

سنة أولى ماستر قانون أعمال

درس ----- التحكيم التجاري الدولي

مقياس: قانون التجارة الخارجية

استاذ المقياس: بن الشيخ النوي: و كونه القانون الدولي والعلاقات الدولية من جامعة الجزائر (1)



ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

مقدمة الدرس:

تقديم:

- تقديم عام للتحكيم التجاري الدولي:

يعتبر "التحكيم التجاري الدولي" بمثابة نظام قضاء خاص يشكل بديلا عن القضاء العادي الرسمي للدولة، ويتمتع بخصوصية قانونية إجرائية وموضوعية، تميزه عن قواعد و أصول المحاكمات العادية في قضاء الدول، كما يعتبر "الحكم" بمثابة "قاضي" خاص يعهد له الخصوم بتنفيذ مهمة التحكيم في نزاع أو خصومة قائمة أو مستقبلية خلال فترة زمنية معينة، لقاء أتعاب تحدد بموجب اتفاقية التحكيم، سواء تم الاتفاق في شكل بندا تحكيميا في العقد الأصلي (شرطا تحكيميا) أو في شكل اتفاق منفصلا ومستقلا بذاته عن العقد الأصلي (مشاركة تحكيم)، وهو نظام يختلف جزئيا في نظامه القانوني عن "التحكيم التجاري الوطني" كما توجد بينهما أحكام قانونية مشتركة، كما يتشارك في تنظيمه، القانون الوطني لأكثر من دولة في نفس الوقت مع القانون الدولي وهو بمثابة قضاء خاضع لمبدأ سلطان الإرادة للخصوم حيث يختارون جميع عناصره، وقد نظمته المشرع الجزائري ضمن الطرق البديلة لحل النزاعات مع الصلح والوساطة وخصص له الفصل السادس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد من 1039 إلى 1065 .

ذلك ما سنتناوله من خلال المحاور التالية :

المحور الأول : ماهية نظام التحكيم التجاري الدولي و أنواعه

التحكيم التجاري الدولي هو عملية قضائية توافيقية مستقلة عن الدولة، يتفق أطراف النزاع على عرض النزاع على محكم أو هيئة تحكيم، يعينه الأطراف مباشرة أو من قبل مؤسسة تحكيم دولية ، لحل نزاعهم عن طريق إصدار حكم تحكيم ملزم لأطرافه ويتم ذلك وفقاً لقواعد إجرائية وقانونية يختارها الأطراف وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة .

أ : التعريف العام للتحكيم :

التحكيم التجاري عموما هو طريقة يختارها الأطراف وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، لحل النزاعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع على التحكيم للفصل فيه كاستثناء عن الأصل الذي هو اللجوء إلى القضاء ، لذلك فهو "نوع من العدالة الخاصة والاستثنائية تخضع كليا لمبدأ سلطان الإرادة بحيث يختار الأطراف في الخصومة التحكيمية كل عناصرها من المحكم إلى

القانون الواجب التطبيق إلى على حدود النزاع و إجراءات الفصل فيه وطريقة تنفيذ الحكم وهذا غير متاح أمام القضاء بوصفه الطريق العادي للفصل في النزاعات.

و يعرف التحكيم التجاري الدولي أيضا بأنه " طريق بديل لحل النزاعات يتفق فيه الأطراف على عرض نزاعهم بمناسبة تنفيذ عقد تجاري دولي على التحكيم عن طريق تعيين محكم أو عدة محكمين أو هيئة تحكيم، بحيث يصدر حكما تحكيميا يمكن تنفيذه طوعا من طرف المتنازعين، كما يكون قابلا للتنفيذ الجبري بأمر من السلطة العمومية وفقا لإجراءات محددة قانونا"، ولكي يكون للتحكيم الطابع الدولي، يجب أن تتوفر فيه بعض الشروط، منها أن يكون الخلاف أو النزاع متصلا بالمصالح التجارية أو الاقتصادية الدولية، وأن يكون أحد أطرافه على الأقل، شخصا طبيعيا كان أو معنويا من جنسية أجنبية أو يقطن أو له مقر تجاري في الخارج ، وهذا وفقا لموقف المشرع الجزائري.

ويجب التمييز بين التحكيم التجاري الدولي والتحكيم التجاري الوطني الذي تكون جميع عناصره وأطرافه من جنسية دولة واحدة أي وطنية، ويخضع للقانون الوطني والكثير من أحكامه القانونية تختلف عن التحكيم التجاري الدولي، كما يجب التمييز بين التحكيم التجاري الدولي والتحكيم في القانون الدولي العام، فهذا الأخير يخص تسوية الخلافات السياسية بين الدول كالخلافات حول الحدود البرية أو البحرية، أو كذلك الخلافات التي من شأن استمرارها أن يعرض حفظ السلم والأمن الدولي للخطر وفقا للمادة (33) من ميثاق الأمم المتحدة.

ب - التعريف التشريعي للتحكيم التجاري الدولي :

عرف المشرع الجزائري التحكيم التجاري الدولي في المادة (1039) من قانون (ق إ م إ) بأنه "يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

أما المشرع المصري فعرفه في المادة (4 فقرة 1) من قانون التحكيم بأنه "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة، سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركزا دائما للتحكيم أو لم يكن ذلك"، وتصفه المادة (10) من نفس القانون بأنه "...اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية".

فيما عرفه المشرع الفرنسي في قانون التحكيم في المادة 1442 بأنه "اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد معين من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم" ووصفته المادة 1447 من نفس القانون بأنه "اتفاق الأطراف على إخضاع منازعة نشأت بينهم بالفعل لتحكيم شخص أو أكثر".

وكخلاصة يمكن القول بأن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم ينزع الاختصاص من القضاء الرسمي للدولة ويؤول الاختصاص لهيئة التحكيم، فهو وسيلة بديلة عن القضاء العادي لحل النزاعات التجارية الدولية، تمتاز بالمرونة والسرعة وخضوعها الكامل لمبدأ سلطان الإرادة لأطراف النزاع تمكنهم من اختيار كل عناصر التحكيم.

