

مبدأ تناقضية التحكيم التجاري الدولي: قراءة قانونية في بعض التشريعات الوضعية

The Principle of the Paradox of International Commercial Arbitration, Legal reading in Some Statutes

د. حناني حاج

جامعة طاهري محمد، بشار، الجزائر

hannafihadj@yahoo.fr

تاريخ القبول: 2019/02/08

تاريخ الاستلام: 2018/08/13

الملخص:

يطغى على التحكيم التجاري الدولي مبدأ تناقضي باعتباره يعد نظاما قضائيا خاصا كونه يخضع للإتفاق الإداري للأطراف الذين توخوا اللجوء إليه، لكن على الرغم من وجود كل تلك السلطة التصرفية في نطاق الإرادة إلا أن نطاق مراسها الفعلي يتم في إطار قانوني دولي منظم يحكم فرضيات هذا النشاط الإنساني ما يفرض معه من جهة أخرى على المشرع الوطني أن يتحول من دوره الأصل والمتمثل بكونه صانعا محترفا للقواعد القانونية المنظمة لتلك المسائل والتي في جوهرها ما يحقق حماية مصلحة وطنية إلى مجرد مُرتَّب أو مصنف داخل تلك الأنظمة القانونية الدولية وحمله على ذلك بمنطق أسبقية ما هو دولي على ما هو داخلي وبأولوية ما هو إرادة تصرفية حرة للأطراف على ما هو قانون أو تنظيم وإن كان ذلك يعد تفويضا بقاعدة قانونية أخرى قد لا تحقق أية مصلحة لهم؟

الكلمات المفتاحية: تحكيم تجاري دولي، تناقضية، سلطة تصرفية، مشرع، مصنف.

Abstract :

Commercial arbitration is dominated by a contradictory principle as a special judicial system, subject to the voluntary agreement of the parties to which it is sought. However, despite the existence of all that discretionary authority, the scope of its actual anchors is in a structured international legal framework governing the presuppositions of this human activity. On the other hand, imposes on the national legislator to shift from its original role of being a professional manufacturer to the legal rules governing these matters, which in essence are in the interest of protecting a national interest to a salary or work within those international legal systems and to carry it with a logic of precedence. It is an international on what is an internal priority and what is the will of Tsrvih free to parties on what is law, regulation, and if it is a mandate and other legal rule may not check any interest to them?

Key Words: International Trade Arbitration, Antitrust, Banking Power, Legislature, Classified..

JEL Classification : F14, I11, L16, L23, L65.

* مرسل المقال: حناني حاج (hannafihadj@yahoo.fr).

المقدمة:

إذا كنا نجزم أن القاعدة القانونية هي قاعدة معيارية من حيث جوهر وجودها فإنه بالقطع لا يكون ذلك جليا بالنسبة إليها سوى من خلال تكريس فعلي للإطار التنظيمي الذي صُنِعَتْ لأجله إلا أننا في نظام التحكيم قد نصطدم لأجل وقوفنا على مبدأ صلابه بناء تلك القاعدة بالمبالغة لإعتبارات فلسفية كالإرادة والحرية كأسس كبرى يقوم عليها نظام التحكيم بما أفضى بهتهذيب تلك القاعدة عبر إنتقالها الشكلي - الإجرائي - على الصعيد الدولي وتآكل مضمون معياريتها أمام المصلحة الاقتصادية الاجنبية كونها مصلحة مرجحة أفقدت حقيقة جوهر هذه القاعدة في ملامسة جوانب الحماية الممكنة لأطرها تلك من حيث مراسها في بعدها القضائي أو التشريعي أو الاجتماعي حتى.

والاشكالية التي يمكن فرض إيجادها يمكن صياغتها كالآتي: ما طبيعة الضابط القانوني الذي يتم التحكم به فيما يمكن أن يطرأ من تحوّل في معيار قانونية قاعدة نظام التحكيم - مدنية، تجارية- تحت ضغط العولمة، في الانتقاص من إيجابية إختياره كقضاء خاص؟

أهداف الدراسة: بينما ما نتوخى إستهدافه من هذه الدراسة هو:

- محاولة فهم طبيعة المرجعية القانونية لنظام التحكيم وذلك بتحديد أولا حقيقة النتائج الاقتصادية المرجوة منه.
- عرض رؤية إستشرافية لأجل تدارك التناقض ولا يكون ذلك إلا من خلال رآب الثغرات الموجودة بإعتماد أساليب صياغية محكمة لتلافيها وتضييق هنات الوقوع في أخرى محتملة عبر المراس الجاد من الهيئات التحكيمية.

أهمية الموضوع: أما الاهمية المرجوة من طرقنا لموضوع دراستنا هذه هو تسليط الضوء على أن

- هناك تناقض بين ما هو موجود من إطار معرفي بالنسبة لمبادئ وقواعد قانونية مُكرّسة في قوانين الدول الوضعية كالارادة والحرية وطبيعة سلطة الاختصاص القضائي لديها من جهة ومفهومها ومراسها المعتمد في نظام التحكيم التجاري الدولي على الخصوص من جهة أخرى.

