ISSN: 2352-9806 مجلة الحقوق والعلوم السياسية جامعة خنشلة EISSN: 2588-2309
المجلد 10/العدد 01/السنة 2023/ص ص 333-344

التحكيم التجاري الدولي كآلية لحل منازعات التجارة الدولية

International commercial arbitration as a Mechanism for resolving international trade disputes

زيغم محاسن ابتسام *
جامعة بلحاج بوشعيب عين تموشنت
مخبر الأسواق التشغيل التشريع والمحاكاة في الدول المغاربية - الجزائر -
zighem.mahassine@hotmail.com

تاريخ الإيداع:2022/05/06 | تاريخ المراجعة:2023/01/18 | تاريخ القبول:2023/01/22

ملخص:

يعتبر التحكيم من اهم الوسائل التي يمكن من خلالها حسم المنازعات العقدية في مجال العلاقات التجارية ، لما يتصف به من خصائص وسمات عدة أغرت العديد من الأنظمة القانونية المقارنة ، باعتباره من الطرق البديلة لحل المنازعات عقود التجارة الدولية ، و بديل للقيود التي فرضها القضاء العادي ، ولقد لعب التحكيم دور هام في تعديل التشريعات الوطنية لكثير من الدول ، كما هو الشأن في القانون الجزائري حيث واكب المشرع التطورات الحاصلة وعمل على تنظيم الاحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي ضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية بما يضمن تفعيل هذه الوسيلة البدلية لحل المنازعات .

الكلمات المفتاحية: تحكيم ؛ نزاع ؛ طرق بدلية ؛ تجارة دولية ؛ تشريعات وطنية

Abstract:

Arbitration is considered one of the most important means through which contractual disputes can be resolved in the field of commercial relation due to its many characteristics and features that have tempted many comparative legal systems , as it is one of the alternative methods for resolving disputes ,international trade contracts , and an alternative to the restrictions imposed by the ordinary judiciary .arbitration has played an important role in amending the national legislation of many countries , as is the case in the Algerian law , where the legislator monitored the developments taking place and worked to regulate the provision of international commercial arbitration within the civil and administrative procedures code to ensure the activation of this alternative means of resolving disputes .

Keywords : : arbitration ; conflit ; alternate methods ;international trade; international legislation.

* المُؤلف المُراسِل.

مقدمة:

احتفظت الدول منذ نشأتها بحق فض النزاعات بين الافراد والتجار و مختلف طوائف المجتمع ، و لقد جاء التحكيم كنظام مدني يتسم بالسرعة لحل المنازعات بين الاطراف المتخاصمة ، خاصة أن المحاكم العادية لم تعد قادرة للتصدي للمنازعات بشكل منفرد . فلقد عرفت الوسائل البديلة لحل النزاعات اهتماما متزايدا على صعيد مختلف الأنظمة القانونية و القضائية، وذلك لما توفره هذه الخيرة من مرونة و سرعة البث في القضايا المعروضة أمامها و الحفاظ على السرية وما تضمنه من مشاركة الطراف في إيجاد الحلول لمنازعاتهم .

ويعود ظهور التحكيم إلى اتفاقيات ومعاهدات دولية كرست التحكيم التجاري الدولي كنظام قانوني خاص بإيجاد قواعد موضوعية موحدة كما هو الحال الاتفاقيات الدولية المتعلقة باتفاق التحكيم و من ذلك بروتوكول جنيف لعام 1923 و الاتفاقية الأوربية لعام 1961 ، و منها ما دعا بحل مسألة التنازع القضائي الدولي حال جزئيا بإنشاء مؤسسات التحكيم الدولية دائمة يلجأ إليها الأطراف لحل نزاعاتهم وتتبع إجراءات بسطة والحرية في اختيار الإجراءات المناسبة و اختيار المحكمين و القانون واجب التطبيق على أساس النزاع أو يطلقون الخيار للمحكمين بالحكم وفق تقديراتهم ودون التقيد بقانون معين ومن ذلك نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية لعام 1988 ومجمع التحكيم لدى غرفة التجارة في استوكهولم لعام 1976 ومحكمة التحكيم الدولية مواد التجارة عام 1972 واتفاقية واشنطن للتحكيم الدولية لمواد التجارة عام 1978 ، اتفاقية واشنطن للتحكيم الدولي لعام 1965 ، واتفاقية نيويورك لعام 1958 التي حثت دول الأعضاء إلى معاملة التحكيم الأجنبي معاملة الأحكام الوطنية للتغلب على الصعوبات التي قد تنشأ جراء المعاملات الخاصة لا أحكام الأجنبية على إقليم الدولة التي ينفذ فيها الحكم و نتيجة التطور اتفاقية "الجات" ، أنشئت منظمة التجارة الدولية بعد اجتماع الدار البيضاء عام 1995تضمنت شروط وتنظيمات خاصة بالتحكيم التجاري الدولي ، نتيجة الجهود الدولية المبذولة في تطوير قواعد تحكيم التجاري الدولي تعديل التشريعات الوطنية لكثير من الدول بما في ذلك الجزائر في ظل المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/24 المعدل والمتمم للأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

و تتجلى أهمية التحكيم نظرا لما يوفره من مزايا للمتعاقدين من دول مختلفة كسلطة اختيار هيئة التحكيم واختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وغيرها من المزايا التي يحققها .

