

جامعة الجلفة زيان عاشور

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

ملخص محاضرات

مقياس التحكيم الدولي

مقدمة لطلبة السنة ثانية ماستر * تخصص القانون الدولي العام *

مقدمة من الدكتورة بسعود حليلة

مقدمة حول التطور التاريخي للتحكيم الدولي:

يعد التحكيم الدولي من بين الوسائل القضائية لحل المنازعات بين الأشخاص الدولية بعيدا عن استعمال القوة أو التهديد بها. و إذا كان التحكيم قد عرف في العصور القديمة كوسيلة لحل النزاع في القانون الداخلي ضمن إقليم الدولة، فإنه يجد جذوره التاريخية في القانون الدولي العام فيما جرت عليه المدن الإغريقية من اللجوء للتحكيم لفض النزاعات الناشئة بينها، كما عرف العرب التحكيم و أقروا مشروعيته حتى قبل ظهور الإسلام، فالنظام القبلي السائد في تلك الفترة كان يعتمد على التحكيم لتسوية المنازعات بين العشائر و القبائل المتجاورة عن طريق إبرام اتفاقات يتولاها أشخاص يشهد لهم بالأمانة و العدالة و الذكاء و الحكمة و المعرفة بعبادات القبائل.

أما حديثا، فتعتبر معاهدة "جاب" التي وقعتها الو.م.أ عام 1794 من أولى المعاهدات التي نظمت التحكيم، أما أول القضايا التي بلورت نظاما متكاملًا للتحكيم فهي قضية الألباما التي وقعت بين الو.م.أ و بريطانيا عام 1871، و أبرز الدراسات القانونية خلال القرن الـ 19م فكانت تلك التي انتهت بوضع مشروع "لائحة إجراءات التحكيم الدولي" عام 1875، و صولا إلى إجماع دولي على أهمية استخدام التحكيم الدولي في حل المنازعات الدولية من خلال وضع اتفاقيتي لاهاي للتسوية السلمية للمنازعات الدولية عامي 1899 و 1907 حيث تم تنظيم موضوع و إجراءات التحكيم، كما تم وضع هيكل محكمة التحكيم الدائمة.

و قد نص عهد عصبة الأمم صراحة على اللجوء للتحكيم الدولي، و أكد على ذلك أيضا ميثاق الأمم المتحدة إذ بمجرد تأسيس هيئة الأمم المتحدة تجدد الاهتمام الدولي بالتحكيم ليشهد تطورات بالغة في مجال تسوية المنازعات الدولية، باعتبار القضاء التحكيمي مرجع آخر الى جانب القضاء العدلي لحسم الخلافات بدون إجراءات شكلية معقدة، و بأقل وقت و تكلفة.

فالتحكيم إذن، هو نظام يهدف إلى إيجاد حل لموضوع النزاع بواسطة محكم أو أكثر يستمدون سلطتهم من عقد خاص يحكمون و يبتون على أساسه النزاع. فتمتئ الأطراف على حل نزاعهم بواسطة

التحكيم فإن قيام هذا النزاع يؤدي بالضرورة إلى تتابع الإجراءات التحكيمية التي تنتهي بصدور حكم التحكيم الفاصل في النزاع وفقا لقواعد قانونية معينة.

و في التحكيم لا بد من المرور بعدة إجراءات تختلف تبعا للجهة القائمة بالتحكيم إن كانت هيئة تحكيم دائمة أو خاصة AD HOC ، كما أن تيسر الإجراءات أو إعاقته يسهم في تحديد مستقبل التحكيم الدولي.

المحور الأول: مفهوم التحكيم الدولي

سوف نتطرق في هذا المحور إلى الإطار المفاهيمي للتحكيم الدولي بدءا بالتعريف، موضوع التحكيم، دولية التحكيم، ثم طبيعته القانونية:

أولاً: تعريف التحكيم:

التحكيم في اللغة هو مصدر في الأمر و الشيء، أي جعله حكما و فوض الأمر إليه، و حكموه بينهم أي طلبوا منه أن يحكم بينهم فهو حَكَمَ و مُحَكِّمٌ، و حكمه في ماله تحكما أي جعل إليه الحكم فيه، و يقال حكمنا فلانا بيننا أي أجزناه حكما بيننا.

و يقال حَكَّمْتُ بالتشديد الرجل إذ فوضت الحكم إليه، و حَكَّمُوهُ فيما بينهم أمره أن يحكم في الأمر أي جعلوه حكما فيما بينهم، و حاكمه بمعنى خاصمه و المحاكمة هي المخاصمة.

قال تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يَحْكُمُوا بِمَا فِي سُلُوبِهِمْ﴾ لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت و يسلموا تسليما ﴿ سورة النساء - الآية 65 -.

أما التحكيم في الاصطلاح الفقهي فهو: " نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف محكمون يعهدون إليهم بمقتضى اتفاق أو شرط خاص مكتوب بتحكيم المنازعات التي تنشأ بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية ذات الطابع الدولي و التي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم بإنزال حكم القانون عليها و إصدار قرار ملزم لهم".

و يعرف التحكيم أيضا بأنه: "الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين يسمون محكمين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة".

كما يعرف الأستاذ ج. روبرت **J.Robert** التحكيم بأنه: "نظام للقضاء الخاص تقضي فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي، يعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها".

أما التحكيم وفق ما جاءت به المادة 37 من اتفاقية لاهاي 1907 الخاصة بالتسوية السلمية للمنازعات الدولية فهو: "تسوية المنازعات بين الدول بواسطة قضاة من اختيارهم و على أساس احترام القانون، و أن الرجوع إلى التحكيم يتضمن تعهدا بالخضوع للحكم بحسن نية".

و على ذلك، فالتحكيم هو آلية للنظر في نزاع بين الأشخاص القانونية الدولية بمعرفة شخص أو هيئة يلجأ إليها المتنازعون مع التزامهم بتنفيذ القرار التحكيمي الذي يفصل في النزاع على أساس احترام القانون و الذي يحوز قوة الشيء المقضي به في مواجهتهم"، و من هذا التعريف تتضح لنا الخصائص الأساسية للتحكيم:

- 1- هو تسوية للنزاع بواسطة قضاة من اختيار الأطراف.
- 2- هو تسوية على أساس القانون.
- 3- الحكم الصادر فيه ملزم للأطراف.

ثانيا: موضوع التحكيم:

جرى الفقه وتبعه العمل الدولي بالنسبة لتحديد موضوع المنازعات التي يجوز عرضها على التحكيم او القضاء الدولي إلى التمييز بين نوعين من المنازعات: منازعات قانونية ومنازعات سياسية .

والأولى دون الثانية هي التي يمكن عرضها على القضاء أو التحكيم الدوليين، وقد تضمنت المادة 25 من اتفاقية تسوية المنازعات لسنة 1965 هذه التفرقة إذ نصت فقرتها الأولى على: "يشمل اختصاص المركز المنازعات ذات الصبغة القانونية التي تنشأ بين دولة متعاقدة أو أي دولة أخرى متعاقدة بشرط أن يكون لها علاقة مباشرة بالاستثمار".

