التحكيم وإشكالاته القانونية في العلاقات التجارية الدولية

أ. مريني فاطمة الزهرة

أستاذة مساعدة أ

كلية الحقوق - جامعة بومرداس.

الملخص:

يعتبر التحكيم من أهم الطرق البديلة لحل النزاعات في العلاقات التجارية الدولية، حيث أنه يتماشى مع متطلبات التجارة الدولية و يساعد على تطوير العلاقات الدولية، ونظرا لأهمية التحكيم أنشئت هيئات متخصصة بالتحكيم، كما أبرمت عدة إتفاقيات دولية، و لقي الإهتمام من مختلف التشريعات. يقوم التحكيم أساسا على إختيار أطراف النزاع بأنفسهم قضاتهم، كما يتميز بالسرعة و ضمان سرية النزاع و قلة الإجراءات و بساطتها، على عكس القضاء العادي الذي يتميز بطول الإجراءات و عدم ضمان سرية النزاع بالإضافة إلى عدم توفر الخبرة الفنية لدى القضاة.

رغم الإمتيازات المختلفة التي تحيط بالتحكيم كطريق بديل لحل النزاعات إلا أن الواقع العملي أثبت وجود العديد من الإشكالات سواء أثناء إبرام إتفاق التحكيم أو عند بروز أثار الإتفاق على التحكيم.

الكلمات المفتاحية: التحكيم ،الطرق البديلة ، التجارية الدولية، النزاعات، إتفاقيات دولية.

Abstract

Arbitration is one of the most important alternative ways to resolve disputes in international trade relations. It is in line with the requirements of international trade and helps to develop international relations. Due to the importance of arbitration, specialized arbitration bodies have been established.

The arbitration is primarily based on the selection of the parties to the dispute by their own judges. It is also characterized by speed and confidentiality of the dispute and the lack of procedures and their simplicity, unlike the regular judiciary, which is characterized by lengthy procedures, the lack of confidentiality of the dispute and lack of expertise. Despite the various advantages that surround arbitration as an alternative way to resolve disputes, the practical reality has proved that there are many problems both during the conclusion of the arbitration agreement or when the effects of the arbitration agreement arise.

Keywords: arbitration, alternative ways, international trade, disputes, international agreements.

مقدمة:

لقد حظي التحكيم التجاري الدولي باهتمامات الدول منذ زمن، فأبرمت بشأنه الاتفاقيات و البروتوكولات الدولية، و من بين أهم هذه الاتفاقيات لدينا إتفاقية نيويورك 1958 و الخاصة بالاعتراف و تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، و الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى الموقعة بتاريخ 18 مارس 1965 بالإضافة إلى العديد من الاتفاقيات، و يرجع هذا الإهتمام إلى المزايا المختلفة للتحكيم في العلاقات التجارية الدولية كسرعة في الإجراءات و المرونة و السرية، إضافة إلى الحرية الكبيرة التي يتمتع بها الأطراف في الاتفاق على القواعد القانونية التي تحكمهم.

يعتبر التحكيم أحد أهم الطرق البديلة لحل النزاعات ، لهذا أولت مختلف التشريعات اهتماما كبيرا للتحكيم كطريق بديل لحل النزاعات و ذلك من خلال وضع نصوص قانونية تنظم التحكيم تنظيما متكاملا بداية من الاتفاق على التحكيم مرورا بالإجراءات و طرق الطعن و إختيار المحكمين و تنفيذ أحكام المحكمين.

رغم الإهتمام بالتنظيم القانوني للتحكيم لدى مختلف الدول، وذلك من خلال سن نصوص قانونية تنظم التحكيم التجاري الدولي، و كذلك من خلال المصادقة على الاتفاقيات الدولية،إلا أن الواقع العملي أثبت وجود إشكالات مختلفة والتي تؤثر أكيد على فعالية التحكيم ،فلماذا يفضل التحكيم في العلاقات التجارية الدولية و ما هي أهم الإشكالات التي تعيقه؟

من أجل الإجابة على هذه الإشكالية نقسم الدراسة إلى مبحثين، المبحث الأول (مفهوم التحكيم وأسباب اللجوء إليه) ، أما المبحث الثاني (أهم الإشكالات التي تعوق التحكيم).

المبحث الأول: مفهوم التحكيم وأسباب اللجوء إليه.

لقد أثبت الواقع العملي انتشار التحكيم بصورة كبيرة، فلقد ارتبط نمو المعاملات الدولية و المحلية في القرن الحالي بتزايد اللجوء إلى التحكيم كطريق لحل النزاعات، ولهذا لابد من التطرق إلى مفهوم التحكيم(المطلب الأول) ثم إلى أسباب اللجوء إليه في العلاقات التجارية الدولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التحكيم.

من أجل التطرق لمفهوم التحكيم نتطرق في الفرع الأول(تعريف التحكيم) و في الفرع الثاني تمييز التحكيم عن غيره من الأنظمة القانونية، الفرع الثالث (طبيعة التحكيم).

الفرع الأول:تعريف التحكيم.

العديد من المنازعات في مجال التجارة الدولية لا يتم تسويتها من خلال القضاء ولكن من خلال التحكيم، (و هو عبارة عن تسوية المنازعات بواسطة نوعية خاصة من القضاة، وهو نظام يختلف في تحقيق العدالة من خلال اللجوء إلى محاكم الدول، ويمكن تعريف التحكيم على أنه أيضا عملية إدارة

للعدالة، فيتم تعيين المحكمين من جانب أطراف النزاع في حين أن القضاة في المحاكم يتم تعيينهم بواسطة الدولة، ويمكن أن يلجأ أطراف النزاع إلى التحكيم عندما يكون هناك اتفاق بينهم على إجراء ذلك، وبدون هذا الاتفاق بينهم فإن التحكيم يكون غير شرعي أو غير قانوني). [1]

ترجع أصول التحكيم إلى العصور القديمة [2]، ، كما ورد ذكره في القرآن الكريم [3]، وقد شهد العالم الحديث توسعا سريعا في دور التحكيم، وخاصة فيما يتعلق بتسوية المنازعات ذات العنصر الأجنبي، وقد عكس تطور التحكيم في هذا المجال نمو المعاملات ذات الصفة الدولية التي تتميز بتفضيل اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات.

