

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة د. مولاي الطاهر بسعيدة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم



المشرف: د. مراح نعيمة

الطالب: علالي عبدالرحمن

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة سعيدة	أستاذ محاضر قسم أ	د. عصموني خليفة
مشرفا	جامعة سعيدة	أستاذ محاضر قسم أ	د. مراح نعيمة
مناقشا	جامعة سعيدة	أستاذ محاضر قسم أ	د. جعفري نعيمة
مناقشا	المركز الجامعي النعامة	أستاذ محاضر قسم أ	د. كمال الدين عمراني
مناقشا	المركز الجامعي النعامة	أستاذ محاضر قسم أ	د. سمغوني زكرياء
مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ محاضر قسم أ	د. مصابيح فاطمة

السنة الجامعية: 2020-2021

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

﴿ هُوَ الَّذِي بَعَثَ فِي الْأُمِّيِّينَ رَسُولًا مِنْهُمْ يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِهِ وَيُزَكِّيهِمْ وَيُعَلِّمُهُمُ الْكِتَابَ
وَالْحِكْمَةَ وَإِنْ كَانُوا مِنْ قَبْلُ لَفِي ضَلَالٍ مُّبِينٍ ﴾

الآية رقم 02 من سورة الجمعة

﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا
مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾

الآية رقم 35 من سورة النساء

الإهداء

أمهتي ثمرة جهدي

إلى من تمنحني هامتي له فخلا أبي

إلى من حملتني وهنا على وهن أمي

إلى من أشد بهم أزرى إخوتي وأخواتي

إلى كل الأصحاب الذين تجشموا معي عناء اتمام هذا العمل

شكر و عرفان

أبدأ بحمد الله سبحانه وتعالى على كريم فضله وحسن توفيقه لنا ومصليا على محمد خير نبي أرسله،
والذي قال صلى الله عليه وسلم (من أولي معروفا فليذكره، فمن ذكره فقد شكره، ومن كتبه فقد
كفّره)

و امتثالا لقوله صلى الله عليه وسلم أتوجه بخالص شكري و امتناني إلي من أضاء بعلمه عقل خيره،
و هدى بالجواب الصحيح حيرة سائله فأظمر بسماحته تواضع العلماء وبرحابته سماحة العارفين، إلي
الشموع التي تحترق لتضيء الآخرين، إلي كل أستاذتي الذين أشرفوا علي هذا العمل و اخص ذكرنا
الدكتورة مراح نعيمة مشرفي ، جزاها الله عني خيرا

كما أتقدم بالشكر الخالص و الاحترام الكبير إلي الأساتذة الفضلاء أعضاء لجنة المناقشة الذين تجهّموا
عناء قراءة و تقويم هذا البحث

كما أتوجه بجزيل الشكر إلي جميع أساتذة قسم الحقوق و اخص ذكرنا الأستاذ عثمان بن عبد الرحمن .

والى هؤلاء جميعا لكم منا أسمى معاني الشكر والثناء.

- صصفحة.
- ططبعة.
- ججزء.
- ج رجريدة رسمية.
- ق م جقانون مدني جزائري.
- ق إ م إقانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

- CICommerce International.
- CCI.....Chambre de commerce international.
- ICSID..International Centre for Settlement of InvestmentDisputes.
- IRDI.... Centre International pour le Règlement des Différends relatifs à l'Investissement.
- JDIJournal de Droit International.
- LGDJLibrairie Générale de Droit et de jurisprudence
- UNCITRALUnited Nations Commission on International Trade Law.
- D.....Dalloz.
- Éd.....édition.
- Op.Cit.....Ouvrage précité.
- P.....page.
- Rec .des cours.....Recueil des cours de l'académie de la haye de droit international privé.
- T.....Tome.

يعد النشاط التجاري في مقدمة الأعمال التي تثير المنازعات بين الأفراد وخصوصا الممتهين لهذا النشاط بحكم طبيعة الإنسان الفطرية وحبه الشديد لذاته وتطلعه للاستحواذ على كل عناصر الحياة و الذي يعد المال في مقدمتها ، كما أضحى من الثابت أيضا أن من أهم الخصائص المميزة للسياسة الاقتصادية للدول في العصر الحالي و لا سيما النامية منها، هو تطلعه بشكل لافت للنظر إلى مساهمة رأس المال الأجنبي في تمويل تنميتها الاقتصادية.

و من الثابت أن العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدول المضيفة و إن ظهرت حسنة في بدايتها إلا أنها سرعان ما تستبدل نتيجة لتعارض المصالح بين الطرفين و مما لا شك فيه أن منازعات عقود الاستثمار تتمتع بخصوصية ناجمة عن كون هذه العقود تبرم بين طرف عام يتمثل في الدولة أو إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها و طرف خاص أجنبي في مجال الاستثمار، و من ثم فإن المشكلة الأساسية التي تلازم هذه العقود تتمثل في كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها و المصالح و الأهداف التي ينشدها المستثمر الأجنبي، الأمر الذي ينعكس بالأساس على مسألة تسوية ما يثور من منازعات بمناسبة هذه العقود و يجعلها موضوعا غاية في الأهمية لذلك يكون من الضروري توفير وسائل محايدة و فعالة لتسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن هذه العقود بما يتلائم مع طبيعتها الخاصة.

فالدولة المضيفة للاستثمار ترى أنه ليس من الأوفق اللجوء إلى قضائها الوطني في منازعات الاستثمار ،مما يؤدي إلى تخوف المستثمر الأجنبي و عدم الاقدام على الاستثمار في مثل هذه الدولة .

حيث أن الأمور لا تستقيم وتستقر الا بإيجاد سبل فعالة لتسوية تلك المنازعات التي في العادة لا تتقيد بحدود جغرافية معينة بحكم طبيعة الأنشطة التجارية وما يترتب عليها من امتدادات خارج إطار الدولة الواحدة ليس بالمقدور حصر منازعاتها ضمن سيادة دولة معينة او تحت ولاية قوانينها الوطنية فقد دعت الحاجة الملحة إلى إخضاع تلك المنازعات التجارية لأطر قانونية وقضائية تفوق الأطر الوطنية الضيقة التي لم تعد صالحة للفصل في المنازعات المذكورة أصلا بسبب قصور ولايتها إضافة لما تحتويه قوانينها من جمود و إجراءات مطولة قد تربك قدرات التجار و تهز مراكزهم المالية الأمر الذي يدفع أطراف النزاع التجاري للاتجاه إلى التحكيم لحل خلافاتهم .

فالتحكيم يعد نظاما قديما¹ حديثا ،ذلك انه و مما لا شك فيه ،أن التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي تثور بين الأفراد يرجع في أصوله التاريخية إلى قرون بعيدة ربما يكون قد سبق حتى ظهور المؤسسة القضائية كما هي منظمة

1 حفيظة السيد الحداد. الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. بيروت. لبنان. منشورات الحلبي الحقوقية. بدون عدد الطبعة. 2007. ص:5.

بالشكل الحالي، أي كسلطة قضائية مستقلة عن السلطتين التشريعية و التنفيذية في الدولة باعتبارها ظاهرة حضارية و ضمانة قوية لحقوق الإنسان .

و بصرف النظر عن الجدل عن أسبقية الظهور بين التحكيم مقارنة بالقضاء او العكس فإن عودة ظهور مؤسسة التحكيم في بداية القرن الماضي بشكل قوي و إعادة تنظيمه انطلاقا من نشأت الدولة و تبلور مفهومها وفق الشكل الحالي و ارتباطها الوثيق في إطار المجتمع الدولي من منطلق تحقيق المصلحة مع غيرها من الدول الأمر الذي ساهم في اتساع رهيبة لرقعة العلاقات التجارية الدولية بين الأشخاص الطبيعية و كذا الاعتبارية في دول مختلفة ترتب عنه ارتفاع حجم العقود التجارية الدولية، حيث لا يكاد يبرم عقد تجاري دولي اليوم دون أن يتضمن شرطا تحكيميا يقضي بان يفصل في كل نزاع ينشأ عن هذا العقد بطريق التحكيم الدولي.

ذلك أن التحكيم التجاري الدولي قد ارتبط بالتجارة الدولية و التبادل التجاري بين الشعوب و ازدهر بازدهار هذه التجارة، هذا الازدهار الذي كان مرجعه المزايا التي يقدمها هذا القضاء الخاص أهمها السرعة في الفصل في النزاع و توفير الوقت و الجهد و حفظ الأسرار التجارية الخاصة بأطراف النزاع.

فلطالما كانت التجارة الدولية المرتع الخصب لإنماء و تطوير قواعد التحكيم نتيجة زيادة معدلاتها و نموها و ازدهارها و اتساع أسواقها تبعا لسهولة المواصلات و الاتصال عبر القارات و انتشار العقود النموذجية و الشروط العامة لتسليم البضائع الأمر الذي ترتب عنه بداية ابتعاد العلاقات التجارية الدولية تدريجيا عن سيطرة قانون الوطن لتحكم أو تنظم بقواعد ذات منبع أو طابع مهني و قواعد عرفية حيث يلعب التحكيم التجاري الدولي دورا بارزا كوسيلة لتأكيد قانون مجتمع تجاري على الصعيد الدولي و زيادة فعاليته ، حيث يعتق التجارة الدولية من الخضوع للقواعد الصماء فضلا عما يوفره من سرعة في حل المنازعات و الإبقاء على الوفاق بين الأطراف ، و عدم إفشاء أسرار المنازعات¹.

و دون أدنى شك يمثل التحكيم عند البعض الوسيلة المناسبة التي تضمن و تؤمن إجراءات و أفعال يقبلها الطرفان و متحررة من جميع القيود الممكنة الإجرائية و الموضوعية إلا تلك المتعلقة بالنظام العام في دولة المقر أو دولة التنفيذ حيث يرى البعض بأنه لا يمكن تصور حياة اقتصادية دون تحكيم².

فخصوصية التحكيم بإعتباره أداة لتحقيق العدالة تكمن في كونه أداة اتفاقيه، فالالتجاء الى التحكيم رهين باتفاق الأطراف على طرح نزاعهم على من يرتضونه حكما بينهم.

1 محمود سمير الشرفاوي. التحكم التجاري الداخلي و الدولي. دراسة قانونية مقارنة. القاهرة . مصر. دار النهضة العربية . الطبعة الثانية.2016.ص:5.

تأسيسا على ما سبق بيانه يتضح أن التحكيم هو وسيلة فض نزاع قائم أو مستقبلي ، و يتضمن العزوف عن الالتجاء إلى القضاء المختص بشأنه و طرحه أمام أفراد و هم المحكمون أنيطت بهم مهمة نظره و الفصل فيه ، بناء على اتفاق بين المتنازعين على ذلك.

و التحكيم معناه رغبة الطرفين في عدم عرض نزاعهم على القضاء العادي في الدولة و رغبتهم في إقامة محكمة خاصة بهم يختارونها بأنفسهم و يحددون لها موضوع النزاع و القانون الذي يرغبون تطبيقه فيما بينهم ، فالمحكم ليس قاضيا مفروضا على الطرفين و إنما هو قاضي مختار بواسطتهم فهو يحفظ أسرار الطرفين لذلك يحرص أطراف المنازعة على تشكيل هيئة تحكيم خاصة بهم على الالتجاء إلى مراكز التحكيم المتخصصة مثل غرفة التجارة الدولية بباريس و محكمة التحكيم بلندن و غيرها من المراكز فالتحكيم يحافظ على العلاقة بين الطرفين ، فهو الأسلوب الأمثل لحل المنازعات التي تثيرها العلاقات التي تدخل الدولة طرفا فيها.

و هو أقرب إلى التفاهم بين الطرفين بخلاف استعمال أساليب الكيد - في الغالب - أمام القضاء العادي لذلك يقال أن الأطراف يدخلون في التحكيم و هم ينظرون إلى الأمام، و قد قال عميد فقه القانون التجاري الدكتور محسن شفيق : "التحكيم في الحقيقة ليس اتفاقا محضا و إنما هو نظام يمر في مراحل متعددة يلبس في كل منها لباسا خاصا و يتخذ طابعا مختلفا فهو في أوله اتفاق و في وسطه إجراء و في آخره حكم و ينبغي مراعاة هذه الصور عند تعيين القانون الواجب التطبيق"¹.

أهمية الموضوع:

مما لا شك فيه الآن، أن الإزدهار الذي لحق بنظام التحكيم مرجعه المزايا التي يقدمها هذا القضاء الخاص في حل المنازعات الناشئة عن العلاقات الاقتصادية الدولية المعتادة أو المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية التابعة للدولة الأخرى² ، فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من شرط يتفق بموجبه على إتباع التحكيم عند حدوث نزاع أو خلاف يتعلق بتفسير أو تنفيذ العقد المذكور، ذلك لأن العقود الدولية تختلف عن العقود الخاصة بالتعامل الداخلي، حيث أن هذه الأخيرة تحكمها قواعد القانون الداخلي، أما العقود الدولية تكون في الغالب بين أطراف ينتمون إلى دول مختلفة ، و تختلف قوانين تلك الدول في معالجة القضايا التي تطرح نتيجة الخلاف بين الأطراف ، في حين أصبحت قواعد التحكيم معروفة على الصعيد الدولي و متبعة من قبل التجار، و الأمر الآخر الذي جعل الإقبال شديدا على حسم المنازعات بالتحكيم هو تجنب المتعاقدين عرض خلافاتهم لحسمها من قبل محاكم دولة الطرف الآخر لما في ذلك من تحمل الرسوم وتكاليف باهضة واستغراق وقت طويل ، ولما يتضمنه الحكم القضائي من

1 محسن شفيق. التحكيم التجاري الدولي. دراسة في قانون التجارة الدولية. القاهرة . مصر. دار النهضة العربية. 1997.ص:96.

2 حفيظة السيد الحداد. المرجع السابق. ص: 9.

عنصر الإلزام والقسر في حالة عدم تنفيذه ، ولهذا السبب نجد أن الطرفين يتذرعان بعدم معرفتهما للنظام القانوني والقضائي لدولة الطرف الآخر ، لكي يستبعدا عرض النزاع على القضاء الوطني. وفي الحقيقة فإن السبب هو عدم الثقة بالنظام القضائي لدولة الطرف الآخر في العقد.

ولم يكن التطور العلمي بمعزل عن التحولات القانونية والاقتصادية و السياسية التي ألفت بظلالها على التجارة الدولية ، مما زاد من الإمكانيات الموضوعية تحت تصرف المتعاملين داخل السوق الدولية، و بالتالي جعل هذه السوق سوقا عالمية بالمعنى الحقيقي لهذا الوصف وما تبعه من تنمية معلوماتية ، و اتجاه التجارة الدولية الى التجارة الإلكترونية الدولية التي تقوم على السرعة في إبرام عقودها و تنفيذها وتسوية ما يقدر بثمن من نزاعات بشأنها وبالتالي تغيير مفهوم التجارة الكلاسيكية حيث تعتبر العقود الإلكترونية مستقبل التجارة العالمية¹ ، ذلك ما اثر على الكثير من جوانب المعاملات بين الأطراف، ومنها التأثير على المراكز القانونية الناشئة في إطار التجارة الدولية.

ومنه كان لا بد من إيجاد البنية القانونية التي يقوم عليها التحكيم التجاري كآلية فعالة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية وتحرير الرابطة العقدية بين الأطراف المتعاقدة مستوفية لشروط تضمن حقوق كل طرف، و ذلك لن يتأتى إلا عن طريق البحث عن القواعد القانونية بمنظومة التحكيم التي تتولى مهمة البت في النزاعات الناشئة داخل هذه البيئة والبحث في إمكانية تطويع القواعد القانونية التقليدية مع حجم و المعطيات والتحديات التي أظهرتها هذه التجارة الدولية.

و ازدادت أهمية هذه المسألة بظهور أنماط جديدة من العقود متعلقة بالتحكيم لم تعد التشريعات الوطنية قادرة على مجارات نسقها المتزايد بقواعد ونصوص تنظمها، خاصة بعد أن شهدنا تطورا ملحوظا في حقل التبادل التجاري الدولي و ازدهار الحياة الاقتصادية من خلال إنشاء مدن تجارية وصناعية والمناطق الحرة كانت مرتعا خصبا لإبرام عقود تجارية ، كل هذا أدى إلى اختلاف الأنظمة القانونية الوطنية التي تعنى بتنظيم هذه المسائل ، لذا تأتي المنازعات المتعلقة بهذه العقود و آليات تسويتها في غاية الصعوبة لما يترتب عن ذلك من مشاكل ناشئة عن تنازع القوانين.

أهداف الدراسة:

لقد ابرز المحكم Dupuy في تحكيم Texaco ضد الحكومة الليبية أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد و التحول من الهيمنة التقليدية للولاية القضائية الوطنية في قانون الاستثمار الدولي إلى تدويل العقود الدولية² و بالتالي فان القيمة القانونية و الإلزامية لهذه العقود لا يمكن تقديرها إلا في ضوء القانون الذي يطبق عليها!

¹ وفي ذلك يرى إيهاب السنباطي أن التجارة الإلكترونية هي عبارة عن " جواد جامع شتيع برهاية التكنولوجيا والأنترنيت إلا أن هذا الجواد الجامع ذو المستقبل العتيد لم يزل يدور - طبقا لطابع الأمور - في رحاب التجارة الدولية" ... إيهاب السنباطي. الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية. الاسكندرية. مصر. دار الجامعة الجديدة. بدون عدد طبعة. 2008. ص: 15.

و نظرا لاتسام النزاع التحكيمي بالطابع الدولي نتيجة ارتباطه بعناصر أجنبية قد ترد من عدة مشارب مثل رابط الجنسية أو طبيعة النزاع أو تعدد الأنظمة القانونية التي تتنازع على حكم النزاع التحكيمي وهي محل اجتهاد وخلاف بين الشراح والمهتمين بالشأن التجاري الدولي ، مما كان ذلك مدعاة للبحث في كيفية تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاع التجاري في إطار التحكيم التجاري.

ونظرا للأهمية العملية في ارتباط هذا الموضوع بآلية قانونية لفض ما ينتج عن تطبيق عقود تنامي يوما بعد يوم بصورة مطردة، لأن الأمر يتعلق بعقود تتميز في مجملها بقيمتها المالية الضخمة و يؤثر تنفيذها في الحياة الاقتصادية للدول و في ميزانها التجاري، فإنها تهدف لكشف اللبس عن القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري في المنازعات التي قد تثور بين أطراف بمناسبة العقود التجارية الدولية و كذا مكانة منهجية التنازع في الخصومة التحكيمية ومدى قدرتها على الوقوف في وجه المناهج التي تستهدف النيل منها، فالحاجة تبقى ملحة لمتابعة التطورات التي تطرأ على هذه العقود سواء من حيث أنماطها المختلفة أو من حيث المناهج التي اعتمدها الفقه و القضاء والتحكيم بشأنها، فالتطورات المتلاحقة التي تصاحب عقود التجارة وما قد يترتب عنها من خصومات تحكيمية تجعل من الصعوبة بما كان أن تستوعب أي دراسة تمت في إطار زمني الإحاطة بكل مستجد يطرأ على هذه العقود.

إشكالية الدراسة:

غني عن البيان أن مشكلة تنازع القوانين و تعدد أساليب فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي تقع في الوقت الحاضر في قلب مشاكل القانون الدولي الخاص ،الذي مازال إلى الآن يعاني الكثير بسبب غموض بعض أحكامه وعدم ضبط الكثير من قواعده، حتى قيل بأنه أثار في داخله - بسبب ما به من غموض و تعقيد- أكثر من تنازع¹.

وإذا كان هذا حال تنازع القوانين بصفة عامة، فما بال البحث في تنازع القوانين في التحكيم التجاري الدولي الذي يعد من أدق موضوعات القانون الدولي الخاص أن لم يكن أدقها على الإطلاق، لما يكشفه ذلك من تعدد المناهج و تضارب في الحلول وعدم استقرارها فالتحكيم التجاري الدولي يثير صعوبات قانونية ليس لها حلول واحدة مستقرة في التشريعات الوطنية و في مقدمة هذه الصعوبات تحديد القانون الواجب التطبيق ،بوصف أن تحديد قانون معين لحكم اتفاق التحكيم موضوعه وإجراءاته ليس مجرد تفضيل قانون على آخر يتم على نحو نظري دون أن يأخذ في الحسبان عدالة النتيجة المترتبة عن هذا التحديد، حتى أننا نجد القضاء الوطني عند إجرائه هذا التحديد في عقود التجارة الدولية يلتزم بقواعد التنازع في قانونه، هذه القواعد تؤدي إلى تطبيق قانون وطني قد يكون غريبا على أحد الخصمين إن لم يكن غريبا عليهما معا وقد يكون صالحا للعقود الوطنية ولكنه لا يتناسب مع عقود التجارة الدولية، زيادة على ذلك فإن

1 هشام خالد. العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية. الاسكندرية. مصر . دار الفكر الجامعي. بدون عدد طبعة. 2001 . ص: 4.

التشريعات الوطنية قد تباينت فيما بينها تباينا يتعذر معه على أطراف التحكيم الاطمئنان على مصير حقوقهم المتعلقة بالعقد الأصلي موضوع اتفاق التحكيم.

و على الرغم من كل المحاولات التي كانت تصبوا إلى الحد من مشاكل التجارة الدولية وما يترتب عنها من عقود بالاعتماد بصفة أساسية على منهج قاعدة التنازع، إلا أن الوقوف عند هذا المنهج و ما يقوم عليه من وسيلة فنية لم يعتمده الفقه على إطلاقه، فالنشاط التجاري هو فيض متدفق يقدم لنا الحديد كل يوم، و إزاء ذلك فمن اللازم البحث عن وسائل جديدة تناسب المزايا التي يقدمها التحكيم التجاري الدولي في معرض الحديث عن منازعات عقود التجارة الدولية ، خاصة بعد أن أصبح الحديث عن تعدد المناهج التي تضطلع بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية هو أحد أهم سمات القانون الدولي الخاص المعاصر، كما أن تزايد الانتقادات الفردية والجماعية الموجهة لمنهج قواعد التنازع بحجة عدم كفاية هذا المنهج قد يؤدي إلى نتائج غير مرضية، مادفع ببعض الفقهاء إلى الحديث عما أسموه بأزمة المنهج التقليدي القائم على قاعدة التنازع.

ومن خلال هذا النظر كان سعي فقه القانون الدولي الخاص حثيثا لإيجاد منهجيات جديدة بحيث تتلافى أوجه القصور الموجودة في الية التنازع وقاعدة الإسناد، كان في مقدمتها منهج القواعد المادية حيث سمح القضاء الفرنسي لنفسه بأن يخلق مبدأ يقرر صحة اتفاق التحكيم الدولي، وعدم خضوع هذا الاتفاق لمنهج التنازع التقليدي، و يرى جانب من الفقه الفرنسي بأنه يتم تقدير صحة اتفاق التحكيم وفقا للقواعد المادية و دون البحث عن القانون الواجب التطبيق من خلال منهج التنازع¹.

فالحجوة إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية يعبر من رغبة الأطراف في الإفلات من قوانين الدولة، و يكشف عن رغبتهم أيضا في الفصل في منازعاتهم وفقا لقواعد القانون التجاري الدولي الذي يستمد مصادره من الأعراف و العادات التجارية و الاتفاقيات الدولية و المبادئ العامة المشتركة و قواعد العدالة و الإنصاف و قضاء التحكيم، الأمر الذي يطرح الكثير من التساؤلات حول تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هل هو نفسه القانون الذي يطبق على العقد الأصلي ، أم يتم كذلك الاتفاق عليه من قبل الأطراف أو هو قانون دولة المقر وفق قواعد التنازع أم يتم من خلال تطبيق قواعد المادية مباشرة، فمن المهم جدا معرفة كيف يتم اختيار هذا القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم التجاري الدولي لأن ذلك سوف يؤثر في تحقيق فاعلية التحكيم التجاري الدولي خاصة و أن المنهجين لهما قابلية مناسبة للتطبيق ، و من ثم هناك نظامين قانونيين متنافسين وفق ماذهب إليه جانب من الفقه و من جانب آخر هناك جانبا آخر من الفقهاء من أشار إلى إلى التكامل بين المنهجين².

¹ هشام خالد. المرجع السابق. ص: 07.

² خليل إبراهيم محمد خليل. تكامل مناهج تنازع القوانين. دراسة تحليلية مقارنة. الاسكندرية. مصر. دار الفكر الجامعي. الطبعة الأولى. 2015. ص: 9.

إنطلاقاً مما تقدم يمكن صياغة اشكالية بحثنا حول ما يلي:

ما مدى نجاعة وفعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي كآلية لفض المنازعات التجارية الدولية في ظل منهج تنازع القوانين .

وعلى الرغم من أن موضوع الدراسة قد حظي مؤخراً ببعض الاهتمام من لدن بعض الدراسات القانونية ذات الصلة، إلا أن صعوبته تكمن في أن آلية التحكيم التجاري الدولي تتميز بالسرية¹، الأمر الذي يجعل من الصعب معرفة الأسباب التي تتأسس عليها قرارات التحكيم علاوة على ذلك فإن دراسة هذا الموضوع تدعونا إلى البحث والتنقيب عن الأحكام التي لها صلة به في فروع القانون المختلفة لاسيما القانون الدولي الخاص وقوانين التحكيم... الخ .

منهجية البحث:

لما كانت هذه الدراسة تهدف إلى بيان التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج تنازع القوانين فإن الأسلوب الأمثل لإبراز القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال اعتماد منهج مختلطاً يجمع بين المنهج التاريخي والمنهج التحليلي و المنهج المقارن، ذلك أن المنهج التاريخي يساعد في التعرف على التقديم بهدف الإستعمال الأمثل للجديد فالدراسة التاريخية تمثل ضرورة ملحة لأن مادة تنازع القوانين في مجملها ذات أصول عرفية ضاربة في القدم و لم تتناولها التقنيات إلا حديثاً، كما أن ظهور العلاقات القانونية الدولية وأسلوب مواجهة منازعاتها كان بعيداً كل البعد عن المفاهيم والفلسفة الآنية للقانون الدولي الخاص، ذلك أن الفكر القانوني عادة ما يجيء إعماله في مرحلة لاحقة لنشوء واستقرار الظواهر الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية التي تدعو لتدخله، و المنهج التحليلي من خلال تحليل عناصر الموضوع في القوانين المقارنة، و مختلف الإتجاهات الفقهية و كذا أحكام التحكيم الدولي و من أجل إعطاء الدراسة بعداً آخر حاولنا أن نستعين ببعض الدراسات المقارنة لتفادي نقص التراكم في المعلومة وكذا للإطلاع على تجارب القوانين الرائدة في هذا المجال والتوجه السائد في الدول والمنظمات الدولية لمحاولة تحقيق الإنسجام بين قوانين مختلف دول العالم، وهو عين ما يصبوا إليه القانون الدولي المعاصر.

هيكلية البحث:

وفي تقديرنا فإن تحديد وضع التحكيم من معطيات النظام القانوني في إطار منهج التنازع الذي يحكمه يقتضي في المقام الأول التعرض لفكرة التحكيم، تحديداً لذاتيته و تمييزاً له عن غيره من الفكر المشتركة معه في بعض هذه الذاتيات، واستجلاء لجوهره، والتماساً لمقومات شرعيته في ظل نظام قانوني قائم ومستكمل لأدواته ومدى ما تتيحه

¹ و على الرغم من أن مبدأ سرية جلسات التحكيم من الأمور اللصيقة بهذا النظام، و هو ما لا يدعو إلى ضرورة نص الأطراف على احترام هذا المبدأ في عقودهم فإنه من الملاحظ أن العديد من لوائح التحكيم تفردت خصوصاً خاصة تقتضي هذه السرية و تحض عليها . حفيظة السيد الحداد. المرجع السابق. ص: 20.

منظومة التحكيم من سلطان لإدارة المحكّمين ، بإعتبار أن هذا السلطان هو مناط تحديد العلاقة بين التحكيم و بين أدوات النظام القانوني، ممثلة في قانون الدولة وقضائها.

و في المقام الثاني نعرض إلى النظام القانوني الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم التجاري الدولي في اطار مناهج تنازع القوانين، حيث لا مناص من ارتباط الاتفاق التحكيمي بتشريع معين ، وباعتبار الاتفاق التحكيمي مجرد عقد تحظى مسألة تحديد القانون المطبق على العقد، أي عقد، بأهمية كبيرة لما يترتب على هذا التحديد من آثار قانونية هامة، حيث يشكل القانون المطبق على العقد الأساس الذي يجري في إطاره تقدير مدى صحة العقد والذي تركز عليه حقوق و التزامات أطرافه من ناحية أخرى، كما يمثل تحديد هذا القانون مسألة أولية لازمة للفصل في منازعاته.

فحسب ما هو متعارف عليه بخصوص قواعد تنازع القوانين ، فإن تحديد القانون الذي سيطبق على العقود الدولية يستلزم اللجوء الى مبدأ القانون الدولي الخاص المعروف بمبدأ " حرية أو استقلالية الإرادة " ، و كقاعدة عامة لا يختلف اتفاق التحكيم – في هذا الأمر – عن غيره من العقود ذات الطابع الدولي ، إذ تخضع في تشريعات مختلف الدول لقاعدة سلطان الإرادة¹ ، و الذي أضحى من المبادئ المستقرة في إطار القانون الدولي الخاص ولا يجد من إعماله سوى قيود تنسب إلى اعتبارات النظام العام كما تعد مسألة قابلية موضوع النزاع للتحكيم أحد أهم هذه القيود.

وعلى صعيد آخر تبرز مسألة أهلية الأطراف لإبرام الاتفاق التحكيمي كاستثناء جديد على قانون الإرادة ، ذلك أن أهلية التعاقد و إن كانت شرطا لصحة العقد إلا أنها من المسائل اللصيقة بالشخص وفقا للاتجاه السائد حول إخضاع مسائل الأهلية للقانون الشخصي للأطراف (جنسية – موطن).

وفي معرض التعامل مع الاتفاق التحكيمي كعقد بقي أن نقول بأن ثمة قانونا آخر ينازع قانون الإرادة في هذا السياق وهو قانون محل إبرام الاتفاق التحكيمي فيما يتعلق بشكل الاتفاق وذلك على اعتبار أن قاعدة قانون المحل يحكم شكل التصرف قد أصبحت – الى حد بعيد – بمثابة عرف شائع في إطار التحكيم التجاري الدولي.

فالبحث في تنازع القوانين في التحكيم التجاري الدولي لا يقتصر على بيان ما هو القانون الواجب التطبيق على النزاع فقط و إنما يهدف إلى الوصول الى مبادئ مشتركة لتطبيقها على النزاعات التي تثور بصدد العلاقات التجارية الدولية التي يفصل الخلاف فيها عن طريق التحكيم لمعرفة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم التجاري الدولي ومعرفة أهم التشريعات الدولية المنظمة للتحكيم التجاري .

¹ ابراهيم أحمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، القاهرة، مصر. دار النهضة العربية، مصر. الطبعة الرابعة، بدون سنة نشر، ص: 76.

وترتبا على ما تقدم فإن موجبات بلوغ أهداف هذا البحث اقتضت تقسيمه إلى باين وفق مايلي :

الباب الأول: الإطار القانوني و المفاهيمي للتحكيم الدولي

الفصل الأول:ضوابط فكرة التحكيم الدولي

المبحث الأول:ماهية التحكيم

المبحث الثاني: الأساس القانوني للتحكيم

الفصل الثاني: التحكيم والقضاء

المبحث الأول : الوظيفة القضائية للتحكيم و اساس الرقابة القضائية عليه

المبحث الثاني: دور القضاء المكمل لعملية التحكيم

الباب الثاني :تعدد مناهج التنازع في التحكيم التجاري الدولي

الفصل الأول: إعمال منهج تنازع القوانين في التحكيم التجاري الدولي

المبحث الأول: ماهية تنازع القوانين

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال اعمال منهج تنازع القوانين

الفصل الثاني: تنامي دور القواعد المادية في حل منازعة التحكيم التجاري الدولي

المبحث الأول: خضوع منازعة التحكيم التجاري الدولي للقواعد المادية في القانون الدولي الخاص

المبحث الثاني: تقييم دور القواعد المادية في حل منازعة التحكيم التجاري الدولي

الباب الأول:

الإطار القانوني و المفاهيمي للتحكيم الدولي

القانون الدولي العام يجسد النظام العام الرضائي الذي يحكم العلاقات الدولية، و هذه الرضائية في قواعد القانون الدولي العام لازمته منذ نشأته على يد الفقيه الهولندي جروسوس الملقب بأبي القانون الدولي، و مرورا بتطوراته المتلاحقة التي لعب فيها الفيلسوف الإنجليزي بنتام دورا مهما، ثم شهدت كثيرا من التدايميات التي أكدت على مر التاريخ هذه الطبيعة الرضائية، من خلال المصدر الرئيسي للقانون الدولي العام و هو المعاهدات و الاتفاقات الدولية و إذا كان الفضل الأكبر لمعاهدات وستفاليا عام 1648 م التي وضعت اللبنة الأولى في بناء صرح القانون الدولي العام متضمنة العديد من الأسس التي حكمت العلاقات بين الدول ما يقرب من قرن ونصف قرن من الزمان ثم سطر مصطلح التحكيم الدولي في سماء القانون الدولي العام ليؤكد و يجسد هذه الطبيعة الرضائية، ذلك أنه ينهض - في معناه ومبناه - على مبدأ سلطان الإرادة، و أصبح التحكيم الدولي نظاما قضائيا عالميا، كأحد شطري الوسائل القضائية مع محكمة العدل الدولية لتسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية¹.

وكان طبيعيا أن يواكب التحكيم الدولي، التطورات المتلاحقة للقانون الدولي العام التقليدي، و يستجيب لأنساق القواعد القانونية التي تتولد عنه، كقواعد القانون الدولي الإقتصادي، و قانون التجارة الدولي وذلك أن هذه القواعد الجديدة باتت تلعب دورا مهما وفعالا في النظام الإقتصادي الجديد، الذي ظهرت فيه الكيانات الإقتصادية الدولية التي تنزع الى ان تتعولم من خلالها كل أقطار الكون.

وانطلاقا من استقرار الواقع كذلك، فمن البديهي أن يتصدر الدراسة تناول الإطار القانوني و المفاهيمي للتحكيم الدولي من حيث ضوابط فكرة التحكيم الدولي، و التنظيم الدولي للتحكيم في جانبه التعاقدية المعاهدات الدولية و التطبيقي بمراكز التحكيم وكذلك الصور المختلفة للاتفاق على التحكيم الدولي و أركانه في فصل أول و التفصيل في علاقته مع القضاء باعتبار التحكيم قضاء خاص و استظهار وظيفة كل آلية و أوجه الترابط بينهما على النحو الذي يؤدي إلى تحقيق الغاية .

¹ خالد محمد القاضي. موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري. القاهرة . مصر . دار الشروق. الطبعة الأولى 2002. ص: 17.

الفصل الأول: ضوابط فكرة التحكيم الدولي

لا تختلف الفكرة المجردة للتحكيم في المجتمعات المعاصرة كثيرا عنها في المجتمعات القديمة¹، فهو في كل منها يعنى تحقيق مدى شرعية ادعاءات طرفين حول حق أو مركز قانوني معين عن طريق طرف ثالث يختارانه و يثقان في خبرته وحسن تقديره حيث تتحدد فكرة التحكيم -بداية- بتعريفها ثم معرفة أصولها وتطورها، حيث يقدم الفقه عادة لدراسة التحكيم بمحاولة أعطاء تعريف له، ينتقل منه الى ابراز أهمية التفرقة بينه وبين بعض المفاهيم القانونية الأخرى المتعلقة بتسوية المنازعات الدولية و التي تشترك معه في بعض ذاتياته، وإظهاره كنظام خاص للتقاضي، ثم ينتقل من ذلك الى استعراض النقاش الدائر حول طبيعة التحكيم و النظريات التي قيلت بهذا الخصوص وما إذا كان اتفاقا أو عملا قضائيا أو مختلطا، حيث يعد البحث في أصل وجود التحكيم و طبيعته موضوعا مركزيا للتأسيس لفكرة التحكيم، وإن كان بعضها يتعلق بتعيين الحدود المنطقية للفكرة باستظهار ذاتياتها، وبعضها الأخر يتعلق باستظهار جوهرها أو طبيعتها على ضوء هذه الذاتيات.

المبحث الأول: ماهية التحكيم

يعترف التنظيم القانوني بإمكان تحقيق الحماية القضائية للمصالح المعتدى عليها، و بالتالي تطبيق القاعدة القانونية المخالفة، بوسيلة أخرى غير الالتجاء إلى قضاء الدولة، هي التحكيم و يمثل التحكيم أهم وسيلة من وسائل فض المنازعات التي عرفها الانسان منذ القدم تقوم بجانب القضاء و الصلح، و قد تطور التحكيم بمرور الزمن إلى أن أصبح ظاهرة من ظواهر عصرنا في مجال الفصل في المنازعات، و عدالة من نوع خاص تتلاءم مع مقتضيات العصر لا سيما علاقات التجارية الدولية و ما تتطلبه من توفير لوسائل فنية و تكريسه لإرادة المتنازعين إلى جانب أنه يحقق السرعة في الفصل في ما يعرض أمامه من نزاعات قد يعجز القضاء الوطني عن توفيره، فالتحكيم قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية و مرجعيته إرادة المتحاكمين فهو طريق خاص للتقاضي .

و من جهة أخرى فإن الطبيعة القانونية للتحكيم كآلية لتحقيق العدالة بمناسبة النزاع المعروض عليه تختلف من تشريع لآخر و بالتالي تختلف الآثار المترتبة عليه وفقا لكل طبيعة مما يتطلب معرفة هذه الطبيعة و ما يترتب عنها من آثار يعتد بها القانون.

1 المؤكد أن التحكيم كنظام قضائي و إن كان محلا للإقرار و الاعتراف به من كافة هذه الأنظمة القانونية الأساسية المعروفة منذ بداية البشرية فهو أيضا محلا للاعتراف به الآن من كافة الأنظمة القانونية الوطنية سواء كانت أنظمة تتعلق بالدول المتقدمة أو بالدول النامية، حفيفة السيد الحداد. المرجع السابق. ص: 5.

المطلب الأول: تطور التحكيم و مفهومه

التحكيم مؤسسة عريقة ترجع جذورها إلى بداية تواجد الإنسان على وجه الأرض فعرفته مختلف الحضارات القديمة كالحضارة الإسلامية واليونانية والرومانية، حيث كان محلاً للاقرار والاعتراف به من كافة الأنظمة القانونية الأساسية المعروفة منذ البداية البشرية، فقد مر بمراحل وأتت عليه حقبة من الزمن فقد قيمته و كادت تنطفيء شعلته، خصوصاً بعدما أصبح قضاء الدولة هو القضاء الرسمي والطريق الأكثر شيوعاً لحل أي نزاع، لكن تسارع النمو الاقتصادي وتطور العلاقات الدولية خاصة في المجال التجاري، وفي الوقت الذي ظهرت فيه النظم القضائية الوطنية عاجزة وقاصرة عن بلوغ حد الكفاية لمواجهة عقود التجارة الدولية و التصدي لما ينشأ عنها من منازعات جعل التحكيم التجاري يحظى باهتمام الدول والمؤسسات الدولية و الإقليمية لما يتمتع به من خصائص معينة تميزه عن القضاء العادي و التي سارعت لتنفيذه وتنظيمه، و أصبح الاقبال عليه من قبل الأطراف المتعاقدة في المجال الدولي خاصة لحل نزاعاتهم.

الفرع الأول: تطور التحكيم الدولي

يعد التحكيم من أقدم الوسائل التي عرفها الإنسان في فض المنازعات بجانب القضاء و الصلح، و هو قدم قدم وجود الإنسان ، و لعل أقدم صورة كانت حين قام نزاع بين قاييل و هايبيل، و كان الحل المقبول منهما هو الاحتكام إلى السماء¹ ، و تعود أصول التحكيم إلى العصر القديم، و يمكن القول أنه سبق نشوء القوانين و المحاكم في التاريخ البشري. فالتحكيم نظام قديم عرفه اليونانيون القدماء و الرومان، كما عرفته القبائل العربية قبل الاسلام و قد خصته الشريعة الغراء بقواعد و ضوابط بعد ظهور الاسلام، و قد تطور التحكيم الدولي عبر الحقب و قد كان للافققيات و المعاهدات في العصر الحدي الدور المهم و الأساسي في تبلور مفهومه القانوني الذي يوافق مفهومه الاصطلاحي .

أولاً : التحكيم ما قبل العصر الحديث

لقد كان التحكيم معروفاً لدى المجتمعات القديمة، و كان عرفاً و شريعة لدى العرب قبل الإسلام كما كان اللجوء إليه اختيارياً و حكم المحكم كان ينفذ طواعية و اختيارياً الأمر الذي كان يؤدي في أغلب الأحوال إلى تناحر الأفراد و نشوب القتال بين القبائل بعضها ببعض.

وقد كان التحكيم في الشرائع القديمة متعارف عليه ومعمول به بين الأفراد و الجماعات، و كان اللجوء إليه اختيارياً و أمر تنفيذ أحكامه متروك للخصوم لأن القوة كانت هي الفيصل في فض المنازعات بين الأفراد و الجماعات و قد كان للتحكيم في الشرائع القديمة صور غريبة و متعددة و منها الاحتكام مثلاً إلى المصادفة البحتة حيث كانت بعض القبائل تحتكم إلى المصادفة بأن يعرض كل من المتخاصمين طعاماً معيناً في مكان معين يمتاز بكثرة الغريان، و من أكلت الغريان طعامه أعتبر خاسراً لما يدعيه من حق، و بعض صور التحكيم كانت تستند إلى القوة بعد تهديدها في صورة

1 ناريمان عبد القادر. اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية رقم 27 لسنة 1994. القاهرة. مصر . دار النهضة العربية. بدون عدد طبعة. 2016. ص: 17.

مبارزة، وبعض صور التحكيم كانت ترتكن إلى المحنة حيث كانت بعض القبائل تطلب من المدعى و المدعى عليه اختيار صفحة من صحفتين إحداهما مسمومة و من يختار المسمومة يخسر حقه و يعتبر مذنباً¹.

و عرف الإغريق التحكيم على نطاق واسع في العلاقات الداخلية و الخارجية على سواء ، ففي مجال العلاقات الداخلية المدنية منها و التجارية و كان يلزم على كل مواطن من مواطني أثينا أن يسجل اسمه في قوائم المحكمين للقيام بدوره في فض المنازعات و ذلك نظراً لتضخم المحاكم الشعبية بالأقضية و المنازعات و إذا أخفق المحكم في فض المنازعة أصدر قراراً مشفوعاً بقسم مما يكون معه قابلاً للاستئناف أمام المحاكم الشعبية و التي بدورها تحيله إلى هيئة المحكمين و في مجال العلاقات الخارجية عرف الإغريق أيضاً نظام التحكيم فقد أنشأ الإغريق مجلساً دائماً للتحكيم تكون مهمته الفصل بين المدن اليونانية في المنازعات المدنية و التجارية أو المنازعات المتعلقة بالحدود، و عرفوا معاهدات التحكيم الدائمة بالإضافة إلى حالات التحكيم المنفردة².

و عند الرومان في المسائل المدنية كان الأمر متروكاً للتحكيم الخاص حيث تم إنشاء وظيفة خاصة يتولاها حاكم يسمى " البريتور " و الذي يقتصر دوره على سماع ادعاءات الخصوم و تسجيلها ثم رفع النزاع إلى المحكم الذي يختاره الخصوم ليفصل في نزاعهم، و كانت قرارات التحكيم تفتقر إلى السلطة و القوة التنفيذية و في حالة امتناع أحد الخصوم عن تنفيذ قرار التحكيم توقع عليه غرامة أو عقوبة مالية بموجب شرط في اتفاق التحكيم³.

و في القرون الوسطى و بوجود التحكيم و الذي تطور في ظل المبادئ التي نادى بها فقهاء الكنيسة، فمبدأ قدسية العقد حيث اعتبر الإرادة مصدر القوة الملزمة في العقد، و مبدأ حسن النية قاعدة في تنفيذه و تفسيره، فكان للمتعاقدين الحرية في الاتفاق على التحكيم مع احترام و الالتزام بقرار المحكم، و قد أصدر الملك فرانسوا الثاني مرسوماً عام 1560 م ينص باتخاذ التحكيم اجبارياً في المسائل التجارية و قسمة التركات، كذلك فقد نادى الثورة الفرنسية بالحرية في مختلف المجالات و من بينها مجال التعاقد، و أقرت نظام التحكيم⁴.

و لقد عرف التحكيم عند قدماء المصريين، فلقد كان الملك هو القاضي و كان لا يباشر القضاء بنفسه إلا في الحالات النادرة، و كان الكهنة في ذلك الوقت هم الذين يتولون مهمة الفصل بين الخصوم رسمياً عن طريق القضاء نيابة عن الملك الذي هو أصلاً القاضي الأول، وكانت هذه المهمة محصورة في ذاك الوقت على المدن الكبرى حيث توجد المعابد، و لقد كان الأمراء في الأقاليم هم الذين يتولون سلطة القضاء بين الخصوم نيابة عن القاضي الأول ، و مع ذلك فقد كان للأفراد حق اللجوء للتحكيم للفصل فيما ينشأ بينهم من منازعات، و كان أطراف النزاع و بموجب اتفاق

1 خالد محمد القاضي. المرجع السابق.ص: 88.

2 ناريمان عبد القادر. المرجع السابق. ص: 18.

3 خالد محمد القاضي. المرجع السابق. ص: 89.

4 فؤاد محمد محمد أبو طالب. التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الاجنبية وفقاً لأحكام القانون الدولي العام. دراسة مقارنة. الاسكندرية. مصر. دار الفكر الجامعي. الطبعة الأولى. 2010.ص:

تحكيم يحددون المحكم و الاجراءات الواجب اتباعها أمام المحكم، وحكم هيئة التحكيم نهائي وقابل للتنفيذ دون الحاجة لعرضه مرة أخرى على القضاء أو التحكيم على هذا النحو يسمى بالقضاء الخاص¹ .

و قد تعددت صور الحُكام عند العرب في الجاهلية بالنظر إلى الشخص المختكم إليه، حيث كانت الحياة في الصحراء قائمة على نظام الانتقام الشخصي و لم تكن هناك قوة مركزية يمكنها الحفاظ على النظام وحماية حقوق الأفراد، و كان هذا هو الرأي السائد في القبائل والقواعد القبلية² ، فقد يكون الحكم رئيس قبيلة أو العشيرة، و قد يكون الإحتكام إلى حكام عرفوا بأصالة الرأي و سعة المدارك و الصدق و العدل في الحكم، أو إلى الكهنة أو إلى النار أو إلى الأزام³ .

و لقد تحاكت خزاعة و بنو بكر و قصي بن كلاب بمن معه من قومه من قريش إلى يعمر بن عوف بن كعب بن عامر بن ليث بن بكر ابن عبد مناة بن كنانة في استبداد قوم قصي بن كلاب على أمر مكة⁴، و تحاكت قريش إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل بعثته عندما تنازعت الشرف في وضع الحجر الأسود في مكانه عند إعادة بناء الكعبة⁵ .

و قد عرفت الشريعة الإسلامية أيضا نظام التحكيم كبديل عن القتال و القوة الغاشمة لتسوية المنازعات بخلاف طريق القضاء ، و لم يهتم الفقهاء (رحمهم الله تعالى) بتعريف التحكيم و بيان حده اكتفاء بما وقر في أذهانهم من معنى استقر عليه العرف و جرى به العمل و انسجاما مع منهجهم في التركيز على الدلالات و ما يبني عليها من أحكام و مع هذا فقد عرفه بعض الفقهاء بتعريفات لا تخرج عن إطار المعنى اللغوي الدال على تفويض الغير أو توليته في حسم النزاع بين الخصمين باختيارهما ، فعرفه الحنفية بأنه : (تولية الخصمين حكما يحكم بينهما) أي اختيار ذوي الشأن شخصا أو أكثر ليحكم فيما تنازعا فيه دون أن يكون للمحكم ولاية القضاء بينهما، و عرفه الشافعية بقولهم (أن يتخذ الخصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا)، أما المالكية فعرفوه (أن يحكم الخصمان رجلا يحكم بينهما ، ولا مولى من قبل الإمام و لا من قبل القاضي) ، أما الحنابلة فلم يعرفوه مكتفين ببيان حكمه⁶ .

1 فؤاد محمد أبو طالب. المرجع السابق. ص: 26.

2

Abdel Hamid El-Ahdab et Jalal El-Ahdab. Arbitration With the Arab Countries. Third Revised and Expanded Edition. Kluwer Law International . The Netherlands. 2011. p5.

3 ناريمان عبد القادر. المرجع السابق. ص: 23.

4 أبي محمد عبد الملك بن هشام. سيرة النبي صلى الله عليه وسلم. المجلد الأول. طنطا. مصر . دار الصحابة للتراث بطنطا للنشر و التحقيق و التوزيع. الطبعة الأولى. 1995. ص: 168-169.

5 أبي محمد عبد الملك بن هشام. نفس المرجع. ص: 252-253.

6 ساجر ناصر حمد الجبوري. التحكيم نطقه و آثاره في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي. المؤتمر الدولي للقضاء و التحكيم. المجلد الأول. المملكة العربية السعودية. جامعة الامام محمد بن سعود . 2015. ص: 621-622.

و التحكيم و إن كان فرعا عن أصل واجب في النشأة و الإنعقاد و الحكم و التنفيذ -القضاء- إلا أنه من حيث الأصل ليس كذلك لأنه يستند إلى إرادة الخصوم و اتفاقهما على حل النزاع فهو الإباحة و التخيير في النشأة -و إن كان التحكيم قضائياً- و قيده بعض الفقهاء بعدم وجود قاض في البلدة¹.

ويستند التحكيم في مشروعيته إلى القرآن و السنة و الإجماع و المعقول ، حيث تضمن القرآن الكريم نصوصاً صريحة تقرر مشروعية التحكيم في رفع النزاع بين المتخاصمين منها قوله تعالى { وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا }².

فعند الشقاق و الخلاف بين الزوجين يشرع تكليف حكيمين، و يقاس على ذلك سائر الخصومات إذا تراضى المتخاصمان على ثالث يفصل بينهما، و الفصل في النزاع و إن كان واجباً عن طريق التحكيم إلا أن اختيار من يقوم به مبني على الإرادة و الاختيار ، و إذا جاز التحكيم في أخص خصوصيات الانسان و هي العلاقة الزوجية ففي المعاملات من باب أولى .

وقوله تعالى { فَالَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا }³ إن نفي الإيمان عن عرض عن تحكيم رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما وقع بينهم من خصومة دليل على وجوب تحكيم شخصه في حياته، أما بعد وفاته صلى الله عليه وسلم فالتحكيم ليس لازماً لشخص بعينه بل جائز بصفته، و إنما اللزوم في الاحتكام إلى الشرع الشريف (القرآن و السنة)⁴ .

و قد حفلت السنة النبوية بأحاديث و وقائع تثبت مشروعية التحكيم منها ما رواه شريح عن أبيه هانئ رضي الله عنه أنه لما وفد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم مع قومه سمعهم يكتفون بأبي الحكم، فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: (إن الله تعالى هو الحكم و إليه الحكم، فلم تكني أبا الحكم؟) فقال إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (ما أحسن هذا ، فمالك من ولد؟) قال لي شريح و مسلم و عبدالله قال: (فمن أكبرهم؟) قلت : شريح، قال: (فأنت أبو شريح)⁵.

و قد أطبقت الأمة الاسلامية على القول بجواز التحكيم و العمل به باعتباره وسيلة فعالة و ميسرة لفض الخصومات بين الناس بعيدا عن القضاء، و حكى بعضهم إجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك ، و في ذلك يقول

1 ساجر ناصر حمد الجبوري. المرجع السابق. ص: 624.

2 القرآن الكريم . سورة النساء. الآية رقم: 35 .

3 القرآن الكريم . سورة النساء. الآية رقم: 65.

4 ساجر ناصر حمد الجبوري. المرجع السابق. ص: 625 .

5 سليمان ابن الأشعث الأزدي السجستاني أبوداود. سنن أبي داود. الجزء السابع. دمشق. الجمهورية العربية السورية. دار الرسالة العالمية. الطبعة الأولى. 2009. ص: 309.

عمر رضي الله عنه (ردوا الخصومة حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم البغضاء) أي ردوا الخصومة إلى الصلح عن طريق التحكيم¹.

و لم يزل الخلاف بين الناس في تعاملاتهم واقعا لا محالة، و هم يفضلون في -الغالب- الوسائل الودية على القضاء و إجراءاته المعقدة البطيئة التي يستغرق حسمها في الغالب وقتا طويلا يؤدي إلى ضياع في الحقوق، و إهدار في الأموال و الأوقات، و كشف الأسرار و نشر للتعاملات و ماله من أثر سلمي على المتخاصمين يجعل القول بالتحكيم أمر يتفق مع العقل السوي و الفطر السليمة، ما كان متفقا مع القواعد الشرعية من حيث الموضوع و الأشخاص و الأحكام. و التحكيم ولاية خاصة يستمدتها من إرادة الخصوم تجعل سلطته مقيدة ببعض الخصومات، و باستقراء ما ذهب إليه الفقهاء نجد أنهم وضعوا قاعدة عامة لذلك و هي جواز التحكيم فيما يجوز فيه الصلح.

غير ان الفقهاء مختلفون فيما يجوز الصلح فيه أو التنازل عنه و ما لا يجوز، و لكنهم متفقون من حيث الجملة على أن حقوق الله تعالى (الحقوق العامة) مما لا يصح الصلح فيها أو التنازل أو الإبراء أو الإسقاط أو العفو، لأنها حق المجتمع و لا تتعلق بأحد بعينه و من الحقوق العامة الحدود، و القصاص و اللعان و الطلاق و النكاح و النسب. أما الحقوق الخاصة فهي محل للصلح و التحكيم و التنازل كالحقوق المالية، و قد فصل الماوردي الأمر بقوله: (الأحكام تنقسم في التحكيم إلى ثلاثة أقسام:

- قسم يجوز فيه التحكيم، و هو حقوق الموال، و عقود ما يصح فيه العفو الإبراء.
- قسم لا يجوز فيه التحكيم، و هو ما اختص به القضاة بالإجبار عليه من حقوق الله تعالى، و الولايات على الأيتام، و إيقاع الحجر على مستحقه.
- قسم مختلف فيه و هو أربعة: النكاح و اللعان و القذف و القصاص، ففي جواز التحكيم فيها وجهان؛ أحدهما يجوز لوقوفها على رضا المتحاكمين و الثاني لا يجوز لأنها حقوق و حدود يختص بها الولاية².

ثانيا: التحكيم الدولي في العصر الحديث

نظام التحكيم الدولي نظام قديم يمكن القول بأنه قد عرف منذ تميزت الجماعات السياسية عن بعضها البعض ولكن الجذور الحديثة للتحكيم الدولي ترجع إلى المعاهدة التي أبرمت بين الولايات المتحدة الأمريكية و المملكة المتحدة في عام 1794 (معاهدة Jay) و التي كانت تنص على تكوين محكمة تحكيم، عن طريق عضو لكل طرف، و يختار العضوان الطرف الثالث.³

1 ساجر ناصر حمد الجبوري. المرجع السابق. ص: 628.

2 ساجر ناصر حمد الجبوري. نفس المرجع. ص: 637-638.

3 صلاح الدين عامر. مقدمة لدراسة القانون الدولي العام. القاهرة. مصر. دار النهضة العربية. بدون عدد الطبعة. 2007. ص: 962.

وتعتبر هذه المعاهدة البداية الحقيقية لمعاهدات التحكيم الحديثة، و الواقع أن هذه المعاهدة كان لها أثر كبير إلى حد ما في تطور نظام التحكيم في إطار العلاقات الدولية ، حتى أنه خلال الفترة من تاريخ توقيع المعاهدة و حتى بدايات القرن التاسع عشر تم تشكيل نحو 177 محكمة تحكيم أطلق عليها اسم لجان المطالبات المختلطة Mixed Claims Commissions و قد تناولت هذه اللجان بالنظر العديد من المنازعات الخاصة بمطالبات الأفراد و أخرى تتعلق بمسائل سياسية و أخرى بشأن النزاع على الحدود ، كما أنشئت خلال هذه الفترة أيضا عدة محاكم دولية أطلق عليها محاكم اللجان المختلطة Mixed Commissions Courts و ذلك بموجب اتفاقيات خاصة بمحاربة تجارة الرقيق الإفريقي¹ .

و في النصف الثاني من القرن الثامن عشر عاد التحكيم إلى أوج ازدهاره و لقي رعاية كبيرة مع قضية الألاباما المثارة بين الولايات المتحدة الأمريكية و بريطانيا، و لأهمية القضية المذكورة في إرساء قواعد التحكيم نلفت الانتباه إلى أن موضوعها بدأ مع تسهيل بناء السفن في الموانئ الإنكليزية و تسليحها لصالح الولايات الجنوبية في حربها ضد السلطة الفدرالية، فالألاباما إحدى هذه السفن التي خرجت من ليفربول بطاقمها من المسلحين و بدأت بالاشتباك مع سفن الشمال و إغراق عدد كبير منها، و عندما انتهت الحرب بانتصار الولايات الشمالية طالب هذه الأخيرة إنكلترا بالتعويض عن الأضرار التي سببتها الألاباما باعتبار أن إنكلترا مسؤولة عنها نتيجة موقفها العدائي و المخالف لقواعد الحياد في الحرب و لم تقبل إنكلترا هذا الادعاء و توترت العلاقات بين البلدين حتى أمكن أخيراً الاتفاق بموجب معاهدة واشنطن لعام 1871 على عرض الأمر على لجنة تحكيمية مؤلفة من خمسة أعضاء تعين كل من الحكومتين الأمريكية و البريطانية واحداً منهم أما الثلاثة الآخرون فيعينون من قبل ملك إيطاليا و رئيس الاتحاد السوسري و امبراطور البرازيل و اجتمعت اللجنة في جنيف وأصدرت حكمها في شهر ايلول 1872 حيث جاء في صالح الولايات المتحدة ملزماً إنكلترا دفع تعويض عن الأضرار التي سببتها الألاباما لهذه الأخيرة².

و بعد تحكيم الألاباما انتشرت حالات اللجوء إلى التحكيم الدولي بصورة واضحة ، و أصبحت المعاهدات الثنائية و الجماعية تتضمن نصوصاً تتعلق بشرط اللجوء إلى التحكيم.

و من أبرز الاتفاقيات التي نصت على شرط اللجوء إلى التحكيم اتفاقية النقل الدولي بالسكك الحديدية و المنعقدة عام 1890³ قد تضمنت هذه الإتفاقية أن شرط اللجوء للتحكيم يلزم الأفراد في تسوية منازعاتهم أثناء تطبيق أحكام الاتفاقية عن طريق التحكيم، و ذلك بواسطة محكمة تحكيم مؤقتة تنشأ لهذا الغرض .

1 خالد محمد القاضي المرجع السابق. ص: 106.

2 أحمد سرحال. قانون العلاقات الدولية. القاهرة . مصر. المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع. الطبعة الأولى. 1990. ص: 451.

3 خالد محمد القاضي المرجع السابق. ص: 107.

و على المستوى التقنين فقد قام معهد القانون الدولي و الذي انشأ عام 1873، بوضع مشروع لائحة إجراءات التحكيم الدولي، و في ظل هذا المناخ حيث تطورت الأوضاع بين الدول فيما يرمونه من معاهدات سياسية و اقتصادية و اجتماعية، لتنظيم العلاقات الدولية، حتى أصبح التفكير في إنشاء محكمة دائمة للتحكيم أمراً مقبولاً لدرجة كبيرة و هو ما عملت اتفاقتا لاهاي الأولى و الثانية لعامي 1907، 1889 على تحقيقه.

ثم حقق التحكيم الدولي خطوة مهمة و ذلك من خلال اتفاقية لاهاي 1899 حيث سعت وفود الدول إلى إنشاء محكمة دولية حقيقية تفتح أبوابها للدول كافة و بالفعل وافق مؤتمر لاهاي في 29 أكتوبر سنة 1899 على الاتفاقية الخاصة بفض المنازعات الدولية بالطرق السلمية بواسطة المساعي الحميدة و الوساطة و التحكيم، و تضمنت الاتفاقية النص صراحة على إنشاء محكمة دولية دائمة للتحكيم أطلق عليها المحكمة الدائمة للتحكيم¹.

و انعقد مؤتمر لاهاي 1907 مفرداً مكاناً واسعاً للتحكيم، فلقد كرست الاتفاقية الخاصة بتسوية منازعات الدول بالطرق السلمية فصلها الرابع بكامله للتحديث عن التحكيم من إجراءات إلى تكوين هيئة دائمة هي محكمة التحكيم الدولي الدائمة التي يمكن للدول الاستعانة بها إذا شاءت بدلاً من الهيئات الخاصة التي تختارها بمناسبة كل خلاف، و ما كادت تمضي سنة واحدة على اتفاقية لاهاي حتى وضعت بعض أحكامها المتعلقة بالتحكيم موضع التنفيذ في قضية مشهورة جداً هي قضية الهارين من كازابلانكا. و جاء مؤتمر لاهاي الثاني سنة 1907 م و قام بتعديل بعض نصوص الاتفاقية الأولى و وضع قواعد جديدة بشأن محكمة التحكيم الدائمة و أصدرت المحكمة الدائمة للتحكيم أول حكم لها في 1902/10/14 بشأن نزاع بين الولايات المتحدة و المكسيك، و في 1909 أصدرت حكماً في القضية الخاصة بمصايد الأطنطي بين بريطانيا و الولايات المتحدة الأمريكية².

و الحقيقة أن الأحكام التي وضعتها اتفاقية لاهاي و التي كملتها بعض الاتفاقيات اللاحقة لها جاءت كنوع من التقنين للأحكام و القواعد العرفية التي تجسدت في مجال التحكيم في الفترة السابقة لعام 1907، و خصوصاً نتيجة لقضية الألاباما التي يمكن اعتبارها نقطة انطلاق قانون التحكيم العربي سواء على مستوى تأليف لجنة التحكيم و الإجراءات المتبعة أمامها، و تحديد موضوعات الحكم و التقيد بقرارها و وسائل مراجعة هذا القرار و الاتجاه الإلزامي للتحكيم³.

و في أعقاب الحرب العالمية الأولى سعت الدول إلى إنشاء تنظيم دولي بهدف تسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية خاصة بعد أن عانى العالم من ويلات الحرب العالمية الأولى، و نجحت الدول في إنشاء عصبة الأمم Société des Nations و قد ورد النص صراحة في الفقرة الأولى من المادة 13 من عهد عصبة الأمم على « اتفاق أعضاء

1 خالد محمد القاضي المرجع السابق. ص: 107.

2 أحمد سرحال. المرجع السابق. ص: 451.

3 أحمد سرحال. نفس المرجع. ص: 452.

العصبة على أنه كلما ثار نزاع بينهم يرون أنه قابل للتسوية بطريق التحكيم أو القضاء ، و كان هذا النزاع لم يمكن تسويته بدرجة مرضية بالطريق الدبلوماسي فإنهم يعرضون موضوع النزاع برمته على التحكيم أو القضاء .»

ونظرا إلى أن فكرة التحكيم الدولي قد لاقت اعتراضا عند مناقشتها في مؤتمرات لاهاي فإن واضعي عهد الأمم قد تعمدوا عدم الإشارة إلى اللجوء إلى التحكيم الإجباري سواء كان ذلك صراحة أو ضمنا .

ومع نجاح التحكيم كوسيلة سلمية لصيانة حسن سير العلاقات الدولية و الأثر الطيب الذي تركته قضية اللاباما في تصفية المنازعات الدولية عن طريق التحكيم كثرت الدعوات لتوسيع دائرة هذا الأخير و جعله ذي صفة إلزامية¹.

ففي عام 1920 وضعت عصبة الأمم إطارا لنظام قضائي دولي و ذلك بإنشاء محكمة عدل دولية دائمة ، و في عام 1924 نجحت عصبة الأمم في التوصل إلى الموافقة على بروتوكول جنيف للمساعدة المتبادلة و عدم الاعتداء و الذي يقوم على مبدأ مؤداه (لا أمن بدون تحكيم) و بموجب هذا البروتوكول تحقق مبدأ اللجوء الإجباري إلى التحكيم بيد أن هذا البروتوكول لم يحقق الهدف المرجو لرفض بعض الدول له و عدم استيفائه للإجراءات الشكلية الخاصة بالتصديق عليه و بالتالي نفاذه .

و لم تتوقف مساعي عصبة الأمم في سبيل إرساء و تحقيق مبدأ اللجوء إلى التحكيم على أن توصلت في 26 سبتمبر 1928 على الموافقة على ميثاق عام للتحكيم في صورة اتفاقية عامة للتسوية السلمية للمنازعات الدولية² كأداة لتوطيد دعائم السلام العالمي و الحفاظ على اضطراد التعاون الدولي .

و قد جمع هذا الميثاق بين التوفيق و القضاء و التحكيم كوسائل الزامية لتسوية الخلافات الدولية، الأولى كطريقة مسبقة لا غنى عن المرور بها في جميع الخلافات للانتقال إلى الطرق الأخرى، الثاني فيما خص الخلافات القانونية و الثالث فيما يخص المنازعات السياسية حيث تؤلف لجنة تحكيم خاصة من خمسة أعضاء، و الواقع أن الميثاق المذكور لم يصادف كثيراً من النجاح و لم تنضم إليه حتى بداية الحرب العالمية الثانية أكثر من ثلاث و عشرين دولة³ .

و مما هو جدير بالذكر أن الميثاق كان المعين الحقيقي لفكرة اللجوء إلى التحكيم كان في الاتفاقات الثنائية و منها معاهدة التحكيم و التوفيق بين مصر و الولايات الأمريكية في 27 أغسطس سنة 1929 .

ثم سعت دول العالم إلى إقامة منظمة الأمم المتحدة بعد الحرب العالمية الثانية بهدف تحقيق الأمن و السلام بعد أن فشلت عصبة الأمم في تحقيقه و كان من أبرز أهداف المنظمة هو تحقيق السلام العالمي و ذلك بتسوية الخلافات الدولية بالوسائل السلمية و هو ما نصت عليها المادة الأولى من الميثاق ، و في 21 من نوفمبر 1947 قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة تشكيل لجنة للقانون الدولي بهدف تقنين و تطوير و توحيد القانون الدولي و كان موضوع التحكيم الدولي

1 أحمد سرحال. المرجع السابق. ص: 455.

2 خالد محمد القاضي المرجع السابق. ص: 109.

3 أحمد سرحال. المرجع السابق. ص 457.

من الموضوعات التي حظيت بعناية واهتمام اللجنة إلى أن انتهت اللجنة في عام 1958 إلى وضع نموذج لقواعد إجراءات التحكيم ليكون دليلاً و مرشداً للدول عند التوقيع على تعهدات باللجوء إلى التحكيم.¹

و فيما يخص التطور الذي شهدته التحكيم في الفترة المعاصرة نشير إلى أنه لم يعد مقتصرًا على خلافات الدول إذ تعدى ذلك ليشمل منازعات أشخاص القانون الدولي و غيرها من المنازعات التي يكون الأشخاص العاديون طرفاً فيها فالمنظمات الدولية و هي الممنوعة من التقاضي أمام المحاكم العدلية الدولية غالباً ما تلجأ للتحكيم لا سيما بمناسبة إبرامها لاتفاقيات المقر مع الدول التي تقيم على أراضيها و ذلك لتسوية المنازعات التي يمكن أن يثيرها تطبيق الاتفاقيات المذكورة، و هذا ما ظهر من خلال قضية الأرامكو، أن التحكيم القائم على قواعد قانونية دولية يمكن أن يشمل حل نزاع بين الشركات- و هي ليست بأشخاص دوليين- و بين الدول.²

الفرع الثاني: تحديد مفهوم التحكيم

يعد تعريف التحكيم من المسائل التي لم تشغل بال الفقه وحده بل أن بعض التشريعات الوطنية الحديثة قد تصدت لتحديد ماهو المقصود بالتحكيم ، كذلك فإن جانب من الأحكام القضائية أدلت بدلوها بشأن تحديد ما هو المقصود بالتحكيم.

أولاً: التحكيم لغة و اصطلاحاً

للتحكيم معان كثيرة احتوتها قواميس اللغة العربية ، فقد جاء في المصباح المنير: معنى (الحكم) القضاء، وأصله المنع، يقال حكمت عليه بكذا: اذا منعته من خلافه فلم يقدر على الخروج من ذلك، و حكمت بين القوم : فصلت بينهم فأنا حاكم و حكم بفتححتين و حكمت الرجل " بالتشديد" : فوضت الحكم إليه وتحكم في كذا : فعل ما رآه³ فالْحُكْم بضم الحاء وسكون الكاف هو القضاء، و جاء بمعنى العلم والفقه والقضاء بالعدل ومنها قوله تعالى: { يَا يَحْيَى خُذِ الْكِتَابَ بِقُوَّةٍ ۗ وَآتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيًّا }⁴ ومنه الحكم بمعنى وضع الشيء في محله و الحكم بفتح الحاء و الكاف من أسماء الله الحسنى، قال تعالى : { أَفَغَيْرَ اللَّهِ أَبْغِي حَكْمًا وَهُوَ الَّذِي أَنْزَلَ إِلَيْكُمُ الْكِتَابَ مُفَصَّلًا ۗ وَالَّذِينَ آتَيْنَاهُمُ الْكِتَابَ يَعْلَمُونَ أَنَّهُ مُنَزَّلٌ مِّن رَّبِّكَ بِالْحَقِّ ۗ فَلَا تَكُونَنَّ مِنَ الْمُمْتَرِينَ }⁵.

ويقال حكموه بينهم أي أمره أن يحكم و يقال حكمنا فلانا فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا ، و حكمته في الأمر فاحتكم أي جاز فيه حكمه و يقال احتكم الخصمان إلى الحاكم أي رفعا خصومتها⁶.

1 خالد محمد القاضي. المرجع السابق. ص 109-110.

2 أحمد سرحال. المرجع السابق. ص 459.

3 أحمد بن محمد بن علي الفيومي. المصباح المنير. بيروت. لبنان. مكتبة لبنان . 1987. ص: 56.

4 القرآن الكريم . سورة مريم. الآية رقم: 12.

5 القرآن الكريم . سورة الأنعام . الآية رقم: 114.

6 الصانوري محمد أحمد . دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص. عمان الأردن. دار الثقافة للنشر و التوزيع. بدون سنة طبع. 2005. ص: 33.

و يتضح مما تقدم أن التحكيم في معناه اللغوي يفيد إطلاق اليد في الشيء ، أو تفويض الغير للنظر في أمر من الأمور¹.

و مصطلح التحكيم يعتبر من المصطلحات التي تعددت و تنوعت التعاريف بشأنها من طرف الفقه المنشغل بوضع تعريف لما هو مقصود بنظام التحكيم ، حيث لا يختلف عن المعنى اللغوي الذي يفيد إطلاق اليد في الشيء ، أو تفويض الأمر للغير .

