

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أبو بكر بلقايد * تلمسان *
كلية الحقوق والعلوم السياسية

حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي

رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام

المشرف : الأستاذ الدكتور بن سهلة ثاني بن علي

الطالب : باسود عبد المالك

لجنة المناقشة :

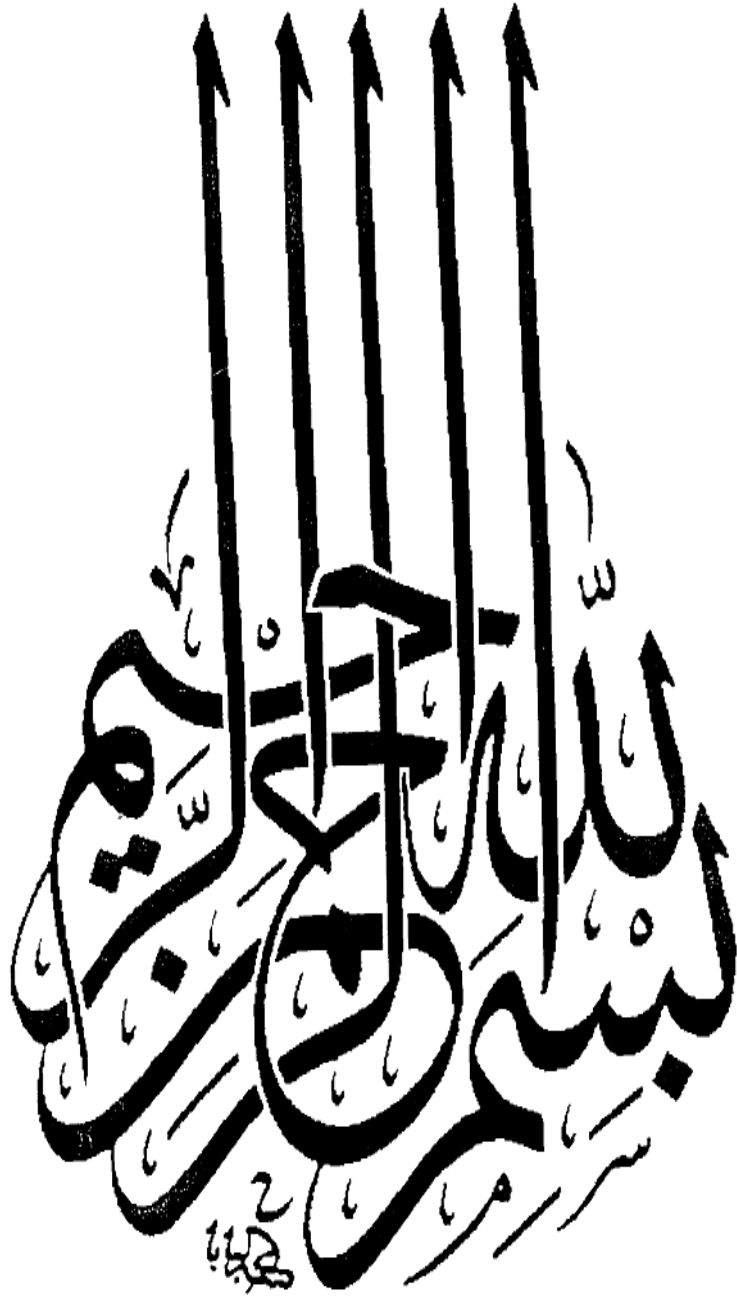
الأستاذ الدكتور بن طيفور نصر الدين / أستاذ التعليم العالي / جامعة تلمسان / رئيسا

الأستاذ الدكتور بن سهلة ثاني بن علي / أستاذ التعليم العالي / جامعة تلمسان / مشرفا ومقررا

الأستاذ الدكتور بوكعبان العربي / أستاذ التعليم العالي / جامعة سيدي بلعباس / مناقشا

الأستاذ الدكتور نعيمي فوزي / أستاذ التعليم العالي / جامعة سيدي بلعباس / مناقشا

السنة الجامعية : 2015/2014



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا "

الآية سبعون من سورة الأحزاب

" وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذِ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذِ نَفَشَتِ فِيهِ غَنَمُ
الْقَوْمِ وَكُنَّا لَهُمْ شَاهِدِينَ "

الآية الثامنة والسبعين من سورة الأنبياء

الإهداء

إلى والدي رحمه الله ... وإلى
والدتي أسأل الله أن يجعل جزاءهما
جنة الفردوس ...
إلى أفراد عائلتي الكريمة ...
إلى الأصحاب والأحباب بدون
استثناء ...

الشكر

والحمد والمنة لله جل وعلى

ثم

الأستاذ / بن سهلة ثاني بن علي

الذي لم يتوانى في بدل النصح

والجهد والدعم لي حتى أبلغني

مأمني في إتمام هذا العمل

قائمة المختصرات

AAA	American arbitration association
C.civ	Code civil
CCI	Chambre de commerce internationale
CIRDI	Centre international pour le règlement des différent relatifs aux investissements
CNUDCI	Commission de la nation unie pour le droit commercial international
CPC	Code de procédure civile
FIDIC	Fédération internationale des ingénieurs conseils
ICCA	International Council for commercial arbitration
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé

مقدمة

" ينبغي أن يستند الحكم التحكيمي إلى سيادة مستقلة وطيقة وشاملة، ليكرس الفاعلية الذاتية المطلقة للحكم التحكيمي، كواقع ملموس، عندما يجعل إلزامه ونفاذه الجبري في ذاته ومن ذاته وليس من مصادقة بلد صدوره أو حتى من وضع الصيغة التنفيذية لهذا البلد أو لبلد التنفيذ عليه، باعتبارها غير لازمة لحجته التنفيذية الدولية أي نفاذه خارج بلد المنشئ، وهو إلزام يثبت بمجرد الثبوت المادي للحكم التحكيمي بعدم المنازعة في إمضائه من قبل المحكم الذي أصدره".

يمكن اعتبار هذه الفتوى الصادرة عن القضاء البلجيكي نتيجة حتمية للصراع بين القضاء العمومي أي قضاء الدولة، والقضاء التحكيمي.

لكن لماذا وقع هذا الصدام؟ وما هي غايته؟

الإجابة عن السؤالين تضمنها عنوان هذا البحث وهو " حماية الاستثمار الأجنبي في ظل التحكيم المؤسسي".

ونبدأ بالإجابة: من السؤال الثاني

غاية هذا الصدام هي حماية الاستثمار الأجنبي.

ثم نعود إلى السؤال الأول:

وقع الصدام لأن النظام التحكيمي في شكله التقليدي كان غير قادر على حماية الاستثمار الأجنبي.

للتفصيل في هذه المسائل أكثر نقول :

إن أكبر مشكل عانت منه الاستثمارات الأجنبية هو عقدة السيادة عند الدول، وغياب محكمة فوق دولية يمكن اللجوء إليها لتفرض إرادتها على الدول على غرار محكمة العدل الدولية، وعدم قدرة المستثمر الأجنبي من اللجوء إلى هذا النوع من المحاكم عند وقوع نزاع بينه وبين الدولة المستقبلة للاستثمار، ورفض الدول الخضوع إلى غير قضائها الوطني الذي هو عنوان سيادتها.

كما أن رؤوس الأموال أصبحت تتجه إلى الدول التي لا تعتنق الفكر الليبرالي واقتصاد السوق وإنما تتدخل الدولة في إدارة الاقتصاد بصفة مباشرة أو غير مباشرة وأدى هذا الأمر إلى ظهور نزاعات عدة بينها وبين الشركات العابرة للقارات، أي أن الدولة أصبحت جزء من خارطة التجارة الدولية سواء عن طريق قيامها بالاستثمار بنفسها، أو عن طريق أحد أجهزتها، أو إحدى الشركات التابعة لها، والتي وإن كانت ذات طابع اقتصادي لكنها تبقى خاضعة للدولة. كما أن قدرة الدولة على التغيير في التشريعات الوطنية التي قد تلحق ضرر بالمستثمر الأجنبي الذي قد يصبح مجبرا على التنازل على قسم من أرباحه لصالح الدولة أو على جزء من أسهمه لصالح إحدى شركاتها. بمقتضى هذه التغييرات التشريعية، والأمثلة على ذلك كثيرة في العالم. وإن الدول تملك بحكم قدرتها على التشريع كجزء لا يتجزأ من ممارستها لسيادتها متى شاءت وكيفما شاءت على الإضرار بمصالح المستثمر الأجنبي. وإذا أخذنا التأميم على سبيل المثال، يعتبر حق للدولة على أن تمارسه بشرط تقديم التعويض المناسب للمستثمر الأجنبي، لكن يبقى السؤال ما هو الضامن لهذا المستثمر على أن الدولة ستقوم بتعويضه تعويضا مناسباً.

أمام هذا العجز الذي واجهته منظومة مجتمع التجار كان ينبغي الوصول إلى حلول عملية، فالدول على اختلافها غنية كانت أم فقيرة بحاجة ملحة للاستثمار الأجنبي، والاستثمار الأجنبي بحاجة ملحة للحماية، والدول إلى جانب حاجتها للاستثمار، فهي لا ترغب بالتضحية بسيادتها لمجموعة من الخواص، وهي غير قادرة على إنتاج منظومة عدلية يتجه إليها الجميع خواص ودول. إذا نحن أمام معضلة حقيقية.

الحل هو ذاته إشكالية هذا البحث والمتمثلة في إلى أي مدى يمكن للقضاء التحكيمي أن يكون مجسدا للعدالة المنشودة من طرف المستثمر في ظل احتكار قضاء الدولة للوظيفة القضائية؟ ومدى قدرة مؤسسة التحكيم على إنفاذ أحكامها؟

تفكيك هذه الإشكالية جعل هذا البحث يتبع تراتبية معينة جعلتنا نبدأ بذكر التصورات الفكرية والنظريات التي قامت بتحديد مرجعية التحكيم وتحديد طبيعته وتثبيتها، وأهمية هذه المسائل تكمن

في أن التحكيم لن يكون مجسدا للعدالة المنشودة في ظل المرجعيات الكلاسيكية القائمة على التصور العقدي للتحكيم الذي يعد تصورا تقليديا غير محقق للغاية المطلوبة، لأنه رأى في عضو القضاء التحكيمي بأنه قاض خاص ذي ولاية خصوصية وتأهيل موضوعي محدود في المهمة التحكيمية التي تسندها له إرادة الأطراف من خلال اتفاقية التحكيم. هذا التصور جعل التحكيم يظهر في منزلة دونية لأن مرجعته اتفاقية وليست عمومية مثل قضاء الدولة مما جعله دائما في منزلة القضاء المنقوص غير القادر على تحقيق العدالة المنشودة.

لذلك كان ينبغي تحديد مرجعية التحكيم والتساؤل حول مدى صدقية مسلمات العلاقة غير المتكافئة بين مؤسستي القضاء والتحكيم، والحديث عن البديل المطلوب الذي يجعل من التحكيم التجاري الدولي قضاء ذو ولاية كاملة غير منقوص يزاحم قضاء الدولة بل يتفوق عليه في مجال التجارة الدولية.

ثم ينبغي تثبيت الحقيقة التالية وهي أن المحكم على مستوى ممارسة الوظيفة التحكيمية هو محكم قاض أو قاض محكم يؤدي وظيفة قضائية تماما مثل القاضي العمومي لأنه يؤديها بموجب نص تشريعي تماما مثل القاضي الرسمي.

أما على المستوى مصادر التحكيم، فيبدو أن التحكيم التجاري الدولي قد استمد جزء لا يستهان به من منظومة دولية علوية ممثلة إما في الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية نيويورك 1958، واشنطن 1965، القانون النموذجي 1985 وغير ذلك من المصادر الدولية التي جعلت من التحكيم العدالة المنشودة من طرف مجتمع التجار. وحتى المصادر الوطنية كانت إما متأثرة بهذا المصادر الدولية، فكانت انعكاسا لها أو كانت انعكاسا لفقهاء قضائي تحكيمي متحرر قام بوضع قواعد مادية للنظام القانوني التحكيمي غدت قواعد آمرة عبر دولية مع مرور الزمن.

أما على مستوى التكريس الفني والتطبيقي فكان علينا الاستناد إلى نظرية سانتي رومانو لأنها العمدة في المنهج الذي جاءت به نظرية قانون التجار والذي جعل من القواعد القانونية التحكيمية المتناثرة مصدرا ومنهجيا وشكل نظاما قانونيا يحمل الطابع المؤسسي، شبيه بالنظام القانوني الوطني، وإن كان يختلف معه من حيث الطبيعة فهو يتفق معه من حيث الإلزام والنفذ في رأي هؤلاء على الأقل، لأنه في نظرهم لا يمكن الحديث عن تحكيم تجاري دولي يحقق العدالة المنشودة إلا إذا كان

يحمل الطابع المؤسسي الذي يحمله القانون الوطني، وذلك دون أن تتجاوز سلطة الوضع في هذا النظام القانوني التحكيمي فلا يوجد نظام قانوني يحمل طابع الإلزام دون وجود هذه السلطة، أضف إلى ذلك فإن لهذه السلطة في مؤسسة التحكيم خصائص وميزات تختلف عن سلطة الوضع في الأنظمة القانونية الوطنية.

أما على المستوى الإجرائي فإن التحكيم قد استعار المبادئ العامة للقضاء وللتقاضي، وذلك بصفته قضاء يشارك في أداء نفس الوظيفة القضائية التي يؤديها القضاء العمومي، وهي إصدار الأحكام المتمتعة بالحجية والإلزام والنفاد.

أما على المستوى الموضوعي، أي على مستوى الحل القانوني الذي يمنحه المحكم ومدى حجية هذا الحل، و إلزاميته، ونفاذه عبر حدود الدول، ومدى قدرة القاضي الوطني على تعديله أثناء إكسائه الإذن بالتنفيذ، وما هي حدود هذا التدخل أو الرقابة.

ومحاولة منا على توضيح وجهة نظر، جاءت بها المدرسة الحديثة للتحكيم التجاري الدولي نعتقد أنها الأكثر ملائمة للضرورات التي فرضها الواقع العملي، كان لا بد من إتباع منهج يعتمد التتابع الزمني عبر الاستقراء التاريخي، والاعتماد على المنهج الجدلي لأننا بصدد القيام بموازنة ومقارنة بين تصورين متزاحمين في الزمن، نظرية تقليدية ترى في التحكيم مجرد قضاء استثنائي وأخرى حديثة متمردة ترى في التحكيم قضاء بديل بل الأفضل لمقتضيات التجارة الدولية والاستثمار الدولية. وقضاء ين متزاحمين في الوظيفة، قضاء يدافع عن سيادته وولايته وسلطانه، وقضاء ينشئ لنفسه ولاية وسلطانا، ويحاول التخلص من وصاية قضاء آخر.

وأفضل تعبير عن هذا الصراع هو ما ذكره الأستاذ عبد الحميد الأحذب عندما قال:

" إن التحكيم قد اندفع نحو التكيف مع المعطيات الجديدة للتجارة الدولية، ليؤمن للتراعات الناشئة عنها الحلول المناسبة التي تحتاجها

والمتمسمة بخاصية السرعة والضمانة والعدالة وبالتالي فإن الفلسفة التحكيمية والتطبيق التحكيمي قد تعرضا لحضة عنيفة"

وينتهي في بيان ضرورة التحكيم كضمانة للاستثمار إلى القول: " أصبح التحدي الذي يواجه التجارة الدولية والاستثمارات الدولية، من نوع أن تكون أو لا تكون".

ومجمل القول في هذه المقدمة هو أن موضوع هذا البحث يبغي الوصول إلى نتيجة فحواها هو أن التحكيم هو مؤسسة غير مشخصة تنفرد بنظام قضائي تحكيمي خاص يحركها وتنظيم قضائي تحكيمي هيكلية يضم لها الوحدة والاتساق والاستمرار وهي ذات العناصر المميزة لكل مؤسسة.

لأن مؤسسة بهذه الصفات لا بد وأنها تملك القدرة والجدارة على حماية الاستثمار الأجنبي وتمنحه الثقة على اعتبارها أهم ضمانة يمكن الاعتماد عليها.

الباب الأول :

مقومات مؤسسة التحكيم

التجاري الدولي

الباب الأول : مقومات مؤسسة التحكيم التجاري الدولي

يقال أن مؤسسة التحكيم لم تعرف تطورها ولا تجددتها إلا في إطار المصادر الدولية ونعني بها الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي ساهمت مساهمة فعالة في انعقاد مؤسسة التحكيم التجاري الدولي من قيد التشريعات الوطنية، ورغم أن هذه الاتفاقيات لم تكن في الحقيقة إلا انعكاسا للجهود المبذول على المستوى الفقهي، وعلى مستوى فقه القضاء التحكيمي بالأخص، وخاصة فقه القضاء الفرنسي. فإن كان هناك نظام قانوني قد لعب الفقه والقضاء الدور الأكبر في تطوره فهو النظام التحكيمي، فالعجز الذي واجهته المنظومات التشريعية الوطنية في مواجهة التطور المتسارع للتجارة الدولية والتي فرضت نسقا جديد ومتميزا في آليات فض النزاعات، والتي لم يعد القضاء الوطني والقاضي العادي والمنظومات القانونية الوطنية قادرة على استيعابها ومسايرتها. أدى بالمحصلة إلى نشأة نظام قانوني لا يدين بالولاء لأي تشريعي وطني داخلي. وإدراك المدارس الفقهية لهذه المسألة جعلها تتبنى مجموعة من الحلول تصب معظمها في إطار حماية الاستثمار، والاتجاه بالتحكيم التجاري الدولي إلى مصاف القضاء المكتمل الولاية، ولكن قبل الوصول إلى هذه النتيجة كان ينبغي على هذا الفقه تجاوز مجموعة من المسلمات بنيت في إطار أن التحكيم قضاء منقوص يحتاج إلى القضاء الوطني لإتمام ولايته. و من أجل تحرير التحكيم من هذه المسلمات وضعت المدرسة الفقهية الحديثة قواعد جديدة بغية بناء تصور حديث ومتحرر للتحكيم التجاري الدولي كمؤسسة موازية لمؤسسة القضاء الوطني.

ولكن قبل أن نفصل في المفاهيم الجديدة التي جاء بها الفقه الحديث، علينا التطرق ولو بإيجاز للمفاهيم التقليدية التي جاءت بها المدرسة الكلاسيكية. وفي نفس الاتجاه علينا أن نتحدث عن أهم الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي نزلت بمؤسسة التحكيم من التصور النظري إلى التكريس العملي التطبيقي. وهذا ما ستم معالجته في هذا الجزء من البحث.

الفصل الأول : التكريس النظري لمؤسسة التحكيم التجاري الدولي

التصور الفقهي النظري والتصور الوضعي القانوني : إن استقراء واقع التحكيم التجاري الدولي بين المسلمات التاريخية المبنية على رواسب التصور العقدي للتحكيم ، والتي أفضت إلى نتيجة مفادها أن القضاء التحكيمي هو قضاء منقوص ، وذلك لطبيعة منشأه الإتفاقي وافتقاده لعنصر سلطان القضاء ، وأن الحكم التحكيمي هو عمل مركب يحتاج إلى ولاية مكملة ، تعطيه قوة النفاذ الجبري والقضاء العمومي بطبيعة الحال هو صاحب هذه الولاية ، وبين تطور مفهوم العدالة وأدوات اختصاصها ، والانتقال من مرحلة كان التحكيم فيها مجرد قضاء ذو ولاية خاصة إلى مرحلة أصبح فيها التحكيم التجاري الدولي هو القضاء الأمثل لمنازعات التجارة الدولية ، وبالتالي أصبح التحكيم بمثابة القضاء المواز للقضاء العمومي إن لم يكن أفضل منه عند أصحاب المدرسة الحديثة، وقد بني هذا التصور الذي ساقه الفقه الحديث على مجموعة من المسلمات وهي أن المحكم يؤدي وظيفة قضائية، وأنه يجتمع للتحكيم في التصورين والفلسفي و القانوني مقومات القضاء المكتمل وقد خلاص هذا التصور إلى أن التحكيم التجاري الدولي هو عبارة عن مؤسسة مكتملة الأركان تماما مثل مؤسسة القضاء العمومي ، ولكن قبل الحديث عن مقومات مؤسسة التحكيم علينا تحديد طبيعة التحكيم وماهيته خصوصا في ظل الخلاف الفقهي الذي احتدم حول هذه المسألة ، وأيضا لأن تحديد أصل الشئ وطبيعته يعد مسألة بالغة الأهمية ، فبدون هذا التأصيل لهذه المسألة لا يمكن فهم الأساس النظري والفقهي الذي يقوم عليه التحكيم التجاري الدولي، فالبحث في التأصيل الفقهي هو بحث في الأسس القانونية والركائز الفقهية التي يقوم عليها التحكيم ، ومن هنا تكمن أهمية التأصيل الفقهي للتحكيم التجاري الدولي.

المبحث الأول : التأصيل الفقهي لماهية التحكيم بين المدرسة التقليدية والحديثة

لقد اختلفت المذاهب الفقهية والمدارس القانونية في وضع تعريف محدد ودقيق للتحكيم وفي بيان طبيعته، وبالتالي رسم حدود ولايته بقدر اختلافها في تأصيله من جهة مرجع ولايته ، فهناك من قام بوضع تعريف للتحكيم انطلاقا من الإرادة الفردية للمحتكمين ، فتكون هذه الأخيرة منشئة للمحكمة التحكيمية ولولاية المحكم ، وهناك من انطلق في وضع مفهوم للتحكيم ابتداء من ولاية

المحكم وأرجع تلك الولاية للقانون مثلها مثل ولاية القاضي، فتكون الإرادة مجرد كاشف لولاية المحكم وغير منشئة لها، بل هي كاشفة لقضاء تحكيمي قائم على مفهوم موحد مكتمل المعالم ومستقل عن إرادة الأطراف وعن قضاء الدولة معا، أي أداة قضائية مستقلة ولاية وسلطانا، وهناك من رأى في التحكيم مجرد تقنية للحياد، فهو نظام مستقل بذاته لا تنشئه إرادة المحكّمين ولا إرادة القانون .

المطلب الأول :مدرسة عقدية التحكيم :

تنطلق هذه المدرسة في وضع مفهوم للتحكيم من كونه أداة للعمل الحر تتجلى من خلاله حرية الإرادة الفردية ،ويقوم هذا الفقه على فكرة مركزية تتمثل في أن التحكيم عمل من أعمال الإرادة الفردية تستوعبه فكرة العقد في القانون الخاص التي تستوعب الاتفاق التحكيمي ،الذي يتضمن بدوره كامل فكرة التحكيم بما في ذلك العمل التحكيمي الذي لا يعد في نظر هذا الفقه إلا عملا تنفيذيا لاتفاق التحكيم أي للعقد.

ويقول الأستاذ محمد نور شحاتة⁽¹⁾ "تجسد فكرة التحكيم التعاقدية في الحالة التي يعهد فيها الأطراف إلى شخص من الغير بمهمة حل النزاع تبعا لإجراءات مغايرة لتلك الواردة في قانون المرافعات .وهذا الغير لا يتصرف كقاض ،فرأيه أو قراره يندرج في الاتفاق المبرم بين الأطراف فيصير بندا من بنوده " .

وهكذا يكون التحكيم عقديا ،ويكون العمل التحكيمي عملا خاصا ،وينتفي عنه الطابع العمومي والطابع الرسمي ،كما تنتفي عن المحكم وعن رأيه الطبيعة القضائية ،فلا هو قاض ولا رأيه يمثل عملا قضائيا فضلا عن أن يكون حكما ملزما للمحكّمين .

ومبنى هذه النظرية هو انعدام العلاقة بين التحكيم والقانون الإجرائي، واندراجه ضمن القانون الموضوعي، وبالتحديد القانون المدني،حتى أن بعضهم عبر عن دهشته لغياب فقه القانون المدني عن التحكيم برمته .

(1) الحسين السالمي :التحكيم وقضاء الدولة ،مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت ،الطبعة الأولى

ويخلص أصحاب هذا الفقه، انطلاقاً من نظرهم للتحكيم بوصفه ظاهرة قانونية مدنية، إلى القول بأن الأطراف أنفسهم يمكنهم أن يضبطوا وينظموا طريقة إجراء التحكيم. وفي صورة عدم قيامهم بذلك فإن نفس الطبيعة العقدية تمكن في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية أي في التحكيم الدولي من اللجوء إلى قواعد الإسناد السائدة بصدد الالتزامات العقدية المتبعة في مجال القانون الدولي الخاص لتحديد القانون المنطبق .

وترتبط على ذلك يجوز أعمال قواعد القانون الأجنبي سواء تعلق الأمر بفصل مسائل تتعلق باتفاقية التحكيم أو بإجراءاته أو بالقرار التحكيمي، بل أن أنصار هذا المذهب يدمجون حكم التحكيم في اتفاق التحكيم سواء تم التحكيم داخل الدولة أم على إقليم دولة أجنبية .

وهذه الشمولية لعمل الإرادة في التصور العقدي للتحكيم، جعلت أحد أشهر أنصاره، وهو الفقيه كلاين « KLEIN ⁽¹⁾ » يقول بأن التحكيم في أطواره المختلفة، إنما هو إجراء واحد قائم على إرادة الأطراف، وأنه من الضروري إقامة نظام واحد موحد للتحكيم حتى يمكن حل جميع مسأله، وخصوصاً مسائل التنازع في مجال التحكيم باعتماد قاعدة إسناد واحدة .

ويستند الفقيه كلاين في تحليله إلى فكرة القوة التنظيمية للإرادة الفردية (force normative de la volonté) الكلسنية، أي المستمدة من نظرية الوضعية الشكلية في تفسير الإلزام في القانون للفقيه هانس كلسن ⁽²⁾ والتي وصلت به إلى حد تكييف حجية القرار التحكيمي بالحجية التعاقدية (irrévocabilité conventionnelle)، وتكييف الطعن بالاستئناف في القرار التحكيمي بأنه "استعمال لحق الإقالة" (l'exercice d'un droit de révocation) .

ولعل أحسن من اختزل المذهب العقدي في التحكيم هو الأستاذ أحمد السعيد الزرقد في دراسته حول طبيعة وأثر عقد التحكيم والتي قدمها في مؤتمر المنصورة. بمصر حول التحكيم حين

⁽¹⁾ F.E.klein :Considérations sur l'arbitrage en droit international prève . Bale . 1955 , p23 et suiv , et p 43 et suiv.

⁽²⁾ تندرج فكرة القوة التنظيمية للإرادة ضمن النظرية الشكلية للقانون التي وضعها الفقيه كلسن المشخصة في هرم كلسن لمصادر القانون ، والذي جعل في قاعدته بعض القواعد المستمدة من العقود أي من الإرادة الفردية عن طريق الصدور الشكلي أو النشأة الهرمية للقانون صعوداً إلى قمة الهرم وهي الدستور المصدر الأعلى والمطلق للقانون.

كتب فيها: " وإذا كان عمل التحكيم خاصة، إلا أنه يقوم على عقد، يخضع لأحكام النظرية العامة للعقود في القانون المدني، لذا، لا نملك بداية سوى التعبير عن الدهشة لغياب فقه القانون المدني عن التحكيم برمته. فطبيعته التعاقدية واضحة في أطرافه وشروطه، واختيار المحكمين، وتحديد إجراءات التحكيم. وإذا كان بعض الفقه قد ذهب إلى أن الأصل في التحكيم هو عمل المحكم،... فإن رأياً آخر ذهب إلى أن عمل المحكم لا يخرج عن كونه تنفيذاً لعقد التحكيم".

ويضيف الأستاذ الزرقد مرتباً النتائج لهذا المذهب قائلاً⁽¹⁾ ويترتب عن ذلك نتيجة مؤداها أن العقد يستغرق مرحلة التحكيم من البداية إلى النهاية... ولا يستمد المحكم سلطته من القانون بل من اتفاق التحكيم... وينعكس هذا الاتفاق بآثاره على الحكم الصادر في هذا التحكيم، بحيث يعتبر وكأنه من عمل المتعاقدين أنفسهم. وبذا يستغرق عقد التحكيم عمل المحكمين من البداية إلى النهاية..".

ويستخلص من كل ذلك أن "أنصار الطبيعة التعاقدية ينتهون إلى أن المحكم مجرد وكيل مشترك عن الطرفين وليس قاضياً".

وتبعاً لهذا المذهب فإنه لا يفوتنا أن نذكر بأن التحكيم لم يكن غائباً تماماً عن فقه القانون المدني، بل إن الأستاذ محمد كامل مرسي باشا⁽²⁾، الذي بدأ بتحديد موضع التحكيم في النظام القانوني بالقول... "إنه وإن كانت إجراءات التحكيم من مسائل المرافعات، فلا شك أن عقد التحكيم من موضوعات القانون المدني لأنه عقد كغيره من العقود لذلك سنتولى شرح التحكيم من ناحيته المدنية، أي باعتباره عقداً تاركين الإجراءات الخاصة به لأن محلها شرح قانون المرافعات".

وهو يعرف التحكيم بقوله⁽³⁾: "عقد بمقتضاه يتفق شخصان أو أكثر على إحالة نزاع بينهما أو ما ينشأ بينهما من نزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين للفصل فيه بدلاً من اللجوء إلى القضاء المختص وإذا حصل الاتفاق على التحكيم تبعاً لعقد معين سمي شرط التحكيم".

(1) الحسين السالمي: التحكيم وقضاء الدولة، المرجع السابق، ص 67

(2) محمد كامل مرسي باشا: شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، الجزء الأول، المخصص للكفالة والوكالة والسمسرة والصلح والتحكيم والودعية والحراسة، الطبعة الثانية، المطبعة العالمية القاهرة 1952، ص 541

(3) محمد كامل مرسي باشا: شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 541.

مضيفا في خصوص طبيعته ،... "عقد التحكيم عقد من عقود التراضي ، فيتم بالإيجاب والقبول بين المتعاقدين، ولا يشترط فيه شكل خاص وهو من العقود الملزمة للجانبين ، كما أنه من عقود المعاوضة".

وخلاصة القول أن هذا المذهب يرى أن التحكيم يقوم على العقد منشأ وأساسا و تنظيميا وحتى أثرا عند بعض غلاته ، ولكن رغم هذه المسلمات التي جعلت العقد يستغرق التحكيم بالكامل إلا أن أنصار هذه النظرية ، لم يستطيعوا إنكار أن المحكم هو طرف خارجي عن أطراف العقد ، ولا أن المحكم يتمتع برأي مستقل عن أطراف العقد وأن إرادته ليست تعبيرا عن إرادتهم ، كما أن إجراءات التحكيم لا علاقة لها بأسلوب التعاقد ، بل أن الأستاذ مرسى كما سبق الذكر يجعلها من اختصاص قانون المرافعات .

ولعل هذا ما دفع الأستاذ أحمد حشيش⁽¹⁾ إلى القول في دراسته حول طبيعة المهمة التحكيمية وحين عرض منهجه فيها "أن مدرسة التحكيم العقدية لا تنكر استقلال التحكيم عن فكرة القضاء ، إنما تنكر استقلاله عن فكرة العقد في القانون الخاص وهو الذي خلص إلى استقلال التحكيم عن العقد وعن القضاء معا" .

وعموما كانت هذه المدرسة تعد المدرسة الكلاسيكية أو التقليدية ، بالنظر للنتائج التي خلصت إليها أثناء وضعها وتحديد مفهومها للتحكيم ، ونضرتها للمحكم وللمؤسسة التحكيمية⁽²⁾ .

ويعتبر الفقه والتشريع الفرنسي أكثر من تبني هذا الفكر متكئا في ذلك على رواسب المدرسة القانونية الرومانية التي وضعت أول صيغة تعبر عن ازدواجية التحكيم بين تحكيم عقدي وتحكيم قضائي ، وقد كان لهذه المدرسة مفترضان أساسيان

1- أن التحكيم غير القضاء ، ولهذا المفترض وجهان ، فهو يعني أن التحكيم ليس القضاء كما يعني أن القضاء ليس تحكيم .

(1) أحمد محمد حشيش : القوة التنفيذية لحكم التحكيم ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2002 ، ص 14

(2) الحسين السالمي : التحكيم وقضاء الدولة ، المرجع السابق ، ص 71

وثانيهما أن التحكيم ليس وسيلة تحاكم بالمعنى الفني للتحاكم، فالتحكيم كما تصوره الفقيه الروماني شيشرون (ciceron) ليس وسيلة للكسب الكامل أو الخسارة الكاملة للخصومة مهما كانت وضعية الخصم فيها. فهو وسيلة عدم الكسب الكامل ولو كانت القضية رابحة فنيا، وعدم الخسارة الكاملة، ولو كانت القضية خاسرة فنيا. وهكذا يكون التحكيم عنده .

ويتفق مع هذا الرأي الأستاذ أحمد حشيش فيقول "وسيلة الغنم والغرم لطرفي التحكيم معا، بصرف النظر عما إذا كانت القضية على أساس أو على غير أساس ... أي بصرف النظر عن الأساس القانوني".

ويلتقي الفكر الروماني في هذا التصور للتحكيم مع تصور الفيلسوف اليوناني أرسطو له، إذ هو يعتبر أن المحكم ليس قاضي قانون وبالتالي ليس قاضيا، لأن القاضي يحتكم إلى القانون بمعناه الفني أما المحكم فيعمل بطريق الحدس وقراره مبني على مجرد حاسة العدالة لديه، بصرف النظر عن موقف القانون، وبذلك هو محكم عدالة، والتحكيم وسيلة مبتدعة لتحقيق العدالة .

ومن المسلم به أن تأثير التقاليد الرومانية الأصيلة في القوانين ذات العرق الروماني لم ينقطع بعد مثل الفقه والتشريع الفرنسي خاصة والفقه الغربي عامة، ويؤكد الأستاذ جارسون أنه يتبين من الدراسة المقارنة للتحكيم، أن غالبية القوانين الغربية المنتمية إلى العائلة الرومانية الجرمانية ورثت عن القانون الروماني ازدواجيته في تصور مؤسسة التحكيم .

فالقانون الفرنسي يعرف المحكم على معنى الفصل 1592 من القانون المدني وهو سليل "الأربتراتور"⁽¹⁾ المتمم للعقد أو المفسر له، كما يعرف المحكم على معنى قانون المرافعات المدنية وهو سليل "الأربتر" ⁽²⁾الروماني الذي تطور في القرون الوسطى إلى محكم قاض. كما اعتمد القانون الإيطالي والإسباني والقانون الألماني والقانون الهولندي تفرقة مقاربة .

أما النظم الشرقية وبالخصوص نظام التحكيم الأمريكي، فلم يصبها الإرث الروماني إذ لم تعرف ازدواجية مفهوم التحكيم واعتمدت تصورا موحدًا له، منشأ لنوع من القضاء المحدود الأثر.

(1) (l'arbitrator) وهو الأقرب إلى المفاوض أو المصالح

(2) أي المحكم

وهو ما جعل الفقيه روني دافيد يقول بأن الطابع المزدوج لمفهوم التحكيم يبدوا أقرب إلى حالة واقعية استدامت منها إلى حادث تاريخي، لأن من المفترض في الحادث أن يكون منعزلا ومفهوما، عكس ما هو شأن ازدواجية مفهوم التحكيم التي بقيت يحيط بها الغموض والاضطراب . وقد امتد هذا الإرث الروماني من القانون الفرنسي إلى القوانين العربية مثل القانون المصري قبل صياغته الجديدة ضمن قانون التحكيم الموحد لسنة 1994⁽¹⁾ .

ويرى بعض الفقهاء أن فكرة التحكيم العقدية ليست بالموروث القانوني الروماني، وإنما هي فكرة لا قانونية باعتبارها مأثور فرنسي ذو صنعة قانونية فحسب، أو بالأحرى نظرية صناعية تقوم على حيلة قانونية (fiction juridique)، وأنه لا علاقة له بقانون المرافعات، وإنما بالعقد وبالقانون الخاص، وأصل الفكرة عندهم هي أن فكر الثورة الفرنسية كان يخشى القضاء، وقد ظهرت هذه الخشية في الشعارات الرائجة آنذاك مثل " اللهم احمنا من عدالة البرلمانات (dieu nous garde de l'équité des parlements)، و صلح سيئ أفضل من خصومة موفقة، (Mieux vaut un mauvais arrangement qu'un bon procès).

وإزاء تصوير البرجوازية الصاعدة قضاء البرلمانات للإقطاع المنحدر على كونه قضاء فاسدا، كانت النظرية العقدية للتحكيم ملاذا آمنا وسلاحا فعالا لتحجيم دور "القضاء البرلماني الإقطاعي" فاكتمت التصور العقدي للتحكيم ذيوعا وانتشارا في الوسط القانوني ساهم في تطور التحكيم الذي بلغ أوج قمته في أعقاب الثورة الفرنسية، واعتبره دستور 1790 الوسيلة المثلى لإنهاء المنازعات بين المواطنين وحقا مقدسا لا يجوز للشارع الانتقاص منه، وزاد دستور 1793 فجعل التحكيم إجباريا في المنازعات المتعلقة بتوزيع الأموال العامة المصادرة .

(1) هو القانون عدد 27 لسنة 1994 المؤرخ في 1994/04/18 والذي دخل حيز النفاذ بداية من 1994/05/22 وعضو المواد من 501 إلى 513 من قانون المرافعات لسنة 1968 في باب التحكيم، وقد كانت المادة 501 تؤسس التحكيم على اتفاق الاطراف في حين نصت المادة 513 على أن "حكم التحكيم ليس حكما قضائيا"، لكن غالبية الفقه المصري الحديث تميل إلى ترجيح الطابع القضائي للتحكيم حتى في نظر المشرع قبل 1994 في هذا المعنى حسنى المصري: التحكيم التجاري الدولي، دون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2006. ص 16 .

لكن الأستاذ حشيش لا يرى في ذلك إلا مكافأة ثورية لتلك النظرية عن دورها السياسي في عصر ما قبل الثورة .

وقد رأى جانب من الفقه الفرنسي أن التصور العقدي وجد صدى مبكرا لدى محكمة التعقيب الفرنسية يرجع إلى سنة 1914⁽¹⁾، لكن أهم أحكامها في هذا الشأن هو قرارها الصادر في 1937/05/28⁽¹⁾ والذي قضت فيه بأن قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشاركة التحكيم، تكون وحدة واحدة مع تلك المشاركة وتشاركها في صفتها التعاقدية .

وما زال هذا المفهوم العقدي للتحكيم سائدا لدى قطاع كبير من الفقه والتشريع الدولي على أساس أن هذا الاتجاه لا يتصادم مع الحقائق الواقعية، ويمثل قضاء مواز غير قضاء الدولة، كما أنه يتمتع عن هذا الأخير بكونه يمثل سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد .

وقد حاز هذا التصور تزكية شق هام من الفقه الفرنسي وعلى رأسه الأستاذ فيلكس من خلال مطوله حول القانون الدولي الخاص⁽²⁾، وأوبري، روو⁽³⁾، وفيس⁽⁴⁾ غارسوني وبرو⁽⁵⁾ .

لكن أغلبية محاكم الأصل الفرنسية وعلى رأسها محكمة استئناف باريس، لم تعتنق نفس مذهب محكمة التعقيب الفرنسية القديم، وكانت أميل إلى المذهب القضائي الاستقلالي للتحكيم، وهو ما ظهر جليا في موقفها من مسألة الرقابة على التحكيم من جهة أساسها ومناطقها على السواء .

المطلب الثاني: المدرسة القضائية في التحكيم أو المفهوم الأحادي :

إذا كان التصور العقدي للتحكيم ينصب على أدواته وهي الاتفاق أو الشرط التحكيمي فيرجعه إلى الإرادة نشأة وولاية وأثرا، ويلحقه من جهة نظامه القانوني بالقانون الموضوعي عبر نظرية العقد

(1) منشور بدورية غزالة القصر 1937-2-618. وبدورية دالوز 1938-1-52

(2) foelix :traitè de droits internationale privé 4^{ème} ed.1966t2.p 161.n 42.

(3) AUBRY et RAU : Droit civil(cours de droit civil français,5^{ème} ed,tome 12 p 508

(4) WEISS. Traité de droit international privé.T5.p574 et T4.P29 et S

(5) GARSONNER.et Cezat-Bru :Traité de procédure civile et commerciale,3^{ème} ed.t.8.p451

ليكسبه نظاما موحدًا ما أدى إلى ازدواجية بل تعددية في مفهوم التحكيم فرضها الواقع والتطور التاريخي ، فإن التصور القضائي ينطلق على عكس ذلك من التمييز والتفريق بين اتفاقية التحكيم من جهة ، والقرار التحكيمي من جهة أخرى لاختلاف الغاية بينهما ، فينصب هذا التصور على الوظيفة المسندة إلى الغير المحكم ، بدل الأداة التي يعمل بها التحكيم ، ليجعل من التحكيم نوعًا من القضاء ذي أساس مباشر اتفاقي وغير مباشر قانوني ، موكولا إلى غير محايد ومستقل .

لذلك اقترنت فكرة التحكيم عند أصحاب هذا الرأي بفكرة القضاء الخاص ويقول الأستاذ موتلسكي " إن التحكيم نشأ لكي يحسم النزاعات ، وإن مهمة المحكم هي تماما نفس مهمة القاضي " (1) .

ويستخلص أصحاب هذا المذهب فكرتهم من التأصيل التاريخي للتحكيم حيث أنهم يرون أن استقرار التحكيم كظاهرة تاريخية عبر كل العصور جعل من التحكيم عند بعضهم على أنه أصل القضاء ، فقد كان على مدى التاريخ يرسم في ذهن الشخص العادي الصورة المطمئنة لذلك الغير المحايد والحكيم الذي يتدخل لتسوية الخلافات التي يمكن أن تنشأ بين طرفين .

ولعل هذا التصور الذي صاحب الإنسان عبر حقب التاريخ المتعاقبة ، هو الذي حمل البعض على التساؤل حول مدى اندراج التحكيم ضمن القانون الطبيعي ، كما جعل فكر الثورة الفرنسية يقر بمبدأ حرية الفرد في أن يختار قاضيه ويرفعه إلى مرتبة الحق الطبيعي .

وبسبب هذا التأصيل التاريخي المعتمد لدى أصحاب فكرة القضاء التحكيمي ، يرى الفقهاء أن هذا التصور هو قديم حديث وهو على قدمه ما انفك يترسخ حتى أصبحت الوظيفة القضائية للمحكم أصلا ثابتا على المستويين الوطني والدولي ، كما انعقد في الحاضر شبه إجماع بين الفقه وفقه القضاء والتشريع على أن التحكيم أداة قضائية مستقلة موازية ومماثلة لقضاء الدولة لكنها قضائية خالصة ذات أساس مباشر واتفاقي ، وأساس غير مباشر قانوني عند البعض ، وقضائية مزدوجة تعتبر التحكيم قضاء لكن ذي ولاية تعاقدية عند البعض الآخر .

(1) H.MOTULSKY :Etudes et notes sur l'arbitrage ;1974 p 6

الفرع الأول : التصور القضائي الخالص لفكرة التحكيم :

إن هذا التصور ينطلق من طبيعة مهمة المحكم وولايته فهو ينطق بحكم القانون وله كالقاضي سلطة الحكم ،وقد تبني هذا التصور في الفقه الحديث ثلة من فقهاء المرافعات أمثال جلاسون (Glasson) ،وتيسي(Tissier) ،ومورال

(Morel) ،الذين يصفون في مطولهم⁽¹⁾ التحكيم بأنه نوع من الوظيفة العمومية الوقتية . (une sorte de fonction publique temporaire)

أما فقهاء القانون الدولي الذين تبني هذا التصور فنذكر منهم نيبويي (Niboyet) ،وبيي(pillet) ،وبارتان (Bartın) ، وليني⁽²⁾ (Lainè) .

ويقوم هذا التصور عند هؤلاء على طبيعة مهمة المحكم من جهة وإلى التصور التشريعي للتحكيم في القانون الوضعي الفرنسي من جهة أخرى ،فيقولون إن التحكيم تسيطر عليه الطبيعة القضائية من حيث المهمة الموكولة إليه كما أن المشرع عند قيامه بصياغته كانت تلك الصياغة صياغة قضائية شكلا ومضمونا ،فالمشرع يتحدث عن نزاع وعن أطراف في خصومة وعن حكم تحكيمي ويلزم المحكم بالقضاء وهو يسطر قواعد مرافعات تحكيمية مأخوذة مبدئيا من القانون العام للمرافعات ،كما أن التحكيم لا يتم إلا باستعمال نظام النفاذ المعجل ولا تكون الرقابة عليه إلا بأدوات قضائية مثل الطعن بالبطلان والاستئناف والتماس إعادة النظر⁽³⁾ ، وكل هذه الأدوات والمصطلحات هي في الحقيقة أدوات إجرائية قضائية يركز عليها نظام الوظيفة القضائية .

وملخص القول هو أن هذا الجانب من الفقه يريد أن يقول أن التحكيم ما هو في الحقيقة إلا شكل من أشكال ممارسة العدالة ولكنه ذو طابع خاص والعدالة تعد وظيفة من وظائف الدولة في نظر هؤلاء ،وبما أن الدولة هي التي منحت أطراف التحكيم مكنة اللجوء إليه ومكنتهم من

(1) الحسين السالمي :التحكيم وقضاء الدولة ، مرجع مذكور ص80 .

(2) المرجع السابق ص80 .

(3) أحمد أنعم الصلاحي :النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) نشر مركز البحوث والدراسات اليمني المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،صنعا ،1994 ص19 وما يليها .

استعمال أجهزتها لتنفيذ هذا الحكم، فإن المحكم سيباشر وظيفة عامة هي الوظيفة القضائية وقراره يكون حكما بالمفهوم القانوني للحكم القضائي .

وهكذا يضيف أصحاب هذا التصور إلى عنصر الغير المحايد المستقر تاريخيا حتى في التصور العقدي، صفة الغير المستقل ويلحق به عنصر آخر كاشفا لتلك الاستقلالية وهو صلاحية حكم القانون بوجه ملزم أي سلطة الحكم المميزة للعمل القضائي الكامل وبامتياز وهو الحكم، باعتباره يجمع في أركانه عناصر الوظيفة القضائية الأساسية والمتمثلة في :

- العضو أو الهيكل (l'organe)، مجسما في الهيئة التحكيمية .

- النزاع (le litige)، وهو محل ممارسة المحكمة لسلطتها .

- الإجراءات (la procédure)، وهي معيار طبيعة قراراتها الولائية (gracieuse) أو التنازعية (contentieuse) .

- التأهيل (l'habilitation)، الذي يعطيه صلاحية إصدار رأي مستقل ملزم، أي الحكم.

وبهذا جعل أصحاب هذا المذهب التحكيم ذو طبيعة قضائية خالصة، وقد انتقدوا لهذا الاستنتاج الخاطئ، فالأتجاه الغالب في الفقه الحديث يرى أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال إلغاء الأساس الإتفاقي المباشر للتحكيم وارتكازه على العقد ابتداء ثم على القضاء تاليا، ولهذا فإن الأستاذ موتلسكي⁽¹⁾ اعتبر أن أصحاب التصور القضائي الخالص يحاولون عبثا توحيد ما هو بطبيعته جمع وتوحيد ما هو بطبيعته مركب، ما أدى بهم إلى تقديم حلول مغلوطة .

الفرع الثاني: التصور التوفيقى أو المركب

لقد أطلق الأستاذ جورج سوزار هول⁽²⁾ في تقريره الذي قدمه خلال الجلسة الرابعة والأربعين لمعهد القانون الدولي التي التأمّت في أفريل 1952 ببال بسويسرا، والذي عرض فيه الأسس الرئيسية لنظريته، وقدم اقتراحات متعلقة بماهية التحكيم وطبيعته والمسائل المتصلة به وتمثلت هذه الاقتراحات في :

(1) H.MOTULSKY :Etudes et notes sur l'arbitrage ;1974 p10 et 11.

(2) H.MOTULSKY :Etudes et notes sur l'arbitrage ;1974 p10 et 11.

1- إذا اعتبر التحكيم ذو طبيعة مختلطة ومركبة فإن المسائل المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي يجري تنظيمها وتوزيعها سواء من قبل القانون الموضوعي المادي أو من قبل القانون الإجرائي .

2- إقرار حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم، ومن خلال مباشرتهم لهذا الاختيار فإنهم يعترفون تبعاً لذلك في الوقت نفسه بأن مكان إجراء التحكيم سوف يكون على إقليم البلد الذي وقع اختيارهم على قانونه.

3- لا يسري على شروط صحة اتفاقية التحكيم وجوبا مفعول القواعد القانونية التي تنظم العقد الأساسي .

ويرى أنصار هذا تصور المختلط للتحكيم أنه وخلافاً للتصور العقدي للتحكيم الذي يرى جواز تطبيق القانون الأجنبي على مسألة صحة اتفاقية التحكيم، وما نادى به أصحاب المذهب القضائي الخالص من أن صحة اتفاقية التحكيم تخضع لقانون القاضي واستبعاد الإحالة على القانون الأجنبي

فإنهم يرون وجوب تحديد العنصر الذي ترتبط به مسألة صحة اتفاقية التحكيم والوقوف على طبيعته، فإذا كان من عناصر القانون الموضوعي كأهلية أطرافها أو شكلها، جاز تطبيق القانون الأجنبي عند نظرها. وإذا كان من عناصر القانون الإجرائي كمسألة الاختصاص وأثر الاتفاقية من جهة نزع الاختصاص من قضاء الدولة وإسناده إلى القضاء التحكيمي، ثم نظرها بالرجوع إلى قانون القاضي⁽¹⁾.

ويرى أصحاب هذه النظرية في التحكيم مسألة مركبة وتعاقدية إذ ترجع في أصلها إلى العقد لكنها تكتسب أثرها الإجرائي على أساس قانون وطني ما.

وهي بذلك تنطوي على عناصر مختلطة بين موضوعية وإجرائية تخضع بحسب الأحوال إلى القانون الموضوعي أو القانون الإجرائي .

(1) أحمد أنعم الصلاحي: النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، مرجع مذكور ص 30 و 31

ويعدد الأستاذ موتلسكي أقطاب هذا المذهب من الفقهاء الفرنسيين المتأخرين كلا من قارسوني وبرو، وكوش وفانسون، وهيبرو، وكورني وفويي، وفرنسكيس وريزيار وروبار، وفي نهاية المطاف يعلن إتباعه لهذا المذهب (1).

أما من جهة الفقه العربي فقد تأثر بهذا تصور فقهاء كثر نذكر منهم عز الدين عبد الله، ومحسن شفيق، سامية راشد، ويؤكد الأستاذ إبراهيم أحمد إبراهيم أن هذا التصور قد اعتنقه غالبية الفقه المصري .

ومن ناحية أخرى يؤكد الأستاذ موتلسكي أن هناك اعتقاد سائد يتمثل في اعتناق القضاء الفرنسي للتصور العقدي ، و أصل هذا التصور يكمن في القرارات التعقيبية المؤرخة في 1914/12/08 (2) وكذلك القرار المؤرخ في 1928/07/09 (3)، وأخيرا القرار المؤرخ في 1937/07/27 (4)، فقد اعتبرت هذه القرارات دعامة هذا التأصيل الفقهي، ورأت أن محكمة التعقيب الفرنسية قد تبنت المذهب العقدي بينما الحقيقة هي خلاف ذلك فالقضاء الفرنسي ممثلا في محكمة التعقيب الفرنسية قد تبني المذهب المختلط في نظر الأستاذ موتلسكي منهيًا قوله ب"إن النظرية المختلطة هي التي إستلهم منها فقه القضاء الفرنسي وليست النظرية العقدية" (5).

وفي نفس الاتجاه يقرر الأستاذ موتلسكي أن الإختلاف بين الحكم القضائي والحكم التحكيمي لا يكمن في تكوين العمل التحكيمي، وإنما في عناصر خارجه عنه، تتعلق بشروط انطلاقه وبآثاره لكون تأهيل المحكم ذي أساس تعاقدية أصلا يعطيه طابعا موضوعيا أي محدودا في المهمة الموكلة إليه، فيبقى أدنى من تأهيل القاضي الذي هو ذو طابع ذاتي إذ يقوم على شروط

(1) H.MOTULSKY :Etudes et notes sur l'arbitrage ;1974 p33

(2) الحسين السالمي :التحكيم وقضاء الدولة ، مرجع مذكور ص83

(3) الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 85

(4) الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 85

(5) موتلسكي رقم 7 و6 ص 11-12-13. حيث انتهى إلى الخلاصة التالية

« C'est bien la thèrie de caractère du complèxe et non pas celle du caractère exclusivement conventionnel qui inspire la jurisprudence française »

متعلقة بذات القاضي أهله لإكتساب صفة الحاكم⁽¹⁾ (magistrat)، وبممارسة وظيفة القضاء على أساس الاستمرار .

وفي نفس الشأن يرى الأستاذ موتلسكي والفقهاء المساند لهذا التصور، من أن اجتماع سلطة الحكم وولاية القضاء لدى المحكم للقول بخصوصية ولايته المتمثلة في أساسها الاتفاقي الغالب، لا تبرر القول بغياب المعيار العضوي للقرار القضائي في مجال التحكيم، مادام القانون الوضعي يعطي للمحكم، ولو كان فردا من الخواص، سلطة النظر في إدعاء قانوني (pouvoir de statuer sur une prétention juridique)، من خلال إجراءات وجاهية، برأي ملزم فتجتمع في قراره عناصر العمل القضائي الثلاث وهي: المعيار العضوي المتمثل في التأهيل القانوني (habilitation légale)، والمعيار الشكلي المتمثل في الإجراءات الوجيهة، والمعيار العضوي المتمثل في الحل القانوني الملزم للأطراف. وينتهون إلى الجزم بكون القرار التحكيمي عمل قضائي كامل (acte juridictionnel imparfait) داخضين الرأي القائل بأنه عمل قضائي منقوص .

(1) يختلف مدلول مصطلح قاض عن مدلول مصطلح حاكم، فالحاكمة (magistrature) مفهوم ذو دلالة ذاتية تتجسم في الصفة العمومية للشخص باعتباره عوناً عمومياً، مكلفاً بمهمة رسمية يباشرها باسم الدولة، وتعطيه ولاية عامة في حدود وظيفته التي هي أصلاً إدارية أو سياسية. أما مصطلح قاض فله مدلول أخص وأضيق لأنه يقوم على معيار موضوعي أساساً، هو اكتساب ولاية القضاء، أي كانت صفة المكلف عوناً عمومياً كالقاضي الرسمي، أم فرداً من الخواص كالحكم. ويعتمد فقهاء القانون الإجراءات هذا الاختلاف في المصطلح للتمييز وفي الوظيفة بين القاضي الجالس الذي تجتمع لديه صفة الحاكم والقاضي وعضو النيابة العمومية الذي لئن هو مؤهل لتولي القضاء بحك وحدة وشروط الانتداب وبحكم إمكانية الانتقال بين النيابة والجلس في بعض القوانين كالقانون التونسي فإنه بصفته عضو نيابة حاكم فقط. وبحك وظيفته هو عون عمومي مأمور خاضع للتسلسل الهرمي ولسلطة رؤسائه ثم وزير العدل، وهو لذلك مجرد حاكم (magistrat) ولعل مصطلح الحاكمة العليا (magistrature supreme) والذي يقصد به أعلى هرم السلطة السياسية في الدولة أبلغ حجة على عمق الاختلاف بين اللفظين

المطلب الثالث: النظرية الذاتية في التحكيم

إن الاختلاف البين بين المدارس الفقهية حول طبيعة التحكيم وانقسام المذهب الواحد إلى مذاهب عدة ، أدى ببعض الفقه إلى البحث عن أساس جديد يحدد طبيعة التحكيم التجاري ، وقد كان هذا الأساس الذي جاء به هذا الفقه ذو طبيعة مختلفة ، وقد انطلق هذا التصور الجديد من "ذاتية التحكيم وغايته النفعية" للقول بأنه ظاهرة تلقائية حضارية اجتماعية مستقلة بذاتها ، ولهذا أطلق على هذا المذهب تسمية "النظرية الذاتية للتحكيم" .

وقد انقسم أصحاب هذا التصور إلى مدرستين :

يرى أصحاب هذا التصور أن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم لا يتيسر إلا إذا أخذنا في الاعتبار الهدف من التحكيم ومنفعته الواقعية ، فهو عندهم نظام خاص بمجتمع التجار الذي ينشئ قانونه الخاص ويبنى هيئاته الخاصة به للفصل في المنازعات الناشئة بين التجار في مجتمع التجار وخارج مجتمع الدولة أو حتى مجتمع ما بين الدول .

فكما يعكس القانون الموضوعي للتجارة الدولية حاجيات التجارة في مجتمع رجال الأعمال ، فإن التحكيم يحقق بدوره غاية نفعية اقتضتها التجارة الدولية ويندرج ضمن التجارب الذرائعية أو البرغماتية لرجال الأعمال ، ولا يتعلق بالقانون وبالتالي فهو ليس ظاهرة قانونية .

وهو في رأي أنصار مذهب ذاتية التحكيم نظام أصيل متحرر من العناصر التعاقدية ، ومن العناصر القضائية على السواء ، فاتفاقية التحكيم عند هؤلاء لا تعد عقدا مدنيا على الإطلاق وحجيتهم في ذلك أنه لا يوجد عقد مدني مهما كانت خصوصيته يرتب آثارا إجرائية أي ذات طبيعة قضائية

وفي نفس الوقت لا تعد اتفاقا إجرائيا يدخل في مجال قانون المرافعات والإجراءات ، طالما أن التحكيم يخرج من اختصاص قضاء الدولة .

والتحكيم في تصور هؤلاء هو نظام ذاتي تلقائي فرضته على الأطراف مقتضيات التجارة ، لما يوفره من ضمانات السرية والسرعة والنجاعة (1).

وإذا فالتحكيم له طابع وطني يكسبه علوية على الدولة (caractère supra étatique) والأدلة على ذلك كثيرة من أهمها :

النظام القانوني للتحكيم الذي يمنح للأطراف حرية غير مقيدة في اختيار القواعد الموضوعية والإجرائية ، وأن القانون المنطبق في حالة عدم اختياره من طرف الخصوم هو قانون التجار أو قانون السوق (la lex -mercatoria) (3).

لقد تعرض هذا التصور لانتقادات عديدة من أهمها تلك الانتقادات التي اعتبرته مجرد فكرة أو تصور خيالي لا وجود له على أرض الواقع ، وقد انطلق هذا النقد من كون المسلمات التي انطلق منها هذا الفقه هي مسلمات غير صحيحة ، فالارتكاز على مسلم وجود مجتمع التجار أو مجتمع رجال الأعمال ووجوده في حيز خارج حيز مجتمع الدولة أو مجتمع ما بين الدول ، يعد في نظر منتقدي هذا الرأي لا وجود له قانونا وبالتالي لا وجود لهيئات خاصة يلجأ إليها التجار لفض نزاعاتهم (2).

كما عيب على هذه النظرية عدم اعترافها بالأنظمة القانونية الوطنية رغم تأثيرها الواسع على النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي .

لكن أهم انتقاد وجه لهذا الرأي هو انطلاقه من مسلم نفي فكرة العقد المدني ذو الأثر القضائي رغم إجماع الفقه والقضاء عليه واعتبار اتفاقية التحكيم عقد مدني ذو طبيعة خاصة ، وذلك انطلاقا من طريقة انعقاد الاتفاقية وسيطرة مفهوم سلطان الإرادة لاتفاقية التحكيم في جميع المسائل الموضوعية والإجرائية ، فإن لم تكن اتفاقية التحكيم عقد مدني فماذا تكون إذا ، وهذا السؤال الذي لم يستطع أصحاب هذا التصور الإجابة عليه إلى الآن .

(1) الحسين السالمي :التحكيم وقضاء الدولة الرجوع السابق ص 87

(3) أحمد أنعم الصلاحي :النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي ،مرجع مذكور ،ص 32 و33

(2) أحمد أنعم الصلاحي :المرجع السابق ص 33 و34

كما أنه من جملة الانتقادات التي وجهت لهذه المدرسة، هي أنه ليس بالضرورة كلما انعدم الاتفاق بين أطراف النزاع حول تحديد القانون المنطبق فيكون البديل وجوباً هو قانون التجار فالذي يحدد البديل هو الهيئة التحكيمية، وذلك لعدم وجود نصوص قانونية وقواعد آمرة في التحكيم تحيل مباشرة إلى هذا القانون، وبما أن القول الفصل يكون إلى الهيئة التحكيمية فقد تختار الهيئة قانوناً وطنياً ولا تختار قانون التجار.

كذلك انتقد هذا التصور في مسألة تجاوزها وعدم اعترافها بمبدأ سيادة الدول في تجاوزها بالطلق للقواعد الموضوعية والإجرائية للأنظمة القانونية الوطنية، ففي هذه المسألة بالذات أجمع الفقه بأنه يمكن تجاوز هذه القواعد في المسائل المتعلقة بالعقد، ولكن لا يمكن تفاديها على الإطلاق عند تنفيذ حكم التحكيم وفي مسألة الرقابة القضائية.

ومجمل القول هو أن هذا التصور أراد أن يتخلص من تناقضات والخلافات التي حملتها المدارس السابقة انطلاقاً من هدم قواعد وأسس التصورات السابقة وذلك عندما أقام ركائزه على مسائل افتراضية لا وجود لها قانوناً معتقداً أن هدم التصورين السابقين بكل ما يحملونه من قواعد قانونية قد أصبحت بمثابة الأساس الموضوعي والإجرائي الذي لا يمكن للتحكيم أن يقوم بدونه هو الحل لهذه التناقضات، وبالتالي فقد هدم هذا التصور نفسه وفي نفس الوقت لم يضع حداً للخلافات والتناقضات السابقة.

خاتمة المبحث الأول

يظهر من منطلقات ومسلمات المذاهب الثلاث السالف بسطها، أن تصوراً للتحكيم يعتمد المقاربة بين التحكيم والعقد أو بين التحكيم والقضاء أو المقاربة الواقعية المتعلقة بالهدف من التحكيم، ويحتكم في وصفه إما إلى أدواته وهي الاتفاق التحكيمي في الاتجاه العقدي، وإما إلى وظيفته وهي المهمة التحكيمية في الاتجاه القضائي أو إلى وظيفته مضافة إلى أساسه الاتفاقي في الاتجاه المختلط، ويقول الأستاذ أحمد حشيش في ذلك بأن التحكيم "ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاء محضاً، وإنما هو نظام يمر في مراحل متعددة يلبس في كل منها لباساً خاصاً ويتخذ طابعاً مختلفاً، فهو في أوله إتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم"

ولعل أهم ما يمكن استنتاجه من هذا الاستقراء التاريخي والفقهى لفكرة التحكيم في مختلف مذاهبه انه أصبح من المسلمات المستقرة في تصور التحكيم العناصر الآتية

- أن التحكيم أداة لحل خلاف حول مسألة واقعية أو قانونية .
- أن هذه الأداة موكولة إلى غير محايد .
- أن الغير المحايد يعطي رأيا خاصا به يهدف إلى حل الخلاف حول المسألة الموكولة إليه .
- أن مبدأ الغيرية المحايدة والغاية من الوظيفة التحكيمية يقتضيان أن يكون رأي المحكم ملزم لأطراف الخلاف .
- أن الإلزام الكفيل بإنهاء الخلاف وتحقيق مصلحة المحكّمين خصوصا في مجال التجارة الدولية حيث تغيب الولاية العمومية والنفاذ السلطاني لقضاء الدولة ، يقتضي إستقلالية مزدوجة للتحكيم بمعنى استقلالية عن إرادة الأطراف ولو كانت مصدر ولايته ، واستقلالية عن سلطة القاضي مهما كان الاشتراك بينه وبين المحكم في الوظيفة .

المبحث الثاني : مصادر التحكيم التجاري الدولي

يعتبر بحث مصادر التحكيم التجاري الدولي من أهم أبحاث التي تجب دراستها وهو يلي بأهميته الطبيعة القانونية للتحكيم.

وبحث المصادر هو بحث في الأسس القانونية للحلول التي جاء بها التحكيم التجاري الدولي لمعالجة مختلف المسائل التي يحكمها ،وبعبارة أخرى هو بحث الأصول التي يستند إليها المحكم في الحكم التحكيمي الذي يصدره بشأن هذه المسائل ، كما أن المصادر تسمح باكتشاف ذاتية والخصوصية التي يتمتع بها التحكيم التجاري الدولي .

وتتميز هذه المصادر بمجموعة من المظاهر هي

-اختلاط وتشابك المصادر الدولية والوطنية

-نقص النصوص التشريعية وتقدم دور الاجتهاد القضائي والفقهي في هذا المجال من القواعد القانونية وذلك لكون التحكيم التجاري الدولي عبارة عن قواعد قانونية متطورة ومتحركة.

في التحكيم التجاري الدولي تلعب السوابق التحكيمية دورا هاما ، وذلك من خلال المؤسسات التحكيمية مثل غرفة التجارة الدولية بباريس ومركز التحكيم بواشنطن، وهذا بطبيعة الحال على سبيل المثال لا الحصر.

ويرى الفقه الحديث أن التحكيم⁽¹⁾ لم يشهد هذه النقلة النوعية والتحول الثوري إلا من خلال وعبر المصادر الدولية ،وذلك تحت تأثير تطور المعاملات الدولية ومعطياتها الجديدة والمتجددة

(1) يقول الأستاذ توماس كلاي بهذا الصدد في أطروحة المحكم ، باريس 2 ، سنة 2000 ، ص 1 : "التحكيم ليس في تطور حاسم في السنين الأخيرة بل إنه في تطور دائم منذ أربعة آلاف سنة ، وإن القول بالانتشار الحديث للتحكيم في كتابات كثيرة يمثل إلى حد بعيد فكرة مسلمة ... إذ التحكيم فيما عدا بعض الفترات القصيرة التي لم ينل فيها الحظ الكافي كان دائما مثلما هو اليوم الطريقة الفضلى لحسم النزاعات ، لا أكثر ولا أقل " تعريب الأستاذ الحسين السالمي ص 93 من كتاب التحكيم وقضاء الدولة . لما نصه « Même si on rappelle parfois qu'il a une origine tres ancienne, on ne souligne pas assez l'importance qu'il n'a cessé d'avoir depuis qu'il est apparu. L'arbitrage n'a cessé d'etre un mode privilègè de règlment des litige , au même titre que ce qu'il est aujourd'hui ni plus ni moins . la permanence de l'arbitrage est un èlèment èssentiel de=

خصوصا مع ثورة المعلوماتية . وما أصبح يطلق عليه بالتجارة الإلكترونية ، وهذا يعطي للمصادر الدولية علوية وأفضلية على بقية المصادر .

ولكون التحكيم عرف هذا التطور المذهل منذ بداية القرن العشرين ، فإننا سنعالج هذا المبحث انطلاقا من هذا التاريخ .

وفي هذا الصدد يقول الأستاذ عبد الحميد الأحذب⁽¹⁾ "ينطبق هذا الواقع التطوري على موضوع التحكيم الذي لم يكن بإمكانه أن يقف مكتوف اليدين تجاه التحولات العميقة التي طاولت التجارة الدولية ، وما رافقها من تطور بالغ الأهمية وذلك منذ بداية هذا القرن (وهو القرن العشرون) وخاصة منذ الحرب العالمية الثانية. وهكذا فإن التحكيم قد اندفع نحو التكيف مع المعطيات الجديدة للتجارة الدولية، وليؤمن للتراعات الناشئة عنها الحلول المناسبة التي تحتاجها والمتسمة بخاصية السرعة والضمانة والعدالة وبالتالي فإن الفلسفة التحكيمية والتطبيق التحكيمي قد تعرضا لحضة عنيفة " .

وينتهي في بيان ضرورة التحكيم كضمانة للاستثمار ، إلى القول : "لقد أصبح التحدي الذي يواجه التجارة الدولية والاستثمارات الدولية ، من نوع ، أن تكون أو لا تكون" ، بمعنى أن الشركات الكبرى حتى في العلاقات الحاصلة بين الدول الصناعية نفسها ، يرتبط فوزها بالاستثمار بالخارج ، بمدى فرضها أو قبولها لشرط تحكيمي في العقد ، حتى لا ترتفع في وجهها جوائز التأمين بتضاعف

=compréhension du phénomène. C'est une des institutio juridique non seulement les plus ancienne ,mais au cours de l'histoire . il serait faux de croire qu'on assiste à un renouveau de l'arbitrage ,depuis une vingtaine d'années ou ,pire à son èmergence .il n'est que de rappeler son évolution historique poure le vérifier »

(1) عبد الحميد الأحذب ، موسوعة التحكيم ، التحكيم الدولي ، دار المعارف 1998 ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ص 3 ، وإذ نستدل بمقولته على تأثير تطور التجارة الدولية في تطوير نظامه القانوني ، فإننا نسجل ما جاء فيها من عبارات توضح الوظيفة الأساسية للتحكيم كأداة تنازعية ملائمة لحل النزاعات الدولية بالخصوص من خلال ربطه بين تأمين الحلول المناسبة للتجارة الدولية ، وسمات التحكيم المميزة والتي رأى فيها البعض سر تفوق التحكيم على القضاء وهي السرعة والضمانة (الأمن القانوني) والعدالة ، فالتحكيم هو ، واقعا وقانونا ، "عدالة" التجارة الدولية بلا منازع الحسين السالمي مرجع مذكور ص 94 .

مخاطر ذلك الاستثمار ، وفي مقابل ذلك تضطر إلى التخلي عن الاستثمار وتخسر الصفقة بتخليها عن الشرط التحكيمي⁽¹⁾.

وبناء على ترسخ التحكيم كظاهرة متميزة ، وكنظام متكامل ومستقل على المستوى الدولي ، وعلو كعب المصادر الدولية على غيرها من المصادر ، فإن هذه الأخيرة ستكون مبتدأ هذا البحث.

المطلب الأول: تكريس علوية المصادر الدولية في التحكيم التجاري الدولي.

إذا أخذنا في الاعتبار الهدف من التحكيم ومنفعته الواقعية ، فهو عند منظري الفقه الحديث نظام خاص بمجتمع التجار الذي يخلق قانونه الخاص ، وينشئ هيئاته الخاصة للفصل في النزاعات الناشئة بين التجار في مجتمع التجار ، وخارج مجتمع الدولة أو حتى مجتمع ما بين الدول .

فكما يعكس القانون الموضوعي للتجارة الدولية حاجيات التجارة في مجتمع رجال الأعمال فإن التحكيم يحقق بدوره غاية نفعية اقتضتها التجارة الدولية ، ويندرج ضمن التجارب البراغمية لرجال الأعمال .

ولذلك بدأ مجتمع التجار يقعد القواعد للاتجاه بالتحكيم التجاري الدولي من كونه قضاء استثنائي إلى قضاء دائم ومستمر ، وأهم هذه القواعد التي مهدت الدروب نحو مؤسسة التحكيم ، هي الاتفاقيات الدولية التي تعتبر ركائز للتحكيم التجاري الدولي والنظام القانوني التحكيمي .

ولتحديد دور هذه الاتفاقيات في وضع هذا النظام القانوني الفريد من نوعه جعل الفقهاء من اتفاقية نيويورك لسنة 1958⁽²⁾ كخط زمني فاصل بين ما جاء بعدها وما وضع قبلها من اتفاقيات دولية ، وذلك لدورها الفعال والمؤثر في إحداث النقلة النوعية في هذا النظام القانوني التحكيمي .

(1) عبد الحميد الأحمد : المرجع السابق ، ص 6

(2) احمد أنعم الصلاحي : النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي ، مرجع مذکور ، ص 35 و 36 و 37

الفرع الأول: النظام القانوني التحكيمي قبل اتفاقية نيويورك لسنة 1958 :

إن المتبع لمراحل التطور التشريعي للتحكيم يستخلص أن الإشكال لم يكن في مبدأ تكريس التحكيم كمنهج تنازعي لحل النزاعات على المستويين الداخلي والدولي تماشياً مع الحقيقة التاريخية المستقرة للتحكيم بقدر ما كان الإشكال يكمن في مكانة التحكيم داخل هذه الدول، واتصافه بالدونية مقارنة مع القضاء الوطني، وأبرز مثال على ذلك ظهر في معاملة الحكم التحكيمي الأجنبي وشروط قبوله وتنفيذه على تراب دولة أخرى.

وحتى تتجنب الدول هذه الإشكالات، قامت بوضع مجموعة من الاتفاقيات الثنائية، نذكر منها الاتفاقية الفرنسية السويسرية المبرمة في 1869/07/10 والمتعلقة باختصاص المحاكم وتنفيذ الأحكام الصادرة في القضايا المدنية، وتعتبر هذه الاتفاقية أول عمل اتفاقي يتضمن بنداً حول الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها⁽¹⁾.

ثم تلتها العديد من الاتفاقيات الثنائية التي احتوت على بنود مماثلة مثل الاتفاقية السويسرية الإسبانية في 1896/11/19، والاتفاقية السويسرية الهولندية في 1925 وكذلك الاتفاقية الموقعة بين سويسرا والنمسا في 1927/03/15 والاتفاقية الموقعة بين ألمانيا وسويسرا في 1929/11/02 لكن أول عمل اتفاقي اعتمد نظاماً ميسراً للاعتراف كان المعاهدة البلجيكية الفرنسية، والبلجيكية الهولندية وذلك لأنها ساوت بين الحكم التحكيمي والحكم القضائي في خصوص نظام انتقال (circulation) السند التنفيذي الأجنبي واستقباله (Réception)⁽²⁾.

لكن أثر هذه الاتفاقيات رغم أهميته بقي محدوداً لأن النظام الذي اعتمده لا ينطبق سوى على الأحكام التحكيمية الصادرة على تراب الدولة المتعاقدة، ولا يتعداه إلى الصادرة على تراب دولة ثالثة، حتى وإن كان الخصوم خاضعين للولاية القضائية للدولتين المتعاقدين، وذلك عملاً بالمعيار الإقليمي للتطبيق زد على ذلك أن الحكم التحكيمي الصادر على تراب إحدى الدولتين يخضع

(1) احمد أنعم الصلاحي : النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، مرجع مذكور ص 36 .

(2) احمد أنعم الصلاحي : المرجع السابق ص 36 .

للتنفيذ في الدولة الأخرى بقطع النظر عن جنسية الخصوم ولا أهمية لمدى خضوع الخصوم
أو أحدهم لولاية دولة أخرى غير متعاقدة.

ولضمان فعالية التحكيم بدأت دول أمريكا اللاتينية في إبرام معاهدات متعددة الأطراف فيما
بينها خصوصا وأن قوانينها الداخلية لا تعترف بأحكام التحكيم الأجنبية في حالة انعدام المعاهدات
الدولية .

وأول اتفاقية دولية متعددة الأطراف هي التي أبرمت بمنتيفيديو في 18/01/1899 وصادقت
عليها الأرجنتين وبوليفيا والبارغواي واليورغواي والبيرو ثم جاءت لائحة القانون الدولي الخاص
التي صدرت أثناء انعقاد المؤتمر السادس للدول الأمريكية بكوبا في 20/02/1928 وسميت هذه
اللائحة "بلائحة بوستمنتي" نسبة إلى رجل القانون الكوبي أنطونيو بوستمنتي. وقد خصصت هذه
الاتفاقية بعض المواد مثل المادة العاشرة منها بمعالجة موضوع تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية، وأقرت
مبدأ القوة التنفيذية للحكم الصادر في إحدى الدول المتعاقدة شريطة أن يستوفي الشروط على
سبيل الحصر في المواد اللاحقة⁽¹⁾.

لكن رغم كثرة الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف فإن مسألة الاعتراف بأحكام التحكيم
الأجنبية باعتبارها المسألة الأهم في التحكيم التجاري الدولي، فإنها ظلت قاصرة وغير ملبية
لطموحات محاكم التحكيم، وذلك لأن أغلب هذه الاتفاقيات كانت إقليمية و جهوية تقتصر على
عدد معين من الدول، وهذا التوجه جعل من التحكيم الدولي قضاء قاصرا، فقد كان يجد من
امتداده وتوسعه، ولذلك كان لزاما على الدول أن تفكر في استحداث اتفاقيات ذات توجه عالمي
بشأن مسائل التحكيم، على غرار معاهدة الأمم المتحدة حول الإجراءات المدنية لسنة 1905
تحت إشراف عصبة الأمم والتي تجسد في وثيقتين غاية في الأهمية، وهي برتوكول جنيف في
1923/09/24 المتعلق بشروط التحكيم، ومعاهدة جنيف في 1927/09/26 حول الاعتراف
بأحكام المحكمين وتنفيذها، وتكمن أهمية البرتوكول والمعاهدة في كون أن الانضمام إلى الاتفاقية
يوجب المصادقة على البرتوكول، لكن المصادقة على البرتوكول لا توجب الانضمام إلى

(1) الحسين السالمي: التحكيم وقضاء الدولة، مرجع المذكور، ص 98 .

الاتفاقية⁽¹⁾، وقد وضعت هذه الوثائق هدف مشترك يتمثل في ضمان التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم عبر الاعتراف المسبق بالقوة القانونية لاتفاقية التحكيم كأساس لولاية المحكمة التحكيمية ونظرا لأهمية الاتفاقية والبروتوكول باعتبارهما أول وثيقتين ذات بعد جماعي تعالج المسائل المتعلقة بالتحكيم سوف نتطرق لأهم المبادئ التي جاءت بها

* وجوب الاعتراف بالقوة القانونية لاتفاق التحكيم سواء كان شرطا تحكيميا سابقا للتزاع واتفاقا تحكيميا لاحقا له.

* وجوب إحالة الأطراف على القضاء التحكيمي كلما تمسك أحد الأطراف أمام المحكمة بشرط أو اتفاق تحكيمي وهذان المبدآن يقران سلطة الحكم للمحكم وأساسها التعاقدية .

* مبدأ خضوع إجراءات التحكيم بما في ذلك تكوين المحكمة التحكيمية إلى اتفاق الأطراف وقانون بلد مكان التحكيم معاً (المادة الثانية)

* التزام كل دولة متعاقدة بضمان تنفيذ حكم التحكيم الصادر على إقليمها بناء على اتفاقية تحكيم ينظمها البروتوكول، أي حكم التحكيم الوطني لا الأجنبي .

* والبروتوكول يجيل في خصوص تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية إلى اتفاقية خاصة وهو الامتياز الذي منح إلى اتفاقية جنيف لسنة 1927⁽²⁾

المبادئ الأساسية لاتفاقية جنيف لسنة 1927 :

نصت الاتفاقية في ديباجتها على أول مبدأ، وهو التأكيد على الصلة بينها وبين بروتوكول 1923 حيث جاء فيها

* وجوب أن يصدر حكم التحكيم الأجنبي بناء على اتفاقية تحكيم تخضع للبروتوكول.

* وجوب خضوع الأطراف في النزاع التحكيمي المحكوم فيه لولاية إحدى الدول التي تعتبر عضو في الاتفاقية . * وجوب أن يصدر حكم التحكيم على إقليم إحدى الدول المتعاقدة .

(1) عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، دار المعارف 1998، الجزء الأول، الطبعة الثالثة ص 94

(2) عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، دار المعارف 1998، الجزء الأول، الطبعة الثالثة ص 93

فإذا اجتمعت هذه الشروط الأولية لانطباق المعاهدة فإن مادتها الأولى توجب

إخضاع الحكم التحكيمي موضوع طلب التنفيذ إلى شروط خاصة عددها ووضعت على عاتق طالب التنفيذ عبئ إثبات قيامها مجتمعة وهي كالتالي

يجب عليه أن يثبت ومن وجهتين الأولى إيجابية والثانية سلبية اجتماع الشروط التالية

1- من الوجهة الإيجابية

- أن الحكم التحكيمي الدولي صادر نتيجة عقد تحكيمي صحيح، شرطا تحكيميا كان أو اتفاقا تحكيميا لاحقا للتزاع .

- أن موضوع التزاع الذي يحسمه الحكم التحكيمي الدولي هو من المواضيع القابلة للتحكيم بمقتضى قانون البلد المطلوب فيه التنفيذ.

- أن الحكم التحكيمي صادر عن محكمة شكلت وفقا لقانون إرادة الطرفين الذي يجب أن يكون هو القانون المطبق على العقد ، أو أن المحكمة التحكيمية تشكلت وفقا لقانون الإرادة الطرفين الذي يمكن أن لا يكون حتما هو المطبق في العقد⁽¹⁾ .

ومقتضى هذا الشرط هو وجوب مطابقة تكوين الهيئة التحكيمية لاتفاق الأطراف وقواعد القانون الواجب التطبيق معا.

- أن الحكم التحكيمي الدولي أصبح نهائيا، وغير قابل للمراجعة في البلد الذي صدر منه.

وهذا يعني أن الحكم التحكيمي يجب أن يصبح باتا وليس نهائيا فقط، وقد كان هذا الشرط السبب في تكريس ازدواجية إذن التنفيذ، وبالتالي تشديد الرقابة القضائية على التحكيم .

- أن تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي ليس مخالفا للنظام العام للبلد المطلوب فيه التنفيذ، والنظام العام يؤخذ بمفهوم النظام العام الدولي لبلد التنفيذ وفي حدود ما فيه من تعارض مع عملية

(1) الحسين السالمي: التحكيم وقضاء الدولة ، مرجع مذكور، ص 101

تنفيذ الحكم التحكيمي باعتبار الرقابة رقابة تنفيذية أي أن الرقابة تتعلق بكيفية وطريقة تنفيذ الحكم.

2- من الوجهة السلبية: هي سلبية لأنها تميز لقاضي الإذن بالتنفيذ رد طلب الإذن بالتنفيذ إذ

قامت لديه إحدى الحجج الآتية

- أن الحكم التحكيمي الدولي أبطل في البلد الذي صدر فيه

- أن في الحكم مساسا بحق الدفاع.

- إذا لم يكن داخلا في حقل الإتفاق التحكيمي، أو أنه تجاوزه أو أنه لم يحسم كل نقاط النزاع

التي يجيلها العقد التحكيمي على التحكيم .

وهذه الحالة مع تعلقها بتجري مدى قيام الولاية للمحكمة التحكيمية كركن لازم للعمل

القضائي الحكمي عموما، نجدتها تقر الطابع الإلزامي لولاية المحكم الدولي من خلال اشتراطها

للإذن بتنفيذ الحكم التحكيمي، وأن تكون المحكمة التحكيمية قد استفرغت كامل موضوع

التحكيم المحال عليها أي مارست كامل ولايتها على موضوع التحكيم .

ويعلق الأستاذ عبد الحميد الأحذب⁽¹⁾ على هذا النظام قائلا "نلاحظ أن الوجهة السلبية لا

تثير اعتراضات باعتبارها تتعلق بعيوب خطيرة تقضي بالتأكيد إلى تجريد الحكم من قوته، بينما

الوجهة الإيجابية تعرقل كثيرا سير الحكم التحكيمي الدولي لأنها تلزم

أ- بإثبات الوجود المادي للعقد التحكيمي، وانطباق القانون الأجنبي المطبق عليه.

ب- صحة إجراءات التحكيم التي يجب أن تأتي تطبيقا للقانون ذاته .

ج- إثبات انصرام مهل المراجعة أو عدم قابلية الحكم التحكيم للمراجعة ، الأمر الذي يلزم

طالب التنفيذ بالحصول على صيغة تنفيذ في البلد الصادر فيه الحكم التحكيمي "

(1) عبد الحميد الأحذب ، الموسوعة ، الجزء الثاني ، الكتاب الثاني ، الطبعة الثالثة ص 66

- لقد وجهت انتقادات عديدة لاتفاقية جنيف لسنة 1927 وأهمها تلك الانتقادات التي وجهت للمادة الثالثة منها.

فهذه المادة لم تكتف بهذه الشروط المشددة للإذن بالتنفيذ، بل زادت عليها أنها حولت أحد أطراف العقد التحكيمي رفض الاعتراف أو التنفيذ أو إرجاء قرارها، إذا أثبت وجود أساس آخر يميز عن طريق التقاضي المنازعة في القوة التنفيذية لحكم التحكيم⁽¹⁾.

ويستخلص مما قيل أن هذه الاتفاقية والبروتوكول أكد نظريا ولاية المحكم القضائية الاتفاقية وحرص على أن يخرج موضوع التحكيم عن ولاية قضاء الدولة، بل وعلى أن يستفرغ الحكم التحكيمي كامل موضوع التحكيم، كما أكد حجية الحكم التحكيمي وقابليته للتنفيذ، ومع ذلك فقد وضع هذا النظام قيود عديدة حدثت من فاعلية التحكيم وسبل تنفيذ حكم التحكيم⁽²⁾

- فرغم اعتبار هذا النظام (الاتفاقية والبروتوكول) أول جهد جماعي لمعالجة مسائل التحكيم إلا أن الشروط المشددة التي حملتها خاصة، أدت إلى فشل الاتفاقية وأهم الشروط التي وردت في الاتفاقية وأدت إلى عدم فاعليتها على المستوى الواقعي نذكر الآتي :

- من حيث مفهوم التحكيم: إن الاتفاقية تشترط في الحقيقة أن يكون التحكيم وطنيا بالمعنى الفني للمفهوم، فهي تربط بين حكم التحكيم وقانون إحدى الدول المتعاقدة كما أنها تشترط أن يكون حكم التحكيم متوافقا لقانون الدولة المتعاقدة، ويبدأ هذا التوافق من انعقاد ولاية المحكم إلى تكوين هيئة التحكيم إلى إجراءاته إلى حجية قضائها⁽²⁾ مما جعل المجال أمام التحكيم ضيقا من حيث الانتفاع بأحكام الاتفاقية، ومن حيث مستوى المقبولية الدولية عند التنفيذ.

- من حيث تطبيق أحكام الاتفاقية أو المناط: اشترطت الاتفاقية أن لا يكون الحكم التحكيمي صادرا على تراب الدولة المطلوب منها التنفيذ، بل يجب أن يصدر على تراب دولة متعاقدة، كما

(1) احمد أنعم الصلاحي: مرجع مذكور، ص41

(2) A.NUSSBAUM: Treaties on commercial arbitration-a test of interationalprivat legislation ,Havard law riview ,1942,n:2 p228-230.

مرجع مذكور من قبل أحمد أنعم الصلاحي: النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، مرجع مذكور ص41

يجب أن يكون أطرافه خاضعين لنظامين تشريعيين مختلفين، وهذا الأمر سوف يضيق من مقبولية الحكم و ضمانات التنفيذ .

- من حيث القوة التنفيذية : لم تكتف الاتفاقية بالطابع النهائي للحكم التحكيمي ، بل زادت عليه أن يكون غير قابل لأي طريقة من طرق المراجعة في بلد صدوره ، وهذا ما يستوجب رقابة مزدوجة عليه عند التنفيذ من خلال ما اصطلح عليه "بالإذن المزدوج بالتنفيذ" الأول في بلد صدوره والثاني في بلد تنفيذه. **le double exécution**

- من حيث مناط الرقابة : إن تعدد الشروط ومرونتها وبقائها مفتوحة غير حصرية مع ازدواجية الرقابة عند التنفيذ مضافة إلى الرقابة القبلية ، يجعل حظوظ الاعتراف بالحكم التحكيمي فضلا عن أن حظوظ تنفيذه شبه معدومة ، خصوصا إذا أضيف إلى كل ذلك شرط المعاملة بالمثل غير العملي وغير الفعال ، وهو ما شهد به الواقع وانتهى بالإقرار بفشل الاتفاقية .

وهذه الشروط السالفة الذكر جعلت الاتفاقية من دون أثر يذكر في مجال تطوير التحكيم التجاري الدولي وقد وجهت إليها انتقادات عديدة وشديدة نذكر منها ما ذكره الأستاذ روبر (1) في تعليقه عليه :

"إن هذه التركيبة من الشروط ، قد انبثقت عن نوع من خداع البصر " إذ رأت في حكم التحكيم حكما قضائيا وأخضعته إلى الشروط الواردة في الاتفاقيات الثنائية حول التنفيذ المتبادل للأحكام القضائية الأجنبية .

ولكن رغم هذه العيوب والانتقادات الموجهة للاتفاقية ، إلا أن بعض الفقهاء (2) رأوا فيها جهدا يستحق الثناء بالرغم من كل شيء أو الحد الأدنى من الجهد القانوني المطلوب من أجل الوصول إلى الحلول المثلى لتطوير التحكيم التجاري الدولي ، وحل التزايدات ذات البعد الاقتصادي .

(1) **J.Rbert :la convention de New-York du 10 juin 1958,in,rec,dalloz,1958,32 2958 32^{ème} cahier,8oct 1958 p223**

مرجع مذكور من قبل الحسين السالمي :التحكيم وقضاء الدولة ، مرجع مذكور ص 103

(2) **P.Brachet : de l'exécution internationale des sentences arbitrales,précité,p190-192**

إن الإقرار بفشل البروتوكول والاتفاقية في إيجاد الصيغة المثلى للتوفيق بين مقتضيات السيادة الوطنية، وضرورة المرونة التي يحتاجها مجتمع التجار في مسألة تسوية النزاعات التجارية، والذي يتطلب انفتاحا أكثر .

هنا كان لا بد من التفكير الجدي للوصول إلى اتفاقية جماعية تعنى بمسألة القوة التنفيذية لأحكام التحكيم على وجه الخصوص ومسائل أخرى مثل ولاية المحكم والهيئة التحكيمية وغيرها من مسائل التحكيم، خاصة في ظل وضع دولي كان يتطلب استثمارات مهولة في الدول التي دمرتها الحرب العالمية الثانية، لكن لا يمكن لهذه الاستثمارات أن توجد إلا في ظل وضع قانوني في صالحها أو على الأقل في ظل وجود ضمانات قانونية جادة وحقيقية من تغول الدول تحت مسمى مبدأ السيادة .

ولهذا كله كان لا بد من حدث ثوري، يجعل من التحكيم الضمانة المثلى للاستثمار، وتخليصه من أسر القضاء الوطني، وقيود التحكيم الداخلي وإخضاعه إلى سلطان الإرادة كأداة فضلى للنهوض به

الفرع الثاني : مرحلة اتفاقية نيويورك .

بعد فشل بروتوكول واتفاقية جنيف لسنة 1927 في الوصول إلى حلول ملائمة وعقلانية لمسألة تنفيذ الأحكام التحكيمية كان لزاما على المؤسسات الدولية ذات الصلة أن توجد حلا بديلا ومقبولا لدى جميع الأطراف، الدول ومجتمع التجار، ولهذا السبب تبنت غرفة التجارة الدولية هذه الخطوة التطويرية لنظام التحكيم، منطلقة من مطلبها الأساسي المتمثل في الاعتراف بالطابع الدولي للتحكيم، كلما تضمنت الاتفاقية عنصرا أجنبيا أيا كان مع ضمان الاستقلالية الإجرائية واستبعاد أية قيود إقليمية على فاعلية التحكيم، مقترحة جعل الاعتراف آليا وشاملا لكل تحكيم فيه عنصر أجنبي، وتمتعيه بقابلية التنفيذ في جميع البلدان الأعضاء، والتزول بالرقابة إلى أدناها، وقد اعتبرت الغرفة أن أهم ما يؤخذ على اتفاقية جنيف لسنة 1927 هي أنها لم تعترف بأحكام التحكيم ذات العنصر الأجنبي.

وبناء على هذا قامت الغرفة بإعداد مسودة مشروعها وضمنته الأفكار المذكورة أعلاه، وعرضته على هيئة الأمم المتحدة سنة 1953 التي أحالته بدورها على اللجنة الاقتصادية والاجتماعية في الأمم المتحدة لبحثه.

لكن هذه اللجنة لم تقتنع بمسودة المشروع الذي أعدته غرفة التجارة الدولية، واعتبرته غير متوازن ويخدم متطلبات التجارة الدولية فقط، دون أن ييدي أي اهتمام لمسألة سيادة الدول فقامت بإعداد مشروع مضاد اعتبر حلا وسطا بين اتفاقية جنيف لسنة 1927 وتشدده في مسألة سيادة الدول و مسودة غرفة التجارة الدولية وتحررها المفرط وعدم مراعاتها لمبدأ السيادة، وعرضت هذه المسودة على الدول الأعضاء في الأمم المتحدة، وعقد مؤتمر دولي في 20/05/1958⁽¹⁾ بنيويورك ليضع نص اتفاقية نيويورك في 10/06/1958 في شأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية مستبدلا عبارة الأحكام الدولية التي اقترحتها غرفة التجارة الدولية بعبارة أحكام المحكمين الأجنبية ورغم اعتبار هذه الاتفاقية حلا وسطا بين أنصار التحرير المطلق وأنصار السيادة الوطنية إلا أن بعض الفقهاء اعتبرها بمثابة حل ثوري وخطوة جادة في اتجاه إقامة نظام تحكيمي دولي ومن بين هؤلاء الأستاذ عبد الحميد الأحذب⁽²⁾ الذي اعتبر الاتفاقية ثورة في التحكيم التجاري الدولي وعبر عن ذلك بقوله "الثورة التي حققتها اتفاقية نيويورك التي تبنتها منظمة الأمم المتحدة سنة 1958 كانت في أنها قلبت عبء الإثبات بالنسبة للحكم التحكيمي الدولي أو الأجنبي، مقارنة باتفاقية جنيف لسنة 1927 للتحكيم الدولي التي تبنتها عصبة الأمم المتحدة والتي كانت سائدة قبلها"

ويقول الأستاذ نادر محمد إبراهيم معلقا على أحكامها "تعد معاهدة نيويورك لسنة 1958 بمثابة حلقة نضال بين المفاهيم المتحررة في شأن التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية، والتي

(1) صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 233/88 في 05/11/1988 المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ على المادة الأولى الفقرة الثالثة للاتفاقية الخاصة بالإعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها الصادرة عن مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك بتاريخ 10/06/1958 .

(2) عبد الحميد الأحذب: الموسوعة، الجزء الثاني، الكتاب الثاني، ص99.

حملت غرفة التجارة الدولية لوائها والأخرى المحافظة، والتي تبنتها مجموعة العمل التي أعدت مشروع معاهدة نيويورك في إطار المجلس الاجتماعي والاقتصادي للأمم المتحدة⁽¹⁾

مضيفا بقوله أنه "بذلك خسر مفهوم الاستقلال الإجرائي المطلق للتحكيم جولته الأولى على مستوى المعاهدات الدولية"، وهو ما يؤكد عليه عنوان المعاهدة فهي لا تستخدم مصطلح التحكيم الدولي أو حكم التحكيم الدولي وفضلت عليه مصطلح "حكم التحكيم الأجنبي"⁽²⁾

البند الأول: خصائص اتفاقية نيويورك: تتميز الاتفاقية بالخصائص التالية⁽³⁾

- يبدو من عنوان الاتفاقية أنها تختص فقط بمسألة الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها إلا أن الحقيقة خلاف ذلك، فمجال الاتفاقية أوسع من ذلك بكثير فلقد تميزت بتصورها التجديدي للتحكيم إذا ما قورنت باتفاقية جنيف وبروتوكولها ويظهر هذا التصور التجديدي في المسائل المتعلقة بالمضمون وطبيعة التحكيم وبالنظام الإجرائي، فقد جاءت الاتفاقية شاملة لجميع المعطيات المتعلقة بالتحكيم ابتداء من انعقاد ولاية المحكم. بموجب اتفاقية التحكيم إلى النظام القانوني لاتفاقية التحكيم من حيث إثباتها، حجيتها، علاقتها بالعقد الأساسي، إلى تكوين هيئة التحكيم، إلى الضمانات الإجرائية لفاعلية التحكيم، إلى شروط الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه.

- من جهة طبيعة التحكيم: الاتفاقية تطبق فقط على أحكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية وبناء على هذا فإنه أصبح بالإمكان أن يجري تحكيم أجنبي على أرض البلد ذاته ويصدر بنتيجته حكم تحكيمي أجنبي، ويطلب من القضاء الوطني لهذا البلد إعطاء صيغة التنفيذ لهذا الحكم، فصار بالإمكان مثلا أن يجري في مصر تحكيم داخلي تطبق عليه المحاكم قواعد نظام التحكيم الداخلي المصري، وتحكيم دولي أو أجنبي تطبق عليه المحاكم قواعد اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ويدرك من هذا أن الاتفاقية قد فرقت بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، ويعتبر هذا من أهم إنجازاتها.

(1) نادر محمد إبراهيم: مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، ب ط، دار الفكر الجامعي

الإسكندرية، 2002 ص 619

(2) نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، 733

(3) الموسوعة، الجزء الثاني، الكتاب الثاني، الطبعة الثالثة، ص 99

- من جهة نظام التحكيم :لقد تضمنت هذه الاتفاقية أول شهادة اعتراف رسمية بمراكز التحكيم الدولية أو ما يطلق عليه تسمية التحكيم المؤسسي متجاوزة بذلك التحكيم الحر إلى التحكيم المنظم فقد أوضحت الاتفاقية على أن المقصود بأحكام المحكمين ليس فقط الاحكام الصادرة عن محكمين معينين للفصل في حالات محددة بل أيضا الأحكام الصادرة عن هيئات دائمة يجتكم إليها الأطراف.

فرقت الاتفاقية بين الشرط التحكيمي والاتفاق التحكيمي اللاحق للتراع واعتبرتهما شكلين مشروعين للعقد التحكيمي ونصت على أن العقد التحكيمي يتزع اختصاص محاكم الدولة مكرسة بذلك آثار العقد التحكيمي في اتفاقية دولية

- أما من جهة ولاية المحكم⁽¹⁾ فقد نصت الاتفاقية بالبند الأول من المادة الثانية على اعتراف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم. بمعنى إقرارها بالقوة الملزمة لاتفاقية التحكيم التي تجمع بين الشرط التحكيمي والاتفاق التحكيمي ،مبينة في البند الثاني من نفس المادة أن هذا الاتفاق المكتوب يمكن أن تتضمنه الخطابات المتبادلة أو البرقيات كما نصت بالبند الثالث من المادة الثانية على أن اتفاقية التحكيم تترع الاختصاص من محاكم الدولة مكرسة بذلك الأثر الملزم لعقد التحكيم في اتفاقية دولية.

البند الثاني: المبادئ التوجيهية للتحكيم في اتفاقية نيويورك : لقد جاءت اتفاقية نيويورك

بمجموعة من الأحكام والمبادئ، فيما يخص النظام التحكيمي والاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها، وقد شكلت هذه الأحكام والمبادئ ثورة في نظام التحكيم مقارنة مع ما سبق من اتفاقيات .

- ويكمن المبدأ الثوري في اتفاقية نيويورك⁽²⁾ في كونها قلبت عبء الإثبات جاعلة من الحكم التحكيمي في يد الفريق الحائز عليه سندا ثابتا يعتد به ،وكتنتيجة لذلك أصبح تقديم الحكم

(1) الموسوعة ، ج2، ك2، ط3، ص97

(2) الموسوعة ، المرجع السابق، ص99-100

التحكيمي مع العقد التحكيمي يشكل إثباتا على وجود حكم إلزامي، وينقل بعد ذلك عبء الإثبات على المطلوب التنفيذ ضده ولا يعود القاضي ملزما بإثارة ذلك من تلقاء نفسه، فصار الحكم التحكيمي مقبولا حتى ثبوت العكس .

- مبدأ الولاية القضائية للتحكيم: يقصد به أن المحكمة التحكيمية هي صاحبة الاختصاص الأصيل في الولاية على موضوع التحكيم بدلا من الولاية القضائية لقضاء الدولة، وذلك استنادا إلى اتفاقية التحكيم بآثارها الملزم.

- مبدأ علوية سلطان الإرادة على القوانين الوطنية: ويعتبر هذا المبدأ مناط دولية التحكيم والفرق الجوهرية بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، وهذه العلوية تشمل الاختصاص القضائي الوجوبي للمحكمة التحكيمية، وأيضا الاختصاص القانوني المستند إلى قاعدة قانون العقد وعرضا إلى قانون مكان التحكيم .

ويرى الأستاذ عبد الحميد الأحذب⁽¹⁾ أن هذا المبدأ هو حجر الزاوية في اتفاقية نيويورك باعتباره المبدأ الذي يؤسس للمنهج التحرري في نظام التحكيم الدولي، فالتحكيم الدولي يحتاج لانطلاق سيره وازدهاره إلى أن يكون لسلطان الإرادة الأسبقية على القوانين الداخلية ولا يرجح قانون داخلي في تحكيم دولي إلا إذا شاء سلطان الإرادة ذلك أو إذا خلا العقد من خيار .

- مبدأ شمولية ولاية المحكم التحكيمية لكل المسائل المتعلقة بالتحكيم .

- مبدأ القوة التنفيذية للحكم التحكيمي باعتباره سنداً قائماً بذاته في يد حائزه مشبها بالحكم القضائي وينتج أثره التنفيذي بمجرد الاستظهار به مع العقد التحكيمي، سند ولاية المحكمة التحكيمية التي أصدرته .

وتتأكد هذه المبادئ من خلال التجديد الحاصل على مستوى نظام الاعتراف والتنفيذ للحكم التحكيمي الأجنبي .

(1) الموسوعة، ج 2، ك 2، ط 3، ص 100

البند الثالث: التجديد في نظام الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه: يكمن المظهر الثوري في اتفاقية نيويورك مقارنة مع اتفاقية جنيف لسنة 1927 في مظهرين اثنين هما سلطة الحكم وسلطان القضاء .

- المظهر الأول: الولاية الخصوصية أو التأهيل الخصوصي للمحكم: إن الركن الأساسي الذي قام عليه نظام اتفاقية نيويورك لسنة 1958⁽¹⁾ استجابة لمطلب غرفة التجارة العالمية الأساسي، هو إقرار سلطان الإرادة في التحكيم وتكريسه عبر القوة الإلزامية لاتفاقية التحكيم في مفهومها الواسع وعبر ترجيح قانون الإرادة على قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم فبعد أن كان هذا القانون سيد نظام التحكيم في اتفاقية جنيف، صار لا يطبق إلا في حال خلو اتفاقية التحكيم من اختيار قانون معين، وتكون اتفاقية نيويورك وفقا لهذا المنظور قد فصلت بين القانون الذي يحكم اتفاقية التحكيم ومكان إجراء التحكيم، تاركة لإرادة الأطراف سلطان الاختيار وهو ما يعد ضمانا لتطور وانسيابية التجارة الدولية .

- المظهر الثاني الحجية الذاتية للحكم التحكيمي : بمعنى أن الحكم التحكيمي قد أصبح له قوة الإلزام والجبر نابعة من ذاته، فقد جاء في المادة الثالثة من الاتفاقية "تعترف كل من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمّر بتنفيذه طبقا لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ وفقا للشروط التالية، ولا تفرض شروطا أكثر شدة ولا رسوما قضائية أكثر ارتفاعا بدرجة ملحوظة من تلك التي تفرض للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الوطنيين "

فقد اعتبرت الاتفاقية الحكم التحكيمي سنداً تنفيذياً يعتد به وأنه بمجرد الإدلاء به يعتبر بمثابة الحكم الإلزامي الواجب النفاذ وما على الطرف الموجه ضده طلب الاعتراف أو التنفيذ إلا أن يثبت توافر حالة من حالات رفض الاعتراف أو رفض التنفيذ الحصرية المبينة بمادتها الخامسة وبالتالي فالاتفاقية نقلت عبء الإثبات عدم مقبولية الحكم التحكيمي إلى المنفذ عليه .

فالحكم التحكيمي يتمتع وفقا لما جاءت به الاتفاقية بالالزام الكافي ليتحول إلى سند تنفيذي حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، أي يثبت المنفذ عليه أن الحكم التحكيمي فاقد للأساس التعاقدية لولاية المحكمة التحكيمية التي أصدرته، إما بسبب بطلان اتفاقية التحكيم أو لخروجه

(1) يراجع نص هذه الاتفاقية معربا في موسوعة التحكيم لعبد الحميد الأحمد ج2، ط3، ص379 وما بعدها.

عنها، أو أنه مشوب بعيب إجرائي في تكوين هيئة التحكيم، أو في مراعاة حرمة حق الدفاع، أو لكونه لم يصبح بعد قابلاً للنفاز، أو قامت السلطة المختصة في بلد صدوره بإلغائه أو تعليقه، أو أن الاعتراف به أو تنفيذه قد يصطدم بالنظام العام .

وخلاصة المعنى أن الاتفاقية وضعت قرينة نفاذ جري ومقبولية لفائدة طالب الاعتراف أو الإذن بالتنفيذ تعفيه من الإثبات الذي كان محمولا عليه في نظام اتفاقية جنيف لسنة 1927 .

لكن رغم الجهد المبذول من واضعي الاتفاقية لتحسين الحكم التحكيمي إلا أن هذا الأخير ظل مرتبطاً بمكان صدوره، فمكان صدور الحكم التحكيمي هو أحد معايير تحديد طبيعة الحكم التحكيمي إن كان داخلياً أو دولياً، وبالتالي فهل يخضع للاتفاقية أم لا بحكم أنها متعلقة فقط بالأحكام الأجنبية، فالاتفاقية تطبق حصراً على الأحكام التحكيمية الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الاعتراف والتنفيذ، وعلى أحكام التحكيم التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب إليها الاعتراف أو تنفيذ هذه الأحكام وذلك وفقاً للمادة الأولى الفقرة الأولى.

كما يتمتع قانون دولة صدور الحكم بدور احتياطي إذا لم يتفق الأطراف على قانون يخضعون له اتفاق التحكيم وذلك وفقاً للمادة الخامسة الفقرة الأولى البند أ، و تنص نفس المادة في البند د على أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم يقوم قانون دولة صدور الحكم بنفس الدور السابق.

ويجوز كذلك رفض الاعتراف والتنفيذ إذا لم يصبح الحكم التحكيمي ملزماً للخصوم أو ألقته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيه أو بمقتضى قانونه صدر الحكم وفقاً للمادة 1/5هـ

- ومما يدل على أن الحكم التحكيمي لا يتمتع باستقلالية مطلقة وفقاً لاتفاقية نيويورك هو ماورد في الفقرة الثانية من المادة الخامسة أنه يحق للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليه الاعتراف أو التنفيذ أن ترفض الاعتراف أو التنفيذ إذا تبين لها :

- أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية ذلك التراع عن طريق التحكيم .

- أن في الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في ذلك البلد .

ونتيجة لما ذكر فقد أعطت اتفاقية نيويورك للدولة المضيفة للحكم دورا فعالا في تحديد الآثار الدولية لحكم التحكيم الأجنبي ، وبالتالي فرغم أن الاتفاقية سايرت غرفة التجارة الدولية فيما يتعلق بإقرار سلطان الارادة في التحكيم ، لكنها في نفس الوقت لم تتبن نظاما خالصا للتحكيم الدولي أو لحكم تحكيمي "فوق دولي" (supra-national) (1)

وبالتالي فاتفاقية نيويورك أقرت الولاية القضائية الخصوصية للمحكم والنفاز الذاتي للحكم التحكيمي وهذا يعد في حد ذاته تطورا مهما في مسيرة التحكيم التجاري الدولي ، وتكريسا لاستقلالية ولو منقوصة للحكم التحكيمي بإقرار طابعه الدولي والتقليص من تبعيته لسيادة الدول واستبعاد ازدواجية إذن التنفيذ ، وقد مهدت هذه الاتفاقية لصدور القانون النموذجي للتحكيم التجاري .

النتائج المترتبة على اتفاقية نيويورك : إن الآثار المترتبة على اتفاقية نيويورك لسنة 1958

حول تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية قد تعدت مجرد إقرار الولاية القضائية الخصوصية للمحكم والنفاز الذاتي للتحكيم إلى تأثيرها على مختلف النظم الإقليمية للتحكيم ، فقد تأثرت بها ثلاث نظم إقليمية في العالم هي نظام اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم لسنة 1961 ، ونظام اتفاقية بنما الأمريكية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1975 ، واتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983 ، والذي استكملته وطورته اتفاقية عمان العربية للتحكيم لسنة 1987 ، كما كان لها الأثر الأكبر في نشأة نظام عالمي موحد والذي تمثل في النشاط الأممي والنشاط القانوني المهني للدول الذي تجسد في اتفاقية البنك الدولي بشأن منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة 1965 ، وقواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والمسمى اختصارا بقواعد اليونيسترال بتاريخ 1976/09/28 ، واعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الحادية والثلاثون بمقتضى القرار رقم 98 بتاريخ 1976/12/15 .

(1) نادر محمد ابراهيم : مركز القواعد عبر الدولية ، مرجع مذكور ص 622 .

الفرع الثالث: التصور القانوني للتحكيم في الدول الأمريكية

لقد كان للظروف التاريخية التي مرت بها دول أمريكا اللاتينية خاصة تلك المتعلقة بالاحتلال الإسباني والبرتغالي والامتيازات والهيمنة الاقتصادية الأجنبية، الدور البارز في موقف تلك الدول من التحكيم التجاري الدولي، حيث كانت ترى فيه امتدادا للهيمنة الاقتصادية الغربية ومجرد امتياز آخر للاستثمارات الأجنبية، وقد ظهرت تلك الحساسية المفرطة من خلال ما اصطلح على تسميته بنظرية كالفو نسبة إلى الفقيه الأرجنتيني كارلوس كالفو⁽¹⁾ carlos calvo والتي تقضي بأنه لا يجوز للأجانب التمتع بحقوق وامتيازات أكثر من التي يعترف بها لمواطني الدولة، ويقضي شرط كالفو بخضوع المشروعات الاستثمارية الأجنبية للمحاكم والقوانين الداخلية في الدولة المضيفة، وبتنازل تلك المشروعات عن الحق في طلب الحماية الدبلوماسية بالنسبة لكل الدعاوى ضد الدول المضيفة، وأصبح هذا الشرط مكرسا في مختلف دساتير دول أمريكا اللاتينية باعتبارها رمزا للسيادة.

وبذلك منعت تلك الدول حكوماتها ومصالحها اللجوء للتحكيم، بل إن بعض الدول ذهبت أبعد من ذلك عندما أدرجت شرطا في عقود الاستثمار، يتنازل بمقتضاه المستثمر الأجنبي عن الحماية الدبلوماسية وعن التحكيم ويقبل اختصاص المحاكم الوطنية المضيفة للاستثمار.

وقد كانت هذه الحساسية المفرطة وراء تأخر دول أمريكا اللاتينية في المصادقة على اتفاقية نيويورك وعدم حماسها في المصادقة على اتفاقية البنك الدولي لتسوية خلافات الاستثمار الدولي عن طريق التحكيم بل وصادقت بعض دول أمريكا اللاتينية متمثلة في بوليفيا وكولومبيا والشيلي والإكوادور وفنزويلا على ميثاق قرطاجنة لسنة 1970 والذي ورد فيه " في جميع الوثائق الخاصة بالاستثمار أو بنقل التكنولوجيا يمنع إدراج شروط من شأنها أن تبعد النزاعات أو الخلافات المحتملة، عن أنظار المحاكم الوطنية أو تخرجها من اختصاص البلد المضيف، أو تجيز حلول الدول محل رعاياها من المستثمرين في حقوقهم ودعاواهم".

لكن الظروف الاقتصادية وخروج التحكيم عن سيطرة الدول الليبرالية وتبني الأمم المتحدة له بواسطة لجائها القانونية، جعلت دول أمريكا اللاتينية تتراجع عن شرط كالفو المناهض للتحكيم

(1) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذكور ص111

الدولي وانضمامها لاتفاقية نيويورك تباعا ، حتى بلغ عدد الدول المنظمة للاتفاقية إحدى عشر دولة. وبادرت بعد ذلك إلى وضع الاتفاقية الأمريكية للتحكيم التجاري الدولي بينما بتاريخ 1975/01/30 التي وقعت ثلاث عشرة دولة ، وتعتبر هذه الاتفاقية في حقيقة الأمر مجرد تكييف لاتفاقية نيويورك مع أوضاع دول أمريكا اللاتينية ، كما أنها تحيل إلى قواعد الهيئة الأمريكية للتحكيم التجاري التي تبنت قواعد تحكيم لجنة قانون التجارة الدولية للأمم المتحدة "اليونيسترال" مع بعض التعديلات الطفيفة مثل تسمية المحكمين من قبل الهيئة الأمريكية، عوضا عن تسميتهم من قبل محكمة لاهاي التحكيمية الدائمة في نظام يونيسترال ، فتكون إجراءات التحكيم في الاتفاقية الأمريكية في عمومها متطابقة مع قواعد اليونيسترال.

الفرع الرابع: التصور القانوني للتحكيم لدى الدول الأوروبية

تعتبر الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف بتاريخ 1961/04/21⁽¹⁾ أهم عمل اتفاقي دولي بعد اتفاقية نيويورك لسنة 1958 دخل حيز النفاذ ، فرغم ارتباطها بمحيط جغرافي محدود ممتلا في القارة الأوروبية ، إلا أن تأثيرها على المحيط القانوني كان أكبر بكثير من حيزها الجغرافي الضيق⁽²⁾ ، وذلك لكونها من أكثر الاتفاقيات جرأة وتحررا من جهة تكريس استقلالية التحكيم التجاري الدولي ، ويتجسد هذا التطور الذي حملته الاتفاقية على مستويين

(1) دخلت هذه الاتفاقية حيز النفاذ في 1964/01/07 وفق أحكام مادتها العاشرة الفقرة الثامنة ، باستثناء الفقرات الثالثة وحتى الثامنة من المادة الرابعة التي لم تصح سارية المفعول إلا في 1965/01/18 بموجب الفقرة الرابعة من ملحق الاتفاقية .

(2) اعتمدت الاتفاقية مقياسا جغرافيا للدولية ضيق من حيز نطاقها فقد نصت الفقرة أ-1 من المادة الأولى من الاتفاقية لسنة 1961 على أنها تطبق على : "اتفاقيات التحكيم المعقودة بهدف فض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ نتيجة لعمليات التجارة الدولية ما بين أشخاص طبيعيين أو معنويين على أن [كون لهم عند إنشاء الاتفاقية محل إقامة معتاد أو مركز عمل في دول مختلفة مرتبطة تعاقديا بهذه الاتفاقية" ، وهي بهذا الشرط تكون قد جعلت حقل تطبيقها أضيق من حقل تطبيق اتفاقية نيويورك التي تطبق على أحكام التحكيم الصادرة على إقليم دولة غير دولة التنفيذ وكذلك على أحكام التحكيم التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب منه الاعتراف أو التنفيذ (يراجع نص الاتفاقية معرب في موسوعة التحكيم لبعده الحميد الأحدث ج2 ص373 وما بعدها).

*المستوى الموضوعي : في هذا المستوى يتجلى التطور من جهة الاصطلاح ومن جهة القواعد
المادية .

- أما اصطلاحا فلقد استبعدت اتفاقية جنيف لسنة 1961 التحفظ الذي أوردته اتفاقية
نيويورك لسنة 1958 حول مفهوم التجارة الدولية عندما أشارت إلى أن "لكل دولة ان تصرح
بأنها ستحصر تطبيق الاتفاقية على المنازعات الناشئة عن روابط القانون التعاقدية التي تعتبر تجارية
طبقا لقانونها الوطني" ،والذي يخول اعتماد الدولة المتحفظة إعطاء مفهومها الخاص لمغزى التجارة
الدولية، أي إخراج معنى التجارة الدولية من الحيز الدولي إلى الحيز المحلي .

بينما اتفاقية جنيف لسنة 1961 قلبت المسألة وأخرجت مفهوم التجارة الدولية من المستوى
المحلي الذي وضعته اتفاقية نيويورك إلى المستوى الدولي ،وأصبح هذا المفهوم موسعا ومتحررا من
تأثير القانون الوطني .

وقد وسعت هذه الاتفاقية كذلك من مفهوم اتفاقية التحكيم ليتجاوز الشرط التحكيمي
والاتفاق التحكيمي القابلين للإثبات حتى بالرسائل المتبادلة أو التلكس ونصت في المادة الأولى
الفقرة الثانية البند أ" في العلاقات ما بين البلدان التي لا تفرض الشكل الكتابي بهذا الصدد ... أية
اتفاقية معقودة ضمن الأشكال المفروضة بتلك القوانين "

لكن رغم هذا التحرر والتوسع في بعض المفاهيم مقارنة باتفاقية نيويورك لسنة 1958 إلا أنها
في المقابل كانت أضيق حيزا منها في مسألة المقياس المعتمد على دولية عقود التحكيم ، فقد
اعتمدت اتفاقية جنيف معيار يطبق على عقود التحكيم المبرمة لحسم نزاعات نشأت أو قد تنشأ
عن عمليات التجارة الدولية بين أشخاص طبيعيين أو معنويين لهم ،وقت إبرام العقد ،محل إقامة
معتاد أو مركز عمل في دول متعاقدة مختلفة ،بينما اتفاقية نيويورك تطبق على أحكام المحكمين
الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الاعتراف والتنفيذ وكذلك أحكام المحكمين التي لا
تعتبر وطنية في الدولة المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ .

أما بالنسبة لمفهوم التحكيم فقد عرفته الاتفاقية بكونه "تسوية النزاعات ليس فقط بواسطة حكام معينين لحالات معينة التحكيم الحر ، بل وكذلك بواسطة مؤسسات تحكيم دائمة" (1)

- في النظام القانوني التحكيمي: القواعد المادية المباشرة

لقد كرسّت اتفاقية التحكيم الأوروبية عدة قواعد مادية هي الآن مشتركة وذات نفاذ مباشر دولياً وبالتالي لا تحتاج إلى النص عليها في التشريع الوطني وتنفذ بحكم العلوية الدولية وقوامها

- أفضلية التحكيم كأداة لفض النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية ، وهذه القاعدة هي نقطة ارتكاز في كامل نظام التحكيم وتأسس لغيرها من القواعد المتصلة بطبيعة التحكيم وبعلاقته بقضاء الدولة. وهذه الأفضلية هي التي أدت بفقهاء القضاء الغربي إلى التحرير المطلق للتحكيم من رقابة دولة مكان صدور الحكم التحكيمي، ويجتمع النظام القانوني الأوروبي للتحكيم مع فلسفة غرفة التجارة الدولية حول التحكيم في قضية منح التحكيم العلوية في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية ، وقد جاءت هذه الاتفاقية بمجموعة من المبادئ نجملها كالآتي (2)

-قاعدة أهلية ذوات القانون العام في عقد اتفاقات تحكيم (المادة الثانية الفقرة الأولى) .

-قاعدة أهلية الأجنبي في تولى مهمة التحكيم (المادة الثالثة) وهي بهذا تخالف موقف المشرعين الإيطالي والإسباني الذي منع الأجنبي من التحكيم .

- قاعدة سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق (المادة السابعة).

-قاعدة استقلالية الشرط التحكيمي (المادة الخامسة) .

-قاعدة صلاحية المحكم في البت في اختصاصه (المادة الخامسة الفقرة الثالثة) .

وبهذا تعد اتفاقية جنيف من النتائج الموضوعية أوسع وأشمل من اتفاقية نيويورك.

(1) للتذكير اتفاقية نيويورك هي التي أعطت أول شهادة اعتراف لمراكز التحكيم وفتحت الباب نحو تكريس التحكيم

الدائم المؤسسي .

(2) الحسين السالمي ، مرجع مذكور ص 115 .

*على المستوى الإجرائي : لقد اهتمت اتفاقية جنيف بجميع المراحل التي يمر بها التحكيم ابتداء من تنظيم هياكل التحكيم إلى الاختصاص التحكيمي انتهاءً بمحدود الرقابة على التحكيم .

1- من جهة تنظيم هياكل التحكيم : لقد تحدثت المادة الرابعة من الاتفاقية الفقرة الأولى عن نظامين للتحكيم، التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي أو النظامي، وأقرت للمحكمتين حرية الخيار بين النظامين، وأخضعت التحكيم الحر إلى سلطان إرادة الأطراف الذين لهم إمكانية تعيين المحكمين أو تحديد طرق تعيينهم في حالة النزاع، وتحديد مكان التحكيم وضبط القواعد الإجرائية التي على المحكمين إتباعها، في حين أخضعت التحكيم النظامي إلى نظام المؤسسة التحكيمية المختارة .

2- من جهة الاختصاص⁽¹⁾ : لقد أقرت الاتفاقية في مادتها الخامسة مبدأ صلاحية المحكم للبت في اختصاصه، وفي صحة اتفاقية التحكيم أو العقد الذي يمثل جزءاً منه، كما أوجبت إثارة الدفع بعدم اختصاص المحكم المستمد من غياب اتفاقية تحكيم أو بطلانها أو إلغائها، قبل الجواب في الأصل إثارته حال عرض الطلب إذا استند الدفع بعدم الاختصاص إلى تجاوز المسألة المعروضة صلاحية هيئة التحكيم، مع الاحتفاظ لهذه الأخيرة بحق قبول الدفع المتأخر إذا رأت أن تأخر إثارته ناتج عن سبب جائز .

وتأكيداً للطابع الإقصائي لهذه الصلاحية حجرت الفقرة الثانية من ذات المادة إثارة الدفع المذكورة خلال الإجراءات التحكيمية اللاحقة إذا كان القانون المنطبق على التحكيم يفرد الخصوم بحق إثارتها، أو خلال نزاع قضائي لاحق في الأصل أو حول التنفيذ، إذا كان القانون الذي تعينه قاعدة الإسناد للقاضي المتعهد يجعلها من خصائص الخصوم، مع احتفاظ القاضي بحق مراقبة قرار المحكم قبول الدفع المتأخر، وفي كل الأحوال فإن المحكم الذي ينزاع في اختصاصه لا يجب عليه التخلي عن نظر الدعوى، بل يواصله ويبت في اختصاصه المادة (5فقرة3) .

كما أوجبت المادة السادسة من الاتفاقية في فقرتها الثالثة على المحاكم الوطنية تعطيل النظر في نزاع يتعلق بموضوع أو بطلان أو إلغاء اتفاقية التحكيم، حتى يصدر الحكم التحكيمي، وأن تطبق القانون الذي يعينه الأطراف أو قانون المكان المفترض لصدور الحكم التحكيمي .

(1) الحسين السالمي، مرجع مذكور ص116.

لكن في نفس الوقت تعتبر الفقرة الرابعة من نفس المادة، أن اللجوء للقضاء لاتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي، لا يتعارض مع اتفاقية التحكيم ولا يعتبر بمثابة عرض لأصل النزاع على القضاء.

3- من جهة المبادئ الأساسية للإجراءات التحكيمية :

لقد تبنت الاتفاقية مجموعة من المبادئ اعتبرت بمثابة مبادئ توجيهية في المسائل الإجرائية وتمثلت في

- مبدأ حرية الأطراف في تحديد إجراءات سير النزاع التحكيمي سواء من حيث تكوين هيئة التحكيم أو من حيث أجل التحكيم أو من حيث استقرار النزاع .

- مبدأ المساواة بين الأطراف ويتجسد ذلك في المواجهة وحرمة حق الدفاع عماد النظام العام الإجرائي .

4- من حيث الرقابة على التحكيم⁽¹⁾: لقد اتبعت الاتفاقية نظاما مخففا في مسألة الرقابة على الأحكام التحكيمية ،ويبدوا ذلك جليا من خلال تعزيز الرقابة الذاتية للمحكم على ولايته واختصاصه ،وتأجيل الرقابة القضائية إلى ما بعد صدور الحكم التحكيمي، وحصرها بموجب المادة التاسعة في الطعن ببطالان القرار التحكيمي وللأسباب الحصرية التي بينها وهي المتعلقة باختلال أهلية الأطراف، أو بطلان اتفاقية التحكيم ، أو بتكوين الهيئة التحكيمية أو إتباعها إجراءات تحكيم مخالفة للقانون المعين من الأطراف أو لأحكام المادة الرابعة من الاتفاقية، أو بجرمة حق الدفاع ،مع تقييد حالات رفض الاعتراف أو التنفيذ الواردة بالبند د، من الفقرة الأولى من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك والمتعلقة بعدم صيرورة الحكم التحكيمي ملزما للأطراف أو بتعليقه أو إبطاله في بلد صدوره أو بلد القانون الذي صدر على مقتضاه ،وحصرها في حالات البطلان السالف بسطها على أن يصرح بالبطلان في بلد متعاقد على معنى الاتفاقية الأوروبية ، وذلك في العلاقات بين الدول المصادقة على الاتفاقيتين معا .

(1) الحسن السالمي ،مرجع مذكور ص117

الفرع الخامس: التصور القانوني للتحكيم في الدول العربية: إن الحديث عن النظام

التحكيمي العربي هو حديث مرتبط بالعمل الجمعي العربي، وهذا العمل الجمعي مرتبط بجامعة الدول العربية التي كرس ميثاقها التحكيم كوسيلة لحل النزاعات بين الدول الأعضاء في المادة الخامسة منه، وإن لم يفصل فيه من حيث الإجراءات والشروط، وانعكس هذا التركيز على مختلف موثيق المنظمات العربية المتخصصة، مثل المادة 12 من ميثاق منظمة البريد العربي، والمادة 20 من ميثاق من ميثاق الإتحاد العربي للاتصالات السلكية واللاسلكية .

لكن أول عمل اتفاقي عربي خاص بالتعاون القضائي كان اتفاقية الجامعة العربية لسنة 1956 حول تنفيذ الأحكام القضائية والتحكيمية⁽¹⁾، والتي تم استبدالها باتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983⁽²⁾، وقد نصت هذه الاتفاقية على نظام الاعتراف وتنفيذ الأحكام والقرارات التحكيمية في المواد المدنية والتجارية والإدارية والأحوال الشخصية، وخصصت الباب الخامس منها المواد من (25-37) للاعتراف بالأحكام الصادرة في القضايا المدنية والتجارية والإدارية، ومادة الأحوال الشخصية .

وقد وضعت هذه الاتفاقية مفهوما مرنا وواسعا للحكم التحكيمي في (البند أ المادة 25) بقولها "يقصد بالحكم في معرض تطبيق هذا الباب كل قرار أيا كانت تسميته يصدر بناء على إجراءات قضائية أو ولائية من محاكم أو أية جهة مختصة لدى أحد الأطراف المتعاقدة".

وقد حددت هذه الاتفاقية مجموعة من المبادئ والقواعد نجملها فيما يلي

- مبدأ الاعتراف والتنفيذ المتبادل والمتكافئ للأحكام متى كان الحكم قابلا للتنفيذ في بلد صدوره (المادة 31 البند أ).

- مبدأ اختصاص قانون مكان التنفيذ (المادة 31 البند ب).

- مبدأ تحجير رقابة قاضي التنفيذ على الأصل (المادة 32 فقرة أولى).

(1) يراجع حول هذه الاتفاقية : هشام خالد : القانون القضائي الخاص الدولي ، دار الفكر الجامعي ، ب ط ، الإسكندرية

(2) صادقت عليها الجزائر بالمرسوم الرئاسي 01-47 في 11 فبراير 2001 ، الجريدة الرسمية 11 لسنة 2001

- وحصرت الاتفاقية رفض تنفيذ الحكم التحكيمي في الحالات التالية

1- إذا كان مكان قانون التنفيذ لا يميز حل موضوع التراجع بالتحكيم .

2- إذا كان حكم المحكمين صادرا تنفيذا لشرط أو لعقد تحكيم باطل أو لم يصبح نهائيا .

3- إذا كان المحكمون غير مختصين طبقا للاتفاقية التحكيم أو طبق القانون الذي صدر الحكم

التحكيمي على أساسه .

4- إذا لم يعلن الخصوم بالحضور على الوجه الصحيح .

5- إذا كان حكم التحكيم فيه ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب

العامّة، لدى الطرف المطلوب إليه التنفيذ .

وتوجب المادة 30 من الاتفاقية على طالب التنفيذ أن يضيف إلى النسخة المعتمدة من الحكم

التحكيمي نسخة معتمدة من اتفاقية التحكيم، وشهادة صادرة عن الجهة القضائية المختصة في

حيازة الحكم التحكيمي للقوة التنفيذية .

لكن العمل العربي المشترك لم يكتف بالاتفاقيات الخاصة بتنفيذ الأحكام التحكيمية، بل اتجهت

الدول العربية نحو تكريس التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار، وكانت اتفاقية

تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول العربية

الأخرى والتي وقعت في 10/06/1974⁽¹⁾ بين الأردن والسودان وسورية والعراق والكويت

ومصر واليمن، أول عمل عربي جماعي جعل من التحكيم الأداة الفضلى للفصل في منازعات

الاستثمار بين الدول العربية، وقد كان ذلك إثر أزمة النفط لسنة 1973، وقد استكمل باتفاق

آخر سمي " الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال في البلدان الأعضاء في الجامعة العربية "

والذي دخل حيز النفاذ في سبتمبر 1981، ويعد هذا الاتفاق في رأي الأستاذ عبد الحميد

الأحدب⁽²⁾ تعريفا لاتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية نزاعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول

(1) صدّق عليها مجلس الوحدة الاقتصادية العربية بموجب قراره رقم 663 في دورته الرابعة والعشرين ووضع موضع

التنفيذ في 20/08/1976، وعدّ ذلك كخطوة ضرورية نحو تأسيس سوق عربية مشتركة .

(2) عبد الحميد الأحدب: الموسوعة، ج 1، ك 2 ص 79 .

الأخرى المبرم سنة 1965، والتي يقوم عليها تحكيم المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار، إذ يعد تجسيدها له مع الأخذ بالخصوصيات العربية بعين الاعتبار في مجال الاستثمار، وقد أدى هذا التكييف إلى بروز مجموعة من أوجه الاختلاف بين الاتفاقيتين نوردتها كالاتي

- إن اتفاقية 1974 جعلت من التحكيم الوسيلة الوحيدة لفض نزاعات الاستثمار بين الدول العربية، بينما اتفاقية 1965 بواشنطن قد أعطت المجال للدول المتعاقدة باستنفاد جميع وسائل المراجعة المحددة في تشريعها الداخلي قد استنفذت، بينما اتفاقية 1974 للدول العربية فلم تتحدث مطلقا على أي استثناء قد يعطي للدول المتعاقدة في تعليق قبولها للتحكيم بالزامية استنفاد وسائل المراجعة الداخلية .

نظام التحكيم في اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987: تعد هذه الاتفاقية من أهم الاتفاقيات العربية المتعلقة بالتحكيم وذلك لما كرسته من الولاية القضائية الاتفاقية للمحكمة التحكيمية، ولكونها جعلت من التحكيم التجاري الدولي قضاء منظما ذي ولاية كاملة وبديلا عن قضاء الدولة .

ولقد اعتمدت اتفاقية عمان التحكيم المؤسسي كقاعدة عامة والتحكيم الحر كاستثناء، وقد تم الوصول إلى هذه الخلاصة من كون مواد الاتفاقية لم تتحدث عن التحكيم الحر إلا عند حد تأكيد جوازه، واستقلت باقي مواد الاتفاقية بتنظيم التحكيم المؤسسي ممثلا في المركز العربي للتحكيم التجاري⁽¹⁾، فقد نصت الاتفاقية في المادة الثالثة على ازدواجية نظام التحكيم بين حر ومؤسسي، ثم انتقلت في الفقرة الثالثة من نفس المادة إلى بند يسند الاختصاص إلى المركز العربي للتحكيم التجاري، فاتفاقية عمان جعلت كل بنودها متعلقة بتنظيم التحكيم في هذا المركز، جاعلة منه نظاما شاملا وقائما بذاته للتقاضي التحكيمي العربي على المستوى الهيكلي والقانون الإجرائي وحتى الموضوعي .

(1) نص المادة الثالثة من الاتفاقية الفقرة الثانية على: يقترح إدراج الصيغة التالية في العقود التي تخضع للتحكيم: (كل النزاعات الناشئة عن هذا العقد تتم تسويتها من قبل المركز العربي للتحكيم التجاري وفقا للأحكام الواردة في اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري).

لكن أهم أثر إجرائي وضعته اتفاقية عمان للتحكيم يتصل بطبيعة التحكيم وخصائصه سواء من جهة التصور النظري له أو من جهة تجسيده الفني الإجرائي كنظام مؤسسي موحد شامل ومتكامل

فمن حيث جهة التصور النظري للتحكيم فالمضمون الكلي للاتفاقية وتكوينها اللغوي يؤكدان أن الهدف من وضع هذه الاتفاقية هو إقامة نظام موحد وشامل ومفتوح للقضاء التحكيمي في مجال التجارة الدولية، ويكون في نفس الوقت بديل جدي لقضاء الدول ويستشف هذا المعنى من ديباجتها التي تنص على "أهداف مجلس وزراء العدل العرب في توحيد التشريعات العربية ومواكبة التطور الحضاري" والحرص على "إيجاد نظام عربي موحد للتحكيم التجاري، يأخذ مكانه بين أنظمة التحكيم العلمية والإقليمية" تحقيقاً "لتوازن العادل في حل النزاعات... وإيجاد الحلول العادلة لها".

ويفسر هذا المغزى مضمون الاتفاقية، الذي لم يكتفي بإنشاء مؤسسة دائمة للتحكيم وإرساء نظام لتسييرها الإداري ولتنظيمها القضائي، بل زاد على ذلك أنه فضل التحكيم المؤسسي على التحكيم الحر، بدليل أن الاتفاقية لم تتحدث عن التحكيم الحر إلا من باب الإجازة والإقرار وليس من باب التنظيم والتأطير.

أما من حيث التجسيد الفني لهذا التصور فيقوم على أسس نجملها فيما يلي⁽¹⁾:

- اعتماد الشكل المؤسسي للتحكيم (Institutionnalisation de l'arbitrage)

- جعل الإرادة أداة للخضوع للتحكيم، (Instrumentalisation de la volonté)

- إعطاء المحكم "تأهيلاً ذاتياً" يستند إلى الشروط الشخصية الواجب توفرها في المحكم، وإلى اعتماد نظام القائمة (المادة 14 بند 2)، ووضع لائحة الأجر والمصاريف والرسوم من قبل مجلس إدارة المركز (مادة 7 بند 6)، ووجوبية اليمين الخاصة بالمحكم، على غرار اليمين القانونية للقاضي الرسمي (مادة 14 بند 2)، وإعطاء المحكم سلطة مبدئية للتحكيم بالعدل وبالقانون منصوص عليها في

(1) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذكور ص 124

يمينه الرسمي ، وسلطة تلقين اليمين (المادة 14 البنود 2-21-1 و23-2) ، وإعطائه سلطة اتخاذ "أي إجراء مؤقت أو تحفظي" (مادة 29)، وحرية وحرمة الاجتهاد بل وحتى سلطة إنشاء القانون من خلال المبادئ والأعراف التي يستقر عليها الاجتهاد القضائي للمحكمين (ديباجة الاتفاقية والمادتان 8 و12)، وتتوج الاتفاقية كل ذلك بإعطاء الاتفاقية مزايا وحصانات جامعة الدول العربية على المركز وأعضائه والمحكمين وحتى أطراف النزاع ومستشاريهم ومحاميهم والشهود والخبراء في حدود ما يتطلبه حسن أدائهم لمهامهم (مادة 10).

- وضع تنظيم شامل لإجراءات سير النزاع التحكيمي من انعقاد الخصومة إلى انقضائها.

تحجيم دور الإرادة في تكوين المحكمة التحكيمية ، وفي ضبط إجراءات التحكيم ، وفي إعطاء الحجية والقوة الملزمة لرأي الغير المحكم أي للحكم التحكيمي ، سواء بإعطاء مركز التحكيم سلطة توثيقية رسمية ، أو من خلال استبعاد طعون المراجعة والتضييق في حالات الطعن بالبطلان ، فنظام التقاضي في الاتفاقية يقوم على مبدأ وحدة درجة التقاضي ، ووحدة الطعن ، وتحجير الرقابة على القاضي .

فتوحيد درجة القضاء يؤدي منطقيا إلى نتيجة استبعاد الطعن بالاستئناف باعتباره عماد التقاضي على درجتين .

أما بالنسبة لوحدة الطعن فالاتفاقية توكل نظر طلب الإبطال إلى هيئة تحكيمية ثلاثية يعينها المركز من القائمة ومن غير المحكمين الذين أصدروا القرار ، ومن غير مواطني أحد أطراف التحكيم وهي لها أن تبت في طلب إبطال القرار التحكيمي في حدود السبب أو الأسباب الواردة في الطلب

إذ ليس لها أن تبحث غيرها ، كما لها أن تأذن بوقف تنفيذ القرار مؤقتا إلى أن تصدر حكمها في الطلب (مادة 34 بند6) وتصدر حكمها إما برد الطلب أو بإبطال القرار التحكيمي كليا أو جزئيا (مادة 34 بند5). ومن حيث طرق الطعن بالبطلان فقد جعلت الاتفاقية القدر في الحكم التحكيمي محصورا بين التجاوز الظاهر للاختصاص المتعلق بعبء جوهري في الحكم

التحكيمي، وبين قيام واقعة جديدة مؤثرة مجهولة من الطالب بغير تفصير وثابتة بحكم قضائي، أو وقوع تأثير غير مشروع على أحد المحكمين وهما عيبان متصلان بإرادة أشخاص التحكيم .

أما شروط مقبولية الحكم التحكيمي⁽¹⁾ فتتمثل في عدم مخالفة النظام العام، وجعل الإذن بتنفيذه من اختصاص المحكمة العليا في كل دولة (مادة 35)، وفي هذه الجزئية يرى بعض الفقهاء أن المقصود بالنظام العام هو النظام العام الداخلي لكل دولة عربية، وذلك لعدم وجود نظام عام موحد في كل الدول العربية، فما تبيحه دولة تحرمه دولة أخرى، وهذا الشرط عند البعض دليل على تفوق التحكيم على القضاء كما انه سوف يتم التطرق إليه لاحقاً .

وخلاصة التنظيم التحكيمي الإقليمي العربي يكمن في تفضليه للتحكيم المؤسسي على التحكيم الحر، فهو يجعل من التحكيم مؤسسة مستقرة موحدة وشاملة لقضاء التجارة الدولية والاستثمار، يحركها نظام قانوني تحكيمي مستقل عن النظم الوطنية ويعلوها ويتجاوز حدودها ويتجسد هذا النظام الإقليمي في مؤسسة قضائية تحكيمية معززة بنظام هيكل رسمي بما يضمن لها الولاية الكاملة على النزاع أصلاً واستعجالاً، وعلى عوارض التحكيم، بما يؤدي إلى استبعاد كلي لأي تدخل خارجي في التحكيم، سواء في مرحلة تكوين هيئة التحكيم، أو مرحلة سير الإجراءات، أو مرحلة الطعن، في حين تم التزول في مسألة مقبولية الحكم التحكيمي إلى أضيق الحدود، وذلك بحصرها في مخالفة النظام العام⁽²⁾ .

(1) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذكور ص 125

(2) لكن هذا التصور شهد ردة مع مشروع قانون الجزائر الاسترشادي للإجراءات المدنية الذي اعتمده مجلس وزراء العدل العرب في دورته التاسعة عشرة المنعقدة بالجزائر بمقتضى القرار رقم 494 / د 19 / 2003/810، والذي نظم التحكيم في المواد من 502 إلى 573، حيث ضيق في مجال التحكيمية صلب الفصل 510 مستبعدا المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ونزاعات الجنسية والمسائل المتعلقة بالنظام العام والنزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العامة، متراجعا عن المكاسب التي وصلت إليها بعض القوانين الخاصة كالقانون المصري واللبناني، كما وسع من مجال تدخل القضاء وشدد في شروط الإذن بتنفيذ الحكم التحكيمي ووحدها بين التحكيم الداخلي والدولي. لكنه رغم ذلك يظل قانونا استرشاديا غير ملزم للدول الأعضاء .

الفرع السادس: التصور القانوني العالمي الموحد للتحكيم :

إن كثرة الاتفاقيات الدولية وتعددتها وكثرة الاتجاهات الفقهية والتشريعات الوطنية في مجال التحكيم التجاري الدولي ، جعل من البحث عن حل وفاقى يجمع هذا الشتات في ظل نظام قانوني موحد أمرا غاية في الأهمية .

والتصور الدولي للتحكيم ليس تصورا جديدا ، بل هو موجود منذ أمد سواء في النزاعات بين الدول ، أو بين الدول ومواطني الدول الأخرى ، أو بين أشخاص القانون الدولي الخاص في مجال التجارة الدولية ، فلقد أنشأت معاهدة لاهاي المبرمة في 1899 والمنبثقة عن مؤتمر لاهاي الأول للسلام المحكمة الدائمة للتحكيم⁽¹⁾ لحسم الخلافات بين الدول بالطرق السلمية ، وتمثل تجربة المحكمة التحكيمية المكلفة بالنظر في النزاعات الإيرانية الأمريكية ، والتي تم إنشاؤها بعد حل أزمة الرهائن الأمريكيين في إيران سنة 1981 والإفراج عن جزء من الأموال الإيرانية في الولايات المتحدة الأمريكية مثلا صادقا على الدور السلمي والتوفيق العادل للتحكيم ، في محيط من النزاع المحتدم . فقد سحبت القضايا التي كانت جارية أمام القضاء وأحيلت إلى هذه المحكمة التحكيمية لنظرها. ولعل ما يزيد عملها نجاعة وحجية أن الطرفين المحتكمين إليها اعتمادا لسير الإجراءات لديها نظام تحكيم اليونيسترال .⁽²⁾

(1) هذه المحكمة لا تعد مؤسسة دائمة وذلك لطبيعة تكوينها ، فهي غير مكونة من هياكل قارة ومن محكمين متفرغين ، كما هو الشأن بالنسبة لمحكمة التحكيم الدولي لدى غرفة التجارة الدولية ، أو محكمة لندن للتحكيم الدولي ، وإنما غاية ما في الأمر أن لها مكتب دولي يعمل لدى الأمين العام للأمم المتحدة في قصر السلام ، وهناك قائمة من المحكمين يمكن الاختيار من ضمنها لتكوين الهيئات التحكيمية للنظر في النزاعات بين الدول ، والتي عادة ما تكون نزاعات حول الحدود ، أو حقوق الصيد في البحار . (يراجع في هذا المعنى الأستاذ عبد الحميد الأحمد : الموسوعة ، الجزء 2 ، ص 35 والذي يرى أنها تسمية خاطئة ومضللة ، مرجع مذكور) .

(2) تتكون المحكمة الأمريكية الإيرانية للتحكيم من تسعة أعضاء يعين كل من الطرفين ثلاثا منهم من بين مواطنيه أما الثلاثة الباقون فيتم تعيينهم من بلدان حيادية من قبل محكمة لاهاي الدائمة في شخص أمينها العام من ضمن لائحة محكمي محكمة التحكيم الدائمة ، طبقا للنظام المعتمد . ومنذ إنشائها في 1981 عقدت جلساتها وهي تصدر أحكامها في كل النزاعات التجارية بين إيران والولايات المتحدة ، سواء بواسطة إحدى غرفها الثلاث في القضايا العادية ، أو بأعضائها التسعة مجتمعين في القضايا التي لها أهمية خاصة .

ولهذا خصوصا سعت الأمم المتحدة لوضع نظام عالمي موحد للتحكيم، ويتجلى هذا النظام من خلال اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية النزاعات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة 1965 ونظام اليونيسترال لسنة 1976 والقانون النموذجي للتحكيم لسنة 1985 .

البند الأول : نظام اتفاقية البنك الدولي لسنة 1965⁽¹⁾

لقد استقر التحكيم من حيث كونه القضاء المفضل للتجار والوسيلة المثلى لتطوير التجارة الدولية لكن الإشكالية المطروحة هي انعدام الثقة فيه من لدن الدول النامية لأنها رأت فيه قضاء الدول المتقدمة، ومعنى أدق اعتبرته قضاء الدول الرأسمالية لأن الاعتراض كان حتى من الدول الاشتراكية ومن أجل كسر هذا الحاجز أو كما سماها بعض الفقهاء عقدة كالفو، كان لزاما على الأمم المتحدة أن تكسر هذا الحاجز وذلك بالوصول إلى إطار مقبول لدى جميع الكتل الدولية، من أجل تشجيع وتأمين الاستثمار، وقد تبنى البنك الدولي للإنشاء والتعمير مسألة وضع الإطار القانوني المناسب، وأهم مميزات هذا النظام هو الفاعلية والتجديد التي امتاز بها مقارنة مع الأنظمة القانونية السابقة

-التجديد في نظام التحكيم :استكمال مقومات الولاية القضائية للمحكم الدولي :لقد جاء هذا النظام القانوني بمجموعة من الخصائص في مجال التحكيم وهي :

- أن وحدة نظام التحكيم هيكلية وإجرائية تم تداولها لأول مرة في اتفاقية نيويورك على خلاف نظم ومراكز التحكيم القائمة آنذاك، وهذه الخاصية تجعل منه نظاما تحكيميا دوليا صرفا، يتميز بحجية أداته الاتفاقية، فيكتسب علوية قانونية على أي نظام وطني أو إقليمي للتحكيم .

- أن الأطراف الموقعة على الاتفاقية وبالتالي على نظام التحكيم هي ذاتها أحد الأطراف وجوبا في النزاعات التحكيمية المتوقعة، باعتبار الاتفاقية تشترط لانطباقها أن يكون النزاع التحكيمي ذا صبغة قانونية وبين طرفين أحدهما الدولة المضيفة للاستثمار والآخر هو المستثمر الأجنبي .

(1) صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95 المؤرخ في 30/10/1995 المتضمن المصادقة على اتفاقية واشنطن المتضمنة تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى والمنشأة للمركز الدولي (CIRDI) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 66 بتاريخ 15/11/1995، ص 24 .