وقد تعددت المعايير المعتمدة للفرقة بين المنازعات القانونية والسياسية بين معيار موضوعي وآخر شخصي ومعيار التعداد الحصري:

أ- **المعيار الموضوعي**: يتأسس هذا المعيار على فكرة مؤداها أن المنازعات القانونية هي التي يفصل فيها بتطبيق قواعد القانون الدولي، أما في حالة غياب القاعدة القانونية التي تحكم النزاع يكون هذا الأخير سياسيا ولا يصلح بالتالي لأن يخضع للتحكيم، أي أن هذا المعيار يجد أساسه في طبيعة القواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاع وليس في طبيعة النزاع ذاته. وهو معيار غير منطقي كونه يفترض وجود نقص في القانون الدولي، وحتى وان صادفت محكمة التحكيم وجود نقص في القواعد الدولية المكتوبة فإن أمامها العديد من المصادر الأخرى طبقا لما جاءت به المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

ب- **المعيار الشخصي**: يرى بعض الفقه أن العبرة ليست بطبيعة النزاع أو بوجود قاعدة قانونية تنطبق عليه، بل العبرة بما يقرره الطرفان أو أحدهما في جعل النزاع قانونيا أو سياسيا - أخذت بهذا المعيار اتفاقيات لوكارنو لسنة 1925 بين ألمانيا وكل من بلجيكا، فرنسا، بريطانيا وإيطاليا -، فعرفت المنازعة القانونية بأنها: "كل منازعة أيا كانت طبيعتها يكون موضوعها حقا يتنازع فيه الطرفان بالتبادل، أما المنازعة السياسية فهي التي يستند فيها أحد الطرفين في تبرير مطلبه إلى مجرد مصلحته الخاصة سواء كان له أحقية فيه من عدمه"، أي التركيز على المصالح الحيوية للدول. ويؤخذ على هذا المعيار انه يمكن للدول متى شاءت أن تتحلل من التزامها بعرض النزاع على التحكيم بمجرد ادعائها بالمصلحة فلا سلطة تعلق على سلطة الدولة، فهذا المعيار يشكل تهديدا جسيما للالتزامات الدولية، إلا انه من غير المتصور عمليا ان تكتفي الدولة بالتمسك بمصلحتها فحسب للرد على ادعاء يستند إلى حق لا تنازع فيه، بل المعتاد ان الدولة المدعى عليها تدفع بحجج من شأنها هدم الحق الذي يستند إليه المدعي، الأمر الذي يؤدي إلى تنازع الطرفين في هذا الحق وبالتالي صبغ النزاع بالصبغة القانونية.

ت- **معيار التعداد الحصري**: تذهب بعض الاتفاقيات الى تعداد نوع معين من النزاعات، فمؤتمر لاهاي الثاني لسنة 1907 اتجه إلى إبرام معاهدة تتضمن قائمة بالمنازعات التي يمنع إبداء التحفظ

بشأنها، إلا أنها لم تحظ بالإجماع لقبولها، كما أورد ميثاق عصبة الأمم في الفقرة الثانية من المادة 13 منه تعدادا للمنازعات القانونية التي تخضع لنظام التحكيم أو القضاء لتسويتها، وكذلك المادة 36 الفقرة الثانية. و على ذلك فإننا نساير الرأي القائل بإمكانية إخضاع كافة المنازعات للتحكيم أو القضاء إلا ما أستثني بنص صريح أو تضمنت الاتفاقيات تحفظا بشأنه، و على المحكمة أن تراقب مدى مطابقة هذا النزاع للاستثناء أو التحفظ الوارد بالاتفاقية، و عادة ما تتمحور هذه التحفظات حول: سيادة الدولة - مثلا المادة 5 من ميثاق جامعة الدول العربية-، استبعاد المسائل المتعلقة بالقوة القاهرة من نطاق التحكيم، المسائل الدستورية أو الاختصاص التشريعي للدولة.

ث- **موقف محكمة العدل الدولية من هذا التمييز:** اتجه موقف محكمة العدل الدولية إلى رفض التمييز بين النزاعات القانونية و السياسية خاصة في أحكامها الأخيرة، من بينها:

1- **الحكم الصادر في قضية الدبلوماسيين الأمريكيين المحتجزين في طهران 1980:** لقد قامت

إيران في ظل هذه القضية ببعث رسالتين مؤرختين في 9 ديسمبر 1979 و 16 مارس 1980 إلى محكمة العدل الدولية تنازعا فيها حول اختصاصها بنظر هذه القضية التي اعتبرت قضية تتعلق بنزاع سياسي غير قابل للتسوية القضائية و ذلك بسبب أن مسألة الرهائن لا تمثل إلا " جانبا هامشيا و ثانويا لمشكل عام" فهي ليست مسألة قانونية تتعلق بالتفسير أو تطبيق المعاهدات و إنما هي مسألة نشأت نتيجة لوضعية شاملة تضمنت الى جانب هذا العنصر الهامشي و الثانوي عناصر أخرى جوهرية و أكثر تعقيدا.

فجاء رد المحكمة من خلال حكمها الصادر في القضية سنة 1980 رافضا للحجج الإيرانية، حيث أنها لم تقبل رأي إيران الذي اعتبر أن قضية الرهائن هي قضية هامشية و ثانوية، لأن القضية حسب رأي المحكمة - انطوت على مبدأ قانوني مهم تعلق بتفسير و تطبيق اتفاقيات دولية دونت قواعد القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الدبلوماسية و القنصلية، و بالتالي فان القضية تدخل بطبيعتها في إطار الاختصاص الدولي-، إضافة إلى أنه - لا يوجد أي نص في نظامها الأساسي و لا في لوائحها الداخلية يمنعها من الفصل في نزاع ما تحت مقولة أن النزاع له جوانب و مظاهر سياسية أيا كانت هذه الجوانب أو المظاهر، و لم يدع أحد قط بأن

المحكمة عليها التخلي عن الفصل في المشاكل القانونية التي تعترض الأطراف لأن نزاعاً قانونياً عرض أمام المحكمة لا يشكل إلا مظهراً لنزاع سياسي، و إذا قامت المحكمة خلافاً لقضائها المستقر و الدائم باعتماد مثل هذا الرأي فإنها ستفرض تقييداً واسعاً و غير مبرر على دورها في التسوية السلمية للمنازعات الدولية.

2- قضية الأنشطة العسكرية و شبه العسكرية في نيكاراغوا سنة 1984: قامت الو.م.أ بتقديم

دفع أولي بعدم اختصاص محكمة العدل الدولية بالفصل في هذه القضية، مدعية في ذلك بأن المحكمة غير مؤهلة و غير ملائمة لتسوية مسائل تتعلق بالأمن الجماعي أو الدفاع الذاتي، و بما أن نزاع أمريكا الوسطى ليس نزاعاً قانونياً ضيقاً، و إنما هو عبارة عن مشكل سياسي بطبيعته غير صالح للتسوية القضائية و لا يمكن تسويته إلا بواسطة الوسائل الدبلوماسية، فإن مجلس الأمن هو المختص به و ليست محكمة العدل الدولية. ف جاء رد المحكمة على الدفع المقدم من طرف الو.م.أ كما يلي: " طالما أن مجلس الأمن لم يتحقق مما وقع على النحو الوارد بالمادة 39 من الميثاق، فإن المنازعات يجب أن تسوى وفقاً للطرق المذكورة بالمادة 33 من الميثاق بما فيها الحل القضائي أي العرض على محكمة العدل الدولية، و فضلاً عن ذلك حتى بعد أن يقرر مجلس الأمن ما إذا كان ما وقع يعد تهديداً للسلم أو إخلالاً به على النحو المذكور بالمادة 39 من الميثاق، فإنه لا يوجد أبداً تعارض بين عمل المجلس و حكم قضائي صادر عن المحكمة. و أضافت المحكمة: " على الرغم من أن مسؤولية مجلس الأمن في موضوع حفظ السلم و الأمن الدوليين هي مسؤولية رئيسية إلا أنها ليست مقصورة عليه وحده، فمحكمة العدل الدولية أيضاً لها دورها في حفظ السلم عن طريق الحل السلمي للمنازعات الدولية". و بالتالي أعلنت المحكمة اختصاصها بنظر هذه القضية على الرغم من الرأي الأمريكي القاضي بعدم اختصاصها نظراً لطبيعة النزاع السياسية.

ثالثاً: متى يكون التحكيم دولياً:

ساد اعتماد مقياسين للتمييز بين التحكيم الدولي و الداخلي، هما المقياس الجغرافي و الاقتصادي:

أ- المقياس الجغرافي: بموجب هذا المقياس يكون التحكيم دوليا إذا كان مكانه في الخارج، أو إذا كان أحد أطرافه أجنبيا، أو طبق فيه قانون أجنبي أم كانت قواعد إجراءات المحاكمة أجنبية، أو وجود وجود فريق تحكيم أجنبي. ز هذا هو المقياس الذي أخذت به اتفاقية نيويورك، و قد تراجع دور مكان التحكيم في المقياس الجغرافي ليصبح هذا المقياس يأخذ في حسابه مكان إقامة الأطراف، كما أخذ القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNCITRAL المعتمد في 21 أوت 1985 بالمقياس الجغرافي إذ نص على: أن التحكيم يكون دوليا إذا كانت مؤسسات الفرقاء في اتفاقية تحكيمية عند إجراء هذه تقع في بلدان مختلفة، أو إذا كان أحد الأماكن المذكورة لاحقا يقع خارج الدولة التي تقع فيها مؤسسات الفرقاء، و هكذا يؤخذ بعين الاعتبار:

1- مكان التحكيم، إذا كان محددًا في اتفاقية التحكيم أو محددًا بموجب هذه الاتفاقية.

