

الدرس الأول: التحكيم التجاري الدولي مقارنة مفاهيمية.

الأهداف: معرفة مفهوم التحكيم وبيان خصائصه، ثم تمييزه عن المفاهيم المشابهة له، مع بيان مزاياه وعيوبه، وكذا تحديد طبيعته القانونية، وأخيرا التعرف على مصادر التحكيم وأنواعه

الأسئلة:

- ما هو تعريف التحكيم؟ وما هي خصائصه؟
- كيف نميز بين التحكيم والمفاهيم المشابهة له؟
- ما هي مزايا وعيوب التحكيم؟
- على أي أساس يمكن أن نحدد الطبيعة القانونية للتحكيم؟
- ما هي مصادر التحكيم وأنواعه؟

مقدمة عامة:

ظهر التحكيم التجاري الدولي في القانون على إثر تطوره الكبير وانتشاره السريع في عالم التجارة الدولية، حيث أدى التطور التجاري والاقتصادي المعاصر إلى الاتجاه نحوه، وقد امتد هذا الاهتمام إلى كافة دول العالم دون استثناء إلى حد اعتبار التحكيم من أكثر الوسائل جدوى وديمومة لحل كافة منازعات التجارة الدولية والاستثمار.

إذا التحكيم هو طريق خاص لحل المنازعات أساسه الخروج عن طريق التقاضي العادية ويعتمد أساسا على أطراف النزاع الذين يختارون قضاتهم بدلا من الاعتماد على التنظيم القضائي للبلد الذي يقيمون فيه، فيعتبر - بهذا المفهوم - عدالة خاصة يقوم إلى جانب القضاء الذي تشرف عليه الدولة.

المطلب الأول: تعريف التحكيم وخصائصه

الفرع الأول: تعريف التحكيم:

أولا: لغة: كلمة تحكيم هي اسم من مصدر "حَكَمَ"

حَكَمَ: فعل ومنه حَكَمٌ، يُحَكِّمُ تَحَكِيمًا، فهو مُحَكِّمٌ والمفعول مُحَكَّمٌ.

ونقول حَكَمَ الشَّخْصَ: ولاه وأسند إليه مهمة ما.

حَكَّمَهُ في أموره: فوض إليه أمر التقرير.

حَكَّمَهُ في خلاف: طلب منه أن يحكم فيه، جعله حَكَمًا، مثل قوله تعالى في سورة

النساء الآية 65 "فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم"

هيئة التحكيم: هي هيئة أو لجنة تقوم بالحكم في القضاء بين الأطراف المتنازعة.
ثانياً: اصطلاحاً: لم تضع غالبية الأنظمة القانونية تعريفاً للتحكيم ومنها المشرع الجزائري، وذلك تلافياً (تجنباً) لصعوبات وضع التعريف واكتفت بالإشارة إلى عناصر التحكيم، ومن هنا يبرز دور الفقه في التصدي لهذه المسألة.

- حيث عرفه الأستاذ "روني دافيد" في كتابه "التحكيم في التجارة الدولية" بأنه: "آلية تهدف إلى الفصل في مسألة تتعلق بالعلاقات القائمة بين طرفين أو عدة أطراف بواسطة شخص أو عدة أشخاص (المحكم أو المحكمين) والذين يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص ويفصلون في المنازعة بناء على هذا الاتفاق دون أن يكونوا مخولين بهذه المهمة من قبل الدولة".

- وأما المحكمة الدستورية المصرية العليا: فقد عرفت التحكيم بأنه: "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارهم أو بتفويض منهما، أو على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالة، مجرداً من التحامل وقاطع لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"

- وعليه فإن حكمة تشريع نظام التحكيم تنحصر في أطراف الخصومة، وبمحض إرادتهم واتفاقهم يفوضون شخصاً أو أشخاصاً ليست لهم ولاية القضاء العام في الدولة في أن يقضوا بينهم أو يحسموا النزاع بحكم أو بصلح يقبلان بشروطه، فضاء طرفي الخصومة هو أساس نظام التحكيم.

- ويعتبر كل من القضاء والتحكيم طريقان ممتدان لا يمكن دمجهما من ناحية، كما لا يمكن إنكار وجود تقارب بينهما من ناحية أخرى.

- ويستفاد من التعريفات السابقة أن الاتفاق على التحكيم يمكن أن يأخذ إحدى الصورتين:

-الصورة الأولى: شرط التحكيم -**الصورة الثانية: اتفاق التحكيم.**

1- شرط التحكيم: وهو الشرط الذي يدرجه المتعاقدان قبل نشوء النزاع في العقد الأصلي المبرم بينهما، وينص على أن تحل بطريق التحكيم المنازعات التي قد تنشأ عن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره.

2- اتفاق التحكيم: وهي التي يتفق الأطراف بموجبها بعد نشوب النزاع على حل نزاع ناشئ بينهم بالفعل عن طريق التحكيم.

الفرع الثاني: خصائص التحكيم:

يتضح من خلال التعاريف السالف ذكرها أن التحكيم يتميز بمجموعة من الخصائص أهمها:

أولاً: التحكيم نظام خاص للتقاضي: (قضاء خاص)

إن التحكيم في جوهره قضاء خاص ينبع من اتفاق الخصوم على اتخاذه وسيلة للفصل في خلافاتهم، بينما يتسم القضاء بأنه سلطة من سلطات الدولة العامة تتولى الدولة تنظيمها بما يحقق إقامة العدل بين الناس، ويستمد القاضي ولايته من الدولة التي نصبته كموظف عام يقوم على أداء العدالة في جهاز القضاء التابع لها.

ثانياً: التحكيم نظام قضائي مصدره إرادة الأطراف:

يختلف التحكيم كآلية فنية لحسم المنازعات الناشئة بين الأفراد عن القضاء العام، فهذا الأخير لا يجد مصدره في إرادة الأطراف وإنما في سلطة الدولة التي تفرضه على الأشخاص، إذا ما نشأت المنازعات بينهم.