- إن استبعاد النزاعات السياسية واشتراط وجود طرف من ذوات القانون العام، يؤكد أن الاتفاقية قد وضعت مبدأ حرية التحكيم في جانبه الذاتي من خلال إقرار أهلية ذوات القانون العام للأخذ به كمبدأ عام، وللدلالة على أهمية هذه المسألة أنها جاءت في ظل اتفاقية دولية رأى فيها البعض تعاقدًا من الدولة الذات العمومية نفسها لمصلحة الغير المستثمر⁽¹⁾، وقد يكون هذا التعاقد على حساب مصلحتها على الأقل من وجهة نظر أتباع نظرية كالفو . لكن يبدو أن واضعي الاتفاقية قد انتبهوا لهذه المسألة، فمنحوا للدولة حق الاحتراز عن طريق الاشتراط بأن تستنفذ جميع السبل التنزعية الأخرى في نظامها الوطني، وهو الاحتراز الذي استبعدته اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987 .

- أنه يضع تنظيمًا مؤسسيًا للتحكيم، يتجاوز الجواز العابر الذي وضعته اتفاقية نيويورك لسنة 1958 عند تعريفها للحكم التحكيمي، وهو من هذه الناحية يعطي للتحكيم خاصية الدوام والاستمرار، ونوعًا من التأهيل الخصوصي يوازي تأهيل القاضي الرسمي الوطني، ويعادل تأهيل القاضي الدولي .

- الالتزام المبدئي والمسبق بتنفيذ الحكم التحكيمي. بمجرد الاستظهار بنسخة طبق الأصل منه موقعة من الأمين العام للمركز. وأن الاعتراف بالحكم التحكيمي الصادر عن المركز يعطيه نفس القوة الإلزامية والتنفيذية للحكم القضائي الصادر في أي بلد من البلدان الموقعة على الاتفاقية.

* ضمانات فاعلية التحكيم في نظام المركز : تظهر هذه الضمانات على مستوى انعقاد ولاية المركز على النزاع، وسير إجراءاته، والقوة الإلزامية والتنفيذية للحكم التحكيمي.

- على مستوى انعقاد الولاية التحكيمية : تنص الاتفاقية على أنه بمجرد موافقة أي طرف من أطراف العلاقة التعاقدية على الخضوع إلى تحكيم المركز، يمتنع عليه التراجع والتنصل بإرادته المنفردة من ولاية المركز . كما أن ذلك الخضوع يؤول إلى تنازل الدولة عن التمسك بالحصانة القضائية، وإلى تنازل المستثمر ودولته عن الحماية الدبلوماسية. وهكذا تحول الاتفاقية دون تعطيل أو شل عملية التحكيم بإرادة أحد الفرقاء. وتقضي الاتفاقية أيضا بأن الالتجاء إلى المركز يعني

(1) عبد الحميد الاحدب: الموسوعة، ج 2، ص 47 .

وجوبا نزع الاختصاص من أي مرجع قضائي أيا كان نوعه اتفاقي أو رسمي. إلا إذا اتفق الطرفان على غير ذلك في الاتفاق التحكيمي .

-على مستوى إجراءات التحكيم :

لقد وضعت الاتفاقية نظاما للإجراءات التحكيمية موحدا يتميز بال مرونة والحزم في آن واحد، ويتضمن المساواة بين الدولة المضيفة والذات الخاصة المستثمرة لديها، ويحول دون تعطيل أو شل السير العادي لإجراءات التحكيم. فهو إلى جانب كونه يسمح للأطراف من إستبعاد أو ملائمة العديد من القواعد الإجرائية تماشيا مع مقتضيات التحكيم أو وفقا لمصالحهم الخاصة بشرط وجود التوافق في ظل الاتفاق التحكيمي ، كما أن الإجراءات التحكيمية لدى المركز تتم بعيدا عن أي تدخل من القضاء وبعيدا عن أية رقابة مهما كان نوعها ، ويرجع ذلك لكون المركز يشتمل على نظام متكامل مما يوفر له الاستقلالية لقضائه التحكيمي .

- من جهة القوة الإلزامية والتنفيذية للحكم التحكيمي ⁽¹⁾: تنص المادة 53 من هذه الاتفاقية بهذا الصدد على أن الأحكام التحكيمية الصادرة عن المركز إلزامية بالنسبة لكل الأطراف. كما أن المادة 54 تنص على أن الاعتراف بها يتم لفائدة أي طرف. بمجرد الاستظهار بها لدى الجهة ذات الصلاحية في أي بلد عضو . وهي لا تجيز أي استثناء لهذه القوة الإلزامية ، وتحتصر تدخل المحكمة أو الجهة المختصة في مجرد الاعتراف بالحكم التحكيمي . والاتفاقية بهذا النفاذ الوجودي والإجراء المبسط تكون قد تجاوزت نظام الإذن بالتنفيذ المزدوج الذي وضعته اتفاقية نيويورك لسنة 1958 رغم ما قيل عن ثوريتها آنذاك .

وإضافة إلى الخصوصيات التي جاءت بها الاتفاقية فقد أبقى على المسلمات السابقة ، مثل استقلالية إجراءات التحكيم بالمركز عن الإجراءات ذات الطابع الوطني ، فقد فكت الاتفاقية الارتباط بالقانون والتحكيم الداخليين . لكنها حافظت على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في الأصل ، باعتباره ضمانا من ضمانات قبول تحكيم المركز والرضا بأحكامه على السواء.

(1) الحسين السالمي ، مرجع مذكور ، ص 131

البند الثاني : نظام اليونيسترال 1976 : إن تطور التحكيم واتجاهه نحو توحيد القواعد الموضوعية التي تحكم النظام القانوني التحكيمي ، جعل الأمم المتحدة تفكر في وضع نظام توفيقى بين مختلف الأنظمة القانونية التحكيمية في قالب واحد ، يضمن التجانس بين قواعدها وفاعلية قضائها ، ولذلك وضع قواعد نظام اليونيسترال .

لقد أجمع الفقه أن هذا النظام جاء توفيقيا بين مختلف الكتل الدولية ، فقد جاء هذا النظام مرضيا للدول النامية والكتل الرأسمالية والاشتراكية ، والدول ذات النظام اللاتيني و الدول ذات النظم العرفية الأنجلو أمريكية وذات النظم المكتوبة على السواء .

كما أنه أخذ باتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، واتفاقية جنيف الأوروبية لسنة 1961 ، واتفاقية واشنطن لحل نزاعات الاستثمار الأجنبي لسنة 1965 ، واتفاقية موسكو لسنة (1) 1972 عند الصياغة إلى جانب مراعاتها أنظمة مراكز التحكيم الدولية القائمة آنذاك ، وبالخصوص نظام هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس ، ونظام هيئة التحكيم الأمريكية .

ويرى الأساتذة فوشار وغيار وغولدمان (2) في المطول أن تلك القواعد الإجرائية من الدقة بدرجة تجعل الإحالة العرضية إلى أي قانون عديمة الجدوى ، ومن المرونة بما يجعلها متلائمة مع أغلب القوانين الوطنية ، غير أن هذه القواعد تنص على أنها لا تطبق إذا تعارضت مع القواعد الآمرة للقانون المطبق على التحكيم ، وقد رأى الفقه (3) في هذا الاستثناء عن أحكامها رجوعا إلى

(1) أبرمت بموسكو في 29 ماي 1972 تحت لواء مجلس التعاون الاقتصادي المتبادل "كومكون" للدول الاشتراكية ، ودخلت حيز النفاذ في 13/08/1973 ، وقد صرحت مادتها الأولى أن هدف الاتفاقية هو جعل التحكيم الأداة الوحيدة لحل النزاعات التعاقدية بين المنظمات الاقتصادية بالدول الاشتراكية . وقد وزعت الاختصاص بين محاكم التحكيم الوطنية على أساس قاعدة محكمة مقر المطلوب . بما جعل من نظامها ، نظاما شبه رسمي (semi-étatique) للتحكيم الوجوبي ، لكن هذه الاتفاقية سرعان ما فقدت فاعليتها بعد تفكك الاتحاد السوفياتي وتخلي الدول المتعاقدة على النظام الاشتراكي ومنظماته الاقتصادية ، ويبدو انه لم يبق لها أثر إلا بين كوبا ومنغوليا .

(2) « Quant aux règles de procédure elle-mêmes, elles sont suffisamment précises pour rendre inutile le recours subsidiaire à une loi nationale, et assez souples pour être compatibles avec la plupart d'entr elles » p 117

(3) PHILIPPE FOUCHARD/ EMMANUEL GAILLARD/ BERTHOLD GOLDMAN , traité de l'arbitrage commercial international ,litec-Delta ,1996 p116.

الوراء مقارنة بالاتجاهات الحديثة في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية التي تنادي بالاستقلالية الكاملة للقواعد المنظمة للتحكيم عن القواعد الوطنية .

لقد أصبح النظام القانوني التحكيمي بعد صدور نظام اليونيسترال نظام ذو صبغة عالمية يتمتع بالاستقلالية عن مختلف النظم الاقليمية والوطنية⁽¹⁾، وقد عزز نظام اليونيسترال من مكانة المحكم وذلك بمنحه سلطة شبه مطلقة اتجاه الأطراف وتجاه القواعد الوطنية .

- استقلالية التحكيم تجاه الأطراف :ليس القصد من الاستقلالية هو نفي التأهيل الموضوعي للمحكمة التحكيمية القائم على سلطان الإرادة التي تعتبر مصدر ولاية المحكم المباشر وعلى كونها منحصرة في النزاع موضوع اتفاقية التحكيم، ولا تنال من حريتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق، وإنما القصد هو منح المحكمة التحكيمية الحرية في تيسير النزاع التحكيمي في إطار من القواعد التوجيهية المادية الآمرة ومن القواعد التفصيلية الدقيقة والشاملة لكامل مراحل التقاضي التحكيمي، ففي ظل هذه القواعد ينحصر مجال إرادة الأطراف، بل يصبح غير ذا تأثير في أي مرحلة من مراحل التقاضي، وينحصر دور الإرادة في مدى قبول الانخراط من عدمه في نظام تحكيم سابق الوضع . وحتى في هذه النقطة أصبح مجال الإرادة ضيقا فالقبول بالتحكيم أصبح مسألة مرتبطة بالاستثمار فإما القبول بالتحكيم حتى يأتي المستثمر أو رفض التحكيم فلا استثمار .

فالمادة الأولى من نظام اليونيسترال تنص على أنه في صورة الاتفاق على الخضوع للتحكيم في حالة النزاع وفق نظام مركز الأمم المتحدة لتطوير التجارة الدولية **cnudci**، تحسم النزاعات وفق هذا النظام مع اعتبار التغييرات التي يحق للأطراف إدخالها (البند1) ،وتقديم قواعد القانون الواجب التطبيق على التحكيم التي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها (بند2).

(1) لقد وجدت فيه الدول الاشتراكية أداة لمزاومة مراكز التحكيم التي تسيطر عليها النظم الرأسمالية، في حين رأت فيه المؤسسات العالمية أيا كان مكان انتصابها، على المستوى العملي، نظاما وسيطا (**semi- organisè**) فعالا وأقل كلفة من النظم الأخرى، وعلى المستوى السياسي كان أكثر قبولا في المناقشات . بل إنه لاقى قبولا واسعا لدى مراكز التحكيم نفسها، حيث قبله أعرقها وأشهرها مثل نظام الغرفة التجارية بباريس، ومحكمة لندن للتحكيم الدولي، والجمعية الأمريكية للتحكيم، والجمعية اليابانية للتحكيم، وفي المحيط العربي، مركز القاهرة للتحكيم ومركز تحكيم البحرين. (يراجع في هذا المعنى عبد الحميد الاحدب :الموسوعة ج2 ص303)

-الاستقلالية تجاه النظم الوطنية :إن هذا المقصد كان بالدرجة الأولى هو الغاية المقصودة للأمم المتحدة ولجنتها القانونية ، فقد كان تحرير التحكيم من سيادة النظم القانونية وتأثيرها عليه سواء في شأن تحكيمية العلاقة القانونية، أو تكوين المحكمة التحكيمية أو القانون المنطبق.

من جهة العلاقة القانونية التحكيمية (l'arbitrabilité) :تحدد هذه العلاقة في العادة من خلال معيار أهلية أحد أطرافها للتحكيم كأن يكون ذاتا من ذوات القانون العام ،أو طبيعة موضوع النزاع التحكيمي كأن يتعلق بمسألة لا يجوز فيها التحكيم ،أو أن تكون في نطاق المعاملات الدولية مسألة لا تكتسي طابعا تجاريا .

و في سياق المسألة ذاتها فقد وردت ملحوظة هامة في نظام اليونيسترال ،فقد تبين بأن هذا النظام فقد استبدل عبارة التحكيم التجاري التي وردت في مختلف الاتفاقيات والنظم السابقة بعبارة "هذا العقد" التي جاءت في المادة الأولى منه ،وجاءت هذه العبارة عامة ومطلقة بغية استعمالها في كل المسائل التعاقدية التجارية وغير التجارية ،كما تحاشت هذه القواعد من جهة أخرى تعريف التجارة الدولية ،بل واستبعدت حتى مصطلحها من تسميتها خوفا من خروج مواضيع كثيرة من مجال التحكيم ،حين توصف بأنها غير تجارية أو غير دولية ،واستعملت بدلا عنها مصطلح "قواعد التحكيم" ،مما جعلها في رأي البعض صالحة للتحكيم الداخلي والدولي⁽¹⁾ على السواء .

كما أن هذه القواعد لم تستعمل مفهوم النظام العام أو الدفع بالنظام العام ،بل أنها لم تجعله معيارا للقابلية للتحكيم . ولم تجعل من قواعد القانون الواجب التطبيق على التحكيم المرجع الأصل للمحكمة التحكيمية بل أحالتها على قواعد النظام المقترح جاعلة منها المرجع الأصل ،وحصرت المادة الأولى بينها الثاني قابليتها للتطبيق في القواعد الآمرة التي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها .

- من جهة القانون المنطبق : في هذا البند يتجلى التضييق على القواعد الوطنية في نظام اليونيسترال ،سواء على مستوى القانون المنطبق على إجراءات التحكيم ،أو على مستوى القواعد المنطبقة على أصل النزاع .

(1) عبد الحميد الاحدب :الموسوعة ج 2 ص 303

فأما من جهة القواعد الإجرائية: لقد سبق القول أن المرجع الأصلي للمحكم، حتى في وجود قانون واجب التطبيق على التحكيم هو قواعد نظام اليونيسترال، مما يعني أن القبول بتطبيق هذه القواعد يقتضي التنازل عن القواعد الوطنية باستثناء الأمرة منها في صورة التعارض بينهما. وزادت قواعد اليونيسترال على ذلك بأن أزاحت القواعد الوطنية بصور أخرى، فإحاطة هذا النظام التحكيمي بكل مراحل المنازعة التحكيمية ابتداء من تقديم طلب التحكيم والإعلام به (مادتان 2 و3)، إلى تمثيل الأطراف (مادة 4)، إلى نظام الإجراءات المتبعة (مادة 15)، إلى مكان التحكيم (مادة 16)، إلى لغة التحكيم (مادة 17)، إلى عريضة دعوى التحكيم والرد عليها وتحويلهما (مواد 18 و19 و20)، إلى مسألة الاختصاص (مادة 21)، إلى مادة الإثبات بما فيه الاختبارات والمعائنات (مواد 22 إلى 25 و27)، إلى الوسائل الوقتية والتحفظية (مادة 26)، إلى المرافعة والحكم وتفسيره وإصلاحه وحتى تصفية المصاريف، فهذه الإحاطة كانت استبعاداً آلياً للقواعد الوطنية من التدخل في هذه المسائل⁽¹⁾.

- من جهة القواعد الموضوعية: لقد كرس نظام اليونيسترال الاتجاه نحو الأخذ بسلطان الإرادة واعطائه كل آثاره وفعالته التعاقدية، وهكذا فعلت كل القوانين التي تبنت هذا القانون النموذجي ولقد تضمنت المادة الثالثة والثلاثين هذا التكريس، ويعتبر الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة في الواقع تثبيتاً لمبدأ الأساس الإرادي للتحكيم، وإحدى ضمانات القبول به كطريقة ملائمة للتقاضي ضمن التنازل عن قضاء الدولة.

كما أنه في حالة سكوت اتفاقية التحكيم عن القانون المنطبق يكون للمحكمة التحكيمية حرية الاجتهاد في اختيار القانون المنطبق المادة (33 بند 1) كما أن نفس المادة أوجبت على المحكمة سواء كان التحكيم بالقضاء أي بقواعد القانون أو بالصلح أي بصفة مفاوض مصالح أن تفصل في النزاع طبق مقتضيات العقد موضوع التحكيم، مع الأخذ بعين الاعتبار العرف التجاري المنطبق على المعاملة (بند 3).

(1) الحسين السالمي، مرجع مذکور، ص 138

ويكمن وراء السلطة الواسعة الممنوحة للمحكم، الرغبة في التوفيق بين نظم تنازع القوانين من جهة، وبين مذاهب التحكيم المختلفة، التي تستوجب مرونة في القواعد المعتمدة وسلطة تقديرية مستقلة للمحكم

ويرى بعض الفقهاء مثل الأستاذ حسين السالمي أن نظام اليونيسترال رغم تكريسه لمبدأ سلطان الإرادة ونزوعه نحو العالمية والاستقلالية من النظم الوطنية، واتجاه لجنة الأمم المتحدة نحو قانون التجارة الدولية ذو التزعة التحررية المطلقة، إلا أنه رغم ذلك يبقى محدود الأثر لعدم قطعه الصلة كلية مع القواعد الوطنية للتحكيم، وبسبب حلوله التوفيقية المرنة، التي حتمت تقيده بالقواعد الوطنية الآمرة، والتي لا تتطابق في المحتمل مع مفهوم النظام العام الدولي كمعيار لقبولية الحكم التحكيمي عند التنفيذ.

وتظهر محدودية هذا النظام في كونه نظام اختياري، ولا يخاطب الدول في خصوص ما لها من سلطة تشريع للتحكيم، وإنما يخاطب المتعاملين الاقتصاديين أي الإرادة الفردية بما يضعف قدرة هذا النظام على توحيد قواعد التحكيم عبر العالم.

وبسبب هذا القصور اتجهت لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي لوضع نظام قانوني آخر للتحكيم ممثلاً في نظام القانون النموذجي للتحكيم لسنة 1985.

البند الثالث: النظام القانوني التحكيمي لسنة 1985⁽¹⁾

خطت لجنة القانون التجاري الدولية في الأمم المتحدة خطوة هامة أخرى على درب الاستقلالية والفاعلية للتحكيم التجاري، من خلال عرض نظام تحكيمي موحد اختياري يهدف إلى تجاوز النقائص التي شابت مختلف الأنظمة القانونية الأخرى، وقد كان للمجلس الدولي للتحكيم التجاري الدولي (ICCA) دور هام في صياغة هذا النظام القانوني الجديد، وتبرز أهمية هذا الوثيقة رغم طابعها الاختياري في كونها تمثل تعبيراً عن توافق دولي حول التصور الذي ينبغي أن يكون عليه التحكيم التجاري، كوسيلة لها الأفضلية وذلك بحكم طبيعتها وتكوينها ومرونتها، وقابليتها لدى جميع أطراف التجارة الدولية لحل النزاعات التجارية، بل وهناك من

(1) يراجع تعريفه: عبد الحميد الاحدب الموسوعة الجزء الثاني ص 409

اعتبرها أداة التقاضي الوحيدة لدى مجتمع التجار ، وذلك من خلال تشريع موحد ومنفتح ، يمثل تقنيننا يجمع الأعراف والعادات السارية في نطاق التحكيم والقانون الدولي الخاص ، ويوجد فيه المحكمون وحتى القضاة الوطنيون في غياب قواعد صريحة وأمرة ، مبادئ للتحكيم التجاري الدولي إلى جانب كونه تنظيم إجرائي دقيق ومتكامل ، ولهذا كله كان القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر في 1985/06/21⁽¹⁾ .

ويجمع الفقهاء على أن هذا القانون النموذجي ما كان له أن يحقق هذا النجاح لولا طابعه الاختياري التوفيقى ، وقد تضمن هذا القانون مجموعة من القواعد القانونية النموذجية حاولت الجمع والتوفيق بين مختلف أنظمة العالم القانونية ، والاجتماعية ، والاقتصادية ، والسياسية ، وتعتبر هذه الوثيقة بمثابة دعوة من الأمم المتحدة⁽²⁾ إلى جميع الدول حتى تتبنى هذا القانون النموذجي بدلا من أن تسن كل دولة لنفسها قوانين لا تعرف مدى ملاءمتها وانسجامها مع بقية الأنظمة التحكيمية في بقية الدول ، ويتميز هذا القانون النموذجي بالخصائص التالية.

(1) يقول الأستاذ عبد الحميد الأحمدب : الموسوعة ج 2 ص 83 "خلال أعمالها السابقة حول التحكيم ، رفضت لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي وضع اتفاقية دولية جديدة ، كما رفضت تعديل اتفاقية نيويورك تحاشيا للمخاطر ولبطء الموقعين وبطء سريان مفعول الاتفاقية الدولية. وفضلت أن تعرض على الدول وسيلة اختيارية وهي عبارة عن نموذج تشريعي يمكنها اعتماده وتكييفه ، وذلك للمحافظة على طريقة لينة لتوحيد القانون التجاري الدولي . إن نص وسيلة التوحيد هذه ليس له أية قوة إلزامية ولا يطبق إلا بمقدار ما تعتمده أو ما تستلهمه هذه الدولة أو تلك عند وضع تشريعاتها . إن سلطته القانونية تقوم إذن حصرا على إرادة المشرع الوطني "

(2) لقد روادت فكرة القانون النموذجي للتحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي منذ سنة 1972 وأعيد عرضها سنة 1979 ، حيث قامت مجموعة من كبار الحقوقيين من كل النظم القانونية والمشارب الفقهية تحت إشراف اللجنة بالتعاون مع المجلس الدولي للتحكيم ، بإعداد مشروع قانون نموذجي للتحكيم تم بحثه بدورة تهيديية للمجلس المذكور المنعقد بلوزان سنة 1984 ، واعتمدهت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بدورها الثامنة عشرة الملتزمة في 21 جوان 1985 بعد أن أدخلت عليه تعديلات أساسية ، ثم تبنته الجمعية العامة للأمم المتحدة ودعت في قرارها الصادر في 11 ديسمبر 1985 الدول لأن تأخذ هذا القانون النموذجي بالاعتبار وعند وضع أو تعديل تشريعها استجابة لمتطلبات التحكيم التجاري الدولي

-الخاصية الأولى :من حيث فاعلية اتفاق التحكيم :لم يعد الأمر متعلقا بالمشروعية سواء من جهة صحة اشتراط التحكيم أو من جهة أهلية ذوات القانون العام في التحكيم ،فحرية التحكيم أصبحت المسلمة الأولى والرئيسية ،ولكن لا تكتمل هذه المسلمة إلا بتأمين فاعلية اتفاقية التحكيم كرديف لحرية الإرادة في الاحتكام.

وضمنان الفاعلية يمر عبر إقرار بعض المبادئ التوجيهية التي ينبغي أن يقوم عليها نظام القضاء التحكيمي بما يجعلها من مكونات النظام العام عبر الدولي (*ordre public* transnational)⁽¹⁾،وقوامها استقلالية اتفاقية التحكيم ،وصلاحية المحكم للنظر في اختصاصه،والمضامين إلى سلطة الحكم يكسبان المحكم ولاية قضاء كاملة ،تجعله يناظر قضاء الدولة بل يتفوق عليه .

- الخاصة الثانية :استقلالية اتفاقية التحكيم :يقتضي مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم أن صحتها سواء كانت شرطا أو مشاركة تحكيم لا تتوقف على ثبوت صحة الاتفاق الأصلي الذي تتعلق به فلا تبطل أو تنعدم أو تنقضي ضرورة⁽²⁾ ببطالانه أو انعدامه أو انقضائه ، كما أنهما لا يخضعان بالضرورة إلى نفس القانون ،بل أكثر من ذلك ،إنها تبقى صالحة كأساس لولاية المحكم القضائية

ولإعطائه سلطة وصلاحية نظر مسألة وجود أو صحة أو انقضاء العقد الأساسي ذاته.

ولقد كرست المادة السادسة عشر بفقرتها الأولى صراحة هذا المبدأ "ولهذه الغاية يعتبر الشرط التحكيمي المدرج في العقد بمثابة اتفاق مستقل عن باقي بنوده. و إذا قررت المحكمة التحكيمية بطلان العقد ،فلا ينتج عنه وبمحكم القانون بطلان الشرط التحكيمي " .

(1) الحسين السالمي ، التحكيم وقضاء الدولة ،مرجع مذكور ص 141

(2) يخضع مبدأ استقلالية الشرط التحكيمي ككل مبدأ إلى قاعدة النسبية إذ أن بعض أسباب بطلان العقد الأصلي يمكن

أن تنال من الشرط التحكيمي. يراجع حول مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عموما :فوشاروغيار وغولدمان :المطول

ص213 وما بعدها

وتأكيدا لهذه الاستقلالية تعطي نفس المادة بفقرتها الثالثة والأخيرة للمحكمة التحكيمية الخيار في أن تفصل في الدفع بعدم اختصاصها كمسألة أولية، أو أن توّجل الفصل فيه مع الحكم في الأصل بل إنها تجيز لها في الصورة الأولى، أن تمضي في إجراءات التحكيم في انتظار بث المحكمة أو الهيئة المختصة على معنى المادة السادسة⁽¹⁾، في الطعن الموجه لقرارها بثبوت اختصاصها.

ومما يعزز حرية التحكيم ويضعف فعالية الإرادة المنشئة لسلطة الحكم لدى المحكم، اعتماد القانون تعريفا مرنا لاتفاقية التحكيم، إلى جانب نظام ميسر لإثباتها .

* تعريف اتفاقية التحكيم: عرفتها المادة السابعة فقرة أولى بكونها " الاتفاق الذي يحيل بمقتضاه الأطراف على التحكيم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما في خصوص علاقة قانونية تعاقدية أو غير تعاقدية، ويمكن أن يأخذ شكل شرط تحكيمي في عقد أو اتفاق مستقل".

وتظهر مرونة هذا التعريف زيادة على الأخذ بصيغتي الشرط والاتفاق التحكيمين، في استعمال مصطلح 'العلاقة القانونية' العام والذي درج الفقه على اعتباره يعني فقط استبعاد النزاعات ذات الطابع السياسي من مناهج التحكيم. ويزيد هذا التعريف مناهج التحكيم اتساعا من خلال مد مفهوم العلاقة القانونية خارج مجال التعاقدية إذ يجيز أن يتعلق التحكيم بتزاع غير تعاقدية .

* إثبات اتفاقية التحكيم: إن اشتراط الكتابة لإثبات اتفاقية التحكيم في القانون النموذجي يختلف عن غيره من الأنظمة القانونية التي وضعت هذا الشرط، فقد كان في السابق يعتبر قيّدا وذلك للمفهوم الضيق الذي أعطي له في الأنظمة السابقة، أما في القانون النموذجي فقد أعطاه مفهوما واسعا، كما وضع نظاما مرنا لانعقاد الرضا حول اللجوء للتحكيم .

فأما من جهة مفهوم الكتابة فقد نصت الفقرة الثانية من المادة السابعة على أنه "يعتبر الاتفاق مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال عن بعد التي تشهد بوجوده أو كذلك من خلال طلبات أو دفاع يدعي فيها

(1) تتعلق المادة السادسة ببعض الصلاحيات الحصرية لتدخل القضاء أو أية هيئة مهلة للقيام مقامه قصدا للمساعدة أو

للرقابة .

أحد الطرفين وجود اتفاق تحكيمي ولا ينازع فيه الطرف الآخر وتعد اتفاقا تحكيميا ، الإحالة على وثيقة تتضمن شرطا تحكيميا شريطة أن تكون عقدا مكتوبا أو أن ترد الإحالة في صيغة تجعل منها جزءا من العقد "

وهكذا يمكن أن نختصر مفهوم الكتابة حسب هذا التعريف ، في كل أداة توثيق أو تخاطب لها أثر كتابي ، وهذه المرونة مقصودة في ذاتها لضرورة فتح هذا التعريف على أدوات الكتابة والتوثيق والتخاطب الحديثة، من جهة ، ولضرورة الانفتاح على كل نظم الإثبات القانونية، والتوفيق بينها.

أما من جهة صيغة تبادل الرضا بالتحكيم ، فإن تعريف الكتابة السالف الذكر ، يجعل النظام القانوني النموذجي للتحكيم لا يشترط انعقاد الرضا في مجلس العقد موضوع التحكيم، كما لا يشترط أن يحصل خلال مجلس العقد الحقيقي ، بل يجوز أن يكون مجلس العقد حكما كما هو الحال بالنسبة لوسائل الاتصال عن بعد ذات الأثر المكتوب الحيثي ، بل انه يتجاوز كل ذلك لقبول تبادل الإيجاب والقبول خارج مجلس العقد حقيقيا كان أو حكما ، إلى الرضا الحاصل بالسكوت العارض خلال إجراءات التقاضي بمناسبة تبادل الطلبات و الدفع .

أما من حيث الصدور (èmanation) فإن صدور الكتابة يمكن أن يكون ماديا أو معنويا مباشرا أو غير مباشر ويمكن أن يكون بمجرد الإشارة إلى عقد مكتوب آخر يكون متضمنا لشرط تحكيمي يمثل بندا من بنوده وهو ما يصطلح على تسميته بالشرط التحكيمي بالإحالة أو بالإشارة

(1). (clause compromissoire par référence).

* الدفع بعدم الاختصاص التحكيمي : يعد من أهم المبادئ التي كرسها نظام القانون النموذجي للتحكيم ما يمكن التعبير عنه ب "مبدأ الولاية الكاملة للمحكم " الواردة بالمادة الخامسة التي تقضي بأنه ، " في كل المسائل التي ينظمها هذا القانون لا يجوز للمحاكم التدخل خارج الحالات التي يذكرها "

-أما من جهة رقابة المحكمة التحكيمية على اختصاصها ، فإن القانون أقام نظام الدفع بعدم الاختصاص في مجال التحكيم على مبدأ أساسي مستقر يقضي بصلاحية المحكمة التحكيمية لنظر

(1) الحسين السالمي ، مرجع مذكور ص 144

اختصاصها والمعبر عنه "الاختصاص بالاختصاص" (principe compétence)، (compétence).

وقد كرست المادة السادسة بفقرتها الأولى هذا المبدأ مصرحة بأنه "يجوز لهيئة التحكيم البث في اختصاصها بما في ذلك الفصل في دفع يتعلق بوجود أو بصحة اتفاقية التحكيم".

في حين أعطت الفقرة الثالثة من نفس المادة للمحكمة التحكيمية الخيار في أن تفصل في الدفع بعدم اختصاصها كمسألة أولية، أو أن تؤجل الفصل فيه مع الحكم في الأصل، وهي بهذا تستعير نفس نظام التصدي للدفع الشكوية المعتمد عادة أمام قضاء الدولة في أغلب النظم الإجرائية عبر العالم.

ورغم كون الاختصاص أشد المسائل اتصالا بقيام ولاية المحكمة التحكيمية، كما أن انعدامه أو تجاوزه يعد سببا محل إجماع للطعن في الحكم التحكيمي أمام القضاء، أقره القانون نفسه في المادتين السادسة والثانية والثلاثين الفقرة الثانية، فإن القانون النموذجي للتحكيم يميز للمحكمة التحكيمية التي أصدرت حكما تمهيديا بتأكيد اختصاصها، ثم الاعتراض عليه في أجل ثلاثين يوما من الإعلام به أمام المحكمة أو أية هيئة وطنية مختصة على معنى المادة السادسة، أن تمضي في إجراءات التحكيم رغم ذلك الطعن ودون التوقف على صدور حكم هذه الأخيرة في المعارضة على الاختصاص.

وهذا النظام يذكر بدوره بنظام الاستئناف المباشر للأحكام التحضيرية أو المعارضة على الاختصاص المعتمد في الإجراءات القضائية⁽¹⁾، ربما للوقت واختصار للإجراءات والمصاريف، وحرصا من القانون النموذجي على حفظ خصوصية التحكيم من جهة، وعلى تمكينه من استنفاد ولايته على كامل موضوع التحكيم من جهة أخرى، أجازت الفقرة الرابعة المادة 32 للمحكمة المتعهددة بطلب إبطال حكم تحكيمي، أن تعلق إجراءات الإبطال لأجل ضبطه، حتى تتمكن المحكمة التحكيمية من استئناف إجراءاتها أو من اتخاذ أي إجراء تراه مناسبا لإزالة سبب البطلان.

(1) الحسين السالمي، التقاضي على درجتين في القانون العدلي التونسي، مذكرة دراسات معمقة في القانون الخاص، كلية

الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية بتونس 1984/1983 ص 43 وما بعدها

وخلاصة القول أن القانون النموذجي لم يكتف بممنح المحكم سلطة نظر اختصاصه بل تجاوز ذلك إلى تأمين استنفاد المحكم لكامل المهمة التحكيمية تأميناً لفاعلية الاتفاق التحكيمي، التي تعتبر فاعلية الاتفاق التحكيمي تنمة لازمة لها بل مظهرها الحاسم .

*من حيث فاعلية الحكم التحكيمي :تقتضي فاعلية الحكم التحكيمي إحاطته بضمانات عدالة الحل الذي يعطي للتزاع بما يحمل على الرضا به وعدم التشكيك فيه ويكسبه حصانة ذاتية ،إلى جانب الاعتراف له بالنفاذ الإلزامي من ذاته وتضييق سبل الطعن فيه .

ولقد حاول القانون توفير هذه الضمانات على اختلافها من خلال تحصين الحكم التحكيمي من الداخل والخارج .

*الحصانة الذاتية للحكم التحكيمي : لكي يكتسب أي حكم حصانة ذاتية تمنحه ثقة المتقاضين ورضاهم ،لا بد له من أن يراعي مبادئ أساسية تضمن صحته إجرائياً وعدالة قضاؤه موضوعياً،قوامه حيادية المحكم ووجاهية إجراءات التحكيم ،والتكافؤ بين الأطراف ،باعتبارها تجسيد للمساواة التي هي مقياس العدل .ولهذا فقد حرص القانون النموذجي للتحكيم على مراعاة هذه الثلاثية سواء في مرحلة تكوين المحكمة التحكيمية أو خلال إجراءات استقراء التزاع التحكيمي ،أو في مرحلة المفاوضة والنطق بالحكم.

ففي غياب اتفاق الأطراف على المحكم الفرد أو المحكم الثالث، أوكلت المادة الحادية عشر مهمة استكمال تكوين هيئة التحكيم إلى جهة رسمية حيادية وهي المحكمة أو الهيئة القائمة مقامها على معنى المادة السادسة ،مع التأكيد صراحة على أنه يتعين عليها عند تعيين المحكم أن تأخذ بعين الاعتبار المؤهلات المطلوبة فيه حسب اتفاق الأطراف وكل ما من شأنه أن يضمن حياديته واستقلالته .

وإذا تعلق الأمر بتسمية المحكم الفرد أو المحكم الثالث تأخذ في اعتبارها أنه يستحسن أن يكون من غير جنسية الأطراف . كما حمل القانون على المحكم واجب التصريح بالأسباب التي من شأنها

أن تحمل على الشك في حياديته واستقلالته، اللتين جعل من اختلال أحدهما سببا للتجريح في المحكم (المادة:12) .

أما إجراءات سير التحكيم، فإن القانون مع تأكيده مبدأ حرية الأطراف في تنظيمها، نجد في غياب تنظيم تعاقدي يعطي المحكمة التحكيمية حرية مباشرة التحكيم حسب ما تره ملائما (المادة: 19).

في حين أخضع تقديم الطلبات ووسائل الدفاع والإثبات بما في ذلك الاختبارات إلى مبدأ المواجهة،

فأوجب تبليغها إلى الطرف الآخر ومنحه الأجل المناسب لمناقشتها والرد عليها تحت رقابة المحكمة التحكيمية (مواد3و23و26).

أما في مرحلة الحكم، فقد حرص القانون على تأكيد أفضلية الحل الوفاقي وألزم المحكمة بإصدار حكم باتفاق الأطراف يكون له نفس القيمة القانونية ونفس الأثر الذي للحكم التحكيمي في الأصل (مادة 30). في حين أخضع الحكم إلى قاعدة الأغلبية، إلى جانب شرط التعليل (مادة 31). وخول للمحكمة التحكيمية صلاحية إصلاح حكمها أو تفسيره أو إتمامه وإصدار حكم إصلاح أو تفسير أو إتمام بحسب الأحوال يخضع إلى نفس شروط الحكم الأصلي (مادة 33).

*من حيث الحصانة الخارجية: تظهر هذه الحصانة على مستويين هما حجية الحكم التحكيمي وقابليته للطعن .

- فأما من جهة حجية الحكم التحكيمي: فقد نصت المادة 32 من النظام النموذجي، على أن الحكم التحكيمي ينهي إجراءات التحكيم وينهي ولاية المحكمة التحكيمية باستثناء ما لها من سلطة إصلاح أو تفسير أو إتمام حكمها على معنى المادة 33، ونصت المادة 35 على أن القرار التحكيمي يكتسب قوة الإلزام بقطع النظر عن البلد الذي صدر فيه. بمجرد طلب يقدم إلى المحكمة المختصة مع مراعاة أحكام المادة 32 المتعلقة بطلب إبطال الحكم التحكيمي .

في حين ضبطت المادة 36 أسباب رفض الاعتراف والتنفيذ والتي على تعددها نجدها تتعلق إما بوجود أو بصحة سند ولاية المحكم وهو اتفاقية التحكيم ، أو بأهلية الأطراف أو حرمة حق الدفاع والمواجهة ، أو بصحة تكوين المحكمة التحكيمية ، أو بقابلية الموضوع للتحكيم حسب قانون الدولة مكان التنفيذ ، أو بالتعارض مع النظام العام .

ويرى الأستاذ حسين سالمي أن القانون النموذجي قد تراجع على مستوى حصانة الحكم التحكيمي بخصوص ارتباط الحكم التحكيمي وتحرره عن قضاء الدولة وعن القواعد الوطنية وذلك بناء على ما أورده المادة 36 من قيود تتعلق بأسباب رفض الاعتراف والتنفيذ .

- من جهة القابلية للطعن : لقد كان القانون النموذجي للتحكيم حازما في خصوص هذا المظهر من مظاهر حصانة الحكم التحكيمي ، حيث أخضعت المادة الرابعة والثلاثون بفقرتها الأولى إلى دعوى الإبطال فقط واستبعدت صراحة كل وسائل الطعن الأخرى ، في حين حصرت فقرتها الثانية الحالات التي يجوز فيها طلب الإبطال في عيوب خطيرة وجوهرية في انقاد ولاية المحكم أو في تكوين المحكمة التحكيمية أو في الإجراءات ، وهذه الأسباب تكاد تتطابق مع أسباب رفض الاعتراف والتنفيذ ، ومع ذلك يبقى الباب مفتوحا أمام ازدواجية بل ثلاثية أو حتى رباعية الرقابة على التحكيم بين ما قبل الحكم وما بعده من جهة وبين ازدواجية الإذن بالتنفيذ من جهة أخرى .

ولكن رغم هذا التقييد فإن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بقي في عمومه غير متحرر بالكامل من القوانين الداخلية ، ويتأكد هذا الموقف من خلال موقفه من مدى مشروعية التطبيق المباشر للقواعد الدولية الذي تضمنته مادته الثامنة والعشرون⁽¹⁾ ، فلئن استعملت هذه المادة

(1) نص المادة 28 من القانون النموذجي على :

1- تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفق قواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع . وأي اختيار لقانون دولة ما ، نظامها القانوني يجب أن يأخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين ، ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك .

2- إذا لم يعين الطرفان أية قواعد وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تفره قواعد تنازع القوانين التي ترى أنها واجبة التطبيق

3- لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس ودي إلا إذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحة .

4- في جميع الأحوال تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد وتأخذ في إعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة .

بفقرتها الأولى مصطلح القواعد القانونية متبينة اقتراح المجلس الدولي للتحكيم، واستعارته من المادة 42 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 ومكرسة لما استقر عليه فقه القضاء التحكيمي الاقتصادي الدولي من حرية الأطراف في تحديد القانون المنطبق، والذي يحول لهم اختيار قواعد لا تنتمي إلى أي قانون داخلي مثل القواعد عبر الدولية أو ذات علاقة بالتزاع أو حتى تجزئة العقد بين أكثر من قانون، فإنها تستعمل في فقرتها الثانية مصطلح القانون الذي استقر الفقه على تفسيره بالنظام القانوني الداخلي⁽¹⁾ كما أنها لئن لم تلزم المحكم بإتباع قاعدة إسناد معينة في شأن تحديد القانون الواجب التطبيق، فإنها كذلك لم تعتمد المنهج المباشر. وهكذا جاءت الفقرة الأولى تحمل طابعا متحررا في حين حملت الفقرة الثانية طابعا متحفظا⁽²⁾.

وهذا التذبذب الذي عرفته بعض مواد القانون النموذجي هي التي جعلت كثير من التشريعات الوطنية تتجاوز هذا الطابع المحافظ نسبيا في مسألة تحصيل الحكم التحكيمي، وتعطي استقلالية شبه مطلقة للحكم التحكيمي.

(1) نادر محمد ابراهيم: مركز القواعد عبر الدولية، مرجع مذكور ص 526 .

(2) **GAILLARD E : Trente ans de lex mercatoria pour une applicatio
sèlective de la mètode des principes gènèraux du droit ,J .D.I.,1995
n1 ,p19**

الفرع السابع : تصور التحكيم في القوانين الوطنية التحررية :

إن عجز المنظومة الدولية عن بناء نموذج قانوني للتحكيم التجاري الدولي وخاصة في مسألة ضعف تحصين الحكم التحكيمي بما يجد من فاعليته كسند تنفيذي قائم بذاته ، وكذلك فيما يتعلق بالطابع المحافظ لأحكام أغلب القوانين ذات الطابع الدولي مثل القانون النموذجي لسنة 1985 الذي جسدت بعض مواد هذه المسألة ، وخصوصا المادة 28 منه والمتعلقة بمدى مشروعية التطبيق المباشر للقواعد عبر الدولية ، وهذه التحفظات كانت السبب الرئيسي في اتجاه بعض النظم الخاصة للتحكيم التجاري الدولي من أجل تجاوز هذه المنظومة ، ووضع أنظمة قانونية أكثر تحررا وأكثر استقلالية خاصة في مسألة تحصين الحكم التحكيمي ومسألة الرقابة القضائية عليه .

وقد كانت فرنسا وسويسرا وبلجيكا وهولندا وكندا من النظم القانونية الأكثر تحررا من حيث تخليص التحكيم التجاري الدولي من تحكم الدولة تأكيدا لذاتيته ، وقد حققت هذه النظم العديد من المكتسبات لصالح التحكيم التجاري الدولي وذلك من عدة أوجه

- على مستوى حرية التحكيم : لقد تجاوز تصور هذه النظم للتحكيم مبدأ المفاضلة بينه وبين قضاء الدولة ، إلى الارتقاء بالتحكيم إلى مصاف حق من الحقوق العامة للفرد "الحق في التحكيم"

(Droit à l'arbitrage) مندرج ضمن حرية اللجوء إلى القضاء ومجسما للحق في القاضي (droit au juge) وفي محاكمة عادلة (procès équitable).

ويظهر الأثر التحرري في هذه القوانين وعلى رأسها القانون الفرنسي في عدة مسائل ، ومن بينها مسألة أهلية المحكم فقد جعل القانون الفرنسي اتفاقية التحكيم أساسا لولاية المحكم القضائية و لا ينتهي أثرها الملزم حتى إلى ما بعد صدور الحكم التحكيمي وذلك من خلال منح المحكم صلاحية تفسير أو إتمام أو إصلاح حكمه وذلك باعتبار أن الاتفاقية تمثل قضاء مواز لقضاء الدولة وقد عرفت هذه القاعدة القانونية قبل صدور مرسوم 1980 المتعلق بالتحكيم الداخلي ، ومرسوم 1981 المتعلق بالتحكيم الدولي⁽¹⁾ ، وجعل من هذا الأخير مجرد مساعد للمحكم يرفع عوارض التحكيم ويضمن فعالية اتفاقية التحكيم ، وهذا ما جعل الفقهاء يميزون القانون الفرنسي بكونه

(1) يراجع نصه معربا ، موسوعة التحكيم لعبد الحميد الأحمد ج 2 ص 443

مثالا للتحكيم التحريري. وذلك بالرغم من التحفظات التي عرفها نظام التحكيم الفرنسي فيما يتعلق بعقود التحكيم الداخلي، إلا أنه تميز بانفتاح واسع على التحكيم الدولي حيث أنه أقر استقلالية اتفاقية التحكيم كقاعدة مادية مباشرة، وجعل تلك الاستقلالية شبه مطلقة، إذ حجر إبطال الشرط التحكيمي الدولي ولو أجازته القانون الداخلي مجسدا علوية القواعد القانونية الدولية على القواعد الداخلية، كما منح للمحكمن الحق في عدم تعليل الحكم الدولي، وحجر مراجعته خارج بلد صدوره، منتهيا إلى إنكار أثر البطلان المصرح به على مسألة الإذن بالتنفيذ خصوصا من خلال سابقتي "هيلمرتون" و"كرومالوي"⁽¹⁾ ثم جاء التشريع ليقنن هذه المبادئ التحريرية التي وضعها فقه القضاء .

-أما على مستوى حدود حرية الحكيم : لقد كان للقانون الفرنسي السبق في هذه المسألة وتبعه في ذلك أغلب القوانين التحريرية الأخرى، وذلك بحصرها في خصوص تحكيمية العلاقات القانونية (l'arbitrabilité) في معيار قابلية الحقوق للتصرف (disponibilité des droits)⁽²⁾

وفي خصوص ضمانات تحكيم عادل (arbitrage équitable) في مبادئ استقلالية وحياد المحكم والمواجهة والمساواة أمام التحكيم⁽³⁾، وفي خصوص مقبولية الحكم التحكيمي الأجنبي، في معيار تعارض الحل في مفهومه الضيق، مع النظام العام في مدلوله الدولي المخفف .

(1) الحسين السالمي مرجع مذكور ص172

(2) في هذا المعنى: غنشار وبنديراك ولغارد ودوشي، مختصر قانون التقاضي: القانون العام للخصومة، ص738 وما يليها

« le droit indisponible ,c'est celui dont les parties ne disposent pas et dont en contre partie, seule une autorité judiciaire ou administrative a la maîtrise »

حيث يعرفون الحق القابل للتصرف بكونه "الحق الذي ليس للأطراف التصرف فيه وفي مقابل ذلك لا سيطرة عليه إلا لسلسلة قضائية أو إدارية" تعريب الاستاذ الحسين السالمي في مطوله التحكيم وقضاء الدولة ص172

أما القانون السويسري فقد أجرى التحكيم الدولي بالمادة 177 من قانون 18 ديسمبر 1987 حول القانون الدولي الخاص على كل سبب ذي طبيعة مالية « Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage »

وكذلك القانون الجزائري أجاز التحكيم في جميع المسائل والحقوق التي لشخص مطلق التصرف فيها ما لم تتعلق بالمسائل الخاصة بالجنسية أو الحالة الشخصية غير المالية وما لم تمس بالنظام العام، أما فيما يتعلق بلجوء الأشخاص المعنوية العامة=

ولم يكن النظام القانون الفرنسي أكثر الأنظمة تحرر، بل تجاوزته أنظمة أخرى مثل قانون التحكيم الجزائري لسنة 1993⁽¹⁾ الذي اعتمد صراحة معيار قابلية الحقوق للتصرف في مسألة تحكيمية موضوع النزاع (المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية)، وأعطى للأطراف حرية تحديد قانون وإجراءات التحكيم أو وضع قواعد عامة لسيره، وفي غياب خيارهم أعطى لمحكمة التحكيم حرية تحديد قانون إجراءات التحكيم (مادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية)، وهو بذلك يتجاوز نظام اتفاقية نيويورك بتحديد معيار مكان التحكيم الذي تحيل عليه في هذه الصورة. ويعلق على ذلك الأستاذ عبد الحميد الأحمد قائلا "بذلك يكون التحكيم حرا غير مرتبط بأي قانون إجرائي"⁽²⁾.

كما جعل معيار النظام العام في مفهومه الدولي هو المبرر لإبطال الحكم التحكيمي، أو لرفض الإذن بتنفيذه (المادة 458 مكرر).

لكن الطابع المتحرر لقانون التحكيم الجزائري أثار حفيظة بعض الفقهاء وعلى رأسهم الأستاذ محمد إسعاد وذلك لما يمكن أن يتسبب فيه من نزاعات قضائية حول التحكيم تتعارض مع أهداف هذا القانون⁽³⁾.

- على مستوى ذاتية التحكيم: لقد أكسبت النظم التحررية الهيئة التحكيمية طابعا مؤسسيا شاملا ودائما، وأعطت المحكم تأهيلا ذاتيا بما يضمن له ولاية قضائية كاملة، ويخلصه من التبعية للقانون وللقضاء الوطنيين.

= فلا يسمح لها بذلك إلا إذا كان التحكيم يمس العلاقات الاقتصادية الدولية والصفقات العمومية (المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري)، في حين يجريه القانون البلجيكي (مادة 1676) على كل علاقة قانونية يجوز فيها الصلح وحتى النزاعات المتعلقة بالعمل شرط أن يكون باتفاق لاحق على نشأة النزاع (مادة 1678 فقرة 2)⁽¹⁾ هو قانون التحكيم القديم الذي صدر بموجب المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 والذي عدل وتم الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، وقد عرف مرسوم 09/93 بدوره تعديلا جديدا بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008

(2) عبد الحميد الأحمد: الموسوعة ج 1، ك 2 ص 288

(3) محمد إسعاد: مجلة التحكيم 1993، ص 396

فعلى المستوى التنظيمي الهيكلي ،جميع نظم التحكيم المعاصرة تعتمد صيغتي التحكيم الحر والمؤسسي ،وأغلب الدول تأوي على تراهما مراكز دائمة للتحكيم أو فروعاً لهذه المراكز ،بل إن بعض النظم القانونية الخاصة بالتحكيم مثل القانون العماني للتحكيم اتخذ موقفاً غريباً إذ اعتبر أن مجرد الاتفاق على اللجوء إلى مركز تحكيم دائم يعد في نظره معياراً كافياً لإعطاء التحكيم طابعاً دولياً (مادة 3فقرة 2) (1).

أما على المستوى الذاتي فإنها تشترط في المحكم تأهيلاً ذاتياً يقوم على ضمانات الكفاءة والحياد والاستقلالية .

- على مستوى استقلالية التحكيم تظهر هذه الاستقلالية لدى النظم التحررية من خلال تقليص الرقابة على التحكيم أو استبعادها بصفة كلية. فعلى غرار ما استقر عليه النظام الدولي الموحد للتحكيم، استقرت القوانين الحديثة على حصر الطعن في الحكم التحكيمي الدولي في الطعن بالبطلان لأسباب حصرية ،وإن تفاوتت من جهة تعددها أو مدى مرونتها واتساعها .وهو شأن القانون السويسري (المواد 190-191 من تشريع القانون الدولي الخاص الفدرالي لسنة 1987)، والقانون البلجيكي (المواد 1704 من المجلة العدلية) والقانون التونسي الذي جعل استبعاد الطعن المبدأ والنظام العام في مجال التحكيم ،إذ استبعد الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم الداخلي ما لم يحتفظ الأطراف بحق الطعن فيها بالاستئناف إذ لم يكن تحكيماً بالصلح حيث لا استئناف(مادة39) ،واستبعد كل طعن عدا طلب الإبطال في التحكيم الدولي وضبطه بالحالتين الوارديتين بالمادة الثامنة والسبعين من مجلة التحكيم التونسية .

في حين تجيز بعض القوانين للأطراف الإتفاق على الاستبعاد الكلي للطعن في حكم التحكيم أو الاستبعاد الجزئي في بعض صور الطعن المفتوح ،وذلك إذا لم يكن للأطراف أو لأحدهم على تراب الدولة مقر أو محل إقامة أصلي أو محل عمل كالقانون التونسي (مادة 78 فقرة 6)،أو القانون السويسري (مادة 192من التشريع الفدرالي) ،أو القانون البلجيكي (مادة 1717 فقرة 4) التي تضيف الحالة التي لا يكون فيها أحد الأطراف ذاتاً معنوية مؤسسة طبق القانون البلجيكي أو لها في بلجيكا فرع أو مقر عمل ما .

(1) عبد الحميد الأحمد : المرجع السابق ص 290

وإلى جانب هذا التضييق أو الاستبعاد في مسألة الرقابة القضائية، تتبع بعض القوانين طرقاً أخرى لتقليص الرقابة على التحكيم تتمثل إما في اشتراط استنفاد طرق الطعن أمام الهيئة التحكيمية قبل الطعن بالبطلان لدى القضاء مثل القانون البلجيكي (مادة 1706) ، أو استبعاد الدفوع المعلومة وغير المثارة أمام هيئة التحكيم (مادة 1704 فقرة 04 من التشريع البلجيكي)، أو غير المثارة في إجراء واحد (مادة 1706 فقرة 1 من القانون البلجيكي) أو باستبعاد الرقابة على الأصل ، كما استقر عليه فقه القضاء الفرنسي، وفقه القضاء الأمريكي ، وكذلك التونسي الحديث.

ولهذا كان التأصيل الفقهي للتحكيم وبغض النظر عن مرتكزاته الفلسفية من فكرة نظرية إلى كونه أداة عملية مسخرة لخدمة النظام القانوني ، تقوم على أساس مسلمات الغيرية والحياد والاستقلالية.

ووجود هذه المسلمات والتسليم بها يحمل عدة دلالات من أهمها :

أنه حصل توافق بين الفقه والقضاء والتشريع الدولي والداخلي على أن التحكيم أصبح مؤسسة قانونية تتمتع بالاستقلالية في إصدار أحكامها ، وأن المحكم له في الهيئة التحكيمية نفس سلطة القاضي في المحكمة ، فهو سيد قراره ولا يخضع لأحد ، وهذه المسلمة بالذات هي التي جعلت من التحكيم قضاء مواز وبديل في مسائل الإستثمار والتجارة الدولية ، فالمحكم لا ينفذ أوامر أطراف عقد التحكيم كما أنه لا يهتم بمراكز المحتكمين إن كانوا دولاً أو أشخاصاً طبيعيين أو غير ذلك ،

فالتساوي في المركز القانونية هو مبدأ يحكم الهيئة التحكيمية تماماً كما يحكم الهيئات القضائية وهذا إن دل على شيء فهو يدل على إستقرار التحكيم كمؤسسة تحكمها ضوابط وقواعد موضوعية إجرائية مثل القضاء وذلك بغض النظر إن كان التحكيم مؤسساً أو حراً⁽¹⁾.

المبحث الثالث : التأصيل الفقهي لتحديد ماهية الوظيفة القضائية : بما أن الوظيفة القضائية

تختلف عن غيرها من الوظائف فهي ركن في عالم القانون حيث مبدأ لا قانون بلا قضاء ، وبالتالي فإن أساس الوظيفة القضائية هو أساس العلاقة بين القانون والقضاء ، وفكرة الوظيفة القضائية

(1) عبد الحميد الأحمد : الموسوعة المرجع السابق ص 297.

تختلف عن بقية الأفكار مثل فكرة الخصومة وفكرة الدعوى، فهي الأصل الذي تقوم عليه كل القواعد الإجرائية ، ولأهميتها فقد اختلف مفهومها بين الفقهاء وهذا ما سنحاول تبيانه في المطالب التالية.

المطلب الأول: مفهوم الوظيفة القضائية عند الفقه التقليدي

لقد جعل الشعور البدائي بالحاجة إلى العدالة من الاحتكام إلى الغير محكما أو قاضيا ، ظاهرة إنسانية تلقائية . لكن سيطرة الدولة بأكملها المنظمة على الحياة الاجتماعية واحتكارها لوظيفة الضبط الاجتماعي ، استوجبا تعريف الوظيفة القضائية ببيان دور متميز "للغير القاضي" وللقضاء عموما في الحياة القانونية ، يختلف عن مجرد إنشاء القواعد المجردة، وتنفيذها باعتبارهما لا يعودان أصلا إلى جهاز القضاء في الدولة الحديثة بل إلى السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية .

والقانون ضرورة اجتماعية تفرضها الحاجة إلى حد أدنى من الاستقرار العادل . إلا أن إشباع هذه الحاجة لا يتحقق بمجرد وجود القواعد المنظمة لسلوك الأفراد والجماعات ومراكزهم القانونية، وإنما يتوقف على مدى فاعلية هذه القواعد⁽¹⁾ .

فلئن كانت القواعد القانونية كمييار للسلوك الاجتماعي ، تشيع في مخاطبتها الطمأنينة والثقة في الحياة الاجتماعية ، فإن الاستقرار يتوقف على مدى توافق الواقع الاجتماعي مع تلك القواعد .

وهكذا تمثلت الوظيفة القضائية عند الفقه الغالب في رفع عوارض النظام القانوني ، أي عوائق فاعلية القانون تحقيقا لغاياته النفعية .

ويلخص الفقه⁽²⁾ عوارض النظام القانوني في أربعة عناصر تمثل الوظيفة القضائية وتتوزع بينها وسائل تدخل القضاء لرفعها وهي :

(1) وجدي راغب فهمي : النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1974 ،

ص 91 .

(2) وجدي راغب فهمي ، المرجع السابق ، ص 93

- تجهيل القانون في شأن واقعة معينة : ويعني هذا العارض ، جهل الأطراف لمراكزهم القانونية إزاء تلك الواقعة . ويرفع هذا العارض من خلال تعريف الأشخاص بمراكزهم القانونية ، أي تعريفهم بإمكانيات سلوكهم في المستقبل ، والنتائج الاجتماعية لهذا السلوك تجاهها .

- مخالفة القانون : وهذا العارض يعني عدم التوافق بين الواقع والقانون ، ويعبر عن عقم القانون وعدم فاعليته الكاملة من الناحية العملية رغم تهديد الجزاء المادي للقانون ورغم رفع عارض تجهيل القانون . ويرفع هذا العارض بفرض إعادة التوازن بين الواقع والقانون .

- خطر التأخير أو هدر الحقوق : ويعني أنه لم يتحقق القانون تلقائيا من خلال السلوك الأصيل للأفراد ، يتدخل القضاء لتحقيقه جبرا . لكن قد تصاحب عدم فاعلية القانون ظروف موضوعية تجعل تحقيقه غير ممكن بعد مرور الحيز الزمني لتحقيقه . ويرفع عارض خطر التأخير باتخاذ الوسائل المستعجلة الوقائية أو التحفظية الملائمة .

- القصور القانوني في الإرادة : يقتضي تحقق القانون تلقائيا عن طريق النشاط الأصيل للأفراد الاعتراف لهم بسلطان الإرادة في رعايتهم لمصالحهم الخاصة . فتترك لهم حرية تقدير السلوك اللازم لإشباعها ومدى توافقه مع القانون ، أي مدى قانونيته ، وذلك عن طريق الرأي أو الحكم الذاتي . لكن هذا الأصل يمكن أن تعكسه ظروف موضوعية تجعل إرادة الفرد قاصرة عن رعاية المصلحة الخاصة ، لأسباب تتعلق بالإرادة ، كتخلف إرادته مثل حالة من لم يولد بعد أو المفقود ، أو عجزها مثل حالة القاصر أو الذات المعنوية المشبهة به ، أو قصورها مثل حالة المفلس ويرفع هذا العارض باتخاذ الإجراء الولائي المناسب لحالة تخلف إرادة الأطراف أو عجزها أو قصورها عن رعاية مصلحة خاصة .

وقد أضاف بعض الفقه⁽¹⁾ عارضا خامسا إلى جملة العوارض المذكورة ويتجسد هذا العارض الخامس في سد الفراغ التشريعي⁽²⁾ عند غموض حكم القانون ، أو عند غياب الحل القانوني

(1) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذكور ص 36

(2) ينكر بعض الفقه فكرة الفراغ القانوني باعتبارهم يقولون بعدم وجود فراغ في القانون ، سواء كانوا من أصحاب نظرية كمال التشريع التي ثبت عدم صدقيتها ، أو غيرهم من الفقهاء المحدثين الذين يرون أن واجب الاجتهاد ووسائل الاجتهاد ومرجعياته تمكن من استنباط حكم القانون في كل حادثة مهما كانت جديدة وعلى رأسهم الأستاذ فيليب

مالوري الذي يقول بأن "لا فراغ في القانون" (Il n'y a pas de vide en droit).

التشريعي السابق الوضع في حالة معينة ، في حين وكما سبق القول ، فقد أصبحت ولاية القاضي تشمل مسألة التنفيذ القضائي باعتباره المظهر الحركي الأقصى لفاعلية القانون ، أساس وغاية الوظيفة القضائية .

- والوظيفة القضائية بهذا المعنى تنحصر في حماية النظام القانوني، فهي لا تتدخل إلا إذا طرأ عارض قانوني . أي كلما جددت حالة من حالات عدم فاعلية القانون. وهي تتدخل في حدود هذا العارض والمجرد إزالته، دون أن تتجاوز إلى أسبابه ، إذ أن عدم فاعلية القانون قد تنتج عن عوامل موضوعية أو ذاتية ، ذات صبغة اقتصادية أو اجتماعية خلقية أو نفسية ، من مشمولات علم الاجتماع القانوني لكنها لم تدخل كقاعدة⁽¹⁾ ضمن الوظيفة القضائية التي تقتصر على إزالة ما رتبته تلك الأسباب من عوارض في حياة القانون .

- وهكذا وانطلاق من فكرة العارض القانوني ، الذي يولد الحاجة إلى تدخل حمائي للقضاء اعتمد الفقه التقليدي في تعريف الوظيفة القضائية ، معيارا إقصائيا ، إذ ربط بينهما وبين فكرة المنازعة القضائية ، ورفض الاعتراف للقضاء بأي دور خارج حدودها ، فطالما لا توجد منازعة لا توجد حاجة إلى حماية قضائية .

وهو نفس الموقف الذي تبناه الفقه الإسلامي الذي يتجاوز عارض غياب السلطة التشريعية بأن يوكل الاجتهاد بل يفرضه على الفقيه ويخوله للقاضي المجتهد إذا توفرت فيهما شروط الاجتهاد .

أما الفقه الحديث وحتى بعض النظم القانونية للتحكيم فقد ذهبوا إلى الاعتراف لفقه القضاء التحكيمي بصفة المصدر للقانون بل جعلوا منه سلطة الوضع " « **autorité d'édiction** » » للنظام القانوني التحكيمي . ولعدم انضباط مصطلح الفراغ القانون نستعمل عوضا عنه الفراغ التشريعي .

(1) لكن واقع القضاء من حيث الوظيفة في الوقت الحاضر كشف عن حتمية الدور الاجتماعي وحتى الإقتصادي للقضاء من خلال نشأة مؤسسات قضائية متخصصة لحماية الفرد، مثل قاضي الطفل ، أو لحماية الأسرة مثل قاضي الأسرة ، أو لحماية المؤسسة الاقتصادية ، مثل قاضي المؤسسة ، وحتى للنهوض ببعض المرافق الإدارية ، كقاضي السجل التجاري أو قاضي السجل العقاري ، في شأن تصريف مرفق الشهر التجاري ومرفق الشهر العقاري كما هو معمول به في مصر على سبيل المثال . كل ذلك ، إلى جانب ما يمارسه القضاء في إطار وظيفته العادية من رقابة إستعجالية أو موضوعية على تكوين الشركات والمؤسسات وتسييرها وحلها وتصفياتها ، أو من خلال وظيفته التنفيذية ، عبر قضاء التنفيذ .

المطلب الثاني مفهوم الوظيفة القضائية عند الفقه الحديث:

لقد تعرض مفهوم الوظيفة القضائية التي قدمه الفقه التقليدي للنقد باعتباره من جهة يقع في خطأ منهجي عندما يعتمد إلى تعريف الوظيفة القضائية من خلال أداة ممارستها وهي "العمل القضائي"، بل من خلال أحد مظاهر تدخلها وهو "الحكم"، حال كون الوظيفة القضائية هي التي تميز أدائها وتشكلها وفقا لمقتضياتها وغايتها بحسب موجب أو مجال تدخلها. ومن جهة أخرى اصطدم هذا التصور بحالات للنشاط القضائي ليس فيها منازعة أو عمل حكومي، وأخرى لا يتصور فيها قيام منازعة أصلا في الحال أو في المال، هذا إلى جانب تجاوز الوظيفة القضائية رفع عوارض القانون الأربعة المذكورة سلفا إلى الوظيفة التشريعية ذاتها من خلال الدور التنظيمي للقضاء المنشئ للقانون، بل وحتى إلى الوظيفة التنفيذية ذاتها من خلال قضاء التنفيذ.

وضرب مثلا لهذا التصور الموسع للوظيفة القضائية، نظام القضاء الإسلامي الذي لئن درج على تعريف القضاء بكونه "الفصل بين الناس في الخصومات حسما للتداعي وقطعا للتراخ بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة"، فإن الإجماع انعقد لدى جمهور الفقهاء منذ البداية، على كون ولاية القاضي الإسلامي تتجاوز حدود هذا التعريف لتشمل تنفيذ الأحكام الذي يوكل إلى القاضي العادي أو إلى قاضي المظالم إذا عجز القاضي العادي عن ضمان إنفاذ حكمه، نظرا لما يتوفر في قاضي المظالم وله من ضمانات الفاعلية والنفاذ⁽¹⁾. إذ وكما جاء في الحكمة المأثورة عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه والمستمدة من الوثيقة العمرية⁽²⁾، التي تعتبر دستور القضاء الإسلامي "لا ينفع التكلم بحق لا نفاذ له".

(1) يقول القاضي أبو يعلى الفراء في كتابه الأحكام السلطانية ضمن تعداده لوظائف ولي المظالم، باب تنفيذ ما وقف من أحكام القضاة لضعفهم عن إنفاذه: وهكذا تقوم معادلة بين الإلزام المادي للقانون والنفاذ السلطاني للأحكام والتنفيذ الجبري. وتعتبر على هذا التلازم مجموعة من الحكم المأثورة والمشاعة بين النظم والحضارات المختلفة منها: مقولة عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "لا ينفع التكلم بحق لا نفاذ له" ومقولة الفيلسوف المسلم محمد إقبال: "الدين بدون قوة فلسفة محضه"

(2) هي الرسالة الموجهة من الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري عندما ولاه القضاء، ويراجع في فحوى الوثيقة العمرية وأهميته في القضاء الإسلامي: محمد كرد علي: الإسلام والحضارة العربية، طبعة دمشق الجزء الثاني ص131 وما بعدها.

ويبدو أن هذا التصور للوظيفة القضائية قد أنعقد الإجماع عليه وطنيا ودوليا بدليل إخضاع أعمال التنفيذ إلى رقابة القضاء ، وهذا يمثل مظهرا من مظاهر تطور الدول والتزامها باحترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، ودليلا على ديمقراطية نظامها السياسي ، بل إنها ذهبت إلى اعتبار التنفيذ جزءا لا يتجزأ من النزاع . وقد بنت على ذلك المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ضمن قرارها الصادر في 19/03/1997 المعروف بقرار "هورنسباي"⁽¹⁾ تحميل دولة اليونان المسؤولية لأنها عطلت تنفيذ حكم قضائي مدة خمس سنوات كاملة من تاريخ النطق به قائمة في قرارها : (إن تنفيذ الحكم يجب اعتباره جزءا لا يتجزأ من النزاع على معنى المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان " .

فحسب تأويل المحكمة الأوروبية لهذه المادة التي تحمل على كل دولة عضو في الاتحاد التزاما بضمان حصول كل متقاض على حكم في أجل معقول ، يسري شرط الأجل المعقول على إصدار الحكم وكذلك على تنفيذه لأنه في نظرها جزء لا يتجزأ من النزاع ، الذي هو مناط الوظيفة القضائية .

(1) « L'exécution d'un jugement,est-il dit,doit être considérée comme partie intégrante du procès ,au sens de l'article sixde la convention eurpèenne des droits de l'homme » ce qui doit être réalisèe dans « la delai raisonnable » du dit article

محاضرة ألقيت من طرف الأستاذ روجي بيرو حول تنفيذ الأحكام القضائية في المادة المدنية ، من على منبر كلية الحقوق بتونس يوم 11 فيفري 1998 ، منشورة بمجلة الأحداث القانونية عدد 12 لسنة 1998 ص 23 باللغة الفرنسية .

ويضيف الأستاذ روجي بيرو قائلا : "En un mot, dans la pensée du justiciable moderne :l'impérium est indissociable de la juridiction :il en est le complément Natural le véritable problème tient au fait que dans une matière qui se situe aux confins de paramètres contradictoires ,la mise en place d'une législation cohérente se heurte Ade multiples difficultés. Il faut penser au créancier qui attend son du ,mais sans oublier le débiteur à il faut penser à l'autorité de la= décision de justice ,mais sans méconnaître les libertés = individuelles »

"يعد سلطان القضاء في ذهنية المتقاض المعاصر غير قابل للفصل عن سلطة الحكم باعتباره متمما طبيعيا لها "... لكن المشكل الحقيقي يكمن في ضرورة إقامة نظام يوازن بين حقوق الدائن وحقوق المدين ، وبين حجية الأحكام القضائية وحرمة الحريات الفردية" تعريب الأستاذ حسين سالمى ، التحكيم وقضاء الدولة ، ص 39

لذلك أقر الفقه الحديث⁽¹⁾ بأنه ليس تلازما حتميا بين وظيفة القضاء وفكرة المنازعة . وهو يجد أساس تصوره هذا في فكرة الوظيفة القضائية ذاتها ، التي لا تقتصر على حسم المنازعات التي تقوم بين الأشخاص ، لأن جوهرها هو توفير الحماية للنظام القانوني بإزالة العوارض التي تعترض النفاذ التلقائي للقانون في شتى مظاهرها . وبما أن عوارض القانون لا تنحصر في المنازعات ، تتعدد وتنوع مظاهر الوظيفة القضائية ووسائل حمايتها للنظام القانوني . كما يختلف النظام الفني الإجرائي لكل عمل من أعمال الحماية القضائية بحسب طبيعة العارض وأسبابه ومفترضاته وخصائصه المميزة ، وبما يكفل إزالته من الحياة القانونية .

ولما كانت الدولة الحديثة قد أخذت على عاتقها حماية النظام القانوني وحل أزمته بضمان فاعليته ، وصارت هذه المهمة هي المهمة القضائية ، واحتكرت الدولة القضاء وخلعت عليه من سيادتها وسلطانها على وجه الامتياز ، استقرت الحقيقة على التلازم التاريخي بين فاعلية القانون والوظيفة القضائية ، وبين سلطان الدولة وولاية القضاء في رفع عوارضه ، إلى جانب التلازم التاريخي بين قضاء الدولة صاحب الولاية العامة والمبدئية المستندة إلى سيادتها وسلطانها وقضاء المحكم صاحب الولاية الخصوصية المستندة أصلا إلى سلطان الإرادة الفردية ، والمحدودة بحدوده .

وبهذا التطور في نظام الضبط الاجتماعي للسلوك ، تضاف إلى غيرية الاحتكام وعمومية الغير المحتكم إليه ، نفعية الأداة ، وترتسم بذلك الغاية القصوى لولاية ذلك الغير ألا وهي فاعلية القانون . لكن بقي تدخل هذا الغير عارضا ومضافا إلى ما بعد نشأة النزاع ، أي أنه معلق على تجاوز المرحلة السلمية إلى الوضع الصدامي .

فإلى أي مدى تضمن العمومية فاعلية القانون ، واحتكار قضاء الدولة للوظيفة القضائية في ظل تزام صيغ رفع عوارض القانون ؟ .

(1) أحمد محمد حشيش : نظرية وظيفة القضاء ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2002 ، ص 246 وما بعدها ، وهو يستعمل عبارة "الخطر المهدد لقوة القانون الملزمة « la force obligatoire » بدلا عن "عبارة عارض القانون" ويتحدث عن تنوع "الوظيفة القضائية بحسب التنوع الكمي والكيفي لذلك الخطر" . بدلا عن "عبارة عارض القانون" ويتحدث عن تنوع "الوظيفة القضائية بحسب التنوع الكمي والكيفي لذلك الخطر" .

المطلب الثالث : مكونات الوظيفة القضائية :

لقد اقترن تصور الوظيفة القضائية على مر التاريخ بتوارد وتنوع طرق رفع عوارض القانون، بين طرق تحاكمية صدامية، وأخرى سلمية غير تحاكمية .

1- الطرق غير التحاكمية : هي طرق غير تحاكمية لأنها تمارس خارج إطار النزاع القضائي لكنها هي الأصل في حل أزمة النظام القانوني ، حتى أن البعض يطلق عليها تسمية "المرادفات القضائية" .

وهي طرق سلمية لأنها من عمل الإرادة سواء المنفردة أو المشتركة للمختصين، بمعنى أن موضوعها ليس طلب رأي ملزم يصدر من غير ذي ولاية يحتكم إليه ، أي طلب حكم يفرض على الأطراف تنظيمًا خارجيًا لمراكزهم القانونية إنفاذًا للقانون ، وإنما موضوعها تكوين رأي ذاتي بإرادة منفردة لأحد الطرفين أو بإرادتهما المشتركة يعبر عن تنظيم ذاتي للمصالح أو المراكز المتنازعة في واقعة خلافية كما أنها لا تفترض قيام نزاع قضائي، فلا تخضع لمبدأ الغيرية، وإنما هي تعبير عن سلطان الإرادة الذاتية في إزالة تجهيل المراكز القانونية أو فض النزاعات حولها وفاقيا كأصل في نفاذ القانون.

وتبعا لأساسها الإرادي فإنها تنحصر في التصرفات القانونية الكاشفة . والتي يلحق بها أصحاب النظرية العقدية التقليدية التحكيم . وهي عبارة عن تصرفات قانونية يبرمها الأفراد لإزالة تجهيل مراكزهم القانونية، التي لهم حق التصرف فيها (**droits disponibles**) وفض الخلاف حولها حتى لا يتطور إلى نزاع قضائي .

لكن هذه الوسائل لئن لا تفترض نزاعا قضائيا، فإنها تفترض بالضرورة وجود إدعاء قانوني (**prétention juridique**) . بمعنى أن يصدر عن أحد الأطراف تأكيد لمركز قانوني قبل طرف آخر ، يعبر عن رأيه الذاتي في واقعة أساسية معينة ، بناء على تقديره الشخصي لإرادة القانون والذي يحتمل المطابقة كما يحتمل المخالفة لها .

وكما لا تفترض هذه الطرق قيام نزاع في مفهومه الفني الإجرائي ،يمكن للوسائل غير التنازعية أن تنشأ خارج مجلس القضاء كالصلح غير القضائي ،أو التنازل عن الدعوى ،أو التسليم بالحق ،أو داخل مجلس القضاء ،كالصلح القضائي أو الحكم المثبت للرجوع في الدعوى أو لترك الخصومة،أوالمثبت لاعتراف المدعى عليه بالحق .

فكل هذه الأدوات القانونية لا تكتسب حجية الأمر المقضي ،ولا تخضع لنظام الطعن في الأحكام لكن يجوز رفع دعوى بطلان أصلية للتمسك بعيوبها باعتبارها عقودا عادية إذا تمت خارج مجلس القضاء وعقودا قضائية إذا تمت داخله . أما انعقادها في مجلس القضاء ،وبمناسبة نزاع منشور ،سواء بناء على توفيق من القاضي باختياره أو وجوبا ،بنفسه أو بواسطة مصالح كما في إجراءات المصالحة القضائية ،أو من تلقاء الخصوم ،لا يكفي لإعطائها صبغة قضائية حكومية،باعتبارها تدرج ضمن الدور التوثيقي العارض للقضاء كجهاز عمومي (1) .

لكن إذا تبين من تسبب الحكم ومنطوقه أن القاضي قد كَوّن رأيا قانونيا في الدعوى ،ووافق هذا الرأي ما صدر عن الإرادة المفردة أو المشتركة للطرفين أو تبناه ،كالحكم الاتفاقي (jugement d'expédient ou jugement convenu) ،فإن إرادة القاضي تعلق على إرادة الأطراف ويكتسب هذا العمل تبعا لذلك الطبيعة القضائية الحكمية ،أي صفة الحكم ،ويخضع لنظام حجية الأحكام

و الناظر في هذه الوسائل غير التحكيمية يجدها تجتمع على مجموعة من الخصائص فيما بينها وهذه الخصائص تخرجها عن الوظيفة القضائية في مدلولها القانوني الفني ،وتلحقها بسلطان الإرادة وتميزها عن الطرق التحكيمية .وتكمن في (2) :

- مصدرها الإرادي .

- عدم خضوعها لمبدأ الغيرية .

- عدم افتراضها لتزاع وقيامها على مجرد ادعاء قانوني .

(1) وجدي راغب ،النظرية العامة للعمل القضائي ،مرجع مذکور ،ص377

(2) وجدي راغب ،النظرية العامة للعمل القضائي ،مرجع مذکور ص379

- تدخل القضاء فيها تدخل توثيقي عارض غير أصيل .

- نشأتها المستقلة عن رأي القاضي حتى داخل مجلس القضاء .

- **2 الطرق التحكيمية :** هي طرق تحكيمه لأنها تفترض قيام نزاع بمفهومه الإجرائي

الفني، وتخضع إلى مبدأ الغيرية . فهي على خلاف الطرق غير التحكيمية ليست من عمل الإرادة المفردة أو المشتركة للمختصين، بل تقوم على الاحتكام الغيري، بمعنى أن موضوعها هو طلب رأي ملزم من غير محايد ذي ولاية يحتكم إليه الطرفان . أي طلب حكم يفرض على الأطراف تنظيماً خارجياً للمصالح أو المراكز المتنازعة في واقعة أو علاقة قانونية خلافية .

وتتميز هذه الطرق بالخصائص التالية :

- افتراضها قيام نزاع في مفهومه الإجرائي .

- خضوعها إلى مبدأ الغيرية المحايدة المستقلة .

- تجاوز التدخل القضائي مجرد توثيق إرادة المتنازعين إلى فرض تنظيم خارجي لمراكزهم

القانونية المتنازعة .

والمقتضى هذه الخصائص يرى الفقه الحديث في مسألة العلاقة بين الوظيفة القضائية والتحكيم،

أن الأصل في مسألة التحاكم عند حصول عارض من عوارض القانون هو الاحتكام إلى الغير أي التحكيم وأن تحكيم ذلك الغير كان سلوكاً غريزياً وضرورة اجتماعية سائقة للإرادة الفردية .

وأن رأي ذلك الغير كان نافذاً طوعياً بموجب الانصياع الذاتي من جانب المحكوم عليه ، لا

إلزاماً مادياً خارجياً ، بفعل ما لذلك الرأي التحكيمي من أساس إرادي أو من إلزام أدبي ديني أو أخلاقي اجتماعي ، حتى قيل أن التحكيم هو أصل القضاء أو صيغته الأولى ، إن لم يكن مستقلاً عنه وسابقاً له .

ويذهب أحد رواد هذه المدرسة الأستاذ موتلسكي إلى أبعد من ذلك حين يتحدث عن معادلة

"قضاء/تحكيم" حتمية فيكتب : "إن قدم هذه المؤسسة وتطورها بيننا أن وجود قضاء خاص كان

حاجة مترسخة في الضمير الجماعي ، حتى أنها تدفع البعض للحدّث عن حق طبيعي⁽¹⁾، ويؤكد أنه أيا كانت الملابس التاريخية فإن الواقع الحالي للقانون يتواجد قضاءان يتقاسمان الوظيفة القضائية قضاء الدولة وقضاء المحكمين ، والفرق بينهما أن "عضو" «organe» القضاء التحكيمي هو قاض خاص . ويبيّن الأستاذ على ذلك تعريفا عاما ومرنا للتحكيم . فهو عنده يتمثل في "حكم منازعة من قبل خواص يختارهم مبدئيا خواص آخرون بموجب اتفاق " .

وبعد أن حدد مميزات التحكيم ولخصها في الطابع القضائي ، ثم طابعه الخاص ، ومنشئه الاتفاقي الأصلي ، يقول وعلى خلاف ما ذهب إليه أصحاب النظرية العقدية للتحكيم ، كما رأينا في المباحث السابقة من هذا البحث ، " إن ما ميز التحكيم هو كونه منشئ لقضاء"⁽²⁾ .

وينتهي الأستاذ إلى الجزم بكون القرار التحكيمي "عمل قضائي كامل " (acte juridictionnel complet) ، داحضا الرأي القائل بأنه عمل قضائي منقوص (acte juridictionnel imparfait) ، معتبرا أن الإخلاف بين العمل القضائي والقرار التحكيمي

H.MOTULSKY : la nature de l'arbitrage ;Etudes et notes sur⁽¹⁾
l'arbitrage ;Dalloz ;1974 p14 : « L'ancienneté de cette institution et son développement montrent que l'existence d'une justice privée est ressentie comme un besoin par la conscience collective .Ou est tenté de parler de droit naturel » .

وفي نفس المحتوى : أحمد أبو الوفاء ، التحكيم الإختباري والإجباري ، منشأة المعارف ، الطبعة الخامسة 1988 ، ص16 يقول "القانون الطبيعي هو الذي فرض التحكيم على الإنسان ، وفرضته عليه الطبيعة منذ الأزل وقبل إنشاء الدول . فالتحكيم إذن كان هو طريق العدل الأول للإنسان ، يحقق بمقتضاه الأمن والسلام في المجتمع . فليس بغريب أن يفرض على الدول بعد أن فرض على الإنسان . وقد يصعب ، إن لم يكن مستحيلا على الدول ، أن تحرم مواطنيها من التحكيم ، لأنها عندئذ تحرمهم مما فرضته عليهم الطبيعة وسنته لهم ، في كل مكان وفي أي زمان "

H.MOTULSKY : la nature de l'arbitrage ,p28 « l'arbitrage est⁽²⁾
caractérisé par la création d'une justice »

وهو يرى أن من أسباب نجاح القضاء التحكيمي ، أنه يمثل خطوة إضافية نحو تنسيق المصالح الإجتماعية ، وذلك باستبدال الصراع الحقيقي بصراع رمزي إجرائي ملطّف . وكذلك من خلال وجود جزاء أدبي ومهني ، وهو الحرص على المحافظة على استمرار التعامل بين الاطراف ، الذي يجعلهم يتزعون إلى حلول توفيقية عبر التحكيم ، تستفرغ كل منازعاتهم ، بعيدا عن ساحات القضاء . تعريب الاستاذ رنا شعبان في كتابه الأوجه الفلسفية لقانون التحكيم الدولي ص23

لا يكمن في مكونات العمل التحكيمي وإنما في عناصر خارجه عنه ،تتعلق بشروط انطلاقه (condition de déclenchement) ،وبآثاره . باعتبار تأهيل المحكم له أساس تعاقدي أصلا يعطيه طابعا موضوعيا ،،معنى أنه محدود في المهمة الموكلة إليه فقط ،فيبقى أدنى من تأهيل القاضي الذي هو ذو طابع ذاتي إذ يقوم على شروط متعلقة بذات القاضي أهله لاكتساب صفة الحاكم (magistrat)⁽¹⁾ أي عضو عمومي يمارس وظيفة القضاء على وجه الاحتراف والدوام .

المطلب الرابع : الوظيفة القضائية بين احتكار قضاء الدولة واستقلالية التحكيم :

ارتبطت الوظيفة القضائية انطلاقا من مسلم احتكار الدولة للقضاء ،بفكرة السيادة وبسلطان القانون الذي يعكس سلطان الدولة الذي منه سلطان قضائها . فكان التصور غير المتكافئ للعلاقة بين قضاء الدولة ذو الولاية العامة والقضاء التحكيمي صاحب الولاية الخصوصية .

وكان القضاء تاريخيا يقوم على فكرة مركزية هي أساس تعريفه تتمثل في الإخبار بحكم القانون أو الشرع في نزاع معين على وجه الإلزام للمتنازعين ، ويعطى هذا الحكم قوة النفاذ الجبري .

(1) يختلف معنى مصطلح "قاض" عن معنى مصطلح "حاكم" فالحاكمية (magistrature) مفهوم ذي دلالة ذاتية تتجسم في الصفة العمومية للشخص باعتباره عونا عموميا ، مكلفا بمهمة رسمية يباشرها باسم الدولة ،وتعطيه ولاية عامة في حدود وظيفته التي هي أصلا إدارية أو سياسية. أما القضاء فله مدلول أخص وأضيق لأنه يقوم على معيار موضوعي أساسا ،هو اكتساب ولاية الحكم ،أيا كانت صفة المكلف عونا عموميا كالقاضي الرسمي ،أم فردا من الخواص كالحكم . ويعتمد فقهاء المرافعات هذا الاختلاف في المصطلح للتمييز في التعبير وفي الوظيفة بين القاضي الجالس ،الذي تجتمع لديه صفة الحاكم والقاضي ،وعضو النيابة العمومية الذي لئن هو مؤهل لتولي القضاء بحكم وحدة نظام وشروط الإنتداب،وبحكم إمكانية الإنتقال بين النيابة والمجلس في بعض القوانين ،فإنه في أصل وظيفته عون عمومي مأمور خاضع للتسلسل الهرمي ولسلطة رؤسائه ثم لوزير العدل . وهو لذلك مجرد حاكم magistrat ولعل مصطلح الحاكمية العليا (=magistrature suprême) والذي يعني أعلى هرم السلطة السياسية في الدولة أصدق دليل على عمق الاختلاف بين المصطلحين.

أما الدعوى القضائية فقد عرفها الفقه الحديث على أنها "المكنة القانونية التي تخول للشخص تعهيد القضاء وجوبا بادعاء ما وألزمه تحت طائلة نكران العدالة بالإخبار بحكم القانون حول مدى وجاهته " (1)

وبين مسلم احتكار الدولة للقضاء وانفراد القاضي العمومي بولاية عامة تمنحه امتياز سلطان القضاء المستند إلى سيادتها وسلطانها ، وبين افتقار التحكيم لمرجعية عمومية مستمدة من سيادة الدولة ، وقيام الوظيفة التحكيمية على ولاية اتفافية، ظهر التحكيم بمظهر المفهوم المزدوج بين العقدي والقضائي ، كما ظهر القضاء التحكيمي بمظهر القضاء المنقوص من عنصر سلطان القضاء في حين ظهر الحكم التحكيمي مظهر العمل المركب الذي يحتاج إلى ولاية مكملة ، تعطيه قوة النفاذ الجبري ، كان قضاء الدولة مرشحها الطبيعي ، لما يتمتع به من عموم الولاية واحتكار للوظيفة القضائية وما يتلبس به من سلطان يفتقر إليه المحكم .

وهكذا انقلب التحكيم من قضاء ذي ولاية ، إلى محل لولاية القضاء ، يمارسها عليه من خلال رقابة شاملة لكامل النشاط التحكيمي في جانبه الفني الإجرائي ، والموضوعي الأصلي .

فعلى مستوى مرجعية التحكيم ، فقد وجد الفقه ضالته في نظرية العقد لتكون الأداة لبسط الرقابة على صحة انعقاد "الولاية التحكيمية" ، من خلال الرقابة على وجود وعلى مشروعية اتفافية التحكيم سند تأهيل المحكم واختصاصه ، سواء كان شرطا تحكيميا ، أم اتفاقا تحكيميا ، وعلى تأهيله ، عبر الرقابة على صحة تكوين هيئة التحكيم أو بالمساعدة على تكوينها .

وعلى مستوى ممارسة الوظيفة التحكيمية ، فقد تم الاستعانة بالمبادئ العامة للقضاء وللتقاضي لبسط الرقابة على إجراءات التحكيم وعلى صيغة الحكم التحكيمي .

(1) أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، منشأة المعارف ، 1990 ، 118 ويقول الاستاذ أن الفقه القديم والحديث يرى أن الدعوى هي "سلطة الانتجاع إلى القضاء بقصد الحصول على تقرير حق أو حمايته" ، منتهيا إلى حصر خصائصها في ثلاث

- أنها وسيلة قانونية (**voit de droit**) للجوء إلى القضاء .
- أنها البديل عن الإحتكام إلى القوة .
- أنها ذات طابع إختياري أي مجرد مكنة قانونية أو رخصة .

أما على المستوى الموضوعي، أي الحل القانوني المعتمد من قبل المحكم فقد استعير، إما بنظام الطعن في الأحكام لإجراء رقابة مباشرة على الحكم التحكيمي وأحيانا، كانت ولاية القضاء تتمثل في إكساء هذا الحكم بالصيغة التنفيذية إذا كان حكما تحكيميا داخليا أو الإذن بالتنفيذ إذا كان الحكم التحكيمي أجنبيا، لإجراء رقابة مباشرة عليه. وكل ذلك باسم سيادة الدولة وبعنوان استكمال عنصر سلطان القضاء الذي افترض أن العمل التحكيمي يفتقر إليه⁽¹⁾.

ومع كل ما ذكر فقد تفاوتت درجة تدخل القضاء العمومي في مجال التحكيم، بحسب مدى انفتاح النظام القانوني لكل دولة، ومدى تحرره من عقدة السيادة، وبحسب موضوع المهمة التحكيمية، أي طبيعة العلاقة القانونية مثار النزاع التحكيمي من جهة أخرى.

وما فتى الفقه وفقه القضاء يفاضل ويوازي بين القضاءين ويحاول تحديد طبيعة المهمة التحكيمية معتمدين في ذلك على المعيار القضائي أي أداة الوظيفة القضائية، ومعيار تحكيمية العلاقة القانونية أي مناط الولاية التحكيمية من خلال مسألة قابلية العلاقة أو الوضعية المجسمة للعارض القانوني للتحكيم. بمعنى مدى صلاحية عرض هذا النزاع على التحكيم (arbitrabilité) (de la relation ou situation juridique)، متعللين أحيانا بالمنشئ الاتفاقي للتحكيم معتمدين إما على مقياس قابلية الحقوق للتصرف (critère de disponibilité) (des droits) القديم المتجدد، أو معيار النظام العام (ordre public)، ذلك المفهوم غير المفهوم والعائم، الذي لا يعترف بحدود الدول ولا يتقيد بسلطان.

ولكن رغم هذه المسائل التي حاول بعض الفقه⁽²⁾ أن ينفذ منها للوصول إلى نتيجة مفادها أن التحكيم هو قضاء منقوص لا يكتمل إلا بولاية القضاء العمومي عليه، فقد استقر التحكيم في الوقت الحاضر، على المستويين الدولي والداخلي كقضاء مكتمل يتزع إلى العمومية والاستمرار هذا إن لم يكن قد أدركهما بعد، بل ويزاحم القضاء العمومي إن لم يكن قد تفوق عليه في مسائل التجارة الدولية والعلاقات الاقتصادية فقد غدا التحكيم التجاري الدولي هو الأصل الذي لا غنى عنه وغدا القضاء العمومي هو الاستثناء لا يتدخل إلا في المسائل التحفظية والوقائية، وقد ترسخت

(1) الحسين السالمي التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذكور، ص 47

(2) أنصار المدرسة العقدية وعلى رأسهم الفقيه "كلاين"

هذه الفرضية خصوصا بعدما طغى الطابع المؤسسي على التحكيم وتضائل دور التحكيم الحر وأصبح القضاء التحكيمي يتمتع بسلطان السيادة الدولية للمحكم (le for international de l'arbitre) من جهة وبعلوية مرجعته القانونية الدولية من جهة أخرى .

فعلى مستوى انعقاد ولاية المحكم، أكسبت حرية التحكيم القضاء التحكيمي "ولاية عامة" مباشرة في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية وحتى الداخلية. في حين أصبحت استقلالية اتفاقية التحكيم فوق كل جدل بل إنها غدت ضمانا لحرية واستقلالية التحكيم، كقضاء ذي سيادة خاصة أصيلة .

أما على مستوى التأهيل التحكيمي، فقد أصبح المحكم يخضع لمؤسسة التحكيم المحمولة على الاستقرار والدوام، يحكمه نظام قانوني متكامل يشترك مع القاضي العمومي في القيم والخصائص والمبادئ العامة، المكونة للنظام الأفقي المشترك بين كل أصناف القضاة. ويتفوق المحكم على القاضي العمومي في كون علاقته مع القانون علاقة مباشرة متحررة من سلطان الدولة وولايتها أو ما اصطلح الفقه على تسميته ب (investiture subjective)، متميز عن تأهيل القاضي بطابعه المرن المتحرر من قيد السيادة الوطنية، ما جعل من التحكيم قضاء موازيا لقضاء الدولة .

أما على مستوى حجية الحكم التحكيمي ونفاذه فقد أدى اكتساب المحكم سيادة خاصة وتميز علاقته بالقانون استبعاد الرقابة عليه من جانب القضاء، أو تقليصها إلى رقابة دنيا، تضمن حرمة اجتهاد المحكم، بتأجيلها إلى مرحلة التنفيذ، وحصرها في الرقابة على الحل التحكيمي من خلال معيار موحد ومرن هو النظام العام .

وبالتالي فإن لم تستبعد رقابة القضاء بالكلية كما هو الحال في التحكيم الدولي الإلزامي أو ما صار يسمى "التحكيم الأحادي عبر الدولي (arbitrage unilatéral transnational)" فقد تم التضييق من مساحتها وحسرها حتى صارت حيادية بل عديمة الأثر عند التنفيذ لا سيما في بعض القوانين التي توصف بالمتحررة مثل القانون السويسري .

كما توحد نظامها إقليميا في نفس العائلة القانونية، ثم عالميا من خلال نظام عالمي موحد وتوحيدي، في العلاقات القانونية الداخلية والدولية على السواء كما هو الحال بالنسبة للقانون النموذجي للتحكيم لسنة 1985، الذي ساهم في تكريس التحكيم كمؤسسة موحدة مفتوحة

على كل النزاعات أيا كانت طبيعتها أو صفة أطرافها، حتى في بعض القوانين الوطنية على غرار قانون التحكيم المصري عدد 27 لسنة 1994، أو القانون اللبناني المنقح في الفصل 762 من قانون أصول المحاكمات بالقانون عدد 440 لسنة 2002 .

ومحصلة القول أن الوضع في العلاقة بين القضاء التحكيمي والقضاء العمومي لا يزال وضعاً إشكالياً فهو تتنازع من جهة فكرة الرقابة القضائية على التحكيم، و مفترضها الأساسي وهو احتكار الدولة للوظيفة القضائية، وفكرة استثنائية التحكيم وقصوره كمؤسسة للعدالة، ومن جهة أخرى فكرة ذاتية واستقلالية التحكيم كمؤسسة مكتملة للقضاء ما فتئت تترسخ في كل مراحل النزاع التحكيمي، وحتى في مرحلة التنفيذ

المبحث الرابع : تحديد مفهوم التحكيم

بعد الحديث عن التأصيل الفقهي والتاريخي للتحكيم التجاري الدولي بغية الوصول إلى أن التحكيم التجاري الدولي قد أضحى مؤسسة تعنى بتحقيق العدالة فيما يتعلق باختصاص المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية والاستثمار، وذلك بغض النظر عن نوع هذا التحكيم إن كان هيئة تحكيمية قارة جغرافياً وقانونياً أو تحكيمياً حراً غير قار، ولذلك كان لزاماً علينا أن نعطي التحكيم التجاري الدولي تعريفاً دقيقاً ومحكماً بغية تحديد طبيعته وماهيته .

وقد قام الفقه والقضاء وحتى بعض التشريعات الوطنية بمحاولة جادة من أجل تحديد مفهوم التحكيم التجاري الدولي فقد قام المشرع المصري على سبيل المثال في المادة الرابعة من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27 بتعريفه كالتالي " ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز للتحكيم أو لم تكن كذلك ."

- التعريف القضائي : أما المحكمة الدستورية العليا المصرية فقد عرفته بكونه " عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار نائياً من شبهة الممالة مجرداً من التحامل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية "

المطلب الأول: تعريف التحكيم الاختياري

- التعريف الفقهي للتحكيم :

1- تعريف الأستاذ موتلسكي: "حكم منازعة من قبل خواص يختارهم مبدئياً خواص آخرون بموجب اتفاق".⁽¹⁾

2- أما الفقهاء **Glasson-Tissier et Morel** "بأنه القضاء في منازعة بواسطة أشخاص عاديين والذين تعتبرهم الأطراف المتنازعة قضاة"⁽²⁾.

وعرفه الأستاذ **Jean robert** بأنه " يقصد بالتحكيم تحقيق العدالة الخاصة وهي إليه وفقاً لها يتم سلب المنازعات من الخضوع لولاية القضاء العام لكي يتم الفصل فيها بواسطة أفراد عهد إليهم بهذه المهمة في واقعة الحال"⁽³⁾.

أما الفقه السويسري فقد عرفه جانب منه بأنه "آلية خاصة لفض المنازعات تجدد مصدرها في اتفاق الأطراف وتتميز بإخضاع المنازعة لأشخاص عادية تختار بشكل مباشر أو غير مباشر بواسطة أشخاص آخريين".

وتعرفه حفيظة السيد حداد في كتابها التحكيم التجاري الدولي بأنه "نظام خاص للتقاضي ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في

(1) **H.MOTULSKY :Ecrits et notes sur l'arbitrage Dalloz 1974 « Le jugement d'une contestation par des particuliers choisis,en d'autres particuliers au moyen d'une convention »**

(2) **GLASSON.TISSIER ET MOREL :TRAITÉ DE PROCÉDURE CIVILE .TV ,Sirey 1936. No/801 : « l'arbitrage est un jugement d'une contestation par de simples particuliers que les parties prennent comme juge »**

(3) **ROBERT :l'arbitrage ,droit interne,droit international privé Dalloz 1993,6 ed no1. « On entend par arbitrage l'institution d'une justice privée grâce à la quelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun ,pour être résolus par des individus revêtus pour la circonstance, de la mission de les juger**

المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي ". من هذه التعاريف يمكننا أن نستخلص الآتي :

- تأثر مختلف هذه التعريفات بالتصور العقدي لطبيعة الحكيم التجاري الدولي خاصة في مسألة ولاية المحكم وتأهيله ومصدر هذا التأهيل وهذه الولاية .

- أغلب هذه التعريفات لم تتطرق إلى طبيعة الأحكام التي يصدرها المحكم ومدى تمتعها بالنفاز الجبري من عدمه .

- لقد جعلت هذه التعريفات من التحكيم إما عدالة خاصة أو آلية استثنائية أو استثناء من الأصل المتمثل في قضاء الدولة وهذه المفاهيم إن كان الفقه التقليدي قد سلم بها فإن للفقه الحديث رأي آخر في هذه المسألة بالذات .

- أما الملاحظة الأخيرة فهي أن جميع هذه التعاريف ارتكزت على المنشأ الإتفاقي للتحكيم ، ودور إرادة الأطراف في نشأته دون الالتفات إلى أن له ركائز أخرى يعتمد عليها إضافة إلى إرادة الأطراف .

* ولاية المحكم ومصدر سلطته : لقد سبق وأن تم التطرق لمسألة التأسيس الفقهي لماهية التحكيم وطبيعته ، وقد انعكس هذا الخلاف حول طبيعة التحكيم على مختلف التعاريف المذكورة آنفا ، فقد كان معظمها قد تأثر بأفكار المدرسة العقدية ، وطرحت مجموعة من الأسئلة من قبل هل يستمد المحكم ولايته وتأهيله واختصاصه من إرادة الأطراف أم أن هناك مصدر آخر لهذه الولاية وهل تأهيل المحكم تعاقدية ؟

ومن أجل توضيح هذه المسائل فقد وجب علينا الخوض في مسألة حقيقة التأهيل التحكيمي

* مدلول التأهيل التحكيمي **L'habilitaion arbitral** :

التأهيل لغة اشتقاق من فعل أهل يؤهل تأهيلا ،وقد جاء في معجم لسان العرب المحيط للعلامة ابن منظور⁽¹⁾ :يقال أهله ذلك وأهله لذلك الأمر تأهيلا وآهله ،رآه له أهلا ،وتأهل الرجل ،تزوج وفي الدعاء أهلك الله للخير .

أما معجم لاروس الفرنسي فيرجع نشأة مصطلح تأهيل إلى الخلاف الحاصل بين البابوية والسلطة الإمبراطورية حول إسناد المراكز والصفات الكنسية ما بين سنوات 1075 و1022 وهو الخلاف الذي أدى إلى الفصل بين السلطة الدينية والديوية .

وجاء في قاموس المصطلحات الحقوقية والتجارية للأستاذ ممدوح حقي⁽²⁾ :أهل .معنى نصب قلد منصبا ،ولى ،وأهل قاضيا نصبه ،وتأهيل .بمعنى ،تقليد ،تنصيب ،تولية ،توظيف .

ويعطي قاموس الاصطلاح القانوني الذي أصدرته جمعية هنري كابتون الفرنسية تحت إدارة العميد جيرار كورني⁽³⁾ للتأهيل تعريفا ثلاثيا بالقول إنه .بمعنى :عملية إسناد أحد ما وظيفة أو صفة بالانتخاب أو بالتسمية مثل إسناد شخص مهمة أو تكليفا .بموجب عقد ،كتأهيل الوكيل .

التصويت الذي يعطى .بموجبه الجمعية الوطنية الفرنسية تحت نظام دستور الجمهورية الرابعة لسنة 1946 فصل 45 ثقتها للمترشح لرئاسة المجلس حتى تتم تسميته .

القرار الذي تحدد .بموجبه هيئة سياسية مترشحها لانتخابات ما .

أما في مدلوله الاصطلاحي القانوني فهو لا يخرج في عموميته عن مدلوله اللغوي لذلك يجمع الفقه الفرنسي الحديث على اعتماد تعريف مستمد من المعجم القانوني لجمعية ريني كابتون فهو "تولية شخص ما مهمة أو وظيفة أو إعطائه تكليفا بالانتخاب أو بالتسمية بالعقد "

(1) العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري ،لسان العرب ، المجلد الخامس ،دار الفكر،بيروت ،2008.

(2) قاموس فرنسي عربي :طبع بمطبعة لبنان ونشر بمكتبة لبنان 1973 ،ص157 .

(3) Association Henri Capitant :Vocabulaire juridique. Sous la direction de Gérard Cornu PUF .8^{ème} .2000

وبتطبيق هذا التعريف على التحكيم يصبح التأهيل "عملية إسناد شخص ما سلطة إصدار قرار يتصل به القضاء في نزاع".

- المصدر الحقيقي لتأهيل المحكم : يقول الأستاذ كلاي⁽¹⁾ إن القائل بأن المؤسسات القانونية ذات المصدر الواحد يجب أن يكون لها نفس المال يتناسى أن القانون الفرنسي وقياسا عليه كل القوانين الحديثة يميز بين الصيغة والمضمون ، حتى أن العديد من التصرفات القانونية تتضمن العديد من العقود ، بدءا بالذي يتضمن الشرط التحكيمي بما يجعل منها تصرفات قانونية أو عقودا مركبة ويضيف إن الجدل الذي أدى إلى دمج مفهومي التأهيل والاختصاص ، كان في حقيقته جدلا حول التمييز بين اتفاقية التحكيم التي تضبط اختصاص المحكم وعقد المحكم الذي يعطي تأهيل المحكم .

فعقد المحكم *Le contra d'arbitre*⁽²⁾ لا ينعقد بين نفس أطراف اتفاقية التحكيم أي أطراف النزاع فيما بينهم، وإنما بين أطراف آخرين هم الأطراف المتحكمون من جهة والمحكم من جهة أخرى وهو العقد الذي موضوعه تأهيل المحكم أي الذي يلتزم بمقتضاه المحكم بالقيام بالمهمة التحكيمية الموكلة إليه والذي كرس وجوده وفقه وفقه القضاء والتشريع في أغلب الدول ومنها أساسا فرنسا ، إيطاليا ، سويسرا ، النمسا ، انكلترا ، الولايات المتحدة الأمريكية . وهو يقيم على المحكم التزامات اتفاقية ، يكون الإخلال بها أخطاء قضائية وتنتج عنها مسؤولية تقصيرية⁽³⁾ .

لكن هذا التصور العقدي لتأهيل المحكم وضع أصحابه وعلى رأسهم الأستاذ كلاي أمام إشكالية التوفيق بين مقتضيات المكون العقدي *la composante contractuelle* أي النظام القانوني للعقود ومقتضيات المكون القضائي *la composante juridictionnelle*.

(1) توماس كلاي ، المحكم ، ص 135 تعريف الاستاذ الحسين السالمي ص 235

(2) ويطلق عليه عدة تسميات منها "عقد التأهيل" ، و"عقد التأهيل التحكيمي" ، "العقد التحكيمي للتأهيل" ، لكن الأستاذ كلاي فضل تسمية "عقد المحكم" أخذا بخصوصيته الشخصية من حيث أطرافه وحتى يمتد من حيث محله إلى الإلتزامات التي تتولد عن موضوع تأهيل المحكم ، والمحددة لنظام المحكم .

(3) يراجع حول تفصيل نظام "عقد المحكم" توماس كلاي في كتابه المحكم ص 211 وما بعدها.

فكيف للمحكم الطرف في عقد التحكيم أن يفصل في صحة تأهيله بموجب هذا العقد، أي جعله طرفاً وحكماً معاً؟. وهم ما سوف يكون في نظر الأستاذ كلاي نفسه خارقاً لأبسط القواعد البدائية لقانون العقد⁽¹⁾، لكن الأستاذ كلاي يجيب على هذه الإشكالية قائلاً "ليس للمحكم من الوجهة العقدية البت في عقد هو طرف فيه، غير أن المهمة القضائية تتجاوز بطبيعتها المحيط العقدي الذي نشأت فيه، إنها تغير القواعد المنطبقة عليه .

إن المكون القضائي للمهمة التحكيمية لا يمكن أن يرد إلى مجرد عقد، والسلطة التي تسند للمحكم لا يمكن أن ترد إلى العقد الذي أهله وحده . فعلى العكس من ذلك يمثل عقد المحكم نقطة الالتقاء القصوى بين المكونين، إنه عقد القران بين العقدي والقضائي الذي هو السمة المميزة لقانون التحكيم كله .⁽²⁾

ويرى الفقه الفرنسي انطلاقاً من هذه الحقيقة بتفوق المكون القضائي على المكون العقدي كلما تعلق الأمر بتقدير سلطة الحكم لدى المحكم وبالأخص مسألة اختصاصه بنظر تأهيله الذي يميزه عن القاضي العمومي . فمصدر نظام المحكم مزدوج بين المهمة والعقد وهذه الثنائية (مهمة /عقد) تعكس بصدق الطبيعة الحقيقية للتحكيم ذاته كمؤسسة تجمع بطبيعتها المكونين . وهو ما حتم غلبة المكون القضائي المستمد من المهمة التحكيمية ذاتها والذي بدونه يفقد عقد التحكيم كينونته بل وجوده، ما جعل الفقيه هاييم بيرلمان يقول "إنه صيغة قانونية متفردة تحمل في ذاتها سبب نهايتها، إذ يتوقف وجودها على تواردها محلها القضائي مع كنهها العقدي "

(1) توماس كلاي، المحكم، ص135 تعريب الاستاذ الحسين السالمي ص236

(2) توماس كلاي ص148 ترجمة لمانصه :

« Certe, d'un point de vue contractuel, l'arbitrage ne peut statuer sur un contrat auquel il est partie. Cependant, la mission juridictionnelle dépasse dans sa nature même le cadre uniquement contractuel dont elle procède, elle en transforme les règles applicables. La composante juridictionnelle de la mission de l'arbitrage est par essence irréductible à un simple contrat qui l'a investi. Au contraire, le contrat d'arbitre est le point de rencontre extrême des composantes contractuelle et juridictionnelle de l'arbitrage ; il célèbre les noces du contractuelle et du juridictionnel qui caractérisent d'ailleurs l'ensemble du droit de l'arbitrage »

وهكذا يقول الأستاذ كلاي "توالي المهمة القضائية للمحكم تأهيله العقدي بما يجعل منه كما عرفه الفقه الغربي الحديث مؤسسة قانونية بآتم معنى الكلمة " ،بعنصرها المكونين لكل مؤسسة وهما دوام الوجود القانوني أو الاستقرار في الزمن ،والخضوع لنظام من القواعد التي تضبطها وتحركها .

لكن هناك من الفقهاء من تجاوزوا تصور ازدواجية التأهيل بين الوظيفة القضائية والعقد إلى تصور جديد ثلاثي الأبعاد أي ثلاثية الإرادة في نظام التحكيم ،ومرد ذلك ترجع إلى كون التحكيم نظاما مركب تشارك في بنائه وتتداخل إرادات ثلاث وهي إرادة النظام القانوني الوضعي وإرادة المحكمين ، وإرادة الهيئة التحكيمية ،ويقول الأستاذ التحيوي في هذا الشأن ⁽¹⁾ "نظام التحكيم ينشأ عن إرادة المحكمين أطراف الاتفاق على التحكيم ،وهذه الإرادة هي التي تخلقه وهي قوام وجوده وبدونها لا يتصور أن يخلق أو يكون ⁽²⁾ . إلا أن هذه الإرادة لا تكفي وحدها ، وإنما يجب أن تقر النظم القانونية الوضعية على اختلاف مذاهبها واتجاهاتها اتفاق الأطراف المحكمين ... فإذا لم تنص النظم القانونية الوضعية ... على جواز اختيار الأفراد والجماعات نظام التحكيم للفصل في منازعاتهم ، الحالة والقائمة والمحددة لحظة الاتفاق على التحكيم ، (مشاركة تحكيم) ، أو المحتملة وغير المحددة لحظة إبرام عقد التحكيم ، (شرط التحكيم) بدلا من الالتجاء إلى القضاء العام في الدولة الحديثة ، صاحب الولاية العامة والاختصاص بالفصل في كافة منازعات الأفراد والجماعات أيا كان موضوعها إلا ما استثني بنص قانوني وضعي خاص ، وجواز تنفيذ حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم شرطا كان أم مشاركة ، ما كانت إرادة الأطراف المحكمين كافية لخلقه .

فالنظم القانونية الوضعية وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها تقر نظام التحكيم كطريق للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات وتنظم قواعده وإجراءاته ، احتراماً لإرادة الأطراف المحكمين .

(1) محمود السيد التحيوي : أركان الاتفاق على التحكيم وشرط صحته. دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية

2001، ص 62

(2) دور الإرادة في خلق التحكيم لا يؤخذ على إطلاقه ، فقد عرف النظام القانوني التحكيمي تحكيما لا تكاد تلعب فيه إرادة الأطراف الدور الأهم وهو التحكيم الإجباري :يراجع في المسألة نور عبد الهادي شحاتة في كتابه النشأة الإتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين وأبو الوفا التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري

ومتى وضحت هذه الإرادة وفق الشكل الذي تتطلبه الأنظمة القانونية الوضعية ...التزم الأطراف المحكمون بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، عن طريق هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه، بدلا من الالتجاء إلى القضاء العام في الدولة الحديثة، يفرض عليهم، كما يفرض عندئذ حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم في موضوع الاتفاق على التحكيم عليهم وينتهي أثر إرادتهم عند هذا الحد. فالعبرة بأن تكشف إرادة الأطراف المحكمين في النزاع عن الالتجاء إلى القضاء العام في الدولة الحديثة " ... ويضيف "... وهيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم تستمد سلطاتها في الفصل فيه من الأنظمة القانونية الوضعية على اختلاف مذاهبها واتجاهاتها، وهي جهة قضاء خاص، نظمتها الأنظمة القانونية الوضعية على اختلاف مذاهبها واتجاهاتها " ... منتهيا إلى خلاصة مؤداها اشتراك الإرادات الثلاث في تكوين نظام التحكيم، وبهذا يظهر جليا وحسب تصورات السابقة، بأن المحكم لا يستمد ولايته وسلطته وتأهيله التحكيمي من إرادة المحكمين فقط .

فمؤسسة التحكيم التي يجمع الفقه الحديث والقديم على تأكيد ما أثبتته الاستقراء التاريخي من أن وظيفتها ومعياريها في آن واحد هو ولاية الحكم التي تسند للغير المحكم، والمنشئة لعضو التحكيم ولأداة التحكيم والضابطة لنظامي التحكيم والمحكم على السواء، بمعنى أنها هي الأساس الحقيقي لكل سلط المحكم وصلاحياته، وهي بذلك مرجع تحديد علاقته بالدولة وبقانونها وبقضائها وبالتالي مرجع استقلاليتها، كما أن لهذه المؤسسة نظام ثلاثي الأضلاع تتداخل فيه إرادات ثلاث هي إرادة المحكم، وإرادة المحكم، وإرادة القانون .

- طبيعة الأحكام التي يصدرها المحكم : لم يتوقف الجدل بين الفقهاء عند طبيعة التحكيم وماهيته بل انتقل إلى طبيعة الأحكام التي يصدرها المحكم، وما مدى حجيتها ونفاذها وما هي قيمتها القانونية إذا ما قورنت بالأحكام التي يصدرها القضاء، وبطبيعة تدل هذه الأسئلة إن دلت على شيء على انعدام الثقة عند البعض بهذه الأحكام أو اتسام هذه الأحكام بالدونية عند البعض الآخر قياسا بأحكام قضاء الدولة، وقد انطلق الفقه الفرنسي المتبني لفكرة دونية التحكيم

وأحكامه⁽¹⁾ التي يصدرها من خاصيتين لغويتين والمتمثلة في استبعاد المشرع الفرنسي وبعض القوانين الأخرى عبارة "يحكم المحكم" واستبدالها بعبارة أخرى "يفصل المحكم" أو "يحسم المحكم".

أما الثانية فتتمثل في استبعاد عبارة حكم تحكيمي والتي كانت تعتمدها مجلة المرافعات المدنية الفرنسية القديمة (الفصول 1010 و1016 و1020 و1024 و1026) بالتحديد قبل أمري 1980 و1981، وحتى المجلة التجارية الفرنسية (فصل 52)، وكذلك فقه القضاء واستبدالها بعبارة قرار تحكيمي كما في مجلة المرافعات الفرنسية الجديدة أو الفصل 2123 من المجلة المدنية الفرنسية منذ 1955، فبنو على هذا الخيار اللغوي استنتاجهم بأن المحكم لا يحكم .

لكن هذا الخيار اللغوي الذي اشتركت فيه بعض القوانين الفرنكوفونية مثل القانون البلجيكي في مجلة المرافعات المدنية، أو الكيبيكي. بمجلة المرافعات وبالمجلة المدنية، أو الجيبوتي في صلب مجلة التحكيم الدولي لسنة 1984، يرى فيه الفقه الفرنسي خيارا حياديا رغم كونه شمل حتى بعض الصيغ الفرنسية للمعاهدات الدولية، لأنه يدل فقط على رغبة المشرع الفرنسي تأكيد السلوك الطبيعي التوفيقى للمحكم لا غير⁽²⁾ .

وبالتالي لا يجرد المحكم من سلطة الحكم أو صفة القاضي، فضلا عن أن كل هذه العبارات تعني لغة الفصل، الحكم .

لكن في الحقيقة هذا الادعاء الاصطلاحي يخفي وراءه روايب التصور العقدي للتحكيم الذي مؤداه بأنه، مدام للتحكيم ولاية اتفاقية ومدام مصدر تأهيل المحكم تعاقدى فإنه يفتقر إلى سلطة الحكم أو هو يمثل نوعا خاصا من العدالة لا يمكن تنظيره بعدالة القاضي .

وهذا تصور مبني كما ذكر سابقا على خلط بين أداة التأهيل أو صيغته وهي العقد، وبين موضوعه وهو الوظيفة القضائية التي قوامها سلطة الحكم. وبالتالي الخلط السيئ بين سلطة الحكم ومصدرها.

(1) فيليب فوشار، التحكيم التجاري الدولي، مجلد رقم 2 ص 355 تعريب الحسين السالمى في كتابه التحكيم وقضاء

الدولة، مرجع مذكور، ص 421.

(2) الحسين السالمى، مرجع مذكور ص 226.

-المطلب الثاني التحكيم الإجباري :

يعرف الفقه⁽¹⁾ التحكيم الإجباري بكونه التحكيم الذي يوجب القانون على وجه الاستثناء اللجوء إليه لحسم نزاع أو صنف من المنازعات، ويضيف الأستاذ موتلسكي إلى هذا التعريف عنصر خضوع هذا التحكيم إلى نظام سابق الوضع وعنصر محدودية التأهيل في المسائل التي فرض من أجلها اللجوء إلى التحكيم، مما يجعل من تأهيل عضوه تأهيلا موضوعيا على غرار تأهيل المحكم في التحكيم الاتفاقي .

وقد أنكر ثلة من الفقهاء⁽²⁾ إطلاق تسمية تحكيم على هذا النوع من التسويات القانونية خاصة أصحاب التصور العقدي والتصور المركب معتبرين أن التحكيم الإجباري الذي يجري وفق قانون أجنبي لا يجب اعتباره تحكيما وفق التصور الفرنسي .

وقد أيد الأستاذ عبد الحميد الأحذب هذا الرأي⁽³⁾، واعتبر أن هذا النوع "من التحكيم الإلزامي لا علاقة له بالتحكيم، ويؤيد قوله بأن حتى الفقه الذي دافع عن التحكيم قد اعترف في رأيه بأن قواعد هذا التحكيم مختلفة عن قواعد التحكيم الاختياري . وأنه تحكيم من نوع آخر .

ويواصل قوله بأن هذا التحكيم ليس فيه من التحكيم سوى الاسم "

ولكن الأستاذ الحسين سامي يخالفه في هذه المسألة، حيث يرى أن الرأي الغالب في الفقه وفقه القضاء الحديث وحتى في الواقع القانوني الوضعي يجعل من التحكيم الإجباري تحكيما، ويجري عليه نظام وقواعد التحكيم العامة على اعتبار أنه من جهة لا يغيب فيه دور الإرادة بصفة مطلقة ومن جهة أخرى في العلاقات الاقتصادية الدولية، ونتيجة لغياب محاكم عمومية دولية، يعتبر التحكيم أيا كانت طبيعته ضرورة للتجارة والاستثمار . ويضيف بقوله أن التحكيم أصبح بالنسبة

(1) تعريف معجم الإصطلاح القانوني لجمعية روني كابتون، مرجع مذكور، ص62

(2) وعلى رأسهم الأستاذة B.Stern بمناسبة تعليقها على حكم محكمة استئناف باريس الذي صدر بتاريخ 1/6/99 « Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrag international »

L'arrêt de la cour d'appel de paris du 1^{er} juin 1999 rev.arb.,2000,p403-427

(3) عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، الكتاب الثاني ص722 مرجع مذكور

للاستثمار بمثابة الشرط المعلق أو على حد تعبير الأستاذ عبد الحميد الأحذب في وصفه لأهمية التحكيم للاستثمار هو مسألة "يكون أو لا يكون"

وفي نفس السياق يقول الأستاذ موتلسكي "يمثل التحكيم الإجباري حقيقة تحكيما بالمعنى الفني، ويحتفظ القرار الذي يتولد عنه بطبيعة القرار التحكيمي"

ويفهم من هذا أن التحكيم الإلزامي أو الإجباري يقصد به ذلك النوع من التحكيم الذي ينشأ ولكن بدون اتفاقية التحكيم شرطا كانت أو مشاركة، وحول هذه المسألة ثارت الخلافات بين الفقهاء ما بين مؤيد له يمنحه الصفة التحكيمية وبين منكر له ينفي هذه الصفة بحكم غياب اتفاقية التحكيم .

ويعود الفضل في هذا الصراع الفقهي لمركز التحكيم بواشنطن، وذلك لأن التحكيم الإلزامي ولد داخل هذه المؤسسة التحكيمية، وتعتبر اتفاقيات حماية الاستثمار الأجنبي التي تنشأ بين الدول وتتضمن بندا يشير إلى إحالة الخلافات التي يمكن أن تطرأ بين المستثمرين والدول المضيفة إلى التحكيم التجاري الدولي بمثابة اتفاقية التحكيم التي تلزم الأطراف و أصبح هذا التحكيم واقعا مفروضا كما أقرته مختلف مراكز التحكيم الأوروبية والأمريكية وعلى رأسها مركز التحكيم بواشنطن وغرفة التجارة الدولية بباريس .

* **مكانة التحكيم** : إن الناظر في مختلف التعريفات المذكورة سلفا يجد أن أغلبها تتعامل مع القضاء التحكيمي بمظهر القضاء المنقوص، وعلى أن المحكم هو قاض خاص ذي ولاية خصوصية وتأهيل موضوعي محدود في المهمة التحكيمية التي تسندها إرادة الأطراف من خلال اتفاقية التحكيم وهذه النظرة يتجلى من خلالها التصور التقليدي للتحكيم وهو التصور العقدي، فهذا التصور هو الذي اعتبر التحكيم استثناء عن امتياز الدولة بالوظيفة القضائية وبالتالي فالقضاء التحكيمي هو آلية خاصة لفض النزاعات المتعلقة بالاستثمار والتجارة الدولية، فالقضاء عند أصحاب هذه النظرية هو من اختصاص قضاء الدولة وليس الأفراد أو الخواص. فالوظيفة القضائية هي من احتكار قضاء الدولة، فعند هؤلاء التحكيم ينقصه عنصر سلطان القضاء والحكم التحكيمي يحتاج إلى ولاية مكملة تعطيه قوة النفاذ الجبري، كما أن مصدر التحكيم الاتفاقي هو

سبب دونيته وافتقاده لمرجعية مستمدة من سيادة الدولة قياسا مع قضاء الدولة المرتكز على ولاية عمومية تمنح للقاضي العمومي سلطان القضاء المستند إلى السيادة .

ولهذه الأسباب فالأصل هو القضاء العمومي أما التحكيم فما هو إلا استثناء اقتضته الضرورة وفرضته التعاملات الاقتصادية الدولية .

وهذا كله يخالف جميع المسلمات التي وصل إليها الفقه والقضاء والتشريع الحديث في أن القضاء التحكيمي هو قضاء مواز إن لم نقل أنه القضاء البديل، بل هو القضاء الأفضل، فالقضاء التحكيمي يعد الوسيلة الأمثل لتسوية النزاعات الخاصة بالتجارة الدولية والاستثمار .

فالمحكّم يعد القاضي الطبيعي والمفضل للعلاقات الاقتصادية الدولية بدليل أن القبول بالتحكيم أصبح شرط واقف للفوز بفرصة الاستثمار ومثال ذلك استثمار ديزني ورلد باريس والذي توقف فيه قبول الشركة الأمريكية للاستثمار في باريس على إذعان الجانب الفرنسي والقبول بالشرط التحكيمي .

ومجمل القول هنا هو أنه وبناء على المسلمات التي ساقها الفقه الحديث، والتي أدت إلى عدة تغييرات في مفاهيم عديدة كان الفقه التقليدي يركز عليها في تعريفه للتحكيم التجاري الدولي والتي قمنا بإيجازها سابقا فيكون تعريف التحكيم كالآتي:

"هو عهدة المحتكمين إلى الغير للفصل في نزاعاتهم بناء على عقد أو اتفاقية دولية بمقتضى حكم يتمتع بحجية الأمر المقضي " .

الفصل الثاني: التكريس القانوني والفعلي لمؤسسة التحكيم التجاري الدولي.

ينطلق التأصيل الفقهي للتحكيم من فكرة نظرية مجردة ثم ينتهي كأداة عملية مسخرة لخدمة النظام القانوني، وهذه الأداة لم تشهد هذا التطور المذهل عند البعض⁽¹⁾ والهائل عند البعض الآخر⁽²⁾ والثوري عند شق ثالث⁽³⁾ إلا من خلال تدويل التحكيم، وعبر المصادر الدولية متوافقة في ذلك مع تطور التجارة الدولية وآلياتها التنفيذية، فقد فرضت مصلحة المجتمعات على الدول تبني تشريعات وطنية جديدة مستلهمة التشريعات الدولية في مجال التحكيم أو متأثرة بها، كما كان الأمر في أنظمة قانونية مماثلة، مثل القانون البحري في القرنين السابع عشر والثامن عشر، والقانون المدني في مجال المسؤولية والذي تطور تحت وقع النظريات الموضوعية في القرن التاسع عشر، أو قانون النقل الجوي في القرن العشرين ويقول الأستاذ عبد الحميد الأحذب بهذا الصدد "ينطبق هذا الواقع التطوري على موضوع التحكيم الذي لم يكن بإمكانه أن يقف مكتوف اليدين تجاه التحولات العميقة التي طاولت التجارة الدولية، وما رافقها من تطور بالغ الأهمية وذلك منذ بداية

(1) يقول الأستاذ توماس كلاي في أطروحته المعنونة بالمحكم ص 1 « Mème si on rappelle parfois qu'il " a une origine tres ancienne ,on ne souligne pas assez l'importance qu'il n'a cessè d'avoir depuis qu'il est apparu. L'arbitrage n'a cessè d'être un mode privilège de règlment des litiges ,au même titre que ce qu'il est aujourd'hui ,ni plus ni moins. La permanence de l'arbitrage est un èlément èssentiel de comprèhentiondu phènòme.C'est une des institutions juridiques non seulement les plus ancienne,mais aussi les plus constantes car,on lemontra,son règime juridique a finalement peu variè au cours de l'histoire. Il serait faux de croire qu'on assiste à un renouveau de l'arbitrage, depuis une vingtaine d'années ou, pire à son èmergence.Il n'est que de rappeler son èvolution historique pour le vèrifier » .

"التحكيم ليس في تطور حاسم في السنين الأخيرة بل إنه في تطور دائم منذ أربعة آلاف سنة ، وإن القول بالانتشار الحديث للتحكيم في كتابات كثيرة يمثل إلى حد بعيد فكرة مسلمة ... إذ التحكيم فيما عدا بعض الفترات القصيرة التي لم ينل فيها الحظ الكافي كان دائما مثلما هو اليوم الطريقة الفضلى لحسم النزاعات ، لا أكثر ولا أقل "

تعريب الأستاذ الحسين السالمي ص 93 في كتابه التحكيم وقضاء الدولة .

(2) توماس كلاي المرجع السابق ، تعريب الأستاذ الحسين السالمي ص 93 .

(3) عبد الحميد الأحذب ، الذي بعد أن تحدث عن خضة عنيفة في التحكيم بفعل تطور التجارة الدولية ، يتحدث عن الثورة التي حققتها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في التحكيم الدولي بإعطائها صفة الدولي للتحكيم من جهة ، وبقلبها عبء إثبات وجود الحكم التحكيمي الملزم ، من موسوعة التحكيم الدولي ، الكتاب الثاني ، مرجع مذكور ص 99 و 100.

هذا القرن - القرن العشرين - وخاصة منذ الحرب العالمية الثانية . وهكذا فإن التحكيم قد إندفع نحو التكيف مع المعطيات الجديدة للتجارة الدولية ،ليؤمن للتزاعات الناشئة عنها الحلول المناسبة التي تحتاجها والمتسمة بخاصية السرعة والضمانة والعدالة وبالتالي فإن الفلسفة التحكيمية والتطبيق التحكيمي قد تعرضا لخضة عنيفة "(1)

وهذا التطور الكيفي والنوعي الذي نقل التحكيم من الطور الفلسفي والنظري إلى الطور العملي القانوني ،والذي تجسد في التشريعات الوطنية ،قد قام على مجموعة من المبادئ العامة والمرتكزات الأساسية والتي أوجدت نظاما قانونيا للتحكيم ،والذي أوجد بدوره مؤسسة متكاملة الأركان هي مؤسسة التحكيم .

فما طبيعة هذه المبادئ العامة ،وفيما تتمثل هذه المرتكزات التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي ؟،وما المقصود بالنظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي ،

وما حظ هذه المبادئ وهذا النظام القانوني من التكريس على المستوى القانوني والفعلي ؟

سوف نحاول تناول هذه التساؤلات والإجابة عنها بشيء من التفصيل ، معتمدا في ذلك على مبدأ التدرج .بمعنى أنه قبل التطرق لمسألة طبيعة المبادئ العامة والنظام القانوني التحكيمي علينا الحديث على الجهاز الذي يقوم بوضع هذه المبادئ العامة أو قواعد القانون التحكيمي *lex fori* كما يحلو للبعض تسميتها ،وتكمن أهمية معالجة مسألة الجهة المختصة في وضع هذه القواعد لغياب سلطة تشريعية تعنى بوضع التشريعات الخاصة بمؤسسة التحكيم على غرار ما هو معمول به في القضاء العمومي ،وهنا للتذكير فقط يجب الفهم أن المقصود بمؤسسة التحكيم ليس التحكيم المؤسسي ، وإنما المقصود بها هي تلك البنية القانونية والفقهية التي تشمل التحكيم التجاري بفرعيه الحر والمؤسسي ،والتي تتكوّن من القواعد العامة والنظام القانوني التحكيمي الذي نحن بصدد

(1) عبد الحميد الأحمد: موسوعة التحكيم ،مرجع مذکور ،ج 1 ص 3

وإذ نستدل بهذه المقولة على العلاقة العضوية بين تطور التجارة الدولية وتور النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي فإننا نسجل ما جاء فيها من عبارات توضح الوظيفة الأساسية للتحكيم كأداة فضلى لحل المنازعات الاقتصادية الدولية ويظهر من خلال ربط الأستاذ بين قوله تأمين الحلول المناسبة للتجارة الدولية ،وسمات التحكيم المميزة والتي رأى فيها البعض سر تفوق القضاء التحكيمي على قضاء الدولة ،ألا وهي المرونة والضمانة والأمن القانوني الذي يتأتى من خلال اختيار كل محتكم لحكمه واشتراك المحكّمين في اختيار القانون الواجب التطبيق ،وهذا ما ليس متاحا في ظل قانون الدولة .

دراسته، وهذه المؤسسة لها جهاز تنظيمي منشئ للقانون وله سلطة وضع المبادئ العامة التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي .

وبناء على ذلك سوف نعالج في هذا الفصل طبيعة هذا الجهاز الذي يتكفل بمهمة وضع المبادئ والقواعد القانونية التي تقوم عليها مؤسسة التحكيم التجاري الدولي، ثم نتطرق لماهية هذه القواعد القانونية مع ذكر أهميتها، لنخلص إلى فكرة وجود النظام القانوني من عدمه .

المبحث الأول: سلطة الوضع (L'édiction) للمبادئ العامة في النظام القانوني التحكيمي:

لابد لكل سيادة من جهاز يحققها ويجسمها ويقوم بدور سلطة الوضع في نظامها القانوني . ومادام القضاء التحكيمي يستند إلى سيادة خاصة به طليقة ومتحررة من الدولة، لابد لتلك السيادة كي تثبت صدقيتها من جهة وكي يتحقق ويتجسم وجودها في الواقع العملي من جهة أخرى، من أداة تضمن للنظام القانوني لمجتمع التجار عنصر الإتساق والإنتظام الذاتي الداخلي .

ومادام مجتمع التجار⁽¹⁾ لا يعترف بالحدود الوطنية ولا بالسيادة التحكيمية⁽²⁾ للدولة ولا بسيادة قانونها الوطني، لا بد لجهاز السيادة التحكيمية أن يحمل نفس المواصفات، أي أن يكون لا وطنيا (anational) متحررا من السيادة الوطنية وعابرا خارقا لحدود الدولة (transnational)

المطلب الأول : ماهية سلطة الوضع في النظام القانوني التحكيمي :

لقد انعقد الإجماع على مستوى العلاقات الاقتصادية الدولية على ضرورة إستكشاف ذلك الجهاز داخل أداة النظام القانوني للتجار الطبيعية وهي القضاء التحكيمي، بل إن الفقه يرى أن هذا

(1) لقد أدى ظهور هذا المصطلح أي "مجتمع التجار" إلى بروز مصطلحات أخرى متممة لمعناه ومفهومه من أهمها مصطلح قانون التجار إذ لا يعقل وجود مجتمع من غير قانون يسيره ويعنى بقانون التجار الإطار الذي يحدد السيادة التحكيمية، وله مدلول عام يجعل منه مفهوما حياديا طليقا، فهو على غرار مؤسسة التحكيم التي يؤطرها ويحركها لا ينحصر مناطه في العلاقات الاقتصادية الدولية وإنما يمتد عبر الحدود وفوق السيادة الوطنية في المحيطين الداخلي والدولي.

(2) يقصد بالسيادة التحكيمية تحرر الحكم ومن ورائه التحكيم من سيادة الدولة أي السيادة الوطنية، واستناده إلى سيادة خاصة به طليقة ومتحررة يؤطرها مجتمع التجار ويجسمها النظام القانوني التحكيمي .

المسلم أصبح واقعا وحقيقة قائمة وثابتة بذاتها وترتفع عن مزيد من الجدل والبيان في الواقع القانوني الوضعي⁽¹⁾ .

أما الأستاذ برينو أوبي فيرجع في نظريته حول التحكيم إلى خصوصية النظام القانوني التحكيمي ذاتها ليبني عليها إستنتاجاته حول طبيعة التحكيم ووظيفته ومنهجه، وينتهي إلى القول "إن التحكيم نظام تراتبي مركب يجمع بين كل النظم القانونية ليحقق التناسق بينها في نطاق من التكامل أو توزيع المهام وبالتالي من الوحدة داخل النظام القانوني"⁽²⁾ .

ويتلزم في التحكيم دوران :

- دور تنظيمي منشئ للقانون ويتصل بعنصر الوضع (l'édiction) والذي أوكل لفقهاء القضاء التحكيمي باعتباره جهاز النظام القانوني التحكيمي .

- ودور تفعيلي نفعي مرتبط بالأول باعتباره تنمة لازمة له كما في كل نظام قانوني . وهو الدور القضائي باعتبار التحكيم أداة التقاضي التحكيمي الضامنة لرفع عوارض نظام مجتمع التجار على غرار قضاء الدولة بالنسبة للنظام القانوني للدولة .

وهكذا أجمع الفقه على أن القضاء التحكيمي كي يكون الجهاز الملائم لتحقيق السيادة التحكيمية لا بد له وعلى غرار أي نظام آخر من سلطة تنظيمية تضمن للجهاز نفسه أي القضاء التحكيمي وللنظام القانوني لمجتمع التجار أي النظام القانوني التحكيمي الوحدة الداخلية والتناسق الجسمين للسيادة التحكيمية نفسها .

(1) علي المزغني: التقرير الختامي للملتقى العربي الأوروبي حول التحكيم المنعقد بسوسة من 24 إلى 27 سبتمبر 1983 حيث كتب :

« L'arbitrage nous est apprucomme l'instrument juridique de réalisation de l'ordre juridique correspondant au système économique mondial. Il est en effet l'organisation juridique de cet ordre juridique .cette réalité est tellement évidente qu'on nous permettra de ne pas trop y insister »
« L'arbitrage constitue un micro système normatif complexe qui associe⁽²⁾ les différents ordre juridique pour en réaliser l'harmonie dans la complémentarité ou la réparation des taches, et donc l'unité de l'ordre juridique ».

لكن إجتماع الرأي حول هذه الضرورة لم يحل دون حصول خلاف بين أصحاب هذا الرأي أنفسهم في مسألة تصور هذا الجهاز، وهو خلاف ناجم في حقيقته عن إختلاف في المنهج .

فقد إنطلق بعض الفقه⁽¹⁾ من المناظرة بين القضاء التحكيمي وقضاء الدولة للقول :

بما أن قضاء الدولة مجسد لسيادته وراع لنظامها فقد مكنته من سلطة تنظيمية (*Autorité régulatrice*) تسهر على ضمان التناسق والإنسجام داخل النظام القانوني للدولة وهي المحكمة العليا أو محكمة التعقيب أو الاستئناف . أما القضاء التحكيمي فهو يفتقر إلى مثل تلك السلطة التي تلعب دورا أساسيا في تكوين فقه القضاء الذي هو أداتها لتحقيق الانتظام والاتساق داخل النظام القانوني (*homogénéisation de la jurisprudence arbitrale*)،

فيفقد النظام التحكيمي أهم ركيزة له وهي أداة الوضع (*l'autorité d'édiction*)⁽²⁾ .

لكن الفقه الغالب⁽³⁾ لم يتبع هذا المنهج الذي لا يقوم على قياس علمي بين القضاء كأداة النظام القانوني للدولة وبين التحكيم كأداة النظام القانوني لمجتمع التجار ،على فرض جواز القياس أصلا نظرا لخصوصية علاقة المحكم بالدولة وبقانونها وخصوصية النظام التحكيمي كنظام لا دولي بل فوق دولي عابر .

ومن هذا كله فقد وضع الفقه الغالب تعريفا عاما لفقه القضاء باعتباره "مجموعة الأحكام القضائية الصادرة خلال فترة معينة إما في مادة معينة أو في فرع من فروع القانون أو في عموم القانون تطبيقا وتأويلا أو وضعاً "

(1) L'.Chedly :Arbitrage commercial international et ordre public transnational,op cit,p63 et suiv.

(2) التحكيم وقضاء الدولة ،مرجع مذكور ص271.

(3) هو مدرسة الفقه الحديث الذي كرس مجتمع التجار كإطار للسيادة التحكيمية الرمزية الطليقة ويأتي على رأسه الأستاذ توماس كلاي الذي كرس هذه الفكرة في أطروحته المحكم ،مرجع مذكور .

المطلب الثاني: خصائص و ميزات فقه القضاء التحكيمي:

ولقد انطلق الفقه في الوقت نفسه من التعريف المذكور سلفا للقول بأن وجود سلطة تنظيمية ليس عنصرا مكونا في فقه القضاء⁽¹⁾، لأن المعبر في وصف فقه القضاء ليس هو وجود السلطة ذاتها أو شكلها أو مرجعيتها، بل هو تحقق صفات فقه القضاء والمتمثلة في الإستقرار (permanence) والاتساق (homogénéité) والنشر والإشهار (publication).

وتحقق هذه الصفات لا يتم بالضرورة من خلال قيام نظام قضائي هرمي شكلي موحد على غرار ما يوفره التنظيم القضائي للدولة، ولا يخضوع ذلك النظام إلى قاعدة الهرمية وإلى هيئة قضائية عليها تقوم مقام السلطة التنظيمية، وإنما يمكن أن يحصل بطرق ووسائل أخرى لعلها في التحكيم أكثر جدوى وفعالية من وجود محكمة عليا أو محكمة تعقيب أو إستئناف في نظام الدولة .

ويرى الفقهاء⁽²⁾ أن ما يصلح لقضاء الدولة لا يصلح بالضرورة للقضاء التحكيمي، ويستدلون على ذلك بثقل الإجراءات في القضاء العمومي، فتدخل المحكمة العليا عادة ما يكن متأخرا ولا يحقق الغاية المرجوة منه نظرا لبطئه وإرتباطه بالتنظيم الهرمي للقضاء وبالتنظيم الداخلي للمحكمة العليا وبإجراءات وحالات تدخلها التي عادة ما تكون حصرية، لهذه الأسباب وغيرها من البيروقراطية الإدارية التي تميز القضاء العمومي فقد خلص الفقه إلى أن القضاء التحكيمي لا تصلح له هذه الهرمية وهذا الثقل الإجرائي وذلك لاتسامه بالسرعة وعدم تعقيد الإجراءات ولو أن هذا الثقل قد لحق في الوقت الحاضر حتى القضاء التحكيمي منذ أن أصبح التحكيم المؤسسي هو المسيطر على أغلب النزاعات المطروحة بدلا عن التحكيم الحر .

(1) يراجع حول التصورات المختلفة لفقه القضاء والجهود المبذولة لوضع نظرية لهذه المؤسسة كأداة للتوفيق بين مصالح وتصورات توفق بين الاجتماعي والقانوني قوامها عنصران أولهما علمي وهو تصور قانوني واجتماعي توفيق مستقر للمصالح والعلاقات في الوعي القضائي، أما الثاني فهو تقني شكلي يتمثل في العموم والنشر .

Evelyne.PORT- LEVET.SERVERIN :Théorie de la pratique jurisprudentielle en droit privé ,Thèse dact, paris 1987 « La jurisprudence comme pratique juridique peut donc être considérée comme un des aspects de la médiation réalisée par le droit ,la quelle ne s'épuise pas dans la relation entre classes sociales, mais inclut également les rapports qui s'établissent entre la théorie et la pratique du droit ».

(2) توماس كلاي، المحكم مرجع مذكور ص 219.

والتحكيم يعطي المثال على تعددية طرق تحقيق التناسق والاتساق في النظام القانوني . فقد أعطته خصوصية أدواته المتميزة عن أداة قضاء الدولة لتحقيق هذا التناسق ووحدة الإجتهد القضاء التحكيمي وهي الإتساق الذاتي والإنخراط الطوعي في الرأي الراجح أو المستقر لدى هيئات التحكيم من خلال القرارات التحكيمية ،وهي الأداة التي يرى الفقه أنها الملائمة لتناسق فقه القضاء التحكيمي بما يضمن له الإتساق الداخلي لقواعد النظام القانوني التحكيمي .

ويقول الأستاذ كلاي بهذا الصدد " لكن كان من البديهي أن يؤثر غياب سلطة تنظيمية على تناسق فقه القضاء التحكيمي ،إلا أنه يمكن القول بأن ذلك لا ينال من حقيقته كفقه قضاء ،لأن مفهوم فقه القضاء يعني في حد ذاته مجموعة أحكام قضائية .أما تناسق تلك الأحكام ليس إلا خاصية إضافية مستحبة لكنها ليست معيار توصيف له "(1)

في حين يرى البعض الآخر من أنصار فقه القضاء التحكيمي (2) ،أنه تتوفر فيه كل عناصر وخصائص فقه القضاء :

فالقرارات التحكيمية لئن تصدر في الأصل دون طعن قضائي عليها ،ولا تندمج في التنظيم القضائي للدولة ،فإنها في مضمونها متناسقة وتأخذ بالرأي المستقر في الإجتهد التحكيمي . وهي رغم الطابع السري لإجراءات التقاضي التحكيمي ،أصبحت في متناول جمهور المتقاضين ،بل إنها أصبحت خاضعة للنشر من خلال مصنفات ودوريات ومجموعات متخصصة بصفة منهجية علمية منظمة تتفوق على أجهزة نشر فقه القضاء العمومي من حيث الجودة وسعة الانتشار . حتى أن هذا التصور أصبح هو الرأي الراجح في توصيف فقه القضاء التحكيمي بالمقارنة مع فقه قضاء

(1) يقول الأستاذ توماس كلاي في أطروحته المحكم ص219 « Il est évident que l'absence d'autorité régulatrice est préjudiciable à la jurisprudence arbitrale. Mais cela affecte-t-il pour autant sa réalité ?. Il est permis de ne pas le penser, car la notion même de jurisprudence se définit comme un ensemble de décisions de justice .L'homogénéité de celle-ci n'est qu'une caractéristique supplémentaire souhaitable mais non qualifiante ».

(2) FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN :traitè de l'arbitrage commercial international ,p 205 .

الدولة⁽¹⁾. وهو ما أدى بالبعض لاقتراح اعتماد نظام السوابق القضائية كضابط لتناسق فقه القضاء التحكيمي في ظل غياب سلطة تنظيمية يعتمد عليها لصناعة هذا التناسق والانسجام .

ويقول الأستاذ روني دافيد عند تصوره لمستقبل التحكيم التجاري الدولي إنه يتوفر لفقه القضاء التحكيمي إلى جانب القدم والاستقرار شرط الإشهار والانتشار من خلال المصنفات التي تجمع القرارات التحكيمية والتعليق عليها⁽²⁾. وهذا ما يطمح إليه المتعاملون الاقتصاديون من وراء لجوئهم للتحكيم وذلك لما يوفره من امكانية التوقع (prévisibilité) والشفافية (transparence) في الاجتهاد التحكيمي، ويكرسه العمل التحكيمي الذي كشف واقعه أن القرارات التحكيمية درجت على الاستشهاد بأخرى سابقة لها أو بما استقر عليه الاجتهاد التحكيمي، حتى أن بعضهم تندر عن المبالغة في الاعتماد على السوابق القضائية بقوله أن أحد المحكمين المنفردين استشهد بقرار هو بصدد تعليقه بقرار آخر هو بصدد إمضائه⁽³⁾.

ويعد القرار التحكيمي (Dow Chmical)⁽⁴⁾ من أشهر القرارات التي عبرت أحسن تعبير عن إلتزام الهيئات التحكيمية بنهج السوابق القضائية واعتبار هذا النهج دليل على خصوصية النظام القانوني التحكيمي، وعودة للقرار (Dow Chmical)، فقد صدر هذا القرار عن محكمة تحكيمية مكونة من ثلاثة من أقطاب الفكر القانوني الغربي الحديث تحت نظام الحجره التجارية الدولية بباريس بتاريخ 23 سبتمبر 1982، والذي جاء فيه "تنشئ قرارات المحاكم التحكيمية بالتدرج فقه قضاء من المفترض أخذه بعين الاعتبار، لأنه يستخلص النتائج من الواقع الاقتصادي ويتطابق مع حاجات التجارة الدولية التي يجب أن تستجيب لها القواعد الخصوصية للتحكيم الدولي التي هي بصدد التكوّن "

وقد سبق الحديث عن أن نظام التحكيم التجاري العربي لاتفاقية عمان العربية لسنة 1987 قد أوكلت صراحة لمكتب مجلس المركز بموجب أحكام المادة الثامنة من الاتفاقية مهمة "تنظيم التحكيم التجاري، وتثبيت أسسه، وصياغة عقود تحكيم نموذجية في القضايا التجارية الدولية

(1) FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN، المرجع السابق ص 205 و 206

(2) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة ص 274

(3) توماس كلاي، المحكم، ص 221.