2- كل مكان يتم فيه تنفيذ جزء أساسي من الموجبات الناشئة عن العلاقة التجارية، أو المكان الذي يكون للنزاع علاقة أوثق به.

3- أو إرادة الطرفين إذا اتفقا صراحة. و قد أخذ بهذا المفهوم كل من: مصر، تونس، سويسرا، هولندا، بلجيكا

ب- المقياس الاقتصادي: يعتبر التحكيم دوليا حسب هذا المقياس كلما تعلق بمصالح تجارية دولية، دون أخذ مكان التحكيم أو قانون إجراءات المحاكمة أو جنسية الفرقاء بعين الاعتبار. و قد أخذ بهذا المقياس: فرنسا، لبنان، الجزائر

رابعاً: الطبيعة القانونية للتحكيم:

اختلف الفقه و القضاء في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم بين مؤيد لطبيعته العقدية، و مؤيد لطبيعته القضائية:

أ- الطبيعة العقدية للتحكيم: اعتبر البعض التحكيم عقدا رضائيا ملزما للجانبين من عقود المعاوضة، و المحكمون ليسوا قضاة بل أفراد يعهد إليهم بمهمة تنفيذ هذا الاتفاق. و أساسهم في ذلك أن نظام التحكيم يقوم على أساس إرادة الأطراف لذلك فهو ذو طابع تعاقدية، و قد أيدت محكمة النقض

الفرنسية الطبيعة التعاقدية لكل من اتفاق و حكم التحكيم سواء كان هذا الحكم صادرا في فرنسا أو في دولة أخرى.

ب- الطبيعة القضائية للتحكيم: اتجه فريق آخر إلى ترجيح الطابع القضائي للتحكيم، كون أن التحكيم قضاء إجباري ملزم للخصوم متى اتفقوا عليه، و أنه يحل محل قضاء الدولة، كما أن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها فهو كالقاضي يحل النزاع بحكم يحوز حجية الأمر المقضي فيه و هي حجية مستمدة من المشرع.

كما ظهر اتجاه خص التحكيم التجاري الدولي بالصفة القضائية، إذ يعتبر قضاء أصيلا للتجارة الدولية و يستند في ذلك إلى إجبارية إتباع هيئات التحكيم الدائمة لقواعد إجرائية خاصة واردة في اللوائح المنظمة للعمل بها، كما أن قرارات التحكيم تشكل مصدرا مستقلا لمنازعات التجارة الدولية.

ج- الطبيعة المختلطة للتحكيم: يؤيد أغلب الفقه الطبيعة المختلطة للتحكيم، فهو عقدي بالنظر الى إرادة الأطراف في التوجه إلى التحكيم، و قضائي بالنظر إلى إلزامية حكم التحكيم للأطراف بقوة تختلف عن مجرد القوة الملزمة للعقد.

المحور الثاني: تمييز التحكيم الدولي عن وسائل التسوية الدبلوماسية و القضائية

طبقا لما نصت عليه المادة 33 من ميثاق الأمم المتحدة، فان وسائل تسوية المنازعات الدولية دبلوماسية و سياسيا تتمثل في: المفاوضات، التحقيق، الوساطة، التوفيق، المساعي الحميدة و التسوية بواسطة المنظمات الدولية و الإقليمية. أما الوسائل القضائية فهي القضاء الدولي ممثلا في محكمة العدل الدولية:

أولا: التمييز بين التحكيم و الوسائل الدبلوماسية لحل المنازعات:

1- التمييز بين التحكيم و المفاوضات: يقصد بالمفاوضات والمباحثات والمشاورات بين الأطراف المتنازعة بهدف تسوية النزاع القائم بينهم ، وهي تعتمد أساسا على الحوار المباشر بين الأطراف بقصد تقريب وجهات النظر والتقاءها حول تسوية معينة للنزاع.

فالمفاوضات تخضع لإرادة الأطراف المتنازعة سواء فيما يتعلق بالأمور التي تتناولها أو النتائج التي تتوصل إليها.

ويمكن للمفاوضات أن تكون ثنائية كما يمكن أن تكون متعددة، فتكون ثنائية إذا كانت تجري بين دولتين أو بين دولة ومنظمة دولية، وتكون متعددة إذا كان المتفاوضون يمثلون عدة أطراف.

وقد يتم التفاوض عن طريق الاتصال المباشر بين رؤساء الدول أو وزراء الخارجية أو عن طريق الممثلين الدبلوماسيين للدولة، أو عن طريق ممثلين معينين خصيصا لهذا الغرض.

ونظرا لما يميز المفاوضات من بساطة ويسر فإنها تكون عادة أولى الوسائل التي تلجأ إليها الدول بصورة شفوية و قد يكون عن طريق تبادل مذكرات مكتوبة.

فمن الأمثلة الكثيرة على لجوء الدول إلى المفاوضات من أجل تسوية نزاعاتها نذكر قضية حوض السار واتفاقية السلام المصرية الإسرائيلية عام 1979 واتفاقية السلام الأردنية الإسرائيلية عام 1995 ومفاوضات " إيفيان " بين الجزائر وفرنسا عامي 1960 و 1962.

2- التمييز بين التحكيم و المساعي الحميدة: ويقصد بها العمل الودي الذي تقوم به دولة أو عدة دول في محاولة للتقريب بين الدول المتنازعة ، وذلك بحثهم على الدخول في مفاوضات لتسوية النزاع القائم بينهم.

ولا يعد قيام أي دولة بالمساعي الحميدة عمل إجباري بالنسبة لها، وهو عمل تطوعي تقوم به بإرادتها الكاملة، كما أن أطراف النزاع غير ملزمين بقبول الاقتراح الذي تقدمه لهم ، فكثيرا مارفضت هذه الاقتراحات من قبل الأطراف المتنازعة و أبرز مثال على ذلك الاقتراح الذي قدمته الولايات المتحدة الأمريكية أثناء الحرب التي قامت بها فنلندا والاتحاد السوفياتي (سابقا) عام 1939، ولهذا فإنه على الدولة صاحبة الاقتراح الحصول على موافقة الأطراف بخصوص مبادرتها نحو المساعي الحميدة قبل أن تقوم بها.

3- التمييز بين التحكيم و الوساطة: يقصد بالوساطة تدخل طرف طرف آخر غير أطراف

النزاع من أجل تسوية النزاع القائم بينهم، وذلك باقتراح حل من أجل تسوية النزاع.

ولا يوجد هناك فرق بين المساعي الحميدة والوساطة سوى أن الوسيط يقوم بدور أكثر إيجابية في

تسوية النزاع فهو غير ملزم لهم، إلا أن الوسيط يبذل أقصى جهده لجعله مقبولاً.

ومن الأمثلة الكثيرة التي يمكن تقديمها حول الوساطة، نذكر الوساطة التي قامت بها فرنسا بين

الولايات المتحدة الأمريكية و إسبانيا في 10 ديسمبر 1898 و الوساطة التي قامت بها الولايات المتحدة

الأمريكية بين فرنسا وتونس سنة 1958، بالإضافة إلى الوساطة التي قام بها الاتحاد السوفياتي

بخصوص النزاع القائم بين الهند وباكستان سنة 1965.