- رفع التناقض بتكريس آليات أخرى- بينية- بين نظام التحكيم التجاري الدولي ونظام التحكيم التجاري الداخلي كالاتفاق التحكيمي الثنائي بين الدول "الاتفاق التحكيمي النموذج".

منهج الدراسة: وقد إعتدنا لذلك المنهج التحليلي ثم المقارن كمحصلة لجملة النقاط التي أفرزتها دراسة الموضوع لدينا.

1. مبدأ تناقضية التحكيم التجاري الدولي من داخل الإتفاق التحكيمي:

إن مبعث الالتجاء إلى التحكيم كنظام بديل عن قضاء الدولة الوطني؛ هو إرادة الافراد التصرفية لكنها إرادة تبقى محولة بالقانون الذي في أساسه يمثل حماية مصلحة ما ثم يشدد في حمايتها إذا إرتأتى أنها مصلحة وطنية جوهرية، من هنا يتأتى ربما التناقض في ظل معيار رأسمالي (بطيخ، 2011، 32) مرجح ضمن إطار قانوني دولي وتصادمه مع التشديد المفروض¹، إذ لا يمكن أن نساوي بين النظام العام الوطني الداخلي الذي فيه تضيق وتقييد والنظام العام الدولي الذي يكرس أكثر مرونة من حيث طبيعة القاعدة القانونية وإمكانية إختيارها وتطبيقها². (قريقر، 2017، ص507).

1.1. الإتفاق التحكيمي ومدى تحقق ضمانات التقاضي:

إن الإتفاق التحكيمي؛ هو دستور العملية التحكيمية برمتها، من ثم وجب التساؤل هل هناك ضمانات للتقاضي كما الحال في الدعوى العادية وبنفس القيمة القانونية، أم أن هناك نوع من التفاوت في ذلك مرده إلى إختلاف في طبيعة السلطة الممنوحة للقضاء عنه لدى هيئة التحكيم؟

لكن ليس أي إتفاق تحكيمي هو كذلك؛ بل وجب لكي يحقق المرجو منه بالنسبة للعملية التحكيمية؛ أن يكون إتفاقا تحكيميا فاعلا بما يشتمله من إجراء تحكيمي متكامل لا يفسح فراغا، ولا ينضوي على غموض قد يشكل صعوبة ما في طريق الخروج بحكم تحكيمي قابل للتنفيذ³. (صادق، 2009، 35)

أ. الإتفاق التحكيمي وحقيقة مبدأ المساواة⁴ (المادة 18، قانون اليونسترال): إن وجود الشرط التحكيمي هو أمر لازم للحديث مبدئيا عن وجود نظام للتقاضي يكون بديلا عن قضاء الدولة الوطني يسمى التحكيم، لكن أمرا كهذا يستدعي القانون أن يثار هذا الشرط التحكيمي من طالبيه لبقاء نظام التحكيم والدفاع عن وجوده ممن يكون له مصلحة. فهل ذلك يمثل إنتقالا من نظام إلى نظام آخر وفي حالة لم تتحقق تلك المصلحة أبعاد ذلك تنازلا أم عودة للأصل أم ماذا؟⁵

ذلك أننا عندما نستعرض المادة 158 من الدستور الجزائري المعدل لسنة 2016 في فقرتها الثانية والتي تنص على ما يلي: "الكل سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع ويجسده إحترام القانون."

ونستعرض المادة 1013: "يجوز للأطراف الإتفاق على التحكيم، حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية."

ثم نجد أن المادة 1045: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود إتفاقية تحكيم، على أن تثار من أحد الأطراف."

إذن المسألة مرتبطة بمدى وجوب تمسك الأطراف بإتفاقيتهما التحكيمي من عدمه، بحيث أنّ من آثار الاتفاق التحكيمي القانونية والحقيقية هو إنتزاع القضية التحكيمية من يد القضاء نهائيا، وهو واجب على القاضي كما هو واجب أيضا على الأطراف، هذا إذا كنا نعتبره نظاما حقيقيا بديلا عن القضاء وليس مجرد ظل للقضاء يظهر ويضمحل

بمدى رغبتهم عن أو للإتفاق التحكيمي الذي أبرموه، بحيث يكون ذلك منافيا لمبدأ دستورية الاتفاق التحكيمي كون أن مجيئه لم يأتي من فراغ إنما من وجود مصالح للأطراف وهي بلا شك مصالح متضاربة، ولا يمكن أن تتحد أو أن تسير في إتجاه واحد على الغالب الأعم. وإلا ما الجدوى من العدول عن القضاء في ظل قيام خصومتها أمامه!

