

دور التحكيم في تدويل العقد الدولي

د/ أحمد سعد الدين

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو

مقدمة:

يعتبر التحكيم الدولي وسيلة وعامل آخر يضاف إلى تلك التي تضافرت لذبوع وانتشار القانون الموضوعي الموحد الخاص بالتجارة الدولية، بل تعزز دور التحكيم لاسيما التجاري الدولي منه حديثاً، حيث أصبح جهة قضائية مفضلة لتسوية منازعات التجارة الدولية، منافسة للقضاء العادي الذي تشرف عليه الدولة، وذلك بعد أن أولته الدول والمنظمات المتخصصة والمتعاملون الدوليون عناية خاصة، بوصفه قضاء خاصاً يتميز ببساطة إجراءاته وسريته، وسرعة الفصل في المنازعة المعروضة أمامه. فهو من الضمانات التي يطالب بها المستثمر الأجنبي في البلاد النامية.⁽¹⁾

لذلك يمكن القول وباطمئنان أن الفصل في منازعات العقود الدولية، وعلاقات التجارة الدولية عموماً لم يعد حكراً على الدولة وقضائها النظامي، بل أصبحت تلك المنازعات توكل إلى التحكيم الدولي المحرر من أي سلطان وطني، والفقهاء هو الآخر يقر بحق أن مستقبل العقد الدولي بدون قانون يكون من غير

(1) أنظر، د. قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات، الطبعة الثانية دار هومة، 2006، ص 215 وما يليها.

جدال في العدالة الخاصة، أي في التحكيم⁽¹⁾، لاسيما وإن الإرادة تلعب دورا مهما في وضع قواعد التحكيم التجاري الدولي.

ومن هذا المنطلق نتساءل عن حقيقة دور التحكيم في بلورة قواعد موضوعية لتدويل العقد الدولي؟، ولمعرفة ذلك يتوجب منا التعرض (أولا) إلى طبيعة التحكيم الدولي وأسباب تفضيله، ثم التحكيم مع التفويض بالصلح وغياب قانون العقد (ثانيا)، ونبحث (ثالثا) تدويل التحكيم الدولي لمنازعات التجارة الدولية.

أولا: طبيعة التحكيم الدولي وأسباب ذبوعه:

لما كانت مصادر قواعد التحكيم الدولي دولية وداخلية، عمل المتعاملين الدوليين على تجسيد فكرة التحكيم بإدماج نصوص متعلقة به في القوانين الداخلية، بحيث بدأ ذلك بتنظيم طرق الاعتراف، وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة وفقاً للقوانين الوطنية، ثم عملت الدول على تنظيم الحالات التي يريد فيها الأشخاص ذوي الجنسيات المختلفة المطالبة بالاعتراف، وتنفيذ أحكام التحكيم

(1) أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية دراسة تاصيلية انتقائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 203، 204.

الأجنبية من طرف السلطات، وكانت اتفاقية جنيف سنة 1923 و 1927 تهدف إلى تحقيق ذلك الغرض.⁽¹⁾

إن التفكير في إيجاد حل محايد للنزاعات الناشئة عن العقود الدولية، لاسيما في شق الاستثمارات، شهد اقتراحات بتطوير نظام محكمة العدل الدولية كي تصبح قادرة على فض مثل تلك النزاعات.⁽²⁾

ومهما يكن فإن موضوع التحكيم ومسائله المتشعبة تناوله الكثير ومن زوايا عدة، لكن ما يهمنا هنا هو الجانب المساهم في تدويل العقود الدولية، لذلك نكتفي من خلال هذا المحور بالإشارة إلى تعريف التحكيم وطبيعته (1)، ثم ذكر أسباب اللجوء إلى التحكيم في العلاقات التجارية الدولية (2).

1- تعريف التحكيم وطبيعته:

أ/ تعريف التحكيم:

يقول الأستاذ روني دافيد "René David" التحكيم هو عبارة عن تقنية، تهدف إلى إعطاء حل لمسألة تتعلق بالعلاقات بين شخصين أو عدة أشخاص، من طرف شخص أو عدة أشخاص آخرين - المحكم أو المحكمون-، يستمدون

(1) أنظر، في هذا كل من: د. مصطفى محمد جمال ود. عكاشة عبد العلي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 1998، ص 208 وما يليها.

(2) أنظر، د. عبد العزيز قادري، مرجع سابق، ص 219، وقريب من ذلك د. عمر سعد الله، حل النزاعات الدولية ديوان المطبوعات الجامعية 2005، ص 134 وما بعدها.

سلطتهم من اتفاق خاص، ويحكمون بناءً على ذلك الاتفاق، دون أن يكونوا مكلفين بتلك المهمة من طرف الدولة.⁽¹⁾

أما الأستاذ الفرنسي Motulsky ركز على الطبيعة الخاصة لقضاء التحكيم ومصدره الإرادي فعرفه على أنه "الحكم في منازعة بواسطة أشخاص يتم اختيارهم كأصل عام بواسطة أشخاص آخرين وذلك بموجب اتفاق".⁽²⁾

كما عرف الأستاذ Jean Robert التحكيم على أنه "تحقيق العدالة الخاصة، يتم وفقاً لها بسلب المنازعات من الخضوع لولاية القضاء العام لكي يتم الفصل فيها بواسطة أفراد عهد إليهم بهذه المهمة في واقعة الحال".

وتعرفه الأستاذة "حفيظة السيد الحداد"، بأنه "نظام خاص للتقاضي، ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعنية على العهد إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم، بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي".

أما الدكتور "أحمد عبد الكريم سلامة"، يعرفه على أنه "نظام قضائي يختار فيه الأطراف قضائهم، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق أو شرط خاص مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ، أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية ذات الطابع الدولي والتي يجوز تسويتها بطريقة التحكيم بإنزال حكم القانون عليها، وإصدار قرار قضائي ملزم لهم".⁽³⁾

(1) أنظر، د. عبد العزيز قادري، المرجع السابق، ص 223.

(2) أنظر، أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 42، 43.

(3) أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 211.

إن التحكيم من حيث تعريفه، لم يشغل بال الفقه فقط، وإنما تصدت لذلك بعض التشريعات الوطنية⁽¹⁾، وجانب من الأحكام القضائية، فمثلاً تنص المادة 01/04 من قانون التحكيم المصري على أنه "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهم الحرة، سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة، أو مركز دائم للتحكيم، أو لم يكن كذلك."

كما عرفت المحكمة الدستورية العليا المصرية التحكيم على أنه "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الغير، باختيارهما أو بتقويض منهما أو على ضوء شروط يحددها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار نائياً من شبهة الممالأة، 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."⁽²⁾

ننوه إلى أن التحكيم فيه أنواع، كماله مرادفات تشابهه، لكن الذي ساهم بقدر كبير في بلورة قواعد موضوعية هو **التحكيم التجاري الدولي**، وإن نعت التجارية لا يقتصر على المسائل التجارية العادية كما هي مبينة في القوانين

(1) لاحظ تلميح نص المادة 442 من (ق.إ.م.ج)، (الملغى)

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا 1994/12/17، منقول في مؤلف، أ.د. حفيظة السيد

الحداد، الموجز في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 41.

