

مفهوم دولية التحكيم التجاري في القانون الجزائري

زروقي الطيب

أستاذ القانون الدولي الخاص، جامعة الجزائر 1

ملخص⁽¹⁾

يكتسي تحديد مفهوم دولية التحكيم التجاري أهمية كبيرة على اعتبار أن التحكيم التجاري الدولي يخضع لقواعد خاصة به لا سيما فيما يتعلق بالتنظيم القانوني المطبق أو دور أطراف الخصومة أو دور المحكم أو كفاءات تنفيذ الحكم التحكيمي.

يتعرض المقال الحالي لتحليل العناصر المختلفة التي تجعل التحكيم التجاري دوليا. فمن جهة أولى يحلل ذلك في إطار القانون المقارن من حيث أهمية التمييز بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي ومعايير التمييز بينهما. ومن جهة ثانية يتعرض لموقف المشرع الجزائري الوارد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفي التنظيم مبينا الأحكام المكرسة ومقدما اقتراحات بشأنها.

Abstract⁽¹⁾

La détermination du caractère international de l'arbitrage commerciale revêt une grande importance primordiale, vu les règles qui le régissent notamment le régime juridique applicable, ou le rôle des parties au litige ou du rôle de médiateur ainsi que les modalités d'exécution de la sentence arbitrale.

Le présent article procède à l'analyse des différents éléments qui rendent l'arbitrage commercial un arbitrage international.

Il analyse la question prise d'une part du point de vue de droit comparé, en mettant en exergue l'intérêt de la distinction entre l'arbitrage national et l'arbitrage international et les critères de distinction entre ces deux régimes, et d'autre part il aborde le point de vue du législateur Algérien. travers le code de procédure civile et administrative et la réglementation en mettant l'accent sur les règles consacrées assorties de proposition en la matière..

مقدمة

ومن خلال أحكام التحكيم الحالية، ونظرا لكثرة المعاملات التجارية الجزائرية /الأجنبية وتنوعها في مجال الاستثمار الأجنبي وعقود استيراد وتصدير السلع والخدمات وعقود التنمية الاقتصادية عموما، فإن القضاء الجزائري مدعو للتحكم أكثر من السابق في آليات التحكيم الدولي والأجنبي لكثرة المنازعات التي سوف تعرض عليه بشأن تنفيذ تلك القرارات. ويهمننا في هذا السياق تحليل مفهوم دولية التحكيم التجاري كما هو معرف في المادة 1039 من ق.إ.م.إ، والتي حلت محل المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية السابق. في هذا النوع من التحكيم يهّم كثيرا تحديد مفهومه بالنظر لخصوصية القواعد القانونية التي تحكمه دوليا ودور المحكم فيه وكيفية تنفيذ قراراته، سواء كان تحكيميا مؤسساتيا INSTITUTIONNEL أو خاصا AD - HOC. والكلمات المفتاحية محل الإشكال والتي يجب تحليلها هي صفات، «الوطنية، الأجنبية، التجارية، الداخلية، الدولية». ولكن لا يمكن الحكم على التعريف والنهج الذي تبناه المشرع الجزائري في التحكيم الدولي إلا من خلال الإلمام بموقف القانون المقارن، سواء التشريع أو الفقه أو القضاء. وعلى هذا الأساس أخصص البحث الأول من هذه الدراسة لتحديد مفهوم دولية التحكيم التجاري في القانون المقارن بصفة مقتضية، ثم التطرق في البحث الثاني لموقف القانون الجزائري من المسألة.

تبنى المشرع الجزائري -على غرار الدول الأخرى- نظام التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات بدل اللجوء إلى القضاء النظامي، ونظمه بداية سنة 1966 ضمن قانون الإجراءات المدنية⁽²⁾. وتطرق المشرع فيه فقط لتنظيم التحكيم الداخلي ضمن المواد 422 - 458، وأضاف بموجب الأمر رقم 71 - 80 أحكاما تخص جواز التحكيم بين الشركات الوطنية والمؤسسات العمومية، ولكن أخضعه لإجراءات خاصة فيما يخص إبرامه وتنفيذ القرارات الصادرة عنه. ولكن الأمر رقم 75 - 44 ألغى هذا النوع الأخير من التحكيم. أما التحكيم المتعلق بالعلاقات الخاصة الدولية فلم يكن محل تنظيم خاص. وبموجب المرسوم التشريعي رقم 93 - 09 المؤرخ في 25 / 4 / 1993⁽³⁾، تم إعادة تنظيم التحكيم، وأدرجت لأول مرة أحكام خاصة بالتحكيم التجاري الدولي بهذا المرسوم ضمن المواد 458 مكرر إلى 458 مكرر 28 من ق.إ.م. وأخيرا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 / 2 / 2008⁽⁴⁾ تم إعادة تنظيم أحكام التحكيم بنوعيه الداخلي والدولي⁽⁵⁾ بما يتلاءم مع التوجه السياسي والاقتصادي الجديدين بعد التحول من النظام الاشتراكي إلى نظام اقتصاد السوق، وبعد انضمام الجزائر إلى اتفاقيات دولية ذات صلة بالتحكيم الأجنبي والدولي.

1 - صدر بالأمر 66 - 154 بتاريخ 8 / 6 / 1966، منشور في الجريدة الرسمية رقم 47 لسنة 1966.

2 - منشور في الجريدة الرسمية رقم 27 لسنة 1993.

3 - منشور في الجريدة الرسمية رقم 36 لسنة 2008.

4 - أهمها:

- إتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 / 7 / 1958 الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها. انضمت إليها الجزائر بالمرسوم 88 - 233 المؤرخ في 5 / 11 / 1988، ج.ر، رقم 48 لسنة 1988.

- اتفاقية واشنطن المبرمة في 18 / 3 / 1965، المتعلقة بإنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، انضمت إليها الجزائر بمرسوم 95 - 346 المؤرخ في 30 / 10 / 1995، ج.ر، رقم 66 لسنة 1995.

- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري، أقرها مجلس وزراء العدل العرب في دورة انعقاده الخامسة بقرار 80 / د 5 في 14 / 4 / 1987.

المبحث الأول: مفهوم دولية التحكيم التجاري في القانون المقارن

تستعمل عادة في التحكيم عبارة «التحكيم الوطني» مقابل «التحكيم الأجنبي» وعبارة. التحكيم الداخلي» مقابل «التحكيم الدولي»، وإذا كانت الصفة «الوطنية» تلحق التحكيم الذي يصدر من هيئة تحكيم منعقدة في الدولة التي يتم فيها طلب تنفيذ ذلك الحكم وتم وفقا لقانون الإجراءات فيها، والصفة «الأجنبية» تعني التحكيم الذي يحصل في الخارج ويطلب تنفيذه في دولة أخرى، فهل التحكيم الداخلي هو أيضا تحكيم وطني، والتحكيم الدولي هو تحكيم أجنبي؟ إن المعيار المعتمد لصفة دولية التحكيم» بغض النظر عن مكان صدور حكم التحكيم، هو مدى تعلق موضوع النزاع بمسائل التجارة الدولية Le commerce international، وبأنظمة قانونية مختلفة، وبالتالي قد يكون تحكيميا وطنيا أو أجنبيا، إذن المصطلح له دلالة الفنية في الصياغة القانونية لتحديد مدلول أهميته الاقتصادية.

ونظرا لكون التحكيم الأجنبي غالبا ما يكون دوليا، فقد تردد واضعو الاتفاقيات الدولية وحتى التشريعات الوطنية في استعمال مصطلح «الأجنبية» أو مصطلح «الدولية». ففي البداية راعت الاتفاقيات الدولية تأثير الدول بفكرة السيادة، فاستعملت مصطلح «الأجنبية» حتى لا تعزف الدول عن الانضمام إليها⁽¹⁾، ولكن لاحقا تحول واضعو الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية لاستعمال صفة «الدولية»⁽²⁾ لكونها أشمل وأعم في المضمون من الصفة الأجنبية، ذلك أن هذه الأخيرة تفهم جغرافيا بأنها تعني صدور حكم التحكيم

في دولة أجنبية وطبقا لقانون أجنبي، بينما وصف التحكيم «الدولي» لا يهتم فيه مكان صدوره الذي يكون بالضرورة في إقليم تابع لسيادة معينة، بقدر ما يهتم مضمونه الذي قد يكون منفصلا عن كل الأطر القانونية الوطنية بخضوعه لقواعد وسلطات دولية حقيقية... قواعد فوق وطنية معدة في الأصل لحكم المجتمع الدولي للتجار وعمليات التجارة الدولية، على حد تعبير الفقيه فوشار⁽³⁾.

من هنا تظهر أهمية التحكيم التجاري الدولي ودوره الحقيقي كنظام قانوني إجرائي وموضوعي في حل النزاعات الخاصة بالعلاقات التجارية الدولية. على هذا الأساس أنطرق لأهمية تميز هذا التحكيم عن غيره، ثم لمعايير تحديده فقها وقضاء وتشريعا.