على هذا إذا لا يأتي إتفاق التحكيم مكتوباً هو أمر يؤدي إلى بطلانه إنطلاقاً من فلسفة دستوريته وقيمتها القانونية التي تتولد عن هذه الكتابة كأثر وجود، ومن ثم فإن مسألة التمسك به في جوهرها هي مسألة متعلقة بالنظام العام وليس مسألة تتعلق بمدى إثارة ذلك من الخصوم فقط كما أشير إلى ذلك بنص المادة سالفة الذكر. (المادة 1045، قانون الإجراءات المدنية)

كما أن عدم الإحتكام إلى قاعدة دستورية الإتفاق التحكيمي ينتج عنه نفس العملية التحكيمية برمتها دونما مراعاة لما يمثله من قوة بناء قانوني؛ منشؤها الإرادة التصرفية الواعية والجادة لأطرافه، حتى أنّ القاعدة القانونية المعروفة في القانون المدني الذي يمثل الشريعة الكبرى قد تكون سنداً قانونياً صالحاً للتخلي عن وجود الإتفاق التحكيمي؛ بحيث رغم ما تقرره في حالة البطلان تحدد أنه إذا بطل العقد بطلت جميع بنوده. كيف يكون الشرط التحكيمي إذن كبند من بنود العقد لا يعد باطلاً ويكون مستقلاً؛ في ظل بطلان العقد الذي إحتواه؟ وهذا ما يؤكد مرة أخرى وفي السياق ذاته خصوصية الإتفاق التحكيمي، وقوة بقائه رغم تناقضه مع القاعدة القانونية السابقة. (المادة 12، قانون التحكيم السوري)⁶.

ب. الإتفاق التحكيمي أمام سلطة هيئة التحكيم: ثم إن هناك مسألة أخرى بالنسبة لقاعدة قانون التحكيم - في شقه الإجرائي - ما يزيد من ثقلها وعدالة جوهرها؛ هي أنها قاعدة تخضع لمبدأ جماعية الإجراءات. فإذا ما رعيّا هذه القاعدة جيداً بخصوص تشكيل هيئة التحكيم، نجد أنه لا يصلح معها أن تكون فرداً واحداً، بل كمنطق وكإحترام للمبدأ السابق وما تفرضه طبيعة الأمور، أن الحكم التحكيمي الذي هو خلاصة العملية التحكيمية لا يتأتى إلا بعد قيام الهيئة التحكيمية بالمداولة؛ كعنصر لمجيب هذا الحكم التحكيمي صحيحاً. وبهذا الأساس السليم لمفهوم المداولة فإنه لا يمكن لشخص مفرد لوحده أن يقوم بها. ذلك أن منطوق الحكم كأهم عنصر في بنائه؛ لا يكون إلا بعد مناقشة بأغلبية أعضائها. ومن ثم لا يتصور معه إذن أن يكون تشكيل الهيئة التحكيمية من محكم فرد؛ وهو أمر لم تمنعه بعض النصوص القانونية في مجال التحكيم. إذا وجب أن تمثل قاعدة هي من النظام العام لا يجب مخالفتها بل إن ما يناقض ذلك يعرض الحكم التحكيمي الصادر للبطلان. (المادة 1017، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري)⁷.

وبالتالي فإنه كأدنى حد يفرضه منطق القبول (الهاجري، 2018، 259) لقاعدة الوترية في تشكيل هيئة التحكيم سواء إتفق الأطراف أم لم يتفقوا؛ وجب أن يكون العدد ثلاثة؛ لتحقيق عنصر المداولة الذي يبنى عليه صحة الحكم التحكيمي في أساسه. (المادة 15، قانون التحكيم المصري)⁸.

2.1. الاتفاق التحكيمي ومبدأ سلطان الارادة

نحاول في هذا الجزء معالجة الاتفاق التحكيمي من حيث هو صناعة ضمن الإرادة التصرفية لأطراف التحكيم، وبالتالي إلى أي مدى يمنح القانون الذي خول الارادة صناعة هذا الإتفاق حرية في صنعه؟

أ. **الاتفاق التحكيمي ومدى حرية الارادة التصرفية لأطرافه:** عطفًا على ما سبق تفصيله فإن هناك أيضا مسألة أخرى تتعلق بالتحكيم الإجباري⁹ (سالم إبراهيم، 6، 1995، طبوشة، 2011، 83)، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية المصرية (لا تحكيم إلا الذي إختارته إرادة الأطراف)، إذ فيه تحقق لحد معين من التناقض بالنسبة لمبدأ حرية الأفراد وسلطتهم في إعتقاد نظام التحكيم الذي تؤكد قوانين الدول الوطنية وتشريعاتها ذات الصلة بهذا الأمر، كما أن إعترااف كذاك ينتج عنه حماية قانونية من المفروض أنها كاملة؛ بحيث أن إرادة الأطراف هنا هي إرادة مفوضة بالقانون على أنها حرة في إختيارها لهذا النظام القضائي الخاص وما يستتبعه من إختيار للقانون واجب التطبيق، سواء في الجانب الموضوعي أو حتى الإجرائي. وذلك إما بالإتفاق المباشر (L'article 1454 code de procédure civile français)، (المادة 36، قانون التحكيم الاردني 2011/31) أو بالإحالة على قانون ما أو بإتاحة الأمر إلى هيئة التحكيم لأن تتولى ذلك هي الأخرى. فإن إعتبار نظام التحكيم على أنه قضاء خاص يجب أن يعبر حقيقة عن وجود عدالة خاصة فيها ما يمثل بُعْدَهَا عن سلطة الدولة وعدم تبعيتها لها تحت أية صفة¹⁰.