ج : خصائص نظام التحكيم التجاري الدولي

هناك العديد من الخصائص في التحكيم التجاري الدولي التي تجعله يتميز بين مختلف طرق حل النزاعات وأهم تلك هذه الخصائص هي:

1- السرعة في الإجراءات:

هو أسرع الطرق لفض النزاعات، حيث أنه يتم اختيار المحكم بالتوافق بين الطرفين ، وبالتالي يوفر ذلك الكثير من الوقت بالمقارنة بالحلول الأخرى، كما أنه لا توجد أطراف تحكيمية أخرى سوى هيئة التحكيم فلن يتم إطالة الإجراءات لحين نظر أي جهة أخرى في النزاع. كما أن الطرفان المتخاصمان يقوموا بتحديد لمواعيد الخاصة بالجلسات التحكيمية بما يتناسب معهما مما يسرع في عملية اتخاذ القرار النهائي في القضية، وبالتالي يوفر الطرفان كثيراً من الوقت.

2- السرية والخصوصية:

إن التحكيم التجاري الدولي يتم في جلسات سرية غير علنية والطرفان غير ملزمان بإعلان أي تفاصيل عن مجريات التحقيق أو نتائجه، فإن من أهم الخصائص هي السرية التامة في فترة التحكيم بين الشركات الكبيرة المتنازعة حفاظاً على اسم كل من أطراف النزاع التجاري.

3- الاقتصاد في النفقات على النزاع:

توفير المال في القضايا التحكيمية الدولية من أهم المميزات فإنه أقل كثيراً في الرسوم بالمقارنة بالطرق الأخرى بالمقارنة بالقضاء مثلاً.

4- تطبيق إرادة الخصوم في اختيار المحكم وكافة عناصر التحكيم:

من أبرز مميزات التحكيم التجاري الدولي هو أن الطرفان يجب أن يتفقا على هيئة التحكيم بالتراضي فيما بينها، وبالتالي يتسم المحكم أو المحكمين بأنهم على كفاءة عالية وضمن سلامة التحقيق، فضلاً عن كون باقي عناصر التحكيم خاضعة لإرادة الأطراف من القانون الواجب التطبيق إلى الإجراءات إلى طريقة تنفيذ الحكم وغيرها من العناصر.

5- النزاهة والحيادية :

إن المحكم الذي يتم اختياره يتم اختياره بالتوافق والتراضي بين الطرفين، لذا فهو طرف محايد لا توجد له أي مصلحة لطرف على حساب الآخر وبالتالي يضمن نزاهة الحكم أكثر.

د : تمييز نظام التحكيم التجاري الدولي عن بعض الأنظمة المشابهة:

نجد العديد من النظم القانونية التي قد تتشابه مع التحكيم التجاري الدولي والتي من أهمها، القضاء، والصلح، وفقاً لما يلي :

1 : التحكيم والقضاء

القضاء هو إحدى السلطات العامة للدولة، وبالتالي فإن القاضي يعتبر موظفاً عاماً له ولاية قضائية، ويصدر أحكاماً قضائية ويتقاضى أجره من الدولة ولا يتقاضى أجراً أو أتعاباً على عمله من قبل المتقاضين ولا يمكن عزله إلا تأديبياً، أما في التحكيم فينشأ نظام إجرائي مؤقت قاصر على نزاع معين، وبنطاق محدد ويتولى هذه العملية التحكيمية شخص عادي له

ولاية إلزامية مؤقتة، ومهمة مؤقتة تنتهي بإصداره للحكم التحكيمي المخول بإصداره، تم يعود هذا المحكم فردا عاديا، كما يمكن عزله باتفاق الخصوم في أي وقت.

إضافة إلى ذلك فإن سلطات القاضي بشأن النزاع المعروض عليه، ورغم ولايته العامة، تكون أضيق من تلك السلطات التي يختص بها المحكم الذي تم إختياره بالإرادة الخاصة، أي "باتفاق الخصوم". حيث أن المحكم قد يفوض بالصلح من قبل الخصوم وبالتالي فهو يمكنه أن يتوجه إلى تطبيق قواعد العدالة ولا يلزم بتطبيق قواعد القانون وذلك باستثناء القواعد المتعلقة بالنظام العام فلا يسري عليه إتفاق الخصوم بالطبع بينما نجد أن القاضي يكون ملزما بتطبيق قواعد القانون على الوقائع، إلا كان حكمه معيبا.

كذلك فإن المحكم لا يستطيع توقيع العقوبات أو الجزاءات على الشهود أو إلزام الغير بتقديم مستند معين، وذلك بعكس القاضي الذي تخوله وظيفته القضائية إجراء كل ذلك، كما يلزم المحكم بالمدة المحددة إتفاقا أو قانونا لإصدار الحكم التحكيمي، بينما القاضي لم يحدد له القانون مدة معينة لإصدار حكمه القضائي، كما أن إجراءات التقاضي المتبعة أمام القاضي تتسم بأنها معقدة وبطيئة، على خلاف إجراءات التحكيم التي تتسم بالمرونة والسرعة، هذا فضلا عن أن جلسات التقاضي أمام القضاء تكون علنية بعكس جلسات التحكيم التي تكون سرية، ما لم يتفق الخصوم على غير ذلك.

بالإضافة إلى ذلك فإن حكم القاضي يكون واجب التنفيذ بمجرد صدوره، وانقضاء مواعيد الطعن في هذا الحكم ما لم يكن قد قضي بوقف تنفيذه، بينما حكم التحكيم لا بد من صدور أمر لتنفيذه صادر من السلطة القضائية للدولة.

2 : التحكيم والصلح

يُعتبر الصلح من الوسائل التعاقدية التي يخولها القانون للأطراف لحل منازعاتهم والتي يتم الاستغناء بموجبها عن الاستعانة بالقضاء. وعليه فالصلح اتفاق بين أطرافه على إنهاء نزاع معين، ويقوم الأطراف بموجبه بالتنازل عن جزء من ادعاءاتهم، وغالباً ما يكون الصلح بعد مفاوضات، بحيث ينتهي بقبولهم التنازل من جانب كل منهم عن بعض مطالبه، وتتحصر أوجه الشبه بين التحكيم والصلح في أنهما يتفقان في ضرورة أن يكون هنالك نزاعاً قائماً بين الأطراف، ولكنهما يختلفان في وسيلة حل النزاع، ففي الصلح يتم حل النزاع بإرادة الطرفين من بداية سلوكه حتى نهايته، في حين أن التحكيم يبدأ باتفاق بين الطرفين، ولكن لا سيطرة لهما عليه بعد بدء إجراءاته، وحتى صدور حكم التحكيم.