4- التمييز بين التحكيم و التحقيق: يقصد به أن يعهد إلى لجنة دولية محايدة وغير متعصبة

تتكون من ممثلين عن الأطراف المتنازعة بالإضافة إلى بعض الأطراف الأخرى، بتقصي الوقائع

والحقائق المتعلقة بالنزاع بطريقة محايدة و إعطائها الوصف والتفسير المناسبين، وذلك بوضع تقرير

يتضمن كافة الحوادث والتفاصيل المتعلقة بالنزاع، دون أن تبدي رأياً في تحديد المسؤولية بالنسبة

لأطراف النزاع، وبالتالي فإن التحقيق لا يؤدي إلى إيجاد تسوية مباشرة للنزاع بقدر ما يصل إلى الكشف

عن وقائعه المادية، تمهيدا لاختيار الوسائل المناسبة لتسويته.

فتم النص على اللجوء إليه في اتفاقيات لاهاي للتسوية السلمية لعام 1899 و 1907، كما تم

النص عليه في العديد من الاتفاقيات الثنائية.

5- التمييز بين التحكيم و التوفيق: مقارنة بوسائل التسوية السلمية الأخرى فإن وسيلة التوفيق

هي وسيلة حديثة العهد، إذ أنه لم يتم النص عليها في اتفاقيتي لاهاي للتسوية السلمية لعام 1899 و

1907، ولم تدخل النفاذ في القانون الدولي إلا عام 1919 عندما بدأت الإشارة إليه من طرف العديد من

المعاهدات الدولية و أهمها معاهدة "لوكارنو" المبرمة بتاريخ 16 أكتوبر 1925 والتي وضعت لهذه

الوسيلة مجموعة من القواعد.

والتوفيق هو إجراء تقوم به لجنة تتمتع بثقة أطراف النزاع وتكون معينة من قبلهم، يتضمن تقديم اقتراحات من أجل تسوية النزاع القائم بواسطة تقرير تقترح فيه اللجنة حلولاً معينة للنزاع، دون أن يكون لهذا التقرير صفة الإلزام بالنسبة للأطراف.

فللأطراف المتنازعة الحرية المطلقة في قبول الاقتراحات التي تقدمها لجنة الأمم المتحدة بتعيينها لفلسطين، وذلك بموجب القرار رقم 194 الصادر عن الجمعية العامة سنة 1948.

6- التمييز بين التحكيم و التسوية من خلال المنظمات الدولية والإقليمية: تلعب منظمة الأمم

المتحدة دوراً بارزاً وفعالاً في تسوية النزاعات الدولية، والفضل في ذلك يرجع إلى ما جاء في ميثاقها من طرق التسوية السلمية، ومنها قيام مجلس الأمن بتسوية ما يرفع إليه من نزاعات سواء بإصدار توصيات تتضمن تسويات معينة كأن يقترح على الأطراف المتنازعة أن تقوم بتسوية نزاعها بالطريقة التي تراها ملائمة لذلك، أو أن يقوم باقتراح الطريقة التي يراها هو مناسبة.

كما يمكن لمجلس الأمن أن يتدخل لتسوية النزاعات التي يكون من شأنها تعريض السلم و الأمن الدوليين للخطر، بما يتوافق مع المبادئ التي ينص عليها ميثاق الأمم المتحدة، إلا أن سلطته في تسوية النزاع هذه المرة تكون أمرة ولا تقتصر على مجرد توصيات، إذ أنه يستعمل درجات من الضغط ليضمن احترام ما أصدره من توصيات وتنفيذها، كأن يأمر بتطبيق جزاءات اقتصادية أو عسكرية، أو أن يأمر الأطراف المتنازعة باتخاذ إجراءات وتدابير معينة كوقف القتال مثلاً وهو ما يتلاءم مع ما جاء في الفصل السابع من الميثاق.

وتجدر الإشارة إلى أن ميثاق الأمم المتحدة لم يشر في أحكامه إلى الضوابط التي يتم بواسطتها معرفة النزاعات التي يكون من شأن استمرارها جعل السلم والأمن الدوليين عرضة للخطر، إلا أن ما جرى عليه العمل في مجلس الأمن هو الاكتفاء بمجرد ادعاء أحد أطراف النزاع أن من شأن استمرار النزاع يؤدي إلى تهديد السلم والأمن الدوليين وتعريضهما للخطر.

هذا وللجمعية العامة كذلك سلطة إصدار توصيات باتخاذ التدابير اللازمة والمناسبة لتسوية النزاعات الدولية، وذلك بناءً على طلب الدول الأعضاء أو غير الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة.

وقد جاء في ميثاق الأمم المتحدة أن للمنظمات الإقليمية كذلك دورها في التسوية السلمية للنزاعات الدولية، فوفقا لما جاء في المادة 52 من الميثاق الأممي فإنه على الدول الأعضاء في المنظمات الإقليمية أن تبذل قصارى جهدها من أجل إيجاد تسويات سلمية للنزاعات المحلية، وذلك قبل عرضها على مجلس الأمن.

كما أن على مجلس الأمن أن يقوم بتشجيع هذه المنظمات حتى تقوم بالإكثار على التسويات السلمية للنزاعات المحلية، وذلك بهدف عزل النزاعات الإقليمية ومنعها من الدخول في تيار المشاكل العالمية والنزاعات الأكثر تعقيدا والتي يتعذر الوصول إلى تسوية بشأنها.

وعليه فقد جاءت مواثيق المنظمات الإقليمية مستتكرة الالتجاء إلى القوة داعية إلى تسوية ما يثور من نزاعات بواسطة الوسائل السلمية وجدت لهذا الغرض، وهو ما يتلاءم مع مبادئ الأمم المتحدة ومقاصدها الداعية إلى الحفاظ على السلم و الأمن الدوليين. وتبعاً لما سبق فإنه على الرغم من أن التحكيم الدولي و وسائل التسوية السلمية الأخرى -الدبلوماسية والسياسية- تشترك جميعها في هدف واحد وهو تسوية النزاعات الدولية سلمياً من أجل إحلال السلم والأمن في المجتمع الدولي، إلا أن التحكيم الدولي يختلف عنها كونه يعد وسيلة لتسوية النزاع بواسطة قضاة يتم اختيارهم من قبل أطراف النزاع، فتكون لقراراته المؤسسة على احترام القانون والنية الحسنة قوة الإلزام في مواجهة الأطراف المتنازعة، في حين أن وسائل التسوية الدبلوماسية والسياسية ليس لها أي قيمة إلزامية في مواجهة أطراف النزاع، لأن دورها يقتصر على مجرد التقريب بين وجهات نظر الأطراف و إبداء رأي أو إثبات واقعة أو إصدار توصية، والجانب الإلزامي الوحيد لهذه الوسائل لهذه الوسائل هو قيام مجلس الأمن في حالة التهديد الفعلي للسلم و الأمن الدوليين باستعمال حقه في الضغط على أطراف النزاع بما يراه مناسباً من وسائل، وذلك من أجل ضمان احترام التوصيات التي يقوم بإصدارها وتنفيذها.

ثانيا: التمييز بين التحكيم الدولي و القضاء الدولي:

ان التسوية القضائية هي الوسيلة التي تتمكن من خلالها سلطة قضائية متكونة من أشخاص يتمتعون بالحياد والعلم بالقانون من تسوية ما يرفع اليها من نزاعات، وتتقسم الوسائل القضائية الدولية الى قسمين هما التحكيم والقضاء.

وعليه فان للتحكيم والقضاء الدوليين أوجه تشابه و أوجه اختلاف:

أ- أوجه التشابه: - كلاهما وسيلة سلمية قانونية لتسوية النزاعات الدولية.

- كلاهما يتطلب اتفاق الأطراف في عرض النزاع على التسوية، إرادة الأطراف هي أساس اللجوء الى كليهما.

- يصدر عن كل منهما حكم او قرار يكون ملزما لأطراف النزاع يتوجب عليهم احترامه وتنفيذه.

ب- أوجه الاختلاف: - المحكمة التحكيمية محكمة مؤقتة تنشأ بنشوب النزاع وتنتهي بانتهائه، في حين أن المحكمة القضائية هي محكمة دائمة تتكون من هيئة سابقة على وجود النزاع وتستمر بعد انتهائه.