ب. **جوهر الاتفاق التحكيمي في المعيار الاقتصادي:** وحتى الإدعاء بمبدأ سيادة الدولة وحصانتها؛ فيه ما يجهض ذلك تماما تحت ضغط الحاجة الإقتصادية التي بعثت على تآكل مبدأ سيادة الدولة بإخراج موضوعات هي في الأصل ضمن سلطة قضاء الدولة إلى سلطة أخرى خارجة عنه وهي سلطة نظام التحكيم.

وإذا كان التحكيم هو يمثل نظاما إجباريا بدافع النظام العام وتحقيق المصلحة العامة في مسائل محددة؛ فإن نطاقه ككل لا يتحدد جوازه إلا ضمن قاعدة تحكيمية معروفة تقول بأنه: " لا يجوز التحكيم فيما لا يجوز فيه الصلح". هنا إحالة صريحة إلى الصلح والصلح تنازل فهل يجوز إذن التنازل عن المواضيع المحكم فيها من الطرفين؟ إذ ليس الأمر بجوهر واحد فالأول فيه إلزام ونتيجة يجهلها الأطراف، بينما الثاني التنازل فيه يؤدي بالضرورة إلى نتيجة معروفة (عبد الله، 2011، 32). وهذا تناقض آخر صارخ¹¹.

2. مبدأ تناقضية التحكيم التجاري الدولي من خارج الإتفاق التحكيمي:

من الذي وكيف يحدد مضمون القاعدة التحكيمية في ظل إنعدامها أو خلو الإتفاق التحكيمي من الإحالة إليها أو التفويض بها؟

2. 1. شرعية مواجهة حالة إنعدام القاعدة التحكيمية:

إن شرعية أمر لا بد له من أساس قانوني تستمد منه شرعيته. وفي غياب الإرادة المخولة بالقانون في تحديد انونية القاعدة التحكيمية من الذي يحددها إذن، وتحت أي منطوق يمكن مواجهة ذلك؟¹² (سرحان، 2001، ص 36).

أ. **خلو الاتفاق التحكيمي من القانون الواجب التطبيق:** إن مشكل الإلتفاف (مصيلحي سلام، 2011، ص 22) على الإلتفاق التحكيمي له عدة أوجه¹³، ومن بين تلك الأوجه تتحقق عندما يجيء الإلتفاق التحكيمي خالياً في مضمونه من أي إشارة إلى أي قانون ينظم عملية التحكيم في شقيها الموضوعي أو الإجرائي أو هما معاً، الأمر الذي يتأتى معه لهيئة التحكيم قيامها بالبحث عن القانون الواجب تطبيقه في هذه الحالة التي لم يتم فيها الإشارة من الأطراف إلى أي قانون، فيكون بذلك على هيئة التحكيم دور يتعلق باجتهادها حول أولاً تحديد القاعدة القانونية، ثم مدى ملائمة هذه القاعدة القانونية - القانون - لظروف الأطراف وأوضاع القضية وما يناسبها، من مكان وزمان ويُستَرُ إعلان لمستندات سير الخصومة إلخ. إلا أن المسألة هنا تتعلق بأن أي مدى يكون إختيار القاعدة القانونية المطبقة بمدعى أنها تتحقق فيها المرونة كقاعدة للعدالة والإنصاف؟ فهل هو هروب من قاعدة القانون أم إفراغ لمحتواه ثم إن هناك إشكال يتصل بمن وكيف تحدد الملائمة مع الواقع؟

في الحقيقة القاعدة التي يجب الإحتكام إليها هنا هي: "لا إجتهد مع النص في وجود النص" بحيث أن أي تفسير له لا بد أن لا يخرج عن مضمونه لكي يعد تفسيراً صائباً؛ وبخاصة إذا كان نصاً قانونياً واضحاً في بنائه؛ لأن عملية التفسير لا تتم إلا في ظل وجود غموض تكون الغاية من ورائها هو الفهم الصحيح إستجلاءً للغموض الموجود. أما ماعدا ذلك فإن أي عملية تفسير في ظل نص قانوني واضح؛ ليس أكثر في معناه من أن يكون تطبيق صحيح لهذا النص، إذ لا ضرورة إلا ضرورة إعماله دون تأويل أو إحتمال.

لكن المشكلة ترتبط بأي قاعدة للقانون ستطبق حالة خلو الإلتفاق التحكيمي من إشارة أطرافه لها بحجة أن إنعدام الإشارة إلى أية قاعدة قانونية تنطبق على النزاع ليس فيه أدنى جانب بما يؤكد بصفة صريحة ومباشرة بأنه تفويض ضمنى كونه - تحكيم بالصلح¹⁴ (النجار، 2011، ص 22) - ؟ ما يعني أن هناك إنفضاض لإرادة الأطراف بمدعاة البحث أو الإلتجاء من هيئة التحكيم إلى قواعد توصف بالمرونة والملائمة والعدالة والإنصاف إلخ.

فالتفويض بالصلح - أي هو الإحتكام إلى اللأقاعدة إلا القاعدة التي لها حظ من نظر المحكم - لكنه وجب على هيئة التحكيم ههنا؛ البحث عن القاعدة القانونية بحثاً صادفاً وحقيقياً وتحديدتها ضمن قواعد وأعراف التجارة كقانون التجار (مخلوف، 2000، 194) *lex mercatoria*، أما الملائمة¹⁵ فتعني موافقة القاعدة للواقع وهو إطار مساعد للبحث وتحديد القاعدة وليس هروباً عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق بحجة أنها بعيدة عن عنصر الملائمة¹⁶!