هـ - معايير التمييز بين التحكيم التجاري الوطني (الداخلي) والتحكيم التجاري الدولي:

التحكيم التجاري الوطني هو ذلك النوع من التحكيم التجاري الذي تكون جميع عناصره وأطرافه من جنسية دولة واحدة ويخضع لنظام قانوني خاص به هو قانون التحكيم التجاري الوطني، عكس التحكيم التجاري الدولي الذي يرتبط أحد عناصره بجنسية دولتين فأكثر، فنكون عندئذ بصدد تحكيم تجاري دولي وفقا لمعايير متعددة ومرتبطة يحددها القانون، وتتضح أهمية التفريق بين نظامي التحكيم من نص المادة (1) من اتفاقية نيويورك لعام 1958، والتي جاء فيها :

" تطبق الاتفاقية الحالية للاعتراف، وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الاعتراف، وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها، وتكون ناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعية، أو معنوية، كما تطبق أيضاً على أحكام

المحكمين التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب إليها الاعتراف، أو تنفيذ هذه الأحكام"، كذلك نجد اتفاقية جنيف المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي للقارة الأوروبية لعام 1961 قد اشترطت " أن يكون النزاع ناشئاً عن عملية تجارية دولية". فما هي معايير تمييز صفة أو الطبيعة القانونية الدولية في التحكيم التجاري؟؟

- وضع الفقه معايير للتفريق بين التحكيم التجاري الداخلي (الوطني) والتحكيم التجاري الدولي، ويمكن إجمالها في ثلاثة معايير تتمثل فيما يلي :

أ/ - المعيار القانوني: يتمثل في القانون المختار للتطبيق على التحكيم التجاري، سواء على الإجراءات أو على موضوع النزاع، حيث يعتبر عاملاً مرجحاً نحو دولية التحكيم التجاري، لكنه يعد مؤشراً غير حاسم بل يكون في حاجة لمؤشرات أخرى لحسم صفة الدولية في التحكيم .

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرارها في القضية المعروفة بـ (HECHT) الصادر بتاريخ 1972/7/4، اعتماد المعيار القانوني لتحديد دولية التحكيم، حيث جاء في القرار أن " العقد محل النزاع المبرم في هولندا بين شركة تجارية خاضعة للقانون الهولندي ومواطن فرنسي، يعتبر عقداً دولياً لارتباطه بأنظمة قانونية صادرة من عدة دول، وبالتالي هو يكتسي الصفة الدولية استناداً إلى مكان إبرامه وإلى جنسية طرفيه المختلفة وإلى موضوعه".

ووفقاً لهذا المعيار يعد العقد دولياً إذا كانت العناصر القانونية للعقد على اتصال بنظام قانوني لأكثر من دولة واحدة ، وكذا الحال بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي.

ب/ المعيار الجغرافي (الإقليمي): ويتمثل في مكان التحكيم أو مكان صدور حكم التحكيم بحيث يعتبر الحكم أجنياً إذا كان قد صدر خارج إقليم الدولة، بينما يعتبر وطنياً فيما لو صدر في إقليمها، وعلى الرغم من صلاحية هذا المعيار كمؤشر على أجنبية التحكيم التجاري ومن ثم دوليته إلا أنه لا يصلح لتحديد هذه الصفة إلا في حالة إذا كان اختيار مكان التحكيم قد تم بناءً على رغبة الأطراف المعلنة في شرط التحكيم أو في مشاركة التحكيم.

ويعد المعيار الجغرافي هو الذي أخذ به " قانون اليونسترال (UNCITRAL) النموذجي لعام 1985، والذي نص في مادته (1) فقرة (3) يكون أي تحكيم دولياً :

1- إذا كان مقرراً عمل طرفي اتفاق التحكيم وقت عقد ذلك الاتفاق، واقعين في دولتين مختلفتين، أو :

2- إذا كان أحد هذه الأماكن التالية واقعاً خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين :

(أ) - مكان التحكيم إذا كان محدداً في اتفاق التحكيم، أو طبقاً له

(ب) - أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية، أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به، أو

(ت) - إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة.

وفيما أخذت بعض من التشريعات العربية مثل تونس واليمن ومصر بالمعيار الجغرافي لم يشير له المشرع الجزائري .

ج- المعيار الاقتصادي: لا يأخذ هذا المعيار بمكان التحكيم ولا بالقانون الواجب التطبيق وإنما يركز على طبيعة المنازعة،

فمتى تعلق النزاع بمصالح التجارة الدولية، كان التحكيم في هذه الحالة دولياً، وإذا لم يتعلق النزاع بمصالح التجارة الدولية كان التحكيم داخلياً.

و- المعيار المعتمد من المشرع الجزائري:

وفقا لنص المادة (1039) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه "يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل". يستنتج من نص المادة أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمعيار الاقتصادي في تعريفه للتحكيم التجاري الدولي، كما يلاحظ استبدال المشرع عبارة "بمصالح التجارة الدولية" بعبارة "بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"، وتدل عبارة "المصالح الاقتصادية"، أن المشرع قد وسع من مجال النزاعات الخاضعة لنظام للتحكيم التجاري الدولي استجابة إلى لمطالب المؤسسات المالية الدولية والمستثمرين الأجانب، من أجل تحسين تدفق الاستثمارات الأجنبية، أيضا يعتبر هذا تماشيا مع اتفاقية نيويورك لعام 1958 وهو ما قصده المشرع من من عبارة "النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل" .

ونجد تعريف المادة (1039) سألقة الذكر يختلف عن التعريف الوارد في المادة (458) مكرر من قانون الإجراءات المدنية السابق التي كان نصها: "يعتبر دوليا... التحكيم الذي يفض النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج"، حيث يتضح هنا أن المشرع الجزائري كان يتبنى معيارا مزدوجا اقتصادي جغرافي .

و : أنواع التحكيم :**أ- ينقسم التحكيم التجاري الدولي من حيث التنظيم إلى التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر:**

- التحكيم المؤسسي: هو التحكيم الذي تتولاه هيئات ومنظمات دولية أو وطنية، وفق قواعد وإجراءات موضوعية ومحددة سلفا، تحدها الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات، وقد شاع انتشار مراكز التحكيم، وبخاصة بعد الحرب العالمية الثانية، وقد عظمت أهميتها بعد انتشار الاقتصاد الحر والتجارة الدولية، ومن هذه المراكز ما هو متخصص في مجال معين كتجارة القطن أو الحبوب مثلا، ومنها ما هو عام يتولى التحكيم في مختلف أوجه النشاط التجاري، ومنها ما هو وطني مثل غرفة التحكيم بباريس، ومنها ما هو دولي كغرفة التجارة الدولية بباريس (CCI) ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري. وكل هذه المؤسسات السالفة الذكر توصف بالتخصص والدوام لأن التحكيم هو وظيفتها الوحيدة، وهي أيضا دائمة لأنها لا تقف عند عملية تحكيم بعينها بل هي مستمرة لتلقي ما يعهد إليها من عمليات تحكيمية.