(4) C.C.I.NO.4131.Clunet 1983,p.899 obs.Derains,rèv.arb.,1984,p.115.

وارساء قواعد ثابتة للتعامل التجاري، وتلخيص المبادئ التي تستند إليها القرارات التحكيمية وتصنيفها وتبويبها وطبعها ونشرها". وهي بذلك مع تأكيدها للطابع الرسمي للتحكيم في الاتفاقية وللتأهيل الذاتي للمحكم، تثبت استقلالية النظام القانوني التحكيمي عن النظم القانونية الوطنية، وتحيل على فقه القضاء التحكيمي كسلطة وضع وتنظيم لهذا النظام⁽¹⁾.

ويعلق الأستاذ كلاي على المكانة التي أصبح فقه القضاء التحكيمي يحضى بها بالنسبة للنظام القانوني التحكيمي قائلاً "إنه يمثل تعبيراً على النظام القانوني التحكيمي الذي أصبح مع خصوصيته حقيقة ثابتة، ويلعب بالنسبة للمحكم نفس دور النظام القانوني للدولة بالنسبة للقاضي. وبعبارة أخرى يلتقي القاضي والمحكم حول حقيقة أن كلا منهما يتدخل باسم نظام قانوني خصوصي مختلف رغم كون بعض القواعد المشتركة بينهما".

ووجود نظام قانوني تحكيمي من شأنه أن يقوي استقلالية القضاء التحكيمي تجاه قضاء الدولة واستقلالية المحكم تجاه القاضي، ويستكمل توازي هذين الصنفين من القضاء ومن القضاة"⁽²⁾.

وقد تجسد دور هذا الجهاز أي فقه قضاء التحكيم أو سلطة الوضع في النظام القانوني التحكيمي في وضع مجموعة من المبادئ العامة أو قواعد القانون الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي والتي كان لها الفضل في تكريس هذا النوع من القضاء.

المبحث الثاني: المبادئ العامة لمؤسسة التحكيم التجاري الدولي:

لقد قامت سلطة الوضع أو فقه القضاء التحكيمي بوضع نظام قانوني تحكيمي يقوم على مجموعة من المبادئ العامة، اعتبرت بمثابة القواعد المادية عبر الدولية التي ساهمت في بلورة هذا النظام وبنائه، وتكمن أهمية هذه المبادئ في كونها وضعت الإطار العام الذي يسير عليه هذا النظام القانوني التحكيمي أي أنه لا يمكن لأي محكم أن يتجاهلها أو يتغاضى عنها عند إصدار أحكامه بل أن هناك من الفقهاء من وصف هذه المبادئ بمثابة القواعد الآمرة في النظام القانوني التحكيمي والتي تلزم الجميع دون إستثناء سواء كانوا محتكمين أو محكمين وإن كان هذا الوصف قد لا ينطبق

(1) يراجع الفصل الأول من الرسالة، الفرع الخامس ص 43 وما بعدها.

(2) توماس كلاي، المحكم، مرجع مذكور ص 221 و 222.

على جميع هذه المبادئ فهو ينطبق على أغلبها مثل استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي، فقد استقر هذا المبدأ في وجدان مؤسسة القضاء التحكيمي بمختلف أنواعها وفي جميع أطوارها، ولا يوجد اليوم من يجادل في هذا المبدأ .

ومن هذا المنطلق تتجلى مكانة هذه المبادئ في القضاء التحكيمي كإطار حاكم للنظام القانوني التحكيمي .

المطلب الأول : القاعدة الأولى استقلالية اتفاقية التحكيم

تعتبر هذه القاعدة أولى القواعد التي ظهرت في التحكيم التجاري الدولي، وقد أوجده السوابق القضائية التحكيمية الفرنسية واعتبرت بمثابة التأسيس لظهور النظام القانوني التحكيمي على المستوى الدولي وقد اختلف الفقه والقضاء والتشريع في الاعتراف بها فقد تبناها الفرنسيين فقها وقضاء وتشريعا باكرا بينما تخلف الإنكليز في الاعتراف بها لغاية 1996 .

الفرع الأول :مدلول استقلالية اتفاقية التحكيم : لم يقف نظام التحكيم عند مسألة فك الارتباط بين التحكيم والدولة، بل تجاوزه إلى فك الارتباط بين سند التأهيل التحكيمي الاتفاقي وبين العلاقة الاقتصادية التنازعية كما تم التعبير عنها في العقد الأساسي الذي انعقد بمناسبة التحكيم، سواء بالشرط التحكيمي المدرج به أو حتى الملحق به بموجب الإشارة أو بالاتفاق التحكيمي اللاحق لنشأة النزاع .

ويقصد بمبدأ الاستقلالية اعتبار اتفاقية التحكيم عقدا منفصلا عن العقد الأصلي أي عقدا قائما بذاته رغم أنه ليس إلا جزءا من هذا العقد أو أحد بنوده . وتستند هذه الاستقلالية إلى كون كل عقد يشكل موضوعا مختلفا عن الآخر، فاتفاقية التحكيم تتميز بمحلها الخاص بها، فمحل الاتفاقية هو عمل إجرائي بحث وهو محل منفصل عن العقد الأصلي، فالعمل الإجرائي محل التحكيم إنما يتعلق بحسم المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي الذي يهدف إلى تحديد حقوق والتزامات الأطراف الموضوعية

وقد شهد مدلول استقلالية اتفاقية التحكيم تطورا عكس التطور الذي شهده مدلول التحكيم وعلاقته بقانون وقضاء الدولة.

ففي مدلوله الإبتدائي أخذ الفقه وفقه القضاء بمعيار مستمد من القانون الأنجلو أمريكي وهو مدى قابلية الشرط التحكيمي للفصل عن العقد الأساسي (severability) أو (separability) وطبق أساسا على الشرط التحكيمي⁽¹⁾، لكن اعتماد هذا المعيار من شأنه أن يقصر تلك الاستقلالية على المظهر الأول والمباشر منها، وهو الترابط المادي الشكلي أكثر من إعتداده بالترابط الفني القانوني بين العقد الأساسي والشرط أو الاتفاق التحكيمي حاملا رواسب التصور العقدي للتحكيم . كما أن تطبيق هذا المعيار من شأنه أن يضيق من أثر الاستقلالية في مفهومها الفني على التحكيم .

لذلك كان طبيعيا أن يتم التخلي عن هذا المدلول لعدم ملائمته للتصور القضائي للتحكيم الذي فرض نفسه على كل النظم القانونية، وعدم ملائمته للطبيعة المكتسبة للتحكيم كقضاء مواز مستقل وبديل في العلاقات الدولية بالخصوص . فاتجه تصور الاستقلالية إلى الأثر القانوني لعلاقة الترابط أو الانفصال بين اتفاقية التحكيم والعقد الأساسي على ولاية المحكم من جهة تأهيله واختصاصه أساسا وبالتالي أثرها على النظام القانوني للتحكيم .

وأخذا بهذا التصور الفني القانوني، أصبحت استقلالية اتفاقية التحكيم تعني فك الترابط القانوني بينها وبين العقد الأصلي من وجهتين :عدم تلازم المآل أو المصير من جهة وجودا وعدما صحة وبطلانا، وعدم تلازم النظام القانوني، أي القانون المنطبق على كل من العقدين.

وقد ساند هذا التحول حتى الفقه الانجليزي الحديث . وللملاحظة فقط فقد كان الفقه الانجلو أمريكي من أشد الفقه اعتراضا على فكرة استقلالية التحكيم ولم يعتنق هذا المبدأ إلى متأخرا مقارنة مع الفقه اللاتيني.

(1) فوشار وغيار وغولدمان :المطول في التحكيم التجاري الدولي، ص 214 وجاء القول كالتالي " appelle de ... façon plus prosaïque principe de « severability » ou de « separability ».

وفي نفس السياق يقول الفقيه والقاضي الانكليزي شويبال (SCHWEBEL) "عندما يعقد الطرفان اتفاقا يتضمن شرطا تحكيميا فإنهما يوقعان اتفاقين وليس اتفاقا واحدا فلا تمتد عيوب نشأة أو نفاذ العقد الأصلي إلى الاتفاق التحكيمي⁽¹⁾ .

وهذا التحول في استقلالية التحكيم من العمق ما جعل طبيعتها تنقلب من استقلالية مادية إلى استقلالية قانونية ، بل إنها أصبحت مبدأ قانونيا ذي طبيعة خاصة ، ويرى الأساتذة فوشار وغيار وغولدمان⁽²⁾ أنه يمثل "قاعدة مادية لقانون التحكيم الدولي الفرنسي ،" ترسخت في فقه القضاء الفرنسي منذ 1963 بمقتضى قرار غوسي الشهير والذي تم تكريسه بناء على ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 07 مايو 1963 وهذا نصه في "إطار التحكيم التجاري الدولي ، فإن اتفاق التحكيم سواء تم هذا الاتفاق على نحو منفصل ومستقل عن التصرف القانوني الأصلي أو تم إدراجه به فإنه يتمتع دائما ، إلا إذا ظهرت ظروف استثنائية باستقلال قانوني كامل ، يستبعد معه أن يتأثر اتفاق التحكيم بأي بطلان محتمل يلحق بهذا التصرف .

وتتعلق وقائع هذه القضية بالتزاع حول تنفيذ حكم تحكيم صدر في ايطاليا اعمالا لشرط التحكيم المدرج في العقد المبرم بين مستورد فرنسي ومصدر ايطالي وهو الحكم الذي قضى بالتعويض للمصدر الايطالي بسبب خطأ المستورد الفرنسي في تنفيذ التزاماته التعاقدية . ولقد دفع

(1) التحكيم وقضاء الدولة ، مرجع مذكور ص 371 .

(2) المطول ، ص 215 ترجمة لما نصه **le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage** » par rapport au contrat principal au quel elle se réfère est incontestablement une règle matérielle du droit français de l'arbitrage internationale. En d'autres termes, pour in juge français, des lors qu'elle tend à instituer un arbitrage internationale, la convention sera considéré comme indépendante du contrat principal, quelle que soit la solution adopté à cet égard par la loi étrangère éventuellement applicable à ce contrat et quelle que soit la nature que l'on reconnait aux règles applicable à la convention d'arbitrage elle même.

Il importe cependant de souligner que le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat de fond, initialement dégagé par la jurisprudence française en 1963 ,est aujourd'hui si largement reconnu qu'il fait également partie de ces principes généraux de l'arbitrage auxquels les arbitres du commerce internationale se réfèrent volontiers quel que soit le lieu ou ils siegent et quelle que soit la loi règissant l'instance qui leur est soumise

المستورد الفرنسي بعدم جواز تنفيذ التحكيم استنادا إلى أن العقد الذي ورد به شرط التحكيم يعد باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته النظام العام الفرنسي لعدم احترامه للقواعد الآمرة المتعلقة بالاستيراد. ولما كان العقد الأصلي ذاته باطلا، فإن شرط التحكيم يبطل بالتبعية لبطلان العقد الأصلي، ويترتب أيضا على ذلك بطلان حكم التحكيم الصادر بناء على هذا الشرط الباطل. ولقد رفضت محكمة النقض الفرنسية هذا النظر إعمالا لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي⁽¹⁾.

وهذا المبدأ الذي وضعته محكمة النقض الفرنسية سارت عليه محاكم الاستئناف الفرنسية في العديد من أحكامها. كما أن محكمة النقض ذاته أتاحت لها الفرصة بغية التأكيد على هذا المبدأ مع تغاضيها عن القيد السابق الذي أوردته والمتمثل في "الظروف الاستثنائية" التي لم تستخلص منها أية آثار عملية، وذلك في العديد من القضايا.

ففي قضية Impex⁽²⁾ وقضية Hecht⁽³⁾ وقضية Menicucci⁽⁴⁾ ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى تأكيد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم دون أدنى قيود.

(1) C.Cass, 7mai 1963 ,Daloz 1963.p.545 note J.Robert,Rev .crit, 1963 ,p.615 note Moutlsky,Clunet 1964 p.83 note Berdin.

حيث ذهبت محكمة النقض إلى أن

« En matière d'arbitrage internationale ,l'accord compromissoire qu'il soit conclu sèparèment ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours ,excluant qu'il puisse ètre par affectè par une eventuelle de cet acte »

(2) C.Cass, 17mai1971 ,rev.crit 1972.p.124 note Mezger,Clunet1972,p.62 .note Oppetit :

حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية بأن :

« L'accord compromissoire comme juridiquement autonome en droit internationale privé français ».

(3) C.Cass, 4juillet 1972 ,CLUNET 1972.p.842 note Oppetit,Rev .crit, 1974,p.82 note Level.

حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأن :

« En matière d'arbitrage internationale ,l'accord compromissoire présente une complète autonomie » .

(4) Clunet 1977,107,note Loquin,Rèv. Crit.1976,506 note Oppetit

الفرع الثاني: موقف المعاهدات الدولية من تكريس مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن

العقد الأصلي: يبدو أن استقلالية اتفاقية التحكيم أصبحت من العموم والاستقرار وطنياً ودولياً بما يدمجها ضمن القواعد المكونة للنظام الأفقي للتحكيم⁽¹⁾، الذي يحرك مؤسسة التحكيم على وجه الدوام والاستقرار، والذي ساهمت المعاهدات الدولية الرئيسية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي بتكريسه وبالخصوص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، حيث كرست المادة السادسة عشرة منه بفقرتها الأولى صراحة مبدأ الاستقلالية بقولها "ولهذه الغاية، يعتبر شرط التحكيم المدرج في العقد بمثابة اتفاق مستقل عن باقي بنوده. وإذا قررت المحكمة التحكيمية بطلان العقد فلا ينتج عنه وبمحكم القانون بطلان الشرط التحكيمي".

وتأكيداً لهذه الاستقلالية، تعطي نفس المادة بفقرتها الثالثة والأخيرة للمحكمة الخيار في أن تفصل في الدفع بعدم اختصاصها كمسألة أولية، أو أن تؤجل الفصل فيه مع الحكم في الأصل، بل إنها تجيز لها في الصورة الأولى، أن تمضي إجراءات التحكيم في انتظار بت المحكمة أو الهيئة المختصة على معنى المادة السادسة، في الطعن الموجه لقرارها بثبوت اختصاصها.

الفرع الثالث: موقف القوانين الوضعية من مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم: تنص الغالبية

العظمى من التشريعات الحديثة المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي صراحة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ابتداءً من التشريع الجزائري الذي نص في المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفقرة الأخيرة على "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

وقد انتهج المشرع المصري نفس النهج حيث أكد قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1997 على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، إذ نصت المادة 22 من القانون المذكور على أن "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إتهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط

(1) يقصد بهذه العبارة ذلك النظام القانوني الوضعي للقضاء التحكيمي والذي يتكون من قواعد مادية عبر دولية نافذة

بذاتها مباشرة أو بصفة غير مباشرة كما شأن القواعد المادية الواردة في اتفاقية نيويورك لسنة 1958 أو قواعد نظام

اليونيسترال للتحكيم

صحيحاً في ذاته"، ولقد تبني القانون البلجيكي الجديد للتحكيم، وأيضاً قانون الإجراءات المدنية الهولندي على هذا المبدأ حيث نص على أن "اتفاق التحكيم يعتبر مكوناً لاتفاق مستقل وأن لمحكمة التحكيم السلطة في الفصل في مسألة صحة العقد الأصلي الذي يكون اتفاق التحكيم مدرجاً به أو يشير إليه".

وكذلك نصت المادة 178 فقرة الثالثة من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة 1987 على "لا تجوز المنازعة في صحة اتفاق التحكيم بمقولة عدم صحة العقد الأصلي"، ونصت المادة 8 من قانون التحكيم الإسباني الصادر في 5 ديسمبر 1988 على أن "بطلان العقد لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان اتفاق التحكيم المتعلق به" وكذلك نصت المادة 1040⁴ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري: "لا يمكن الاحتجاج بعد صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

وإذا كان هذا المبدأ قد تم تكريسه في العديد من الدول بواسطة نصوص تشريعية، فقد تم تكريسه في دول أخرى بمقتضى اجتهادات قضائية وليس نصوص تشريعية كما هو الحال في فرنسا⁽¹⁾ والولايات المتحدة الأمريكية، إذ قبلت المحكمة العليا ابتداءً من سنة 1967 في قضية *prima print* ضد *flood and Conkin*⁽²⁾ أنه تبعاً للقانون الفيدرالي فإن مصير اتفاق التحكيم يعد مستقلاً ومنفصلاً عن مصير العقد المدرج في هذا الاتفاق.

وعلى الرغم من هذا القبول شبه العام للعديد من الأنظمة القانونية لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمن هذا الاتفاق أو الذي يتعلق به هذا الأخير، فإن القانون الإنجليزي كان يمثل حالة خاصة، إذ أنه لم يقبل الاعتراف بمبدأ الاستقلالية إلا بصعوبة بالغة، فمبدأ

(1) انظر ما سبق ذكره في الاطروحة ص 110 و 111 .

(2) حفيظة السيد حداد، الموجد في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007 بيروت

لبنان ص 130 وأوردت الأستاذة النص بالإنجليزية عن المحكمة العليا الفيدرالية **« except where the parties otherwise intend- arbitration clauses as a matter of federal law are separable from the contracts in which they are embodied, and where no claim is made that fraud was directed to arbitration clause itself, a broad arbitration clause will be held to encompass arbitration of the claim that the contract itself was induced by fraud »** .

الانفصال بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي من المبادئ التي لم يتم تكريسها بشكل كامل في القانون الإنجليزي إلا في وقت قريب جدا وذلك بمقتضى مناسبتين :

الأولى تتعلق بالحكم الصادر في قضية **Kansa ضد Harbour** في عام 1996⁽¹⁾ أما المناسبة الثانية فهي تتعلق بصدور قانون التحكيم الإنجليزي الجديد في 1996 والذي كرس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بموجب نص المادة السابعة من هذا القانون .

ولقد أثار الرفض السابق من قبل القانون الإنجليزي لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، وهو الرفض المتأصل في العديد من دول الكومنولث المتأثرة بالتقاليد البريطانية، التساؤل حول مدى اعتبار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بمثابة مبدأ عام من مبادئ التحكيم التجاري الدولي ؟

إذ يذهب جانب من الفقه إلى أن القبول العام من الأنظمة القانونية الوطنية لهذا المبدأ ساعد قضاء التحكيم إلى الإشارة إليه على اعتبار أنه مبدأ عام من مبادئ التحكيم التجاري الدولي، بينما يرى فريق آخر أن مجرد رفض القانون الإنجليزي في حد ذاته لهذا المبدأ، يحول دون اعتبار مبدأ الاستقلالية بمثابة مبدأ عام من مبادئ التحكيم التجاري الدولي، ولاسيما وأن القانون الإنجليزي يعد واحدا من الأنظمة القانونية ذات الأهمية في المنظومة القانونية التحكيمية .

وردا على هذا الادعاء فإن جانبا من الفقه يرى أن اعتبار مبدأ ما على أنه من المبادئ العامة لا يستوجب اعتراف جميع الأنظمة القانونية ولو كانت من الأهمية بمكان، خاصة وأن الإجماع حول هذا المبدأ قد تم تكريسه لا في غالبية القوانين الوطنية اللاتينية والانجلوساكسونية على غرار النظام القانوني التحكيمي في الولايات المتحدة الأمريكية فحسب، بل كان هذا التكريس على مستوى الاتفاقيات الدولية على غرار القانون النموذجي للتحكيم الذي اعترف بهذا المبدأ وقام بتبنيه في المادة السادسة عشرة الفقرة الأولى منه، ولا أدل على وجهة هذا الرأي وحصافته إلا اعتراف القانون الإنجليزي في نهاية المطاف بهذا المبدأ والتأكيد عليه تشريعا وقضاء.

الفرع الرابع : موقف القضاء التحكيمي: لقد تم تكريس هذا المبدأ في القضاء التحكيمي مبكرا وقد أبرزت العديد من أحكام التحكيم استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي على

(1) حفيظة السيد حداد، المرجع السابق ص 131 .

اعتبار أن هذا الأمر يتعلق بمبدأ عام من مبادئ القانون التجاري الدولي، وذلك دون أن تستشعر أدنى حاجة من أجل تبرير هذه الاستقلالية، إلى الإشارة إلى قانون وطني محدد.

ففي القضية رقم 1526 لسنة 1968 قرر الحكم التحكيمي الصادر فيها أن هناك قاعدة⁽¹⁾ تحوز القبول العام في إطار التحكيم التجاري الدولي أو في طريقها إليه، من مقتضاها أن شرط التحكيم سواء تمت الموافقة عليه بشكل منفصل عن العقد الأصلي أو كان متضمنا فيه، يتمتع دائما باستقلالية قانونية كاملة، إلا في حالات استثنائية، على نحو يستبعد معه إمكانية تأثيره بأي بطلان محتمل يلحق هذا العقد .

والتحفظ الذي ذكره الحكم المذكور لا محل لوجوده الآن في قضاء التحكيم، شأنه في ذلك شأن أحكام محكمة النقض الفرنسية في أحكامها اللاحقة على حكم Gosset⁽²⁾. إذ أسقطت أحكام التحكيم من الحساب التحفظ المشار إليه بشأن الظروف الاستثنائية، التي كان من شأنها الاصطدام بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، على نحو ما ذهبت إليه أيضا محكمة النقض الفرنسية .

ولقد ذهبت بعض أحكام التحكيم إلى وصف المبدأ المذكور سلفا بأنه يشكل قاعدة من القواعد المادية لقانون التجارة الدولية. ولقد ذهبت بعض أحكام التحكيم إلى ذات الاتجاه الذي ذهبت إليه أحكام القضاء الفرنسي مقررّة أنه وفقا لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، فإنه يخضع في التحكيم التجاري الدولي إلى قانون آخر غير ذلك الذي يسري على العقد الأصلي .

كذلك فإن جانبا من التحكيمات الصادرة في المنازعات الناشئة عن العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية التابعة لدول أخرى ذهبت بدورها إلى تأكيد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الوارد به هذا الاتفاق .

ففي التحكيمات الثلاثة الصادرة في المنازعات الناشئة بين ليبيا والشركات الأجنبية قامت محاكم التحكيم المعنية، بإعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم مؤكدة على أن اتفاق التحكيم يظل قائما على الرغم من إنهاء عقد الامتياز الذي قامت به الحكومة الليبية، وأن هذا الاتفاق يعد أساسا

(1) حفيظة السيد حداد، مرجع مذكور ص 133

(2) المطول لفيليب فوشار وغيار وغولدمان مرجع مذكور ص 215

لاختصاص محكمة التحكيم⁽¹⁾، ففي حكم التحكيم الذي أصدره المحكم المنفرد M.Lagegren في 10 أكتوبر 1973 في قضية B.P. ضد ليبيا، تكشف الحل المتقدم على نحو ضمني .

فردا على ماتمسكت به شركة B.P. من أن التأميم والإجراءات اللاحقة عليه لا أثر لها في إنهاء عقد الامتياز والذي يظل صحيحا وقابلا للتطبيق، ذهب المحكم إلى أن القانون الصادر بالتأميم أنهى عقد الامتياز الممنوح إلى شركة B.P.، باستثناء أثر عقد الامتياز الذي يعد أساسا لاختصاص هذه المحكمة ويُعد أيضا أساسا لحق الشركة الطالبة في المطالبة بالتعويضات قبل المدعي عليه أمام محكمة التحكيم.⁽²⁾

وأياضا فإن الأستاذ René Jean Dupuy في قضية Texaco ضد ليبيا انتهى بشكل أكثر صراحة من التحكيم السابق في الحكم التمهيدي الذي أصدره في 27 نوفمبر 1975 والمتعلق بالفصل في مسألة اختصاصه إلى رفض النظرية التي تمسكت بها الحكومة الليبية والتي وفقا لها وضع التأميم نهاية لعقود الامتياز، وأن هذا الأثر يتعين أن يمتد إلى شرط التحكيم المدرج بها، وذلك مستندا على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم .

كذلك فإن المحكم المنفرد M.Sobhi Mahmassani في قضية Liamco Libye قد ذهب في الحكم الصادر في 12 ابريل 1977 إلى أنه "من المتفق عليه عموما سواء في الممارسات العملية أو في القانون الدولي بقاء شرط التحكيم، بعد الإنهاء بالإرادة المنفردة من قبل الدولة للعقد الذي يوجد فيه هذا الشرط، والذي يظل ساري المفعول حتى بعد هذا الإنهاء".⁽³⁾

كذلك فإن حكم التحكيم الصادر في كوبنهاجن في 14 يناير 1982 في قضية Elf ضد NIOC⁽⁴⁾ كرس أيضا مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم. إذ ذهب المحكم المنفرد الأستاذ Gomard عند فصله في المنازعة بشأن عقد نص فيه على أن محكمة التحكيم أو المحكم المنفرد من أجل إصدارها للحكم التحكيمي، غير ملزمة بأي وجه من الوجوه، بأية قاعدة قانونية محدّدة

(1) المطول لفيليب فوشار وغولدمان مرجع مذكور ص222

(2) المرجع السابق ص223.

(3) المرجع السابق ص223.

(4) المرجع السابق ص223.

ولكن لها السلطة في أن تؤسس قرارها، على الاعتبارات المتعلقة بالإنصاف وعلى المبادئ القانونية المعترف بها ولا سيما بمبادئ القانون الدولي.⁽¹⁾ وأنه في حالة عدم اتفاق الأطراف، على مقر التحكيم وإجراءاته فإن للمحكم تحديد هذه المسائل، إلى تقرير أن مقر التحكيم هو كونهماجن وأن القانون الإجرائي الدائركي هو الذي يعين تطبيقه على الإجراءات⁽²⁾.

ولقد اعتبر المحكم أن المسائل المتعلقة باختصاص المحكم بالفصل في موضوع اختصاصه **Compétence-Compétence**، واستقلالية شرط التحكيم يتعين حسمها في ضوء القانون الذي يحكم العقد **Les cntractus**، على النحو القائم في الشرط المذكور أعلاه. وتأسيساً على ذلك قرر المحكم أن "استقلالية شرط التحكيم تعد مبدأ من مبادئ القانون الدولي تم تطبيقه بشكل مستقر ومستمر في أحكام التحكيم الصادرة عن محاكم التحكيم الدولية، وأن هذه الاستقلالية التي يتمتع بها الشرط المذكور محل تأييد من قبل الفقه المتخصص في مجال التحكيم التجاري الدولي، كذلك فإن لوائح التحكيم التي أقرتها المنظمات الدولية تعول عليه، وكذلك تعترف به المعاهدات الدولية⁽³⁾.

⁽¹⁾ المطول لفيليب فوشار وغولدمان المرجع السابق ص 223 وقد جاء **« que le tribunal arbitral ou l'arbitre unique, pour rendre sa sentence, ne sera en aucune façon tenu au respect d'une règle de droit spécifique, mais aura le pouvoir de fonder sa sentence sur des considérations d'équité et sur les principes de droit généralement reconnus, en particulier le droit international »**.

⁽²⁾ المطول لفيليب فوشار وغولدمان المرجع السابق ص 223

⁽³⁾ المطول لفيليب فوشار وغولدمان المرجع السابق ص 224 وقد جاء فيه **« Mais il considéra que les questions de la Compétence-Compétence et de l'autonomie de la clause d'arbitrage devaient être tranchées selon la lex contractus, telle que définie dans la clause précitée. sur ce fondement, l'arbitre a déclaré que (l'autonomie d'une clause d'arbitrage est un principe de droit international qui a été régulièrement appliqué dans les décisions rendues dans des arbitrages internationaux, dans les écrits des auteurs les plus compétents en arbitrage internationale, dans les règlements d'arbitrage adoptés par des organisations internationales et dans des traités. Egalement dans maints pays le principe fait partie du droit national de l'arbitrage) »**.

كذلك فإن استقلالية شرط التحكيم يشكل جزءا من القانون الوطني للتحكيم في العديد من الدول. وقد انتهى المحكم إلى أن شرط التحكيم يلزم الأطراف ويرتب آثاره دون أن تتأثر قوته الإلزامية بادعاء الشركة المدعى عليها من أن العقد بأكمله باطل ولا أثر له".

الفرع الخامس: مبدأ النسبية في استقلالية اتفاقية التحكيم: يخضع مبدأ الاستقلالية ككل قاعدة للنسبية، والنسبية هنا تكمن في أنه وخلافا للقاعدة التي تقول أن بطلان العقد الأصلي لا يمكن أن ينال من اتفاقية التحكيم، فإن هناك جانب من الفقه قد كانت له وجهة نظر أخرى تتمثل في :

أنه إذا كان اتفاق التحكيم لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي فإنه مع ذلك يتأثر بمصير هذا العقد في حال انعدامه، وقد كان جانب من الفقه الفرنسي هو صاحب هذه النظرية متأثرا في ذلك بالقضاء الإنجليزي المعادي لاستقلالية اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشاركة، وتوجد أصول هذه النظرية في القانون المدني⁽¹⁾، ويبيّن هذا الفقه نظريته على أساس التفرقة بين بطلان العقد وانعدامه التي وضع أساسها القضاء الإنجليزي ومفادها أن العقد الأصلي المنعدم هو ذلك العقد الذي لم يوجد على الإطلاق ولا وجود له قانونا وهو ذلك العقد الذي تخلف ركن من أركانه مثل الانعدام التام للرضا المتبادل بين أطرافه، أما العقد الباطل فهو الذي استوفى جميع أركانه وتخلف شرط المشروعية فيه أي أن العيب قد لحقه بعد نشأته.

وقد تزعم هذا الفقه الأستاذ Pieter Sanders⁽²⁾ والذي رأى أن اتفاقية التحكيم تزول بزوال العقد الأصلي وذلك في حالة الانعدام لأن العقد الأصلي في نظره لم يولد أصلا وبالتالي فإن

(1) راجع فكرة الانعدام، محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير جامعة الجزائر 1986، ص 88

(2) انظر مقالة الأستاذ Pieter Sanders / المنشورة في

Hommage à Frédéric Eisemann : Liber amicorum ; [une initiative de la Chambre de Commerce Internationale]. - Paris : ICC Services S.A.R.L., ISBN 9284200067. - 1978, p. 31-43

: L'autonomie de la clause compromissoire « Il y a pourtant une exception importance à ce principe .C'est le cas ou l'existence même du contrat est contestée. Si la question se pose de savoir si les parties ont vraiment conclu

اتفاقية التحكيم بدورها لم تخرج إلى الوجود وبذلك فهي مرتبطة به ،أما البطلان كما قلنا فإن العقد قد ولد ولحقه عيب أبطله أو تخلف شرطا المشروعية فيه ،وهذا يعني أن العقد الأصلي قد وجد ثم أبطل وهنا بطلانه لا يعني اتفاقية التحكيم لأنها منفصلة عنه. كما ذكرنا عند تحديد مدلول اتفاقية التحكيم .

وقد تم الرد على هذه النظرية بالقول أن هذه النظرية حتى في القانون المدني وهو الأصل في هذه المسألة قد تم التخلي عند أغلب الفقهاء عن التفرقة بين البطلان المطلق والإنعدام وذلك لصعوبة الفصل بينهما وخصوصا في الآثار المترتبة عن كل منهما. وهي في كل الأحوال أي حتى عند الفقه الذي سلم بها فلا تطبق إلا في حالات استثنائية. وقد رد الفقهاء على هذه التفرقة بقولهم إن الهدف من إثارتها في مسائل التحكيم التجاري الدولي هو السماح لأحد الأطراف بالالتجاء إلى الحيل التسوية في الإدعاء أن هذا العقد هو منعدم وليس باطل ،والأخذ بهذه الفكرة في التحكيم التجاري الدولي سوف يزيل أهم قاعدة قد توافق عليها الجميع فقها وتشريعا دوليا وداخليا ،وهي استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي ، كما أن الأخذ بهذه التفرقة في ظل عدم وجود فوارق حقيقية بين البطلان والانعدام سوف يجعل الجميع يتمسك بكون العقد منعدم وليس باطل ،وفي ظل عدم توصل الفقه والتشريعات الوطنية والدولية إلى التفرقة بينهما فسوف يضيع المحكم في هذه المسألة دون التوصل إلى حل حاسم فيها .

فمجرد الإدعاء بانعدام العقد الأصلي لا يكفي في حد ذاته إلى استبعاد اختصاص المحكم ،إذ أن للمحكم أن يقدر مدى صحة هذا الادعاء وإذا لاحظ فعلا أن العقد الأصلي غير قائم ولا وجود له قانونا ،فإنه عليه أن يستخلص من هذا الانعدام ،الآثار المتعلقة بموضوع النزاع ،فإذا اتضح للمحكم أن الانعدام المدعى به يسري أيضا على اتفاق التحكيم ،ليس نتيجة لمجرد استخلاص هذه النتيجة من مجرد انعدام العقد الأصلي ، ولكن لأن سبب الانعدام الذي لحق بالعقد

un contrat comportant une clause compromissoire, la compétence des arbitres est alors en cause .S ‘il n’y a pas de contrat du tout ,le fondement juridique des pouvoirs de l’arbitre qui réside dans la clause compromissoire insérée au contrat, fait également ».

الأصلي لحق أيضا باتفاق التحكيم، فإنه يجب عليه في هذا الفرض، أن يرتب النتيجة الحتمية المترتبة على ذلك الانعدام لاتفاق التحكيم ذاته ويقضي بعدم اختصاصه .

و رغم الإجماع الفقهي والقضائي الذي حصل حول هذه المسألة والاتفاق على عدم الأخذ بالترفة بين البطلان والانعدام إلا أن محكمة النقض الفرنسية فاجأت الجميع في حكمها الصادر في 10 يولييه في قضية شركة Cassia ضد شركة Pia⁽¹⁾ والذي اتجهت فيه اتجاها يخالف هذا الإجماع حيث أنه قد ربطت مصير اتفاقية التحكيم بمصير العقد الذي يتضمن هذا الشرط . إذ ذهبت المحكمة إلى أنه في إطار التحكيم التجاري الدولي، فإن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يتقيد بوجود الاتفاق الأصلي الذي يتضمن شرط التحكيم المتمسك به من حيث الشكل . ويتم تقدير هذا الوجود بالضرورة وفقا للقانون الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص .

وبهذه المثابة يكون قضاء محكمة النقض الفرنسية قد كرس الفكرة التي نادى بها الأستاذ pieter Sanders في التفرقة بين البطلان والانعدام . فاتفاق التحكيم لن يكون له وجود إذا كان العقد الأصلي الذي يتضمن هذا الاتفاق لا وجود له في حد ذاته .

ولقد ذهب الأستاذ Eric Loquin⁽²⁾ إلى القول بأنه من الثابت أن انعدام الاتفاق الأصلي يفترض الغياب الكامل لرضاء الأطراف، وهذا الانعدام في الرضا يشمل كل من الاتفاق على التحكيم والعقد الأصلي . فكيف يمكن للمرء أن يتصور أن الأطراف قد اتفقت على التحكيم للفصل في المنازعات الناشئة عن عقد لم يتم التراضي عليه أصلا . فانعدام الإرادة يؤدي إلى عدم وجود لا العقد الأصلي ولا اتفاق التحكيم، والوضع يختلف بطبيعة الحال إذا كان العقد الأصلي معيبا بعبء يؤدي إلى بطلانه . فبطلان العقد الأصلي لا يؤثر بالضرورة على بطلان اتفاق التحكيم .

**Cass.civ, 10 juillet, rev.arb.1990,p.851 note J.H.Moitry et C.Verne, (1)
Clunet 1992 ,p168 note E. loquin «En matier international ,l'autonomie de la clause compromissoire trouve sa limite .en la forme,de la convention principale qui contiendrait la clause invoquée et cette existence doit necessairement s'apprécier d'après la loi qui ,selon les principes du droit international privé, régit la forme » .**

Eric .Loquin,note op.cit.,p.173 . (2)

فمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يسمح بالإبقاء على اتفاق التحكيم طالما لم يكن هذا الاتفاق في حد ذاته قد لحق به أي عيب من عيوب الإرادة التي لحقت بالعقد الأصلي وطالما لم يكن محله أو سببه مخالفا للنظام العام الدولي . أما انعدام التعبير عن رضاء الأطراف بالعقد الأصلي فإنه يؤدي إلى عدم وجود اتفاق مستقل في علاقته باتفاق آخر إذ لا يوجد أي اتفاق .

ولذلك فإنه يتعين تفسير حكم محكمة النقض الفرنسية الذي يؤكد على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه مع تقييد ذلك المبدأ بضرورة تحقق وجود هذا العقد من حيث الشكل .

وعلى الرغم من تبني محكمة النقض الفرنسية للترقية بين البطلان والانعدام ، فإن هذه التفرقة من مسألتين بطلان العقد الأصلي وانعدامه رفضتها بشكل واضح معاهدة جنيف لعام 1961 والتي نصت على أن "لمحكمة التحكيم أن تفصل في مسألة وجود وصحة العقد الذي يشكل اتفاق التحكيم جزاء منه " . وأيضاً رفضت لائحة التحكيم التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في المادة 21-2 التفرقة المتقدمة . كذلك فإن القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته اللجنة السابقة نص في المادة 16-1 على أن "تقرير محكمة التحكيم لبطلان العقد الأصلي لا يؤدي بقوة القانون إلى بطلان شرط التحكيم " . كذلك فإن لائحة التحكيم الدولي لهيئة التحكيم الأمريكية AAA الصادرة في 1 مايو 1992 في المادة 15-1 لم تأخذ بالترقية المذكورة بل إنها أعرضت عنها .⁽¹⁾

وفي ذات الاتجاه ذهبت لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية في باريس وقررت أن البطلان أو الانعدام المدعى بهما في شأن العقد لا يؤدي إلى عدم اختصاص المحكم المادة 6-4 .

وعلى هذا النحو فقد أصبح قاعدة استقلالية اتفاقية التحكيم من المبادئ المستقرة والثابتة في قواعد التحكيم التجاري الدولي وأصبحت عبارة عن قاعدة مادية عبر دولية .

(1) انظر مقالة E., Gaiard

« Arbitrage Commercial International Convention d'arbitrage. Autonomie et principe de validité, Droit applicable » .J.CI.Dr.Inter., Fasc 586 ,I nop.8.

الفرع السادس: خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك المنطبق على العقد الأصلي:

يرى الأساتذة فوشار وغيار وغولدمان في المطول⁽¹⁾ أن هذه القاعدة تمثل أثرا مباشرا لاستقلالية التحكيم عن العقد الأصلي، ومرد هذه الأثر هو اختلاف طبيعة القواعد القانونية الواجب تطبيقها عن تلك المطبقة على العقد الأصلي، فاتفاقية التحكيم تخضع للقواعد القانونية التي تحكم التحكيم التجاري الدولي، وهذه القواعد تختلف عن تلك الواجب تطبيقها على العقد الأصلي، فلو افترضنا أن العقد الأصلي يخص الصناعة النفطية فإن القانون المنطبق عليه ينبغي أن يكون ذو صلة بهذه الصناعة، وهذا القانون المرتبط بالصناعة النفطية لا علاقة له باتفاقية التحكيم التي تتعلق المسائل التي تحكمها خصوصا بإخلال أحد الأطراف بالواجبات الملقاة على عاتقه أو القيام بأعمال لم يتم الاتفاق عليها إلى غير ذلك من المنازعات المرتبطة بجميع العقود .

فاستقلالية اتفاق التحكيم تؤدي إلى قبول عدم خضوع اتفاق التحكيم بالضرورة إلى ذات القواعد التي تحكم العقد الأصلي، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قضية HECHT⁽²⁾ سنة 1972 إلى أن "لاتفاق التحكيم استقلال قانوني كامل في مسائل التحكيم الدولي".

وهذا الأثر يحقق الفاعلية في مجال استقلال اتفاق التحكيم، فلو اقتصر أثر الاستقلالية فقط على ما قد يصيب العقد الأصلي من بطلان، لكان مصير اتفاقية التحكيم مرتبطا بمصير العقد الأصلي من ناحية القانون الواجب التطبيق، وفي بعض الأحيان قد يكون القانون الواجب التطبيق يحضر

(1) المطول لفيليب فوشار وغيار وغولدمان ص 227

La possibilité pour la convention d'arbitrage d'être régie par un droit distinct

Le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage commande de considérer que celle-ci n'est pas nécessairement régie par des normes de même nature et de même origine que celles qui régissent la convention de fond. Cela se vérifie que la convention d'arbitrage doit être soumise à un droit déterminé en application de règles de conflit classiques ou que l'on admette, comme le fait la jurisprudence la plus récente, que son existence et sa validité doivent être régies par des règles matérielles au caractère international de l'arbitrage

(2) بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية،

شرط التحكيم وهذا يؤدي إلى بطلان اتفاقية التحكيم، وذلك بموجب المنع الوارد في القانون المنطبق على العقد الأصلي، فكان لزاما تكملة هذا الفصل وامتداده من الاستقلالية المادية إلى الاستقلالية القانونية .

المطلب الثاني : القاعدة الثانية :الاختصاص بالاختصاص :-Compétence Compétence

لقد اعتبر الفقه هذه القاعدة الأثر المباشر الأول للقاعدة الأصلية المتمثلة في استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي، ولقد اعتبر الفقهاء فوشار وغيار وغولدمان⁽¹⁾ أن هذه القاعدة من القواعد الأساسية في قانون التحكيم التجاري الدولي. ورغم هذه الأهمية التي أعطيت لهذه القاعدة المادية فإن بعض الفقهاء⁽²⁾ لم يكتفوا بما قيل بل زادوا على ذلك بأن جعلوا قاعدة الاختصاص

⁽¹⁾ المطول لفيليب فوشار وغيار وغولدمان، مرجع مذكور وقد نص فيه على « Comme tout principe solidement établi et soutenu par une formulation forte, le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage a souvent été invoqué pour justifier des solutions allant bien au-delà de sa justification initial .C'est ce qui s'est produit à propos de la règle de la (compétence –compétence) ainsi que du(principe de validité) de la convention d'arbitrage et du rejet de la méthode conflictuelle. »

⁽²⁾ المطول لفيليب فوشار وغيار وغولدمان، المرجع السابق وقد جاء فيه « principe d'autonomie et compétence –compétence

« le principe qui donne aux arbitres le pouvoir de stater sur leur propre compétence est l'une des règles essentielles du droit de l'arbitrage . C'est cependant de manière discutable que ce principe est souvent présenté comme le corollaire de celui de l'autonomie de la convention d'arbitrage .si l'on fait abstraction des raisons d'ordre tactique qui on pu inciter certains plaideurs à rattacher un principe aussi délicat à justifier que celui de la (compétence –compétence) au principe mieux établi de l'autonomie de la convention d'arbitrage ,on se doit de reconnaître que si ces deux principe entretiennent des rapports étroits et concourent à un même but, ils ne se recoupent que très partiellement.

Sans doute, le principe d'autonomie est le premier maillon d'un raisonnement qui permettra à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence. Grace à lui, l'argument selon lequel le contrat de fond est entaché d'un vice quelconque perd toute incidence directe sur la convention d'arbitrage et donc sur la compétence de l'arbitre .Il permet ainsi de faire justice de la contestation de la compétence tirée de l'inefficacité du contrat

بالاختصاص حصر الزاوية وإحدى أهم مبادئ النظام القانوني التحكيم، معتمدين في ذلك على مبدأ أن القضاء التحكيمي هو قضاء مواز وبديل بل هو القضاء الأمثل لحكم العلاقات الاقتصادية الدولية، وبما أنه كذلك فلا بد لهذا القضاء أن تكون له نفس الخصائص التي يتمتع بها القضاء العمومي، ويأتي على رأسها مبدأ الولاية الكاملة للقاضي العمومي، والذي يتجسد في بنود أساسية في القانون العدلي فما المقصود بهذا المبدأ.

الفرع الأول : مدلول مبدأ الاختصاص بالاختصاص: يستخدم الفقه عادة للتعبير عن اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، الألفاظ الألمانية المستخدمة من قبل الفقه الألماني والمعروفة بـ **Kompetenz-Kompetenz**.

والواقع أن المعنى الحقيقي لمصطلح **Kompetenz-Kompetenz**⁽¹⁾ لم يتم إلقاء الضوء عليه مطلقاً، على الرغم من أهمية تلك المسألة لتحديد المقصود بفكرة اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه.

إذ أنه من الثابت أن المصطلح القانوني الألماني المذكور يضيء على هذا التعبير معنى مختلفاً عما أراده الفقه من استعمال هذا المصطلح، فالمصطلح الألماني **Kompetenz-Kompetenz** يعني سلطة المحكم في أن يفصل على نحو نهائي في مسألة اختصاصه ودون الخضوع إلى أية رقابة قضائية.

صحيح أن هذه السلطة التي عنها المصطلح واستخلصت من عبارته قد أثارت جدلاً واسعاً في ألمانيا وانتهى الجدل بأن أقر فقهاء قضاء المحكمة الفدرالية لهذه السلطة وذلك بخلاف ما ذهب إليه الفقه الفرنسي والذي أبقى على الرقابة اللاحقة للقضاء العمومي، وذلك لأن المصطلح الألماني عني أن تمنح للمحكم السلطة المطلقة للفصل في مسألة اختصاصه، ودون أن يحق لأي كان أن يطعن في مدى أحقية المحكم في منح الاختصاص لنفسه أم لا.

faisant l'objet du différend. Dans cette situation ,autonomie et(compétence –compétence) se recourent et se confortent mutuellement.

(1) حفيظة السيد حداد، الموجز في نظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع مذكور ص 228.

ونظرا للصعوبات المتقدمة، ولما أثاره استخدام المصطلح الألماني من خلط وليس، ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى تحاشي استعمال المصطلح الألماني **Kompetenz-Kompetenz** واستخدام مصطلح **Compétence- Compétence** بدلا عنه والذي يشير إلى اختصاص المحكم في الفصل في مسألة اختصاصه أي أن المحكم هو المعني الأول بالنظر في ما إذا كانت المنازعة المعروضة عليه تدخل في إطار صلاحيته التي منحت له بموجب اتفاقية التحكيم أم لا، فهو يتصدى لهذه قبل أية جهة أخرى، حتى ولو تم إثارة مسألة الاختصاص أمام جهة قضائية عمومية قبل أن تثار أمام المحكم فإن هذه الجهة القضائية تمتنع عن الفصل في هذه المسألة، وإنما تحيلها إلى المحكمة التحكيمية للنظر فيها. وهذا إن دل على شيء فهو يدل على أهمية هذه القاعدة في النظام القانوني التحكيمي ومدى اعتراف الجميع بها، وقد رأى بعض الفقهاء أن هذه القاعدة هي التعبير الحقيقي عن كون التحكيم هو قضاء مستقل ومواز، كما تعتبر في نظرهم تكريس لمبدأ الرقابة الذاتية للمحكم على انعقاد ولايته فكيف يكون ذلك.

يستمد مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه من العديد من المصادر الشكلية وبالأخص المصادر الدولية متمثلة في المعاهدات الدولية، حيث كرست المادة السادسة عشرة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بقرتها الأولى هذا المبدأ مصرحة بأنه "يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك الفصل في كل دفع يتعلق بوجود أو بصحة اتفاقية التحكيم"

في حين وكما أسلفنا القول، أعطت فقرتها الثالثة للمحكمة التحكيمية الخيار في أن تفصل في الدفع بعدم اختصاصها كمسألة أولية، أو أن تؤجل الفصل فيه مع الحكم في الأصل. وهي بذلك تستعير نفس نظام التصدي للدفع الشكلية المعتمد عادة أمام قضاء الدولة في أغلب النظم الإجرائية عبر العالم.

ورغم كون مسألة الاختصاص أشد المسائل اتصالا بقيام ولاية المحكمة التحكيمية، كما أن انعدامه أو تجاوزه يعد سببا محل إجماع للطعن في الحكم التحكيمي أمام القضاء، أقره القانون النموذجي للتحكيم نفسه في المادتين 6 و32 الفقرة الثانية، فإن هذا الأخير يجيز للمحكمة التحكيمية التي أصدرت حكما تمهيدا بتأكيد اختصاصها، تم الاعتراض عليه في أجل ثلاثين يوما من الإعلام به أمام المحكمة أو أية هيئة وطنية مختصة على معنى المادة السادسة منه، أن تمضي

إجراءات التحكيم رغم ذلك الطعن ودون التوقف على صدور حكم هذه الأخيرة في المعارضة على اختصاصها .

وحرصا من القانون النموذجي على حفظ خصوصية التحكيم من جهة ،وعلى تمكينه من استنفاد ولايته على كامل موضوع التحكيم من جهة أخرى ،أجازت الفقرة الرابعة من المادة 32 للمحكمة المتعده بطلب إبطال حكم تحكيمي ،أن تعلق إجراءات الإبطال لأجل تضبطه ،حتى تتمكن المحكمة التحكيمية من استئناف إجراءاتها أو من اتخاذ أي إجراء تراه مناسبا لإزالة سبب البطلان .

ولم يكتف واضعو القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بتحويل المحكم سلطة نظر اختصاصه ،بل تجاوزا ذلك إلى تأمين استنفاد المحكم لكامل المهمة التحكيمية ،وكان ذلك تكريسا لمبدأ الولاية الكاملة للمحكم ،تأمينا لفاعلية الاتفاق التحكيمي .

فإذا ثبت وجود اتفاقية تحكيم أياً كانت صيغتها ،وتمسك أحد الخصوم بها ،فإن الاختصاص بنظر الدعاوى المشمولة بها ينعقد للمحكمن وحدهم ،والأثر الأساسي للاتفاق على التحكيم يتمثل في نقل الاختصاص من القاضي العمومي إلى المحكم القاضي .

إلا أنه يحصل أن ينازع الطرف الآخر في قيام ولاية المحكم على النزاع فيتمسك إما بعدم وجود اتفاقية التحكيم المدعى بها (inèxistence) أو ببطلانها أو بعدم شمولها لموضوع النزاع أو بعدم إلزامها له ،أو عدم نفاذها (inopèrabilité) أو بانقضائها (son extinction) لوقوع فسخها رضائيا أو قضائيا ،أو حتى بعدم توفر الشروط الاتفاقية أو القانونية لتطبيقها .

وينتج عن هذه الوضعية إشكالان :

الأول :يتمثل في معرفة لمن ترجع سلطة النظر في هذه الدفوع ،هل ترجع للقاضي العمومي خصوصا وأن النزاع يتعلق بأساس الولاية التحكيمية وبمنشئها المباشر ،وبالتالي بمدى قدرة اتفاقية التحكيم المتمسك بها على إنتاج أثرها الأساسي المتمثل في نقل الاختصاص إلى المحكمن ،أم أنها

ترجع للمحکم والقاضي مطالب برفع يده عن التراجع بصفة آلية بمجرد التمسك بوجود اتفاقية التحكيم؟

الثاني: يتمثل في مدى سلطة الرقابة الذاتية للمحکم على مسألة انعقاد ولايته، وهل من شأنها وقد ثبتت له أن تستبعد رقابة خارجية عليها؟

لقد رأينا أن التشريعات الحديثة قد أخذت بالمعنى اللغوي الذي جاء به الفقه الفرنسي **Kompetenz-Compétence- Compétence** واستبعدت المصطلح الألماني **Kompetenz** وذلك للإشكالات الفنية التي طرحها هذا المصطلح، لكن رغم ذلك فقد ظلت معظم التشريعات الحديثة تأخذ بما جاءت به النظرية الألمانية في مجال الاختصاص بالاختصاص أي اختصاص المحكمين بالنظر في كل منازعة تخصهم .

ففي ألمانيا، بعد أن كانت القاعدة اختصاص المحكم مؤقتاً للنظر في اختصاصه، إذ يبقى خاضعاً لرقابة لاحقة من قبل محاكم الدولة، فإن فقه قضاء المحكمة الفدرالية تدرج بأن بدأ بإقرار الشرط التعاقدية الذي يمنح للمحكمين صلاحية البت في مسألة الاختصاص التحكيمي بصفة نهائية ويقضي كل رقابة قضائية لاحقة، عدا ما تعلق بصحة اتفاقية التحكيم، منشئ الولاية التحكيمية كي ينتهي إلى إقرار مبدأ اختصاص المحكم باختصاصه بصفة غير مباشرة من خلال القول بوجود شرط ضمني يكرس الاختصاص بالاختصاص في كل اتفاقية تحكيم .

وفي فرنسا، لئن تم تكريس قاعدة اختصاص المحكم للنظر في اختصاصه مبكراً باعتبار المحكم مؤهلاً للبت في صحة تعهده واختصاصه، على أساس أن ذلك يمثل صلاحية مقررة لكل محكمة ولو كانت استثنائية، فإن تلك الصلاحية تبقى خاصة بصفة مبدئية للرقابة اللاحقة لقضاء الدولة، لكن الكلمة الأولى تظل دائماً للمحكم، فهو يتصدى لهذه المسألة قبل أية جهة أخرى، حتى ولو وقعت إثارتها أمام محكمة عدلية قبل أن تثار أمامه، إلا إذا كانت اتفاقية التحكيم واضحة البطلان

أما في الجزائر فقد تم تكريس هذه القاعدة وفقا للمرسوم التشريعي 09/93 المادة 458 مكرر7 والتي جاء فيها "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها .ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفع يتعلق بالموضوع".

تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بقرار أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع "

وقد أبقى المشرع الجزائري على نفس النص في تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد رقم 09/08 حيث حافظت المادة 1044 على نفس الصياغة الواردة في المادة 458 مكرر7.

الفرع الثاني: المرجعية القانونية لمبدأ الاختصاص بالاختصاص: إن مبدأ الاختصاص بالاختصاص كمفهوم عام يرتبط نظامه الإجرائي ويستند إلى مبادئ القانون الإجرائي العام، أي إلى النظام الموحد الأفقي⁽¹⁾، والذي توجه القانون النموذجي للتحكيم عندما أقر مبدأ أساسي يعزز مبدأ حرية التحكيم، ألا وهو "مبدأ الولاية الكاملة للمحكّم"، الوارد في المادة الخامسة التي تقضي

لقد تم استعمال هذا المصطلح لأول مرة من قبل الأساتذة في مؤلفهم⁽¹⁾
Guinchard.S ,M.Bandrac,X,M.douchy Droit processuel, droit commun du procès.1^{er} .éd. .Dalloz-Delta.2001 .P09.

وينطلق هؤلاء الفقهاء لتقسيم القانون الإجرائي إلى ثلاثة محاور: المحور الأول القانون الإجرائي الأفقي **droit processuel horizontal** وهو أفقي في نظرهم لأنه يتجاوز تعدد النظم القضائية الوطنية وتعدد فروع القضاء داخل النظام القضائي الواحد أدى إلى تكريس "مضمون قانون إجرائي مشترك يستند إلى مبادئ كبرى مثل الإنصاف والتزاهة وحرية اللجوء إلى القضاء وحرية الدفاع إلى غير ذلك من المبادئ الكبرى، التي تم إدماجها ضمن الالتزامات الاتفاقية الدولية، كما كرسها فقه القضاء الدستوري في إطار ما أصبح يصطلح عليه الفقه باسم القانون العدلي الدستوري أما المحور الثاني فقد أطلقوا عليه تسمية القوانين الإجرائية العمودية **droit processuel vertical** ويجمع هذا المحور النظم الإجرائية الخاصة بكل فرع من فروع القانون، مثل قانون الإجراءات المدنية، والإجراءات الجزائية، أي النظم التطبيقية، والتي يسبقها حسب تعبيرهم القانون الإجرائي الأفقي، وتتطور في كنف احترام مبادئه وقوابله.

أما المحور الثالث فيسمونه القانون الإجرائي الإستشراقي أو الدافع **droit processuel d'impulsion** ويقصد به ذلك الجزء من القانون الذي يقوم على المقاربة بين النظم الإجرائية التطبيقية الرئيسة، وهي المدني والجزائي والإداري والتفكير الإستشراقي عبر دراسة النظريات الإجرائية الكبرى الأساسية، وهي نظرية الدعوى، ونظرية الحكمة، ونظرية العمل القضائي .

بأنه في "في كل المسائل التي ينظمها هذا القانون لا يجوز للمحاكم التدخل خارج الحالات التي يذكرها" وقد رسمت كثير من القوانين التحكيمية الوطنية على هذا المبدأ حدود العلاقة بين قضاء الدولة والقضاء التحكيمي .

وتبعاً لذلك يرى الفقهاء أن المرجعية الأصلية لهذا المبدأ توجد في القانون الإجرائي العام بل وفي القضاء بصفة عامة ، فمنه استمد هذا المبدأ جذوره وأصوله فما هي هذه المبادئ الإجرائية التي استند إليها هذا المبدأ والتي أدت إلى النتيجة التي وصل إليها القانون النموذجي والمتمثلة في الولاية الكاملة للمحكم⁽¹⁾ .

المبادئ الإجرائية تتمثل في

1- مبدأ : كل قاض مختص باختصاصه : إن من المبادئ المستقرة في القانون العدلي عموماً الوطني والدولي على السواء أن : "كل قاض هو قاض اختصاصه " « tout juge est juge de sa compétence »⁽²⁾ . وهذا المبدأ ليس حكراً على قاض دون آخر ، وإنما ينطبق في القضاء العادي وفي القضاء الاستثنائي ، باعتباره يتصل مباشرة بالوظيفة القضائية ذاتها ، وبصفة القاضي . بل إن المحكمة الجنائية الدولية⁽³⁾ نفسها اعتبرته من طبيعة تلك الوظيفة ومن ضرورات ممارستها .

وقد أجرى الفقه وفقه القضاء هذا المبدأ على القضاء التحكيمي ، باعتبار المحكم يؤدي وظيفة قضائية . وهذا ما يجعل الاختصاص بنظر الاختصاص من طبيعة وظيفة المحكم القاضي كذلك وهذه الصلاحية تمثل ضرورة منطقية كذلك في ظل اعتبار القضاء التحكيمي قضاء مواز للقضاء العمومي وبالتالي يستند إلى نفس المبادئ التي يقوم عليها القضاء العمومي . كما أن المحكم هو أول

(1) لم يقف القانون النموذجي للتحكيم عند تأكيد هذه الولاية الكاملة ، بل ، وتبعته في ذلك القوانين المتأثرة به ، إلى تأمين تلك الولاية بضمان استنفاد المحكم لها دون تدخل القضاء بقدر الإمكان ، خصوصاً وقد تبين أن القانون أحاط بكل المسائل المتصلة بالتحكيم ، وأقام نظام تحكيم متكاملًا وشاملاً ، كما حاول أن يجيد تدخل القضاء بمحصره في المساعدة الضرورية ، ويجعل تدخله ، على إستثنائيته ، لا يحول دون تواصل إجراءات التحكيم .

(2) الحسين السالمي ، مرجع مذكور ص 375 .

(3) Tribunal pénal international :2/10/1995(Tadic) spèc.p14

من يتصدى لمسألة الاختصاص التحكيمي، فمن البديهي أن يكون أول من يحتكم إليه في مسألة الدفوع المتعلقة باختصاصه .

ويرى بعض الفقهاء أن هذا الأمر يعد نتيجة طبيعية وخصوصا في الفقه والقضاء الفرنسي الذي تبنى النظرية القضائية للتحكيم، في مرحلة مبكرة بل إن محكمة التعقيب الفرنسية رتبت أهم نتيجة للطبيعة القضائية للمهمة التحكيمية وهي صلاحية المحكم بنظر إختصاصه منذ 1818 بقرارها الشهير بقرار " روزلي " (1) والذي جاء فيه " حيث إنه بصفة عامة يمكن لكل محكمة ولو كانت استثنائية نظر اختصاصها . وحيث إن المحكمين هم قضاة تجاه المحكمين الذين عينوهم ... لذلك إن سلطة نظر الاختصاص تكون مشمولة في الاتفاق التحكيمي بالضرورة ،مادامت نتيجة طبيعية لصفة القاضي التي أسندها لهم الأطراف أنفسهم " .

2- مبدأ قاضي الموضوع هو قاضي الفرع : تهدف هذه القاعدة إلى تأكيد ولاية المحكمة المتعهد (ولا يشترط أن تكون مختصة بالضرورة) على كامل النزاع ،وإلى مركزته وتجميع كل عناصره الأصلية والتبعية،العارضة والمعارضة ،أو المرتبطة به ،بين يدي نفس القاضي اختصارا للكلفة وقتا و مصروفا ،وتوحيدا للرأي في نفس الخصومة .وهذه الغايات جميعها من ضمانات حسن سير القضاء وعدالته على السواء .

ويتفرع عن هذا المبدأ قاعدة "قاضي الدعوى هو قاضي الدفع" (2)، والتي تعطي للمحكمة المتعهد صلاحية نظر كل الدفوع الإجرائية ،وتقول محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة بهذا الصدد " إن رقابة صحة الإجراء ومدى مطابقتها للأوضاع القانونية من اختصاص الهيئة القضائية التي يتم أمامها الإجراء " . وقد طبّق فقه القضاء هذا المبدأ على التحكيم وأجراه على كل الدفوع

(1) Sirey 1818. 510 ;jour.aud.cass.1818 .595 Cass.req. 28 juin 1818 (Roselly)
Jour.p al. 1817-1818.947

« Attendu qu'en thèse générale tout juge même d'exception, peut statuer sur sa propre compétence.Attendu que les arbitres sont des juges ,relativement aux parties qui les ont nommés ,le pouvoir de statuer sur la compétence se trouve nécessairement dans le compromis, dès lors qu'il est la conséquence naturelle du caractère de juge dont les parties avaient investi les arbitres »

(2) احمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، مرجع مذكور ، ص 434

وبالخصوص المتعلقة منها بوجود أو بصفة أو تأويل اتفاقية التحكيم أو بتكوين هيئة التحكيم أو بإجراءات سير التحكيم .

وهذه القاعدة لا تعدوا أن تكون بدورها من ضرورات وظيفة القاضي وتابعا من توابع صفته كقاض ،وتأسيسا على هذه التبعية ،اعتمدت هذه القاعدة لتعزيز سلطة المحكم القاضي إزاء كل الدفوع والمسائل العارضة في التحكيم ،وجعل تدخل القضاء عارضا واستثنائيا وموقوفا على ترخيص القانون .

وهي تنبني كذلك على اعتبارات منطقية تتصل بحسن سير القضاء الذي يقتضي عدم تفكيك عناصر النزاع ،أو توزيعها بين جهات قضائية متعددة ،أو حتى بين محاكم مختلفة ضمن نفس جهة القضاء .فالقواعد المتعلقة بالاختصاص عموما تدور حول فكرة "مركزة النزاعات" (Concentration des litiges) وتجميعها بين يدي نفس المحكمة .

وفكرة تركيز النزاع تقتضي أن لا يقع إخراج بعض المسائل عن نظر القاضي المتعهد بالقضية إلا في حالات استثنائية ،وعلى رأسها التي تخرج عن مرجع نظره أما المسائل المتصلة بصفة تعهده أو بالدفوع المشتركة بين كل القضايا من ذات الصنف واللصيقة بولايته ، والتي من شأنها أن تطرح بشكل مستمر في أية قضية ،فإنها تكون حتما من أنظار كل قاض متعهد بدعوى ما . وتدخل ضمن مثل هذه المسائل تلك المتعلقة بشروط صحة رفع الدعوى مثل والصفة والمصلحة "المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية" والأهلية رغم الخلاف الفقهي حولها اشتراطها من عدمه⁽¹⁾ أو المسائل المتصلة باختصاص المحكمة المتعهد ،المسائل المتعلقة بالعقار ،فهي من اختصاص كل محكمة متعهد ،ولو كانت القاضي الاستعجالي .

(1) لقد ثار هذا الخلاف بخصوص تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية ففي القانون رقم 80/71 كانت المادة 459 منه تنص على أنه لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا لصفة وأهلية التقاضي ،وله مصلحة في ذلك . أما في القانون الجديد رقم 09/08 فقد نصت المادة 13 منه على انه لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة ،وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون . والملاحظة التي أثارها الخلاف الفقهي هو أن المشرع في هذه المادة وبخلاف المادة 459 لم يأتي على ذكر الأهلية كأحد شروط رفع الدعوى ،فذهب رأي تزعمه الأستاذ سائح سنقوقة بأن المشرع قد تخلى عن هذا الشرط . ولكن كان هناك رأي آخر للأساتذة بربارة عبد الرحمان وعبد السلام ديب الذين رأوا أن الدعوى في الفقه الحديث لم تعد تشكل شرطا من شروط الدعوى ولكن شرطا لممارستها أي لصحة الخصومة .

لذلك ارتبطت قاعدة اختصاص القاضي بالبت في اختصاصه بمبدأ أساسي في ميدان الإجراءات وهو "قاضي الأصل هو قاضي الدّفع". وطالما أن التمسك بعدم اختصاص المحكمة لا يتصور منطقاً إلا على سبيل الدّفع (par voie d'exception)، وليس عن طريق الدّعى (par voie d'action)، فإن المحكمة المتعهدّة، مهما كانت درجتها أو طبيعة اختصاصها، يحق لها النظر في مثل هذا الدّفع⁽¹⁾.

فكما يحق لكل محكمة وقع تعهدها بالنظر في القضية لعدم توفر عنصر الصفة أو المصلحة أو الأهلية في جانب المدعي، أو لبطلان عريضة الدّعى، أو لعدم احترام آجال الإستدعاء أو الحضور، فإنه يحق لها رفض الدّعى لعدم أهليتها قانوناً لنظرها.

وعلاقة التحكيم بهذا الأمر تأتي من خلال التطور الذي شهده التحكيم في المجال بالخصوص، من جهة تحرره، وتعزيز سلطات المحكم، ومنحه صلاحية الحكم طبق قواعد العدل والإنصاف في ظل جل التشريعات في العالم دون تحريره من مبادئ القانون الأفقي، إلى جانب القبول الذي أصبح يلقاه التحكيم من قبل محترفي التجارة الدولية بالخصوص، والمتعاملين الاقتصاديين عموماً، كلها عوامل أدت إلى ترسيخ فكرة مفادها أن المحكم هو القاضي الطبيعي للتراعات المتعلقة بالتجارة. فكان من الطبيعي الرجوع إلى الأصل والقول إن للقضاء التحكيمي ما لكل قضاء ومن ذاته الاختصاص بنظر اختصاصه.

ووفقاً لهذه المحصلة فقد تبين أن علاقة المحكم بالقضاء العمومي ليست هي علاقة نيابة أو تفويض كما رأى الفقه التقليدي الذي اعتقد أن اختصاص المحكم إنما هو اختصاص استثنائي ومحدود يمنحه القضاء العمومي للمحكم.

وبالتالي فقد اندثرت هذه الفكرة، وتمّ الإقرار بمبدأ اختصاص المحكم للنظر باختصاصه مع تمتع المحكم بالولاية الكاملة في هذه المسألة، وقد أخذت جل التشريعات الوطنية والدولية بهذا المبدأ

للإحاطة بالموضوع أكثر يمكن الاستعانة بالمؤلفات التالية قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسناح سنقوقة، الجزء الأول، ب ط، 2011 دار الهدى ص 47، و كتاب عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر، الطبعة الثانية، 2011، ص 61 وما بعدها

(1) احمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 434.

وأصبح قاعدة موضوعية عبر دولية ومن المبادئ العامة الآمرة التي لا يمكن لأي تشريع وطني أو دولي ولا لأي تحكيم حر أو مؤسسي أن يتجاوزها .

ويتأكد مما تقدم وحدة نظام التقاضي في القضاء التحكيمي والقضاء العمومي ،على مستوى سلطة الحكم وعلى أساس مسلّم أن الوظيفة تصنع عضوها .أي أن نظام الوظيفة القضائية كما سبق القول في بداية هذه الدراسة هو الذي جعل من المحكّم قاضيا وهو الذي منحه نفس المكنتات الوظيفية التي منحت للقاضي العمومي لكونه يسعى لتحقيق غاية القانون النفعية مثله مثل القاضي العمومي ولذلك ينبغي أن يمكن مثله .

المطلب الثالث : القاعدة الثالثة : تعذر الرجوع عن التحكيم بالإرادة المنفردة

باعتبار أن اتفاقية التحكيم هي قبل كل شيء هي عبارة عن عقد ملزم لجانبين أو عقد من نوع العقود التبادلية ،والذي يقصد به ذلك النوع من العقود الذي يرتب التزامات متقابلة ومرتبطة بعضها ببعض يلتزم بها كل أطراف العقد . وهذا يعني أن كل متعاقد يكون دائما وفي نفس الوقت مدينا نحو المتعاقد الآخر، مما يجعل من اتفاقية التحكيم عقدا محصنا من أن يفرضه أحد أطراف العقد بإرادته المنفردة ودون موافقة الطرف الآخر.

وأول ما طرحت مسألة إنهاء اتفاقية التحكيم بإرادة أحد الأطراف كان فيما يتعلق بالعقود الإدارية الدولية ويطلق عليها كذلك تسمية عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية⁽¹⁾ ،وهي تلك العقود التي تكون الدولة أو أحد ذواتها طرفا فيه واختصت هذه العقود بهذه الإشكالية على اعتبار أن أطراف العقد ليسوا سواء في مراكزهم القانونية على الأقل بالنسبة للبعض فقد ذهب بعض الفقه إلى أن الدولة حتى وإن اضطرت للجوء للتحكيم فإنها تظل متمتعة بسيادتها التي تمنحها الحصانة والتي تجعلها عصية على المقاضاة إلا أمام قضائها العمومي .فوفق هذا المنظور التقليدي فإن الحصانة مرتبطة ارتباطا عضويا بالسيادة ،وقبول الدولة بمقاضاتها أمام هيئة تحكيمية يعد تنازلا من الدولة أو أحد ذواتها عن سيادتها وتخليها عنها . والملاحظة الجديرة بالذكر أن هذا المنظور هو نفسه ذلك المنظور الذي تحدث عن دونية التحكيم واعتباره قضاء استثنائيا وطارئا وليس نداء للقضاء

(1) حفيظة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب

التطبيق، ب ط، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2001 ، ص 6

العمومي فكيف للدولة وأجهزتها أن تحاكم أمام قضاء أقل شأنًا من قضائها العمومي . ومن هنا فإنه يحق للدولة أن ترفض اتفاقية التحكيم ولو من جانبها ودون موافقة الطرف الآخر حتى ولو قبلتها ابتداءً والتزمت بها إلا أن تمتعها بالحصانة يعطيها ذلك الحق .

لقد تم نقد هذا التصور باعتباره تصور للحصانة المطلقة الذي كان يرتبط بمفهوم الدولة الحارس الذي لا يرى فيها سوى مظهر السلطة العامة ولا في نشاطها إلا الجانب السيادي المرفقي وبدخول الدولة معترك المعاملات الخاصة والتجارة وقيامها بنفس النشاطات التي يقوم بتصرفات أشخاص القانون الخاص، تطور مفهومها من الدولة الحارس إلى الدولة شخص القانون .

وبهذا التطور انتقلت حصانتها من حصانة مطلقة إلى حصانة نسبية . وأصبح بالإمكان مقاضاة الدولة في شأن نشاطها الخاص وغير السيادي وحتى التنفيذ على أموالها غير المرصودة لنشاط السيادة . ثم امتد خضوع الدولة للتقاضي من قضاء دولة أخرى إلى التحكيم، حتى أصبح التحكيم إجبارياً بالنسبة إليها في مجال الاستثمار الدولي إذ هي تجر إليه جراً بإرادة منفردة من المستثمر والذي قضى على قاعدة الحجر على الدولة وعلى ذوات القانون العام التابعة لها من المقاضاة أمام هيئة تحكيمية، والتي نشأت بالخصوص في ظل الفقه الفرنسي الذي ظل مغلقاً على مسألة مقاضاة الدولة أمام هيئة تحكيمية وظل متمسكاً بفكرة أن الدولة أو أحد أجهزتها لا تقاضى إلا أمام القضاء الإداري .

الفرع الأول : الموقف الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية الدولية : تبني المشرع

الفرنسي في بداية الأمر موقفاً عدائياً بصدد إمكانية قبول التحكيم في العقود الإدارية واعتبرت هذه القاعدة بمثابة قاعدة مادية تبناها الفقه والتشريع الفرنسي، حيث نصت المواد 83-1004 من قانون الإجراءات المدنية والتي أصبحت بمقتضى القانون الصادر في 5 يوليو 1972 تشكل المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي على أنه "يحضر قبول شرط التحكيم في المنازعات التي تخص الهيئات أو المؤسسات العامة" (1) .

(1) حفيظة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب

قبل الخوض في مسألة الخلاف الفقهي والقضائي الذي قام بين دعاة قصر هذا الحجر على القانون الداخلي وبين اعتبار أن الحجر يشمل التحكيم التجاري الدولي كما يشمل التحكيم التجاري الداخلي، علينا القول أن هذه القاعدة المادية التي أنشأها فقه القضاء الفرنسي ما هي في الحقيقة، إلا قاعدة فرعية خرجت من قاعدة أصيلة تمثلت في أن الدول لا يحق لها التنصل من اتفاقية التحكيم بعد أن توافق عليها بحجة وجود نص تشريعي أو اجتهاد قضائي في قانونها الوطني يمنعها من تنفيذ هذه الاتفاقية، وهذه القاعدة الأصيلة هي التي جعلت الفقه وفقه القضاء الفرنسي يضعان هذه القاعدة المتمثلة في أن المنع الوارد في النصوص التشريعية لا يسري على عقود الدولة ذات الطابع الإداري الدولي، وقد أدى هذا الإقرار إلى مسألة أخرى أكثر أهمية وهي علوية المصادر الدولية على المصادر الوطنية، وإن كانت هذه القاعدة مطبقة في جميع فروع القانون إلا أنها في التحكيم التجاري الدولي أكثر أهمية وذلك بحكم أن التحكيم التجاري الدولي لم يبلغ التطور المنشود إلا بناء من مصادره الدولية، مما يعطي للمصادر الدولية تشريعية كانت أو فقهية مكانا علويا على بقية المصادر.

أما مسألة الخلاف المتعلقة بالحجر على ذوات القانون العام في اللجوء إلى التحكيم التجاري، فقد ظهر هذا الخلاف بين أنصار القانون الإداري ممثلا في مجلس الدولة الفرنسي الذين رأوا أن المؤسسات العامة لا تقاضى إلا أمام القضاء الإداري وذلك بغض النظر إن كان هذا العقد دوليا أو داخليا فالمسألة عندهم لا تتعلق بطبيعة العقد وإنما تتعلق بطبيعة أطراف العقد، ومدام أن أحد هذه الأطراف هو مؤسسة عامة فإن القضاء الإداري هو المختص، أما القضاء العادي والذي تزعمته محكمة استئناف باريس فكان ينظر إلى طبيعة العقود وليس أطراف العقد، فإن كان العقد دوليا فإن الحجر الوارد في المادة 83-1004 من قانون الإجراءات المدنية ثم المادة 2060 من القانون المدني التي ألغت المواد السابقة لا يسري إلا على التحكيم الداخلي دون الدولي، ولقدت بدأت ملامح هذا التوجه في الظهور بحكم محكمة استئناف باريس في قضية Myrtoon Steamship الصادر في 10 ابريل 1957⁽¹⁾ وفي نفس الاتجاه ذهبت محكمة النقض الفرنسية

⁽¹⁾ Paris, 10 avril 1957, J.C.P., 11, 10078 note Motulsky ; Clunet 1958, p.1002 note B.Goldman, Rèv.Crit, 1958, p.120 note. Loussouarn ; paris, 21 fèv. 1961, Clunet 1963, p.153 chr Sialelli

في قضية San Carlo⁽¹⁾ حيث انتهت إلى عدم سريان الحظر الوارد في قانون المرافعات الفرنسي

على الدولة والوحدات العامة في قبول شرط التحكيم في إطار العلاقات الدولية .

وأصبحت هذه القاعدة التي أنشأها فقه القضاء الفرنسي عبارة عن قاعدة مادية تعالج مسألة أهلية الدولة للتحكيم فجاءت مختلف الأحكام الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية في أن المنع الوارد في قانون المرافعات الفرنسي ثم في القانون المدني الفرنسي هو منع يتعلق فقط بالتحكيم الداخلي دون الدولي ، ولم تكتف محكمة النقض الفرنسية في كون هذه القاعدة تحكم التشريعات الفرنسية فقط بل قامت بمد نطاق هذه القاعدة إلى التشريعات الأجنبية حيث أنها رأت أن المنع الذي يرد في أي تشريع أجنبي والذي يحظر على ذوات القانون العام اللجوء للتحكيم هو منع يعمل به في إطار العلاقات الوطنية البحتة دون العلاقات الدولية ، حيث قضت في حكمها الصادر في 24 فبراير 1994 في المنازعة القائمة بين الوزارة التونسية للإنشاء والتعمير والشركة الفرنسية Frères Bec بأن الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم يعمل به في إطار العلاقات الوطنية ومثل هذا الحظر لا يعد متصلا بالنظام العام الدولي .

ويكفي للحكم بصحة شرط التحكيم الوارد في عقد الأشغال العامة ، أن يكون هذا الشرط واردا في عقد دولي مبرم للوفاء باحتياجات التجارة الدولية وفقا للشروط المتماشية مع أعراف هذه التجارة⁽²⁾ .

(1) C.Cass 14 avril 1964 Clunet 1965 ,p.646 note Goldman.

حيث قضت محكمة النقض

« L'interdiction faite à l'Etat et aux établissements ... ne soulevait pas un problème de capacité au sens de l'article 3, alinéa 3 du code civil ; que la Cour d'appel avait seulement à se prononcer sur le point de savoir si cette prohibition générale, édictée dans les contrats internes, devrait encore s'appliquer à un contrat international de droit privé, passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce maritime ; qu'à bon droit, la Cour d'appel a estimé que cette question relevait de loi du contrat, et non de la loi personnelle de parties contractantes »

(2) C.Appel de Paris (1^{er} .ch.c.), 24 fèv. 1994, Rèv .arb. 1995, p. 275 et s .note Y evs Gaudemet . =

ومن أجل تكريس هذه القاعدة المادية ذهبت محكمة استئناف باريس في حكم حديث لها نسيبا صادر في 13 جوان 1996⁽¹⁾ إلى القضاء بأن :

"الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم وأيا ما كان السبب الذي يستند إليه، يعمل فقط في إطار العقود الوطنية ولا يعد هذا الحظر من قبيل القواعد المتصلة بالنظام العام الدولي والذي يحظر على العكس، على الشخص العام المتعامل على مسرح التجارة الدولية من أن يتمسك بالنصوص المقيدة الواردة في القانون الوطني أو في القانون الحاكم للعقد من أجل التنصل من اتفاق التحكيم المتفق عليه مسبقا".

ولقد صدر هذا الحكم المتقدم في المنازعة الناشئة بين كل من الشركة الإيطالية Icori Estero والشركة الكويتية للتجارة والمعاملات الخارجية والاستثمار (KFTCIC) Kwait .Foeign Trading Contracting and Investment

وقائع القضية :أعلنت الشركة الكويتية (KFTCIC) عن مناقصة دولية في عام 1983 بغرض بناء مقر لسفارة دولة الكويت في الجزائر.⁽²⁾

ولقد تم رسو هذه المناقصة على الشركة الإيطالية Icori Estero. ونص في عقد التشييد المبرم بين الشركتين في أول مايو 1985 على أن هذا العقد يخضع للقانون الجزائري وأن السعر المتفق عليه جزافي *forfaitaires* وغير قابل للتعديل وأن الدفع سوف يكون بالدولار وأن أية مشكلة أو منازعة مع رب العمل أو المقاول أو المهندس أثناء تنفيذ الأعمال تخضع أولا إلى المهندس والذي يجب أن يصدر قرارا في خلال 90 يوما ويعد هذا القرار نهائيا وملزما للأطراف ،وإلا تعين أعمال إجراءات التحكيم المنصوص عليها في المادة 76 من الشروط الخاصة من الFIDIC.

« La prohibition pour un Etat de compromettre est limitée aux contrats d'ordre interne ;cette prohibition n'est en conséquence pas d'ordre public international ;pour valider la clause compromissoire incluse dans un marché, il suffit de constater l'existence d'un contrat international pour les besoins et dans les condition conformes aux usages du commerce international »

(1) C.Appel de paris ,13 juin 1996,Clinet 1997 ,p.151 et s .,note

E.Loquin,Rèv. Arb.1997 ,p.251 note E.Gaillard.

(2) حفيظة السيد حداد ،الموجز في النظرية التحكيم التجاري الدولي ،مرجع سابق ،ص 368 وما بعدها.

ونظرا لانخفاض سعر الدولار الأمريكي، وعلى الرغم من الشروط التعاقدية بشأن عدم إمكانية مراجعة السعر، فإن الشركة الإيطالية تقدمت في عام 1987 بطلب من أجل زيادة السعر، مستندة في ذلك إلى نصوص القانون الجزائري الخاصة بفكرة تغير الظروف **Imprévision**، وهو الطلب الذي رفضته الشركة الكويتية وتم عرض هذا الأمر على المهندس.

ولقد قام المهندس بالرد على هذا النزاع في 24 مارس 1987 بخطاب أثارت طبيعته ومضمونه الكثير من الجدل بين أطراف النزاع واستندت عليه الشركة الإيطالية من أجل أن تحدد طلبها في التعويض المالي عند إتمام الأعمال.

وبتاريخ 30 يونيو 1988 أعطى المهندس الحق للشركة الإيطالية في أن تحصل من الشركة الكويتية على مبلغ 3,433,155,29 دولارا. وفي أعقاب هذا القرار قامت الشركة الكويتية بتحريك إجراءات التحكيم⁽¹⁾، واتفقت الأطراف على اختيار باريس كمقر للتحكيم واختيار لائحة التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لتسري على إجراءات التحكيم.

ولقد انحصر النقاش بين الأطراف أمام هيئة التحكيم في بادئ الأمر على تحديد طبيعة الخطاب المرسل من المهندس في 24 مارس 1987. وفي هذا الشأن انتهت هيئة التحكيم إلى إصدار حكم تمهيدي في 25 أكتوبر 1987 مفاده أن هذا الخطاب يعد قرارا في مفهوم الشرط 27 من شروط التحكيم وفقا لقواعد FIDIC والتي تتطلب من أجل إعمال إجراءات التحكيم ضرورة صدور قرار من المهندس، ولقد طعنَت الشركة الكويتية على هذا الحكم التمهيدي بالبطلان أمام محكمة استئناف باريس مستندة إلى عدم صحة تشكيل هيئة التحكيم لعدم استقلالية رئيس هيئة التحكيم عن الأطراف وإلى عدم تسبب حكم التحكيم، وعدم وجود اتفاق على التحكيم إذ أن المحكمين فصلوا في المنازعة دون اتخاذ إجراءات وثيقة المهمة **acte de mission**.

ولقد قضت محكمة استئناف باريس في 28 يونيو 1991 برفض الطعن بالبطلان وتم استئناف إجراءات التحكيم⁽²⁾.

(1) حفيظة السيد حداد، المرجع السابق ص 368.

(2) نفس المرجع ص 369.

وبتاريخ 29 ديسمبر 1993 أصدرت هيئة التحكيم حكماً نهائياً ذهبت فيه إلى صحة شرط التحكيم وأن الخطاب الصادر عن المهندس هو قرار نهائي، إذ لم يشرع في اتخاذ أي إجراءات تحكيمية ضده في الفترة المحددة زمنياً لذلك وفقاً لقواعد F.I.D.I.C وأن الإخلال الاقتصادي بالالتزامات الناشئة عن العقد استمرت بعد 24 مارس 1987 وأن النصوص المتعلقة بالنظام العام في القانون الجزائري والخاصة بتغير ظروف العقد، تخول الشركة الإيطالية الحق في التعويض على الرغم من الشرط التعاقدية بثبات السعر المتفق عليه بين الأطراف .

وبناء على ذلك أصدرت هيئة التحكيم حكماً بإلزام الشركة الكويتية بدفع مبالغ متعددة للشركة الإيطالية علاوة على فائدة تقدر بنسبة 14% سنوياً .

ولقد طعنت الشركة الكويتية على هذا الحكم بالبطلان مستندة في ذلك الطعن على العديد من الأسباب . وأهمها هو الطعن بالبطلان بسبب بطلان اتفاق التحكيم ذاته . إذ قدرت الشركة الكويتية أن المبدأ المستخلص من النظام العام الدولي والذي يقضي بصحة شروط التحكيم الواردة في العقود التجارية المبرمة من قبل الدولة من أجل حاجة المعاملات الدولية ، لا يعمل به في العقد المبرم بين الشركة الكويتية والتي أبرمتها بصفتها ممثلة لدولة الكويت من أجل بناء مبنى عام بطبيعته مخصص من أجل أن تمارس فيه هذه الدولة المزايا التي تتمتع بها بصفتها دولة . وبهذه المثابة ، فإن التصرف الصادر عن الشركة الكويتية يتعلق بأحد المقاولات العامة والتي لا تتعلق بالنظر لموضوعها والطرق التي تنفذها بمصالح التجارة⁽¹⁾ .

وحيث أن الأطراف قد اتفقت صراحة على إخضاع العقود المبرمة بينها إلى القانون الجزائري وتشبيه الشركة الكويتية بأي شخص عام جزائري فيما يخص تنفيذ العقد المائل ، فإن قواعد النظام العام في القانون الجزائري ولا سيما المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري التي تحظر على الأشخاص الاعتبارية العامة قبول التحكيم يتعين إعمالها وهو ما يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم موضوع المنازعة .

(1) حفيظة السيد حداد المرجع السابق ص 370 - 371

ولقد رفضت محكمة استئناف باريس هذا النظر وذهبت إلى القضاء بأن الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم يعمل به في إطار العقود ذات الطابع الداخلي وأنه غير متعلق بالنظام العام الدولي .

والواقع أنه بمقتضى هذا الحكم قد نشأت قاعدة مادية عبر دولية ،فهذا الحكم نقل القاعدة المادية التي أنشأها القضاء الفرنسي والتي تقر عدم سريان الحظر الوارد على الدولة أو المؤسسات العامة في قبول التحكيم ،والتي كان يعمل بها فقط في إطار القانون الفرنسي والدولة الفرنسية دون أن تشمل الكيانات العامة غير الفرنسية ،فأصبح بمقتضى هذا الحكم يعمل بها أيضا في مواجهة الحظر الوارد في القوانين الأجنبية .فالقضاء الفرنسي جعل من هذه القاعدة قاعدة مادية عبر دولية

- موقف مجلس الدولة الفرنسي من مسألة قبول التحكيم في العقود الإدارية الدولية :قضى مجلس الدولة في أكثر من مناسبة ببطلان شرط التحكيم الوارد في العقود الإدارية مستندا في ذلك إلى نصوص القانون الفرنسي وإلى أن اختصاص المجلس بنظر النزاعات التي تكون الأشخاص العامة طرفا من النظام العام ولا يمكن مخالفته .

ولقد أدى هذا التناقض في موقف كل من القضاء العادي وقضاء مجلس الدولة إلى تدخل المشرع الفرنسي للحد من نطاق تطبيق القاعدة التي تمسك بها مجلس الدولة بشأن عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية دولية كانت أم داخلية .

وأهم تدخل تشريعي في هذا المجال هو القانون الذي صدر في 19 أغسطس/أوت 1986 الذي أجاز للدولة ومقاطعتها ومؤسساتها العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية وذلك استثناء من حكم المادة 2060 من القانون المدني التي كانت تحظر على الدولة ومؤسساتها العامة اللجوء إلى التحكيم⁽¹⁾ .

واشترط هذا القانون لتطبيقه ما يلي :

(1) حفيظة السيد حداد ،الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق ،مرجع سابق ،ص 33 .

1- أن يكون العقد مبرما مع شركة أجنبية أي يكون عقدا دوليا ومن ثم لا ينطبق هذا الاستثناء على العقود التي تبرم مع شركات وطنية .

2- أن يكون العقد بخصوص مشروع ذا نفع قومي حتى يبرر اللجوء إلى التحكيم .

3- اشتراط صدور مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم وذلك يكون في كل حالة على حدة.

ولقد صدر القانون المتقدم والمعروف بقانون "يورو ديزني لاند" بسبب تصميم الشركة الأمريكية Walt Disney على ضرورة تضمين العقد المبرم بينها وبين مقاطعة Val de Marne والمؤسسة العامة للمدينة الجديدة Marne la Vallée على شرط التحكيم وخاصة بعد أن رفض مجلس الدولة إدراج شرط التحكيم في هذا العقد على اعتبار أنه يتعلق بالنظام القانوني الداخلي الفرنسي ويعد بهذه المثابة مخالفا للنظام العام في فرنسا ، علاوة على أن شروط تطبيق المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي غير متحققة في واقع الحال حيث أنها لا تسمح إلا بعقد مشاركة التحكيم لتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد ، وذلك بعد نشأة النزاع .

الفرع الثاني :موقف المشرع الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية الدولية

قبل الحديث عن التحكيم في العقود الإدارية الدولية في ظل النظام القانوني الجزائري ، علينا التطرق إلى مسألة قد أثار جدلا واسعا لدى الفقهاء الجزائريين وهي إنكار المشرع الجزائري للتحكيم التجاري الدولي من عدمه على الأقل قبل إصدار المرسوم التشريعي 09/93 .

أولا : واقع التحكيم التجاري في النظام القانوني الجزائري قبل إصدار المرسوم التشريعي

. 09/93

لقد ذهبت غالبية الفقه إلى أن النظام القانوني الجزائري قبل إصدار المرسوم 09/93 لم يكن يعترف بمسألة التحكيم إطلاقا، وحثتهم في ذلك هو عدم وجود نص قانوني صريح يبيح

التحكيم التجاري الدولي، وعدم انضمام الجزائر لمختلف المعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم، ولو أنهم قد اعترفوا بأن المشرع الجزائري لجأ إلى التحكيم في عدة قضايا وهنا تكمن المفارقة فمن جهة المشرع ينكر التحكيم على الإطلاق ومن جهة أخرى يمارسه واقعا ولذلك قالوا بأن المشرع رفضه قانونا ومارسه واقعا، ومن أهم الفقهاء الذين أخذوا بهذا المذهب الأستاذ نور الدين تركي والقاضي بجاوي محمد عندما تحدث عن أسباب الرفض الخاصة بكل دولة ومنها الجزائر وذكر في الأسباب الاقتصادية ما يلي

"لقد شيدت الدول العربية وخاصة الجزائر اقتصاديتها على تدخل الدولة، فأصبحت الدولة تاجرا مستثمرا، صناعيا، مقاولا، ناقلا، مؤمن.⁽¹⁾

رغم ذلك فالضرورة الاقتصادية ألزمت الجزائر اللجوء إلى التحكيم في الواقع، رغم أنها تبنت تشريعا يمنع اللجوء إلى التحكيم

وهناك جانب من الفقهاء خالف هذا القول مثل الأستاذ بن شنب الذي اعتبر مبدأ العدا هو مجرد زعم غير مؤسس لأنه:

1- عند التطرق إلى العقود التي أبرمتها الجزائر مع الدول الأخرى غير فرنسا نلاحظ شرط التحكيم فيها ، وهذا دليل على عمل المشرع آنذاك بمبدأ سلطان الإرادة والمستمد من المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن "العقد شريعة المتعاقدين"، والمثال على ذلك الاتفاق الجزائري المغربي في مجال النقل الجوي، الذي نص على شرط التحكيم بموجب المادة 22 التي بينت إجراءات التحكيم، كما أن الاتفاق الجزائري الدنمركي المتعلق بالقرض، يحيل الأطراف إلى التحكيم في حالة حدوث نزاع⁽²⁾.

(1) عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثالثة، 2005، ص23

(2) محمد كولا ، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات البغدادي 2008، ص21

2- موقف الخطاب السياسي آنذاك، لم يكن يقصد رفض التحكيم بل كان يطالب بإعادة صياغة النظام العالمي الاقتصادي ككل، ومن ثم نظام التحكيم وبالتالي لا يوجد رفض جذري للتحكيم بل رفض نظام غير عادل لم تساهم الدول النامية في وضعه.

ولقد أصاب الأستاذ بوشنب⁽¹⁾ في قوله ، أن المشرع الجزائري لم ينكر التحكيم التجاري الدولي وإنما أنكر النظام الدولي وأضيف إلى هذا القول مجموعة من الدلائل على عدم إنكار المشرع الجزائري للتحكيم التجاري الدولي:

- أن المشرع الجزائري لم ينكر التحكيم التجاري الدولي ، وإنما أنكر التحكيم في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية وحجتنا في ذلك ماجاءت به المادة 442 الفقرة الثالثة من الأمر رقم 66/154 من قانون الإجراءات المدنية، والتي نصت على أنه " لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العاميين أن يطلبوا التحكيم "

ورغم أن في الفترة التي صدر فيها قانون الإجراءات المدنية كان المشرع الجزائري قد تبني المذهب الاشتراكي في جميع مفاصل الدولة ، وبالخصوص الجوانب الاقتصادية وقد كانت مختلف المنشآت الاقتصادية تعتبر بمثابة الأشخاص الاعتبارية العامة ، وبالتالي لا يجوز فيها التحكيم إلا أن الواقع العملي جعلنا نفرق بين المؤسسات العامة ذات الطبيعة الاقتصادية مثل سوناطراك، ومركب الحديد والصلب، والخطوط الجوية الجزائرية والمؤسسات ذات الطابع الإداري البحت مثل الولاية والبلدية.

و من الواضح أن السبب الذي دفع المشرع الجزائري إلى رفض التحكيم في المنازعات الخاصة بالأشخاص الاعتبارية العامة، هو طبيعة تلك العقود التي كان يعتبرها المشرع عقودا إدارية لا يجوز إخضاعها لغير القانون الوطني.

(1) محمد كولا، المرجع السابق ص 22

- الاتفاقيات الدولية المبرمة بين الشركات العمومية الجزائرية والشركات الأجنبية ، وقد كانت أولى هذه الاتفاقيات بعيد الاستقلال مباشرة ونذكر منها اتفاق جيتي المبرم سنة 1968 وهو اتفاق خاص بالبحث عن الوقود واستغلاله بين شركة الوطنية للمحروقات(سونطراك) وشركة جيتي بترو ليوم كومباني الأمريكية وكذا برتوكول اتفاق يتعلق بنشاطات الأبحاث والبحث عن الوقود وإنتاجه في الجزائر من قبل هذه الشركة وقد صدر هذا الاتفاق في الجريدة الرسمية في الأمر رقم 591/68 المؤرخ في 10/31 /1968 .

- لقد فرق المشرع الجزائري بين فترة ما قبل التأميم وما بعدها فقد أصبح بعد التأميم عداؤه للتحكيم أكثر رسوخا منه قبل التأميم لكن بالعودة إلى الأمر رقم 24/71 المؤرخ في 12/04/1971 المعدل للقانون البترولي الصحراوي لسنة 1958 الذي أمم قطاع المحرقات بنسبة واحد وخمسون بالمائة ، إن هذا الأمر لم يبلغ التحكيم إلا فيما يتعلق بالحماية البترولية وذلك بمقتضى المادة السابعة منه والتي نصت على إخضاع الحماية البترولية إلى القضاء الوطني إذ نصت على "إن الخلافات المتعلقة بالضرائب المذكورة ، تكون من اختصاص المجلس الأعلى ابتدائيا ونهائيا"⁽¹⁾

إضافة إلى ما قيل نلاحظ أن الفترة التي تلت التأميم قد عرف النظام القانوني الجزائري فيها عدة اتفاقيات نذكر منها الاتفاق الجزائري مع غينيا بيساو⁽²⁾ حول النقل الجوي الموقع عليه بالجزائر بتاريخ 05/02/1975 وقد تضمن هذا الاتفاق شرط التحكيم

العقد المبرم بين شركة رفيعة وشركة سنباك فقد تضمن العقد المبرم بينهما "يسرى على العقد القانون الجزائري وفي حالة الاختلاف في حل النزاع بالطرق الودية يلجأ الطرفان إلى التحكيم عن

(1) أمر رقم 24/71 المؤرخ في 12/04/1971 المتضمن تعديل الأمر رقم 58 /11/11 المؤرخ في 22 نوفمبر

1958 والمتعلق بالبحث عن الوقود واستغلاله ونقله بواسطة القنوات و المتضمن النظام الجبائي الخاص بهذه النشاطات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 30 السنة الثامنة الصادرة بتاريخ 13/04/1971

(2) محمد كولا ، المرجع السابق ، ص 24

طريق الغرفة التجارية الدولية بباريس ويتم اختيار المحكمين حسب النظام ، ويفضل أن يكون محل التحكيم بالجزائر".

وهناك عدة اتفاقيات مشابهة مثل الاتفاق الخاص بالشركة الوطنية للحديد والصلب الذي أحال الأطراف في حالة عجز القانون الجزائري إلى الغرفة التجارية الدولية بستوكهولم للفصل في النزاع

ولقد استمر المشرع الجزائري في العمل بالتحكيم التجاري الدولي حتى مرحلة إصدار قانون 09/93⁽¹⁾ الذي أزال اللبس والغموض عن النظام القانوني الجزائري ، ولم يكن إصدار هذا المرسوم بمثابة الخروج من مرحلة المنع والحظر إلى مرحلة الإجازة والإباحة كما يقول بعض الفقهاء، باعتبار أن المشرع الجزائري لم ينكر التحكيم التجاري الدولي كما سلف القول بقدر ما هو نقلة نوعية للنظام القانوني التحكيمي الجزائري ، فقد جاء هذا المرسوم بأمر غاية في الأهمية.

- فقد أباح للأشخاص المعنوية العامة التابعة للقانون العام اللجوء إلى التحكيم في علاقاتهم التجارية الدولية.

- هذا المرسوم يعتبر بمثابة أول قانون إجرائي خاص بالتحكيم عرفه التنظيم القانوني الجزائري.

- لقد أدخل مجموعة من المفاهيم كانت غائبة عن التحكيم الجزائري مثل النظام العام الدولي والمعياري الذي استند عليه المشرع الجزائري في تدويل التحكيم، ولكن رغم أهمية هذا المرسوم فما هو إلا نتيجة من نتائج الانتقال من مذهب إقتصادي واجتماعي وسياسي إلى مذهب مغاير تماما .

(1) المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل والمتمم للأمر رقم 154/66 المؤرخ في

1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجريدة الرسمية رقم 1993/27

فقد عرفت الجزائر في هذه الفترة تغييرات جذرية على المستوى السياسي وذلك بتغيير دستور 1976 ووضع دستور جديد في 1989 ، وانتقلت الدولة الجزائرية بهذا التغيير الجذري من المذهب الاشتراكي إلى المذهب الليبرالي ، وبما أن الدستور هو القانون الأسمى في الدولة فإن تغييره اقتضى تغيير مختلف القوانين كنتيجة حتمية تقتضيها المرحلة الجديدة وبذلك جاء الرسوم التشريعي 09/93 .

ثانيا - العقود الإدارية الدولية في النظام القانوني الجزائري

العقود الإدارية الدولية في المرسوم التشريعي 09/93

لقد ذكرنا سابقا أن المشرع الجزائري ، لم يعرف هذا المفهوم إلا مع صدور المرسوم التشريعي 09/93 وهذا إن دلّ على شيء فهو يدل على حداثة نظام التحكيم التجاري في الجزائر وذلك من ناحية اعتراف المشرع الجزائري بهذا النظام من الناحية القانونية⁽¹⁾ .

(1) لم يتم الاعتراف بنظام التحكيم التجاري في الجزائر إلا بعد انضمام الجزائر للمعاهدات والاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف وكذا إبرامها اتفاقيات ثنائية في مجال الاستثمار ثم تعديل قانون الإجراءات المدنية مرتين ، وإدخال نظام التحكيم التجاري الدولي كأولوية ويظهر ذلك في هذا التسلسل الزمني الآتي ذكره :

- المرسوم الرئاسي رقم 233/88 المؤرخ في 1988/11/05 المتضمن الانضمام -بتحفظ- لاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية ، الجريدة الرسمية العدد 88/48 .

- المرسوم الرئاسي رقم 319/09 المؤرخ في 1990/10/17 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الثنائية بين الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية حول تشجيع الاستثمارات الجريدة الرسمية العدد 91/45 .

- المرسوم الرئاسي رقم 420/09 المؤرخ في 1990/12/22 الذي يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتشجيع وضمان الاستثمار بين دول المغرب العربي والموقعة بالجزائر في 1990/06/23 ، الجريدة الرسمية العدد 92/06 .

- المرسوم الرئاسي رقم 345/91 المؤرخ في 1991/10/05 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية مع الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي حول تشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات . والتي تم التوقيع عليها في الجزائر بتاريخ 1991/04/24 ، الجريدة الرسمية العدد 91/46 .

- المرسوم الرئاسي رقم 346/91 المؤرخ في 1991/10/15 المتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وإيطاليا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات والموقعة في الجزائر بتاريخ 1991/05/18 ، الجريدة الرسمية العدد 91/46 .

باعتبار أن المشرع الجزائري كان قبل صدور هذا المرسوم يمنع التحكيم في العقود الإدارية بالنسبة للدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ، وذلك بمقتضى المادة 442 الفقرة الثالثة من الأمر رقم 66/154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ولذلك كان يعتبر مفهوم العقود الإدارية الدولية جديدا في النظام القانوني الجزائري الخاص بالتحكيم.

لقد وضع هذا المرسوم أسسا للفرز بين العقود الإدارية الدولية والعقود الإدارية الداخلية عندما وضعت الفقرة الثالثة من المادة 442 من المرسوم التشريعي 09/93 حدا فاصلا بينهما بقولها "ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقاتهم التجارية الدولية"

فقد وضع هذا المرسوم وجوب أن تكون العقود التي يجوز فيها التحكيم التجاري الدولي بالنسبة للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام ذات طابع دولي وبالتالي فقد منع التحكيم في العقود الإدارية الداخلية

-
- المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المتضمن تعديل قانون الاجراءات المدنية وتنظيم أحكام التحكيم التجاري الدولي ، الجريدة الرسمية العدد 93/27 .
 - المرسوم التشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 1993/10/05 المتعلق بترقية الاستثمار الجريدة الرسمية العدد 93/64 .
 - الأمر رقم 04/95 المؤرخ في 1995/01/21 المتضمن الانضمام إلى اتفاقية واشنطن الخاصة بإنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الجريدة الرسمية العدد 95/07 .
 - الأمر رقم 05/95 المؤرخ في 1995/03/21 المتضمن الانضمام إلى اتفاقية سيول الخاصة بإنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات والتي صادقت عليها الجزائر بموجب أمر رئاسي رقم 345/95 المؤرخ في 1995/10/30 ، الجريدة الرسمية العدد 95/66 .
 - قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي ألغى أحكام الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 يونيو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتتم الجريدة الرسمية العدد 08/21
 - وفيما يتعلق بالاتفاقيات الثنائية لم يسعنا ذكرها جميعا ، وإنما تم التركيز على أهمها ، وذات التأثير على النظام القانوني الجزائري

ومما يلاحظ في هذا المرسوم أن المشرع الجزائري أجاز التحكيم في العقود الإدارية دون قيد أو شرط مخالفًا بذلك المشرع الفرنسي الذي وضع مجموعة من القيود تتمثل في:

- أن يكون العقد مبرما مع شركة أجنبية أي يكون العقد دوليا.

- أن يكون العقد بخصوص مشروع ذي نفع قومي

- ضرورة صدور مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم وذلك يكون في كل حالة على حدة.

وكذلك فعل المشرع المصري ⁽¹⁾ الذي اشترط هو الآخر في القانون رقم 1997/09 ، موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة عندما يتعلق الأمر بمنازعات العقود الإدارية ومنع تفويض الاختصاص في هذا الأمر .

فباستثناء الشرط المتعلق بدولية العقد فإن مرسوم 09/93 لم يفرض قيودا على قابلية العقود الإدارية الدولية للتحكيم.

- ثانيا صدور قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

لقد كان المرسوم التشريعي 09/93 أكثر وضوحا من التعديل الجديد الذي أضفى نوعا من الغموض واللبس في هذه المسألة محل البحث وهي العقود الإدارية الدولية، ففي الفصل الأول من الكتاب الثامن وهو الفصل المتعلق بالإجراءات نصت المادة 442 من المرسوم التشريعي 09/93 على أنه لا يحق للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم إلا في علاقاتهم التجارية الدولية. فالمشرع الجزائري لم يشترط سوى أن تكون العلاقة الاقتصادية ذات طابع دولي فقط ، بينما في القانون 09/08 الفصل الثاني القسم الأول تحت عنوان الإجراءات ، نجد المشرع أضاف شروطا جديدة إضافة إلى الشرط القديم والملاحظة الأولى التي يمكن إبدائها في هذه المسألة

(1) حفيظة السيد حداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، المرجع السابق ص 385

هي أن المشرع في القانون الجديد وضع تصنيف جديد في مادة التحكيم حيث أنه خص الأشخاص العامة الخاضعة للتحكيم بالمواد 975 و976 وكان ذلك في سياق عام حيث أن ذلك جاء في الكتاب الرابع الذي تحدث عن الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية، ثم عاد المشرع الجزائري وتكلم عن الأشخاص المعنوية العامة في المادة 1006 الفقرة الثالثة وهنا لم يشترط إلا شرط أن تكون العلاقة الاقتصادية ذات طابع دولي وأضاف إليها شرطا ثانيا وهو أن تتم ذلك في إطار الصفقات العمومية، والتساؤل المطروح هنا هل تعقد الأشخاص المعنوية العامة عقودها الداخلية والدولية إلا في إطار الصفقات العمومية، وإن كانت الإجابة بنعم فما جدوى هذا الشرط فما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، ووجه الغموض هنا بأي المادتين نأخذ بالمواد 975-976

أم بالمادة 1006 وهل نطبق القاعدة القانونية الخاص يقيد العام. إذا قمنا بتطبيقها فمعنى ذلك أن العبرة بالمواد 975-976 وليس بالمادة 1006 وبالتالي فإن المشرع الجزائري قد انتقل من الإباحة غير المقيدة الواردة في المادة 3/442 من المرسوم التشريعي 09/93 إلى الإباحة المقيدة، ويبدو أن المشرع الجزائري قد تأثر بالمشرع الفرنسي في هذه المسألة وخاصة في مسألة عدم اللجوء إلى التحكيم إلا بمبادرة من الهيئة الوصية كما ورد في المادة 976 والشروط الخاصة بمنازعات العقود الإدارية الدولية قد أوردتها المشرع في المواد 975-976-1006 وهي كالتالي:

- أن تكون هذه العقود في ظل اتفاقية دولية مصادق عليها من طرف الدولة الجزائرية، المادة 975/1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- أن تكون العقود الإدارية من فئة الصفقات العمومية المادة 975 قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

- أن يتم اللجوء إلى هذا التحكيم بمبادرة من الهيئة الوصية المادة 976 قانون الإجراءات المدنية والإدارية

والملاحظ على هذه الشروط، أنها تثير مجموعة من الإشكالات منها على سبيل المثال لا الحصر ماذا لو تم الاتفاق على التحكيم دون موافقة الهيئة الوصية أو دون وجود اتفاقية بين الدولة الجزائرية والشخص الأجنبي، وماذا لو أن العقود الإدارية ليست من فئة الصفقات العمومية كأن تكون عقود امتياز المذكورة في قانون الولاية والبلدية وليس في قانون الصفقات العمومية إلى غير ذلك من التساؤلات التي أثارها المشرع الجزائري بذكر هذه الشروط.

والجدير بالذكر هنا هو أن المشرع الجزائري بوضعه لهذه النصوص سوف يصطدم بالنظام العام الدولي الخاص بالتحكيم التجاري الدولي، فالعقد الإداري الدولي هو من عقود التجارة الدولية ولذا فهو يخضع لقانون التجارة الدولي، ووجود أي شرط أو قيد يحد من إعمال قانون التجارة الدولي يعتبر باطلا في نظر القانون الدولي للتجارة وخير مثال على ذلك هو ما وقع بين الدول التي تبني ازدواجية القضاء مثل فرنسا ومصر وتونس وغيرها من الدول عندما رفضت هذه الدول إخضاع العقود الإدارية الدولية للتحكيم التجاري الدولي بحجة مساس ذلك بسيادة هذه الدول وإخضاعها للقانون الإداري الداخلي لأنه الأنسب لها وفي هذا المجال أصدرت محكمة استئناف باريس حكما قضائيا اعتبر فيما بعد قاعدة مادية من قواعد التحكيم التجاري الدولي وشم تكييفها على أنها قاعدة من قواعد النظام العام الدولي ولا يعمل بها فقط في مواجهة النصوص المقيدة للتحكيم في القانون الفرنسي بل يعمل بها في مواجهة الدول الأجنبية التي تعرف قوانينها مثل هذا الحضر .

وقد جاء هذا الحكم الصادر بتاريخ 13 يونيو 1996 كالتالي⁽¹⁾ "الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم وأيا ما كان السبب الذي يستند إليه، يعمل فقط في إطار العقود الوطنية ولا يعد هذا الحظر من قبيل القواعد المتصلة بالنظام العام الدولي، والذي يحظر على العكس، على الشخص العام المتعامل على مسرح التجارة الدولية من أن يتمسك بالنصوص المقيدة الواردة في القانون الوطني أو في القانون الحاكم للعقد من اجل التنصل من اتفاق التحكيم المتفق عليه مسبقا"

(1) حفيظة السيد حداد، المرجع السابق ص 368

ولقد صدر هذا الحكم في المنازعة الناشئة بين كل من الشركة الإيطالية أيسرو أتسرو والشركة الكويتية للتجارة والمعاملات الخارجية، وبعد أن صدر حكم التحكيم في صالح الشركة الإيطالية طعنت الشركة الكويتية في الحكم الصادر بحجة بطلان شرط التحكيم موضوع المنازعة لأن العقد المبرم بينهما نص صراحة على خضوع العقد للقانون الجزائري والمادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية تحظر على الأشخاص الاعتبارية العامة الخضوع للتحكيم، وبما أن العقد المبرم بين الشركة الكويتية أبرم بين الشركة بصفتها ممثلاً لدولة الكويت ، وبهذه المثابة فإن التصرف الصادر عن الشركة الكويتية يتعلق بأحد المقاولات العامة وبالتالي فهي شخص اعتباري عام يخضع للحظر الوارد في المادة 3/442 من قانون المرافعات الجزائري.

وهنا جاء رد محكمة استئناف باريس المذكور سلفاً، وهناك عدة قواعد مادية تعتبر من قبيل النظام العام الدولي والتي ترجح متى ما اصطدمت مع النظام العام الداخلي وخصوصاً في عقود التجارة الدولية، ولذلك فإن الشروط التي وضعها المشرع في هذا المجال تصبح لاغية لأنها لا تطبق إلا على العقود الداخلية .

و لذلك فإنه كان من الأولى للمشرع الجزائري أن يحتفظ بالنص الوارد في المرسوم التشريعي 09/93 والذي جاء خالياً من أي اشتراطات أو قيود باستثناء أن يكون العقد من عقود التجارة الدولية

المطلب الرابع :القاعدة الرابعة : مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم من حيث الأشخاص

والموضوع :

توجد جذور هذه القاعدة وأصولها في نظرية العقود والتي تنص على مبدأ نسبية الآثار المتولدة على العقد من حيث أطرافه ،ولكون اتفاق التحكيم ما هو إلا عبارة عن عقد فإنه لا يمكن الاحتجاج به على من لم يكن طرفا فيه ولا يمكن للغير أن يتمسك به في مواجهة من هم أطراف فيه وهو ما يطلق عليه مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم من حيث الأطراف.

الفرع الأول: نسبية آثار اتفاق التحكيم من حيث الأشخاص: ويستند هذا المبدأ على الطبيعة الخاصة لموضوع الاتفاق على التحكيم ،فالتحكيم يهدف إلى إخراج طائفة محددة من النزاعات الناشئة بين الأفراد من ولاية قضاء الدولة بوصفه القضاء الطبيعي للأطراف والعهدة بها إلى المحكم للفصل فيها .

وبهذه المثابة تتنازل الأطراف عن الضمانات التي يمكن أن يتمتع بها في حالة الالتجاء إلى القاضي المختص أصلا بالفصل في المنازعة المعهود بها إلى التحكيم ولما كان التحكيم لا يزال في نظر البعض مجرد وسيلة استثنائية لحل المنازعات ،فإن قبول هذه الوسيلة يجب أن يكون قد تم عن اختيار واضح ومؤكد لا شبهة حوله من قبل ،ولذلك وجد المشرع الفرنسي نفسه مضطرا للانحياز إلى أحد الجهات القضائية وهي إما القضاء الإداري الذي يقر الحضر أو القضاء العادي الذي يمنع الحضر وانحاز المشرع الفرنسي في نهاية المطاف إلى القضاء العادي وأصدر مرسومه الشهير المسمى "يورو ديزني لاند"⁽¹⁾ وقد حمل هذه التسمية لتصميم الشركة الأمريكية walt disny على ضرورة تضمين العقد المبرم بينهما وبين مقاطعة Val de Marne والمؤسسة العامة للمدينة الجديدة Marne la Vallée على شرط التحكيم وخاصة بعد أن رفض مجلس الدولة

(1) حفيظة السيد حداد ، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب

التطبيق ، دار المطبوعات الجامعية ، 2001 ، ص34

الفرنسي إدراج شرط التحكيم في هذا العقد على اعتبار أنه يتعلق بالنظام القانوني الداخلي الفرنسي ويعد بهذه المثابة مخالفا للنظام العام في فرنسا، علاوة على أن شروط تطبيق المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي غير متحققة في واقعة الحال حيث أنها لا تسمح إلا بعقد مشاركة التحكيم لتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد، وذلك بعد نشأة النزاع .

وقبل الخوض في تحليل هذه القاعدة ينبغي الإشارة إلى مسألة هامة تتمثل في أنه حتى تثار مسألة امتداد أثر اتفاق التحكيم في مواجهة الغير والمقصود بالغير الأشخاص التي لم توقع اتفاق التحكيم يجب توافر شرط واحد وهو أن يتمتع هذا الغير الذي لم يوقع على اتفاقية التحكيم بشخصية قانونية مستقلة عن الطرف الذي وقع على العقد .

ففي هذا الفرض وفي هذا الفرض فقط تثار مسألة الأثر النسبي لاتفاق التحكيم وإمكانية الخروج عليه أو الاستثناء منه ووفقا لأية شروط، وفي هذه الحالة تبرز حالتين ينبغي التفرقة بينهما وهما

- نسبية أثر اتفاق التحكيم في إطار العقود المبرمة من قبل إحدى الشركات القائمة في إطار مجموعة شركات .

- العقود المبرمة سواء من الدولة أو من أحد أجهزتها والمنطوية على شرط التحكيم

البند الأول: مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم ومدى إعماله بشأن العقود المبرمة من قبل

الدولة أو أحد أجهزتها : يتجزأ هذا المحور بدوره إلى قسمين ، قسم يعنى بمدى امتداد اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى المقاطعات أو المؤسسات العامة إلى الدولة ككيان عام وشامل لهذه الأجهزة ، بمعنى هل تلزم الدولة باتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى الأجهزة التابعة له أم أن هذا الاتفاق لا يلزم إلا أطرافه الذي أبرمته. والسبب في ظهور هذا الإشكال والذي تحول بعد ذلك إلى مبدأ عام ، هو السوابق القضائية التي جاء بها القضاء التحكيمي ، والتي جعلت منه قاعدة مادية في

نهاية المطاف وأهم هذه السوابق القضائية تمثلت في قضية Westland⁽¹⁾ وتعلق وقائع هذه القضية بالمنازعة القائمة بين الشركة الإنجليزية Westland Helicopters Limited والهيئة العربية للتصنيع التي أنشأتها كل من جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية والإمارات العربية المتحدة وقطر، من أجل تطوير التصنيع الحربي في هذه الدول المذكورة. ولقد أبرمت هيئة التصنيع العربية مع الشركة المذكورة عقدا يهدف إلى خلق مشروع مشترك The Arab British Helicopter Company (A.B.H.) تملك الشركة العربية للتصنيع 70% من رأسمالها بينما تملك Westland 30% يكون في مقدوره تصنيع وبيع نوع معين من طائرات الهليكوبتر المصنعة من قبل Westland .

وفي ظل هذه الظروف قامت شركة Westland في 27 فبراير 1978 بإبرام العديد من العقود مع A.B.H. من أجل تحقيق أهداف هذه الأخيرة، والتي تم ضمان تنفيذها من قبل هيئة التصنيع العربية. ونظرا للسياسة التي اتبعتها مصر بتوقيعها على معاهدة Camp David واعترافها بإسرائيل، قامت الدول العربية الثلاث بإهاء تعاونها مع هيئة التصنيع العربية وتصفيتهما وأوقفت كل استثمار بشأن صناعة التسليح وتطوير التصنيع العسكري .

ولقد قامت شركة Westland بإصدار الدول الأربع وهيئة التصنيع العربية والمشروع المشترك A.B.H بتعويضها متضامنة عن الأضرار التي لحقتها نتيجة للظروف التي أحاطت بانسحاب الدول العربية من هيئة التصنيع وتعذر تنفيذ العقد الذي كانت الشركة قد أبرمته مع الهيئة وبإعمال شرط التحكيم الوارد في العقد الموقع في 27 فبراير 1978 .

ولقد اعترضت الدول الأربع على اختصاص هيئة التحكيم وأنكرت تمتعها بوصف الطرف في هذه المنازعة. إذ أنه من الثابت أن الدول الأربع لم تكن قد وقعت على هذا العقد المبرم في 27 فبراير 1978، ولكن من وجهة نظر Westland فإن شرط التحكيم الوارد في هذا العقد ملزم

(1) حفيظة حداد، المرجع السابق ص 253

لهم ليس بسبب وجود نيابة قانونية من هيئة التصنيع العربية لهذه الدول الأربع، ولكن لأن هذه الهيئة لا تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن هذه الدول (1).

وعند عرض هذه المنازعة على هيئة التحكيم المشكلة وفقا لقواعد حجرة التجارة الدولية في باريس أصدرت في 5 مارس 1984 حكما مبدئيا تعرضت فيه لمناقشة المركز القانوني للهيئة العربية للتصنيع في علاقتها بالدول الأربع التي أنشأها وبحث ما إذا كانت شركة Westland محقة فيما ذهبت إليه من اعتبار أن هذه الدول ملتزمة باتفاق التحكيم على الرغم من أنها لم توقع عليه ولا على العقد الذي تضمنه .

ولقد ذهبت محكمة التحكيم إلى انه إذا كانت النصوص المنظمة لهيئة التصنيع تمنحها الشخصية القانونية، فإن هذه الشخصية القانونية المستقلة لا تعني استبعاد مسؤولية الدول الأربع المنشئة للهيئة. فطالما لم تستبعد هذه الدول الأربع مسؤوليتها بشكل صريح، فإن الغير الذي تعاقد مع هيئة التصنيع قد أخذ في توقعاته المشروعة على إمكانية تحريك هذه المسؤولية (2).

ولقد انتهت محكمة التحكيم إلى النتيجة التالية أنه إذا كانت هناك شخصية قانونية مستقلة لهيئة التصنيع فإن مثل ذلك الأمر لا يستفاد منه اختفاء مسؤولية الدول المساهمة فيها.

ولقد طعن على حكم التحكيم المذكور بالبطلان أمام القضاء السويسري والذي تعرض بشكل مباشر لمسألة وجود شخصية قانونية لهيئة التصنيع العربية وانتهى إلى أن تمتع هيئة التصنيع العربية بشخصية قانونية مستقلة عن الدول المؤسسة له، وهو ما يظهر من النظام القانوني لها، والاستقلال القانوني والمالي والإجرائي للهيئة، وأيضا من النص القانوني الذي يخول لها إبرام شرط التحكيم ومشارطته وكلها علامات قاطعة لا تثير أدنى شك أو لبس على الاستقلال التام والكامل للهيئة عن الدول المؤسسة لها .

(1) حفيظة حداد، المرجع السابق ص 254

(2) نفس المرجع ص 254

ولا تعتبر قضية Westland هي القضية الوحيدة التي أثّرت فيها مشكلة مدى مد نطاق آثار اتفاق التحكيم في مواجهة الدولة التي لم تكن موقعة على الاتفاق بل إن تلك المسألة أثّرت أيضا في قضية هضبة الأهرام، سواء أمام محكمة التحكيم وأيضا أمام القضاء الفرنسي الذي طعن أمامه ببطلان حكم التحكيم إذ قضى بإلزام حكومة جمهورية مصر العربية مع شركة Egoth بتعويض شركة Spp على الرغم من أن الحكومة المصرية لم تكن طرفا في العقد إذ أنها لم توقع على العقد المبرم بين كل من Egoth و Spp وتفاصيل هذه القضية كالآتي :

قضية هضبة الأهرام⁽¹⁾: وتتمثل وقائع هذه القضية أنه في 23 سبتمبر 1974 أبرم وزير السياحة بصفته ممثلا لجمهورية مصر العربية والمؤسسة المصرية العامة للسياحة والفنادق Egoth اتفاقا يطلق عليه الاتفاق الأساسي Heads Agreement ، مع الشركة الأمريكية Southern pacific pro والتي تتخذ مدينة هونج كونج مقرا لها من أجل إنشاء مركزين سياحيين أحدهما يقع على مقربة من الأهرامات .

ووفقا لنصوص هذا الاتفاق ، تتعهد الحكومة المصرية بعمل اللازم من أجل تسهيل تملك المشروع المشترك المزمع إنشاؤه، للأراضي المخصصة لإقامة هذه التجمعات السياحية .

وفي 12 ديسمبر 1974 أبرمت الشركة المذكورة عقدا مع المؤسسة المصرية العامة للسياحة والفنادق باعتبارها الشريك المصري الوحيد في المشروع المزمع إنشاؤه (مشروع واحة الأهرام) ولقد أشار هذا العقد مباشرة إلى العقد المبرم في 23 سبتمبر 1974 ، وتضمن تحديدا لكل من التزامات الطرفين في المشروع المشترك لاستغلال هضبة الأهرام .

ولقد تضمن الاتفاق الموقع في 12 ديسمبر 1974 نصا يجعل الاختصاص بالفصل في أية منازعة ناشئة عن العقد من اختصاص محكمة التحكيم التي يتم تشكيلها وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس .

(1) حفيظة السيد حداد ، المرجع السابق ص 255

وعلى الرغم من أن الحكومة المصرية لم تكن طرفا في هذا الاتفاق الأخير الموقع في 12 ديسمبر 1974، إلا أن السيد وزير السياحة قام بالتوقيع في ذات التاريخ على الصفحة الأخيرة من العقد على النحو التالي: **Agreed Approved and ratified**.

ونظرا للمعارضة الشديدة التي لقيها هذا المشروع لما قد يحدثه من تدمير شامل لهذا الموقع التاريخي الفريد، قامت الحكومة المصرية بسحب موافقتها على إقامة المشروع مستندة على أن الموقع يعتبر من المناطق الأثرية التي يجب نزع حق الانتفاع المقرر للشركة وتخصيصه للمنفعة العامة. ولقد لجأت الشركتان: الشركة الأم S.P.P.M.E. و S.P.P.، فرعها في الشرق الأوسط الذي تم تكوينه إعمالا لنص المادة 17 من العقد الموقع في 12 ديسمبر 1974، بتحريك إجراءات التحكيم ضد كل من الحكومة المصرية وشركة Egoth.

ولقدت تمسكت الحكومة المصرية بأنه لا يجوز إخضاعها للتحكيم نظرا لأنها ليست طرفا في اتفاق التحكيم.

وبتاريخ 16 فبراير 1983 أصدرت محكمة التحكيم المشكلة من السادة-Bernini, El-Ghatit et Littmann حكما بعدم قبول الدفع بعدم اختصاص المحكمة الذي تمسكت به مصر وبإلزامه بدفع مبلغ 12,500,000 دولار أمريكي لتعويض الشركتين المدعيتين بالإضافة إلى فائدة 5% تحسب ابتداء من أول ديسمبر 1978⁽¹⁾.

ولقد طعنت حكومة مصر في الحكم المتقدم، أمام محكمة استئناف باريس، وطالبت بإلغاء الحكم المتقدم إعمالا بنصوص المواد 1-1502-1-6 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد، إذ أن محكمة التحكيم المنعقدة تحت مظلة غرفة التجارة الدولية بباريس قد فصلت في المنازعة

(1) حفيظة حداد، المرجع السابق ص 257

المرفوعة أمامها وذلك على الرغم من عدم وجود شرط تحكيم، تعد الدولة المصرية طرفاً فيه، وأيضاً لأن هذا الحكم قد صدر بالمخالفة للنظام العام الدولي ولمبدأ احترام سيادة الدولة

ولقد أصدرت محكمة استئناف باريس في 12 جوان 1984 حكماً بإلغاء حكم التحكيم المطعون عليه بالبطلان، وهو القضاء الذي أيدته محكمة النقض الفرنسية في 6 يناير 1987 .

ومثلما لم تقتنع المحاكم الفرنسية بأن العناصر التي تمسكت بها محكمة التحكيم تكفي لإثبات تحقق إرادة الدولة المعنية بقبول شرط التحكيم، فإن المحاكم السويسرية أيضاً في أحكامها التي أصدرتها بشأن قضية Westland قررت أيضاً أن الدول الأربع المؤسسة لهيئة التصنيع العربية لا تعد طرفاً في العقد المبرم بين Westland والهيئة.

ففي الحكم الذي أصدرته المحكمة الفيدرالية السويسرية في 19 جوان 1988 أشارت إلى ما ذهب إليه القضاء الفرنسي، ممثلاً فيما قضت به المحكمة العليا الفرنسية في قضية الأهرام، وقامت بالتركيز على المبادئ الواجبة للإعمال في هذا الشأن.

ولقد لاحظت أن الرقابة التي تمارسها الدولة على شخص قانوني تقصد هنا الصلة الوثيقة القائمة بين الدولة و الشخص القانوني، لا تعد عاملاً كافياً من أجل قلب القرينة المستفاد من عدم وجود توقيع من قبل الدولة على شرط التحكيم، والتي وفقاً لها تعد الشركة التي وقعت على الشرط هي وحدها الطرف فيه. وإذا كانت الدولة ليست طرفاً في التصرف الذي يتضمن شرط التحكيم، فإن الموافقة الممنوحة من قبل الوزير لهذا التصرف - أي من ممثل الدولة - لا تعني انصراف إرادة الدولة بأن تصبح طرفاً في العقد، وتتنازل بهذه المثابة عن حصانتها القضائية .

ولقد استخلصت محكمة التحكيم أن ترك الدول المؤسسة للهيئة العربية للتصنيع لهذه الأخيرة إبرام اتفاق Shareholders بمفردها مع Westland، علاوة على ما حولته هذه الدول المؤسسة للهيئة من سلطة التقاضي وتحديد الوسائل التي تلجأ إليها من أجل أن تفصل في المنازعات

الناشئة بين المتعاقدين معها، يقطع بأن هذه الدول قد عبرت عن رغبتها في عدم الخضوع لاتفاق التحكيم.

فمجرد الرقابة التي تمارسها الدولة على الشخص الاعتباري العام الذي يتمتع بالشخصية القانونية لا تكفي للاحتجاج بآثار اتفاق التحكيم الذي يوقعه هذا الأخير في واجهة الدولة. فقبول الدولة للاتفاق على التحكيم يجب أن يستخلص من عوامل أخرى وليس مجرد افتراض أن الطرف الخاص المتعاقد مع الشخص الاعتباري التابع للدولة ما كان يمكن أن يقبل التعاقد معه دون التزام من الدولة باتفاق التحكيم .

ويرى جانب من الفقه أن هذا الحل الذي بدأت تتضح معالمه وتسود بشأن مد أثر اتفاق التحكيم الذي تبرمه الوحدات التابعة للدولة في مواجهة الدولة ذاتها، لا يختلف في حقيقة الأمر عن الحل المطبق بشأن أثر اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى الشركات التابعة لمجموعة الشركات في مواجهة الشركة الأم.

ففي كلتا الحالتين، تشكل إرادة الأطراف المعيار الوحيد الذي وفقا له يتحدد نطاق اتفاق التحكيم.

وإذا كان ذلك هو موقف محاكم التحكيم وقضاء الدولة من مد أثر اتفاق التحكيم الذي تبرمه أحد الأجهزة التابعة للدولة في مواجهة الدولة، فما هو الحل الذي تتبناه محاكم التحكيم وقضاء الدولة بشأن الفرض العكسي أي ذلك الذي تكون فيه الدولة هي التي أبرمت العقد الوارد فيه شرط التحكيم ويراد أن يحتج بهذا الاتفاق في مواجهة أحد الأجهزة التابع لها، وذلك ما سيتم التطرق إليه في الفقرة التالية .

مدى سريان اتفاق التحكيم الذي تبرمه الدولة في مواجهة الأجهزة التابعة لها : لقد كان للسوابق القضائية الدور الأكبر في إثارة هذا الإشكال، فأول ما طرحت هذه المسألة كانت بمناسبة

القضية رقم 4727 التي فصلت فيها محكمة التحكيم المشكلة وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس وتعلق هذه القضية بالنازعة الناشئة عن العقد المبرمة بين شركة **Suis Oil Corporation** وحكومة الجابون⁽¹⁾.

وتتمثل وقائع هذه القضية في الآتي: أبرمت شركة **Suis Oil** وهي شركة بترول من جزر **Caman** عقدا مع جمهورية الجابون لشراء المواد البترولية. ولقد تضمن هذا العقد شرط تحكيم وفقا لقواعد الغرفة الدولية بباريس.

ولقد قام المدير العام للشركة الوطنية الجابونية **Petro gap** بوضع توقيعه في أسفل أحد ملاحق هذا العقد، بعد التذكير بصفته ولكن بعد كلمات "لصالح الجمهورية الجابونية".

وبسبب المنازعات الناشئة عن عدم الاتفاق على صيغة بشأن تحديد السعر رفض المشتري دفع جزء من ثمن البترول الذي تم تسليمه مما دفع الحكومة الجابونية إلى رفض تسليم الشحنات الجديدة. وإزاء هذا الموقف، ونظرا لفشل الحلول الودية، قامت شركة **Suis Oil** بالالتجاء إلى إعمال شرط التحكيم واختصمت أمام هيئة التحكيم شركة **Petro gap** بزعم أنها أصبحت طرفا في العقد بسبب توقيع على الملحق المذكور من قبل أحد مديريها.

ولقد رفضت هيئة التحكيم المكونة من **C.Reymond** رئيسا وكل من **J.B.Bredin** و **B.Goldman** مثل هذا النظر وقررت في حكمها الصادر في 30 أبريل 1987 أن الإشارة المصاحبة لتوقيع المدير بأنه لصالح الجمهورية الجابونية، وأن ملحق العقد لم يشر إلى شركة **Petro gap** باعتبارها طرفا فيه، وهذا إن دلّ على شيء فهو يدل أن التوقيع الصادر عن المدير لم يصدر لصالح **Petro gap** ولكنه صدر لصالح الدولة الجابونية الذي أبرم هذا الملحق لصالحها.

(1) حفيظة حداد، المرجع السابق ص 259 .

ولقد قامت الشركة السويسرية بالطعن بالبطلان على الحكم المتقدم مستندة إلى نص المادة 1502 فقرة 3 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد بزعم أن محكمة التحكيم لم تحترم المهمة الموكول إليها الفصل فيها بحكمها بعدم اختصاصها في مواجهة شركة Petro gap .

ولقد قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 16 جوان 1988 برفض الطعن بالبطلان المقدم من شركة Suis Oil ولقد وضعت المحكمة مفهوما ضيقا لفكرة الطرف المدخل في النزاع، مقدرة أن الأطراف في الاتفاق على التحكيم هم هؤلاء الذين ساهموا في إبرام العقد. ولقد استندت المحكمة في حكمها على العديد من العناصر مثل عدم توقيع شركة Petro gap على العقد الأصلي ومسلك الأطراف، لكي تقرر على نحو ما ذهبت إليه محكمة التحكيم، إلى أن شركة Petro gap ليست طرفا في العقود المبرمة وبالتالي ليست طرفا في اتفاق التحكيم.

والنتيجة المستخلصة من هذه الأحكام الصادرة سواء من محكمة التحكيم أو من محكمة استئناف باريس، أن اتفاق التحكيم المبرم من قبل الدولة لا يمتد ولا يحتج به في مقابل الأجهزة التابعة لها ولو كانت ذات طبيعة اقتصادية مثل شركة Petro gap⁽¹⁾.

لكن الإشكال لم يتوقف عند مسألة امتداد أثر اتفاق التحكيم المبرم من قبل الدولة إلى أحد أجهزتها بل طرحت هذه المسألة أيضا فيما يتعلق بمسألة امتداد اتفاق التحكيم المبرم من طرف إحدى الشركات القائمة في إطار مجموعة شركات، فهل يلزم هذا الاتفاق المبرم من طرف هذه الشركة بقية الشركات المنضوية معها في هذا التجمع أم لا يلزمها ؟
وهذا ماسوف نتطرق إليه :

البند الثاني: مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم المبرم ومدى سريانه على مجموعة شركات لقد سبق القول أن الأصل في العقود أنها لا تلزم إلا أطرافها الموقعة عليها، وبما أن اتفاق التحكيم ما هو

(1) حفيظة حداد، المرجع المذكور ص 260-261

إلا عبارة عن عقد فإنه يجري عليه ما يجري على بقية العقود، وبالتالي فإن اتفاق التحكيم الذي تلتزم به إحدى الشركات لا تلتزم مع بقية الشركات المكونة لهذه المجموعة، وهذا الحل يملية أيضا تمتع كل شركة بالشخصية القانونية المستقلة والتميزة عن بقية الشركات الأخرى.

وبعبارة أخرى، فإن الشركة التي قامت بإبرام العقد والتوقيع عليه وحدها الملتزمة باتفاق التحكيم الوارد فيه. فالمعيار الذي يفصل بين شركة الطرف والشركات الغير، هو مجرد معيار مادي يتمثل في التوقيع على العقد باعتبار التوقيع هو الوسيلة العادية التي لا تثير أدنى شك أو لبس في التعبير عن الرضا والإرادة في الالتزام باتفاق التحكيم.

ولقد أثار الاعتماد على المعيار المادي المحرد والمتمثل في التوقيع كوسيلة لإلزام بقية الشركات باتفاق التحكيم عدة إشكالات من أهمها: أن تقوم الشركة الأم أو شركة أخرى غير الشركة الموقعة على العقد بالمساهمة الفعالة في المفاوضات الخاصة بشأن العقد محل المنازعة أو تكون قد ساهمت بشكل رئيسي سواء في تنفيذه أو في عدم تنفيذه، وهو ما يثير مشكلة أن الطرف الفعلي في العقد ليس هو إذن الذي قام بوضع توقيعه عليه وإنما الطرف الآخر القائم في الظل وهو ما يجعل الاعتماد على معيار التوقيع فقط محل تساؤل .

ولعل ذلك ما يفسر اتجاه جانب من الأحكام القضائية وأحكام التحكيم، إلى عدم التوقف عند مجرد فكرة التوقيع على العقد وتستبعد أيضا مبدأ الاستقلالية القانونية للأشخاص المعنوية المعنية مفضلة الارتكاز على معيار اقتصادي إذا كانت الظروف تسمح بذلك.

وبعبارة أخرى، إذا كان المبدأ العام المستقر هو مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم بالنسبة للأشخاص بمعنى سرياتها في مواجهة الأشخاص الموقعة عليه دون غيرها، فإن الموقف التقليدي يتعين التحرر منه ولو بشكل جزئي والسماح لاتفاق التحكيم أن يرتب آثاره أيضا في مواجهة الغير الذي لم يكن موقعا على هذا الاتفاق أي لم يكن طرفا فيه إذا ثبت من الظروف المحيطة بهذا

العقد أن هذا الغير، بالنظر للظروف والروابط الاقتصادية المتصلة به وبالذور الذي ساهم فيه في إبرام العقد، يمكن الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهته . إذ يتعين تغليب فكرة الوحدة الاقتصادية التي توجد وراء فكرة مجموعة الشركات على اعتبار التعدد القانوني للوحدات المكونة لهذه المجموعة.

والواقع أن هذا الاتجاه المتحرر بشأن التقييد من نسبة آثار اتفاق التحكيم والذي يجد له صدى في الفقه الفرنسي وأيضاً لدى جانب من القضاء العمومي تواجهه عقبتان رئيسيتان في القانون الفرنسي هما ضرورة إفراغ اتفاق التحكيم في الشكل الكتابي، وضرورة التفسير المضيق لاتفاق التحكيم، والذي يعنينا في هذه المسألة هو موقف القضاء العمومي والقضاء التحكيمي من مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم.

موقف القضاء العمومي والقضاء التحكيمي فيما يتعلق بنسبية آثار اتفاق التحكيم وامتدادها من الشركة الموقعة إلى الغير : لقد أثرت مسألة نسبية آثار اتفاق التحكيم في العديد من المنازعات سواء أمام المحاكم الوطنية وأمام قضاء التحكيم . ولذلك ينبغي قبل التفصيل في الاتجاه العام الذي أخذته هذه الأحكام أن نعرض لجانب من هذه القضايا مع شيء من التفصيل .

قضية Dow Chemical (1) :

تتلخص وقائع هذه القضية في العقدين المبرمين بين شركتين من الشركات الفروع للشركة الأم Dow Chemical، مع العديد من الشركات الأخرى ومن بينها الشركة الفرنسية Isover Saint-Gobain، بشأن توزيع مواد عازلة للحرارة Produits d'isolation thermique. ولقد تضمن كل من العقدين شرط تحكيم وفقاً لقواعد التجارة الدولية بباريس.

(1) حفيظة حداد، المرجع السابق، ص 245

وعلى إثر المنازعات التي نشأت بسبب جودة المنتجات، شرع في اتخاذ إجراءات التحكيم من قبل الشركتين التابعتين لمجموعة Dow والموقعين على العقد وأيضا الشركة الأم وفرع آخر والذين لم يوقعوا على العقد.

ولقد اعترضت الشركة المدعى عليها على اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في الطلبات المقدمة من هاتين الشركتين الأخيرتين مستندة إلى أنهما لم تكونا أطرافا في العقد المتضمن لشرط التحكيم. ولقد رفضت محكمة التحكيم في حكم تمهيدي أصدرته في 23 ديسمبر 1982 هذا الدفع بعدم اختصاصها ولقد استندت المحكمة في معرض تأييدها لهذا الاختصاص بنظر المنازعة المعروضة عليها، إلى فكرة استقلالية اتفاق التحكيم.

وبعد ذلك قامت المحكمة بالتعرض للظروف المحيطة بإبرام وتنفيذ وفسخ العقود المتنازع عليها وانتهت إلى تقرير أنه أخذا بعين الاعتبار بالطابع الاقتصادي الموحد لمجموعة الشركات وعلى الرغم من الشخصية القانونية التي تتمتع بها كل شركة من هذه الشركات المكونة لهذه المجموعة فإن شرط التحكيم الذي تم قبوله صراحة من بعض شركات هذه المجموعة، يتعين أن يلزم الشركات الأخرى، والتي من خلال الدور الذي لعبته في إبرام، تنفيذ أو فسخ العقود المتضمنة هذه الشروط، قد ظهرت على نحو ما كشفت عنه الإرادة المشتركة لجميع الأطراف في الإجراءات، كما لو كانت طرفا فعليا في هذه العقود، أو أنها معنية بالدرجة الأولى بها وبالمنازعات التي يمكن أن تتمخض عنها.⁽¹⁾

ولقد رفضت محكمة استئناف باريس الطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم المتقدم مقررة بأن المحكمين قضوا في المنازعة المعروضة عليهم بناءا لما لهم من سلطة مطلقة في تفسير العقود المبرمة والوثائق المتبادلة بين الأطراف وقت المفاوضات ووقت فسخ العقود وأهم فيما انتهوا إليه من قضاء قد استندوا إلى تسبيب واضح وخال من التناقض، وبناءا على تفسيرهم للإرادة المشتركة لكل من

(1) حفيفة حداد ، المرجع المذكور ص 246

الشركات المعنية، فإن شركة Dow Chemical الأم وشركة Dow Chemical فرنسا، كالتأهما كانت طرفا في العقود على الرغم من أهما لم تقوما بالتوقيع عليها، وبهذه المثابة يسري شرط التحكيم في مواجتههم.

حكم محكمة استئناف Pau في قضية Sponsor A.B.⁽¹⁾: لقد ذهبت محكمة

استئناف Pau في حكمها الصادر في 26 نوفمبر 1986 في قضية Sponsor A.B. إلى أن شرط التحكيم الموقع من الشركة الفرع يلزم الشركة الأم، على الرغم من أن هذه الأخيرة لم توقع عليه.

ولقد استندت محكمة استئناف Pau على نفس الحجج التي استندت إليها محكمة استئناف باريس في قضية Dow.

ومع ذلك فإن محكمة Pau قد وصلت إلى مدى أبعد من ذلك الذي وصلت إليه محكمة استئناف باريس، إذ أن هذه الأخيرة لم تذهب إلى حد القول بأن مد أثر اتفاق التحكيم على الشركات التي لم توقع على الاتفاق يعد قاعدة عامة أو مبدأ عاما، وإنما كان ظاهر من حكمها أن الأمر يتعلق باستثناء يرد على مبدأ الأثر النسبي لاتفاق التحكيم تبرره اعتبارات خاصة من مشاركة الشركات، التي لم توقع على العقد في إبرامه وتنفيذه وفسخه، بينما ذهبت محكمة Pau إلى القول بأنه "من المقبول قانونا " أي أنها جعلت من التزام الغير الذي لم يوقع على اتفاق التحكيم، قاعدة عامة.

والواقع من الأمر أن امتداد أثر اتفاق التحكيم الموقع من شركة أو أكثر من الشركات المكونة للمجموعة على شركة أو أكثر من الشركات الأخرى المكونة لذات المجموعة لا يمكن أن يكون قاعدة عامة، إذ يتوقف تقرير ذلك الأمر على عامل متغير قد يختلف من حالة إلى أخرى كالإرادة

(1) حفيظة حداد، المرجع المذكور ص 246-247

المشركة للشركات المكونة للمجموعة وعلى وجه أكثر تحديدا تلك الشركات المعنية بالعقد محل المنازعة والمتعاقد معها، وعلى عامل ثابت هو وجود مجموعة الشركات.

وفي قضية Dow حرصت كل من هيئة التحكيم ومحكمة استئناف باريس على الإشارة إلى أهمية العامل الأول، مع تحاشي أي تعميم يؤدي إلى التضحية بفكرة الشخصية القانونية المستقلة لشركات المجموعة ويمكنه أن يمس الإرادة المشتركة لهذه الشركات المتعاقد معها ويهدرها.

قضية **Kis France** ضد **Société Générale**⁽¹⁾: لقد تواصل صدور الأحكام

القضائية التي تكرر مد أثر اتفاق التحكيم داخل مجموعة الشركات حيث أكدت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 31 أكتوبر على 1989 على هذه القاعدة.

وتفصيل هذا الحكم يتعلق بالعقد الذي أبرمته الشركة الأم مع المتعاقد معها، والذي أطلق عليه إطار تعاقدية والذي حدد فيه أنها تتصرف باسم ولصالح الشركات الفروع. وبالتطبيق لهذا الاتفاق، قامت الفروع بالتعامل مع المتعاقد مع الشركة الأم وفروعه وإبرام العقود معه والتي أشارت إلى الإطار التقليدي.

ولقد أصدرت محكمة التحكيم، التي عرضت عليها المنازعة الناشئة بين المتعاقد مع الشركة الأم وفروعها، في حكمها الصادر في 27 يناير 1989 أن المتعاقد مع الشركة الأم وفروعها، يمكنه أن يختصم في المنازعة المعروضة على المحكم ليس فقط الشركة الأم ولكن أيضا فروعها.

ولقد أسست هيئة التحكيم هذا الحكم على تحليلها للعقود المبرمة بين الأطراف.

وعند الطعن على الحكم المتقدم أمام محكمة استئناف باريس، وافقت هذه الأخيرة هيئة التحكيم فيما ذهبت إليه من تفسير للعقود وما لاحظته من التداخل الوثيق بين الالتزامات المتبادلة الواقعة على عاتق الأطراف وأيضا مركز السيطرة الذي تتمتع به الشركة الأم في مواجهة فروعها

(1) حفيظة حداد، المرجع المذكور ص 248

الخاضعة لما تصدره من قرارات تجارية ومالية لكي تصل إلى أن الإرادة المشتركة للأطراف بأن تعتبر كل من الشركة الأم والشركة الفرع مدينين مباشرين بالمبالغ التي تكون مستحقة عليهما أو على إحدى فروعها وهو ما يجعل دعوى المتعاقد مع هذه الشركة وفروعها مقبولة بالاستناد إلى هذا الالتزام.

وإذا كانت الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي المتقدم تذهب في اتجاه تقرير مد أثر اتفاق التحكيم في مواجهة الشركة التي لم توقع على العقد طالما كانت الظروف المحيطة بالعقد تفيد أن هذه الشركة كانت على اتصال بهذا العقد بطريقة المساهمة في المفاوضات أو التنفيذ أو الفسخ، فإن أحكام التحكيم أيضا تميل إلى تبني هذا الاتجاه.

