنتطرق إلى تعريف اتفاق التحكيم في المطلب الأول، ونتطرق إلى الأثر المانع لاتفاق التحكيم في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف اتفاق التحكيم:

سنتناول في هذا المطلب التعريف الفقهي لاتفاق التحكيم في الفرع الأول ثم نحدد صور الاتفاق على التحكيم في الفرع الثاني كما نشير إلى محتوى اتفاق التحكيم في الفرع الثالث، كما نبين الفرق بين التقاضي العادي والتقاضي بالتحكيم في الفرع الرابع.

الفرع الأول: التعريف الفقهي لاتفاق التحكيم:

عرفه الفقه الفرنسي كما يلي "يقصد باتفاق التحكيم شرط التحكيم ومشارطه التحكيم، تصرفا قانونيا بمقتضاه يلتزم طرفاه باللجوء إلى التحكيم لحل ما يثور بينهما من منازعات" وعرفه جانب آخر من الفقه المصري بأنه: "عقد بمقتضاه يتفق طرفاه على عرض المنازعات التي نشأت أو تنشأ بينهما على شخص أو أشخاص معينين، ليتولوا الفصل فيها بدلا من المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع"، وعرفه جانب آخر أنه ذلك العقد الذي يتفق الأطراف بمقتضاه على عرض النزاع القائم فعلا أو النزاع الذي ينشأ في المستقبل بمناسبة تنفيذ عقد معين، على المحكمين بدلا من عرضه على قضاء الدولة".

وتترتب على اتفاق التحكيم النتائج التالية:

1- يعتبر من العقود الرضائية :

كون أنه عقد رضائيا بد من توافق إرادة طرفيه بإيجاب وقبول متطابقين حول إخضاع النزاع الذي نشأ أو يمكن أن ينشأ عن علاقتهما القانونية للتسوية بطريق التحكيم.

2- وجوب إفراغه في شكل كتابي وإلا كان باطلا:

إنه كسائر العقود ملزمة للجانبين، بمعنائه يفرض التزامات على عاتق الطرفين، جوهرها نزول كل طرف في مواجهة الطرف الآخر عن حق الالتجاء إلى القضاء في حدود النزاع محل اتفاق التحكيم، والتزامه في ذات الوقت، بطرح النزاع أمام المحكم والمساهمة في اتخاذ الإجراءات اللازمة لسير عملية التحكيم، ومحاولة إنجاحها، وصولا إلى الفصل فيها بحكم ملزم له، وعدم جواز فسخ اتفاق التحكيم أو الانسحاب منه بإرادته المنفردة.

3- يعتبر اتفاق ذو طبيعة خاصة:

ليس كسائر الاتفاقيات أو التصرفات القانونية الإرادية التي تنصب عادة على الحقوق والمراكز القانونية للأشخاص، فهو لا يتصل بتلك الحقوق والمراكز القانونية إلا بطريق غير مباشر، حيث أن موضوعه المباشر هو نزاع الاختصاص بالفصل في النزاع من قضاء الدولة وإعطائه للمحكمين، وتلك مسألة إجرائية بالدرجة الأولى وهذا يقود إلى القول بأن الطبيعة

الإجرائية لا تغيب عن هذا الاتفاق بل تعمل جنباً إلى جنب مع الطبيعة العقدية له. (محمد طه سيد احمد عاشور، 2017، ص، 19).

الفرع الثاني: صور اتفاق التحكيم

يتخذ التحكيم عدة صور، منها شرط التحكيم و مشارطه التحكيم، وسوف ندرجها ببعض التفصيل وفقاً لما يلي:

1: شرط التحكيم

ويعرف شرط التحكيم بأنه اتفاق بين طرفين على ما قد ينشأ بينهما من نزاع بشأن علاقة قانونية معينة، يفصل فيها بواسطة المحكم، أو أنه الاتفاق الذي يتضمن عرض المنازعات المحتملة بين طرفيه أو التي قد تنشأ عن عقد معين على المحكم أو المحكمين، أو الاتفاق الذي يتم قبل حدوث أي نزاع ويرد في عقد من العقود ويلتزم الأطراف بمقتضاه إخضاع ما قد يثار بينهم من خلافات، أو منازعات بمناسبة تنفيذ هذا العقد على محكم أو محكمين يفصلون فيه، بدلاً من عرضه على قضاء الدولة.