الوطنية التجارية، بل يأخذ مفهوماً موسعاً يشمل كل العمليات ذات الطابع الاقتصادي.⁽¹⁾

لذلك عرف التحكيم التجاري الدولي حسب ما ورد في نص المادة 1492 من قانون المرافعات المدنية الجديد الفرنسي على أنه "يكون التحكيم التجاري دولياً عندما يكون موضوعه ذا

علاقة بمصالح التجارة الدولية"⁽²⁾، كما عرفته المادة 1039 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/2/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه "يعد التحكيم دولياً بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

ب/ من حيث طبيعة التحكيم:

في الحقيقة يوجد الكثير من التفصيلات في موضوع التحكيم التجاري الدولي، لكن ليس لها مجال هنا لذلك نحيلها إلى المؤلفات العامة والمتخصصة⁽³⁾، أما الذي يهمنا من خلال هذه الدراسة هو التمهيد لفهم دور

(1) أنظر، د. عبد العزيز قادري، مرجع سابق، ص 224، 223.

(2) أنظر، د. طالب حسين موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة، القاهرة، 2005، ص 227، وكذلك، د. عمر سعد الله حل النزاعات الدولية، مرجع سابق، ص 130 وما بعدها.

(3) لتفصيل أكثر في موضوع التحكيم لاسيما التجاري الدولي منه راجع مثلاً:

- د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة، القاهرة، 2006، خاصة، ص 96 وما بعدها.

- د. عكاشة عبد العالي بالاشتراك مع د. مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، لاسيما الباب الثالث منه، ص 193 وما يليها.

التحكيم عموماً في ظهور فكرة العقد الدولي الطليق، أي دور التحكيم في بلورة القواعد الخاصة بحكم العقود الدولية، لاسيما حين نشوء النزاع بين طرفي العقد و طرحه على المحكم. لذلك تتحدد طبيعة التحكيم من حيث:

من ناحية يلاحظ أن التحكيم هو نوع من القضاء الإتفاقي أو الإرادي⁽¹⁾، بل تلعب الإرادة دور كبير في وضع قواعده، والفقهاء يؤكد دور الإرادة في مجال التحكيم، فيقول الأستاذ F.KLEIN "لقد أصبح ثابتاً أن للتحكيم في كل مكان نفس السمة الأساسية أنه وسيلة لحل المنازعات، وناشئ عن إرادة الأطراف." إن إرادة الأطراف في التحكيم وحريرتهم في اختيار ذلك يعتبر من أسباب اللجوء إلى هذه الآلية الخاصة في فض النزاعات، لاسيما في مجال العلاقات التجارية الدولية، وتلك الحرية لا تتحقق له في ظل قضاء الدولة، ويمتد النطاق الزمني لتلك الحرية من لحظة الاتفاق على التحكيم ويستمر بعد صدور حكم التحكيم.⁽²⁾

(1) أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 211.
- وحول دور الإرادة في التحكيم ومسألة تكييف طبيعته، انظر قرار محكمة الاستئناف بتونس (عدد 51 بتاريخ 2000/2/15، قرار غير منشور)، وكذلك قرار محكمة التعقيب بتونس (عدد 3549 بتاريخ 2001/6/19، مجلة القضاء والتشريع، عدد 4/2002، ص 167)، نقلاً عن د. احمد عمران، التحكيم التجاري الدولي، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، العدد 13/ جوان 2009، ص 64-66.

(2) أنظر، د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في نظرية التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 27.

وإذاً فالتحكيم التجاري الدولي خصوصاً لا تتدخل السلطة العامة في تنظيمه، وإنما يلعب الأطراف دوراً كبيراً في ذلك التنظيم، على أن هذا الاعتبار الأخير لا يقدح في أن المحكم يطبق إرادة القانون وإن تعارضت مع إرادة الأطراف، وبالتالي فهو ذو طبيعة قضائية ظاهرة.⁽¹⁾

ومن ناحية ثانية: فإن من يتولى أو يتولون الفصل في المنازعات هم أشخاص ذوي خبرة قانونية وفنية متميزة يختارهم الخصوم، إما في كل حالة على حدة وهذا هو **التحكيم الحر**، أو تحكيم الحالات الخاصة ad.hoc، ويلعب الخصوم في شأنه دوراً كبيراً، حيث يحددون أشخاص المحكمين وإجراءات التحكيم، والقانون الذي يحكم موضوعه، وإما ضمن هيئة تحكيم دائمة⁽²⁾، وهذا هو **التحكيم النظامي**-Arbitrage institutionnel- وهو الأكثر ذيوياً لما يقدمه من خبرة وثقة وتسهيلات للأطراف، حيث تكون لهيئات التحكيم لوائحها الخاصة وإجراءاتها التي تثبتت فاعليتها، ومحكميها ذوي الخبرة والسمعة الدولية.⁽³⁾

(1) أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 212، وقريب من ذلك د. عمر سعد الله، حل النزاعات الدولية، مرجع سابق، ص 130 وما بعدها.

(2) من تلك هيئات التحكيم المتخصصة في الفصل في المنازعات التي تنبئها أنواع معينة من عقود التجارة الدولية، نذكر على سبيل المثال: غرفة تحكيم الصوف التي مقرها "جدنيا Gdnia" ببولوندا، وغرفة تحكيم تجارة القطن ببولوندا أيضاً، وغرفة تحكيم تجارة الحبوب لندن، وغرفة الليوزد للتحكيم البحري بها واللجنة الإسكندنافية للتحكيم في تجارة الجلود، وغرفة التحكيم البحري لدى غرفة التجارة بالإتحاد السوفييتي، تفصيلاً في هذا أنظر د. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 18 وما بعدها.

(3) أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، المرجع السابق، ص 213.

ومن ناحية **ثالثة**: فإن اللجوء إلى التحكيم يتم بناءً على اتفاق تحكيم convention arbitrale مكتوب⁽¹⁾، وله صورتان:⁽²⁾

الأولى: وهي شرط التحكيم clause compromissoire، ويعرف على أنه اتفاق مكتوب بين طرفين في عقد دولي، يتعهدان بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم المنازعة التي يحتمل أن تنشأ عن ذلك العقد، أي هو اتفاق على اللجوء إلى التحكيم سابق لوقوع النزاع.

أما الثانية: فهي مشاركة التحكيم Le Compromis، وهي أيضاً اتفاق مكتوب بين الطرفين بعد نشوء النزاع يخضعون بموجبه هذا الأخير لقضاء التحكيم.

ولو أن السائد هو عدم التفرقة بين نوعي اتفاق التحكيم، إلا أن تلك التفرقة تبدو ضرورية في مجال العقود الدولية، لاسيما عند بحث مشكلة استقلال هذا الاتفاق عن العقد المدرج فيه، أو المتعلق به كما سنرى لاحقاً. كما يترتب على وجود اتفاق أو شرط التحكيم أمرين هما:

الأول سلبي، وهو إخراج المنازعة من اختصاص قضاء الدولة.
الثاني إيجابي، وهو إخضاع تلك المنازعة لقضاء التحكيم الذي ارتضاه المتعاقدين، وتكون أحكامه وقراراته بعيدة دوماً عن سيطرة القانون.

(1) ولقد اشترطت اتفاقية نيويورك لعام 1958 صراحة كتابة اتفاق التحكيم (المادة 02 منها).

(2) لمزيد من التفصيل حول تلك الصورتين راجع كل من: د. فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 109 بالنسبة لاتفاق التحكيم، وص 199 بالنسبة لشرط التحكيم، وكذلك د. عبد العزيز قادري، مرجع سابق، ص 259 وما بعدها.