بينما يستمد التحكيم وجوده من أطراف الأفراد المتنازعة، هذه الإرادة التي تعد معياراً حاسماً للفصل بين التحكيم والقضاء العام.

ثالثاً: وظيفة التحكيم حسم النزاع:

من الخصائص الجوهرية المميزة لنظام التحكيم أنه نظام يهدف إلى حسم النزاع المعروض عليه من قبل الأطراف المعنية، والواقع أن فكرة حسم النزاع تعد عاملاً أساسياً يساعد على التمييز بين التحكيم والأنظمة القانونية الأخرى التي تتشابه مع التحكيم والتي تتفق معه في العهدة إلى شخص من الغير لأداء مهنة معينة تختلف عن مهنة المحكم في أنهم لا يشتملون على فكرة حسم النزاع (الوكالة/ الخبرة)

رابعاً: القوة الإلزامية لحكم التحكيم:

على الرغم من أن التحكيم نظام قضائي خاص، وأن المحكم في حقيقته هو شخص عادي من الغير عهدت إليه الأطراف بموجب اتفاق مهمة حسم المنازعات القائمة بينهم إلا أن المحكم يقوم بذات الوظيفة التي يقوم بها القاضي ويصدر حكماً ملزماً للخصوم، ويتمتع

بالحجية على نحو يؤدي إلى عدم عرض ذات المنازعة التي صدر بشأنها حكم التحكيم على القضاء العام مرة أخرى أو على قضاء التحكيم.

الفرع الثالث: التطور التاريخي لقانون التحكيم التجاري الدولي:

إن نظام التحكيم مر بتطور تاريخي متواصل، حيث وجدت أصوله في فترة العصور القديمة، ثم استمر في تطوره إلى العصور الوسطى، وأخذت به الشريعة الإسلامية ثم إلى عصرنا الحالي الذي شهد فيه التحكيم تطوراً هائلاً.

أولاً: التحكيم في الشرائع القديمة: عرفت المجتمعات البدائية القديمة نظام التحكيم لحل خلافاتها، حيث تفتحت عقلية هذه المجتمعات عن هذا النظام في مرحلة سحيقة أزلية، فكانت هذه المجتمعات تلجأ إلى القوة لتحصيل حقوقها، ومع مرور الزمن توصلت هذه المجتمعات إلى هذا النظام (التحكيم) الذي تحول إلى أعراف وتقاليد، فقد كانوا يختارون أو يحتكمون لشخص ثالث للفصل في منازعاتهم ويختارونهم بأنفسهم ولقد تعددت صور التحكيم فمثلاً:

- **الاحتكام إلى السماء:** ففي قصة قابيل وهابيل دليل على أولى حالات التحكيم، فقدم كل منهما قرباناً إلى الله فتقبل من أحدهما ولم يتقبل من الآخر، وقد رفض قابيل الحكم فقتل أخاه هابيل.

- **الاحتكام إلى مهارة الخصمين الفنية:** حيث يتم اللجوء إلى المساجلات الغنائية بين المتنازعين ومن يتابع دون تعب يعتبر هو صاحب الحق.

- **الاحتكام إلى المباراة والصدفة:** من ينتصر في المباراة هو صاحب الحق، ومن تأكل الغريبان من طعامه يكون هو الخاسر.

- **ومن الحضارات التي عرفت نظام التحكيم:**

1- السومريون في جنوب العراق: لقد كان لدى السومريين نظام للتحكيم، وكان القانون السومري يقر نظام التحكيم باعتباره نظام يسبق القضاء وكان يتوجب على المتخاصمين عرض الموضوع على المحكمين ومن ثم يتم عرضه على القانون إذا لم يحل النزاع ودياً.

2- الحضارة الإغريقية: لقد عرف الإغريق نظام التحكيم ومارسوه منذ بداية العصور المسماة بالكلاسيكية في الفترة ما بين القرنين الرابع والسادس قبل الميلاد، وكان كثيراً ما يلجأ إليه لحل الخلاف ما بين الطوائف السياسية وقد كان عندهم مجلس دائم للتحكيم، وقد فرق

أرسطو بين المحكم والقاضي وقال أن المحكم يسعى إلى العدالة أما القاضي فيسعى إلى تطبيق القانون.

3- الحضارة الرومانية: عرف الرومان التحكيم في المسائل المدنية، حيث كان الأمر متروكا للتحكيم الخاص، فتم إنشاء وظيفة خاصة يتولاها حاكم يسمى (البريتور) والذي يقتصر دوره على سماع ادعاءات الخصوم وتسجيلها ثم رفع النزاع إلى المحكم الذي يختاره الخصوم ليفصل في نزاعهم.

وكان المحكمون الإسبرطيون يُحلفون المتخاصمين على الهيكل كي يحترموا الحكم وينفذوه.

كما تضمنت الألواح الإثني عشر في روما مبدأ تحكيم العائلة والعشيرة، ونصت على إعدام المحكم الذي يبيع ضميره لأحد المتخاصمين.

4- التحكيم عند قدماء المصريين: لقد عرف قدماء المصريين التحكيم حيث كان للأفراد حق اللجوء إليه، ويحدد اتفاق التحكيم موضوع التحكيم والإجراءات التي تتبع أمام المحكمين والجزاء الذي يوقع عليهم، وحكم المحكم يعد نهائيا وقابلا للتنفيذ دون حاجة لعرض الأمر على القضاء، وكان ذلك يسمى بالقانون الخاص.

ثانيا: التحكيم في العصور الوسطى:

عرفت الشرائع الأوربية نظام التحكيم بالرغم من أن هذه العصور بالنسبة لأوروبا تعتبر عصورا مظلمة، ورغم ذلك فقد عرفت المجتمعات والدول الأوربية نظام التحكيم حيث كانت الجماعات المسيحية تحتكم في منازعاتها إلى البابا وإلى الإمبراطور.