فقد ذهب التعريفات التي قدمها معظم الفقهاء للتحكيم إلى أن التحكيم هو (الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين، أو أشخاص معينين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به ، فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم، و قد يكون هذا الاتفاق تبعاً لعقد معين يذكر في صلبه و يسمى شرط التحكيم و قد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم و يسمى في هذه الحالة مشاركة التحكيم أو اتفاق التحكيم شريطة أن يقر المشرع هذا الاتفاق شرط كان أم مشاركة)². و من الفقه من ركز في تعريفه على الطبيعة الخاصة لقضاء التحكيم و مصدره الإرادي، فيعرفه من الفقه الغربي الأستاذ Jean Robert بأنه : " نظام للقضاء الخاص تقضى فيه خصومة معينة من اختصاص القضاء العادي و يعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها"³.

و في ذلك تقول الأستاذة حفيظة السيد الحداد: " يمكن تعريف التحكيم بأنه نظام خاص للتقاضي، ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي "⁴.

و بنفس المعنى يعرفه الفقه العربي الكثير بما يفيد الاتفاق حول فكرة التحكيم و معناه، فهو طرح المنازعات على أفراد لا صلة لهم بمرفق القضاء يختارهم طرفا النزاع للفصل في نزاع ما⁵ .

يتضح من عبارات الفقهاء في تعريفهم لمعنى التحكيم و إن اختلفت الألفاظ أن التحكيم هو " نظام قانوني موازي للقضاء و مستقل عنه يتأسس بتولية و تقليد و تفويض من طرفي الخصومة لطرف ثالث ليفصل فيما تنازعا " و على ذلك فإن التحكيم يمر بمراحل ثلاث ، المرحلة الأولى هي الاتفاق على التحكيم طريقا لحل النزاع أولا بدلا من اللجوء إلى القضاء العام سواء وقع هذا الاتفاق قبل وقوع النزاع أو بعد وقوعه ثانيا الاتفاق بين الخصوم و الشخص الذي سيتولى

1 ساجر ناصر حمد الجبوري. المرجع السابق. ص: 637-638

2 فؤاد محمد محمد أبو طالب. المرجع السابق. ص: 18.

3 ناريمان عبد القادر. المرجع السابق. ص: 43.

4 حفيظة السيد الحداد. المرجع السابق. ص: 44.

5 ناريمان عبد القادر. المرجع السابق. ص: 43.

الفصل في النزاع و هذه المرحلة هي مرحلة تولية و تقليد الحكم أي منحه سلطة الفصل في النزاع ثم تبدأ المرحلة الثالثة نبدأ بإجراءات و تنتهي بحكم ملزم لأطرافه .

ثانيا: موقف التشريعات الوطنية من تعريف التحكيم

لم تتصدى التشريعات الوطنية الحديثة المنظمة للتحكيم لتحديد ماهو المقصود بالتحكيم بشكل مباشر و لعل ذلك يفسره أن معظم هذه التشريعات استُوحيت من القانون النموذجي للتحكيم و الذي لم يعرف المقصود بالتحكيم احتراماً منه للخلافات الوطنية بشأن تحديد مفهوم التحكيم.

إلا أن المشرع المصري تصدى لتعريف التحكيم في القانون رقم 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية و التجارية حيث نصت المادة الرابعة فقرة (1) من قانون التحكيم المصري على أنه " ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك"¹.

و بالرجوع إلى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري لا نجد تعريفاً " للتحكيم " ، ولعل عدم وضع المشرع لتعريف عام لهذه الآلية، يرجع إلى الخشية من مجيئه غير دقيق، فلا يكون جامعاً لكل المعايير المطلوبة و لا مانعاً من دخول معانٍ خارجة من مطلب المشرع، ثم إن التعريف يخرج أصلاً من وظيفة المشرع ليدخل في وظيفة الفقه، و إن كان المقابل بَيِّن المشرع " نطاق التحكيم" بشكل مفصّل من خلال المادة (1006) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و التي تنص على ما يلي : " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، فيما عدا علاقاتها الاقتصادية الدولية في إطار الصفقات العمومية".

ثالثاً: تعريف القضاء للتحكيم

لقد تعددت تعاريف القضاء للتحكيم نذكر منها التعريف الذي جاءت به المحكمة الدستورية العليا في مصر و أشارت إلى تحديد المقصود بالتحكيم بأنه " عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً من شبهة الممالأة، مجرداً من التحامل و قاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"².

¹ عبد المنعم دسوقي. التحكيم التجاري الدولي و الداخلي في القانون الجديد رقم 27 لسنة 1994. القاهرة. مصر . مكتبة مدبولي . بدون عدد طبعة. 1995. ص: 60.

² حفيظة السيد الحداد. المرجع السابق. ص: 41.

كما عرفته محكمة الإدارية العليا بأنه " اتفاق على طرح النزاع على شخص معين، أو أشخاص معينين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة " و كذا محكمة النقض المصرية و هو أنه " طريق لفض الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية و عدم التقييد بإجراءات المرافعات أمام المحاكم بالأصول الأساسية في التقاضي و عدم مخالفة ما نص عليه في باب التحكيم " بأنه " اتفاق على عرض نزاع معين على محكمين و التروء على حكمهم " وبأنه " طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية "¹ و قد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن " التحكيم يتمثل في سلطة القرار التي يعترف بها لطرف ثالث و التسليم بصفة قضائية لقرار المحكم "².

و حصاد ما تقدم أن التحكيم يعبر بصورة صريحة و مباشرة عن " مبدأ سلطان الإرادة " ، ذلك المبدأ الذي يعد القاعدة الحاكمة لكافة قواعد العلاقات الدولية، من ثم فالتحكيم هو طرح سلطة الفصل في النزاع القائم أمام محكم أكثر يختاره الأطراف، ينزلون على ما يصدر من أحكام ملزمة و بهذا التعريف يعتبر التحكيم طريق مستقل لتسوية المنازعات وله ذاتيته، كما يؤكد حجية الأحكام التي تصدر عن المحكم أو هيئة التحكيم و إلزامية تنفيذها.

المطلب الثاني: تحديد مفهوم التحكيم الدولي

التحكيم الدولي هو وسيلة من وسائل التسوية السلمية للمنازعات التي تنشأ بين الدول، و يعرف التحكيم الدولي بأنه " النظر في نزاع بمعرفة شخص أو هيئة يلجأ إليه أو إليها المتنازعون، مع إلزامهم بتنفيذ القرار الذي يصدر في النزاع " ، و كما عرفته المادة 37 من اتفاقية لاهاي لعام 1907 بشأن التسوية السلمية للمنازعات الدولية بأنه : " تسوية المنازعات فيما بين الدول بواسطة القضاة الذين تم اختيارهم، و على أساس احترام القانون الدولي "³.

و على ذلك فإن التحكيم هو وسيلة لتصفية الخلافات بين الدول عن طريق تحقيق سيادة القانون بواسطة قضاة - أشخاص أو هيئات - على أن تلتزم تلك الدول المتنازعة بالاحترام و تنفيذ القرار الذي يصدره المحكم. و التحكيم الدولي و إن كان يعتبر وسيلة قضائية لحل المنازعات بين الدول بيد أنه يختلف عن غيره من الوسائل الدبلوماسية الأخرى كالمساعي الحميدة ، والتوفيق ، و الوساطة، و التوفيق لأن هذه الوسائل الدبلوماسية تقتصر على مجرد التوصية و ابداء الرأي أو إثبات واقعة دون أن تكون ملزمة للأطراف الذين يكون لهم الحرية في اصدار القرار النهائي أما التحكيم فإنه يترتب عليه صدور حكم نهائي و ملزم للأطراف.

1 فؤاد محمد أبو طالب. المرجع السابق. ص: 20.

2 خالد محمد القاضي. المرجع السابق. ص: 86.

3 صلاح الدين عامر. المرجع السابق. ص: 962.

فالتحكيم نظام خاص للتقاضي، ينشأ من الإتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي¹.

ويتضح من هذ التعريف أن التحكيم الدولي ينهض على ركائز أساسية هي خصوصية قضاء التحكيم، و مبدأ الرضائية، وحسم النزاع الناشئ بين الأطراف، و مبدأ لزومية الحكم الصادر.

الفرع الأول: خصائص التحكيم الدولي

التحكيم أداة من أدوات تحقيق العدالة، تتفق في ذلك مع القضاء غير أن المسار التحكيمي يختلف عن المسار القضائي، فالتحكيم يعتمد سلطان إرادة الأفراد في اختيار قاضيه و في اختيار القواعد القانونية التي يطبقها للفصل في النزاع المعروض، فالتحكيم هو مسار اتفاقي خاص رهين باتفاق أطراف النزاع أنفسهم و أن ولاية المحكم في حسم النزاع تستمد من هذا الاتفاق و أن صلاحياته تتحدد بحدود ما يفوضه الفصل فيه، و في ذلك يختلف التحكيم عن القضاء.

أولاً: التحكيم نظام خاص للتقاضي

على الرغم من أن المحكم يقوم في واقع الأمر بأداء وظيفة لا تختلف عن تلك التي يقوم القاضي المعين من قبل الدولة بأدائها، ألا وهي الفصل في المنازعات المعروضة عليه بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي، يحول دون إعادة طرح ذات النزاع الذي فصل فيه أمام هيئة تحكيم أخرى أو أمام القضاء نفسه، فإن ذلك لا ينفي عن نظام التحكيم أنه نظام يختلف عن القضاء الذي تنظمه الدولة.

فالتحكيم في جوهره قضاء خاص كائن في "الاتفاق على التحكيم" هذا الاتفاق هو الذي يمنح المحكم سلطة الفصل في النزاع بقرار ملزم للطرفين، بحيث يكون التحكيم ضرباً من القضاء، فالمحكم يعتبر قاضياً خاصاً يختاره أطراف النزاع مهمته حسم الخصومة بحكم ملزم².

بينما يتسم القضاء بأنه سلطة من سلطات الدولة العامة تتولى الدولة تنظيمها بما يحقق إقامة العدل بين الناس و يستمد القاضي ولايته من الدولة التي نصبته كموظف عام يقوم على أداء العدالة في جهاز القضاء التابع لها.

ولا تقتصر أوجه الخلاف بين المحكم و القاضي على المصدر الذي يستمد كل منهما ولايته منه، بل إن ذلك الخلاف يشمل أيضاً أن المحكم و على خلاف القاضي لا يملك كأصل عام قوة الجبر و الإلزام و لذلك فإن المحكم الذي يصدر عنه لا يتمتع بالقوة التنفيذية إلا بعد إصدار الأمر بالتنفيذ و الذي يصدر بطبيعة الحال عن القضاء الوطني للدولة المطلوب التنفيذ فيها، كذلك فإن المحكم و على خلاف القاضي ينحصر اختصاصه في المنازعة المعروضة عليه فقط

1 حفظة السيد الحداد. المرجع السابق. ص: 44.

2 ناريمان عبد القادر. المرجع السابق. ص: 46.

و يفقد ولايته للفصل في أية منازعة اخرى بمجرد الأنتهاء من الفصل في المنازعة محل التحكيم، بينما يظل القاضي بعد انتهائه من الفصل في المنازعة المعروضة عليه متحفظا بولايته للفصل في غيرها من المنازعات الداخلة في هذه الولاية¹. و يتوقف دور الدولة باقرارها للتحكيم كنظام استثنائي منافس أو كنظام قرين مصاحب أو بديل عن سلطتها القضائية عند الاعتراف بالتحكيم دون زيادة بينما يتوقف تحريك هذا القضاء الخاص و أعمال ألياته على تصرف إرادي بحت هو اتفاق الأطراف إلى ولوج هذا الطريق الخاص للفصل في منازعاتهم و يتعين الإشارة منذ البداية أن اختلاف التحكيم كقضاء خاص عن قضاء الدولة لايفهم منه أن التحكيم بمعزل عن قضاء الدولة إذ تفيد دراسة التشريعات الحديثة الخاصة بالتحكيم أن هناك من روابط التعاون و الرقابة التي يساهم بها قضاء الدولة في مسائل التحكيم على نحو يؤكد أن كل من التحكيم كقضاء خاص و القضاء العام نظامان لايعيشا في جزر منعزلة بعضها عن البعض الأخر.

و باعتبار التحكيم قضاء خاص يجب التمييز التحكيم عن بعض النظم التي قد تختلط به ، و لأن التحكيم أساسه اتفاق الأطراف، فإن التمييز يستند أساسا إلى تكييف هذا الاتفاق للنظر فيما إذا كان يعتبر اتفاق تحكيم أم لا² حيث يعتبر معيار حاسم للفرقة بين الاتفاق على التحكيم و الاتفاق المانع للاختصاص و التحكيم بالمعنى الفني الدقيق و التحكيم القضائي أو الصلح القضائي، و أيضا على الحقوق و الالتزامات التي يتمتع بها كل من القاضي و المحكم و التي تكون ناشئة عن المعاهدات الدولية.

أ- التفرقة بين التحكيم و الاتفاق على نقل للاختصاص القضائي.

الأصل أن اختصاص المحاكم يحدده القانون، و قد يكون هذا التحديد من النظام العام كما هو الحال في الاختصاص النوعي، و قد لا يكون من النظام العام، كما هو الحال في الاختصاص المكاني الداخلي، الاختصاص الدولي بصفة عامة و في هذه الحالة يجوز الاتفاق في العقد على اختصاص محكمة معينة غير المحكمة المختصة أصلا بنظر المنازعات الناشئة عنه، و كثيرا ما نجد مثل هذا الاتفاق في العلاقات الدولية .

و على الرغم من أن كل من الاتفاق على التحكيم و الاتفاق المانع للاختصاص، تصرف إداري محله تعديل الاختصاص المنعقد لقضاء الدولة، إلا أن الاتفاق على التحكيم يهدف إلى سلب الاختصاص من المحكمة الوطنية المختصة لصالح محكمة أجنبية يفترض أنها غير مختصة³.

فالاتفاق المانع للاختصاص يحول الاختصاص من القضاء العادي لدولة ما إلى القضاء العام لدولة أخرى أي أن الأمر يظل من اختصاص القضاء العام في هذه الدولة الأخيرة، أما الاتفاق على التحكيم، فإنه يؤدي إلى سلب الاختصاص من قضاء الدولة للعهد به إلى قضاء التحكيم أي إلى هذا القضاء الخاص، و لذلك ففي هذه الحالة يملك

1 حفيظة السيد الحداد. المرجع السابق. ص: 46.

2 فتحي والي. قانون التحكيم في النظرية و التطبيق. منشأة المعارف . الاسكندرية. مصر . الطبعة الأولى. 2007. ص: 17.

3 مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبدالعال. التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية. بيروت. لبنان. منشورات الحلبي الحقوقية. الطبعة الأولى. 1998. ص: 34.

الأطراف اختيار الاجراءات التي تخضع لها الخصومة أمام المحكم خلافا لذلك بالنسبة للحالة الاولى تظل الإجراءات القضائية واجبة التطبيق.

ب- التفرقة بين التحكيم و التحكيم القضائي (الصلح القضائي)

كذلك فإن التحكيم كقضاء خاص يساعد على التفرقة بين التحكيم بالمعنى الدقيق و التحكيم القضائي أو الصلح القضائي و الذي تعبر عنه المادة 12 من قانون المرافعات المدنية الفرنسية، إذ تنص المادة 12 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد على أنه للأطراف، بعد نشأة النزاع، أن يطلبوا من القاضي الفصل في النزاع كمحكم مصالح مع الإحتفاظ بحقهم في الإستئناف، إلا إذا تم التنازل عنه صراحة، و تشير هذه المادة التي تعترف للقاضي بالفصل في المنازعة كمحكم مصالح أوجه شبه بينها و بين التحكيم.

إذ يستمد القاضي سلطته في الفصل في المنازعة المعروضة أمامه، كمحكم مصالح، من اتفاق الأطراف على العهدة إليه للفصل فيها بهذه الصفة، كما أن إرادة الأطراف هي التي تحدد له تلك السلطة و نطاقها، و لقد حرصت محكمة بارييس الجزائرية في حكمها الصادر في 27 ماي 1987 على أن تؤكد على ذلك المعنى و ذلك بقولها «إن منح الأطراف للمحكمة السلطة في أن تفصل في المنازعة المعروضة عليها كمحكم مصالح ، يفيد في التعبير عن إرادتهم في أن يفصل في النزاع ليس وفقا للقواعد القانونية المعنية فقط، و لكن أيضا في أن يفصل في المنازعة بحل عادل و مقبول من خلال إجراء المواءمة، إذا كان هناك مقتضى للقانون الواجب الأعمال على موضوع المنازعة بين الأطراف»¹

و لا يعد التحكيم القضائي تحكيما بالمعنى الصطلاحي الدقيق بالرغم من أوجه التشابه بين القاضي المفوض بالقضاء كمحكم مصالح من قبل الأطراف و التحكيم، فالتحكيم هو قضاء خاص و لا يصدر المحكم حكمه باسم الدولة، بعكس القاضي الذي يجب عليه أن يصدر حكمه بإسم الدولة حتى لو كان مخولا من قبل الأطراف بأن يفصل في الدعوى كمحكم مصالح، و يترتب على ذلك أن جميع القواعد المتعلقة بصحة اتفاق التحكيم سيما ضرورة أن يكون هذا الاتفاق مكتوبا لا يعمل بها.

و إذا كان التحكيم القضائي لا يشترط فيه أن يصدر القاضي حكمه خلال موعد محدد فإنه على العكس من ذلك يجب احترام القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي و التي تسلب الأشخاص حرية اختيار الشخص الذي يفصل في الدعوى، و يترتب على ذلك أن الأحكام الصادرة عن القاضي المفوض بالفصل في الدعوى كمحكم مصالح لا تعد أحكاما تحكيمية تخضع للنظام الخاص بالحكم التحكيمي و أنه هي أحكام ذات طبيعة قضائية .

1 حفيظة السيد الحداد. المرجع السابق. ص:48-49.

ج- استقلال المحكم عن الجهاز القضائي

من النتائج التي ترتب على اعتبار التحكيم قضاء خاص أن المحكم يستقل عن الأجهزة القضائية في الدولة و ثم لا يتمتع بتلك الحقوق التي قد يتمتع بها قضاء الدولة و التي تخوله إياها المعاهدات الدولية.

و لقد اكدت على هذا المعنى محكمة العدل الأوروبية في حكمها الصادر في 23 مارس 1983 حيث انكرت المحكمة على المحكم الألماني الحق في طلب تفسير نصوص معاهدة روما، إعمالاً لنص المادة 117 منها و التي تنص على أن محكمة العدل الأوروبية تختص بشكل فرعي بالفصل في المسائل المتصلة بتفسير المعاهدة و التي تثور أمام القضاء الوطني لدولة متعاقدة، حيث قدرت المحكمة من أجل أن تفصل في مسألة اختصاصها بنظر الطلب المرفوع أمامها من المحكم الألماني، أنها غير مختصة بذلك الطلب ذلك انه و إن كان صحيحاً أن دور المحكم و وظيفته يقتربان من المهمة التي تسهر المحاكم الوطنية على أدائها ألا و هي الوظيفة القضائية، إلا أن ذلك في حد ذاته لا يكفي لإضفاء وصف الجهاز القضائي للدولة على المحكم¹.

و باعتبار المحكم محروم من المزايا التي يتسفيد منها القضاة، فإنه بالموازاة غير مقيد باعتبارات المواثيق الدولية و التي يتعين على قضاء الدولة احترامها .

ثانيا: إرادة الأطراف مصدر التحكيم كنظام قضائي

يعتبر التحكيم آلية فنية لحسم المنازعات الناشئة بين الأفراد يجد مصدره في إرادة الأفراد و بهذا يختلف عن القضاء العام الذي يتمثل مصدره في سلطة الدولة، التي تفرضه على الأشخاص إذا ما نشأت المنازعات بينهم، و إذا كانت إرادة الأطراف معياراً حاسماً للفصل بين التحكيم و القضاء العام فإنها أيضاً تساعد على التفرقة بين التحكيم الاختياري الذي يبنى على ارادة أطرافه و ما يعرف باسم التحكيم الإلزامي.

أ- التحكيم الإختياري

الأصل في التحكيم أنه اختياري و أن المرجع لحل النزاعات هو القضاء، و التحكيم طريق استثنائي لا يلجأ إليه إلا بإرادة الأطراف و اختيارهم²، و ليس إجباري إذ يجب على الدولة أن لا تتخلى عن القيام بوظيفتها القضائية و توجب على الأطراف اللجوء في حل منازعاتهم الى التحكيم، لأن ذلك يعد تنصلاً منها من القيام بواجبها في استتباب الأمن وتحقيق العدل بين مواطنيها .

و يكون اللجوء الى التحكيم إختيارياً، ومن ثم للأطراف الخيار بين اعتماد التحكيم طريقاً لفض النزاع، أو طرحه على القضاء المختص و هذا ما يسمى بالتحكيم الإختياري إذ يكون التحكيم إختياراً إذا لم يكن اللجوء اليه أمراً

1 حفظة السيد الحداد. المرجع السابق. ص: 50-51.

2 لزهري بن سعيد. التحكيم التجاري الدولي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية و الادارية و القوانين المقارنة. الجزائر. دار هومة. بدون عدد الطبعة. 2012. ص: 26.

مفروضاً على الأطراف المحتكمين، أي إذا كان اللجوء إليه يتم بإرادتهم، فالتحكيم الاختياري هو " طريقة، أو وسيلة ودية لفض المنازعات وتمثل بطرح النزاع على محكمين مختارين من الأطراف المتنازعة".

و هذا ما عبرت عنه الفقرة الأولى من المادة الرابعة القانون المصري للتحكيم عن ذلك المعنى بقولها ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة.

ب- التحكيم الإجباري

إذا كان التحكيم في الأصل اختيارياً إلا أن المشرع قد يوجب في بعض الأحوال الالتجاء إليه، بحيث لا يجوز إطلاقاً الالتجاء إلى القضاء العادي في هذه الأحوال، أو لا يجوز الالتجاء إلى القضاء العادي إلا بعد مراعاة ما نص عليه المشرع من وجوب طرح النزاع على هيئة التحكيم التي أشار إليها¹.

و بالتالي يعد التحكيم الإجباري طريقاً واجباً سلوكه للخصوم بحيث لا يجوز لهم إطلاقاً اللجوء إلى القضاء العادي بخصوص النزاع، إلا بعد طرحه على هيئة التحكيم التي نص عليها المشرع، بمعنى أنه ليس للأطراف خيار فيه ولا يتولد عن إتفاقهم ولا ينزع عن إرادتهم أو رغباتهم، و إنما هو مقرر بنص في القانون ملزم للأطراف ومجبرين على إتباعه.

و لقد ذهب الفقه المصري الرائد في مجال التحكيم، ممثلاً في الأستاذ الدكتور محسن شفيق، إلى تصنيف التحكيم الإجباري على نوعين، أحداً في الإعتبار بالقدر الذي يتركه المشرع لإرادة الأطراف في تنظيم التحكيم بقوله:

« فقد يكفي المشرع بفرض التحكيم و يترك للخصوم حرية اختيار المحكم و تعيين إجراءات التحكيم، و قد لا يكفي الشارع بهذا القدر من التدخل فيضع تنظيمياً إلزامياً لإجراءات التحكيم، فلا يكون لإرادة الخصوم أي دور في التحكيم و يترتب على هذه التفرقة أن يدخل النوع الأول في المفهوم الفني للتحكيم، بينما يخرج الثاني منه» و هذا الإتجاه الفقهي الرائد يعتبر أكثر تفهماً، لطبيعة التحكيم الاختياري و اختلافها عن طبيعة التحكيم الإجباري، و من الآراء السائدة في بعض المؤلفات الفقهية الغربية التي لا تفرق عند معالجتها للتحكيم بين التحكيم الاختياري أي التحكيم بالمعنى الفني الدقيق و التحكيم الاجباري².

و على الرغم من أن البعض يعتبر أن التحكيم الاجباري يستفاد منه انعدام الارادة و هي جوهر التحكيم و الاجبار يعتبر منافياً للأصل و التحكيم³، لقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي، رغم إيمانه بأن التحكيم بالمعنى الفني للتحكيم هو تحكيم يتسم بالطابع الإرادي، و هو ما يؤدي إلى ضرورة استبعاد التحكيم الإجباري من التحكيم بمعناه الفني الدقيق، إلى القول بصعوبة استبعاد التحكيم الإجباري بشكل تام من نطاق التحكيم الإرادي، حيث يخضع التحكيم الإجباري للنظام القانوني الواجب الأعمال على التحكيم الإرادي، وذلك لأسباب تاريخية و تشريعية، و أيًا ما

1 أحمد أبو الوفا. عقد التحكيم و اجراءاته. الاسكندرية. مصر. دار المطبوعات الجامعية. بدون عدد الطبعة. 2007. ص: 40-41.

2 حفيفة السيد الحداد. المرجع السابق. ص: 53-54.

3 خالد محمد القاضي. المرجع السابق. ص: 116.

كانت الأسباب التي تدفع البعض للتوسعة من نطاق فكرة التحكيم بمعناها الفني الدقيق لتشمل التحكيم الإجباري، فإنه من غير المقبول اعتبار التحكيم الإجباري أياً كان القدر الذي يتركه المشرع لإرادة الأطراف في تنظيم التحكيم، تحكيماً بالمعنى الفني الدقيق، فالتحكيم الإلزامي أو التحكيم الإجباري هو عبارة عن آلية قضائية معدة سلفاً، و لا يمكن للأطراف استبعادها بصدد المنازعات التي وضعت هذه الآلية لتنظيمها، و بهذه المثابة فإن هذا التحكيم لا يعد تحكيماً بالمعنى الفني الصحيح، إذ لا يستند إلى إرادة الأطراف، تلك الإرادة التي تعد الركيزة الأساسية التي يقوم عليها التحكيم و بالتالي يعد الحكم الصادر عن هيئة التحكيم الإجباري بمثابة قرار صادر عن هيئة إدارية ذات اختصاص قضائي يجوز الطعن عليه بطرق الطعن المقررة في هذا الشأن و ليس وفقاً لأوجه الطعن المقررة بخصوص حكم التحكيم و غياب دور الإرادة بشأن التحكيم الإجباري يجعل هذا التحكيم أكثر قرباً من قضاء الدولة عن التحكيم الاختياري كنوع من القضاء الاستثنائي¹.

و قد تصدت المحكمة الدستورية العليا المصرية للعديد من نصوص التحكيم الواردة في بعض القوانين كقانون الجمارك و قانون ضريبة المبيعات و في قانون سوق رأس المال و قضت بعدم دستورية النصوص المنظمة لهذا التحكيم الإجباري².

الفرع الثاني: وظيفة التحكيم

التحكيم مسار للفصل في الادعاءات المتباينة التي يتمسك بها أطراف النزاع، يطرحه النظام القانوني إلى جانب المسار القضائي العادي، و هو من ثم يوصل إلحكم حاسم للنزاع حائز لقوة الأمر المقضي، واجب التنفيذ بواسطة السلطة العامة، مثله في ذلك مثل المسار القضائي و بالتالي فإن حكم المحكم يحسم النزاع بحكم ملزم لأطراف الاتفاقية و هذا ما يميزه عن غير من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات.

أولاً: حسم النزاع المعروض على التحكيم

من أهم مميزات نظام التحكيم أنه يهدف إلى حسم النزاع المعروض عليه من قبل الأطراف المعنية، و الواقع أن فكرة حسم النزاع تعد عملاً أساسياً يساعد على التمييز بين التحكيم و الأنظمة القانونية الأخرى التي قد تتشابه مع التحكيم، و التي تتفق معه في العهدة إلى شخص من الغير لأداء مهمة معينة تختلف عن مهمة المحكم. و من أهم الآليات القانونية التي تتشابه مع التحكيم من هذه الزاوية، نظام الوكالة و نظام الخبرة، حيث يتفقان مع التحكيم في أنهم يشملون جميعاً إسناد مهمة إلى الغير، إلا أنهما يفتقران عن التحكيم لأنهما لا يشملان فكرة حسم المنازعة.

1 حفيظة السيد الحداد. المرجع السابق. ص:55.

2 حفيظة السيد الحداد. نفس المرجع. ص: 56.

أ- التحكيم و الوكالة

الوكالة هي علاقة قانونية يكون فيها لشخص معين سلطة تمثيل شخص آخر في عملية تجارية معينة، و يسمى الشخص الأول بالوكيل و يسمى الشخص الثاني بالأصيل، فالأصل أن التحكيم لا يشبه الوكالة بالرغم من وجود العقد في كل منهما، ذلك لأن الأطراف في عقد التحكيم هما طرفا النزاع، و موضوعه اختيار طرف آخر (أجنبي) عنهما للفصل فيه، هو المحكم و المحكم مستقل عن الأطراف أثناء تأديته لمهمته، و يخضع لسلطان ضميره، و القانون الذي يحكم النزاع، أما طرفا عقد الوكالة هما الموكل و الوكيل و موضوعه هو تحويل الوكيل ذاته سلطة النيابة عن الموكل في عمل من الأعمال القانونية و الوكيل لا يستقل عن الموكل عند تأديته للعمل الموكل فيه، و لا يكون له أكثر مما أوكل فيه و يأتمر بأوامر الموكل فإن تعدا ذلك كان للموكل أن يتصل من العمل الذي أجراه لحسابه¹.

و على الرغم من هذه الفروق الواضحة بين كل من التحكيم و الوكالة فإن المشرع الفرنسي في نص المادة 1592 من القانون المدني قد خلط بينهما على نحو واضح، إذ تنص المادة على أنه " و يترك تحديد الثمن في عقد البيع للتحكيم الذي يجريه الغير و إذا لم يرغب الغير في تحديد الثمن أو لم يمكنه تقديره فإن البيع لا ينعقد"، و الواقع أن هذا الغير الذي تتحدث عنه المادة 1592 من القانون المدني الفرنسي تنحصر مهمته في تحديد ثمن البيع بوصفه عنصر من العناصر الأساسية في العقد و ذلك بدلاً من أطرافه، و لذلك لا يمكن أن يطلق على هذا الغير لفظ المحكم و لاتعد المهمة المنوطة به القيام بها تحكيمياً، إذ أن الشرط الجوهرى لوجود التحكيم غير متحقق، ألا وهو حسم النزاع، فإذا انتفى وجود النزاع انتفى التحكيم أصلاً، و التكييف القانوني الصحيح لهذا الغير الذي تشير إليه المادة 1592 من القانون المدني الفرنسي و هو تكييف محل إجماع من الفقه الفرنسي، أن هذا الغير ليس إلا مجرد وكيل عام عن الطرفين مهمته تحديد عنصر من العناصر الجوهرية التي لا ينعقد العقد بدون الاتفاق عليها و هو عنصر الثمن².

ب- التحكيم و الخبرة

قد يتفق الأطراف على الاستعانة بخبير أو أكثر لإبداء الرأي و تقديم تقاريرهم عن الموضوعات التي تثار بشأنها نزاع أو اختلاف، و غالباً ما تكون مسائل ذات طابع فني تحتاج لخبرة تختلف حسب نوع النزاع³. و يقصد بالخبرة هي " اللجوء الى أناس متخصصين في مجال معين أياً ما كان هذا المجال، بحيث يتم طرح بعض الأسئلة عليهم، و ذلك بهدف الحصول على اجاباتهم على هذه الأخيرة". و تقسم الخبرة على نوعين خبرة قضائية و خبرة اتفاقية، فالنوع الأول يتم بموجب حكم قضائي سواء بناءً على طلب الخصوم أو دون طلبهم، أما النوع الثاني فيتم بموجب إتفاق بين شخصين على قيام شخص ثالث بمهمة معينة.

1 فؤاد محمد أبو طالب. المرجع السابق. ص: 63.

2 حفيفة السيد الحداد. المرجع السابق. ص: 59 و 60.

3 محمود مختار أحمد بريري. التحكيم التجاري الدولي. القاهرة. مصر دار النهضة العربية. الطبعة الثالثة. 2007. ص: 21.

وإن اشتبهت الخبرة والتحكيم في قيام كلاهما على تدخل شخص من الغير" على اعتبار أن كلاهما ليسوا من أعضاء الجهاز القضائي للدولة "بين أطراف النزاع في حله واللذان يخضعان عند ممارستهما لعملهما لشروط واحدة تقريباً إذ يتطلب الموضوعية والاستقلالية والحياد في كل منهما¹، وكذلك أن كلاهما متخصصين في مجال معين فالخبير يكون متخصصاً في المجال الذي تم الاتفاق على أن يبدي معرفته فيه وكذلك الحال بالنسبة للمحكم الذي يشترط أن يكون متخصصاً ، إلا أنهما يختلفان في أن مهمة المحكم هي أقرب ما تكون الى مهمة القاضي التي تتمثل بإصداره حكماً حاسماً للنزاع المعروض، ويكون حكمه ملزماً للأطراف، أما الخبير فهو يعتمد على معلوماته وخبراته فضلاً عما يقدمه له الأطراف من معلومات ، فالخبير له التصدي و إبداء رأيه دون الحاجة للرجوع للأطراف² .

فضلاً عن ذلك إن التحكيم يهدف الى فض النزاع بين الخصوم بحكم ملزم للأطراف، أما الخبرة فهي إبداء المشورة في مسألة تتعلق باختصاص معين، وكذلك إن الاستعانة بالخبير قد تكون من الأطراف أنفسهم أو من المحكم أو من هيئة التحكيم وقد تكون عن طريق القضاء، اما التحكيم فإنه يكون بمجرد الاتفاق بين أطراف النزاع انفسهم ولا يملك الأطراف العودة وطرح النزاع على محكمين آخرين أو رفع دعوى قضائية جديدة إلا باتفاقهم مجدداً .

هذا فإن الحكم الصادر عن هيئة التحكيم لا يقبل الطعن إلا بالطريق المنصوص عليه قانوناً و وفقاً للحالات المنصوص عليها على سبيل الحصر، بينما لا يقبل قرار الخبير الطعن بذات الطرق و بما أن الخبير لا يفصل في النزاع و إنما يعين باستجلاء جانب معين منه لذلك لا يعتبر الخبير محكماً³ ، هذا فضلاً عن أن القوانين الوطنية تتطلب شروطاً لصحة اتفاق التحكيم لا تتطلبها بشأن الخبرة فمثلاً لا يشترط تعيين الخبير بالاسم ،أما المحكم فينبغي أن يعين بالاسم في اتفاق التحكيم.

و على الرغم من الأهمية العملية للفرقة بين التحكيم و الخبرة، و على الرغم من الفارق الواضح بين وظيفة كل من المحكم و الخبير، و التي تتمثل في أن الأول عليه أن يفصل في النزاع بحكم ملزم للأطراف في حين أن الأخير يقف دوره عند مجرد إبداء رأي استشاري للطرف، في مسألة فنية كأصل عام، فإن إمكانية الخلط بين التحكيم و الخبرة من الأمور المشاهدة من واقع ممارسات الأطراف و ما يدونونه من شروط تعاقدية.

و لا يقتصر الخلط بين التحكيم و الخبرة على الألفاظ الواردة في الشروط التعاقدية بل إن هذا الخلط يبدو أيضاً في التفسير الذي يعطيه جانب من الفقه لبعض النصوص القانونية التي على الرغم من أنها تشير صراحة إلى الخبرة ، إلا أن جانب من الفقه يرى أنها تتعلق بالتحكيم.

1 مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبدالعال. المرجع السابق. ص:28.

2 محمود مختار أحمد بري. المرجع السابق. ص:22.

3 فؤاد محمد محمد أبو طالب. المرجع السابق. ص:63.

ثانيا: القوة الإلزامية لحكم التحكيم

يتفق التحكيم مع القضاء في كونهما جهات تفصل في المنازعات المعروضة امامها بحكم ملزم للخصوم يتمتع بالحجية ما يؤدي إلى عدم إمكانية عرض ذات المنازعة التي صدر بشأنها حكم التحكيم على القضاء العام مرة أخرى أو على قضاء التحكيم ، وهذا ما يميز التحكيم عن التوفيق و الوساطة من جهة و عن الصلح من جهة أخرى.

أ- التمييز بين التحكيم و التوفيق و الوساطة

يقصد بمصطلح "التوفيق" هو اتفاق الأطراف على محاولة اجراء تسوية ودية عن طريق الموفق أو الموفقين الذين يقع عليهم اختيار الأطراف و يتولى الموفق تحديد مواضع النزاع و يقدم مقترحاته التي قد تحظى بقبول الأطراف أولا لا تلقى منهم قبولا¹.

فالتوفيق طريق ودي لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الأطراف قوامه اختيار أحد الأغيار للقيام بالتوفيق(موفق)

وصولا إلى حل للنزاع عن طريق تقريب وجهات النظر المختلفة، دون أن يمتد دوره إلى اقتراح حل يرتضيانه.

و التوفيق شأنه شأن التحكيم هدفه تسوية النزاعات التجارية بين الأطراف على وجه السرعة تستلزم تدخل طرف ثالث من الغير يعهد إليه بأداء هذه المهمة ويطلق على هذا الغير الموفق ، و لكن التوفيق خلاف التحكيم يهدف إلى مساعدة أطراف النزاع إلى أن يتوصلوا بأنفسهم إلى حل النزاع من خلال المساعي الحميدة، بعيدا عن شكليات الخصومة و دون التقييد بالإجراءات و المواعيد المحددة و المنصوص عليها في قانون المرافعات، و ذلك حال موافقة الأطراف على التوفيق.

وأهمية التفرقة بين كل من الوساطة والتحكيم أهمية بالغة تكمن في نطاق تطبيق محل كل من هاتين الآليتين من ناحية والأخذ بالاعتبار القوة القانونية المترتبة على القرار المتخذ في كل منها من ناحية أخرى، فمن الناحية الأولى تتمتع آلية الوساطة كوسيلة سلمية لفض المنازعات بين الأفراد بنطاق أوسع كأصل عام من ذلك الذي يتمتع به نظام التحكيم أما من الناحية الثانية فإن الحكم الصادر عن المحكم يتميز بحجية الأمر المقضي فيه منذ صدوره بينما العكس في القرار الصادر عن انتهاء الوساطة حيث لا يتمتع بأية حجية و ذلك رغم أن كل من المحكم و الوسيط و المفاوض منوط به حسم النزاع ،فسلطة الوسيط ومهمة لجنة التوفيق تقف عند حد عرض الحلول والاقتراحات وهذه ليست لها صفة الالتزام إذ يظل الفارق الأساسي هو أن المحكم يفصل في النزاع المعروض عليه بحكم ملزم أماما يصدر عن الوسيط أو المفاوض هو مجرد حل للمسألة المعروضة والذي لا يعد ملزم لهما إلا إذا قبلوه و بالتالي فهما آليتين مستقلتين كل منهما من الأخرى .

¹ محمود مختار أحمد بريري . المرجع السابق.ص 19 .

و انطلاقاً من هذه الحقيقة شرعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بعد أن وضعت لائحة التحكيم في عام 1976، في وضع لائحة خاصة بالتوفيق و الوساطة امتتها سنة 1980، و لقد نظمت العديد من المراكز الدولية للتحكيم آلية خاصة بشأن التوفيق والمصالحة مستقلة تماماً عن التحكيم و هو الأمر المشاهد فيما يتعلق بالمركز الدولي لفض المنازعات الاستثمار الذي أنشأته معاهدة واشنطن الموقعة في 18 مارس سنة 1965، حيث نصت المواد من 28 إلى 35 من المعاهدة على آلية التوفيق¹.

ب- التحكيم و الصلح

الصلح عقد يتم بين أطراف الخصومة أنفسهم أو ممن يمثلونهم يقومون بمقتضاه بحسم خلافاتهم عن طريق نزول كل منهم عن بعض ما يتمسك به².

و من خلال التعريف السابق للتحكيم، نلاحظ أن الصلح يلتبس بالتحكيم بأن كلا منهما يقصد به حسم الخصومة دون استصدار حكم قضائي، كما يتفق الصلح من حيث النطاق مع التحكيم، حيث أنهما يقتصران على المنازعات التي يكون موضوعها حقوق مالية لا تتعلق بالنظام العام، فالقاعدة أنه لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

و على الرغم من الأساس الاتفاقي الذي يجمع بين كل من الصلح و التحكيم، إلا أن التحكيم يختلف عن الصلح في كون أن الصلح يعد نظاماً اتفاقياً يتأجد محله في حسم النزاع مباشرة بين الطرفين بأن ينزل كل منهما عن بعض ما يدعيه نزولاً يكتفي به الطرف الآخر، و يعهد لأطراف الخصومة مهمة الفصل في الخصومة، بينما التحكيم فهو رضائي فقط في أساسه أي من حيث حرية اللجوء إليه، يلتزم بموجب الاتفاق عليه بعدم طرح النزاع على القضاء و العهدة إلى شخص من الغير للفصل فيه، كما أن الذي يبت في النزاع التحكيمي هم المحكمون.

و على خلاف عقد الصلح الذي ينتهي النزاع بمجرد إبرامه، فإن النزاع لا ينتهي بمجرد إبرام الاتفاق على التحكيم و إنما بإنهاء المحكم لمهمته و إصدار حكم يتمتع بالحجية و يكون قابلاً للتنفيذ بمجرد الحصول على أمر التنفيذ بينما يلاحظ أن عقد الصلح غير قابل للتنفيذ في ذاته ما لم يتم في صورة عقد رسمي، أو يتم أمام المحكمة. و من ناحية أخرى حكم المحكم قد يقبل الطعن بطرق الطعن المختلفة بحسب القواعد العامة بينما عقد الصلح يلزم أطرافه و غير قابل للطعن بطرق الطعن المقررة بالنسبة إلى الأحكام، و إن كان قابلاً للبطلان و الفسخ بحسب قواعد القانون المدني³.

¹ حفيظة السيد الحداد. المرجع السابق. ص: 83.

² أحمد أبو الوفا. المرجع السابق. ص: 31.

³ أحمد أبو الوفا. المرجع السابق. ص: 32.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للتحكيم

إن دراسة الطبيعة القانونية للتحكيم ليست مسألة نظرية بحتة و لا هي ضرب من ضروب الترف الفكري ذلك أنه ينبغي على دراستها -في الحقيقة- نتائج بالغة الأهمية من وجهة النظر القانونية و بدون حل مشكلة الطبيعة القانونية للتحكيم لا يمكن الجواب نهائياً على مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم و كذا التساؤلات الأخرى مثل ماهية التحكيم بحد ذاته، و هل يعد شكلاً من أشكال عدالة الدولة؟ أم هو طريق خاص لتسوية المنازعات التي تثور بين المتعاقدين في ميدان التجارة الدولية؟ و هل بمقدور المتعاقدين أن يختاروا قانوناً يحكم إجراءات التحكيم أم أن النزاع يتوجب ان يفصل فيه مع أعمال قواعد القانون السارية في محل النظر في المنازعة محل التحكيم؟ و ماهو القانون الذي يتعين أن يسترشد به التحكيم عند فض المنازعات المتصلة بصحة العقد و اتفاقية التحكيم و بالنظر في القضية من حيث الموضوع و ما إلى ذلك، و تعد هذه المسائل موضوعاً لمجادلات واسعة اختلفت الآراء الفقهية في شأنه و تجاذبته عدة اتجاهات، الاتجاه الأول ذا طبيعة اتفاقية أو تعاقدية، في حين وصفه الآخر بأنه ذو طبيعة قضائية و بين هذا وذاك ظهر اتجاه ثالث مزج بين الاتجاهين الأول والثاني ليعد التحكيم ذا طبيعة مختلطة، وأخيراً نادى اتجاه رابع بالطبيعة الخاصة المستقلة للتحكيم.

الفرع الأول: الطبيعة الاتفاقية للتحكيم

يعتبر البعض التحكيم عقداً رضائياً ملزماً للجانبين من عقود المعاوضة و يرى أنصار هذا الاتجاه حكم التحكيم يعتبر لا يتجزأ من اتفاق التحكيم بل إنه يندمج و يذوب فيه و المحكمون هم أفراد يعهد إليهم بمهمة تنفيذ الاتفاق و لا يرتقوا إلى مرتبة القضاة¹، أين يتم الاعتراد بإرادة أطراف التحكيم كأساس قانوني لتحديد طبيعته على اعتبار أنها المنهل الذي يستمد منه هذا الاتفاق قوته الملزمة، إذ أن الأطراف باتفاقهم على التحكيم يتخلون عن بعض الضمانات التي يوفرها النظام القضائي ويكتفون بما يوفره التحكيم من مزايا للأطراف².

حيث تنطلق هذه النظرية من أن التحكيم عبارة عن أداة للعمل الحر الذي هو بدوره تجل للإرادة الفردية و الحرية الفردية و إذن فاتفاقية التحكيم تعتبر حالة متصلة بالعقد المدني المألوف و أطراف هذه الاتفاقية يستطيعون أن يحددوا أنواع التحكيم الذي يحيلون عليه نزاعاتهم (تحكيم حر أو تحكيم مؤسسي) كما لهم حق النص على خضوع النزاع لتحكيم محدد في حالة اللجوء إلى التحكيم المؤسسي، و تعيين المحكمين، و اختيار وقت و مكان إجراء التحكيم و تحديد طريقة إجراءاته، و القانون الواجب التطبيق.

1 خالد محمد القاضي. المرجع السابق. ص: 111.

2 أبو زيد رضوان. الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي. الإسكندرية. مصر. دار الفكر الجامعي. بدون عدد الطبعة. 1981. ص: 23-24.

فالتحكيم يقوم عندهم على إرادة الأطراف التي تبدو واضحة في الاتفاق عليه أولاً، و الاتفاق على أنواعه و الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على الإجراءات التي يتبعها المحكمون، و الاتفاق على البلد الذي يجري فيه التحكيم، و الاتفاق على الجهة التي تتولى التحكيم وغيرها من الأمور التي تخضع ابتداء لإرادة الأطراف .

بمعنى أن الأطراف المتنازعة عند اتفاقهم على التحكيم يتفقون ضمناً على التنازل عن المثول أمام القضاء و الدعوى الناشئة عنها و يخولون المحكم سلطة الفصل في النزاع ، و أن مصدر هذه السلطة هي إرادتهم ، و على هذا الأساس فلا يمكن أن تكون هذه السلطة قضائية لأنها تستند إلى إرادة الأطراف المتنازعة و من ثم فان مصدر القوة التنفيذية لقرار التحكيم هو إتفاق أطراف النزاع فهو يفسر اكتساب هذه القرارات لقوة الشيء المقضي به و عدم قابلية الطعن فيها على أساس توافقه مع إرادة الأطراف المتنازعة، فالحكم لا يكون إلتئيجة و انعكاس لاتفاق¹ .

و ترتب هذه الاتفاقية على الأطراف التزامات قانونية محددة من ضمنها التزام بالخضوع للحكم الذي يصدر عن التحكيم، و في نهاية المطاف طالما أنه يعبر في اتفاقية التحكيم عن إرادة الأطراف، إذن فالحكم أو المحكمون يمتلكون الاختصاص في نظر قضية معينة ليس بقوة الأحكام و القواعد التي تقرها السلطة القضائية و إنما تبعاً لاتفاق الأطراف و على هذا فحيث أنه قد وضحت في حكم التحكيم إرادة الأطراف بصفة خاصة، فهو كما هو حال اتفاقية التحكيم يجوز طبيعة اتفاقية كذلك.

وعليه و وفقاً لما يراه أصحاب هذا الاتجاه فإن إجراءات التحكيم و إن كانت تشبه إلى حد ما الإجراءات القضائية إلا أنه مع ذلك لا تسري عليها قواعد المرافعات المدنية و التجارية ، كما أن المحكمون يتصرفون بصفة وكلاء أو مفوضين عن الأطراف ليس إلا، و لهذا لا يعتبر حكم التحكيم إلا بمثابة عقد مبرم بين الأطراف و ينفذ من طرف المحكمة القضائية مثله مثل الحكم الذي يتطلب لتنفيذه إجراءات تنفيذية خاصة.

و بوصف التحكيم ظاهرة قانونية مدنية خلص أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن الأطراف ذاتها تستطيع أن تحدد طريقة إجراء التحكيم، أما في حالة عدم تحديد طريقة مباشرة التحكيم لإجراءاته من قبل الأطراف فمن المقبول اللجوء إلى إعمال قواعد الإسناد السائدة بصدد الالتزامات التعاقدية حسبما هو متبع في القانون الدولي الخاص، و ترتيباً على ذلك يجوز إعمال قواعد القانون الأجنبي في حالة الفصل في المسائل التي تثور بصدد اتفاقية التحكيم أو المرافعات أو الحكم، و لعل هذا هو ما أدى إلى القول بأن التحكيم في أطواره المختلفة إنما هو إجراء واحد قائم على إرادة الأطراف و يرى أنه من الضروري إقامة نظام واحد للتحكيم حتى يمكن حل جميع مسائل التنازع المتصلة بالتحكيم عن طريق تطبيق قاعدة إسناد موحدة.

1 لزهري بن سعيد. المرجع السابق، ص: 19.

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية الطبيعة التعاقدية و انسحابها إلى كل من اتفاق التحكيم و حكم التحكيم و هذا في وقت مبكر يرجع إلى عام 1812، لكن أظهر أحكامها في هذا هو حكمها الصادر في 27 يوليو 1937 الذي جاء فيه بأن " قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشاركة التحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشاركة وتشاركها في صفتها التعاقدية"¹، و أبقى القضاء الفرنسي لحكم التحكيم الطابع التعاقدى سواء أكان هذا الحكم قد صدر في فرنسا أم في دولة أجنبية، و حتى لو كانت السلطة القضائية لبلد الأصل قد أسبغت على حكم التحكيم الأجنبي القوة التنفيذية، فلا يترتب على ذلك أن يصبح حكم التحكيم بمثابة الحكم القضائي.

و يميل القضاء المصري أيضاً لترجيح الطابع الاتفاقي من خلال نفيه الصفة القضائية عن التحكيم إذ ترى محكمة النقض المصرية أن قوام التحكيم " الخروج على طرق التقاضي العادية"².

ولا شك أن لهذا الاتجاه فضل إبراز الدور الذي يؤديه اتفاق الأطراف في مجال التحكيم، غير أنه يتجاهل مع ذلك حقيقة الوظيفة التي يؤديها المحكم، فالمحكم يقوم في الواقع بالوظيفة ذاتها التي يقوم بها القاضي، و هو ينتهي في هذا الشأن إلى حكم مشابه للحكم الذي يصدره القاضي، و لعل مرجع هذا التجاهل هو الانطلاق من ظاهرة هيمنة الدولة الحديثة على الوظيفة القضائية و احتكارها إقامة العدل بين الناس بواسطة قضاة موظفين يختارون من قبلها، إذ الاستسلام لواقع هذه الهيمنة و هذا الاحتكار من شأنه أن يحول دون الاعتراف لمحكم يختاره طرفا النزاع و يحددان صلاحياته بوظيفة قضائية، و يؤدي من ثم إلى البحث عن تفسير آخر لنظام التحكيم لا يتصادم مع الحقائق الواقعة. و هذا ما تقدمه بالفعل فكرة العقد التي تدور في فلك آخر غير فلك القضاء، هو فلك سلطان الإرادة و القوة الملزمة للعقود.

فاحتكار الدولة للقضاء و لتنظيم السلطة القضائية إن هو إلا مرحلة من مراحل تطور الوظيفة القضائية، سبقته مرحلة كان التحكيم يستقل فيها بهذه الوظيفة أو يكاد، و تلوح في الأفق ملامح مرحلة أخرى تتوزع فيها الوظيفة القضائية بين قضاء الدولة و بين التحكيم³.

و قد انتقدت هذه النظرية لمبالغتها في دور الإرادة للأطراف فمع التسليم بان التحكيم يبدأ باتفاق، إلا أن حكم التحكيم لا يمكن اعتباره عملاً تعاقدياً، إذ كيف تبرر هذه النظرية جواز الطعن بالاستئناف في عمل تعاقدي.

فضلاً عن أن التحكيم و إن كان يستند إلى اتفاق الخصوم، فإن الالتجاء إلى قضاء يستند أيضاً لإرادة الخصوم و المتمثلة في المطالبة القضائية و طلبات الخصوم و لا يحكم إلا بناء على طلبات الخصوم و في حدود طلباتهم، كما يمكن للخصوم الاتفاق على نزع الاختصاص من محكمة و تثبيته لمحكمة أخرى.

1 لزهري بن سعيد. المرجع السابق. ص: 19.

2 خالد محمد القاضي. المرجع السابق. ص: 111.

3 أبو زيد رضوان. المرجع السابق. ص: 26.

الفرع الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم

يرجح أنصار هذا الاتجاه¹ الطابع القضائي للتحكيم، فينظر إلى التحكيم² من زاوية أنه قضاء اجباري ملزم للخصوم متى اتفقوا عليه، و أن التملص منه لا يجدي و أنه يحل محل قضاء الدولة الاجباري، و أن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها مما جعل الصفة القضائية هي التي تغلب على التحكيم، و أن حكم المحكم هو عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة.

حيث تقوم الطبيعة القضائية للتحكيم على تغليب المهمة التي يقوم بها المحكم على طبيعة هذا النظام من دون الوقوف عند إتفاق الأطراف فقط ، وهو ما رآه بعض من الفقه الذين ذهبوا الى لزوم تغليب المعايير الموضوعية و المتعلقة بأصل وظيفة هذا النظام و ليس على المعايير العضوية أو الشكلية³ و التي تتعلق بشخص من يؤدي هذه الوظيفة أو بما هو عارض في أدائها، ومن ثم فإن تناول المحكم المنازعة و بيان كيفية حلها هو ما يحدد طبيعة المهمة التي يقوم بها و التي يمكن أن يوصف تبعاً لها كقاضي يتم اختياره قبل الأطراف ليقول حكم القانون، و إذا كان التحكيم يقوم بالوظيفة ذاتها التي يقوم بها قضاء الدولة، و هي حسم النزاع و تحقيق العدالة بين المتنازعين، فإنه يكتسب بالضرورة الطبيعة القضائية و من ثم فنظر النزاع أمام المحكم يمر بذات الإجراءات التي يمر بها أمام القاضي، و ينتهي بحكم مماثل للحكم القضائي سواء فيما تعلق بالطعن فيه أو فيما يتعلق بقابليته للتنفيذ، و هكذا فإقامة العدل بين الناس لها طريقتان، أحدهما عام تقيمه الدولة، و الآخر خاص يقيمه الخصوم أنفسهم.

و إذا كان التحكيم يبدأ بعقد فهو ينتهي بحكم، و إذا كان يخضع لقواعد القانون المدني من حيث انعقاده ، فإنه يخضع لقواعد قانون المرافعات من حيث آثاره و نفاذه و إجراءاته، و إذا كان يبطل بما تبطل به العقود، فإن حكمه يطعن فيه في كثير من التشريعات كما يطعن في الأحكام، و ينفذ كما تنفذ الأحكام⁴.

أما أن العقد هو المحرك للتحكيم، فإن ذلك ليس إلا نتيجة لكون التحكيم نظاماً خاصاً للفصل في المنازعات، يقوم إلى جانب النظام العام، و هو نظام القضاء. فكون نظام القضاء هو النظام العام لحسم المنازعات فقد اقتضى بالضرورة إناطة أعمال النظام الخاص، و هو نظام التحكيم، بإرادة المتنازعين اعتماده بدلاً من النظام العام، و من هنا كان أعمال التحكيم رهيناً باتفاق الخصوم على الإلتجاء إليه، و كان هذا الاتفاق مجرد أداة لتحريك نظام التحكيم، لا تؤثر على

1 أبو زيد رضوان. المرجع السابق.ص: 33 .

2 أحمد أبو الوفا . المرجع السابق. ص: 18 .

3 يقصد بالمعايير الشكلية الصيغه القانونية التي ينشأ بها الالتزام وهو هنا اتفاق التحكيم في عقود الأستثمار الأجنبي ، أي أن حكم المحكم الأستثاري يستمد قوته من اتفاق التحكيم في الأستثمار فقط بمعزل عن طبيعة المهمة الملقاة على عاتقه .

4 أحمد أبو الوفا . المرجع السابق. ص: 18 .

جوهر وظيفته القضائية و لا تغير من طبيعتها، و بعبارة أخرى فهو عنصر عارض فرضته ظروف لاصلة لها بوظيفة التحكيم و طبيعته¹ .

فكما أن إتفاق التحكيم و إن مَثَل الأداة المنشأة لهذا النظام ، فإن ذلك لا يؤثر على أصل وظيفة المحكم وكونها وظيفة قضائية كما أنه لا يغير من طبيعتها الخاصة حيث تبدوا أوجه الشبه بين نظام التحكيم و نظام القضاء من خلال الموازنة بين دور الإرادة المشتركة للخصوم في التحكيم و دورها في القضاء، فإذا كان اختيار التحكيم وسيلة لحسم النزاع يتم بعمل إرادي من طرفيه فإن الإرادة يمكن أن تلعب أدواراً متعددة أمام قضاء الدولة من دون أن يؤدي ذلك إلى نفي الطابع القضائي لهذا الأخير، ومثال ذلك رفع الدعوى بالإرادة المنفردة والاتفاق على اختصاص محكمة أخرى والاتفاق على رفع النزاع أمام محاكم دولة أخرى و هذا كله دليل واضح على أن ما تؤديه إرادة الخصوم من دور في طرح النزاع على التحكيم بدلاً من القضاء ليس له من أثر على حقيقة الوظيفة التي يؤديها التحكيم، من كونها وظيفة قضائية مثلها في ذلك مثل وظيفة قضاء الدولة² .

و قد عني أنصار هذا الاتجاه بمحاولة تفسير و وضع نظام التحكيم من النظام القانوني الكلي، فمنهم من ذهب إلى احتفاظ الدولة وحدها بسلطة إقامة العدل بين الناس على نحو ما يفهم من موقف أنصار الاتجاه العقدي، لكنه في الوقت ذاته أجاز لها تفويض هذه السلطة إلى المحكم الذي يختاره المتنازعان في حدود النزاع الذي يطرحانه عليه، فيكون هذا التفويض هو السبب المنشئ لسلطة المحكم، و يكون اتفاق المتنازعين بمثابة شرط لقيام هذا التفويض.

و منهم من ذهب - على العكس من ذلك- إلى أن الجوهر في وظيفة الدولة المعاصرة هو ضمان تحقيق العدل بين الناس، و ليس الوسيلة المحققة لهذا الغرض، و هذا الضمان يمكن أن يتحقق من خلال قضاء خاص يقيمه الخصوم أنفسهم، وفقاً لنظام التحكيم الذي تضعه له، و كل من النظامين له أصالته و استقلاله، و العلاقة بينهما علاقة تبعية بقدر ما هي علاقة تواز و اشتراك في الوظيفة³ .

ومما تجدر الإشارة إليه أن القضاء الفرنسي قد أخذ بالطبيعة القضائية في بعض الأحكام الصادرة عنه إذ قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 12/4/1979 بأن "حكم المحكم يشبه الحكم القضائي من حيث اكتسابه الحجية من صدوره ومن حيث جواز استئنافه منذ صدوره من دون انتظار لإعطائه الصيغة التنفيذية " و بأن " أطراف الخصومة بالتجائهم إلى التحكيم إنما يعبرون عن إرادتهم في إعطاء الغير (المحكم) سلطة قضائية"⁴ .

1 مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبدالعال. المرجع السابق . ص: 41.

2 خالد محمد القاضي. المرجع السابق. ص: 113.

3 مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبدالعال. المرجع السابق. ص: 42.

4 مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبدالعال. المرجع السابق. ص: 43.

و استناداً إلى تشريعات الكثير من الدول يفصل المحكمون في النزاع تبعاً للقانون، و حكمهم يجوز أن يخضع للطعن المباشر كما هو حال الأحكام القضائية و هذا طبقاً لقانون عدد من الدول التي تنهج نهجاً حذراً في هذا الشأن كفرنسا التي يجوز فيها استئناف حكم التحكيم أو التماس إعادة النظر فيه و يتساءل أنصار النظرية القضائية في هذا الصدد هل يجوز أن تؤكد المحكمة العقد أو تفسخه؟ و هل يجوز أن تستبدل المحكمة إرادة الأطراف بحكمها؟ أليس واضحاً أن دور محكمة الاستئناف إنما ينحصر في إعادة نظر النزاع الذي صدر بشأنه حكم محكمة أول درجة؟ و إذا كان ثمة تماثل في وظيفة محكمة الاستئناف و محكمة أول درجة أفلا تدل الطبيعة القطعية في الأولى على الثانية؟ أم و خلافاً للعقد يجوز أن يعاد النظر في حكم التحكيم و أن يتم تعديله أو تغييره من طرف محكمة الاستئناف و هو ما يؤكد بشكل حاسم أنه (حكم التحكيم) حكماً قضائياً و ليس عقداً .

ولقد وجهت لهذا الاتجاه انتقادات عدة من أبرزها أن هناك فرق بين القاضي والمحكم فمهمة القاضي ليست فصل النزاع فحسب، بل له سلطة ولائية " الجبر والأمر" بخلاف المحكم الذي يقصر دوره على حل النزاع المعين ويمنح مهمة القاضي بصفة مؤقتة وبخصوص نزاع معين، هذا فضلاً عن أن القواعد المنظمة للقضاء لا تطبق على التحكيم في مجال الإستثمار الأجنبي، إذ أن القواعد التي يخضع لها الأخير مغايرة عن تلك التي يخضع لها القضاء .

هذا و لقد أنكر أنصار النظرية التعاقدية ما ذهب إليه القضاة فيرى الأولون أن استعمال ذات المصطلحات في القانون سواءً حيال التحكيم أو حيال المرافعات القضائية من مثل حكم أو نزاع أو خصوم و غيرها لا يعد إلا تشابهاً وهمياً و لا يحدد بذاته طبيعة التحكيم القانونية، أما فيما يخص طبيعة مهمة المحكمين التي تتطابق - كما يرى القضاة - مع مهمة القاضي فإن أنصار النظرية التعاقدية، طارحين جانباً عناصر التشابه، يفرطون في إبراز الاختلافات القائمة التي تدل على أن المحكمين ليسوا قضاة و يذهبون كذلك إلى القول بأن إيراد نصوص محددة في قوانين التحكيم تتعلق بقواعد الإجراءات الخاصة بإجراء التحكيم و التي هي قريبة من قواعد المرافعات لا تعد - حسبما يرون - إلا توجيهاً واضحاً للمحكمين و عدم مراعاتها ليس بملزم، إذ يجيز القانون العدول عن تلك القواعد فمثلاً عندما يؤذن للأطراف بتقليد المحكمين وظيفية (المحكمين المفوضين بالصلح) و الذين بمسئولتهم الاسترشاد بقواعد نصت عليها اتفاقية التحكيم.

و في هذه الحالة يستطيع المحكمون أن يفصلوا في القضية ليس وفقاً للقانون و إنما على أساس الضمير و في جميع الأحوال فإن النظام المشار إليه يتحدد بإرادة الأطراف و لا يمس النظام القانوني العام.

هذا في حين أن المحكمة القضائية العادية لا تستطيع عدم مراعاة القوانين الإجرائية أو الموضوعية كما أن كثيراً من البلدان تعترف للأجانب بالحق في أن يصبحوا محكمين في حين أنه توجد قيود متصلة بشغل الأجانب للمناصب القضائية.

يحاول أنصار النظرية التعاقدية، مختارين في الجمع بين تكييف حكم التحكيم كعقد و جواز الطعن عليه بطريق الاستئناف كما تنص على ذلك قوانين كثير من البلدان، تجنب هذا الأمر عن طريق اللجوء إلى استعمال أساليب مصطنعة فيعلنون أن الاستئناف ضد حكم التحكيم هو أمرٌ ذو منشأ اتفاقي أو تعاقدى منبثق من اتفاق ضمني يترتب افتراضاً على اتفاقية التحكيم.

و هكذا تعتبر اتفاقية التحكيم و حكم التحكيم عند التعاقديين -خلافاً للقضاة الذين يفرقون بينهما- مرحلتين في إجراء واحد، فتنظيم التحكيم و إجراءاته ما هو إلا هدف مرحلي يتوخى تحقيق الهدف النهائي الوحيد لهذا العمل ألا وهو التوصل إلى تسوية نهائية للنزاع، و يرى التعاقديون أيضاً أن أطراف النزاع عندما يبرمون اتفاق التحكيم فإنهم يلتزمون في الوقت نفسه بأداء جميع الواجبات التي يمكن أن تنجم عن اتفاق التحكيم و لا سيما الالتزام بتنفيذ حكم التحكيم، و تبعاً لذلك فإن هذا الأخير يضع حداً للنزاع عن طريق تحديد جديد لعلاقة الأطراف القانونية و بهذا يتم الإيضاح نهائياً عن موضوع النزاع الذي اتفق الأطراف عليه مسبقاً في اتفاقية التحكيم، و بعبارة أخرى يتم النظر إلى حكم التحكيم و اتفاقية التحكيم باعتبارها جزأين في عقد واحد أي في اتفاقية التحكيم.

و من ثم يبقى اتفاق التحكيم خارجاً عن حدود ممارسة المحكم للوظيفة القضائية و سابقاً عليها، و مفروضاً على كيفية ممارستها¹.

الفرع الثالث: الطبيعة المختلطة للتحكيم

لقد ظهر جلياً الخلاف بين النظريتين المتقدمتي الذكر، و قد توخيتا التمدل على توصيف التحكيم و نسبته إلى هذه الفئة أو تلك من العقود القانونية، و التي لم يكن بوسعها طرح الأدلة التي من شأنها وضع حد لهذه الخلافات و النزاعات اللاحقة فنرى التعاقديين يدحضون بنجاح ما قال به القضاة من المماثلة التامة بين حكم التحكيم و حكم القضاء و يفند القضاة من جهتهم بما لا يقل إقناعاً التطابق الكامل بين حكم التحكيم و العقد الذي ينتصر له خصومهم.

و ذلك أن التمدل على اختلاف التحكيم عن العقد مازال لا يعني التمدل على مطابقته لحكم القضاء و العكس صحيح، و بالإضافة إلى ذلك، و كما سبقت الإشارة فهذا الإثبات أو ذلك التمدل يرد على نطاق دولي و يعزز بأراء مبنية على أحكام قانونية لدولة معينة، و لما كان التحكيم هو ظاهرة قانونية، بلا شك و طبقاً لأي مذهب نظري كان فيعزى للقانون القول الفصل في هذا الشأن.

إن تنازع المذهب التعاقدى و المذهب القضائى حول الطبيعة القانونية للتحكيم قد أبان بلا شك خصائص التحكيم المميزة التي لا تسمح بحشره في أي من القوالب أو الأنظمة الجاهزة.

1 مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبدالعال.. المرجع السابق: ص: 43.

فالتحكيم وفقاً لهذا الاتجاه يحتل موقعا وسطا بين الطبيعة التعاقدية و الطبيعة القضائية، و أن له طابعا مرحليا¹ " ليس اتفاقاً محضاً، و لا قضاءً محضاً، وإنما هو نظام يمر في مراحل متعددة، يلبس في كل منها لباساً خاصاً و يتخذ طابعاً مختلفاً، فهو في أوله اتفاق ، و في وسطه إجراء، و في آخره حكم" وفقاً لذلك فالتحكيم حقيقة ممتدة في الزمن تبدأ بإتفاق التحكيم و تنتهي بشمول حكم المحكم بأمر التنفيذ، و خلال امتدادها الزمني يتعاقب عليها طابعان، الطابع الأول هو الطابع التعاقدية، الذي يجسده اتفاق التحكيم، و الطابع الثاني هو الطابع القضائي الذي تجسده وظيفة المحكم متمثلة في حسم النزاع المطروح عليه. و لقد تأصلت هذه النظرية حول الطبيعة القانونية للتحكيم كمؤسسة ذات أصل متميز و ذلك كنتيجة للاعتراف بالخصائص المميزة للتحكيم و التي تفترق سواء عن العلاقة التعاقدية البحتة أو العلاقة القانونية الإجرائية البحتة.

لكن يبدو أن أنصار هذا الاتجاه لا يتفقون فيما بينهم حول الحد الزمني الذي يغير التحكيم اعتباراً منه من طبيعته التعاقدية إلى طبيعته القضائية، فالبعض يؤكد أن التحكيم هو نظام مختلط يبدأ باتفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهي بقضاء هو قرار التحكيم، و البعض الآخر يذهب إلى انه " طبقاً لهذه النظرية الوسطية أو التوفيقية فإن هذه القرارات (قرارات التحكيم) و إن اعتبرت عقداً قبل أمر التنفيذ، إلا أنها تصبح بهذا الأمر بمثابة الحكم القضائي"².

و لا شك في أن نقطة الضعف في هذه النظرية إنما تكمن في محاولتها إيجاد حد زمني فاصل بين كل من الطابع العقدي و الطابع القضائي للتحكيم، خلافاً للواقع من بروز هذين الطابعين معاً منذ الاتفاق على التحكيم و حتى الانتهاء منه بتنفيذ حكم التحكيم، فإذا كان التحكيم يبدأ من الاتفاق على التحكيم ، فإن هذا الاتفاق ليس بعيداً تماماً عن الطابع القضائي، بحسبان أن موضوعه هو إقامة كيان عضوي للفصل في النزاع، و إذا كان التحكيم ينتهي بحكم فهذا الحكم بدوره ليس منبث الصلة باتفاق التحكيم و أثره على سير خصومة التحكيم و إجراءات الفصل فيها و من هنا كان الخلاف حول النقطة التي ينتهي عندها الطابع التعاقدية و يبدأ الطابع القضائي، فالبعض -فيما يبدو- يعتد ببداية ممارسة المحكم لمهمته، أو على الأكثر بإصداره حكمه، و البعض الآخر لا يعتد إلا بالنقطة التي ينتهي عندها تماماً التأثير العقدي، و هي شمول حكم المحكم بأمر التنفيذ³.

حيث لا يعد قرار التحكيم وفقاً لهذا الاتجاه قراراً قضائياً إلا بعد حيازته لأمر التنفيذ في البلد المطلوب تنفيذه فيه، إذ يخضع بالضرورة عند تنفيذه لقواعد تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية⁴.

1 لزهري بن سعيد. المرجع السابق. ص: 24.

2 مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبدالعال.. المرجع السابق. ص: 44.

3 مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبدالعال. نفس المرجع. ص: 45

4 أبو زيد رضوان. المرجع السابق. ص: 33.

وعلى الرغم من محاولة أنصار هذا الاتجاه تجنب الانتقادات التي وجهت إلى الاتجاهين السابقين بمحاولتهم الجمع بينهما والقول بالطبيعة المركبة للتحكيم في عقود الاستثمار الأجنبية، إلا أنهم لم يستطيعوا ترجيح أيهما على الأخرى، و من ثم فهو لا يتعدى كونه حلاً توفيقياً لانتهاج عند المشكلة، فلا يكفي لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم القول بأنه يبدأ بإتفاق و ينتهي بحكم قضائي من خلال وضع حدٍ زمنيٍّ فاصل ينحسر فيه الطابع الإتفاقي للأخير تاركاً المجال لبروز طابعه القضائي، هذا بالإضافة الى ما يقرره هذا الاتجاه من نتائج تخالف الواقع، وذلك لإمكانية بروز الطابعين الإتفاقي والقضائي معاً منذ الإتفاق على التحكيم و حتى الانتهاء منه بتنفيذ حكم المحكم ، فإذا كان التحكيم يبدأ من الإتفاق عليه ، فإن هذا الإتفاق ليس بعيداً تماماً عن الطابع القضائي ، خاصةً وأن موضوعه هو إقامة نظام قانوني يحل محل القاضي في الفصل في النزاع ، ومن جهةٍ أخرى فإن الحكم الذي ينتهي به التحكيم ليس بمقتوع الصلة عن إتفاق التحكيم فيما يخص سير خصومة التحكيم و إجراءات الفصل فيها ، و من هنا كان الخلاف حول النقطة التي ينتهي عندها الطابع التعاقدية ويبدأ الطابع القضائي .

