

جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون العام

المحاضرة الأولى في مقياس قانون التحكيم التجاري الدولي

(المحور الأول: التحكيم بوجه عام، المبحث الأول: مفهوم التحكيم)

موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر
تخصص القانون العام الاقتصادي

من إعداد
الدكتور تعويلت كريم

السنة الجامعية 2024/2023

مقدمة

قبل صدور المرسوم التشريعي رقم 93-09، كان التحكيم يخضع للمواد من 442 إلى 458 من قانون الإجراءات المدنية، وكان هذا الأخير حينئذٍ لا يميّز بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي، وبدأ التمييز بين نوعي التحكيم بصدور المرسوم المذكور، والذي أدخل فصلاً كاملاً إلى قانون الإجراءات المدنية الملغى، تحت عنوان "في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي"، وقد أبقى المشرع الجزائري على هذا التقسيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري المفعول في مواده من 1006 إلى 1061.

إنّ التمعن في مضمون أحكام المواد من 1006 إلى 1061 المذكورة أعلاه، يبيّن بوضوح التباعد الكبير بين القواعد المنظمة للتحكيم الداخلي وتلك القواعد المنظمة للتحكيم الدولي من حيث التشجيع والدرابية، ويظهر ذلك في:

- **نطاق حرية الأطراف:** إذ أنّ حرية الأطراف والمحكمين تأخذ حيزاً كبيراً في التحكيم التجاري الدولي، ولا نجد لها إلا حيزاً ضيقاً في التحكيم الداخلي.

- **مدى تكريس المبادئ الأساسية الحديثة:** إذ لا نجد في القواعد المنظمة للتحكيم الداخلي تكريساً للمبادئ التي تضمن فعاليتها ضد الإجراءات التسوية والمعتلة التي من الممكن أن تلجأ إليها الأطراف سيئة النية، عكس ما نجده في التحكيم التجاري الدولي تكريس لأحدث المبادئ في هذا المجال

- **طرق الطعن الخاصة بكل نوع من التحكيم:** إذ هناك اختلاف كبير من حيث طرق الطعن في الأحكام الصادرة في كل من النوعين، حيث أخضع حكم التحكيم الداخلي لكل طرق الطعن المفتوحة ضد الأحكام القضائية، ما عدا المعارضة، بينما كرسّ طريق وحيد للطعن ضد حكم التحكيم التجاري الدولي، وهو طريق الطعن بالبطلان، الذي قيده أيضاً بتحديد أوجه الطعن التي يمكن تأسيسه عليها.

لكن ورغم كل الاختلاف الموجود بينهما، إلا أنّهما ينطلقان من أساس واحد ويشتركان في النظرية العامة، لذلك وقبل التفصيل في التحكيم التجاري الدولي، سنتولى الحديث عن مفهوم التحكيم بصفة عامة، وطبيعته القانونية وأنواعه وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له.

مفهوم التحكيم

← يطرح تحديد مفهوم التحكيم مسائل متعددة، سواء من حيث تعريفه أو من حيث طبيعته أو من حيث أنواعه، وذلك ناتج عن طبيعته الخاصة التي تجمع في نفس الوقت بين مظاهر العقد وبين مظاهر العمل القضائي، كونه يبدأ باتفاق وينتهي بحكم له طبيعة العمل القضائي، هذا ما خلق جدلا كبيرا في تكييف طبيعته القانونية.

← لقد أدى ذلك إلى اختلاف الفقه في تعريف هذه الوسيلة من وسائل تسوية النزاعات، واقترحت بذلك عدة تعاريف، بعضها يركز على الجانب العقدي في التحكيم والبعض الآخر يركز على جانبه القضائي.

← يقترب التحكيم من عدة وسائل أخرى من وسائل حل النزاعات، مما يستدعي تمييزه عنها وتحديد معايير هذا التمييز، خاصة أنه يستعمل مصطلح التحكيم في الكثير من الحالات للتعبير عن غير المعنى الاصطلاحي القانوني له.

تعريف التحكيم وطبيعته القانونية

تعريف التحكيم

اختلفت التعاريف المقدمة للتحكيم، حيث يعرفه البعض بالتركيز على جوانبه الاتفاقية، بينما يركز آخرون على جوانبه الإجرائية القضائية، ونورد هنا التعاريف الراجحة التي تعكس الطبيعة المستقلة للتحكيم:

يعرفه الفقيه "René DAVID"، كما يلي:

"L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs personnes – l'arbitre ou les arbitres – lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investis de cette mission par l'Etat".(René DAVID, 1982).

يعرفه الدكتور عبد الكريم سلامة، على أنه:

" نظام قضائي خاص، يختار فيه الأطراف قضاتهم، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب، بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم، بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم، وفقا لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار قضائي ملزم لهم" (عبد الكريم سلامة، 2006، ص 18).