وكانت دائما النزاعات التي تتم بين الإقطاعيات يكون فيها البابا هو الشخص المقبول في التحكيم، فقد كان بوسع (الحبر الأعظم) أن يفرض على الأمراء عقوبات على قدر من الأهمية.

وهكذا نلاحظ توافر سلطة عليا ذات طابع كنسي، تستطيع رغم ضعفها فرض مذهب ذي اتجاه عالمي وهو التحكيم.

كما كان يتبع في اختيار المحكمين، مبدأ تحكيم الأقران، وبمقتضى هذا المبدأ يختار الأمراء المتنازعون محكما من بين الأمراء الآخرين، وقد أبرمت العديد من اتفاقيات التحكيم بين الأمراء ونص فيها على الإجراءات الدائمة للتحكيم.

كما عرفت تلك الدول التحكيم بالتشريع ففي عام 1560 صدر في فرنسا تشريع يوجب التحكيم في القضايا التجارية وفي دعاوى القسمة والإرث.

ثالثا: التحكيم عند العرب قبل الإسلام و بعده:

1- التحكيم عند العرب قبل الإسلام: عرف العرب التحكيم قبل الإسلام، بل أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يحترم هذا العرف، وأصبح يوما حكما في قضية رفع الحجر الأسود.

وكانت القبيلة هي الوحدة الأساسية في العصر الجاهلي تقوم مقام الدولة، حيث أن كل قبيلة كان لها محكموها، وكان هذا التحكيم يعتمد بموجب اتفاق يتضمن ذكر موضوع النزاع والحكم والتاريخ.

ومن المحكمين الذين ذاع صيتهم عند العرب في الجاهلية (أكثر ابن صيفي، عبد المطلب بن هاشم)، وقد كان التحكيم عندهم اختياريا متروكا لحرية الفرقاء (المتخاصمين) في الاختيار، كما أن تنفيذ الحكم التحكيمي لم تكن له صفة التنفيذ والإلزام.

2- التحكيم في ظل الإسلام:

جاء الإسلام لتنظيم التحكيم بشكله الشرعي الفريد، حيث كان سباقا لمنهجية و تنظيم التحكيم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك من خلال ما جاء في القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة، وفي أهم موقع في الحياة و هو العلاقة الزوجية، حيث قال تعالى (فإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما (... الآية 35 سورة النساء).

ولقد وردت مشروعية التحكيم في السنة النبوية الشريفة فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (من حكم بين اثنين تراضيا عليه فلم يعدل بينهما فهو ملعون).

كما أن إجماع الأمة وإجماع الصحابة منعقد على جواز التحكيم. وكذلك أقرته المذاهب الإسلامية الأربعة بصورة مطلقة حتى مع وجود قاض في المنطقة أو البلد.

ولما كانت الشريعة الإسلامية قد أقرت التحكيم بصفة عامة إلا أن هناك قيود وضعت على بعض المسائل مثل: (الاشتراط بأن يكون المحكم حرا، بالغاً، عادلاً، عاقلاً مقبولاً الفتوى، عالماً بالشريعة)

وهناك مسائل لا يجوز فيها التحكيم مثل (حقوق الله، كالحدود مثل: السرقة والزنا)

ويتضح لنا أن التحكيم اختياري في الشريعة الإسلامية حيث أنه يقوم على اتفاق الأطراف ويجوز الرجوع عنه قبل صدور الحكم.

رابعاً: التحكيم في العصر الحديث:

منذ أواخر القرن 18 كثر اللجوء إلى التحكيم بين الدول الأوروبية والدول الأمريكية، فمر تحكيم خلال هذه الحقبة الزمنية بثلاث مراحل:

- **مرحلة الحكم الفردي:** وهي صورة معروفة في مختلف العصور يلجأ فيها لفرد معروف كرئيس دولة أو قاضي أو دبلوماسي.

- **مرحلة اللجنة التحكيمية المختلطة:** وتتألف من عضوين يمثل كل منهما الطرف الذي عينه.

- **مرحلة محكمة التحكيم:** التي شهدها النصف الثاني من القرن 19، وذلك لما تكاثرت قضايا التحكيم وازدادت الحاجة له تبعاً لتزايد المنازعات الدولية.

1- بعد الحرب العالمية الأولى: في مطلع القرن العشرين (20) نجحت الدول التي عقدت مؤتمر لاهاي الثاني 1907 في تدوين إجراءات التحكيم وفي إنشاء محكمة التحكيم الدائمة، ثم حاولت عصبة الأمم المتحدة تطوير التحكيم وجعله إلزامياً ووضعت بروتوكول جنيف 1924 ولكنه لم يصبح نافذ المفعول لعدم مصادقة العدد اللازم من الدول عليه. فعاودت العصبة طرح الموضوع مرة أخرى عام 1928 ووضعت "ميثاق التحكيم العام" الذي وافقت عليه الجمعية العامة بالإجماع ليكون نموذجاً تسيّر عليه الدول لتسوية نزاعاتها وفق نظام التحكيم الدولي.

2- بعد الحرب العالمية الثانية: في عام 1958 عقدت منظمة الأمم المتحدة مؤتمراً دولياً أسفر عن إعداد اتفاقية دولية للإقرار بالتحكيم الدولي الخارجي وتنفيذه.

ثم ظهرت مؤسسات دولية متخصصة في التحكيم تقدم خدمات لمن يطلبها وأهم هذه المؤسسات محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة العالمية وجمعية التحكيم الأمريكية ومحكمة تحكيم لندن ولم تغفل الدول العربية عن أهمية التحكيم حيث أنشأت مراكز دائمة دولية وإقليمية للتحكيم منها المركز الإقليمي للتحكيم بالقاهرة والمركز الإقليمي للتحكيم في كوالا لمبور بماليزيا، ومركز التحكيم الإسلامي بجامعة الأزهر الذي بدأ يزول نشاطه عام 1995.