و يذهب البعض - تعقيباً على النظريات المختلطة- إلى القول بأن التحليل القانوني يجب ألا يقف عند القول بأن التحكيم ذو طبيعة مختلطة غير متجانس، فمثل هذا الوصف يعتبر بمثابة اعتراف بالعجز و محاولة الهروب من مواجهة الحقيقة بأبعادها المتعددة، و الواجب في مواجهة مثل هذه الحقائق المركبة محاولة تحليلها لردّها إلى عناصرها المميزة و تحديد دور كل عنصر و مظهره في كل مرحلة من مختلف المراحل بحيث يمكن في النهاية تحديد مدى تداخل كل من العناصر التعاقدية و القضائية في تكوين نظام التحكيم و إعطائه طبيعته الذاتية المستقلة¹.

الفرع الرابع: الطبيعة الخاصة للتحكيم

إزاء الانتقادات التي وجهت إلى الاتجاهات السابقة، ظهرت نظرية أخرى أطلق عليها تسمية النظرية الذاتية و التي يسعى أنصارها لكشف النقاب عن إشكالية الطبيعة القانونية للتحكيم، و يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم وسيلة قانونية متميزة لفض المنازعات و نظام مستقل قائم بذاته²، فالتحكيم قد ظهر في المجتمعات البدائية قبل القضاء و استمر و ما زال قائماً بعد ظهور القضاء و هو نظام منتشر في كل دول العالم، و فضلاً عن ذلك ظهرت هيئات و غرف و مراكز التحكيم، الأمر الذي جعله قضاءً موازياً لقضاء الدولة و لكنه مستقل عنه.

و هذه النظرية تستند إلى فكرة كون التحكيم ما هو إلا ظاهرة تلقائية أو ذاتية فالتحكيم كيان مستقل بذاته في حل المنازعات و يختلف عن العقد والقضاء، فهو يرمي إلى تحقيق العدالة بطرق مختلفة عن القضاء ، كما أن العقد ليس هو جوهر التحكيم بدليل أنه لا يوجد في التحكيم الإجمالي، و يرفضون كذلك النظرية القضائية للتحكيم مستدلّين بان

1 مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبدالعال. المرجع السابق.ص: 46.

2 لزهري بن سعيد. المرجع السابق.ص: 24.

القضاء سلطة من سلطات الدولة يباشرها القاضي بهدف سيادة النظام و القانون، أما التحكيم فيهدف في نظرهم إلى تحقيق وظيفة اجتماعية و اقتصادية متميزة، هي التعايش السلمي بين أطراف النزاع في المستقبل، فضلاً عن تحقيق العدالة.

و يفترق البعض¹ في هذا الخصوص بين التحكيم الداخلي و الدولي، و يرون أنه و إن كان من المقبول التردد في طبيعة التحكيم الداخلي إلا أن الأمر ليس كذلك بالنسب للتحكيم التجاري الدولي فهو نظام أصيل و مستقل للتجارة الدولية.

و يفترض أنصار هذه النظرية - منتقدين جميع النظريات المبسطة سابقاً- أن الطبيعة القانونية للتحكيم لا يمكن تحديدها ما لم يؤخذ في الحسبان هدف التحكيم و منفعته الواقعية أي تلك الضمانات التي تلزم الأطراف لكي لا يتوجهوا إلى المحكمة و هم يرون في التحكيم نظاماً ذاتياً من خلال بيان نشاطه و طبيعة أهدافه و بهذا الصدد فإنهم يأخذون في الاعتبار سرعة التحكيم و مدى ملائمة إجراءاته بدلاً عن تنفيذ الأحكام الصادرة عنه.

و لما كان التشريع يراعي في الأصل ما تقتضيه التجارة من ضرورات فإن إجراءات التحكيم تبعاً لذلك لا تتعلق بالقانون إنما بالتجارب الذرائعية لرجال الأعمال، و تنفيذ اتفاقية التحكيم و حكم التحكيم يفسر بلزومه لأداء المعاملات التجارية الدولية أداءً دقيقاً، فالطبيعة القانونية الحقيقية للتحكيم- حسب رأيهم- تنحصر في أن التحكيم هو نظام أصيل متحرر من العناصر التعاقدية و القضائية و يضمن السرعة الضرورية في نظر القضايا و التأمينات التي يدعيها الأطراف.

و أما فيما يخص اتفاقية التحكيم فهي لا تعتبر عقداً مدنياً على الإطلاق ذلك أن أي عقد مدني حتى و إن كان من نوع خاص لا يمكن أن يترتب بحد ذاته آثاراً إجرائية، و من ناحية أخرى فاتفاقية التحكيم لا تعد عقداً داخلياً في مجال الإجراءات طالما أن التحكيم يخرج عن نطاق اختصاص القضاء، حيث قضت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر عام 2002 بأن التحكيم "طريق استثنائي لفض المنازعات و سلباً لاختصاص القضاء".

كما يذهب أنصار النظرية الذاتية إلى القول بضرورة مراعاة تلك المتطلبات الحيوية مثلاً وطنية التحكيم و سلطان إرادة الأطراف غير المقيد في اختيار القواعد الموضوعية و الإجرائية، و تعد الذاتية المطلقة أسلوباً يكتسب التحكيم بمساعدته طابعاً يعلو بالضرورة فوق الدول و هي عند فصلها في النزاع تطبق استثناءً القانون التجاري الدولي، ذلك أنهم لا يعتقدون مطلقاً بالواقع المعاصر و لهذا فإن هذه النظرية غير مقبولة إذ إنها مبنية على أسانيد باطلة فيما يتعلق بوجود مجتمع رجال الأعمال خارج نطاق مجتمعه ما بين الدول و هو المجتمع الذي زعموا بأنه يخلق قانون خاص و هيئات للفصل

1 أبو زيد رضوان . المرجع السابق: ص: 40 .

في المنازعات الناشئة بين التجار الذين يدخلون في هذا المجتمع، و بهذا التوجه فإن النظرية لا تعترف بالأنظمة القانونية الوطنية و هو ما يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة.

كما يرى البعض¹ أن نظرية استقلال التحكيم لا تختلف عن النظرية القضائية للتحكيم و ما يمكن أن يقال في انتقاد النظرية القضائية ينطبق على نظرية استقلال التحكيم.

المبحث الثاني: الأساس القانوني للتحكيم

يعتبر التحكيم قضاء خاص لنوع من المنازعات، فهو قضاء كونته الإرادة المشتركة لأطراف النزاع يعمل في مناخ تغلب فيه أجواء الصلح على أجواء الخصومة بغية الوصول إلى وضع مقبول لكل من الطرفين مما يجعل التحكيم متعلقاً بروح العدالة أكثر من تعلقه بحرفية النصوص القانونية و هذا ما دفع بالفيلسوف الإغريقي أرسطو إلى القول بأنه: "يمكن أن يفضل الفرقاء التحكيم على الدعوى ، لأن التحكيم غرضه العدالة، بينما يراعي القاضي القانون" و لقد حاول الفقه و اتفاقيات التحكيم الدولي و الهيئات الدائمة للتحكيم الدولي إيجاد قواسم مشتركة خاصة بمسائل التحكيم الدولي ليأخذ طريقه في اجراء العملية التحكيمية و تنفيذ ما يترتب عنها من أحكام هذا من خلال توحيد شروط و الإجراءات و الشروط الواجب توافرها.

و لقد عملت معظم الدول على تضمين تشريعاتها الوطنية تنظيماً خاصاً بشروط و اجراءات العملية التحكيمية لاسيما ما يتعلق بمسألة الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية و تنفيذها فالحكم الداخلي يراعي قانون البلد و ينفذ في محاكمه وفق قواعد مستقرة و ينسجم مضمونه مع القواعد التي يضعها قانون البلد له، في حين أن حكم التحكيم الدولي يطبق قانوناً محايداً عن النزاع و قد يطبق قانوناً آخر على إجراءات المحاكمات التحكيمية، كما أن التحكيم يجري في بلد غير بلد القانون المطبق عن النزاع و غير بلد قانون إجراءات التحكيم و المطبق و ينفذ في محكمة أو عدة محاكم تطبق قوانين مختلف.

المطلب الأول: الأساس الدولي للتحكيم

كان للمعاهدات المختلفة دور ملموس و واضح في التنظيم التشريعي للتحكيم و وضع الأسس و الضوابط التي تحكمه من الناحية الدولية سواء فيما يتعلق بالاجراءات أو القانون الواجب التطبيق هذا ما يدفنا لعرض اهم التفاعلات الدولية التي اسست قواعد التحكيم الدولي ونظمت مختلف احكامه.

1 أبو زيد رضوان. المرجع السابق.ص: 40 .

الفرع الأول : النظام القانوني للتحكيم ما قبل الحرب العالمية الثانية

من الجلي من خلال تتبع مختلف الأنظمة القانونية للدول في مراحل تطورها التشريعي استخلاص الفوارق في تطبيق أحكام التحكيم الأجنبية و هي تزداد اتساعاً من دولة لأخرى و تشمل الفوارق أيضاً الجوانب الموضوعية و الإجرائية و التقنية في النظام القانوني لكل دولة، هذا فضلا عدم اعتراف عدد من الدول أصلا بأحكام التحكيم الأجنبية و تبعاً لذلك عدم الاعتراف بإجراء التنفيذ بشأنها كما أن عدم تحديد آليات و الشروط الشكلية و الموضوعية للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية و تنفيذها جبراً بالقوانين الداخلية للدول يجعل هذه الأخيرة في مصاف تلك التي لا ينص قانونها على هذا التنظيم لأحكام التحكيم.

عدم الثبات في حالة القوانين الداخلية اتجه ذلك دفع بالدول إلى عقد معاهدات و اتفاقيات دولية من شأنها التأسيس لشروط متماثلة للاعتراف بالأحكام الأجنبية و تنفيذها.

و كسابقة في العمل الاتفاقي الدولي عقدت اتفاقية بين فرنسا و سويسرا بشأن اختصاص المحاكم و تنفيذ الأحكام الصادرة في القضايا المدنية و التي تمت في 10 جوان 1869 أين جرى تضمينها شرطاً متعلقاً بالاعتراف بأحكام التحكيم و تنفيذها، و منذ ذلك الحين عقدت كثير من الاتفاقيات الثنائية التي اشتملت على هذه الشروط¹، و تلت هذه الاتفاقية طائفة من الاتفاقيات و المعاهدات و قد نصت الاتفاقيات الثنائية على الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم في الدولتين المتعاقدين فيما يتعلق فقط بتلك الأحكام التي صدرت على إقليم الدولة المتعاقدة الأخرى، أما إذا كان حكم التحكيم قد صدر على إقليم دولة ثالثة فلا يخضع للاعتراف و التنفيذ في الدولة المتعاقدة حتى و إن كان الخصوم في تلك الأحكام هم أشخاص خاضعون لاختصاص هاتين الدولتين المتعاقدين (طبقاً لما يسمى بالمعيار الاقليمي للتطبيق).

زد على ذلك أنه إذا صدر الحكم على إقليم إحدى الدولتين المتعاقدين خضع للتنفيذ في الأخرى بصرف النظر عن جنسية الخصوم، و في هذه الحالة ليس ثمة أهمية في معظم الاتفاقيات، فيما إذا كان الخصوم أو أحدهم يخضع لولاية دولة ثالثة أو دول أخرى.

و قد كانت اتفاقية مونتفيدو 08 جانفي 1889 أول اتفاقية تبرمها دول امريكا اللاتينية و قد جاءت كضمان لفعالية التحكيم التجاري الدولي كون هذه الدول لا تعترف بأحكام التحكيم الأجنبية في حال غياب معاهدات دولية تؤسس لذلك ما دفع هذه الدول لإبرام معاهدة متعددة الأطراف و قد تضمنت هذه الاتفاقية -التي صادق عليها كل

1 أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي. النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي. صنعاء اليمن المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع. الطبعة الأولى. 1994.ص:36.

من الارحنتين و بوليفيا و الباراجواي و البيرو و الاورجواي- شروطاً لا بأس بها من أجل تنفيذ الأحكام المذكورة على إقليم الدول الموقعة عليها¹.

تلتهها اتفاقية اخرى حول تنفيذ الاحكام الاجنبية وقعت عام 1911 أعقب ذلك إصدار لائحة القانون الدولي الخاص في المؤتمر السادس للدول الأمريكية في 20 فيفري 1928 المنعقد في هافانا ونسبة إلى رجل القانون الكوبي الشهير أنطونيو بوستامنت أطلق على اللائحة "لائحة بوستامنت"، و قد عاجلت اللائحة في الفصل العاشر منها موضوع تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية و قد ورد فيه أن الحكم الصادر في إحدى الدول المتعاقدة سوف يجوز الحجية القانونية و يجوز تنفيذه في جميع الدول الأخرى المتعاقدة شريطة أن يستوفي الشروط الواردة على سبيل الحصر في المواد اللاحقة. و مع ذلك بقي التطلع لإبرام معاهدة جماعية نظراً لقصور الاتفاقيات الثنائية او متعددة الأطراف في النهوض بمسائل التحكيم فبعد إنشاء الغرفة الدولية بباريس ومحكمة التحكيم التابعة لها، كان على القائمين على هذا الصرح الدولي المتميز، دفع عصبة الأمم مرة أخرى إلى إيجاد آلية قانونية بواسطتها يتم الاعتراف بالتحكيم، وإعطاء الاتفاق القاضي بالجوء إلى التحكيم المشروعية، وكان إصدار عملين دوليين أعد لهما تحت إشراف عصبة الأمم المتحدة و هما بروتوكول حول شروط التحكيم و اتفاقية بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية و تنفيذها تم إبرامهما تباعاً في 24 سبتمبر 1923 و 26 سبتمبر 1927 و هما مرتبطان ببعضهما على تقدير أن غايتها النهائية كانت تنحصر في ضمانة التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم الأجنبية و يكون الشرط اللازم لهذا هو الاعتراف الدولي بالقوة القانونية لاتفاقية التحكيم و علاوة على هذا تعتبر الاتفاقية وثيقة مكملة للبروتوكول فلكي تشارك الدولة في الاتفاقية لابد أن تكون عضواً في البروتوكول².

ويتألف البروتوكول ، الذي بموجبه تعترف الدول المتعاقدة³ باتفاق التحكيم أو شرط التحكيم، من ثمان مواد⁴ عاجلت الأولى اعتراف الدول باتفاق التحكيم سواء الذي يتم قبل حدوث النزاع أو بعد نشوئه كما أوجب أن يكون طرفا الاتفاق ينتميان إلى دولتين من الدول التي صادقت على البروتوكول، و يمكن أن يسري اتفاق التحكيم على المنازعات التجارية وغير التجارية، إلا أنه يمكن لأي دولة متعاقدة حصر الاعتراف باتفاق التحكيم في المنازعات التجارية فقط وحسب مفهوم قانونها الوطني لمصطلح التجارة.

و التحكيم طبقاً للبروتوكول يمكن أن يكون في بلد غير متعاقداً، أما المادة الثانية منه فقد نظمت إجراءات التحكيم و منها يظهر كيف تم احترام إرادة الطرفين بما في ذلك تكوين محكمة التحكيم و قانون البلد الذي يجري

1 أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي. نفس المرجع . ص:37.

2 أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي. المرجع السابق.ص:37.

3 صادقت على البروتوكول 53 دولة، منها دولة العراق ، فوزي محمد ساي. التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) . عمان . الأردن . دار الثقافة والنشر والتوزيع. 2006.ص:464.

4 فوزي محمد ساي. المرجع السابق. ص: 32 و مابعدا .

التحكيم على إقليمه و المادة الثالثة تلزم الدول المنظمة إلى البروتوكول بتنفيذ الأحكام الصادرة على أراضيها طبقاً لقانونها الوطني، أما المادة الرابعة فتتعلق بالتزام رفض المؤسسات القضائية النظر في الدعاوى التي أبرم بشأنها اتفاق التحكيم و إحالة طرفي النزاع على التحكيم كلما طلب أحدهما ذلك هذا ما لم تكن الاتفاقية المذكورة قد فقدت قوتها و تعذر لهذا تطبيقها، أما المواد الأخرى فتتعلق بأمور الانضمام إلى البروتوكول أو الانسحاب منه، و بهذا قرر بروتوكول جنيف إلى جانب الاعتراف القضائي الإجرائي في هذه الاتفاقيات قد قرر أيضاً نفاذاً مادياً لاتفاقية التحكيم مدعوماً من طرف القوانين الداخلية للدول الأعضاء.

بيد أن البروتوكول لم يضع شروطاً معينة للاعتراف بأحكام التحكيم الصادرة طبقاً لأحكامه أو لتنفيذها في أقاليم الدول المتعاقدة التي كان يطلب إليها ذلك، و إنما ترك تحديد هذه الشروط للقوانين الوطنية لتلك الدول.

و قد تم إقرار اتفاقية لتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية في جنيف في 26 سبتمبر 1927¹ لأن عصبة الأمم رأت تحت ضغط الواقع العملي الذي أبان عن ثغرات في البروتوكول تتعلق أساساً بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية و الذي يثير مسائل ذات أهمية بالغة تطغى بدلالاتها على اعتبارات مسائل الاعتراف بالقوة القانونية لاتفاقية التحكيم و التي حلت هذه المسائل، و نظراً للارتباط بين الاتفاقية و البروتوكول شكلاً و موضوعاً على تقدير أن مبتغاهما هو ضمان تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية تحت سقف إلزامية الاعتراف الدولي بالقوة القانونية لاتفاقية التحكيم، و زيادة على ذلك جاءت الاتفاقية مكاملة للبروتوكول ، فلكي تشارك الدولة في الاتفاقية لا بد من أن تكون عضواً في البروتوكول في حين أن العضوية في هذا الأخير لا تستلزم الانضمام إلى الاتفاقية .

وقد حرصت الاتفاقية على تأكيد المبدأ المتقدم زيادة على تحديد شروط معينة للحصول على الاعتراف الدولي بأحكام التحكيم الصادرة طبقاً للبروتوكول و تنفيذها في أقاليم الدول المتعاقدة و يظهر ذلك من نص المادة الأولى منها و التي تقول " يجوز حكم التحكيم الذي يصدر بناء على مشاركة أو شرط التحكيم المشار إليه في البروتوكول جنيف لعام 1923 بحجية الأمر المقضي في أقاليم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية، كما يجوز هذا الحكم الاعتراف به من قبل أي دولة متعاقدة و يجب عليها تنفيذه في إقليمها متى طلب منها ذلك طبقاً للقواعد الإجرائية المتبعة في هذا الإقليم، و ذلك متى توفرت الشروط المقررة في الفقرة الثانية من نفس المادة و لم يتوفر مانع من موانع الاعتراف و التنفيذ المنصوص عليها في المادة الثانية من نفس الاتفاقية".

و عليه جاءت هذه الاتفاقية لاعتراف الدول المتعاقدة بحجية أحكام التحكيم وتنفيذها كلما توفرت الشروط المذكورة في المادة الأولى منها كما أن المادة الثانية قد أوردت حالات رفض تنفيذ الحكم التحكيمي بينما تطرقت أحكام

1 فوزي محمد ساي. المرجع السابق. ص: 35.

المادة الثالثة إلى شروط الاعتراف أو تنفيذ الحكم الأجنبي أما ما تعلق بالمادة الرابعة و الإجراءات المتنوعة فهي تغذي عدم ملاءمة الشروط اللازمة للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية و تنفيذها الأمر الذي يخلق صعوبات جوهرية عملية لتنفيذ الأحكام و الاعتراف بها.

و عند تقييم وثيقتي جنيف المشار إليهما أعلاه لا بد من الاعتراف بأن المحاولة التي تمت بها لتقنين القواعد القانونية لأهم مسائل التحكيم التجاري الدولي لم يحالفها النجاح¹، إلى جانب ذلك فإن الاتفاقية تقتضي أن يكون الحكم مطابقاً لقانون إحدى الدول الأعضاء في الإتفاقية (حكماً وطنياً)، و أن يكون الحكم أيضاً نهائياً يمنع عرض النزاع المقضي فيه مجدداً أمام محاكم البلد الذي أصدر هذا الحكم كما تقتضي أيضاً المعاملة بالمثل بمفهومها الاقليمي (بلد اصدار الحكم) أو الشخصي (جنسية الأطراف).

و يذهب الفقيه روبرير بأن (هذه التركيبة من الشروط قد انبثقت عن نوع من خداع البصر الذي وجد أساس الاتفاقية التي رأت في حكم التحكيم حكماً قضائياً و أخضعته في الوقت نفسه لتلك الشروط التي وردت في الاتفاقيات الدولية الثنائية حول التنفيذ المتبادل للأحكام القضائية الأجنبية)²، و بالرغم من الانتقادات الموجهة إلى بروتوكول جنيف واتفاقية جنيف بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، والعدد القليل من الدول التي لم تقتنع بأحكامها خاصة الاتفاقية الأخيرة، إلا أن هذا العمل الذي تم في ظل عصبة الأمم يعتبر بحق اللبنة الأساسية في انطلاق التحكيم التجاري الدولي وانبعاثه من جديد، وعلى خطى عصبة الأمم سارت الأمم المتحدة بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، فكان الاهتمام الأكبر بتنظيم التحكيم التجاري الدولي في عدة اتفاقيات دولية

الفرع الثاني: معاهدة نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية و تنفيذها

نتيجة لعدم الرضا عن بروتوكول جنيف المتعلق بشروط التحكيم لعام 1923 ومعاهدة جنيف المتعلقة بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية لعام 1927 ذهب بعض الفقهاء إلى حد القول بأن " التحكيم على ارتباط كبير بالمذاهب الرئيسية و المؤسسات النظرية و الأشكال القانونية التقنية في الأنظمة القانونية الوطنية المختلفة و هذا لا يسمح بأن يصبح موضوعاً مناسباً للمعاهدات المتعددة الأطراف " .

على خلاف ذلك سعى كبار الحقوقيين في العالم للبحث عن اتفاقية تعفي سلطان الإرادة في التحكيم الدولي من قيود التحكيم الداخلي لكل بلد وجاءت مبادرة الاستعاضة عن معاهدي جنيف من الغرفة التجارية الدولية، التي أصدرت مشروعاً مبدئياً لمعاهدة في عام 1953 وكانت النظرة إلى هذه المسودة أنها ثورة في التحكيم الدولي من ناحية إعطائه صفة الدولي ، أي غير المرتبط بالتشريعات الداخلية للدول قدر المستطاع بل المرتبط بسُلطان الإرادة وحده.

1 أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي. المرجع السابق. ص: 41.

2 أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي. نفس المرجع. ص: 42.

ثم تبني المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة مبادرة الغرفة التجارية الدولية، حيث أصدر مشروعاً معدلاً للمعاهدة في عام 1955 مصاد لمشروع المعاهدة الذي قدمته غرفة التجارة الدولية.

وتتميز هذا المشروع الجديد بكونه حلاً وسطاً بين اتفاقية جنيف وبين مشروع غرفة التجارة الدولية. ثم أحيل هذا المشروع الجديد إلى الدول الأعضاء في هيئة الأمم المتحدة التي دعت إلى مؤتمر دولي لبحث الموضوع ، وبالفعل انعقد المؤتمر في نيويورك 20 ماي 1958 ليضع نص الاتفاقية في 10 جوان 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجانب و تنفيذها¹.

و قد أضفت اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية 1958 مفهوماً واسعاً اشتملت عليه صياغة المادة الأولى من خلال تطبيق الاتفاقية على أحكام التحكيم المتعلقة بأية منازعات بين أي أشخاص اعتبارية أو طبيعية و الصادرة على إقليم دولة غير تلك التي يطلب فيه الاعتراف بهذه الأحكام أو تنفيذها فحلاً لوثيقتي جنيف لم تشترط الاتفاقية أن يكون طرفا النزاع تابعين لدول أعضاء في الاتفاقية أو أن يكون الحكم قد صدر على إقليم دولة عضو في الاتفاقية، و بالرغم من ذلك أشارت الاتفاقية في الفقرة 3 من المادة الأولى و على أساس المعاملة بالمثل أنه يجوز لأية دولة أن تعلن عند التوقيع على الاتفاقية أو التصديق عليها أو الانضمام إليها تطبيق الاتفاقية على الاعتراف بالأحكام الصادرة و تنفيذها في إقليم دولة عضو في الاتفاقية بل زادت على ذلك إلى جواز تطبيق الاتفاقية على ما يعتبر تجارياً فقط وفقاً للتشريع الوطني.

كما وضعت الاتفاقية معياراً للفرقة بين حكم التحكيم الوطني وحكم التحكيم الأجنبي هو مكان صدور حكم التحكيم ، حيث ورد في المادة (1/1) من الاتفاقية ما يفيد " أن الحكم يعتبر أجنبياً إذا كان قد صدر في إقليم دولة أخرى غير الدولة التي يطلب منها الاعتراف وتنفيذ الحكم المذكور " ، وجاء كذلك في معيار آخر و هو " إذا كان حكم التحكيم لا يعتبر من الأحكام الوطنية في الدولة المطلوب فيها الاعتراف وتنفيذ ذلك الحكم. " هو ما بين تكاملاً بين الإقليمية أو الموضوعية في تطبيق الاتفاقية مع الشخصية أو الوطنية و هو ما يحقق توزيع سريان الاتفاقية أيضاً على أحكام التحكيم التي لا تعتبر داخلية في الدولة التي طلب فيها الاعتراف بالحكم و تنفيذه.

و لعل ما يفسر هذه الازدواجية الواضحة هو ما عليه الحال في دول مختلفة من اختلاف بشأن موضوع تحديد وطنية حكم التحكيم، ففي بعض البلدان إذا كان مكان إجراء التحكيم داخل البلد أو في الخارج يعد معياراً حاسماً فهو في البعض الآخر مجرد أحد المؤشرات المحددة لوطنية الحكم مع غيرها من المؤشرات أو العوامل الأخرى مثلاً جنسية المحكمين أو الأطراف أو نظام الإجراءات الذي يسترشد به المحكمون و ما إلى ذلك².

1 أحمد أنعم بن نايجي الصلاحي. المرجع السابق.ص:45.

2 أبو زيد رضوان. المرجع السابق.ص: 50 و ما بعدها.

كما تضمنت أول شهادة اعتراف رسمية بمراكز التحكيم الدولية ، إذ نصت على أنه " يقصد بأحكام المحكمين ليس فقط الأحكام الصادرة من محكمين معينين للفصل في حالة محددة بل أيضاً الأحكام الصادرة من هيئات تحكيم دائمة يختكم إليها الأطراف " ¹ .

و قد خصصت الاتفاقية المذكورة المادة الثانية لتعالج مسألة القوة القانونية لاتفاقيات التحكيم الموضوع، فالدول المتعاقدة ملزمة بالاعتراف باتفاق الأطراف على الالتجاء للتحكيم بمناسبة خلافات نشأت أو قد تنشأ بينهم بموجب علاقة قانونية محددة، تعاقدية أو غير تعاقدية تصلح أن تكون موضوعاً لإجراءات التحكيم.

و تشترط المادة الثانية أن تكون اتفاقية التحكيم مكتوبة و هذا الحكم يسري على شرط التحكيم الوارد في العقد كما يسري على اتفاقية التحكيم الموقعة من قبل الأطراف أو المتضمنة في الخطابات أو البرقيات المتبادلة ² ، و وفقاً لمذلول نص المادة فمكان إجراء التحكيم المقرر في اتفاقية التحكيم لا يتعلق بالاعتراف باتفاقيات التحكيم في الدول المتعاقدة ، هذا ما ينصرف أيضاً بالنسبة لطبيعة الأشخاص أطراف اتفاقية التحكيم فسواء كانت طبيعية أو اعتبارية .

كما قضت الفقرة 3 من المادة 2 من الاتفاقية بوجود إحالة محكمة الدولة المتعاقدة بناء على التماس من أحد أطراف نزاع موضوع اتفاقية تحكيم في حال عرض دعوى أمامه إلى التحكيم هذا ما لم يتبين لها أن هذا الاتفاق لاغ وباطل أو غير منفذ أو غير قابل للتنفيذ ³ .

كما أن الاتفاقية لم تشر إلى القانون الواجب التطبيق ما يحول المحكمة أن تستعين بقانونها الوطني و ما يرتبط بها من قواعد تنازع في المسائل المرتبطة باتفاقية التحكيم و التي لم تنظمها الاتفاقية ذاتها و هذا ما يعد ترجيحاً لقانون الإرادة على القانون الوطني للبلد الذي يجري فيه التحكيم فخلافاً لما كان في جنيف ، أصبح القانون الوطني لا يطبق إلا في حال حلو اتفاقية التحكيم من اختيار قانون معين ، و بهذا تكون اتفاقية نيويورك قد فصلت بين القانون الذي يحكم اتفاقية التحكيم و مكان إجراء التحكيم ما يعتبر تكريماً لسُلطان إرادة الأطراف .

أما ما يتعلق بنظام تنفيذ أحكام التحكيم في اتفاقية نيويورك فقد ورد في المادة الثالثة من الاتفاقية الالتزام الرئيسي بالاعتراف بأحكام التحكيم و تنفيذها و جاء في نصها " على كل دولة متعاقدة أن تعترف بقرارات التحكيم كقرارات ملزمة و أن تقوم بتنفيذها وفقاً للقواعد الإجرائية المتبعة في الإقليم الذي يحتج فيه بالقرار " فإذا كانت إجراءات التحكيم تخضع للقانون الذي يختاره الأطراف أو القانون الذي يراه المحكمين أكثر ملائمة عندما لا يختار الأطراف القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن إجراءات تنفيذ القرارات التحكيمية تخضع لقانون الدولة الذي يتم فيها التنفيذ.

1 أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي . المرجع السابق. ص: 46.

2 خالد محمد القاضي . المرجع السابق. ص: 134.

3 أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي . المرجع السابق. ص: 47.

فإذا حدث تنازع بين قواعد اتفاقية نيويورك و قواعد قانون دولة معينة متعاقدة فانه يتم حسمه عن طريق إعمال النص الأكثر صلاحية و عمليا تفضيل قواعد اتفاقية نيويورك، و تأخذ اتفاقية نيويورك بمبدأ المعاملة الوطنية بحيث نصت المادة الثالثة من اتفاقية نيويورك على وجوب قيام الدولة الطرف في الاتفاقية بالاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية بدون أي شروط كفرض أعباء أكثر أو رسوم قضائية مقارنة مع ما تقوم به تلك الدولة عند اعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم المحلية، و نلاحظ سلطة قاضي غير المطلقة في التعامل مع أحكام التحكيم الأجنبية، و لا يجوز للدولة أن تعند بحصانتها لعدم تنفيذ أحكام التحكيم لأنها بذلك سوف تهدم النظام القانوني للتحكيم الدولي .

و عليه أبتت الاتفاقية لنظر كل دولة تعيين نظام و إجراءات الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية و تنفيذها إلا أنها في الوقت نفسه أوردت حكمين باغي الأهمية و ارتباطهما بمسألة الوقاية من التدابير التمييزية من خلال إعفاء الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية من الشروط التي فيها عبء أكبر أو رسوم و فوائد أعلى مما هو مقرر بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الداخلية و تنفيذها ، إلى جانب تحديد ما الذي يجب تقديمه عند إعلان طلب الدائن بشأن الاعتراف بالحكم و تنفيذه¹.

و بخلاف أحكام اتفاقية جنيف لسنة 1927 أعفت اتفاقية نيويورك الطرف الذي يطلب الاعتراف بالحكم و تنفيذه من عبء إثبات عدم وجود أساس للامتناع عن الاعتراف بالحكم و تنفيذه و هذا من خلال إجمالها لمسوغات الامتناع عن الاعتراف و التنفيذ² بموجب الفقرتين الأولى و الثانية من المادة الخامسة و قد حددت الفقرة 1 تلك الأسس التي يجب أن يستند إليها الطرف الذي يعترض على الاعتراف و تنفيذ الحكم، فصار الحكم التحكيمي مقبولا حتى ثبوت العكس، وعبء اثبات العكس هو على الطرف الجاري التنفيذ ضده والذي يجب ان يأتي بالدليل على اثبات في حين الفقرة 2، فقد أوردت الأسس التي يجوز أن تأخذها المحكمة في الاعتبار من تلقاء نفسها، و بناء على ذلك لا يجوز الأخذ بأية أسس أو أسباب تمكن من الامتناع عن الاعتراف بالحكم و تنفيذه غير تلك التي وردت على سبيل الحصر بنص المادة الخامسة.

في حين أنه يحق للسلطة المختصة أن تمارس رقابتها التلقائية بخصوص تلك الاعتبارات الواردة في الفقرة الثانية من المادة الخامسة- حتى و إن كان بصفة ظاهرية- أن تفحص من تلقاء نفسها الظروف المشار إليها في الفقرة الثانية من المادة الخامسة، إلا أنه من المتصور أنه يحق للمحكمة البحث فيما إذا كانت الاتفاقية تسري على الحكم المعني و يرى البعض أنه من حق أطراف النزاع في لفت انتباه المحكمة إلى وجود الأسس المشار إليها³.

1 بناءً على المادة الرابعة من الاتفاقية يقوم الطرف الذي يطلب الاعتراف والتنفيذ، وقت تقديم الطلب، بتقديم القرار الأصلي مصدقاً عليه حسب الأصول المتبعة أو نسخة منه معتمدة حسب الأصول و الاتفاق الأصلي المشار إليه في المادة الثانية أو صورة منه معتمدة حسب الأصول.

2 أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي. المرجع السابق.ص:52.

3 تنص المادة 2/5 من اتفاقية نيويورك "يجوز كذلك رفض الاعتراف بقرار التحكيم ورفض تنفيذه إذا تبين للسلطة المختصة في البلد الذي يطلب فيه الاعتراف بالقرار وتنفيذه أنه لا يمكن نسوية موضوع النزاع بالتحكيم طبقاً لقانون ذلك البلد؛ أو أن الاعتراف بالقرار أو تنفيذه يعارض مع السياسة العامة لذلك البلد."

ولهذه السلطة أيضا بناء على التماس طلب التنفيذ أن تأمر الخصم الآخر بتقديم تأمينات كافية وبالتالي، فان اتفاقية نيويورك تحفظ لقاضي دولة بلد المنشأ دورا له الأرجحية مرتين، من جهة أولى، فان حكمه بإبطال الحكم التحكيمي يفرض نفسه على القضاة الأجانب الذين تطلب منهم الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي، ومن جهة أخرى، فان هذه الارححية تتيح للطرف الخاسر مراجعة قاض بلد المنشأ للإبطال، وهذه المراجعة كافية لشل أي طلب للتنفيذ مؤقتاً أمام القاضي الأجنبي.

و تلتزم كل الدول المنضمة إلى معاهدة نيويورك برفض إعطاء الصيغة التنفيذية إذا أبطل الحكم في بلد المنشأ على العكس من ذلك، فإن الأثر الدولي للإبطال يمتد أحياناً إلى سلطة قاضي بلد القانون الذي حسم النزاع على أساسه إذا كان التحكيم في بلد والقانون المطبق لحسم النزاع في بلد آخر. في هذه الحالة يصبح هناك قاضيان اثنان مختصان بالإبطال، ويمكن أن تصدر قرارات متناقضة من القضاة دون أن تكون هناك أفضلية أو سلم أولوية بينهما.

و من التحفظات على هذه الاتفاقية أنها حصرت نطاق الدول التي تستطيع التوقيع عليها وفقاً للمادة الثامنة أو الانضمام إليها فيما بعد بمقتضى المادة التاسعة على الدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة .

لقد وصل نظام معاهدة نيويورك إلى تحقيق تأمين نوع من التنسيق الدولي في الرقابة القضائية المزدوجة¹ على الأحكام وتجنب أن يكون الحكم التحكيمي نافذا في بلد وباطلا في بلد آخر ، الوسيلة التي اعتمدت للتنسيق بين مواقف مختلف المحاكم الوطنية هي في إعطاء فعالية دولية لإبطال الحكم التحكيمي، فإذا أبطل في بلد المنشأ فقد فعاليته في بلد التنفيذ أي أن اتفاقية نيويورك ربطت تنفيذ الحكم بسلامته في بلد المنشأ، وفي البلد الذي طبق قانونه لحسم النزاع، فقد جاء في الكراسة التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية خصيصاً بمناسبة إبرام الاتفاقية بأن واحد من أهم إنجازات الاتفاقية سيكون تقليص المنازعات المحالة على التحكيم بالنظر إلى حداها من إمكانية التهرب من آثار حكم التحكيم.

و كان لمعاهدة نيويورك تأثيراً عظيماً على تطور التحكيم التجاري الدولي فقد رسخت معاهدة نيويورك ركنين أساسيين من أركان الإطار القانوني بالنص على الإحالة الإلزامية إلى التحكيم من جانب المحكمة المحلية في حالة وجود اتفاق سليم للتحكيم وعلى تنفيذ قرار التحكيم.، و قد دعمت المعاهدة قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) لعام 1976 و قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام 1985، ربما كانت معاهدة نيويورك هي السبب الرئيسي في تفضيل التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التجارية الدولية.

1 أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي. المرجع السابق.ص:57.

الفرع الثالث: الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في 21 أبريل 1961

بغرض تقوية الشروط الملائمة لاستخدام التحكيم في نطاق أوروبا على وجه الخصوص ، جرى التحضير للاتفاقية الأوروبية تحت إشراف اللجنة الاقتصادية الأوروبية و المبرمة في 21 أبريل 1961 في جنيف في جلسة خاصة لمندوبين مفوضين تابعين لـ 22 دولة أوروبية، و على الرغم من عنوانها غير أن العضوية فيها لا تقتصر على الدول الأوروبية إذ أنها مفتوحة للانضمام إليها من طرف أية دولة.

و الملاحظ أن الاتفاقية الأوروبية لم تحذو حذو اتفاقية نيويورك التي اقتضت على معالجة مسألة الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم بل جاءت لتعالج كافة المسائل التي يثيرها التحكيم بدءاً بالاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لحين تنفيذ الحكم أو رفض تنفيذه كما أن الاتفاقية الأوروبية تسري بصورة بشكل واضح من العمليات التجارية الدولية أما بالنسبة لاتفاقية نيويورك فإن احكامها تسري على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات التجارية و المدنية¹.

و يتضح جلياً من دياحة الاتفاقية أن مهامها تتعلق باستبعاد الصعوبات التي يمكن أن تنشأ فيما يتعلق بتنظيم و أداء التحكيم التجاري في الروابط القائمة بين الأشخاص الطبيعية و الاعتبارية لمختلف الدول الأوروبية و تطبق الاتفاقية كما هو وارد في مادتها الأولى على اتفاقيات التحكيم فيما يتعلق بالمنازعات الناشئة أو التي يمكن أن تنشأ مستقبلاً عن عمليات التجارة الدولية بين الأشخاص الطبيعية و المعنوية².

و تشترط الاتفاقية الأوروبية أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً سالكة في ذلك نهج اتفاقية نيويورك بيد أن الاتفاقية الأوروبية نصت صراحةً على صحة اتفاق التحكيم الذي لا يتخذ شكل الكتابة إذا كان بين دول لا تشترط قوانينها أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً³.

و تتسم الاتفاقية الأوروبية بإطلاق حرية الأطراف في اختيار المحكمين و تنظيم عملية التحكيم و قد أكدت المادة الرابعة من الاتفاقية على هذا المعنى و كذلك حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و قانون الإجراءات لتنظيم سير عملية التحكيم و كذلك تعيين مكان التحكيم، و في حالة عدم تلاقي إرادة الأطراف بشأن قواعد سير عملية التحكيم فإن للمحكم أن يقرر الإجراءات التي سوف يتبعها أثناء التحكيم و هو ما عاجلته الفقرة الثالثة من المادة الرابعة و مما يميز هذه الاتفاقية أنها نصت في الملحق الخاص بها على لجنة خاصة تتولى أي أمر من أمور التحكيم لا يتفق عليها أطراف النزاع كالإجراءات اللازمة لتعيين المحكم أو تحديد مكان التحكيم.

و من ملامح هذه الاتفاقية تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و قد ذهبت الاتفاقية إلى حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع و في حالة اختلاف الأطراف على تحديد هذا القانون يقوم المحكم

1 خالد محمد القاضي. المرجع السابق. ص: 135.

2 أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي. المرجع السابق: ص62.

3 الفقرة 2/أ من المادة الأولى من الاتفاقية الأوروبية، منير عبد المجيد. الأسس العامة للتحكيم الدولي و الناخلي. الاسكندرية. مصر. منشأة المعارف. بدون عدد طبعة. 2000. ص: 18.

بتطبيق القانون المناسب وفقاً لقواعد تنازع القوانين، و في كل الأحوال يجب على المحكم أن يعتد بما هو متفق عليه في العقد و ما هو متبع في العرف و العادات التجارية¹.

و يلاحظ أن المادة الرابعة من الاتفاقية بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات قد أطلقت حرية الأطراف في اختيار قواعد الإجراءات التي يتبعها المحكمون و قد ذكرت الاتفاقية عبارة قواعد الإجراءات و لم تذكر قانون الإجراءات و من ثم فإن للأطراف الحرية في تحديد القانون الخاص بالإجراءات الواجب اتباعه في سير عملية التحكيم و لهم أن يختاروا قواعد التحكيم المعروفة كالتالي وضعتها الغرفة التجارية الدولية أو تلك القواعد التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي و مما هو جدير بالذكر أن الانضمام إليها لا يقتصر على الدول الأوروبية فقط كما يبدو من التسمية فلا يوجد فيها نص يحظر على غير الدول الأوروبية الانضمام إليها حيث صادقت و أصبحت طرفاً فيها كوبا و فولتا العليا².

و علاوة على ذلك تتضمن الاتفاقية توصيات بأن على الأطراف عند إبرامهم اتفاقية التحكيم أن يحددوا بأكبر قدر ممكن نواياهم مع التدقيق، بالأخص، على ما إذا كانوا يرغبون في أن تسوى منازعاتهم عن طريق التحكيم المؤسسي أم أنهم يفضلون اللجوء إلى تحكيم الحالات الخاصة، و إذا رسي اختيارهم على الأول تعين تحديد ما هي هيئة أو محكمة التحكيم الدائمة المقصودة أما في الحالة الثانية فيتوجب تحديد جميع الظروف و على الأقل مكان إجراء التحكيم أو الإشارة إلى القواعد التي يجب على أساسها أن يتم التحكيم و لعل من الملائم القول بأن هذا التفصيل في الأمور الصغيرة يعد لازماً، ذلك أن تحقيق إرادة الأطراف و الضمان اللازم لهذا لا يتسنى بلوغه إلا طبقاً لنوايا الأطراف التي جرت صياغتها بدقة و وضوح و إلا تحول الأمر إلى بؤرة للخلاف و النزاع³.

هذا و أكدت الاتفاقية في المادة الخامسة، عند معرض تناولها لأسباب و طريقة إعلان الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم، أو عدم قبول نظر القضية تحت طائلة بطلان اتفاقية التحكيم أو عدم وجودها أو فقدانها لقوتها القانونية أو تجاوز التحكيم لنطاق صلاحيته أكدت و رسخت حكم هام هو أن التحكيم عند إعلان الدفع المشار إليه لا يجب أن يمتنع عن قبول الدعوى للنظر فيها و أنه يملك الحق في أن يصدر بنفسه قراراً بشأن عد اختصاصه حتى و إن كان يبقى للمحكمة القضائية حق الرقابة بموجب القانون.

أما بخصوص إعلان الدفع بعدم اختصاص المحكمة القضائية في حال رفعت دعوى أمامها تتعلق بمسألة مشمولة باتفاقية التحكيم فقد قررت المادة 6 في هذا الشأن قواعد معينة بما في ذلك قواعد التنازع المقررة لتحديد صحة اتفاقية

1 خالد محمد القاضي. المرجع السابق. ص: 136.

2 فوزي محمد سابي. المرجع السابق، ص 58 و ما بعدها.

3 أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي. المرجع السابق:ص64.

التحكيم، و عند نظر الدعوى من حيث الموضوع يتعين على المحكمين إعمال القانون المختار من قبل الأطراف في النزاع، و في حالة عدم الإشارة بهذا الشأن، طبق قانون المقرر استناداً إلى قاعدة التنازع التي يرون أنها واجبة التطبيق في هذه الحالة و في جميع الأحوال يلتزم المحكمون في الأخذ بعين الاعتبار شروط العقود و عادات التجارة و لا يحق للمحكمين أن يتصرفوا بصفة محكمين مصالحين الذين لا يسترشدون بالقواعد القانونية بل بمبادئ العدالة إلا في حالة ما إذا نصت اتفاقية التحكيم على ذلك أو كان ذلك جائزاً في القانون الذي ينظم التحكيم.

الفرع الرابع: اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و مواطني الدول الأخرى لعام 1965

تولى البنك الدولي للإنشاء و التعمير إعداد هذه الاتفاقية سنة 1965 و ذلك بهدف تشجيع الاستثمارات الدولية الخاصة في مجال التعاون الدولي مما يؤدي إلى تحقيق التنمية الاقتصادية خاصة في الدول النامية، و في الواقع ان هذه الاتفاقية كانت تهدف إلى بعث الثقة و الطمأنينة في نفوس أصحاب رؤوس الأموال في الدول المتقدمة و الذين يسعون دائماً إلى حماية أموالهم و استثماراتهم من إجراءات قد تتخذها الحكومات في بعض الدول كالتأميم، و تمثل هذه الاتفاقية الركيزة الأساسية لبحث قدرة الأشخاص المعنوية العامة على الدخول طرفاً في اتفاقية تحكيمية لتسوية منازعات الاستثمار و قد أنشأت الاتفاقية مركزاً لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار أطلق عليه المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار¹.

و قد خصصت الاتفاقية الباب الأول للأحكام الخاصة بالمركز متعلقة بإنشاء المركز و تشكيله أما الباب الثاني فقد تضمن اختصاصات المركز و الباب الثالث للحديث عن طلبات التوفيق و تشكيل لجنة التوفيق و إجراءاته أما الباب الرابع من الاتفاقية فقد جاء للحديث عن التحكيم و ما يتعلق به من كفاءات تقديم طلبات التحكيم و تشكيل محكمة التحكيم إلى جانب سلطات محكمة التحكيم، كما أن الاتفاقية تطرقت إلى حكم التحكيم انطلاقاً من صدوره إلى تفسيره و إعادة النظر فيه و كذا طلب إبطاله وصولاً إلى الاعتراف بالحكم و تنفيذه، أما عن كفاءات تغيير و تنحية أعضاء لجان التوفيق و المحكمين و مصاريف الإجراءات و الرسوم التي يدفعها الطرفان و مكان إجراءات التوفيق و التحكيم في المنازعات بين الدول المتعاقدة و تعديل الاتفاقية فقد نظمتها الاتفاقية في أبوابها الخمس الموالية.

والملاحظ من خلال أحكام الاتفاقية أنها لا تطبق إلا بمحض إراد أطراف النزاع، كما اشترطت أن يكون طلب اللجوء إلى حسم النزاع وفقاً للاتفاقية مكتوباً و من جهة أخرى لم تحدد له صياغة محددة، ثم يمكن للدول أن تضع في قوانينها الخاصة بالاستثمارات نصاً يقضي بفض المنازعات الناشئة عن هذه الاستثمارات بنظام التحكيم، و وفقاً لأحكام الاتفاقية يمكن للدول أن تضمن في الاتفاقيات و المعاهدات المتعلقة بالاستثمار نصاً بهذا المعنى.

1 خالد محمد القاضي. المرجع السابق. ص: 138.

و قد كرس الاتفاقية مبدأ سلطان الإرادة من خلال حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و على الإجراءات و في حالة اختلاف الأطراف تتولى المحكمة تطبيق قانون الدولة المتعاقدة التي هي طرف في النزاع بما في ذلك القواعد الخاصة بتنازع القوانين كما تطبق المحكمة أيضاً مبادئ القانون الدولي التي تتعلق بموضوع النزاع.

و قد أقرت الاتفاقية في أحكامها أن حكم التحكيم يكون ملزماً للأطراف و غير قابل للطعن إلا في الحالات المنصوص عليها في الاتفاقية، كما تعترف كل دولة بأن جميع الأحكام الصادرة وفق الاتفاقية ملزمة و تضمن تنفيذ الالتزامات المالية على إقليمها، و أما عن مكان إجراءات التحكيم و التوفيق فهي تتم أصلاً في مقر المركز غير انه يجوز للأطراف ان تتفق على أن تجرى هذه الإجراءات في مقر محكمة التحكيم الدائمة أو أي مؤسسة أخرى سواء أكانت خاصة او عامة، كما أن أي خلاف ينشأ بين الأطراف يتعلق بأحكام تفسير و تطبيق الاتفاقية تتولى نظره محكمة العدل الدولية بناء على طلب أي من أطراف النزاع و قد تتفق الأطراف على تسوية الخلاف بطريقة أخرى¹.

و تكتسي هذه الاتفاقية أهمية كبيرة و دوراً في حل النزاعات التجارية الدولية لذلك صادقت عليها العديد من الدول من أجل الاستفادة من أحكامها و تطبيق مبادئها و التي يمكن أن نوجزها فيما يلي:

- تطبق أحكام الاتفاقية على الدول المتعاقدة و مواطني الدول المتعاقدة الأخرى.
- عدم خضوع أطراف النزاع لأحكام الاتفاقية إلا إذا قبلوا ذلك بموجب تصريح كتابي.
- عدم امكانية سحب الموافقة المكتوبة باللجوء إلى المركز بالإرادة المنفردة لأحد الأطراف المتنازعة.
- حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، و على الإجراءات و في حالة عد الاتفاق تحدد هيئة التحكيم ذلك القانون.
- حجية أحكام التحكيم الصادرة عن المركز و ضرورة تنفيذه، فيما عدى الحالات المنصوص عليها في الاتفاقية.
- تعهد الدول المتعاقدة بالاعتراف بالأحكام الصادرة عن المركز و القيام بتنفيذ الالتزامات المالية على إقليمها.
- امكانية ابطال الحكم التحكيمي من قبل الأطراف بناء على طلب كتابي موجه إلى اللجنة المختصة.

الفرع الخامس: التنظيم التحكيمي العربي

ارتبط التحكيم في الدول العربية بالتعاون العربي من خلال تحقيق أعلى درجات التعاون و في مختلف المجالات في اطار جامعة الدول العربية و قد نص ميثاق جامعة الدول العربية على مسألة تسوية المنازعات في المادة الخامسة على أنه " لا يجوز اللجوء إلى القوة لفض المنازعات بين دولتين أو أكثر من دول الجامعة ، فإذا نشب بينهما خلاف لا يتعلق باستقلال الدولة أو سيادتها أو سلامة أراضيها ولجأ المتنازعون إلى المجلس لفض هذا الخلاف كان قراره عندئذ نافذاً وملزماً، وفي هذه الحالة لا يكون للدول التي وقع بينها الخلاف الاشتراك في مداوات المجلس وقراراته ، ويتوسط المجلس في

1خالد محمد القاضي. المرجع السابق. ص: 140.

الخلاف الذي نخشى منه وقوع حرب بين دول الجامعة فيما بينها ، أو بين دولة من دول الجامعة وأخرى غيرها للتوفيق بينهما ، وتصدر قرارات التحكيم والقرارات الخاصة بالتوسط بأغلبية الآراء وإن لم تفصل المادة في الشروط و الإجراءات الواجب اتباعها إلا أنها وطنت للتحكيم كوسيلة لحل النزاعات.

و تحقيقاً لما نصت عليه المادة الثانية من ميثاق جامعة الدول العربية جاءت اتفاقية عام 1952 لتيسير تنفيذ الأحكام فيما بين الدول العربية و التي تعد الأولى من نوعها في اطار العمل الاتفاقي العربي في مجال التحكيم. بعدها تم التوقيع على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية لعام 1981 التي اصبحت نافذة المفعول منذ السابع من ايلول 1981 والتي صادقت عليها خمسة عشرة دولة عربية¹ ، في الدول العربية المنضمة إلى جامعة الدول العربية، وموضوعها ينصب على استثمار المال العربي في الدول العربية، حيث انضمت إليها جميع الدول ما عدا مصر عمان و الجزائر.

غير أن إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي و الموقعة² بتاريخ 6 أبريل 1983 و وفقاً للمادة (72) منها تحل هذه الاتفاقية بالنسبة للدول التي صادقت عليها في نطاق جامعة الدول العربية بشأن كل تنفيذ الأحكام و قد خصصت الاتفاقية الباب الخامس منها (المواد من 25 إلى 37) الاعتراف بالأحكام الصادرة في القضايا المدنية والتجارية والإدارية وقضايا الأحوال الشخصية وتنفيذها"

و قد وضعت الاتفاقية في مستهل هذا الباب في(البند أ المادة 25) تعريفاً اتسم بالانساع من خلال قولها: " يقصد بالحكم في معرض تطبيق هذا الباب كل قرار أياً كانت تسميته يصدر بناء على إجراءات قضائية أو ولاءية من محاكم أو أية جهة مختصة لدى أحد الأطراف المتعاقدة."

و قد أوردت المواد من 26 إلى 29 تبعاً أحكاماً متعلقة بالإختصاص في حالة النزاع حول أهلية الشخص طالب التنفيذ أو حالته الشخصية و الإختصاص في حالة الحقوق العينية و كذا حالات اختصاص محاكم الطرف المتعاقد الصادر فيه الحكم إلى جانب مدى سلطة محاكم الطرف المتعاقد المطلوب إليه الإعتراف بالحكم أو تنفيذه عند بحث الأسباب التي بني عليها اختصاص محاكم الطرف المتعاقد الآخر.

و قد حددت الاتفاقية الشروط المتعلقة بالاعتراف بالحكم التحكيمي من خلال تفصيلها في حالات رفض الاعتراف بالحكم بموجب المادة (30) أما ما يتعلق بتنفيذ الحكم التحكيمي فقد نصت المادة (31 بند 1) على قابلية الحكم الصادر من محاكم أحد الأطراف المتعاقدة والمعتزف به من الأطراف المتعاقدة الأخرى طبقاً لأحكام هذه الإتفاقية

1 فوزي محمد سامي. المرجع السابق. ص: 67.

2 وافق عليها مجلس وزراء العدل العرب بموجب قراره رقم (1) المؤرخ 1983/4/6 في دورة انعقاده العادي الأولى. من قبل جميع الدول الأعضاء عدا كل من (جمهورية مصر العربية - جمهورية القمر الاتحادية الإسلامية).

للتنفيذ لدى ذلك الطرف المتعاقد الآخر متى كان قابلاً للتنفيذ لدى الطرف المتعاقد التابعة له المحكمة التي أصدرته حيث أسست الاتفاقية للتنفيذ المتبادل للأحكام.

وقد أخضعت المادة المشار إليها في بندها الثاني الإجراءات الخاصة بالإعتراف بالحكم أو تنفيذه لإختصاص قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الإعتراف بالحكم، وذلك في الحدود التي لا تقتضي فيها الإتفاقية بغير ذلك. و قد قيدت الإتفاقية في المادة (32) مهمة الهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الإعتراف بالحكم أو تنفيذه أين قصرتها على التحقق مما إذا كان الحكم قد توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في هذه الإتفاقية وذلك دون التعرّض لفحص الموضوع وتقوم هذه الهيئة بذلك من تلقاء نفسها وتثبت النتيجة في قرارها.

و قد أجازت الاتفاقية أن ينصب طلب الأمر بالتنفيذ على منطوق الحكم كله أو بعضه إن كان قابلاً للتجزئة و عليه أجازت أحكام المادة (37) للهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ أن تبحث في موضوع التحكيم و أن ترفض تنفيذ الحكم وفق حالات جاءت بها المادة على سبيل الحصر.

كما يتعيّن وفقاً لنص المادة على الجهة التي تطلب الإعتراف بحكم المحكمين وتنفيذه أن تقدّم صورة معتمدة من الحكم مصحوبة بشهادة صادرة من الجهة القضائية تفيد حيازته للقوة التنفيذية ، كما توجب تقديم صورة معتمدة من الإتفاق (صحيح مكتوب قبل الأطراف) و الذي بموجبه يخضع الأطراف لإختصاص المحكمين وذلك للفصل في نزاع معيّن أو فيما قد ينشأ بينهما من منازعات في علاقة قانونية معينة .

و قد تمخض عند حصول أزمة النفط في العام 1973 و ارتفاع أسعاره، تبلور العمل العربي المشترك الذي يكرس التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار من خلال فكرة إنشاء اتفاقية بينية لفض النزاعات ما بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية و مواطني البلاد العربية الأخرى¹، أين تم التوقيع على اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى(1974) و تقتضي الاتفاقية على أن يكون التحكيم مختلطاً، أي يكون بين شخص تابع للقانون العام من جهة، و شخص تابع للقانون الخاص من جهة ثانية و عليه فإنه لا يمكن اللجوء إلى التحكيم ما بين دولتين أو شخصين تابعين للقانون العام، أو شركتين تابعتين للقطاع الخاص.

كما تقتضي أيضاً بأن يكون طرفي التحكيم فريقين عربيين أي بين دولة عربية ومواطن من مواطني دولة عربية فقط ذلك أن هذه الاتفاقية ترمي إلى حل أي نزاع قانوني ناشئ مباشرة عن استثمار، على أن يكون هذا النزاع حاصلًا بين الدولة العربية والمضيفة لهذا الاستثمار أو إحدى هيئاتها العامة وبين أحد مواطني دولة عربية أخرى، سواء أكنّا بصدد

1 وقد تم توقيع الاتفاقية بين الأردن والسودان وسورية والعراق والكويت ومصر واليمن في 10/6/1974، وقد صادق عليها مجلس الوحدة الاقتصادية العربية التابع لجامعة الدول العربية في ديسمبر 1974 ودخلت حيز التنفيذ في 20/8/1976 .

شخص طبيعي أو معنوي، و ذلك بهدف خلق مناخ ملائم يساعد على تشجيع الاستثمارات العربية في البلاد العربية وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من الاتفاقية.

غير أن هذه الاتفاقية لم تشترط شكل معين لاتفاق التحكيم ولكنها أوجبت أن يكون العقد التحكيمي مكتوبا و يعود أمر تقدير صحته وثبوته إلى المحكمة التحكيمية بحكم استقلالية الشرط التحكيمي أو بحكم الاتفاق التحكيمي اللاحق للنزاع، فإذا أثير موضوع يتعلق بشبوت العقد التحكيمي المكتوب المقدم لهيئة التحكيم تبت المحكمة التحكيمية المؤلف من المحكمين بهذا الدفع في الحكم الذي تتخذه أو في حكم منفصل .

لا بد من التأكيد على ان هذه الاتفاقية ما هي إلا محاولة لتعريب اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)، إلا أن محاولة التعريب هذه لا تنفي قيام التباين فيما بينهما وإن كان هذا التباين يكمن في نطاق محدود ذلك أن اتفاقية 1974 جعلت من التحكيم الوسيلة الوحيدة لفض نزاعات الاستثمار بين الدول العربية، بينما اتفاقية 1965 بواشنطن قد أعطت المجال للدول المتعاقدة باستنفاد جميع وسائل المراجعة المحددة في تشريعها الداخلي قد استنفذت ، بينما اتفاقية 1974 للدول العربية فلم تتحدث مطلقا على أي استثناء قد يعطي للدول المتعاقدة في تعليق قبولها للتحكيم بالزامية استنفاد وسائل المراجعة الداخلية¹.

من جهة أخرى فإن حكومات الدول الأعضاء في جامعة الدول العربية، في تحقيقها لأهداف ميثاق الجامعة و معاهدة الدفاع المشترك والتعاون الاقتصادي العربي، وانطلاقا من هدف تعزيز التنمية العربية الشاملة والتكامل الاقتصادي العربي، قد أبرمت الاتفاقية "الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال في البلدان الأعضاء في الجامعة العربية" و الموقعة ، بعمّان بتاريخ 26 نوفمبر 1980 و قد نصت الاتفاقية في الفصل السادس منها و المتعلق بتسوية المنازعات و في المادة 25 منها على التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق هذه الاتفاقية حيث يتم التحكيم حسب ما يتضمنه ملحق الاتفاقية من قواعد و إجراءات بموجب المادة 26 من الاتفاقية.

و نتيجة لارتفاع عدد المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار المبرمة من طرف الدول العربية والتي يتم عرضها غالبا على مراكز التحكيم الأجنبية ، أصبح من الضروري إنشاء مركز تابع للدول العربية و قد سبق بلورة هذه الفكرة في مشروع لإنشاء مركز تحكيم عربي جرى بحثه وإعداده في مجلس وزراء العدل العرب بعد قرار اتخذه هذا المجلس سنة 1984 حيث كلفت الأمانة العامة للمجلس بإعداد دراسة علمية حول إنشاء هيئة عربية دائمة للتحكيم التجاري.

1 باسود عبد المالك، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي. رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية . جامعة أوبكر بلقايد. تلمسان . الجزائر. السنة الجامعية 2014-2015. ص:58.

و بتاريخ 14/4/1987 وقعت¹ بمدينة عمان (المملكة الأردنية الهاشمية) الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري و تعد أهم الاتفاقيات العربية في مجال التحكيم التجاري، إذ انها الاتفاقية الوحيدة التي نظمت التحكيم بالنسبة لمختلف المنازعات التجارية في إطار مؤسسي (institutional) متكامل، بدءاً من تشكيل مركز عربي موحد لتسوية المنازعات عن طريق التحكيم يتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة وتلحق إدارياً ومالياً بالأمانة العامة لجامعة الدول العربية ، مروراً بإجراءات التحكيم، وانتهاءً بصدور قرار التحكيم وتصحيحه والطعن فيه، بل وتنفيذه أيضاً.

و قد نصت ذات الاتفاقية على مجموعة من الأحكام خاصة فيما يتعلق باتفاق التحكيم، فقد تبني نظام تحكيم المركز العربي للتحكيم التجاري وسيلتين للاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، إما عن طريق شرط التحكيم أو عن طريق عقد التحكيم اللاحق لقيام النزاع.

أين اعتمدت اتفاقية عمان التحكيم المؤسسي كقاعدة عامة والتحكيم الحر كاستثناء ، وقد تم الوصول إلى هذه الخلاصة من كون مواد الاتفاقية لم تتحدث عن التحكيم الحر إلا عند حد تأكيد جوازه ، واستقلت باقي مواد الاتفاقية بتنظيم التحكيم المؤسسي ممثلاً في المركز العربي للتحكيم التجاري ، فقد نصت الاتفاقية في المادة الثالثة على ازدواجية نظام التحكيم بين حر و مؤسسي ، ثم انتقلت في الفقرة الثالثة من نفس المادة إلى بند يسند الاختصاص إلى المركز العربي للتحكيم التجاري ، فاتفاقية عمان جعلت كل بنودها متعلقة بتنظيم التحكيم في هذا المركز، جاعلة منه نظاماً شاملاً و قائماً بذاته للتقاضي التحكيمي العربي على المستوى الهيكلي و القانون الإجرائي وحتى الموضوعي².

و هذا ما يظهر جلياً من خلال ديباجة³ الاتفاقية و حرصها على خلق نظام للتحكيم يعنى بإرساء قواعد موضوعية و اجرائية تحقق على ضوئها مراكز نظامية دائمة و متخصصة في إطار التحكيم المؤسساتي أو النظامي لضمان حل للنزاعات التي نشأت أو قد تنشأ مستقبلاً، حيث يعتبر التحكيم المؤسسي وسيلة تنفق عليها الأطراف من خلال إبرام اتفاق على إحالة المنازعات التي نشأت بالفعل أو قد تنشأ مستقبلاً إلى التحكيم أمام إحدى مؤسسات نظامية دائمة و اعتباره نظام أصيل لحل المنازعات في اطار الاتفاقية نظراً لما يمتاز به التحكيم المؤسساتي من تفادي للتعقيدات والصعوبات التي يعرفها التحكيم الحر (تعيين المحكمين، القوانين المطبقة...).

و بخصوص شرط التحكيم اقترحت اتفاقية عمان أن تكون صياغته على النحو التالي :

"كل النزاعات الناشئة عن هذا العقد تتم تسويتها من قبل المركز العربي للتحكيم التجاري وفقاً للأحكام الواردة في الاتفاقية للتحكيم التجاري." أما عقد التحكيم فيتم إبرامه بعد قيام النزاع وانطلاقاً من طبيعة هذا النزاع وخصوصيته.

1 و قد وقعت بواسطة أربعة عشر دولة عربية وقد جرى تعديل بعض أحكام هذه الاتفاقية من قبل مجلس وزراء العدل العرب في دورته الثالثة بموجب القرار رقم 8-8-162 بتاريخ 1992/4/22.

2 بأسود عبد الملك. المرجع السابق. ص: 58.

3 و التي ورد فيه " إيماناً منها بأهمية إيجاد نظام عربي موحد للتحكيم التجاري ، يأخذ مكانه بين أنظمة التحكيم العالمية والإقليمية و حرصاً منها لتحقيق التوازن العادل في حل النزاعات التي يمكن أن تتولد عن عقود التجارة الدولية وإيجاد الحلول العادلة لها"

و قد وسعت الاتفاقية نطاق النزاعات التي يمكن أن تعرض أمام المركز، في النزاعات التجارية الناشئة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين أيا كانت جنسيتهم يربطهم تعامل تجاري مع إحدى الدول المتعاقدة أو أحد أشخاصها أو تكون لهم مقار رئيسية فيها.

كما اعتمدت الاتفاقية نظام قائمة المحكمين عناية منها بمستوى المحكم، و في هذا الخصوص يعد مجلس إدارة المركز سنويا قائمة بأسماء المحكمين "من كبار رجال القانون والقضاء أو من ذوي الخبرة العالية والاطلاع الواسع في التجارة والصناعة أو المال ومتمتعين بالأخلاق العالية والسمعة الحسنة." غير أن أطراف النزاع ليسوا ملزمين بالقائمة التي تضم المحكمين، إلا أن هؤلاء يعينون من القائمة في حال عدم تعيين طالب التحكيم محكمه أو تخلف المطلوب في التحكيم عن تسمية محكمه أو عدم اتفاق الطرفين على تعيين محكم ثالث .

و في إطار سهر المركز على ضمان استمرارية العملية التحكيمية، نظم مسؤولية المحكم كما نظمت الاتفاقية مسألة رد أحد المحكمين (المخاصمة) ، و في إطار سريان إجراءات التحكيم نظمت الاتفاقية مجموعة من المقتضيات بالنسبة للإجراءات و الآجال الخاصة بالعملية التحكيمية.

وخلاصة التنظيم التحكيمي الإقليمي العربي يكمن في تفضليه للتحكيم المؤسسي على التحكيم الحر، فهو يجعل من التحكيم مؤسسة مستقرة موحدة وشاملة لقضاء التجارة الدولية والاستثمار، يحررها نظام قانوني تحكيمي مستقل عن النظم الوطنية ويعلوها ويتجاوز حدودها ويتجسد هذا النظام الإقليمي في مؤسسة قضائية تحكيمية معززة بنظام هيكلي رسمي بما يضمن لها الولاية الكاملة على النزاع أصلا واستعجالا، و على عوارض التحكيم، بما يؤدي إلى استبعاد كلي لأي تدخل خارجي في التحكيم، سواء في مرحلة تكوين هيئة التحكيم، أو مرحلة سير الإجراءات، أو مرحلة الطعن، في حين تم النزول في مسألة مقبولية الحكم التحكيمي إلى أضيق الحدود، وذلك بحصرها في مخالفة النظام العام¹ .

الفرع السادس: القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي

لقد سلمت الجمعية العامة للأمم المتحدة للجنة من خلال انشاء² لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNCITRAL بأن التفاوتات في القوانين الوطنية التي تنظم التجارة الدولية تضع عوائق أمام تدفق التجارة واعتبرت أن اللجنة هي الوسيلة التي تستطيع بها الأمم المتحدة القيام بدور أنشط في تقليل هذه العوائق و إزالتها و لقد كان تحقيق

1 لكن هذا التصور شهد ردة مع مشروع قانون الاسترشادي للإجراءات المدنية الذي اعتمده مجلس وزراء (2) العدل العرب في دورته التاسعة عشرة المنعقدة بالجزائر بمقتضى القرار رقم 494 /19د/ 2003/810، والذي نظم التحكيم في المواد من 502 إلى 573. حيث ضيق في مجال التحكيمية صلب الفصل 510 مستعبدا المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ونزاعات الجنسية والمسائل المتعلقة بالنظام العام والتراعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العامة ، متراجعا عن المكاسب التي وصلت إليها بعض القوانين الخاصة بالقانون المصري والبناني ، كما وسع من مجال تدخل القضاء وشدد في شروط الإذن بتنفيذ الحكم التحكيمي ووحدها بين التحكيم الداخلي والدولي. لكنه رغم ذلك يظل قانونا استرشاديا غير ملزم للدول الأعضاء. باسود عبدالمالك . المرجع السابق. ص: 61.

2 أنشئت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2205 في دورتها الحادية والعشرين بتاريخ 17 كانون الأول / ديسمبر 1966 و تتكون من تسع وعشرين دولة تنتخب بواسطة الجمعية العامة للأمم المتحدة لفترة ست سنوات. خالد محمد القاضي. المرجع السابق. ص: 141.

التعاون الدولي في مجال التجارة الدولية هو الأساس في إنشاء هذه اللجنة بإعتباره أحد أهم دعائم إرساء السلم و الأمن الدوليين.

و انصرفت لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي بعد انشائها إلى السعي للتوفيق والتوحيد بين قوانين التحكيم الدولي في العالم، مدرجة هذا الموضوع على رأس جدول أعمالها ومهمتها عصرنة و مواءمة القواعد المتعلقة بالأعمال التجارية الدولية و بغية زيادة الفرص لتحقيق النمو للتبادل التجاري على نطاق عالمي فوفق ما أورده المادة الثامنة من الفصل الثاني من القرار رقم 21/2205 فإن الاختصاصات الموكلة لهذه اللجنة تتعلق بتطوير و تأكيد و توحيد القانون التجاري الدولي و الت منها إعداد و صياغة و اتخاذ الإجراءات اللازمة للمرافعة على نماذج موحدة للقوانين المتعلقة بالتجارة الدولية، و بناء على هذا الاختصاص أسندت لجنة الأمم المتحدة مهمة إعداد مشروع قانون نموذجي للتحكيم التجاري الدولي إلى مجموعة عمل تكونت سنة 1981، و قد أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذا القانون الموحد للتحكيم التجاري الدولي في سبتمبر 1985 داعية الدول الأعضاء إلى وضع هذا القانون موضع اعتبار عند وضع تشريعاتها الداخلي¹.

و يرتكز قانون التحكيم على مبادئ و قواعد ترمي إلى جعل التحكيم أكثر يسراً و فعالية، كما تؤدي إلى تمكين المحكمين من اداء مهمتهم على الوجه الأكمل، و تتعلق أهم المبادئ التي تضمنها القانون النموذجي بشرط التحكيم و استقلاليته و حرية أطرافه و إجراءاته و طلب رد المحكمين و هي أحكام يتضمنها إجمالاً اتفاق التحكيم.