المطلب الأول: أهمية تميز التحكيم التجاري الدولي

تجلى أهمية تميز التحكيم الدولي والأجنبي عن التحكيم الوطني⁽⁴⁾ في عدة مسائل، أهمها:

الفرع الأول: من حيث التنظيم القانوني

إن التحكيم الوطني هو تنظيم وطني صرف، تولى المشرع تنظيمه وروعي في قواعده الموضوعية والإجرائية ما تقتضيه المصلحة الوطنية والنظام العام، ولو أن فيه هامش من الحرية للمحتكمين والمحكم إلا أنه محدود بما لا يخالف القواعد الآمرة في القانون الوطني ومبادئ النظام العام. وما يجري به العمل في القانون المقارن هو أن يخصص المشرع ضمن قانون الإجراءات قسما له، يحدد بموجبه نطاق التحكيم وشروط صحته وإجراءاته وكيفية تنفيذ أحكامه وطرق الطعن المقررة

1 - من ذلك بروتوكول جنيف لسنة 1923 الخاص بالاعتراف بشرط أو مشاركة التحكيم، واتفاقية جنيف لسنة 1927 المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة طبقا لبروتوكول 1923. وكذلك اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية.

2 - من ذلك المادة الأولى من الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 التي نصت "تطبق أحكام الاتفاقية على اتفاقات التحكيم المبرمة لتسوية المنازعات التي تنشأ أو تنشأ عن عمليات التجارة الدولية"، وكذا المادة الثالثة من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985 (م 3 ف 3 منه، التي سوف نحللها لاحقا)، ومن التشريعات الوطنية نذكر قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة 1975 بعد تعديله سنة 1981 (المادة 1494 منه) وقانون الإجراءات المدنية الجزائري (المادة 458 مكرر من المرسوم التشريعي رقم 93 - 09، والمادة 1039 من ق.إ.م.إ.).

3 - رسالته المعنونة: L'arbitrage commercial international, éd. Dalloz. 1965. N°39.p23

4 - راجع بصفة خاصة في هذا الموضوع، أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2004، ص 84 وما بعدها. وكتابه، التحكيم في المعاملات المالية الوطنية والدولية، دار النهضة العربية، 2006، ص 78.

لها. كما هو الشأن في القانون الجزائري⁽¹⁾ والقانون الفرنسي⁽²⁾ والقانون التونسي⁽³⁾.

أما التحكيم الدولي، فقد تكون أحكامه أيضا من تنظيم المشرع الوطني ولكن يخصص له جزء خاص ضمن الباب أو القسم الخاص بالتحكيم⁽⁴⁾، ومن الجائز أن يحيل في بعض أحكامه الإجرائية والموضوعية إلى التحكيم الداخلي، أو يخصص له قانون خاص به كما هو الشأن في القانون السويسري الذي نظمه ضمن أحكام القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) لسنة 1987. كما تحكمه أيضا اتفاقيات دولية ثنائية⁽⁵⁾ أو جماعية، ومن أشهرها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها⁽⁶⁾ واتفاقية واشنطن لسنة 1965، الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المعروفة باتفاقية «B. I. R. D.». واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987⁽⁷⁾ والاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961⁽⁸⁾، وغالبا ما تكون أحكام التحكيم التجاري الدولي المنظمة وطنيا أو في الاتفاقيات الدولية مستوحاة من أعمال قانونية دولية كقواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال Uncitral) لسنة 1976 وقواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي أعدته أيضا لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985.

الفرع الثاني: من حيث دور إرادة الأطراف

في التحكيم الداخلي، مهما اعترف المشرع للمحتكمين من حرية في تشكيل واختيار هيئة التحكيم وضبط إجراءات سيره، فإن هذا الدور مقيد مقارنة بالتحكيم الدولي، فهم مقيدون بتطبيق القانون الداخلي بشأن نطاق التحكيم، هناك مسائل موضوعية لا يجوز التحكيم فيها⁽⁹⁾ ويجب تسبيب حكم التحكيم تحت طائلة عدم جواز التنفيذ، كما يتعين مراعاة الإجراءات التي تضمن الوجيهة وضمان حقوق الدفاع.

أما في التحكيم الدولي، فبوصفه يتعلق بالعقود الدولية غالبا- كما سوف نرى لاحقا- فهو يشير تنازعا بين القوانين، وإرادة الأطراف حرة استنادا لمبدأ قانون الإرادة (المادة 18 مدني)⁽¹⁰⁾ وتبلغ أقصى مداها في اختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم ككل، القانون الذي يحكم العقد الأصلي والقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم والقانون المنظم لإجراءات التحكيم، الذي قد يكون قانونا وطنيا أو قواعد مستقاة من أنظمة هيئات التحكيم الدولية، كما أن المحكم له دور بارز في التحكيم الدولي بخلاف القاضي أو المحكم في التحكيم الوطني اللذين يتقيدان بالقانون الداخلي.

الفرع الثالث: بخصوص تعيين المحكمين

ولو أن القانون أجاز للأطراف تعيين المحكمين في نوعي التحكيم الداخلي والدولي، إلا أنه في حالة عدم الاتفاق على ذلك تختلف الجهة القضائية المختصة بالتعيين، ففي التحكيم

- 1 - المواد 442 إلى 458، من قانون الإجراءات السابق، والمواد 1006 إلى 1038 من ق.إ.م.إ.
- 2 - المواد من 1442 إلى 1491 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1975، المعدل سنتي 1980 و1981.
- 3 - الفصول من 16 إلى 46 من مجلة التحكيم الصادرة بالقانون رقم 42 لسنة 1993.
- 4 - المواد 10039 إلى 1061 من ق.إ.م.إ.
- 5 - وقد أبرمت الجزائر العديد منها ولا يتسع المجال لسردها.
- 6 - لأنها تشمل أيضا القرارات التحكيمية غير الوطنية بمفهوم الشرط الأخير من المادة الأولى منها الذي ذكر "كما تطبق على القرارات التحكيمية التي لا تعد قرارات وطنية في الدولة التي يطلب فيها اعتمادها وتنفيذها" أي القرارات غير الوطنية بالمفهوم الدولي.
- 7 - وهي اتفاقية جهوية الانضمام إليها قاصر على الدول العربية.
- 8 - الانضمام إليها قاصر على دول اللجنة الاقتصادية لأوروبا والدول المقبولة بصفة مراقب.
- 9 - المادة 1006 ف2 و3.
- 10 - هذا مبدأ ثابت ومستقر العمل به في كل النظم القانونية الوطنية والدولية.

وفي نفس السياق أيضا ميز القانون الجزائري بين نوعي التحكيم، بالنسبة لتاريخ بدء حساب ميعاد الاستئناف، فحكم التحكيم الداخلي يجوز استئنافه في مدة شهر واحد من تاريخ النطق به (م1032 من، ق.إ.م.إ) ويجوز استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ خلال 15 يوما من تاريخ الرفض. بينما حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر يجوز الطعن فيه بالبطلان، ويجوز استئناف الأمر القاضي برفض تنفيذ حكم التحكيم الصادر في الخارج خلال شهر من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو للأمر، مع ملاحظة وجود تعارض في مدة الاستئناف المنصوص عليها في المادة 1057 ف2 من، ق.إ.م.إ والمادة 1035 ف2 المحال إليها بموجب المادة 1054 من نفس القانون.

2. فيما يخص تسبيب حكم التحكيم، يجب تسبيب حكم التحكيم الداخلي تحت طائلة البطلان وهذا في أغلب النظم القانونية⁽³⁾ أما في التحكيم الدولي فالأصل هو عدم التسبب إذا اتفق الأطراف أو كان القانون الواجب التطبيق على الإجراءات لا يستلزم ذلك، بل وتقضي بذلك بعض الأعمال الدولية صراحة⁽⁴⁾، بيد أن القانون الجزائري استلزم تسبيب حكم التحكيم الدولي الصادر بالجزائر تحت طائلة بطلانه، وكذا عدم الاعتراف به أو عدم تنفيذه إذا كان صادرا في الخارج (المادتان 1058 و1056 من، ق.إ.م.إ). وقد كان قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة 1975 يتطلب ذلك أيضا، لكن تعديل 2011 ألغى هذا الحكم⁽⁵⁾.

3. بالنسبة للاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم، تسري على تنفيذ حكم التحكيم الداخلي الإجراءات المقررة في القانون الوطني، أما حكم التحكيم الدولي فهو خاضع لاستيفاء الشروط المقررة لصحته طبقا للاتفاقيات الدولية، ولا سيما

الداخلي يختص رئيس المحكمة الواقع في دائرتها محل إبرام العقد أو تنفيذه (م1009 من، ق.إ.م.إ)، بينما في التحكيم الدولي يختص بالتعيين رئيس المحكمة التي يقع في دائرتها محل إجراء التحكيم إذا حصل في الجزائر أو رئيس محكمة الجزائر إذا حصل التحكيم في الخارج وأتفق الأطراف على تطبيق القانون الجزائري على إجراءات التحكيم (م1041 ف2 المقطعين 1 و2).

الفرع الرابع: فيما يتعلق بمعاملة حكم التحكيم

تتضح أوجه الاختلاف بين نوعي التحكيم الداخلي والدولي من حيث المعاملة في المسائل التالية:

1. من حيث جواز استئناف أحكام التحكيم، في التحكيم الداخلي، الأصل أنها قابلة للاستئناف ما لم يتنازل الأطراف عن هذا الحق في اتفاقية التحكيم (المادة 1033، من، ق.إ.م.إ)، أما أحكام التحكيم الدولي ولو أنه غير جائز استئنافها مبدئيا في أغلب النظم القانونية⁽¹⁾، وهذا لأنه لا توجد هيئة تحكيمية أعلى درجة خارجة عن هيمنة السلطة القضائية لأية دولة، وحتى لا تهتز ثقة المحكمين في تلك الأحكام⁽²⁾. ومع ذلك فإن القانون الجزائري يميز الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الدولي الصادرة بالجزائر (م1059، من، ق.إ.م.إ) إذا توفرت فيها حالة من الحالات المذكورة في المادة 1056 من نفس القانون، كما يجوز الطعن في الأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم أو برفض الاعتراف به أو تنفيذه (المادتان 1055 و1056 من نفس القانون).