- التحكيم الحر: هو ذلك التحكيم الذي يعطي الحرية الكاملة للخصوم في تحديد القواعد والإجراءات التي يتبعها المحكم الذي يختارونه لكي يفصل في النزاع المطروح عليه وفقا لهذه القواعد سواء كانت إجرائية أو موضوعية وفي المكان الذي يحدونه بما لا يتعارض مع القواعد الآمرة أو النظام العام.

وقد ظهر التحكيم الحر قبل ظهور التحكيم المؤسسي، وفيه يعطي حرية كبيرة للأفراد في اختيار المحكمين الذين يضعون فيهم ثقتهم اعتمادا على خبرتهم في حل النزاع، وقد تكون القواعد والإجراءات المتبعة لحل النزاع أكثر مرونة وواقعية عنها في قواعد التحكيم المؤسسي، كما أن عامل السرية والسرعة في حل النزاع، قد يكون أكثر ما يميز هذا النظام، كما أن الاعتماد على مؤسسة أو هيئة لحل النزاع القائم، قد يأتي بكثير من القواعد والإجراءات التي قد تكون على عكس توقعات

الأفراد والتي قد تساعد على إطالة زمن التحكيم لتأخر فهم الخصوم لها وما يتبعها من تحضير مستندات، ودفع تستطيع الرد على هذه القواعد والإجراءات.

- موقف المشرع الجزائري من تقسيم التحكيم الحر والمؤسسي :

نظم المشرع الجزائري التحكيم التجاري دون تفرقة قانونية بين التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر، حيث وضع نظاما خاصا للتحكيم الوطني (الداخلي) وآخر التحكيم التجاري الدولي مع وجود أحكام مشتركة بينهما، لكن ضمن نفس القانون الذي هو قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وترك للأطراف حرية تبني أي نظام تحكيمي يروونه مناسبا، وهذا ما يفهم من نص المادة (1041) من نفس القانون التي جاءت فيها عبارة "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي..." حيث يفهم منها أنه ليس هناك تفريق من حيث الأحكام القانوني إلا ما تفرضه الضرورة .

ب - ينقسم التحكيم التجاري الدولي من حيث الإلزام إلى التحكيم الاختياري و التحكيم الإلزامي:

- التحكيم الاختياري:

ويقصد به التحكيم الذي يتم بناءً على إتفاق طرفي النزاع بموجب إتفاق التحكيم على اللجوء بإرادتهما إلى التحكيم لفض النزاع القائم بينهما وإختيار المحكمين والقواعد الإجرائية والموضوعية والتي تطبق على التحكيم. وقد يقوم القانون في بعض الأحيان بوضع بعض الضوابط لضمان فاعليته، ومع ذلك فإنه تبقى الحرية للطرفين في اللجوء إليه عوضاً عن اللجوء إلى المحاكم.

- التحكيم الإلزامي:

خلافاً للقاعدة العامة بالنسبة للتحكيم من أنه إختياري ويتم بالاتفاق بين الأطراف، إلا أنه في بعض الأحيان قد يلزم القانون طرفي النزاع في اللجوء إلى التحكيم والخضوع لأحكامه في بعض المنازعات كالنص على خضوع المنازعات بين العمال وأرباب العمل للتحكيم الإلزامي.

ج: ينقسم التحكيم التجاري الدولي من حيث مكان التحكيم أو طبيعة النزاع إلى التحكيم الدولي والتحكيم الوطني

1- التحكيم الدولي:

فرض تطور العلاقات التجارية الدولية والاستثمارات وتوسيع القانون الدولي المتعلق بالاستثمار والضمانات التي يطلبها المستثمرون الأجانب، من حيث خضوعهم لقانون دولتهم بدل قانون الدولة المستقبلية، ضرورة تمييز التحكيم التجاري الدولي عن الوطني بنظام قانوني خاص به، من خلال اعتماد معايير منها عللا سبيل المثال موضوع النزاع وجنسية الأطراف والقانون المطبق على النزاع ومكان التحكيم .

2- التحكيم الوطني (الداخلي) :

هو ذلك النوع من التحكيم التجاري الذي تنظمه أحكام القانون الوطني وأطرافه من مواطني الدولة، فالقانون الوطني هو الذي يتضمن النص على الإجراءات والقواعد التي تطبق عليه، وبهذا يختلف نظامه القانوني جزئيا عن التحكيم الدولي .

د/ ينقسم التحكيم التجاري الدولي من حيث الأساس المعتمد لفض النزاع إلى التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح:

1- التحكيم بالقانون:

هو الذي يتم فيه الفصل في موضوع النزاع بناء على أحكام القانون المختص، فيمارس المحكم سلطة القاضي في تطبيق القانون المختص، والأصل هو التحكيم بالقانون ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

2 - التحكيم بالصلح: هو التحكيم الذي لا يتقيد فيه المحكم بقواعد القانون الموضوعي المختص للفصل في النزاع، بل يمكن أن يفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف أو وفقا لخبرته بما يحقق العدالة بين الأطراف المتنازعة * بشرط منحه الأطراف هذه الصفة في العقد أو شرط التحكيم أو المشاركة. من بين الحلول العملية التي أوجدها التحكيم بالصلح - إعادة التفاوض على العقد، مراجعة العقد، تقاسم الخسائر.....“

المحور الثاني : الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي

تختلف الآراء الفقهية حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري ، ويمكن ذكر أهم هذه الآراء على النحو التالي:

1- النظرية العقدية (التعاقدية): ملخص النظرية العقدية أن الطبيعة القانونية للتحكيم تتجسد كونه عقد معاوضة فهو "عقد رضائي ملزم لجانبين " ، و إتفاق التحكيم يأخذ التكييف القانوني سالف الذكر بأن يتفق طرفي إتفاق التحكيم بوصفهما طرفي العقد، على إسناد مهم الفصل في النزاع إلى "المحكم " وهو طرف ثالث في العقد مكلف بمهمة تنفيذ الاتفاق، والمحكم لا يأخذ مكانة القاضي في القضاء العادي، فالقاضي موظف حكومي ولا يكلف من الأطراف، وهو مستقل عنهم ويطبق التشريع المعمول به، بينما المحكم يعينه الأطراف وتحدد مهمته من طرفهم، ويطبق إرادتهم في كيفية حل النزاع وتنتهي مهمته وفقا لإرادة الأطراف، وهذا ملخصه "العقد شريعة المتعاقدين" .