كما نهدف من خلال هذا البحث الى التعرف الى مفهوم التحكيم و طبيعته الاتفاقية ، انواعه ، مزاياه ، الشروط الواجب توفرها فيه ، آثاره ، بالإضافة للتطرق الى دور اتفاق التحكيم في فض منازعات التجارة الدولية .

من خلال هذا البحث اعتمدنا على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية ونصوص بعض المعاهدات والاتفاقات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري.

و من خلال ما تقدم يمكن طرح الاشكال الاتي : ما ذا نقصد باتفاق التحكيم ؟ و ما هو دوره في حل منازعات التجارة الدولية ؟

وللإجابة عن الاشكال المطروح لقد قسمنا موضوع الورقة البحثية الى مبحثين :

المبحث الاول : ماهية اتفاق التحكيم

المبحث الثاني : آثار اتفاق التحكيم

المبحث الثالث : القانون الواجب التطبيق في المنازعات التجارية

1- العنوان الرئيسي الأول:المبحث الاول: ماهية اتفاق التحكيم

يعد اتفاق التحكيم من الطرق البديلة لحل المنازعات ولقد تشابهة التشريعات فيما بينها بشأن تعريف اتفاق التحكيم ، ويرجع هذا التشابه الى كون أن مختلف قد استمدت قواعدها من القانون النموذجي للجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحكيم لعام 1970 ، ومن خلال هذا المبحث سنتطرق الى ماهية اتفاق التحكيم مبرزين خصائصه ، انواعه ، طبيعة اتفاقية التحكيم ، و آثاره .

1.1- العنوان الفرعي الأول: المطلب الاول : مفهوم اتفاق التحكيم

سنتطرق في هذا المطلب الى التعريف الفقهي والتشريعي لاتفاق التحكيم :

أولا : التعريف الفقهي

يعرف التحكيم بأنه " اتفاق على طرح النزاع على شخص معين، أو أشخاص معينين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به" [1] ، والتحكيم هو "النظر في نزاع بمعرفة شخص أو هيئة، يلجأ إليه أو إليها المتنازعون مع التزامهم بتنفيذ القرار الذي يصدر في النزاع [2]"، كما عرف بأنه "نظام لتسوية أو المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها" [3].

ثانيا : التعريف التشريعي

وبالنسبة للتعريف التشريعي فلقد عرفه القانون النموذجي للجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحكيم لعام 1970 في م 1/7 بأنه : " اتفاق بين طرفين على أن يحيلا الى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية" .

كما عرفت المادة 27 من اتفاق لاهاي رقم 1 لسنة 1907م الخاص بالحل السلمي للمنازعات الدولية للتحكيم كما يلي(:التحكيم الدولي يهدف إلى حل المنازعات بين الدول بواسطة قضاة يختارونهم على أساس احترام القانون...) [4] .

و عرفه قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في المادة 1/10 بأنه : " اتفاق الطرفين على الالتجاء الى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو التي يمكن أن تنشأ بشأن علاقة بينهما عقدية كانت أو غير عقدية . فنلاحظ أن المشرع المصري أخذ نفس تعريف القانون النموذجي للجنة الامم المتحدة ، وبالنسبة للمشرع الجزائري فلم يضع تعريفا محددا لاتفاق التحكيم بل ميز بين شرط التحكيم و مشارطته كوسيلة لاتفاق الاطراف على سلوك طريق التحكيم لتسوية ما يثور بينهم من نزاع ، فلقد عرف شرط التحكيم في المادة 1007 في الباب الثاني من قانون الاجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008 المؤرخ في 20 فبراير 2008 بأنه : " الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الاطراف في عقد متصل بحقوق متاحة

[1] حمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987م، ص15

[2] علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الطبعة التاسعة، الإسكندرية، 1981م، ص895

[3] بو زيد رضوان ، أسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1981 ص19

[4] عبد العزيز محمد سرحان، دور محكمة العدل الدولية في تسوية المنازعات الدولية، بدون ناشر، الطبعة الثانية، القاهرة، 1986م،ص7

بمفهوم م 1007 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم . كما عرف اتفاق التحكيم في م 1011 من ذات القانون بأنه : " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الاطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشؤه على التحكيم ." و نلاحظ من هذا التعريف أن المشرع الجزائري قد وضع تعريفا لمشارطة التحكيم ، وليس اتفاق التحكيم .

كما نرى بأن الفكرة التي يقوم عليها التحكيم، يقوم على عدم إخضاع المنازعات لمحاكم الدولة، وذلك بناء على اتفاق الخصوم، وذلك بموجب اتفاق تحكيم، وهذا الاتفاق قد يكون مدرج في بند في العقد المبرم بين الأطراف ويتم التوقيع عليه من قبل الأطراف عند توقيع العقد وهو وما يسمى بشرط التحكيم وقد يكون الاتفاق منفصل عن العقد، وهو ما يسمى بمشارطة التحكيم[1] .

الفرع الثاني: صور اتفاق التحكيم

لاتفاق التحكيم صورتين هما شرط التحكيم ، و مشارطة التحكيم .