- إرادة الأطراف المطلقة هي التي تختار وتشكل المحكمة التحكيمية، عكس القضاء الدولي الذي

ليس لإرادة الأطراف المتنازعة اي دخل في تشكيل المحكمة القضائية فالقضاة يعينون سلفا.

- للأطراف المتنازعة الحرية المطلقة في وضع الاجراءات التي يجب اتباعها من قبل محكمة

التحكيم، في حين تكون الاجراءات في المحكمة القضائية منظمة مسبقا وبدقة في نظامها

الاساسي .

- من حق الأطراف اختيار القانون الفاصل في النزاع في التحكيم، بينما لا يمكنهم فرض قواعد

معينة على المحكمة القضائية فقواعدها محددة في النظام الاساسي.

- المحكمة القضائية لايقف أمامها إلا الدول، بينما المحكمة التحكيمية يقف أمامها الدول

والمنظمات الدولية والشركات عبر الوطنية

المحور الثالث: الإطار القانوني العام لاتفاق التحكيم:

قد ينص على التحكيم في شكل شرط تحكيمي وارد في العقد أو المعاهدة قبل وقوع النزاع، أو في شكل اتفاق تحكيمي " مشارطة التحكيم - عقد التحكيم " بعد نشوب النزاع:

أولاً : الشرط التحكيمي:

يقصد به ذلك الشرط الذي يرد ضمن بنود علاقة قانونية معينة ، وبمقتضاه يتفق أطراف العلاقة الأصلية قبل نشوب أي نزاع على حسم ما قد يثور بينهم من منازعات بواسطة التحكيم، وقد يكون شرط التحكيم عاما أو خاصا، فيكون عاما إذا أحال إلى التحكيم كافة المنازعات المتعلقة بتفسير أو تنفيذ الاتفاقية، ويكون خاصا إذا قصر الإحالة للتحكيم عن بعض المسائل دون البعض الآخر.

وقد عرفه المشرع الجزائري بالمادة 1007 ق إ م إ بقوله : " شرط التحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

فالشرط التحكيمي دائما جزء من العقد أو الاتفاقية ، لذا فالقانون المطبق على العقد الأساسي هو بالإجمال القانون المطبق على الشرط التحكيمي إلا إذا أشار الشرط التحكيمي إلى العكس.

والشرط التحكيمي لا يمكنه أن يعيد حقل التحكيم إلى ميادين غير قابل حسمها عن طريق التحكيم وفقا للقانون المطبق (بموجب اتفاقية نيويورك)، فباستثناء هذا التحفظ فإن الشرط التحكيمي يمكنه أن يخضع للتحكيم أية مسألة يشأها الطرفان، وأن يتوسع أو يضيق وفقا لهذه المشيئة والإرادة.

وقد يقتصر مضمون شرط التحكيم على اتجاه نية الأطراف إلى الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات دون أي تفصيل يمكن من تطبيق هذا الشرط وبالتالي لا بد له من اتفاق لاحق يحدد موضوع النزاع وتشكيلة المحكمة والإجراءات المتبعة والقانون الواجب التطبيق "شرط التحكيم الفارغ أو التعهد التحضيري لذا يتعين إدراج عناصر ضرورية في شرط التحكيم تجعله واضحا بذاته وتجنبيه إحداث مشاكل عملية":

أ- مضمون الشرط التحكيمي:

1-العناصر الأساسية : أهم عناصر الشرط التحكيمي الذي يتوجب أن يرد كتابة هي:

تعيين المحكمين، تحديد مكان التحكيم، إجراءات التحكيم ، القانون الواجب التطبيق لحسم

النزاع....، فهذه العناصر تحل آليا إذا اختار الأطراف تحكيم مراكز التحكيم

1-1-تسمية المحكمين: أول قرار يتعلق بعدد المحكمين "محكم واحد أو ثلاثة"، فالقانون

الأمريكي الفدرالي للتحكيم ينص على محكم واحد إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك، غير

أن في التحكيم الدولية هذه الصيغة قليلة التطبيق فالأطراف يفضلون تسمية محكم عن

كل منهم يكون رقبيا أثناء التحكيم، و الدارج أن المحكمة التحكيمية تتألف من 3 محكمين

وقواعد الاونسيترال تقول بثلاثة محكمين في حال عدم اتفاق الأطراف على عدد المحكمين.

وعلى الشرط التحكيمي أن ينص على سلطة تسمية المحكم الثالث في حال اختيار الطرفين

للمحكمين الأولين خاصة إن لم يكن التحكيم نظاميا ، أي تابع لمركز تحكيمي أو إذا كان

التحكيم في بلد لا يجيز لقضائه تعيين محكمين.

1-2-مكان التحكيم: تحديده ضروري بالغ الأهمية فهو ليس مجرد موقع جغرافي بل هو قانون

مطبق على إجراءات التحكيم المحكمة المختصة بمراجعة الإبطال، لذا فإن إغفال ذكر مكان

التحكيم وإن أمكن معالجته في تحكيم مراكز التحكيم، إلا أن الأمر يصبح أكثر تعقيدا في

تحكيم الحالات الخاصة.

1-3-القانون المطبق على العقد: ليس شرطا لصحة الشرط التحكيمي، إذ يمكن للمحكمين

تحديده عند بدأ سير التحكيم ، لكن يفضل عدم إغفاله لتفادي عدم توافق القانون المختار مع

طريقة كتابة العقد.

1-4-النصوص التي تحقق السير بالتحكيم إلى نهايته: إذا كان التحكيم تحكيم حالات خاصة

فإن القضاء في أغلب قوانين العالم يتدخل لمنع أي طرف من شل التحكيم، وعلى ذلك ينص

الشرط التحكيمي على نصوص تؤمن تشكيل المحكمة التحكيمية إن تخلف أحد الأطراف عن

تسمية محكم فالمحكمة التحكيمية تملك سلطة متابعة السير بالتحكيم مع كل الصلاحيات والاختصاصات.

2- النصوص الاختيارية: وهي عديدة ومن أمثلتها أن ينص الشرط التحكيمي على أن تعرض كل النزاعات على التحكيم باستثناء نزاعات معينة يتم وصفها وتحديدها بوضوح تام لا ينشئ أوضاعا مبهمة الحدود، أو كأن بنص شرط التحكيم على اختيار لغة تحكيم معينة كأن تكون لغة العقد، أو كأن تعتمد المستندات و الوثائق بلغتها الأصلية دون ترجمتها.

3- اعتماد نظام تحكيمي وإدخال تعديل عليه: كما لو اختار الطرفان نظام تحكيم الأونسيترال وعدلا أحكامه المتعلقة بالتصويت على الحكم التحكيمي، فنظام الأونسيترال يعتمد الأكثرية في التصويت وهو أمر لا يضمن قرارا تحكيميا قويا، لذا قد يعدله الأطراف بالنص على أن يضع الرئيس الحكم حتى لا يضطر إلى الانضمام لأحد المحكمين وبالتالي لا يجمد التحكيم، أو كأن يعطي المحكمون سلطات إضافية لإلزام أطراف النزاع بتأمين كفالة مصرفية بجزء أو بكل قيمة النزاع، كذلك الخبراء..... مع ضرورة أن لا تتعارض هذه التعديلات مع قوانين بلد التحكيم.

ب- إستقلالية الشرط التحكيمي والقانون المطبق عليه: نصت معاهدة نيويورك على أن شرط التحكيم هو اتفاق مكتوب موقع عليه من الأطراف ، أو هو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات، وفي كثير القوانين الغربية والعربية بقيت الكتابة مشروطة لصحة الشرط التحكيمي وذهب المشرع الجزائري إلى حد إثبات شرط التحكيم بالكتابة تحت طائلة البطلان في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها -المادة 1/1008 ق إ م إ.

- كما أن القانون النموذجي للتحكيم الدولي الذي وضعته الأونسيترال نص على إضافة وسائل الاتصال العصرية ، إذ ورد في مادته 2/7 "وجوب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، ويعتبر مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي تكون بمثابة سجل للاتفاق، أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر، وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط

التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوباً وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد".