فقد وضعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري صيغة نموذجية لشرط التحكيم نصت على: " كل نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به أو بمخالفة أحكامه أو نسخه أو بطلانه يسوى بطريق التحكيم وفقاً لقواعد التحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي كما هي سارية المفعول حالياً"².

و قد أشارت اللجنة في نموذج شرط التحكيم إلى أنه قد يرغب الطرفان في اضافة بيانات اضافية كتحديد سلطة التعيين و عدد المحكمين سواء كان محكم أو ثلاثة و تحديد مكان التحكيم و اللغة أو اللغات التي تستخدم في اجراء التحكيم .

ويحتل مصطلح الإرادة مكانة محورية في ثنايا هذا القانون، إذ تتجسد إرادة الأطراف في حريتهم في اختيار التحكيم وسيلة لحل منازعاتهم بدلا عن قضاء الدولة، فضلا في حريتهم في اختيار هيئة التحكيم والإجراءات المناسبة والقانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعة، وقد تمتد الحرية الى حد السكوت عن اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات ، و على الموضوع، و ترك ذلك لهيئة التحكيم لتضطلع بتحديد ذلك بكل حرية، إضافة الى مصطلح الإرادة

1 خالد محمد القاضي. المرجع السابق. ص: 142.

2 خالد محمد القاضي. نفس المرجع السابق. ص: 143.

يتميز هذا القانون أيضا باعتماده لمصطلح الاستقلال، أي استقلال اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي أو عن كل عقد وطني.

سعيًا منا لمعرفة مدى تجسيد قواعد UNCITRAL لكل من مصطلحي الإرادة والاستقلال، سنتعرض لبعض مظاهر إرادة الأطراف في سير الإجراءات التحكيمية، و لاستقلال اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي. و في مسألة التعبير عن الإرادة في سير الإجراءات التحكيمية تخضع قواعد اليونسترال سير إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف، ولا تضطلع محكمة التحكيم بذلك إلا عند عدم اتفاقهم، و تبدأ الاجراءات بإخطار يرسله المدعى إلى الطرف الآخر المدعى عليه، و تبدأ الاجراءات من تاريخ تسلم المدعى عليه اخطار التحكيم و في مجال الحرية في اختيار محكمة التحكيم للأطراف، مطلق الحرية في اختيار تشكيلة محكمة التحكيم مثلما هو مقرر في القواعد العامة للتحكيم، و تبدأ اجراءات التحكيم باخطار يرسله المدعي إلى الطرف الآخر المدعى عليه و وجوب تضمين الإشعار بالتحكيم اقتراحا بشأن عدد المحكمين ولغة التحكيم ومكانه، إذا لم يكن الأطراف قد اتفقوا على ذلك من قبل، فإذا كان عدد المحكمين ثلاثة يختار كل طرف محكماً واحداً و يختار المحكمان المعينان على هذا النحو المحكم الثالث و هو الذي يتولى رئاسة هيئة التحكيم، أما في حالة اخطار أحد الطرفين للطرف الآخر باختيار المحكم و لم يتم هذا الأخير خلال ثلاثين يوماً من تاريخ استلام الاخطار بإخطار الطرف الأول بالمحكم الذي اختاره ففي هذه الحالة يجوز للطرف الأول أن يطلب ذلك من سلطة التعيين إن كان هناك اتفاق عليها بين الطرفين أما اذا لم توجد جاز للطرف الأول أن يطلب من الأمين العام لمحكمة التحكيم بلاهاي تسمية سلطة التعيين و عندئذ يطلب من هذه الجهة تعيين محكم ثان.

كما أنه في حالة انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ تعيين المحكم الثاني دون أن يتفق المحكمان على اختيار المحكم المرشح يتم تعيينه وفقاً للطريقة السابقة¹.

تجدر الإشارة إلى أن هذه القواعد منحت الأطراف حرية إسناد محكمة التحكيم سلطات محددة كسلطة الفصل في المنازعة كمفوض بالصلح، إذ ينبغي التذكير بهذا الخصوص أنه لا يمكن لمحكمة التحكيم أن تفصل في المنازعة المعروضة عليها بموجب مبادئ العدل والإنصاف إلا إذا قرر الأطراف ذلك، وهذه المكنة منصوص عليها في أحكام الفقرة الثانية من المادة 35 من قواعد UNCITRAL فقد قضت على أنه: "لا يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في المنازعة كحكم غير مقيد بنص أحكام القانون أو وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف إلا إذا أذن الأطراف لها بذلك صراحة."

1 خالد محمد القاضي. المرجع السابق. ص: 144.

أما في مجال الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق فإن أهم مظهر من مظاهر التعبير عن الإرادة في التسوية متعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعة، فهي تمنح للطرفين حرية تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع، وفي حالة عدم تحديدها له، تضطلع بكل حرية محكمة التحكيم باختيار القانون الأنسب. فلقد نصت الفقرة الأولى من المادة 35 من قواعد تحكيم UNCITRAL على أنه: "تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي يعينها الأطراف باعتبارها منطبقة على موضوع المنازعة، فإذا لم يعين الأطراف تلك القواعد طبقت هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسباً."

مما سبق يظهر الطابع الليبرالي لقواعد اليونسترال، والذي يظهر بشكل جلي في الحرية الواسعة الممنوحة للأطراف غير أن ليبرالية قواعد تحكيم لجنة اليونسترال للتحكيم لا تفاجئ أحدا كونها تعنى بالأساس بقواعد التحكيم الحر، الذي تظهر حرية الأطراف فيه أكثر مقارنة بالتحكيم المؤسسي

ولقد أضحى مبدأ استقلال اتفاقية التحكيم و كذا الاختصاص بالاختصاص من المبادئ الأساسية لقانون التحكيم فالنسبة لقواعد اليونسترال فرغم أنها جمعت كل من مبدأ استقلال اتفاقية التحكيم و مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مادة واحدة، إلا أنها كانت صريحة في تأكيدها على مبدأ الاستقلال، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة 23: " تكون هيئة التحكيم صلاحية البث في اختصاصها، بما في ذلك أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته، و لهذا الغرض ينظر إلى بند التحكيم الذي يشكل جزءا من العقد على أنه اتفاق مستقل عن بنود العقد الأخرى، و لا يترتب تلقائيا على أي قرار لهيئة التحكيم ببطان العقد بطلان بند التحكيم"، و قد نصت تسوية UNCITRAL على مبدأ الاختصاص بالاختصاص في الفقرة الأولى من المادة 23 التي أسندت صلاحية البث في الاختصاص لهيئة التحكيم بما في ذلك أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق لتحكيم أو صحته، فالنص على مبدأ الاختصاص بالاختصاص يساهم بشكل كبير في تجنب عرقلة إجراءات التحكيم و إطالة أمد النزاع التي تسعى الأطراف سيئة النية إلى تحقيقها، وذلك بدفعها بعدم اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في النزاع استنادا إلى بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو انقضائه أو بطلان اتفاقية التحكيم ذاتها أو غير ذلك من الدفوع الأخرى¹.

مما سبق يتضح أن التسوية التحكيمية قد اعتمدت العديد من المبادئ الموضوعية المكرسة في التحكيم التجاري.

الدولي

1 خالد محمد القاضي. المرجع السابق. ص: 145.

المطلب الثاني : الأساس الداخلي للتحكيم

يرى البعض أن القانون الوطني هو المعني بتحديد صلاحيات أشخاص القانون العام الاعتبارية في التوقيع على اتفاق التحكيم، و يعتبر هو الحل الوحيد الذي يأخذ بالاعتبار لتوضيح موقف كل دولة من هذا الأسلوب القضائي الخاص، بينما يستلزم البعض الآخر موافقة الدولة أو إحدى هيئاتها، على اللجوء للتحكيم واضحة و صريحة و مكتوبة و لا تتحمل الشك .

الفرع الأول: التحكيم في فرنسا

اختلفت التشريعات الداخلية للدول بين مؤيدة للتحكيم، و أخرى معادية له ،ظل التحكيم في فرنسا طوال القرون الوسطى نقطة تصادم بين الملك و البرلمانات هذا يريد تشجيعه، و تلك تبغي تحريمه لكيلا يتخذ أداة لسلب اختصاصها القضائي، و من صور هذا الصراع أن الملك فرانسوا الثاني أصدر مرسوما عام 1560م يجعل التحكيم إجباريا في المسائل التجارية و قسمة التركات، و على الرغم من هذا المرسوم ظلت بعض البرلمانات لا تقبل التحكيم أصلا، و جرى بعضها على قبول الطعن في قرارات المحكمين دون شرط أو قيد و نقل القانون التجاري الفرنسي القديم الصادر عام 1673 عن المرسوم السالف ذكره، الأحوال التي يكون فيها التحكيم إجباريا وأضاف إليها المنازعات المتعلقة بالشركات ثم جاءت الثورة الفرنسية بعد ذلك تنادي بالحرية في كل المجالات من بينها مجال التعاقد و لهذا باركت نظام التحكيم بوصفه مظهرا من مظاهر الحرية و اعتبرته كما يقول دستور فرنسا عام 1971 الوسيلة المثلى لإنهاء المنازعات بين المواطنين، و للحرية، لا يجوز للشارع الانتقاص منه¹.

غير أن نطاق التحكيم ضيق فيما بعد، عند صدور قانون المرافعات المدنية الفرنسي الصادر عام 1806 في المواد من 1003 إلى 1028 و الذي تضمن تنظيماً مفصلاً للتحكيم حيث كانت تعتبر محاكم التحكيم أفضل وسيلة عقلانية لإنهاء النزاعات بين المواطنين، و خاصة التحكيم الإلزامي، مع تكريس التحكيم الإختياري، ثم تضيق نطاقه هو الآخر. و كانت الفكرة آنذاك أن التحكيم منافس للقضاء و الدولة، و من الممكن أن يصل إلى درجة الاستبداد، غير أنه في بداية القرن التاسع عشر اعتبر التيار الرجعي هذه المحاكم أضحوكة و قد تم اقتراح تصفية هذه المؤسسة خلال مناقشة قانون المرافعات و التي قد (نضحت بالكراهية للتحكيم و كشفت عن رغبة خفية في القضاء عليه)².

وتأثرت محكمة النقض الفرنسية بهذا التفكير و أصدرت حكمها الشهير بتاريخ 10 يوليو 1843 الذي قضى ببطلان اتفاقات التحكيم إذا وقعت قبل قيام نزاع و المسمى la clause compromissoire بحجة ان نصوص قانون المرافعات لا تجيز إلا اتفاقات التحكيم اللاحقة لقيام النزاع و المسمى le compromis بدليل

1 ناريمان عبد القادر. المرجع السابق. ص: 26 و 27.
2 أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي. المرجع السابق. ص: 69.

أن المادة 1006 مرافعات فرنسي تشترط بيان موضوع النزاع في اتفاق التحكيم ، وهو مالا يتأتى إلا إذا وقع الاتفاق بعد قيام النزاع و اتضح موضوعه¹. فإن الإشارة إلى موضوع النزاع و أسماء المحكمين يترتب عليهما بطلان الحكم. الأمر الذي ترتب عنه اعتبار كل اتفاق بين الأطراف بشأن منازعات قد تنور مستقبلاً بمناسبة عقد منعداً بحكم القانون.

و بمرور الوقت و ما صاحبه من تطور في الوسط التجاري و ما يتخلله من صلات متبادلة مع متعاقدين أجنبى اعترفت قوانينها تمام الإعتراف باتفاقية التحكيم الأمر الذي دفع بالمحاكم الفرنسية لمحاولة تجاوز الأثر المقيد للمادة 1006 بالاستناد إلى أن عدم صحة شروط التحكيم لا تتعلق بالنظام العام و لهذا فقد أصبحت هذه الشروط محلاً للإعتراف متى ما أخضعها الأطراف بالاتفاق لقانون دولة تعترف بصحتها، فاضطر الشارع الفرنسي إلى التدخل بالقانون الصادر في 31 / 12 / 1925 الذي أضاف إلى المادة 631 من القانون التجاري فقرة جديدة تجيز للمتعاقدين الاتفاق وقت التعاقد على التحكيم في المسائل المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة و هي المسائل التي من اختصاص القضاء التجاري، و بذلك أضاف الشارع الفرنسي إلى التفرقة بين الأعمال التجارية و الأعمال المدنية أهمية جديدة، إذ صار شرط التحكيم السابق على قيام النزاع جائزاً في الأولى، و باطلاً في الثانية².

و بالإضافة إلى هذا و كما كان قد استقر في القضاء قبل ذلك و حتى إصدار قانون عام 1925، فقد تحددت صحة اتفاقية التحكيم طبقاً للقانون المختار من طرف المتعاقدين و إذا غاب النص على غير ذلك فإن محل إجراء التحكيم المحدد في الاتفاقية يعتبر عادة دليلاً على خضوع الأطراف لقانون المحل³.

و في ظل غياب شروط خاصة في اتفاقيات التحكيم بشأن إختيار القانون الذي ينظم العملية التحكيمية أضحت القاعدة الإحتياطية للإسناد في كثير من الأحيان هي الحاسمة في ذلك، كما أن صحة اتفاقية التحكيم من عندها تخضع للقانون الأجنبي الواجب التطبيق حتى و إن لم يرد في القانون الفرنسي قيد مماثل.

و علاوة على هذا و بغض النظر عن مضمون القانون الأجنبي فلا يجوز الاعتراف باتفاقية التحكيم في فرنسا إذا تعلقت بنزاعات تندرج في اختصاص رقابة النيابة بفعل المادة 83 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي حيث أن هذا القيد تضى عليه صفة النظام العام⁴.

استمرت نصوص التحكيم في قانون المرافعات الفرنسي التي وردت في قانون سنة 1806 مطبقة لفترة طويلة دون أن يتناها تغيير جذري ، رغم ذبوع التحكيم في الحياة العملية، و رغم انتشار المؤسسات التي تتولى التحكيم، و رغم اختلاف القضاء حول تطبيق القضاء حول تطبيق العديد من نصوص هذا القانون إلا أن تدخل بعد ذلك بمرسوم رقم

1 ناريمان عبد القادر. المرجع السابق. ص: 28.

2 ناريمان عبد القادر. المرجع السابق. ص: 29.

3 أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي. المرجع السابق. ص: 72.

4 حيث ينطلق القضاء المعاصر في أغلب الحالات من أن الحظر الوارد في المادة 83 من القانون المشار إليه ينحصر فقط على العقود الداخلية و لهذا إذا كان القانون الأجنبي الذي يحكم العقد طبقاً لقواعد الإسناد لا يتضمن حظراً مماثلاً لما هو وارد في المادة 83 فإن اتفاقيات التحكيم بمشاركة الحكومة أو مصالحها العامة يجب أن تكون موضوع إعتراف المحاكم.

80/354 في 1980/5/14 و قد عمل به اعتبارا من 1980/10/01 مستحدثا تنظيما تشريعيًا متكاملًا للتحكيم في القانون الداخلي، و قد ادرجت نصوص هذا المرسوم فيما بعد في صلب قانون المرافعات في المواد من 1442 إلى 1491 و يمكن القول بصفة عامة بأن هذا التشريع الجديد، حينذاك، قد احتفظ بالفلسفة العامة لنظام التحكيم كما جاءت في القانون الملغى¹.

وهي المرحلة التي التقت فيها الأفكار والإجهادات والقوانين على وجوب خلق مناخ خاص بالتحكيم لمساعدة القضاء الرسمي في حل النزاعات المطروحة من الأشخاص سواء كانت طبيعية أو معنوية .

من جهة أخرى فقد استقر التشريع الفرنسي وفق المادة 2060 من القانون المدني بين النظرية و التطبيق إلى استبعاد التحكيم بخصوص روابط قانونية بعينها فلا يجوز التحكيم بصدد منازعة بشأنها في صورة اتفاقية تحكيم كانت أو شرط تحكيم، و من بين هذه المسائل تلك ذات الصفة الجنائية و الإدارية او الضريبية و في المسائل المتعلقة بالإفلاس و تصفية الأموال و فيما يتعلق بالمنازعات المتصلة ببراءات الإختراع و الملكية الفنية و الأدبية و كذا فيما يخص تطبيق قانون العمل و الرقابة على العملة أو نظام الشركات².

و قد أخذ المشرع الفرنسي بمبدأ الإستقلالية في المادة 1426 من قانون المرافعات الصادر في 1980 بأنه (إذا كان شرط التحكيم لاغ فإنه يعد غير مكتوب) أي أن انعدام صحة شرط التحكيم لا يترتب عنه بالتبعية بطلان العقد الأصلي.

كما نصت المادة 1446 من ذات القانون على أنه (إذا عارض أحد الأطراف امام المحكم في أساس او مدى السلطة القضائية للمحكم كان لهذا الأخير البت في صحة اتفاق التحكيم او في حدود ولايته) و معنى ذلك هو صلاحية المحكم وحده في البت في مسألة اختصاصه دون غيره وهو ما يعرف بمبدأ الإختصاص بالإختصاص.

و لقد حظي موضوع الإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية و تنفيذها جبرياً بإهتمام كبير من الفقهاء في فرنسا من تعاقدين و قضائين تناول الطبيعة القانونية للتحكيم و حكم التحكيم أما فيما يتعلق بنظام تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية فقد أوردت المادة 2123 من القانون المدني و المادة 546 من قانون المرافعات المدنية الأحكام اللائحية التي تحدد تنفيذ أحكام القضاء الأجنبية بإعتبار حكم التحكيم حكماً قضائياً في حين أن إعتبار الأخير غير ذلك وفق وجهة النظر العقدية يصدم بغياب أحكام لائحية تنظم عملية التنفيذ.

و قد تدخل المشرع الفرنسي مرة أخرى و نظم التحكيم الدولي لأول مرة بمرسوم رقم 81/500 في 1981/5/12 الذي أدرجت نصوصه فيما بعد في صلب قانون المرافعات في المطلب الخامس من المبحث المخصص للتحكيم و قد

1 ناريمان عبد القادر. المرجع السابق. ص: 29.
2 أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي. المرجع السابق. ص: 75.

عنون المشرع الفرنسي هذا المطلب باسم التحكيم الدولي L'arbitrage international و يتضمن هذا المطلب المواد من 1492 إلى 1507¹.

و على الرغم من المسيرة المرضية نسبيا لقانون التحكيم الفرنسي بعد تعديله سنة 1981، إلا أن الحاجة قد اشتدت لتعديله و إعادة صياغته لأسباب عديدة.²

و قد أصدر المشرع الفرنسي حديثا بالمرسوم رقم 48 في 13 يناير 2011 قانونا جديدا تضمن تحديثا و تدعيما لفعالية هذه المنظومة و قد واصل هذا التعديل السير على نهج المبادرة التي اتخذها المرسوم الصادران في 1980 و 1981 و كذا القضاء الفرنسي، إذ أنه في ظل هذين المرسومين و أحكام القضاء الفرنسي الصادرة في ظلهما أصبح القانون و القضاء الفرنسيين مفضلين دائما للأطراف في مجال التحكيم، و من ثم منح التعديل فرنسا أداة تسمح لها بأن تحتفظ بدورها القائد الذي تمتعت به دائما في هذا النطاق و أن تدعمه.³

الفرع الثاني: التحكيم في مصر

لقد اتسم تاريخ القانون المصري منذ القرن الحادي عشر بالتعايش بين الشريعة و القانون الأوروبي الأمر الذي انعكس على التحكيم⁴، و قد تناول المشرع المصري منذ عشرات السنين أمر التحكيم بتنظيم متكامل في قانون المرافعات المدنية و التجارية الصادر بالأمر العالي المؤرخ في 13 نوفمبر 1883 حيث افرد للتحكيم تنظيمًا خاصًا في الفصل السادس من الباب العاشر، من هذا القانون، جاعلا عنوان هذا الفصل " في تحكيم المحكمين" و نظمت أحكام هذا الفصل في 26 مادة هي المواد من (702 إلى 727) و كان تنظيمًا قانونيًا متطورًا و متكاملًا للتحكيم جعل الأمر فيه تعاقديا، مرهونا بإرادة المتعاقدين، و استلزم ثبوت مشاركة التحكيم بالكتابة، كما حددت المواد آجلا لإنهاء إجراءات التحكيم، و رسمت الطريق لتعيين محكم عن الطرف الذي يتقاعس عن تعيين محكمه، ثم بينت كيفية الطعن في أحكام المحكمين و كانت نصوصا جيدة بالنسبة لوقتها⁵، و انتقل هذا التنظيم _ بعد تطويره _ إلى مجموعة المرافعات الصادرة سنة 1949.

و قد عالج المشرع المصري التحكيم في الباب الثالث من القانون رقم 13 لسنة 1968 المرافعات (المواد من 501 إلى 513) و طبعي أن ينصرف إهتمام المشرع أساسا للتحكيم الوطني الذي يجري في مصر⁶، و لم يلقى

1 ناريمان عبد القادر. المرجع السابق. ص: 30.

2

Emmanuel Gaillard, Le nouveau droit francais de l' arbitrage intrne et international, Recueil Dalloz- 20 janvier 2011-n 3.p175.

3 أسامة أبو الحسن مجاهد. قانون التحكيم الفرنسي الجديد. القاهرة. مصر. دار النهضة العربية. بدون عدد طبعة. 2012. ص: 7.

4

Abdel Hamid El-Ahdab et Jalal El-Ahdab. Arbitration With the Arab Countries.Op.Cit.P.155.

5 ناريمان عبد القادر. المرجع السابق. ص: 31.

6 محمود مختار أحمد بري. المرجع السابق. ص: 24.

التحكيم التجاري الدولي في مصر رغم انضمامها لإتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية نفس الإهتمام.

و مع سياسة الإنفتاح الإقتصادي و تزايد حجم المعاملات التجارية الدولية و الإقبال على إبرام العقود الدولية المتضمنة لشرط التحكيم بدأت المشاكل القانونية بالبروز، و قد تزايدت بالتالي حالات اللجوء للتحكيم كآلية فعالة لفض منازعات التجارة الدولية و التي يكون أحد أطرافها مصرياً الأمر الذي تولد عنه تصادم بين ما يترتب عن هذه الآلية من أحكام تحكيم أجنبية و ما يتطلبه ذلك من إجراءات لتنفيذها و بين نصوص التحكيم الوطنية الواردة في قانون المرافعات لا سيما المادة 502 منه و التي تستلزم لصحة اتفاق التحكيم ضرورة تسمية أشخاص المحكمين و هو شرط لا تستلزمه نصوص إتفاقية نيويورك السارية في مصر ، الأمر الذي مكن الأطراف المصرية بمثل هذه النصوص للتوصل إلى بطلان حكم التحكيم و منع تنفيذه لمخالفته قواعد أمره.

و بعد إقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1985 القانون النموذجي الموحد للتحكيم تبنت مصر الدعوة إلى وضع هذا القانون النموذجي في إعتبار الدول الأعضاء عند إصدار تشريعاتها الوطنية، حيث أصدرت قانوناً جديداً مستقلاً للتحكيم في المواد المدنية و التجارية رقم 27 لسنة 1994 و الذي تعتبر قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي مصدره الرئيسي، و بشرط أن يجري التحكيم في مصر مع امكان سريانه على التحكيم التجاري الدولي الذي يجري في الخارج، إذا اتفق الأطراف على إخضاعه للقانون المصري، و هذا يعني أن القانون يواجه بالأساس التحكيم الداخلي، على الرغم من أن الحاجة كانت تقتضي تنظيم التحكيم التجاري الدولي و الذي كثيراً ما كان مثار جدل لإصطدامه بنصوص قانون المرافعات المنظمة للتحكيم.

و لم يشير القانون المصري إلى مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في المواد التي كانت تنظم قانون المرافعات و بصدر قانون التحكيم الجديد فقد تبني صراحة مبدأ استقلال شرط التحكيم فيكون للمحكمين الفصل في المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي بما في ذلك بطلان أو فسخ أو إنهاء ذلك العقد و لكي يطبق المبدأ يجب أن يكون الشرط صحيحاً في ذاته، أي لا يشوبه عيب أو سبب مما قد يؤدي إلى بطلان أو فسخ أو إنهاء اتفاق التحكيم لا سيما ان اتفاق التحكيم قد يحكمه قانون آخر غير القانون الذي يخضع له العقد الأصلي.

حيث قررت المادة 23: " يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، و لا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان الشرط صحيحاً في ذاته"¹.

و قد أخذ المشرع المصري بالإتجاهات الحديثة التي تعلي من شأن سلطان الإدارة، حيث حول المشرع المصري الأطراف بموجب نص المادة 25 امكانية تنظيم سير عملية التحكيم و وضع القواعد الإجرائية التي تسير هيئة التحكيم وفقاً لها في نظر خصومة التحكيم، كما نصت المادة 39 أن الهيئة تلتزم عند الفصل في موضوع النزاع بالنزول على إرادة الأطراف و اعمال القواعد التي إرتضوا إخضاع علاقتهم لها، و تتولى الهيئة نفسها تحديد ذلك في حال أهمل الأطراف ذلك.

1 عبد المنعم دسوقي. المرجع السابق. ص: 165.

و قد تناول الباب السابع من قانون التحكيم شروط و إجراءات تنفيذ حكم التحكيم سواء كان الحكم صادراً في تحكيم وطني أو في تحكيم تجاري دولي في مصر أو خارجها و اتفق الأطراف على تطبيق القانون المصري للتحكيم عليه و قد نصت المادة 55 من القانون رقم 27 لسنة 1994 على أن أحكام التحكيم الصادرة طبقاً للقانون تحوز حجية الأمر المقضي و تكون واجبة النفاذ¹.

غير أن نطاق سريان قانون التحكيم من حيث المكان يجعله أحكامه تسري لتشمل أحكام التحكيم الداخلي و أحكام التحكيم الدولي الذي يجري في مصر و أحكام التحكيم التجاري الدولي التي تصدر في الخارج التي اتفق الأطراف على تطبيق القانون المصري على موضوع نزاع بوصفه قانون الإرادة و ذلك في حدود عدم الإخلال بنصوص اتفاقية نيويورك 1958، أما تلك التي تخرج عن نطاق السريان، فتخضع لقواعد تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الواردة في قانون المرافعات.

و قد وضعت المواد 56 إلى 85 شروط و إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم بالنسبة للأحكام التي تدخل في نطاق قانون التحكيم ، إذ يتم ذلك وفقاً للمواد المشار إليها بصدر أمر تنفيذ حكم التحكيم، ولا يعد حكم التحكيم قابلاً للتنفيذ الجبري إلا بصدر الأمر بتنفيذه من قضاء الدولة، إذ لا تملك هيئة التحكيم سلطة منح الصيغة التنفيذية للحكم الصادر منها ، كونها لا تتمتع بسلطة الجبر.

و ترتيباً على ذلك فإن أحكام التحكيم الصادرة في الخارج و يراد تنفيذها في مصر تخضع لنصوص قانون المرافعات من المادة 296 إلى 301 المتعلقة بقواعد و إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية شرط أن تكون صادرة في مسائل يجوز فيها التحكيم وفقاً للقانون المصري هذا مع مراعاة الشروط التي وردت في اتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام الأجنبية و التي تعتبر جزءاً من النظام القانوني المصري .

الفرع الثالث: التحكيم في التشريع الجزائري

لقد انتهجت الجزائر بعد عداء طويل اقرار شرعية التحكيم التجاري الدولي²، فالمشروع الجزائري تآثر بشدة بموقف قانون الاجراءات المدنية الفرنسي الراض للتحكيم³ و بالتالي كان يحظر على الاشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم و ذلك وفقاً لنص المادة (3/442) من الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 جوان 1966 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و التي تنص على أنه " لا يجوز للدولة و الأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم " .

و لكن على الرغم من هذا الموقف التشريعي الواضح، و الراض للتحكيم، إلا أنه من الناحية العملية كان الوضع مختلفاً، فقد أبرمت الجزائر عدة عقود في مجال البترول مع الشركات الأجنبية الخاصة تضمنت شرط التحكيم، منها العقد

1 محمود مختار أحمد بريزي. المرجع السابق. ص: 255.

2 بالرغم ما يتميز به التحكيم من مزايا إلا أنه لم يعرف أي دور فعال منذ الاستقلال لسببين: الأول أن الدولة كانت ترفض أي منافس لسلطة القضاء وأمام هذا الوضع اعتاد الناس اللجوء مباشرة إلى القضاء حتى في المجال التجاري، ونظراً للنظام الاشتراكي السائد آنذاك الذي منح للدولة السلطة كطرف أساسي في التنمية مما أثر سلباً على التحكيم داخلياً ودولياً وخاصة عند صدور الأمر في 17 يونيو 1975 الذي نص على التحكيم الإلزامي بين المؤسسات العمومية/الاشتراكية وبعض الهيئات العمومية الأخرى، كما منع التحكيم في ميدان المحروقات. و السبب الثاني أن المشروع الجزائري تآثر بقانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم، حيث عرف نظام التحكيم استمراراً للقوانين الفرنسية ماعدا ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر.

الذي أبرم في 19/10/1968 مع شركة (GETY) الأمريكية و الذي استمر حتى بعد تأميم المحروقات سنة 1971¹ ، عكس ذلك فإن الواقع العملي لم يشهد ذات المقاطعة التشريعية حيث دفعت الحاجة الملحة إلى إبرام الجزائر لعدة عقود دولية تحتوي على الشرط التحكيمي، و هذا تحت ضغط الدول المصنعة لا سيما في مجال المحروقات باعتبارها المصدر الرئيسي للإقتصاد الوطني.

لكن سرعان ما حازت الجزائر عن موقفها الرفض للتحكيم حيث إنضمت² إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاص بالإعتراف و تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية في محاولة منها الانفتاح على فكرة التحكيم التجاري الدولي كضرورة لإعتماد النظام الإقتصادي الحر.

ونظراً لكون اتفاقية التحكيم حجر الزاوية في النظام التحكيمي في العلاقات التجارية الدولية فقد نظم المشرع الجزائري هذه الإتفاقية في المواد 458 مكرر 1 و المادة 458 مكرر - و المادة 458 مكرر 18 من المرسوم التشريعي 09/93 حيث تناولتها في مصطلح "اتفاقية التحكيم" ضمت بصفة عامة شرط التحكيم و مشارطته إذ تعد من طبيعة تعاقدية بالرغم من أن موضوعها هو إجراءات التقاضي أمام هيئة تحكيمية في حال وقوع نزاع في العلاقات التجارية الدولية.

و على الرغم من تعلق الاتفاقية بالعقد الأصلي إلا أنها تبقى مستقلة عنه قد تخضع لنظام قانوني مغاير للنظام القانوني للعقد التجاري الدولي حيث انتهج المشرع الجزائري مسلك ازدواجية الإرادة ، كما فعل القانون السويسري حيث أورد المادة 458 مكرر 1 حلولاً أساسية و أخرى احتياطية تتعلق بصحة اتفاقية التحكيم اين تركت إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاقية التحكيم إلى إرادة الأطراف في غياب ذلك فالمحكم هو الذي يحدد القانون المطبق على موضوع النزاع و يحق لهم إختيار القانون الجزائري ثالثاً، كما يمكن الرجوع إلى قانون مقر مكان التحكيم حسب اتفاقية نيويورك 1958 فبانضمام الجزائر للاتفاقية أصبحت قواعدها جزءاً من القانون الداخلي بقوة القانون³ كما وقعت الجزائر اتفاقيات ثنائية تشير للتحكيم في مجال منازعات الاستثمار⁴.

¹ لقد تم تعديل أحكام بروتوكول 1968 في 27/05/1972 بهدف مطابقتها مع الاطار القانوني الجديد خاصة بعد التأميم، غير أن الأحكام الخاصة بحل المنازعات خاصة بند التحكيم لم يعدل و بقي ساوياً المفعول وفقاً للمادة 02 من نص التعديل .

BOUZANAB belkacem , le contentieux des hydrocarbures entre l Algérie et les societes etrangeres, OPU, 1985. P437.

² بمقتضى المرسوم رقم 88 / 233 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1409 الموافق 05 نوفمبر 1988 يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الامم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 و الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الاجنبية و تنفيذها. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 48 المؤرخة في 23 نوفمبر 1988. ص: 1599.

³ وفق المادة 21 من القانون المدني، و المادة 132 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

4

و قد اعتنق المشرع حسب ذلك مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء اتفاقية التحكيم إذ ترك الحرية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق عليها، وهذا لا يتعارض مع نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري كقاعدة قانون الدولي الخاص¹.

كما كرس المشرع الجزائري أهم المبادئ المستقرة في قضاء التحكيم ألا و هو استقلال اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي و هذا بموجب قاعدة مادية دولية تسعى لتسهيل فعالية التحكيم، من خلال نص المادة 458 مكرر 1 الفقرة الأخيرة " .. لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح " و بيان ذلك أن عدم مشروعية العقد الأساسي أو الأصلي، أو صحته، أو بطلانه أو فسخه، لا يؤثر على اتفاقية التحكيم، سواء كانت شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم، على أساس أنها تعالج موضوعاً مغايراً تماماً لموضوع العقد الأساسي، فإتفاقية التحكيم عقد قائم بذاته له كيانه المستقل عن العقد الأساسي، و قد ساير المشرع وفق ذلك النتائج التي توصل إليها الفقه و القضاء المعاصرين، و كذلك التشريعات الحديثة.

و لتشجيع الاستثمار الأجنبي في سبيل تحقيق إصلاحاتها الاقتصادية كان لزاماً على أن تواكبها تعديلات تشريعية² تغير بموجبها الجزائر موقفها من التحكيم التجاري الدولي و تجسيدا لذلك أكدت استعدادها لتبني التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية النزاعات الناجمة عن عمليات الاستثمار بداية من المرسوم التشريعي 12/93 إلى صدور القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الذي عالج التحكيم بنوعيه الداخلي و الدولي بعنوان الطرق البديلة لحل النزاع، بعد الوساطة والصلح من اتفاقيات التحكيم و الخصومة التحكيمية، أحكام التحكيم، طرق الطعن فيها و تنفيذها، بداية بالتحكيم الداخلي ثم التحكيم الدولي، كما نظم في الكتاب الرابع في الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية في الباب الخامس في الصلح والتحكيم. الإجراءات و تنفيذ أحكام التحكيم والطعن فيها في المادة الإدارية.

و قد اعتبر التحكيم طريق مكمل لدور القضاء في حل النزاعات في نطاق تتمحور حوله الإتفاقيات سواء من حيث الأشخاص أو من حيث المجال³، و بهذا حذا المشرع الجزائري حذو نظيره الفرنسي في رسم نطاق التحكيم من خلال اخضاع اتفاقية التحكيم لمدى قابلية الحقوق المتنازع بشأنها للتصرف .

1 تنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري " يسري على الإلتزامات التعاقدية، قانون المكان الذي تبرم فيه العقد مالم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر....."
2 إلى أن جاء الأمر رقم 154-66 في الثامن يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل و المم تم تناول المشرع قواعد التحكيم في الكتاب الثامن منه بمجموع 17 مادة من المادة 442 إلى المادة 458 في نصوص يسودها بعض الغموض، لكونه لم يميز بين التحكيم الداخلي و التحكيم التجاري الدولي. وعدل المشرع الجزائري الأمر أعلاه بصدور المرسوم التشريعي رقم 09-93 المؤرخ في 25 أبريل 1993 المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، وتوالت التعديلات القانونية حيث صدر قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09، واعتبر التحكيم من الطرق البديلة لحل النزاعات إلى جانب الوساطة والصلح حيث شرع لها في الكتاب الخامس منه من المادة 1006 إلى المادة 1038 أي بمجموع 33 مادة فيما يخص التحكيم الداخلي، و من المادة 1039 إلى المادة 1061 فيما يخص التحكيم التجاري الدولي كما نص المشرع في الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على التحكيم في المادة الإدارية في المواد 975 و 976 و 977
3 و قد حدد المشرع الجزائري بعض المسائل التي تعتبر من النظام العام، كما هو الحال في المواد 107، 110، 454، 722، 107 من القانون المدني و يضاف إليها ما يتعلق بالقواعد الخاصة بالتحكيم، إذ نصت المادة 1006 - 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها. لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم...." التي تقابلها المادة 1-442-3 من الأمر رقم 154-66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية. وأيضاً القواعد المتعلقة بقانون العقوبات وغيرها، فمخالفة الأفراد لهذه القواعد المرصودة بجزاء صارم تمثل في بطلان مطلق لكل اتفاق محل بقواعد النظام العام فإذا كان بإمكان كل شخص و فق المادة 1006 اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، غير أنه لا يجوز له التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.

أما من حيث الأشخاص فلا يجوز لأشخاص القانون العام¹ أن تجري تحكيما، غير أن شرط إجازة التحكيم بالنسبة لهؤلاء الأشخاص هو أن يطلبوا التحكيم في علاقاتهم التجارية الدولية².

بالنسبة للإعتراف و التنفيذ فقد تكلم عنهما القانون الجزائري للتحكيم كمصطلحين بانفرادية إلا أن في الواقع فإن الاعتراف و التنفيذ يخضعان إلى نفس الإجراءات³ التي تستوجب نفس الشروط الموضوعية للإعتراف بالحكم التحكيمي و تنفيذه و التي اتخذت من معيار عدم مخالفة النظام العام في مفهومه الدولي شرطاً قانونياً لذلك و قد ورد هذا الشرط في اتفاقية نيويورك لعام 1958 .

في الوقت الذي ظهرت فيه النظم القضائية الوطنية عاجزة و قاصرة عن بلوغ حد الكفاية لمواجهة عقود التجارة الدولية و التصدي لما ينشأ عنها من منازعات و عليه أضحت ضرورة ضبط التنظيم القانوني للتحكيم في العلاقات التجارية الدولية أمراً ملحاً و لعل أهم المؤشرات على هذه الضرورة الحيوية هو تمتع اتفاقية التحكيم بذاتية قانونية مستقلة تماماً تستمد في أغلبها من إرادة أطرافها مما يجعلها بمنأى عن أن تتأثر بإبطال العقد الأصلي و قد أحيط نظام التحكيم بضمانات عديدة منها رقابة القضاء عليه من خلال أدوار فعالة، فالمحكم يرد كما يرد القضاة كما أصبح لنظام التحكيم خصائص العمل الإجرائي من حيث الضمانات الأساسية، فحكم المحكم يجوز حجية الأمر المقضي فيه ووضع نظام ميسر من أجل الاعتراف بهذه الأحكام في معظم التشريعات كما تظهر ، ما جعل التحكيم التجاري محط اهتمام الدول والمؤسسات الدولية و الاقليمية التي سارعت لتنفيذه و تنظيمه في إطار مؤسسة لها قواعدها الإجرائية و الموضوعية تعيد لها مكانتها كمؤسسة عريقة ترجع جذورها إلى بداية تواجد الإنسان على وجه الأرض ، حيث كانت محلاً للاقرار والاعتراف به من كافة هذه الأنظمة القانونية الأساسية المعروفة منذ البداية البشرية، قبل أن تأتي عليها حقب من الزمن فقدت قيمتها وكادت تنطفئ شعلتها، خصوصاً بعدما أصبح قضاء الدولة هو القضاء الرسمي و الطريق و أصبح الاقبال عليه من قبل الأطراف المتعاقدة ، في المجال الدولي خاصة لحل نزاعاتهم، فالتحكيم نوع من القضاء يميزه عن قضاء الدولة أساسه الإتفاقي و صفته الخاصة.

1 الأشخاص المذكورة في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أي الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

2 لزهري بن سعيد المرجع السابق ص: 60.

3 المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا اثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي و تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر و بنفس الشروط..."

الفصل الثاني: التحكيم و القضاء

حتى يقوم القضاء التجاري المتخصص بالدور المنوط به لاسيما في التحفيز على الاستثمار والمساهمة في خلق النشاطات الاقتصادية عليه أن يضمن أمن المستثمرين ويصون حقوقهم في ظل سيادة القانون واستقلال القضاء، سواء كانوا وطنين أو أجنب، إذ لا استثمار بدون ضمانات قضائية واضحة ولقد أصبحت العديد من الدول تنهج سياسة التشجيع على جلب الاستثمار الأجنبي بتوفير مجموعة من الضمانات القانونية بمقتضى قوانين الاستثمار الداخلية للدولة التي يرغب في التعامل معها، لكن تلك الضمانات تبقى غير كافية في نظره لتأمين استثمار ضد المخاطر الغير التجارية ما لم تقترن بوسيلة قضائية بديلة عن القضاء الرسمي.

ويعتبر التحكيم التجاري الدولي عنصرا أساسيا في عقود الاستثمار الأجنبية، فجميع هذه العقود لا تكاد تخلو من شرط إحالة جميع منازعاتها إلى التحكيم التجاري، فالمستثمر الأجنبي يصر دائما على إضافة شرط التحكيم نظرا للمزايا التي يوفرها التحكيم إليه، و الدولة المضيفة للاستثمارات تجد نفسها دائما ملزمة بقبول شرط التحكيم، فبدون إضافة هذا الشرط، لا تتمكن من جذب عقود الاستثمارات الأجنبية.

و مهما يكن، فإنه تبقى الرقابة القضائية لضمان حسن سير التحكيم في تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمارات قائمة بحيث يمح الصيغة التنفيذية على الحكم التحكيمي بعد التأكد من سلامة العملية التحكيمية واحترامها للمقتضيات القانونية لأن عملية منح الصيغة التنفيذية لأحكام التحكيم الدولية تكتسب طابعا خاصا بالنظر إلى كونها تمس بمبدأ السيادة الوطنية و تتأثر بنظرة القاضي الوطني إليها، في حين أن منطق التجارة الدولية الحديث هو نتاج غربي بلوره نظام عالمي جديد يطمح إلى تبادي منطق الحواجز و الحدود الاقتصادية بين الدول، كما يسعى إلى أن ترقى فيه مؤسسة التحكيم التجاري الدولي كأداة فاعلة، علما أن سبب الإقبال على الوسائل البديلة لحل المنازعات ذات الارتباط بالاستثمار هو تعقيد الأنظمة القانونية المختلفة لاسيما في ميدان تنازع القوانين، الأمر الذي لم يسمح للقانون الدولي الخاص بالرد على حاجيات التجارة الدولية و يزيد من حدة هذا القصور ثقل وطأة قانون القاضي سواء فيما يتعلق بالإجراءات و تحديد التكيف أو التعسف في استخدام الدفوع المتعلقة بالنظام العام.

يطلق على التحكيم أنه قضاء خاص و تتجسد مقومات العلاقة بين التحكيم في طابعه الإتفاقي و الخاص مع القضاء بأصله النظامي و ولايته الشاملة العامة ذلك أنهما يتقابلان في علاقتهما في محورين أساسيان:

أن سلطان الإرادة في اختيار وسيلة فض النزاع يتم في حدود النظام القانوني للدولة و كل خروج عن هذه الحدود يعتبر باطلا لعدم مشروعية المحل الذي يرد عليه، ما يعني أن هناك مجالا مسموحاً به للتحكيم لأداء الوظيفة القضائية. و قصد ضمان الفعالية التحكيمية كان لازما تدخل القضاء فيما يخرج عن حدود ولاية المحكم و بالتالي لا يمكن للتحكيم الإستغناء عن قضاء الدولة، هذا ما يؤكد على الدور الذي يؤديه القضاء في ضمان فعالية العملية التحكيمية¹.

1 مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبدالعال. المرجع السابق: ص: 134.

المبحث الأول : الوظيفة القضائية للتحكيم و اساس الرقابة القضائية عليه

يعتبر اتفاق التحكيم عقداً كسائر العقود يترتب آثاره طالما وقع صحيحاً و من بين أهم هذه الآثار هو نزع الاختصاص عن القضاء الدولة من نظر النزاع و إسناد مهمة الفصل فيه إلى محكم يختاره طرفاه و من ثم يتجسد دور التحكيم في تحقيق الوظيفة القضائية من خلال تحديد المجال الذي يسمح فيه النظام القانوني بالاتفاق على التحكيم اتفاقاً تتوافر له مقومات المشروعية و من ثم فنحن أمام البحث عن مدى القابلية للتحكيم وفقاً للنظام القانوني.

و في هذا الصدد يرى الفيلسوف أرسطو أن "أطراف النزاع يفضلون التحكيم على القضاء، لأن المحكم يرى العدالة، بينما القاضي لا يرى إلا التشريع"¹ و التحكيم بطابعه الاتفاقي و الخاص يعتبر قضاء عارضاً يعقد بمناسبة النظر في النزاع المحكم فيه فهو لا يسبق ذلك و لا يمتد إلى ما بعده و هذا ما يترك لقضاء الدولة مجالاً للرقابة داخل نطاق التحكيم.

المطلب الأول: القابلية للتحكيم و تحديد معاييرها

يعكس القضاء في الدولة أهم سمات و مظاهر السيادة فيها، تركز من خلال رؤيتها للعدالة، ضمن قواعد قانونية تجسد جملة توجهاتها في كل الميادين الإيديولوجية و الفلسفية و الإقتصادية و السياسية، تؤطر هذه القواعد مبادئ و قيم سامية فيما اصطلح على تسميته بالنظام العام، الذي عرف تطوراً كبيراً في مفهومه و مضامينه و نطاقه مكتسحاً بذلك كل مجالات الحياة، و يظهر دور التحكيم في تحقيق الوظيفة القضائية من خلال تحديد المجال الذي يجيز فيه النظام القانوني وفق مقومات المشروعية لسلطان الإرادة الإتفاق على التحكيم و ما يترتب عنه من سلب الإختصاص من قضاء الدولة لنظر النزاع المطروح و الفصل فيه و إسناد ذلك لهيئة تحكيم يختارها الأطراف، و هو ما يطلق عليه من الناحية القانونية مدى القابلية للتحكيم حسب النظام القانوني للدولة.

و لتحديد القابلية للتحكيم تم سلك منهجين متقابلين، يتجسد المنهج الأول في عرض الاتفاق على التحكيم على الأفكار الأساسية الحاكمة للنظام القانوني للدولة، أهمها فكرة سيادة الدولة و فكرة النظام العام، في حين يقوم المنهج الثاني على تحديد مناط القابلية للتحكيم تحديداً مباشراً دون العودة عن بحث التوافق مع فكرة سيادة الدولة و فكرة النظام العام في كل حالة.

1 سعيد يوسف البستاني. القانون الدولي الخاص. القانون الدولي الخاص. تطور و تعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية. بيروت. لبنان منشورات الحلبي الحقوقية. الطبعة الأولى. 2004. ص: 257.

الفرع الأول: القابلية للتحكيم بين فكرة سيادة الدولة و فكرة النظام العام:

إن فكرة القابلية للتحكيم فكرة أساسية و هامة لها حيزها المكاني بالفكر القانوني المهتم بالتحكيم ، لتأثيرها الكبير في رسم اتفاقية التحكيم ، و رغبة في تشجيع اللجوء الى هذه الآلية في فض المنازعات ، و التوفيق بين مواقف مختلف الدول في هذا الخصوص ، كان السعي من المهتمين بالتحكيم الى إيجاد نقاط تماس قد تسمح للتحكيم بالقيام بالدور المرسوم له ، و التقليل من حالات تدخل المحاكم الوطنية لإبطال اتفاقات التحكيم تحت ذريعة أن النزاع المعروف على التحكيم لا يقبل في موضوعه أو أشخاصه الحل بواسطة التحكيم لأسباب ترجع الى مقتضيات سيادة الدولة أو النظام العام في أعلى درجاته، فبظهور الدولة الوطنية الحديثة و توجهها نحو احتكار الوظيفة القضائية فيها و إلغاء دور سلطان الإرادة في اختيار كيفية ممارستها ، و هو ما ساعد على توثيق الربط بين قابلية التحكيم و بين فكرة سيادة الدولة و فكرة النظام العام و بالتالي فإن التمسك بالفكرتين ارتبط عكسياً بانتشار الإعتراف بشرعية التحكيم¹.

أولاً: القابلية للتحكيم و فكرة سيادة الدولة

لم يكن من المتصور إبان وضع التقنيات الفرنسية في بداية القرن التاسع عشر، و اكتمال هيمنة الدولة على السلطات التشريعية و التنفيذية و القضائية الوطنية، أن تدخل الدولة و الهيئات العامة التابعة لها في تحكيم بينها و بين غيرها من أشخاص القانون الخاص، التابعين لها أو لغيرها من الدول، فالدولة و هيئاتها توجد في مركز السيادة و أشخاص القانون الخاص توجد في مركز الخضوع، و دخول الدولة في التحكيم معناه تخلي الدولة عن مركزها السيادي و الوقوف أمام المحكم على قدم المساواة مع غيرها من الأشخاص.

و مع تنامي تدخل الدولة المباشر في الحياة الاقتصادية، و دخولها المتزايد طرفاً في عمليات التبادل الدولي بصفة خاصة، بدا الفقه يدرك خطورة التمسك بفكرة السيادة في مجال لا يخضع لسلطان الدولة- لوجود طرف أجنبي فيه- و يراد له في الوقت ذاته النمو و الإزدهار.

غير أن مبدأ الشرعية و القاضي بخضوع الدولة للقانون من خلال إخضاع أعمالها لرقابة القضاء يتعارض مع تحريم الإتفاق على التحكيم بين الدولة و الأشخاص العامة التابعة لها و بين أشخاص القانون الخاص ، استناداً إلى فكرة سيادة الدولة، فالتحكيم في حقيقته قضاء خاص فكيف يكون اللجوء إليه في وقت صار فيها إمتثال الدولة و الأشخاص العامة التابعة لها مكرساً و مسلماً مختلفاً لمبدأ سيادة الدولة.

إن كل ما يتطلبه مبدأ سيادة الدولة هو إخراج المسائل التي تطلق فيها سلطة الدولة في التقدير، عن سلطان كل من القضاء و التحكيم على حد سواء ، و هو ما انتهجه القضاء الفرنسي على نحو ما يعرف بأعمال السيادة، و هذا ما

1 مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبدالعال. المرجع السابق: ص: 136.

يجب مراعاته بالنسبة في اتفاق التحكيم بين الدولة و الأشخاص العامة التابعة لها للتحكيم بإرادتها وبين غيرها من الأشخاص الخاصة و إخضاع ما يثور بينهم من نزاع للتحكيم¹.

و من هذا المنطلق اتجه الفقه الفرنسي في تحديده للقابلية للتحكيم في المنازعات الدولية إلى التمييز بين المنازعات القانونية و المنازعات السياسية، و القول بأن المنازعات الأخيرة هي و حدها التي تخرج من مجال القابلية للتحكيم، و إن اختلف بعد ذلك على تحديد معيار التفرقة بين هذين النوعين من المنازعات، بين قائل بمعيار موضوعي قوامه التمييز بين المنازعات التي يوجد بشأنها قواعد معترف بها في القانون الدولي، و المنازعات التي لا يوجد بشأنها مثل هذه القواعد و يحتاج الفصل فيها إلى صياغة قاعدة جديدة لها بمعرفة الجهة التي تتولى الفصل في النزاع، و قائل بمعيار شخصي قوامه رغبة طرفي النزاع في حسمه وفقاً لقواعد القانون أو وفقاً لإعتبارات المصلحة الخاصة بأحدهما أو كليهما، و قائل بوجوب تعداد المنازعات القانونية التي يجوز التحكيم فيها على نحو ما تعرفه الاتفاقيات الدولية.

أ- القضاء العادي و تنحية فكرة سيادة الدولة

لقد أرسى القضاء الفرنسي مبدأ عدم جواز الاتفاق على التحكيم بين أشخاص القانون العام و أشخاص القانون الخاص، انطلاقاً من نص المادة 1004 من قانون المرافعات الفرنسي على عدم جواز إبرام اتفاق التحكيم في المنازعات التي يشترط القانون تبليغها للنيابة العامة و حضورها في الدعوى المتعلقة بها، و نص المادة 830 منه الذي يجعل من بين المنازعات تلك التي تكون الدولة و الأشخاص العامة المتفرعة عنها طرفاً فيها باعتبار أن التحكيم سيحول دون حضور النيابة العامة بصفتها درع حماية للدولة و فروعها، و قد نصت المادة 2060 من القانون المدني صراحة على استبعاد العلاقات التي تكون الدولة و الأشخاص العامة طرفاً فيها من نطاق التحكيم.

لكن القضاء العادي في فرنسا عدل بعد ذلك عن المبدأ و أجاز التحكيم في العلاقات الدولية بين أشخاص القانون العام و أشخاص القانون الخاص، و التي تنشأ عن عقود غير تلك ذات الصلة الإدارية تعقدتها الدولة أو الأشخاص العامة، و قد توصل القضاء الفرنسي إلى قصر بطلان اتفاق الدولة و الأشخاص العامة على التحكيم على العلاقات الداخلية وحدها، و صارت صحته في المعاملات الدولية مبدأ عاماً مسلماً².

ب- تحريم التحكيم بالنسبة للدولة و الأشخاص العامة في القضاء الإداري الفرنسي

على نقيض القضاء المدني فإن القضاء الإداري أرسى مبدأ عام في القانون العام الفرنسي مقتضاه أن أشخاص القانون العام المعنوية لا تستطيع أن تفلت من القواعد التي تحدد اختصاص جهات القضاء الوطنية، عن طريق الالتجاء إلى التحكيم في المنازعات التي تكون طرفاً فيها و التي تتصل بعلاقات راجعة إلى النظام القانوني الوطني، ما لم يكن هناك

1 مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبدالعال. المرجع السابق. ص: 138.

2 حفيظة السيد الحداد. العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية. القاهرة. مصر. دار النهضة العربية. الطبعة الأولى. 1996. ص: 285 و ما بعدها.

نص تشريعي يخول لها ذلك، و أساس هذا المبدأ هو الرغبة في عدم تمكين الأشخاص العامة من الإفلات من ولاية القضاء الإداري الذي أنشئ خصيصاً لها¹.

و قد أضاف القضاء الإداري مبدأ آخر هو تحريم شرط التحكيم في العقود التي يختص بنظرها القضاء الإداري و لو لم تكن الدولة و الأشخاص العامة طرفاً فيها، و بذلك لم يستثنى القضاء الفرنسي أشخاص القانون العام ذات الطابع الصناعي أو التجاري من الحظر و لم يقصره على أشخاص القانون العام التقليدية²، كما لم يستثنى التحكيم الذي يكون موضوعه عقداً دولياً و بما أن المعاهدة تأخذ حكم القانون فيستثنى من الحظر التحكيم بمقتضى معاهدة دولية، كما أن حظر التحكيم بين أشخاص القانون الخاص بشأن منازعات تجارية يعد مخالفة لأحكام نص المادة 631 من القانون التجاري التي تجيز شرط التحكيم في المنازعات التجارية.

و قد اتجهت لبنان إلى ما انتهى إليه القضاء الفرنسي من جواز الاتفاق على التحكيم بين الدولة و الأشخاص العامة و بين أشخاص القانون الخاص في العلاقات الدولية³، لكن عكس ذلك كرست دول عربية مبدأ عدم جواز لجوء الدولة و الأشخاص المعنوية الأخرى التابعة لها للتحكيم إلا في الأحوال الخاصة التي ينص عليها قانون و في هذا الإتجاه تنص المادة 975 من قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن " لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه، أن تجري تحكيماً إلا في الحالات الواردة في الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر و في مادة الصفقات العمومية". حيث يمكن للأشخاص المعنوية العامة (الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية) اللجوء إلى التحكيم في حدود المادة 975 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁴.

و قد جاء قانون التحكيم الجديد رقم 27 لسنة 1994 مكرساً لتحرير القابلية للتحكيم من فكرة سيادة الدولة، حيث يفهم من نص مادته الأولى أن المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيها تدخل في مجال القابلية للتحكيم، حتى و لو كانت متعلقة بعقود إدارية، سواء فيما يتعلق بالمعاملات الدولية أو فيما يتعلق بالمعاملات الداخلية.

و على الرغم من وضوح الدلالة على جواز التحكيم في المنازعات التي تكون الدولة أو الأشخاص العامة طرفاً فيها إلا أن البعض ذهب بأن القول بأن عمومية نص المادة لا تحسم الأمر في جواز التحكيم في المنازعات الإدارية، و قد تدخل المشرع لحسم الخلاف من خلال تعديل أحكام المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 و أقر مبدأ جواز التحكيم في المنازعات الإدارية و قيده بالحصول على موافقة الوزير المختص أو من يتولى إختصاصه⁵.

1 مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبدالعال. المرجع السابق:ص: 142.

2 مجلس الدولة 1957/12/13 مونتولسكي، التحكيم و الخبرة و الصلح، دراسات و تعليقات في التحكيم، المرجع السابق، ص 103 و ما بعدها.

3 نصت المادة 809 فقرة 2 من قانون المحاكمات المدنية اللبناني على أنه " يجوز للدولة و لسائر الأشخاص المعنويين العاميين اللجوء إلى التحكيم الدولي".

4 لهر بن سعيد. المرجع السابق:ص: 60.

5 مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبدالعال. المرجع السابق:ص: 148.

ج- التحكيم الدولي و الحصانة القضائية

قد يبدو أن موافقة الدولة على التحكيم تعني نزولها عن حصانتها القضائية أمام قضاء غيرها من الدول ، فإذا ما تنازل الطرفان عن اتفاق التحكيم مثلاً و لجأ الطرف الأخر إلى القضاء، فإن الدولة لا تستطيع التمسك بحصانتها القضائية، قولاً بأنها تنازلت عنها بقبولها التحكيم الذي تنازلت عنه بعد ذلك ، و بالمثل إذا ما لجأ الطرف الأخر إلى القضاء مباشرة للطعن على اتفاق التحكيم بالبطلان أو على هيئة التحكيم بعدم الاختصاص، أو لإتخاذ إجراء من الإجراءات الوقائية أو التحفظية أو إجراءات الإثبات، لكن التمعن في الأمر لا يلبث أن يكشف عن أن التنازل المقول به إنما تحقق بصدد إجراء خاص بذاته هو التحكيم، و من ثم فلا أثر له خارج نطاق التحكيم في مجال آخر هو مجال القضاء¹.

إن الدولة بقبول التحكيم تكون قد قبلت بإرادتها حكم هيئة التحكيم، فلا يكون لها أن تتمسك بحصانتها أمامها، غير أنها لا تكون قد تنازلت عن هذه الحصانة في حال عرض النزاع أمام جهة أخرى، و يبقى من دلائل اتفاقية التحكيم تجاوز تنازل الدولة عن حصانتها أمام القضاء عندما يدعى للفصل في النزاع بدلاً عن هيئة التحكيم أو عندما يؤدي دوراً من الأدوار المسندة إليه ضمن العملية التحكيمية فالدولة لا تستطيع التمسك بحصانتها القضائي التي تنازلت عنها بقبولها التحكيم الذي تنازلت عنه بعد ذلك، كذلك بالنسبة لحالات الدفع ببطلان اتفاق التحكيم أو عدم الإختصاص أمام القضاء أو الاستنجد به بمناسبة اجراءات وقتية او تحفظية أو إجراء من إجراءات الإثبات و لكن إتفاق التحكيم بذاته- و مجرداً عن هذه الدلائل- لا يفيد تنازل الدولة الطرف فيه عن حصانتها القضائية أمام قضاء غيرها من الدول².

و يطرح التساؤل حول تمسك الدول بحصانتها في مواجهة تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، أم أن موافقتها على التحكيم تعتبر تنازلاً عن التمسك بحصانتها و التزاماً في ذات الوقت بتنفيذ حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم بصدد الفصل في النزاع.

وقد ذهب البعض إلى القول بالتنازل ترجيحاً لعامل استقرار المعاملات و مقتضيات حسن النية و اعتبارات التناسق، لكن البعض الأخر يلاحظ أن موضوع الاتفاق على التحكيم هو مجرد إيكال الفصل في النزاع إلى هيئة التحكيم، بمعنى الخضوع لولاية هذه الهيئة لا أكثر و لا أقل ، و هو من ثم لا يفيد بذاته التنازل عن التمسك بالحصانة في

1 مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبدالعال. المرجع السابق. ص: 150.

2 حفيظة السيد الحداد . العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية. المرجع السابق. ص: 276 و ما بعدها.

مواجهة إجراءات تنفيذ حكم التحكيم، وإن لم يكن هناك ما يمنع من استفادة هذا التنازل من عناصر أخرى قد يتضمنها اتفاق التحكيم، تماما كما هو الحال في التنازل عن التمسك بالحصانة أمام القضاء¹.

ثانيا: دور النظام العام في تحديد مفهوم القابلية للتحكيم

إن فكرة النظام العام و الآداب العامة هي من أدق الأفكار القانونية من حيث نطاقها و طبيعتها ، و يمكن القول بأن النظام العام هو مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو خلقية، فهي بذلك الحد الأدنى من الملاءمة الاجتماعية التي يكون احترامها مفروضا على الأفراد في اتفاقاتهم . و أغلب القواعد الآمرة التي يتضمنها نظام قانوني لأي دولة تكرس مفهوم النظام العام في هذه الدولة هذا النظام العام الذي بدوره يضفي على عدد من قواعد القانون صفة الآمرة مما يجعل العلاقة بينهما تبادلية، الأمر الذي ولد صعوبة في التعرف إلى القواعد الآمرة من جهة و النظام العام من جهة أخرى، إذ التعرف إلى القواعد الآمرة يفترض مسبقا التعرف على النظام العام، و التعرف على النظام العام يفترض هو الآخر إحاطة بالقواعد الآمرة.

و لتحديد كل منهما تم اعتماد المشرع و القضاء كمرجعية مستقلة عن الفكرتين معا فالمشرع في مفهوم النص على قواعد آمرة كثيرا ما يضع القواعد القانونية و ينص على عدم جواز الإتفاق على مخالفتها أو بطلان كل إتفاق يخالف نصها أو عدم جواز التنازل عما يترتب عنها من حقوق أو مراكز قانونية و بالتالي فإن النظام العام يقتضي هذه القواعد بمفهوما قواعد قانونية آمرة، و يأتي الدور على القاضي للنظر في مدى ذلك عندما يتخلف هذا النص بالنسبة لقاعدة معينة لإضفاء الصفة الآمرة عليها أو خلوعها عنها مقتفيا في ذلك أثر المشرع في بناء النظام القانوني.

فالقابلية للتحكيم مرتبطة بالنظام العام الذي يعكس ضرورة احترام الأسس المعتمدة جوهرية و أساسية ،و التي يؤول أمر رقابتها والوقوف على احترامها الى قضاء الدولة في اطار المجال المفتوح القابل للتضييق و الاتساع ،هذا المجال الذي يعرف الحصر و الانكماش بصدد المنازعات ذات الطابع الدولي، لأن التحكيم أصبح الطريق الطبيعي لحسم منازعات التجارة الدولية وبالتالي صارت القابلية للتحكيم هي الأصل و اللاقابلية هي الاستثناء .

وقد صارت المنازعات التي لا تقبل التسوية بطريق التحكيم تتحدد في اطار التشريع الوطني في اطار مجموعة مسائل يضعها المشرع على سبيل الحصر، في حين يكون غيرها مجاله مفتوحا يتحكم فيه قواعد النظام العام الداخلي في التحكيم

1 و قد عرفت اللائحة الجديدة للتحكيم أمام المركز الدولي لفض المنازعات المتعلقة بالاستثمار الذي أنشأته معاهدة واشنطن لسنة 1965 إضافة فقرة خامسة إلى المادة 39 و التي بمقتضاها تم سلب المختكمين إلى المركز الحق في الإلتجاء إلى القضاء الوطني لإتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية، بما في ذلك الإجراءات التي تساعد على تنفيذ حكم التحكيم عند صدوره، كالحجز التحفظي مثلا، مالم يحتفظ الطرفان صراحة بهذا الحق- في الإلتجاء إلى القضاء- عند الاتفاق على التحكيم. لكن تضمن اتفاق التحكيم نصا يحتفظ به الطرفان بحقهما الإلتجاء إلى القضاء لإتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية على هذا النحو، قد يعني بالنسبة للدولة، تنازلاها عن حصانتها القضائية في مواجهة إجراءات التنفيذ. و يكفي للإقتناع بذلك أن نلاحظ أن إجراء من الإجراءات التحفظية، كالحجز التحفظي لا معنى له إذا لم يكن ليؤدي إلى الحجز التنفيذي. لذلك يتعين على الدولة مراعاة متبهي الحذر إزاء النصوص التي تندرج في اتفاق التحكيم بقصد الإحتفاظ بالحق في الإلتجاء إلى القضاء لإتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية. حفيظة السيد الحداد. مدى إختصاص القضاء الوطني بإتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم . الإسكندرية . مصر . دار الفكر الجامعي. بدون عدد طبعة .1996.ص130و ما بعدها.

الداخلي ، و قواعد تنازع القوانين بالنسبة للمنازعات التي تقتضي استحضار القانون الدولي الخاص¹ ، و هذا في ظل غياب قاعدة مادية موحدة تحدد المسائل الدولية المشتركة التي يجوز التحكيم بشأنها².

و جرت تشريعات العديد من الدول على النص على عدم جواز التحكيم فيما لا يجوز التصرف فيه ثم النظام العام بعد ذلك حيث نصت المادة 2059 من القانون المدن الفرنسي المعدلة على أنه " يجوز للأشخاص الاتفاق على التحكيم في كل الحقوق التي يستطيعون بإرادتهم التصرف فيها" ثم أضافت المادة 2060 النص على عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، في حين اتجهت تشريعات على النص صراحة على عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام حيث نصت المادة 11 من قانون التحكيم التجاري الجديد المصري على أنه " لا يجوز التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح" محيلا بعد ذلك إلى نص المادة 551 من القانون المدني التي تحرم الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام، و قد سلكت التشريعات العربية نفس مسلك المشرع المصري³ ، حيث يرى الأستاذ أبو الوفاء ان ما لا يجوز فيه التحكيم ينحصر في المسائل المتعلقة بالنظام العام خالفا لما توجه اليه الفقه المصري الحديث الذي تساءل عن الحدود التي يكون فيها التحكيم مخالفا للنظام العام استنادا للتطور الحاصل في مسألة القابلية للتحكيم⁴.

أما في فرنسا فإن المادة 2060 من القانون المدني عرفت عراقا فقهيا فباستقراء محتوياتها نلاحظ الإشارة الى الاستبعاد التلقائي من التحكيم لمجرد ارتباطه بمسألة تمه النظام العام فكلما كان يشير النزاع تطبيق قاعدة أو أكثر من القواعد القانونية الأمرة فإن هذا النزاع يكون غير قابل للتحكيم ، لكن الفقه والاجتهاد الفرنسيان يقفان من هذه المسألة موقفا مغايرا لعدم جدواها في ظل ما يعرفه التحكيم من تطور، وذلك الذي دفع بالكثير الى المطالبة بإلغائها فالمادة 2060 موضع الخلاف تتضمن قاعدة أساسية تقتضي بعدم قبول اللجوء الى التحكيم في المنازعات المتعلقة بالنظام العام دون ان تحدد المقصود بالنظام العام ، وقد أوردت الى جانبه ثلاث تطبيقات له، فذكرت مسائل الحالة و الأهلية و الطلاق و الانفصال الجسماني ، ثم عددت المنازعات التي هي من شأن الإدارة و المؤسسات العامة بنوعيتها ، ثم عبارة

1 ايا محمد بردان . التحكيم و النظام العام . بيروت . لبنان . منشورات الحلبي الحقوقية . الطبعة الأولى . 2004 . ص : 158 .

2 لقد أقر المؤتمرين في مناقشات اتفاقية نيويورك 1958 استحالة الوصول الى قاعدة مادية موحدة تحدد المسائل الدولية المشتركة التي يجوز التحكيم بشأنها، واكتفوا بالإشارة الى المبدأ العام محاطا بالضمانات التي تكفل الحد من التوسع في تطبيقاته، وحرصا على ذلك فقد عملوا على تسجيل رفضهم في هذا الخصوص ، و وجوب ترك المجال للاجتهاد القضائي خلال المراحل السابقة لصدور حكم هيئة التحكيم، ان هذا الامر يدل على أن مسألة القابلية للتحكيم قابلة للإثارة أمام القضاء في كل وقت سابق لصدور حكم التحكيم أمام القضاء المختص ، ولكن بعد صدور حكم التحكيم يسقط حقها في النظر لهذه المسألة حسب هذا التقدير و حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة 2011 في المادة 1520 ، و كل ما أشارت اليه الاتفاقية التي عنيت بمرحلة الاعتراف والتنفيذ في المادة 2فقرة 1 في صدد بيان أسباب رفض الاعتراف والتنفيذ لحكم المحكمين ، فرأت ان ذلك يحدث من قضاء الدولة إذا كان النزاع لا يقبل التسوية بطريق التحكيم ،

3 المادة 1006 من القانون رقم 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري و المادة 2/127 من القانون المرافعات المدنية الكويتي، المادة 4/2013 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، المادة 762 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

4 أحمد أبو الوفاء . المرجع السابق . ص: 73 .

لا محددة هي عبارة المسائل التي تهم النظام العام¹ ، و قد توصل البحث الفقهي الى ان هناك مسائل غير قابلة للتحكيم بطبيعتها أخرى تؤثر على اختصاص المحكم بسبب خرق النظام العام .

أ-مدى ارتباط محل النزاع بالنظام العام

تشكل مسألة الإرتباط عقبة حقيقية أمام التحكيم ، أي تؤثر في الاختصاص الموضوعي وعدم القابلية للتحكيم فالملاحظ في مجال القابلية للتحكيم تجري تشريعات العديد من الدول على النص على عدم جواز التحكيم فيما لا يجوز التصرف فيه، ثم النص بعد ذلك على عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، أو تجري على ربط القابلية للتحكيم بالقابلية للصلح التي تتحدد بدورها بالنظام العام.

و قد سلك المشرع الفرنسي المسلك الأول فنص في المادة 2059 من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم 626 في 1972/6/5 على أنه " يجوز للأشخاص الاتفاق على التحكيم في كل الحقوق التي يستطيعون بإرادتهم التصرف فيها" ثم أضاف بالمادة 2060 بالنص على عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، أما المشرع المصري فقد سلك المسلك الثاني فنص في المادة 11 من قانون التحكيم التجاري الجديد على أنه "لا يجوز التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ، و لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح " محيلا بذلك إلى نصوص القانون المدني التي تحرم الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام².

لكن بالنظر للتطور الذي عرفه النظام العام ، خاصة بظهور النظام العام الاقتصادي الذي كرس حضوره في كل المجالات ذات الطابع العام و الخاص، ما جعل التحكيم يتراجع مع هذا التوجه ، ليصبح مجال القابلية للتحكيم مهددا لوجود التحكيم ، و هنا تصدى الاجتهاد الفقهي والقضائي لهذه المسألة ، حيث تم القول بأن مجرد قيام صلة بين محل التحكيم و النظام العام لا يكفي للقول بعد قابليته للتحكيم، إنما يجب ان تستهدف اتفاقية التحكيم أيضا بالفعل مخالفة النظام العام بطريقة مباشرة .

يلاحظ أن الاجتهاد القضائي كان حذرا إزاء التحكيم رغم أن المحكم و ان أعلن اختصاصه فهو ليس بمنأى عن رقابة القضاء سواء إذا تعلق الأمر بتنفيذ الحكم أو بطلانه حال عدم مراعاة أحكامه لقواعد النظام العام ، كما أن هذه الأحكام تتجاهل النتائج العملية لربط فكرة استبعاد التحكيم بمجرد تعلق النزاع بالنظام العام، و هذا سيؤدي الى القضاء على التحكيم بسبب التطور و التوسع في النظام العام الاقتصادي حيث تتراجع الحرية التعاقدية أمامه ، مما يفرمل ويكبح تقدم التحكيم، لأن قواعد النظام العام ليست مقصورة على فرع قانوني دون آخر بل صارت تغطي كل فروع القانون حتى ما كان يبدو منها بعيد المنال .