الطبيعة القانونية للتحكيم

لقد ثار جدل كبير حول الطبيعة القانونية للتحكيم، ويرجع السبب في ذلك إلى جمعه بين الطابع الاتفاقي العقدي المستمد من اتفاق التحكيم، والطابع القضائي النظامي المستمد من الوظيفة القضائية التي يتولاها المحكم والطبيعة الملزمة للحكم الذي يصدره، أي بين بدايته الاتفاقية ونهايته القضائية تتخلله إجراءات مما يضيف عليه الطابع الإجرائي.

ففي حين يركز البعض على بداية التحكيم الاتفاقية لتغليب طابعه العقدي، يركز البعض الآخر على نهايته القضائية لتغليب طابعه القضائي. بين هذا الاتجاه وذاك، حاول البعض تقديم رأياً وسطاً يبرز الطبيعة المختلطة له، وهناك من يقول بطبيعته المستقلة لتجنب مواجهة التناقضات التي تنتج بين طابعه الاتفاقي وطابعه الإجرائي القضائي، وفيما يلي مضمون وحجج هذه الآراء.

1- الاتجاه القائل بالطبيعة العقدية للتحكيم

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ التحكيم ذو طبيعة تعاقدية كونه يستمد وجوده وقوته من إرادة الأطراف، وتظهر هذه الإرادة من خلال ما يلي:

- اشتراط توافق الإرادة في اللجوء إلى التحكيم
- تدخل إرادة الأطراف في تحديد سلطة محكمة التحكيم واختصاصاتها.
- تحدد القواعد القانونية الواجبة للتطبيق للفصل في النزاع المعروض عليها.
- اختيار الشخص أو الأشخاص الذين تسند إليهم مهمة التحكيم.

يؤخذ على هذا الاتجاه ما يلي:

- مغالاته في الدور الذي تلعبه الإرادة في التحكيم، وأنّ الأطراف لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم وإنما الكشف عن إرادة القانون في شأن المسألة المعروضة عليه.
- المحكم يقوم في الواقع بالوظيفة ذاتها التي يقوم بها القاضي، فالعقد ليس هو جوهر التحكيم.
- المحكمين لا يعيّنون دائماً باتفاق الأطراف، أو بواسطتهم، وإنما قد يتم تعيينهم بواسطة القاضي المختص، أو بواسطة إدارة مراكز التحكيم الدائمة عندما يكون التحكيم مؤسساتي.

2-الاتجاه القائل بالطبيعة القضائية للتحكيم

على خلاف الاتجاه السابق، ركز أصحاب الاتجاه القائل بالطبيعة القضائية للتحكيم على الوظيفة التي يقوم بها المحكم، وذلك من خلال ما يلي:

- إنَّ التحكيم طريقاً قضائياً لحسم النزاعات، فالمحكم يعتبر قاضياً بحكم وظيفته (الفصل في النزاعات)، ويصدر حكماً يحوز حجية الشيء المقضي فيه.

- إنَّ إرادة الأطراف غير قادرة على خلق التحكيم لولا المشرع الذي سمح بترتيب هذه الآثار.

- التحكيم نوعاً من أنواع القضاء إلى جانب القضاء العام للدولة، شأنه في ذلك شأن القضاء الأجنبي، والذي يعترف القانون الوضعي الداخلي بأحكامه.

يؤخذ على هذا الاتجاه، لاسيما ما يلي:

- إنَّ المحكم يفتقر لأهم سلطة من السلطات التي يتمتع بها القاضي أثناء نظر النزاع، وهي سلطة الأمر (*L'impérium*) التي تسمح له بإلزام الشاهد بالحضور للإدلاء بشهادته، أو إجبار الخصم بتقديم مستند تحت يده، أو سلطة توقيع الغرامات...إلخ.

- إنَّ القضاء مظهر من مظاهر السيادة التي تستأثر بها الدولة.

3-الاتجاه القائل بالطبيعة المختلطة للتحكيم

حاول أصحاب هذا الاتجاه التوفيق بين البداية العقدية للتحكيم ونهايته القضائية واعتبروا أن التحكيم يقوم على طبيعة مركبة، وذلك على أساس ما يلي:

- أنَّ الطابع العقدي للتحكيم يبدو واضحاً في اختيار الخصوم لهذه الوسيلة لحل نزاعاتهم واستبعاد ولاية القضاء، وفي اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع في مجال التجارة الدولية خاصة¹.

¹- ويكون دور إرادة الأطراف أكبر في التحكيم الحر الذي تتولى فيه إرادة الأطراف تنظيم كل جزئيات العملية التحكيمية.