فإن القانون الجزائري يميز الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الدولي الصادرة بالجزائر (م1059، من، ق.إ.م.إ) إذا توفرت فيها حالة من الحالات المذكورة في المادة 1056 من نفس القانون، كما يجوز الطعن في الأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم أو برفض الاعتراف به أو تنفيذه (المادتان 1055 و1056 من نفس القانون).

1 - راجع أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص88.

2 - استثناء على هذا المبدأ يجوز لأحد المحكمين لدى المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدولة ورعايا الدول الأخرى أن يطلب التماس إعادة النظر في الحكم بسبب اكتشاف واقعة من شأنها أن تؤثر بشكل قاطع في الحكم، بشرط أن تكون تلك الواقعة مجهولة قبل النطق بالحكم من طرف المحكمة والطالب، وهذا طبقا للمادة 51 ف1 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965.

3 - راجع، أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص87، 88 لاسيا الهامش.

4 - من ذلك القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985 (م31 ف2 منه)، واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 (م32 ف1 منها).

5 - مرسوم 48 لسنة 2011.

فإن التحكيم الذي يحصل في الجزائر بين طرفين جزائريين ويسري عليه القانون الجزائري، هو تحكيم وطني ولو تعلق ببيع دولي وتصدير بضاعة من الجزائر إلى الخارج، في حين إذا كان أحد الأطراف أجنبيا يصبح التحكيم دوليا ولو كان موضوعه وطنيا، بالمثل فإن اتفاق جزائريين أحدهما مقيم في الخارج على التحكيم في نزاع يخص بيع عقار في الجزائر يكون دوليا.

وفقا لهذا المعيار إن كل تحكيم وطني في نظر سلطات بلد معين، يعد تحكيميا أجنبيا في الدول الأخرى، ويعامل على هذا الأساس طبقا لأحكام القانون الدولي الخاص بخصوص الاعتراف به وتنفيذه في تلك الدول⁽¹⁾. هذا معناه استغراق الصفة الأجنبية للصفة الدولية في التحكيم. مع أن عناصر التمييز كجنسية الأطراف ومكان انعقاد التحكيم قد تكون عارضة وغير مؤثرة موضوعيا في النزاع.

ولتلافي هذا الانتقاد، رأى البعض⁽²⁾ أن التحكيم يكون دوليا في حالتين، إذا كان له أوجه ارتباط متعددة مع قوانين عدة دول، أو كان له اتصال بمركز تحكيم يمارس نشاطه على المستوى الدولي. نعم هذا الرأي اعتمد معيارا مجردا، ولكنه تجاهل التركيز على أهمية موضوع النزاع، مع أنه هو أساس دولية التحكيم، بتقديمه المسبب على السبب، كمن يضع العربة أمام الحصان.

على هذا الأساس، استقر الرأي الراجح فقها وقضاء وتشريعا في تحديد دولية التحكيم على اعتماد معيار موضوعي هو أن التحكيم يكون دوليا إذا تعلق بنزاع ذا طابع دولي. وما دام الشائع هو أن يفصل التحكيم في منازعات العقود الدولية، فإن دولية التحكيم مرتبطة بدولية العقد.

وفي هذا الصدد هناك معياران، المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني⁽³⁾. وفي الفقرات الموالية نحلل موقف القضاء والفقهاء والتشريع المقارن من المعيارين.

اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية. فضلا عن ذلك إن أحكام التحكيم الصادرة عن المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدولة ورعايا الدول الأخرى مستثناة من إجراءات التنفيذ المقررة في قانون بلد التنفيذ، بل ويتعين على الدولة المتعاقدة أن تخطر السكرتير العام للمركز بالمحكمة المختصة أو أية سلطة تعينها لهذا الغرض، وبأي تغييرات لاحقة بهذا الأمر (المادة 54 ف2 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965).

هذه الأهمية لاختلاف نوعي التحكيم، التجاري الدولي والتحكيم الوطني، تبرز ضرورة وضع معيار دقيق لتمييز الأول عن الثاني ما دام له خصوصيته في أحكامه الإجرائية والموضوعية وفي التعامل معه.

المطلب الثاني: معايير التمييز المقررة في القانون المقارن

المحلل لآراء الفقه في هذا الشأن، يكشف أن البعض أخذ بمعيار شكلي، ولكن خلط بين التحكيم الوطني والتحكيم الداخلي من جهة وبين التحكيم الدولي والتحكيم الأجنبي من جهة أخرى، باعتماده في تحديد دولية التحكيم على مدى تعلق عناصر التحكيم بدولة معينة، فكلما كانت عناصره مرتبطة بدولة محددة، أطراف النزاع، مكان إجراء التحكيم، القواعد المطبقة على الإجراءات والموضوع، مكان تنفيذ حكم التحكيم. يكون التحكيم وطنيا وداخلا في اختصاص قانون ذلك البلد، وكلما اتصلت تلك العناصر أو بعضها بالخارج يكون تحكيميا أجنبيا، وهذا بغض النظر عن موضوع النزاع ومدى تأثيره وأهميته دوليا. وفقا لهذا المعيار فإن التحكيم الذي يحصل في الجزائر بين طرفين جزائريين ويسري عليه القانون الجزائري، هو تحكيم وطني ولو تعلق ببيع دولي وتصدير بضاعة من الجزائر إلى الخارج، في حين إذا كان أحد الأطراف أجنبيا يصبح التحكيم دوليا ولو كان موضوعه وطنيا، بالمثل فإن اتفاق جزائريين أحدهما مقيم في الخارج على التحكيم في نزاع يخص بيع عقار في الجزائر يكون دوليا.

1 - راجع، حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، 2006، ص 37 وما بعدها.

2 - مشارا إليه في أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 93 هامش 1.

3 - راجع رسالتنا للدكتوراه، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، 1992، مودعة بمكتبة كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، ص 11 وما بعدها.

الفرع الأول: موقف القضاء من المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني لدولية التحكيم

إن jeu les intirèts du commerce international القضاء أحيانا، استخلص الصفة الدولية بالجمع بين المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني، معترفا بصعوبة التمييز بينهما ودقتها، فقالت محكمة استئناف تولوز⁽⁷⁾ «من الصعب تحديد مفهوم دولية العقد، وإن كان القضاء أخذ في الاعتبار بعض المعايير التي تسمح بتمييزه عن غيره، ولا سيما ارتباط العقد بأنظمة قانونية تابعة لعدة دول، وبعضها من طبيعة اقتصادية لأنه يتتبع عنها المساس بمصالح التجارة الدولية، إلا أن الجمع بينها هو الذي يبرز خاصية الخارجية فيها»⁽⁸⁾ Et c'est leur conjonction qui caractérise le mieux d'extranéité وفي المقابل هناك أحكام أخرى رجح فيها القضاء الفرنسي المعيار القانوني وحده⁽⁹⁾.

وهكذا يتضح، أنه قبل إقرار المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، بتعديل سنة 1981، لم يكن القضاء الفرنسي مستقرا على معيار واحد.

تبنى القضاء الفرنسي المعيار الاقتصادي في دولية التحكيم التجاري منذ ثلاثينات القرن الماضي⁽¹⁾. فقالت محكمة النقض إن التحكيم يكون تجاريا دوليا إذا تعلق النزاع بشؤون التجارة الدولية⁽²⁾ وقالت أيضا، يأخذ التحكيم الصفة الدولية بالنظر إلى الطبيعة الجوهرية للنزاع المطروح⁽³⁾. وجاء في حكم لمحكمة استئناف باريس، إن الطبيعة الدولية للتحكيم لا تستند إلى مكان إجرائه ولا إلى جنسية المحكمين، ولكن إلى كون المسألة المعروضة مسألة دولية، أي أن موضوع النزاع يدخل ضمن شؤون التجارة الدولية⁽⁴⁾. ورغم أن القضاء الفرنسي يبدو متمسكا بهذا المعيار في أحكامه الحديثة، فقد جاء في حكم محكمة استئناف باريس في 9 / 12 / 1980⁽⁵⁾، بأن الصفة الدولية للتحكيم تتوفر إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية،⁽⁶⁾ puisque il met en

1 - وهو نفس المعيار الذي اعتمده في تحديد دولية العقد، بمناسبة إدراج شرط التحكيم فيه، في الوقت الذي كان فيه القانون الفرنسي يحظر اللجوء إلى التحكيم الدولي، جاء في حكم لمحكمة النقض بتاريخ 17 / 5 / 1927، منشور في دالوز الدوري سنة 1928. 1. 25، تعليق كاييتان، العقد الدولي هو الذي يثير مصالح التجارة الدولية، مؤيدة في ذلك وجهة نظر نائبها العام Matter في تفسيره الاقتصادي للعقد الدولي، الذي يقول فيه "يجب أن ينتج عن العقد الدولي حركة مد وجزر وراء الحدود، نتائج متقابلة.