اولا : شرط التحكيم

عرف شرط التحكيم في م 1007 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008 بانه : " الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الاطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم م المذكورة لعرض النزعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم " . و بالنسبة للمشرع المصري فلم يضع تعريفا لشرط التحكيم ، وانما أورد ما يدل عليه و ذلك في نص م 2/10 بنصها : يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين ، و نستنتج من خلال التعاريف مايلي : . في شرط التحكيم يجب أن يكون اتفاق الاطراف سابقا على نشوء النزاع . قد يرد شرط التحكيم في اتفاق مستقل عن العقد أو المعاملة القانونية الاصلية[2] .

ثانيا : مشارطة التحكيم

عرف المشرع الجزائري مشارطة التحكيم من خلال م 1011 حيث نص : " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الاطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوءه على التحكيم " ، و يتضح مما سبق أن مشارطة التحكيم هي اتفاق أطراف علاقة قانونية ما على تسوية ما ثار بينهم من نزاع ، و لا يتم الاتفاق على مشارطة التحكيم الا بعد نشوء النزاع ، ووقوع الخلاف بين أطراف العلاقة القانونية ، ولا يتم اللجوء الى مشارطة التحكيم إلا إذا خلا العقد من شرط أو بند التحكيم .

الفرع الثالث: مزايا التحكيم

- يمكن أن يحل التحكيم الدولي النزاعات بسرعة أكبر من التقاضي أمام المحاكم التقليدية نظرًا لوجود عدد محدود من الاستئنافات من قرارات التحكيم.
- يمكن أن يكون التحكيم الدولي أقل تكلفة من الدعاوى القضائية التقليدية.
- يمكن أن يوفر التحكيم الدولي عدالة أفضل, لأن الكثير من المحاكم المحلية مثقلة, وهو ما لا يتيح دائمًا للقضاة الوقت الكافي لإصدار قرارات قانونية ذات جودة عالية.

[1] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العالقات الدولية الخاصة، بدون ناشر، جامعة عين شمس، القاهرة، رسالة دكتوراه، 2004م،ص347.

[2] لزهر بن سعيد ، كرم محمد زيدان النجار ، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الاولى إسكندرية ، 2010 ، ص 50

- يمكن للعملاء أن يلعبوا دورًا نشطًا في اختيار محكم خبير في الصناعة في التحكيم الدولي, بدلاً من اختصاصي مثل العديد من قضاة المحاكم المحلية.
- التحكيم الدولي مرن, وتلعب أطراف النزاع دورًا مهمًا في اختيار الإجراء الأكثر ملاءمة لحل نزاعهم الدولي, اتخاذ قرار بشأن تضمين إجراءات مثل إنتاج المستندات.
- يمكن أن يكون التحكيم الدولي سريًا, وهو أمر مفيد إذا رغب الطرفان في مواصلة علاقتهما التجارية أو تجنب الدعاية السلبية.
- التحكيم الدولي محايد. هذا مهم جدا للمعاملات عبر الحدود, لأنه يتجنب إمكانية "محكمة المنزل" ميزة لطرف واحد.
- في بعض البلدان, لا يحكم القضاة بشكل مستقل. في التحكيم الدولي يجب أن يتم إصدار الجائزة بشكل مستقل, أو لا يمكن فرضه[1].

الفرع الرابع: انواع التحكيم

كانت الفكرة القديمة السائدة في الفقه تذهب الى عدم التفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الاجنبي ، كما هو الحال في عدم التفرقة بين العقود الوطنية والعقود الاجنبية ، وبما أن التحكيم يستند الى إرادة الافراد و إن حكم التحكيم يصدر من أشخاص يعينون بموجب اتفاق أي يستند الى إرادة الاطراف المتنازعة ، ويلاحظ أن التحكيم يقوم على إرادة الاشخاص و بسماح من القانون ، إلا أن الرأي الراجح يذهب الى اعتبار التحكيم عملا قضائيا مستقلا عن القضاء الذي تمارسه الدولة ، وهناك رأي آخر يعتبر التحكيم ذو طبيعة مختلطة فيه سمات العقد و فيه سمات العمل القضائي ، غير أن في الوقت الحاضر اصبح يستعمل مصطلح التحكيم الوطني و التحكيم الاجنبي والتحكيم الدولي ، والتحكيم شبه الدولي [2].

معيار التفرقة بين التحكيم الوطني والاجنبي والدولي

المعيار القانوني : يتمثل في القانون الواجب التطبيق بالنسبة للإجراءات الخاصة بالتحكيم ففي كل حالة يصار الى معرفة صفة التحكيم ، بمعرفة قانون الاجراءات الذي خضع له التحكيم ، فإذا كان القانون داخليا ، فان التحكيم يعتبر تحكيم وطني ، أما إذا كانت قواعد الاجراءات مأخوذة من قانون أجنبي فان التحكيم يعتبر اجنبيا .

معيار جغرافي : يتمثل في مكان حكم التحكيم

معيار اقتصادي : يتمثل في تعلق العقد الذي يجري تسوية منازعته عن طريق التحكيم بالتجارة الدولية أو بمعاملة دولية ، فإذا كان العقد دوليا فان التحكيم في منازعته يكتسب صفة الدولية[3] .

[1] https://www.international-arbitration-attorney.com/ar/what-is-international-arbitration/ تاريخ الاطلاع 2021/06/30 الساعة 20.41

[2] فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة ، طبعة اولى ، عمان 2006 ، ص 99

[3] -أحمد شكري، الوسيط في النظرية العامة والمقاولات. مطبعة المعارف الجديدة الطبعة الأولى، ، 2001 ، ص 291

ت .التحكيم الاجنبي : إن التحكيم الأجنبي هو التحكيم الذي يشتمل على عنصر أجنبي سواء كان ذلك العنصر هو القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع أو كان القانون واجب التطبيق على الإجراءات التي تسيير عملية التحكيم او كان ذلك العنصر اختلاف جنسية الخصوم أو مكان التحكيم نفسه [1].