1 إباد محمد بردان . مرجع سابق . ص:158.

2 مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبدالعال. المرجع السابق. ص: 155.

ب- خرق النظام العام في النزاع

يذهب البعض إلى أن عدم القابلية لا تقوم إلا عندما يكون سبب النزاع أو تكون مفترضات نشوئه مخالفة للنظام العام فالعقد التحكيمي لا يكون باطل بمجرد أن المسألة محل النزاع تكون خاضعة لإطار أمر و تطرح بشكل احتمالي مسائل تمس النظام العام ، غير أن التناقض الحاصل بين الإبتهاجات الفقهية و القضائية و عدم وصولها إلى تقديم تفسير مقنع للرابطة بين عدم قابلية النزاع للتحكيم و بين وجود قواعد قانونية أمرة تحكمه كان سبباً في تبلور فكرة اتساع القابلية للتحكيم ، و لا قيد لها إلا خرق النظام العام حيث نادى البعض بوجود الفصل تماماً بين القابلية للتحكيم و بين النظام العام بمعنى القواعد الآمرة، كل ما في الأمر أن المحكم يكون عليه أن طبق القواعد الآمرة التي تحكم النزاع المطروح عليه عند الفصل فيه، و سواء كان التحكيم تحكيماً بالقانون أو كان تحكيماً بالصلح و من ثم فمشكلة النظام العام لا تثور إلا بعد صدور حكم المحكم، و في الحالة التي يغفل فيها إعمال هذه القواعد .

و قد بدأ تخفيض نطاق الحظر و اللاقابلية للتحكيم و بدأت عملية تراجع قواعد النظام العام الاقتصادي في هذا الخصوص¹ من خلال استمرار الحلول القضائية ذات التوجه نحو توسيع نطاق القابلية للتحكيم ، و التي عكست قفزة في مجال تحديد العلاقة بين النظام العام و القابلية للتحكيم و الانتقال من معيار استبعاد التحكيم كلما تعلقت المسألة بالنظام العام إلى استبعاده كلما حدث خرق فعلي له² ، فمجرد تنظيم العلاقة بقواعد أمرة لا يعني بذاته إقصائه من مجال قابلية التحكيم و على هذا النحو فقد عدل القضاء الفرنسي عن موقفه السابق في شأن الربط بين قابلية النزاع للتحكيم و بين تعلق محله بالنظام العام و انتهى بالفعل إلى تأكيد أن وجود قواعد أمرة تنظم مسألة معينة لا يؤدي بالضرورة إلى عدم قابلية الفصل فيها بالتحكيم، و إنما يجب أن يكون في الفصل فيها عن طريق التحكيم ما يخالف النظام العام.

و إذا كانت مخالفة الالتجاء إلى التحكيم للنظام العام لا تترتب على على وجود قواعد قانونية أمرة تحكم العلاقة محل النزاع فإن مناط ذلك يرجع إلى تحديد المشرع ذاته الأحوال التي يجوز فيها التحكيم أولاً ، ثم يعرض القاضي في حكمه مقتدياً بمسلك المشرع على ضوء ما توصلت إليه جهود الفقه من تحليلات، و من خلال ذلك تشتت مرجعية إكتساب الصفة الآمرة من قواعد القانون مع المرجعية المعتمدة للتعرف على مقتضيات النظام العام في مجال القابلية للتحكيم.

فالتعامل مع مسألة القابلية للتحكيم من عدمها لا تتم خلال النظر في القواعد القانونية التي تحكم محل النزاع بمعزل عن أجناس أو فصائل هذه المسائل التي يثيرها موضوع النزاع ، هذه الفصائل التي تتحدد في مسائل غير القابلة للتحكيم

1 إياذ محمد بردان . المرجع السابق .ص: 162
2 مصطفى محمد الجمال . عكاشة محمد عبدالعال . المرجع السابق .ص: 170.

أصلا هي المسائل المتعلقة بأعمال الدولة و المسائل المتعلقة بسلطة الدولة في التجريم و العقاب، و المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية و المسائل المتعلقة بالمعاملات المالية.

لهذا كان من المسلمات خروج المسائل المتعلقة بصحة أو بطلان أعمال سلطات الدولة عن نطاق التحكيم دون الحاجة إلى نص تشريعي يقرر ذلك و مرد ذلك أن سلطات الدولة الثلاث التشريعية و التنفيذية و القضائية تمارس رقابة داخلية متبادلة وفق ما هو متعارف عليه بالنظم الدستورية.

و عليه لا يمكن اللجوء للتحكيم بشأن المنازعات المتعلقة بدستورية قانون أو قانونية القرارات الإدارية، التنظيمية و الفردية أو أعمال السلطة القضائية التي تخضع هي الأخرى لرقابة ذاتية داخلية.

كما أن النزاع المتعلق بقرار الإدارة استحقاق ضريبة معينة او تعيين ما يستحق منها يخرج عن الإلتجاء نطاق التحكيم و الذي يدخل يختص قضاء الدولة وحده بالرقابة على صحته .

أما المسائل تحديد الجرائم و العقوبات و الأشخاص المسؤولين لا يمكن أن يتضمنه اتفاق تحكيمي¹، فالمحكم ليست له السلطة لفرض عقوبة جزائية، فالمحكم بقيام جريمة وتحديد فاعلها أو العقوبة الجنائية المترتبة عنها ليس من اختصاص المحكم فالدعوى العمومية هي حق للمجتمع تباشرها النيابة كطرف أصلي في الخصومة، فالالتزام لا تملكه إلا سلطات الدولة ممثلة بالنيابة العام فهو يخضع لمبدأ المشروعية، و ليس التحكيم في ضوء هذه المعطيات دور خاص يمكن أن يؤديه².

غير أن اختصاص النيابة العامة برفع الدعوى قد يتوقف في منازعات على ضرورة تقديم شكوى من المجني عليه كالجرائم بين الأصول، و الفروع و الأزواج المتعلقة بالسرقة و السب و القذف، فالتحكيم كتسوية سابقة اذا ما تم فهو موقف للدعوى العمومية³ حيث يعتبر الاتفاق على التحكيم في هذه المسائل تنازلا عن الشكوى أو الطلب تنقضي بموجبه الدعوى العمومية.

أما مسائل الأحوال الشخصية فيستأثر القضاء الوطني بنظر منازعاتها بدءا بالمسائل المتعلقة بحالة الشخص القانونية إزاء الدولة و المجتمع و أهليته و الولاية عليه مروراً بالمسائل المتعلقة بوضعه العائلي كالزواج و الطلاق و البنوة و الإقرار بالنسب و الحضانة و النفقة و انتهاء بمسائل الميراث و الوصية كلها غير قابلة لإلخضاع للتحكيم، فالمحكم لا يمكنه التصدي لمنازعات من هذا القبيل واصدار حكم يتعلق بأهلية الشخص، أو أن يصدر حكما بطلاق الزوجين فحالة الأشخاص تتعلق بالنظام العام و بالمثل لا يجوز الاتفاق على التحكيم في شأن حق الزوجة في النفقة أو حفق الزوج في

1 مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال. المرجع السابق. ص: 164 .

2 أحمد أبو الوفا. عقد التحكيم و إجراءاته. المرجع السابق. ص: 74 .

3 مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال . المرجع السابق. ص: 164 .

الطلاق¹، و هي مستبعدة من التحكيم بالنص، حيث نص المشرع الجزائري كما فعل مثيله الفرنسي على المنع من اللجوء إلى التحكيم في مادة الأحوال الشخصية من خلال نص المادة 1006 "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم"، مسقطا ما كان في المادة 442 المعدلة بالمرسوم التشريعي 93-09 التي تنص " لا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة و لا حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس، ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم " .

أما مسائل المعاملات المالية فظالما ماكانت الميدان الخصب للتحكيم للفصل فيما يثور بشأنها من منازعات، غير أن المشرع يملك أن يستثني بعضا من هذه المسائل و يخص جهة معينة للفصل فيما ما يتعلق بها و ذلك بموجب نصوص تشريعية وفق مقتضيات خاصة يراعيها.

و مما تقدم نخلص إلى عدم الحاجة إلى فكرة النظام العام في مجال القابلية للتحكيم ذلك انه:

- فكرة النظام العام في مقام القابلية للتحكيم ارتبطت بمنظور الدولة الحديثة ووظائفها الأمر الذي ظهر جليا من خلال اتفاق التشريعات على عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بصحة أو بطلان أعمال سلطات الدولة و في مسائل تحديد الجرائم و العقوبات و الحالة الشخصية² أكثر من ارتباطها بالنظام السياسي و الاجتماعي و الاقتصادي للدولة، و على العكس من ذلك فإن هذا النظام ترتبط به مقتضيات النظام العام في مقام الصفة الآمرة لقواعد القانون و تختلف باختلافه من ناحية المكان و الزمان.
- كما يبدو استعمال فكرة النظام العام في مقام القابلية للتحكيم دون جدوى في ظل الأخذ بالإعتبارات التي تقتضيها ضرورة منطقية أو يقدرها المشرع لإخراج عدد من المسائل من مجال القابلية للتحكيم.
- من جهة أخرى فإن خضوع علاقة ثار بشأنها نزاع لقواعد قانونية أمره لا يخرجها بالذات من مجال القابلية للتحكيم ما لم يتعلق الأمر بمسائل غير خاضعة للتحكيم غير أن المحكم و خلال نظره النزاع محل العلاقة عليه إعمال هذه القواعد الآمرة تحت طائلة بطلان حكمه لمخالفته لمقتضيات النظام العام³.
- لم يعد النظام العام عقبة أمام القابلية للتحكيم بفضل الحركة التوسعية التي شهدتها، بل أصبح يتجلى عند رقابة الحكم التحكيمي في قضاء الدولة ومدى مطابقة هذا الحكم للنظام العام، حيث أصبح متاحا للمحكم الفصل في مسائل تتعلق بالنظام العام والرقابة تكون في مدى مطابقة هذا الحكم لقواعد النظام العام، فالنظام العام ينتقل من قيد على صحة اتفاقية التحكيم الدولي إلى قيد على تنفيذ حكم التحكيم وأصبح هذا القيد

1 أحمد أبو الوفا . المرجع السابق . ص:73 .

2 حيث يرى البعض أن مصطلح النظام العام يكون في المسائل الجنائية وحالة الأشخاص ،وهي مسائل بطبيعتها مستثناة من التحكيم ولا يمكن أن تفلت من حكم القضاء الوطني ، فمسائل النظام العام الدولي هي التي يمكنها الإفلات من حكم القضاء الوطني.

3 المقصود بمقتضيات النظام العام في هذا المقام القواعد القانونية الآمرة، وليس ما يقتضيه استثناء القضاء دون غيره في مسائل محددة.

يتمحور في عدم خرق النظام العام باتفاقية التحكيم، وأصبح الاعتراف بالقابلية للتحكيم يجد تبريره بالرقابة اللاحقة للقرار التحكيمي ومدى مطابقته للنظام العام، ورغم ذلك فإن الفقه تأسس على ما هو منصوص عليه بالتشريعات ليحدد معايير مضافة إلى النظام العام الذي تم تحديد مجاله و استنتاج معايير أخرى.

الفرع الثاني : معايير القابلية للتحكيم

إن القابلية للتحكيم تحكمها معطيات محددة أسست لمفهوم معيار القابلية للتحكيم إن هذا المعيار يجد سنده في التشريعات الوطنية المرتبطة بالتحكيم فبالنظر إلى المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد المشرع نص على معيار حرية التصرف بالحقوق من خلال الفقرة الأولى التي تنص: "يمكن لكل شخص اللجوء للتحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.....و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية"، وبهذا فإن المشرع ربط قابلية التحكيم بوجود نزاع بشأن حق من الحقوق التي يجوز لصاحبها التصرف فيها و ذات الطابع المالي¹.

أولاً : معيار حرية التصرف بالحقوق

حتى يكون النزاع قابلاً للتحكيم يجب ان يكون من يدعي الحق له سلطة التصرف فيه و أغلب التشريعات المنظمة للتحكيم تجعل من مدى قابلية الحق للتصرف معياراً للقابلية للتحكيم²، و قد عرفت القابلية للتحكيم في مجال التحكيم التجاري الدولي تحراً مقارنة بالتحكيم الداخلي.

و يكون الحق غير قابل للتصرف إذا كان صاحبه غير قادر على التنازل عنه فعدم القابلية للتصرف إذن يعني عدم قدرة الشخص على التخلي عن الحق فيما يخص التصرفات القانونية و حيث أن إبرام اتفاقية التحكيم هو من أعمال التصرف فالمادة 1060 من قانون الإجراءات الجزائي تضع كشرط لصحة اتفاقية التحكيم أن يكون للأطراف حرية التصرف بحقوقهم، أين تستهدف مثل هذه النصوص مسائل متعلقة بالأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم و الحقوق المعنوية التي لا يجوز التصرف فيها لذاتها و إن جاز التصرف فيما ينشأ عنها من حقوق مالية³.

غير أنه و في حالة وجود مانع من موانع التصرف التي لا تدخل في مسائل الأهلية و النيابة في التصرفات بالمعنى الدقيق⁴ يثور التساؤل حول ما إذا كانت تنصرف إليها هذه النصوص.

1 و قد عرفت المادة الثانية من قانون التحكيم التجاري المصري التحكيم التجاري بأنه التحكيم في نزاع ناشئ عن علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، إضافة إلى أن المادة الحادية عشرة لا تجيز التحكيم فيما لا يجوز التصرف فيه.

2 إيد محمد بردان . المرجع سابق . ص: 167.

3 هذا ما هو عليه الحال في حقوق الملكية الفكرية على سبيل المثال فحق المؤلف في نسبة مؤلفه إليه أو تعديله أو منع نشره لا يجوز التحكيم فيها و إن جاز التصرف في حق الاستغلال المالي للمؤلف.

4 تشترط النصوص التي تواجه التحكيم في شأن الحقوق قابلية الحق للتصرف فيه و من باب أولى عدم قابلية تحكيم كل نزاع متعلق بشيء لا ترد عليه الحقوق لعدم قابليته للتعامل فيه.

و قد شكك الفقه الفرنسي في مجال تطبيق المادتين 2059 و 2060 إن كان لكل منهما تطبيقها أم هنالك تداخل بينهما. و توصل الفقيه Ancel إلى أن لكل مادة تطبيقها فالمادة 2060 تستبعد بصورة عامة من التحكيم المسائل المتعلقة بالنظام العام والذي هو حسب نظره مجموعة القواعد التي هدفها المباشر ضمان احترام المصلحة العليا للمجتمع، وكما هو الحال في الفقرة الثانية من المادة 1006، أما المادة 2059 فتتضمن ما هو معروف بالنظام العام الحمائي، فالمصالح المحمية هي مصالح خاصة تحميها نصوص قانونية أمرة مخافة عدم استطاعة أصحابها حماية حقوقهم¹. وانعكاس هذه المادة هو في الفقرة الأولى من المادة 1006.

فالمنع من التصرف قد يكون لمصلحة عامة² و بالتالي يكون مطلقا في الزمان و يؤدي من ثم إلى عدم القابلية للتحكيم، و مثال ذلك عدم جواز التصرف في الأموال العامة أو النزول عنها كون هذه الأموال تخضع لنظام خاص بها و كل تصرف أو نزول يرد عيها يقع باطلا بطلانا مطلقا، أما حالة المنع لمصلحة خاصة فالمنع يكون موقوتا، و هو لا يؤدي دائما إلى بطلان التصرف و من ثم فإن القابلية للتحكيم تتحدد وفق الحالة، فبقاء علاقة العمل قائمة لا يجيز النزول عن حقوق العمال أو التصالح عليها و من ثم لا يجوز الاتفاق على التحكيم، فإذا ما انتهت هذه العلاقة جاز النزول و جاز التصالح، و جاز الاتفاق على التحكيم بشأنه هذه الحقوق.

هكذا نرى أن التحكيم ممنوع في الحقوق غير المتاحة، أي أثناء قيام الرابطة العقدية غير المتوازنة كعلاقة العمل والايجار والاستهلاك، هنا في حالة ابرام شرط تحكيم يوصف ويكيف على أنه تخلي مسبق عن الحقوق التي لم تكتسب بعد من الطرف المحمي بخلاف اتفاق التحكيم حيث النزاع قائم والمتعاقد الضعيف أصبح له حرية التصرف بحقه، فشرط التحكيم هو المستبعد وليس اتفاق التحكيم، يلاحظ أن معيار حرية التصرف بالحقوق يتكرس من خلال المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والادارية المقابلة للمادتين 2059 و 2060 من القانون المدني الفرنسي حيث لا يحد منه في القابلية للتحكيم إلا حضور النظام العام. ففي الحالة التي يضع فيها المشرع قواعد ذات طابع نظام عام تقيّد استخدام أو ممارسة القابلية للتصرف، فالمحكم له أن يبت في المسألة في ضوء احترام النظام العام وله أن يرتب البطلان عند مخالفة النظام العام³.

كما ذهب في ذات التوجه الأستاذ Lavel الذي يرى أن الحالات المذكورة في المادة 2060 فيما يخص الأهلية والأحوال الشخصية هي مستبعدة لأنها غير قابلة للتصرف وما هو غير قابل للتصرف هو من النظام العام سواء كان تقليديا يستهدف حماية المصالح العليا للدولة، أو حمائيا يسترعي حماية بعض فئات المتعاقدين، فالقابلية للتحكيم قريبة

جدا من مفاهيم النظام العام، وحتى في إطار معيار حرية التصرف بالحقوق فمفهوم حرية التصرف بالحقوق وعدم قابلية الحقوق للتصرف هما محور النقاء وتقاطع القابلية للتحكيم بالنظام العام¹ ، فالنقاش الفقهي واسع في هذه المسألة إلى يومنا هذا وأغلبه سعى إلى عالمية القابلية للتحكيم.

ثانيا : الطابع المالي للحق محل النزاع

لقد كان هذا المعيار وليد النهضة التشريعية في القانون الدولي الخاص السويسري و يقصد به كل نزاع يمكن تقويم محله بالمال ليكون قابلا للتحكيم فكان النص عليه في المادة 177 من قانون 1978 المتعلق بالقانون الدولي الخاص السويسري² و قد نصت الفقرة الثالثة من المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية على هذا المعيار فيما يخص التحكيم التجاري الدولي بقولها: " لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية " حيث تنطوي هذه العلاقات على مصالح ذات طابع مالي ما يجعلها قابلة للتحكيم ، و حالات عدم القابلية اذن يمكن أن تكون فيما لا يقوم بمال، و قد أكدت المادة الأولى من قانون التحكيم المصري على جواز التحكيم في العلاقات المالية سواء كانت العلاقة بين أشخاص القانون الخاص ، أو بين أحد أشخاص القانون الخاص و أحد أشخاص القانون العام ، أو بين شخصين من أشخاص القانون العام، دفعا لما كان يثار حول شرعية التحكيم الذي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا فيه، و قد اشتمل مفهوم التحكيم التجاري بموجب نص المادة الثانية على التحكيم في العلاقات أو الأعمال التجارية إلى جانب العلاقات المدنية المالية دون تلك غير المالية، غير ان المشرع لإعتبارات يقدرها قد يقضي بعض المسائل من نظر منازعاتها أمام التحكيم بموجب نصوص تشريعية³.

غير أن الحق الذي يدخل في مجال التحكيم قد يتفرع عن علاقة قانونية غير مالية لا تخضع للتحكيم، ما يثير التساؤل حول مدى قابلية هذا الحق المالي للتحكيم.

لقد نص المشرع الجزائري كما فعل مثيله الفرنسي على المنع من اللجوء إلى التحكيم في مادة الأحوال الشخصية من خلال نص المادة 1006 "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم"، مسقطا ما كان في المادة 442 المعدلة بالمرسوم التشريعي 93-09 التي تنص " لا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة والحقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس، ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام ، أو حالة الأشخاص وأهليتهم. " ، إن المشرع بإسقاطه هذه المواد و هي ممكنة التقويم بالمال يكون قد تبني أيضا المعيار المالي بمعنى المخالفة ، فحالة الشخص وأهليته

1 ايا محمد بردان. المرجع السابق. ص: 175.

2

Art 177 de loi fédéral sur le droit international privé " toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage " .

3 قد نصت المادة 6 من قانون تنظيم الوكالات التجارية دولة الامارات العربية المتحدة رقم (18 / 1981) على مايلي:

" يعتبر عقد الوكالة التجارية لمصلحة المتعاقدين المشتركة ، وتختص محاكم الدولة بنظر أي نزاع ينشأ عن تنفيذه بين الموكل والوكيل ولا يعتد بأي اتفاق يخالف ذلك ". حيث قضت المادة بإخراج عقد الوكالة التجارية على الرغم من طابعه المالي من نطاق التحكيم.

غير قابلة للتقويم المالي لذا فهي تخرج عن نطاق القابلية التحكيم، و يستأثر القضاء الوطني بنظر منازعاتها فحالة الشخص القانونية إزاء الدولة و المجتمع و جميع المسائل المتعلقة بعمر الانسان و أهليته و جنسه و جنسيته ، و المسائل المتعلقة بوضعه العائلي كالزواج، الطلاق، البنوة و الإقرار بالنسب كلها غير قابلة للإخضاع للتحكيم، فالمحك لا يمكنه التصدي لمنازعات من هذا القبيل و اصدار حكم يتعلق بأهلية الشخص مثلا محددًا إن كانت له الأهلية أم لا ، أو أن يصدر حكما بطلاق الزوجين فحالة الأشخاص تتعلق بالنظام العام ، و هي مستبعدة من التحكيم بالنص الصريح للمادة 1006، أين ميز المشرع بين المواد المتعلقة بالأحوال الشخصية المحضة (مسائل الزواج والطلاق والنسب...) التي لا تقبل التحكيم، و المواد المتعلقة بالمصالح المالية (النفقة، التعويض عن فسخ الخطبة، قسمة التركة أو إدارتها...). هذا الموقف هو في الواقع مطابق لأحكام المادة 461 من القانون المدني التي تجيز الصلح على المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية و تمنعه في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية و النظام العام.

كما يتعين التمييز بصدد التعويض عن الأفعال المجرمة بنص القانون بين المسؤولية الجنائية التي تظل حكرا على القضاء بينما يجوز التحكيم فيما يترتب عن هذه الأفعال من مسؤولية مدنية غير أنه على المحكم الإلتزام بالقواعد الخاصة بوقف الدعوى المدنية إلى فصل القضاء في الدعوى الجنائية، و بحجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني.

المطلب الثاني: الأساس القانوني للرقابة القضائية على التحكيم و دوره في الرقابة على اتفاقية التحكيم

إذا كان التحكيم التجاري الدولي يسعى إلى التمييز و الاستقلالية عن القضاء الوطني ليكون أكثر فعالية، فإن ذلك لا يعني القطيعة بين النظامين، فقد كشف الواقع العملي أنهما متجاوران و متساندان في الكثير من الحالات فمهما يكن من الأمر ، يبقى التحكيم التجاري الدولي في حاجة ماسة إلى القضاء الوطني لتحقيق فعاليته¹.

و تبقى الرقابة القضائية لضمان حسن سير التحكيم التجاري الدولي قائمة بحيث يمنح الصيغة التنفيذية على الحكم التحكيمي بعد التأكد من سلامة العملية التحكيمية و احترامها للمقتضيات القانونية لأن عملية منح الصيغة التنفيذية لأحكام التحكيم الدولية تكتسب طابعا خاصا بالنظر إلى كونها تمس بمبدأ السيادة الوطنية و تتأثر بنظرة القاضي الوطني إليها، في حين أن منطق التجارة الدولية الحديث هو نتاج غربي بلوره نظام عالمي جديد يطمح إلى تفاعلي منطق الحواجز والحدود الاقتصادية بين الدول، كما يسعى إلى أن ترقى فيه مؤسسة التحكيم التجاري الدولي كأداة فاعلة علما أن سبب الإقبال على الوسائل البديلة لحل المنازعات ذات الارتباط بالاستثمار هو تعقيد الأنظمة القانونية المختلفة لاسيما في ميدان تنازع القوانين، الأمر الذي لم يسمح للقانون الدولي الخاص بالرد على حاجيات التجارة الدولية و يزيد

1 جارد محمد. مظاهر التعاون بين القضاء الوطني و التحكيم التجاري الدولي. دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و المصري و الفرنسي. المؤتمر الدولي للقضاء و التحكيم. المجلد الثاني. المملكة العربية السعودية. جامعة الامام محمد بن سعود . 2015. ص: 1980.

من حدة هذا القصور ثقل وطأة قانون القاضي سواء فيما يتعلق بالإجراءات و تحديد التكييف أو التعسف في استخدام الدفع المتعلقة بالنظام العام

إلا أن هذا لا يعني مطلقاً استقلال القضاء عن التحكيم أو عدم خضوع هذا الأخير لرقابة القضاء، و لكن المشكلة تكمن في مدى استقلال التحكيم أو خضوعه للرقابة من جانب القضاء العادي.

الفرع الأول: الأساس القانوني للرقابة القضائية على التحكيم.

تعتبر الرقابة القضائية على الأحكام التي تصدرها المحاكم الرسمية رقابة ذات طابع علاجي، تتحقق عن طريق تصحيح الحكم من خلال الطعن في الأحكام أمام درجة أعلى من المحكمة التي أصدرت الحكم ، بينما تهدف الرقابة على التحكيم إلى الحفاظ على الجوهر السليم للحكم و ضمان فاعلية تنفيذه، يقصد بها التحقق من صحة كافة الإجراءات التي تتخذ في عملية التحكيم، بدءاً من اتفاق الأطراف اللجوء إليه، حتى صدور حكم المحكم و تنفيذه، أي أنها تغطي عملية التحكيم كلها.

و بهذه السمة تتميز الرقابة على التحكيم على الرقابة على الأحكام القضائية، فإن كانت هذه الأخيرة ذات طابع موحد لا تتحقق إلا بعد صدور الحكم و طلب تصحيحه، فإن الرقابة القضائية على التحكيم ذات طابع مزدوج فهي من ناحية، رقابة سابقة على صدور حكم التحكيم، و تهدف في هذا الجانب إلى حرص الأطراف على سلامة إجراءات التحكيم لرفض تنفيذ الحكم وحرص المحكم في ذات الوقت على تحري الدقة والتطبيق السليم للقانون، و كذلك حرص المشرع على فاعلية أحكام التحكيم حتى لا يكون التحكيم مجرد مرحلة أولية تسبق اللجوء إلى القضاء.

و من ناحية أخرى، فهي رقابة لاحقة على صدور حكم التحكيم، و تهدف في هذا الجانب إلى إلغاء الحكم المشوب و رفض تنفيذه عن طريق الطعن فيه بالبطلان أمام الهيئات القضائية التابعة للدولة¹.

و يكمن الأساس القانوني للرقابة على التحكيم في كون المحكمين ليسوا قضاة و إنما مجرد أشخاص عاديين أنيط بهم الفصل في بعض النزاعات بعيداً عن أحكام القضاة².

و المحكم شأنه شأن أي إنسان قد تتعرض أعماله للغلط أو الجهل أو حتى السهو، مما يؤدي إلي عدم عدالة حكمه أو عدم صحته، وبالتالي لا بد من تصحيح حكمه، وهذا يصعب تحقيقه بدون الرقابة على أعماله حيث لا يمكن التسليم بحكم مشوب بالخطأ أو ظاهر عدم عدالته، ويؤيد ذلك أن هذه الأحكام شأنها شأن الأحكام التي تصدرها محاكم الدولة، تحوز الحجية.

1 صالح جاد عبد الرحمن المزلاوي. الرقابة القضائية على التحكيم. مجلة القضاة المصرية. السنة الحادية والثلاثون. العدد الأول والثاني. 1999. ص: 48.

2 أحمد أبو الوفا . المرجع السابق. ص: 161 .

هذا ما نصت عليه المادة 55 من قانون التحكيم المصري الحالي رقم 27 لسنة 1994، فضلا على أنها لا تقبل التنفيذ الجبري إلا إذا خضعت للرقابة ثم التصديق عليها لأنها صادرة ممن لا يملك السلطة، حسب المادة 1035 من القانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على: « يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهيمه التعجيل » وكذلك المادة 56 من قانون التحكيم المصري التي تنص على: « يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون أو من يندبه من قضاتها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين».

أضف إلى ذلك أن القضاء هو صاحب الولاية العامة و الأصل في نظر كافة النزاعات و يتمتع في ذات الوقت بالدوام و الاستقرار و الحصانة، فهو سلطة عامة من سلطات الدولة لا ينهض بها إلا القاضي الذي يمثل الدولة من خلال الأحكام التي يصدرها، هذا بخلاف التحكيم الذي تقتصر ولايته على نظر النزاع المطروح أمامه¹.

وتظل تلك الولاية إلى أن ينقضي النزاع انقضاء طبيعيا بالفصل في الموضوع، أو انقضاء مبتسرا لأحد الأسباب التي نص عليها القانون، ونظرا لأن التحكيم طريقا استثنائيا قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية و ما تكلفه من ضمانات فهو مقصور على ما تنصرف إرادة المحكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم، فلا يمتد نطاق التحكيم إلى عقد لم تنصرف إرادة الأطراف إلى فض النزاع بشأنه عن طريق التحكيم²، و لا يمكن الاحتجاج بقاعدة قاضي أصل هو قاضي الفرع وذلك لأن التحكيم قوامه الإرادة.

فالمحكم بحاجة إلى مساندة هذا القضاء لمواجهة ما يعترضه من مشاكل ونظرا لافتقاده لسلطة الأمر، التي يملكها قضاء الدولة، فهناك أمور عديدة لا غنى لهيئة التحكيم في شأنها عن الاستعانة بالقضاء.

و ترتيبا على ما تقدم يمكننا أن نقر أهمية الرقابة على التحكيم، بتلك التي لا تقل في أهميتها عن الرقابة التي يخضع لها الحكم القضائي إن لم تكن أوسع منها، وسوف تتأكد تلك الأهمية من خلال استعراض آراء الفقهاء وموقف التشريعات وأحكام القضاء في ثلاث مطالب على التوالي.

1 مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال. المرجع السابق. ص: 182 .

2 صالح جاد عبد الرحمن المزلاوي. المرجع السابق. ص: 48.

أولاً: موقف الفقه من الرقابة القضائية على التحكيم

لقد ترتب عن الاختلاف الحاصل حول مفهوم الرقابة و طبيعتها اختلاف الفقه بين مؤيد ومعارض لفكرة الرقابة القضائية على التحكيم، حيث يعتقد جانب من الفقه بأنها تعوق سير العملية التحكيمية، و تعرقل تنفيذ أحكام المحكمين، في حين يرى جانب آخر أن طبيعتها تعتبر المحرك الرئيسي للدافع لخصومة التحكيم.

و لقد أثارت العلاقة بين القضاء و التحكيم ماثارا لنقاشات عديدة خاصة في الآونة الأخيرة بين الفقه، و أحكام القضاء و نصوص التشريعات، خاصة فيما يتعلق بأساس هذه الرقابة و طبيعتها القانونية، بين الطابع المساعد أم الطابع الرقابي و توقيت هذه الرقابة، تكون لاحقة لصدور حكم التحكيم؟ أم أنها تمتد لتشمل عملية التحكيم و أعمال المحكم منذ البداية وأثناء سير الإجراءات؟

إلا أن غالبية التشريعات جعلت الدور الرقابي للقضاء شاملا لكل عملية التحكيم و على أن الهدف من تلك الرقابة يتحدد وفقا للمرحلة التي تمر بها إجراءات التحكيم، و بعد صدور الحكم يكون هدفها ضمان فاعلية الحكم و نفاذه مادامت توافرت له عناصر الصحة أو إبطاله إذا كان به ما يشوبه¹.

و يسعى كل من القضاء و التحكيم على الرغم من أنهما نظامان مختلفان، إلى هدف واحد هو تقديم حكم له عناصر الصحة بما يكفل تنفيذه، ولذا فرضت الرقابة على التحكيم، فليس الهدف منها إفساد نظام التحكيم، بل تأكيد وجوده و ضمان فاعليته، واستبعادها ينطوي على مخاطر بحقوق الأطراف، خاصة عندما يكونون ضحية لتلبس المحكم أو إهمال مؤسسات التحكيم.

وتأكيدا لتلك الأهمية يجب أن يتعد مفهومها عن التحكم وإنما يكون طابعها تقديم العون والمساعدة التي لا تخلو من نوع سلبيات الرقابة كالمماثلة، التسوية والاستفادة من مزايا التحكيم، و ليس الهدف من الرقابة عرقلة عمل المحكم أو الجثم على حرية الخصوم التي كفلها المشرع، كما أنها لا تعني عدم استقلال المحكم أو خضوعه لوصاية القضاء و إنما دعم لخصومة التحكيم و كان للقضاء دور مكمل لدور المحكم².

و للرقابة القضائية على التحكيم ضوابطها الشكلية و الموضوعية التي تسعى إلى تحقيق الغاية منها و هو دعم خصومة التحكيم. سواء كانت هذه الرقابة سابقة على الحكم أو لاحقة عليه، فالضوابط الشكلية تعتمد في المقام الأول على موقف القضاء من التحكيم وتفهمه لطبيعته حتى يكون بمنأى عن التحكيم، أما الضوابط الموضوعية فيحكمها قيدان: الأول: هو عدم تدخل القضاء في تفصيلات النزاع، و إنما يكتفي بمراجعة صحة ما انتهى إليه للمحكم مستهدفا في

1 صالح جاد عبد الرحمن المزلاوي. المرجع السابق. ص: 52.

2 مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال. المرجع السابق. ص: 164.

ذلك أحكام القانون وضوابطه، فليس للقاضي التحقق من عدالة حكم قضائه في الموضوع لأنه لا يعد هيئة إستئنافية في هذا الصدد.

الثاني: فيتمثل في عدم تعرض المحاكم القضائية للأسباب التي تخرج عن رقابتها التلقائية ما لم يثرها الأطراف، و هذا يستلزم أن يكون القائم بهذه الرقابة قاضي تحكيم لا قاضي موضوع من الدرجة الثانية يعيد فحص الوقائع و تقييمها.

أ- أسانيد الاتجاه المعارض لفكرة الرقابة القضائية

دافع فريق من الفقه الغربي - يناصره جانب من الفقه العربي- عن استقلال التحكيم عن القضاء باعتبار أن أهمية التحكيم و ازدهاره تتناسب عكسيا مع القضاء، و نادى هذا الاتجاه بغل يد القضاء عن التدخل في خصومة التحكيم و برر ذلك بأن الهدف الرئيس من نظام التحكيم يكمن في حل النزاعات بعيدا عن ساحات القضاء، طلبا للسرعة و حسم للنزاعات و وضع حد لها في وقت ملائم، فالتحكيم طريق استثنائي لفض النزاعات، قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية¹، و فرض هذه الرقابة يؤدي إلى إطالة أمد النزاعات، و تعقيد الإجراءات، و يصبح اللجوء إلى التحكيم مضیعة للوقت والجهد والمال، و يناهض هذا الرأي إمكانية الطعن على الحكم باعتبارها إحدى صور ممارسة هذه الرقابة. أضف إلى ذلك أن النزاعات التي تعرض على هيئة التحكيم تحتاج إلى خبرة و دراية بموضوع النزاع، و القاضي الوطني لا تتوفر فيه تلك السمات، بالإضافة إلى عدم إلمامه بالقانون الأجنبي المطبق على النزاع واختلاف المفاهيم لديه مما يتعذر معه فرض الرقابة.

هذا بالإضافة إلى أن التحكيم يعد وسيلة هامة لإعاقبة امتيازات الدولة في مواجهة الأفراد العاديين، و فرض هذه الرقابة يساعد الدولة على استخدام تلك الإمكانيات في مواجهة الطرف الأخر الذي يدخل معها في علاقة تحكيم، كأن تدفع في مواجهته بالسيادة أو الحصانة، كما أنها تعني العودة مرة أخرى إلى القضاء، و لا يكون التحكيم سوى مرحلة أو خطوة تمهيدية تسبق عرض النزاع على القضاء مما يفسد نظام التحكيم كلية.

إلى جانب ما تقدم، فإن ما يميز التحكيم هو سرية الجلسات حفاظا على أسرار الخصوم وحرصا على العلاقات فيما بينهم خلافا للقضاء حيث يعد مبدأ علانية الجلسات من أهم مبادئ التقاضي، و فرض الرقابة يؤدي إلى إعمال هذا المبدأ الأخير، مما ينتج عنه بالضرورة إهدار تلك السرية و إفساد العلاقة بين أطراف التحكيم، إلى جانب أن القضاء يقضي في النزاع وفقا لقواعد العدالة التي تقوم على أساس المساواة بين الخصوم، بينما يفصل المحكم في النزاع وفقا لاعتبارات المواءمة والعدالة الخاصة التي يراعي فيه التوفيق بين الأطراف .

أخيرا هناك اعتقاد سائد بأن القضاء في الدول النامية لا يتمتع بالاستقلال التام في مواجهة السلطة السياسية و فرض الرقابة على التحكيم، يعد و لا شك عاملا أساسيا للتحكم من قبل المشرع والقضاء، مما ينجم عنه تعديل التشريعات و

1 صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي. المرجع السابق.ص: 52 .

التمسك بالحصانة القضائية كلما كانت الدولة طرفاً في اتفاقية التحكيم، فضلاً عن أن القاضي عند فصله في النزاع يتقيد بتشريعات الدولة، خلافاً للمحكم الذي يرجح، اعتبارات العدالة و المواءمة، و لكل ما تقدم، فلا مجال لفرض الرقابة القضائية على التحكيم، فالتحكيم عماده إرادة الأطراف، و الرقابة خروج على تلك الإرادة فضلاً عن قوام التحكيم الخروج على طرق التقاضي العادية.

ب- أسانيد الاتجاه نحو تأكيد فكرة الرقابة القضائية

يقرر بعض الفقهاء أنه من الأهمية بمكان الإبقاء على الرقابة القضائية على التحكيم، و ذلك لحسن سير وصحة الإجراءات و قهر الصعوبات التي قد تواجه الخصوم¹ من ناحية، و ضماناً لفاعلية تنفيذ الأحكام و تلاشي السير في إجراءات مصيرها البطالان من ناحية أخرى، فضلاً عن حسن إدارة العدالة و تجنباً لمخاطر التحكيم من ناحية ثالثة. لذا فالرقابة ضمانة هامة و ضرورة لصحة الحكم، و لا يجوز أن تقتصر على مرحلة تنفيذه فحسب، بل تمتد لتشمل مرحلة ما قبل الحكم أيضاً، فالتحكيم لا صحة له بدون الرقابة، فالرقابة نفع محض لا ضرر كما يدعى². و التحكيم بدون رقابة يؤدي إلى حرمان الخصوم من قدر كبير من الضمانات القضائية التي أحاط بها المشرع العمل القضائي، و بالتالي لا بد من الرقابة لتوفير الضمانات التي يفرضها مبدأ سيادة القانون، و حتى لا يكون الوصول إلى العدالة الحق أمر صعب المنال.

فضلاً عن ذلك، فانتفاء سلطة الأمر لدى المحكم يحتم الرقابة القضائية على التحكيم لمعاونة هذا الأخير أثناء سير الإجراءات و الإشراف على تنفيذ الأحكام و إلا بات التحكيم مجرد أمر نظري لا طائل من ورائه سواء إضاعة الوقت و الجهد و المال.

أخيراً فما يشجع على فرض هذه الرقابة، تردد الدول النامية في الأخذ بنظام التحكيم حيث أن هذه الدول قد رزحت طويلاً تحت نير الاستعمار، تجدد في التحكيم عودة أخرى للسيطرة الاستعمارية في ثوب جديد، و خاصة أنه يسود لديهم اعتقاد بأن التحكيم لا يخدم سوى مصالح الدول المتقدمة و يضمن سيطرة اقتصادية مطلقة.

ثانياً: موقف التشريع من الرقابة القضائية على التحكيم:

تختلف الدول فيما بينها في مدى ما تفسحه من دور للقضاء في إضفاء رقابته على التحكيم و هذا الاختلاف مبعثه في الحقيقة اختلافهم حول استقلال التحكيم أو خضوعه للرقابة القضائية، و مسايرة للاتجاه المناهض لفكرة الرقابة اتجهت تشريعات بعض الدول لتخصيص جزء منها لتنظيم أوجه معاونة القضاء للتحكيم.

1 لهر بن سعيد. المرجع السابق. ص: 124.

2 أحمد أبو الوفا . المرجع السابق. ص: 161.

أ- موقف المشرع الجزائري من الرقابة القضائية على التحكيم:

لقد حرص المشرع الجزائري على الدور الكبير الذي منحه للقاضي سواء فيما يخص الرقابة السابقة لصدور الحكم أو بعد صدوره و قد واجه الصعوبات التي تواجه الأطراف في تشكيل محكمة التحكيم، سواء إذا تخلف أحد الأطراف عن تعيين محكمه، أو إذا صادف الأطراف عقبات في استكمال تشكيل الهيئة كما في حالة اختلافهم في تعيين المحكم الثالث، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 1041 ق إ م إ: " وفي غياب التعيين، و في حالة صعوبة تعيين المحكمين وعزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي:

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

2- رفع الأمر أمام رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر"¹.

وحسب المادة 1046 " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك، إذا لم يتم الطرف المعني بالأمر بتنفيذ هذا التدبير، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، و يطبق في هذا الشأن قانون القاضي، يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الطرف الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير".

ب- موقف المشرع الفرنسي من الرقابة القضائية على التحكيم

سار المشرع الفرنسي على نهج التشريعات الحديثة التي منحت القضاء دوراً شاملاً في نطاق التحكيم، لا يقتصر على مرحلة إصدار الأمر بالتنفيذ، وإنما أصبح موجوداً منذ الاتفاق على التحكيم، و عند مواجهة الصعوبات التي تعترض تشكيل هيئة التحكيم، وأثناء سير الإجراءات إلى مرحلة ما بعد صدور الحكم، و هذا يتضح بجلاء من نصوص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الحالي .

ج- موقف المشرع المصري من الرقابة القضائية على التحكيم

الأمر نفسه كذلك بالنسبة للقانون المصري، فوفق قانون التحكيم الجديد رقم 27 لسنة 1994 حرص المشرع على مسايرة النظم القانونية في التحكيم، فلم يقتصر دور القضاء على الرقابة اللاحقة على أحكام المحكمين، و إنما منحه دوراً مزدوجاً، يشمل الرقابة السابقة، واللاحقة معاً، فمنحه دور المساعدة في تيسير إجراءات التحكيم عندما أنيط به مهمة المساعدة في تعيين المحكمين ابتداءً، أو تشكيل هيئة التحكيم أثناء سير الإجراءات حيث تصدى بالفقرة الثانية من المادة

1 لزهري بن سعيد. المرجع السابق، ص: 129.

17 من القانون للحالات التي يتصدى فيها القضاء لتعيين المحكم بصفة احتياطية¹، وكذا عزل المحكم وإنهاء إجراءات التحكيم².

ثالثاً: موقف القضاء من الرقابة القضائية على التحكيم

تتوقف فاعلية التحكيم في المقام الأول على موقف القضاء منه ومساندته وتدعيمه لعملية التحكيم، و التدخل لتصحيح مسار الإجراءات و ضمان التزام المحكمين للحدود القانونية، فالعلاقة بين المحاكم والتحكيم أساسها المشاركة و هو ما يفترض قدرا من الانسجام و التعاون.

وباستقراء أحكام النقض المصرية الصادرة في هذا المجال، نجد أن القضاء المصري على الرغم من ميله إلى تدعيم الرقابة على التحكيم، ذلك ما يتضح من خلال الأحكام التي تنص على تعيين المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع في حالة عدم تعيينهم أو تخلفهم عن أداء مهامهم أو عزلهم³ إلا أنه دعى إلى تلمس الوسائل التي تمكنه من التخفيف من حدة هذه النتيجة، خاصة فيما يتعلق بالتحكيم الدولي، وإن كان الغالب أن تلك الرقابة لا تتحقق إلا عن طريق دعوى البطلان أو المعارضة في تنفيذ أحكام المحكمين.

فإذا كان مبدأ استقلال التحكيم من أهم المبادئ الأصولية التي تحرص عليها التشريعات الحديثة التي نصت على التحكيم، إلا أن ذلك لا يدعونا إلى القول بوجود فصل تام بين التحكيم و قضاء الدولة، فالتعاون بين القضاء و التحكيم بات ضرورة حتمية لا غنى عنها، و يتحقق ذلك التعاون عن طريق المساعدة التي يقدمها القضاء للتحكيم سواء بناء على طلب أحد الخصوم أو طلب هيئة التحكيم ذاتها، و بالتالي فالمتفق عليه أنه إذا كان الاتفاق على التحكيم يمنع قضاء الدولة من نظر النزاع موضوع التحكيم، فإنه لا يمنع هذا القضاء من ممارسة سلطته ضمن دائرة التحكيم في الرقابة على أعمال المحكمين

وهكذا يظهر لنا أن خصومة التحكيم ليست بمنأى عن ولاية القضاء، في شقها الرقابي على إجراءات خصومة التحكيم، و في الدور المساعد الذي يكمل من خلاله القاضي، سلطة المحكم المنقوصة، و بدون هذه الولاية يصبح التحكيم نظاماً قانونياً بلا فاعلية، إن الأحكام الصادرة من المحكمين قبل الفصل في الموضوع، تشملها فكرة واحدة و هي أنها تصدر أثناء نظر الدعوى و قبل الحكم في موضوعها، وأنها ليس لها كيان مستقل بذاتها، ولا تحسم النزاع

1 لزهري بن سعيد. المرجع السابق. ص: 125.

2 حيث نصت المادة (20) من نفس القانون على: « إذا تعذر على المحكم أداء محمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير لا مبرر له في إجراءات التحكيم ولم يتفق الطرفان على عزله جاز للمحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون الأمر بإبهاء محمته بناءً على طلب أي من الطرفين. » وكذلك المادة (21) من نفس القانون: « إذا انتهت محمة المحكم بالحكم برده أو عزله أو تنحيه أو بأي سبب آخر وجب تعيين بديل له طبقاً للإجراءات التي تنبئ في اختيار المحكم الذي انتهت محمته. » والفصل في الطعن على الحكم الصادر برفض طلب رد المحكم ويكون حكمه غير قابل للطعن فيه بأي طريق كما نصت عليه المادة 19فقرة 3: « لطالب الرد أن يطعن في الحكم برفض طلبه خلاله ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه به أمام المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون ويكون حكمها غير قابل للطعن بأي طريق. »

3 صالح جاد عبد الرحمن المزلاوي. المرجع السابق. ص: 56.

في أصل الحق، والمحكم كالقاضي يمكن أن يصدر أثناء سير الخصومة أحكاماً قبل الفصل في الموضوع، وذلك للفصل في مسائل فرعية أو عرضية، ومن أمثلة ذلك الفصل في صحة ووجود اتفاقية التحكيم، أو بعض المسائل التي تتعلق بتشكيل هيئة التحكيم، فضلاً عن الفصل في اختصاصهم بنظر النزاع الذي يحتوي على شرط التحكيم.

و خلاصة القول أن الرقابة القضائية على التحكيم رقابة ذات طابع وقائي و علاجي في آن واحد، و هي ليست محلاً للطلب القضائي، و إنما تثار أثناء سير الإجراءات عند طلب الخصوم أو هيئة التحكيم المساعدة القضائية، أو بعد صدور الحكم عند اعتراض أحد الخصوم على تنفيذ الحكم والطعن فيه بالبطلان.

الفرع الثاني: دور القضاء في الرقابة على صحة اتفاقية التحكيم

إذا كان اتفاق التحكيم هو أساس إلزام طرفيه، فإنه يعد بداية مرحلة التحكيم، و هو الذي يسبغ على التحكيم طبيعته الاتفاقية، و بدون هذا الاتفاق لا يكون أمام المتخاصمين إلا اللجوء إلى محاكم دولة، و استناداً إلى أن المحكم يستمد سلطته من اتفاقية التحكيم، و أن القانون يعترف بسلطان الإرادة في مجال اتفاقية التحكيم، لكنه يحده بمحدود تكفل تحقيق التوازن بين الإرادة و ما تحققه من مصلحة خاصة، و العدالة و ما تحققه من مصلحة عامة¹، و في هذا الاتجاه أيضاً، و في سبيل تحقيق نوع من الرقابة القضائية السابقة عن طريق قضاء الدولة منذ إنشاء الاتفاقية على التحكيم لتوقي النزاعات المتعلقة بالبطلان و التي تؤدي عادة إلى إفشال التحكيم سوف نتطرق لمفهوم اتفاقية التحكيم.

أولاً: ماهية اتفاقية التحكيم:

التحكيم طريق استثنائي لفض النزاعات قوامه الخروج على طريق التقاضي العادية و سبب فعاليته اتفاق التحكيم فهو مقصور على ما تنصرف إرادة المحكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم، يستوي في ذلك أن يكون الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة خاصة أو انصراف إلى جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين، فلا يمتد نطاق التحكيم إلى عقد لم تنصرف إرادة الطرفين إلى فض النزاع بشأنه عن طريق التحكيم، و بالتالي وحب التعريف باتفاقية التحكيم ثم التطرق إلى صورها.

أ- تعريف اتفاقية التحكيم:

اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لحل نزاع ما بينهما و هو صائغ دستور التحكيم و منظم تشريعاته و إجراءاته، و هو الذي يظهر إرادة الأطراف في اللجوء إليه و هو الذي يضيف على هيئة التحكيم الشرعية و يحدد فيه نطاق ولايتها إذ هو مصدر سلطتها، و هو الأساس الذي تركز عليه الهيئة في عملها و لا يعرض نزاع ما على محكم أو محكمين إلا باتفاق ذوي الشأن²، لقد عرفت المادة 07 الفقرة 02 من القانون النموذجي

1 صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي. المرجع السابق ص 56.

2 ناريمان عبد القادر. المرجع السابق ص 101.

للتحكيم التجاري الدولي الذي أعدته لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة في 21 يونيو 1985 اتفاقية التحكيم بأنه: « اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو التي قد تنشأ بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، و يجوز أن تكون اتفاقية التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل»

و قد عرف المشرع المصري اتفاق التحكيم في المادة 1/10 من قانون التحكيم بأنه " اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو التي يمكن أن تنشأ بشأن علاقة بينهما عقدية كانت أو غير عقدية".

وعلى ضوء القانون المصري الجديد للتحكيم، فالاتفاق على التحكيم يترتب عليه أثر إيجابي يتمثل في عقد الاختصاص لهيئة التحكيم وإلزامهما بنظر النزاع، والتزام الخصوم باتخاذ كافة الإجراءات التي تساعد على سير خصومة التحكيم، وآخر سلمي ويتبلور في منع القضاء من نظر النزاع عند الدفع بوجود اتفاقية تحكيم إذا ما تمسك أحد أطراف الخصومة بوجودها و تبين لها صحتها.

أما المشرع الجزائري فلم يضع تعريفاً محدداً لاتفاق التحكيم بل ميز بين شرط التحكيم و مشارطته كوسيلة لاتفاق الأطراف على سلوك طريق التحكيم لتسوية ما ثار أو قد يثور بينهم من نزاع بشأن تنفيذ عقد أو اتفاق ما. فقد عرف شرط التحكيم في المادة 1007 من لقانون الإجراءات المدنية والادارية رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه " الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه¹ لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم". و عرف اتفاق التحكيم في المادة 1011 من ذات القانون بأنه: " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".

و يتضح من نص المادة السالفة أن المشرع الجزائري قد وضع تعريفاً لمشاركة التحكيم و ليس لاتفاق التحكيم² و مما لا شك فيه أن الاعتراف باتفاقية التحكيم وما يتضمنه من ضوابط شكلية وموضوعية يترتب عليه الاعتراف بحكم التحكيم الصادر عن هذه الاتفاقية وقابليتها للنفذ فأي عيب في اتفاقية التحكيم، سواء من حيث الصحة أو البطلان يؤثر حتماً على الفصل في النزاع وعلى قابليته للنفذ.

1 حيث تنص المادة 1006 لقانون الإجراءات المدنية والادارية رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها. لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام و حالة الأشخاص و أهليتهم. و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في اطار الصفقات العمومية." 2 لزهر بن سعيد. المرجع السابق.ص:125.

ب- صور اتفاقية التحكيم

يتخذ اتفاق التحكيم صورتين تتمثل الصورة الاولى وهي الاسبق في الظهور بمشارطة التحكيم، وهي الاتفاق الذي يتم بين طرفين بعد قيام النزاع بينهما لعرض هذا النزاع على التحكيم، أما الصورة الثانية وهي الصورة الأحدث و الأكثر انتشاراً في الوقت نفسه وهي صورة شرط التحكيم، و إلى جانب هاتين الصورتين التقليديتين للاتفاق على التحكيم فإن هناك صورة أخرى كشفت عنها الممارسات العملية و هي تلك المعروفة باسم شرط التحكيم بالاحالة أو شرط التحكيم بالإشارة¹.

- شرط التحكيم:

و قد عرفه المشرع الجزائري في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن " شرط التحكيم هم الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

أما المشرع المصري فلم يضع تعريفاً لشرط التحكيم و إنما أورد ما يدل عليه و ذلك بنص الفقرة الثانية من المادة العاشرة بقوله " يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين".

و نكون بصدد شرط التحكيم عندما يكون اتفاق الأطراف سابقاً على نشوء النزاع، فحتى نكون بصدد شرط التحكيم يجب أن يكون الأطراف قد اتفقوا سلفاً على تسوية ما يثور بينهم من منازعات عن طريق التحكيم².

و يحدث عندما يتضمن العقد بنداً أو شرطاً ينص على وجوب تسوية النزاعات التي تنشأ بمناسبة هذا العقد عن طريق التحكيم كما قد يرد شرط التحكيم في اتفاق مستقل عن العقد أو المعاملة القانونية الأصلية، كما يجب أن يكون شرط التحكيم قاطعاً في دلالة ألفاظه إلى اتجاه نية الأطراف لتسوية النزاعات الناشئة أو التي تنشأ بمناسبة العقد عن طريق التحكيم، لان مجرد النص على جواز اللجوء للتحكيم لتسوية نزاع ما قد ينشأ بمناسبة عقد معين لا يلزم الأطراف باللجوء للتحكيم، لأن التحكيم وكما هو معروف طريق استثنائي لفض النزاعات فعند حدوث أي خلاف قد يتعلق بمناسبة تفسير شرط التحكيم حال كونه غير واضحاً في دلالته على إحالة النزاع للتحكيم، ينعقد الاختصاص بنظر النزاعات للقضاء الوطني لأنه المنوط أصلاً بنظرها، أما التحكيم فهو استثناء على هذا الأصل.

1 حفيظة السيد الحداد. النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي . المرجع السابق. ص: 117.

2 لهر بن سعيد. المرجع السابق. ص: 53.

-مشاركة التحكيم:

تناول المشرع المصري مشاركة التحكيم في الفقرة الثانية من المادة 10 من قانون التحكيم حيث نص على ما يلي: " .. كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع، و لو كانت أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية". و لقد أجاز المشرع صراحة في نص المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم". و مشاركة التحكيم هي عقد يتفق بموجبه طرفي التحكيم على عرض نزاع معين بينهما على التحكيم، عند نشوب النزاع و بعد قيامه، فهو نزاع قائم بالفعل¹، هي اتفاق أطراف علاقة قانونية على تسوية ما ثار بينهم من منازعات بشأن هذه العلاقة بواسطة التحكيم.

و تقترب مشاركة التحكيم من عريضة الدعوى حيث يجب أن تتضمن نقاط الخلاف بين الأطراف، حيث نص المشرع المصري على ضرورة تحديد المسائل التي يشملها التحكيم، و إلا كان الاتفاق باطلا و هو نفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 1012 حيث أوجب تحديد موضوع النزاع و أسماء المحكمين و كيفية تعيينهم في مشاركة التحكيم و إلا كانت باطلة. و هذا عكس شرط التحكيم الذي لا يحدد موضوع النزاع كونه لم ينشأ بعد. و تحرر مشاركة التحكيم في مستند مستقل عن العقد الأصلي حيث أنها تبرم بين الأطراف بعد نشوب النزاع، و ليس عند إبرام العقد الأصلي الذي يقوم بشأنه النزاع.

شرط التحكيم بالاحالة:

لقد أقر المشرع المصري صورة ثالثة لاتفاق التحكيم في الفقرة الثالثة من المادة العاشرة من قانون التحكيم" و يعتبر اتفاقاً على التحكيم كل احالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد".

يعتبر شرط التحكيم بالاحالة من الصور المعاصرة لاتفاق التحكيم، و الفرض في هذه الصورة أن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف لم يتضمن شرطاً صريحاً للتحكيم بل اكتفى الأطراف بالإشارة أو الاحالة إلى عقد سابق بينهم أو إلى عقد نموذجي، و ذلك لتكملة النقص أو سد الثغرات التي تعترى عقدهم، و كان ذلك العقد النمطي من بين بنوده بنداً أو شرطاً يقضي بتسوية المنازعات التي تنشأ عنه بواسطة التحكيم، و في هذه الحالة ينسحب أثر هذا البند أو الشرط إلى العقد الأصلي و يلتزم الأطراف به، بحيث يتم تسوية المنازعات الناشئة عن العقد الذي تضمن الإحالة عن طريق التحكيم.

1 ناريمان عبد القادر. المرجع السابق. ص: 330.

و قد حكم القضاء الفرنسي بصحة شرط التحكيم بالإحالة، و الوارد في عقد المقاولة من الباطن إلى العقد الأصلي بين المقالول الرئيسي و المقالول من الباطن، كما قضى بصحة شرط التحكيم بالإحالة في سند الشحن و عقد النقل البحري إلى شرط التحكيم الوارد في عقد ايجار سفينة¹.

ثانيا: شروط صحة اتفاقية التحكيم .

يعد اتفاق التحكيم عقداً من العقود الملزمة للجانبين، حيث تنشأ عنه التزامات على عاتق كلا طرفيه، و لذلك كان من الطبيعي أن تتوفر فيه الشروط العامة اللازمة لصحة الالتزام العقدي، و إلا عُدَّ ذلك العقد باطلاً، و نظراً لطبيعة التحكيم الخاصة والتي تترتب علي وجود شرط التحكيم ابتداءً أو وجود اتفاق التحكيم وأهمها حجز الاختصاص لهيئة التحكيم بنظر النزاع وسحب الولاية من القضاء أو الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع ، أيضاً تحرر الأطراف المحكّمين من القيود التي تفرضها نظمهم القانونية في مسائل الإثبات وغيرها، كما يمكنهم من اختيار القانون الذي يرونه الأفضل لحل النزاع، وما يترتب علي ذلك كله من آثار تتعلق بسير الخصومة و انتهاء بقطعية الحكم الصادر عن هيئة التحكيم.

لا قيمة قانونية للاتفاق أو العقد إلا باعتباره مظهراً للتراضي والحرية ، و من التراضي يستمد ذلك الاتفاق أو العقد قوته الملزمة ، فالاتفاق له أركان عامة لا يقوم بدونها هو التراضي بين طرفيه و أهليتهما لإبرامه مع وجود محل و سبب مستوفين شرائطهما².

أ- الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم:

يلزم لصحة اتفاق التحكيم توفر شروط شكلية، ما يدفع بالمشرع إلى أن يسبغ عليه طابعاً شكلياً معيناً و هو الكتابة بهدف التأكد من وجود هذا الاتفاق؛ بالنظر إلى دقة التفاصيل التي تتضمنها اتفاقية التحكيم أو اتفاق التحكيم وأهميتها في سير المهمة التحكيمية، كتعيين المحكمين وتعيين القانون الواجب التطبيق وميعاد التحكيم وكيفية اختيار هيئة التحكيم ومقر التحكيم وغير ذلك من التفاصيل التي قد يتعذر أو يصعب إثباتها بغير طريق الكتابة، لذلك أجمعت مختلف التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم على أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً³.

و عليه فإن الكتابة تعد ركناً أساسياً يجب توفره حتى يمكن القول بوجود اتفاق التحكيم، و إلا كان هذا الاتفاق عرضة للبطلان، فالمطلب الوحيد لشكل اتفاق التحكيم ،. حتى في ظل المعاهدات الدولية، هو أن هذا الاتفاق لا بد أن يكون مكتوباً ، و لقد تعددت التفسيرات بما يقصد بالكتابة، حيث تم توسيع هذا المعنى ليشمل ما تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو بقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة.

1 لزهري بن سعيد. المرجع السابق. ص: 55-56.

2 ناريمان عبد القادر. المرجع السابق. ص: 341.

3 لزهري بن سعيد. المرجع السابق. ص: 65.

ومن هذا المنطلق تعد الكتابة في حد ذاتها إطاراً شكلياً لصحة اتفاق التحكيم ، فهي في مضمونها ليست وسيلة لإثبات التحكيم كما قد يري البعض ولكنها وسيلة لانعقاد التحكيم ابتداء.

و قد نصت عليه كذلك المادة 12 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 على وجوب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً و الصورة الواضحة لذلك ورود الاتفاق كشرط في العقد الأصلي أوالاتفاق عليه في وثيقة مستقلة، فإذا كانت هذه الوثيقة تنص على التحكيم فيما قد يثور من منازعات بمناسبة العقد الأصلي، لزم أن يتضمن هذا العقد الإشارة إلى هذه الوثيقة و يكون الأمر متعلقاً بشرط التحكيم .و المشاركة فهي محرر يتم الاتفاق عليه بعد قيام النزاع و يجب في جميع الأحوال التوقيع على اتفاق التحكيم شرطاً كان أم مشاركة¹.

أما المشرع الجزائري فقد استلزم الكتابة لوجود شرط التحكيم و إلا كان باطلاً و يستوي في ذلك أن ترد كتابة شرط التحكيم في العقد الأصلي أو في الوثيقة التي يستند إليها أي الاتفاق اللاحق المبرم في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي و ذلك وفقاً لنص المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري و التي تنص على أنه " يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي يستند إليها".

أما بالنسبة لمشاركة التحكيم فالكتابة شرط لوجودها و ليس شرط لإثباتها حيث نصت المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه : " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابةً، و يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع و أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم"².

و يستلزم القانون الفرنسي الكتابة كشرط لوجود شرط التحكيم أما بالنسبة لمشاركة التحكيم فالكتابة شرط لإثباتها و ليس وجودها³.

ب- الشروط الموضوعية

يجب أن يتوفر في اتفاق التحكيم الشروط الموضوعية اللازمة لصحة التصرفات بصفة عامة ، فيجب أن يتوفر رضاء صحيح خال من العيوب التي تلحق به ، و بحيث يكون التعبير عن الإرادة صريحاً وواضحاً في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحسم النزاع سواء تم ذلك في صورة احد شروط العقد الأصلي (شرط التحكيم) أو في صورة اتفاق مستقل (مشاركة التحكيم) كما يجب أن يرد هذا التراضي على محل ممكن و مشروع وأن يستند إلى سبب مشروع شأنه في ذلك شأن أي تصرف قانوني .

يعتبر الاتفاق على التحكيم عقداً من عقود القانون الخاص يسوده مبدأ سلطان الإرادة و تسري عليه القواعد العامة في العقود¹ ، و القاعدة في شأن الرضا في التحكيم أنه يجب أن تتقابل إرادة طرفي الاتفاق على اتخاذ التحكيم وسيلة

1 محمود مختار أحمد بري . المرجع السابق.ص: 58-59 .

2 لهر بن سعيد. المرجع السابق.ص:67.

3 محمود مختار أحمد بري . المرجع السابق.ص: 61 .

لفض النزاع الناشئ ، أو الذي سينشأ بينهما فيشترط تعيين الموضوع الذي تفصل فيه هيئة التحكيم و هنا تبدوا أهمية تطابق إرادة الطرفين في شأن تحديد المنازعة التي ستحال إلى التحكيم².

و التعبير عن الإرادة يكون صريحا أو ضمنيا ، لكن التعبير الضمني قد يطرح بعض الإشكالات العملية فقد ذهب الفقه إلى انه إذا أحال الأطراف في العقد إلى شروط عامة تتضمن شرط التحكيم، ولا يكون الاتفاق صريحا إلا إذا اتضح أنهما يقصدان به الإحالة إلى شرط التحكيم أيضا.

فالبينة لشرط الأهلية نصت المادة 1006فقرة 1 من القانون رقم 09/08 التي تنص : " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها."³ ، في حين نصت المادة 11 من قانون التحكيم المصري على أنه " لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه".

فالمشرع المصري قد أعطى كل شخص طبيعي يتمتع بأهلية التصرف، وفقا لأحكام القانون المدني حرية الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم ، أما فيما يخص الأشخاص الاعتبارية بجميع أنواعها ، أعطى لها حق اللجوء إلى التحكيم متى تم التحقق من اكتساب و استيفاء الشروط التي يستلزمها القانون للإقرار بالشخصية المعنوية .

أما بالنسبة للأشخاص المعنوية في القانون الجزائري فقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 1006 على مايلي " و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية في إطار الصفقات العمومية ".

أما ما يتعلق بقابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم " محل التحكيم " فلما كان لكل الاتفاقات و العقود، أيا كان موضوعها، محل يشترط فيه أن يكون موجوداً و ممكناً و معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون مشروعاً؛ فإن لاتفاق التحكيم محلاً يتجلى كيانه في المسألة أو مجموعة المسائل الواقعية مشار النزاع بين الطرفين، و التي يصار إلى حسمها عن طريق التحكيم ، سواءً من خلال النص عليه في مشاركة التحكيم إذا ما كان النزاع قائماً و محدداً موضوعه تفصيلاً، أم من خلال احتمالية أن تكون هذه المسألة مدار النزاع مستقبلاً، و هو ما يتم تعيينه في شرط التحكيم السابق على النزاع فالمهم في كلا الأمرين أن تكون هذه المسألة من المسائل و الموضوعات التي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم حيث يشترط أن يكون محل العقد مشروعاً يستمد مشروعيته من كون النزاع مما يجوز تسويته عن طريق التحكيم ، و أن لا يكون مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام.

1 لزهري بن سعيد. المرجع السابق.ص:57.

2 ناريمان عبد القادر. المرجع السابق. ص: 342.

3 نستنتج أن المشروع الجزائري اشترط أهلية التصرف وليس أهلية الالتزام أو التقاضي، كما نلاحظ أن المشرع استبدل علاقتها التجارية "بعلاقاتها الاقتصادية" ، ربما ليوسع مجال تدخل التحكيم من جهة، وينسجم مع الأحكام الواردة في مختلف الاتفاقيات الاقتصادية والتجارية التي أبرمتها الجزائر على المستوى الدولي

أما قانون التحكيم المصري شأنه شأن القانون النموذجي للتحكيم " اليونسترال " ، قد وسع من نطاق النزاعات التي من الممكن أن تصبح موضوعا للتسوية عن طريق التحكيم، فقد نصت المادة 11 من قانون التحكيم القانون على انه لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح¹، أجاز المشرع بهذا النص التحكيم في كل المسائل والنزاعات التي يجوز فيها الصلح و أرسى قاعدة عامة مفادها انه (يجوز التحكيم حيث يجوز الصلح)، سواء كانت هذا النزاع عقدي أو غير عقدي، تجاري أو مدني عام أو خاص، إلا انه قد غل يد هيئات التحكيم عن الأمور التي تتعلق بالنظام العام و المسؤولية الجنائية كقاعدة عامة، و يترتب على ذلك أنه يمتنع الاتفاق على التحكيم في مسائل الأهلية أو صحة أو بطلان الزواج أو إثبات النسب... الخ

وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على : " لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم. " تحدد قابلية موضوع النزاع للتحكيم بما وضعه المشرع من حدود للتحكيم لا تمس بالنظام العام ، والتي تختلف من دولة إلى أخرى حتى الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم .

اما بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فقد نصت المادة 1040 من ق إ م إ على أنه: " تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما"² .

كما أن اتفاق الأطراف على التحكيم ، يجد سببه في اتفاق الأطراف لاستبعاد طرح النزاع على القضاء و تفويض الأمر للمحكمن ، و هذا سبب مشروع دائما، و لا تتصور عدم مشروعيته إلا إذا اثبت أن المقصود بالتحكيم التهرب من أحكام القانون الذي كان سيتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء، نظرا لما يتضمنه هذا القانون من قيود أو التزامات يراد التحلل منها، و هو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها الاستفادة من حرية الأطراف أو حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق³ .

ولا يمكن تحقيق مدى قابلية الموضوع للتسوية عن طريق التحكيم من عدمه سوى بتعيين موضوع النزاع تعيينا دقيقا يسمح بالنظر في هذه المسألة، كما يضمن تحديد النزاع عدم خروج المحكمن عن اختصاصهم، كذلك لتتم مراقبة صدور حكم التحكيم في مسألة من المسائل القابلة للتسوية بطريق التحكيم و في حدود ولاية المحكمن، و لا يختلط السبب غير

1 محمود مختار أحمد بريري . المرجع السابق.ص: 54 .

2 لزهري بن سعيد. المرجع السابق.ص:62.

3 محمود مختار أحمد بريري . المرجع السابق.ص: 58 .

المشروع بالمحل غير الممكن أو غير المشروع، فالأول يقتضي البحث عن اجابة السؤال لما لجأ الأطراف للتحكيم؟ أما الثاني فيتعلق بتحديد الموضوع المراد تسويته بطريق التحكيم و هل هو ممكن ومشروع أم لا؟¹ .

المبحث الثاني: دور القضاء المكمل لعملية التحكيم

قد تعرض أثناء التحكيم مسائل مما لا يدخل في مفهوم الفصل في موضوع النزاع، و تتطلب سلطة أخرى لا يتمتع بها إلا من له ولاية الأمر و الإيجاب التي لا يتمتع بها المحكم و قد تعرض مسائل أخرى تدخل في المفهوم العام لموضوع النزاع لكنها تخرج عن حدود النزاع الذي حول المحكم الفصل فيه من قبل الطرفين و من قبل القانون على حد سواء، كما قد تعرض مسائل مما لا يمس موضوع الدعوى كاتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية تلزم للمحافظة على الحق موضوع الدعوى، و قد تعرض بعد الفصل في الدعوى بحكم يجوز حجية الأمر المقضي و استنفاد ولاية المحكم منازعات تتعلق بتنفيذ حكم التحكيم.

و في كل هذه الحالات كان للقضاء ولاية الفصل في هذه المسائل باعتبار أنه للقضاء دور مكمل للمحكم لتحقيق المبتغى من عملية التحكيم.