وعرفه المشرع الفرنسي في المادة 1442 من قانون الإجراءات المدنية، بأنه الاتفاق الذي بمقتضاه يتعهد طرفان في عقد ما بأن يخضعا للتحكيم المنازعات التي قد تنشأ بينهما عن هذا العقد، ومن التعريف يتضح أن شرط التحكيم يتخذ إحدى الأشكال التالية:

- حيث يمكن أن ينص عليه كبند من بنود العقد الأصلي المبرم بين طرفيه، الذي قد يثور نزاع بشأنه في المستقبل حول تفسير هذا العقد أو صحته أو بطلانه.

- كما يمكن أن يرد عقد مستقل سابق عن نشوء النزاع، وبعد إبرام العقد الأصلي، ويجب أن يكون شرط التحكيم واضحاً دون غموض في المعنى، وجوب التجاؤهما إلى التحكيم للفصل فيما سيقوم بينهما من منازعات الناشئة عن العقد أو متصلة به، فلا يحددان المنازعات تحديداً جامداً ويمكنهما أن يؤكدوا هذا الوجوب بالنص على عدم الالتجاء محاكم الدولة. (محمد طه سيد احمد عاشور، المرجع السابق، ص، 20).

2: مشارطة التحكيم :

تعددت التعاريف حول مشارطه التحكيم، حيث عرفها البعض بأنها الاتفاق الذي يتم بين الطرفين بعد قيام نزاع بينهما لعرض هذا النزاع على التحكيم. (فتحي والي، 2009، ص123)

كما عرفه البعض الآخر، بأنها ذلك الاتفاق الذي يستطيع بمقتضاه أطراف نزاع قائم بالفعل، عرض هذا النزاع على محكم أو محكمين يختاره هؤلاء الأطراف لحسم النزاع. (عزمي عبد الفتاح عطية، 1990، ص 9).

وعرفها القانون الفرنسي بأنه "الاتفاق الذي بمقتضاه يخضع أطرافه نزاع نشأ بينهم لتحكيم شخصاً أو أكثر ويتضح من التعريف السابق أن مشارطه التحكيم هي عقد وينبغي أن يتوافر لها أركان العقد من أهلية كاملة ورضاء ومحل وسبب وفقاً للقانون وإذا تخلف إحدى هذه الأركان أصبحت المشارطة باطلة وجاز الطعن فيها بدعوى البطلان الأصلية في الحكم الصادر عليها. (محمد طه سيد احمد عاشور، المرجع السابق، ص 24).

الفرع الثالث: محتوى اتفاق التحكيم:

لا بد من الإشارة في هذا الفرع إلى تعيين موضوع النزاع وكذا الجهة التحكيمية التي تتولى الفصل في النزاع المعروض كما يلي:

1-تعيين موضوع النزاع:

إن تعيين موضوع النزاع له أهمية قصوى، حيث يسمح بموجبه معرفة ما إذا كانت المسائل المتنازع فيها والتي أوكلا لاختصاص فيها إلى المحكم أو الهيئة التحكيمية يجوز اللجوء بشأنها إلى التحكيم، كما أن تمييزها عن غيره من النزاعات يصبح أمرا سهلا.

