

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي
- دراسة مقارنة -

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص

تحت إشراف الأستاذة :

د. يوسف فتيحة

من إعداد الطالب :

جار محمد

أعضاء لجنة المناقشة :

أ. رايس محمد	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	رئيسا
أ. يوسف فتيحة	أستاذة محاضرة	جامعة تلمسان	مقررة
أ. بن مرزوق عبد القادر	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	مناقشا

السنة الجامعية : 2009 - 2010

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

(فلا وربك لا يومنون حتى يحكّموك
فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في
أنفسهم حرجاً ممّا قضيت
ويسلّموا تسليماً)

الآية 65 من سورة النساء.

شكر وتقدير

قال تعالى: "وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ... " الآية

(07) سورة إبراهيم.

أول الشكر وآخره إلى الله العليم الخبير الذي لولا فضله لما كان لهذا العمل أن يرى النور. كما أتقدم بأسمى آيات الشكر والتقدير إلى أستاذتي الفاضلة الدكتورة "يوسف فتيحة" التي تكرمت علي بقبولها للإشراف على مذكرتي، كما أنها لم تبخل علي بنصائحها وتوجيهاتها السديدة طيلة تحضيري لهذه المذكرة فجازاها الله خيرا.

كما أتوجه بجزيل الشكر كذلك إلى الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه المذكرة المتواضعة بصدر رحب.

كما أتقدم بخالص الشكر إلى كل من ساهم في إعداد هذا البحث المتواضع سواء من قريب أو من بعيد وأخص بالذكر الأستاذة محتال أمينة.

قائمة أهم المختصرات

Principales abréviation

أولاً: باللغة العربية.

-ج.ر: الجريدة الرسمية الجزائرية.

-د: دكتور.

-ص: صفحة.

-ق.ا.ج.م: قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

-ق.م.ج: قانون مدني جزائري.

-ق.ا.م.ف: قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

-و.م.أ: الولايات المتحدة الأمريكية.

ثانياً: باللغة الفرنسية و الانجليزية.

- **Art**: Article
- **C.A.C.I**: Chambre Algérienne de Commerce et d'Industrie.
- **Cass**: Cassation.
- **C.C.I**: Chambre de Commerce international.
- **Ch.Nat.Com**: Chambre Nationale de Commerce.
- **C.I.R.D.I**: Centre International de Règlement des Différends d'Investissement.
- **Civ**: Civil.
- **Clunet**: Journal de droit international.
- **C.N.U.D.C.I**: Commission des Nation Unis pour de Droit Commercial International.
- **D**: Dalloz.
- **D.I.P**: Droit International Privé.
- **Ed**: Edition.
- **Fasc**: Fascicule.
- **L.G.D.J**: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- **L.I.T.E.C**: Librairie de Cour de Cassation.
- **N**: Numéro.
- **Obs**: Observation.
- **Op-Cit**: Ouvrage Précité.

- O.P.U**:Office des Publication Universitaire.
- P**:Page.
- P.U**:Presse Universitaire.
- Rec Cours de la Haye**:Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye.
- Rev**:Revue.
- Rev Arb**:Revue de l' Arbitrage.
- Rev.Crit.Dip**:Revue Critique de Droit international privé.

- A.F.T.E.C**:Arbitration Trade Federal Econoic Chamber of Yugoslav.
- L.C.I.A**: London Court of International Arbitration.

أصبحت التجارة الدولية تحتل مركز الصدارة في العلاقات الدولية الحديثة، وأنها المحور الرئيسي الذي تدور حوله هذه العلاقات، مما جعل التعامل التجاري على الصعيد الدولي يترتب عليه نشوء علاقات تعاقدية ذات عنصر أجنبي تخضع للقانون الدولي الخاص، تقوم على أساس إرادة الأطراف، استناداً لمبدأ سلطان الإرادة وحرية المتعاقدين في تحديد الشروط اللازمة لإبرام هذا التعاقد.

غير أن العمليات التجارية الدولية قد لا تخلو من بعض النزاعات، مما استدعى حلها إبتداع نظام التحكيم، الذي أصبح من أهم الظواهر القانونية المعاصرة، ومن الموضوعات الهامة التي تشغل مكاناً بارزاً في الفكر القانوني والإقتصادي على المستوى الدولي، وعلى مستوى معظم الأنظمة القانونية المقارنة، على إختلاف نظمها وأوضاعها الإقتصادية والسياسية. فلهذا ظهر التحكيم كضرورة ثابتة من الضرورات ومستلزمات التجارة الدولية، فهو على حد تعبير بعض الفقه "توأمان لا يمكن فصلهما، وبمثابة الروح من الجسد، فإذا كان قانون التجارة الدولية إنساناً، فالتحكيم عقله المفكر"¹ وفي هذا السياق يرى الأستاذ "أبو زيد رضوان" أن "التحكيم التجاري الدولي قد إرتبط بالتجارة الدولية والتبادل التجاري بين الشعوب، وإزدهر بإزدهار هذه التجارة، حيث كانت التجارة الدولية هي المرتع الخصب لإنباء وتطوير قواعد التحكيم التجاري الدولي"².

وتأسيساً على ذلك، أصبح التحكيم التجاري الدولي في الوقت الحاضر أهم وسيلة يرغب المتعاملون في التجارة الدولية اللجوء إليها لحسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملاتهم، فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من شرط يصر بموجبه إلى إتباع التحكيم عند حدوث نزاع يتعلق بتفسير أو تنفيذ العقد المذكور، ليتمكن بذلك هذا العقد من الإفلات من سلطة قضاء الدولة، ويخضع إلى قضاء خاص من صنع أطراف النزاع أنفسهم.

ولا شك أن ذبوع التحكيم واتساع مجاله في حقل التجارة الدولية يرجع إلى عدة إعتبارات أهمها، رغبة المتعاملين في الأسواق الدولية في التحرر بقدر الإمكان من القيود التي توجد في النظم القانونية الدولية، ورغبتهم أيضاً الهروب من مشكلة تنازع القوانين، نظراً لميل القاضي لتطبيق قانونه الوطني حتى في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، وكذلك لم يعد مناسباً إخضاع المنازعات الناشئة عن هذه العلاقات للقضاء الوطني، نظراً لعدم ثقة المتعاملين الإقتصاديين في توافر ضمانات التقاضي الحقيقية أمام هذا القضاء في مختلف الدول، إضافة إلى تجنبهم تحمل الرسوم والتكاليف الباهضة، ضف إلى ذلك ما يعاب

(1) د.كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1991، ص30.
(2) رأي الأستاذ أبو زيد رضوان، مشار إليه في كتاب كمال إبراهيم، نفس المرجع السابق، ص68.

على قضاة المحاكم من قلة الخبرة بتلك المنازعات المعقدة، إلى جانب تقييد هؤلاء القضاة بإجراءات وقيود لا تتناسب مع طبيعة التجارة الدولية، وما تحتاجه من سرعة في حسم هذه المنازعات.

ويضاف إلى كل ذلك، أن التحكيم يستند في الأساس إلى إرادة الأطراف، فهم الذين يختارون الأشخاص الذين يتولون مهمة التحكيم من بين المعروفين لديهم، ومن يتصفون بمعرفة نوعية التعامل التجاري الذي حدث النزاع بسببه، ومن المعروفين بحيادهم وإستقلالهم. وللطرفين أيضا حرية إختيار مكان التحكيم، والقواعد الواجبة التطبيق لتسوية نزاعهم، فكل هذه الأمور تجعل أطراف النزاع على ثقة من أن نزاعهم سوف تتم تسويته بشكل عادل وقانوني.¹ وفي هذا الصدد يرى "أرسطو" أن: "أطراف النزاع يفضلون التحكيم على القضاء، لأن المحكم يرى العدالة بينما القاضي لا يرى إلى التشريع"².

فالتحكيم نظرا لما يتمتع به من مزايا جعلته محط أنظار أطراف العلاقات التجارية الدولية، ولعل أهمها، ما يتميز به التحكيم من سرعة وتخصص فني، وأنه يجري في سرية تتفق وحاجة المعاملات التجارية، فهو أداة لا تقوم على حل النزاع بفرض من أعلى، وبقوة السلطة العامة، وإنما على إمتثال الأفراد لرأي الغير الذي يحوز ثقتهم، فهي كما سماها بعض الفقه "عدالة لطيفة"³ تعمل للوصول إلى النتيجة المتوخاة، عن طريق وسائل أقل شدة من تلك المعروفة في العدالة التقليدية، إذ أن المتعاملين في الأسواق الدولية يسعون دائما للتخلص والتحرر بقدر الإمكان من القيود المعروفة في المحاكم الداخلية، والحرص على أن يتم حل المنازعات القائمة بينهم بأقل قدر ممكن من العلانية والنشر، وأن تتم الإجراءات في أضيق نطاق، إضافة إلى أن الأشخاص الذين يناط بهم حل تلك المنازعات ذات الطابع الدولي، هم أشخاص يختارون لتوافر الشروط الفنية والتقنية لديهم، والقدرة على تفهم الخصائص المميزة لهذه الطائفة أو تلك من ضروب المعاملات التجارية، وما يرتبط بها من مصطلحات.

وعليه، فنظرا للأهمية البالغة والمكانة الخاصة التي أصبح التحكيم التجاري الدولي يحتلها - خاصة من بين الطرق البديلة الأخرى لحل النزاع التجاري الدولي - سارعت الدول إلى مساندة التطورات التي شهدتها المعاملات في حقل التجارة الدولية، وإعطاء التحكيم أكثر قدر من الفعالية وذلك عن طريق التخفيف من القيود التي أوردتها على التحكيم التجاري الدولي، والذي قد يرجع السبب في ذلك إلى التخوف المستمر لهذه الدول - التي غالبا ما تكون دولا نامية - نظرا لكون نظام التحكيم التجاري

(1) فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة في أحكام التحكيم التجاري الدولي)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص5-6.
(2) رأي الفيلسوف أرسطو، مشار إليه في كتاب: سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص: تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية 2004، ص258.
(3) راجع: سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984، ص04.

الدولي كان غريبا عن المتعاملين الإقتصاديين في هذه الدول، بسبب الإنغلاق الإقتصادي الذي عاشت فيه.

ولعل أبرز نموذج عن هذه الدول الجزائر، بإعتبارها دولة نامية، فقد مر فيها التحكيم الدولي بمرحلتين هامتين، مرحلة المعارضة في الفترة التي تلت الإستعمار والتي أطلق عليها "أزمة التحكيم الدولي"¹، حيث إعتبرته الجزائر مخالفا للسيادة، مما جعلها تتخذ موقفا معاديا وذلك بعدم إعطائه مكانة في النظام القانوني. ثم تأتي بعد ذلك مرحلة الإنفراج والإنتحاح على التحكيم الدولي، ثم تكريسه في النظام القانوني.

وقد تساءل بعض الفقه عن الأسباب والخلفيات التي كانت وراء إستياء ورفض الدولة الجزائرية للتحكيم الدولي، ثم تغيير موقفها والإعتراف به في الواقع، ثم تنظيمه في تشريعاتها الداخلية؟² فهل يرجع إلى الفكر والإتجاه الإيديولوجي السائد آنذاك؟ أم يرجع ذلك إلى طبيعة التحكيم في حد ذاته؟ لقد كانت الجزائر منذ الإستقلال متحفظة وحذرة لا ترتاح إلى التحكيم الدولي، ويرجع الفقه ظاهرة الحذر هذه من التحكيم الدولي، كون الجزائر كانت آنذاك دولة حديثة الإستقلال، غيورة على سيادتها الوطنية، فكانت تنظر إلى التحكيم الدولي على أنه طريقة للإفلاحة من قبضة القضاء الوطني، لأنه إذا كانت الدولة طرفا في إتفاق التحكيم فإن ذلك سيجعلها - كما يرى هذا الفقه - "تسقط في شباك التحكيم التجاري الدولي"³. وتتجلى مظاهر المعارضة في عدم وجود نصوص خاصة بالتحكيم الدولي، فعلى الرغم من أن المشرع الجزائري قد خصص في الكتاب الثامن من قانون الإجراءات المدنية⁴ للتحكيم، لكنه لم يفرق بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي، بل ذهب المشرع إلى أبعد من ذلك حين نص في المادة 2/442 ق.إ.ج.م على أنه "لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الإعتباريين والعموميين أن يطلبوا التحكيم".

والجدير بالتنويه، أنه على الرغم من موقف الجزائر الراض للتحكيم الدولي على مستوى النصوص التشريعية الداخلية، فإنه لم يكن لها نفس الموقف على مستوى علاقاتها الدولية، حيث كثيرا ما كانت بعض المؤسسات العمومية تبرم عقودا تجارية مع مؤسسات أجنبية تتضمن شروطا تحكيمية، فتشير

-Abdelhamid Elahdeb « l'arbitrage dans les pays arabes », Economica, 1988 page 206.

(1) راجع:

- Mohamed Bédjaoui « L'évolution des conceptions et de la pratique Algérienne en matière

(2)

d'arbitrage international ,séminaire sur l'arbitrage commercial international ,Alger le 14-15 décembre 1992

- Mohamed Bédjaoui, op- cit,page15.

(3)

(4) الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

إلى تحكيم الحالات الخاصة تارة، وإلى تحكيم غرفة التجارة الدولية تارة أخرى، مخالفة في ذلك نص المادة 2/442 السالفة الذكر.¹

وفي إطار "إتفاقية إفيان" لسنة 1962 بين الجزائر وفرنسا، جاء في الفصل الخامس منها على أن النظر في المنازعات البترولية يكون من إختصاص محكمة تحكيمية دولية،² حيث إعتبرت الحكم التحكيمي نافذا بين الطرفين دون حاجة إلى إصدار أمرا بالتنفيذ، كما إستبعدت كل إجراء من شأنه الطعن في الحكم.

ويضاف إلى ذلك المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقود الخاصة بالثروات البترولية في مجال البحث وإستغلال البترول التي كانت خاضعة لإختصاص مجلس الدولة الفرنسي فيما يتعلق بالتحكيم³، هذا الإختصاص الذي كان من المفروض أن يرجع إلى المحكمة العليا بعد الإستقلال، إلا أن الوضع بقي على حاله تطبيقا للإتفاقيتين المبرمتين بين الجزائر وفرنسا في 26 جوان 1963 وكذا في 29 جويلية 1965.⁴ ومن هنا يظهر مدى تأثير هاتين الإتفاقيتين على السيادة الوطنية من جهة، وعلى التنمية الوطنية من جهة أخرى. وذهب بعض الفقه إلى القول بأن التحكيم السائد آنذاك كان مفروضا على الجزائر.⁵

وقد عبرت الجزائر عن هذه الأزمة في المذكرة المقدمة إلى مؤتمر رؤساء الدول الأعضاء في منظمة الدول المصدرة للبترول "الأوبيك" OPEC، الذي عقد في مارس 1975، وفيه بينت الجزائر شكواها من عدم ملاءمة التحكيم لمتطلبات العالم الثالث، وأشارت المذكرة أنه في حالة عدم تكيف التحكيم مع خصائص أوضاعها الإقتصادية والسياسية، فإنها ستجد نفسها مضطرة للعودة إلى القضاء الداخلي الوطني.⁶

وإستكمالا لأسباب رفض الجزائر للتحكيم الدولي، ما تركته بعض القرارات التحكيمية من ذكريات سيئة لدى الدول النامية، مثل القرار التحكيمي الصادر في قضية أرامكو، وقضية شيخ أبوظبي كما سنراه لاحقا. إضافة إلى ذلك أن الجزائر قد تبنت بعد الإستقلال النظام الإشتراكي حيث إعتمدت على نظام الإقتصاد الموجه، إلى غاية نهاية الثمانينات عندما غيرت الجزائر من سياستها الخارجية نتيجة

1) أشارت إحصائيات الدراسة التي قام بها محند إسعاد حول العقود التي أبرمتها الجزائر مع المتعاملين الأجانب، أنه من أصل 17 عقدا فإن 10 عقود منها تضمنت شرطا تحكيميا يصار بموجبه إلى غرفة التجارة الدولية، ومثال ذلك الإتفاق المبرم بين شركة "جيني بتروليوم" وشركة "سونطراك" سنة 1968 حيث نصت المادة 58 من الإتفاق "وفي حالة فشل المصالحة يمكن لكل واحد من الطرفين أن يلجأ إلى التحكيم".

2) د. محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، منشورات بغداد 2008، ص12.

3) القانون رقم 11/58 المؤرخ في 1958/11/22 المتضمن القانون البترولي الصحراوي.

4) المرسوم 384/63 المؤرخ في 1963/09/14 المتضمن نشر الإتفاق الجزائري الفرنسي حول التحكيم، وملحق خاص بنظام التحكيم المبرم في باريس بتاريخ 1963/06/26 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 67 مكرر بتاريخ 1963/09/17، السنة الثالثة، ص 966 وما بعدها .

5) راجع : محمد كولا، نفس المرجع السابق، ص17.

6) – Mohand Issaâd « Arbitrage International et le nouveau droit Algérienne » Mutation, revue trimestrielle édictée par la chambre nationale de commerce et d'industrie, Octobre 1993, n°05, page 08.

التطور الإقتصادي والإيديولوجي في الجزائر، فانتقلت على إثر ذلك السياسة الإقتصادية من نظام الإقتصاد الموجه، إلى تبني نظام إقتصاد السوق المفتوح.

وأمام هذا المنعرج الحاسم في تاريخ الإقتصاد الوطني، أصبحت الدولة الجزائرية تفكر في ضرورة البحث عن تقنيات وآليات تتلاءم مع هذه السياسة الإقتصادية الجديدة، وتؤهل الجزائر للدخول في عالم التجارة الدولية بكل قوة، ومسايرة متطلبات التجارة الدولية، وإحتلال مكانة خاصة في السوق الدولية، وعليه ومن أجل تحقيق ذلك ظهر أن الجزائر ملزمة بتوسيع مواردها المالية،¹ وبذلك فتحت الجزائر المجال للإستثمار الأجنبي كضرورة ملحة لتحريك عجلة الإقتصاد الوطني، فقامت بتشجيع الإستثمار لاسيما الأجنبي منه وترقيته، وبصفة أساسية في مجال المحروقات، فأدركت الجزائر أن ذلك لا يتحقق إلا بتخليها عن الوسائل التقليدية المعروفة للفصل في المنازعات المتعلقة بهذه الإستثمارات، والإعتراف بالتحكيم الدولي كطريق لحل هذه النزاعات،² بإعتباره من الأنظمة المحفزة للإستثمار، لما لهذا الأمر من إعتبار خاص لدى المستثمر الأجنبي، الذي يهيمه عند قيام النزاع وجود قضاء خاص يسير على القواعد والأصول المستقرة في المعاملات التجارية الدولية، فهو بذلك يعطي الطمأنينة والثقة للمستثمر الأجنبي.³

إنطلاقاً من كل هذه العوامل، كان من الضروري على الجزائر أن تغير موقفها من التحكيم الدولي لتشجيع الإستثمار الأجنبي في سبيل تحقيق إصلاحاتها الإقتصادية، وتجسيدها لذلك أكدت الجزائر إستعدادها لتبني نظام التحكيم الدولي فأبرمت العديد من الإتفاقيات⁴، كما صادقت على عدة إتفاقيات⁵.

وما يدعم ذلك التعليم الوزاري سنة 1982¹، التي تضمنت الخطوط العريضة لسياسة الحكومة إتجاه شرط التحكيم، حيث جاء تحت عنوان "شرط التحكيم في العقود التي تبرم مع المؤسسات

(1) لقد شرعت الجزائر في سلسلة من الإصلاحات الإقتصادية لأسباب وعوامل خارجية التي أنتجت مفهوماً جديداً ظهر على الساحة الدولية وهو ما يسمى "العولمة"، ولأسباب داخلية تمثلت في أزمة البترول إبتداءً من سنة 1986، وإنخفاض قيمة العملة الوطنية بسبب الديون وإنخفاض عائدات البترول .

(2) -Terki Nourddine « L'arbitrage commercial en Algérie » O.P.U, 1999, page 06.

(3) راجع : بكلي نور الدين، إتفاق التحكيم الدولي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1996/1995، ص.43

(4) فيما يخص الإتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر لتأكيد نيتها تبني نظام التحكيم الدولي نذكر منها : الإتفاق على نظام التحكيم الجزائري الفرنسي لعام 1983 والذي جاء نتيجة لعدة بروتوكولات شراكة: البروتوكول الذي أبرم في الجزائر في 12/06/1982 وآخر في 1983، في إطار تنظيم العلاقات الإقتصادية بين البلدين. ويعد هذا النظام بمثابة نظاماً تحكيمياً متكاملًا لحل النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقود التجارية الدولية المبرمة بين البلدين، ونضيف إلى ذلك الإتفاقية الجزائرية الأمريكية في 17/10/1990 حول التحكيم الدولي بين البلدين.

(5) صادقت الجزائر في 12/07/1988 على إتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية بعد ثلاثين عاماً من توقيعها، كما صادقت في 21/01/1995 على إتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بحل منازعات الإستثمار، كما صادقت على إتفاقية عمان للتحكيم لسنة 1987 في 30/10/1995.

(1) صدرت هذه التعليمية الوزارية بتاريخ 18 نوفمبر 1982 تحت رقم 603 الديوان الو-أ/.

الأجنبية"، حيث تعترف هذه التعليمات للمؤسسات العمومية بأهليتها في اللجوء إلى التحكيم²، بذلك تكون هذه التعليمات قد حسمت الإشكال الذي كان واردا في المادة 3/442 ق.إ.ج.م حول الأشخاص التابعين للقانون العام، عندما قررت بأن المؤسسات العمومية ليست أشخاص القانون العام بمفهوم المادة 07 ق.إ.ج.م التي كانت تمنع اللجوء إلى التحكيم الدولي.

وأمام كل هذه المعطيات، فتحت الجزائر المجال أمام الإستثمار الأجنبي بشكل واسع، كضرورة ملحة لتحريك الآليات الجديدة للإقتصاد المبنية على حرية السوق، فجاء المشرع الجزائري بقانون مشجع، وسياسة تحفيزية تركز سعي الجزائر نحو الإقتصاد الحر، وذلك بتبني نظام التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية النزاعات الناجمة عن عمليات الإستثمار، وكان ذلك بموجب المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 1993/04/25³، حيث أدخل تعديلا على المادة 442 ق.إ.ج.م التي تسمح للأشخاص الاعتباريين التابعين للقانون العام اللجوء إلى التحكيم في علاقاتهم التجارية الدولية.

وقد تركز هذا النظام بصدور المرسوم التشريعي 12/93⁴، حيث فضل المشرع نظام التحكيم في تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار على القضاء الوطني⁵، وبقي الحال على هذا المنوال إلى غاية صدور القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25⁶، متضمنا فصلا خاصا عن التحكيم التجاري الدولي، وذلك كنتيجة حتمية لسلسلة التطورات التي عرفها التحكيم الدولي في الجزائر، وليعبر عن ثقة الجزائر في هذا النظام في مجال العلاقات الإقتصادية الدولية.

وكذلك من أبرز المبادرات التي قامت بها الجزائر في مجال التحكيم الدولي في القرن "21"، إنضمامها إلى غرفة التجارة الدولية C.C.I حيث أنشأت لجنة وطنية على مستوى غرفة التجارة الدولية سنة 2000¹، وفي هذا الصدد يرى الأستاذ "علي هارون": "أخيرا، وبعد ثلاثون سنة تذكرنا مدى ضرورة إنشاء لجنة وطنية على مستوى غرفة التجارة الدولية"².

ويرى الأستاذ "محمد إسعاد" في تدخله حول تطور قانون التحكيم في الجزائر، أن العولمة تفرض على المؤسسات الوطنية التكيف مع قوانين التحكيم إذا أرادت تحفيز الإستثمارات الأجنبية. ويرى أن

(2) جاء في نص التعليمات الوزارية المشار إليها أعلاه :

« Le conseil interministériel a admis que nos entreprises publiques nationales ou locales, ne sont pas assimilables a des personnes morales de droit public et qu'elles sont dotées de l'autonomie financière pouvaient comme par le passé compromettre »

(3) المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 1993/04/25، المعدل والمتمم للأمر 154/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر. رقم 27 لسنة 1993.

(4) المرسوم التشريعي 12/93 المؤرخ في 1993/10/05، المتعلق بترقية الإستثمار ج.ر. 64 لسنة 1993.

(5) تنص المادة 41 من المرسوم 12/93 "يعرض أي نزاع يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية إما بفعل المستثمر، وإما نتيجة لإجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده... إلا إذا كانت هناك إتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالصلح والتحكيم أو إتفاق خاص ينص على شرط التحكيم أو يسمح للأطراف بالإتفاق على إجراء الصلح باللجوء إلى تحكيم خاص".

(6) القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. رقم 21 مؤرخة في 2008/04/23.

(1) لم تحصل هذه اللجنة الوطنية على اعتماد وزارة الداخلية إلا في 2001/02/17.

(2) أنظر : -Ali Haroun « Trente ans après » Séminaire sur l'arbitrage international à Alger le 25/02/2001.

إنشاء الجزائر للجنة الوطنية الجزائرية التابعة لغرفة التجارة الدولية، جاء لتأكيد الأهمية التي يكتسبها التحكيم من جهة، وأنه يمثل ضماناً أساسية بالنسبة للمستثمرين الأجانب من جهة أخرى.³

بعد تناولنا للأهمية الكبيرة التي يحتلها التحكيم التجاري الدولي في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية، وتسليطنا الضوء على التجربة الجزائرية في هذا المجال، وإبراز أهم المراحل التي مر بها نظام التحكيم الدولي في الجزائر، فإن دراستنا لموضوع دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي تفرض علينا تحديد مفهوم هذا النظام، فماذا يقصد بالتحكيم؟.

من الصعب تحديد مفهوم جامع ودقيق للتحكيم، فهذا الأمر مازال محل إهتمام العديد من الفقه ورجال القانون، حيث يختلف الفقه في تعريف التحكيم اعتماداً على معايير مختلفة كل منها ينظر إليه من زاوية خاصة، لذلك سنورد أهم التعريفات التي جاء بها الفقه :

- يعرف الفقيه "H - Fouchard" التحكيم أنه "وسيلة تعبر في ظاهرها على حل الخلافات الناجمة بين الأشخاص العاديين من قبل شخص أو عدة أشخاص يتم إختيارهم من قبل أطراف النزاع، وهو الوسيلة الممكنة لتنظيم العلاقات التجارية الدولية".⁴

- ويعرفه الفقيه "René David" أنه "تقنية تهدف إلى إعطاء الحلول لمسألة تهم العلاقة بين شخصين أو أكثر من طرف شخص أو أشخاص آخرين - المحكم أو المحكمين - الذين يستمدون سلطتهم من إتفاق خاص، ويتأسسون على أساس هذا الإتفاق دون أن يكونوا مكلفين بهذه المهمة من طرف الدولة".⁵

- ويعرفه الأستاذ "Juglart" أنه "النظام الذي بمقتضاه يخول أطراف النزاع مهمة الفصل فيه إلى محكمين يعينونهم بمحض إرادتهم".⁶

- ويرى الفقيه "Linants Xavier de Belle Fond" في التحكيم "وسيلة لفض النزاعات باللجوء إلى شخص أو عدة أشخاص خاصة يختارهم الأطراف، للحصول على قرار إلزامي، والقرار الصادر ضمن هذه الشروط يسمى حكم التحكيم".¹

- أما الفقيه "Jean Robert" فإنه يعرف التحكيم على أنه "التحكيم هو إرساء عدالة خاصة بفضلها تحال النزاعات من قضاء القانون العام ليفصل فيها من قبل الأفراد".²

(3) - Mohand Issaâd « comment régler les litiges » Revue mensuelle édictée par la C.A.C.I Février 2001 n°119 p 09

(4) تعريف الفقيه P.Fouchard ، مشار إليه في كتاب محمودي مسعود أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006، ص.234

(5) - René David « L'arbitrage commercial international » Economica, 1982, page 03.

(6) تعريف الأستاذ Juglart، مشار إليه في كتاب : حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر 2006، ص.03، الملاحظ في هذا التعريف أن حرية الخصوم في إختيار المحكمين وإن كانت أمراً طبيعياً في تحكيم الحالات ad-HOC ، فإن الخصوم يفقدون هذه الحرية متى لجؤوا إلى مراكز التحكيم النظامية.

(1) - Linants Xavier de Belle Fond « L'arbitrage: Que je sais ? » PU de France 1995 page 03.

(2) - Jean Robert « L'arbitrage : droit interne et droit international » 6ème Editions, Dalloz 1993 page 03.

وعلى صعيد الجهود العربية بخصوص تعريف التحكيم، نورد تعريف الأستاذ "محمد بجاوي"، حيث يعرفه على أنه "نظام قضاء عادي يحيل النظر في النزاعات بين الأفراد إلى أشخاص عاديين بدلا من إعطاء الإختصاص للمحاكم الوطنية للدولة وهذا بالإختيار الإرادي للأطراف المتنازعة".³

- ويعرفه الأستاذ "كمال إبراهيم" على أنه "هو وسيلة فض نزاع قائم أو مستقبل، ويتمثل في العزوف عن الإلتجاء إلى القضاء المختص بشأنه، وطرحه أمام فرد أو أفراد، وهم المحكمون، أنيطت بهم مهمة النظر والفصل فيه بناء على إتفاق المتنازعين على ذلك".⁴

- أما الأستاذ "أبو زيد رضوان" فيرى أن التحكيم هو "نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها، وهو ما يمكن أطراف النزاع من إقصاء منازعاتهم عن المحاكم المخولة لها ذلك طبقا للقانون، كي تحل عن طريق أشخاص يختارونهم".⁵

من خلال إستقراء التعاريف السابقة يمكن إستخلاص أن التحكيم هو "وسيلة لفض النزاعات القائمة فعلا، أو التي يفترض أن تقوم مستقبلا بين الأطراف، تحال بموجبها المنازعات من قضاء القانون العام، ليفصل فيها من قبل شخص أو عدة أشخاص، بناء على إتفاق الأطراف المتنازعة للوصول إلى قرار إلزامي قابلا للتنفيذ".

وعليه بناء على ما تقدم يتبين لنا أن التحكيم هو قضاء خاص، ذو أساس إتفاقي لأنه ينشأ عن عقد من جهة، وينتهي بحكم قضائي من جهة أخرى الأمر الذي دفع الفقه إلى التساؤل حول الطبيعة القانونية للتحكيم، هل هو ذو طبيعة إتفاقية؟ أم أنه ذو طبيعة قضائية؟ أم هو من طبيعة مختلطة؟

إنقسم الفقه في محاولة تحديده للطبيعة القانونية للتحكيم إلى ثلاث إتجاهات :

- يرى الإتجاه الأول (أنصار الطبيعة العقدية للتحكيم)¹، أن التحكيم نظام تعاقدية، لأنه يقوم على أساس إرادة الأطراف²، فالأطراف هم من يقرر اللجوء إلى التحكيم كطريق لحل نزاعهم القائم أو المحتمل

(3) تعريف الأستاذ محمد بجاوي مشار إليه في كتاب : محمد كولا، المرجع السابق، ص.01

(4) راجع : كمال إبراهيم، مرجع سابق، ص.67.

(5) أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، 1981، ص.19-20.

(1) لقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الإتجاه في حكمها الصادر عام 1812، أيدت فيه الصفة التعاقدية للتحكيم برمته منذ إبرام وثيقة التحكيم إلى صدور

القرار، بحيث يعتبر النائب العام Merlin أول من تبنى النظرية العقدية للتحكيم، فقد دفع في 1819/07/10 أمام محكمة النقض الفرنسية في قضية

Le coulteux de cauteloire، بأن المحكمون ليسوا قضاة، فليس لهم ما للقضاة من سلطة عامة، وإنما تحكمهم إرادة الأطراف، فإتفاق التحكيم هو الأساس

الذي يعتمدون عليه، وبدون هذا الإتفاق سوف يكون القرار باطلا.

لمزيد من التفاصيل راجع : سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص.268.

(2) د. سعيد يوسف البستاني، نفس المرجع السابق، ص.267.

قيامه³، إتفاق التحكيم هو حجر الزاوية ومركز الثقل في نظام التحكيم بأكمله، فهو مصدر يستمد منه المحكم سلطته.⁴

ومن هنا يتضح أن أنصار هذه النظرية يرون في عملية التحكيم كلا واحدا لا يتجزأ، "قاعده إيتفاق التحكيم وقمته حكم التحكيم"⁵، وبالتالي فإن هذا الأخير لا يكتسب صفته التنفيذية إلا من إيتفاق التحكيم الذي أوجدته عملية التحكيم. وتذهب هذه النظرية إلى أنه لا يجوز الظن بأن التحكيم الذي ينتهي بحكم يعد عملا قضائيا، طالما صدر هذا الحكم من محكمة تحكيم أعتمد في تشكيلها وتحديد مهمتها وتنظيمها على الأسلوب التعاقدية"⁶.

إلا أن هذا الإيتجاه تعرض إلى الكثير من الإنتقادات، فعلى الرغم من إعتبار العنصر الإرادي هو الأساس في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، فإن إرادة الأطراف لا تكفي بمفردها لإقامة نظام كامل للتحكيم، كما أن الإرادة لا تصلح لإضفاء الحجية على أحكام التحكيم، فالواقع أن التشريعات الوطنية هي التي تجيز سلوك طريق التحكيم، وتنظم إجراءات تنفيذ أحكام المحكمين⁷. يضاف إلى هذه الإنتقادات أن هذه النظرية تبالغ في الإعتتماد على المعيار العضوي بدون أن تأخذ بعين الإعتبار طبيعة العمل الذي يصدر عن المحكم وتجاهلها لحقيقة أن المحكم وإن كان يستمد سلطته من إيتفاق الأطراف، إلا أنه يمارس هذه السلطة مستقلا عن إرادة الأطراف، بهدف الكشف عن إرادتهم لتطبيقها على النزاع موضوع التحكيم.⁸

- أما الإيتجاه الثاني (أنصار الطبيعة القضائية للتحكيم)، يرى أنصار هذه النظرية أن الفاصل في تحديد طبيعة التحكيم ليس هو إيتفاق أطراف العلاقة، وإنما القانون ذاته، فبدون إجازة هذا الأخير لإمكانية الإيتفاق على التحكيم فلا وجود لشرط أو مشاركة التحكيم.¹ كما يرى أصحاب هذا الإيتجاه أن عملية التحكيم برمتها، لا سيما قرار التحكيم الذي يصدر فيه صبغة قضائية، وإرادة أطراف التحكيم تقتصر على مجرد إحلال المحكمين محل القضاة في نظر النزاع²، ويرتكزون لتبرير فكرتهم على أن التحكيم قضاء يستجمع عناصر العمل القضائي، وإستندوا في ذلك على المهمة القضائية للمحكم، وطبيعة العمل الذي يقوم به، فإذا كان التحكيم يبدأ بعقد فإنه ينتهي في الأخير بحكم قضائي يفصل في النزاع ما دام أن

(3) د.أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2008، ص35.

(4) أنظر، وجدي راغب فهمي، هل التحكيم نوع من القضاء؟، دراسة نقدية لنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 1 السنة السابعة عشرة، 1993، ص 133.

(5) د.عصام عبد الفتاح مطر، عقود الفيديك، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 426.

(6) د.حسني المصري، المرجع السابق، ص 11.

(7) د.عاطف شهاب، إيتفاق التحكيم التجاري الدولي والإختصاص التحكيمي، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة، ص46.

(8) راجع: أمال الفزائيري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص78.

(1) د.عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 428.

(2) راجع: سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 269.

حكم التحكيم يتضمن كأي حكم قضائي حلا للنزاع القائم بين الخصوم³ وهذا ما سجلته أحكام محكمة النقض الفرنسية في الكثير من أحكامها⁴.

وقد إستند هذا الرأي أيضا إلى كون التحكيم بإعتباره قضاءا صرفا كان الشكل البدائي لإقامة العدل وسبق ظهور تنظيم الدولة للسلطة القضائية⁵، وقد مالت نصوص قانون المرافعات الفرنسي إلى ترجيح الطبيعة القضائية للتحكيم الصادر عام 1981⁶.

وقد تعرضت النظرية القضائية للتحكيم هي الأخرى لجملة من الإنتقادات منها، أن النظرية القضائية لا تتماشى مع طبيعة التحكيم، لأن المحكم لا يستند إلى ما يدعم القاضي من حصانة ودوام وإستقرار، حتى ولو كان يؤدي عمله في إطار هيئة دائمة للتحكيم، وكذلك لا يتمتع بما يتمتع به القاضي من سلطة الأمر، إضافة إلى أن القضاء يفصل في النزاع وفقا للقوانين وتحقيقا للعدالة، أما المحكمين وخاصة المحكمين بالصلح لا يتقيدون بقواعد القانون ويهدفون إلى حل الخلاف بين أطراف النزاع تحقيقا لمصلحة الطرفين⁷.

على وقع الخلاف والإنتقادات الموجهة لكلا النظريتين العقدية والقضائية بخصوص تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، ظهر إتجاه ثالث حاول الجمع بينهما ينادي بضرورة تبني موقفا وسطيا أو مختلطا، فالتحكيم يظهر في بدايته بالصفة التعاقدية ويظهر ذلك من خلال إرادة الأطراف في إيجاد وإجراءات عمله، لكن بمجرد سير الإجراءات تتغير طبيعته وتصبح ذات طبيعة قضائية، وهذا بفضل تدخل قضاء الدولة لتنفيذ الحكم التحكيمي¹. لذلك يتفق أنصار هذا الإتجاه على أن التحكيم ليس إتفاقيا محضا، إنما هو نظام يمر بمراحل متعددة، يلبس في كل منها لباسا خاصا ويكتسي طابعا مختلفا، فيكون في أوله إتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكما، لذلك هو عبارة عن نظام مختلط².

ويستخلص من ذلك أن التحكيم تتعاقب عليه صفتان، الأولى هي الصفة التعاقدية، وتظهر في إختيار الخصوم لقضاء التحكيم كوسيلة لفض نزاعاتهم، ثم يتحول التحكيم من الطبيعة التعاقدية إلى

(3) د.حسني المصري، مرجع سابق، ص 13.

(4) قضت محكمة النقض الفرنسية بأن أطراف الخصومة بالتجانبهم إلى التحكيم، إنما يعبرون عن إرادتهم إعطاء الغير (المحكم) سلطة قضائية وبأن حكم المحكم يشبه الحكم القضائي من حيث إكتسابه الحجية منذ صدوره، ومن حيث جواز إستئنافه منذ صدوره، دون إنتظار إعطائه الصيغة التنفيذية.

راجع في ذلك : حسني المصري، نفس المرجع السابق، ص 15.

(5) يرى الأستاذ Laine أن النصوص القانونية، ولا سيما نص المادة 1023 من قانون المرافعات المدنية الفرنسية، تجيز إستئناف القرار التحكيمي، لأن الإستئناف لا يبرد على العقود. وقد تأثرت محكمة إستئناف باريس بحجة Laine، وأصدرت قرارا إعتبرت فيه التحكيم، ولا سيما القرار الذي يصدر فيه قضاء بتاريخ 1901/12/10.

لمزيد من التفاصيل راجع: سعيد يوسف البستاني، نفس المرجع السابق، ص 270.

(6) قضت المادة 1471 منه على ضرورة تسبيب أحكام التحكيم، ونصت المادة 1472 على البيانات التي يجب أن تشمل عليها أحكام التحكيم وإلا تعرض للبطلان، كما نصت المادة 1476 على تمتع التحكيم بقوة الأمر المقضي به بمجرد صدوره وهذا ما جعل البعض يجزم على إضفاء المشرع الفرنسي الطابع القضائي على أحكام التحكيم.

- راجع في ذلك : حسني المصري، المرجع السابق نفسه، ص 14.

(7) د.سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق نفسه، ص 271.

(1) د.محمد كولا، المرجع السابق، ص 02.

(2) يبرر الفقيه Jean Robert هذا التحليل بمصلحة التجارة الدولية التي تتطلب إطلاق حرية الإتفاق على التحكيم في بدايته، ثم تحويله في مرحلته الأخيرة إلى قضاء ليكتسب القرار الذي يصدر فيه حجية بذاته فلا يحتاج إلى دعوى أو حكم يضيف عليه هذه الحجية.

الطبيعة القضائية بتدخل قضاء الدولة عندما يلجأ الأطراف إليه لإعطاء قرار التحكيم القوة التنفيذية عن طريق الأمر بالتنفيذ، فيتحول بذلك قرار التحكيم إلى حكم قضائي³.

فعلى الرغم مما جاءت به النظرية المختلطة من محاولة التوفيق والتنسيق ما بين سالف النظريتين العقدية والقضائية، إلا أنها قوبلت بجملة من الانتقادات تصب كلها في نقطة ضعف هذه النظرية التي تكمن في محاولتها إيجاد حد زمني فاصل بين كل من الطابع العقدي والطابع القضائي للتحكيم، إلا أن الواقع يؤكد بروز هاذين الطابعين معا منذ الإتفاق على التحكيم حتى الإنتهاء منه بتنفيذ حكم التحكيم⁴. كما أن هذه النظرية تهدر القيمة القانونية لأحكام المحكمين التي لا يصدر بشأنها أمرا بالتنفيذ، وهذا ما يتناقض مع حكمة المشرع من إقرار نظام التحكيم، بالإضافة إلى أن حكم التحكيم يكتسب الحجية بمجرد صدوره، ولا يتوقف هذا الأثر على صدور الأمر بالتنفيذ⁵. فلماذا فلم تقم هذه النظرية إلا بمجرد محاولة لوصف عملية التحكيم في مراحلها دون العناية برسم حدود إرادة الخصوم ونطاق النشاط القضائي.

وأخيرا، وبعد عرض مختلف الإتجاهات الفقهية لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، والتي اختلفت من التكييف العقدي إلى القضائي، وصولا إلى المركب، ننتهي إلى ما توصل إليه غالبية الفقه الحديث الذي يرى في التحكيم نظاما مستقلا. وتأكيدا على إستقلالية نظام التحكيم قال بعض الفقه أن التحكيم ما دام يجمع في طياته بين فكرة العقد وفكرة القضاء فإنه لا بد أن يشكل مزاجا جديدا مميز عن هاتين الفكرتين في آن واحد، لذلك يصح وصفه بأنه تحكيم قضائي⁶.

ويؤكد الدكتور "أحمد أبو الوفا" هذا الإتجاه الحديث، حيث يرى ضرورة أن يؤخذ بعين الإعتبار هدف الخصوم من وراء لجوئهم إلى التحكيم، وهو السعي إلى العدالة على أسس تختلف عن المفهوم التقليدي للعدالة أمام المحاكم، وبذلك ينتهي التحكيم كونه أداة خاصة لتطبيق قواعد يتحقق من ورائها هدف ومساعي الخصوم¹.

فالتحكيم بذلك نظام مستقل يمكن الأطراف من حل نزاعهم بغير طريق القضاء، نظام لا يجد مأواه في قوانين الدول فحسب، بل في غيرها من المواثيق الدولية من معاهدات وقرارات السلطات الدولية، وفي أنظمة ولوائح هيئات التحكيم الدائمة المنتشرة عبر العالم².

(3) وقد تأثرت محكمة النقص الفرنسية بهذا الإتجاه الحديث في تكييف التحكيم منذ حكمها الصادر في 1937/07/27، الذي وإن ظل يؤكد على الصفة الإتفاقية للتحكيم، فإنه إعتبر قرار التحكيم الأجنبي كالقرار الوطني لا يقضي تنفيذه إقامة دعوى جديدة.

راجع : سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 272.

(4) د. عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 431.

(5) د. حسني المصري، مرجع سابق، ص 16.

(6) راجع في ذلك : حسني المصري، نفس المرجع السابق، ص 17.

(1) د. عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 31.

(2) د. عاطف شهاب، المرجع السابق، ص 71.

يتضح لنا مما سبق أن مفهوم التحكيم وطبيعته يختلف عن بعض الطرق البديلة الأخرى لحل النزاعات³. بحيث يختلف التحكيم عن الوساطة والتوفيق⁴، كونهما لا يسفران عن حكم إجباري، ذلك أنه ليس في إمكان الوسيط إجبار الطرفين على التوصل إلى إتفاق وليس في إمكان الموفق فرض قراره عليهما⁵.

ويختلف التحكيم عن الخبرة، لأن مهمة الخبير تقتصر على إبداء الرأي في مسألة معينة دون أن يكون رأيه ملزماً للخصوم أو للهيئة المختصة بنظر النزاع، فهو لا يفصل في النزاع وإنما يعمل على توضيح جانب غامض منه، فهو لا يعتبر محكماً⁶.

ويختلف أيضاً التحكيم عن الصلح، كون الصلح عقد يتم بين أطراف النزاع أنفسهم أو ممن يمثلهم يقومون بمقتضاه بحسم خلافاتهم عن طريق تنازل كل منهم عن بعض ما يتمسك به، بينما التحكيم يقوم به شخص ثالث هو المحكم، فعقد الصلح غير قابل للتنفيذ بذاته ما لم يتم في صورة عقد رسمي، بينما التحكيم يصدر فيه المحكم قراراً قابلاً للتنفيذ بعد الحصول على الأمر بتنفيذه⁷. كما أن قرار المحكم يقبل الطعن، بينما الصلح يلزم الأطراف وغير قابل للطعن، وإن كان قابلاً للفسخ والبطلان أسوة بباقي العقود.

كما يختلف التحكيم عن الوكالة في أن الوكيل يستمد سلطته من الموكل، ويملك حق التحلل من عمل الوكيل إذا تجاوز حدود وكالته، ولا يمكن للوكيل القيام بتصرفات لم يملكها له الموكل، أما المحكم فيستقل عن الخصوم بمجرد الإتفاق على التحكيم لما تعهده إليه مهمة التحكيم بأن تصبح له صفة القاضي، ولا يستطيع الخصوم التدخل في أعماله¹.

إن المتتبع لمسيرة نظام التحكيم في حقل التجارة الدولية يلاحظ ذلك التطور الهائل الذي عرفته طبيعة التحكيم التجاري الدولي، وذلك نتيجة تطور المعاملات التجارية الدولية، فقد كان التحكيم الدولي في بداية الأمر ينظم بمناسبة نزاع معين، أي تحكيم الحالات الخاصة "ad-HOC"، دون اللجوء إلى مركز تحكيمي دائم، حيث يقوم هذا النوع من التحكيم على إتفاق الطرفين بإحالة النزاع القائم بينهما إلى التحكيم على نحو يختاران بموجبه المحكمين بمعرفتهم ويحددان بشكل واضح الإجراءات التي

(3) يعتبر القضاء الطريق الأصلي لحل النزاعات المترتبة عن النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية عند عدم إختيار أطراف النزاع لطريق التحكيم.

(4) تكون الوساطة بإختيار شخص مقبول من الطرفين تكون مهمته مساعدة الطرفين على التوصل إلى مبادلة ما، ويقوم الوسيط في تأدية مهمته بمقابلة كل طرف على حدى حتى يتعرف على وجهة نظره، ويقوم بعد ذلك بشرح كل وجهة نظر من أحد الطرفين للأخر حتى يتمكن كل طرف من فهم الآخر لكي يتوصلا إلى حل وسط.

- أما التوفيق فإن الموفق يقوم بتحرير نص إتفاق يقترحه على الطرفين بعد أن يكون قد ناقش معهما موضوع القضية محل الخلاف.

(5) د.قادي عبد العزيز، الإستثمارات الدولية، دار هومة للنشر والتوزيع، 2004، ص 232.

(6) راجع : سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، ص 273.

(7) راجع : سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق نفسه، ص 274.

(1) أنظر : قادي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 231.

تسير عليها هيئة التحكيم أثناء الفصل في النزاع. وعموما فإن الأطراف المتنازعة في مثل هذا النوع من التحكيم تنظم سير المنازعة وفقا لقواعد إجرائية يختارونها بمحض إرادتهم.

وعليه فقد عرفت إرادة الأطراف في ظل هذا النوع من التحكيم الطريق نحو التحرر أكثر فأكثر، ويظهر ذلك من حيث الإتفاق على كل ما يتعلق بالتحكيم من بدايته إلى حين صدور القرار التحكيمي. إلا أن هذه الحرية لا بد أن تخضع لبعض القيود التي تقتضيها وتفرضها الضرورة لضمان إستمرارية عملية التحكيم، لأنه كثيرا ما تستدعي الضرورة تدخل القاضي الوطني خلال سير عملية التحكيم سواء كجهة مساعدة للتحكيم أو مراقبة له.

غير أن التطور الهائل والإقبال الشديد على التحكيم التجاري الدولي في العصر الحديث في الوسط الدولي بسبب كثرة وتزايد العلاقات التجارية في حقل التجارة الدولية، تولد عنه ظهور - إلى جانب نظام تحكيم الحالات الخاصة- نوع آخر يعرف بالتحكيم التنظيمي أو المؤسسي، وهو تحكيم تتولاه هيئات تحكيمية منظمة دوليا، وفقا لقواعد وإجراءات موضوعة مسبقا تحدد لها لوائح هذه المنظمات والهيئات، مما ترتب معه فقدان التحكيم التجاري الدولي للعديد من سماته وخصائصه الأساسية، كالمرونة والبساطة التي كان يتميز بها، وتقلصت بذلك دور إرادة الأطراف وأصبحت منحصرة في حدود ضيقة جدا، نتيجة للانتشار الواسع لهذه المراكز التحكيمية والإقبال الشديد عليها، نتيجة لأسباب وظروف فرضها واقع التجارة الدولية الحديثة، والمناخ الإيديولوجي الذي فرضته ظاهرة العولمة في مجال العلاقات الإقتصادية الدولية، حيث أصبحت هذه المراكز هي التي تتولى تنظيم وإدارة شؤون التحكيم عن طريق اللوائح والنظم، الأمر الذي أدى بتغليب الطبيعة القضائية والتنظيمية على الطبيعة الإتفاقية للتحكيم، وما إنجر معه من تدعيم كبير لدور المحكم الدولي الذي أصبح في ظل هذا النوع من التحكيم يتمتع بصلاحيات وسلطات واسعة عند فصله في النزاع.

وعليه، فتحت كل هذه الأفكار تبرز جملة من التساؤلات تدور حول :

- ما مدى أعمال دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي ؟

- فهل لهذه الإرادة الحرية المطلقة أم ترد عليها قيود؟

- وهل حقيقة أن الأطراف يتمتعون بحرية الإتفاق وتنظيم التحكيم، أم هناك جهات أخرى لها

سلطة ذلك ؟

تلك هي التساؤلات التي سنحاول الإجابة عليها من خلال هذا البحث المتواضع، من خلال تقسيم الدراسة إلى بابين، نتناول في الباب الأول: سيادة إرادة أطراف التجارة الدولية في ظل التحكيم التجاري الدولي الخاص ad-HOC.

ثم نتعرض في الباب الثاني من هذا البحث إلى تلاشي دور إرادة أطراف التجارة الدولية في ظل التحكيم التجاري الدولي المؤسساتي الحديث.

إن طبيعة موضوع البحث فرضت علينا في دراسته الجمع بين أكثر من منهج، التحليلي أساسا لكونه يساعدنا على ضبط دور الإرادة ومجالها عبر كل مراحل التحكيم، كما يمكن الإستعانة بخبرة القانون المقارن في هذا المجال، لا سيما أن موضوع البحث له صلة وثيقة بمعاملات التجارة الدولية، ولقي إهتمام معظم التشريعات المقارنة، وحاولنا أن تكون هذه الدراسة مستندة إلى الواقع النظري والعملي، فلم نهمل الإشارة إلى بعض الأحكام التي وردت في الموضوع.

أضحى التحكيم التجاري الدولي يشغل مكانا بارزا على الصعيد الدولي، باعتباره عدالة اتفاقية و ظاهرة مهمة في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية، يلجأ إليها أطراف التجارة الدولية بمحض إرادتهم لحل النزاعات الناشئة أو التي قد تنشأ عن العقد القائم بينهم، رغبة من المتعاملين في الأسواق الدولية من التحرر بقدر الإمكان من القيود الموجودة في مختلف النظم القانونية لمختلف الدول، وإخراج التجارة الدولية من هيمنة القوانين الوطنية التي تتميز بالانطواء والانحياز إلى الاعتبارات الداخلية، وكذا رغبتهم في الهروب من مشكلة تنازع القوانين.

فالتحكيم الحر "Ad- HOC" أو تحكيم الحالات الخاصة هو الصورة العادية التقليدية للتحكيم الذي يعهد فيه الأطراف، وفي الحدود التي يسمح بها القانون، لشخص من الغير بحسم نزاع ناشئ فيما بينهم أو يحتمل نشوءه مستقبلا، وفيه يتم تحديد الإجراءات والقواعد التي تطبق على النزاع.¹ فعلى الرغم لما يتمتع به التحكيم التجاري الدولي الخاص من مزايا تجعله محط أنظار العديد من أطراف التجارة الدولية، إلا أنه لا يمكننا الاكتفاء بالمفهوم المتفق عليه بأنه ظاهرة فعالة لحل النزاعات التي قد تنشأ عن الكثير من العقود الدولية، وإنما لا بد من تحليل هذه الظاهرة، والبحث عن أهمية الجانب الاتفاقي للتحكيم باعتباره نظام اتفاقي للفصل، يرتكز أساسا على إرادة الأطراف، والتي تلعب دورا مهما في تنظيم إجراءات التحكيم، ابتداء من اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم إلى غاية تنفيذ القرار التحكيمي.

إذا كانت القاعدة العامة هي أن للإرادة المشتركة للأطراف في مجال التجارة الدولية حرية الإتفاق وتنظيم إجراءات التحكيم التجاري الدولي، فإن هذه القاعدة ليست مطلقة، وإنما ترد عليها عدة قيود، منها ما هو كلاسيكي يضع على عاتق الأطراف ضرورة إحترام قواعد النظام العام وقوانين البوليس التابعة للدولة التي سينفذ فيها القرار التحكيمي، ومنها ما هو متعلق بنظام التحكيم، لأنه غالبا ما تستدعي الضرورة تدخل القاضي الوطني إما كجهة مساعدة للتحكيم أو مرافقة له سواء أثناء سريان إجراءات التحكيم أو أثناء تنفيذ القرار التحكيمي.

وعليه فإن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد: ماهي مظاهر سيادة إرادة أطراف التجارة الدولية في ظل التحكيم التجاري الدولي الخاص؟ وما هي القيود الواردة على إرادة الأطراف؟

(1) د.نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، الوطنية والدولية، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص22.

وللإجابة عن هاذين التساؤلين، إرتأينا إدراج فصلين تحت هذا الباب، نخصص أولهما لتحديد مظاهر إرادة أطراف التجارة الدولية في تحكيم الحالات الخاصة "Ad-HOC" (الفصل الأول)، ونخصص ثانيهما للقيود الواردة عليها (الفصل الثاني).

الفصل الأول

مظاهر سيادة أطراف التجارة الدولية في التحكيم التجاري الدولي الخاص.

تشير الدراسة القانونية إلى أنه على الرغم من البساطة التي يتميز بها التحكيم التجاري الدولي، فإنه يخفي في طياته مجموعة معقدة من التصرفات تشمل على عدة إجراءات ومراحل متعاقبة، إبتداء من مرحلة المفاوضات الإتفاقية - التي تعتبر مرحلة مهمة - وتنتهي بإتفاق الأطراف على تنظيم إجراءات التحكيم، وذلك بتحديد كل المسائل المتعلقة بتنظيم وسير عملية التحكيم، سواء فيما يتعلق بتعيين المحكمين، تحديد إختصاصاتهم وسلطاتهم، وكذا تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات ومحل النزاع، ومكان التحكيم ... إلخ.

وعليه ومن أجل توضيح مظاهر سيادة أطراف التجارة الدولية في التحكيم التجاري الدولي الخاص، إرتأينا تصنيفها إلى مرحلتين أساسيتين، نتناول بداية وكمرحلة أولى مظاهر سيادة أطراف التجارة الدولية في تنظيم التحكيم (المبحث الأول)، ثم في مرحلة ثانية نتعرض لمظاهر سيادة أطراف التجارة الدولية أثناء سير الخصومة التحكيمية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مظاهر سيادة أطراف التجارة الدولية في تنظيم التحكيم.

يستند تنظيم التحكيم التجاري الدولي في تحكيم الحالات الخاصة في الأساس إلى إرادة الأطراف باللجوء إلى التحكيم¹، إذ أن إتفاق الأطراف هو الشريعة العامة وأساس نظام التحكيم، حيث بإمكان طرفي التحكيم أن يتفقا على القواعد التي يريدان تطبيقها إجرائيا وموضوعيا لتنظيم التحكيم، وذلك أثناء الإتفاق على التحكيم،² ثم يتدخل بين الأطراف المتنازعة التي قبلت هذا الإتفاق وبين المحكمين الذين تم

(1) د. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 05.

(2) د. محمد سليم العوا، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار شتات للنشر، بدون سنة، ص. 09.

إختيارهم من قبل الأطراف عقد آخر يقوم على أساس القبول الصريح أو الضمني من قبل المحكمين للوظائف التي أوكلت إليهم بموجب هذا العقد.

فدور الإرادة أساسي إذن في التحكيم التجاري الدولي، إذ هي التي تحدد موضوع النزاع، وتعيين المحكمين وتحديد الإجراءات التي تتبع في تنظيم التحكيم، وقد تحدد القانون الواجب التطبيق.¹ وعليه سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتطرق من خلالها إلى إتفاق التحكيم (المطلب الأول)، ثم إلى تشكيل محكمة التحكيم (المطلب الثاني)، وأخيرا نتعرض إلى سلطات وإلتزامات المحكم (المطلب الثالث).

المطلب الأول

إتفاق التحكيم.

إتفاق التحكيم² هو "إتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم، لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما، بمناسبة علاقة قانونية معينة، عقدية كانت أو غير عقدية"³. فإتفاق التحكيم قد يوجد في صلب العقد الأصلي، وبالتالي يكون سابقا عن نشوء النزاع، وقد يكون في عقد مستقل عن العقد الأصلي، سواء قبل نشوء النزاع أو بعده⁴. ويقوم إتفاق التحكيم بدور أساسي في عملية التحكيم، إذ بدونها لا يمكن إخراج النزاع التجاري الدولي من ولاية القضاء العام وإخضاعه للتحكيم.⁵

وتظهر أهمية إتفاق التحكيم بإعتباره المرحلة الأولى التي توضع فيها الأسس والمبادئ التي تحكم عملية التحكيم في صورتها العامة، ومركز الثقل في نظام التحكيم التجاري الدولي.⁶ ومعنى أدق فإن التحكيم التجاري الدولي يعتمد أساسا على إرادة أطراف النزاع بدلا من الإعتماد على التنظيم القضائي للبلد الذي يقيم فيه أطراف النزاع، إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة، ومن ثم إرادة الأطراف هي التي تنشأ إتفاق التحكيم وبدونها لا يمكن تصور نظام التحكيم.⁷ وفي هذا السياق يؤكد جانب من الفقه على أن

(1) د.قادي عبد العزيز، مرجع سابق، ص.269

(2) المشرع الجزائري هذا حدو المشرع الفرنسي، إذ لم يعرف إتفاق التحكيم لا في المرسوم التشريعي 09/93، ولا في القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 حيث نصت المادة 1/1040 من القانون 09/08 على: "تسري إتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية..." وأضافت الفقرة الثانية: "يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تيرم إتفاقية التحكيم كتابة..."

(3) راجع: د.منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مطبعة الشرطة، 2005، ص.87

(4) يطلق على الشرط الذي يدرج في العقد الأصلي ويكون قبل وقوع النزاع بـ"شرط التحكيم"، أما الإتفاق أو العقد اللاحق لوقوع النزاع فيسمى "مشاركة التحكيم، فإتفاق التحكيم يشمل شرط التحكيم ومشاركة التحكيم.

(5) د.حسني المصري، مرجع سابق، ص.54

(6) د.عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص.446

(7) راجع: وجدي راغب فهمي "هل التحكيم نوع من القضاء؟"، المرجع السابق، ص.133

الأساس الإتفاقي للتحكيم يستمد وجوده وقوته من "مبدأ سلطان الإرادة" حيث يرى أن "الإتفاق على التحكيم هو عقد يتم بإتفاق أطراف النزاع، ويعتبر مظهرا لسلطان إرادتهم"¹.
 بناء على ما تقدم فإنه يكون من البديهي -مادام إتفاق التحكيم يرتكز على إرادة الأطراف -
 طرح التساؤل : إلى أي مدى يمكن إعمال سلطان الإرادة في إتفاق الأطراف على التحكيم ؟.
 وعليه للإجابة على هذا التساؤل، نتطرق من خلال هذا المطلب إلى فرعين، نخصص أولهما لإبراز دور الإرادة في إنشاء إتفاق التحكيم وصياغته (الفرع الأول)، ونتناول في ثانيهما إلى القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إنشاء إتفاق التحكيم وصياغته.

يقوم إتفاق التحكيم بدور أساسي في عملية التحكيم لذلك لا بد أن يكون إنشاءه وصياغته واضحا ودقيقا.

أولا : إنشاء إتفاق التحكيم.

كان إتفاق التحكيم في القديم يتمثل في مشاركة التحكيم المستقلة ، الذي يتعهد من خلاله أطراف العقد الدولي بحل النزاع القائم بينهم عن طريق التحكيم، غير أنه في القرن التاسع عشر "19"، ومع تطور المعاملات التجارية، وعلى وقع الخلاف والجدل الفقهي الذي وقع بين المؤيدين لشرط التحكيم والمعارضين له،² أخذ إتفاق التحكيم صورة جديدة حيث أصبح من الممكن توقع التحكيم قبل حدوث أي نزاع.

غير أن هذه الفكرة لم تلق رواجاً في القوانين الداخلية لمختلف الدول والتي لم تعترف إلا بإتفاق التحكيم في صورته القديمة، فمثلا كان القضاء الفرنسي يمنع هذا الشرط حتى في المواد التجارية ولا يعترف بصحة شرط التحكيم تماشيا مع ما قرره محكمة النقض الفرنسية سنة 1943 بإجازة الإتفاق اللاحق على نشوء النزاع.³

لكنه سرعان ما غير القضاء الفرنسي موقفه، وإعترف بصحة شرط التحكيم بعد ذلك، وحصر مجال عدم صحته في العلاقات الخاصة بالقانون الداخلي، وإعترف بصحته بصفة صريحة في المجال

(1) راجع : أمال الفزائري، المرجع السابق، ص.23

(2)

(3) راجع : قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص.262

الدولي¹، ثم توسيع دائرة المسائل التي يجوز فيها اللجوء إلى شرط التحكيم سنة 1980 بتعديل قانون المرافعات الفرنسي، بحيث إمتد التوسيع إلى كافة المسائل التي يوجد بشأنها نص صريح يتيح اللجوء إلى التحكيم، وبذلك أصبح قبول شرط التحكيم قاعدة وحظره إستثناء.² وقد غير القضاء الفرنسي موقفه من شرط التحكيم مرة أخرى، حيث عمم صحة شرط التحكيم على كل من المجالين الداخلي والدولي، حيث نجده يستعمل في كل مرة عبارة جامعة تشمل كل من المفهومين (مشاركة التحكيم وشرط التحكيم) تحت تسمية واحدة "إتفاق التحكيم" كما هو الحال في قضية Gosset في 07 ماي 1963.³ ومن ثم توالى العمل بها وإستقرت عليها الإجتهاادات الفقهية.

أما على صعيد المعاهدات الدولية، فإذا كانت نصوص المعاهدات المنظمة للتحكيم مثل بروتوكول جنيف الموقع في 24 سبتمبر 1923 والخاص بشروط التحكيم في مادته الأولى، وكذا معاهدة جنيف الموقعة في 26 سبتمبر 1927 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في المادة الثانية تعالج كل من شرط التحكيم ومشاركة التحكيم بشكل مستقل، فإن النصوص الحديثة مثل معاهدة نيويورك الموقعة في 10 جويلية 1985 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية نجدها تعالج هاتين الصورتين من صور إتفاق التحكيم تحت مسمى واحد هو "إتفاق التحكيم"، دون أن تميز بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم.⁴

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد ساير هذا الإتجاه الحديث، حيث إستعمل نفس المصطلح العام "إتفاقية التحكيم" والذي يشمل كل من شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، وذلك في القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.⁵

إن إتفاق التحكيم مهما كان شكله (شرطا أو مشاركة) يعتبر عقدا بين الأطراف ينبغي أن يخضع للقواعد العامة للعقود⁶، بحيث لا بد أن تتوفر فيه الشروط الموضوعية العامة للعقد⁷، من رضا ومحل وسبب⁸، وشروط أخرى خاصة بالتحكيم هي: الأهلية⁹، وتحكيمية النزاع والكتابة، فلا مجال هنا لدراسة

(1) من أشهر القرارات التي تؤكد على شرط التحكيم في المجال الدولي نجد قرار Mardelé في 19 فيفري 1930، وقرار Dambicourty في 27 جانفي 1931.

(2) د. سامية راشد، المرجع السابق، ص.85.

(3) لمزيد من التفاصيل حول قضية Gosset راجع: philippe Fouchard, E.Gouillard, B.Goldman "Traité d'arbitrage commercial international" Edition L-I-T-E-C, 1996, page.201.

(4) راجع: حفيظة السيد حداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1996، ص.17 و18.

(5) نصت المادة 01 /1040 من القانون 09/08 على أنه: "تسري إتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية".

(6) راجع: محمد كولا، مرجع سابق، ص.121.

(7) راجع الشروط الموضوعية المبينة في المادة 59 وما يليها من القانون المدني الجزائري.

(8) يتمثل الرضى في إتفاق التحكيم في رضى الأطراف الإلتجاء إلى التحكيم لفض نزاعهم، أما محل إتفاق التحكيم هو موضوع النزاع المراد حسمه، أما السبب فهو الباعث للتعاقد وهو فض النزاع.

- لمزيد من التفاصيل راجع: محمود السيد عمر التحوي، أركان الإتفاق على التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص.14 وما يليها.

(9) المقصود بالأهلية هنا، الأهلية اللازمة، للإتفاق على حسم النزاع بالتحكيم، فلا يمكن للشخص أن يجري إتفاقا على ذلك إلا إذا كانت له أهلية التصرف في الحقوق المتعلقة بالنزاع المراد حسمه بالتحكيم. ولأجل معرفة القواعد القانونية التي تحكم مسائل الأهلية يتم الرجوع إلى القانون الشخصي لأطراف الإتفاق = والقانون الشخصي يحدد بموجب الرابطة بين الشخص والدولة التي ينتمي إليها ويخضع لقانونها.

كل هذه الشروط، لأن دراستنا في هذا المجال تنصب على ما مدى إعمال سلطان الإرادة في إتفاق التحكيم، وبالتالي فإن إهتمامنا سينصب حول إرادة أطراف التجارة الدولية، والتي ترتبط في الأساس بعنصر الرضا، الذي يعتبر مركز الثقل وحجر الزاوية في إتفاق التحكيم، والمصدر الذي يستمد منه هذا الأخير قوته. فمن هذا المنطلق لا بد أن يكون التراضي واضحا وصریحا، خاليا من العيوب¹، وأن يكون مكتوبا، وتم صياغته بصورة دقيقة وهذا ما سنعالجه في الفقرة الثانية.

ثانيا : صياغة إتفاق التحكيم.

أشرنا سلفا إلى أن إختيار الأطراف لطريق التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات التي تنشأ بينهم يترتب عليه أثر هام وهو إستبعاد إختصاص القضاء العادي في نظر النزاع، ومن ثم فلا بد أن يندرج هذا التحكيم في إطار وثيقة مكتوبة تفيد المعنى السابق، كون الإتفاق على التحكيم وسيلة إتفاقية للتقاضي.² فعلى الرغم من كون إتفاق التحكيم عقدا رضائيا، كما سبق تبيان، فقد تباينت مواقف التشريعات المقارنة بشأن شرط الكتابة في التحكيم فيما إذا كان ركنا من أركان إتفاق التحكيم، أي شرطا لصحته، أم مجرد وسيلة لإثباته ؟

ففي فرنسا نصت المادة 1443 من المرسوم الفرنسي للتحكيم الداخلي لعام 1980 على أنه : "يجب أن يكون شرط التحكيم مكتوبا في العقد، أو في أي مستند، وإلا كان التحكيم باطلا".³ وأضافت المادة 1499 من ذات المرسوم : "يجب أن تكون مشاركة التحكيم ثابتة بالكتابة" وقد أكدت هذا نص المادة 1494 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.⁴ أما في الدول الإنجلوسكسونية - بصفة عامة - نجدها قد إشتطت الكتابة لإثبات إتفاق التحكيم، ولم تعتبرها شرطا لإتفاق التحكيم.⁵

وفيما يتعلق بالمعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم، فقد إختلفت في مناهجها في هذا الصدد، فقد نصت إتفاقية نيويورك بشأن الإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1958 على أنه : "تعترف

(1) كالإكراه والغلط والتدليس.

(2) د. عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص. 448.

(3) "La clause compromissoire doit à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale, ou dans un document auquel celle-ci se réfère..."

- Jean Robert , op-cit page 235 et 236.

(4) «L'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité... »

(5) د. عصام عبد الفتاح مطر، نفس المرجع السابق، ص. 449.

كل دولة متعاقدة بالإتفاق المكتوب الذي يلتزم الأفراد بمقتضاه بأن يخضعوا كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم¹.

وقد إتجه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي إلى توحيد شكل إتفاق التحكيم، فأوجب الكتابة كشرط لإنعقاد إتفاق التحكيم وهو ما نصت عليه المادة 32 من قانون التحكيم التجاري الدولي الصادر سنة 1950²، وكذا قانون التحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 في المادة 2/7³. أما المشرع الجزائري، فقد حذا حذو المشرع السويسري والمشرع المصري⁴، عندما أوجب كتابة إتفاق التحكيم وإلا كان باطلا وذلك في المادة 2/1040 من القانون 09/08 بنصها "يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم إتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة إتصال أخرى تميز الإثبات بالكتابة"، وهي مستمدة جزئيا من نص المادة 1/178 من القانون الدولي الخاص السويسري الجديد⁵. ومن هنا يكون القانون 09/08 قد ساير إتفاقية نيويورك لسنة 1958، بصدد الإعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، على إعتبار أن الجزائر قد إنضمت إلى هذه الإتفاقية في سنة 1988⁶.

ويرى بعض الفقه أن للكتابة أهمية بالغة من الناحية العملية، فلكي يحقق شرط التحكيم الوارد في عقود التجارة الدولية فاعليته من الناحية العملية، وأثر فعال ومحديد في تسوية المنازعات الناشئة عن العقد، يجب أن يكون محلا لصياغة محددة ودقيقة لإمكان إعماله بطريقة منتجة وإلزام الطرف الآخر به، فهذه الكتابة - حسب هذا الفقه- تؤدي وظيفتين في نطاق التحكيم أولهما أنها مطلوبة لوجوده، وثانيهما أنها مطلوبة لإثباته⁷.

وتبدو أهمية الدقة عند صياغة الإتفاق على التحكيم فيما يترتب على ذلك من مزايا تؤثر على فاعلية التحكيم، لذلك لا بد أن يصاغ إتفاق التحكيم بدقة، ويستوفي كل التفاصيل المتعلقة بتنظيم سير إجراءات التحكيم مثل طرق تعيين المحكمين، وكيفية إختيارهم، تحديد المكان الذي سيتم فيه التحكيم، تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وموضوع النزاع..... إلخ . وعليه فإن إغفال البعض من هذه التفاصيل قد ينجم عنه الدخول في متاهات وتعقيدات قد تؤدي إلى المساس بحقوق الأطراف، وإهدار الحكمة المرجوة من التحكيم التجاري الدولي¹.

(1) راجع الفقرة الأولى من المادة الثانية من إتفاقية نيويورك في سنة 1958.

(2) راجع: منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص.92

(3) تنص المادة 2/7 من قانون التحكيم الدولي لسنة 1985 "يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا ...".

(4) نصت المادة 12 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه: "يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا . ويكون إتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محررا وقعه الطرفان، أو إذا تضمنته ما تبادلته الطرفان من رسائل وبرقيات، أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة".

(5) تنص المادة 1/178 من القانون الدولي الخاص السويسري على: "يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم إتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي".

(6) صادقت الجزائر على إتفاقية نيويورك بموجب المرسوم 233/88 المؤرخ في 1988/11/05

(7) راجع: نصيرة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، ديوان المطبوعات الجامعية، جامعة الجزائر، 1992، ص.396

(1) راجع: أمال الفزاري، مرجع سابق، ص.251

ولتسهيل ظروف التجارة الدولية وتحريرها من القيود، لما تتطلبه من سرعة ومرونة، لم تحدد التشريعات صيغة معينة يرد فيها إتفاق التحكيم، فإكتفت بورود هذا الإتفاق في صورة مراسلات أو برقيات وغيرها من وسائل الإتصال المكتوبة الحديثة بين الطرفين طالما كانت قاطعة في الدلالة على إرادة اللجوء إلى التحكيم من جانب الطرفين². ويؤكد الفقه الفرنسي على أن توقيع الأطراف ليس متطلبا في هذه الأحوال³، وعلى الرغم من ذلك، أوردت بعض القواعد التحكيمية الدولية بعض الأمثلة والنماذج على صيغ إتفاق التحكيم، لكي يتمكن الأطراف الإستثناس بها عند وضعهم لإتفاق التحكيم⁴، ومن هذه الصيغ ما جاء في قواعد التحكيم التي وضعتها "الأونسترال"⁵.

نستخلص مما سبق ذكره أن القوانين الوطنية والإتفاقيات الدولية التي إشتطت أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا، لم تشترط شكلا معيناً للكتابة، وتركت ذلك لإرادة الأطراف الذين لهم كامل الحرية في صياغة إتفاق التحكيم، وتضمينه الأمور التي يرونها مناسبة والتي يرغبون فيها، والتي لا تتعارض مع طبيعة التحكيم.

في الأخير تجدر الإشارة إلى مبدأ هام أصبح من المبادئ المستقرة في التحكيم التجاري الدولي، وهو "مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي"⁶. فقد يتعرض العقد الأصلي الذي يتضمن إتفاق التحكيم للبطلان أو الفسخ، فهل يؤثر ذلك على صحة إتفاق التحكيم؟ وبمفهوم المخالفة، إذا كان إتفاق التحكيم باطلا فهل يؤثر ذلك على بطلان العقد الأصلي؟ أم أن إتفاق التحكيم مستقل عن العقد الأصلي؟

قرر المشرع الفرنسي أن بطلان شرط التحكيم لا يكون له أثر على بقاء العقد الأصلي، وهو ما يستفاد من نص المادة 3/1444 مرافعات فرنسي، كما أن عدم مشروعية العقد الأصلي أو بطلانه لا يؤثر على إتفاق التحكيم، ذلك أن إتفاق التحكيم يعالج موضوعا مختلفا تماما عن موضوع العقد الأصلي، إذ يعد إتفاق التحكيم تصرفا قائما بذاته، له كيان مستقل عن كيان العقد الأصلي¹. وبهذا

(2) نص المشرع المصري على ذلك في نص المادة 12 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994: "يكون إتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان، أو إذا تضمنته ما تبادلته الطرفان من رسائل وبرقيات أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة."

وكذلك المشرع الجزائري في نص المادة 2/1040 من القانون 09/08 "... أن تبرم إتفاقية التحكيم كتابة أو بأي وسيلة إتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة."

(3) راجع: منير عبد المجيد: مرجع سابق، ص.93

(4) د. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص.110

(5) جاء في نص المادة الأولى من قواعد الأونسترال النموذجي لصياغة إتفاق التحكيم: "كل نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به أو بمخالفة أحكامه... يسوى بطريق التحكيم وفقا لقواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي".

(6) كرس القضاء الفرنسي هذا المبدأ لأول مرة في قضية Gosset سنة 1963، والتي تعتبر الخطوة الأولى في تكريس مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي. ولمزيد من التفاصيل والتوضيحات حول دور القضاء الفرنسي في تكريس مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم راجع: زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه دولة الجزء الثاني، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1990/1991، ص.360 وما يليها.

(1) راجع: حسيني المصري، مرجع سابق، ص.126

حكمت محكمة باريس في 21 فبراير 1964 أنه: "إذا كان رفض تسليم شهادات تصدير الشعير أدى إلى منع التصدير وعدم إمكان المصدر شحن البضاعة، مما ترتب عليه فسخ عقد البيع، إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح في العقد، ومن ثم فإن شرط التحكيم يبقى صحيحاً، وتكون هيئة التحكيم هي الجهة المختصة بالفصل في النزاع."²

والياً تنص معظم الدول في قوانينها على مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، ومن ذلك قانون التحكيم المصري لسنة 1994 في المادة 23 بنصها "يعتبر شرط التحكيم إتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنتهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في حد ذاته". وهو نفس النهج الذي سار عليه المشرع الجزائري حيث كرس هذا المبدأ في نص المادة 4/1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09 لسنة 2008 حيث جاء في نص هذه المادة "لا يمكن الإحتجاج بعدم صحة إتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

فلا يغيب عن بالنا الإرتباط الوثيق الموجود بين مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ومبدأ سلطان إرادة الأطراف في حقل التجارة الدولية، لأن مبدأ الإستقلالية يهدف إلى توفير الحماية القانونية لإتفاق التحكيم، وتدعيم فاعليته، وأن غياب مثل هذه الحماية سيؤدي حتماً إلى تعريض التحكيم التجاري الدولي لذات النقائص والعيوب التي يتميز بها القضاء العادي³، وهذا ما عبر عنه القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في قضية Dalico، والذي قررت فيه صراحة: "إن الإرادة المشتركة للأطراف التي يستمد منها إتفاق التحكيم وجوده وفاعليته، مصدرها قاعدة مادية في القانون الدولي للتحكيم وهي قاعدة الإستقلال القانوني لإتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأساسي"⁴.

يترتب عن قاعدة إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي إمكانية خضوع إتفاق التحكيم لقانون مستقل عن القانون المطبق على العقد الأصلي، وهو ما سنعالجه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم.

(2) راجع في هذا الصدد: منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 124 و125.
= من الآثار المباشرة التي تترتب على مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي هي عدم إرتباط مصير هذا الإتفاق بمصير العقد الأصلي من جهة ومن جهة أخرى خضوع إتفاق التحكيم لقانون آخر غير القانون الذي يخضع له العقد الأصلي.

(3) رأي الأستاذ J.P. Ancel، مشار إليه في كتاب، حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص.95

(4) Cass, 20 décembre 1993, Rev. cit. DIP. 1994 page note, P.Mayer, clunet 1994 note, E.Gaillard.

يؤدي إعتناق مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي إلى التسليم بإمكانية خضوع إتفاق التحكيم لنظام قانوني يختلف عن النظام القانوني للعقد الوارد فيه، فلا يشترط أن يخضع إتفاق التحكيم لنفس القانون الذي يحكم العقد، إذ يجوز للأطراف إختيار قانون معين ليحكم العقد وآخر ليحكم إتفاق التحكيم¹.

غير أن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم مسألة معقدة جدا، وهذا راجع للخلاف والجدل الفقهي والقضائي بصددها، نظرا لإختلاف التكييفات بشأن تحديد الطبيعة القانونية لإتفاق التحكيم، حيث يكشف تتبع الفقه والقضاء عن وجود إتجاهين رئيسيين في تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، أحدهما ينحاز إلى إعمال قانون الإرادة على إعتبار أن إتفاق التحكيم عقد مستقل عن الإجراءات التي يعد مصدرها وأساسها وفقا للقواعد المستقرة والمعمول بها بشأن العقود الدولية، أما الآخر فينحاز إلى تطبيق قانون مقر التحكيم لأنه ينظر إلى إتفاق التحكيم مسألة تتعلق بالإجراءات يؤدي إلى خضوعه للقانون الذي يحكم هذه الأخيرة.²

وعلى وقع هذا الخلاف سنتناول في هذا الفرع الخلاف الذي ثار بين أنصار الطبيعة الإتفاقية للتحكيم الذين ينادون بضرورة تطبيق مبدأ سلطان الإرادة، وذلك إستنادا إلى فكرة سيادة الإرادة في العقود الدولية، وأنصار الطبيعة القضائية للتحكيم الذين ينادون بتطبيق قانون مقر التحكيم. محاولين من خلال ذلك إبراز موقف التشريعات المقارنة والإتفاقيات الدولية، وفي الأخير نبين موقف المشرع الجزائري والحل الذي جاء به.