المضمون الاقتصادي للقيم الاقتصادية للعقد من حيث حركة رؤوس الأموال والبضائع عبر حدود دولتين أو أكثر.

وقد ظهرت أول دراسة تأصيلية شاملة للقضاء الفرنسي في هذا الموضوع سنة 1937، في رسالة Jacques denedieu de vabres تحت عنوان "تطور القضاء الفرنسي في مسائل تنازع القوانين منذ بداية القرن العشرين"، طبعة 1938، ص 553. ثم أرسى قواعد القضاء الفقيه pigeoniere P. Lerebours - عندما كان مستشارا بمحكمة النقض الفرنسية في مقال له تحت عنوان "بمناسبة العقد الدولي" منشور في مجلة Clunet سنة 1951، ص 614.

2 - نقض مدني فرنسي في 19 / 2 / 1930، وفي 27 / 1 / 1931، سيريه 1933. 41 تعليق نبوايه.

3 - نقض مدني فرنسي في 7 / 5 / 1963، دالوز 1963. ص 543 تعليق ربيير.

4 - محكمة استئناف باريس في 20 / 6 / 1969، مجلة التحكيم 1969 ص 95.

5 - منشور بمجلة التحكيم سنة 1981.

6 - وراجع أيضا حكم استئناف باريس في 26 / 4 / 1985، مجلة التحكيم 1985 ص 311. وفي 5 / 4 / 1990، المجلة الانتقادية 1991، ص 580. وفي 24 / 2 / 1994، مجلة التحكيم 1995، ص 275. الذي اعتبرت فيه التحكيم دولي لمسألة بمصالح التجارة الدولية، وأن الطابع الداخلي أو الدولي للتحكيم لا يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الموضوع أو على الإجراءات، ولا يتوقف على إرادة الأطراف، وإنما على طبيعة العملية الاقتصادية موضوع النزاع، فيكفي ليصبح التحكيم دوليا أن تكون العملية الاقتصادية تتعلق أو تتضمن حركة أموال أو خدمات أو وفاء، عبر الحدود. وراجع أيضا رسالتنا، مرجع سابق، ج 1، ص 29 بالهامش خاصة.

7 - حكمها في 26 / 10 / 1982، مجلة clunet 1984 ص 605.

8 - راجع أحكاما أخرى للغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض، مشارا إليها في رسالتنا، مرجع سابق، ج 1 ص 37 بالهامش 2.

9 - راجع، نقض مدني في 4 / 7 / 1972، المجلة الانتقادية 1974، ص 82 تعليق لاليف (قضية هيش / شركة بويسان). ونفس الغرفة والمحكمة في 7 / 10 / 1980، المجلة الانتقادية 1981 ص 315 (قضية تاردييه / شركة بوردون)، تعليق جاك ميستر. راجع في تحليل هذه الأحكام، رسالتنا، مرجع سابق، ج 1، ص 31 وما بعدها.

أولاً: تبني المعيار الاقتصادي critère économique

كما سبقت الإشارة، أن التحكيم الدولي بخصائصه وجد للفصل في منازعات العقود الدولية، وما دامت تترتب بالضرورة على هذه الأخيرة آثار اقتصادية متقابلة عبر الدول وتمس بمصالح التجارة الدولية فإن التحكيم المتعلق بها يكون دولياً لنفس الأسباب والمعايير. ويجب أن تفهم التجارة الدولية بمعناها العام الواسع دون التقييد بالتصنيف الداخلي للأعمال المدنية والتجارية، فيعد تحكيمها تجارياً دولياً وفقاً للقانون النموذجي للقانون التجاري الدولي لسنة 1985، التحكيم المتعلق «بجميع العلاقات ذات الطبيعة التجارية تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، أي معاملة تجارية لتوريد السلع أو الخدمات أو تبادلها، اتفاقات التوزيع، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية، إدارة الحقوق لدى الغير، التأجير الشرائي، تشييد المصانع، الخدمات الاستثمارية، الأعمال الهندسية، إصدار التراخيص، الاستثمار، التمويل، الأعمال المصرفية، التأمين، اتفاق أو امتياز الاستغلال، المشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري، نقل البضائع أو الركاب جواً وبحراً وبالسكك الحديدية أو الطرق البرية». بل ويشمل استغلال الحقوق المعنوية ونقل التكنولوجيا والخدمات الأخرى ذات الطابع الثقافي والاقتصادي، كما يشمل في رأي البعض -متأثرين بقضاء التحكيم- عقود الامتياز وعقود التنمية الاقتصادية التي تكون الدولة طرفاً فيها.

وتبنى المعيار الاقتصادي للتحكيم الدولي فقهاء القانون التجاري الدولي مثل B. Goldman⁽⁴⁾ و PH. Fouchard⁽⁵⁾ كما يميل كثير من فقهاء القانون الدولي الخاص المعاصرين في فرنسا لهذا المعيار بعد أن رسمه المشرع صراحة سنة 1981 في قانون الإجراءات المدنية. المادة (1492). وأخذ به بعض الفقهاء العرب⁽⁶⁾.

ويسير القضاء الأمريكي في اتجاه مراعاة خصوصيات التجارة الدولية ومتطلباتها وازدهارها، مما يقتضي التجاوب وفسح المجال لتقبل عاداتها وآلياتها القانونية، ولكن دون إشارة واضحة للمعيار المعتمد، ففي حكم للمحكمة العليا للولايات المتحدة بتاريخ 12/6/1972⁽¹⁾، قالت المحكمة «إنه مما لا يشجع على انتشار الصناعة والتجارة الأمريكية أن نظل على الرغم من العقود المنضبطة متمسكين بفكرة وطنية ضيقة مؤداها وجوب طرح كل المنازعات أمام محاكمنا وأن يحكم فيها وفقاً لقوانيننا وحدها، إنه في زمن اتسعت فيه التجارة الدولية، فلا يبقى من محل لأوجه نظر جامدة، فمثل هذا يعتبر من المعوقات الشديدة أمام التطور المستقبلي للأعمال الدولية للأمريكيين، إنه من غير الممكن أن تخضع التجارة في الأسواق العالمية لمطالباتنا نحن وحدنا وأن يحكم فيها بقوانيننا وتعرض أمام محاكمنا».

وأخذ القضاء المصري في بعض أحكامه قبل إقرار قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 بالمعيار الاقتصادي⁽²⁾. بالمثل تبنت المعيار الاقتصادي أيضاً هيئات التحكيم الدولي، وهذا الموقف له مبرراته، فمن جهة يحاول هذا القضاء -وهو قضاء تجاري أصيل بطبيعته- أن يساير الفقه التجاري في نظرياته المستمدة من واقع التعامل التجاري وأهدافه الخاصة بإنجاز العملية التجارية وتحقيقها في ذاتها دون اعتبار لأطرافها، ومن ناحية أخرى فإن قضاء التحكيم تأثر بجتهاد القضاء الفرنسي في تحديده مفهوم دولية العقد والتحكيم الخاص به⁽³⁾.

الفرع الثاني: موقف الفقه المقارن

تأثر الفقهاء في تحديد دولية التحكيم بتعريفهم للعقد الدولي باعتبار التحكيم يتعلق بمنازعات العقود الدولية. وفي هذا الصدد هناك من أخذ بالمعيار الاقتصادي ومن أخذ بالمعيار القانوني.

1 - منشورا ترجمته الفرنسية بالمجلة الانتقادية 1973، ص 530، مع عرض وتعليق Helen goud met tallon.

2 - راجع، أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 95، هامش 2.

3 - من ذلك، راجع حكم التحكيم الصادر سنة 1980، منشور في مجلة clunet سنة 1981، ص 299، الذي قالت فيه هيئة التحكيم "إن كون البيع يمس مصالح التجارة الدولية، على الرغم من كون الطرفين يميلان جنسية واحدة، يعتبر عاملاً مهماً لإضفاء الطابع الدولي على العقد موضوع النزاع وعلى التحكيم المطلوب إجراؤه". وراجع أيضاً رسالتنا، مرجع سابق، ج 1، ص 23 و 24.

4 - راجع تعليقه في مجلة 16927، 2، 1971، J.C.P.، ومقاله:

5 - commerce al international Règles de conflits, l'arbitrage règles d'application immédiates et règles matériel dans القانون الدولي الخاص 1966 / 1968.

6 - راجع رسالته التحكيم التجاري الدولي، مشار إليها سابقاً، ومقاله: 75 P74، rev. Arb، 1970، Quant un arbitrage est - il international،

6 - مشاراً إليهم في أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 106 هامش 1

ومكان تنفيذ الحكم الصادر عنه. ومثال البعد الدولي، تحديد النظام المطبق على التحكيم والذي هو مزيج من أحكام قانونية مختلفة، من حيث إجراءاته وموضوعه ووسائل تنفيذ أحكامه. إن التحكيم يكون دوليا طبقا للمعيار القانوني حسب تعبير فوشار⁽⁵⁾ من اللحظة التي لا يمكن أن ترتبط فيه المنازعة أو التحكيم نفسه بدولة معينة، والنظام القانوني المطبق عليه قد يكون مستقى من نظم وطنية متعددة أو من قواعد غير وطنية⁽⁶⁾ تشكل ما ساء البعض القانون الطبيعي الحديث أو القانون الخالص *droit pur*، وبالتالي فالتحكيم الدولي بها الوصف يستغرق كل حالات التحكيم الأجنبي، والعكس غير صحيح.