2- تعيين الجهة التحكيمية:

إن التنوع في الأنظمة التحكيمية يترك للأطراف الحرية في اختيار الهيئة التحكيمية التي يوكل لها حق الاختصاص للفصل في نزاعاتهم وعليه سنذكر نوعية التحكيم:

أ-التحكيم الحر:

في هذه الحالة يكون تعيين المحكم أو الهيئة التحكيمية منظمًا بموجب شرط التحكيم أو مشارطتها للتحكيم، الذي يمكن بموجبه طريقة تعيين محكمين أو بالرجوع إلى تنظيمات منظمة بنصوص أخرى، وبالتالي فالاختيار يستمد أساسه من إرادة الأطراف في الاتفاق مما يفيد أنهم يتولون بأنفسهم اختيار المحكمين معينين بمهمة فض منازعة معينة قائمة فعلا أو محتملة مستقبلا.

ب -التحكيم المؤسسي أو النظامي:

في هذا النظام ينحصر دور إرادة الأطراف في اختيار الجهة المحتكم إليها ومقر إجراء التحكيم لتولي تلك المؤسسة التحكيمية الإشراف على التحكيم من جهة مراقبة إجراءاته فتقوم بتعيين المحكمين طبقا للوائحها المعتمدة للتحكيم وقد وجد هذا النوع من التحكيم الحر للتسهيل على الأطراف إمكانية اللجوء إلى التحكيم وغالبا ما تعد تلك المؤسسة قائمة تشمل أسماء متخصصين لهم خبرة ومعرفة بالمعاملات ولأطراف المتنازعة أن تختار من تلك الأسماء أو تترك للمؤسسة التحكيمية حرية الاختيار.(شريف بن تامر ، 2003، 2004، ص 4).

ج-التحكيم بالقانون أو بالصلح:

قد يكون التحكيم تحكيما بالقضاء وهو التحكيم الذي يكون للمحكم فيه إلى سلطة القضاء في المنازعة المعروضة عليه فيتقيد في حكمه بقواعد القانون الموضوعي، وقد يكن تحكيما بالصلح وهو التحكيم الذي لا يتقيد فيه المحكم بالصلح بقواعد القانون الموضوعي، ولا يكون حكمه قابلا للطعن فيه، حيث أن المحكم بالصلح يحكم في النزاع المعروض عليه وفقا لما يراه هو عادلا أو ملائما لمصلحة الطرفين بغض النظر عن موافقة رأيه لقواعد القانون الموضوعي أو عدم موافقته.(نادية مقدود، 2010-2010، ص 20).

ولتوضيحا أكثر فإن التحكيم بالقانون هو الذي يلتزم فيه المحكم بتطبيق القواعد الإجرائية والموضوعية للقانون الذي يحكم النزاع، وكما يتصور إخضاع كل مراحل التحكيم لقانون واحد فمن الممكن أيضا إخضاع كل مرحلة من مراحل لقانون مختلف وذلك حسب إرادة المحكمين.

وينبغي ملاحظة أنه في التحكيم بالقانون لا يملك المحكم إجراء الصلح بين المحكمين إلا إذا فوض في ذلك من المحكمين ، أما التحكيم بالصلح فهو الذي يعطي المحكم فيه من التقيد

بأحكام القانون ويفضل في النزاع وفقا لما يراه محققا للعدالة وصولا إلى الحكم يحفظ التوازن بين مصالح المحكّمين حتى لو كان في هذا الحكم مخالفة لأحكام القانون التي تحكم وقائع النزاع والتي يلتزم القاضي بتطبيقها فيما لو عرض النزاع عليه، إلا أنه مقيد في ذلك بالالتزام بالمبادئ الأساسية في التقاضي وأهمها احترام حقوق الدفاع وسواء أكان التحكيم بالقانون أو التحكيم بالصلح فإن قرار المحكم يتمتع بقوة إلزامية في مواجهة المحكّمين، وهو بنفس الوقت مقيد بمقتضيات النظام العام.

ويجب على المحكمة في نوعي التحكيم الالتزام في مهمته بما اتفق عليه المحكّمين فإذا يتفقوا على تفويضه بالصلح مثلا فلا يصح له أن يجرى تحكما بالقانون والعكس صحيح. (نادية مقدود، مرجع سبق ذكره، ص، 21).