ففي القضية رقم 5721 لسنة 1990⁽¹⁾ الصادرة وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية في باريس ذهبت محكمة التحكيم إلى أن "انتماء الشركتين إلى مجموعة واحدة، أو سيطرة أحد المساهمين لا تعد مطلقا وفي حد ذاتها أسبابا كافية تبرر التغاضي عن الشخصية القانونية المستقلة التي تتمتع بها هذه الأشخاص كأصل عام"

ومع ذلك، فإذا كانت الشركة أو الشخص الطبيعي يعد بمثابة المحور pivot للعلاقات التعاقدية التي تمت في شأن مسألة محدّدة، فإنه يبدو من الملائم أن يتعرض المرء لأن يبحث بعناية عما إذا كان الاستقلال القانوني للأطراف، يتعين استبعاده بشكل قانوني، من أجل إصدار حكم في مواجهة جميع الأطراف المعنية. فقبول مثل هذا الاستثناء أمر وارد عندما يظهر من واقع الحال أن هناك اتحاد في الذمة قد يتحقق من قبل المجموعة أو المساهم الذي يملك أغلبية الحصص.

ولقد حرص حكم التحكيم إلى الإشارة إلى أنه بالنظر للطابع التعاقدية للتحكيم، فإن مد نطاق اتفاق التحكيم لا يمكنه أن يتم بصفته وسيلة لتوقيع الجزاء على مسلك الغير. إذ أن مثل ذلك الأمر

(1) حفيظة حداد ، المرجع المذكور ص 249

محجوز لولاية المحاكم العادية التي يمكن للطرف أمامها أن يتمسك بالحجة المستندة إلى عدم الاعتراف بالشخصية القانونية المستقلة لهذه الأشخاص.

وتميل أحكام التحكيم إلى مد أي أثر لاتفاق التحكيم على الشركة الأم إذا كان من الثابت من مسلكها في وقف المفاوضات أو تنفيذ العقد أنها أرادت الانضمام إليه ضمناً.

فلقد ذهبت محكمة التحكيم في القضية رقم 5103 لسنة 1988⁽¹⁾ وفقاً لقواعد الغرفة التجارية في باريس إلى امتداد أثر الاتفاق على التحكيم. إذا ثبت أنه لحظة إبرام العقد وتنفيذه وإعادة المفاوضات بشأن العلاقات التعاقدية أن المشروعات المدعى عليها قد ظهرت، وفقاً لإرادة المشتركة لكل الأطراف في الإجراءات، كأنها أطراف في العملية التعاقدية.

فالإتجاه الملموس سواء على صعيد الأحكام القضائية أو أحكام التحكيم يميل إلى مد أثر اتفاق التحكيم على الغير الذي لم يقع عليه إذا كانت الظروف المحيطة به تظهر أن هذا الغير يتدخل في العملية التعاقدية في أي مرحلة من مراحلها يعد بمثابة طرف يحتج عليه بشرط التحكيم الوارد فيه ويمكنه هو أيضاً أن يتمسك به وذلك بالاستناد إلى تفسير إرادة الأطراف، أي الشركات الأعضاء في مجموعة الشركات.

والواقع أن مجرد الاستناد إلى تفسير هذه الإرادة وهو التفسير الذي يتمتع المحكمون بصدده بسلطة تقديرية واسعة، يؤدي إلى ضرورة التحفظ على هذا الاتجاه، الذي يعبر عن الرغبة في جلب الاختصاص للمحكم على طريق هذا التفسير الذي قد يكون تحكيمياً في بعض الأحيان، ومعبراً بذلك عن الميل الدائم للمحكمين في الفصل في المنازعات المعروضة عليهم على نحو دفع جانب من الفقه الغربي إلى وصف هذه التزعة بالاستحواذ التحكيمي.

و في الواقع أنه بدلا من الارتكاز على تفسير إرادة الأطراف من أجل الاختصاص والتي تعد قاعدة يشوبها كثير من الغموض واللبس، وذلك لأن تفسير الإرادة عادة ما يرتكز على الملاحظات

(1) حفيظة حداد ، المرجع السابق ، ص 250.

المحيطة بالعقود والظروف الاقتصادية للعقد، وهذه الظروف والملاسات قد تعرف في عقد كما قد تحتفي في غيره ولذلك لا يمكن الاعتداد على تفسير إرادة الأطراف كحل دائم لمذ اتفاق التحكيم بل ينبغي الاعتماد على قاعدة قانونية قاطعة وصريحة وإن كانت تتضمن في ثناياها، من حيث مذ اتفاق التحكيم للاحتجاج به في مواجهة الغير الذي لم يوقع عليه، نوع من الجزاء سواء كانت هذه القاعدة مستمدة من نظرية الظاهر **apparence** أو فكرة اتحاد الذمة **confusion** أو تدخل الشركة الأم في عمل الشركة الفرع.

خاصة وأن اللجوء إلى تفسير إرادة الأطراف قد يؤدي إلى خلق نوع من القرينة القانونية من مقتضاها مذ اتفاق التحكيم على الشركات المكونة للمجموعة على الرغم من عدم توقيعها على العقد وهو الأمر الذي لا بد من تحاشيه تجنباً لردود الفعل الدفاعية والتي قد يكون من شأنها رفض الالتجاء إلى التحكيم بالكلية.

فازدهار التحكيم، والاعتراف بأكبر قدر من الفعالية لاتفاق التحكيم يقتضي أن يوجد هذا الاتفاق أولاً، وأن يكون ملزماً ابتداءً لأطرافه دون غيرهم والعمل على جعل أطراف هذا الاتفاق على احترام التزاماتها التعاقدية، فمذ اتفاق التحكيم إلى الغير اعتماداً على قاعدة تفسير إرادة الأطراف قد ينسف اتفاقية التحكيم من جذورها إذ سوف يتساءل أطراف هذه الاتفاقية ما جدوى هذه الأخيرة شرطاً كانت أو مشاركة وما جدوى التوقيع عليها إذا كان أثرها سوف يمتد للغير الذي لم يوقع عليها وأنها ستصبح ملزمة لهذا الغير وذلك اعتماداً على تفسير نوايا هذا الغير.

الفرع الثاني: نطاق اتفاق التحكيم من حيث الموضوع :

لا يتوقف تحديد نطاق اتفاقية التحكيم بالنظر إلى الأشخاص المعنية به فقط فمسألة الأطراف تعد محددة منذ البداية فلا يلحق بها أي تغيير . ولكن يتعلق تحديد نطاق التحكيم إضافة إلى أطراف العقد بالمسائل التي تخضع لاتفاق التحكيم.

فلا يوجد بطبيعة الحال ما يلزم الأطراف في اتفاق التحكيم على إخضاع جميع المنازعات الناشئة بينهم إلى المحكم.

فالتحكيم يقوم أساسا على إرادة الأطراف واتفاقهم وبالتالي فإن المحكم لا يمكن أن يفصل إلا في المسائل والمنازعات التي اتفقت الأطراف على أن يتم الفصل فيها وحسمها بهذا الطريق، ويحدث من الناحية العملية أن تتفق الأطراف صراحة على عدم إخضاع بعض المسائل للتحكيم. بل كثيرا ما يلجأ الأطراف إلى وسائل أخرى غير التحكيم من أجل الفصل في المنازعات المختلفة المتعلقة بالأوجه العديدة للعلاقات القائمة بينهم فقد يتفق الأطراف على سبيل المثال على العهدة إلى قضاء الدولة بالفصل في الإجراءات الوقتية والتحفظية على الرغم من اتفاقهم على اختصاص المحكم بالفصل في موضوع المنازعة .

علاوة على أنه بالنسبة لبعض العقود التي تشكل إطارا تعاقديا أو حتى بشأن عقد واحد فإن الأطراف قد تختار التعايش بين أكثر من شكل من أشكال التحكيم، تحكيم حر وتحكيم مؤسسي، أو تخضع بعض المنازعات للتحكيم والبعض الآخر لقضاء الدولة .

والواقع أن مسألة تحديد نطاق اتفاقية التحكيم من حيث الموضوع تبرز أهميتها في الأحوال الثلاثة التالية:

البند الأول: تعدد المنازعات في العقد الواحد:

يصلح شرط التحكيم الذي تمت صياغته بشكل جيد وعلى نحو شامل لاحتواء كل المنازعات التي يمكن أن تنشأ. والواقع أن هذا الهدف هو ما تسعى لبلوغه شروط التحكيم النموذجية ولوائح التحكيم المعروفة المتعلقة بالتحكيم.

فشرط التحكيم النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي يقترح أن يشمل اتفاق التحكيم كل منازعة أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن العقد المائل أو تتصل به أو بفسخه أو إلغائه.

بينما ينص شرط التحكيم النموذجي الذي وضعته غرفة التجارة الدولية بباريس أن الشرط التحكيمي يشكل جميع المنازعات الناشئة عن العقد المائل.

وينبغي على أطراف اتفاق التحكيم أن يقوموا بتحديد المسائل بشكل تفصيلي مع عدم إغفال أي شكل من الأشكال المختلفة للمنازعات التي من المحتمل نشوئها، كما ينبغي عليهم أن يجعلوا شرط التحكيم النموذجي شاملاً حتى للمسائل المتعلقة بصحة العقد وتفسيره وتنفيذه ومثل هذا التحديد ليس من شأنه أن يثير مشاكل تتعلق بنطاق اتفاق التحكيم من حيث الموضوع.

وعلى العكس من ذلك فهناك شروط التحكيم التي قد يتفق عليه الأطراف والتي تعد شروطاً غير قابلة للإعمال وهو ما أطلق عليه جانب من الفقه شروط التحكيم *pathologiques*⁽¹⁾ والتي تستخدم صياغة عامة وتغفل بعض الأنواع من المشاكل المتعلقة بالعقد فتغفل المسائل المتعلقة بصحة العقد وهناك أيضاً الشروط التي لا تخضع للمحكم إلا المنازعات الخاصة بتفسير العقد.

ويحدث الإغفال عادة بعدم الإشارة إلى المنازعات المتعلقة بصحة العقد. ففي أغلب العقود تهتم أطراف العقد بأن تخضع للتحكيم المنازعات المتعلقة بتفسير العقد وتنفيذه دون أن يتم إدراج المسائل المتعلقة بصحة العقد، وإمكانية التمسك ببطلانه بسبب ما يكون قد اعتراه من عيب.

ولذلك وعند نشأة المنازعة فإن للطرف ذو المصلحة في تعطيل السير في إجراءات التحكيم، أن يدعي بوجود سبب يثبت بطلان العقد من أجل تعقيد عمل المحكم، فحتى إذا كانت المسألة المعروضة على المحكم تتعلق بتفسير العقد أو تنفيذه، فإن التمسك بصحة العقد مسألة أولية على كل

(1) حفيظة حداد، المرجع السابق، ص 265 .

من مسألتي التفسير والتنفيذ ويتعين عرضها على قضاء الدولة لكي يفصل فيها بوصفه القضاء المختص لعدم اشتمال شرط التحكيم لهذه المسألة.

ومثل هذه الصياغة في شروط التحكيم يتعين اجتنابها لما قد تثيره من سفسطة أمام المحاكم أو أمام قضاء الدولة المعني بالرقابة على حكم التحكيم.

وينبغي الإشارة هنا إلى أن محاكم التحكيم وقضاء الدولة في فرنسا⁽¹⁾، يميلان بصفة عامة إلى مد نطاق اتفاق التحكيم ليشمل المسائل المتعلقة بصحة اتفاق التحكيم وذلك بشكل ضمني، حتى ولو أغفلها أطراف اتفاق التحكيم. فهذا الإغفال يعتبر إغفالا ناجم عن السهو أكثر منه تعبير عن إرادة ورغبة لعدم إدراج المسائل والمنازعات الخاصة بصحة اتفاق التحكيم ضمن شروط التحكيم واستبعادها عن اختصاص المحاكم.

وبالمثل فإنه إذا أغفلت الأطراف النص على المنازعات المتعلقة بتفسير العقد، فإنه من السهل على محكمة التحكيم المعترف لها من قبل الأطراف بمقتضى اتفاق التحكيم الاختصاص بالفصل في المنازعات المتعلقة بتنفيذه، بأن تقضي بأن قيامها بهذه المهمة مرهون بالضرورة بأن تقوم بتفسير العقد أولا، وأن الأطراف قد أقرت ضمنا بتحويل المحكمة هذه السلطة.

وإذا كان إغفال إدراج المنازعات المتعلقة بصحة العقد وتفسيره تثير صعوبات باعتباره مسائل مبدئية وأولية فإن هذا الأمر يبدو أكثر تعقيدا في حالة قصر الاختصاص على المنازعات الخاصة بتفسير العقد، لأنه في هذه الحالة فإنه يبدو من الصعب افتراض أن إرادة الأطراف ورغبتهم لا تعبر عن إرادة قاطعة وصریحة في قصر اختصاص المحكمين على الفصل في المنازعة التي تمس مسألة التفسير دون غيرها.

(1) مقالة E.Gaillard ترجمة حفيظة حداد، التكميم التجاري الدولي ص 266

البند الثاني تعدد المناعات المتعلقة بمجموعة من العقود : يتعلق هذا الفرض بالحالة التي ترتبط فيها مجموعة من العقود بعضها البعض الآخر إما بسبب موضوعها أو بسبب الأطراف التي أبرمتها، والتي تضمّن بعضها فقط شرط التحكيم بينما لم تتضمن العقود الأخرى شروطاً مماثلة. وهنا يثار الإشكال الآتي

إلى أين تتجه إرادة الأطراف ورغبتهم، هل تنصرف هذه الإرادة إلى إخضاع المنازعات المحتملة النشوء عن هذا الكل التعاقدى إلى التحكيم .

فالتساؤل الذي يطرح هنا هو بشأن مجموعة العقود التي تساهم في تحقيق ذات العملية وأيضا بشأن العقود المتتابعة أو المتلاحقة المبرمة بين نفس الأطراف.

1 - العقود التي تساهم في تحقيق ذات العملية :⁽¹⁾

لا يتم تحقيق العمليات الكبيرة المتصلة بالتجارة الدولية عن طريق إبرام مجرد عقد واحد بين الأطراف المعنية بهذه العمليات، ولكن تبرم العديد من العقود. فيبرم الإطار الاتفاقي التعاقدى أو ما يعرف بـ *Contrat cadre* ويتبع ذلك إبرام العديد من العقود التنفيذية اللازمة لتحقيق وانجاز هذه العملية وتتعلق بجوانبها المختلفة. وأحيانا يتم إبرام عقد يهدف إلى إنشاء مشروع مشترك مصحوب بملاحق مرتبطة به وعقود أخرى متنوعة متصلة بعمل هذا المشروع وتتصل هذه العقود جميعا بالعديد من الأطراف غير الأطراف الأصلية الموقعة على الإطار التعاقدى.

وبما أنه قد تم التطرق لمسألة مد اتفاق التحكيم على الأشخاص غير الموقعة عليها فإننا سوف نعالج في هذا الفرع مشكلة مد سريان اتفاق التحكيم الوارد في أحد العقود على بقية العقود الأخرى المبرمة بين ذات الأطراف الموقعة على العقد الوارد فيه الشرط المذكور .

ويتعين التفرقة هنا بين ثلاثة فروض :

(1) حفيظة حداد ، نفس المرجع ، ص 267.

الفرض الأول : ويتعلق بالحالة التي يكون فيها العقد الأساسي le contrat de base

وحده دون سائر العقود الأخرى الذي يساهم في تحقيق العملية التعاقدية، متضمنا شرط التحكيم . وهذا الفرض لا يثير صعوبة، فإرادة الأطراف صريحة في الإعلان عن رغبتها في إخضاع جميع المنازعات المحتمل أن تنشأ في إطار العملية التعاقدية بأكملها إلى التحكيم، وفي خضوع هذه المنازعات إلى محكمة تحكيم واحدة يتم تشكيلها وفقا للنصوص الواردة في العقد الأساسي الذي يشكل إطار العملية التعاقدية في مجملها .

الفرض الثاني : في هذا الفرض يتضمن كل عقد من العقود المبرمة بين الأطراف والتي تساهم

في تحقيق العملية التعاقدية، شرطا تحكيميا مستقلا وحتى إذا كررت الأطراف في هذه العقود نفس الشرط التحكيمي حرفيا، فقد يؤدي ذلك إلى إثارة التساؤل الآتي : هل يتعين اختيار هيئة تحكيم واحدة من أجل أن تفصل في المنازعات المحتملة النشوء عن هذه العقود أم أنه يتعين تشكيل هيئات تحكيم بمقدار ما يوجد من عقود، وعند عدم وجود اتفاق صريح من قبل الأطراف حول مواجهة هذه المشكلة فإنه عند نشأة المنازعة تتوقف الإجابة على هذا التساؤل على تفسير إرادة الأطراف الأصلية، وكقاعدة عامة، فإن تكرار الأطراف لنفس الشرط التحكيمي في جميع العقود يعني مبدئيا انصراف إرادتهم في إخضاع جميع منازعاتهم إلى هيئة تحكيم واحدة .

الفرض الثالث : يعد هذا الفرض محل العقدة في كل ما قيل، ففي هذا الفرض تختلف الشروط

التحكيمية الواردة في كل عقد من العقود، وهو ما يحدث عادة من الناحية العملية، على الرغم مما تثيره هذه الشروط من مشاكل. ومثال ذلك أن أحد هذه الشروط قد يشير إلى وجوب التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس ويتم عقد الجلسات الخاصة به في جنيف. بينما ينص عقد آخر من نفس مجموعة العقود التي تساهم في تحقيق ذات العملية إلى التحكيم وفقا لقواعد الغرفة بينما تعقد الجلسات في باريس. وتعد قضية Sofidif⁽¹⁾ ضد الحكومة الإيرانية من أبرز الأمثلة

(1) حفيظة حداد ، المرجع السابق ص 269 .

والقضايا التي برز فيها هذا الاختلاف والتنوع في شروط التحكيم الواردة في صلب العقود التي تساهم في تحقيق ذات العملية التعاقدية.

ونظرا لأهمية هذه المنازعة وأهمية ما صدر عنها من أحكام سواء على مستوى محاكم التحكيم أو على مستوى قضاء الدولة، وما أثارته من تعليقات على نحو يفيد استخلاص المبادئ والحلول التي تحكم هذه النوعية من المنازعات القائمة على سبب التنوع في شروط التحكيم الواردة في العقود المنصبة على تنفيذ ذات العملية التعاقدية الواحدة، فإننا سنعرض لها بشيء من التفصيل.

قضية Sofidif .⁽¹⁾

في 27 جانفي 1974 وقّعت الحكومة الإيرانية مع الحكومة الفرنسية اتفاق تعاون بغرض الاستخدام السلمي للطاقة الذرية. ومن أجل تطبيق نصوص هذا الاتفاق تم إبرام بروتوكول في 23 ديسمبر 1974. وفي إطار هذه الآلية القانونية، تم إبرام العديد من العقود بين الشركات التي أنشئت لتحقيق الهدف المذكور.

في 23 فبراير 1974، تم إبرام اتفاق بين هيئة الطاقة النووية (C.E.A) والمنظمة الإيرانية للطاقة الذرية (O.E.A.I)، بغرض إنشاء الشركة الفرنسية الإيرانية من أجل تخليق اليورانيوم والمعروفة باسم شركة Sofidif وهي شركة فرنسية تملك هيئة الطاقة النووية (C.E.A) 60% من رأسمالها، وتملك الهيئة الإيرانية للطاقة الذرية 40% منه .

ولقد نص في العقد المبرم في 23 فبراير 1975 والموقع بين (C.E.A) و(O.E.A.I) على شرط التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس والذي لم يحدد فيه لا مقر انعقاد جلسات التحكيم ولا القانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعة.

(1) حفيظة حداد، نفس المرجع ص 269 .

بينما نص في العقد المبرم في 13 نوفمبر 1975 بين Eurodif و Sofidif الذي تم إبرامه بين الشركة الأولى بصفتها مساهمة بنسبة 25% من رأسمال Eurodif (وهي شركة فرنسية تم إنشاؤها عام 1973 من قبل هيئة الطاقة النووية) على شرط التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس والذي تعقد جلساته في جنيف ويطبق فيه القانون الفرنسي . ومن المعروف أن شركة Eurodif وفقا للعقود المبرمة بينها وبين Sofidif تحتجز 25 % من أصولها لصالح هذه الأخيرة.

وفي 13 نوفمبر 1975 أيضا تم إبرام بروتوكول بين O.E.A.I و Sofidif و Seru هي (شركة الدراسات والأبحاث الخاصة باليورانيوم) وتضمن هذا البروتوكول شرط تحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، يخضع للقانون الفرنسي ويصدر حكم التحكيم في باريس، ونظرا للتغيرات السياسية والاقتصادية التي أعقبت قيام الثورة الإيرانية فإن الحكومة الإيرانية قامت بإلغاء اتفاق التعاون المبرم بينها وبين الحكومة الفرنسية بغرض الاستخدام السلمي للطاقة النووية. ولقد بدأت الشركات الفرنسية بالشروع في اتخاذ إجراءات التحكيم لمطالبة الشركات الإيرانية المعنية بالتعويض الناشئ عن الإنهاء بالإرادة المنفردة للعقود المبرمة بين الطرفين.

ولقد تقدمت كل من الشركات Eurodif , Sofidif والشركة العامة للمواد الذرية Cogema باسمها ونيابة عن شركة S.E.R.U وشركة C.E.A ضد الهيئتين الإيرانيين O.E.A.I و O.L.A.E.T.I.، ولقد أشار طلب التحكيم إلى كل من شرط التحكيم الوارد في العقد الموقع في 23 نوفمبر 1975 بين O.E.A.I ., C.E.A وأيضا الاتفاق الموقع في 13 نوفمبر 1975 المبرم بين Eurodif و Sofidif .

ولقد احتجت الشركات الإيرانية على شرعية مثل ذلك الضم للإجراءات وطلبت ضرورة تعيين محكم مختلف ليفصل في المنازعات الخاصة بكل عقد على حدة.⁽¹⁾

(1) حفيظة حداد، نفس المرجع ص 270-271

ولقد تمسكت الشركات المدعية بالصلة الوثيقة القائمة بين العقود المختلفة وبتكامل شروط التحكيم فيما بينها وذلك من أجل أن تكون محكمة تحكيم واحدة. وهو ما وافقت عليه محكمة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس **Sofidif**، وأيضا محكمة التحكيم فيما بعد.

وعلى إثر قرار محكمة التحكيم، قامت الشركات الإيرانية، مع التحفظ بشأن حقوقها في هذا الشأن بتعيين محكم وهو الأستاذ **Jacques Robert** وقامت الشركة المدعية بتعيين العميد **Georges Vedel** وقامت هيئة التحكيم بتعيين الأستاذ **Pierre Cavin** رئيسا.

وفي 25 أبريل 1985، أصدرت هيئة التحكيم حكما يفصل في كل من مسألتَي الاختصاص والموضوع، إذ أقرت باختصاصها بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود المذكورة على الرغم من أن كل هذه العقود المختلفة يتضمن شرط تحكيم مستقل ومختلف.

ولقد سببت محكمة التحكيم حكمها بأنه أيا ما كانت الأهمية التي يحتلها كل اتفاق من الاتفاقات المبرمة بين الأطراف، فإن هذه الاتفاقات المختلفة لا تحتل - وهو أمر واضح لا يحتاج إلى برهان - مكانة مماثلة في الإطار الاتفاقي العام. فالواقع أن الاتفاق المبرم في 23 فبراير 1975 والبروتوكول الموقع في 13 نوفمبر 1975 هما اللذان يكرسان الالتزامات الأساسية للأطراف المتعاقدة. فالاتفاق الموقع في 23 فبراير 1975 الذي أنشئت بموجبه شركة يحدد مبادئ وأوصاف التعاون بين الأطراف المتعاقدة في مجال تخليق اليورانيوم ويحدد البروتوكول الموقع في 13 ديسمبر 1975 شروط أعمال الحقوق التي تتمتع بها الأطراف.⁽¹⁾

ولقد حرصت الأطراف على أن تحدد في الشروط التحكيمية الواردة في هذه العقود على أن المنازعات التي قد تنشأ عن هذه العقود، يتم الفصل فيها وفقا للائحة المصالحة والتحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية في باريس بواسطة واحد أو أكثر من المحكمين يتم تعيينهم وفقا لهذه

(1) حفيظة حداد، نفس المرجع، ص 272.

اللائحة. ومن المعروف أن لائحة التحكيم الخاصة بالغرفة لا تتضمن أي نص يقيد، بأي شكل من الأشكال، حرية المحكم .

ولقد ذهبت هيئة التحكيم إلى أن المبدأ الذي يتعين إعماله في حالة عدم وجود تعبير عن إرادة الأطراف هو الحرية المطلقة للاختيار المتروك للمحكّمين الدوليين، سواء تعلق الأمر بقاعدة تنازع القوانين أو القانون الموضوعي الواجب التطبيق.

وإزاء تمسك الأطراف المدعى عليها، بوجود تعارض بين الشروط التحكيمية الواردة في العقود المختلفة، فالتقيد المبرم في 23 فبراير 1975 لا ينص لا على القانون الواجب التطبيق، ولا على مكان التحكيم بينما يقضي البروتوكول الموقع في 13 ديسمبر 1975 على تطبيق القانون الفرنسي وانعقاد جلسات التحكيم في باريس، وذهبت محكمة التحكيم إلى عدم وجود تناقض بين هذه الشروط مقدرة أن هناك نوعاً من التكامل بينها.

فالإتفاق والبروتوكول يشكّلان كلا متكاملًا، وإذا كان من الواضح أن الأطراف على الرغم من تركها للمحكّمين الحرية في تحديدهم للقانون الواجب التطبيق ومقر التحكيم، فإنها أفصحت في البروتوكول عن تطبيق القانون الفرنسي وانعقاد جلسات التحكيم في باريس.

ولقد انتهت محكمة التحكيم بعد أن أقرت باختصاصها بنظر المنازعات الناشئة عن هذه العقود المتضمنة لشروط التحكيم المختلفة على النحو المشار إليه أعلاه، إلى أن التقييم العادل للمراكز التعاقدية للأطراف المدعية والمدعى عليها يحوّل لها في واقع الحال، الحصول على تعويض، لما لها من مصلحة قانونية واضحة، جديرة بالحماية.⁽¹⁾

ولقد طعن الطرف الإيراني على الحكم المتقدم أمام محكمة استئناف باريس التي قامت بإلغائه في حكمها الصادر في 19 ديسمبر 1986، وعلى الرغم من أن محكمة استئناف باريس قد ألغت هذا الحكم لتجاوز محكمة التحكيم لمهمتها الواردة في وثيقة المهمة نظراً لفصلها في موضوع

(1) حفيظة حداد، نفس المرجع، ص 273 .

الدعوى مع الدفع بعدم اختصاصها، على الرغم من أنه يظهر من وثيقة المهمة المذكورة أن محكمة التحكيم كان عليها أن تفصل فقط في مسألة اختصاصها وبالتالي يتعين إبطال الحكم، فإنه مع ذلك تعرّضت بشكل ثانوي للموضوع المطروح على نطاق البحث.

ولقد ذهبت إلى أن الطلب المثار أمام المحكم يظهر عدم وجود إطار تعاقدى أو عقد متعدّد الأطراف، وبالتالي ووفقاً للعقود المطروحة على محكمة التحكيم، فإنه يتعين على هذه الأخيرة أن تفصل في مسألة اختصاصها بالنسبة لكل عقد على حدا.

فالقواعد التي تحكم التحكيم والقائمة على الطابع الاتفاقي لشرط التحكيم لا تسمح بامتداد آثار الاتفاق المتنازع عليه، على الغير والاحتجاج بها في مواجهة من ليسوا هم أطراف فيه، تعوق السير في أية إجراءات جبرية أو إدخال الضامن في الدعوى. وبهذه المثابة فإن حلول المشاكل المتولدة عن الارتباط بين العقود وعدم قابليتها للتجزئة، يتعين أن يتم من خلال البحث عن إرادة الأطراف.

ولقد أضافت محكمة استئناف باريس أن محكمة التحكيم قد واجهت مجموعة من العقود تهدف إلى تحقيق ذات المشروع وكان يجب عليها أن تحدد المسائل التي يمكنها أن تباشر اختصاصها ومهمتها بصددّها، وتسعى إلى إيجاد حل متجانس من أجل أن تتحاشى تفتيت المنازعة وتعدد الإجراءات.

ومن الواضح أن المنهج الذي اقترحه محكمة استئناف يختلف عن ذلك الذي اتبعته محكمة التحكيم والتي أدمجت شروط التحكيم المختلفة، مستندة إلى اعتبارات مثل فكرة الإنصاف ووجود مصلحة جدية بالحماية من أجل أن تقر لنفسها بالاختصاص بنظر المنازعات الخاصة بأحد المدعين المرتبط بالمدعى عليهم بعقد يتضمن شرط التحكيم.⁽¹⁾

(1) حفيظة حداد، نفس المرجع، ص 274.

ولعله من الجدير بالملاحظة فيما يخص هذا الشأن هو ما نوّه إليه الفقه الفرنسي الذي يرى أن هناك عاملاً وحيداً يتعين على الجهة المعنية أن تأخذه بعين الاعتبار، سواء كانت هذه الجهة هي محكمة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية، أو أية هيئة تحكيم أخرى، أو كانت ممثلة في قضاء الدولة، وذلك عند فحصها لمسألة ضم consolidation إجراءات التحكيم المتعددة، وذلك العامل هو إرادة الأطراف.

ففي ظل المعطيات السائدة الآن في القانون الفرنسي، فإن الوسيلة الوحيدة من أجل ضم إجراءات التحكيم أو التقريب من شروط التحكيم هي البحث في نية جميع الأطراف المعنية، من أن تتم إجراءات التحكيم على هذا النحو. وفي حالة عدم التثبت من وجود هذه النية المشتركة للأطراف جميعها، فإن أياً منها له الحق في أن يتمسك بأن محكمة التحكيم، قد أصدرت حكم التحكيم في مواجهته، دونما اتفاق على التحكيم.

ومما لا شك فيه أن ليس هناك ما يمنع من أن تكون نية الأطراف في هذا الصدد قد عبر عنها بشكل ضمني طالما كان هذا التغيير مؤكداً لا يشوبه أي لبس.

فعلى الرغم من الرغبة في عدم تجزئة المنازعات المركبة التي تتصل بمسائل مرتبطة بعضها على نحو وثيق، فإنه لا يمكن تغليب اعتبارات حسن أداء العدالة على اعتبارات إرادة الأطراف، وذلك بسبب الطابع الإرادي للتحكيم، والذي يستند كقضاء خاص على إرادة الأطراف التي يتعين احترامها وهو ما حرصت محكمة استئناف باريس إلى الإشارة إليه.

وترتيب على ذلك، فإنه يمتنع على محكمة التحكيم أن تقوم بضم المنازعات بشأن العقود المركبة والتي يتضمن كل منها شرط تحكيمي مستقل ينص على أن إجراءات التحكيم يتعين أن تتم كل منها في دول مختلفة، إلا أن مثل هذه الشروط تتعارض مع بعضها ولا يمكن التوفيق بينها.

فاعتبار دولة ما، كمقر للتحكيم ليس مجرد بيان تفصيلي لا أهمية له ومبعثه اعتبارات راحة المحكمين، إذ أن العديد من النتائج القانونية الخطيرة تترتب على مثل ذلك الاختيار، كالنظام القانوني الواجب التطبيق على طرق الطعن على حكم التحكيم، والاستفادة من المعاهدات الدولية التي تكون دولة المقر طرفاً فيها، وتدخل قضاء الدولة من أجل مساعدة هيئة التحكيم ولذلك يبدوا من غير المنطقي ومن غير المتصور أن يتم ضم إجراءات التحكيم التي تتم في دولتين مختلفتين، فمثل ذلك المسلك فيه إهدار لإرادة الأطراف.

وقد اعتمد هذا المسلك في جميع الأنظمة القانونية، بما فيها تلك التي أجازت إمكانية ضم إجراءات التحكيم، مثل القانون الهولندي الذي سمح بإمكانية ضم إجراءات التحكيم، إلا أن هذه الإمكانية مقتصرة فقط على حالة أن تتم جميع إجراءات التحكيم في هولندا، بمعنى أن الإجازة مقتصرة فقط في الحالة التي يكون فيها مقر التحكيم واحداً وليس متعددًا كما في الحالة السابقة.

وإذا كانت إرادة الأطراف هي العامل الوحيد الذي بالرجوع إليه يتعين على محكمة التحكيم أن تفصل في مسألة اختصاصها بالمنازعة المعروضة في حالة اتصال المنازعة بالعديد من العقود المرتبطة بتنفيذ عملية واحدة والتي يتضمن كل منها شرط تحكيم مختلف في صياغته عن شروط التحكيم الأخرى، الواردة في جانب من هذه العقود، فإن هذه الإرادة اعترفت لها محكمة استئناف Versailles في حكمها الصادر في 7 مارس 1990 في قضية O.I.A.E.T.I. و Sofidif ضد كل من Cogema Serv Eurodif و C.E.A.، وذلك بعد أن أحالت إليها محكمة النقض الفرنسية للفصل في المنازعة القائمة بين الأطراف المذكورة بعد إلغائها لحكم محكمة استئناف باريس المشار إليه سابقاً، بسبب تفسير هذا الحكم للشروط الواردة في وثيقة المهمة تفسيراً خاطئاً، بدور رائد.

فلقد ذهبت محكمة استئناف Versailles إلى ملاحظة أن قضاء التحكيم يستمد ولايته من اتفاق الأطراف على منحه الاختصاص بالفصل في المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم. وإنه يتعين على محكمة التحكيم أن تفصل في مسألة اختصاصها بالرجوع إلى هذا الاتفاق سواء تعلق الأمر بتحديد ولايتها منت حيث الأشخاص الخاضعين أو تعلق الأمر بالفصل في تحديد موضوع ونطاق المنازعة المعروضة عليها.⁽¹⁾

ولذا وفي حالة عدم وجود إرادة مشتركة للأطراف المتعاقدة سواء كانت هذه الإرادة صريحة أو ضمنية، في أن ترتبط الأطراف فيما بينها بشروط التحكيم الواردة في الاتفاق والبروتوكول، وفي حالة وجود شرط في أحد العقود يتعارض مع ذلك الوارد في البروتوكول، ويعبر عن إرادة مغايرة للأطراف، فإن محكمة التحكيم لا يمكن أن تفصل في المنازعة في ظل إجراءات تحكيم واحدة.

فبالنظر للطبيعة الاتفاقية لقضاء التحكيم، ولتعدد العقود واختلافها، وأيضا لاختلاف الأطراف في كل عقد منها، والاختلاف في شروط التحكيم ونظرا لغياب أي تحديد أو بيان من بين هذه الشروط يسمح باستخلاص إرادة مشتركة تفيد إمكانية وجود إجراءات تحكيم واحدة، وذلك على الرغم من وحدة الهدف الذي تسعى جميع العقود المعنية إلى تحقيقه، فإنه يتعين على المحكمين الإشارة إلى كل عقد من أجل الفصل في مسألة اختصاصهم بشأن مسألة متنازع عليها.

وخلاصة القول، هو أنه بالنسبة للعقود المرتبطة والتي تهدف إلى تحقيق مشروع واحد والذي يتضمن كل منها شرطا تحكيميا مختلفا ومستقلا عن بقية الشروط الواردة في العقود الأخرى، فإن تحديد المحكم لاختصاصه بنظر المنازعة المعروضة عليه لن يتم بإعمال ذات القواعد التي تحكم الدعوى المدنية أمام قضاء الدولة من مد القاضي لاختصاصه على جميع المسائل المرتبطة بالمنازعة المعروضة عليه وضمها للفصل فيها تحت ولايته نظرا للارتباط وعدم قابلية الدعوى للتجزئة، فهذا

(1) حفيظة حداد، نفس المرجع، ص 276

المبدأ المقرر في الأنظمة القانونية الوضعية المعاصرة والذي تفرضه اعتبارات حسن أداء العدالة من جهة وتحاشي تضارب الأحكام في المسائل المرتبطة ارتباطا وثيقا، ويطبقه القاضي الوطني تلقائيا، لا محل لإعماله في المسائل المتعلقة بالتحكيم وإن تشابهت الظروف، ففي التحكيم يتمتع كل طرف في المنازعة بالحرية في تعيين محكمه، ويتقيد هذا الأخير بحدود ونطاق شرط التحكيم ولا يمكنه أن يخرج عنه وإلا تعرض حكمه للإبطال.

ففكرة ضم الطلبات المرتبطة أمام قضاء التحكيم هي فكرة مرفوضة كأصل عام إلا إذا ظهر من الظروف المحيطة بالمنازعة ومن شروط التحكيم المختلفة الدرجة في العقود المرتبطة والتي تهدف إلى إنجاز ذات المشروع. أن الإرادة المشتركة للأطراف سواء كانت صريحة أو ضمنية طالما كانت مؤكدة تقبل مثل ذلك الضم .

الفرض الرابع العقود المتتابعة بين ذات الأطراف: الكثير من العقود تكون عبارة عن عقود متتالية ذات صلة فيما بينها، حيث أنه تتعلق بذات المسائل أو بمسائل متشابهة، وقد يحدث أن لا يتضمن أحد هذه العقود شرطا تحكيميا بينما تتضمن العقود السابقة عليه شرطا التحكيم . ففي العلاقات التعاقدية القائمة بين المورد وأحد عملائه، فإن أحد الطلبات قد يتم من خلال التلكس في كلمات محدودة، دون الإشارة إلى شرط التحكيم المعتاد إدراجه في الصفقات التي تتم بين المورد وهذا العميل .

فهل تخضع هذه المنازعات الناشئة عن هذه الصفقة التي لم تتضمن شرط التحكيم، للتحكيم بالنظر إلى أن جميع المعاملات السابقة بين الطرفين تخضع للتحكيم.

لقد اعتمد القضاء الفرنسي وكذلك جانب من الفقه الفرنسي هذا الحل أي أن العقود التي لا تتضمن شرطا تحكيميا، وتكون في إطار عقود متتالية أي قد سبقتها مجموعة من العقود في ذات المسألة وتتضمن هذه العقود السابقة شرط التحكيم، ففي هذه الحالة يخضع العقد الأخير للشرط

التحكيمي وفقا لما تم إبرامه في العقود السابقة، لكن هنا وضع شرط وهو أن تكون العقود السابقة من الأهمية بمكان بحيث يمكن أن يستخلص منها القبول الضمني للتحكيم بالنسبة للعقد الأخير، وبالتالي لا مندوحة، والحال كذلك، من خضوع المنازعات الناشئة أو التي تضمنها العقد الأخير للتحكيم.

وفي نفس الإطار قد يتضمن أحد العقود اللاحقة شرطا مانحا للإختصاص للقضاء الوطني لإحدى الدول أو يتضمن شرطا تحكيميا يختلف عن الشروط الواردة في العقود السابقة، في مثل هذه الحالة يفسر هذا الشرط على أنه استبعاد لشرط التحكيم الوارد في العقود السابقة، وبالتالي عدم خضوع هذا العقد الأخير لشرط التحكيم الوارد في العقود السابقة وذلك على خلاف ما كان في السابق، فهنا لا يمكن الإدعاء بأن هذا الشرط قد تم تجديده ضمينا.

المطلب الخامس القاعدة الخامسة: للتحكيم مقر وليس له موطن: لقد رأينا في الاستقراء التاريخي والمقارن لتطور فكرة التحكيم ونظامه أن إشكالية التحكيم وما أفرته من وضع دولي إزاء قضاء الدولة، ارتبطت بفكرة توطين التحكيم في الإقليم الجغرافي للدولة، وبإخضاعه لسيادتها ولقانونها باعتباره قانون دولة مقر التحكيم أو دولة موطن التحكيم .

كما أن مصطلح FOR⁽¹⁾ يعني في الأصل محكمة التي يرتبط وجودها بالدولة المحتكرة للقضاء، ما جعل دلالاته تصبح رمزية أكثر منها حقيقية، إذ أصبحت تتجاوز مشروعية التحكيم إلى ضبط نظامه ومناطه، بمعنى أنه أصبح يعني توطين التحكيم في دولة مقره .

أما في القانون الدولي الخاص، فقد أصبح التوطين يعني إعطاء التحكيم تأهيلا سياديا وطنيا وإخضاعه إلى قوانين دولة المقر الإجرائية وإلى قوانينها البولييسية وإلى نظامها العام الذي تطور مفهومه من نظام عام وطني إلى نظام عام في مفهوم القانون الدولي الخاص.

(1) لقد درج القول بأن المحكم ليس له سيادة « L'arbitre n a pas de for » لكن أصل الكلمة كما قيل يعني به المحكمة وليس السيادة .

وبحكم كون المقر ليس في الحقيقة إلا عنصرا من عناصر المحكمة يكون للتحكيم مقر لكن لا يكون له وطن .

وهكذا أصبح لمفهوم محكمة أو FOR دلالة رمزية ، بمعنى أن المقصود به هو الولاء والخضوع لسيادة قانونية وطنية معينة تخضع على التحكيم عباؤها و تقيده بقيودها وبحدودها ، وهو ما استوجب استبعاد التوطين السيادي الجغرافي للتحكيم، إلتزاما بخصوصيته وتأمينا لاستقلالته في علاقته بالدولة وبقانونها.

ويقول بهذا الصدد الأستاذ ميتودي بواسيون " لم يعد مقر التحكيم وطنا له، فقد أصبح هذا الأخير لا ماديا . لقد انتقل بوجه ما من فضاء مادي هو الإقليم إلى محيط رمزي هو رضا الأطراف"⁽¹⁾.

ويعقب على ذلك الأستاذ توماس كلاي قائلا: "تم تصوير السيادة التحكيمية على أنها أساس التأهيل، بمعنى أن إرادة الأطراف تأهل المحكم حيث تأهل الدولة القاضي ."⁽²⁾

في حين يقول الأستاذ بيار مايار "تأخذ إرادة الأطراف بالنسبة للمحكم مكان قانونه"⁽³⁾.
وقد وصل التباري في التعبير عن تحرر التحكيم من الجغرافيا إلى القول "بدون جغرافيا تربطه، يجوم التحكيم في الحقيقة فوق كل الحدود دون أن يتمثل في أي منها، إنه يجتاح الحدود جميعا ."
لكن هذا التجريد لا يمكن أن يكون مطلقا ولا منسلخا عن كل سند أو قاعدة واقعية، لأنه لا بد للتحكيم كمؤسسة تتكون من هيكل ينطق باسمه ويحقق مصلحته ويكسبه عنصري الدوام والانتظام .

(1) الحسين السالمي ،التحكيم وقضاء الدولة ،مرجع مذكور ،ص 266.

(2) الحسين السالمي ،نفس المرجع 266.

(3) الحسين السالمي نفس المرجعص266.

ولا بد له أيضا كقضاء من جهاز يحققه ويضمن تناسق نظامه، حتى لا تنقلب إستقلالية التحكيم إلى تحرر من كل الضوابط ولا تنقلب حرية التحكيم إلى فوضى. ويتحرر المختصون من تحكم قضاء الدولة ليقعوا في تحكم التحكيم نفسه .

خاتمة المبحث الأول من الفصل الثاني :

لقد انتهى بنا التأصيل الفقهي إلى ضرورة التكريس القانوني والتطبيقي لهذا التأصيل، وقد جاء هذا التكريس في شكل مبادئ عامة وضعها القضاء التحكيمي وفقه القضاء على اختلافه سواء كان قضاء عموميا كمحكمة النقض والاستئناف الفرنسية أو خاصا كما هو الحال بالنسبة للمراكز التحكيمية كما هو الحال لحجرة التجارة الدولية بباريس أو مركز التحكيم بواشنطن .

وقد رأينا أن هذه المبادئ العامة أو القواعد المادية عبر الدولية قد كانت نتاج لتطور التصور العام والغالب والمتمثل في أن التحكيم قضاء مواز لقضاء الدولة وليس قضاء خاصا أو استثنائيا كما كان الحال في السابق، أي أثناء سيادة التصور العقدي للتحكيم، فكان هذا التصور هو سبب النظرة الدونية للتحكيم التجاري الدولي .

وقد أدى وجود هذه القواعد عبر الدولية إلى تكريس وضع متميز للتحكيم التجاري الدولي سواء في المعاهدات الدولية أو القوانين الداخلية، بل قد رأينا أن هذه القواعد أصبحت بمثابة القواعد الآمرة مع الفارق في القياس مع القواعد الآمرة الداخلية وذلك لانعدام سلطة عليا دولية لتطبيق هذه القواعد المادية عبر الدولية. ودلالة ذلك هو الفقه والقضاء والتشريع الإنكليزي الذي كان يعد تشريعا متحفظا بالقياس مع التشريعات الأوروبية خاصة الفرنسية والسويسرية، فقد عارض الفقه والقضاء الإنكليزي مختلف المرتكزات والقواعد التي قام عليها التحكيم التجاري الدولي بصيغته الجديدة، فقد رفض مبدأ إستقلالية العقد الأصلي عن اتفاقيات التحكيم شرطا كانت أم مشاركة كما أنه كان يأخذ بمبدأ العدول الذي يحق بمقتضاه لأي طرف في اتفاقية التحكيم وفي أي لحظة قبل صدور حكم التحكيم أن يعلن رجوعه في الموافقة على التحكيم وأن

يعدل عن مواصلته. وكذلك مبدأ خضوع التحكيم للرقابة المستمرة للقضاء، ومبدأ التوطين الوجوبي للتحكيم أي أنه ينبغي لكل تحكيم أن يرتبط بمقر وأن يخضع وجوبا إلى نظامه الإجرائي.

فالنظام الأنجلوساكسوني يرفض إجمالا فكرة الاستقلال الإجرائي للتحكيم، مع العلم أن الفقه والقضاء الإنكليزي اضطر في النهاية للاعتراف بمختلف المبادئ التحكيمية العامة التي كان يرفضها وذلك تحت ضغط التمدد الدولي للنظام التحكيمي المبني على تلك المبادئ، فلم يعد في وسع أي نظام تشريعي أن ينغلق على نفسه بحجة الخصوصية أو مبدأ السيادة، فقد ظهر إلى حيز الوجود نظام تحكيمي دولي ذو صبغة عالمية موحد المبادئ والقواعد لا يمكن لأي كان تجاوزه أو إنكاره، وقد كانت هذه القواعد بمثابة الأسس التي قامت عليها مؤسسة التحكيم، والتي أخرجت التحكيم التجاري من نطاق القوانين الوطنية الضيق إلى أفق النظام التحكيمي العالمي الذي يفرض على جميع الدول قواعد ينبغي التقيدها بما متجاوزا أهم مبدأ قامت عليه الدول منذ معاهدة وستفاليا وهو مبدأ السيادة المطلقة، فلم يعد بمقدور الدول أن تمتنع عن قبول التحكيم التجاري بدعوى أن نظامها القانوني لا يعترف به، فلم يعد مهما إن كان النظام التشريعي قد أدمج النظام القانوني التحكيمي في تشريعاته الداخلية من عدمه، فقد أصبحت الدول تجر إلى التحكيم التجاري جرا، وأبرز مثال على ذلك النظام التشريعي الجزائري الذي لم يعترف بالنظام التحكيمي ويدخله ضمن تشريعاته إلا سنة 1993 مع صدور مرسوم 09/39 لكن الدولة الجزائرية قد عرفت التحكيم التجاري الدولي ابتداء من الاستقلال بل قبل ذلك فقد عرفت مع اتفاقية إيفيان وكذلك اتفاقية جيتي، ويعد هذا الأمر الفرق الجوهرية بين التحكيم التجاري الدولي والتحكيم الدولي.

وقد وضعت هذه القواعد المادية عبر الدولية اللبنة الأولى لميلاد نظام قانوني تحكيمي عبر دولي.

فما مدى تكريس هذا النظام القانوني على أرض الواقع، أم هو مجرد قواعد ومبادئ نظرية لم

تجد طريقها إلى التجسيد على أرض الحقيقة.

لقد استقر في وجدان الفقه والقضاء التحكيمي أن التحكيم لا يستمد طابعه القانوني من أي نظام وطني ، سواء أكان هذا النظام هو نظام دولة المقر أم دولة أو دول التنفيذ، ولكنه يستمد هذا الطابع من نظام قانوني آخر يمكن وصفه بالنظام القانوني التحكيمي.

ويتطابق هذا الاستنتاج مع إدراك محكمي التجارة الدولية بأنهم لا يحققون العدالة باسم دولة ما، ولكنهم مع ذلك يمارسون وظيفة قضائية في خدمة المجتمع الدولي .

واستنادا إلى الإجماع التام بشرعية اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لتسوية نزاعات التجارة الدولية، فإن شرعية ممارسة هذه الوظيفة القضائية من قبل المحكمين ليست موضع شك.

ولا تتركز هذه الشرعية على قبول دولة معينة بهذه الوسيلة لفض النزاعات، بل تتركز على إجماع الدول عامة في هذا الصدد.

فما طبيعة هذا النظام القانوني وما هي خصائصه .

المبحث الثاني: النظام القانوني التحكيمي :

لا يمكن الإدعاء بوجود مؤسسة تحكيمية موازية لمؤسسة القضاء العمومي وتؤدي نفس الوظيفة القضائية، دون وجود نظام قانوني يحكم وتتجسد من خلاله هذه المؤسسة. والسبب وراء هذا الإدعاء بوجود مثل هذا النظام القانوني هو إدراك محكمي التجارة الدولية أنهم لا يحققون العدالة باسم دولة ما أو منظمة دولية، وإنما يحققونها باسم المجتمع الدولي وخدمة له.

المطلب الأول : ماهية النظام القانوني التحكيمي.

بعد أن تقرر أن لمؤسسة التحكيم نظاما قانونيا تخضع له ويحكمها ، فإنه ينبغي التفصيل في طبيعة هذا النظام القانوني ، وهل أجمع الفقه والقضاء التحكيمي على وجود نظاما قانونيا شبيهه بالأنظمة القانونية التي تحكم القضاء الرسمي، أو أنه يختلف عنه، وما أصل نشأة هذا النظام شكلا ومضمونا . سنحاول معالجة مختلف المسائل المذكورة آنفا في هذا المطلب.

الفرع الأول: مفهوم النظام القانوني التحكيمي وتأصيله الفقهي والتاريخي

سنحاول التطرق في هذا الجزء من هذا البحث إلى مسألة الجذور التاريخية للنظام القانوني التحكيمي والمفاهيم والتعريفات التي أعطيت له ، والدور الذي لعبه الفقه الفرنسي خصوصا في وضع أبعاد هذا النظام القانوني.

- **مفهوم النظام القانوني التحكيمي**: يعرف النظام القانوني بكونه " مجموعة القواعد القانونية التي تحكم كيانا منظما ،مثل كيان الدولة " .

لئن كانت الدولة هي المثال التقليدي للكيان المنظم ، كما كان النظام الذي تقوم عليه ويحكمها هو مثال النظام القانوني ،على المستويين الوطني والدولي ،فإن تطور نظام العلاقات الدولية العامة والخاصة جعل الدولة كيانا جزئيا داخل كيان أوسع منها امتدادا تتعايش داخله مع كيانات أخرى هي ذوات القانون العام الدولي ،أي المنظمات والهيئات الإقليمية والدولية . وصارت الدولة الحديثة فردا داخل المجتمع الدولي تأخذ مركزا مشابها لمركز المواطن في مجتمع الدولة مع الفارق أنه لا توجد سلطة عليا تفرض تطبيق قواعدها الآمرة في المجتمع الدولي كما هو الحال داخل الدولة ،وبالتالي أصبحت الدولة إلى حد ما " مواطن المجتمع الدولي " .

-**التأصيل الفقهي والتاريخي لفكرة النظام القانوني التحكيمي**: لقد عرف هذا المصطلح في

الفقه الفرنسي في أواخر القرن العشرين ولكن بصورة مبهمة وغير محددة ،وقد كان الأستاذ إيريك لوكان⁽¹⁾ أول من استخدم ما يسمى بالمصطلح الشبيه وهو "النظام القانوني اللاوطني " في إطار نقاش حول النموذج النظري الذي يعترف بوجود نظام قانوني لا وطني يستطيع محكمو التجارة الدولية أن يعتمدوا عليه لإسناد العلاقات الدولية التي قد تطرح أمامهم .

بعد ذلك يبدو أن الفقيه الأول الذي استعمل مصطلح "النظام القانوني التحكيمي" هو الأستاذ

دانييل كوهين في أطروحته "التحكيم والشركات" التي نشرت عام⁽²⁾ 1993 .

(1) إيمانويل غيار ، الأوجه الفلسفية لقانون التحكيم الدولي ، ترجمة رنا شعبان ومحمد شلباية، مجد المؤسسة الجامعية

للدراستات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 2011 ، ص 57 .

(2) إيمانويل غيار ، نفس المرجع ص 57 .

واعتبر الأستاذ كوهين أن المصطلح يعني مجموعة متماسكة من القواعد وميزهنا تمييزا واضحا عن المعنى المعتمد في إطار النظرية المؤسساتية الإيطالية.

فيما بعد خصص الأستاذ توماس كلاي⁽¹⁾ فصلا كاملا في أطروحته حول المحكم للنظام القانوني التحكيمي حيث شدّد كلاي على استقلالية التحكيم وعلى طابعه عبر الوطني .

وأخيرا في مقالة تدور حول استقلالية التحكيم الدولي ،حاول الأستاذ جان باتيست راسين⁽²⁾ تأصيل هذا المفهوم مقارنة إياه بالرؤى الأخرى لمفهوم النظام القانوني المعتمدة من سانتي رومانو⁽³⁾، وفرانسوا أوست⁽⁴⁾، وميشال فان دو كرشوف⁽⁵⁾ قبل مجابته بالنظرية المعيارية وبنظرية كلسن للنظام القانوني .

ولقد اختلف الفقهاء في الأسس التي يقوم عليها هذا النظام القانوني فالبعض رأى فيه تعبير عن القانون الطبيعي والبعض رأى غير ذلك

- الأسس الفقهية والفلسفية لهذا المصطلح :لقد أدى ظهور هذا المصطلح إلى خلاف فقهي حاد بين مختلف المذاهب الفقهية المهمة بهذا الشأن ،وخاصة في مسألة الأسس الفلسفية التي يركز عليها هذا النظام القانوني التحكيمي ،والجذور التي ينتمي إليها ،فبين من ينسبه إلى القانون الطبيعي،وبين من يراه يعود إلى التيار الوضعي .

أ- تيار القانون الطبيعي :من السهل إثبات وجود نظام قانوني تحكيمي إذا تم تقييم هذا المفهوم من منظور فلسفة القانون الطبيعي .

(1) إيمانويل غايار ،الأوجه الفلسفية لقانون التحكيم الدولي ،المرجع السابق ص58.

(2) إيمانويل غايار ،نفس المرجع ،ص 58.

(3) المرجع المذكور ،ص58.

(4) المرجع المذكور، ص58.

(5) المرجع المذكور،ص 58.

ويمكن اعتبار أن القيم العليا التي قد تنتج عن طبيعة الأشياء أو المجتمع - والتي تدعم في بعض الأحيان الحلول المعتمدة في القانون الوضعي وفي أحيان أخرى تنتقدتها بهدف تطويرها- تبرز وجود نظام قانوني من شأنه أن يعلو الأنظمة القانونية الوطنية .

لقد تعرض هذا الطرح المتعلق بالقانون الطبيعي وأثره على التحكيم التجاري الدولي صعوبتين:

- أولاً، هناك فوارق ودرجات وتيارات لا تحصى في فلسفة القانون الطبيعي .

بعض هذه التيارات متحفِظ والبعض الآخر تقدمي. بعضها يفضل فكرة دوام القيم الأخلاقية والبعض الآخر يتقبَل بسهولة أكبر قدرة القانون الطبيعي على مواكبة تطور المجتمع. ويكرس القانون الطبيعي تارة الفكر الفردي وتارة أخرى القيم الاجتماعية.

وينطلق أحيانا من وحي ديني وأحيان كثيرة من وحي علماني. ولذلك فإن الأمر الثابت الوحيد المشترك ما بين جميع مفاهيم القانون الطبيعي هي القبول بوجود قيم عليا نابعة من طبيعة الإنسان أو المجتمع، بغض النظر عن إمكانية التبني الفني لهذه القيم في نظام قانوني وضعي.

-ثانياً، من النادر أن نجد تحليلاً مبنياً صراحة على القانون الطبيعي في عالم تسيطر عليه الرؤية التقنية للقانون. وقد أوضح الفقيه برونو أوبتي أن "الوضعية القانونية المشاعة قد أُنذرت منذ زمن طويل بنهاية القانون الطبيعي" ولكنه في الواقع "وإن كانت الإشارة إلى القانون الطبيعي نادرة..... إلا أن هناك عودة متكررة إلى هذا المفهوم في المشاغل المعاصرة لرجال القانون"⁽¹⁾.

كون تأثير القانون الطبيعي ضمناً وغير معلن وأحيانا لا شعوري يجعل التحليل المبني عليه أمراً غير مأمون العواقب لكونه يؤدي إلى نتائج غير مبهمة وغير واضحة المعالم .

(1) يعتبر هذا الفقيه في فلسفة القانون في كتابه "فلسفة القانون" ص 119 أن الفلسفة المهيمنة على القانون هي فلسفة القانون الوضعي، والمؤسسة الوحيدة التي لا تزال تعمل رسمياً طبقاً لفكرة التيار الطبيعي هي الكنيسة الكاثوليكية.

ومن بين فقهاء قانون التحكيم، لم يظهر إلا رينيه دافيد وبرونو أوبيتي اللذان اعتمدا علنا على فكرة القانون الطبيعي .

فقد اعتبر رينيه دافيد⁽¹⁾ أن الحدود بين التحكيم المبني على تطبيق صارم للقانون وذلك المبني على قواعد العدل والإنصاف مصطنعة إذ نجد أن المحكم يبحث في جميع المجالات عن حل منصف. وفقا لهذا الفقيه، يقارب "القانون التجاري الجديد" الذي استخلصه المحكمون من القانون الطبيعي :

"إن القانون التجاري الحديث، الصادر عن محاكم التحكيم النقابية، متأثر لحد كبير بالقانون الطبيعي. إنه مثل القانون الطبيعي ومثل القانون التجاري القديم. وبالرغم من التقنيات الوطنية، فإن القانون التجاري الحديث قانون دولي.

ولكونه دوليا فهو يتعد ويتميز عن القوانين الوطنية. وما يميز أيضا هذا القانون عن القوانين الوطنية لبعض الدول، هو أن المحكمين يبحثون عن صالح التاجر حتى إن كان ذلك، إذا لزم الأمر، على حساب حقوق الخصوم في مفهومها الصارم. فإن المحافظة على علاقة جيدة مع العملاء والمؤمنين، أمر يوازى، من حيث أهميته، الحصول على الحق المتنازع فيه"

هذا الرأي مستند إلى مفهوم كان شائعا لدى بعض ممارسي التحكيم في منتصف القرن العشرين. وفقا لهذا المفهوم يلجأ الأطراف إلى التحكيم لأنهم يريدون أن يبت في نزاعهم بطريقة مختلفة عن تلك المتبعة أمام المحاكم الوطنية.

وفي نفس السياق طرح الأستاذ توماس كلاي رأيا أو نظرية وتساءل عما إذا "يمكن للنظام القانوني التحكيمي أن يكون أرضا خصبة لنمو القانون الطبيعي".⁽²⁾

(1) إيمانويل غايار، الأسس الفلسفية لقانون التحكيم الدولي، المرجع السابق، ص61

(2) إيمانويل غايار، المرجع السابق ص62

وعبر برونو أوبي عن رأي مماثل في فصل متعلق ب "الاستناد إلى القانون الطبيعي" إذ أنه رأى أن قانون التجارة الدولي:

"يصبو من ناحيته إلى الوحدة العالمية انطلاقاً من احتياجات المجتمع الإقتصادي الدولي، لذلك لا يأتلف هذا القانون مع تجزئة المجال القانوني الدولي ويدعو إلى استعمال مفاهيم قانونية موحدة مثل قانون التجار، أو المبادئ العامة للقانون، أو النظام العام الدولي الحقيقي".⁽¹⁾

وقد عالج بعض الفقهاء المهمين في نفس الإطار دور القاعدة الأخلاقية في التحكيم الدولي رغم عدم انتمائهم صراحة لمذهب القانون الطبيعي. ففي مقالة قيمة، بعد أن ذكر الأستاذ بيير مايير إمكانية اعتماد قواعد أخلاقية منصوص عليها في القوانين الوطنية - الأمر الذي لا يثير أية صعوبة من الناحية النظرية-، أشار إلى حالات يطبق فيها المحكمون القاعدة الأخلاقية مباشرة رغم أنهم لم يمنحوا من الأطراف سلطة الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدل والإنصاف. وينطلق الفقيه من الطرح التالي:

"يجب أن يتمتع المحكم بوسيلة لاستبعاد القوانين التي تبدو غير أخلاقية كالقوانين التي تكون مبنية على تمييز عنصري أو ديني واستبدالها بمبدأ يسمح له بإصدار حكم يتماشى مع القيم الأخلاقية التي لا يريد انتهاكها.

بعد ذلك اعتبر مايير⁽²⁾ أنه لا يمكن استبعاد القانون الواجب التطبيق -استناداً إلى قانون التجار- لأن قانون التجار يعتبر احترام إرادة الأطراف مبدأ أساسياً.

ثم تابع مايير قائلاً:

(1) إيمانويل غايار، المرجع السابق، ص 62.

(2) المرجع المذكور، ص 63.

"إذا لم يعتبر أن للنظام القانوني المتضمن لقاعدة النظام العام المنتهكة سيادة على القانون الذي اختاره الأطراف، فلا يمكن إذا أن يبي استبعاد هذا القانون إلا على أساس السيادة الجوهرية للمبدأ المنتهك من قبل القانون المنطبق.

في غياب تسلسل هرمي بين الأنظمة القانونية، الذي لو وجد لاكتفى المحكم باحترامه، يتوجب على المحكم الإقدام على تقييم شخصي وأن يبي على هذا التقييم استبعاد القاعدة الوطنية المختارة. بالتالي فإن آلية الاستبعاد مبنية على إرادة المحكم.

ويؤكد الفقيه أن :

" المحكم غير ملزم بأن يبرر أو يدعي أن القاعدة الأخلاقية التي طبقها هي معتمدة في نظام قانوني معين، ليس هناك ما يمنعه من تطبيقها في حد ذاتها.

بالتالي يمكن للقاعدة الأخلاقية ألا تكون نابعة من نظام قانوني ما، وعندها تكون نابعة من ضمير المحكم. هكذا نواجه الفكرة القائلة إنه في حالة غياب قانون موطن خاص بالمحكم فإن المحكم يجد هذا النظام في شخصه. إن إرادة المحكم تدعم قابلية تطبيق القاعدة، وضميره يمنحها محتواها".

وفي مقالة متعلقة "بالمحكم والقانون" كتبت بعد عشر سنوات، برر ماير من خلال الاستدلال أدناه⁽¹⁾، حرية المحكم في استبعاد القانون الذي تم اختياره من قبل الأطراف حينما يصطدم هذا القانون وقيمه الأخلاقية، استبداله بقاعدة أمره دوليا تابعة لنظام قانوني آخر : " لم يقدم أحد على تعيين حارسا للنظام العام. إن الأطراف وليس الدولة هم الذين كلفوه بأداء مهمة معينة، لكنه يتمتع بجرية كاملة في تنفيذها. فلنتصور أن أحد الخصوم يطلب منه تطبيق قانون العقد والآخر يطلب منه تطبيق قاعدة أمره دوليا لها مشروعية في أن تنطبق.

(1) إيمانويل غايار، الأوجه الفلسفية لقانون التحكيم الدولي، ص 64

إذا استجاب المحكم لطلب أي من الخصوم، فإنه في كلتا الحالتين يحقق العدالة. لماذا لا يأخذ المحكم في الاعتبار -بهدف الاختيار بين طلبات الخصوم- مصالح تتخطى مصالحهم لكنها مشروعة وفقا لجموع الناس؟ الفساد كارثة. ويكفي هذا الاعتبار لوجوب تطبيق قانون الدولة المهددة والتي نصت على قاعدة ردعية"

إن الإشادة بجرية المحكم التي تسمح له باستبعاد القانون الذي اختاره الأطراف استنادا إلى قناعاته الشخصية وذلك عند وقوع مخالفة جسيمة لمفهومه الأخلاقي تقترب بأسلوب غامض من القانون الطبيعي.

فإذا ما عرف القانون الطبيعي بالقانون الذي يفرض نفسه بشكل بديهي، أو بالقانون المعروف بسهولة من خلال نور العقل، فإن سلطة المحكمين في أخذهم في الاعتبار لمصالح تتخطى الخصوم - ولكنها مشروعة وفقا لجموع الناس - تقارب هذا التعريف للقانون الطبيعي .

ومع ذلك، يرفض الأستاذ مايير رفضا قاطعا اعتبار القواعد الأساسية التي تسمح للمحكم بأن يستبعد بعض قواعد العقد، منظمة في إطار وسياق شامل. إن وجود قيم أسمى هو في صميم فكر الفقيه. لكن مايير ينكر تماسكها وتناسقها في نظام خاص بها. بحسب هذا التيار الفكري، إن استناد المحكمين إلى عناصر تبيين موضوعيا القبول الشامل بالقاعدة الأخلاقية أو إلى عناصر تبيين التوارد شبه الإجماعي في القوانين الوطنية ليس لها إلا وظيفة تبرير ولا تشكل هذه العوامل مصدرا للقواعد القانونية التي قد يكتفي المحكمون بتطبيقها .

في رؤية التحكيم هذه تبقى القيم الأخلاقية معزولة، لا تشكل نظاما قانونيا بل تنبع من شخص المحكم.

يختلف هذا المفهوم الأخير عن ذلك الذي يقر بوجود نظام قواعد والذي يستمد أصول هذه القواعد من القانون الوضعي وليس من مفهوم المحكم للقاعدة الأخلاقية.

ب- تيار القانون الوضعي عبر الوطني :

لا يمكن من منطلق مذهب القانون الوضعي، تصور النظام القانوني التحكيمي على أنه مجموعة قواعد موجودة مسبقا وذات مصدر أجنبي مختلف تمام الاختلاف عن القوانين الوطنية. إن النظام القانوني التحكيمي مبني على النشاط التشريعي للأنظمة الوطنية، لكنه يأخذها في الاعتبار بصورة فردية قائمة على اختيار نظام واحد وفقا لقواعد الإسناد.

على كل حال في مادة التحكيم، تؤدي مسألة مصدر قواعد تنازع القوانين إلى صعوبات نظرية جسيمة. فبمجرد أن نقر بوجود عدد من الأنظمة القانونية التي تحظى بأحقية متساوية في أن تطبق قواعدهما على التحكيم، لا يمكن بعد ذلك - تفاديا للتناقض - ترجيح قواعد أحد هذه الأنظمة على الأخرى، وإن كانت قواعد إسناد.

إذا علينا التطرق إلى نهج مختلف. إن مفهوم النظام القانوني التحكيمي يفسر ويأخذ في الاعتبار أنه من الناحية العملية، غالبا ما تتفق الدول حول الشروط الواجب توافرها في أي تحكيم بهدف اعتباره وسيلة ملزمة لفض النزاعات ولاعتبار ناتجه -الحكم- مستحقا للنفاد.

وبما أن مصدر سلطة المحكمين مبني على الاعتراف اللاحق للدول بالحكم الذي يصدرونه، فإن هذا المنظور يظل تابعا لنظرية القانون الوضعي. وبما أنه ليس هناك لأية دولة حق حصري في تحديد الطابع القانوني لحكم التحكيم، فإن هذا التمثل للتحكيم يقبل وجود نظام قانوني يتجاوز الأنظمة القانونية الوطنية وينتج عن تواريخها.

إذا وصفنا التمثل الأول للتحكيم أنه معتمد على ارتباط واحد، والتمثل الثاني بأنه معتمد على مجموعة ارتباطات، ومفهوم النظام القانوني التحكيمي المرتكز على القانون الطبيعي بالرؤية اللاوطنية يتعين علينا وصف هذا التمثل الثالث للتحكيم بأنه عبر وطني، ويتميز هذا التمثل بالخصائص التالية.

1- تجاوز فكرة عدم ملائمة الأنظمة القانونية الوطنية :

بنيت نظرية قانون التجار في الثمانينيات على الاعتقاد بأن الحلول المعتمدة في الأنظمة القانونية الوطنية غير ملائمة. هذا الاعتقاد بأن قواعد بعض الأنظمة القانونية الوطنية لا تتلاءم مع احتياجات المعاملات الدولية أدى إلى رغبة في منح المحكمين سلطة فض النزاعات المقدمة لهم، لا عن طريق القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد الإسناد، ولكن باستخدام قواعد مادية متلائمة مع التجارة الدولية وذلك إذا ما اتفق الأطراف على ذلك، أو في حالة عدم اتفاق الأطراف إذا ما رأَت محكمة التحكيم ذلك ملائما.

برهن الأستاذ إيريك لوكان على أن هذه القواعد المادية، التي يطلق عليها أحيانا الأعراف التجارية، قد تطورت من خلال المفاهيم الآتية : استقرار المعاملات، وتكييف العقود، وتعاون الأطراف، والأمانة في التجارة، وكلها مفاهيم ضرورية في التجارة الدولية.

لقد عبّر عن الأيديولوجية التي يستند إليها هذا المفهوم في فقرة أشبه بالبيان في حكم داو كيميكال(DOW Chemical)⁽¹⁾ الصادر عام 1982:

"إن أحكام محاكم التحكيم تشكل تدريجيا جسما من الاجتهاد التحكيمي يجب أخذه في الاعتبار لأنه يستخلص تبعات الواقع الاقتصادي ويتمشى مع احتياجات التجارة الدولية التي يجب أن تلبىها قواعد التحكيم الدولية وهي بدورها تنمو تدريجيا".

ثم أوضح الأستاذ لوكان،⁽²⁾ أن هذا النهج يعد نوعا من الداروينية القانونية (darwinisme) juridique الناتجة عن انتقاء، ما بين مختلف مصادر القانون والقواعد القادرة على تلبية احتياجات التجارة الدولية.

وتبريرا لهذا النهج، تم طرح فكرة مجتمع التجار الذي يخلق بطريقة عفوية قانون خاص به.

(1) حول قضية DOW Chemical، انظر الصفحة 162 من الرسالة أعلاه

(2) إيمانويل غايار، الأوجه الفلسفية لقانون التحكيم الدولي، ص 66

يستند التمثيل المبني على وجود نظام قانوني تحكيمي إلى عقيدة مختلفة كلياً. فهو ليس فقط بعيد كل البعد عن فكرة عدم ملائمة الحلول المعتمدة في الأنظمة القانونية الوطنية بل يعتمد هذا التمثيل على مجموع هذه الأنظمة لاستخلاص قواعد قانون التحكيم المشتركة والتي تعتبر مصدر سلطة المحكمين في البت في النزاع.

كما هو حال المبادئ العامة للقانون التي هي مصدر من مصادر القانون الدولي، هذا التمثيل لا يعتبر في مواجهة أو تناقض مع القوانين الوطنية. في الواقع، هذا التمثيل مبني بكامله على نشاط الدول التشريعي.

2- إبراز قيمة مبدأ الأغلبية: إن كون النظام القانوني التحكيمي مبني على الأنظمة القانونية الوطنية لا يعني أن هذا النظام لا يشمل على قواعد لم تقرها كافة الأنظمة القانونية الموجودة في العالم. إن نهج التعرف على المبادئ العامة للقانون، وهو النهج المعروف باسم "نهج القواعد عبر الوطنية"، هو دائماً واحد لا يتغير بغض النظر عما إذا سلك بهذا التعرف على القواعد عبر الوطنية المنطبقة على موضوع النزاع أو المبادئ الأساسية التي لا يسمح للأطراف الخروج عنها أو المبادئ التي تمنح المحكمين سلطة البت في النزاع.

هذا النهج لا يختلف عن ذلك الذي يسمح باستخلاص المبادئ العامة للقانون وفقاً للمادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية. ففي كل هذه الحالات يكون الهدف هو استخلاص، من مجموع القوانين، الاتجاه أو الميل الغالب وذلك لا يستلزم، بطبيعة الحال، أن تكون القاعدة المعنية قد لاقت إجماع كل الأنظمة القانونية. فاشتراط الإجماع يحول دون تحقق الهدف الرئيسي لهذا التمثيل وهو التعرف على القواعد المعترف بها بصورة غالبية ومقبولة لدى الأكثرية وتوضيح القواعد الناتجة عن مفهوم خاص أو ذو طبيعة خاصة.

وقد أصرَّ البعض على اشتراط الإجماع لاعتبار قاعدة ما عبر وطنية أو مبدأ عام للقانون. كل هذا الإصرار في الواقع يعد مجرد وسيلة للتخلص واستبعاد نهج القواعد عبر الوطنية واستبداله بالتطبيق المباشر للقاعدة الأخلاقية.

وجرى الاستدلال على النحو التالي:

"ليس دائما من الممكن للمحكّم تحقيق رغبته المشروعة بالتذرع بوجود إجماع موضوعي عوضا عن الاستناد إلى مفاهيمه الخاصة".⁽¹⁾

بالرغم من ادعائهم العالمية، فإن المبادئ المنبثقة عن بعض الاتفاقيات الدولية ليست دائما موضع إجماع. على سبيل المثال، لا يمنع مبدأ إدانة التمييز العنصري بعض الدول من ممارسته رسميا وتنتقد أيضا بعض الدول - التي لا تملك سلاحا نوويا - مبدأ منع استعمال الأسلحة الكيميائية.

وليس هناك اتفاق دولي حول أنواع المخدرات التي يجب منع بيعها واستهلاكها، إلخ. أيجتم ذلك التخلي عن ترجيح القاعدة الأخلاقية".

ثم بعد ذلك يستشهد الفقيه⁽²⁾ بالقرار الصادر في لندن بتاريخ 15 يناير /كانون الثاني 1855 عن لجنة مختلطة في قضية سفينة الرقيق "لو كريول (Le Crèole)". ففي هذه القضية، قبل المحكمون دعوى مالك السفينة ضد الحكومة الإنكليزية لأنها حرّرت العبيد لدى وصولهم إلى مدينة ناسو، بعد تمردهم خلال الرحلة:

"لو طبق المحكم قانون التجار بدلا من تطبيقه ل"قانون الأمم"، لتوصل إلى النتيجة ذاتها[التي تعتبر أن تجارة الرقيق، وإن كانت شائعة لا تتناقض مع قانون الأمم إذ أنها مطبقة في البعض منها]؛ كانت تجارة الرقيق تمثل قطاعا هاما في التجارة الدولية: كيف للمحكّم أن ينفي وجودها؟ كل ما

(1) إيمانويل غايار، الأوجه الفلسفية لقانون التحكيم الدولي، ص 69

(2) المرجع السابق، ص 70

كان بوسعه أن يفعله-وبرأينا من واجبه- هو أن يقيم هذه الممارسة أخلاقيا، وأن يرفض تطبيق قانون يضع الأشخاص الطبيعيين بمترلة الأشياء".

يبين هذا الاستدلال أن شرط الإجماع المصطنع يؤدي إلى النتيجة الخاطئة التي وفقا لها لا يُدين "قانون الأمم" أو القواعد عبر الوطنية -حيث أن الاثنين يتبعان نفس النهج- عملا متعارضا مع القيم المتعارف عليها عامة لمجرد أن دولة أو مجموعة صغيرة من الدول تعتبر هذا العمل شرعيا.

في حقل أقل إثارة يتعلق بنظام التحكيم -وليس بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع- فإنه من الخطأ رفض اعتبار مبدأ استقلالية شرط التحكيم كقاعدة عبر وطنية لأنه:

"وإن كان القانون الإنكليزي معزولا نسبيا في رفضه الاعتراف باستقلالية حكم التحكيم، غير أنه يعتبر أحد الأنظمة القانونية الأكثر تطورا بالإضافة إلى كون إنكلترا أحد أهم أماكن التحكيم في العالم (على الأقل في بعض المجالات). فينفي ذلك وجود الإجماع اللازم لاستخلاص مبدأ عام للقانون".

على عكس هذا الاستدلال، إن فلسفة القواعد عبر الوطنية تهدف في الواقع إلى تلافي ترحيح حلول معزولة وغير مقبولة في القانون المقارن على مفاهيم متفق عليها عامة في المجتمع الدولي. هذا يدل على الطابع المتطور لمنهج القواعد عبر الوطنية الذي يختلف عن الطابع الساكن لمنهج تنازع القوانين.

3- الطابع المتطور لمنهج القواعد عبر الوطنية : يعد هذا النهج متطورا لكونه يأخذ في الاعتبار (وفي الواقع يسرع) تطور القوانين الوطنية. فمثلا، أصبحت إدانة تجارة الرقيق أكثر وضوحا في القرن العشرين عما كانت عليه في القرن التاسع عشر.⁽¹⁾

(1) المرجع السابق، ص 71

على نحو مماثل، ازدادت إدانة بعض الممارسات التي كانت تُستخدم للحصول على الصفقات بعد تبني معاهدة منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية لعام 1997⁽¹⁾ المتعلقة بمكافحة فساد الموظفين العموميين الأجانب في عقود التجارة الدولية. كذلك يمكن أن نرى اهتماما متزايدا بحماية البيئة⁽²⁾.

إن عدم تطور كل القوانين بالسرعة ذاتها لا يعني عدم إمكانية استخلاص الاتجاهات التي يتخذها المجتمع الدولي من خلال منهج متطور، فعند تبني عدد كبير من القوانين لحل معين، يمكن اعتبار هذه القاعدة مبدأ عاما وإن لم تتبناها القوانين الأخرى التي لم تنظم بعد إلى تيار الأغلبية.

إن نهج القواعد عبر الوطنية يأخذ في الاعتبار اتجاه تطور القانون عند التفريق بين القوانين المعنية، في حين أن نهج تنازع القوانين لا يتطرق إلى التنازع بين القوانين إلا عند نقطة زمنية معينة. ويعطي نهج القواعد عبر الوطنية الأولوية إلى القانون المتماشي والتطور العام. بدلا من إعطائها إلى القوانين التي تبقى خارجة عن صفوف تيار الأغلبية.

تجدر الملاحظة أن بعض الأمثال، المعطاة أحيانا بهدف إثبات أن قاعدة ما لا تعتبر مبدأ عاما ونفي طبيعتها عبر الوطنية، تتعلّق في الواقع بقواعد تعبر عن خصوصية وطنية كانت معتمدة من بعض الدول ثم تم التخلي عنها واستبدالها بقواعد متماشية مع اتجاه المجتمع الدولي.

(1) تعد هذه الاتفاقية من القواعد التفصيلية التي يمكن للمحكّمين تطبيقها وفقا لاعتبارات النظام العام عبر الوطني. تنص هذه القواعد بصورة خاصة على تعريف الممارسات المحظورة وعلى عدم قبول الأعذار التي عادة ما يقدمها الجناة من أجل التملص من المسؤولية، فإن طلب من محكم الفصل في دفع أحد الأطراف بأن الامتيازات التي حصل عليه الموظف العام كانت عديمة الأهمية أو بأن الفساد متفشى في الدولة المعنية، يمكن للمحكم أن يشدد على أن المجتمع الدولي يعتبر: "إن رشوة الموظفين العموميين الأجانب من أجل الحصول على صفقة أو المحافظة عليها تعتبر إثما بغض النظر عن قيمة أو ناتج الرشوة أو عن العرف المحلي المفترض أو عن تسامح السلطات المحلية فيما يخص الرشوة"

(2) لا يمكن للمحكّمين تجاهل القواعد الدولية التي تهدف إلى الحفاظ على البيئة مثل اتفاقية الأمم المتحدة بشأن قانون البحار وعلى وجه التحديد المادة الخاصة بحماية البيئة البحرية التي لها صلة بعمليات النفط والتي أقرت في مونتيفغو بتاريخ

ففي النهاية، تم الإجماع على إدانة تجارة الرقيق وقبل القانون الإنكليزي مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في قانون التحكيم الإنكليزي الصادر عام 1996 . وكذلك، انظم القانون الجزائري إلى التيار العام للقوانين التي لا تحظر الاستعانة بالوسطاء. بموجب قانون 13 فبراير / شباط 1991، بل اكتفى بتنظيمه وبمكافحة الفساد (خلافًا لما كان عليه الأمر. بموجب قانون 1978⁽¹⁾ الذي استند إليه حكم تحكيمي شهير)⁽²⁾؛ كما اعتمد الاجتهاد القضائي البرتغالي تفسيراً أكثر مرونة للمادة 809 من القانون المدني البرتغالي التي كانت قديماً تفسر على أنها تؤدي إلى بطلان مطلق لأي بند محدد للمسؤولية.

في كل هذه الحالات، فإن الاستدلال الذي كان يتخذ هذه القواعد - قبل تفسيرها - عذراً لعدم الاعتراف بوجود مبدأ عام للقانون، يعكس منظوراً ومنهجاً ساكناً للقانون.

على عكس ذلك، في حال إحجام الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق، فإن الاعتراف

(1) في عام 1978 قرر المشرع الجزائري بغية محاربة الفساد، الحظر التام لاستخدام الوسطاء من أجل الحصول على بعض أنواع العقود.

(2) يتلق هذا الحكم التحكيمي بالتزاع الذي نشأ بين الشركة الإنكليزية "هيلمرتون" وشركة "أومنيوم دو ترامون أيه دو فالوريزاسيون" (Omnium de Traitement et de Valorisation) - أو "OTV" - الفرنسية، وقد قضت محكمة التحكيم في حكم صدر في جنيف ببطلان عقد الاستشارة "الاقتصادية والضريبية" الذي كان يتضمن "التنسيق الإداري" بين كافة المشاركين في مشروع صرف صحي في مدينة الجزائر والذي كان مخالفاً للقانون الجزائري وذلك رغم أن الأطراف كانوا قد اتفقوا على وجوب تطبيق القانون السويسري على العقد.

وإستناداً إلى قانون التحكيم السويسري المعمول به آنذاك، قضت محكمة جنيف ببطلان حكم التحكيم في قرار صدر بتاريخ 17 نوفمبر 1989 وذلك لمخالفته قانون العقد والمفهوم السويسري للنظام العام الدولي وكان تسبب الحكم كالتالي " لأن القانون الجزائري يمنع استخدام الوسطاء بصورة عامة في إطار إبرام العقود حتى في حالة انعدام أي رشوة، أو متاجرة بالنفوذ، أو نشاط مشبوه، فيمكن اعتباره إجراء حظرهما إذا نطاق واسع يهدف إلى ضمان احتكار الدولة للتجارة الخارجية. من وجهة نظر القانون السويسري، إن مثل هذا القانون يعتبر تعدياً خطيراً على حرية التعاقد ولا يصح - من الناحية الأخلاقية - تفضيله على المبادئ العامة والأساسية للقانون المتعلقة بحرية التعاقد إلا إذا كان النشاط المعني يعتبر مشكوكاً فيه في سويسرا أيضاً".

- عن طريق النهج عبر الوطني - بالطبيعة الخصوصية لهذه القواعد قد سمح للمحكّمين بالألا يطبقوا هذه القواعد نظرا لألها ألخالف القواعد المقبولة بوجه عام، مما ساهم في تسارع تطور تلك القوانين.

في الواقع إن ألخلى الدول، التي كانت ألتنبنى حلولا خصوصية، عن هذه الحلول في الأمللة السابقة يؤكذ صحة المنهج عبر الوطني.

الفرع الثاني: الاعتراف بوجود نظام قانوني ألحكيمي : مع تطور أللجارة الدولية وألزائد الاعتراف بالألحكيم أللجاري الدولي من طرف الأنظمة القانونية الوطنية بأعبارله الوسيلة الأفضل لحل نزاعات المتعلقة بالالستثمار ، وقد كان للاتفاقيات الدولية الدور الأأكبر في هذا الاعتراف كما ألها ساهمت في انتشاره ، وكل هذه الظروف والعوامل ألمجمعة أدت إلى القبول بفرضية وجود نظام قانوني ،وقد كان للالجهاد أللحكيمي الدور الأأبرز في هذا الاعتراف.

أ- دور الالجهاد أللحكيمي في الاعتراف بالنظام القانوني أللحكيمي :إن ألتمثل المبني على أن أللحكيم أللجاري الدولي ألمتسق في نظام ألتمتع بكل صفات النظام القانوني أللقيقي، يظهر بأخاصة بأستخدام أللحكيم أللجاري القواعد عبر الوطنية، وذلك رغم عدم أستخدامهم المباشر لمفهوم النظام القانوني أللحكيمي.

فيما أللعلق بأكوينها، ألتميز القواعد عبر الوطنية بأعتمادها الدائم على آليات القانون الدولي ألمقارن. هذا الالستنتاج صحيح فيما أللخص المبادئ العامة للقانون الدولي المنصوص عليها في المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية، كذلك فيما أللخص القواعد عبر الوطنية التي أستخدامها أللحكيمون إما لأن الأطراف أللجاري أو لأنهم لم ألتنفقوا على القانون الواجب ألل تطبيق للتعقيم مسائل متنوعة مثل صحة اتفاق أللحكيم الذي يؤسس لألخصاصهم، أو لإجراءات أللحكيم، أو موضوع أللزع.

ولقد لقي استخدام نهج القواعد عبر الوطنية قبولا عاما ليس فقط من قبل القانون المقارن بل لقي نفس القبول من قبل الاجتهاد التحكيمي والاتفاقيات الدولية، واعتبر هذا القبول بمثابة المصدر الأول الذي يتكأ عليه المحكمون عندما يستخدمون نهج القواعد عبر الوطنية.

لكن الملاحظة التي طرحت هي هل أن المحكمين عندما يطبقون نهج القواعد عبر الوطنية يطبقون هذا النهج على سبيل القواعد القانونية المنعزلة سمح لهم القبول العام الذي حضيت به بتطبيقها كما يطبقون القوانين الوطنية؟. أم أن هذا التطبيق يعد تطبيقا لقواعد مهيكلة في نظام يثبت وجود نظام قانوني حقيقي يكون المحكمون أعضاؤه؟.

لذلك، فإننا نحتاج إلى نقلة نوعية مزدوجة لاستخلاص وجود نظام قانوني تحكيمي من مجرد تطبيق المحكمين للقواعد عبر الوطنية.

فأولا، يجب الاعتراف بأن المحكمين لا يطبقون قواعد قانونية معزولة ولكنهم يطبقون قواعد منظمة في إطار نظام معايير .

ثانيا- يجب إدراك أن هذا النظام يتوافق مع الاشتراطات الخاصة بمفهوم النظام القانوني .

وللإجابة على السؤال الأول نقول: أنه من أجل أن توصف مجموعة من القواعد بالنظام يجب أن تتصل هذه القواعد ببعضها البعض عن طريق آليات خاصة بمجال المنطق القانوني.

في مقدمة هذه الآليات نجد جدلية العام والخاص وجدلية القاعدة واستثناءها.⁽¹⁾

فإذا أردنا توصيف هذه القواعد فإننا نقول إن القواعد عبر الوطنية مثلها مثل أية قواعد داخل أي نظام قانوني تتصل ببعضها البعض على درجات متفاوتة من العمومية. فالقواعد التي تتسم بعمومية شديدة مثل حسن النية التعاقدية تؤدي إلى قواعد أكثر تحديدا مثل حسن النية في إبرام

(1) إيمانويل غيار ،مرجع سابق،ص 74-76 .

وتنفيذ وتفسير العقد ومن هذه القواعد الأخيرة تستخلص قواعد أكثر تحديدا مثل تفسير العقد ضد الطرف الذي صاغه بمفرده.

فقد أمكن ملاحظة التخصص المتزايد للمبادئ العامة للقانون في الاجتهاد التحكيمي منذ فترة.

ولا يجب أن يؤدي استخدام مصطلح مبدأ إلى المفهوم الخاطئ الذي يعني أنه يشير إلى قواعد على درجة كبيرة من العمومية قد تؤدي في نهاية المطاف إلى تحرير العقد من كل القيود التشريعية والقانونية.

في الواقع، تسقط الانتقادات المبنية على أن المبادئ العامة مثل حسن النية والعقد شريعة المتعاقدين تبلغ من العمومية درجة تجعلهم لا يصلحون إلا واجهة لأيدولوجية عدم التدخل (laissez- faire) - أو التي تدعي أن هذه المبادئ لا تنص عمليا على أي مبدأ - إذا ما اعتبرنا أن العبرة بالنهج وآلية ترابط المبادئ وليس لائحة قواعد.⁽¹⁾

إن أي سؤال، مهما كانت درجة تخصصه، يمكن أن يحل بهذه الطريقة التي تعتمد على تفضيل الحلول المقبولة عامة على الحلول التي تمثل وجهة نظر خصوصية. وعليه فإن نهج القواعد عبر الوطنية يسمح باستخلاص قواعد غير ملزمة وأخرى ملزمة (بمفهوم القوانين الداخلية).

كما يسمح المنهج باستخلاص قواعد متعلقة بالنظام العام الدولي الحقيقي من خلال مفهوم النظام العام المعتمد في القانون الدولي العام.

يستطيع المحكمون، بالاستناد إلى هذه القواعد تقرير أن رضی أحد الأطراف معيب إثر غش الطرف الآخر أو أن طرف قد خالف واجب الأمانة التعاقدية أو أنه لا يمكن تنفيذ واجب تعاقدية معين لمخالفته لحصار مقرر من قبل المجتمع الدولي.

(1) إيمانويل غيار، مرجع سابق، ص 76-77.

وللإجابة على إشكالية مقبولية القواعد عبر الوطنية وعموميتها فإننا نقول أنها عامة لأنها مقبولة من عموم الدول، وليس لأنها محتواها عام بالضرورة. (1)

وتتبع أيضا القواعد عبر الوطنية منطق القاعدة والاستثناء. ولهذا فقد وصفت من البعض على نحو ساخر بأنها تمثل مجموعة من القواعد المختلطة بغير انتظام والتي تحتوي على مبادئ متناقضة مثل مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ تغير الظروف. ولقد تم الرد على هذا الانتقاد بأن القواعد عبر الوطنية ما هي إلا مثالا للقواعد المكملة لبعضها البعض وفق مبدأ القاعدة والاستثناء، كما أن نظرية الظروف الطارئة هي ليست وليدة هذه القواعد وإنما ظهورها كان ابتداء في القوانين الوطنية، وتعتبر هذه القاعدة استثناء من قاعدة القوة الملزمة للعقد. فهذه الأخيرة لا تسري في حالات القوة القاهرة أو عمل الأمير. وبالطريقة نفسها إذا ما طرأ حادث غير متوقع تسبب في اختلال التوازن الاقتصادي للعقد وأحدث اختلالا خطيرا في التزامات أحد أطراف العقد، فإن الأطراف وفي حال عدم اتفاقهم، يكون المحكمون ملزمين بأخذ هذا الاختلال في الاعتبار وإعادة التوازن للعقد دون أن ينفي ذلك صحة مبدأ قوة العقد الملزمة بصورة عامة.

فعلى سبيل المثال، المادة الثانية الفقرة الثانية البند السادس والمادة الثالثة الفقرة الثانية البند السادس من مبادئ العهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (UNIDROIT) المتعلقة بعقود التجارة الدولية تحددان شروط وآثار الظرف الذي يشار إليه باسم المشقة والذي قد يؤدي إلى إعادة فتح باب التفاوض بين الأطراف وإلى إعادة التوازن للعقد أو فسخه بحكم القضاء إذا ما رأت محكمة التحكيم أن ظرف المشقة متحقق دون أن يكون في ذلك تناقضا مع مبدأ احترام العقد المنصوص عليه في المادة الأولى الفقرة الثانية حتى ولو عاد تنفيذه على المدين بخسارة.

إن التناقض المزعوم ليس إلا تناقضا ظاهريا إذا أخذنا في الاعتبار أن هذه القواعد تتناسق وتتصل ببعضها البعض على درجات متفاوتة من العمومية.

(1) إيمانويل غيار، ص 78.

لقد اعتبرت القواعد عبر الوطنية من قبل الاجتهاد التحكيمي نظاما قانونيا متكاملًا ، لكن الإشكال الذي طرح هنا هو هل يمكن اعتبار هذه القواعد نظاما قانونيا فقط لأنها مجموعة منظمة من القواعد القانونية، أم أن إسباغ هذه الصفة على أي مجموعة من القواعد القانونية يحتاج لأكثر من ذلك؟

وكإجابة على هذا السؤال لقد رأى ثلة من الفقهاء وعلى رأسهم إيمانويل غايار بأنه حتى نقول أو نمنح لأية قواعد قانونية هذه الصفة فينبغي على هذه القواعد أن تتوافر فيها مجموعة من الشروط تتمثل في :أن تجد حلا لكل الأسئلة القانونية التي يمكن أن تطرح أمامها، كما يجب أن تتمتع هذه المجموعة من القواعد بمصادر ومفهوم يميزها عن بقية القواعد القانونية ويضبط علاقتها ببقية الأنظمة القانونية.

وقد أجاب الأستاذ عن هذه الأسئلة بالآتي⁽¹⁾:

هو يرى أن مقدرة القانون المقارن على إيجاد حلول لكل المسائل القانونية التي قد تواجه القائمين على التجارة الدولية تنبعث من كون استخلاص القواعد عبر الوطنية ناتج عن منهج وليس مجرد تطبيق لائحة قواعد ثابتة غير متغيرة وضعت من قبل محاكم التحكيم أو أعمال لجنة تشريعية ما تكون قد قننت أعراف التجارة الدولية .

عندما يفصل المحكمون بين ادعاءات الخصوم المتناقضة فهم يستطيعون وفق هذا المنهج، أن يفضلوا الحجة التي تتماشى في تقييمهم مع القاعدة المقبولة عامة وليس مع وجهة النظر الخصوصية والمعزولة. كل الأنظمة القانونية تحتوي على مثل هذه القواعد الخصوصية. فمثلا يرفض القانون الفرنسي بأسلوب مهجور وقديم أن يعترف بالتزام تخفيف حدة الضرر، كما لا يعترف القانون الإنكليزي بصحة الاتفاق على الاتفاق، وكان القانون الجزائري يقضي حتى عام 1991 ببطلان

⁽¹⁾ إيمانويل غايار ، مرجع سابق ص 78-79

عقود الوساطة. وفقا لمنهج القانون المقارن، يتم استبعاد هذه القواعد-إن لم يخترها الأطراف على وجه الخصوص- ويتم استبدالها بقواعد مقبولة بصورة عامة مثل الاعتراف بالتزام تخفيف حدة الضرر أو الاعتراف بصحة العقود التي تلزم الأطراف بأن يتفاوضوا بحسن نية أو الاعتراف بصحة عقود الوساطة وإدانة الفساد القائم فقط.⁽¹⁾

وفي نفس السياق يقول الأستاذ إيمانويل غايار مدافعا عن وجهة نظره بأن العقوبات القانونية لعدم تحديد السعر في عقود البيع بموجب القانون الفرنسي مثلا آخر لهذه القواعد الخصوصية. فإذا ما قرر محكم، في حال عدم اختيار الأطراف لهذا القانون، ألا يستعمل قواعد إسناد قد تؤدي إلى تطبيق هذا القانون وفضل اللجوء إلى قاعدة عبر وطنية⁽²⁾، يكون ذلك ناتجا عن كون القاعدة الفرنسية التي تقضي ببطان العقد في حال عدم تحديد السعر معزولة وخصوصية وليس لأن القاعدة عبر الوطنية خالية من المحتوى في هذا الصدد. على العكس، إن هذه المبادئ عبر الوطنية تعترف بالطابع الإلزامي لعقود البيع التي تكتفي بالإشارة إلى السعر المعتمد في السوق، الأمر الذي يتفق مع الاتجاه العام في القانون المقارن. فضلا عن ذلك، لقد تطور القانون الفرنسي فيما يخص هذا الموضوع، الأمر الذي يظهر الطابع المتطور لمنهج القواعد عبر الوطنية وقدرة هذا النهج على استباق التغيير.

يسمح أيضا هذا المثال ملاحظة أنه على عكس المفهوم الشائع لنهج القواعد عبر الوطنية والمبني على رؤية مجردة، فإن قابلية توقع الحلول تتحقق بدرجة أعلى إثر تطبيق نهج القواعد عبر الوطنية عما يكون عليه الحال إثر تطبيق نهج تنازع القوانين التقليدي.

(1) انظر الهامش رقم 1 ص 200 من الرسالة .

(2) بهذا الخصوص انظر حكم التحكيم الصادر في قضية غرفة التجارة الدولية بباريس رقم 5953 في أول أيلول/سبتمبر 1988-1990 استعمل المحكم في هذه القضية القواعد عبر الوطنية بدل اللجوء إلى قواعد التنازع التي قد توصل إلى استعمال تلك القاعدة الفرنسية المعزولة. في هذه القضية أكدت المحكمة صحة أحكام العقد الذي ينص على أن يتحدد ثمن الفحم كل ستة أشهر وذلك بإجراء المفاوضات واتفق الطرفين.

بالفعل، إن الأطراف الذين لم يختاروا القانون الواجب التطبيق قد يفاجئون من تطبيق قاعدة خصوصية منعزلة بدلا من تطبيق قاعدة مقبولة بصورة عامة في القانون المقارن.

كما سبق ذكره، فإنه لتقييم وجود نظام قانوني تحكيمي لا يكفي وجود مجموعة من القواعد المعنية منظمة في إطار نظام قواعد أو أنها قادرة على حل جميع النزاعات التي تعرض أمام المحكم، لكن يجب أيضا تحديد مصادر هذا النظام والعلاقة بينه وبين بقية الأنظمة القانونية الأخرى.

ويجب الأستاذ غايار، بأن المعياريون⁽¹⁾ الذين يتبعون نظريات كلسن وهارت يعتبرون أن مفهوم القاعدة الأساسية أو قاعدة التعرف يقوم بدور توحيد وتقييم شرعية قواعد كل نظام قانوني.

فالتمثل الذي يقبل وجود نظام قانوني تحكيمي يعتبر أن هذا النظام نابع من الدول بالطريقة نفسها التي ينبع بها القانون الدولي العام عن إرادة الدول مع احتفاظه باستقلالته كنظام قانوني يحظى بكيونة مستقلة عن الأنظمة القانونية الوطنية.

إن تقارب الأنظمة القانونية الوطنية في مجال العلاقات التجارية الدولية، من خلال القبول المتزايد لظاهرة التحكيم، هو الذي يعطي هذه الظاهرة شرعيتها.

فالمجتمع الدولي قد منح التحكيم استقلالية حقيقية بمنح المحكمين سلطة فض نزاعات التجارة الدولية، عندما يريد الأطراف ذلك، وباعتراف هذا المجتمع بنتاج هذا الإجراء التحكيمي أي الحكم دون مراجعة موضوع الحكم.

كذلك فإن اعتبار بعض المحاكم التقليدية أن المحكمين بمرتبة قضاة دوليين يبرهن إمكانية اعتبار هؤلاء المحكمين أعضاء نظام قانوني مستقل. في أثناء تأدية المحكم الدولي لهذه المهمة فإنه يستخلص

(1) يناهز أصحاب النظرية المعيارية إلى وضع مبادئ ومعايير للقواعد القانونية، ثم تحديد طبيعة هذه القواعد.

قواعد عبر وطنية لا تنتمي حصرا لدولة بعينها مع أنها قواعد مبنية على النشاط التشريعي للدول بوجه عام.

إن احتفاظ الدول باحتكار التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم لا ينقص من استقلالية نشاط المحكمين القضائي ولا من استقلالية النظام القانوني التي تنظم له هذه الأحكام. ذلك لأن الدول تسخر في هذه الحالة قوة السلطة العامة في خدمة تنفيذ نتاج النشاط التحكيمي الذي جعلته هذه الدول نفسها الوسيلة المفضلة لفض نزاعات التجارة الدولية. وأفضل برهان على استقلالية التحكيم هو أن هذه الدول نفسها -عندما تكون طرفا في التحكيم- تخضع لسلطة المحكمين ويمكن تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة ضدها.

ب- اعتراف الأنظمة القانونية بوجود نظام قانوني تحكيمي:

إن فكرة وجود نظام قانوني تحكيمي إلى جانب الأنظمة القانونية الوطنية ليست غريبة عن هذه الأنظمة والدليل على ذلك هي الحلول المعتمدة في تشريعات عدد متزايد من الدول واجتهاد قضائها الوطني.

ففي اجتهاد القضاء الوطني نجد أن الإشارة إلى ذلك كانت في الأحكام المتعلقة بالنظام العام الدولي. ففي حكم صادر عن محكمة استئناف باريس عام 1990، أشارت المحكمة إلى إمكانية وجود نظام عام دولي حقيقة وواجب التطبيق بصورة عالمية، ورأت أن هذا النظام العام لا يتضمن أية قاعدة تسمح للمحكم بأن يعتمد وسيلة طعن لم ينص عليها القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وفقا لاتفاق الأطراف. وأشارت ذات المحكمة عام 1993 إلى أخلاقيات التجارة الدولية وفقا لمفهومها المعتمد من معظم دول المجتمع الدولي⁽¹⁾.

(1) إيمانويل غايار، المرجع السابق، ص 81-82.

كما أشاد الاجتهاد القضائي السويسري في نفس السياق بمفهوم النظام العام عبر الوطني في حكم معروف صدر في قضية وستلاند عام 1994، حيث اعتبرت المحكمة الفدرالية السويسرية أن مراقبة القضاء السويسري لأحكام التحكيم يجب أن تكون مبنية على:

النظام العام عبر الوطني أو العالمي الذي يضم المبادئ الأساسية للقانون التي تكون دائما واجبة التطبيق بغض النظر عن مدى ارتباط النزاع ببلد معين.

وتجدر الإشارة هنا إلى مسألة هامة وهي أنه فيما يتعلق بمراقبة القضاء الوطني لأحكام التحكيم، يجب التنويه أن في استخدام مصطلح النظام العام عبر الوطني شيء من الالتباس. فعلى عكس المحكمين، لهذه المحاكم موطن، لذا لا يمكن أن يكون النظام العام الذي تهدف هذه المحاكم إلى تحقيق احترامه إلا نظاما عاما وطنيا بحسب مفهوم هذا النظام القانوني. وذلك حتى ولو كان هذه النظام العام يعكس قيما عالمية، فإنه يظل وطنيا حيث أن مصدره هو النظام القانوني الوطني الخاص بكل دولة يطلب فيها تنفيذ حكم التحكيم.

لهذا السبب فإن استخدام المحاكم الوطنية لمصطلح النظام العام عبر الوطني قد يعتبر خطأ لغويا أو مجرد إشارة إلى وجود نظام قانوني عبر وطني يتخطى حدود النظام القانوني الوطني لهذا القاضي. وهذه الاعتبارات تفسر رجوع الاجتهاد القضائي السويسري عن استخدام تعبير النظام العام عبر الوطني وعودة المحكمة الفيدرالية السويسرية لاستخدام التعريف التقليدي لمفهوم النظام العام المطبق في إطار مراقبة أحكام التحكيم. ففي أحكامها الحديثة، تشير هذه المحكمة إلى ما يلي:

"يعتبر حكم التحكيم مخالفا للنظام العام إذا تجاهل القيم الأساسية المعمول بها بوجه عام والتي تشكل أساس أي نظام قانوني بحسب المفاهيم السويسرية"⁽¹⁾.

(1) إيمانويل غايار، المرجع السابق، ص 85

فضلا عن ذلك، إن الاجتهاد القضائي الذي اعترف بأن حكم التحكيم لا يندمج في النظام القانوني الوطني يدل دلالة أوضح على اعتراف الأنظمة القانونية الوطنية بوجود النظام القانوني التحكيمي. ولقد استخدم هذا التعبير في الاجتهاد القضائي الفرنسي بصورة ثابتة منذ 1994. فقد قضت محكمة النقض الفرنسية لأول مرة في إطار قضية هيلمارتون بما يلي:

"إن حكم تحكيم صادر في سويسرا ما هو إلا حكم دولي غير مندمج في النظام القانوني لهذه الدولة. وعليه فإن هذا الحكم يظل قائما بالرغم من إبطاله ويظل قابلا للاعتراف به في فرنسا طالما لا يخالف النظام العام الدولي".⁽¹⁾

ولقد تبنت محكمة استئناف باريس هذه الصيغة في قضيتي كرومالوي وسوسيتيه بارغ أرغو إندوستري.

ومن ثم في 18 يناير /كانون الثاني 2007 أكدت هذه المحكمة أن: "بالفعل هناك مبدأ أساسي في القانون الفرنسي متعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في الخارج يقضي بأن إبطال حكم التحكيم من قبل قاضي مقر التحكيم لا ينفي قيام هذا الحكم ولا يحول دون الاعتراف به أو تنفيذه في الأنظمة القانونية الوطنية الأخرى؛ ذلك لأن المحكم غير مندمج في التسلسل الهرمي للنظام القانوني لدولة المقر، وهي، في الحالة المطروحة، بلجيكا".

إن هذا الموقف الذي تبناه الاجتهاد الفرنسي مستوحى مباشرة من رؤية التحكيم التي اقترحها بيرتولد غولدمان فعبارة حكم التحكيم غير المندمج في النظام القانوني لدولة المقر مقتبسة عنه. وحتى إذا لم نعتبر أن هذه الأحكام تمثل اعترافا مباشرا بوجود نظام قانوني تحكيمي، فإنها على الأقل تمثل رفض المفهوم المعاكس الذي يعتبر أن مصدر الطابع القانوني لحكم التحكيم هو النظام القانوني للمقر.

(1) إيمانويل غايار، المرجع السابق، ص 86

وفي حكم بوترابالي الصادر في 29 يونيو/حزيران 2007، انحازت محكمة النقض الفرنسية انحيازاً واضحاً لصالح تمثّل التحكيم الذي يعترف بوجود نظام قانوني تحكيمي. في هذا الحكم الصادر بدوره بخصوص الاعتراف بحكم تحكيم كان قد أبطل في دولة المقر، قضت محكمة النقض في حيثياته بما يلي " إن حكم التحكيم الدولي، وهو غير مرتبط بأي نظام قانوني وطني، هو حكم قضائي دولي يتم فحص صحته وفقاً للقواعد الواجبة التطبيق في كل دولة يطلب فيها الاعتراف به وتنفيذه...".

في حين أن محكمة استئناف باريس اكتفت بملاحظة أن حكم التحكيم ليس مندمجاً في النظام القانوني لدولة المقر، كانت محكمة النقض الفرنسية صريحة في تأكيد أن هذا الحكم لا يرتبط بأي نظام قانوني وطني. ويصعب تبني وجود النظام القانوني التحكيمي بصورة أوضح حيث أن حكم التحكيم اعتبر بمثابة حكم قضائي دولي كما لو كان صادراً عن محكمة دولية دائمة أسسها المجتمع الدولي.

وفي سياق تطور مواقف التشريعات الوطنية اتجاه التحكيم التجاري الدولي، وفي إطار التمكين لأحكام التحكيم فإن قوانين التحكيم المعاصرة باتت تسمح للخصوم، وفق بعض الشروط، بالتنازل عن حق إبطال حكم التحكيم أمام محاكم المقر وقد بدأ هذا الأمر في مرحلة أولى عندما قرر المشرع البلجيكي إلغاء أية إمكانية لتقديم دعوى بطلان حكم تحكيم أمام محاكم مقر التحكيم البلجيكية وذلك في حال عدم حمل أي من الخصوم الجنسية البلجيكية أو عدم إقامتهم في بلجيكا.

وكان هذا الحل - وهو ناتج عن قانون 27 مارس / آذار 1985⁽¹⁾ - مبنيا على مفهوم ظهر في اجتهاد القضاء الفرنسي والذي وفقا له ليس للدولة أي حق - أو مصلحة- في أن تفحص حكم تحكيم صادر في إقليمها طالما أن الأطراف لم يطلبوا تنفيذ الحكم في هذه الدولة. وتبنت محكمة استئناف باريس، منذ عام 1980، هذا الموقف في قضية "غوتافركن". فاعتبرت أن حكم التحكيم الصادر (وفق نظام غرفة التجارة الدولية) في فرنسا في نزاع بين شركة ليبية وأخرى سويدية:

"يفتقر لأي ارتباط بالنظام القانوني الفرنسي لأن طرفي النزاع أجنبيان، ولأن العقد أبرم في الخارج ويستوجب تنفيذه في الخارج".

وعليه اعتبرت المحكمة أنه لا يمكن تقديم دعوى بطلان حكم التحكيم في فرنسا.

أشارت المحكمة كذلك، تماشيا مع مفهوم أن المحكمين ليس لهم موطن، إلى أن:

"ليس لمكان إجراء عمليات التحكيم - الذي تم اختياره فقط لضمان حياد المحكمين- أي دلالة. ولا يمكن اعتباره تعبيرا عن الإرادة الضمنية للأطراف بالخضوع للقانون الإجراءي الفرنسي، ولو بشكل ثانوي".

وفي مرحلة ثانية، تخلت دول مختلفة عن المفعول التلقائي للقاعدة واستبدلته بحل يسمح للخصوم بالتنازل عن حق تقديم دعوى بطلان حكم التحكيم في دولة المقر عندما لا يرتبط الحكم بالدولة المعنية إلا لكونها مقرا للتحكيم.

وكان القانون السويسري سبأقا في اعتماد هذا الحل. فمنذ صدور قانون عام 1987 المتعلق بالقانون الدولي الخاص، يمنح القانون السويسري الخصوم إمكانية التنازل الكلي أو الجزئي عن حق

⁽¹⁾ المادة 1717، الفقرة 4 من قانون تنظيم المحاكم في نصه الصادر بتاريخ 27 آذار/مارس 1985: "لا يمكن للمحاكم البلجيكية أن تنظر في طلب إبطال حكم إلا عندما يكون على الأقل أحد الخصوم شخصا طبيعيا يحمل الجنسية البلجيكية أو يقيم في بلجيكا، أو أن يكون شخصا معنويا تأسس في بلجيكا أو له فرع فيها أو له فيها مركز من مراكز العمليات"

تقديم دعوى بطلان حكم التحكيم أمام محاكم مكان التحكيم إذا كان الخصوم غير مقيمين في سويسرا ولا يتمتعون فيها بمحل إقامة اعتيادية ولا فرع (بالنسبة للشركات) (1).

وتبنى المشرع التونسي الموقف نفسه عام 1993 (2).

وانظم المشرع البلجيكي إلى هذا التيار عام 1998 (3). كذلك تبنت السويد عام 1999 (4) هذه القاعدة والتي كان الاجتهاد القضائي السويدي قد حددها منذ عام 1989. بدورها اعتمدت دولة بيلو هذه القاعدة أثناء تعديل قانون التحكيم عام 1996 (5).

وبحكمة بالغة، قامت دولة بنما عام 1999 (6) بالسماح لأطراف خصومة التحكيم الدولي - دون شروط متعلقة بالجنسية أو بمحل الإقامة - بأن يتنازلوا - مباشرة أو بالإشارة إلى نظام تحكيم - عن حق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم.

إذا تنازل الأطراف عن هذا الحق، فإن الحكم الصادر يخضع لقواعد الاعتراف بالأحكام الأجنبية إذا طلب تنفيذه في بنما.

في هذا الصدد يجدر التنويه إلى أن أغلب الفقهاء المعاصرين لا يقبلون بالنظرية القائلة بأن أحكام التحكيم غير القابلة للمراقبة من دولة المقر لا تخضع لأحكام اتفاقية نيويورك حيث أنها

(1) تنص المادة 192 من القانون السويسري (LDIP) تاريخ 18 كانون الأول/ ديسمبر 1987 على أنه: "إذا لم يكن للطرفين موطن أو محل إقامة عادية أو مقر في سويسرا، يمكنهما استبعاد أي طعن بشأن أحكام التحكيم، وذلك بالنص عليه في اتفاقية التحكيم صراحة أو بناء على اتفاق مكتوب لاحق. ويمكنهما كذلك استبعاد إحدى حالات الطعن المنصوص عليها في المادة 190 الفقرة الثانية".

(2) المادة 178 الفقرة (6) من قانون التحكيم التونسي لعام 1993.

(3) المادة 1717، الفقرة (4)، من قانون القضاء الصادر بتاريخ 19 أيار/ماي 1998 المذكورة أعلاه.

(4) المادة 51 من القانون السويدي الخاص بالتحكيم الصادر بتاريخ أول نيسان/ أبريل 1999.

(5) المادة 126 من القانون العام بشأن التحكيم الصادر بتاريخ 3 كانون الثاني/ يناير 1996.

(6) المادة 36 من المرسوم الصادر في تاريخ 8 تموز/ يوليو 1999 التي أنشأت النظام العام للتحكيم والتوثيق والوساطة.

تفتقر لعلاقة كافية بالنظام القانوني لأي من الدول وعليه فلا يمكن اعتبارها أجنبية في أي من الدول الأخرى.

يلاحظ مما ذكر أن الأنظمة القانونية الوطنية تتخلى تدريجياً عن التصور القائل بأن مصدر الطابع القانوني لأحكام التحكيم هو فقط النظام القانوني لدولة المقر (المفهوم هنا على أنه موطن التحكيم) أو حتى أي نظام قانوني وطني آخر وتقترب من التصور الذي يقر بوجود نظام قانوني تحكيمي.

وهكذا أصبح الالتزام بقواعد القانون الإجرائي والقانون الموضوعي الأفقي من مكونات النظام القانوني للدولة ذاتها، إما مباشرة من خلال القواعد المادية أو ذات النفاذ المباشر الدولية، أو بصفة غير مباشرة عن طريق تبني نظام الدولة لهذه القواعد وتكريسها من خلال تشريعها ضمن قواعد القانون الداخلي.

وتتجلى خصائص النظام القانوني التحكيمي في نظامه الوضعي من خلال الاستقلالية التنظيمية لهذا النظام القانوني التحكيمي اتجاه التنظيم القضائي للدولة .

الفرع الثالث : خصائص النظام القانوني التحكيمي

1- على المستوى الهيكلي أو الاستقلالية الهيكلية : ويقصد بها خروج المحاكم التحكيمية سواء كانت للتحكيم الحر أو التحكيم المؤسسي عن التنظيم القضائي للدولة، وقد أجمع الفقه حديثه وقديمه على هذا الرأي، فالفقه التقليدي يرى في التحكيم التجاري الدولي خروجاً عن قضاء الدولة واستثناءً أو شبه استثناء عنه، أما الحديث فهو يجعل منه قضاءً مستقلاً ويسعى إلى تحريره من دونيته ومن تحكّم الدولة، قصد تأهيله ليكون أداة العدالة الدولية الفضلى والبديلة عن قضاء الدولة.

- ويستدلّ على هذه الاستقلالية الهيكلية للتحكيم بأسانيد من النظام التحكيمي الوضعي قوامها:
- أن المحكم ليس عضواً عمومياً، أي أنه قاض غير حاكم.
 - إن تركيب المحكمة التحكيمية لا يخضع إلى تنظيم قانوني تضعه الدولة بصفة مسبقة وعلى أساس الدوام والاستقرار كما هو شأن القضاء العمومي.
 - إن المحاكم التحكيمية سواء تعددت أم لم تتعدد لا تدخل ضمن التنظيم الهرمي الهيكلي للمحاكم، سواء كانت عدلية أو إدارية أو غيرها.
 - إن القضاء التحكيمي لا يخضع ضرورة إلى مبادئ التنظيم القضائي للدولة وعلى رأسها مبدأ التقاضي على درجتين ومبدأ النقض أو التعقيب.
 - إن الأصل أن القضاء التحكيمي لا يخضع إلى نظام الطعن في الأحكام، وإنما إلى نظام خاص للرقابة الإجرائية البعدية على الحكم التحكيمي عن طريق دعوى بطلان الحكم التحكيمي، أو الرقابة التنفيذية على الحل التحكيمي عن طريق مقبولة السند التحكيمي.
- 2- على المستوى الإجرائي: لا يخضع نظام استقراء النزاع التحكيمي إلى نفس نظام الاستقراء القضائي الذي تضعه قوانين الإجراءات المدنية في الدولة ليحكم إجراءات التقاضي أمام محاكمها، والذي هو نظام مركب إذ ينقسم إلى نظم عمودية للإجراءات خاصة بكل جهة من جهات القضاء (عدلي، إداري، جزائي) ويتنوع في داخل النظام الجزئي الواحد إلى نظم فرعية تتفرد بها المحاكم الخاصة أو المتخصصة، كإجراءات القضاء الشغلي أو قضاء التسجيل العقاري أو قضاء الأحوال الشخصية.

والفروق بين نظام التقاضي التحكيمي والنظام العادي للتقاضي ليست مجرد فروق شكلية، وإنما هي فروق جوهرية، فالخلاف بينهما وإن لم يكن في جميع المبادئ العامة فهو موجود في أهمها، وهي كالتالي:

- مبدأ مجانية التقاضي حيث أن المبدأ في التحكيم التجاري الدولي هو أن المحكم الذي يفصل في المنازعة هو محكم مأجور حيث يؤخذ هنا على التحكيم ارتفاع كلفته باعتباره قضاء يخص أطراف تملك القدرة على تحمّل هذه المصاريف في الغالب، وذلك سواء كانت تتمثل في الدولة أو في الشركات التجارية، وذلك بخلاف القضاء العادي أو العمومي، فالدولة هي من يتكفل بأجرة القاضي وليس الخصوم .

- مبدأ علنية الإجراءات، إذ يتميز التحكيم بل يتفوق على قضاء الدولة بامتياز السرية.

- مبادئ توزيع الاختصاص الترابي والحكمي على السواء باعتبار تعيين مقر التحكيم وموضوع التحكيم ومحكمة التحكيم موكول أصلاً لإرادة الأطراف إما مباشرة منفردين أو باتفاق مع هيئة التحكيم أو بصفة غير مباشرة بالإحالة الصريحة على قانون وطني معين أو الإحالة الضمنية من خلال قاعدة الإسناد في التزاعات الدولية.

لكن كل ذلك في إطار الالتزام بقواعد القانون الإجرائي الأفقي⁽¹⁾ في خصوص قواعد الاستقراء، وفي حدود ضوابط التحكيمية أي قابلية العلاقة القانونية أو العارض القانوني موضوع الخلاف للتحكيم في ما يتعلق بالاختصاص التحكيمي، أو بالاستعارة القضائية، أي بإرادة المحكمة التحكيمية أو الاستعارة التشريعية أي بإرادة المشرع الوطني .

(1) وهو مصطلح جاء به الأساتذة غانشار وبنديراك ولغارد ودوشي ويقصد به ذلك المضمون القانوني الذي تجاوز تعدد الأنظمة القضائية الوطنية وتعدد فروع القضاء داخل النظام القضائي الواحد وكرسها ضمن نظام قانوني إجرائي مشترك يستند إلى مبادئ كبرى مثل الإنصاف والزهامة وحرية اللجوء إلى القضاء وحرية الدفاع إلى غير ذلك من مبادئ العدالة والإنصاف التي تم إدماجها ضمن الاتفاقيات الدولية.

- وحتى إذا انطبق قانون وطني ما على إجراءات أو على أصل النزاع التحكيمي لا يتقيد المحكم بالضرورة بالقانون إذا كان محكما مفاوضا مصالحا أي محكما بالصلح⁽¹⁾، إلا ما تعلق بمبادئ الإجراءات الأساسية أو بقواعد النظام العام الإجرائي في خصوص الشكل أو بقواعد العدالة والإنصاف في خصوص الموضوع. وفي هذه الصورة يخرج التحكيم عادة عن نظام الطعن حتى التحكيمي على أساس قرينة التنازل عن الطعن إما كليا أو جزئيا .

- إن المحكم بحكم افتقاره إلى سلطة الأمر والجبر التي يخولها القانون الوطني للقاضي، ليس له مبدئيا الصلاحية لإتمام مايلي :

- جبر الخصوم على الإدلاء بوثائق يمسكونها وإن كان له أمرهم بتقديمها.

- سلطة أمر وجبر الغير على حضور النزاع أو تقديم وثائق يمسكها أو تهديده بذلك باستعمال الغرامة التهديدية وحتى الإجراءات الوقتية.

- سلطة أمر الشهود وحتى الأطراف بالحضور أو جبرهم عليه، أو إخضاعهم إلى أداء اليمين، بما يترتب على ذلك من نتائج على مستوى المسؤولية المدنية والجزائية.

- ليس للمحكم القاضي سلطة البحث التي تسندها السلطة العامة، فليس له جبر الغير أو حتى الأطراف على تمكينه من التوجه إلى العين محل النزاع والدخول إليها، أو التي تسندها القوة العامة،

(1) لقد أعطى المشرع الجزائري للمحكمة التحكيمية الحق في الفصل في النزاع كمفوض في الصلح في المادة 458 مكرر 15 من المرسوم التشريعي 09/39 ثم تراجع عن هذه المكنة القانونية الممنوحة للهيئة التحكيمية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 حيث أبقى على اختصاص الهيئة التحكيمية في الفصل في النزاع المعروف أمامها وفق للقانون المختار أو وفقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة إذا غاب اختيار الأطراف، وهنا يطرح التساؤل عن السبب الذي جعل المشرع يسلب المحكم هذا الاختصاص رغم أنه يخالف الاتجاه السائد لدى مختلف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية هو منح المحكم المزيد من الصلاحيات، خاصة وأن هذا التفويض مرتبط بإرادة أطراف اتفاقية التحكيم .

إذ ليس له أمر أجهزتها بمساعدته، مثلما للقاضي الحاكم في الحالتين وعليه الإستنجد بهذا الأخير للقيام بذلك ثم استخلاص النتائج في حكمه.

- ليس للمحكم القاضي تتبع دعوى إختبار الإمضاء أو الزور المدني للكاتب بنفسه، بل عليه إيقاف النظر أو تأجيل الحكم حتى يبت القاضي الحاكم في إختبار الكتابة أو الإمضاء أو الزور.

- إن كان للمحكم الإذن باتخاذ الوسائل التحفظية فإن فاعليتها تبقى موكولة لإرادة الأطراف⁽¹⁾، إذ ليس له جبر إنفاذها، وإن أجازت له بعض القوانين الاستنجد في تنفيذها جبرا بالقاضي المساعد، في حين نادرا ما جعلتها أخرى نافذة جبريا ومن ذاتها مباشرة.

ويتبين مما سبق ذكره أن المحكم لا يستند في نظامه إلى سيادة وطنية معينة تعطيه ما للقاضي من مكنت قانونية تتمثل في سلطة الأمر والجبر، وإنما عليه الإستنجد بالقاضي العمومي المختص لإسعافه بقوة سلطان القضاء، أو بسلطان القوة العامة، إما مباشرة بطلب أمر قضائي باتخاذ إجراء أو وسيلة ما، أو باستعمال القوة العامة، أو بصفة غير مباشرة بالإذن بالإجراء أو الوسيلة ضمن حكم تحكيمي تحضيري أو تمهيدي وطلب إكسائه الصيغة التنفيذية إذا كان التحكيم داخليا أو طلب الإذن بتنفيذه إن كان الحكم التحكيمي أجنبيا.

وخلاصة القول أن المحكم لا يستند إلى سيادة وطنية سواء اتحدت أم تعددت، ولا يستعير أو يستعين بنظام قانوني أو بقاضي وطني واحد حتى في النزاع الواحد، إذ تخضع الاستعارة أو الاستعانة إلى تداخل الإرادات التحكيمية الثلاث من جهة وإلى عامل المكان، أي مكان اتخاذ

(1) لقد ظهر توجه جديد مع إقرار القانون النموذجي لسنة 1985 الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والذي أعطى الحكم الحق في اتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية مع أن هذا الحق كان إختصاصا أصيلا للقاضي العمومي ، وقد أعطى المشرع الجزائري هذا الاختصاص للهيئة التحكيمية وذلك في المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية متأثر في ذلك بالقانون النموذجي والقانون السويسري الذي نص على ذلك في المادة 183 من القانون الدولي الخاص السويسري على منح هذا الاختصاص للهيئة التحكيمية

الإجراء في شأن سلطة الإذن به أو مكان وجود المال أو الشخص موضوع الإجراء أو مكان التحكيم، بحسب الأحوال وبحسب طبيعة التحكيم داخليا كان أو دوليا من جهة أخرى.

3- العلاقة بقانون الدولة : تتحدد علاقة المحكم بقانون الدولة من خلال عنصرين أساسيين ضروريين لاستكمال النظام القانوني للتحكيم.مكونيه العضوي والموضوعي هما :

- تحديد مرجع لزوم القانون بالنسبة للمحكم والمقاربة بين لزومه له ولزومه للقاضي العمومي.

- تحديد النظام القانوني للقضاء التحكيمي، بعد أن كنا وقفنا على النظام القانوني لعضو التحكيم أي المحكم القاضي.

أولا : مرجع لزوم القانون بالنسبة للمحكم والمقاربة بين لزومه له ولزومه للقاضي العمومي : ونعني بهذه المقاربة أن المحكم ليس ملزما بضمان احترام قانون وطني معين على غرار القاضي العمومي، وهو كما قالت المحكمة العليا الأمريكية في قرار ميتسوبيشي الشهير الصادر بتاريخ 2 جويلية 1985،⁽¹⁾ لا يدين بالولاء إلى أي نظام قانوني وطني لأنه ليس له سيادة وطنية. كما سلف ذكره في الفقرات السابقة، وهو تبعا لذلك مستقل وليس حاملا ولا ضامنا للأخلاق أو القيم الوطنية السائدة، بل إن استقلاليته تفرض عليه أن يكون محصنا ضد مثل هذه الاعتبارات، لأنه لا يحمل تحت عباءته تأهيل القاضي العمومي الذي يبرر مثل ذلك الولاء خلافا للقاضي.

وغياب الرابطة المباشرة بين المحكم والنظام القانوني للدولة ثابت على المستويين الداخلي والدولي على السواء.

وقد ذهب الفقه والقضاء الإقليمي الأوروبي في هذا الاتجاه، حين اشترط لقيام صفة محكمة من محاكم الدولة العضو في الاتحاد أن يتوفر فيها معياران هما : الطابع الدائم والطابع الفرضي أو

(1) الحسين السالمي ، المرجع السابق ص 254.

الجزري وقد أسلفنا بخصوص هذين المعيارين أهمنا نسيبان، ولكن رغم ذلك فهما إحدى أهم ميزات قضاء الدولة عن القضاء التحكيمي.

وعلى هذا الأساس قضت محكمة العدل للمجموعة الأوروبية بأن محكمة تحكيمية لا تمثل محكمة من جهاز قضاء الدولة وتترتب على قضائها مسؤوليتها المباشرة.

وفي ذات الاتجاه ذهبت المحكمة الفدرالية السويسرية في قرار مؤرخ ف28 أبريل 1992 حين قضت " ... إن المحاكم التحكيمية ليس لها صفة سلطة إحدى الدول الأعضاء في المجموعة.⁽¹⁾

لكن تبقى هذه الاستقلالية التي يتمتع بها المحكم نسبية، فهو رغم كل ذلك يظل ملزماً بتطبيق القانون الوطني إذا كان منطبقاً على النزاع.

أما بالنسبة لقواعد القانون الدولي، فإن الفقه يجمع على أن المحكم مطالب بتطبيق الاتفاقيات الدولية التي أصبحت جزءاً من القانون الداخلي كلما كان ذلك القانون واجب التطبيق سواء اختاره الأطراف أو كان منطبقاً بموجب قواعد النزاع أو بموجب سلطة المحكم في تعيين القانون المنطبق باعتباره الأكثر ملاءمة للنزاع على المادة .

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية التي لم تندمج ضمن القانون الوطني، فإن الأستاذ فوشار⁽²⁾ يرى أن المحكم باعتباره القاضي الطبيعي للمجتمع الدولي للتجار هو الضامن لاحترام القواعد التي وضعها المجتمع لنفسه، وهو مطالب وجوباً بتطبيقها وبفرض تطبيقها.

ويرى جمهور الفقه أن المحكم الدولي حتى القاضي الوطني كلاهما ملزم بالسعي لاحترام وتطبيق القواعد القانونية الدولية إذا كان يريد الاستجابة لإرادة الأطراف ، بل إن هناك من الفقه من يرى

(1) الحسن السالمي، مرجع سابق ص 255

(2) يعبر هذا الموقف للأستاذ فوشار عن فلسفة المدرسة الذاتية الخالصة للتحكيم التي ترى فيه أداة مجتمع التجار الفضلى والأكثر ملاءمة للتجارة الدولية، وكذلك الاتجاه الذي تبنته غرفة التجارة الدولية بباريس في مختلف مشاريع الاتفاقيات الدولية المقترحة لتطوير التحكيم التجاري الدولي وتوحيده.

أن المحكم ليس مقيدا بالمصادقة على الاتفاقية الدولية ودخوله حيز النفاذ للإستلزام منها، فهو يستلهم منها مباشرة مثلما يستلهم من أي مصدر من مصادر القانون الدولي الأخرى.

لكن هنا ينبغي التمييز بين واجب تطبيق القواعد الدولية المرتبطة بنظام القاضي، وبين تطبيق تلك القواعد بحكم انطباقها على النزاع أو بحكم أنها المناسبة له أو الواجبة التطبيق عليه في إطار ممارسة أي جهاز قضائي للوظيفة القضائية الموكولة إليه.

ويرى الأستاذ كلاي⁽¹⁾ ضرورة التمييز في علاقة المحكم بالاتفاقيات الدولية بين أربعة أصناف من الاتفاقيات :

أ- الاتفاقيات المتضمنة لقوانين موحدة، والتي يرى أنها مندمجة في القانون الداخلي ويجب على المحكم أن يقدم عند الاختلاف الصيغة الوطنية على الدولية.

ب- الاتفاقيات المتضمنة لقواعد إسناد : والتي يجب التفريق ضمنها بين الاتفاقيات التي أدمجت ضمن التشريع الوطني وتأخذ حكم الأولى والاتفاقيات التي التزمت الدول الأطراف باحترامها ولم تدمج في قانونها الوطني والتي لا تلزم إلا الدول المتعاقدة وأجهزتها القضائية، أما المحكم فليس ملزما بتطبيقها واحترامها، مثله مثل قاضي الدولة غير المتعاقدة .

ج- الاتفاقيات التي تضع قواعد قانون للعلاقات الخاصة الدولية ويلحق بها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 واتفاقية جنيف لسنة 1961 حول التحكيم الاقتصادي الدولي والتي يلحقها بدورها حكم الصنف الثاني.

د- الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، والتي تنفرد حسب رأيه بكونها ذات تطبيق مباشر ويجوز للأفراد التمسك بها مباشرة ضد الدول وفيما بينهم على أساس المفعول الأفقي، لكنه مع ذلك يشكك في مدى وجود علاقة ترابط بين انطباقها المباشر وواجب المحكم في تطبيقها.

(1) الحسين السالمي المرجع السابق، ص 257.

وقد استعرض الأستاذ كلاي الجدل الفقهي والقضائي الذي قام حول مدى لزوم هذا الصنف الأخير للمحكم، ملاحظاً أنه لئن لم تكن الفرصة لمحكمة حقوق الإنسان الأوروبية لقول كلمتها حولها فإن لجنة حقوق الإنسان الأوروبية قد تصدت للمسألة في عدة مناسبات، وقررت أن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تخاطب الدول وأجهزتها القضائية التي لا يندرج ضمنها المحكم.

وقد حسمت محكمة الاستئناف بباريس هذا الجدل وقطعت التضارب الذي ساد بين محاكم الدرجة الأولى بقرارها الشهير⁽¹⁾ المتعلق بجمهورية غينيا الصادر بتاريخ 4 مايو 1988، حيث رفعت عن المحكم واجب تطبيق أحكام المادة 6 فقرة أولى من الاتفاقية الأوروبية والمادة 14 من العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية.

وعلى هذا الاتجاه استقر فقه القضاء السويسري، حيث قضت المحكمة الفدرالية السويسرية في قرارها بتاريخ 30 أبريل 1991⁽²⁾ الصادر عن الدائرة المدنية الأولى بأن واجب استقلالية المحكم يستمد مباشرة من المادة 6 فقرة 1 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، بقطع النظر عن القانون المطبق على الإجراءات، وتبعه في نفس الاتجاه قرار 30 جوان 1994 لنفس الدائرة.

ثم يخلص الأستاذ كلاي إلى التأكيد بأنه من الخطأ القول بأن من واجب المحكم تطبيق أحكام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لأن ذلك يجعله من المخاطبين بتلك الاتفاقية، والحقيقة خلاف ذلك.

كما يجب التمييز بين مبدأ انطباق الاتفاقية على التحكيم وبين واجب تطبيقها من قبل المحكم. فإذا كانت أحكام الاتفاقية تفرض على المحكم، فلأن القواعد الإجرائية والحقوق الموضوعية التي تحميها يجب على المحكم احترامها كمضمون قانوني، لكنه يبقى غير ملزم بتطبيقها لأنه على خلاف القاضي الرسمي ليس ملتزماً بذلك بموجب إمضاء الدولة للاتفاقية.

(1) الحسين السالمي، مرجع مذکور، ص 258.

(2) الحسين السالمي، مرجع مذکور، ص 258.

ومن هنا يمكننا القول بأن المحكم يطبق الاتفاقية بوصفه محكمة يلزمها تطبيق الاتفاقية، وليس بوصفه جهازا قضائيا، بمعنى أن لزوم تطبيق الاتفاقية هو لزوم مادي وليس شكلي، فطبيعة القاعدة القانونية هي التي تفرض تطبيقها على أية محكمة بما في ذلك المحكمة التحكيمية .

ويزكي هذا الرأي حتى الفقه المعرض للزوم الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، الذين يرون أن أغلب المبادئ التي تتضمنها يجب على المحكم احترامها دون حتى الحاجة إلى الإحالة على الاتفاقية ، لأنها تدرج ضمن قواعد النظام العام عبر الدولي، خصوصا وأن شرط مقبولية السند الأجنبي والإذن بتنفيذه المتمثل في احترام النظام العام يشمل في مضمونه محتوى النظام العام الإجرائي الذي يلتقي مع مضمون الفقرة الأولى من المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وبالتالي يكون من الحكمة أن يطبق المحكم تلك المبادئ لضمان مقبولية قراره ولتوقي عصا الرقابة القضائية عند التنفيذ.

ويضيف الأستاذ كلاي⁽¹⁾ حول موقف المعارضين للزوم الاتفاقية للمحكم قائلا : " إن هناك شيئا من التناقض في القول بأن المادة 6 فقرة أولى من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تنطبق على كل هيئة تفصل نزاعا وليس المحكم، والحال أن التحكيم هو الأداة القضائية الحقيقية الوحيدة بعد قضاء الدولة".

ومجمل القول هو أنه إذا كان القاضي العمومي يعد جزءا من أجهزة الدولة ولذلك فهو يحمل على عاتقه واجب ضمان النظام القانوني الذي يعد ممثلا له وحارسا له بما في ذلك القواعد المستمدة من المصادر الدولية وعلى رأسها الاتفاقيات الدولية المصادق عليها، فإن نظام القانوني للمحكم لا يضع على كاهله مثل هذا الواجب لأنه لا يحمل عباءة السيادة الوطنية لأية دولة متعاقدة ، فلا يغير أمر التصديق من عدمه أو اندماج أو عدم اندماج الأحكام الاتفاقية وعموما القواعد القانونية الدولية في النظام القانوني للدولة، ولو كان قانونها هو المنطبق على النزاع، لأن

(1) الحسين السالمي ، المرجع السابق، ص260.

وجوب تطبيق أحكام قانون الدولة لا يستمد من ولاء المحكم للدولة وإنما من قواعد وتقنيات إسناد الإختصاص القانوني سواء كان نفاذا مباشرا كما بالنسبة للقواعد المادية عبر الدولية أو القواعد المادية الوطنية، ذات النفاذ الضروري، أو قواعد النظام العام ، أو قواعد الضبط البوليسية، أو غير مباشر أي الناجم عن تطبيق تقنيات التوطين والإسناد في النظام التنازعي .

فنظام الاختصاص القانوني هو الذي يجعل أحكام قانون تلك الدولة الداخلي أو أحكام الاتفاقية التي صادقت عليها هي المنطبقة على العلاقة القانونية الدولية، وليس الولاء أو الانتماء السيادي للدولة ، أو لنظامها القانوني .

ومما يدل على هذا المنطق أن المحكم يلتقي مع مركز القاضي تجاه الاتفاقيات الدولية غير المصادق عليها أو الاتفاقيات التي تكون الدولة القاضي العمومي غير طرف فيها ، ففي ظل هذه الوضعية يتساوى القاضيان العمومي والمحكم القاضي لأنهما يحتفظان باستقلاليتهما تجاه السيادة أو السيادة التي تعطي بمصادقتها وبالتالي بوقاها السيادي للاتفاقية قوة النفاذ الجبري الدولي .

خاتمة المبحث الثاني: لقد تم التطرق في هذا المبحث إلى تثبيت الإدعاء القائل بوجود نظام قانوني خاص بمؤسسة التحكيم وأن لهذا النظام القانوني خصائص تميزه عن النظام القانوني للقضاء الرسمي، وللمحكم أدوات وآليات تحكمه تختلف عن أدوات القاضي العمومي . ووجود هذا النظام القانوني التحكيمي هو أحد أدوات نفي الدونية عن مؤسسة التحكيم، وقد تشكل هذا النظام بفعل السوابق القضائية التحكيمية والإجتهادات الفقهية والتي مثل الفقه الفرنسي أغلبها. وقد انتهى هذا الفقه إلى أنه يمكن اعتبار القواعد عبر الوطنية بمثابة هذا النظام القانوني ، وقد دللنا على هذا المنحي فيما ذكر سابقا

خاتمة الباب الأول: لقد انتهى بنا الاستقراء التاريخي النظري والتطبيقي الوضعي لفكرة التحكيم التجاري الدولي ولتطوره دوليا ووطنيا لخلاصة مفادها أن المحكم عند قيامه بالمهمة التحكيمية إنما يؤدي في الحقيقة وظيفة قضائية، وبهذا المنطق فقد أصبح المحكم يمتلك تأهيلا ذاتيا على غرار تأهيل القاضي، وأوجد الفقه الحديث معادلة جديد غير تلك التقليدية والتي تمثلت في وجود قضاء عمومي يتبع للدولة، وإلى جانبه قضاء استثنائي يتمثل في التحكيم التجاري الدولي، واستبدلت هذه المعادلة بمعادلة قضاء/ تحكيم أي أن التحكيم أصبح قضاءً موازيا لقضاء الدولة بل وبديلا عنه في منازعات التجارة الدولية .

وأصبح التحكيم مؤسسة قضائية تتمتع بما يتمتع به القضاء الرسمي من دوام واستمرارية، وأصبح العمل التحكيمي على غرار العمل القضائي تجتمع فيه العناصر الثلاث، وهي المعيار العضوي المتمثل في التأهيل القانوني الذي اكتسبه المحكم بمقتضى اتفاقية التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، والتي أعطت المحكم الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع، وذلك بطبيعة الحال إذا لم يختار أطراف القانون المنطبق على النزاع، كما أن المحكم أصبح يمتلك إختصاص اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية والذي كان إلى وقت قريب يعد إختصاصا أصيلا للقاضي العمومي وذلك وفقا للقانون النموذجي للتحكيم لسنة 1985، وإضافة إلى التأهيل القانوني، أصبح التحكيم يتوفر على المعيار الشكلي، المتمثل في الإجراءات الوجيهة والمعيار الموضوعي، المتمثل في الحل القانوني الملزم للأطراف بما يجعل منه عملا قضائيا كاملا.

وبما أن التحكيم أصبح عملا قضائيا كاملا، كان لا بد من صياغة نظام قانوني يتلاءم مع القضاء التحكيمي، وهنا كان الدور الفاعل للاجتهاد التحكيمي والفقهي الذي وضع مجموعة من القواعد القانونية تتلاءم مع منازعات التجارة الدولية، التي ما كان باستطاعة القواعد القانونية

الوطنية أن تماشى معها، وقد أدى هذا الأمر إلى نشأة نظام قانوني تحكيمي عبر دولي له خصائصه التي تميزه عن الأنظمة القانونية الوطنية.

وإذا ثبت أن التحكيم قضاء مواز وبسلطان ذي ولاية حكم كاملة ، بما يستبعد قيام علاقة خضوع لأية سيادة مهما كانت ، فهل يتمتع هذا القضاء الموازي بنفس فاعلية القضاء الرسمي .

وما هو دور المراكز التحكيمية في تجسيد هذه الفاعلية وفي دفع مؤسسة التحكيم نحو مزيد من التطور من حيث الشكل والموضوع .

هذا ما سوف سنحاول معالجته في الباب الثاني من هذه الأطروحة

الباب الثاني :

التطبيقات الجديدة للمركز الدولي لتسوية
التراعات المتعلقة بالاستثمار بواشنطن
على مؤسسة التحكيم واستكمال
الولاية التحكيمية للمحكم

الباب الثاني : التطبيقات الجديدة للمركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار

بواشنطن على مؤسسة التحكيم واستكمال الولاية التحكيمية للمحكم.

لقد أمكننا من خلال استقراء تطور التصور العالمي والوطني أن سفينة التحكيم تجاوزت جميع التصورات النظرية الفلسفية التي واكبت تطور فكرة العدالة ورسمت تاريخ القضاء ، كي تستقر في محيط قانوني فني إجرائي وموضوعي كمؤسسة للعدالة تتميز بالدوام والوحدة الذاتية في خدمة النظام القانوني يتغلب فيه المكون القانوني على المكون العقدي، وما كان لهذه الفكرة أن تبلغ مداها في ظل تأرجحها بين تحكيم حر للإرادة فيه اليد الطولى وتحكيم مؤسسي يلعب فيه القانون الدور الأكبر ، وكان لزاما على الفقه الحديث والقضاء والاجتهاد التحكيمي أن يفصل في هذه المسألة، خاصة وأن الأمر لا يتعلق فقط بدور الإرادة ومكانتها وهل هي مطلقة أو مقيدة ، بل الإشكال يكمن في أن فقه القضاء التحكيمي كان يسعى إلى استكمال مهمته التي بدأها بإقرار الولاية القضائية الكاملة والمستقلة للهيئة التحكيمية وذلك بتحويل المحكم سلطة نظر اختصاصه ، إلى استنفاد ولايته لكامل المهمة التحكيمية، أي أن يكون المحكم مختصا من انعقاد الولاية القضائية للهيئة التحكيمية إلى غاية انحلالها وانتهاء المهمة التحكيمية

ولقد كان التحكيم الحر يحول دون تحقيق هذا التوجه خاصة إذا كان المحكم فردا أي أن أطراف العقد التحكيمي اختارت محكما واحدا للقيام بالمهمة التحكيمية، وهنا لا يمكن لهذا المحكم أن يكون خصما وحكما في نفس الوقت خاصة في مسألة الرقابة القضائية على التحكيم، فقد غدا التوجه الحديث نحو تقليص رقابة القضاء العمومي على الهيئة التحكيمية بل ومنحه بعض اختصاصاته الأصيلة ، وهذا الأمر لم يكن ليتم في ظل المحكم الفرد ويصعب في ظل التحكيم الحر بصفة عامة ، فاستكمال الولاية القضائية للهيئة التحكيمية لم تكن لتتم إلا في ظل التحكيم المؤسسي الذي يتمتع بوحدة هيكلية وإجرائية تجعل تدخل القضاء الرسمي في المهمة التحكيمية في

أدى حدوده وتجعل المحكم يتمتع بسلطات واسعة لكن تحت رقابة التنظيم القانوني لهذه المراكز التحكيمية .

ولذلك قمنا بتخصيص الفصل الأول من هذا الباب إلى أحد أهم المراكز التحكيمية وأهمها من حيث فاعلية أحكامه والضمانات التي يقدمها هذا المركز لتحقيق هذه الفاعلية وهو المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار ، أما الفصل الثاني فقد جعلنا مضمونه متعلقا باستكمال الولاية القضائية للمحكم والتي لا تتم إلا بضمان الاستقلالية الفعلية للسند التحكيمي عن قضاء الدولة.

الفصل الأول : المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار بواشنطن

لقد ثبت من خلال دراسة التحكيم التجاري الدولي والتطورات التي لحقت به أن الاتجاه العام في المصادر الدولية الرسمية العامة والمهنية الخاصة، وحتى في الممارسة العملية للتحكيم، هو اعتماد التحكيم المؤسسي المنظم والشامل، على حساب التحكيم الحر الذي تأثر بانحسار دور الإرادة، حيث أثبت الواقع أن إرادة الأطراف، كما بالنسبة لنشأة التأهيل التحكيمي، أصبح دورها عرضيا وإنخراطيا. فهي كما تنخرط في نهج التحكيم تنخرط في شكله المؤسسي بالتصريح أو بمجرد الإشارة والتلميح.

فقد غدا دور الإرادة في مؤسسة التحكيم كاشف لا منشأ للالتزام ومعيار التصرف القانوني كما يرى الفقه الحديث، وبغض النظر عن مدى دقة هذا القول، فإنه على العموم لم تعد الإرادة وحدها قوام التحكيم التجاري الدولي وأصل وجوده بل أصبحت في ظل الاجتهاد التحكيمي تعمل بتفويض من القانون الذي يعد منشأ للحقوق جميعها ومنها الحق الشخصي الذي تمثل الإرادة مصدره الرئيسي ضمن مصادر الإلتزام ، وهي كذلك تعمل في الحدود التي يرسمها لها القانون من حيث صيغة التصرف أو من حيث مادية التصرف.