هناك من يرى بأن (التحكيم نظام خاص للتقاضي في المسائل المدنية و التجارية و الإدارية، يلجأ بمقتضاه أطراف اتفاق التحكيم إلى محكم أو أكثر دون قضاء الدولة أو المحكمة المختصة، للفصل فيما يثور بينهم من منازعات تتعلق بمعاملاتهم العقدية أو غير العقدية بحكم ملزم، و المعنى السابق للتحكيم يكاد يجمع عليه الفقه و القضاء و التشريعات العربية و المقارنة، غير أنها قد اختلفت فيما بينها في التعبير عن هذا المعنى، فإستخدم البعض تعبير اتفاق التحكيم لوصف عملية التحكيم، و عبر البعض الأخر عن التحكيم كنظام يتضمن ضمن مراحله المختلفة اتفاق الأطراف على التحكيم، فعرفوا التحكيم بأنه اتفاق الأطراف على طرح منازعاتهم على محكم أو أكثر دون قضاء الدولة للفصل فيها بحكم ملزم). [4]

هناك من يعرف التحكيم (هو نظام بديل للقضاء الرسمي، وهو وسيلة قانونية اتفاقية خاصة لحل المنازعات التي تنشب بين الأطراف المتعاقدة في المواد المدنية و التجارية فقط، فإختيار هذا الطريق لا يكون إلا بإرادة حرة سليمة تتضمن الاتفاق المسبق كتابة على رغبتهم في اللجوء للتحكيم و إنهاء منازعاتهم بواسطة هذا النوع من القضاء ووفقا لأحكامه، وقد يكون الاتفاق على التحكيم ضمنيا حين يقبل الأطراف الالتزام بشروط عقد نموذجي و يكون هذا النموذج متضمنا لشرط التحكيم).[5]

هناك من التشريعات من وضع تعريفا للتحكيم من بينها المشرع التونسي و ذلك في نص المادة الأولى و التي جاء فيها(التحكيم هو طريقة خاصة لفصل أصناف النزاعات من قبل هيئة تحكيم يسند إليها الأطراف مهمة البت بموجب اتفاقية التحكيم) ، أما المشرع الجزائري فلم يضع تعريفا محددا لاتفاق التحكيم بل ميز بين شرط التحكيم و مشارطته كوسيلة لاتفاق الأطراف على سلوك طريق التحكيم لتسوية ما ثار أو قد يثور بينهم من نزاع بشأن تنفيذ أو اتفاق ما.

أما القضاء يرى أن التحكيم هو طريق استثنائي للفصل في النزاعات، فهو يقوم أساسا عن الخروج عن طرق التقاضي العادية و بالتالي فهو يقتصر على إرادة الأطراف. [6]

الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن غيره من الأنظمة القانونية.

قد يتشابه التحكيم مع بعض الأنظمة القانونية، ومن بين أهم هذه الأنظمة لدينا القضاء، الصلح، التوفيق، الخبرة.

أولا-التمييز بين التحكيم و القضاء.

يعتبر القاضي موظف عام له ولاية قضائية مستمرة، ولديه سلطة إصدار الأحكام القضائية، كما أن القاضي يستمد سلطاته في الفصل في النزاع المطروح عليه من قانون دولته، ويتقاضى أجره من الدولة، أما التحكيم فهو نظام ينشأ بموجب اتفاق الأطراف، و يقوم به شخص عادي وتنتهي مهمته بصدور الحكم المنهي للخصومة و يتلقى مقابل أتعابه من الخصوم.[7]

ثانيا-التمييز بين التحكيم و الصلح.

يتشابه الصلح مع التحكيم في أن كل منهما يسمح بفصل النزاع، كما أن ما لا يجوز فيه الصلح لا يجوز فيه التحكيم، و يشبه التحكيم الصلح الشرط التحكيمي إذا كان سابقا للنزاع، و يشبه الصلح مشارطة التحكيم إذا كان لاحقا على نشوء النزاع، بينما يختلف التحكيم عن الصلح في كون الصلح هو ثمرة تفاوض مباشر بين الأطراف، بينما يتوقف دورهم في التحكيم عند تخويل المحكم سلطة الفصل في النزاع، كذلك يختلف التحكيم عن الصلح في كون التحكيم ينتهي بقرار حاسم قابل للتنفيذ بعد وضع الصيغة التنفيذية بينما الصلح لا يقبل التنفيذ إلا بعد تصديق القضاء عليه الذي يجعله صالحا لوضع الصيغة التنفيذية.[8]

ثالثا-التحكيم و التوفيق:

يعتبر التوفيق مثل التحكيم في كونه وسيلة من الوسائل الرضائية البديلة لحل النزاعات و التي تجنب الأطراف اللجوء إلى القضاء، في التوفيق يختار أطراف النزاع مساعدة طرف أجنبي مستقل و نزيه ويتمتع بالخبرة و الكفاءة ليتولى متابعة النزاع من أجل إيجاد الحل الذي لا يكون إلزامي للأطراف، بينما في التحكيم الحل يفرض على طرفيه.[9]

رابعا-التحكيم و الخبرة:

الخبرة هي اتفاق الأطراف على الاستعانة بخبير أو أكثر لتقديم تقارير و أراء حول ما ثار عليه النزاع، و غالبا ما يتعلق الأمر بمسائل ذات طابع فني تحتاج إلى خبرة أشخاص مختصين مثلا في الهندسة أو المحاسبة [10].