المطلب الأول: مجال التدخل القضائي في مباشرة الخصومة التحكيمية الدولية

يقتضي احترام إتفاق التحكيم إلى جانب الأثر الإيجابي المترتب عنه و الذي يفرض على الأطراف إحترام تعهداتهم برفع المنازعة أمام هيئة التحكيم، أن يحترموا أيضا الأثر السلبي لهذا الإتفاق الذي يحظر عليهم الإلتجاء إلى القضاء الوطني لطلب الفصل فيها، و اذا ما تم اللجوء إليه فإن القاضي يتقيد بمبدأ عدم اختصاصه إذا توافرت شروطه. و من هنا تكون مساعدة القاضي للأطراف أولية بتجسيد احترام إرادتهم في اختيارهم للتحكيم كوسيلة بديلة للفصل في نزاعهم، ولا تتطلب في حقيقتها تدخله مباشرة لكنها تعد كافية بذاتها للتقيد باتفاقية التحكيم. و بالإضافة إلى المساعدة الأولية السلبية نجد أن القاضي يساهم من زاوية أخرى مساهمة مباشرة في الدفع بعقد الخصومة، في حال وجود مشاكل تتعلق بتشكيل الهيئة التحكيمية التي بانعقادها تباشر إجراءات الخصومة و الفصل في النزاع، و هذه المساعدة الأخيرة تعد من بين أهم أوجه المساعدة الابتدائية و السابقة لانعقاد الخصومة التحكيمية و قد خصها المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، بتنظيم خاص يعكس أهميتها و أثرها على سير باقي العملية التحكيمية، و هذا ما سوف نبينه فيما يلي:

الفرع الأول: مبدأ عدم الاختصاص القضائي بنظر الدعوى المشمولة بإتفاق أو شرط تحكيمي

تعد مسألة اختصاص القاضي من عدمه بنظر النزاع المحتوي على شرط أو إتفاق تحكيمي من المسائل المهمة، لكونها تشكل مساعدة من القضاء سابقة على انعقاد الخصومة التحكيمية، و من شأنها الدفع بأطراف النزاع إلى إحترام إرادتهم في اللجوء إلى التحكيم، وذلك كله مع مراعاة قواعد و اجراءات محددة نص عليها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و الإتفاقيات الدولية، و تبنتها معظم التشريعات المقارنة.

1 محمود مختار أحمد بري . نفس المرجع: ص: 58 .

أولاً: ماهية قاعدة عدم الإختصاص القضائي

يعد تطبيق قاعدة عدم إختصاص القاضي بنظر النزاع المشمول باتفاقية تحكيم من التطبيقات الضرورية و الجوهرية التي تركز فعالية التحكيم، و لذلك عملت الإتفاقيات الدولية و المراكز الدولية للتحكيم و التشريعات على النص عليها و لأهمية هذه القاعدة و ما تقتضيه من ضرورة الإلمام بتفاصيلها من القاضي، باعتباره المعني بتطبيقها لاسيما في ظل وجود استثناءات قد يساء تفسيرها، و بالنتيجة الإضرار بوسيلة التحكيم كآلية بديلة للفصل في المنازعات، فإننا سنحدد معالم هذه القاعدة و مصادرها مع كفاءات تطبيقها.

نال اتفاق التحكيم التجاري الدولي قدراً واسعاً من الإهتمام لدى الفقه و القضاء، و قد أعطيت له عدة تعريفات تصب في مجملها في مفهوم واحد و هو أنه " : تصرف قانوني مستقل يتخذ شكل إتفاق مكتوب، يتعهد بمقتضاه الأطراف بأن يكون الفصل في المنازعات المتعلقة بالمصالح التجارية و الإقتصادية الناشئة أو المحتمل نشوءها بينهم عن طريق التحكيم."

و اتفاق التحكيم الدولي يترتب عنه أثرين هامين وهما:

- التزم أطراف النزاع بحسم نزاعهم عن طريق التحكيم، وبالتالي اتخاذ جميع الإجراءات الضرورية لتحقيق ذلك (الأثر الإيجابي).

- امتناع القضاء الوطني عن نظر النزاع عند الدفع بوجود اتفاق التحكيم متى تبين له صحة هذا الاتفاق (الأثر السلبي)

ومن هنا، فإذا أبرم إتفاق التحكيم صحيحاً وفقاً للقانون الواجب التطبيق تولد على عاتق طرفيه التزاماً بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة المنعقد الإختصاص لمحاكمها، فمجرد وجود الاتفاق يعتبر مانعاً و حاجباً أمام الأطراف من رفع الأمر أمام قضاء الدولة للفصل في النزاع¹، و اذا ما تم ذلك تعين عليه التحلي عن نظر النزاع متى تمسك أحد الطرفين به، سواء قبل بدء الإجراءات التحكيمية أو بعدها باتصال هيئة التحكيم بالنزاع.

وعلى ذلك يمكن القول أن قاعدة عدم إختصاص القاضي بنظر النزاع المشمول بإتفاق تحكيم تعد ذلك المبدأ القانوني الذي يجرد القاضي الوطني من إختصاصه الأصيل و الإستثنائي في نظر الخصومات متى وجد الاتفاق التحكيمي وتمسك به أحد الأطراف، فيحيله أو يعهد به إلى الهيئة التحكيمية.

و هذه القاعدة ليست مبدأ عاماً مكرساً في الإتفاقيات والأعراف الدولية فقط، بل تبنتها معظم الأنظمة الوطنية في تشريعاتها الداخلية.

لما كان التحكيم وسيلة فعالة للفصل في المنازعات فإن القاعدة محل التحليل هي كذلك ليست مجرد إلتزاماً طبيعياً وانما إلتزاماً فرضه القانون، فكان مصدر القاعدة وأساسها ما تعاهدت عليه الدول والتزمت بتطبيقه وتجسيده في نصوصها الداخلية.

1 ناريمان عبد القادر. المرجع السابق. ص: 319.

أ- المعاهدات الدولية

كرست المعاهدات الدولية قاعدة عدم إختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، وذلك ابتداء من بروتكول جنيف لعام 1923، حيث نصت المادة 4 فقرة واحد منه على هذا المبدأ . كذلك فإن معاهدة نيويورك الموقعة عام 1958 في المادة الثانية فقرة 3 تبنت المبدأ، إذ نصت في المادة المذكورة على أنه: " على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة، أن تحيل الخصوم بناءً على طلب أحدهم إلى التحكيم و ذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل و لا أثر له أو غير قابل للتطبيق"¹ .

إن هذه النصوص الدولية وأخرى كان لها الأثر المباشر في التزام الدول بها داخل تشريعاتها الداخلية، و هذا تنفيذًا لالتزاماتها الدولية الملقاة على عاتقها.

ب- التشريعات الوطنية

تعترف الغالبية العظمى من التشريعات الحديثة للدول بقاعدة عدم الاختصاص سواء كان ذلك تنفيذًا لالتزاماتها الدولية المصادق عليها أو إيمانًا منها بمجدواها في تكريس فعالية التحكيم و نجد من ذلك في التشريع المصري حيث قرر المشرع القضاء على العوائق و العقبات التي أثبتت التجربة أنها كانت تعوق بداية التحكيم.

إذ نصت الفقرة الأولى من المادة 13 من القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد التجارية والمدنية "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل ابدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى و لا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها و إصدار حكم التحكيم" وبذلك حسم المشرع الخلاف الذي ثار طويلا بين الفقه و القضاء حول أثر و طبيعة الدفع أمام قضاء الدولة بوجود اتفاق على التحكيم، مرجحا صراحة مبدأ عدم قبول الدعوى بنظر المنازعة محل التحكيم² .

و قد تبنى المشرع الجزائري مبدأ الأثر المانع لاتفاق التحكيم حيث نصت المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه : " يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف" .

و في هذا الصدد نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ الأثر المانع لاتفاق التحكيم، و الذي يترتب على وجود اتفاق تحكيم سليم شكلا و موضوعا حسب الأحكام الواردة في هذا القانون، فوجود اتفاق التحكيم بالمعنى السابق يحجب قضاء الدولة عن نظر النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق التحكيم، فإذا علم القاضي أن النزاع مطروح أمامه قد سبق لأطرافه الاتفاق على تسوية ما يثور بشأن علاقتهم القانونية من منازعات عن طريق التحكيم، فوجب عليه الحكم بعدم قبول الدعوى خاصة إذا تم البدء في إجراءات التحكيم و شكلت هيئة التحكيم و بدأ نظر النزاع³ .

1 حفيفة السيد الحداد. النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي . المرجع السابق. ص: 272.

2 ناريمان عبد القادر . المرجع السابق. ص: 322.

3 لزهري بن سعيد. المرجع السابق. ص: 83.

و يقدم القانون الفرنسي أحكاما مشابهاة بخصوص تحديد آثار اتفاق التحكيم، فغتنص المادة 1458 على أنه: " إذا رفع أمام قضاء الدولة نزاع اتصلت به محكمة تحكيم بمقتضى اتفاق تحكيم، فيجب على القضاء إعلان عدم اختصاصه"¹ . وكذلك الشأن بالنسبة لقانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعتمد من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في المادة الثامنة منه تنص على أنه:

1- على المحكمة التي ترفع امامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم، أن تحيل الطرفين إلى التحكيم، إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغ أو عديم الأثر و لا يمكن تنفيذه.

2- إذا رفعت دعوى مما أشير إليه في الفقرة (1) من هذه المادة، فيجوز مع ذلك البدء أو الاستمرار في إجراءات التحكيم و يجوز أن يصدر قرار التحكيم و الدعوى لا تزال منظورة امام المحكمة"² .

ثانيا: الإستثناءات الواردة على قاعدة عدم الإختصاص القضائي

لقد كرس القانون الدولي التحكيمي فكرة إختصاص القاضي الوطني رغم وجود الإتفاقية التحكيمية، ومن ذلك إتفاقية نيويورك لسنة 1958³ ، كما كرست ذلك أيضا بعض القوانين المقارنة كالقانون الفرنسي⁴ ، وهذا متى كان الإتفاق باطلا أو منعدما أو غير قابل للتطبيق.

كما أنه من زاوية أخرى طبقا للقواعد العامة التي تحمي المصالح الخاصة فإن تنازل الأطراف عن التمسك بهذه القاعدة، كما هو الشأن في تنازل من له مصلحة في التمسك بالدفع بعدم الإختصاص يعد هو كذلك إستثناء على القاعدة.

أ - بطلان أو انعدام اتفاق التحكيم أو عدم قابليته للتطبيق

تكون اتفاقية التحكيم باعتبارها عقدا كسائر العقود باطلة عندما لا تحوز على الشروط الشكلية والموضوعية لصحتها وانعقادها أما عدم قابلية الإتفاق التحكيمي للتنفيذ و التطبيق فمعناه أن الإتفاق نشأ صحيحا لكن عرض عليه عارض حال دون نفاذه أو أدى إلى استحالة تنفيذه ، كما لو توفي أحد أطراف التحكيم أو فقد أهليته أو كانت الإجراءات التحكيمية المحددة من الأطراف من السطحية و عدم التحديد ما يجعلها مستحيلة التطبيق، و بالنتيجة تنفيذ الإتفاق التحكيمي يصبح مستحيلا وغير ممكن.

1 محمود مختار أحمد بري . المرجع السابق.ص: 58 .

2 حفظة السيد الحداد. النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي . المرجع السابق. ص: 284.

3 نصت المادة 02 - مثلا من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على أنه 1 " : تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم .ويقصد " إتفاق مكتوب " شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق .ويجب على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق."

و بخصوص انعدام اتفاقية التحكيم فالمقصود منها عجز المدعي بها عن تقديم الدليل المادي على وجودها، و بيان أن هناك فعلا اتفاق على التحكيم أبرم مع المدعى عليه لحل النزاع عن طريق هذا الأسلوب، و هذا بتقديم أي دليل حتى و ان لم يجزه القانون كالشهود مثلا فهنا إن أحضر الشهود فلا نكون أمام إنعدام و انما بطلان لتخلف الكتابة.

إن القاضي و كاستثناء على عدم اختصاصه بنظر النزاع المشمول باتفاق تحكيمي فإن له التصدي لموضوع هذا النزاع متى تبين له أن هذا الإتفاق لا تتوفر فيه الشروط القانونية المطلوبة لصحة إنعقاده كباقي العقود، فمناطق الحكم بعدم الإختصاص هو وجود إتفاق تحكيم صحيح وليس مجرد الوجود المادي لمحرر يتضمن الاتفاق، فالقاضي لا يتخلى عن حقه في التصدي للموضوع إلا إذا تبين له بعد الفحص أن الإتفاق منتج لأثاره و صالح لانعقاد هيئة تحكيم تنظر النزاع.

فبالنسبة للقانون الفرنسي و ان كان يحتم الحكم بعدم الاختصاص في حالة رفع الدعوى بعد اتصال هيئة التحكيم بالنزاع فإنه يحول القاضي امكانية عدم الحكم بعدم الاختصاص و التصدي للموضوع، إذا تبين له البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم كحالة خلو شرط التحكيم من تسمية المحكمين أو بيان أساوب اختياريهم، أو خلو المشاركة من تحديد موضوع النزاع.¹

و على الرغم من عدم نص المشرع المصري بقانون التحكيم على امكانية اصدار القاضي حكما يبطلان اتفاق التحكيم أو بسقوطه أو بعدم نفاذه و يلزم هيئة التحكيم في هذه الحالة بانتهاء ما تم أمامها من اجراءات، طالما أن حكم القضاء بالبطلان صدر قبل صدور حكم من هيئة التحكيم، فإذا ما تبين للقاضي أنه أمام اتفاق باطل، فإن له رفض الدفع بعدم القبول و التصدي لنظر الموضوع و لا يعوقه عن ذلك الاستناد إلى نص المادة 22 التي ترسى مبدأ الاختصاص بالاختصاص.²

و القاضي الوطني عند قيامه بهذا الفحص يبحث ظاهريا في صحة اتفاق التحكيم، ذلك البطلان المانع للإختصاص هو الواضح الجلي الذي يظهر فيه العيب بشكل واضح، كأن تكون الإتفاقية التحكيمية الدولية مثلا غير مكتوبة أو أن النزاع غير قابل للتحكيم .

و الإكتفاء بالبطلان الظاهر للقول بالإختصاص يرجعه البعض إلى محاولة المشرع فرض احترام مبدأ إختصاص المحكم بنظر إختصاصه، وهذا بتمكين المحكمين من نظراختصاصهم على وجه الأولوية تحت الرقابة اللاحقة للقضاء في الوقت المناسب

و طالما أن للمحكمة إمكانية بحث هذا الوجود أو البطلان للإتفاق من خلال الرقابة اللاحقة للحكم التحكيمي فإننا لا ندري ما الغاية من إدراج هذه الاستثناءات على قاعدة عدم الإختصاص في الإتفاقيات الدولية، إذ كان بالإمكان الإستشهاد بوجود الإتفاق ليترك تقدير مدى صحته من عدمه إلى الهيئة التحكيمية ثم المحكمة عند رقابتها

1 محمود مختار أحمد بريري. المرجع السابق.ص: 65 .

2 محمود مختار أحمد بريري . نفس المرجع .ص: 66 .

للحكم، فهذا يعزز من فعالية التحكيم ويخفف من رقابة القضاء عليه. ولعل عدم إشارة المشرع إلى ذلك قد يكون متماشيا وهذا الطرح.

كما ان الأصل في الفقه المدني أن البطلان المطلق في العقود لا تلحقه الإجازة و للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، إلا أنه وعند تحليل النص الدولي المؤسس عليه هذه الموانع سيما إتفاقية نيويورك ، يستفاد منه أن القاضي ليس له أن يثير هذا البطلان من تلقاء نفسه، بل له ذلك متى أثير من أحد الخصوم، وهو ما يجعل الإعتقاد أن هذا البطلان يكيف على أنه بطلان من نوع خاص، فلا هو بطلان مطلق لعدم إمكان القاضي إثارته من تلقاء نفسه حتى وان كان يمس بالأهلية ومشروعية المحل والسبب، و لا هو بطلان نسبي يمكن تصحيحه بالإجازة، فضلا عن أن القاضي يبحث عنه ظاهريا بعد إثارته من أحد الخصوم دون المحكمة.

إن بطلان الإتفاقية أو انعدامها أو عدم قابليتها للتطبيق ليست الإستثناء أو الطريق الوحيد الذي يسترد به القاضي إختصاصه، و إنما يمكن ذلك في حالة تنازل الأطراف.

ب- تنازل الأطراف عن التحكيم

يقوم التحكيم على إرادة الأطراف في اللجوء إليه لحل نزاعاتهم، وبذلك يجوز لهم التنازل عن ذلك سواء كان ذلك صريحا أو ضمنيا، لا يثير هذا التنازل أية صعوبة في التطبيق متى كان يعبر بكل صراحة عن تخلي الأطراف عن إتفاق التحكيم و اختيارهم القضاء للفصل في النزاع، فهنا ما عليهم إلا أن يبرموا إتفاقاً جديداً ينم عن هذه الإرادة، سواء تم ذلك قبل عرض النزاع على القضاء أو أثناء سريان الدعوى، كأن يبدي المدعى عليه دفعه المتعلق بوجود الإتفاقية ثم يتنازل عنه صراحة في مذكراته اللاحقة ولا يتمسك به الخصم الآخر، وليس للقاضي أي سلطة في بحث الدفع وتقدير جديته بل له أن يباشر إجراءات الفصل في الدعوى والنزاع بالإجراءات القضائية العادية، ولا يجوز له الاحتجاج بوجود الدفع متى تم التنازل عنه من الطرفين للتملص من الفصل في النزاع و إلا عد منكرًا للعدالة.

و يكون التنازل ضمنيا عند وجود إتفاق تحكيمي مع إخطار القاضي الوطني به ويتعين على المدعى عليه قبل إبداء أي دفع في الموضوع، الدفع بعدم اختصاص المحكمة والا أفترض التنازل الضمني، أي أن سكوت المدعى عليه عن هذا الدفع يعتبر تنازلا ضمنيا منه عن حقه في عدم الإلتجاء إلى القضاء في ظل وجود الاتفاق التحكيمي أو الخصومة ومثالها أن يباشر تقديم دفعه و حججه حول موضوع النزاع دون أن يثير وجود إتفاقية تحكيمًا و خصومة تحكيمية قائمة.

الفرع الثاني: دور القضاء في الرقابة على هيئة التحكيم

الأصل في تكوين المحكمة التحكيمية أن المحتكمين هم الذين يختارون محكميهم بعيداً عن القضاء، هذا الأخير الذي له دور احتياطي في تشكيل هيئة التحكيم، فلا يتم اللجوء إليه إلا في حالة اختلاف الأطراف، و عدم اتفاقهم على تشكيل هيئة التحكيم، حيث يتعذر على الأطراف الاتفاق¹.

1 لزهري بن سعيد. المرجع السابق. ص: 124.

و قد لا تتاح الفرصة لمراكز التحكيم في المساعدة لعدم اتجاه الأطراف المتخاصمة إليها في هذا الشأن، فيأتي دور المحاكم في التشكيل ، و يعتبر القضاء الوطني هو الملاذ الأخير لإنجاح التحكيم، كذلك يكون للمحاكم الوطنية الدور الأساسي في حال اتفاق الأطراف على أن المحكمة المختصة هي التي تتولى مهمة تشكيل هيئة التحكيم.

و تظهر الحاجة للقضاء في تشكيل هيئة التحكيم من خلال مهامه الرقابية على هيئة التحكيم عندما ينشد الأطراف مساعدته في تعيين المحكم أو استبداله أو رده أو إنهاء مهمته إذا توافرت الشروط التي تجيز ذلك عن طريق التحكيم، وبالتالي فهي رقابة محتملة، طالما لم ينشد الأطراف تلك المساعدة، بالإضافة إلى أنها يغلب عليها طابع المساعدة. و يتمثل الدور الرقابي للقضاء على هيئة التحكيم من خلال النزاعات التي تثور عند تشكيلها.

أولاً: تدخل القضاء الوطني في تعيين المحكم و أسباب تدخله:

المحكم هو الشخص الذي يعهد إليه بمقتضى الاتفاقية على التحكيم، أو في اتفاقية مستقلة، بفض النزاع بين طرفين أو أكثر، و يكون له نظر النزاع والاشتراك في المداولة بصوت معدود، و في إصدار الحكم والتوقيع عليه¹ . إن المحتكم حين يتفق على حل المنازعات عن طريق التحكيم لا يتنازل عن حقه في الالتجاء إلى القضاء، حيث أن المشرع لا يقر مثل هذا التصرف إطلاقاً، إذ أن الحق في الالتجاء إلى القضاء من الحقوق التي تتعلق بالنظام العام و كل ما يفعله المحتكم هو منح المحكم سلطة الفصل في النزاع بدلا من المحكمة المختصة أطلا بنظره، و إذا لم ينفذ عقد التحكيم لسبب من الأسباب عادت سلطة الحكم إلى المحكمة، حيث إن القضاء هو الأصل، بحيث يتعين الرجوع إليه في حالة عدم الاتفاق على التحكيم، أو اختلافهم على تعيين المحكم، أو المحكمين، كما يتعين العودة إليه إذا فشل الاتفاق على التحكيم².

و قد عالج المشرع الفرنسي ذلك صراحة، فنصت المادة 1454 مرافعات على أنه: " في حالة تحديد عدد زوجي فلمحكمة التحكيم أن تختار محكما، سواء اتفق الأطراف على ذلك، أو يتولى الأمر المحكمون الذين تم اختيارهم، و إذا اختلفوا فيتولى ذلك رئيس المحكمة الابتدائية"، و قد عالجتها المادة 17 من القانون المصري حالة عدم الاتفاق الأطراف على اختيار المحكمين فأوكلت الأمر للمحكمة المختصة أصلا، إذا تعلق الأمر بتحكيم داخلي و لمحكمة استئناف القاهرة في حالة التحكيم التجاري الدولي³ .

كما قنن المشرع الجزائري تدخل القضاء في تشكيل محكمة التحكيم سواء في التحكيم الداخلي، أو في التحكيم التجاري الدولي ، حيث عالج الصعوبات التي تعترض أطراف اتفاق التحكيم في تشكيل محكمة التحكيم، سواء لسبب يرجع إليهما أو لسبب خارج عن إرادتهما⁴ .

1 صالح جاد عبد الرحمن المزلاوي. المرجع السابق. ص.64.

2 لزهر بن سعيد . المرجع السابق.ص:125.

3 محمود مختار أحمد بري . المرجع السابق.ص: 65 .

4 لزهر بن سعيد. المرجع السابق.ص:125.

ثانيا-ضوابط تدخل القضاء في تعيين المحكمين

تتمثل هذه الضوابط في حالات التدخل القضائي في تعيين المحكمين ثم شروط قبول طلب التعيين، حيث عملت التشريعات على حصر الحالات التي تستدعي تدخل القضاء في تعيين المحكمين، و قد تمثلت في:

-غياب التعيين: يمكن أن تستوعب هذه الحالة غياب تشكيل هيئة التحكيم أو نقص في تشكيلها و ذلك عند استنكاف كل المحكمين عن تعيين محكمهم إذا كانت هيئة التحكيم تتكون من محكم واحد أو استنكاف أحدهما عن تعيين محكمه أو استنكاف أحد المحكمين من تعيين المحكم الثالث، و هذا في حال ما كانت هيئة التحكيم تتكون من ثلاثة أعضاء. و اختصاص القضاء في هذه الحالة أو الفرض تمليه الاعتبارات العملية.

و يتفق مع المنطق و هذا مانص عليه المشرع الجزائري في الفقرة 2 من المادة 1041 و المشرع المصري في المادة 17 تمثلت في غياب التعيين و صعوبة التعيين و عزل المحكمين و استبدال المحكمين.

-صعوبة التعيين : تتسع هذه الحالة للعديد من الفروض و سواء كان التحكيم حراً أو خاضعا لمؤسسة تحكيم دائمة و بالتالي فإذا اتفق الأطراف على وضع شروط و إجراءات في عملية التعيين، لكن عند مباشرة هذه العملية قد تظهر صعوبات في ذلك فلا مانع في جميع هذه الفروض من مساعدة القضاء، و قد أحسن المشرع الجزائري بذكر مثل هذه الحالة و دون تحديد لبعض صور الحالات الشائعة كما فعل المشرع الأردني.

-عزل المحكم: و يقصد به اتفاق المحكمين على إيقاف المحكم عن أداء مهمته ، و قد أجاز المشرع الجزائري هذا الصنف من العزل حيث نصت المادة 1041 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري المتضمن أحكام قانون التحكيم التجاري الدولي الجزائري على أن عزل واستبدال المحكمين يخضع لنفس شروط التعيين « يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم أو استبدالهم. وفي غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم.»

كما حددت نفس المادة في حالة تعذر أو وجود صعوبة في عزل المحكم المحكمة المختصة لذلك، فأجازت للطرف المعني بالتعجيل:

-رفع الأمر أمام رئيس المحكمة المختصة إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.
-رفع الأمر أمام رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج و قرر الأطراف بصدده تطبيق قانون الإجراءات الجزائري، كما نصت المادة 1462 مرافعات فرنسي جديد على أنه " لا يجوز عزل محكم إلا برضاء جميع الأطراف " .

أما قانون التحكيم المصري، فقد تكلمت المادة 20 منه على عزل المحكم مشيرة إلى الأسباب التي تدعو الطرفين إلى عزله، فقالت «إذا تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير لا مبرر له في

إجراءات التحكيم و لم يتنح و لم يتفق الطرفان على عزله، جاز للمحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون الأمر بإنهاء مهمته بناءً على طلب أي من الطرفين"¹.

و بذلك اتفقت النصوص المذكورة على المبدأ الذي يوجب أن يكون عزل المحكم بموافقة الطرفين.

أما بالنسبة للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي فقد عالج بصريح نص المادة 01/14 التي و إن لم تستخدم لفظ "العزل" بالذات إلا أنها قد استخدمت العبارة الدالة على معناه و هي عبارة « إنهاء مهمة المحكم » و يظهر ذلك فيما نصت عليه هذه المادة: من أنه «إذا أصبح المحكم غير قادر بحكم القانون أو بحكم الواقع على أداء وظائفه..... تنتهي... ولايته إذا اتفق الطرفان على إنهاء مهمته.....» و قد استطرده نفس النص لبيان الحل الواجب الإلتباع في حالة عدم اتفاق الطرفين على عزل المحكم بالقول من أنه «إذا ظل هناك خلاف حول أي من هذه الأسباب فيجوز لأي من الطرفين أن يطلب إلى المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة 06 من هذا القانون أن تفصل في موضوع إنهاء المحكم و يكون قرارها في ذلك نهائياً».

رد المحكم: و لقد أجازت القوانين الوطنية والدولية رد المحكم سواء لأسباب أحاطت به بعد تعيينه أو لأسباب أحاطت به قبل تعيينه و لم يعلم الطرفان، عند التعيين فوفقاً للمادة 1463 مرافعات فرنسي جديد « لا يجوز رد المحكم إلا لأحد أسباب الرد التي حدثت بعد تعيينه أو التي لم تكتشف إلا بعد تعيينه».

كما أجاز المشرع الجزائري رد المحكم وحدد أسباب الرد في المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لا يوجد اختلاف ذو شأن بين رد المحكم أو المحكمين في نظام الوطني عنه في النظام الدولي إذ أخذت أنظمة و اتفاقيات التحكيم التجاري الدولي بمبدأ جواز الرد و إن اختلفت في تفاصيل الإجراءات الواجب إتباعها في هذا الشأن و ذلك مع تخويل الطرفين حرية الاتفاق على تنظيم هذه الإجراءات، كما عرضت لرد المحكمين بنصوص أكثر تفصيلاً من ذلك و هو ما تبناه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 بموجب نص المادة 12 منه.

تخضع إجراءات رد المحكم في التحكيم التجاري الدولي لرد المحكم وفق القانون الجزائري وبالرجوع إلى المادة 1016 السابقة الذكر أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع حيث يفصل القاضي في ذلك بأمر بناءً على طلب من يهيمه التعجيل.

أما المشرع المصري فقد خول للمحكم سلطة الفصل في طلب رده حيث نصت المادة 19 الفقرة 1 منها على أن: « يقدم طلب الرد كتابة إلى محكمة التحكيم مبيناً فيها أسباب الرد خلال خمسة عشر يوم من تاريخ علم طالب الرد

1 عبد المنعم دسوقي. المرجع السابق. ص:152.

بتشكيل هذه المحكمة، أو بالظروف المبررة للرد، فإذا لم ينتج المحكم المطلوب رده، فصلت محكمة التحكيم في الطلب»¹ وقد اقتبس المشرع المصري هذا الحل من المادة 2/13 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي .

و انتقد جانب من الفقه منح هيئة التحكيم سلطة الفصل في طلب الرد المقدم ضدها، خاصة إذا كان المحكم فرد حيث يكون خصما و حكما في آن واحد، فالصحيح أن يختص القضاء بالفصل في طلب رد المحكمين و ممارسة دوره الرقابي من خلال تقييم مسلك المحكمين بموضوعية و حياد، و لا محل للاعتراض بأن ذلك يعيق الإجراءات، لأن المحكم الذي يصدره المحكم بشأن الرد غالبا ما يكون محلا للطعن أمام القضاء، إذا رفض المحكم الرد، و بالتالي تتحقق الرقابة في هذه المرحلة أيضا

أما بالنسبة لرد المحكم وفق القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية فيخضع لأحكام المادة 13 منه و التي أخذت بأغلب قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة في شأن شروط الرد تحويل سلطة الفصل في طلب الرد لمحكمة التحكيم ذاتها، كما قررت جواز الطعن في حكمها الصادر برفض طلب الرد أمام المحكمة أو السلطة الأخرى في الطعن، غير قابل للطعن فيه مرة أخرى وقد حرصت المادة 13 المذكورة سابقا على تأكيد مبدأ مقرر في النظام الوطني للتحكيم ولم تعرض له معظم أنظمة و اتفاقيات التحكيم التجاري الدولي الأخرى و هو أن تقديم طلب رد المحكم أو الطعن في الحكم الصادر برفضه لا يحول دون استمرار إجراءات التحكيم وإصدار حكم التحكيم حيث لا تقف الإجراءات إلا بصدور حكم نهائي برد المحكم وتستأنف سيرها بتعيين المحكم البديل .

1- شروط التدخل للتعيين

الأصل في تكوين محكمة التحكيمية أن المحتكمين هم الذين يختارون محكميهم بعيداً عن القضاء هذا الأخير الذي له دور احتياطي في تشكيل هيئة التحكيم ، فلا يتم اللجوء إليه إلا في حالة اختلاف الأطراف، و عدم اتفاقهم على تشكيل هيئة التحكيم²، و القاعدة التي وضعها المشرع الجزائري في اختيار المحكمين هي الحرية المطلقة للأطراف و القاضي لا يتدخل إلا لوضع إرادتهم موضع التنفيذ إذا لم يتمكنوا من إنفاذها.

وبناء على الحالات السابقة فإنه يشترط لتدخل القاضي في التعيين توافر الشروط التالية:

- وجود إتفاق تحكيم تجاري دولي صحيح بين الأطراف، أي أن يكون موجودا فعلا وغير مشوب بالبطلان ، و في هذا الشرط نصت المادة 1009 من قانون الإجراءات المدني و الإدارية بالنسبة للتحكيم الداخلي : " إذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم يعاين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بالأوجه للتعين

1 عبد المنعم دسوقي. المرجع السابق. ص:146.

2 لزهري بن سعيد. المرجع السابق. ص:136.

"، وإذا كان المشرع لم يشير إلى ذلك بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فإن غالب الفقه يرى تطبيقه عليه دون حاجة الى نص .

- أن يكون هناك نزاع أو إختلاف أو تقاعس من الأطراف في تسمية المحكم .
- أن يتم تقديم طلب التعيين من أحد الأطراف إلى المحكمة المختصة، وهنا يعتقد البعض أن المادة 1041 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية لم تسمح للمحكم أو المحكمين تقديم مثل هذا الطلب، و في هذا تضيق لا مبرر له، سيما عندما يتعلق الأمر بتعيين المحكم الثالث فالمحكمين المعينين من قبل الأطراف لهما الحق أصلا و ابتداء في تعيين المحكم الثالث فكيف لا يعترف لهم بحق طلب التعيين من المحكمة إذا فشلوا في الإتفاق بينهما.

إن هذا الطرح المتوصل إليه قد لا يتوافق و نص المادة 1041 ، إذ هذا النص لم يشير صراحة إلى أن المحكمين لا يمكنهم اللجوء إلى المحكمة، حتى و ان كان قد يفهم أن الأمر يتعلق بأطراف النزاع، إذ لا مانع في ظل إنعدام صراحة النص في الحظر من إمكانية إعطاء هذه المكنة أيضا للمحكمين، على أن السؤال الذي ي طرح هو إن كان هناك ميعاد معين تحت طائلة الرفض ووجب احترامه عند تقديم الطلب؟

لقد ترك المشرع الحرية للأطراف في تحديد الميعاد، إلا أنه كان من الأحسن تحديد مدة معينة يتم خلالها اللجوء إلى طلب المساعدة القضائية، تحفيزاً للتشكيل الإتفاقي لهذه الهئية وتضييقا لتدخل القضاء .

2- المحكمة المختصة عند التدخل في تعيين المحكمين

إدراكا من المشرع المصري للدور الطبيعي لقضاء الدولة في منازعات التحكيم، فقد حرص في معرض تحديده للأحكام العامة في الباب الأول من قانون التحكيم على أن يحدد المحكمة المختصة بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها القانون إلى قضاء الدولة آخذاً في ذلك بقاعدة أن " محكمة البداية هي محكمة النهاية" بمعنى أن تظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم، و في ذلك ما يصون منازعة التحكيم من أن تقطع أوصالها بين أكثر من محكمة¹.

و قد حدد المشرع المصري المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع محكمة مختصة بنظر مسائل التحكيم الداخلي، أما بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فقد عقد الاختصاص لمحكم استئناف القاهرة سواء جرى التحكيم في مصر أو في الخارج، ذلك ما لم يتفق الأطراف على اختصاص محكمة استئناف أخرى.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري الذي يميز بين التحكيم الداخلي و التحكيم التجاري الدولي، فقد منح لرئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد، أو محل تنفيذه سلطة التدخل في استكمال تشكيل محكمة التحكيم

1 لزهري بن سعيد. المرجع السابق.ص:136.

و اشترط أن يكون تدخل الاطراف بناءً على طلب أحد الأطراف، أو كلاهما بالنسبة للتحكيم الداخلي، أما في مجال التحكيم التجاري الدولي فقد فرق المشر الجزائري بين حالتين¹ :

- حالة ما إذا كان التحكيم التجاري الدولي يجري في الجزائر منح المشرع رئيس المحكمة التي يجري التحكيم في دائرة إختصاصها سلطة التعيين، و في الحالة التي لا يحدد الأطراف في إتفاقية التحكيم لا المكان الذي يجري فيه الاجتماع و لا المحكمة المختصة بنظر النزاعات التي تثار بشأن تنفيذ الإتفاق التحكيمي، فإن المادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أعطت الإختصاص للمحكمة التي يقع بدائرتها مكان إبرام العقد أو تنفيذه، و المقصود هنا هو العقد التجاري الدولي الأصلي و ليس العقد التحكيمي، و في هذا قد يؤول الإختصاص إلى القضاء الأجنبي إذا كان الإبرام أو التنفيذ تم أو يتم بالخارج، وما على الأطراف حينئذ إلا إحترام قواعد الإختصاص الإقليمي المحددة في القانون الأجنبي.

- حالة ما إذا كان التحكيم الدولي يجري في الخارج يجوز للقضاء التدخل متى رضي الأطراف بذلك واتفقوا على اللجوء إلى القاضي، وهنا لا يبق أمامه إلا تطبيق قواعد التحكيم المنصوص عليها في القانون الجزائري، وحتى يكون الطلب مقبولاً وحب أن يرفع الطلب حصرياً إلى رئيس محكمة الجزائر العاصمة وفق ما تنص عليه الفقرة الأخيرة من المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

و نشير هنا أنه قد جاء كل من قانون التحكيم المصري و الجزائري مميّزاً بالنسبة للمحكمة التي ينعقد لها الإختصاص، و ذلك كون التحكيم داخلياً أو دولياً، على أن أغلب القوانين لم تشر إلى مثل هذه التفرقة، و بذلك فالإختصاص ينعقد وفقاً لما ورد للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع².

و نلاحظ في فرنسا، أن المشرع أعطى الإختصاص إلى رئيس محكمة باريس الابتدائية، و قد اتبع هذا الأخير أسلوباً خاصاً عند تعيين المحكمين، فعندما يطلب أحد الأطراف تعيين محكم نظراً لعدم قيام الطرف الآخر بالتعيين، لا يقوم الرئيس بالتعيين المباشر. بل يعطي مهلة للطرف الآخر بغرض تعيين محكمه، فإن لم يفعل يقوم باستدعاء الشخص الذي يريد تعيينه كمحكم و يعرض عليه الأمر لتلافي تخليه عن المهمة لاحقاً، ثم دعوة كل طرف لإبداء رأيه فيه حتى يتجنب رده فيما بعد و نلاحظ في هذا الأسلوب إحترام كامل لإرادة الأطراف و هو ما يتماشى مع روح التحكيم .

المطلب الثاني: أوجه المساعدة القضائية أثناء سير الخصومة التحكيمية الدولية وكيفية تحقيقها

إن تدخل القضاء في مجال التحكيم التجاري الدولي لا يقتصر على مرحلة انعقاد الخصومة التحكيمية، و لكنه يمتد أيضاً أثناء سريانها، أي منذ تاريخ تعيين المحكمين ومباشرتهم لمهامهم إلى غاية صدور حكم التحكيم الدولي.

1 يرجع في ذلك إلى أحكام المادتين - 1041 ، 1042 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

2 لزهر بن سعيد. المرجع السابق:ص:125.

و يأخذ تدخل القاضي الوطني خلال سير الخصومة التحكيمية عدة صور من خلال اتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية، و مساعدة هيئة التحكيم في تقديم الأدلة ، بالإضافة إلى تدخله في المسائل الأولية.

الفرع الأول تدخل القضاء في مجال إتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية

قد تقتضي طبيعة و ظروف النزاع المعروض على هيئة التحكيم ضرورة اتخاذ بعض الإجراءات الوقتية و التحفظية و إذا كان تدخل القضاء في إتخاذ الإجراءات المؤقتة أو التحفظية قبل انعقاد الهيئة التحكيمية تبرره حالة الإستعجال و عدم مساسه بموضوع النزاع، فإن تدخله بعد تشكيل الهيئة التحكيمية و بدأ سريان إجراءات الخصومة تجاذبته آراء فقهاء ثلاث.

أولاً: ماهية التدابير التحفظية أو المؤقتة

تشكل التدابير و الإجراءات التحفظية أو الوقتية نوعاً من الوسائل المطلوبة لمواجهة حاجة معينة تقتضيها مناسبة عاجلة لمواجهة ضرورة معينة، خاصة أن الدعوى الموضوعية التي يقيمها المدعي قد يسلم نظرها و الفصل فيها وقتاً طويلاً، قد يترتب عليه إلحاق أضرار بمصالحه، و قد يتعذر تداركها بعد الفصل في موضوع النزاع، و تتعدد و تنوع التدابير التحفظية بحسب طبيعة النزاع و لا يمكن حصرها أو تحديد المقصود بها¹ ، حيث تقتضي طبيعة و ظروف النزاع المطروح على هيئة التحكيم ضرورة اتخاذ بعض الإجراءات الوقتية أو التحفظية² ، و على الرغم من ذلك عرفها البعض على أنها تلك التدابير التي تتخذ على سبيل الإستعجال و لا تمس أصل الحق، و الهدف منها هو الحفاظ على إمكانية تنفيذ الحق في المستقبل أو تحقيق مصلحة آنية للطالب أو حمايتها، فهي وسائل تكفل وجود الحق و الحصول عليه عند المنازعة فيه، و تنتهي بزوال الخطر تلقائياً أو بواسطة أعمال الحماية الموضوعية.

يلاحظ أنه عادة ما يستخدم تعبير التدابير الوقتية و التحفظية على أساس أنهما مترادفان في حين أن لكل منهما مدلول متميز و مختلف.

أ- **التدابير الوقتية:** فهي وسائل تهدف إلى تحقيق حماية عاجلة يتعذر حصولها بالطرق العادية بسبب بطء الإجراءات و خطر التأخير، فهي حماية بديلة تحل مؤقتاً محل الحماية القضائية و التنفيذية و تظل قائمة إلى أن تتحقق الحماية العادية³ ، مثال هذه التدابير التعويض المؤقت الذي يطلبه أحد طرفي خصومة التحكيم أثناء سير الإجراءات حتى يتم الفصل نهائياً في طلب التعويض ، و يلاحظ أن هذه التدابير لا ترمي إلى الحصول على حكم حاسم نهائي في موضوع النزاع و إنما هي عبارة عن حماية بديلة تحل مؤقتاً محل الحماية القضائية و التنفيذية العادية و تظل قائمة إلى أن يتم تحقيق الحماية العادية .

1 ناريمان عبد القادر. المرجع السابق. ص: 436 و 437.

2 خالد محمد القاضي. المرجع السابق. ص: 430.

3 ناريمان عبد القادر. المرجع السابق. ص: 439.

ب- التدابير التحفظية : فلا تؤدي هذه التدابير إلى إشباع فوري لمصلحة الطالب، و إنما تعد لحماية الحق و تمهد لإشباعها في المستقبل، و هي على هذا النحو تفعل من إجراءات التقاضي و التنفيذ¹ غالباً ما يكون لها طبيعة مؤقتة و لكن ليس بالضرورة أن تكون لها هذه الطبيعة فالأمر بإجراء تحفظي قد يستنفذ آثاره عند الفصل في الموضوع أو يكون منذ البداية نهائياً ، و مثال ذلك القرار الذي يعهد إلى شركة بالاشراف و حراسة موقع شركة، فهذا الفرار يستنفذ آثاره بمجرد صدوره و هو قرار تحفظي هذا من جانب ، و من جانب آخر فإن التدبير الوقفي لا يكون تحفظياً بالضرورة.

و الهدف من هذه التدابير هو سد النقص أو القصور في وسائل حماية الحق العادية، نظراً لأنها تتخذ بهدف الاحتياط لحق يخشى زوال الدليل عليه عند حدوث نزاع حوله في المستقبل و تؤكد بذلك أن صاحب الحق الذي تقررت له الحماية سوف يحصل على الحماية القانونية الفعلية في المستقبل، كما يمكن أن يكون الهدف من التدبير التحفظي المحافظة على الضمان العام للدائن الذي يتمتع به على أموال مدينه خشية زواله عند الحصول على السند التنفيذي الذي يسمح للدائن بالبدء في التنفيذ الجبري على أموال المدين.

و ينتهي الأثر المؤقت للتدابير التحفظية بصدور الحكم النهائي في موضوع النزاع، فبصدور الحكم بالملكية لأحد الخصوم ينتهي أثر الحكم الصادر بالحراسة القضائية.

و في الواقع أن التدابير التحفظية لها أهمية بالغة في حماية الحقوق المتنازع عليها، و مرجع ذلك أن الأدلة قد يتم تدميرها، و بالتالي تتوافر الخشية من زوال الدليل عند حدوث نزاع، و هي الشروط المطلوبة للأمر بالتدبير التحفظي فما يميز بين التدابير المؤقتة والتدابير التحفظية على أساس أن الأولى تشكل حماية بديلة تحل مؤقتاً محل الحماية القضائية والتنفيذية العادية، في حين أن الثانية تهدف إلى المحافظة على الحق لزمانه في المستقبل .

ثانياً: كيفية فرض الإجراءات و التدابير الوقائية المؤقتة و الأوامر التحفظية في التحكيم

إذا تعلق الأمر بفرض تدابير مؤقتة أو تحفظية بدعوى تحكيم أو أثناء القيام بإجراءات التحكيم، فيجب التفرقة بين إذا ما كان التحكيم حراً أو مؤسسياً ، فإذا كان الأمر يتعلق بالتحكيم الذي يطلق عليه تحكيم خاص أو حر الذي يسير وفقاً لقواعد معينة اتفافية أو قانونية يحيل إليها اتفاق التحكيم أو أن يتفق طرفا التحكيم على قواعد جاهزة و معدة سلفاً من جهة معينة لتبنيها، دون أن يكون التحكيم ذاته خاضعاً لمنظمة تحكيم معينة قائمة أو معروفة، فلطرفي التحكيم، إما تطبيق قواعد معينة أو تحديد هذه القواعد بالتفصيل فيما بينها أو بالإشارة إلى تطبيق قانون إجرائي معين.

و إذا لم يتسنى لهيئة التحكيم أن تصل إلى إرادة الطرفين في هذا الشأن فلها أن تحدد هي القواعد الإجرائية التي يتعين تطبيقها على التحكيم المعروض.

1 ناريمان عبد القادر . نفس المرجع. ص: 439.

أما إذا كان التحكيم مؤسسياً، أي يتم عن طريق إحدى مؤسسات التحكيم المعروفة هنا يختلف الموقف في حالة التحكيم التنظيمي أو المؤسسي عن التحكيم الحر لأنه إذا كان المفروض أن تخضع إجراءات التحكيم بالكامل لقواعد مؤسسة تحكيمية معينة، فإن القواعد الصادرة من هذه المؤسسة هي التي يتعين تطبيقها على الإجراءات التحكيمية، و تتعرض هذه القواعد عادة و بشكل مباشر لمسألة كيفية إصدار الأوامر الوقتية أو التحفظية سواء عن طريق محاكم الدولة أو عن طريق هيئة التحكيم التي يعهد إليها بنظر النزاع.

و كذلك يمكن أن يسير التحكيم وفقاً لقواعد قانون إجرائي وطني معين، و هو عادة قانون مكان التحكيم و ذلك كله ما لم يتفق طرفا التحكيم على قواعد إجرائية معينة يدار التحكيم وفقاً لها¹.

ثالثاً: الجهة المختصة بإصدار التدابير المؤقتة و التحفظية

تختلف صور تنظيم الاختصاص بين القضاء الوطني و قضاء التحكيم في اتخاذ التدابير الوقتية و التحفظية، حيث يمكن أن ينعقد الاختصاص للقضاء الوطني من جانب، كما يمكن من جانب آخر أن ينعقد الاختصاص لهيئة التحكيم و في صورة ثالثة يمكن أن يتشارك الاختصاص القضاء الوطني و هيئة التحكيم.

و بوجود قاعدة عدم الإختصاص القضائي اختلف الفقه في تقديره لمسألة توزيع الإختصاص فيما يخص الإجراءات الوقتية أو التحفظية بين قضاء الدولة و قضاء التحكيم فظهرت ثلاثة اتجاهات رئيسية .

أ- اختصاص القضاء الوطني على نحو قاصر باتخاذ التدابير الوقتية و التحفظية.

يبني هذا الاتجاه موقفه على فكرة الأثر السالب لإتفاق التحكيم، حيث يتم حجب الاختصاص عن القضاء الوطني بالفصل في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم إلا ان هذا الأثر يقتصر على موضوع النزاع محل الاتفاق على التحكيم و لا يشمل المسائل الأخرى التي قد تثور بشكل تبعية كالإجراءات الوقتية و التحفظية ، فإتفاق التحكيم له أثر نسبي. و باعتبار ان الاتفاق على التحكيم لا ينتج أثره إلا فيما يتعلق بمحل الاتفاق على التحكيم و بالتالي و بخلاف الموضوعات التي تخرج عن نطاق محل اتفاق التحكيم فإن هيئة التحكيم تستأثر باختصاص الفصل في موضوع هذا الاتفاق دون المحاكم الوطنية .

و لذلك يرى جانب من الفقه أن مجرد الاتفاق على التحكيم يمنع الخصوم من اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة طلباً لاتخاذ إجراء وقي أو تحفظي.

و من هنا يرى البعض " أن الطابع الخاص للتحكيم يعد بمثابة عيب خلقي يلحق به منذ البداية و هو يجد من السلطات التي يتمتع بها المحكم ، و بالتالي يقلل من فعالية التحكيم و هو ما يؤدي بالضرورة إلى اعتماد المحكم على العدالة التي تصدر عن المحاكم التابعة للدول"¹.

1 ناريمان عبد القادر. المرجع السابق. ص: 441.

و قد يتطلب أداء المحكم لمهمته إستخدام سلطة لا تتوفر له بإعتباره قائما بوظيفة خاصة، هي سلطة الأمر و الإجبار، و في هذه الحالة يكون له أن يطلب من القضاء الأمر بالإجراء المطلوب، قانون الدولي الخاص، لأن هذه الإجراءات تخضع لمبدأ الإقليمية.

و قواعد القانون الدولي العام تقتضي بقصر استعمال السلطة العامة للقوة الجبرية على حدود إقليمها الوطني و لذلك فإن اختصاص قانون محل التنفيذ ورد النص عليه في الاتفاقيات المعنية بالاعتراف و بتنفيذ احكام التحكيم يعد من القواعد المسلم بها في القانون الدولي الخاص .

فقضاء الدولة هو الذي يحتكر سلطة التنفيذ الجبري بصفة قاصرة عليه و التدابير الوقئية و التحفظية غالبا ما تحتاج إلى سلطة القسر، و لذلك فإنه يتعين أن يرجع في شأنها إلى قانون محل التنفيذ كما هو الشأن المعتاد في إجراءات التنفيذ الجبري التي تخضع لقانون محل التنفيذ .

كما أن مبدأ المواجهة في خصومة التحكيم يتعارض مع نظام التدابير الوقئية و التحفظية و مايتطلبه من فجائية كما هو العمل في الحجز التحفظي حتى لا يتمكن الخصم سيئ النية من تهريب أمواله.

و نظرا لأن الغير يخرج عن نطاق التحكيم بموجب الأثر النسبي لاتفاق التحكيم فإن المحكم لا يستطيع الأمر بهذه التدابير لأنه يخرج من مجال اختصاصه.

كما أن الضرورات العملية في حال الحاجة إلى إتخاذ التدابير الوقئية أو التحفظية قبل تشكيل هيئة التحكيم تجعل من القضاء صاحب الإختصاص المنفرد بهذه التدابير، و طالما أن التدابير لا تمس بالحق موضوع النزاع فلا وجود لتعارض بين اختصاص القضاء الوطني و هيئة التحكيم المخول لها نظر النزاع.

و إذا كان الأمر كذلك، أليس من الأفضل اللجوء إلى قضاء الدولة منذ البداية و ذلك من باب الاقتصاد في الإجراءات و الوقت و النفقات.

و عليه فإن الاتفاق التحكيم لا يستبعد اختصاص القضاء المستعجل و مرد ذلك أن اختصاص القضاء الوطني المتفق على استبعاده على التحكيم هو القضاء الموضوعي دون القضاء الوقي و دوره المساعد.

ب- اختصاص محكمة التحكيم فيما يتعلق باتخاذ التدابير الوقئية و التحفظية

يعتمد هذا الاتجاه على الطابع الاختياري الاتفاقي لنظام التحكيم، و يرى أن إرادة الأطراف باعتبارها جوهر هذا النظام يمكن أن تخول هيئة التحكيم الفصل في المسائل التحفظية و الوقئية المتصلة بالتحكيم.

1 حفيظة السيد الحداد. مدى إختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقئية و التحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم . المرجع السابق.ص: 19 .

حيث نصت المادة 24¹ من قانون التحكيم على إختصاص هيئة التحكيم بالأمر بإتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية الملائمة لطبيعة النزاع غير أنه لا يمكن لهيئة التحكيم أن تأمر بإتخاذ هذه التدابير بدون وجود اتفاق بين الأطراف.

هذا ما يعني أن اختصاص هيئة التحكيم له طابع احتياطي متوقف على وجود اتفاق صريح بين الأطراف و بالتالي يعتبر القضاء الوطني هو صاحب الاختصاص الأصلي و العام في هذا المجال كونه الجهة الوحيد التي تستأثر بإتخاذ هذه التدابير قبل تشكيل هيئة التحكيم و البدء في إتخاذ الإجراءات و بعد تشكيل الهيئة إذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه حيث أن هيئة التحكيم لا تملك سلطة القهر و الاجبار.

فهيئة التحكيم تملك أن تتصدى لتنظيم مسألة التدابير الوقائية و التحفظية متى توفرت لها الخبرة القانونية الكافية بحيث تضمن تمتعها بالسلطة الكاملة في حالة اتفاق الأطراف ما يجعلها في غنى تام عن اللجوء إلى القضاء لطلب المساعدة في تنفيذ التدابير و ذلك عن طريق نظام الكفالات و الضمانات التي بمقتضاها يلتزم الأطراف طواعية بتنفيذ التدبير على أكمل وجه دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء.

هذا بالنظر أن نظام الكفالة سيعمل على تحقيق التوازن بين مصلحة الطرفين إذا تبين أن هذا التدبير ليس له ما يبرره و أنه أصاب الطرف المطلوب إتخاذ التدابير ضده بأضرار بالغة أو أنه أتخذ بناء سوء نية بهدف الإضرار بالطرف الآخر.

و إذا كان التدبير الوقائي الذي أمرت به محكمة التحكيم لن يكون فعالاً إلا إذا تمكن الطرف المستفيد من تنفيذه جبرياً فإنه يلاحظ- بالرغم من افتقاد هيئة التحكيم لسلطة القسر و الإجبار- تردد الأطراف في التجرأ على قرارات هيئة التحكيم التي تصدر أثناء سير الخصومة و تتعلق بتدابير وقتية أو تحفظية، و مرجع ذلك هو الخشية، من أن يترتب على هذا الموقف الرفض و المعارض لتنفيذ التدابير بشكل رضائي، من إثارة حفيظة هيئة التحكيم ضده بدون ضرورة عند إصدار الحكم النهائي².

و في الواقع أن سلطة المحكم في إتخاذ التدابير - كما يرى جانب من الفقه الحديث- لا تعد مسألة متعلقة بالاختصاص، و بالتالي فإن اختصاص المحكم و سلطاته لا تفترض في هذا المجال و يتعين أن يكون هناك أساس شرعي تستند عليه، و الأساس الشرعي لاختصاص المحكم قد يكون اتفاق الأطراف أو نص القانون.

1 تنص المادة 24 على أنه: " يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم بناء على طلب أحدهما أن تأمر أيًا منها بإتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع و أن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به.

و إذا تخلف من من صدر إليه الأمر عن تنفيذه جاز لهيئة التحكيم بناء على طلب الطرف الآخر أن تأذن لهذا الطرف في إتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه و ذلك بدون إخلال بحق هذا الطرف في أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة(9) من هذا القانون الأمر بالتنفيذ". فلا يمكن لهيئة التحكيم أن تأمر بإتخاذ هذه التدابير إذا لم يتفق الأطراف صراحة على تحويلها هذه السلطة. أو إذا اتفق الأفراد صراحة على اللجوء إلى القضاء عند ظهور الحاجة إلى إتخاذ هذه التدابير.

2 ناريمان عبد القادر. المرجع السابق. ص: 453.

غير أن أساس سلطة المحكم في اتخاذ هذه التدابير هو التنظيم الاتفاقي للتحكيم الموافق للنصوص الآمرة في قانون مقر التحكيم أو قانون محل تنفيذ الإجراء أو الحكم إذ إن هذا القانون يلعب دوراً معتبراً في تقدير مدى صحة وفعالية الإجراء أو الحكم المطلوب تنفيذه.

و في غيبة التنظيم الاتفاقي لهذه التدابير يتعين الرجوع إلى القانون الوطني المعني بهذه التدابير و هو غالباً مقر التحكيم حيث تجري خصومة التحكيم في رحاب سيادته الإقليمية، و لكن قد يكون القانون المعني بهذه التدابير قانوناً آخر بخلاف قانون مقر التحكيم، و يحدث ذلك إذا كان التحكيم يجري في دولة و مطلوب اتخاذ تدبير و قتي أو تحفظي في دولة أخرى، و في هذه الحالة الأخيرة يتعين الرجوع إلى قانون دولة محل تنفيذ التدبير احتراماً لسيادتها التشريعية.

و من الثابت أن المحكم لا يملك سلطة الأمر باتخاذ التدابير المرتبطة بتنفيذ الحكم بالقوة الجبرية، و مثال ذلك توقيع الحجز التحفظي على أموال أحد الأطراف أو الأمر بمنع المدين من التصرف في أمواله أثناء سير الدعوى.

و إذا كان الواقع العملي يشهد ان هيئة التحكيم تتجرد من وسائل الجبر و الإكراه و لا يمكنها تنفيذ التدابير الوقتية و التحفظية التي تأمر بها إجبارياً، كما أنها تتجرد من أي اختصاص تجاه الغير عن اتفاق التحكيم بالاضافة إلى أن احترام مبدأ المواجهة كإجراء جوهري يتعين على هيئة التحكيم احترامه - يؤثر على فاعلية الإجراء التحفظي المأمور به نظراً لإنعدام عنصر المفاجأة في اتخاذه، فإنه في ضوء هذه الملابسات يتضح أن منح هيئة التحكيم هذه السلطة لا تبدو له أهمية أو فائدة علمية إلا في حالة واحدة وهي قيام الطرف الذي اتخذ ضده هذا الإجراء بتنفيذه بإختياره و في غير هذه الحالة يظهر عجز النصوص القانونية التي تحول هيئة التحكيم هذه السلطة .

ج- الاختصاص المشترك للقضاء الوطني و هيئة التحكيم في اتخاذ التدابير الوقتية و التحفظية

و ينطلق هذا الاتجاه من فكرة أن اللجوء إلى القضاء لا يعد بمثابة تنازل عن اتفاق التحكيم و الذي لا يحول دون إمكانية أطراف التحكيم من اللجوء إلى القضاء و طلب اتخاذ هذه التدابير، فمجرد الاتفاق على التحكيم لا يمكنه حرمان أطرافه من الاستفادة من القواعد التي تعد أكثر فعالية تلك التي تحكم إجراءات الاستعجال في النظم القضائية الوطنية. هذا إلى جانب القضاء الوطني الذي يعد جهة الاختصاص المعهودة بتوفير حماية في هذا المجال، فإن هيئة التحكيم تختص أيضاً باتخاذ التدابير الوقتية و التحفظية المتصلة بالمنازعة المعروضة عليها.

فمن أهم ما يمكن أن يقدمه القضاء للتحكيم من دعم و مساندة، هو إصدار أمر من المحكمة باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية، حين يرى أحد الأطراف مناسبة اللجوء إليها تحوطاً لحقوقه أو لدواعي الاستعجال، تجنباً لأضرار بالغة قد تلحق بأحد الخصوم نتيجة الانتظار حتى صدور حكم التحكيم المنهي للخصومة، أو التي تجعل الحكم بعد صدوره عديم الجدوى، أو في الحالة التي يخشى فيها فقدان الدائن لضمان حقه و غالباً بهدف الحصول على كفالة لضمان الدين¹.

1 ناريمان عبد القادر. المرجع السابق. ص: 444.

و يرى جانب من الفقه أن تدخل القضاء بجانب هيئة التحكيم في اتخاذ هذه التدابير، يجب ان يكون له طابع احتياطي، و على أساس هذا المفهوم يرى هذا الاتجاه أن الاختصاص المشترك يقوم على مبدأ الاحتياطية.

و تعدد صور الاختصاص المشترك بين القضاء و هيئة التحكيم حسب اختلاف النظرة إلى الجهة صاحبة الاختصاص الأصيل أو العام في اتخاذ هذه التدابير و تختلف هذه النظرة من نظام قانوني إلى آخر.

فقد تكون هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص العام و أن اللجوء إلى القضاء يكون على سبيل الإستثناء بينما قد يحدث خلاف ذلك ويتم تنظيم الاختصاص المشترك باعتبار أن القضاء الوطني هو صاحب الاختصاص الأصيل و هيئة التحكيم تختص بشكل استثنائي كما قد يتم تنظيم الموضوع بهدف احداث نوع من التوازن و المساواة بين الجهتين عند ممارسة هذا الاختصاص.

و إذا كان الطابع الاتفاقي لنظام التحكيم يسمح للأفراد بإمكانية تنظيم السلطة المختصة باتخاذ التدابير الوقتية و التحفظية باعتبار أن مبدأ الاختصاص المشترك لا يتعلق في ذاته بالنظام العام إلا أن هذه الحرية تقف عند حدود معينة و مرجع ذلك أن هناك مجالاً قاصراً لقضاء الدولة عند الأمر باتخاذ التدابير الوقتية و التحفظية لا سيما التدابير التي تتضمن إجراءات قسرية لتنفيذ الأحكام ، و من ثم فإن هذه التدابير تدخل في نطاق الاختصاص القاصر للقضاء الوطني.

و من ماسبق يمكن أن نتوصل إلى أن اللجوء إلى القضاء لطلب إجراء وقتي لا يعني التنازل عن اتفاق التحكيم و الخلاصة أنه لا توجد اختلافات بين القضاء الوطني و هيئات التحكيم فيما يتعلق بالأمر بهذه التدابير، و مع ذلك تظل هناك علاقات متبادلة من التعاون و المساعدة بينهما.

و يتضح من خلال نص المادة 1046¹ أن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ توزيع الإختصاص المشترك و حسم الجدل الفقهي لصالح الإتجاه الثالث بخصوص مدى إمكانية تدخل القاضي في إتخاذ الإجراءات التحفظية أو المؤقتة في نزاع مشمول باتفاق تحكيمي.

و في هذا الصدد فتح طريقتين أمام الأطراف المحكّمين، فيجوز لأي منهم أن يطلب من هيئة التحكيم إتخاذ هذه التدابير متى إتفقوا على ذلك صراحة في إتفاق التحكيم، فإذا لم يتفقوا على منح الإختصاص بهذه التدابير لهيئة التحكيم، جاز لأي منهم كذلك أن يطلب إتخاذها من القضاء.

1 تنص المادة - 1046 قانون الاجراءات المدنية و الادارية والتي تكاد نفسها المادة 458 مكرر 09 من القانون الملقى على أن : " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة او تحفظية بناء على طلب احد الاطراف مالم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك إذا لم يتم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص و يطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي. يمكن لمحكمة التحكيم أو القاضي ان يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير ."

فلا وجود لفكرة الإختصاص المشترك في إتخاذ التدابير التحفظية أو المؤقتة قبل إنعقاد الهيئة التحكيمية، بل القاضي بصفة عامة هو من يختص لوحده بإتخاذ هذه التدابير، أما إذا انعقدت الهيئة واتصلت بالنزاع فيمكن القول بالتوزيع المشترك.

و قد جاء نص المادة - 1046 واضحا جليا في تحديد متى يمكن للقاضي التدخل فهو لا يتدخل أثناء سير الخصومة إلا في حالتين:

الحالة الأولى عند وجود إتفاق وتراضي بين طرفي النزاع يمنح لمحكمة التحكيم الإختصاص بإتخاذ مثل هاته التدابير التحفظية و المؤقتة، و يتم التنصل من تنفيذ الأمر، فهنا و بالنظر إلى افتقار القرار التحكيمي التجاري الدولي لسلطة الإلزام والجبر، يرى الفقه أن فعالية قرار المحكم بهذا الشأن تبقى سلبية، فأطراف النزاع الذين قبلوا الإتجاء إلى التحكيم ومنحوا هذا الإختصاص لمحكمة التحكيم من المفروض أن يقبلوا بتنفيذ هذه التدابير طواعية.

و لذلك نجد أن التشريعات المقارنة و كذا المشرع الجزائري أعطى لمحكمة التحكيم مكنة طلب تدخل القاضي ليس لإصدار أمر جديد سبق و إن أمر به المحكم، و انما لأجل تنفيذ التدبير المأمور به متى امتنع الطرف الموجه اليه عن التنفيذ إذ من المتصور تجاهل من صدر الحكم الوقي في مواجهته من تنفيذه طواعية، فيتدخل القاضي بأمر يصدره بناء على طلب الطرف الذي يهيمه التعجيل، و بعد ترخيص هيئة التحكيم يتم إجبار الممتنع على التنفيذ دون أن يراجع صحة و سلامة الأمر لأنه ليس جهة إستئناف و لا معارضة.

الحالة الثانية : يتدخل القاضي مباشرة بمجرد إخطاره من أحد أطراف النزاع متى تم الإتفاق بينهم على ذلك ، مع منع الإختصاص عن هيئة التحكيم، و في هذا تطبيق لمعنى " ما لم يتفق الأطراف بخلاف ذلك"، أي إذا اتفق الأطراف على اللجوء إلى القاضي الجزائري بشأن إتخاذ التدابير التحفظية أو المؤقتة دون المحكمة التحكيمية يكون إتفاقهم صحيحا دون أن يكون لذلك أي أثر على الإتفاق التحكيمي بشأن النزاع.

و الملاحظ أنه إذا لم يتطرق الإتفاق إلى من له الإختصاص بنظر التدابير التحفظية أو المؤقتة لا صراحة و لا ضمنيا فهنا يجوز لأي طرف أن يلجأ سواء مباشرة أمام المحكمة التحكيمية ويكون في هذه الحالة الأمر متوقف على قبول الطرف الآخر أو أمام القاضي حتى و لم يتفق معه الخصم الآخر، و لا يمكن الدفع بقاعدة عدم الإختصاص لإجازة نص المادة 1046 تدخل القاضي في حالة إنعدام إتفاق بين الأطراف و لكون جميع التدابير التحفظية أو المؤقتة تعد قواعد متصلة بالنظام العام، كما أن قاضي الأمور المستعجلة لا يمس موضوع النزاع، و حكمه لا يجوز حجية الأمر المقضي أمام هيئة التحكيم¹.

1 لزه بن سعيد. المرجع السابق.ص:296.

كما ينبغي على القاضي أن لا يقرر إختصاصه مباشرة، بل من الواجب عليه قبل الأمر باتخاذ التدبير الموقت أو التحفظي أن يراقب ظاهرياً وجود إتفاق التحكيم و عدم بطلانه، فإذا كان الظاهر عدم وجود الإتفاق أو كان الإتفاق جلي البطلان أو كان رافع الدعوى المستعجلة ليس طرفاً في إتفاق التحكيم فلا تختص المحكمة بطلبه .

و قد رجح المشرع المصري الاتجاه الدولي و أخذ بالقاعدة المستقرة في هذا الصدد¹ و المتعلقة باختصاص المشترك بين القضاء الوطني و قضاء التحكيم في مجال الأمر باتخاذ التدابير الوقئية و التحفظية، حيث تنص المادة 14 من قانون التحكيم المصري على أنه " : يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون أن تأمر، بناء على طلب أحد طرفي التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها " .

فباعتبار أن تدخل القضاء الوطني في اتخاذ التدابير الوقئية أو التحفظية من الممكن أن يوفر حماية يعجز نظام التحكيم عن توفيرها للأفراد فقد أقر هذا النص سلطة القضاء الوطني في اتخاذ هذه التدابير .

و في حسم للخلاف في هذا الشأن أيضاً أسقط هذا النص فكرة أن تدخل القضاء الوطني للأمر باتخاذ هذه التدابير قد يتعارض مع وجود الاتفاق على التحكيم و هذا تبعاً لما يترتب عن الإختلاف بين الحماية الوقئية التي لا تمس أصل الحق المتنازع عليه و الحماية الموضوعية للحق .

و يلاحظ أن طلب اتخاذ التدابير الوقئية و التحفظية من هيئة التحكيم يكون بناء على أمر على عريضة و يصدر الأمر في شكل قرار من محكمة التحكيم و لا يلزم تسببه و لا يجوز الطعن عليه و لا يقبل رفع دعوى بطلانه بشأنه .

الفرع الثاني: تدخل القضاء في مجال الحصول على الأدلة وفي المسائل العارضة

قد يتطلب أداء هيئة التحكيم لمهمتها في الوصول إلى الحقيقة على الرغم مما لها من صلاحيات في إصدار ما تراه مناسباً من قرارات ، إستخدام سلطة لا تتوافر لها بإعتبارها هيئة قائمة بوظيفة خاصة لتحقيق ذلك ، فقد يحتاج المحكمون لسماح شاهد أو خبير أو يقع توجد بعض المستندات التي هي في حوزة الغير لها أهمية بالغة لحل النزاع أو قد تعترضها مسائل تخرج عن اختصاصها إلا أن الحكم فيها ضروري لإصدار الحكم التحكيمي التجاري الدولي ، و في هذه الحالة يكون لهيئة التحكيم أن تلجأ إلى مساعدة القضاء الوطني لطلب الأمر بالإجراءات المطلوبة .

فالمحكم لا يملك سلطة الإجبار و العقاب فإذا أسفرت إجراءات التحكيم عن الحاجة إلى إستخدام هذه السلطة كان عليه أن يطلب إلى القضاء إستخدامها لصالح خصومة التحكيم، فقد يتدخل القاضي لأجل مساعدة هيئة التحكيم في تحصيل الأدلة و تحقيقها، و كذا بالفصل في المسائل الأولية و العارضة التي تخرج عن نطاق إختصاصها و يكون من شأنها التأثير على موضوع النزاع و كيفية الفصل فيه .

1 ناريمان عبد القادر . المرجع السابق . ص : 444 .

أولاً: تدخل القضاء في مساعدة هيئة التحكيم لأجل تحصيل الأدلة وتحقيقها

لا تقف مساعدة القضاء في الخصومة التحكيمية عند حدود الأمر بإصدار التدابير باعتبارها غير ماسة بأصل الحق المتنازع فيه، إنما يمكن أن تمتد إلى تهيئة الظروف لإقامة الدليل على هذا الحق وإثباته¹.

يهدف الإثبات إلى تكوين اقتناع القاضي أو المحكم بشأن وجود أو عدم وجود واقعة قانونية متعلقة بالدعوى وهذا من خلال إقامة الدليل على ذلك أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، و تظهر أهميته أن صاحب الادعاء إن استطاع إثباته بالدليل كان الحكم له.

و الإثبات بمعناه القانوني هو " تقديم الدليل أمام القاضي بالطرق الجائزة على وجود واقعة قانونية متنازع فيها بين الخصوم " ، و يقصد بالواقعة القانونية معناها العام ، أي كل واقعة أو تصرف قانوني يرتب القانون عليه آثار معينة . و الإثبات إنما ينصب على صحة الواقعة القانونية و ليس على الحق المتنازع فيه ، و معنى ذلك أن هذه الواقعة إذا أنكرها الخصم لا تكون حقيقة قضائية إلا عن طريق هذا الإثبات ، فالحق الذي ينكر على صاحبه و لا يقام عليه دليله ليست له قيمة عملية ، فهو و العدم سواء من الناحية القضائية.

أ- سلطة الهيئة التحكيمية في تحصيل الأدلة

الأصل أن الإثبات يتم بالوسائل التي يقدمها المتخاصمان للمحكمة أو يطلبان منها مباشرتها، و أن للقاضي حرية تقدير كل دليل أو مستند يقدم إليه لأنه يبنى حكمه على ما اقتنع به من وقائع الدعوى ، و بالتالي فالقاضي موقفه من الدعوى سلمي بما أنه مطلوب منه الالتزام بالحياد، على أن مبدأ حياد القاضي لا يمنعه من استجلاء الحقيقة ، لذلك حول القانون سلطة محددة في توجيه الدعوى و استكمال الأدلة ليتسم موقفه في نطاقها بالإيجابية، فله توجيه اليمين المتممة و الأمر بحضور الخصوم للاستجواب و بالتحقيق في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالبينة و الحكم بنذب خبير و تقرير الانتقال لمعاينة المتنازع فيه. و كل هذا للقاضي أن يقوم به من تلقاء نفسه.

و المحكم تقريبا يقوم بذات الدور الذي يقوم به القاضي مع بعض الاختلافات ، خصوصا أن القانون الجزائري قد كرس للقاضي الدور الإيجابي في تحصيل أدلة الإثبات، وتحقيقها في الدعوى المعروضة عليه، فإنه منح نفس هذا الدور للهيئة التحكيمية بشأن النزاع المعروض عليها. وهو ما نستشفه من نص المادة 1047 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية التي تنص على أن: " تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة".