ومن ناحية أخيرة، فإن الأصل الإتفاقي أو التعاقدي Origine contractuel للتحكيم لا يتضمن تقليلاً لقدر قرار التحكيم واحترامه، فالأصول الفنية للتحكيم ونظامه تبصر بأن إرادة الأطراف تعهد إلى المحكم بسلطة قضائية حقيقية وليس بمهمة صلح أو توفيق.⁽¹⁾

وينبني على ذلك أن القرار الصادر هو قرار sentence قضائي كالحكم jugement يطبق قواعد القانون، يتمتع بقوة وقيمة الأحكام القضائية الصادرة عن محاكم الدولة، يحوز حجية الأمر المقضي به وملزم للأطراف، ويتم الأمر بتنفيذه exequatur بنفس شروط تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية العادية.⁽²⁾

وبعد أن عرجنا على تحديد طبيعة التحكيم، فإننا نود (2) الوقوف على الأسباب الجدية التي دفعت المتعاملين الدوليين في مجال العلاقات التجارية الدولية إلى تفضيل أسلوب التحكيم لفض نزاعاتهم بدلاً من قضاء الدولة، بالرغم من عراقلة إلزامية أحكام وقرارات هذا الأخير.

2- أسباب اللجوء إلى التحكيم في العلاقات التجارية الدولية:

لقد كان من شأن زيادة المبادلات الاقتصادية وعمليات التجارة عبر الحدود، وعدم ملائمة التنظيمات القضائية والقوانين الوضعية لتسوية ما ينشأ عنها من منازعات، أن اتجه الفكر القانوني إلى البحث عن أداة فنية متخصصة تقوم على الفصل في تلك المنازعات بعيداً عن قضاء الدولة وقانونها، فكان التحكيم

(1) أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 214.

(2) أنظر: د. عكاشة محمد عبد العالي، بالاشتراك مع محمد مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 571 وما بعدها.

التجاري الدولي l'arbitrage commercial international بديل ملائم لقضاء الدولة من جهة، ومواكب لمستجدات التجارة الدولية ومقتضياتها من جهة أخرى.⁽¹⁾

إن واقع العقود الدولية لا يكاد يخلو من النص على شرط الاختصاص القضائي Clause de compétence juridictionnelle وجعله لصالح التحكيم.⁽²⁾

وفي الحقيقة أن استحواذ التحكيم على مختلف منازعات التجارة الدولية، لم يكن من العدم وإنما كانت هناك أسباب رجحت هذه الهيئة على قضاء الدولة، نورد أهمها فيما يلي:

أ/ خوف المستثمر الأجنبي من مساس الدولة بحياد قضائها:

على الرغم من أن الدولة في العقد الدولي هي مجرد طرف متعاقد مثلها مثل الطرف العادي الآخر إلا أنها تظل دولة، وإذاً هي في جميع الأحوال طرف غير عادي، من حيث المزايا السيادية التي تتمتع بها، والتي تمكنها بالإضافة إلى إمكانية الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، الإخلال بالحياد الذي يجب أن

⁽¹⁾ يقول في ذلك الأستاذ: "أيان باكستر"

"Arbitration Should be an alternative to Judgments of courts that administer Law and Practice that is based upon the realities of business and the usages of merchants engaged in international commerce"

⁽²⁾ أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 208.

يتوافر للسلطة القضائية الوطنية، والتي يمكن عرض النزاع عليها في حالة نشوئه، مقارنتا بالتحكيم.⁽¹⁾

فالقضاء الوطني للدولة المتعاقدة أياً ما كانت المزايا التي يتمتع بها من حياد، واستقلال عن الدولة ذاتها، فإنه في نهاية المطاف قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفاً فيها مع متعاقد أجنبي، وتكون ناشئة عن عقد متصل بالمصالح الحيوية للدولة⁽²⁾، ودرء ذلك الخطر في نظر البعض، لن يكون إلا بسلب الاختصاص من قضاء الدولة ومنحه إلى قضاء آخر محايد، هو قضاء التحكيم.⁽³⁾

ب/ خوف المستثمر الأجنبي من تمسك الدولة بالحصانة القضائية:

إن تمتع الدولة بالحصانة القضائية التي تغل يد القضاء الوطني لأية دولة أخرى عن نظر المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها، وبالرغم من سعي الاتجاهات الحديثة إلى التقييد من تلك الحصانات على نحو يؤدي إلى عدم استفادة الدولة منها، إلا في الأحوال التي يكون التصرف الصادر عنها تصرفاً

(1) أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكم في المعاملات المالية الداخلية و الدولية، دار النهضة العربية القاهرة، 2006، ص 106 و ما بعدها.

(2) أنظر، أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري...، مرجع سابق، ص 32.

(3) أنظر، د. عبد العزيز قادري، مرجع سابق، ص 215 وما بعدها.

سيادياً ظهرت فيه كسلطة عامة⁽¹⁾، فإن ذلك لا يعني انتهاء التمتع بالحصانة كمبدأ عام، بل يظل الأصل هو التمتع بها وهنا يكمن الخطر بالنسبة للمتعامل الأجنبي المتعاقد مع الدولة، أو مع أحد أشخاصها العامة، فقد يؤدي ذلك إلى إهدار الحقوق الخاصة لذلك المتعاقد لاسيما عند نشوء نزاع وعرضه أمام قضاء الدولة، ولذلك كان حرص المتعاملين الدوليين على ضرورة إدراج شرط التحكيم في العقد، لتفادي الأخطار الناجمة عن طبيعة شخصية الطرف المتعامل والمتعاقدين معهم ومن ثم صيانة التوازن العقدي.⁽²⁾

إن كانت هذه الأسباب تدفع الطرف المتعاقد مع الدولة إلى التمسك بشرط التحكيم، فإن هناك سبب يقوم في جانب الدولة ذاتها، ويحفزها على قبول التحكيم على اعتباره ضماناً إجرائياً لتشجيع الاستثمار، كون البلاد النامية بحاجة للتنمية الاقتصادية والاستثمارات الأجنبية الخاصة وما تحمله من خبرة فنية وإدارية للإسهام في تطوير تلك البلدان، وهي بذلك تضمن للرأسمال الأجنبي وسائل يفترض فيها الحياد لفض النزاعات⁽³⁾، وهي من بين الأسباب التي دفعت حسب

(1) إن تحديد العقد الدولي يقتضي التركيز على نقطة مهمة مفادها، أن الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الداخلي، عند إبرامها لعقد دولي لا يظهروا إذا في العلاقة التعاقدية بوصفها سلطة عامة داخلية أو دولية.

(2) أنظر، د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري...، مرجع سابق، ص 33، 34

(3) أنظر، د. عبد العزيز قادري، مرجع سابق، ص 220.

اعتقادنا الجزائر إلى تبني التحكيم التجاري الدولي من أجل الاندماج في الاقتصاد العالمي.

وفضلاً عن تلك الأسباب، فإن التحكيم يتحرر إلى حد ما من القواعد الجامدة، ولا نجافي الحقيقة إذا قلنا القواعد البدائية Archaïques في القوانين الوطنية، لذلك فالأمل معقود عليه في إيجاد الحلول الملائمة لمنازعات العقود الدولية الحديثة، كعقود التوريد والمصانع جاهزة التسليم وعقود المفتاح في اليد، وعقود نقل التكنولوجيا، وهي عقود طويلة الأجل تلازمها مشكلات لا تسعف القوانين الوطنية في شأنها.⁽¹⁾

هذا وليست تلك هي الأسباب فقط التي شجعت على اللجوء إلى التحكيم، بل هناك أسباب أخرى يمكن الإشارة إلى البعض منها، كسرعة الإجراءات أمام قضاء التحكيم، بدلاً من تلك المعقدة المعهودة أمام القضاء الوطني، وسرية قضاء التحكيم، أيضاً حرية الأطراف في ظل قضاء التحكيم، ناهيك عن الطبيعة المختلفة للعدالة التي يقدمها التحكم.⁽²⁾

(1) أنظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 209، 210.