الفرع الخامس: تشكيل هيئة التحكيم

نص قانون الاجراءات المدنية والادارية على ثلاث طرق لتشكيل هيئة التحكيم التجاري الدولي ، وتتمثل في : أ. التعين المباشر للمحكمين من قبل اطراف النزاع : و يكون باتفاق الاطراف على تعيين محكم أو عدة اشخاص محكمين و هذا حسب م 1041 من ق 09/08 ، واغلب المحكمين هنا ينتمون الى الدول الصناعية الكبرى ، هذا ما فتح المجال للشك في حياد هؤلاء المحكين ، وبالنسبة لعدد المحكين اشترط القانون الجزائري حسب م 1017 انه تتشكل هيئة التحكيم من محكم أو عدة محكمين . ب اللجوء الى نظام تحكيمي لتعيين المحكمين : يتم تعيين المحكمين تبعا لهذه الطريقة باللجوء الى نظام تحكيمي من قبل مؤسسات التحكيم الدائمة الدولية . ت . تعيين المحكمين عن طريق القضاء : يكون تعيينهم بناء على طلب يقدم الى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم في حالة اجراء التحكيم في الجزائر ، وإذا كان التحكيم في الخارج يكون بطلب الى رئيس محكمة الجزائر ، و هذا ما إذا أراد الاطراف تطبيق القانون الجزائري وفقا للمادة 1041 ، وفي حالة عدم تحديد الجهة المختصة بالفصل في النزاع فالاختصاص يرجع الى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ابرام العقد ، كما يجوز رد أعضاء التحكيم من قبل المحكمة المختصة و ذلك في حالات نصت عليها م 1016 تتمثل في : . عندما لا تتوفر في الحكم المؤهلات المتفق عليها من قبل الاطراف . عدم حياد المحكم بسبب وجود علاقات اقتصادية أو علاقات مصالح مباشرة أو بواسطة شخص آخر مع طرف من الاطراف [2].

2.1- العنوان الفرعي الثاني: المطلب الثاني :الطبيعة القانونية للتحكيم و الشروط الواجب تو افرها فيه.

الفرع الاول: الطبيعة القانونية للتحكيم

يحكم اتفاق التحكيم نظريتان النظرية العقدية ، والنظرية القضائية ، وهذا ما سنتطرق له بالتفصيل في هذا المطلب .

اولا : الطبيعة الاتفاقية (النظرية العقدية)

يغلب انصار هذا الاتجاه مبدأ سلطان الارادة ، حيث يرون أن للتحكيم طبيعة تعاقدية يستمد المحكم فيه ولايته مت إدارة الخصوم ، ويعتبر ذلك طريقا استثنائيا لفض النزاعات ، و خروجا عن الاصل في عرض المنازعات على القضاء ، فمركز الثقل فيه هو اتفاق الاطراف و هذا الاخير يستمد حكم التحكيم قوته التنفيذية ، و لقد ايدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في حكم شهير لها صدر في يوليو 1937 حيث اقرت فيه : " قرارات التحكيم الصادرة على اساس مشارطة التحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشارطة و تنسحب عليها صفتها التعاقدية " ، ومن هنا ظهرت النظرية العقدية أي ان التحكيم هو نظام ذو طبيعة تعاقدية لأنه يهدف الى تحقيق مصالح خاصة و مصدر سلطة التحكيم ، هو

[1] محسن شفيق ،التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية-،القاهرة ، 1992 ، ص 123

[2] مسعودي يوسف ، التحكيم التجاري الدولي كآلية لحل منازعات التجارة الدولية وفقا لاحكام قانون 09/08 ، مجلة المعيار ، عدد 16 ، السنة 2016 ، ص 193، 194 .

إرادة الخصوم و رضاهم بالتحكيم ، كما ان جوهر النظرية العقدية يتأسس على أن التحكيم هو من عمل الاطراف فهو تراضي او اتفاقي أو عقد ينشأ عنه نظام التحكيم ، ويعاب على هذه النظرية انها ابرزت دور مبدأ سلطان الارادة في الاتفاق على التحكيم[1] .

ثانيا : الطبيعة القضائية للتحكيم (النظرية القضائية)

