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

المحاضرة الثانية

في

مقياس قانون التحكيم التجاري الدولي

(المحور الأول: التحكيم بوجه عام، المبحث الثاني: أنواع التحكيم ودوليته)

موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر
تخصص القانون العام الاقتصادي

من إعداد
الدكتور تعويلت كريم

السنة الجامعية 2024/2023

أنــواع التحكيـم

يمكن تقسيم التحكيم إلى عدة أنواع حسب المعيار المعتمد لذلك، ومن بين هذ التقسيمات ما يلي:

التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري

يرتكز التمييز بين النوعين على معيار تدخل إرادة الأطراف في اختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاع بينهم، إذ يكون التحكيم اختياريا إذا لم يكن اللجوء إليه أمرًا مفروضا على الخصوم، أي أنّ اللجوء إليه يتم بمحض إرادة الأطراف، وهو الأصل في التحكيم، بينما يكون التحكيم إجباريًا إذا كان اللجوء إليه التزاما قانونيًا فرضه المشرّع كطريق لحل نوع معيّن أو أنواع معيّنة من النزاعات (التحكيم الإجباري المنصوص عليه في القانون رقم 75-44 المؤرخ في 1975/06/17 المتعلق بالتحكيم الإجباري لبعض الهيئات (ملغى)).

التحكيم الحر والتحكيم المؤسساتي

يعتمد هذا التقسيم على الجهة التي تتولى إدارة عملية التحكيم، إذ يكون التحكيم حرًا (AD-HOC) عندما يتولى الأطراف إدارة وتنظيم إجراءات التحكيم، وذلك باختيار المحكم أو المحكمين الذين سيتولون الفصل في النزاع، وتحديد جميع الإجراءات التي يسير التحكيم وفقا لها، بينما يكون التحكيم مؤسساتي(Institutionnel)، عندما تتولاه هيئات ومنظمات وطنية ودولية مختصة في تقديم خدمة التحكيم، وفقا لقواعد وإجراءات محددة وموضوعة سلفاً، تحددها القرارات المنشئة لهذه الهيئات والمنظمات والمراكز أو الاتفاقيات الدولية.

تجدر الإشارة إلى الانتشار الكبير لمراكز التحكيم الدائمة في العالم، سواء كان اختصاصها عالمي: كمحكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس(CCI)؛ ومحكمة لندن للتحكيم الدولي(LCIA)؛ والمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى الذي أنشأته اتفاقية واشنطن لعام 1965(CIRDI)، أو كان اختصاصها جهوي؛ كمركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي(RCICC)، أو كان اختصاصها وطني بحت.

التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح

يعتمد هذا التقسيم على مدى تقيّد المحكم أو محكمة التحكيم بتطبيق القانون، فيكون تحكيما بالقانون، وهو الأصل، عندما يكون المحكم ملزم بتطبيق القانون الموضوعي والإجرائي لحل النزاع بين الأطراف، أما التحكيم بالصلح(Amiable composition)، فيكون فيه للمحكم سلطة أكبر، إذ لا يكون مقيّد بتطبيق حكم القانون، بل يمكن له أن يتولى الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف بدلا من تطبيق

القانون الموضوعي، ومثل هذه السلطة تحتاج إلى اتفاق خاص بين أطراف النزاع، وفي غياب مثل هذا الاتفاق يتولى المحكم الفصل في النزاع وفقا لقواعد القانون.

التحكيم الوطني والتحكيم الأجنبي

يعتمد هذا التقسيم على معيار جغرافي بحت، فإذا جرى التحكيم في إقليم دولة معينة فيعتبر تحكيما وطنيا من منظور هذه الدولة، أما إذا جرى التحكيم في إقليم دولة أجنبية، فيعتبر التحكيم في هذه الحالة أجنبياً، ويستند تحديد مكان التحكيم إلى مكان صدور حكم التحكيم.

التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي

تعتبر التفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي مسألة هامة ودقيقة في نفس الوقت؛ فهي هامة لما تنطوي عليه من نتائج هامة سواء على مستوى تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق أو على مستوى تحديد نطاق إرادة الأطراف في تنظيم العملية التحكيمية؛ وتعتبر هذه التفرقة دقيقة نظرا لاختلاف التشريعات المقارنة في تحديد المعيار المعتمد لذلك.

يكون التحكيم دوليا طالما كانت العلاقة محل النزاع دولية، بمعنى أنّ دولية العلاقة محل النزاع هي التي تضفي الطابع الدولي على اتفاق التحكيم مهما كان تصورته.

لقد اختلفت التشريعات الداخلية للدول في تحديد طبيعة العلاقة محل النزاع في التحكيم، فهناك من يعتمد على معيار قانوني، وهناك من يعتمد على **معيار اقتصادي**، هذا ما يجعلنا نتساءل عن موقف المشرّع الجزائري.

-المعيار القانوني

يتميّز هذا المعيار بالبساطة، ويعتمد على منهج التنازع التقليدي، آخذا في ذلك بضوابط الإسناد التقليدية، كالجنسية والموطن ومحل إقامة الأطراف.

لقد أخذ بهذا المعيار المشرّع السويسري في القانون الدولي الخاص الصادر سنة 1987، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 176 منه على ما يلي:

« ***Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties à la convention d'arbitrage n'avait, au moment de la conclusion de celle-ci, ni son domicile, ni sa résidence habituelle, ni son siège en Suisse*** »

فتطبّق نصوص هذا الفصل على كل تحكيم إذا كان مقر محكمة التحكيم يوجد في سويسرا وإذا لم يكن لأحد طرفي اتفاق التحكيم على الأقل، عند إبرامه، لا موطن ولا محل إقامة عادية ولا مقر في سويسرا.

بناءً على هذا، فلا تطبّق النصوص المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي إلا إذا كان النزاع قد نشأ بين طرفين يقيم أحدهما على الأقل خارج سويسرا، فيكفي لكي يكتسب التحكيم الطبيعة الدولية وفقا لهذا القانون أن يتوفر شرطان:

-أن يكون مقر محكمة التحكيم في سويسرا، وهو شرط بديهي لأنّه في الحالة العكسية، لا يطبّق القانون السويسري الخاص بالتحكيم الدولي حتى وإن كان التحكيم دولي، بل يطبق قانون دولة المقر إلا إذا اتفق الأطراف على قانون آخر.

-أن يكون لأحد الطرفين على الأقل موطن أو محل إقامة أو مقر خارج سويسرا، وهذا وقت إبرام هذا الاتفاق.

انتقد هذا المعيار على أساس أنّ الضوابط القانونية؛ كالجنسية والموطن ومحل الإقامة أو حتى مكان التحكيم، لا أهمية لها في تحديد دولية التحكيم، لأنّ معيار الدولية مرتبط بطبيعة النزاع، وأنّ التحكيم يكون دوليا إذا اتفق عليه بشأن علاقة قانونية تنتمي لطائفة "علاقات التجارة الدولية"، ولا أهمية بعد ذلك لجنسية الأطراف أو مكان التحكيم أو القانون واجب التطبيق...إلخ.

-المعيار الاقتصادي (معيار مصالح التجارة الدولية)

يجد هذا المعيار جذوره في القضاء الفرنسي المعروف بقضاء « MATTER» نسبة إلى المحامي العام "Paul MATTER" في الحكم الذي صدر سنة 1927 في قضية "PELISSIER"،والذي اعتمد فيه معيار حركة الأموال – دخول وخروج الأموال(Flux et reflux) لتحديد دولية العقد.

يكون العقد دوليا وفقًا لهذا المعيار "عندما تكون حركة الأموال ذات طبيعة مزدوجة، استيراد وتصدير".