أولا : تطبيق قانون الإرادة.

ينطلق هذا الإتجاه من نقطة أن العقود التجارية الدولية تخضع لقانون الإرادة، ومن ثم فللطرفين إختيار القانون الذي يخضع له إتفاق التحكيم، فهما بذلك يمكن لهم إختيار قانونا آخر غير القانون الذي يحكم العقد الأصلي، سواء كان هذا القانون هو قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم أو كان قانونا آخر غيره.³ فإذا لم يكن هناك إتفاق بين الأطراف على القانون الواجب التطبيق جاز إعمال الضوابط الإحتياطية التي تنص عليها قواعد الإسناد، كقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو قانون الدولة التي تم فيها إبرام العقد، أو قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم...¹ وقد تبني المشرع المصري صراحة

(1) د. عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص.447

(2) راجع في ذلك : مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، 1998، ص.304

(3) د.مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، نفس المرجع السابق، ص 307.

(1) أنظر: منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص.100

هذا الموقف في المادة 19 من القانون المدني التي تخضع العقود الدولية للقانون الذي يتفق عليه الأطراف، أو الذي يتبين من الظروف إتجاه إرادتهم إلى تطبيقه²، وهو نفس الحل الذي إعتنقه القضاء الفرنسي³، لأن القانون الفرنسي يأخذ بقانون الإرادة أصلا في مجال العقود التجارية الدولية، ثم في غياب هذا القانون يعطي للمحكم الإختصاص للنظر في القانون الملائم⁴.

وبالرجوع إلى إتفاقية نيويورك لسنة 1958 في مادتها 1/5 بند 1، فقد حددت القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم بقاعدة أصلية وهو قانون الإرادة، أي القانون الذي تخضع له سائر العقود ذات الطابع الدولي، وقاعدة احتياطية لا يتم اللجوء إليها إلا عند تخلف الإختيار وهي قانون مكان صدور حكم التحكيم⁵.

إن الحل المقدم سابقا لا يواجه أية صعوبة عند إعماله في حالة اتفاق الأطراف صراحة على إختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، إعمالا "لمبدأ سلطان الإرادة"، لكن في الواقع يصعب إعمال هذا الحل في حالة عدم إختيار الأطراف صراحة للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم. وعليه فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو: ما هي طبيعة الإرادة المقصودة هنا؟ بمعنى آخر هل يتعلق الأمر هنا بالإرادة الصريحة فقط، أم يعد أيضا بالإرادة الضمنية أو المفترضة؟

أجبه أغلب الفقه والقضاء، كما أجهت أغلب التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية أن المقصود بالإرادة في هذا الصدد هي الإرادة الصريحة أو الضمنية، وأعطتها الأولوية في إختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، واعتبرت أن القانون الواجب التطبيق لا يفترض من نفسه، وإنما لابد أن يحدد إما بصفة صريحة أو ضمنية من قبل الأطراف المتعاقدة⁶.

ومن ثم يمكن للمتعاقدين إختيار قانون معين صراحة بتسميته، أو ضمنا بالإشارة غير المباشرة والتي يمكن إستخلاصها من ظروف وملابسات العقد الدولي، وذلك في حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم.

مهما كان الشكل الذي تتخذه إرادة الأطراف، سواء كانت صريحة أو ضمنية، فإن الأولوية تعود للقانون الذي إختاره الأطراف -قانون الإرادة- وما هذا إلا تكريسا للمفهوم الكلاسيكي لمبدأ سلطان الإرادة¹.

(2) راجع : أسامة أحمد الحواري، مرجع سابق، ص.80

(3) تنص المادة 1496 ق.إ.م.ف : "L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droits que les parties ont choisies à défaut d'un tel choix conformément à celle qu'il estime appropriées, il tient compte dans tout les cas des usages du commerce"

(4) د. محمد كولا، مرجع سابق، ص.123

(5) د. منير عبد المجيد، نفس المرجع السابق، ص. 99

- P.Fouchard, op-cit, page 78.

(6)

(1) هذا المبدأ تم تكريسه صراحة في القضاء الفرنسي في قرار شهير، سنة 1910 الذي إعتبره الفقه كقرار أساسي Arrêt de base، حيث جعل مبدأ سلطان

ولا يفوتنا التنويه بالمناسبة إلى أنه كان للإتفاقيات الدولية فضل كبير في تكريس مبدأ سلطان الإرادة، حيث أكدت إتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية على الدور الكبير الذي تلعبه إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم². فعلى الرغم من أن هذه الإتفاقية متعلقة بالإعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، إلا أنها لم تتغافل عن صحة إتفاق التحكيم، بإعتباره الركيزة الأساسية للإتجاه نحو الإعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه، لذا فإن إهتمام إتفاقية نيويورك بصحة إتفاق التحكيم وتكريسها لمبدأ سلطان الإرادة يعتبر من أكبر الفتوحات التي حققتها هذه الإتفاقية³.

ثانيا : تطبيق قانون مقر التحكيم.

يعالج هذا الإتجاه المسألة في إطار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، فمن الواضح أن هذا الإتجاه يرى في التحكيم مجرد صورة من صور التقاضي، ومن ثم يرى في إتفاق التحكيم مجرد حلقة إجرائية من حلقات قضاء التحكيم⁴. وقد نادى بهذا الإتجاه الأستاذ "Sausser Hall" في تقريره المقدم إلى معهد القانون الدولي في سنة 1957-1958⁵، حيث أكد في توصياته على ضرورة تغليب قانون مكان إجراء التحكيم على قانون الإرادة، بإعتباره قانون قاعدي، حيث قضى في مادته الخامسة على أنه "يطبق على صحة إتفاق التحكيم قانون مكان إجراء التحكيم"، كما نادى هذا الأستاذ بضرورة توحيد القانون المطبق على التحكيم من أجل إعطاء قاعدة إسناد رئيسية للتحكيم التجاري الدولي⁶. وفي نفس السياق يرى الفقيه "F.Amann" والذي يعتبر من الفقهاء المتأثرين بالطبيعة القضائية للتحكيم، ضرورة خضوع إتفاق التحكيم إلى قانون الدولة التي تتم إجراءات التحكيم على إقليمها، ذلك أن المحكم يخضع للإختصاص التشريعي للدولة التي يقوم بأداء مهمته على إقليمها، وعليه يصبح مثل القاضي يخضع للقانون الوطني¹.

غير أن هذا الإتجاه تعرض إلى العديد من الانتقادات، حيث يرى الفقيه "Pierre Mayer" فيما يتعلق بالطبيعة القضائية والإجرائية التي نادى بها الرأي السابق أنه "صحيح أن العدالة هي ميزة تعمل السلطة العامة على تحقيقها والسهر عليها، وهي تعد من الأمور التي تدخل في النطاق القاصر

الإرادة قاعدة قضائية قررت من خلالها محكمة النقض الفرنسية أن "القانون المطبق على العقود الدولية سواءا من حيث إبرامها أو شروطها أو آثارها هو القانون الذي إختاره الأطراف".

(2) "... n'est valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée" article 5/1 .

(3) راجع: عصام الدين القسبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي الإتفاقي والقانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص.80

(4) راجع : مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص.304

(5) تقرير الأستاذ Sausser Hall، مقدم إلى معهد القانون الدولي، منشور في حوليات معهد القانون الدولي، لسنة 1959.

(6) أنظر : مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، نفس المرجع السابق، ص.305

(1) رأي الأستاذ F.Amann، مشار إليه في كتاب حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص.56

عليها، لذلك إذا قام المحكم بتحقيق العدالة فإن ذلك لن يكون إلا بتفويض من الدولة وفقا للقواعد التي تضعها الدولة². فمن غير المنطقي أن تكون للدولة السلطة المطلقة، لأنه غالبا ما تقر الدولة التحكيم الذي يجري على إقليمها ويتعلق بمنازعة أجنبية فتسمح به دون أن تربط ذلك بضرورة احترام المحكم لأية قواعد قانونية فيها.

ومن الواضح أن هذا الاتجاه يرى في التحكيم حقيقة قضائية تتجرد من أصلها التعاقدية، ويتجاهل أن إتفاق التحكيم هو عقد كسائر العقود يخضع لضوابط الإسناد التي يقرها المشرع له³.

ثالثا : موقف المشرع الجزائري.

من خلال ما سبق عرضه من مواقف، نتساءل عن موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم ؟

لقد كرس القانون 09/08 والمتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية قانون الإرادة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، فالمادة 3/1040 جاءت منسجمة مع إتفاقية نيويورك بصدد تأصيل قانون الإرادة⁴، إذ نصت هذه الفقرة على : "تكون إتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا إستجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي إتفق الأطراف على إختياره، أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما".

يظهر من خلال هذه الفقرة أن إتفاق التحكيم يمكن أن يخضع لثلاثة مصادر تطبق بالتسلسل وهي:

1- خضوع إتفاق التحكيم لقانون الإرادة :

يكون إتفاق التحكيم صحيحا إذا إستجاب للشروط التي وضعها القانون المختار من طرف أطراف النزاع، وبهذا يكون المشرع قد كرس مبدأ سلطان الإرادة المنصوص عليه في المادة 18 ق.م.ج المعدلة والمتممة بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 التي تخضع للإلتزامات التعاقدية للقانون المختار من المتعاقدين شريطة أن تكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد¹.

2- خضوع إتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم موضوع النزاع :

- Pierre Mayer, L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence, Rec- des cours de la haye, (2 1989 T217, page 402.

(3) د. مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص.306

(4) يكون المشرع الجزائري قد ساير القانون الدولي الإتفاقي، إذ أن انضمام الجزائر لإتفاقية نيويورك لسنة 1958 يجعلنا نقول أن الأخذ بالمادة 1/5 يكون أولى من الأخذ بقانون داخلي في حالة تعارضه معها، لأن الإتفاقية تسمو على القانون الداخلي.

(1) ويظهر الخلاف بين نص المادة 3/1040 ق.م.ج والمادة 18 ق.م.ج كون المادة 3/1040 لا تشترط في القانون الذي إختاره الأطراف أن تكون له صلة حقيقية بالعقد أو المتعاقدين، على خلاف المادة 18 ق.م.ج التي إشتترطت وجود صلة حقيقية بين القانون المختار والمتعاقدين أو العقد، بنصها "يسري بالإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد".

المصدر الثاني الذي يمكن أن يخضع له إتفاق التحكيم هو القانون الذي ينظم موضوع النزاع، أي العقد الأصلي، حيث أنه في غياب الإختيار الصريح، يمكن إعتبار الإختيار الثاني بمثابة إختيار ضمني لإرادة الأطراف وهو القانون الذي يخضع له العقد الأصلي².

3- خضوع إتفاق التحكيم للقانون الذي يراه المحكم ملائما :

إحتياطيا، وفي غياب الحلين السابقين، يطبق المحكم على إتفاق التحكيم القانون الذي يراه مناسبا، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أعطى للمحكم سلطة تقديرية في إختيار القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم في غياب الإختيار الصريح للأطراف. فقد تلجأ الهيئة التحكيمية إلى تطبيق قانون دون القانون المطبق على العقد الأصلي، كاللجوء إلى المبادئ العامة للقانون والعادات والأعراف التجارية التي تراها ملائمة³.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد تفادى الإنتقادات التي كانت توجه إليه في المرسوم التشريعي 09/93 حينما كان يفضل تطبيق القانون الجزائري على سلطة المحكم في تطبيق القانون الملائم على إتفاق التحكيم، وما إعتبره بعض الفقه⁴، من تناقض بين المادتين 458 مكرر 3/1 التي نصت على تطبيق القانون الجزائري في حالة غياب الإختيار الصريح للأطراف للقانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، والمادة 458 مكرر 14 التي منحت المحكم سلطة اللجوء مباشرة لتطبيق المبادئ العامة للقانون وأعراف التجارة الدولية⁵.

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري قد أخذ بالإرادة الصريحة في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، ولم يعتد بالإرادة الضمنية، حيث إعتبر سكوت الأطراف عن تعيين القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم تنازلا منهم عن إختيار هذا القانون وبالتالي اللجوء إلى المصادر الإحتياطية التي حددها المشرع الجزائري¹.

نستخلص مما سبق، أن القانون الواجب التطبيق بشأن إتفاق التحكيم هو القانون الذي إختاره المتعاقدين إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر إحدى الركائز الأساسية في التحكيم التجاري الدولي، لأن قضاء التحكيم أساسه الإتفاق على التحكيم والذي يعتبر مصدر إختصاص المحكم، فهذا الإتفاق هو الذي يخلق هذا الإختصاص، ويرسم حدوده، وهذا ما سنتعرض إليه في النقطة الموالية.

(2) د. محمد كولا ، مرجع سابق، ص 126.

(3) راجع نص المادة 1050 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية.

(4) - Terki Noureddine, op-cit, page 31

(5) نصت المادة 458 مكرر 3/1 من المرسوم 09/93 "تعتبر صحيحة من حيث الموضوع إذا إستجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي إتفقت الأطراف، وإما القانون المنظم لموضوع النزاع... وإما القانون الجزائري"، كما نصت المادة 458 مكرر 14 على: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي إختاره الأطراف، وفي غياب ذلك، تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

(1) راجع نص المادة 3/1040 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الثاني

تشكيل محكمة التحكيم.

من الواضح أن أطراف النزاع في حقل التجارة الدولية، عندما تتجه إرادتهم إلى اللجوء إلى التحكيم، فإنهم لا يكتفون بالتعبير عن إخراج النزاع من سلطة القضاء الوطني، بل يتجاوزون ذلك إلى الإفصاح عن عزمهم إختيار هيئة تحكيمية يخضعون هذا النزاع لسلطتها التحكيمية²، لذا فإن البدء في إجراءات التحكيم يفترض نشوء نزاع بين أطراف يربطهما إتفاق تحكيم، إتفقت مسبقاً أو بعد ظهور النزاع على اللجوء إلى التحكيم، وبعد إخطار أحد الأطراف الآخر نيته تحريك إجراءات التحكيم، فإنهم يبدأون بأول إجراء والمتمثل في تشكيل المحكمة التحكيمية، وعليه فإن هذه المسألة من المواضيع الهامة التي يتفق عليها أطراف النزاع³، حيث تتركز على إرادة الأطراف المعنية من جهة، وعلى قبول المحكمين للمهمة المسندة إليهم من جهة أخرى، ذلك أن المحكم يبقى حراً في قبول المهمة المسندة إليه أو رفضها، لذا تقتضي دراسة تشكيل محكمة التحكيم الحديث عن موضوعين هامين هما: تعيين المحكمين (الفرع الأول)، وقبول المحكمين للمهمة المسندة إليهم (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعيين المحكمين.

يخضع تعيين المحكمين لإرادة الأطراف، ويمكن أن تتكون الهيئة التحكيمية من شخص واحد أو عدة أشخاص، بشرط أن يكون العدد وتراً¹، ويمكن أن يتم التعيين بالإسم والصفة (كنقيب المحامين، أو

(2) د. مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 334.

(3) د. إبراهيم رضوان الجبيري، بطلان حكم المحكم، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص 187.

(1) العلة من وجوب وترية العدد في المحكمين هو تفادي ما قد يحدث من مشاكل عند المداولة إذ قد ينقسم المحكمون عندئذ إلى فريقين متساويين فيتعذر صدور الحكم بالأغلبية.

- راجع في ذلك : ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، 2008، ص 196 ومايليها.

نقيب المهندسين...)، وذلك في إتفاق التحكيم أو في إتفاق لاحق، كما يجوز تحويل جهة معينة إختيار المحكمين.²

ويسود مبدأ الحرية والمساواة بين الأطراف في إختيار الهيئة التحكيمية، فلا يكون لأحدهما أفضلية على الآخر في إختيار المحكمين، فإذا كانوا ثلاثة -مثلا- لكل طرف إختيار محكمة الخاص، ويتولى الطرفان أو المحكمان المختاران إختيار المحكم الثالث والذي يسمى بالمحكم الرئيس أو المحكم المرجح، والذي لا يتدخل إلا في حالة حدوث خلاف.³

ويؤخذ على فكرة ترك الأمر في إختيار المحكمين لإرادة الأطراف أن المحكم المختار بمعرفة الخصم يشعر بالتبعية له، وإنتمائه إليه، ويعتبر نفسه بمثابة محام يدافع عن وجهة نظره وعن مصالحه في النزاع، وهو ما يؤدي إلى إهتزاز مبدأ الحياد والإستقلال والنزاهة الواجب توافرها فيه.⁴

وقد أقرت بعض المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم الدولي، منها معاهدة جنيف لسنة 1961، الطبيعة الإتفاقية لمسألة تعيين المحكمين، وكذلك التنظيم الدقيق الذي وضعته لكيفية تعيين المحكمين في حالة عدم تحديد الأطراف لهذا التعيين في مادتها الرابعة.⁵

وقد تم تأكيد هذه الطبيعة الإتفاقية لتعيين المحكمين في الكثير من القرارات في القضاء الفرنسي، ولعل أبرزها القرار الشهير Uryc- galleries lafayette⁶ حيث أولى الكثير من العناية لمسألة إحترام إرادة الأطراف، كما أكد في قرارات أخرى على أنه يرفض طلب بطلان قرار التحكيم إذا كان تأسيس محكمة التحكيم متوافقا مع إرادة أطراف النزاع⁷، والعكس يجب أن يبطل أو يرفض القرار التحكيمي الصادر عن محكمة تحكيمية إذا لم يراعى في تشكيلها إتفاق التحكيم¹. وهو نفس الإتجاه الذي ذهب إليه المشرع الجزائري، الذي لم يكن مختلفا عن موقف الفقه والقضاء الدوليين والأنظمة القانونية المقارنة بخصوص الطبيعة الإتفاقية لمسألة تعيين المحكمين، ويظهر ذلك جليا في نص المادة 106 ق.م.ج التي تعتبر القاعدة العامة في العقود². وكذلك ما نصت عليه المادة 1041 من القانون 09/08 المتضمن قانون

(2) د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، بدون سنة، ص 489.

(3) راجع: منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف 1997، ص 133.

(4) د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 143.

(5) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 1997، ص 255.

(6) قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية في 13 أبريل 1972 في قضية Galeries Lafayette U-R-Y والقرار الصادر أيضا عن محكمة باريس الصادر في 22 مارس 1983 في قضية Raffineries de pétroles d'homs.

راجع محسن شفيق، المرجع السابق نفسه، ص 258 ومباينها.

(7) أنظر في هذا المعنى: - Paris, 6 avril 1991, Philippe Brother, arb-1990, page 880, note M- de Boissésou

(1) راجع: - L'affaire Cas d'el ESTADO ste et E.T.P.M paris 11 fev 1988, Rev, arb 1980, p683, note L.Zollinger Cass. 1er Civ 4 déc 1990, Rev.arb 1991, p81 note P.Fouchard.

(2) تنص المادة 106 ق.م.ج صراحة على أن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون".

الإجراءات المدنية والإدارية على أن يمكن للأطراف تعيين المحكمين مباشرة وتعييننا مسبقا في إتفاق التحكيم، أو عند نشوء النزاع³.

فالملاحظ أن غالبية التشريعات إتجهت إلى التسليم بحرية أطراف النزاع في إختيار المحكم، وإكتفت بوضع بعض الضوابط العامة التي تضمن صلاحية المحكم لأداء مهمته⁴، وهذه الحرية التي تكفلها الأنظمة القانونية المختلفة تلقي على عاتق أطراف النزاع مسؤولية إختيار المحكم، الأمر الذي يقتضي ضرورة توخي الدقة والحذر في الإختيار، لأن نجاح التحكيم يتوقف على حسن إختيار المحكم⁵.

وعلى الرغم من ذلك فقد حددت غالبية الأنظمة القانونية شروط عامة يجب توافرها في المحكم، وهي ذات الشروط الواجب توافرها في القاضي نذكر منها :

1. أن يكون المحكم شخصا طبيعيا :

إن الشخص الطبيعي هو الذي يفكر ويقرر على ضوء ما يحيط به من ظواهر وحقائق، وما من شخص معنوي إلا وله شخص طبيعي يعبر عن إرادته، ومن أجل ذلك نصت المادة 1415 من قانون المرافعات الفرنسي على أنه "لا يجوز إسناد مهمة التحكيم إلا لشخص طبيعي"⁶. وتكاد تجمع التشريعات على أن إشتراط أن يكون المحكم شخصا طبيعيا لا يحتاج إلى نص خاص، حيث يستفاد من النصوص القانونية المتضمنة لشروط المحكم.

2. توافر الأهلية القانونية :

أجمعت غالبية الأنظمة القانونية الخاصة بالتحكيم¹ بصفة عامة توافر الأهلية المدنية للمحكم، فالأهلية المطلوب توافرها في المحكم هي صلاحيته لإكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات، وبمعنى آخر صلاحية المحكم لمباشرة حقوقه المدنية².

3. إستقلال وحياد المحكم :

(3) تنص المادة 1041 من القانون 09/08 على "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم....".

(4) د. عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 40.

(5) د. إبراهيم رضوان الجبيري، المرجع السابق، ص 20.

(6) راجع : حسني المصري، مرجع سابق، ص 185.

(1) من أمثلة هذه الأنظمة والقوانين المادة 2/168 من قانون المرافعات اللبناني، المادة 1451 قانون المرافعات الفرنسي.

(2) ينبغي أن يعطى لمفهوم الحقوق المدنية مفهوما واسعا، فلا يكون المحكم محروما منها بسبب عقوبة جنائية أو إفلاس أو محجورا عليه ...

إن حياد المحكم وإستقلاله ضمانه رئيسية لإستمرار إجراءات التحكيم، وإحترام حكم التحكيم بعد صدوره³. والمقصود بالإستقلال إنتفاء صلة المحكم بموضوع النزاع وألا يكون له مصلحة فيه، أو إرتباط بأي من الأطراف، فالمحكم بإعتباره قاضيا لا يجوز أن يكون طرفا في النزاع بأي شكل من الأشكال أو له مصلحة فيه على أي وجه. أما الحياد فيعني عدم الميل أو الحكم بالهوى لصالح أي من الطرفين⁴.

وقد أكد المشرع المصري صراحة على هذا الشرط، على أن عدم الإستقلالية سبب من أسباب رد المحكم في المادة 1/18 من قانون التحكيم لسنة 1994⁵. أما المشرع الفرنسي فلم يتعرض إلى صفة الإستقلال والحياد وإنما جاءت المادة 2/1452 ق.إ.ج.م.ف عامة⁶. أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم ينص على هذا الشرط صراحة وإنما يمكن إستخلاصه من أحكام القانون 09/08 السالف الذكر، لذلك تبقى مسألة الإستقلال والحياد مسألة نسبية يرجع تقديرها للأطراف.

4. توافر المؤهلات العلمية والإختصاص :

ويشمل هذا الشرط كل ما يتعلق بالرصيد العلمي للمحكم، لأن نجاح التحكيم يتوقف على القيمة العلمية للمحكم، وتخصه في النزاع المعروض عليه. فمن البديهي أن يختار أطراف النزاع محكمين ذوي خبرة ومؤهلات علمية مقبولة لضمان السير الحسن لعملية التحكيم.

* بالنسبة لجنسية المحكمين¹، فلا يشترط مراعاة شرط الجنسية بالنسبة للمحكمين، ولكن قد يكون لهذا الشرط دور عندما يتعلق الأمر بالمحكم الفرد، أو المحكم الثالث كرئيس للهيئة التحكيمية²، لكن حتى بالنسبة للمحكم الفرد أو الرئيس ذهب القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 إلى عدم الأخذ بشرط الجنسية³. لكن تذهب إتفاقيات دولية أخرى إلى الأخذ بشرط الجنسية لضمان فعالية التحكيم وحياد المحكم، فمؤتمر الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (C.N.U.D.C.I) يضع بعض الشروط، من بينها تفضيل تعيين المحكم من جنسية مختلفة عن جنسية الأطراف (المادة

(3) د. إبراهيم رضوان الجبيري، مرجع سابق، ص 208.

(4) راجع : محمد كولا، مرجع سابق، ص 178.

(5) أنظر : حسني المصري، نفس المرجع السابق، ص 184.

(6) « Arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties, en ce cas il ne peut accepter sa mission qu'avec l'accord de ces parties » article 1452/2.

(1) الجنسية رابطة سياسية وقانونية بين شخص ودولة، وهي تمثل تعبير قانوني عن حالة إجتماعية وسياسية. - راجع في ذلك موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: القواعد المادية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989، ص 97.

(2) د. محمد كولا، مرجع سابق، ص 174.

(3) تنص المادة 01/11 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 على "لا يمنع أي شخص بسبب جنسيته من العمل كمحكم مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

4/6⁴، فشرط الجنسية هو وقاية من الشكوك التي يمكن أن تحيط بالمحكم وضمانة لعدم إنحيازه لأي طرف في النزاع.

ففي تقديرنا نرى أنه من الصعب تحديد الشروط الواجب توافرها في المحكم، لذا من الأفضل إعطاء الحرية لأطراف النزاع لتحديد الشروط والمواصفات التي يرونها ضرورية في المحكمين. غير أن القول بأن مسألة إختيار المحكمين يحكمها مبدأ أساسي وهو مبدأ سلطان إرادة الأطراف قد لا يصدق في جميع الحالات، لأنه أحيانا يتفق أطراف النزاع على إخضاع النزاع القائم بينهم إلى تحكيم الحالات الخاصة، بدون تحديد كيفية وطرق تسمية المحكمين بشكل واضح ودقيق، فكيف نضمن تشكيل الهيئة التحكيمية في هذه الحالة؟

يجمع الفقه على أن أحسن وسيلة لفض هذه الخلافات هي تدخل هيئة خارجية، فهناك نوعين من السلطات الخارجية التي يمكن للأطراف إختيارها :

1- تدخل سلطة نقابية :

كثيرا ما تتشكل في حقل التجارة الدولية تكتلات نقابية وهامة، دون أن يكون لها مركز تحكيمي، فعالية العقود النموذجية والشروط العامة للبيع التي تتضمن اللجوء إلى التحكيم تنص على أن تتدخل سلطة نقابية في تشكيل المحكمة التحكيمية إذا اقتضت الضرورة.⁵

2- تدخل السلطة العامة :

قد يتضمن إتفاق التحكيم اللجوء إلى شخصية غير نقابية للحلول محل الطرف المتماطل في تسمية المحكم، ويتضح ذلك جليا في الشركات العالمية، كما نجده في علاقات الشركات التجارية الكبرى التابعة للدول المتقدمة مع الدول النامية، فالنزاعات الناشئة في هذه الحالة تعتبر من أصعب المواضيع التي تواجه القانون الدولي. ولقد تم التوصل في العديد من الحالات إلى الإتفاق على هيئة أو سلطة عامة وطنية أو دولية تتدخل عند الإقتضاء لتشكيل محكمة التحكيم.¹

(4) راجع : محمد كولا، نفس المرجع السابق، ص 174.

= أصبحت الجنسية تأخذ مفهوما واسعا، لاسيما أنه أصبح الوطن الأوروبي واحدا له عملة خاصة به، وبإمكان المواطن الأوروبي التجول في ربوع أوروبا دون حمل جواز سفر، وقد تشمل كذلك الجنسية ديانة الشخص.

(5) راجع : نصيرة سعدي، مرجع سابق، ص 394.

(1) أنظر : عبد الهادي عباس، جهاد هوامش، التحكيم الإختياري والإجباري، التحكيم في المنازعات الدولية والتحكيم في التجارة الدولية، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، أديب إستنبولي، 1982، ص 415.

فقد يتدخل قضاء الدولة المضيفة للتحكيم لإجراء التعيينات اللازمة، وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 2/1493 ق.ا.م.ف والتي تعطي لرئيس محكمة باريس القيام بالتعيينات حسب الحالات المنصوص عليها في المادة 1457 بشرط أن يتم التحكيم في فرنسا.²

وعلى نفس النهج سار المشرع الجزائري إلى إعطاء إختصاص إجراء التعيينات اللازمة للقضاء الجزائري، وهذا ما نصت عليه المادة 2/1041 ق.ا.ج.م بنصها: "في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو إستبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي :

1. رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

2. رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج وإختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر".

وبالرجوع إلى الإتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1983 نستخلص أن إجراء التعيينات اللازمة في حالة تقاعس الأطراف يتقاسمها كل من القضاء الجزائري المتمثل في رئيس محكمة الجزائر إذا كان الطرف المتقاعس جزائريا، والقضاء الفرنسي المتمثل في رئيس المحكمة التجارية بباريس إذا كان الطرف المتقاعس فرنسيا.³

وفي بعض التطبيقات العقدية في بعض الدول يتم الإستعانة بجهة قضائية أجنبية لإجراء التعيينات اللازمة، مثل ما نصت عليه المادة 2/24 من عقد مقاوله العراق وشركة إيران سنة 1964 على أنه: "إذا تخلف أحد الطرفين عن تعيين محكمه، فلأبي من الطرفين أن يطلب من رئيس المحكمة الفيدرالية في لوزان (سويسرا) أو عند غيابه من أعلى حاكم رتبة في المحكمة المذكورة تعيين هذا المحكم."¹

لقد رفض جانب من الفقه فكرة تدخل السلطة العامة في تعيين المحكمين، لأنه من غير المنطقي بالنسبة للمتعاملين في حقل التجارة الدولية الذين يرون في التحكيم مجالا لإعمال سلطان إرادتهم وإستقلالهم، الإستعانة في تشكيل محكمة التحكيم بسلطة عامة تابعة للقانون العام سواء كانت وطنية أو دولية.²

الفرع الثاني

(2) د. محمد كولا، مرجع سابق، ص.160، 161

(3) راجع المادة 1/5 من إتفاق نظام التحكيم الجزائري الفرنسي المؤرخ في 1983/03/27.

(1) راجع : محمد كولا، مرجع سابق، ص 164.

(2) رأي الأستاذ Philippe Fouchard مشار إليه في كتاب، عبد الهادي عباس وجهاد هوامش، المرجع السابق، ص 421.

قبول المحكم للمهمة المسندة إليه.

إذا كان عنصر التعيين- وهو العنصر الجوهرى في إتفاق التحكيم- يترتب أصلا على الإرادة المشتركة للأطراف، فإن قبول المحكم للمهمة المسندة إليه بموجب هذا الإتفاق يبقى متوقفا على إرادة هذا الأخير، ومن ثم فإن هذا القبول من جانب المحكم يتطلب أن يكون ثمة علاقة تعاقدية أخرى تخضع لقانون الإرادة، وتختلف تماما عن إتفاق التحكيم وتستقل عنه.³

فلا يمكن إجبار المحكم على القيام بالمهمة المسندة إليه حتى ولو كان تعيينه من قبل المحكمة المختصة، فالمحكم له الخيار في قبولها أو عدم قبولها.⁴

ففي القانون الفرنسى فإن قبول المحكم للمهمة يعد إجراء جوهريا لتشكيل هيئة التحكيم، حيث نصت المادة 1/1452 من قانون المرافعات الفرنسى على أن تشكيل هيئة التحكيم لا يكون نهائيا ومكتملا إلا بقبول المحكم للمهمة التي عهد إليه بها من قبل أطراف النزاع.⁵

ومن الملاحظ أن إتفاقيات التحكيم التجاري الدولي لا تتضمن إلا نصوصا قليلة وموجزة بشأن وجوب قبول المحكم الدولي لمهمة التحكيم، وذلك راجع إلى أن قبول المحكم لهذه المهمة يعد من المبادئ الأساسية المسلم بها في التحكيم الدولي.⁶

وتجمع غالبية التشريعات والإتفاقيات الدولية على أن قبول المحكم لمهامه لا بد أن يكون كتابيا، وهذا الإجراء يعتبر هاما، لأن تخلف هذه الكتابة قد يخلق بعض العراقيل منها فتح المجال للطعن ببطلان الحكم التحكيمي إستنادا لنص المادة 3/1502 ق.إ.م.ف، كما أكد المشرع المصرى ذلك في نص المادة 3/16 من قانون التحكيم المصرى لسنة 1994، والتي جاء فيها: "يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابيا....."¹. أما المشرع الجزائرى فلم يتطرق لهذا الشرط صراحة في القانون 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا نقص يؤخذ عليه.

وتثير مسألة قبول المحكم لمهمة التحكيم مسألتين هما: أثر هذا القبول، وضرورة إفصاح المحكم عن الأسباب التي قد تدعو إلى رده.

أولا: أثر قبول المحكم لمهمة التحكيم.

(3) د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 134.

(4) د. إبراهيم رضوان الجببير، مرجع سابق، ص 207.

(5) نصت المادة 1/1452 ق.إ.م.ف على: « La constitution du tribunal arbitrale n'est parfaite que si les arbitres acceptent la mission que leur est confiée »

(6) د. حسنى المصرى، مرجع سابق، ص 212.

(1) راجع: محمد كولا، مرجع سابق، ص 180.

يترتب على قبول المحكم لمهمته التحكيمية خلق إلتزامات متبادلة بين المحكم وأطراف النزاع، يكون في صورة عقد يربط الأطراف المتنازعة والمحكم أو المحكمون²، فيلتزم المحكم بالتحكيم ويلتزم الطرف المتنازع بدفع الأتعاب، لذا فيلزم لقيام عقد التحكيم هذا، قبول التحكيم وإتصاله بإيجاب الأطراف المتنازعة. ولا يترتب على رفض المحكم لمهمته بطلان إتفاق التحكيم، وإنما تعلق آثاره إلى حين تمام القبول من محكم آخر يتفق عليه الأطراف.³

أحيانا ما يطلب المحكم من أطراف النزاع منحه مهلة للتفكير في قبول التحكيم أو رفضه، وهي مهلة يراجع فيها المحكم موقفه، سواء فيما يتعلق بالجوانب الموضوعية لمهمة التحكيم، أو بالجوانب الشخصية التي ترجع إلى علاقته بالخصوم، ويعتبر هذا الطلب قبولاً مبدئياً للتحكيم لا يترتب آثار القبول النهائي الذي يلزم المحكم بالتحكيم.⁴

كما أنه لقبول المحكم لمهمته أثيرين هامين : الأول هو تثبيت إنهاء تشكيل المحكمة التحكيمية، والثاني وهو الأهم بداية العد، إذ أنه من هذا الوقت تبدأ مهمة المحكمين.⁵ إذا كان المحكم المختار لا يجبر على قبول مهمة التحكيم، فإن قبوله لها يوجب عليه أن يتممها وإلا كان مسؤولاً عن تعويض الأضرار التي قد تصيب أحد الطرفين من جراء عدم إتمامها، إلا أنه في حالة الظروف القاهرة الخارجة عن إرادته فلا يلزم بذلك كالمريض مثلاً.....¹

ثانياً: ضرورة إفصاح المحكم عن الأسباب الداعية لرده.

إن إتفاق أطراف النزاع على تعيين محكم معين ينبي على فرضية خلو هذا المحكم من الأسباب الداعية لرده بعد تعيينه، وهي الأسباب التي تؤثر في حياده وإستقلاله، لذا يجدر بالمحكم أن يفصح عن هذه الأسباب التي قد تدعو لرده قبل إعلانه النهائي بقبول مهمة التحكيم حتى يكون الأطراف على بينة من الأمر.² فإما يقبل الأطراف تعيين نفس المحكم بالرغم من الأسباب التي قد تثير في تقديره طلب رده نظراً لإقتناعهم بأنها لن تؤثر في حياده وإستقلاله، وهنا لا يجوز لأحد الأطراف طلب رد هذا المحكم لنفس الأسباب التي كشف عنها قبل تعيينه³، وإما يتفقان على تعيين محكم آخر.

(2) إختلف الفقه في تسمية هذا العقد، فمنهم من أطلق عليه مصطلح عقد التحكيم Contrat d'arbitrage بينما أطلق عليه البعض الآخر مصطلح عقد تنصيب Contrat d'investiture. كما إختلف الفقه حول التكييف القانوني لهذا العقد، فمنهم من يرى أنه عقد وكالة، ويتزعم هذا الإتجاه الفقه السويسري، ومنهم من يرى أنه عقد مغاولة حيث يرى Aynés Malaurie أن المهمة المسندة إلى المحكم هي عبارة عن مجموعة خدمات ذات طابع فكري يقوم بأدائها المحكم مقابل عوض، إلا أن الفقه الغالب إستقر على أنه عقد من نوع خاص وهذا راجع إلى الطبيعة المختلطة والخاصة للتحكيم.

-P.Fouchard, op-cit, page 622-623.

(3) د. حسني المصري، مرجع سابق، ص 208.

(4) د. حسني المصري، نفس المرجع السابق، ص 210.

(5) د. إبراهيم رضوان الجغبير، مرجع سابق، ص 208.

(1) راجع : مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 594.

(2) د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 144.

(3) د. حسني المصري، المرجع السابق نفسه، ص 212.

(4) د. عبد الحميد الأحمد، التحكيم، أحكامه ومصادره، الجزء الأول، مؤسسة نوفل للطباعة والنشر، بيروت، 1990، ص 300.

في الأخير نستخلص أن موضوع تشكيل محكمة التحكيم يرتكز أساسا على إرادة الأطراف، ويتجسد ذلك من خلال الحرية الممنوحة للأطراف في إختيار المحكمين، وحريرتهم في تحديد المهام المسندة إليهم عن طريق تحديد السلطات الممنوحة لهم، والإلتزامات التي تقع على عاتقهم بمجرد قبولهم للمهمة التحكيمية وذلك بمقتضى عقد التحكيم، وهذا ما سنتعرض إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثالث

تحديد سلطات وإلتزامات المحكم.

عنيت القوانين الوطنية ومعظم إتفاقيات التحكيم التجاري الدولي ببيان سلطات المحكم وإلتزاماته، ذلك أن إختصاص القاضي العادي هو إختصاص عام وشامل، أما في التحكيم التجاري الدولي فإن مصدر الإختصاص هو إرادة الأطراف التي تمنح للمحكم سلطات وإختصاصات إستثنائية، وفي المقابل فإن هذه الإرادة تقيده بمجموعة من الإلتزامات، لأن المحكم لا يمكنه الخروج عن حدود المهمة التحكيمية التي عهدت بها إليه إرادة الأطراف.⁴

وفي هذا الصدد يتفق الفقه على أن المحكم يمارس مهمة قضائية تمنحه سلطات وتفرض عليه إلتزامات مثله مثل القضاة العاديين، غير أن مجال هذه المهمة لا يتحدد بموجب قواعد وطنية داخلية صارمة، وإنما يستمد من المصدر الوحيد والمتمثل في الحرية التعاقدية المعترف بها للأطراف والتي لا يمكن للمحكم تجاوزها أو التعدي عليها.¹ حيث يرى الأستاذ "Eric loquin" أن "التعايش القائم بين المظهر الإتفاقي ، والمظهر القضائي هو من الميزات الأساسية للتحكيم التجاري الدولي".²

وفي صدد البحث عن أساس شرعية المحكم يرى الفقيه "Claude Reymond" أن "المحكم بإعتباره قاضي من نوع خاص، فإنه يستمد شرعيته للفصل في النزاع من قبل الأطراف".³ إذن، فالسؤال الذي يطرح نفسه : ما مدى حرية الأطراف في تحديد سلطات وإلتزامات المحكم ؟ وللإجابة على هذا التساؤل نورد في هذا المطلب فرعين، نتكلم في الفرع الأول عن تحديد سلطات المحكم، ثم في الفرع الثاني عن تحديد إلتزاماته.

– Eric loquin, l'aimable composition en droit comparé et international, librairie technique, paris, 1980, page194.

(1)

"l'un des traits, les plus originaux de l'arbitrage réside dans cette coexistence de l'aspect contractuel et l'aspect juridictionnel"

(2)

(3) رأي الأستاذ Claude Reymond، مشار إليه في كتاب عبد الحميد الأحذب، التحكيم : أحكامه ومصادره، المرجع السابق، ص.303.

الفرع الأول

تحديد سلطات المحكم.

رأينا سابقا كيف أن سلطات المحكم تستمد من الطبيعة الخاصة للوظيفة التي يمارسها المحكم بإعتباره قاضي من نوع خاص، وأنه يستمد سلطاته من المصدر الوحيد المتمثل في إرادة الأطراف، وهذا ما يخلق نوع من التلازم والإرتباط بين سلطة تصرف الأطراف وسلطات المحكم من جهة ثانية،⁴ حيث تتسع هذه السلطات وتضيق وفقا لإرادة الأطراف، بل أنه في بعض الأحيان تعطي الأطراف للمحكم إمكانية إستبعاد القواعد القانونية التي تكون في نظر الأطراف غير عادلة وغير ملائمة، والفصل على أساس مبادئ العدالة والإنصاف المستمدة من إرادة الأطراف في حقل التجارة الدولية.⁵

إن سلطة المحكم للفصل في النزاع هي محور عملية التحكيم، والأساس الذي يستمد منه المحكم من إرادة الأطراف، فعلى الرغم من الأساس الإتفاقي لوظيفة المحكم، فهو يمارس وظيفته قضائية يفصل من خلالها المحكم في النزاع القائم بين الأطراف عن طريق فحص الإدعاءات المضادة المعروضة عليه.¹

وفي هذا السياق يرى الفقيه "Lazareff" أن "المحكم هو جزء من النظام الإتفاقي ، وأن القرار الذي يصدره يقع في نفس مستوى أحكام إتفاق الأطراف"، ويضيف هذا الفقيه أن "المحكم بهذا الشكل في وضعية محيرة ، بحيث يستمد سلطاته من إرادة الأطراف المتعاقدة من جهة، أي أنه طرف في هذا النظام الإتفاقي، ومن جهة أخرى فهو ملزم بتطبيق القانون وإحترام الأحكام الإجرائية المحددة سلفا من قبل الأطراف في إتفاق التحكيم الذي يعكس إرادتهم المشتركة".²

فالمحكم بمقتضى إرادة الأطراف يتمتع بصلاحيات وسلطات هامة تشمل توجيهات حول السلطات المخولة له من أجل السير في الدعوة غير أنه لا بد أن يراعي ولا يخرج في قضائه عن الإطار العام للقانون ومبادئ العدالة في الحالات التي يكون الأطراف قد أجازوا له ذلك، وفي الحالات الأخرى فإن المحكم ملزم بتطبيق القانون الواجب التطبيق على العقد.³

(4) "Il y a une corrélation complète entre les pouvoirs de disposition des parties et leurs limites, et les pouvoirs des arbitres ..." -Eric loquin, op-cit, page 315.

(5) راجع : محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 263.

(1) "L'arbitre exerce une fonction juridictionnelle, sa mission est de juger, c'est -à-dire de vérifier le bien fondé de deux prétentions antagonistes".

-Eric loquin, op-cit, page 294.

(2) - Serg lazareff, l'arbitre et le contrat, le respect du contrat, journée d'étude organisé à paris le 12/01/1984 par le comité Français de l'arbitrage - Rev - arb 1984, n° page 209

(3) د. محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 262، 263.

(4) يقصد بالتحكيم القانوني تحديد صلاحيات المحكم عن طريق إتفاق الأطراف على تطبيق قواعد قانونية معينة لا يخرج عنها المحكم، أما التحكيم الودي فيعني إتفاق الأطراف على إعطاء كامل الصلاحيات للمحكم للفصل في النزاع طبقا لقواعد العدالة والأعراف التي يراها ملائمة، ويطلق عليه كذلك التحكيم بالصلح

فكثيرا ما تبين لنا دراسة الشروط المدرجة في العقود الدولية المجال الواسع للتحكيم الودي إلى جانب التحكيم القانوني،⁴ فكل يعمل حسب المجال المحدد له، من أجل تحقيق غاية واحدة وهي تحقيق متطلبات التجارة الدولية.

إن هاذين النموذجين المعروفين للتحكيم (التحكيم القانوني والتحكيم الودي) يرتبطان بطبيعة العلاقات التعاقدية الموجودة بين أطراف التجارة الدولية، وبالطبيعة الخاصة للتحكيم التجاري الدولي بإعتباره عدالة إتفاقية تفرض على المحكم إحترام إرادة الأطراف، وهو ما يجعل المحكم لا يتمتع إلا بالسلطات التي يمنحها له الأطراف بمقتضى إتفاق التحكيم⁵، فهو ملزم بتطبيق القانون إلا إذا أعفته إرادة الأطراف من ذلك. وإنطلاقا مما سبق، فإن التحكيم بالصلح (التحكيم الودي) نابع أصلا من سلطان إرادة الأطراف، وأن إختياره المسبق قبل وقوع النزاع يعبر عن إرادة الأطراف في التعاون، والإستعداد -في حال وقوع خلاف- على التخلي عن جانب من حقوقها لتسهيل التعاون بينهما في حل النزاع والحيلولة دون إنقطاع العلاقات بينهما.¹

فالأصل أن يتفق أطراف النزاع على حل خلافاتهما وفقا لأحكام القانون المختار، فيمارس المحكم سلطة القاضي، فيلزم بتطبيق أحكام هذا القانون على النزاع المطروح عليه، بينما ينصرف التحكيم بالصلح إلى التحكيم الذي لا يتقيد فيه المحكمون بقواعد القانون الموضوعية عند الفصل في النزاع، حيث يمكنهم الفصل فيه إستنادا إلى قواعد العدالة، ولو أدى ذلك إلى إستبعاد قواعد القانون الواجبة التطبيق، حيث يرتضي أطراف النزاع تخويل المحكم صلاحية الفصل في النزاع وفقا لما يراه محققا للعدالة.²

وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه أن "أطراف النزاع يتمتعون بحرية كاملة في تحديد سلطات المحكم الذي تم إختياره عن طريق إعطاء هذه الصفة بمقتضى شرط التحكيم الودي، فإرادة الأطراف ضرورية حتى يتمكن المحكم من الفصل في النزاع على أساس قواعد العدالة والإنصاف".³

وبناء على ذلك يمكن القول أن التحكيم بالصلح هو سلطة تعطي للمحكم إمكانية إستبعاد القواعد القانونية إذا كانت غير عادلة أو غير ملائمة، وإستبدالها بقواعد أكثر مرونة، فالمحكم يتمتع بحرية تصرف يستمدها من إرادة الأطراف.

-Eric loquin, op-cit,page 124.

(5)

(1) راجع : عبد الحميد الأحديب، التحكيم، أحكامه ومصادره، مرجع سابق، ص. 283.

(2) د. عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص. 441.

-Eric loquin, op-cit, page 164.

(3)

(4) تنص المادة 1474 ق.إ.م.ف " يفصل المحكمون في النزاع طبقا لقواعد القانون، مالم يعهد إليهم بمهمة الفصل كمفوضين بالصلح".

والجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي قد أخذ بكلا النوعين من التحكيم (التحكيم القانوني والتحكيم الودي) في قانون المرافعات الجديد في المادة 1474 ق.إ.م.ف.⁴ وكذا المشرع المصري في نص المادة 3/39 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.⁵

غير أن المشرع الجزائري لم ينص على التحكيم بالصلح صراحة في القانون 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية على الرغم من أنه نص على ذلك صراحة في المرسوم التشريعي 09/93 السالف الذكر في المادة 458 مكرر 15 بنصها: "تفصل محكمة التحكيم كمفوض في الصلح إذا حولتها إتفاقية الأطراف هذه السلطة" إلا أنه يمكن إستخلاص ذلك من نص المادة 1050 من القانون 09/08.⁶

الفرع الثاني

تحديد إلتزامات المحكم.

إن الإلتزام الأساسي للمحكم بموجب عقد التحكيم، هو النظر في النزاع وإصدار القرار الصحيح والنهائي بشأنه.¹ غير أن هذا الإلتزام الرئيسي تنفرع عنه مجموعة من الإلتزامات التي قد تتحدد وفقا لعقد أو إتفاق التحكيم، أو وفقا للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات، أو وفقا للقواعد الدولية.

أولا : إلتزام القواعد الإجرائية الإتفاقية.

تترك الطبيعة الإتفاقية للتحكيم لإرادة الأطراف -بقسط كبير- الحرية في إختيار القواعد التي تسيّر عليها الخصومة التحكيمية، إما بوضع قواعد خاصة، أو بإخضاع إجراءات التحكيم لأحكام نظام تحكيمي، أو بالإحالة إلى قانون إجرائي معين، أو بدمج هذه القوانين في قالب واحد لتصبح قانون إجرائي إتفاقي بين الأطراف.²

فمادام أن المحكم يستمد سلطاته للفصل في النزاع من إرادة الأطراف، فلا بد عليه من إلتزام هذه القواعد الإجرائية وعدم مخالفتها، وكل مخالفة لها قد تعرض القرار التحكيمي للطعن بالبطلان. وينبثق عن هذا الإلتزام بضرورة إلتزام المحكم للقواعد الإجرائية الإتفاقية عدة إلتزامات نذكر أهمها :

(5) نصت المادة 3/39 المذكورة أعلاه على "تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان ويجوز لهيئة التحكيم إذا إتفقا طرفا التحكيم على تفويضهما بالصلح أن تفصل في النزاع بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون".
(6) راجع نص المادة : 1050 من القانون 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(1) د. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص. 230.

(2) " par l'effet de la volonté des parties, ce droit processuel, quelle que soit son origine, est incorporé dans la convention d'arbitrage"

-Eric loquin, op-cit, page 212.

(3) د. محمودي مسعود، مرجع سابق، ص. 263.

1. في حالة عدم إتفاق الأطراف على قواعد إجرائية معينة، يتولى المحكم أعمال إجراءات تحكيمية، شرط أن لا تتعارض مع إرادة الخصوم وتحقق مبدأ العدالة والإنصاف.³
2. يلزم المحكم بإصدار القرار التحكيمي في أقرب فرصة ممكنة، أو خلال المدة التي إتفق عليها الأطراف في إتفاق التحكيم، وإصداره وفقا للصيغة التي يتطلبها القانون.⁴
3. ضرورة إحترام النظام العام للدولة التي سينفذ في إقليمها القرار التحكيمي، مع مراعاة قواعد النظام العام الدولي، وهذا ما سنتعرض إليه بالتفصيل في الباب الثاني من هذا البحث.

ثانيا : إحترام حقوق الدفاع.

يعتبر مبدأ إحترام حقوق الدفاع¹ من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام التقاضي بوجه عام، فعلى الرغم من الطابع الرضائي والإتفاقي للتحكيم، وإعتباره أساسا للقواعد التي تسير عليها خصومة التحكيم، فإنه يجب على المحكم إحترام مبدأ حقوق الدفاع، ولو كانت الخصومة تحكيمية، تماما كما هو الشأن بالنسبة للخصومة القضائية، وهو ما يستوجب تمكين كل خصم من إبداء دفاعه ودفعه، وتقديم الأدلة التي يؤيد بها كل طرف إدعاءاته. فيرى الفقه أنه حتى ولو لم يتفق الخصوم على وجوب إتباع المحكم لقواعد الخصومة القضائية، فإنه من المسلم به -بمحكم وظيفة التحكيم كبديل للقضاء- وجوب مراعاة المحكم للضمانات الأساسية للتقاضي، والتي أهمها مبدأ إحترام حقوق الدفاع.²

ويرى الأستاذ "Eric Loquin" بهذا الصدد أن "إحترام حقوق الدفاع لا يمكن فصله عن الوظيفة القضائية للمحكم، لأن حقوق الدفاع هي متلازمة مع هذه الوظيفة".³

وقد جعلت إتفاقية نيويورك من مبدأ حقوق الدفاع في مادتها 01/05/ب قاعدة مادية دولية توجب إحترام حقوق الدفاع دون الإستناد لقانون دولة معينة.⁴

ثالثا : إحترام المساواة بين الخصوم.

(4) راجع في ذلك : فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 230.

(1) حاول جانب من الفقه إيجاد مفهوم أوسع لحقوق الدفاع، حيث أدخل في نطاقه مبدأ المساواة بين الأطراف بقوله "حقوق الدفاع هي إحترام الدفاع لمصالح كل من الطرفين".

- راجع في ذلك : منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 151.

(2) أنظر : حسني المصري، مرجع سابق، ص 259.

(3) -Eric loquin, op-cit, page 195.

(4) راجع : عصام الدين القصبى، مرجع سابق، ص 87.

(5) راجع : حسني المصري، نفس المرجع السابق، ص 259.

من المبادئ الأساسية المستقرة في الخصومة التحكيمية، - كخصومة القضاء- إحترام المحكم لمبدأ المساواة بين الخصوم ، بمعنى إعطاء المحكم للخصوم فرص متكافئة لإبداء وجهة نظرهم، وإلا إختل ميزان العدل.⁵ ويعتبر هذا المبدأ مسلماً به في كل التشريعات المقارنة دون الحاجة إلى وجود نص خاص به

رابعا : إحترام مبدأ المواجهة بين الخصوم.

يعتبر مبدأ المواجهة من أهم المبادئ المتفرعة عن مبدأ إحترام حقوق الدفاع والمساواة بين الخصوم. ويقصد بهذا المبدأ تمكين كل خصم من العلم بكل ما يبيده الخصم الآخر من حجج مؤيدة لدفاعه أو دفعه وكل ما يقدمه من مستندات في الخصومة.¹ وقد تضمن قانون المرافعات الفرنسي النص على مبدأ المواجهة في التحكيم². كما نظمه المشرع المصري تنظيمًا كافيًا في القانون رقم 27 لسنة 1994.³ أما المشرع الجزائري فقد جعل عدم مراعاة مبدأ الجاهية من الأسباب التي قد تؤدي إلى الطعن بإبطال القرار التحكيمي، مما يفهم معه تكريس المشرع لهذا المبدأ في القانون 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.⁴

هذا وقد تضمنت إتفاقيات التحكيم التجاري نصوصاً متفرقة تكفل إحترام المبادئ الأساسية الموجهة للخصومة التحكيمية التي تحدثنا عليها آنفاً، وتجزئ الطعن في حكم التحكيم إذا لم يراعي المحكم هذه المبادئ.⁵

بناءً على ما سبق، نستخلص أنه يقع على عاتق المحكم إحترام حدود السلطات والإلتزامات التي رسمتها إرادة الأطراف، والمبادئ الأساسية للخصومة التحكيمية، وكل إنحراف عن هذا المسار من قبل المحكم قد يعرض القرار التحكيمي للطعن وإبطال هذا القرار التحكيمي.

المبحث الثاني

مظاهر سيادة إرادة الأطراف أثناء سير الخصومة التحكيمية

تتعقد الخصومة التحكيمية بإعلان أحد أطراف النزاع رغبته في اللجوء إلى التحكيم وتحريك إجراءاته إلى الطرف الآخر.⁶ فبعد تشكيل الهيئة التحكيمية حسب النظام المتفق عليه، وقبول المحكمون

(1) د. حسني المصري، مرجع سابق، ص. 261.

(2) أحالت المادة 1460 من قانون المرافعات الفرنسي أحكام مبدأ المواجهة في باب التحكيم.

(3) نصت المادة 33 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 صراحة على "تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته".

(4) تنص المادة 1056 من القانون 09/08 على: "لا يجوز إستئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات التالية: 4- إذا لم يراع مبدأ الجاهية".

(5) من مظاهر ذلك ما نصت عليه قواعد نظام مركز تسوية منازعات الإستثمار لسنة 1966 من أنه "يجوز لأي من الطرفين أن يقدم طلباً مكتوباً إلى الأمين العام للمركز لإبطال حكم التحكيم لأي سبب من الأسباب التالية: د- إغفال قاعدة أساسية من قواعد الخصومة إغفالاً صارخاً".

للمهمة المسندة إليهم، يكون الأطراف قد بدأوا إجراءات التحكيم، ومواصلة في أعمال إرادة الأطراف وفقا لإتفاق التحكيم المبرم بينهم، تبدأ الهيئة التحكيمية في تجسيد إرادتهم تطبيقا لهذا الإتفاق، وذلك بإعمال الإجراءات المختلفة حتى صدور القرار التحكيمي وتسوية النزاع.⁷

لذا فإن دراستنا في هذا المبحث ستنصب على تحديد دور إرادة الأطراف أثناء سير الخصومة التحكيمية، إنطلاقا من تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، ثم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وصولا إلى صدور القرار التحكيمي لتتطرق إلى تنفيذ القرار التحكيمي.

المطلب الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

تتمتع إجراءات التحكيم بأهمية خاصة، إذ يتوقف نجاح نظام التحكيم أو إخفاقه على مدى سلامة إجراءات التحكيم المتبعة للنظر في الدعوى التحكيمية والفصل فيها، إذ تعتبر هذه الإجراءات بمثابة العمود الفقري لنظام التحكيم، وهي السياج الذي يضمن شرعيته، حيث أن مراعاة هذه الإجراءات على نحو صحيح من شأنه الوصول إلى حكم يكون بمنأى عن الطعن فيه، وبالتالي يكون قابلا للإعتراف به وتنفيذه.¹

والمقصود بالقانون الواجب التطبيق على الإجراءات تلك القواعد الإجرائية التي يتعين إتباعها بعد تشكيل هيئة التحكيم وحتى صدور القرار التحكيمي.² وتلعب إرادة الأطراف في هذا المجال دورا أساسيا، إذ يمكن للأطراف عن طريق إتفاق التحكيم تحديد القواعد التي تنظم الإجراءات التي تتبعها الهيئة التحكيمية.³

إن دراسة القواعد الإجرائية التي تحكم سير المنازعة المطروحة على التحكيم يعتبر من المواضيع الجوهرية في فلسفة التحكيم التجاري الدولي، لأن أطراف النزاع يفضلون اللجوء إلى التحكيم لتفادي الصعوبات التي قد تنجم عن إتباع القواعد الإجرائية والشكلية في القوانين الوطنية، وهو الأمر الذي تنفر منه العديد من الأطراف في حقل التجارة الدولية.

(6) د. مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 572.

(7) راجع : محمد كولا، مرجع سابق، ص 186.

(1) د. عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 458.

(2) من بين هذه الإجراءات المسائل الخاصة بالمواعيد، بيان الدعوى، تقديم المذكرات والمستندات، الطلبات العارضة، نظام الجلسات وحضور الشهود والخبراء..... الخ .

(3) راجع : كمال معروف، التحكيم التجاري الدولي في ظل المرسوم التشريعي 09/93، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر السنة الجامعية 2000/1999، ص 67.

وتتفق أغلب القوانين الوطنية والإتفاقيات الدولية على إخضاع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة، ولهذا سوف نبين الأصل وهو قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم (الفرع الأول)، وفي غياب قانون الإرادة نبين الضوابط الإحتياطية المعتمدة (الفرع الثاني) على ضوء القوانين الداخلية والإتفاقيات الدولية.

الفرع الأول

تطبيق المحكم لقانون الإرادة.

يعتبر خضوع القانون الإجرائي في التحكيم التجاري الدولي لإختيار الأطراف هو الأصل المعتمد لدى القوانين الوطنية للدول، وكذا الإتفاقيات الدولية، ومقتضى هذا الأصل أن تخضع إجراءات التحكيم للقانون الذي يختاره الأطراف في اتفاق التحكيم.¹

ويصف الفقه التحكيم الذي تصل فيه حرية الأطراف إلى حد التحرر من كل القواعد الوطنية اعتمادا على إرادة الأطراف في صياغة القواعد الإجرائية بأنه تحكيم حر طليق، أو تحكيم بلا قانون، كون الأطراف يتولون مهمة تنظيم القواعد الإجرائية دون أن يستندوا إلى قانون معين، لذلك فهو نوع من التنظيم المادي للقواعد الإجرائية الذي يستمد مصدره من النظرية الشخصية التي تدعو إلى تكريس مبدأ سلطان الإرادة في نطاق واسع، وهذا دون إخضاعه إلى بعض القيود التي يمكن أن تفرضها القوانين الوطنية.²

ويضيف أنصار هذه النظرية لتدعيم فكرهم أن "التحكيم باعتباره أسلوب خاص لتسوية المنازعات يقوم أساسا على اتفاق الأطراف الذي يعتبر العنصر الأساسي فيها، وبما أن التحكيم ليس إلا أثرا لهذا الاتفاق، فإنه يجب أن يخضع للقانون الذي إتفق عليه الأطراف".³ ومن هذا المنطلق، يدرج أنصار هذه النظرية التحكيم ضمن المعاملات الخاصة بالأفراد التي تستند إلى مصدر عقدي وهو عقد التحكيم، وأن المحكمين في نظرهم ليسوا قضاة، وإنما هم أفراد عاديون يعهد إليهم تنفيذ هذا العقد، وهم يستمدون سلطاتهم منه، وعليه فالتحكيم عقد مسمى يخضع للقواعد الخاصة بعقد التحكيم.⁴

(1) د. محمد كولا، مرجع سابق، ص 186.

(2) ولدت النظرية الشخصية في رحاب الفكر الفلسفي للمذهب الفردي الذي ساد خلال القرن التاسع عشر ميلادي، والذي يقوم على تقديس حرية الفرد بوصفها حقا طبيعيا.

- لمزيد من التفاصيل راجع: أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 38.

(3) رأي الأستاذ B.Klein، مشار إليه في كتاب P.Fouchard، المرجع السابق، ص 322.

(4) راجع: وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 133.

(5) « La convention d'arbitrage peut directement ou par référence d'arbitrage régler la procédure à suivre dans l'instance arbitral, (5 elle peut aussi soumettre celle ci à la loi de procédure qu'elle détermine ».

وقد تم تكريس مبدأ سلطان الإرادة في إخضاع إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف في مختلف التشريعات الحديثة، وهذا ما يظهر في نص المادة 1/1494 ق.إ.م.ف⁵ فهذه المادة تكرر مبدأ سلطان إرادة الأطراف في تحديد القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم، فهي تعطي للأطراف ثلاث خيارات وهي : وضع قواعد الإجراءات مباشرة دون الاستناد إلى أي قانون وطني كان، أو بالإحالة إلى نظام تحكيمي معين، وأخيرا في حالة غياب الخيارين السابقين يمكن إخضاع الإجراءات لقانون وطني.¹ كما أكدت محكمة النقض الفرنسية ذلك في قرارها الصادر في 1955/12/09.²

كما سار المشرع المصري في نفس الاتجاه، حيث نجده يأخذ بقانون الإرادة كأصل عام في تحديد إجراءات التحكيم من خلال نص المادة 25 من القانون رقم 27 لسنة 1994 الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية.³

من خلال ما سبق لنا أن نتساءل عن موقف المشرع الجزائري من مبدأ قانون الإرادة في تحديد إجراءات التحكيم؟.

تنص المادة 1/1043 من القانون 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم". فالملاحظ أن المشرع الجزائري أخذ حرفيا هذه المادة من نص المادة 1/1494 ق.إ.م.ف السالفة الذكر، وبالتالي احتفظ بنفس الخيارات الثلاثة التي جاء بها المشرع الفرنسي في المادة 1/1494 والتي كرس من خلالها إرادة الأطراف وفقا لاتفاق التحكيم بتحديد إجراءات التحكيم مباشرة.

ومن خلال الفرص الممنوحة للأطراف المتنازعة في تحديد القانون الأصح لهم إستبعد المشرع الجزائري الإحالة إلى القواعد الإجرائية لقانون مكان إبرام التحكيم، كما إستبعد إمكانية أعمال قواعد تنازع القوانين.⁴

(1) د. محمد كولا، مرجع سابق، ص. 187، 188

(2) لمزيد من التفاصيل راجع : حسين نواره، تكريس التحكيم التجاري الدولي كضمان للاستثمارات الأجنبية، مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، جامعة بجاية، 2006، ص. 199

(3) تنص المادة 25 من القانون 1994/27 الخاص بالتحكيم التجاري المصري المذكورة أعلاه على "الطرفي التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيمي في جمهورية مصر العربية أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة."

(4) راجع في هذا الصدد : حسين نواره، المقال السابق، ص. 199

والملاحظ كذلك أن المشرع الجزائري أغفل وضع بعض القيود على إرادة الأطراف في تحديد إجراءات الخصومة التحكيمية مما قد يؤدي إلى التنكيل بأصول التقاضي المتعارف عليها، وفي مقدمتها المساواة بين الطرفين، وتهمئة الفرص المتكافئة لكل منهما لعرض قضيته.⁵

وعليه عندما يجري التحكيم في الجزائر، ويخضع لقواعد إجرائية غير القواعد الإجرائية الجزائرية، فإن تدويل القواعد الإجرائية لا يخل بالنظام العام الإجرائي إلا إذا كان هناك مساس بالمبادئ الأساسية في الإجراءات كمبدأ وجاهية المحاكمة وحقوق الدفاع.¹

ونظرا لأن المحكم لا يتمتع بسلطة القمع المخصصة للمحاكم، فإنه إذا رفض أحد الأطراف الإمتثال لهذه الإجراءات فيمكن للمحكم أن يطلب مساعدة القاضي المختص من أجل ذلك.²

كما يجد مبدأ سلطان إرادة الأطراف في تحديد إجراءات الخصومة التحكيمية تطبيقا واسعا في الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، حيث تنص على هذا الأصل، أي إعطاء الحرية للأطراف في إختيار القانون الذي يحكم إجراءات الخصومة التحكيمية، ونستشهد في ذلك بأحكام المادة 11 من النظام القديم لغرفة التجارة الدولية.³ كما كرست إتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1985 الخاصة بالقانون النموذجي هذا المبدأ في المادة 1/19، وكذا المادة 1/5/د من إتفاقية نيويورك لسنة 1958.⁴

وقد إنتقد بعض الفقهاء هذا الإختيار، وهو وضع إجراءات الخصومة التحكيمية مباشرة من قبل الأطراف، لأن هذه الطريقة قد تسبب العراقيل التي تحول دون إتمام الإجراءات، بسبب قصوره وعدم إلمام الأطراف بكل الجوانب الإجرائية التي يثيرها سير المنازعة⁵، ومن ثم يستوجب الأمر على المحكمين البحث عن قانون آخر لتكملة هذه النقائص، وغالبا وما يتجهون إلى الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم.⁶

والواقع أن حرية الأطراف في الإتفاق على الإجراءات لا تمتد إلى المبادئ الأساسية في مجال الإجراءات - كما رأينا سابقا - كمبدأ المساواة بين الخصوم، ومبدأ المواجهة وحقوق الدفاع، فهذه المبادئ تعتبر من النظام العام إذ لا يجوز للأطراف المساس بها بالاتفاق بينهم.⁷

(5) د. مصطفى تراري ثاني، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مجلة الدراسات القانونية العدد الأول، جوان 2008، ص.47

(1) د. عليوش قريوح كمال، مرجع سابق، ص.49

(2) وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا الجزائرية، في قرار لها بتاريخ 23 مارس 1985 في قضية بين شركة كروزولوار الفرنسية والشركة العمومية للأشغال والبناء، والذي ألغت بموجب قرار صادرا عن محكمة قسنطينة، كان قد إعتبر قاضي الأمور المستعجلة لهذه المحكمة غير مختص بالأمر بتدبيره خبرة لكون العقد يحتوى على شرط تحكيم .

راجع القضية رقم : 3776 ، المجلة القضائية رقم 04، لسنة 1989، ص.119.

(3) تقضى المادة 11 من نظام غرفة التجارة الدولية على : "إن القواعد الواجبة التطبيق على الإجراءات أمام المحكم هي تلك المستمدة من هذا النظام وعند سكوته فيجب تطبيق القواعد التي يحددها الأطراف، وعند إنتفاء تحديد الأطراف يتولى المحكم تحديدها."

(4) راجع : حسين نواردة، مرجع سابق، ص.199.

(5) Terki Noureddine, op-cit, page94.

(6) د. أبوزيد رضوان، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، القسم الثالث، مجلة الحقوق، السنة الثالثة، العدد الأول لسنة 1979، ص.42.

(7) أنظر : مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص.686.

الفرع الثاني

الضوابط الإحتياطية.

إذا كان لإتفاق الأطراف الحرية في تنظيم إجراءات الخصومة التحكيمية، فإن هذا الوضع يمكن أن تتخلله بعض الصعوبات، كعدم استطاعة الأفراد الإمام بكل المسائل الإجرائية، أو عدم الاتفاق على اختيار قانون معين، فكيف تواجه هيئة التحكيم هذا الوضع؟
لقد أعطى كل من الفقه والقضاء للأطراف عدة خيارات أهمها : تطبيق قانون مقر التحكيم، كما أعطى للهيئة التحكيمية السلطة في اختيار القانون المطبق على الإجراءات.

أولا : تطبيق قانون مقر التحكيم.

تبني هذا الحل الفقيه "Sausser Hall" في تقريره المقدم إلى معهد القانون الدولي، حيث إستند لتبرير فكرته إلى أنه إذا كان أطراف الخصومة قد إختاروا قانون وطنيا ليحكم النزاع، فإن ذلك يعني بالضرورة إختيار دولة هذا القانون مكانا لإجراء التحكيم، ويعبر عن ذلك أن "سلطان الإرادة لا يمكن أن يمارس إلا في الحدود التي تسمح بها قواعد الإسناد في مقر التحكيم، فهذه القواعد هي التي تحدد نطاق الذاتية التي يتوجب الإعتراف بها للأطراف في هذا المجال".¹ وعليه فنظرية الفقيه Sausser "Hall" تغلب الطبيعة القضائية للتحكيم، وتعمل على الحد من إرادة الأطراف المطلقة بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وترجح الكفة لصالح قانون مكان التحكيم بإعتباره مركز الثقل الموضوعي.

وعليه يتعين الرجوع إلى النظام القانوني السائد في دولة مقر التحكيم عند عدم كفاية القواعد الإجرائية المطبقة، أو لسد ما قد يشوبها من قصور خلال سكوت الأطراف، والرجوع إلى قانون دولة مقر التحكيم إنما يأتي بصورة تكميلية وإحتياطية.² وقد جرى القضاء الفرنسي على أن قانون الإرادة هو الذي يحكم إجراءات التحكيم، وسمح للإرادة بإختيار أكثر من قانون لحكم إجراءات، وإتجه هذا القضاء أيضا إلى أن إختيار مقر التحكيم أي البلد الذي يباشر فيه المحكمون مهمتهم قد يكون دليلا على

(1) تقرير الأستاذ Sausser Hall، مقدم إلى معهد القانون الدولي، منشور في حوليات معهد القانون الدولي لسنة 1951، ص 541.

(2) د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 162.

إختيار قانون هذا البلد ليحكم إجراءات التحكيم في حالة عدم إتفاق الأطراف على القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم.³

وقد إعتنق هذا الحل كذلك المشرع السويسري في القانون الفيدرالي السويسري الجديد بشأن القانون الدولي الخاص المؤرخ في 18 ديسمبر 1987 حسب المادة 1/176 منه والتي تنص على مايلي :

« Les disposition du présent chapitres s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitrale se trouve en suisse et si au noins l'une des parties n'avait au moment de la conclusion de convention d'arbitrage, ni son domicile ni sa résidence habituelle en suisse... »¹

ويفهم من نص المادة أن المشرع السويسري وضع نصوصا خاصة بالتحكيم التجاري الدولي تطبق عليه إذا كان مقر التحكيم في سويسرا، حيث لا يمكن للأطراف سوى إستبعاد القواعد المكملة لقانون مقر التحكيم.

وقد إتجهت معاهدة نيويورك لسنة 1958 إلى وجوب الرجوع إلى قانون الإرادة بشأن الإجراءات - كما ذكرنا سالفا- ولكن عند تخلف هذه الإرادة يحكم هذه الإجراءات قانون دولة مقر التحكيم.²

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد إستبعد الإحالة على القواعد الإجرائية لقانون مقر التحكيم، فلم ينص على أن قواعد الإجراءات الجزائرية هي التي تطبق عندما يجري التحكيم في الجزائر في حالة عدم إتفاق الأطراف على تحديد القانون الذي يحكم إجراءات الخصومة التحكيمية، بل أعطى المشرع إحتياطيا الإختصاص للهيئة التحكيمية لإختيار الإجراءات المناسبة كما سنراه لاحقا.³

ولقد تعرض هذا الإتجاه للإنتقاد على أساس أن إعمال نظرية قانون مقر التحكيم على إطلاقه ليحكم إجراءات المنازعة يتصف بالجمود إلى حد كبير، بالإضافة إلى صعوبة تطبيقها من الناحية العملية لأنه كثيرا ما يثور التساؤل حول تحديد معنى قانون مقر التحكيم، فهل هو قانون الدولة التي تنعقد فيها هيئة التحكيم لأول مرة، أو قانون الدولة التي صدر فيها القرار.⁴ كما قد يكون قانون مقر التحكيم هو القانون الوطني لأحد الأطراف وبالتالي ترجيح كفة أحدهم على الآخر.

(3) وهو ما خلصت إليه هيئة التحكيم في حكمها الصادر في 10 أكتوبر 1973 في النزاع بين الحكومة الليبية وشركة بترول إنجليزية من تطبيق القانون الدانمركي على إجراءات التحكيم بإعتباره قانون دولة مقر التحكيم.

- لمزيد من التفاصيل راجع : منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، نفس المرجع السابق، ص 162.

(1) راجع : الأستاذ عبد الحفيظ عيد، دور إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على دعوى التحكيم، مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، جامعة بجاية 2006، ص 05.

(2) راجع المادة 5 من إتفاقية نيويورك 1958 الخاصة بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم.

(3) راجع المادة 2/1043 من القانون 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(4) لمزيد من التفاصيل راجع : أبو زيد رضوان، الضوابط العامة للتحكيم التجاري الدولي، القسم الثالث، المقال السابق، ص 43.

ويبقى قانون محل إجراء التحكيم إستثناء من الأصل، إذ ينبغي تأكيد دور قانون الإرادة، وفي غيابه إذا حصل وطبق قانون مقر التحكيم، فينبغي أن يفسر على أنه حل احتياطي جاء تدعيماً لإجراء التحكيم كنظام دون البحث عن المبرر أو الأسباب الخفية التي دفعت الأطراف لإجراء التحكيم في بلد معين.⁵

ثانياً : إختيار الهيئة التحكيمية للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

جاء هذا الحل استثناءً واحتياطياً في حالة غياب دور إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، أو إغفاله لبعض الجوانب الإجرائية، وحتى لا يفقد التحكيم فعاليته وجدديته، وتغاديا لأي فراغ قانوني قد ينجم عن سكوت الأطراف عن تحديد هذا القانون فقد نصت أغلب التشريعات المقارنة وكذا بعض الإتفاقيات الدولية على دور الهيئة التحكيمية في وضع القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة، سواء بالإحالة على قانون وطني داخلي يراه المحكم أكثر إرتباطاً بموضوع التحكيم محل النظر، وإما بالرجوع إلى قواعد نظام تحكيمي يراه أكثر ملائمة.

ففي هذا الفرض الذي أشرنا إليه - وهو عدم إتفاق الأطراف على إجراءات التحكيم - يكون لهيئة التحكيم دور إيجابي في إختيار القواعد الإجرائية التي تطبق على المنازعة التحكيمية، وللهيئة في هذا الشأن أن تختار بنفسها القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة لموضوع النزاع، فلها أن تصوغ هذه القواعد عند إتصالها بالنزاع، أو أن تضع ما تدعو الحاجة إليه منها، ولها أن تقرر إتباع الإجراءات النافذة في النظام الإجرائي في دولة من الدول، كما لها أن تقرر إتباع نظام إجرائي معتمد من طرف منظمة أو مركز من المراكز الدائمة للتحكيم، وبالتالي فإن إرادة هيئة التحكيم تحل محل إرادة الأطراف في إختيار القواعد الإجرائية.¹

وقد نص المشرع الفرنسي على هذا الحل صراحة في نص المادة 2/1494 ق.إ.م.ف.² وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع المصري في المادة 25 من قانون التحكيم لسنة 1994 بنصها "إذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق، كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة".³

(5) رأي الأستاذ : Redfern Alain، مشار إليه في كتاب محمد كولا، مرجع سابق، ص. 199.

(1) راجع : محمد سليم العوا، مرجع سابق، ص. 105.

(2) تنص المادة 2/1494 ق.إ.م.ف على :

"Dans le silence de la convention, l'arbitre règle la procédure, autant qu'il est besoin soit directement, soit par référence à une loi ou à un règlement d'arbitrage"

(3) راجع في هذا الصدد: محمد كولا، مرجع سابق، ص. 192.

(4) تنص المادة 2/1043 من القانون 09/08 على "إذا لم تنص الإتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة، مباشرة أو إستناداً إلى قانون أو نظام التحكيم".

وإذا كان هاذين القانونين قد وفقا في تغطية الفراغ القانوني المحتمل عند عدم النص في إتفاق التحكيم على القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، بإعطاء الحرية للمحكم في تحديد هذا القانون فإن المشرع الجزائري هو الآخر قد سار على نفس النهج في المادة 2/1043، وهي فقرة مأخوذة حرفيا من نص المادة 2/1494 ق.إ.م.ف.⁴

وقد كرس بعض الإتفاقيات الدولية دور الهيئة التحكيمية إحتياطيا في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 11 من نظام الغرفة التجارية الدولية "... عند إنتفاء تحديد الأطراف، يتولى المحكم تحديدها، سواء أحوال في شأنها إلى قانون إجرائي وطني أو لم يحل إليه".¹

وفي تقديرنا نرى ضرورة مراقبة حسن إختيار الهيئة التحكيمية للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، خاصة فيما يتعلق بالمؤسسات الإقتصادية الوطنية عند تعاقدها مع الشركات الأجنبية، لأن إعطاء السلطة والحرية للمحكم في إختيار القانون المناسب عند غياب دور الإرادة لا يخلو من خطورة الإنحياز لقانون معين قد لا يخدم مصلحة هذه المؤسسات الإقتصادية الوطنية.²

ومهما يكن فإن القواعد الإجرائية التي تختارها الهيئة التحكيمية لا بد أن يحاط بها الأطراف، وأن لا تكون مخالفة للنظام العام، وأن تراعى فيها المبادئ الأساسية لضمانات التقاضي التي تكفل حقوق الدفاع والمواجهة، حتى يكون التحكيم قادرا على تحقيق أهدافه.³

وأخيرا في ختام هذا المطلب، نستخلص أن غالبية الفقه والإتفاقيات الدولية تستند إلى إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على سير إجراءات الخصومة التحكيمية - كأصل عام - لأنها الأكثر إنطباقا مع الواقع العملي للتحكيم التجاري الدولي، والأكثر تماشيا مع متطلبات التجارة الدولية، وفي غياب هذه الإرادة تلجأ الهيئة التحكيمية إلى الحلول الإحتياطية التي حددتها التشريعات الوطنية حسب الأولوية.

المطلب الثاني

(1) راجع : حسين نواره، المقال السابق، ص 200.
 (2) وأحسن مثال على ذلك قضية أورامكو ضد السعودية سنة 1955 عندما نص إتفاق التحكيم في مادته الرابعة على دور الهيئة التحكيمية في وضع إجراءات التحكيم والإحتفاظ لنفسها بحق تعديل هذه الإجراءات أثناء سيرها، حيث عرفت القضية ثماني تعديلات في الإجراءات قبل أن يصدر القرار التحكيمي سنة 1958.
 - لمزيد من التفاصيل حول القضية راجع: محمد كولا، مرجع سابق، ص.194، 195.
 (3) راجع : محمد سليم العوا، مرجع سابق ، ص 106.

تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

إن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لا يقل أهمية عن موضوع تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، إذ ليس من الواجب على الأطراف تحديد قانون موحد يحكم إجراءات التحكيم وموضوع النزاع في آن واحد، بل قد يختلف القانون الذي يحكم موضوع النزاع عن ذلك الذي يحكم مسائل الإجراءات. وإختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع له أهمية بالغة في العقود الدولية، حيث يتم التأكد من مدى صحة بنود العقد على أساسه، وفي حالة غموضها أو عدم كفايتها يتم الاستناد إلى هذا القانون الموضوعي لتكملة ذلك.¹ كما أن هذا القانون المذكور هو الأساس في إصدار حكم التحكيم، وبالتالي حسم النزاع وإنهائه.²

والمقصود هنا من هذه القواعد ليس هو القانون الوطني لدولة معينة، كما ليس المقصود به ما أُصطلح على تسميته القانون الدولي الخاص، وإنما المقصود بها مجموعة القواعد القانونية التي يصل المحكم إلى أنها مناسبة للتطبيق على النزاع، سواء كان مصدرها قانونا وطنيا، أو كانت مشتقة من مجموعة قوانين وطنية، أم أنها قواعد متعارف عليها في حقل التجارة الدولية بعيدا عن القوانين الوطنية للدول.

في الواقع تعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من المسائل الشائكة والمعقدة التي تواجه التحكيم التجاري الدولي، لأنها في الكثير من الأحيان تمس بعض الإعتبارات الأساسية في القوانين الوطنية، والأكثر من ذلك أنها غالبا ما تتعارض مع بعض أحكامها، كما تعتبر من المواضيع الهامة التي تواجه المحكم عندما يقوم بالفصل في النزاع القائم بين الأطراف، لأن دور المحكم يقوم في الأساس على البحث عن القواعد التي تحكم موضوع النزاع من خلال بحثه عن الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف، أو من خلال تطبيقه لقواعد غير وطنية تكون أكثر ملائمة وصلة بالعقد الدولي.³

فالسؤال المطروح : كيف عالجت التشريعات المقارنة والإتفاقيات الدولية مسألة القانون المطبق على موضوع النزاع؟ وما هو موقف المشرع الجزائري من ذلك؟ وما مدى حرية الأطراف في تحديد هذا القانون، وما هو دور المحكم بهذا الصدد؟

تتفق التشريعات المقارنة والإتفاقيات الدولية على أصالة إرادة الأطراف في تحديد القانون الذي يطبق على موضوع النزاع، وفي حالة تخلف هذا القانون يعقد الإختصاص للهيئة التحكيمية.

(1) د. محمد كولا، مرجع سابق، ص. 200.

(2) د. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص. 179.

(3) لقد أثار موضوع إختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع الكثير من الجدل في أوساط الفقه والقضاء الدوليين لما لهذا الموضوع من إنعكاسات على الصعيد الوطني والدولي، فعلى الصعيد الداخلي يعني إختيار قانون غير قانون الدولة طرف في النزاع المساس بمبدأ هام وهو "مبدأ الحصانة القضائية"، أما على الصعيد الدولي فإن هذا الإختيار يعني تدويل الصفة الدولية للتحكيم التجاري من خلال إختيار أطراف النزاع لقانون محليد.

- راجع في هذا الصدد : أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص. 144.

لذلك سوف نبين ذلك في فرعين : نتطرق في أولهما لدور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع (الفرع الأول)، ثم نتناول في ثانيهما لدور المحكم في تحديد هذا القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول

دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

الأصل في التحكيم هو حرية الأطراف في إختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع،¹ بإعتبار ما لهم من سلطان إرادة في تحديد حقوقهم وإلتزاماتهم والتصرف فيها، فإذا ما إتفق على تطبيق قانون دولة معينة أو قانون معين على موضوع النزاع فمن الواجب على هيئة التحكيم التقيد والإمتثال لهذا الإتفاق وإحترام إرادتهم.² فقانون الإرادة هو القانون الذي يختاره الأطراف ليحكم علاقتهم العقدية، ويكون مصدرا للقواعد التي تحكم موضوع العقد الدولي ولو كان قانون آخر هو الواجب التطبيق عند عدم إختيار الأطراف لذلك القانون.³

إن إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قد تتم الإشارة إليه صراحة في إتفاق التحكيم، وفي هذه الحالة لا صعوبة تثار، إلا أن الصعوبة تبرز حينما لا يفصح أطراف النزاع صراحة عن إرادتهم في تحديد هذا القانون، حيث يتعين عند ذلك على هيئة التحكيم تحديده من خلال البحث عن الإرادة الضمنية أو المفترضة لأطراف النزاع، لكي يتمكن المحكم من خلالها تحديد القانون الذي سيطبق على موضوع النزاع.⁴

لقد أصبح مبدأ خضوع موضوع النزاع لقانون الإرادة من المبادئ المسلم بها في التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية، إذ تعترف التشريعات المقارنة بأولوية إرادة الأطراف المشتركة في إختيار القانون الذي

(1) إن هذه القاعدة ولئن كانت ذات تطبيق عام يشمل مختلف الجوانب الموضوعية للعقد الدولي، إلا أن هذا التطبيق له نطاق محدد، فمن جهة لا تشمل هذه القاعدة بعض الجوانب الموضوعية التي تحكمها قواعد إسناد خاصة كالأهلية وموقع العقار، كما أنها لا تسري إلا على القواعد المكتملة لموضوع العقد دون القواعد الأخرى منها.

(2) د. إبراهيم رضوان الجغبير، مرجع سابق، ص 157.

(3) كان الفقيه ديمولان أول من قال بإخضاع موضوع العقد الدولي للقانون الذي تنصرف إليه إرادة المتعاقدين، وتحرير العقد من قانون بلد الإبرام، وذلك تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة، وعدم تكليف الأطراف مشقة الانتقال إلى بلد إبرام العقد.

- راجع في هذا الصدد : حسني المصري، المرجع السابق، ص 341.

(4) الإرادة الضمنية يمكن أن تستفاد من أفعال وكتابات أو مؤشرات تدل على اتجاه إرادة الأطراف لقانون معين يحكم موضوع النزاع، حيث لا بد أن تستقر بأسباب معقولة تسوغ إلى ما انتهت إليه هيئة التحكيم، أما الإرادة المفترضة فتتحقق عند عدم معرفة الإرادة الضمنية للأطراف، حيث يكشف أن الأطراف قصدوا تطبيق قانون معين كقانون مكان التحكيم.

- راجع في هذا الصدد : حبيب بلقنشي، دور التحكيم التجاري الدولي في وضع نظام قانوني دولي لتشجيع الإستثمارات الأجنبية، مداخلة ضمن الملتقى الدولي للتحكيم التجاري الدولي في الجزائر، جامعة بجاية، 2006، ص 35.

« L'arbitre tranche le litige conformément au règles de droit que les parties ont choisies ».

يرونه مناسباً لحكم موضوع عقودهم، طالما أن ذلك لا يتضمن مساساً بالقواعد الآمرة أو المتعلقة بالنظام العام فقد نص المشرع الفرنسي على هذا الأصل في المادة 1/1496 ق.إ.م.ف.⁵

يفهم من نص المادة أن المشرع الفرنسي فرض مسبقاً على الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وما على المحكم إلا تطبيقه، أي أن المشرع الفرنسي يشير إلى قواعد القانون، ولذلك يمكن للأطراف أن يخضعوا النزاع إلى قانون وطني معين، سواء كان قانون دولة أحد الأطراف أو قانوناً أجنبياً آخر، وبالتالي فإن تعبير قواعد القانون يعطي الحرية الكاملة للأطراف لتحديد نوع هذه القواعد، فقد تكون وطنية أو دولية، مالم تكن مخالفة لقواعد النظام العام، كما قد يكون القانون هو القواعد الخاصة بتنازع القوانين.¹

أما المشرع المصري فقد أعطى - هو الآخر - الأولوية للأطراف لتحديد القانون الذي يطبق على موضوع النزاع، وذلك في المادة 1/39 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994، وعند إختيار قانون موضوعي معين يتم إستبعاد قواعد التنازع لذلك القانون، وهذا حسب إرادة الأطراف.²

أمام تأكيد المشرعين الفرنسي والمصري على أولوية دور الأطراف في تحديد القانون الموضوعي للعقد، لنا أن نتساءل عن موقف المشرع الجزائري؟.

نصت المادة 1050 من القانون 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية على "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف...".

الظاهر أن المشرع الجزائري أخذ هذه المادة من المادة 1496 من القانون الفرنسي - السالفة الذكر - وبالتالي يكون قد كرس مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون الذي يطبقه المحكم على موضوع النزاع مع مراعاة قواعد النظام العام.³

المشرع الجزائري في المادة 1050 فضل إستعمال مصطلح "قواعد القانون"، والذي يمتاز بمرونة كبيرة وبمحتوى أوسع، ومنه يكون للأطراف مجالاً واسعاً لإجراء إختيارهم، ومن ثمة يكون لهم ليس فقط إمكانية إختيار قانون وطني، وإنما يمكنهم إختيار عدة قوانين وطنية، بل أكثر من ذلك لهم الحق في إخضاع نزاعهم للأعراف التجارية والعادات والمبادئ العامة للقانون.⁴

(1) راجع : محمد كولا، مرجع سابق، ص. 201.
(2) تنص المادة 1/39 من قانون التحكيم المصري على تطبيق "تطبيق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا إتفقا على تطبيق قانون دولة معينة أتتعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين مالم يتفق على غير ذلك".
(3) د.محمد كولا، نفس المرجع السابق، ص. 202.
(4) راجع : كمال معروف، مرجع سابق، ص. 77.

وأمام هذا التأكيد على مبدأ سلطان الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع نورد بعض الحالات التي تشملها "قواعد القانون"

1- الإحالة إلى قواعد تنازع القوانين :

قد تحيل العقود المبرمة في مجال التجارة الدولية في إتفاق التحكيم إلى تطبيق قواعد التنازع على النزاع وفي هذا الإطار ما نصت عليه المادة 1/18 من القانون المدني الجزائري¹، إذ تشير هذه المادة إلى قانون معين وليس قواعد موضوعية للقانون، فهي قاعدة إسناد تحيل إلى تطبيق قانون موضوعي معين². كما أحالت بعض الإتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر مع بعض الدول إلى إمكانية تطبيق قواعد تنازع القوانين، نذكر منها الإتفاقية الجزائرية الفرنسية في المادة 8/4، والإتفاقية الجزائرية الإسبانية في المادة 3/11.³

2- المبادئ العامة للقانون، والعادات والأعراف التجارية الدولية :

إن تعبير "قواعد القانون" الواردة في المادة 1050 من القانون 09/08 الجزائري والمادة 1/1496 من القانون الفرنسي تفيد إمكانية تطبيق الأطراف المبادئ العامة للقانون أو العادات والأعراف التجارية الدولية.⁴

فكثيرا ما تحيل الإتفاقيات الدولية وكذا العقود الدولية إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون أو العادات والأعراف التجارية الدولية نزولا عند إرادة الأطراف، حيث يستند المحكم إلى العادات التجارية والمبادئ العامة للقانون الدولي بسبب إطمئنان المستثمر لها بالمقارنة مع القوانين الداخلية التي ينشأ على أراضيها الإستثمار الأجنبي.⁵ فقد نصت المادة 1/6 من إتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الإستثمار

(1) تنص المادة 1/18 ق.م.ج "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد".

(2) وهذا ما نلاحظه من خلال العقود التي أبرمتها شركة سونطراك في السبعينات حيث نجد الكثير منها تحيل صراحة إلى تطبيق القانون الجزائري، وهو القانون ساري المفعول وقت إبرام هذه العقود، وليس القانون ساري المفعول وقت حدوث النزاع.

(3) راجع في هذا الصدد : محمد كولا، مرجع سابق، ص.205

(4) العرف التجاري الدولي قاعدة درج عليها التجار في حقل التجارة الدولية على إتباعها في معاملاتهم، وشعروا بضرورة إحترامها والإلتزام بها بغير نص في العقد الدولي أو القانون.

أما العادة التجارية فهي القاعدة التي توارثت وذاعت كشرط درج المتعاقدون على تضمينه في عقودهم وأدى الإستمرار عليه إلى إعفائهم على النص عليه في هذه العقود.

راجع : حسني المصري، المرجع السابق، ص 363.

(5) أنظر حسين نواره، المقال السابق، ص.202

على : "... وعند عدم وجود حكم في النصوص المشار إليها في الفقرة السابقة، تطبق المبادئ القانونية المشتركة في الأقطار المتعاقدة والمبادئ المعترف بها في القانون الدولي".⁶

إلا أن الإحالة إلى هذه المبادئ، خاصة بالنسبة للدول النامية، قد يشكل خطورة على مصالحها، وهذا بسبب تفسيرها من طرف المحكمين تفسيراً يخدم مصالح الشركات الأجنبية.⁷

3- دور الهيئة التحكيمية كمفوض بالصلح :

يمكن لأطراف النزاع وفقاً لإتفاق التحكيم تسوية نزاعهما حول القانون الذي يحكم موضوع النزاع عن طريق الصلح، فتكون الهيئة التحكيمية في هذه الحالة مفوضة بالصلح من طرف الأطراف.¹ فلا يمكن للمحكم أن يقوم بذلك إلا إذا حولته إتفاقية التحكيم هذه السلطة، فيكون المحكم عندئذ حر في البحث عن الحل الذي يبدو له ملائماً بالنسبة للأطراف حيث لا يكون المحكم مقيداً بأي قانون.²

وعليه فإن السؤال الذي يثور بهذه المناسبة: ما هو القانون الذي تطبقه الهيئة التحكيمية كمفوضة بالصلح؟

إهتم المشرع الفرنسي بهذه الطريقة وهذا ما نصت المادة 1497 ق.إ.م.ف.³ وعليه فإذا إتفقت الأطراف على الرجوع إلى الهيئة التحكيمية كمفوض بالصلح فيعني أن الأطراف رضيت بالحكم التحكيمي مهما كان القانون المطبق، فإذا كانت للهيئة التحكيمية الحرية الكاملة في إطار المفوض بالصلح، فتبقى في المجال الدولي مقيدة بالنظام العام الدولي.⁴

ويظهر إهتمام المشرع المصري بهذه الطريقة من خلال التعديل الذي أدخله على المادة 39، بإدخال مصطلحات أكثر دقة مقارنة بالصياغة الواردة بموجب القانون 27 لسنة 1994.⁵ أما المشرع الجزائري فعلى الرغم من أنه نص على إمكانية فصل النزاع من طرف الهيئة التحكيمية كمفوض بالصلح صراحة في المادة 458 مكرر 15 من المرسوم التشريعي 09/93.⁶ إلا أنه لم يأتي بنص خاص حول هذه الإمكانية في القانون 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، غير أننا يمكن إستخلاص

(6) راجع : فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص.190.

(7) رأي الأستاذ تزي نور الدين، المشار إليه في كتاب محمد كولا، نفس المرجع السابق، ص 206.

(1) د.محمد كولا، مرجع سابق، ص 207.

(2) د.عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص.56.

(3) « L'arbitre statue comme amiable compositeur si la convention des parties lui a confié cette mission ».

(4) د. محمد كولا، نفس المرجع السابق، ص 207.

(5) تضمن التعديل الجديد إضافة تعبير "تفويضها بالصلح" راجع في ذلك : محمد كولا، مرجع سابق، ص.209.

(6) تنص المادة 458 مكرر 15 على : " تفصل محكمة التحكيم كمفوض في الصلح إذا حولتها إتفاقية الأطراف هذه السلطة". فكان المشرع الجزائري قد أخذ هذه المادة من المادة 1497 ق.إ.م.ف مع إدخال بعض التعديلات في المصطلحات.

ذلك من خلال إستقرائنا لنصوص هذا القانون ولا سيما نص المادة 1050 السالفة الذكر، حين أعطى المشرع للأطراف الحرية في إختيار أي قانون يمكن أن يطبق على النزاع المطروح.

هذا ولا يفوتنا ونحن بصدد دراسة خضوع موضوع النزاع لقانون الإرادة، أن نشير إلى دور الإتفاقيات الدولية في تكريس مبدأ سلطان إرادة الأطراف في تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع نذكر منها :

- إتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية التي أصبحت جزءا من التشريع الجزائري منذ سنة 1988 بعدما صادقت عليها الجزائر، حيث أكدت في مادتها 05/أ على "لا يجوز رفض الإعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الإعتراف والتنفيذ الدليل على أن الإتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف....". وهذا يعني أن الأصل هو تطبيق القانون الذي إختاره الأطراف.¹

- وكذلك إتفاقية جنيف لسنة 1961 التي تنص في فقرتها الأولى من المادة السابعة "الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه في موضوع النزاع".

- وكذا إتفاقية واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965 الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار إذ تنص المادة 1/13 منها على : "للطرفين كامل الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع".

على الرغم من المساندة والإجماع الذي لقيه مبدأ سلطان إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن هذا لم يمنع الإختلاف والجدل في أوساط الفقه حول مدى الحرية المعترف بها للأطراف في هذا المجال : فهل يملك الأطراف الحرية المطلقة في تحديد القانون الذي يحكم النزاع؟ وبمعنى آخر هل لهم الحق في إختيار أي قانون ولو لم تكن له أي صلة بالعقد أو المتعاقدين؟ وهل يمكنهم تجزئة هذا العقد بإخضاع جزء منه إلى قانون معين يختلف عن القانون المختار للجزء الآخر؟

المسألة الأولى: صلة العقد بالقانون المختار.

إختلف الفقه حول شرط صلة العقد بالقانون المختار، حيث ظهرت عدة إتجاهات ونظريات في هذا الشأن :

1- النظرية الشخصية:

(1) راجع المادة 05 /أ من إتفاقية نيويورك لسنة 1958، بشأن الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية.

ينادي أنصار هذه النظرية بحق أطراف التجارة الدولية - إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة - في إختيار القانون الذي يطبقه المحكم على منازعاتهم، بغض النظر عن أية صلة بينه وبين العقد موضوع النزاع طالما لم يتم إختيارها لهذا القانون بسوء نية. ويرى أنصار هذه النظرية أن الأطراف حرة في إختيار القانون، فهذا الإختيار ينصب على إدماج النصوص القانونية للقانون المختار في العقد لينزل منزلة الشروط التعاقدية، بحيث يمكن أن تكون محلاً للتعديل والإشترط بحيث تفقد طابع القانون بمعناه الدقيق،¹ كما يمكن للأطراف إبرام عقد مستقل عن كل قانون وطني، أي عقد له الكفاية الذاتية يجد المحكم في شروطه كل ما يحتاجه من أحكام للفصل في النزاع المعروض عليه.²

ويستند أنصار هذه النظرية لتبرير فكرتهم على أن تطبيق قانون الإرادة لا يكون على أساس الطبيعة الإتفاكية للتحكيم فحسب، وإنما لإعتبار مبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر قاعدة إسناد أكثر ملاءمة وما يحققه هذا المبدأ من توازن بين الأطراف.³

ومن المؤكد أن هذه النظرية تؤدي إلى تلاشي كل فكرة تتعلق بقواعد تنازع القوانين، وذلك لما للإرادة من قوة وحرية مطلقة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع دون الإستناد إلى قانون يبرر هذا الإختيار.

2- النظرية الموضوعية .

تبنى هذه النظرية بعض فقهاء القانون الدولي الخاص مثل: "H- batiffol", "Niboyet", "Arminjon" حيث يعتقد هذا الفريق فكرة وجوب ربط العقد الدولي بقانون وطني له علاقة حقيقية به، فهذا القانون هو الذي يمنح للإتفاق القوة الملزمة.⁴

ويرى هذا الإتجاه أن جوهر إرادة المتعاقدين في إختيار القانون الذي يحكم العقد هو في الحقيقة عبارة عن توطين للعقد تبعاً لإرادتهم، ومن ثم يجب أن يكون هذا الإختيار إشارة إلى رابطة التوطين هذه مثل إختيار الأطراف لقانون دولة تنفيذ العقد، أو قانون بلد إبرام العقد، أو قانون جنسية أحد الأطراف.⁵ لأنه إذا إنعدمت هذه الرابطة أعتبر ذلك من قبيل الغش نحو القانون الأجنبي.⁶

(1) راجع : منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص. 203، 204.
(2) عبد الوهاب بموسى، التحكيم التجاري الدولي : قضاء تعاقدي؟ دراسات قانونية، مجلة القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد 04، لسنة 2007، ص. 116.
(3) وبهذا حكمت هيئة التحكيم في 15 مارس 1963، في شأن النزاع بين إيران وبين إحدى الشركات البترولية الأجنبية بالنسبة لمخاطر الاستثمار كونها تتطلب الأمان التشريعي، ويجب حمايتها ضد أي تعديلات تشريعية من جانب الدولة حتى يمكن تجنب المساس بضرورة ثبات العلاقة التعاقدية. كما أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا المبدأ في حكم لها صادر بتاريخ 15/01/1935.
راجع في هذا الصدد : منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، المرجع السابق نفسه، ص. 205.
(4) راجع : عبد الوهاب بموسى، نفس المقال السابق، ص. 116.
(5) راجع في هذا الصدد، أبو زيد رضوان، الضوابط العامة للتحكيم التجاري الدولي، القسم الرابع، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة الرابعة، العدد 01-03 لسنة 1980، ص. 18.
(6) د. حسني المصري، مرجع سابق، ص. 345.

ويستند أنصار هذه النظرية أن الرضى وحده غير كافي ليكون محلا للإلتزام بل لابد من قانون يضيف عليه طابع القوة الملزمة، ومن ثم يجب أن تكون الإتفاقات مبرمة بطريقة قانونية. فيتساءل "Batiffol" بهذا الصدد عن الكيفية التي يعطي بها القاضي القوة الملزمة للعقد في غياب قانون يعطيه هذا الأمر،¹ ويعتبر هذا الفقيه مبدأ سلطان الإرادة المطلق "مبدأ للفوضى القانونية".²

والجدير بالتنويه أن المشرع الجزائري قد اعتنق النظرية الموضوعية التي تقيد إرادة المتعاقدين في إختيار القانون الذي يطبق على العقد وهذا ما نستخلصه من خلال نص المادة 1/18 من القانون المدني المعدلة والمتممة بالقانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 بنصها: "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد".³

المسألة الثانية : حرية المتعاقدين في تجزئة العقد.

إن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد : هل يمكن إسناد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع إلى قوانين مختلفة ؟

يرى جانب من الفقه أنه لابد على المتعاقدين إختيار قانون واحد يسري على العقد ككل، لأن العقد من الناحية الإقتصادية عملية واحدة يجب أن تخضع لقانون واحد، تفاديا لتشتيت العقد بين عدة قوانين، وأن كل مرحلة من مراحل التحكيم تأتي تنفيذا للمرحلة التي سبقتها.⁴ فتعيين المحكمين هو بداية تنفيذ إتفاق التحكيم، وقرار التحكيم يأتي تنفيذا لإتفاق التحكيم.

ويرى كذلك أن محاولة إخضاع أجزاء العقد إلى أنظمة مختلفة يؤدي إلى المساس بفكرة تركيز العقد لأن العقد يصبح خاضعا لدولة أخرى غير الدولة التي ركز فيها، لأن العقد هو عملية قانونية واحدة فلا يتصور إخضاع كل من تكوين العقد وآثاره، وحتى إبطاله إلى أنظمة قانونية مختلفة.⁵

بينما أكد جانب آخر من الفقه على حرية المتعاقدين في تجزئة العقد تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة بحيث يمكنهم إخضاع كل جزء من العقد لقانون معين ليحكمه، وذلك في الحالات التي تكون الإلتزامات المتولدة عن العقد واجبة التنفيذ في أكثر من دولة واحدة. وحجة هؤلاء هي الحرية المعترف بها للأطراف، لأنه إذا كان المشرع قد أعطى المتعاقدين هذه الحرية فلا يجوز له سلبها منهم.⁶

(1) " Comment le juge pouvait donner force obligatoire à un contrat si la loi ne lui en donnait pas l'ordre ? "

(2) رأي الأستاذ : Batiffol، مشار إليه في مقال أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص. 193.

(3) كانت المادة 18 ق.م.ج قبل تعديلها بموجب القانون 10/05 تمنح الحرية المطلقة للأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، حيث كانت تنص يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد، مالم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر.

(4) راجع : وجدي راغب فهمي، مرجع سابق، ص. 178.

(5) راجع : شريف هنية، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2001/2002، ص 47،46.

(6) د.وجدي راغب فهمي، نفس المرجع السابق، ص. 179.

هذا كله عن دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إذ يمكن للأطراف إختيار قانون وطني معين، كما يمكنهم إختيار المبادئ العامة للقانون أو العادات والأعراف التجارية الدولية، أو دعوة المحكمين للفصل كمفوض بالصلح. لكن في الكثير من الحالات يحصل في إتفاق التحكيم -سواء سهواً أو عمداً- عدم تحديد الأطراف للقانون الذي يطبق على موضوع النزاع، ففي هذه الحالة ترجع السلطة في تحديده إلى الهيئة التحكيمية الفاصلة في النزاع، فما مدى سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع؟

تساؤل سنحاول الإجابة عنه من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثاني

دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

في غياب الإرادة الصريحة للخصوم في إختيار القانون الذي يطبق على موضوع النزاع، فإنه يقع على عاتق المحكم أن يتصدى إلى هذه المشكلة حيث يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في البحث عن هذا القانون.¹

فالمحكم الدولي -خلافاً للقاضي الوطني- غير مقيد بقانون محلي أي أنه ليس له قانون إختصاص، فهو لا يصدر قراره بإسم هذه الدولة أو تلك، ومن ثم فهو لا يخضع لسيادة أي دولة حتى ولو كانت هي أو أحد رعاياها طرفاً في المنازعة التي تطرح على التحكيم.²

وقد أكدت تلك الحقيقة الكثير من قرارات التحكيم التجاري الدولي³، حيث قررت محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية أن المحكم الدولي لا يملك تحت تصرفه قانون إختصاص يستطيع من خلاله تطبيق قواعد تنازع القوانين، وفي هذا الصدد يرى الفقه الغالب أن المحكم يلعب دوراً مهماً في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بالإضافة إلى دوره في إستظهار الإرادة الضمنية لأطراف النزاع كما له دوراً مستقلاً منحه إياه النصوص التشريعية والدولية عند غياب إرادة الأطراف⁴، لذا لاحظ بعض الفقه أن حرية المحكم تتسع بمقدار سكوت الأطراف عن بيان القانون الذي يطبقه المحكم على موضوع النزاع.⁵

(1) د. محمد كولا، مرجع سابق، ص. 213.

(2) د. أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية دراسة في قضاء التحكيم، دار الكتب القانونية، 2006، ص. 539.

(3) راجع القرار رقم 1776 لسنة 1970، والقرار 1512 لسنة 1971، والقرار رقم 1869 لسنة 1972 الصادرة عن محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، منشور: page 99.Rev- arb 1972.

(4) د. أحمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد 4، لسنة 1993، ص. 195.

(5) د. حسني المصري، المرجع السابق، ص. 354.

غير أن السؤال الذي يطرح نفسه: ما هو المعيار الذي تعتمد عليه الهيئة التحكيمية في إختيار القانون الذي يطبق على موضوع النزاع عند غياب إرادة الأطراف ؟

تتجه أغلب التشريعات المقارنة إلى أنه في غياب إتفاق الأطراف على قانون يحكم موضوع النزاع فعلى المحكم حينئذ إختيار القانون الأكثر إتصالا بموضوع النزاع¹، أو وفقا للقواعد القانونية التي يراها مناسبة وملائمة لحل النزاع دون التقييد بقانون دولة معينة.² واستخدام المحكم لهذه السلطة التقديرية لا يجب أن يكون استخداما مزاجيا وعشوائيا إذ لا بد أن يكون إختياره للقانون الذي يطبق على موضوع النزاع ملائما للموضوع على ضوء ظروف القضية وملائمتها.³

والرأي الراجح في الفقه، وهو الجدير بالتأييد، أنه متى كانت العلاقة المعروضة على هيئة التحكيم هي علاقة وطنية في كافة عناصرها، فإنه لا يكون ثمة محل لتطبيق قانون أجنبي عليها، وإنما تلتزم هيئة التحكيم بالقانون الوطني دون غيره، لأن مثل هذه العلاقة لا تثير تنازعا بين القوانين.⁴ وقد تأكدت هذه السلطة التقديرية للمحكم في إيجاد القانون الذي يطبق على موضوع النزاع في التشريعات الوطنية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، وكذا الاتفاقيات الدولية، بالإضافة إلى تدعيم هذه السلطة من طرف الفقه والقضاء.

فقد نصت المادة 2/1496 ق.إ.م.ف على تأكيد دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عند غياب إختيار الأطراف حيث منحت هذه المادة للهيئة التحكيمية سلطة واسعة في إختيار القانون الواجب التطبيق في غياب إختيار الأطراف، وهذا طبقا لقواعد القانون التي تراها مناسبة وملائمة لحل النزاع،⁵ فتعبير "Conformément à celle" تعني قواعد القانون، ولكن يبقى دور المحكم محدد بالمقارنة بدور الأطراف - كما بيناه سابقا- وهذا ما يمكن إستخلاصه من تعبير "Appropriées" بمعنى أنه يجب على المحكم البحث عن القانون الذي تكون له علاقة أو رابطة مع النزاع.

(1) قد يكون القانون الأكثر إتصالا بالموضوع أو القانون الملائم لحل النزاع إما القانون الوطني لأحد الأطراف، أو قانون محل إبرام العقد، أو قانون محل تنفيذه، قواعد تنازع القوانين، الأخذ بالجنسية المشتركة بالأطراف، المبادئ العامة للقانون، أو العادات و الأعراف التجارية الدولية...

(2) إستعمل المشرع الفرنسي والجزائري مصطلح قواعد ملائمة Appropriée خلافا للقانون السويسري الذي يفضل إستعمال قواعد القانون التي تكون لها روابط وثيقة بالموضوع. غير أننا نلاحظ عامل مشترك بين هذه التشريعات والمتمثل في إستعمال لغة قانونية واحد وهي "قواعد القانون" "Les règles de droit" بدل مصطلح "التشريع" "La loi".

(3) د. حسني المصري، مرجع سابق، ص. 359.

(4) د. محمد سليم العوا، مرجع سابق، ص. 114.

(5) تنص المادة 2/1496 ق.إ.م.ف على :

".....à défaut d'un tel choix conformément à celles qu'ils estime appropriées, il tient compte, dans tous les cas des usages commerce."

وتجسيدا لدور الهيئة التحكيمية في تحديد القواعد القانونية التي تطبق على موضوع النزاع، ذهب القضاء الفرنسي (محكمة باريس) إلى التأكيد على تطبيق مجموعة المبادئ وعادات التجارة المسماة بقانون التجارة الدولي.¹

أما المشرع المصري فقد أكد هو الآخر على دور الهيئة التحكيمية في تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال نص المادة 3/39 من القانون رقم 09/ لسنة 1997 والتي تنص: "وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه أكثر إتصالا بالموضوع". ويلاحظ أن المشرع المصري أعطى الصلاحية لهيئة التحكيم بإختيار القانون الأكثر إتصالا بموضوع النزاع، واضعا ضوابط لهذا الإتصال أو الملاءمة تاركا الأمر لمطلق تقدير المحكم لما يراه مناسباً لحل النزاع.²

أما المشرع الجزائري فقد كان قريبا من موقف المشرع الفرنسي عندما نص في المادة 1050 من القانون 09/08 على: "... وفي غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها مناسبة". وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري - على غرار المشرعين الفرنسي والمصري - أعطى الحرية للمحكمين لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وهذا في حالة غياب قانون إرادة الأطراف.

ومن ثم يمكن إعمال عدة خيارات من الرجوع إلى المبادئ العامة للقانون وقواعد التجارة الدولية، وكذا الأعراف والعادات التجارية، إلى الأخذ بقانون أي دولة يراه أكثر ملاءمة للنزاع سواء كان قانون موضوعي مثل ما ذهب إليه المشرع المصري، أو قواعد التنازع مثل ما وضعناه بالنسبة للمشرع الفرنسي.³

ولقد لقي دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تأكيدا في الإتفاقيات الدولية، فمنها ما يعطي المحكم إختيار قواعد تنازع القوانين لقانون الدولة المتعاقدة⁴، ومنها ما يعتمد على المبادئ العامة للقانون الدولي وكذا العدل والإنصاف، وكذلك نظام التحكيم لدى الغرفة التجارية الدولية (CCI) في المادة 5/3/13، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 في

(1) راجع : محمد كولا، المرجع السابق، ص. 213.

(2) يختلف القانون الأنسب باختلاف ظروف النزاع، وبالتالي فهو معيار موضوعي وليس شخصي، ومن المؤشرات الموضوعية التي تعكس الصلة بين النزاع والقانون الملائم.

- راجع في ذلك : إبراهيم رضوان الجبيري، المرجع السابق، ص. 161.

(3) إن تطبيق مفهوم قواعد القانون Les règles de droit تشمل كذلك قواعد تنازع القوانين لأي دولة .

(4) وهذا ما نصت عليه المادة 1/7/ب/ج من الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961، في نصها "في حالة عدم إشارة الطرفين إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع طبق المحكم القانون الذي تعينه قاعدة التنازع التي رآها المحكم مناسبة للقضية".

(5) نصت المادة 3/13/ب من قواعد غرفة التجارة الدولية على أنه "للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدد الأطراف، طبق المحكم، قاعدة تنازع القوانين التي يراها مناسبة في هذا الخصوص."

المادة 4/2/28. وهنا يظهر تشابه في الصياغة في كل الإتفاقيات المذكورة، إذ نجد قواعد تنازع القوانين، وكذلك المبادئ العامة للقانون وقواعد العدل والإنصاف، مما يدل معه على أن المحكم غير مقيد بقانون وطني موضوعي معين.

أما إتفاقية نيويورك لسنة 1958 في المادة 1/5/1 فقد نصت على "... طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم"، فقد إنفردت الإتفاقية بهذه الحالة بعدما أكدت على أولوية قانون الإرادة، لكن لم تبين ما هو قانون البلد الذي صدر فيه الحكم، هل هو القانون الموضوعي مباشرة أم قواعد تنازع القوانين.¹

وعلى صعيد الإتفاقيات الثنائية نجد الإتفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا التي تقضي في نص المادة 4/8 "عند حل النزاع، يجب الأخذ بعين الإعتبار مبادئ القانون الدولي، وأحكام هذا الإتفاق ونصوص الإلتزام الخاص الذي يكون قد منح إستثمار ما إلى جانب القانون الوطني للطرف المتعاقد المعني بالنزاع، بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين."²

بعدما بينا السلطة التقديرية للمحكم في غياب قانون الإرادة للبحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، والتي كرستها التشريعات الوطنية وكذا الإتفاقيات الدولية، لا بأس أن نبين بعض الخيارات التي يمكن أن يستند عليها المحكم، وهي خيارات كثيرة ومختلفة، بحيث يتقيد المحكم بالأخذ بالخيارات الأكثر ملاءمة والأكثر إتصالا بموضوع النزاع.

أولا : تطبيق الهيئة التحكيمية لقواعد تنازع القوانين.

في غياب إتفاق الأطراف على تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وحين لا يستطيع المحكم عن طريق المؤشرات الضمنية الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف في تطبيق قانون معين، فإنه يقع على عاتق المحكم الدولي أن يتصدى لهذا المشكل بتبيان القانون الذي يحكم موضوع النزاع، وذلك من خلال إعماله لقواعد التنازع.³ ومن خلال إعمال قواعد تنازع القوانين، فإن المحكم الدولي، على خلاف القاضي الوطني، يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في إختيار قواعد التنازع التي من خلالها يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك في حالة غياب إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية.⁴

(1) راجع : محمد كولا ، مرجع سابق، ص 216.

(2) أنظر : المرسوم الرئاسي 01/94 المؤرخ في 02/01/1994، ج ر، عدد67، مؤرخة في 19/10/1994.

(3) رأي الأستاذ أبو زيد رضوان، مشار إليه في مذكرة منسول عبد السلام، قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2000/2001، ص 55.

(4) راجع : كمال إبراهيم، المرجع السابق، ص 145.

فقد تلجأ الهيئة التحكيمية عند إعمالها لمنهج تنازع القوانين لقانون دولة أحد الأطراف، أو لقانون مكان إجراء التحكيم، أو لقانون مكان تنفيذ حكم التحكيم بإعتباره الأنسب والأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.¹ لذا فقد اختلفت المعايير بصدد إعتبار قانون معين هو الأكثر ارتباطاً بالنزاع.

1- تطبيق المحكم لقواعد التنازع لمقر التحكيم :

يرى الأستاذ "سوزر هيل" "Sauser Hall" أنه في حالة غياب إختيار الخصوم الصريح أو الضمني في العقد لقانون يحكم موضوع النزاع، فإنه ليس أمام المحكم إلا أن يعمل قواعد تنازع القوانين في قانون الدولة التي يجري في إقليمها التحكيم لتحديد القانون الذي يحكم موضوع المنازعة.² لكن هذا الإتجاه تعرض إلى عدة إنتقادات منها، صعوبة تحديد مقر التحكيم، حيث أن مقر التحكيم قد يتغير تحديده، حيث نجد أنه من الممكن أن يعقد المحكمون جلسات الإستماع في أكثر من دولة، كما أن إختيار التحكيم لدى الهيئات التحكيمية المتخصصة لم يكن المقصود منه هو تطبيق قواعد التنازع لقانون البلد الذي يوجد فيه مقر هذه الهيئات، بل قد تكون الإعتبارات لا علاقة لها بالنزاع كإعتبارات السياحة والقرب...³

2- تطبيق المحكم لقواعد التنازع لقانون جنسية أو الموطن المشترك لأطراف العلاقة.

يرى هذا الإتجاه أنه على المحكم في حالة إنتفاء الإشارة الصريحة أو الضمنية إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، أن يبحث عن القانون الذي يطبق على النزاع من خلال قواعد التنازع للبلد الذي يوجد فيه الإقامة المشتركة أو الجنسية المشتركة لأطراف النزاع.⁴

لكن يعاب على هذا الإتجاه أنه يفترض وحده الجنسية أو موطن أطراف النزاع، وهذا من النادر وقوعه، لأننا في الغالب نجد مصالح التجارة الدولية محل النزاع تكون بين أطراف من جنسيات ومواطن مختلفة.⁵

(1) وقد تم تطبيق قواعد تنازع القوانين في العقد المبرم بين مجهزة سفينة جزائري وشركة الملاحة الفرنسية، حيث نصت المادة 25 على أن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو القانون الذي يختاره المحكمين، حيث توصلت الهيئة التحكيمية إلى القول بتطبيق القانون الموضوعي الجزائري، ذلك أن تطبيق قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص الجزائري تؤدي إلى تطبيق القانون الجزائري طبقاً للمادة 18 ق.م.ج.

- لمزيد من التفاصيل راجع: محمد كولا، المرجع السابق، ص.219، 220.

(2) هذا الرأي يؤكد كثير من أنصار الطبيعة القضائية للتحكيم، حيث يرون أن المحكم يتوجب عليه تطبيق القواعد القانونية للبلد الذي يجري فيه التحكيم، فهو كالقاضي الوطني عند إعماله لقانون الإختصاص الذي يستمد منه سلطته، وقد جرى التأكيد على هذا الرأي في توصية أمستردام لمعهد القانون الدولي العام، والتي تم إعتقادها كقواعد سميت "قواعد أمستردام" عام 1957،

- لمزيد من التفاصيل راجع: كمال إبراهيم، المرجع السابق، ص. 148.

(3) أنظر: عيادي فريدة، سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة عن العقد التجاري الدولي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2001، ص. 40.

(4) راجع: فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص. 187.

(5) د. محمد كولا، نفس المرجع السابق، ص. 218.

3- تطبيق المحكم لقواعد التنازع في قانون البلد الذي سينفذ فيه القرار التحكيمي.

بموجب هذا الإتجاه، فإن على المحكم الدولي البحث عن القانون الذي يحكم موضوع النزاع من خلال إعماله لقواعد تنازع القوانين في قانون الدولة التي سينفذ فيها القرار الذي يصدر في المنازعة التي طرحت على التحكيم¹، وهذا نتيجة حرص المحكم الذي يصدر قراره للتنفيذ دون أن يعترض على تنفيذه من طرف دولة التنفيذ.²

غير أن هذا الحل يؤخذ عليه كونه يستبق عمل المحكم الذي يحكم موضوع النزاع بصعوبات عملية يتعين على المحكم حلها ابتداءً، لذا يقول الأستاذ "لايف" أن هذا الحل سيكون وهمياً ولا حاجة للتأكيد على صعوباته العملية، فكيف يمكن تحديد البلد المذكور بشكل أكيد وما العمل إذا كانت هناك عدة بلدان لتنفيذ قرار التحكيم؟³

4- تطبيق قواعد التنازع لقانون جنسية المحكم.

يفترض هذا الإتجاه أن المحكم له معرفة وإطلاع واسع على تلك القواعد الخاصة في نظامه القانوني يضاف إلى ذلك أن الأطراف عندما تختار محكماً معيناً يفترض أنها قد إختارت أيضاً وبشكل ضمني النظام القانوني لبلد المحكم.⁴

ويعاب على هذا الرأي أنه ينتقص من كفاءة المحكمين الدوليين، حيث يشكك في قدرتهم على معرفة الأنظمة القانونية الخاصة بقواعد القانون الدولي الخاص غير تلك التي تخص بلدهم⁵. كما يعاب على هذا الرأي أنه قد يؤدي تطبيق قانون ليس له أدنى علاقة بالنزاع.⁶

5- التطبيق الجامع للمبادئ المشتركة لقواعد التنازع.

أمام عدم تأييد الفقه للمعايير السابقة كضوابط إسناد لإختيار قواعد التنازع المطبقة على النزاع، ذهب الرأي الراجح في الفقه وقضاء التحكيم إلى ضرورة الرجوع إلى فكرة التطبيق الجامع للمبادئ المشتركة لقواعد التنازع، يتم من خلالها إستخلاص القانون الأكثر ملاءمة لحل النزاع، مع إستبعاد أي قاعدة تابعة لنظام قانوني وطني معين.⁷

(1) راجع : أسامة أحمد الحواري، مرجع سابق، ص. 135.

(2) راجع : نص المادة 5 فقرة الثانية البند (ب) من إتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالإعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، حيث تقضي بعدم جواز الإعتراف بقرار تحكيمي وتنفيذه إذا ثبت أنه يخالف النظام العام في دولة التنفيذ.

(3) رأي الأستاذ لايف، مشار إليه في كتاب فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص. 188.

(4) د. أسامة أحمد الحواري، نفس المرجع السابق، ص. 133.

(5) د. فوزي محمد سامي، نفس المرجع السابق، ص. 186.

(6) د. محمد كولا، مرجع سابق، ص. 218.

(7) راجع: محمد كولا، نفس المرجع السابق، ص. 219.

وبالتالي فإن تطبيق هذا المعيار يؤدي بالهيئة التحكيمية إلى التخلص من إمكانية الإنحياز إلى ضابط معين ما دامت النتيجة واحدة.¹

ثانيا : تطبيق الهيئة التحكيمية للمبادئ العامة للقانون.

قد يلجأ المحكم في الكثير من الأحيان إلى تطبيق المبادئ القانونية المشتركة أو المبادئ العامة في القانون²، عند غياب أي إشارة من الأطراف إلى قانون يحكم موضوع النزاع، رغبة منه في تدويل العقد وإخراجه من دائرة إختصاص القوانين الداخلية.³

كما أن العديد من العقود المبرمة في مجال التجارة الدولية تنص على الرجوع إلى المبادئ العامة للقانون لتسوية النزاع، سواء بإدراجها بصفة إحتياطية أو إعتبارها نظام قانوني رئيسي.⁴ ويعرف بعض الفقه هذه المبادئ العامة للقانون بأنها "القواعد التشريعية التي تصادف قبولا في الكثير من النظم القانونية أيا كانت درجة تقدمها، وهي قواعد تطبق مباشرة على النزاعات دون أي تدخل لقواعد التنازع".⁵

كما أن إختيار المحكم للمبادئ العامة للقانون كقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع يتناسب مع الجانب العملي للتحكيم التجاري الدولي وهذا ما تبناه المعهد الدولي "Athènes" في 1979 حيث كرس في توصياته أن المحكم - كما الأطراف - يستطيع إختيار قانون وطني للعقد الدولي أو المبادئ المشتركة ، سواء المبادئ العامة للقانون، أو المبادئ المطبقة في العلاقات الإقتصادية الدولية.⁶ وقد رأينا سابقا كيف أن بعض التشريعات الوطنية - كالقانونين الفرنسي والمصري - وكذا الإتفاقيات وأنظمة التحكيم، نصت على حرية الأطراف في إختيار قواعد القانون المستمدة من المبادئ العامة للقانون، وكذا الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري الذي هو الآخر كرس المبادئ العامة للقانون من خلال نص المادة 1050 من القانون 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية عندما جاء بمصطلح "قواعد القانون" التي ينبغي تفسيرها تفسيراً موسعاً.

ومع إفتتاح الجزائر على نظام التحكيم التجاري الدولي، وإنضمامها إلى بعض الإتفاقيات الدولية مثل إتفاقية نيويورك لسنة 1958¹، والتي أصبحت جزءاً لا يتجزأ من النظام القانوني الجزائري، نجد أن

(1) رأي الفقيه أبو زيد رضوان، مشار إليه في كتاب كمال إبراهيم، مرجع سابق، ص. 150، 151

(2) من بين المبادئ القانونية العامة: قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، وقاعدة "تنفيذ العقود بحسن نية"، وقاعدة "كل من تسبب بخطئه في الإضرار بالغير يلتزم التعويض"، قاعدة "عدم التعسف في إستعمال الحق"، و"إحترام الحقوق المكتسبة ...

(3) راجع : منسول عبد السلام، مرجع سابق، ص. 68

(4) راجع : محمد كولا، مرجع سابق، ص. 220

(5) تعريف الأستاذ Mann، مشار إليه في كتاب منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص. 226

(6) -P.Fouchard,op-cit, page 816.

(1) بعدما صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم 233/88 في 1988./11/05

الجزائر أبرمت العديد من الإتفاقيات التي رتبت المبادئ العامة للقانون في الصدارة، ثم النظم القانونية الأخرى.²

وبالرجوع إلى قضاء التحكيم التجاري الدولي، نجد صدور العديد من الأحكام التحكيمية التي صدرت طبقا للمبادئ العامة للقانون، نورد من بينها هذه القضايا :

1- قضية أرامكو ARAMCO :

تعتبر هذه القضية من القضايا المشهورة في قضاء التحكيم التجاري الدولي وأقدمها، حيث تلتخص وقائع القضية في حصول الشركة الأمريكية "أرامكو" على عقد إمتياز من طرف المملكة السعودية سنة 1933 لنقل البترول، لكن المملكة السعودية لجأت إلى إبرام عقد آخر مع شركة " La Saudi Arabian Maritime" تعطي بموجبه حق الأولوية لهذه الشركة لنقل البترول لمدة 30 سنة (منذ 1954)، وبالتالي وقع خلاف على أساس أن شركة "ARAMCO" تدعي حقها المطلق في نقل البترول وفقا لإتفاق سنة 1933. فطرح النزاع على الهيئة التحكيمية في جنيف بسويسرا حيث تعرضت الهيئة إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع وتوصلت في البداية إلى أنه "ما دام النزاع قام بين دولة وشركة أمريكية خاصة، فلا تعتقد الهيئة التحكيمية بأن قانون مكان إجراء التحكيم هو الواجب التطبيق"، ومن ثم إستبعدت الهيئة القانون السويسري. وإستطردت قائلة "نظرا لحصانة الجهاز القضائي للدول الأجنبية المعترف به دوليا والمستمد من مبدأ السيادة، فإن قانون جنيف لا يمكن تطبيقه إحتراما لسيادة الدولة الطرف، وعليه فلا يمكن إخضاع هذا التحكيم سوى لمبادئ القانون الدولي..."³. وعليه توصلت الهيئة التحكيمية في حكمها الصادر في 1958/08/03 إلى إستبعاد القانون الوطني وإخضاع النزاع إجرائيا وموضوعيا للقانون الدولي.

2- قضية أبو ظبي :

ثار النزاع سنة 1949 بين شيخ أبوظبي وشركة "Pétroleum développement" حول عقد إمتياز بترولي أبرم سنة 1939، وفي تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، توصل المحكم إلى إصدار حكم تحكيمي بتاريخ 1951/08/28، ومستبعدا القانون الوطني لشيخ أبوظبي ومطبقا للمبادئ العامة للقانون.¹

(2) أنظر : الإتفاقية الجزائرية الفرنسية في المادة 4/8 التي تنص "عند حل النزاع يجب الأخذ بعين الإعتبار مبادئ القانون الدولي"

(3) لمزيد من التفاصيل حول القضية، راجع محمد كولا، مرجع سابق، ص. 221، 222

(1) جاء في نص القرار "لا يمكن القول قانونا بصلاحيه قانون مكان الإبرام وهو في أن واحد مكان التنفيذ، وهو قانون شيخ أبوظبي، على مثل هذه النزاعات، لأنه لا يمكن إعمال قواعد الشريعة الإسلامية بإعتبارها قواعد بدائية موجودة في هذه المنطقة البدائية على مثل هذا النزاع كما لا نرى تطبيق القانون الإنجليزي، بل بالعكس ما دامت المادة 17 من العقد المبرم بين الأطراف ينص على وجوب تفسير العقد بصدق وأمانة وبحسن نية، وبالتالي ينبغي إستبعاد أي قانون وطني آخر مهما كان، وإنما ينبغي تطبيق :

وبشكل عام فإن هذه القضايا تؤكد مدى أخذ المحكم بالقواعد العامة في القانون الدولي وعدم حصر النزاع في القانون الوطني فقط، وهذا الإتجاه هو الغالب لدى المحكمين، مما يعطينا نظرة على التوجه العام نحو فكرة تدويل العقود في حقل التجارة الدولية.

وعليه يتبين لنا من القضايا المشار إليها سابقا، وإن كانت المبادئ العامة للقانون تشكل قواعد هامة في حقل التجارة الدولية، فيمكن للمحكم إعمالها في منازعات التجارة الدولية، إلا أن ذلك يقضي الحرص والحذر في إعمالها، لأنه غالبا ما لا تراعي فيها مصالح الدول النامية والتسليم بها هو ترك الحرية للمحكم في تطبيقها كلما تبين له أنها تخدم مصالح الدول المتقدمة، لا سيما أن أغلب المحكمين وأجهزة التحكيم ينتمون إلى دول متقدمة، وأن نزاهتهم وحيادهم لازال محل شك.

وفي هذا الصدد يرى الأستاذ "هشام علي صادق": "إن هذه القواعد المادية وإن كانت تعبر عن واقع يتعذر إنكاره، إلا أنه واقع فرضته الأسواق الدولية التي تسيطر عليها الشركات التجارية والصناعية للدول الغربية المتقدمة، وبهذه المثابة يبدو من الطبيعي أن تعتبر أحكام هذه المبادئ الوليدة عن مصالح لا تتطابق بالضرورة مع مصالح الدول النامية ومواطنيها من التجار ورجال الأعمال".²

ثالثا : تطبيق الهيئة التحكيمية العادات والأعراف التجارية الدولية.

يرى الأستاذ "منير عبد المجيد أنه": "تمثل العادات والأعراف التجارية تنظيما جديدا من الأحكام الموضوعية الموحدة التي درج المتعاملون على إتباعها، وتجد مصدرها في عادات وأعراف المهنة والسوابق القضائية، نتيجة الجهد الإنشائي لقضاء التحكيم الذي يقوم بدور فعال في خلق هذه القواعد، وهي قواعد تلقائية النشأة في إطار الأوساط المهنية والتجارية التي ترتبط بأكثر من دولة، وتستجيب إلى متطلبات التجارة الدولية"³. كما أطلق عليها الفقيه "M.KAHN": "قانون حقيقي للمجتمع الدولي للبائعين والمشتريين".⁴

وإنطلاقا من الطبيعة الخاصة التي يتميز بها التحكيم التجاري الدولي وما يتوافر عليه من مقومات المرونة، فإنه يقدم لنا نوع من الحلول التي يتطلع ويأمل وجودها المتعاملين في حقل التجارة الدولية، حيث يمكن للمحكم إخضاع النزاع لمجموعة من القواعد القانونية غير الوطنية يطلق عليها مبادئ قانون التجارة الدولية. فغالبا ما يجد المحكمون أنفسهم أمام ضرورة الرجوع إلى ما تقضي به الأعراف والعادات

"Les principe enracinés dans le bon sens et la pratique commune à la généralité des nations civilisées de lois moderne de la nature je ne pense pas que sur ce point il y a une quelconque divergence entre les parties".

ومن ثم تم إستبعاد الشريعة الإسلامية وطبق المبادئ العامة للقانون، لمزيد من التفاصيل راجع في هذا الصدد، محمد كولا، ص. 223، 244.

(2) رأي الأستاذ : هشام علي صادق، مشار إليه في مذكرة منسول عبد السلام، المرجع السابق، ص. 69.

(3) تعريف الأستاذ : منير عبد المجيد، مشار إليه في مذكرة منسول عبد السلام، نفس المرجع السابق، ص. 65.

(4) تعريف M.KAHN، مشار إليه في كتاب منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص. 57.

التجارية الدولية، وهذا لعدة أسباب ومبررات ترجع في الغالب لعدم الإشارة صراحة في العقد إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع، أو وجود نص غامض غير كافي لتطبيقه على النزاع بحجة ملائمة هذه الأعراف والعادات التجارية للنزاع المعروض عليهم.¹

وقد ساهمت الأوساط التجارية مساهمة فعالة في إيجاد قواعد مادية إستقر عليها العمل بين التجار ورجال الأعمال في معاملاتهم التجارية الدولية، حيث عملت العديد من المؤسسات التجارية المتخصصة لتقنين هذه العادات والأعراف ضمن الشروط العامة للعقود النموذجية لكل مهنة أو تجارة، كما هو الشأن بالنسبة للشروط التي وضعتها جمعية لندن لتجارة القمح التي تأسست عام 1877، والجمعية الأمريكية لتجارة الحرير عام 1873، إضافة إلى مجموعة المصطلحات التجارية والمعروفة باسم "INCOTERMS" الصادرة عن غرفة التجارة الدولية سنة 1935.²

وتجد هذه العادات والأعراف مصدرها أصلا في الممارسة التجارية، فهي تستقل عن القوانين الوطنية، فكما يراها الأستاذ "هانس كلس" عبارة عن "قواعد معيارية من خلق الجماعات المستقلة" على صعيد التجارة الدولية" وهي كما يراها البعض الآخر بمثابة "قانون جديد للشعوب" ، وهو قانون يعلو فوق الدول ويجسد واقع قانون التجارة الدولية.³

وقد أولت الإتفاقيات الدولية أهمية بالغة للأعراف والعادات التجارية الدولية بإعتبارها قانون إختصاص المحكم، حيث نصت المادة 07 من الإتفاقية الأوربية للتحكيم العام 1961 في فقرتها الأولى: "في حالة تطبيق المحكم لقانون الإرادة، أو للقانون الذي تحدده قواعد التنازع الملائمة للنزاع، فإنه يتعين في كلتا الحالتين أن يضع المحكمون في إعتبارهم عادات وأعراف التجارة الدولية".

وقد كرست إتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي بدورها صراحة هذا الحكم في المادة 21² والتي تنص: "تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي إتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا إن وجد، وإلا وفقا لأحكام القانون الأكثر إرتباطا بموضوع النزاع، على أن تراعي قواعد وأعراف التجارة الدولية المستقرة".

ومن تطبيقات العادات والأعراف التجارية الدولية في مجال التحكيم، نجد القضية المعروضة على محكمة النقض الفرنسية في قضية "VALENCIANA"، والتي طبق فيها المحكم ما يسمى قانون

(1) د. محمد كولا، مرجع سابق، ص 225.

(2) راجع في هذا الموضوع مجهودات المؤسسات المهنية المتخصصة قصد تقنين عادات وأعراف التجارة في رسالة الطبيب زروتي، المرجع السابق، ص 165، وما بعدها.

(3) راجع: أبوزيد رضوان، المرجع السابق، ص 48.

(4) إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي، المبرمة في 14/04/1987.

التجار ، حيث تتلخص وقائع القضية أن شركة "Américain primary coal" إلتزمت بتوريد لمدة ثلاث سنوات لشركة إسبانية "Espagnole Valenciana de Cements Portland" كمية من الفحم، حيث نصت المادة 07 من العقد على تسوية النزاع وفق نظام تحكيم (CCI) في مسائل الإجراءات، أما القانون الواجب التطبيق على الموضوع فلم يحدد من قبل الأطراف. وعليه أصدر المحكم حكما جزئيا يقضي بخضوع النزاع لعادات التجارة الدولية باعتبارها القانون الأكثر ملائمة للنزاع. فدفعت الشركة الإسبانية ببطلان الحكم للأخذ بالعادات التجارية، في حين كان من المفروض تطبيق قواعد تنازع القوانين في حالة غياب الإرادة الصريحة لكن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الدفع. وتم صدور القرار عن الغرفة المدنية بتاريخ 1991/10/22 لصالح الطرف الفرنسي.¹

وبصدد مدى إلزامية الأعراف والعادات التجارية الدولية للمحكم، يذهب البعض إلى أنها تمثل ضوابط إحتياطية أو تكميلية، لكن البعض الآخر مثل الفقيه "لوسوارن" يرى أنها تمثل المصدر الأساسي للمحكم، مما ينبغي معه إسناد العقد الدولي إلى القواعد التجارية التي تشكل نظاما قانونيا له صفة الإلزام.²

- وقد وجهت بعض الإنتقادات إلى هذه العادات والأعراف التجارية الدولية، رغم إعتبارها لدى البعض نظاما قانونيا مستقلا بذاته، تعفي المحكم من مشكل الرجوع إلى قواعد تنازع القوانين، إلا أن البعض إنتقدها على أساس أنها لا تشكل نظاما قانونيا بسبب عدم تغطيتها لكل النزاعات التجارية الدولية، مما يستدعي في بعض الحالات إعمال بجانبها القانون الوطني مثل حالة الأهلية، بالإضافة إلى أنها تمثل نظرية بدون أساس قانوني، فهي غير مستمدة من قوانين داخلية للدول، بل من عادات وأعراف التجار، كما أن مجتمع التجار لا يشكل مؤسسة موحدة من شأنها خلق قواعد منظمة ومقننة.³

ونحن نرى أنه على المتعاملين الإقتصاديين الجزائريين أخذ الحيطة والحذر من هذه العادات والأعراف التجارية عند صياغتهم للعقود في حقل التجار الدولية، حيث مازالت دخيلة وغريبة عن المتعامل الجزائري، بسبب الإنغلاق الذي عاشت فيه الجزائر في مجال التجارة الدولية.

رابعا : تطبيق الهيئة التحكيمية لقواعد العدالة والإنصاف.

(1) لمزيد من التفاصيل، راجع: حثيثيات القضية، في كتاب محمد كولا، المرجع السابق، ص. 227.

(2) راجع: كمال إبراهيم، مرجع سابق، ص. 155.

(3) أنظر: محمد كولا، نفس المرجع السابق، ص. 226.

يمتاز التحكيم التجاري الدولي - كما رأينا سابقا - بخصائص الذاتية، ومبروته في حل النزاع، فلا يقتصر التحكيم للفصل في النزاع وفقا للقانون، وإنما يمتد إلى حل النزاع بطريق توفيقى يستجيب لمصالح الأطراف المتنازعة من الناحية الإقتصادية، ذلك أن المحكم كثيرا ما يكون مفوضا بالصلح من جانب الأطراف وهو ما يطلق عليه "تحكيم العدالة"¹، وعندئذ لا يتقيد المحكم في حكمه بنصوص القانون وقواعده وإنما يمكنه الإعتماد على قواعد العدالة والإنصاف البحتة وحدها.² وتعتبر قواعد العدالة التي ينتهي المحكم إلى تطبيقها في النزاع عندما يفوض صراحة بالمحكم بمقتضاها مصدرا من مصادر قانون التجارة الدولية وذلك متى إقتنع المحكم بقواعدها.³

ويرى في هذا الصدد الأستاذ "ديرين" "DERRAINS" أن شرط التحكيم مع التفويض بالصلح قد يسمح أحيانا للمحكمين بأن يعطوا للمنازعات التي تخضع لهم حولا تقوم على العدالة، والتي ساهمت بتكرارها في خلق قواعد تساهم في تكوين القانون المادي للتجارة الدولية.⁴ كما يرى الفقيه "CARRABIER" أنه: "من بين الأهداف الأساسية للتحكيم أنه يعمل على إيجاد عدالة مبنية على المعطيات العملية لكل حالة على حدى بدلا من التطبيق الصارم للنصوص القانونية".⁵

والظاهر أن قواعد العدالة في التحكيم بالصلح ليست وسيلة لتفسير نصوص العقود الدولية أو القوانين، وإنما هي غاية يسعى إليها المحكم وهي الوصول إلى الحل العادل الذي يرضي أطراف النزاع.⁶ ويرى الفيلسوف "أرسطو" أنه: "إذا كان العدل في ذاته ثابتا لا يتغير فإن التعبير عنه يمكن أن يتغير من وقت لآخر ومن مجتمع لآخر".¹

ولقد تم التأكيد على مبدأ إحترام إرادة الأطراف في مجال التحكيم بالصلح في مجال التجارة الدولية، إلى أن تم تكريسها في الكثير من النصوص القانونية، وهو ما أكدته المشرع الفرنسي في نص المادة

(1) لقد عبر بعض الفقه عن تطبيق قواعد العدالة والأنصاف بتعبير "التحكيم الطليق" حيث يحكم المحكم الطليق وفقا لتفويض من الأطراف بالصلح، فلا يكون - في أغلب الأحيان - مقيدا بالقانون، فهو لا يجري صلحا وإنما يفصل في النزاع بحكم، وهو نظام تحكيمي أقرته أنظمة التحكيم التجاري الدولي، والإتفاقيات الدولية، - راجع في هذا الصدد: حسني المصري، مرجع سابق، ص. 399.

(2) إن العدالة في ميدان عقود التجارة الدولية هي مجموعة الأفكار والمفاهيم التي تسود لدى الأوساط التجارية في ضمائر أفرادها عما هو حق وعدل. راجع في هذا الصدد: أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص. 200.

(3) راجع: منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص. 49.

(4) رأي الأستاذ DERRAINS، مشار إليه في كتاب عبد الكريم سلامة، المرجع السابق نفسه، ص. 293.

(5) "L'une des principales vertus de l'arbitrage est de rendre une justice axée sur l'équité et les données pragmatiques de chaque espèce, plus que l'application stricte de texte"

رأي الأستاذ : Carrabier، مشار إليه في كتاب Eric loquin، المرجع السابق، ص. 165.

(6) د. حسني المصري، نفس المرجع السابق، ص. 400.

(1) يختلف مفهوم العدالة عن مفهوم العدل عند أرسطو، فالأول يتعلق بظروف كل حالة على حدى، أما الثاني فهو مرتبط بالقانون.

- راجع: عيادي فريدة، المرجع السابق، ص. 31.

1474 ق.إ.م. ف على أنه "يفصل المحكم في النزاع على مقتضى قواعد القانون، ما لم يخوله الطرفان في إتفاق التحكيم، مهمة الفصل فيه كمحكم مصالح".²

وقد بينت المادة 4/39 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 القواعد التي يحكم المحكم بمقتضاها بنصها "ويجوز لهيئة التحكيم إذا إتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقييد بأحكام القانون".

وهذا ما كان قد أكدته المشرع الجزائري في المادة 458/ مكرر 15 من المرسوم 09/93³، ولم يؤكد في التعديل الذي قام به بموجب القانون 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما في المجال الإتفاقي الدولي فلم ترد أي إشارة في إتفاقية جنيف 1927 أو إتفاقية نيويورك لسنة 1958 لهذا الموضوع، على خلاف الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 والتي أكدت في المادة 2/7 منها على أن "المحكمون في التحكيم الودي يفصلون على أساس إرادة الأطراف إذا أجاز القانون المطبق ذلك".⁴

وقد أخذ قضاء التحكيم بمبادئ العدالة والإنصاف في عدة مناسبات، ففي قضية "Sapphir" بين شركة "Patroleum Sapphir International" ضد الشركة البترولية الإيرانية سنة 1963 قرر المحكم "كافان" "CAVIN" القاضي بالمحكمة الفيدرالية السويسرية تطبيق قواعد العدالة بإعتبار ذلك موقفا وديا.⁵ وأيضا قضية "ليامكو" LIAMCO بين شركة Libyan American Oil Company ضد الحكومة الليبية حيث قرر المحكم الأستاذ "المحصاني" في قراره الصادر في 1977/04/12 بحيف تطبيق قواعد العدالة والإنصاف التي تقضي بحق التأميم الليبي مقابل تعويض منصف وعادل.⁶

ويظهر من خلال هذه النصوص والقضايا، أن المحكم في التحكيم بالصلح يتمتع بحرية الفصل في النزاع، يستمدّها من إرادة الأطراف، بحيث يضطلع بمهام مهمة ومحددة، وهي على حسب تعبير الأستاذ "عبد الحميد الأحذب": "تهدف إلى إعطاء حل مهدئ يطيب الخواطر، بحيث يأتي المحكم بحل يكون بردا وسلاما على القلوب التي بدأت تشتعل فيها الخلافات وتتصادم بينهما المصالح والحقوق".¹

– "L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, a moins que, dans la convention d'arbitrage les parties ne lui aient confié mission de statuer comme amiable compositeur "

(3) نصت المادة 458/ مكرر 15 من المرسوم 9/93 على: "تفصل محكمة التحكيم كمفوض بالصلح إذا خولتها إتفاقية الأطراف هذه السلطة".

"Les arbitres statueront en amiable compositeurs si telle est la volonté des parties, et si la loi régissant l'arbitrage le permet." (4)

(5) لمزيد من التفاصيل حول حيثيات القضية، راجع نور الدين بكلي، المرجع السابق، ص 34.

(6) راجع: منسول عبد السلام، المرجع السابق، ص 71.

(1) أنظر: عبد الحميد الأحذب، المرجع السابق، ص 280.

فإذا كان المحكم مطالب بتطبيق قواعد العدالة والإنصاف فإن السؤال الذي يطرح نفسه: ما هو مضمون فكرة العدالة، ونطاقها، وتطبيقاتها؟ وما هي حدود سلطة المحكم بالصلح؟

يرى جانب من الفقه أن المحكم في هذا النوع من التحكيم يغلب روح المصالحة على روح النزاع، وأن إستبدال تطبيق القانون بقواعد العدالة هو عملية تبديل معايير موضوعية بمعايير شخصية ذاتية تلعب فيها شخصية المحكم أهمية بالغة، لأن المحكم يعيش في التحكيم بالصلح مع ضميره في وحدة موحشة، وهذا راجع للثقة الكبيرة التي يضعها الأطراف في المحكم.²

وبصدد تحديد حدود سلطات المحكم بالصلح، إختلف الفقه حول إمكانية رجوع المحكم إلى أحكام القانون بعد تنازل الأطراف عنها بمقتضى شرط التحكيم الودي: فمنهم من إعتبر أن الأطراف قد إختاروا مجالا محددًا للتحكيم، فإذا خرج المحكم عن هذا المجال ودخل في نطاق القانون ونصوصه فإنه يكون قد خرج عن إرادة الأطراف الذين لو أرادوا أن يطبق نصوص القانون لإختاروا القضاء، ولكنهم إستبعدوا القانون عند إختيارهم التحكيم بالصلح وعليه فإن إرادتهم تلزم المحكم.³

أما الجانب الآخر من الفقه -وهو الغالب- فيرى أنه لما كان المحكم الدولي في التحكيم بالصلح يؤسس قراره على قواعد العدالة والإنصاف، أي إستكمال النقص بشأن المواضيع التي أغفلها قانون التجارة الدولية، فإن ليس هناك ما يمنعه من الإستناد إلى القانون متى كان فيه تدعيما لحكمه، ذلك أن المحكم بالصلح، وإن كان فيه إعفاء للمحكم من تطبيق القانون⁴، فإنه لا يمنعه من ذلك شريطة أن تكون هذه النصوص القانونية ملائمة لحل النزاع.⁵

وقد ذهب الفقيه "Bredin" إلى أبعد من ذلك حيث إعتبر أن "كل محكم ومفوض بالصلح يعتبر محكما بالقانون، وهو يمارس مهمته عن طريق مزج القانون بالعدالة".⁶

غير أنه يؤخذ على فكرة العدالة كونها مجرد شعور نفسي تختلف بحسب ما يعتقده المحكم ظلما أو عدلا، إذ لا يوجد إتفاق على مضمونها، فكل محكم ينظر إليها بمعيار مختلف، وهذا النمط من التحكيم يوصف أنه يحل النزاع أكثر مما يحسمه، وتغلب فيه روح المصلحة على روح النزاع، لأن المحكم

(2)

-P.Fouchard , op-cit, page 405.

(3) راجع : عبد الحميد الأحديب، نفس المرجع السابق، ص. 286.

(4) يعتبر بعض الفقه أن إعفاء المحكم من تطبيق القانون في التحكيم بالصلح يعتبر بمثابة رخصة FACULTE بخولها الأطراف للمحكم بأن لا يطبق قواعد القانون.

راجع : حسني المصري، مرجع سابق، ص. 401.

(5) وهذا ما أخذت به محكمة إستئناف باريس في 10 مارس 1984 حيث أكدت على أن "المحكم بالصلح يمكنه الفصل وفقا للقانون بالمعنى الدقيق".

(6) رأي الأستاذ : Bredin، مشار إليه في كتاب منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص. 240.

قد يستند إلى معيار شخصي أو ذاتي ينهض على قواعد غير معترف بها وبصفة عامة قد تكون من صنعه.¹

يتبين لنا مما سبق من خلال معالجتنا لموضوع تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، والذي يعتبر أساس ومضمون القرار التحكيمي، أن أطراف التجارة الدولية يتمتعون بحرية واسعة في إختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع إستنادا إلى إرادتهم.² ولا يتأتى ذلك إلا من خلال بحث المحكم على هذا القانون من خلال إرادة الأطراف سواء كانت صريحة أو ضمنية، أو إعماله لقواعد التنازع، أو تطبيقه للمبادئ العامة للقانون وعادات وأعراف التجارة الدولية، أو قواعد العدالة والأنصاف التي تكون أكثر ملاءمة لموضوع النزاع المطروح أمامه وذلك تلبية لحاجات ومتطلبات التجارة الدولية.

المطلب الثالث

تنفيذ القرار التحكيمي.

تنتهي إجراءات التحكيم بإصدار حكم التحكيم³، وتبليغه للأطراف بغية إتخاذ الإجراءات الخاصة بتنفيذه، بحيث يتضمن الحكم التحكيمي الحكم على أحد أطراف النزاع وإعطاء الحق للطرف الآخر، وقد يتضمن أيضا إلزام الطرفين كما لو قسمت المصاريف بينهما، ولا بد على الطرف الذي صدر الحكم ضده أن ينفذ الحكم لمصلحة خصمه.

وقد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لحكم التحكيم، حيث يؤكد جانب من الفقه (أنصار الطبيعة القضائية للتحكيم) على أن التحكيم هو نظام قضائي يقوم على إرادة الأطراف، والنقطة الأساسية في التحكيم ليست إتفاق التحكيم نفسه، وإنما هي حكم التحكيم الذي يعد العمل الأساسي الذي يدور حوله نظام التحكيم بأكمله، ويمثل الهدف النهائي المراد من ورائه تسوية النزاع، لأن إتفاق التحكيم أبرم من أجله.¹

وعلى خلاف ذلك فإن أنصار الطبيعة الإتفاقية للتحكيم يعتبرون أن إتفاق التحكيم حجر الزاوية ومركز الثقل في كل مراحل التحكيم وقرار التحكيم يستمد قوته القانونية من إتفاق التحكيم ذاته،

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 287.

(2) غير أن هذه الحرية ليست مطلقة، بل ترد عليها بعض القيود سنتعرض إليها في الفصل الثاني من هذا الباب.

(3) اختلف الفقه والتشريعات المقارنة حول تسمية الحكم الذي يصدر عن الهيئة التحكيمية، فمنهم من أطلق عليه إسم القرار التحكيمي بغية تمييزه عن الأحكام القضائية، في حين أطلقت عليه بعض التشريعات إسم حكم التحكيم لإضفاء صبغة الإلزام عليه. والملاحظ أن المشرع الجزائري إستعمل مصطلح "القرار التحكيمي" في المرسوم 09/93، غير أنه إستعمل مصطلح "الحكم التحكيمي" في القانون 09/08.

(1) رأي الأستاذ NIBOYET، مشار إليه في كتاب عصام الدين القسبي، المرجع السابق، ص 15.

إذا كان إتفاق التحكيم هو الأساس فإن القرار الصادر عن المحكم لحل النزاع ليس إلا إنعكاسا لهذا الإتفاق، ومن ثم فلا بد أن يتخذ الصفة التعاقدية.²

ومهما يكن من إختلاف حول الطبيعة القانونية لقرار التحكيم، فإن هذا الأخير يعتبر من أهم العناصر المشكلة لعملية التحكيم، لأنه الهدف المنشود للأطراف من لجوئهم لنظام التحكيم، غير أننا لا يمكن إنكار الأساس الإتفاقي للتحكيم الذي يستمد منه القرار التحكيمي وجوده وقيمه القانونية.

والأصل أن تنفيذ حكم المحكمين من قبل الأطراف يكون إختياريا، فمتى صدر حكم التحكيم حاليا من العيوب التي قد تؤدي إلى الطعن فيه، فإن حسن النية الذي يسود مناخ التحكيم يفترض قيام الأطراف بتنفيذه، حيث يكون هذا التنفيذ الإختياري نتيجة حتمية للطابع الإختياري الذي يقوم عليه نظام التحكيم، وإلرتباط الخصوم بإتفاق التحكيم، غير أنه من المتصور أن لا يقوم المحكوم ضده بالتنفيذ الإختياري لحكم المحكمين، وهنا يصطدم قرار التحكيم بعقبة هامة وهي تنفيذه. وتعتبر هذه المسألة من أكثر المشاكل خطورة التي تواجه التحكيم من الناحية العملية، فإباح الدعوى لا يعنيه كسبها بقدر ما يعنيه الحصول على ما حكمت به هيئة التحكيم لصالحه.³ وعليه فإن الذي تم الحكم لصالحه بموجب القرار التحكيمي فإنه يلجأ، في حالة تقاعس الطرف الآخر أو إمتناعه عن التنفيذ، إلى طلب التنفيذ الجبري من الجهات المختصة.

وعليه سنتطرق إلى القاعدة العامة والمتمثلة في إحترام القرار التحكيمي من قبل الأطراف وتنفيذه إختياريا من قبل الطرف الخاسر (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى الإستثناء وهو التنفيذ الجبري للقرار التحكيمي في حالة الرفض أو المماطلة في التنفيذ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التنفيذ الإرادي للقرار التحكيمي (القاعدة العامة).

الأصل أن ينفذ الأطراف الحكم التحكيمي طواعية، فغالبا ما يجدد الأطراف صراحة الإلتزام بتنفيذ القرار التحكيمي بعد صدوره في إتفاق التحكيم، حيث يذكر أن القرار التحكيمي يعتبر ملزما ونهائيا، وإرادة الأطراف – كما رأينا سابقا – تلعب دورا أساسيا ومحوريا في التحكيم التجاري الدولي.

(2) رأي الأستاذ Klein، مشار إليه في نفس المرجع السابق، ص 15.
= قطعت محكمة النقض الفرنسية دابر الخلاف الذي ثار حول تمتع حكم التحكيم بحجية الأمر المقضي به، حيث قضت بأن حكم التحكيم يكتسب هذه الحجية بمجرد صدوره دون حاجة إلى إتخاذ أي إجراء قضائي كالأمر بتنفيذه، وأن الأمر بالتنفيذ لا يدعو أن يكون الأداة التي تزود حكم التحكيم بالقوة التنفيذية.
(3) د. عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، ص 215.

وعليه فالتنفيذ الإرادي لقرار التحكيم يستمد أساسه من إتفاق الأطراف على التحكيم، حيث يرى جانب من الفقه أن "للتصور العقدي للتحكيم ومكوناته مزاياه العملية التي لا تذكر، سواء من ناحية تحقيق الأهداف المرجوة من نظام التحكيم في مجمله، وتحريره من هيمنة القضاء الرسمي، أو ما يؤدي إليه هذا التصور من تسهيل لمهمة تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية والأجنبية من ناحية أخرى".¹ وقد وضعت إتفاقية نيويورك لسنة 1958² بدورها إتفاق التحكيم في مرتبة تسمو على القانون حين إعتبرت وجود هذا الإتفاق، وتوافق تشكيل هيئة التحكيم والإجراءات التحكيمية معه يحول دون رفض تنفيذ القرار التحكيمي.

وترجع أسباب تنفيذ الأطراف للقرار التحكيمي إراديا إلى أن المتعامل في حقل التجارة الدولية عليه الإلتزام بعاداتها وعليه الإلتزام بأسلوب التنفيذ الإختياري³، وإلا فإنه قد يتعرض إلى ضغوطات تمارس عليه من طرف المتعاملين الإقتصاديين، كرفض التعامل معه أو الإساءة إلى سمعته التجارية التي هي ركيزة التجارة، وهذا ما قد يؤثر على نشاطه التجاري مستقبلا. إلى جانب ذلك فإن نظام التحكيم يعمل على التنفيذ الإرادي للقرار التحكيمي، وذلك راجع لرغبة الخصوم في حل نزاعاتهم خارج إطار القضاء بغية ضمان السرية التامة، فهذا الأسلوب في التنفيذ يعمل على حماية الأسرار التجارية.

بالإضافة إلى أنه من ميزات التنفيذ الطوعي للقرار التحكيمي السرعة وريح الوقت، لأن الأطراف لا ينتظرون صدور الأمر بالتنفيذ من قبل السلطة المختصة، بل ينفذ القرار مباشرة، بمجرد صدوره.¹ والجدير بالذكر أنه في أغلب الأحيان لا يتم تحديد الطريقة التي يتم بموجبها تنفيذ القرار التحكيمي، حيث يترك ذلك لإرادة الأطراف فقد يكون قبول المحكوم عليه لتنفيذ حكم التحكيم وديا وصريحا فقد يكون خطاب في شكل رسالة يوجهه المحكوم عليه للمحكوم له يبين فيه إستعداده تنفيذ الحكم. وقد يكون هذا القبول ضمنيا يستخلص من ظروف الحال التي لا تدع مجالاً للشك في صدور هذا القبول عن إرادة واضحة لتنفيذ الحكم التحكيمي، كما لو شرع المحكوم عليه فعلا في تنفيذه.²

(1) رأي الأستاذ Jacqueline Devlinchi، مشار إليه في مذكرة، خاتمة سامية، تنفيذ القرارات التحكيمية المترتبة عن منازعات التجارة الدولية، رسالة ماجستير كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2002/2003، ص 41.

(2) لقد كرس المشروع التمهيدي لإتفاقية نيويورك فكرة القرار التحكيمي المستقل عن القوانين الوطنية، مرتكزا على مفهومين أساسيين متعلقين بمبدأ سلطان الإرادة، والحرية التعاقدية تماشيا مع المتطلبات الإقتصادية الدولية.

(3) هناك وجه آخر للتنفيذ الإرادي للقرارات التحكيمية، حيث يكون من وراء هذا التنفيذ سلطة قهر تجعل الأطراف مكرهين بطريقة غير مباشرة على التنفيذ، وقد يظهر ذلك من خلال العقوبات التي توقع في مجال التجارة الدولية عند تخلف تنفيذ قرارات التحكيم التجارية الدولية، قد تتمثل في جزاءات تمس بالسمعة التجارية للطرف الراض للتنفيذ، إضافة إلى الجزاءات المالية الموقعة على الطرف الممتنع، وهذا ما ذهب إليه بعض لوائح محاكم التحكيم التي تشترط وجوب إيداع مبلغ من المال في خزانة المحكمة عند بداية السير في الدعوى، والذي يمثل ضمانا لتنفيذ قرار التحكيم.