الفرع الرابع: الفرق بين التقاضي العادي والتقاضي بالتحكيم:

- التقاضي العادي ذات طابع رسمي منشأ من قبل الدولة، وقضاء التحكيم يعد قضاء ثانويا بجانب القضاء الرسمي.

- أن أطراف النزاع لهم حق اختيار المحكّمين ولا يكون كذلك في القضاء العادي فلا يمكن في أطراف النزاع اختيار قاض للفصل في منازعاتهم.

- القضاء العادي هو حق مقرر لكل الأفراد المجتمع بل ويجبر الأفراد على المثول أمامه والحكم عليه، بينما في التحكيم فإن الخصوم هم الذين يختارون القضاة ويلتزمون بتنفيذ ما حكم به المحكّمين بوزع من ضميره.

ولذلك يعتبر التحكيم في عصرنا المعاصر قضاء خاص، ونستطيع القول بأن التحكيم جهة قضاء خاص نظمها القانون.

- وينفذ الحكم القضائي جبرا عن طريق السلطات العامة، فالسلطة القضائية هي إحدى مظاهر سيادة الدولة بينما ولاية التحكيم لا تقوم إلا برضا الأطراف المنازعة عن طريق اتفاق التحكيم الذي يتضمنه أطراف الخصومة على اللجوء إلى التحكيم والذي بدوره يحدد نوع الخصومة والإجراءات التي يجب إتباعها لإنهاء تلك الخصومة.

- كما أن القضاء الرسمي له ولاية عامة فهو يختص بالنظر في جميع القضايا التي تعرض عليه والفصل فيها حسب الأنظمة المعمول بها في الدولة، أما اللجوء إلى التحكيم فلا يكون حقا مقررًا لجميع الناس ولا يشمل كل المواضيع فهناك بعض القضايا والمسائل التي لا يجوز اللجوء فيها إلى التحكيم.

كل المنازعات الناشئة عن الجهة المختصة أصلا بالنظر في النزاع المعروض على التحكيم يجب أن تصادق على اتفاق التحكيم وكذلك المصادقة على الحكم التحكيمي، وتعطي الأمر إلى الجهات المختصة في الدولة، وكذلك في حال الاتفاق لأطراف على مواصلة حل النزاع عن طريق أو في حال صدور حكم المحكم مخالفا للنظام فإن سلطة الفصل في هذا النزاع تعود إلى القضاء الرسمي فهي الجهة المختصة في النزاع.

- الأصل في إجراءات التحكيم سرية والأصل في إجراءات وجلسات التقاضي العادي تكون علنية، والحكمة في رأينا من سرية التحكيم تعود إلى المحافظة على المراكز القانونية وعلى السمعة التجارية التي يحوزها الأطراف وبالتالي استقرار المعاملات التجارية الدولية.

(<http://www.consortioLaw.firm.Com> consulté le 02 novembre 2021)

المطلب الثاني: الأثر المانع لاتفاق التحكيم

يتمثل الأثر المانع في عدم قبول الدعوى للنزعة متفق بشأنها على التحكيم أمام القضاء الدولة، وللتعرف على مضمون الأثر المانع لاتفاق التحكيم، سنتناول مفهوم الأثر المانع لاتفاق التحكيم في الفرع الأول، الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم في الفرع الثاني، ونشير إلى العناصر الأساسية لاتفاق التحكيم في الفرع الثالث.

الفرع الأول: مفهوم الأثر المانع لاتفاق التحكيم

يعتبر اتفاق التحكيم من العقود الملزمة للمتعاقدين، لذلك فإنه يرتب على عاتق أطرافه التزاما بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة.

وعليه فإن الأثر السلبي لاتفاق التحكيم يتمثل في سلب اختصاص قضاء الدولة في الفصل في النزاع وإسناد مهمة الفصل فيه إلى القضاء الاتفاقي الذي يتشكل من أفراد عاديين، يختارهم الأطراف بأنفسهم ليتولوا مهمة الفصل فيه بدلا من المحكمة المختصة أصلا بالفصل فيه وبالتالي فإن اتفاق التحكيم يعتبر ابتداء حاجيا ومانعا يمنع الأطراف من رفع الدعوى أمام قضاء الدولة.