ولو طبقنا دور الإرادة على مؤسسة التحكيم سوف نرى أنه لا يخرج عن دورها تجاه كل مؤسسة باعتبارها أداة يمكن للإرادة أن تحيل عليها أو تستعملها في إطار تصرف قانوني مركب شأن العقد الأساسي المتضمن لشرط تحكيم أو عن طريق تصرف قانوني خاص شأن مشاركة التحكيم. بمعنى أن الأطراف في اتفاقية التحكيم شرطا كانت أو مشاركة، بقبولهم التحكيم ينخرطون في إطار قانوني موضوعي سابق الوضع ودائم الوجود وهو الإطار المؤسسي التحكيمي.

وقد ظهر صدق هذا التصور في مسألة تعيين المحكم، فتعيين المحكم في التحكيم الحر يخضع بصورة مطلقة لإرادة الأطراف المتعاقدة، حيث أن التعيين يكون مباشر من طرف المحكّمين، لكن في التحكيم المؤسسي يكون الاختيار غير مباشر، لأن التعيين يكون من خلال نظام هذه المراكز التحكيمية ولا يسمح بالاختيار من خارج القوائم المعتمدة من قبل هذه المراكز.

و في ظل هذا الوضع لم يفوت التحكيم النظامي الفرصة على نفسه لمحاصرة الإرادة العقدية بل وحتى إرادة المشرع الوطني، وبالتالي إرادة الدولة، فيزيل أو يقلص أسباب تدخل أجهزتها وعلى رأسها قضاؤها في مجال التحكيم. هذا إن لم تبادر هي بإزالتها، وقد تم تكريس هذا التوجه ابتداء من اتفاقية نيويورك لسنة 1958، والتي عدّها الفقهاء بمثابة شهادة ميلاد للمراكز التحكيمية، وذلك بمقتضى النص الوارد في المادة الأولى الفقرة الثانية، "على أنه يقصد بأحكام المحكمين ليس فقط الأحكام الصادرة من محكمين معينين للفصل في حالات محددة بل أيضا الأحكام الصادرة عن هيئات دائمة يحتكم إليها الأطراف". وقد علق الأستاذ عبد الحميد الأحديب على ذلك بقوله "انها تضمنت أول شهادة اعتراف رسمية بمراكز التحكيم الدولية"، ونظرا للدور الذي أصبحت تلعبه هذه المراكز التحكيمية في تسوية منازعات التجارة الدولية، تزايد عددها حتى تجاوز أربعة آلاف

مركز تحكيمي على مستوى العالم ، لكن المراكز التحكيمية ذات التأثير والجاهزية لا يتجاوز عددها الأربعة أو الخمسة مراكز ، تأتي غرفة التجارة الدولية بباريس ومثيلتها في المملكة المتحدة.

لكن ظلت الثقة معدومة في هذه المراكز وذلك لارتباطها بالقطاع الخاص أو الشركات المتعددة الجنسيات ، خاصة من قبل دول العالم الثالث حديثة الاستقلال المصابة المتأثرة بنظرية كالفوا⁽¹⁾ والتي رأت فيها تعبيرا عن توجه أيديولوجي أكثر منها محاكم وظيفتها الفصل في منازعات التجارة الدولية فعملت هذه الدول جاهدة من أجل استحداث مركز تحكيمي يعبر عن تطلعاتها ومن هنا جاءت فكرة إنشاء مركز التحكيمي ولكن على يد الأمم المتحدة ولجنتها القانونية ، فظهر إلى حيز الوجود تحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار بواشنطن وقد وقع الاختيار على هذا المركز من أجل دراسته في هذا الفصل لطبقة تكوينه وخصوصية نظامه القانوني الصارم والمغلق في آن واحد ، وكذلك لظروف نشأته ، وهذا ما سوف نتناوله أثناء بسطنا لهذه الدراسة

المبحث الأول : طبيعة نظام اتفاقية البنك الدولي لسنة 1965 ومميزاته :

تحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار: لقد نشأ المركز الدولي للتحكيم في منازعات الاستثمار في ظل ظروف وعوامل تاريخية كان لها الدور الأكبر في نشأته ، وفي وضع نظامه التأسيسي ، وفي تمتعه بخصائص فريدة جعلته متميزا عن بقية المراكز التحكيمية سواء من حيث طبيعة أحكامه وفاعليتها أو من حيث صلته أو تعامله مع الدول باعتبارها ذات مركز قانوني متميز ، وتعامله المتفرد مع مسألة السيادة التي طالما اعتبرت حجر عثرة في سبيل تطور التحكيم التجاري الدولي ، وما الصراع بين الدول وغرفة التجارة الدولية بباريس حول معاهدة نيويورك إلا

(1) نسبة إلى فقيه القانون الأرجنتيني كارلوس كالفو ، والتي تقضي بأنه لا يجوز للأجانب التمتع بحقوق وامتيازات أكثر من التي يعترف بها لمواطني الدولة ، وتقضي هذه النظرية بخضوع المشروعات الاستثمارية الأجنبية للقوانين والمحاكم الداخلية ، في الدولة المضيفة ، وتتنازل تلك المشروعات عن الحق في طلب الحماية الدبلوماسية.

مثالاً على ذلك، كما كان ينبغي معالجة مسألة الحصانة الدبلوماسية التي كان يتمتع بها المستثمر الأجنبي والتي كانت سيئة السمعة لارتباطها بالامتيازات التي كانت تتمتع به الشركات الكبرى بما يتجاوز سيادة الدول ، بل في بعض الأحيان كانت سبباً لوقوع الدول التي ترفض مثل هذه الحصانة للإحتلال ، خاصة وأن هذه الحصانة تم استغلالها أبشع استغلال في ظل الدولة العثمانية أيام كانت تلقب بالرجل المريض. ولذلك أنشأ هذا المركز التحكيمي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار دون أن يشعر أحد الأطراف وبغض النظر عن مركزه القانوني بالاستغلال .

المطلب الأول: الظروف والعوامل المنشأة للمركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار:

لقد أدت موجة استقلال التي حدثت في ستينيات القرن العشرين إلى ظهور دول حديثة النشأة، تحتاج إلى استثمارات هائلة في شتى المجالات الاقتصادية والمعرفية، وكما هو معروف فإن هذه الاستثمارات كانت بصفة عامة في يد الشركات المتعددة الجنسيات والتي كانت تنتمي إلى الدول الغربية بصفة خاصة ، ولم ترغب هذه الشركات في الاستثمار في هذه الدول لافتقارها لبنية قانونية وسياسية ملائمة ومشجعة على الاستثمار ، ولغياب ضمانات قانونية لهذه الشركات تحميها من مخاطر التغيير، وخاصة من مخاطر التأميم الظاهر أو المستتر، وقد وصلت إلى أسمع العالم خطابات العديد من رؤساء دول العالم الثالث تطمئن هذه الشركات ودولها على استثماراتهم، كما أن الأمم المتحدة عمدت إلى معالجة الموضوع في بحث دعوى عن اعتماد شرعية دولية لحماية هذه الاستثمارات.

وقد حاول اتفاق هافانا عام 1948⁽¹⁾ وضع أسس لحلول تعتمد في هذا الإطار، لكن دون التوصل إلى نتيجة ومن قبله أعدت منظمة التعاون والتطور الاقتصادي عام 1946⁽²⁾ مشروعاً في الإطار نفسه، إلا أنه لم يبصر النور اطلاقاً.

(1) عبد الحميد الأحمد ، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الأول، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي ، الطبعة الثالثة، ص 64.

(2) عبد الحميد الأحمد، المرجع السابق، ص 64.

وتطبيقا للمقولة المتداولة رأس المال جبان، فقد ظل الاستثمار يبحث عن ضمانات قانونية ولكن ذات فاعلية تكون قادرة على حماية رأس المال من أي تغوّل للدول المضيفة، ولكن في نفس الوقت كانت الدول المضيفة للاستثمار ترى في الضمانات التي يبحث عنها المستثمرين امتيازات تعتدي على سيادتها.

وقد جاء الحل من قبل البنك الدولي للإنشاء والتعمير فقد أعد مشروع اتفاقية بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لإنشاء المركز الدولي لحل منازعات المتعلقة بالاستثمار بتاريخ 18 آذار/مارس 1965⁽¹⁾، وقد أصبحت هذه الاتفاقية سارية المفعول بتاريخ 14/10/1966⁽²⁾ بعد توقيع عشرين دولة عليها والنصاب المطلوب لدخولها حيز النفاذ .

وقد عدت هذه الاتفاقية المحاولة الأولى التي أبصرت النور على صعيد القانون الدولي الذي كان في بحث دائم عن وسائل دولية لتحسين الوضع القانوني للاستثمارات الأجنبية في البلاد التي هي على طريق النمو. كما شكل ذلك تنويجا للمجهود الدولي المتمثل في المنظمات الدولية والحكومات ورجال الأعمال على هذا الصعيد.

ولكن هل شكلت هذه الاتفاقية الحل الأمثل لأزمة الثقة بين الحكومات والشركات وهل اعتبرت حلا يوفق بين الملكية الفردية والاتفاقات التعاقدية من جهة، وبين حق الدول في ممارسة سيادتها على أراضيها .

يعتبر نظام التحكيم المحدد في المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار أحد الضمانات الأساسية للاستثمار الأجنبي في البلدان النامية ، خاصة في ظل انعدام الثقة في قضاء هذه الدول من حيث التزامه بالحياد والموضوعية عند إصدار أحكامه.

(1) عبد الحميد الأحمد ، المرجع السابق ، ص 65.

(2) عبد الحميد الأحمد، المرجع المذكور، ص 65.

وتكمن أهمية هذا المركز التحكيمي في أنه يتحمل عبء نشوء نزاعات بين الدولة المضيفة للإستثمار والمستثمر خاصة في المسائل المتعلقة بتفسير مضمون العقد وبشأن تفاصيل تنفيذها ، أو بمناسبة إعادة النظر بسبب تبدل الظروف المحيطة بالعقد. كما أن النزاع قد ينشأ في حالة لجوء الدولة المضيفة للإستثمار إلى عمليات التأميم والمصادرة .

وتكمن أهمية هذا المركز في أنه يشعر هذا المستثمر بالأمن القانوني ، حيث أن المستثمر في الماضي كان يستطيع تصدير نظامه القانوني والقضائي معه في ظل ما كان يعرف بالمحاكم المختلطة، أما وقد زال هذا النوع من المحاكم ، فقد أصبح المستثمر يشترط ألا تكون ضمانته واقعة في مستوى أقل من الحصول على نظام تعاقدي يرفع العلاقة القانونية مع الدولة المضيفة. وأن الضمانة المقدمة من خلال هذا المركز التحكيمي تشكل في الواقع نوعا من العدالة التوافقية الخاصة بالإستثمار الأجنبي التي ترنوا إلى تحقيق توازن بين مصالح طرفين متناقضين ، طرف يبحث عن تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح مع أكبر قدر ممكن من الحصانة ، وطرف يبغى تلبية احتياجاته وطموحه في النمو الاقتصادي مع الحفاظ على سيادته.

وقد اعتمدت هذه الاتفاقية نظاما مرنا ومستقلا يوازي ما بين مصالح الفرقاء، ويسعى إلى الابتعاد بالتزاعات عن السياسة.

وتلخص ديباجة اتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى الموقعة في 1965/3/18 الخلفيات التي أدت إلى وضع هذه الاتفاقية .وهي كالتالي : " تقديرا لضرورة التعاون الدولي في العمل على التنمية الاقتصادية ولأهمية الدور الذي تؤديه الإستثمارات الدولية الخاصة في هذا المجال.

ونظرا إلى أنه من الممكن أن تنشأ منازعات متعلقة بهذه الإستثمارات من وقت لآخر بين الدول المتعاقدة وبين مواطني الدول الأخرى المتعاقدة.

ومع التسليم بأنه بينما تخضع مثل هذه المنازعات عادة للإجراءات القانونية الوطنية، فإن الطرق الدولية لتسويتها قد تكون مناسبة في بعض الأحوال.

ومع إعطاء أهمية خاصة لتوفير أداة دولية للتوفيق أو التحكيم، بحيث يمكن للدول المتعاقدة وللمواطني الدول الأخرى المتعاقدة أن يطرحوا عليها مثل هذه المنازعات، إذا ما أرادوا ذلك. ورغبة في إنشاء مثل هذه الأداة تحت رعاية البنك الدولي للإنشاء والتعمير .

ومع التسليم بأن رضی الطرفين المشترك بأن يعرضاً مثل هذه المنازعات للتوفيق أو التحكيم بواسطة مثل هذه الأداة، يكون اتفاقاً ملزماً يستوجب بصفة خاصة أن توضع أي توصيات للتوفيق موضع الاعتبار، وأن تحترم وتنفذ أحكام المحكمين.

ومع تقرير أن الدولة لا تعتبر بمجرد التصديق على هذه الاتفاقية أو قبولها أو إقرارها - وبغير رضاها- ملزمة بعرض أي نزاع معين للتوفيق أو التحكيم " (1).

المطلب الثاني : مميزات التحكيم لدى المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار

يتميز التحكيم الحاصل من خلال اتفاقية المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار بخصائص أساسية ثلاث تعتبر أمر جديد في عالم التحكيم التجاري الدولي، كما في عالم النزاعات الناشئة عن الاستثمار الأجنبي وهي كالتالي :

1- أن القواعد الأساسية لهذا التحكيم طرحت من خلال اتفاقية دولية أطرافها الموقعون عليها هم أشخاص تابعون للقانون الدولي العام، ويمكن وصف هذه الاتفاقية بأنها تعاقد لمصلحة الغير الذي هو المستثمر الأجنبي.

(1) دياجة اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى الموقعة في

2- عكست هذه الاتفاقية ظهور نوع جديد من التحكيم متعلق بالتراعات الناشئة بين الدول والأشخاص الأجانب المنتمين إلى القانون الخاص.

3- إن الاعتراف بالقرار التحكيمي الصادر عن المركز يعطي لهذا القرار القوة نفسها التي يتمتع بها حكم قضائي صادر في أي دولة من الدول الأعضاء في الاتفاقية .

أما بالنسبة للمركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار والذي نشأ عن اتفاقية دولية، وذلك خلافاً لجميع مراكز التحكيم، فإن له دوراً إدارياً محضاً يتمثل في تسهيل الإجراءات التحكيمية وهو مؤلف من قسمين : مجلس الإدارة و الأمانة العامة

مجلس الإدارة : ويتألف من ممثلين عن جميع البلدان الأعضاء ، ويرأسه مدير البنك الدولي للإنشاء والتعمير وتتخذ قراراته بأغلبية الأصوات، و تتألف من أمين عام مساعد . و لدى المركز قائمة بالمحكّمين، ويمكن لكل دولة عضو تسمية أربعة أشخاص لإدراجهم على تلك القائمة . ويعين الرئيس عشرة أشخاص لتأمين تمثيل المؤسسات الاقتصادية والقضائية العالمية الأكثر أهمية في تلك القائمة .

وعن هذا المركز كتب الأستاذ ابراهيم شحاتة يقول⁽¹⁾ : " من الخطأ اعتبار هذا المركز كمجرد وسيلة من وسائل تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار. إن غايته الأساسية هي تشجيع إشاعة جو من الثقة المتبادلة مابين المستثمرين الأجانب والحكومات، مما يؤدي إلى مضاعفة تدفق رؤوس الأموال المنتجة ضمن ظروف ملائمة، وبعبارة أخرى، فإن هذا المركز هو بالدرجة الأولى ، وعلى غرار البنك الدولي للإنشاء والتعمير، وسيلة دولية لتشجيع الاستثمارات والتطور الاقتصادي ويتميز النظام المعتمد من المركز بخصائص أساسية ثلاث هي :

(1) عبد الحميد الأحمد ، المرجع السابق ، ص 69.

1- الميزة الأولى الصفة الإرادية للمركز : إن اتفاقية إنشاء المركز قد وفرت جملة من الوسائل لتسوية النزاعات، دون أن تجبر أياً كان على اللجوء إلى تلك الوسائل. إن القبول بصلاحيته المركز تبقى إذن، حتى بالنسبة للدول الأعضاء، فعلاً إرادياً تقتضي موافقة مسبقة⁽¹⁾.

ويمكن لكل دولة منتمة إلى الاتفاقية⁽²⁾ أن تعلم المركز، سواء عند توقيعه عليها، أو في تاريخ لاحق، عن نوع النزاعات التي يعتبر أن بالإمكان أو ليس بالإمكان إخضاعها لصلاحيته المركز، دون أن يعد ذلك الإعلام تعبيراً عن موافقة على إخضاع النزاع للتحكيم. فالمملكة العربية السعودية على سبيل المثال قد استبعدت النزاعات المتعلقة باستثمارات النفط، معتبرة إياها أعمالاً مرتبطة بسيادتها كدولة.

2- الميزة الثانية: المرونة

تتميز القواعد المتعلقة بالإجراءات المتبعة لدى المركز بكثير من المرونة، بمعنى أن أطراف النزاع، ليسوا مجبرين على التقيد بكثير من القواعد التي بإمكانهم استبعادها والاتفاق على ما يخالفها وفقاً لما تفرضه الظروف والأوضاع. وبالإضافة إلى تمتعها بالمرونة، فإن القواعد المعتمدة من المركز هي محددة بطريقة لا تمكن أياً من الخصوم من شل الإجراءات التحكيمية، وهكذا إذا تمنع أي منهم عن التعاون بما يخص تعيين المحكمين، فإنه يبقى بالإمكان تشكيل المحكمة التحكيمية، إذ بإمكان رئيس مجلس إدارة المركز آنذاك أن يعتمد هو إلى هذا التعيين.

وكذلك الأمر إذا تمنع أي من الفرقاء عن المشاركة في الإجراءات التحكيمية، رغم قبوله المسبق بصلاحيته المركز، فإن الاتفاق ينص على متابعة تلك الإجراءات، ويضمن استمراريتها حتى صدور القرار التحكيمي.

(1) تعلن مقدمة الاتفاقية أن "الدولة الموقعة لا تعتبر بمجرد التصديق على هذه الاتفاقية أو قبولها أو إقرارها-وبغير رضاها- ملزمة بعرض أي نزاع معين للتوفيق أو التحكيم".

(2) المادة 25 الفقرة الرابعة من اتفاقية واشنطن

3- الميزة الثالثة : الفاعلية

إضافة إلى الصفة الإرادية للمركز، فإن الاتفاقية⁽¹⁾ تنص على أنه بمجرد موافقة أي من الخصوم على الخضوع إلى صلاحية المركز للنظر في النزاع، يتم منع ذلك الفريق من التنصل من الاتفاق التحكيمي وفسخه بإرادته المنفردة. وتزداد فاعلية المركز انطلاقاً من قاعدة أخرى متعلقة بالصلاحية الحصرية في ما يخص النزاعات التي يتفق على عرضها عليه.

وفي الواقع فإن الاتفاقية تعتبر أن قبول الخصوم لتحكيم المركز يعني وجوب الامتناع عن اللجوء إلى أي مرجع آخر لفض النزاع، إلا إذا حدد الاتفاق التحكيمي ما يخالف ذلك.

ولهذه القاعدة نتائج عديدة منها :

- أن الإجراءات التحكيمية لدى المركز تقوم وتستمر بمعزل عن أية رقابة قضائية أو تدخل من أي طرف كان .

- تضمن اتفاقية المركز من جهة ثانية فاعلية القرارات التحكيمية، إذ أنها تنص⁽²⁾ على أن هذه القرارات " إلزامية بالنسبة لجميع الفرقاء" وأن بإمكان أي منهم الحصول على اعتراف بالقرار، بمجرد إبراز نسخة طبق الأصل عنه مصادق عليها من طرف الأمين العام، إلى المحكمة ذات الصلاحية ، أو إلى أي مرجعية تصلح لهذه الغاية لدى أي دولة عضو⁽³⁾. ولمثل هذا الإجراء المبسط نتيجة هي التوصل إلى حل القضية محل النزاع انطلاقاً من الاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية.

(1) المادة 26 من اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى الموقعة في 1965/03/18.

(2) المادة 53 الفقرة الأولى من الاتفاقية.

(3) المادة 54 الفقرة الثانية من الاتفاقية.

ولا تجيز اتفاقية المركز أي استثناء للصفة الإلزامية لتلك القرارات، وكذلك فإنها تحدد دور القضاء العمومي لدى الدول الأعضاء فيها بالمساهمة فقط في الاعتراف بتلك القرارات⁽¹⁾.

إن إقرار دولة ما لاتفاقية المركز وإحالتها المنازعات إلى تحكيم الاتفاقية ، يعني أمرين :

- أن تلك الدولة تتنازل عن حصانتها القضائية، ولا يمكنها بالتالي التذرع بها للتوصل من الخضوع للتحكيم التجاري الدولي.

- أن المستثمر الأجنبي يفقد حقه في طلب حماية دولته في ما يخص النزاع المعروض على التحكيم. والأمر نفسه يسري بالنسبة للدولة الطرف في النزاع ، التي تصبح مجردة من أية تغطية دبلوماسية، إلا أن هذا المنع يصبح مرفوعا بعد صدور القرار التحكيمي، إذا لم يتم تنفيذه لاحقا.

المبحث الثاني : اشتراطات المركز الدولي للتحكيم في منازعات الاستثمار

يتمتع المركز الدولي لفض المنازعات الاستثمار بمجموعة من الخصائص جعلته يتميز عن بقية المراكز التحكيمية، فقد تم تأسيس هذا المركز بهدف حل المنازعات التي تنشأ في مجال محدد هو الاستثمار الدولي وليس أي نوع من الاستثمارات ، وإنما فقط تلك التي يكون أحد طرفيها دولة والطرف الآخر مستثمر أجنبي.

إن شخصية أطراف التحكيم في المركز (دولة ذات سيادة ضد شخص من أشخاص القانون الخاص)، ترسم ملامح التحكيم داخل هذا المركز فهو يجمع بين التحكيم الدولي والتحكيم التجاري الدولي .

إن دور المركز كهيئة لحل هذا النوع من المنازعات ، يفرض علينا إلقاء الضوء كيفية عمل هذا المركز التحكيمي، وتبيان الشروط اللازمة لصحة اللجوء إليه ، وهذا ما سيتم تناوله في هذا المبحث.

المطلب الأول : الأساس غير المباشر للولاية التحكيمية للمركز طبيعة أطراف النزاع:

(1) وقد أكدت هذه القاعدة المحاكم الفرنسية فيما يتعلق بحكم تحكيمي صادر عن المركز ضد جمهورية الكونغو الشعبية.

لقد ذكرنا سابقا أن اختصاص المحكم المبني على اتفاقية التحكيم له أساس مباشر يتمثل في سلطان الإرادة الذي يتشكل في قالب الأداة التعاقدية وله أساس غير مباشر يستخلص من القانون الذي يرخص للمحكم القيام بواجباته التحكيمية والذي يقوم بتنظيمها ووضع حدود إجرائية لها. ويتمثل الأساس القانوني في اتفاقية واشنطن فيما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة الخامسة والعشرين من اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى على أنه: "يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات، بين دولة من الدول المتعاقدة (أو أحد الأقسام المكونة لها الذي تعينه تلك الدولة للمركز أو إحدى وكالاتها التي تعينها)، وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة، ويوافق طرفا النزاع كتابة على عرضه على المركز . وعندما يعطي الطرفان موافقتهم لا يجوز لأحدهما أن يسحب موافقته بإرادته المنفردة".

من خلال هذا يمكننا استنتاج الشروط المطلوبة للخضوع لتحكيم المركز الذي يتطلب شروطا خاصة منها ما هو متعلق بطبيعة أطراف النزاع، ومنها ما هو متعلق برضاها في الخضوع للتحكيم وفقا لنص المادة 25 من اتفاقية البنك الدولي فإن اختصاص المركز يمتد إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات، بين دولة من الدول المتعاقدة (أو أحد الأقسام المكونة لها الذي تعينه تلك الدولة للمركز أو إحدى وكالاتها التي تعينها)، وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة)، وبالتالي أكدت هذه المادة على وجود شرطين بشأن الأشخاص أطراف المنازعة أمام المركز هما :

-الفرع الأول: أن يكون أحد الطرفين دولة طرف في الاتفاقية المنشأة للمركز التحكيمي

حتى تتمكن الدولة من اللجوء إلى التحكيم في مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، يجب أن تكون هذه الدولة من الدول المنضمة لهذه الاتفاقية، وقد اعتبرت المادة 68 من الاتفاقية أن هذه الاتفاقية تعطي الحق لكل دولة أودعت وثائق تصديقها أو قبولها أو موافقتها بعد ثلاثين يوماً من هذا الإيداع.

ولقد طرحت مسألة تحديد هوية الأطراف في الاتفاقية مجموعة من الإشكالات خاصة في جانب الدول، فالنسبة لهذا الكيان تمحورت الأسئلة حول المقصود بالأجهزة التابعة للدولة في إطار العقود الموقعة بين الدولة ومستثمر أجنبي خصوصاً وأن الاتفاقية لم تضع أي تعريف لهذه الأجهزة.

إن تحديد المقصود بالأجهزة يوجب البحث في عدة معايير تقليدية⁽¹⁾ وحديثة، فبالنسبة للمعايير التقليدية يظهر معيار تمتع المشروع العام بالشخصية القانونية المستقلة عن الدولة، وفي هذا المعيار إذا كان المشروع العام يتمتع بالشخصية القانونية المستقلة عن الدولة، فإنه يخضع للقضاء الوطني، أما إذا كان هذا المشروع جزءاً مندمجاً في الدولة غير مستقل عنها قانوناً، فهو إذا يتمتع بالحصانة القضائية، ولا يجوز خضوعه لقضاء دولة أجنبية، وبمقابل هذا المعيار نشأ معيار آخر يعتبر أن المشروع العام التابع للدولة يتمتع بالحصانة القضائية بغض النظر عن مدى تمتعه بالشخصية القانونية المستقلة من عدمه، على اعتبار أنه لم يعتبر مرفقاً من مرافق الدولة، وأن التصرفات التي يجريها تخدم مرفقاً عاماً من مرافق الدولة.

ويعتبر بعض الفقه⁽¹⁾ "أن هذا المعيار القائم على أساس التصرفات التي يجريها المشروع العام يتأثر بالاعتبارات السياسية كثيراً، لأن العضلة التي يواجهها القاضي لتقرير الحصانة القضائية من

(1) حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة،

بيروت، سنة 2003، ص 44.

(1) حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 49.

عدمها، لا تتوقف فقط على معرفة ما إذا كان التصرف محل المنازعة تصرف من تصرفات القانون العام، أو من تصرفات القانون الخاص، فعلى القاضي أن يقدر ابتداء الأثر الذي سوف يتحقق على صعيد القانون الدولي العام، وعلى علاقات الدول فيما بينها، في حالة قيام القاضي بتقرير اختصاص محاكمها على التصرفات الصادرة من الدولة أو من إحدى الأجهزة التابعة لها، وهذا الأمر يظهر بمقارنة الأحكام الصادرة في مثل هذه الحالات"

ففي النزاع بين الشركة الوطنية الإيرانية للغاز والشركة الفرنسية Pipeline Service، قضت محكمة التمييز الفرنسية أن الشركة الإيرانية تتمتع بالحصانة القضائية نظرا لأنها مارست التصرف محل المنازعة لصالح مرفق عام⁽²⁾.

وهنا لم تحجب الحصانة نظرا إلى الأوضاع السائدة في ذلك الوقت، فالحكومة الفرنسية كانت في غنى عن إثارة المشاكل مع الحكومة الإيرانية، وذلك للحفاظ على الإنفراج الذي بدأ يسود العلاقات بين الدولتين في تلك الفترة.

وبالمقابل حجبت محكمة التمييز الحصانة عن الوكالة الكويتية للأبناء على الرغم من أنها تعد جهازا حكوميا رسميا يتبع وزارة الإعلام الكويتية، فهذه الوكالة كانت قد رفضت تجديد العقد مع الصحافي البريطاني Mr.Parrot بناء على توجيهات الحكومة الكويتية، وبرأي الفقه السابق، فإن رفض محكمة التمييز الفرنسية منح الحصانة، لن يشكل اعتداء على سيادة الدولة الكويتية مما قد يؤدي إلى تعريض العلاقات الكويتية - الفرنسية لأية مخاطر .

وبمواجهة هذين المعيارين ظهر معيار ثالث سمي بالمعيار الغائي، ووفقا لهذا المعيار فإن المشروع التابع للدولة يتمتع بالحصانة القضائية، ليس بالرجوع إلى فكرة تمتعه بالشخصية القانونية المستقلة عن الدولة، ولا على أساس إندماج هذا المشروع في الدولة، وإنما يعتبر المشروع العام مرفقا من

(2) لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات زين الحقوقية، بيروت، سنة 2008، ب ط ، ص 26.

مرافق الدولة بالرجوع إلى الغاية والهدف الذي يسعى المشروع لتحقيقه، ومن هنا برز معيار آخر في مقابل هذا المعيار ، منطلقا من الصفة التي يتعامل بها المشروع، فإذا تعامل هذا المشروع مع الغير كمثل للدولة وقام بتنفيذ العمل باعتباره من أعمال السلطة العامة فهو جهاز من أجهزة الدولة، يمنح له الحصانة القضائية فإن لم يكن كذلك حجت عنه هذه الحصانة.

وما يمكن ملاحظته هو أن أي من تلك المعايير السابقة لا يمكننا استخدامه أو الاعتماد عليه منفردا لتحديد الأجهزة التابعة للدولة، وبالتالي فهي غير كافية منفردة لتحديد مدى تمتع المشروع العام بالحصانة القضائية، ولهذا فقد أوجد الفقه الحديث والقضاء المعايير المركبة والتي يتم تشكيلها بشكل تدريجي، مما أدى لنشأة معيار جديد عرف بمعيار التبعية، وبموجب هذا المعيار فإن نشوء شخص معنوي من قبل الدولة، وإعطائه الشخصية القانونية، مما يفترض أن هذا الشخص المعنوي يتمتع بشخصية قانونية مستقلة ومنفصلة عن الدولة، لا يكفي بحد ذاته لمعرفة مدى تبعية هذا الجهاز للدولة وأن هذه التبعية تفترض وجود أمرين أو معيارين لتكملة هذا المعيار، وهما المعيار العضوي ومعيار طبيعة النشاط⁽¹⁾، فالمعيار العضوي يقصد به توافر مجموعة من العناصر المتكاملة والتي تساعد في الفصل في مسألة تبعية الجهاز للدولة، وهذه العناصر تستشف من خلال النظام الأساسي أو القانون أو القرار الذي أنشأ هذا الجهاز، ومن هذه العناصر عنصر رأس المال في الجهاز وكيفية إدارته والأنظمة القانونية التي تحكم تصرفاته ومصادر تمويله.

أما معيار طبيعة النشاط فيقصد به أن يكون هذا الجهاز قد تصرف وفقا لتوجيهات الدولة ولحسابها، وهو ما يفيد تبعية هذا الجهاز للدولة، أما إذا تصرف هذا الجهاز بناء على توجيهات جهاز آخر أو لحسابه الخاص أو لحساب الغير، وليس باسم الدولة ولحسابها فإن تبعية هذا الجهاز للدولة لا تتحقق.

(1) حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، 67.

والخلاصة التي يمكن أن نستنتجها هي أن تقدير مدى تبعية هذا الجهاز المتعاقد مع الطرف الأجنبي للدولة يستوجب وجود أكثر من عامل للتأكد من هذه التبعية، كما أنه لا يكفي القول بأن هذا الجهاز وفقا لقانون إنشائه يعد تابعا للدولة، وأنه تصرف لمصلحة الدولة ولحسابها ومن أجل تحقيق أهدافها الاقتصادية والاجتماعية، بل لا بد من النظر إلى كل حالة على حدة، فالأشكال التي تأخذها هذه الأجهزة متعددة ومتنوعة، ويجب ألا نغفل السيطرة التي تمارسها الدولة على هذه الأجهزة سواء بنفسها أو عن طريق جهاز وسيط، فهذه الأجهزة أنشئت خصيصا لتحل محل الدولة في إطار العلاقات الاقتصادية التجارية الدولية، وتتصرف لحساب الدولة وصالحها.

وهكذا فإنه انطلاقا من المعايير المعروضة سابقا، وبالعودة إلى نص المادة 25 من اتفاقية واشنطن نجد أن الاتفاقية تبين بشكل واضح أن مسألة تبعية جهاز ما للدولة من عدمه هو أمر يبقى من اختصاص الدولة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فالدولة هي التي تعين الجهاز التابع لها والذي يمكنه اللجوء إلى تحكيم المركز.

كما أنه من خلال نص المادة 25 يمكننا استنتاج ثلاث شروط أساسية⁽¹⁾ تسمح لهذه الأجهزة باللجوء إلى تحكيم المركز، وتتمثل هذه الشروط في :

- 1- أن يكون هذا الجهاز أو هذه الوكالة تابع لدولة متعاقدة.
- 2- أن يكون هذا الجهاز أو هذه الوكالة معينة للمركز من قبل الدولة المتعاقدة .
- 3- أن يلتقي رضا هذا الجهاز أو هذه الوكالة باللجوء إلى تحكيم المركز، مع قبول الدولة بمثل هذا الأمر، إلا إذا أعلنت هذه الأخيرة للمركز عدم وجود حاجة إلى قبول مسبق منها.

وهنا يحق لنا التساؤل عن وضع السفارات والقنصليات، وهل تندرج ضمن الوكالات التابعة للدولة والمقصودة في هذه الاتفاقية، وبالتالي هل يمكنها اللجوء إلى تحكيم المركز فيما لو تعاقدت

(1) لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص28.

مع مستثمر أجنبي وحصل نزاع بينهما، وهل يمكن للمؤسسات العامة والمستقلة كلياً عن الدولة اللجوء إلى تحكيم المركز، وماذا عن شركات الاقتصاد المختلط، فما هو وضع هذه الشركات بالنسبة للاتفاقية، وهل يمكنها اللجوء إلى تحكيم المركز في نزاعاتها مع المستثمرين الأجانب المتعاقدين معها.

في هذه المسألة لقد كان للمشرع الفرنسي⁽¹⁾ مواقف عديدة في هذه المسألة بالذات.

وبالعودة إلى اختصاص المركز، فإننا نجد أن هذا الاختصاص لا يقتصر فقط على الدول المتعاقدة وإنما يشمل المؤسسات والوكالات التابعة لها، وهذه المؤسسات لا يعني بها فقط البلدية والولاية وإنما أيضاً المؤسسات التي قد تتمتع بالاستقلالية عن الدولة في أداء أعمالها، أما بالنسبة للوكالات فيقصد بها تلك التي تمثل الدولة المتعاقدة في دولة ما، أو تمثل إحدى الهيئات التابعة لهذه الدولة، والدولة هي من يحدد من يعتبر تابعاً لها ويمكنه اللجوء إلى تحكيم المركز، فموافقة الوكالة أو المؤسسة التابعة للدولة باللجوء إلى تحكيم المركز لا تكفي وحدها للسماح للمركز بنظر طلب التحكيم بل إن موافقة الدولة المسبقة هو أمر ضروري إلا في حال أعلنت الدولة المركز بأن موافقتها المسبقة غير مطلوبة⁽²⁾.

وبهذه المناسبة يثار إشكال آخر وهو هل تستطيع الدولة التي منحت موافقتها للمركز في مسألة لجوء المؤسسة أو الوكالة التابعة لها للتحكيم أن تقوم بسحب هذه الموافقة، أي هل تعتبر هذه الموافقة تعبير عن إرادة الدولة المنفردة، وبالتالي فيمكن التراجع عنه كذلك بالإرادة المنفردة للدولة.

(1) للاستفاضة أكثر في هذا الشأن ارجع إلى الصفحة 145 من الرسالة.

(2) خالد محمد الجمعة، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر، مجلة الحقوق،

سنة 22، العدد الثالث، سبتمبر 1998، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت ص 222-223.

عند الحديث عن فكرة الإرادة المنفردة على الصعيد الدولي، فإن أي باحث قانوني سيلاحظ أن موضوع التصرفات القانونية الدولية الصادرة بالإرادة المنفردة لم تول تلك الأهمية التي منحت لها على صعيد العقد الداخلي .

هذا وقد يكون السبب في قلة الأبحاث في هذا المجال على صعيد الفقه الدولي، في كون هذا الفقه يفهم تلك الإرادة بمعنى : المشيئة المستمدة من مبدأ سلطان الإرادة الذي يعطي تلك الإرادة المنفردة القدرة على التحلل مما سبق الالتزام به بمقتضى تلك الإرادة. ولكن إذا أخذت الإرادة مترافقة مع المسؤولية، سيظهر لنا أن هذه الإرادة المسئولة التي ضمّنها القانون الحقوق، وفرض عليها الالتزامات، هي التي تولّد الثقة لدى غيرها من الإرادات، وستكون جوهر التصرف القانوني الصادر عن الإرادة المنفردة الذي لا بد من نسبته إلى شخص قانوني دولي، أي إلى دولة أو منظمة، والدولة في تصرفاتها المستندة إلى الإرادة المنفردة لا يمكنها أن تلزم غيرها من أشخاص القانون الدولي، والسبب في ذلك هو المساواة بين سيادات الدول المختلفة⁽¹⁾.

وعليه فإنه انطلاقاً من مبدأ السيادة الذي يحكم العلاقات الدولية، فإنه لا يمكن الحديث عن إرادة منفردة تعود لدولة ما في مجال المنازعات المتعلقة بالاستثمار، وهذا يختلف عن وجوب أن تكون الإرادة التي عبرت عن التصرف الصادر عن الدولة هي الإرادة المختصة بها، أي الممثلة لها، إذ يجب أن يكون الجهاز الذي قام بالتصرف يتمتع بالقابلية لتمثيل الدولة .

ويرى بعض الفقه⁽²⁾ أن المسؤولية في القانون الدولي مبنية على وجود تقصير دولي، يتمثل بقيام الدولة أو أحد موظفيها الرسميين، أو أحد مواطنيها، بأفعال أو تصرفات فيها خرق لقواعد القانون الدولي ولحقوق ومصالح الدول الأخرى أو مواطني الدول الأخرى، المنبثقة عن قواعد

(1) لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 32.

(2) لما أحمد كوجان، مرجع مذكور، ص 32.

وعقود دولية، ولهذه المسؤولية أشكال متعددة فقد تكون مسؤولية سياسية أو مادية، أو أخلاقية وفقاً لطبيعة التقصير الدولي الحاصل والنتائج التي تترتب عليه.

وللإجابة على الإشكال المثار سابقاً والمتعلق بقدرة الدولة على سحب موافقتها على لجوء الشخص التابع للقانون العام وكالة كانت أو مؤسسة إلى تحكيم مركز واشنطن، فينبغي معرفة أساس الالتزام .

في هذه المسألة طرحت عدة آراء، فالبعض يرى أن أساس الالتزام بالتصرفات القانونية الصادرة بالإرادة المنفردة يرجع إلى وجود قواعد عرفية غير مكتوبة تضيء عليها هذا الوصف، إذا ما استكملت أركانها وكافة ما تشترطه هذه القواعد من شروط الصحة والنفذ⁽¹⁾.

وقد انتقد هذا الرأي⁽²⁾، ذلك أن العرف الدولي يفترض انتهاج سلوك معين بصورة متكررة، أي وجود سوابق تؤدي إلى تحقق الركن المادي لهذا العرف، وهذه السوابق غير متوافرة في المسألة محل الذكر، وإلى أن تتوافر هذه السوابق أو الركن المادي للعرف، يظل هذا الرأي غير قابل للتجسيد.

وكرر على فكرة العرف جاء منتقدي هذا الرأي بمبدأ النية الحسنة كأساس للالتزام بالتصرفات القانونية الصادرة بالإرادة المنفردة باعتباره أحد المبادئ الأساسية في مجال القانون الدولي العام.

ويرى البعض بأن هذا المبدأ يولد الأمن والاستقرار في العلاقات الدولية، فمبدأ حسن النية عند البعض يقوم بوظيفتين، وظيفة قياسية استقرائية، فهو وسيلة للحكم على التزام الفرقاء بقواعد الإنصاف والأخلاق في قراءة وتنفيذ العقود، ووظيفة تنظيمية، بمعنى أنه يمكن أن يعد من مبادئ التي يقوم عليها مجتمع التجار والذي ينتج عن مخالفته عقوبات.

(1) لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 33.

(2) لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 33.

الخلاصة هنا أنه يمكن للدولة سحب موافقتها على خضوع المشروع التابع للقانون العام لتحكيم المركز ، طالما أن موافقتها ناشئة عن إرادتها المنفردة، لكن هذه الحرية ليست مطلقة، فقد يتعذر على الدولة سحب هذه الموافقة إذا كانت هي السبب الرئيسي في ذهاب الطرف الآخر في اتفاقية التحكيم إلى تحكيم المركز، بمعنى أنه لولا هذه الموافقة لما لجأ الطرف الثاني إلى تحكيم المركز، في هذه الحالة تصبح الموافقة ملزمة للدولة.

الفرع الثاني أن يكون الطرف الآخر في عقد الاستثمار مواطناً أو شخصا من أشخاص

القانون الخاص: في ظل أزمة الثقة بين المستثمر الأجنبي والدول المضيفة للاستثمار، وإزاء خوف المستثمرين من المخاطر التي قد تلحق باستثماراتهم، والناجحة عن بعض التدابير الإدارية والتشريعية التي قد تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار⁽¹⁾، فقد منحت اتفاقية واشنطن المستثمر الحق المباشر باللجوء إلى التحكيم الذي يراعاه المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دون أن يكونوا بحاجة إلى تدخل دولهم أو إذنها في الإجراءات التحكيمية المتبعة، وذلك في المادة 25 من الاتفاقية والتي اعتبرت اختصاص المركز يمتد ليشمل أي نزاع قانوني بين دولة من الدول المتعاقدة أو أحد المشاريع العامة التابعة لها، وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة.

وقد جاء نص المادة كالتالي " مواطني إحدى الدول الأخرى المتعاقدة"، فهذه العبارة تضم الأشخاص الطبيعيين والمعنويين، وبالتالي فإن الطرف الآخر في تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لا يجوز أن يكون دولة أخرى، سواء متعاقدة أو غير متعاقدة أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها، ولا أي مستثمر أجنبي ينتمي إلى دولة أجنبية غير متعاقدة في الاتفاقية، ولا يجوز أن يكون مستثمر ينتمي إلى نفس الدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار، فيشترط إذا أن يكون الطرف الآخر مستثمراً أجنبياً من دولة أخرى طرف في الاتفاقية سواء كان هذا المستثمر شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً.

(1) عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم، المرجع السابق، ص 62

إذا يمكن للشخص الطبيعي الذي يتمتع بجنسية إحدى الدول المتعاقدة، أن يياشر بطلب الإجراءات التحكيمية ضد الدولة المضيفة للاستثمار في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ولكن يجب أن يتوافر فيه شرط الجنسية في تاريخين معا⁽¹⁾ وفقا لنص المادة 25 من الاتفاقية وهذان التاريخان هما :

أ- التاريخ الذي وافق فيه الأطراف على طرح النزاع على التحكيم.

ب- التاريخ الذي يسجل فيه الطلب باللجوء إلى تحكيم المركز لدى السكرتير العام للمركز. وعليه فإن توافر الجنسية في أحد التاريخين دون الآخر، يتزع الاختصاص عن محكمة المركز بنظر منازعة الاستثمار⁽²⁾.

وبما أن الشخص الطبيعي الذي يحوز على جنسية الدولة المضيفة للاستثمار لا يمكنه أن يكون طرفا في التحكيم في المركز ضدها، فيجب أن يصرح عند تقديمه بطلب التحكيم أمام المركز بأنه لا يتمتع بجنسية الدولة المضيفة للاستثمار الطرف في النزاع، بينما يكفي لتعتبر محكمة المركز مختصة أن يتمتع الشخص بجنسية أية دولة متعاقدة، حتى ولو كان يتمتع بجنسية دولة أخرى، سواء كانت متعاقدة أم غير متعاقدة، لكن المهم ألا تكون هذه الدولة الأخرى هي طرف في النزاع والسبب في ذلك هو أن أهم ميزة من مميزات التحكيم لدى مركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، عدم وحدة جنسية أطراف النزاع.

أما بالنسبة للشخص المعنوي فيجب أن يتمتع بجنسية دولة متعاقدة غير الدولة الطرف في النزاع، في التاريخ الذي يوافق فيه الطرفان على طرح النزاع على التحكيم، وإن أي تعديل لاحق لهذا التاريخ على الجنسية ليس من شأنه أن يؤثر على اختصاص المركز⁽³⁾.

(1) حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 166.

(2) لما أحمد كوجان المرجع السابق، ص 36.

(3) اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، المادة 25 الفقرة 2/ب، الأمر رقم 04/95 المؤرخ في 1995/01/21 المتضمن المصادقة على الاتفاقية لتسوية الخلافات الناتجة عن الاستثمارات ما بين الدول ورعايا الدول الأخرى.

ولكن ما هو المعيار المتخذ لتحديد جنسية الشخص المعنوي في القانون التجاري الدولي، فالاتفاقية لم تحدد طبيعة هذا المعيار، فإذا أخذنا بمعيار مكان التأسيس نجد أن أي شركة يتم تأسيسها وفقا لقوانين الدولة المضيفة للاستثمار ستتمتع بجنسية هذه الدولة، وبالتالي لا يمكنها اللجوء إلى تحكيم المركز لانتفاء شرط انتماء الشخص المعنوي لدولة غير الدولة المضيفة للاستثمار، الطرف في النزاع، ويسري الأمر على المشروعات المشتركة بين دولة ومستثمرين أجنب، وأسست في ظل قوانين هذه الدولة.

إن مثل هذا الأمر غالبا ما يحصل في الدول النامية، وذلك لرغبتها في الإشراف على الشركة الأجنبية المستثمرة، فتقوم بإخضاعها لقوانينها الوطنية، وبالتالي فإن أي نزاع ينشأ سوف يفلت من اختصاص المركز، إلا إذا اعتمدنا معيارا آخر لجنسية الشخص المعنوي غير مكان التأسيس، وما يساعد على إيجاد ذلك المعيار هو المادة 25 من اتفاقية واشنطن الفقرة 2/ب حيث ورد فيها "..... أي شخص معنوي كانت له في ذلك التاريخ جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، ولكن اتفق الطرفان على أن يعامل لأغراض هذه الاتفاقية كما لو كانت جنسية دولة متعاقدة أخرى، ذلك لوجود مصلحة أجنبية مسيطرة به".

والجدير بالذكر أن هذه المادة أثارا جدلا كبيرا حول تفسيرها وتطبيقها في عدد من القضايا، وذلك للغموض الذي شابها ، ومن أهم هذه القضايا قضية هوليداي إنز.

قضية هوليداي إنز⁽¹⁾: تتمثل وقائع هذه القضية في الآتي : قامت الشركة العربية للبترو، بعد طلب من الحكومة المغربية، بالاتصال بالمجموعة الأمريكية في مجال الفنادق والسياحة هوليداي إنز، بهدف بناء وتشغيل أربعة فنادق في المغرب، رغبة من الحكومة المغربية بتطوير صناعة الفنادق في المغرب، وبعد محادثات بين الحكومة المغربية ممثلة بوزير المالية، وبين كل من الشركة العربية

(1) حفيفة السيد حداد، المرجع السابق، ص 114-127.

للبتروول وهوليداي إنز تم التوصل إلى توقيع اتفاق خطاب النوايا بين الأطراف في السفارة المغربية في واشنطن، وبعد ذلك تم التفاوض مجددا، ثم وقع العقد النهائي.

وفي هذا العقد اتفق الأطراف على إقامة وإنشاء فنادق تحمل علامة هوليداي إنز في المغرب، وتمثلت الالتزامات الرئيسية للطرفين المتعاقدين في أن تقوم الحكومة المغربية بإقراض كل من شركة هوليداي إنز والشركة العربية للبتروول، من أجل بناء الفنادق بالإضافة إلى تقديم تسهيلات في تسعير العملة الأجنبية، وتقديم إعفاءات جمركية ومزايا ضريبية أخرى، بالإضافة إلى مساعدة الطرف الأمريكي بإيجاد الأرض المناسبة للمشروع، وفي المقابل تعهد الطرف الأمريكي بتنفيذ المشروع بدءا بالتخطيط، ثم البناء، فالتجهيز، وتشغيل أربع فنادق بعلامة هوليداي إنز، وتكون مواصفاتها متفقة مع مواصفات الفنادق من الدرجة الأولى، وقد تعهد الطرف الأمريكي بسداد القرض الذي تعهدت الحكومة بإقراضه له، وكذلك فإن كل من هوليداي إنز والشركة العربية للبتروول تعهدا على أن يكونا مسؤولين مسؤولية تضامنية عن أية أموال إضافية يحتاجها بناء أي من الفنادق الأربعة، إذا ما تجاوزت التكلفة المبلغ المتفق عليه.

كما أن العقد تضمن في أحد بنوده، على أن يكون من حق الطرف الأجنبي أن يقوم بتحويل الحقوق والواجبات الناشئة عن العقد، إلى شركات أخرى يمتلكها ذات الطرف سواء تمثل في الشركة العربية للبتروول أو شركة هوليداي إنز، أو يقوموا معا بتحديد الطرف الذي يرغبان في تحويل الحقوق والواجبات الناشئة عن العقد إليه.

ولهذا الغرض أنشأ الطرف الأجنبي شركتين، مقر إحداهما في سويسرا وهي فرع لشركة هوليداي إنز، والأخرى الشركة المغربية للفنادق الغربية، وهي أيضا شركة أمريكية وتابعة للشركة العربية للبتروول، إلا أن الحكومة المغربية لم تهتم بعملية التنظيم الداخلي التي قام بها الطرف الأجنبي، إلا أنها لضمان مصلحتها المباشرة والأكيدة في الحؤول دون استخدام أي هيكل تنظيمي خاص

يضر بها، أو يؤثر على توازن الحقوق والواجبات المتفق عليها، فعمدت في نفس تاريخ العقد الأساسي إلى توقيع خطاب ضمان تتعهد فيه الشركتان الأجنبيتان هوليداي إنز والعربية للبتروك بالاضطلاع بكل المسؤوليات التي تقع على عاتق الضامين من ضمان كل الالتزامات والمسؤوليات التي يلتزم بها الموقعون على العقد الأساسي⁽¹⁾.

إلا أنه بعد مضي فترة من توقيع العقد نشأت الخلافات بين الطرفين، مما أدى بالطرف الأجنبي إلى التقدم أمام المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار بطلب تحكيم ضد الحكومة المغربية، وأثناء عرض النزاع تمسكت الحكومة المغربية بعدم اختصاص المركز بالنسبة للشركات الوطنية الأربعة، فالحكومة المغربية لم توافق على أن تعامل هذه الشركات كأشخاص تابعة لدولة أخرى، وبالتالي فإنها لا تخضع لإجراءات التحكيم في المركز.

وقد استندت الحكومة المغربية إلى العديد من الحجج لرفض اختصاص المركز بالنسبة للشركات الأربعة، فقد احتجت الحكومة المغربية بأن هذه الشركات لم تكن موجودة وقت التوقيع على العقد الأساسي، ولم توقع عليه، بالإضافة إلى أن هذه الشركات تتمتع بالجنسية المغربية، ولم تبتد الحكومة أي تصرف يفيد موافقتها على أن تعامل هذه الشركات كأشخاص تابعة لدولة أخرى، وهذه هي الموافقة التي نصت عليها اتفاقية واشنطن في المادة 25 في الفقرة 2/ب.

أما دفوع الطرف الأجنبي فتمثلت في أن الموافقة التي تطلبها المادة 25 في فقرتها الأولى هي الموافقة المكتوبة بين الطرفين للخضوع لاختصاص المركز، إلا أنها في الفقرة 2/ب لم تتطلب أن تكون هذه الموافقة مكتوبة، وبالإضافة إلى ذلك تمسك الطرف الأجنبي بأن العقد الأساسي نص فيه على أن القرض المتفق عليه لبناء الفنادق سيقدم من الحكومة المغربية إلى الموقعين على العقد، أو إلى أي شركة تحدد من أجل هذا الغرض، وأن الشركات الأربعة التي أنشأها الطرف الأجنبي قد تم اقتراح إنشائها من الحكومة المغربية، وبالإضافة إلى ذلك فإن الحكومة المغربية كانت تعامل

(1) حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 118.

الشركات الأربعة على أنها شركات خاضعة للسيطرة الأجنبية، وليس كشركات تتمتع بالجنسية المغربية، وبالتالي فبرأي الطرف الأجنبي فإن الحكومة المغربية تصرفت بشكل يتفق ونص المادة 25 من الاتفاقية.

إلا أن الطرف المغربي تمسك بعدم اختصاص المركز، بحجة أن موافقة الدولة لا يمكن أن تفترض، وإنما لا بد من وجود الرضا الصريح، وامتنعت عن الخضوع لتحكيم المركز بالنسبة للمنازعات القائمة بينهما.

إن ما احتج به كل من طرفي النزاع يثير التساؤل الآتي: هل إن الموافقة الصريحة هي أمر ضروري للقول باختصاص المركز، أم أنه يكفي في حال عدم وجود مثل هذه الموافقة الصريحة الأخذ بقرائن ودلائل أخرى للقول بوجود هذه الموافقة الضمنية من قبل الدولة.

اعتبرت المحكمة التحكيمية في قرارها الصادر في 1973/7/1، أنه فيما يتعلق بالاتفاق على اعتبار الأشخاص الخاضعة للسيطرة الأجنبية أشخاص تابعة لدولة أخرى متعاقدة، وصور التعبير عن هذا الاتفاق وهل يجب أن يكون اتفاق صريح أم يمكن أن يكون ضمني، إن هذا الاتفاق يجب أن يكون صريحا، ولا يمكن الاعتداد بالاتفاق الضمني إلا إذا توافرت ظروف أخرى تساعد في استبعاد أي تفسير آخر لنية الأطراف، وهذا الأمر غير متحقق في القضية.

وقد أثرت أمام المركز جملة من القضايا طرح فيها إشكال اختصاص المركز من عدمه فيما يتعلق بمدى أهلية الأشخاص وأحقيتهم في طرح منازعاتهم أمام المركز ومن هذه القضايا نذكر قضية شركة **AMCO** ضد إندونيسيا⁽¹⁾:

(1) Emmanuel Gaillard ,La Jurisprudence du CIRDI ,Volume1, édition Alpha Beyrouth, édition A.pedone paris. « I-Faits ET PROCEDURE.

- Le présent arbitrage a été introduit le 15 janvier 1981 lorsque Amco Asia Corporation (ci-après Amco Asia), pan American Développment Limited (ci-après Pan American) et PT Amco Indonésie (ci-après PT Amco), ci-après

في هذه القضية تم الاتفاق بين حكومة إندونيسيا، وكل من شركات AMCO و Pan American و P.T. Amco، في العام 1968 على قيام هذه الشركات بإنشاء فندق وإدارته واستثماره لمدة ثلاثين سنة، إلا أنه في العام 1980 قامت الحكومة الإندونيسية بواسطة قواتها العسكرية، بالاستيلاء على الفندق وسحب الترخيص الممنوح للشركات بغية الاستثمار في هذا الفندق، ما دفع الشركات الثلاث إلى اللجوء للتحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مطالبة الحكومة الإندونيسية بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بها جراء هذا التصرف الذي قامت به، ومنكرة عليها الحق في الحجز على الاستثمار وسحب الترخيص.

و كرد فعل على ذلك تقدمت الحكومة الإندونيسية بدفوعها المتمثلة في :

أنها لم توافق على خضوع أية منازعة بينها وبين الشركات السالفة الذكر إلى تحكيم المركز، كما أنها رأت بأن المركز غير مختص في الفصل في النزاع محل الذكر، خاصة في المنازعة بينها وبين شركة P.T. Amco ، إذ أنها لم توافق صراحة على معاملة هذه الشركة كشركة أمريكية، فهي تحمل الجنسية الإندونيسية.

وما تجدر الإشارة إليه هو أن هذه الشركة الأخيرة ، كانت قد تقدمت بطلب إقامة إلى الحكومة الإندونيسية، طالبة فيه الموافقة على إنشاء مشروع أجنبي، ويطلق عليه اسم

désignés globalement comme la demanderesse, ont déposé une requête d'arbitrage auprès du Secrétaire général du CIRDI contre la République d'Indonésie (la défenderesse

Aux termes du premier paragraphe de cette requête

« Amco Asia Corporation, Pan American Développement Limited et PT Amco formulent par la présente une demande d'arbitrage sur le différend juridique qui les oppose à la République d'Indonésie découlant directement de l'investissement relatif à un hôtel auquel ils ont procédé en Indonésie en 1968. L'investissement a été autorisé par la République pour une période de 30 années, mais en 1980 la République a saisi l'investissement dans une action militaire armée et révoqué l'autorisation d'investissement. Les parties contestent le droit de la République d'avoir saisi l'investissement et révoqué l'autorisation » p 17.

P.T.Amco.Indonesia، ويتخذ من إندونيسيا موطناً له، وقد ورد في الطلب أيضاً أنه عند نشوء نزاع بين حكومة إندونيسيا وشركة P.T.Amco، فإن هذا النزاع يتم الفصل فيه وفقاً لقواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وإن كل من إندونيسيا والولايات المتحدة الأمريكية تعدان دول متعاقدة مع المركز.

وقد جاء رد المحكمة التحكيمية كالتالي⁽¹⁾:

تم رفض الأسباب التي أدلت بها الحكومة الإندونيسية لرد اختصاصها، معتبرة أن اتفاق التحكيم يجب أن يفسر على نحو يؤدي إلى اكتشاف واحترام النية المشتركة لدى الطرفين، ومبادئ حسن النية أيضاً، وإن إتباع هذا المبدأ في التفسير هو إعمال لمبدأ أساسي آخر، ألا وهو العقد شريعة المتعاقدين، وكلا المبدأين هو مبدأ مشترك بين جميع الأنظمة القانونية الوطنية والقانون الدولي.

وما يمكن ملاحظته في هذه القضية أن المحكمة في تفسيرها لنص المادة 25 من الاتفاقية، اعتبرت أن هذه المادة لا تستلزم الوجود الشكلي لشرط صريح يفيد قبول الأطراف على معاملة الشخص الاعتباري، الذي يتمتع بجنسية الدولة المتعاقدة الطرف في المعاهدة، على أنه شخص تابع لدولة أخرى متعاقدة، بالنظر للرقابة التي يخضع لها، وبالتالي اعتبرت أن إعمال نص المادة 25 يقتضي توفر شرطين معاً، وهما:

1- أن يكون الشخص الاعتباري الطرف في النزاع يتبع قانوناً الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع.

2- أن يكون الشخص الاعتباري خاضع لرقابة أجنبية، مع تحقق علم الدولة الطرف في النزاع بهذا الأمر، واتفاق الأطراف على معاملته بوصفه شخص اعتباري أجنبي.

(1) لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار، ص42.

واعتبرت المحكمة التحكيمية أن هذين الشرطين قد تحققا في النزاع المعروض عليها، متعلقة بكون مكان نشأة شركة P.T.Amco والقوانين التي يخضع لها، فهي تعد شخص اعتباري يتمتع بالجنسية الإندونيسية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن طلب الإقامة تم النص فيه على أن هذا الطلب مقدم بهدف إنشاء مشروع أجنبي في دولة إندونيسيا وأطلق على المشروع اسم P.T.Amco.Indonesia، بالإضافة إلى ذلك فإن الطلب أشار صراحة إلى أن كل رأس المال أجنبي، وأنه بعد مضي عام من إنشائه يتم التنازل بشكل تدريجي عن الحصص في رأس مال الشركة حتى تصبح مملوكة بالكامل لمواطنين إندونيسيين، وذلك بحلول العام التاسع عشر على إنشائها.

وبالتالي فقد اعتبرت المحكمة التحكيمية⁽¹⁾ أنه واستنادا إلى تلك الأسباب، فإن P.T.Amco.Indonesia يعتبر شخص اعتباري إندونيسي ويخضع للرقابة والسيطرة الأجنبية.

كما اعتبرت أن حكومة إندونيسيا عندما وافقت على الطلب المقدم إليها لإنشاء P.T.Amco.Indonesia، كانت تعلم أنه ليس إلا شخص اعتباري سوف يخضع لرقابة الأجنبية، وبأن موافقتها على الطلب وعلى شرط التحكيم الذي يتضمنه، يفيد رضائها على اعتبار أن P.T.Amco.Indonesia تعتبر شخص اعتباري تابع لدولة أخرى متعاقدة، من أجل إعمال أحكام معاهدة واشنطن، وبأن هذا الأمر لم يتطلب شكلا معيناً، فاتفاقية واشنطن لم تتطلب شكلا معيناً في هذه المسائل⁽²⁾.

(1) لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 43.

(2) لما أحمد كوجان، المرجع المذكور، ص 44.

وما يمكن استنتاجه، أن المحكمة التحكيمية فسرت قبول حكومة إندونيسيا لطلب الإقامة وشرط التحكيم الذي يتضمنه هذا الطلب، أنه بمثابة قبول واضح لمعاملة هذا الشخص الاعتباري المسمى P.T.Amco.Indonesia كشخص أجنبي يخضع لقواعد اتفاقية واشنطن.

من خلال القضايا المذكورة سلفاً نخلص إلى أنه في قضية Holiday Inns اعتبرت المحكمة التحكيمية أنها غير مختصة لنظر النزاع، لعدم وجود رضاء صريح بين الأطراف على معاملة الشركة على أنها أجنبية، معتبرة أن ما ورد في المادة 25 الفقرة 2/ب ما هو إلا استثناء على قاعدة، وبالتالي يتطلب الرضاء الصريح أو على الأقل ما يشير إلى هذا الرضا بشكل واضح، أي وجود قرائن وملابسات وظروف تستبعد أي تفسير آخر لنية الأطراف، وأن أي من الرضاء الصريح أو القرائن الدالة عليه لم تكن متوافرة في هذه القضية، مما يترع الاختصاص من المركز، وتكون المحكمة التحكيمية هي أفضل من ينظر بمسألة اختصاصها أو عدمه.

بينما نجد أنه في قضية P.T.Amco ضد إندونيسيا فقد استفادت المحكمة التحكيمية من جميع القرائن المتاحة أمامها من وجود شرط تحكيمي، إلى وجود رقابة فعلية، لإثبات اختصاصها، وكأن المحكمة التي تشكل في هذا المركز تعمد في أغلب الحالات إلى توسيع اختصاص المركز، هذا وإن السبب في تفسير الفقرة 2/ب من المادة 25 من الاتفاقية بهذا الشكل، قد يكمن في عدم وجود تعريف للجنسية في اتفاقية واشنطن، فالدول بشكل عام تعطي الجنسية للشخص المعنوي، إما استناداً إلى معيار اندماج هذا الشخص، وإما استناداً إلى معيار موطن الشخص المعنوي، والشخص الاعتباري الذي يتمتع بجنسية الدولة المتعاقدة الطرف في المنازعة وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة 25 من معاهدة واشنطن، هو الشخص الاعتباري الذي يكون له موطن في الدولة المضيفة للاستثمار، أو يتم إنشاؤه فيها إعمالاً لقانون الشركات المعمول به فيها (معيار الاندماج)، ثم إنه وفقاً للتفسير الذي جاءت به محاكم التحكيم لنص المادة 25 في قضية P.T.Amco، فإن المقصود بالجنسية في هذه المادة، لا يعني أن الأطراف في عقد الاستثمار قد اعتبروا أن الشركة

الخاضعة للقانون المحلي للدولة المضيفة للاستثمار تتمتع بجنسية دولة أخرى غير الدولة المضيفة، وإنما على الرغم من تمتعها بجنسية تلك الدولة المضيفة إلا أن الأطراف تعترف بتبعيتها لدولة أخرى متعاقدة في الاتفاقية، نظرا للرقابة التي تمارس من قبل المصالح الأجنبية، أو بالأحرى من قبل الدولة المتعاقدة الأخرى غير الدولة المضيفة للاستثمار.

المطلب الثاني: الأساس المباشر للولاية التحكيمية للمركز "رضى أطراف النزاع"

يتميز التأهيل التحكيمي بنشأته الأصلية المباشرة الإرادية عبر اتفاقية التحكيم شرطا كانت أو مشاركة، وهذا يعني أنه لا يمكن الفكك من سلطان الإرادة. وقد تجسد هذا المبدأ في اتفاقية واشنطن لسنة 1965 في المادة 25 من الاتفاقية في فقرتها الأولى والتي نصت على أن اختصاص المركز يمتد "إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات، بين دولة من الدول المتعاقدة) أو أحد الأقسام المكونة لها الذي تعينه الدولة للمركز أو إحدى وكالاتها التي تعينها)، وبين أحد مواطني دولة متعاقدة، ويوافق طرفا النزاع كتابة على عرضه على المركز، وعندما يعطي الطرفان موافقتهم لا يجوز لأحدهما أن يسحب موافقته بإرادته المنفردة".

وبالتالي يعتبر رضاء الأطراف باللجوء للتحكيم أمام مركز واشنطن هو الأساس لاختصاصه، أي أنه لا يمكن أن ينظر المركز في النزاع دون أن يوافق طرفا النزاع على عرضه على المركز، وبالإضافة إلى ذلك فإنه عندما يقبل الطرفان اللجوء إلى تحكيم المركز فإن هذا الرضا لا يمكن لأي من الطرفين الرجوع عنه⁽¹⁾.

ومن آثار هذا القبول أن انسحاب الدولة المضيفة للاستثمار أو الدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي من الاتفاقية لا يؤثر في صحة الرضا، ومن آثاره أيضا وفقا للمادة 26 من الاتفاقية أنه بصدور هذا الرضا باللجوء إلى تحكيم المركز تستبعد جميع السبل الأخرى لحل النزاع، إلا إذا اتفق

(1) عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبع الأولى،

الأطراف على خلاف ذلك، وعندها يمكن للدولة الطرف في النزاع أن تشتط في اتفاقية الاستثمار أو عند نشوء النزاع أن يقوم المستثمر الأجنبي باستنفاد طرق الطعن الداخلية في الدولة المضيفة قبل إحالة النزاع إلى المركز.

وبالتالي فإن رضى الطرفين في التحكيم أمام المركز هو رضاء نهائي لا يجوز العدول عنه أو سحبه بالإرادة المنفردة من قبل أي من الطرفين، وقد قررت محكمة التحكيم في نزاع *Alcoa V. Jamaica*⁽¹⁾ أن الدولة المتعاقدة لا يجوز لها بإرادتها المنفردة أن تسحب أو تلغي رضاها بالتحكيم أمام المركز إذا كان قد تم النص على هذا التحكيم في اتفاق الاستثمار نفسه.

ففي هذه القضية حصل اتفاق استثمار بين الشركة الأمريكية *Alcoa*⁽²⁾ وحكومة جاميكا، وبموجبه وافقت الشركة على إنشاء مصنع ينتج الألمنيوم في جاميكا، مقابل منح هذه الشركة امتيازاً لتعدين البوكسيت، بالإضافة إلى بعض المزايا والإعفاءات الضريبية، وقد تضمن الاتفاق أيضاً شرط تحكيم يخضع المنازعات بينهما إلى مركز واشنطن.

إلا أن حكومة جاميكا قامت بعد ذلك بإصدار قانون داخلي يلغي جميع الإعفاءات الضريبية والامتيازات في مجال تعدين البوكسيت، وأبلغت السكرتير العام للمركز بأنها تستثني جميع المنازعات المتعلقة بهذا الموضوع من اختصاص المركز.

تقدمت الشركة الأمريكية بطلب تحكيم أمام المركز معترضة على الإجراء الذي اتخذته حكومة جاميكا، وتمسكت حكومة جاميكا برفض اختصاص المركز بحجة أنها أبلغت السكرتير العام عن عدم خضوع هذا النوع من المنازعات لاختصاص المركز، وأسست حجتها على نص المادة 25 الفقرة الرابعة منها، إلا أن محكمة التحكيم رفضت هذه الحجة والأساس الذي أقيمت عليه.

(1) لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 51.

(2) لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 51.

وكما أن الرضا بالتحكيم أما المركز ملزم ولا يجوز سحبه بالإرادة المنفردة، طالما صدر عن طرفي عقد الاستثمار، إلا أنه بالعكس غير ملزم في حال صدر عن أحد الطرفين، وبالتالي فالرضا الملزم هو الذي يصدر عن الطرفين معا، وهذا الرضا يجب أن يكون سابقا لتقديم طلب التحكيم للمركز، وعندها لا فرق لو كان صدر قبل أو بعد نشوء النزاع بين الطرفين، وبموجب المادة 25 من الاتفاقية فإن التعبير عن الرضا يجب أن يكون كتابة، أما أشكال هذا الرضا وصور التعبير عنه فإنها قد تتعدد، لكن المهم هو أن يعبر عنه كتابة، فيجوز للأطراف التعبير عن هذا الرضا باستخدام شرط من شروط التحكيم النموذجية التي وضعت من قبل المركز، وكما يمكن أن يعبر الأطراف عن هذا الرضا باستعمال شرط تحكيم يدرج ضمن عقد الاستثمار.

وقد تعبر الدولة عن هذا الرضا عن طريق معاهدة ثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية⁽¹⁾، وفي هذه المعاهدات قد تتعهد إحدى الدولتين بقبول اختصاص المركز في حال نشوء نزاع في المستقبل بين إحدى الدولتين ومستثمري الدولة الأخرى، إلا أن هذا التعهد لا يعتبر ملزما للدولة إلا عندما يعلن المستثمر عن قبوله باللجوء إلى تحكيم المركز وإخطار المركز بذلك، وإذا لم يعلن المستثمر عن قبوله فلا يتوفر الرضا، وبرأي البعض فإن مثل هذا الوضع يشير إلى أن تعهد الدولة هو بمثابة تعهد لمصلحة الغير معلق تحوُّله إلى رضا، بقبول المستثمر.

إلا أن الأمر لا يقتصر على ذلك فقد تقضي المعاهدة الثنائية بعدم التزام الدولة المضيفة باختصاص المركز في منازعات الاستثمار إلا عندما يطلب ذلك المستثمر الأجنبي، وهنا إما أن يتضمن اتفاق الاستثمار شرط تحكيم يقضي باللجوء إلى المركز عند حصول أي نزاع يتعلق بالاستثمار القائم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، أو أن تلزم المعاهدة الدولة المضيفة للاستثمار باللجوء إلى تحكيم المركز عندما يطلب المستثمر ذلك دون أن يشترط قبول الدولة المسبق في اتفاق الاستثمار نفسه.

(1) بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة

وبالإضافة إلى ما تقدم فإن المعاهدة الثنائية بين الدولتين لحماية الاستثمارات قد تجيز رفع منازعات الاستثمار بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي إلى المركز وفقا لاتفاق لاحق بين الطرفين، إلا أن مثل هذه المعاهدات الثنائية لا تشكل بذاتها قبولاً باختصاص المركز من جانب الدولة المضيفة للاستثمار.

ومن هنا يمكننا القول أن التحكيم في المركز هو تحكيم مبني على الحرية التعاقدية، إلا أنه بعد القبول باختصاص المركز كتابة في اتفاقية تحكيم، فإن التحكيم يصبح إلزاميا ولكن بمقتضى اتفاقية التحكيم وليس بمقتضى أية وسيلة أخرى.

وبعد تبيان طبيعة الأشخاص ومكانة ودور الإرادة في تحديد اختصاص المركز من عدمه، بقيت شروطاً أخرى ينبغي توافرها حتى يصبح المركز مختصاً وتتمثل في طبيعة النزاع المثار أمام المركز

المبحث الثالث: طبيعة وشروط منازعات الاستثمار المعروضة على تحكيم المركز:

تحدثنا سابقاً عن الشروط الواجب توافرها في أطراف النزاع حتى يخضع هذا النزاع للتحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وقد علمنا أن المركز قد تخصص في النزاعات الناشئة عن الاستثمار. لكن هل كل نزاع ينشأ عن الاستثمار يمكن عرضه على المركز، أي أن المركز له الولاية العامة للتحكيم في كل نزاعات الاستثمار بصفة عامة، أم أن ولايته خاصة فقط بنزاعات دون أخرى وليست شاملة لكل منازعات الاستثمار. وإن كان الأمر كذلك فما هي طبيعة منازعات الاستثمار التي ينبغي عرضها على المركز.

فعقود الاستثمار هي عادة عقود طويلة الأجل وترتبط بشكل وثيق بكيان الدولة المضيفة للاستثمار، سواء كان هذا الارتباط مباشراً، أي يتعلق باستغلال الثروات الطبيعية لهذه الدولة، أو غير مباشر أي يرتبط بخطط التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار، وبما أن الدولة طرف في هذه الروابط فإن ذلك يعطيها صلاحيات وامتيازات واسعة تعطي المنازعات التي تثار بسببها طابعاً خاصاً وتميزاً.

ولهذا فإن المنازعات الناشئة عن هذه العقود ترتبط بشكل وثيق بتغير الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تصاحب نشأة رابطة الاستثمار، سواء أكانت بعقد أو بترخيص صادر من الدولة المضيفة، أو عبر اتفاقية دولية للاستثمار، مما يدعو إلى ضرورة إعادة النظر فيه ومراجعته وقد تؤدي هذه الظروف المستجدة إلى قيام الدولة المضيفة باتخاذ مجموعة من الإجراءات أو اللجوء إلى أعمال نابعة ذات طبيعة سيادية، قد تضعف من مركز المستثمر الأجنبي أو قد تنقص من الامتيازات التي حصل عليها.

ولكن قبل التطرق إلى هذه المسائل علينا التطرق إلى شروط الواجب توافرها في منازعات الاستثمار وفقا للمادة 25 من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أو ما اصطلح بالشروط العامة من أجل عرض المنازعات على تحكيم مركز واشنطن.

المطلب الأول : الشروط الواجب توافرها في المنازعات بغية منح الاختصاص لمركز واشنطن.

- نصت المادة 25 من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على أن اختصاص المركز يمتد إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن استثمار .

يتبين من نص المادة أن المركز وضع شرطين حتى يكون صاحب الولاية التحكيمية وهما:

الفرع الأول :وجود نزاع قانوني :

يعتبر البعض أن الحكم التحكيمي في نطاق التحكيم التجاري الدولي، يكون ملزما للدولة الطرف في النزاع، بالقدر الذي تنص فيه الاتفاقيات الدولية على وجوب حل النزاعات القانونية وليس السياسية، التي تكون الدولة طرفا فيها، عن طريق التحكيم.

إن النزاع المعروف أمام محكمة التحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يجب أن يكون نزاعاً قانونياً، وفقاً لما نصت عليه المادة 25 من الاتفاقية⁽¹⁾.

وبالعودة إلى الأعمال التحضيرية لاتفاقية واشنطن، نجد أن المادة نصت على أن يكون نزاعاً ذا طبيعة قانونية، ثم أعيدت صياغة الجملة بعد عدة مشاورات إلى نزاع قانوني، وبرأي واضعي الاتفاقية فإن عبارة نزاع ذو طبيعة قانونية، تؤدي إلى التمييز بين نزاع ذي طبيعة قانونية، ونزاع ذي طبيعة سياسية، اقتصادية، وحتى تجارية، ومنعاً لهذا التمييز استخدم في وثيقة تحضيرية أخرى عبارة أي نزاع قانوني، وما نلاحظه أن الاتفاقية لم تحدد المقصود بنزاع قانوني إلا أنه في الأعمال التحضيرية اتفق المجتمعون على أن عبارة أي نزاع قانوني تتعلق بخلاف يرتبط بحق أو بموجب قانوني، أو خلاف مرتبط بتحقيق موجب أو حق قانوني، إلا أنه بالرغم من ذلك بقي هناك بعض التساؤلات والاعتراضات التقنية حول استخدام لفظ نزاع قانوني وما يتضمنه هذا النزاع بالنسبة لنوعية الخلافات التي يتضمنها والتي يجب أو يمكن أن تعرض أو لا تعرض أمام المركز.

وقد ورد بتقرير المديرين التنفيذيين أن اصطلاح المنازعات القانونية يعني أن النزاع حول الحقوق يدخل في اختصاص المركز، أما النزاع حول تعارض المصالح فلا يختص به المركز، كما يخرج عن اختصاص المركز المنازعات التي لها طابع سياسي⁽²⁾.

إن القول بوجود نزاع قانوني يجب أن يعني به أن هذا النزاع يجب أن يكون قابلاً للتسوية عبر تطبيق قواعد القانون الدولي، وبالتالي يخرج أي نزاع لا يقبل هذه التسوية عن اصطلاح النزاع القانوني، وبهذا لا يشمل هذا الاصطلاح النزاعات السياسية والنزاعات التي لا يوجد بشأنها قاعدة قانونية دولية تطبق.

(1) عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع،

2008، ص 114.

(2) لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 63.

إلا أن القول بهذه التفرقة غير ثابت، فالتمييز بين نزاع قانوني ونزاع سياسي ليس بالأمر الهين، فقد اعتبر في مؤتمر لاهاي لعامي 1899 و1907 أن التمييز بينهما يمكن أن يتم عبر وضع تعداد للنزاعات التي تدخل في اصطلاح النزاع القانوني، أو عبر وضع معيار عام يمكن على أساسه التمييز بينهما⁽¹⁾.

وقد وضعت اتفاقية لاهاي لعامي 1899 و1907، تعدادا جاء في مقدمته أن المسائل ذات الطبيعة القانونية هي تلك التي تتعلق بتفسير أو تطبيق الاتفاقيات الدولية، إلا أنه في الاجتماعات الدولية اللاحقة والتي وضع بموجبها اتفاقيات دولية جديدة، تم التوافق على أن المسائل الداخلة في اصطلاح نزاع قانوني تشمل أولا الخلافات المتعلقة بتفسير معاهدة، ثم مسائل القانون الدولي، ويأتي بعدها أي واقعة تشكل خرقا للالتزام دولي، وأخيرا مدى وطبيعة التعويض المترتب على هذه المخالفة.

وفي ظل عدم وجود تفسير واضح لما عنت به المادة 25 من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بالمنازعات ذات الطابع القانوني، صدرت العديد من الآراء والاجتهادات التي اعتبرا أن فهم المقصود بهذا التعبير يعني استبعاد المنازعات المتصلة بالتأميم والاستملاك وتلك التي تدور حول نزاع لا يتعلق بالتعويض⁽²⁾.

فالإجراء الذي تتخذه الدولة فيما يتعلق بالتأميم أو بالاستملاك يحتمل وجهين، الأول منهما يتعلق بشرعية الإجراء، وهذا الوجه يخرج من اختصاص المركز، أما الوجه الثاني فيتعلق بالتعويض المناسب، وهذا الوجه يدخل ضمن اختصاص المركز أي ضمن ما يقصد بالنزاع القانوني، وهو يتصل بمدى التعويض الواجب والمترتب عن الإجراء الذي اتخذته الدولة.

(1) لما أحمد كوجان، المرجع المذكور، ص64.

(2) عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص115.

إن الهدف الأساسي من الاتفاقية، هو إبعاد منازعات الاستثمار عن السياسة وعن إحتكار قوانين الدول المضيفة للاستثمار للحل، وهذا يعني ضرورة توسيع طائفة النزاعات التي تدخل تحت مفهوم النزاع القانوني ليشمل عندها شرعية الإجراءات المتمثل بالتأميم أو الاستملاك، وفي هذه الحالة أيضا يجب ألا يتم الخلط بين طبيعة الإجراءات الذي أقدمت عليه الدولة، وطبيعة النزاع الذي يدور حوله، فقد يكون إجراء التأميم أو الاستملاك سياسي بالنظر إلى دوافعه وأهدافه المراد تحقيقها منه، في حين يكون النزاع الذي نشأ عنه ذو طابع قانوني يدور حول مدى شرعية التأميم دون تعويض، وليس حول مدى حق الدولة في اتخاذ مثل هذا الإجراء أو صحة الباعث الذي أدى لاتخاذ، على الرغم من أن المنازعات ذات الطابع السياسي هي من المنازعات التي قد تحدث في روابط الاستثمار في مثل هذه الحالات.

إن مثل هذا التمييز بين المنازعات التي قد تدخل أو لا تدخل في إطار المنازعات ذات الطابع القانوني، لن يكون ذو أهمية في حال اتفاق الدولة والمستثمر الأجنبي على ماهية المنازعات، التي يمكن إخضاعها لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بينما تكون ذات أهمية قصوى في حال خلو الاتفاق بين الطرفين من مثل هذا التحديد.

وبالعودة إلى نصوص اتفاقية واشنطن والتي لم تحدد ما هو المقصود بمصطلح النزاع القانوني، فيمكننا القول أنه بعد المقارنة بين المادة 25 والمادة 64⁽¹⁾، والتي تحيل أي نزاع ينشأ بين الدول حول تفسير أو تطبيق الاتفاقية إلى محكمة العدل الدولية، نجد أن هذه الاتفاقية تتبنى التعداد الوارد في نظام محكمة العدل الدولية وميثاق الأمم المتحدة، باعتبار أن أول المسائل التي تعتبر نزاعات

(1) تنص المادة 64 على " أي نزاع بين الدول المتعاقدة بتفسير هذه الاتفاقية أو بتطبيقها ولم تتم تسويته بالمفاوضة، يحال إلى محكمة العدل الدولية بناء على طلب أي من أطراف مثل هذا النزاع، إلا إذا اتفقت الدول المعنية على طريقة أخرى لتسويته.

(2) عصام الدين القصي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات عقود الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة،

قانونية هي تلك المتعلقة بتفسير الاتفاقية ومن ثم تتدخل إرادة الطرفين في تحديد النزاعات المتعلقة بتطبيقها، وبهذا يميز الطرفان عبر إرادتهما في إحالة النزاع الناشئ بينهما عن تطبيق الاتفاقية بين النزاع القانوني وغير القانوني، وبالتالي تعتمد الاتفاقية معيار الإرادة للتمييز بين النزاعات الخاضعة لها والنزاعات غير الخاضعة لها.

ولكن ما هي السلطة التي يتمتع بها المحكم في حل المنازعات المتعلقة بالتأميم أو بالاستملاك؟ هل تنحصر سلطته فقط بفرض التعويض عن الضرر الحاصل أم أنه يملك سلطة إجبار الدولة على الرجوع عن مثل هذا الإجراء؟

اعتبر البعض المحكمين أن مبدأ التنفيذ العيني في هذه الحالة وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل اتخاذ الإجراء هو أمر غاية في الأهمية، إلا أنه غير قابل للتجسيد في مثل هذه الحالات لما يتضمنه مثل هذا الحكم من مساس بسيادة الدولة الطرف في النزاع، وبالتالي يجب أن تتم تسوية النزاع بتقرير التعويض المناسب.

وخلاصة القول أن المنازعة قد تكون متصلة بحق أو التزام قانوني، مثل تطبيق ما ينص عليه عقد الاستثمار أو تفسير أحد بنوده، أو حتى نزاع ناشئ عن اتفاقية استثمار ثنائية بين الدولة المضيفة للاستثمار ودولة المستثمر الأجنبي، وباختصار فإن اللجوء إلى المركز ليس إلا أمر اختياري لدى الأطراف المتنازعة ويقتصر على المنازعات القانونية الناشئة عن الاستثمار الدولي سواء أكان ذلك بند في عقد دولي أو في اتفاقية تحكيم أو اتفاقية ثنائية.

الفرع الثاني: نشوء النزاع عن استثمار

وفقا لما نصت عليه المادة 25 من اتفاقية واشنطن من أن اختصاص المركز يمتد إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن استثمار، وقد تمت معالجة الجزء الأول من هذا النص والمتمثل في طبيعة

نزاع، أما الجزء الثاني من المادة فقد نص على ضرورة أن يكون هذا النزاع ناشئ عن علاقة قانونية ذات طبيعة استثمارية، وهذا ما ستم معالجته في هذا الفرع

بالعودة إلى الأعمال التحضيرية لاتفاقية واشنطن⁽¹⁾، نجد أن المجتمعين حاولوا وضع تعريف لما يقصد بالاستثمار وفقا لهذه الاتفاقية، إلا أن الصياغة النهائية لهذه الاتفاقية لم تضع أي تعريف للاستثمار، وقد يكون السبب في ذلك هو صعوبة وضع تعريف دقيق للاستثمار، وذلك لارتباط هذا المصطلح بالعلوم الاقتصادية أكثر من ارتباطه بالعلوم القانونية، ولذلك نجد أن أغلب التعريفات التي أعطيت له قد وضعت من جانب اقتصاديين، كما يمكن أن نجد هذه التعريفات في التشريعات الوطنية الخاصة بحماية الاستثمارات أو المتعلقة بتشجيع الاستثمار لدى بعض الدول، كما قد يتم تحديد مفهوم الاستثمار في الاتفاقيات الثنائية الخاصة بالاستثمار.

كما أن عدم وضع تعريف دقيق وواضح للاستثمار في اتفاقية واشنطن، قد جعل الأمر يبدو وكأن واضعي الاتفاقية قد تعمدوا ذلك بغية منح المركز التحكيمي لصلاحيات موسعة ومطلقة للنظر في جميع المنازعات المتعلقة بالاستثمار، والتي قد تنطوي تحت عنوان الاستثمار، وبين مرونة تطبيق الاتفاقية في تحديد الحالات التي تعتبر حقيقة داخلية في نطاق الاستثمارات، ويمكن للمركز أو ينظر في نزاعهما، استنادا لقبول طرفي النزاع بعرضه على المركز.

هذا ويرى بعض الفقهاء⁽²⁾ أن لفظ "استثمار" يمكن أن يكتسب معنى واسع أو ضيق بحسب الاستعمال، ولهذا يجب أن يحدد المقصود به سواء في صلب الاتفاقية أو في اتفاق لاحق يبين الجهة المختصة بإصداره، علما أن معظم المشاريع تتجه إلى التوسع في مفهوم الاستثمار بحيث لا يقتصر

(1) لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 67.

(2) ابراهيم شحاته، أهم المسائل الخلافية في تكوين هيئة دولية لضمان الاستثمارات الاجنبية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدر عن أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس، يوليو 1970، العدد الثاني، السنة الثانية عشرة، مطبعة جامعة عين شمس، ص 549.

على الاستثمارات النقدية أو المادية، بل يشمل كل إسهام في مشروع عن طريق تقديم أصول فيه سواء كانت هذه الأصول مادية وملموسة أم لم تكن كذلك.

هذا وإن مشروع إنشاء الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية اعتبر أن لفظ الاستثمار في الصياغة العامة الواردة في المتن، لا يعنى المبلغ الذي أسهم به المستثمر أصلاً في المشروع، وإنما الأصول التي أنشئت بهذا المبلغ في الدولة المضيفة في حدود قيمتها، أو في حالات يتفق عليها في حدود حد أقصى يراعى فيه قيمة الأرباح غير الموزعة.

إذا الاستثمار لا يتمثل بمجرد اكتساب وسائل إنتاج في سبيل استغلال مشروع والحصول على عائداته، ولا باكتساب رأسمال في سبيل جباية أو استهلاك العائدات، وفي ظل غياب تعريف موحد في القانون الدولي اعتبر بعض المؤلفون⁽¹⁾ أنه الاستثمار هو عبارة عن تجمُّع لعدة عناصر تتمثل في :

1- يجب أن توجد مشاركة في رأس المال أو في الطبيعة وليس في الصناعة.

2- يجب أن تسمح هذه المشاركة بإقامة عدة روابط دائمة بين المستثمر وبين هيئة محلية تمارس نشاطاً اقتصادياً. أي مشروع

3- هذه الروابط الدائمة يجب أن تسمح للمستثمر بممارسة تأثير حقيقي ورقابة على إدارة المشروع، وذلك بالمساهمة في جزء من رأسماله، وبالنسبة لهذا الجزء فقد اعتبرت فرنسا نسبة 20% كافية للقول بوجود رقابة، وقد اعتمدت نسبة 20% من قبل مصرف لبنان فيما يتعلق بالحسابات المجمدة.

وقد أضافت الاتفاقية المنشئة للوكالة المتعددة الأطراف لضمان الاستثمار المنعقدة في سيول في العام 1958 أنه على المستثمر أن يتحمل وبصورة جزئية مخاطر المشروع ويجب أن يكون هناك تدفق للاستثمارات لأهداف إنتاجية بين الدول الأعضاء... .

(1) لما أحمد كوجان، المرجع المذكور، ص68.

وقد قام المشرع الجزائري بوضع تصور للاستثمار يمكن إجماله في الآتي:

ميزت المادة الأولى من الاتفاق الجزائري والاتحاد البلجيكي اللكسمبورغي المصادق عليه بموجب المرسوم رقم 345/91 المؤرخ في 1991/10/05 بصدد كلمة الاستثمارات بين الممتلكات المادية كالعقارات أو المنقولات، والممتلكات المعنوية كالحقوق الصناعية وبراءة الاختراع، يضاف إليها المداخل الناتجة عن الاستثمار أو إعادة الاستثمار، والمتمثلة في الأرباح والفوائد وزيادة رأس المال والتعويضات والإتاوات⁽¹⁾.

كما عرفت المادة سالفه الذكر المستثمر على أنه "كل شخص طبيعي يتمتع بجنسية الأطراف المتعاقدة، وكل شخص معنوي له مقر اجتماعي على إقليم أحد الأعضاء"

وفي نفس السياق تعرف الاتفاقية الجزائرية الإيطالية المصادق عليها بموجب المرسوم رقم 346/91 المؤرخ في 1991/10/05 الاستثمارات على أنها "كل عنصر من الأموال مهما كان نوعه، وكل إسهام نقدي أو عيني أو خدمات مستثمرة أو أعيد استثمارها في كل قطاع اقتصادي مهما كان نوعه".

هذا بالنسبة للتعريفات الواردة في الاتفاقيات الدولية، أما بالنسبة لمحاكم التحكيم الدولية فإنها حاولت وضع تعريف للاستثمار، ففي دعوى أمكو آسيا ضد إندونيسيا⁽²⁾ عمدت محكمة التحكيم إلى تحديد المقصود بالعلاقة بين النزاع القانوني المعروض عليها وبين المشروع الاستثماري، وكان سبب النزاع قيام الحكومة الإندونيسية باحتلال الفندق وطرده الموظفين التابعين للشركة، مما دفع الشركة إلى رفع دعوى على الحكومة الإندونيسية أمام مركز تسوية منازعات الاستثمار، وقد حكمت المحكمة التحكيمية لصالح الشركة الأمريكية، وألزمت الحكومة الإندونيسية بدفع تعويض للشركة الأمريكية. إلا أن الحكومة الإندونيسية تقدمت بطلب لإبطال الحكم وأسسته على أن لجنة

(1) أنظر الجريدة الرسمية رقم 46، المؤرخة في 1991/10/06 ص 175

(2) ارجع إلى الصفحة 253 من الاطروحة .

التحكيم تختص بنظر النزاع القانوني الناشئ عن الاستثمار مباشرة ولا تختص بنظر دعوى الخطأ، باعتبار أن المحكمة التحكيمية سببت حكمها على أساس أن ما قام به الجيش الإندونيسي يعتبر خطأ من قبل الحكومة الإندونيسية. إلا أن لجنة الإبطال رفضت الدفع الذي تقدمت به الحكومة الإندونيسية، معتبرة أن الخطأ الدولي ومنازعة الاستثمار كلاهما يدخل في اختصاصها، واعتبرت اللجنة أيضا أن أفعال الشرطة والجيش الإندونيسي ما هي إلا انتهاكا لتعهدات الدولة الإندونيسية التي قدمتها للمستثمرين الأجانب في قانون حماية الاستثمارات الإندونيسي، وأن هذه الأفعال هي جزء من النزاع بين شركة أمكو ودولة إندونيسيا، أي أن اللجنة مختصة وإن كانت قد أبطلت الحكم⁽¹⁾ لكن لأسباب غير التي اتكأت عليها حكومة إندونيسيا.

إن هذا الحكم التحكيمي يستمد أهميته من كونه لا يجد من اختصاص المركز بالمنازعات الناشئة عن الاستثمار والمرتبطة به مباشرة، وإنما يوسّع اختصاص المركز ليشمل أي نزاع من شأنه أن يؤثر في الاستثمار لناحية تنفيذه وتطبيق بنود الاستثمار.

وبالعودة إلى اتفاقية واشنطن نجد أنه نصت في المادة 25 الفقرة الرابعة على أنه يحق للدول المتعاقدة في وقت التصديق أو القبول أو الإقرار بهذه الاتفاقية، أو في أي وقت لاحق أن تبلغ المركز بالمنازعات التي تريد أو التي لا تريد إخضاعها لاختصاصه، وقد يكون في منح الاتفاقية للدول المتعاقدة الحرية، أمر صائب في ظل عدم وضع تعريف محدد للاستثمار، ذلك أنه وإن تم وضع تعريف فقد يختلف بين دولة وأخرى وفقا للسياسة الاقتصادية المتبعة في هذه الدولة أو تلك، ثم أن الشروط النموذجية التي وضعها مركز التحكيم بواشنطن تتوسّع في مفهوم الاستثمار لتجعله يشمل الاستثمار بمعناه التقليدي، أي المساهمة المباشرة في رؤوس الأموال اللازمة للمشروعات، بالإضافة إلى مفهومه الحديث غير المحدد الذي يشمل المشروعات الصناعية، والزراعية، والسياحية، وعقود إصلاح الموانئ وعقود تشييد المصانع، وعقود تسليم المفتاح، وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود

(1) خالد جمعة، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر، مجلة الحقوق، السنة

22، العدد 3 سبتمبر 1998. تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ص 218-219.

الترخيص بحقوق الملكية الفكرية وغيرها، وبالتالي فإن الاتفاقية أعطت الأطراف سلطة تقديرية واسعة في تقدير ما يعتبر استثمار ومالا يعتبر كذلك. هذا وإن ترك الحرية للأطراف في إعطاء وصف الاستثمار بمنح مرونة كبيرة في تطبيق الاتفاقية هذا من جانب، ومن جانب آخر يمثل خطرا على مصالح الدول النامية باعتبار أن المستثمرين من الدول الغنية لهم السلطة واليد العليا في مفاوضات عقود الاستثمار مع الدول النامية، ولهذا يحرصون على تعريف موضوع الاستثمار وتحديد بدقه حتى يصبح متطابقا مع شروط اختصاص المركز، وعندها تتوفر الفرصة لتسوية أي نزاع في المركز بعيدا عن القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار.

ويؤخذ على هذا الرأي أن المرونة التي تتمتع بها الاتفاقية لناحية تطبيقها تستمدتها من مضمون نصوصها وليس من إرادة دولة غنية أو فقيرة، وإن وجد من الناحية العملية هذا الأمر، أي قدرة المستثمرين ودولهم على التأثير وفرض رؤية معينة في اتفاقيات الاستثمار سواء الثنائية أو المتعددة الأطراف.

فلئن كان المستثمر من الدول الغنية يسعى جاهدا حتى يبعد اختصاص القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار عن منازعات الاستثمار، فإن الاتفاقية أعطت للدولة المضيفة الحق في استبعاد أنواع معينة من المنازعات فلا تدخل في اختصاص المركز، مثال ذلك المملكة العربية السعودية التي استبعدت منازعات المتعلقة بالعقود النفطية من نطاق اختصاص المركز.

وبالتالي فإن قدرة الدولة على استبعاد أنواع معينة من المنازعات عن اختصاص المركز، تقابلها حرية المستثمر وقدرته على استبعاد منازعات الاستثمار عن نطاق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار.

المطلب الثاني : طبيعة منازعات الاستثمار الخاضعة لتحكيم المركز :

يرتب العقد الصحيح التزامات على المتعاقدين يجب الوفاء بها تحت طائلة التنفيذ الجبري. وتقوم إلزامية العقد هذه على أسس أخلاقية، واقتصادية، واجتماعية، فبالإضافة إلى واجب احترام العهد الذي يقطع المرء على نفسه، لا بد من ضمان استقرار المعاملات حتى يطمئن الناس، وقد وصف العقد بأنه شريعة المتعاقدين، مما يستلزم احترامه وتنفيذه من قبل المتعاقدين.

قد يتساءل البعض عن سبب هذه المقدمة التي قد تعتبر جزءا من القانون المدني، لكن في حقيقة الأمر أن المنازعات الاستثمارية، ما هي إلا منازعات ناشئة عن عقود، والعقد يظل عقد سواء كان في شكله البسيط الذي قد نجد في القانون المدني، أو في شكله المعقد على صورة العقود الدولية التي يكون أشخاصها الدولة والشركات الكبرى.

بمعنى آخر أن العقد له قوته الملزمة بغض النظر عن أطرافه، فلا يحق لأي طرف القيام بأي تعديلات أو تغييرات دون رضی الطرف الآخر، وإن كانت هذه حقيقة قد تم التوافق عليها في العقود البسيطة التي تخضع للقانون المدني، فإنه ينبغي التأكيد عليها في العقود الدولية، خاصة وأن أحد أطراف هذه العقود هو الدولة بما لها من سيادة ومكانات قانونية كبيرة، يقابلها على الطرف الآخر مستثمر أجنبي يعتبر الطرف الأضعف، وإن كان ذلك من الناحية النظرية على الأقل.

ولأن مركز تسوية منازعات الاستثمار قد تخصص في المنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها، فإن تجاوز الدولة لالتزاماتها التعاقدية يعطي للمستثمر الأجنبي الحق في اللجوء إلى هذا المركز بناء على قاعدة القوة الملزمة للعقد.

وانطلاقا من هذه القاعدة، يطرح السؤال الآتي هل هذه القاعدة هي قاعدة جامدة غير قابلة للتعديل أم أنها مرنة يمكن في ظروف خاصة تجاوزها.

إذا تكلمنا عن هذه القاعدة في إطار القانون المدني، فإن قاعدة القوة الملزمة للعقد هي قاعدة نسبية بمعنى آخر أنه يمكن إجراء بعض التعديلات على العقد إذا رأى القاضي ذلك، أي أن القاضي المدني يمكنه مراجعة العقد إذا رأى ضرورة لذلك. فهل يمكن أن تتوسع هذه القاعدة إلى العقود الدولية مجال الحديث؟

وفي نفس السياق ألا يحق للدولة بما تملكه من سلطان أن تحدث تغييرا في الالتزامات التعاقدية؟

سيتم الإجابة على هذه الأسئلة في هذا المطلب كآتي :

الفرع الأول: التحكيم في المنازعات الناتجة عن التغيير في شروط التعاقد: تقوم هذه المبدأ

على فكرة أن تراضي المتعاقدين مشروط باستمرارية الظروف التي تم فيها التعاقد، وإذا تغيرت تلك الظروف يجب تغيير الالتزامات. وبعبارة أخرى تتضمن المعاهدة شرطا ضمنيا مؤداه أن استمرار تنفيذ العقد مرهون ببقاء الأوضاع على حالها، بحيث لا يكون لها قوة إلزامية إذا تغيرت الظروف عما كانت عليه وقت إبرامها.

فتغير الظروف التعاقد، يعني وقوع حوادث استثنائية أدت إلى هذا التغيير، فلو أدت هذه الحوادث إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، فعند ذلك نكون أمام قوة قاهرة يختلف أثرها، عما لو أن هذا الحادث الاستثنائي تمثل أثره فقط في إرهاب أحد أطراف العقد وفي هذه الحالة نكون أمام ظرف طارئ.

والملاحظة التي نرغب في إبدائها هنا هو أن تطبيقات فكرة الحوادث الاستثنائية، تختلف في عقود الاستثمار عن تطبيقاتها في القانون المدني في الأنظمة القانونية التي تأخذ بهذا المبدأ مثل القانون الجزائري (المادة 107 من القانون المدني الجزائري).

البند الأول : تأثير أحداث القوة القاهرة في عقد الاستثمار: إن من أهم المبادئ التي تحكم تشكيل العقود هو مبدأ عدالة العقد، فالعقد يجب أن يحقق التوازن الاقتصادي بين طرفيه، وخصوصا في مجال الاستثمار، فلا يغتني طرف على حساب الطرف الآخر.

وإذا كان تحقيق الربح وحصول الخسارة هو من آثار كل عقد، فإن تحقيق الربح الفادح مقابل الخسارة الفادحة لا يمكن أن يكون هو النتيجة الطبيعية والمقبولة لأي عقد، فالاستقامة والعدالة العقدية ترفض أي اختلال في التوازن العقدي عندما يتجاوز هذا الاختلال الحد المقبول أو المعقول في التعامل، تشكل القوة القاهرة حدثا أو مجموعة أحداث غير متوقعة وغير قابلة للمقاومة، وهي تحدث بفعل مستقل عن يتذرع به، ولم يكن باستطاعته توقعه أو الوقاية منه، ويترتب على حدوثها انقضاء التزامه لاستحالة تنفيذه دون أن يتحمل تبعه ذلك.⁽¹⁾

ولكن قد يكون الأمر مختلف عند حدوث القوة القاهرة في عقد استثمار دولي، فالأطراف في أغلب الأحيان يعتمدون على هذا العقد وما ينتجه من مكاسب لهم، ولهذا فهم يفضلون الحفاظ على الرابطة العقدية بينهم، بغض النظر عن هذا الحدث، وذلك خلافا للقواعد العامة المتبعة في الأنظمة القانونية الوطنية، والتي تلغي العقد عند حصول حدث يشكل قوة القاهرة.

ولهذا يعمد أطراف عقد الاستثمار في الغالب إلى تضمين هذا العقد مجموعة من الشروط، منها شرط القوة القاهرة⁽²⁾، ولكن على الرغم من تضمين عقد الاستثمار مثل هذا الشرط، فإن ذلك لا يحول دون حصول نزاع بين الأطراف، فما الغرض إذا من إدراج هذا الشرط؟ وكيف يحل التحكيم المنازعات الناتجة عن حدوث قوة القاهرة في عقود الاستثمار الدولية؟

⁽¹⁾ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، ص374

⁽²⁾ محمد نور عبد الهادي شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993

إن عقود الاستثمار لا تمتع بتعريف محدد ولا تقتصر على نوع واحد، فهي متعددة ومتنوعة، ولهذا فقد يكون الغرض الأول من إدراج شرط القوة القاهرة هو تحديد المقصود بها وتضمينها بيانا يحدد ويجمع الأحداث التي تندرج ضمنها بالنسبة لعقود الاستثمار، وبما أن هذه الأحداث ترتبط عادة بالحياة الاقتصادية والاجتماعية أو تتصل بطبيعة النشاط الاستثماري، فتحديد تلك الأحداث التي تندرج تحت إطار القوة القاهرة، والتي ترتبط بالاستثمار، يساعد في تحديد الآثار التي تترتب عليها، وبالتالي تحديد النظام القانوني الذي تخضع له، والذي هو في أغلب الحالات يكون القانون الواجب التطبيق على العقد، وبهذا يكون الهدف من إدراج شروط القوة القاهرة هو التمكن من مواجهة الأحداث المستقبلية عند وقوعها، حتى ولو لم يكن بالإمكان توقعها، ولكن ما هو دور التحكيم في هذا الأمر؟

إن النزاع الذي يدور بين طرفي عقد الاستثمار، والذي نتج بتأثير حدوث قوة القاهرة، قد يتعلق بتنفيذ غير مطابق لما اتفق عليه الطرفان في الأساس، وذلك بسبب حدوث القوة القاهرة والتي شكلت حائلا دون حدوث التنفيذ الأفضل المتفق عليه في العقد، وقد يكون النزاع حول تحديد درجة الضرر الذي لحق بالطرف الآخر، وما إذا كان هذا الضرر يشكل سببا لإلغاء العقد، أو يشكل سببا لوقف تنفيذه، كما قد يتعلق النزاع بكيفية التعويض وتقديره إذا كان هذا الأمر ممكنا وفقا لشروط العقد.

والسؤال هو كيف يحل التحكيم هذه النزاعات، وكيف يتدخل للإبقاء على العقد.

لو نظرنا إلى دور القاضي في حل النزاعات الناشئة بين الأفراد نتيجة حدوث قوة القاهرة⁽¹⁾، لوجدنا أن القاضي يعتبر هذه القوة القاهرة مانعا من موانع المسؤولية، فالقوة القاهرة تظهر كحدث خارج عن إرادة الإنسان وغير ممكن توقعه وغير قابل للمقاومة، وهو يشكل قوة القاهرة أيضا فيما لو أمكن توقعه ولكن لم يكن بالإمكان دفعه.

(1) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 378.

وكما سبق الذكر فإن المشرع الجزائري نص في المادة 107⁽²⁾ من القانون المدني على الحوادث الاستثنائية التي تجعل الالتزام التعاقدي مرهقا وليس مستحيلا .

فنظرية الظروف الطارئة في التشريع الجزائري تفترض الوضع الآتي : عقد يتراخى وقت تنفيذه إلى أجل أو إلى آجال، كعقد توريد. ويحل أجل التنفيذ، فإذا بالظروف الاقتصادية التي كان توازن العقد يقوم عليها وقت تكوينه قد تغيرت تغيرا فجائيا لحادث لم يكن في الحسبان، فيختل التوازن الاقتصادي للعقد احتلالا خطيرا.

فإذا أدى هذا الحادث الطارئ إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، لكان قوة قاهرة ينقضي بها الالتزام. أما إذا أدى هذا الحادث الطارئ إلى إلحاق خسارة فادحة بالتاجر تخرج عن الحد المألوف، فهنا نكون أمام التزام مرهق للتاجر، وهنا يتدخل القاضي بغية تعديل العقد.

فالمشرع الجزائري لم يعترف إلا بمبدأ تعديل العقد وليس إلغاؤه، أي أنه لا يعترف بفكرة القوة القاهرة التي تجعل الالتزام مستحيلا لا مرهقا.

وبالتالي فالجزء في القانون المدني لوقوع حوادث استثنائية هو تعديل العقد من طرف القاضي.

أما في التحكيم التجاري الدولي فإن المحكم يفصل في مسألة الحوادث الاستثنائية التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا لا مرهقا وفقا للقانون الذي يعتمده الأطراف، وإلا، في حال عدم اتفاق

الأطراف فوفقا لاتفاقية واشنطن يطبق قانون الدولة المضيفة للاستثمار، وبالتالي فهو يطبق نفس القواعد التي يطبقها القاضي، إلا أن الأمر الذي يميز التحكيم في المركز في هذه الحالة هو أنه يعطي الحق للطرفين بالاتفاق على قواعد قانونية لتحكم النزاع بينهما، أي قد يتفقا على قانون

(2) نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري الفقرة الثالثة "غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

أكثر من دولة، مما يعطي المحكم سلطات أكبر في تطبيق القانون والقواعد العرفية وقواعد العدل والإنصاف فيما لو سمح له الأطراف القيام بذلك، أي أنه ليس محمدا بنص قانوني كالقاضي الوطني، وإنما اتفاق الأطراف يعطيه صلاحية أوسع وبهذا يختلف تطبيق مبدأ القوة القاهرة بين الأنظمة الوطنية والتحكيم التجاري الدولي على الأقل بالنسبة للتشريع الجزائري الذي لا يعطي حلا للمسائل المتعلقة بالقوة القاهرة أي التي تجعل التزام أحد الأطراف مستحيلا لا مرهقا بينما التحكيم يعطي حلا للمسألة في جميع أحوالها، سواء أكان الالتزام مرهقا أو مستحيلا.

أضف إلى ذلك أن القوة القاهرة في عقود الاستثمار لا تؤدي إلى انقضاء الالتزام كما هو الحال في بعض الأنظمة القانونية الوطنية مثل قانون الموجبات والعقود اللبناني⁽¹⁾، بل يؤدي إلى إعادة التوازن الاقتصادي إلى العقد، وليس إسقاط العقد بالجملة، كما أن مهمة المحكم لا تتمثل فقط في تطبيق القانون المختار من أطراف العقد، وإنما عليه أيضا التحقق من توافر الأحداث التي أوجدت هذه القوة القاهرة، وتحديد آثار هذه القوة القاهرة على العقد الأصلي.

وعلى الرغم من أن التحكيم قد أثبت كفاءته في تسوية هذا النوع من النزاعات، إلا أن البعض⁽²⁾ يرى أن معالجة هذه المسائل ذات الطبيعة الفنية تجعل مهمة المحكم صعبة، لأنه بالرغم من إمكان تعيين المحكم لخبراء متخصصون في هذه المسائل بغية مساعدته، فإن الوقت الذي ينقضي بين وقوع القوة القاهرة وإحالة النزاع للتحكيم، وتعيين الخبراء، يعقد من قدرة المحكم ويجعل الوصول إلى نتائج حقيقية متفقة مع ظروف النزاع أمر غاية في الصعوبة.

ومع ذلك يظل التحكيم التجاري الدولي أفضل السبل من أجل تسوية نزاعات التجارة الدولية.

(1) المادة 341 من قانون الموجبات والعقود اللبناني "يسقط الموجب إذا كان بعد نشأته قد أصبح موضوعه مستحيلا من الوجه الطبيعي أو الوجه القانوني بدون فعل أو خطأ المديون".

(2) محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2003، ص 450 وما يليها.

إن التحكيم التجاري الدولي الذي يهدف إلى تنظيم العلاقات التجارية الدولية وحل مشكلاتها بعيدا عن القضاء العمومي، والذي ينجح في حل منازعات الاستثمار الناتجة عن حدوث القوة القاهرة، لا يقتصر على الحفاظ على الروابط العقدية وإعادة التوازن العقدي إلى هذا العقد في حالة القوة القاهرة، وإنما يظهر أثره عندما يتعلق بضرورة مراجعة العقد أو إعادة التفاوض بشأنه عندما تحدث ظروف استثنائية تغير في الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية في الدولة المضيفة للاستثمار، وهذا ما سيتم تناوله في هذا البند .

البند الثاني: تأثير الظروف الطارئة في عقد الاستثمار:

كما ذكر سلفا فإن عقود الاستثمار هي عقود ذات آجال طويلة وتنفذ في الغالب على مراحل، ولهذا فإن المستثمر قبل أن يقدم على التعاقد في مثل هذا النوع من الاستثمارات فإنه يقوم بإجراء دراسات تتعلق بالتخطيط المالي للمشروع مع احتمالات الربح و الخسارة، بالإضافة إلى تعرفه على قوانين الدولة المضيفة للاستثمار، لناحية اضطلاعها على الأعباء الضريبية التي سوف يتحملها، والإعفاءات التي قد يحصل عليها، وكل ما يتعلق بقوانين العمل والضمان الاجتماعي وتنظيم النقابات العمالية، والأهم من ذلك معرفته بالتشريعات المنظمة للرقابة على الصرف وبنظم تحويل عائدات الاستثمار، ذلك أن المستثمر في أغلب الأحيان لا يملك جميع رأس المال المستثمر في المشروع، إذا تساهم على الأغلب البنوك والمؤسسات المالية بالنصيب الأكبر في تمويل هكذا مشاريع، وهذه المؤسسات المالية لا تقبل المساهمة في أي مشروع قد تكون نسبة المخاطرة فيه عالية، وتطالب في العادة من التأكد من مضمون الأعباء التي يتحملها المستثمر، وعائدات استثماراته والضمانات التي يحصل عليها من الدولة المضيفة للاستثمار.

إن هذه الاعتبارات والظروف الاقتصادية والاجتماعية والتي من شأنها أن تؤثر في تدفق رأس المال وتوظيفه، تشكل ما يعرف بالمناخ الجاذب للاستثمار، الذي يستند على مقومات عديدة،

أهمها الاستقرار السياسي والأمني، الذي يعد من أهم مقومات توفير بيئة استثمارية جيدة في أي دولة، فحصول الاضطرابات السياسية والأمنية عادة ما تعرض منظمات الأعمال لمخاطر التخريب والمصادرة، مما يضع المستثمر في حالة من عدم الاطمئنان على المشروع الذي يقوم بتنفيذه، ويؤدي بالتالي إلى هجرة رؤوس الأموال إلى بيئة اقتصادية أكثر أمنا، وفي المقابل يتفادى رأس المال الأجنبي القدوم إلى هذه الدولة المضطربة سياسيا وأمنيا⁽¹⁾.

إلا أن البيئة السياسية والأمنية ليست العامل الوحيد الذي يجلب المستثمر الأجنبي، فهي غير كافية لضمان نجاح المشروعات الاستثمارية، وإنما بالإضافة إليها ينبغي توافر البيئة الإدارية والاجتماعية الملائمة لاستثمار وإدارة المشاريع، خاصة ما يتعلق بمسائل الإقامة وحرية الدخول والخروج، والتقليل من الإجراءات البيروقراطية الإدارية التي قد تعرقل سير وسرعة إتمام المشروع، بالإضافة إلى النظام القانوني الذي يحكم الاستثمار الأجنبي في الدولة المضيفة.

وهكذا يبدو أن قرار المستثمر النهائي والمؤسسات المالية التي تسانده في استثماره، يقوم على اعتبارات وظروف اقتصادية، واجتماعية، وسياسية مترجمة في أرقام محددة يجب أن تبقى ثابتة طيلة فترة الاستثمار.

إلا أنه من الصعب على أية دولة أن تضمن الاستقرار السياسي، والأمني، و الاجتماعي، والاقتصادي، والبيئة الإدارية دون تغيير، فالدول لا تعيش في جزر منعزلة، والتغير على مستوى الدولي سوف يؤثر لا محالة على الدول، مثل أزمة اقتصادية عالمية سوف تمس جميع الدول دون استثناء، أو قيام ثورات شعبية مفاجئة سوف تؤثر لا محالة على البيئة السياسية والأمنية والاجتماعية، والقانونية، وهذه الأحداث الاستثنائية وغير المتوقعة سوف تحول عند وقوعها دون تنفيذ العقد كما تم الاتفاق عليه وذلك بسبب تغير الظروف، وقد تلحق الخسارة بأحد الطرفين وقد تقلب التوازن الاقتصادي للعقد.

(1) عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص 31.

ووجه الاختلاف هنا هو أن هذه الظروف الطارئة وغير المتوقعة وغير ممكنة الدفع سوف تجعل تنفيذ الموجب العقدي مرهقا لا مستحيلا، لأن الحدث الطارئ لا يصل إلى درجة القوة القاهرة التي تؤدي في الغالب إلى إنهاء العقد وفقا للمبادئ العامة في بعض الأنظمة القانونية الوطنية⁽¹⁾، ويكون تعديل العقد هو الحل الغالب في حالة الظرف الطارئ عوضا عن إلغاء العقد، كما نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة 107 من القانون المدني الجزائري، وفي الغالب يكون هذا التعديل عن طريق تدخل القاضي من أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

وبخلاف القوة القاهرة فإن أوجه التشابه بين الحلول التي وصل إليها المشرع الوطني، والحلول التي قد يطرحها المحكم أثناء وقوع الظرف الطارئ، تكاد تكون متطابقة.

فالمشرع الجزائري عندما نص⁽²⁾ على أنه للقاضي في حالة وقوع الظروف الاستثنائية التي قد تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا، الحق في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

وقد فسر الفقهاء⁽³⁾ هذا النص المتمثل في رد الالتزام إلى الحد المعقول بقولهم أن المشرع قد عني أن القاضي مطلق اليد في معالجة الموقف الذي يواجهه. فهو قد يرى أن الظروف لا تقتضي إنقاص الالتزام المرهق، ولا زيادة الالتزام المقابل، بل وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ. وقد يرى زيادة الالتزام المقابل. وقد يرى إنقاص الالتزام المقابل.

وبالعودة إلى الحلول التي وضعتها الهيئات التحكيمية عند وقوع الظرف الطارئ، فتكاد تكون متطابقة مع تلك المذكورة سلفا.

(1) قانون الموجبات والعقود اللبناني، المادة 341 .

(2) المادة 107 الفقرة الثالثة من القانون المدني الجزائري

(3) تم الاعتماد على تفسير الأستاذ عبد الرزاق السنهوري الوارد في مؤلفه الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد

الأول، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، وذلك لتطابق النصوص بين التشريع المصري، المادة من القانون المدني 147 والتشريع الجزائري، المادة 107 من القانون المدني

فالمستثمر لا يمكنه تنفيذ التزامه إلا بصعوبة أو بتحمل خسارة فادحة، يمكنه عندئذ طلب وقف تنفيذ العقد مؤقتا حتى زوال الحادث الطارئ إذا كان مما يحتمل في وقت قريب، أو يمكن أن تمنح مهلة لهذا المستثمر حتى يتمكن من تنفيذ التزامه بشكل لا يحمله خسارة فادحة⁽¹⁾.

كما يمكن أن يحصل تعديل في مقدار الالتزام الذي أصابه الخلل وذلك عبر إعادة تقويمه بجعل قيمته في ظل الظروف الطارئة مطابقة لقيمته الحقيقية أو مما يقرب من هذه القيمة.

ويمكن أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إما بإنقاصه أو بزيادة الالتزام المقابل له، ولكي يطبق مثل هذا الحل يجب أن يتم التأكد من حصول الإرهاق، وبالتالي يحدد العبء غير المألوف الناتج عن الحادث الطارئ، وأن تعين الفترة التي حصل أثناءها حتى يتقرر زيادة الالتزام أو إنقاصه، فالمتعاقدين يتحمل الزيادة في الأعباء المألوفة، أو التي يجب أن يتوقع حدوثها لأنها تدخل في نطاق العقد الأصلي، أما الزيادات غير المألوفة والتي تشكل الإرهاق على المتعاقد في تنفيذ التزامه فهي تخرج عن نطاق التعاقد.

وفي هذا يقول الأستاذ سامي منصور، وإن كان في نطاق العقود الداخلية، وذلك نظرا للتطابق بين عقود الاستثمار الخاضعة للتحكيم التجاري الدولي، والعقود الخاضعة للقانون المدني من حيث الحلول المتوصل إليها: "أن التوازن العقدي قلما يتحقق واختلال التوازن العقدي هو الذي يتحقق في العادة ولكن يشترط أن يكون اختلالا مألوفاً في التعامل، اختلالا عاديا. فهناك أعباء عادية تفرضها طبيعة العقد أو تفترضها الإرادة العقدية أو ظروف التعامل. في هذا الإطار يبقى عنصر الثبات مستقرا في التعاقد، لا يمس، مهما كان مصدر الاختلال في التوازن العقدي أو أهمية الحادث الذي تسبب به. ولكن أن يتجاوز العبء ما هو مألوف أو عادي على ضوء طبيعة العقد وظروف التعامل، هو ما يطرح مسألة إمكانية المساس بعنصر الثبات في العقود، وبقاعدة استقرار التعامل، عندما يصدر عن حادث فجائي، تتجاوز نتائجه التقدير المعقول. فالحادث الفجائي بذاته ليس

(1) لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 86

مصدرا لطرح المسألة، ولكنه يصبح كذلك عند اقترانه بنتائج هامة تنعكس سلبا على التوازن المفترض بين الموجبات"⁽¹⁾.

"لقد درج العرف في التعامل التجاري الدولي إلى وضع شروط في عقود الاستثمار بحيث تسمح بإعادة النظر في مقومات العقد، والتفاوض فيه عند ظهور مؤشرات تحدث خللا في الالتزامات المتبادلة بين الطرفين"⁽²⁾.

ولكن هذه الشروط تبقى دون فائدة إذا لم تحدد فيها النتيجة التي يرغب الأطراف بالوصول إليها، لأن هذه الشروط ينبغي أن تؤدي إلى إعادة التوازن الاقتصادي للعقد وذلك على ضوء الظروف الجديدة الحاصلة، وليس فقط إعادة التفاوض أو مراجعة العقد⁽³⁾.

فاتفاقيات الاستثمار تتميز بأنها تنفذ على مدد زمنية طويلة وترتبط بشكل رئيسي بالخطط التنموية للدول المضيفة للاستثمار، ومراجعة عقود الاستثمار المبرمة تفيد أن أغلبها مبرم بين مستثمرين أجانب من دول متقدمة تكنولوجيا ومعرفيا، ودول أخرى تصنف أغلبها من الدول المتخلفة، أو الناشئة اقتصاديا، التي تتعرض دوما إلى تغيرات دائمة في مناخها السياسي والاجتماعي والاقتصادي، نتيجة حوادث متعددة قد تكون سياسية في الغالب الأعم، فيكون من الأفضل بدل أن يتم إلغاء العقد في حال وقوع مثل هذه الحوادث الاستثنائية، أن يتم الاتفاق مسبقا على إعادة النظر بشروط التعاقد والتفاوض مجددا بهدف الحفاظ على مصالح الطرفين، ولكن كيف يلعب التحكيم دوره في هذا المجال؟

(1) سامي منصور، عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني في القانون اللبناني والفرنسي والمقارن، دار الفكر اللبناني، الطبعة الأولى، 1987، ص 501.

(2) مصطفى العوجي، العقد والمسؤولية المدنية، الجزء الأول (العقد)، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثالثة، 2003، ص 685.

(3) لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 88.

قد يكون أسلوب التوفيق هو الأقرب لحل مثل هذه المنازعات التي تدور حول إعادة النظر بشروط التعاقد لأنها تؤدي إلى تقريب وجهات النظر بين الطرفين، وربما بشكل أكبر من التحكيم، فالتوفيق يقوم أساسا على محاولات إيجاد نقطة تقاطع بين وجهات نظر الأطراف حتى يتمكن الموفق من حل النزاع.

وكون المنازعات التي تدور حول إعادة التفاوض لا تتعلق بتفسير شروط التعاقد، وإنما تقوم على ضرورة العمل على تعديلها، وبالتالي فهي غير قانونية، فقد تكون عرضة لعدم قبولها للتحكيم خصوصا في ظل اتفاقية واشنطن. ولكن هذا الأمر قد يكون صحيحا فيما لو كانت اتفاقية التحكيم لا تتضمن الكيفية المناسبة لحل النزاع، أما إذا كانت الهيئة التحكيمية تمتلك صلاحية التدخل لحل مثل هذه المنازعات، وذلك باللجوء إلى القواعد أو القانون الأنسب، فلا شيء يمنع من خضوعها للتحكيم.

فالنزاع المتعلق بطلب مراجعة العقد أو تعديله لا يقوم على اعتبارات قانونية محضة، وإنما يكمن أساسها في تعارض المصالح بين الطرفين، وبالتالي ينبغي في هذه الحالة اللجوء إلى التحكيم، حيث المهمة التي تضطلع بها الهيئات التحكيمية في هذا المجال تخرج من الدور القضائي التقليدي الذي تمارسه عادة في حل النزاعات.

ولكن هذا لا يكفي فيجب أن يتوفر لدى الطرفين الوعي الكافي ليتمكننا من تحديد الهيئة المناسبة لحل هذا النوع من النزاعات، والتي يجب أن تتضمن في الأغلب محكمين يتمتعون بخبرات في الميدان الاقتصادي والسياسي.

أما الشرط الذي يسمح بإعادة فيجب أن يتضمن إشارة إلى المدة التي يمكن من خلالها مراجعة العقد بالإضافة إلى نوع أو ماهية الظروف التي تعتبر من قبيل الأحداث الطارئة، والأهم هو أن يتفق الأطراف على أثر هذا التفاوض على العقد القائم بينهما.

ولا يقتصر الأمر على منازعات تنشأ عن أحداث خارجة عن إرادة طرفي عقد الاستثمار، فقد تنشأ منازعات نتيجة عمل اتخذه أحد طرفي العقد وهو في الغالب الدولة، والتي تعد الطرف الأقوى في عقد الاستثمار، من الناحية النظرية على الأقل، وذلك بسبب قدرتها على تغيير الأنظمة القانونية بصفة عامة، وتلك المتعلقة بالاستثمار الأجنبي بصفة خاصة.

وإحداث تغييرات في هذه الأنظمة القانونية قد يضر بمصالح المستثمر الأجنبي، فقد يؤدي ذلك إلى زيادة الأعباء الضريبية أو الجمركية عليه، أو الإنقاص من الامتيازات التي حصل عليها، أو التقليل من الأرباح التي كان يتوقع أن يجنيها، وبالتالي فإن تدخل الدولة في تغيير التشريعات سوف يؤدي لا محالة إلى إثارة نزاعات مع المستثمرين الأجانب.

فكيف يمكن للتحكيم تسوية هذا النوع من النزاعات؟

وكيفية حل هذا النوع من النزاعات هو ما سيتم بحثه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني : التحكيم في المنازعات الناتجة عن الإجراءات التي تتخذها الدول المضيفة للاستثمار

قد تقوم الدولة أحيانا بإحداث تغييرات في قوانينها أو تشريعاتها لسبب أو لآخر، وقد يؤدي هذا التعديل في القوانين في مسائل عدة قد تؤدي إلى الإخلال بمركز المستثمر الأجنبي على مستوى الامتيازات مثلا، وهذا لا محالة سوف يقوم بإثارة تحفظات المستثمر الأجنبي، مما قد يؤدي به للجوء إلى التحكيم، ولا تعد التعديلات القانونية السبب الوحيد الذي قد يدفع بالمستثمر للجوء للتحكيم، بل هناك سببا آخر وهو أكثر إلحاحا من مجرد إحداث تغييرات على مستوى القوانين والأنظمة التي تحكم الاستثمارات الأجنبية، ويتمثل في تدخل الدولة بما تملكه من مكينات قانونية وسلطة الإكراه بالقيام ببعض الأعمال والإجراءات التي قد تنهي عقد الاستثمار، أو تقوم بفسخه

من جانب واحد، والأمثلة على ذلك كثيرة، وهذا يستدعي أيضا لجوء المستثمر الأجنبي إلى التحكيم، ونبحث هذه المسائل في هذا الفرع وفقا للآتي:

البند الأول: النزاع الناشئ نتيجة تغيير تشريعي قامت به الدولة.

تنعكس التطورات العالمية على مستوى الاقتصاد والسياسة على جميع الدول نتيجة للتفاعل العام بين هذه الدول، أو لضرورات تقتضيها المصلحة العامة، وكما ذكرنا في المقدمة سابقا فإن توفير مناخ ملائم أو جاذب للاستثمارات يتطلب استقرارا تشريعا وقانونيا، فالإطار القانوني الثابت والواضح يساعد على جلب الاستثمارات وديمومتها، وأي تغيير في هذه الأنظمة القانونية سوف تؤدي إلى نشوب نزاعات بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار، وحتى يجتاط المستثمرين من التغيير المستمر للتشريعات، أصبحوا يضيفون شرطا في عقد الاستثمار، يسمى بشرط الثبات التشريعي.

والهدف من هذا الشرط هو تجميد الدور التشريعي للدولة الطرف في العقد من تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرام العقد، وعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينهما بشكل يؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد وإلحاق الضرر بالمستثمر الأجنبي المتعاقد معها، وبالتالي فإن وجود هذا الشرط يحول بين الدولة واستخدامها للميزة التي تتمتع بها كونها سلطة تملك حق التشريع وخلق قانون وإعماله على العقد المبرم بينهما وبين المستثمر الأجنبي، والتي تخلق نوعا من عدم المساواة بين الطرفين.

وهذا الثبات التشريعي الذي يطمح إليه المستثمر لا نجده فقط في عقده مع الدولة، وإنما يمكن أن نجده في قوانين بعض الدول أيضا مثل قانون الاستثمارات الجزائري⁽¹⁾ في المادة الخامسة عشر منه والتي تنص على أنه: " لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

وكذلك قانون الاستثمارات التونسي في المادة 2 منه والتي بموجبها: " أي تعديل على القانون الحالي لا يسلب الاستثمارات المصدّق عليها سابقا، المزايا المؤمّنة لها⁽²⁾".

ويكون الهدف، كما ذكر سابقا، من شرط الثبات التشريعي هو إخضاع العقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي إلى قانون محدد وثابت ومعروف لدى الأطراف، وذلك منذ لحظة إبرام العقد وحتى الانتهاء من تنفيذه.

ويمكن تعريف شرط الثبات التشريعي بأنه : أداة قانونية تتم من خلالها حماية المستثمر الأجنبي من مخاطر التشريع، لناحية تعديل العقد بسن تشريع جديد، عبر تجميد دور الدولة في التشريع والذي يحد من سلطاتها التشريعية ولكن لا يجردها منها، كما يمكن أن يعرف بأنه :

الشرط الذي يكون الهدف منه منع الدولة من استعمال سلطاتها السيادية في تغيير النظام العقدي، بدون الاتفاق مع الطرف المستثمر الخاص، وبالتالي فإن شرط الثبات في هذه الحالة يقابل سلطة الدولة السيادية.

ويتمتع الأطراف بجرية مطلقة في صياغة هذه الشروط التي تتنوع وفقا للمعيار المتخذ لتقسيمها، ويستخدم لهذا التقسيم معيارين أساسيين هما المعيار الشكلي والمعيار الوظيفي.

(1) القانون الصادر بمقتضى الأمر رقم 01-03 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق ل 20 غشت سنة

2001 ، المتعلق بتطوير الاستثمار.

(2) لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص 95.

يقصد بالمعيار الشكلي⁽¹⁾ ذلك المعيار الذي يركز على المظهر الخارجي لشرط الثبات من أجل تصنيفه، فتستند أحيانا إلى مصدر الشروط لتفريق بين الشروط ذات الأصل التعاقدية، أي التي تجرد مصدرها في اتفاق الأطراف، والشروط ذات الأصل التشريعي، أي التي تجرد مصدرها في النصوص القانونية للدولة المتعاقدة.

وقد تستند هذه المعايير الشكلية في بعض الأحيان على مضمون هذه الشروط، فتقسم إلى شروط عامة تهدف إلى منع سريان كافة التشريعات الجديدة على العقد، وشروط خاصة تتعلق بقسم معين من التشريعات المعمول بها في دولة ما وتمنع سريانها على العقد.

وإذا استندت هذه الشروط على الأشخاص المستفيدين، فتم تقسمتها إلى شروط مطلقة لا تحدد من هو المستفيد منها، وشروط نسبية تحدد طبيعة المستفيدين منها، فتتص على أن المستفيد هو المستثمر أو الأفراد العاملين لديه أو شخص ثالث.

ويمكن تقسيم هذه الشروط أيضا لناحية نطاقها الفعلي، فنحدد هل أهما تهدف إلى عدم سريان أي قانون جديد صادر من الدولة المتعاقدة، أم أن مثل هذا المنع لا يعمل به في حال كان هذا القانون الجديد أكثر صلاحية للمستثمر الأجنبي؟

إن المعيار الآخر الذي يستند إليه في تقسيم شروط الثبات التشريعي، هو المعيار الوظيفي⁽²⁾، الذي يستند إلى الغاية التي يروجها الأطراف من وضع شرط الثبات التشريعي، ويكون الهدف منه تجسيد القانون الواجب التطبيق على العقد، فيعبر الأطراف في هذا الشرط عن رغبتهم في سريان قانون الدولة على العقد، على النحو الذي يكون عليه في لحظة إبرام العقد أو في الوقت تنفيذه،

(1) حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت، سنة 2003، ص 329.

(2) حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 331.

وبهذا تمنع الدولة من استخدام سلطاتها التشريعية لتعديل العقد لصالحها، ولا تدخل التعديلات الجديدة للقانون الواجب التطبيق على العقد.

ولكن ما هي علاقة التحكيم التجاري الدولي بشرط الثبات التشريعي وبالمنازعات الناتجة عن التغييرات التي تحدثها الدولة على قوانينها؟

إن شرط التحكيم الوارد ضمن عقد الاستثمار، يمكن أن يصبح دون فعالية إذا ما سمح للدولة القيام بتغيير تشريعاتها بشكل يتعارض مع أعمال هذا الشرط، وبالتالي فإن التحكيم كنظام اختاره الأطراف لتسوية المنازعات الناشئة، أو التي قد تنشأ بينهم، يستحق أن تتوفر له الإمكانية لوضعه موضع التنفيذ، فالتحكيم في هذه الحالة ليس مجرد وسيلة لفض منازعات الاستثمار، وإنما هو ضمانة إضافية تقدمها الدولة للمستثمر، وبالتالي يجب أن يؤدي دوره في حماية الاستثمارات من المخاطر التي تهددها سواء كانت تشريعية أو اقتصادية أو سياسية، خصوصا وأن التحكيم عبر الزمن، بدأ مع المستجدات الاقتصادية الحاصلة بشكل يسعى من خلاله إلى التوفيق ما بين المصالح القائمة، والحصول على ثقة أطراف التجارة جميعهم.

ويقال أن القانون ما هو إلا انعكاس للواقع، لأنه يمثل تنظيم ثابت وقادر على التنبؤ بالمنازعات التي قد تحصل نتيجة تنوع العلاقات، وكلما أصبحت المجتمعات المدنية أكثر نضوجا والعلاقات الإنسانية أكثر تعقيدا، فإن نظام القواعد والقوانين التي عبرها يحكم الأشخاص علاقتهم به، يتطور ليلتقي مع حالات واقعية جديدة ويصبح أكثر شمولاً وتكاملاً.

البند الثاني : التزاع الناشئ نتيجة إجراء فردي اتخذته الدولة.

إن النظر إلى الإجراءات الفردية التي قد تتخذها الدولة، كما لو أتمت مشروعاً ما، يحتتمل المناقشة لناحيتين، فهو يتضمن أمرين أساسيين وهما : شرعية العمل الذي قامت به الدولة، والضرر الناجم عن هذا العمل، فالعقد له ميزان قانوني وآخر اقتصادي.

فهل يمكن للمحكم أن ينظر في التعويض المناسب للضرر الناتج عن الإجراء المتخذ من الدولة دون النظر في أمر شرعية الإجراء نفسه؟ في الواقع لا يدخل في سلطة المحكم ولا المحاكم التحكيم الدولية إجبار الدولة على الرجوع عما اتخذته من إجراء، وإلزامها بتنفيذ العقد حتى ولو استند المستثمر في طلبه على البواعث الحقيقية وراء الإجراء المتخذ من طرف الدولة.

ولهذا فمن مصلحة المستثمر ترك البواعث الحقيقية للدولة سواء الظاهرة منها أو الخفية، والنظر إلى مدى الضرر الذي لحق به والتعويض الذي يلزمه لإصلاحه، وهذه المسألة لا تتصل بشرعية الإجراء وخصوصا في ظل اتفاقية واشنطن، التي يستبعد منها المنازعات ذات الطابع السياسي، لتتضمن المنازعات ذات الطابع القانوني فقط والناشئة عن استثمار كما سلف الذكر، إلا أن المنازعات ذات الطابع القانوني لم يتم توضيحها بدقة في هذه الاتفاقية، على الرغم من أن بعض التفسيرات التي أعطيت لاتفاقية واشنطن تتجه إلى جعل اصطلاح نزاع ذو طابع قانوني يشمل جميع صور المنازعات القانونية، وبالتالي يدخل في اختصاص المركز البت في الطلبات المتعلقة، بشرعية التأميم، والتعويض الذي قد ينتج عنه باعتبار أن مثل هذا التفسير يتفق مع الأهداف التي كانت الاتفاقية ترنوا إليها، حيث أنها كانت تصبوا إلى إنشاء صرح دولي يحمي الاستثمار ويحقق المساواة بين الدول والمواطنين، إلا أن هذا الأمر صعب التحقيق، وصعوبة تحقيقه تعود إلى نصوص الاتفاقية ذاتها.

فاتفاقية واشنطن تقوم في الأساس على عنصر الإرادة لدى كل من طرفي عقد الاستثمار، وهي وإن وسعت نطاق ما تعني به لناحية عبارة "نزاع قانوني"، فإنها في النهاية تعطي الدولة المضيفة للاستثمار الحق في استبعاد طائفة أو نوع معين من المنازعات وتبعدها عن اختصاص المركز، وذلك وفقا لنص الفقرة الرابعة من المادة 25 من الاتفاقية والتي تنص على أن " كل دولة متعاقدة يمكنها التصديق على الاتفاقية أو قبولها أو اعتمادها، أو في أي تاريخ لاحق، أن تحظر المركز بطائفة أو طوائف المنازعات التي تعتبرها خاضعة لاختصاص المركز...".

إن الرضا في هذه الفقرة يختلف عنه في الفقرة الأولى: فاختصاص المركز لا يتحدد فقط ببيان نوع المنازعات أو المقصود بالمنازعات ذات الطابع القانوني، وإنما يتحدد برضا الدولة الطرف بإخضاع مثل هذه المنازعات لتحكيم المركز، والتقاء إرادتها مع إرادة المستثمر في إخضاعها له.

وعند النظر في ما إذا كان هذا النزاع الناشئ عن إجراء فردي اتخذته الدولة هو ذو طابع قانوني يخضع لتحكيم المركز أم لا، يجب ألا يتم الخلط بين طبيعة الإجراء الذي أقدمت عليه الدولة كالتأميم أو نزع الملكية، وبين طبيعة النزاع الذي يدور حوله⁽¹⁾.

فأحيانا قد تتخذ الدولة بعض الإجراءات الفردية التي تعتبر إجراءات سياسية بالنظر إلى الباعث لاتخاذها، في حين يدور النزاع حول أمور يغلب عليها الطابع القانوني كالتعويض، وهكذا فحين يكون النزاع متعلق بتأميم دون تعويض فإنه يخضع للتحكيم في المركز كونه نزاعا قانونيا، أما حين يدور النزاع حول حق الدولة في اتخاذ هذا الإجراء، أو حول صحة الباعث لاتخاذها، ففي هذه الحال لا يكون النزاع قانونيا ولا يخضع لاتفاقية المركز.

من مجمل ما تقدم في هذا الفصل نجد أن السمات الخاصة بعقود الاستثمار والمتمثلة في آجالها الطويلة، وتنفيذها على مراحل، وتعلقها في أغلب الأحيان وخاصة في دول العالم الثالث باستغلال الثروات الطبيعية ومصادرها في الدول المضيفة، وارتباط هذه العقود بخطط التنمية الاقتصادية التي تتبعها الدولة المضيفة، بالإضافة إلى ارتباطها بالمناخ التشريعي والسياسي والاجتماعي في هذه الدولة، وانطلاقا مما تتمتع به الدول من مكينات سيادية وامتيازات فإن ذلك يجعلها في وضع يتسم بالعلو من حيث القدرة على إحداث تغييرات سواء في عقد الاستثمار ذاته أو في التشريعات التي تحكم الاستثمار بصفة عامة، وهذا لا محالة سوف يضر بالمستثمر الأجنبي، ولا سبيل له لدفع هذا الضرر إلا التحكيم التجاري الدولي، وذلك لأن في إطار هذه الوسيلة لا يعتد بطبيعة الأشخاص،

(1) لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص100.

وإنما يتساوى الجميع أمام القضاء التحكيمي، ولذلك عدت هذه الوسيلة الطريقة الأنجع وتسوية النزاعات خاصة في ظل مركز التحكيم بواشنطن.

ومن المعلوم أن الذي يهتم في المستثمر هو ما سيحنيه من أرباح من استثماره الذي يقوم به، وكل ما يؤثر على هذه النتيجة بالسلب سوف يثير حفيظة المستثمر، فالتغيرات التشريعية التي تحدثها الدولة والتي قد تؤثر في العائدات التي ينتظرها المستثمر، و بالتالي في جودة التنفيذ التي تنتظرها الدولة، ومن هنا تأتي إيجابية اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، والتي تمنح الأطراف الحق باللجوء إلى القانون الذي يريدون، وترك قانون الدولة المضيفة للاستثمار كاختيار أخير في حال لم يتم الاتفاق بين الفرقاء على اختيار قانون ما.

كما أن الممارسات السيادية والإجراءات الفردية التي تقوم بها الدولة المضيفة في حال اختيار أو عدم اختيار قانونها، وفي حال نزع الصفة القانونية عنها، قد تؤدي إلى تمكين الدولة من إنهاء العقد من طرف واحد، إذا ما اعتبر مثل هذا الإجراء من قبيل سلطات الدولة التي يمكنها ممارسته أنى شاءت.

وبالتالي ترك الدولة تمارس سيادتها على عقود الاستثمار، دون القدرة على ردعها، أي على الأقل من ناحية إجبارها على دفع التعويض في حال عدم القدرة على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل تدخل الدولة، فذلك سوف يقضي على مفهوم التجارة الدولية برمتها. ومن هذا المنطلق كان التحكيم الإجراء الأهم الذي يمكنه أن يوفر الحماية للمستثمر الأجنبي.

وقبل أن نتطرق إلى مسألة أخرى، نود التذكير فقط بأمر هام، وهو أننا قلنا في السابق أن اتفاقية واشنطن لم تجد سبيلا من أجل أن توسع من نطاق تدخلها إلا بتوسيعها لمفهوم "النزاع القانوني". يبدو أن هذا الاستنتاج قد عفا عليه الزمن أو لنقل أن اتفاقية واشنطن، قد تمددت أفقيا وعموديا، وهو كما سبق القول في أنها أدخلت مختلف النزاعات تحت مدلول النزاع القانوني.

وقد وجدت الاتفاقية الحل هنا، بأنها تجنبت وضع تعريف محدد ودقيق لمذلول عبارة التزاع القانوني، مما أعطاهم صلاحية نظر مختلف نزاعات المتعلقة بالاستثمار دون الحاجة إلى التبرير. إذا أنه لا يوجد تعريف واضح للتزاع القانوني يقيددها، ويمكن أن يتخذ حجة ضدها:

وتوسعت الاتفاقية عموديا وذلك بأنها تجاوزت المفهوم التقليدي أو المتعارف عليه لاتفاقية التحكيم.

فكيف كان هذا التوسع العمودي؟ هذا ما سيتم معالجته في المبحث الآتي.

المبحث الثالث: مكانة الإرادة في التحكيم في ظل الرؤية الجديدة لتحكيم المركز الدولي

للاستثمار:

يتميز التحكيم بنشأته الأصلية المباشرة الإرادية عبر اتفاقية التحكيم شرطا كانت أو مشاركة. لكن يبقى القانون منشأه غير المباشر، والذي رفعه الفقه الحديث إلى مستوى القانون الطبيعي من خلال الحق في الحل الوفاقي أو الحق في التحكيم. كما يبقى محلّه نفس محلّ تأهيل

القاضي، ألا وهو النهوض بالوظيفة القضائية التي هي بطبيعتها وظيفة عامة، لكنها تمثل دينا على الدولة من الدرجة الثانية بعد دين تهدئة النزاعات عبر الوفاق السلمي. فكان التحكيم الأداة الفضلى لقضاء الدين ذي المرتبة الأولى قبل المرور إلى التنازع الصدامي الأداة المفروضة لقضاء الدين ذي المرتبة الثانية.

و انطلاقا من قاعدة الاختصاص بالاختصاص رأينا كيف أن المحكم يمكنه أن يبت في عقد هو طرف فيه، والسبب في ذلك يعود إلى تجاوز المهمة القضائية للمكون العقدي، وتبعاً لذلك فلا يمكن رد ولاية المحكم إلى العقد وحده. فعلى رأي الأستاذ توماس كلاي " يمثل عقد المحكم نقطة الالتقاء القسوى بين المكونين، إنه عقد قران بين العقدي والقضائي الذي هو السمة المميزة لقانون التحكيم كله".

وقد رأينا في الباب الأول طبيعة مهمة المحكم، كما أن الفقه الفرنسي وكذلك النظم التحررية وحتى التقليدية المتحررة، انطلقت من حقيقة تفوق المكون القضائي على المكون العقدي.

والمغزى من هذا كله هو أن الإرادة ليست العنصر الرئيسي في إنشاء ولاية المحكم، وبالتالي ولاية الهيئة التحكيمية وهذا ما جعل بعض الفقه يرى إمكانية نشوء التحكيم بدون صيغة أي بدون عقد، أو بمعنى آخر تحكيم قد يكون القانون مصدره الرئيسي، أو أن الرضى يكون فيه ضمناً وليس صريحاً، وذلك بخلاف التحكيم المتعارف عليه والذي يقوم أساساً على عقد التحكيم.

وهذا ما سنقوم بتوضيحه في المراحل القادمة من هذا البحث

المطلب الأول : التحكيم بدون سند اتفاقي أو اتفاقية تحكيم:

يقصد بالتحكيم بدون سند اتفاقي ذلك النوع من التحكيم الذي يولد بدون عقد، أي يكون متحررا من الأداة التعاقدية المتمثلة في اتفاقية التحكيم أي من صياغة الإرادة في الشكل التعاقدية فالإرادة في نظر هذا الفقه⁽¹⁾ ليست بالضرورة هي عماد تأهيل المحكم، والأصل في ولايته.

ونضيف أنه لئن كانت الإرادة هي المدخل الأصلي والأساسي لنظام التحكيم سواء كمصدر مباشر للتأهيل التحكيمي، باعتبار دورها الكاشف للتأهيل القانوني غير المباشر، أو كمعيار عام للتحكيم، باعتبار أن اتجاه إرادتهم إلى إعطاء صفة القاضي للغير المحكم هو الذي يميز التحكيم عن غيره من الوسائل غير التحكيمية وعن القضاء العمومي، فإن السند الاتفاقي الكاشف المتمثل في اتفاقية التحكيم شرطا كان أو مشاركة وأيضا كانت صيغتها ليس المدخل الوحيد للتحكيم.

وقد أثارت هذه الصيغة الجديدة في التحكيم والتي ابتدعها مركز التحكيم بواشنطن عدة مسائل وكثير من علامات الاستفهام.