تقوم هذه النظرية على اساس مستمد من اصل الوظيفة التي يقوم بها المحكم هي في ذاتها التي يقوم بها القاضي ، وبالتالي فان عمله يكون عملا قضائيا ، فهذه النظرية تعتمد على معايير موضوعية تتعلق بأصل وظيفته و ليس على معايير عضوية ، و إذ كان أو شكلية تتعلق بشخص من يؤدي هذه الوظيفة أو بما هو عارض في أدائها التحكيم يقوم بالوظيفة ذاتها يقوم بها قضاء الدولة، و هي حسم النزاع و تحقيق العدالة بين المتنازعين، فإنه يكتسب الضرورة الطبيعة القضائية، و من ثم فنظر النزاع أمام المحكم يمر بذات الإجراءات التي يمر بها أما القاضي، و ينتهي بحكم مماثل للحكم القاضي سواء فيما يتعلق بالطعن فيه أو فيها يتعلق بالقابلية للتنفيذ، و هكذا فإقامة العدل بين الناس لها طريقان، أحدهما عام تقيمه الدولة، و الآخر خاص يقيمه الخصوم أنفسهم أما أن العقد هو المحرك للتحكيم، فإن ذلك ليس إال نتيجة لكون التحكيم نظاما خاصا للفصل في المنازعات، يقوم إلى جانب النظام العام، و هو نظام القضاء، هو النظام العام لحسن المنازعات، قد اقتضى بالضرورة إناطة إعمال الخاص، و هو نظام التحكيم، بإرادة المتنازعين اعتماد بدال من النظام العام، و من هنا كان إعمال التحكيم رهينا بالاتفاق الخصوم على الالتجاء إليه، و كان هذا الاتفاق مجرد أداة لتحريك نظام التحكيم، لا يؤثر على جوهر وظيفته القضائية وال تغير من طبيعتها، و بعبارة أخرى فهو عنصر عارض فرضته ظروف لا صلة لها بوظيفة التحكيم و طبيعته[2] .

ثالثا : نظرية الطبيعة المختلطة

فهذه النظرية تفرق بين العلاقات التعاقدية البحتة ، والعلاقات القانونية والاجرائية القضائية البحتة ، وهي تسعى التي التوفيق بين النظرتين السابقتين ، حيث قيل انها جاءت لتلافي الانتقادات الموجهة للنظريات السابقة ، حيث تجعل التحكيم يحتل موقعا وسطا بين الطبيعة العقدية والقضائية ، وان له طابعا مرحليا فهو يبدأ تعاقديا من خلال اتفاق الاطراف على اللجوء الى التحكيم دون التوجه للقضاء ، وينتهي قضائيا بصدور حكم التحكيم ، ومن ثم فان التحكيم يظل تعاقديا الى حين صدور الحكم و امر تنفيذه فيصبح قضائيا[3] .

الفرع الثاني: الشروط الواجب توفرها في اتفاق التحكيم

يجب ان يتوفر في اتفاق التحكيم جميع الشروط الموضوعية والشكلية التي اوجب المشرع مراعاتها عند ابرام اي تصرف قانوني . و تتمثل هذه الشروط في :

اولا : التراضي

ان اتفاق التحكيم هو عقد رضائي ولذا يجب ان لا يشوب ارادة الطرفين اي عيب من عيوب الرضا ، ولابد من ايجاب و قبول تتطابق بموجبهما الإرادتان ، فإذا كان الاتفاق على التحكيم يأخذ صيغة شرط في العقد فان المفاوضات

[1] لزهر بن سعيد ، كرم محمد زيدان النجار ، المرجع السابق ، ص 18 ، 19

[2] أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 26 ، 27

[3] لزهر بن سعيد ، كرم محمد زيدان النجار ، المرجع السابق ، ص 22

بشأنه تتم عند مناقشة تفاصيل العقد و بموجب الشرط يصار الى فض المنازعات التي ستنشأ عن العقد ، أي ان الرضا يشمل العقد الاصلي و شرط التحكيم معا ، ولا يحتاج شرط التحكيم الى رضا خاص به أما إذا كان الاتفاق على التحكيم يتم وفقا لاتفاق خاص بين الطرفين خارج العقد الذي أنشأ العلاقة القانونية الخاصة بتعاملهما التجاري ، ففي هذه الحالة يصار الى عقد اتفاق خاص بالتحكيم ، و تشترط الدول ان يكون الاتفاق المذكور مكتوبا والا اعتبر باطلا ، كما تعتبر بعض الدول شرط الكتابة بانه شرط اثبات وليس انعقاد كما هو الحال في بلجيكا و ايطاليا ومصر والعراق وبالنسبة للمشرع الجزائري فيثبت شرط التحكيم بالكتابة ، وبالنسبة لمشارطة التحكيم فالكتابة شرط لوجودها وليس لا ثباتها ، فالكتابة شرطا لوجود مشارطة التحكيم وفقا للمادة 1012 من ق اج م و إ الجزائري ، حيث يمكن اثباتها بمحضر يوقعه المحكم والاطراف ، وبالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فقد اشترط المشرع الجزائري ان يبرم اتفاق التحكيم كتابة أو بأي وسيلة اتصال اخرى تجيز الاثبات بالكتابة ، و تتحقق الكتابة اذا ورد شرط التحكيم في رسائل او برقيات متبادلة بين الطرفين و يمتد ذلك الى كل وسائل الاتصال المكتوبة بشرط تحقق تبادل الايجاب والقبول [1] .

ثانيا : الاهلية للازمة لعقد الاتفاق

نقصد بها الاهلية اللازمة للاتفاق على حسم النزاع ، و تتمثل هذه الاهلية في أهلية التصرف في الحقوق المتعلقة بالنزاع ، ولأجل معرفة القواعد القانونية التي تحكم مسائل الاهلية يتم الرجوع الى القانون الشخصي لأطراف الاتفاق والقانون الشخصي يتحدد بموجب الرابطة بين الشخص والدولة التي يخضع ذلك الشخص لقانونها ، و يوجد في العالم نظامان يتحدد بموجبها القانون الشخصي فقد يكون قانون البلد الذي يحمل جنسيته ، أو قانون البلد الذي يزاول نشاطه فيه .