- أنّ الطبيعة القضائية من خلال حكم التحكيم الذي ينتهي به النزاع والذي يلزم أطراف التحكيم ويعتبر سندا تنفيذيا بعد استنفاده لطرق الطعن المقررة قانوناً.

يؤخذ على هذا الاتجاه ما يلي:

-أنّه تغاضى مواجهة الحقيقة، وأن أصحابه اختاروا أسهل الحلول كونهم لم يقدموا أيّ جديد، بل وأنّ هذا الاتجاه يجانب الصواب من ناحيتين: الأولى أنّه اعتبر اتفاق التحكيم عقد، مع أنّه تترتب عليه نتائج تتجاوز أهميتها وخطورتها أيّ عقد آخر؛ الثانية أنّه اعتبر حكم التحكيم بمثابة حكم قضائي، بالرغم من وجود اختلافات جوهرية بينهما من حيث النظام القانوني لهما.

4- الاتجاه القائل بالطبيعة المستقلة للتحكيم

لقد استقر الفقه الحديث على الطبيعة المستقلة للتحكيم، بالنظر للوظيفة الاجتماعية والاقتصادية المتميزة له، فهو يشبع حاجة اجتماعية مختلفة عن الحاجة التي يشبعها القضاء، كما أنّ تطوره أدى إلى ظهور مظاهر حديثة له على غرار التحكيم الإجباري والمراكز الدائمة للتحكيم، وهو ما ساهم في تراجع النظرية العقدية في التحكيم.

يعتبر التحكيم بهذا المفهوم الجديد نظام له طبيعة خاصة وله ذاتيته المستقلة، يرتكز على الجوانب الاتفاقية للتحكيم إذا كانت تساعده على تحقيق فعاليته، ويرتكز على جوانبه الإجرائية القضائية إذا اقتضت فعاليته ذلك.

- **على سبيل المثال:** المحكمون لا يعينون دائماً باتفاق الأطراف، وإنّما يمكن في حالات معينة أن يعيّنون من قبل المحكمة المختصة أو مراكز التحكيم الدائمة.

- أغلبية أحكام التحكيم لا تتطلب التنفيذ الجبري، لأنّه من بين خصائص التحكيم، كونه يهدف إلى حل النزاع مع الحفاظ على استمرار العلاقات بين أطرافه، فهؤلاء ينفذون تلك الأحكام طواعية.

ملاحظة: ستظهر تطبيقات هذه النظرية الأخيرة في كل الحلول التي توضع لمواجهة المشاكل التي يواجهها نظام التحكيم وتحقيقاً لفعاليته، نذكر منها مسألة استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي ومسألة "الاختصاص-بالاختصاص"، وهو ما سنراه عند التطرق لهذه المسائل في العناصر الموالية.

تمييز التحكيم عن بعض الأنظمة المشابهة له

التحكيم وسيلة من الوسائل البديلة لفض النزاعات إلى جانب الصلح والوساطة والخبرة، وتسمى الوسائل البديلة كونها تسمح بحل النزاعات دون إتباع الطريق المعهود وهو الطريق القضائي، ونظرا لاشتراك كل هذه الوسائل في هدفها، فقد يثار نوع من اللبس في تحديد طبيعة المهمة التي يقوم بها الشخص أو الأشخاص المتدخلون لفض النزاع المطروح، خاصة أنّ مصطلح التحكيم يستعمل في الكثير من الأحيان في غير معناه القانوني، لذا ينبغي التمييز بينه وبين القضاء والصلح والوساطة والخبرة كما يلي:

تمييز التحكيم عن القضاء:

يعتبر القضاء سلطة من السلطات التي تتمتع بها الدولة والتي تفصل بين المتخاصمين وحماية الحقوق، ويشترك مع التحكيم في كونه طريق للفصل في النزاع بحكم ملزم، ويمكن التمييز بينه وبين التحكيم من خلال ما يلي:

- التحكيم (التحكيم الاختياري كما هو الشأن بالنسبة للتحكيم موضوع الدراسة) يشترط توافق إرادة الأطراف على اختياره كطريق لحل النزاع القائم أو المحتمل بينهم، فإنّ القضاء له ولاية عامة ولا يتطلب موافقة المدعى عليه للتقاضي أمام المحاكم.
- في التحكيم يتولى الأطراف اختيار الشخص أو الأشخاص (المحكم أو المحكمين) الذين تسند إليهم مهمة الفصل في النزاع أو يبيّنون على الأقل كيفية تعيينهم والمؤهلات المطلوبة فيهم، أما في القضاء، فإنّ القاضي يعين من طرف الدولة ولا دخل للمتخاصمين في تعيينه.
- يلتزم القاضي أثناء فصله في النزاع المعروف عليه بإسقاط حكم القاعدة القانونية على وقائع النزاع للوصول إلى الحل القانوني، بينما المحكم في التحكيم يمكن أن يعفيه الأطراف من الالتزام بنص القانون، ويفصل في هذه الحالة وفقا لما يراه مناسبا لحل النزاع، لكن ذلك يتوقف عادة- وفق جل التشريعات- على وجود اتفاق صريح بين الأطراف يمنحه صفة "محكم بالصلح" (Amiable compositeur).