فالخبير لا يصدر قرارا و إنما يبدي رأيا فنيا يظل للأطراف حق قبوله أو المنازعة فيه، أما في التحكيم فالمحكم يصدر حكما يفصل في النزاع و ملزم للأطراف، كما أن الخبير يعتمد على معلوماته و خبراته الشخصية ، فالخبير يمكن له إبداء رأيه دون الرجوع إلى الأطراف، وهذا ما لا يتسنى للمحكم في التحكيم إذ يجب إعطاء الأطراف إمكانية تقديم المستندات.[11]

الفرع الثالث: طبيعة التحكيم.

قد أسس من يهتدون بالطبيعة العقدية للعملية التحكيمية على إطلاق مبدأ سلطان لإرادة، وترك الأمر لأطراف النزاع و قضاتهم الذين اختاروهم بمحض إرادتهم و إرتضوا مسبقا الخضوع لما يصدرونه من أحكام، ولا يجوز للدولة التدخل إلا لمنع المساس بالنظام العام، أو لضمان حسن سير العملية التحكيمية، وقد أكدت المحكمة الدستورية المصرية على الطبيعة العقدية، حيث إن التحكيم يرتكز على الاختيار الحر لإرادة أطراف العملية التحكيمية، حيث قضى بعدم دستورية النصوص القانونية التي نظمت التحكيم الجبري، وهي الجمركية، الضريبية ونصوص المواد الخاصة بالتحكيم الجبري في قانون سوق المال.

العملية التحكمية تتمثل في شكل هرم قاعدته الاتفاق وقمته الحكم، رغم أن حكم التحكيم هو الهدف من عملية التحكيم برمتها، من حيث كونه يسوي النزاع أو يفصل فيه إلا انه يبدو وفق هذا التحليل مجرد عنصر تبعي في هذه العملية لأنه مجرد تحديد لمحتوى العقد بمعرفة غير المتعاقدين.

وكانت أول مسألة أثارت النقاش حول طبيعة التحكيم (في عام 1812، عندما قدم النائب العام لدى محكمة النقض الفرنسية الأستاذ «مارلين» تقريره بدعوى طلب تنفيذ حكم المحكمين الأجنبي الصادر في إنكلترا التي احتاج الأمر فيها إلى وجوب تحديد «صفة حكم المحكمين»، من أجل تعيين كيفية إجراء التنفيذ الواجب إتباعه في فرنسا. و في هذا الخصوص تمسك النائب العام «بالصفة الاتفاقية لنظام التحكيم، ودافع عن وجهة نظره دفاعاً قوياً، وقد تساءل في هذا المجال عما إذا كان الحكم المذكور يعتبر شيئاً غير العقد؟ أوليس هو نتيجة الاتفاق ؟ إن الحكم التحكيمي يشكل في الاتفاق جسماً واحداً، وبدون الاتفاق يصبح ورقة تافهة بدون معنى، وأن الاتفاق يعطيه وجوده، وفيه يستخلص كيانه وجوهره، ولا يوجد إلا مع الاتفاق فله إذن مثل الاتفاق «طبيعة العقد»، واستناداً إلى ذلك فقد اقتنعت محكمة النقض بهذه الطبيعة وأيدتها بالحكم الصادر عنها).

من أجل تأكيد الصفة العقدية لاتفاق التحكيم، تم دراسة أحكام العقد و إسقاطها على اتفاق التحكيم وفقا لأراء بعض الفقهاء ولأحكام القانون المدني الجزائري، فبمقارنة أركان العقد والمتمثلة في الرضاء والمحل و السبب مع اتفاق التحكيم، نجد أولا رضا الطرفين أي عنصر الإرادة في العقد من أهم العناصر التي يقوم عليها العقد و نفس الشيء بالنسبة لاتفاق التحكيم، بحيث أن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات هو أساس قيام المحكمة التحكيمية و استبعاد القضاء الوطني، أما بالنسبة لركن السبب والمحل فهما أيضا متوفران.

تعرضت هذه النظرية إلى مجموعة من الانتقادات من أهمها، إن هذه النظرية تعتمد في الدرجة الأولى على اتفاق الخصوم على التحكيم و تحديد مختلف قواعده، إلا أنها لم تلاحظ أثر حكم المحكمين في إنهاء النزاع بين المتخاصمين، مثله مثل الحكم القضائي ، ولم تلاحظ التطور التجاري

الدولي وظهور عقود التجارة الدولية النموذجية، وتطور الأنظمة الاقتصادية في عدد من البلدان النامية وتبنيها نظام الاقتصاد الموجه ، واعتبارها نظام التحكيم قضاءً خاصاً لحل كافة النزاعات التي تنشأ فيما بينها مع الغير بصورة إلزامية.

رغم أن هذا الاتجاه الفقهي لا يخلو من وجاهة، وهي أن التحكيم يقوم بداهة على إرادة الأطراف إلا أنه أخلط بين استناد التحكيم في البداية إلى إرادة الأطراف و بين كون المحكم ذاته لا يرتكن إلى هذه الإرادة، إذ يعمل بأحكام القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض عليه، كما أن هذا الاتجاه لا يخلو من الانتقاد وهو أن الأطراف في التحكيم لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم، و إنما الكشف عن إرادة القانون في حالة معينة.

يرى اتجاه ثان أن التحكيم ذو طبيعة قضائية، حيث أن الوظيفة التي يقوم بها المحكم هي نفسها الوظيفة التي يقوم بها القاضي، كما أن نظر النزاع أمام المحكم يمر بذات الإجراءات التي يمر بها أمام القاضي، الغرض و الهدف الذي وجد إتفاق التحكيم من أجله هو الحصول على الحماية القضائية، و هو هدف أي نظام قضائي.[12]

يرى اتجاه ثالث أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة، فأصل التحكيم أنه عقد فهو عمل إرادي للأطراف و هو قضاء بالنظر للحكم الصادر الذي يلزم الأطراف، و يرى مؤيدو هذه النظرية بأن التحكيم ليس اتفاقا محضا و ليس قضاءا محضا، إلا أن هذه النظرية تعرضت إلى عدة انتقادات، من بينها أن القول بالطبيعة المختلطة يؤدي إلى الخلط بين حجية حكم التحكيم و بين قوته التنفيذية، كما أن القول بالطبيعة المختلطة للتحكيم يعتبر هروبا من مواجهة الحقيقة وتمثل نوعا من العجز.[13]

نادى بعض الفقه باستقلال نظام التحكيم واستند أنصار نظرية الطبيعة المستقلة لنظام التحكيم على مايلي:

-الاتفاق ليس أساس نظام التحكيم، بدليل أن القانون قد يستبعد في بعض الحالات القضاء العادي، ويفرض على المتنازعين الالتجاء إلى نظام التحكيم، فيما يعرف بنظام التحكيم الإجباري.