وتذهب النظرية العقدية أن التحكيم يتأسس ويتأصل على "اتفاق التحكيم" الذي هو من حيث طبيعته القانونية "عقد التحكيم"، حيث يوكل للمحكم كطرف ثالث في العقد أي اتفاق التحكيم مهمة الفصل في النزاع، وعمل المحكم يستمد في مرجعه لتنفيذ العقد الذي هو "اتفاق التحكيم"، ومن ثم فإن الطبيعة القانونية لإتفاق التحكيم هي من طبيعة عقدية.

2- نظرية الطبيعة القضائية : التحكيم وفقا لهذه النظرية له نفس طبيعة القضاء والمحكم هو له نفس صفة ومهمة القاضي، فالمهمة هي الفصل في النزاع بين الخصوم وفقا لإجراءات التحكيم و هي إجراءات مماثلة للإجراءات القضائية وبالتالي فهو نظام ذو طبيعة قضائية ، وطبيعة حكم التحكيم تماثل طبيعة الحكم القضائي، في الحجية القانونية وطرق الطعن القضائي والتنفيذ الطوعي والجبري، والمحكم لا يطبق إرادة الخصوم فقط بل يفصل بينهما بالقانون وهذا يعطي التحكيم الطبيعة القضائية.

وتذهب هذه النظرية إلى وجوب التفرقة والفصل التام بين الطبيعة القانونية لـ "اتفاق التحكيم" و "حكم التحكيم" فالاتفاق هو تعبير وإفصاح عن إرادة الأطراف بإحالة النزاع إلى التحكيم، بينما الحكم هو الفصل في النزاع وفقا للقانون المتفق عليه، ومن ثمة إذا سلمنا جدلا بأن اتفاق التحكيم "من طبيعة عقدية" فإن الحكم الفاصل في النزاع من "طبيعة قضائية" .

3- نظريات الطبيعة الثنائية (المزدوجة) : ترى هذه النظريات أن الطبيعة القانونية للتحكيم لا يمكن حصرها في الطبيعة العقدية أو القضائية بل تتعدى ذلك إلى الجمع بينهما، وتنقسم بدورها إلى "نظرية الطبيعة المختلطة" و "نظرية المنهج التحليلي" :

أ- نظرية الطبيعة المختلطة : الطبيعة القانونية للتحكيم تكيف بأنها ذات طبيعة ثنائية عقدية وقضائية على قسمين، حيث في مرحلة إبرام اتفاق التحكيم يكون ذو طبيعة عقدية، حيث يعتبر اتفاق التحكيم "العقد" مصدر التحكيم، ثم المرحلة الثانية وهي

مرحلة الفصل في النزاع و صدور الحكم وتنفيذه وحجته وهذه من طبيعة قضائية، فطبيعة التحكيم ليس عقدية محضة ولا قضائية محضة، ففي بدايته اتفاق أي عقد بين الأطراف وفي وسطه إجراءات قضائية و آخره الحكم.

ب- نظرية المنهج التحليلي : وفقا لنظرية المنهج التحليلي يتم تحليل كل مرحلة من مراحل التحكيم من مرحلة الاتفاق إلى سير إجراءات الخصومة إلى صدور الحكم ثم مرحلة التنفيذ الطوعي والجبري، حيث بالتحليل يتبين مدى تداخل الطبيعة العقدية و الطبيعة القضائية في كل المراحل في الخصومة التحكيمية مما يعطيه "طبيعة قانونية خاصة" .

المحور الثالث : مصادر قانون التحكيم التجاري الدولي :

- نبذة عن مختلف تقسيمات مصادر قانون التحكيم التجاري الدولي :

يمكن تقسيم مصادر قانون التحكيم التجاري الدولي إلى مصادر دولية ومصادر وطنية كما يمكن داخل هذا التقسيم أن نقسم كل من المصادر الدولية والوطنية إلى مصادر عامة، ومصادر خاصة، فالمصادر الوطنية العامة هي القوانين التي تتخذها الدول في مختلف المجالات ذات الصلة بالتحكيم التجاري الدولي، وبالنسبة للجزائر المواد من 1039 إلى 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقانون التجاري والمدني وغيره من القوانين العامة ذات الصلة، أما المصادر الدولية العامة فتتمثل أساسا في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم. وقد تكون هذه الاتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف.

وأما المصادر الدولية الخاصة، فإنها تكون من إنشاء الممارسين التجاريين الدوليين خارج إطار الدولة. ونذكر منها على الخصوص الاتفاقيات النموذجية للتحكيم، المحررة من طرف مراكز التحكيم، وتنظيمات مؤسسات التحكيم الدائمة *règlements d'arbitrage des institutions permanentes* كتنظيم المركز الدولي للتحكيم لدى الغرفة التجارية الدولية. ومن أهم هذه المصادر كذلك القضاء التحكيمي المتمثل في أحكام التحكيم الصادرة في النزاعات التجارية الدولية.

يؤطر التحكيم التجاري الدولي ويحكمه مجموعة من النصوص و القواعد والتي نجد مصدرها في المعاهدات والأعراف الدولية المختلفة التي تضع الأسس و الضوابط الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي ، سواء فيما تعلق بالإجراءات التحكيمية أي القانون الإجرائي أو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أي القانون الموضوعي .

أولا - المصادر الدولية لقانون التحكيم التجاري الدولي :

أ: المصادر الدولية العامة لقانون التحكيم التجاري الدولي :

تنقسم المصادر الدولية العامة إلى الاتفاقيات ثنائية الأطراف و الاتفاقيات (المعاهدات) الجماعية أو المتعددة الأطراف :

1- الاتفاقيات ثنائية الأطراف :

وهي تلك الاتفاقيات أو المعاهدات التي تعقد بين طرفين أو دولتين وتتصل أو تنظم مجال التجارة الدولية والاستثمارات بين الدولتين المعنيتين الموقعتين عليها، فقد تنص هذه لاتفاقيات على قواعد خاصة بالتحكيم التجاري بين الدولتين أو المستثمرين من مواطني للدولتين، أو قد تنظم بشكل عام الاستثمارات البيئية في مختلف المجالات الاقتصادية والتجارية بين الطرفين، وفي كلتي الحالتين فإن هاته الاتفاقيات تشكل مصدرا لقانون للتحكيم التجاري الدولي في النزاعات التي يكون أطرافها

الدولتين الموقعتين عليها أو المستثمرين من مواطني الدولتين، ونجد من أمثلتها الاتفاقيات الخاصة بالصدقة والتعاون الاقتصادي بين الجزائر وفرنسا مثلا وغيرها مع العديد من الدول .