لقد تطور هذا المعيار بعد ذلك إلى أن وصل إلى الصيغة التي كرّسها القانون الفرنسي والمبنية على فكرة "المساس بمصالح التجارة الدولية"، حيث تنص المادة 1504 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في صيغته المعدلة في سنة 2011 على أنّه :

« Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ».

تطبيقًا لهذا المعيار، يمكن القول أنّ العبرة في تحديد دولية التحكيم هي الرابطة التعاقدية موضوع النزاع التي تتصل بأكثر من دولة واحدة، فمتى كان العقد الأصلي يتضمن انتقالا للأموال أو الخدمات أو المصالح

عبر حدود أكثر من دولة أو تمس اقتصاد دولتين على الأقل، تصبح مصالح تمس بالتجارة الدولية، وتمتد آثاره إلى النزاع الناشئ عنها.

يؤخذ على هذا المعيار ما يلي:

- عدم دقته، فهو يتسع ويضيق حسب المفهوم الذي يعطى لمصالح التجارة الدولية. أي أنّه يثير عند تطبيقه مسألة تحديد المقصود بمصالح التجارة الدولية، وهل يجب تفسيرها تفسيرًا ضيقا يقتصر فقط على العقود التجارية الدولية، أو تفسيرها تفسيرا واسعا بشكل تدخل في نطاقه العقود الاقتصادية بشكل عام بما فيها العقود التي تبرمها الدولة والهيئات التابعة لها؟

إنّ الأحكام التحكيمية التي تعرضت إلى هذه المسألة أخذت بالتفسير الواسع الذي يشمل جميع العقود والاتفاقات التي تمس بمصالح التجارة الدولية، بما فيها تلك التي تبرمها الدولة والهيئات التابعة لها، هذا ما أدى ببعض الكتاب إلى التنبيه لما يمكن لهذا المعيار أن يؤدي إليه من توسيع غير عقلاني لمفهوم دولية التحكيم خاصة في الوقت الحالي مع نظام العولمة، لذا نتساءل عن المعيار الذي أخذ به المشرّع الجزائري؟

3-دولية التحكيم في القانون الجز ائري

لم يتطرق المشرع الجزائري، قبل صدور المرسوم التشريعي رقم 93-09 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية الملغى، إلى مسألة تحديد دولية التحكيم، مما يعني أنّ تحديد دولية التحكيم في ظل هذا القانون، يكون بالرجوع إلى قواعد تنازع القوانين المنصوص عليها في القانون المدني، وبالتحديد إلى نص المادة 18 منه التي تنص على أنّه "يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون المكان الذي ينبرم فيه العقد، ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر. غير أنّ العقود المتعلقة بالعقار يسري عليها قانون موقعه"(هذه المادة تم تعديلها بعد ذلك في سنة 2005)، وهو ما يمثل تكريسًا للمعيار القانوني الذي يعتمد على فكرة العنصر الأجنبي في العقد وعلى ضوابط الإسناد التقليدية لتحديد القانون واجب التطبيق.

لقد تصدى المشرّع الجزائري لمسألة تحديد دولية التحكيم في التعديل الذي أدخله على قانون الإجراءات المدنية في سنة 1993، حيث نصت المادة 458 مكرر منه، والتي أضيفت بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-09 على أنّه:" **يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أحد الطرفين على الأقل في الخارج"**.

من خلال نص هذه المادة، نجد أنّ المشرّع الجزائري قد أخذ بالمعيارين معًا لتحديد دولية التحكيم، وبهذا يكون قد تبنى معيارًا مزدوجًا له عامل قانوني مستمد من القانون السويسري وآخر اقتصادي مستمد من القانون الفرنسي.