1- مبدأ إستقلال الشرط التحكيمي: يعني استقلال شرط التحكيم عن العلاقة القانونية أو العقد الأصلي وهو بذلك يتعارض مع المبدأ القانوني العام الذي يقضي أن الجزء يتبع الكل، و على الرغم من تباين آراء الفقه والاجتهاد القضائي حول دعم هذا الاستقلال من عدمه إلا أن أغلب القوانين تأخذ بمبدأ الاستقلالية القانونية التامة للشرط التحكيمي عن العقد الوارد فيه، وهو ما يؤدي عملياً إلى أن الشرط التحكيمي قد يخضع إلى قانون مغاير عن القانون الذي يسري على العقد الأصلي، كما يترتب على ذلك ألا يؤثر بطلان أياً منهما على الآخر.

2- القانون المطبق على صحة الشرط التحكيمي: هي مسألة تتجاذبها عديد الآراء والاتجاهات:

أ- تطبيق قانون الإرادة: التحكيم ما يزال أمراً استثنائياً يتأسس على مبدأ الرضائية، لذا من الطبيعي عند البحث عن القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، أن نرجع إلى إرادة الأطراف الذين لهم حرية إختيار القانون الذي يحكم إتفاقهم، لكن كثيراً ما يغفل الأطراف الإشارة إلى القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم مما يدعو إلى التساؤل حول القانون الذي يحكم هذا الفرض.

ب- قاعدة تنازع القوانين: يذهب الفقه التقليدي إلى أن أحكام القانون الدولي الخاص هي التي تعين القانون الذي يطبق في هذه الحالة برصف أن كل عقد لا بد وان يرتبط بقانون دولة معينة، إذ يرى الفقيه " Wolff " أن المحكم هو الذي عليه أن يستنبط هذا القانون فيبحث عن القانون الذي يكون ارتباط العقد به أكثر وثوقاً , فكل عقد يكشف - عند تحليله - عن روابط واضحة تشده إلى نظام قانوني معين , فيكون أكثر النظم صلاحية للتطبيق .

ج - قانون المحل: يذهب البعض إلى تطبيق قانون المحل، وفي تحديد أي محل يقول Dicey أن المحل هو محل إبرام العقد، ذلك أن قيام الطرفين بإبرام العقد في مكان معين يفيد رغبتهم في توطين العقد بهذا المحل، ويحدد آخرون المحل بأنه محل التنفيذ باعتباره المكان التصويري للتعاقد والهدف النهائي للعقد.

د- قانون مكان التحكيم: يقضي بإخضاع صحة شكل العقد التحكيمي لقانون مكان التحكيم غير أن إعمال هذا القانون يتطلب الإشارة إليه في الشرط التحكيمي .

هـ - القانون المطبق على أساس النزاع: يقضي بإخضاع صحة شكل العقد التحكيمي للقانون المطبق على أساس النزاع وقد اخذ الاجتهاد الفرنسي بهذا الاتجاه في بعض أحكامه .

و- موقف الاجتهاد: ذهب الاجتهاد في السبعينات وتكرس في الثمانينات على أن الشرط التحكيمي الدولي له أثره المستقل النابع منه بالذات ، وهذا المبدأ القانوني ليس سوى وجه من وجوه استقلالية الشرط التحكيمي عن كل قانون عائد لدولة ما .

فالشرط التحكيمي لا يستمد قوته إلا من ذاته، و فصل الفقه موقفه بالنص أن: " استقلالية الشرط التحكيمي في التحكيم الدولي، مطبقة كقاعدة قانونية دولية، لتحديد صحة الشرط التحكيمي بغض النظر عن مراجعة أي نظام لتنازع القوانين بحيث أن هذه القاعدة لا يحدها سوى متطلبات النظام العام الدولي".

فالاجتهاد الفقهي يسير نحو عقد بلا تنازع قوانين، فالنظم العام الدولي يبقى وحده رقيباً على صحة الشرط التحكيمي و هو تصور جريء كون فكرة تطبيق قواعد قانونية عامة معترف بها في كل دول العالم بدلاً من الترحلق في قواعد تنازع القوانين للحكم على صحة الشرط التحكيمي الدولي.

ثانياً: مشاركة أو اتفاق التحكيم:

هو كل عقد يأتي عقب النزاع يتفق من خلاله الطرفان على حله من خلال التحكيم ، فعند توقيع اتفاق تحكيمي لاحق للنزاع يكون الخلاف قد نشب مما يعني أن العلاقات لم تعد صافية بين الطرفين، و صار كل منهما يحاول جذب نصوص العقد الى جانبه، و في مناخ هذه المصالح المتكاملة و المتعارضة تجري مفاوضات الاتفاق التحكيمي:

أ- النصوص التي ينصح بإدراجها في الاتفاق التحكيمي: يتميز الاتفاق التحكيمي بأنه يدخل في تفاصيل إجراءات المحاكمة أكثر بكثير من الشرط التحكيمي كونه يوقع بعد نشوء النزاع، لذا فهو يتضمن تفاصيل هامة منها:

- تعريف النزاع الخاضع للتحكيم بوضوح و دقة- تشكيل محكمة التحكيم- إجراءات استبدال المحكمين- سلطة المحكمة التحكيمية بمتابعة التحكيم في حال تخلف أحد الأطراف- تحديد القانون المطبق لحسم النزاع- مكان التحكيم مع إمكانية إجازة عقد الجلسات خارج المكان المحدد- لغة التحكيم- طريقة إبراز المستندات و الوثائق المتعلقة بالنزاع- تحديد مواعيد الجلسات و جدول أعمال كل جلسة- شروط الاستماع للشهود- طريقة تعيين الخبراء- تحديد المدة التي يتعين صدور الحكم التحكيمي خلالها- النصاب المطلوب لصدور الحكم التحكيمي.

ب- استقلالية العقد التحكيمي: إذا كانت المعاهدات الدولية مثل معاهدة جنيف 1923 قد فرقت بين نوعي اتفاقيات التحكيم، إلا أن الاتفاقيات الدولية الحديثة مثل اتفاقية نيويورك 1958 واتفاقية جنيف 1961 لم تتحدث سوى عن العقد التحكيمي (اي الشرط والاتفاق التحكيمي) بحيث ادخل نوعي العقد التحكيمي تحت اسم واحد ، وقد درج التحكيم على هذا الاستعمال بل ان معاهدة واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى دأبت على إطلاق عبارة "التراضي" على التحكيم بديلا عن العقد التحكيمي ، ففي التحكيم الدولي الاتفاق التحكيمي سواء دخل في العقد أو فصل عنه ، له دوما استقلالية قانونية تامة بحيث لا يرتبط بعدم صحة "العقد" هكذا كرست وعرفت محكمة النقض الفرنسية سنة 1963 في حكم gosset قاعدة استقلالية العقد التحكيمي ، وقد أصبحت هذه القاعدة عامة وجزءا من المبادئ الأساسية للتحكيم الدولي التي يعود إليها المحكمون أيا كان مكان التحكيم أو القانون المطبق .

- وقد تم تثبيت هذه القاعدة في عديد أنظمة التحكيم الدولي فكان نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية أول نظام تحكيمي دولي كرس هذه القاعدة بالمادة 4/6، وكرسها نظام تحكيم لجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة "اونسيترال" بالمادة 02/21 لسنة 1976 والمادة 01/16 لسنة 1985 ، وكذلك نظام محكمة لندن للتحكيم الدولي بالمادة 01/23 ، والمادة 6/ب من نظام الهيئة الأمريكية للتحكيم.

ح- آثار العقد التحكيمي : هناك آثار ايجابية وأخرى سلبية للعقد التحكيمي :

1- الآثار الايجابية للعقد التحكيمي : تتمثل في التزام الطرفين بإحالة النزاعات المذكورة في العقد التحكيمي الى المحكمين ، وذلك نابع من مبدأين :

- مبدأ الإلزام بإحالة المنازعات المذكورة في العقد التحكيمي : تطبيقا لقاعدة القوة الإلزامية للعقود ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وعلى ذلك سارت المعاهدات الدولية التحكيمية كمعاهدة جنيف 1961 ومعاهدة نيويورك 1958

- مبدأ التنفيذ العيني للالتزام بحالة المنازعات الواردة في العقد التحكيمي الى المحكمين: فإذا تخلف طرف عن تنفيذ الالتزام الوارد في العقد التحكيمي فان التحكيم يسير في غيابه .