الفرع الثالث: موقف التشريع المقارن

يوجد في التشريع المقارن ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول

أخذت بعض التشريعات الوطنية بالمعيار الاقتصادي، وعلى رأسه القانون الفرنسي، الذي عرفت المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1975 بعد تعديلها سنة 1981⁽⁷⁾، التحكيم التجاري الدولي بأنه «يعتبر دوليا التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية»⁽⁸⁾.

وكما ذكر سابقا هذا التعريف سبق أن تبناه القضاء الفرنسي منذ 1927 متأثرا برأي النائب العام لدى محكمة النقض ماتير.

وانتقد هذا المعيار لكونه مبهم، يصعب تحديد مضمونه، إن مصطلح التجارة الدولية فكرة غير ثابتة ومتغيرة تحتاج إلى تحديد، فضلا عن كونها مطاطة وغير دقيقة، فكيف تعتمد كمعيار لدولية العقد أو دولية التحكيم الخاص بمنازعاته⁽¹⁾.

ثانيا: المعيار القانوني *critère Juridique*

مؤدى هذا المعيار أن الصفة الدولية للعقد أو للتحكيم المتعلق بمنازعاته، لا تتوقف فقط على التأثير أو المساس بمصالح التجارة الدولية، وإنما يجب أن يتوفر وصف «الأجنبية»⁽²⁾. وهنا نميز بين رأيين، الأول يكفي بتدخل أي عنصر ولو شكلي يخلع على النزاع الصفة الأجنبية، واخذ بهذا الرأي الفقه التقليدي عموما⁽³⁾. والثاني يشترط أن يكون العقد أو موضوع النزاع مرتبطا بأكثر من نظام قانوني من حيث العناصر الضرورية لتكوينه، كمركز طرفيه من ناحية الجنسية أو الوطن، ومكان تنفيذ العقد أو إجراء التحكيم، والقانون المختص بحكم العقد أو النزاع، وعلى ذلك تكون طبيعة التحكيم كما تفصح عنها مجموع الظروف الإيجابية الملائمة هي التي تبرر وصفه بالدولية *International* أو غير الوطنية *Extranational*. ومن ثم فالمعيار المقترح هو معيار قانوني أجرائي وهو ارتباط موضوع النزاع بأكثر من نظام قانوني أو عدم ارتباطه بأي نظام قانوني، أي إذا كان يتضمن قواعد وأنظمة تتجاوز بطبيعتها حدود نظام قانوني داخلي⁽⁴⁾. سواء تابعة لدول متعددة، أو مستقلة عنها، ومثال الأول اختلاف نقاط تركيز التحكيم من حيث جنسية الطرفين وموطنهم وجنسية المحكم ومكان إجراء التحكيم

1 - راجع في الانتقادات أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 112.

2 - وبالنسبة للعقد الدولي خاصة، وفقا لهذا المعيار يكفي أن يشمل العقد على عنصر أجنبي مهما كان دوره، فلا يهم إذا كان مؤثرا أو سلبيا. وفيما يخص التحكيم لا يميز هذا الرأي بين التحكيم الأجنبي والتحكيم الدولي.

3 - راجع باتيفول، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة 1959، ص 681. وفي الفقه العربي، عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي، مجلة مصر المعاصرة، يناير 1978، ص 3 وما بعدها، وراجع أيضا كتابه، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، طبعة 1974، فقرة 134، ص 439 بشأن تحديد مفهوم دولية العقد. هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة 1974، بند 181، ص 645.

4 - راجع باتيفول، مقال في *Daloz - REP*، فقرة العقود والاتفاقات رقم 9. نقض مدني فرنسي في 7 / 10 / 1980، المجلة الانتقادية 1981، ص 323.

5 - رسالته في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 20.

6 - B.Goldman, frontieres de droit et LEX - mercatoria, archives de philosophie de droit, Sirey 1964. P 183.

7 - مرسوم 81 - 500 المؤرخ في 12 / 5 / 1981.

8 - Art 1492 du C.P.C.F, « Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ».

ب- إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين:

- مكان التحكيم إذا كان محددًا في اتفاق التحكيم أو طبقا له.
- أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية، أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به.

- إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة.

ظاهر من هذا النص أنه اعتمد التركيز الجغرافي في تحديد دولة التحكيم، باستثناء ما قرره البند الثالث من الفقرة ب، الذي أناط للأطراف حرية الاتفاق على تعلق التحكيم بأكثر من دولة، وهو غير مقبول قانونا لأن وصف التحكيم بالدولي يجب أن يكون حقيقيا متركزا على معايير موضوعية وليس متوقفا على إرادة الأطراف.

كما أخذت بنفس المعيار اعتمادا أيضا على التركيز الجغرافي أو الشخصي للأطراف اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1978، بنصها في المادة الثانية على أنها تطبق «على النزاعات التجارية الناشئة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين أيا كانت جنسياتهم يربطهم تعامل تجاري مع إحدى الدول المتعاقدة أو أحد أشخاصها أو تكون لهم مقارا رئيسية فيها». ومن ثم كلما كان الأطراف يتمتعون بجنسية دولة متعاقدة أو لهم مقار عملهم الرئيسي فيها يكون التحكيم تجاريا دوليا.

ويمثل أيضا القانون السويسري نموذجا للقوانين الداخلية التي أخذت بالمعيار القانوني، بنصه في المادة 176

بل وحدث تطور جديد في القانون الفرنسي بشأن التحكيم يؤكد انجازه العام للمعيار الاقتصادي، تمثل في تعديل المادة 2061 من القانون المدني بموجب القانون رقم 420 - 2001، المؤرخ في 15 / 5 / 2001، التي أصبحت تحجز شرط التحكيم الخاص بالنشاطات المهنية مبدئيا. بنصها «باستثناء الأحكام التشريعية الخاصة، يكون شرط التحكيم صحيحا في العقود المبرمة بسبب نشاط مهني». وذلك لتعلق هذه العقود بمصالح اقتصادية ولو أنها غير تجارية، ومن قبيل ذلك شروط التحكيم التي تبرمها الشركات المدنية للمحامين والموثقين وغيرهم من المنظمات المهنية المدنية. إن عمل هذه المنظمات ذا طابع اقتصادي مع أنها ليست تجارا ولا تقوم بعمل تجاري حسب التصنيف التقليدي للأعمال التجارية⁽¹⁾.

كما أخذت بالمعيار الاقتصادي، الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961⁽²⁾ واتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965⁽³⁾، وتبنته أيضا بعض القوانين الأخرى، كالقانون البرتغالي⁽⁴⁾، والقانون اللبناني⁽⁵⁾ والقانون الجزائري⁽⁶⁾ كما سوف نرى لاحقا.

الاتجاه الثاني

اعتمد هذا الاتجاه المعيار القانوني، ويمثله القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 (CNUDCI) الذي نصت المادة الأولى الفقرة الثالثة منه «يكون أي تحكيم دوليا:

أ- إذا كان مقرا عمل طرفي اتفاق التحكيم وقت عقد ذلك الاتفاق، واقعين في دولتين مختلفتين.

1 - راجع في تحليل هذه المسألة، باكلي نور الدين، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الأنظمة القانونية العربية، رسالة، جامعة الجزائر، 2012، ص 41.

- Ph. Fouchard, La laborieuse reforme de la clause compromissoire par la loi du 25 mai 2001, rev. Arb, 2001, n°3, P 4 et sui.

2 - المادة الأولى التي نصت على أن أحكامها تنطبق على اتفاقات التحكيم المبرمة لتسوية المنازعات التي نشأت أو تنشأ عن عمليات التجارة الدولية.

3 - المادة الأولى الفقرة الثانية، التي نصت على أن غرض المركز (المركز الخاص بالتسوية) هو التوفيق والتحكيم من أجل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات.

4 - قانون التحكيم رقم 31 لسنة 1986 (المادة 32 منه).

5 - قانون 1985 (المادة 809 منه).

6 - المادة 1039 من ق.إ.م.إ.

النزاع بالتجارة الدولية - الذي هو أساس اللجوء للتحكيم - إلا إذا كان على صلة بالنظام القانوني لأكثر من دولة، وأن التعلق بالتجارة الدولية مجرد شرط ابتدعه القضاء الفرنسي لأسباب قانونية وسياسية خاصة بهذا القانون⁽³⁾.

وما نراه، من خلال قراءة قانونية متأنية للمادة الثالثة السابقة الذكر، أن نية المشرع الصريحة انصرفت إلى الجمع بين المعيارين في ذات الوقت، فقد تطلب المشرع أن يكون موضوع النزاع متعلقا بالتجارة الدولية وأن يتوفر ظرف إسناد على الأقل من المعايير القانونية المذكورة، أي أن الشرطين متلازمان ويجب توافرها معا.

وهذا بخلاف المشرع التونسي⁽⁴⁾ الذي أخذ بأحد المعيارين على انفراد، بسبب تأثره بالقانون الفرنسي الذي أخذ بالمعيار الاقتصادي، وتأثره بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي تبنى المعيار القانوني وحده. فبعد أن ذكر في الفصل 48 ف1، الفقرات أ، ب، ج. نفس المعايير الواردة في المادة الأولى، ف3، فقرات أ، ب، ج، من القانون النموذجي، أردفها بالفقرة «د»، التي نصت على 'بصفة عامة إذا تعلق التحكيم بالتجارة الدولية'. وهو حكم غير وارد في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985.