المطلب الثاني: تمييز التحكيم عن المفاهيم المشابهة له:

الفرع الأول: التحكيم والقضاء:

إذا كان الأصل أن تقوم الجهات القضائية بالفصل في المنازعات، فإن القانون يسمح للمتازعين باختيار عدالة جديدة تتمثل في عرض قضاياهم على محكمين لتسويتها وفقا لإجراءات سهلة وبسيطة وسريعة في نفس الوقت، هذه العدالة هي التحكيم والذي يختلف عن القضاء الوطني من حيث:

- يتم اختيار المحكم أو المحكمون من الخصوم أو من الجهة المكلفة بتعيين المحكمين، أما القاضي فيعين من السلطة العامة للدولة في الفصل في المنازعات وهو لا يتقاضى أتعابه من الخصوم كما في التحكيم.

- أن ولاية القاضي تكون عامة بحيث أنه يكون مكلفا بنظر جميع الخصومات التي تعرض عليه، بينما المحكم ولايته قاصرة فقط على موضوع النزاع المختار والمحال عليه من طرف الخصوم.

- المحكم غير ملزم بالتقيد بالنصوص الإجرائية إذ يمكن أن يكون مفوضا بالصلح من الخصوم وبالتالي فهو غير ملزم بتطبيق القواعد القانونية ويمكنه القضاء بقواعد العدالة والإنصاف والأعراف التجارية التي يراها ملائمة، أما القاضي فيكون ملزما بتطبيق قواعد القانون.

- المحكم يكون مقيدا بما هو وارد في اتفاق التحكيم من حيث الموضوع والأشخاص والمدة الزمنية التي يجب عليه الفصل خلالها في النزاع، بينما القاضي لم يحدد له القانون مدة معينة لإصدار الحكم حيث أبقى له المجال مفتوح ولم يقيد بالوقت ولا يرتب على ذلك أي أثر قانوني.

- الأحكام القضائية تقبل التنفيذ الجبري بمجرد حصولها على الحجية، بينما الأحكام التحكيمية لا تشكل في حد ذاتها سنداً تنفيذياً بل لا بد من استصدار أمر التنفيذ من رئيس المحكمة المختص.

الفرع الثاني: التحكيم والصلح:

التحكيم والصلح آليتان تهدفان إلى حسم النزاع بين الأطراف بعيدا عن اللجوء إلى قضاء الدولة، ولا يتفق التحكيم والصلح من هذه الزاوية فقط بل أن كل من التحكيم كنظام قضائي والصلح كآلية لفض النزاع يجد كل منهما مصدره في اتفاق الأطراف على الفصل في المنازعة القائمة بينهما.

ويعرف عقد الصلح بأنه العقد الذي يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه (المادة 459 من القانون المدني الجزائري).

والعنصر الأساسي للفرقة بين التحكيم والصلح هو أن النزاع لا ينتهي بمجرد إبرام الاتفاق على التحكيم وإنما بإنهاء المحكم لمهمته وإصداره حكماً يتمتع بالحجية، ويكون قابلاً للتنفيذ الجبري بمجرد الحصول على أمر التنفيذ، أما عقد الصلح فإن النزاع ينتهي بمجرد إبرامه وهذا الاتفاق لا يكون قابلاً للتنفيذ بداية ما لم يتم في صورة عقد رسمي أو يتم أمام المحكمة التي يكون النزاع قد طرح عليها قبل التوصل إلى الصلح.

الفرع الثالث: التحكيم والتوفيق والوساطة:

يعتبر التوفيق والوساطة وسيلتان لحل المنازعات التي تنشأ بين الأفراد، ويتطلب التوفيق والوساطة شأنهما في ذلك شأن التحكيم تدخل طرف من الغير يعهد إليه بأداء هذه المهمة، ويطلق على هذا الغير المختار لفظ الوسيط أو الموفق.

وتتمتع آلية الوساطة كأصل عام بنطاق أوسع من ذلك الذي يتمتع به نظام التحكيم بينما يتميز الحكم الصادر عن المحكم بحجية الأمر المقضي فيه منذ صدوره وهو ما لا يتمتع به الحكم الصادر عند انتهاء الوساطة .

إذا يفصل المحكم في النزاع المطروح عليه بحكم ملزم يتمتع بالحجية، بينما يصدر عن الوسيط مجرد محاولات أو حلول لتقريب وجهات النظر.

- كما تجدر الإشارة إلى أنه أثناء عملية التوفيق وإجراءاته لا يجوز بعد الاتفاق عليه أن يلجأ أي من الطرفين إلى التحكيم أو محكمة عادية، لأنه مرتبط باستكمال التوفيق حتى ينجح أو تفشل إجراءاته لكن لا يوجد ما يمنع أيًا من الطرفين من اتخاذ إجراءات وقتية للمحافظة على حقوقه.

الفرع الرابع: التحكيم والوكالة:

نصت المادة 571 من التقنين المدني الجزائري على أن: "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه".

وينشأ الخلط بين التحكيم والوكالة بالنظر إلى أن كل من التحكيم والوكالة يجد مصدره في اتفاق الأطراف على العهدة لشخص من الغير بمهمة محددة، ثم أن أساس هذا العقد

الرضا، فلا يستطيع الوكيل مباشرة عمله إلا برضا موكله، كما لا يستطيع المحكم النظر في النزاع إلا برضا المتنازعين.

ومع ذلك فإن التحكيم يختلف عن الوكالة في:

- طرفا عقد التحكيم هما طرفا النزاع وموضوعه هو تعيين شخص آخر للفصل فيه أما طرفا الوكالة فهما الموكل والوكيل وموضوعه هو تفويض الوكيل ذاته وليس طرفا آخر. سلطة النيابة عن الموكل.

- لا يقوم الوكيل إلا بما يمكن أن يقوم به الموكل، لكن المحكم في عقد التحكيم لا يستطيع فظ النزاع وهو الفعل الموكل للمحكم

- المحكم لا يعمل لصالح أي من الطرفين وعليه التزام الحياد أثناء نظر النزاع، أما الوكيل فعليه العمل لصالح موكل ما.