(2) أنظر، أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم...، مرجع سابق، ص 11 وما يليها.

هذا ولقد كان قبول الدولة بشرط التحكيم على تدرج، ثم وصل الحد إلى أن تضمنته قوانينها الصادرة عنها لتشجيع الاستثمار وذلك بنصوص صريحة، وما كان للمشرع الجزائري إلا أن يساير هذا المنحى.⁽¹⁾

3- اعتماد مبدأ استقلالية شرط التحكيم:

نشير بداية إلى أنه إذا كانت التفرقة بين نوعي اتفاق التحكيم - شرط التحكيم Clause Compromissoire ومشاركة التحكيم Le compromis - أمر غير معهود وسائد، إلا أن تلك التفرقة تبدو ضرورية في مجال العقود الدولية، لاسيما

⁽¹⁾ الملاحظ أن القانون الجزائري وبموجب المادة 3/442 من (ق.إ.م)، كانت تحظر على الدولة والأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، إلا أنه من حيث التطبيق وما جرى به العمل يلاحظ أن الدولة الجزائرية عملت إلى القبول بمبدأ التحكيم الدولي في الكثير من معاملاتها الخاصة الدولية من ذلك الاتفاق المبروم بينها وفرنسا في 1963/05/26 فضلاً عن ذلك فإن المشرع عدل نص المادة 442 بموجب المرسوم التشريعي رقم 9/93 المؤرخ في 1993/4/25 ليسمح بذلك للدولة والأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام باللجوء إلى التحكيم الدولي في علاقاتهم التجارية الدولية، وكرسته المادة 1006 من القانون رقم: 08-09 المتضمن (ق.إ.م.إ)، تفصيلاً حول هذا الموضوع راجع، د. الطيب زروتي، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزء 35 رقم 1997/01، ص 96 وما بعدها وكذلك رسالة دكتوراه الدولة، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1990/1991، ج2، ص 416، 418 وما بعدها.

عند بحث مشكلة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي المدرج فيه أو المتعلق به⁽¹⁾، ولهذا الغرض لا غير فضلنا دراسة شرط التحكيم.

فخلاً لما كان مقرراً سابقاً من تبعية شرط التحكيم للعقد الأصلي من حيث الصحة والآثار فقد اعتمدت في القانون المقارن جل الأنظمة القانونية مبدأ استقلالية شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم، بحيث أصبح الشرط مستقلاً عن العقد الأصلي الذي تقرر التحكيم بسببه وذلك بالنسبة لصحته وآثاره، وبالنسبة للقانون الواجب التطبيق عليه.⁽²⁾

هذا ولقد أقرت هذه الاستقلالية التشريعات الوطنية⁽³⁾، بما فيها القانون الجزائري، بحيث جاء في المادة 448 مكرر 1 الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية المعدل بالمرسوم التشريعي رقم 9/93 المؤرخ في 1993/04/25، أن اتفاقية التحكيم تعتبر صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إمام القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره، وإما القانون المطبق على العقد الأساسي، وإما القانون الجزائري، وأضافت الفقرة الرابعة من نفس المادة بأنه لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي قد يكون

(1) أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 214.

(2) أنظر، د. الطيب زروتي، مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزء 36 رقم 1998/03، ص 138.

(3) مثلاً المادتان 1446 و 1495 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية، المعدل في 1981/05/12، ولقد سبق القضاء الفرنسي إلى إقرار هذا المبدأ، نقض مدني في 1963/05/07.

غير صحيح، وهو ما أقرته المادة 1041 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويترتب على اعتماد مبدأ الاستقلالية النتائج التالية:⁽¹⁾

- إعطاء شرط التحكيم الدولي مفهوماً موحداً في منازعات التجارة الدولية من حيث نطاقه وآثاره، مما ينبغي عليه أن يصبح قرار التحكيم الصادر بموجبه قراراً طليقاً عن أي نظام قانوني وضعي.

- عدم تأثر شرط التحكيم بالعقد الأصلي وجوداً وعدماً، ولو كان هذا الأخير باطلاً فإنه يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل فيه، والعكس صحيح أيضاً، وهذا ما يسمى اختصاص الاختصاص، أما إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً فيجوز للقضاء العادي أن يفصل في النزاع.

- إن شرط التحكيم أخذ على أنه قرينة على دولية المنازعة المتعلق بها من حيث ارتباطها بمصالح التجارة الدولية.⁽²⁾

- ليس من الضروري أن يكون القانون المطبق على العقد هو نفسه الذي يخضع له شرط التحكيم، وقد أوضحت المادة 458 مكرر 1 الفقرة الثالثة من قانون

(1) تفصيلاً في هذا راجع كل من: د. الطيب زروتي، مقال رقم 1998/3، مشار إليها سابقاً، ص 139، و قريب من ذلك، أ. د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 119 وما بعدها.

(2) راجع في العلاقة بين شرط التحكيم وتعريف العقد الدولي، د. الطيب زروتي، رسالة دكتوراه، مشار إليها سابقاً، ص 475.

الإجراءات المدنية الجزائرية (الملغى) على ذلك صراحة، وكرسته المادة 1040 من القانون رقم 08-09.

- إن شرط التحكيم بمواصفاته السابقة أصبح يشكل قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي، وقانون التجارة الدولية، ومن ثم فلا يخضع لنظام الإسناد. ومن هذا كله ندرك أن لشرط التحكيم واستقلالته دور مهم مادام يشكل في حد ذاته قاعدة مادية، وإذاً هو والجهاز الذي يفصل فيه- التحكيم- يساهم في بلورة قواعد موضوعية خاصة تساند فكرة التدويل وتهدف لحكم العقد الدولي، بل و تجعله طليق من حكم القواعد الوطنية.

ثانياً: التحكيم مع التفويض بالصالح وغياب قانون العقد:

إن التحكيم كما سبق بيانه هو نوع من القضاء الخاص، والمحكم يصدر حكماً فاصلاً في النزاع، قابلاً للتنفيذ مثله في ذلك مثل الحكم القضائي، لذلك يتعين في هذا الصدد التمييز بين نوعين من التحكيم بحسب مدى الصلاحية المخولة للمحكم في تقييم الإدعاءات المتبادلة بين الطرفين للوصول إلى الحكم المنشود، الأول إذا كان المحكم ملزم في التقييم بمعيار موضوعي قوامه أحكام القانون كما هو الحال بالنسبة للقاضي، الثاني إذا كان له أن يجري التقييم بمعيار شخصي قوامه تقديره الذاتي لمدى عدالة الإدعاءات المطروحة عليه.⁽¹⁾

(1) أنظر، د. عكاشة محمد عبد العالي بالاشتراك مع مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 107.