ثالثا : محل التحكيم

يقصد بمحل اتفاق التحكيم ، موضوع المنازعات التي يشملها اتفاق التحكيم والتي ينص على حلها بطريق التحكيم ، وفي بعض الاحيان لا يتضمن الاتفاق الاشارة ، فقط الى النزاع في موضوع معين كأن يقال أن الخلافات التي ستنشأ بين الطرفين بالنسبة لنوعية البضاعة ، يصار حلها بالتحكيم ،أو يقال ان جميع المنازعات التي ستنشأ عن تنفيذ العقد ، يصار حلها بالتحكيم ، هذا في حالة وضع شرط التحكيم في العقد أما في حالة عدم وجود مثل هذا الشرط فاتفاق التحكيم يتم بعد نشوء الخلاف أو النزاع ، وفي هذه الحالة يكون موضوع النزاع معروفا ، ويمكن تحديده بدقة ، أو بشكل عام دون تفصيل اوجه النزاع .فيجب ان يكون موضوع النزاع في نطاق التحكيم التجاري الدولي ان تكون المنازعة متعلقة بمعاملة تجارية دولية و ان لا يكون موضوع النزاع من المواضيع التي تخالف النظام العام ، ومسألة تحديد قواعد النظام العام تختلف من تشريع لأخر [2] .

2- العنوان الرئيسي الثاني: المبحث الثاني: آثار اتفاق التحكيم

يعتبر اتفاق التحكيم صحيحا متى توافرت اركانه ، والشروط التي تطلبها القانون لإبرام التصرفات القانونية ، وبتحقق هذه الاركان والشروط في اتفاق التحكيم فانه يرتب آثار قانونية ، و تتمثل هذه الاثار في آثار موضوعية تتمثل في

[1] فوزي محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 123، 124 .

[2] فوزي محمد سامي ، المرجع نفسه ، ص 125.129 .

اكتساب اتفاق التحكيم لقوة ملزمة توجب عرض النزاع على التحكيم ، و آثار إجرائية وهي الاثر المانع والذي بمقتضاه تمتنع محاكم الدولة من نظر أي نزاع يوجد بخصوصه اتفاق التحكيم ، ومبدأ الاختصاص الاثر الاجرائي الاخر ، و يتمثل في تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في الدفوع المتعلقة بعد اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه.

1.2- العنوان الفرعي الأول: المطلب الاول: الاثار الموضوعية

الفرع الاول: القوة الملزمة لاتفاق التحكيم

لا تختلف القوة الملزمة لاتفاق التحكيم باعتباره عقدا عن القوة الملزمة للعقود عموما ، فان مقتضى القوة الملزمة لاتفاق التحكيم ان هناك التزام بنتيجة يقع على عاتق الاطراف ، وهو ضرورة قيام كل منهما بالمساهمة في اتخاذ اجراءات التحكيم و الامتناع عن عرض النزاع على قضاء الدولة ، ولا يستطيع أحد طرفي الاتفاق التنصل منه بإرادته المنفردة أو يعدله ، وإن سعى الى ذلك امكن للطرف الاخر اجباره على تنفيذ التزاماته و تعيين محكمه و بدء اجراءات التحكيم ، فان امتنع لجأ للطرف الاخر الى المحكمة للقيام بتلك الاجراءات ، ويقوم عمل المحكمة مقام عمل الخصم المتقاعس و هذا هو مقتضى التنفيذ العيني للالتزام الناشئ عن القوة الملزمة لاتفاق التحكيم ، فالقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو الذي يختص بتحديد مفهوم القوة الملزمة لاتفاق التحكيم وجزاء الاخلال بها ، حيث انه يحدد الجزاء والاثر المترتب على تقاعس احد طرفي الاتفاق عن تنفيذ التزاماته ببدء اجراءات التحكيم[1] .

الفرع الثاني: استقلال اتفاق التحكيم

لقد اخذت معظم التشريعات الحديثة بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الاصلي ، بينما اكتفت الدول اخرى بالنص عليه بشكل غير مباشر و ذلك من خلال تأكيدها على عدم ارتباط مصير شرط التحكيم بمصير العقد الاصلي ، ولقد اقر المشرع الجزائري مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في مجال التحكيم التجاري الدولي حيث نصت م 1040 من ق 08/09 على انه : " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الاصلي " . و لقد اصبح مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الاصلي من المبادئ المستقرة والاساسية في مجال التحكيم التجاري الدولي ، لكن تحقيق هذا المبدأ للأهداف المرجوة منه ، يتوقف على الاعتراف بكل النتائج التي تترتب عنه سواء مباشرة أو غير مباشرة[2].

2.2 العنوان الفرعي الثاني: المطلب الثاني الاثار الاجرائية

تترتب على ابرام اتفاق التحكيم بعض الاثار الاجرائية ، ومن بين هذه الاثار الاثر المانع ، و مبدأ الاختصاص بالاختصاص ، وهذا ما سنتطرق اليه في هذا المطلب .

الفرع الاول: الاثر المانع لاتفاق التحكيم

إذا ابرم اتفاق التحكيم صحيحا ، تولد على عاتق طرفيه التزاما بعدم اللجوء الى قضاء الدولة المنعقد الاختصاص لمحاكمها ، فمجرد وجود اتفاق التحكيم يعتبر ابتداء مانعا ، أو حاجبا امام الاطراف من رفع الامر امام قضاء الدولة

[1] لزهر بن سعيد ، كرم محمد زيدان النجار ، المرجع السابق ، ص 64 .