-تميز نظام التحكيم عن نظام القضاء العادي، فالأول يكون أداة خاصة للفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم، أما الثاني فهو طريق عام لحماية الحقوق و المراكز القانونية للأفراد و الجماعات داخل الدولة.

-الاختلاف بين وظيفة نظام التحكيم ووظيفة نظام القضاء.

-عدم خضوع هيئة التحكيم لنظام القاضي في الدولة في القانون، فمثلا لايشترط في هيئة التحكيم ما يشترط في القاضي في الدولة ، من حيث السن و الجنسية....إلخ من الشروط.

-إذا كانت المجتمعات البدائية قد عرفت نظام التحكيم قبل نظام القضاء في الدولة، ونشأ نشأة مستقلة عنه، و إستمر قائما بعد ظهوره، فإن هذا يقتضي تميز التحكيم عن القضاء العادي، و

خضوعه لنظام قانوني خاص، بعيدا عن نظام القضاء في الدولة بإجراءاته الشكلية الكثيرة، وقواعده الجامدة.

يمكن القول في الأخير أن التحكيم له طبيعته الخاصة .

المطلب الثاني:أسباب اللجوء إلى التحكيم في العلاقات التجارية الدولية

يرجع السبب الرئيسي في تفضيل التحكيم في العلاقات التجارية الدولية عن باقي الوسائل البديلة لحل النزاعات لتغلب مزايا التحكيم عن عيوبه، فرغم وجود بعض العيوب و التي يمكن حصرها في النقاط التالية:

-التحكيم لا يخدم مصالح الدول النامية: تعرض نظام التحكيم إلى رفض و انتقاد كبير خاصة في الدول النامية، التي تمثل الطرف الضعيف في علاقات التجارة الدولية، حيث ترى بأن القواعد و الأحكام التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية أو تقرها هيئات و مراكز التحكيم هي من صنع الدول المتقدمة، و بالتالي فهي تخدم مصالح الدول المتقدمة و ليس مصالح الدول النامية، فهو في رأي الدول النامية وسيلة استعمارية بذل الجيوش [14]،

- التكلفة المادية الباهظة: هناك من يرى بأن التحكيم يكلف الأطراف تكلفة مالية باهظة، حيث يدفع الأطراف أتعاب المحكمين و مصاريف انتقالهم وإقامتهم و رسوم مراكز التحكيم. [15]

- التحكيم آلية من آليات النظام الرأسمالي: هناك من يرى بأن التحكيم هو وسيلة من وسائل النظام الرأسمالي العالمي يستخدمها لضمان ريادة وزعامة دول الشمال المتقدم و بقاء و تبعية دول الجنوب المتخلف. [16]

فرغم وجود هذه العيوب الضئيلة إلا أن هناك العديد من المزايا:

-سرعة الفصل في النزاع: تعتبر أهم ميزة و أهم سبب لتفضيله على القضاء الذي يتميز ببطء الإجراءات، بحيث تكون إجراءات التحكيم أكثر سهولة من الإجراءات المتبعة أمام القضاء الوطني إلى جانب نهائية الحكم التحكيمي و عدم جواز الطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن، و الأكيد أيضا أن العديد من الأنظمة القانونية التي تنظم التحكيم التجاري الدولي تحرص على وجوب حسم النزاع في فترة زمنية قصيرة بحيث لا تتعدى الستة أشهر من تاريخ توقيع الخصوم على وثائق التحكيم.

-قلة النفقات: من بين أهم أسباب تفضيل اللجوء إلى التحكيم قلة التكاليف مقارنة بإجراءات التقاضي أمام القضاء العادي و ما يتطلبه من رسوم و مصاريف وأتعاب المحامين، والخبراء و المحضرين القضائيين، و كما هو معروف تنصب منازعات التجارة الدولية على مبالغ كبيرة، غير أن أتعاب المحكمين لا يمكن مقارنتها بالمبالغ المتنازع عليها. [17]

غياب العلنية الموجودة في القضاء العادي: تعتبر السرية من أهم مميزات التحكيم، إذ أن العلنية التي تحيط القضاء العادي من ضمانات العدالة و لكنها تنقلب على التجار في حالة إذاعة أسرار صناعية أو

إتفاقات خاصة يحرصون على إبقائها سرا مكتوبا، و لا شك أن التحكيم التجاري الدولي يفقد الكثير من أنصاره إذا تجرد من طابعه السري.

إختيار هيئة التحكيم: في التحكيم تكون للأطراف أو ممثليهم الفرصة في إختيار المحكمين سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، و هذا يختلف عن القضاء الوطني حيث نجد المحكمة مكونة من قضاة رسميين في الدولة، لا دور للأطراف في تعيينهم أو تعيين أي منهم، مع الإشارة إلى أن المحكمين في نظام التحكيم يتم اختيارهم من ذوي الاختصاص و الكفاءة بالنسبة للعقد موضوع النزاع.

فالمحكم على خلاف القاضي، لايلزم أن يكون رجل قانون و إنما يمكن للأطراف إختيار شخص له خبرة في مجال معين، مما يجعله مؤهلا لفهم وإدراك طبيعة طبيعة النزاع دون أن يكون مضطرا للاستعانة بالخبراء، و هو أمر لا يمكن الاستغناء عنه إذا كان النزاع معروضا على القضاء.