-راجع : خاتمة سامية، المرجع السابق نفسه، ص 42 وما يليها.

(1) أنظر : خاتمة سامية، المرجع السابق، ص 50.

(2) راجع : حسني المصري، مرجع سابق، ص 520.

إن الممارسة في مجال التحكيم التجاري الدولي تدل على أنه في أغلب الأحيان ينفذ القرار التحكيمي عن حسن نية وبطريقة إختيارية.³ ذلك أن أنظمة التحكيم التجاري الدولي تحث عبر لوائحها على ضرورة إحترام القرارات التحكيمية وتنفيذها مباشرة دون أي عراقيل.

وقد تجسد التنفيذ الإرادي للأحكام التحكيمية في العديد من المناسبات في الجزائر، حيث تجسد في الإتفاق الجزائري الفرنسي لسنة 1983 في المادة 07./17⁴

وقد أكد المرسوم التشريعي 09/93 على أن التنفيذ الإرادي هو الأصل، إذ نصت المادة 458 مكرر 2/16 على "يؤمر بالتنفيذ الجبري حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 458 مكرر 2/17، وذلك في غياب التنفيذ الطوعي للقرار التحكيمي"، الأمر الذي لم يؤكده صراحة المشرع الجزائري في القانون 09/08.

الفرع الثاني

التنفيذ الجبري للقرار التحكيمي (الإستثناء)

إذا كان من أهداف نظام التحكيم هو سرعة الفصل في النزاع وريح الوقت الذي تتطلبه التجارة الدولية، وهذا لا يتحقق إلا عن طريق التنفيذ الطوعي، والذي يمنع الأطراف من اللجوء إلى الجهات القضائية لطلب التنفيذ، فإنه من أهم المشاكل التي تعيق رواج التحكيم هي مشكلة تنفيذ القرارات التحكيمية خاصة عند عدم تنفيذها إراديا أو المماطلة في تنفيذها¹، وهذا ما يترتب عليه عدم اللجوء إلى التحكيم، ويضعف الثقة في جدوى هذا النظام فنحن نعلم أن المحكم يفتقر إلى سلطة الأمر بالتنفيذ، لأنه بصدور قرار التحكيم تنتهي مهمة المحكم، مما يستلزم معه تدخل القضاء الوطني لإتمام عمل المحكم عن طريق التنفيذ الجبري، وذلك بإضفاء الصيغة التنفيذية على هذا القرار التحكيمي². ويرجع السبب في ذلك إلى كون القرارات التحكيمية التي يصدرها المحكم ليس لها -في أغلب الدول- القوة التنفيذية لكي تقوم السلطات العامة بإستعمال سلطتها لإجبار المحكوم عليه بالتنفيذ.³

(3) تشير الإحصائيات الصادرة عن غرفة التجارة الدولية أنه ما بين 85% إلى 90% من أحكام التحكيم تنفذ إراديا.
« La sentence arbitrale est définitive et, en acceptant le recours à l'arbitrage, les parties s'engagent à exécuter la sentence dans (4 le délais fixé par le collège arbitral conformément aux dispositions du paragraphe 17/04 du présent règlement et à renoncer à tout recours...»

(1) إعتبر بعض الفقه أن المماطلة أو رفض تنفيذ القرارات التحكيمية يفتح المجال لمرحلة جديدة تسمى "مرحلة ما بعد التحكيم"، بلجأ من خلالها الأطراف إلى القضاء الوطني. راجع: خواترة سامية، المرجع السابق، ص 45.

(2) يعرف التنفيذ الجبري بالتنفيذ القضائي، لأنه يتم بتدخل القضاء وتحت إشرافه.

(3) يميز الفقه بين الإعتراف بالقرار التحكيمي وبين تنفيذه، فقد يعترف بالقرار التحكيمي ولا ينفذ، ولكن إذا نفذ فمن الضروري أن يكون قد تم الإعتراف به من الجهة التي أعطته القوة التنفيذية، فالإعتراف يعني أن القرار قد صدر بشكل صحيح، أما التنفيذ فيعني أن الخصم الذي صدر القرار ضده سينفذ القرار إراديا وفي حالة إمتناعه فإنه يجبر على تنفيذه.

إن هذا الأسلوب في التنفيذ يعتبر صورة من صور الحماية القضائية لأنه نشاط قضائي تقوم به المحاكم، إذ يتدخل القضاء بناء على طلب صاحب المصلحة، لتأكيد الحقوق أو المراكز القانونية أو لإعادتها إلى أصحابها، وهذه المهمة القضائية هي التي يطلق عليها فقه المرافعات "الحماية التنفيذية" باعتبارها صورة من صور الحماية القضائية.⁴

ويتفق الفقه على أن الحكم الصادر عن المحكمين يتمتع بحجية الشيء المقضي به وهي قرينة قاطعة على الحقيقة التي يعلنها القرار الصادر بجل النزاع، أي أن الوقائع المثبتة للحقوق التي قررت لا يمكن مناقضتها من جديد، فيستحيل طرح النزاع المقضي به من جديد على أية جهة تحكيمية أو قضائية أخرى، فالقرار التحكيمي على الرغم من أنه يتمتع بحجية الشيء المقضي به إلا أنه لا يتمتع بالقوة التنفيذية، لهذا لا بد أن يكون القرار التحكيمي محلاً للأمر بالتنفيذ من قبل السلطات المختصة التي تعطيه القوة التنفيذية.⁵

كما أن تنفيذ القرار التحكيمي لا يفتح المجال لنقاش حضوري بين أطراف النزاع، فالطرف الذي حكم لصالحه في النزاع يتوجه إلى القضاء دون إخطار الطرف الآخر الذي إمتنع عن التنفيذ أو تماطل في ذلك.⁶

وقد اختلفت التشريعات الوطنية في نوع الإجراء اللازم للحصول على الأمر بالتنفيذ وفي مدى الرقابة التي تباشرها الجهة المختصة لمنح هذا الأمر على القرار التحكيمي،⁷ كما تفرق أغلبية التشريعات المقارنة في مجال الحصول على الأمر بالتنفيذ بين قرار التحكيم الوطنية وقرارات التحكيم الأجنبية، وما يهمننا في هذا المجال هو قرارات التحكيم الأجنبية.¹ وما يهمننا في هذا المجال هو قرارات التحكيم الأجنبية، لذا سنتعرض إلى موقف المشرع الفرنسي وكذا المشرع المصري، ثم إلى موقف الإتفاقيات الدولية، وأخيراً نتعرض إلى موقف المشرع الجزائري من مسألة التنفيذ الجبري.

1-موقف المشرع الفرنسي :

يصدر الأمر بالتنفيذ في فرنسا من قاضي التنفيذ بالمحكمة الابتدائية، وهو وفقاً للمادة 185 ق.إ.م.ف رئيس المحكمة التي أودع الحكم إدارة كتابتها بناء على طلب ذوي الشأن.²

(4) راجع : خواترة سمية، نفس المرجع السابق، ص. 45.

(5) راجع : أبوزيد رضوان، المرجع السابق، ص. 52.

(6) عليوش قربوع كمال، الإعتراف والتنفيذ الجبري للقرارات التحكيمية، مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، جامعة بجاية 2006، ص. 27.

(7) على خلاف غالبية التشريعات، تبنى المشرع الإنجليزي نظام الدعوى الجديدة في تنفيذ القرارات التحكيمية، حيث يرفع المحكوم له دعوى جديدة يقدم فيها حكم التحكيم الأجنبي المطلوب تنفيذه كدليل يستند عليه وليس على الحق محل النزاع.

(1) يعتبر القرار التحكيمي وطنياً إذا كان قد صدر في البلد المراد تنفيذ الحكم فيه، بمفهوم المخالفة يعتبر قرار التحكيم أجنبياً إذا كان قد صدر في بلد أجنبي غير البلد المراد تنفيذ الحكم فيه.

(2) تنص المادة 185 ق.إ.م.ف على ضرورة التأكد من إنقضاء مواعيد الطعن، وإنقضاء موانع تنفيذه.

ويشترط لإصدار الأمر بالتنفيذ أن تكون النسخة الأصلية للحكم قد أودعت لدى إدارة كتابة المحكمة مرفقة بنسخة من إتفاق التحكيم (المادة 1477 ق.إ.م.ف) ويوضع الأمر بالتنفيذ على النسخة الأصلية لحكم التحكيم، فإذا رفض قاضي التنفيذ وضع الأمر بالتنفيذ وجب أن يكون ذلك الرفض بقرار مسبب.³

2-موقف المشرع المصري :

في ظل قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى في مصر أو خارجها، فيكون الإختصاص لمحكمة إستئناف القاهرة، ما لم يتفق الأطراف على إختصاص محكمة أخرى في مصر.⁴

ويقدم طلب تنفيذ حكم التحكيم إلى المحكمة المختصة طبقاً للمادة 09 السالفة الذكر مرفقاً بـ :

- أصل الحكم أو صورة موقعة منه.

- صورة من إتفاق التحكيم.

- صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم.⁵

ومن البديهي أنه لا يجوز للقاضي المختص بالأمر بالتنفيذ إصدار هذا الأمر دون التأكد من إنقضاء آجال ومواعيد الطعن، وإنتفاء موانع التنفيذ.

3-موقف الإتفاقيات الدولية :

لقد ساهمت إتفاقيتي جنيف، ونيويورك بقسط وافر في موضوع الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية، حيث أوردت إتفاقية نيويورك لعام 1958 الإلتزام بالإعتراف بالقرار التحكيمي وتنفيذه، هذا الإلتزام الذي إعتبره الفقه بمثابة جوهر ولب هذه الإتفاقية، حيث نصت عليه المادة الثالثة بقولها "تلتزم كل دولة متعاقدة بالإعتراف بحجية القرار التحكيمي وتنفيذه".¹ فهي بذلك لم تتعرض إلى الإجراءات الواجب إتباعها للحصول على الأمر بتنفيذ القرارات التحكيمية، وإنما إكتفت بوضع قاعدة إسناد موحدة وهي إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون الدولة المطلوب التنفيذ فيها.²

(3) راجع المواد 1477 ق.إ.م.ف، 1478 ق.إ.م.ف وما يليها.

(4) راجع المادة 09 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

(5) راجع المادة 47 وما يليها من قانون التحكيم المصري لسنة 1994.

(1) أنظر : حسني المصري، ص 526.

(2) أنظر، خواترة سامية، المرجع السابق، ص 46.

والملاحظ أن هذه الإتفاقية أضافت قاعدة سلوكية في حقل التجارة الدولية، مفادها منع إخضاع تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية إلى شروط أقسى كما هو الحال في تنفيذ قرارات التحكيم الوطنية. وهذا ما نادى به الأستاذ محند إسعاد، حيث إعتبر مسألة إضافة شروط إضافية لتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية يتناقض مع صور التعاون والتقارب بين الأمم.³

وقد أوردت المادتين 5،4 من إتفاقية نيويورك مجموعة من الشروط لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، أولها شروط شكلية يقع عبئ إثباتها على عاتق طالب التنفيذ، وثانيها شروط موضوعية يتوقف صدور الأمر بتنفيذ القرارات على عدم توافرها، لذا سميت بالشروط السلبية.⁴ كما نصت المادة 2،1/5 على الأسباب التي يجوز بمقتضاها رفض التنفيذ وهي على سبيل الحصر، لأن الأصل هو الإلتزام بتنفيذ القرار التحكيمي متى توافرت الشروط المنصوص عليها في الإتفاقية.

كما نصت إتفاقية الدول العربية على الأمر بتنفيذ القرارات التحكيمية من قبل السلطات القضائية المختصة في حال غياب التنفيذ الطوعي، وتركت تعيين السلطة القضائية المختصة بمنح الأمر بالتنفيذ إلى كل دولة من الأعضاء.⁵

4-موقف المشرع الجزائري :

بعد إنضمام الجزائر سنة 1988 بتحفظ إلى إتفاقية نيويورك لسنة 1958، تكون الجزائر قد قبلت بالإعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، حيث تنفذ هذه القرارات جبرا في غياب التنفيذ الطوعي.¹

وقد نظم المشرع الجزائري مسألة الإعتراف بتنفيذ القرارات التحكيمية في القانون 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث خصص له قسما خاصا جاء تحت عنوان "في

"Mohand Issaad, Séminaire sur l'arbitrage commercial international en Algérie, organisé par la chambre Algérienne de commerce et d'industrie le 25/02/2001 à Alger".

(3)

(4) راجع المادتين، 5،4 من إتفاقية نيويورك لعام 1958 المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

(5) راجع : منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 296.

(1) الجدير بالذكر أن المشرع الجزائري أخذ بنظام الأمر بالتنفيذ، فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

الإعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها الجبري وطرق الطعن فيها"، مسائرا في ذلك التشريعات المقارنة وتأكيدا لأحكام إتفاقية نيويورك التي إنضمت الجزائر إليها.

وعليه لنا أن نتساءل عن الجهة المختصة التي تنظر في مسألة طلب تنفيذ حكم التحكيم ؟ وكذا الشروط والإجراءات المتبعة من طرف القضاء الجزائري؟.

أ- تحديد الجهة المختصة :

إن تحديد الجهة القضائية التي تنظر في مسألة تنفيذ الحكم التحكيمي جبرا يختلف بحسب ما إذا كان الحكم التحكيمي قد صدر في الجزائر أم في الخارج.² وعليه نكون أمام حالتين :

الحالة الأولى : إذا صدر الحكم التحكيمي في الجزائر.

إذا صدر حكم التحكيم في الجزائر، يوجه طلب التنفيذ من طرف المعني إلى رئيس المحكمة التي يمتد إختصاصها إلى المكان الذي صدر فيه الحكم التحكيمي.³

الحالة الثانية : إذا صدر الحكم التحكيمي خارج الجزائر.

إذا كان مقر التحكيم خارج التراب الجزائري، كما جاء في المادة 2/1051 من القانون 09/08، فإن إختصاص إصدار الأمر بالتنفيذ يرجع لرئيس محكمة الجهة التي يطلب فيها التنفيذ.

ب- الشروط الواجب توافرها والإجراءات المتبعة للإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية :

حتى يعتبر الحكم التحكيمي الصادر في الجزائر أو خارجها قابلا للتنفيذ في الجزائر فإنه يخضع لنفس الشروط⁴، مع إختلاف الجهة القضائية المختصة حسب الحالة. وعليه نصت المادة 1/1051 من القانون 09/08 "يتم الإعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر، إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

وضعت هذه المادة شرط مادي واحد للإعتراف والتنفيذ، وهو وجود الحكم التحكيمي، ولكن كيف يتم التمسك بوجود الحكم ؟

هنا أجابت المادة 1052 من القانون 09/08 بقولها "يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا بإتفاقية التحكيم أو بنسخ منها، تستوفي شروط صحتها"، وبهذا يثبت وجود الحكم التحكيمي :

(2) تنص المادة 2/1051 من القانون 09/08 : "وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر، وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة إختصاصها، أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني".

(3) هذا الموقف تبناه المشرع الفرنسي في المادة 1477 ق.إ.م.ف.

(4) تجدر الإشارة إلى أن هذه الشروط تنطبق على الإعتراف وفي نفس الوقت على التنفيذ، لأنه كثيرا ما يتم دمج المفهومين في نفس الشروط أو يتم الربط بينهما.

- بتقديم أصل القرار التحكيمي مع تقديم إتفاق التحكيم فإذا لم يتمكن الطرف المعني من الحصول على الوثائق الأصلية، فإنه يقدم النسخة المصادق عليها، أو النسخ التي تمت ترجمتها إلى لغة بلد التنفيذ، بشرط أن تصدر عن مترجم رسمي.¹ وهذا ما أكدته إتفاقية نيويورك في المادة 2/04 رغم أن المشرع الجزائري في القانون 09/08 لم يتطرق إلى مسألة اللغة العربية التي هي اللغة الرسمية المعمول بها في الجهاز القضائي الجزائري، لذلك يتم ترجيح نص إتفاقية نيويورك لكون هذه الإتفاقية تعلق على القانون 09/08. كما وضعت المادة 1/1051 شرطا قانونيا يتمثل في عدم مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي.² حيث يظهر من خلال هذه المادة أن دور القاضي المختص يقتصر على فحص الحكم التحكيمي من عدم مخالفته للنظام العام الدولي، ولا يمتد إلى مراجعة الحكم التحكيمي. وبتوافر هذه الشروط مجتمعة تصدر المحكمة المختصة الأمر بالتنفيذ، وهو إجراء يصدر من القاضي المختص ويأمر بمقتضاه إعطاء القوة التنفيذية للحكم التحكيمي، وبالتالي ويكون نقطة إلتقاء بين القضاء الخاص والقضاء العام.

أما عن الشكل الذي يأخذه الأمر بالتنفيذ، فإما أن يكون في ذيل أصل الحكم التحكيمي أو في هامشه، حيث يتضمن الإذن لكاتب الضبط بتسليم نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية.³ نستخلص مما سبق أن دور إرادة الأطراف في التحكيم التجاري الدولي لا ينحصر في مجال تنظيم إجراءات التحكيم، وتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فحسب، وإنما يمتد هذا الدور إلى مرحلة ما بعد التحكيم وذلك بقبول ما سوف تنتهي إليه هيئة التحكيم وتنفيذ حكمها. وعليه فإن الحكم التحكيمي هو الثمرة التي يرجو الأطراف جنيها بعد تنظيم إجراءات التحكيم، وتنفيذ هذا الحكم هو محور نظام التحكيم، فلكي يحقق حكم التحكيم فاعليته لا بد من تنفيذه تنفيذا إراديا من قبل الأطراف وتفادي التعطيل الذي قد ينجر عنه التنفيذ الجبري، الذي قد يعيق رواج التحكيم التجاري الدولي في حقل التجارة الدولية، ولما له من آثار سلبية تؤدي إلى تعطيل حركة التجارة الدولية.

في الأخير، من خلال دراستنا لمظاهر سيادة أطراف التجارة الدولية في تحكيم الحالات الخاصة، نستخلص الدور الكبير والهام الذي تلعبه إرادة الأطراف عبر مراحل التحكيم، بداية من إتفاق التحكيم

(1) راجع : محمد كولا، مرجع سابق، ص.255

(2) تنص المادة 1/1051: "..... وكان هذا الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

(3) راجع المادة 1036 من القانون 09/08 .

الذي يعتبر حجر الأساس في عملية التحكيم، وإنهاء بالقرار التحكيمي الذي يعتبر الآلية القانونية التي تعبر من خلالها إتفاقية التحكيم عن الحلول المناسبة لفض النزاع الذي يثور في هذا الموضوع.

الفصل الثاني

القيود الواردة على سيادة أطراف التجارة الدولية.

إذا كان المبدأ هو حرية إرادة الأطراف في التحكيم التجاري الدولي الخاص، فإن هذا المبدأ ترد عليه بعض القيود التي يلتزم الأطراف والمحكمون في حقل التجارة الدولية باحترامها، من أجل ضمان تنفيذ القرارات التحكيمية، وضمان فاعليتها في المجال الدولي والتي يترتب على الخروج عنها رفض الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية، وبالتالي إنتفاء الحكمة المتوخاة من التحكيم التجاري الدولي. فهذه القيود قد تكون كلاسيكية معروفة في القانون الدولي الخاص، مثل قواعد النظام العام وقوانين البوليس، وقد تكون قيودا خاصة بعملية التحكيم وذلك في الحالات التي يستلزم فيها الأمر تدخل القضاء الوطني لمراقبة أو مساعدة التحكيم ضمانا لحسن سير عملية التحكيم. فما هي هذه القيود التي تحد من حرية الأطراف في التحكيم التجاري الدولي ؟ وللإجابة عن هذا التساؤل، ستكون دراستنا في هذا الفصل كإستثناء للمبدأ العام الذي بيناه في الفصل الأول، حيث نتطرق من خلاله إلى القيود الكلاسيكية الواردة على إرادة الأطراف (المبحث الأول)، ثم بعد ذلك ندرس مسألة تدخل القضاء الوطني في التحكيم التجاري الدولي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

القيود الكلاسيكية الواردة على إرادة أطراف التجارة الدولية.

إن التوجه العام للتجارة الدولية لصالح التحكيم التجاري الدولي في فض النزاعات الناشئة عنها أدى بالدول إلى منح هذا النوع من القضاء إستقلالية واسعة، لكن هذه الإستقلالية ليست مطلقة بل ترد عليها بعض القيود الكلاسيكية التي تنصب حول عدم مخالفة القواعد الآمرة، والمبادئ الأساسية والجمهوريّة في دولة القاضي، وبفضل هذه القيود لم يعد التحكيم قادرا على الإفلاة من الرقابة الدولية. ويمكن تقسيم هذه القواعد إلى: قواعد تدخل في إطار النظام العام لا سيما تلك المتعلقة بالآداب العامة (المطلب الأول)، وقواعد أخرى آمرة تدخل في إطار قوانين البوليس في القانون المختص (المطلب الثاني).

المطلب الأول

قواعد النظام العام.

إذا كانت قواعد القانون الدولي الخاص تهدف إلى تنظيم المجتمع والأفراد، وإلى تحقيق التعايش بين النظم القانونية المختلفة، وهي في سبيل تحقيق ذلك قد تقضي بوجود تنازل القانون الوطني عن حكم بعض العلاقات ذات الطابع الدولي، وإخضاع المنازعات المتعلقة بالعقد التجاري الدولي إلى التحكيم التجاري الدولي، وبالتالي إلى القانون الذي يتفق عليه الأطراف، غير أن ذلك لا يعتبر توقيعاً على بياض، لأن تحقيق هذه الأهداف لا يجب أن يكون على حساب المبادئ الأساسية للمجتمع.¹

فلاشك أن غالبية الفقهاء يؤكد على أهمية دور النظام العام كأداة لإستبعاد القانون الأجنبي، وبالتالي الحد من إرادة الأطراف متى تعارض مضمون هذا القانون مع الأسس الجوهرية في المجتمع.² لذلك نجد معظم الأنظمة القانونية للدول تشتمل على قواعد خاصة تسمى قواعد النظام العام،³ التي تحقق المصلحة العامة، وتحمي المصالح الإقتصادية والإجتماعية وحتى الدينية من التجاوزات التي تلحقها عملية التحكيم من خلال إختيار الأطراف أو هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق سواء تعلق الأمر بقاعدة موضوعية أم إجرائية، وتعد بذلك سداً منيعاً لتنفيذ أي قرار تحكيمي أجنبي أو وطني يخالفها.⁴ وعليه يقع على عاتق أطراف النزاع في مجال المعاملات التجارية الدولية ضرورة الأخذ بعين الإعتبار هذه المبادئ والأسس الجوهرية في التشريعات الأجنبية، أو على الأقل توقعها.

فمن الواضح أن فكرة النظام العام تعتبر أهم عقبة تواجه عملية التحكيم، فهذه الفكرة وإن كانت لا تتعارض مع حرية أطراف التجارة الدولية في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، إلا أنها ترد على تطبيقه كقيد عام يجب أخذه بعين الإعتبار.⁵

فأمام الحرية المعترف بها للأطراف في تحديد وتنظيم إجراءات التحكيم من ناحية، وبين الإلتزام الرئيسي للمحكم في إتخاذ قرار يتوافق مع إرادة الأطراف من خلال الأحكام التي تمليها عليه إتفاقية التحكيم، بإعتباره المصدر الذي يستمد منه سلطاته فإن السؤال الذي يطرح نفسه : ما هي الحالات التي يتحقق فيها مخالفة النظام العام الدولي في دولة التنفيذ ؟

(1) د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 194 .

(2) راجع : سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 223.

(3) المادة 28 مندي مصري، المادة 30 مندي سوري، المادة 32 مندي عراقي، المادة 29 مندي أردني، المادة 28 مندي ليبي، المادة 24 مندي جزائري، المادة 22 من القانون المدني البرتغالي، المادة 3/12 من القانون الإسباني، المادة 5 من القانون التركي، المادة 6 من القانون الألماني والمادة 17 من القانون السويسري، وهذا الحل مكرس أيضاً بدون نص صريح بفعل الإجتهد القضائي في كل من فرنسا، بريطانيا وأمريكا...

(4) د. إبراهيم رضوان الجبيري، مرجع سابق، ص 229.

(5) راجع: زروني الطيب، المرجع السابق، ص 326.

وهل يلتزم المحكم باحترام نصوص إتفاق التحكيم حتى ولو كان القانون المختار من قبل الأطراف يعتبرها باطلة؟ تلك هي التساؤلات التي سنحاول الإجابة عنها من خلال التعرض إلى دور المحكم في تطبيق قواعد النظام العام (الفرع الثاني)، لكن الدراسة تفرض علينا قبل ذلك إلقاء نظرة سريعة على مفهوم فكرة النظام العام (الفرع الأول).

الفرع الأول

تحديد مفهوم فكرة النظام العام.

يعتبر النظام العام أداة لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير قاعدة الإسناد بإختصاصه، لاسيما قانون الإرادة، نظرا لكون هذا الدفع له دور رقابي على القانون الواجب التطبيق.¹ وبالتالي يستبعد القانون الذي يختاره الأطراف ليحكم العقد التجاري الدولي، إذا كان من شأن تطبيق هذا القانون أن يتعارض مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها كيان المجتمع في دولة القاضي. والملاحظ أن فكرة النظام العام كأداة لإستبعاد القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد لم تكن معروفة في القديم بل كانت تستخدم أساسا كأداة لتثبيت الإختصاص للقانون الإقليمي.² ولقد بدت الملامح الأولى لفكرة النظام العام في فقه الأحوال الإيطالي القديم، حيث فرق الفقيه "بارتول" -Bartole- في العصور الوسطى بين الأحوال "المستحسنة" والأحوال "المستهجنة"، فالأحوال المستحسنة هي القوانين التي تصاحب الشخص أينما ذهب، فتطبق عليه حتى ولو غادر الإقليم، أما الأحوال المستهجنة فهي القواعد التي لا تتعدى أثرها حدود إقليم البلد الذي أصدرها.³ وبعدها وضع الفقيه "مانشيني" -Mancini- نظريته الشهيرة والتي أكد فيها مبدأ شخصية القوانين، بإعتبار أن القانون وضع ليحكم سلوك الأفراد قبل أن يطبق في حدود الأقاليم. وأورد على نظريته إستثناءات أولها: يتعلق بتطبيق قانون الإرادة على العقود، وثانيها: يخص تطبيق القانون المحلي على شكل التصرفات، أما الإستثناء الثالث، وهو الذي يهمننا في هذا المقام، فهو الخاص بقواعد القانون العام والقوانين الخاصة بالأمن المدني، فقرر "مانشيني" أن هذه القوانين تطبق إقليميا لتعلقها بالنظام العام، بمعنى أنها تطبق على كل من يقطن الإقليم وطنيا كان أم أجنبيا.⁴

(1) راجع : شريف هنية، المرجع السابق، ص 89.

(2) د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، 1986، ص 136.

(3) د. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، 1993، ص 148.

(4) وقد تعرضت نظرية مانشيني إلى النقد من قبل الفقه الحديث على أساس أن دور النظام العام كأداة لتثبيت الإختصاص للقانون الإقليمي يتضمن خلطا واضحا بين فكرة النظام العام من ناحية، وفكرة الإقليمية من ناحية أخرى، ومن جهة أخرى من غير المقبول الرجوع لفكرة النظام العام لتبرير تطبيق القانون الإقليمي. راجع: هشام علي صادق، "تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، = 1993، ص 301."

ويضيف "مانشيني" أن فكرة النظام العام يمكن إعمالها حتى على قانون الإرادة فيما لو تبين للقاضي أن هذا القانون يتعارض مع المبادئ الأساسية السائدة في قانونه.¹

وعلى ضوء ما تقدم يمكن القول بأن الفقه في العصر القديم قد أخذ بفكرة النظام العام، وإن كان غير واضح في معالمة، لأنه كان يرمي إلى تثبيت الإختصاص للقانون الإقليمي، دون أن يراعي في إستخدامه خصوصيات المعاملات التجارية الدولية وحاجياتها.

أما الفقيه "سافيني"-Savigny- فقد كان أول من صور فكرة النظام العام من خلال عرضه لفكرة "الإشتراك القانوني" في القرن "19"، والتي تتلخص في أن القوانين السائدة في الدول المسيحية الوارثة للقانون الروماني تشترك فيما بينها في الأصول العامة التي ترجع إلى وحدة الأصل التاريخي لهذه القوانين من جهة، وعلى الديانة المسيحية من جهة أخرى، وبالتالي إفساح المجال لوضع حلول مشتركة في تنازع القوانين.²

غير أنه وإن كانت نظرية الإشتراك القانوني المنسوبة للفقيه "سافيني" تقتضي وحدة النظام العام في الدول التي يشملها الإشتراك لتقارب المفاهيم القانونية بين تلك الدول، وتوحيد معاني العدالة والأخلاق بين هذه المجتمعات، إلا أن هذا الإفتراض مجرد قرينة بسيطة لا يصدق دائما، فهناك دول تجمعها دائرة إشتراك واحدة، ولكن مفهوم النظام العام فيها مغاير، لذلك فإن مهمة القاضي وهو يتفحص بمنظار النظام العام العلاقات ذات العنصر الأجنبي المعروضة عليه هي مهمة صعبة ودقيقة، ويجب عليه أن ينظر إلى النظام العام نظرة واحدة، وأن يحل أرائه ومعتقداته محل ما يعتقدده مجتمعه.³

إن فكرة النظام العام، على النحو السالف ذكره، هي فكرة مرنة ومتطورة، يكتنفها الكثير من الغموض، لذلك يصعب تحديدها على وجه دقيق، لأنه ليس من السهل تعريف النظام العام تعريفا جامعا مانعا وتحديد نطاقه مسبقا، نظرا لكونه فكرة وطنية مرنة تختلف باختلاف الدول، وتتغير في الدولة الواحدة نفسها بتعاقب الزمن، فما كان بالأمس القريب من النظام العام قد يكون غير ذلك في فترة أخرى، وما يعد من النظام العام في دولة معينة قد يكون غير ذلك في دولة أخرى.⁴

لذلك يستحيل وضع قائمة بالحالات التي يشملها النظام العام نظرا لتطور وتبدل فكرته باستمرار، مما يجعل من الصعب وضع مفهوم النظام العام في قالب علمي واضح.¹

(1) د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، نفس المرجع السابق، ص. 139.

(2) راجع زروتي الطيب، المرجع السابق، ص. 329.

(3) راجع زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، 2000، ص. 242.

(4) راجع: عبد الله سنيبات، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وإنحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2008/2009، ص. 17.

(1) د. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2008، ص. 200.

ورغم إخفاق الفقه في ضبط مفهوم فكرة النظام العام إلا أنه حاول مع ذلك وضع بعض المعايير التي يمكن عن طريقها إلقاء الضوء على هذه الفكرة :

فقد ذهب البعض من الفقه إلى القول بوجود إستبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام إذا ما تضمن أفكارا قانونية غير معروفة في دولة القاضي.² وذهب البعض الآخر من الفقه إلى القول أن إستبعاد القانون الأجنبي يكون في الحالات التي يتعارض فيها تطبيقه مع المصالح الحيوية، أو المصلحة العامة، كالقوانين التي تخل بالسياسة النقدية. ويقترح جانب آخر من الفقه أعمال فكرة النظام العام لإستبعاد القوانين الأجنبية في الحالات التي يتعارض فيها تطبيقها مع مبادئ العدالة الدولية، أو المبادئ المتعارف عليها في الأمم المتعددة أو فيما لو إصطدم هذا التطبيق مع القانون الطبيعي، أو ترتب عليه إهدار للحقوق الطبيعية للإنسان كالقوانين التي تنظم الرق.³ بينما ميز جانب آخر من الفقه بين الحالات التي تؤدي إلى إنشاء حقوق متعارضة مع النظام العام، والحالات التي يتمسك فيها بحقوق أكتسبت في الخارج ولكنها متعارضة مع النظام العام في قانون القاضي.⁴

وفي معرض بيان مدى تدخل النظام العام لإستبعاد القانون الأجنبي في نطاق العلاقات الخاصة الدولية يرى جانب من الفقه أن "الحرية الممنوحة للأطراف تنحصر في إطار السماح لهم بإختيار الشكل الذي يمكن إعطائه للعلاقات القانونية الدولية الخاصة بهم، حسب رغبتهم، وفي كل مرة يتم فيها المساس بمصالح الجماعة يوضع سلطان الإرادة جانبا، ليحل محله إلزامية الخضوع لهذه القواعد، سواء في المجال الداخلي أو المجال الدولي".⁵

ونظرا لكون فكرة النظام العام صعبة الضبط والتحديد، فقد إتجه الفقه إلى ترك أمر تحديد الحالات التي يتدخل فيها النظام العام لإستبعاد القانون الأجنبي لتقدير القاضي، مع تقييد سلطته بهذا الشأن بمعيار موضوعي يلتزم به في أعمال الدفع بالنظام العام، ويخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا.⁶ وقد إختلفت القوانين الوطنية بدورها في تحديد فكرة النظام العام، فهناك من الدول من إستبعدت تطبيق القانون الأجنبي المختص بعد أن نصت عليه قوانينها ضمن قواعد الإسناد كقيد عام على إختصاص القانون الأجنبي مع إختلاف صياغة فكرة النظام العام، وهناك قوانين أخرى إكتقت

(2) مثل القوانين التي تسمح بالتبني خلافا للشريعة الإسلامية.

(3) راجع : سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص. 225.

(4) أنظر: زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، مرجع سابق، ص. 332.

(5) "La liberté n'est accordée aux parties que pour leur permettre de choisir à leur gré la forme quelle donnent à leurs propres rapports juridique"

Karl H. Neumayer, autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privée des obligations, Rev- Crit DIP, 1958, 2ème partie, page 69

(6) د. سعيد يوسف البستاني، نفس المرجع السابق، ص. 224.

بذكر مضمونه بأن إشتراط أن لا يكون القانون الأجنبي مخالفا للمبادئ الأساسية للنظام القانوني في بلد القاضي.¹

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري مثله مثل المشرع الفرنسي والمشرع المصري، جعل من النظام العام قيدا على تطبيق القانون الأجنبي، وبالتالي فإن اللجوء إلى النظام العام في النظام القانوني الجزائري يتم في صورة دفع وليس في شكل قاعدة إسناد، حيث نصت المادة 1/24 من القانون المدني الجزائري على : " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر.....". والملاحظ أن المشرع الجزائري تأكيداً منه لمبدأ إستقرار عليه القضاء في أغلب دول العالم أورد عبارة "الآداب العامة" إلى جانب "مخالفة أحكام القانون الأجنبي للنظام العام" ويرجع السبب في ذلك أن فكرة الآداب العامة هي تعبير يدخل في مفهوم النظام العام بمعناه الإجتماعي والأخلاقي في دولة القاضي.

في الأخير يمكن القول أنه على الرغم من المعايير التي ساقها الفقه في سبيل وضع معيار ثابت يمكن من خلاله الكشف عن مضمون فكرة النظام العام، إلا أنه لم يوفق في إيجاد معيار موحد في هذا الصدد، لأن فكرة النظام العام فكرة لا يمكن تحديدها نظراً "لطبيعتها الخاصة" التي تتسم بالمرونة والغموض، الذي هو إحدى ميزاتها في مجال القانون الدولي الخاص على حد تعبير الأستاذ علي سليمان، وإن كان الفقه الحالي قد إستقر على أن يترك تقديرها لقضاء كل دولة، ويطورها طبقاً لتطور المبادئ الأخلاقية والإجتماعية والتقاليد في بلده وعصره، ويستخدمها كسلاح إستثنائي ضد تطبيق القوانين الأجنبية التي تختلف إختلافاً جوهرياً عن قانون دولته، سواء في مفهومها أو في أهدافها الأخلاقية أو الإجتماعية أو الإقتصادية، وقيام القضاء بهذه الوظيفة يعتبر كهيئة رقابة تمنح القانون الأجنبي أولاً تمنحه تأشيرة الدخول في إقليمه.²

وعلى الرغم من كل ذلك فإن الفقه -مهما كانت إتجاهاته- يلتقي في فكرة أساسية هي "ضرورة إستبعاد أحكام القانون الأجنبي الذي يتعارض أثناء تطبيقه مع الأسس السياسية والإجتماعية والإقتصادية في دولة القاضي"، فهو لا يضع تعريفاً لفكرة النظام العام، بل يكتفي بإبراز الغاية والهدف الذي تسعى فكرة النظام العام إلى تحقيقه وحماية المصالح العليا في المجتمع.¹

(1) راجع : زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، مرجع سابق، ص. 333،334.

(2) د. علي سليمان، المرجع السابق، ص. 149.

(1) راجع : عبد الله ستينات، المرجع السابق، ص. 18.

الفرع الثاني

دور المحكم في تطبيق قواعد النظام العام.

تعد فكرة النظام العام من الأفكار الأساسية في علم القانون بصفة عامة، إلا أنه في مجال البحث عن القواعد الآمرة التي ترد كقيد على الحرية التعاقدية للأطراف في مجال التجارة الدولية، يظهر لنا أنه هناك قواعد آمرة في القانون الداخلي، وقواعد آمرة في القانون الدولي الخاص، فعلى الرغم من أن فكرة النظام العام تهدف إلى حماية المبادئ والأسس الجوهرية للمجتمع، إلا أن هذا لا يعني تطابق فكرة النظام العام في كل من المجالين الداخلي والدولي، فالمعروف أن فكرة النظام العام ينظر إليها من زاوية القانون الداخلي على أنها تستخدم لضمان عدم الخروج الإرادي عن القواعد الآمرة، بينما ينظر إليها من زاوية القانون الدولي الخاص على أنها يستعان بها لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت قواعد الإسناد بإختصاصه.

وعليه فإن الإشكال المطروح هو : أي نوع من القواعد يجب على المحكم مراعاتها عند الفصل في النزاع وإصدار القرار التحكيمي، قواعد النظام العام الداخلي، أم قواعد النظام العام الدولي ؟ . وما مدى حريته في تطبيق هذه القواعد ؟

إن الإجابة على هذا التساؤل العريض تفرض علينا طرح جدلية النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، قبل التطرق إلى مدى حرية المحكم في تطبيق هذه القواعد.

أولاً : جدلية النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي.

مما لاشك فيه أن الجدل والنقاش مازال يدور في مجال القانون الدولي فيما إذا كان النظام العام فعلاً موجوداً في نطاق القانون الدولي مثلما هو الحال في النظام الداخلي، فإذا كان النظام العام يعني مجموعة القواعد القانونية والأسس الجوهرية التي تشرعها السلطة السياسية في النظام الداخلي، وبذلك يختلف مفهوم النظام العام من دولة إلى أخرى، حسب السلطة السياسية الحاكمة التي ترمي من وراء فكرة النظام العام إلى الحفاظ على بقاء كيائها ودوام إستمراريتها، فهذا يعني أن وجود النظام العام في التشريع الداخلي ممكن بالنظر لوجود سلطة عليا تستطيع وضع وتشريع قواعد النظام العام، وعلى هذا الأساس يكون من الصعب جدا تصور وجود قواعد النظام العام في مجال العلاقات الدولية نظراً لعدم وجود السلطة العليا، أو السلطة الدولية فوق سيادة الدول التي تمكنها من وضع قواعد النظام العام،¹ وهكذا فإن الغموض بات يلف حول النظام العام في مجال القانون الدولي.

(1) د. صلاح الدين أحمد الصاوي، محاضرات في القانون الدولي العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 1990، ص. 55.

وإنطلاقاً مما سبق، ونظراً للتطبيقات الواسعة والمختلفة للنظام العام في القانون الداخلي والقانون الدولي الخاص، ينادي جانب من الفقه بضرورة التفرقة بينهما تفادياً لل صعوبات التي قد يصادفها القاضي في حالة تعارض القانون الأجنبي مع القانون الوطني، لأنه ليس من الضروري أن يستبعد القانون الأجنبي في جميع الأحوال التي تتعارض فيها أحكامه مع نصوص القانون الوطني ولو كانت أمراً لأن القانون الذي تشير قاعدة الإسناد باختصاصه هو القانون الملزم في نظر العلاقة الدولية محل النزاع، لهذا فإذا إشتراط المشرع الوطني لتطبيق هذا القانون أن لا يتعارض مع القواعد القانونية الآمرة في القانون الوطني لأنتهينا في آخر المطاف إلى تعطيل أعمال قواعد التنازع في أغلب الأحوال.²

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن القرارات القضائية الفرنسية غنية في هذا الإتجاه، فهي تفرق بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، حيث تم تنفيذ الكثير من القرارات التحكيمية، وإن كانت تتضمن مخالفة للنظام العام الفرنسي ذلك أنها لا تخالف النظام العام الدولي، ومثال ذلك قضية "GOSSET" الشهيرة في القضاء الفرنسي، وتتلخص وقائع هذه القضية في أنه: ثار نزاع حول تنفيذ حكم تحكيم صدر في إيطاليا بناء على شرط تحكيم وارد في عقد بين مستورد فرنسي ومصدر إيطالي، حيث قضى الحكم التحكيمي بالتعويض للمصدر الإيطالي لخطأ المستورد الفرنسي في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية، حيث أنه لم يحصل على التصريح الخاص بالإستيراد في الوقت المناسب، وهذا الحكم كان واجب التنفيذ في فرنسا. وقد تمسك المستورد الفرنسي بعدم جواز تنفيذ حكم التحكيم وذلك على أساس أن العقد الذي تضمن شرط التحكيم يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً لمخالفته النظام العام الفرنسي نظراً لعدم مراعاته للقواعد الآمرة الخاصة بالتصدير، وتأسيساً على بطلان العقد الأصلي فإن الأمر يستتبع بطلان شرط التحكيم، وبطلان حكم التحكيم الذي صدر بناء عليه. إلا أن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الدفع، وقضت أن إتفاق التحكيم في المجال الدولي يتمتع كقاعدة عامة بإستقلال قانوني، ولا يتأثر بإحتمالات إبطال العقد الأصلي.³

ويتضح لنا من خلال قضية "GOSSET" أن محكمة النقض الفرنسية كرس مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وأقرت قواعد موضوعية تخص التحكيم التجاري الدولي، بإستخدام معيار التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي تحت غطاء الطريقة التنازعية.

(2) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص. 318.

(3) جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية مايلي: =

"En matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique excluant, qu'il puisse être effectuée par une éventuelle invalidité de l'acte"

وقد تبني القانون الفرنسي الصادر في 12 ماي 1981 بشأن التحكيم الدولي الأفكار السابقة، فلم يول اهتماما للنظام العام الوطني بقدر ما أولى اهتماما كبيرا للنظام العام الدولي عند الاعتراف بأحكام التحكيم التجاري الدولي وتنفيذها في فرنسا إذا كانت هذه الأحكام قد صدرت خارج فرنسا، أو كانت تتعلق بمسألة من مسائل التجارة الدولية الخاضعة للتحكيم الدولي.¹ حيث يعتمد هذا القانون على معيار إقتصادي دولي بحث للقول بتعلق أحكام التحكيم القابلة للاعتراف بها وتنفيذها في فرنسا متى كانت غير متعارضة مع النظام العام الدولي، وبغض النظر عما إذا كانت متعارضة مع النظام العام الوطني في فرنسا.²

وقد إنتقد جانب آخر من الفقه هذه التفرقة كونها تؤدي إلى وهم خاطئ، لأن فكرة النظام العام الدولي لا يمكن تصورها، حيث لا توجد سلطة عليا فوق الدول يمكن لها أن تفرض هذا النظام، والقاضي عندما يطبق النظام العام الدولي إنما يفعل ذلك لأن الأمر يمس في الأساس النظام العام الوطني، ومن هذا المنطلق تبقى فكرة النظام العام ذات طابع تقليدي بالدرجة الأولى.³

ولتوضيح ذلك نضرب مثلا عن النظام العام الداخلي في عقد بيع سفينة المبرم بين مصنع سفن نرويجي ومشتري بوليفي، والذي طبق على إثره القانون الفرنسي، حيث كان مقر التحكيم بباريس في فرنسا حيث كان العقد يحتوي على شرط يحدد بموجبه مسؤولية البائع عن وجود عيوب خفية لمدة سنة منذ تسليم السفينة، وحسب الإجتهد القضائي الفرنسي فإن مثل هذا الشرط لتحديد مجال مسؤولية البائع هو باطل إذا كان هذا الأخير حربي، وهو ما كان متوفرا فعلا.⁴

ففي هذه الحالة هل يحكم المحكم في مجال التجارة الدولية بالبطلان على أساس القانون الفرنسي وإحترام النظام العام الداخلي الفرنسي؟ أو العكس سوف يحكم على أساس القانون الواجب التطبيق على العقد، وبالتالي ترجيح إرادة الأطراف على هذه القواعد الآمرة؟.

إختلف أنصار النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية حول هذه المسألة :

1- يرى أنصار النظرية الشخصية أنه لا يمكن تطبيق أي قانون على العقد إلا ما إتفق الأطراف وعليه، لأن تطبيق القانون على العقد الدولي يستند إلى إرادة الأطراف من جهة، وأن القانون المطبق على العقد لا تكون له القوة الملزمة إلا في الحدود التي رسمتها إرادة الأطراف، وهو ما يعرف بـ"إندماج القانون في

(1) يظهر ذلك مما نصت عليه صراحة المادة 1498 ق.إ.م.ف "يعترف في فرنسا بأحكام التحكيم إذا أقام من يتمسك بها في فرنسا الدليل على وجودها، وبشرط ألا يتعارض هذا الاعتراف تعارضا صارخا مع النظام العام الدولي....."

(2) راجع : حسني المصري، مرجع سابق، ص. 646،647

(3) رأي الأستاذ Deprez، مشار إليه في كتاب أحمد الصاوي، المرجع السابق، ص. 56.

(4) لمزيد من التفاصيل حول حيثيات القضية، راجع مذكرة عيادي فريدة، المرجع السابق، ص. 95.

العقد" ، وإنطلاقاً من ذلك فإن الشرط المحدد لمسؤولية البائع المدرج في العقد يبقى صحيحاً، ولا يمكن إعمال قواعد النظام العام في القانون الفرنسي.

2- أما أنصار النظرية الموضوعية فيرون أن العقد الدولي يحكمه القانون، والقاضي يحدد هذا القانون من خلال عدة معايير موضوعية (مكان إبرام العقد، مكان التنفيذ...)، بما في ذلك الإرادة الصريحة والضمنية للأطراف التي تعتبر معياراً موضوعياً، حيث يرى الأستاذ "Batiffol" أن "دور إرادة الأطراف يكمن في توطين العقد"¹. وعليه في المثال السابق نقول أن الشرط غير صحيح، ولا بد من إعمال قواعد النظام العام في القانون الفرنسي.

وقد إتجهت الإهتمامات الفقهية الحديثة إلى محاولة تحديد مجال النظام العام في كل من القانون الداخلي والقانون الدولي الخاص، حيث يرى جانب من الفقه أن "النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص يستمد وجوده من الأساس الذي يقوم عليه القانون الدولي الخاص نفسه"، فهذا القانون يقيم قواعده على أساس التضامن الدولي مستهدفاً نوع من التوازن الذي يساعد على تحقيق نوع من التنسيق والتعاون بين قوانين الدول المختلفة، القائم على فرضية وجود حد أدنى من الإشتراك القانوني فيما بينها لا يجوز التنازل عنه.² ففكرة النظام العام الدولي تقوم على أساس مجموعة من الأصول والمبادئ العامة التي تفرضها القيم الإنسانية العالمية والتي يفرضها التعايش المشترك بين المجتمعات.³

كما أن فكرة النظام العام في القانون الداخلي تطبق على علاقات الأفراد الخالية من العنصر الأجنبي، بينما تطبق هذه الفكرة في نطاق القانون الدولي الخاص على المعاملات المشتملة على عنصر أجنبي.⁴

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أنه نظراً لعجز الفقه في تحديد مفهوم للنظام العام الدولي، وتحديد مجاله، تبقى العلاقات الدولية الخاصة خاضعة لإختصاص القضاء الوطني للدول المختلفة، يطبق في شأنها القانون الذي تشير إليه قواعد التنازع السائدة في دولة القاضي، ومن ثم تظل فكرة النظام العام فكرة وطنية محضة بالدرجة الأولى، حيث يؤكد في هذا السياق الأستاذ "زروتي الطيب" أن "النظام العام الداخلي ليس له إلا أثراً مماثلاً لفكرة النظام العام الدولي، وأن وحدة النظام العام الداخلي والدولي حقيقة مؤكدة، ولكن الغرض من اللجوء إليها يختلف في كل من المجالين".¹

(1) راجع : عيادي فريدة، مرجع سابق، ص. 96، 97.

(2) د. عصام الدين القصبي، المرجع السابق، ص. 111.

(3) د. إبراهيم رضوان الجغبير، مرجع سابق، ص. 233.

(4) راجع : عبد الله سننينات، مرجع سابق، ص. 20.

(1) راجع : زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، مرجع سابق، ص. 336، 337.

فواقع الأمر ليس هناك نظام عام دولي ونظام عام داخلي، بل يتسم النظام العام كقاعدة عامة بصفته الوطنية، كل ما في الأمر هو أن دور فكرة النظام العام ونطاق إعمالها يختلف في القانون الداخلي عنه في مجال القانون الدولي الخاص.² ففكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص تسعى ذات سعيها في مجال القانون الداخلي، لتحقيق هدف رئيسي واحد، وهو حماية النظام القانوني الوطني، وصيانة المصالح الجوهرية لمجتمع الدولة ومصالحها العليا.

وبناء على ما استقر عليه الفقه والقضاء، فنحن نميل إلى الرأي الغالب الذي يرى أنه على الرغم من تكاتف الجهود الدولية حول الأخذ بمفهوم خاص للنظام العام الدولي في مجال التحكيم التجاري الدولي، إنطلاقاً من إحتواء القانون الدولي على مجموعة من القواعد الصارمة في مجال التجارة الدولية، فإن الأمر يبقى مستعصياً ولم يخرج بعد من سيطرة القوانين الوطنية.

ثانياً : مدى حرية المحكم في تطبيق قواعد النظام العام.

سبقت لنا الإشارة أن المحكم الدولي يستمد سلطاته من إرادة الأطراف بموجب إتفاق التحكيم فمن حيث المبدأ ونظراً لكون المحكم الدولي ليس له قانون إختصاص، فإنه غير ملزم بإحترام المفاهيم الوطنية ويكون ملزماً فقط بإحترام المفاهيم الدولية، ولهذا فإن النظام العام الوارد في القانون الدولي الخاص والمتعلق بدولة ما لا يطبق أمام المحاكم التحكيمية، بل يطبق أمام محاكم الدول، فالمحكم يطبق إذن النظام العام الوارد في القانون الدولي الخاص (النظام العام لقانون العقد)³. لكن المحكم قد يجد نفسه في وضعية محيرة بين الطبيعة الإتفاقية التي تعتبر مصدراً للمهمة الموكلة إليه لأنه يستمد سلطاته من إتفاق التحكيم من جهة، وبين الطابع القضائي لهذه المهمة من جهة أخرى. لكن ألا يجب على المحكم مع هذا أن يحرص على أن يكون حكمه قابلاً للتنفيذ من قبل قاضي دولة التنفيذ، والأخذ بعين الإعتبار النصوص الآمرة التي يعتبرها القاضي الوطني من القواعد الأساسية والضرورية، وشرطاً لمنح تأشيرة الدخول للقرار التحكيمي إلى إقليم دولته ؟ أم أنه ملزم بإحترام ما نصت عليه إتفاقية التحكيم وبالتالي ترجيح كفة إرادة الأطراف؟.

إختلف الفقه بخصوص تحديد مدى إلتزام المحكم الدولي بقواعد النظام العام، حيث يرى جانب من الفقه "أن المحكم ملزم بإحترام إرادة الأطراف بإعتباره جزءاً لا يتجزأ من النظام الذي أنشأه العقد، وبالتالي فهو لا يملك أي سلطة في مواجهة الأطراف".¹

(2) أنظر : عبد الله سنيقات، مرجع سابق، ص 21.

(3) د. أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 63.

(1) "L'arbitre est à l'intérieur d'un système créé par le contrat, et ne possède donc aucun pouvoir hétéronome par rapport aux parties"

أما الجانب الآخر من الفقه يرى أن إعتبار النظام العام كقيد وارد على إرادة الأطراف يعطي سلطة تقديرية واسعة للمحكم نظرا لغياب قانون القاضي، لهذا يفصل المحكم في النزاع بين إرادة الأطراف وقواعد النظام العام عن طريق تطبيق هذه النصوص الآمرة في القانون المختص بشرط عدم تعارضها مع قواعد النظام العام الحقيقي.²

وقد كان موقف القضاء الفرنسي صريحا في هذا الإتجاه، حيث قضت محكمة باريس المختصة بنظر الطعون المرفوعة ضد أحكام التحكيم بأن "المحكم يتمتع بسلطة تطبيق القواعد الآمرة في الدعوى، ويكون له السلطة الإحتمالية لبطان العقد أو لرفض شروطه التي تخالف النظام العام مع تعويضات للمضور".³

في الواقع لكي يكون الحكم التحكيمي معترفا به وناظرا في القانون الوطني ينبغي على المحكم أن يحترم القواعد الآمرة والأساسية في قانون دولة التنفيذ، فالمليل القوي لدى المحكم لتطبيق قواعد النظام العام للدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها يرجع إلى رغبة المحكم في أن يرى حكمه منفذا لأن القاضي الوطني حتما يمتنع عن إعطاء أمر التنفيذ لحكم يخالف النظام العام في دولته.⁴

ومن جهة أخرى فإن المحكم ليس مكلفا بتحقيق مصالح الأطراف فقط، بل يجب كذلك أن يهتم بسمعة التحكيم التجاري الدولي، لأنه لو حدث وأن الدول لاحظت بأن التحكيم هو مجرد وسيلة في أيدي المتعاملين الإقتصاديين للعبث وتحويل قواعد النظام العام فإنها يمكن أن تتراجع عن الإعتراف بهذا النظام.⁵

إستنادا على ما سبق تفصيله نقول أن المحكم الدولي ملزم بتطبيق قواعد النظام العام، ولا يمكنه تجاهل المبادئ الأساسية والجوهرية المتعلقة بالنظام العام بمفهومه الدولي في قانون دولة التحكيم، أو النظام العام بمفهومه الدولي في قانون الدولة التي سينفذ فيها القرار التحكيمي، ففي الواقع نرى في كثير من الأحيان أن المحكم يطبق قواعد النظام العام في قانون دولة التنفيذ القرار التحكيمي وذلك لضمان تنفيذ هذا القرار وتحقيق فاعليته، غير أن الممارسات العملية أظهرت من خلال بعض القرارات التحكيمية أن المحكم الدولي يلجأ إلى قواعد النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص في القانون المطبق على العقد.

رأي الأستاذ : Pierre Mayer، مشار إليه في مذكرة عيادي فريدة، المرجع السابق، ص 104.

(2) رأي الأستاذ Christophe Pommier - J، مشار إليه في كتاب، أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 64.

(3) أنظر : منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 207.

(4) د. أشرف عبد العليم الرفاعي، نفس المرجع السابق، ص 24، 25.

(5) أنظر : عيادي فريدة، نفس المرجع السابق، ص 97.

وقد ساهمت الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي بشكل وافر في تكريس الجهود الفقهية على إحترام قواعد النظام العام، فقد نصت إتفاقية جامعة الدول العربية لعام 1952 بشأن تنفيذ أحكام القضاء والتحكيم في الدول الأطراف في المادة 3/هـ من أنه "لا يجوز تنفيذ حكم محكمين في أي دولة من هذه الدول، إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف النظام العام أو الآداب العامة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ، وهي صاحبة السلطة في تقدير كونه كذلك أو إذا كان الحكم مناقضا لمبدأ معتبر كقاعدة عمومية دولية"¹.

والملاحظ أن هذا النص يفرق بين أمرين :

- الأمر الأول هو "النظام العام الوطني" لدولة التنفيذ، هنا يكون لقاضي دولة التنفيذ رفض تنفيذ حكم المحكمين بسبب تعارضه مع النظام العام في دولته ، وله سلطة تقدير ذلك.
 - أما الأمر الثاني فهو "المبادئ المعتبرة كقاعدة عمومية دولية" والتي تقابل في إعتقادنا النظام العام الدولي، إذ لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم إذا تعارض مع تلك المبادئ.
- وعلى خلاف ذلك، فإن معظم الإتفاقيات الدولية الأخرى الخاصة بالتحكيم لم تشر إلى النظام العام الدولي، حيث نصت المادة الأولى فقرة "و" من إتفاقية جنيف لسنة 1927 على "يتوقف الإعتراف وتنفيذ قرار التحكيم على ضرورة أن لا يكون حكم التحكيم مخالفا للنظام العام ولمبادئ القانون العام للبلد المراد تنفيذ الحكم فيه".
- كما نصت المادة الخامسة فقرة ثانية من إتفاقية نيويورك لعام 1958 على نفس الحكم بقولها : "إن الإعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه يمكن رفضه فيما إذا كانت السلطة المختصة في الدولة المطلوب التنفيذ فيها ترى أن هذا الإعتراف والتنفيذ يخالف النظام العام لهذه الدولة".

موقف المشرع الجزائري :

أدرج المشرع الجزائري فكرة النظام العام الدولي في إطار التحكيم التجاري الدولي في القانون 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، فمن خلال دراستنا لهذا القانون يتضح لنا أن فكرة النظام العام الدولي أشار إليها المشرع الجزائري بشكل غامض في المواد 1/1051، 6/1056¹، لا يمكن من خلالها معرفة عناصر هذا النظام العام ولا ماهيته، حيث كان من المفروض أن يدخل ضمن هذا المفهوم عدة مسائل نذكر منها تحكيمية النزاع، وإكتفى فقط بوضع قيد عام على الإعتراف وتنفيذ

(1) راجع : حسني المصري، مرجع سابق، ص 645.
 (1) تنص المادة 1/1051 من القانون 09/08 على "يتم الإعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بوجودها، وكان الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي." كما نصت المادة 6/1056 "لا يجوز إستئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية : 6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي."

أحكام التحكيم الأجنبية وجعل من مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي سببا للطعن في هذا الحكم وإمكانية إبطاله.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد نقل نفس العبارة "النظام العام الدولي" الواردة في القانون الفرنسي للتحكيم لسنة 1981، على خلاف بعض القوانين التي نصت على "النظام الدولي" فقط دون ذكر لفظ "العام" كالقانون السويسري.² في حين أن المشرع المصري نص وصراحة في المادة 58/ب من قانون التحكيم لسنة 1994 "لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إلا إذا تحقق أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية" وبهذا يكون المشرع المصري قد اعترف بنظامه العام الداخلي، على خلاف المشرع الجزائري الذي نص على النظام العام الدولي، في القانون 09/08 وجاءت مواده خالية من ذكر مصطلح النظام العام الوطني.

فالمشرع الجزائري لم يميز بوضوح بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، وترك مهمة تقدير وتحديد معنى ومضمون النظام العام الدولي للقاضي، دون أن يضع ضمانات ومعايير موضوعية تمكن من إخضاعه للرقابة.³

لكن في كل الحالات فإن النظام العام الدولي، يعني أن يؤخذ بعين الاعتبار الأحكام الآمرة دوليا، والتي تكون لها علاقة وثيقة بالنزاع، وتكون الأولوية للأحكام الجزائرية، على أن تؤخذ بعين الاعتبار قواعد التجارة الدولية.⁴

إن السياسة الإقتصادية الحديثة التي تنتهجها الجزائر، من خلال الجهود التي تبذلها في سبيل تشجيع وترقية الإستثمارات الأجنبية، جعل الجزائر تتعامل مع النزاعات التي يقع فيها مساسا بالنظام العام الوطني بكثير من المرونة¹، وهذا ما جعل القضاء الجزائري لا يستقر على رأي موحد في تحديد مفهوم النظام العام الدولي، لأن التوسيع من مجال إستعمال الدفع بالنظام العام والإكتثار من اللجوء إليه سيؤدي حتما إلى شلل المبادلات التجارية الدولية، وعليه لا بد من اللجوء إلى الدفع بالنظام العام في الحالات التي يتعلق الأمر فيها المساس بمصالح جوهرية في قانون القاضي، تكون عرضة للخطر وجديرة بالحماية فعلا.²

(2) د. عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص 72.

(3) د. عليوش قربوع كمال، المرجع السابق نفسه، ص 73.

(4) رأي الأستاذ محمد بجاوي، مشار إليه في كتاب، عليوش قربوع كمال، نفس المرجع السابق، ص 73.

المطلب الثاني

قوانين البوليس.

إلى جانب قواعد النظام العام، يعترف القانون الدولي الخاص بوجود مفهوم دقيق للنظام العام يعرف بقوانين البوليس³، حيث أضحت هذه الفكرة من الأفكار الأساسية التي تحتل مكانا بارزا في القانون الدولي الخاص، والتي ظهرت كنتيجة حتمية لبعض الضرورات الإجتماعية والإقتصادية التي تهدف أساسا إلى حماية النظام السياسي والإقتصادي والإجتماعي للدولة، وتحقيقا للصالح العام، وذلك بالحد من حرية الأطراف في المجال التعاقدية، حيث لا يمكنهم الإفلات من قواعد قوانين البوليس.

وعليه : مامدى إلتزام المحكم بهذه القواعد ؟

فلإجابة عن هذا التساؤل لابد من تحديد مفهوم قوانين البوليس (الفرع الأول) ثم البحث عن مدى إلتزام المحكم بهذه القواعد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم قوانين البوليس.

إرتبط ظهور قواعد البوليس ببروز مبدأ تدخل الدولة في مجال النشاط الإقتصادي والإجتماعي للأفراد⁴ تحقيقا للمصلحة العامة، وحماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية، وهو المبدأ الذي جاء ليعبر عن رواج الفكر الإشتراكي في العالم في القرن "19"، حين تطور دور وظيفة الدولة من الدولة الحارسة إلى الدولة المتدخلة. فكان لزاما على المشرع في ظل هذا المبدأ التدخل بتدعيم قواعده التشريعية بالصفة الآمرة بحيث لا يجوز للأفراد الإلتفاق على مخالفتها.¹

ويعد الفقيه اليوناني "Frances-cakis" أول من تعرض لقواعد البوليس، وذلك في رسالته للدكتوراه حول نظرية الإحالة وتنازع الأنظمة في القانون الدولي الخاص، وأيده في هذه النظرية جانب

(3) لقد درج الفقه التقليدي على تسمية قوانين البوليس بالقواعد ذات التطبيق الضروري، كما يفضل بعض الفقهاء ومنهم الفقيه Bouhier بتسميتها قواعد البوليس والأمن Les règles de police et de surete.

(4) لازم تدخل الدولة في النشاط الإقتصادي والإجتماعي للأفراد ظهور أفكار حديثة، فظهرت فكرة النظام العام الإقتصادي L'ordre public économique والذي تحتمى وراءه القوانين التي تنظم النشاط الإقتصادي، وفكرة النظام العام الإجتماعي L'ordre public social الذي يجسد الصفة الآمرة للقواعد التي = وضعها المشرع في مجال قانون العمل.

- لمزيد من التفاصيل راجع أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 599

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري، وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، بدون سنة، ص. 20

كبير من الفقه نذكر منهم "De Nova" والفقيه الإيطالي "Sperduti" الذي يرى أنها قوانين ضرورية التطبيق.²

والمقصود بقوانين البوليس (القواعد ذات التطبيق الضروي) "مجموعة القواعد الموضوعية في النظام القانوني الوطني التي يتعين تطبيقها مباشرة، دون النظر إلى تصنيفها إلى القانون العام أو القانون الخاص، ودون الحاجة إلى أعمال منهج قواعد الإسناد".³

ويذهب جانب آخر من الفقه أن "قواعد البوليس هي كل قاعدة تعتبرها الدولة التي أصدرتها واجبة التطبيق على العلاقات التي تربطها بها والتي تجعل نظامها القانوني مختصا" و"أن مسألة مراعاة هذه القواعد هي أمر ضروري لحماية التنظيم السياسي والإقتصادي والاجتماعي للدولة".⁴

وقد اختلف الفقه حول الإصطلاح القانوني لقواعد قوانين البوليس، حيث يمكننا أن نفرق بين ثلاث إتجاهات رئيسية :

الإتجاه الأول : قوانين البوليس والأمن.

ذهب الفقه التقليدي وعلى رأسه الفقيه "BOUIHIER" إلى إطلاق إصطلاح "قواعد أو قوانين البوليس" على كافة القواعد التي تتصل بحماية المجتمع الوطني والمصلحة العامة.⁵

الإتجاه الثاني : القواعد الفورية التطبيق.

إستبدل جانب من الفقه إصطلاح قوانين البوليس بمصطلح جديد وهو "القواعد فورية التطبيق"، حيث لم يرق لهم إستخدام إصطلاح "قوانين البوليس"، و رأوا أن تعبير "القواعد فورية التطبيق" يحقق بعض المزايا التي لا يحققها تعبير "قواعد البوليس والأمن". فمن ناحية يقدم هذا الإصطلاح أساسا منطقيا لإختصاص قانون القاضي، ومن ناحية ثانية يظهر هذا الإصطلاح أن أعمال القواعد اللازمة لحماية الأسس الإقتصادية والاجتماعية للمجتمع يتم مباشرة دون الإسناد إلى قاعدة إسناد، ومن ناحية أخيرة فإن إصطلاح "القواعد فورية التطبيق" يعالج القصور الوارد في عبارة "قوانين البوليس والأمن" في حين هناك بعض القواعد الأخرى التي لا يمكن نعتها بقوانين البوليس ومع ذلك يطبقها القاضي مباشرة.¹

الإتجاه الثالث : قواعد النظام العام الوقائي أو التوجيهي.

(2) راجع : أحمد عبد الكريم سلامة، نفس المرجع السابق، ص. 25.

(3) تعريف الأستاذ : Frances cakis، مشار إليه في كتاب أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق نفسه، ص. 25، 26.

(4) تعريف الأستاذ : Pierre Mayer، مشار إليه في كتاب Jean Robert، المرجع السابق، ص. 308.

(5) لقد حرص المشرع الفرنسي عند وضع القانون المدني أو ما يسمى بقانون نابليون لعام 1804 على أن يقنن صراحة قواعد البوليس والأمن حيث نص في المادة الثالثة الفقرة الأولى من القانون المدني على أن "قوانين البوليس والأمن ملزمة لكل من يقطن الإقليم الفرنسي"

- راجع في ذلك: أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص. 605، 606.

(1) راجع : أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروي، المرجع السابق، ص 26 وما بعدها.

يذهب أنصار هذا الإتجاه إلى التعبير عن القواعد المسماة بقواعد البوليس والأمن "بقوانين النظام العام الوقائي أو التوجيهي"، حيث يرى هذا الفقه أن قوانين البوليس ليست إلا قوانين للنظام العام الإقليمي، لأن هدفها الأساسي هو المحافظة على سيادة النظام على الإقليم الذي تسري فيه.²

غير أن البعض من مناصري هذا الإتجاه يرى ضرورة عدم تعميق هوة الخلاف بين "قوانين البوليس والأمن" "وقوانين النظام العام الوقائي أو التوجيهي"، لأن كلاهما يهدف إلى هدف مشترك وهو الحفاظ على المبادئ الأساسية والقيم الإجتماعية والإقتصادية في المجتمع.³

فعلى الرغم من الخلاف الدائر بين الفقه حول الإصطلاح القانوني لقواعد قوانين البوليس فإن الأمر المتفق عليه هو أن إختصاص قوانين البوليس ينجم عن الحياة الضرورية المشروعة و تطبيقها بهدف حماية التنظيم السياسي والإجتماعي والإقتصادي للدولة، ولا شك أن إدراك الأهداف المرجوة من قوانين البوليس على هذا النحو، بوصفها قواعد تتضمن قيوداً على حرية الأفراد في إبرام العقود وتنفيذها يقتضي إعمالها على كافة الروابط العقدية التي تهمد كيان المجتمع، بغض النظر عن القانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي. وفي الواقع لما كان من المقرر أنه يجب الخضوع للقانون المختار برمته بما في ذلك نصوصه الآمرة (قوانين البوليس)، فإن الأمر يبدو طبيعياً أن تؤدي هذه النصوص بالضرورة إلى بطلان العقد المخالف لها.⁴

الفرع الثاني

مدى إلزام المحكم بتطبيق قوانين البوليس.

أشرنا سابقاً أن المحكم ليس له قانون إختصاص داخلي، ويترتب على ذلك أن تصبح قوانين البوليس في حكم القواعد الأجنبية عن المحكم، فالمحكم يستمد سلطاته من إرادة الأطراف، وبالتالي فهو كمبدأ عام لا يمكن له الخروج عن هذه الإرادة من ناحية، ومن ناحية أخرى يتعين عليه أن يحترم توقعات الأطراف المشروعة، والتي تقتضي تطبيق قوانين البوليس التي يتوقع هؤلاء تطبيقها أو يفترض فيهم ذلك.

(2) نتج أحكام القضاء الفرنسي إلى إحلال إصطلاح "قوانين النظام العام" محل إصطلاح "قوانين البوليس والأمن"، كحكم محكمة إستئناف كولمار الصادر في 1949/11/9، وحكم محكمة إستئناف باريس في 1964/02/20 وفي 1967/04/02.

- لمزيد من التفاصيل راجع : أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 611، 612.

(3) د. أحمد عبد الكريم سلامة، نفس المرجع السابق، ص. 33.

(4) وهذا ما إتجهت إليه محكمة النقض الفرنسية حين قضت أن "القانون المختار يكون له إمكانية بطلان العقد التجاري الدولي".

-Cass, paris, le 28 juin 1966, Rev – crit, DIP.1967 page 334, note Henri Batiffol.

فطبيق المحكم لقواعد قوانين البوليس ينبع من كون هذا التطبيق يجعله مثل القاضي الوطني عند حمايته للمصالح العامة، في حين أن مهمته هي رعاية المصالح الخاصة للأطراف، وهذا ما يجعل تطبيق المحكم لقوانين البوليس يبدو وكأنها "الضريبة التي يدفعها المحكم لضمان تنفيذ حكمه".¹

ويرى الفقيه "A. Von Meher" بأنه ينبغي على المحكم أن يطبق قوانين البوليس لأنه إذا لم يطبق المحكم القواعد التي تحمي المصالح الأساسية للدولة²، فإن قاضي الدولة يمكن أن يعتبر المنازعات التي تمس هذه الموضوعات غير قابلة للتحكيم على الرغم من إتجاه المحاكم القضائية إلى إعطاء الثقة للمحكّمين.³

وعلى ضوء ما تقدم، نتعرض بالدراسة إلى قوانين البوليس المنتمية إلى قانون العقد (أولاً)، لأن تطبيق المحكم لها لا يخل بتوقعات الأطراف المشروعة، ثم نتعرض إلى قوانين البوليس الأجنبية عن قانون العقد (ثانياً).

أولاً : قوانين البوليس المنتمية إلى قانون العقد.

إن تطبيق المحكم لقوانين البوليس التي ينتمي إليها قانون العقد لا يثير سوى مشكلة قابليته للتطبيق وليس مشكلة تحديد هويته.⁴

ويرى جانب من الفقه أنه ينبغي على المحكم تطبيق قوانين البوليس المنتمية إلى النظام القانوني الذي ينتمي إليه العقد تحت تحفظ وحيد وهو ألا تكون متعارضة مع النظام العام الدولي الحقيقي الذي يفرض نفسه على المحكم.¹

فعلى سبيل المثال إستبعد المحكم قوانين البوليس المتعلقة بالحظر الإقتصادي على إسرائيل المنصوص عليه في قرارات الجامعة العربية، لمخالفتها النظام العام الدولي الحقيقي لأنها تقوم -على حسب رأي المحكم- على التمييز العنصري والديني والعرقي، على الرغم من أن أطراف النزاع هي التي إختارت قانون العقد الذي تنتمي إليه قوانين البوليس لتسوية النزاع.²

ويختلف المحكمون في معالجتهم لمشكلة تدخل قوانين البوليس لقانون العقد بطريقة مختلفة بحسب ما إذا كان الأطراف هم الذين إختاروا هذا القانون، أو أن المحكم هو الذي إختاره.

(1) رأي الأستاذ "Pierre mayer"، مشار إليه في كتاب أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 621.

(2) مثال قوانين البوليس التي لا يحوز المساس بها : قوانين المنافسة، القوانين الجمركية، القوانين المتعلقة بالرقابة على الصرف والنقد.

(3) تقرير الأستاذ A. Von Meher، مقدم إلى معهد القانون الدولي، سنة 1989.

- راجع في ذلك : أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص. 621.

(4) أنظر حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس، في قضية رقم 1939، أعطى أثراً وفاعلية لقانون البوليس الذي ينتمي إلى قانون العقد.

-Rev - arb - 1973 page 145.

(1) راجع : عيادي فريدة، المرجع السابق، ص. 106.

"Juris Classeurs- 1991- droit international fasc 586 9-1 ou civil fasc 1070-1"

(2) راجع :

الحالة الأولى : تحديد قانون العقد من قبل الأطراف.

كما ذكرنا سابقاً، يلتزم المحكم بتطبيق القانون الذي إختاره الأطراف، وكنتيجة لذلك فإنه عندما يحدد الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم التجاري الدولي، فعلى المحكم أن يطبق قانون البوليس لهذا القانون³، لأن إعمال قوانين البوليس في هذا القانون لا يشكل مفاجأة للمتعاقدين، ولا يخل بتوقعاتهم المشروعة.

وبالطبع يمكن تصور حالة ما إذا رفض المحكم إعطاء أثر لقوانين البوليس في القانون الذي إختاره الأطراف في حالة تعارضه مع النظام العام الدولي الحقيقي كما سبق تبيانه في المثال السابق.

وفي إفتراض آخر لو أن الأطراف بدلا من إختيار القانون السويسري مثلا، إختاروا القانون الألماني، وحددوا بدقة أن إتفاقهم لا يخضع لقانون المنافسة للمجموعة الأوروبية⁴، فهل في هذه الحالة يجوز للمحكم عدم تطبيق قواعد قوانين البوليس بحجة أن الأطراف قد إختاروا القانون الألماني إختياراً جزئياً كقانون للعقد، وإستبعاد جزء أو بعض قواعد قوانين البوليس في هذا القانون؟

- يرى جانب من الفقه أن الإجابة على هذا السؤال تكون بالنفي، لأن هدف قوانين البوليس هو ضبط العملية التعاقدية، ولا يعتمد في ذلك بالضرورة على قانون للعقد يتعارض مع النظام العام الداخلي⁵.
- ويرى جانب آخر من الفقه أنه عندما يتفق الأطراف على إستبعاد قوانين البوليس، ينبغي على المحكم في هذه الحالة أن يعلن عدم إختصاصه¹.
وعليه فإن المسألة تقود إلى تساؤل هام :

هل ينبغي على المحكم تطبيق قوانين البوليس في قانون آخر غير قانون العقد ؟ هذا ما سنعالجه لاحقاً عند التعرض لمسألة قوانين البوليس الأجنبية عن قانون العقد.

الحالة الثانية : تحديد قانون العقد من قبل المحكم.

إن المحكم الدولي -على عكس القاضي الوطني- نجده يجهل مصطلح القانون المختص لحكم العقد، أي ليس له قانون إختصاص، وكنتيجة لذلك فإذا لم يختار الأطراف قانوناً يحكم العقد، فإن كل القوانين التي لها علاقة بالعقد تكون ممكنة التطبيق². لذلك لا يكون من الغريب أن يطبق المحكم قوانين البوليس مباشرة، دون البحث عن علاقتها بقانون العقد³. حيث يتضح لنا من هذه القضية أن المحكم

(3) د. أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص. 624.

(4) في المثال المذكور فإن المقصود بقواعد المنافسة للمجموعة الأوروبية أن تطبق على العقد سواء كان قانون العقد الذي إختاره الأطراف هو القانون الألماني أو السويسري، وتعتبر قواعد قانون المنافسة بمثابة قوانين بوليس.

(5) رأي الأستاذ : Y. Derains، مشار إليه في كتاب أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص. 625.

(1) رأي الأستاذ Jean Christoph pomier، مشار إليه في كتاب أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 626.

(2) أنظر : عيادي فريدة، المرجع السابق، ص. 107.

(3) نجد في هذا الصدد قرار صادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس في القضية رقم 4132، أخذ المحكم بهذا الحل حيث قام في نزاع متعلق بعقد كان من

وضع قوانين البوليس لقانون العقد في مستوى واحد مع قوانين البوليس الممكنة التطبيق على إتفاق الأطراف.

وعليه يمكن لنا القول أن تدخل قوانين البوليس في النظام القانوني الذي يحكم العقد التجاري الدولي لا يشكل صعوبة في الممارسة العملية، فعندما يتحقق المحكم من القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي فإنه يقوم بإعمال قوانين البوليس في هذا القانون، لأن تطبيقها لا يشكل مفاجأة للمتعاقدين، لذا فإنه عند إعمال المحكم لقواعد البوليس الآمرة في قانون العقد فإن ذلك يؤدي إلى إبطال الشروط العقدية المخالفة لها.

ثانيا : قوانين البوليس الأجنبية عن قانون العقد.

سوف نعالج هذه المسألة على ضوء المثال الآتي :

منح بنك سويسري قرضا بالدولار الأمريكي لشركة برتغالية، ويخضع عقد القرض للقانون الإنجليزي، على أن يجري التحكيم في زيورخ "Zurich" السويسرية، فلم تسدد الشركة البرتغالية قيمة القرض بحجة أنها لم تحصل على الترخيص بتحويل المبلغ من سلطات النقد البرتغالية.

ففي هذا المثال نلاحظ أن كلا القانونين السويسري والبرتغالي أجنيبين عن قانون العقد (القانون الإنجليزي). فهل يستطيع المحكم الأخذ بعين الإعتبار قانون البوليس البرتغالي على الرغم من أن العقد يخضع للقانون الإنجليزي ؟

وهل يستطيع المحكم فرض قوانين بوليس أجنبية عن قانون العقد، إذا ما رأى أنها ضرورية لتحقيق أهدافها ؟

- يبدو أنه من الضروري التمييز بين ما إذا كان الأطراف هم الذين إختاروا القانون الذين يحكم العقد، وبين ما إذا كان المحكم هو الذي إختاره.

الحالة الأولى : إختيار الأطراف لقانون العقد.

إن المبدأ الذي يلتزم بمقتضاه المحكم بتطبيق القانون الذي إختاره الأطراف يكفي أحيانا - بالنسبة للمحكم - لإستبعاد قوانين البوليس الأجنبية عن هذا القانون.¹ وعليه يرى جانب من الفقه أن القانون المختار من قبل الأطراف يتطابق مع توقعاتهم المشروعة بما في ذلك قوانين البوليس في هذا

المفروض تنفيذ جزء منه في كوريا، وجزء منه في إقليم المجموعة الاقتصادية الأوروبية، حيث صرح المحكم أن القانون الكوري هو القانون الواجب التطبيق مباشرة على العقد بما في ذلك قوانين البوليس.

- راجع في ذلك : عيادي فريدة، نفس المرجع السابق، ص 108.

[1] أنظر الحكم التحكيمي الصادر سنة 1982 من محكمة التحكيم بأمستردام، حيث تتلخص وقائع القضية حول قابلية تطبيق القانون النمساوي للرقابة على الصرف على عقود خاضعة للقانون الهولندي، فحكمت محكمة التحكيم أن قانون البوليس النمساوي (الأجنبي عن قانون العقد) ينبغي أن يستبعد بسبب مضمونه.

- راجع في ذلك : أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 665.