[2] ابراهيم احمد ابراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، ط ثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 90،94 .

للفصل في النزاع ، وإذا رفع النزاع امام قضاء الدولة ، تعين عليه التخلي عنه احتراما لوجود اتفاق التحكيم ، ولقد تبنى المشرع الجزائري هذا المبدأ من خلال م 1040 من ق 08/09 على انه : " يكون للقاضي غير المختص بالفصل في موضوع النزاع ، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة ، أو إذا تبين له وجود اتفاقية التحكيم ، على أن تثار من أحد الاطراف . " وعليه اذا علم القاضي ان النزاع المطروح امامه قد سبق لأطرافه الاتفاق على تسوية ما يثور بشأن علاقتهم القانونية من منازعات عن طريق التحكيم ، فوجب عليه الحكم بعدم قبول الدعوى الخاصة ، إذا تم البدء في اجراءات التحكيم [1].

الفرع الثاني: مبدأ الاختصاص بالاختصاص

يعد مبدأ الاختصاص بالاختصاص من أهم آثار اتفاق التحكيم ، بحيث انه يتنقل الاختصاص من قضاء الدولة الى قضاء خاص أنشأه اطراف اتفاق التحكيم ، حيث يصبح هذا الاخير هو صاحب الولاية في تسوية النزاع المبرم بشأنه اتفاق التحكيم ، و بهذا يتخلى قضاء الدولة المختص اصلا بنظر النزاع بموجب هذا الاثر الى القضاء الاتفاقي الذي اراده الاطراف ، الذي يثبت له سلطة الفصل في النزاع ، و أول مسألة اجرائية يجب لهيئة التحكيم ان تثبت فيها هي التأكد من ثبوت اختصاصها للفصل في النزاع المبرم بخصوصه اتفاق التحكيم ، وبالنسبة لموقف المشرع الجزائري من مبدأ الاختصاص بالاختصاص انه بالرجوع للمادة 1044 يظهر جليا اعتراف المشرع الجزائري مبدأ الاختصاص حيث نصت على انه : تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ، و يجب اثارة الدفع بعد الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع . ولقد اشترط المشرع لكي تفصل هيئة التحكيم في اختصاصها بنظر النزاع عدم قيام أي طرف من أطراف التحكيم ابداء اي وجه من أجه الدفاع امامها بشأن اختصاصها في نظر النزاع . وبالتالي فانه عند مباشرة هيئة التحكيم مهمة الفصل في النزاع فانه يتحتم على القاضي الذي ترفع امامه دعوى البطلان يحكم بعدم الاختصاص [2].

3 .3المبحث الثالث:القانون الواجب التطبيق في المنازعات التجارية

تتيح معظم التشريعات لطرفي التحكيم حرية الاختيار وسيلة تسوية منازعاتها سواء فيما يتعلق بهيئة التحكيم التي تقوم به، أو بالقواعد واجبة التطبيق على سير إجراءاته وموضوعه ، والسبب في اختيار اطراف النزاع التحكيم كوسيلة لحل منازعاتهم هو تأمين السرعة في الاجراءات وغيرها من المزايا العديدة التي يوفرها التحكيم ، وفي هذا المبحث سنتطرق الى تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع .

المطلب الاول: خضوع الاطراف لمبدأ قانون الارادة

الفرع الاول : اختيار القانون واجب التطبيق

تنشا الحاجة إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التجارية الدولية عندما يكون هناك تنازعا تجاريا من إطراف يحملون جنسيات مختلفة الأمر الذي يولد تنازعا في تطبيق القوانين الذي تفصل في النزاع .فهنا يثور التساؤل إي القوانين الذي يجب تطبيقه؟ وأي جهة قضائية لها الحق في النظر في النزاع وحسمه ، فالقانون الذي اختاره المتعاقدان تطبيقا لمبدأ قانون الارادة في العقود الدولية ، أي القانون الذي يختاره الافراد بإرادتهم الصريحة والضمنية والقانون

[1] لزهر بن سعيد ، كرم محمد زيدان النجار ، المرجع السابق ، ص 74

[2] لزهر بن سعيد ، كرم محمد زيدان النجار ، المرجع السابق ، ص 78

المختار بتلك الصفة هو قانون وطني لدولة معينة كالقانون الجزائري ، إذ يحق للأفراد اختيار القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم [1].

الفرع الثاني : اللجوء إلى قانون الدولة الطرف في النزاع

إن اللجوء إلى قضاء الدولة المتعاقدة يثير ريبه وشك لدى المستثمر الأجنبي بسبب تحيز القضاء لهذه الدولة لمصلحتها. وكذلك الأمر بالنسبة إلى اللجوء إلى قضاء الدولة التي يتبع لها المستثمر الأجنبي، وفي ظل عدم إمكانيه اللجوء إلى محكمة العدل الدولية لحل مثل هذه النزاعات بسبب عدم قدرة المستثمر الأجنبي الوقوف كطرف إمام هذه المحكمة. برزت الحاجة إلى إيجاد نظام حيادي لحل مثل هذه المنازعات ،ويكون التوصل إلى لجوء الأطراف المتنازعة إلى محكم أو هيئه تحكيم محايدة هو الحل الأمثل الذي يحظى بقبول الطرفين .وهو أداة سليمة ال تقوم على حل النزاع عن طريق السلطة المانعة الامتثال إلى أري الغير .