- ولتفصيل أكثر حول التحكيم الحر والتحكيم المؤسستي، أنظر كل من، د. احمد عمران، التحكيم التجاري الدولي، ص 66-70، ود. مانع جمال عبد الناصر، الاتفاقيات الدولية

إن التحكيم وفقاً للقانون Arbitrage de droit، أو التحكيم العادي ليس الوسيلة الوحيدة التي تفض المنازعات عن طريقها بقرار قضائي ملزم خارج دائرة قضاء الدولة⁽¹⁾، هنا تلتزم هيئة التحكيم بإنزال حكم القانون على المسائل القانونية المعروضة عليها. والأصل في التحكيم هو أن يكون قانونياً، ويترتب على ذلك أنه إذا لم يتفق الأطراف على تفويض هيئة التحكيم سلطة الفصل في المنازعات وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف، فإن هيئة التحكيم تلتزم بالفصل في المنازعة وفقاً للقانون، وإلا عدت مغتصبة لسلطة الفصل في النزاع كمحكم مصالح، وهو الأمر الذي لا يجوز إلا بناء على اتفاق صريح من الأطراف.⁽²⁾

أما التحكيم مع التفويض بالصلح l'amiable composition، أو ما يسمى أحياناً بتحكيم العدالة Arbitrage d'équité، فيه يفصل المحكم في النزاع وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف⁽³⁾، لذلك نتساءل عن طبيعة هذا التحكيم

كمصدر لقواعد التحكيم التجاري الدولي، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، العدد 13/ جوان 2009، ص 16-18.

⁽¹⁾ أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 234.

⁽²⁾ أنظر، د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 92.

⁽³⁾ أنظر، د. عكاشة عبد العالي بالاشتراك مع مصطفى محمد جمال، مرجع سابق، ص 108، 109.

- حول التحكيم مع التفويض بالصلح وإسهاماته في خلق قواعد مادية وجعل العقد الدولي في منأى عن القوانين الوطنية، انظر، د. أحمد سعد الدين، دور التحكيم مع التفويض بالصلح في جعل العقد الدولي طليق، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلة سداسية محكمة، كلية

ودوره في تدويل العقد الدولي، أي مساهمته في بلورة قواعد أكثر ملاءمة لحكم هذا الأخير؟. وللإجابة نبحت التحكيم مع التفويض بالصلح وطبيعته (1)، ثم نناقش دور التحكيم مع التفويض بالصلح في تحرير العقد الدولي من القانون (2).

1- التحكيم مع التفويض بالصلح وطبيعته:

أ/ تعريف التحكيم مع التفويض بالصلح والاعتراف به:

التحكيم بالصلح⁽¹⁾، سمي كذلك تعبيراً عن الوظيفة المزدوجة التي يؤديها التحكيم، ومن خلاله يرتضي الطرفان تحويل المحكم صلاحية الفصل في النزاع وفقاً لما يراه محققاً للعدالة وصولاً إلى حكم يحفظ التوازن بين مصالحهما، وفي هذه الحالة يعرض كل من الطرفين طلباته أمام المحكم، لكنه في الوقت ذاته يفوض المحكم في وزنها ليس فقط بميزان القانون، وإنما كذلك بميزان العدالة وما تقتضيه ظروف النزاع، ومع ذلك يكون حكمه ملزماً للأطراف، ولا يمكن لأحدهما التصل منه بحجة مخالفته لأحكام القانون⁽²⁾، حتى ولو كان في هذا الحكم مخالفة لأحكام القانون التي تحكم وقائع النزاع، والتي يلتزم القاضي بتطبيقها فيما لو عرض عليه النزاع.

الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بيجاية، الجزائر، المجلد 09/ عدد 01-2014، ص 94-103.

(1) ويسمى في القانون اللبناني بالتحكيم المطلق، لاحظ المواد 775 وما بعدها من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية.

(2) أنظر المرجع السابق، ص 109.

وترى الأستاذة **حفيظة السيد الحداد**، أن التحكيم بالصلح هو ذلك التحكيم الذي يخول فيه الأطراف لهيئة التحكيم صلاحية الفصل في المنازعة وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف، دون التقيد بالقواعد القانونية.⁽¹⁾

ويعرف الفقيه **Bernard** التحكيم مع التفويض بالصلح، بأنه نظام قضائي خاص، أو نوع من التحكيم يختار فيه الأطراف قضاتهم، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق أو شرط صريح بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم⁽²⁾، في خصوص علاقاتهم التي يجوز تسويتها بطريق التحكيم وفقاً لمبادئ العدالة، دون التقيد بقواعد القانون، وإصدار حكم قضائي ملزم لهم"، ويساند الأستاذ **أحمد عبد الكريم سلامة** هذا المفهوم.⁽³⁾

إن هذا النوع من التحكيم إضافة إلى التحكيم بالقانون اعترفت به ونصت عليه القوانين الوطنية، فعلى سبيل المثال نصت عليه المادة 39 فقرة 4⁽⁴⁾، من

(1) أنظر، د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في...، مرجع سابق، ص 92.
(2) من هذا التعريف يمكن أن يتم الاتفاق على التحكيم مع التفويض بالصلح سواء في شرط أو اتفاق Clause ou Convention d'arbitrage سابق على وقوع النزاع، أو ما يسمى عادة Clause Compromissoire أو في مشاركة تحكيم Compromis بعد نشأة النزاع بالفعل، في هذا المعنى، أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 236.

(3) المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

(4) بحيث تنص هذه المادة على أنه "يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفقا طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون".

قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، كما تنص المادة 1474 والمادة 1479 من قانون المرافعات الفرنسي على آلية التحكيم بالصلح، كذلك نصت المواد 775 وما بعدها من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على التحكيم المطلق أي بالصلح.

المشرع الجزائري هو الآخر وبعد أن بدأت الجزائر تعتنق سياسة الاقتصاد الحر نص على هذا النوع من التحكيم في مادته 458 مكرر 1 (ق.ا.م، ملغى)، لاسيما الفقرة 14 و 15 منها، حيث أعطت هذه الأخيرة لهيئة التحكيم صلاحية الفصل كمفوض إذا خولتها اتفاقية الأطراف هذه السلطة⁽¹⁾، وهو ما لا نجد له مثيل في قانون رقم 08-09 المتضمن (ق.ا.م.و.ا).

هذا فضلاً على أن المعاهدات الدولية، هي الأخرى تنص على هذا النوع من التحكيم في منازعات العقود الدولية⁽²⁾، بل تلعب دور كبير في خلق قواعد التحكيم التجاري الدولي عن طريق وضع القواعد العامة التي تحكمه، والتي تتعلق

(1) أنظر، د. الطيب زروتي، مناهج تنازع القوانين...، مقال رقم 1997/1، مشار إليها سابقاً، ص 97، 98.

(2) مثلاً المادة 2/7 من الاتفاقية الأوروبية عام 1961، كذلك المادة 3/42 من اتفاقية البنك الدولي للتعمير والتنمية المبرمة في 18/03/1965، وكذلك أجازت المادة 12 من لائحة غرفة التحكيم الفرنسية العربية إضافة إلى (م 4/13) من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، راجع في هذا، المرجع السابق، ص 238.

- لتفصيل أكثر حول الاتفاقيات الدولية (ثنائية أو متعددة الأطراف) كمصدر لقواعد التحكيم التجاري الدولي، راجع، د. مانع جمال عبد الناصر، مرجع سابق، ص 19 وما بعدها.

بعملية التحكيم بدءاً بتقرير اللجوء إلى التحكيم وتحديد القانون الواجب التطبيق وصولاً إلى تنفيذ القرار التحكيمي.