التشريع مع إستبعاد أي قانون آخر يتحدد لحكم العقد، وعليه فلا يمكن أن يتنازع القانون المختار مع قانون بوليس لا ينتمي إلى نفس النظام القانوني، على أساس أن الأطراف لا تتحقق توقعاتهم المشروعة في تطبيق قانون آخر أجنبي عن القانون المختار لأن القوانين لا تقف من حيث المبدأ على قدم المساواة.²

وعليه يبدو أن قوانين البوليس التابعة للقانون المختار يجب أن تكون لها الأولوية على سائر قوانين البوليس الأجنبية، لأن الأطراف على بصيرة بهذا القانون، ولا يخل بالتالي بتوقعاتهم المشروع، وبالتالي فحسب هذا الإتجاه في المثال السابق على المحكم إعمال قوانين البوليس في القانون الإنجليزي المختار. على الرغم من تأكيد غالبية الفقه على إعطاء الأولوية لقوانين البوليس التابعة للقانون المختار، إلا أن جانبا آخر من الفقه يرى أن القانون المختار يمكن أن يتنازع مع قوانين البوليس الأجنبية في حالة إختيار الأطراف قانون يشتمل على نصوص مخالفة لقوانين البوليس المختصة،³ ففي هذه الحالة لا يكون المحكم ملزما بإحترام النص الإتفاقي للأطراف.

الحالة الثانية : تحديد قانون العقد من قبل المحكم.

نظرا لعدم وجود قانون إختصاص بالنسبة للمحكم الدولي، فإن كل القوانين الوطنية أو غير الوطنية له تكون على قدم المساواة في حالة عدم إختيار الأطراف لقانون يحكم عقدهم التجاري الدولي، وكنتيجة منطقية لذلك فإن لا أحد سيعترض على تطبيق المحكم لقانون بوليس أجنبي عن القانون الذي سيعينه كقانون ليحكم العقد التجاري الدولي.¹ ومن هنا تبرز مشكلة تنازع قوانين البوليس الأجنبية أمام المحكم.

في الواقع لا يوجد إجماع بين المحكمين فيما يتعلق بتطبيق قوانين البوليس الأجنبية عن قانون العقد، عندما لا يكون هذا القانون قد تم إختياره من قبل الأطراف، إذ تميل أغلب الأحكام التحكيمية إلى تطبيق قوانين البوليس لمكان تنفيذ الإلتزامات التعاقدية أو مكان تنفيذ حكم التحكيم.² حيث يحرص المحكمون على الإستناد إلى مبدأ الفعالية عن طريق تطبيق قوانين البوليس التي تنتمي إلى الدولة التي يتوقع المحكمون أن الإلتزامات التعاقدية ستنفذ في إقليمها، لأنها جزء من الحقل الإتفاقي للأطراف، وبشكل آخر، قانون الدولة التي سينفذ حكمهم في إقليمها، والتي سيرفض قضاؤها غالبا الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي عند تجاهل هذا الأخير لقوانين البوليس الآمرة في نظامه القانوني، مما يجرّد الحكم

(2) د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 202.

(3) -Jean Robert, op-cit, page309 .

(1) أنظر : عيادي فريدة، المرجع السابق، ص 109.

(2) راجع : أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 672 وما يليها.

التحكيمي من فاعليته ويهدر الحكمة من اللجوء إلى التحكيم، ما عدا الحالات التي تكون فيها هذه القواعد غير متوافقة مع النظام العام الدولي الحقيقي. ويشهد الواقع التحكيمي الدولي تضاربا واضحا في الأحكام إزاء موقف المحكمين من قواعد البوليس الأجنبية التي لا تنتمي إلى قانون العقد، فتارة يطبق المحكمون قوانين البوليس الأجنبية عن قانون العقد³، وتارة أخرى يمتنع المحكمون عن تطبيق قوانين البوليس الأجنبية متى كانت تخل بتوقعات الأطراف المشروعة⁴، غير أن الأغلبية تميل إلى تطبيق قوانين البوليس في دولة التنفيذ.⁵

فالمحكم إذن يتمتع بسلطة واسعة في مجال تطبيق قوانين البوليس وإستبعادها، وهي كما أطلق عليها بعض الفقه "سلطة مطلقة" تمس بأمن الأطراف وتقلص من نطاق أعمال حريرتهم في التحكيم التجاري الدولي، وتشكل خطرا على المتعاقدين في مجال العلاقات الخاصة الدولية، فإذا كان مبدأ سلطان الإرادة يسمح لهم بإختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فيمكن إعتبره كمقابل مشروع لهذا الخطر، وإذا كان مبدأ سلطان الإرادة يعطي في بعض الأحيان سلطة واسعة لإرادة الأطراف، فإن قوانين البوليس تعطي دون شك هذه السلطة للمحكم ثم للقاضي".¹

ونحن بدورنا نؤيد الإتجاه الذي يميل إلى تطبيق قوانين البوليس لمكان تنفيذ العقد التجاري الدولي أو القرار التحكيمي، لما يشكله مكان تنفيذ القرار التحكيمي من أهمية بالغة، لأن إحترام قوانين البوليس التابعة لهذا البلد سيسهل لا محالة من تنفيذ القرار التحكيمي، ويقطع الطريق أمام رفض الأمر بتنفيذه، وبالتالي تحقيق فاعلية القرارات التحكيمية التي يسعى إليها المحكم، والوصول إلى الغاية المنشودة من قبل الأطراف من لجوئهم إلى التحكيم التجاري الدولي بإعتبره قضاء إتفاقي لفض النزاعات القائمة بينهم.

وصفوة القول فإن فاعلية نظام التحكيم تستلزم التطبيق الفعلي لقواعد النظام العام وقوانين البوليس، لأن المحكم لا يحل محل القاضي إلا برضا الأنظمة القانونية للدولة، ولا يمكن للدولة أن تعترف بعدالة خاصة دون أن تفرض في ذات الوقت على القائمين عليها أن يأخذوا في الحسبان المبادئ الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع والمصالح العامة لتلك الدولة، وبالتالي فإن قواعد النظام العام وقوانين البوليس تقف كعقبة أمام حرية الأطراف، وهكذا بإسم مستقبل نظام التحكيم لا بد من إحترامها من قبل المتعاملين الإقتصادييين والمحكمين في حقل التجارة الدولية على حد سواء، وعليه لا يجوز المساس بها أو

(3) راجع في ذلك القرار التحكيمي رقم 1704 الصادر عن غرفة التجارة الدولية سنة 1972، مشار إليه في كتاب أشرف عبد العليم الرفاعي، نفس المرجع السابق، ص 674.

(4) أنظر القرار التحكيمي رقم 3033، الصادر سنة 1979 عن غرفة التجارة الدولية.

- راجع في ذلك : عيادي فريدة، نفس المرجع السابق، ص 110.

(5) أنظر مجموعة القرارات التحكيمية، 1512 الصادر في 1971 والقرار رقم 1859، الصادر سنة 1973، والقرار رقم 2978 الصادر سنة 1979 عن غرفة التجارة الدولية، والمشار إليها في كتاب أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق نفسه، ص 673 وما يليها.

(1) رأي الأستاذ Jean Michel Jacquet، مشار إليه في كتاب منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 205.

الإتفاق على ما يخالفها. وهكذا إذا لم تحترم هذه المبادئ وتلك القواعد التي تعتبرها الدولة أساسية لوجود كيانها ومصالحها الحيوية، فإن القاضي الوطني سيرفض الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية التي لا تراعي تلك المبادئ والقواعد، ويمكنه إعادة النظر في قابلية النزاع للتحكيم التي تمس تلك المجالات. وفي إعتقادنا أن النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي عبارة عن أربعة دوائر متحدة في المركز ومختلفة في المحيط: فالدائرة الأولى تمثل القواعد الآمرة، والدائرة الثانية تمثل قوانين البوليس، ثم الدائرة الثالثة تمثل النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص، أما الدائرة الرابعة فتمثل النظام العام الدولي الحقيقي.

المبحث الثاني

تدخل القضاء الوطني في التحكيم التجاري الدولي.

عندما يتفق الأطراف على حل نزاعهم بالتحكيم فإنهم يقصدون في الواقع من وراء ذلك إبعاد قضاء الدولة عن النظر في النزاع¹، ذلك أن التحكيم التجاري الدولي يستند على مجموعة من المبادئ الأساسية التي تزيد من فاعلية هذا النظام للفصل في النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية، والتي يأتي في مقدمتها مبدأ سلطان إرادة الأطراف، غير أن هذه المبادئ لا تكفي لوحدها، بل لابد من قدر أدنى من السلطة الرقابية للمحاكم الوطنية في عملية التحكيم، وذلك ضمانا لإرشاد وتوجيه الضوابط والمبادئ التي تكفل حسن سير العدالة، وتحقيق الأهداف المرجوة من وراء التحكيم²، لأن الدولة لا تستطيع التخلي عن سلطاتها بصفة مطلقة، حتى في ظل إجازتها للتحكيم كقضاء موازي لقضاء الدولة.

إن إختلاف جوهر كل من التحكيم والقضاء العادي لا يعني قطع الصلة بينهما، فالقضاء والتحكيم تحكما علاقة متصلة ويظهر هذا خلال كل مراحل التحكيم، فإذا كان القضاء يقوم بدور المراقب على التحكيم عند صدور حكم التحكيم، فإن ذلك لا يعني أبدا أن دور القضاء يقف عند هذا الحد، بل يتعداه ليلعب دورا هاما في العملية التحكيمية من بدايتها إلى نهايتها³. فقد يظهر لنا من الوهلة الأولى عدم وجود أية سلطة للقضاء على التحكيم، ذلك أن عملية التحكيم تجري بين الأطراف أمام المحكمين، وإرادة الأطراف أو المحكمين هي التي تحدد إجراءات التحكيم، إلا أنه في الواقع قد تتدخل

(1) د. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 276.

(2) "La meilleure façon que le juge a pour aider l'arbitrage est de s'abstenir de trancher un litige qui doit être soumis aux arbitres, si le juge coupe l'herbe sous les pieds des arbitres, l'arbitrage n'a pas de raison d'être".

- H. Van Houtte "Le juge et l'arbitre, le rôle du juge pendant la procédure arbitrale, Rev - arb- 1993, n°1, page 28."

(3) د. عامر فتحي البطاينة، مرجع سابق، ص 67.

المحاكم العادية في بعض الحالات وتلعب دورا هاما في كواليس التحكيم، عندما تنحرف عملية التحكيم عن المسار المحدد لها ففي هذه الحالة يستطيع القاضي إرجاعها إلى المسار الصحيح، أو عندما لا يتفق الأطراف على مسألة إجرائية معينة، ويكون المحكمون غير قادرين على إيجاد الحل، وحدها المحاكم التي تستطيع إيجاد حلولاً مرضية،⁴ وبالتالي يكون الباب مفتوحاً لإفساح المجال لتدخل القضاء الوطني لمساعدة التحكيم على تحقيق فاعليته، وسد العجز الناجم عن الصعوبات التي تثيرها عملية التحكيم خلال سير إجراءات التحكيم، أو أثناء تنفيذ القرار التحكيمي.

وإنطلاقاً من فلسفة التحكيم وأهدافه، فإن التشريعات الحديثة تنظم العلاقة بين القضاء الوطني والتحكيم، لتوضح من جهة أوجه المساعدة والمؤازرة بينهما، ومن جهة أخرى تبين حدود الرقابة والإشراف على التحكيم، بهدف إرساء الضوابط التي تكفل حسن سير عملية التحكيم، وتحقيق الأهداف المرجوة منها.¹

والمشروع الجزائري مسابقة منه للإتجاهات التشريعية الحديثة في القوانين المقارنة، منح القضاء الوطني دوراً هاماً في مجال التحكيم التجاري الدولي، حيث وضع نصوصاً قانونية مكملة لنصوص التحكيم في المعاملات التجارية.² كما حرص المشروع الجزائري على تنظيم إجراءات التحكيم من بدايتها إلى نهايتها دون إخلال أو تعقيد، فأقر تدخل القضاء الوطني لمساعدة التحكيم من ميلاد إتفاق التحكيم إلى غاية صدور الحكم التحكيمي وتنفيذه.

على ضوء ما تقدم: ما هو الدور الذي ينبغي على القضاء الوطني لعبه حتى يساهم في تحقيق فاعلية التحكيم؟

للإجابة عن هذا التساؤل فإن دراستنا ستنصب على الحالات التي يتدخل فيها القاضي الوطني خلال سير إجراءات التحكيم (المطلب الأول)، ثم بعد ذلك تدخل القاضي الوطني في تنفيذ القرارات التحكيمية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

-H.Van Houtte, op.cit, page 29

(4)

(1) د. عامر فتحي البطينة، المرجع السابق نفسه، ص 67.

(2) راجع في ذلك المواد 1041، 1046، من القانون 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

تدخل القاضي الوطني خلال سير إجراءات التحكيم.

على الرغم من كون التحكيم إتفاق بين الأطراف لإستبعاد عرض نزاعهم على القضاء الوطني، وبالتالي نقل الإختصاص من القضاء الوطني إلى قضاء التحكيم، فإنه قد تحدث بعض الأمور أثناء سير إجراءات التحكيم تستدعي تدخل القاضي الوطني، والتي ترجع إلى عوامل مختلفة تؤثر سلبيا على فاعلية التحكيم، فإذا ما ظهرت مشاكل عملية خلال سير إجراءات التحكيم، نجد أن العديد من التشريعات قد تصدت لهذه المشاكل بوضع قواعد مكملة يمكن للأطراف إعتماها لمعالجة هذه الأوضاع.¹

ويرى بعض الفقه أن لجوء أحد الأطراف إلى القضاء لا يؤثر على سير إجراءات التحكيم، ولا يعتبر مناقضا لإتفاق التحكيم، بحيث لا يعتبر الطلب إلى السلطة القضائية إتخاذ الإجراءات المناسبة تنازلا عن التمسك بالتحكيم.² وبناء على ذلك، قد يتدخل القضاء الوطني لمساعدة التحكيم بناء على طلب الأطراف، أو من محكمة التحكيم من تلقاء نفسها، وذلك لحل المشاكل المتعلقة بتشكيل المحكمة التحكيمية، وحل المشاكل المتعلقة بإمتناع المحكم عن أداء مهامه أو رده أو عزله، وكذلك الصعوبات الناجمة عن مهلة التحكيم، وهذا كله ضمنا لفاعلية التحكيم.

وعليه فإن الدراسة في هذا المطلب ستنصب على الحالات التي يتدخل فيها القاضي الوطني خلال سير إجراءات التحكيم، من خلال تعيين المحكمين (الفرع الأول)، إتخاذ الإجراءات التحفظية والوقائية (الفرع الثاني)، رد المحكمين وعزلهم (الفرع الثالث)، والغش نحو القانون (الفرع الرابع).

الفرع الأول

تعيين المحكمين.

إذا كان الأصل في التحكيم أن الأطراف في مجال التجارة الدولية يتمتعون بحرية واسعة في إختيار المحكمين، فإن ذلك لا يعني أن هذا الطريق هو الوحيد لإختيارهم، فقد تحدث المماثلة من أحد الطرفين لإختيار المحكم، أو لا يعين محكمه أصلا.³ وفي وضع آخر، كثيرا ما لا يتفق أحد الأطراف على تعيين

(1) هذا الحل مكرس في القانون الفرنسي في المادة 1444 ق.إ.م.ف، وكذا قانون التحكيم المصري لسنة 1994 في المادة 17، المادة 81 من قانون المرافعات اللبناني، والقانون السويسري في المادة 2/179. وفي وضع آخر نجد دولا أخرى لا تضع في قوانينها قواعد مكملة يلجأ إليها الأطراف، وعليه لا تقبل بأي حال من الأحوال تدخل الجهات القضائية لإكمال النقص، مثل ما كان عليه الأمر في ألمانيا الفيدرالية.

- راجع في ذلك : كمال معروف، المرجع السابق، ص 62.
- كما أكدت هذا الحل صراحة قواعد التحكيم الدولية منها المادة 12 من قواعد غرفة التجارة الدولي، وكذلك المادة 4/06 من الإتفاقية الأوروبية للتحكيم لسنة 1961، وكذلك المادة 3/26 من قواعد التحكيم التي وضعتها "الأونسترال" "UNICITRAL".

(2) د. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 277.
(3) أنظر : عامر فتحي البطاينة، مرجع سابق، ص 76.

المحكم الذي إقترحه الطرف الآخر في حالة المحكم الوحيد، أو إذا إمتنع أحد الأطراف عن تعيين المحكم في حالة الإتفاق على أن يكون عدد المحكمين ثلاثة، إذ يعين كل واحد من الأطراف محكما أما الثالث فيتم تعيينه من قبل المحكمين المعينين من قبل الأطراف، أو عند عدم تمكن المحكمين الإثنين من تعيين المحكم الثالث.⁴ ففي كل هذه الأحوال إذا لم يحدد الأطراف في إتفاق التحكيم شخصا أو جهة كسلطة تعيين تقوم بتعيين المحكم عند عدم الإتفاق، فإن ذلك لا يعني فشل إجراء التحكيم، بل نزولا عند إرادة الأطراف وحماية الطرف حسن النية وحفاظا على مصداقية نظام التحكيم، يجوز لأحد الأطراف الطلب من الجهات القضائية المختصة القيام بتعيين المحكم، خصوصا عندما تستنفذ المدة المحددة في إتفاق التحكيم.¹

وقد ورد هذا الحل في القانون الفرنسي، حيث ذهب المشرع إلى إعطاء إختصاص إجراء التعيينات اللازمة للقضاء الفرنسي، إذ أن المادة 2/1493 ق.إ.م.ف تعطي الإختصاص لرئيس محكمة باريس للقيام بالتعيينات حسب الحالات المنصوص عليها في المادة 1457، بشرط أن يتم التحكيم في فرنسا.²

وعلى نفس المنهج ذهب المشرع المصري إلى إعطاء محكمة إستئناف القاهرة على إجراء التعيينات اللازمة عندما يكون التحكيم تجاريا دوليا سواء جرى في مصر أو خارجها، غير أنه يجوز إتفاق الأطراف على إعطاء الإختصاص لمحكمة أخرى في مصر.³

وقد ساير المشرع الجزائري الإتجاهات التشريعية الحديثة حيث أقر أنه للقضاء الجزائري دورا هاما في مساعدة التحكيم في حالة وجود صعوبات تعترض تشكيل المحكمة التحكيمية، لا سيما في حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو إستبدالهم،⁴ في المادة 2/1041 من القانون 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية الإدارية، حيث نصت على مايلي:

"في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو إستبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي :

1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

(4) راجع في ذلك : فوزي محمد سامي، نفس المرجع السابق، ص 276-277.

(1) د.محمد كولا ، مرجع سابق، ص 159.

(2) يتدخل رئيس محكمة باريس كقاضي إستعجال بطلب من أحد الأطراف بإصدار أوامر غير قابلة للطعن في الحالات الواردة في المواد 1444، 1456، 1463 ماعدا إمكانية الطعن بالإستئناف في الحالات الواردة في المادة 3/1444 وهي حالة بطلان شرط التحكيم، أو إذا كان غير كافي لتشكيل الهيئة التحكيمية.

(3) راجع : المادة 09 من قانون التحكيم المصري رقم 27، لسنة 1994.

(4) كرس المشرع الجزائري في المادة 1041 من القانون 09/08 مبدأ تقليديا معترف به في مجال التحكيم والمتمثل في احترام إرادة الأطراف سواء تعلق الأمر بتعيين أو عزل أو إستبدال المحكمين، وفي غياب مثل هذا التعيين عالج المشرع الجزائري هذا النقص باقتراض تدخل القضاء الوطني.

- 2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج، وإختارت الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر".
- فالمشروع الجزائري جاء بجلين وقائين ضمانا لحسن سير عملية التحكيم :
- **الحل الأول** : عندما يجري التحكيم في الجزائر، فالمحكمة المختصة بإجراء التعيينات اللازمة هي المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها التحكيم.
- **الحل الثاني** : يتعلق بالتحكيم الذي يجري في الخارج، وإختار الأطراف تطبيق قانون الإجراءات الجزائري، ففي هذه الحالة يتم اللجوء إلى رئيس محكمة الجزائر.
- ويظهر من خلال تدعيم المشروع الجزائري لدور القضاء الوطني، سكوت النص السابق عن مدى إمكانية الطعن في الأمر الصادر بصدد تعيين المحكمين، حيث يتمتع القاضي بحرية كبيرة في إختيار المحكمين، ما عدا حالة الجنسية بالنسبة للمحكم المرشح أو حالة عدم وجود إتفاق أصلا.
- إن إدراج دور القضاء الجزائري في إجراء بعض التعيينات في القانون 09/08 إيجابي من شأنه حماية الطرف الجزائري، إذ أن إعطاء سلطة التعيين لرئيس محكمة الجزائر، أو أي محكمة جزائرية أخرى مختصة من شأنه أن يؤدي إلى تعيين محكم ليس بالغريب عن الطرف الجزائري، كما يستبعد تدخل قضاء أجنبي في ذلك.¹
- وبالرجوع إلى الإتفاق الجزائري، الفرنسي لسنة 1983، نستخلص بأن إجراء التعيينات اللازمة في حالة تقاعس الأطراف يتقاسمها كل من القضاء الجزائري المتمثل في رئيس محكمة الجزائر إذا كان الطرف المتقاعس جزائريا، والقضاء الفرنسي المتمثل في رئيس المحكمة التجارية بباريس إذا كان الطرف المتقاعس فرنسيا.²
- ويبقى القانون الجزائري غامضا في عدة مسائل: فهل يمكن للمحكم المعين من قبل المحكمة أن يرفض القيام بهذه المهمة ؟
- ففي القواعد المعمول بها في مجال التحكيم خاصة في العلاقة بين المحكم وأطراف النزاع لها طابعا تعاقديا، أي يجوز للمحكم رفض المهمة المسندة إليه، في حين أن تعيينه بموجب أمر على ذيل عريضة هل يسمح للمحكم الاعتذار عن القيام بالمهمة المسندة إليه ؟

(1) د. محمد كولا، مرجع سابق، ص 160.

(2) راجع المادة 1/5 من النظام التحكيمي الجزائري، الفرنسي المؤرخ في 27 مارس 1983، علما أن هذا النظام يعتمد على طريقة الإختيار على القائمة المحددة مسبقا والمقدرة بعشرة أعضاء بالنسبة للمحكم الثالث (المادة 2/5).

وعلى صعيد الإتفاقيات الدولية نذكر أحكام القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، حيث تحيل المادة 06 منه على القضاء الوطني للمتنازعين للقيام بالتعيينات اللازمة، والإتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987 في مادة 18³.

ويبدو من ظاهر النصوص السابقة أن دور القضاء الوطني في تشكيل هيئة التحكيم هو دور إجرائي بحت، يستهدف مجرد الحيلولة دون توقف عملية التحكيم بسبب عدم التوصل إلى إختيار هيئة التحكيم أو إلى إستكمالها ولا يحتمل التطرق إلى النواحي الموضوعية في إتفاق التحكيم.¹

وقبل أن ننتهي من هذه الصورة من صور تدخل القاضي الوطني أثناء سير إجراءات التحكيم، لا بد من الإشارة إلى أن تعيين المحكم من قبل المحكمة يكون أيضا في حالة تعيين المحكم البديل عند عزل المحكم أو إعتزاله من تلقاء نفسه، أو في حالة وفاته أو حدوث مانع قانوني أو فعلى يجعله غير قادر على الإستمرار في مهمته.

الفرع الثاني

إتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية.

تتخذ التدابير الوقتية أثناء السير في الدعوى للفصل مؤقتا في مسألة (وضعية) مستعجلة في إنتظار الحل النهائي،² فالإجراء المؤقت هو إجراء لا يرمي إلى الفصل في موضوع النزاع، ولكن يرمي إلى الحصول على نتيجة ثانوية كحجز أموال أو تقديم كفالة.³

أما التدبير التحفظي فيهدف إلى المحافظة على حق أو عين ريثما يفصل في الموضوع، كما يسمح هذا التدبير للطرف الذي يطلبه ضمان فاعلية القرار التحكيمي الذي سيصدر مستقبلا، أو على الأقل سيجنب الآثار غير المرغوب فيها لهذا القرار، فهذه التدابير المؤقتة والتحفظية تكون دائما إستعجالية تبعية ومؤقتة مصيرها متوقف على مضمون القرار التحكيمي النهائي.⁴

(3) راجع في ذلك : محمد كولا، نفس المرجع السابق، ص. 166.

(1) د. مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص. 189.

"Rappelons que la mesure provisoire est prise pour une durée d'un procès afin de régler momentanément une situation urgente en attendant la solution définitive" (2)

-Bekhechi Abdelwahab, "conventions multilatérales et l'arbitrage ,séminaire sur l'arbitrage commercial organisé par la chambre nationale de commerce à Alger les 14,15 décembre 1992, Ed ch- Nat .Com, Alger 1993, page 87.

(3) د. عليوش كمال قريوع، مرجع سابق، ص. 51.

"La mesure conservatoire vise la sauvegarde d'un droit ou d'une chose. La mesure conservatoire est toujours urgente et permet à la partie qui la demander de garantir l'effectivité de la sentence arbitrale qui sera rendu, ou se prémunir contre les effets défavorables d'une sentence. Les mesures provisoires et conservatoires sont toujours urgentes, accessoires, temporaires et sans conséquences sur le principe. Elles peuvent se confondre, et leur sort dénitif dépend de la sentence arbitrale elle- même". (4)

-A.Bekhechi, Op.Cit, page 87.

وكقاعدة عامة يمكن لمحكمة التحكيم أن تحكم بتدابير مؤقتة أو تحفظية بطلب من أحد الخصوم⁵، وعلى فرض أن الطرف الذي أتخذت التدابير ضده لم يمثل لهذه التدابير بإرادته، وبما أن المحكم ليس له سلطة الأمر بالتنفيذ، فإن إتخاده للقرارات الخاصة بالإجراءات الوقتية والتحفظية لا يكون لها أثر فعال من الناحية العملية، لأن سلطة التنفيذ محصورة بالسلطات العامة (القضاء الوطني)، لذلك يمكن للمحكمة التحكيمية أن تطلب مساعدة القضاء الوطني لإصدار أمر بإتخاذ التدابير الوقتية أو التحفظية.¹ وهذا ما يمثل حسب الفقيه "Mendez": "جانبا من جوانب التعاون بين قضاء الدولة وهيئات التحكيم"²، فالإتفاق على التحكيم لا ينفي إختصاص القضاء المستعجل بنظر طلب إتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية، لأنه قد يحدث في الواقع العملي أن يثار النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قبل إتخاذ الأطراف للإجراءات، وقد يتطلب الأمر لجوء أطراف النزاع إلى القضاء المستعجل لإثبات حالة الشيء محل النزاع أو فرض حراسة قضائية عليه.³

ولا يعتبر لجوء أطراف النزاع إلى القضاء الوطني للطلب منه إتخاذ مثل هذه الإجراءات الوقتية أو التحفظية مناقضا لإتفاق التحكيم ولا نزولا عنه، لأن هذا الطلب لا يمس أصل الحق الذي يبقى قائما لهيئة التحكيم للفصل فيه.⁴

وقد عالج المشرع السويسري في القانون الدولي الخاص الجديد مسألة إتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المادة 183 حيث نصت على ما يلي: "... إلا إذا كان هناك إتفاق على خلاف ذلك، يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر بالإجراءات المؤقتة أو الإجراءات التحفظية بناء على طلب أحد الأطراف. فإذا لم يخضع الطرف المعني لتلك الإجراءات من تلقاء نفسه، يمكن لهيئة التحكيم أن تطلب مساعدة القاضي المختص، ويقوم هذا الأخير بتطبيق قانونه".⁵

ويتبين من الفقرة الثانية من هذه المادة أنها تعطي لهيئة التحكيم عند عدم خضوع الطرف الذي صدر ضده قرار إتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية، اللجوء إلى القضاء لطلب مساعدته في إتخاذ القرار الخاص بالتنفيذ الجبري لتلك الإجراءات .

أما في فرنسا فلم يبين قانون التحكيم التجاري الدولي ما إذا كان إتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية من إختصاص المحكم أو القضاء. وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، نجد أن إتخاذ

(5) كالأمر ببيع البضاعة سريعة التلف.

(1) راجع: فوزري محمد سامي، مرجع سابق، ص 282.

(2) رأي الفقيه Mendez، مشار إليه في كتاب، فوزي محمد سامي، نفس المرجع السابق، ص 283.

(3) د. عامر فتحي البطاينة، مرجع سابق، ص 119.

(4) د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 188.

(5) راجع: فوزي محمد سامي، نفس المرجع السابق، ص 285.

هذه الإجراءات من إختصاص قاضي الأمور المستعجلة دون أن يتعارض ذلك مع إتفاق التحكيم، بحيث يكون الرجوع إلى هذا القضاء من المحكمين أو من الأطراف مباشرة بشرط توفر حالة الإستعجال، وكذا شرط عدم إختصاص هيئة التحكيم بإتخاذ الإجراء الوقي أو التحفظي، ويجد هذا الإختصاص مجالا له في المادة 1/809 ق.إ.م.ف، فالقاضي الإستعجالي، ولو خلال التحكيم، له أن يأمر في مسائل إسترداد البضاعة أو إلغاء إعلان كاذب، أو ضبط الأشياء المزورة أو رفع الحجر، بإتخاذ إجراء تحفظي أو وقي بشأنها.¹

أما المشرع المصري فقد نص في المادة 145 من قانون التحكيم التجاري الجديد لسنة 1994 المعدل سنة 1997: "يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة 09 من هذا القانون أن تأمر بناء على طلب أحد طرفي التحكيم، بإتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها"².

وقد كرس المشرع الجزائري مبدأ التعاون بين القضاء الوطني وهيئة التحكيم، عندما سمح لمحكمة التحكيم بأن تطلب من القضاء الوطني التدخل لإتخاذ التدابير الوقائية أو التحفظية وذلك عند رفض الطرف المعني تنفيذ هذه التدابير بمحض إرادته.³

بالإضافة إلى سلطة الأمر بالتدابير المؤقتة والتدابير التحفظية، أعطى المشرع الجزائري أيضا القضاء الوطني إمكانية مساعدة هيئة التحكيم، وتزويدها بالأدلة التي من شأنها تسهيل مهمة المحكمين، وإستعمال كل وسائل التعاون القضائي للحصول مثلا على الوثائق، أو طلب سماع الشهود، أو إجراء إنابات قضائية دولية.⁴

أما على صعيد الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي فما هو ملاحظ أن إتفاقية نيويورك لسنة 1958 لم تتعرض لمسألة الإجراءات الوقائية والتحفظية التي من شأنها حماية حقوق الأطراف، على خلاف المادة 09 من القانون النموذجي للتحكيم بنصها: "يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الأطراف أن تأمر بإتخاذ أي إجراء تحفظي بشأن النزاع سواء قبل إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها، وأن ذلك لا يتعارض مع التحكيم" وكذلك المادة 5/8 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس التي نصت على أنه يجوز للأطراف قبل تسليم المحكم ملف الدعوى أو بصفة إستثنائية أثناء

(1) راجع : محمد كولا، مرجع سابق، ص. 233.

(2) المادة 09 من قانون التحكيم المصري أعطت لمحكمة إستئناف القاهرة إختصاص النظر في بعض المسائل إلا إذا إتفق الأطراف على إختصاص محكمة أخرى في مصر.

(3) تنص المادة 1046 من القانون 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، مالم ينص إتفاق التحكيم على خلاف ذلك.

- إذا لم يتم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

(4) راجع المواد 1084 ، 112 وميليتها من القانون 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

خصومة التحكيم، أن يطلبوا إلى أية سلطة قضائية إتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية، دون أن يشكل هذا الطلب مخالفة لإتفاق التحكيم.⁵

ونخلص مما تقدم على أن غالبية التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية تعترف للقضاء الوطني بسلطة إتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية اللازمة لحماية حقوق أطراف النزاع دون المساس بأصل موضوع النزاع، ليبقى التعاون بين القضاء الوطني وهيئة التحكيم قائما، وبتأكيد القوانين الوطنية المقارنة والإتفاقيات الدولية.

الفرع الثالث

رد المحكمين.

نظرا للأهمية البالغة التي تلعبها العقود التجارية الدولية في حقل التجارة الدولية، فإن المصالح الإقتصادية التي يمكن أن تكون محل نزاع وتسوية عن طريق التحكيم قد تتعرض إلى الضياع وعدم الإنضباط في الحقوق عندما يتعلق الأمر بمحكمين وقع الشك في إستقلاليتهم أو نزاهتهم وحيادهم، أو لا تتوافر فيهم الشروط والصفات المتفق عليها في إتفاق التحكيم.¹ لذلك فإن معظم التشريعات الوطنية منحت الحق للأطراف في رد المحكمين المشكوك فيهم، بإشتمالها على أحكام تتعلق برد المحكمين، بحيث تفرض ضرورة توفر بعض الشروط في المحكم أهمها الإستقلالية، النزاهة والحياد وفقا للمعايير والشروط المتفق عليها في إتفاق التحكيم، فكل خرق لهذه الشروط من قبل أحد الأطراف يخول للطرف الآخر الحق في طلب رد المحكم الذي لم تتوافر فيه إحدى الشروط المتفق عليها.

ومن أجل ذلك أوجبت القوانين الوطنية على المحكم الإفصاح عند تعيينه عن الظروف التي تثير الشكوك حول حياده وإستقلاله لضمان توافر الثقة في شخصه.² فإذا صرح المحكم عن هذه الأسباب، وقبل الطرف الآخر به، فلا يستطيع هذا الطرف أن يطلب رده فيما بعد.³

(5) أنظر : حسني المصري ، مرجع سابق، ص 253، 254.

(1) د. محمد كولا، مرجع سابق، صفحة 181.

= تكمن الصعوبة في عملية تقدير مسألة الإرتياب المشروع في إستقلالية المحكمين، لأن هذه الإستقلالية تعد من المسائل الهامة جدا في مجال التحكيم التجاري الدولي، خاصة في مرحلة تعيين المحكمين والتي تمتاز بالذاتية لإرتكازها على العامل الشخصي، والأمر الذي يؤثر في نفسية المحكمين وتجعلهم يعتبرون أنفسهم كمحامين عن الأطراف الذين يعينهم، لهذا يرى بعض الفقه أنه لا يمكن فرض على المحكمين التحلي بالإستقلالية المطلوبة في القضاة.

- راجع : A.Bekhechi، المقال السابق، ص.87

(2) د. حسني المصري، مرجع السابق، ص 216.

(3) ولهذا رفضت محكمة إستئناف باريس في حكمها الصادر في 1994/05/10 في دعوى البطلان المرفوعة من الشيخ محفوظ عن حكم التحكيم الصادر في 22 يونيو 1992 تأسيسا على وجود معرفة سابقة بين الطيار والمحكم الذي أصدر حكم التحكيم، وإستندت المحكمة في هذا الرفض إلى أن المحكم كان معينا بإتفاق الطرفين، وأنه قد أقر في مسألة حديثه قبل مباشرة التحكيم إلى أنه تقابل مع الطيار منذ سنة سابقة في أحد الإجتماعات المهنية، وأن الطاعن لم يتخذ من جانبه في ذلك الوقت أي إجراء لرد المحكم، وهو ما يعتبر بمثابة تنازل لا ضمنا عن حقه في الرد أو الاعتراض.

- راجع في ذلك : منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 98.

والمقصود برد المحكم أن يعبر أحد الأطراف في خصومة التحكيم عن إرادته في عدم المثل أمام محكم معين في قضية معينة، لتوافر أحد الأسباب التي حددها القانون أو إتفاق التحكيم،⁴ وبمعنى آخر منع المحكم من النظر في الدعوى التحكيمية لسبب أو لآخر من الأسباب التي أثارت الشكوك حول حياده وإستقلاله في القضية موضوع النزاع.

فطلب الرد هو في الحقيقة دفع ببطان تشكيل هيئة التحكيم، ولا تخضع أسباب الرد لقوالب جامدة أو نصوص محددة، بل يجب منح الجهة المنوط بها الفصل في طلب الرد سلطة تقديرية واسعة لتقييم مدى قوة الشكوك المثارة حول حياد وإستقلالية المحكم.¹

ويرى الأستاذ "أبو الوفا أن": "القانون رسم للمحكم ما رسمه للقاضي في صدد حماية مظاهر الحيدة الذي يجب أن يتحلى به، وإن كان كقاعدة عامة يتطلب غير ما تتطلبه في المحكم، لأن الأول يحمي مظهر العدالة في الدولة، بينما الثاني يحمي أساسا الحيدة في نطاق الخصومة القائمة أمامه".² وفي حالة النزاع بين الأطراف حول رد المحكم، ولم تقم الأطراف أو الهيئة التحكيمية بتسوية إجراءات الرد، فإن الباب سيكون مفتوحا أمام القضاء الوطني لحل هذا الإشكال، في حالة طلب أحد أطراف النزاع أو الهيئة التحكيمية رد أحد المحكمين. فرد المحكم هو من القضايا التي يظهر فيها جليا دور القضاء الوطني في التحكيم التجاري الدولي، فتدخل المحكمة المختصة لرد المحكم الذي يؤخذ عليه عدم الحياد أو أية أمور أخرى تثير شكوكا حول حياده وإستقلاله.

وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1463 ق.إ.م.ف.³، والتي تعطي الإختصاص للفصل في النزاع حول رد المحكم لرئيس محكمة باريس، حيث يرفع إليه هذا الطلب سواء من أحد الأطراف أو من هيئة التحكيم، بحيث يكون الحكم الصادر في الطلب غير قابل للطعن.⁴

ويلاحظ أن القانون الدولي الخاص السويسري الجديد جاء بنص واضح بهذا الخصوص، فبعد أن حدد أسباب الرد في المادة 1/180، أضاف في الفقرة الثالثة من هذه المادة بأنه في حالة عدم إتفاق الأطراف على إجراءات الرد، فإن القاضي المختص في مكان هيئة التحكيم هو الذي له القرار النهائي في هذا الموضوع.⁵

(4) د. عامر فتحي البطاينة، مرجع سابق، ص. 98.

(1) د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص. 148.

(2) رأي الأستاذ أبو الوفا، مشار إليه في كتاب عامر فتحي البطاينة، مرجع سابق، ص. 104.

(3) هذا وقد كان المبدأ في القانون الفرنسي القديم أن المحكم لا يرد، لأنه كان يكيف العلاقة بين الخصم والمحكم على أنها عقد وكالة.

(4) - راجع في ذلك، عامر فتحي البطاينة، نفس المرجع السابق، ص. 98.

(4) راجع المواد 1457، 1436 ق.إ.م.ف.

(5) راجع: فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص. 291.

هذا وقد فصلت المادة 19 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 في إجراءات تقديم طلب رد المحكم، والحكم في الطلب وأثره، بحيث يكون الإختصاص - في حالة عدم إتفاق الأطراف أو هيئة التحكيم على إجراءات الرد - لمحكمة إستئناف القاهرة، ما لم يتفق الأطراف على إختصاص محكمة إستئناف أخرى في مصر.¹

الملاحظ أن المشرع الجزائري بعدما أورد أحكاما خاصة برد المحكمين في التحكيم الدولي (في القسم الثاني) في المرسوم التشريعي 09/93، متأثرا بنص المادة 2/180 من القانون السويسري.² حيث نصت المادة 458 مكرر 05 على الحالات التي يمكن فيها رد المحكم، وهي واردة على سبيل الحصر، و المادة 458 مكرر 3/5 التي نصت على دور القضاء الوطني في تسوية إجراءات الرد بنصها: "وفي حالة النزاع، وما لم تقم الأطراف بتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي المختص وفقا للمادة 458 مكرر 2 بأمر بناء على طلب من الطرف المعني بالتعجيل"، غير أنه في القانون 09/08 جاء بأحكام مشتركة لرد المحكمين في التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي³، كما نصت المادة 2/1041 على إعتبار أن رد المحكمين يعتبر إجراء إستعجاليا بنصها "في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو إستبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي :

1. رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

2. رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج، وإختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول به في الجزائر".

وعليه في نظرنا فإن الطلب المقدم إلى القضاء الجزائري فيما يتعلق برد المحكمين في مجال التحكيم التجاري الدولي يكون في فرضين :

● **الفرض الأول :** عندما يجري التحكيم في الجزائر، فإن طلب رد المحكمين يقدم إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها التحكيم.

● **الفرض الثاني :** عندما يجري التحكيم خارج الجزائر، ويختار الأطراف تطبيق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، فيقدم طلب رد المحكمين إلى رئيس محكمة الجزائر.

(1) راجع المادة 19 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994.

(2) د.عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 48.

(3) راجع نص المادة 1016 من القانون 09/08 .

أما فيما يتعلق بالحالات التي يمكن فيها رد المحكمين، فتطبق أحكام المادة 1016 المتعلقة بالرد في التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي على الأحكام المتعلقة بالرد في التحكيم التجاري الدولي،⁴ وبذلك تكون الإجراءات المتبعة أمام القضاء الوطني في عملية رد المحكمين بسيطة جدا، وقبل البدء فيها، يجب توافر بعض الشروط أولهما: أن يتحقق في المحكم المعني بالرد أحد أسباب الرد المنصوص عليها في المادة 1016، وثانيهما: على الطرف الذي يطلب رد المحكم الذي عينه بنفسه، أن لا يكون قبل أو أثناء التعيين عالما بالسبب الذي من أجله يطلب الرد.

وهكذا يمكن ضمان عدم تدخل القضاء الوطني في إجراءات التحكيم إلا في الأحوال التي ترد في القانون على سبيل الحصر إحتراما لإرادة الأطراف، وضمانا لإستقلال التحكيم عن القضاء العادي. أما على الصعيد الدولي، فقد أورد القانون النموذجي لسنة 1985 نصا يقضي بحرية الأطراف لتحديد إجراءات الرد،¹ وفي غياب هذا الإتفاق حدد هذا القانون إجراءات اللجوء إلى السلطات القضائية لطلب رد المحكمين.² وكذا ما نصت عليه المادة الثانية فقرة 8 وفقرة 9 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية، من إمكانية اللجوء إلى القضاء الوطني لطلب رد المحكمين إذا كان التحكيم خاص (Arbitrage ad-Hoc).³

لقد أثبتت التجربة في مجال التحكيم التجاري الدولي في السنوات الأخيرة، التزايد المستمر لرد المحكمين لأسباب لا صحة لها ولا تؤثر في صلاحية المحكم ولا في نزاهته أو حياده وإستقلاله، بل تستغل بقصد تعطيل إجراءات التحكيم والفصل في النزاع، خاصة من الطرف الذي يشعر أن الحكم التحكيمي سينتهي في غير صالحه.⁴ لذا نرى من الضروري تصدي القضاء الوطني لمثل هذه التجاوزات، والحد من الإستغلال التعسفي لإجراء الرد، وكذا وضع قواعد وقائية للطرف الذي يسري التحكيم لمصلحته والتقليل من الأثر التوتري للرد على إجراءات التحكيم، بحيث يعطي لمحكمة التحكيم سلطة الاستمرار في إجراءات التحكيم.

كما أن طلب المحكمين التعسفي الذي لا يستند إلى أسباب معقولة قد يسيء إلى سمعة المحكمين على نحو نرى معه أنه يجعل لهم حق مقاضاة طالب الرد، والرجوع عليه بتعويض مناسب لما أصابهم من ضرر بسبب طلب الرد غير المستند إلى سبب.

(4) راجع : المادة 1016 من القانون 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(1) المادة 1/13 من القانون النموذجي للتحكيم لسنة 1985.

(2) راجع الفقرتين الثانية والثالثة من القانون النموذجي لسنة 1985.

(3) راجع : عليوش قروبوع كمال، مرجع سابق، ص. 48.

(4) سجلت وثائق التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في السنوات ما بين 1984 و 1986 عشرين حالة لطلب رد المحكمين، ولم تقبل المحكمة من بينها إلا طلبا واحدا، ورفضت الطلبات التسعة عشر الأخرى.

راجع في ذلك : محمد سليم العوا، مرجع سابق، ص. 41.

الفرع الرابع

الغش نحو القانون.

يظهر من الممارسة في مجال التحكيم التجاري الدولي أن إجراءات التحكيم غالباً ما تكون مسرحاً لسلوك وتصرفات تتضمن غشاً، مما قد يؤثر على كل مرحلة من مراحل التحكيم، وفي جميع الأحوال، فإن الغش الذي يندمج في إجراءات التحكيم يظهر لنا في صورة خدعة أو حيلة مصطنعة تنصرف إليها رغبة الأطراف أو المحكمين.¹

والملاحظ أنه رغم محاربة القضاء لفكرة الغش بكل أشكاله فإنه لم يقدم لنا أي تعريف للغش، بينما قدم الفقه تعريفات مختلفة أهمها :

- تعريف الأستاذ "هنري دييوا" "Henri Desbois" الذي يعرف الغش على أنه: "التدبير الإرادي لوسائل مشروعة في ذاتها للوصول إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيته".²
 - وفي هذا الصدد يرى الأستاذ "Jean Michel Jacquet" أن: "الغش نحو القانون هو إستعمال وسيلة قانونية لخدمة هدف غير قانوني". ويضيف مستطرداً: "إذا كانت الوضعية القانونية دولية، فإن الغش الدولي نحو القانون يتجسد في فرض قانون آخر بديل عن القانون المختص في غياب هذا الغش"³.
 - ويرى الأستاذ "زروتي الطيب" أن: "الغش نحو القانون يحمل في طياته قمة الصراع والتصادم بين المصالح الخاصة والمصلحة العامة".⁴
- وعليه فالغش في نظرنا هو: "التلاعب بأحكام قواعد التنازع بقصد الوصول إلى أغراض شخصية بوسائل قانونية ولو على حساب المصلحة العامة".

(1) د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 194.
 = لقد وجدت فكرة الغش منذ أن وجد القانون، وفي جميع فروعها، فهو ينطوي على صورة مختلفة فقد يقصد به الإضرار بأحد المتعاقدين وهذا ما عبر عنه الفقه بالتدليس، كما قد يقصد به الإضرار بالغير فيحفظ باسم الغش.
 (2) تعريف الأستاذ Henri Desbois، مشار إليه في كتاب نادبة فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة والنشر، 2005، ص 53.
 (3) رأي الأستاذ Jean Michel Jacquet، مشار إليه في كتاب منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، نفس المرجع السابق، ص 195.
 (4) زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 351.
 (4) زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 351.

وعلى الرغم من إختلاف الفقه حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه نظرية الغش، إلا أن الفقه الحديث إنتهى إلا أنها نظرية قائمة بذاتها ، تركز على المبدأ التقليدي المعروف "الغش يفسد كل شيء" ⁴.

ويجد الغش نحو القانون المرتع الخصب في العقود التجارية الدولية، بسبب طبيعتها الإرادية، إذ يترك فيها إختيار القانون الواجب التطبيق لإرادة المتعاقدين إحتراما لمبدأ سلطان الإرادة، لذلك تتعدد أشكال الغش وصوره. ومن مظاهر الغش في التحكيم عندما يبرم الأطراف إتفاق التحكيم، ويظهر من خلال تحليله أنه يتضمن غشا، بمعنى أن هذه الصورة من الغش تتوقف على تغيير مفهوم إتفاق التحكيم ذاته، ذلك أن أحد الأطراف أو كلاهما سيستخدم حريته التعاقدية المطلقة، ويستفدان منها في إستخدام التشريعات الوطنية بقصد الحصول على مصلحة أو كسب غير مشروع.¹

وقد أعطى الفقيه "باتيفول" "Batiffol" مثالا حقيقيا عن الغش عندما يقوم الأطراف بالتحايل على شرط الصلة الواجب توافرها في القانون المختار، بتغيير ضابط الإسناد من أجل الوصول إلى صلة خيالية في "عقد أبرم بين شخصين: فرنسي وبلجيكي أجنبي في فرنسا ويتم تنفيذه هناك أيضا، ولكن إتفقت الأطراف المتعاقدة على إختيار القانون الهولندي، مع أن العقد باطل كله أو جزء منه طبقا للقانونين الفرنسي والبلجيكي".² ففي هذه الحالة يوجد تحايل مقصود وسوء نية ثابتة وهو قرينة على الغش، لأن المتعاقدان قاما بتغيير بلد الإبرام، على الرغم من أن ذلك يعد مشروعاً وحق معترف به، لكن الهدف منه هو التهرب من القانون المختص لأنه كان يعتبر العقد باطلاً.

وكذلك قد يتم الغش نحو القانون عندما يكون العقد داخليا بحيث يقوم المتعاقدان بتغيير ضابط الجنسية من أجل توفير العنصر الأجنبي في العقد ويكتسب صفة الدولية، ويكتسب معها بذلك المتعاقدان الحق في إختيار القانون الذي يحكم علاقتهم العقدية، بدلا من القانون الداخلي المختص أساسا لحكم هذا العقد والذي يقيد تصرفاتهم إلى حد إعتبار العقد باطلا في بعض الأحيان.³

(4) على الرغم من إتفاق غالبية الفقه على تأييد نظرية الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص، فإنهم إختلفوا حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه النظرية : فهناك من الفقه من أرجعه إلى فكرة النظام العام، وهناك من أرجعه إلى نظرية التعسف في إستعمال الحق، وأرجعه بعضهم إلى نظرية الصورية، في حين أرجعه البعض إلى نظرية السبب غير المشروع.

- لمزيد من التفاصيل حول الإتجاهات الفقهية حول الأساس القانوني لنظرية الغش، راجع : نادية فضيل، المرجع السابق نفسه، ص 88 ومايلها.
(1) وهذا هو الحال في دعوى Bertroclines التي كانت محلا للحكم الصادر من محكمة إستئناف باريس في 14 أكتوبر 1987، حيث أبرمت شركة فرنسية إتفاق تحكيم مع الشركة الكندية Bertroclines، وقد أعد الأطراف المدلسون منذ إبرام إتفاق التحكيم حتى النطق بالحكم التحكيمي تحكما صوريا أخذ مظهرا مصطنعا مخالفا للحقيقة، بمقتضاه يحكم على الشركة الكندية بمبالغ كبيرة. وقد وقع أطراف النزاع وهيئة التحكيم سلفا إتفاقا يقضي بتقسيم المبالغ المقضى بها على الشركة الكندية، ولكن هذا الإتفاق أكتشف، وإعتبر حينها القضاء الفرنسي إجراءات التحكيم باطلة مستندا إلى الغش والتدليس.
- لمزيد من التفاصيل : راجع : منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 196.

(2) راجع في ذلك : زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 351.

(3) أنظر : شريف هنية، المرجع السابق، ص 107.

كما يكثر إستعمال الغش بالنسبة لجنسية الشركات الأجنبية، إذ يعتمد الشركاء إلى تعيين مقر إدارة رئيسي في الخارج يكون وهمياً، بعيداً عن مقر الإدارة الحقيقي، حتى تخضع الشركة إلى قانون المقر الوهمي بدلاً من الحقيقي.

إن الأمثلة عن أشكال الغش نحو القانون في مجال التجارة الدولية عديدة ومتشعبة يصعب تحديدها ووضعها في قالب جامد، لذلك إكتفينا بالإشارة إلى بعضها وذلك لتبيان ما قد يؤدي إليه من نتائج سلبية قد تضر بالعلاقات الإقتصادية الدولية، وتجعل بعض الأطراف يفقدون الثقة بنظام التحكيم، أو التضيق من مجاله.

ويعتبر الدفع بالغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص بمثابة الدرع الذي تحمي به الدولة نفسها من تحايل الأفراد على قوانينها الوطنية، ذلك لأن فكرة الغش تستبعد القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات العنصر الأجنبي.¹

ويعتبر جانب من الفقه أن مسألة التمسك بدفع الغش نحو القانون لا يؤخذ به إلا في ظل النظرية الشخصية التي تعد بإرادة الأطراف، والتي تستلزم ضرورة توافر قصد الغش إلى جانب التصرف الإرادي الهادف إلى التحايل على ضابط الإسناد في حين لا يؤخذ به في ظل النظرية الموضوعية ما دام أن القانون الواجب التطبيق يستخلص وفقاً لمعايير موضوعية لا تستند على إرادة الأطراف لوحدها.²

والملاحظ أنه هناك صلة أو تشابه بين جزاء الغش في التحكيم مع ما يحدث في مسائل الغش نحو القانون في المجالات الأخرى، سواء من حيث عدم الفعالية، أم من حيث إنطباقه على المركز القانوني الذي يريد المدلس الهروب منه مثل الآثار القانونية، وسواء من حيث أن العمل القانوني الذي ينطوي على الغش لا يترتب عليه عدم الإحتجاج به فقط، بل يحكم بطلانه.³

وخلاصة القول أنه متى كانت تصرفات الأطراف في حقل التجارة الدولية تحمل غشا أو تحايلاً نحو القانون، فإنه يحق للقاضي الوطني التدخل لإبطال إجراءات التحكيم، أو إعتبار حكم التحكيم باطلاً، وذلك تحت مظلة حماية المصلحة العامة والنظام القانوني في دولته من تحايل الأفراد وهذا ما إستقر عليه العمل الدولي صراحة.⁴

(1) دنادية فضيل، مرجع سابق، ص. 52

(2) لمزيد من التفاصيل حول الإختلاف الفقهي بين النظريتين الشخصية والموضوعية في مجال التمسك بالدفع بالغش نحو القانون، راجع نادية فضيل، المرجع السابق نفسه، ص 150 وما يليها.

(3) د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص. 195.

(4) راجع قضية Bertroulines المشار إليه سابقاً.

وكذا ما إستقر عليه القضاء الفرنسي من إبطال كل العقود التي تشتمل على الغش نحو القوانين الأجنبية وذلك في 07 مارس 1961، وفي قرار ما نزر Munzer في 07/01/1961 حين أخضع تنفيذ الأحكام الأجنبية إلى شرط أن تكون خالية من الغش نحو القانون.

راجع : شريف هنية، مرجع سابق، ص. 110

إن إستبعاد قانون الإرادة عن طريق الدفع بالغش نحو القانون ليس بالأمر السهل، فهو يحتاج إلى قاضي يتميز بالذكاء الحاد ليستوعب الطرق الإلتوائية التي قد يستخدمها الأطراف للحصول على الأغراض غير المشروعة، والبحث عنها في النوايا الباطنة في نفوس الأطراف لإثبات سوء نيتهم وذلك من خلال قرائن يستخلصها من الواقع ومن تصرفات الأطراف، لذلك نحن نرى أنه يجب على القاضي في هذه المهمة أن يكون شديد الحذر في تقديره لنية الغش، وعدم إثارة هذا الدفع في كل حالة يتم فيها تغيير ضابط الإسناد، بل عليه البحث عن النتائج التي يريد الأطراف تحقيقها فيما إذا كانت مشروعة أم لا، وهذا حتى لا يعرقل نشاط التجارة الدولية بسبب هذا الدفع. كما أن أمر تقدير نية الغش قد لا يخلو من خطر لإساءة القاضي لإستعمال سلطته، أو قد يخطئ في إستخلاص هذه النية، مما نرى معه ضرورة إخضاع هذه السلطة التقديرية لرقابة المحكمة العليا.

هذا ويلاحظ أن المشرع الجزائري في تعديله الجديد للقانون المدني في 2005 قد أعطى أهمية لهذا الدفع بعدما أهمله، ونص عليه في المادة 1/24 من القانون 10/05¹ كوسيلة لإستبعاد القانون الأجنبي الذي ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون، وجعله كدفع عام لكل التصرفات سواء العقدية أو غير العقدية مثلما فعل مع النظام العام، ويكون بذلك قد أعطى الدفع بالغش نحو القانون الأهمية التي يستحقها في النظام القانوني الجزائري، متفاديا بذلك الإنتقادات التي كانت توجه إليه قبل التعديل الذي قام به سنة 2005.

أما في مجال التحكيم التجاري الدولي فلم يرد نص خاص بالغش نحو القانون في القانون 09/08 حيث كان على المشرع الجزائري أن يجعله أحد الأسباب التي يطعن فيها في القرارات التحكيمية الأجنبية، وتسمح للقاضي الوطني بالتدخل لحماية المسلحة العامة من تحايل الأفراد في مجال العلاقات الإقتصادية الدولية، لذلك نحن نرى ضرورة تطبيق نص المادة 1/24 من القانون 10/05 ما دام أن المشرع قد إستعمل لفظ "القانون الأجنبي".

المطلب الثاني

تدخل القاضي الوطني في تنفيذ القرار التحكيمي.

(1) تنص المادة 1/24 من القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن تعديل القانون المدني الجزائري، ج.ر العدد 44 لسنة 2005: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون."

تنتهي الخصومة التحكيمية - كما رأينا سابقا- بإصدار الحكم التحكيمي الحاسم للنزاع الذي إتفق الأطراف على إخضاعه لنظام التحكيم، وهذا الحكم هو الثمرة الحقيقية للتحكيم. إذن فنجاح نظام التحكيم والتسليم بأفضليته لحل منازعات التجارة الدولية يكمن في تنفيذ القرارات التحكيمية الصادرة بموجبه، لاسيما وأنه الغاية الحقيقية من التحكيم. كما أن القرار التحكيمي لا تكون له أية قيمة قانونية أو عملية إذا ضل مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ، لذلك فإن تنفيذ قرار التحكيم يعتبر محور نظام التحكيم، ويتحدد به مدى فاعليته لفض وتسوية النزاعات في مجال التجارة الدولية.¹

وللإرتقاء بالحكم التحكيمي إلى مصاف العمل الصادر من القضاء الوطني، يجب أن يصادق عليه أو يؤمر بتنفيذه ولا يتم ذلك إلا بعد خضوعه للرقابة من قبل الجهة المختصة، وبالتالي فإن عملية التنفيذ لا تتم دون أعمال هذه الرقابة.²

ففي مرحلة التنفيذ يدخل التحكيم غمار مرحلة جديدة ترفع فيها يد المحكمين عن الدعوى، وفي هذه المرحلة تتغير المعادلات، فقبل ذلك كانت إرادة الأطراف هي الفاصل المتقدم، أما في هذه المرحلة فإن إرادة الأطراف تتراجع كليا لتفسح المجال أمام القضاء الوطني، حيث تمارس المحكمة الرقابة على القرار التحكيمي قبل الأمر بتنفيذه في إقليم الدولة، لذلك تمثل مسألة تنفيذ أحكام التحكيم أبعادا هامة بالغة الدقة، إذ تعتبر همزة وصل بين القضاء الوطني ونظام التحكيم، فلا شك أن القضاء الوطني يمارس دورا رقايبا فعالا قبل الأمر بالتنفيذ، وتتضاعف أهمية هذا الدور الرقابي بالنسبة للأسباب التي تملك المحكمة التمسك بها من تلقاء نفسها، وهذا يعد الأساس الذي يمكن القضاء الوطني من فرض رقابته على أحكام التحكيم.³

وعليه فمن المقرر أنه لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم إلا بعد أن تضيي عليه السلطة القضائية للدولة المختصة أمر التنفيذ، وذلك بعد ممارسة الرقابة عليه بالتحقق من أن الحكم قد إستوفى الشروط التي يتطلبها القانون، ولذلك فقد إحتفظت الدول لقضائها الوطني سلطة الرقابة على أعمال المحكمين قبل الأمر بتنفيذ أحكام المحكمين، لأن إجازة التشريعات الوطنية اللجوء لنظام التحكيم لم يكن بصورة مطلقة.

وعليه فإن السؤال الذي يثور: ما مدى سلطة القضاء الوطني في تنفيذ قرارات التحكيم ؟

(1) د. عصام الدين القسبي، مرجع سابق، ص 4،3.

(2) د. محمد نور الهادي شحاته، الرقابة على أعمال المحكمين (موضوعها وصورها)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة، ص 357،359.

(3) د. عامر فتحي البطاينة، مرجع سابق، ص 215،216.

إن الإجابة على هذا التساؤل تفرض علينا إبراز كيفية الرقابة القضائية على القرار التحكيم كمرحلة أولى (الفرع الأول)، قبل الأمر بتنفيذ حكم التحكيم (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الرقابة القضائية على القرار التحكيمي.

جعلت أغلب التشريعات الوطنية من القضاء جهة للرقابة على أعمال المحكمين للتأكد من شرعية هذه الأعمال، إذ لا يجوز التنفيذ بمقتضى القرار التحكيمي إلا بعد صدور أمر من القضاء بتنفيذه.

ولما كان القرار التحكيمي يصدر بعيدا عن ساحة القضاء الوطني، وأن المحكم يفتقر إلى سلطة الأمر بالتنفيذ، كان لا بد من تدخل قضاء الدولة لتكملة عمل المحكمين من خلال ممارسة الرقابة على هذا العمل، وذلك للتأكد من صحته ومشروعيته، حتى يمكن أن ينتج آثاره كما لو كان صادرا عن قضاء الدولة.¹

في الواقع إن مسألة الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية تثير نقطتين هامتين للنقاش هما : أساس الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية، وصور هذه الرقابة.

أولا : أساس الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية.

يختلف الفقه حول أساس الرقابة القضائية على أعمال المحكمين، حيث ذهب الفقيه "Vizioz" إلى: "أن حكم المحكمين يعد عملا قضائيا غير كامل، وتأسيسا على ذلك فإنه يتطلب لتنفيذه صدور الأمر بالتنفيذ من قاضي الدولة المختص، وهذا القاضي لا يقتصر دوره على مجرد إتمام شكل معين، وإنما يمارس سلطة رقابية، فقاضي الدولة الأمر بالتنفيذ وهو يمارس رقابته القضائية على عمل المحكم لا يمس بالطابع القضائي للتحكيم لكونه يمارس رقابة لاحقة وخارجية، ذلك أن القاضي المختص قانونا بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين لا يعد هيئة إستئنافية عند إصداره لهذا الأمر، كما أنه لا يقصد من وراء ذلك التحقق من عدالة المحكم، لأن صدور الأمر بتنفيذ حكم المحكم لا يعد دليلا قاطعا على سلامة حكم التحكيم".²

(1) راجع : خواتمة سامية، مرجع سابق، ص 81.

(2) رأي الفقيه VIZIOZ، مشار إليه في كتاب أمال أحمد الفزاري، مرجع سابق، ص 135.

كما ذهب الفقيه الإيطالي "CHIOVENDA" إلى أن حكم التحكيم لا يصبح حكماً قضائياً إلا بعد أن يصدر الأمر بتنفيذه من قاضي الدولة المختص بعد ممارسة سلطة رقابية على حكم المحكم على أساس أنه عمل قضائي ناقص يحتاج إلى صدور الأمر بالتنفيذ من قاضي الدولة المختص.³

أما الدكتور "أحمد أبو الوفا" فيرى أن هذه الرقابة على عمل المحكم ترجع في الأساس إلى كون المحكم لا يستمد سلطته من القضاء وإنما يستمدّها من إتفاق الخصوم على التحكيم بإعتباره وسيلة إتفاقية للتقاضي. ومن ثم نلمس رغبة المشرع في مراقبة عمل المحكم قبل تنفيذ حكمه، وقبل إصباح الصيغة التنفيذية عليه لا بد أن يخضع لرقابة وإشراف قاضي التنفيذ كإجراء تمهيدي يسبق مهرة بالصيغة التنفيذية وذلك للتحقق من أن المحكم قد راعى الشكل الذي يتطلبه القانون تنفيذا لإتفاق التحكيم.¹

فمن خلال إستعراضنا للآراء السابقة فإننا سننتهي إلى أن الرقابة القضائية على حكم المحكمين تجد أساسها لدى غالبية الفقه في كون حكم المحكمين قضاء خاص يستند إلى إتفاق الأطراف على التحكيم، ولا يستمد قوته من السلطة العامة، وما دام أن المحكم يفتقد إلى سلطة الأمر التي يتمتع بها القضاء الوطني كان لزاماً على الدول الإحتفاظ لقضائها الوطني بسلطة الرقابة على أعمال المحكمين من خلال الأمر بتنفيذه، وذلك تحقيقاً للأهداف المتوخاة من وراء اللجوء إلى نظام التحكيم.

ثانياً : صور الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية.

إختلفت التشريعات حول نوع الرقابة التي تباشرها الجهات المختصة بمنح الأمر بتنفيذ القرار التحكيمي، فمنها من تعتبر هذه الرقابة خارجية تتم دون مواجهة الخصوم²، أما في بعض التشريعات الأخرى هي رقابة موضوعية تتم بحضور الخصوم.³

1. الرقابة الشكلية :

يطلق على هذا النوع من الرقابة نظام المراقبة، وهذا النوع من الرقابة ذو طابع شكلي، وهو نمط من الرقابة الإدارية، يكون في الحدود التي يتم فيها وضع حكم المحكمين تحت رقابة القاضي من النظام القضائي، والغرض من هذه الرقابة هو تحقق القضاء الوطني من خلو القرار التحكيمي من العيوب الجوهرية التي قد تشوبه وإنتفاء ما يمنع تنفيذه⁴، وهي بذلك لا تعد رقابة موضوعية، لأن القاضي لا

(3) رأي الفقيه CHIOVENDA، مشار إليه في كتاب أمال أحمد الفزائري، نفس المرجع السابق، ص. 132.
 (1) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والتحكيم الإجباري، الطبعة الخامسة منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص. 293.
 (2) هذا الإتجاه معروف في فرنسا، مصر والجزائر إلخ .
 (3) كما هو الحال في ألمانيا وإنجلترا.
 (4) د. محمد نور عبد الهادي شحاته، المرجع السابق، ص 367.

يبحث في وقائع النزاع، ولا في موضوع حكم التحكيم أو ملاءمة ما إنتهى إليه حكم التحكيم لفض النزاع.

فرقابة القضاء هنا هي رقابة شكلية على العيوب الإجرائية، والتي تقتصر على مجرد التحقق من أن القرار التحكيمي قد إستوفى جميع الشروط القانونية اللازمة، وغير مشوب بأي عيب من العيوب التي تحول دون تنفيذه.¹

فهذا النوع من الرقابة يضع على عاتق قاضي التنفيذ فحص القرار التحكيمي من تلقاء نفسه ، ليتحقق من أن المحكم لم يخرج عن حدود إتفاق التحكيم، وأنه أصدر القرار التحكيمي وفقا للشكل المقرر مستوفيا لجميع الشروط الضرورية وأنه لم يبنى على إجراء باطل. فإذا خلى حكم التحكيم من العيوب الجوهرية التي قد تشوبه، وإنتفى ما يمنع تنفيذه، وجب إصدار الأمر بتنفيذه.²

وبالتالي يجب أن تكون رقابة القاضي مقتصرة على الرقابة الشكلية لأن كل توسع يؤدي إلى الإنزلاق الإجرائي نحو رقابة صحة الحكم.

2. الرقابة الموضوعية :

يطلق على هذه الرقابة نظام المراجعة ، فبعد إستعراضنا للرقابة الشكلية على القرار التحكيمي وأهميتها، لا بأس أن نشير إلى أنه هناك بعض القوانين التي تأخذ بالرقابة الموضوعية التي يتم فيها حضور الخصوم وإعمال مبدأ المواجهة.³ ويتم فيها حضور طالب التنفيذ والمطلوب التنفيذ ضده، وتقوم المحكمة بسماع كلا الطرفين، وتفحص كل ما بيديه أحدهما في مواجهة الآخر من دفوع ضد حكم المحكم المطلوب إصدار الأمر بتنفيذه والتي تعرضه للبطلان، ولا بد من الفصل في هذه العيوب قبل إصدار الأمر بالتنفيذ أو المصادقة على هذا الحكم.⁴

فالقاضي حسب هذا النظام لا يكتفي بمجرد الرقابة المادية ذات الطابع الشكلي، وإنما يذهب إلى حد مراجعة القرار التحكيمي من حيث الموضوع، فيستطيع التعرض للوقائع من جديد وتفسيرها وفقا لمنهج الذي يتبعه، وله تعديل القرار التحكيمي إذا رأى ذلك ضروريا، كأن يعيد تقدير التعويض..... إلخ⁵

(1) د. محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 1999، ص 305.

(2) د. محمود السيد التحيوي، المرجع السابق نفسه، ص 309.

(3) هذا النظام معمول به في كل من الولايات المتحدة الأمريكية، السويد، فنلندا، ألمانيا، إنجلترا، وهو يعرف بنظام Statutory Arbitration.

(4) راجع : نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 349.

(5) د. محمد نور عبد الهادي شحاته، مرجع سابق، ص 370.

إن هذه الرقابة الموضوعية للقاضي تتشابه إلى حد بعيد مع الرقابة التي تمارسها محاكم الإستئناف على الحكم الابتدائي المطعون فيه، لذا فإن الأخذ بالرقابة الموضوعية غير مرغوب فيه بالنسبة لأحكام المحكمين الدوليين، لأن من شأنها عدم تشجيع اللجوء إلى نظام التحكيم، لأن الأخذ بالرقابة الموضوعية ينكر على القرار التحكيمي قيمته لأنها تجبر المحكوم له على بدء خصومة جديدة، ناهيك عما قد يتعرض له من احتمالات خسارته لدعواه، بالإضافة إلى أن هذه الرقابة لا تتماشى مع مقتضيات التجارة الدولية التي تتطلب السرعة، كما أنها لا توفر الحماية الكافية للأطراف وتمس بالحقوق المكتسبة في الخارج.¹

في الأخير نلخص إلى أن الرقابة الموضوعية غير مرغوب فيها في مجال التحكيم التجاري الدولي لأنها تتنافى مع طبيعة التحكيم، وممارسة هذا النوع من الرقابة من شأنه عدم التشجيع على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض النزاعات التجارية الدولية ويفقد الثقة بنظام التحكيم.

الفرع الثاني

الأمر بتنفيذ حكم المحكمين.

من المسلم به أن أحكام التحكيم مجردة في ذاتها لا تحوز القوة التنفيذية، فعلى الرغم من أن حكم التحكيم يتمتع بحجية الشيء المقضي به بمجرد صدوره، فإنه لا تكون له القوة التنفيذية إلا بعد صدور أمر خاص من القضاء الوطني يسمى "أمر التنفيذ" بمعنى أنه لا يعتبر سنداً تنفيذياً إلا بعد صدور الأمر بالتنفيذ ووضع الصيغة التنفيذية عليه. والأمر بالتنفيذ هو "الإجراء الذي يصدر من القاضي المختص قانوناً، ويأمر بمقتضاه بتمتع حكم المحكمين وطنياً كان أو أجنبياً بالقوة التنفيذية، فهو يمثل نقطة الالتقاء بين قضاء التحكيم والقضاء العام".²

ولا يقصد بإجراء الأمر بالتنفيذ أن يتحقق القاضي من عدالة المحكم، كما لا يعد صدور الأمر بالتنفيذ في ذاته دليلاً على سلامة هذا القضاء.³

(1) راجع : نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 350 ومايليها.

(2) د. عامر فتحي البطاينة، مرجع سابق، ص 216، 217.

(3) د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 292.

= ينشأ الخلاف حول حجية الشيء المقضي به والصيغة التنفيذية، فالحجية هي قرينة قاطعة على الحقيقة التي يتوصل إليها المحكمون عند الفصل في النزاع المطروح عليهم، أما الصيغة التنفيذية فإنها ترتقي بالقرار التحكيمي إلى مرتبة الأحكام القضائية وتسمح بتنفيذ هذا القرار، وهي السبب المباشر في المبادرة إلى تنفيذه من طرف الجهات المختصة حتى باستعمال القوة لو تطلب الأمر ذلك.

فالأمر بالتنفيذ الذي يصدر من القاضي المختص ليس حكما قضائيا يخضع لنظام الأحكام، ولا يفصل في النزاع، وإنما هو أمر ولائي يمارس به القاضي سلطة الأمر المزود بها، وذلك لمعالجة قصور إرادة المحكم في الوصول إلى تحقيق مصلحة معينة، لأن المشرع في هذه الحالة يرى أنه هناك مصالح جدية بالرعاية، فيشترط الوصاية القضائية وضرورة إعمالها لرقابة سعي الخصوم للوصول إلى الهدف الذي يرغبون تحقيقه.¹

ويجوز القرار التحكيمي القوة التنفيذية بصدور أمر خاص من القضاء الوطني-وهو الأمر بالتنفيذ- ويذيل هذا القرار بالصيغة التنفيذية، ويجري تنفيذه وفقا للإجراءات المعتمدة لتنفيذ الأحكام القضائية العادية.

وتشترط غالبية القوانين الوطنية لتنفيذ أحكام التحكيم احترام نظامها العام، وضرورة احترام حقوق الدفاع وسلامة الإجراءات، ويجب أن يراعي المحكم هذه القواعد حرصا على عدم تعرض حكمه للبطلان ورفض تنفيذه.²

ولقد تضمنت التشريعات المقارنة نصوصا لتنظيم تمتع حكم التحكيم بالقوة التنفيذية بعد صدور الأمر بتنفيذه من القاضي المختص قانونا.³ والمشرع الجزائري مسايرة منه للتشريعات المقارنة والإنفاقيات الدولية نص في المادة 2/1051 من القانون 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية: "وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة إختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني".

وبناء على ما سبق يمكن القول أن الحق في التحكيم هو حق مراقب بواسطة القضاء، وتقتصر سلطة المحكم على النظر في النزاع والفصل فيه، وليس له سلطة الأمر، ولذلك إشتراط المشرع لإنتاج الحكم التحكيمي آثاره في الحياة القانونية ويرقى إلى مصاف أحكام المحاكم الوطنية أنه يجب الحصول على الأمر بتنفيذه، إذ تقتصر سلطات القاضي الأمر على مجرد الرقابة الشكلية دون الموضوعية على الحكم المطلوب تنفيذه.

إلا أنه يجب عدم المغالاة في الرقابة ووضع القيود التي ستفرغ التحكيم من مضمونه وتبعده عن مسار تحقيق أهدافه وعليه إذا بلغت التشريعات الداخلية في فرض العديد من الشروط دون إنتقاء منها

(1) د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 347.

(2) راجع في ذلك التزامات المحكم في الفصل الأول من هذا الباب (الفرع الثاني من المطلب الثالث من المبحث الأول).

(3) راجع المواد 185، 1477، 1478 ق.إ.م.ف، والمادة 09 من قانون التحكيم التجاري الدولي المصري رقم 27 لسنة 1994.

= توجد بعض القوانين التي تعفي بعض أحكام المحكمين من الحاجة إلى أمر التنفيذ مثل أحكام التحكيم التي يتم توثيقها كما في القانون الإسباني والبرتغالي. وهناك نظم قانونية تعتبر حكم المحكم واجب التنفيذ فوراً بمجرد صدوره ودون الحاجة إلى أي إجراء آخر كالتصديق عليه أو الأمر بتنفيذه من أية سلطة أخرى، كما في القانون النرويجي، النمساوي والمجري.

راجع : نبيل إسماعيل عمر، نفس المرجع السابق، ص 347 وما يليها.

الضرورية، وتقديم التحفظات التعسفية لتنفيذ حكم التحكيم، فإن ذلك سيؤدي حتما إلى تعاظم هيمنة القضاء الوطني الذي أراد أطراف التجارة الدولية التخلص منه بلجوئهم إلى نظام التحكيم لتسوية نزاعاتهم التجارية الدولية.¹

(1) وقد نادى الأستاذ محند إسعاد إلى ضرورة التخفيف من هذه القيود تحقيقا للتقارب والتعاون بين الشعوب والأمم.
Mohand Issaad, Séminaire sur l'arbitrage commercial en Algérie, le 25 février 2001 à Alger.

خلاصة الباب الأول :

من خلال دراستنا لهذا الباب تحت عنوان "سيادة إرادة أطراف التجارة الدولية في ظل التحكيم الدولي الخاص Ad-HOC" إتضح لنا الطابع الإتفاقي للتحكيم التجاري الدولي في تحكيم الحالات الخاصة، والحرية الواسعة التي يتمتع بها أطراف التجارة الدولية في تنظيم التحكيم عبر كل مراحله، إبتداء من إتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم الذي يعتبر حجر الأساس في نظام التحكيم التجاري الدولي، مروراً بإختيار الهيئة التي يناط إليها مهمة الفصل في النزاع فيرسم الأطراف حدود ونطاق السلطات المخولة لها، ثم إلى تحديد الإجراءات التي تسير عليها الخصومة التحكيمية والقواعد الموضوعية التي تلتزم بها الهيئة التحكيمية، وصولاً إلى القرار التحكيمي التي تعتبر الثمرة التي يهدف الأطراف في الأخير جنيها من خلال لجوئهم إلى نظام التحكيم.

غير أن الواقع العملي أثبت أنه إذا كانت حرية الأطراف التعاقدية المعترف بها للأطراف في حقل التجارة الدولية هي صاحبة السيادة، فإنه هناك عوامل تقلص من نطاق هذه الحرية وتؤدي إلى ضمورها وتقيدها، وهذا راجع إلى السياسة التشريعية لمختلف الدول، مما أثر بصورة سلبية على فاعلية نظام التحكيم وعلى تحقيق الهدف منه.

نظرا لتطور العلاقات التجارية الدولية وزيادة وتيرة التجارة الدولية وإتساع رقعتها، وكذا الكم الهائل للنزاعات التجارية التي يفضل أطراف التجارة الدولية عرضها على التحكيم للفصل فيها، ظهرت صورة جديدة للتحكيم إلى جانب تحكيم الحالات الخاصة "ad-HOC"، وهي التحكيم "المؤسسي أو التنظيمي"، حيث يجري فيها التحكيم في كنف منظمات تديره وتشرف عليه، وهذا ما أدى إلى تقليص الحرية التعاقدية لأطراف التجارة الدولية السائدة في تحكيم الحالات الخاصة، فضيع التحكيم التجاري الدولي بذلك الكثير من بساطته.¹

والتحكيم المؤسسي هو ذلك التحكيم الذي تتولاه هيئة أو هيئات منظمة دوليا أو وطنيا، وفقا لقواعد وإجراءات موضوعة سلفا تحددها الإتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لها، حيث صار هذا النوع من التحكيم هو الغالب في منازعات التجارة الدولية، فإنتشرت في الفترة الأخيرة مراكز تحكيم دولية دائمة منها : غرفة التجارة الدولية بباريس CCI، والمركز الدولي لفض منازعات الإستثمار الدولية، ومحكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي LCIA وغيرها من مراكز التحكيم الشهيرة بالعالم.²

وعليه أصبحت العلاقة بين المتعاملين في مجال التجارة الدولية هي علاقة إذعان، يخضع بمقتضاها الأطراف لشروط وإجراءات تملئها لوائح التحكيم التابعة لمراكز التحكيم الدائمة و يجري التحكيم على أساسها، كما أن التحكيم النظامي يفقد التحكيم طابعه الشخصي الذي كثيرا ما يكون له الأثر الحاسم في إختيار أطراف النزاع لطريق التحكيم بدلا من القضاء الوطني³، فأصبح من النادر جدا إن لم نقل من غير الممكن لأطراف التجارة الدولية مناقشة المسائل المتعلقة بالتحكيم، كتعيين المحكمين، وتحديد قواعد الإجراءات وتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

فكل هذه التغيرات التي عرفها التحكيم التجاري الدولي أدت إلى تدعيم سلطات المحكم للفصل في النزاع دون مراعاة إرادة أطراف النزاع، حيث أصبح المحكمون يتمتعون بسلطات واسعة في تكييف وتعديل العقد التجاري الدولي متى رأوا ذلك مناسبا، وتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وفقا لما يتماشى مع متطلبات التجارة الدولية الحديثة.

(1) أصبح لمراكز التحكيم أو المؤسسات المتخصصة بالتحكيم مكانة دولية هامة ونشاط واسع في تسوية منات القضايا التي تعرض عليها للتحكيم سنويا، إذ تشير الإحصائيات أنه أكثر من 80 % من القضايا التجارية التي يختار أطراف التجارة الدولية فضها عن طريق التحكيم يتم عرضها على هذه المراكز الدائمة للتحكيم.
- راجع : فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 6 ومايليها.
(2) راجع : عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 434 .
(3) راجع: مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 128، 129.