ثم إن هناك قضايا تحكيم قد تعرض على هيئات تحكيم أجنبية - خارج ديار الإسلام - ليس إختياراً من أطرافها؛ لأننا هنا وفي هذه الحالة لا نكون أمام قضية بعينها، بل إضطراًً لذا يكون التحكيم مخرجاً لو تم تبنيه تحت مبدأ سلطان الإرادة في معناه ومبناه لقواعد الشريعة الإسلامية دولياً خارج بلدانهم. ألا تعد الشريعة الإسلامية رافداً حضارياً بالنسبة لمجال لأحوال الشخصية حافظ على نمط الأسرة بينما تعددت أشكالها وتناقضت مفاهيمها، أين الأصلح؟

وبالتالي نجد أن هناك فرض لنظم قانونية أخرى في إطار التحكيم المسموح به لديهم، وهذا أمر فيه تناقض لجوهر التحكيم على أنه نظام قضاء بديل، أساسه إرادة الأطراف وحرية إختيارهم له كقاعدة عامة.

إذن عنصر رضا الأطراف ليس عنصرا ثابتا بتغير المكان أو تحت ضغط المصالح الاقتصادية؛ ذلك أن هناك ما يؤكد هذه المسألة بحيث أن هناك إنقلاب لعنصر الرضا في المعيار الإقتصادي عنه في المعيار القانوني¹⁷. المعيار القانوني لا ينسحب أثر التصرف القانوني الذي هو العقد إلى الغير إلا برضاه رضاء صريحا مثلا: كحالة الاشتراط لمصلحة الغير في القانون المدني، أو شرط الدولة الأكثر رعاية في القانون الدولي. (المادة 154، القانون المدني المصري)¹⁸.

في حين أن الرضا في المعيار الإقتصادي هو قبول ضمني (الرفاعي، 2009، ص 09) لوحدة الكيان الإقتصادي بين شركات الأم وفروعها في دول متعددة؛ بحيث أن مجرد قيام إحداها باتفاق تحكيمي مع أي طرف كان فإنه يلزم الفروع الأخرى تحت مفهوم - وحدة الكيان الاقتصادي - .

وهي حالة أولى وهناك حالة ثانية تظهر في وجود - لتسلسل في العقود- في نفس المشروع الإقتصادي فلو تضمن عقد شرطا تحكيميا إنسحب أثره للبقية. وكذا الأمر بالنسبة لمؤسسة توقع إتفاق مضى عليه وزير القطاع تلزم الدولة هي الأخرى.

ب. إلى أي مدى تعد الإحالة صريحة بوجود إتفاق تحكيمي؟ : تعد الاحالة على شرط التحكيم من صور الإتفاق التحكيمي؛ لكن حفاظا على صحة إرادة الأطراف تم إحاطة هذه الصورة بجملة من الشروط لتبيين وتمحيص رغبة الأطراف الحقيقية اللجوء إلى التحكيم، ذلك أنه في الأساس يعد إتفاق التحكيم هو المصدر الأساسي وبالتالي، إذا كانت هناك إحالة على التحكيم ضمن علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية مصدرهما العقد أو القانون؛ وجب أن يكون شرط الإحالة شرطا واضحا ضمن هذا العقد (المادة 3/10 التحكيم المصري) أو القانون¹⁹، بحيث تتكشف الدلالة الواضحة على ما تغياه الأطراف المحتكمين من لجوئهما بصورة ليس فيها أدنى غموض أو شبهة أو إكراه على قبولهما التحكيم؛ ذلك أن أي إعماء مصدره حشر للشرط التحكيمي داخل شروط أخرى بصورة عامة أو إحالة إلى مركز تحكيمي دون دلالة واضحة منها فيه تحقق من أنها نية باللجوء إلى التحكيم وليس الوساطة كونه مختص بها أيضا؛ لا يعد شرطا ملزما بالتحكيم، ذلك ما ذهب إليه القضاء الوطني لعديد الدول بقوله: أن الاحالة وجب أن تكون صريحة لكي يعتد بها بمعنى؛ ليس فقط الإكتفاء بالإشارة إلى العقد أو الوثيقة أو العقد النموذجي أو المركز التحكيمي، وإنما لوجود الشرط التحكيمي بها أيضا. وبالتالي فإن الاحالة في شرط التحكيم تمثل إستثناء من إستثناء - التحكيم - كان يجب إعماله حصرا وإرتباطا بوجود تعويض مقدر مسبقا في حالة وجود نزاع بين الطرفين المحتكمين؛ لكي لا تتوسع في تفسير صحة شرط الاحالة بمنطق تغليبه على محل التحكيم كأساس في حد ذاته؛ وهذا فيه نوع من الغلو إلى حد النفي المتناقض كونه يتم لدى طريق آخر وهو القضاء.