- قلة الشكلية: يصل أطراف التحكيم إلى حكم نهائي قابل للتنفيذ دون المرور بإجراءات التقاضي الكثيرة ، فإذا ثار نزاع بين الأطراف يكفي أن يرسل أحدهم للأخر رغبته في الالتجاء للتحكيم لحل النزاع دون وجود شكلية معينة.

-تسهيل عملية التنمية الإقتصادية الشاملة: كما هو معروف تسعى مختلف الدول النامية إلى تحقيق تنمية اقتصادية شاملة، ولا يكون ذلك إلا من خلال التحكيم، إذ تضطر الدولة و أشخاص القانون العام إلى التدخل في إبرام اتفاق أو في الإشراف و الرقابة على عقود التنمية الإقتصادية، مما يجعل التحكيم الطريق المثالي لحل النزاعات التي قد تثور بمناسبة تنفيذ هذه العقود التي تمثل الشركات متعددة القوميات طرفها التقليدي في العصر الحالي، فالدولة و أشخاص القانون العام يصعب عليهم فكرة تقبل الخضوع لقضاء دولة أجنبية، لكن في التحكيم هي تشارك في إختيار المحكمين و إختيار القانون الواجب التطبيق، كما أن المستثمر يتردد كثيرا في المجازفة باستثماراته إذا لم يتضمن العقد اتفاق التحكيم.

فبالرغم من هذه المزايا المتعددة إلا أن التحكيم تعرقله العديد من الإشكالات.

المبحث الثاني: أهم الإشكالات التي تعوق التحكيم.

رغم أن التحكيم الوسيلة المفضلة في العلاقات التجارية الدولية لما يمتاز به من مميزات، إلا أن هناك بعض المشاكل التي تعرقل التحكيم، و ذلك يتضح من الناحية العملية، وتتلخص أهم هذه المشاكل في(أهم الإشكالات المتعلقة بالاتفاق على التحكيم) كمطلب أول بالإضافة إلى(أهم الإشكالات المتعلقة بأثار التحكيم) كمطلب ثاني.

الفرع الأول:أهم الإشكالات المتعلقة بالإتفاق على التحكيم.

قد يفضل الأطراف اللجوء إلى التحكيم بدلا من اللجوء إلى القضاء من أجل حل مختلف النزاعات ، لكن اتفاق الأطراف على التحكيم قد تواجهه مجموعة من الإشكالات المتعلقة أساسا بإبرام اتفاق التحكيم، و عليه يمكن إبراز بعض المشاكل المتعلقة بإبرام اتفاق التحكيم في النقاط التالية:

-**التعبير غير الواضح عن إرادة الأطراف باللجوء إلى التحكيم:** عند اتفاق الأطراف على التحكيم، لابد أن يكون بصياغة واضحة لا تدع أي مجال للشك، إذ كلما كان اتفاق التحكيم بصياغة واضحة كلما اتضحت إرادة الأطراف بالنسبة للحكام و أصبحت عملية التحكيم أسهل.

كثير من العقود في العلاقات التجارية الدولية يتفق أطرافها على التحكيم و بالرجوع إلى اتفاق التحكيم نجده غير واضح، مما يرتب أثار سلبية على الأطراف عند نشوء النزاع، و قد يكون الغموض مثلا في تحديد مكان التحكيم و القانون الواجب التطبيق على التحكيم ، ولغة التحكيم و كيفية تعيين المحكمين،فوجود مثل هذا الاتفاق في العقد يثير الخلاف حول تفسيره، أي ما يشمله التحكيم و ما لا يشمله.

-**كتابة اتفاق التحكيم:** هناك خلاف فقهي وتباين في موقف القانون المقارن حول تكييف طبيعة الكتابة،بين من يرى بأن الكتابة شرط لانعقاد اتفاق التحكيم لا يتم بدونه الاتفاق، و بين من يرى أنها شرط إثبات فحسب، و بالتالي لا تشترط الكتابة باتفاق التحكيم، بالإضافة إلى رأي أخر يذهب إلى عدم أهمية التفرقة بين اعتبارها شرط انعقاد أو شرط إثبات في الحياة العملية.وعليه هناك ثلاث اتجاهات:

-**الاتجاه الأول**: يذهب جانب من الفقه إلى أن الكتابة في التحكيم شرط للانعقاد وليس شرط إثبات على أساس أن الاتفاق على التحكيم اتفاق شكلي لا ينعقد إلا بالكتابة، ويأخذ ذات حكم الشروط الموضوعية للعقد ، وعلى ذلك إذا لم توجد الكتابة فلا يجوز إثبات انعقاده بالاقرار أو اليمين أو شهادة الشهود، بدليل أن تخلف هذا الشرط يؤدي لبطلان اتفاق التحكيم كما ورد بصريح النص في قانون التحكيم الأردني والمصري و الإنجليزي واتفاقية نيويورك و قانون الأونيسترال النموذجي.

-**الاتجاه الثاني:** يرى بأن شرط الكتابة هو شرط إثبات و ليس شرط انعقاد، وعليه يجوز الاتفاق الشفوي دون الكتابي على اتفاق التحكيم، ويستندون في ذلك إلى أن الكتابة المتطلبة في شرط التحكيم هي للإثبات فقط، وليست لصحته أو لانعقاده، و ذلك لأن اتفاق التحكيم لا يعدو أن يكون عقدا رضائيا ينعقد بمجرد تبادل الإيجاب و القبول بين الطرفين دون حاجة إلى أي إجراء أخر.