هكذا تنتهي من هذا المحور إلى أن الفقه والقضاء والتشريع في القانون المقارن موزع موقفه في تحديد دولية التحكيم التجاري، بين تبني المعيار الاقتصادي وحده، وبين اعتماد المعيار القانوني، وبين من جمع بينهما في ذات الوقت، وبين من أخذ بهما معا على انفراد. ويهمننا حاليا معرفة موقف القانون الجزائري من هذه المسألة الهامة.

المبحث الثاني: موقف القانون الجزائري من دولية التحكيم التجاري

كما ذكرت سابقا، أول تنظيم جزائري للتحكيم التجاري الدولي كان بالمرسوم التشريعي رقم 93 - 09، الذي أدرج

من القانون الدولي الخاص لسنة 1987⁽¹⁾ على أن أحكامه تسري على كل تحكيم تكون فيه سويسرا مقر محكمة التحكيم، أو لم يكن لأحد أطراف اتفاق التحكيم على الأقل عند إبرامه موطن أو محل إقامة معتاد في سويسرا.

الاتجاه الثالث

جمع هذا الاتجاه بين المعيارين القانوني والاقتصادي، باشتراطه تعلق التحكيم الدولي بالتجارة الدولية وتوفير أحد المعايير القانونية، مقر الأطراف، مقر هيئة التحكيم، ارتباط موضوع النزاع بأكثر من دولة واحدة. ويمثل قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 هذا النموذج، فقد اشترطت المادة الثالثة منه لدولية التحكيم أن يكون موضوعه متعلقا بنزاع يخص التجارة الدولية، مع توفر أحد ظروف الإسناد التالية:

- وجود مقر الأعمال الرئيسي لطرفي التحكيم عند الاتفاق عليه في دولتين مختلفتين.
- عند اتفاق الطرفين على اللجوء لمنظمة أو مركز تحكيم يكون مقره في مصر أو خارجها.
- إذا كان موضوع النزاع المتعلق بالتحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.
- حالة وجود المقر الرئيسي لطرفي التحكيم في دولة واحدة، وكان، إما مكان إجراء التحكيم المعين، أو مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الخاصة بالعلاقة التجارية للطرفين، أو المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع، واقعا خارج تلك الدولة.

هذا النص أثار جدلا في الفقه المصري، بين من رجح المعيار الاقتصادي وحده مكتفيا بشرط تعلق موضوع النزاع بالتجارة الدولية، واعتبار ظروف الإسناد القانونية الأخرى مجرد إسهاب وعمل فقهي لا مبرر له⁽²⁾ وبين من أخذ بالمعيار القانوني على اعتبار أنه لا يتصور أن يتعلق موضوع

1 - راجعه منشورا في المجلة الانتقادية 1988، ص 409 وما بعدها، ولا سيما ص 442.

2 - راجع في عرض هذه الآراء وانتقاداتها، أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 104 وما بعدها.

3 - المرجع السابق، ص 111، 110.

4 - مجلة التحكيم التونسية الصادرة بالقانون رقم 42 لسنة 1993.

الفرع الأول: من حيث الصياغة الفنية

1. - إن التحكيم التجاري الدولي نظام قضائي خاص وجد لتقديم حلول تتفق مع تطور المعاملات التجارية للأشخاص عبر الحدود، بهذه الصفة فهو وسيلة لتحقيق غاية، هي فض تلك المنازعات، إذن هناك علاقة وطيدة بينه وبين دولية العلاقة موضوع النزاع. وبالنظر لما جاء في المادة 1039 السابقة الذكر، من أن التحكيم يخص النزاعات المتعلقة... إلخ، فكأن حسم النزاع هو الذي وجد من أجل التحكيم، والمفروض العكس، التحكيم طريقة لحسم موضوع النزاع، لأن النزاع في ذاته منظم قانونا كيفية حسمه، حسب القانون الإجرائي الذي حدد الإجراءات أو خول الأطراف تحديدها، بدءا من تعيين المحكمين أو كيفية تعيينهم، تنظيم سير الخصومة التحكيمية فيما يخص الآجال وتقديم الطلبات والدفع والمستندات، رد المحكمين، ولغاية إصدار حكم التحكيم وانتهاء تنفيذه. إذن مهمة التحكيم التجاري الدولي هي الفصل في موضوع النزاع الذي يجب أن يتصف بطابع دولي حتى يضافي على التحكيم الصفة الدولية⁽¹⁾.

2. استعملت المادة 1039 المذكورة مصطلح دولتين على الأقل، مما يفهم منه أن أطراف خصومة التحكيم يجب أن تكون دولا، والدولة بالمفهوم القانوني هي شخص اعتباري عام، قد تندرج تصرفاتها في إطار القانون الخاص فتعامل معاملة الأفراد، وقد تتعامل مع الأفراد بوصفها سلطة عامة، فتكون لها امتيازات السلطة العامة طبقا لأحكام القانون الإداري، وإذا تعاملت مع دولة أخرى بوصفها من أشخاص القانون الدولي العام، فتسري على التصرف أحكام القانون الدولي العام. في حين أنه في التحكيم التجاري الدولي لا تهم صفة الأطراف، وبالتالي فوصف التحكيم بتحديد طرفيه لغو لا يفيد شيئا. بل إنه طبقا لأحكام تنازع القوانين إن الضابط الشخصي في المعاملات المالية الدولية لا يهم في تحديد القانون المختص.

3. أغفلت المادة 1039 السابقة الذكر، إبراز خاصية التجارية في التعريف الوارد، مع أنها ضرورية لإسباغ الصفة

الأحكام المقررة لهذا التحكيم ضمن قانون الإجراءات المدنية في المواد 458 مكرر إلى 458 مكرر 28. وقد عرفت المادة 458 مكرر التحكيم التجاري الدولي بأنه «الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية، والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج». مع العلم أن الممارسة الجزائرية في مجال التحكيم التجاري الدولي كانت مقررة قبل ذلك بخصوص منازعات المؤسسات التابعة للدولة ذات الطابع التجاري والاقتصادي مع أطراف أجنبية. سواء باللجوء إلى هيئات تحكيم نظامية كمحكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية أو هيئات تحكيم خاصة AD-HOC.

وبعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية. قانون 08 - 09، تم فيه إعادة تنظيم التحكيم بنوعيه، الوطني والتجاري الدولي، كطريقة بديلة لحل النزاعات ضمن المواد من 1006 إلى 1060. وتصدرت المادة 1039 الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، وعرفته بأنه «التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل». طبعاً هذا التعريف يعبر عن وجهة نظر المشرع الجزائري لدولية التحكيم التجاري سواء حصل في الجزائر، فيكون تحكيميا داخليا ولكنه تجاريا دوليا، تميزا له عن التحكيم الوطني المحض من كل جوانبه، الأطراف، الموضوع، سبب النزاع، القانون المختص موضوعا وإجرائيا. أو حصل في الخارج، ولكنه لا يأخذ صفة التحكيم الأجنبي بمفهوم المخالفة للتحكيم الوطني. ولكن مادام التحكيم التجاري الدولي يختلف عن التحكيم الدولي الخاضع للقانون الدولي العام، فالمفروض أن يبرز في التعريف المعتمد ما يميز بينهما أيضا.

على هذا الأساس أتطرق في المطلب الأول لتحليل أولي للتعريف المذكور أعلاه الوارد في المادة 1039 من ق.إ.م.إ، وفي المطلب الثاني مقارنته بالتعريف الوارد في القانون السابق (م 458 مكرر) وبما هو مقرر في القانون المقارن.

المطلب الأول: تحليل أولي للمادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

إن ما يلفت الانتباه حول التعريف الوارد في المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، عدة ملاحظات أساسية.

1 - راجع فوشار، متى يكون التحكيم دوليا، مرجع سابق، ص 75. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 109.

الفرع الثالث: موضوع التحكيم التجاري الدولي

إن مهمة القضاء وهيئات التحكيم هي الفصل في موضوع النزاعات المطروحة عليهما من الأطراف المتخاصمة، وبالتالي فموضوع النزاع هو القاطرة التي تضفي على التحكيم وصف «الوطني أو الدولي». حسب طبيعة العلاقة القانونية ما إذا كانت وطنية أو دولية، وتاريخيا، كان المشرع الفرنسي يحظر شرط التحكيم عملا بالمادتين 83 و1006 من قانون الإجراءات المدنية، والمادة 2061 مدني فرنسي، وبعد إنشاء غرفة التجارة الدولية بباريس لمحكمة تحكيم خاصة بشؤون التجارة الدولية سنة 1922، اضطر المشرع الفرنسي إلى التدخل بإصدار قانون 1925/12/31، أباح بموجبه شرط التحكيم في العقود الدولية إذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق عليه يميزه، وهنا طرح إشكال تعريف العقد الدولي، ونظرا لاختلاف وجهات النظر بشأنه، لاسيما أن اهتمام فقهاء القانون الدولي الخاص في هذه المسألة انصب في البداية على تحديد الطوائف المختلفة للعقود الدولية بوضع المعايير المناسبة لكل طائفة متأثرين في ذلك بما جرى عليه العمل في القانون الداخلي، إذ كانت العقود الخاصة فيه أسبق في التنظيم من وضع نظرية عامة للعقد، وسيرا على هذا المنوال لجأت بعض المعاهدات الدولية لتعريف مختلف العقود الدولية الخاصة بمجال تطبيقها⁽³⁾ ثم لجأ الفقه والقضاء لوضع تعريف عام للعقد الدولي لإرساء أسس نظرية عامة للعقود الدولية على غرار نظرية العقد في القانون الداخلي، مما أدى إلى اختلاف وجهات النظر وظهور المعيارين الاقتصادي والقانوني⁽⁴⁾. ونظرا للعلاقة العضوية بين العقد الدولي والتحكيم التجاري الدولي وتلازم مفهوميهما وصعوبة التمييز بينهما أو عزل الوسيلة (التحكيم) عن الغاية (العقد) أو الفرع (التحكيم) عن الأصل (العقد)، أسبغ الفقه والقضاء والتشريع المقارن معياري دولية العقد على التحكيم الخاص به.