التمييز بين التحكيم والصلح:

يتفق الصلح مع التحكيم في كونهما يهدفان إلى إنهاء وحسم النزاع دون اللجوء إلى القضاء، كما يشتركان أيضا في كون اللجوء إليهما يكون باتفاق الأطراف قبل أو بعد نشأة النزاع، غير أنّهما يختلفان في عدة أمور لعل أهمها ما يلي:

- يشترط الصلح تنازل الأطراف بالتبادل عن جزء من حقه على أن يحصل في المقابل على الجزء الآخر، بينما لا نجد في التحكيم مثل هذا الشرط ويتولى المحكم الفصل في النزاع لمصلحة أحد الطرفين في الغالب، إلا إذا تعلق الأمر بالتحكيم بالصلح.
- يمكن أن يكون الصلح تلقائيا ودون تدخل شخص من الغير لفض النزاع، كما يمكن أن يعين أطراف النزاع شخص من الغير ليقترح عليهم الحل الأنسب للنزاع، بينما يكون التحكيم دائما بتدخل شخص أو عدة أشخاص من الغير من أجل حسم النزاع.
- حكم التحكيم ملزم لأطرافه مثل إلزامية الأحكام القضائية وينفذ جبريا ولو استدعى الأمر تدخل القوة العمومية إذا رفض أحد أطرافه تنفيذه طواعية، في حين يتوقف تنفيذ الحل الصلحي على قبوله من قبل الأطراف.

التمييز بين التحكيم والوساطة:

- تعتبر الوساطة الشكل الرئيسي لمساعدة الأطراف العاجزة عن حل نزاع أو صراع تستخدم طرفا ثالثا محايدا ونزها من اختيار هؤلاء الأطراف، ليساعدهم في التوصل إلى تسوية، بهذا تشترك الوساطة مع التحكيم في كونهما من بين الطرق البديلة لتسوية النزاعات بعيدا عن القضاء الرسمي، كما أنّهما يتطلبان تدخل شخص أو أشخاص من الغير للفصل في النزاع.
- يختلف التحكيم عن الوساطة لاسيما فيما يلي:
- إذا كان الوسيط يساعد المتنازعين في تطبيق قيمهم وتنفيذها على الحقائق الواقعية للوصول إلى نتيجة، فهو يسعى فقط إلى التقريب بين وجهات نظر المتنازعين، فإنّ المحكم يقوم بتطبيق القانون على الوقائع للوصول إلى نتيجة.
- في التحكيم يكون الحكم ملزم وفق ما بيننا سابقا، بينما يتوقف حل النزاع في الوساطة على اتفاق الأطراف على الحل المتوصل إليه.
- التحكيم يجري بعيدا عن القاضي في كل الحالات، بينما الوساطة القضائية تجري تحت إشراف القاضي الذي يعين الوسيط.

التمييز بين التحكيم والخبرة:

- الخبرة هي تلك المهمة التي يعهد بمقتضاها الخصوم (أو القاضي) إلى شخص في مهنة أو مجال معين بمهمة لإبداء رأيه في مسألة فنية تدخل في مجال اختصاصه دون إلزام الخصوم بهذا الرأي، فالخبير قد يكون مهندسا أو طبيبا أو تاجرا أو محاسبا... إلخ.

- تشارك الخبرة مع التحكيم في كونها من الوسائل التي يمكن من خلالها الوصول إلى حل النزاع، وأنّ كلّ من الخبير والمحكم يعيّنهما الأطراف بكل حرية (يتعلق الأمر هنا بالخبرة الحرة الاتفاقية الوجيهة).
- يختلف التحكيم عن الخبرة في عدة مسائل، لعل أهمها ما يلي:
- يقوم الخبير بإعطاء رأيه في مسألة معينة ذات طبيعة فنية أو تقنية، فهو بذلك ينظر في المسائل الواقعية دون القانونية، بينما يقوم المحكم بإسقاط حكم القانون على وقائع النزاع للوصول إلى الحل القانوني، فهو بذلك يفصل من حيث الواقع والقانون.
 - يكون الحكم الصادر في التحكيم ملزماً للأطراف، بينما يتوقف حلّ النزاع في الخبرة على اتفاق الأطراف على قبول رأي الخبير، ذلك لأنّ رأي هذا الأخير استشاري وليس ملزم.