الفرع الخامس: التحكيم والخبرة:

إن الخبير هو شخص فني (طبيب، مهندس، خبير حسابات) أو غيره، يقوم بمعاينة الوقائع وإبداء ملاحظاته وما يراه قائما دون البت في النتائج التي تترتب عن هذه المعاينة التي يتضمنها تقرير الخبرة الذي يلحق في الغالب بالملف الأصلي للنزاع ليعرض على المحكمة للبت فيه.

أما المحكم فهو قاض خاص قراراته ملزمة للمعنيين به، وعليه يختلف المحكم عن الخبير في عدة نواح أهمها:

- الخبير ينظر في النزاع ويبدى رأيه في الوقائع دون القانون، بعكس المحكم الذي يلزم بإبداء رأيه في الوقائع والقانون.

- رأي الخبير الاستشاري للأطراف والقضاء وليس ملزم المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، أما رأي المحكم فهو ملزم للأطراف والقضاء.

المطلب الثالث: مزايا التحكيم وعيوبه:

إن عجز قضاء الدولة وعدم تحمله عبء القضايا المتراكمة كان سببا للتفكير في وسيلة للتخفيف من ثقل هذا العبء، فوجد التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات والذي تطور تطورا مذهلا بسبب المزايا والفوائد التي تترتب عنه، لكن هذا لا يعني عدم وجود بعض العيوب.

الفرع الأول: مزايا التحكيم:

يتوفر التحكيم على مزايا لا يتوفر عليها القضاء منها:

أولاً: السرية: إن طابع السرية الذي يميز التحكيم هو دون شك ما يسعى إليه رجال الأعمال والأكثر تقديراً من طرفهم، حفاظاً على استمرارية معاملاتهم من جهة، وكذا حفاظاً على سمعة مؤسساتهم ومعاملاتهم من جهة ثانية، فالسرية هي أهم ميزة مطلوبة في مجال التجارة، وعليه فالتحكيم يحفظ أسرار الطرفين فلا يطلع عليها سوى المحكمين المختارين للنظر في القضية، والمحامون والمدافعون عن الطرفين، وهؤلاء ملزمون بالمحافظة على سرية المهنة فلا يمكن إذاعة موضوع القضية وتفاصيلها.

وهذا بخلاف ما يحصل أمام القضاء العادي (قضاء الدولة)، حيث تكون الإجراءات علنية ويتعذر إخفاء نوع المعاملة بين الطرفين وحجم النزاع أو مقدار الأموال التي يتعلق بها وكثيراً ما يكون في كشف هذه الأموال ضرراً على أحد الطرفين أو عليها.

ثانياً: السرعة والمرونة: التحكيم أساساً يتميز بالسرعة والمرونة من خلال تحديد الأطراف لأجل التحكيم، خلافاً لقضاء الدولة الذي يظل حبيساً لقواعده الإجرائية المعقدة والتي كانت سبباً في تراكم القضايا، إذا فالتحكيم يوفر الوقت، لذلك فإن بعض قضايا التحكيم تنتهي في بضعة أشهر وربما في بضعة أسابيع بحكم بات وملزم.

ثالثاً: المحافظة على علاقة الطرفين: إن التحكيم يحافظ على العلاقات بين الطرفين فهو ليس طريقاً هجوماً عنيفاً وإنما هو أقرب للتفاهم بين الطرفين، فكل منهما يعتقد أن فهمه للعقد هو الفهم الصحيح وبعد عرض الموضوع على التحكيم والفصل فيه تستمر العلاقات غالباً بين الطرفين على الأساس الذي قرره التحكيم على عكس المنازعات المعروضة على القضاء التي تصل إلى حد اللاعودة للعلاقات بينهما.

رابعاً: حرية اختيار المحكمين: من أهم مزايا التحكيم أنه يتيح للأطراف إمكانية اختيار المحكمين، وذلك حسب درجة التخصص المطلوبة في موضوع النزاع وهي ميزة لا تتوفر في القضاء العادي حيث ينظر القاضي كل أنواع المنازعات وذلك دون أن يكون متخصصاً في موضوع أي منهما.

خامساً: توفير المال: يرى جانب من الفقه أنه من مزايا التحكيم توفير المال، فإذا نظرنا إلى ما تتكلفه القضية الواحدة أمام القاضي العادي بدرجاته المختلفة الابتدائي والاستئناف والنقض ثم إشكالات التنفيذ كما هو مألوف، وفي كل درجة من هذه الدرجات تؤدي إلى مصاريف ورسوم وأتعاب محاماة، بالإضافة إلى طول الانتظار وما يصحبه من

آثار سلبية على المتخاصمين في كل النواحي، أي أنه مهما بلغت تكاليف التحكيم في النزاعات المتعلقة بالاستثمارات الكبرى والتجارة الدولية فإنها أقل من تكلفة التقاضي العادي.

سادسا: حرية المحكم: إن المحكم يتمتع بحرية أكثر من القاضي وذلك في تحديد القانون الذي يطبق على موضوع النزاع بل وحتى على الإجراءات، كما أن المحكم يقوم بنظر القضية على سبيل التفرغ لها في الجلسات التي يتفق عليها مع الأطراف ولذلك تتاح للطرفين فرصة واسعة.

الفرع الثاني: عيوب التحكيم:

للتحكيم عيوب قليلة أهمها:

أولا: كثرة المصاريف: يرى جانب ثان من الفقه أنه يؤخذ على التحكيم أنه يكلف أطراف النزاع مصاريف اجتماعية، عكس الدولة التي تدفع للقضاة ولا يدفع رافع الدعوى سوى الرسوم القضائية.

ثانيا: عدم تنفيذ حكم التحكيم: لا توجد ثمة مشكلة في إصدار حكم التحكيم، ولكن الصعوبة تثار في عدم تنفيذ هذا الحكم، فلا يكون أمام الطرف الذي صدر حكم التحكيم لصالحه سوى اللجوء إلى القضاء لتنفيذ الحكم وبالتالي يعود للطريق الذي تجنبه في البداية، وإذا لم تتوفر الظروف القانونية لتنفيذ حكم التحكيم يعود المتخاصمان إلى نقطة الصفر.