فهل نقصد بهذه الصيغة تحرير التحكيم من السند الاتفاقي، بمعنى تحريره من الإرادة الفردية للمحتكمين على الجملة، أم تحرير التحكيم فقط من الأداة التعاقدية المتمثلة في اتفاقية التحكيم، أي جعل التحكيم ماديا مباشرا دون عقد، فالعقد بالنسبة لأصحاب هذه الفكرة ما هو في الحقيقة إلا أداة شكلية يتم الاستعانة به للتعبير عن الإرادة، وليس هو الإرادة في حد ذاتها. فالمدافعون عن هذه الفكرة يرون أن غياب صيغة التأهيل العقدية لا يعني بالضرورة غياب عنصر الإرادة الفردية للمحتكمين، الذي يبقى قائما لكن دوره يصبح محدودا أو حياديا في عقد ولاية المحكمة التحكيمية على موضوع التحكيم خصوصا في نزاعات الاستثمار الدولية .

(1) نقصد به المدرسة الفقهية الحديثة في التحكيم والذي يعتبر الأستاذ توماس كلاي من أشهر روادها والتي تقول بتفوق القانون على الإرادة، وبالتالي حلوله محلها في الإلزام العقدي.

ولهذا كله أطلق عليه الفقهاء المؤيدين لهذا الرأي التحكيم بدون صيغة⁽¹⁾ أي بدون عقد، ورفضوا تسميته بالتحكيم الإلزامي أو الإجباري كما ذهب الفقهاء المعارضين لهذا النوع من التحكيم.

و لرد على الفقهاء المعارضين قاموا هؤلاء بتقسيم التحكيم بدون سند اتفاقي إلى نوعين، تحكيم يلجأ إليه المتخاصمون جبرا و اضطرارا، ويقصد به ذلك التحكيم المنصوص عليه قانونا، أي الذي ينشأ بمقتضى إرادة المشرع لا إرادة الأفراد، وأطلقوا عليه تسمية التحكيم الإجباري. أما النوع الثاني فهو ذلك التحكيم الذي ينشأ بإرادة الأفراد ولكن لا تلعب الإرادة الدور الرئيسي في نشأته، وأطلقوا عليه تسمية التحكيم الاختياري.

الفرع الأول: التحكيم الإلزامي أو الإجباري

يعرف الفقه التحكيم الإجباري بكونه " التحكيم الذي يوجب القانون على وجه الاستثناء اللجوء إليه لحسم نزاع"⁽²⁾ أو صنف ما من المنازعات. ويضيف الأستاذ موتلسكي إلى هذا التعريف عنصر خضوع هذا التحكيم إلى نظام سابق الوضع، وعنصر محدودية التأهيل في المسائل التي فرض من أجلها اللجوء إلى التحكيم، بما يجعل من تأهيل عضوه تأهيلا موضوعيا على غرار تأهيل المحكم في التحكيم الاتفاقي.

(1) أول من استعمل هذه العبارة هو الفقيه جون بلسون، ويرى البعض أنها غير قابلة للترجمة وقصدهم أن لا مرادف لها في غير اللغة الإنجليزية، ويمكن حسب فهم الأستاذ حسين السالمي لمقصد كاتبها اقتراح استعمال عبارة بدون صيغة، إذ المقصود هو غياب الصيغة الشكلية العقدية لاتفاقية التحكيم التي يجتمع فيها الإيجاب والقبول في مجلس العقد وليس بالضرورة غياب أي دور أو أي شكل للتعبير عن الإرادة ولا أدل على ذلك محاولة الهيئة التحكيمية في مثل هذا التحكيم إيجاد مرجع وشكل ما يعبر عن إرادة ولو افتراضية للدولة وعن رضاها بتحكيم مركز واشنطن.

(2) تعريف معجم الاصطلاح القانوني لجمعية روني كابتون، ترجمة الأستاذ حسين السالمي في كتابه التحكيم وقضاء الدولة ص333.

وقد يقول البعض أن التحكيم حتى في مدلوله اللغوي يعني الاحتكام الطوعي إلى الغير المحكم، والرضا مسبقا بقوله، والتزول عند حكمه، وبالتالي يكون الأصل في التحكيم أن يتم اختيارا ويصبح الجبر على التحكيم متعارضا مع روح التحكيم ومع حقيقة مفهومه.

ويقول الأستاذ شارل جارسون⁽¹⁾ بهذا الصدد عند تحليله للتحكيم الإجباري: " يظهر لنا أن الطابع الإرادي هو جوهر التحكيم ويؤدي إلى استبعاد كل تحكيم إجباري من مجال التحكيم". وهو يبرر هذا الإقصاء بالقول أن المنشأ الاتفاقي للتحكيم يرتب نتيجتين أساسيتين، هما:

1- اختيار المحتكمين اللجوء إلى التحكيم وتنازلهم عن قضاء الدولة.

2- أن المحتكمين هم الذين يختارون محكمهم إما مباشرة أو بصفة غير مباشرة بواسطة الغير مثل مؤسسة تحكيم أو رئيس المحكمة.

ويذهب بعض الفقه إلى إلحاق التحكيم الإلزامي⁽¹⁾ بقضاء الدولة وإدراجه ضمن المحاكم الاستثنائية. ومنهم من ألحقه بنظام التحكيم الذي عرفته دول أوروبا الشرقية التي كانت الدولة فيها تحتكر التجارة الدولية، حيث رأوا أن التحكيم في العلاقات التجارية الدولية ما هو إلا مظهر لذلك الاحتكار. وعموما يرجعون إلى كل نظام قضائي سابق الوضع ليس للأطراف الخروج عنه ويفتقر إلى أرضية اتفاقية بالنسبة للتزاعات التي وضع من أجلها، مثل نظام محكمة التزاعات الإيرانية الأمريكية.

(1) ترجمة الباحث حسين السالمي في كتابه التحكيم وقضاء الدولة لما نصه « **Le caractère volontaire de l'arbitrage nous paraît être de l'essence de l'arbitrage et conduire à une exclusion de tout arbitrage forcé du domaine de l'arbitrage** »

(1) هي المدرسة الفقهية التي ترى أن التحكيم الإلزامي لا يعد تحكيما ولو سمي كذلك، وتلحقه بقضاء الدولة الرسمي وأطلقت عليه تسمية التحكيم القضائي، ويأتي على رأس هذا الفقه الأستاذ عبد الحميد الأحمد الذي تعرض لهذه المسألة في موسوعته التحكيم الدولي، الجزء الأول، الكتاب الثاني ص 716.

وهناك من الفقه⁽²⁾ من أضاف التحكيم الإلزامي الداخلي، والذي كان أيضا من خصائص نظام تحكيم الدول الاشتراكية، وكان يتمثل في ذلك التحكيم الذي كان يتم بين المصالح الحكومية والمؤسسات العامة في النزاعات التي تحصل بينها عند تنفيذ المشاريع العامة، فكان أقرب لكونه قضاء خاصا، منه إلى التحكيم . فالخلاف يحال حتما، وبدون تراض، إلى محكمة تحكيمية " دائمة" فيها محكمون دائمون وفيها محكمون يختارهم أطراف النزاع. فكان تحكما هجيناً ولكنه كان دائما تحكما داخليا. وحتى الدول الأوروبية، التي أوجدت في حالات استثنائية تحكيمات إلزامية، اعتبرت أن اللجان التحكيمية هي هيئات قضائية وأن الموضوع داخلي بحت. وكانت أفضل تسمية لهذا التحكيم تلك التي أطلقها المشرع الكويتي وهي تسمية التحكيم القضائي لوزارة العدل.

أما في الدول العربية فقد عرفت الجزائر هذا النوع من التحكيم سنة 1971 عندما أخضع المشرع الجزائري المنازعات بين الشركات الوطنية للتحكيم، ثم مد النطاق سنة 1975⁽³⁾ إلى كافة المؤسسات التي تملكها الدولة أو تملك أكثرية رأسمالها. واعتبرت خاضعة لهذا التحكيم النزاعات الخاصة بالحقوق المالية أو عقود التجهيز أو الأشغال أو الخدمات، على أن يكون النزاع بين المؤسسات الاشتراكية أو بين وحدات الإدارة الذاتية الزراعية أو الصناعية أو بين تعاونيات المجاهدين القدماء أو تعاونيات الثورة الزراعية أو الشركات المختلطة التي تكون الدولة مالكة أكثريتها، أو المؤسسات حين يكون لها التزامات لها علاقة بالمالية العامة سواء كانت شركات وطنية تجارية أو شركات مدنية.

(2) عبد الحميد الأحمد المرجع السابق، ص 705 .

(3) المرجع السابق، ص 707.

ولم يكن التشريع الكويتي سابقا لوضع هذه التسمية، وإنما سبقه إليها فقه القضاء الفرنسي القديم والذي أعلنته الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1838/3/15 عندما أعطت التحكيم الإجباري في فرنسا حكم القضاء العدلي⁽¹⁾.

ويقول الأستاذ موتلسكي⁽²⁾ إنه كان كذلك الموقف الذي تبناه عموم فقهاء القانون الدولي الخاص من أصحاب النظريتين العقدية والقضائية، معتبرين أن التحكيم الإجباري الذي يجري وفق قانون أجنبي لا يجب اعتباره تحكيما وفق التصور الفرنسي.

أما في إيطاليا⁽³⁾ فقد ارتفع الجدل إلى مستوى دستورية هذا الصنف من التحكيم، إذ قضت المحكمة الدستورية الإيطالية بتاريخ 1977/7/14 بعدم دستورية التحكيم الإجباري لمخالفته أحكام المادة 24 من الدستور الإيطالي التي تضمن للمواطن حق اللجوء إلى محاكم الدولة

وهو موقف طريف إذ يعتبر التحكيم الإجباري تحكيما وفي نفس الوقت يخرج عن قضاء الدولة ويجعل من خروجه سببا لبطلانه لمخالفته مبدأ دستوريا.

لكن الرأي الغالب في الفقه وفقه القضاء الحديث وحتى الواقع القانوني الوضعي يجعل من التحكيم الإجباري تحكيما، ويجري عليه نظام وقواعد التحكيم العامة، على اعتبار أنه من جهة، لا يغيب فيه دور الإرادة بصفة مطلقة، ومن جهة أخرى، لأنه يعتبر ضرورة للتجارة والاستثمار، وذلك لغياب محاكم عمومية دولية⁽¹⁾.

ويقول بهذا الصدد الأستاذ موتلسكي: "يمثل التحكيم الإجباري حقيقة تحكيما بالمعنى الفني، ويحتفظ القرار الذي يتولد عنه بطبيعة القرار التحكيمي". ويبرر رأيه بأننا نبقي فيه بصدد محكمة

(1) الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 335.

(2) المرجع السابق، ص 335.

(3) المرجع السابق، ص 335.

(1) هذا ما يعتقدده الأستاذ الحسين السالمي في كتابه التحكيم وقضاء الدولة، ص 335.

خاصة، لأن الأفراد الذين يكونونها يقتصر تأهيلهم على النزاعات التي تدخل ضمن حدود تأهيلهم الذي هو تأهيل موضوعي وفق منظوره. لذلك اعتبر موتلسكي وأتباع نظريته في التأهيل التحكيمي من الذين يعتمدون على معيار الإرادة من خلال التأهيل الموضوعي لإخراج التحكيم الإجباري من قضاء الدولة وإبقائه ضمن دائرة التحكيم.⁽²⁾

وقد استقر فقه القضاء الفرنسي الحديث في نفس الاتجاه إذ أكدت محكمة التعقيب الفرنسية في مناسبات عدة أن قواعد مجلة المرافعات المدنية الفرنسية المتعلقة بالتحكيم العادي تنطبق على التحكيم الإجباري⁽³⁾.

ويجمع الأستاذ علي عوض حسن⁽⁴⁾ بين معايير دور الإرادة والتركيبية المزدوجة لهيئة التحكيم والفائدة العملية ثم المشروعية القانونية الوضعية، للقول بمحافضة التحكيم الإجباري على طابعه التحكيمي حيث كتب: "... لكن هذا القول (الأصل في التحكيم أن يكن اختياريا) وإن كانت له وجهته، إلا أنه يبقى أن التحكيم الإجباري كطريق يتعين سلوكه، له فائدته العملية متى كانت هيئة التحكيم مشكلة برئاسة عضو قضاء، وذلك باحتمال إنهاء النزاع في وقت قصير فضلا عن أن مشروعية التحكيم الإجباري وإن كانت مستمدة من نصوص القانون ذاته إلا أن الواقع في جميع أنواع التحكيم الإجباري، أن هيئات التحكيم لا تتكوّن من عنصر قضائي بحت وإنما يشترك مع القضاء ممثلون عن الأطراف المتحاكمة وهو ما ينتهي إلى عدم إهدار إرادة المتنازعين كلية وإنما يكون لها دور فعال في أعمال هيئات التحكيم الإجباري".

(2) الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 336.

(3) المرجع السابق، ص 336.

(4) علي عوض حسن: التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،

2001، ص 291.

وهكذا يكون الولوج إلى التحكيم ولوجا مباشرا دون المرور بالصيغة العقدية، أي دون اتفاقية تحكيم، لكن كذلك دون تغييب الإرادة كلية ودون إخراج المحكم ولو كان عضوا عموميا عن نظام المحكم القاضي، ودون إخراج قضاؤه عن نظام القضاء التحكيمي.

ولعل هذا الصنف من التحكيم يمكن أن يعد تعبيرا عن حقيقة التحكيم كمؤسسة موضوعية على ذمة من يريد الاستنجاد بها، سواء كان دولة أو مجموعة دولية كما في التحكيم الإلزامي، أو حتى في التحكيم القضائي، أو كان الخواص بإرادتهم الحرة والتي قلنا أن دورها كاشف فقط للولاية التحكيمية في التحكيم الاتفاقي، سواء كان مؤسسيا أم حرا.

رأي الأستاذ عبد الحميد الأحذب في التحكيم الإلزامي :

يرى الأستاذ عبد الحميد الأحذب وبخلاف كثير من الفقهاء أن التحكيم الإلزامي الدولي⁽¹⁾ أو الإلزامي هو عبارة عن تحكيم قضائي بحت ولا علاقة له بالتحكيم التجاري الدولي ويقول في ذلك: "وكما هو واضح من قوانين التحكيم الإلزامي في البلدان العربية والتي عدلتها أكثر هذه الدول للعودة إلى التحكيم الاختياري فإن هذا التحكيم هو داخلي محض ولا علاقة له بالتحكيم الدولي وإن الطبيعة القانونية لهيئات التحكيم الإلزامي هي قضائية محضة وبالتالي فهو قضاء وليس تحكيم".

الملاحظ على هذا الرأي أنه ينفي صفة التحكيم بالجملة وبالكلية عن التحكيم الإلزامي، ويراه قضاء وليس تحكيما، ويبرهن على ذلك بطبيعة الهيئات التي تفصل في المنازعات الخاصة بهذا التحكيم، فهو يراها هيئات قضائية بحتة، ولا تلعب الإرادة أي دور في تشكيلها، واستدل أيضا بأن هذا النوع من التحكيم أوجدته الدول من أجل الفصل في منازعات ذات طبيعة خاصة، يتعلق بالأساس في الفصل في المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أطرافها جزءا منه.

(1) انظر في استخدام هذا المصطلح: عبد الحميد الأحذب: التحكيم الإلزامي الدولي: مجلة التحكيم العربي، العدد الخامس، يناير 2002، ص 63.

الفرع الثاني : التحكيم الاختياري:

لقد سبق الحديث عن مقارنة التحكيم وقضاء الدولة، ووصلنا إلى نتيجة مفادها أن الإرادة الفردية أصبحت مجرد معيار تعريف وتوصيف للتحكيم باعتبارها مصدر تأهيل التحكيم المباشر من جهة، ووعاء السيادة التحكيمية من جهة أخرى. وقد ذكرنا سابقا أن القانون يعد المصدر غير المباشر للتأهيل التحكيمي والإطار الحقيقي للسيادة التحكيمية من خلال تكريسه للحق في التحكيم وحريته، وضبطه للنظام الأفقي للقاضي والقضاء معا.

وهذه الحقيقة التي انعكست على مستوى التحكيم الإجباري بإقصاء الصيغة الشكلية للإرادة التحكيمية، قد أصبحت أكثر رسوخا في التحكيم الاختياري، سواء في وجود صيغة الرضا التحكيمي وبالتوافق مع إرادة الأطراف، أو في غياب تلك الصيغة أو بتجاوز إرادة أحد المحكمتين كما في ظهر ذلك في تحكيم سيردي . ومن هذه التقدمة تبرز أهم خصائص التحكيم الاختياري وفق المدرسة الفقهية الحديثة وهي كالآتي:

1- محدودية دور الإرادة كمصدر مباشر لتأهيل المحكم.

لقد تكلمنا في بداية هذا البحث عن رؤية أصحاب المدرسة الذاتية الخالصة في التحكيم والتي تتمثل في: يعد التحكيم في فكر فقهاء هذه المدرسة في أنه الأداة التي تفرضها المقتضيات والضرورة البراغماتية للتجارة الدولية، باعتباره الأداة الأكثر ملائمة للعلاقات الاقتصادية الدولية، ما يجعله مفروضا على الإرادة التي يبقى دورها مساندا فقط نظرا لأنها تمكن من خرق السيادة الوطنية وتعويضها بحرية التحكيم المطلقة.

أما الذاتية الحضارية⁽¹⁾، فتقول بأن لا تحكيم بلا استقلالية ولا استقلالية بدون استقلال عن العقد وعن القضاء معا لأن التحكيم غير العقد وغير القضاء مجتمعين أو منفصلين باعتباره مجرد

(1) هو مصطلح حديث أدخله الأستاذ أحمد حشيش إلى القاموس القانوني العربي في كتابه: طبيعة المهمة التحكيمية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، وخلاصة هذه العبارة هي أن الفقيه يرى أن التحكيم هو " بكر أبكار الحضارة في فجرها

تقنية للحياد عند الأستاذ أحمد حشيش، وتقنية لتطبيق القانون الطبيعي في مفهومه الحديث عند الأستاذ روني دافيد.

أما في نظام التحكيم الإسلامي فإن المحكم المعين من الأطراف والذي يميزه القاضي المأذون من ولي الأمر أو نائبه الذي ولاه بالإنابة عنه، يعتبر بدوره نائبا عن السلطان في التحكيم، ويكون حكمه ملزما وماضيا في حق المحكمتين بنفس إلزام الحكم القضائي. ويكون الأطراف ملزمين بالتزول عند حكمه والإذعان له باعتبار ولاية المحكم الإسلامي ولاية شرعية. وهذا الحكم كرسته المادة 1847⁽²⁾ من مجلة الأحكام العدلية العثمانية، تنظيرا بالقاضي على معنى المادة 1705⁽³⁾ من ذات المجلة. كما إنه إذا كان المحكمون مأذونين بالتحكيم فلهم تحكيم غيرهم عملا بأحكام المادة 1845⁽⁴⁾ من مجلة الأحكام العدلية .

كما يجوز في نظام التحكيم الإسلامي أن ينتصب المحكم بدون سند اتفاقي سابق، بمعنى أن ينظر أحد ما نزاعا بين طرفين دون أن يحكماه فيه ثم رضيا بذلك وأجازا حكمه، فإن قضاءه يعد نافذا ويلزمهما إلزاما قضائيا، وهو حكم المادة 1851⁽¹⁾ من مجلة الأحكام العدلية كذلك.

أما في النظم الوضعية الحديثة⁽²⁾ فقد قلنا سابقا، أنها لئن لم تستبعد دور الإرادة الأصلي والأساسي في إنشاء التأهيل التحكيمي، فإنها جعلتها لا تستقل بإنشاء التأهيل التحكيمي، وبالتالي

الأول، ورمز من رموزها الدائمة عبر العصور، وليس القضاء سليله، وإنما التحكيم هو أصل مبدأ الغيرية والحيادة في المجال الإجرائي".

(2) تنص المادة 1847 من مجلة الأحكام العدلية: "لكل من الطرفين عزل المحكم قبل الحكم ولكن إذا حكمه الطرفان

وأجازه القاضي المنصوب من قبل السلطان المأذون بنصب النائب يكون بمثابة نائب القاضي حيث قد استخلفه".

(3) تنص المادة 1705: "للقاضي إذا كان مأذونا بنصب وعزل النائب أ، ينصب آخر نائبا عنه وأن يعزله وإذا لم يكن

مأذونا فليس له عمل ذلك ولا يعزل نائبه بعزل أو موت القاضي، بناء عليه إذا توفي القاضي فلنائبه أ، يستمع الدعاوى

التي تقع في ذلك القضاء ويحكم بما إلاي أن يأتي قاض غيره".

(4) تنص المادة 1845: "إذا كان المحكمون مأذونين بالتحكيم فلهم تحكيم آخر".

(1) تنص المادة 1851: "إذا فصل أحد في الدعوى الواقعة بين شخصين بدون أن يحكم في ذلك ورضي الطرفان بذلك

وأجازا حكمه ينفذ حكمه".

لا تستقل بضبط ولاية المحكم. فقد غلبت المكون القضائي على المكون العقدي وغلبت القانون على الإرادة، بأن جعلته سابقا لها في إنشاء التحكيم كمؤسسة وفي الترخيص في اللجوء إليه كأداة للتنازع، بل أنها أصبحت ترجع الولاية التحكيمية بكاملها إلى منشئ لا وطني فوق دولي طليق، يكرسه مبدأ الحق في تهدئة النزاعات بالحل الوفاقي، ومبدأ الحق في التحكيم، الذي استحال إلى حرية من الحريات العامة "حرية التحكيم" التي تعد جزءا من الأصل العام ألا وهي الحق في اللجوء إلى القضاء التي تكرسها المواثيق الدولية ومنها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

وقد كتب الأستاذ برينو أوبيتي⁽³⁾ في هذا الإطار وعند مقارنته بين قضاء الدولة والقضاء التحكيمي قائلا: " يجب تأمل العدالة كظاهرة كونية... لكن بإدراجها ضمن التنظيم المؤسسي للمجتمع اكتسبت بحسب الدولة المعنية خصوصية نسبية واستقلالية متفاوتة إزاء الدولة، وهي خصوصية وظيفية بدرجة متفاوتة، وتلاؤما نسبيا مع وسائل أخرى لحل النزاعات مثل التحكيم". وهذا ما دعاه إلى التأمل في مفهوم العدالة وتوزيعها بين القضائين، الذي انتهى به إلى تأكيد التقائهما على مستوى السلوك من خلال سلوكية مشتركة يجمعها مفهوم المحاكمة العادلة، وعلى المستوى المؤسسي الوظيفي حول تصور مشترك للعدالة الذي وحده يفسر الالتقاء بين القضائين، وعلاقة الثقة التي تعكسها المساعدة التي لم ييخلل بها القاضي على المحكم في أي وقت، والروح التحررية التي طبعت رقابة القاضي على القرار التحكيمي، أيا كان الاختلاف في تنظيم أو في سير القضاءين، كي يخلص في النهاية إلى القول بأن ثنائية المشروعية مع وحدة السلوكية والغاية، تنوع الأدوات والوسائل، مع الوحدة الوظيفية، التوازي مع الالتقاء: كذلك تبدو لنا حقيقة قضاء الدولة والقضاء التحكيمي".

(2) وعلى رأسها النظام القانوني التحكيمي الجديد.

(3) التحكيم وقضاء الدولة، المرجع السابق، ص 347.

لكن الالتقاء الذي ثبت رغم توازي القضاة هو في آن واحد على حساب الإرادة القانون
معا، فإرادة المحكمين لها مجرد دور مباشر كاشف لإرادة القانون، لكن القانون ليس في مفهومه
الوضعي الدولي الشكلي وإنما هو القانون في مفهومه العام الأفقي المشترك، والذي يحدد النظام
الأفقي للقاضي وللعدالة، ويجويه مفهوم المحاكمة العادلة كما يقول الأستاذ أوبي.

وهذا الاشتراك هو الذي يفسر في نظر فقهاء المدرسة الحديثة للتحكيم رغبة الأطراف في
القضاة الحصول على حكم يرون أنه كي يكون عادلا، يجب أن يكون متحررا من القانون
ويتزع إلى الأخذ بقواعد ومبادئ وقيم العدالة المثالية وبمقتضيات الإنصاف، أي متحرر من القانون
الوطني التحكيمي وناطقا باسم القانون الأفقي الطبيعي.

ولقد عبر الأستاذ موتلسكي⁽¹⁾ عن هذه الفكرة ولكن بشكل أوضح بقوله: " من أن التحكيم
ذو منشأ إرادي لكنه يمكن أن يكون خارج إرادة الأطراف، فهو ذو أساس عقلائي لأنه خيار تمليه
الثقة التي تفسر في رأيه النفاذ التلقائي والطوعي للحكم التحكيمي.

2- تجاوز دور الإرادة في نشأة تأهيل المحكم. التحكيم بدون صيغة:

يجد تصور العدالة التحكيمية المتحررة من صيغة شكلية اتفاقية لتبادل الرضا بالتحكيم مصداقه
في ما أصبح يطلق عليه في مجال نزاعات الاستثمار الدولية بالتحكيم بدون اتفاقية تحكيم، أو
بالأحرى بدون صيغة. وهو يتعلق أساسا بما آل إليه التحكيم وفقا لمنظور مركز التحكيم بواشنطن
"سيردي". الذي تنظمه اتفاقية واشنطن لسنة 1965.

فقد أصبحت الدولة المضيفة للاستثمار في ظل هذا المنظور تخر إلى التحكيم قسر إرادتها.

وهذا ما سوف نتناوله في المطلب الآتي :

(1) حسين السالمي، المرجع السابق، ص 348.

المطلب الثاني : تطبيقات التحكيم وفق رؤية مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار

(سيردي): لقد أحدث مركز التحكيم بواشنطن ثورة حقيقية في التحكيم التجاري الدولي، وتكمن هذه الثورة في الفلسفة التي انطلق منها المركز عندما استحدث بدعة التحكيم بدون صيغة أو بدون عقد، فلم يسبق للتحكيم التجاري الدولي أن تعرض لمثل هذه الهزة، فجميع التطورات التي أدخلت على معادلة التحكيم كانت تتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم أو الانتقال من تحكيم الأفراد إلى تحكيم المؤسسات، لكن لم يحدث أن ثار جدل فقهي حول مسألة مكانة الإرادة ودورها في نشأة مؤسسة التحكيم، وذلك بغض النظر عن طبيعتها، حتى عندما ثار الجدل حول مسألة طبيعة التحكيم هل هي قضائية أم عقدية، تم التوصل إلى نتيجة مفادها أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة. وحتى وإن احتدم الخلاف بين الفقهاء في هذه المسائل فقد ظلت مسائل فلسفية لم ير أثرها على أرض الواقع. لكن ما أحدثه مركز التحكيم بواشنطن هو أنه جسّد فكرة قيام التحكيم دون عقد، ورغم الحجج التي ساقها المدافعون عن هذا الاتجاه، فإن أهمها تمثل في أنه ينبغي النظر إلى الغاية التي من المفروض أن يتم الوصول إليها من اللجوء إلى التحكيم، ولا ينبغي الالتفات إلى الوسائل المستعملة للوصول إلى هذه الغاية، فقد اعتمدت المدرسة الفقهية التي تبنت هذا الرأي على خمسة عناصر متى ما توافرت فنكون حينئذ أمام عدالة تحكيمية، و كل ما عداها هو مجرد تفاصيل ثانوية يمكن الاستغناء عنها أو استبدالها أو تحريكها، والعناصر الخمسة تتمثل في:

- أن التحكيم أداة لحل خلاف حول مسألة قانونية .

- أن هذه الأداة موكولة إلى غير محايد.

- أن هذا الغير المحايد يعطي رأيا خاصا به يهدف إلى حل الخلاف حول المسألة الموكولة إليه.

- أن مبدأ الغيرية المحايدة والغاية من الوظيفة التحكيمية يقتضيان أن يكون رأي المحكم ملزما

لأطراف الخلاف:

- أن الإلزام الكفيل بإنهاء الخلاف وتحقيق مصلحة المحكّمين خصوصاً في مجال التجارة الدولية حيث تغيب الولاية العمومية والنفاذ السلطاني لقضاء الدولة، يقتضي استقلالية مزدوجة للتحكيم: استقلالية عن إرادة الأطراف ولو كانت مصدر ولايته المباشر، واستقلالية عن سلطة القاضي مهما كان الاشتراك بينه وبين المحكم في الوظيفة.

فالتحكيم عند هؤلاء أداة عملية مسخرة لخدمة العدالة لا غير.

لكن الإشكال الذي ثار هنا هو ما هي المرتكزات القانونية التي أقام عليها أصحاب هذه الفلسفة نظريتهم. لأن التحكيم إن لم يوجد في إطار اتفاقية تحكيم فأنى له أن يوجد؟. أو كيف ينعقد الاختصاص للغير المحايد دون عقد؟.

الفرع الأول: انعقاد الاختصاص للغير المحايد أو المحكم بناء على التأهيل المباشر.

تشرط المادة 25 من اتفاقية واشنطن لانعقاد الاختصاص التحكيمي لمركز واشنطن للتحكيم وجود اتفاق خاص بالتحكيم يأخذ شكل شرط تحكيمي سابق أو اتفاق تحكيمي لاحق يوثق رضا الدولة والمستثمر معاً باللجوء إلى تحكيم المركز في نزاع معين ومحدد. وتشرط المادة 25 أن تكون هذه الموافقة ضمن وثيقة مكتوبة.

يعتبر هذا الشرط المذكور في المادة 25 من الاتفاقية المسلك الوحيد من أجل انعقاد الاختصاص التحكيمي لمركز واشنطن، ولا يوجد مسلك آخر الذي ذكر، لكن المحكّمين داخل سيردي وجدوا صيغة جديدة من أجل التحايل على هذه المادة.

- وتقوم هذه الصيغة على افتراض قبول الدولة المضيفة بتحكيم المركز من مجرد مصادقتها على اتفاقية واشنطن التي أنشأتها، أو من إمضاءها اتفاقية ثنائية لحماية الاستثمار، أو حتى بموجب إصدارها نصاً تشريعياً يبيح للدولة اللجوء إلى تحكيم المركز⁽¹⁾، بل وذهب فقه القضاء التحكيمي

(1) فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، دار الفكر الجامعي، 2010، ص 231.

لمركز سيردي أكثر من ذلك حين اعتبر أن هذا القبول المفترض قد يقوم حتى بموجب اتفاقيات الاستثمار المتعددة الأطراف. فمجرد وجود نص يشير إلى تحكيم المركز إما في تشريع وطني للاستثمار في الدولة المضيفة أو في اتفاقية الاستثمار، وذلك إذا ما لجأ المستثمر الأجنبي إلى طلب التحكيم أمام المركز. وذلك استناداً إلى أن التراضي غير معدوم في هذه الحالة، لأن الدولة في نظر هذا الفقه حين نصت في تشريعها الوطني أو في اتفاقية استثمار على إحالة نزاعاتها مع المستثمرين الأجانب إلى تحكيم سيردي فإنها تكون قد أعطت موافقتها ورضائها مرة واحدة في قبول منح الولاية التحكيمية لمركز التحكيم بواشنطن، وبلجوء المستثمر الأجنبي إلى طلب التحكيم أمام المركز فيحصل عند ذلك التلاقي بين العرض والقبول، لأن المستثمر في دعواه يعلن قبول عرض الدولة المضيفة الوارد في تشريعها الوطني أو في اتفاقية الاستثمار فيكون التراضي قد تم. وذلك استناداً إلى أن تقرير المديرين التنفيذيين يرى أن الاتفاقية لا تفرض أن يتم التراضي في عمل قانوني واحد لكي ينعقد الاختصاص للمركز بنظر النزاع، حيث يمكن للدولة أن تعطي موافقتها إما في شكل نص قانوني يرد في تشريعاتها الداخلية أو في شكل اتفاقية دولية للاستثمار.

وحوصلة هذه العملية هو أن المديرين التنفيذيين للمركز استحدثوا بدعتين قانونيتين الأولى تتمثل في تفكيك الاتفاق الخاص وعدم الاشتراط أن يكون مدرجا ضمن وثيقة واحدة، أي أن يكون القبول في وثيقة و الإيجاب في وثيقة أخرى. والثانية تكمن في عدم اشتراط صيغة عقدية معينة للإيجاب والقبول. فقد يحصل قبول الدولة بالتحكيم في اتفاقية ثنائية لحماية الاستثمار، كما قد يحصل في اتفاقية متعددة الأطراف، كما قد يتم بمقتضى نص تشريعي داخلي.

ويذهب بعض الفقه إلى تفسير هذه الصيغة بنظرية القبول المفتوح⁽¹⁾، بمعنى أن الدولة التي تصادق على اتفاقية واشنطن أو تمضي اتفاقاً ثنائياً لحماية الاستثمار أو تصدر قانوناً يبيح لها اللجوء إلى التحكيم تكون قد أعطت قبولاً مفتوحاً وممتداً في الزمن بعرض ما ينشأ بينها وبين المستثمر

(1) فؤاد محمد طالب، المرجع السابق، ص 232.

الأجنبي -أيا كانت صفته، وأيا كانت طبيعة العقود الاستثمارية- من نزاع على تحكيم المركز كلما طلب هذا الأخير عرض النزاع عليه. وهو ما رأى فيه البعض تنفيها لرضى الدولة، في حين اعتبره البعض الآخر افتراضا لرضى وهمي لم يولد أصلا، أما الشق الثالث فوجد فيه إقصاء كليا لرضى الدولة في تحكيم أحادي الجانب يمثل قضاء دوليا مكتمل الولاية، ورأي فيه شق رابع بأن هذا النوع من التحكيم ما هو إلا تحكيم ابتكره المستثمرون أنتج ما يسمى محاكم مختلطة عاد فيها قضاء الأغنياء يحاكم الدول الفقيرة المضيفة للاستثمارات⁽²⁾.

وجدير بالذكر أنه خلال العقدين الأولين من حياة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كان تحكيما المركز ملتزما بالنص الحرفي للمادة 25 الفقرة الأولى من اتفاقية واشنطن لسنة 1965، فلم يكن ينعقد الاختصاص التحكيمي للمركز إلا بموجب اتفاقية تحكيم شرطا كانت أو مشاركة. ولم يخرج عن هذا النص قيد أنملة.

إلا أنه ابتداء من سنة 1984 عرف المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الحدث الأبرز في تاريخه، والمتمثل في انتزاع الولاية التحكيمية للمركز انطلاقا من نص قانوني يوجد ضمن تشريع استثمار وطني وقد كان ذلك في قضية هضبة الأهرام⁽³⁾.

- ففي هذه القضية تقدمت شركة Southern Pacific Properties Limited بطلب للتحكيم أمام المركز الدولي لمنازعات الاستثمار ليتولى حل نزاعها مع الحكومة المصرية بغرض إلزامها بدفع التعويض نتيجة لقيامها بإلغاء مشروع هضبة الأهرام.

وقد استند طلب التحكيم إلى المادة الثامنة من قانون الاستثمار المصري رقم 43 لسنة 1974 والتي تنص على أنه: تتم تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي

(2) هذا رأي أنصار المدرسة التي ترى أن التحكيم لا يمكن أن يقوم بدون اتفاقية تحكيم، وبالتالي فإن هذا النوع من

التحكيم ما هو في الحقيقة إلا قضاء أجنبي يفرض على الدول المضيفة للاستثمارات

(3) للإحاطة بمزيد من تفاصيل هذه القضية ارجع إلى الصفحة 155 من هذه الأطروحة.

يتم الاتفاق عليها مع المستثمر أو في إطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر أو في إطار اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى التي انضمت إليها جمهورية مصر العربية بموجب القانون رقم 90 لسنة 1971 في الأحوال التي تسري فيها.

وقد دفعت الحكومة المصرية بأن الفقرة المتعلقة باتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار غير كافية بذاتها، بمعنى أنه لا بد من وجود اتفاق مستقل مع المستثمر. حيث ترى أن القانون رقم 43 لسنة 1974 هو قانون غامض وغير صريح فيما يتعلق بقبول التحكيم بموجب اتفاقية المركز، والهدف من المادة يعنى به التنويه إلى أن تحكيم المركز يعتبر واحدا من عدة طرق أخرى يمكن الاحتكام إليها بعد الاتفاق مع الحكومة المصرية.

وقد رفضت هيئة التحكيم فكرة أن المادة الثامنة لا تعني إلا مجرد التلميح إلى رغبة الحكومة المصرية المبدئية في التفاوض على اتفاق قبول، إذ لا يوجد في التشريع ما يلزم بوجود مظهر أو شكل إضافي للقبول بتحكيم المركز. وأعلنت أنه: "على أساس الاعتبارات السابقة، فإن الهيئة ترى أن المادة الثامنة من القانون رقم 43 تضع عددا من الإجراءات الملزمة لفض النزاع، وتمثل قبولا كتابيا صريحا بتحكيم المركز، وذلك حسبما ورد في اتفاقية واشنطن فيما يتعلق بتلك الحالات التي لم يتم الاتفاق فيها على طريقة محددة لتسوية النزاع أو التي لا يوجد بشأنها معاهدة ثنائية ملزمة". ونظرا لأن الطرفين المتنازعين لم يتفقا على وسيلة محددة لفض النزاع كما لم تبرم بينهما أية اتفاقيات ثنائية، فإن هيئة التحكيم ترى: "أن المادة الثامنة من القانون رقم 43 لسنة 1974 كافية لإثبات مشروعية الإحالة إلى المركز لتسوية النزاع".

وقد عدت هذه القضية بمثابة الأرضية التي انطلق منها المركز من أجل توسيع ولايته التحكيمية، وابتداء نظام تحكيمي جديد لا يقوم على الاتفاق التحكيمي بالمعنى التقليدي.

ثم بعد ذلك أصبح المركز الدولي يستند في توسيع اختصاصه إلى اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي يتضمن معظمها شروطاً لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بين دولة عضو في الاتفاقية ومستثمر من رعايا الدولة الأخرى الطرف في الاتفاقية، وفي معظم هذه الاتفاقيات تتم الإشارة إلى واحد أو أكثر من أشكال التحكيم التي يديرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ومنها التحكيم بموجب اتفاقية المركز لعام 1965 والتحكيم بموجب قواعد التسهيلات الإضافية التابعة للمركز، حيث تعبر هذه الشروط عن قبول كلتا الدولتين الخضوع لتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

ومن هذا القبيل ما نصت عليه المادة السابعة من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الجزائر وقطر⁽¹⁾ الفقرة الثانية من أنه: "إذا لم يتم تسوية هذا النزاع خلال مدة ستة (6) أشهر اعتباراً من تاريخ إثارته كتابة من قبل أي من طرفي النزاع، تتم إحالته بناء على طلب أي من الطرفين إلى التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الذي أنشئ بمقتضى الاتفاقية الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار الناشئة بين الدولة ومستثمري الدول الأخرى والموقعة في واشنطن بتاريخ 18 مارس 1965م.

ومما لا شك فيه أن تلك الشبكة الهائلة من اتفاقيات الاستثمار الثنائية، وما ورد بها من قبول للتحكيم بموجب اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، قد أدى إلى فتح الباب على مصراعيه للولاية التحكيمية للمركز، فقد غدا الأفراد والشركات يلجئون مباشرة للتحكيم ضد الدولة دون حاجة إلى اتفاق تحكيم مسبق أو في الحقيقة أية علاقة تعاقدية أخرى، حيث اعتبر أن مجرد الإشارة إلى تحكيم المركز في أية اتفاقية ثنائية فإن ذلك يعد كافياً من أجل منح الاختصاص للمركز في أي نزاع يطرح أمامه.

(1) تم المصادقة على الاتفاق بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ودولة قطر الموقع بمدينة الدوحة بتاريخ 11 جمادى الثانية عام 1417 الموافق ل 24 أكتوبر سنة 1996 ، بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 97- 229 المؤرخ في 18 صفر عام 1418 الموافق ل 23 يونيو سنة 1997 العدد رقم 43

ولقد لوحظ أنه في السنوات الأخيرة من العقد الماضي، وبالتدقيق منذ 1998 أن التحكيم المستند إلى الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف وقوانين الاستثمار الوطنية قد أصبح هو القاعدة، والتحكيم المستند إلى اتفاقية التحكيم قد غدا هو الاستثناء، فقد أصبح المركز يسجل قضية في كل شهر، وأكثر من ثلاثة أرباع هذه القضايا الجديدة قد تم رفعها من قبل المستثمرين بدون اتفاقية تحكيم بالمفهوم التقليدي المتعارف عليه وإنما استنادا إلى الشروط الواردة في اتفاقيات الاستثمار، فقد سجل المركز في سنة 2003 ثلاثة وستون (63) قضية منها 47 قضية منحت الاختصاص للمركز بمقتضى اتفاقيات الاستثمار.

ويعتبر الحكم الصادر في النزاع بين شركة المنتجات الزراعية المحدودة AAPL وجمهورية سريلانكا⁽¹⁾ أول حكم يمنح الولاية التحكيمية استنادا إلى وجود نص في اتفاقية استثمار يجيل إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. وخلاصة هذه القضية تكمن في أن شركة AAPL من هونغ كونغ والتي كانت مؤجرة لبريطانيا في ذلك الوقت تقدمت بطلب تحكيم إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في 8 يوليو 1987 من أجل إلزام جمهورية سريلانكا بدفع تعويض عن الأضرار التي أصابها من جراء الدمار الذي وقع للمنشآت الخاصة نتيجة للعمليات العسكرية التي قامت بها القوات السريلانكية ضد المتمردين .

وقد أسست شركة AAPL طلبها في اللجوء إلى تحكيم المركز على الاتفاقية الثنائية المبرمة بين المملكة المتحدة وسريلانكا سنة 1980 والتي نصت في المادة 8 الفقرة الأولى منها على أنه: "على كل دولة متعاقدة الموافقة على إحالة أي نزاع قانوني ينشأ بين أي طرف متعاقد ورعايا أو شركة تابعة لطرف المتعاقد الآخر بشأن استثمار الأخير في إقليم الطرف الأول إلى التحكيم وفقا لقواعد المركز".

⁽¹⁾بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 174.

وقد انتهت هيئة التحكيم إلى قبول اختصاصها بنظر النزاع، حيث اعتبر المحكمون أنفسهم مختصين على الرغم من عدم إبرام أي اتفاقية تحكيم بين المستثمر ودولة سريلانكا، وأسسوا حكمهم على اتفاقية الاستثمار الثنائية التي تضمنت موافقة الدولة العضو في الاتفاقية على الالتجاء إلى التحكيم وفقا لقواعد المركز الدولي، وهو ما يمثل إيجابا من قبل الدولة بالموافقة على تحكيم المركز التقى بقبول المستثمر الأجنبي عند تقديمه طلب التحكيم مما شكّل عنصر الرضا المتطلب لانعقاد الاختصاص لهيئات تحكيم المركز

وقد أثار هذا الوجه للولاية التحكيمية لمركز سيردي نزاحما في الاختصاص بين قضاء الدولة المعين بالشرط التحكيمي الخاص المدرج بعقد الاستثمار وقضاء المركز. وتضارب فقه القضاء التحكيمي لمركز سيردي حول هذا النزاع بين مواقف ثلاثة: الأول يقر علوية وأفضلية ولايته التحكيمية على أساس معاهدات حماية الاستثمار على ولاية محاكم الدولة المضيفة للاستثمار على أساس عقد الاستثمار، والثاني يعطي الأفضلية للاختصاص المسند لقضاء الدولة على أساس عقد الاستثمار، أما الثالث فيميز بين الدعاوى المؤسسة على اتفاقية دولية للاستثمار والتي تكون من اختصاص المركز والدعاوى المؤسسة على الالتزامات التعاقدية أي على عقد الاستثمار والتي تعطى فيها الأولوية لقضاء الدولة المعين بالشرط التعاقدية الخاص.

لكن إذا كانت الولاية التحكيمية المستندة إلى العقد ولاية غير مباشرة إذ تفترض شرطا تحكيميا يعطي الاختصاص للمركز، فإن ولايته المستندة إلى التزامات الدولة القانونية الدولية المتعلقة بحماية معاقدها المستثمر أصبحت ولاية مباشرة دون سند تعاقدي.

وقد ظهر هذا التذبذب في فقه القضاء التحكيمي للمركز من خلال سلسلة سوابق تحكيم

شهيرة:

الأولى:(1) سابقة فيفندي الفرنسية ضد دولة الأرجنتين في حق إحدى مقاطعاتها وهي مقاطعة "توكومان" الصادر فيها حكم تحكيمي بتاريخ 21 نوفمبر 2000 ، والتي كان موضوعها طلب إلزام هذه المقاطعة بأن تؤدي للشركة الفرنسية وفرعها بالأرجنتين بعدم اختصاص المركز لأنها لم تمض اتفاقية تحكيم خصوصية على معنى المادة 25 من اتفاقية واشنطن. لكن هيئة التحكيم ميزت بين النزاعات المستندة إلى الالتزامات القانونية الدولية والتي ينعقد الاختصاص بها للمركز مباشرة "دون صيغة"، وبين النزاعات المستندة إلى التزامات عقدية المستمدة من عقد الاستثمار والتي لا ينعقد الاختصاص بها إلا بموجب "صيغة". وقد أقرت تبعا لذلك اختصاصها على أساس إخلال دولة الأرجنتين بالتزاماتها الدولية المأخوذة من اتفاقية واشنطن ومن الاتفاقية الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار الممضاة بينها وبين فرنسا سنة 1991 ، رغم تأكيدها في نفس قرارها بعدم تدخل دولة الأرجنتين في اتفاق الاستثمار الذي أعطى بنده الثامن الخيار للمستثمر بين اللجوء إلى قضاء دولة الأرجنتين أو إلى تحكيم المركز أو إلى تحكيم حر.

الثانية(2): سابقة شركة ساليبي الإيطالية ضد دولة المملكة المغربية والمتعلقة بمشروع إقامة الشركة الإيطالية طريقا سيار بالمغرب كان محل دعوى تحكيمية لدى مركز سيردي بطلب من المستثمر الإيطالي على أساس اتفاقية حماية الاستثمار والتي تعطيه خيار اللجوء إلى التحكيم بما في ذلك تحكيم المركز، في حين تمسكت دولة المغرب ببنود عقد الاستثمار الذي أسند الاختصاص للقضاء المغربي. لكن هيئة التحكيم أصدرت حكمها بتاريخ 23 جويلية 2001 وأعطت الغلبة للاختصاص المباشر لمركز سيردي، معتبرة أن شرط إسناد الاختصاص للمحاكم الوطنية لا يحجب الاختصاص التحكيمي لمركز سيردي، مؤكدة في نفس الوقت الخيار المفتوح للمستثمر ولم تعتمد مبدأ الفصل بين الدعويين وبين الأساسين العقدي و الاتفاقية الدولي، ولا مبدأ الفصل بين الاختصاصين الذين كرسهما في سابقة فيفندي يونيفرسال لسنة 2000 السالفة الذكر.

(1) الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 351.

(2) الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 352.

الثالثة: سابقة « SGS » الشركة العامة للمراقبة الخفية الاسم ضد جمهورية باكستان الإسلامية الصادر فيها الحكم في 6 أوت 2003 ومثلها سابقة « SGS » ضد دولة الفلبين والتي صدر الحكم فيها بتاريخ 29 جانفي 2004. ففي هذين السابقتين عاد فقه القضاء التحكيمي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار إلى اجتهاده في سابقة فيفندي مستعيرا المبادئ التي كرسها بمناسبة تلك المنازعة والمتمثلة في:

- مبدأ ازدواجية الدعوى بين دعوى الاستثمار ودعوى اتفاقية حماية الاستثمار.

- مبدأ ازدواجية الاختصاص، أي اختصاص القضاء المحلي بنظر الأولى، واختصاص هيئات التحكيم للمركز بنظر الثانية.

- مبدأ الخيار في الاختصاص للمستثمر.

- مبدأ الفصل بين الأساسين العقدي والدولي الاتفاقي في إقامة مسؤولية الدولة وعدم التلازم بينهما.

والمسألة التي ينبغي ذكرها الآن هو أنه كان يمكن أن لا يثار كل هذا الصخب حول مدى انعقاد الاختصاص للمركز الدولي، رغم عدم وجود أي عقد أو اتفاقية تحكيم، لو توقفت المسألة عند حدود هذه الهيئة التحكيمية، وإنما الإشكال الأكبر عندما اعتبرت بقية المراكز التحكيمية في العالم بأن ما جاء به سيردي هو اجتهاد قضائي، يعطيها الحق في إتباعه، وانطلاقاً من ذلك أعطت غرفة التجارة الدولية بباريس لنفسها الاختصاص للنظر في خلافات الاستثمار مجرد أن اتفاقية حماية الاستثمار معقودة بين دولة مضيفة للاستثمار ودولة المستثمر، وبمجرد أن هذه الاتفاقية أشارت إلى أن الخلافات تحل بواسطة تحكيم غرفة التجارة الدولية، وفي غياب أي عقد تحكيمي يحيل إلى

تحكيم غرفة التجارة الدولية، وقد استمرت هذه المراكز التحكيمية في الاعتماد على التحكيم بدون عقد رغم الاعتراضات التي بدأ الفقه يوجهها لهذا النوع من التحكيم.

1- موقف قضاء من التحكيم بدون صيغة: بالنسبة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، لم يكن بمقدور أي سلطة قضائية التدخل في أحكامه وذلك لأن الأحكام التي يصدرها المركز تتمتع بالحصانة المطلقة، وسبب هذه الحصانة، هو أنه حتى في الحالات التي يطلب فيها إبطال الحكم التحكيمي الصادر عن المركز وذلك وفقا للمادة 52 من اتفاقية واشنطن، فإن ذلك يكون أمام لجنة يعينها رئيس البنك الدولي وفقا للفقرة الثالثة من نفس المادة. مما يعني أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال الاعتراض على الحكم التحكيمي أمام المحاكم الوطنية في الدول المتعاقدة الطرف في النزاع أو غيرها.

لكن هذه الحصانة التي تتمتع بها أحكام المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار لا تنطبق على بقية المراكز التحكيمية، ومنها غرفة التجارة الدولية بباريس، والتي انتهجت نفس الطريق التي ابتدعه المركز، وهو أنها أعطت الاختصاص لنفسها دون وجود أية علاقة تعاقدية بين طرفي النزاع.

لكن القضاء الفرنسي تصدى لتحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، وقد كان ذلك بمقتضى الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس في 1999/6/1 .

وتفصيل ذلك أن الشركة⁽¹⁾ اللبنانية المسماة "شركة خياط" أبرمت سنة 1985 عقدا للتمثيل التجاري الحصري مع شركة طيران دولة رومانيا "تاروم" ووفقا للعقد فإن الخلافات تحال إلى تحكيم غرفة التجارة والصناعة ببوخارست. وبنتيجة فسخ العقد من قبل شركة "تاروم" سنة 1995 تقدمت شركة خياط بدعوى تحكيمية ولكنها لم ترفعها أمام غرفة التجارة والصناعة ببوخارست، وذلك بالنظر للتغيرات السياسية والاقتصادية التي عرفتها دولة رومانيا. واعتبرت أن

(1) عبد الحميد الأحمد، المرجع السابق، ص715.

غرفة التجارة الدولية بباريس بمثابة الهيئة التحكيمية البديلة مستندا في ذلك على المادة العاشرة من الاتفاقية الدولية للتجارة والمدفوعات المبرمة بيد الدولة اللبنانية ودولة رومانيا وتشير المادة العاشرة إلى أن الخلافات التي يمكن أن تطرأ والناجمة عن تفسير أو تنفيذ العقود، فإنها تحسم عن طريق تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس وفقا للقانون الفرنسي .

أما شركة "تاروم" فقد ردت بأن البند التحكيمي الوارد في عقد الاستثمار يقر عدم أهلية غرفة التجارة الدولية بباريس للفصل في مثل النزاعات التي من الممكن أن تنشأ بين الشركتين. ومع وجود بند ضمن عقد الاستثمار لا يحيل النزاعات إلى غرفة التجارة الدولية إلا أن المحكم المعين اعتبر نفسه مختصا وأصدر حكما بتاريخ 1997/5/29 متكئا على الأسباب التالية في إصداره لهذا الحكم:

1- أن البند التحكيمي الوارد في العقد أصبح كأنه لم يكن من جراء التعديلات الجوهرية الطارئة عليه وعلى المؤسسة التحكيمية الرومانية المذكورة فيه.

2- يجب استبدال هذا البند التحكيمي بالأحكام الواردة في القانون العام وذلك بناء على الاستحالة المادية المذكورة آنفا، وذلك اللجوء إلى المواد التجارية التي تحكم العلاقات القضائية بين الدولتين، وبالتالي العودة إلى اتفاقية التجارة والمدفوعات المبرمة بين الدولتين في 1980/12/6 .

3- يجب اعتبار العقد المبرم بين الطرفين مبرما على أساس هذه الاتفاقية التجارية حتى ولو لم يشر في مضمونه إلى هذه الاتفاقية.

4- باختيار الطرفين اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات التي يمكن أن تنشأ يكون الطرفان قد عبّرا عن إرادتهما التي ليس فيها التباس بترع اختصاص المحكمة القضائية.

5- باعتبار البند التحكيمي قد أصبح كأنه لم يكن، ينبغي العودة إلى إرادتي الطرفين الأكيدة وهي تطبيق المادة العاشرة من الاتفاقية التجارية المبرمة بين الدولتين كتدبير متمم والتي تحيل إلى غرفة التجارة الدولية بباريس.

لم تقتنع شركة "تاروم" بالأسباب التي بنت عليها الهيئة التحكيمية حكمها وبالتالي لجأت إلى محكمة استئناف باريس بغية إبطال هذا الحكم التحكيمي.

وبتاريخ 1999/6/1⁽¹⁾ أصدرت محكمة استئناف باريس حكمها الذي أبطلت فيه الحكم التحكيمي لغرفة التجارة الدولية بباريس مشيرة إلى أن:

"التحكيم الدولي الذي يجري في فرنسا أو خارجها، له أساس تعاقدية بالضرورة. ومن هذا المنطلق فإن الإرادة المشتركة للطرفين هي وحدها حصرا التي تمنح المحكم سلطة قضائية".

ويضيف الحكم:

"... ووفقا للمبادئ الأساسية للتحكيم الدولي، فإن العقد التحكيمي هو الذي يجيز تنصيب المحكم...".

وبذلك فقد أعاد هذا الحكم التحكيمي في نظر كثير من الفقهاء التحكيم التجاري الدولي إلى السكة التي حاد عنها والتي يعد الأساس التعاقدية واتفاقية التحكيم الأصل في أي تحكيم دولي.

2- موقف الفقه من التحكيم بدون عقد بعد حكم محكمة استئناف باريس: لقد اتخذ الفقه القانوني من موضوع التحكيم الإلزامي وحكم محكمة استئناف باريس، التي فكّت الارتباط بين التحكيم التجاري الدولي والاتفاقيات الدولية وأعادت ربطه بالعقد التحكيمي وبمبدأ التراضي الذي أصبح مع اجتهادات سيردي وكأنه جزء من التاريخ، ثلاثة مواقف: موقف مؤيد وموقف

(1) عبد الحميد الأحمد، المرجع السابق، ص716.

معارض، وموقف محايد، ولقد انطلقنا في تصنيفنا لهذه المواقف من الحكم الذي أصدرته محكمة استئناف باريس.

- الرأي المؤيد للتحكيم بدون عقد: لقد تزعم هذا الرأي الفقيه الفرنسي⁽¹⁾ Eric Loquin ولقد انتقد هذا الفقيه حكم محكمة استئناف باريس، قائلاً:

1- ذكرت محكمة استئناف باريس مبدأ أساسيا في التحكيم الدولي وهو أن كل الإجراءات التحكيمية تقوم بالضرورة على اتفاقية تحكيمية. وهو مبدأ مقبول ومشروع. فالتحكيم له تعاقدية. وفي غياب تلاقي إرادات الأطراف لإحالة النزاع إلى المحكمين، لا يمكن لأي طرف أن يلزم الطرف الآخر بالمثل أمام التحكيم، فتكون إجراءات التحكيم إذ ذاك خاضعة " للتحكيم الإلزامي" وقد تضمنت عدة قوانين داخلية نصوصا تلزم بالتحكيم الإلزامي في مواضيع معينة كما القانون الفرنسي الصادر سنة 1935 الذي أنشأ لجنة تحكيمية للصحافة وقانون 1986/12/26 الذي أنشأ مركزا تحكيميا للمستهلكين والاستهلاك. وهي مراكز مختصة قانونا للنظر بالتراعات دون عقد تحكيمي إذا كان الموضوع يتعلق بالمستهلكين أو كان النزاع بين صحفيين.

2- التحكيم الإلزامي معروف في العلاقات الاقتصادية الدولية فبعض الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات تلحظ أن " العقود العائدة للاستثمارات تتضمن إلزاما بندا يلحظ إحالة الخلافات المتعلقة بهذه الاستثمارات لمركز تحكيم واشنطن لحسم منازعات الاستثمار". ومن شأن نصوص كهذه إلزام الدولة والمستثمر بأن يورد شرطا تحكيميا يحيل إلى مركز تحكيم. ويمكن التساؤل عما إذا كان ممكنا مراجعة مركز تحكيم واشنطن لحسم منازعات الاستثمار مباشرة في غياب بند تحكيمي صريح.

⁽¹⁾ عبد الحميد الأحمد، المرجع السابق، ص717.

3- كذلك فإن اتفاقيات الجزائر الموقعة في 1981/1/19 بين الولايات المتحدة الأمريكية وإيران أوجدت محكمة تحكيمية دولية للنظر في الخلافات الأمريكية الإيرانية⁽¹⁾ وفرضت إجراءات تحكيمية إلزامية، وفي كل الأحوال على المدعي الأمريكي على الأقل، إذا التزمت الولايات المتحدة "بوضع حد لكل الدعاوى القضائية العالقة أمام المحاكم الأمريكية التي تقدم بها مواطنون أمريكيون ضد إيران أو مؤسسات الدولة الإيرانية..."

والاتفاقية المبرمة بين لبنان ورومانيا ليست سوى مثال من أمثلة عديدة لظاهرة التحكيم الإلزامي الذي يخرج عن القواعد العامة التي ترعى التحكيم الاختياري. وقد ثبت، على سبيل المثال في القانون الفرنسي الداخلي، أن لجنة التحكيم لحسم خلافات الصحفيين تشكل حقيقة قضائية تنتمي إلى النظام القضائي الفرنسي.

4- تنفيذ أحكام التحكيم الإلزامي لا تخضع لإجراءات تنفيذ التحكيم الاختياري بل تخضع لإجراءات تنفيذ الأحكام القضائية.

5- لا يمكن تطبيق المبادئ العامة الأساسية للتحكيم الاختياري على التحكيم الإلزامي. ويشير Loquin إلى رأي الفقيه ومنه البروفيسور Ph. Fouchard الذي يقول أن التحكيم الإلزامي له إجراءات قضائية مسبقا لا يمكن للأطراف التنصل منها، وهو ليس تحكيما حقيقيا لأنه لا يقوم على أسس تعاقدية.

- الرأي المعارض للتحكيم بدون عقد ل⁽¹⁾ Brigitte Stern: تقول أستاذة القانون الفرنسي في دفاعها عن الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس:

1- إن الحكم التحكيمي الذي أبطلته محكمة استئناف باريس كان قد اعتمد بذرة مفهوم جديد للرضى في التعاقد. إن المحكم لا يعود ملزما بالبحث عن التراضي في أي نوع من التحكيم

(1) عبد الحميد الأحمد، المرجع السابق، ص 718.

(1) عبد الحميد الأحمد، المرجع السابق، ص 719.

بل يصبح المحكم مدعواً للبحث عن تراض عام للتحكيم، بحيث يصبح الأمر كأن التحكيم هو نظام عمومي في القانون العام لأنظمة القانونية الداخلية. فيذهب المحكم لإيجاد بديل في نص آخر غير العقد في معاهدة دولية بين لبنان ورومانيا يميل إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية، كأنه بدل عن ضائع.

2- إن الحكم التحكيمي الذي أبطل اعتمد ليس عقداً تحكيمياً بالتراضي بين الطرفين بل نصاً خارجاً عن إرادتهما بديلاً ورديفاً لها، وهذا أساس يتغاضى عن التراضي الذي هو أساسي للذهاب إلى نص يقوم مقامه ويكون بديلاً عنه.

3- حكم محكمة استئناف باريس يتضمن تنبيهاً لانزلاق التحكيم بعيداً عن التراضي، إذ هو يؤكد أن التحكيم الدولي يقوم حصرياً على الإرادة المشتركة للطرفين التي وحدها تنصب المحكم، وتعهد إليه سلطة قضائية. ويبدو واضحاً من حكم محكمة الاستئناف أنها تكرر قاعدة ارتباط التحكيم الدولي بالتراضي وخارج هذا التراضي لا يكون هناك وجود ولا أساس للتحكيم الدولي.

4- إن حكم محكمة استئناف باريس اعتبر أنه في القانون الدولي فإن الدول وحدها هي التي تكون ملزمة بالاتفاقات الدولية التي تعقدها وبالتالي فإن شركة تاروم لا يمكن أن تكون هي الدولة الرومانية الأمر الذي يفضي إلى عدم التزامها بالبند الوارد في الاتفاقية. وتقول محكمة استئناف باريس أنه حتى على فرض أن هذا البند في اتفاقية الاستثمار ملزم لشركة تاروم في النظام القضائي الروماني، فإنه يفقد آثاره في غياب التراضي على الصعيد الدولي.

5- وفقاً لحكم محكمة استئناف باريس فإن الاتفاقات الدولية إذا كانت تنشئ التزاماً بالخضوع للتحكيم على عاتق المشتغلين بالاقتصاد فإن رضی الدولة لا يقوم مقام رضی رعاياها. فالرضی المطلوب هو رضی المعنيين بالتزاع ولا يمتد رضی الدولة ليشمل رعاياها حتماً، إلا إذا عبروا عنه بشكل واضح صريح مما يعني أن التحكيم الإلزامي هو نقيض التراضي على الصعيد الدولي على الأقل.

6- إن الدول يمكنها بالاتفاقات الدولية التي تعقدها أن تفتح طريقا قانونيا لمواطنيها اللجوء إلى التحكيم بحيث أنه لولا هذه الاتفاقات الدولية، لما كان بإمكان مواطني الدولة اللجوء قانونا للتحكيم. ولكن شرط التراضي يبقى أساسيا لولوج باب التحكيم إذا فتحت الاتفاقات الدولية التي يمكنها أن تتعدى فتح الباب ويبقى التراضي شرط الدخول إلى التحكيم إذا كان الباب مفتوحا قانونيا.

7- وردا على القول الذي يدافع عن التحكيم الإلزامي والذي يقول أن اتفاقية الجزائر الإيرانية الأمريكية قد أوجدت محكمة تحكيم إلزامية للخلافات الإيرانية الأمريكية، فإن الطرف الأمريكي إذا كان قد التزم بسحب كل الدعاوى العالقة أما القضاء الأمريكي والمقدمة من مواطنين أمريكيين، فإن الطرف الأمريكي ليس ملزما باللجوء إلى تحكيم اتفاق الجزائر الإيراني الأمريكي والمحكمة الناشئة عنه، بل يمكنه عدم مراجعة هذه المحكمة التحكيمية ومراجعة قضاء أية دولة في العالم لإيران فيها مصالح، وهو تقييد بعدم اللجوء أمام القضاء الأمريكي. ولكن أبواب قضاء العالم تبقى مفتوحة أمامه. وليست المحكمة الإيرانية الأمريكية هي تحكيم إلزامي للطرف الأمريكي وهو غير ملزم بعرض النزاع حتما أمامها إلا إذا كانت له مصلحة في ذلك.

8- إن الاتفاقات الدولية يمكنها أن تفتح الباب أمام رعايا الدول للتحكيم، ولا يمكنها أن تلزمهم به، بل يبقى الخيار لهم وحدهم بالتراضي مع الطرف الآخر ليكون التحكيم مشروعاً.

9- إن الاتفاقية بين الدولة اللبنانية والدولة الرومانية هي في طبيعتها القانونية اشتراط لمصلحة الغير بنزع اختصاص المحاكم القضائية وفتح باب التحكيم ووضع في تصرف رعايا الدولتين باب التحكيم مفتوحاً على مصراعيه. وبقي على شركتي تاروم وخياط أن تتفقا على الاستفادة من هذا الاشتراط لمصلحتيهما بالتراضي على نزع اختصاص المحاكم الوطنية اللبنانية والرومانية وتحديد مركز التحكيم ومركز التحكيم ومكان التحكيم والقانون المطبق وإجراءات التحكيم.... إلخ.

- الرأي المهادن للتحكيم الإلزامي: E. Gaillard⁽¹⁾

وعبر البروفسور والمحامي E. Gaillard عن رأي وسط في الموضوع إذ قال:

1- منذ سنة 1997 أخذت تقدم لمركز واشنطن التحكيمي لحسم منازعات الاستثمار دعاوى المستثمرين ضد الدول مستندة إلى اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمار الثنائية أو المتعددة الأطراف الموقعة بين الدول.

2- اعتبر تيار في الفقه والاجتهاد أن الدولة، من خلال اتفاق حماية وتشجيع الاستثمار، تقدم عرضاً وحين يقدم المستثمر دعواه فإن ذلك يكون قبولاً ويكون ذلك بديل عن الصيغة التقليدية للعقد التحكيمي وأن الرضى يكون متوفراً.

3- إن المحكمين مدعوون في هذه الحالات إلى مزيد من التدقيق في الرضى والتعاقد الواضح والصريح للطرفين، وفي اختصاص وصلاحيه مركز التحكيم الذي يلجأ إليه المستثمر.

4- هناك فارق بين أن تكون اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار قد أحالت صراحة وبوضوح كل خلافات الاستثمار التي يمكن أن تنشأ إلى مركز تحكيم محدد مسمى بالذات أو أن تكون هناك إشارة في الاتفاقية إلى أن الخلافات تحل عن طريق التحكيم.

5- إن اللجوء إلى مركز واشنطن التحكيمي لحل خلافات الاستثمار، حين يكون الاختصاص والصلاحيه موضع نزاع، يعقد أمر فعالية الحكم التحكيمي ويصبح في التحكيم نزاعان جديان يهدد أحدهما الآخر بعدم تنفيذ الحكم التحكيمي.

- رأي الأستاذ عبد الحميد الأحذب من التحكيم الإلزامي بعد صدور حكم محكمة استئناف باريس⁽¹⁾: يرى الأستاذ أن الاندفاع الذي أخذه تحكيم الاستثمارات إلى التحكيم الإلزامي وآزره

(1) عبد الحميد الأحذب، مرجع مذكور، ص 721.

(1) عبد الحميد الأحذب، التحكيم الإلزامي، مجلة التحكيم العربي، العدد الخامس، يناير 2002.

فيه حقوقيو المستثمرين، كان يشكل خطرا كبيرا على التحكيم كوسيلة فعالة وعملية ناجحة لحسم منازعات الاستثمارات الدولية. وخيرا فعل الفقه والاجتهاد بكبح جماح هذا الاندفاع الخطير الذي كان سيقضي حتما على التحكيم. وهذه صورة لجشع المستثمرين في بعض الأحيان.

فالتحكيم الإلزامي لا علاقة له بالتحكيم. حتى الفقه الذي دافع عن التحكيم الإلزامي، اعترف بأن قواعده القانونية مختلفة عن قواعد التحكيم الاختياري. وأنه تحكيم من نوع آخر. والحقيقة أن هذا التحكيم ليس فيه من التحكيم سوى الاسم. وإذا كانت بعض القوانين قد أوجدت هيئات ولجان للتحكيم الإلزامي فهذا أمر يتعلق بالتحكيم الداخلي. ومن المعترف به، اجتهادا وفقها، أن هذه اللجان التحكيمية الإلزامية، كما تسمى، أصبحت في طبيعتها القانونية جزءا من النظام القضائي الداخلي للبلد الذي نص قانونه على إيجاد هذه اللجان التحكيمية التي ليس فيها من التحكيم سوى الاسم. وهذا الأمر قد يناسب أوضاعا داخلية لبعض الدول، كالتراعات بين الصحفيين في فرنسا والتراعات بين الأفراد والوزارات في الكويت. ولكن الأمر لا علاقة له بالاستثمارات الدولية والتحكيم الدولي لهذه الاستثمارات الدولية.

صحيح أن اتفاقات حماية وتشجيع الاستثمارات الدولية، سواء أكانت ثنائية أم متعددة الأطراف، تشكل قانونا أعلى من القانون لأنها اتفاقات دولية، ولكن هذه الاتفاقات، التي تحيل منازعات الاستثمار إلى التحكيم، تلزم الدول ولا تلزم الرعايا، وتعتبر قوانيننا أعلى من القوانين الداخلية التي ربما تضمنت أحكاما تعرقل سير التحكيم، فتكون قد يسرت السبيل إلى التحكيم وفتحت الطريق إليه ولكن الدخول إلى التحكيم يحتاج إلى عقد وتراض. فيكون دور اتفاقات تشجيع وحماية الاستثمار هو أنه يلزم الدول بأن تدرج في عقود الاستثمار التي تبرمها بندا تحكيميا واضحا يحدد القانون المطبق ونظام التحكيم ومركز التحكيم ومكان التحكيم و الخ...

فإذا لم تدرج الدولة، موقعة اتفاقية الاستثمار في عقود الاستثمار التي تبرمها مع رعايا الدولة الأخرى، بندا تحكيميا، فإنها تكون مسؤولة وتكون قد ارتكبت خطأ، وخالفت التزاما أخذته على

عاتقها. ولكن التحكيم يبقى مستحيلا طالما أن عقدا تحكيميا لم يبرم، لأن التحكيم ينبع من العقد وأساسه تعاقدية وهو نابع من حرية التعاقد. فالتحكيم مجموعة حريات: من حرية نزاع اختصاص المحاكم إلى حرية اختيار مكان التحكيم إلى حرية اختيار المحكمين إلى حرية اختيار القانون المطبق إلى حرية اختيار إجراءات المحاكمة⁽¹⁾ الخ...

من هنا فإن التحكيم الإلزامي الذي ابتكره المستثمرون كان خطيرا على التحكيم، وكان سيؤدي إلى انهيار التحكيم كوسيلة لحسم منازعات الاستثمار الدولي. ولكن في التحكيم قضاء. وخيرا فعل القضاء باجتهاد محكمة استئناف باريس ومساندة الفقه القانوني له لكبح جماح الاندفاع إلى التحكيم الإلزامي الذي ليس سوى محاكم قضائية جديدة ولكنها محاكم مختلطة عاد فيها قضاء الأغنياء يحاكم الدول الفقيرة المضيفة للاستثمارات في غياب أي تعاقد حر صريح.

- مؤدى هذه الأفكار أنه رغم ما قد يبدو أن حكم محكمة استئناف باريس لسنة 1999 قد أعاد الأمور إلى نصابها على الأقل بالنسبة لثلة من الفقهاء، فإن الأمر لم يكن كذلك بالنسبة للمدرسة الفقهية الحديثة التي لم تعد ترى في التحكيم الاختياري إلا جزءا من التحكيم بصفة عامة وما إطلاقها لفظ التحكيم بدون صيغة إلا دلالة واضحة على توجهها نحو تبني هذا النوع من التحكيم، أضف إلى ذلك أن منبع هذا التحكيم ألا وهو سيردي لم يغير من تعامله مع هذه الإشكالية فلا زال سيردي يقبل التحكيم بناء اتفاقات الاستثمار أو تشريعات الوطنية، وكما قلنا سابقا أن أحكام هذا المركز غير قابلة للطعن أمام أية محكمة وطنية. وبالتالي فلا زال الفقه والقضاء منقسمين حيال التحكيم الإلزامي أو التحكيم بدون عقد، ولم يحل حكم الإبطال الذي أصدرته محكمة استئناف باريس دون صدور أحكام تحكيمية لها تنتمي إلى التحكيم بدون تراض.

الفرع الثاني: انعقاد الاختصاص للغير المحايد أو المحكم بناء على التأهيل غير المباشر: لم يكفي مركز واشنطن بالتمدد أفقيا باستحداثه التحكيم بدون صيغة، بل أصبح يتمدد عموديا،

(1) عبد الحميد الأحمد، المرجع السابق، ص 65.

وأصبح يعقد الاختصاص لنفسه ليشمل نزاعات لم تكن داخلة في مناه ولاية المركز الذي رسمته له اتفاقية واشنطن. فقد فرض تطور مفهوم التجارة الدولية مد اختصاصه ليشمل تلك النزاعات. وحصل هذا الامتداد من خلال التوسع في تقدير مفهوم الاستثمار من جهة وفي مفهوم الطرف في الاستثمار من جهة أخرى:

فأما في شأن توسيع مفهوم الاستثمار، فإن اتفاقية واشنطن التي لم تعرف هذا المصطلح، تركت الباب مفتوحاً للاتفاقيات الثنائية أو الإقليمية ثم لفقه القضاء التحكيمي للمركز قصد ملائمة تطبيقات هذا المفهوم مع تطور مقتضيات التجارة الدولية. فلم تقف تطبيقاته عند أعمال الاستثمار المالي، أو عند المعاملات التجارية الدولية العادية، وإنما امتدت إلى كل أصناف المشاريع الاقتصادية بما فيها الصفقات وحتى اللزمات العمومية⁽¹⁾ التي كانت إلى تاريخ قريب تعتبر خارجة عن إطار مدلول التجارة الدولية وراجعة بالاختصاص الإقصائي لقضاء الدولة، الذي هو القضاء الإداري في النظم الآخذة بازدياد واجبة القضاء. وهكذا أصبح الاختصاص التحكيمي للمركز يشمل كل العلاقات القانونية والاقتصادية بين الدولة والمستثمر الأجنبي، بقطع النظر عن صيغة أو إطار إنجازها.

وأما في خصوص مفهوم الطرف في الاستثمار:

فمن جهة مدلول الدولة المضيفة للاستثمار، فهو يشمل بصريح الأحكام المادة 25 من اتفاقية واشنطن الدولة وتفرعاتها السياسية والإدارية. وقد طبق هذا المفهوم على المقاطعات في الدول الفدرالية كما في قضية فيفندي يونيفرسال السابق ذكرها التي قضت الهيئة التحكيمية بأن: "دولة الأرجنتين التي ثبت أنها لم تشارك في أية مرحلة من مراحل إبرام الاتفاق أو تنفيذه، تبقى إزاء مبادئ القانون الدولي مسؤولة عن تصرف أحد تفرعاتها السياسية بما يدخلها تحت ولاية المركز

(1) اللزّمة على معنى هذا القانون هي العقد الذي يفرض بمقتضاه شخص عمومي يسمّى "مانح اللزّمة"، ملدّة محدّدة، إلى شخص عمومي أو خاص يسمّى "صاحب اللزّمة"، التصرف في مرفق عمومي أو استعمال واستغلال أملاك أو معدّات عمومية وذلك بمقابل يستخلصه لفائدته من المستعملين حسب الشروط التي يضبطها العقد.

القضائية التحكيمية، كما أن من الثابت أن التنظيم الدستوري للدولة لا يمكن أن ينال من تلك الالتزامات".

وفي نفس الاتجاه ذهبت هيئة التحكيم في سابقة "متلكاد"⁽¹⁾ ضد دولة المكسيك الاتحادية رقم 1/97 حيث قضت بأن دولة المكسيك تعد مسؤولة عن تصرفات إحدى ولاياتها وهي ولاية "غوادالاخارا" وبلديتها وذلك على أساس التزاماتها الدولية المستمدة من اتفاق شمال أمريكا للتجارة الحرة المعروف بـ "نافتا" وبالخصوص المادة 1105 التي تلزم كل دولة متعاقدة بتوفير الضمانات والحماية الكاملة والمعاملة العادلة للمستثمر.

أما من جهة مفهوم المستثمر، فإن التزعة إلى توسيع مناه ولاية المركز جعلت فقه قضائه يتجه إلى استبعاد صفة تفرع الدولة عن الهيئات والمؤسسات التابعة لها لمجرد ملكية الدولة لجزء من رأسمالها أو لكونها تمارس رقابة عليها، وذلك حتى لا تتزع عن تلك الهيئة العمومية صفة المستثمر الأجنبي وتبقى تحت ولاية المركز التحكيمية ويكون لها خيار الاحتكام إليه. وهذا ما حصل في سابقة البنك التشيكسلفاكي (CSOB) . كما حصل من خلال مد ولاية المركز التحكيمية في إطار تجمعات الشركات إلى الشركة الأم عبر إسناد إرادة الشركة الفرع إليها، شأن سابقة شركة "بارنو أمريكان" الكندية وفرعها شركة "الكيفو والمينما الأمريكية"، ضد دولة الكونغو، والتي تصدّت فيها هيئة التحكيم بالمركز في إطار نظر اختصاصها لمسألة الجنسية الحقيقية للشركة الفرع التي وقعت اتفاقية التحكيم، فاعتبرت أنه بحكم كون شركة "الكيفو والمينما" الأمريكية مملوكة في جملة رأسمالها لـ "شركة بارنو أمريكان" الكندية، فإن إرادتها (المعبّرة عن القبول بتحكيم المركز) يمكن إسنادها إلى الشركة الأم مباشرة، لكن ما دامت دولة كندا لم توقع على اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز فإن المحكمة التحكيمية تكون غير مختصة بنظر النزاع المعروض عليها.⁽¹⁾

(1) الحسين السالمي ، المرجع السابق، ص354.

(1) الحسين السالمي، المرجع السابق، ص355.

خلاصة الفصل الأول: يظهر لنا مما سبق بسطه في هذا الفصل أن المركز التحكيم بواشنطن يعد بحق طفرة تحكيمية بكل ما تحمله الكلمة من معنى سواء من حيث النشأة أو من حيث الولاية والاختصاص أو من حيث الآثار. فأما من حيث النشأة فيعد المركز التحكيم الوحيد على مستوى العالم الذي أنشأ بمقتضى اتفاقية دولية ترعاها الأمم المتحدة، أما من حيث الولاية التحكيمية فقد رأينا أن سيردي قد تمدد أفقيا وعموديا متجاوزا بذلك حدود الاختصاص الممنوح له في المادة 25 من اتفاقية واشنطن، أما من حيث الآثار فإن سيردي قد قلب معادلة التحكيم التجاري الدولي رأسا على عقب، فبعد أن اعتقدنا أنه لا يمكن تصور تحكيم بدون اتفاقية أو عقد، فإذا بهذه الهيئة التحكيمية تحرر التأهيل التحكيمي من السند الإتفاقي أي من الأداة التعاقدية.

أما من حيث طبيعة الأحكام الصادرة عن المركز، فقد تمتعت بالحصانة المطلقة رغم خضوعها لمبدأ الطعن بالإبطال، إلا أنه وبخلاف بقية المراكز التحكيمية الدولية، فإن الطعن في أحكام المركز لا يكون إلا أمام المركز دون أن يسمح باللجوء إلى المحاكم الوطنية.

ويرى الفقه الحديث في هذه التطبيقات التحررية لتحكيم المركز الدولي لحل نزاعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى نوعا من جديدا من التحكيم يخرج عن طبيعته الاتفاقية التقليدية إلى طبيعة أحادية عبر دولية وفوق دولية. ويخرجه عن دوره التقليدي وهو الرقابة على احترام الالتزامات التعاقدية للأطراف ليسند له دورا جديدا مغايرا تماما وهو السهر على مدى احترام الدول لالتزاماتها الدولية تجاه المستثمر الأجنبي.

وهذا النوع من التحكيم في نظر الأستاذ بريجينار يعطينا أول مثال لقاض دولي يمكن للمتقاضين اللجوء إليه مباشرة لمخاصمة الدول، وهو يعبر عن أسفه لكون الحق في هذا القاضي يمنح للمستثمرين فقط ويأمل أن يمنح لغيرهم من المحتكمين.

لكن حتى تكتمل مكونات مؤسسة التحكيم، ينبغي أن تكون للسند التحكيمي فاعلية وقابلية للنفاذ، فلا تكلم في حق لا نفاذ له، أي أنه مهما بلغت مؤسسة التحكيم من تطور، ومهما كانت الدرجة التي بلغها القضاء التحكيمي، فإن ذلك كله لا يساوي شيئاً إذا كان السند التحكيمي بدون فاعلية أو غير قابل للنفاذ.

وهذا مايجرنا للحديث عن الوجه الثاني والضروري للفاعلية كضمان للعدالة وهو نفاذ الرأي التحكيمي المعبر عنه في الحكم التحكيمي.

الفصل الثاني : السند التحكيمي بين الفاعلية الذاتية والتبعية الإجرائية .

لقد قلنا سابقاً أن القضاء التحكيمي قد بلغ درجة من التطور جعلت منه قضاء بديلاً للقضاء العمومي. لكن هل يعني هذا أنه لا رابط بين القضائين؟.

الإجابة تكمن في أنه مهما بلغ القضاء التحكيمي من سمو فإنه يظل مرتبطاً بالقضاء الرسمي في مسألة نفاذ السند التحكيمي، خاصة إذا كان هذا السند يحتاج إلى القوة العمومية لإنفاذه، وكما نعلم أن استعمال الإكراه هو خاصية من خصائص الدولة، والدولة لا تستخدم عنصر الإكراه في إنفاذ الأحكام القضائية إلا برخصة من القضاء الرسمي نفسه. إذا فإن القضاء التحكيمي لا يملك القدرة على النفاذ الجبري لأحكامه، ولذلك فهو مضطر إلى الاستعانة بقضاء الدولة لإنفاذ السند التحكيمي. وهذا التدخل الخارجي عن مؤسسة التحكيم اتخذ منه بعض الفقه⁽¹⁾ ذريعة للطعن في فاعلية السند التحكيمي خاصة وفي مؤسسة التحكيم عامة، ورأى أنه لا مجال للحديث عن أن القضاء التحكيمي هو قضاء مواز أو قضاء بديل إذا كان هذا القضاء غير قادر على إنفاذ أحكامه. بل أنه يرى أن المسألة لا تتوقف عند إنفاذ السند التحكيمي بل أن هذا الفقه يرى أن القضاء التحكيمي غير قادر على تأمين حجية السند التحكيمي فكيف يكون قادراً على إنفاذه.

(1) التصور التقليدي للتحكيم الذي يرى فيه قضاء استثنائياً وليس قضاء بديلاً للقضاء الرسمي.

ويستطرد هذا الفقه في علوية القضاء الرسمي على القضاء التحكيمي في أن السند التحكيمي يظل مرتقنا للقضاء العمومي من حيث خضوعه لأوجه الطعن في مختلف أشكالها أمام القضاء الرسمي، إذا فآين هي هذه الاستقلالية التي يتحدث عنها أنصار الفاعلية الذاتية للسند التحكيمي. .
وللرد على هذه الإشكالات ارتأينا أن نعالج في المبحث الأول السند التحكيمي من حيث طبيعته وخصائصه وآثاره ثم ننتقل بعد ذلك إلى مدى خضوع وتأثير القضاء العمومي على السند التحكيمي

المبحث الأول: ماهية السند التحكيمي: يمكن القول أنه وإزاء اتساع مناط ولاية المحكم وشولها لجميع أنواع العمل الإجرائي الولائية والحكومية، الاستعجالية والأصلية، أن السند التحكيمي التنفيذي قد أصبح صنفا جزئيا داخل صنف السندات التنفيذية العام إلى جانب السند التنفيذي القضائي والسند التنفيذي الإداري والسند التنفيذي العرفي أو الخاص، وذلك لتمتعه بالشروط التي ينبغي أن يحوزها أي حكم حتى يحوز القوة التنفيذية، فمن حيث المضمون هو يتمتع بطبيعة إلزامية مثل بقية الأحكام القضائية، كما أنه يتوافر لهذا السند التحكيمي الوصف الإجرائي للحكم والذي ينبغي أن يكون نهائيا. فهو كما وصفه الأستاذ أحمد حشيش⁽²⁾ نوع قائم بذاته في جنس السند التنفيذي. والسند التنفيذي كما عرفه فقهاء الإجراءات هو السبب المنشئ للحق في التنفيذ.

وقد رد الفقه التحكيمي الحديث على مسألة تبعية السندات التحكيمية للقضاء العمومي بغية تأمين حجيتها أو للإذن بتنفيذها بقولهم :

"إن تدخل جهة خارجية لتأمين حجية السند أو للإذن بتنفيذه ليس حكرا على السند التنفيذي التحكيمي، بل هو وارد في كل أصناف السندات في المجالين الداخلي والدولي، بما فيها الصادرة

(2) أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ب ط 2001.

عن جهة رسمية أو إدارية في الدولة، بل إنه يسري حتى على الأحكام القضائية الداخلية أي الصادرة عن السلطة القضائية في الدولة نفسها".

ويعبر عنه إدراج الإذن بالتنفيذ المضمّن بالصيغة التنفيذية في الإطار الداخلي، رغم صدور الحكم باسم صاحب السيادة في الدولة. وهذا ما يعبر في رأي الفقه الحديث في التحكيم التجاري الدولي عن حيادية هذا الإذن، وتلك الصيغة إزاء القوة الإلزامية لسند ما. ومما يؤكد تلك الحيادية أن الصيغتين تشترطان لتنفيذ السند القضائي الأجنبي رغم صدوره عن قاض عمومي أي عن القضاء الرسمي للدولة الأجنبية.

ولعل هذه الحيادية هي التي دفعت فقه قضاء الدولة المحدث في مجال التحكيم إلى استبعاد ازدواجية الإذن بتنفيذ السند التحكيمي الأجنبي، ثم إنكار أثر الرقابة الوطنية على حكم التحكيم في بلد صدوره ولو كانت رقابة إبطال وأدت إلى التصريح ببطلان الحكم التحكيمي وذلك عند التنفيذ.

وهذه المكافأة في المعاملة بين السند القضائي الداخلي والسند الأجنبي إزاء الصيغة التنفيذية وإزاء مقدمات التنفيذ عموماً، تسري على كل سند، ويشترك فيها في كل الأحوال الحكم القضائي والحكم التحكيمي الأجنبي إذا تجاوزا حدود دولة المنشئ وعند عبور حدود كل دولة.

ويتكون هذا المبحث من مطلبين، نحاول في الجزء الأول من هذا المبحث أن نعطي تعريفاً للسند التحكيمي وتحديد طبيعته الإلزامية، ثم نتحدث في الجزء الثاني عن خصائصه وآثاره.

المطلب الأول : طبيعة الإلزامية للسند التحكيمي: لقد اختلف الفقه في طبيعة السند

التحكيمي تبعاً لاختلافهم في طبيعة التحكيم التجاري الدولي.

فمذهب الفقه قديمه وحديثه في تقييم التحكيم وتصنيفه وتصنيفه كان مذهباً إقصائياً، حتى عند من التزموا خصوصية التحكيم واستقلالته كأداة للتنازع السلمي، إذ ركزوا على الجانب

الفني الإجرائي، ولم يوفوا الجانب الموضوعي وخصوصا الإرادي حظه، رغم إقرارهم بالدور المركزي للإرادة في البناء التحكيمي كله، حتى أن بعضهم قال " إن اتفاقية التحكيم تمثل قلب نظام التحكيم وحجر الزاوية في بنائه"⁽¹⁾. في حين رأى غيره أن التحكيم ذو أصل تعاقدية ينبع من العقد وأساسه تعاقدية، فهو نابع من حرية التعاقد، ولأنه كذلك فهو يمثل "مجموعة من الحريات تبدأ من حرية نزع الاختصاص من القضاء الرسمي إلى حرية اختيار مكان التحكيم إلى حرية اختيار المحكمين إلى حرية اختيار القانون الواجب التطبيق إلى حرية اختيار إجراءات المحاكمة"⁽²⁾

وقد بينا سابقا أن التحكيم بناء مركب وثلاثي الإرادة، ولتحديد هذه الطبيعة فعلينا أن نتوقف عند جميع مراحل تكوّن السند التحكيمي من تشكله في رحم مؤسسة التحكيم إلى ولادته في صيغة تؤمن له قوة السند الإجرائي إلى انقضائه بالتنفيذ أو بزوال مفعوله.

ولكن قبل ذلك سنحاول أن نضع تعريفا لهذا السند مع تحديد طبيعته القانونية

الفرع الأول: تعريف السند التحكيمي: وفقا للمبادئ التي تحكم النظرية العامة للتصرفات القانونية، فإن تكييف القرار الصادر عن المحكم بأنه حكم تحكيمي مسألة لا تتوقف على الألفاظ المستخدمة من قبل المحكم بهذا الشأن، إنما تعتمد بالمقام الأول على مضمون هذا القرار.

وينقسم الفقه عند تعريفه للحكم التحكيمي بالمعنى الفني الدقيق إلى اتجاهين: الاتجاه الأول يمثله الأستاذ E. Gaillard⁽¹⁾ ويمكن أن يطلق عليه التعريف الموسع للحكم التحكيمي. والاتجاه الآخر يمثله جانب من الفقه السويسري ممثلا في كل الأساتذة Raymond⁽²⁾ و Poudret, Lalive ويمكن أن يطلق عليه الاتجاه المضيق لتعريف الحكم التحكيمي. وسنعرض لكلا الاتجاهين .

(1) الأستاذ محمد العربي هاشم : عولمة الاقتصاد واتفاقية التحكيم (بالفرنسية) في مجلة التحكيم التونسية، ترجمة الأستاذ

حسين السالمي في كتابه التحكيم وقضاء الدولة، ص 449

(1) حفيظة حداد، مرجع مذكور، ص 296.

(2) حفيظة حداد، مرجع مذكور، ص 296.

-البند الأول: التعريف الموسع للحكم التحكيمي: يذهب الأستاذ E.Gaillard إلى

تعريف الحكم التحكيمي بأنه القرار الصادر عن المحكم الذي يفصل بشكل قطعي، على نحو كلي أو جزئي، في المنازعة المعروضة عليه، سواء تعلق هذا القرار بموضوع المنازعة ذاتها أو بالاختصاص أو بمسألة تتصل بالإجراءات، أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة.

ويرى هذا الجانب من الفقه أن التعريف المتقدم يؤدي إلى النتائج التالية:

لا تعتبر القرارات الصادرة عن مؤسسات التحكيم، والتي يعمل المحكم تحت لوائها، وغير الصادرة عن المحكم أحكاما تحكيمية. فعلى سبيل المثال، لا يعتبر القرار الصادر عن محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس، برفض رد طلب المحكم، حكما تحكيميا يمكن الطعن فيه بالبطلان، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإن الإجراءات التي يتخذها المحكمون والتي لا تهدف إلى الفصل في المنازعة على نحو كلي أو جزئي لا تعتبر أحكاما تحكيمية يمكن الطعن عليها بالبطلان. ومن هذا القبيل إجراءات التحقيق في الدعوى التي لا تعدو أن تكون مجرد إجراءات إدارية ذات طابع قضائي لا يمكن الطعن عليه بالبطلان.

كذلك فإن القرارات الصادرة عن المحكم والتي لا تفرض على الأطراف إلا بناء على قبولهم الصريح لها لا تعد أحكاما تحكيمية.

فالقرار الصادر عن محكمة التحكيم والذي أطلق عليه قرار من الدرجة الأولى والذي يضع مشروعا للحكم التحكيمي والذي لا يتحول إلى حكم تحكيمي إلا إذا قبلته الأطراف، والذي يتعين في حالة عدم تحقق هذا القبول عرض المنازعة على محكمة تحكيمية من الدرجة الثانية تصدر حكما نهائيا، لا يمكن أن يكون محلا للطعن عليه بالبطلان، أما القرارات الصادرة عن محكمة التحكيم والمتعلقة بالفصل في اختصاص المحكمة أو بتحديد القانون الواجب التطبيق أو بصحة

العقد أو بتقرير مسئولية أحد الأطراف، فإنها أحكام تحكيمية حقيقية، حتى إذا لم تفصل في المسائل المتنازع عليها على نحو كلي ولا يمكن ترجمتها في صورة إلزام مالي مباشر.

وإذا كان الاتجاه المعروض يوسع من نطاق حكم التحكيم على نحو يجعله يشمل ليس فقط الأحكام التي تفصل في المنازعة بشكل جزئي فإن هناك اتجاه آخر يضيق من نطاق حكم التحكيم وهو الاتجاه الذي سنعرض له الآن:

- **البند الثاني: التعريف المضيّق لحكم التحكيم:** يذهب جانب من الفقه السويسري إلى الدفاع عن اتجاه مخالف للاتجاه السابق عرضه.

فلقد ذهب كل من الأساتذة **Reymond و Poudret, Lalive** إلى أن القرارات الصادرة عن محكمة التحكيم حتى تلك المتصلة بموضوع النزاع والتي لا تفصل في طلب محدد لا تعد أحكاماً تحكيمية إلا إذا أنهت بشكل كلي أو جزئي النزاع التحكيمي.

فوفقاً لهذا الجانب من الفقه فإن كل القرارات التي تفصل في المسائل المتصلة بالموضوع كصحة العقد الأصلي، مبدأ المسؤولية، لا تعد أحكاماً تحكيمية ولا تعدو أن تكون مجرد أحكام تحضيرية أو أولية⁽¹⁾. وبهذه المثابة، لا يمكن أن تكون هذه الأحكام محلاً للطعن عليها بالبطلان استقلالاً عن الحكم التحكيمي الذي سوف يصدر بناء على الطلبات المقدمة من الأطراف.

ويرى الأستاذ **E. Gaillard** أن مثل ذلك التحليل يستند إلى مفهوم ضيق لفكرة الطلب، والتي تهدف على سبيل المثال الحصول على التعويض والفوائد، وليس على التقرير المبدئي لانتهاك العقد كسبب للمسؤولية.

ويرى هذا الجانب من الفقه الفرنسي أن هذه النظرة الضيقة لفكرة الطلب أمام المحكم لا يمكن الأخذ بها على الأقل بالنسبة للقانون الفرنسي.

(1) حفيظة حداد، مرجع المذكور، ص 296.

فالقرار الصادر من المحكم بشأن الاختصاص، أو بشأن القانون الواجب التطبيق أو بتقرير أو عدم تقرير مبدأ المسؤولية، يفصل بشكل قاطع في جزء من المنازعة. وبهذه المثابة يتعين اعتباره حكما تحكيميا حقيقيا صالحا، بصفته هذه، لأن يكون محلا للطعن عليه بالبطلان مباشرة.

فاعتبارات الملائمة، تقتضي عدم الحيلولة بين الأطراف وبين الطعن بالبطلان على الحكم التحكيمي، إذا فصل المحكمون بحكم يبدو حكما قطعيا يفرض على الأطراف.

ويبدو أن الاتجاه الموسع لنطاق حكم التحكيم هو الذي عليه غالبية الفقه السويسري باستثناء الجانب الآخر من الفقه السويسري المشار إليه أعلاه.

رأي بعض الفقهاء العرب في مسألة تعريف حكم التحكيم:

- رأي الأستاذة حفيفة حداد⁽¹⁾: تقول الأستاذة أنه من الضروري عند اختيار تعريف معين وترجيحه على غيره من التعريفات إبراز الأسس والاعتبارات التي يستند عليها هذا الاختيار وهذا الترجيح، وهي أسس واعتبارات ترتبط بالضرورة بالغاية من الفكرة المراد تعريفها والهدف الذي تسعى إلى تحقيقه.

ومن الأمور التي لا تقبل الجدل بشأن نظام التحكيم كقضاء خاص أن هذا النظام يهدف إلى سرعة الفصل في المنازعات الناشئة بين الأطراف التي عهدت إلى المحكم للفصل في النزاعات القائمة بينهم.

واحترام هذا الهدف وتحقيق تلك الغاية يؤدي إلى تبني تعريف موسع لفكرة حكم تحكيم، وذلك حتى لا ينتهي الأمر بالأطراف إلى الاستمرار في المنازعة أمام المحكم في حالة قضائه مثلا باختصاصه، على الرغم من أن هذا الحكم التحكيمي لو طعن فيه بالبطلان أمام محاكم الدولة التي

(1) حفيفة حداد، مرجع المذكور، ص 298.

صدر حكم التحكيم على إقليمها، لانتهى الأمر بالقضاء ببطلانه، وفقد المحكم الاختصاص بالفصل في موضوع المنازعة.

فاعتبارات الملائمة واحترام نظام التحكيم ذاته يقتضي عدم الحيلولة بين الأطراف وبين الطعن المباشر بالبطلان على حكم التحكيم، طالما كان هذا الحكم حكما قطعيًا ولو كان جزئيًا يحسم المسألة التي فصل فيها، حتى ولو كانت هذه المسألة لا تتصل بشكل مباشر بموضوع الدعوى كتلك المتعلقة بفصل المحكم في موضوع اختصاصه.

كذلك فإنه من المعروف أن اختيار الأطراف للتحكيم كوسيلة للفصل في المنازعات الناشئة بينهم يرجع إلى أن هذا القضاء يسمح لهم بالتوصل إلى الحلول الملائمة لمنازعاتهم دون لد أو خصومة. ولذلك يقال إن الأطراف تذهب للتحكيم وهي تنظر إلى الأمام بعكس الحال في حالة ذهابهم إلى القضاء العادي إذ يذهبون إليه وهم ينظرون إلى الخلف.

وإدراك تلك الحقيقة يقتضي اعتبار حكم التحكيم الذي يفصل في صحة العقد أو بتقرير مسؤولية أحد الأطراف حكما تحكيميا حقيقيا وإن لم يفصل في المنازعة كلها بل فصل في جزء منها.

ففي حالة تسليم الطرف الآخر بصحة العقد أو بالمسؤولية بكون التحكيم قد حقق الغاية منه على الوجه الأكمل وفي حالة عدم التسليم بذلك فإن إمكانية الطعن بالبطلان، إن تحققت شروطه في حكم التحكيم الجزئي دون انتظار للفصل في بقية المنازعة، وإن ترتب عليه المساس بالهدف المذكور أعلاه لنظام التحكيم إلا أنه في ذات الوقت يسمح بتدارك الهدف الأول الذي أشرنا إليه وهو سرعة الفصل في المنازعات بين الأطراف.

واستلهاما لما تقدم فإنه يمكن تعريف أحكام التحكيم "بأنها تشمل جميع القرارات الصادرة عن المحكم والتي تفصل بشكل قطعي في المنازعة المعروضة على المحكم سواء كانت أحكاما كلية تفصل في موضوع المنازعة ككل أم أحكاما جزئية تفصل في شق منها، سواء تعلقت هذه القرارات

موضوع النزاع ذاته أو بالاختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات أدت بالمحكّم إلى الحكم بإنهاء الخصومة"⁽¹⁾.

وترتبا على ذلك، فإن القرارات الصادرة من محكمة التحكيم في غير خصومة، لا تعتبر أحكاما تحكيمية بالمعنى الفني الدقيق لهذا المصطلح، كالقرارات الصادرة عن محكمة التحكيم والمتعلقة بتحديد زمان ومكان انعقاد محكمة التحكيم أو تأجيل نظر الدعوى للإطلاع والاستعداد فهي لا تعد تحكيمية ومن ثم فإن محكمة التحكيم لا تستنفذ بها ولايتها.

- تعريف الأستاذ عبد الحميد الأحذب للحكم التحكيمي⁽¹⁾: لقد تبنى موقف الاجتهاد الفرنسي فقها وقضاء، وذلك باعتباره أنه ينبغي توافر شرطين حتى يكتسب ما يصدر عن المحكمة التحكيمية تسمية الحكم التحكيمي، "وهو أن يكون إلزاميا ونهائيا في النقطة التي يبتها ولو لم يبت في كامل النزاع... وبالتالي فإن الحكم الجزئي إذا فصل نهائيا في الموضوع الذي يتناوله من النزاع واتخذ قرارا إلزاميا يعتبر حكما تحكيميا قابلا لمراجعة الإبطال.

الفرع الثاني: التأصيل الفقهي والقانوني للسند التحكيمي : ولتحديد معنى الطبيعة مطرح

السؤال الآتي هل يعد السند التحكيمي مكافئا للسند القضائي مع الاختلاف الموجود بينهما في طبيعة الهيئة المصدرة لكل واحد منهما؟. فبعض الفقه يرى بأن العمل التحكيمي لا يعتبر عملا قضائيا لافتقاره للولاية العامة، أي أنه كي يكون عملا قضائيا يجب أن يكمله عمل متمم له هو الإذن بإكسائه صيغة النفاذ من قبل جهة ذات ولاية عمومية، ويكون بذلك السند التحكيمي هو سند غير مساو للسند القضائي الصادر عن القضاء العمومي، وللإجابة على هذا السؤال نقول:

(1) حفيظة حداد، مرجع مذكور، ص 298.

(1) عبد الحميد الأحذب، الموسوعة، ص 453.

لقد تبين من دراسة المذاهب الفقهية في التحكيم أنها كانت تتقاسمها فكرتان تجتمع في كون التحكيم نظام استثنائي، وذلك إما لأنه يخرج عن نظام القضاء بصفة عامة كما في النظرية العقدية حيث يكون عملا من أعمال الإرادة، أو لكونه مجرد تقنية للحياد أو لخدمة القانون الطبيعي وفقا لمذهب أصحاب النظرية الذاتية، أو بخروجه عن الأصل في القضاء وهو قضاء الدولة السيادي السلطاني، كما في النظرية القضائية أو المختلطة حيث هو عندهم قضاء خاص ذو أساس اتفاقي وبدون سلطان.

وقد انعكس هذا التأصيل للتحكيم على طبيعة العمل التحكيمي وعلى نظام حجيته وإلزامه. فانهى الفريق الأول إلى إنكار الطبيعة القضائية للتحكيم أصلا وصار العمل التحكيمي مجرد مقدمة، أو عمل تحضيرى للسند التنفيذي. أما الفريق الثاني فقد اعتبر افتقار المحكم للتأهيل العمومي وعدم انتسابه إلى أعوان الدولة يجعله مفتقرا إلى سلطان القضاء الذي يؤهل حكمه كي يصلح سندا تنفيذيا. ويلتقي كلا الفريقين حول ضرورة تدخل قضاء الدولة لإكمال النقص في العمل أو السند التحكيمي حتى يرتقي إلى مستوى السند التنفيذي القضائي. وترتبا على ذلك يكون العمل التحكيمي عملا مركبا إما بالحال أي بطبيعته الأصلية أو بالمآل أي بما تؤول إليه معاملته من حيث فاعلية حجيته أو إلزاميته.

وبالتالي فإن فاعلية السند التحكيمي وجدت ضمن فكرتين، الفكرة الأولى وهي تلك المنطلقة من أن التحكيم لا يرتقي إلى مستوى الندية مع قضاء الدولة، أي التصور الدولي للتحكيم، وبالضرورة فإن السند بالتبعية سيكون أدنى شأنًا في مقابل الأحكام القضائية. والفكرة الثانية التي ترى أن مؤسسة هي في مكان مواز لقضاء للدولة، بل ترى في التحكيم القضاء الأنجع لمعاملات

التجارة الدولية، ولكن مع ذلك ترى أن السند التحكيمي يتمتع بوضع استثنائي⁽¹⁾ في مقارنة مع بقية السندات التنفيذية.

لكن هذا التأصيل ثبت وهن مسلماته، إذ تبين أن المحكم قاض وإن لم يكن عوناً عمومياً، وهو قاض يخضع لنظام القاضي، وهو قاض مستقل، وذو تأهيل عام وظيفياً وإن لم يكن تأهيلاً عمومياً مباشراً. وهو كذلك يقضي بسلطان وإن لم يكن سلطان دولة ما، ومقيد بالقانون في وجهه الإجرائي والموضوعي وإن هو لا يدين مسبقاً بالولاء لدولة أو لقانون وطني ما.

أما من الوجهة الفنية القانونية، فإن كل المذاهب وكل النظم تجمع على أن الهيئة التحكيمية تخضع إلى ثلاثية الغيرية والحياد والاستقلالية عن المحكّمين وعن قضاء الدولة على السواء. ولعل استقلالية التحكيم أشد عند من ينكرون الطبيعة القضائية للتحكيم، حيث يجعلون منها مبدأً أساسياً في نظام التحكيم وسبباً مبرراً لاستبعاد كل رقابة على موضوع التحكيم بصفة مبدئية.

وتجمع كل النظم على الطبيعة الإجرائية للتحكيم أي لعمل هيئة التحكيم بما يرتبه الطابع الإجرائي من نتائج وبالخصوص الصبغة العمومية والصبغة الرسمية. ثم هي تجمع على أن هيئة التحكيم ذات ولاية موضوعها عمل هام وهو وظيفة رفع عوارض النظام القانوني أو تأمين فاعلية

(1) يقول الأستاذ أحمد حشيش " العمل التحكيمي في نظر القانون الإجرائي، أقل الأعمال التحضيرية للسندات التنفيذية، سواء من حيث العمومية وبالتالي الرسمية، أو من حيث الشكلية الإجرائية. بل هو أقل أوراق المرافعات عامة، سواء من حيث العمومية وبالتالي الرسمية، أو من حيث الشكلية الإجرائية. لذا فإن العمل التحكيمي دون سواه من الأعمال التحضيرية للسندات التنفيذية، هو العمل الذي يتطلب القانون الإجرائي في شأنه أمرين: 1- وجوب استصدار أمر قضائي بتنفيذه وإلا فلا صيغة تنفيذية له وبالتالي فلا قوة تنفيذية له، وبالتالي فلا يجوز تنفيذه جبرياً. 2- واجب قاضي الأمر بالتنفيذ أن يفحص العمل التحكيمي لضمان خلوه من العيوب الإجرائية وإلا فلا يأمر بتنفيذه. والفقهاء إذ يرى أن وظيفة الأمر بتنفيذ حكم التحكيم هي رفع هذا الحكم إلى مصاف أحكام القضاء العام، إنما يقر ضمناً بأن حكم التحكيم بطبيعته ليس في مصاف الأحكام القضائية بل أدنى منها من حيث العمومية وبالتالي الرسمية. لأن الأوامر القضائية والأعمال التوثيقية شأنها في ذلك شأن الأحكام القضائية لا يتطلب القانون في شأنها استصدار أمر قضائي بتنفيذها". طبيعة المهمة التحكيمية، مرجع مذكور، ص 141-142.

نظام الضبط الاجتماعي أياً كان مرجعها في ذلك سواء، كان قيماً حضارية أو مبادئ القانون الطبيعي أو قواعد القانون الوضعي الداخلية أو الدولية.

وإذا قمنا بإسباغ تعريف الحكم أو العمل القضائي على هذا الوضع التحكيمي لوجدنا أن هيئة التحكيم محكمة ذات ولاية عامة تنطق بحكم القانون في نزاع بين محتكمين بوجه ملزم لهم وقاطع للزراع.

ويترتب عن هذه الخلاصة عدة نتائج منطقية يوردها الأستاذ الحسين السالمي⁽¹⁾ في شكل المعادلات التالية:

- نزاع حول مسألة قانونية (ن = نزاع)، مضاف إلى إجراءات وجاهية (إو = إجراءات وجاهية)، إلى هيئة مستقلة ذات ولاية (م = محكمة)، يساوي اجتماعها قيام قضاء مكتمل (ق).
(ن + إ + م = ق)

- رأي قانوني مستقل (ر ق)، صادر عن غير محايد مقيد بالقانون ولو في حدّه الأدنى حتى إذا فوّض بالصلح، بما يلزم الأطراف بحكم القانون نفسه (ل ق = لزوم قانوني)، يساوي اجتماعها عملاً قضائياً حكماً (ح = حكم)، أي حكماً يتصل به القضاء، يقطع النزاع، ويرفع ولاية المحكمة عنه.
(ر ق + ل ق = ح)

- حكم قطعي في الأصل يتصل به القضاء (ح ق)، أحرز على قوة الأمر المقضي بصدوره فهائياً، أو بانصرام آجال الطعن فيه بالطرق العادية (ق إ ق = قوة اتصال القضاء)، يكون قانوناً، إجرائياً و موضوعياً سنداً قابلاً للتنفيذ الجبري، أي مقدمة سند تنفيذي (م س ت)
(ح ق + ق إ ق = م س ت)

(1) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع المذكور، ص 468.

لكن الحكم القطعي الذي يحرز على قوة ما اتصل به القضاء ليس إلا مقدمة لسند تنفيذي، فلا يكون قابلا للنفذ الجبري أي لا يكتسب صفة السند التنفيذي إلا بالشروط العادية للتنفيذ الجبري، أي باحترام مقدمات التنفيذ الوجوبية المشتركة بين كل السندات، والتي منها إكساء السند القابل للتنفيذ الصيغة التنفيذية العادية العامة، وهي الواردة عادة بقوانين الإجراءات المدنية مع العلم أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد نص على الصيغتين المدنية والإدارية في مادة واحدة ألا وهي المادة (1) 601 لكن في فقرتين مختلفتين.

ونظام الصيغة التنفيذية يستمد أساسه من القانون وليس من السند ذاته، لكنه يعبر عن القوة الإلزامية للسند، فالقوتان متلازمتان ومترابطتان لأن أي إلزام يفقد فاعليته إذا لم يكن نفاذه مؤمنا بالقوة المادية وبوسائل الجبر التنفيذي، بضمان القوة العامة عند الاقتضاء.

والقوة التنفيذية مفترضة في كل سند قضائي لأنها تستوجبها طبيعة الوظيفة القضائية وطبيعة السند القضائي كحكم. فلا يتصور منطقا إسناد سلطة الحكم في التزاعات بإنزال حكم القانون دون تأمين الجزاء المادي للقانون عبر تنفيذ النفاذ الجبري للحكم الذي ينطق به.

(1) تنص المادة 601 على الآتي " لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون، إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي، موهورة بالصيغة التنفيذية الآتية:

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية باسم الشعب الجزائري .

وتنتهي بالصيغة الآتية أ- في المواد المدنية: وبناء على ما تقدم، فإن الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، تدعو وتأمّر جميع المحضرين وكذا كل الأعوان الذين طلب إليهم ذلك، تنفيذ هذا الحكم ، القرار...، وعلى النواب العامين ووكلاء الجمهورية لدى المحاكم مد يد المساعدة اللازمة لتنفيذه، وعلى جميع قادة وضباط القوة العمومية تقديم المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الاقتضاء، إذا طلب إليهم ذلك بصفة قانونية.

ب- في المواد الإدارية: الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، تدعو وتأمّر الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، وكل مسؤول إداري آخر كل فيما يخصه، وتدعو وتأمّر كل المحضرين المطلوب إليهم ذلك، فيما يتعلق بالإجراءات المتبعة ضد الخصوم الخواص، أن يقوموا بتنفيذ هذا الحكم، القرار...

(1) فقه المدرسة الحديثة الذي يرى في التحكيم قضاء موازيا يتمتع بالولاية الكاملة والمستقلة.

ويجب التمييز بين القوة التنفيذية كمضمون قانوني، التي تجرد مصدرها المباشر في الحكم ومصدرها غير المباشر في القانون ذاته، وبين صيغة التنفيذ الجبري التي تخضع لشروط شكلية وموضوعية عامة ومشتركة، وأخرى خاصة بكل نوع من السندات بحسب طبيعته وطريقة نشأته أو تكوينه.

وتأسيساً على هذا الوضع يكتسب الحكم التحكيمي زيادة على عناصر الحجية والإلزام للسند القضائي، القوة التنفيذية إذا كان حكم إلزام. وهو يخضع في شأنها للنظام العادي لتنفيذ السندات القابلة للتنفيذ الجبري. أي يخضع للنظام الأفقي للتنفيذ والذي قوامه، إكساء السند الصيغة التنفيذية، واحترام مقدمات التنفيذ. وهكذا لا يظهر في نظام القوة التنفيذية للسند التحكيمي أي خروج عن النظام العادي للفاعلية التنفيذية أي النفاذ الجبري.

وقد خلص هذا الفقه⁽¹⁾ إلى نتيجة مؤداها أن المحكم هو قاض يمارس وظيفة قضائية وباسم السيادة التحكيمية الطليقة، فإنه يتمتع إلى جانب سلطة إنشاء الرأي القضائي التحكيمي، بسلطة الأمر القضائي التحكيمي، بقوة القانون وباسم سيادته الخاصة غير الدولية وعبر الدولية. ويكون العمل القضائي التحكيمي عملاً قضائياً كاملاً تتوفر فيه معايير الحكم القضائي الثلاثة مترابطة كما وصفها الأستاذ موتلسكي⁽¹⁾ وهي: المعيار العضوي المتمثل في التأهيل القانوني والمعيار الشكلي، المتمثل في الإجراءات الوجيهة، والمعيار الموضوعي المتمثل في الحل القانوني الملزم للأطراف.

وهذه العناصر الثلاثة تجتمع في الحكم التحكيمي. تمثل ما تجتمع في الحكم القضائي، أي مترابطة فيما بينها، ومبنية على سلطة الحكم والقرار الملزم بقوة القانون ومن ذات الحكم بناء على طبيعة الوظيفة التحكيمية القضائية والعامّة، وباعتبار كل حكم بالضرورة عمل سلطة وجبر وإلزام.

(1) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذكور، ص 473.

وترتيباً على ذلك، وعلى غرار ما هو الشأن بالنسبة للقاضي العمومي، فإن كل ما يصدر عن المحكم القاضي من أعمال إجرائية في إطار أداء وظيفته القضائية، سواء اتخذت شكل حكم أو قرار أو أمر لا يصدر عن سلطان إرادته الشخصية، وإنما بناء على ماله من سلطة قضائية. بمعنى أنها تندرج كأعمال سلطة ضمن فكرة القرار القانوني، وتخرج عن فكرة التصرف القانوني، فتكتسب طبيعتها وحجيتها كما تنتج آثارها ومن ذاتها بما في ذلك الأثر التنفيذي نظراً لترابط تلك الآثار.

الفرع الثالث: طبيعة الإلزام في السند التحكيمي :

لقد ذكرنا سابقاً بأن الإرادة هي المنشأ المباشر للتأهيل التحكيمي، وبأن استقلاليتها هي التي جعلت المحكم في غنى عن الولاء للدولة ومن التبعية لقانونها، وأعطته سلطة الرقابة الذاتية على تأهيله وكانت الأساس الذي أمن له فاعليته .

لكن أهم أثر في رأي منظري الفقه الحديث يتمثل في الخروج بالتحكيم عن الشكلية التي تميز النظام العادي للإجراءات القضائية. فالطابع المزدوج للتحكيم جعله يقوم على عنصرين: الأول ذاتي إرادي، ويعبر عنه الفقه بالمكون العقدي، أما الثاني، فهو موضوعي إجرائي، ويعبر عنه بالمكون القضائي. وهذا ما يعطي للإلزام التحكيمي مرجعية ثنائية، متميزة عن الإلزام القضائي.

فالسند التحكيمي الذي ينطق برأي الغير المحكم يستمد إزماءه من مصدرين:

الأول: ويعكسه المكون العقدي، وهو إرادة الأطراف الذين باختيارهم التحكيم وتخليهم عن قضاء الدولة يكونون التزاموا مسبقاً بالتزول على رأي المحكم الذي اختاروه بدوره. ولجوئهم إلى التحكيم هو لجوء إلى العدالة، وهي العدالة المأمولة من قبلهم والتي توافق توقعاتهم. وبالتالي يكون الرضا بحكم المحكم والإذعان الطوعي له، رديف حرية التحكيم والفدية الواجب دفعها عن تحررهم من قضاء الدولة المفروض والتحكيمي، وهو ما يعبر عنه المبدأ القائل بأن الرضا بالشيء قبول بما يترتب عنه منطقاً وقانوناً، شأن الرضا بالتحكيم.

الثاني هو الإلزام القانوني للسند التحكيمي الذي تفرضه الطبيعة القضائية للوظيفة التحكيمية. ويعبر عنه بالموكود القضاءي في التحكيم ويجمع بين إرادة المحكم وإرادة القانون.

ويعبّر الأستاذ شارل جاروسون⁽¹⁾ عن ثنائية مرجع القوة الإلزامية للحكم التحكيمي بالقول: "إن قرار ما يمكن أن يكتسب قوة إلزامية في صور مختلفة. إذ يمكن أن يكون له قوة إلزامية بموجب إدراجه ضمن عقد فيكون شريعة الطرفين على معنى الفصل 1134 من المجلة المدنية، كما يمكن أن يكتسب قوته الإلزامية من قيمته القضائية، حيث يكون الأطراف قد قبلوا مسبقاً أن يكونوا ملزمين بالقرار. يمثل إلزام المحكم"، ثم يبيّن على ذلك قوله بأن هذا المدلول المزدوج للقوة الإلزامية يمكن أن يصلح معياراً لتمييز التحكيم.

وقد اعتمد فقهاء القضاء هذا المعيار المزدوج لإقرار القوة الإلزامية للسند التحكيمي. ففي فرنسا مثل محكمة التعقيب منذ 31 مارس 1862⁽²⁾ بمناسبة تكييف قرار صادر عن شخص غير عن أطراف العقد مكلف من الأطراف بالنظر في مسألة خلافية بينهم، عندما قلبت المنهج التقليدي الذي يستمد طبيعة القرار ويعطيه القوة المناسبة لها من طبيعة المهمة الموكولة للغير المكلف. ورجعت لإرادة الأطراف لتستنتج منها أن المهمة التي أوكلوها إلى ذلك الغير تتمثل في "إصدار قرار يقوم مقام القانون بينهم". وبنّت على ذلك قضاءها بأن الأمر يتعلق بتحكيم ولا يتعلق بخبرة.

كما طبقته حديثاً محكمة استئناف فرساي في قرار صادر بتاريخ 17 جانفي 1979⁽¹⁾ بمناسبة نزاع حول تحديد قيمة التعويض على أساس بند نموذجي للتأمين، حيث قالت "إن المهمة المسندة للأشخاص المعبر عنهم في العقد بخبراء تتمثل في تحديد قيمة التعويض بصفة نهائية، وبالتالي فقد أسندت إليهم مهمة البت بصفة محكمين".

(1) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذكور، ص 451.

(2) تعقيب فرنسي 31 مارس 1862، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذكور، ص 451.

(1) استئناف فرساي، 17 جانفي 1979، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذكور، ص 451.

لكن لئن كان التحكيم يستعمل الأدوات والصيغ الإجرائية على غرار القضاء الرسمي، إلا أنه يغلب منها الوفاقية والسلمية، ويسعى من خلالها إلى إعانة المحكّمين على إيجاد تنظيم وفاقى لمراكزهم التنازعية، أكثر من سعيه إلى فرض تنظيم خارجي عليهم، ما يجعل الحل التحكيمي يفوز بالتسليم الإرادي الطوعي للأطراف بدلا من شعور الرفض الطبيعي الذي يحدثه عادة الحكم القضائي في نفس المحكوم عليه لأنه مفروض وتحكمي وفوقي.

وينعكس الإلزام الإرادي من خلال السند التحكيمي نفسه. فإن كان السند القضائي التقليدي ينطق بحكم القانون بوجه ملزم للأطراف من قبل محكمة ذات ولاية عمومية، فإن السند التحكيمي، حتى وإن لم ينطق مباشرة بإرادة الأطراف عبر توثيقه للحل الذي توافقوا عليه خلال إجراءات التحكيم ضمن قرار تحكيمي باتفاق الأطراف، فإنه ينطق عبر إرادة الأطراف، إما من خلال الإجراءات التي يسطرونها، أو القانون الذي يختارونه ليحكم أصل النزاع. وهكذا تكون إرادة المحكّمين مصدرا لقوة الحكم التحكيمي بالاختيار الحر وضمانا لفاعليته بالتسليم الطوعي معا.

ثم تجيء الإرادة الثانية وهي إرادة الغير المحكم لتساهم في تأمين فاعلية التحكيم.

وهكذا يقترن الالتزام الإرادي المسبق للأطراف بالقبول بالتحكيم مع الطابع الفرضي الخارجي لرأي المحكم المستمد من طبيعة وظيفته ومن نظامه كقاض ذي سيادة طليقة، للتأسيس لحجية السند الذي سوف ينطق من خلاله برأيه بوجه ملزم ويتصل به القضاء.

فما هي حجية ذلك الرأي و ما هي خصائصه، وهل يتمتع يمكن اعتبار السند التحكيمي سندا كاملا كبقية السندات؟.

المطلب الثاني: خصائص السند التحكيمي وآثاره :

لا يختلف السند التحكيمي عن بقية السندات القضائية ، إلا أن ذلك لا يعني أن السند التحكيمي يتماثل مع السند القضائي الرسمي، فكونه أصوله تعود للتحكيم التجاري الدولي فإن ذلك يمنحه ميزات غير متوافرة في السند القضائي الرسمي، فما هي هذه الميزات ؟

الفرع الأول: خصائص السند التحكيمي

يعتبر السند التحكيمي سنداً مثل بقية السندات القضائية إلا أنه يتمتع بخصائص تخلق فروقاً جوهرية بينه وبين تلك السندات، فثبوت الصفة القضائية للوظيفة التحكيمية تعني بالضرورة ثبوت صفة القاضي للمحكم لأنه يعد عضو هذه الوظيفة، عملاً بقاعدة الوظيفة تخلق عضوها.

والسند التحكيمي أسبق وجوداً من الوجهة التاريخية من السند القضائي، إذ التحكيم أسبق من القضاء. وقبل ظهور القضاء كان حكم التحكيم يستغرق فكرة الحكم، أو فكرة السند القضائي عموماً. فكلاهما حكم بالمفهوم الفني الإجرائي المجرد⁽¹⁾.

ويعتبر الحكم في مفهومه المنطقي المجرد عملاً ذهنياً ينشأ عن عملية قياس منطقي، تكون فيه القاعدة القانونية المقدمة الكبرى والحالة الواقعية الخاصة المقدمة الصغرى، والنتيجة هي قرار القاضي⁽²⁾.

أما في مدلوله القانوني، فيعتبر الفقيه ليون دوغي⁽¹⁾ الحكم عملاً مركباً يجمع بين دور القانون ودور إرادة القاضي من خلال عناصر ثلاثة هي:

- الادعاء أو المسألة القانونية المعروضة أمام سلطة عامة

(1) أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، مرجع مذكور، ص 25.

(2) أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، مرجع مذكور، ص 26 الفقرة 11.

(1) أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، مرجع مذكور، ص 26 الفقرة 11.

- الحل الذي يعطيه القاضي لتلك المسألة

- القرار الذي يصدره القاضي كنتيجة منطقية لذلك الحل.

- ويكون الحكم صادرا بإرادة القاضي يسبقه تقرير للحل القانوني لإدعاء قانوني يرفع إليه.

لكن الحكم في مفهومه الإجرائي، زيادة على كونه عملا يقرر حلا قانونيا بإرادة القاضي هو كذلك عمل شكلي يخضع إلى شروط من حيث إجراءات تكوين رأي عضو القضاء وصيغة إعلانه، أي التصريح به وإخراجه للعموم.

وتبعا لهذه الازدواجية بين عمل سلطة ذي طابع عام وبين الصبغة الإجرائية⁽²⁾، يكتسي كل حكم ثلاثة أوصاف متلازمة:

الطابع العام.

- الطابع الرسمي.

- الطابع الشكلي.

ويترتب عن اكتساب السند التحكيمي طبيعة العمل الإجرائي العام بصفاته الثلاث نتائج جوهرية على مستوى حجته وبالتالي فاعليته في تأمين استقلالية التحكيم كقضاء مواز لقضاء الدولة ويقاسمة نفس الأداة ألا وهي العمل القضائي الذي منه الحكم.

وخلاصة القول هنا أن السند التحكيمي هو سند يساوي السندات القضائية من حيث الأوصاف فهو يصدر طبقا لنفس الإجراءات التي صدر منها السند القضائي إلا أنه يختلف عنه في مسألة النشأة السند التحكيمي ثلاثي الإرادة ينبع من إرادة القانون وإرادة المحكّمين وإرادة المحكم بينما السند القضائي لا يصدر إلا عن إرادتين هي إرادة القاضي وإرادة القانون.

(2) أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، مرجع مذكور، ص 27 الفقرة 11.

ولكن الأهم في كل هذا هو أن السند التحكيمي الذي يصدر عن هذه الإرادات الثلاث له نفس قيمة السند القضائي، وذلك لأنه لم يخرج إلى حيز الوجود إلا بإذن من المشرع فلا وجه للطعن في قيمته القانونية لكونه ينبع عن إرادة الأفراد محكمين و محتكمين، لأن الذي أخرج به إلى حيز الوجود ليس إرادة الأفراد، وإنما إرادة المشرع عندما ألبسه الثوب الإجرائي، وأكسب المحكم صفة القاضي الذي ما كان ليتصف بها لولا أن المشرع سمح له بذلك، عندما أجاز للأفراد ورخص لهم بالاحتكام إلى هذا الغير غير العمومي. وعندما قبل المشرع بأن يصدر هذا الغير أحكاما ملزمة، بل ذهب المشرع أكثر من ذلك عندما منع القضاء العمومي من عدم البت في أية منازعة معروضة على هيئة تحكيمية. وبالتالي فخصوصية السند التحكيمي تكمن في تنوع أساسه بين الاتفاقي والقانوني، ويكون ذلك بناء على رغبة المشرع وبتصريح منه، فلا حجة إذا للذين يرون أنه لا ينبغي المساواة بين السند القضائي والتحكيمي.

وهذا المنشأ المزدوج للسند التحكيمي تولدت عنه آثار مختلفة، منها ما هو مشترك مع السند القضائي، ومنها ما تفرّد به السند التحكيمي دون بقية السندات.

الفرع الثاني: آثار السند التحكيمي: تنقسم آثار السند التحكيمي إلى قسمين آثار مشتركة

وآثار خاصة بالسند التحكيمي دون غيره.

1- الآثار المشتركة: إن إكتساب السند التحكيمي صفة العمل الإجرائي يعني اكتسابه صفة

العمل العام والعمل الرسمي. كما يعني أنه من الوجهة الشكلية يمثل ورقة مرافعات. شأنه شأن أوراق المرافعات العادية⁽¹⁾.

وورقة المرافعات تتميز بصفتين: الشكلية والرسمية⁽²⁾.

(1) أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، مرجع مذکور، ص 27، الفقرة 3، 15.

(2) أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، مرجع مذکور، ص 35، الفقرة 12، 3.

والتحكيم عمل عام لأن موضوع التأهيل التحكيمي هو النهوض بالوظيفة القضائية، ولو أن ذلك يكون بصفة وقتية ومحدودة في موضوع المهمة التحكيمية. وحتى صفة الوقتية تعد نسبية باعتبار التحكيم أصبح يتزع للدوام عبر النظام المؤسسي.

والعمل العام بطبيعته عمل رسمي لذلك يعترف القانون في المستويين الداخلي والدولي للمحكم بولاية التوثيق. فمحركات هيئة التحكيم في إطار إجراءات التحكيم تعتبر محركات رسمية، ولها حجية الإثبات الرسمية، لأنها صادرة عن جهاز مشبه بأجهزة الدولة العمومية، وهو المحكمة التحكيمية، وعن عضو قضاء يخضع للنظام الأفقي للقاضي، ويعطيه القانون صفة عون القضاء غير العمومي أي غير الموظف العام.

والرسمية هي قوة الثقة القانونية في العمل العام وهي قوة مطلقة يفرضها القانون على الناس كافة⁽³⁾. لذلك حرص القانون على إحاطة نظام المحكم القاضي بضمانات الأهلية والكفاءة والحياد والاستقلالية حتى يكون أهلا لاكتساب صفة العون العمومي. ويقول الأستاذ أحمد محمد حشيش بهذا الصدد "ومبنى لزوم هذا الشرط (أي شرط أهلية المحكم) أن العمل العام هو بطبيعته عمل رسمي، والرسمية هي قوة الثقة القانونية في العمل العام. وهي قوة مطلقة يفرضها القانون على الناس كافة ولكنه لا يفرضها إلا إذا توافرت ثقته هو في القائم بالعمل. وهذه الثقة القانونية لا تتوافر إلا إذا كان الشخص كامل الإدراك والتمييز والاعتبار القانوني على الأقل وذلك على نحو ما تطلبه القانون في المحكم"⁽¹⁾.

والحجية التي يتمتع بها المحكم التحكيمي ليست مجرد حجية رسمية في الإثبات على مقتضى نظام الإثبات وإنما كذلك حجة رسمية كورقة إجراءات معتمدة لإثبات تاريخ العمل الإجرائي ولبداية احتساب الآجال الإجرائية.

(3) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذكور، ص 456.

(1) أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، مرجع مذكور، ص 37، الفقرة 15، 3.

كما تطبق هذه الحجية في شأن بداية احتساب آجال وإجراءات التحكيم من خلال معيار قبول آخر المحكمين بالتحكيم أو التمديد فيها بقرار من هيئة التحكيم أو باتفاق بين الأطراف موثق لديها، أو ختم الإجراءات أو إنهاء النزاع بحكم باتفاق الأطراف، بل إن فقه القضاء يكتفي بالثبوت المادي لوثيقة الحكم التحكيمي⁽²⁾، ليستمد منها الوجود القانوني للسند التنفيذي التحكيمي، دون حاجة حتى لتصديق الدولة قضاء الدولة، ويعتمد تنصيبات الحكم على أساس حملها على الأصل وهو الصحة. وقد طبق فقه القضاء كذلك تلك الحجية على حكم التحكيم.

2- الآثار الخاصة بالحكم التحكيمي: تتجاوز الآثار الخاصة بالعمل التحكيمي الحكمي توثيق إرادة المحكمين والأعمال الإجرائية، إلى سلطة القرار لدى الغير المحكم المستمدة من طبيعة الوظيفة التحكيمية القضائية، لذلك نجدها تعكس ما للرأي الذاتي لعضو القضاء التحكيمي من قوة قانونية للإلزام والجبر التنفيذي، وأهم آثار المتعلقة بالسند التحكيمي تتمثل في :

أ- القوة الإلزامية للحكم التحكيمي. يتميز الحكم القضائي كعمل قانوني عام بسلطة القرار، التي تقتضي الجبر والإلزام الخارجي أي المفروض على الأطراف، فلا يكتفي القاضي بالتوثيق المثبت للعمل الإجرائي أو لإرادة الأطراف وإنما يتجاوزها إلى اتخاذ رأي ذاتي يفرض بموجبه الحل أو الإجراء الذي اتخذته على إرادة الأطراف. لذلك تكون له قوة ملزمة بحكم القانون، مقررّة بالنص ويعبر عنها بنفوذ الأمر المقضي به سواء كان نفوذاً وقتياً كما في الحكم الاستعجالي أو دائماً كما في الحكم الصادر في الأصل.

وهذه الحجية الإلزامية للحكم التحكيمي ليست إلا تطبيقاً لمبدأ حجية الحكم الإجرائي⁽¹⁾ منذ صدوره. وهو ما يعني أن هذه الحجية لا تتوقف على إيداع الحكم التحكيمي أو على صدور إذن بتنفيذه. وهذه الحجية لئن كانت خلافية في البداية فإنها الآن أصبحت مقررّة في كل النظم الحديثة

(2) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذكور، ص 459.

(1) أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، مرجع مذكور، ص 32، الفقرة 15، 2.

الداخلية والدولية الإقليمية والعالمية على السواء، على اعتبار أن القول بأن الحكم التحكيمي يقتصر على تأكيد وتقرير أو توثيق المراكز القانونية السابقة دون إحداث أي أثر قانوني جديد، عكس الأحكام الأخرى، يعني انعدام فاعليته القانونية، كما يعني أنه ليس عملاً قانونياً لأن العمل القانوني يتميز بإحداثه أثراً قانونياً.

هذا وعلى غرار الحكم القضائي يتضح أن القانون يعترف للحكم التحكيمي بقوة وفاعلية يصبح بمقتضاها حجة على الخصوم في المسائل التي فصل فيها المحكم.

فلئن جرى القول في تبرير قاعدة حجية الأمر المقضي بأنها تضع حداً للخصومات والمنازعات فتحول دون تأييدها، وأنها تمكن من تفادي التناقض بين الأحكام الذي يعطل تنفيذها وينال من هيبة القضاء، فإن حقيقة حكمة هذه القاعدة أعمق من ذلك، إذ نجد في وظيفة العمل القضائي نفسها⁽²⁾، لأنه بدون هذه الحجية لا يمكن للعمل القضائي تحقيق اليقين القانوني في المراكز القانونية، بل تظل تلك المراكز نهبا للإدعاءات وهكذا تبدو حجية الأمر المقضي هي المؤدى الطبيعي للعمل القضائي. لأنها أدواته في تحقيق وظيفته. ويجب أن تكون كذلك بالنسبة للعمل القضائي التحكيمي.

ويميز الفقه عموماً بين دورين متباينين تقوم بهما حجية الأمر المقضي في المجال الإجرائي، أحدهما سلبي والآخر إيجابي⁽¹⁾:

فأما الدور السلبي، فهو منع إعادة الفصل في نفس الدعوى المقضي فيها بين نفس الخصوم ولذات السبب.

أما الدور الإيجابي، فهو إلزام القضاء باحترام الحكم السابق عند الفصل في موضوع دعوى أخرى يثار فيها مضمون هذا الحكم كمسألة أولية.

(2) وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، مرجع مذکور، ص 160.

(1) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذکور، ص 461.

ويتحقق هذان الدوران من خلال التمسك بحجية الأمر المقضي عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفَع أو عن طريق الطعن. ولا اختلاف بين أن يكون الحكم صادرا عن قضاء الدولة أو عن القضاء التحكيمي مادام السندان متناظرين في الطبيعة ويشتركان في إحداث ذات الأثر على وجه التوازي والتعادل.

وتتميز قاعدة حجية الأمر المقضي عن قاعدة متممة لها وهي قاعدة عدم جواز المساس بالحكم، أو حصانة الحكم. وتعني هذه القاعدة أن الحكم منذ صدوره يحاط بحصانة قانونية. فلا يكتفي القانون بتقرير صحته وموافقته للقانون وعلى أنه يمثل الحقيقة لما يحيطه من ضمانات، وإنما يقرر عدم جواز المساس به أو مراجعته خارج الحدود التي يرسمها القانون نفسه. فهو كما يطمح إلى تأمين صحة الحكم يسعى إلى دوام تلك الصحة واستمرارها ومن هنا كانت هذه القاعدة.

ولذا يقرر القانون الإجرائي قاعدة خروج النزاع عن ولاية المحكمة التي أصدرت الحكم، واستنفادها سلطتها على المسائل التي فصل فيها بمجرد صدوره. وتؤدي هذه القاعدة إلى رفع يد المحكمة عن النزاع ومنعها من الرجوع في حكمها أو تعديله ولو رضي الخصوم بذلك. وغاية ما يمكن أن تفعله هو تفسيره أو إصلاح ما به من أخطاء مادية.

وقد كرس النظام التحكيمية الوطنية والدولية هذين الأثرين للحكم التحكيمي، حتى أن الحديثة منها سعيا لتمكين المحكمة التحكيمية من استنفاد ولايتها على كامل موضوع التحكيم قد أجازت للمحكمة المتعهدة بنظر الطعن في الحكم التحكيمي إرجاع ملف القضية لهيئة التحكيم إما للبت في ما لم يفصل فيه من فروع الدعوى التحكيمية الأصلية، المعارضة أو المعارضة، أو لاستئناف إجراءات التحكيم ومواصلتها بعد تصحيح البطلان الحاصل فيها أو بعد إقصاء الإجراء الباطل، وهو الموقف الذي اتخذته على سبيل المثال المشرع التونسي متأثرا بالقانون النموذجي. ويعد هذا

تكريس لمبدأ الولاية الكاملة للمحكم التي تقتضي استنفاد حكمه كامل موضوع المهمة التحكيمية⁽¹⁾.

لكن لئن كانت حجية الأمر المقضي وحصانة الحكم تقوم على فكرة اليقين القانوني، وتعتبران أثراً لازماً ومباشراً لكل حكم لارتباطه الوثيق بسلطة الحكم لدى المحكمة، فإن للحكم أثراً غير مباشر أي لا يتصل اتصالاً مباشراً بطبيعته القضائية، هو الأثر التنفيذي لأحكام الإلزام.

وكما تختلف وظيفة ولاية الحكم عن وظيفة ولاية التنفيذ حتى وإن اجتمعتا في قضاء الدولة نفسه، فإن قوة اليقين القانوني الملزمة إزاء الأطراف تختلف عن القوة التنفيذية التي تتجاوز سلطة التوثيق وسلطة القرار إلى اكتساب الحكم قوة الجبر التنفيذي باستعمال القوة المادية عند الاقتضاء⁽²⁾. فهل منشأ الحكم التحكيمي يلعب دوراً في جعل مركزه دولي يبرر جعله تحت وصاية القضاء العمومي على مستوى هذا الأثر.

ب- القوة التنفيذية للسند التحكيمي: يستقل التنفيذ القضائي عن العمل القضائي، فهذا الأخير يسعى إلى تحقيق اليقين القانوني الموضوعي ويستنفذ غايته بتحقيق ذلك اليقين من خلال النطق بالحكم بما له من قوة إلزامية تفرض على المتنازعين تنظيماً خارجياً لمراكزهم القانونية. أما التنفيذ فيعمل على تغيير الواقع جبرياً حتى يصبح موافقاً للقانون. أي أنه يحقق للعمل القضائي فاعلية عملية مادية لا مجرد فاعلية نظرية نفسية.

وحتى وإن تبع التنفيذ القضائي العمل القضائي وأدرج ضمن الوظيفة القضائية⁽¹⁾، فإن ذلك لا يعني أنه استمرار للعمل القضائي ذاته وإن كان استمراراً للنشاط القضائي في إطار آخر ولغاية

⁽¹⁾ الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذکور، ص 461.

⁽²⁾ الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذکور، ص 462.

⁽¹⁾ وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، مرجع مذکور، ص 103.

مستقلة. فهو يعني فقط أن الحكم القضائي بما يتضمنه من تقرير لحل قانوني للتزاع يصلح سندا للتنفيذ، وبالتالي يحقق المفترض اللازم لبدء التنفيذ القضائي.

والحكم القضائي ليس إلا صيغة من صيغ السند التنفيذي، فلا يستوعبه، ويمكن أن يباشر التنفيذ بدون عمل قضائي أصلاً⁽²⁾. لكن التنفيذ القضائي يبقى عملاً من أعمال الوظيفة القضائية، فالطبيعة القضائية للتنفيذ هي السائدة الآن في أغلب القوانين التي ترصد لها مؤسسة ونظاماً قضائيين خاصين هما مؤسسة قضاء التنفيذ ونظام أصول وطرق إجراءات التنفيذ

ونخلص إلى أن القوة التنفيذية لا تستغرق كامل قوة السند المعني ولا تشمل كل السندات حتى من صنف واحد، لأنها لا تعني إلا بقوته بالنسبة للتنفيذ الجبري، أي لا تعني سوى أثره التنفيذي و الذي لا يتصل إلا بالسندات القاضية الصادرة بإلزام، الوحيدة القابلة للتنفيذ الجبري. وهي تختلف عن قوته الملزمة المتصلة بسلطة القرار أي بالرأي المفروض على الخصوم، وعن قوته الإقناعية⁽³⁾ في مجال الإثبات المتصلة بسلطة التوثيق لدى مصدره وحجية السند كأداة إثبات.

والقوة التنفيذية ليست من طبيعة السند ذاته وإنما هي وصف يضاف له بالشروط التي يحددها القانون لكل صنف من أصناف السندات، سواء كانت خاصة عرفية أم عامة إدارية أو قضائية. ويعتبر السند مجرد بداية للتنفيذ ومصدراً غير مباشر للقوة التنفيذية، كما تعتبر هذه الأخيرة أثراً غير مباشر له.

وحكم التحكيم لا يختلف في هذا الشأن عن الحكم القضائي. ويقول الأستاذ وجدي راغب فهمني في هذا الشأن " لا يعد السند التنفيذي قائماً، إلا عندما ترتدي الإرادة ... شكل الصورة

(2) وجدي راغب فهمني، النظرية العامة للعمل القضائي، مرجع مذكور، ص 103.

(3) أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، مرجع مذكور، ص 32، الفقرة 15، 1.

التنفيذية، فالحكم لا يرتب للمحكوم له حقا في التنفيذ بمجرد صدوره، وإنما يرتب هذا الأثر له بعد استخراج صورته التنفيذية"⁽¹⁾.

وهكذا ليس للحكم مطلقا ومنه الحكم التحكيمي عند صدوره أية قوة تنفيذية، وبالتالي فإن الحكم ليس هو المصدر المباشر لقوته التنفيذية، وإن كان هو المصدر المباشر لحجته من جهة قوته الملزمة والقوة الإقناعية.

فما هو المصدر المباشر للقوة التنفيذية: يمكن القول أن كل عمل قانوني ينتج أثر ولا يوجد أثر قانونيا بدون مصدر مباشر. والقوة التنفيذية مقررة بحكم القانون حتى في السند التنفيذي الخاص أو الموثق رغم سيطرة الإرادة على نشأته وعلى تكوينه. وهذا يعني أن القانون هو مصدر القوة التنفيذية المباشر للسند سواء كان قضائيا أو تحكيميا أو توثيقيا.

فالحكم الإجرائي قضائيا كان أو تحكيميا ليس سوى عملا تحضيريا للسند التنفيذي، والقانون يرتب القوة التنفيذية على السند لا على عمله التحضيري.

ينتج عن هذه الحقيقة القانونية العامة المشتركة بين كل السندات التنفيذية أثران أساسيان:

الأول: اختلاف القوة التنفيذية عن الآثار القانونية التي ليس القانون مصدرها المباشر تطبيقا للقاعدة العامة التي تقضي بأن القانون مصدر غير مباشر للآثار القانونية⁽²⁾.

الثاني: إن القانون هو الذي يحدد مفروض القوة التنفيذية، وتاريخ اكتسابها أو انقضائها وشكلها ومضمونها. وهو ما يجعل السندات التنفيذية واردة على سبيل الحصر.

إن تطبيق هذه الحقيقة القانونية على السند التحكيمي يؤدي إلى القول بثبوت النتائج التالية:

(1) وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، مرجع مذکور، ص 58.

(2) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذکور، ص 464.

- إن حكم التحكيم يكتسب من الطبيعة العامة والرسمية للعمل الإجرائي ومنذ صدوره الحجية القانونية في الإثبات ككل حكم بالمفهوم الإجرائي. وهي تعبر على سلطة التوثيق لدى المحكم كعون عام وقتي وإن لم يكن موظفا عموميا قارًا، يقوم بوظيفة عامة وإن لم تكن وظيفة عمومية، عبر عمل عام وإن لم يكن عملا إداريا⁽¹⁾.

- إن حكم التحكيم يكتسب من طبيعة مهمة عضو التحكيم القضائية القوة الملزمة بمعناها الإجرائي المعبرة عن سلطة المحكم لدى المحكم، أي سلطة إنزاله رأيه الذاتي على النزاع وفرضه على الأطراف في تنظيم مراكزهم التنزعية. وبالتالي نزول الأطراف جبرا على رأي الغير المحكم باعتباره حكما بالمفهوم الإجرائي يفرض تنظيما خارجيا للمراكز القانونية وإعادة التوافق بين الواقع والقانون، ضمانا لفاعلية القانون. ويكتسب بموجبها حكم التحكيم حجية الأمر المقضي فيه تحكيميا بأثرها النسبي من حيث الأطراف ومن حيث الموضوع.

إن حجية السند التحكيمي وقوته الإلزامية يستمدهما مباشرة من طبيعته الإجرائية التنزعية، باعتبارها المصدر المباشر⁽²⁾، وبالتالي فإن هذين الأثرين لهما طابع مباشر لا يحتاج فيهما أي سند قضائي بما في ذلك الحكم التحكيمي إلى تدخل جهة أخرى غير التي أصدرته لإحداثهما.

إن القوة التنفيذية للسند التحكيمي مثل القوة التنفيذية لأي سند آخر سواء كان توثيقيا أم إداريا أم قضائيا، وإن اختلفت عن قوته الملزمة فإنها تجد مفترضها في هذه الأخيرة باعتبارها مصدرها غير المباشر⁽¹⁾ وبالشروط العامة للتنفيذ الجبري، التي قوامها، أن يكون السند متضمنا لالتزام ذاتي (كما في السند العرفي أو الخاص أو التوثيقي) أو لإلزام خارجي جبري (كما في السند

(1) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذكور، ص 464.

(2) أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، مرجع مذكور، ص 39، الفقرة 16.

(1) أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، مرجع مذكور، ص 42، الفقرة 17، 2.

الإداري أو القضائي الرسمي أو التحكيمي) وأن يكون إلزاماً أو إلزاماً بحق معين، محقق الوجود، حال، وممكن.

وخلاصة القول أن السند التحكيمي تجتمع له جميع عناصر الفاعلية سواء المستمدة من الطبيعة الإجرائية العامة والتي أعطته سلطة التوثيق، أو المستمدة من طبيعة الوظيفة التحكيمية والتي أعطته سلطة الحكم وأكسبت رأيه قوة الإلزام وأهّلته ليكون بحق السند التنفيذي التحكيمي المستقل.

ولكن يبقى السؤال المطروح هنا والذي ينبغي الإجابة عليه وهو ما طبيعة العلاقة بين القضاءين التحكيمي والعمومي في ظل وجود ما يسمى بالرقابة القضائية إذا كان السند التحكيمي يتمتع بالفاعلية الذاتية .

المبحث الثاني: العلاقة بين قضاء التحكيم والقضاء العمومي على ضوء التدخل القضائي:

كان التحكيم في ظل النظم التقليدية التحكيمية يخضع إلى رقابة مشددة للدولة عبر قضائها تشمل كافة مراحلها من تكوين هيئة التحكيم، إلى انعقاد الولاية التحكيمية عبر الرقابة على صحة تأهيل المحكم ومدى تحكيمية العلاقة التنازعية المنصبة على سندها المباشر وهو اتفاقية التحكيم، إلى الرقابة الإجرائية على سير النزاع التحكيمي، إلى الرقابة الموضوعية على اجتهاد المحكمة التحكيمية المنصبة على الحل الذي تعطيه للنزاع، ما يعني امتدادها إلى ما بعد رفع يدها عنه بصدور الحكم التحكيمي.