إن اعتبار التحكيم بالصلح على هذا النحو هو أساساً مسلك التشريعات اللاتينية، عكس القوانين الأنجلوسكسونية⁽¹⁾، ومثل هذا التحكيم الذي فيه منح واسع للسلطة التقديرية للمحكم، بحيث لا يقيد به في ذلك إلا قواعد العدالة والإنصاف وهما في نفس الوقت بمفهوم فضفاض، فإنه لاشك يساهم ويقدر كبير ليس فقط لإيجاد قواعد موضوعية ملائمة لحكم العقد الدولي وإنما في تحريره أصلاً من القانون وجعله بمنأى عنه، أي طليق.

ب/ الطبيعة القانونية للتحكيم مع التفويض بالصلح:

إن التحكيم مع التفويض بالصلح لا يختلف عن التحكيم العادي، من حيث الطبيعة القانونية في كون كلاهما قضاءً، ويصدر قراراً ويسمى أيضاً حكماً ملزماً للأطراف وحائزاً لحجية الأمر المقضي به، إلا أنه مع ذلك يوجد اختلاف بينهما من حيث السلطة المخولة للمحكم⁽²⁾، إذ يكون في حل من القانون، بحيث يستطيع الفصل في النزاع وفقاً لمبادئ العدالة والإنصاف والعادات والأعراف السائدة في وسط مهني معين، وهذا ما يجعل وسط العقود الدولية المجال الخصب لهذا النوع من التحكيم.

(1) أنظر، د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية القاهرة، 1997، ص 51 وما بعدها.

(2) أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 240.

وعليه فالسؤال المطروح هو، هل في التحكيم بالصلح يتعلق الأمر بالتنازل عن تطبيق القانون، أم الأمر يتعلق بتنازل من نوع آخر؟.

إن المتأمل في هذا النوع من التحكيم يستشف بأن الأمر يتعلق بنوع من التنازل عن حق *renonciation à un droit*، إلا أنه تنازل ذو طبيعة خاصة ومزدوجة⁽¹⁾، فالتنازل هنا ليس فقط عن الحق الشخصي في حماية القانون للأطراف، بل كذلك عن الحق في استئناف قرارات التحكيم الصادرة.⁽²⁾

فمن ناحية، يلاحظ أن الأمر يتعلق بتنازل عن حق شخصي *droit subjectif*، وهو الحق الذي يمنحه القانون للشخص في أن يقاضي أو يفصل في طلبه، مع توفير الحماية القضائية لحقه أو مركزه القانوني وفقاً لقواعد القانون الموضوعي، وهذا ما لا نلمسه في التحكيم بالصلح، فهو إذاً تنازل عن حق، واتفاقي فوق ذلك يتم بتوافق إرادة الأطراف.

أما من ناحية ثانية، فإن التحكيم مع التفويض بالصلح يمكن اعتباره تنازلاً عن الاستئناف بالنسبة للنظم التي تجيز الطعن في أحكام المحكمين

(1) المرجع السابق، ص 241 وما بعدها.

(2) وقد يدعم هذا قانون المرافعات الفرنسي الجديد لعام 1981، في المادة 1482 منه، وإن كان قد أجاز للأطراف الاتفاق على الطعن وذلك في وثيقة التحكيم.

بالاستئناف⁽¹⁾، وتبرير ذلك أن الاستئناف يجعل شرط التفويض بالصلح غير ذي مفعول، لاسيما وأن محكمة الاستئناف لا تحكم إلا وفقاً لقواعد القانون.⁽²⁾

هذا ويعتبر الفقه الراجح التحكيم مع التفويض بالصلح نوع من التنازل التبعية، وعليه يتضح من غير إبهام أن العقد الذي يحال النزاع بصده إلى هيئة تحكيم مفوضة بالصلح هو عقد طليق أو حر، أي لا تسري عليه قواعد القانون الموضوعي وأحكامه، وإنما تسري عليه فقط بعض القواعد الذاتية التي تلائمه وهي قواعد خارج قانون الدولة *règles extra étatiques*⁽³⁾، وهو يجسد فكرة تدويل العقد الدولي وإفلاته من حكم وسلطان القانون الوطني.

2- التحكيم مع التفويض بالصلح وتحرير العقد الدولي من القانون الوضعي:

نوضح من خلال هذا البند، حقيقة مساهمة التحكيم عموماً وهذا النوع منه خصوصاً في مسألة تدويل العقد، وذلك من خلال زاويتين على التوالي:

أ/ استبعاد المحكم بالصلح تطبيق القانون:

إن أهم خاصية يتميز بها التحكيم بالصلح عن التحكيم لاسيما العادي منه، هي كون المحكم في النوع الأول لا يكون ملزماً بإعمال حكم القانون على المنازعة المختص بالفصل فيها، فهو يكون في حل من تطبيق أي قانون

(1) تفصيلاً في هذا، د. عكاشة محمد عبد العالي بالاشتراك مع مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 113.

(2) أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، المرجع السابق، ص 244.

(3) أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 245.

وضعي، وهذا ما يفهم صراحة من النصوص التشريعية المنظمة لهذا النوع من التحكيم.⁽¹⁾

ولما كان التحكيم بالصلح بهذا الشكل، فإذا هو الجهاز الملأئم الذي تتحقق في دائرته فكرة العقد الدولي الطليق المستبعد لحكم القانون، وهو ما يفتح ثغرة في جدار التطبيق الملزم للقوانين الوضعية تروج من خلالها فكرة التدويل ويسطع نجم العقد الحر الذي يستمد القوة من ذاته، ومن إرادة المحكم ومن العقد، لأن التحكيم بالصلح يقود المحكمين إلى استبعاد تطبيق القوانين الوطنية لكي يرجع على نحو مانع إلى الاشتراطات التعاقدية وعادات المهنة، وهذا ما أكده الفقيه **Fouchard**، وكذلك من إرادة المحكم لأنه عندما يكون المحكم مفوضاً بالصلح، فهو لا يكون ملزماً بتطبيق القواعد القانونية، وإذا قرر عند وجود المنازعة اعتبار العقد صحيح، فإن إرادته تكون هي أصل القوة الملزمة للاتفاق.⁽²⁾

إن محتوى هذا النوع من التحكيم لقي تجسيدا في واقع العقود الدولية، فلقد جاء بإحدى العقود الدولية المبرمة بين مشترى مغربي وبائع من أحد الدول الأوروبية (البند 12 من العقد) أنه "يجب على محكمة التحكيم أن تقضي

(1) مثلاً المادة 1474 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، المادة 506 من قانون المرافعات المصري لسنة 1968...الخ، تفصيلاً في هذا راجع، أ.د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 92، 93.

(2) أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص 246،

كمفوضة بالصلح، ولا تكون ملزمة بتطبيق لا تشريع البائع ولا تشريع المغرب"، وعقد كهذا من البديهي جداً أنه خارج عن حكم كل القوانين التي هي على صلة به.

هذا وقد عبر البعض من الفقه وعلى رأسهم الفقيهين **Bredin** و **Lousouarn** بأنه "إذا كان يبدو مستحيلاً من الناحية القانونية أن عقداً يمكن أن ينتزع من كل تشريع وضعي، فإن الرجوع أو الالتجاء إلى محاكم التحكيم التي تقضي كمفوضة بالصلح يظل مؤدياً إلى نتائج معادلة من الناحية العملية"، أي إلى خروج وإفلات العقد من حكم كل قانون أو تشريع وضعي، وتلك نتيجة طبيعية لتحلل المحكم المفوض بالصلح من أعمال حكم القانون، والاستناد في قضائه إلى فكرة العدالة، وقواعد الأعراف والعادات السائدة في الأوساط المهنية⁽¹⁾، وإن كان هذا الحكم يساهم في تجريد العقد من حكم القانون ومن ثم دعم فكرة التدويل، فإنه يدعم بشكل مباشرة فكرة كفاية العقد الدولي ذاته بنفسه.