ثالثا: خطر المساس بالحيدة: خصوصا في التحكيم و الذي ربما يدفع المحكم المختار من كل طرف إلى نزعة الطرف الذي عينه.

المطلب الرابع: الطبيعة القانونية للتحكيم:

اختلف الفقه والقضاء في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، وتعددت النظريات في هذا الخصوص، ويجري الأمر في ذلك إلى أن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم يترتب عليها معرفة نوع المعاملة التي سيجدها الحكم التحكيمي حول مدى الاعتراف به وتنفيذه.

ضف إلى ذلك أن تحديد معيار وصفة التحكيم المتبع تتوقف على تحديد طبيعة التحكيم ومن أهم هذه النظريات التي حاولت تفسير الطبيعة القانونية للتحكيم ما يلي:

الفرع الأول: الطبيعة التعاقدية للتحكيم:

اعتبر البعض التحكيم عقدا رضائيا ملزما لجانبين، وهو من عقود المعاوضة وأساسه هو اتفاق أطراف الخصومة، لذلك يبدوا حكم التحكيم وفقا لأنصار هذا الرأي عنصرا تبعا في عملية التحكيم، لأن الاتفاق على التحكيم يستغرق عملية التحكيم برمتها، حيث يعد مبدءا

لتفسير كافة مراحلها حتى صدور حكم التحكيم من المحكم يلتزم به طرفا النزاع، فحكم التحكيم وفقا لهذه النظرية مجرد تحديد لمحتوى عقد التحكيم بمعرفة غير المتعاقدين وهم هنا المحكمون.

ورغم أن حكم التحكيم هو الهدف من عملية التحكيم برمتها من حيث كونه يفصل في النزاع إلا أن الحكم الذي يصل إليه المحكم في النهاية يكون مجرد محصلة لتطبيق شروط التحكيم التي اتفق عليها طرفا النزاع.

ويستند أنصار هذه النظرية إلى عدة حجج أهمها:

أ- أن أساس التحكيم هو إرادة الأطراف في التصالح، ولذلك فإن أهمية تحديد طبيعة التحكيم تتركز على رغبة الأفراد في حل نزاعاتهم بطريق ودي، وذلك عن طريق إحلال تقدير شخص ثالث "المحكم"، محل تقديرهم وقبولهم لهذا التقدير.

ب- إن المتنازعين باتفاقهم على التحكيم إنما يتفقون ضمنا على التنازل عن الدعوى ويخولون المحكم سلطة مصدرها اتفاق إرادتهم، وهذه السلطة لا يمكن أن تكون سلطة قضائية لأنها تقوم على إرادة ذوي الشأن.

ج- إن التحكيم يختلف في هدفه عن القضاء، فالقضاء يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، أما التحكيم فإنه يرمي إلى تحقيق مصالح خاصة لأطراف عقد التحكيم.

د- إن القانون الوضعي يؤيد هذه الطبيعة حيث أن:

- يمكن القول أن المحكم يكون وطنيا أو أجنبيا، في حين أن الوظيفة القضائية لا يباشرها سوى وطني.

- إذا لم يقم المحكم بواجبه فلا تنطبق عليه قواعد إنكار العدالة.

- إذا أخطأ المحكم فإنه لا يخضع لقواعد المخاصمة.

- يمكن رفع دعوى أصلية ببطلان حكم المحكم بعكس حكم القضاء الذي يتم الطعن فيه بالطرق المختلفة.

***نقد النظرية:**

إن هذه النظرية تعتمد بالدرجة الأولى على إرادة الخصوم واتفاقهم على التحكيم، وتحديد قوانينه واجبة التطبيق على موضوع النزاع وإجراءات التحكيم، إلا أنها لم تلاحظ أثر حكم المحكمين في إنهاء النزاع بين المتخاصمين مثله مثل الحكم القضائي والنهائي.

كما أنها لم تلاحظ التطور التجاري الدولي واعتبار الدول نظام التحكيم قضاء خاصا لحل كافة المنازعات التي تنشأ بينها وبين الغير بصورة إلزامية. وقد وجه لهذه النظرية العديد من الانتقادات أهمها:

- المبالغة في إعطاء الدور الأساسي لإرادة الأطراف، فالواقع أن الأطراف لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم هم وإنما الكشف عن إرادة القانون في الحالة المعنية، فالمحكم وهو يقوم بالفصل في النزاع يطبق إرادة القانون.

- أنه إذا كان حكم التحكيم مصدره اتفاق الأطراف فإن ذلك يضيف الطابع التعاقدى على التحكيم، لأن المحكم ملزم باحترام قواعد النظام العام وكذلك العديد من القواعد الموضوعية والإجرائية، منها على سبيل المثال: احترام حقوق الدفاع وأن يكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون.

- إن استناد أصحاب هذا الرأي إلى اختلاف أحكام القانون بين التحكيم والقضاء يرجع في الواقع إلى سبب واحد، وهو أن المحكم وهو يقوم بمهمته وهي مهمة ذات طابع قضائي لا يمثل الدولة، ولذلك فمن الطبيعي أن يختص القاضي ممثل الدولة ببعض الأحكام القانونية التي تختلف على المحكم.

- إن القول بالنظرية التعاقدية للتحكيم يثير الخلاف بشأن تأصيل طبيعة العلاقة التي تربط أطراف التحكيم بالمحكّمين، حيث أصلها البعض على أنها عقد وكالة بمعنى أن المحكم يعتبر وكيلاً عن الخصوم، في حين أن سلطة المحكم في التحكيم في النزاع أصلها البعض الآخر بأنها إجازة عمل، على أساس أن الأفراد يتفقون مع المحكم على إجازة عمله ويترتب على ذلك حقوق والتزامات متبادلة.

الفرع الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم:

يرى أنصار هذه النظرية أن الطابع القضائي يغلب على طبيعة التحكيم، ذلك أنه قضاء إجباري ملزم للخصوم متى اتفقوا عليه وأن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها، فعمله هو عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة.