2 - الاتفاقيات (المعاهدات) الجماعية أو المتعددة الأطراف :

المعاهدة متعددة الأطراف هي معاهدة تتضمن ثلاث دول أو أكثر من الدول ذات السيادة ، كل طرف عليه التزامات حاله حال جميع الأطراف الأخرى، باستثناء التحفظات، ويحكم التحكيم الدولي فضلا عن اتفاق التحكيم الخاص بين الطرفين عديد الاتفاقيات (المعاهدات) الخاصة بالتحكيم الدولي التي تنطبق بشكل مستقل عن اتفاق التحكيم بين الأطراف.

والهدف من تلك الاتفاقيات والمعاهدات هو تعزيز التحكيم الدولي والمساعدة في إنفاذ قرارات التحكيم، وقد ظهرت عديد الاتفاقيات المتعددة الأطراف منذ أوائل هذا القرن تخص التحكيم نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر، بعض أمثلة المعاهدات متعددة الأطراف الخاصة بالتحكيم حيث نجد :

- بروتوكول جنيف لسنة 1923

سعت عصبة الأمم إلى إيجاد آلية قانونية بواسطتها يتم الاعتراف بالتحكيم، وإعطاء الاتفاق القاضي باللجوء إلى التحكيم المشروعية، فكان إصدار بروتوكول جنيف في 24 سبتمبر 1923، الذي بموجبه تعترف الدول المتعاقدة باتفاق التحكيم أو شرط التحكيم.

ويتألف البروتوكول من ثمان مواد، عالجت الأولى اعتراف الدول باتفاق التحكيم سواء الذي يتم قبل حدوث النزاع أو بعد نشوئه كما أوجب أن يكون طرفا الاتفاق ينتميان إلى دولتين من الدول التي صادقت على البروتوكول، ويمكن أن يسري اتفاق التحكيم على المنازعات التجارية وغير التجارية، إلا أنه يمكن لأي دولة متعاقدة حصر الاعتراف باتفاق التحكيم في المنازعات التجارية فقط وحسب مفهوم قانونها الوطني لمصطلح التجارة.

والتحكيم طبقا للبروتوكول يمكن أن يكون في بلد غير موقع على البروتوكول، أما المادة الثانية منه فقد نظمت إجراءات التحكيم و منها يظهر كيف تم احترام إرادة الطرفين في تنظيم عملية التحكيم وكذلك قانون البلد الذي يجري على أراضيه والمادة الثالثة تلزم الدول المنظمة إلى البروتوكول بتنفيذ الأحكام الصادرة على أراضيه طبقا لقانونها الوطني.

أما المادة الرابعة فتتعلق بالتزام المحاكم الوطنية رفض النظر في الدعاوى التي يوجد بشأنها اتفاق التحكيم، وإحالة طرفي النزاع على التحكيم كلما طلب أحدهما ذلك. أما المواد الأخرى فتتعلق بأمور الانضمام إلى البروتوكول أو الانسحاب منه.

- اتفاقية جنيف لسنة 1927

وبعد مرور سنوات قليلة على العمل ببروتوكول جنيف رأت عصبة الأمم تحت ضغط الواقع العملي الذي أبان عن ثغرات في فيه تتعلق أساسا بتنفيذ أحكام التحكيم، تم إقرار اتفاقية لتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية في جنيف في 26 سبتمبر 1927، وهي عبارة عن قواعد مكملة للبروتوكول السابق تم تنظيمها في 11 مادة.

وتتعلق هذه الاتفاقية باعتراف الدول المتعاقدة بحجية أحكام التحكيم وتنفيذها كلما توفرت الشروط المذكورة في المادة الأولى منها، وهي بإيجاز :

- أن يكون الحكم قد صدر وفقا لاتفاق تحكيم صحيح (شرط أو مشاركة) .

- أن يكون موضوع النزاع قابلا لحسمه بالتحكيم وفقا لقانون البلد المطلوب منه الاعتراف وتنفيذ الحكم.

- أن يكون الحكم قد صدر من قبل هيئة تحكيم تم تشكيلها بناء على مشاركة أو شرط تحكيم، أو كان تشكيلها تم باتفاق الأطراف وطبقا للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

- أن يكون الحكم قد أصبح نهائيا في البلد الذي صدر فيه.

- أن لا يكون الاعتراف وتنفيذ الحكم مخالفا للنظام العام أو لمبادئ القانون العام في الدولة المراد منها الاعتراف به وتنفيذه.

كما أن المادة الثانية قد أوردت حالات رفض تنفيذ الحكم التحكيمي وهي:

- إذا كان قرار التحكيم قد تم إبطاله في البلد الذي صدر فيه.

- إذا كان الطرف المحكوم ضده لم يتسن له تقديم دفاعه أو كان ناقص الأهلية اللازمة...

- إذا تعلق الحكم بنزاع لا يشمل اتفاق التحكيم.

- اتفاقية نيويورك لسنة 1958

مع ازدياد التعامل التجاري الدولي بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، وتحت إلحاح المتعاملين على مسرح التجارة الدولية، كان لابد من إيجاد حل مرن لمشاكل تنفيذ أحكام التحكيم، بالرغم من تناول بروتوكول جنيف، واتفاقية جنيف لهذا الموضوع، فالانطباع السائد كان هو صعوبة تطبيق أحكامها، لكثرة الشروط التي تميزها خاصة الاتفاقية المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم (1927).

كما أن العديد من الدول التي لها وزنها في التجارة الدولية لم تصادق عليها كالولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفياتي سابقا، وقد تضافرت جهود غرفة التجارة الدولية، والمجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة لإيجاد قواعد جديدة للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم، إلى أن تم انعقاد مؤتمر دولي في نيويورك، تمخض عنه إقرار الاتفاقية المعروفة باتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، التي أصبحت نافذة ابتداء من 4- سبتمبر 1959. تتكون هذه الاتفاقية من 16 مادة عالجت فيها مسألة الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في الدول المتعاقدة.