ب/ حقيقة النظام القانوني للعقد في ظل التحكيم بالصلح:

مما سبق يتضح أن التحكيم بالصلح يقتضي رجوع المحكم إلى قواعد العدالة، ومبادئ الإنصاف، ومن المتفق عليه أن هاتين الفكرتين يكتنفهما الغموض الكبير، لذلك يرى الفقه ولاسيما المؤيد لعملية تدويل العقد الدولي، أن الرجوع إلى العدالة يعني في جانب كبير منه الرجوع إلى عادات التجارة الدولية، وسائر

(1) المرجع السابق، ص 249.

القواعد التي تشكل القانون المادي أو الموضوعي للتجارة الدولية، أو ما يسمى *La lex Mercatoria*⁽¹⁾.

وعليه فإن هذا النوع من التحكيم، ليس فقط يبلور قواعد موضوعية، وإنما يعمل على تطبيقها على افتراض أنها فعلاً موجودة وجاهزة، وهذا حسب اعتقادنا هو قمة المغالاة في اعتبار (بل مجرد تصور) نظام التدويل موجود بشكل كامل ومتكامل لحكم ما تثيره التجارة الدولية من منازعات، التي هي في تطور مستمر وتحتاج إلى قواعد قانونية محبوبة تتلاءم مع ذلك التطور.

لذلك نتساءل عن معنى العدالة التي تحيل إلى مجموعة القواعد القانونية المشتملة على عادات وأعراف أنشأتها الأوساط المهنية؟. هو ما يجعلنا نقول أن العقد الدولي أصبح في منأى عن القانون، وقد يفلت من قواعد النظام الجديد وإن ظل خاضعاً لقواعد قانونية مصدرها عادات وأعراف التجارة الدولية، والقواعد المادية ذات النشأة التلقائية، والتي ساهم التحكيم مع التفويض بالصلح في قبولها وملاءمتها للعقود الدولية.

ثالثاً: تدويل التحكيم الدولي لمنازعات التجارة الدولية:

إن تعزيز دور التحكيم التجاري حديثاً بات ضرورة حتمية، إذ أصبح جهة قضائية ليس فقط موازية للقضاء وإنما منافسة له، وحتى المفضلة في تسوية

(1) أنظر كل من: د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 457 وما بعدها، ود. هشام صادق، عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية ومقارنة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2007، ص 228 وما بعدها.

منازعات التجارة الدولية لأنه الأكثر ملاءمة لها، لاسيما وأنه يساهم في تدويل العقود الدولية تدويلاً شاملاً لكل من موضوع النزاع وإجراءات المنازعة.

وقبل تفصيل هذا وبعد أن أشرنا سابقاً إلى التحكيم التجاري الدولي من حيث مفهومه، لبأس أن ننوه ولو بإيجاز إلى التمييز بين هذا الأخير وغيره من أنواع التحكيم الأخرى.

إن ما يستخدم من عبارات عادة للتمييز بين ذلك، هي تحكيم وطني يقابل تحكيم أجنبي Arbitre International، ولا صعوبة في تحديد مفهوم التحكيم الوطني أو الداخلي، لأنه هو التحكيم الذي تتركز عناصره في دولة معينة⁽¹⁾، وفي المقابل يكون التحكيم أجنبي إذا كان مرتبطاً في أحد عناصره أو أكثر بأكثر من نظام قانوني. ومن ثم يصبح التحكيم الوطني تحكيمياً أجنبياً إذا أريد تنفيذه أو الاحتجاج به في دولة أخرى.⁽²⁾

أما دولية التحكيم فهي ذات بعدين: **جغرافي** وتعني الأجنبي بالمقارنة بالتحكيم الداخلي، وبعد **قانوني** بوصف النظام القانوني المطبق عليه مزيج من

(1) العناصر المقصودة هي نوع النزاع، جنسية وموطن وإقامة كل من الأطراف والمحكم، مكان مباشرة التحكيم القانون واجب التطبيق، أنظر، د. الطيب زروتي، مقال، مشار إليها سابقاً، رقم 139/3، 1998.

(2) أنظر، المرجع السابق، ص 140، وفي نفس المعنى كل من: د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم...، مرجع سابق، ص 94 وما يليها، ود. عبد العزيز قادري، مرجع سابق، ص 224 و ما يليها.

أحكام قانونية مختلفة، تشكل في مجموعها ما يطلق عليه القانون الطبيعي الحديث droit naturel moderne، أو القانون الخالص droit pur⁽¹⁾. وعلى هذا الأساس يصبح التحكيم دولياً بحسب إجراءاته، أو بحسب موضوعه، ومن ثم تصبح دولية العقد ودولية التحكيم وكأنها مرادفتان لمبدأ الاستقلالية المطلق، كلاهما يخضعان لنظام قانوني يختلف عن الأنظمة القانونية الوطنية، هذا القانون يوصف بأنه سابق droit transnational يعلو على القوانين الوطنية droit supranational⁽²⁾.

تلك هي الحجة القانونية التي استند إليها أنصار تدويل التجارة الدولية لاستقلال التحكيم التجاري الدولي، واتخذوا منه أساساً لتدويل كل من موضوع وإجراءات هذه الأخيرة، وهذا ما نكشفه من خلال هذا المحور.

1- تدويل إجراءات المنازعة:

إن الأطراف في تحكيم الحالات الخاصة يباشرون إدارة التحكيم بأنفسهم، فيتولون تعيين المحكمين وتحديد القانون الإجرائي الذي يطبقه المحكمون، لكن الملاحظ أن ذلك التحديد ينصب على الأسس العامة التي تحكم المنازعة، أما التفاصيل فليس بوسعهم الإحاطة بها منذ الوهلة الأولى، وهذا ما يدفعهم اضطراباً إلى إنابة الاختصاص لقانون معين، وعادة ما يكون هو قانون محل مباشرة

(1) أنظر، د. الطيب زروتي، رسالة دكتوراه، مشار إليها سابقاً، ص 367، وقريب من ذلك، د. عكاشة عبد العالي بالاشتراك مع مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 99 وما بعدها.

(2) أنظر، د. الطيب زروتي، مناهج تنازع القوانين...، مقال رقم 3/1998، مشار إليها سابقاً، ص 140.

التحكيم، أو يعتدون بما يجري به العمل أمام هيئات التحكيم النظامية.⁽¹⁾ أو يفوضون للمحكم اختيار القواعد المناسبة، مما يجعله في حل من تطبيق القانون الإجرائي الداخلي لدولة معينة.⁽²⁾

أما في التحكيم النظامي ARB/institutionnelle، فإن أطراف النزاع يفوضون الأمر لهيئة التحكيم المعنية لتطبيق ما تراه مناسباً حسب ظروف المهنة ولائحتها الداخلية، وما تراه متماشياً مع أعراف وعادات التجارة الدولية. ولو ضررنا مثلاً على ذلك لأشرنا إلى ما يجري به العمل أمام هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، بحيث يتعين تطبيق القواعد الإجرائية السائدة لدى هذه الغرفة (المادة 13 من قواعد التوفيق والتحكيم التي وضعتها هذه الغرفة سنة 1955، المادة 11 من القواعد الجديدة السارية منذ 1975) معتبرة أن لجوء الأطراف للتقاضي أمامها يفيد قبولهم مبدئياً إجراءاتها وقواعدها. ومن البديهي أن التحكيم مع التفويض بالصلح⁽¹⁾، لا يطرح المشكل، إذ أن المحكم هنا ليس ملزماً لإعمال حكم القانون في المنازعة المختص بالنظر

(1) من بين أهم المؤسسات التحكيمية في العالم نذكر:

- محكمة التحكيم للغرفة التجارية الدولية في باريس Arbitration Court of ICC.
- محكمة التحكيم الدولي في لندن London Court of international Arbitration (LCIA)
- المركز التحكيمي للغرفة التجارية الاقتصادية في فيينا: The Arbitral Center of Federal economic Chamber...الخ، تفصيلاً في هذا أنظر، د. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 18 وما بعدها.