وقد عبر جمهور الفقه بأن الأثر المانع لاتفاق التحكيم يتمثل في إلزام أطرافه بالامتناع عن الالتجاء للقضاء العام في الدولة وعبر البعض الأخربأنه يترتب على اتفاق التحكيم إقصاء النزاع عن القضاء وجعله من اختصاص هيئة التحكيم، وبتعبير آخر انه يترتب على اتفاق التحكيم أثرا مانعا يتمثل في سلب ولاية القضاء الدولة بنظر النزاع موضوع اتفاق التحكيم. (هات محي الدين اليوسفي، 2014، ص18).

الفرع الثاني: الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم

يلتزم الأطراف بعرض النزاع الناشئ بينهم على محكم أو محكمين ثم اختيارهم للفصل في النزاع وهذا بدلا من اللجوء إلى المحكمة المختصة أصلا بالفصل في النزاع، وعلى هذا النحو فإن الأثر الإيجابي لا يطرح أي إشكال، ولكن الأمر يصبح مختلفا إذا طلب أحد الأطراف تفعيل التحكيم، بينما يقوم الطرف الثاني بعرقلة هذا التوجه كأن ينسحب من مشاركته التحكيم أو يمتنع عن تعيين محكمة أو يغيب عن جلسات التحكيم أو أن يتسبب في كل ما من شأنه منع سير عملية التحكيم وفق ما تم الاتفاق عليه.

ومما لاشك فيه أن هذه الحالات تمنع السير الحسن لعملية التحكيم إن كان الأصل أن قبول اللجوء للتحكيم جاء بناء على الإرادة المنفردة فإن الأمر يختلف في حالة الرغبة بالانسحاب من الاتفاقية التحكيم لا سيما إذا كان لهذا الانسحاب أثر سلبي على الطرف الآخر، وتتجلى أهمية الكتابة في هذه الحالة وهذا من أجل ضمان جدية اتفاق التحكيم ويكون هذا في صلب العقد أو في شروطه مستقلة عن العقد، لهذا فإن عبارات الاتفاق أهمية بالغة في مسألة تحديد الإرادة المشتركة لأطراف الاتفاق، ويخضع تفسير الاتفاق لمجموعة من الضوابط المنطقية وضوابط قانونية ولهذا فعند تفسير الاتفاق يجب الالتزام بأن يكون هذا التفسير في إطار ضيق مع كامل الحيطة والحذر اللازمين إلى جانب أن تكون للمحكمين سلطتهم القضائية لحل النزاع تكتسي صياغة التحكيم أهمية بالغة من حيث أن لأطرافها الحرية في صياغة، لهذا

من المستحسن أن تحاول أطراف الاتفاق الإحاطة بكل ما هو ضروري لتجنب الرجوع للقضاء مما ينجم عنه التعقيد وإطالةأمد النزاع.(عبد القادر عباس، 2008، ص، 319).

الفرع الثالث: العناصر الأساسية لاتفاق التحكيم:

رأينا أن اتفاق التحكيم مهما كانت صورته، فهو يعد عقدا قائما بذاته مع تمييزه بطبيعة ومميزات قائمة ويلزم لوجود أي عقد توفر هذه الأركان الثلاثة فيه الرضا، والمحل، والسبب، إضافة إلى الشروط الخاصة التي يجب أن تتوافر في هذا الاتفاق وبالتالي سننتقل الى الأركان العامة ثم الحديث على الشروط الشكلية وفقا لما يأتي

1 الأركان العامة: لا بد من توافر الاركان العامة والمعروفة في كل العقود حيث لا تصح العقود الا بوجودها

أ: الرضا:

يعد الرضا ركنا أساسيا لقيام العقد وهو اتجاه الإرادة نحو أمر قانوني معين، ويقصد به توافق الإرادتين أو التراضي ويعتبر رضا المتعاقدين أهم ركن في العقد، كما يمكن أن يشمل العقد على أكثر من متعاقدين كما هو الشأن بالنسبة لاتفاق التحكيم والذي يسمى باتفاق التحكيم المتعدد الأطراف والاتفاق للجوء إلى التحكيم لحل النزاعات الناشئة أو المستقبلية فإذا انتفت هذه الأركان كان العقد باطلا.