2.2. طبيعة علاقة هيئة التحكيم بإتفاق التحكيم:

جاءت فكرة تحديد طبيعة العلاقة (محمد علي، 2012، 84-85) التي تحكم هيئة التحكيم بإتفاق التحكيم من خلال ما تم ملاحظته من مبدأ وجود الأول في علاقته بوجود الثاني، وهذا ما سنعالجه ضمن مبدأ الاختصاص

بالإختصاص، ثم نرى تناقض القول في سلوك الدولة أثناء تعاقدها بشرط التحكيم، وما تم التصريح به من قبلها مسبقا مع مبدأ الثقة أي مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات على المستوى الدولي²⁰.

أ. **مبدأ الاختصاص بالإختصاص:** كما أننا لو بحثنا في المقصود حقيقة من مبدأ الإختصاص بالإختصاص، ذلك أنه لكي نصل إلى ضبط الحد الذي هو بين إختصاص هيئة التحكيم وإختصاص القضاء حالة وجود فراغ أو خلو للإتفاق التحكيمي من تفصيل ذلك، هل عدم تمسك هيئة التحكيم بإختصاصها يعد هو الآخر تنازلا ما الضابط إذن؟

ثم إنها موجودة بوجود الإتفاق التحكيمي وبدونه، لكنها لا بد لها أن تبحث في صحة الشرط التحكيمي بالنسبة لمضمون الطلب المقدم إليها بالتحكيم قبل أن تصرح بأحقية إختصاصها به؛ وهذا تناقض بعيد أيضا.

ب. **مبدأ الاستويل:** إن مبدأ الاستويل كأساس له إرتباط بالتحجج الذي تحاول الدولة في الإطار الدولي وبالخصوص في مجال التجارة الدولية، وفي ظل وجود إتفاق تحكيمي لفض أي نزاع قائم أو من المحتمل أن يقوم مع طرف أجنبي الإستناد إليه لأجل التنصل من قولها السابق، والذي قد يأخذ صورة إشارة أو سلوك أو تصريح منها بمحاولة خلق مركز قانوني إستفادة منه وإضراراً بالطرف المتعاقد الذي وقّع العلاقة على أساسه.

وهذا من المتناقضات الكبرى في ظل أولاً؛ بناء العلاقات الدولية ضمن مبدأ أخلاقي معروف تم التشديد عليه إلى أن صار قاعدة أمره وهو مبدأ حسن النية في بناء العلاقات الدولية وما تحتاجه من عنصر ثقة وبالخصوص في مجال التجارة الدولية التي من سماتها الثقة والائتمان، وكذا الأمر بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي والذي إنما إختياره كطريق بديل عن القضاء الوطني للدول؛ إنما مبعثه هو الثقة بوجود عدالة بعيدة عن كل أمر تشتمل له النفوس. (Najjar, 2007, p 539)

الخاتمة:

نخلص إلى ان التحكيم التجاري الدولي كنظام قضاء خاص ينشد طالبيه عدالة خاصة معنوية قبل أن تكرر كبعد آخر لها إنما يعتبر كذلك؛ نظير أسس بني عليها وهي قيام نزاع حقيقي يخص التجارة الدولية، يكون بعيدا عن نظر قضاء الدولة الوطني، إذ مآله يكون إلى هيئة تحكيم تختار بإرادة محتكميها، وأن هذه الإرادة هي الفيصل في كل أمر عدا ما غفل عنه أو أجبر عليه بدافع وجود حماية مصلحة جوهرية هنا أو هناك؛ لكن هذا الإغفال أو ربما هذا الاجبار قد يهز هذا الأساس المتين الذي بني عليه التحكيم التجاري الدولي وهو الارادة. فبدلاً من أن تكون هي المنشأ المسيطر على القاعدة التحكيمية إنطلاقاً من حرية الأطراف المخولة بالقانون الذي يعترف لها بسلطة التصرف والقيام ببناء قاعدة القانون التي يحتكم إليها؛ هذا الأمر في مبناه ظلت تعوزه الإحترافية من أطراف العملية التحكيمية (مشرعاً-ومحكماً-ومحتكمن) ككل.

ظنا بما يعزز الثقة المشاد بها والتي لأجلها؛ أزيح القضاء صاحب الإختصاص والولاية العامة عن سلطته النظر في تلك المنازعات، ومكنت قضاء خاصا يدعى التحكيم من ذلك.

من جملة المقترحات التي يمكن رفعها:

- يعد الاتفاق التحكيمي بدءاً هو دستور العملية التحكيمية لكن لكي يعتبر كذلك حقيقة وكي لا يشكل مجيئه عائفا للأطراف في سبيل الخروج بحكم تحكيمي صحيح وقابل للتنفيذ لدى دولة التنفيذ وجب على الدولة صنع رأي عام عبر الاعلام وعبر القضاء لترشيد طالبه أولاً قبل القول بإحالة الامر تشريعاً في حالة وجود عجز لدى هؤلاء الاطراف الى هيئة التحكيم.