الدولية على التحكيم، ووصفه بأنه «يتعلق بالمصالح الاقتصادية. غير كافي، لأن تلك الصفة غامضة مرنة وغير مضبوطة قانونا، وتهم رجل الاقتصاد بخلاف عبارة التجارية التي لها مدلول قانوني محدد ومعروف...

الفرع الثاني: فيما يخص نطاق التحكيم

وردت أحكام التحكيم التجاري الدولي ضمن الفصل السادس من الباب الثاني تحت عنوان «في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي» ونصت المادة 1039 أن التحكيم التجاري الدولي يتعلق بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل، وهو تحديد من حيث النطاق لا ينسجم مع العنوان، بل ويوحى أن المقصود هو التحكيم الدولي العام الذي يتم بين الدول ويخضع لأحكام القانون الدولي العام⁽¹⁾، والتعريف المذكور لا يختلف عن تعريف اتفاقية لاهاي للتحكيم الدولي العام⁽²⁾ الذي عرفته المادة 37 منها بأنه «موضوع التحكيم الدولي هو تسوية المنازعات بين الدول على أساس من القانون». وبالنظر للدور المتزايد للدول في القانون المعاصر في الحياة الاقتصادية الدولية، فمن الجائز لجوء الدول إلى التحكيم الدولي العام لتسوية نزاعاتها الاقتصادية، وهناك تطبيقات عدة لهذا المبدأ تخص النزاعات بين الدول المتعلقة بتنفيذ أو عدم تنفيذ الالتزامات المقررة في الاتفاقيات الدولية المؤسسة لمنظمة التجارة العالمية، إذ يجب على الدول المنضمة تنفيذ التزاماتها حسب تلك الاتفاقيات وإلا جاز جرهما للتحكيم -بوصفها دولا- عن الإخلال بالتزاماتها الاقتصادية الدولية. ومما يؤكد صحة خلط المادة 1039 في مفهوم التحكيم، بين التحكيم الدولي العام والتحكيم التجاري الدولي، أنها استعملت عبارة المصالح الاقتصادية الدارجة أكثر في العلاقات الدولية العامة، بدل مصطلح «المساس بمصالح التجارة الدولية» الشائع الاستعمال في التحكيم التجاري الدولي.

1 - في هذا المعنى أحد بوقادوم، حرية الأطراف في اختيار حل النزاعات الناجمة عن العقد التجاري الدولي، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، ج1، ص 254.

2 - اتفاقية 18 / 10 / 1907.

3 - من ذلك تعريف معاهدة لاهاي لسنة 1964 لعقد البيع الدولي للبضائع (م1 منها)، تعريف عقد النقل الجوي في معاهدة وارسو 1929 (م1 منها)، تعريف عقد النقل البحري الدولي في اتفاقية بروكسيل لسنة 1959 والمعدلة في 1961 (م10 منها)، تعريف عقد النقل بالسكك الحديدية، حسب معاهدي برن لسنة 1970 الخاصتين بنقل المسافرين والبضائع (م1 ف1 من الاتفاقيتين).

4 - راجع في تطور مفهوم دولية العقد، رسالتنا، مرجع سابق، ج1، ص 6 بالهامش وص 8 وما بعدها.

الارتكاز الأكثر أهمية في المعاملات المالية الدولية، وهي وقوع موطن أو محل إقامة أحد الطرفين على الأقل في الخارج⁽¹⁾.

وإذا كان هذا المعيار لم يذكر كل عناصر المعيار القانوني الأخرى التي ينجر عنها تعلق التحكيم بأكثر من نظام قانوني، كمكان إجراءاته، جنسية الأطراف والمحكمين، القانون الواجب التطبيق عليه، أو نقاط الربط بموضوع النزاع مثل اختلاف جنسية الطرفين ومكان إبرام العقد أو تنفيذه، إلا أنه بذكره لاختلاف موطن الطرفين، فهذا المعيار المهم كافي وحده نظرا لما يمثله الموطن في النشاط التجاري من تركيز وأهمية في المعاملات التجارية الدولية. وعلى سبيل المقارنة، يخلو أن نجد تشريعا تطرق للمعيار القانوني لدولية التحكيم أو العقد، دون ذكر اختلاف موطن الطرفين أو محل إقامتهما⁽²⁾. وقد تساءل البعض⁽³⁾ عن ملائمة الأخذ بمعيارين في ذات الوقت، مقارنة بالقانون الفرنسي الذي أخذ بالمعيار الاقتصادي فقط، وبالقانون السويسري الذي أخذ بالمعيار القانوني وحده. أعتقد أن ذلك أفضل لكون المعيار الاقتصادي وحده قد يؤدي إلى توسيع غير معقول لمفهوم دولية التحكيم، وأن بعض عناصر المعيار القانوني التي قد تقحمنا في المنهج التنازعي تكون سلبية وغير فعالة حقيقة، مثل جنسية الطرفين أو المحكم ومكان إجراء التحكيم.

هكذا يتضح أن المادة 458 مكرر الجزائية متقدمة عن نظيرتها في القانون الفرنسي. م 1492، التي أخذت بالمعيار الاقتصادي وحده انساقا مع اجتهاد القضاء الفرنسي منذ 1927، لاعتبارات فرضتها استراتيجيات قانونية وسياسية خاصة بالقانون الفرنسي⁽⁴⁾، مع أن المعيار الاقتصادي منتقد من الفقه الفرنسي نفسه.

إن مهمة القضاء وهيئات التحكيم هي الفصل في موضوع النزاعات المطروحة عليهما من الأطراف المتخاصمة، وبالتالي فموضوع النزاع هو القاطرة التي تضفي على التحكيم وصف «الوطني أو الدولي». حسب طبيعة العلاقة القانونية ما إذا كانت وطنية أو دولية.

إذن تعريف التحكيم بأنه يخص النزاعات دون تمييز وتحديد لضمونها، تعريف لا يوفي بالمطلوب من ناحية الصياغة القانونية.

المطلب الثاني: المعيار المعتمد لدولية التحكيم التجاري في القانون الجزائري

ما دام المشرع الجزائري تطرق لهذا الموضوع في المرسوم التشريعي رقم 93 - 09 ثم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08 - 09، فيتم تحليل معيار الدولية المعتمد من خلالها في فرع أول ثم أعقبه بتقدير الحل المعتمد في فرع ثان.

الفرع الأول: تحليل المعيار المعتمد

أولا: المعيار المعتمد طبقا للمرسوم رقم 93. 09

نصت المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية المتممة بالمرسوم رقم 93 - 09 المؤرخ في 25/4/1993، على أنه: «يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية، والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج».

طبقا لصياغة هذا النص، إن القانون الجزائري جمع بين المعيار الاقتصادي، باشتراط تعلق النزاع ومساسه بمصالح التجارة الدولية، وبين المعيار القانوني، حين ذكر أحد نقاط

1 - من هذا الرأي أيضا، عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة 2005، ص 30. بكلي نور الدين، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الأنظمة القانونية العربية، رسالة، جامعة الجزائر، 2012، ص 31، ولا سيما هامش 1.

إسعد محند: Le décret législatif algérien du 23 avril 1993 relatif à L'arbitrage international, revue de L'arbitrage, 1993 n°23, p 382 et sui

2 - راجع المادة 176 من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987. المادة 3 - أولا من قانون التحكيم المصري لسنة 1994. الفصل 48 فقرة 1 - أ من مجلة التحكيم التونسية لسنة 1993. المادة الأولى فقرة 3 - أ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985.

3 - إسعد محند، مرجع سابق، ص 382.

4 - راجع، أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 111.

ثانيا: المعيار المعتمد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

طبقا للمادة 1039 من القانون رقم 08 - 09، المتضمن ق.إ. م.إ، فقد تبني المشرع المعيار الاقتصادي وحده بنصه على «يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل».

إن التجديد الملاحظ في القانون الجزائري طبقا لهذا النص، بالمقارنة مع المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي وبالمادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية الجزائري السابق، اللتين أخذتا بالمعيار الاقتصادي أيضا، هو عدم ذكر عبارة «مصالح التجارة الدولية» وتعويزها. «المصالح الاقتصادية». فهل هذه الأخيرة تفي بالمطلوب وتستغرق مفهوم التجارة، التي عنوان بها المشرع الجزائري الفصل المتعلق بهذا التحكيم ونظم من خلاله أحكامه (المواد 1039 إلى 1060)؟

يؤيد البعض⁽¹⁾ هذا التوجه الجديد، على أساس أن مفهوم «التجارية» مختلف حوله في الأنظمة القانونية ولا يحمل دائما معاني متطابقة، لكونه يقوم إما على أساس تعريف التاجر أو تعداد الأعمال التجارية. ولتلافي هذا الخلاف لجأت بعض الأعمال القانونية الدولية⁽²⁾ والتشريعات الوطنية⁽³⁾ إلى تحديد المقصود بالتجارية في مجال التحكيم وإعطائها مفهوما واسعا. وبذلك تكون المادة 1039 من ق.إ. م.إ، «قد حسمت الأمر باعتماد معيار واحد يجمع بين المعيار القانوني والمعيار التجاري»⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: تقدير المعيار المعتمد

ونحن لا نؤيد التعريف المعتمد في المادة 1039، من ق.إ. م.إ، لسببين رئيسيين أحدهما يخص الصياغة القانونية والثاني موضوعي.