ب: المحل:

أن محل الالتزام في العقد إما أن يكون إعطاء شيء أو نقل حق عيني وإما أن يكون أداء عمل وإما أن يكون امتناعا عن عمل أما محل اتفاق التحكيم وهو أن يخضع الأطراف للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع يتعلق برابطة من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية بمسالة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم والالتزام الأطراف بعرض المنازعة للتحكيم كما يشترط في محل اتفاق أن يكون موجودا وممكنا.

ج: السبب:

ويقصد بالسبب الغرض الذي من اجله التزام العاقد، فسبب اتفاق التحكيم هو اللجوء إلى التحكيم كعدالة خاصة وتفادي قضاء الدولة لما فيها من تعقيدات إجرائية ووقائية ولما يحققه من سرية مطلوبة ويديره متخصصون في مجال التجارة الدولية مع فرض حسن النية. وهذه النقاط الثلاثة تعد الشروط العامة التي يجب أن تتوفر في أي عقد إضافة إلى الشروط خاصة.(مطمد فائزة، 2010، 2009، ص، 41).

2: الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم:

لقد اشترطت القوانين المقارنة وكذلك القوانين الدولية الاتفاقية على وجوب الشكلية لاتفاق التحكيم بحيث اشترطت أن يكون مكتوبا.

أ-الكتابة:

بما أن اتفاق التحكيم عقدا بين الطرفين إذا كان مستقلا عن العقد الأصلي أو تضمنه العقد الأصلي ينبغي أن يكون مكتوبا فقد نصت المادة الثانية فقرة الأولى والفقرة الثانية من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على أنه:

"تتعترف كل من الدول الموقعة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بموجبه الطرفان بعرض منازعاتهما أو بعض منازعاتهما الناشئة عن علاقات حقوقية معينة والمقصود بتعبير "اتفاق مكتوب" شرط التحكيم الذي يتضمنه العقد أو عقد التحكيم إذا كانا موقعين من قبل الطرفين أو إذا تضمنهما تبادل مراسلات أو برقيات". (محمد كولا، 2008، ص 116).

وقد أخذت القوانين الوطنية لأغلب الدول بهذا الشرط فقد نصت المادة 1443 من القانون الفرنسي على اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم.

ومع انضمام الجزائر إلى الاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية سنة 1988 تجعل الكتابة وسيلة إثبات في حالة المطالبة بالاعتراف أو التنفيذ ممن له مصلحة، هذا من جهة ومن أخرى أن المرسوم التشريعي 09/93 دعم هذا الشرط باشتراط أن يكون اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان مكتوبا ومن هنا أخذ المشرع الجزائري شرط الكتابة والمستمد من القانون الخاص السويسري. ومن هنا يكون المرسوم التشريعي قد سائر اتفاقية نيويورك 1958، إذ ينبغي إثبات اتفاق التحكيم كتابة لتنفيذ الحكم التحكيمي إذ تعتبر الطريقة الوحيدة لتأكيد إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم واستبعاد القضاء الوطني. (محمد كولا، الرجوع السابق، ص 119، 118).