فماهي العوامل والظروف التي أدت إلى تلاشي دور إرادة أطراف التجارة الدولية في ظل التحكيم التجاري الدولي المؤسساتي الحديث ؟ وماهي مظاهر هذا التلاشي؟
وعليه للإجابة عن هذا التساؤل فإن دراستنا في هذا الباب ستنصب على دراسة إذعان أطراف التجارة الدولية للتحكيم التجاري الدولي المؤسساتي الحديث (الفصل الأول)، ثم نتعرض بعد ذلك إلى الدور الجديد الذي أصبح يلعبه المحكم الدولي في التحكيم التجاري الدولي الحديث (الفصل الثاني).

الفصل الأول

إذعان أطراف التجارة الدولية للتحكيم التجاري الدولي المؤسسي الحديث.

إذا كان المبدأ هو أن لجوء أطراف التجارة الدولية إلى التحكيم المنظم لفض نزاعاتهم الناشئة عن معاملاتهم التجارية يتم بإرادتهم، فإنه كثيرا ما يفرض عليهم ذلك جبرا في حقل التجارة الدولية، حيث أضحى التحكيم في مجال التجارة الدولية لا يتماشى مع إرادة الأطراف التي تعتبر الركيزة الأساسية في نظام التحكيم، إذ أصبح جليا إذعان أطراف التجارة الدولية للشروط والإجراءات التي تفرضها اللوائح التنظيمية للمراكز الدائمة للتحكيم بإيعاز من الشركات الكبرى المتعددة الجنسيات.

فلا يخفى على أحد أن هيئات ومراكز التحكيم المشهورة نشأت في كنف الدول الصناعية الكبرى، والدور الكبير الذي تلعبه هذه الدول في صياغة هذه اللوائح وتوجيهها لخدمة ورعاية مصالحها، فأمام هذا الوضع لا يكون أمام أطراف التجارة الدولية سوى الإذعان لهذه اللوائح التنظيمية دون مناقشتها.

فما هي أسباب إذعان أطراف التجارة الدولية للتحكيم المنظم في حقل التجارة الدولية ؟
وما هي مظاهر هذا الإذعان ؟

للإجابة عن هذا التساؤل العريض، نتعرض إلى الأسباب التي تقف وراء إذعان أطراف التجارة الدولية للتحكيم المنظم (المبحث الأول)، ثم نلقي الضوء بعد ذلك على مظاهر هذا الإذعان عبر مراحل التحكيم (المبحث الثاني).

المبحث الأول

أسباب إذعان أطراف التجارة الدولية للتحكيم المنظم.

ألقت ظاهرة إنتشار مراكز التحكيم الدائمة بظلالها على واقع التجارة الدولية الحديث، حيث أضحى في الآونة الأخيرة ظاهرة معروفة ورائجة في حقل التجارة الدولية، فأصبحت تلقى قبولا كبيرا من قبل المتعاملين الإقتصاديين في الوسط الدولي.

لكن كثيرا ما يتعرض أطراف التجارة الدولية إلى ضغوطات فرضتها إتساع رقعة التجارة الدولية وتطورها الهائل والمستمر، نتيجة ظهور المشاريع الإقتصادية الكبرى، وهيمنة الشركات المتعددة الجنسيات التي أصبحت تحتكر السوق الدولية، وكذا ظهور نوع جديد من العقود فرض نفسه على الساحة

الإقتصادية الدولية يتمثل في العقود النموذجية ، حيث أصبحت كافة العقود النموذجية تتضمن نصوصا تقضي بفض النزاع الذي ينشأ بشأنها عن طريق التحكيم التجاري الدولي المنظم.

وقد ساهم التطور الهائل للتجارة الدولية، والتقدم المذهل في عالم الإتصال في ميلاد مفهوم جديد على المستوى الدولي وهو مفهوم "العولمة" الذي كان له تأثيره على النشاط التجاري الدولي على نحو أدى إلى خلق أنشطة تجارية وفض النزاعات التي تثار بشأنها دون حضور مادي للأطراف، وجعل من العالم كله قرية صغيرة وسوقا واحدة مترامية الأطراف.¹

وعليه بناء على ما تقدم، فإن دراستنا في هذا المبحث ستنصب على ظاهرة الإنتشار الواسع للمراكز التحكيمية مما أدى إلى تحول الطبيعة الإتفاقية للتحكيم (المطلب الأول)، ثم نتعرض إلى الضغوطات المفروضة على الأطراف في حقل التجارة الدولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إنتشار مراكز التحكيم الدائمة، وتحول الطبيعة الإتفاقية للتحكيم.

إن الإنتشار الواسع لهيئات ومراكز التحكيم الدائمة وتزايدها المستمر نتيجة لإنتشار التحكيم التجاري الدولي وتوسيع مجاله في التجارة الدولية، كان له الأثر الكبير على الطبيعة الإتفاقية للتحكيم وتحولها، وهذا ما سنحاول إبرازه من خلال هذه الدراسة، فتتطرق في فرع أول إلى إنتشار مراكز التحكيم الدائمة، ثم في فرع ثاني إلى تحول الطبيعة الإتفاقية للتحكيم.

الفرع الأول

إنتشار مراكز التحكيم الدائمة.

صاحب إنتشار التحكيم منذ الحرب العالمية الأولى ظهور هيئات تحكيمية منظمة وطنيا وإقليميا ودوليا، تتولى الإضطلاع بأعباء التحكيم وفقا لإجراءات وقواعد موضوعة سلفا، تحددتها الإتفاقيات الدولية والإقليمية والقرارات التنظيمية المنشئة لهذه الهيئات أو المنظمة لنشاطها بناء على إتفاق الخصوم.

[1] تعني العولمة تحرير العلاقات الاقتصادية القائمة بين الدول من السياسات والمؤسسات القومية والاتفاقيات المنظمة لها، وإخضاعها بشكل تلقائي لقوى جديدة أفرزتها التطورات التكنولوجية والاقتصادية، وإعادة تشكيلها وتنظيمها بشكل طبيعي على مستوى العالم كله كوحدة واحدة وقد تطور مفهوم العولمة حيث أصبح له مفهوما جديدا وبعدا آخر يتمثل في عالمية السوق.
- راجع: د.محمد إبراهيم موسى، إنعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 08.

وقد إرتبط نشوء مؤسسات التحكيم الدائمة بأنشطة إتحادات الغرف التجارية والصناعية في الدول المتقدمة، وبالتجمعات المهنية المتخصصة في التعامل على السلع والمواد الخام المتداولة في السوق الدولية، وذلك بفضل جهود المتعاملين الإقتصاديين ورجال الأعمال والمتمهين في حقل التجارة الدولية من دون تدخل حكومي، فإنتشرت هيئات ومؤسسات تحكيمية دائمة، وأصبحت تشكل حجما هاما وتعد بالمئات بحكم تطور الصناعة والتجارة الدولية.¹

أولا : هيئات التحكيم الوطنية.

أنشأتها تجمعات متخصصة في فرع معين من فروع التجارة، أو في نوع معين من المنتجات، فالملاحظ أن هذه الجماعات تحرص دائما عند إعدادها وصياغتها لعقودها النموذجية على تضمينها شرط التحكيم، وبموجب هذا الشرط يجري التحكيم وفقا لقواعد هذه الجماعة. فعلى الرغم من أن هذه الهيئات هي مهنية ووطنية المنشأ إلا أن نشاطها يتعاظم يوما بعد يوم بالنسبة لمعاملات التجارة الدولية.²

وتوجد معظم هذه الهيئات التحكيمية في أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية، والأمثلة عنها كثيرة نذكر منها : غرفة تحكيم القطن (الهافر) بفرنسا، ومحكمة التحكيم التابعة لبورصة القطن (بريم) بألمانيا، وغرفة التحكيم التابعة لجمعية لفربول للقطن بإنجلترا، وغرفة التحكيم التابعة لجمعية موزعي المنتجات الغذائية (نيويورك) بالولايات المتحدة الأمريكية..... إلخ.³

ثانيا : هيئات التحكيم الإقليمية.

بالنسبة لهيئات التحكيم الدائمة على المستوى الإقليمي، فإن زيادة الصلات بين المنشآت والمشاريع التجارية في دول العالم أدت إلى تظافر الجهود لمزيد من التقارب بين الدول على المستوى الإقليمي فيما يخص المشاريع الإقتصادية المشتركة بينها، ومن هنا وجدت هيئات تحكيم تتخطى الحدود الوطنية وتعمل على نطاق ثنائي بين دولتين، أو على نطاق إقليمي بين مجموعة من الدول، والملاحظ على هذه الهيئات أنه منها ما يكون شاملا لكل المنازعات التجارية، وبعضها يختص بأنواع معينة من التجارة والمنتجات.¹

(1) راجع : مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 126 ومايليه.

(2) د. أحمد الحواري، مرجع سابق، ص 64.

(3) أنظر : فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 18، 19.

(1) د. أحمد الحواري، المرجع السابق نفسه، ص 65.

ومن أمثلة هيئات التحكيم الثنائية : لجنة التحكيم الكندية الأمريكية التي أنشأت عام 1934²، ومثال هيئات التحكيم الإقليمية، محكمة التحكيم الأوروبية للفصل في المنازعات التي تثار بشأن العقود التي تبرم بين التجار من رعايا الدول الأعضاء في السوق الأوروبية المشتركة³، وهيئة التحكيم "American" لفض المنازعات التجارية التي تنشأ بين رعايا الدول الأمريكية، والتي أنشأت عام 1949 ومقرها بنيويورك.

وبعدما أخذت الدول النامية تدرك الدور الذي أصبحت تلعبه هيئات التحكيم الدولية في صياغة نظام التحكيم العالمي، وتوجيهه لخدمة مصالحها الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، إجتهدت إلى التجمع من أجل إقامة مؤسسات تحكيمية إقليمية، ومن هذا المنطلق فقد أنشأت اللجنة القانونية الإستشارية الأفروآسيوية "AALCC" (Asian African légal consulative committee) سنة 1978 مركزين إقليميين للتحكيم، أحدهما في آسيا مقره في كولامبور (ماليزيا) ويسمى المركز الإقليمي للتحكيم كولامبور "KUALA LUMPUR Régional centre for arbitration" والآخر في إفريقيا مقره في القاهرة (مصر) ويسمى المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القاهرة Régional "centre for international commercial arbitration, cairo".

والهدف من إنشاء هذا المركز هو خلق مناخ من الثقة والإستقرار في المعاملات الاقتصادية بين الدول الآسيوية والدول الإفريقية⁴.

أما على الصعيد العربي فنذكر هيئة تحكيم الدول العربية المتعلقة بضمان الإستثمارات التي أنشأت سنة 1970 ومقرها الكويت، ومحكمة التحكيم التابعة لمنظمة الدول العربية المصدرة للبتترول، والمختصة في النزاعات المتعلقة بإستغلال ونقل الثروات البترولية، ومقرها الكويت⁵، بالإضافة إلى مركز البحرين للتحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي بالبحرين.

ثالثا : هيئات التحكيم الدولية.

(2) تضم لجنة التحكيم الكندية الأمريكية فرعين، أحدهما في مونتريال لدى غرفة التجارة الكندية، والآخر في نيويورك بمقر الجمعية الأمريكية للتجارة، حيث وضعت اللجنة شرط تحكيم نموذجاً أوصت تجار الدولتين الأخذ به.
(3) تأسست المحكمة الأوروبية للتحكيم من قبل معهد التحكيم الأوربي بستراسبورغ سنة 1959، حيث نصت المادة الرابعة من لائحة المحكمة على أنه "تختص المحكمة في المنازعات التي تنشأ عن عقود تتضمن شرط الإحالة عليها، وتكون مبرمة بين تجار من جهات مختلفة من رعايا الدول أعضاء السوق الأوروبية المشتركة".

(4) راجع : فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 18، 19.
(5) أنظر : أبوزيد رضوان، المرجع السابق، ص 55 وما بعدها.

تختلف هذه المراكز فيما بينها، فمنها ما يكون عام النشاط، أي يتسع نشاطه ليشمل جميع منازعات التجارة الدولية، ويطلق عليها المراكز الدائمة للتحكيم ذات الطابع الدولي والغير المتخصصة ونذكر منها : المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار "CIRDI" الذي أنشأ عام 1965 ومقره واشنطن¹، والمحكمة الدائمة للتحكيم بلاهاي.

وتعتبر هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية CCI بباريس المثال الأبرز لهذه الهيئات التحكيمية الدائمة غير المتخصصة والتي تشكل إتحادا عالميا للمجموعات الإقتصادية لرجال أعمال ينتمون إلى عدد كبير من الدول.²

وإلى جانب هذه المراكز هناك هيئات تحكيمية ذات طابع دولي متخصص، وهي هيئات تختص في فرع معين من التجارة أو المنتجات ونذكر على سبيل المثال : غرفة تحكيم الحبوب والمحاصيل الزراعية بلندن "LONDON Corn Trade"، وغرفة الليود "LIYODS" للتحكيم البحري بلندن، وغرفة التحكيم البحري في باريس³... إلخ

ولقد أصبحت هذه المراكز التحكيمية الدائمة تنظر اليوم في غالبية النزاعات المترتبة على التجارة الدولية، وهو ما جعلها جهات رسمية متخصصة لاقت قبولا وإعترافا لها في كل من إتفاقية نيويورك لسنة 1958، وكذلك إتفاقية جنيف لعام 1961.⁴

ويرجع إنتشار مراكز وهيئات التحكيم الدائمة إلى المزايا التي توفرها هذه الأخيرة للمحتكمين، والتي تتمثل فيما يلي :

- 1- أن هيئات ومراكز التحكيم الدائمة لديها قوائم بأسماء المحكمين المتخصصين في مختلف أنواع المنازعات، حيث يستطيع المحتكمون إختيار محكميهم منها، وهذا ما يجنبهم مشقة البحث عن المحكم المناسب، خاصة عندما يتعلق الأمر بالنزاعات في مسائل فنية يحتاج فضها إلى خبرة خاصة.⁵
- 2- ولديها لوائح معدة مسبقا للإجراءات التي يجري التحكيم على أساسها.

1) وقد صادقت الجزائر على الإتفاقية الدولية الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار بموجب الأمر 04/95 المؤرخ في 21 يناير 1995، ج.رعد 07 لسنة 1995.

2) لغرفة التجارة الدولية لجان وطنية في أكثر من أربعين دولة، تزودها بالمعلومات الخاصة في الدولة التي توجد فيها، وتعتبر غرفة التجارة الدولية هيئة إستشارية للمجلس الإقتصادي والإجتماعي التابع لهيئة الأمم المتحدة. أما هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية فهي منظمة تحكيم تبذل جهودها في كل الأوساط التجارية دون أي تحديد وطني أو إقليمي، وبصدد كافة المنازعات التجارية الدولية.

- راجع في هذا الصدد، أحمد الحواري، مرجع سابق، ص 66، 67.

3) راجع : فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 18.

4) راجع المادة الأولى الفقرة الثانية من إتفاقية نيويورك 1958، وكذا المادة 1/4 من إتفاقية جنيف لسنة 1961.

5) د.مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 128.

3- أنها تجري التحكيم في مقرها، ما لم تبين ظروف النزاع الحاجة إلى إختيار مكان آخر، وهذا ما يجب الأطراف التدايعيات السلبية للخلاف على مكان إجراء التحكيم.

4- أنها تقدم الخدمات الإدارية التي تتطلبها عملية التحكيم، كأعمال السكرتارية ، والترجمة، وحفظ الملفات.¹

لكن هذا لا ينفي ما قد يكون لهذه الهيئات والمراكز التحكيمية الدائمة من سلبيات أهمها :

1- عدم معرفة المحكمين بالمحكم معرفة كافية توفر لهم الثقة في حياده ونزاهته، ففي أغلب الأحيان يجد المحكمون أنفسهم أمام خيار مفروض نظرا لقلّة المحكمين المتخصصين في طبيعة النزاع المعروض على هيئة التحكيم.

2- كثرة النفقات التي يتطلبها هذا النظام لما تفرضه هذه المؤسسات التحكيمية من تكاليف باهضة نظير إدارتها لعملية التحكيم، هذا فضلا عن عدم توافر القدر المطلوب من السرية في هذا النوع من التحكيم.²

3- نشأة غالبية مراكز التحكيم الدولية المشهورة في كنف الدول المتقدمة، مما يفسر على أنها تنحاز إليها في التحكيم الذي تكون طرفا فيه ضد الخصم الآخر، وخاصة إذا كان من الدول النامية.³

4- كما لا يخفى ما يترتب على إنتشار التحكيم المنظم من تحويل التحكيم إلى مهنة لها من يتخصصون في ممارستها على نحو شبه دائم، وتقرب بذلك من مهنة القضاء الرسمي الذي تنظمه الدولة، وهذا ما دعى البعض إلى القول بأن التحكيم المنظم هو جهة القضاء المختصة أصلا بالفصل في المنازعات الخاصة الدولية، وأن تزايد المستمر وإنتشاره الواسع جعله بمثابة قضاء خاص وفعلي، له قضاياه وهيكله التنظيمي وقواعد عمل ونصوص مستقرة، مما أدى إلى إقتراب التحكيم من القضاء العام.⁴ وهذا ما دفع الفقه إلى التساؤل حول الطبيعة القانونية الحقيقية للتحكيم التجاري الدولي في ظل التحكيم المؤسسي على النحو التالي: أليس هناك تحولا جذريا لنظام التحكيم التجاري الدولي في ظل التحكيم المنظم الحديث؟⁵

وعليه فإن الإجابة على هذا التساؤل الهام ستكون محور دراستنا في الفرع الموالي.

(1) د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 22.

(2) د. عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 435.

(3) د. نبيل إسماعيل عمر، نفس المرجع السابق، ص 23.

(4) راجع : مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 129.

(5)

الفرع الثاني

تحول الطبيعة الإتفاقية للتحكيم.

نتيجة للتطورات التي عرفها نظام التحكيم، والتي زعزعت من طبيعته العقدية بفعل ظهور التحكيم المؤسسي، فإن ذلك أدى إلى تقريب التحكيم من القضاء، إذ لم يعد إتفاق الخصوم على التحكيم هو بالضرورة الأساس الذي يبني عليه نظام التحكيم في كل الأحوال، بل أصبح هذا الأساس يجد مجالاً له في هيئات التحكيم المنظمة التي تتميز بطابع قضائي تنظيمي، بحيث لم يعد الأطراف أحراراً في تحديد الإجراءات الواجبة الإتباع في التحكيم، لأنها أصبحت محددة سلفاً ومنظمة في لوائح تنظيمية.¹

وعليه فإن هذا التحكيم المنظم سيعالج نقاط الضعف التي عرفها التحكيم الحر "ad-HOC"، بحيث يستطيع سد الثغرات التي يخلفها سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات أو موضوع النزاع وغيرها - كما رأينا سابقاً - والتقليل من المشاكل والصعوبات التي يصادفها أطراف النزاع في التحكيم الحر، والتي غالباً ما تكون سبباً في شل إجراءات التحكيم، بحيث يوفر التحكيم التنظيمي أحسن الحلول والوسائل لتفادي مثل هذا التعطيل سواء في تعيين المحكمين أو في تنظيم إجراءات التحكيم.²

فمن المعروف أن المراكز الدائمة للتحكيم لديها قواعد ولوائح تنظيمية مستقرة تقوم على أساسها بتنظيم وإدارة شؤون التحكيم، وتوفر الخدمات الإدارية التي تتطلبها عملية التحكيم وفي هذا الصدد يرى الفقيه "M.M Hays" أنه: "من بين المميزات الأساسية للتحكيم التنظيمي أنه تحكيم مراقب بمعنى أن المراكز والهيئات التحكيمية تسهر على حسن سير إجراءات التحكيم وتحقيق فاعلية القرار التحكيمي".³ ويضيف جانب آخر من الفقه أن "التحكيم التنظيمي هو تحصيل حاصل، لأن هذا القضاء معد أصلاً للفصل في النزاعات التجارية الدولية، موفراً إستقراراً مشجعاً لأطرافها من أجل اللجوء إليه بدلاً من القضاء العادي".⁴

(1) د. حسني المصري، مرجع سابق، ص 13، 14.

(2)

(3) رأي الفقيه M.M Hays، مشار إليه في مذكرة زروتي الطيب، مرجع سابق، ص 378.

(4) راجع زروتي الطيب، نفس المرجع السابق، ص 379، 380.

وعلى الرغم من المزايا التي أكدها هذا التيار الفقهي للتحكيم التنظيمي، إلا أنه ظهرت بعض الاتجاهات الفقهية الحديثة، التي تؤكد على التطور الكبير الذي عرفه نظام التحكيم، وتميزه بالسمة التنظيمية في المجال الدولي، مما دفع بعض الفقه إلى حد القول بأنه تحريف وتغيير لطبيعة نظام التحكيم.¹ وقد قدم الأستاذ "Fouchard" في صدد البحث عن الطبيعة الحقيقية للتحكيم التنظيمي ملاحظتين هامتين :

- الملاحظة الأولى تتمثل في أن تحول التحكيم إلى السمة التنظيمية وجعله نظاما متكاملًا منفصلاً عن إرادة الأطراف جاء نتيجة لحاجة التجارة الدولية الملحة، حيث شهد التحكيم إلى جانب السمة التنظيمية تحولاً إلى الطبيعة القضائية، بحيث لم يعد لإرادة الأطراف أي اعتبار سوى إختيار المركز التحكيمي الذي تسند إليه مهمة الفصل في النزاع.

- أما الملاحظة الثانية، فيرى من خلالها الأستاذ "Fouchard" أن الإعتراف بالتحكيم التنظيمي أو كما أطلق عليه "التحكيم السابق التجهيز" لا يعني المساس بسلطان إرادة الأطراف، حيث تبقى الإرادة الحقيقية هي أساس إنطلاق هذا النظام للعمل، ولها الدور الحاسم في تحديد المركز التحكيمي الذي يناط إليه مهمة الفصل في النزاع.²

وفي الأخير ينتهي أنصار هذا الإتجاه الفقهي إلى أنه هناك تقارب كبير بين المحاكم الوطنية ومحكم التحكيم الدولية حيث عرفت هذه الأخيرة من خلال هذا التطور تحولاً ملفتاً للإنتباه في طبيعتها القانونية، لأن التحكيم كان ضحية لإنحراف مبدأ الرضائية، بحيث أصبحت مراكز التحكيم الدائمة كجهات قضائية حقيقية تقلص الدور الرضائي فيها.³

على الرغم من الآراء التي سبقت سابقاً إلا أن ذلك لا ينفي أن التحكيم في المنازعات التجارية الدولية مازال قضاءً إتفاقياً، يتعين للإلتجاء إليه الإتفاق المسبق بين الأطراف على سلوك طريقه، وما زال في نفس الوقت قضاءً خاصاً يقوم إلى جانب القضاء العام في هذه المنازعات، وهو القضاء الوطني لدولة أو أخرى من دول المجتمع الدولي.

فهيات ومراكز التحكيم الدائمة لا تعتبر جهات قضائية بالمعنى الدقيق، وإنما هي مجرد كيان إداري يضع تحت تصرف المحكّمين قوائم محكميه، ولوائح إجراءاته ومعارفه القانونية والفنية، ويسخر

-Bruno Oppetit, la théorie de l'arbitrage, une vision philosophique des question fondamentales que pose l'arbitrage, 2eme Edition presse universitaire de France, 1998, page 117,118. (1)

-PH. Fouchard, op-cit, page 471. (2)

-Bruno oppetit, op-cit, page 119 . (3)

خبرته العملية لأطراف التجارة الدولية¹، وما يدعم هذه الفكرة أن القرارات الصادرة من هذه المراكز التحكيمية في شأن تنظيم التحكيم، كالقرارات المتعلقة بإختيار المحكمين وردهم وإستبدالهم، وبدأ الإجراء وتحديد المواعيد وغير ذلك من القرارات التنظيمية التي تصدرها لا تعتبر أحكاما قضائية وإنما هي أقرب إلى القرارات الإدارية.

فعلى الرغم من المزايا والضمانات التي يوفرها التحكيم في ظل المراكز الدائمة للتحكيم لأطراف التجارة الدولية، فإن هذا النوع من التحكيم أدى إلى الحد من نطاق الحرية الممنوحة للأطراف في حقل التجارة الدولية.

المطلب الثاني

الضغوط المفروضة على الأطراف في حقل التجارة الدولية.

تقتضي التجارة الدولية -بصفة عامة- الدخول في مفاوضات لمناقشة الشروط التعاقدية، إلا أنه غالبا ما لا تثار عملية التفاوض بشكل عام بسبب إذعان أحد أطراف التجارة الدولية للشروط العقدية التي فرضها عليه الطرف الآخر، ولا يكون أمامه سوى القبول أو الرفض بسبب ضعف مركزه الإقتصادي، وحاجته للتعاقد، ومن هذا المنطلق فرض الواقع العملي للتجارة الدولية على المتعاملين الإقتصاديين في حقل التجارة الدولية القبول في عقودهم التجارية بشرط تحكيمي معين ذو صيغة ومضمون محددان سلفا.²

ويرجع السبب في ذلك إلى إتساع رقعة النشاط التجاري الدولي وظهور التكتلات الإقتصادية الكبرى، والمشاريع والشركات الإحتكارية متعددة الجنسيات، أين يستغل أحد المتعاقدين بوضع شروط تعاقدية معدة سلفا دون السماح للطرف الآخر بمناقشتها أو إبداء ملاحظات عليها، وهذا راجع إلى ضعف المركز الإقتصادي للطرف المدعن أو عدم إلمامه بمحتوى العقد،³ الأمر الذي أدى إلى إختلال التوازن الإقتصادي بين الدول النامية والدول الصناعية الكبرى.

وعليه سنتعرض أولا في هذا المطلب إلى ظهور العقود النموذجية (الفرع الأول) ثم نتطرق بعد ذلك إلى مسألة إختلال التوازن الإقتصادي بين الدول الصناعية الكبرى والدول النامية (الفرع الثاني).

(1) د. مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 133.

(2) د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 30.

(3) د. لعش بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والقانون المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 12.

الفرع الأول

ظهور العقود النموذجية.

إن الأسلوب التقليدي في صياغة العقود الدولية يعتمد على قيام أطراف العلاقة التعاقدية بمناقشة بنود العقد بندا بندا، وإبداء ملاحظات عليها، سعيًا منها للوصول إلى أفضل صياغة تحقق مصلحة كلا الطرفين، فالملاحظ أن هذه الطريقة التقليدية يترتب عليها إستنزاف للوقت والجهد، إذ قد تستغرق هذه المناقشات وقتًا طويلاً وجهوداً مضيئة للوصول إلى الغاية التي يقصدها المتعاقدان.

أما الآن ونحن نعيش في عصر السرعة، إذ تتسم المعاملات التجارية على الساحة الدولية بالسرعة، والوصول إلى أفضل النتائج والصيغ بأقل مجهود وفي أقصر وقت، لذلك لم يعد منطق المناقشات ينسجم مع روح التجارة الدولية الحديثة، لذلك توجهت الأنظار إلى العقود النموذجية بدلا من الصيغ التقليدية للعقود.

فالعقود النموذجية ضرورة أملتتها ظروف المعاملات التجارية على الساحة الدولية، ذلك أن تجمع المهنيين من الممتهنين للإستيراد والتصدير، وشؤون التجارة الدولية على العموم، إستحدثوا صيغا تعاقدية، وكرسوا التعامل بواسطتها في حقل التجارة الدولية حسب أصناف السلع المتداولة، حيث أصبحت هذه الصيغ محل إجماع بين المتعاملين الإقتصاديين في مجال التجارة الدولية، وأصبحت أغلب العقود النموذجية الدولية تتضمن نصوصا تقضي بفض النزاع الذي قد ينشأ بشأنها عن طريق التحكيم بواسطة مراكز التحكيم الدولية الدائمة.¹

لقد أصبحت العقود النموذجية تلعب دورا هاما في المعاملات التجارية الدولية حيث تيسر على المتعاملين الإقتصاديين إبرام العقد دون مشقة أو عناء، وتوفر الكثير من الوقت والنفقات، لأنها تتضمن الأحكام التفصيلية لكل عقد من كل الجوانب، فهي تواجه بيان الحقوق والإلتزامات وكيفية الوفاء بها... إلخ، فالواقع العملي أثبت صعوبة قيام الأطراف بصياغة العقد الدولي لأن ذلك يقتضي الكثير من الجهد والوقت والمصاعب التي يمكن تفاديها باللجوء إلى العقد النموذجي.¹

فالعقود النموذجية عبارة عن صيغ معدة ومطبوعة، متداولة في كافة مجالات التجارة الدولية، تضم الشروط العامة والقواعد والعادات المستقرة التي يجري التعامل بها على صعيد تبادل السلع

(1) د. محمودي مسعود، مرجع سابق، ص 64.

= على الرغم من الأهمية التي تتسم بها العقود النموذجية، لا سيما الإنتشار الواسع لها في حقل التجارة الدولية، وما يترتب على هذا الإنتشار من مشكلات يثيرها تطبيق هذه العقود، كالرقابة على صياغتها ومدى إلزامية البنود التي تتضمنها وكيفية تصدي القضاء لتفسيرها، فإن التشريعات العربية لم تتعرض إلى هذه الظاهرة بإستثناء المشرع الكويتي الذي نص في المادة 51 من القانون المدني الكويتي على "إذا إتفق المتعاقدان على أن تسري في شؤونهما أحكام عقد نموذج أو لائحة نموذجية، سارت هذه الأحكام، مالم يثبت أي منهما أن حصول الإتفاق بينهما لم يكن يعلم بهذه الأحكام ولم تتح له الفرصة في أن يعلم بها".

(1) د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 443، 444.

والخدمات، مثل إلتزامات الأطراف، وضمانات التنفيذ، أسباب الإعفاء من المسؤولية، ونوع البيع "CIF" أو "FOB"، وتأثير القوة القاهرة على العقد، وربط تبعة الهلاك، إما بالتسليم أو حتى يتم الوفاء بكامل الثمن....²

الملاحظ أنه هناك عدة محاولات من الفقه لتعريف العقود النموذجية، إلا أننا سنقتصر على أهم تعريف لها، والذي يعرف العقود النموذجية على أنها "مشروع عقد إلى أن يقبل الطرف المدعن بها، وبذلك تكون نموذجاً لعقد مستقبلي، فالعقود النموذجية تحتوي على شروط عامة وبمجردة، وما على المدعن إلا أن ينضم إليها، لذلك فهي تتضمن نوعاً من عدم التوازن، بحيث تجعل الطرف القوي يمتاز بإنفراده بوضع تلك الشروط التعاقدية وتحديدها، دون أن يترك للطرف الآخر فرصة مناقشتها".³

وفي نفس السياق يرى جانب من الفقه أن "العقود النموذجية هي نوع من التعسف، لأنها توكل إلى أخصائيين وفنيين يراعون في تحريرها مصلحة المؤسسة أو المشروع أو الهيئة التي كلفتهم بذلك".⁴ لقد ألفت ظاهرة العولمة بظلالها على صياغة العقود النموذجية، وما تتضمنه من شروط وقواعد، على نحو أصبحت فيه هذه العقود تلعب دوراً هاماً ورئيسياً في رواج التجارة الدولية، مما أدى إلى إتساع مجال التحكيم التجاري الدولي لدى مراكز التحكيم الدائمة، حيث أصبح إجبارياً في الكثير من العقود النموذجية الدولية اللجوء إلى مراكز التحكيم الدائمة لفض النزاعات التي تنشأ بشأنها، مثل عقود المنشآت الصناعية والتوريدات التي تتضمن نصوصها ضرورة اللجوء إلى غرفة التجارة الدولية والخضوع لإجراءاتها.⁵

وبالتالي فإن إرادة أطراف التجارة الدولية في إختيار هذا النوع من التحكيم أو ذاك ليست حرة في جميع الأحوال، فعندما يعين المركز التحكيمي بموجب الشروط العامة في العقد النموذجي للفصل في المنازعة القائمة بخصوص هذا العقد، فإن مثل هذا الشرط هو صحيح في مجال التجارة الدولية، لكن يبقى رضا المتعامل الإقتصادي الذي أذعن لهذا الشرط، والذي يجهل في نفس الوقت القواعد التي يسير عليها هذا المركز التحكيمي يتنافى مع الأساس الإتفاقي للتحكيم.

ونظراً لتزايد دور العقود النموذجية في مجال التجارة الدولية، فقد حظيت بإهتمام بالغ في صياغتها وتعدد نماذجها المتداولة، وتولت تلك المهمة العديد من الجمعيات والهيئات المتخصصة، والمعنية

(2) راجع : منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 46.

(3) د. لعشبة محفوظ بن حامد، مرجع سابق، ص 104.

(4) راجع : لعشبة محفوظ بن حامد، نفس المرجع السابق، ص 105.

(5) راجع محمد إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 10، 11.

بالتعامل في كل نوع من أنواع السلع والخدمات¹. فالأمثلة عن العقود النموذجية عديدة نذكر منها: "العقود النموذجية 730" وهي متعلقة بالشروط العامة عند الإستيراد والتصدير للمواد الإستهلاكية الدائمة والمواد الصناعية الميكانيكية²، وعقود جمعية لندن للقمح التي أدت إلى توحيد المعاملات في تجارة الحبوب في معظم أنحاء العالم، والعقود النموذجية لإستيراد وتصدير الأخشاب. ومن أمثلة العقود التي وضعتها غرفة التجارة الدولية: العقود المتعلقة بتصدير المصانع والآلات وتركيبها، والبيع الدولي للمنتجات المصنعة، وكذلك عقود البناء والتشييد التي تخضع لشروط نموذجية وضعها الإتحاد الدولي للمهندسين الإستشاريين "الفيديك"³.

كما نذكر العقود التي تبرم وفقا للشروط العامة الصادرة عن اللجنة الإقتصادية الأوروبية في جنيف عام 1953 والتي تقضي المادة 13 منها على ضرورة خضوع المنازعات التي تثور بشأنها وفقا لقواعد محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية⁴.

وكذلك المادة VI من معاهدة التحكيم الدولية المتعلقة بتجارة القطن التي تنص على أنه "في حالة رفض أحد الأطراف المتنازعة الخضوع إلى القواعد والإجراءات المحددة في المادة الخامسة، فإن الطرف الآخر يستطيع إخطار أمانة الفيدرالية المتعلقة بالتجارة الدولية للقطن لإتخاذ الإجراءات المناسبة". وفي هذا الصدد يعتبر بعض الفقه أن فرض الأوساط المهنية لشرط التحكيم فيه نوع من التشويه لنظام التحكيم، ويرجع السبب في ذلك إلى اللجوء الإجباري للتحكيم، كون هذا الشرط يعطي للمحكم سلطة تطبيق الأعراف المهنية، خاصة وأن محاكم التحكيم التابعة لهذه النقابات المهنية أنشأت تشريعا للأعراف المهنية¹.

بالإضافة إلى ذلك فإن التحكيم قد يكون إجباريا عندما تكون أطراف العقود الدولية أطرافا في معاهدة دولية تشترط على أطرافها اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاتهم المتعلقة بموضوع المعاهدة، فقد أبرمت الدول العديد من المعاهدات - الثنائية والجماعية - التي تتعلق بتشجيع الإستثمار وحمايته، حيث تضمنت الكثير منها الإشارة إلى التسهيلات والخدمات التي تقدمها بعض المراكز الدولية في مجال تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار².

(1) مهما صيغت العقود النموذجية بعناية ومهما توافر لدى المهنيين من خبرات وتوقعات إلا أنه عمليا لا يمكن الإحاطة بكل الجوانب التعاقدية، حيث أثبت الواقع العملي انه هناك إستحالة في خلق مجموعة من الشروط والقواعد النموذجية التي يمكن أن تكفي بذاتها وتغني عن اللجوء إلى الأطراف لصياغتها، وتحيط بجميع المسائل التي قد تثير الخلاف بين الأطراف.

(2) هذا النموذج من العقود شائع الإستعمال بين مختلف المتعاملين الإقتصاديين في كل أنحاء العالم.

(3) لمزيد من التفاصيل، راجع : محمودي مسعود، مرجع سابق، ص. 64، 65

(4) أنظر : منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص. 47

(1) -Eric loquin, op-cit,page138 .

(2) وقد صادقت الجزائر على الإتفاقية المنشأة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار، كما أن العديد من الإتفاقيات التي أبرمتها الجزائر بشأن

ولعل أشهر هذه المراكز "المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار" Le centre international pour le règlement des differends des investissements. حيث يقوم هذا المركز بتسوية منازعات الإستثمار الناشئة بين دولة ومواطني دولة أخرى من الدول الأعضاء في الإتفاقية المنشئة لهذا المركز وهي إتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بتسوية المنازعات المترتبة عن الإستثمارات، حيث تلزم أطرافها اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار لفض نزاعهم عن طريق التوفيق أو التحكيم.³ أما على الصعيد العربي فنخص بالذكر ما جاء في ميثاق الصندوق العربي للإنماء الإقتصادي والإجتماعي، حيث تنص المادة 37 من هذا الميثاق على ضرورة اللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات القائمة بين الصندوق والمقترض، حيث أدرج هذا الشرط في جميع الإتفاقيات الخاصة بالقروض التي يقدمها الصندوق العربي للإنماء الإقتصادي والإجتماعي.

وقد سارت بعض العقود التي أبرمتها بعض المؤسسات الإقتصادية الجزائرية على هذا النهج، وأبرز مثال على ذلك العقد المتعلق بإنجاز مصنع المواد الكيماوية بأرزيو بين شركة سونطراك وشركة جازولين اليابانية "Japon Gasoline" المبرم سنة 1969، والذي نص في مادته 12 على "كل المنازعات الناشئة بين رب العمل والمقاول بسبب تغيير العقد وتنفيذه تتم تسويتها وديا، وفي حالة عدم التوصل لذلك يتم البث فيها عن طريق محكم أو أكثر طبقا لنظام التحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية".¹ في الأخير يمكن القول أنه على الرغم من الدور الكبير الذي أصبحت تلعبه العقود النموذجية في مجال التجارة الدولية، بحيث أصبحت وسيلة فعالة وعملية في تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية للعقود، فإنها في نفس الوقت قد تثير بعض المشاكل وما قد تتضمنه هذه العقود من شروط تعسفية، لأن هذه العقود تصاغ من قبل جهات مختصة ومحترفة، ذات قوة إقتصادية، والتي تسعى دائما إلى تحقيق مصالحها، فأصبحت تستخدم كسلاح في يد الطرف الذي يشهره في وجه الطرف الضعيف حتى يذعن لشروطه، خاصة في العلاقات التجارية بين الدول المتقدمة والدول النامية، بحيث أصبح اللجوء إلى مراكز التحكيم الدائمة يتم بصورة إجبارية، فأصبحت إرادة الأطراف غير حرة مما أثر سلبا على الأساس الإتفاقي للتحكيم.

الإستثمار تنص على شرط التحكيم عن طريق هيئات التحكيم الدولية المتخصصة في تسوية منازعات الإستثمار.
- راجع : محمد يوسف، مضمون أحكام الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الإستثمار المؤرخ في 20 أوت 2001، ومدى قدرته على تشجيع الإستثمارات الوطنية والأجنبية، مجلة الإدارة، العدد 23، لسنة 2002، ص. 41، 42.
3) أنشأ المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بموجب إتفاقية واشنطن التي أعدها البنك الدولي للإنشاء والتعمير في 18/03/1965، ويوجد مقره بواشنطن، وقد لعب هذا البنك دورا هاما في تشجيع تدفق الإستثمارات في الدول النامية وعمل على إنشاء هذا المركز.
ولمزيد من التفاصيل حول دور المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار والإجراءات المتبعة أمامه راجع : قادري عبد العزيز ، مرجع سابق، ص 319 ومايليها.

1) راجع : زروتي الطيب، مرجع سابق، ص 383.

الفرع الثاني

إختلال التوازن الإقتصادي بين الدول الصناعية الكبرى والدول النامية.

إن المتتبع لواقع التجارة الدولية الحديث يلاحظ أن التحكيم التجاري الدولي أصبح أسلوباً مفروضاً على المتعاملين الإقتصاديين في العلاقات التجارية، خاصة بعد ظهور المشاريع التجارية والصناعية الضخمة، وظهور التكتلات الإقتصادية التي نمت وترعرعت في كنف الدول المتقدمة لتساعد هذه الدول على النمو وزيادة الإنتاج، حيث كان لهذه التكتلات أثر سلبي على الدول النامية، فضلاً عن السياسة التمييزية والحماية ضد الدول التي لا تنتمي لهذه التكتلات والتي تكون في الغالب الدول النامية.²

بالإضافة إلى ظهور التوسع الرأسمالي الغربي الذي أصبح يستخدم الشركات الكبرى متعددة الجنسيات إحدى الأسلحة التي تلي حاجيات الدول المتقدمة عن طريق إستغلال ثروات الدول النامية التي تستثمر على أراضيها، وما تتسم به تلك الشركات من شراهة في الربح، وما تقوم به من قسمة غير عادلة والإختلال الواضح في مزايا الإستثمارات التي تقوم بها، ففي كثير من مجالات الإستثمار لا تحصل الدولة المضيفة إلا على جزء بسيط من مزايا تلك الإستثمارات،¹ ففي غالب الأحيان ترغم الدول النامية على الخضوع لنظام التحكيم المؤسسي بحجة دعاوى إنكار العدالة بسبب نزاع مع مستثمر أجنبي ينتمي إلى دولة متقدمة، فيصاغ شرط تحكيمي في صلب العقد الدولي ينص على اللجوء إلى التحكيم والتنازل عن الحصانة التنفيذية.²

فأغلب العقود التي أبرمت بين الشركات متعددة الجنسيات والبلدان النامية تخلو من العدالة، حيث تنتهي غالباً مناقشة الشروط العقدية بالإستسلام إلى الشروط التي تفرضها هذه الشركات، حيث أصبحت الشركات متعددة الجنسيات - كقاعدة عامة - تسيطر على التجارة الدولية من خلال إحكامها على قنوات الإنتاج والتسويق والتوزيع.³

وعليه أصبح كنتيجة حتمية لعدم التوازن في العلاقات الإقتصادية بين الدول الصناعية الكبرى والدول النامية أن المنازعات التي تنشأ عن العلاقات التجارية بين رعايا الدول الصناعية الكبرى والدول

(2) د. عبد الملك عبد الرحمان مطهر، الإتفاقية الخاصة بإنشاء منظمة التجارة العالمية ودورها في تنمية التجارة الدولية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص 31.

(1) نسبة عائدات الدول النامية من منتجاتها من المواد الأولية لا يتجاوز 10% من سعر البيع المستهلك، والباقي يذهب أرباحاً للشركات الكبرى .
- راجع : عبد الملك عبد الرحمن مطهر، نفس المرجع السابق، ص 32.

(2) الحصانة التنفيذية "L'exécution Immunité" عبارة عن مبدأ إستثنائي تمارسه الدولة كسيادة لتعترض تنفيذ بعض القرارات التحكيمية.
- لمزيد من التفاصيل، راجع : خواترة سامية، مرجع سابق، ص 22 وما يليها.

(3) د. عبد القادر سيد أحمد، المفاوضات بين الشمال والجنوب "الرهانات"، ديوان المطبوعات الجامعية، 1983، ص 29، 30.

النامية يصار إلى حلها عن طريق التحكيم المؤسسي وذلك حتى تحقق الدول المتقدمة حماية مصالح رعاياها الإقتصادية على إعتبار أن هذه الدول قد ساهمت مساهمة فعالة في صياغة المسائل الإجرائية والقواعد الموضوعية للتحكيم والتي في غالب الأحيان تهدف إلى حماية مصالح الدول المتقدمة.

وفي هذا الصدد يؤكد "محمد بجاوي" أن: "التحكيم الدولي الحديث تنعدم فيه الحرية الإتفاقية، لأنه حل مفروض من قبل متعامل قوي من الناحية الإقتصادية، يستهدف من خلاله إستبعاد إختصاص القضاء الداخلي للدول العربية الذي يعتبر محلا لشكوك المتعاملين الأجبيين، فمسألة التنازل عن الإختصاص الداخلي من قبل المحاكم الجزائرية تعتبر بمثابة إمتياز وضمانة تقدمها الدولة للمتعامل الأجنبي، وهو نوع من الإعتراف الضمني من الدولة المستقبلية للإستثمار عن عدم إختصاصها، وعن غياب عنصر الحياد والإستقلالية لدى محاكمها الداخلية."⁴

وعليه فإن حكم التحكيم يظهر غير عادل لأنه لا يأخذ بعين الإعتبار المعطيات الواقعية الواجب أخذها بعين الإعتبار، وتأكيدا على ذلك يقول الأستاذ "محمد إسعاد" أن: "عددا من الدول يدخلون في التحكيم كما يدخلون في دار لإعادة التأهيل مكرهين."¹

وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه الغربي أن "التحكيم التجاري اليوم أصبح ينظر إليه على أنه وسيلة لسيطرة دول الشمال على دول الجنوب، فهو يستعمل غالبا للقضاء على التأميمات ، لأنه كثيرا ما يستعمل للدفاع عن مصالح الشركات الغربية ضد دولة أو شركة وطنية من دول العالم الثالث."² إن توظيف الإستثمارات في الخارج لم يعد يطمئن سوى للتحكيم لفض النزاعات الناشئة عنها وعلى حد تعبير بعض الفقه فإن "الإستثمار حين يكون موظفا في بلد ما هو غريب عنه يشعر بأنه غريب عن محاكمه وعدالته، والغربة فيها دائما الخوف، لأن الخوف فيه كثيرا من المجهول."³

وقد ألفت ظاهرة العولمة وما صاحبها من سياسة التحرر الإقتصادية بظلالها على واقع العلاقات الإقتصادية بين الدول الصناعية الكبرى والدول المتقدمة، مما أدى إلى الميل الشديد لميزان التجارة الدولية لصالح الدول المتقدمة مما زاد من معاناة الدول النامية وزيادة مشاكلها الإقتصادية،⁴ بسبب إتساع الفجوة بين الدول النامية والدول المتقدمة كنتيجة لإختلال موازين التجارة الدولية.

(4) راجع : محمد بجاوي، المقال السابق، ص.35

(1) "Un nombre de pays entrent dans l'arbitrage comme on entre dans une maison de redressement contraints et forcés"

- راجع : محمد بجاوي، نفس المقال السابق، ص. 25

(2) رأي الفقيه Yves Derrains، مشار إليه في المقال السابق لمحمد بجاوي، ص 24، 25.

(3) -A.Bekhechi "les conventions multilatérales et arbitrage" acte du séminaire sur l'arbitrage du 14-15 décembre 1992،

page 103-105.

(4) د. محمد إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص.19

إن مساهمة البلدان النامية في عملية إتخاذ القرار الإقتصادي على الساحة الدولية ليس إلا أمراً شكلياً، لأن القرارات الإقتصادية الهامة تتخذ في أغلب الأحيان داخل دوائر محدودة من غير مشاركة هذه البلدان، في حين أن هذه القرارات تؤثر في المستقبل الإقتصادي للعالم بأسره،⁵ كما زاد من معاناة الدول النامية من سوء أوضاعها الإقتصادية وتزايد مشاكلها نتيجة لتهميش دورها في الحياة التجارية الدولية وإهمال مصالحها الإقتصادية، وتكبيها بعدة قيود جعلتها غير قادرة على ملاحقة التطورات الإقتصادية التي شهدتها العالم.⁶

وفي نظرنا لا بد من إختيار إستراتيجية جديدة في سبيل إقامة نظام إقتصادي عالمي جديد يستجيب لمتطلبات وتطلعات البلدان النامية، ويقوم على أساس المساواة والتعاون بين الدول المتقدمة والدول النامية.

المبحث الثاني

مظاهر إذعان أطراف التجارة الدولية عبر مراحل التحكيم.

نظراً للمكانة الكبيرة التي أصبحت تحتلها المؤسسات التحكيمية الدائمة في حقل التجارة الدولية، ودورها في فض النزاعات الناشئة عن العقود التجارية، فقد إعترفت معظم القوانين الوطنية والإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم¹ بهذه المراكز الدائمة للتحكيم، فهذا الوضع فرضه واقع التجارة الدولية، والتطور الهائل الذي عرفته في السنوات الأخيرة، مما إنجر عنه إذعان المتعاملين الإقتصاديين لهذا النوع من التحكيم، وبالتالي تقليص دور إرادة الأطراف في التحكيم، حيث أصبحت حرية الأطراف وهما في ظل التحكيم التجاري الدولي الحديث (المؤسسي)، وهذا راجع للنجاح الكبير الذي عرفته هذه المراكز كونها تتميز بالتنظيم المستمر الذي من شأنه ضمان السير الحسن لعملية التحكيم، متجاوزة بذلك إحتمال ظهور عراقيل ومشاكل عملية خلال عملية التحكيم، والتي يمكن أن يخلقها الأطراف في تنظيم إجراءات التحكيم.

إن اللجوء المتزايد إلى هذه المراكز من مختلف متعاملي التجارة الدولية، ومنهم الكثير من الدول النامية سمح لها بأن تأخذ مكانة هامة في مجال التحكيم، الأمر الذي مكناها من منافسة الهيئات القضائية

(5) د. عبد القادر سيد أحمد، مرجع سابق، ص.33

(6) د. عبد الملك عبد الرحمن مطهر، مرجع سابق، ص.126

(1) أنظر على سبيل المثال المادة 1041 من القانون 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، المادة 1455 ق.إ.م.ف، وكذلك المادة 03 من قانون التحكيم المصري رقم 27، لسنة 1994، وكل من إتفاقية نيويورك لسنة 1958 ومعاهدة جنيف 1961، والتي تعترف كلها بحق الأطراف اللجوء إلى المؤسسات التحكيمية الدائمة.

الوطنية في مجال تسوية المنازعات، بحيث أصبحت بمثابة جهات قضائية تقوم بتنظيم التحكيم وإدارته ابتداءً من إتفاق التحكيم إلى غاية صدور القرار التحكيمي.

وعليه فإن السؤال الذي يطرح نفسه : ماهي مظاهر إذعان أطراف التجارة الدولية للتحكيم المؤسسي عبر مختلف مراحل التحكيم ؟ وهل إستطاع التحكيم المؤسسي فعلا تقديم الضمانات اللازمة التي تتطلبها التجارة الدولية ؟

وعليه فإن دراستنا لمظاهر إذعان أطراف التجارة الدولية ستكون من خلال تنظيم إجراءات التحكيم (المطلب الأول)، ثم إعداد وتنفيذ القرار التحكيمي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

في تنظيم إجراءات التحكيم.

أصبحت المراكز الدائمة للتحكيم تلعب دورا مهما في تنظيم عملية التحكيم، خاصة بعد الإنتشار الواسع الذي عرفته من خلال التزايد المستمر في عددها، وتنوعها الملحوظ من حيث المدى والإختصاص¹، حيث أصبحت هذه المراكز تحظى بمكانة خاصة في مجال التجارة الدولية لما تشتمل عليه لوائحها الداخلية من قواعد إجرائية مستقرة وثابتة يسهل الرجوع إليها لإدارة عملية التحكيم، وتعد قوائم بأسماء المحكمين من أصحاب الخبرة والمشهود لهم دوليا بالكفاءة.²

وعليه أصبحت إرادة الأطراف محصورة في إطار الإتفاق على اللجوء إلى مركز تحكيمي معين لفض النزاعات الناشئة عن عقدهم التجاري الدولي، ليتولى هذا المركز بعد ذلك السيطرة على زمام الأمور سواء في مجال تشكيل محكمة التحكيم (الفرع الأول)، أو تحديد القواعد الإجرائية التي تسير عليها عملية التحكيم (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تشكيل محكمة التحكيم.

في حالة لجوء أطراف النزاع إلى إحدى المؤسسات التحكيمية الدائمة، فإنه ليس من الضروري الإتفاق مسبقا على كيفية إختيار هيئة التحكيم، ذلك أن القواعد المتبعة في تلك المؤسسات التحكيمية هي التي ستعالج هذا الأمر وفقا لأنظمتها الداخلية لما تشتمل عليه من قوائم بأسماء المحكمين

- Jean Robert, op-cit, page 373 .

(1) د. إبراهيم رضوان الجبيري، مرجع سابق، ص. 197.

المتخصصين، وعلى حسب أهمية النزاع وطبيعته.³ فهذه القوائم التي توجد باللوائح الداخلية لهذه المراكز تصبح ملزمة للأطراف، وتأخذ حكم أحد بنود الإتفاق على التحكيم المبرم بينهم.⁴

فالواقع أن إختيار أطراف النزاع للتحكيم تحت مظلة مركز تحكيمي معين يعطي لهذا الأخير صلاحيات واسعة في مجال تشكيل محكمة التحكيم، وحل المشاكل التي يمكن أن تطرأ خلال تشكيل هذه المحكمة وبالتالي فإن أطراف النزاع يخضعون لآلية هذه الهيئة في تعيين المحكمين.⁵

إن التحكيم لدى المراكز الدائمة للتحكيم يبدأ بإتفاق الأطراف على إختيار مركز تحكيمي معين وإبداء رغبتهم بذلك، أما إرادة المركز التحكيمي فتتجسد في بداية الأمر في شكل العرض الدائم لقوائم المحكمين، ثم في قبول طلب التحكيم.¹ وعليه فإن قيام المركز التحكيمي بمهمة تعيين المحكمين ماهو إلا إستكمالاً لإتفاق التحكيم.

والجدير بالذكر أن المؤسسات التحكيمية تحرص دائماً على أن يكون المحكمين الذين تتضمنهم قوائمها من أهل الخبرة والثقة والنزاهة، غير أنها تختلف فيما بينها بشأن تشكيل هيئة التحكيم، فمنها من تعطي الأطراف المتنازعة سلطة إختيار المحكمين بشرط أن يكونوا ضمن القوائم التي تعدها، ومنها من يباشر سلطة واسعة في إختيار المحكمين مع تقليص دور الأطراف المتنازعة في هذا الشأن، فيقتصر دورهم على إقتراح أسماء تختار المؤسسة أو المركز من بينها، ومنها ما يقتصر دوره على إختيار المحكم الثالث تاركا لكل طرف من أطراف النزاع إختيار محكمه من ضمن القوائم التي أعدتها المؤسسة التحكيمية²، فلا شك أن كل هيئة من هيئات التحكيم الدائمة لها قواعدها الخاصة بها، وحين تقوم بتعيين المحكمين فإنها تقوم بتعيينهم وفقاً لهذه القواعد.

وكي نتعرف على بعض الإجراءات الخاصة بكيفية تشكيل هيئة التحكيم في بعض المؤسسات التحكيمية، إرتأينا أن نسوق بعض الأمثلة.

1. تشكيل هيئة التحكيم وفقاً لغرفة التجارة الدولية :

تتولى هيئة التحكيم الدائمة بغرفة التجارة الدولية تعيين المحكمين أو تثبيتهم وفقاً للقواعد المبينة في المادة الثانية من نظام الغرفة، مراعية جنسية المحكمين أو تبعيتهم أو محل إقامتهم بالنسبة للبلدان التي

(3) د. إبراهيم رضوان الجبيري، نفس المرجع السابق، ص. 198.

(4) د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص. 138، 139.

(5) راجع : حسني المصري، مرجع سابق، ص. 203.

(1) يبدأ تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس CCI بتسليم طلب التحكيم إلى أمانة هيئة تحكيم الغرفة، إذ لا بد أن تكون محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية مختصة. وقد وضعت غرفة التجارة الدولية شرط تحكيم نموذجي توصي بإدراجه في عقود التجارة الدولية، حيث يقضي هذا الشرط أن "جميع العلاقات التي تنشأ عن هذا العقد يتم حلها نهائياً وفقاً لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية، بواسطة محكم أو عدة محكمين يتم تعيينهم وفقاً لذلك النظام".

(2) راجع: إبراهيم رضوان الجبيري، نفس المرجع السابق، ص. 198.

ينتمي إليها أطراف النزاع أو المحكمون³. وتشكل محكمة التحكيم وفقا لنظام التحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية إما من محكم واحد أو من ثلاث محكمين، ففي حالة إتفاق الأطراف على أن يكون حل النزاع من طرف محكم واحد تكون لهم فرصة تعيينه عن طريق الإتفاق المشترك للأطراف ولا تتدخل محكمة التحكيم إلا لتثبيت (إعتماد) هذا التعيين بشرط أن يكون من القائمة التي أعدتها مسبقا غرفة التجارة الدولية، وهيئة التحكيم الإعتراض على المحكم الذي إختاره الأطراف وطلب ترشيح محكم آخر، فإذا لم يتفقا خلال ثلاثين يوما من إيداع طلب التحكيم قامت الهيئة بتعيين المحكم.⁴

أما إذا إتفق الأطراف على تعيين ثلاث محكمين، قام كل طرف بتعيين محكم مستقل عنه ويعرض على الهيئة لتبتيته، فإذا إمتنع أحد الأطراف عن تعيين محكمه قامت الهيئة بتعيينه، وتتولى الهيئة التحكيمية تعيين المحكم الثالث الذي تعهد إليه رئاسة محكمة التحكيم ما لم يكن الأطراف قد خول المحكمين المعينين إختيار المحكم الثالث خلال مهلة محددة.¹

ويتضح مما سبق أن نظام غرفة التجارة الدولية يخول لأطراف النزاع إختيار المحكمين وبقيدهم بشرط أن يكونوا من ضمن القائمة التي أعدتها غرفة التجارة الدولية، فإذا قام الأطراف بتعيينهم إقتصر دور هيئة التحكيم بالغرفة على تثبيتهم، أما إذا لم يتم تعيين المحكمين - كلهم أو بعضهم - من قبل الأطراف تولت الهيئة التحكيمية هذا التعيين.

ويرى جانب من الفقه أن طريقة تعيين المحكم الواحد تشكل مخاطر جمة بالنسبة للمؤسسات التابعة للدول النامية، لأن الطرف التابع للدول الصناعية الكبرى غالبا ما يفرض إسما لمحكم تابع لوسطه أو ينتمي إليه، كما حدث مع المحكم "Duppy" في قضية "Texaco".²

2. وكذلك في نظام تحكيم الغرف التجارية الأوروبية والعربية فإن إختيار المحكمين يتم من خلال قائمة مترشحين لهذه المهمة معدة مسبقا من قبل كل غرفة من الغرف التجارية الموجودة على مستوى مختلف البلدان الأوروبية، وفي حالة عدم إتفاق الأطراف على تعيين المحكم الوحيد، أو رفض أحد الأطراف تعيين محكمه يتولى مجلس التحكيم التابع للغرف التجارية الأوروبية والعربية ذلك.³

3. تشكيل هيئة التحكيم وفقا للمركز العربي للتحكيم التجاري.

(3) راجع المادة الثانية فقرة 2 من نظام غرفة التجارة الدولية.

(4) راجع المادة الثانية الفقرة الثالثة من نظام غرفة التجارة الدولية.

(1) راجع الفقرة الرابعة من المادة الثانية من نظام غرفة التجارة الدولية.

(2)

(3)

نصت الإتفاقية العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987⁴ على أن هيئة التحكيم تتألف من ثلاثة أعضاء كمبدأ عام، ولكن يجوز للأطراف الإتفاق على محكم واحد، من بين قائمة أسماء المحكمين التي يعدها مجلس إدارة مركز التحكيم سنويا.⁵

ويعين كل من طالب التحكيم (المدعى) في طلبه، والمطلوب التحكيم ضده (المدعى عليه) إسم المحكم الذي إختاره من القائمة، فإذا لم يعين طالب التحكيم المحكم الذي إختاره في طلبه يتولى مكتب مركز التحكيم التجاري العربي تعيين المحكم من القائمة خلال أسبوع من تاريخ وصول الطلب، أما إذا لم يعين المطلوب ضده التحكيم محكمه خلال مدة ثلاثين يوما المنصوص عليها في المادة 17 يتولى المكتب تعيينه من القائمة، كما يدعو رئيس المركز الأطراف إلى الإتفاق على محكم ثالث من القائمة يكون رئيسا لهيئة التحكيم وفي حالة عدم إتفاقهم يتولى مكتب مركز التحكيم التجاري العربي تعيين المحكم الثالث من القائمة.¹

كما أكدت الإتفاقية العربية للتحكيم التجاري على عدم جواز إختيار المحكمين الذين يعينهم المكتب من مواطني دولة أحد الأطراف.²

ولا يفوتنا الإشارة إلى أن بعض هيئات التحكيم الدائمة تستلزم تعيين مساعدين قانونيين بجانب التحكيم لإرشاد الهيئة التحكيمية إلى الإجراءات الواجب إتباعها على المسائل المعروضة عليها.³ وبناء على ما تقدم فإننا نلمس نوع من التعاون بين المؤسسات التحكيمية الدائمة والأطراف المعنية بالنزاع لتشكيل محكمة التحكيم، وذلك من خلال تدخل المؤسسة التحكيمية في حال إمتناع أحد الأطراف عن تسمية محكمه، أو في حال وجود خلاف بين الأطراف حول تعيين المحكم الواحد أو المحكم الرئيس.

وفي هذا الإتجاه يرى جانب من الفقه أن "تشكيل محكمة التحكيم لا يرتبط إرتباطا كاملا بإرادة الأطراف، لأنه يقوم على نوع من التعاون بين الأطراف وأجهزة المؤسسة التحكيمية.... وأكثر من ذلك هناك مؤسسات لا تسمح للأطراف بالتدخل في إختيار أحد المحكمين بل تقوم بكامل العملية بنفسها".⁴

(4) نصت الإتفاقية العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 في الفصل الثاني منها (المادة 4) على إنشاء مركز عربي للتحكيم التجاري يتمتع بالشخصية المعنوية، ويلحق ماليا وإداريا بالأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العربي، ويعتبر هذا المجلس مؤسسة تحكيمية عربية.

- راجع في ذلك: فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص146.

(5) راجع المادة 14، والمادة 01/15 من الإتفاقية العربية للتحكيم التجاري السالفة الذكر.

(1) راجع المادة 18 من الإتفاقية العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987.

(2) يعتبر مكتب مركز التحكيم التجاري العربي سلطة التعيين، وبلا حظ أن هذا المكتب ملزم بإختيار المحكم من بين الأسماء المذكورة في قائمة المحكمين التي أعدها مجلس إدارة المركز.

(3)

-Jean Robert, op-cit, page258.

(4) راجع : عبد الهادي عباس، وجهاد هوامش، مرجع سابق، ص.405

- وفي هذا السياق إختلف الفقه حول تحديد طبيعة العلاقة التي تربط الأطراف بالمركز التحكيمي :
- فيرى الإتجاه الأول أنها علاقة تفويض ذلك أن إتفاق أطراف النزاع على التحكيم بواسطة هيئة تحكيمية دائمة يتضمن تفويضا ضمنيا من الأطراف إلى الهيئة التحكيمية إختيار المحكمين وفقا لنظام لوائحها وحسب قواعد هذه الهيئة.⁵
 - ويرى الإتجاه الثاني أنها علاقة وكالة، حيث يترتب على هذا التكييف منح المركز التحكيمي الحق في القيام بعدة مبادرات منها تعيين المحكمين.¹
 - أما الإتجاه الثالث فيرى أن تكييف العلاقة القائمة بين المركز التحكيمي وأطراف النزاع على أنه الوكيل المشترك لهما هو تكييف غير ملائم، لأن مجرد تعيين المحكم من قبل المركز التحكيمي ليس تصرفا قانونيا، أي أن المركز التحكيمي لا يقصد من وراءه ترتيب آثار قانونية،² بالإضافة إلى أن المركز التحكيمي يتخذ هذه الإجراءات بإسمه وليس باسم أطراف النزاع، الأمر الذي ينفي فكرة النيابة.³
- في الأخير نود الإشارة أن التحكيم الدولي الذي يعهد به إلى هيئات ومراكز التحكيم الدائمة في الدول الغربية غالبا ما يتم إختيار المحكمين من قبل هذه الهيئات والمراكز لأشخاص المحكمين لإعتبرات شخصية، وكثيرا ما يكون هؤلاء المحكمين مرتبطين بمصالح الشركات متعددة الجنسيات، مما يثير الشكوك حول حيادهم وتقديرهم للظروف التي تحيط بمصالح الدول النامية في مواجهة الدول المتقدمة خاصة عندما يتعلق الأمر بالمحكم الفرد أو الرئيس الذي تتوقف نتيجة الفصل في النزاع على رأيه في نهاية المطاف، الأمر الذي نرى معه ضرورة منح أطراف النزاع سلطة واسعة ودور أكبر في إختيار المحكم الرئيس.
- كما أن سلسلة التدخلات التي تقوم بها المؤسسات التحكيمية خلال إجراءات تعيين المحكمين، وحل المشاكل الإجرائية الناجمة عن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى تقليص دور إرادة الأطراف في إجراء التعيينات اللازمة للمحكمين، وبالتالي زوال خصائص تحكيم الحالات الخاصة "ad-HOC"، كون هذا النوع من التحكيم يقوم على أساس الثقة الشخصية التي يضعها الأطراف في المحكمين (هيئة التحكيم) و قدرتهم على إعطاء النزاع حلا عادلا.

(5) راجع : نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص132.

(1) .P.Fouchard, op-cit, page493 .

(2) التصرف القانوني هو التعبير عن الإرادة لترتيب بعض الآثار القانونية، بينما الواقعة القانونية Le fait juridique هو حدث إرادي أو غير إرادي بحيث تكون الآثار المترتبة عليه مستقلة عن إرادة الأطراف.

(3) رأى الأستاذ LEVEL مشار إليه في كتاب عبد الهادي عباس وجهاد هوامش، نفس المرجع السابق، ص405+406.

الفرع الثاني

تحديد القواعد التي تحكم إجراءات التحكيم.

إذا كانت إرادة الأطراف تلعب دوراً أساسياً في تحديد القواعد التي تحكم إجراءات تحكيم الحالات الخاصة "ad-HOC" - كما رأينا سابقاً في الباب الأول - سواء بتضمين إتفاق التحكيم لهذه الإجراءات أو تفويض المحكمين بذلك، فإن الوضع يختلف في حالة لجوء أطراف النزاع إلى التحكيم المؤسسي، فإختيار أطراف النزاع فض نزاعهم عن طريق الهيئات أو المراكز الدائمة للتحكيم يعني بذاته إتفاقهما على تطبيق القواعد الإجرائية المعمول بها في هذه الهيئة أو المركز، وتظهر أهمية ذلك لما لهذه الهيئات من لوائح إجرائية خاصة بها تحدد الإجراءات الواجبة الإلتباع بشأن عملية التحكيم، بدءاً من الإعداد لها ومروراً بخصومتها وإنتهاءاً بحكمها، فهي على الأقل تتبنى مجموعة من القواعد الإجرائية الخاصة المقبولة دولياً -على العموم- في مجال العلاقات التجارية بصفة عامة، أو في مجال العلاقات المتعلقة بتجارة أو نشاط إقتصادي معين، وهي عادة إجراءات متحررة مما تتطلبه قوانين المرافعات الوطنية من شكليات ومواعيد قد لا تتلاءم مع متطلبات التجارة الدولية، والغاية المنشودة من اللجوء إلى التحكيم، وبالتالي تحرير محكمة التحكيم من الإرتباط بأي قانون إجرائي وطني¹، الأمر الذي يوفر لها فرصة إضفاء المرونة والسرعة على إجراءات التحكيم، وبدون التقيد بقواعد قانون المرافعات الوطني الذي كان سيطبق على النزاع فيما لو لم يعرض على التحكيم المؤسسي².

ففي حالة اللجوء إلى التحكيم المؤسسي، فإن التحكيم يجري وفقاً لما تقرره القواعد المتبعة في المؤسسة التحكيمية، والأكثر من ذلك أن بعض القواعد تعطي للمحكمين الحق في تقرير قواعد الإجراءات التي يرونها مناسبة لسير عملية التحكيم³.

= نصت المادة 1/1043 من القانون 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على: "يمكن أن تضبط إتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إلتباعها في الخصومة مباشرة أو إستناداً على نظام تحكيم...".

كما نصت المادة 25 من القانون رقم 27 الخاص بقانون التحكيم المصري لسنة 1994 على: "لطرفي التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حفظها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيمي".

(1) د. مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص223.

(2) د. حسني المصري، مرجع سابق، ص256.

(3) الملاحظ أن مثل هذه السلطة لا يمكن أن نجد لها لدى القاضي في المحاكم الوطنية، حيث أنه ملزم بتطبيق قانون الإجراءات في البلد الذي يمارس فيه سلطته.

فمن المقرر في أنظمة ولوائح مؤسسات التحكيم الدائمة الدولية أنه يتعين على محكمة التحكيم التقيد ابتداءً بالإجراءات المنصوص عليها في هذه الأنظمة واللوائح، فإذا لم يرد نص بها يعالج إجراء معين، فالإجراء الذي يتفق عليه الأطراف هو الساري المفعول، فإذا لم يوجد إتفاق في هذا الشأن بين الأطراف، كان للمحكم إختيار الإجراءات المناسبة للنزاع.¹

فإذا كانت القواعد الإجرائية المنصوص عليها في لوائح مراكز التحكيم الدائمة تعد دستوراً لأطراف النزاع، فإنه لا ينبغي إغفال دور إرادة الأطراف في إختيار طريق التحكيم أمامها دون غيرها من جهات التحكيم، هذا فضلاً على حرية الأطراف في تحديد القواعد الإجرائية الواجبة الإلتباع بشأن مسألة معينة أمام محكمة التحكيم عند عدم وجود نص بشأنها في نظام المركز التحكيمي.²

ولاشك أن الإتجاه العام في تطور التحكيم التجاري الدولي أصبح يميل نحو النمط القضائي بصفة تدريجية عن طريق تطبيق قواعد إجرائية شبيهة بتلك التي تطبق عادة في المحاكم القضائية الوطنية لأن المراكز الدائمة للتحكيم غالباً ما تضع قواعد إجرائية للتحكيم عن طريق تضمين لوائحها الكثير من الإجراءات التي من شأنها توفير ضمانات التقاضي، وذلك لحماية حقوق أطراف التجارة الدولية، وجلب المتعاملين الإقتصاديين إليها.³

وقد عاجلت أغلب الهيئات والمراكز التحكيمية مسألة الإجراءات في التحكيم، حيث نصت المادة 1/8 من نظام غرفة التجارة الدولية على أنه: "إذا إتفق الأطراف على اللجوء إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية، فإنها تخضع لهذا النظام".⁴ وأضافت المادة 11 من نفس النظام: "تطبق أمام المحكم الإجراءات المستمدة من هذه القواعد، وفي حالة سكوت هذه الأخيرة تطبق تلك التي إتفق عليها الطرفان، وعند عدم الإتفاق يقوم المحكم بتحديد الإجراءات سواء أستند أو لم يستند في ذلك إلى قانون داخلي يطبق على التحكيم".⁵ فيطبق على التحكيم في مثل هذه الأحوال القواعد الإجرائية السائدة في المركز وقت التحكيم كأصل عام.

وقد ذكر الأستاذ Fouchard أن أكثر من خمسين مؤسسة تحكيمية تسمح للمحكمين أن يكملوا قواعدها الخاصة بإجراءات التحكيم.

- راجع في ذلك : فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 164.

(1) وقد جسدت هذا التدرج المادة 11 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، وكذا المادة 44 من إتفاقية واشنطن لسنة 1965 التي قررت نظام تحكيم مركز تسوية منازعات الإستثمار، حيث خول محكمة التحكيم حرية إختيار القواعد الإجرائية التي تطبق على خصومة التحكيم طالما لم يوجد نص في الإتفاقية المذكورة أو إتفاق بين الأطراف حول تحديد ذلك.

(2) د. حسني المصري، مرجع سابق، ص 256.

(3) د. أحمد بلقاسم، التحكيم الدولي، دار هومة للطباعة والنشر، 2005، ص 200.

(4) وبهذا حكمت محكمة إستئناف باريس أنه "بالنسبة لشرط التحكيم الذي يمنح الإختصاص لغرفة التجارة الدولية، فإن نظام هذه الهيئة هو بالضرورة الساري وقت إجراء التحكيم، ويجوز للأطراف تحديد الإجراءات الواجبة الإلتباع بمعرفة المحكمين، دون الحاجة إلى الإشارة إلى قانون دولة ما، وقد تكون هذه الإشارة جزئية إلى قانون دولة ما".

- ولمزيد من التفاصيل راجع : منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 160.

- "Les règles applicables la procédure devant l'arbitre sont qui résultant de pressent règlement, et dans le silence de ce dernier, (5) celles que les parties, ou à default l'arbitres déterminent en se referant ou non une loi interne de procédure applicables à l'arbitrage."

وبصدد الطبيعة القانونية للتحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية يرى جانب من الفقه أن "نظام التحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية يقدم للأطراف خدمة تشتمل على ضمانات إجرائية يمكن مقارنتها بتلك المعروفة في المحاكم الوطنية، وأن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية تقوم بوظيفة خدمة عامة حقيقية لصالح المتعاملين في حقل التجارة الدولية".¹

وفي نفس السياق يرى الفقيه "Eric Loquin" أن: "محتوى نظام التحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية يعتبر نموذجا حقيقيا للقانون المادي الدولي، ويمثل قانونا حقيقيا للإجراءات التحكيمية المفروضة على الأطراف دون أدنى إشارة إلى قانون دولة معينة، وهذا الأخير لا يتدخل وفقا لنص المادة 11 من هذا النظام إلا في حالة سكوت هذا الأخير".²

كما نصت المادة 33 من قواعد التوفيق والتحكيم للغرف التجارية الأوروبية العربية على أن الأصول التي تطبق على إجراءات التحكيم هي تلك التي تتضمنها تلك القواعد، وفي حالة سكوتها فإن الإجراءات تكون طبقا لإختيار أطراف النزاع، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الإتفاق، يطبق المحكم القواعد الإجرائية التي يراها مناسبة لموضوع النزاع.³

هذا وقد إعتق هذا الحل المركز الدولي للتحكيم بالقاهرة، ومحكمة لندن الدولية للتحكيم، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي "UNCITRAL" الذي يعتبر بمثابة قانون إجرائي مستقل، يتم على ضوءه التحكيم في مختلف مراحل بعيدا عن المفاهيم الإقليمية للقوانين الوطنية في مختلف الدول، وبعيدا عن هذه القوانين القابلة للتعديل والإلغاء، وعدم الإستقرار، مما قد يعوق إجراءات التحكيم وتقف عقبة أمام التجارة الدولية، فلجوء الأطراف إلى مراكز التحكيم التي تطبق قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لحل منازعاتهم يعتبر بمثابة قبول من جانبهم لهذه القواعد الإجرائية.⁴

وفي هذا النطاق فقد وضعت العديد من الإتفاقيات الدولية نظما وقواعد إجرائية للتحكيم المنظم، وضمنتها العديد من الضمانات القضائية، ونذكر منها إتفاقية واشنطن لسنة 1965⁵ بشأن تسوية منازعات الإستثمار في المادة 01/54 حيث نصت على أنه: "تعتبر كل دولة متعاقدة حكم

(1) رأي الأستاذ Yves Derains، مشار إليه في رسالة زروتي الطيب، ص385.

(2)

(3) راجع : فوزي محمد سامي، مرجع سابق، 168.

(4) أنظر: منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 159، 160.

(5) نصت المادة الأولى من إتفاقية واشنطن لعام 1965 على إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالإستثمارات CIDRI وقد وضحت المادة 44 من الإتفاقية المذكورة كيفية إتباع الإجراءات الخاصة بالتحكيم وذلك بتطبيق ما جاءت به تلك الإتفاقية كأصل عام.

المحكّمين الصادر طبقا لهذه الإتفاقية ملزما، وتلتزم بتنفيذ الإلتزامات المالية التي يقضي بها الحكم في أراضيتها كما لو كان حكما نهائيا صادرا عن إحدى محاكم تلك الدول".

وكذلك الأمر بالنسبة للإتفاقية الدولية لتسوية المنازعات المتعلقة بنقل البضائع بالسكك الحديدية الموقعة في برن (سويسرا) في 1961/02/25 والتي دخلت حيز التنفيذ في 1965/01/01 والمعروفة باسم "CIM Convention"، والتي تضمنت كل ما يتعلق بالتحكيم وإجراءاته.

أما على الصعيد العربي فنخص بالذكر ما جاء في ميثاق الصندوق العربي للإنماء الإقتصادي والإجتماعي حيث حددت المادة 37 منه كيفية التحكيم وإجراءاته طبقا لهذا الميثاق.¹

ومن المفيد أن نذكر في هذا السياق بعض العقود النموذجية التي تشير إلى إجراء التحكيم عند حدوث نزاع بشأنها وفقا لقواعد التحكيم المعروفة في مراكز التحكيم الدائمة، ومثال ذلك ما نصت عليه العقود النموذجية التي أعدها اللجنة الإستشارية القانونية الآسيوية الإفريقية سنة 1980 لبعض البيوع الدولية مثل بيع "FOB" والبيع "CIF"²، حيث جاء في نصوص كل من العقدتين المذكورين بأنه يصار إلى حل النزاعات بالتحكيم وفقا لقواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.³

في الأخير يمكن القول أن القواعد الإجرائية التي وضعتها المراكز الدولية الدائمة للتحكيم قد ساهمت في تقليص وإضعاف دور إرادة الأطراف التي كانت تتمتع بسلطة واسعة في إختيار وصياغة هذه القواعد في ظل تحكيم الحالات الخاصة "ad-HOC" على نحو أصبحت فيه إرادة الأطراف منحصرة في حدود ضيقة في إطار التحكيم المؤسسي، حيث لم يعد لإرادة الأطراف دورا حاسما في مجال تحديد القواعد الإجرائية التي تسيّر عليها عملية التحكيم، ذلك أن لجوء الأطراف إلى هذه المراكز الدائمة يؤدي في الغالب إلى إذعان أطراف التجارة الدولية للإجراءات المقررة في لوائحها، وبالتالي تحل هذه المراكز محل إرادة الأطراف في تحديد إجراءات التحكيم.

المطلب الثاني

إعداد القرار التحكيمي وتنفيذه.

(1) راجع : فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص. 170.
(2) تعني FOB اختصارا للكلمة الإنجليزية Free on Board أي التسليم على ظهر السفينة. أما CIF تعني Cost insurance and Freight أي التسليم في ميناء الوصول.
(3) راجع : فوزي محمد سامي، نفس المرجع السابق، ص 168.

كشفت واقع التحكيم التجاري الدولي الحديث أن السلطات الواسعة الممنوحة لمؤسسات التحكيم الدائمة لا تقف عند حد تنظيم إجراءات التحكيم بل تتعداها لتشمل إعداد القرار التحكيمي، حيث أصبحت هذه المؤسسات التحكيمية تقوم بمراقبة ومراجعة القرار التحكيمي قبل الموافقة عليه. كما أن القرارات التحكيمية الصادرة عن مؤسسات التحكيم الدائمة أصبحت في الوقت الحاضر سهلة التنفيذ والتحقيق، وذلك بفعل الضغوط التي تمارسها هذه المؤسسات التحكيمية والمنظمات المهنية على المتعاملين الإقتصاديين في حقل التجارة الدولية لإجبارهم على تنفيذ القرارات التحكيمية، حيث أصبحت المراكز التحكيمية الدولية تمارس سلطة قهر تختلف عن تلك التي يمارسها القضاء الوطني، حيث يجد المتعامل الإقتصادي نفسه مكرها بطريقة غير مباشرة على التنفيذ فلا يكون أمامه سوى تنفيذ القرار التحكيمي الذي أصدره هذا المركز التحكيمي. وعليه فإن الدراسة في هذا المطلب ستتنصب حول الرقابة السابقة على صدور القرار التحكيمي (الفرع الأول)، ثم بعد ذلك التنفيذ الجبري للقرار التحكيمي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الرقابة السابقة على صدور القرار التحكيمي.