السبب الأول، غموض الصياغة المستعملة وعدم كفايتها قانونا، ويتضح ذلك في الجوانب التالية:

- 1 - إن مصطلح «الدولة» في الصياغة القانونية ينحصر في الشخص المعنوي العام باعتبارها من أشخاص القانون الدولي العام، أو بوصفها شخص عام في القانون الداخلي، وقصر أطراف التحكيم في الدول يفيد التحكيم المتعلق بمجالات القانون الدولي العام بين الدول والخاضع للقانون الدولي العام، أو التحكيم بين الدول الخاضع للقانون الدولي الخاص إذا تعلق بمسائل القانون الخاص والذي تطبق عليه أحكام القانون الخاص بما في ذلك منهج تنازع القوانين، كما انتهت إلى ذلك المحكمة الدائمة للعدل الدولي سنة 1929 في قضية القروض الصربية والبرازيلية⁽⁵⁾ وشتان بين الحالتين وبين مفهوم دولية التحكيم التجاري الذي يعني حل المنازعات التي يكون موضوعها علاقة قانونية خاضعة للقانون الخاص بين طرفين من أشخاص القانون الخاص أو أحد أطرافها دولة ولكن مجردة من صفتها كسلطة عامة ذات سيادة.
- 2 - غموض ومرونة مصطلح المصالح الاقتصادية للدول، فضلا عن كونها تعني العلاقات الاقتصادية الدولية الخاضعة للقانون الدولي العام بعد ازدياد مهام الدولة وتدخلها في الميدان الاقتصادي في القانون المعاصر، وأن جل الخلافات بين الدول حاليا تخص المصالح الاقتصادية للدول، استغلال الثروات الباطنية، استغلال الثروات البحرية، فتح الأسواق ورفع القيود الجمركية، رفع الدعم عن السلع الأساسية، عولمة المبادلات التجارية، وتفصل فيها هيئات تحكيمية نظامية دولية طبقا لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية، هذه المصالح وتلك الهيئات ليست هي المقصودة في مجال التحكيم التجاري الدولي بمفهومه المتعارف عليه كجهة تحكيمية في المنازعات بين المتعاملين الدوليين، لاسيما التابعين للقانون الخاص.

1 - نور الدين باكلي، مرجع سابق، ص 28 وما بعدها.

2 - تفسير عبارة التجارية حسب الفقرة الأولى المادة الأولى من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985.

3 - المادة الثانية من قانون التحكيم المصري لسنة 1994.

4 - باكلي نور الدين، مرجع سابق، ص 31.

5 - منشور في مجموعة أحكام المحكمة الدائمة للعدل الدولي 1929، رقم 20 وفي مجلة كلينييه 1929 ص 977، تعليق أندري بريدم.

3. إن اعتماد المعيار الاقتصادي وحده متقيد في عقر داره (القانون الفرنسي)⁽¹⁾.

4 - إن أغلب الأنظمة القانونية التي أخذت بالمعيار الاقتصادي دعمته بنقاط الإسناد القانونية الموضوعية التي يتأسس عليها المعيار القانوني والتي تؤكد وجود صلة بين موضوع النزاع وأكثر من نظام قانوني لدولة واحدة. فالمادة. من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 ذكرت وجود مركز طرفي التحكيم عند إبرام اتفاق التحكيم في دولتين مختلفتين، أو اتفاق الطرفان على اللجوء لمنظمة أو مركز تحكيم دائم معروف، أو كون موضوع النزاع المشمول باتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة. والمادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية السابق اشترطت فضلا عن تعلق موضوع النزاع بمصالح التجارة الدولية أن يكون موطن أو محل إقامة أحد الطرفين على الأقل في الخارج. والفصل 48 من مجلة التحكيم التونسية لسنة 1993، ذكر جل عناصر المعيار القانوني ثم أعقبها بقوله «إذا تعلق التحكيم بصفة عامة بالتجارة الدولية». هذا المزج بين عناصر المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي يؤكد تكامل دورهما في التنظيم الخاص للعقود الدولية وفي طريقة فض منازعاتها بواسطة التحكيم.

وهناك أنظمة قانونية حديثة أخذت بالمعيار القانوني وحده، كالقانون السويسري والقانون الألماني والقانون السويدي والقانون الإنجليزي⁽²⁾.

وشذوذ القانون الفرنسي منذ ثلاثينات القرن الماضي باعتباره المعيار الاقتصادي وحده يرجع لأسباب قانونية تخص هذا النظام، حينما كان يحظر التحكيم على الدولة ومؤسساتها العامة، فلجأ القضاء والفقه للتحايل على هذا المنع بإجازة شرط التحكيم -استثناء- في المعاملات المالية المتعلقة بالتجارة الدولية وشرط الدفع بالذهب

3 - إن ما يهم رجل القانون في الصياغة القانونية لنصوص القانون هو إبراز مفاهيم قانونية مضبوطة، للتمكن من فهم مدلولها وضبط محتواها وتطبيقها، وصياغة المادة 1039 من ق.إ.م.إ، لا تسعف القاضي أو المحكم للتعرف على كنهها وتحديد مجال تطبيقها..

4 - من ناحية الشكل والصياغة، الأولى للإبقاء على المادة 1039 الحالية، لتفي بالغرض منها تغيير عنوان الفصل السادس وجعله «في الأحكام الخاصة بالتحكيم المتعلق بالمصالح الاقتصادية للدول» حتى يكون مطابقا لمضمون التعريف الوارد. وطبعاً مثل هذا العنوان لا يفي بالمطلوب ويبعد عن المقصود من حقيقة التحكيم التجاري الدولي.

السبب الثاني، موضوعي: يؤخذ على اعتماد المعيار الاقتصادي وحده في تحديد دولية التحكيم التجاري عدة أمور، أهمها:

1 - مما لا شك فيه أن موضوع النزاع الذي يعرض على المحكم يخص علاقة قانونية، وتحديدًا عقدا دوليا في الغالب، الذي هو مفهوم قانوني صرف، وتحديد دولي التحكيم بمعيار اقتصادي يعني عزل التحكيم عن موضوع النزاع. مع أن التحكيم مجرد وسيلة لخدمة غاية والمفروض أن تكون الوسيلة من نفس جنس الغاية.

2 - استقر الفقه والقضاء على أن ما يميز العقد الدولي، الذي هو موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، عن العقد الداخلي، هو كونه يتعدى بطبيعته حدود نظام قانوني واحد لاتصاله بعدة أنظمة قانونية، وتستدعي نقاط الإسناد الإيجابية والموضوعية فيه تحريك آلية تنازع القوانين لفض التنازع بينها بالمرعاة لخصوصيته وأهميته في التجارة الدولية، وما التحكيم بشأن منازعات العقود الدولية إلا آلية قانونية مناسبة وموازرة للوسائل الأخرى. وإلا لما كان هناك سبب لتمييز التحكيم التجاري الدولي عن التحكيم الوطني أو اللجوء للقضاء العادي.

1 - راجع في الفقه الفرنسي المعارض للمعيار الاقتصادي، أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 112 و 113 بالهامش.

2 - المرجع السابق، ص 117.

3 - راجع رسالتنا، مرجع سابق، ج 1 ص 41.

بأنظمة قانونية مختلفة لتعلقه بمصالح التجارة الدولية»⁽¹⁾ وبالتالي يكون التحكيم الخاص به هو الذي «يرتبط موضوع النزاع فيه بأكثر من نظام قانوني لدولة معينة لتعلقه بمصالح التجارة الدولية».

بخصوص تعريف العقد الدولي بأنه «العقد الذي يرتبط بأنظمة قانونية مختلفة لتعلقه بمصالح التجارة الدولية» وبالتالي يكون التحكيم الخاص به هو الذي «يرتبط موضوع النزاع فيه بأكثر من نظام قانوني لدولة معينة لتعلقه بمصالح التجارة الدولية».

وأهلية الدولة للجوء للتحكيم. وكما رأينا سابقا إن الاجتهاد القضائي الفرنسي الحديث يميل إلى الجمع بين المعيارين.

5 - بالنتيجة إن الجمع بين المعيارين ضرورة لا مفر منها نظرا للعلاقة العضوية بينهما فلا يمكن الركون لأحدهما دون الآخر، فالعلاقة القانونية الدولية هي التي يكون لها نقاط ارتباط موضوعية بدول مختلفة، وهي لا تكون كذلك إلا إذا كان لها آثار تجارية دولية، وفض المنازعات المتعلقة بها بواسطة التحكيم ينبغي أن تتوفر فيها نفس الموصفات القانونية والاقتصادية. وهذا ما انتهينا إليه بخصوص تعريف العقد الدولي بأنه «العقد الذي يرتبط

1 - راجع رسالتنا، مرجع سابق، ج 1 ص 41.