(2) أنظر، د. الطيب زروتي، المرجع السابق ص 141.

والفصل فيها، لأن عادات وأعراف التجارة الدولية وكما سبق بيانه نجد تطبيقاً لها في ظل هذا التحكيم، لأن المحكم يبني قراره على أفكار مجردة معترف بها عالمياً ولا يتخذ موقفاً معيناً من قانون محدد سواء كان مختصاً أو غير مختص.⁽²⁾

ومما سبق يتضح أن قضاء التحكيم الدولي، ومهما كانت طبيعته يسعى لتحقيق وحدة قانونية

وقضائية لمنازعات التجارة الدولية، وما تبنيه لقواعد إجرائية موحدة أو متشابهة إلا تعبيراً عن البيئة المستقلة والظروف المحيطة به ورغبته في الاستقلال الكامل عن القضاء العادي، والعيش في الظل بعيد عن الأضواء كما يقال عنه.⁽³⁾

2- تدويل قواعد الموضوع:

إن القاعدة الفقهية تقضي أن من يختار القاضي يختار قانونه، وعلى ذلك فإن اللجوء إلى قضاء التحكيم التجاري الدولي قرينة على اختيار تطبيق القواعد السارية والمتعارف عليها فيه والتي تكون في مجموعها نظاماً قانونياً مستقلاً عن نظم القوانين الداخلية.

(1) لاحظ مثلاً: المادة 458 مكرر 15 من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية المعدل بالمرسوم التشريعي رقم 9/93 المؤرخ في 25/04/1993.

(2) أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع اسبق ص 234 وما يليها.

(3) أنظر، د. الطيب زروتي، مناهج تنازع القوانين...، مقال رقم 3/1998، مشار إليه سابقاً، ص141، 142.

ومهما كانت التسمية المطلقة على هذا النظام فإنه نظام خاص بالعقود الدولية حسب تعريفها المتعارف عليه فقهاً وقضاء⁽¹⁾، وهو نظام متشكل من مجموعة من النظم المستقر عليها العمل في الأوساط المهنية التجارية، كالعقود النموذجية، الصيغ العامة، وقواعد المصطلحات التجارية "الأنكوترمز" التي وضعتها غرفة التجارة الدولية، والعادات التي أرستها المنظمات المتخصصة والأعراف المتداولة في التجارة الدولية، ملحقاً بها المبادئ التي أقرها القضاء الداخلي لبعض الدول، ومبادئ القانون العامة، ومبادئ العدالة⁽²⁾، وهي في مجملها قواعد ونظم لم تساهم الدول النامية في نشأتها ومع ذلك هي مجبرة على احترامها، وهذا هو التدويل المفروض.

ولا بأس أن نشير في النهاية إلى الخصائص التي يتصف بها هذا النظام الجديد:⁽³⁾

-
- (1) لتفصيل أكثر حول تحليل الاتجاهات المختلفة لتعريف العقود الدولية، أنظر، د. الطيب زروتي، رسالة دكتوراه، مشار إليها سابقاً، ج1، ص 10 وما بعدها.
- (2) وإن كانت كل مبادئ العدالة والمبادئ العامة للقانون وبحكم طابعها الغامض، تثير جدلاً فقهيًا حول مدى اعتباره مصدراً لقانون التجارة الدولية من عدمه، لتفصيل أكثر راجع، د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق ص 287 وما بعدها..
- (3) أنظر، د. الطيب زروتي، مناهج تنازع القوانين...، مقال رقم 1998/3، مشار إليه سابقاً، ص 143، 144.

- إنه لا زال قانونا طائفيًا منذ نشأته في القرون الوسطى إلى اليوم، مع تغير كمي ونوعي لحجم الطائفة من فئة قليلة من التجار إلى كتلة دولية تتحكم في مقاليد التجارة الدولية في الوقت الحاضر.
- إنه قانون تلقائي النشأة، متمرد بطبيعته عن المراحل والشكليات التي يمر بها القانون حتى يكتسب صفته تلك.
- إنه قانون فرض نفسه، بفضل جهود مناصريه الدوليين الذين يسعون من خلاله ليس لمنافسة القوانين الوطنية فحسب، وإنما لإقصائها نهائياً وإبعادها عن العقود الدولية.
- إنه قانون يقدم الحل الموضوعي مباشرة لحل النزاع، نظراً لما يتضمنه من أعراف وعادات ونماذج عقدية وحلول عملية أرساها التحكيم التجاري الدولي والقضاء الداخلي لبعض الدول، مما جعله في غنى عن نظام الإسناد المقرر في القوانين الوطنية بكل ميكانيزماته العريقة.
- إنه نظام قانوني، يتطلب في المقابل نظاماً قضائياً مستقلاً عن قضاء العدالة الصماء (قضاء الدولة) كي يحقق أهدافه، وكان قضاء التحكيم التجاري الدولي المنسجم معه والهيئة الأكثر ملاءمة لتحقيق ما يصبو إليه.

خاتمة:

ليس لنا في الختام إلا أن نؤكد على الدور الفعال الذي يلعبه التحكيم في مجال منازعات التجارة الدولية، وأعتبر بذلك من الهيئات والعوامل التي تأزرت فيما بينها لتدويل العقد الدولي من جهة، وتشكيل قانون التجارة الدولية بوصفه

النظام القانوني المادي المفضل لدى التحكيم التجاري الدولي لتطبيقه على العقود الدولية من جهة أخرى.

وبهذا يكون التحكيم (لاسيما التجاري الدولي منه)، من بين أهم العوامل التي ساهمت في تطوير التجارة الدولية عموما، والعقود التي تتم من خلالها خصوصا، حيث لم يبقى - التحكيم - مجرد هيئة قضائية تنافس قضاء الدولة في حل النزاعات التي تنشأ عن عقود التجارة الدولية (وهو المفضل من قبل المتعاملين الدوليين نظرا لما يمتاز به من خصائص)، وإنما أصبح ينافس الدولة في اختصاصها التشريعي، وذلك من خلا بلورته ونفعيله للقواعد الموضوعية الأكثر ملاءمة لحكم العقود الدولية، ومن ثم التعجيل في ميلاد نظام التدويل وإقصاء نظام التوطين العريق، وهو ما يترتب عنه بالنتيجة دون شك المساس بسيادة الدولة في هذا الشأن.

كما نشير في الأخير وفي هذا السياق إلى جهود الجزائر اثر ضرورة الاندماج في الاقتصاد العالمي، حيث عملت جاهدة على تكريس التحكيم التجاري الدولي في تشريعها الداخلية، لاسيما من خلال القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما بادرت إلى تكريس التحكيم التجاري الدولي في التزاماتها الدولية، سواء في الاتفاقيات المتعددة الأطراف أو الاتفاقيات الجهوية، وكذا الاتفاقيات الثنائية.