2- الآثار السلبية للعقد التحكيمي: وتتمثل في :

- قاعدة عدم اختصاص المحاكم القضائية: نص بروتوكول جنيف 1923 في مادته 1/4 على ان المحاكم القضائية أمام عقد تحكيمي قابل للتطبيق تحيل الأطراف المعنيين إلى المحكمين ، وتبعه في ذلك معاهدة نيويورك مادة 3/2 ومعاهدة جنيف الأوروبية المادة 3/4 والقانون النموذجي للاونسيترال في مادته 8

- حدود عدم اختصاص المحاكم القضائية: عدم اختصاص المحاكم القضائية لا يعرف استثناءات الا في حالة استحالة تشكيل المحكمة التحكيمية ، الأمر الذي يعيد للقضاء اختصاصه ، اما في حال امكانية تشكيل المحكمة التحكيمية فان تدخل القضاء لا يكون الا في شكل فرعي وبغرض المساعدة على حسن سير التحكيم :

- فبالنسبة لتشكيل المحكمة التحكيمية: يبقى تدخل القضاء للمساعدة في تشكيل المحكمة التحكيمية الدولية غير ضروري اذا كان التحكيم نظاميا ، اما ان كان التحكيم في الحالات الخاصة فالتدخل لا بد منه خاصة اذا ما تعذر تعيين المحكمين .

- تدابير مؤقتة واحتياطية: بالنظر للأثر النسبي للعقد التحكيمي وغياب الاختصاص الشامل للمحكمين فان بعض التدابير لا يمكن اتخاذها الا من قبل السلطة القضائية كالحجز وإجراءات جمع الأدلة ، وأوامر إلزام الغير بتقديم الأدلة والمستندات...

المحور الرابع: المصادر القانونية الدولية و الوطنية للتحكيم الدولي:

تعتبر الاتفاقيات الدولية المصدر الرئيسي للتحكيم، و تتميز هذه الاتفاقيات بين الدولية و الاقليمية، بالإضافة الى المصادر الوطنية، كما سيأتي بيانه:

أولاً: الاتفاقيات الدولية:

أ- **اتفاقيتا لاهاي 1899 و 1907:** هما معاهدتان دوليتان نوقشتا خلال مؤتمري السلام في لاهاي، الأول عام 1899 و الثاني كان عام 1907، و تعتبر هاتان الاتفاقيتان من أول النصوص الرسمية المنظمة لقوانين الحرب في القانون الدولي.

و قد بذلت خلال المؤتمرات العديد من الجهود لوضع هيكلية ثابتة لمحكمة دولية ذات قرارات الزامية لتسوية النزاعات الدولية كبديل للحرب، و مع فشل المؤتمرين عموماً الا أن المؤتمر الثاني تمكن من بسط فكرة التحكيم التطوعي بعد موافقة أطراف النزاع.

ب- **بروتوكول جنيف 1923 و معاهدة جنيف 1927:** هما معاهدتان دوليتان ترعيان التحكيم الدولي، تبنتهما عصبة الأمم الأولى بروتوكول جنيف 1923 المتعلق بشروط التحكيم الدولي، و الثانية اتفاقية 1927 الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، و كانتا أول خطوة على صعيد ادخال التحكيم حقل القانون الدولي.

فبموجب بروتوكول جنيف على الدول المصادقة أن تلتزم بالاعتراف بالعقد التحكيمي سواء كان شرطاً أو اتفاقاً لاحقاً للنزاع، كما تلتزم محاكمها في حال مراجعتها بأي نزاع سبقه أو لحقه عقد تحكيمي بأن ترفع يدها عنه لعدم الاختصاص و تحيله للتحكيم بطلب من الأطراف.

و بموجب اتفاقية جنيف تلتزم الدول المصادقة باعطاء الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم الصادر في دولة أخرى متعاقدة.

ج- **ميثاق التحكيم العام 1928:** في 26 ايلول 1928 اقرت الجمعية العامة لعصبة الأمم ميثاق التحكيم العام الذي أضافت بموجبه أحكاماً جديدة الى ما تضمنته اتفاقية تسوية المنازعات الدولية

بالطرق السلمية، و يضم الميثاق ثلاثة أنظمة لتسوية المنازعات الدولية سلمياً: التوفيق و القضاء و التحكيم- و قد اعيد النظر في هذا الميثاق من قبل هيئة الأمم المتحدة العام 1949 التي أوصت الدول الأعضاء الالتحاق به-، و يمكن تلخيص هذه الأحكام بما يلي:

- تتمثل هيئات التحكيم في: محكمة التحكيم الدولية الدائمة، محاكم التحكيم الخاصة، لجان المطالبات الدولية.

- أنواع المنازعات الدولية التي تعرض على التحكيم: هي كل النزاعات سواء كانت قانونية أو مادية بحتة، و في الحالة الأخيرة يصبح عمل المحكمين أقرب ما يكون الى عمل لجنة التحقيق باستثناء مظهر اصدار الحكم الذي يتميز به التحكيم، و يتم عرض النزاع على التحكيم بالاستناد الى الرادة الدول التي تعبر عنها باتفاق خاص.

- اجراءات التحكيم: تحدد اتفاقية التحكيم اختصاص هيئة التحكيم، تنص اتفاقيات التحكيم على وجوب احترام قواعد القانون الدولي العام، يجوز لطرفي النزاع النص في اتفاقية التحكيم على الاجراءات الواجب اتباعها من قبل الهيئة عند نظر النزاع و اذا خلت الاتفاقية من ذلك تتبع الهيئة الاجراءات المقررة في المادتان 51 و 52 من اتفاقية لاهاي، و المادتان 25 و 26 من ميثاق التحكيم العام.

خ- إعلان مانيلا في 15 نوفمبر 1982: اعتمد اعلان مانيلا بشأن تسوية المنازعات الدولية بالوسائل السلمية بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 10/37 في 15 نوفمبر 1982، و تعلن فيه الدول:

- تسوية منازعاتها الدولية بالوسائل السلمية وحدها على نحو لا يعرض للخطر السلم و الأمن الدوليين و العدالة.

- تسوية المنازعات الدولية على أساس تساوي الدول في السيادة و وفقاً لمبدأ حرية الاختيار بين الوسائل وفقاً للالتزامات المضطلع بها بموجب ميثاق الأمم المتحدة وفقاً لمبادئ العدالة و القانون الدولي.

- تلتزم الدول و بحسن نية تسوية مبكرة و منصفة لمنازعاتها الدولية بأي من الوسائل التالية: التفاوض، التحقيق، الوساطة، التوفيق، التحكيم، التسوية القضائية، أو اللجوء الى الترتيبات أو المنظمات الاقليمية أو أي وسيلة أخرى تختارها هي بما في ذلك المساعي الحميدة.

هـ - اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية 10 جوان 1958: بادرت غرفة التجارة الدولية بتقديم مسودة مشروع اتفاقية لتنفيذ الأحكام التحكيمية الى هيئة الأمم المتحدة سنة 1953 لينعقد بعدها مؤتمر دولي بنيويورك سنة 1958 و ليضع نص اتفاقية نيويورك في جوان 1958 بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية.

و- اتفاقية البنك الدولي لتسوية خلافات الاستثمار الأجنبي عن طريق التحكيم 1965: لاقت الاتفاقية إقبالا دوليا كبيرا، و أهم ما حققته هو إدخال نظام التحكيم بين الدول المضيفة و المستثمر الأجنبي (شخص من القانون العام و شخص من القانون الخاص) في التشريعات الداخلية للدولة العضو. إذ نجحت في ضمان استقرار تشريعي هام يجتذب الاستثمار الأجنبي.