-**الاتجاه الثالث**: يرى جانب من الفقه أنه لا توجد أية أهمية لهذه التفرقة في الحياة العملية بالنسبة للتحكيم، إذ من النادر أن يكون هناك اتفاق تحكيم شفوي ، ويحاول المدعي إثباته بشهادة الشهود مثلا،

أرى أن أنسب الحلول هو أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا سواء كان تحكيم دولي أو تحكيم داخلي،وذلك يرجع إلى عدة أسباب من أهمها أنه عند تنفيذ حكم التحكيم سوف يتطلب الأمر من

الطرف طالب التنفيذ إرفاق بعض المستندات مع حكم التحكيم المطلوب تنفيذه ومن هذه المستندات و المرفقات اتفاق التحكيم، و بالتالي لا يمكن تقديم اتفاق تحكيم شفوي كمستند مطلوب تقديمه، و إن ذلك يتفق مع ما نصت عليه إتفاقية نيويورك في المادة الرابعة.[18]

بالتالي يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا سواء كان شرطا أو مشارطة، ففي حالة شرط التحكيم يجب أن ينص العقد الأصلي أساس العلاقة بين الطرفين في بند من بنوده على اللجوء إلى التحكيم، ويكفي توقيع أطراف العقد على هذا أساس العلاقة فيما بينهم فلا يستلزم توقيع الطرفين بجوار البند أو شرط التحكيم[19].

-نطاق الاتفاق على التحكيم: قبل الاتفاق على التحكيم بين الأطرف ، يلزم على الأطراف معرفة ما إذا كان يجوز إحالة نزاعهم إلى التحكيم أم لا، فوفقا لنص المادة 11 من قانون التحكيم المصري و التي جاء فيها(لايجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح)[20] يستنتج بأنه لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو تلك المتعلقة بالنظام العام.و هو نفس التوجه الذي أخذ به المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي جاء فيها (لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم)[21].

-التوكيل بالتحكيم: هناك اختلاف حول مسألة إبرام اتفاق التحكيم بواسطة وكالة عامة أو وكالة خاصة، ففي بعض الدول اتجهت أحكام القضاء إلى القول بأن الوكالة العامة تخول الوكيل إبرام اتفاق التحكيم، و في دول أخرى ذهب القضاء إلى أنه لابد من وكالة خاصة في هذا الشأن، بالنسبة للمشرع الجزائري يمكن للشخص أن يبرم اتفاق التحكيم بنفسه متى كان راشدا ، أو أن يوكل شخصا أخر لينوبه بشرط أن تكون الإنابة في شكل وكالة خاصة تسمح للموكل فيها أن يقوم بمباشرة الاتفاق الخاص بالتحكيم بدلا منه حسب نص المادة 574 من القانون المدني الجزائري.

بالنسبة للمحامي فإن الوكالة العامة غير كافية بل تفرض عليه وكالة خاصة بالتحكيم حتى لا يكون الاتفاق الذي يبرمه باطلا و هذا البطلان قد يجيزه الوكيل فيصبح صحيحا لتنازله عن حق التمسك بالبطلان، أما إذا لم يتنازل عن حق التمسك أصبح الاتفاق باطلا.

-تنظيم محكمة التحكيم: نصت معظم التشريعات على فردية عدد المحكمين في حالة تعدد، و قد اشترط المشرع الجزائري بدوره أن يكون عدد المحكمين فرديا طبقا لنص المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فتتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي، و يتوقف هذا التشكيل على إرادة أطراف النزاع و إن كان من الملاحظ أن الاتفاقات تنص على إمكانية اللجوء إلى الغير لتعيين محكم أو أكثر عند عدم اتفاق الأطراف على ذلك أو نتيجة لتقاعس أحدهما عن تعيين محكم أو أكثر.

غير أنه بالنسبة لتشكيل هيئة التحكيم ، هناك من يرى بأن جميع طرق إختيار هيئة التحكيم لا تؤدي إلى شعوره المحكم بالاستقلال عن الذي اختاره من الأطراف، لذلك لتجنب هذا الإشكال يقترح أن يكون اختيار هيئة التحكيم و خاصة في التحكيم المؤسسي عن طريق قيام المركز المعروض عليه القضية التحكيمية بعرض قائمة بها عدد من المحكمين من القائمة التي رتبها كل واحد من الأطراف، و هذا يعني أن هيئة التحكيم تم تشكيلها عن طريق المركز بمعنى أن هيئة التحكيم لا تشعر بالحرج مع أطراف النزاع و شعور المحكم بأن المركز الذي اختاره و ليس أحد من الأطراف.

هذه هي أهم الإشكالات المتعلقة بالتحكيم في مرحلة إبرامه بالإضافة إلى إشكالات أخرى والتي لديها علاقة بآثار الاتفاق على التحكيم.

المطلب الثاني: أهم الإشكالات المتعلقة بآثار التحكيم.

في حالة اتفاق أطراف العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي على التحكيم كوسيلة لحل النزاعات، فإن هذا الاتفاق يرتب أثارا، و هذه الآثار بحد ذاتها تثير مجموعة من الإشكالات سواء بالنسبة لأطراف العلاقة أو بالنسبة للقضاء، و عليه يمكن التطرق إلى بعض هذه الإشكالات في النقاط التالية:

-**نطاق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم من حيث الأشخاص:** تؤكد المبادئ العامة في نظرية العقد أن العقد لا يقيد غير أطرافه و لا ينتج التزامات أو حقوق إلا في مواجهتهم دون أن ينتقل إلى غيرهم، حيث أن مبدأ نسبية العقد يؤدي إلى القول بأن أثار التحكيم لا تنتقل إلى أشخاص لم يوقعوا عليه، إلا أنه من المقبول انتقال أثر التحكيم إلى غير هؤلاء، فهو ينتقل إلى الخلف العام أو الخلف الخاص، كما يمتد إلى الشريك أو المدين المتضامن، وعليه لابد لكل من يلجأ إلى التحكيم أن يكون على دراية بهذه المسألة.