ويرى أنصار هذه النظرية كذلك أن أعمال التحكيم يعد رهينا باتفاق الخصوم على الالتجاء إليه ولكن ذلك لا يؤثر على جوهر وظيفته القضائية، ومن ثم فإن هذا الاتفاق هو من قبيل العنصر العارض فرضته ظروف لا صلة لها بوظيفة التحكيم وطبيعته.

ويستند أصحاب هذه النظرية إلى الحجج التالية:

- إن حكم المحكم يحوز حجية الشيء المقضي به، وينفذ تنفيذا برياً، بعد صدور الأمر بهذا التنفيذ، شأنه شأن الحكم القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة وقد نصت على ذلك معظم القوانين.

*نقد النظرية القضائية:

- أنه يصعب أن نلحق أحكام التحكيم بأحكام القضاء جملة واحدة لأن هناك اختلافاً بين المحكم والقاضي.

- إن التشبيه بين نظامي التحكيم والقضاء رغم ما يبدو فيه من تقوية لمركز التحكيم إلا أنه ليس في صالح التحكيم دائماً لأن التحكيم أسبق من القضاء في الوجود.

الفرع الثالث: الطبيعة المختلطة للتحكيم:

يرى أصحاب هذه النظرية أن التحكيم له طبيعة مختلطة فهو عقد بالنظر إلى الوجوه التي تستشف من أصل التحكيم، وهو العمل الإرادي للأطراف، وهو قضاء بالنظر إلى كون الحكم الصادر يلزم الأطراف بقوة غير قوة الملزمة للعقد.

كما يرى البعض من أصحاب هذه النظرية أن التحكيم اتفاقاً محضاً وليس قضاءً محضاً وإنما هو نظام يمر بمراحل متعددة فهو أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم.

الفرع الرابع: الطبيعة المستقلة للتحكيم:

ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن التحكيم ذو طبيعة خاصة مستقلة وقائمة بذاتها لأن: أ- أصحاب الطبيعة العقدية للتحكيم لم يستطيعوا أن يتفقوا على طبيعة هذا العقد، فهل هو عقد من عقود القانون العام أم من عقود القانون الخاص؟ وهل هو عقد ينظم الموضوع أو عقد ينظم الشكل (شكل العقد)؟

وحتى الذين يقولون بأنه عقد من عقود القانون الخاص اختلفوا في تحديد ماهية ذلك العقد، فتارة يقولون عقد عمل وتارة يقولون أنه عقد وكالة.

ب- كذلك أصحاب الطبيعة القضائية للتحكيم لم يستطيعوا التخلص من اعتبارات النظام القضائي الداخلي.

وإذا كان التحكيم يعني الرغبة في فض النزاع بطريقة ودية بين الأفراد، فإن ذلك يعني أن تأخذ عند تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم بفكرة مستقلة عن النظم الداخلية والتقسيمات والأنظمة الداخلية لا تعد القوالب المناسبة لوضع نظام مميز للتحكيم في إطارها، لأن ذلك

سيكون على حساب الحقائق العلمية، وعليه يجب أن يركز البحث في هذه المسألة على حصر العناصر ذات الطابع الإرادي التعاقدى للتحكيم وتمييزها عن تلك العناصر ذات الطابع القضائي من حيث يمكن في النهاية تحديد مدى تداخل كل عنصر من العناصر التعاقدية والقضائية في تكوين نظام التحكيم وإعطائه طبيعته الذاتية المستقلة.

فالجهد يجب أن لا يتوقف على محاولة إذابة احد العنصرين في الآخر أو محاولة المزج بينهما وإنما تحليلهما تحليلًا دقيقًا يكشف عن الخصائص المميزة لكل منهما، فالاتفاق على التحكيم وإن كان عقداً يتمتع بالخصائص العامة للعقود إلا أنه يتميز عنها بهدفه وموضوعه، فهدفه ليس إقامة علاقة قانونية بين طرفين مالية كانت أو شخصية، وإنما تسوية النزاع الناشئ عن علاقة قانونية سابقة، وموضوعه ليس التراضي على تسوية نهائية للنزاع محددة بذاتها وإنما إقامة كيان عضوي (فردا كانت أو هيئة) ترفع إليه ادعاءات الطرفين ليتولى الفصل فيها استقلالاً عنهما.

أما عن عمل المحكم فهو بالضرورة حسم النزاع وفقاً للمبادئ العامة التي يضعها النظام القانوني وأهمها مبدأ المساواة ومبدأ المواجهة.

إن المحكم عليه أن يطبق شروط الاتفاق على التحكيم مثله في ذلك مثل القاضي عندما يطبق شروط عقد معين متعلق بالنزاع المطروح عليه، فالمحكم هنا يطبق الاتفاق على التحكيم للتعرف على حدود المنازعة التي تدخل في ولايته، و للتعرف على القواعد الإجرائية والموضوعية الواجبة الأعمال في التصدي للنزاع وعلى ذلك يكون الاتفاق على التحكيم مصباحاً للأداء الوظيفة القضائية للمحكم.

وعليه نخلص إلى أن التحكيم قضاء اتفاقي يتقيد بنصوص الاتفاق على التحكيم، و بالنصوص القانونية التي يفترض على المحكم الالتزام بها.

المطلب الخامس: مصادر التحكيم وأنواعه:

إن مصادر التحكيم متنوعة، تختلف باختلاف كل نوع من أنواع التحكيم، كما أن أنواعه أيضاً تتعدد بتعدد طرق التحكيم، وهيئة التحكيم وذلك كما يلي:

الفرع الأول: مصادر التحكيم:

إن مصادر التحكيم إما أن تكون ذات منشأ عام أو منشأ خاص.