- نرى أنه من الضروري على المشرع الوطني حتى وإن كان مجهوده هو يأتي ضمن نسق قانوني دولي مفروض بحجة حرية التجارة الدولية ومتطلبات معاييرها العالمية التي فرضتها وتفرضها العملة الشرسة على المنظومة القانونية للدول النامية والذي يعد التحكيم التجاري الدولي أحد أقطابها لما يمثل من تهديد كبير لإقتصادياتها ما جعله مرادفاً لأزماتها " موازاةً لذلك خلق الإتفاق التحكيمي النموذج " بالاستعانة بخبراء في ميدان صياغة العقود الدولية بالاحترافية المطلوبة.

- ربط شرط الإتفاق التحكيمي في عقود الاستثمار الاجنبي لأجل الدفع به ضد الدول المضيفة بجلب منافع إجتماعية فعلية ومدى تجسيدها لديها في الميدان.

- إنشاء مراكز وهيئات تحكيم تجاري دولي داخل الدول النامية-الجزائر مثلاً- لأجل الاستقطاب الاقتصادي وضمان حد أدنى من الانصاف في القضايا التحكيمية بالنسبة لهذه الدول على الخصوص.

- التكوين النوعي لفاعلي نظام قضاء التحكيم من قضاة ومحكمين ومحامين

المراجع المستعملة:

- الذيابات. صبري أحمد محسن (2004)، إجراءات التحكيم التجاري الدولي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية حقوق، جامعة عين شمس، مصر.
- الرفاعي. هشام محمد إبراهيم السيد (2009)، القانون واجب التطبيق على إتفاق التحكيم، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر.
- النجار. عادل علي محمد (2011)، البطلان المؤثر في حكم التحكيم، رسالة دكتوراه في القانون كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر.
- بطيخ. بهاء الدين رمضان محمد (2011)، التحكيم في منازعات البنوك، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر.
- دباس. باسمه لطفي (2005)، شروط إتفاق التحكيم وأثاره، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة .

- صادق .هبة بدر أحمد محمد (2009)، الحماية الوقتية في التحكيم - دراسة مقارنة-، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر.
- طبوشة. أحمد نبيل سليمان (2011)، النظام القانوني لاتفاق التحكيم "دراسة مقارنة"، كلية الحقوق، جامعة عين شمس.
- عبد الله. محمد عبد الله (2011)، الغير في التحكيم- دراسة مقارنة في القانونين المصري والكويتي-، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر.
- علي. السعيد علي سرحان (2001)، مفهوم التجارية والدولية في قانون التحكيم المصري الجديد، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة القاهرة.
- علي. سالم إبراهيم (1995)، ولاية القضاء على التحكيم، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر.
- قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري 08-09.
- القانون الأردني رقم 2011/31.
- قانون التحكيم السوري.
- قانون التحكيم المصري 97 / 24.
- قريقر. فتيحة، النظام العام والتحكيم التجاري الدولي(2017)، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر.
- محمد. حسن محمد علي(2012)، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة حلوان، مصر.
- مخلوف. أحمد صالح علي (2000)، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة مقدمة للحصول على درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر.
- مناحي خالد محمد الهاجري (2012)، أثر النظام العام على إتفاق التحكيم-دراسة مقارنة-، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر.
- سلام. ياسر عبد الهادي مصيلح (2011)، أثر الخطأ في إجراءات التحكيم على حكم التحكيم، ملخص رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق جامعة القاهرة.
- Najjar. N, (2007), L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences international, Edition Delta , Paris.

الإحالات:

¹إن العطاء الجزئي كذلك هو مبعث للهت بعض القضاة الذين يرون فيه فرصة لا تعوز ومن ثم المشاركة في تحكيمات قد تنحرف بالتحكيم عن حياده وموضوعيته كفرصة تقتنص تعويضهم عن أجرهم الزهيد. أنظر: (بطيخ، 2011، ص32).

² هناك مصطلح النظام العام الحقيقي أيضا وهو نظام عبر دولي يكون محققا لمصالح التجارة الدولية بصورة متوازنة إذا أضيفت عليه رقابة قضائية دولية. أنظر: (قريقر، 2016/2017، ص 507).

³ وهذا الامر هو يوضح أن هناك رضا بالتحكيم وكذا بضرورة توفر لأدنى طابع قضائي ومن ثم فإن ذاتية نظام التحكيم بإعطائه إطاره النظري الخاص به أضمن في مواجهة حصره ضمن توجه فكري ضيق لا يستجيب له كفضاء بديل. صادق، 2009، ص 35).

⁴ لا يمكن أن نقرن مبدأ المساواة هنا بمجانية طالبي التحكيم كما يستدل عليه بالنسبة لمجانية القضاء. ولا بخصائص قاعدة القانون من حيث كونها قاعدة عامة ومجردة ومقتزنة بجزء بل مرد كل ذلك إلى الاتفاق التحكيمي من حيث المساواة التي يمنحها الاتفاق ضمن ما يخوله القانون من حرية تنظيم على قدم المساواة.

⁵ كما أننا نجد أن المادة 18 من قانون اليونسفال النموذجي تحت المحكم على معاملة الأطراف على قدم المساواة دون تحيز أو مبالاة. ⁶ تنص المادة 12 من قانون التحكيم السوري على أنه: يعتبر شرط التحكيم إتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على إنتهاء العقد أو بطلانه أو فسخه أو إنقائه أي أثر على شرط التحكيم متى كان هذا الشرط صحيحا في ذاته، مالم يتفق الطرفان على غير ذلك.