ب: المصادر الدولية الخاصة لقانون التحكيم التجاري الدولي :

هي المصادر التي كونتها مؤسسات التحكيم الدولية والمحكمين الدوليين والممارسين الدوليين خارج أي إطار للدول عن طريق الممارسة، ويمكن ذكر أمثلة عن هذه المصادر :

1- الاتفاقيات النموذجية للتحكيم " les conventions arbitrales - Types " :

وهي وثائق موضوعة أساسا من طرف هيئات ومؤسسات متخصصة في التجارة الدولية وتأخذ هذه الاتفاقيات شكل اتفاقات متعددة الأطراف تضم جمعيات مختلفة Cooperatifs les accords inter تتضمن "عقود نموذجية " أو تضع شروطا عامة خاصة لكل عقد من عقود التجارة الدولية.

2- تنظيمات مؤسسات التحكيم " les règlements des institutions d'Arbitrage " :

هي تنظيمات تضم قواعد إجرائية يتم وضعها من طرف مراكز دائمة للتحكيم التجاري الدولي التي تختص بالفصل في منازعات التجارة الدولية.

3- القرارات الفاصلة في النزاعات التجارية الدولية: الصادرة عن المحكمين الدوليين ومؤسسات التحكيم الدولية وهذه القرارات تشكل ما يشبه نوع من السوابق القضائية في مجال التجارة الدولية والتي يمكن الرجوع إليها بتطبيق مضمونها على نزاعات مشابهة معروضة على جهات التحكيم التجاري الدولي

ثانيا - المصادر الوطنية لقانون التحكيم التجاري الدولي :

أ- المصادر الوطنية العامة لقانون التحكيم التجاري الدولي " Les sources d'origine publique " :

هي مختلف القوانين الوطنية أي القوانين الداخلية للدول الخاصة بتنظيم التجارة الدولية والاقتصاد والاستثمار والتحكيم التجاري الدولي، وفي هذا نجد مثلا: القانون التجاري لصلته بمجال التجارة عموما، القانون المدني بوصفه الشريعة العامة، ونجد أيضا نصوص قانونية أهم مثل:

قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بوصفه النص الأهم رغم أنه نص قانوني عام يتناول مجال الإجراءات المدنية والإدارية عموما إلا أنه يعتبر النص الأهم الذي تناول التحكيم التجاري الدولي والوطني وخصص له الكتاب الخامس في الفصل السادس منه بدءا من المادة 1039 إلى 1065 .

ب - المصادر الوطنية الخاصة لقانون التحكيم التجاري الدولي Les sources d'origine privée :

المصادر الخاصة الوطنية مثل ما تدل عليه تسميتها هي النصوص القانونية التي أصدرها المشرع خصيصا لتنظيم مجالات التجارة الدولية والاستثمار الأجنبي بصفاتها المجالات التي يأخذ فيها بنظام التحكيم التجاري الدولي كطريق بديل عن القضاء الوطني في تسوية النزاعات التجارية والاستثمارية بصفة استثنائية واختيارية، ونجد من هذه المصادر الخاصة في التشريع الجزائري على سبيل المثال قانون الاستثمار الجزائري، حيث نصت المادة 17 منه: " يعرض أي نزاع يطرأ بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية ضده ، على المحاكم المختصة ، إلا إذا كانت هناك اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالصلح و التحكيم ، أو اتفاق خاص ينص على شرط تحكيم أو يسمح للأطراف بالاتفاق على إجراء الصلح باللجوء إلى تحكيم خاص"، ويستنتج من هذا النص أن :

- "الأصل والقاعدة العامة هي اختصاص القضاء الرسمي الجزائري أي المحاكم الوطنية، والاستثناء عن هذه القاعدة العامة هو لجوء أو اختيار الأطراف منح الاختصاص إلى التحكيم التجاري الدولي، و يترتب على ذلك أنه متى اختار الأطراف اللجوء للتحكيم التجاري الدولي منع أو عدم اختصاص القضاء الرسمي أي المحاكم الوطنية فور ذلك " .

- حالات جواز اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي وفقا للمشرع الجزائري :

- 1- في حالة وجود اتفاقية ثنائية بين الجزائر و الدولة معينة بالنزاع تقرر في بنودها "التحكيم في مجال الاستثمار".
- 2- في حالة انضمام الجزائر إلى المعاهدة متعددة الأطراف المتعلقة بالتحكيم في مجال الاستثمار، مثل اتفاقية واشنطن لعام 1965 التي أسست المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار (CRD).

ج - حالة وجود بند في عقد أصلي (شرط تحكيم) أو اتفاق لاحق ومنفصل للتحكيم (مشاركة تحكيم) بين الدولة الجزائرية و المستثمر الأجنبي.

المحور الرابع - : اتفاق التحكيم التجاري الدولي

- أولا : مفهوم اتفاق التحكيم :

بصفة عامة بقصد ب اتفاق التحكيم التجاري الدولي وفقا لما اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNCIRIL في 1985 اليونيسترال " اتفاقية التحكيم " هي اتفاقية بين الطرفين على أن يحيل إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو صورة اتفاق منفصل". بينما عرفه بعض الفقه الفرنسي على انه شرط أو مشاركة التحكيم اللذين يمثلان، كل على حدة، تصرفا قانونيا بمقتضاه يلتزم طرفاه باللجوء إلى التحكيم لحل ما يثور بينهما من نزاعات.

واتفاقية التحكيم وفقا للمشرع الجزائري هي الاتفاقية التي يقرر فيها الأطراف اللجوء إلى التحكيم. تأخذ اتفاقية التحكيم اسم شرط التحكيم عندما تحرر تحسبا لنزاع محتمل مستقبلي من (م.1007 ق.إ.م.إ.).

ويقصد باتفاق التحكيم أيضا الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الطرفان بإحالة نزاعهما في إطار القانون الخاص، الناشئ عن العقد الأصلي إلى التحكيم بدلا من القضاء حسب أحكام وشروط ذلك الاتفاق. وبوجه عام، فإن مثل هذا الاتفاق جائز وملزم للطرفين .