تنص بعض القواعد التحكيمية الدولية على قيام المحكمين في التحكيم المؤسسي بإعداد مسودة أو مشروع قرار، يعرض على جهة معينة داخل محكمة التحكيم وذلك لمراجعة القرار التحكيمي وإبداء بعض الملاحظات التي تراها مناسبة، وبعد موافقتها عليها يصدر القرار التحكيمي من قبل المحكمين¹، الأمر الذي يرجع إلى أن هذه القواعد قد عنيت بإخضاع حكم التحكيم قبل إصداره لرقابة سابقة تباشرها هيئة التحكيم الدائمة، حيث يجوز لها إدخال أي تعديلات عليه تراها مناسبة من حيث الشكل، وتوجيه إنتباه المحكم إلى بعض النقاط الموضوعية المتعلقة بالقضية لضمان إمكان تنفيذ الحكم المنهي للخصومة التحكيمية، وتفادي الطعن فيه²، وبذلك يمكن تفادي صدور قرارات تحكيمية غامضة أو مبهمة أو متضمنة لأخطاء حسائية أو مادية أو مطبعية، أو معيبة بخلوها من الفصل في بعض الطلبات الموضوعية، مما قد يحتاج معه تفسير القرار التحكيمي أو تصحيحه أو تكملته قبل إصداره.³

(1) د. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص. 303

(2) د. حسني المصري، مرجع سابق، ص. 474، 475

(3) قد يكتنف القرار التحكيمي غموض يتعذر معه الوصول إلى فهم حقيقة مضمونه، كأن يأتي بعبارة صحيحة من الناحية اللغوية إلا أنها لا تدل بدقة عن مضمون القرار التحكيمي، وقد يصدر قرار يشوبه غموض ولا يكون واضحا خاصة في بعض القضايا ذات الطابع الفني، لهذا تتدخل المحكمة التحكيمية لتفسير أي أمر غامض.

وقد عاجلت المادة 21 من نظام غرفة التجارة الدولية هذه الرقابة السابقة بنصها: "على المحكم قبل توقيع حكم جزئي أو نهائي أن يعرض المشروع على محكمة التحكيم، وللمحكمة أن تقضي بإدخال التعديلات على الشكل، ولها أيضا مع إحترام حرية قرار المحكم أن تسترعي إنتباهه إلى نقاط تتعلق بموضوع النزاع، ولا يصدر القرار إلا بعد المصادقة على الشكل من قبل المحكمة".

ونجد نصا مماثلا في قواعد تحكيم الغرف التجارية العربية الأوروبية حيث عاجلت المادة 4/24 ذلك بقولها: "بعد وضع الحكم وقبل التوقيع عليه يتعين على المحكم بالضرورة عرض مشروع الحكم على المجلس ليقوم بتدقيقه".¹

فالملاحظ أنه على عكس المادة 21 من نظام غرفة التجارة الدولية السالفة الذكر، فإن المادة 24 من قواعد تحكيم الغرف التجارية العربية الأوروبية جاءت بأحكام خاصة بالرقابة السابقة على صدور القرار التحكيمي ولكن في نطاق ضيق مقارنة بنص المادة 21 المعمول بها في نظام غرفة التجارة الدولية، لأن المحكم غير ملزم وفقا لنظام التحكيم التابع للغرف التجارية العربية الأوروبية بالخضوع إلى الملاحظات التي يبديها المجلس التابع للغرفة.

ومن القضايا التي أبدت فيها اللجنة المؤقتة التابعة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار، رأيها في مسألة إبطال حكم تحكيم محكمة المركز في قضية (أمكو - أندونيسيا) (Amco-Indonessia)، حيث تضمنت هذه القضية إنشاء فندق في جاكرتا، وعند إنتهاء شركة أمكو (Amco) الأمريكية الجنسية من أعمال الإنشاء، قامت الحكومة الأندونيسية وبمساعدة قوات جيشها بالإستيلاء على الفندق، وعلى الرغم من أن محكمة تحكيم المركز أصدرت حكمها في القضية طبقا للقانون الأندونيسي طبقا لإتفاق الإستثمار، إلا أن اللجنة المؤقتة رأت أن المحكمة قد أخطأت في إختيار نصوص القانون الأندونيسي، ومن تم فقد رأت أن المحكمة قد تجاوزت سلطتها في الفصل في النزاع، وبما يعرض الحكم للإبطال في أجزاء منه.²

=وقد يحدث في القرار التحكيمي بعض الأخطاء المادية سواء كانت كتابية أو حسابية، والمقصود بالخطأ المادي هو الخطأ في التعبير وليس الخطأ في التفكير، فالأخطاء الكتابية تشمل كل أخطاء السهو التي تظهر في القرار سواء في الأرقام أو الأسماء أو أي بيانات أخرى غير تلك التي يجب أن تظهر. أما الخطأ الحسابي فهو كل خطأ في إجراء العمليات الحسابية، ففي حالة ورود أخطاء مادية سواء كانت كتابية أو حسابية في القرار التحكيمي جاز لهيئة التحكيم أن تقوم بتصحيح هذه الأخطاء. كما قد يحدث أحيانا أن يغفل المحكم الفصل في طلب من طلبات الخصوم في حكمه أو في جزء من النزاع فيكون حكمه ناقصا ولا ينهي النزاع، فيجوز لمحكمة التحكيم إتمام ذلك.

- راجع في ذلك: إبراهيم رضوان الجعبر، مرجع سابق، ص 68-78.

(1) راجع: فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 303.

(2) للمزيد من التفاصيل راجع: كمال سمية، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2002/2003، ص 203 وما بعدها.

وفي مجال الرقابة السابقة لصدور القرار التحكيمي يرى جانب من الفقه أن "سلطة محكمة التحكيم في إطار الرقابة السابقة هي سلطة مزدوجة، أي أنها تتمتع بسلطتين من حيث المدى : سلطة تقديم أوامر ملزمة فيما يخص المسائل الشكلية من جهة، وسلطة إقتراح ملاحظات حول المسائل المتعلقة بموضوع النزاع من جهة أخرى".¹

إلا أن بعض الفقه الحديث يرى أن هذه الرقابة السابقة على القرار التحكيمي تعتبر نوع من التدخل في عمل وسلطة المحكم في الفصل في النزاع، يؤدي إلى التشكيك في صحة نظام التحكيم وحققيته، فالإشكال الذي تطرحه هذه السلطة أنها تمثل تدخلا في السلطة التي يتمتع بها المحكم والتي تخول له قول الحق والفصل في النزاع كقاضي من نوع خاص من جهة، ومن جهة أخرى فهي تمس بنظام التحكيم برمته، والمبادئ التي يقوم عليها، والتي تؤدي في نهاية المطاف إلى إنتفاء الحكمة من اللجوء إلى التحكيم ومدى فاعلية القرارات التحكيمية، وهنا يكمن العجز الذي يعتبر مرفوضا وقائلا لنظام التحكيم.²

ففي سياق تحليله للرقابة السابقة الواردة في نص المادة 21 من نظام غرفة التجارة الدولية يرى الأستاذ "Kassis" أن نظام التحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية ليس نظاما تحكيميا والقرار الصادر وفقا لنظامه ليس قرارا تحكيميا، ومن ثم يكون غير قابل للإعتراف به وتنفيذه، كون هذه الرقابة تعتبر خرقا لمجموعة من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم :

- فالمادة 21 حسب الأستاذ "Kassis" تمس بمبدأ المواجهة وحقوق الدفاع حيث تمثل إنكارا صارخا لهذا المبدأ، لأن المحكم يقوم بعرض مشروع القرار على محكمة التحكيم دون علم أطراف النزاع، وكذلك التعديلات التي يقوم بها المحكم على القرار بناء على الملاحظات التي تبديها محكمة التحكيم فإن الأطراف لا علم لهم بها، وعليه فكل هذه الإجراءات التي تتم بين المحكم ومحكمة التحكيم تتم بعيدا عن أطراف النزاع مع أنهم الأشخاص الذين يهمهم القرار.³
- وكذلك تمس المادة 21 المذكورة سلفا بمبدأ إستقلالية المحكم أي حرته في إتخاذ القرار التحكيمي وفقا لإعتقاده وإقتناعه، لأن المحكم يجب أن يكون مستقلا عن أي شخص طبيعيا كان أو معنويا.⁴

1 -Antoine Kassis, Réflexions sur le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce international, déviations de l'arbitrage institutionnel, L.G.D.J, Paris 1988, page 77.

2 -Antoine Kassis, op-cit, page 06-05.

3) للتقليل من خطورة هذا الإجراء وتفاذي المساس بحقوق الدفاع يقترح الأستاذ Fouchard أن يكون تدخل المحكمة بحضور أطراف النزاع.

-P. Fouchard, op-cit, page 448 .

4 -Antoine Kassis, op-cit, page 99-98.

وتظهر في حقيقة الأمر تبعية المحكم لمحكمة التحكيم بصفة جلية في الفقرة الأولى من نص المادة 21 التي تنص: "على المحكم قبل توقيع حكم جزئي أو نهائي أن يعرض المشروع على محكمة التحكيم." وكذلك الفقرة الثالثة "لا يصدر القرار إلا بعد المصادقة على الشكل من قبل المحكمة".

غير أن الإتجاه المؤيد لنظام التحكيم التابع لغرفة التجارة الدولية يرى أن الرقابة السابقة التي تقوم بها محكمة التحكيم طبقاً لنص المادة 21 من هذا النظام تساهم في تحسين نوعية المنتج التحكيمي (القرار التحكيمي) قبل تقديمه إلى المستهلكين لدى تحكيم غرفة التجارة الدولية، ذلك نظراً للتجربة الكبيرة التي يتمتع بها هذا الجهاز الدولي في مجال التحكيم، وقدرته على تنبيه المحكمين إلى المسائل التي يمكنهم إغفالها¹.

الفرع الثاني

التنفيذ الجبري للقرار التحكيمي.

تحرص المؤسسات التحكيمية الدائمة على ضرورة إلتزام أطراف النزاع بتنفيذ القرار التحكيمي الفاصل في النزاع، وهي في سبيل تحقيق ذلك تستخدم جميع الوسائل المتاحة لها من أجل الضغط على الطرف المحكوم ضده لتنفيذ القرار التحكيمي، حيث يمكن لها ممارسة سلطة قهر تجعل أطراف الخصومة التحكيمية مكرهين بطريقة غير مباشرة على التنفيذ.²

فالمتبع لواقع التجارة الدولية الحديث يظهر له أن هذا الإلتزام بتنفيذ القرارات التحكيمية مفروض من الوسط التجاري، ومن قبل مراكز التحكيم الدائمة على وجه الخصوص³، التي لا تكتفي بممارسة الضغوط المعنوية على الأطراف، وإنما تسلط عقوبات نقابية وإقتصادية لتهديد الطرف الذي رفض تنفيذ القرار التحكيمي ودفعه للتنفيذ.⁴

ويرى الفقيه "René David" أن "هناك عدة أصناف للإجراءات التي تتبعها المنظمات المهنية ضد المحكوم عليهم الذين لا ينفذون القرارات التحكيمية التي صدرت ضدهم، وأول إجراء هو النشر، حيث ينشر عدم تنفيذ الشخص الذي صدر القرار ضده، ومثل هذا الإجراء سوف يؤدي إلى تردد باقي الأشخاص للتعامل مع هذا الطرف الذي قبل بالتحكيم ورفض الإلتزام بالقرار التحكيمي.

-P.Fouchard, op-cit, page450.

(1)

(2) راجع : خواترة سامية، مرجع سابق، ص.43

(3) ومن ذلك ما نصت عليه المادة 24 من نظام غرفة التجارة الدولية وكذلك المادة 01/53 من إتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار لسنة 1965

-P.Fouchard, op-cit, page 467 .

(4)

أما الإجراء الثاني، فهو عدم السماح للطرف الذي إمتنع عن الإلتزام بتنفيذ القرار التحكيمي من الإستفادة من التسهيلات التي تمنحها المنظمة المهنية التي ينتمي إليها في إجراء التحكيم مستقبلاً".¹
ونظراً لكثرة أنظمة التحكيم فإن العقوبات تتنوع وتختلف، إلا أن جميعها تتفق على أنها أساليب مقاطعة للطرف الذي يرفض تنفيذ القرار التحكيمي.
وعليه يمكن تصنيف هذه العقوبات إلى ثلاثة أنواع :

1. عقوبات أدبية.

2. عقوبات مالية.

3. عقوبات كعضو في الجمعية.

أولاً : العقوبات الأدبية.

تمس هذه العقوبات الأدبية بالسمعة التجارية للطرف الراض للتفويض، لذا فإن غالبية المؤسسات التحكيمية الدائمة ترى أن العقوبة الأكثر ملاءمة ضد الطرف الذي يرفض تنفيذ القرار التحكيمي هي إتخاذ هذا الموقف ضده عن طريق شهر إسمه، وتشويه سيرته على نحو يجعل المتعاملين الإقتصاديين في حقل التجارة الدولية يتجنبون التعامل معه مستقبلاً، وهذا ما يؤثر على مركزه الإقتصادي في وسط التجارة الدولية.²

وقد يأخذ أسلوب النشر صورتان :

- الصورة الأولى : وهي النشر البسيط الذي يتم عن طريق إعلان عدم التنفيذ في أماكن الجمعية أو غرفة التحكيم، ويوضع في سجلات تابعة للجمعية أو غرفة التحكيم بحيث تكون في متناول الجميع في هذه الأماكن.

- الصورة الثانية : وهي نشر عدم التنفيذ عن طريق نشره في كشفها أو جهازها النقابي، وهذا ما هو معمول به في الإتحاد الأوروبي لتجارة البطاطا في المادة 35.³

وقد عرف هذا التدبير التأديبي نجاحاً كبيراً في حقل التجارة الدولية، لأنه يتكيف مع حاجيات المجتمع الدولي للتجار، كونه يسعى إلى تدعيم وحدة هذا المجتمع عن طريق نشر والإعلان عن الأعضاء غير المرغوب فيهم في حقل التجارة الدولية.

(1) رأي الفقيه René David، مشار إليه في مذكرة منسول عبد السلام، مرجع سابق، ص98.

(2) راجع : خواترة سامية، مرجع سابق، ص44.

(3)

وتجدر الإشارة إلى أن هذا النوع من العقوبات أنتهج في العقود النموذجية الخاصة بتجارة الحبوب التي وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوربية حيث نصت المادة 10/19 منها على: "يمكن للأطراف السماح لمحكمة التحكيم التي أصدرت القرار بنشر إسم الطرف الذي رفض تنفيذه....".

ثانيا: العقوبات المالية.

إضافة للجزاء التأديبية هناك الجزاءات المادية التي تتجسد في العقوبات المالية التي توقع على الطرف الذي يمتنع عن تنفيذ القرار التحكيمي، وهذا ما ذهبت إليه بعض لوائح التحكيم الدولية التي تشترط صراحة وجوب إيداع مبلغ مالي لدى خزانة المحكمة عند بداية سير الدعوى التحكيمية، والذي يمثل ضمانا وكفالة لتنفيذ قرار التحكيم، فالطرف الذي سيرفض هذا التحكيم سيخسر حتما هذا المبلغ جزاء له عن عدم التنفيذ.¹

وكذلك ما نصت عليه الصيغ النموذجية التي وضعتها المجموعة الإنجليزية "LIYODS" التي تنص على مجموعة من التدابير من أجل ضمان تنفيذ القرارات التحكيمية، ومثال ذلك الصيغة النموذجية لإتفاق التحكيم في حالة تصادم السفينة مع أخرى والتي تنص على "على كل من الطرفين تقديم كفالة للآخر..."، وهذه الكفالة تستخدم لتغطية المصاريف.²

ثالثا : العقوبات السالبة لحقوق الرافض للتنفيذ بصفته كعضو في الجمعية.

يترتب على هذه العقوبات حرمان الرافض للتنفيذ من صفته كعضو في الجمعية أو النقابة، وكل الحقوق والمزايا التي تمنحها إياه هذه الصفة، وإخراج الطرف الذي لم يحترم عاداتها خارج هذه الجمعية، وحرمانه من التسهيلات التحكيمية التي تقدمها الجمعية مستقبلا.³

إضافة إلى ذلك هناك بعض العقوبات أكثر قساوة تفرضها بعض المؤسسات التحكيمية الإيطالية بمنع الرافض للتنفيذ من الدخول في البورصات والصفقات التي تسيورها أو تراقبها، مثل ما أخذت به "Assiciation Granania de Millan".⁴

وعليه إذا كان التحكيم هو أحد الأهداف الأساسية لهذه النقابات والجمعيات، فإن التاجر الذي لا يخضع له يجب أن يعاقب، لأنه يضر بالهدف المشترك الذي يسعى النظام التحكيمي ضمان إحترامه.¹

(1) وهذا ما أخذت به الأنظمة التحكيمية التابعة للجمعيات السويسرية .
- راجع : خواترة سامية، مرجع سابق، ص44.

(2) .P.Fouchard, op-cit, page469-470 .

(3) هذه العقوبات معمول بها في بعض العقود النموذجية مثل العقود النموذجية لبيع الحبوب التي وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوروبية.

(4) .P.Fouchard, op-cit, page482 .

(1) -P.Fouchard, op-cit, page 492.

وبناء على ما تقدم نرى أنه من شأن كل هذه العقوبات السالفة الذكر أن تدفع الأطراف بتنفيذ القرارات التحكيمية بصورة طوعية وتحت وقع هذه العقوبات، مما يؤدي في نهاية المطاف إلى إذعان أطراف التجارة الدولية للتحكيم المؤسسي وللقرارات الصادرة عنه.

وما يدعم هذا الرأي ما جاء في نص المادة 24 من نظام غرفة التجارة الدولية، حيث حظرت الطعن في حكم التحكيم الصادر عن محكمة التحكيم التابع للغرفة، بأي طريق من طرق الطعن، حيث إعتبرت أن حكم المحكمين نهائي وأن الطرفين يلتزمان ضمناً-نتيجة لإخضاع نزاعهما لتحكيم الغرفة- بتنفيذ الحكم الذي يصدر عن محكمة التحكيم التابعة لها، ويتنازلان بذلك عن مباشرة طرق الطعن التي يمكن أن تتاح لهما.²

في الأخير تجدر الإشارة إلى أنه في إطار التحكيم التجاري على مستوى المنظمة العالمية للتجارة، فقد أنشأت هذه الأخيرة جهاز تسوية الخلافات (ORD) مكلف بالسهر على تنفيذ القرارات التحكيمية، حيث يمنح هذا الجهاز مهلة 90 يوماً لأطراف النزاع لتنفيذ القرار التحكيمي، وفي حالة تعنت أحد أطراف النزاع عن تنفيذه يتم اللجوء إلى التعويض، وتعليق الإمتيازات على محل النزاع.³

(2) "La sentence arbitrale est définitive .par la soumission de leur différent à l'arbitrage de la chambre de commerce internationale, les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir et renoncent à toutes voies de recours aux quelles elles peuvent renoncer".art 24 de règlement du CCI.

(3) راجع المادة 25 من إتفاق التفاهم على مستوى المنظمة العالمية للتجارة.

الفصل الثاني

تدعيم دور المحكم الدولي في ظل التحكيم التجاري المؤسسي الحديث.

يتأكد يوما بعد يوم التطور الهائل الذي تعرفه العلاقات التجارية الدولية، وما نتج عنه من خلق لقواعد دولية جديدة عابرة للحدود استطاعت أن تفرض وجودها في حقل التجارة الدولية، حيث أصبح المتعاملون الإقتصاديون غير قادرين على الإلمام بهذه القواعد الجديدة، الأمر الذي دفعهم إلى إسناد مهمة البحث عن هذه القواعد وتطبيقها لأشخاص متخصصين في مجال التجارة الدولية، وذلك باللجوء إلى مراكز التحكيم الدائمة من أجل التكيف مع هذه المعطيات الجديدة التي أفرزتها التجارة الدولية الحديثة من جهة، والحفاظ على مصالحهم الإقتصادية وعلاقاتهم التجارية من جهة أخرى، فإندفعت هيئات ومراكز التحكيم الدائمة إلى تدعيم دور المحكم الدولي في عملية التحكيم من خلال منحه سلطات واسعة، فأكدت لوائحها على الدور المستقل للمحكم الذي أصبح يلعب دورا هاما وأساسيا في التحكيم التجاري الدولي الحديث، الأمر الذي أدى معه إلى توسيع سلطات المحكم في مجال البحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

إضافة إلى ذلك، فقد ظهرت في حقل التجارة الدولية بعض العقود طويلة المدة أو المتتابعة التنفيذ، أو التي صادف تنفيذها متغيرات إقتصادية أو اضطرابات بسبب حادث لم يكن متوقعا على نحو يصبح معه تنفيذها يشكل عبئا ثقيلا على المدين ومرهقا له إلى الحد الذي يجعله مهددا بخسارة فادحة، الأمر الذي يتيح للمحكم فرصة التدخل بالتعديل من الإلتزامات والشروط، حسب المفهوم المعطى لمسألة التوازن الإقتصادي داخل العقد الدولي.¹

لهذا ولتأمين إستمرارية العلاقات التجارية الدولية، وحفاظا على مصالح المتعاملين الإقتصاديين في حقل التجارة الدولية، إتجه الفقه الحديث إلى ضرورة تدعيم سلطات المحكم الدولي من خلال توسيع سلطاته إتجاه العقد الدولي وذلك من خلال تكييفه مع المعطيات الجديدة التي تبرز في حقل التجارة الدولية، وكذا تكملة النقص التي تشوبه والتي يغفلها الأطراف عند إبرامهم له.

وعليه فإن السؤال المطروح :

إلى أي حد يمكن القول أن المحكم الدولي يتمتع بالحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وتكييف العقد الدولي وتكاملته؟

(1) أفضل مثال عن العقود طويلة المدة أو المتتابعة التنفيذ عقود التوريد وعقود المقاوله. - راجع في ذلك : نبيل إسماعيل مطر، مرجع سابق، ص 277.

وللإجابة على هذا السؤال إرتأينا إدراج مبحثين تحت هذا الفصل : نعالج في المبحث الأول مسألة توسيع سلطة المحكم في مجال القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ثم نتطرق في المبحث الثاني إلى دور المحكم في تكملة العقد وتكييفه.

المبحث الأول

توسيع سلطة المحكم في مجال القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

أصبح المحكم الدولي يتمتع بحرية واسعة في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، حيث أصبحت هذه الحرية تتسع بمقدار لجوء المتعاملين الإقتصاديين لمراكز التحكيم الدائمة لفض النزاعات الناشئة بينهم، وذلك من خلال حرص مراكز التحكيم الدائمة على أن تطبق القواعد الموضوعية المناسبة على موضوع النزاع حسب ما يقرره المحكمون وما يروونه مناسباً لحل النزاع، لذلك أصبح المحكم الدولي في إطار هذه المراكز التحكيمية الدائمة يتمتع بحرية كبيرة للفصل في النزاع طبقاً لقواعد القانون التي يراها هو ملائمة لموضوع النزاع، فتكون له الحرية في تطبيق قانون وطني معين أو قانون أجنبي معين، كما تكون له حرية تطبيق هذا القانون أو ذاك وحده أو بالتزواج بينهما، بل ليس هناك ما يمنعه من إختيار قاعدة إسناد معينة من قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص للإهتداء إلى القانون الموضوعي الواجب التطبيق، كما له أن يختار القواعد المعمول بها في مجال التجارة الدولية، كعقد نموذجي خاص بالتعامل في سلعة أو خدمة من السلع والخدمات المتداولة في السوق الدولية أو عرف وعادة من الأعراف والعادات السائدة فيها.¹

وقد ظهر مفهوم جديد للنظام العام الدولي على الساحة التجارية الدولية تسمو قواعده على قواعد النظام العام الدولي الكلاسيكي ويعلو فوق الدول، وذلك بفعل إنتشار العادات والأعراف التجارية الدولية وظهور المبادئ العامة للأمم المتعددة (المتحضرة)، الأمر الذي ساهم في توسيع سلطة

(1) يثور التساؤل في هذا الصدد حول ما مدى حاجة المحكم إلى إختيار قانون يرجع إلى قواعده الموضوعية في حالة إعتداد أطراف التجارة الدولية لعقد من العقود الدولية النموذجية أساساً لتحديد حقوقهم والتزاماتهم، حيث ذهب جانب من الفقه إلى أن المحكم لا يحتاج إلى الرجوع إلى نظام قانوني معين في هذه الحالة، بل عليه الإكتفاء بالتنظيم الوارد في العقد النموذجي، لذلك فهم يطلقون على العقد الدولي في هذه الحالة العقد الحر أو العقد الطليق، بإعتباره عقد غير مرتبط بقانون معين من القوانين النافذة في دولة أو أخرى. لكن هذا التوجه لم يلقى رواجاً في الفقه والقضاء الدولي لإعتبارات عملية، حيث لاحظ بعض الفقه أن هذه العقود مهما بلغت من الدقة والتفصيل، فلا يمكن لها أن تحيط إحاطة كاملة بكافة احتمالات النزاع التي يمكن أن يثيرها تطبيق هذه العقود الدولية، فكثيراً ما تثير هذه العقود منازعات لم يكن في مقدور من أعضائها توقعها وصياغة حكم لها. - راجع في ذلك مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص. 275.

المحكم في إستبعاد القانون المختار من قبل أطراف النزاع، والتضييق من دائرة ونطاق حرية الأطراف في تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع.

وعليه سنتعرض في هذا المبحث أولاً إلى حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع (المطلب الأول)، وثانياً إلى حرية المحكم في إستبعاد القانون المختار باسم النظام العام الدولي الحقيقي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

إن السلطة التقديرية التي يتمتع بها المحكم الدولي في إطار المراكز التحكيمية الدائمة بشأن تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع، تضعه أمام الكثير من الخيارات النظرية بين النظم القانونية المختلفة، والتي يتعين أن يختار من بينها القواعد القانونية الأكثر ملاءمة لموضوع النزاع المطروح على المركز التحكيمي.

ولا تعني تلك الحرية أو السلطة التقديرية - بمعنى أدق - للمحكم الدولي في مثل هذه الحالة إختيار الطرق الأسهل، بقدر ما تعني إختيار القانون الأكثر ملاءمة لحكم موضوع النزاع.¹

ومن البديهي أن تتعدد وتختلف إجتهاادات المحكمين بهذا الخصوص، حيث تتعدد المعايير في شأن تعيين القانون الذي يختاره كل محكم ليحكم موضوع النزاع.

وفي هذا الصدد لا نريد في هذا المقام التصدي لكل هذه الإجتهاادات بقدر ما يكون هدفنا هو إلقاء الضوء على الحلول الأكثر شيوعاً في قرارات التحكيم التجاري الدولي المؤسسي.

لذلك سوف ندرس أهم هذه الإتجاهات في هذا الصدد في الفرعين التاليين.

الفرع الأول

حرية المحكم في تطبيق العادات والأعراف التجارية الدولية.

تعمل مراكز التحكيم الدائمة على إيجاد قواعد دولية مستقلة عن الأنظمة الوطنية لحل النزاعات المعروضة عليها، وهو ما نتج عنه توسيع النطاق الذي تطبق فيه العادات والأعراف التجارية الدولية،

(1) د. أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 51.

حيث تعمل هذه المراكز على إبراز الصفة القانونية لهذه القواعد من خلال لوائحها، وكفالة الإحترام لها من خلال ما تفرضه من جزاءات على المتعاملين الإقتصاديين المنتمين إلى المؤسسات المهنية، فإلتزام هيئات التحكيم الدائمة بتطبيق العادات والأعراف التجارية الدولية على المنازعات الناشئة عن المعاملات التجارية الدولية، يكون بدون الحاجة إلى إختيار أطراف النزاع لها، بصفتها قواعد قانونية تتمتع بإلزام ذاتي ولا تحتاج إلى أن تستمد قوتها الإلزامية من إرادة الأطراف¹، وعليه أصبحت المراكز التحكيمية الدائمة تعترف للعادات والأعراف التجارية الدولية بقيمة القاعدة القانونية التي يجوز التمسك بها أمام المحكم، كما يجوز لهذا الأخير تطبيقها تلقائيا في حالة ثبوت العادة أو العرف لديه ثبوتا تاما².

وعليه فقد أصبح المحكم يتمتع بحرية تقدير كبيرة وبنوع من الإستقلالية عندما يعمل في إطار مركز دائم للتحكيم، حيث يسعى المحكم دائما إلى إيجاد الحلول الذاتية التي تلائم معاملات وعقود التجارة الدولية، عن طريق إرساء بعض العادات والأعراف التجارية الدولية التي لا نظير لها في القوانين الوطنية.³ وتأكيدا على ذلك يرى جانب من الفقه أن "سلطة المحكم في تطبيق العادات والأعراف التجارية ليست محلا للجدل"⁴.

ويضيف جانب من الفقه أن "اللجوء إلى الأعراف التجارية يجب أن يكون أمرا عاديا وأتوماتيكيا في الوظيفة التحكيمية فيما يخص النزاعات الدولية"⁵.

بل أكثر من ذلك يرى الفقيه "لوسوارن" بأن "العادات والأعراف التجارية الدولية تشكل المصدر الأساسي للمحكم مما ينبغي معه إسناد العقد الدولي إلى هذه القواعد التجارية الدولية التي تشكل نظاما قانونيا له صفة الإلزام"⁶. كما دعم الفقيه "Derrains" هذا الموقف حيث يرى أن "الأعراف وعادات التجارة الدولية تعتبر بمثابة نظام قانوني مختص، يمكن أن يسند إليه العقد الدولي أسوة بإسناده إلى نظام قانوني وطني على حد سواء"⁷.

فالمحكم الدولي الذي له حرية تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية يجد نفسه ملزما بإستخلاص الحل العادل بين الخصوم على ضوء المفاهيم القانونية ذات الطابع الدولي المتعلقة بخصوصية النزاع المطروح على مركز التحكيم، وأن المحكم حينما يفعل ذلك فإنه لا يفعله بإعتباره محكما طليقا، وإنما يفعله

(1) د. مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 260.

(2) د. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 274.

(3) د. أحمد الحواري، مرجع سابق، ص 142.

(4) « Le pouvoir de l'arbitre d'appliquer les usages du commerce n'est pas contesté »

رأي الأستاذ Derrains، مشار إليه في كتاب عبد الهادي عباس، وجهاد هوامش، المرجع السابق، ص 432.

(5) رأي الأستاذ Fouchard، مشار إليه في كتاب عبد الهادي عباس، وجهاد هوامش، نفس المرجع السابق، ص 432.

(6) رأي الفقيه لوسوارن، مشار إليه في كتاب محمد كولا، مرجع سابق، ص 226.

(7) رأي الفقيه Derrains، مشار إليه في كتاب محمد كولا، نفس المرجع السابق، ص 226.

باعتبار أنه يحكم بمقتضى القانون، وهو قانون التجارة الدولية، حيث يقوم بإعمال العادات والأعراف التجارية الدولية، بإعتبار أن العقد الدولي الذي ثار النزاع بشأنه يرتبط بها أكثر من إرتباطه بأي قانون وطني آخر من صنع دولة معينة.¹

وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه أن قانون التجارة الدولية بما يتضمنه من عادات وأعراف تجارية دولية يمثل قانونا مستقلا بذاته يخضع له العقد الدولي الذي ثار النزاع بشأنه لما له من صلة بجارات التجارة الدولية تماما كما يخضع لقانون دولة معينة.

وقد بنى هذا الفقه موقفه على أنه لما كان إختيار المحكم للعادات والأعراف التجارية الدولية لا يشترط لتطبيقها رضا أطراف النزاع بها، ولا حتى إشارتهم الصريحة للوائح التحكيم التي تتضمنها، فإنه يتفرع عن ذلك أن المحكم الدولي له سلطة تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية على موضوع النزاع متى تبين له صلتها وإرتباطها بالعقد وحاجات التجارة الدولية، ويصل هذا الفقه إلى حد القول بأنه يجوز للمحكم الدولي إعمال عادات وأعراف التجارة الدولية بغرض إستبعاد القوانين الوطنية التي تتعارض مع فكرة النظام العام بمفهومه الدولي²، مثلما يحدث خصوصا في منازعات التجارة الدولية المتعلقة بالإعتمادات المالية، وبعض عمليات البنوك والعملة التي يجب الوفاء بها...، حيث تصبح عادات وأعراف التجارة الدولية - في مثل هذه الحالات - المصدر الوحيد والضروري لأحكام التحكيم التجاري الدولي³.

كما يرى بعض الفقه أن الإلتجاء إلى مراكز التحكيم الدائمة بدلا من القضاء يكون بذاته معبرا عن رغبة الأطراف منح المحكم حرية حسم النزاع بمقتضى العادات والأعراف والممارسات السائدة في التجارة الدولية، وهذا ما يبدو جليا في حالة إختيار الأطراف لمركز تحكيمي متخصص في المجال المهني الذي تتعلق به العلاقة، كمجال الإنشاءات الدولية، أو مجال نقل التكنولوجيا، أو مجال تجارة معينة كتجارة الحبوب أو القطن مثلا...⁴

ففي المجال الدولي تطبق العادات والأعراف السائدة في المجال المهني الذي ينتمي إليه الخصوم، أو السائدة في مجال التجارة الدولية، والمبررات التي توجب على المحكم تطبيق هذه القواعد العرفية التي يرى

(1) د. حسني المصري، مرجع سابق، ص 372.

(2) راجع في ذلك: حسني المصري، نفس المرجع السابق، ص 373.

(3) راجع: حسني المصري، المرجع نفسه، ص 374.

(4) راجع: مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 264.

فيها مجالا لإعمالها، ترجع إلى أن العرف والعادة يلعبان دورا رئيسيا في التجارة الدولية، وهذه العادات والأعراف سواء كان مقننة أم لا فإنها تشكل نظاما قانونيا مستقلا كافيا لحكم النزاع.¹

والملاحظ في نطاق قيام المحكم بإعمال القواعد العرفية أنه لا يصح إفتراض إقتران التحكيم بالأعراف كطريق لحل النزاع إلا إذا إنتمى كل الخصوم إلى نفس الوسط المهني أو المجال التجاري الذي يدور في حقله النزاع، ولا يصح للمحكم أن يطبق هذه الأعراف إلا إذا إنتمى هو شخصا إلى نفس الوسط أو المجال، أما إذا كان المحكم خارج الوسط الذي يدور فيه النزاع فينبغي عليه أن يتأكد من الخصوم أو من غيرهم عن وجود القاعدة العرفية التي ينوي تطبيقها.²

كما تجد هذه العادات والأعراف التجارية الدولية مصدرا لها في الشروط العامة للعقود النموذجية، والتي تعبر عن واقع مهني مرتبط بمجتمع التجارة والمتعاملين بهذه العقود، حيث كانت التطورات الإقتصادية والسياسية والإجتماعية - كما رأينا سابقا- قد أدت إلى ظهور العقود النموذجية (كعقود التأمين والتوريد)، التي تجري على نسق واحد تفرضه طائفة معينة من التجار أو منظمة ما ينتمون إليها، كالنقابات والغرف التجارية، مما قد يقال معه أن المتعاقدين يفقدون حريتهم في إبرام هذه العقود، حيث لا يملكون سوى الإنصياع لشروطها الآمرة المحددة سلفا، فلا تتوافر لهم الحرية في مناقشتها فتضعف إرادتهم بل تكاد تنمحى، وعلى ذلك متى إتخذ العقد الدولي صورة العقد النموذجي أخذت فيه الرضائية شكلا جديدا بحلول الإرادة الجماعية للجماعة التي ينتمي إليها المتعاقد، بما لها من قوة وإعتبار، محل إرادته الفردية بما قد يعتريها من ضعف ووهن، وعليه فإن الفرصة تكون متاحة أمام المحكم للتدخل في هذه العلاقة من خلال فرضه تطبيق العادات والأعراف التجارية الدولية على النزاع.³

وعلى الرغم من أن تطبيق المحكم للقواعد المستمدة من العادات والأعراف التجارية الدولية لا يحتاج إلى نص يقره حتى يقوم المحكم الدولي بإعمالها، إلا أن بعض لوائح هيئات التحكيم الدائمة عنيت بالنص على ضرورة مراعاة المحكم لتلك القواعد فيما يصدره من أحكام تحكيمية.⁴

ويفترض تقيد المحكم الدولي على النحو المتقدم بعدم وجود إتفاقية دولية يخضع لها موضوع النزاع، فإذا وجدت مثل هذه الإتفاقية قدمت نصوصها على نصوص القانون. وعليه نخلص من ذلك إلى أنه لا يجوز للمحكم الدولي أن يطبق عادات وأعراف التجارة الدولية على موضوع النزاع متى أدى ذلك

(1) دنيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 264، 263.

(2) رأي الأستاذ Fouchard، مشار إليه في كتاب دنيل إسماعيل عمر، نفس المرجع السابق، ص 274.

(3) راجع: حسين المصري، مرجع سابق، ص 362.

(4) نصت المادة 5/13 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية على:

إلى إستبعاد تطبيق النصوص الواردة في إتفاقية دولية ملزمة، كما يقع على عاتق المحكم عند إعماله للعادات والأعراف التجارية الدولية إحترام النظام العام بمفهومه الدولي¹.

كما أن المحكم الدولي لا يستطيع تجاهل القواعد الوطنية الآمرة بما في ذلك النظام العام في البلد الذي يرجح تنفيذ حكم التحكيم فيه، وإلا كانت النتيجة هي عدم قابلية حكمه للتنفيذ، وهذا ما يوفر مجالاً لإعمال القوانين الوطنية، لا سيما تلك المتعلقة بالسياسة الاقتصادية، كالنظام النقدي، ونظام الإستيراد والتصدير، ونظام الضرائب والرسوم الجمركية.... إلخ².

وإذا توجهنا إلى دراسة قضاء التحكيم الحديث فإن أول ما نلاحظه في هذا المقام هو كثرة الأحكام التحكيمية التي يظهر فيها دور الأعراف والعادات التجارية الدولية، حيث تؤسس غالبية هذه الأحكام عليها، حيث نذكر في هذا الصدد القرار التحكيمي الصادر عن محكمة "Arbitration Trade Fédéral L'AFTEC"، في 25 جوان 1970، حيث إستند المحكمون في هذه القضية إلى مفهوم القوة القاهرة السائد في القانون العرفي الدولي، حيث تتلخص وقائع القضية كما يلي:

" تعهد بائع يوغسلافي بتسليم كمية من المنتجات الزراعية لمشتريين ألمانين، ولكن نظراً لسوء عملية الحصاد أصبح البائع غير قادر على تنفيذ العقد، مما أدى إلى إحالة القضية على مركز التحكيم، حيث تمسك البائع أمام محكمة التحكيم بالقوة القاهرة نظراً لكون سوء الأحوال الجوية وفقر عملية الحصاد هو "عمل الإله" وإنتهى المحكمون في الأخير إلى تكريس مفهوم القوة القاهرة الذي يسيطر على مجال البيع التجاري الدولي، والذي لا ينص عليه لا القانون الألماني، ولا القانون اليوغسلافي ولا تلك المنصوص عليها في الشروط العامة للكوميكون "Comecon"³.

وكذلك القرار الصادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في القضية رقم 1688 لسنة 1971 في نزاع يتعلق بتنفيذ عقد بيع بشروط "FOB"، بين بائع يوغسلافي ومشتري فرنسي، وكان على المحكم أن يفصل فيما إذا كان البائع أم المشتري هو الذي يجب أن يتحمل دفع المصاريف الإضافية بسبب تأخر السفينة عن الوصول في الميعاد المحدد في ميناء التصدير، فإستند المحكمون إلى تطبيق قواعد العرف والعادات التجارية الخاصة بتطبيق شروط البيع "FOB"، حيث بني القرار على قواعد "Incoterms" رغم أن العقد الدولي المبرم بين الطرفين لا يحمل أية إشارة لتطبيق مثل هذه القواعد، فقرر المحكمون أن المشتري هو الذي يتحمل هذه المصاريف الإضافية¹.

(1) د. حسني المصري، نفس المرجع السابق، ص. 275.

(2) راجع: مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص. 262.

(3) لمزيد من التفاصيل حول القضية راجع: منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص. 53.

(1) لمزيد من التفاصيل حول القضية، راجع: أحمد الحواري، مرجع سابق، ص. 150، 151.

وفي هذا الصدد يرى الأستاذ "Derrains" أن قواعد "Incoterms" تمثل نوع من التحرير الموجز للعرف الدولي في مجال البيع، ومن ثم فكل بيع يتم وفقا للشروط بيع "FOB" يدخل ضمن نطاق تطبيق هذه القواعد²، فالحكم لم يبحث عن قواعد القانون السويسري في القضية المذكورة والتي يمكن تطبيقها على النزاع، وإنما إكتفى بتطبيق قواعد "Incoterms" على النزاع.

إذا كانت العادات والأعراف التجارية الدولية تمثل مصدرا هاما للقواعد التي يطبقها المحكم الدولي على موضوع النزاع، فإن أحكام التحكيم التجاري الدولي التي تعتمد على هذه العادات والأعراف التجارية غالبا ما لا تلقى قبولا من الأطراف الذين ينتمون إلى الدول النامية، حيث غالبا ما تخفي وراءها موقفا غير حياديا بالنسبة للنزاع، فعادة ما تصدر هذه الأحكام لصالح أطراف ينتمون إلى الدول المتقدمة³، وحيث تنشأ تلك العادات والأعراف لتحكيم العلاقات التجارية بين دول تختلف فيما بينها من حيث النظام السياسي أو الإقتصادي، أو من حيث درجة التقدم، وبالتالي تعتبر العادات والأعراف التجارية الدولية مصدرا من مصادر القلق والإرتياب الذي أصبح يسود لدى المتعاملين الإقتصاديين في الدول النامية، الأمر الذي أصبح لا يشجع معه اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض منازعات التجارة الدولية.

كما أن الوضع الراهن للتشريع الدولي الذي يعكس تمسك الدول بسيادتها الوطنية، لم يصل بعد إلى مرحلة الإعتراف لقانون التجارة الدولية، ممثلا في العادات والأعراف التجارية، بصفة "فوق دولية" تخوله قوة إلزامية تعلق قوة التشريعات الوطنية أو حتى الدولية، خصوصا وأن هذا الإعتراف يفترض إتفاق الدول على مضمون محدد لقانون التجارة الدولية، في حين أن هذا المضمون لا يزال محل جدل في الفقه والقضاء الدوليين، ومن الصعب أن تتخذ منه الدول موقفا واحدا بسبب تباين أنظمتها السياسية والإقتصادية والإجتماعية، فضلا عن تفاوت الدول في درجات النمو والتقدم⁴.

وعليه فنحن نرى أنه من غير المرغوب فيه الإعتراف بدور مطلق للمحكم في أعمال هذه العادات والأعراف التجارية الدولية، إذ لا بد له من أعمالها في الحدود المقررة لقواعد القانون المكتملة، ذلك أنها وإن كانت تتضمن تطويع القواعد المطبقة في شأن التجارة الدولية، إلا أنها في الواقع تمثل "قانون الأقوياء" لكونها في الغالب تنشأ عن العقود النموذجية وممارسات المشاريع الكبرى القوية في

-Eric loquin, op-cit, page 327-328.

(2)

(3) لقد أصبح مبدأ الحياد محلا للجدل، فالإحصائيات الصادرة عن غرفة التجارة مثلا تبين لنا أن معظم المحكمين هم من الدول المتقدمة وخاصة الأوروبية، وهو ما يؤدي إلى الإختلاف التام بين طريقة تفكير المحكمين، وعقليات الأطراف المتنازعة التابعة للدول النامية.

(4) د. حسني المصري، مرجع سابق، ص 377.

مواجهة المتعاملين معها والذين غالبا ما ينتمون إلى دولا نامية، حيث تفرض عليهم حاجاتهم ومصالحهم الرضوخ لإرادتها.

الفرع الثاني

حرية المحكم في تطبيق المبادئ العامة في القانون الدولي.

إلى جانب العادات والأعراف التجارية الدولية فإن المحكم كثيرا ما يستعين بالمبادئ العامة للقانون لحل النزاع، والتي تعتبر عاملا مشتركا لمعظم الأنظمة القانونية، فغني عن البيان أن الحرية التي يتمتع بها المحكم في إطار هيئات التحكيم الدائمة بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، كانت عاملا أساسيا في تمكينه من إستبعاد التشريعات الوطنية لما قد يشوبها من نقص أو تعارض يعرقل حركة التجارة الدولية واللجوء إلى فكرة المبادئ العامة المشتركة.¹

وفي هذا الصدد يرى الأستاذ "Fouchard" أن "إتجاه المحكمين نحو تسبب أحكامهم إستنادا إلى التدليل القانوني المجرد، بعيدا عن القواعد الوطنية الصادرة من الأجهزة التشريعية للدول المختلفة، كان من أهم الأسس الجوهرية التي أدت إلى إرساء المبادئ القانونية العامة".²

فأمام قضاء التحكيم الدولي الحديث يعمل المحكمون على تطبيق المبادئ العامة للقانون على المنازعات العقدية ذات الطابع الدولي، وهم بمسلكهم على هذا النحو يهدفون إلى تدويل العقد وإخراجه من دائرة إختصاص القوانين الوطنية.³

وتبرز تحت المبادئ العامة للقانون مصطلحات كثيرة مثل :

"المبادئ القانونية المشتركة بين الأمم المتحضرة أو المتمدينة"⁴ أو "القانون الطبيعي الجديد" وهي كلها مصطلحات توحي إلى المبادئ العامة للقانون الدولي، حيث تندرج تحتها مجموعة من المبادئ العامة المتعارف عليها، والسائدة في النظم القانونية المتحضرة، مثل "مبدأ العقد شريعة المتعاقدين"، و"مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية"، و"مبدأ إحترام الحقوق المكتسبة"، و"عدم التعسف في إستعمال الحق"

(1) د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 48، 49.
(2) رأي الأستاذ Fouchard، مشار إليه في كتاب منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، نفس المرجع السابق، ص 258.
(3) د. أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 130.
(4) المقصود بالأمم المتحضرة أو المتمدينة الدول ذات النظم القانونية المتكاملة.

وعليه سوف نحاول معرفة مضمون هذه المبادئ، لكن قبل ذلك سوف نتطرق إلى تكييف هذه المبادئ، لنصل في الأخير إلى دراسة أشهر القرارات التحكيمية التي صدرت في مجال التحكيم التجاري الدولي الحديث كتطبيق للمبادئ العامة للقانون.

أولا : تكييف المبادئ العامة للقانون.

يختلف الفقه حول تكييف المبادئ العامة للقانون، حيث يرى جانب من الفقه أن المبادئ العامة للقانون تمثل في مجموعها النظام العام الدولي بما يتضمنه من مبادئ أساسية لا يجوز للمحكم الدولي وهو ينظر موضوع النزاع تجاوزها، وإلا كان جزاء مخالفة ذلك بطلان الحكم.¹ حيث يدعو هذا الفقه المحكم الدولي إلى الإبتعاد عن تسيب أحكامه على مقتضى القوانين الوطنية وإستبعاد قواعدها حتى ولو تعلقت بالنظام العام الوطني، وذلك إستنادا إلى وجود مبادئ أساسية في المجتمع الدولي للتجار تمثل النظام العام الدولي.

أما الأستاذ "Eric loquin" فيرى أن "المبادئ العامة للقانون مثل القانون الوطني لأنها تعتبر قواعد قانون تؤخذ بعين الإعتبار من طرف المتعاملين في حقل التجارة الدولية، وحتى لا تبقى هذه المبادئ مجرد مصطلح سطحي فإن تطبيقها يجب أن يكون ماديا، وهذا لا يمكن إلا بوجود قرارات تحكيمية معلنة توضحه"². أما الأستاذ "Goldman" فيرى أن "المبادئ العامة للقانون لها طابع العادة مثل الأعراف"³.

ويرى جانب آخر من الفقه أن "المبادئ العامة للقانون أصبحت حقيقة واقعية لا يمكن تجاهلها في الميدان الدولي، وأن صفتها الدولية أدت إلى جعلها قانونا معدا أساسا لحكم المبادلات التجارية الدولية"⁴.

في حين يرى الفقيه "Derrains" أن "المبادئ العامة للقانون هي قواعد ذاتية التطبيق بحيث أنها لا تستمد أساسها من إرادة الأطراف وإنما من النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي الذي يضع العقد الدولي في علاقة مباشرة مع هذه القواعد"⁵.

ثانيا : مضمون المبادئ العامة للقانون.

(1) رأي الفقيه KHAN، مشار إليه في كتاب حسني المصري، مرجع سابق، ص. 386.
(2) رأي الأستاذ Eric loquin، مشار إليه في مذكرة عيادي فريدة، مرجع سابق، ص. 66.
(3) رأي الأستاذ Goldman، مشار إليه في مذكرة عيادي فريدة، نفس المرجع السابق، ص. 66.
(4) راجع: زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولي في القانون الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص. 345، 344.
(5) رأي الأستاذ Derrains، مشار إليه في كتاب منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الداخلي والدولي، مرجع سابق، ص. 53.

إن مضمون المبادئ العامة للقانون يغلب عليها طابع التآلف بين مبادئ تشريعية تتطابق أو تتقارب بعضها مع بعض¹. فهناك من المبادئ العامة للقانون ما هو مغرق في العمومية والتجريد، على نحو يبدو معه معبرا عن أصول أدبية أكثر منه عن قواعد قانونية مادية قابلة للتطبيق المباشر في مجال المعاملات التجارية الدولية، ومثال ذلك "مبدأ مراعاة حسن النية" و"مبدأ وجوب الوفاء بالعهد".... فلاشك أن هذا النوع من المبادئ العامة عالية التجريد يجد سند له في المنطق العقلي، كما يجد العديد من التطبيقات في مختلف النظم القانونية، على نحو يمكن معه إعتبره مصدرا لقانون التجارة الدولية، ولذلك فكثيرا ما يتوجه المحكمون إليها في تسبب أحكامهم، ويبقى هذا النوع من المبادئ عالية التجريد لا يقدم حلا مباشرا للنزاع وإنما يترك الحرية للمحكم في إختيار بديل يتساوى في تحقيق مضمون المبدأ.

وفي هذا السياق يظهر نوع آخر من المبادئ العامة للقانون أقل تجريدا وأكثر إقترابا من المعطيات القانونية لمختلف النظم تتفرع عن النوع الأول.²

وقد نستخلص هذه المبادئ العامة للقانون إما من صحة الإتفاق على التحكيم، أو تفسيره أو تنفيذه.

1. المبادئ العامة المتعلقة بصحة الإتفاق :

عملت أهلية وسلطة المتعاقدين على تأكيد بعض المبادئ العامة، فكثيرا ما يرم العقد الدولي بوجود مبدأ متعلق بعدم الرجعية في غياب سلطة مناقشة العقد الذي يمنع على أحد الأطراف مقابلة الآخر في غياب سلطة وكيله.³

أما حول عيوب الرضا، فقد إستنبط قضاء التحكيم الكثير من المبادئ العامة، حيث طرح مبدأ متعلق بإختصاص محترفي التجارة الدولية والذي يؤدي إلى إستفادة المهني من خطئه لإبطال العقد، إذ لا بد أن يكون الخطأ الفعلي المرتكب من طرف المهني يمكن أن يؤدي إلى إبطال العقد، مثل القوانين الوطنية، كما نجد في المقابل بعض المبادئ التي أقرت مبدأ إبطال العقود الناتجة عن التدليس والغش.⁴

2. المبادئ العامة المتعلقة بتفسير الإتفاق :

(1) د. أحمد الحواري، مرجع سابق، ص 154.

(2) راجع : مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 745، 746.

(3) - P.Fouchard, op-cit, page830 .

(4) - P.Fouchard, op-cit, page 832 .

يعترف قضاء التحكيم الحديث بوجود عدة مبادئ متعلقة بتفسير إتفاقات التحكيم، ومبدأ التفسير بصفة عامة ينصب حول الإتفاقات التي تفسر بحسن نية على نحو تصبح معه سوء النية محظورة للتفسير.

وعليه فإن التفسير بحسن النية ليس إلا تأكيدا على منع التفسير الأدبي على حساب التفسير حسب الإرادة الحقيقية للأطراف وهو ما لاحظته المحكم "Cassin" في قراره الصادر في 10 جوان 1955 حيث إعتبر أن المبدأ الأساسي لحسن النية يتطلب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين. وكذلك في القرار التحكيمي الصادر في قضية "ARAMCO" بتاريخ 23 أوت 1958 حيث لاحظ المحكم أن التفسير لا بد أن يكون على أساس أن الأطراف أرادت وضع حالة التعاقد مطابقة للهدف المشترك الذي أرادت تحقيقه.¹

وكذلك يمكن الإشارة إلى وجود قاعدة ولو أنها غير مطبقة كثيرا في قضاء التحكيم وهي تلك المتعلقة بتفسير الشك ضد الطرف الذي قام بتحرير شرط التفسير، وهو ما يحدث في عقود الإذعان.

3. المبادئ العامة المتعلقة بتنفيذ الإتفاقات :

أهم مبدأ يمكن الإشارة إليه في هذا المجال هو مبدأ "تنفيذ الإتفاقات بحسن نية"، وهو مبدأ وجد في الحقيقة تأكيدا له في قضاء التحكيم.

كما نجد في العقود الطويلة المدى الإلتزام بإخبار المتعاقدين ك"الإلتزام بالإعلام بكل شيء"، وهكذا نجد إلتزام كل طرف في العقد بإخبار الطرف الآخر بكل الظروف الطبيعية التي تجعل تنفيذ العقد في خطر.²

كما أن قضاء التحكيم غالبا ما يضع على عاتق الأطراف إعادة مناقشة العقد بحسن نية في العقود طويلة المدى، كما يعطى فرصة للطرف المتضرر إقتراح تنفيذ بديل عن التنفيذ الأصلي. وأخيرا يمكن القول أن الطريقة المعتمدة لإستنباط المبادئ العامة لا تقتصر فقط على تطبيق قائمة من المبادئ التي كانت محل تقنين شكلي، بل بطريقة تسمح بإستنباط مبادئ مختلطة ومهمة في القانون المقارن.

ثالثا: تطبيقات المبادئ العامة للقانون في قضاء التحكيم الحديث.

(1) راجع في ذلك : عيادي فريدة، مرجع سابق، ص 69، 70.
(2) راجع القرار الصادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 2291 لسنة 1975، والمشار إليه في مذكرة عيادي فريدة، نفس المرجع السابق، ص 71.

تجد المبادئ العامة للقانون مجالا واسعا للتطبيق في قضاء التحكيم التجاري الدولي الحديث، فغالبا ما يطبق المحكم الدولي- في إطار هيئات التحكيم الدائمة- على النزاع الدولي المبادئ العامة للأمم المتحدة ويعتبرها مصدرا من مصادر قانون التجارة الدولية. وبهذا قضت هيئة التحكيم في الدعوى المرفوعة من شركة السكك الحديدية النرويجية ضد إثيوبيا، حيث إدعت أنها لم تعثر على قانون إداري في إثيوبيا وهي الدولة مانحة الإمتياز، ولذلك طبقت قوانين الدول الأوروبية المشتركة المتعلقة بإمتياز المرافق العامة بإعتبارها مبادئ عامة للأمم المتحدة. ومع ذلك تعسفت هيئات التحكيم الدائمة في الكثير من المناسبات في تطبيق هذه المبادئ، فطبقتها على النزاعات رغم وجود نص قانوني يحكمها بحجة أن هذا النص لا يتلاءم مع النظم القانونية الحديثة أو المتطورة.¹

وفيما يتعلق بالمبادئ العامة المتعلقة بصحة الإتفاق على التحكيم نجد حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس حيث قرر أنه يجوز للمستورد المحلي طلب بطلان عقد الإستيراد على أساس وجود عيب في إرادته يتمثل في الغلط بصفة جوهرية في محل العقد.²

كما طبقت محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس سنة 1979 مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود بوصفه من المبادئ العامة المشتركة لقوانين الأمم المتحدة التي تدرج في قانون التجارة الدولية بعد إستبعاد كل من القانونين التركي والفرنسي، حيث كان النزاع يدور حول تبيان ما إذا كان إنهاء الوكالة يرجع إلى خطأ في الظرف المنهي لها، وما كان قد لحق الطرف الآخر ضرر يستوجب التعويض.³

وفي قضية "Sapphire" بين الشركة البترولية الأمريكية وإيران سنة 1963 إنتهت هيئة التحكيم إلى أن قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" و"مبدأ عدم وفاء أحد المتعاقدين بإلتزامه" يجيز للطرف الآخر فسخ العقد مع التعويض، حيث أصدر المحكم "CAVIN" قراره معلنا ضرورة الفصل في النزاع طبقا للمبادئ العامة للقانون، مؤكدا أن هذه المبادئ العامة هي المطبقة من طرف الدول المتحدة.⁴

● وضعية الدول النامية :

(1) راجع في ذلك : منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 261، 262.

(2) لمزيد من التفاصيل راجع: حسني المصري، مرجع سابق، ص 398.

(3) راجع القضية في كتاب: منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، المرجع السابق نفسه، ص 262.

(4) راجع : محمد كولا، مرجع سابق، ص 223.

إذا كانت المبادئ العامة للقانون تعمل على تحقيق العدل والمساواة بين أطراف النزاع، وإقامة الوثام بين المتعاملين في حقل التجارة الدولية، فإن هذه الأهداف كثيرا ما يكذبها -وللأسف- واقع التجارة الدولية في ظل التحكيم التجاري الحديث، لأن تطبيق المبادئ العامة المشتركة وإستبعاد القوانين الوطنية للأطراف المتعاقدة مع الشركات الأجنبية غالبا ما يخفي في طياته حيلة متعددة، ومواقف غير حيادية من طرف المحكمين.¹

ولازالت الذكريات السيئة والمريرة تلاحق الدول النامية وخاصة الدول العربية منها فلا تستطيع نسيانها بسبب الأخطاء والتجاوزات التي حدثت من طرف المحكمين والتي كلفتها خسائر فادحة وغالية جعلتها تفقد الثقة في التحكيم.

فكما رأينا سابقا في الباب الأول من هذا البحث ونحن بصدد دراسة دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في قضية "أرامكو" "ARAMCO" كيف أن المحكم قرر عدم كفاية مبادئ القرآن الكريم لحل مشاكل الإنتاج البترولي إستنادا إلى أن الدول النامية تعوزها الثقافة القانونية الكافية، مستخدما المبادئ العامة للقانون.²

ولعل أول تطبيق لما يسمى بالقانون الطبيعي الحديث في قرارات التحكيم التجاري الدولي كان في النزاع بين شيخ أبوظبي وشركة التنمية البترولية المحدودة سنة 1951، حيث إستخدم المحكم الإنجليزي اللورد "Asquith Bishopstone" مصطلح القانون الطبيعي الحديث، دون أدنى إشارة إلى المبادئ العامة للشريعة الإسلامية بقوله "إذا كان نظريا قانون أبوظبي هو الواجب التطبيق على النزاع، فلا بد أن تكون إرادة الأطراف قد إنصرفت إلى تطبيق المبادئ المشتركة للأمم المتحدة، وهي نوع من القانون الطبيعي". وأضاف المحكم قائلا "لا يمكن أن نقول بإطمئنان بوجود قانون فالشيخ يطبق عدالة تقديرية عن طريق القرآن، ومن الخيال أن ندعي أنه في هذا الإقليم البدائي توجد مجموعة مستقرة من المبادئ القانونية يمكن تطبيقها على تفسير الوثائق التجارية الحديثة، ولكن يجوز تطبيق القانون الإنجليزي بإعتباره جزء من القانون الطبيعي المستقر في الدول المتمدينة".³

وبذلك إستبعد المحكم قانون أبوظبي بإعتباره قانونيا بدائيا لا يمكن إستخدامه لحكم وتفسير المعاملات التجارية الدولية مطبقا القانون الإنجليزي على إعتبار أنه يمثل المبادئ العامة للأمم المتحدة.

(1) إن الحجج التي يتمسك بها المحكمون عادة لإستبعاد القوانين الداخلية للدول النامية تلتقي جميعها في كون هذه القوانين يغلب عليها النقص وعدم مواكبة التطور الحاصل في مجال التجارة الدولية، وذلك لتطبيق القواعد المستمدة من المبادئ المعمول بها في الأمم المتحدة عامة والدول الأوروبية على وجه الخصوص، وفضلا عن ذلك فإن المحكمون غالبا ما يتعاملون مع التشريع الإسلامي والقوانين الداخلية للدول النامية كقوانين بدائية Primitives غير قادرة على تسيير العلاقات التجارية الدولية.

(2) راجع الصفحة 66 من هذا البحث.

(3) راجع: منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 263.

ففي هذه الأحكام تم إستبعاد التشريع الإسلامي، وتطبيق المبادئ العامة للقانون، والواقع أن ما قام المحكمون بإعماله في هذه المنازعات التجارية من المبادئ العامة المشتركة للأمم المتعدنة، إنما هو رد فعل لثقافته القانونية وحتى الدينية وإنعكاس للنظم القانونية التي يعرفها ويكون على إمام بها، بحيث لا يأخذ بعين الإعتبار النظم القانونية التي يجهلها أو لا تروق له أو لا تتماشى مع ثقافته القانونية والدينية.

كما أستخدم مصطلح "المبادئ العامة للقانون" في القرار الصادر في 19 فبراير 1977 بخصوص

النزاع القائم بين ليبيا وشركة "Texas overseas petroleum company and california asiatic oil company" وهو ما يعرف بقضية "تكساكو" "TEXACO"، حيث تبين من خلال تحليل هذا القرار الحيل التي إستخدمها المحكم للوصول إلى هدفه النهائي، وهو إستبعاد القانون الوطني للدول المتعاقدة أي القانون الليبي، ذلك أن عقد الإمتياز موضوع النزاع كان ينص على أن "هذا العقد يخضع للمبادئ العامة في القانون الليبي طالما أن هذه المبادئ تلتقي برابطة مع المبادئ العامة في القانون الدولي، وفي غياب ذلك فإن عقد الإمتياز يخضع ويفسر وفقا للمبادئ العامة في القانون الدولي". فهذا النص يقيم نوع من التدرج حيث يعطي الأولوية في التطبيق للقانون الليبي ثم المبادئ العامة للقانون الدولي. ومع ذلك فإن المحكم الفرنسي "René jean dupuy" إستبعد القانون الليبي بعد لجوئه إلى عدة حيل، ليخضع النزاع لما أسماه "المبادئ العامة في القانون الدولي" مستندا في ذلك على فكرة التعارض بين القانون الليبي مع مبادئ القانون الدولي وإنتهى في الأخير إلى إعمال هذه المبادئ.¹

وفي صدد تعليقهم على هذا القرار يرى الأستاذ "عمر الزاهي" أن "ظاهرة تدويل العقد الدولي للفصل في النزاع إستنادا إلى المبادئ العامة للقانون الدولي لا يتماشى مع الواقع الجديد الذي يعرفه العالم اليوم، لأن الأخذ بقواعد القانون الدولي الكلاسيكي يهدف من ورائه المتعاملين الأجبيين خدمة مصالحهم على حساب الدول النامية، فضلا عن ذلك فإن المبادئ العامة للقانون الدولي هي فكرة مرنة تفتح النافذة للمحكم لكي يصدر قرارات تقرب في الواقع من القرارات التحكيمية وليس قرارات تحكيمية كما يجب أن تكون".²

وفي الحقيقة فإن هيئات التحكيم الدائمة في الأحكام المشار إليها سابقا تستخلص هذه المبادئ العامة من الأنظمة القانونية السائدة في الدول المتقدمة، وتطبيقها على النزاعات المرتبطة بدول نامية،

(1) لمزيد من التفاصيل راجع : محمد كولا، مرجع سابق، ص 222، 223.
(2) رأي الأستاذ عمر الزاهي، مشار إليه في كتاب محمد كولا، نفس المرجع السابق، ص 222.

الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى عجز هذه الدول الأخيرة عن تحقيق مصالحها وإستغلال ثروتها الطبيعية، ولعل هذه الإعتبارات هي التي أدت بالدول النامية إلى التخوف من نظام التحكيم ولا تثق فيه كثيرا. إن ما يمكن التوصل إليه من خلال دراستنا لأهم قرارات التحكيم التي طبقت المبادئ العامة للقانون أو بعبارة أخرى المبادئ المشتركة للأمم المتحدة كما تطلق عليها الدول الغربية هو إنحياز المحكمون للشركات الغربية خاصة في النزاعات التي يكون أحد أطرافها ينتمي إلى دولة نامية وهو ما يبرره الفقيه "Derrains" إذ يرى أن "التحكيم الحديث يعمل عموما على إداة التأميمات ويستعمل دوما في العالم الثالث مع مبررات متناقضة".¹

وعلى هذا الأساس فقد وجهت عدة إنتقادات لتطبيق المحكم المبادئ العامة في القانون أو المبادئ المشتركة للأمم المتحدة نلخصها فيما يلي :

- إن تطبيق المحكم الدولي لمصطلحات مثل "المبادئ العامة في القانون" أو "المبادئ المشتركة للأمم المتحدة" كثيرا ما تكتنفه بعض المحاذير مثل صعوبة تحديد مضمون هذه القواعد القانونية ، كما أن مفهوم هذه القواعد يبقى غامضا وغير محدد، والتي يمكن أن تكون ستارا يخفي وراءه المحكم الدولي حلولا قد تصطدم بالموضوعية في الفصل في النزاعات.² وغالبا ما يكون تطبيق هذه المبادئ في النزاعات التي تتعلق بما يسمى عقود القانون العام التي تكون الدولة أو إحدى هيئاتها العامة طرفا في النزاع بإعتبارها صاحبة سيادة مع أحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية مثل الشركات الخاصة الأجنبية كعقود التوريدات الصناعية، وإستيراد وإستغلال التكنولوجيا، الأمر الذي ينعكس على الحلول القانونية للمنازعات التي تثور بشأنها.

- كما أن هذه المبادئ ليست متحققة في كافة أنظمة الدول المختلفة، وإن وجدت فإنها ليست موحدة، وأنها في حقيقتها قواعد وطنية بحثة مشتقة من القوانين الداخلية للدول وليست مستقلة عنها، فهناك دولا إشتراكية وأخرى رأسمالية، وكل من هاذين النظامين يتميز بفلسفة مختلفة تماما، فالنظام الأول يجد أساسه في تقديم الجماعة على الفرد، أما النظام الثاني يقدم الفرد على الجماعة، فمبدأ حسن النية متحقق في كلا النظامين ولكن مفهومه يختلف في كل منهما، فهو ذو مفهوم إشتراكي في النظام الأول ورأسمالي في النظام الثاني.¹

(1) رأي الفقيه Derrains، مشار إليه في مذكرة عيادي فريدة، مرجع سابق، ص 76.

(2) د. أحمد الحواري، مرجع سابق، ص 155.

(1) راجع : منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 258، 259.

- إن أحكام التحكيم التي إستخدمت مفهوم المبادئ المشتركة للأمم المتمدينة أو المتحضرة، لم تبين بأي حضارة يتعلق هذا الأمر، وكأن الحضارة المعنية تملك صفة عالمية، وعلى الرغم من ذلك فإنه يظهر لنا من خلال هذه الأحكام التحكيمية أن هذه الحضارة هي حضارة الدول المتقدمة المستوحاة من المسيحية، فهذه الفكرة فكرة إستعمارية متعالية تحاول فرض وصايتها وسيطرتها على الدول، وكأن مجتمعا متحضرا يحاكم مجتمعا متخلفا.²

- كما أن سجل قرارات التحكيم بالنسبة لتطبيق المبادئ العامة للقانون أو المبادئ المشتركة في الأمم المتحضرة ليس سجلا ناصعا تماما، حيث أن المحكمين في الدول الغربية المتقدمة لا ينظرون إلى المبادئ العامة للقانون أو المبادئ المشتركة في الأمم المتحضرة إلا بمنظار يتأكد من خلاله إعمال قانون القوي على الضعيف، الأمر الذي يصبح معه أمر تدويل القواعد التي تحكم موضوع النزاع في الواقع تكريس لمفاهيم قوانين الدول المتقدمة، كما أن حجم التناقضات بين الدول المتقدمة والدول النامية قد تقف عقبة أمام تدويل العقود.³

- كما أن تطبيق هذه المبادئ العامة يعتمد إلى حد كبير على الثقافة القانونية للمحكم الدولي وقدرته على إستخلاص هذه المبادئ من خلال التحليل المقارن لعدد كبير من القوانين الوطنية، أو من خلال قناعاته الشخصية بتطابق حكمه في موضوع النزاع مع بعض المبادئ العامة أو المشتركة. وعلى الرغم من كل هذه الإنتقادات، فقد إستطاع قضاء التحكيم الحديث أن يستخلص العديد من المبادئ العامة والمشاركة التي لا يمكن تجاهلها في إطار العلاقات التجارية الدولية.

وصفوة القول أن التحكيم التجاري الدولي الحديث يتجه إلى منح المحكم حرية واسعة في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، حيث يعمل المحكمون إلى تطبيق العادات والأعراف التجارية الدولية وكذا المبادئ العامة للقانون على حساب القوانين الوطنية، إذا أن الحرية التي ويتمتع بها المحكم في هذا المجال كثيرا ما تخفي في طياتها نتيجة معينة وهي التهرب من قانون الدولة الطرف في النزاع خاصة في عقود القانون العام، وتدويل العقد بإعتباره وسيلة لحماية الشركات الأجنبية من القوانين الوطنية للدول التي تستثمر فيها هذه الشركات، ويتجاهل في المقابل مصالح الدول النامية بصفة عامة والدول العربية بصفة خاصة.

(2) د. أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 126.

(3) د. أحمد الحواري، مرجع سابق، ص 156.

وعليه فإن إرادة الأطراف تشهد يوماً بعد يوم تراجعاً ملحوظاً في مجال إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في ظل التحكيم المؤسسي الحديث، حيث أصبحت الحرية التي كان يتمتع بها الأطراف في إختيار هذا القانون في ظل التحكيم الخاص "Ad-HOC" وهما، لأنه غالباً ما لا يتم إستشارة أطراف النزاع من قبل المحكم الدولي بحجة البحث عن القواعد الأنسب لحكم النزاع تماشياً مع الضرورات التي تقتضيها التجارة الدولية الحديثة، وعجز القوانين الوطنية على تلبية تلك الضرورات، وهذا ما يفتح المجال الواسع للمحكم الدولي لإعمال أهوائه وميوله الثقافي والديني على النزاع، والغوص في بحار لا حدود لها بسبب غياب أي حصر أو تحديد لمضمون العادات والأعراف التجارية الدولية أو المبادئ العامة للقانون التي يقوم المحكم بإعمالها للفصل في النزاع.

المطلب الثاني

حرية المحكم في إستبعاد القانون المختار باسم النظام العام الدولي الحقيقي.

نظراً لتطور التجارة الدولية الحديثة، ظهر في حقلها مبادئ أساسية تقتضيها إعتبرات التجارة الدولية أصطلح على تسميتها النظام العام الذي يعلو فوق الدول، أو النظام العام الدولي الحقيقي، وهو نظام عام عابر للأوطان في الحقيقة يستمد مصدره من مجتمع التجار الدوليين، حيث يشتمل على مبادئ تحمي المصالح الضرورية لمجتمع التجار.

ويتعلق الأمر هنا بنظام عام دولي حقيقي مشترك بين الأمم مستقلاً عن النظام العام بالمفهوم الوارد في القانون الدولي الخاص، فمحتوى النظام العام الدولي الحقيقي يتعلق بالنظام العام الذي يستمد مصدره من الآليات الدولية لحماية التجارة الدولية.

وقد وفر هذا المفهوم الجديد للنظام العام الدولي المناخ لتوسيع سلطة المحكم في إستبعاد أحكام القانون المختار من قبل أطراف النزاع، عندما تتعارض هذه الأحكام مع متطلبات التجارة الدولية وإعتبرات النظام العام الدولي الذي يعلو فوق الدول.

غير أن السؤال الذي يطرح نفسه بقوة في هذا الصدد :

ما المقصود بفكرة النظام العام الدولي الحقيقي ؟ وما مدى حرية المحكم في البحث عن قواعد النظام العام الدولي الحقيقي وتطبيقها ؟

ولالإجابة على هذا التساؤل العريض نتطرق في الفرع الأول إلى مفهوم النظام العام الدولي الحقيقي، ثم نتحدث عن دور المحكم في تطبيق هذه القواعد في الفرع الثاني.

الفرع الأول

مفهوم النظام العام الدولي الحقيقي.

لقد كان الفقيه "Leroubours piègeonière" أول من أشار إلى المفهوم الجديد للنظام العام الدولي دون أن يطلق عليه تسمية النظام العام الدولي الحقيقي حيث يرى أنه "يتم إثارة الدفع بالنظام العام ضد القوانين التي لا تعترف بالمبادئ العامة للقانون أو المشتركة بين الأمم المتحضرة"¹. ويرى الفقيه "NIBOYET" في محاولته لتحديد مفهوم النظام العام الدولي الحقيقي أن المقصود به هو "النظام العام المشترك بين الأمم المتحضرة، والذي يترتب على عدم إحترامه، الخروج عن نطاق الإشتراك القانوني الذي يعتبر أساس القانون الدولي الخاص"². ويرى الأستاذ "Jean Robert" أن "النظام العام الدولي الحقيقي أصبح يعبر عن الأصول والمبادئ العامة التي يفرضها التعايش المشترك بين المجتمعات"³. كما ترى الأستاذة "TOUBIANA" أن "فكرة النظام العام الدولي الحقيقي هي الأداة الكفيلة لإبطال العقود المخالفة لقوانين أجنبية لا تحكمها، ولم يتم تحديدها طبقا لقواعد التنازع"⁴. أما الفقيه "GOLDMAN" فيرى أنه "على الرغم من أن وجود نظام عام دولي حقيقي يبدو أمرا خياليا ، فإنه مهما كان مصدر النظام العام الدولي ومحتواه فهو يعمل على حماية المبادئ الأساسية وإقامة الآداب الدولية"⁵. وقد ثار جدل كبير بين الفقه بين مؤيد ومعارض لوجود فكرة النظام العام الدولي الحقيقي :

1. الإتجاه المنكر لفكرة النظام العام الدولي الحقيقي .

-Jean Robert, op-cit, page357 .

(1)

(2) رأي الأستاذ NIBOYET، مشار إليه في كتاب Jean Robert، نفس المرجع السابق، ص. 358.

(3) رأي الأستاذ : Jean Robert، مشار إليه في كتاب مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص. 288.

(4) وهي تشير إلى حكم لمحكمة السين بتاريخ 04 فبراير 1956 جاء فيه "إن أعمال التهريب التي تتم بالغش نحو القوانين الأجنبية تعد أعمالا غير مشروعة ولا تنتج أثرا، وأن النزاع المائل يمس النظام العام الدولي الحقيقي".

- راجع في ذلك : منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص. 269، 268.

(5) رأي الأستاذ Goldman، مشار إليه في مذكرة عيادي فريدة، مرجع سابق، ص. 96.

يرى هذا الإتجاه أن هذا النظام ليس إلا تعبيراً عن نظام قانوني فوق الدول لمجتمع دولي مؤلف من أشخاص خاصة، وهذا المجتمع غير موجود حتى الآن. والواقع أن النظام العام الدولي الحقيقي ما هو إلا القانون الدولي العام نفسه يتطابق معه ويمتزج به.¹

ويرى الأستاذ "هشام صادق" أن "فكرة النظام العام الدولي الحقيقي لا يمكن تصورها في الوقت الحالي حيث لا توجد سلطة عليا فوق الدول يمكن لها أن تفرض هذا النظام".²

وإذا كان صحيحاً أن هناك مبادئ أساسية تشترك معظم دول العالم في الإعراف بأهميتها، فإن تطبيقها باسم النظام العام الدولي الحقيقي هو خلط غير مستساغ.³

2. الإتجاه المؤيد لفكرة النظام العام الدولي الحقيقي :

يرى الأستاذ "LALIVE" أن الممارسة العملية المتعلقة بقضاة الدول وتلك المتعلقة بالمحكمن لا تسمح اليوم بإنكار مفهوم النظام العام الدولي الحقيقي وإنكار فائدته ومنافعه في حماية المبادئ الأساسية في المجتمع الدولي.⁴

وذهب جانب من الفقه المصري إلى القول أن "يبدو من الصعب تحديد جوهر ملموس لفكرة النظام العام الدولي الحقيقي، رغم قناعتنا بأن هذه الفكرة باتت على الصعيد الدولي تأخذ معنى حقيقياً وجدياً بعيداً إلى حد ما عن المعنى الحرفي لفكرة النظام العام في القوانين الوطنية".⁵

ويرى جانب آخر من الفقه أن طبيعة وعمل النظام العام الدولي الحقيقي ليست هي نفس طبيعة وعمل النظام العام الدولي الموروث عن "Bartin"، حيث لم يعد المقصود إستبعاد قانون أجنبي على وجه الخصوص بسبب أن مضمونه مخالف للنظام العام المشترك، بل التطبيق المباشر لهذا النظام العام الدولي الحقيقي كنظام عام مشترك بين الأنظمة القانونية الوطنية، فالنظام العام الدولي الحقيقي يملك وظيفة إيجابية وليست وظيفة إستبعادية فقط حيث تتمثل الوظيفة الإيجابية في التطبيق المباشر لمبادئ أساسية دولية.⁶

ويتجه الفقه الحديث إلى الإعراف بوجود النظام العام الدولي الحقيقي كآلية لحماية متطلبات التجارة الدولية الحديثة، فعلى الرغم من أن مصطلح النظام العام الدولي الحقيقي هو مصطلح لم يصل بعد إلى ضبط معالمه وقواعده بصفة دقيقة، إلا أنه يعتبر مصطلح متوافر وله وجود رغم الإنتقادات

(1) راجع : أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 69.

(2) رأي الأستاذ : هشام صادق، مشار إليه في كتاب أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 70

(3) د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 269.

(4) رأي الأستاذ Lalive، مشار إليه في كتاب أشرف عبد العليم الرفاعي، نفس المرجع السابق، ص 74.

(5) راجع أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 119.

(6) راجع : أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق نفسه، ص 78.

الموجهة له، إذ أننا نلاحظ أنه له تبريراته في الميدان التطبيقي من طرف محكمي التجارة الدولية تلبية لحاجيات التجارة الدولية، وذلك ما سنعالجه لاحقاً.

الفرع الثاني

دور المحكم في تطبيق قواعد النظام العام الدولي الحقيقي.

نظراً لأن المحكم ليس له قانون إختصاص، وليس بحارس للأنظمة العامة الوطنية على خلاف قاضي الدولة الذي يدافع عن مفاهيم وطنية محددة، فإن المحكم الدولي أصبح يكرس مفهوم النظام العام الدولي الحقيقي ويقر بوجودها وذلك في سبيل تحقيق حاجيات التجارة الدولية حيث ينبغي على المحكم أن يضع في الإعتبار المصالح المشتركة للتجارة الدولية.

وفي هذا الصدد يرى الفقيه "Goldman" أن "المحكم لا يلتزم كمبدأ عام بإعتبارات النظام العام الوطني في الدول المتخلفة، وإنما هو يراعي فقط المبادئ العامة الأساسية التي تقتضيها إعتبارات التجارة الدولية".¹

وتأكيداً على الحرية التي يتمتع بها المحكم في مجال تطبيق قواعد النظام العام الدولي الحقيقي يؤكد الفقيه "Lalive" على هذه الحرية، ولتبرير إيجابه يرى "إذا كان من الصعب في مجال القانون الدولي الخاص للتحكيم التجاري الدولي تقبل مثل هذه الحرية للمحكم في إستبعاد القانون الذي إختاره الأطراف، وإستبداله بحكم المحكم بإعتباره الأكثر ملاءمة، فإنه من الممكن لا بل من الواجب تقبل حرية المحكم الدولي في إستبعاد إختيار الأطراف باسم النظام العام الدولي الحقيقي، والحرية التي يتمتع بها المحكم في هذا المجال هي حرية مطلقة، لا بد أن تكون في نفس مستوى مبدأ سلطان الإرادة".²

وترى في هذا الصدد الأستاذة "TOUBIANA" أنه "على المحكم أن يثير البطلان المترتب على فكرة النظام العام من تلقاء نفسه، دون الحاجة إلى تمسك الخصوم به لأن المسألة تتعلق بالأخلاق الدولية والآداب العامة المشتركة".³

وفي نفس السياق يذهب جانب آخر من الفقه إلى التأكيد على السلطة التقديرية للمحكّمين الدوليين في تحديد جوهر فكرة النظام العام الدولي الحقيقي بإعتبارهم "قضاة" التجارة الدولية، وقدرتهم على تحديد ذلك بصفة مستقلة عن النظام العام في القوانين الداخلية.¹

(1) رأي الأستاذ Goldman، مشار إليه في كتاب هشام صادق، المرجع السابق، ص. 323.