و قد حولت المادة 3/30 من قانون التحكيم المصري هيئة التحكيم في مجال الإثبات سلطة في إلزام المحكمتين بتقديم المستندات و الإطلاع عليها².

1 مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال . المرجع السابق . ص: 191 .

2 لزهري بن سعيد . المرجع السابق . ص: 288.

و عملية البحث عن الأدلة و قبولها تخضع إلى القانون الموضوعي المحدد لتطبيقه على النزاع و في حالة غياب التحديد للقانون فإن هيئة التحكيم الكائن مقرها بالجزائر تطبق القانون الجزائري بشأن تسيير إجراءات أدلة الإثبات.

و الملاحظ أن المشرع لم يقرر أي حد لسلطة المحكمين في البحث عن الأدلة المرتبطة بموضوع النزاع ، فهم يتمتعون بالحرية الكاملة ، و لما كانت سلطات هيئة التحكيم تستمد من اتفاق التحكيم، فإن المحكمين لهم حرية الاتفاق على طرق الإثبات و أدلته و القانون الذي يحكم الإثبات، و إن لم يتفقوا على ذلكم اختارت هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسباً أو يتفق مع المحكمين على طرق الإثبات و الأخذ بما يصلح من الأدلة ، و يمكن أن يتم هذا في الجلسة التمهيديّة و بعد تقديم بيان الدعوى من الطرف الذي تقدم بطلب التحكيم تتولى هيئة التحكيم تسيير الخصومة باعتبارها قضاءً خاصاً، غير أن هاته الهيئة لا تتمتع بالصلاحيات الممنوحة للقضاة مثل سلطة الإكبار و الإنابة و بالتالي فلا مفر لهيئة التحكيم من اللجوء للقضاء لطلب المساعدة .

ولهيئة التحكيمية لها أن تطلب القيام بأي إجراء ، إلا أنه و لما كانت لا تتمتع بسلطة الإكبار و الجبر التي للقاضي فإنه لا يكون لها إلا اللجوء إلى هذا الأخير من أجل التدخل لإكبار الخصم بتقديم الدليل، و هذا وفق أحكام القانون الجزائري إن كان هو الواجب التطبيق.

ب- مجال مساعدة القضاء لهيئة التحكيم في تحقيق الأدلة

التعاون بين القضاء و المحكمة التحكيمية في مجال البحث عن الأدلة يتجسد وفق صور تختلف باختلاف الوسيلة التي تراها هيئة التحكيم مناسبة للدعوى.

و مع أهمية وسائل الإثبات الوثائق و المستندات و دورها في ترجيح كفة طرف في الخصومة التحكيمية، و حتى لا يظل دور المحكم سلبياً أمام المتنازعين أعطت مختلف القوانين الوطنية و الأنظمة الخاصة بالتحكيم السلطة لهيئة التحكيم في إكبار المحكمين في تقديم أصول المستندات اللازمة للفصل في الدعوى و ذلك من تلقاء نفسها دون أن يطلب المحكم الآخر ذلك .

إلا أنه قد يتمتع أحد المحكمين من تقديم المستند المطلوب منه ، و تزداد الأمور تعقيداً عندما تبدو وثائق مهمة لحل النزاع و تكون في حيازة الغير و الذي يرفض تقديمها بعد طلب أحد الأطراف أو هيئة التحكيم ، و أمام هذا الوضع فلا مناص إلا باللجوء للقضاء بطلب المساعدة في إكبار الممتنع من تقديم المستند سواء كان أحد المحكمين أو الغير، و إذا أراد الأطراف عدم إدخال القضاء في هذه المسألة و حلها على مستواهم فإنه يجوز الاتفاق على اعتبار الامتناع تسليمياً بصحة ما يدعيه الطرف الآخر¹.

1 محمود مختار أحمد بري . المرجع السابق. ص: 65 .

و لهيئة التحكيم أن تستمع إلى الشهود للوصول إلى عين الحقيقة في موضوع النزاع ، إلا أن صلاحيات المحكم تقف عند مدى استجابة الطرف الشاهد ، فإن امتنع من تقديم شهادته، فليس على المحكم إلا طلب المساعدة القضائية في ذلك و يجب على القاضي أن يجيب هيئة التحكيم في ما تطلبه و إلا عُدَّ منكرًا للعدالة.

و قد منحت مختلف القوانين الوطنية والأنظمة التحكيمية للمحكم على ضوء هذه الأهمية سلطة تعيين وندب الخبراء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المحكمين، حيث يباشر الخبير مهمته بحضور الأطراف ، و عليه أن يحترم مبدأ المساواة و حقوق الدفاع¹ ، و تجدر الإشارة في هذا الصدد بأن المحكم غير مقيد برأي الخبير المنتدب في الدعوى وله السلطة التقديرية في ذلك أسوة بأحكام القضاء .

و دور القضاء بالاستعانة بالخبراء له ما يبرره قبل تشكيل هيئة التحكيم في حال الاستعجال كأن يطلب أحد المحكمين من القضاء بندب خبير لمعاينة بضاعة يخشى عليها التلف ، أما بعد تشكيلها فالأمر موكول لهيئة التحكيم ولها تقدير ذلك ، فإن رأت حاجة بإجراء الخبرة مع منع أحد المحكمين الخبير من إجراء تحقيقه، فلها أن تطلب المساعدة القضائية لإجباره عن عدم التعرض للخبير.

و إذا كانت حاجة محاكم الدولة إلى الإنابة القضائية على درجة كبيرة من الأهمية في بسط سلطانها خارج الحدود الإقليمية للمحكمة، فإن الحاجة إليها من طرف هيئات التحكيم من باب أولى ، حيث تطلب هذه الهيئة من المحكمة المختصة إصدار أمر بالإنابة إلى محكمة أخرى للقيام بأي إجراء نيابة عنها ، و يكون هذا الطلب في شكل عريضة تشتمل على جميع البيانات اللازمة الخاصة بالإجراء .

و على أية حال فإن المحكمة المختصة بتقيد في إصدار قرار الإنابة بما جاء في الطلب المقدم إليها من هيئة التحكيم و لا يجوز لها تجاوز حدود هذا الطلب، و لا شك أن طلب هيئة التحكيم الإنابة القضائية يعد نوعاً من المساعدة التي يقدمها القضاء في الدولة لنظام التحكيم مما يؤكد أهمية القضاء الوطني كدور مكمل و مساعد لقضاء التحكيم لتحقيق فاعليته² .

و هذا ما عرضت له نصوص قانون التحكيم المصري الجديد، فالمادة 37 تنص على أنه: " يختص رئيس المحكمة المشار إليها في الماد 9 من هذا القانون بناء على طلب هيئة التحكيم بما يأتي:

أ- الحكم على من تخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة بالجزاءات المنصوص عليها في المادتين 78 و 80 من قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية.

ب- الأمر بالإنابة القضائية".

1 لزهري بن سعيد. المرجع السابق. ص: 293.

2 خالد محمد القاضي. المرجع السابق. ص: 430.

حيث جعلت المادة 37 جهة الاختصاص بالفصل في طلبه لرئيس المحكمة المشار إليها في المادة 9 و هذا ما يعرض كلما رأى المحكم حاجة إلى توقيع الجزاء المنصوص عليه في القانون على الشاهد الذي يمتنع عن الحضور أو عن الإجابة عما يطلب منه الإجابة عليه عند حضوره فالمحكم له أن يستدعي شهود كل من الطرفين، لكن الشاهد قد لا يستجيب إلى دعوة المحكم للحضور أو يمتنع عن الإجابة. و في هذه الحالة لا يملك المحكم توقيع الجزاء عليه لأن ولايته لا تمتد إلى العقاب فيكون عليه أن يطلب إلى رئيس المحكم المشار إليه توقيعه، و المحكم لا يملك سلطة الإنابة القضائية، إذا كان الفصل في النزاع يتطلب اتخاذ إجراء ما في دولة أخرى، من أجل ذلك أجاز المشرع له أن يطلب من رئيس المحكمة المذكورة الأمر بالإنابة القضائية¹.

و ينحصر دور القضاء في مجال الشهادة على إجبار الشاهد بالحضور أمام المحكم أو المحكمين أو توقيع الجزاءات المنصوص عليها قانونا على الشاهد الذي تخلف عن الحضور بعد تكليفه تكليفا صحيحا بالحضور من هيئة التحكيم أو حضر لكنه امتنع عن الإجابة عن الأسئلة الموجهة إليه²، و يدلي الشاهد بشهادته في جلسة مرافعة شفوية أو عن طريق تقديمها في شهادة مكتوبة وفقا لتقدير هيئة التحكيم.

و هو ذات الاتجاه الذي سلكه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1048 بنصها: " اذا إقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة، أو للطرف الذي يهمله التعجيل بعد الترخيص له من محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، و يطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي." حيث يتضح من نص المادة أن المشرع حول محكمة التحكيم و أطراف اتفاق التحكيم على حد سواء الاستعانة بسلطة القضاء لتمكينهم من تجاوز ما قد يعرقل السير في خصومة التحكيم لا سيما مسألة تحصيل الأدلة.

فإذا كانت حتمية تقديم القضاء المساعدة لهيئة التحكيم فيما سبق عرضه من مسائل تتطلب إجبار الطرف الممتنع لا بد منها لتمتكن الهيئة التحكيمية من أداء الدور المنوط بها، فماذا عن دور القضاء في المسائل التي لا تتطلب ذلك ؟

ثانيا: تدخل القضاء بالمساعدة في مسائل لا تستدعي سلطة الإجبار

تتعدى صور المساعدة التي يقدمها القضاء في غير المسائل المتعلقة بإرغام الممتنع من تقديم الدليل الذي يجوزته أو امتناعه من تنفيذ التدبير المأمور به، و رغم تعدد هذه المسائل وصعوبة حصرها إلا أننا سنحاول إجمالها في تدخل القضاء في المسائل الأولية، ثم تدخله في بعض الاختصاصات الأخرى.

1 مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال. المرجع السابق. ص: 192 .

2 خالد محمد القاضي. المرجع السابق. ص: 439.

أ- تدخل القضاء في المسائل الأولية أو العارضة

قد تعرض للمحكم مسألة مما يخرج عن حدود ولايته، إما لكونها غير قابلة للتحكيم أصلاً و إما لأن اتفاق التحكيم لا يشملها، و في هذه الحالة يكون عليه أن يوقف سير الإجراءات حتى الفصل فيها من المحكمة المختصة. و تسمى هذه المسائل التي يتوقف الحكم على الفصل فيها في الاصطلاح القانوني مسألة أولية ، لأنه يجب أن تصفى هذه المسألة أولاً حتى يتسنى الحكم في الدعوى بعد ذلك على أساسها و عليه فإن الحكم في القضية معلق عليها لحين الفصل فيها أولاً ، و من ثم جاءت التسمية بأنها أولية¹.

و عادة ما تخرج المسألة الأولية عن ولاية المحكم ، إما بسبب عدم شمولها إتفاق التحكيم أو تجاوزها هذا الإتفاق و إما بسبب طبيعتها الذاتية حيث هناك مسائل لا يجوز الفصل فيها بطرق التحكيم، كمسائل الأحوال الشخصية غير المالية أو المسائل الجنائية أو المسائل المتعلقة بالنظام العام عموماً كما تنص عليه المادة 1006 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري²، و يتعين الالتجاء في شأنها للمحكمة المختصة ، و عندئذ يجب وقف إجراءات التحكيم حتى يفصل فيها نهائياً ، فإذا فصل المحكم في هذه المسائل كان حكمه باطلاً و يترتب على ذلك وقف سير الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم .

و قد تعرض المشرع الجزائري لهذه المسألة، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 1021 قانون الاجراءات المدنية و الادارية على أنه : " إذا طعن بالتزوير مدنيّ في ورقة أو إذا حصل عارض جنائي يحيل المحكمة إلى الجهة القضائية المختصة، و يستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة"³ ، و التي تنص على أنه لم يشر إلى الوقف أو الإرجاء، و انما أشار فقط إلى استئناف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة إلا أنه يفهم منه ضمناً ذلك، و في هذا تطبيق لأحكام المسألة العارضة و التي تتطلب إرجاء الفصل و منه وقف الخصومة طبقاً للمادة 213 و ما يليها من قانون الاجراءات المدنية و الادارية، كما يلاحظ أن المشرع حصر المسائل العارضة في الطعن بالتزوير مدنياً في ورقة و حصول عارض جنائي، في حين أن المسائل العارضة التي يمكن أن تثار كثيرة و متنوعة.

لكن بالعودة إلى بعض التشريعات المقارنة كقانون التحكيم المصري فقد مكن هيئة التحكيم من سلطة تقديرية إزاء النظر في المسائل الأولية من خلال المادة 46 منه حيث جاء فيها ما يلي : " إذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن ولاية هيئة التحكيم أو طعن بالتزوير في ورقة قدمت لها أو اتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها أو عن فعل جنائي آخر ، جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع إذا رأت أن الفصل في هذه المسألة أو تزوير الورقة أو في الفعل الجنائي الآخر ليس لازماً للفصل في موضوع النزاع ، و إلا أوقفت الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي في

1 حيث يلاحظ أن المشرع الجزائري اعتمد اصطلاح المسائل العارضة بدل الأولية في المادة 1021 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

2 تنص المادة - 1006 / 2 من ق إ م على أن : " لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الاشخاص وأهليتهم ."

3 لزهري بن سعيد. المرجع السابق.ص: 305.

هذا الشأن ، و يترتب على ذلك وقف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم "، فهذا النص يتناول حكم المسائل العارضة التي تواجه هيئة التحكيم خلال نظرها الدعوى.

و قد تكون هذه المسائل داخلية في ولاية المحكم و في هذه الحالة يكون له وعليه البت فيها، و قد تكون هذه المسألة خارجة عن حدود ولايته و فيهذه الحالة يتعين التمييز بين فرضين، الأول أن يقدر المحكم ان الفصل في هذه المسائل غير لازم للفصل في النزاع، و في هذا الفرض يجوز لها الاستمرار في الإجراءات دون انتظار الفصل فيها من قبل اجهة الاختصاص، و الثاني هو ان تكون لازمة للفصل في النزاع و في هذا الفرض يتعين عليه ان يوقف سير الإجراءات حتى يتم الفصل فيها من المحكمة المختصة بحكم نهائي، و يترتب على وقف سير الإجراءات وقف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم¹.

ب- بعض المجالات الأخرى للتدخل القضائي في مساعدة الهيئة التحكيمية

لا تقع صور مساعدة القضاء الجزائري للتحكيم الدولي تحت الحصر ، و قد وفق المشرع في التعبير عن ذلك من خلال عبارة " أو في حالات أخرى " الواردة في المادة 1048 و ذلك بعد تعداد صور المساعدة و لم تحد من مجال تدخل القاضي و مساهمته في تفعيل إجراءات التحكيم، بل تركت الأمر مفتوحاً أمامه كلما اقتضت المناسبة ذلك " إذا اقتضت حالة الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم... أو حالات أخرى جاز لمن... " و هذا يعد توسيعاً مفيداً لتدخل القاضي و يشير لمعنى (شرط-المظلة) كما عبر عنه البعض .

و توضيحاً للمجالات الأخرى التي يقدم فيها القضاء مساعدته للتحكيم على سبيل المثال لا الحصر نذكر دوره في تمديد أجل التحكيم، و تحديد أتعاب المحكمين و دوره في تفسير و تصحيح الحكم التحكيمي و هي الحالات التي يمكن إدخالها تحت المعنى المقصود من تعبير المشرع حالات أخرى .

فالأصل أنه يجب على المحكمين أن يتقيدوا عند إصدار حكمهم بالميعاد الذي اتفق عليه الأطراف، أو الميعاد الذي حدده القانون وذلك عند غياب الاتفاق، لكن قد تستجد ظروف أو تطرأ أسباب يتبين للأطراف و لهيئة التحكيم من خلالها أنه لا بد من تمديد أجل التحكيم .

و قد نص المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة 45 من قانون التحكيم على أنه : " إذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة السابقة، جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون أن يصد أمراً بتحديد ميعاد غيضي أة بانتهاء إجراءات التحكيم ، و يكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها" ، و تستوعب الأحكام التي تضمنتها هذه الفقرة، كل

1 مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال . المرجع السابق . ص: 195 .

الحالات التي تشملها الفقرة الأولى، أي تجاوز ميعاد إصدار الحكم المحدد اتفاقاً، أو قانوناً، كما تشمل تجاوز المدة لفترة ستة أشهر أو لمدة أطول باتفاق الأطراف¹.

و قد نظم المشرع الجزائري هذه المسألة في المادة 1048 من ق ا م ا ضمن فصل التحكيم الدولي ، حيث جاء في نصها مايلي : " يكون اتفاق التحكيم صحيحا و لو لم يحدد أجلا لإنهائه، و في هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة (4) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم ، غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف و في حالة عدم الموافقة عليه ، يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم ، و في غياب ذلك ، يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة . "

و قد منح نص المادة لإرادة الأطراف أولا الحق في التمديد ثم يليها نظام التحكيم ثم القضاء ، باعتبار أن هذا التدرج يتسق مع التحكيم القائم أساسا على احترام إرادة المحتكمين ، لكن ما يؤخذ عليه في هذه الفقرة تحديدا هو عبارة " في حالة عدم موافقتهم يتم التمديد وفقا لنظام التحكيم " فعدم الموافقة تدل على اتفاق الطرفين على عدم التمديد فكيف يكون التمديد وفقا لنظام التحكيم مع اتفاق الطرفين على عدم التمديد؟! و ما دام المشرع قد اعتمد على فكرة التدرج فينبغي احترام هذا التدرج سواء في حال الاتفاق على التمديد أو الاتفاق على عدم التمديد، فكلاهما اتفاق فالأولوية دائما لإرادة الأطراف .

و لو تم حمل عبارة " في حالة عدم الموافقة " على ظاهرها مثل ما ذهب إليه بعض الفقه ، فإنه سيتم التمديد من خلال نظام التحكيم - مؤسسة التحكيم - بالتنسيق مع هيئة التحكيم مخالفا لإرادة الأطراف و متحديا لها، فيكون ما ذهب إليه المشرع الجزائري هنا يعدّ خرقا لحق دستوري ، و يتنافى مع أحد أسس التحكيم و هو الطابع الاتفاقي وكذلك عدم احترام مبدأ سلطان الإرادة².

و على ضوء ما سبق يمكن تفسير حالة عدم الموافقة بحالة غياب الاتفاق ، أي أن يكون أحد الأطراف راغبا في التمديد دون الآخر ، أو أن يكون اتفاق التحكيم المبرم غير مشتمل لمسألة التمديد سلفا مما قد ينجر عنه نزاع لاحقا و عليه يتم تقدير هذه الرغبة من خلال نظام التحكيم أو من خلال القضاء عند عدم تنظيم هذه المسألة على مستوى لوائح المؤسسة التحكيمية.

و قد يفهم من هذا الإجراء أنه أراد سد الباب عن أي مناورة من طرفي النزاع من شأنها إطالة أمده ، إلا أن هذا لا يحول دون منح هذا الحق لأحدهما مباشرة طالما أن القضاء هو من سيتولى تقدير ذلك لاحقا، و إذا أمكن منح أحدهما هذا الحق ، فلا يمكن في الجهة المقابلة إغفال حق الطرف الثاني في طلب إنهاء إجراءات التحكيم ، و للقاضي أن يمدد

1 محمود مختار أحمد بريري . المرجع السابق:ص: 163 .

2 لزهري بن سعيد. المرجع السابق:ص:339.

أجل التحكيم إن رأى لذلك مقتضى ، أما إن رأى أن التمديد غير مجد كأن تطرأ ظروف تؤدي إلى استحالة أو صعوبة حل النزاع تحكيمياً فله أن ينهي إجراءات التحكيم¹ .

و رغم كون تدخل القضاء مكمل لإرادة الأطراف و لنظام التحكيم إلا أن للقضاء دوراً هاماً في مساعدة التحكيم و خصوصاً في التحكيم الحر، ذلك أنه بإمكانه تجنيب إجراءات التحكيم من نهاية مبتسرة وتمكين هيئة التحكيم من بسط سلطاتها و بلوغ غايتها بسلام في حدود ما تقرره هذه المواد من أحكام.

و من بين المسائل التي تدخل ضمن نطاق مساعدة القضاء أتعاب المحكمين، فللمحكم أجر، و لا يستحق هذا الأجر إلا إذا تم التحكيم بإصدار الحكم أو القرار، و يجوز أن يتضمن اتفاق التحكيم أتعاب المحكمين، و يتفق الأطراف عادة على أن يتحمل كل طرف أتعاب المحكم الذي رشحه ، و يتحمل الطرفان مناصفة أتعاب رئيس الهيئة، و عند عدم الاتفاق تتولى هيئة التحكيم بنفسها تقديره.

إذا كان الأصل أن هيئة التحكيم هي التي تقوم بتحديد المصاريف ، و كيف تدفع على أن تأخذ بعين الاعتبار جميع ظروف القضية إلا أن ذلك لا يعمي ابعاد أي دور للقاضي الوطني في التدخل في مصاريف التحكيم ، فدور المحكمة في هذا الشأن دور إيجابي و فعال، فإذا اختلف المحكمون على الأتعاب وقامت هيئة التحكيم بتقدير ذلك فإن قرارها يكون قابلاً للطعن فيه أمام المحكمة المختصة ، و يتم الطعن بهذا القرار استقلالاً عن الطعن في أسباب التحكيم الأخرى و دون حاجة إلى أن يكون هناك أسباب للطعن في حكم التحكيم ، و لهذه الأخيرة سلطة تقديرية في هذا الخصوص ، غير أن عليها مراعاة طبيعة التحكيم التجاري الدولي، و الأخذ بعين الإعتبار النفقات التي يتكبدها المحكمون في السفر والأعراف التجارية في هذا الشأن أيضاً، كل ذلك ما لم يتفق الأطراف على إخضاع الإجراءات لنظام معين كنظام غرفة التجارة الدولية .

كما يتم اللجوء للقضاء أيضاً بمناسبة تفسير و تصحيح الأخطاء المادية التي تشوب الحكم التحكيمي فمن المفروض أن الحكم التحكيمي يضع حداً للخصومة التحكيمية لأنه ينهي مهمة المحكم ، غير أنه يحدث، رغم صدور الحكم، أن يكون هذا الأخير بحاجة إلى تفسير أو أن يكون مشوباً بأخطاء أو إغفالات مادية، في هذه الحالة قد يتدخل القاضي المختص لتفسيره أو تصحيحه بشروط معينة .

و القاضي عند قيامه بهذا الدور المنوط بهيئة التحكيم عليه التقييد بعدم تعديل مضمون الحكم التحكيمي و عليه ففي حالة إكمال القرار أو الحكم التحكيمي فيتوجب على القاضي النظر والرد على الدفوع التي أغفلت عنها هيئة التحكيم بقرارها و تعليها تعليلاً قانونياً وموضوعياً من خلال استعراض الدفوع الجوهرية التي يتمسك بها ، و لا

1 خالد محمد القاضي. المرجع السابق. ص: 428..

يجوز للقاضي هنا أن ينظر في دفع أو وثائق أو مستندات جديدة لم يسبق التعهد بها من طرف هيئة التحكيم ، و هو ما أقره فقه القضاء الفرنسي .

و طبقا للمادة 1475 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي فان التفسير يمكن أن يشمل أي جزء من الحكم دون الاختصار على المنطوق، و أن تعذر على الهيئة الاجتماعية فيرجع إلى القاض المختص¹ ، و تطبق عليه عندئذ قواعد تفسير الحكم القضائي .

أما المشرع الجزائري فبالرجوع إلى نص المادة 1030 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية يتبين أن التفسير يكون وفق القواعد المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية و الادارية أخذا بالعبارة الواردة فيها طبقا للأحكام الواردة في هذا القانون ، أي تلك المطبقة على تصحيح وتفسير الأحكام القضائية في المواد من 285 - 287 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية مع مراعاة خصوصية الحكم التحكيمي عن الحكم القضائي² .

و بالرجوع إلى هذه المواد فان تفسير الحكم التحكيمي تختص به الهيئة التحكيمية وفق الطلب الذي يرفع لها من أحد الأطراف أو من كليهما في عريضة مشتركة وهي تفصل بعد سماعهم أو بعد صحة التكليف بالحضور، أي أنه لا بد من مراعاة مبدأ الوجاهية كالدعوى العادية أمام القضاء، و يعد الحكم الصادر بالتفسير متمما لحكم التحكيم الذي يفسره و تسري عليه أحكامه .

كما يتبين أن إجراء التصحيح يكون بنفس الطرق المشار بخصوص التفسير بالرجوع إلى التشريع الجزائري على أنه كما يرى الدكتور بشير سليم حبذا لو أن المشرع و بالنظر إلى كون الأخطاء المادية البحتة لا تؤثر في جوهر الحكم و لا في منطوقه، لم يستلزم انعقاد الخصومة من جديد و كان بالإمكان الاكتفاء بنظر الطلب دون تبليغه إلى الخصم الآخر و انتظار الرد بما يتماشى و أهداف التحكيم .

Article 1475 du code civile français "-: La sentence dessaisit l'arbitre de la contestation qu'elle tranche.

L'arbitre a néanmoins le pouvoir d'interpréter la sentence, de réparer les erreurs et omissions matérielles qui l'affectent et de la compléter - lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de demande. Les articles 461 à 463 sont applicables. Si le tribunal arbitral ne peut être à nouveau réuni, ce pouvoir appartient à la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage " .

2 تنص المادة 285 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية على أنه : " ان تفسير الحكم بغرض توضيح مدلوله أو تحديد مضمونه من اختصاص الجهة القضائية التي أصدرته ، و يقدم طلب تفسير الحكم بعريضة من احد الخصوم او بعريضة من احد الخصوم أو بعريضة مشتركة منهم وتفصل الجهة القضائية بعد سماع الخصوم أو بعد صحة تكليفهم بالحضور". وتنص المادة - 286 من نفس القانون : " يجوز للجهة القضائية التي أصدرت الحكم ولو بمجازة ذلك الحكم قوة الشيء المقضي به أن تصحح الخطأ المادي أو الإغفال الذي يشوبه كما يجوز للجهة القضائية التي يطعن في الحكم أمامها القيام بتصحيحه ، و يقدم طلب التصحيح إلى الجهة القضائية بعريضة من أحد الخصوم أو بعريضة من أحد الخصوم أو بعريضة مشتركة منهم ،وفقا للأشكال المقررة في رفع الدعوى ، و يمكن للنياحة العامة تقديم هذا الطلب لا سيما إذا تبين لها أن الخطأ المادي يعود إلى مرفق العدالة ، وتفصل الجهة القضائية بعد سماع الخصوم أو بعد صحة تكليفهم بالحضور .يؤشر بحكم التصحيح على أصل الحكم المصحح وعلى النسخ المستخرجة منه و يبلغ الخصوم المعينون بحكم التصحيح ، عندما يصبح الحكم المصحح حائزا لقوة الشيء به فلا يمكن الطعن في الحكم القاضي بالتصحيح إلا عن طريق الطعن بالنقض". وتنص المادة 287 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية على أنه : " يقصد بالخطأ المادي عرض غير صحيح لواقعة مادية أو تجاهل وجودها ، غير أن تصحيح الخطأ المادي أو الإغفال لا يؤدي إلى تعديل ما قضى به الحكم من حقوق والتزامات للأطراف " .

المطلب الثالث: أوجه التدخل القضائي النهائي في خصومة التحكيم التجاري الدولي

لا تنتهي الخصومة التحكيمية الدولية بصدور الحكم التحكيمي بل أنها تمتد حتى مرحلة التنفيذ، فالحكم لا قيمة له إلا إذا أدخل في النظام القانوني لدولة التنفيذ عن طريق إجراءات يلقى فيها محل تهديد سواء برفض تنفيذه أو القضاء بطلانه، و في خضم ذلك تستمر الخصومة بين الأطراف إلى حين قبول القاضي نهائيا استقباله في النظام القانوني لدولته عن طريق الإعراف به و إضفاء الصبغة التنفيذية عليه.

إذ في هذه المرحلة لا يكون تدخل القاضي مقصوداً على مد يد المساعدة اللوجستية للأطراف المحكمة، بل يتدخل لتحصيل المحكوم له على ما أقره الحكم التحكيمي الدولي عن طريق التنفيذ الجبري الذي يسمح باستخدام القوة العمومية التي يحتكر الأمر بها القاضي ، إلا أن ذلك لا يتم بصورة آلية و إنما يسبقها التحقيق الشكلي و الموضوعي الذي يقوم به بحسب الأحوال، و هذا التحقيق هو الذي يغير من دور القاضي في هذه المرحلة من مجرد مساعد و مساهم في تفعيل العملية التحكيمية إلى مراقب و فاحص للحكم التحكيمي سواء كان الهدف من ذلك التيقن من مراعاة الحكم للشروط التي يتطلبها قانون الاجراءات المدنية و الادارية من أجل الاعتراف به و تنفيذه أو للتثبت من مدى إحترام المحكم للقواعد القانونية المتصلة بإتفاق التحكيم ذاته أو بإجراءاته بمناسبة الطعن بالبطلان.

فالرقابة القضائية إذن أمر ضروري تبررها فكرة أن التحكيم في حقيقته سلب لإختصاص قضائي أجازته المشرع و اتفاق على اللجوء إليه من طرف الخصوم فهو استثناء من أصل عام.

الفرع الأول: التدخل القضائي في الخصومة التحكيمية بمناسبة تنفيذ حكم التحكيم

متى حصل الخصم صاحب الحق على حكم تحكيمي دولي يصب في مصلحته، فإن هذا الحكم لا يؤتي ثماره و لا تتحقق الغاية منه إلا بتنفيذ الخصم الآخر لما جاء فيه و تعد إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الدولية أمراً في غاية الأهمية بالنسبة للتحكيم كطريق مقرر لفض النزاعات، حيث إذا شاب آلية تنفيذ الأحكام شائبة، أو قام هناك خلل في التنظيم المقرر لتنفيذ منطوق التحكيم، من شأن ذلك أن يدفع بالخصوم إلى الإحجام أو إلى تقليل حل نزاعاتهم عن طريق التحكيم.

فإذا انتهت إجراءات التحكيم بإصدار الحكم، يمكن للأطراف اللجوء للقضاء لاستصدار أمر التنفيذ، و قد عاجلت مختلف تشريعات التحكيم مسألة تنفيذ أحكام التحكيم، حيث حددت الجهات القضائية المختصة بإصدار أوامر التنفيذ و الإجراءات الواجب إتباعها لتنفيذ هذه الأحكام و كيفية التظلم منها¹.

حيث تنص المادة 56 من قانون التحكيم على أنه يعقد الاختصاص بإصدار الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الخاضعة لهذا القانون لرئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع إلا إذا تعلق الأمر بتحكيم تجاري دولي سواء جرى في

1 لزهري بن سعيد. المرجع السابق، ص: 366.

مصر أو الخارج فينعتد الاختصاص لرئيس محكمة استئناف القاهرة أو أي محكم استئناف أخرى يتفق عليها الأطراف و يجوز لرئيس المحكمة ندب أحد قضاة المحكمة لإصدار الأمر بالتنفيذ¹ .

و يفضل بعض الفقه أن يكون الاختصاص المحلي بإصدار الأمر بالتنفيذ للمحكمة التي يتبعها المكان الذي صدر فيه حكم التحكيم ، و أن يودع حكم التحكيم في قلم كتاب هذه المحكمة، و هذا تيسيراً على الأطراف باعتبار أن هذه المحكمة هي التي قدمت المساعدة للأطراف طيلة فترة التحكيم² .

و قد سلك المشرع الجزائري بموجب نص المادة 1035 من ق ا م ا نفس الاتجاه حيث يختص بتنفيذ حكم التحكيم رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها الحكم و العبرة بالمكان الموضح في حكم التحكيم، حيث يستلزم المشرع الجزائري أن يتضمن الحكم تحديد مكان التحكيم، و المقصود بالمحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها الحكم هي المحكمة الابتدائية، و يصد الأمر بالتنفيذ دون مواجهة بين الخصوم، و لكن يجب على طالب التنفيذ أن يودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة مرفقاً بنسخة من اتفاق التحكيم.

الفرع الثاني: التدخل القضائي الرقابي في الخصومة التحكيمية الدولية بمناسبة الطعن بالبطلان في الحكم

التحكيمي والطعن بالنقض

طريق الطعن في حكم المحكم بالبطلان هو السبيل الوحيد لمهاجمة هذا الحكم بعد صدوره أمام قضاء الدولة و يرفع الطعن بالبطلان عن طريق دعوى البطلان، و القاعدة العامة أن الطعن في الأحكام القضائية لا يجوز ولوجه باستعمال طرق الطعن العادية التي نظمها القانون، و القاعدة في هذا الشأن أن دعاوى البطلان لا تقبل ضد الأحكام القضائية فهذه الأخيرة ليست عقود يتم بطلانها، و الكلام عن دعوى البطلان يكتسب أهمية في هذا النطاق من ناحية إجازة رفع دعوى البطلان ضد حكم صادر عن المحكم³ .

و قد نصت المادة 1/52 من قانون التحكيم المصري على أنه: " لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية و التجارية" و بهذه الفقرة أوصد المشرع الباب و أقام نوعاً من الحصانة المتميزة لأحكام التحكيم، فهي تسمو حتى على أحكام القضاء التي تخضع للمراجعة موضوعاً و شكلاً في الاستئناف، فضلاً عن إمكان الطعن فيها بالتماس إعادة النظر في حالات محددة وردت على سبيل الحصر، كما يمكن الطعن فيها بالنقض في حالة الخطأ في تطبيق القانون، و تتمتع بهذه الحصانة كل أحكام التحكيم التي تصدر وفقاً لأحكام قانون التحكيم، أي كان التحكيم الذي يجري في مصر سواء كان

1 محمود مختار أحمد بري . المرجع السابق.ص: 273 .

2 لزهري بن سعيد. المرجع السابق.ص:366.

3 لزهري بن سعيد. نفس المرجع.ص:379.

تحكيما وطنيا أو دوليا، أو أحكام التحكيم الذي يجري في الخارج إذا اتفق أطرافه على إخضاعه للقانون المصري و ذلك إذا تعلق الأمر بتحكيم تجاري دولي¹.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أجاز استئناف حكم التحكيم الوطني باستثناء اتفاق الأطراف على التنازل عن حق الاستئناف في اتفاق التحكيم، بحيث يمكن للأطراف طلب مراجعة الحكم موضوعيا أو طلب بطلانه، حيث حدد المشرع الجزائري في المادة 1033 ميعاد رفع الاستئناف في أحكام التحكيم الداخلي أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم.

كما أجاز المشرع الجزائري الطعن بالنقض في القرارات الفاصلة في الاستئناف، فإذا أصد المجلس القضائي قراره بخصوص استئناف حكم التحكيم، فإن هذا القرار و حده دون حكم التحكيم يكون قابلا للطعن بالنقض بتصريح أو بعريضة أمام أمانة ضبط المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه القرار موضوع الطعن.

و قد أحال المشرع الجزائري فيما يخص الطعن بالنقض في أحكام التحكيم للأحكام المنصوص عليها في قانون المرافعات الجزائري، و هذا ما يتنافى مع مزايا التحكيم، و خاصة السرعة، نظرا لما تتسم به إجراءات الطعن بالنقض من طول المدة . أما بالنسبة للطعن في أحكام التحكيم الدولي فقد أجاز المشرع الجزائري طلب بطلان أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر، و ذلك في الحالات الواردة على سبيل الحصر، و التي يجوز فيها كذلك استئناف الأمر الصادر بالاعتراف و تنفيذ حكم التحكيم الصادر بالخارج و هذه الحالات منصوص عليها في المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية².

1 محمود مختار أحمد بريري . المرجع السابق.ص: 211 .
2 لزهري بن سعيد. المرجع السابق.ص: 391 و 392.

الباب الثاني :

تعدد مناهج التنازع في التحكيم التجاري الدولي

من المتعارف عليه أن القانون العام الدولي ينظم علاقات الدول فيما بينها، و القانون العام الداخلي ينظم علاقات الدولة باعتبارها صاحبة السيادة مع مواطنيها، و القانون الخاص ينظم العلاقات الخاصة للأشخاص داخل المجتمع .

غير أن العلاقات القانونية المرتبطة بالتحكيم التجاري الدولي ليس مجالها علاقات الدول، و لا هي قاصرة على العلاقات داخل الدولة الواحدة، بل قد تكون بين شخصين من دولتين مختلفتين، أو يكون محلها أو سببها يقع في دولة أخرى ، مما يعني أن القوانين السابقة جميعها و بشتى أنواعها لا يمكنها أن تنظم هذه العلاقات، و هذا ما يدفع بالبحث عن القانون المناسب لتنظيمها، و هو قانون يتعدى الحدود الإقليمية للدولة دون أن يرقى إلى تنظيم علاقات أشخاص القانون الدولي.

وعلى الرغم من أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمن هذا الاتفاق أو الذي يشير إليه، نشأ من أجل عزل اتفاق التحكيم عن التخبط في متاهات العقد الأصلي و مشاكله، غير أنه و بالرغم من كل المحاولات التي كانت تصبوا إلى إيجاد حلول للبحث عن قانون يحكم العلاقات الخاصة تراعي خصوصية اتفاق التحكيم التجاري الدولي بالإعتماد بصفة أساسية على منهج قاعدة التنازع، إلا أن الوقوف عند هذا المنهج و ما يقوم عليه من وسيلة فنية لم يعتمده الفقه على إطلاقه فذهب جانب من الفقه إلى مهاجمة هذا المنهج و تحدثوا عن " أفول نجم قاعدة الإسناد"¹ ، فالنشاط التجاري هو فيض متدفق يقدم لنا الجديد كل يوم، و إزاء ذلك فمن اللازم البحث عن و سائل جديدة تناسب المعطيات الجديدة، خاصة بعد أن أصبح الحديث عن تعدد المناهج التي تضطلع بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية هو أحد أهم السمات التي تميز فقه القانون الدولي الخاص المعاصر، كما أن تزايد الإنتقادات الفردية و الجماعية الموجهة لمنهج قواعد التنازع بحجة عدم كفاية هذا المنهج قد يؤدي إلى نتائج غير مرضية، ما دفع ببعض الفقهاء إلى الحديث عما أسموه بأزمة المنهج التقليدي القائم على قاعدة التنازع.

و من خلال هذا النظر كان سعي فقه القانون الدولي الخاص حديثا لإيجاد منهجيات جديدة بحيث تتلافى أوجه القصور الموجودة في آلية التنازع و قاعدة الإسناد، كان في مقدمتها منهج القواعد المادية، و هذا كرد فعل لتعصب الغرب في فرض الصورة التي استقر عليها منهج التنازع حتى النصف الأول من القرن العشرين و تبرير المفاهيم الأوروبية، فضلا على النصرة القومية المتجسدة في عدم تصور إمكانية قيام تنازع القوانين بين قوانينهم الأوروبية المتمدينة و بين قوانين غير أوروبية و من ناحية ثانية كرد فعل لعجز هذا المنهج على حل تلك المشاكل لما يشوبه من قصور و جمود و تعقيد تقود جميعا إلى نتائج متضاربة و غير مرضية، مما يفقدها اليقين القانوني الذي تتطلبه العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي و أهداف القانون الدولي الخاص المعاصر.

1 خليل إبراهيم محمد خليل. تكامل مناهج تنازع القوانين. المرجع السابق. ص:5.

حيث يرى جانب من الفقه الفرنسي أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، و إن كان يسمح من خلال الآثار المباشرة التي يرتبها أنيا كون القانون الذي يحكم العقد الأصلي يختلف عن ذلك الذي يحكم اتفاق التحكيم فإنه يسمح أيضا و بذات القدر بأن يتم تقدير صحة اتفاق التحكيم و فقا للقواعد المادية و دون البحث عن القانون الواجب التطبيق من خلال منهج التنازع¹، و وفقا للمفهوم الجديد لهذا المبدأ سمح القضاء الفرنسي لنفسه بأن يخلق مبدأ يقرر صحة اتفاق التحكيم الدولي، و عدم خضوع هذا الاتفاق لمنهج التنازع التقليدي .

و لما كان منهج تنازع القوانين قد سبق منهج القواعد المادية من حيث ضرورة إعماله على اتفاق التحكيم، فإننا سنعرض لهذا المبدأ أولا قبل أن نعرض لمنهج القواعد المادية الذي ابتدعه القضاء الفرنسي.

1 حفيظة السيد الحداد. الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. المرجع السابق. ص: 154.

الفصل الأول: إعمال منهج تنازع القوانين في التحكيم التجاري الدولي

يتوزع الافراد على شكل وحدات سياسية قانونية يصطلح عليها بالدول و الاخيرة بدورها تفترض وجود القوانين فيكون لكل دولة قانون له نفوذ يتحدد سريلانه بحدود الدولة الاقليمية و يملك اختصاص في مواجهة اشخاص معينين و هم الوطنيين ، و بذلك تتعدد القوانين بتعدد الدول ، و كل قانون يملك مساحة من النفوذ و الاختصاص تنتهي حيث تبدأ مساحة نفوذ و اختصاص قانون اخر، و مقابل ذلك يمكن ان يتجاوز القانون في نفوذه و اختصاصه مساحته فيمتد على مساحة قانون اخر في مناسبات تتعلق بالتجارة الدولية وما يترتب عنها من حركة الاشخاص و الاموال بين منطقة نفوذ قانونين او اكثر فيحتفظ كل منهما بصلة بالعلاقات القانونية لا سيما مايشور بمناسبة تلك النزاعات و التي تنشأ بأثر تلك الحركة و هو ما يفضي إلى تداخل اختصاص و نفوذ هذه القوانين بمناسبة تلك العلاقات، و يترتب عندئذ ما يصطلح عليها في فقه القانون الدولي الخاص بتنازع القوانين ،و يشير هذا الموضوع تراحم و تداخل عدة قوانين تتجاذب حكم العلاقة محل التحكيم التجاري الدولي لتعدد انتماءات العلاقة بين هذه القوانين.

ونظرا لأهمية التحكيم بشكل عام، و التحكيم التجاري الدولي بشكل خاص، عملت الدول على سن قوانين تنظم عملية التحكيم بمختلف مراحلها، و تعالج التنازع الذي قد يشور بصدد تحكيم تجاري دولي، حيث يتضح أن المنازعات في مجال التجارة الدولية تثير صعوبات قانونية لا توجد في شأنها حلولاً مستقرة، مما يؤدي إلى عرقلة التعامل التجاري و في مقدمة هذه الصعوبات تعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

حيث تدل القرارات التحكيمية المنشورة حديثاً و الصادرة عن كبرى مؤسسات التحكيم الدولية على وجود اتجاهات متباينة في مجال تعامل المحكم الدولي مع آليات القانون الدولي الخاص و بالتحديد مع نظم تنازع القوانين¹.

1 فؤاد ذيب. المحكم الدولي و نظم تنازع القوانين الوطنية. مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية. المجلد 24. العدد الثاني. 2008. ص:34.

المبحث الأول: ماهية تنازع القوانين

لقد تعقدت العلاقات القانونية بين الجنس البشري، و تنوعت القواعد القانونية التي تحكمها و أصبحت معرفة تلك القواعد ليست بالأمر اليسير في كل حين لأن لكل مجتمع نظامه القانوني الخاص به و له سلطته الخاصة التي تسهر على إدارة شؤونه و يخضع أفرادها في فعاليتهم المتعددة الجوانب لقواعد و أنظمة تتناسب مع هذه الفعاليات و تختلف باختلافها، و لربما تغيرت و تطورت - في المجتمع الوطني للدولة- قواعد القانون الداخلي بتغيير الأزمان و تطور العصر فيظهر التباين في القواعد القانونية في المجتمع الواحد، على أن التباين يبدو واضحاً حينما يتعلق الأمر بأكثر من مجتمع بالنظر لاختلاف الدول في درجة تطورها و ظروفها و بالتالي في أنظمتها¹.

المطلب الأول : مفهوم تنازع القوانين و أصوله التاريخية

إن ظاهرة تنازع القوانين ليست وليدة اليوم فمعالمها و مبادئها الفنية تبلورت في نهاية القرن الثاني عشر و بداية القرن الثالث عشر الميلادي و قد كان منهج قاعدة الإسناد هو المنهج الرئيسي في حل مشكلات تنازع القوانين بشأن العلاقات الخاصة الدولية. و هو المنهج الأمثل في تنظيم تلك العلاقات، و تعد مشكلة تنازع القوانين وفقاً لهذا المنهج هي مشكلة اختيار قانون من بين عدة قوانين لحكم موضوع النزاع، و هذا القانون قد يكون وطنياً أو أجنبياً، و في كلتا الحالتين لا يعدوا أن يكون هذا القانون قانوناً داخلياً يضعه المشرع الوطني في كل دولة ليحكم علاقات ذات عنصر أجنبي².

هذا الإختلاف بين قوانين الدول و أنظمتها سيثير و لا شك نزاعاً فيما بينها كلما اتصلت علاقة قانونية أو مركز قانوني بدولة أجنبية أو أكثر، و هذا النزاع- أو التنازع- كما جرى الإصطلاح على هذه التسمية منذ زمن ليس بقريب لأن العالم عرف التعامل القانوني بين الأفراد على نطاق يجاوز الحدود الإقليمية منذ زمن بعيد، و قد أصبح في الوقت الحالي علماً شائعاً لتشابك العلاقات الدولية و اتصالها نتيجة التطور الحضاري الهائل الأمر الذي أدى إلى أن يكسب العنصر الأجنبي إلى هذه العلاقات أهمية أكثر مما كانت عليه في السابق³.

الفرع الأول: الأصول التاريخية لنشوء تعدد مناهج تنازع القوانين

لقد أضحى تعدد المناهج في القانون الدولي خاص حقيقة لا يمكن لأحد انكارها ، لذلك كان من الواجب التطرق للتطور التاريخي للنظريات الفقهية المتباينة التي تصدت لمشكلة التنازع حيث كانت بدايات ظهور تنازع القوانين منذ القرن الثالث عشر الميلادي بين قوانين مدن شمال ايطاليا ، فقد تصدى الفقهاء في ذلك الوقت الى مواجهة التنازع بقواعد متعددة و اختلفت آلية هذه القواعد من فترة إلى اخرى و يمكن أن نستعرض الأصول التاريخية لنشوء كل منهج

1 حسن الهداوي. تنازع القوانين. المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني. عمان الأردن. مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية. 1997. ص: 7.

2 خليل إبراهيم محمد خليل. المرجع السابق. ص: 5.

3 حسن الهداوي . المرجع السابق. ص: 7 و 8.

من هذه المناهج عبر عدة مدارس حسب المراحل التاريخية التي مر بها كل منهج المنهج التقليدي المسمى بمنهج قواعد الاسناد و منهج القواعد الموضوعية.

أولاً: نظرة تاريخية إلى منهج قاعدة الاسناد

ارتبط منهج قاعدة الاسناد بتنازع القوانين، ذلك أن حل هذا التنازع إنما يتم من خلال تلك القواعد، و بحث التطور التاريخي لتنازع القوانين غالباً ما يبدأ بالإمبراطورية الرومانية، و ظهور قانون الشعوب الذي كان يطبق على الأجانب فيما بينهم، و في علاقاتهم مع الرومان، إلى جانب القانون المدني الذي كان يطبق على العلاقات فيما بين الرومان أنفسهم، و الحدير بالذكر أن بيان التطور التاريخي لتنازع القوانين يفيد في معرفة الخلفية التاريخية لقاعدة الإسناد و كيف تبلورت في شكلها الحالي¹، ذلك أن تلمس الملامح العامة للتطور التاريخي لمشكلة تنازع القوانين تمكننا من فهم الخطوط الرئيسية للحلول المعاصرة لهذه المشكلة، فإذا كانت قواعد الإسناد هي الوسيلة الفنية المألوفة لفظ مشكلة تنازع القوانين، فإن الفهم الصحيح لها قد لا يتأتى على الوجه الصحيح، إلا بعد التعرض للوسائل الفنية المتنوعة التي لجأ إليها الفقهاء القدامى لحل هذه المشكلة².

أ- المرحلة السابقة على نشوء نظريات التنازع.

إن بيان التطور التاريخي يكون بداية بالمرحلة السابقة على نشوء نظريات التنازع، حيث تكشف الدراسات التي تناولت التطور التاريخي لتنازع القوانين في هذه المرحلة³ بأن النظم القانونية التي كانت سائدة في المجتمعات القديمة قد احتضنت بعض ملامح تنازع القوانين، إلا أنها لم تترك لنا قواعد تذكر في هذا الشأن.

1- ملامح تنازع القوانين في العصور القديمة

فلم تعرف المجتمعات القديمة التي عاشت في بلاد اليونان و الرومان ظاهرة التنازع بمعناها الحالي، فمن جهة كانت كثرة الحروب تمنع نشوء علاقات تجارية و روابط أسرية بينهم، و من جهة أخرى كانت هناك قواعد مشتركة سائدة لديهم تتمثل في حرمان الأجانب من التمتع بالشخصية القانونية اللازمة للدخول في علاقات قانونية على قدم المساواة مع المواطنين، لذلك لم تكن لهم حقوق معترف بها فليس لهم حق التصرف أو حق الملكية و ليس لهم حق الزواج، و كانوا محرومين من الحقوق الخاصة الملازمة لشخصية الإنسان⁴.

1 خليل إبراهيم محمد خليل. المرجع السابق. ص: 18.

2 هشام صادق علي. تنازع القوانين. الاسكندرية. مصر. منشأة المعارف. الطبعة الثالثة. 1974. ص: 33.

3 سعيد يوسف البستاني. المرجع السابق. ص: 67-80. هل خوفوق

4 و لم يكن لهم حق الالتجاء إلى المحاكم لمطالبها بتعويض الأضرار التي تلحق بهم، فحالتهم كانت أشبه بالرقيق فهم لم يكونوا أهلاً للحق و ان كان يجوز أن يكونوا محلاً له، جابر جاد عبدالرحمن.

القانون الدولي الخاص العربي. تنازع القوانين. الجزء الثالث. معهد الدراسات العربية العالية. من دون دار نشر. 1960. ص: 28.

و في العهد الروماني بدت بعض ملامح تنازع القوانين في الأنظمة الحقوقية لبلاد اليونان و الرومان¹ و هذا بعد أن خضعت امم عديدة لسلطان روما، و نشأت علاقات بين الرومان و بين افراد الأمم التي انضوت تحت سلطان روما و بين افراد الأمم المختلفة فيما بينهم و مما لا شك فيه هو تباين قوانين هذه الأمم و أعرافها و تقاليدھا. و قد حصل في روما تطور في معاملة الأجانب نتيجة للوضع السياسي الذي أوجده التوسع الرماني حيث ميز القانون الروماني بين المواطنين الرومانيين و كانوا يتمتعون بالحقوق كافة و يطبق عليهم القانون المدني، و اللاتين كان يطبق عليهم القانون المدني كذلك ، إلا أنهم لا يتمتعون بكامل الحقوق و الأجانب و هم سكان بقية الأقاليم في الإمبراطورية، و كان يطبق عليهم قانونهم الأصلي².

و قد أدى هذا التطور إلى ظهور قانون خاص بالأجانب و هو قانون الشعوب، و إلى نشوء وظيفة قاضي الأجانب الذي كان يسمى بريتور الأجانب³ و قد ألحت فكرة قاضي الأجانب لأول مرة إلى فكرة تنازع القوانين، لكن فكرة التنازع اختفت بعد أن تحول قانون الشعوب إلى قانون يحكم الأجانب و الرومان في الوقت نفسه، كما أنه تم توحيد الحقوق الرومانية في عهد جستينيان فلم يعد هناك فرق بين الرومان و الأجانب، إلا أن مشكلة التنازع عادت للظهور عندما نشأت روابط بين سكان الإمبراطورية و البرابرة، و بعد أن توسع دخول البرابرة إلى الإمبراطورية تم الاعتراف لهم بالخضوع لقوانينهم الخاصة كما كان شأن الأجانب في العصور الأولى للقانون الروماني⁴.

2- ملامح تنازع القوانين في العصور الوسطى

و بعد سقوط الإمبراطورية الرومانية عام 476 إثر غزو القبائل الجرمانية "البرابرة" للأقاليم التي كانت تحت سيطرة الرومان تعاقب على حكم هذه الأقاليم و خاصة في جنوب أوروبا و غربها "فرنسا و ايطاليا" نظامان: الأول نظام الممالك الجرمانية الذي طبق نظام شخصية القوانين حتى القرن العاشر و كانت نتيجتها تطبيق القانون الروماني على الرومان كما أن كل شخص من أية قبيلة كان يخضع لقانونه الشخصي، و الثاني نظام الأمراء الإقطاعيين الذين عرفوا نظام آخر هو إقليمية القوانين و طبق هذا النظام حتى نهاية القرن الثاني عشر و بداية القرن الثالث عشر⁵، و كان من مظاهره تمسك حاكم كل إقليم بسلطته التامة في إقليمه و فرض نفوذه على جميع الأشخاص المقيمين داخل حدوده، لذلك لم يكن يسمح بتطبيق قانون غير قانونه حتى بالنسبة للأجانب.

1 خليل إبراهيم محمد خليل. المرجع السابق. ص: 20.

2 عزالدين عبدالله. القانون الدولي الخاص. تنازع القوانين و تنازع الاختصاص الدوليين. الجزء الثاني. القاهرة. مصر. مكتبة النهضة العربية. 1977. ص: 19-20.

3 هذا القضاء كان يختص بنظر المنازعات التي يكون أحد أطرافها أو كلهم من الأجانب و لم يكن يطبق القانون الروماني الخاص بعلاقات الرومان بعضهم البعض الآخر، و إنما اوجد قواعد موضوعية جديدة عرفت بقانون الشعوب، و هي قواعد مستمدة من مبادئ العدالة، و من المبادئ المهيمنة على مختلف النظم القانونية دون التقيد بالشكليات التي تميز بها القانون الروماني.

4 سعيد يوسف البستاني. المرجع السابق. ص: 68-69.

5 سعيد يوسف البستاني. نفس المرجع. ص: 69.

و لم يظهر خلال هذه الفترة تنازع القوانين لذلك لا وجود لقواعد الإسناد فيها ، إلا أنه يعود الفضل لهذه الفترة من التاريخ في إيجاد نظرية شخصية القوانين المطلقة، وإقليمية القوانين المطلقة و لكل منهما عيوبه¹.

3- التنازع في الشريعة الإسلامية

أما بالنسبة لموقف الشريعة الإسلامية من فكرة التنازع في إطارها العام فهي تقوم على قاعدة أساسية أن الشريعة الإسلامية سارية على العالم الإسلامي بقسميه دار الإسلام و دار الحرب و تطبق على كل نزاع يرفع إلى القاضي المسلم² و يدعم هذا الرأي ما جاء بكتاب الله القرآن الحكيم:

«وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ ۖ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ۗ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ ۚ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَ مِنْهَا جَاءَ ۚ وَ لَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَ لَكِنْ لِيَلْوِكُمْ فِيمَا آتَاكُمْ ۖ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ ۗ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ» و قوله تعالى «وَأَنْزَلَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ ۗ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ ۗ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ» و قوله تعالى «أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ ۗ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ»³.

و استنادا إلى ذلك يرى غالبية الشراح أن الشريعة الإسلامية تطبق إذا كان المتقاضين مسلمين أو كان أحدهما مسلما سواء أكان الآخر ذمياً أم حربياً و يكون نزاعهما من اختصاص القاضي المسلم معتمدين في ذلك على قوله تعالى: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»⁴.

و تطبق الشريعة الإسلامية أيضاً عند اختلاف ملة المتخاصمين غير المسلمين، كأن يكون أحدهما مسيحياً و الآخر يهودياً فيحكم نزاعهما بالشريعة الإسلامية، أما إذا كانا من ملة واحدة فيرى البعض كالحنفية أن على القاضي المسلم المرفوع أمامه النزاع أن يطبق شريعتهم⁵.

1 من عيوب نظرية شخصية القوانين المطلقة، أنها توجب على المدعي الالتجاء إلى محكمة المدعي عليه، و يبني على ذلك أن القانون الي يقضى به يكون دائماً قانون المدعي عليه، كما أن المدعي عليه لا يستطيع أن يرفع دعوى فرعية على المدعي أثناء الخصومة، بل يتعين عليه أن يقاضيه أمام محكمته، و تظهر الصعوبة بشكل أوضح إذا تعدد المدعي عليهم في دين واحد، إذ تكون النتيجة تعدد القضاة أمام المحاكم، و قد تتناقض هذه الأحكام فلا تحقق العدالة على وجهها الكامل، و لا تحترم الحقوق المكتسبة، أضف إلى ذلك صعوبة معرفة القانون الشخصي، لتعدد القبائل و اختلافها و كثرة التنقل من قبيلة إلى أخرى، كما أن الأخذ بالإقليمية المطلقة، يضر بالأجانب ضرراً بليغاً، و يمس بالحقوق المكتسبة، و لا يحقق العدالة، و على وجه الخصوص بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية، إذ يعرضها للتغيير و التبديل كلما انتقل الانسان من إقليم إلى آخر لاختلاف قوانين البلدان باختلافها، فقد يكون بالغاً وفقاً للقانون، و قاصراً وفقاً لآخر، و الزواج إذا كان صحيحاً في بلد، قد لا يكون كذلك في بلد آخر، و تكون النتيجة منع الناس من التنقل من بلد إلى آخر، و عزلة البلاد عن بعضها و عدم نشوء العلاقات بين الأفراد و من ثم عدم رواج التجارة بينهم و هذا ما تأباه الحضارة و المدنية، خليل إبراهيم محمد خليل. المرجع السابق. ص: 25.

2 حسن الهداوي. المرجع السابق. ص: 33.

3 القرآن الكريم. سورة سورة المائدة. الآية رقم: 48 و الآية رقم 49 و الآية رقم 50.

4 القرآن الكريم. سورة النساء. الآية رقم: 141.

5 بينما يرى آخرون أن الأمر لا يتعدى الاقرار لغير المسلمين بالعمل بشرائعهم، أما إذا طلب للقاضي المسلم الحكم و جب عليه الحكم بالشريعة الإسلامية وحدها. حسن الهداوي. المرجع

السابق. ص: 33.

و قد وردت في كتب الفقه الإسلامي أحكام خاصة بغير المسلمين و اختلاف الدارين و زواج غير المسلمين سلم فيها بما تقرره شرائعهم¹.

يتضح مما تقدم أن الشريعة الإسلامية أخذت بمبدأ إقليمية القوانين فالقاضي المسلم لا يطبق إلا الشريعة الإسلامية و يمتنع عن قبول منافستها من قبل شريعة أخرى و هذا مانع من ظهور تنازع القوانين و في حال ترك المسلم دار الإسلام إلى دار الحرب تلحقه و يخضع لها دون غيرها و لا يسمح بتطبيق القانون الأجنبي عليه، و هذا مانع من ظهور تنازع القوانين أيضاً، و من هذا يتضح أن الشريعة الإسلامية تعطي لنفسها في جميع الأحوال الغلبة مقدماً فينتفي بهذا أحد عناصر تنازع القوانين ألا و هو افتراض التسامح بتطبيق القانون الأجنبي.

ب-مرحلة نظريات التنازع

نظراً للإقليمية المطلقة التي كانت سائدة في العهد الإقطاعي الذي كان سائداً في إيطاليا و فرنسا حتى نهاية القرن الحادي عشر لم تسمح الفرصة لظهور مشكلة تنازع القوانين، و لكن مشاكل تنازع القوانين بدت تظهر نتيجة عوامل ساعدت على ذلك، و من ابرز هذه العوامل²، عوامل سياسية تمثلت في حصول مدن شمال إيطاليا على قسط من الاستقلال الذاتي عن حكم الامبراطور، و تمكنت تبعاً لذلك من أن تطبق هذه القوانين أو الأحوال المحلية التي تستمد من العرف، إلى جانب القانون الروماني الذي كان سائداً بوصفه القانون العادي لتلك المدن، و عوامل قانونية تمثلت في أن هذه القوانين يجمعها أصل مشترك و هو القانون الروماني، و من ثم فهي لم تكن متنافرة مما ساعد على قبول تطبيقها من قبل قضاة مدن أخرى، كما أن العلاقات التجارية ازدهرت بين هذه المدن مما شكل نهضة اقتصادية، فهذه العوامل أوجدت البيئة المناسبة لظهور مشكلات تنازع القوانين فظهرت نظريات و مدارس فقهية لإيجاد الحلول المناسبة لهذه المشكلات، و هذه النظريات منها ماهو قديم و منها ماهو حديث نسبياً.

1- النظريات القديمة في تنازع القوانين

و من ابرز النظريات القديمة هي: نظرية الأحوال الإيطالية التي ظهرت في نهاية القرن الثاني عشر و بداية القرن الثالث عشر، ثم في القرن السادس عشر ظهرت نظرية الأحوال الفرنسية، كما ظهرت في القرن السابع عشر النظرية الهولندية و هذه النظريات ساهمت في إيجاد قواعد إسناد حل مشكلات تنازع القوانين ما زالت تأخذ بها الدول في تشريعاتها .

1حسن الهداوي. المرجع السابق. ص: 34.

2 محمد كمال فهمي. أصول القانون الدولي الخاص. الجنسية. الموطن. مركز الأجانب . مادة التنازع. الاسكندرية. مصر. مؤسسة الثقافة الجامعية. الطبعة الأولى. 2008. ص: 360.

-نظرية الاحوال الايطالية القديمة

اعتمد الفقهاء في ايطاليا على النصوص الرومانية في ايجاد حلول لمشكلات تنازع القوانين بين قوانين أحوال المدن الايطالية المستقلة، أوبينها و بين القانون الروماني، و ذلك في نهاية القرن الثاني عشر و بداية القرن الثالث عشر¹، و هذه المدرسة اعتمدت منهجية الشرح على متون القانون الروماني و ذلك بالتحشية على النصوص، فسميت مدرستهم بالشرح المحشيين، فعرضت أمام هؤلاء الفقهاء مشكلة تحديد العلاقة بين القوانين المحلية من ناحية، وعلاقتها بالقانون الروماني من ناحية أخرى.

ومن روادها و أول من تعرض لتلك المشكلة الفقيه أكورس² في حاشية و وضعها عام 1228م على نص ورد في مجموعة جستنيان، و مضمون تلك الحاشية " إذا ذهب مواطن من بولي إلى مودين فإنه لا يخضع لقوانين مودين" حيث تسال الفقيه عن القانون الذي يحكم وصية مواطن من مدينة بولوني في قرية مودين، فكان الجواب خضوع هذه الوصية شكلا و موضوعا لقانون محل اجراءها، و هو هنا قانون مدينة مودين و هكذا وضعت تلك الحاشية أول استثناء من مبدأ السيادة الإقليمية للقوانين³. و عندها نشأت قاعدة خضوع التصرف لقانون محل الابرام التي تشكل الاصل التاريخي لقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل الابرام في الوقت الحاضر.

و أهم الأفكار التي جاءت بها مدرسة الأحوال هي تقسيم مسائل التنازع إلى مجموعات و فئات، و إخضاع كل مجموعة أو فئة لقانون معين⁴ و هي التقسيمات التي اتبعتها التشريعات الحديثة في تقسيم مسائل التنازع إلى أفكار مسندة و ردها إلى قاعدة الإسناد، و هي طريقة حل مشكلات التنازع في ظل منهج الاسناد الذي يعد المنهج التقليدي لحل مشكلات تنازع القوانين.

و اشتقت منها قاعدة خضوع الاجراءات لقانون القاضي، كما أن العقود تخضع لقانون محل ابرامها بصفة احتياطية و مازال العمل غير المشروع يخضع لقانون محل ارتكابه، كما تخضع الأموال لقانون موقعها و التي اخذت بها أكثر التشريعات⁵، كما جاءت هذه النظرية ببعض قواعد تنازع القوانين و منها خضوع الفعل الضار لقانون محل حدوثه و خضوع الاموال لقانون موقعها، كما وضعت هذه النظرية بدايات فكرة النظام العام بالترفة بين الاحوال المستحسنة

1 أحمد عبدالكريم سلامة. القانون الدولي الخاص الاماراتي. العين. الامارات العربية المتحدة. إدارة المطبوعات. جامعة الإمارات العربية المتحدة. الطبعة الأولى. 2002. ص: 70.

2 إلا أن الفقيه نيومار أثبت أن الفقيه القاضي Aldricus كان قد أفتى في النصف الثاني من القرن الثاني عشر، بأنه إذا ترفع إلى القاضي عدة أشخاص يخضعون لقواعد عرفية مختلفة، طبق القاضي على المنازعة العرف الأصلاح، فهذه قاعدة حل تنازع الأحوال، و هي تنفيذ التحرر من عينية الأحوال المطلقة، عزالدين عبدالله. المرجع السابق. ص 24.

3 محمد كمال فهدى المرجع السابق. ص 361.

4 فؤاد ديب. القانون الدولي الخاص. تنازع القوانين. حلب. سوريا. مديرية الكتب و المطبوعات الجامعية. منشورات جامعة حلب. 1996. ص: 30.

5 خليل إبراهيم محمد خليل. المرجع السابق. ص 33.

التي يقصد منها حماية الشخص و منفعتة، و بين الأحوال المستهجنة التي نضر بالشخص و لا يقبلها المنطق و العدل فلم يكن مرخصاً للقاضي تطبيقها لذلك لم تكن تمتد خارج حدود مدينتها¹.

إلا أن هذه النظرية تعرضت لعدد من الانتقادات، منها أنها وضعت قواعد خاصة لحالات فردية، و هذا يعني ان النظرية لم تضع قواعد عامة تخرج عليها الحلول و إنما كانت تستهدي بمبادئ العدالة و العقل ، و هي مبادئ مثالية.

-المدرسة الفرنسية-

نُحِتْ نظرية الأحوال الفرنسية الطريقة التي سار عليها فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة و لم تكتسب هذه النظرية طابعها الخاص إلا في القرن السادس عشر² ، و كما هو الحال في مدرسة الأحوال الإيطالية اتجه الفقه الفرنسي إلى نصوص القانون الروماني للبحث عن حلول لمشكلات التنازع الداخلي بين القوانين -الأحوال- الداخلية، و كانت تلك المرحلة مشابهة لطريقة المدرسة الإيطالية، فكانت هناك تعليقات على الأعراف المحلية بحواشٍ قريبة من الحواشي الإيطالية، و عرف الفقه الفرنسي في هذه المرحلة بعض قواعد الإسناد أغلبها يرجع إلى نظرية الأحوال الإيطالية القديمة³.

و من روادها الفقيه ديمولان الذي قسم الأحوال إلى قسمين أحوال شخصية و أحوال عينية بصورة ثانوية في أفكاره⁴ و ميز هذا الفقيه بين شكل التصرف و موضوعه في العقود، فشكل الترف يخضع عنده لقانون بلد الإبرام و هي القاعدة التي كانت متبعة في مدرسة الأحوال الإيطالية، أما بالنسبة لموضوع العقد فكان يخضع لمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون و واجب التطبيق الذي أوجده لأول مرة ديمولان⁵.

و قد قرر الفقيه أن العقود و الاتفاقيات هي من عمل الإرادة و ليس القانون، لذلك صاغ قاعدة عامة تقضي بخضوع العقود لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية أيأ كان، دون حصرها في قانون محل الإبرام، فهو الذي أدخل هذه القاعدة في نظرية تنازع القوانين⁶.

1 سعيد يوسف البستاني. المرجع السابق. ص: 74.

2 حسن الهداوي. المرجع السابق. ص: 38.

3 مثل هذه القواعد، خضوع الميراث في الأموال المنقولة و العقارية لقانون موقعها، و سريان قانون موقع المال على هذه الأموال فأصبحت قاعدة خاصة بالحقوق العينية، خضوع العقد لقانون محل الإبرام، خضوع المسؤولية التقصيرية لقانون محل ارتكاب الفعل، خضوع مسائل الأشخاص لقانون الوطن، عدا أهلية التعاقد التي تخضع لقانون العقد أي قانون بلد إبرامه، خليل إبراهيم محمد خليل. المرجع السابق. ص: 34.

4 من الفقهاء الذين اعتبروا ديمولان تابعاً للمدرسة الإيطالية الفقيه الفرنسي لينيه "Laine" في مؤلفه مقدمة في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، 1888، ص 223، و من اعتبره ممثلاً للمدرسة الفرنسية لورويو بيجونير "Lerebours-Pigeonnier" في كتابه الوجيز في القانون الدولي الخاص، ط6، ص 23. نقلا عن . محمد كمال فهمي. المرجع السابق. ص: 363.

5 و كان ذلك بصدد مسألة تتعلق بالنظام المالي للزوجين فقد كان محامياً و قدم استشارة في قضية مشهورة عرفت باسم قضية De Ganey سنة 1525 م، و تتلخص نقطة البحث في هه القضية في معرفة القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين فيما إذا كان لها أموال تقع في مقاطعات عدة، أفتخضع لتقوانين المقاطعات التي توجد فيها هذه الأموال؟ أم أن النظام المالي للزوجين يخضع لقانون واحد؟ و كانت الإجابة لديه بخضوعه لقانون واحد هو قانون موطن الزوجية على اعتبار أن إرادة الزوجين قد اتجهت ضمناً لاختيار هذا القانون، و هذا هو الأصل التاريخي لقاعدة الإسناد التي تقضي بتطبيق قانون الإرادة على العقود. محمد كمال فهمي. المرجع السابق. ص: 364.

6 أحمد عبدالكريم سلامة. المرجع السابق. ص: 72.

و قد عرف ديمولان تقسيم الأحوال إلى شخصية و عينية إلا أن هذا التقسيم جاء بصفة تبعية و لم يقل به كتقسيم جامع مانع كما فعل الفقيه دارنجنتره¹ .

في حين اعتمدها الفقيه دارنجنتره² بصورة رئيسية فشيده نظريته في تنازع القوانين في تقسيم الأحوال أو القوانين إلى عينية يكون موضوعها تنظيم الأشياء و الأموال و شخصية تتعلق بحقوق و صفات الأشخاص بغض النظر عن كل عنصر مالي ، أي المسائل الشخصية البحتة، و أعتبر الأصل إقليمية القوانين متأثراً بالنزعة الإقطاعية، و الاستثناء أنها تعد شخصية، و عند الشك فيما إذا كانت شخصية أم عينية فتعد عينية لأنها الأصل عنده، فظهرت عنده مجموعة من قواعد الاسناد الغالب منها يرجع لنظرية الأحوال الإيطالية القديمة³ ، كما جاء اصحاب هذه النظرية بفكرة الاحوال المختلطة وهي تلك التي تتصل بالاحوال من النوعين اعلاه.

و تتضمن الاحوال الشخصية كل ما يتصل بالانسان من اهلية و زواج و طلاق و اخضعت لقانون الموطن ، و هذه القاعدة تشكل الاصل التاريخي لخضوع الاحوال الشخصية للقانون الشخصي (قانون الموطن) و الذي هو قانون الجنسية بالنسبة لبعض الدول الاجنبية و الدول العربية و منها العراق في الوقت الحاضر.