ز- قواعد تحكيم الأونسيترال 1976 و القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للأونسيترال 1985: استطاعت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي أن تضبط قواعد تحكيم كفيلة بتحقيق التوازن بين المصالح المشروعة لدول العالم الثالث في مواجهة الدول المتقدمة صناعيا، بمقتضى القرار 98.د.31 في 15/12/1976، و قد راعت هذه القواعد أنظمة مراكز التحكيم الدولية كغرفة التجارة بباريس و هيئة التحكيم الأمريكية.

ثم خطت لجنة قانون التجارة الدولي خطوة ثانية في مسار توحيد و تنسيق قوانين التحكيم في العالم بمساعدة المجلس الدولي للتحكيم التجاري فأقرت القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في 21/06/1985، و تضمن هذا القانون قواعد قانونية نموذجية للتحكيم توفق بين مختلف الأنظمة القانونية و الاقتصادية و السياسية الدولية.

ثانيا: الاتفاقيات الاقليمية للتحكيم الدولي :

أ- اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول العربية الاخرى 1974: بعد أزمة النفط في 1973 عمدت الدول العربية الى تعريب اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الاخرى ICSID شكل اتفاق على فض النزاعات ما بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني البلاد العربية الاخرى وهكذا تم الانتقال من اتفاقية ذات اطار دولي الى اتفاقية اقليمية توجت جهود مجلس الوحدة الاقليمية لمنظمة الدول العربية اذ صادق عليه ووضع حيز النفاذ في 20/08/1967 ، ثم استكمل باتفاق اخر سمي ب " الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال في البلدان الاعضاء في الجامعة العربية" لسنة 1981.

ب- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي 1983: بتاريخ 1983/04/60 وافقت الدول الاعضاء في الجامعة العربية بالرياض على اتفاقية اقليمية للتعاون القضائي اصبحت سارية المفعول في اكتوبر 1985 وقد نصت على الاعتراف بتنفيذ الاحكام والقرارات التحكيمية في المواد المدنية والتجارية والإدارية والأحوال الشخصية.

ج- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري 1987: انشأت هذه الاتفاقية المركز العربي للتحكيم التجاري باعتباره مؤسسة دائمة تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة مع بقاءه ملحقا اداريا وماليا بالامانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب .

د- ميثاق الجامعة العربية: اشار في مادته الخامسة الى التحكيم كاحدى وسائل حل المنازعات بين الدول الاعضاء ، وان لم يبين الميثاق شروط هذا التحكيم واجراءاته الا انه اكد على صدور التحكيم باغلبية الاصوات .

ذ- اتفاقية جنيف الأوروبية 1961: كانت نتيجة اعمال لجنة عمل تشكلت سنة 1955 برعاية هيئة تنمية التجارة التابعة للجنة الاقتصادية لاروبا في الامم المتحدة، وهدفها الاساسي تسهيل نمو التجارة بين بلدان الاقتصاد الحر والاقتصاد الموجه.

ر- اتفاقية بنما الأمريكية للتحكيم التجاري الدولي 1975: هي قريبة في نصوصها من اتفاقية نيويورك مع تكيف يتناسب وأوضاع أمريكا اللاتينية، وهي تحيل الى قواعد إجراءات الهيئة الأمريكية للتحكيم التجاري التي تبنت قواعد تحكيم الاونسيترال مع تعديلات طفيفة.

ثالثا: التحكيم الدولي في التشريع الجزائري:

لم يكن من السهل على الجزائر أن تعتمد التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية النزاعات الاستثمارية مع الأجانب، لذا فبروز هذه الوسيلة في المنظومة القانونية الجزائرية مر بعدة مراحل.

بعد الاستقلال مباشرة عرفت الجزائر العمل بالقوانين الفرنسية الا ما تعارض منها مع السيادة الوطنية، و كان التحكيم التجاري الدولي من بين المسائل التي اعتبرت مخالفة للسيادة لذا تم اغفال النص و التعامل به، بل و إعطاء الأولوية للقانون و القضاء الوطنيين و تكريس سياسة التأميم.

و مع بداية الثمانينيات بدأت الجزائر في تغيير موقفها المعادي للتحكيم تحت ضغط الأزمة الاقتصادية و تأثير التجارة الدولية و تدهور مداخيل البترول، فبعد سنة 1988 تبنت الجزائر تدريجيا مبدأ خضع المؤسسات العمومية الاقتصادية للتحكيم الدولي، و بات من الضروري تعديل النصوص القانونية الوطنية لتساير نظام التحكيم الدولي خاصة مع انضمام الجزائر لعديد الاتفاقيات الدولية (مثلا اتفاقية واشنطن 1965- اتفاقية نيويورك 1958 - اتفاقية سيول المنشأة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار)، و ابرامها للاتفاقيات الثنائية و متعددة الأطراف المكرسة للتحكيم (من الاتفاقيات الثنائية نجد الاتفاقية الجزائرية الأمريكية حول تشجيع الاستثمار 1990- الاتفاقية الجزائرية و الاتحاد الاقتصادي اللوكسمبورغي حول التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات 1991- الاتفاقية الجزائرية الايطالية 1991).

أما مرحلة التسعينيات فقد شهدت التكريس الفعلي للتحكيم الدولي في اطار المنظومة التشريعية الجزائرية رغبة في تهيئة المناخ القانوني الملائم لجذب و تشجيع الاستثمارات الأجنبية، و برز ذلك من خلال: المرسوم التشريعي 08/93 المتضمن القانون التجاري، و المرسوم التشريعي 09/93 المتضمن الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، و التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية

09/08 الذي تعتبر قواعده من أحدث ما توصلت اليه التشريعات الدولية في مجال التحكيم التجاري الدولي.

كما تجسد تكريس التحكيم الدولي أيضا في إطار قوانين الاستثمار، بدءا بالمرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار وصولا إلى القانون رقم 03/01 و المعدل و المتمم بالأمر 08/06 المتعلق بترقية الاستثمار.

المحور الخامس: هيئات ومؤسسات التحكيم الدولي

أولا: محكمة لاهاي الدائمة التحكيم :

أنشئت بموجب اتفاقية لاهاي 1899 بهدف إحالة الخلافات بين الدول إليها ، وهي لا تعتبر محكمة دائمة مثل محكمة التحكيم الدولي في غرفة التجارة الدولية بل هناك مكتب دولي في محكمة تحكيم لاهاي الدائمة يعمل لدى الأمين العام للأمم المتحدة، يقوم بدور المساعد القضائي أو الأمانة العامة في الدعاوى التي يختار المحكمون فيها من لائحة محكمة لاهاي، ومن اهم النزاعات التي حسمتها محكمة لاهاي الدائمة النزاع بين ال و.م.أ وانجلترا حول مناطق الصيد في الشمال الأطلسي في سنة 1910 . ووفقا لنظام تحكيم الاونسيترال فان سلطة تسمية المحكمين في حال عدم تعيينهم تعود إلى محكمة تحكيم لاهاي الدائمة.

ثانيا: تحكيم الحالات الخاصة AD HOC :

هو التحكيم الذي يبدأ بإرادة الأطراف وينتهي بها، وهذا النوع من التحكيم له مكانة هامة في تحكيم المنازعات الواقعة بين الدول، فالدول ذات السيادة لا ترض إلا بالتحكيم الذي فصلته على القياس الذي يراعي سلطتها و سيادتها.

ثالثا : تحكيم المراكز التحكيمية :

هو نوع آخر من التحكيم يجري تحت إشراف مراكز التحكيم الدائمة التي تطبق أنظمة تحكيمية تكون بمثابة إجراءات مرافعة ، وقد أصبحت تعد بالمئات بحكم تطور الصناعة و التجارة العالميتين، ومثالها غرفة التجارة الدولية بباريس، مركز تحكيم دول التعاون الخليجي، الهيئة الأمريكية للتحكيم، بورصة القطن في بريمن الألمانية، مركز تحكيم البنك الدولي ...

ويشترط في مراكز التحكيم :

- 1- أن يكون له نظام تحكيمي عادل وفعال.
- 2- أن يكون له جهاز بشري مؤهل وكفاء.
- 3- يجب أن يكون مستقلا في عمله وتكوينه.
- 4- أن يكون قادرا على تأكيد وضمان استمراريته على المدى البعيد.