(2) A.P Lalive, les problèmes relatifs à l'arbitrage international, recueil des cours de la Haye, 1967- T.I, p356.

(3) رأي الأستاذة Toubiana، مشار إليه في كتاب منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص. 269.

كما يرى بعض الفقه أن تطبيق المحكم الدولي للنظام العام الدولي الحقيقي لا يثير أية مشكلة عندما يفصل المحكم في غياب إختيار أطراف النزاع للقانون الواجب التطبيق، واضعا في الحسبان التقيد بمقتضيات التجارة الدولية.²

وتأكيدا على ما سبق يرى بعض الفقه أن "الطابع المتطور لمفهوم النظام العام الذي يعلو فوق الدول يمارس عدة تجاوزات على مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، لأنه لا يمكن أن يكون هناك سلطان إرادة ولبيرالية قانونية إلا في الحدود العامة التي يرسمها المجتمع الدولي للتجار، في حدود إحترام الأخلاق العليا ومتطلبات تضامن هذا المجتمع."³

وقد كشفت الممارسة في مجال القضاء التحكيمي الحديث عن الدور الكبير الذي يلعبه المحكم في نطاق تطبيق قواعد النظام العام الدولي الحقيقي، حيث ساهمت القرارات التحكيمية بقسط وافر في إرساء مفهوم جديد للنظام العام الدولي يسمو فوق الدول، ولا بأس أن نورد بعض هذه القرارات التحكيمية :

1. الحكم الشهير للمحكم "LARGREGEN"، وهذا الحكم يتعلق بنزاع نجم عن عواقب الإلتجار بالنفوذ في الأرجنتين، حيث ترجع وقائع هذه القضية إلى بداية الخمسينات، عندما كانت شركة بريطانية ترغب في إبرام عقد مع الأرجنتين بمبلغ قيمته أربعة ملايين ليرة، وبعد الإلتصال بالموظف المحلي الذي بذل قصارى جهده للحصول على مساندة ودعم الرئيس "PERON" والذي بدونه كانت فرصة إبرام العقد ضئيلة، ومقابل هذه الخدمات وعدته الشركة بعمولة 10 % من المبلغ والإجمالي للعقد، ولكن في سنة 1955 فقد "PERON" السلطة، وهذا لم يمنع الشركة البريطانية من إبرام العقد بمبلغ تسعة ملايين ليرة، وقد طالب الموظف بالعمولة التي كانت قد وعدته بها الشركة، وعرض النزاع على المحكم "LAGERGEN" الذي رفض الطابع غير الأخلاقي للصفقة بداعي الرشوة، حيث جاء في قراره : "إن رشوة الموظف تكون مخالفة للنظام العام الدولي الحقيقي حتى ولو كانت صحيحة في القانون الأرجنتيني وأن مثل هذه الرشوة تشكل مخالفة للأخلاق الفاضلة والنظام العام الدولي لجماعة الأمم".¹

2. كذلك القرار الصادر عن محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس حيث ثارت المشكلة بخصوص شرعية مجموعة من العقود أبرمت بين شركة يوغسلافية، وشركات أجنبية ويتعلق الأمر بعمليتين مزدوجتين إستيراد - وتصدير حيث كان الجزء الأخير من العمل وهما وغرضه فقط السماح للشركة اليوغسلافية

- P.Fouchard, op-cit, page 399 -400.

(1) راجع : أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 81.

- P.Lalive, op-cit , page369 .

(2) لمزيد من التفاصيل راجع : أشرف عبد العليم الرفاعي، نفس المرجع السابق، ص 90 وما يليها.

بالحصول على إئتمان بالمخالفة للنصوص اليوغسلافية. فإعتبر المحكمون أن العملية ليست مخالفة فقط للتشريع اليوغسلافي بل أيضا للأخلاق والآداب الحسنة مما ترتب عنه بطلان العقود بطلانا مطلقا.²

3. القرار الصادر في نزاع مشروع هضبة الأهرام بين الحكومة المصرية ومجموعة من الشركات الأجنبية، حيث عرض النزاع على التحكيم الدولي بطلب من تلك المجموعة التي كانت تزمع إنشاء مشروع سياحي عالمي على هذه الهضبة مما يستلزم نقل ملكية المناطق المخصصة للمشروع إلى المجموعة المذكورة، وهو الأمر الذي رفضته الحكومة المصرية، على الرغم من العقد الموقع بين الجانبين، إذ تبين أن إنشاء المشروع على هضبة الأهرام سيلحق ضررا بليغا بآثارها التاريخية بإعتبارها أمولا ثقافية تمثل تراثا مشتركا للإنسانية كلها، فكان على المحكم الإختيار بين تطبيق مبدأ "القوة الملزمة للعقود" أو تطبيق مبدأ "حماية التراث الإنساني المشترك" بإعتباره متعلقا بالنظام العام الدولي الإنساني. وعلى الرغم من ذلك صدر حكم التحكيم عن غرفة التجارة الدولية بتاريخ 16 فبراير 1983 مستندا إلى المبدأ الأول، فألزم الحكومة المصرية بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها التعاقدية، وأهدر تماما المبدأ الآخر، لكن الحكومة المصرية طعت في الحكم بالبطلان أمام محكمة باريس التي قضت ببطلانه بتاريخ 12 يوليو 1984 بحكم أيده محكمة النقض الفرنسية.³

وفي الأخير لا بأس أن نشير إلى أن غرفة التجارة الدولية قد نشرت تقينا دوليا للممارسات الصادقة، ووثائق ذات مضمون أكثر عمومية كمرشد لغرفة التجارة الدولية بالنسبة للإستثمارات الدولية، وبصفة خاصة التقرير حول الإبتزاز، والرشوة في الصفقات والمعاملات التجارية، وهي قواعد سلوكية للإنضباط الذاتي، حيث يستطيع المحكم الدولي إستخدام الوظيفة الإيجابية للنظام العام الدولي الحقيقي في حالة إنتهاك الأطراف لمبدأ من المبادئ التوجيهية.¹

خلاصة القول، فإن تضحية المحكم بالنظام العام الوارد في القانون الدولي الخاص باسم النظام العام الدولي الحقيقي يشكل مغامرة كبيرة، لأن الحكم التحكيمي سيخضع لا محالة لرقابة القاضي الوطني الذي قد لا يعترف بهذا الحكم لأنه لم يحترم النظام العام في دولته دون أن يولي أي إهتمام للنظام العام الدولي الحقيقي.

(2) CCI, 1982, n°2730, clunet 1984, p914 obs, note y.Derrains.

- وقد أصبحت الأخلاق الحسنة تمثل أحد الركائز الأساسية لمفهوم النظام العام الدولي الحقيقي ولها تطبيق واسع في العلاقات التجارية الدولية، وتمثل الأعمال المخالفة للآداب الحسنة في الإتفاقيات المرتبطة بالرشوة وإستغلال النفوذ وتجارة الأسلحة، المخدرات، تجارة الرق والإرهاب...

(3) لمزيد من التفاصيل : راجع حسني المصري، مرجع سابق، ص 390،389.

(1) راجع : أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 94.

كما أنه كثيرا ما يتم إستبعاد القوانين المختارة من طرف أطراف النزاع بصورة تعسفية بدعوى تعارضها مع النظام العام الدولي الحقيقي، وفي حالات أخرى غالبا ما تخفي بعض القرارات التحكيمية مواقف غير حيادية عندما يتعلق الأمر بالدول النامية كما رأينا في قضية هضبة الأهرام أين كان من المفروض على المحكم تطبيق قواعد النظام العام الدولي الحقيقي لكنه إستبعدها وطبق مبدأ القوة الملزمة للعقود.

ونحن نرى أنه لا وجود لمفهوم النظام العام الدولي الحقيقي في مجال العلاقات التجارية الدولية، إذ لا بد من الإكتفاء بمفهوم النظام العام الدولي، وكل ما في الأمر أن المحكمين الدوليين يحاولون في كل مرة إبتداع بعض المفاهيم الجديدة ذات المفهوم الواسع من أجل إخفاء بعض الممارسات والمواقف غير الحيادية ضد الدول النامية، مما ينبغي معه توخي الحذر من هذه المفاهيم وعدم الإنسياق وراءها.

المبحث الثاني

توسيع سلطات المحكم إتجاه العقد الدولي.

إن التطور الحاصل في العلاقات التجارية الدولية أدى إلى ظهور عقود دولية جد معقدة، لم تكن معروفة من قبل في حقل التجارة الدولية، حيث أصبحت هذه العقود تلعب دورا هاما وبارزا في إنشاء المجمعات الصناعية الكبرى والإستثمارات الضخمة الحديثة، ومن أبرز هذه العقود "عقود المفتاح في اليد" و"عقود المنتج في اليد"....²

وعليه فنظرا للتعقيدات التي تتميز بها هذه العقود الدولية طويلة المدى فإنه غالبا ما تطرأ عليها مشاكل غير متوقعة أثناء التنفيذ، فلا جدال أنه ما دام العقد الدولي ممتدا في الزمن فإنه سيكون عرضة للتأثر بتغير الظروف المحيطة به على نحو يصبح معه في بعض الحالات تنفيذه من المستحيل، لذلك تبدو مسألة تكييف العقد الدولي وتكاملته أو تعديله مسألة ضرورية تتطلبها إحتياجات التجارة الدولية من جهة، وحماية حقوق الأطراف من جهة أخرى.

ففي كل هذه الأحوال : هل بإمكان المحكم الدولي التدخل لفض هذا الإشكال ؟ وما هو الدور الذي يمكن أن يلعبه المحكم في تكييف العقد الدولي، تكاملته وتعديله لضمان إستمرارية وجوده في حقل التجارة الدولية ؟

(2) تبرم الدول النامية هذا النوع من العقود بهدف تسريع وتيرة تصنيعها لبناء بنية تحتية قبل التحكم في عملية الإنشاء الصناعي بحيث يتعهد المتعامل الأجنبي بتقديم مجمعات صناعية عاملة.

إن هذا التساؤل الهام سيؤدي بنا إلى دراسة دور المحكم في تكييف العقد الدولي (المطلب الأول)، ودوره في تكملته وتعديله (المطلب الثاني)، وكذا دوره في وقف تنفيذ العقد الدولي (المطلب الثالث).

المطلب الأول

دور المحكم في تكييف العقد الدولي.

تعتبر عملية تكييف العقد¹ من المسائل المعقدة التي تواجه المحكم الدولي خلال النظر في النزاع، حيث يتعين عليه القيام بتكييف العقد المتصل بالنزاع المعروض عليه، خاصة في إطار هيئات التحكيم الدائمة، ذلك أن حل المنازعات ذات الطابع الدولي يحتاج إلى إجراء تكييف قانوني تمهيدا لتطبيق القانون الذي يحكم النزاع². وهو يقوم بذلك من تلقاء نفسه ولو لم يطلب الخصوم منه ذلك، لأنه لا يستطيع الفصل في النزاع بدون هذا التكييف، لأن التكييف يتوقف عليه معرفة القانون الواجب التطبيق على العقد.³

فقد رأينا سابقا في الباب الأول من هذا البحث كيف أن سلطات المحكم تنحصر في الحدود التي ترسمها إرادة الأطراف، وأنه يستمد سلطاته من النظام الإتفاقي للمتعاقدين، بحيث يلتزم بتطبيق القانون من جهة، وإحترام العقد الذي يعكس إرادة الأطراف من جهة أخرى.

لذلك : هل يستطيع المحكم الدولي تكييف العقد الذي يعتبر عملا خاصا بالأطراف ؟

وعليه للإجابة على هذا السؤال سندرج تحت هذا المطلب فرعين، نخصص أولهما لدراسة دور المحكم المقيد بالقانون في تكييف العقد (الفرع الأول)، ثم نخصص الثاني لدراسة دور المحكم بالصلح في تكييف العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

(1) تكييف العقد هو إضفاء وصف قانوني معين على العقد يتفق مع حقيقة ما قصده المتعاقدان منه، ويترتب على تكييف العقد إنزال الحكم القانوني الصحيح عليه.

(2) د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 306.

(3) د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 157، 158.

= الملاحظ أنه ليس هناك إتفاق بين الأنظمة القانونية الوطنية حول مسألة إعطاء المحكم سلطة تكييف العقد الدولي، فهناك دولا مثل فرنسا وبلجيكا ترفض قوانينها إعطاء المحكم سلطة تفوق السلطات التي تمنحها للقاضي الوطني، وترى أن التحكيم لا يوجد إلا في حالة وجود نزاع بين الأطراف قابلا للفصل فيه عن طريق التحكيم، فالتحكيم حسب هذه التشريعات ذو طبيعة قانونية وليس إقتصادية، لذلك لا يمكن للمحكم تكييف العقد. في حين أن دول COMON LAWS بصفة عامة، وعلى وجه الخصوص الو-م-أ تعطي المحكم سلطات واسعة لاسيما تكييف العقد والفصل في النزاع على أساس مسائل إقتصادية.

- راجع في ذلك : منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، نفس المرجع السابق، ص 307 وميلبها.

دور المحكم المقيّد بالقانون في تكييف العقد.

لقد تدعم الدور المسند للمحكم للفصل في النزاع المعروض عليه بفضل التطور الهائل الذي شهدته التحكيم التجاري الدولي، حيث لم يعد المحكم حبيسا للوظيفة القضائية المسندة إليه وهي الفصل في النزاع، بل تعدى الأمر ذلك ليشمل عملية تكييف العقد. وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه أن المهمة المسندة للمحكم في الوقت الحاضر تجاوزت إطار الدور القضائي الكلاسيكي المعترف به للمحكم، حيث أصبح هذا الأخير منظما للعقد الدولي، وبالتالي يمكنه تكييف العقد حسب ما تقتضيه الظروف والملابسات المحيطة به¹.

وفي نفس الإطار يرى جانب آخر من الفقه أن المحكم الدولي على عكس القاضي الوطني الذي يلتزم بنصوص القانون أكثر من المغزى الإقتصادي للعقد، ملزم بالأخذ بعين الاعتبار الطابع الإقتصادي الذي يتميز به العقد الدولي، والذي قد لا يتمكن الأطراف من ضبطه أثناء إبرام العقد الدولي، فيتدخل المحكم لتكييفه². إلى جانب ذلك فإن المحكم يكون دائما في مواجهة عقد متطور³.

وقد ظهرت في الفترة الأخيرة قاعدة جديدة في حقل التجارة الدولية هي "العقد ليس شريعة المتعاقدين"، ذلك أن بعض الشركات التجارية وجدت نفسها في موقف محير بين الإفلاس والإنتحار والتنفيذ الإحتمالي من قبل المحكم، ومن ثم تفاديا لإفلاس هذه الشركات فضل البعض عدم إحترام العقد، حيث أصبح الإحترام الصارم للاتفاقات ضرب من الخيال بالنسبة لبعض العقود، وعليه أصبح تكييف العقد من قبل المحكم أمرا ضروريا، لأنه هناك بعض العقود يجب إعادة تكييفها من قبل المحكم، وإلا ترتب على إحترامها الصارم الحكم على الشركة بالموت⁴.

وعلى خلاف الإتجاه السابق يرى جانب آخر من الفقه أن تقبل مثل هذا التكييف في غياب التعبير عن إرادة الأطراف يعتبر أمرا خطيرا سيؤذي لا محالة إلى إسناد المحكم سلطة مفرطة، لا تستند على أي أساس قانوني، وأن تكييف العقد لا بد أن يكون بناء على طلب أحد الأطراف حتى يمكن قبوله. وينتهي هذا الفقه إلى أنه في حالة غياب أي نص يمنع المحكم الذي يفصل في النزاع وفقا للقانون من تكييف العقود بمناسبة النزاع المعروض عليه، فإن المحكم يمكنه تكييف هذه العقود، بشرط أن تمارس

- Bruno oppetit, op-cit, page 73 .

(1)

- Serge Lazareff, le respect du contrat, journée organisée par la comité français de l'arbitrage, à Paris, le 12 janvier 1984, Rev- arb. 1984 N°2, page 199.

(2)

- Jean Robert, op-cit, page 193 .

(3)

- Serge lazareff, op-cit, page 200 .

(4)

هذه السلطة بشكل حذر وغير مفرط لأن المحكم يستمد سلطاته من الإرادة المشتركة لأطراف النزاع ولا بد من احترام هذه الإرادة¹.

وفي نفس الصدد يضيف جانب آخر من الفقه، أن الضرورة قد تلزم المحكم بتكييف العقد، إلا أنه في صدد قيامه بتكييف العقد لا بد أن يراعي الحدود التي تفرضها قواعد النظام العام، وعدم تحريف العقد، وعدم الإبتعاد عن العقد وأعراف التجارة الدولية.²

إن التطور الهائل الذي تعرفه التجارة الدولية في الوقت الحاضر هو الذي فرض تدخل المحكم لتكييف العقد الدولي، نتيجة لعدم الإستقرار الدائم للظروف الإقتصادية، إذ أن المتعاملين الإقتصاديين في حقل التجارة الدولية لا يمكنهم توقع عدم الإستقرار وتغير الظروف الإقتصادية، لكن يبقى احترام العقد الدولي هو أساس التحكيم التجاري الدولي، وعلى المحكم خلال تكييفه للعقد أن لا يتعد عن الإطار العام للعقد الدولي، وعن النية المشتركة للأطراف، بل عليه احترام المبادئ الأساسية الواردة في العقد.

الفرع الثاني

دو المحكم بالصلح في تكييف العقد.

رأينا سابقا أن المحكم بالصلح يفصل في النزاع دون أن يلتزم بتطبيق أحكام قانون معين على هذا النزاع، وبالتالي فهو يتمتع بسلطات واسعة. فما هو الدور الذي يمكن أن يلعبه المحكم بالصلح في مجال تكييف العقد الدولي؟

يرى جانب من الفقه أن وجود شرط التحكيم بالصلح يمكن إعتبره تصريحاً ضمناً من قبل الأطراف على منح المحكم سلطة تكييف العقد وفقاً للظروف والملايسات المحيطة به، ويعتبر هذا الفقه أن التحكيم عن طريق المصالحة الودية هو المجال الأمثل والخصب لإعمال هذه السلطة، بل أكثر من ذلك يرى هذا الفقه أن سلطة المحكم في تكييف العقد هي سلطة ملازمة للتحكيم عن طريق المصالحة الودية.¹

(1) رأي الفقيه : Charles jarrosson، مشار إليه في كتاب Jean Robert، مرجع سابق، ص 196.

- Serge lazareff, op-cit, page 199.

-Eric Loquin, op-cit, page 477 .

(2)

(1)

وفي نفس السياق يرى جانب آخر من الفقه، أنه نظرا للمخاطر التي يتعرض لها المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة فإنها تعد من قبيل الظروف الطارئة التي يتوجب معها إعادة تقييم العقد تأسيسا على مبادئ العدالة.²

ولقد تم تكريس هذا الاتجاه في القرارات الصادرة عن محكمة إستئناف باريس (10 مارس 1981، 6 جوان 1984 و 12 مارس 1985) والتي إنتهت فيها المحكمة إلى إمكانية منح المحكمين بالصلح سلطة تكييف العقد باسم العدالة إذا كان ذلك ضروريا، إلا أنها لا تقبل إعادة التفاوض بخصوص العقد من قبل المحكم.³

في حين يرفض جانب من الفقه منح المحكم بالصلح سلطة تكييف العقد، بحيث يرى أنه ليس بإمكان المحكم بالصلح تكييف العقد، وهو يرى في ذلك قاعدة مادية لقانون التجارة الدولية.⁴ وهذا ما أكده القرار الصادر عام 1981 الصادر عن غرفة التجارة الدولية حيث قضت فيه أن "اللجوء إلى التحكيم عن طريق المصالحة الوطنية لا يسمح لمحكمة التحكيم الخروج عن إطار النزاع.... ولا يسمح لهم بمراجعة العقد."⁵

المطلب الثاني

دور المحكم في تكملة العقد وتعديله.

يحرص المتعاملون الإقتصاديون في حقل التجارة الدولية على وضع تنظيم كامل للعقد المبرم بينهم بتناول كافة المسائل التي لا بد من مواجهتها، وذلك تفاديا لقيام أي نزاع بينهم مستقبلا، إلا أنه كثيرا ما لا نجد في العقد الدولي بيانا وافيا لتفاصيل ما ينشأ عنه من إلتزامات، فيكتفي المتعاقدان على العناصر الجوهرية للعقد دون التعرض لبعض المسائل التفصيلية أو الثانوية على نحو تثار معه مشكلة تكملة العقد فقد يغفل الأطراف تنظيم العديد من الأمور إما سهوا أو عمدا، أو عن غير دراية بأهميتها أو لإستحالة توقع ما يستجد من ظروف.

كما أن عدم الإستقرار الدائم للظروف الإقتصادية أصبح عائقا أمام تنفيذ العقود الدولية خاصة العقود طويلة المدى منها، حيث يصبح تنفيذها مستحيلا أو مرهقا على نحو يصيب معه أحد المتعاقدين

(2) راجع : منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 241.

(3) راجع مجموعة القرارات الصادرة عن محكمة إستئناف باريس في كتاب، منير عبد المجيد، نفس المرجع السابق، ص 243 ومايليها.

(4) رأي الأستاذ Yves Derrains، مشار إليه في كتاب منير عبد المجيد، نفس المرجع السابق، ص 247.

(5) -Sentence CCI N°3327, rendue en 1981, Clunet, 1982, page 971, note Yve Derrains.

(5)

بأضرار فادحة. وترتبط على ذلك فإن قواعد العدالة تقتضي إعادة النظر في الأحكام المتولدة عن هذا العقد خاصة إذا أظهر أطراف العقد رغبتهم الإستمرار في العلاقة التي تربطهم.

فما هو الدور الذي يمكن أن يلعبه المحكم في مجال تكملة العقد الدولي وتعديله لضمان إستمراره؟ وماهي طبيعة السلطة الممنوحة له في هذا المجال؟ وعليه فإن دراستنا في هذا المطلب ستنصب حول دور المحكم في تكملة العقد (الفرع الأول)، وتعديله (الفرع الثاني).

الفرع الأول

دور المحكم في تكملة العقد.

قد يحدث عند إبرام العقد الدولي أن الأطراف لا يستطيعون أن يضمنوا إتفاقهم كافة الإشتراطات المتعلقة به، فيثور النزاع حول هذا العقد ويعرض على التحكيم للفصل فيه، فيكون الباب مفتوحا أمام المحكم لتكملة هذا العقد من النقائص التي تشوبه¹، كما هو الحال مثلا عندما يغفل الأطراف الإيضاحات بشأن تحديد القيمة أو العملة التي يتم الوفاء بها.

إن طول مدة بعض العقود الدولية وأهمية المصالح التي تقوم من أجلها، وتعقيد الشروط الواردة فيها قد يطرح عدة مشاكل أثناء إبرامها، وهو ما قد يؤدي بالأطراف إلى إغفال تنظيم بعض الأمور منها وتركها جانبا إلى حين تنفيذ العقد، وفي هذا السياق يرى الأستاذ "Fouchard" أن: "العقد الدولي أصبح نقطة إنطلاق لمغامرة مشتركة يلتزم من خلالها كل طرف بالإعتماد على حسن نية المتعامل معه".² غير أن مسألة تكملة العقد الدولي من قبل المحكم لا تزال محل نقاش وجدل بين الفقه :

فيرى جانب من الفقه أنه ليس ثمة ما يمنع المحكم من تكملة ثغرات العقد سواء أكانت هذه الثغرات أولية أو طارئة وعلى الأخص عند عدم الإتفاق على تكملتها، فلا يكون أمام المحكم من سبيل سوى الإجتهد المباشر من خلال النظر في طبيعة المعاملة موضوع العقد، لأن طبيعة المعاملة قد تفرض وجود إلتزام لم يتعرض له المتعاقدان.¹

= وتكملة العقد أمر يختلف عن تفسيره، فالتفسير هو الكشف عن مقاصد الطرفين من خلال تعبيرهما عن الإرادة المشتركة لهما لذلك فإن ما يتم التوصل إليه عن طريق التفسير يكون كامنا وموجودا في العقد ولكن يكتنفه الغموض، أما تكملة العقد فهي إضافة أحكام لا تستند إلى نصوص العقد ولا تخرج عن عباراته، بل تضاف إستنادا إلى مصادر خارجية عن العقد ذاته، وتفرضها طبيعة العقد.

- راجع في ذلك : محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 153.

(1) د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 310.

(2)

-P.Fouchard, op-cit, page 449 .

(1) راجع : منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، نفس المرجع السابق، ص 310-311.

وفي نفس السياق يرى بعض الفقه أن المحكم ملزم باحترام العقد، إلا أنه في حالة إغفال الأطراف تحديد الطريقة التي يملأ بها الفراغات الموجودة في العقد، يعطى للمحكم الحق في وضع حد لهذا الخلاف عن طريق سد هذا الفراغ.²

كما يرى جانب من الفقه أنه إذا أغفل الأطراف عنصراً من عناصر العقد ونشأ نزاع بينهما بخصوص هذا العنصر، فإن المحكم يقوم بسد هذا الفراغ، وأن عدم الاعتراف للمحكم بسلطة سد الفراغ الموجود في العقد يؤدي إلى إهتار نظام التحكيم برتمته. ويضيف هذا الفقه أن "المحكمون يمارسون في صدد سد الفراغات الطارئة وظيفة ذات طبيعة تحكيمية"³، بل أكثر من ذلك فإن القانون الأمريكي يعطي للمحكم سلطة سد الفراغات الموجودة في العقد ويعتبره كمبدأ عام.⁴

ويميز هذا الفقه بين الفراغات الأصلية أو الإرادية، والفراغات الطارئة أو غير الإرادية، فالفراغات الأصلية والإرادية هي تلك الفراغات الموجودة منذ إبرام العقد والتي يكون الأطراف على علم بها، إلا أنهم يتركونها تفادياً لتعطيل المفاوضات الطويلة بينهم، ويتعهدون بملئها لاحقاً بأنفسهم أو بتدخل شخص أجنبي عن العقد. أما الفراغات الطارئة أو غير الإرادية فهي تلك الفراغات التي تكون في العقد منذ إبرامه ولكنها تبقى خفية ولا تظهر للأطراف إلا أثناء تنفيذ العقد وتثير النزاع بين الأطراف.⁵ وفي هذا الصدد يختلف الفقه حول مجال إختصاص المحكم في ملأ الفراغات الموجودة في العقد، فمنهم من يرى أن المحكم لا يتدخل إذا كان الفراغ ثانوياً لا يمس بصحة العقد، في حين يرى جانب آخر من الفقه أن المحكم يمكنه أن يتدخل حتى ولو كان هذا الفراغ ثانوياً.⁶

بينما يرى جانب آخر من الفقه أن مسألة ملأ الفراغات تعني إعطاء شخص أجنبي عن العقد سلطة تحديد عنصر من عناصر العقد والحلول محل الأطراف في ذلك، وهذا ما يتناقض مع العقد في حد ذاته.¹

إن الإتجاه السائد في قضاء التحكيم يتجه إلى تكريس مبدأ إحتفاظ المحكم بسلطاته في مجال تكملة العقود الدولية من النقائص التي قد تشوبها، إذ يفضل ثبات العقود طويلة المدى لتحسين العمليات التجارية الدولية ضد تغير الظروف²، حيث أصبح المحكم يقوم بدور فعال في تكملة العقود

(2) - Eric loquin, op-cit, page516 .

(3) -Charles Jarrosson, la notion d'arbitrage, LGDJ Paris, 1987, page 300.

(4) يتقبل القضاء الأمريكي هذا المبدأ دون أي إشكال، والأكثر من ذلك أن محاكم الوهم-أ لا تفحص القرارات الصادرة من قبل المحكمين الذين يقومون بسد فراغات العقد.

(5) - Charles jarrosson, op-cit, page303.

(6) - Charles jarrosson, op-cit, page288 .

(6) لمزيد من التفاصيل حول هذا الإختلاف الفقهي، راجع : Charles jarrosson، نفس المرجع السابق، ص 297.

(1) - Eric loquin, op-cit, page 517 .

(2) د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 311.

التجارية الدولية، وأصبح التحكيم الدولي هو المجال الذي يجد المحكم فيه المرتع الخصب لممارسة هذه السلطة أو الدور.³

وقد تجسد ذلك في القرار الصادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية سنة 1972 في النزاع المطروح حول ما نص عليه العقد من إمكان تعديل نظامه القانوني، حيث إستطاع المحكم من ملاء فراغات العقد لتحديد محتوى نظام العقد الجديد (عقد الإلتزام بالإنتاج).⁴

الفرع الثاني

دور المحكم في تعديل العقد.

غالبا ما يحدث في عقود التجارة الدولية طويلة المدى، ونتيجة لتغير الظروف الإقتصادية أو الإجتماعية أو السياسية، صعوبة في تنفيذ العقد، حيث تصبح الأداءات المتبادلة منطوية على إحلال خطير بمبدأ التوازن العقدي، وهذه المشقة الناتجة عن القوة القاهرة أو عدم التوقع تستوجب إثارة مسألة تعديل العقد ومراجعتة بتدخل المحكم الذي يعهد إليه فض النزاع.⁵

فإذا كانت التغيرات في الظروف المحيطة بالعقد لها أثر واضح في العلاقات الداخلية في الدول، فإن نطاق هذه التغيرات يزداد أكثر فأكثر إذا إنتقلنا إلى المستوى الدولي، فالمتبع لحركة الأسواق الدولية يشهد تغيرا ملحوظا من آن لآخر في أسعار المواد الأولية والمواد المصنعة، ولهذه التغيرات أثرها الكبير الذي لا يمكن إنكاره على تنفيذ العقود الدولية وعلى الوسائل المستخدمة لمعالجة هذه التغيرات.

والظروف المحيطة بالعقد الدولي والتي قد يصيبها التغير متنوعة، فقد تكون ظروفًا سياسية كالقرارات الصادرة من حكومة دولة معينة بقطع العلاقة بينها وبين دولة أخرى، مما قد يجعل تنفيذ الإلتزامات الطرف المنتمي إلى هذه الدولة مرهقا، وقد تكون هذه الظروف إقتصادية كوجود أزمة إقتصادية أو إرتفاع مفاجئ في أسعار المواد الأولية أو المواد المصنعة، وقد تكون هذه الظروف أيضا تشريعية أو قانونية كصدور بعض القوانين التي تمنع إستيراد أو تصدير بعض السلع، أو تمنع تداول رؤوس الأموال مما يؤثر بشكل أو بآخر على تنفيذ العقد. ففي مثل هذه الحالات يصبح العقد الدولي محكوما عليه بأن لا

(3) د.مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص.548

(4) لمزيد من التفاصيل، راجع : منير عبد المجيد، المرجع السابق نفسه، ص. 311

(5) د.منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، نفس المرجع السابق، ص. 310.

يقوم بالدور المعهود به وهو إستقرار المراكز القانونية بين الأطراف خلال تنفيذه وتحقيق قدر من التوازن بين الأطراف.¹

أولاً : القوة القاهرة كأساس لتعديل العقد الدولي.

إذا كانت القوة القاهرة فكرة معترف بها في كافة التشريعات الوطنية، فإنها فكرة معترف بها أيضا في عقود التجارة الدولية، وتستمد هذه الفكرة أساسها بصفة عامة في هذه العقود من إتفاقات الأطراف وقضاء التحكيم التجاري الدولي، الذي يتبنى مفهوما موسعا للقوة القاهرة وذلك من خلال القرارات التحكيمية الصادرة في هذا الشأن كما سنراه لاحقا، حيث لا تتخذ القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية مفهوما واحدا بل تتنوع هذه المفاهيم²، وذلك بسبب الطبيعة الخاصة التي تتميز بها العقود التجارية الدولية.

وتعرف القوة القاهرة على أنها "حدث غير متوقع وغير ممكن دفعه ومستقل عن إرادة الأطراف، يطرأ بعد إبرام العقد ويجعل تنفيذ إلتزام المدين مرهقا أو مستحيلا"³.

وعليه تتطلب القوة القاهرة بهذا المفهوم أن يتوافر في الحدث خصائص معينة منها خصيصة عدم التوقع، وإستقلال الحدث عن إرادة الأطراف، وظهوره أو وقوعه بعد إبرام العقد. ولا مجال لنا لدراسة هذه الخصائص.

كما يلاحظ أنه هناك إختلاف في درجة تأثير القوة القاهرة على تنفيذ العقد، فقد تكون الإستحالة مطلقة والتي تؤدي في الغالب إلى فسخ العقد، وقد تكون هذه الإستحالة نسبية تؤدي إلى إختلال التوازن بين الأطراف، حيث يكون هنا المجال واسعا لتعديل العقد، وعلى هذا فإن قضاء التحكيم يميل دائما نحو البحث عن البديل الذي يتفادى به عقبة فسخ العقد الدولي، ويعلن بوضوح رفضه الدائم للموقف السلبي الذي يفضله المدين في بعض الأحيان متمسكا بالقوة القاهرة في صورة الإستحالة المطلقة للتخلص من إلتزاماته وفسخ العقد.

وتأسيسا على ذلك فإن المتأمل لتطور واقع نظرية القوة القاهرة في حقل التجارة الدولية أن دور القوة القاهرة في مفهومها الحديث يختلف عن دورها القديم، فبدلا من فسخ العقد الدولي، أصبحت تؤدي إلى تعديل أحكام العقد الدولي بغية الإبقاء عليه وضمان إستمراره بالإضافة أو التخفيف.¹

(1) راجع : شريف محمد غنم، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 3، 1.
(2) على الرغم من تأكيد القوانين الوطنية وقضاء التحكيم على فكرة القوة القاهرة إلا أن بعض إتفاقيات التجارة الدولية وبعض النظم القانونية تستخدم مصطلحات أخرى، كالحادث المفاجئ حيث أصبحت القوة القاهرة والحادث المفاجئ يشكلان فكرة واحدة في القانون الفرنسي (راجع المادة 148 ا.ق.إ.م.ف)، وهناك بعض التشريعات التي تستخدم مصطلح الأحداث الإستثنائية أو الطارئة .
(3) تعريف الأستاذ : Dubisson، مشار إليه في كتاب شريف محمد غنم، المرجع السابق نفسه، ص 20.
(1) راجع : شريف محمد غنم، نفس المرجع السابق، ص 187.

كما أن المحكم الدولي قد يتدخل لتعديل أحكام العقد بصورة غير مباشرة عن طريق فرض إعادة التفاوض بين الأطراف لتعديل أحكام العقد حفاظا عليه، وذلك بسبب وجود إختلال واضح أو ضرر فادح ليس من العدل أن نطلب من أحد المتعاقدين أن يتحملة.

ثانيا : موقف الفقه وقضاء التحكيم من تدخل المحكم لتعديل العقد.

1. موقف الفقه :

ثار الخلاف في أوساط الفقه حول سلطة المحكم في تعديل العقد فذهب الإتجاه الأول من الفقه إلى منح المحكم سلطة تعديل العقد، فيرى جانب منهم أن العقد يستند إلى الإرادة الفردية وبالتالي فإن المحكم بالصلح يتلقى من أطراف العقد السلطات التي يملكونها، وبالتالي يمكنه أن يتدخل لتعديل العقد.²

في نفس الصدد يرى جانب من الفقه أن المحكم بالصلح يملك سلطة تعديل العقد بأن يفرض حلا مهندئا، بحيث يقوم بتخفيض الحد من مفاعيل الشروط التعاقدية المبالغ فيها أو القاسية أو الصارمة، ولا يكون مقيدا سوى بالعدالة والضمير.³

وتيار آخر يعتبر أن هذا التعديل ممكنا إذا جاء منسجما مع روح العقد، لأنه يقوم على المحافظة على التوازن الأساسي للعقد، فالمحكم مهمته إعادة إحياء العقد إذا كان قد مات، أو أن يبقيه على قيد الحياة إذا كان مهددا بخطر الموت. ويصف الأستاذ "عبد الحميد الأحمد" المحكم بالطبيب الذي يقوم بإنقاذ العقود طالما أن الأطراف قد عهدوا إليه مهمة إيجاد حل عادل يبقي على العلاقة القائمة بينهم.⁴

ويضيف جانب آخر من الفقه "أن الغالب في العمل أن يكون بنيان العقد ومضمونه هما الهدف المحرك للمحكم عندما يختل هذا البنيان أو يتأثر هذا المضمون بظروف غير متوقعة من الأطراف عند إبرامه، إذ يعمل المحكم عندئذ على إعادة التوازن الإقتصادي الأصلي الذي كان عليه الأطراف وقت التعاقد".¹

وكثيرا ما تتضمن عقود التجارة الدولية الشروط المعروفة "بشروط الأزمة" والتي بمقتضاها يجوز للأطراف إعادة تهيئة العقد كلما حالت دون تنفيذه ظروف إقتصادية غير عادية، لها تأثيرها على المعطيات الأصلية التي كانت في إعتبارهم عند إبرامه، وذلك متى كان من شأن هذه الظروف الإخلال

(2) راجع : نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص. 257.

(3) راجع : عيادي فريدة، مرجع سابق، ص. 24.

(4) د. عبد الحميد الأحمد، التحكيم : أحكامه ومصادره، مرجع سابق، ص. 293.

(1) رأي الأستاذ Boisseson، مشار إليه في كتاب حسني المصري، مرجع سابق، ص. 428.

بتوازن العقد، ومن البديهي أن إخضاع المنازعات الناشئة عن هذا النوع من العقود لقضاء التحكيم يتناسب مع طبيعتها المعقدة، حيث يكون المجال واسعا لتدخل المحكم لإعادة التوازن الأصلي إليها عن طريق تعديل العقد دون أن يكون مقيدا بقواعد قانونية أو إتفاقية محددة سلفا تحول دون تحقيق هذا التوازن برفع الظلم الذي حاق بأحد الأطراف بسبب الظروف الإقتصادية غير العادية.²

وعلى الرغم مما جاء به هذا الإتجاه الذي يعتد بدور المحكم وسلطته في تعديل العقد حفاظا على مبدأ التوازن في العقد وتحقيقا للعدالة، فإنه لم يسلم من سهام النقد، حيث يرى جانب من الفقه أن هذه السلطة الممنوحة للمحكم تنتكز مبدأ القوة الملزمة للعقد، ويهدر مبدأ سلطان الإرادة، وقد يؤدي إلى تغيير العقد تغييرا كليا يجعل منه عقدا آخر غير العقد الأصلي محل النزاع، وبالتالي فإن إستخدام هذه السلطة سيؤدي إلى نتيجة خطيرة وهي "تحريف العقد".³

وفي نفس السياق يرى جانب من الفقه أنه لا يجوز للمحكم تعديل العقد، لأنها مسألة تتجاوز مهمته ولا يملكها سوى أطراف النزاع، وبالتالي لا يجوز للمحكم الحلول محل الأطراف في تحديد ثمن البضاعة محل النزاع أو تعديله بسبب ظروف إقتصادية غير متوقعة، لأن المحكم ليس وكيلا عن الطرفين وإنما يقوم بمهمة قضائية محددة وهي "الفصل في النزاع".⁴

وعندما تقتضي الظروف الإقتصادية غير المتوقعة مراجعة العقد، كما في حالة التقلبات النقدية وتغير أسعار المواد الأولية، فإنه لا يجوز للمحكم التدخل في ذلك بطريقة مباشرة - ولو كان طليقا- وكل ما له هو أن يدعو الأطراف لمراجعة العقد أو تعديله والتفاوض بشأن الشروط الجديدة أو المعدلة دون أن يفرض عليهما طريقة أو أسلوب معين في التفاوض.¹

2. موقف قضاء التحكيم:

إن الإتجاه السائد في قضاء التحكيم هو تطبيق نظرية القوة القاهرة أو الطارئة كأساس لتعديل العقد الدولي، كما أن الممارسات العملية للتحكيم تشير إلى منح المحكم الدولي سلطة تعديل العقد الدولي، سواء أكان المحكم محكما بالصلح أو مقيدا بالقانون.

ومن الحالات التي تصدى فيها المحكم من تلقاء نفسه لتحديد المقصود بالقوة القاهرة، القرار الصادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 2142 لسنة 1944، حيث أكدت هيئة التحكيم في هذا القرار أن "التهديدات التي تحتج بها الشركة المدعى عليها لإنتفاء مسؤوليتها عن عدم تسلمها

(2) راجع : حسني المصري، المرجع السابق نفسه، ص 428.

(3) رأي الأستاذ Juglart، مشار إليه في كتاب حسني المصري، نفس المرجع السابق، ص 430.

(4) أنظر : عيادي فريدة، مرجع سابق، ص 24.

(1) راجع : حسني المصري، المرجع السابق نفسه، ص 432.

المنتجات البترولية لا تتوافر فيها شروط القوة القاهرة، وذلك لغياب شرطي عدم التوقع وإستحالة الدفع، هذا بالإضافة إلى أن المشروع الوطني قد أثبت بالأدلة الكافية أنه في نفس الفترة التي لم تتسلم فيها الشركة المدعى عليها المنتجات، خشية التهديدات التي مارستها بعض الشركات التي كان لها إمتياز على هذه المنتجات، إستطاع مشترون آخرون تسلم هذه المنتجات بشكل منتظم.²

وفي مجال إستخدام المحكم للسلطات المخولة له في تعديل العقد قضى المحكم في القضية 3145 لسنة 1982 برفض تقرير دين لأسباب ذكرها في حكمه وهي تستند إلى مفهومه في الإنصاف، حيث تتعلق وقائع القضية بعقد توزيع أفلام سينمائية وهو يتضمن حدا أدنى من الإيرادات للمنتج ونظرا لعدم نجاح الفيلم في التوزيع قام المحكم بتعديل العقد ولم يمنح المنتج إلا جزءا من المبلغ المتفق عليه في العقد.³ وفي قضية أخرى تتعلق ببيع كمية من البترول باعت الشركة A كمية منه إلى شركة أخرى B، ولم تقم الشركة المشترية بإستلام البترول المبيع مما إضطر الشركة البائعة A لحفظها لحساب الشركة المشترية B في أحد المستودعات وعرض النزاع على التحكيم، فحكم المحكم بتخفيض قيمة التعويض المطلوب عن نفقات الإيداع نظرا لأن أسعار البترول إرتفعت في الفترة الخاصة بالإيداع.⁴

وأیضا القرار الصادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 1990 حيث حدث إنخفاض شديد في قيمة العملة مما ترتب عليه أضرار كبيرة لأحد المتعاقدين حيث جاء في القرار: "... بالنسبة لإنخفاض قيمة Peseta الإسبانية فمن الممكن أن يجعل الإستيراد من إيطاليا إلى إسبانيا أكثر تكلفة ولكنه لا يجعله مستحيلا، مما نرى معه ضرورة إعادة النظر في قيمة العقد".¹

وفي صدد بحث هيئة التحكيم عن الحل البديل عن فسخ العقد نجد القرار الصادر في القضية رقم 1703، حيث أشارت الهيئة إلى وجود البديل في التنفيذ سواء فيما يتعلق بالتمويل المالي للأعمال أو تأشيرات السفر المطلوبة لنقل العمال حيث أكدت هيئة التحكيم على أن "... فيما يتعلق بالأمر الصادر من مكتب خدمة المدعى عليها ويخص التمويل المالي للأعمال، وافقت الهيئة على أن الإستمرار في التمويل المالي عن طريق هذا المكتب أصبح مستحيلا، ومع ذلك في رأي الهيئة أنه هناك وسيلة مالية أخرى ممكنة أمام الأطراف تمكنها من تنفيذ ما تبقى من إلتزامات وفقا لأحكام العقد...."

(2) راجع في ذلك : شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 28، 29.

(3) لمزيد من التفاصيل، راجع : نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 258.

(4) راجع: نبيل إسماعيل عمر، نفس المرجع السابق، ص 264.

(1) راجع في ذلك: شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 124.

وأضافت "...وفي الجانب المتعلق بالتأشيرات هناك إمكانية أخرى لتجنب صعوبة التنفيذ تتمثل في تكوين فريق عمل يضم أشخاصا يحملون جنسية دول محل إعتراض من جانب دولة المدعى عليها".²
أما في مجال فرض المحكم إعادة التفاوض بين الأطراف نجد في تعليق على قرار التحكيم الصادر في القضية 2478 يرى الأستاذ "Derrains" أن "هذا القرار يوجب على الأطراف إلزاما بإعادة التفاوض بغرض الإتفاق على الإجراءات التي سيتم إتخاذها لإعادة التوازن في العقد بسبب الإنخفاض في قيمة الفرنك الفرنسي والدولار الأمريكي".³

ونفس الأمر نقابله في القضية رقم 6129 لسنة 1990، ويتعلق الأمر في هذه القضية بطلب قدمه الدائن (إحدى الدول الأوروبية) بالتعويض عن عدم تنفيذ المدين (إحدى الدول الإفريقية) إلتزامه بدفع المبالغ المالية المتفق عليها في العقد، وأمام هيئة التحكيم إحتج المدين بالظروف المالية الصعبة التي يمر بها نتيجة الأزمة الإقتصادية وأنه دعى الدائن إلى المشاركة في إجتماع الدائنين بهدف إعادة تقييم هذا الدين لكنه رفض، فردت هيئة التحكيم على الطلب بقولها "إن المبادئ العامة للقانون وكذلك التنفيذ الأمين للعقد يفرضان على الأطراف عندما يصطدم تنفيذ العقد بإستحالة أو بصعوبات كبيرة، أن يتشاوروا وأن يبحثوا بشكل فعال عن وسيلة مناسبة لتخطي هذه الصعوبات". وإعتبرت المحكمة التحكيمية أن سلوك الدائن يشكل خطأ يستوجب تخفيض قيمة الأموال المستحقة له.¹

والظاهر أن المحكم يتمتع بسلطات واسعة في مجال تقدير الأضرار الناجمة عن الإختلال في التوازن بين أطراف العقد، وهذا ما يتبين لنا من خلال القضية رقم 6281 لسنة 1989 حيث قرر المحكم أن إرتفاع أسعار الحديد والصلب في الأسواق العالمية بنسبة أقل من 13% تعتبر زيادة معتادة في ظروف القضية وفقا لقدرات المتعاقدين المالية والشخصية، وأكد المحكم أنه يجب أن يترتب على الإختلال ضرر كبير لأحد المتعاقدين من جراء تنفيذ إلتزامه التعاقدية، ويجب أن يتجاوز هذا الضرر مجرد المخاطر التجارية المعقولة.²

وإستنادا على ما سبق يتضح لنا أن قضاء التحكيم مثله في ذلك مثل المتعاملين الإقتصاديين في حقل التجارة الدولية يميل إلى الحفاظ على العقد وإستمرار العلاقات التجارية بين الأطراف لدفع عجلة التطور الذي تعرفه التجارة الدولية.

(2) لمزيد من التفاصيل راجع : شريف محمد غنام، المرجع السابق نفسه، ص. 128، 129.
(3) تعليق الأستاذ Derrains، مشار إليه في كتاب شريف محمد غنام، نفس المرجع السابق، ص. 143.
(1) راجع : محمد شريف غنام، المرجع السابق نفسه، ص. 382.
(2) راجع : حسني المصري، مرجع سابق، ص. 430.

غير أن الإعتراف للمحكم الدولي بهذه السلطات الواسعة في مجال تعديل العقد الدولي قد ينطوي على مخاطر جمة، حيث قد يؤدي إستخدام المحكم لهذه السلطة إلى التوسع إلى ما لا نهاية في مجال تعديل العقد، ومعاملته للشروط العقدية بنفس معاملة القواعد المكملة في العقد.

كما أن المحكم قد يتعسف في إستعمال هذه السلطة، حيث قد يقوم بالتوسع في مفهوم القوة القاهرة أو الطارئة لتكون غطاء يتستر من ورائه لإعمال بعض المواقف المشبوهة التي قد لا تخدم في الغالب مصالح الدول النامية.

لذلك لا بد من توخي الحذر الشديد في منح المحكم هذه السلطة ومحاولة تحديد إطار قانوني يسمح بتحديد أو التقليل من هذه السلطات في أضيق مجال ممكن بصورة لا يمكن للمحكم الخروج عنه.

المطلب الثالث

دور المحكم في وقف تنفيذ العقد الدولي.

الأصل في عقود التجارة الدولية أن العقد يبرم بهدف بقاءه والإستمرار في تنفيذه تحت أية ظروف، وإذا واجهت هذه العقود صعوبات تمنع أو تعرقل تنفيذها فإن المتعاملين في هذه العقود ومحكمي التجارة الدولية يبذلون قصارى جهدهم في الحفاظ على العقد وتجنب فسخه وإنهاء العلاقة بين الطرفين. وقد خلق قضاء التحكيم وسيلة لحماية العقد الدولي والإستمرار في تنفيذه تتمثل في التوسع في إستخدام نظام وقف العقد فترة معينة يستأنف بعدها العقد سريانه الطبيعي.

فقد يطرأ على تنفيذ العقد بعض الأحداث التي تجعل هذا التنفيذ مستحيلا لفترة زمنية معينة قد تطول أو تقصر، وزوال العقد بسبب هذه الأحداث أمر غير مرغوب فيه، وينافي المنطق السليم لعقود التجارة الدولية، وتفاديا لهذه النتيجة وتماشيا مع رغبة الأطراف في هذه العقود في الإبقاء على العقد وإستمرار العلاقة بينهما وجد نظام وقف العقد¹.

(1) د.منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 311.

ويعرف الوقف على أنه "تعطيل أو إعاقة مؤقتة في تنفيذ العقد ناجمة عن حدث يخرج عن سيطرة الأطراف، ويهدف إلى الحفاظ على الرابطة العقدية خلال فترة الإنقطاع من أجل إستئناف تنفيذ العقد مرة أخرى".² ويعرف أيضا بأنه "فترة من الوقت يسكن فيها تنفيذ العقد لحين إنتهاء الظروف التي تواجهه ثم يعود بعدها إلى السريان العادي".³

وعليه فإن الوقف يهدف إلى تحقيق فائدة مزدوجة :

أولا : فهو يحمي العقد من الزوال بسبب وجود عائق قد يستمر لفترة قصيرة، أي يؤمن بقاء العلاقة التعاقدية بين الأطراف.

ثانيا: فهو يسمح للعقد بالسريان مرة أخرى ومنتجا لنفس الآثار التي كان ينتجها من قبل ويحفظ فرصة العقد في المستقبل.

ويرجع الفضل إلى القضاء الفرنسي في خلق هذه النظرية التي لا تجد لها سندا في نصوص القانون، حيث طبقت محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها نظرية وقف تنفيذ العقد في حالة الإستحالة المؤقتة، حيث رفضت محكمة النقض الفرنسية الدفع بفسخ عقود كثيرة نتيجة قيام الحرب العالمية الأولى، وإعتبرت أن الحرب يترتب عليها إستحالة مؤقتة وليست نهائية، وكل ما يترتب عليها وقف العقد لحين زوالها وليس فسخ العقد.¹

كما أقرت محكمة النقض المصرية الوقف في حالة القوة القاهرة المؤقتة في الكثير من أحكامها دون أن يقدم أحد الأطراف طلب بذلك أو موافقة الطرف الآخر عليه، ومن ذلك قولها "وقف العقد يقصد به وقف تنفيذ الإلتزامات الرئيسية المتبادلة التي يفرضها العقد على طرفيه عند حدوث قوة القاهرة تؤذي إلى الإستحالة المؤقتة في التنفيذ" وقولها: "وضع الأطيان المبيعة تحت التحفظ يؤدي إلى وقف العقد فقط لأنه لا يتمخض عنه إستحالة قانونية دائمة تفضي إلى إنقضاء الإلتزامات، وبزوال هذا الطارئ تستأنف الإلتزامات المؤجلة سيرها ويظل العقد قائما خلال فترة التحفظ".²

وكذلك الأمر بالنسبة للشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية فيما يتعلق بشرط القوة القاهرة حيث ينص وعلاوة على ذلك فإنه (أي السبب المنصوص عليه في الفقرة السادسة)، يوقف مدد

(2) تعريف الأستاذ : محمد نصر الدين منصور، مشار إليه في كتاب شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 314.

(3) تعريف الأستاذ عبد الوهاب علي الرومي، مشار إليه في كتاب شريف محمد غنام، نفس المرجع السابق، ص 314.

(1) -Cas civ, 15 Novembre 1921, D 1922, page 14.

(2) راجع في ذلك : شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 330.

التنفيذ أثناء مدة معقولة مستبعدا بذلك في نفس الوقت حق الطرف الآخر في أن يلغي أو يفسخ العقد".³

وعليه فإن السؤال الذي نكون أمامه في هذا الصدد :

ما مدى سلطة المحكم الدولي في مجال وقف تنفيذ العقد الدولي ؟ وما موقف قضاء التحكيم من ذلك ؟

وعليه فإن دراستنا في هذا المطلب ستنصب على سلطة المحكم في وقف تنفيذ العقد (الفرع الأول)، وتطبيقات قرارات التحكيم الصادرة في مجال وقف تنفيذ العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

سلطة المحكم الدولي في وقف تنفيذ العقد .

إن بيان سلطة المحكم في هذا الصدد تقتضي منا أن نفرق بين فرضين.

الفرض الأول: وفيه يطلب أحد الأطراف وقف تنفيذ العقد لحين زوال مانع التنفيذ ولا يعترض الطرف الآخر على وقف التنفيذ، فمثل هذا الفرض لا يثير أية صعوبات إذ يستطيع المحكم وقف تنفيذ العقد.
الفرض الثاني: وفيه يطلب أحد الأطراف وقف تنفيذ العقد ولا يوافق الطرف الآخر على هذا الطلب، أو لم تثر عملية وقف التنفيذ مطلقا من الأطراف.

وفي هذا الفرض نفرق بين ما إذا كنا بصدد حالة من الحالات التي يوقف فيها تنفيذ العقد أم لا، فإذا كنا بصدد حالة من حالات وقف تنفيذ العقد، كقوة القاهرة مؤقتة فإن المحكم يستطيع الحكم بوقف العقد في هذه الحالة سواء طلبه أحد الأطراف وإعترض عليه الطرف الآخر أو لم يطلبه أي من الطرفين.

(3) راجع البند السابع من الشرط النموذجي المتعلق بالقوة القاهرة بخصوص الإقترحات التي قدمتها غرفة التجارة الدولية بخصوص القوة القاهرة أو الطارئة.

أما إذا لم تتوافر حالة من حالات القوة القاهرة المؤقتة فإن المحكم لا يستطيع الحكم بوقف تنفيذ العقد حتى ولو طلبه أحد الأطراف.¹

فإذا كانت القوة القاهرة المؤقتة تؤدي إلى وقف تنفيذ العقد دون حاجة إلى طلب من أحد الأطراف، فإن تحديد ما إذا كانت القوة القاهرة مؤقتة أو نهائية يرجع إلى السلطة التقديرية للمحكم حيث يعتبر من المسائل الموضوعية التي يختص بها قضاء التحكيم.²

الفرع الثاني

تطبيقات لقرارات التحكيم الصادر بوقف تنفيذ العقد.

إعترافاً بالأهمية التي تمثلها عقود التجارة الدولية، وبخطوره النتائج المترتبة على إنهاء هذه العقود، يميل محكمو التجارة الدولية إلى وقف تنفيذ العقد والحفاظ عليه أي كانت التغيرات التي يواجهها تنفيذها، فتؤكد قرارات التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية أن المحكمون يفضلون وقف تنفيذ العقد لحين زوال عائق التنفيذ أو أثناء إعادة التفاوض في العقد ويرون أنه حل أولى يسبق فسخ العقد.

ومن أمثلة التطبيقات التي نوردتها لهذه القرارات، القرار الصادر في القضية رقم 1703 لسنة 1971، حيث اعترفت هيئة التحكيم بوجود حالة قوة القاهرة في المدة التي بدأت فيها الأعمال العدائية وحتى نهايتها، وبعد ذلك أيضاً بعشرين يوماً، بيد أنها اعتبرت أن الأعمال العدائية تشكل في هذه الفترة استحالة تنفيذ مؤقتة وليست نهائية، وفحصت الهيئة بعد ذلك إستئناف العقد في سريانه العادي بعد إنتهاء هذه المدة، وإنتهت إلى أنه من الممكن للشركة المدعى عليها أن تقوم بتنفيذ إلتزاماتها إتجاه الشركة المدعية، وأن يعود العقد إلى السريان الطبيعي له بعد هذه الفترة.¹

ونفس المبدأ طبقه قضاء التحكيم في قضية "بارسونس" "Parsons"، ففي هذه القضية إلتزمت شركة أمريكية ببناء مصنع ورق لصالح الشركة المصرية العامة لصناعة الورق، ولكنها لم تتمكن من تنفيذ إلتزاماتها بسبب حرب أكتوبر وما ترتب عليها من خطورة على الرعايا الأمريكيين في مصر فترة الحرب، وفي رده على طلب التعويض المقدم من الهيئة المصرية العامة لصناعة الورق إستندت الشركة الأمريكية إلى حالة القوة القاهرة التي سببتها الحرب، فقبلت هيئة التحكيم هذه الحجة في فترة الحرب فقط، ولكنها رفضت إعفاء الشركة الأمريكية من القيام بتكملة هذا المشروع بعد إنتهاء الحرب، ورأت أن الحرب

(1) راجع : شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 330.

(2) د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 311.

(1) لمزيد من التفاصيل راجع : شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 332.

يقتصر أثرها على وقف تنفيذ العقد طوال فترة وجودها فقط، أما بعد إنتهاؤها فإن العقد يستأنف سريانه الطبيعي.²

وفي القضية رقم 2763 لسنة 1980 فرضت هيئة التحكيم وقف العقد من تلقاء نفسها وإعتبرت أن طلب وقف العقد واجب على المتعاقد المدعي يسبق حقه في التمسك بفسخ العقد، حيث جاء في قول هيئة التحكيم: "إن وجود الألغام التي ترجع إلى الحرب العالمية الثانية في ميناء طرابلس، على إفتراض أنها تشكل قوة قاهرة، لا تمنع المدين من أن يتصرف كرجل حريص ومتبصر بأن يجعل أثر وجود هذه الألغام مؤقتا وليس نهائيا"³.

وخلاصة القول أن نظرية وقف تنفيذ العقد في حالة الإستحالة المؤقتة أصبحت من النظريات المسلم بها في قضاء التحكيم في سبيل الحفاظ على العلاقات التعاقدية في حقل التجارة الدولية، وتماشيا مع التطور الذي تعرفه التجارة الدولية الحديثة، غير أنه لا بد أن يشترط لوقف العقد بسبب الإستحالة المؤقتة أن لا يبقى مانع التنفيذ مستمرا لفترة طويلة، بل يجب أن تكون هناك إمكانية لزوالها بعد فترة معينة حتى لا يبقى مصير العقد مجهولا ومعلقا، ويكون تنفيذ العقد بعدها مجديا ومحققا لمصالح ورغبات الأطراف.

(2) راجع : حسني المصري، مرجع سابق، ص 428.
(3) راجع في ذلك: شريف محمد غنام، نفس المرجع السابق، ص 333.

خلاصة الباب الثاني :

أصبح التحكيم التجاري الدولي في الوقت الحاضر أمراً مفروضاً لفض الكثير من المنازعات التجارية الدولية، حيث تشكل اليوم ما يسمى "بسوق خدمة التحكيم التجاري الدولي"، نتيجة لتزايد العلاقات الإقتصادية الدولية وتشعبها، وظهور هيئات تحكيمية منظمة، وكذا إنتشار العقود النموذجية، فقد يتعسف الطرف القوي في العقد في فرض هيئة تحكيمية معينة تحكم لصالحه على حساب مصالح الطرف الآخر.

لقد كشفت الممارسة الدولية في مجال التحكيم أن التطور الحاصل في حقل التجارة الدولية أصبح لا يتناسب مع "مبدأ سلطان إرادة الأطراف" الذي لطالما أعتبر أساساً للتحكيم التجاري الدولي، وهذا ما أدى إلى إنتفاء الحكمة المتوخاة من التحكيم كوسيلة فعالة ومرنة للفصل في منازعات التجارة الدولية. كما أصبح المحكم الدولي يتمتع بإستقلالية واسعة في تحديد القواعد التي تحكم موضوع النزاع، وحرية في إستبعاد القانون المختار باسم النظام العام الدولي الحقيقي، بل والأكثر من ذلك فإن المحكم أصبح يتمتع بسلطات واسعة أتجاه العقد الدولي حيث أصبح بإمكانه تعديل الأحكام الإتفاقية للعقد وتكييفها وفقاً للظروف والملابسات المحيطة بالعقد، وكذا ما تتطلبه ظروف التجارة الدولية الحديثة،

بالإضافة إلى سلطته في تكملة الثغرات التي قد تشوب العقد الدولي وسلطة فرض وقف تنفيذ العقد على الأطراف.

ففي كل هذه الأحوال، هل يبقى التحكيم التجاري الدولي وفيا لأهدافه؟ وهل يبقى مرتبطا بغاية تحقيق العدالة في عالم أصبحت تطغى عليه اللامساواة وإنعدام العدالة وطغيان القوي على الضعيف؟ وهل أصبحت العدالة خدمة أو سلعة تجارية تتسابق عليها الدول؟!!

أولا : باللغة العربية

I. الكتب العامة :

1) أحمد عبد الكريم سلامة :

❖ القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، بدون سنة.

❖ نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.

2) الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، مطبعة الكاهنة 2000.

3) سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004.

4) شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

5) صلاح الدين أحمد الصاوي، محاضرات في القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية 1990.

6) عبد العزيز قادري، الإستثمارات الدولية، دار هومة للنشر والتوزيع، 2004.

7) عبد القادر سيد أحمد، المفاوضات بين الشمال والجنوب "الرهانات"، ديوان المطبوعات الجامعية 1983.

8) عبد الملك عبد الرحمان مطهر، الإتفاقية الخاصة بإنشاء منظمة التجارة العالمية ودورها في تنمية التجارة الدولية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.

9) عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع 2008.

10) عصام عبد الفتاح مطر، عقود الفيديك، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.

11) علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، 1993.

12) لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والقانون المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

- 13) محمد إبراهيم موسى، إنعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2007.
- 14) محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، بدون سنة.
- 15) مسعود محمودي، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006.
- 16) ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
- 17) موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، القواعد المادية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989.
- 18) نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة والنشر 2005.
- 19) هشام علي صادق :
- ❖ تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية 1993.
- ❖ دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، 1986.
- II. الكتب المتخصصة:**
- 1) إبراهيم رضوان الجغبير، بطلان حكم المحكم، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 2) أبوزيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، 1981.
- 3) أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والتحكيم الإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية 1998.
- 4) أحمد بلقاسم، التحكيم الدولي، دار هومة للطباعة والنشر، 2005.
- 5) أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2008.
- 6) أشرف عبد العليم الرفاعي :
- ❖ التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في قضاء التحكيم، دار الكتب القانونية 2006.
- ❖ القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2003.
- 7) أمال الفزائري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993.

- 8) حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
- 9) حفيظة السيد حداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، الإسكندرية 1996.
- 10) سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، إتفاق التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984.
- 11) عاطف شهاب، إتفاق التحكيم التجاري الدولي والإختصاص التحكيمي، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة.
- 12) عامر فتحى البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن 2008.
- 13) عبد الحميد الأحذب، التحكيم : أحكامه ومصادره، الجزء الأول، مؤسسة نوفل للطباعة والنشر، بيروت 1990.
- 14) عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- 15) عبد المجيد منير :
- ❖ الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مطبعة الشرطة، 2005.
- ❖ التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، 1997.
- 16) عبد الهادي عباس، وجهاد هوامش، التحكيم الإختياري والإجباري، التحكيم في المنازعات الدولية والتحكيم في التجارة الدولية، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية أديب إستنبولي، 1982.
- 17) عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي الإتفاقي والقانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة 1993.
- 18) عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.
- 19) فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة في أحكام التحكيم التجاري الدولي)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2008.
- 20) كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1991.

21) محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 1997.

22) محمد سليم العوا، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار شتات للنشر، بدون سنة.

23) محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، منشورات بغدادية، 2008.

24) محمد نور الهادي شحاته، الرقابة على أعمال المحكمين، (موضوعها وصورها)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، بدون سنة.

25) محمود السيد عمر التحيوي :

❖ أركان الإتفاق على التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.

❖ التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوزاه في منازعات العقود الإدارية، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية 1999.

26) مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية 1998.

27) ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، 2008.

28) نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.

III. الرسائل الجامعية :

❖ رسائل الدكتوراه :

1) الطيب زروقي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه، الجزء الثاني، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1990/1991.

2) نصيرة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، ديوان المطبوعات الجامعية، جامعة الجزائر، 1992.

❖ رسائل الماجستير :

1) سامية خواثره، تنفيذ القرارات التحكيمية المترتبة على منازعات التجارة الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2002/2003.

- (2) سمية كمال، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في الجزائر رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان السنة الجامعية 2003/2002.
- (3) عبد السلام منسول، قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2001/2000.
- (4) عبد الله سنينات، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2009/2008.
- (5) فريدة عيادي، سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة على العقد التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.
- (6) كمال معروف، التحكيم التجاري الدولي في ظل المرسوم التشريعي 09/93، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2000/1999.
- (7) نور الدين بكلي، إتفاق التحكيم الدولي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1996/1995.
- (8) هنية شريف، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية، 2002/2001.

IV. المقالات والدراسات المنشورة في المجلات العربية :

(1) أبوزيد رضوان :

- ❖ الضوابط العامة للتحكيم التجاري الدولي، القسم الثالث، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة الثالثة، العدد الأول لسنة 1979.
- ❖ الضوابط العامة للتحكيم التجاري الدولي، القسم الرابع، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة الرابعة، العدد 01-03 لسنة 1980.
- (2) أحمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت العدد 1،4 لسنة 1993.
- (3) حبيب بلقنيشي، دور التحكيم التجاري الدولي في وضع نظام قانوني دولي لتشجيع الإستثمارات الأجنبية، مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر جامعة بجاية 2006.
- (4) عبد الحفيظ عيد، دور إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على دعوى التحكيم، مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، جامعة بجاية 2006.

- 5) عبد الوهاب بموسى، التحكيم التجاري الدولي : قضاء تعاقدي، دراسات قانونية، مجلة القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد 04 لسنة 2007.
- 6) عليوش قربوع كمال، الإعتراف والتنفيذ الجبري للقرارات التحكيمية، مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، جامعة بجاية 2006.
- 7) محمد يوسف، مضمون أحكام الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الإستثمار المؤرخ في 20 أوت 2001 ومدى قدرته على تشجيع الإستثمارات الوطنية والأجنبية، مجلة الإدارة، العدد 23 لسنة 2002
- 8) مصطفى تراري ثاني، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مجلة الدراسات القانونية، العدد الأول، جوان 2008.
- 9) نواره حسين، تكريس التحكيم التجاري الدولي كضمان للإستثمارات الأجنبية، مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، جامعة بجاية 2006.
- 10) وجدي راغب فهمي، هل التحكيم نوع من القضاء؟، دراسة نقدية لنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة السابعة عشر، العدد الأول لسنة 1993.

V. المجالات القضائية :

1) المجلة القضائية رقم 04 لسنة 1989.

VI. الإتفاقيات الدولية :

- 1) إتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 يونيو 1958، المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.
- 2) إتفاقية جنيف المؤرخة في 21 أبريل 1961 المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي.
- 3) إتفاقية واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965 المتعلقة بتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار.
- 4) إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987.

VII النصوص القانونية.

❖ الجزائرية :

- 1) القانون 11/58 المؤرخ في 22/11/1958 المتضمن القانون البترولي الصحراوي.
- 2) القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر عدد 44 لسنة 2005.
- 3) القانون 09/08 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر رقم 21 مؤرخة في 23/04/2008.
- 4) الأمر 154/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.
- 5) الأمر 04/95 المؤرخ في 21 يناير 1995، ج.ر عدد 07 لسنة 1995.
- 6) المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 25/04/1993 المعدل والمتمم للأمر 154/66 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر رقم 27 لسنة 1993.
- 7) المرسوم التشريعي 12/93 المؤرخ في 05/10/1993 المتعلق بترقية الإستثمار، ج.ر رقم 64 لسنة 1993.
- 8) المرسوم الرئاسي 384/63 المؤرخ في 14/09/1963 المتضمن نشر الإتفاق الجزائري الفرنسي حول التحكيم، ج.ر العدد 67 مكرر بتاريخ 17/09/1963.
- 9) المرسوم الرئاسي 233/88 المؤرخ في 05/11/1988 المتضمن إنضمام الجزائر بتحفظ لإتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية.
- 10) المرسوم الرئاسي 01/94 المؤرخ في 02/01/1994، ج.ر عدد 67 مؤرخة في 19/10/1994.
- 11) التعليم الوزارية رقم 603 و-أ الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1982.

❖ المصرية :

- 1) قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

الإهداء

التشكرات

قائمة المختصرات

01	المقدمة
15	الباب الأول : سيادة إرادة أطراف التجارة الدولية في ظل التحكيم التجاري الدولي الخاص ..
16	الفصل الأول : مظاهر سيادة أطراف التجارة الدولية في التحكيم التجاري الدولي الخاص
16	المبحث الأول : مظاهر سيادة أطراف التجارة الدولية في تنظيم التحكيم.....
17	المطلب الأول : إتفاق التحكيم.....
18	الفرع الأول : إنشاء إتفاق التحكيم وصياغته.....
18	أولاً : إنشاء إتفاق التحكيم.....
20	ثانياً : صياغة إتفاق التحكيم.....
24	الفرع الثاني : تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم.....
24	أولاً : تطبيق قانون الإرادة.....
26	ثانياً : تطبيق قانون مقر التحكيم.....
27	ثالثاً : موقف المشرع الجزائري.....
29	المطلب الثاني : تشكيل محكمة التحكيم.....
30	الفرع الأول : تعيين المحكمين.....
35	الفرع الثاني : قبول المحكم للمهمة المسندة إليه.....
36	أولاً: أثر قبول المحكم لمهمة التحكيم.....
37	ثانياً: ضرورة إفصاح المحكم عن الأسباب الداعية لرده.....
37	المطلب الثالث : تحديد سلطات وإلتزامات المحكم.....
38	الفرع الأول : تحديد سلطات المحكم.....
41	الفرع الثاني : تحديد إلتزامات المحكم.....
41	أولاً : إلتزام القواعد الإجرائية الإتفاقية.....

42	ثانيا : إحترام حقوق الدفاع.....
42	ثالثا : إحترام المساواة بين الخصوم.....
42	رابعا : إحترام مبدأ المواجهة بين الخصوم.....
43		المبحث الثاني : مظاهر سيادة إرادة الأطراف أثناء سير الخصومة التحكيمية.....
44	المطلب الأول : تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.....
45	الفرع الأول : تطبيق المحكم لقانون الإرادة.....
48	الفرع الثاني : الضوابط الإحتياطية.....
48	أولا : تطبيق قانون مقر التحكيم.....
50	ثانيا : إختيار الهيئة التحكيمية للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.....
51	المطلب الثاني : تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.....
53	الفرع الأول: دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.....
60	الفرع الثاني : دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.....
63	أولا : تطبيق الهيئة التحكيمية لقواعد تنازع القوانين.....
66	ثانيا : تطبيق الهيئة التحكيمية للمبادئ العامة للقانون.....
68	ثالثا : تطبيق الهيئة التحكيمية العادات والأعراف التجارية الدولية.....
71	رابعا : تطبيق الهيئة التحكيمية لقواعد العدالة والإنصاف.....
74	المطلب الثالث : تنفيذ القرار التحكيمي.....
76	الفرع الأول : التنفيذ الإرادي للقرار التحكيمي (القاعدة العامة).....
77	الفرع الثاني: التنفيذ الجبري للقرار التحكيمي (الإستثناء).....
84	الفصل الثاني: القيود الواردة على سيادة أطراف التجارة الدولية.....
84	المبحث الأول: القيود الكلاسيكية الواردة على إرادة أطراف التجارة الدولية.....
85	المطلب الأول: قواعد النظام العام.....
86	الفرع الأول : تحديد مفهوم فكرة النظام العام.....
90	الفرع الثاني : دور المحكم في تطبيق قواعد النظام العام.....

90أولا : جدلية النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي
94ثانيا : مدى حرية المحكم في تطبيق قواعد النظام العام
98المطلب الثاني : قوانين البوليس
98الفرع الأول : مفهوم قوانين البوليس
101الفرع الثاني : مدى إلتزام المحكم بتطبيق قوانين البوليس
101أولا : قوانين البوليس المنتمية إلى قانون العقد
103ثانيا : قوانين البوليس الأجنبية عن قانون العقد
107	المبحث الثاني : تدخل القضاء الوطني في التحكيم التجاريالدولي
108المطلب الأول : تدخل القاضي الوطني خلال سير إجراءات التحكيم
109الفرع الأول : تعيين المحكمين
112الفرع الثاني : إتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية
115الفرع الثالث : رد المحكمين
119الفرع الرابع : الغش نحو القانون
122المطلب الثاني : تدخل القاضي الوطني في تنفيذ القرارالتحكيمي
124الفرع الأول : الرقابة القضائية على القرار التحكيمي
124أولا : أساس الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية
125ثانيا : صور الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية
127الفرع الثاني : الأمر بتنفيذ حكم المحكمين
130خلاصة الباب الأول
	الباب الثاني: تلاشي دور إرادة أطراف التجارة الدولية في ظل التحكيم التجاري الدولي
131المؤسستي الحديث
133الفصل الأول : إذعان أطراف التجارة الدولية للتحكيم التجاري الدولي المؤسستي الحديث

- 133المبحث الأول : أسباب إذعان أطراف التجارة الدولية للتحكيم المنظم.....
- 134المطلب الأول : إنتشار مراكز التحكيم الدائمة، وتحول الطبيعة الإتفاقيه للتحكيم.....
- 134الفرع الأول : إنتشار مراكز التحكيم الدائمة.....
- 135أولا : هيئات التحكيم الوطنية.....
- 135ثانيا : هيئات التحكيم الإقليمية.....
- 137ثالثا : هيئات التحكيم الدولية.....
- 139الفرع الثاني : تحول الطبيعة الإتفاقيه للتحكيم.....
- 141المطلب الثاني : الضغوط المفروضة على الأطراف في حقل التجارة الدولية.....
- 142الفرع الأول : ظهور العقود النموذجية.....
- 146الفرع الثاني : إختلال التوازن الإقتصادي بين الدول الصناعية الكبرى والدول النامية.....
- 149المبحث الثاني : مظاهر إذعان أطراف التجارة الدولية عبر مراحل التحكيم.....
- 150المطلب الأول : في تنظيم إجراءات التحكيم.....
- 150الفرع الأول : تشكيل محكمة التحكيم.....
- 155الفرع الثاني : تحديد القواعد التي تحكم إجراءات التحكيم.....
- 158المطلب الثاني : إعداد القرار التحكيمي وتنفيذه.....
- 159الفرع الأول : الرقابة السابقة على صدور القرار التحكيمي.....
- 162الفرع الثاني : التنفيذ الجبري للقرار التحكيمي.....
- 163أولا : العقوبات الأدبية.....
- 164ثانيا: العقوبات المالية.....
- 164ثالثا : العقوبات السالبة لحقوق الرافض للتنفيذ بصفته كعضو في الجمعية.....
- 166الفصل الثاني : تدعيم دور المحكم الدولي في ظل التحكيم التجاري المؤسساتي الحديث.....
- 167المبحث الأول : توسيع سلطة المحكم في مجال القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.....
- 168المطلب الأول : حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.....

- 168 الفرع الأول : حرية المحكم في تطبيق العادات والأعراف التجارية الدولية.....
- 174 الفرع الثاني : حرية المحكم في تطبيق المبادئ العامة في القانون الدولي.....
- 174 أولاً : تكييف المبادئ العامة للقانون.....
- 176 ثانيا : مضمون المبادئ العامة للقانون.....
- 178 ثالثاً: تطبيقات المبادئ العامة للقانون في قضاء التحكيم الحديث.....
- 183 **المطلب الثاني : حرية المحكم في إستبعاد القانون المختار باسم النظام العام الدولي الحقيقي.....**
- 184 الفرع الأول : مفهوم النظام العام الدولي الحقيقي.....
- 186 الفرع الثاني : دور المحكم في تطبيق قواعد النظام العام الدولي الحقيقي.....
- 189 **المبحث الثاني : توسيع سلطات المحكم إتجاه العقد الدولي.....**
- 190 **المطلب الأول : دور المحكم في تكييف العقد الدولي.....**
- 192 الفرع الأول : دور المحكم المقيد بالقانون في تكييف العقد.....
- 192 الفرع الثاني : دور المحكم بالصلح في تكييف العقد.....
- 193 **المطلب الثاني : دور المحكم في تكملة العقد وتعديله.....**
- 194 الفرع الأول: دور المحكم في تكملة العقد.....
- 196 الفرع الثاني : دور المحكم في تعديل العقد.....
- 197 أولاً : القوة القاهرة كأساس لتعديل العقد الدولي.....
- 198 ثانيا : موقف الفقه وقضاء التحكيم من تدخل المحكم لتعديل العقد.....
- 203 **المطلب الثالث : دور المحكم في وقف تنفيذ العقد الدولي.....**
- 205 الفرع الأول : سلطة المحكم الدولي في وقف تنفيذ العقد.....
- 205 الفرع الثاني : تطبيقات لقرارات التحكيم الصادر بوقف تنفيذ العقد.....
- 208 خلاصة الباب الثاني.....

209 الخاتمة
213	قائمة المراجع

220 الفهرس

تلخيصات

اللغة العربية :

احتل التحكيم التجاري الدولي في وقتنا الحاضر مكانة متميزة وخاصة كوسيلة لفض النزاعات المترتبة على عقود التجارة الدولية. ولعل أهم أسباب نجاح التحكيم التجاري الدولي باعتباره طريق غير عادي لفض النزاعات الناشئة بين المتعاملين الاقتصاديين بخصوص معاملاتهم التجارية، لا يمكن فقط في تلك المزايا التي يوفرها لهم، وإنما بسبب الدور البارز الذي تلعبه إرادة هؤلاء في إجرائه.

الكلمات المفتاحية: التحكيم التجاري الدولي، الإرادة، المتعاملين الاقتصاديين، التجارة الدولية، العقود التجارية الدولية.

La Langue Française:

L'étude et la connaissance de l'expérience de l'arbitrage ne sont pas seulement précieuses elles sont indispensables à qui veut comprendre les relations commerciales internationales dès lors que nul ne le conteste plus, l'arbitrage est devenu le mode ordinaire de règlement des litiges nés de ces relations, et on ne saurait plus concevoir sans lui l'économie mondiale.

Mots clefs: Arbitrage commercial international, la volonté, les opérateurs économistes le commerce international, les contrats commerciaux internationaux.

La Langue Anglaise :

International commercial arbitration is the process of resolving business disputes between or among transnational parties through the courts. It requires the agreement of the parties, which is usually given via an arbitration clause that is inserted into the contract or business agreement. The decision is usually binding.

Key words: The international commercial arbitration, free will, the economist operators, the international commerce, the international commercial contract.