-**خصوصية نظر المسائل الوقتية و المستعجلة:**إذا كان الاتفاق على التحكيم يعد استثناءا على الأصل العام، وهو اختصاص قضاء الدولة ، فإن ذلك يعني الالتزام بهذا الاستثناء، و عدم الرجوع إلى الأصل و هو اختصاص قضاء الدولة، لكن الضرورة العملية تقتضي بقاء القضاء العادي أو القضاء المستعجل مختصا بنظر المسائل الوقتية و المستعجلة، حتى في ظل وجود اتفاق التحكيم.

-**مدى استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي:** لقد وقع جدال و نقاش حاد حول مدى استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، ففي حالة وقوع نزاع بين طرفي العقد و ادعى أحدهما ببطلان العقد الأصلي ، فهل يؤثر ذلك على شرط التحكيم، فمسألة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي يكمن أثرها في بيان مدى اختصاص قضاء الدولة بنظر المنازعات الناشئة عن العقد في حالة عدم صحته، أو عدم اختصاصه بنظر تلك المنازعات و اختصاص هيئة التحكيم في حالة صحته. [22]

-فصل المحكم في مسألة اختصاصه: لقد أثار و لا يزال القرار الذي يصدره المحكم في مسألة اختصاصه إشكالا أساسيا، يتمثل في الطبيعة القانونية لهذا القرار، فهناك من يرى بأنه حكما قضائيا ، أما جانب أخر يجرده من صفة الحكم التي يتمتع بها حكم التحكيم الفاصل في موضوع النزاع, المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 458 مكرر 16 و المادة 458 مكرر 7 و المادة 458 مكرر 14 اعتبر أن حكم التحكيم الدولي هو الحكم الذي يحظى بحجية الأمر المقضي فيه، أي القطعي وأنه تخرج من نطاقه الأحكام التي تصدر قبل الفصل في الموضوع و التي تتعلق بتنظيم سير التحكيم ، منها الأحكام التمهيدية و الأحكام الوقتية و الأحكام التحضيرية و التي تصدر في جزئيات يتطلب الحكم في الموضوع الرئيسي الحكم و الفصل فيها قبل التطرق إلى النزاع الأصلي، كفصل هيئة التحكيم في الاختصاص الخاص بها. [23]

الإشكال الثاني يتعلق في مدى خضوع هذا الحكم للطعن، فهناك من الأنظمة القانونية التي تسمح بالطعن في هذا القرار بصفته حكما قضائيا كحكم المحكم الفاصل في موضوع النزاع، بينما لا ترى أنظمة أخرى جدوى في السماح بالطعن فيه، بل وهناك من ربط الطعن فيه بالطعن في الحكم الصادر في موضوع النزاع. [24]

-النظام العام: إن فكرة النظام العام من أهم المشاكل التي تقف عثرة أمام انطلاق التحكيم، فأهم إشكالات التحكيم التجاري الدولي تكون في الدفع بالنظام العام، فقد لا يجد القاضي الوطني أي سبب لعدم تنفيذ حكم التحكيم فيلجأ إلى النظام العام لاستبعاد التحكيم. [25]

استعمل المشرع الجزائري مصطلح النظام العام الدولي و هو نفس المصطلح الذي استعمله المشرع الفرنسي، وهذا يعني أن التعارض مع القواعد الآمرة في الجزائر تطبيقا لفكرة النظام العام الوطني لا يعتبر في مجال التحكيم الدولي مبررا كافيا لرفض الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الدولية. فالمشرع الجزائري ملزم بمراقبة ما إذا كان الحكم لا يتعارض مع المفهوم المعروف في الجزائر حول النظام العام الدولي. [26]

-حصانة الدولة ضد تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية: قد تحرص الدول خاصة الدول النامية على انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكمها الوطنية، و تحاول عدم التنازل عن حصانتها القضائية، لكي لا تخضع لقضاء دولة أجنبية، سواء كانت هذه الدولة الأجنبية دولة المستثمر الأجنبي أو دولة محايدة [27] ، وهذا ما يؤدي إلى عدم فعالية التحكيم.

يمكن القول أن هناك العديد من الإشكالات التي تحيط الاتفاق على التحكيم، لهذا و من أجل زيادة فاعلية التحكيم لابد من مواجهة هذه المشاكل بحلول قانونية ملائمة .

الخاتمة:

يمكن القول في الأخير أنه حقيقة التحكيم يعتبر أحسن طريق لحل النزاعات في العلاقات التجارية الدولية وذلك لعديد المزايا، إلا أن اللجوء إلى التحكيم يثير العديد من الإشكالات و المصاعب و التي يجب التركيز فيها من أجل الحصول على الحلول الملائمة، و هذا حتى يحافظ التحكيم على فعاليته.

من أهم الإشكالات التي تعيق التحكيم عند إبرام اتفاق التحكيم لدينا مسألة صياغة اتفاق التحكيم و التي تعتبر الإشكال الرئيسي الذي يعيق التحكيم، بالإضافة إلى إثبات اتفاق التحكيم فهل يستلزم الكتابة الرسمية لاتفاق التحكيم أم تكفي الكتابة العرفية أو الاتفاق الشفهي.

أما أهم الإشكالات التي تعيق التحكيم بعد الاتفاق عليه وظهور أثاره مسألة فصل القضاء العادي في المسائل الوقتية و الإستعجالية في حالة وجود اتفاق التحكيم،حيث الضرورة العملية تفرض الالتجاء إلى القضاء العادي رغم وجود اتفاق التحكيم و كذلك و خروجا عن مبدأ نسبية أثر العقد فإن اتفاق التحكيم يسري أيضا على غير الموقعين، و من بين الإشكالات التي تعيق التحكيم مسألة فصل المحكم في اختصاصه و هل يعتبر هذا الحكم قضائي أم لا و هل يجوز الطعن فيه، و كذلك مسألة حصانة الدولة فهل يجوز لها التملص من التحكيم من خلال الحصانة ضد تنفيذ الأحكام الأجنبية.