أما التشريعات الحديثة، حتى في النظم التقليدية المحافظة، فقد بدأت بالبناء على نتائج اتفاقية نيويورك التحرّري، ثم على التوجهات العالمية التوحيدية التي كرسها القانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لتنمية التجارة الدولية في 21 جوان 1985، والتي سبقت بتكريس بعضها المحاكم الوطنية في الدول ذات النظم القانونية المحافظة، على غرار بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية، والهند. وأصبحت تبعا لذلك تنطلق من مسلمة استقلالية التحكيم لتخرجه شيئا فشيئا

عن نظام الدولة وتجرد السيادة التحكيمية وترجعها عن التوطين الجغرافي، حتى استقل التحكيم بسيادة خاصة لا دولية وعبر دولية.

وإزاء هذا التحول في تصور التحكيم، كان من البديهي أن تتغير وظيفة التدخل القضائي في مجال التحكيم، وأن تُحدَّ بحدود وبنسبية سيطرة الدولة وسيادتها في مجال أداء الوظيفة القضائية.

وهكذا صارت النظم التحكيمية الوطنية والإقليمية والعالمية، تركز علاقة تزامن وتكامل بين القضاءين، تجعل من قضاء الدولة عوناً وسنداً للتحكيم، ومن التحكيم مسعفاً بل منقذاً للدولة حيث لا سيادة ولا سلطان لها، أو حين تكون هي مباشرة أو أحد تفرعاتها المحكم للتحكيم.

وكما ترجع هذه العلاقة الجديدة المتكافئة إلى تحرر التحكيم من تحكم الدولة يجب أن تجد مرجعيتها وضوابطها في الطبيعة الجديدة للتحكيم وفي خصوصية النظام التحكيمي، من جهة علاقته بالدولة وبقانونها. فغاية الدولة من تدخل أجهزتها في مجال التحكيم، ليست هي المحددة في تبين حقيقة ما يجب أن تكون عليه العلاقة بين القضاءين، وإنما المحدد هو نتيجة إختبار الفاعلية الذاتية للتحكيم، فتكون الغاية من التدخل في التحكيم مجرد انعكاس لاستقلالية النظام التحكيمي، ولا اكتمال سلطة عضوه، ولشبه وحدة السند التحكيمي، وتكافئ قوة السند التحكيمي مع السند القضائي، أي انعكاساً لحدود الولاية التحكيمية، وحدود النفاذ التحكيمي.

وقد ذكرنا فيما سبق أن المحكم يؤدي عمله كمحكم وذلك بناء على إرادة المشرع التي جعلت هذا العمل وظيفية قضائية وذلك لأن المشرع جعل الأحكام التي يصدرها هذا المحكم أحكاماً ذات طبيعة إلزامية ولم يكتف المشرع بهذا بل أخضع هذا النظام القانوني التحكيمي لقانون الإجراءات سواء قانونه هو أو أي قانون آخر يختاره المحكمين، وبشبه الصفة الإجرائية للتحكيم سواء على مستوى المضمون والمنهج والفكرة. فقد أصبح قضاء كامل الولاية، موازياً لقضاء الدولة.

لكن إذا كنا نقول أن التحكيم أصبحت له الولاية الكاملة وبالتالي فهو قضاء يتمتع بالاستقلالية، فما هي حدود العلاقة إذا ما بين القضاء التحكيمي والقضاء الرسمي.

وإزاء اكتمال الولاية التحكيمية والفعالية الذاتية للتحكيم، أصبح تدخل القضاء أو أية جهة رسمية تقوم مقامه في مجال التحكيم لا يخرج عن غايتين متكاملتين، تضمنان مزيدا من الفاعلية للتحكيم لكنهما لا تقيمان ولاية للقضاء على التحكيم.

الغاية الأولى: هي مساعدة المحكمة التحكيمية على تحقيق اليقين الموضوعي⁽¹⁾، وتحصل قبل صدور الحكم التحكيمي وتساهم في ضمان فاعلية التأهيل التحكيمي.

الغاية الثانية: هي غاية تنفيذية تدرج ضمن تحقيق اليقين القانوني التنفيذي⁽²⁾، وترمي إلى تأمين فاعلية السند التحكيمي في مرحلة التنفيذ وعند تنقله عبر الحدود من خلال مراقبة مقبوليته.

المطلب الأول: التدخل القضائي المساعد: إن تدخل القضاء في هذه المرحلة هو تدخل يهدف إلى رفع عوارض النظام التحكيمي، ولا يتم إلا عند فشل الإرادة الفردية في رفع هذه العوارض التي تحول دون تشكّل المحكمة التحكيمية، أو عند عجز نظام التحكيم عن التصدي لها.

فالقاضي يعين المحكم الفرد أو يستكمل تركيبة هيئة التحكيم عند الخلاف أو تخلف أحد الأطراف عن تعيين محكمه. وهو الذي ينظر مطالب التجريح في المحكمين أو عزلهم، أو تعويضهم .

ويشمل تبعا لذلك مساعدة الأطراف في مرحلة تكوين هيئة التحكيم، ومساعدة المحكمة التحكيمية نفسها في القيام بالمهمة التحكيمية عبر اتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية.

الفرع الأول: دور القضاء العمومي المساعد في تحقيق اليقين القانوني الموضوعي للمحكم.

(1) يقصد به القوة الإلزامية لحكم التحكيم.

(2) يقصد به القوة التنفيذية لحكم التحكيم.

ينقسم هذا التدخل إلى تدخل قبلي يساهم في تكوين المحكمة التحكيمية، وتدخل بعدي لاحق للتعين يرمي إلى ضمان احترام نظام القاضي لدى المحكم.

1- التدخل القبلي: هو تدخل عارض يخرج عن الطابع الاتفاقي لتكوين هيئة التحكيم، وغير مباشر موقوف على طلب أحد الأطراف:

أ- التدخل العارض:

لقد سبق الذكر على أن التحكيم مؤسسة متسقة وموحدة وتتميز بنظام مستقل هو النظام التحكيمي. ويعتبر هذا النظام شامل لكل مسائل التحكيم، وعلى رأسها مسألة تكوين هيئة التحكيم.

وقد أثبت استقراء النظم الوضعية للتحكيم أنها وضعت صيغا وإجراءات مسبقة الوضع تضمن لهماكل التحكيم نفسها، والمتمثلة أساسا في مراكز التحكيم، الأولوية برفع عوارض والعوائق التي قد توجد أمام تكوين محكمة التحكيم، سواء تعلق الأمر بتسمية المحكم الفرد أو تسمية محكم الطرف المتخلف عن تعيين محكمه أو تسمية المحكم الثالث إلى غير ذلك من الأسباب التي تمنع من انعقاد التحكيم. وهو النظام الذي كرسه القانون النمذجي للتحكيم سنة 1985 وجعله مفتوحا على التحكيمين الداخلي والدولي، وتبنته التشريعات الحديثة:

فينعدم بذلك موجب هذا التدخل في إطار التحكيم المؤسسي حيث يختص ويستقل نظام التحكيم بكل ما يتعلق بتكوين هيئة التحكيم أو بسير إجراءاته أو بحجية الحكم التحكيمي وحتى بنظام الطعن في الحكم التحكيمي.

أما في التحكيم الحر، فإن الأصل حرية التحكيم ومنها حرية الأطراف في تحديد شكل هيئة التحكيم فردية أم مجلسية، وطريقة تعيين المحكمين، أي الطابع الاتفاقي لتكوين محكمة التحكيم،

إلى جانب حريتهم في ضبط الإجراءات التحكيمية وتعيين القانون المنطبق على أصل النزاع. ويتوقف تدخل القضاء على قصور أو تخلف الإرادة العقدية للمحتكمين. كما أن من حق الأطراف تخصيص جهة أخرى بهذا التدخل إما مباشرة من خلال بنود اتفاقية التحكيم أو بصفة غير مباشرة من خلال الإحالة على نظام تحكيمي معين.

وقد كرس القانون الجزائري نفسه هذا الطابع العارض في النصوص الآتي ذكرها.

- في مجال التحكيم التجاري الدولي فقد أورد في المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم".

فالمشرع يقرر في هذا النص أنه تشكيل هيئة التحكيم يكون إما في إطار التحكيم الحر، ويكون ذلك إما بتعيين محكم فرد أو عدة محكمين، وتحديد إجراءات تعيينهم وعزلهم واستبدالهم من طرف أطراف النزاع مباشرة، أو بالإحالة إلى نظام معين مثل الغرفة التجارية الدولية، وفي هذه الحالة تقوم الغرفة بتأكيد هذا التعيين نزولا عند إرادة الطرفين⁽¹⁾.

وتؤكد المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التدخل العارض للقضاء حيث أنه لا ينبغي للقاضي التدخل إلا إذا:

- غاب التعيين من طرف المحتكمين ولا يكون ذلك إلا إذا لم يتضمن الاتفاق المتعلق بإجراءات تعيين المحكمين التنصيص على طريقة تضمين التعيين.

(1) لزهري بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ب ط 2012، ص 96.

- في حالة صعوبة تعيين المحكمين، والمشرع عندما استعمل لفظ "صعوبة" فقد فتح المجال واسعا للمحتكمين بأن كل ما من شأنه أن يحول دون تشكيل الهيئة التحكيمية، فيحق عندئذ للطرف الذي يهيمه التعجيل الاتجاه إلى القضاء من أجل القيام بهذه المهمة.

- كذلك في حالة عزل المحكم والعجز عن استبداله يحق للطرف المتعجل اللجوء إلى القضاء لتعيين هذا المحكم .

ويؤكد الطابع العارض لتدخل القضاء في التحكيم طابعه غير المباشر:

ب- الطابع غير المباشر ويظهر هذا الطابع غير المباشر في:

- يتبين من نص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية أن المشرع يوقف تدخل رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر، أو رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار أطراف النزاع تطبيق القواعد المعمول بها في الجزائر على طلب أحد الأطراف منه تعيين المحكم لاستكمال تركيبة هيئة التحكيم، بدليل نصه على عبارة " يجوز للطرف الذي يهيمه التعجيل القيام بما يأتي: وذكر الجهة القضائية المختصة بالتعيين.

فلا يجوز إذا للقاضي التعهد من تلقاء نفسه بمسألة تعيين عضو أو أعضاء هيئة التحكيم، ولو مع ثبوت قيام عارض من عوارض تكوينها لديه.

(1) لزهري بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2012، ب ط ص 96.

- مرجعية التعيين: ويقصد بذلك أنه ليس للقاضي المختص بتعيين المحكم الحرية المطلقة في هذا الاختيار، بل هو ملزم باحترام إرادة الأطراف وذلك من خلال التزامه بالشروط الاتفاقية التي يضعها الأطراف لتحكم صفات ومؤهلات المحكم⁽¹⁾، مع التزامه بطبيعة الحال بالشروط العامة الواردة في المادة 1014 الفقرة الأولى والتي تنص على "لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية". وينبغي فهم هذا النص مفهوماً واسعاً فالقاصر المرشد والراشد تحت الوصاية لا يمكن لهما أن يكونا محكمين، كما أن المحكوم عليه جنائياً وحتى المفلس لا يمكن لهما تشكيل الهيئة التحكيمية. كما قد يكون رجل قانون، لكن بسبب فقدانه لحقوقه المدنية لا لا تختاره الأطراف كمحكم للنظر في النزاع.

- حجية قرار التعيين: تنص أغلب التشريعات خاصة منها المتأثرة بنظام القانون النموذجي للتحكيم على أن القرار القاضي بتعيين المحكم استكمالاً أو مساعدة في تكوين هيئة التحكيم يكون باتاً وغير قابل لأي طعن. لكن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة ولم ينص على مسألة جواز الطعن في قرار التعيين من عدمه. وهنا يطرح التساؤل التالي هل يمكن الطعن في قرارات القاضي الخاصة بتعيين المحكم أم لا يجوز الطعن فيها.

2- التدخل البعدي: حرمة نظام المحكم : يعد هذا التدخل تدخل بعدي بمعنى أنه لاحق

لتعيين المحكم، وبالتالي اكتمال التأهيل التحكيمي بقبول المحكم للمهمة التحكيمية، وانعقاد ولاية المحكمة التحكيمية على النزاع.

وينصب هذا التدخل على مسألة أهلية المحكم للاستمرار في أداء مهمته في كنف احترام مبادئ النظام القانوني الذي تمت في ظله عملية التعيين للمحكم، وأهمية هذا التدخل في كونه يضمن للمحكم حصانة الرأي والاجتهاد الذي يتوج به الإجراءات، أي الحصانة الذاتية للمحكم التحكيمي.

فإذا تفتن أحد الأطراف لاحقا إلى قيام سبب من شأنه استبعاد المحكم عن المهمة القضائية المسندة إليه، فإن له أن يطلب إزاحته أثناء الإجراءات تأميننا لحرمة المحكم، حتى لا تعوقه حصانة المحكم التحكيمي عن التظلم اللاحق.

- **إزاحة المحكم تأمين حرمة نظام المحكم:** تعد مبادئ الاستقلالية والأمانة والحياد، من المبادئ الأساسية، ومن القواعد عبر الدولية المكونة لنظام المحكم والمستمدة من نظام القاضي الأفقي. وقد أجمعت عليها كل النظم الحديثة في التحكيم التجاري الدولي، بدءا بالقانون النموذجي للتحكيم سنة 1985، وانتهاء بنظام غرفة التجارة الدولية للمصالحة والتحكيم المعدل لسنة 1998. كما كرسها المشرع الجزائري في القسم الثالث تحت عنوان الأحكام المشتركة بين التحكيم الداخلي والدولي في المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقد استعمل المشرع في هذه المادة ألفاظ عامة توحى إلى هذه المبادئ، فقد ذكر في الفقرة الثانية من نص المادة أنه قد يتم رد المحكم إذا وجد سبب الرد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف، ويقصد بهذا النص بأن أطراف النزاع إن اختارت أي نظام تحكيمي وقد نص هذا النظام على أسباب الرد فالتحكيم ملزم بالأسباب الواردة في هذا النص. والذي يعيننا هنا هو أن المشرع الجزائري بوضعه هذا النص قد ساير ما هو معمول به في التحكيم التجاري الدولي، فقد جرت العادة على أن المحكمين يختارون نظاما تحكيميا لمؤسسة تحكيمية مثل نظام غرفة التجارة الدولية أو مركز التحكيم بواشنطن وهذه الأنظمة القانونية تنص على المبادئ العامة المذكورة سلفا.

أما مبدأ الاستقلالية فقد أشار إليه المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 1016 .

وهذه المبادئ تلزم جميع المتدخلين في عملية التحكيم المحكم، والمحتكم، ومؤسسة التحكيم، والقاضي المساعد على السواء.

وإضافة إلى مبادئ الحياد والاستقلالية والأمانة هناك مبادئ لها علاقة بالمبادئ الإجرائية في كل نزاع قضائي وهي المبادئ الأساسية في التقاضي، وهي ضرورة توافر مبدأ المساواة بين الخصوم، والمواجهة، واحترام حقوق الأطراف في الدفاع. وتعد هذه المبادئ قوام الرقابة القضائية على التحكيم. وأهمية هذه المبادئ في كونها تتصل بمسألة صحة الحكم التحكيمي وبالتالي مقبوليته، والأصل أنها تتصل بمقبولية العمل التحكيمي شأنه في ذلك شأن العمل القضائي

وبناء على ذلك إذا عرض على شخص ما أن يقوم بوظيفة التحكيم، فإن عليه أن يبادر بالبوح بكل ما من شأنه أن يثير شكوكا لها ما يبررها حول حياده واستقلالته. ويكون الخصوم عندئذ مخيرين بين القبول أو الرفض لهذا الشخص، وإلا كان للمحتكمين تنحيته بعد التعيين إن ظهر لهما أن به شبهة تطعن في حياده واستقلالته وأمانته. كما يحق لهما طلب عزل المحكم في الحالات المنصوص عليها في القانون.

أ- حق التجريح والقدح في المحكم أو حق رد المحكم: يمكن أن يقع تعيين شخص ما كمحكم بطلب من أحد الأطراف أو باتفاقهم أو بموجب قرار قضائي أو بقرار من الجهة المختصة داخل مؤسسة التحكيم، رغم قيام شبهة تمس حياده واستقلالته، مثل قيام علاقة أو معاملة أو مصلحة، خاصة له مع أحد الأطراف، بل حتى مع أحد الشهود الذي له وضع مركزي في النزاع. وفي هذه الحالة لا يخرج سلوك المحكم عن احتمالات ثلاثة:

- إما أن يرفض مهمة التحكيم رفضاً قاطعاً.
- وإما أن يخبر الأطراف بوجود هذه العلاقة الخاصة مع الطرف المعني، مع تعليق قبوله لمهمة التحكيم على رضاهم به، رغم وجود هذه العلاقة.
- وإما أن يخالف واجب النزاهة والأمانة والاستقلالية، بأن يتعمد السكوت عنها أو إخفاءها.

ولا يثير الاحتمال الأول أي إشكال، فموقف المحكم سدّ كل ذريعة للشك أو المنازعة، أما الاحتمال الثاني، فيكفي أن يعرب الطرف المعني بالأمر عن عدم رضاه بتحكيم ذلك الشخص، وبالتالي لا ينعقد عقد التحكيم بالمحمل لأن التراضي لم يتم، فإن كان الإيجاب المعلق على شرط قد صدر من المحكم فبالمقابل لم يصدر القبول من المحكم..

أما الاحتمال الأخير، فهو يطرح إشكالا، ذلك أن المحكم يمكن أن يكتشف العلاقة بعد انعقاد التحكيم وبدء السير في إجراءات التحكيم أو بعد ختمها وصدور القرار التحكيمي فيكون له التظلم بالقدح أو بالتجريح في حدود الصيغ والإجراءات المقررة. كما له القبول بتحكيم الشخص المطعون في حياده واستقلالته، وقد يكون هذا القبول صراحة أو ضمنا بالسكوت عن طلب رده أو التجريح فيه إلى تاريخ ختم المرافعة في القضية. لكن هذا الحكم ليس مجمعا عليه، حيث أن المشرع الجزائري قد سمح لأطراف النزاع بعزل المحكم إذا حصل إجماع بينهم على العزل، إلا أن الإشكال يكمن أن المشرع تحدث في نص المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عن أجلين، الأجل الأول وهو أربعة أشهر وهذا الأجل محدد بمقتضى نص المادة الفقرة الأولى، ويعمل به إذا لم يحدد أطراف النزاع أجلا لإنهاء الخصومة التحكيمية.

أما الأجل الثاني فهو الرخصة في تمديد مدة الأربعة أشهر إن لم تستطع الهيئة التحكيمية الفصل في النزاع خلال المدة المنصوص عليها قانونا، فيجوز عندئذ تمديدتها باتفاق أطراف النزاع، أو وفقا لنظام التحكيم المتبع وفي حالة غياب كل ذلك، فيحق للهيئة المختصة التمديد من تلقاء نفسها.

وهنا ذكر المشرع أنه لا يجوز عزل المحكم خلال هذه المدة إلا باتفاق الأطراف. ونخلص من هذا النص أن المشرع إذا كان يقصد المدة المضافة إلى المدة الأصلية، فيكون قصد المشرع عند ذلك هو أنه قد أعطى لإرادة أطراف النزاع القول الفصل في مسألة عزل المحكم من عدمه إذا توافرت شروط هذا العزل، والقيود الوحيد الذي أورده المشرع هو أن يكون هذا العزل بإجماع المحكمين.

وإن كان المشرع قد أجاز العزل خلال المدة الإضافية، فمن باب أولى أنه يسمح بعزل المحكم خلال المدة الأصلية، لأن المنع في المدة الإضافية أولى من العزل في المدة الأصلية، وبالتالي فأي كان قصد المشرع فقد أباح المشرع عزل المحكم بعد بدء السير في إجراءات المرافعة، لكن من الواضح أن المشرع قد منع عزل المحكم بعد الإنتهاء من المرافعة، ويستشف ذلك من قوله في نص المادة 1018 الفقرة الثالثة " لا يجوز عزل المحكم خلال هذا الأجل "، وبما أن المشرع ذكر عبارة خلال هذا الأجل فذلك يعني أنه منع عزل المحكم بعد انتهاء الأجل.

ولا تجيز المادة 1016 الفقرة الثالثة رد المحكم من الطرف الذي عينه، أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم به بعد التعيين.

أما إذا لم يكتشف موجب القدح أو التجريح إلا بعد ختم المرافعة فيثور إشكال مدى وجاهة التمسك به في مرحلة الطعن بالاستئناف إذا كان جائزا أو بالإبطال، أو الدفَع به بمناسبة طلب الإذن بالتنفيذ، أو عند الاحتجاج به.

ورغم أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري حاول ضبط مسائل القدح والتجريح في المحكم، إلا أن ينبغي القول أنه إذا كان التحكيم بواسطة مؤسسة تحكيم، فإن إجراءات التحكيم يحكمها نظام هذه المؤسسة بما في ذلك عنصر القدح والتجريح أو يسمى في قانون المرافعات رد المحكم. وهذا تكريس للطابع العارض لتدخل القضاء في مجال التحكيم.

ب- حق طلب عزل المحكم: يقصد بعزل المحكم تعبير الطرفين عن إرادتهما في إنهاء مهمة المحكم لمنعه من نظر النزاع لأي سبب من الأسباب ولو لم يكن سببا لرده. ويستند عزل المحكم إلى الإرادة الجماعية أو المشتركة للطرفين، حيث يعد إجماع الطرفين شرطا لصحة العزل⁽¹⁾.

(1) حسن المصري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع مذكور، ص 220.

وقد نصت المادة 1462 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد على أنه " لا يجوز عزل المحكم إلا برضاء جميع الأطراف " أما المشرع المصري فقد تحدث عن الأسباب المؤدية للعزل بقوله " إذا تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير لا مبرر له في إجراءات التحكيم ولم يتنح ولم يتفق الطرفان على عزله جاز للمحكمة المشار إليها في المادة التاسعة من هذا القانون الأمر بإنهاء مهمته بناء على طلب أي من الطرفين".⁽²⁾

وبالعودة إلى المشرع الجزائري فقد ذكر العزل في مادتين المادة 1018⁽³⁾ حين تحدت المشرع في الفقرة الأخيرة منها عن ضرورة اتفاق جميع الأطراف حتى يتم العزل. أما الموضوع الثاني الذي ذكر فيه العزل فكان في المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية حيث نصت المادة على أنه " يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم.

في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي:

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

(2) حسن المصري، المرجع السابق، ص 220.

(3) تنص المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على "يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة أشهر (4) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم.

غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم الموافقة عليه، يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم، وفي غياب ذلك، يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة.

لا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل إلا باتفاق جميع الأطراف".

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

وما يمكن استنباطه من المادتين هو أن المشرع قد وضع في المادة 1018 قاعدة أنه لا عزل إلا باتفاق الطرفين، وأيضا أن أسباب عزل المحكم غير محددة وبالتالي فإن المشرع الجزائري وبخلاف المشرع المصري أعطى للإرادة الاتفاقية للمحتكمين السلطة المطلقة في عزل المحكم، وذلك بوضعه لقيود واحد للعزل وهو اجتماع إرادة الطرفين.

أما ما ذكره المشرع الجزائري في المادة 1041 فقد جعل من التعيين والعزل والاستبدال في مرتبة واحدة، ومنح للقضاء العمومي الاختصاص والحق الاحتياطي في التدخل في حالة عجز أطراف النزاع عن الوصول إلى حل في المسائل الثلاث المذكورة سلفا، أي أنه إذا استحال تحقق الإجماع في إحدى المسائل الثلاث المذكورة، فيحق لمن يهيمه التعجيل أن يطلب تدخل القاضي العمومي بغية التعيين أو العزل أو الاستبدال.

ويرى بعض الفقه⁽¹⁾ أن العزل وبخلاف التجريح والقدح أو الرد الذي يقوم على فكرة درء خطر انحياز المحكم إلى أحد الأطراف، وشبهه عدم الحيادة بفعل تأثيره بمعطيات ذاتية، فإن العزل يعتبر جزاء يسلط على المحكم في حالة إخلاله إخلالا فاحشا بقواعد وقيم نظام القاضي المحكم، أي أنه جاء لتدارك وضع مضر بالأطراف، فهو إجراء عقابي علاجي في نفس الوقت.

ج- مسؤولية المحكم: لئن ليس المحكم عضوا عموميا، إلا أنه قاض بالمفهوم الفني القانوني، حتى وإن لم يكتسب صفة المأمور العمومي الوقتي كما يقول الفقه، فالقانون يشبهه بالموظف. وقد رأينا أن بعض النظم مثل نظام المركز العربي للتحكيم تمتع المحكم بل وحتى الدفاع والشهود بالحصانة أثناء إجراءات التحكيم ولضرورتها.

(1) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع المذكور، ص 497.

لكن خلافا لقاضي الدولة الذي يتمتع بحصانة قضائية تمنع مؤاخذته جزائيا قبل رفع الحصانة عنه، لا يتمتع المحكم في إطار مهمته التحكيمية وبصفته تلك بتلك الحصانة رغم كون بعض النظم تمنحه حصانة من المسؤولية المدنية.

وبما أن نظام المحكم يخضع أساسا لعقد المحكم الذي يضبط التزاماته تجاه الأطراف وتجاه مؤسسة التحكيم، ثم للقانون العام. لذلك يكون مثله مثل القاضي عرضة للتبعات المدنية والجزائية والتأديبية لكن بأقل تنظيما وبالتالي أقل ضمانات من القاضي.

1- المسؤولية المدنية: ذهبت النظم القانونية للتحكيم ثلاث مذاهب في شأن مسؤولية المحكم⁽¹⁾. فقد انقسمت بين قائل بتحسين المحكم من المسؤولية مغلبا بذلك الطبيعة القضائية للمهمة التحكيمية شأن فقه القضاء الأمريكي والبريطاني بالخصوص وبين قائل بخضوع المحكم للنظام العادي للمسؤولية المدنية مغلبا المنشأ التعاقدية المباشر للتأهيل التحكيمي مثل القانون الإسباني أو القانون النمساوي⁽¹⁾ الذين استبعدا امتياز حصانة المحكم. في حين يذهب الرأي الغالب في الفقه والقضاء التحكيمي إلى التوفيق بين هذين المذهبين واستبعاد الحصانة المطلقة للمحكم لكن مع الأخذ بالاعتبار ضرورات ومقتضيات تأمين استقلالية وحرية التحكيم كقضاء ورفع الحرج والتهديد الذين يمكن أن يسببهما للمحكم القاضي خضوعه لقواعد المسؤولية المدنية العادية المشددة تجاه الحرفيين بالخصوص. فحاول أصحاب هذا المذهب التمييز بين مسؤولية المحكم

⁽¹⁾ يقول الأساتذة fouchard/ Gaillard/ Goldman في مطوهم *Traité de l'arbitrage commercial international* « Apparemment, les systèmes juridique nationaux divergent sur cette notion d'immunité de l'arbitre ». مرجع مذكور ص 609 الفقرة 1085.

⁽¹⁾ *Traité de l'arbitrage commercial international*, fauchard/ Gaillard/ Goldman « permis les systèmes juridique qui écartent clairement tout principe d'immunité, on peut citer la loi espagnole du 5 décembre 1988, qui prévoit que la responsabilité des arbitres pourrait être engagée pour les dommages qu'ils causeraient par leur dol ou par leur faute(art.16,1), ou le Code de procédure civile autrichien, qui la retient en cas de refus ou de retards injustifiés(art.584,2).

القاضي أي في ما له من ولاية الحكم وصلاحيه الاجتهاد القضائي الحر وبين مسؤوليته كمسد أو مقدم لخدمة على أساس تعاقدية. فجاءت مسؤولية المحكم المدنية مزدوجة الأساس والنظام بين قانونية تقصيرية واتفاقية عقدية، على اعتبارها تتبع نظام المحكم الذي هو نظام مزدوج بين القضائي باعتباره قاض والعقدي باعتباره مسديا لخدمة، وهو الموقف الذي يبدو أن فقه القضاء الفرنسي قد تبناه.

وقد حاول الأستاذ توماس كلاي⁽²⁾ تشخيص هذه الازدواجية في النظام وفي المسؤولية المدنية للمحكم من خلال خارطته للعلاقات التحكيمية الموزعة بين نظام المحكم القاضي ونظام المحكم المتعاقد في إطار عقد التحكيم.

لكن المشرع الجزائري وعلى غرار أغلب التشريعات الوطنية لم يتناول مسؤولية المحكم. فلم يفردها النظام التحكيمي الجزائري بأحكام أو بنظام خصوصي، فلم تنص التشريعات الوطنية ومنها التشريع الجزائري على إمكانية مقاضاة المحكم مدنيا ومطالبته بالتعويض عما قد يتسبب فيه من ضرر بأحد الطرفين أو بكليهما أو بالغير حتى بخطئه العمدي أو بخطئه الفاحش في أداء مهمته التحكيمية.

ويرى بعض الفقه⁽¹⁾ أن التشريعات الوطنية لم تدرج الأحكام المتعلقة بمسؤولية المحكم اقتداء بالقانون النموذجي للتحكيم.

وسبب سكوت القانون النموذجي للتحكيم عن معالجة هذه المسألة، إنما كان تعبيرا عن حل وفاق يعبر بدوره عن حيادية واضعيه ورغبتهم في ضمان الوفاق بين الدول والنظم القانونية.

(2) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذكور، ص 500.

(1) الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 501.

وقد في نفس السياق تحدث الأستاذ فيليب لوتورنو في ملتقى⁽²⁾ " الجديد حول المسؤولية المدنية"، أنه ينبغي الاكتفاء بنظام الحق العام للمسؤولية وتقليص بل إلغاء النظم الخصوصية التي لم يكن لها من دور سوى تعقيد قانون المسؤولية.

فالمأمل في تطور نظام مسؤولية المحكم المدنية يجد أن حتى النظم والاتجاهات الفقهية القائلة بحصانة المحكم تجمع على إمكانية إثارة مسؤوليته وإن اختلفت في مناطها، وأن الخلاف بينها ليس حول مبدأ مسؤولية المحكم القاضي بل حول حدودها وحول مدى حصانته كقاض من تبعات مركزه الخاص المرتبط بمنشئ تأهيله المباشر. فمختلف النظم تتقارب عندما يتعلق الأمر بضبط الحالات التي لا يجوز للمحكم فيها التمسك بالحصانة والتي تتمحور في رأي الاساتذة فوشار وغيره وغولدمان حول واجب التصريح بالأسباب التي يمكن أن تشكل في حياده واستقلالته وحول الخطأ العمدي.

بما أن المشرع الجزائري لم يتطرق لتنظيم هذا النوع من المسؤولية تقتضي مبادئ تطبيق القانون الرجوع إلى النظام العادي للمسؤولية المدنية. إذ في سكوت النص الخاص إحالة ضمنية على القواعد العامة للمسؤولية المدنية.

وإذا أردنا القياس بين مسؤولية القاضي العمومي ومسؤولية المحكم، فينبغي التنويه إلى أن نظام مؤاخذه القاضي هو نظام وطني خاص بقاضي الدولة في بلد ما، وهو في الجزائر، أو رده المشرع ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تأكيداً لخصوصيته، والحال أن الخاص لا يقاس عليه، أي أنه رغم صحة القياس بين المهمة القضائية والمهمة التحكيمية، إلا أنه لا ينبغي مؤاخذه المحكم بما يؤخذ به القاضي. فالمحكم في حقيقة الأمر يخضع وعلى عكس القاضي إلى نظام لا وطني لا يخضع للتوطين الجغرافي أو السيادي. والمحكمة لها سيادة لا وطنية، بل فوق وطنية عابرة، وعضوها أثناء

(2) ملتقى "جديد المسؤولية المدنية" المنظم من طرف الجمعية التونسية للقانون الخاص بالتعاون مع كلية الحقوق بتونس

المنار، أيام 11 و12 و13 ديسمبر 2003 ص4.

أداء مهمته لا يدين بالولاء حتى لدولة مقر التحكيم، أو للقانون المنطبق على النزاع، بل وحتى لقانونه الشخصي الوطني.

ثم إن أرضية مسؤولية المحكم نفسها وهي عقد المحكم واتفاقية التحكيم، ونظام التحكيم تبقى مسائل تنازعية في تكييفها وتصنيفها وحكمها، وفي غياب نظام أفقي موحد لمسؤولية المحكم تبقى هذه المسؤولية خاضعة للاجتهاد، وبالتالي التعددية.

ومسؤولية المحكم المدنية، سواء رجعت إلى القانون المدني والعقود مباشرة أو بعد استبعاد القياس على مسؤولية القاضي العمومي وجرت على مقتضى قواعد القانون العمومية، سوف تكون مسؤولية مشددة بالنسبة للمحكم أكثر منها بالنسبة للقاضي العمومي، باعتبار المحكم يجمع بين صفة القاضي، وصفة المهني المتخصص عادة في المسائل التي يحكم فيها، وصفة المأجور من الخصوم وهو تبعاً لذلك محط ثقة المحكمين الخاصة قبل أن يكون محط ثقة القانون العامة.

وهكذا يكون الاختلاف بين المسؤوليتين في مرجعية الالتزام هل هو القانون فقط كما بالنسبة للقاضي أو القانون والإرادة كما بالنسبة للمحكم، ودرجته بحسب طبيعة عضو القضاء عمومياً كالقاضي أو فرداً من الخواص متخصص ومحمول على الاحتراف عادة كالمحكم، وليس في شأن مدى قيام حصانة للمحكم من الضمان المدني ليست للقاضي، أو حصانة جزائية للقاضي العمومي ليست للمحكم القاضي. كما يثبت أن ما يتمتع به أو يطمح إليه المحكم من حصانة يجد مرجعيته في طبيعة المهمة التحكيمية القضائية وما تقتضيه من حرية الاجتهاد، كما يجد غايته في غاية النظام التحكيمي العامة وهي تأمين استقلالية التحكيم.

2- المسؤولية الجزائية: لا شك في قيام مبدأ مسؤولية المحكم الجزائية بصفته شخصاً يفترض

فيه الأهلية الجزائية قبل المدنية، وذلك طبقاً لقواعد العامة للقانون الجنائي. لكن الإشكال كما في الحصانة يتعلق بمدى خصوصية مسؤولية المحكم القاضي الجزائية.

فصفة القاضي غير العمومي للمحكم تجعله مشبهاً بالموظف العدلي للدولة، وتبعاً لذلك تنطبق عليه أوصاف الجرائم وظروف التشديد الخاصة بشبه الموظف عامة والموظف العدلي خاصة، وذلك على أساس الاستعارة التشريعية⁽¹⁾، وليس على أساس القياس، حيث لا قياس بين الموظف العدلي والمحكم في الأصل، فكون المحكم يمارس وظيفة القضاء فإنه ينبغي أن يخضع لأحكام المسؤولية الجزائية بأركانها وشروطها العامة تماماً مثل الموظف العادي.

وإذا عدنا إلى المادة الثانية من قانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، فنجد أن التعريف الذي وضعته الفقرة ب البند الأول من المادة المذكورة أعلاه للموظف العمومي يشمل المحكم فالفقرة تعرف الموظف العمومي بكونه كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، سواء أكان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.

وهنا نقول أننا قد اعتبرنا المحكم قاض، وبصفته تلك فقد أصبح يخضع لكل ما يخضع له القاضي العمومي في القضايا المتعلقة بالرشوة والتزوير، فتلزمه المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، والمادة 215 من قانون العقوبات الجزائري.

لكن وفي مقابل هذه المسؤولية الجنائية المشددة، يتمتع المحكم القاضي بالحماية الجزائية المقررة للموظفين أثناء مباشرتهم لوظائفهم.

3- المسؤولية التأديبية: يفترض قيام المسؤولية التأديبية للمحكم في ظل نظام تحكيمي

مؤسسي سابق الوضع يؤطرها ويضع لها صيغة تطبيقية وعقوبات. لذلك يذهب الفقه الحديث إلى تصور هذه المسؤولية في نظم التحكيم المهنية حيث يمكن تسليط عقوبات مؤثرة على وضع المحكم المهني، مثل عزله من المهنة أو التحجير عليه ممارستها مؤقتا أو محو اسمه من قائمة المحكمين التابعين

(1) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذکور، 506.

للمركز التحكيمي المهني. وفي غياب هذا التنظيم تبقى مسؤولية المحكم التأديبية مشروطة بوجود نص تشريعي وطني يكرسها، وهو أمر نادر واستثنائي.

وهناك من يرى أن التشريعات الدولية والوطنية قد كرّست هذا النوع من المسؤولية عندما أقرت العزل، ولم تحدد أغلبها الأسباب التي يقوم عليها هذا الإجراء. وذلك يعني أن عزل المحكم لعدم قيامه بمهمته التحكيمية أو أنه أساء أدائها، فهذا السبب قد يؤدي إلى منع تعيينه في قضايا تحكيمية أخرى، ولو أن فقه القضاء التحكيمي لا زال أغلبه غير مقرر لهذه المسألة، بمعنى أنه لا يمكن عزل المحكم بصفة نهائية أو مؤقتة لا لشيء إلا لأنه عزل من إحدى المهمات التحكيمية، وذلك لارتباط عزل المحكم بمزاجية المحكمين، فمسألة العزل مرتبطة بشرط اتفاق أطراف النزاع وإجماعهم على عزل المحكم أكثر من تعلقها بحسن أداء المحكم لمهمته التحكيمية من عدمه. ولذلك لا يمكن الاعتماد على هذا الإجراء من أجل القيام بإجراءات تأديبية ضد المحكم.

الفرع الثاني: دور القضاء العمومي المساعد للمحكمة التحكيمية قبل الفصل في موضوع

الدعوى: هو تدخل مساعد للهيئة التحكيمية لأنه يندرج ضمن مناصب ولايتها القضائية على النزاع التحكيمي لكن في جانبه الاستعجالي والوقتي، أي في إطار الولاية القضائية المتصلة باتخاذ الإجراءات والوسائل التحفظية والوقائية.

ويثبت من خلال استقراء الواقع القانوني الفقهي والتشريعي القضائي العملي، أن تدخل القضاء في هذا المجال كان ولا يزال مسألة خلافية. فقد انقسمت الآراء والمناهج في شأنها إلى ثلاثة مذاهب مختلفة نحملها في الآتي⁽¹⁾:

1- الولاية على المسائل الوقتية والتحفظية من الإقصائي إلى المشاركة.

(1) سيد أحمد محمود أحمد: سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر، دار النهضة العربية، طبعة أولى، 2003، ص 27 -

اختلف الفقه في تقدير مسألة توزيع الاختصاص في شأن الوسائل الوقتية والتحفظية، باختلاف منطلقاته، وحتى خيارته الفلسفية في التحكيم وفي القضاء عموماً، لكن الواقع القانوني الوضعي الذي أثبت تقاسم القضاة للاختصاص بهذه المسائل بدرجات متفاوتة بين نظم التحكيم الوطنية وحتى الإقليمية والدولية، فرض مبدأ التشارك بينهما لكن مع بقاء حدود وضوابط تدخل القضاء في هذه المرحلة الخلافية. ويقسم الفقه تلك المذاهب إلى ثلاثة:

- الأول: يقصر الاختصاص بالوسائل الوقتية والتحفظية على قضاء الدولة دون القضاء التحكيمي. ويعلل أنصار هذا الرأي⁽²⁾ موقفهم بالآتي: إن الوسائل الوقتية والتحفظية هي اختصاص بالفصل في مسائل لا تتعلق بأصل الموضوع، وإنما تتعلق بالقيام بإجراء تحفظي أو بتحديد مركز الخصوم بالنسبة لموضوع النزاع تحديداً مؤقتاً.

- يرى أصحاب هذا الرأي أيضاً بأن الأساس الإتفاقي العقدي للتحكيم الذي له أثر نسبي، ولا ينال من المسائل التي لها اتصال بالنظام العام مثل الإجراءات الوقتية والتحفظية.

- إن هذا الأساس يجعل المحكم فاقداً لسلطان القضاء كما يفقد قراره قوة النفاذ الجبري، الذي يتلبس بها القاضي العمومي، حتى وإن أعطي صلاحية اتخاذ تلك الوسائل.

- إن الحاجة لاتخاذ مثل هذه الوسائل يمكن أن تظهر قبل تكوين هيئة التحكيم وقبل انعقاد ولايتها على النزاع، كما أن الطابع غير الدائم لالتزام هيئة التحكيم يعدم الجدوى من اللجوء إليها أو على الأقل يضعفها حتى بعد تكوين محكمة التحكيم وأثناء إجراءات التحكيم.

إن هذا النوع من الوسائل يحتاج إلى قوة نفاذ على الأرض خاصة وأنه في الغالب الأعم يقصد به بحماية أموال الخصوم، و تفادي الأضرار الناتجة عن إطالة إجراءات المرافعة.

(2) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع مذكور، ص 135.

وهكذا يظهر من خلال هذا المذهب أن الطابع الخاص للتحكيم يعد على حد تعبير الأستاذ إيريك لوكان⁽¹⁾ بمثابة عيب خلقي يلحق به منذ البداية" ويعد من السلطات التي يتمتع بها المحكم، وبالتالي يقلل من فاعلية التحكيم، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى اعتماد المحكم نفسه على عدالة الدولة في هذه المسائل.

- الثاني: انعقاد الاختصاص للقضاء التحكيمي: يستند هذا الاتجاه إلى عكس ما ذهب إليه الرأي السابق، فهو يستند إلى حرية الإرادة التحكيمية للأطراف⁽²⁾، فيجري المفعول السالب لاتفاقية التحكيم على المسائل وقتية والتحفظية، ويجعله اختصاصا إقصائيا إذا نص الأطراف صراحة في اتفاقية التحكيم على استبعاد قضاء الدولة. بل إنه يرى استبعاد اختصاص هذا الأخير حتى إذا كان هناك إقصاء ضمني بموجب الإحالة على نظام تحكيم مؤسسي يكفل النهوض بهذه المهمة.

وأمام افتقار المحكم لسلطة الجبر، فإنه يمكن تجاوزه بأن تأخذ المحكمة التحكيمية بعين الاعتبار موقف الطرف المتصدي للإجراء الوقي أو التحفظي الذي أذنت به عند إصدارها، الحكم النهائي في الأصل. كما أنها يمكن أن تتخذ صلب هذا الحكم وسائل بديلة تحقق لقضائها النفاذ الجبري مثل الغرامة التهديدية.

ويساير القانون الأمريكي هذا المذهب، وقد ساير التشريع الأمريكي فقه القضاء الأمريكي الذي يرى أن اتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية يعد خارجا عن اختصاصه. بموجب القبول

(1) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذکور، ص 511.

(2) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع مذکور، ص 135.

بالتحكيم. وكذلك الشأن بالنسبة للقانون البريطاني للتحكيم⁽¹⁾ لسنة 1996 الذي جعل تدخل القضاء غير مستحب ومحسورا في الحدود التي ضبطها القانون بكل دقة وإلى حد التشعب.

وهذا الاتجاه يتماشى مع مقترح اللجنة المعنية بشؤون التحكيم التجاري الدولي لغرفة التجارة الدولية في باريس⁽²⁾ لسنة 1931 والقاضي بإدراج بند بلائحة التحكيم الخاصة بها يخول لرئيس محكمة التحكيم، قبل قيام المحكم بدوره، ولهذا الأخير من بعده اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية العاجلة. وهو المقترح الذي وقع تبنيه في مؤتمر الغرفة بواشنطن وأدرج في اللائحة الحادية عشرة ودخل حيز النفاذ سنة 1932.

لكن هذه المادة أثارت العديد من المشاكل للغرفة نفسها ما أدى إلى التراجع عن هذا الموقف بعد أربع سنوات فقط أي سنة 1936، رغم الدعم الذي وجدته لدى بعض زعماء الفقه الحديث أمثال الأستاذ روني دافيد، فأصبحت المادة الثامنة فقرة خامسة من لائحة التحكيم للغرفة والنافذة حاليا تقول: "للأطراف قبل تسليم ملف الدعوى إلى المحكم واستثناء من ذلك بعد تسليمهم إياه الحق في طلب اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية من السلطة القضائية وذلك دون أن يشكل هذا الأمر مخالفة أو انتهاكا لاتفاق التحكيم الذي يجمع بين الأطراف، ودون المساس بالسلطة المحجوزة للمحكم في هذا الشأن".⁽¹⁾

(1) يراجع نص هذا القانون معرباً في موسوعة التحكيم لعبد الحميد الأحديب، الكتاب الثاني، الجزء الأول ص 144،

ومما يمكن قوله عن هذا التشريع أنه لئن لم يقطع مع مبدأ الرقابة المستمرة والشاملة للقضاء على التحكيم فقد أقر التحكيم كقضاء مواز لقضاء الدولة وجعله يقوم على مبدأ حرية الإرادة وعزز استقلاله ونفاذ أحكامه. فهو زيادة على موته وضع إطاراً قانونياً فنياً دقيقاً خفف من التعقيد شاملاً للقضاء التحكيمي في مختلف جوانبه ومراحلته.

(2) شافير/ فرييست/ إمهوس، التحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية من الناحية التطبيقية، إعداد وترجمة وتنقيح إبراهيم ستوت، المنشورات الحقوقية صادر، 2011، ص 282.

(1) شافير/ فرييست/ إمهوس، التحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية من الناحية التطبيقية، إعداد وترجمة وتنقيح إبراهيم ستوت، مرجع المذكور، ص 287.

وأوجبت نفس المادة إشعار كتابة محكمة التحكيم بدون تأخير بالطلب المقدم للجهة القضائية وبما يتخذ في شأنه من إجراءات وبأن تقوم أمانة الغرفة بإشعار المحكم أو هيئة التحكيم بذلك.

ويرجع هذا الموقف الجديد إلى ثبوت حقيقة مفادها أن اتفاق التحكيم لئن يؤدي إلى اعتبار القضاء الوطني غير مختص بالفصل في موضوع النزاع محل الاتفاق، لكنه لا ينال من الاختصاص الثابت لقضاء الدولة باتخاذ الإجراءات التي حتى مع افتراض تشكيل هيئة التحكيم، فإن هذه الأخيرة تظل عاجزة عن اتخاذها. فيكون من غير المعقول الاعتراف للمحكم بولاية عامة في اتخاذ الإجراءات والإدعاء بإقصاء قضاء الدولة في شأنها والحال أنه عاجز عن اتخاذها أو عن إنفاذها. فمن الثابت أن بعض الإجراءات لا يمكن لغير قضاء الدولة اتخاذها، إما لأنها تتجاوز مناط التحكيم من حيث الأطراف كالتى تم الغير مثلاً، أو لأنها تعبر عن سلطة الجبر التي تختص بها الدولة.

ولعل هذه الحقيقة هي التي كانت وراء ظهور المذهب الثالث التوفيقى الذي يرى أن الاختصاص باتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية لا يمكن أن يكون إقصائياً في أي من الاتجاهين السابقين، وإنما يبقى مفتوحاً عليهما معاً.

- الثالث: الاختصاص المشترك باتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية⁽¹⁾ ينطلق أصحاب هذا الرأي من معاينة الواقع القانوني الوضعي الذي يوزع الاختصاص باتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية بين القضاءين التحكيمى والعمومى، للقول بأن العلاقة بينهما هي علاقة اشتراك لا إقصاء . ويعبرون عن ذلك بمبدأ الاختصاص التزاحمى.

(1) حفيفة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، ص 28-29.

(2) الحسين السالمى، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذكور، ص 513.

ومضمون هذا المبدأ يتجسد فيما ذهبت إليه المصادر المختلفة لقانون التحكيم سواء كانت نصوصاً تشريعية أو معاهدات دولية أو لوائح تحكيم، أو فقه قضاء تحكيمي، التي رأت أن هناك تزامناً في الاختصاص في شأن اتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم.

فإذا كانت بعض التشريعات الوطنية قد اختصت قضاء الدولة باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، مثل قانون الإجراءات المدنية اليوناني (الفصل 685)⁽²⁾، أو قانون الإجراءات المدنية الألماني (الفصل 1036)⁽³⁾، أو الإيطالي (الفصل 818 مرافعات)⁽⁴⁾، فإن التشريعات الوطنية الحديثة متأثرة بالقانون النموذجي للتحكيم لسنة 1985 الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والذي أقر اختصاص المحكم باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، اتخذت موقفاً مغايراً يقر الاختصاص المشترك للجهتين. وهذا شأن القانون الدولي الخاص السويسري⁽⁵⁾ في الفصل 183 منه، والقانون الهولندي⁽⁶⁾ في الفصل 1022 مرافعات والقانون التونسي⁽⁷⁾ في الفصلين 28 و 54 من مجلة التحكيم والقانون المصري⁽¹⁾ في الفصل 2-24 مرافعات لسنة 1994. وكذلك الشأن في القانون الإنجليزي لسنة 1996، وهو عين ما تضمنته بعض نظم التحكيم، مثل نظام الجمعية الأمريكية للتحكيم. أو نظام غرفة التجارة الدولية في باريس⁽²⁾ (الفصل 8 فقرة 5)، أما فقه القضاء التحكيمي فهو بمختلف أنواعه يعترف للمحكّمين

(3) الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 513.

(4) الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 513.

(5) عبد الحميد الأحمد، الكتاب الثاني، الجزء الأول، ص 142.

(6) عبد الحميد الأحمد، المرجع السابق، ص 143.

(7) مجلة التحكيم التونسية، الصادرة بمقتضى قانون عدد 42 لسنة 1993 مؤرخ في 26 أفريل 1993 المتعلق بإصدار مجلة التحكيم، الرائد الرسمي عدد 33 بتاريخ 4 ماي 1994.

(1) قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

(2) شافير/ فريست/ إمهوس، التحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية من الناحية التطبيقية، إعداد وترجمة وتنقيح إبراهيم ستوت، مرجع مذکور، ص 282.

بسلطة اتخاذ القرارات الوقتية والتحفظية، وبحق إدراجها ضمن قرار وقفي تحضيري أو تمهيدي، محالاً بذلك تجاوز عقبة غياب سلطة الجبر التنفيذي لدى المحكم.

وهكذا تلتقي أغلب التشريعات، والنظم على الأخذ بهذا النظام التشاركي، بل إن بعض القوانين الوطنية ذهبت إلى أبعد من ذلك حين حوّلت للمحكمين أنفسهم سلطة مخاطبة الجهات القضائية الوطنية والاستنجد بها من أجل ضمان فاعلية ما يصدر عنهم من قرارات، وقتية أو تحفظية، أو غيرها. وهو شأن القانون السويسري، والقانون المصري، والقانون التونسي.

- موقف المشرع الجزائري: لقد عُدَّ التشريع الجزائري في هذا الشأن من أكثر التشريعات الوطنية تحملاً، حيث أنه لم يتدخل في منح هذا الاختصاص لأي من الطرفين، لا للقضاء التحكيمي ولا للقضاء الرسمي، بل كان تدخله عرضياً غير إقصائياً فقد تدخل في حالة سكوت اتفاقية التحكيم عن تحديد من يحق له اتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية، ولو أن تدخله كان لصالح محكمة التحكيم على حساب القضاء الوطني، فقد نصت المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽³⁾ على "أنه يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك". ويفهم من نص المادة أن اتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية ليس اختصاصاً حصرياً لمحكمة التحكيم، وإنما يحق لأطراف اتفاقية التحكيم أن يمنحوا هذا الاختصاص للقضاء العمومي إن رغبوا في ذلك، فالمشرع الجزائري حذا حذو التشريعات الوطنية المتأثرة بالقانون النموذجي، بل ذهب أكثر من ذلك حيث أنه منح الحق للمحكمة التحكيمية في مخاطبة القضاء الوطني إذا لم يمثل الطرف المعني ورفض الاستجابة لطلب المحكمة التحكيمية. رغم أنه من المفروض أن يكون الاستنجد بالقضاء الوطني حصراً على الطرف المتضرر وليس من مهام المحكمة التحكيمية فقد نصت الفقرة الثانية المادة 1046 السالفة الذكر

(3) قانون رقم 09/08، المؤرخ في 23 فبراير سنة 2008، الذي يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر في الجريدة الرسمية العدد 21.

على أنه "إذا لم يقر الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي"

ويجمع الفقه الحديث على أن مبدأ الاشتراك في الاختصاص باتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية بين القضاة يتضمن عناصر ثلاثة تعد قوام المبدأ ومؤداه المنطقي ومضمونه الحقيقي، وتتمثل في:

- إقرار اختصاص قضاء الدولة باتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية رغم وجود اتفاقية تحكيم على أساس ماله من ولاية عمومية وسلطان سيادي.

- إن إقرار اختصاص قضاء الدولة بتلك الوسائل لا يعني التنازل عن اتفاقية التحكيم في شأن الاختصاص التحكيمي بأصل النزاع.

- إن إقرار اختصاص قضاء الدولة على ذلك الأساس لا يعني إقصاء اختصاص القضاء التحكيمي باتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية.

لكن هذه الثلاثية أثارت مجموعة من الإشكالات أكثر مما قدمت من حلول، فقد عبرت عن مبدأ الاشتراك لكنها لم ترسم حدود هذا المبدأ، ولم تحسم مسألة سكوت التشريع واتفاقية التحكيم فلمن تكون سلطة اتخاذ هذه الإجراءات هل تكون للقضاء العمومي بحكم أنه صاحب الاختصاص الأصلي، أم تكون الولاية للمحكمة التحكيمية بحكم أنها من ينظر في أصل النزاع وهي أعلم به من غيرها، وأيضاً بحكم أن القضاء التحكيمي قد غدا قضاء كاملاً وله ولاية مساوية للقضاء العمومي.

وهنا للأستاذة حفيظة حداد رأي في هذه المسألة⁽¹⁾ فالأستاذة ترى أن مبدأ الاختصاص المشترك السالف بسطه هو مبدأ تقريره، أي يكتفي بتقرير الوضع الغالب في القوانين الوضعية،

(1) حفيظة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، المرجع السابق، ب ط ص 46.

دون أن يعطي تفسيراً لأساس ذلك الاشتراك، أو لحدوده، وأن فيه مبالغة في دور الإرادة التحكيمية، وتتقول الأستاذة في هذا الصدد " يبدو لنا أن الأساس الحقيقي لاختصاص محاكم الدولة بطائفة من الإجراءات الوقتية والتحفظية على نحو قاصر عليها، مع الاعتراف لقضاء التحكيم بإمكانية اتخاذ طائفة أخرى من هذه الإجراءات، مبعثه فكرة الفاعلية والنفاز التي يتعين أن تتحقق للتحكيم وما يصدر عنه من قضاء".

وإن محدودية الإرادة التحكيمية كأداة لتوزيع الاختصاص في شأن الإجراءات الوقتية والتحفظية يرجع إلى عاملين متكاملين وهما: محدودية الولاية التي تنشأ عن تلك الإرادة، وخروج بعض المسائل عن الولاية التحكيمية .

أ- قصور الولاية التحكيمية : إن الأساس الحقيقي والثابت لتوزيع الاختصاص بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم عامة وفي المسائل المستعجلة خاصة ذو طابع تقديري⁽²⁾، بمعنى أنه يتمثل في مدى أهلية وفاعلية كل منهما في اتخاذ الإجراء المعني وإنفاذه من ذاته وبوسائله الخاصة.

ويترتب عن قيام هذا الأساس على مستوى توزيع الاختصاص النتائج التالية:

- انعقاد الاختصاص بصورة مبدئية لقضاء الدولة بنظر كل المسائل الوقتية والتحفظية مادامت محكمة التحكيم لم تشكل بعد. ففي هذه الحالة هناك فراغ هيكلية يفرض مبدأ استمرارية القضاء وحالة الاستعجال سد هذا الفراغ من قبل قضاء الدولة، حتى في ظل وجود اتفاقية تحكيم صحيحة ونافذة، وفي شأن موضوع قابل للتحكيم.

- لا انعقاد الاختصاص لقضاء الدولة، في ظل اتفاقية تحكيم نافذة وحتى بعد تكوين هيئة التحكيم ومباشرتها لدورها، بالنسبة للمسائل والإجراءات التي تكون الإرادة التحكيمية قاصرة عن

(2) حفيظة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، ب ط ص 46.

سلبها من قضاء الدولة، أي التي لا يمكن التحكيم فيها لخروجها عن مناط التحكيمية بطبيعتها كإجراءات التنفيذ، أو الإجراءات المسهلة له مثل الحجز التحفظية أو تأمين الأموال أو تجميدها تحت يد الغير، والإجراءات التي تنال غير المحكّمين، ولو تعلقت بالإثبات كالأوامر التي تطالب الغير بتقديم وثائق يمسكها أو تيسير معاينات أو توجيهات على العين. أو تخرج عنه بحكم طبيعة العمل القضائي ذاته كما في القضاء الولائي، حيث يكون مرجع الاختصاص طبيعة تأهيل عضو ذلك القضاء العمومية، بما يعطيه ولاية عمومية، تخول له تجاوز قصور الإرادة الفردية بالأذن أو الأوامر الولائية، الصادرة حماية لناقص أو فاقد الأهلية مثلاً.

- عموماً انعقاد الاختصاص لقضاء الدولة كلما كان الإجراء أو الوسيلة الوقتية يتطلب ممارسة الجبر القانوني والنفذ المباشر الذي يفتقر إليه المحكم أصلاً أو يكون موقوفاً على إرادة غير المحكّمين التي هي منشأ ولاية المحكم المباشر. وقد أعطى المشرع الجزائري الحق والسلطة لهيئة التحكيم نفسها في طلب المساعدة من محكمة مختصة إما لاتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية (المادة 1046 الفقرة الثانية)⁽¹⁾، أو للحصول على أدلة (المادة 1048)⁽²⁾.

ب- الخروج عن مناط التحكيمية : الإجراءات التنفيذية

يعد التنفيذ الجبري من عناصر الوظيفة القضائية، وأن هذا العنصر يتجسد من خلال قضاء التنفيذ، الذي ينظر من ضمن ما ينظر إشكالات التنفيذ الوقتية.

(1) نص الفقرة الثانية من المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على " إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون القاضي".

(2) نص المادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكّمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة، أو للطرف الذي يهيمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

وتتميز قاضي التنفيذ بخصوصية مميزة تتجاوز ولاية الحكم في التراعات أي ولاية الشرعية التي ترمي إلى تحقيق اليقين الموضوعي، إلى ولاية التنفيذ كعمل مرفقي عمومي⁽¹⁾ يكون فيه القاضي العمومي أقرب إلى مأمور التنفيذ منه إلى القاضي بالمفهوم الفني القانوني للمصطلحين، وتكون ولايته في مجال التنفيذ ولاية مشروعية للتنفيذ ذاته، ترمي إلى تحقيق اليقين التنفيذي.

وولاية التنفيذ ليست عنصرا من عناصر الولاية التحكيمية، حتى وإن صرحت إرادة الأطراف بإدراج التنفيذ ضمن المهمة التحكيمية، لأن التنفيذ بطبيعته وفي عمومته خارج عن مناهج الولاية التحكيمية لاتصاله بسيادة الدولة، وبالنظام العام الدولي للدولة، بل إن انعقاد الاختصاص به لقانون وقضاء الدولة أي اجتماع الاختصاص القانوني والقضائي الدولي للدولة محل التنفيذ هو الآن من القواعد المادية العابرة للقانون الدولي الإجرائي⁽²⁾.

ويكاد الفقه⁽³⁾ يجمع على أن كل المسائل التي تكون محفوفة بالاستعجال والتأكد تتصل بالنظام العام، باعتبار عنصر الاستعجال هو القاسم المشترك بين كل أنواع القضاء الاستعجالي. فكل الإجراءات الوقتية والتحفظية التي يكون اتخاذها ضروريا لمواجهة حالة الاستعجال تكون متصلة بالنظام العام على نحو يؤدي إلى جلب الاختصاص للمحاكم الوطنية بوصفه من الضوابط الاستثنائية، حتى وإن لم تتوفر ضوابط أخرى لانعقاد هذا الاختصاص، ورغم أن كل ضابط آخر يسند الاختصاص لجهة أخرى غير قضاء الدولة كضابط الإرادة التحكيمية التي يمكن أن يسنده للمحكم.

(1) أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، مرجع مذكور، ص 115 ف56.

(2) أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، مرجع مذكور، ص 121، ف62.

(3) حفيظة السيد حداد، حفيظة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في

المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، مرجع مذكور، ص 47.

وينعكس هذا القصور للإرادة العقدية التحكيمية حتى في نظام الاستعجال التحكيمي⁽¹⁾ في النظم التي تحاول إقصاء اختصاص قضاء الدولة تعزيزاً لحرية التحكيم ولاستقلاليتها، سواء كانت وطنية أو دولية. ولعل نظام القانون الموحد للتحكيم ونظام غرفة التجارة الدولية، أصدق مثال على ذلك، حيث فرض تعايش وتعاون القضاة في هذا التوزيع استجابة لمقتضيات الفاعلية والجدوى.

لكن تبقى ملاحظة ينبغي ذكرها وهي أن التدخل القضائي في التحكيم أياً كانت طبيعته أو غايته يخضع إلى مبدأ التوطين الجغرافي، أي توطين الإجراء أو العمل التحكيمي الموجب للتدخل على إقليم الدولة. كأن يكون الطرف أو المال المعني بالتدخل موجوداً على ترابها، أو أن يتم تنفيذ الإجراء الوقي أو التحفظي عليه.

وخلاصة القول هنا هو أن التدخل القضائي السابق لصدور الحكم التحكيمي، يعد تدخل عارض وغير مباشر، وأن غايته ليست رقابية بل هي مساعدة إما للأطراف في مرحلة تكوين المحكمة التحكيمية، عملاً بالطابع الاتفاقي لتكوين هيئة التحكيم، أو مساعدة لمحكمة التحكيم عند مباشرتها لوظيفتها بطلب من الأطراف أو بسعي منها. وأن هذا التدخل فرضته الضرورة حماية للتحكيم وتيسيراً لعمل المحكم، ولا يقوم على منطق الوصاية أو الرقابة.

وهنا يطرح السؤال الآتي هل هناك تدخل قضائي في التحكيم يحمل طابع الوصاية أو الرقابة؟

الإجابة على هذا السؤال سيتم تناولها في المطلب الآتي.

(1) هو نظام وضعته غرفة التجارة الدولية، يخول لشخص من الغير يعين باتفاق الأطراف أو من قبل المحكمة الدولية للتحكيم لدى الغرفة نفسها، قصد اتخاذ كافة الإجراءات المستعجلة، ويصدر قراراً استعجالياً في أجل شهر من رفع الطلب إليه، ويكون قراره وقتياً، لا يلزم هيئة التحكيم نفسها كما لا يلزم القضاء الوطني. لكن ليس لمن أصدره حق البت في أصل النزاع كمحكم. ولكلا القضاة تقدير وجهة القرار الوقي ومسؤولية رفض التنفيذ أو الإذعان له عند النظر في الأصل.

المطلب الثاني : الحكم التحكيمي بين رقابة المشروعية ورقابة النفاذ.

يجتمع الرأي الراجح فقها وقضاء على أن مسألة الرقابة القضائية على التحكيم هي مسألة متوقفة على الأنظمة القانونية الوطنية، وعلى مدى المكانة الممنوحة للتحكيم التجاري الدولي في هذه الأنظمة، فكل ما كانت هذه النظم تؤمن باستقلالية التحكيم وترى فيه قضاء مؤتمنا وكاملا، كل ما قل تدخلها ووصايتها على هذا النظام القضائي، وكل ما كان العكس زادت رقابتها ووسائل تدخلها في النظام التحكيمي.

ولئن تفاوتت النظم القانونية للتحكيم خصوصا منها الوطنية في العمل بمبدئي حرية واستقلالية التحكيم بحسب مدى تحررها ومدى الثقة في فاعلية التحكيم، فإن التطور المتسارع في داخل مؤسسة التحكيم أكسب المحكم ولاية أصلية موازية ومزاحمة لولاية القاضي العمومي، يمارسها داخل تنظيم قضائي تحكيمي متميز وضمن نظام من الشرعية القانونية خاص ومتسق، الشيء الذي ضمن له فاعلية ذاتية تؤمن مثلها مثل القضاء اليقين القانوني، وبالتالي عدالة الحل التحكيمي. وأصبح بذلك الحكم التحكيمي سندا كاملا تجتمع له مقومات الفاعلية الذاتية من قوة إثباتية وقوة إلزامية وقوة تنفيذية تعادل ما للحكم القضائي.

وهذه الذاتية المستقلة للتحكيم وما فرضته من ثقة في التحكيم بل من أفضلية له على القضاء جعلت معاملة الدول للتحكيم تتغير، فلم يعد المشرع الوطني يخشى على سيادته وولايته القضائية من هذا القضاء عبر الدولي، ولذلك لم يسعى إلى فرض رقابة مشددة مباشرة وشاملة عليه، وأصبح ينظر إليه كأداة لتشجيع الاستثمار وتعزيز التجارة الدولية، ولذلك سعى لتأمينه وعدم انحرافه عن الغاية المقررة له ، وهكذا تقلص الدور الرقابي لقضاء الدولة على التحكيم في اتجاهين متوازيين ومتكاملين.

الاتجاه الأول: يتعلق بمسألة ولاية الشرعية ويرمي إلى تأمين اليقين القانوني الموضوعي ويستبعد التدخل القضائي في التحكيم كلية، أو يحصره من حيث مداه في رقابة استثنائية شكلية، وبعض

الفقهاء يسمي هذا النوع من الرقابة برقابة صحة الحكم التحكيمي من حيث الإجراءات⁽¹⁾، فصدور الحكم التحكيمي لا يمثل أحيانا إلا مرحلة أو عنصرا في رابطة التراع، ويمكن أن ينحل في صورة وجود إمكانية للطعن فيه في إطار التنظيم القضائي للتحكيم لدولة ما، كما هو الحال بالنسبة للطعن بالبطلان في النظام التحكيمي الجزائري المادة 1058⁽²⁾ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

والاتجاه الثاني: يتعلق بفاعلية الحكم التحكيمي وينصرف إلى مرحلة التنفيذ ويهدف إلى تحقيق اليقين التنفيذي. لذلك ينحصر التدخل القضائي في هذه المرحلة في مسألة الرقابة التنفيذية المضيق على مقبولية الحكم التحكيمي الأجنبي. وهي رقابة تطورت من مقبولية للحكم إلى مقبولية للحل. وهذا ما سيتم التفصيل فيه في حينه.

الفرع الأول : الرقابة القضائية على مشروعية وصحة الحكم التحكيمي من ناحية الإجراءات:

يعارض بعض الفقه⁽³⁾ مسألة خضوع حكم التحكيم إلى أية إجراءات لاحقة على صدور حكم التحكيم يتم اتخاذها أما القضاء الوطني ومنها الطعن بالبطلان، وذلك لتعارضه مع مبدأ الاستقلالية ولنيله من الولاية التحكيمية، كما أنه سوف يلتهم كل محاسن التحكيم، بل إن البعض ذهب إلى القول بأن نظام التحكيم يفقد سبب وجوده وقيمته إذا أعقب صدور الحكم التحكيمي إجراءات لاحقة أمام قضاء الدولة.

(1) حفيظة حداد، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع مذكور، ص 323.

(2) تنص المادة 1058 على " يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه".

(3) حفيظة حداد، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع مذكور، ص 323.

وعلى الرغم من أهمية الملحوظة السابقة، فإنه يظل من غير المقبول لا منطقاً ولا قانوناً بأن يظل الحكم التحكيمي من غير أية رقابة خاصة إذا تم الطعن في صحته، أو كان مشوباً بالخطأ. ومن ثم فإنه لا مفر والحال كذلك من تقرير إمكانية الطعن على حكم التحكيم كل ما هنالك هو أن طرق الطعن التي يخضع لها الحكم التحكيمي تتراجع فيها الوظيفة الإصلاحية أو التعديلية تاركة المجال للإفصاح عن وظائف وأهداف أخرى لهذه الطرق.

وقبل أن نفصل في هذه المسألة علينا أن نشير إلى أن الاتجاه العام في المصادر الوطنية للتحكيم والسائد في المصادر الدولية الرسمية العامة والمهنية الخاصة، وحتى في الممارسة العملية للتحكيم، هو اعتماد التحكيم المؤسسي المنظم والشامل، على حساب التحكيم الحر الذي تأثر بانحسار دور الإرادة، حيث أثبت الواقع أن إرادة الأطراف، قد أصبح دوره عرضياً و انخراطياً. فهي كما تنخرط في نفع التحكيم تنخرط في شكله المؤسسي بالتصريح أو بمجرد الإشارة والتلميح.

- **البند الأول: طبيعة الرقابة في ظل التحكيم النظامي:** لم يفوت التحكيم النظامي الفرصة على نفسه، لمحاصرة الإرادة العقدية بل وحتى إرادة المشرع الوطني وبالتالي إرادة الدولة، فيزيل أو يقلص أسباب تدخل أجهزتها وعلى رأسها قضاؤها في مجال التحكيم، هذا إن لم تبادر هي بإزالتها.

وتتميز مؤسسة التحكيم بكونها غير مشخنة مستقرة موحدة ومتسقة، لها نظامها القضائي والقانوني وسلطانها التنظيمية مجسمة في فقه القضاء التحكيمي.

ولعل استعمال مصطلح تنظيم قضائي تحكيمي، لئن جاز اعتباره مبالغاً فيه على المستوى العام وفي المنظور الشكلي، لا شك أنه ملائم على المستوى الفني القانوني المضيق⁽¹⁾.

(1) الحسين السالمي، التحكيم و قضاء الدولة، ص 532.

وهنا يظهر دور التحكيم النظامي في تعزيز هذا المصطلح وذلك لكونه يوفر للمحكّمين نظاماً تحكيمياً خاصاً وشاملاً يغطي كل مراحل التحكيم، ومع أن هذه الصفة ليست متوفرة في كل مراكز التحكيمية، إلا أن هذا التحكيم النظامي أو المؤسسي ساهم في تعزيز ذاتية التحكيم وتأمين الرقابة الذاتية له على نفسه، وإقصاء الرقابة الخارجية، من خلال ما يوفره من أدوات وإجراءات تغني عن تدخل القضاء حتى المساعد منه، أو على الأقل تجعله استثنائياً ومحدوداً جداً.

ويمكن اختزال تلك الأدوات والإجراءات التي يفرها التحكيم النظامي في الحلول التالية:

- في خصوص عوارض تكوين هيئة التحكيم: إن إشكالات تعيين هيئة التحكيم، تحل داخل مؤسسة التحكيم ووفق نظامها ولا ضرورة للجوء إلى قضاء الدولة على خلاف ما هو الشأن بالنسبة للتحكيم الحر. وهذا يضمن بشكل جدي وفعال استقلالية التحكيم عن قضاء الدولة وحتى قانونها في هذه المرحلة الأساسية.

وهذا الدور البديل عظيم الأثر حتى على استقلالية الرأي التحكيمي لأن المحكم لا يبقى خاضعاً لسيف القاضي المساعد الرقيب⁽²⁾. كما تسد أمام هذا الأخير ذريعة الرقابة المزدوجة عند طلب إبطال القرار التحكيمي وعند الإذن بتنفيذه بدعوى أن تكوين هيئة التحكيم كان محتلاً بالنظر إلى قانونه الوطني.

- في خصوص فاعلية القضاء: يؤمن التحكيم المؤسسي أوفر أسباب نجاعة القضاء باعتباره يوفر في المحكم الضمانات الشخصية الملائمة لمختلف أنواع النزاعات الاقتصادية، بل الملائمة لكل نزاع على انفراد، من حيث الحيدة والتخصص والكفاءة. وهو من مظاهر تفوق مؤسسة القضاء التحكيمي على مؤسسة القضاء العمومي، التي تضطر لضمان رأي كفاء وتخصصي في إطار ممارستها للرقابة على المحكم المتخصص الاستنجد برأي خبير يمكن أن يكون أقل اختصاصاً

(2) الحسين السالمي، التحكيم و قضاء الدولة، ص 534.

وكفاءة حتى في ميدانه من المحكم القاضي، ما يجعل الرقابة القضائية أحيانا مضيعة للوقت والمال والجهد.

- في خصوص الأمن القانوني⁽¹⁾: إن التحكيم المؤسسي يتميز في هذا الإطار حتى عن قضاء الدولة على مستوى قابلية التوقع وشفافية الإجراءات والحلول واستقرارها. فنظام مؤسسة التحكيم يضبط عادة جميع المسائل الإجرائية والإدارية، وحتى شبه القضائية أو بعد القضائية، مثل مسألة سلم أو مقياس الأجور والمصاريف وكيفية تصفيتها وتوزيعها بين الأطراف. وهي مسألة حساسة من شأنها أن تنفر من اللجوء إلى التحكيم إذا لم تضبط بشكل علني، صريح ومسبق، ووفق معايير موضوعية غير محففة بأي طرف.

كما أن النظم المؤسسية للتحكيم تضبط إجراءات دائمة ومتجانسة، إن لم تكن موحدة فيما بينها، من شأنها أن توفر أكثر قدر من التوقع حتى في خصوص الإشكالات الإجرائية، وبالتالي تضمن أكثر قدر من الاستقرار ومن المساواة بين المتقاضين في الحلول القانونية لتزاعاتهم المتشابهة، مهما اختلفت جنسياتهم ومصالحهم ونظمهم الشخصية، بفعل عدم التوطن الجغرافي وتحرر المحكم من الولاء السيادي المسبق لأي قانون، ولو كان قانونه الشخصي، لكن دون التحرر من النظام القانوني التحكيمي.

- في خصوص اكتمال تنظيم آليات الرقابة: لقد أقامت بعض النظم المؤسسية للتحكيم ضمن أجهزة مؤسسة التحكيم نفسها تنظيما مهيكلا للرقابة الداخلية على قضاء هيئاتها، سواء بمراجعة وقائية قبلية للقرار التحكيمي، وهو شأن المصادقة الوجودية من قبل المحكمة الدولية للتحكيم على كل القرارات التحكيمية قبل التصريح بها طبق أحكام الفصل 17 من نظام المحكمة⁽¹⁾ لغرفة

(1) الحسين السالمي، التحكيم و قضاء الدولة، ص 534.

(1) يتضمن هذا الفصل أن محكمة التحكيم الدولية عند مراجعتها القبلية لمشروع القرار التحكيمي تسهر بالخصوص على احترام مقتضيات الشكل الناجمة عن القانون المنطبق على الشكل، وعند الاقتضاء عن القواعد الآمرة لقانون التحكيم، بالخصوص في شأن تعليل القرارات التحكيمية، وإمضائها، ومدى مقبولية الآراء المعارضة.

التجارة الدولية. أو باعتماد رقابة بعدية في شكل نظام للطعن التحكيمي في داخل النظام نفسه. وهذا شأن نظام تحكيم المركز الدولي لحل النزاعات حول الاستثمار "cirdi" الذي تقضي في شأنه المادة 53 من اتفاقية واشنطن للبنك الدولي والتي أنشأت ذلك المركز بأن" الحكم يكون ملزما للطرفين، ولا يكون قابلا للاستئناف أو لأي طعن آخر فيما عدا ما نص عليه في هذه الاتفاقية. ويجب على كل طرف أن يحترم الحكم وينفذه إلا إذا أوقف تنفيذه طبق أحكام هذه الاتفاقية".

لكن الاتفاقية تجعل بمادتها 50" النزاع حول معنى الحكم أو نطاقه" من أنظار المحكمة التي أصدرته، ما كان ذلك ممكنا، وإلا عينت هيئة أخرى لنظره وفقا للقسم الثاني من الباب الرابع من الاتفاقية(المواد من 37 إلى 40).

كما تجيز المادة 51 منها" لأي من الطرفين طلب إعادة النظر في الحكم. بمطلب كتابي يوجه إلى السكرتير العام، على أساس اكتشاف واقعة من شأنها أن تؤثر في الحكم تأثيرا حاسما، بشرط أن تكون مجهولة للمحكمة وللطالب وقت صدور الحكم. وأن يكون جهل الطالب بها غير راجع لتقصيره". وذلك في اجل تسعين يوما من اكتشافها وعلى كل حال في خلال ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم.

ويكون الاختصاص معقودا للمحكمة نفسها التي أصدرت الحكم وعند التعذر تؤلف محكمة أخرى وفق نفس الطريقة الواردة في حالة النزاع حول معنى أو نطاق الحكم.

وتنظم المادة 52 من الاتفاقية الطعن ببطان الحكم التحكيمي، فهي تضبط أسبابه في خمسة فصلتها، وأجله بمائة وعشرين يوما من تاريخ إصدار الحكم أو من اكتشاف التأثير غير المشروع، وعلى الأقصى في ثلاث سنوات من صدوره. وتجعل الاختصاص بنظره من أنظار لجنة خاصة يعينها رئيس المركز تتكون من ثلاثة أشخاص من غير من شاركوا في إصدار الحكم. ومن غير

جنسية أحد ممن أصدره أو ساهم في تعيين أحدهم ومن غير جنسية الدولة أو مواطن الدولة الطرف في النزاع، ومن غير من عمل في التوفيق في النزاع.

و يكون للجنة سلطان إبطال الحكم كلياً أو جزئياً، وعندها يعرض النزاع بطلب من أي من الطرفين على محكمة جديدة تكون وفقاً للقسم الثاني من الباب الرابع أيضاً من الاتفاقية.

أما في مرحلة التنفيذ، فإن المادة 54 تقضي باعتبار الحكم الصادر وفق نظام المركز نافذاً كما لو كان حكماً نهائياً صادراً فوق أراضي الدولة، أو عن محكمة إحدى ولاياتها إذا كانت دولة اتحادية. وتكون المصادقة على الحكم في دولة التنفيذ من اختصاص المحكمة أو اللجنة التي قد تعينها تلك الدولة للغرض، والتي عليها أن تعلم بها وبكل تغيير يحصل في شأنها سكرتيرية المركز.

وتجاوز التنظيم الذاتي للطعن في القرارات التحكيمية النظام المؤسسي التحكيمي، ليغزو حتى النظم المحلية الوطنية⁽¹⁾، حيث أصبح بعضها مثل القانون البلجيكي يجيز إقامة نظام للطعن داخل مؤسسة التحكيم، ويوقف قبول الطعن بالإبطال أمام قضاء الدولة (الفصل 1706 فقرة 2 من المجلة العدلية البلجيكية) أو حتى الإذن بالتنفيذ (الفصل 1723 فقرة 1 من نفس المجلة) على استنفاد طرق الطعن أمام المحكمين وداخل مؤسسة التحكيم، من خلال التقاضي التحكيمي على درجتين، وهو وضع إجرائي تشريعي وضعي يمكن أن يسد الباب أمام الرقابة الخارجية المباشرة على الحكم التحكيمي.

(1) أصبح الحكم التحكيمي في بعض القوانين التحررية على غرار القانون البلجيكي يتمتع بحصانة شبه مطلقة، وذلك على أساس أن التشريع قد ضيق من نطاق البطلان على حكم التحكيم تضييقاً شديداً وربط القبول بالطعن بالبطلان أمام المحاكم البلجيكية بعدة شروط نصت عليها المادة 1717 فقرة 4 على أنه "لا تختص المحاكم البلجيكية بنظر دعوى البطلان إلا إذا كان أحد الأطراف في المنازعة التي فصل فيها الحكم التحكيمي شخصاً طبيعياً يتمتع بالجنسية البلجيكية أو له موطن في بلجيكا أو شخصاً اعتبارياً تم تكوينه في بلجيكا أو له فرع أو مقر للأعمال فيها أياً ما كانت طبيعته". وينظر إلى هذا الموقف الذي اتخذته التشريع البلجيكي على أنه خطوة جريئة وحاسمة نحو تحصين الحكم التحكيمي واستبعاد أي طعن بالبطلان في إطار التحكيم الدولي.

البند الثاني: الطابع المحدود لتدخل القضاء : لقد تحدثنا في مقدمة هذا العنوان عن أن طرق الطعن التي يخضع لها الحكم التحكيمي تتراجع فيها الوظيفة الإصلاحية⁽¹⁾ أو التعديلية تاركة المجال للإفصاح عن وظائف وأهداف أخرى لهذه الطرق.

وأول هذه الوظائف والأهداف تتعلق بالثبوت من وظيفة المحكم والمهمة المنوط به القيام بها، وأهمية هذه المسألة هي أن حكم التحكيم لا يمكن اعتباره عملا من أعمال العدالة أو عملا قضائيا إلا إذا كان مصدر السلطة القضائية التي يتمتع بها المحكم صحيحا لا محل للتشكيك فيه أو النيل منه.

كذلك فإن طرق الطعن الموجهة إلى الحكم التحكيمي تهدف إلى التيقن من الشروط التي وفقا لها قام المحكم بأداء مهمته وإصدار الحكم التحكيمي.

صحيح أن مثل هذه الأوجه من الطعون هناك محل لإعمالها بشأن المنازعات التي يفصل فيها قضاء الدولة، لكنها تحتل مكانا ثانويا وعرضيا على عكس الحال بالنسبة للتحكيم حيث تحتل هذه المسألة أهمية بالغة، نظرا لأن حكم التحكيم يصدر من أشخاص قد لا يتوافر فيهم الشعور الكامن بضرورة احترام المقتضيات الإجرائية القضائية⁽²⁾.

بجمل القول، إن طرق الطعن على الحكم التحكيمي تنحصر غايتها ليس في تعديل هذا الحكم وإنما تعد بمثابة منازعة بطلانه. ويعد هذا النطاق من أوجه الرقابة التي تقتصر على الجوانب الشكلية المحضة.

(1) حفيظة حداد، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع مذكور، ص 323.

(2) حفيظة حداد، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 324.

وما يمكن ملاحظته أنه جل التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري، والاتفاقيات الدولية والإقليمية، ونظم التحكيم المهنية، وفقه القضاء التحكيمي، اتجهت إلى استبعاد أو تقليص أساليب التدخل الرقابي الخارجي من جهة طرقها ومن جهة نطاقها.

ويظهر الطابع المحدود لتدخل القضاء في مرحلة ما بعد صدور الحكم التحكيمي في أوجه ثلاثة هي: تقلص طرق التدخل الموضوعية في مرحلة الطعن، وطابع ذلك التدخل الشكلي الغالب، وبالتالي في أثره الحيادي على رأي المحكم الاجتهادي في مرحلة التنفيذ.

ولكن قبل الخوض في مسألة الرقابة القضائية علينا التطرق إلى مسألة هامة ألا وهي التحكيم بالصلح، وتكمن أهمية هذا النوع من أنظمة التحكيم في كونه يعد تنازلاً ضمناً عن حق الطعن، وذلك لكون الطعن يهدف إلى ضمان تطبيق القانون، والمحكم المفوض بالصلح معفى من تطبيق القانون، إذا فتوى بالصلح يعد تنازلاً من المحكمين عن إتباع هذا الطريق القضائي ألا وهو الطعن في أحكام المحكمين.

- أ- تقلص طرق الطعن: تميل التشريعات الحديثة إلى التخلي عن طرق الطعن المعهودة في ميدان الإجراءات القضائية العادية، وإلى تبني نظام طعن خاص بالقرارات التحكيمية مخفف ومحدود، تمنح في إطاره للمحكمة المختصة حق إجراء رقابة شكلية على القرار التحكيمي تضمن حصانة الرأي الاجتهادي للمحكم.

- ب- تضيق نطاق الطعون: ويتم إما بالإزاحة بصفة أصلية أو بالإزاحة بصفة تبعية إذا تواردت تلك الطعون مع الطعن بالإبطال.

فإذا أخذنا التشريع الجزائري على سبيل المثال، لم يخرج عن الأصل المتعارف عليه في التشريعات الوطنية، فقد أوردت المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية سبيلاً واحداً

للطعن في الحكم التحكيمي، وهو الطعن بطريق الإبطال فقد نصت على أنه " يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي صادرا في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه".

و فيما يتعلق بالطعن في الحكم التحكيمي في التشريع الجزائري نقول :

- أنه من خلال نص المادة 1058 المذكورة أعلاه نجد أن الطعن بالبطلان يخص فقط الأحكام التحكيمية في مجال التحكيم التجاري الدولي الصادرة في الجزائر ومعنى ذلك أن الحكم التحكيمي الصادر بالخارج لا يقبل الطعن بالبطلان ويخرج عن سلطة مراقبة القاضي الجزائري.

- ونضيف أيضا أن الفقرة الثانية من المادة 1058 تنص على أن "لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتم الفصل فيه".

وفحوى هذه الفقرة أن الأمر الذي يقضي بتنفيذ الحكم الدولي الصادر بالجزائر لا يقبل أي طعن. غير أن الطعن بالبطلان يرتب بقوة القانون الطعن في الأمر الصادر بالاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي. وعندما تكون المحكمة لم تفصل بعد في طلب التنفيذ فإنها تتخلى عن الفصل.

ويذهب جانب من الفقه⁽¹⁾ بصدد علاقة الطعن بالبطلان بالطعن بالاستئناف إلى القول بأنه: " مادام الطعن بالبطلان يكون ضد الحكم التحكيمي مباشرة والطعن بالاستئناف يكون ضد القرار الصادر بقبول أو رفض الاعتراف والتنفيذ، ومادام أسباب الطعن موجودة في الطريقتين فإن نص المادة 1058 /2 المذكورة أعلاه فهذا يعني بعبارة أخرى أن اللجوء إلى طريق الطعن بالبطلان

(1) عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، 2012، ص 530.

يعطل كل احتمال للجوء إلى الطعن بالاستئناف وهذا استثناء من القاعدة الواردة في المادة 1056".

ولم يوحد المشرع الجزائري حالات الطعن بالاستئناف وحالات الطعن بالبطلان فقط، بل وحد كذلك الإجراءات المتبعة لرفع الطعن، وكذا المحكمة المختصة والمواعيد.

وعليه فإن المحكمة المختصة بالنظر في الطعن بالبطلان حسب المادة 1059 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي المجلس القضائي الذي صدر الحكم التحكيمي في دائرة اختصاصه أو المجلس القضائي الذي يمتد اختصاصه إلى المحكمة التي أصدرت أمر الاعتراف والتنفيذ حسب المادة 1057 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

وبالتالي نلاحظ توحيد المشرع الجزائري لطرق الطعن، من حيث الاختصاص القضائي بنظر الطعن، وهي مأخوذة من المادة 1486 و 1505 من قانون المرافعات الفرنسي⁽²⁾.

- ج- الطعن الخاص بالتحكيم: محدودية رقابة الإبطال: ابتداء فقد استبعد الفقه الجدل القائم حول مدى اعتبار طلب التصريح ببطلان الحكم التحكيمي دعوى مبتدئة أم طعنا⁽³⁾، وذلك لاعتبار مسألة متعلقة بالجدلية حول العلاقة القائمة بين القضاء والتحكيم، وذلك لسبب بسيط ووجيه وهو أن في كل الحالات الاختصاص معقود لقضاء الدولة، وبشروط تكاد تكون مشتركة بين كل أنظمة التحكيم، ما يجعل نطاق هذا الطعن وغايته محل شبه إجماع بين تلك النظم. وقد قلنا سابقا أن هذا الطعن يعتبر طريقة خاصة بنظام القضاء التحكيمي، ولا تتلاءم مع التقاضي على درجتين والطعن بالاستئناف، كما تخرج عن نظام الرقابة القانونية للطعن أمام محاكم القانون باعتبارها رقابة على حكم التحكيم وليست رقابة على قضاء المحكمة التحكيمية كما أنها رقابة

(2) محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مرجع مذکور، ص 267.

(3) الحسين السالمي، مرجع مذکور، ص 542.

محدودة في الأسباب الحصرية الواردة في مختلف التشريعات الوطنية والدولية. و أسباب طلب إبطال الحكم التحكيمي هي عبارة عن مجموعة من المسائل الشكلية الإجرائية قوامها:

- سلامة انعقاد ولاية المحكم على موضوع التحكيم.

- سلامة تكوين هيئة التحكيم.

- حرمة الإجراءات الضامنة لحق الدفاع.

- حرمة النظام العام.

1- سلامة انعقاد ولاية المحكم: وتكرسها الأسباب المتعلقة بأهلية المحكمين، وبصحة اتفاقية

التحكيم، وبنفاذها، أو بمناطها. فصدور الحكم التحكيمي دون سند اتفاقي أي دون اتفاقية التحكيم، أو بناء على اتفاقية باطلة، أو خارج نطاقها أو خارج آجال التحكيم. وهذه العناصر مجتمعة تضبط ولاية المحكم من حيث منشئها أي فيما يتعلق بصحة التأهيل التحكيمي، ومن حيث مداها في جانبه الموضوعي، أي موضوع المهمة التحكيمية، وفي جانبه الزمني أي من حيث أجل التحكيم.

2- سلامة تركيبة هيئة التحكيم: في خصوص إجراءات تعيين المحكمين، فإنها محددة مبدئياً

بنص القانون المنطبق على الإجراءات، على أنه إذا كان التحكيم مؤسساً، فغن نظام التحكيم للمؤسسة المختارة هو الذي ينظم إجراءات تعيين المحكمين. وفي كل الأحوال، فإنه لا وجود لما يمنع الأطراف من التنصيب بعقد التحكيم على إجراءات يتفقون عليها للتعيين.

وبهذا الصدد وأياً كان نظام تعيين المحكم، لا يحصن التعيين القضائي المحكم من القرح في صحة

تسميته عند طلب الإبطال، باعتباره إجراءً وقتياً مساعداً و استعجالياً. و كذلك لصون حيادية المحكم في اجتهاده وعموماً لصون استقلالية التحكيم.

3- حرمة قواعد الإجراءات الضامنة لحق الدفاع أي احترام مبدأ الواجهة: لقد اعتمدت التشريعات والوطنية والتشريعات المقارنة للتحكيم مدلولاً مضيئاً لقواعد الإجراءات الضامنة لحق الدفاع، إذ يربطها بجرمة حق الدفاع كمعيار مشترك من جهة ويحصرها في المبادئ الأساسية للمرافعات التي تؤمن حرمة ذلك الحق وتضمن خصائص نظام القاضي المشتركة وضمانات الحق في المحاكمة العادلة التي هي قوام الحق في التقاضي.

وقد جرى فقه قضاء المرافعات⁽¹⁾ على اعتبار أنه من قواعد الإجراءات الأساسية للتقاضي والتي قوامها: مبدأ المساواة بين الخصوم ومبدأ المواجهة بينهم، ومبدأ سيطرة الخصوم على النزاع المدني، الذي يتجسم أساساً في منع الحكم بأكثر مما طلبه الخصوم أو الحكم بأقل مما طلبوه.

ويشمل هذا المبدأ جميع المراحل التي يمر بها الحكم التحكيمي، انطلاقاً من مرحلة سير القضية أمام هيئة التحكيم، وما يرافق ذلك من وجوب اضطلاع الخصوم على ملف القضية ومكوناته وعلّة مقال الخصم وماله من حجج، وعلى نتائج الأبحاث الميدانية، وعلى كل ماله صلة بالقضية من أقوال الشهود والأطراف، والخبراء وعلى تقارير الاختبار ولو تم تدوينها من قبل أحد المحكمين مما له دراية أو معرفة فنية أو علمية. وهذا في الحقيقة مضمون مبدأ المواجهة بين الخصوم. وصولاً إلى مرحلة إصدار الحكم، وما ينبغي أن يتضمنه من تعليل وتسيب لهذا الحكم، ولو تعلق الأمر بتحكيم بالصلح أي تطبيق قواعد العدل والإنصاف، حيث يعنى المحكم المفاوض المصالح من تطبيق قواعد القانون الوضعي على موضوع النزاع، لكنه ليس معنى من واجب التعليل الذي يهدف إلى إقناع الأطراف بوجاهة منطقه، وإلى البرهنة على إطلاعه على كافة مكونات ملف القضية. وهو ما ينتج عنه أن عدم التعليل يترتب عليه بطلان الحكم التحكيمي .

4- حرمة النظام العام : لا يمكن إزاء إقرار من هو في مكانة الأستاذ فيليب مالوري⁽¹⁾

وسعة علمه وطول تجربته بعجزه عن معرفة ماهية النظام العام، وإزاء إدراج بعض الفقه له ضمن

(1) أحمد أبو الوفا ، قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 672 .

المفاهيم ذات المحتوى المتغير، باعتباره تقنية منظمة لعدم التوقع، إلا التسليم ابتداءً بأن محاولة تعريفه تعتبر ضرباً من ضروب المغامرة. فقد تنازعت مفهومه ثلاثة أفكار رئيسية، هي : فكرة تحقيق المصلحة العامة من خلال ضمان علويتها وأفضليتها معاً⁽²⁾، وفكرة تقييد الحرية، تأميناً لتلك العلوية وتلك الأفضلية، وفكرة التنظيم باعتبار النظام العام يمثل أداة فرض "الانتظام" داخل الإطار الموضوعي والتنظيمي الذي يرسمه دينك المعياران (العلوية والمصلحة الفضلى) سواء في مستوى نظام الدولة فيكون له طابع داخلي، أو في مستوى نظام ما بين الدول فيكون له طابع دولي.

وهكذا تكون كل هذه المقتضيات متفاعلة ومتراطة فيما بينها داخل إطار فكرة النظام سواء في وجهه الموضوعي كما في إطار هرمية النظام القانوني، أو في وجهه الشكلي كما في التنظيم الهرمي الهيكلي المؤسسي، وهذا الترابط أدى بالفقه إلى إعطاء النظام العام التعريف الآتي هو "مجموع القواعد القانونية الآمرة التي لا يجوز للأطراف المعنية مخالفتها باتفاقهم، والتي ترمي إلى تنظيم أهم المصالح العامة والخاصة الخادمة في أبعد أبعادها لمصلحة المجموعة، والساعية إلى حمايتها بصفة مباشرة أو غير مباشرة"⁽³⁾.

وقد أعطى الأستاذ الحسين السالمي تعريفاً آخر للنظام العام وهو⁽¹⁾ "وضع من كثافة أي قوة الإلزام القانوني تفرضه غاية تحقيق مصلحة جماعية عامة موضوعية أو تنظيمية داخل نظام الدولة أو مصلحة جماعية دولية عابرة داخل نظام ما بين الدول بإزاحة أثر عمل الإرادة الشخصية للأفراد وإحلال الإرادة العامة للدولة التي تعبر عنها قوانينها أو تصرفاتها السيادية وإحلال إرادة المجتمع الدولي التي تعبر عنها قواعده ومبادئه الآمرة محلها".

(1) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذكور، ص 570.

(2) وهو مذهب الأستاذ ليون دوغي الذي يرى فيه تكريسا للمصلحة الاجتماعية، الدولة والقانون والتشريع الوضعي، وهو عند الأستاذ هيمار المصلحة الحيوية للمجتمع، كتاب التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذكور، ص 571.

(3) محمد الحبيب الشريف، النظام العام العائلي، مداخلة منشورة ضمن أعمال ملتقى التحكيم في ظل العولمة، 24 أبريل

1998، مطبوعات المعهد الأعلى للقضاء، تونس، ص 37.

(1) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذكور، ص 574.

وقد انطلق الأستاذ من عنصري النظام العام وهما العلوية القانونية التي تفرها درجة الإلزام التي تستمد من صيغة القاعدة كأن تكون أمرة أو من علوية النظام الذي تنتمي إليه، كأن تكون قاعدة قانونية دولية. وعنصر المصلحة الأولى بالحماية التي تحكمها مبادئ المفاضلة، كأفضلية المصلحة العامة، ويعبر هذا العنصر عن غاية النظام العام الحمائية. أما العنصر العلوية فيعبر عن أداتية النظام العام لتحقيق تلك الغاية وهي إقصاء عمل الإرادة بوجهيها، أي الإرادة الخاصة التي تعبر عنها التصرفات القانونية أو المفترضة التي تعبر عنها القواعد القانونية المقررة، وإحلال محلها الإرادة العامة المعبرة عن المصلحة العامة من خلال القواعد الآمرة للقانون الوطني وذلك على المستوى الداخلي. أما على المستوى الدولي فإن الإرادة العامة للدولة والتي يعبر عنها قانونها وخيارتها الوطنية تحل محلها الإرادة العامة الدولية لمجتمع ما بين الدول التي تعبر عنها قواعد ومبادئ القانون الدولي الآمرة والعبارة.

ويتميز هذا التعريف بالآتي:

أنه تعريف جامع⁽²⁾ منطبق على جميع أصناف النظام العام الداخلي والدولي، في مفهوم القانون الخاص والقانون العام، ينصرف إلى تصرفات الدولة السيادية كما ينصرف إلى تصرفات الأفراد الخاصة على السواء. كما أنه يجمع بين غاية النظام العام المشتركة والمتمثلة في تحقيق مصلحة مفضلة باعتبارها من النظام العام، وبين أداة تحقيقها وهي تقنية الإزاحة كإزاحة الشرط التعاقدية المخالف في المستوى الوطني، أو إزاحة العمل القانوني أو القانون المتعارض مع النظام العام في المستوى الدولي، ولو أدى ذلك إلى تقليص سيادة الدولة نفسها أو اختراق حدودها، وبين أثر تلك الإزاحة وهو إحلال إرادة عليا محل إرادة أدنى دون الخلط بينهما.

(2) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع المذكور، ص 574.

كما أنه تعريف مانع⁽¹⁾، يمنع الخلط والالتباس بين النظام العام وبين المفاهيم المقاربة . فهو لا يندمج في مفهوم القاعدة القانونية الآمرة التي ليست سوى تعبيراً عن تأكيد الحماية لمصلحة ما أو أداة يستعملها واضع القانون لتحقيق غاياته التي يمكن أن تكون في ذاتها مخالفة للنظام العام خصوصاً في منظور القانون الدولي الإنساني.

وهو تعريف لا يجعل النظام العام يذوب في مفهوم الإلزام القانوني الذي ليس هو العنصر المكون في النظام العام وإنما ما يعتبر في تكوينه هو "درجة كثافة ذلك الإلزام"⁽²⁾ فلا يحصل الخلط مع الإلزام الناجم عن مجرد العلوية الهرمية الشكلية في سلم مصادر القانون التي يمكن أن تتواجد بين قواعد لا اتصال لها بالنظام العام. إذ لا يقف عند الإلزام الشكلي الهرمي ولو بين النظامين الداخلي والدولي وإنما يفترض اقتران العلوية الشكلية بكثافة الإلزام الناجمة عن أفضلية المصلحة أو علويتها.

وهو في النهاية يمنع الخلط بين أداة النظام العام وهي تقنية الإزاحة وبين أثر النظام العام وهو تعويض مضمون إرادة دنيا بمضمون إرادة أعلى .

ويكتسب النظام العام بهذا المفهوم طابعاً مزدوجاً بين طابع وظيفي تقني قانوني وهو فرض علوية الإلزام القانوني الشكلي بين مصادر الإلزام القانوني أي مصادر القانون فيخضع القاعدة الأعلى للقاعدة الأدنى في سلم هرم مصادر القانون، وطابع غائي موضوعي يفرض المصلحة الأولى بالحماية على أساس المفاضلة بين المصالح في المراكز القانونية. وهكذا تجمع تقنية النظام العام بين الموضوعي القانوني (علوية الإلزام) والذاتي القضائي (المفاضلة بين المصالح). ولعل هذا الطابع الوظيفي التقني المزدوج هو الذي جعل البعض يستعمل مصطلح "الانتظام العام" عوضاً عن مصطلح "النظام العام" لأنه يعبر أكثر على العنصرين: من خلال خضوع الإرادة بالانصياع

(1) الحسين السالمي، مرجع مذکور، ص 574.

(2) الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 574.

لمقتضيات النظام العام (بانتظامها داخله)، والمرجعية العامة التي تقتضي العلوية المفروضة وإزاحة الإرادة أو المصلحة الأدنى. مما يجعل منه انتظاما ذي طابع عام شامل لكل المراكز المتماثلة.

- دور النظام العام في مجال التحكيم: لقد مثل وصف النظام العام معيارا لازما وملازما للتحكيم في كل مراحله، من انعقاد ولاية المحكم، إلى تكوين هيئة التحكيم، إلى استقراء النزاع التحكيمي، إلى الحكم فيه، انتهاء بتنفيذ الحكم التحكيمي، إذ النظام العام مقياس لتحكيمية العلاقة القانونية، كما أن مبادئ الحياد والاستقلالية التي هي قوام نظام المحكم القاضي ومبادئ القانون الإجرائي الأفقي التي قوامها المساواة والمواجهة وحرمة حق الدفاع، وقواعد قانون التحكيم المادية المباشرة، أما مقبولية الحكم التحكيمي في بلد الاستقبال، فتتوقف بدورها على عدم تعارض الحل التحكيمي في أكثر النظم تحررا مع النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص باعتباره شرطا لازما للاعتراف بحجته وبآثاره، وللإذن بتنفيذه⁽¹⁾.

وتكريسا لهذا الحضور الدائم والشامل للنظام العام، تقرر المادة 1058 على أن حكم التحكيم يكون قابلا للطعن بالبطلان في مجموعة من الحالات و أحالت إلى المادة⁽²⁾ 1056 وذلك لتطابق الحالات بين المادتين وقد ذكرت هذه المادة في فقرتها السادسة "إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي".

(1) إياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004، ص 615.

(2) نصت المادة 1056 على ما يلي "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية:

1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.

2- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.

3- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

5- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

6- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

والمقصود بالنظام العام في هذه المواد النظام العام في مفهومه الدولي وليس الداخلي. وقد ذكرنا

سابقاً أن المفهومين يختلفان من حيث: المرجعية والنطاق

- من حيث المرجعية: فمرجعية النظام العام الداخلي⁽¹⁾ تتمثل في، إما في التنظيم العام للدولة، كالتنظيم السياسي (تفريق السلطة مثلاً)، أو التنظيم المرفقي لأحد أنشطتها أو وظائفها (كالتنظيم القضائي: ازدواجية القضاء بين إداري وعادي، أو التقاضي على درجتين)، أو السياسية التشريعية أو الاقتصادية أو الاجتماعية، للدولة في ميدان من ميادين نشاطها (نظام عام اجتماعي، اقتصادي)، أو حرمة القيم والمبادئ التي تدين بها الدولة وتمثل المصدر المادي لنظامها القانوني وعلى رأسه دستورها، مثل قيم الحرية والمساواة والعدالة المكرسة في الدساتير الغربية.

- أما مرجعية النظام العام الدولي فهو مزدوج: نظام عام دولي للدولة، ونظام عام دولي حقيقي.

فالأول لا يعدو أن يكون انعكاساً لمعايير النظام العام الداخلي على العلاقات الخاصة الدولية⁽²⁾، أي بحسب مقدار كثافته، أي بقدر أهمية المصلحة التي يحميها وعمق أثر العلاقة التنازعية الدولية عليها. وهو يخضع للتقدير النسبي، وعادة ما يكون محل تنازع اجتهادي، وهو السبب وراء نشأة ما يسمى بالنظام العام الدولي المخفف. والذي ليس في حقيقته سوى تعبيراً عن حل تصالحي توفيق بين النظام العام الدولي لدولتين أو لنظامين قانونيين إقليميين. وتعبّر عن هذا الوفاق تنازلات النظام العام اللاتكي الغربي لفائدة النظام العام الديني الإسلامي، في شأن آثار الزواج التعددي وآثار الطلاق العرفي⁽¹⁾، وتنازلات النظام العام الشرعي الإسلامي لفائدة النظام

(1) إياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004، ص 391..

(2) إياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004، ص 611.

(1) ويطلق على هذه التنازلات تسمية الأثر المخفف للنظام العام، وقد عرف هذا المصطلح لدى فقه القضاء الفرنسي،

حيث أنه يفرق بين الحق المخالف للنظام العام والذي ينشأ في دولة القاضي أي فرنسا، والحق المخالف للنظام العام ولكنه ينشأ خارجها، ولكنه قد ينتج بعض الآثار داخلها، ويراد الاعتراف بهذه الآثار من قبل القاضي الفرنسي، فمثلاً

العام الغربي اللاتكني حول نظم الزواج، أو التفريق⁽²⁾، أو نظم الإرث غير الدينية، أو مظاهر التعامل الربوي الغربية.

أما النظام العام الدولي الحقيقي، فيجد مرجعيته في القيم الإنسانية المشاعة بين الشعوب وفي مبادئ القانون الدولي الإنساني وعموما مبادئ القانون الدولي وقواعده المادية فوق الدولية العابرة⁽³⁾.

- من حيث النطاق: لئن كانت قواعد النظام العام الدولي أعمق أثرا وأقوى إلزاما من قواعد النظام العام الداخلي، عملا بمبادئ علوية النظام الدولي على النظام الداخلي، فإن النظام العام الدولي أضيق نطاقا من النظام العام الداخلي، إذ يجمع الفقه وفقه القضاء على حصر مضمونه في بعض القواعد المنتخبة أو المجمع عليها من قبل كل الأمم، أو من قبل "الأمم المتحدة". وهذا التصور التضيقي المرن يتأكد أكثر في مستوى الرقابة على تنفيذ السندات الأجنبية التحكيمية منها بالخصوص لضمان سهولة تنقلها عبر الحدود وتأمين أوفر قدر ممكن من مقبولية لها. فالنظام العام يعتبر أخطر سلاح بين يدي قضاء الدولة يتهدد حرية التحكيم واستقلاليتها. كما أنه يعتبر المقياس الحقيقي لمدى تحرر نظام قانوني ما إزاء التحكيم.

النظام العام الفرنسي يمنع نشوء الحق في تعدد الزوجات، إلا أنه لا يحول دون الاعتراف ببعض آثاره في فرنسا متى نشأ ذلك الحق صحيحا في الخارج وفقا للقانون المختص وذلك بمقتضى القانون الدولي الخاص الفرنسي، فقد اعترف القضاء الفرنسي في هذا الإطار، للزوجة الثانية بالحق في طلب النفقة الزوجية، وبحقها في الإرث، وبحقها في التعويض الذي طالبت به إثر وفاة زوجها، عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، منشورات زين الحقوقية، ص 129-130.

⁽²⁾ ومثال ذلك الاعتراف الذي حصلت عليه النظم القضائية الغربية في مسائل تعتبر مخالفة للنظام العام في الدول الإسلامية، ولكن ووفقا لمبدأ الأثر المخفف للنظام العام، فإن هذه النظم أقرت بعض الآثار المتعلقة بنظم الإرث أو الزواج غير الديني، وأيضا المسائل المتعلقة بالتبني، فهي وإن كانت محضرة في الجزائر إلا أنها إن نشأت في تونس مثلا في أنها تنتج آثارها في الجزائر، عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، دار هومه، ص 184.

⁽³⁾ إياد محمود برون، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004، ص 540.

لكن مفهوم النظام العام الدولي في مدلوله الواسع وكما سبق تعريفه يشمل أيضا في نظر بعض الفقه ما يسمى، بالقوانين المادية ذات التطبيق المباشر، سواء كانت قوانين الأمن والبوليس، أو القواعد ذات التطبيق الضروري المتعلقة بميادين ومصالح حيوية للدولة⁽¹⁾، وتتصل أساسا بالقوانين الجبائية وقوانين الصرف والقوانين الاجتماعية للضمان أو القوانين السياسية مثل قوانين المقاطعة الدولية.

- وخلاصة القول في مسألة الرقابة القضائية أن نظام التحكيم الحديث، لئن لم يخلص القضاء التحكيمي كلية من أساليب الرقابة التقليدية، فإنه من جهة، جعل هذه الأساليب ذات طابع عارض، ثم قلصها إلى حدها الأدنى، في كنف الالتزام بالمبادئ الأساسية لنظام المحكم ونظام التحكيم معا الضامنة لحرية التحكيم واستقلالته وحيادية عضوه المحكم القاضي. أي جعل ممارستها محدودة بمبادئ القانون الإجرائي الأفقي، وبالقواعد المادية لقانون التحكيم.

ومن جهة أخرى نجد أن نظام التحكيم الغالب يعتمد أساليب مستحدثة خاصة بالتحكيم، تقوم على المساعدة العارضة والوقائية عند قصور أدوات عمل المحكم، وعلى الرقابة الظاهرية الشكلية المخففة اللاحقة المسلطة على الحكم التحكيمي.

وهذا النظام للتدخل الخارجي في التحكيم زيادة على طابعه المساعد العارض والوقائي الشكلي في مرحلة تحقيق اليقين القانوني الموضوعي، نجده في مرحلة التنفيذ أي مرحلة اليقين القانوني التنفيذي، يضمن حرمة اجتهاد المحكم، وحصانة الحل التحكيمي.

الفرع الثاني : رقابة النفاذ أو حصانة الرأي التحكيمي إذا كانت الرقابة قضائية كانت أم إدارية في المرحلة السابقة لاكتساب أي سند صفة السند التنفيذي تهدف إلى ضمان الشرعية القانونية، فإن تدخل القضاء الوطني في مرحلة اكتساب الحكم التحكيمي صفة السند التنفيذي

(1) هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2014، ص 602.

وصيرورته قابلا للتنفيذ الجبري تهدف إلى ضمان مشروعية عملية التنفيذ نفسها، أي تحقيق ما يصطلح عليه فقهاء المرافعات "باليقين التنفيذي".⁽¹⁾

وقد بينا عند تطرقنا إلى مسألة حجية السند التحكيمي أنه سند قضائي كامل تجتمع لديه ثلاثية القوة الاحتجاجية والقوة الإلزامية والقوة التنفيذية⁽¹⁾، كغيره من الأحكام. وأن اكتسابه لصفة السند التنفيذي مسألة حيادية إزاء تلك القوى مجتمعة. فهي تتعلق بالتنفيذي الذي هو عمل مرفقي مستقل عن وظيفة الحكم، ويستند إلى ولاية خاصة وهي ولاية التنفيذ، التي يستقل بها القاضي الوطني باعتباره عضواً عمومياً ويفتقر لها المحكم باعتباره عضواً من الخواص، يكتسب صفة المأمور العمومي الوقتية والمحصورة في النهوض بالوظيفة التحكيمية أي وظيفة الحكم دون التنفيذ.

والرقابة في مرحلة التنفيذ بخلاف رقابة المشروعية على الحكم التحكيمي، تكون أخف وأكثر حيادية وأضعف أثراً على التحكيم. فهي ليست شكلية بل هي رقابة مقبولة ظاهرية، انحسرت فيها أسباب وضوابط التدخل الخارجي في معيار موحد هو معيار النظام العام بمدلول ضيق وحيادي تجاه الرأي التحكيمي الذي يصدره المحكم، في حين انحصرت محلها في الحل التحكيمي.

1- ضوابط الرقابة التنفيذية على التحكيم: يمكن اختزال ضوابط تدخل القضاء أو الجهة

الرسمية القائمة مقامه في مجال التحكيم في ثلاثة محاور أساسية هي :

أ- غاية التدخل الخارجي في التحكيم في مرحلة التنفيذ.

ب- محل ذلك التدخل، أي الموضوع الذي يتسلط عليه.

أ- : غاية الرقابة عند التنفيذ: المقبولة

(1) أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، مرجع مذكور، ص 31.

لقد اجتمع الرأي عند الفقه مع الموقف العملي عند فقه القضاء في النظم الحديثة على أن الغاية من إقرار الرقابة على السندات التحكيمية لا تتعلق بضمان المشروعية القانونية للعمل التحكيمي، إذ يستفرضها المحكم في ماله من حق الاجتهاد في تقرير الحل المناسب للزراع. بمعنى أن النظام القانوني للرقابة في مستوى الحل لا يهدف إلى تقييم مدى حسن أو سوء تقدير أو حتى تكييف المحكم للوقائع موضوع النزاع، وهي المقدمة الصغرى، ولا مدى حسن تأويل أو تطبيق القانون وهو المقدمة الكبرى، والذين هما عنصرا الجدلية القضائية التقليدية عند كل قاض، ومعيار العمل القضائي. وإنما يرمي التدخل الخارجي فقط إلى التثبيت من مدى توفر شروط استقبال الحكم التحكيمي في دولة أو دول تنفيذه، حتى يتمتع بالنفاذ الجبري عن طريق القوة العمومية، أي أن الغاية هي المقبولية كوصف يكتسبه الحكم التحكيمي من ذاته ولا يضاف إليه من جهة خارجية بمناسبة التنفيذ.

فإكساء السند التنفيذي بالصيغة التنفيذية في التحكيم الداخلي أو الإذن بالتنفيذ في التحكيم الدولي لا يعد من مكونات السند ولا يتوقف عليه اكتسابه طبيعته القضائية.

فالمقبولية شرط عام في التنفيذ الجبري لكل السندات مهما كانت طبيعتها⁽¹⁾، وهي واجبة في السندات الوطنية كما في السندات الأجنبية، وفي السندات العامة قضائية كانت أم إدارية، وفي السندات الخاصة إرادية كانت كالسندات العرفية والحجج الرسمية، أم قضائية كالأحكام التحكيمية.

فلا بد في كل هذه السندات من أن تتولى جهة رسمية عمومية التثبيت من حقيقتها المادية الظاهرية⁽¹⁾ أي من صيغتها ومن مضمونها الإلزامي لقبولها كسند تنفيذي قائم بذاته مؤهل للنفاذ الجبري المباشر دون حاجة لمراجعته أو تأكيد مضمونه من قبل غير ذي ولاية في دولة التنفيذ.

(1) أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، مرجع مذکور، ص 32 فقرة 15.

(1) أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، مرجع مذکور، ص 35 فقرة 15.

و يرى فقهاء المدرسة الحديثة في التحكيم أثناء مقاربتهم بين الأحكام التحكيمية والقضائية، فيرون أن رقابة المقبولية على الحكم التحكيمي ليست حكرا على هذا النوع من السندات وإنما هي رقابة عامة على كل السندات الأجنبية والسندات غير القضائية الوطنية، كلما اتجهت نحو التنفيذ الجبري. فهذه الرقابة لا تنتقص من ذاتية السند التحكيمي، بل إن هذا الأخير يعد في نظرهم متفوقا على السند القضائي وذلك لأن صدوره يكون إما نهائيا في أغلب الأحوال، وقد يصدر باتا في حالة التفويض بالصلح، أو لدى بعض النظم التحكيمية التي أعطت للمحتكمين الحق في التنازل عن الطعن بالبطلان، كما هو الحال بالنسبة للقانون البلجيكي (الفصل 1717 الفقرة الرابعة).

ويكتب الأستاذ برويجنار في خصوص الرقابة على الحكم التحكيمي: "إن إدماج قرار خاص في النظام القانوني للدولة كي يتمتع بضمان استعمال القوة العامة لا يمكن أن يتم دون مراقبة مدى مقبوليته"⁽²⁾.

وينقل عنه الأستاذ راسين نفس العبارة مضيفا⁽³⁾ "ولهذا السبب يجب على الدولة التثبت حسب معاييرها الخاصة هل إن ذلك القرار قابل للتنفيذ الجبري". وإذا كانت بعض النظم استبعدت أو ضيقت الرقابة على القرارات التحكيمية عن طريق دعوى الإبطال فإن مراجعة الاتفاقيات الدولية والقوانين المقاربة انتهت إلى حقيقة مفادها أن الرقابة على مدى المطابقة للنظام العام وهي رقابة المقبولية مبدأ مستقر ومتفق عليه.

-ب- محل التدخل التنفيذي :

يرجع الفضل في ضبط المدلول الحقيقي للحل التحكيمي إلى فقه القضاء تماما مثل ما يرجع إليه الفضل وضع نظرية المقبولية ورسم حدودها وضبط شروط تطبيقها.

(2) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذكور، ص 583.

(3) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذكور، ص 584.

وباستقراء فقه القضاء المقارن يتبين أن هناك اتجاهين في تعريف مدلول الحل، الأول موسع يجريه على كامل عناصر الحكم التحكيمي، أما الثاني وهو الذي تم اعتماده، مضيق ويحصره في منطوق الحكم.

فيفترض أن يقوم مدلول الحل التحكيمي موضوع رقابة المقبولية على تصور شكلي إجرائي. فيرجع في شأنه إلى وثيقة القرار التحكيمي ليأخذ منها نص الحكم التحكيمي المتضمن للحل المنطوق به في النزاع من خلال قراءة ظاهرية له. فيكون الحل في هذا المنظور هو نص الحكم ذاته.

وتبنى هذا المفهوم بالخصوص فقه القضاء الأمريكي الذي أقر مبدأ الرقابة الدنيا وأوغل في الشكلية والتضييق حتى كاد يفرغ الرقابة من كل مضمون وأثر عملي.

وقد عبر عنه أصدق تعبير قرار ميتسويشي⁽¹⁾ الصادر عن المحكمة العليا الأمريكية بتاريخ 1985/7/2 في خصوص حرق قانون المنافسة عندما قضى بأن اتفاقية نيويورك أعطت في بندها الخامس الفقرة الثانية: ب، لكل دولة حق رفض الإذن بتنفيذ القرار التحكيمي إذا كان الاعتراف بالقرار مخالفا للنظام العام لتلك الدولة. لكن فاعلية إجراءات التحكيم تستوجب أن تكون الرقابة عند التنفيذ رقابة دنيا. وإن بحثا معمقا في الأصل ليس ضروريا لتبين أن المحكمة التحكيمية كانت على علم بالطلبات المتعلقة بالمنافسة وبتت فيها فعلا.

فالمحكمة العليا الأمريكية تكرر بهذا الاجتهاد مبدأين أساسيين في الرقابة على الحل التحكيمي، هما الرقابة الدنيا، ومبدأ الرقابة الشكلية.

(1) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذكور، ص 585.

وقد علق الأستاذ غولدمان على موقف المحكمة العليا الأمريكية بالقول⁽¹⁾: "إنه يكفي في نظر المحكمة العليا الأمريكية أن يتبين أن المحكم كان واعيا بوجود مشكل المنافسة وأنه تصدى له وأعطى له حلاً".

ويستنتج الأستاذ راسين بدوره هذا القرار بقوله⁽²⁾ "أن الرقابة على الحل في القانون الأمريكي شكلية محضة لأن القضاة يكتفون بالثبوت من مدى تناول المحكم مشكل قانون المنافسة في قراره"، بقطع النظر عن مضمون الحل الذي أعطاه له.

ويفسر الفقه⁽³⁾ موقف فقه القضاء الأمريكي بخصوصية القانون الأمريكي الذي يقوم على مبدأ المفاضلة، والتي تركز المفاضلة بين المصالح المعترية من النظام العام في القانون الأمريكي بالرجوع إلى سياسة الدولة الفدرالية.

ومن ضمن المصالح المعترية والمكرسة في السياسة الفدرالية للدولة والمكونة لما يعادل مفهوم النظام العام في القوانين الأخرى يدرج القانون الأمريكي مبدأ "تفضيل" التحكيم. فتكون بذلك حرمة سيادة المحكم من النظام العام الأمريكي.

وقد ذهب فقه القضاء الفرنسي نفس المذهب⁽⁴⁾، إذ حصرت بعض القرارات الصادرة في خصوص رقابة المقبولية في نص القرار التحكيمي.

ويقول الأستاذ راسين في هذا الصدد⁽⁵⁾ "سواء تعلق الأمر بالتحكيم الداخلي أو بالتحكيم الدولي يرجع فقه القضاء إلى الحل المقرر للتراجع لتقدير مدى مطابقة الحكم التحكيمي للنظام العام.

(1) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، ص 586.

(2) المرجع السابق، ص 586.

(3) المرجع السابق، ص 586.

(4) المرجع السابق، ص 586.

(5) المرجع السابق، ص 587.

وإن فقه القضاء المستقر يجمع على كون رقابة المحكمة التي تستبعد كل سلطة لمراجعة الحكم التحكيمي لا يجب أن تتسلط على تقدير المحكمين لحقوق الأطراف إزاء قواعد النظام العام المتمسك بها بل تسلط على الحل المعطى للزراع والذي لا يتهدهه البطلان إلا إذا تصادم مع النظام العام.".

ولعل ما يزيد حرمة اجتهاد المحكم قوة تكاد ترتقي به إلى المعصومية أن فقه القضاء المذكور ومنذ ما قبل تعديل 1980-1981 مجلة المرافعات المدنية الفرنسية الذي يعد أهم مراجعة لنظام التحكيم على أساس فلسفة جديدة ومبادئ توجيهية للقانون العدلي عموماً ولنظام التحكيم بالخصوص، قد أجرى تلك الحرمة على مشروعية الاجتهاد إزاء قواعد النظام العام على مرونته وضيق مضمونه ومحدودية أثره.

فقد قضت محكمة استئناف باريس في صلب قرارها الصادر في 12-12-1978⁽¹⁾ بأنه لا يكفي خرق القرار التحكيمي لقاعدة من النظام العام بل لا بد من أن يتعارض الحل المكرس به مع تلك القاعدة حتى يرفض القاضي إكسائه بالصيغة التنفيذية. ولعل ما يزيد هذا الاجتهاد قيمة وطرافة في آن واحد أنه، زيادة على حصره المشروعية إزاء قواعد النظام العام فقط دون غيرها من القواعد، نجده يحصر تقديرها في الحل النهائي والإجمالي الذي قرره المحكم في شأن قرار تحكيمي داخلي حيث ولاية القضاء تمثل الأصل، في حين تمثل ولاية المحكم الاستثناء لافتقارها إلى عنصر السلطان وقصورها على عنصر سلطة الحكم وبالتالي تكون مقيدة. ويفترض أن يكون امتياز الدولة إزاء التحكيم الداخلي أكثر إطلافاً وأعمق أثراً منه على القرار التحكيمي الدولي، حيث ثبت أن القضاء التحكيمي هو الأصل ويتمتع بولايته كاملة ومكتملة العناصر من سلطة حكم وسلطان نفاذ.

(1) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مرجع مذكور، ص 587.

ومجمل القول هو أن فقه القضاء الفرنسي يرى أن رقابة المقبولية تقوم على غاية حصرية وهي مدى الملائمة بين الحل الذي يعطيه الحكم التحكيمي في الأصل والنظام العام الدولي للدولة، حتى يتمتع ذلك الحل بمساندة السلطة العامة على تراها من خلال تحريك القوة العامة عند الاقتضاء.

أما موقف المشرع الجزائري من مسألة إكساء القرارات التحكيمية الصيغة التنفيذية أو منحها الإذن بالتنفيذ، فسوف نتعرض إليه بشيء من التفصيل :

الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية في التشريع الجزائري: بعد صدور الحكم التحكيمي

مرتبا آثاره فرض القانون بعض الإجراءات والشكليات لتنفيذه، حيث ينفذ إراديا طبقا لاتفاق التحكيم، لكن قد تعترض عملية التنفيذ بعض الصعوبات تجعل كل ذي مصلحة يستنجد بالقضاء الوطني المطلوب تنفيذه في إقليمه، وهنا نكون أمام التنفيذ الجبري بدل التنفيذ الطوعي، مما ينبغي إتباع شكليات أخرى أمام هذا القضاء لتحسين الحكم التحكيمي.

وعليه سوف نتطرق إلى التنفيذ الإرادي أولا، ثم التنفيذ الجبري ثانيا وهذا وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا القوانين المقارنة والاتفاقيات الدولية.

-1- التنفيذ الطوعي للأحكام التحكيمية : الأصل أن تنفذ الأطراف الحكم التحكيمي عن

طواعية، ووفقا لما تم الاتفاق عليه بين الأطراف. والملاحظة التي يمكن إبدائها في هذه المسألة أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يتطرق إلى هذه المسألة، وذلك بخلاف ما كان عليه الأمر في المرسوم التشريعي 09/93 والذي تضمنه قانون الإجراءات المدنية القديم⁽¹⁾ حيث وضع المشرع نصا فيه يتحدث عن التنفيذ الطوعي، فقد نصت المادة 458 مكرر 16 الفقرة الثالثة على " يؤمر بالتنفيذ الجبري حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 458 مكرر 17 الفقرة الثانية وذلك في غياب التنفيذ الطوعي للقرار التحكيمي".

(1) محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مرجع مذكور، ص 252.

والسبب في رأينا هو عدم جدوى التطرق إليها، لأنه وبكل بساطة يفترض أن لجوء أحد الأطراف إلى القضاء الوطني مطالباً بالتنفيذ فذلك يعني فيما يعني أن الطرف الآخر قد رفض التنفيذ طوعياً، ولذلك تم اللجوء إلى المطالبة بالتنفيذ الجبري. ولهذا لم يجد المشرع الجزائري سبباً يجعله يتطرق لمسألة التنفيذ الطوعي.

-2- التنفيذ الجبري للحكم التحكيمي: بعد انضمام الجزائر بتحفظ إلى اتفاقية نيويورك سنة 1958، تكون قد قبلت بالاعتراف بتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، حيث تنفذها جبراً في غياب التنفيذ الطوعي، موضحة الاتفاقية الفرق بين الاعتراف بالحكم وتنفيذه، إذ الاعتراف هو وسيلة دفاعية يتم اتخاذها من طرف المحكوم له أمام الجهات القضائية من أجل إثارة مسألة حجية الشيء المقضي فيه للقرار الذي يحوزه، ولإثبات ذلك يقدم القرار التحكيمي ويطلب الاعتراف بصحته وبطابعه الإلزامي بالنسبة للمسائل التي فصل فيها، أما التنفيذ فلا يقتصر في الاعتراف فقط بل يمتد إلى طلب الجهات المخول لها ذلك وهنا يكون التنفيذ نتيجة للاعتراف، ولو أن كثيراً من التشريعات تستعمل المصطلحين معاً⁽¹⁾.

وبصدد التنفيذ الجبري أكدت المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفقرة الثانية الشروط الواجب توافرها في الحكم التحكيمي حتى يأمر القاضي بتنفيذه، وأضافت نفس الفقرة الكيفية التي يتم بها إخطار قاضي التنفيذ.

-1- كيفية إخطار قاضي التنفيذ: إن تحديد الجهة القضائية التي تنظر في مسألة تنفيذ الحكم التحكيمي جبراً تختلف حسب ما إذا كان الحكم التحكيمي صادراً في الجزائر أم في الخارج، وقد تعرضت المادة 2/1051 السالفة الذكر إلى الجهة القضائية المختصة بذلك بقولها: "وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر و بنفس الشروط، وبأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم

(1) محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مرجع مذكور، ص 253.

في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني".

وعليه نستنتج حالتين:

- إذا صدر حكم التحكيم في الجزائر: إذا كان مقر التحكيم في الجزائر فإن طلب توجيه طلب التنفيذ عن طريق القضاء المعني بتعجيل التنفيذ يكون أمام رئيس المحكمة التي يمتد اختصاصها إلى المكان الذي صدر فيه الحكم التحكيمي.

- إذا صدر حكم التحكيم خارج الجزائر: إذا كان مقر التحكيم خارج تراب الجمهورية، فإن اختصاص الأمر بالتنفيذ الجبري، يرجع لرئيس محكمة الجهة التي يطلب فيها التنفيذ.

-ب- الشروط الواجب توافرها من أجل الاعتراف والتنفيذ: حتى يعتبر الحكم التحكيمي الصادر في الجزائر أو خارجها قابلا للتنفيذ في الجزائر أخضعه المشرع الجزائري لنفس الشروط مع اختلاف الجهة القضائية المختصة حسب الحالة وعليه نصت المادة 1051 الفقرة الأولى على " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.

لقد قرّر نص المادة شرط أولي وهو الوجود المادي للحكم التحكيمي، وعلى الطرف الراغب بالتنفيذ أن يثبت هذا الوجود، وكيفية هذا الإثبات قررتها المادة 1052 من قانونه الإجراءات المدنية والإدارية بالنص على أنه " يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها".

وإذا 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 وهذا ما أكدت عليه المادة 8 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ووضعت المادة 1051 المذكورة أعلاه شرطا قانونيا يتمثل في وجوب عدم مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي إذ تنص على " وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الشروط كما تنطبق على الاعتراف، فإنها ووفقا لنص المادة 2/1051 تنطبق كذلك على التنفيذ. وقد قلنا سابقا أن بعض التشريعات دججت بين المصطلحين على غرار التشريع الفرنسي، وكذا اتفاقية جنيف 1927 واتفاقية نيويورك لسنة 1958:

و يظهر من خلال الفقرة السابقة أن دور القاضي يظل محصورا في فحص حكم التحكيم إن كان غير مخالف للنظام العام الدولي فقط، وهنا إما أن يقبل الاعتراف والتنفيذ أو يرفض، ولا يمتد اختصاصه إلى مراجعة الحكم التحكيمي.

-ج- الأسباب التي تحول دون تنفيذ حكم التحكيم والاعتراف به: لم يتطرق المشرع الجزائري لمثل هذه الأسباب، وذلك بخلاف بعض التشريعات الوطنية على غرار المشرع التونسي الذي تحدث في الفصل 81 من مجلة التحكيم على أسباب رفض تنفيذ حكم التحكيم والاعتراف. ولو أن بعض الفقه يرى أنه يمكن التعرض إلى هذه الأسباب وفقا لما جاءت به اتفاقية نيويورك لسنة 1958، خاصة وأن الجزائر قد صادقت على هذه الاتفاقية، وقد أجملت الاتفاقية الأسباب كالتالي:

- 1- أن طرفا في اتفاقية التحكيم لا يتوفر فيه شرط من شروط الأهلية فقد نصت المادة 1/5 على أنه " لا يرفض اعتماد القرار وتنفيذه إلا إذا قدم هذا الطرف إلى السلطة المختصة في البلد المطلوب الاعتماد والتنفيذ فيه الدليل على أن الأطراف في الاتفاقية المذكورة في المادة 2 كانت بموجب القانون المطبق عليها محكوما عليها بعد الأهلية...".

إذ يدخل في حالة الانعدام حالة وجود نقص أو انعدام الأهلية بناء على العوارض المقررة قانوناً وهذا ما بيته المادة 1/36/أ من القانون النموذجي لسنة 1985.

إذا توفر هذا السبب وجب رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي وهذا بتقديم من له مصلحة في عدم التنفيذ ما يثبت أن أحد الأطراف كان عديم الأهلية أو تنقصه أو شأها عارض من العوارض المنصوص عليها في القانون المطبق وهو عادة القانون الشخصي.

2- يمكن رفض الاعتماد أو تنفيذ الحكم التحكيمي إذا توفر في اتفاق التحكيم أحد الأسباب الآتية: - عدم قابلية النزاع للتحكيم فقد نصت المادة 1/5/أ في جزئها الأخير على أنه: "...إن الاتفاقية المذكورة غير صالحة بموجب القانون الذي أخضعها الأطراف إليه، أو إن لم توجد الإشارة إلى هذا الصدد بموجب قانون البلد الذي صدر فيه القرار".

وكذلك المادة 2/5 التي ترى أن النزاع إذا كان مما لا يجوز تسويته عن طريق التحكيم فيمكن رفض الاعتراف والتنفيذ.

3- يرفض الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه، إذا قدم الخصم الذي له مصلحة أن اتفاق التحكيم معيب وفقاً لقانون الإرادة، أو وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم عند تخلف قانون الإرادة.

4- يرفض الاعتراف والتنفيذ إذا تجاوزت هيئة التحكيم المهام المسندة إليها وفقاً لاتفاق التحكيم، وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة 1/5 التي تنص على: "أن القرار يشمل خلافاً غير مذكور في اتفاق التحكيم أو أنه لا يدخل في عداد توقعات البند التحكيمي أو ينطوي على قرارات تتجاوز حدود اتفاق التحكيم أو البند التحكيمي...".

فيجب على المحكم أن يلتزم بنطاق الخصومة المعروضة عليه، وإذا تجاوز ذلك رفض المحكم التحكيم.

-5- يمكن أن يرفض الاعتراف والتنفيذ إذا أثبت الخصم أن تشكيل الهيئة التحكيمية كان غير صحيح أو مخالف لقانون الإرادة أو قانون مكان التحكيم.

-6- إذا ما خالفت المحكمة التحكيمية إجراءات التحكيم المتفق عليها في اتفاقية التحكيم كان لمن له مصلحة، أن يطالب برفض الاعتراف والتنفيذ وذلك وفقا لما جاء في المادة 1/5 د من اتفاقية نيويورك لسنة 1958" أن تشكيل المحكمة التحكيمية أو إجراء التحكيم لم يكن مطابقا لاتفاقية الأطراف أو أنه في حالة عدم وجود الاتفاقية، لم يكن مطابقا لقانون البلد الذي وقع فيه التحكيم".

-8- نصت المادة 1/5 ه على " إن القرار لم يكتسب صفة الإلزامية للأطراف، أو أنه ألغته أو علقت العمل به سلطة مختصة في البلد الذي صدر القرار فيه أو صدر حسب قانونه".

-9- إذا رأت المحكمة أن الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه يخالف النظام العام في البلد الذي يمكنها أن ترفض إصدار الأمر بالتنفيذ.

وإذا ما قاربنا بين مضمون ما جاءت به اتفاقية نيويورك من أسباب لرفض الاعتراف والتنفيذ، ومضمون المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي وضعت كأسباب لاستئناف الأمر برفض الاعتراف أو التنفيذ لوجدنا تطابقا بين الأسباب إلا أن المشرع الجزائري بدل أن يضع هذه الأسباب ك شروط لرفض الاعتراف أو التنفيذ، قرر أن يدرجها تحت عنوان طرق الطعن في أحكام التحكيم الدولي.

محمل القول في هذا المبحث أن الحكم التحكيمي وفي ظل تطور نظام التحكيم من خلال أدواته الوطنية والدولية أصبح وبنسق متسارع يتجه نحو المعصومية من تدخل قضاء الدولة، إلا في إطار ضيق ولغايات محدودة وبصفة عارضة، وهذا التدخل قوامه:

المساعدة حيث تغيب أو تعجز أدوات القضاء التحكيمي عن تأمين اليقين الموضوعي حالاً أو ضمان التنفيذ (ليس اليقين التنفيذي الذي يخرج عن ولاية المحكم من الأصل) مآلاً من خلال الوسائل الوقتية والتحفظية.

- التدخل الوقائي اللاحق عن استنفاد المحكم ولايته وتجاوز مرحلة اليقين الموضوعي والدخول في مرحلة التنفيذ لتحقيق اليقين التنفيذي، وهو تدخل بيناً أنه تنفيذي وقائي غاية وأداة، لأنه يرمي إلى ضمان مقبولية السند التحكيمي إزاء مقتضيات النظام العام، ويتسلط على حكم تحكيمي نافذ من ذاته يجتمع فيه عنصرا السند القضائي وهما سلطة الحكم وسلطان القضاء التحكيمي، وتجتمع فيه آثاره وهي القوة الاحتجاجية، والقوة الإلزامية، والقوة تنفيذية.

- مصير حكم التحكيم الذي أبطل في النظام القانوني لدولة المقر: إذا اعتقدنا أن المصدر الحصري للطابع القانوني لحكم التحكيم هو النظام القانوني للمقر، يكون من المستحيل تنفيذ حكم تحكيم تم إبطاله في دولة المقر. المسألة واضحة وفقاً لهذا التمثيل: لا وجود لحكم أبطل في دولة المقر، وعليه فلا يمكن تنفيذ حكم تحكيم لا وجود له.

لكن هناك طرح آخر تبناه فقه القضاء التحكيمي⁽¹⁾، يتمثل في أن لكل دولة الحق في أن تضع، وفقاً لمفاهيمها الخاصة، شروط صحة اتفاق التحكيم وبالتالي حكم التحكيم، ولا يوجد مانع

(1) إيمانويل غايار، الأوجه الفلسفية لقانون التحكيم الدولي، مرجع مذكور، ص 180-181.

نظري من الاعتراف في دولة معينة بحكم تحكيم سبق إبطاله في دولة أخرى⁽¹⁾. فهذه الحالة في نظر فقه القضاء التحكيمي ليست أكثر غرابة من حالة حكم لم يخضع لدعوى بطلان أمام محاكم دولة المقر أي دولة التي نشأ في حكم التحكيم أو التي صدر فيها أو وفقا لقانون إجراءاتها، وتم الاعتراف به في دولة ولكن رفض الاعتراف به في أخرى، ويظهر هذا الإشكال بالخصوص عندما يكون تتعدد نظم الإذن بالتنفيذ كأن يطلب التنفيذ في أكثر من بلد غير بلد صدور الحكم.

وتخضع هذه المرحلة للنظام الخاص بمرحلة التنفيذ وضمنان اليقين التنفيذي أي النظام الخاص بمشروعية عملية التنفيذ نفسها.

وتعد هذه الإشكالية الأكثر تأريقا لبال الفقه الحديث، خصوصا بعد أن ظهر إلى حيز الوجود النظام القانوني التحكيمي، وبالأخص بعد صدور مجموعة من الأحكام، عدت بمثابة السوابق القضائية لهذا السياق.

فعلى الرغم من أن محكمة الاستئناف بالقاهرة⁽²⁾ قضت بإبطال الحكم التحكيمي الدولي الصادر في مصر في نزاع بين شركة "كرومالوي" الأمريكية وهيئة التسليح القوات الجوية التابعة

⁽¹⁾ بالإضافة إلى فقه القضاء التحكيمي، تبنى بعض الفقه وعلى رأسه الأستاذ فيليب فوشار، والذي نادي بتقليص وحتى إنكار الأثر الدولي للحكم الصادر ببطلان القرار التحكيمي في دولة مقر التحكيم مستندا في ذلك إلى اتجاه تطور القانون الوضعي الفرنسي والنظام الإتفاقي الأوروبي للتحكيم من خلال اتفاقية جنيف ل1961. وقال في مقالة له تحت عنوان **La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine** »
« Elle consisterait à supprimer tout recours en annulation contre les sentences arbitrales internationales. Le seul contrôle dont elle serait l'objet aurait lieu lors d'une demande de reconnaissance ou d'exécution dans un pays déterminé ».

إيمانويل غايار، الأوجه الفلسفية لقانون التحكيم الدولي، مرجع مذكور، ص 180-181 الهامش رقم 335.

⁽²⁾ تذكير: حيثيات هذه القضية مذكورة في الصفحة 211 من هذه الرسالة الهامش رقم (1)

لوزارة الدفاع المصرية في شأن صفقة تزويد بمعدات وتجهيزات ومعونة فنية متعلقة بطائرات عمودية مبرمة بتاريخ 16 جوان 1988، تم فسخها من جانب الطرف المصري طبق بنود العقد باعتباره عقدا إداريا حسب القانون الإداري المصري المنطبق والمطبق على معنى الفصل 53 فقرة د من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 الذي ينص على أنه " لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال التالية: إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفقت الأطراف على تطبيقه في موضوع النزاع". ولكن رغم حكم البطلان هذا إلا أن كل من محكمة كولومبيا الأمريكية ومحكمة استئناف باري أذنتا بتنفيذ هذا الحكم متجاوزتين حكم الإبطال المصري وأحكام البند (ه) من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 والتي تميز رفض الاعتراف بالقرار التحكيمي الأجنبي أو رفض الإذن بتنفيذه، إذا أقام الخصم الدليل على " أن الحكم لم يصبح ملزما للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيه أو الذي بموجب قانونه صدر الحكم".

لكن إذا كان قرار محكمة استئناف باريس الذي ما هو إلا تأكيد لفقهاء قضاء "هيلمرتون"⁽¹⁾ التعقيبي السابق رأى أن تنفيذ قرار تحكيمي تم إبطاله لا يتعارض مع النظام العام الدولي الفرنسي،

(1) قرار بتاريخ 1995/12/5 وأسس على الفصل 53 فقرة د من قانون 1994 تحكيم مصري عللت فيه محكمة استئناف القاهرة قضاءها بإبطال الحكم التحكيمي بأن "من غير المتنازع فيه من الطرفين أن القانون المصري هو المتفق بينهما على تطبيقه... ولما لم يعرف القانون المصري العقود الإدارية ولم يبين خصائصها التي تميزها عن غيرها من العقود... وكان الثابت لهذه المحكمة أن العقد محل المنازعة هو عقد إداري مبرم مع مرفق عام لتوريد معدات وخدمات متعلقة بتسييره وتنظيمه وتضمن العقد حسبما هو وارد بدفاع الطرفين المائل بأوراق الدعوى أن الإدارة أظهرت نيتها في الأخذ بأسلوب القانون العام وبأحكامه وإقتضاء حقوقها بطريق التنفيذ المباشر بما تضمنه العقد من جهة حق الإدارة في توقيع جزاءات مالية في بعض الحالات وسلطتها في إنهاء التعاقد في حالات معينة بإرادتها المنفردة، بمجرد توجيه خطاب مسجل، وهي شروط استثنائية غير مألوفة بمنأى عن أسلوب القانون الخاص. فإذا تضمن ذلك العقد النص على أن القانون الواجب التطبيق بمعرفة هيئة التحكيم هو القانون المصري، فإن مفاد ذلك أن المقصود هو القانون الإداري المصري فإنه يكون قد استبعد القانون المتفق في العقد على أعمال أحكامه بما يتوفر معه من حالات بطلان حكم التحكيم المنصوص عليها في المادة 53 في فقرتها الأولى بند (د) من القانون رقم 1994/27 آفة البيان"

إلا أن حكم مقاطعة كولومبيا كان أكثر جسارة وتحجراً، وذلك لأنه حرّر المحكم من الولاء السيادي لدولة ما ولو كانت دولة مقر صدور الحكم التحكيمي، فقد اعتبر هذا القرار الحكم نافذا رغم إبطاله عملاً بالمادة 7⁽¹⁾ من اتفاقية نيويورك إزاء القانون الأمريكي الأكثر تحجراً إذ يكرس سياسة فدرالية ثابتة تشجع فصل النزاعات بطريق التحكيم ويتبنى نظاماً عاماً قاطعاً مسانداً لتطبيق الشروط التحكيمية الملزمة وتبعاً لذلك يكون القرار الذي يعتمد الإبطال المصري خارقاً لذلك النظام العام الواضح.

ولم يقف التمرد على رقابة دولة المنشئ عند فقه القضاء التحكيمي الأمريكي والفرنسي بل شاركهما فيه فقه القضاء البلجيكي.

ففي بلجيكا أعطت المحكمة المختصة الإذن بتنفيذ حكم تحكيمي صادر في عمان بالأردن سنة 1994 ضد المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات التي قضى تحكيمياً بإلزامها بدفع تعويض، فاعترضت على تنفيذه في بلجيكا متمسكة بأنه لا تتوفر له الحجية التي تفترضها المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك، ولم يصبح ملزماً وفقاً للمادة الخامسة فقرة 1/هـ منها. بموجب عدم مصادقة القضاء الأردني على حكم التحكيم.

لكن المحكمة البلجيكية ردت على هذا الدفع، ملاحظة، أن الأسباب التي تقتضيها معاهدة نيويورك لحجية الحكم التحكيمي متوفرة لأن الحكم وتوقيع المحكمين غير منازع فيها، مضافة أنه ليس من المسلّم به أن الحكم ليس ملزماً في الأردن، وأن الصيغة التنفيذية ليست هي التي تعطي الحكم إلزاميته الدولية، بل إن صيغة التنفيذ والمصادقة على الحكم التحكيمي لا تعنيان سوى تنفيذ

(1) 1- لا تخل أحكام هذه الاتفاقية بصحة الاتفاقيات الجماعية أو الشائبة التي أبرمتها الدول المتعاقدة بأحكام المحكمين وتنفيذها ولا تحرم أي طرف من حقه في الاستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية أو بالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب إليها الاعتراف.

2- يقف سريان أحكام بروتكول جنيف سنة 1923 بشأن شروط التحكيم واتفاقية جنيف سنة 1927 الخاصة بتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية من الدول المتعاقدة ابتداء من اليوم الذي تصبح فيه تلك الدولة مرتبطة بهذه الاتفاقية ويقدر ارتباطها.

الحكم التحكيمي في الأردن. وبالتالي إن الطابع الإلزامي لا يحدده القانون الأردني، بل تكفي العودة إلى اتفاق الطرفين الذي ينص على أن: "الحكم التحكيمي يصبح نهائياً وملزماً للطرفين وينفذ فوراً بعد صدوره... ولا يقبل الاستئناف ولا إعادة النظر"، وأن اتفاقية التحكيم نصت على أن الحكم يخضع لقواعد تنفيذ الأحكام التحكيمية في البلد الذي يطلب فيه التنفيذ، وبالتالي لم تعد لقانون بلد صدوره أهمية.

ولعل هذا الإجهاد لفقهاء القضاء البلجيكي يتميز عن مثيليه لفقهاء القضاء الأمريكي والفرنسي، بكونه يجعل الإرادة التحكيمية كقانون سيادة للمحكم حقيقة واقعية، ويطلق مداها ليشمل كل مراحل النزاع التحكيمي في أوسع مفهوم له، أي مفهوم النزاع الشامل لمرحلة التنفيذ، فتغطي السيادة التحكيمية بنظامها مرحلة اليقين الموضوعي واليقين التنفيذي.

خاتمة الفصل الثاني

لقد غدا السند التحكيمي بناء على ما ذكر في مركز أعلى حتى من السند القضائي الصادر عن القضاء الرسمي، فقد اجتمعت له جميع عناصر الفاعلية سواء المستمدة من الطبيعة الإجرائية العامة والتي أعطته سلطة التوثيق، أو المستمدة من طبيعة الوظيفة التحكيمية والتي أعطته سلطة الحكم وأكسبت رأيه قوة الإلزام وأهلته ليكون بحق السند التنفيذي التحكيمي المستقل.