لقد أرجع البعض اعتماد المشرّع الجزائري على المعيار المزدوج، إلى الرغبة في تضييق مجال تطبيق المرسوم التشريعي رقم 93-09، وبالتّالي مجال اللّجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل النزاعات، وإبقائه كوسيلة استثنائية مقارنةً بالقضاء الوطني، لأنّ اعتماد المعيار الاقتصادي وحده سيؤدي إلى توسيع مجال التحكيم التجاري الدولي بشكل كبير خاصة مع نظام العولمة، كما أنّ الأخذ بالمعيار القانوني فقط قد يؤدي إلى التضييق من مجال التحكيم التجاري الدولي وإخراج الكثير من النزاعات رغم اتصالها بمصالح التجارة الدولية.

يبدو أنّ المشرّع الجزائري استجاب للانتقادات التي طالت موقفه السابق حول جدوى الجمع بين المعيارين، حيث استغل صدور القانون رقم 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ليستغني عن المعيار القانوني ويبقي فقط على المعيار الاقتصادي، إذ تنص المادة 1039 من هذا القانون على أنّه:

" يعدّ التحكيم دوليًا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

لقد استعمل المشرّع مصطلح "المصالح الاقتصادية" للتأكيد على عدم اقتصار التحكيم التجاري الدولي على المصالح التجارية بالمفهوم الضيق الذي يشمل فقط الأعمال التجارية بمفهوم القانون التجاري، بل يشمل إلى جانب ذلك كل العقود الدولية التي ينتج عنها أثر على الحياة الاقتصادية، على غرار عقود الاستثمار، وعقود التنمية التي تبرمها الدولة والأجهزة التابعة لها في إطار إنجاز المشاريع الكبرى، كبناء السدود والمطارات، والطرق السيارة...إلخ[1].

---

[1]- يثير هذا المصطلح الذي استخدمه المشرع الجزائري غموض كبير لأنه يستوعب حتى النزاعات التي تثور بين الدولة الجزائرية والدول الأخرى والمتعلقة بالجوانب الاقتصادية، فمثل هذه النزاعات تخرج بطبيعتها من نطاق التحكيم التجاري الدولي وتدخل في نطاق التحكيم الدولي العام (التحكيم بين الدول)

للإشارة، تفسّر "مصالح التجارة الدولية" في فرنسا، التي نقل عنها المعيار الاقتصادي، تفسيرا واسعا يشمل كل ما يمس بالحياة الاقتصادية، حيث يرى الأساتذة Fouchard, Gaillard, Goldman أنّ:

"L'internationalité de l'arbitrage ne résulte donc que de l'objet du litige qui en est l'occasion…Toute opération impliquant un mouvement de biens, de services, ou un paiement par-dessus les frontières, ou intéressant l'économie (ou la monnaie) de deux pays au moins,

يجسّد الموقف الجديد للمشرّع الجزائري، التوجّه نحو تشجيع هذه الوسيلة من وسائل حل النزاعات في مجال التجارة الدولية، بما توفره من حرية للأطراف تتماشى ومقتضيات هذا النوع من التجارة، وذلك للاعتبارات التالية:

- تبسيط إجراءات الفصل في النزاع والتحرر من الشكليات التي يفرضها اللجوء إلى القضاء الوطني.
- سرعة الفصل في النزاعات التي تعرض أمام المحكمة التحكيمية واقتصاد النفقات.
- عرض النزاعات فيه على أشخاص ذو خبرة في المجال القانوني والتقني والاقتصادي ولهم دراية بعادات وأعراف التجارة الدولية عكس القضاء الذي قد يلجأ إلى الاستعانة بأهل الخبرة في المسائل الفنية، ويتفادى بذلك طول الإجراءات.
- توفير السرية في جلسات التحكيم، إذ يفضل المتعاملين عدم الكشف عن أسرارهم التجارية في المحاكم، نظرا لارتكاز معاملاتهم على عنصر الثقة المرتبطة بسمعتهم، وتبرز أهمية هذا العنصر أكثر في مجال العقود المتعلقة بنقل التكنولوجية أو المعرفة الفنية.
- تفادي مشكلة تنازع الاختصاص القضائي الدولي.

met en cause, de ce seul fait, les intérêts du commerce international et il en va de même du litige qu'elle pourrait provoquer».