من خلال التعرف بأهم الإشكالات التي تحيط التحكيم يمكن التوصية بمجموعة من التوصيات قد تفيد التحكيم مستقبلا من بينها:

-بالنسبة لكتابة اتفاق التحكيم يستحسن أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، إذ أن كتابة اتفاق التحكيم تسمح لأطراف النزاع عند طلب تنفيذ حكم التحكيم بإرفاق اتفاق التحكيم المكتوب بالإضافة إلى المستندات التي جرت العادة على تقديمها لتنفيذ الحكم التحكيمي.

-يستحسن عند كتابة اتفاق التحكيم أن يشارك في كتابته أشخاص مختصين و ذوي خبرة حتى لا تكون فيه أخطاء لا تسمح بتفسير إرادة الأطراف كما ينبغي من طرف الهيئة التحكيمية.

-التأكيد من خلال النصوص القانونية لمختلف التشريعات على إمكانية فصل القضاء العادي في المسائل الوقتية و المستعجلة.

-عدم إسراف القضاء في استخدام فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد تنفيذ الحكم التحكيمي.

<u>الهوامش:</u>

1- دسوقي(عامر)، **<u>الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة و دور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة به</u>**ا، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة، 2011، ص 276.

2-تدل الأبحاث العلمية و التاريخية على أن الحضارة البابلية عرفت التحكيم، حيث ظهر ذلك من خلال المعاهدة المبرمة بين أوما UMMA و مدينة لاجاش LAGASH العراقيتين من حوالي 3100 قرن، و عرفت التحكيم المدن اليونانية cité greque في نطاق ما كان يطلق عليه الإتحادات الأنمفكتيونية

AMPHICTIONIES القائمة على أساس ديني يهدف إلى حماية المعبد، و من خلالها تعقد دورات استشارية بين حكام هذه المدن، و اعتماد التحكيم كوسيلة لحل نزاعاتها، ولعل أشهرها منتديات دالف DELHES، كما عرفه المجتمع القبلي العربي أيضا حيث كانت القبائل تختار رئيس القبيلة أو شيخا من المشهود لهم بالحياد و الأمانة، لكي يقوم بالتحكيم فيما قد يثور بين تلك القبائل من خلاف بسبب الثأر بين الأفراد، و قد ركز الإسلام على أهمية التصالح بوسائله المختلفة في تسوية ما قد يثور من خلافات بين جماعات المؤمنين، و ذلك سعيا وراء تحقيق السلام و العدل بدلا من التنازع و الفرقة، و من أشهر القضايا التي عرفها تاريخ الإسلام في بداية عهده هو التحكيم الذي وقع بين الإمام علي بن أبي طالب و معاوية بن أبي سفيان، الشرمان ناصر محمد عبد العزيز، النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، رسالة مقدمة للحصول على درجة دكتوراه، ،كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2012، ص 10

3- قوله تعالى(و إن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا) الأية 35 من سورة النساء، و قوله تعالى(فلا و ربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت و يسلموا تسليما) الآية 65 من سورة النساء.

4- عبد التواب أحمد إبراهيم، إتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 10.

5- بن سعيد لزهر، **التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية و القوانين المقارنة**، دار هومة، الجزائر، 2012،.ص 14.

6- حسان نوفل، **التحكيم في منازعات عقود الإستثمار**، دار هومه، الجزائر، ص 17.

7- بن سعيد لزهر، نفس المرجع، ص 42-43.

8- بريري محمود مختار، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة،دار النهضة العربية، القاهرة، 2004،ص 20-21.

9- مناني فراح، ، ص 70.

10- بريري محمود مختار، مرجع سابق، ص 21.

11- بن سعيد لزهر، مرجع سابق، ص 45.

12- بن سعيد لزهر، مرجع سابق، ص 21.

13- مناني فراح، **التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب أخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري**، دار الهدى، الجزائر، 2010،ص ص14-15.

14- بريري محمود مختار، مرجع سابق، ص ص 14-15.

15- حسان نوفل، مرجع سابق، ص 23.

16- نفس المرجع، نفس الموضع.

17- بن سعيد لزهر، مرجع سابق، ص 39.

18-(To obtain the recorgnition and enforcement mentioned in the preceding article , the party applying for recognition and enforcement shall, at the time of the application, supply :
a-the duly authenticated original award or a duly certified copy thereof
b-the original agreement referred to in article 2 or a duly certified copy)
(بأنه من أجل الحصول على الاعتراف و التنفيذ المبحوث عنها في المادة السابقة يتوجب على الفريق الذي يطلب مثل ذلك الاعتراف و التنفيذ أن يبرز ما يلي عند تقديمه الطلب:
أ-قرار التحكيم الأصلي المصدق أو صورة مصدقة عنه.
ب-الاتفاقية الأصلية المبحوث عنها في المادة الثانية أو صورة مصادق عنها). صادقت الجزائر على اتفاقية نيويورك بالمرسوم رقم 88-233 مؤرخ في 5نوفمبر 1988.

19-دسوقي عامر، مرجع سابق، ص 310.

20- قانون التحكيم المصري،قانون رقم 27 سنة 1994، صدر برئاسة الجمهورية في 7 ذي القعدة سنة 1414 الموافق ل 18 أفريل 1994، منشور على الموقع: www.damascusbar.org

21- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21 ،لسنة 2008.

22 - شلقامي شحاته غريب، إشكالات اتفاق التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص ص 34-35.

23- تعويلت كريم، **فعالية إتفاق التحكيم التجاري الدولي**، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 17-05-2017، ص ص 72-74.

24- نفس المرجع، ص 78.

25-أكثر تفصيل بالنسبة لفكرة النظام العام
Holleaux(Dominique),Foyer(Jacques),Dejeouffre de la paradelle(Géraud),**Droit international privé,** Mason,Paris,1987, pp 228- 229 .

26- بن عصمان جمال، الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية و تنفيذها في ظل قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجديد، مجلة الدراسات القانونية، مركز البصيرة، العدد الثامن، 2010، ص ص 59-79، ص 63.

27- هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 170