⁷ ذلك مالم تقرره المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد 08-09: تشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي.

⁸ تقرر المادة 15 من قانون التحكيم المصري 97/24 ما يلي: 1- تشكل هيئة التحكيم بإتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة. 2- إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترأ، وإلا كان التحكيم باطلاً. "كما أن هناك إحتفاظ بضمانة التزجيج من خلال الوترية التي تتطلب لتحقيقها أن يكون أدنى حد لها ثلاثة.

⁹ كيف يكون التحكيم الاجباري تحكيما بالمعنى الفني وهو يفتقر إلى الارادة الذاتية للمحتكمين. (إبراهيم، 1995، ص 6). وقد يأخذ التحكيم الاجباري إحدى صورتين: أ- مع فرض المشرع للتحكيم يكون هناك هامش حرية للخصوم بأن تكون لهم مكنة إختيار المحكم وكذا إجراءات التحكيم. ب- أن يلزم المشرع بجميع إجراءات التحكيم دون أدنى تدخل أو دور للخصوم. (طبوشة، 2011، ص 83).

¹⁰ أيضا نص القانون الأردني رقم 31/2011 الصادر في 14 يونيو 2001 بشأن التحكيم، في المادة رقم 36 على أنه: "تطبق محكمة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي وضعها الأطراف في اتفاقهم".

¹¹ في الصلح لا يمكن تطبيقه بمنأى عن إرادة الخصوم وإتجاه تلك الارادة إلى تسوية النزاع بالتنازل عن بعض الطلبات. أنظر: (عبد الله، 2011، ص 32).

¹² يعد إذن ما يوجهه قانون التحكيم بالنسبة لهيئة التحكيم أن يكون أعضاؤها المكونين لها أشخاصا طبيعيين وليس معنويين وأن يكون العدد وترا من بين العقبات التي تناقض جوهر مبدأ سلطان الارادة مهما أشيد بإتساعه. أنظر: (سرحان، 2000/2001، ص 36).

¹³ الالتفاف معناه هنا أن التحكيم هو الارادة فإذا غابت الارادة-الأطراف- تكون هناك محاولة للبحث عن ما قصده الأطراف من رغبتهم اللجوء إليه لكن في وجود ضوابط حماية له كبناء قانوني. لكن هذه الارادة لوحدها تعد هي الاخرى تجاوزا لبعض القواعد القانونية الراسخة ما يتحول معه نظام التحكيم إلى نظام هش. أنظر: (سلام، 2011، ص 22).

¹⁴ يعتقد أن التحكيم بالصلح هو الذي لا يتقيد فيه المحكم بتطبيق قواعد القانون على موضوع النزاع بل يفصل فيه وفقا لقواعد العدالة والانصاف مع مراعاة مقتضيات النظام العام الموضوعي والاجرائي تحصيلنا للحكم الصادر عنه ضد دعوى البطلان وضمانا للاعتراف به وتنفيذه. أنظر: (النجار، 2011، ص 22).

¹⁵ عنصر الملاءمة بالنسبة للقاعدة القانونية هو خارجي لا يتعلق ببنائها ولا بمدى مشروعيتها حالة تطبيقها إنما هو عنصر له إتصال بالواقع ويكون معياراً على إجتهد المحكم هنا في إختيار الظرف (المكاني والزمني) الذي يلائم.

¹⁶ « Le fait qu'un arbitre international ait fondé une sentence sur des règles transnationales " Lex Mercatoria " plutôt que sur le droit d'un Etat déterminé ne devrait pas à lui seul, affecter la validité ou la caractère exécutoire de la sentence ». Rev. arb. 1994. no. 1p. 211.

¹⁷ مادام أن التحكيم يعد طريقاً للخروج عن الاصل العام للتقاضي فإن عنصر الرضا يعد عنصراً أساسياً وليس مفترضاً إذ لا بد من وجوب الدليل عليه والدليل هنا هو وجود العلاقة الاقتصادية. أنظر: (دباس، 2005، ص 25).

أنظر أيضاً: (الرفاعي، 2009، ص 9).

¹⁸ المادة 154 من القانون المدني المصري تقرر ما يلي: 1- يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية. 2- ويترب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المتفيع بالدفع التي تنشأ عن العقد. 3- ويجوز كذلك للمشتراط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المتفيع، إلا إذا تبين من العقد أن المتفيع وحده هو الذي يجوز له ذلك.

¹⁹ نص المادة 3/10 من قانون التحكيم المصري رقم 24/97 على ما يلي: " ويعتبر اتفاقاً على التحكيم الإحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد. "

²⁰ إرادة هيئة التحكيم هي وليدة إرادة الفرقاء المحتكمين التي مصدرها الاتفاق التحكيمي لكنها ليست بطبيعة واحدة بمعنى أنها ليست متممة لها على نفس النمط بل مكملة على غط من الاستقلالية بحيث أن هيئة التحكيم منوط بها الفصل في القضية دون تدخل من أي أحد كان سواء من الاطراف المحتكمين أو غيرهم. أنظر: (علي، 2015، ص 84-85).