الصادر عن سيادة تحكيمية طليقة غير دوليو عبر دولية، وقد اعترف المشرع الوطني بهذه السادة، بل ولم يقف السند التحكيمي عند هذا الحد بل أصبح في ظل بعض الأنظمة القضائية غير قابل للإبطال حتى وفق مقتضيات النظام العام الدولي، حتى وإن كان هذا التوجه لا يزال في بداياته لكن وكما كان الحال دائماً مع مؤسسة التحكيم في صراعها الدائم واللامتناهي مع مبدأ السيادة، فإن الغلبة تكون دائماً لمؤسسة التحكيم التجاري الدولي. خاصة وأن الخروج على رقابة دولة المنشئ بدأ يلقي رواجاً في عديد من الأنظمة القانونية في مختلف الدو

خاتمة:

لقد وقفنا في نهاية هذا البحث على حقيقة مفادها أن التحكيم التجاري الدولي قد غدا تنظيم قضائي تحكيمي و استقر كمؤسسة للعدالة تتميز بالدوام والوحدة يمارس عضوها مهمة قضائية، بنفس وسائل وأدوات القاضي العمومي الإجرائية، الاستعجالية والعادية، بل وحتى الوسائل التنفيذية التحفظية. بل يمكن القول أن التحكيم التجاري الدولي، قد أصبح في مكانة تتميز بل تتفوق عن مكانة القضاء العمومي.

ودليل هذه المكانة هو الآتي:

- لقد انعقد الاجتماع لدى المجتمع الدولي ممثلا في المنظمات الدولية والإقليمية، والتي قامت بإصدار مجموعة من الاتفاقيات الدولية، على شاكلة اتفاقية نيويورك 1958 والتي عدت بمثابة الثورة الحقيقية في نظام التحكيم التجاري الدولي، وخاصة على مستوى تأكيد الولاية الخصوصية للتحكيم، وأيضا من ناحية إقرارها للقوة الإلزامية للتحكيم، مما منحه ذاتية جعلت منه صيغة للقضاء متميزة ومكتملة. ولقد أعطى نظام اتفاقية البنك الدولي لسنة 1965 والذي أنشئ المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار، النفس التجديدي والإضافة اللازمة لاستكمال مقومات الولاية القضائية للمحكم، وتكمن هذه الإضافة في أنه يعتبر أول مركز تحكيمي يتمتع بوحدة هيكلية وإجرائية، ولكنه بخلاف نظم المراكز التحكيمية القائمة، فإن هذا المركز أنشئ بموجب اتفاقية دولية. وهذه الخاصية جعلت منه نظاما تحكيميا دوليا صرفا يتميز بحجية أداته الاتفاقية، ويكتسب علوية قانونية على أي نظام وطني أو إقليمي للتحكيم. وهذه العلوية جعلته يضع قواعد قانونية جديدة تجاوزت جميع المفاهيم والتصورات الكلاسيكية والحديثة لطبيعة التحكيم ومفهومه، فلأول مرة تطرح فكرة تصور العدالة التحكيمية ولكن خارج إطار إرادة الأطراف. فقاعدة التحكيم بدون اتفاقية، أي بدون أي صيغة شكلية اتفاقية لتبادل الرضا التي خرجت من رحم تطبيقات مركز "سيردي"، فمجرد طرح هذه الفكرة يعتبر بمثابة ثورة فكرية

وفلسفية ليس على النظام التحكيمي فقط، وإنما على فكرة العقد ككل. فأن نقول أن التحكيم هو عقد، ولكنه عقد ينشأ خارج إرادة الأطراف وبغيرها. فهذا التصور لم تطرحه حتى النظريات التي نازعت في الأساس الذي يقوم عليه التحكيم، فإذا أخذنا نظرية التصور القضائي الخالص لفكرة التحكيم، فهذه النظرية ورغم أنها جاءت كردة فعل على التصور العقدي للتحكيم، إلا أنه لم تستطيع إنكار أن التحكيم بالنهاية ذو أساس مزدوج بين عقدي مباشر وقانوني غير مباشر. وحتى النظرية الذاتية أو النفعية التي جعلت من التحكيم نظاماً أصيلاً ومتحرر من العناصر التعاقدية، ومن العناصر القضائية، لم تستطع إلا أن تقول في النهاية أن التزام المحكّمين باتفاقية التحكيم يعتبر ضرورياً لأداء التجارة الدولية أداءً دقيقاً، ففي المحصلة اضطرت هذه النظرية التي عرفت بتطرفها في تحديد طبيعة التحكيم على ضرورة التزام المحكّمين باتفاقية التحكيم. ولم يجد أحد الفقهاء المدافعين عن هذا الخيار إلا قوله في هذه الحقيقة التي كرستها تطبيقات مركز واشنطن هو قول الأستاذ موتلسكي "من أن التحكيم ذو منشأ إرادي لكنه يوجد خارج إرادة الأطراف، فهو ذو أساس عقلائي لأنه خيار تملّيه الثقة التي تفسر في رأيه النفاذ التلقائي والطوعي للحكم التحكيمي".

ويكفينا من هذا أن نقول أن الدولة المضيفة للاستثمار في ظل هذا النظام التحكيمي تجرّ قسراً إلى التحكيم رغم إرادتها. وهذا أفضل دليل على أن هذا المركز أصبح محكمة فوق الدول بل تلغي سيادة الدول. ورغم أن فقه القضاء التحكيمي العربي والغربي اختلف في تقييمه لهذه المسألة، إلا أن ذلك لم يغير من الأمر شيئاً، بسبب أن مركز واشنطن لتسوية نزاعات الاستثمار استمر على نهجه إلى حد الساعة غير مبالي بالانتقادات الموجهة إليه. والسؤال الذي يمكن أن تطرحه هو من أين اكتسب هذه الجرأة؟ لقد قلنا في متن هذه الرسالة وكذلك في مضمون هذه الخاتمة أن المركز أنشئ بموجب اتفاقية دولية، لكن ليس هذا هو السبب الوحيد، وإنما السبب الأهم هو تمتع الأحكام الصادرة عن المركز بحصانة شبه مطلقة، مرد ذلك هو المادة 53 التي أقامت تحجيراً على جميع أدوات الرقابة القضائية من استئناف أو طعن، إلا ما سمحت به الاتفاقية، والاتفاقية عندما أجازت الطعن ولأسباب محددة وفق المادة 51 جاءت بمصطلح لم يعرفه فقه المرافعات وهو إعادة النظر في

الحكم، بشرط أن تكون هذه الإعادة أمام نفس المحكمة، إلا إذا حالت ظروف قاهرة دون ذلك فيمكن أن يعقد الاختصاص لغيرها. أما المادة 52 من الاتفاقية فقد أباحت الطعن بالبطلان ولكن أمام أنظار لجنة خاصة يعينها رئيس المركز، فهذا النظام المغلق لرقابة والطعن، جعل المركز ينشئ هذا النوع من القواعد دون أن يخشى أية رقابة من أي طرف كان. بل إن المادة 54 جعلت من الأحكام الصادرة عن المركز كما لو أنها أحكاماً نهائية صادرة فوق أراضي الدولة المطلوب إليها تنفيذ هذا الحكم التحكيمي، بمعنى أن أحكام المركز تتمتع بالنفاذ الوجودي، وينحصر تدخل الجهات القضائية المختصة في مجرد الاعتراف بالحكم التحكيمي.

نضيف إلى هذه الاتفاقيات نظام اليونيسترال لسنة 1976 الذي حاولت فيه لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية صياغة مختلف القواعد الإجرائية لتنظيم التحكيمية المختلفة وصبها في نظام واحد يضمن التجانس بينها والتوافق بين قواعدها، ثم كان القانون النموذجي لسنة 1985 الخطوة الأهم في التي خطاها التحكيم التجاري الدولي على طريق الاستقلالية والفاعلية في المجالين الإقليمي والعالمي، وذلك رغم طابعها الاختياري نحو نفس الغاية التحررية والتوحيدية، وتعود أهمية هذه الاتفاقيات الدولية إلى كون التحكيم التجاري الدولي لم يكتسب صفة القضاء الطبيعي للتجارة الدولية الذي يحمل ميزة القضاء عبر الدولي وفوق الدولي إلا من خلال هذه الاتفاقيات الدولية التي جعلته أسمى حتى من القضاء الوطني، ويظهر هذا السمو خصوصا في مسألة الاعتراف والتنفيذ، فحتى الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية الأجنبية تحتاج إلى الإذن بالتنفيذ وذلك بخلاف الأحكام الصادرة عن مركز واشنطن التي لا تحتاج إلا إلى الاعتراف دون الإذن بالتنفيذ، مما يجعلها في مكانة تفوق مكانة الأحكام الصادرة عن القضاء الوطني الأجنبي، التي تحتاج إلى الإذن بالتنفيذ، وهذا إن دل فإنه يدل على المكانة التي وصل إليها التحكيم التجاري الدولي.

هذا من جهة مصادر التحكيم، أما من جهة الوظيفة فإن المحكم أصبح يرتدي عباءة القاضي رغم أن مرجعيته اتفاقية وليست قانونية، لكن التصور الحديث للتحكيم أثبت بما لا يدع مجالا

للك في أن مرجعيتها واحدة ألا وهي القانون، فحتى المحكم وإن كانت مرجعته المباشرة هي الإرادة إلا أن مرجعته غير المباشرة هي القانون مثله مثل القاضي العمومي، بل إن طبيعة تأهيل المحكم كما قال الأستاذ التحيوي هي ثلاثية إرادة المحكمين وإرادة القانون، وإرادة الهيئة التحكيمية.

وبما أنه يؤدي وظيفة القاضي فإن التحكيم أصبح قضاء بديلا بل غدا القضاء الأمثل لمنازعات التجارة الدولية، والمحكم يمتلك الولاية الكاملة على جميع المسائل المتعلقة بالتحكيم يقوم باستفراغها من قبل المحكمة التحكيمية عبر مراحل النزاع التحكيمي. ولأن المحكم قاضي فإن ما يصدر عنه هو أحكام تجتمع فيها عناصر الحكم القضائي أي تجتمع فيها جميع آثار الحكم وهي ثلاثية القوة الاحتجاجية والإلزامية والتنفيذية، وينتج أثره التنفيذي بمجرد الاستظهار به مع اتفاقية التحكيم.

أما مسألة الرقابة القضائية فهي رقابة غايتها ضمان مقبولة الحكم التحكيمي إزاء مقتضيات النظام العام لبلد التنفيذ، أو غايتها مساندة مؤسسة التحكيم، وذلك عند عجز الإرادة الفردية أو في حالة تخلف نظام التحكيم عن بناء الهيكل التحكيمي، مثل مساعدة الأطراف في مرحلة تكوين المحكمة التحكيمية، ومساعدة المحكمة التحكيمية نفسها في قيامها بالمهمة التحكيمية عبر اتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية. لكن رغم محدودية التدخل القضائي في البنية التحكيمية، إلا أن فقه القضاء التحكيمي ، بدأ يطالب بالاستقلالية الكاملة للقضاء التحكيمي عن القضاء العمومي، فظهر مبدأ أن التحكيم التجاري الدولي يعتبر نفسه ويعتبره الواقع القانوني فوق سيادي وعبر دولي، لذلك يمتنع عن التوطين الجغرافي وعن الولاء السيادي. ظهر ذلك في مجموعة من القضايا مثل قضية "كرومالوي" ضد جمهورية مصر العربية، وقضية المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات، وقد اتجه الحكم في كلا القضيتين على أن إبطال الحكم التحكيمي في بلد صدره لا يحول دون تنفيذه، وأهمية هذا الاجتهاد تكمن في أنه جعل الحكم التحكيمي يستند على السيادة التحكيمية فقط دون

غيرها، ويجعلها شاملة لجميع مراحل النزاع التحكيمي في أوسع مفهوم له، فتغطي هذه السيادة مرحلة الحجية والإلزام وأيضا مرحلة إنفاذ الحكم التحكيمي.

ونتهي هذا البحث بقولنا أن التحكيم التجاري الدولي قد بلغ مرحلة متقدمة حتى على القضاء الرسمي ليس في مسائل التقليدية كالسرعة وانعدام البيروقراطية، لكن في مسائل أكثر أهمية فقد أصبح يتمتع بفاعلية ذاتية وبسيادة عبر دولية طليقة يمتلك نظام قانوني شديد المرونة سريع تطور عميق الأثر على التشريعات الوطنية والدولية يحققه ويجسّمه جهاز يتمتع بسيادة خاصة متحررة من سيادة الدولة، يضمن لهذا النظام القانوني الاتساق والانتظام الذاتي الداخلي، ويتمثل في فقه القضاء التحكيمي، وهذه العوامل مجتمعة أنتجت لنا تحكيما مؤسسيا قادرة على حماية الاستثمار الأجنبي أينما كان، وبغض النظر عن المكان الذي يؤدي فيه عمله دولة متخلفة أو متقدمة، وللتدليل على ذلك " صفقة أورو ديزني لاند باريس " بين الشركة الأمريكية والدولة الفرنسية إما أن تقبل بعقد فيه شرط تحكيمي والتخلي عن قضائها الإداري وعن عقليتها القانونية، وإما العدول عن المشروع من أساسه. فتأخر توقيع العقد وأصبح أمر أن يكون المشروع أو لا يكون متوقفا على الشرط التحكيمي، وفي نهاية المطاف تنازلت فرنسا عن إحدى مقدساتها القانونية، واضطرت بموجب قانون خاص استثنائي صدر بتاريخ 19 أوت 1986 إلى الرضوخ والموافقة على إدراج الشرط التحكيمي، رغم أن قانونها يمنع على الدولة والمؤسسات العامة من اللجوء إلى التحكيم في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية وذلك بمقتضى المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي.

وهذا الأمر إن دل على شيء فهو يقول أن الاستثمار الأجنبي لا يثق إلا في التحكيم التجاري الدولي كمؤسسة للعدالة، ولن يقبل غيرها. فهو بحق الضمان الوحيد للاستثمار الأجنبي.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

الكتب :

1- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري ، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، مصر،
1988.

2- أحمد أبو الوفا ،المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة السادسة، منشأة المعارف،
الإسكندرية، 1990

3- أحمد أنعم الصلاحي :النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، نشر مركز
البحوث والدراسات اليمني المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، صنعاء، 1994 .

4- أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي،
الاسكندرية، 2001.

5- أحمد محمد حشيش :نظرية وظيفة القضاء ، دار الفكر الجامعي، دون
طبعة، الإسكندرية، 2002.

6- إياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان،
2004.

7- إيمانويل غايار، الأوجه الفلسفية لقانون التحكيم الدولي ، ترجمة رنا شعبان ومحمد شلباية،

مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 2011 .

8- الحسين السالمي: التحكيم وقضاء الدولة، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع

بيروت، الطبعة الأولى، 2009 .

9- العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب ،

المجلد الخامس، دار الفكر، بيروت، 2008.

10- بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار

الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2009

11- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر

الجامعي، الطبعة الأولى، 2014.

12- هشام خالد: القانون القضائي الخاص الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2001 .

13- هشام خالد، معيار دولية التحكيم التجاري، دون طبعة، الإسكندرية، منشأة المعارف،

2006.

14- وجدي راغب فهمي: النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، دون طبعة، منشأة

المعارف بالإسكندرية، 1974.

15- حسنى المصري: التحكيم التجاري الدولي، دون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.

16- حفيظة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها

على القانون الواجب التطبيق، د ط، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2001 .

حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، د ط، منشورات الحلبي

الحقوقية، بيروت لبنان، 2007.

17- حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي

الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت، سنة 2003.

18- حفيظة السيد حداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في

المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، د ط، دار الفكر الجامعي 2000 .

19- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين

المقارنة، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2012.

20- لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي وفقا لأحكام

المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، د ط، منشورات زين الحقوقية، بيروت،

2008

21- محمود السيد التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشرط صحته، دون طبعة، دار

المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001 .

22- محمد كامل مرسي باشا :شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، الجزء الأول، المخصص

للكفالة والوكالة والسمسرة والصلح والتحكيم والوديعة والحراسة، الطبعة الثانية، المطبعة العالمية
القاهرة 1952 .

23- محمد كولا ،تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، دون طبعة، منشورات

البغدادى، الجزائر، 2008

24- محمد كرد علي ، الإسلام والحضارة العربية ، طبعة دمشق الجزء الثاني

25- أيمن محمد أحمد المومني، التحكيم بين القضاء والقانون، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع

ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2003.

26- محمد نور عبد الهادي شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكّمين، دار النهضة

العربية، القاهرة، 1993 .

27- محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية،

بيروت، الطبعة الأولى، 2003.

28- مصطفى العوجي، العقد والمسؤولية المدنية، الجزء الأول (العقد)، مؤسسة بحسون للنشر

والتوزيع، بيروت، الطبعة الثالثة، 2003.

29- نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر

الجامعي، الإسكندرية، 2002 .

30- نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية ، الطبعة الأولى ،

دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2004.

31- سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دون طبعة، الجزء الأول، دار الهدى،

الجزائر، 2011.

32- سامي منصور، عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني في القانون اللبناني والفرنسي

والمقارن، دار الفكر اللبناني، الطبعة الأولى، لبنان، 1987.

33- سيد أحمد محمود أحمد، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر، الطبعة الأولى، دار

النهضة العربية، مصر، 2003.

34- عبد الحميد الأحذب ، الموسوعة التحكيم الدولي ، الكتاب الأول، الطبعة الثالثة،

منشورات الحلبي الحقوقية، 2008.

35- عبد الحميد الأحذب ، الموسوعة التحكيم الدولي ، الكتاب الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات

الحلبي الحقوقية، 2008.

36- عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، الطبعة الأولى ، دار

الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ، 2008.

37- عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر

. 2012

38- عبد السلام ذيب ،قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2011.

39- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2000.

40- عليوش قربوع كمال،التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

41- علي عوض حسن: التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دون طبعة، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، 2001 .

42- علي فيلاي، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، ب ط، 2008

43- عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات عقود الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ب ط، 1993.

44- فؤاد محمد محمد أبو طالب،التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2010.

45- شافير/ فريست/ إمهوس، التحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية من الناحية التطبيقية، إعداد وترجمة وتنقيح إبراهيم ستوت، الطبعة الأولى، المنشورات الحقوقية صادر، 2011.

المقالات:

1- ابراهيم شحاته، أهم المسائل الخلافية في تكوين هيئة دولية لضمان الاستثمارات الاجنبية،

مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدر عن أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس، يوليو 1970، العدد الثاني، السنة الثانية عشرة، مطبعة جامعة عين شمس، ص 549.

2- محمد الحبيب الشريف، النظام العام العائلي، مداخلة منشورة ضمن أعمال ملتقى التحكيم في ظل العولمة، 24 أبريل 1998، مطبوعات المعهد الأعلى للقضاء، تونس.

3- محمّد اسعاد: مجلة التحكيم 1993

4- منشور بدورية غزالة القصر 1937-2-618. وبدورية دالوز 1938-1-52

5- عبد الحميد الأحمد: التحكيم الإلزامي الدولي: مجلة التحكيم العربي، العدد الخامس، يناير 2002

6- علي المزغني: التقرير الختامي للملتقى العربي الأوروبي حول التحكيم، المنعقد بسوسة من 24 إلى 27 سبتمبر 1983

7- روجي بيرو، تنفيذ الأحكام القضائية في المادة المدنية، من على منبر كلية الحقوق بتونس يوم فيفري 1998، منشورة بمجلة الأحداث القانونية عدد 12 لسنة 1998 ص 23 باللغة الفرنسية .

8- خالد جمعة، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر، مجلة الحقوق، السنة 22، العدد 3 سبتمبر 1998. تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة

الكويت، ص 218-219.

9- خالد محمد الجمعة، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات

الاستثمار المباشر، مجلة الحقوق، سنة 22، العدد الثالث، سبتمبر 1998، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت ص 222-223.

النصوص القانونية:

1- أمر رقم 24/71 المؤرخ في 12/04/1971 المتضمن تعديل الأمر رقم 58/11/11 المؤرخ في 22 نوفمبر 1958 والمتعلق بالبحث عن الوقود واستغلاله ونقله بواسطة القنوات و المتضمن النظام الجبائي الخاص بهذه النشاطات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 30 السنة الثامنة الصادرة بتاريخ 13/04/1971

2- المرسوم الرئاسي رقم 233/88 المؤرخ في 05/11/1988 المتضمن الانضمام -بتحفظ- لاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية ،

3- المرسوم رقم 233/88 في 05/11/1988 الجريدة الرسمية العدد 88/48 ، المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ على المادة الأولى الفقرة الثالثة للإتفاقية الخاصة بالإعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها الصادرة عن مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك بتاريخ 10/06/1958 .

4- المرسوم الرئاسي رقم 319/90 المؤرخ في 17/10/1990 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الثنائية بين الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية حول تشجيع الاستثمارات الجريدة الرسمية

العدد 91/45 .

5- المرسوم الرئاسي رقم 420/90 المؤرخ في 1990/12/22 الذي يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتشجيع وضمان الاستثمار بين دول المغرب العربي والموقعة بالجزائر في 1990/06/23، الجريدة الرسمية العدد 92/06 .

6- المرسوم الرئاسي رقم 345/91 المؤرخ في 1991/10/05 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية مع الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي حول تشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات. والتي تم التوقيع عليها في الجزائر بتاريخ 1991/04/24، الجريدة الرسمية العدد 91/46 .

7- المرسوم الرئاسي رقم 346/91 المؤرخ في 1991/10/15 المتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وإيطاليا حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات والموقعة في الجزائر بتاريخ 1991/05/18، الجريدة الرسمية العدد 91/46

8- المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المتضمن تعديل قانون الاجراءات المدنية وتنظيم أحكام التحكيم التجاري الدولي، الجريدة الرسمية العدد 93/27.

9- المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 والذي عدل وتمم الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، وقد عرف مرسوم 09/93 بدوره تعديلا جديدا. بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 .

10- المرسوم التشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 1993/10/05 المتعلق بترقية الاستثمار الجريدة الرسمية العدد 93/64 .

11- الأمر رقم 04/95 المؤرخ في 1995/01/21 المتضمن الانضمام إلى اتفاقية واشنطن

الخاصة بإنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الجريدة الرسمية العدد 95/07 .

12- الأمر رقم 05/95 المؤرخ في 1995/03/21 المتضمن الانضمام إلى اتفاقية سيول

الخاصة بإنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات والتي صادقت عليها الجزائر بموجب أمر رئاسي رقم 345/95 المؤرخ في 1995/10/30 ، الجريدة الرسمية العدد 95/66 .

13- المرسوم الرئاسي رقم 346/95 المؤرخ في 1995/10/30 المتضمن المصادقة على اتفاقية

واشنطن المتضمنة تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى والمنشأة للمركز الدولي (CIRDI) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 66 بتاريخ 1995/11/15 .

14- القانون الصادر بمقتضى الأمر رقم 03-01 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422

الموافق ل20 غشت سنة 2001 ، المتعلق بتطوير الاستثمار.

15- قانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل25 فبراير 2008 والمتضمن

قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي ألغى أحكام الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 يونيو

1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم الجريدة الرسمية العدد 08/21

16- تم المصادقة على الاتفاق بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجمهورية

الجزائرية الديمقراطية الشعبية ودولة قطر الموقع بمدينة الدوحة بتاريخ 11 جمادى الثانية عام 1417

الموافق ل 24 أكتوبر سنة 1996 ، بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 97- 229 المؤرخ في 18

صفر عام 1418 الموافق ل 23 يونيو سنة 1997 العدد رقم 43

17- مجلة التحكيم التونسية، الصادرة بمقتضى قانون عدد 42 لسنة 1993 مؤرخ في 26 أفريل

1993 المتعلق بإصدار مجلة التحكيم، الرائد الرسمي عدد 33 بتاريخ 4 ماي 1994.

18- قانون التحكيم المصري رقم 27 ، الجريدة الرسمية العدد 16، الصادرة بتاريخ 21

أبريل 1994.

19- قانون رقم 09/08، المؤرخ في 23 فبراير سنة 2008، الذي يتضمن قانون الإجراءات

المدنية والإدارية، الصادر في الجريدة الرسمية العدد 21.

المواقع الالكترونية :

www.jus.uio.no/im/icsid.settlement.of.disputes.between.states.and.national.onals.of.ofther.states.convention.washington.1965/doc.

- www.courdecassation.fr :

- C.Cass, 7mai 1963 ,Dalloz 1963.p.545 note J.Robert,Rev .crit, 1963 ,p.615 note Moutlsky,Clunet 1964 p.83 note Berdin.

- C.Cass 14 avril 1964 Clunet 1965 ,p.646 note Goldman

- C.Cass, 17mai1971 ,rev.crit 1972.p.124 note Mezger,Clunet1972,p.62 .note Oppetit :

- C.Cass, 4juillet 1972 ,CLUNET 1972.p.842 note Oppetit,Rev .crit, 1974,p.82 note Level.

- Cass.civ, 10 juillet, rev.arb.1990,p.851 note J.H.Moitry et C.Verne, Clunet 1992 ,p168 note E. loquin

Ouvrages en français :

1 - **Aubry et Rau** : Droit civil(cours de droit civil français,5^{ème} ed,tome 12 .

2-**Emmanuel Gaillard** ,La Jurisprudence du CIRDI,Volume1, édition Alpha Beyrouth, édition A.pedone paris,2011.

3 - **Evelyne.PORT- LEVET.SERVERIN** :Théorie de la pratique jurisprudentielle en droit privé ,Thèse doctorat, paris 1987.

4 - **FOUCHARD Philippe /GAILLARD Emmanuel /GOLDMAN Berthold** : Traité de l'arbitrage commercial international , éditions litec paris – deta Liban , 1996.

5 - **GAILLARD E** : Trente ans de l'ex mercatoria pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit ,J.D.I. ,1995 n1 .

6 - **GARSONNER.et Cezat-Bru** :Traité de procédure civile et commerciale,3^{ème}ed.t.8.

7 - **GLASSON.TISSIER ET MOREL** :TRAITÉ DE PROCÉDURE CIVILE .TV ,Sirey 1936. No/801 .

8 - **Guinchard.S , M.Bandrac , M.douchy** , Droit processuel , droit commun du procès .1^{er}.éd. .Daloz - Delta. liban .2001 .

9 -**H.MOTULSKY** :Ecrits et notes sur l'arbitrage Daloz, paris,1974 .

10 - **L'.Chedly** :Arbitrage commercial international et ordre public transnational.

11 - **Nathalie Najjar**, L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international , LGDJ ,paris, DELTA , liban ,2007.

12 - **Olivier Caprasse**, Les sociétés et l'arbitrage, LGDJ ,paris, DELTA , Liban, Bruylant, Bruxelles, 2002.

13- **ROBERT** :l'arbitrage ,droit interne, droit international privé, éd 6. no1,Dalloz ,paris,1993.

14 - **Association Henri Capitant** :Vocabulaire juridique. Sous la direction de , Gérard Cornu PUF .8^{ème} .2000.

Arrêts :

- C.Appel de paris (1^{er} .ch.c.), 24 fèv .1994, Rèv .arb. 1995, p. 275 et s .note Y evs Gaudemet .

- C.Appel de paris ,13 juin 1996,Clinet 1997 ,p.151 et s .,note E.Loquin,Rèv. Arb.1997 ,p.251 note E.Gaillard.

- L'arrêt de la cour d'appel de paris du 1^{er} juin 1999 rev.arb.,2000.

- Hommage à Frédéric Eisemann : Liber amicorum ; [une initiative de la Chambre de Commerce Internationale]. - Paris : ICC Services S.A.R.L., ISBN 9284200067. - 1978, p. 31-43

الفهرس

الصفحة	الموضوع
06	مقدمة
11	الباب الأول : مقومات مؤسسة التحكيم التجاري الدولي
12	الفصل الأول : التكريس النظري لمؤسسة التحكيم التجاري الدولي
12	المبحث الأول : التأصيل الفقهي لماهية التحكيم بين المدرسة التقليدية والحديثة
13	المطلب الأول :مدرسة عقدية التحكيم
19	المطلب الثاني: المدرسة القضائية في التحكيم أو المفهوم الأحادي
21	الفرع الأول : التصور القضائي الخالص لفكرة التحكيم
22	الفرع الثاني :التصور التوفيقى أو المركب
26	المطلب الثالث :النظرية الذاتية في التحكيم
30	المبحث الثاني : مصادر التحكيم التجاري الدولي
32	المطلب الأول:تكريس علوية المصادر الدولية في التحكيم التجاري الدولي
33	الفرع الأول:النظام القانوني التحكيمي قبل اتفاقية نيويورك لسنة 1958
40	الفرع الثاني : مرحلة اتفاقية نيويورك
48	الفرع الثالث :التصور القانوني للتحكيم في الدول الأمريكية

49	الفرع الرابع: التصور القانوني للتحكيم لدى الدول الأوروبية
54	الفرع الخامس: التصور القانوني للتحكيم في الدول العربية
60	الفرع السادس: التصور القانوني العالمي الموحد للتحكيم
78	الفرع السابع : تصور التحكيم في القوانين الوطنية التحررية
82	المبحث الثالث : التأصيل الفقهي لتحديد ماهية الوظيفة القضائية
83	المطلب الأول: مفهوم الوظيفة القضائية عند الفقه التقليدي
86	المطلب الثاني مفهوم الوظيفة القضائية عند الفقه الحديث
89	المطلب الثالث : مكونات الوظيفة القضائية
93	المطلب الرابع : الوظيفة القضائية بين احتكار قضاء الدولة واستقلالية التحكيم
97	المبحث الرابع : تحديد مفهوم التحكيم
98	المطلب الأول: تعريف التحكيم الاختياري
106	المطلب الثاني التحكيم الإجباري
109	الفصل الثاني: التكريس القانوني والفعلي لمؤسسة التحكيم التجاري الدولي
111	المبحث الأول : سلطة الوضع (L'édiction) للمبادئ العامة في النظام القانوني التحكيمي
111	المطلب الأول : ماهية سلطة الوضع في النظام القانوني التحكيمي
114	المطلب الثاني : خصائص وميزات فقه القضاء التحكيمي

117	المبحث الثاني :المبادئ العامة لمؤسسة التحكيم التجاري الدولي
118	المطلب الأول : القاعدة الأولى استقلالية اتفاقية التحكيم
118	الفرع الأول :مدلول استقلالية اتفاقية التحكيم
122	الفرع الثاني :موقف المعاهدات الدولية من تكريس مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي
122	الفرع الثالث :موقف القوانين الوضعية من مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم
124	الفرع الرابع : موقف القضاء التحكيمي
128	الفرع الخامس :مبدأ النسبية في استقلالية اتفاقية التحكيم
132	الفرع السادس :خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك المنطبق على العقد الأصلي
133	المطلب الثاني : القاعدة الثانية :الاختصاص بالاختصاص -Compétence Compétence
134	الفرع الأول : مدلول مبدأ الاختصاص بالاختصاص
138	الفرع الثاني:المرجعية القانونية لمبدأ الاختصاص بالاختصاص
143	المطلب الثالث : القاعدة الثالثة : تعذر الرجوع عن التحكيم بالإرادة المنفردة
144	الفرع الأول : الموقف الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية الدولية
151	الفرع الثاني :موقف المشرع الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية الدولية
162	المطلب الرابع:القاعدة الرابعة مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم من حيث الأشخاص

	والموضوع
162	الفرع الأول: نسبية آثار اتفاق التحكيم من حيث الأشخاص
179	الفرع الثاني: نطاق اتفاق التحكيم من حيث الموضوع
194	المطلب الخامس: القاعدة الخامسة: للتحكيم مقر وليس له موطن
198	المبحث الثاني: النظام القانوني التحكيمي
198	المطلب الأول: ماهية النظام القانوني التحكيمي.
199	الفرع الأول: مفهوم النظام القانوني التحكيمي وتأصيله الفقهي والتاريخي
213	الفرع الثاني: الاعتراف بوجود نظام قانوني تحكيمي
226	الفرع الثالث: خصائص النظام القانوني التحكيمي
239	الباب الثاني: التطبيقات الجديدة للمركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار بواشنطن على مؤسسة التحكيم واستكمال الولاية التحكيمية للمحكم
240	الفصل الأول: المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار بواشنطن
242	المبحث الأول: طبيعة نظام اتفاقية البنك الدولي لسنة 1965 ومميزاته
243	المطلب الأول: الظروف والعوامل المنشأة للمركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار
246	المطلب الثاني: مميزات التحكيم لدى المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار
250	المبحث الثاني: اشتراطات المركز الدولي للتحكيم في منازعات الاستثمار
251	المطلب الأول: الأساس غير المباشر للولاية التحكيمية للمركز طبيعة أطراف النزاع

252	الفرع الأول: أن يكون أحد الطرفين دولة طرف في الاتفاقية المنشأة للمركز التحكيمي
259	الفرع الثاني: أن يكون الطرف الآخر في عقد الاستثمار مواطناً أو شخصاً من أشخاص القانون الخاص
269	المطلب الثاني: الأساس المباشر للولاية التحكيمية للمركز "رضى أطراف النزاع
272	المبحث الثالث: طبيعة وشروط منازعات الاستثمار المعروضة على تحكيم المركز
273	المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في المنازعات بغية منح الاختصاص لمركز واشنطن
273	الفرع الأول: وجود نزاع قانوني
277	الفرع الثاني: نشوء النزاع عن استثمار
283	المطلب الثاني: طبيعة منازعات الاستثمار الخاضعة لتحكيم المركز
284	الفرع الأول: التحكيم في المنازعات الناتجة عن التغيير في شروط التعاقد
295	الفرع الثاني: التحكيم في المنازعات الناتجة عن الإجراءات التي تتخذها الدول المضيفة للاستثمار
303	المبحث الثالث: مكانة الإرادة في التحكيم في ظل الرؤية الجديدة لتحكيم المركز الدولي للاستثمار
304	المطلب الأول: التحكيم بدون سند اتفاقي أو اتفاقية تحكيم
306	الفرع الأول: التحكيم الإلزامي أو الإجباري
311	الفرع الثاني: التحكيم الاختياري

315	المطلب الثاني : تطبيقات التحكيم وفق رؤية مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار (سيردي)
316	الفرع الأول: انعقاد الاختصاص للغير المحايد أو المحكم بناء على التأهيل المباشر.
335	الفرع الثاني: انعقاد الاختصاص للغير المحايد أو المحكم بناء على التأهيل غير المباشر
338	الفصل الثاني : السند التحكيمي بين الفاعلية الذاتية والتبعية الإجرائية
339	المبحث الأول: ماهية السند التحكيمي
341	المطلب الأول : طبيعة الإلزامية للسند التحكيمي
341	الفرع الأول:تعريف السند التحكيمي
347	الفرع الثاني: التأصيل الفقهي والقانوني للسند التحكيمي
352	الفرع الثالث: طبيعة الإلزام في السند التحكيمي
355	المطلب الثاني: خصائص السند التحكيمي وآثاره
355	الفرع الأول: خصائص السند التحكيمي
357	الفرع الثاني: آثار السند التحكيمي
366	المبحث الثاني: العلاقة بين قضاء التحكيم والقضاء العمومي على ضوء التدخل القضائي
368	المطلب الأول: التدخل القضائي المساعد
369	الفرع الأول: دور القضاء العمومي المساعد في تحقيق اليقين القانوني الموضوعي للمحكم
385	الفرع الثاني : دور القضاء العمومي المساعد للمحكمة التحكيمية قبل الفصل في

	موضوع الدعوى
396	المطلب الثاني : الحكم التحكيمي بين رقابة المشروعية ورقابة النفاذ.
397	الفرع الأول : الرقابة القضائية على مشروعية وصحة الحكم التحكيمي من ناحية الإجراءات
416	الفرع الثاني : رقابة النفاذ أو حصانة الرأي التحكيمي
433	الخاتمة
438	قائمة المراجع
452	الفهرس

**** تم بحمد الله و توفيقه ****

ملخص

حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي

لقد وقفنا في نهاية هذه البحث على حقيقة مفادها أن التحكيم التجاري الدولي قد غدا تنظيم قضائي تحكيمي واستقر كمؤسسة للعدالة تتميز بالدوام والوحدة يمارس عضوها مهمة قضائية، بنفس وسائل وأدوات القاضي العمومي الإجرائية، الاستعجالية والعادية، بل وحتى الوسائل التنفيذية التحفظية. بل يمكن القول أن التحكيم التجاري الدولي، قد أصبح في مكانة تتميز بل تتفوق عن مكانة القضاء العمومي.

الكلمات المفتاحية: مؤسسة التحكيم - النظام القانوني التحكيمي - السند التحكيمي - التحكيم الحر - التحكيم المؤسسي - الاستثمارات الأجنبية.

Résumé

La protection des investissements étrangers à la lumière de l'arbitrage institutionnel

Nous sommes arrivés, à la fin de cette recherche, à une vérité qui stipule que l'arbitrage commercial international est devenu un organisme judiciaire arbitral, et s'est installé comme une institution de justice caractérisée par la pérennité et l'unité, et dont le membre assure une fonction judiciaire avec les moyens et les outils procéduraux, ordinaires et d'urgence, voire même, les moyens exécutifs sous réserve, du juge public. On peut même avancer que l'arbitrage commercial international a atteint une position qui se distingue de celle de la justice publique, voire, la dépasse.

Mots clés : Institution arbitrale – l'organisation légale d'arbitrage – le fondement arbitral – l'arbitrage libre – l'arbitrage institutionnel - investissement étrangers .

Summary

The protection of foreign investment in the light of institutional arbitration

We have established, at the end of this research, a truth which states that international commercial arbitration has become an arbitral judicial body, and settled as an institution of justice characterized by continuity and unity, and whose member provides a judicial function with the means and procedural tools, regular and emergency, or even, executive means under reserve, of the public judge. One can even argue that international commercial arbitration has reached a position that differs from that of public justice or is, far more, better.

Keywords : arbitration institution – legal arbitration organization – the arbitral basis – free arbitrage – institutional arbitration - foreign investment .

ملخص الرسالة:

إن أكبر مشكل عانت منه الاستثمارات الأجنبية هو عقدة السيادة عند الدول، وغياب محكمة فوق دولية يمكن اللجوء إليها لتفرض إرادتها على الدول على غرار محكمة العدل الدولية، وعدم قدرة المستثمر الأجنبي من اللجوء إلى هذا النوع من المحاكم عند وقوع نزاع بينه وبين الدولة المستقبلية للاستثمار، ورفض الدول الخضوع إلى غير قضائها الوطني الذي هو عنوان سيادتها.

كما أن رؤوس الأموال أصبحت تتجه إلى الدول التي لا تعتنق الفكر الليبرالي واقتصاد السوق وإنما تتدخل الدولة في إدارة الاقتصاد بصفة مباشرة أو غير مباشرة وأدى هذا الأمر إلى ظهور نزاعات عدة بينها وبين الشركات العابرة للقارات، أي أن الدولة أصبحت جزء من خارطة التجارة الدولية سواء عن طريق قيامها بالاستثمار بنفسها، أو عن طريق أحد أجهزتها، أو إحدى الشركات التابعة لها، والتي وإن كانت ذات طابع اقتصادي لكنها تبقى خاضعة للدولة. كما أن قدرة الدولة على التغيير في التشريعات الوطنية التي قد تلحق ضرر بالمستثمر الأجنبي الذي قد يصبح مجبرا على التنازل على قسم من أرباحه لصالح الدولة أو على جزء من أسهمه لصالح إحدى شركاتها. بمقتضى هذه التغييرات التشريعية، والأمثلة على ذلك كثيرة في العالم. وإن الدول تملك بحكم قدرتها على التشريع كجزء لا يتجزأ من ممارستها لسيادتها متى شاءت وكيفما شاءت على الإضرار بمصالح المستثمر الأجنبي. وإذا أخذنا التأميم على سبيل المثال، يعتبر حق للدولة على أن تمارسه بشرط تقديم التعويض المناسب للمستثمر الأجنبي، لكن يبقى السؤال ما هو الضامن لهذا المستثمر على أن الدولة ستقوم بتعويضه تعويضا مناسب.

ولقد انتهى بنا الاستقراء التاريخي النظري والتطبيقي الوضعي لفكرة التحكيم التجاري الدولي ولتطوره دوليا ووطنيا لخلاصة مفادها أن المحكم عند قيامه بالمهمة التحكيمية إنما يؤدي في الحقيقة وظيفة قضائية، وبهذا المنطق فقد أصبح المحكم يمتلك تأهيلا ذاتيا على غرار تأهيل القاضي، وأوجد الفقه الحديث معادلة جديد غير تلك التقليدية والتي تمثلت في وجود قضاء عمومي يتبع للدولة، وإلى جانبه قضاء استثنائي يتمثل في التحكيم التجاري الدولي، واستبدلت هذه المعادلة بمعادلة قضاء/

تحكيم أي أن التحكيم أصبح قضاءً موازياً لقضاء الدولة بل وبديلاً عنه في منازعات التجارة الدولية .

وأصبح التحكيم مؤسسة قضائية تتمتع بما يتمتع به القضاء الرسمي من دوام واستمرارية، وأصبح العمل التحكيمي على غرار العمل القضائي تجتمع فيه العناصر الثلاث، وهي المعيار العضوي المتمثل في التأهيل القانوني الذي اكتسبه المحكم بمقتضى اتفاقية التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، والتي أعطت المحكم الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع، وذلك بطبيعة الحال إذا لم يختار أطراف القانون المنطبق على النزاع، كما أن المحكم أصبح يمتلك إختصاص اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية والذي كان إلى وقت قريب يعد إختصاصاً أصيلاً للقاضي العمومي وذلك وفقاً للقانون النموذجي للتحكيم لسنة 1985، وإضافة إلى التأهيل القانوني، أصبح التحكيم يتوفر على المعيار الشكلي، المتمثل في الإجراءات الوجيهة والمعيار الموضوعي، المتمثل في الحل القانوني الملزم للأطراف بما يجعل منه عملاً قضائياً كاملاً.

وبما أن التحكيم أصبح عملاً قضائياً كاملاً، كان لا بد من صياغة نظام قانوني يتلاءم مع القضاء التحكيمي، وهنا كان الدور الفاعل للاجتهاد التحكيمي والفقهي الذي وضع مجموعة من القواعد القانونية تتلاءم مع منازعات التجارة الدولية، التي ما كان باستطاعة القواعد القانونية الوطنية أن تماشى معها، وقد أدى هذا الأمر إلى نشأة نظام قانوني تحكيمي عبر دولي له خصائصه التي تميزه عن الأنظمة القانونية الوطنية.

وقد التحكيم قضاءً موازاً وبسلطان ذي ولاية حكم كاملة، بما يستبعد قيام علاقة خضوع لأية سيادة مهما كانت، فهل يتمتع هذا القضاء الموازي بنفس فاعلية القضاء الرسمي

ودليل هذه المكانة هو الآتي:

- لقد انعقد الاجتماع لدى المجتمع الدولي ممثلا في المنظمات الدولية والإقليمية، والتي قامت بإصدار مجموعة من الاتفاقيات الدولية، على شاكلة اتفاقية نيويورك 1958 والتي عدت بمثابة الثورة الحقيقية في نظام التحكيم التجاري الدولي، وخاصة على مستوى تأكيد الولاية الخصوصية للتحكيم، وأيضا من ناحية إقرارها للقوة الإلزامية للتحكيم، مما منحه ذاتية جعلت منه صيغة للقضاء متميزة ومكتملة. ولقد أعطى نظام اتفاقية البنك الدولي لسنة 1965 والذي أنشئ المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار، النفس التجديدي والإضافة اللازمة لاستكمال مقومات الولاية القضائية للمحكم، وتكمن هذه الإضافة في أنه يعتبر أول مركز تحكيمي يتمتع بوحدة هيكلية وإجرائية، ولكنه بخلاف نظم المراكز التحكيمية القائمة، فإن هذا المركز أنشئ بموجب اتفاقية دولية. وهذه الخاصية جعلت منه نظاما تحكيميا دوليا صرفا يتميز بحجية أداته الاتفاقية، ويكتسب علوية قانونية على أي نظام وطني أو إقليمي للتحكيم. وهذه العلوية جعلته يضع قواعد قانونية جديدة تجاوزت جميع المفاهيم والتصورات الكلاسيكية والحديثة لطبيعة التحكيم ومفهومه، فلأول مرة تطرح فكرة تصور العدالة التحكيمية ولكن خارج إطار إرادة الأطراف. فقاعدة التحكيم بدون اتفاقية، أي بدون أي صيغة شكلية اتفاقية لتبادل الرضا التي خرجت من رحم تطبيقات مركز "سيردي"، فمجرد طرح هذه الفكرة يعتبر بمثابة ثورة فكرية وفلسفية ليس على النظام التحكيمي فقط، وإنما على فكرة العقد ككل. فأن نقول أن التحكيم هو عقد، ولكنه عقد ينشأ خارج إرادة الأطراف وبغيرها. فهذا التصور لم تطرحه حتى النظريات التي نازعت في الأساس الذي يقوم عليه التحكيم، فإذا أخذنا نظرية التصور القضائي الخالص لفكرة التحكيم، فهذه النظرية ورغم أنها جاءت كردة فعل على التصور العقدي للتحكيم، إلا أنه لم تستطع إنكار أن التحكيم بالنهاية ذو أساس مزدوج بين عقدي مباشر وقانوني غير مباشر. وحتى النظرية الذاتية أو النفعية التي جعلت من التحكيم نظاما أصيلا ومتحرر من العناصر التعاقدية، ومن العناصر القضائية، لم تستطع إلا أن تقول في النهاية أن التزام المحكمن باتفاقية التحكيم يعتبر ضروريا لأداء التجارة الدولية أداء دقيقا، ففي المحصلة اضطرت هذه النظرية التي عرفت بتطرفها في

تحديد طبيعة التحكيم على ضرورة التزام المحكّمين باتفاقية التحكيم. ولم يجد أحد الفقهاء المدافعين عن هذا الخيار إلا قوله في هذه الحقيقة التي كرستها تطبيقات مركز واشنطن هو قول الأستاذ موتلسكي " من أن التحكيم ذو منشأ إرادي لكنه يوجد خارج إرادة الأطراف، فهو ذو أساس عقلائي لأنه خيار تمليه الثقة التي تفسر في رأيه النفاذ التلقائي والطوعي للحكم التحكيمي".

ويكفينا من هذا أن نقول أن الدولة المضيفة للاستثمار في ظل هذا النظام التحكيمي تجرّ قسرا إلى التحكيم رغم إرادتها. وهذا أفضل دليل على أن هذا المركز أصبح محكمة فوق الدول بل تلغي سيادة الدول. ورغم أن فقه القضاء التحكيمي العربي والغربي اختلف في تقييمه لهذه المسألة، إلا أن ذلك لم يغير من الأمر شيئا، بسبب أن مركز واشنطن لتسوية نزاعات الاستثمار استمر على نهجه إلى حد الساعة غير مبالي بالانتقادات الموجهة إليه. والسؤال الذي يمكن أن نطرحه هو من أين اكتسب هذه الجرأة؟ لقد قلنا في متن هذه الرسالة وكذلك في مضمون هذه الخاتمة أن المركز أنشئ بموجب اتفاقية دولية، لكن ليس هذا هو السبب الوحيد، وإنما السبب الأهم هو تمتع الأحكام الصادرة عن المركز بحصانة شبه مطلقة، مرد ذلك هو المادة 53 التي أقامت تحجيرا على جميع أدوات الرقابة القضائية من استئناف أو طعن، إلا ما سمحت به الاتفاقية، والاتفاقية عندما أجازت الطعن ولأسباب محددة وفق المادة 51 جاءت بمصطلح لم يعرفه فقه المرافعات وهو إعادة النظر في الحكم، بشرط أن تكون هذه الإعادة أمام نفس المحكمة، إلا إذا حالت ظروف قاهرة دون ذلك فيمكن أن يعقد الاختصاص لغيرها. أما المادة 52 من الاتفاقية فقد أباحت الطعن بالبطلان ولكن أمام أنظار لجنة خاصة يعينها رئيس المركز، فهذا النظام المغلق لرقابة الطعن، جعل المركز ينشئ هذا النوع من القواعد دون أن يخشى أية رقابة من أي طرف كان. بل إن المادة 54 جعلت من الأحكام الصادرة عن المركز كما لو أنها أحكاما نهائية صادرة فوق أراضي الدولة المطلوب إليها تنفيذ هذا الحكم التحكيمي، بمعنى أن أحكام المركز تتمتع بالنفاذ الوجوبي، وينحصر تدخل الجهات القضائية المختصة في مجرد الاعتراف بالحكم التحكيمي.

نضيف إلى هذه الاتفاقيات نظام اليونيسترال لسنة 1976 الذي حاولت فيه لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية صياغة مختلف القواعد الإجرائية للنظم التحكيمية المختلفة وصبها في نظام واحد يضمن التجانس بينها والتوافق بين قواعدها، ثم كان القانون النموذجي لسنة 1985 الخطوة الأهم في التي خطاها التحكيم التجاري الدولي على طريق الاستقلالية والفاعلية في المجالين الإقليمي والعالمي، وذلك رغم طابعها الاختياري نحو نفس الغاية التحررية والتوحيدية، وتعود أهمية هذه الاتفاقيات الدولية إلى كون التحكيم التجاري الدولي لم يكتسب صفة القضاء الطبيعي للتجارة الدولية الذي يحمل ميزة القضاء عبر الدولي وفوق الدولي إلا من خلال هذه الاتفاقيات الدولية التي جعلته أسمى حتى من القضاء الوطني، ويظهر هذا السمو خصوصا في مسألة الاعتراف والتنفيذ، فحتى الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية الأجنبية تحتاج إلى الإذن بالتنفيذ وذلك بخلاف الأحكام الصادرة عن مركز واشنطن التي لا تحتاج إلا إلى الاعتراف دون الإذن بالتنفيذ، مما يجعلها في مكانة تفوق مكانة الأحكام الصادرة عن القضاء الوطني الأجنبي، التي تحتاج إلى الإذن بالتنفيذ، وهذا إن دل فإنه يدل على المكانة التي وصل إليها التحكيم التجاري الدولي.

هذا من جهة مصادر التحكيم، أما من جهة الوظيفة فإن المحكم أصبح يرتدي عباءة القاضي رغم أن مرجعيته اتفاقية وليست قانونية، لكن التصور الحديث للتحكيم أثبت بما لا يدع مجالا للشك في أن مرجعيتها واحدة ألا وهي القانون، فحتى المحكم وإن كانت مرجعيته المباشرة هي الإرادة إلا أن مرجعيته غير المباشرة هي القانون مثله مثل القاضي العمومي، بل إن طبيعة تأهيل المحكم كما قال الأستاذ التحيوي هي ثلاثية إرادة المحكمين وإرادة القانون، وإرادة الهيئة التحكيمية.

وبما أنه يؤدي وظيفة القاضي فإن التحكيم أصبح قضاء بديلا بل غدا القضاء الأمثل لمنازعات التجارة الدولية، والمحكم يمتلك الولاية الكاملة على جميع المسائل المتعلقة بالتحكيم يقوم باستفراغها من قبل المحكمة التحكيمية عبر مراحل النزاع التحكيمي. ولأن المحكم قاضي فإن ما يصدر عنه هو

أحكام تجتمع فيها عناصر الحكم القضائي أي تجتمع فيها جميع آثار الحكم وهي ثلاثية القوة الاحتجاجية والإلزامية والتنفيذية، وينتج أثره التنفيذي بمجرد الاستظهار به مع اتفاقية التحكيم.

أما مسألة الرقابة القضائية فهي رقابة غايتها ضمان مقبولية الحكم التحكيمي إزاء مقتضيات النظام العام لبلد التنفيذ، أو غايتها مساندة مؤسسة التحكيم، وذلك عند عجز الإرادة الفردية أو في حالة تخلف نظام التحكيم عن بناء الهيكل التحكيمي، مثل مساعدة الأطراف في مرحلة تكوين المحكمة التحكيمية، ومساعدة المحكمة التحكيمية نفسها في قيامها بالمهمة التحكيمية عبر اتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية. لكن رغم محدودية التدخل القضائي في البنية التحكيمية، إلا أن فقه القضاء التحكيمي، بدأ يطالب بالاستقلالية الكاملة للقضاء التحكيمي عن القضاء العمومي، فظهر مبدأ أن التحكيم التجاري الدولي يعتبر نفسه ويعتبره الواقع القانوني فوق سيادي وعبر دولي، لذلك يتمتع عن التوطين الجغرافي وعن الولاء السيادي. ظهر ذلك في مجموعة من القضايا مثل قضية "كروماليوي" ضد جمهورية مصر العربية، وقضية المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات، وقد اتجه الحكم في كلا القضيتين على أن إبطال الحكم التحكيمي في بلد صدوره لا يحول دون تنفيذه، وأهمية هذا الاجتهاد تكمن في أنه جعل الحكم التحكيمي يستند على السيادة التحكيمية فقط دون غيرها، ويجعلها شاملة لجميع مراحل النزاع التحكيمي في أوسع مفهوم له، فتغطي هذه السيادة مرحلة الحجية والإلزام وأيضا مرحلة إنفاذ الحكم التحكيمي.

وقد غدا السند التحكيمي بناء على ما ذكر في مركز أعلى حتى من السند القضائي الصادر عن القضاء الرسمي، فقد اجتمعت له جميع عناصر الفاعلية سواء المستمدة من الطبيعة الإجرائية العامة والتي أعطته سلطة التوثيق، أو المستمدة من طبيعة الوظيفة التحكيمية والتي أعطته سلطة الحكم وأكسبت رأيه قوة الإلزام وأهله ليكون بحق السند التنفيذي التحكيمي المستقل.

الصادر عن سيادة تحكيمية طليقة غير دوليو عبر دولية، وقد اعترف المشرع الوطني بهذه السادة، بل ولم يقف السند التحكيمي عند هذا الحد بل أصبح في ظل بعض الأنظمة القضائية غير قابل للإبطال حتى وفق مقتضيات النظام العام الدولي، حتى وإن كان هذا التوجه لا يزال في بداياته لكن وكما كان الحال دائما مع مؤسسة التحكيم في صراعها الدائم واللامتناهي مع مبدأ السيادة، فإن الغلبة تكون دائما لمؤسسة التحكيم التجاري الدولي. خاصة وأن الخروج على رقابة دولة المنشئ بدأ يلقي رواجاً في عديد من الأنظمة القانونية في مختلف الدول

أما بالنسبة لأهم المراكز التحكيمية فإن مركز التحكيم بواشنطن يعد بحق طفرة تحكيمية بكل ما تحمله الكلمة من معنى سواء من حيث النشأة أو من حيث الولاية والاختصاص أو من حيث الآثار. فأما من حيث النشأة فيعد المركز التحكيم الوحيد على مستوى العالم الذي أنشأ بمقتضى اتفاقية دولية ترعاها الأمم المتحدة، أما من حيث الولاية التحكيمية فقد رأينا أن سيردي قد تمدد أفقياً وعمودياً متجاوزاً بذلك حدود الاختصاص الممنوح له في المادة 25 من اتفاقية واشنطن، أما من حيث الآثار فإن سيردي قد قلب معادلة التحكيم التجاري الدولي رأساً على عقب، فبعد أن اعتقدنا أنه لا يمكن تصور تحكيم بدون اتفاقية أو عقد، فإذا بهذه الهيئة التحكيمية تحرر التأهيل التحكيمي من السند الإتفاقي أي من الأداة التعاقدية.

أما من حيث طبيعة الأحكام الصادرة عن المركز، فقد تمتعت بالحصانة المطلقة رغم خضوعها لمبدأ الطعن بالإبطال، إلا أنه وبخلاف بقية المراكز التحكيمية الدولية، فإن الطعن في أحكام المركز لا يكون إلا أمام المركز دون أن يسمح باللجوء إلى المحاكم الوطنية.

ويرى الفقه الحديث في هذه التطبيقات التحررية لتحكيم المركز الدولي لحل نزاعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى نوعاً من جديداً من التحكيم يخرج عن طبيعته الاتفاقية

التقليدية إلى طبيعة أحادية عبر دولية وفوق دولية. ويجرجه عن دوره التقليدي وهو الرقابة على احترام الالتزامات التعاقدية للأطراف ليسند له دورا جديدا مغايرا تماما وهو السهر على مدى احترام الدول لالتزاماتها الدولية تجاه المستثمر الأجنبي.

وهذا النوع من التحكيم في نظر الأستاذ بريجينار يعطينا أول مثال لقاض دولي يمكن للمتقاضين اللجوء إليه مباشرة لمخاصمة الدول، وهو يعبر عن أسفه لكون الحق في هذا القاضي يمنح للمستثمرين فقط ويأمل أن يمنح لغيرهم من المحتكمين.

لكن حتى تكتمل مكونات مؤسسة التحكيم، ينبغي أن تكون للسند التحكيمي فاعلية وقابلية للنفاد، فلا تكلم في حق لا نفاذ له، أي أنه مهما بلغت مؤسسة التحكيم من تطور، ومهما كانت الدرجة التي بلغها القضاء التحكيمي، فإن ذلك كله لا يساوي شيئا إذا كان السند التحكيمي بدون فاعلية أو غير قابل للنفاد. ولذلك كانت المسائل المتعلقة بالنفاد ذات أولوية وقد أوردها المشرع الجزائري كآلي

التنفيذ الطوعي للأحكام التحكيمية : الأصل أن تنفذ الأطراف الحكم التحكيمي عن طواعية، ووفقا لما تم الاتفاق عليه بين الأطراف. والملاحظة التي يمكن إبدائها في هذه المسألة أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يتطرق إلى هذه المسألة، وذلك بخلاف ما كان عليه الأمر في المرسوم التشريعي 09/93 والذي تضمنه قانون الإجراءات المدنية القديم⁽¹⁾ حيث وضع المشرع نصا فيه يتحدث عن التنفيذ الطوعي، فقد نصت المادة 458 مكرر 16 الفقرة الثالثة على " يؤمر بالتنفيذ الجبري حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 458 مكرر 17 الفقرة الثانية وذلك في غياب التنفيذ الطوعي للقرار التحكيمي".

والسبب في رأينا هو عدم جدوى التطرق إليها، لأنه وبكل بساطة يفترض أن لجوء أحد الأطراف إلى القضاء الوطني مطالبا بالتنفيذ فذلك يعني فيما يعني أن الطرف الآخر قد رفض التنفيذ

طوعيا، ولذلك تم اللجوء إلى المطالبة بالتنفيذ الجبري. ولهذا لم يجد المشرع الجزائري سببا يجعله يتطرق لمسألة التنفيذ الطوعي.

-2- التنفيذ الجبري للحكم التحكيمي: بعد انضمام الجزائر بتحفظ إلى اتفاقية نيويورك سنة 1958، تكون قد قبلت بالاعتراف بتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، حيث تنفذها جبرا في غياب التنفيذ الطوعي، موضحة الاتفاقية الفرق بين الاعتراف بالحكم وتنفيذه، إذ الاعتراف هو وسيلة دفاعية يتم اتخاذها من طرف المحكوم له أمام الجهات القضائية من أجل إثارة مسألة حجية الشيء المقضي فيه للقرار الذي يحوزه، ولإثبات ذلك يقدم القرار التحكيمي ويطلب الاعتراف بصحته وبطابعه الإلزامي بالنسبة للمسائل التي فصل فيها، أما التنفيذ فلا يقتصر في الاعتراف فقط بل يمتد إلى طلب الجهات المخول لها ذلك وهنا يكون التنفيذ نتيجة للاعتراف، ولو أن كثيرا من التشريعات تستعمل المصطلحين معا.

وبصدد التنفيذ الجبري أكدت المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفقرة الثانية الشروط الواجب توافرها في الحكم التحكيمي حتى يأمر القاضي بتنفيذه، وأضافت نفس الفقرة الكيفية التي يتم بها إخطار قاضي التنفيذ.

ونتهي هذا البحث بقولنا أن التحكيم التجاري الدولي قد بلغ مرحلة متقدمة حتى على القضاء الرسمي ليس في مسائل التقليدية كالسرعة وانعدام البيروقراطية، لكن في مسائل أكثر أهمية فقد أصبح يتمتع بفاعلية ذاتية وبسيادة عبر دولية طليقة يمتلك نظام قانوني شديد المرونة سريع تطور عميق الأثر على التشريعات الوطنية والدولية يحققه ويجسمه جهاز يتمتع بسيادة خاصة متحررة من سيادة الدولة، يضمن لهذا النظام القانوني الاتساق والانتظام الذاتي الداخلي، ويتمثل في فقه القضاء التحكيمي، وهذه العوامل مجتمعة أنتجت لنا تحكيما مؤسسيا قادرة على حماية الاستثمار الأجنبي أينما كان، وبغض النظر عن المكان الذي يؤدي فيه عمله دولة متخلفة أو متقدمة، وللتدليل على ذلك " صفقة أورو ديزني لاند باريس " بين الشركة الأمريكية والدولة الفرنسية إما أن تقبل بعقد

فيه شرط تحكيمي والتخلي عن قضائها الإداري وعن عقليتها القانونية، وإما العدول عن المشروع من أساسه. فتأخر توقيع العقد وأصبح أمر أن يكون المشروع أو لا يكون متوقفا على الشرط التحكيمي، وفي نهاية المطاف تنازلت فرنسا عن إحدى مقدساتها القانونية، واضطرت بموجب قانون خاص استثنائي صدر بتاريخ 19 أوت 1986 إلى الرضوخ والموافقة على إدراج الشرط التحكيمي، رغم أن قانونها يمنع على الدولة والمؤسسات العامة من اللجوء إلى التحكيم في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية وذلك بمقتضى المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي.

وهذا الأمر إن دل على شيء فهو يقول أن الاستثمار الأجنبي لا يثق إلا في التحكيم التجاري الدولي كمؤسسة للعدالة، ولن يقبل غيرها. فهو بحق الضمان الوحيد للاستثمار الأجنبي.



مجلة الدراسات الحقوقية



مجلة محكمة وأكاديمية متخصصة تصدر عن: -مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر-
كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة الدكتور الطاهر مولاي/سعيدة- الجزائر

العدد 1

2014

تقرؤون في هذا العدد

- المسؤولية الجزائرية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية و الاتجار بها.
- ضمانات استقلالية البلدية في الجزائر من منظور المادة 61 من القانون 10/11
- مدى مشروعية الضربات العسكرية الاستباقية في ضوء قواعد القانون الدولي المعاصر.
- حماية المستهلك ضد اتفاق الخضوع لاختباري في القانون الدولي الخاص الجزائري
- جهود الجزائر في إطلر المحافظة على أمنها البيئي
- ماهية القواعد عبر الدولية في التحكيم التجاري الدولي
- المعايير الدولية للمحاكمة العادلة في القانون الدولي لحقوق الإنسان
- حدود سلطة الدولة في قبول المساعدات الإنسانية
- إشكالية تعريف وإقرار وقوع جريمة العدوان في المواثيق والعهود الدولية.
- إجراءات التحري والتحقيق في جرائم تكنولوجيايات الإعلام والاتصال في التشريع الجزائري (قانون 04-09)

منشورات

مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر-

طباعة

مكتبة الأستاذ الطاهر مولاي والنشر - الجزائر

ISSN:2392-4985



2014



مجلة الدراسات الحقوقية

مجلة محكمة وأكاديمية متخصصة تصدر عن: -مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر-
كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة الدكتور الطاهر مولاوي/سعيدة- الجزائر

العدد الأول 2014

فهرس المحتويات

	الموضوع
9	- المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والاتجار بها. أ. زهدور أشواق
67	- ضمانات استقلالية البلدية في الجزائر من منظور المادة 61 من القانون 10/11. أ. ثابتي بوحانة
107	- مدى مشروعية الضربات العسكرية الاستباقية في ضوء قواعد القانون الدولي المعاصر. د. أسود محمد الأمين
129	- حماية المستهلك ضد اتفاق الخضوع الاختياري في القانون الدولي الخاص الجزائري. عبد النور أحمد
159	- جهود الجزائر في إطار المحافظة على أمنها البيئي. أ. محمد عبد الفتاح سماح
183	- ماهية القواعد عبر الدولية في التحكيم التجاري الدولي. أ. باسود عبد المالك
207	- المعايير الدولية للمحاكمة العادلة في القانون الدولي لحقوق الإنسان. أ. شريف أمينة

ماهية القواعد عبر الدولية في التحكيم التجاري الدولي

بقلم الأستاذ / باسود عبد المالك

مقدمة : إن استخدام مصطلح القواعد عبر الوطنية يعد إيذانا بظهور عصر جديد، عصر المجتمع الدولي للتجار، ورغم أن هذا المصطلح قد استخدم قديما ولكن ، إبان حقبة المدن الإيطالية(جنوة- البندقية- فينيسيا- أمالفي- بيزا... وغيرها من المدن الإيطالية)، إلا أن أنه كان محدودا في المكان، فقد كان ينحصر هذا المجتمع بين ضفتي موانئ شمال إيطاليا وموانئ غرب أوروبا لا سيما في فرنسا و إنجلترا، وأهميته كانت تكمن في أنه صنع مجموعة من القواعد المادية سميت بالأعراف التجارية توافق عليها طوائف من التجار، وعدت ملزمة لهم وكانت بمثابة قانون التجارة الذي تكوّن بعيدا عن سلطان الدولة بهدف تلبية حاجات التجارة من سرعة وفعالية وبساطة وثقة و إيمان. إذا فالسبب المباشر لظهور هذا النوع من القواعد هو عدم استجابة القوانين الوطنية لمطالبات التجارة آنذاك.

ولنفس السبب ظهرت هذه القواعد مرة أخرى، فقد بنيت نظرية التجار الحديثة في الثمانينات على الاعتقاد بأن الحلول المعتمدة في الأنظمة القانونية الوطنية غير ملائمة . هذا الاعتقاد بأن قواعد بعض الأنظمة القانونية لا تتلاءم مع احتياجات المعاملات الدولية أدى إلى رغبة في منح المحكمين سلطة فض المنازعات المقدمة لهم، لا عن طريق القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد الإسناد، ولكن باستخدام قواعد مادية متلائمة مع التجارة الدولية وذلك ما اتفق الأطراف على ذلك، أو في حالة عدم اتفاق الأطراف إذا ما رأت محكمة التحكيم ذلك ملائما.

إذا فما المقصود بهذا المنهج؟ وما طبيعته وما هي مصادره وأين تكمن أهميته؟

سنحاول تحديد مفهوم لهذه القواعد وتبيان مصادره في الجزء الأول من هذا البحث، ثم نحاول

تقييم أثره وتقييم أثره على منهجية التحكيم التجاري الدولي.

يشير مفهوم القواعد عبر الدولية إشكاليات عديدة ومتنوعة، وهذا طبيعي إذا تعتبر القواعد عبر الدولية من أكثر المواضيع إثارة للجدل في إطار التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، إن من حيث تمتعها بالصفة القانونية، أو من حيث إطار تطبيقها في ميدان التحكيم، حيث يمتد هذا التطبيق إلى مختلف جوانب التحكيم، سواء من حيث القابلية للتحكيم بنوعيتها، أو من حيث القانون الواجب التطبيق على النزاع. إضافة إلى غيرها من الأطر التي تطبق فيها. مع ما يرافق ذلك من مسائل قد تثور في معرض ذلك التطبيق.

المطلب الأول: مفهوم نهج القواعد عبر الدولية وخصائصه.

الفرع الأول: مفهومه

يربط البعض ظاهرة القواعد عبر الدولية بظاهرة قانون التجارة القديم الذي كان يطبق على العلاقات التجارية الدولية، إلى درجة أصبح مصطلح *lex mercatoria* ⁽¹⁾ الأكثر شيوعاً ودلالة على هذه القواعد، إلا أن ذلك لا ينفي وجود مشكلة في عملية تعريف وتحديد مفهوم لهذه القواعد، إن على صعيد الفقه أو على صعيد المتعاقدين.

فالبعض يستخدم مصطلح القواعد عبر الوطنية، والبعض الآخر يفضل استخدام مصطلح أعراف التجارة الدولية، والبعض استعمال عبارة أو مصطلح القواعد المادية عبر الدولية ⁽²⁾. وبالمقابل فإن الأطراف المتعاقدة تستخدم تعابير متعددة ومتنوعة من قبيل المبادئ العامة للقانون في التجارة الدولية. أو تعبير المبادئ العامة المعترف بها بوجه عام، أو تعبير المبادئ المشتركة في عدة أنظمة قانونية.

(1) حسن المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 366.
(2) حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 202.

و يمكن تعريف هذه القواعد على أنها تلك القواعد المادية المستمدة من الأنظمة الوطنية وأحكام المحاكم، وبعض الأعراف التجارية المجمع عليها، وقد تطورت من خلال المفاهيم الآتية: استقرار المعاملات، وتكييف العقود، وتعاون الأطراف، والأمانة في التجارة، وكلها مفاهيم ضرورية في التجارة الدولية، وقد لعب فقه القضاء التحكيمي الدور الأكبر في بناء هذا النوع من القواعد، ويقول الأستاذ إيريك لوكان في ذلك أن هذا النهج أي نهج القواعد عبر الدولية يعد نوعاً من "الداروينية القانونية" الناتجة عن "انتقاء" مابين مختلف مصادر القانون والقواعد القادرة على تلبية احتياجات التجارة الدولية".

وتبريراً لهذا النهج، تم طرح فكرة مجتمع التجار الذي يخلق بطريقة عفوية قانون خاص به.

الفرع الثاني : خصائصه

وتتميز هذه القواعد بالسماة الآتية: بروز مبدأ الأغلبية في إقرارها، والطابع المتطور لهذا النهج.

أ- إبراز قيمة الأغلبية: إن كون النظام القانوني التحكيمي مبنيًا على الأنظمة القانونية الوطنية لا يعني أن هذا النظام لا يشتمل على قواعد لم تقرها كافة الأنظمة القانونية الموجودة في العالم. إن نهج التعرف على المبادئ العامة للقانون، وهو النهج المعروف باسم نهج القواعد عبر الدولية، هو دائماً واحد لا يتغير بغض النظر عما إذا سلك بهدف التعرف على القواعد عبر الدولية المنطبقة على موضوع النزاع المبادئ الأساسية التي لا يسمح للأطراف الخروج عنها أو المبادئ التي تمنح المحكمين سلطة البت في النزاع.

هذا النهج لا يختلف عن ذلك الذي يسمح باستخلاص المبادئ العامة للقانون وفقا للمادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية⁽¹⁾. ففي كل هذه الحالات يكون الهدف هو استخلاص، من مجموع القوانين، الاتجاه أو الميل الغالب وذلك لا يستلزم بطبيعة الحال، أن تكون القاعدة المعنية قد لاقت إجماع كل الأنظمة القانونية. فاشتراط الإجماع يحول دون تحقق الهدف الرئيسي لهذا التوجه وهو التعرف على القواعد المعترف بها بصورة غالبية وتوضيح القواعد الناتجة عن مفهوم خصوصي أو بال.

ب- الطابع المتطور لنهج القواعد عبر الدولية: يعد هذا النهج متطورا لكونه يأخذ في الاعتبار تطور القوانين الوطنية فمثلا، ازدادت إدانة بعض الممارسات التي كانت تستخدم للحصول على الصفقات بعد تبني معاهدة منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية لعام 1997 المتعلقة بمكافحة فساد الموظفين العموميين الأجانب في عقود التجارة الدولية.

إن عدم تطور كل القوانين بالسرعة ذاتها لا يعني عدم إمكانية استخلاص الاتجاهات التي يتخذها المجتمع الدولي من خلال منهج متطور، فعند تبني عدد كبير من القوانين لحل معين، يمكن اعتبار هذه القاعدة مبدأ عاما⁽¹⁾ وإن لم تتبناها القوانين الأخرى التي لم تنظم بعد إلى تيار الأغلبية.

إن نهج القواعد عبر الدولية يأخذ في الاعتبار اتجاه تطور القانون عند التفريق بين القوانين المعنية، في حين أن المنهج التنازعي التقليدي أو المنهج السافيني⁽²⁾، الذي يعد النهج الأقدم والأكثر انتشارا في المصادر الوطنية والدولية، لا يتطرق إلى التنازع بين القوانين إلا عند نقطة زمنية معينة.

(1) إياد محمود بروان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة

الأولى، 2004، ص 556.

(1) إيمانويل غيار، الأوجه الفلسفية لقانون التحكيم الدولي، ترجمة رنا شعبان- محمد شلبي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2011، ص 71.

(2) الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2008، ص 428.

ويعطي نهج القواعد عبر الدولية الأولوية إلى القانون المتماشي والتطور العام، بدلا من إعطائها إلى القوانين التي تبقى خارجة عن صفوف تيار الأغلبية.

وتجدر الملاحظة أن بعض الأمثال، المعطاة أحيانا بهدف إثبات أن قاعدة ما لا تعتبر مبدأ عاما ونفي طبيعتها عبر الدولية، تتعلق بقواعد تعبر عن خصوصية وطنية كانت معتمدة من بعض الدول ثم تم التخلي عنها واستبدالها بقواعد متماشية مع اتجاه المجتمع الدولي.

فقد قبل المشرع الإنكليزي بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في قانون التحكيم الجديد الصادر في 1996 رغم معارضته الشديدة لذلك المبدأ، و انظم القانون الجزائري⁽¹⁾ إلى التيار العام للقوانين التي لا تحضّر الاستعانة بالوسطاء بموجب قانون 13 فبراير 1991، بل اكتفى بتنظيم المهنة وذلك خلافا لما كان عليه الأمر بموجب قانون 1978 الذي كان يحضّر الاستعانة بالوسطاء بالمطلق.

في كل هذه الحالات، فإن الاستدلال الذي كان يتخذ هذه القواعد- قبل تفسيرها- عذرا لعدم الاعتراف بوجود مبدأ عام للقانون، يعكس منظورا ومنهجيا ساكنا للقانون.

على عكس ذلك، في حال إحجام الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق، فإن الاعتراف- عن طريق النهج عبر الدولي- بالطبيعة الخصوصية لهذه القواعد قد سمح للمحكّمين بألا يطبقوا هذه القواعد نظرا لأنها تخالف القواعد المقبولة بوجه عام، مما ساهم في إسراع تطور تلك القوانين. في الواقع إن تخلي الدول التي كانت تتبنى حلولاً خصوصية، عن هذه الحلول في الأمثلة السابقة يؤكد صحة هذا النهج أي مذهب القواعد عبر الدولية.

(1) إيمانويل غيار، الأوجه الفلسفية لقانون التحكيم الدولي، المرجع السابق، ص 72.

ج- إلزامية القواعد عبر الدولية: يقصد بإلزامية القواعد عبر الدولية، تمتعها بالإلزام الذاتي، أي بالاستقلال عن الأنظمة القانونية الداخلية، وقد انقسم الفقه في هذا الشأن إلى قسمين: الأول ينكر عن هذه القواعد خاصية الإلزام، وقسم يعترف لها بهذه الخاصية.

1- الاتجاه المنكر: يذهب أصحاب هذا الاتجاه⁽²⁾ إلى عدم الاعتراف للقواعد عبر الدولية بالصفة الإلزامية بعيد عن الأنظمة القانونية الوطنية استنادا إلى نوعين من الحجج.

الأولى تتعلق بعدم وجود خصائص وصفات القاعدة القانونية في هذا النوع من القواعد. والثانية تتعلق بالمجتمع الذي تطبق فيه.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن القواعد عبر الدولية لا تتمتع بخصائص القاعدة القانونية المتمثلة في التجريد والعمومية وفرض الجزاء المادي، لأنه من الخصائص الرئيسية للقاعدة القانونية تمتعها بهذه الصفات، لأن خطابها موجه إلى جمهور من الناس غير معين بذاته، كما أن الوقائع التي تعنيها هي كذلك غير محددة ومعينة. وإنما العبرة فيها تكون بعموم الصفة وبتحقق الشرط، والتجريد يستوجب تحقق عنصري القاعدة القانونية من فرض وحكم، أي توافر المركز القانوني الذي إذا تحقق وجب إعمال الحكم، أي إعمال الأثر الذي يوجبه القانون إذا توافر المركز أو الفرض، وألا تطبق على حالة واحدة، إذ يجب ألا يستغرقها التطبيق المنفرد، إذ هي معدة لتواجه حالات غير محددة.

ومثل هذه الصفات منعدمة في القواعد عبر الدولية، حيث يأخذ عليها البعض كونها ستارا لتقزيم دور الدول النامية في بناء اقتصادها، وتعربة التجار الوطنيين أما منافسيهم، إذ لا يستندون

(2) نعيبي فوزي، مقالة حول التحكيم التجاري الدولي في تدويل النظام القانوني لعقود التجارة الدولية في الجزائر، مجلة التحكيم العالمية، بيروت، العدد الثاني عشر، 2011، ص 209.

فحسب إلى قانون هو مبدعوه وفارضوه، بل إلى مركز اقتصادي قلب التوازن المالي للعلاقة التعاقدية قبل أن يتم إبرام العقد، هذا بالإضافة إلى أن خلق القواعد عبر الدولية لا يتم عفويا، إذ يؤخذ عليها مراعاتها ومحاباتها للشركات عبر الدولية عن طريق تقييد دور القانون الوطني كأداة توجيه للاقتصاد القومي خاصة في الدول النامية، ثم إن عدم وجود قانون دولي للتجار، وإنما عادات وأعراف خاصة بتجارة محددة (الحبوب - التبغ - البن) والتي يغلب عليها الطابع المحلي، كما في أعراف ليفربول أو هامبورغ، من شأنه أن ينقض صفة العمومية في القواعد عبر الدولية.

ويذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أنه حتى ولو توافرت خاصيتا التجريد والعمومية في هذه القواعد، فإنها لا تتمتع بالجزاء المادي الذي يجعل منها قاعدة قانونية، فأني نظام قانوني لا تقوم له قائمة ما لم تقترن قواعده بجزاء يكفل احترامها وبقائها، فالذي يميز النظام القانوني للدولة هو وجود ذلك الجزاء الذي تتكفل السلطة بتوقيعه وفي هذا الصدد يلاحظ أن القواعد الموضوعية للتجارة الدولية⁽¹⁾ تفتقد هذا الجزاء، فلكي تتمتع هذه القواعد بالصفة الإلزامية يجب أن تندمج في نظام قانوني داخلي، فهذا الاندماج هو الذي يمنح القواعد عبر الدولية الجزاء المادي كالقواعد القانونية الوطنية وإن كان ما أشاروا إليه بهذا الصدد كان بخصوص الأعراف.

وبالإضافة إلى ما تقدم من حجج فقد أورد أصحاب هذا الاتجاه حججا أخرى في نفس المنوال نذكر منها

- **التناقض:** اعتبر **kassis** ⁽²⁾ أن المبادئ العامة التي تكون أحد أشكال **lex mercatoria** تنطوي على مضامين متناقضة ويعطي مثلا على ذلك رفض قضاء التحكيم في غرفة التجارة الدولية لنظرية الظروف الطارئة، تطبيقا لمبدأي العقد شريعة المتعاقدين وقرينة

(1) عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، بيروت، ص 14.

(2) إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 544.

الاحتراف، والذي يعد أمراً متعارضاً مع مبدأي الحفاظ على توازن الأداء ذات التنفيذ المستمر والعدالة، وهما من مبادئ *lex mercatoria* أيضاً.

- النقص أو عدم الكمال: يرى البعض أن القواعد عبر الدولية لا تحتوي على قواعد كافية تغطي مختلف المسائل التي تثور في مجال العقود الدولية، فهي وإن اشتملت على قواعد تتصل بتفسير تلك العقود وإبرامها، إلا أنها تخلو من القواعد القانونية التي تحكم مسائل أخرى، على درجة كبيرة من الأهمية، من ذلك: أهلية الأطراف، التراضي، إلى غير ذلك من القواعد الضابطة لهذه المسائل.

ويشير البعض الآخر إلى قلة عدد المبادئ التي تشكل جزءاً من هذه القواعد، كعيب يلازمها وقد حصرها بعض الفقهاء بعشرين مبدأً، والتي لن يكون بإمكانها تلبية الحاجات الملحة للتجارة الدولية.

- الطابع المكمل للقواعد عبر الدولية: بمعنى أن عادات وأعراف التجارة الدولية، وإن شكلت قواعد قانونية قادرة على حكم وتنظيم العقود الدولية، إلا أن تلك القواعد ليست إلا قواعد تكميلية، فهي لا تطبق بقوة سرياتها، بل لا بد أن يقرر الأطراف بإرادتهم الصريحة أو الضمنية رغبتهم بتطبيق أحكامها، وفي ذلك اقتراب من نظرية *kassis*⁽¹⁾ بشأن الأعراف التجارية التي اعتبرها مجرد عادات اتفاقية تستمد إلزامها من اتفاق الأطراف.

- القواعد عبر الدولية إحساس شخصي بالعدالة: إن تطبيق المحكم للقواعد عبر الدولية يعد في حقيقة الأمر إعمالاً لشعور الشخصي للمحكم بالعدالة. وبالتالي يتمثل تطبيق المحكم للقواعد عبر الدولية، مع تطبيق المحكم لقواعد العدالة والإنصاف. فاللجوء إلى القواعد عبر الدولية هو شكل من أشكال التفويض بالصلح الذي يلزم لصحته اتفاق الأطراف، وفي ذلك يقول الأستاذ

(1) إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 544.

محمد شحاته:"... طالما أن الخصوم لم يرغبوا في منح المحكم سلطة الفصل في النزاع كمفوض بالصلح، فإنه من غير المعقول التفكير في تخويله سلطة الفصل على مقتضى قواعد التجارة الدولية."

2- الاتجاه المؤيد: يرى أصحاب هذا الرأي أنه يمكن أن تمتع القواعد عبر الدولية بالطابع

الملزم خارج الأنظمة القانونية الوطنية، معتبرين أنها تتمتع بخصائص وصفات القواعد القانونية وبوجود مجتمع مستقل تطبق فيه.

و يرون أن الأعراف التجارية المبادئ العامة المستقرة في قضاء التحكيم الدولي تتمتعان بميزتي العمومية والتجريد. وإذا كان الأمر لا يحتاج لأي نقاش بخصوص الأعراف لجهة تمتعها بهذه الميزات، فإن الأمر خلاف ذلك بشأن المبادئ العامة عبر الدولية، حيث أخذ عليها عدم ملاءمتها للطرف الضعيف ومحاباتها للشركات عبر الدولية، انطلاقاً من تمسكها بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. وهذا الأمر يحرمه من صفة التجريد.

وفي الواقع إذا كان مبدأ العقد شريعة المتعاقدين هو عملياً ضد مصلحة الطرف الضعيف الوطني، بسبب تطبيق القواعد عبر الدولية، فإنه يمكن الحد من ذلك بواسطة القواعد ذات التطبيق الضروري⁽¹⁾ والنظام العام عبر الدولي، هذا بالإضافة إلى أن أعمال المبدأ ليس بالضرورة في صالح الطرف القوي ضد الطرف الضعيف، إذ توجد عدة حالات صدرت فيها قرارات تحكيمية، جرى فيها تطبيق مبدأ قدسية العقد ومبدأ المعقولية لصالح الطرف الضعيف.

ومن حيث العمومية، فإن تمتع القاعدة القانونية بصفة التجريد يستتبع تمتعها بصفة العمومية، ولا يؤثر على صفتها هذه تعددها من حيث أماكن تطبيقها. فلئن كانت الأعراف عبر الدولية عبارة عن تطبيقات مهنية، تختلف باختلاف السلعة أو الخدمة التي تتعلق بتنظيمها، فإن ذلك لا يجرمها من صفتها كقواعد عامة ومجردة، كونها لا تحكم حالات فردية، إنما تنظم مهنة أو خدمة

(1) هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2014، ص 727.

بين مهن وخدمات يتم التعامل فيها في ميدان التجارة الدولية، فحصر هذه الأعراف بنطاق خاص لا يؤثر على عموميتها وتجردها، كما هي الحال بخصوص الأعراف المحلية الداخلية.

وبالإضافة إلى ما تقدم يرى أصحاب هذا الطرح أن هذه القواعد تمتع بالقدرة على فرض الجزاء الذي يضيف عليها صفة القواعد القانونية، إذ يشير الأستاذ fouchard⁽²⁾ إلى تضمينها لنوعين من الجزاءات: المالية والمعنوية، كتقديم تأمين لتغطية مصاريف الحكم أو مبلغ التعويض الذي قد يحكم به المحكم، هذا بخصوص الجزاءات المالية. أما بالنسبة للجزاء المعنوي فقد يكون بنشر أسماء أطراف التحكيم الممتنعين عن تنفيذ حكم التحكيم، وحرمان الطرف المتخلف عن تنفيذ الحكم من التمتع بخدمة التحكيم في نطاق مهنته في المستقبل، فمثل هذه الجزاءات وإن لم تكن مطابقة لتلك المفروضة من قبل الدولة، إلا أنها كافية للاعتراف للقواعد عبر الدولية بالتمتع بالجزاء، وهي جزاءات فعالة تتناسب مع مجتمع التجار.

وبالحصول فإننا نعتقد أن المجتمع الدولي قد فصل في مسألة إلزامية هذه القواعد من عدمها، بدليل أن جل المعاهدات الدولية والتشريعات الداخلية قد تبنت مثل هذه القواعد إما صراحة أو ضمنا. فعلى صعيد المعاهدات الدولية، فإن معاهدة نيويورك لسنة 1958 وإن لم تتخذ موقفا صريحا لهذه الناحية، فإنها لا تمنع في تطبيق هذه القواعد وذلك خلافا لمعاهدة جنيف لسنة 1961 وواشنطن لسنة 1965، وعمان لسنة 1987، حيث تمت الإشارة صراحة لهذه القواعد، فقد نصت المادة السابعة من معاهدة جنيف لسنة 1961 على التزام المحكم بتطبيق الأعراف التجارية في حالة سكوت أطراف النزاع عن اختيار القانون واجب التطبيق، وأشارت المادة 42 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 إلى وجوب تطبيق قواعد العدالة والإنصاف، أما معاهدة عمان قد تحدث بصراحة في المادة 21 منها على وجوب تطبيق قواعد العدالة والإنصاف أو الأعراف التجارية، وذلك بطبيعة الحال عند عدم اختيار المحكمين لقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع.

(2) إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 548.

وفي رأينا أن أهم إشارة لتطبيق هذا القواعد عبر الدولية هو ما جاء فقه القضاء التحكيمي في فرنسا وتبناه المشرع الفرنسي، فقد تبني فقه القضاء التحكيمي الفرنسي القواعد عبر الدولية بمقتضى قرار " داليكو" الصادر بتاريخ 20 ديسمبر 1993، وذلك بعد أن كان المنهج التنازعي هو السائد في القضاء الفرنسي.

مع العلم أن المشرع الفرنسي كان قد نص سابقا في المادة 1496 من قانون المرافعات الفرنسي⁽¹⁾ الجديد على ما نصه " يفصل المحكم في النزاع على مقتضى قواعد القانون"، وقد اعتبرت هذه العبارة بمثابة النص الصريح على أن المقصود بقواعد القانون ليس فقط القواعد التشريعية وحسب بل يمتد هذا المصطلح ليشمل اتفاقات الطرفين التي لا تتعارض مع النظام العام وحسن الآداب والأعراف والعادات التجارية الجارية. وقد انتقلت هذه العبارة إلى مختلف التشريعات الوطنية ومن بينها التشريع الجزائري، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 1050⁽¹⁾ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

المطلب الثاني: مصادر القواعد عبر الدولية:

إن القواعد عبر الدولية، كأية قاعدة قانونية أخرى، تحتاج لمصدر تستمد منه إلزامها وشرعيتها، وقد وجد الفقه الحديث في الأعراف والمبادئ عبر الدولية مصدرا رئيسيا لهذه القواعد، وإضافة إلى ذلك يشير البعض إلى مصادر أخرى ثانوية على جانب من الأهمية في نشأة هذه القواعد، تتمثل في الاتفاقات التعاهدية والقوانين النموذجية والقواعد المهنية ومدونات السلوك.

(1) حسن المصري، المرجع السابق، ص 354.

(1) سانح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، بنصه وشرحه، والتعليق عليه، وتطبيقه، الجزء الثاني، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2011، ص 1227.

الفرع الأول: المصادر الرئيسية: تنقسم هذه المصادر إلى قسمين، الأول يتمثل بالأعراف

التجارية الدولية، والثاني يتمثل بالمبادئ العامة عبر الدولية.

أولاً: الأعراف التجارية الدولية: يعطي بعض الفقه و الاجتهاد التحكيمي مصطلح الأعراف

التجارية مفهوماً واسعاً يشتمل، بالإضافة إلى الأعراف بحد ذاتها، على المبادئ العامة عبر الدولية،

ففي قضية *framattome* (2) أشارت الهيئة التحكيمية إلى وجوب تطبيق مبادئ حسن النية

والعقد شريعة المتعاقدين لأتهما من أعراف التجارة الدولية. ومثل هذا المسلك منتقد لأنه يتضمن

خلطاً بين مفاهيم مستقلة ودجماً غير مبرر لمصدرين من مصادر القواعد عبر الدولية، تتفاوت درجة

أهميتها في تكوين هذه القواعد، فالأعراف التجارية الدولية تشكل المصدر الرئيسي للقواعد عبر

الدولية لدرجة دفعت بعض الفقه إلى وصفها بأنها قانون فرعي أو مهني أو طائفي.

وهذه الأعراف لا تتميز عن الأعراف الداخلية بأركان خاصة بها، إذ أن ركني العرف، المادي

المتمثل بتواتر العمل بقاعدة معينة أو باستمرار سلوك معين. والمعنوي، المتمثل باعتقاد الناس أن

القاعدة التي نشأت عن هذا السلوك قاعدة ملزمة، مطلوب توافرها في ميدان التجارة الدولية، كما

في ميدان العلاقات القانونية الداخلية، وإن كان يتميزان من حيث نطاق الأعمال، فالأعراف

التجارية الدولية يقتصر إعمالها على ميدان التجارة الدولية، بينما الأعراف التجارية الداخلية يتم

إعمالها في نطاق العلاقات الداخلية في دولة معينة أو حتى حيز جغرافي معين من هذه الدولة، أو في

قطاع معين في الدولة.

ويبدو أن الأعراف التجارية الدولية قد أخذت مكانة أكثر أهمية من الأعراف التجارية

الداخلية، وتجسدت هذه الأهمية في اتجاه المجتمع الدولي إلى تقنينها في إطار معاهدات دولية، أو إلى

النص على إلزامها وضرورة الأخذ بها في إطار التشريعات الوطنية كما سلف الذكر. و في إطار

التقنين نجد أن معاهدة الأمم المتحدة الخاصة بعقد البيع الدولي للبضائع لسنة 1980 والمعروفة

(2) إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 553.

بمعاهدة فيينا⁽¹⁾ والتي جاء في مادتها التاسعة ما يلي " يلتزم الطرفان بالأعراف والعادات التي اتفقا عليها وبالعادات التي استقر التعامل عليها بينهما، ما لم يوجد اتفاق مخالف، يفترض أن الطرفين قد طبقاه ضمنا على عقدهما وعلى تكوينه، كل عرف كانا يعلمان به أو كان ينبغي أن يعلما به، متى كان معروفا على نطاق واسع ومراعى بانتظام في التجارة الدولية بين الأطراف، في العقود المماثلة السارية في ذات فرع التجارة". ويستخلص من هذا أن معاهدة فيينا قد تطلبت وجود الركن المادي للعرف المتمثل في العلم بالعرف يقينا أم تقديرا، الذي يضاف إلى الركن المعنوي المتمثل هنا بوجود أن يكون مراعى بانتظام في التجارة الدولية.

ثانيا: المبادئ العامة عبر الدولية: نبحت ابتداء في تحديد معناها، ثم في القوائم التي وضعت

تدليلا عليها

أ- مفهوم المبادئ العامة: يشير الفقه إلى نظريات مختلفة في تحديد هذا المفهوم⁽¹⁾، فالبعض اعتبرها قواعد قانونية داخلية مشتركة، والبعض الآخر رأى أنها هي ذاتها المقصودة في المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية، والفقه الحديث انتقد المذهبين السابقين معا وأعطاهما مفهوما مختلف عما سبق ذكره.

1- المبادئ العامة عبارة عن قواعد قانونية داخلية مشتركة: تبرز في هذا النطاق نظريتان، الأولى تدعى الأساس المشترك والتي تبناها الفقيه الإيطالي. Sammartano⁽²⁾ والثانية تدعى نظرية القانون المقارن، وأبداها الفقيه الفرنسي Gaillard⁽³⁾. فالأولى تعتبر أن عدم اختيار الأطراف لقانون ما، كي يطبق على العلاقة القانونية التي تربط الأطراف، يتضمن اختيارا مزدوجا

(1) إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 554.
(1) شافير/ فريبيست/ إمهوس، التحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية من الناحية التطبيقية، اعداد وترجمة وتنقيح ابراهيم ستوت، المنشورات الحقوقية صادر، ص 228.
(2) إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 555.
(3) إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 555.

إيجابيا وسلبيا. ويتمثل الاختيار الإيجابي بالقواعد التشريعية المشتركة بين الأنظمة القانونية للأطراف، في حين أن الاختيار السلبي يتمثل بالقواعد المختلفة بين هذه الأنظمة، بمعنى أن هذه النظرية تقوم على تطبيق القواعد القانونية المشتركة بين عدد من الأنظمة الوطنية، أي أنها تستند إلى مصدر وطني أي داخلي. الأمر الذي يجعلها غير ملائمة لتحديد مفهوم المبادئ العامة عبر الدولية بوصفها مصدرا مستقلا لهذه القواعد.

2- المبادئ العامة الواردة في المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية هي ذاتها المبادئ

العامة عبر الدولية: يرى أصحاب هذا الرأي أن المبادئ التي أشارت إليها المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية والتي عني بها أنه للقاضي الحق بأن يحكم وفقا لقواعد العدل والإنصاف. وقد انتقد هذا المسلك كونه يتضمن خلطا بين القواعد عبر الدولية، وبين قواعد القانون الدولي العام.

3- نحو فهم جديد للمبادئ العامة عبر الدولية: المبادئ العامة عبر الدولية هي عبارة عن

قواعد نشأت بفعل السوابق التحكيمية في العلاقات القانونية الدولية، حيث استطاع المحكمون أن يضيفوا على هذه القواعد ذاتيتها المتفكدة والمتسقة وطبيعة التجارة الدولية. ويظهر هذا الأمر في أحكام التحكيم التي أشارت إلى المبادئ العامة عبر الدولية بوصفها مبادئ قانونية عامة، أو المبادئ العامة التي أقرها فقه القضاء التحكيمي.

ب- اجتهادات الفقهاء في تحديد قائمة إسمية للمبادئ العامة عبر الدولية:

أولا: قائمة **Mustilk** (1) تتمثل المبادئ العامة عبر الدولية، برأي القاضي الإنكليزي

اللورد بعشرين مبدأ فقط تتمثل في: الأصل تنفيذ العقود وفقا لشروطها- وجوب تعديل العقد بتغير الظروف، على الأقل في العقود الطويلة الأجل.- عدم جواز التعسف في استعمال الحق- وجوب تنفيذ العقد بحسن نية- المسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض- بطلان العقود التي تم

(1) إيباد محمود بروان، المرجع السابق، ص 558.

الحصول عليها بواسطة الرشوة والطرق غير الشريفة، وكذلك العقود الصورية التي قصد منها تحقيق غرض غير مشروع- عدم جواز دفع الأشخاص التابعة للدولة بعدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم.- الشركة الأم المتحكمة في مجموعة الشركات الوليدة، تعد طرفا متعاقدًا بالنيابة عن كل أطراف المجموعة، على الأقل فيما يتعلق باتفاق التحكيم- الالتزام بالتفاوض بحسن نية للتغلب على الظروف الطارئة- صحة الاتفاق على الدفع بالذهب- إنهاء العقد بالإرادة المنفردة في العقود الملزمة لجانبين عند إخلال الطرف الآخر بالالتزام جوهرى- لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يتسبب في منع تحقق شرط التزامه- عدم التزام المحكمة بتكييف الخصوم- التعويض عن الإخلال بالعقد يقتصر على الأضرار المتوقعة- التزام المتضرر باتخاذ الإجراءات المعقولة للحد من الأضرار- التعويض عن عدم التسليم يتم احتسابه وفقا لثمن البضاعة في السوق- على الدائن الالتزام بعناية الشخص الحريص على حقوقه وإلا ترتب سقوطها- حق المدين بالتمسك بالمقاصة- تفسير العقد وفقا لمبدأ أعمال النص خير من إهماله- عدم الرد على الخطاب المكتوب يعد دليلا على قبوله.

ثانيا: قائمة Loquin⁽¹⁾: لم يتعرض Loquin إلى جميع المبادئ عبر الدولية كما فعل

سلفه إنما أشار إلى بعضها مقسما إياها إلى أربعة مجموعات.

1- المجموعة الأولى وتشتمل على المبادئ المتعلقة بسلامة التعامل وهي: مبدأ قرينة الاحتراف

لدى المتعاملين في ميدان التجارة الدولية- فعالية البند التحكيمي- عدم جواز التذرع بغياب الأهلية لدى المتفاوض على العقد منع التناقض على حساب الغير.

2- المجموعة الثانية: تتناول مسألة قابلية التحول والتغير في الاتفاقية وتشتمل على الالتزام

بإعادة التفاوض.

(1) إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 561.

3- المجموعة الثالثة: تتعلق بتعاون أطراف العقد وتتضمن: - مبدأ إعلام الطرف الآخر بالظروف التي تعيق تنفيذ العقد- مبدأ الحد من الأضرار الواقعة - مبدأ التقسيم المتساوي للمخاطر.

4- المجموعة الرابعة: تتعلق بالاستقامة في التعامل وتشتمل بصورة رئيسية على مبدأ تحريم الرشوة و استعمال النفوذ.

ثالثاً: قائمة Gaillard⁽¹⁾.

وضع Gaillard قائمته، بعد فحصه للاجتهاد التحكيمي الذي تعرض للمبادئ العامة في نطاق العلاقات القانونية الدولية، حيث تبين له أن هذه المبادئ تتعلق إما بصحة اتفاقية التحكيم أ، تفسيرها أو تنفيذها.

أ- المبادئ المتعلقة بصحة اتفاقية التحكيم: بخصوص الأهلية والسلطة لإبرام اتفاقية التحكيم، يوجد مبدأ عدم جواز الدفع بانتفاء السلطة لدى موقع العقد.

- بخصوص عيوب الرضا يوجد مبدأ قرينة الاحتراف لدى المتعاملين في ميدان التجارة الدولية، وكذلك نظرية الظاهر. فالمبادئ المتعلقة بنظرية الظاهر وقرينة الاحتراف من شأنها أن تشجع الأخذ بنظرية صحة الاتفاقية الموقعة.

(1) إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص 562.

وإذا كان معظم المبادئ المتقدمة يستهدف حماية أحد أطراف العلاقة القانونية، فإن المصلحة العامة ليست بعيدة عن نطاق الحماية التي تؤمنها المبادئ عبر الدولية، حيث تقرر مبدأ بطلان العقد الحاصل بصورة مخالفة للنظام العام الدولي والآداب العامة، وكذلك بطلان العقود التي تنطوي على رشوة أو على تشجيع لتجارة المخدرات والأسلحة بين الأفراد أو الإرهاب، أو على خرق لحقوق الإنسان والملكية الثقافية العالمية. فمثل هذه العقود تكون باطلة لمخالفتها النظام العام الدولي الحقيقي أو عبر الدولي.

ب- المبادئ المتعلقة بتفسير اتفاقية التحكيم: وتنطوي على:

- مبدأ تفسير الاتفاقيات بحسن نية- مبدأ الفعالية، أي المبدأ الذي يقضي بإعمال النص لا إهماله- مبدأ السكوت يجب أن يفسر كرضا- مبدأ التفسير الجامع والشامل للاتفاقية- في حالة الشك يفسر البند ضد مصلحة الطرف الذي أدرجه- مبدأ أن تفسير العقد لا ينتج فقط عن العناصر الداخلية، إذا أن إرادة الأطراف تقدر في مضمونها، وخصوصا حسب العادات المتبعة في النشاط الذي أبرم العقد بشأنه- مبدأ التزام المحكمين بالتكييف الذي يعطيه الأطراف لتصرفهم.

ج- المبادئ المتعلقة بوجوب تنفيذ اتفاقية التحكيم : وتتمثل هذه المبادئ في

- مبدأ إعلام الطرف الآخر بالظروف التي تعيق تنفيذ العقد- فمبدأ التعاون بين أطراف العقد لضمان حسن تنفيذه يضع على عاتق الطرف المتعاقد، مهمة إعلام الطرف الآخر بما يطرأ أثناء تنفيذ العقد- مبدأ الأخذ بالظروف الطارئة وخصوصا في العقود الطويلة الأجل- مبدأ إعادة التفاوض بحسن نية في العقود الطويلة الأجل- مبدأ مسؤولية الطرف الذي يخل بتنفيذ العقد- مبدأ إمكانية الطرف المتعاقد مع المفلس بأن يثير دفع عدم التنفيذ- مبدأ الفسخ بسبب عدم التنفيذ- مبدأ التزام الدائن بالموجب غير المنفذ بالحد من خسائره- مبدأ التعويض الكامل عن الأضرار الواقعة- مبدأ تخفيض البنود الجزائية التعسفية- مبدأ وجوب التعويض عن الضرر المباشر والمتوقع-

مبدأ تقدير بدل العطل والضرر غير المنفذ من العقد بالنسبة للأجزاء الأخرى- مبدأ إعمال المقاصة متى توافرت شروطها.

تلك هي أهم القوائم التي حاول الفقهاء أن يحصروا فيها أهم المبادئ العامة، وذلك استناداً إلى أحكام المحكمين في ميدان التجارة الدولية، والتي أكدت على الطابع الملزم لهذه المبادئ، الأمر الذي يجعل من القواعد عبر الدولية، انطلاقة من اعتبار هذه المبادئ مصدراً لها، تتمتع بالطبيعة القانونية الملزمة.

لكن هذا الأسلوب، أي أسلوب تحديد المبادئ العامة في قوائم محددة هو أسلوب مستهجن، وذلك لاستحالة حصر جميع هذه المبادئ العامة عبر الدولية، وذلك لارتباطها بعامل غير مستقر ومتطور والمتمثل في اجتهادات فقه القضاء التحكيمي، ولذلك كان من الأفضل أن توضع معايير تعرف بها هذه المبادئ العامة عبر الدولية بدلاً من حصرها في قوائم لا يمكن أن تستوعبها بمرور الوقت.

وإلى جانب المصادر الأساسية للقواعد عبر الدولية وجدت مصادر أخرى ولكنها أقل شأناً من الأولى وتتمثل في

المصادر الثانوية: تتمثل هذه المصادر في الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتجارة الدولية، وبالآليات ومدونات السلوك التي تضعها المنظمات المهنية ومؤسسات التحكيم.

1- الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتجارة الدولية : تبرز هذه الاتفاقيات الخاصة بالبيع

الدولية⁽¹⁾، وبالتحكيم الدولي، وكذلك الاتفاقيات التي تستهدف وضع قوانين وعقود نموذجية.

(1) شافير/ فريبست/ إمهوس، التحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية من الناحية التطبيقية، اعداد وترجمة وتنقيح ابراهيم ستوت، المنشورات الحقوقية صادر، ص229.

أما بخصوص الاتفاقيات الخاصة بالبيوع الدولية، فإنها تستهدف غالبا توحيد القواعد الأساسية المتعلقة بالبيع، من ذلك اتفاقية فيينا الخاصة بالبيع الدولي للبضائع، والتي رمت إلى تبني قواعد موحدة تطبق على عقود بيع البضائع الدولية، وتتلاءم مع مختلف الأنظمة الاجتماعية والاقتصادية والقانونية، وتساهم في إزالة العوائق أمام التبادلات الدولية، وتشجع على نمو التجارة الدولية وفي هذا الإطار تبرز أيضا اتفاقية لاهاي بشأن البيع الدولي للمنقولات المبرمة سنة 1955.

أما النوع الثاني من الاتفاقيات فهو ذلك الخاص بالتحكيم التجاري الدولي، والتي شهدت في الآونة الأخيرة اهتماما متزايدا من طرف الدول، دل على ذلك العدد الكبير من هذه الدول الذي انظم إلى هذه الاتفاقيات الدولية، وخصوصا اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف وبتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وكذلك اتفاقية جنيف لسنة 1961 وكذلك اتفاقية عمان لسنة 1987.

فاتفاقيات التحكيم التجاري الدولي تساهم بصورة لا لبس فيها بظهور قواعد غير وطنية، وعبر وطنية تكون أكثر ملائمة من القواعد الداخلية، لحكم العلاقات التجارية الدولية، خاصة و أن التحكيم يعد القضاء الأمثل لفض منازعات التجارة الدولية، وإلى جانب هذا النوع من الاتفاقيات ظهر النوع آخر وهو كذلك مرتبط بالتحكيم التجاري الدولي، وهو ذلك النوع من الاتفاقيات الذي أطلق عليه تسمية القوانين النموذجية، ومن أهمها القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة سنة 1985 والذي يستهدف وضع قواعد محددة بشأن التحكيم في العلاقات التجارية الدولية. و ظهور هذا النوع من الاتفاقيات ومساعدة الدول إلى تبنيها أو تبني جزء منها، يوضح مدى الأهمية الكبيرة التي أصبحت تلعبها هذه الاتفاقيات في بلورة قواعد عبر دولية تتمتع بالصفة القانونية الوطنية.

2- الأنظمة المهنية ومدونات السلوك وتطبيقات المؤسسات التحكيمية: إلى جانب

الاتفاقيات الدولية تلعب العقود النموذجية والشروط العامة دورا مهما في إنشاء وإعداد قانون غير

وطني خاص بالتعاملات الدولية، وكذلك أيضا مدونات السلوك وتطبيقات المؤسسات التحكيمية على غرار غرفة التجارة الدولية بباريس. وقد تعزز هذا الدور بالتبني المضطرد للعاملين في ميدان التجارة الدولية لمحتويات ومضامين هذه الأنظمة والمدونات كي تطبق على علاقاتهم القانونية، وهو الأمر الذي يشكل دليلا على فائدتها.

فأما العقود النموذجية⁽¹⁾ فهي تلك العقود التي ساهمت التطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية لظهورها، كعقود التأمين والتوريد وبعض البيوع، التي تجري على نسق واحد تفرضه طائفة من التجار أو منظمة ما ينتمون إليها كالنقابات والغرف التجارية، مما جعل البعض يقول أن المتعاقدين يفقدون سلطانهم في نطاق هذه العقود حيث لا يملكون سوى الانصياع لشروطها الآمرة المحددة سلفا فلا تتوافر لهم حرية مناقشتها فتضعف إرادتهم بل وتكاد تنمحي في إطار هذا النوع من العقود إرادتهم، ورغم شيوع هذه النظرة عن العقود النموذجية إلا أن الفكر القانوني ولئن سلم بشرعية هذه العقود من حيث المبدأ نظرا لما تحققه من مصلحة مشتركة للتجار الذين ينتمون لطائفة معينة تحترف نوعا معينا من التجارة، إلا أنه تصدى لفكرة الإذعان عن طريق إبطال الشروط المجحفة التي قد تتضمنها هذه العقود أو إعفاء الطرف المدعن منها كلية.

وإن استمرار الأخذ بهذا النوع من العقود، تدعمه الغرف التجارية التي تمثل طوائف التجار أدى إلى إنتاج مدونات سلوك ساهمت إلى قوننة هذا التطبيق، ومثال ذلك ما فعلته غرفة التجارة الدولية عندما كرس قواعد محددة للاعتمادات المستندية، وكذلك القواعد الخاصة بتفسير العبارات المستخدمة ببعض العقود الدولية.

وعليه فقد استطاعت هذه العقود ومدونات السلوك وتطبيقات المؤسسات التحكيمية على خلق مبادئ عبر دولية.

(1) حسن المصري، المرجع السابق، ص 362.

خاتمة: إن تقنية القواعد عبر الدولية أو المنهج المباشر وذلك بخلاف المنهج غير المباشر أي تقنية قواعد الإسناد، هو منهج ذو بعد عالمي توحيدي يعتمد ما على ما يستقر عليه القانون المقارن والتطلعات الشرعية للمتعاملين الاقتصاديين، كما أنه يمنح الأمان والوضوح لهؤلاء المتعاملين وذلك في ظل الصعوبات الكبيرة التي تواجههم إما في إبرام صفقاتهم أو في فض النزاعات الناتجة عن هذه الصفقات إذا كانت مرتبطة بالقوانين الوطنية، نظرا لتباين مفاهيم هذه القوانين من دولة لأخرى وانغلاقها على معطيات واعتبارات خاصة بكل دولة، كما أنه أكثر ملائمة لقواعد التجارة الدولية من المنهج التنازعي الذي يطرح الأسئلة أكثر مما يجيب عليها، لأن قواعد التنازع حتى بعد الإسناد إليها، فإنها قد تعطي حلولاً غير مقبولة أو تترك المسألة من غير حل كما هو الحال في الإحالة البعيدة التي قد تقوم برد الاختصاص من قانون لآخر في تسلسل لا نهائي أو العودة إلى قانون سبق استشارة قواعد الإسناد فيه مما يوقع فيما أسماه الفقيه الإيطالي بوزاتي لعبة التنس، أو ما سماه الفقيه الألماني كاهن بغرفة المرايا⁽¹⁾، وما اعتبره معظم الفقهاء بالحلقة المفرغة لا سبيل للخروج منها.

وهذه المسائل التي وجدت في المنهج التنازعي والتشريعات الوطنية، جعلت من منهج القواعد عبر الدولية الحل الأمثل الذي يتوافق مع التوقعات المفترضة لأطراف التجارة الدولية سواء على مستوى إبرام العقود أو التوصل لفض النزاعات الناتجة عن هذه العقود أي عن طريق التحكيم التجاري الدولي.

(1) سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004، ص 167.

المراجع:

- إيمانويل غايار، الأوجه الفلسفية لقانون التحكيم الدولي، ترجمة رنا شعبان - محمد شلباية مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت 2011.
- إياد محمود بروان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2004.
- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014.
- شافير/ فرييست/ إمهوس، التحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية من الناحية التطبيقية، اعداد وترجمة وتنقيح إبراهيم ستوت المنشورات الحقوقية صادر، لبنان، 2011.

- فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، الطبعة الأولى، 2010.

- حسن المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.

- حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 202.

- الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، بيروت، 2008.

- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004.

- سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار الهدى، عين مليلة، 2011.

- عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008 بيروت.

المقالات.

- نعيمة فوزي، مقالة حول التحكيم التجاري الدولي في تدويل النظام القانوني لعقود التجارة الدولية في الجزائر، مجلة التحكيم العالمية، بيروت، العدد الثاني عشر، 2011.

ISSN : 2170-0931

المعيان

مجلة دورية محكمة تصدر عن المركز الجامعي تيسمسيلت - الجزائر -



العدد: 09 جويلي 2014

المركز الجامعي تيسمسيلت - الجزائر - الهاتف / الفاكس: 046 / 47 / 56 / 18

منشورات



العلوم القانونية والإدارية

- الضمانات الدولية المقررة لحماية حقوق الانسان أثناء الاحتلال.
د: أحمد لعروسي..... 131
- الحماية القانونية للسائح في ضوء عقد السياحة.
د: يزيد دلال..... 151
- الحق في المساعدة الانسانية زمن النزاعات المسلحة "الأسس والمتطلبات".
أ. أحمد عتو..... 171
- الحماية الجنائية للقوائم الانتخابية في التشريع الجزائري.
أ. براهيم الوردي..... 189
- النظام القانوني للترّج بالأعضاء البشرية "دراسة مقارنة".
د: عبد القادر علاق..... 206
- الأمن البيئي في الأراضي تحت الاحتلال في منظور القانون الدولي الانساني.
د: الشيخ بوسماحة..... 228
- بدائل العقوبة السالبة للحرية من منظور إسلامي.
د: بوزيان عليان - د: حبشي لزرق..... 242
- ماهية النظام العام الدولي في التحكيم التجاري الدولي.
أ. عبد المالك باسود..... 269
- عقوبة العمل للنفع العام.
أ: لمقدم حمر العين..... 283
- نظام البيكاميرالية في النظام الدستوري الجزائري. المبررات، التطبيق، والأثر على الأداء البرلماني.
أ. بن يمينة يحيى..... 297

العلوم الاقتصادية والتجارية

- الاقتصاد الجزائري: بين العام والخاص، من الحماية إلى المنافسة (مقاربة نظرية).
أ: محمد إبراهيم عبد اللوي..... 317

ماهية النظام العام الدولي في التحكيم التجاري الدولي

بقلم الأستاذ : باسود عبد المالك / كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة سعيدة

مقدمة: يعد الحديث عن النظام العام من أعقد المواضيع وأكثرها غموضا وذلك للوظيفة التي يؤديها النظام العام والأثر المترتب عنها، فهذه الأداة القانونية هي صمام الأمان للأنظمة القانونية. فالنظام العام يؤدي وظيفة الرقابة على الاتفاقات والعقود والقوانين المطبقة على التزاعات، فكلما تمت مخالفة الفلسفة التشريعية والأسس الجهورية لنظام وطني ما، كان لزاما على النظام العمل أن يعمل أثره وهو إقصاء هذه القوانين أو العقود أو الشروط المخالفة للنظام العام، فجوهر مهمته إذا هو حماية الأنظمة الوطنية من الاختراق، فهو كما صوره الأستاذ الألماني راب⁽¹⁾ بأنه مثل " المزلاج على الباب الخارجي الذي يغلق عند الضرورة". ولكن المشكل لا يكمن في طبيعة وظيفته، وإنما المشكل الأكبر يتمثل في مضمونه، الذي لم يستطع الفقه أن يجمع عليه، فقد أجمع الفقه على طبيعة وظيفته، لكنه اختلف اختلافا عميقا في تحديد مهمته، بل هناك من أنكر بالجملة أنه قد استطاع أن يدرك ماهيته، على غرار الأستاذ فيليب مالوري، فرغم سعة علمه وطول تجربته إلا أنه اعترف بعجزه عن معرفة ماهية النظام العام، وقد عبر عن هذه الحيرة بقوله⁽²⁾:

« Pendant quarante ans j'ai eu l'occasion de me demander ce qu'était l'ordre public' j'ai réfléchi sur ce qu'était l'ordre public' et je ne sais pas très bien ce que c'est ».

وقد كان هذا الارتباك موجودا في ظل عدم الإحاطة بالنظام العام الوطني، ثم ازداد الأمر تعقيدا مع ظهور تقنية قواعد التنازع والتي ظهر معها نوع من النظام العام، أطلق عليه تسمية النظام العام الدولي المخفف أو النسبي، ثم ظهر نوع جديد من النظام العام بالتوازي مع ظهور قواعد التجارة الدولية، والمفاهيم القانونية العابرة للحدود. فظهر النظام العام عبر الدولي.

إذا فهذا البحث يعالج مجموعة من المفاهيم الإشكالية يأتي على رأسها تحديد مفهوم النظام العام بصفة عامة وأيضا مضمونه، ثم التطرق إلى تحديد النظام العام الداخلي والمخفف وعبر الدولي، وما هي الفروق الجهورية

بينهما. لكن الإشكال الأهم الذي سنعالجه في هذا البحث هو طبيعة النظام العام عبر الدولي ومضمونه ومصادره ووظيفته.

1- تعريف النظام العام: إزاء إدراج النظام العام ضمن المفاهيم ذات المحتوى المتغير، باعتباره تقنية منظمة لعدم التوقع. ولكونه فكرة مرنة ومتطورة ويكتنفها الغموض وبالتالي يصعب تحديدها، فإن مهمة تعريفه اعتبرت ضربا من ضروب المغامرة. لكن مع ذلك حاول بعض الفقهاء الاجتهاد في تقديم تعريف لهذه الفكرة.

فقد حاول الأستاذ فليب مالوري⁽³⁾ أن يقدم تعريفا فضفاضاً خاصاً به يعرفه " بكونه السير العادي للمؤسسات الضرورية الذي تضمنه الأطر الأساسية التي يقوم عليها بناء المجتمع الأصلي.

ويعرفه الأستاذ Demogue بكونه⁽⁴⁾ " القيود التي توردها الدولة على حرية الأفراد في تنظيم روابطهم"، وهو المفهوم ذاته الذي تبناه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بمادته التاسعة والعشرون التي جاء فيها: يخضع الفرد في ممارسة حقوقه وحرياته لتلك القيود التي يقرها القانون فقط لضمان الاعتراف بحقوق الغير و حرياته واحترامها ولتحقيق المقتضيات العادلة للنظام العام والمصلحة العامة والأخلاق في مجتمع ديمقراطي".

أما الأستاذ محمد الحبيب الشريف فقد عرفه بكونه⁽⁵⁾ " مجموع القواعد القانونية الآمرة التي لا يجوز للأطراف المعنية مخالفتها باتفاقهم، والتي ترمي إلى تنظيم أهم المصالح العامة والخاصة الخادمة في أبعد أبعادها لمصلحة المجموعة، والساعية إلى حمايتها بصفة مباشرة أو غير مباشرة".

وقد انتقدت جميع هذه التعريفات لسبب أو لآخر فمنها من شابه الغموض بحيث لم يوضح ما المقصود فعلا بالنظام العام، ومنها أخلط بين النظام العام كوضعية قانونية سائقة ومفروضة وبين فكرة القاعدة القانونية كأداة تعويدية وتنظيمية

والتعريف الذي نختاره هو ذلك الذي أورده الأستاذ حسين السالمي حيث عرفه بكونه⁽⁶⁾ " وضع من كثافة (قوة) الإلزام القانوني تفرضه غاية تحقيق مصلحة جماعية عامة موضوعية أو تنظيمية داخل نظام الدولة أو مصلحة جماعية دولية عابرة داخل نظام ما بين الدول بإزاحة أثر عمل الإرادة الشخصية للأفراد وإحلال الإرادة العامة

للدولة التي تعبر عنها قوانينها الآمرة محلها، أو إزاحة الإرادة العامة للدولة التي تعبر عنها قوانينها أو تصرفاتها السيادية وإحلال إرادة المجتمع الدولي التي تعبر عنها قواعده و مبادئه الآمرة محلها".

و أسباب اختيار هذا التعريف هي لأنه يتوفر على صفتي الجمع والمنع:

الجمع: هو تعريف جامع لأنه ينطبق على كل أصناف النظام العام الداخلي والدولي، للدولة، أو للمجتمع الدولي، في مفهوم القانون الخاص وفي مفهوم القانون العام إذ يشمل المرجعية الدولية والداخلية معا و ينصرف إلى تصرفات الأفراد وتصرفات الدولة الخاصة والسيادية على السواء. وهو يشمل الوظيفتين الحمائية والتنظيمية للنظام العام.

كما هو يجمع بين الغائية و الأدوات في تصوره بقدر ما تساهمان في تكوينه، كما يشمل كل أصناف قواعد القانون عامه و خاصه بقدر ما هي صالحة كمرجعية له. كما يجمع بين غاية النظام العام المشتركة وهي تحقيق مصلحة مفضلة باعتبارها من النظام العام وبين أداة تحقيقها وهي تقنية الإزاحة كإزاحة الشرط التعاقدى المخالف في المستوى الوطني، أو إزاحة العمل القانوني أو القانون المتعارض مع النظام العام في المستوى الدولي، ولو أدى ذلك إلى تقليص سيادة الدولة نفسها أو اختراق حدودها، وبين أثر تلك الإزاحة وهو إحلال إرادة عليا محل إرادة أدنى دون الخلط بينهما.

المنع: وهو كذلك تعريف مانع، لأنه يمنع الخلط أو الالتباس بين النظام العام وبين المفاهيم المقاربة. فهو لا يندمج في مفهوم القاعدة القانونية الآمرة التي ليست سوى تعبيرا عن تأكيد الحماية لمصلحة ما أو أداة يستعملها واضع القانون لتحقيق غاياته التي يمكن أن تكون في ذاتها مخالفة للنظام العام خصوصا في منظور القانون الدولي الإنساني.

وهو تعريف لا يجعل النظام العام يذوب في مفهوم الإلزام القانوني الذي ليس هو العنصر المكون في النظام العام وإنما يعتبر في تكوينه هو "درجة كثافة ذلك الإلزام" فلا يحصل الخلط مع الإلزام الناجم عن مجرد العلوية الهرمية الشكلية⁽⁷⁾ في سلم مصادر القانون التي يمكن أن تتواجد بين قواعد لا اتصال لها بالنظام العام. إذ لا يقف عند الإلزام الشكلي الهرمي ولو بين النظامين الداخلي والدولي وإنما يفترض اقتران العلوية الشكلية بكثافة الإلزام الناجمة عن أفضلية المصلحة أو علويتها.

وهو في النهاية يمنع الخلط بين أداة النظام العام وهي تقنية الإزاحة أي الاستبعاد وبين أثر النظام العام وهو إحلال مضمون إرادة أعلى محل إرادة دنيا.

ويكتسب النظام العام بهذا المفهوم طابعا مزدوجا بين طابع وظيفي تقني قانوني وهو فرض علوية الإلزام القانوني الشكلي بين مصادر الإلزام القانوني أي القانون فيخضع القاعدة الأعلى للقاعدة الأدنى في سلم هرم مصادر القانون، وطابع غائي موضوعي يفرض المصلحة الأولى بالحماية على أساس المفاضلة بين المصالح في المراكز القانونية. وهكذا تجمع تقنية النظام العام بين الموضوعي القانوني (علوية الإلزام) والذاتي القضائي (المفاضلة بين المصالح). ولعل هذا الطابع الوظيفي التقني المزدوج هو الذي جعل البعض يستعمل مصطلح الانتظام العام عوضا عن مصطلح النظام العام لأنه يعبر بصورة أوضح على عنصرين: من خلال خضوع الإرادة بالانصياع لمقتضيات النظام العام (بانتظامها داخله) ، والمرجعية العامة التي تقتضي العلوية المفروضة وإزاحة الإرادة أو المصلحة الأدنى بما يجعل منه انتظاما ذي طابع شامل لكل المراكز المتماثلة.

ويؤكد الفقه أن العبرة في تقدير مدى تعلق الأمر بالنظام العام من عدمه، هي بوقت النظر بالدعوى وليس بالوقت الذي نشأ فيه المركز القانوني محل النزاع. هذا فيما يتعلق بالنظام العام بصفة عامة، أما النظام العام الدولي فهو ما سيتم تناوله في الفقرات التالية.

ولا بد أخيرا من القول أن ما ذكر ما هو إلا تحديد للنظام العام بصفة عامة، أما النظام العام الدولي فهو وإن كان ينتمي إلى نفس الطائفة إلا أنه يتمتع بخصوصيات تميزه عن بقية أصناف النظام العام.

المفهوم المتميز للنظام العام الدولي ونطاق إعماله:

لقد ميز الفقه⁽⁸⁾ وفقه القضاء والتحكيم ثم التشريعات الوطنية بين النظام العام الدولي وغيره من الأنظمة العامة، فقد تم التمييز بين النظام العام الدولي وبين النظام العام الداخلي، وتمت التفرقة بين النظام العام الدولي المطلق وبين النظام العام الدولي النسبي أو المخفف.

فالنظام العام الداخلي هو ما يكون أثره مقتصرًا على داخل الدولة الواحدة وفي العلاقات القائمة بين السلطة الإقليمية والمواطنين الخاضعين لها أي الحاملين لجنسيتها.

أما النظام العام الدولي المخفف أو النسبي⁽⁹⁾ فيظهر في العلاقات الخاصة الدولية أي بين الأجنبي ودولة لا يخضع لها، أي أنه يشمل الحالات القانونية ذات العنصر الأجنبي. وفي هذه المسألة ينبغي التفرقة بين دور النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي المخفف أو النسبي، فهذا الأخير يأخذ طابعا استثنائيا خاصا ومتميزا. فرغم أن كليها يهدف إلى صيانة المصالح الجوهرية للمجتمع، إلا أن استخدام هذه الفكرة في المجال الداخلي يعني ضمان عدم الخروج الإرادي عن أحكام القواعد الآمرة بينما في يستعان بهذه الفكرة في نطاق العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت باختصاصه قواعد الإسناد⁽¹⁰⁾. ففي علاقته بالنظام القانوني الوطني هو يقوم بدور حمائي وفي علاقته بقواعد الإسناد هو يقوم بدور الحاجز الذي يمنع تطبيق القانون الأجنبي

وكذلك يتميز هذا النوع من النظام العام بطابعه الاستثنائي لأنه يقوم باستبعاد القانون الأجنبي، وإحلال القانون الوطني محله.

ولذلك كانت التسمية التي تطلق على هذا الفصيل من النظام العام خاطئة ونعني بها النظام العام الدولي النسبي أو المخفف. ففي الحقيقة والواقع يعد النظام العام الذي يحكم العلاقات القانونية ذات الطابع الأجنبي، والنظام العام الذي يحكم العلاقات الداخلية هما نظام عام واحد وهو النظام الوطني أو النظام العام للدولة، فالخلاف بينهما ليس في المضمون، وإنما في الأثر كما سبق الذكر.

هذا فيما يتعلق بالنظام العام الذي يحكم العلاقات القانونية ذات الطابع الأجنبي والذي يطلق عليه تجاوزا النظام العام الدولي المخفف أو النسبي، أما بالنسبة للنظام العام الدولي الحقيقي أو المطلق فسيتم التطرق إليه في الفقرة التالية.

1- تعريف النظام العام الدولي المطلق أو الحقيقي:

- تحديد التسمية: اختلف الفقه⁽¹¹⁾ حول التسمية التي ينبغي إطلاقها على غير النظام العام الدولي للدولة، أي النظام العام الذي يحكم العلاقات القانونية الدولية، فالبعض أطلق عليه تسمية النظام العام للقانون التجاري الدولي، والبعض يسميه النظام العام غير الوطني، والثالث يوحته تحت اسم النظام العام الدولي المطلق أو الحقيقي

تميزا له عن النظام العام في مجال تنازع القوانين. وبعض الفقه أطلق عليه تسمية النظام العام عبر الدولي. وهو الذي اتفق عليه أغلب الفقه

و سبب اختيار هذه التسمية، هو لكونها تحديد بدقة طبيعة العلاقة القانونية التي يحكمها هذا النوع من النظام العام، إضافة إلى كونه يزيل إمكانية التفكير بوجود نظام عام دولي غير حقيقي أو وهمي وهذا نوع غير موجود إطلاقا، إن في إطار القواعد القانونية التي تحكم العلاقات القانونية الدولية أو الداخلية.

ومهما تعددت التسميات، فإن الشيء الأكيد هو أن هذا النوع من النظام العام يشكل الجانب الأمر في القواعد القانونية عبر الدولية، الذي لا يجوز للعاملين في ميدان التجارة الدولية مخالفة أحكامه، إن من حيث اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على علاقتهم أو من حيث موضوعها .

هذا نشير إلى أن تعبير النظام العام الدولي الحقيقي أو حتى الدولي كما ورد في بعض القرارات التحكيمية والقضائية، تم فهمها وتفسيرها على أنها مرادف بكل ما للكلمة من معنى للنظام العام عبر الدولي. والسبب في ذلك هو أن الاهتمام بهذا النوع من النظام العام كمحاولة فقهية برز بعد صدور معظم هذه القرارات.

-أ- من حيث المرجعية: تتمثل مرجعية النظام العام الداخلي في، إما التنظيم العام للدولة، كالتنظيم السياسي (تفريق السلط مثلا)، أو التنظيم المرفقي لأحد أنشطتها أو وظائفها (كالتنظيم القضائي: إزدواجية القضاء بين إداري و عدلي، أو التقاضي على درجتين مثلا)، أو السياسة التشريعية أو الاقتصادية أو الاجتماعية، للدولة في ميدان من ميادين نشاطها(نظام اجتماعي، اقتصادي مثلا)⁽¹²⁾، أو حرمة القيم والمبادئ التي تدين بها الدولة وتمثل المصدر المادي لنظامها القانوني وعلى رأسه الدستور. مثل قيم الحرية والمساواة والعدالة المكرسة في غالبية الدساتير.

أما مرجع النظام العام الدولي الحقيقي أو المطلق أو عبر الدولي، فيجد مرجعيته في القيم الإنسانية المشاعة بين الشعوب وفي مبادئ القانون الدولي الإنساني وعموما مبادئ القانون الدولي وقواعده المادية فوق الدولية العابرة.

-ب- من حيث النطاق: تعتبر قواعد النظام العام عبر الدولي أعمق أثرا وأقوى إلزاما من قواعد النظام العام الداخلي، عملا بمبدأ علوية النظام العام الدولي على النظام العام الداخلي، إذ يجمع الفقه وفقه القضاء على

حصر مضمونه في بعض القواعد المنتخبة أو المجمع عليها من قبل كل الأمم، أو من قبل "الأمم المتحدة". وهذا التصور التضييقي المرن يتأكد أكثر في مستوى الرقابة على تنفيذ السندات الأجنبية والتحكيمية منها بالخصوص لضمان سهولة تنقلها عبر الحدود وتأمين أوفر قدر ممكن من المقبولية لها. فالنظام العام يعتبر أخطر سلاح بين يدي قضاء الدولة يتهدد حرية التحكيم واستقلاله. كما أنه يعتبر المقياس الحقيقي لمدى تحرر نظام قانوني ما إزاء التحكيم.

لكن مفهوم النظام العام الدولي في مدلوله الواسع وكما سبق تعريفه يشمل أيضا في نظر بعض الفقهاء⁽¹³⁾ ما يسمى، بالقوانين المادية ذات التطبيق المباشر، سواء كانت قوانين الأمن و البوليس، أو القواعد ذات التطبيق الضروري المتعلقة بمبادئ ومصالح حيوية للدولة، وتتصل أساسا بالقوانين الجبائية وقوانين الصرف والقوانين الاجتماعية للضمان والحيطرة الاجتماعية أو القوانين ذات الطبيعة السياسية مثل قوانين المقاطعة الدولية.

لكن هذه الأصناف من القواعد، تمثل في حقيقتها مجرد تقنيات قانونية لفرض مراكز قانونية على الأفراد في المستوى الوطني شأن قوانين النظام العام أو القوانين السياسية أو مزاحمة تقنية الإسناد، استوجبت مقتضيات السيادة أو المصلحة الوطنية العامة للدولة إقرارها كضوابط لتوزيع الاختصاص القانوني للدول.

2- وجود النظام العام عبر الدولي : لقد قلنا أن هذا المصطلح يعتبر حديث الظهور وحديث الاستعمال، وهذه الحداثة أدت ببعض الفقه لإنكار وجوده بالجملة، لذلك سوف نحاول أن نقدم الأدلة المستنبطة من الفقه والتي جاء بها فقه القضاء التحكيمي والوطني، بالإضافة إلى تبني بعض التشريعات الوطنية لهذا المفهوم.

أ- الحجج الفقهية: يرتكز الفقه المؤيد لفكرة النظام العام عبر الدولي⁽¹⁴⁾ على مسألة الأهمية والفائدة التي سوف يقدمها وجود هذا النوع من النظام العام، حيث أنهم يرون أن فائدته تبرز بقوة، عندما يعمد هذا الأخير إلى حظر تصرفات معينة تكون مشروعة في ضوء القانون المختار. إذ أن تطبيق

كما تظهر فائدة النظام العام عبر الدولي في توافقه مع قضاء التجارة الدولية المتمثل في التحكيم التجاري الدولي، والذي لا يتلائم مع النظام العام الداخلي، حيث لا يملك المحكمون قانون اختصاص داخلي لفرض الاستقامة في نطاق المعاملات الدولية.

ب- الاجتهاد التحكيمي : لقد عمد المحكمون في قراراتهم التحكيمية إلى تبني مفهوم النظام العام عبر الدولي منذ منتصف القرن الماضي، ففي قرارهم الصادر سنة 1951⁽¹⁵⁾ تحدث المحكمون عن نظام عام دولي يحكم حضارتنا. أي نظام عام دولي بمعناه الحقيقي وليس نظام عام دولي بمفهوم القانون الدولي الخاص.

وفي قرارهم الصادر سنة 1979⁽¹⁶⁾، أشار المحكمون إلى وجوب عدم خرق مبدأ نظام عام مقبول بصورة مشتركة بين الدول.

أما بالنسبة للقرارات التحكيمية الحديثة نسبيا فقد أشارت صراحة إلى مفهوم النظام العام عبر الدولي دون أن تعمد إلى تعريفه، ففي قرارهم الصادر سنة 1990⁽¹⁷⁾، عمد المحكمون، بصدد نزاع بين شركة إسبانية وأخرى فرنسية وأثيرت فيه مسألة تطبيق قانون المنافسة في الاتحاد الأوروبي، إلى اعتبار أن قواعد هذا الأخير لا تشكل جزء من النظام العام عبر الدولي.

والتطبيقات النموذجية للنظام العام عبر الدولي من قبل المحكمين تتجسد في القرارات التحكيمية التي تعرضت لمسألة إمكانية لجوء الدولة وسائر الأشخاص العموميين للتحكيم، وكذلك بخصوص المنازعات المتعلقة بعمولات غير مشروعة ورشى في إطار العلاقات الخاصة الدولية.

ج- السوابق القضائية: لم يقتصر الأمر على المحاكم التحكيمية بل إن محاكم بعض الدول، قد أثرت أمامها مسألة النظام العام عبر الدولي في القضايا المرفوعة أمامها. فقد تساءلت المحكمة الفدرالية السويسرية في قرارها الصادر في 1994⁽¹⁸⁾ عن مفهوم النظام العام ومعناه الملحوظ في الفقرة الثانية من المادة 190 من القانون الدولي الخاص السويسري، وذلك بإشارتها إلى كون المسألة المطروحة هي معرفة أي نظام قانوني أو منظومة قيم سويسرية أو أجنبية، فوق وطنية أم عالمية، ينتمي إليها مفهوم النظام العام المذكور في الفقرة الثانية من المادة 190. وانتهت إلى اعتباره نظاما عاما دوليا حقيقيا أن عبر دولي. وفي قرارها الثاني الصادر في نفس التاريخ اعتبرت المحكمة ضمينا، أن النظام العام المقصود بالفقرة الثانية من المادة 190 هو النظام العام عبر الدولي وهذا ما يستفاد من منطوق قرارها الذي جاء فيه

« L'application uniforme de l'art 190 la 2 L.D.I.P. commande... de s'appuyer sur notion universelle de l'ordre public, en vertu de laquelle est incompatible avec l'ordre public, la sentence qui est contraire aux principes généraux reconnus dans tous les Etats civilisés »

ويشير **Lalive**⁽¹⁹⁾ إلى أن الاجتهاد في النمسا وإيطاليا وفرنسا يميل إلى الاعتراف في الحالات القليلة التي عرضت عليه بوجود نظام عام عبر دولي.

-د- في التشريعات الوطنية: يعتبر المشرع الفرنسي أول من أدرج عبارة النظام العام الدولي في نص تنظيمي، وقد كان ذلك في قانون المرافعات الفرنسي الجديد الذي صدر في 1981، في المادة 1502 والتي نصت على خمس حالات⁽²⁰⁾، وهي الحالات التي يمكن على إثرها اللجوء إلى الطعن بالبطلان، وقد وردت في الفقرة الخامسة من المادة المذكورة سلفا. ولقد أثارَت هذه المادة مجموعة من الأسئلة من أهمها، ما المقصود بالنظام العام، هل يقصد به النظام العام عبر الدولي أو النظام العام الخاص بقواعد الإسناد، طالما أن نص المادة جاء فيه تعبير النظام العام الدولي فقط.

لقد دلت الشواهد التي جاءت في مختلف الأحكام القضائية التي أثبتت في فرنسا أن المقصود بالنظام العام في المادة 1502 هو النظام العام عبر الدولي، وأهم هذه السوابق هو حكم محكمة استئناف باريس⁽²¹⁾ الصادر في 10 سبتمبر 1993 في قضية شركة **Alsthom** ضد شركة **westman**.

فقد دل منطوق الحكم على أن المقصود في المادة 1502 من قانون المرافعات الفرنسي في فقرتها الخامسة هو النظام العام عبر الدولي، حيث تحدث هذا المنطوق عن الرشوة والفساد ليس باعتبارها عادات محلية داخلية وإنما اعتبرها أنها تمثل عادة حقيقية من عادات التجارة الدولية.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد تبني المشرع الجزائري المفهوم الفرنسي بحذافيره، حيث أنه نصت المادة 458 مكرر⁽²²⁾ 25 من قانون الإجراءات المدنية القديم على أنه: "يمكن أن تكن القرارات التحكيمية الصادرة

في الجزائر في مجال التحكيم الدولي موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 458 مكرر 23⁽²³⁾.

وقد نصت المادة 458 مكرر 23 على ثماني حالات وذكرت ضمنها في فقرتها الثامنة على أنه يجوز استئناف القرار الذي يسمح بالاعتراف أو التنفيذ في "إذا كان الاعتراف والتنفيذ مخالفا للنظام العام الدولي".

أما بالنسبة للقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الصادر في 2008⁽²⁴⁾ فقد نص المشرع الجزائري في المادة 1056 على أنه "لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات الآتية: وذكر ستة حالات في ستة فقرات ونصت الفقرة السادسة على "إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي".

أما المادة 1058⁽²⁵⁾ فقد نصت على أنه: "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056⁽²⁶⁾".

3- مصادر النظام العام عبر الدولي: إن هذا النظام مثله مثل أي نظام قانوني لا بد وأنه له مصادر ينبع منها، فما طبيعة هذه المصادر وما مضمونها.

أ- القواعد الآمرة في القانون الدولي العام: ويطلق عليها أيضا قواعد **jus cogens**⁽²⁷⁾ وهي عبارة عن قواعد أمرة تشكل تعبيرا عن مصلحة مشتركة للمجتمع الدولي ولذلك يقتضي تطبيقها على جميع الدول، وتعتبر هذه القواعد نظام عام واجب التطبيق على العلاقات القانونية بين أشخاص القانون الدولي، مستندا في ذلك إلى المادة 53 من معاهدة فيينا لسنة 1969 التي أشارت إلى بطلان كل معاهدة تكون لحظة إبرامها في حالة تعارض مع قاعدة أمرة في القانون الدولي العام، والتي عرفت القاعدة الآمرة بأنها التي تكون مقبولة ومعترفا بها من قبل المجموعة الدولية كقاعدة من غير المسموح خرقها أو تعديلها إلا بموجب قاعدة ذات طابع قانوني دولي عام وتتمتع بذات الخصائص.

ب- المبادئ العامة الملحوظة في المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية: وهي المبادئ العامة للقانون في الدول المتحضرة والتي تتعلق بالقانون الدولي العام⁽²⁸⁾.

ج- المعاهدات الدولية : المعاهدات المقصودة هنا ليست المعاهدات الثنائية، وإنما المقصود المعاهدات التي توقع عليها عدة دول، كالمعاهدات المتعلقة بمكافحة التجارة غير المشروعة.

وبطبيعة الحال توجد مصادر أخرى أقل أهمية مثل عادات وأعراف التجارة الدولية، ومدونات السلوك والأنظمة المهنية الخاصة بأنواع معينة من التجارة والتي يمكن أ، تساهم بشكل غير مباشر في تكوين قواعد ذات طابع نظام عام عبر دولي.

4- وظائف النظام العام عبر دولي: يقوم النظام العام عبر دولي بوظيفتين أحدهما سلبية والأخرى إيجابية.

أ- الوظيفة السلبية: وتتمثل في استبعاد القانون الواجب التطبيق، سواء كان مختارا من قبل الأطراف أو كان معينا استنادا إلى تركيز موضوعي أو استنادا لقاعدة إسناد.

هذا وإن الفقه يسلم بوجود وظيفة سلبية استيعادية للنظام العام عبر الدولي، فالأستاذ **Goldman**⁽²⁹⁾، يعتبر أن للنظام العام عبر الدولي وظيفة استبعاد القانون الدولي المختص الذي يخالفه.

وبقيام النظام العام عبر الدولي بهذه الوظيفة فإنه يصبح أكثر اقترابا وتعبيرا من كونه أداة قانونية دولية حقيقية.

ب- الوظيفة الإيجابية: تتمثل هذه الوظيفة في أمرين:

الأول تقريره عبر المحكمة أو المحكم ببطلان العقود أو البنود المخالفة له، والثاني هو تطبيق قواعده بعد استبعاد القانون الواجب التطبيق أصلا لمخالفته لأحكامه، أي أن النظام العام عبر الدولي يقوم هنا بوظيفة إيجابية بصورة لاحقة إن لم يكن في ذات وقت استخدام وظيفته السلبية. وعليه فإنه عندما يعمد المحكم إلى تطبيق قواعد النظام العام عبر الدولي مباشرة على النزاع المعروض أمامه، فإن الوظيفة الرئيسية لهذا النوع من النظام العام تكمن في إبطال العقد موضوع النزاع أو أحد بنوده التي تمثل خرقا له. وهذا يظهر جليا في القرارات التحكيمية التي

قضت بإبطال العقود التي تشوبها الرشوة أو صرف النفوذ أو العمولات غير المشروعة. فالنظام العم عبر الدولي يطبق على الأفراد كما يفرض ذاته على المحكمين. إذ أن الأطراف لا يستطيعون عن طريق التحكيم التجاري الدولي تكريس صحة عقد مخالف للنظام العام عبر الدولي في موضوعه، كتهريب المخدرات كما أن المحكمين سيرتكبون مخالفة للنظام العام عبر الدولي في حال اعترافهم بصحة التصرفات المخالفة لحسن النية مثلاً. فأحد واجباتهم الرئيسية تتمثل باحترام قواعد النظام العام عبر الدولي ومعاقبة خرقه، وهكذا فإن النظام العام عبر الدولي يقيد حرية المتعاملين في إطار التجارة الدولية.

خاتمة: يعتبر النظام العام عبر الدولي أثراً من آثار تطور التجارة الدولية والقانون الدولي العام، وازدياد تأثير دور الأفراد في العلاقات الدولية، وتراجع دور الدول. فلا يمكن لأحد أن ينكر أن الشركات المتعددة الجنسيات والعبارة للحدود، قد أصبح لها الدور الفاعل في مسائل التجارة الدولية وبالتالي العلاقات الخاصة الدولية. وهذا التأثير كان لا بد وأن يصاحبه تطور في المفاهيم القانونية التي ظهرت في حقبة زمنية كانت الدولة المؤثر والفاعل في العلاقات الدولية، أما وقد تغيرت الأوضاع فإن النتيجة المنطقية الأولى هي عدم صلاحية هذه الأنظمة القانونية لحكم هذه العلاقات الخاصة الدولية، ومن هذه الأنظمة القانونية النظام العام سواء في نطاقه الداخلي أو في نطاق قواعد النزاع، فكلما النظامين أصبحا غير قادرين على التعامل مع الطفرة التي عرفتها العلاقات الخاصة الدولية في مجال العقود التي تحكم التجارة الدولية. فكما أن التحكيم التجاري الدولي حل محل القضاء الوطني في فض النزاعات الناشئة عن هذه العقود، فقد حل النظام العام عبر الدولي محل النظام الداخلي ابتداءً ثم أخذ مكانة النظام العام الدولي المخفف أو النظام العام في إطار قواعد الإسناد. وتميز هذا النظام العام الجديد بسموه على النظامين السابقين وذلك لأنه يحافظ على مصالح مجتمع التجارة الدولية وليس على مصالح دولة معينة.

إذا فالاعتراف بوجود نظام عام عبر دولي هو اعتراف صريح بوجود نظام قانوني خاص بالتجارة الدولية، وبوجود قواعد أمرت تسود هذا النظام وتطبق بالرغم من مخالفة القوانين الداخلية لها.

الهوامش:

1- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004، ص 222.

- 2- الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009، ص570.
- 3- الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009، ص571.
- 4- الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009، ص571.
- 5- الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009، ص571.
- 6- الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009، ص573.
- 7- الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009، ص574.
- 8- حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص299.
- 9- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004، ص226.
- 10- حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص300.
- 11- إياد محمود بروان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004، ص568.
- 12- عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، 2008، ص538.
- 13- الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009، ص578.
- 14- إياد محمود بروان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004، ص572.
- 15- إياد محمود بروان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004، ص573.
- 16- إياد محمود بروان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004، ص574.

- 17- إياد محمود بروان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004، ص 574.
- 18- إياد محمود بروان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004، ص 575.
- 19- إياد محمود بروان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004، ص 575.
- 20- عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، 2008، ص 558.
- 21- حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص 490.
- 22- عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 2005، ص 66.
- 23- عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 2005، ص 67.
- 24- عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر، الطبعة الثالثة، 2012، ص 530.
- 25- قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ 17 ربيع الثاني 1429 الموافق ل 23 أبريل 2008 عدد 21.
- 26- قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ 17 ربيع الثاني 1429 الموافق ل 23 أبريل 2008 عدد 21.
- 27- إياد محمود بروان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004، ص 580.
- 28- عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، 2008، ص 770.
- 29- إياد محمود بروان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004، ص 590.