الخاتمة:

يمكن القول بأن التحكيم التجاري الدولي قد عرف تطورا كبيرا في الآونة الأخيرة على المستوى التشريعي من خلال الاتفاقيات الدولية، أو التشريعات الوطنية الداخلية، وحتى القواعد التحكيمية التي عملت على تنظيم أحكامه، أو على المستوى العالمي من خلال العدد الهائل من المنازعات التجارية الدولية المعروضة أمام الهيئات التحكيمية. حيث أصبح المجتمع الدولي يتجه إلى التحكيم لفض المنازعات التجارية الدولية، وإن كانت المميزات المغربية للتحكيم التجاري الدولي من سرعة الفصل في النزاعات، وتخصص وخبرة الهيئات المتخصصة التي تفصل في المنازعات المثارة أمامها إلى حرية اتفاق الأطراف، في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والإجراءات، وغيرها وهذا ما يبرر لجوء أطراف التجارة الدولية إليه والاهتمام المتزايد للدول به لا سيما توفير ضمانات تشريعية كافية لجلب المستثمر.

كما يعتبر التحكيم وسيلة خاصة لفض النزاعات التجارية الدولية فالتحكيم اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به، فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بقرار ملزم للخصوم وقد يكون بمناسبة نزاع قائم بين الخصوم ويسمى مشاطرة التحكيم أو اتفاقا للتحكيم،

وعليه فإن خصوصية التحكيم جعلته كقضاء خاص ينطوي على أسس متينة، هذه الأسس تميزه عن غيره من الأنظمة المشابهة له، وبناء على ما يتمتع من امتيازات، كالسرعة والسرية، والرضا ما شجع أطراف العقد من اللجوء إليه في حالة نشوب المنازعات أو الخلافات أو ربما ستنشأ مستقبلا انسجاما مع المعاملات التجارية المختلفة والتي تتطلب مزيدا من السرعة في الإنجاز.

كما تجدر الإشارة في الاخير أن التحكيم من أهم الضمانات الأساسية ، والتي تبنى عليها المعاملات التجارية وهي العامل المهم لنجاح مناخ الاستثمار في الجزائر أو أي بلد من بلدان العالم.

قائمة المراجع:

الكتب :

- محمد جاسم المعماري، (2014)، التحكيم التجاري الدولي وتدخلات القضاء الوطني، المكتب الجامعي الحديث، بدون ذكر البلد.
 - محمود السيد عمر التحيوي، (2019)، التحكيم في المواد التجارية والمدنية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر.
 - منير عبد المجيد، (2010)، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر.
 - محمد شهاب، (2009)، أساسيات التحكيم التجاري الدولي، والقوانين والاتفاقيات المنظمة للتحكيم عربيا وعالميا مكتبة الوفاء القانونية، طبعة الأولى مصر.
 - محمد طه سيد احمد عاشور، (2017)، اتفاق التحكيم وإجراءات الخصومة التحكيمية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر.
 - فتحي والي، (2009)، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر.
 - عزمي عبد الفتاح عطية (1990)، قانون التحكيم الكويتي، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت.
 - محمد كولا، (2008)، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر.
 - هات محي الدين اليوسفي، (2014)، الأثر المانع لاتفاق التحكيم، ومدى تأثيره على الاختصاص القضائي، طبعة الأولى، الإسكندرية، مصر.
- #### المذكراتالجامعية:
- شريف بن تامر (2004-2003)، الطعون في القرارات التحكيمية وفقا للتشريع الجزائري، جامعة التكوين المتواصلبوزريعة، الجزائر.
 - نادية مقدود، (2010-2011)، نطاق التحكيم التجاري الدولي وألياته في فض النزاعات، جامعة التكوين المتواصلبوزريعة، الجزائر.
 - مطمدفائزة، (2010-2009)، اتفاقية التحكيم التجاري وشروطها وأثارها، جامعة التكوين المتواصل، الجزائر.

المقالات:

- عبد القادر عباس، (2008)، التحكيم التجاري الدولي وأثاره، مجلة العلوم والحقوق الإنسانية، مجلد رقم 1 عدد 9، جامعة الجلفة، الجزائر.

مواقع الانترنت:

- الاستشارات القانونية consortio law firm، (2019)، الفرق بين التقاضي العادي وقضاء التحكيم، متاح على الموقع الإلكتروني:

<http://www.consortiolawfirm.com> consulté le 02 novembre 2021.