أولاً: المصادر ذات المنشأ العام:

1- التشريعات الوطنية: وهي تلك القواعد المعدة من طرف كل بلد والمخصصة للتحكيم سواء كان داخليا أو دوليا، فالمشرع الجزائري مثلا خصص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصوصا متعلقة بالتحكيم الداخلي في المواد من 1006 إلى 1038، وأنه تماشيا مع التطور الملحوظ في ميدان التحكيم خصص أحكاما متعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، وذلك في المواد من 1039 إلى 1061.

2- المصادر الدولية: وتتمثل في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم مثل:

- بروتوكول جنيف 1923/09/24 المتعلق بشرط التحكيم.

- اتفاقية جنيف 1927/09/26 لتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية.

- اتفاقية نيويورك 1958/06/10 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية.

ثانيا: المصادر ذات المنشأ الخاص:

1- اتفاقيات التحكيم النموذجية: وهي تلك المعدة إما من طرف مراكز تحكيم دائمة تخص كل مركز أو تعد من قبل مراكز متعددة في إطار اتفاق ما بين هذه المؤسسات الدائمة.

2- نظم تحكيم المؤسسات الدائمة: هذه التنظيمات يتم وضعها من طرف مراكز دائمة للتحكيم التجاري الدولي، التي تختص بالفصل في منازعات التجارة الدولية مثل: تنظيم الغرفة التحكيمية البحرية لباريس، غرفة التجارة الدولية، الجمعية الأمريكية للتحكيم.

3- الاجتهاد التحكيمي: هو عبارة عن أحكام تحكيمية تشبه نوعا من السوابق القضائية في مجال التجارة الدولية و التي يمكن الرجوع إليها بتطبيق مضمونها على نزاعات مشابهة معروضة على جهات التحكيم التجاري الدولي.

الفرع الثاني: أنواع التحكيم:

يتخذ التحكيم صورا عدة بحسب الزاوية التي ينظر إليه من خلالها:

أولا: التحكيم بحسب إرادة إنشائه: و ينقسم إلى التحكيم الاختياري والإجباري:

1- التحكيم الاختياري: وهو التحكيم الذي يلجأ إليه الأطراف بإرادتهم الحرة، وهو يعني الخروج على طرق التقاضي العادية، و تقتصر ولاية هيئة التحكيم على نظر النزاع الذي تتصرف إليه إرادة المحكّمين.

2- التحكيم الإجباري: في التحكيم الإجباري يجب على الأطراف اللجوء إليه دون غيره لحل المنازعات وتطبق أحكام التحكيم الاختياري على الإجباري الذي يفرضه المشرع قسرا على الأطراف بموجب نصوص أمرة.

ثانيا: التحكيم بحسب سلطة المحكم : وينقسم إلى:

1-التحكيم بالقانون: وهو التحكيم الذي تلتزم فيه هيئة التحكيم بإنزال حكم القانون على المسائل القانونية المعروضة عليهم والأصل في التحكيم أن يكون تحكيما بالقانون.

2-التحكيم بالصلح: وهو ذلك التحكيم الذي تخول فيه الأطراف لهيئة التحكيم صلاحية الفصل في المنازعات وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف دون التقيد بالقواعد القانونية، وتتص القوانين الوطنية المنظمة للتحكيم على نوعين من التحكيم، التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح .

ثالثا: التحكيم من حيث الجهة التي تقوم به:

1- التحكيم الحر: هو ذلك التحكيم الذي يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين للفصل في هذا النزاع، فيختارون بأنفسهم المحكم أو المحكمون كما يتولون في الوقت ذاته تحديد الإجراءات والقواعد التي تطبق بشأنه.

2- التحكيم المؤسسي: يعتبر التحكيم تحكيما مؤسسيا متى جرى في ظل منظمة لم تكتمل بوضع لائحتها أو قواعد التنظيمية أو وضع دورها ومكاتبها و خدماتها الإدارية تحت تصرف أطراف النزاع بل احتفظت لنفسها باختصاص معينة في تطبيق لائحة التحكيم المذكورة.

رابعا: التحكيم من حيث مداه:

1- التحكيم الكلي: هو التحكيم الذي يتفق أطرافه على عرض أي نزاع ينشأ عن تفسير العقد موضوع العلاقة بينهما أو تنفيذه على التحكيم.

2- التحكيم الجزئي: يكون التحكيم جزئيا عندما يحدد أطراف العلاقة ما يخضع لتحكيم عند نشوء النزاع، بحيث تكون بقية عناصر العلاقة عند نشوء النزاع حولها غير خاضعة للتحكيم، وبالتالي فإن المحكمين لا يستطيعون تجاوز هذا الجزء والتعرض لمسائل لم تتفق الأطراف على شمولها بالتحكيم.

خامسا: التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي :

1- التحكيم الداخلي: هو ذلك التحكيم الذي تتصل فيه جميع عناصره بدولة واحدة دون غيرها بالنظر إلى موضوع النزاع وإلى الخصوم أنفسهم وإلى المحكمين وقانون الواجب التطبيق والمكان الذي يجري فيه التحكيم.

2-التحكيم التجاري الدولي: يقصد به التحكيم في مجال علاقات التجارة الدولية والمصالح الخارجية لأطراف النزاع و التي تكشف إرادتهما المشتركة عن أن التحكيم ناشئ عن علاقة تجارية دولية أو مصالح خارجية ،أي خارج الدول التي ينتمون إليها. وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد اعتمد على معيارين لتفرقة بين نوعي التحكيم حيث نص في المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"، وعليه إذا تعلق النزاع المعروض على التحكيم بمصالح التجارة الدولية أو أي مؤشر اقتصادي وهو تعلقه بالمصالح الاقتصادية، وإذا تعددت فيه الدول "وهو مؤشر جغرافي أي يمس أكثر من دولة".

المراجع:

- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007.
- عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والتشريع، الطبعة 01، الإسكندرية، مصر، دار المطبوعات الجامعية، 1996.
- أسعد عمر شجراوي، وسيلة التحكيم التجاري الدولي في الدول العربية، أطروحة دكتوراه، غير منشورة، جامعة الجزائر-1، 2014.