ووفقا للمادة 10 فقرة 1 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية. كما عرفت اتفاقية نيويورك لعام 1958 اتفاق التحكيم في المادة الثانية منها بأنه :

(أ)- تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم

(ب)- يقصد " باتفاق التحكيم " شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات

ويتضح من هذه التعاريف أن اتفاق التحكيم يشتمل علي عدة أركان هي : أطراف التحكيم والمحكم وهو الشخص أو الأشخاص المختارون للفصل في النزاع (هيئة التحكيم)، والمحكوم فيه أي موضوع النزاع .

ثانياً : صور اتفاق التحكيم:

اتفاق التحكيم كما أسلفنا يعتبر الحجر الأساس في عملية التحكيم ، حيث يعمل هذا الاتفاق على إثبات موافقة طرفي النزاع على اللجوء إلى التحكيم ، أياً كانت الصورة التي رد عليها، فموافقة الطرفين تعد مطلباً لا غنى عنها من أجل تسوية النزاعات، واتفاق التحكيم يتخذ ثلاث صور.

1- الصورة الأولى شرط التحكيم :

الشرط التحكيمي la clause compromissoire هو البند الذي يتضمنه العقد الأصلي و الذي ينص على أن أي خلاف ينتج عن تنفيذ العقد سيتم حله عن طريق التحكيم، فقد يرد اتفاق التحكيم في صيغة شرط يتم إدراجه في العقد الأصلي مصدر العلاقة القانونية بين الطرفين، وهو الشكل الأكثر شيوعاً، حيث يدرج هذا الشرط ليواجه المنازعات المحتملة التي يمكن أن تنشأ في المستقبل بمناسبة تنفيذ العقد الأصلي أو تفسيره، فإذا تم إبرام الاتفاق قبل نشوء النزاع ، فنحن أمام "شرط تحكيم" يستوي بعد ذلك أن يأتي في العقد نفسه أو مستقلاً عنه، أما إذا جاء إبرام اتفاق التحكيم بعد نشوء النزاع ولاحقاً عن إبرام العقد الأصلي، فلا يصنف "شرطاً تحكيمياً"، بل "مشارطة التحكيم".

وقد يرد شرط التحكيم بصيغة موجزة تقتصر على إحالة أي نزاع ينشأ بين الأطراف إلى التحكيم، وقد يرد شرط التحكيم بصيغة فصلية يذكر فيها مكان التحكيم، والقانون الواجب تطبيقه، وصفات المحكمين ومؤهلاتهم، كما قد يتفق الأطراف على إحالة أي نزاع مستقبلي بينهم إلى مركز للتحكيم، فنكون أمام التحكيم المؤسسي، وهنا يخضع الأطراف إلى القواعد المتبعة في هذا المركز من حيث تعيين المحكمين، والإجراءات المتبعة فيه لسير الخصومة التحكيمية.

ب- الصورة الثانية "مشارطة التحكيم" :

وهي الصورة الثانية من اتفاق التحكيم هي مشارطة التحكيم le compromis d'arbitrage، وهي اتفاق بين أطراف نزاع قائم يقرروا فيه إخضاع الفصل في النزاع إلى سلطة محكم أو محكمين أو هيئة تحكيمية، وهنا يكون الاتفاق لاحق على إبرام العقد الأصلي أي بعد إبرامه، وبعد نشوء النزاع، ومن الطبيعي أن يكون منفصل عن العقد الأصلي لأنه غير مزامن له بل أبرم بعده .

ومما سبق؛ فإن اتفاق التحكيم الذي يبرم بعد قيام النزاع، واللاحق لإبرام العقد الأصلي، هو "مشارطة التحكيم"، التي هي اتفاق تحكيم منفصل ومستقل يبرمه أطراف النزاع؛ من أجل تسوية نزاع قائم بينهم فعلياً عن طريق التحكيم، وبهذا يكون الفرق بين "مشارطة التحكيم" و "شرط التحكيم"، يكمن في أن "شرط التحكيم" يبرم قبل نشوب النزاع كبند (مادة) في العقد الأصلي، يقرر اللجوء للتحكيم لتسوية النزاعات المحتمل نشوؤها مستقبلاً عند تنفيذ العقد بينما المشارطة عكسه .

والخلاصة هنا هي أن "مشارطة التحكيم" هي صورة اتفاق التحكيم الذي يبرمه الأطراف من أجل إحالة نزاع قائم فعلياً بينهم إلى التحكيم، وهذا يصح حتى حتى في ظل كون أحد الأطراف قد سجل وطرح النزاع في دعوى قضائية قائمة أمام المحكمة، فقد يكون اللجوء للتحكيم وسيلة سريعة لفض النزاع وبديلاً عن القضاء وثقله، وهنا عند توقيع المشارطة يسلب الاختصاص من القضاء مباشرة ويؤول لهيئة التحكيم أو المحكم، وهذا الأسلوب يلجأ إليه في حالة خلو العقد الأصلي من "شرط التحكيم" .

خاتمة:

بالرغم من النقائص التي يمكن وجودها في نظام التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لتسوية المنازعات التجارية الدولية، وفق ما لما حاولنا إعطاء لمحة حول النظام القانوني له، فإن الواقع القانوني والعملي يبين أنه وسيلة عملية ومطلب للمستثمرين من أجل مناخ قانوني للاستثمار الأجنبي الدولي، يدل بشكل واضح على ازدياد اللجوء إليه من أجل تسوية النزاعات في العقود الدولية بصفة عامة تجارية أو استثمارية أو مالية واقتصادية، حتى أنه يمكن القول أنه أصبح الأصل في تسوية هذه المنازعات الناشئة عن هذه العقود، وإن اللجوء للقضاء عمليا هو الاستثناء. ومن هنا ازداد الاهتمام بالتحكيم في مختلف الدول ومنها الدول الباحثة عن تحسين بيئة الاستثمار وجلب المستثمرين ، وكل الدول تجسد نظام تشريعي متضمن لنظام التحكيم الذي أصبح أكثر من ضرورة قانونية وتشريعية لكل مشروع .

- قائمة المراجع: للمحاضرة مراجع متنوعة منها :

- مصطفى الجمال و عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 1998

- المصدر:

- قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (1985)، مع التعديلات التي اعتُمدت في عام 2006، الرابط:
<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/ml-arb-a.pdf>

- اتفاقية نيويورك:

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/new-york-convention-a.pdf>

قانون الاجراءات المدنية القديم 66-154 وفقا للتدليل الوارد سنة 1993 المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي المادة 458 مكرر

قانون الاجراءات المدنية والادارية 09-08 والتحكيم التجاري الدولي ابتداء من المادة 1039 الى المادة 1061

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)

القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985