المطلب الثاني: عدم اتفاق الاطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق

الفرع الاول: تطبيق قانون دولة معينة

قد ينشا الخالف بين الأطراف المتعاقدة الدولة أو احد المؤسسات التابعة لها والمستثمر الأجنبي فيعرض الأمر إلى محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. والتي يجب إن تواجه مشكلة البحث عن القواعد القانونية الأنسب والتي يمكن تطبيقها على النزاع التجاري المعروض عليها ، و عند غياب اتفاق إطراف النزاع على قانون معين، فان محكمة التحكيم استنادا إلى إحكام الاتفاقية تطبق قواعد القانون الداخلي للدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين فيها. أو القانون الوطني للدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي أو قانون دولة مقر التحكيم ، بالإضافة إلى قواعد القانون الدولي القابلة للتطبيق على النزاع في حالة و جود مساس بالعدالة من طرف القانون الداخل، أو في حالة تصرف الدولة الطرف بطريقة تثير احتجاج الطرف الآخر [2].

الفرع الثاني : معيار دولية التحكيم

فإن معيار دولية التحكيم يتحدد بإرادة إطراف النزاع التحكيمية ومبدأ سلطان الارادة وما له من اثر في تحديد القواعد التحكيمية التي تحكم إجراءات التحكيم وموضوعه والتي تكون إما ناتجة عن اتفاقيات دولية .أو قواعد مراكز التحكيم الدولية .او أنها تكونت من العرف التجاري الدولي واكتسبت الزاميتها منه أو إن النظام القانوني الوطني ينص صراحة على وجوب منح الصفة الدولية للتحكيم في حالات معينة وفق شروط محددة لدى قبوله بالإحكام القانونية الدولية والاعتراف بها استثناءا لتعلقها حكما بالتجارة الدولية.

الخاتمة:

و في الاخير يمكن ان نستخلص ان التحكيم اصبح في الوقت الحاضر ، أهم وسيلة يرغب المتعاملين في التجارة الدولية باللجوء إليها لحسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملهم فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من شرط

[1] مسعودي يوسف ، المرجع السابق ، ص 194 .

[2] حاتم غائب سعيد ، التحكيم كأداة لفض النزاعات التجارية الدولية ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة كركوك، مجلد 4 ، جزء 2 ، السنة 2015 ، العراق ، ص 426

التحكيم عند حدوث نزاع ، و يعتبر التحكيم نوعاً من القضاء الخاص ، يقوم فيه اطراف النزاع وبمحض إرادتهما الحرة باختياره كطريق لحل النزاع القائم بينهم، وباختيار المحكمين الذين يمثلونهم والاجراءات التي تتبع فيه وأحياناً القانون الذي يطبق عليه، اذ يعتبر الملاذ الذي يلجأ إليه الأطراف المتعاقدة من حيث مرونته بالشكل الذي يتلاءم مع طبيعة المنازعات .

و لما كان التحكيم قد تطور تطورا سريعا بحيث أصبح أداة العصر في فض المنازعات الناشئة عن العلاقات الاقتصادية المحلية والخارجية أيا كانت طبيعتها عقدية أو غير عقدية مما يمثل ركيزة لتسهيل هذه العلاقات و يحقق الأمن للتجارة والاستثمار ، لذلك أنشئت هيئات مركزية دولية و إقليمية لمواكبة هذا التطور و ذلك لتنظيم آلية التحكيم و المساهمة في وضع الاتفاقيات المتعلقة بدعمه و تعزيزه.

ولقد عملت الجزائر جاهدة كغيرها من التشريعات على ارساء قواعد التحكيم والعمل على تنظيم الاحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي ضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية بما يضمن تفعيل هذه الوسيلة البدلية لحل المنازعات

قائمة المراجع

الكتب :

- حمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987م،
- ابراهيم احمد ابراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، ط ثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000

علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الطبعة التاسعة، الإسكندرية، 1981م

بو زيد رضوان ، أسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ،

عبد العزيز محمد سرحان، دور محكمة العدل الدولية في تسوية المنازعات الدولية، بدون ناشر، الطبعة الثانية، القاهرة، 1986م

لزهر بن سعيد ، كرم محمد زيدان النجار ، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الاولى إسكندرية ، 2010

فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة ، طبعة اولى ، عمان 2006

أحمد شكري، الوسيط في النظرية العامة والمقاولات. مطبعة المعارف الجديدة الطبعة الأولى ، 2001

محسن شفيق ،التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية-،القاهرة ، 1992

الرسائل الاكاديمية :

بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العالقات الدولية الخاصة، بدون ناشر، جامعة عين شمس، القاهرة، رسالة دكتوراه، 2004م

المقالات :

مسعودي يوسف ، التحكيم التجاري الدولي كآلية لحل منازعات التجارة الدولية وفقا لاحكام قانون 09/08 ، مجلة المعيار ، عدد 16 ، السنة 2016

حاتم غائب سعيد ، التحكيم كأداة لفض النزاعات التجارية الدولية ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة كركوك، مجلد 4 ، جزء 2 ، السنة 2015 ، العراق

مو اقع الانترنيت:

https://www.international-arbitration-attorney.com/ar/what-is-international-arbitration/