أما الاحوال العينية فهي ما يتصل بالارض من عقار و منقول، فأخضع كل تصرف و منه العقد لقانون موقع العقار و اخضع كل تصرف بمنقول لقانون موطن المالك ، و هكذا تم الفصل في القانون الواجب التطبيق ما بين الاموال العقارية و المنقولة ، و نجد تطبيقات مثل هكذا قواعد في الوقت الحاضر على مستوى القانون البريطاني و الفرنسي حيث ميز كل منهم في القانون الواجب التطبيق على الميراث و الوصية فالتركة العقارية خضعت لقانون موقع العقار، في حين خضعت التركة المنقولة لقانون موطن المتوفي، كما سنلمس هذا التمييز في اطار القانون الواجب التطبيق في النظام المالي للزوجين، في حين اعتمدت جميع دول العالم قاعدة خضوع التصرفات المتعلقة بالاموال العقارية و المنقولة لقانون موقعها .

و واجهت أصحاب هذه النظرية صعوبة في استخدام هذا التقسيم الثنائي في معرفة القواعد التي تحكم كل من الاهلية الخاصة بالتصرفات العينية لتعلقها بالعقار و الاهلية في آن واحد و كذلك فيما يتعلق بشكل العقد و تنفيذ الأحكام الأجنبية إذ لا يمكن ضمها لا للأحوال العينية و لا للأحوال الشخصية⁴ ، وقد اخضعت الاحوال المختلطة للقانون الاقليمي و هذا هو الاصل عند اصحاب هذه النظرية كما هو الحال بالنسبة لشكل التصرف و الفعل الضار حيث اخضع لقانون مكان حصول كل منهم.

1 محمد كمال فهدى المرجع السابق. ص: 365.

2 يعتبر دارنجنتره مؤسس المدرسة الفرنسية، و كان مؤرخاً، و مشرعاً، و فقيهاً، و قاضياً، اتسمت الفكرة التي قامت عنده بشأن تنازع القوانين على أساس الإقليمية، فالأصل عنده إقليمية القوانين " عينية الأحوال " و الاستثناء عنده شخصية القوانين " شخصية الأحوال " أي امتدادها خارج الإقليم. فؤاد ذيب. المرجع السابق. ص: 32.

3 أحمد عبدالكريم سلامة. المرجع السابق. ص: 74.

4 حسن الهداوي. المرجع السابق. ص: 39 .

و يؤخذ على هذه النظرية انها لم تستطيع مواكبة التطور المستقبلي في بعض الحالات بدليل انها قسمت الاحوال الى فئتين ثم اضافت فئة ثالثة و هذا يعبر عن عجز النظرية لمواجهة جميع الاحتمالات التي يمكن ان تظهر و لا يوجد لها تصنيف ضمن الفئات الثلاثة مما يعني مجهولية القانون الحاكم لها.

-المدرسة الهولندية (مدرسة المجاملة الدولية)

تأثر الكتاب الهولنديون بنظرية الأحوال الفرنسية فهم كمؤلفي نظرية الأحوال الفرنسية قالوا بتقسيم العلاقات القانونية إلى ثلاث أصناف .

و قد أنكر واضعوا هذه النظرية الصفة الإلزامية لقواعد تنازع القوانين لأن قانون كل دولة - عندهم- لا يكون أثر خارج حدود إقليمها و الدولة صاحبة السيادة على إقليمها تشري القانون الواجب التطبيق، و من مظاهر سيادة الدولة إحترام قوانينها بإلزام القاضي بتطبيق قانونه لا القانون الأجنبي¹.

و اعتمدت هذه المدرسة مبدأ المجاملة الدولية فذهبت الى انكار الصفة الالزامية و العلمية لقواعد الاسناد، و اكدت على ان قاضي النزاع لا يقع عليه أي التزام دولي لتطبيق قواعد الاسناد، و انما هو يطبقها بدافع المجاملة، كما ان تطبيقها يخضع لتقدير القاضي الوطني ، اضافة الى انها انكرت على القانون قابليته على الحركة عبر الحدود الدولية، و يعود الفضل الى هذه المدرسة انها جاءت بفكرة التنازع الدولي للقوانين ، أي التنازع بين قوانين دول مستقلة فنقلت بذلك فكرة التنازع الداخلي بين قوانين المدن عند الايطاليين و التنازع بين قوانين المقاطعات عند الفرنسيين الى فكرة التنازع الدولي.

و يتضح أن الهولنديون تشبثوا بفقته دارنجنترية الذي أخذ بمبدأ إقليمية القوانين، و جعلوا منه الأصل العام في تطبيق القوانين أيأ كان موضوعها، و يعود السبب في ذلك إلى أن الهولنديين تمسكوا بسلطان قوانينهم بوصفه رمزاً للاستقلال، إذ قامت هولندا في أواخر القرن السادس عشر بحركة ثورية للانفصال عن الحكم الإسباني، و تمكنت من ذلك في أوائل القرن السابع عشر، فكان من الطبيعي أن يتمسكوا بإقليمية القوانين².

لقد تعرضت هذه النظرية لعدة انتقادات ابرزها انها انكرت الصفة الالزامية العلمية لقواعد الاسناد في حين ان هذه القواعد في الوقت الحاضر قواعد قانونية تحمل جميع خصائص القواعد و منها الالزام و منظمة تنظيميا تشريعيا في جميع دول العالم.

1 حسن الهداوي. المرجع السابق. ص: 40 .

2 محمد كمال فهدى المرجع السابق. ص: 367.

2- النظريات الحديثة في التنازع:

ظهرت مدارس حديثة منذ بداية القرن التاسع عشر مطلع القرن العشرين، نظرية الفقيه الألماني سافيني الذي أقام نظريته على أساس فكرة الاشتراك القانوني كأساس لقيام التنازع و من ثم تطبيق القانون الأجنبي، و النظرية الإيطالية الحديثة التي نادى بيها الفقيه الإيطالي مانشيني الذي أقام نظريته على مبدأ شخصية القوانين ثم النظرية الفرنسية الحديثة لبيليه الذي أقام نظريته في تنازع القوانين على أساس الغاية الاجتماعية أو الهدف الاجتماعي للقانون.

-المدرسة الإيطالية الحديثة

اعتمدت هذه النظرية مبدأ الشخصية و هو الاصل في تطبيق القوانين و الاستثناء هو تطبيق القوانين على اساس مبدأ الإقليمية، و من رواد هذه النظرية الفقيه الإيطالي مانشيني حيث يقوم فقهه على مبدأ شخصية القوانين¹، و يرجع الفضل لأفكار مانشيني إلى تعزيز موقف قانون الجنسية في مواجهة قانون الموطن لحكم مسائل الأحوال الشخصية من جهة و توسيع هذه الاحوال من جهة أخرى فقد اعتمد مبدأ الجنسيات القاضي بأن لكل أمة حق تكوين دولة و على هذا الاساس جاء بقاعدة خضوع الاحوال الشخصية لقانون الجنسية، أي ان القانون الاخير يمتد لحكم الوطنيين و إن كانوا في ظل قانون غير قانون دولتهم، و في هذا السياق أكد بأن كل دولة لها سيادة شخصية تمارسها على الوطنيين في الداخل و الخارج.

و يعود الفضل الى هذه النظرية بانها جاءت بقاعدة الاسناد السائدة الآن على مستوى بعض التشريعات الاجنبية و منها التشريع الفرنسي و الألماني و الإيطالي و جميع التشريعات العربية و القاضية بخضوع الاحوال الشخصية (الزواج، الطلاق، البنوة، النفقة... الخ) لقانون الجنسية.

فهي تعكس التعبير الذي أوردته النظريات السابقة، بتقديمها بدلاً من إقليمية القوانين معياراً آخر لحل التنازع، يقوم على الأخذ بشخصية القوانين فالقانون الواجب التطبيق على جميع العلاقات القانونية هو قانون الدولة الذي ينتسب إليها الأشخاص أطراف العلاقة، و شخصية القوانين بالنسبة لهذه النظرية هي الأصل و لا يؤخذ بقانون غير القانون الشخصي إلا في الحالات الاستثنائية و بهذا يمكن القول بانها تأخذ بشخصية القوانين النسبية².

إلا ان هذه النظرية لم تقدم حلاً لحالات، و منها اختلاف جنسية اطراف العلاقة، و انعدام الجنسية، فضلاً عن انها قالت بان سيادة الدولة شخصية في حين ان الدولة تمارس نوعين من السيادة معا شخصية بالنسبة للوطنيين في داخل حدودها و خارج هذه الحدود، و اقليمية بالنسبة للاجانب على اراضيها.

1 يقوم هذا المبدأ لدى مانشيني على اعتبارات سياسية مستمدة من فكرة الجنسيات التي أطلقها في محاضراته تحت عنوان " الجنسية أساس الحقوق الدولية العامة" التي ألقاها كأستاذ للقانون الدولي العام في جامعة تورين بإيطاليا. نقلاً عن سعيد يوسف البستاني. المرجع السابق. ص: 83.
2 و تعد نظرية مانشيني من النظريات التي تعبر عن مخالفة صريحة لفقه دارجنتره، إذ تنادي بأن الأصل هو شخصية القوانين و أن الاستثناء هو إقليميتها، كما أن النظرية كانت تعكس آمال و طموحات إيطاليا آنذاك. خليل ابراهيم محمد خليل. المرجع السابق. ص: 45.

– المدرسة الألمانية

تختلف هذه المدرسة عن المدارس السابقة من حيث انها انتهجت اسلوب تحليل العلاقة بدلا من تحليل القوانين و تصنيفها الى شخصية و اقليمية و مختلطة كما اكدت ذلك بعض المدارس السابقة و من رواد هذه المدرسة الفقيه الالماني سافيني¹ الذي جاء بمصطلح العلاقة القانونية.

و أهم الأفكار التي جاء بها سافيني هي فكرة الاشتراك القانوني أساساً لقيام تنازع القوانين، و من ثم تطبيق القانون الأجنبي، كما اعتمد على فكرة التركيز المكاني أساساً لتحديد القانون الواجب التطبيق، و تتلخص فكرة الاشتراك القانوني عند سافيني بان المجتمعات الغربية يضمها اشتراك قانوني يستند إلى أساسين: الأول يتمثل بالديانة المسيحية التي تدين بها هذه المجتمعات، و ثانيها القانون الروماني الذي ورثته هذه المجتمعات عن روما و ما زال سائداً فيها، و من شأن هذا الاشتراك القانوني لدى هذه المجتمعات ، أن يؤدي إلى وحدة فكرة العدالة لديها، و إلى إيجاد قواعد مشتركة بينها و مقبولة عندها، الأمر الذي ساعد على تطبيق قوانينها من قبل البعض الآخر².

و في سبيل حل مشاكل تنازع القوانين، أكد سافيني أن كل رابطة قانونية مركزاً مكانياً معيناً، لذلك يتعين تحليل الرابطة و تحديد طبيعتها، لتركيزها في مكان معين ، و من ثم تطبيق قانون ذلك المكان في شأنها، و مركز الرابطة على هذا النحو هو المكان الذي تحقق في آثارها كافة أو معظم هذه الآثار³ .

فطريقة التركيز المكاني للعلاقات القانونية هي الطريقة التي لجأ إليها هذا الفقيه لتحديد القانون الواجب التطبيق، إذ يتحدد هذا القانون على الأشخاص و العلاقات القانونية بتعيين مقر الشخص و مقر العلاقة⁴ .

و استطاع سافيني عن طريق هذا الأسلوب أن يتوصل إلى مجموعات الإسناد مستبعداً بذلك تصنيف الأحوال إلى عينية و شخصية و مختلطة، فهو تخلى عن الطريقة التقليدية التي أخذ بها فقهاء الأحوال في فرنسا و هولندا، التي كانت تقوم على أساس تحديد صفة القانون و من ثم تحديد العلاقات التي تخضع له، و اخذ بأسلوب معاكس ينطوي على تحليل طبيعة العلاقات القانونية لمعرفة مقرها و من ثم تحديد أفضل القوانين الملائمة لها⁵.

1 سافيني عالم و أستاذ ألماني من أصل فرنسي، نشر فكرته في كتابه " نظام القانون الروماني الحالي " نقلا عن أحمد عبدالكريم سلامة. المرجع السابق. ص: 81.

Masato Dogauchi, Private International Law on Intellectual Property: A Civil Law Overview, Wipo Forum on Private International Law on Intellectual Property, Geneva, January 30 and 31, 2001, p4.

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_pil_01/wipo_pil_01.pdf

2 و لا تقتصر فكرة الاشتراك القانوني عند سافيني على القوانين القائمة على أساس الديانة المسيحية و القانون الروماني فحسب بل تناول أيضاً القوانين الوضعية الصادرة عن دول ذات حضارات واحدة أو متقاربة، فؤاد ذيب. المرجع السابق. ص: 38.

3 هشام علي صادق. المرجع السابق. ص: 44-45.

4 يعد سافيني أول من نادى بوجوب العودة إلى المنهج التحليلي الذي اتبعته مدرسة الأحوال الايطالية القديمة، إلا أن الفارق بين المنهجين كبير، فسافيني لا يعتمد بتحليل القوانين أو الأحوال لحل تنازع القوانين، بل على العكس هو يعتمد بتحليل الروابط أو العلاقات القانونية تمهيداً لاسنادها للقانون الملائم. حفظة السيد الحداد. الموجز في القانون الدولي الخاص. الكتاب الأول. المبادئ العامة في تنازع القوانين. بيروت. لبنان. منشورات الحلبي الحقوقية. الطبعة الأولى. 2005. ص: 22.

5 سعيد يوسف البستاني. المرجع السابق. ص: 82.

و يعتمد في الكشف عن موطن مكان العلاقة من خلال ثلاثة عوامل الخضوع الاختياري ، و المركز القانوني و القانون الطبيعي كما انكر سافيني فكرة المجاملة الدولية كاساس لتطبيق القانون الاجنبي الواجب التطبيق ، و استبدالها باساس العدالة بوصفها الغاية المشتركة لجميع مشرعي دول العالم، كما انه طور فكرة النظام العام حيث قال بوجود درجة من الاشتراك القانوني بين بعض الدول في ظل غيابها تظهر فرص الاحتجاج بالنظام العام.

و منهج سافيني على هذا النحو هو المنهج المتبع الآن في معظم التشريعات المعاصرة، التي تجري على تقسيم العلاقات إلى فئات أو أفكار مسندة تمهيداً لإخضاع كل منها إلى أكثر القوانين ملاءمة لها بموجب قاعدة الإسناد¹.

-المدرسة الفرنسية الحديثة

تأسست هذه المدرسة في فرنسا نهاية القرن التاسع عشر و أنشأها الفقيه بيليه² ، الذي أكد على ان لكل قانون غرض اجتماعي يطبع القانون بطبيعته ، فان كان غرضه تحقيق المصلحة العامة ، و حماية سيادة الدولة فيطبق القانون بطبيعة عامة ، و ان كان غرضه تحقيق المصلحة الخاصة و حماية مصالح الافراد فيأخذ القانون طبيعة خاصة ، و يمكن حل مسألة التنازع من خلال تطبيق القانون الذي يحقق الهدف الاجتماعي الذي يسعى إليه و هو حماية الأفراد و المجتمع و من ثم فإن بيليه يرفض الاستناد إلى فكرة شخصية القوانين أو إقليميتها كأساس لحل مسألة تنازع القوانين³.

و القوانين العامة يقول بيليه تتغلب فيها صفة العموم على صفة الاستمرار، و من خلالها يتم تحقيق الهدف الاجتماعي ، فالاستمرارية من جهة تعني تطبيق القانون بصورة متصلة و دون انقطاع منذ أول صدور له و حتى إلغائه بقانون جديد، أما صفة العموم من جهة أخرى فتعني وجوب تطبيق القانون على كافة الأشخاص و الأموال الخاضعين لسيادة الدولة و سلطاتها كونهم متواجدين داخل إقليمها⁴ ، و هاتان الصفتان تقتضيان⁵ :

1. أن يخضع مواطنوا الدولة لقانونها أينما وجدوا و أينما وجدت أموالهم أو باشروا تصرفاتهم، أي حتى لو تم شيء من ذلك في دولة أجنبية، و بهذا يكون القانون عاماً و دائماً بالنسبة إليهم.

2. أن يخضع الأشخاص كافة الموجودين على إقليم الدولة لقانونها، من دون تفرقة بين الوطنيين و الأجانب و بذلك يكون القانون عاماً مطلق التطبيق على إقليم الدولة.

3. و لكي يحتفظ القانون بهاتين الصفتين في العلاقات الخاصة الدولية، يجب أن يكون إقليمياً و ممتداً في الوقت نفسه، و يترتب على تمسك كل دولة بكون قانونها إقليمياً و ممتداً في الوقت نفسه أن تخضع بعض العلاقات تحت سلطان أكثر من قانون.

1 خليل إبراهيم محمد خليل. المرجع السابق. ص: 44.

2 حسن الهداوي. المرجع السابق. ص: 45 .

3 عز الدين عبدالله. المرجع السابق. ص: 61-76.

4 أحمد عبدالكريم سلامة. المرجع السابق. ص: 88.

5 عز الدين عبدالله. المرجع السابق. ص: 63.

ومن ثم لا تجرد القوانين العامة نفوذاً لها و امتداد خارج حدود الدولة و انما محددة بالحدود الاقليمية فتكون محكمة بمبدأ الاقليمية، اما القوانين الخاصة فتكون ممتدة عبر الحدود حيث تغلب فيها صفة الاستمرار على صفة العموم و بذلك تكون محكمة بمبدأ الشخصية فتطبق على الوطنيين في الغالب داخل الدولة وخارجها، والقوانين العامة تطبق على عموم الاوضاع داخل الدولة سواء كان اطرافها وطنيين ام اجانب، و نذكر منها على سبيل المثال قانون العقوبات و القانون الاداري، فهذه النظرية جاءت بالاساس المختلط لتطبيق القوانين الاجنبية و المتمثلة باعتماد مبدأ الشخصية و الاقليمية معا و لكن بنسب متفاوتة بحسب العلاقة وطبيعة القانون فيما اذا كان عام ام خاص، فالاول يكون محكوم بمبدأ الاقليمية أكثر من مبدأ الشخصية والقانون الخاص بالعكس.

تقتضي استمرارية القانون بأن يطبق القانون من أول نشره إلى حين إلغائه فالقانون شرع لحماية القاصرين مثلا يسري عليهم منذ ميلادهم إلى حين بلوغهم سن الرشد و هو يطبق عليهم اينما كانوا حتى لو كانوا في الخارج، و تفرض صفة العموم للقانون بتطبيقه على كافة الأشخاص الخاضعين لسلطة الدولة و الموحد على اقليمها¹. و تثار مشكلة في حالة تنازع هاتين الصفتين معا، فإذا كان أحد الأشخاص و هو في سن التاسعة عشر من عمره يعتبر رشيدا وفقا لقانون جنسيته فإنه إذا ما حل في بلد يعتبر قانونه سن الرشد احدى و عشرين سنة فإنه يعتبر في هذه الحالة بالغا و غير بالغ في الوقت ذاته.

يجب بيليه عن حالة مشابهة لهذا التساؤل من خلال التركيز على الهدف الاجتماعي لكلا القانونين المتنازعين و تغليب أكثرهما تحقيقاً لهذا الهدف و التضحية بالآخر، فإذا كان الهدف حماية الروابط العائلية أو الفردية و يجب تغليب القانون الشخصي، أما إذا كان الهدف حماية المجتمع فيجب تغليب القانون الإقليمي، لذا يتوجب على القاضي القيام بدورين متلازمين أولها تكيف العلاقة القانونية، و ثانيهما إسناد العلاقة للقانون الأكثر انسجاماً و تحقيقاً للهدف الاجتماعي المنشود، و لا تعالج النظرية سوى ما يستجد من حقوق و مراكز قانونية أما المراكز الموجودة أصلاً " الحقوق المكتسبة" فهي لا تتناولها بالبحث، فجاءت بفكرة الحقوق المكتسبة² خارج دائرة تنازع القوانين .

و يؤخذ على هذه النظرية ان اغلب القوانين يختلط فيها الغرض العام و الخاص أي ان هدف القوانين جامع لهما و يتعذر فصل الغرض العام عن الخاص في القانون، و بذلك فإن اساس هذه النظرية يتعطل هنا كما ان الفقيه بيليه اخرج فكرة الحقوق المكتسبة من اطار تنازع القوانين، في حين ان الاحتجاج بهذه الحقوق يحرك التنازع لان الاحتجاج بحق

1 حسن الهداوي. المرجع السابق. ص: 45 .

2 مبدأ الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة حسب بيليه، ومضمونها ان كل حق يستوفي شرائط تكوينية في ظل قانون بشكل اصولي وصحيح ياخذ وصف الحق المكتسب في الداخل ويجوز النفاذ الدولي في الخارج، أي ان هذا الحق يجب احترامه تحت نطاق أي قانون يكون ولكن بشرطين، ان يكون الحق المكتسب المراد الاحتجاج به مقر به من قبل الدولة المراد الاحتجاج به فيها، و ان يكون هذا الحق غير مخالف للنظام العام و الاداب في الدولة المراد الاحتجاج به فيها. حسن الهداوي. نفس المرجع. ص: 46 .

يقتضي معرفة القانون الذي اكتسب بموجبه هذا الحق وهذا بحد ذاته يفترض سبق تنازع القوانين على الاحتجاج بالحق المكتسب.

هذه هي أهم النظريات التي ظهرت في مجال تنازع القوانين و يظهر من خلال التطور التاريخي لمهج قاعدة الاسناد أن هناك شبهةً كبيراً بين الحلول المتبعة الآن و الحلول التي قيل بها منذ قرون عديدة، و ان النظريات المختلطة التي قال بها الفقهاء، تقف غالباً في اختلافها عند الأسس المقترحة لا في الحلول المتبعة إذ بينها اتحاد في الحلول في كثير من الأحيان، إلا النظرية التي استمرت و وجدت لها صدق في مختلف التشريعات، هي نظرية الفقيه الألماني " سافيني " الذي تنسب إليه قاعدة الإسناد المزدوجة التي تقوم على تحليل العلاقات لإسنادها إلى القانون الواجب التطبيق، التي ظهرت بعد أن كان الأسلوب السائد هو أسلوب الاسناد المنفرد الذي يقوم بتحليل القوانين و نطاق تطبيقها على العلاقة لذلك نجد من أهم أساليب الإسناد هنا هو أسلوب الإسناد المزوج لسافيني، مع بقاء أسلوب الإسناد المنفرد في بعض قواعد الإسناد الذي يعود إلى فقه مدرسة الأحوال الإيطالية، و كلا الأسلوبين يندرج ضمن منهج الإسناد و ليس ضمن منهج آخر:

فقاعدة الإسناد مفردة الجانب هي تلك القاعدة التي تكتفي ببيان حالات اختصاص قانون القاضي دون أن تشير إلى الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص لقانون أجنبي و هذا ما يفرق قواعد الإسناد الأحادية عن قواعد الإسناد المزدوجة التي تلقاها الفقه المعاصر عن سافيني التي تتضمن معياراً محايداً للإسناد قد يؤدي إلى تطبيق قانون القاضي أو قانون أجنبي ، و قاعدة الإسناد مفردة الجانب لا تحدد إلا مجال تطبيق القانون الوطني، و هذا الأسلوب يسمى أيضاً بالأحادية المغلقة التي ترى أن القانون الأجنبي يعد وظيفة استثنائية لقاعدة الإسناد فهي تلتزم فقط بتحديد مجال تطبيق القانون الوطني، و من ثم فإذا أراد قانون القاضي الانطباق فليس من مهمة قاعدة الإسناد في دولة القاضي تحديد القانون الأجنبي واجب التطبيق¹.

أما قاعدة الإسناد المزدوجة أو كما يسميها جانب من الفقه² بقاعدة توزيع الاختصاص التشريعي بين الدول فهي قد تشير إلى تطبيق القانون الوطني، و قد تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي، و تستند إلى تركيز الأوضاع القانونية من حيث المكان موضوعياً، و عبارة تركيز الأوضاع القانونية من حيث المكان تعني أن وضعاً قانونياً ما يتصل بإحدى الدول فيكون قانون هذه الدولة هو الأولى بحكمه، لذلك تفترض طريقة توزيع الاختصاص التشريعي التي نحن بصدددها أن يقوم القاضي بتحديد أوجه الصلة التي يعتد بها في وصل مختلف الأوضاع القانونية ذات الطابع الدولي بأوثق الدول اتصالاً بها.

1 خليل إبراهيم محمد خليل. المرجع السابق. ص: 50..

2 عنایت عبد الحمید ثابت. أساليب فض تنازع القوانين ذات الطابع الدولي في القانون الوضعي المقارن. بحث منشور في مجلة القانون و الاقتصاد. كلية الحقوق بجامعة القاهرة، العدد 65، لسنة 1995. ص: 1 و ص 10-11.

و لما كان أوثق القوانين صلة بالوضع القانوني هو القانون الذي يتوقع ذوا الشأن انطباقه عليه نجد ان الفقيه الألماني "سافيني" - الذي ينسب إليه هذا الأسلوب في حل مشكلات التنازع- يستعين بفكرة الخضوع الاختياري في تحديد المقر المكاني للعلاقة القانونية، كان مدى توقع تطبيق القانون المراد إسناد الاختصاص إليه من قبل ذوي الشأن يشكل احد الاعتبارات الأساسية التي يتعين على دولة القاضي أن تستشهد بها في مباشرتها لعملية تركيز الأوضاع القانونية من حيث المكان، و كان عدم التزامها بهذه الاعتبارات من شأنه تعيب قاعدة الإسناد التي تقررها.

و لما كانت هذه الطريقة تقوم على إجراء تركيز مكاني للأوضاع القانونية ذات الطابع الدولي وفق اعتبارات موضوعية، فهذا التركيز يتم بالنظر إلى طوائف الحالات القانونية المختلفة، و من هنا كان الطابع المجرد الجامد الذي تتسم به قواعد الإسناد التي تتقرر إتباعاً لهذه الطريقة، كما كان طابعها الحيادي أي استقلالها عن مضمون القانون الذي تشير باختصاصه أو عن النتيجة التي يسفر عنها تطبيقه على النزاع¹.

و إذا كان تحديد اوثق القوانين صلة بالوضع القانوني يفترض تقرير معيار معين يتمثل في ضابط الإسناد المعتمد فذلك لا يعني أن تجري صياغة قواعد الإسناد لزوماً بإتباع نمط الصياغة المزدوجة، فمن الوارد ان تقتصر دولة القاضي في أعمال المعيار الذي تعتمده في تحديد أوثق القوانين صلة بالوضع القانوني، متبعة في ذلك الصياغة مفردة الجانب على تحديد أوثق اختصاص لقانونها فحسب²، فبدلاً من صياغة مزدوجة كالقول يرجع الميراث إلى قانون جنسية المورث يقال بقاعدة مفردة الجانب يخضع ميراث الجزائريين إلى القانون الجزائري.

ثانياً: نظرة تاريخية إلى منهج القواعد الموضوعية

هناك منهج آخر ظهر إلى جانب منهج قاعدة الإسناد، هو منهج القواعد الموضوعية، و ينبغي القول بان منهج القواعد الموضوعية ارتبط بالعلاقات التجارية الدولية التي كانت تنطبق عليها عادات التجارة الدولية و أعرافها التي ظهرت ضمن مجتمع التجار و عرفت هذه العادات و الأعراف بقانون التجارة الدولية Lex Mercatoria الذي يعد مصدراً مهماً للقواعد الموضوعية ، و قد أثبتت الدراسات التاريخية عن وجود قانون متميز يحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي اوجد حلولاً موضوعية في مختلف حضارات الشرق الأوسط القديمة و العالم الإغريقي، و في العهد الروماني، بل في العصور الوسطى، و بداية النهضة الحديثة³.

1 كانت مدرسة بارتول التي ظهرت في أوروبا في أواخر القرن الثالث عشر الميلادي قد سبقت الأخذ بهذا النهج ذلك ان هذه المدرسة لم تعتمد في فضاءها مختلف حالات تنازع القوانين ذوات الطابع الدولي على تحديد مجال قوانين المدن من حيث المكان كمنهج التقييد به سلفاً، و هو نهج اتبعه باقي فقهاء مدرسة الأحوال في إيطاليا، بل أن "بارتول" تناول مختلف الحالات القانونية التي يعرض بشأنها تنازع القوانين ليمتد إسناد كل منها طبقاً لطابع الأشياء أو طبيعة العلاقة القانونية إلى أنسب القوانين لحكمها لذلك كانت توصف هذه المدرسة بالتجزئية و الانتقائية و العالمية و هذه هي خصائص منهج سافيني، عنايت عبد الحميد ثابت. المرجع السابق. ص: 11-13.

2 عنايت عبد الحميد ثابت . نفس المرجع. ص: 14-15.

3 خليل إبراهيم محمد خليل. المرجع السابق. ص: 59.

أ: العصور القديمة

كشفت الدراسات التاريخية و الاجتماعية عن أسبقية وجود قواعد موضوعية تعطي حوالاً مباشرة للعلاقات القانونية التي تقوم بين أطراف يخضعون لنظم قانونية مختلفة¹ ، و هذه هي فكرة التنظيم الثنائي عند الأقدمين التي كشف عنها علماء الاجتماع، إذا أكدوا أنه إلى جانب وجود التنظيم القانوني الذي يسري على العلاقات التي تتم داخل الوحدة القانونية - أسرة، قبيلة، مدينة، دولة- كان لا بد من وجود تنظيم آخر يحكم العلاقات الخارجية لأفراد الوحدة القانونية المذكورة في تعاملهم مع من ينتمون إلى وحدات قانونية أخرى.

ففي الحضارات القديمة كما أهل بابل من المهتمين بالتجارة، و تردد صدى هذا الاهتمام في القواعد التجارية التي دونها الملك "حمورابي" في القانون الذي عرف باسمه، سواء ما تعلق منها بالشركة أم بالقرض أم غيرها من الأعمال و كانت تسكن في حوض البحر المتوسط أيضاً شعوب بلغت درجة من المدنية حينذاك، كالمصريين في وادي النيل و الفينيقيين في سهول جبل لبنان، و الأشوريين و الكلدانيين على ضفاف دجلة و الفرات، و الإغريق في اليونان، و قد قامت بين هذه الشعوب علاقات تجارية تبادلوا فيها عروض التجارة².

و كان الفينيقيون و حتى مطلع القرن السابع قبل الميلاد هم سادة التجارة، إذ ساهموا في إنشاء الموانئ و الأسواق المهمة لاستقبال السلع و تصديرها، مما أدى إلى ازدهار التجارة، فيرجع إليهم الفضل في إنشاء بعض نظم القانون البحري كنظام الإلقاء الذي يعد أصلاً لنظام الخسارات البحرية، إلا أن نجمهم أخذ في الأفول في مطلع القرن السابع قبل الميلاد لتنهض حضارة الإغريق الذين أصبحوا سادة التجارة حتى نهاية القرن السادس قبل الميلاد خصوصاً تجارة البحر المتوسط، و عرف الإغريق عقد قرض المخاطر الجسيمة الذي يعد أصلاً لنظام التأمين البحري³.

وفي مرحلة الامبراطورية الرومانية أدرك الرومان عدم ملاءمة قواعد القانون الروماني ذات الطابع الشكلي للعلاقات الناشئة بين تجار روما و غيرهم من الأجانب الذين سيطرت على مدتهم الدولة الرومانية، لذلك اخضعوا هذه العلاقات لقانون الشعوب الذي كان نواة لقانون التجارة الدولية Lex Mercatoria⁴ و يضم هذا القانون قواعد موضوعية تسري على العلاقات ذات الطابع الدولي، و كان قانون الشعوب⁵ أول محاولة جديده ظهرت في روما بجانب القانون المدني.

1

Ana Mercedes Lopez Rodrigues, Lex Mercatoria, School of Law, Departement of Private Law University of Aarhus, RETTID, 2002, p46.

http://www.jura.au.dk/fileadmin/site_files_filer_jura/dokumenter/forskning/rettid/artikler/20020046.pdf

2 محمد عبد الله محمد المؤيد. منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي. القاهرة. مصر. دار النهضة العربية. بدون عدد طبعة. 1998. ص: 18.

3 خليل إبراهيم محمد خليل. تكامل مناهج تنازع القوانين. المرجع السابق. ص: 61.

4 محمد عبد الله محمد المؤيد. منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي. المرجع السابق. ص: 20.

5 يرتبط ميلاد قانون الشعوب بظهور نظام الحاكم القضائي المكلف بنظر قضايا الأجانب إذ فضله نشأت قواعد قانون الشعوب بشكل تدريجي منذ أواسط القرن الثالث قبل الميلاد، فقد أنشئ نظام بريطور الأجانب عام 242 قبل الميلاد، و جاءت نشأته بعد نشأت نظام البريتور المدني عام 367 قبل الميلاد و كان البريتور من الموظفين الذين استعان بهم القنصلان اللذان حلا محل الملك في العهد الجمهوري، نظراً لاتساع رقعة الدولة الرومانية، و كان البريتور يقوم بعمله تحت إشراف القنصلين ثم ما لبث أن استقل عنهم، و أصبح من الحكام الذين يتم اختيارهم بواسطة مجالس الشعب، كما هو الحال في اختيار القنصلين، و كان انتخابه يتم سنوياً. نادر محمد إبراهيم. مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي. الاسكندرية. مصر. دار الفكر الجامعي. بدون عدد طبعة. 200. ص: 115.

فالرومان تحت ضغط حاجة التجارة الدولية اضطروا إلى التخلي عن الرسميات و الشكليات التي كانت تسود قانونهم، و وضعوا قواعد بعيدة عن الرسمية لتحكم علاقاتهم مع الأجانب و كانت نشأة تلك القواعد نشأة عرفية خالصة و من ثم فإن أعراف السوق التي كانت تجري فيه المعاملات التجارية بين الرومان و الأجانب شكلت مصدراً مهماً لقانون الشعوب، و ان مجتمع المتعاملين في الأسواق الرومانية ذات المعاملات غير المحلية كان يقيم لنفسه نظاماً قانونياً تلقائياً بالمقارنة مع القانون البريتوري الذي أوجده بريتور الأجانب¹.

ب: في العصور الوسطى

تعرض النشاط التجاري في أوروبا لفترة ركود عقب سقوط الإمبراطورية الرومانية و غزوات البربر في القرن الخامس الميلادي، و لكن ما لبث أن عاد ذلك النشاط إلى الانتعاش مع القرن الحادي عشر و الثاني عشر ميلادي²، إذ شهدت أوروبا نهضة تجارية نتيجة مجموعة من التطورات الاقتصادية و السياسية، و التي كان من جملتها فتح التجارة مع أسواق الشرق، و ظهور المدن الأوربية في شكل كيانات سياسية مستقلة عن بعضها البعض، و في هذا الإطار استطاع التجار أن يعيدوا وضع نظام قانوني خاص بهم متمثلاً فيما يعرف بقانون التجارة الدولية Lex Mercatoria و هو القانون الذي بلغ أوج نضجه في القرن الرابع عشر إذ أقام نظريات مهمة تتعلق بتعريف التاجر، و نظام الالتزامات و نظام الإفلاس³.

و قانون التجارة الدولية كان ذا طابع دولي ساد في أوروبا و المشرق حتى أواخر القرون الوسطى أي نحو القرن السادس عشر الميلادي⁴.

و ارتبط هذا القانون بالتجار في أوروبا الذين تجمعوا في طوائف التجار فكان هذا القانون خاصاً بهذه الطائفة، كما ارتبط هذا القانون بالأسواق الموسمية و الموانئ التجارية في أوروبا، و من أهم الأسواق الموسمية التي قامت في أوروبا بمناسبة عمليات التجارة بين المدن الايطالية كانت أسواق شامبني، و أسواق ليون و بري في فرنسا، و أسواق فرانكفورت في ألمانيا، و في مجال الموانئ البحرية شكلت الموانئ الايطالية أهمها و بوجه خاص في جنوة، و البندقية، و بيزا، و فلورنسا⁵.

1 نادر محمد ابراهيم. المرجع السابق. ص 122-123.

2 في ازدهار قانون التجارة الدولية في القرن الحادي عشر انظر:

Ana Mercedes Lopez Rodriguez, Lex Mercatoria, School Of Law, Department of Private Law University of Aarhus Rettd, Op. Cit P.46.

3 نادر محمد ابراهيم. المرجع السابق. ص: 122-123.

4 إن هذا القانون الذي كان معمولاً به في الأسواق و المعارض كان ذائع الصيت إلى الحد الذي نجد فيه عقوداً من القرون الوسطى تتضمن أنه في حالة النزاع يكون القانون واجب التطبيق هو القانون الجاري العمل به في سوق معين مشهور، ثروت حبيب. دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيع الدولية. الاسكندرية. مصر. منشأة المعارف. بدون عدد طبعة. 1975. ص: 21-20.

5 إن التجارة في العصور الوسطى لم تقتصر على أوروبا بل امتدت إلى الشرق، إذ و نتيجة الحروب الصليبية احترف العديد من الصليبيين و زوار بيت المقدس التجارة، فأنشأ الأجانب المحال التجارية في البلاد الاسلامية على اثر عقد المعاهدات التجارية مع مدن ايطاليا، و ظهر القناصل الأجانب في البلاد الاسلامية، كما تمتع بعض التجار المسلمين بذات الإمتيازات في بعض مناطق أوروبا بموجب معاهدات أبرمت بهذا الشأن. انظر في النطاق الشخصي و المكاني لقانون التجارة الدولية، نادر محمد ابراهيم. المرجع السابق. ص: 135-137.

و قد نشأت في هذه الأسواق العالمية عادات و أعراف استقرت و ترسخت مع مرور الزمن حتى صارت أصولاً يحترمها التجار و يرمون عقودهم على أساسها، و أطلق على هذه العادات و الأعراف اسم Lex Mercatoria و تعد المصدر الأساسي للقانون التجاري في العصور الوسطى.

و هذه الحقبة من الزمن هي التي كانت المولد الحقيقي لقانون التجارة الدولية المعروف Lex Mercatoria وهو التعبير اللاتيني نفسه الذي كان يطلق على مجموعة القواعد التي يبتدعها التجار الأوربيون في العصر الوسيط و يتعاملون على أساسها بعيداً عن الخليط الهائل و المتضارب من القوانين التي كانت سارية في أوروبا أثناء هذا العصر ابتداءً من القانون الروماني الذي تميز بشكلياته المفرطة، مروراً بالقانون الاقطاعي الذي كان يتسم بالبدائية و عدم معرفته بغير الزراعة كمنشأ اقتصادي، و انتهاءً بالقانون الكنسي الذي كان يضيق على التجار و يضعهم في موضع الريب و الشبهات، و ظل القانون التجاري الدولي كمجموعة من القواعد التي تعارف على تطبيقها التجار، الذين كانوا ينتقلون بين الأسواق و الموانئ، و قد امتاز هذا القانون في هذه المرحلة بطابع دولي موحد و بطابع شخصي، فهو من أجلهم وجد و لأجلهم يطبق¹.

و فضلاً على ذلك فقد عرف في هذه الفترة قضاء خاص بالتجار الذي كان على أنواع ثلاثة: قضاء الأسواق و القضاء الطائفي، و القضاء القنصلي، فقد عرفت الأسواق الموسمية و على وجه الخصوص تلك المنعقدة في فرنسا قضاءً خاصاً يتكون من التجار أنفسهم، كما ظهر القضاء الطائفي للتجار في إطار طوائف أصحاب التجارة أو الحرفة الواحدة، و على وجه الخصوص في فلورنسا في إيطاليا، إذ كان حسم النزاع يتم باللجوء إلى القنصل الذي كان ينتمي إلى طائفة التجار، و مع اتحاد طوائف التجار تكون قضاء واحد للتجار يجاور القضاء الخاص بكل طائفة، و يعتبر قضاء القناصل تعبيراً عن المرحلة التي تم الاعتراف فيها برسمية القضاء الطائفي في أوروبا و بالذات في إيطاليا و فرنسا فتحول إلى جزء من قضاء الدولة.

و قد تميز هذا القضاء بالسرعة في حسم النزاع، و بالاجراءات غير المعقدة، و بتطبيق قانون التجارة الدولية على المنازعات، إذ كانوا يطبقون الأعراف عبر الدولية التي إنتشرت في أسواق أوروبا في القرون الوسطى².

ج: في العصر الحديث

بدأ أفول قانون التجارة الدولية Lex Mercatoria مع اندماجه قي القوانين الداخلية و بالذات في أوروبا مع نهاية القرن التاسع عشر³، و ظهرت نزعة التقنين لدى الدول و ذلك رغبة في التوطين الإقليمي للقواعد التي تحكم

1 محمد عبد الله محمد المؤيد. منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي. المرجع السابق. ص: 22-23.

2 نادر محمد ابراهيم. مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي. المرجع السابق. ص: 142.

3 و يعود اندماج القانون التجاري Lex Mercatoria في الأنظمة القانونية الداخلية إلى رغبة الدول الأوربية الوليدة في القرن السابع عشر، في تحقيق الوحدة التشريعية في إطار تحقيق الوحدة السياسية، و قد ساعد في ذلك اندماج انتشار الفلسفة القانونية الوضعية في القرن التاسع عشر و هي الفلسفة التي ترى في إرادة الدولة مصدر القانون نادر محمد ابراهيم. المرجع السابق. ص:

132-133.

المعاملات التجارية، نتيجة لاعتبارات متعددة قامت في كل دولة على حدة، مما أدى إلى ضعف في القواعد العامة التجارية الدولية، و غلبة الأحكام التجارية على نحو وطني داخل كل دولة، فانهى هذا القانون في فرنسا في أواخر القرن السابع عشر بصدور الأمرين الملكيين في عام 1673 م للتجارة البرية و 1681 م للتجارة البحرية¹، ثم صدور المجموعة التجارية سنة 1807، و لهذا تعد فرنسا من أولى الدول التي أدخلت القانون التجاري في تشريعها الوطني².

و في ألمانيا انتهى هذا القانون بصدور القانون البروسي العام سنة 1794 م في بروسيا إذ تضمن الفصل الثامن من الجزء الثاني قواعد قانون التجارة، ثم صدرت المجموعة التجارية في سنة 1861 م، كما انتهى هذا القانون في إيطاليا مع ما شهدته من نهضة في الحركة التشريعية في عام 1768 م³.

و سارعت بقية الدول في إدخال القواعد الدولية للتجارة في قوانينها الوطنية متأثرة بالتشريعات الفرنسية و الألماني، و لما كانت التقنيات التجارية الوطنية متباينة فيما بينها، كان وقوع التنازع أمراً محتملاً، ففقدت التجارة الدولية مزايا القواعد الموضوعية العرفية التي تكونت عبر الزمن وفق حاجاتها، و أضحى تحت سلطان التشريعات الوطنية و قواعد الإسناد، التي اتخذت بدورها طابعاً وطنياً تختلف من دولة إلى أخرى، فأصبح أمر معرفة القانون الذي يحكم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي أمراً عسيراً، و حتى في حالة معرفة هذا القانون فإنه سيكون قانوناً وطنياً لا يلائم التجارة الدولية، مما جعل المتعاملين في ميدان التجارة ينفرون من الخضوع لقوانين وطنية أو الخضوع لقضاء وطني في نزاعاتهم، هذا الأمر أدى إلى أن تظهر مرة أخرى عادات و اعراف تتناسب و طبيعة العلاقات التجارية، إذ قيل إن مرحلة التقنين كانت مرحلة عابرة أو انتقالية للوصول إلى مرحلة التدويل و إيجاد قانون مستقل للتجارة الدولية في العصر الحديث⁴.

و أمام تطور الصناعة و وسائل النقل في عصر سادت فيه الحرية الاقتصادية، نجد أن قواعد التجارة الدولية بدأت بالظهور تدريجياً، و لكن هناك خلاف في الفقه حول عودة ظهور قانون التجارة الدولية New Lex Mercatoria إلا لأن الرأي الراجح يرى أن بداية القرن العشرين يمثل بداية عودة هذا القانون إذ بدأ مجتمع الأعمال عبر الدولية بالتكوين.

و من الفقهاء البارزين الذين اهتموا بهذا القانون في هذا العصر الفقيه شيمتهوف Shemithoff الذي كان مقرراً لمؤتمر لندن في 1962/09/24 حول المصادر الجديدة لقانون التجارة الدولية، و نشر مقالته المنشورة في أعمال المؤتمر عام 1964 تحت عنوان " قانون التجارة الدولية، نموه، و تكوينه، و عمله"⁵.

كما تزايدت الاتفاقيات التجارية بين الدول في هذه الفترة، مما ساهم في تيسير مباشرة النشاط التجاري على نحو دولي و من هنا يمكن القول أنه حتى قيام الحرب العالمية الأولى، فإن قانون التجارة الدولية كانت لديه قوة ذاتية للانطلاق

1 ثروت حبيب. المرجع السابق. ص: 20-21.

2 محمد عبد الله محمد المؤيد. المرجع السابق. ص: 24.

3 نادر محمد ابراهيم المرجع السابق. ص: 133.

4 محمد عبد الله محمد المؤيد. المرجع السابق. ص: 24.

5 نادر محمد ابراهيم المرجع السابق. ص: 152.

عالمياً بصورة محدودة، فانه و في الفترة الواقعة بين الحربين العالميتين و خصوصاً بعد الحرب العالمية الثانية نجد أن الحال تغير بصورة محسوسة، فعلى الرغم من أن قانون التجارة وفد إلى عصرنا الحاضر داخلاً ضمن مسائل القانون الدولي الخاص إلا أنه مع هذا يتخذ وسائل مهمة و متطورة لها فعاليتها و بواسطتها يجتهد ثانية محاولاً الظهور مستقلاً بنفسه كقانون مهني دولي و ليس وطنياً¹.

لذلك ظهر ما يسمى بقانون التجارة الدولية الجديد New Lex Mercatoria الذي يعد مصدراً مهماً من مصادر منهج القواعد الموضوعية في العصر الحديث، إذ أنه بعد حركة التقنين المذكورة آنفاً، عاد منهج القواعد الموضوعية من جديد تحت مسمى قانون التجارة الدولية الجديد، و كان لظهور هذا المنهج من جديد أسباب عديدة تضافرت معاً لوجوده نتيجة لزيادة تدخل الدولة في مجال العلاقات الخاصة الدولية، حيث برزت المشكلة التي تتعلق بفض المنازعات الناجمة عن هذه العلاقات لا سيما في مجال الاستثمار، فأصدرت الدول تشريعات تتضمن مزايا و ضمانات للمستثمرين الأجانب، تحمي حقوقهم، و توجد نوعاً من الأمان لديهم حتى لا يترددون في التعامل مع هذه الدول². إلى جانب حاجات التجارة و متطلباتها فالإطار التجاري بما له من طبيعة خاصة، يستلزم إطاراً قانونياً يحقق عنصر الثقة و الإئتمان فكانت الحاجة إلى ما يسمى بقانون التجارة الدولية، كما أن شرط التحكيم في العلاقات التجارية الدولية الذي يتميز بالسرعة في حسم النزاع، و بسرية تامة للحفاظ على أسرار المتعاملين في هذا الميدان و بأعباء مالية قليلة فضلاً عن الاختصار في الوقت و الجهد قد أوجدته مقتضيات التجارة الحديثة، كما كان للعوامل الاجتماعية و الاقتصادية، و القانونية دورها في ظهور القواعد الموضوعية³.

الفرع الثاني: ماهية منهج قاعدة الاسناد

قد تتصل علاقة قانونية خاصة بعنصر أو أكثر من عناصرها بأكثر من قانون واحد هذا ما يتيح لكل قانون من هذه القوانين أن يطبق دون غيره على مختلف مراحل هذه العلاقة القانونية من إنشائها إلى غاية إنتهائها هذا ما ينتج عنه تراحم و تنازع فيما بين هذه القوانين ما يستلزم معرفة أي من هذه القوانين يجب ان يطبق على هذه العلاقة القانونية. و في الواقع ليس هناك من تنازع بين القوانين بالمعنى الحقيقي، ذلك لأن التنازع إنما يفترض المساواة بين القوانين المختلفة من حيث السيادة و مثل هذه المساواة منتفية، و الأصل أن تكون السيادة في الإقليم الوطني للقانون الوطني.

و يطبق القانون الأجنبي بناء على إرادة المشرع الوطني الذي رجحه باعتباره أكثر ملائمة لحكم العلاقة القانونية و التنازع، إن كان هناك تنازع، فإنه لا يقوم إلا في ذهن المشرع الوطني على شكل موازنة و مفاضلة يجريها بين قوانين

1 ثروت حبيب. المرجع السابق. ص: 23.

2 محمد عبد الله محمد المؤيد. المرجع السابق. ص: 24.

3 انظر في العوامل التي ساعدت في ظهور و تطور القواعد الموضوعية

Goldstajjn , Aleksander, The New Law Merchant Reconsidered, in : Festschrit Schmitthoff Frankfurt A.M.1973 ,p177-179.

<http://www.trans-lex.org/112500>

دول مختلفة¹ و بمناسبة علاقة قانونية ذات عنصر أعجني لإختيار القانون الأكثر ملائمة لحكم العلاقة و قد تؤدي هذه المفاضلة إلى إفساح المجال لتطبيق القانون الأجنبي بدلاً من القانون الوطني.

و بذلك يكون التنازع عبارة عن مفاضلة يجبرها المشرع الوطني عبر قواعد التنازع لاختيار افضل القوانين لحكم العلاقة و هذه المفاضلة تقضي التضحية بأحد القوانين لحساب قوانين اخرى هي أكثر ملائمة لحكم العلاقة، و تحقيقاً للعدالة، كما انها في الغالب تتوافق مع توقعات الافراد فتنازع القوانين هو مصطلح مجازي افتراضي.

لذا ظهرت في ضوء ذلك عدة اصطلاحات بديلة عن التنازع فالفقهاء الانكليز طرحوا مصطلح اختيار القوانين أي المفاضلة بين القوانين لاختيار افضلها لحكم العلاقة والفقهاء الهولنديون طرحوا مصطلح تسابق القوانين و قد أريد من هذين الإصطلاحين إبعاد فكرة التناحر و التنازع و لكن لم يكتب لهذين المصطلحين الإنتشار و بقي اصطلاح تنازع القوانين شائع الاستعمال².

و وفقاً لما تقدم يعني التنازع، تراحم و اختلاف قانون دولتين او أكثر بمناسبة علاقة قانونية تنتمي بعنصر او أكثر من عناصرها بهذه الدول و على نحو ينتهي التنازع إما الى ان يتوزع الاختصاص التشريعي بين القوانين المتنازعة او ينحصر باحدها بحسب طبيعة العلاقة المثار بشأنها التنازع.

و نعتقد ان الاصطلاح الأوفق للموضوع هو تناسق القوانين لان النتيجة النهائية لتراكم أكثر من قانون لحكم علاقة ما بفعل اتصالها ماهي الا تحديد نسبة او حصة اختصاص كل منها، أي تحديد نطاق تطبيق كل قانون في العلاقة نسبة لباقي القوانين فاذا كان الوضع يقضي بتطبيق قانونين مثلاً فهذا يعني ان الحل يحقق تناسق تطبيق كل منها و بالتالي يملك كل منهم مساحة من التطبيق لا يتجاوز فيها مساحة تطبيق القانون الاخر، و يتولى المشرع الوطني مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل و احترام مبدأ التعايش بين الانظمة القانونية رسم حدود مساحة اختصاصه القانوني نسبة لباقي القوانين .

1 عز الدين عبدالله. المرجع السابق. ص: 7.

2 حسن الهداوي. المرجع السابق. ص: 14 .

أولاً: تعريف قاعدة الاسناد

إن قاعدة الاسناد هي التي يتم بموجبها حل مختلف مشكلات تنازع القوانين، و هناك تعريفات كثيرة لفقهاء القانون الدولي الخاص لقاعدة الإسناد¹، لذلك عرفها جانب من الفقه² بأنها القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي"، و يعرفها جانب آخر من الفقه بأنها "القاعدة القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية، و هي قاعدة من صنع المشرع الوطني و بمقتضاها يختار من بين القوانين المتزاحمة أكثرها ملائمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية بما يحقق مصالحه الاقتصادية و السياسية و الاجتماعية"، و يتضح أيضاً من هذا التعريف أنه بين بعض خصائص قاعدة الاسناد كونها ارشادية و من وضع المشرع الوطني، و انها خاصة بالعلاقات ذات الطابع الدولي، فضلاً عن هدف القاعدة في إيجاد قانون ملائم لحكم العلاقة الخاصة الدولية لتحقيق مصالح الاقتصادية و السياسية و الاجتماعية³.

و قاعدة الاسناد من وجهة نظر آخرين⁴ هي " القاعدة التي بمؤداها يجب تطبيق القانون الأكثر صلة بالعلاقة و هي قواعد قانونية من طبيعة خاصة تميزها عن غيرها من القواعد الوطنية" ، و يشير هذا التعريف أيضاً إلى هدف قاعدة الإسناد في تطبيق القانون الأكثر صلة بالعلاقة، كما يشير إلى الطبيعة الخاصة لهذه القاعدة التي تختلف عن القواعد الأخرى، و من البديهي أن الاختلاف الجوهرى بين قاعدة الإسناد، و بين القواعد القانونية الأخرى ، أنها قاعدة غير مباشرة لا توجد الحل الموضوعي للنزاع بل إن ذلك هو من مهمة القانون المسند إليه، و قواعد الإسناد من وجهة نظر بعض الفقهاء هي " قواعد تسند كل مجموعة من العلاقات القانونية - ذات العنصر الأجنبية- لقانون معين تتكفل قواعده الموضوعية بحكم العلاقة القانونية موضوع النزاع"، و يتضح أن التعريف السابق و إن أشار إلى عملية قاعدة الإسناد ، و أشار إلى ركنين من أركان هذه القاعدة، و هما القانون المسند إليه، و الفكرة المسندة، إلا أنه أغفل الركن الثالث منها، و هو ضابط الإسناد⁵.

و يمكن تعريف قاعدة الاسناد بالشكل الذي يبين خصائصها و أركانها و أهدافها ليكون شاملاً بالآتي "قاعدة قانونية إلزامية غير مباشرة يضعها المشرع الوطني، تسند كل مجموعة من العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي عن طريق ضوابط الإسناد إلى القانون المسند إليه يكون أكثر ملائمة لحكمها"⁶.

1 جاء في تعريف الاسناد لغةً في معجم لسان العرب في باب سند مايلي السند: ما ارتفع من الأرض في قبيل الجبل أو الوادي، و الجمع أسنادٌ، لا يكسر على غير ذلك. وكلُّ شيء أسندت إليه شيئاً، فهو مُسند. وقد سَدَّ إلى الشيء يُسَدُّ سُدوداً و أسندت و أسندت و أسندت غيره. ويقال: ساندته إلى الشيء فهو يسأنتُ إليه أي أسندته إليه؛ و ما يُسَدُّ إليه يُسَدُّ، وجمعه المسانيد. ابن منظور. لسان العرب. القاهرة. مصر. دار المعارف. الطبعة 1. المجلد 3. الجزء 24. من دون ستة نشر. ص 2114.

2 هشام علي صادق المرجع السابق. ص: 5.

3 خليل ابراهيم محمد خليل. المرجع السابق. ص: 113.

4 صلاح الدين جمال الدين. تنازع القوانين. دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون. الإسكندرية. مصر. دار الفكر الجامعي. الطبعة الثانية. 2007. ص 32.

5 خليل ابراهيم محمد خليل. المرجع السابق. ص 114.

6 خليل ابراهيم محمد خليل. نفس المرجع. ص: 115.

ثانياً: طبيعة قاعدة الإسناد

اختلف الفقهاء على اتجاهات تحديد قاعدة الاسناد، و تساءلوا إن كانت هي قاعدة من قواعد القانون العام أم الخاص؟ أم أنها ذات طبيعة مختلطة بين القانون العام و الخاص؟، و يستتبع هذا السؤال بسؤال آخر هو : أتوجد لنا قاعدة الإسناد حلول التنازع في مجال القانون الخاص فقط أم يمكن أن تشير إلى تطبيق القانون العام؟

إذ يذهب رأي فقهي¹ إلى إعتبار قاعدة الإسناد جزءاً من القانون العام، على أساس أن وظيفتها تتمثل في توزيع الاختصاص التشريعي بين الدول المختلفة، و من أنصار هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي Niboyet إذ يرى أن قواعد تنازع القوانين من حيث المكان - قواعد الإسناد- تنتمي إلى النظرية العامة للقوانين، و ذلك على نمط تنازع القوانين من حيث الزمان، إذ أن كليهما يعنى بتعيين نطاق تطبيق القانون ، و هو يرى أن مكانهما الطبيعي هو القانون الدستوري فمسألة تنازع القوانين وفقاً لهذا الرأي و ان تعلقت بالمصالح الخاصة إلا انها تخفي وراءها تنازعاً بين السيادة إذ تحد من سلطة القانون الوطني و تحل محله قانوناً أجنبياً في كثير من الأحوال، و لا نزاع في أن أمر السيادة يتعلق بالقانون العام.

في حين يذهب جانب آخر من الفقه² إلى القول بأن قاعدة الإسناد تدخل في نطاق القانون الخاص، و أساس ذلك أن قاعدة الإسناد تؤدي وظيفتها المتقدمة في نطاق روابط القانون الخاص، فهناك قاعدة إسناد تحدد لنا القانون واجب التطبيق على مسائل الزواج، و الطلاق، و العقود، و الميراث و الوصية، و هذه العلاقات كافة إنما تدخل في نطاق القانون الخاص، و نظراً لكون قاعدة الإسناد تنظم روابط القانون الخاص ذات العنصر الأجنبي، فمقتضى ذلك تعد هذه القواعد شقاً مكماً لقواعد القانون الخاص الموضوعي³.

فالمرکز الخاضعة للقانون العام لا تثير تنازعاً بين القوانين، و إنما هي تثير مشكلة تحديد نطاق تطبيقها من حيث المكان فحسب⁴.

و يذهب جانب ثالث من فقه القانون الدولي الخاص⁵ إلى انتقاد التفرقة بين القانون العام و القانون الخاص في مجال القانون الدولي الخاص، ذلك أن هذه التفرقة مصطنعة و ليس لها أساس سليم فالتطور في مفهوم الدولة و انتشار مظاهر تدخلها التشريعي، حتى في الدول الرأسمالية اظهر فساد هذه التفرقة، باعتبار ان كل تنظيم قانوني إنما يستتبع التوفيق بين المصلحة العامة و المصلحة الخاصة على نحو يجعل من غير الممكن التمييز بين القوانين السياسية أو العامة و ما عداها من القوانين، و هذا الاتجاه يجد أساسه في بعض الأحكام الصادرة من القضاء الفرنسي الذي طبق قوانين

1 هشام خالد المدخل للقانون الدولي الخاص العربي. الإسكندرية . مصر . دار الفكر الجامعي . الطبعة الأولى. 2008. ص: 209.

2 فؤاد عبد المنعم رياض. سامية راشد. تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية. القاهرة. مصر. دار النهضة العربية بدون عدد طبعة. 1998. ص: 71.

3 هشام خالد. المدخل للقانون الدولي الخاص العربي. ص: 210.

4 حفظة السيد الحداد. الموجز في القانون الدولي الخاص المرجع السابق. ص: 72.

5 هشام خالد. المدخل للقانون الدولي الخاص العربي. ص: 211-213.

العمل و الضمان الإجتماعي الأجنبية، على الرغم من أنها تعد من قواعد القانون العام، إذ قام القضاء الفرنسي بتطبيق أحكام قانون الضمان الاجتماعي البلجيكي على بعض العمال القادمين من هناك و الذين يعملون في فرنسا.

ففي مثل هذه الأحوال لا يمكن القول أن اللجوء إلى تطبيق القانون العام الأجنبي قد جاء بصفة عرضية، كما هو الحال بالنسبة للحالات التي تقدم الكلام بشأنها و التي يتم اللجوء من خلالها إلى القانون العام الأجنبي بصفة عرضية ذلك أن المسألة هنا تتعلق بتطبيق القانون العام الأجنبي بصفة مباشرة و هو قانون الضمان العام البلجيكي على النحو المذكور آنفاً، و فضلاً عما تقدم فإن قاعدة الإسناد الوطنية قد تشير بتطبيق القوانين العامة الأجنبية مثل قوانين الاستيلاء للمصلحة العامة، و قوانين التأمين، و القوانين المنظمة لقيود تحويل العملة، و قوانين محاربة الاحتكارات و غيرها¹.

فمن الصعوبة بمكان التسليم المطلق باعتبار قواعد الإسناد جزءاً من القانون الخاص، إذ الرأي السالف قد يقتضي القول بالطبيعة المختلطة لقواعد الإسناد على أساس اتصالها المزدوج بكل من القانون الخاص من ناحية و القانون العام من ناحية أخرى، لذلك يذهب هذا الجانب من الفقه إلى التسليم بالطبيعة المختلطة لقاعدة الاسناد فهي قاعدة عامة إذا أدت إلى تطبيق القانون العام على النحو السابق، و هي قاعدة خاصة إذا أدت إلى تطبيق قانون خاص².

و يذهب الفقه الحديث³ إلى إمكانية تطبيق القانون العام الأجنبي، فقاعدة الإسناد الوطنية عندما تقوم بتعيين قانون أجنبي ليحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي لا تختار من هذا القانون القواعد المتصلة بالقانون الخاص بل تقوم بعملية إسناد إجمالي إلى هذا القانون بما يتضمنه من قواعد متعلقة بالقانون العام ما دامت ترغب في الانطباق.

و قد وجدت هذه الآراء الفقهية صدى لها في أعمال مجمع القانون الدولي في مدينة "Wiesbaden" بألمانيا⁴ عام 1975 إذ جاء في المادة الأولى من التوصيات التي تبناها ما يأتي: " الطابع العام لأحد قواعد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد لا يحول دون تطبيق هذه القاعدة مع مراعاة التحفظ الرئيسي بشأن النظام العام الدولي".

المطلب الثاني: شروط قيام التنازع و نطاقه

باستعرضنا تشريع أية دولة نجد أنه يتضمن قواعد خاصة لحل تنازع القوانين و تحديد نطاق تطبيق القانون الأجنبي لكن هذه القواعد ليست وفيرة و لا مجمعة في مجموعة واحدة، بل تتنوع بين نصوص قوانين عديدة و يستأثر كل مشرع

1 هشام خالد. المدخل للقانون الدولي الخاص العربي.ص 213.

2 خليل ابراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 122.

3 حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص.المرجع السابق. ص 73-74.

بوضعها على حسب النزعة السائدة في دولته، و باعتبار قاعدة التنازع قاعدة أدائية تشير إلى القانون الواجب التطبيق فإن موقف التشريعات متباين بخصوص تنظيمها، و لعل أهم ما نلاحظه بشأنها هو:

-أما قواعد وطنية، بمعنى أنها تجد مصدرها - في أغلب الأحوال - في المصادر الداخلية للقاعدة القانونية من تشريع و عرف و مبادئ عامة للقانون، و لما كان الأمر كذلك فإنها تتأثر دون شك بالنزعة السائدة في كل دولة من الدول استنادا على الاعتبارات الوطنية التي تضي من ذاتيتها على التنظيم الوضعي لقواعد التنازع.

-رغم كون قواعد التنازع قواعد وطنية إلا أن ذلك لا ينفي على البعض منها صفة العمومية و العالمية عند غالبية التشريعات، و من ذلك خضوع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة، فإعمال قانون الإرادة في مسائل المعاملات المالية أصبح مبدأ من المبادئ العالمية، بل يمكن القول أن احترام هذا المبدأ يعد من المبادئ الأساسية التي يتعين احترامها، و هو ما يعد هدفا تسعى إليه كل التشريعات تشجيعا للتعامل في مجال التجارة الدولية¹.

الفرع الأول شروط قيام التنازع

المتأمل في قواعد التنازع يجد أن ثمة شروطا لازمة لتشغيلها لتؤدي وظيفتها وصولا إلى حسم مشكلة تنازع القوانين و تحديد القانون الواجب التطبيق .

أولا: الصفة الاجنبية للعلاقة القانونية

لا تتور مشكلة تنازع القوانين أصلا فيما لو كان المركز أو العلاقة المطروحة أمام القضاء وطنية العناصر²، أن يكون هناك امتداد في العلاقات و التبادل الدوليين فمتى كانت العلاقة القانونية وطنية بحتة بجميع عناصرها، فالقانون الذي يحكمها شكلاً و موضوعاً هو القانون الوطني، أما إذا كان أحد عناصرها أجنبياً أو كان العقد قد تم في الخارج فعندئذ يمكن أن نتساءل عن القانون الذي سيحكمها؛ لأنّ العلاقة لم يتعد بأشخاصها أو بمحمل وقائعها وطنية بحتة و إنما قد شابها عنصر أجنبي.

و لا يمكن أن تشاب العلاقة بعنصر أجنبي إلا إذا كان انتماء عناصرها لدول متعددة و هذا لا يتم إلا إذا قبل مبدأ التبادل الدولي في مختلف الميادين الحقوقية و الثقافية و سائر التواحي الاجتماعية، و كلما زاد الاتصال بين الدول كلما زادت الحالات التي يظهر فيها تنازع القوانين، و لهذا يشترط قيام التنازع بين القوانين أن يكون هناك تبادل دولي ليظهر في العلاقة القانونية عنصر أجنبي من أحد عناصر العلاقة القانونية، فاتصال العلاقة القانونية بقانون دولتين كحد

¹ عكاشة محمد عبد العال . تنازع القوانين . دراسة مقارنة . بيروت . لبنان . منشورات الحلبي الحقوقية . الطبعة الأولى . 2004 . ص 641 .

² هشام علي صادق . عكاشة محمد عبد العال . التنظيم القانوني الموضوعي و الإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية . الجزء الأول . تنازع القوانين . الاسكندرية . مصر . دار الفتح . بدون عدد طبعة . 2011 . ص 3 .

ادنى هو العامل الاول في تحريك التنازع و تحصيل الية الاتصال بعد ان نعرف ان أي علاقة تتكون من ثلاثة عناصر هي¹

- 1- عنصر الاشخاص و هم اطراف العلاقة ، و هؤلاء تتغير صفتهم حسب طبيعة العلاقة، ففي عقد البيع البائع و المشتري و في الدين الدائن و المدين ، وفي الميراث الوارث و الموروث وهكذا في بقية العلاقات.
- 2- عنصر الموضوع و هو محلّ العلاقة القانونيّة، و هذا المحلّ إمّا أن يكون قيامًا بعمل شيء أو امتناعًا عن القيام به أو التزامًا بإعطاء شيء منقول، و يختلف بحسب طبيعة العلاقة فيكون المبيع في عقد البيع، و التركة في الميراث و الماحور في عقد الايجار.
- 3- عنصر السبب و هو مصدر نشوء العلاقة السبب المنشئ لها، سواء كان هذا السبب تصرّفًا قانونيًا كبيع أو وصيّة أو واقعة قانونيّة - عملاً ضارًا أو عملاً نافعًا- أو نصًّا في القانون كالولاية و الوصاية، و قد يكون السبب المنشئ واقعة طبيعيّة كالولادة والموت.

فاذا اتصلت العلاقة القانونية بجميع هذه العناصر بدولة واحدة فانها تكون وطنية و من ثم تخضع بشكل خالص لحكم القانون الوطني، و على هذا النحو يمكن القول بأن العنصر الأجنبي قد يتطرق إلى المركز أو العلاقة سواء بالنسبة لأشخاصها أو موضوعها أو واقعتها المنشئة².

ثانيا: مرونة المشرع الوطني ازاء القانون الاجنبي

يجب أن تكون هناك مكنة في أن يقبل المشرّع الوطني -في حالات مُعيّنة- تطبيق قانون غير قانونه لأنّ التمسك بمبدأ سيادة القانون الوطني على إطلاقه و في جميع الأحوال لا يظهر و الحالة هذه أي تنازع بين قانون القاضي و أيّ قانون آخر؛ لأنّ المسألة ستكون معلومة و هي بأنّ ليس من قانون يصار إليه إلا القانون الوطني، و لا يظهر التنازع إلا إذا قبل المشرّع المحلّي مبدأ احتمال تطبيق قانون آخر غير القانون المحلّي³.

ان التنازع يفترض حدا ادنى وجود قانونين صادرين عن دولتين مستقلتين، و هذا يعني ان التنازع الدولي لا ينصرف الى تنازع شرائع تابعة لقانون دولة واحدة، و يمكن ان يكون القانونين اجنبيين او احدهما وطني و الاخر اجنبي و في الحالتين فان المشرع الوطني عليه ان يبدي درجة من المرونة في التعامل مع القانون الاجنبي و ذلك بالسماح للقاضي بتطبيق القانون الاجنبي، و هذا السماح يظهر من خلال النص عليه عبر قواعد يصطلح عليها فقه بقواعد الاسناد (قواعد تنازع القوانين) فالقواعد الاخيرة تحمل معنى الاجازة او السماح التشريعي للقاضي الوطني بتطبيق القانون الاجنبي

¹ حسن الهداوي . المرجع السابق . ص: 16 و 17 .

² هشام علي صادق. عكاشة محمد عبدالعال. المرجع السابق. ص: 3.

³ حسن الهداوي. المرجع السابق. ص: 17 .

و المفهوم المخالف لذلك ان عدم وجود هذه القواعد يعني غياب التنازع بغياب التسامح او الاجازة بتطبيق قوانين اجنبية الى جانب القوانين الوطنية على الاراضي الوطنية ، كما ان السماح التشريعي بتطبيق قوانين اجنبية يعني الانفصال او عدم التلازم ما بين المحكمة (الاختصاص القضائي) و القانون الواجب التطبيق (الاختصاص التشريعي) ، فيمكن ان تكون محكمة وطنية تطبق قانون اجنبي ، و هذا الحال احد اهم اسباب ظهور التنازع الدولي للقوانين ، حيث لم يكن في السابق هذا الفصل فكانت كل محكمة وطنية تطبق قانونها الوطني و لا يمكنها ان تطبق غيره، أي كان كل من الاختصاص التشريعي و الاختصاص القضائي متلازمين لدولة واحدة ، و قد كان ذلك عندما كانت السيادة لإقليمية القوانين المطلقة حيث يملك كل قانون مساحة نفوذ تحدد بحدود الدولة و ليس له نفاذ خارج ذلك سواء كان قانون عام ام خاص ، و بذلك لم يكن هناك تسامح بين المشرعين بتطبيق قوانين غير قوانينهم الوطنية كما و ان كل قانون يحكم جميع الاوضاع و العلاقات سواء اكان اطرافها وطنيين ام اجانب، و بالمقابل فان سيادة مبدا شخصية القوانين المطلقة يمنع التنازع لانه يمنع التسامح و الجواز بتطبيق القوانين الاجنبية ، اذ يطبق كل قانون بحسب هذا المبدأ على الوطنيين في داخل الدولة و خارجها و هذا يعني ان مساحة نفوذ كل قانون هم الاشخاص الوطنيين ، و هذا يمنع خضوعهم لقوانين اخرى، و ان كانوا داخل مساحة نفوذ قوانين اجنبية.

فظهر تنازع القوانين يتوقف أيضا على عدم الأخذ بمبدأي إقليميّة القوانين و شخصيّة القوانين بصورة مُطلقة و نعني بإقليميّة القوانين المطلقة أن القانون المحلي واجب التطبيق لا على جميع العلاقات القانونيّة التي تنتسب بعناصرها إلى ذلك الإقليم فحسب بل يشمل اختصاص هذا القانون جميع العلاقات القانونيّة حتّى التي كانت عند نشوئها أجنبيّة في أحد عناصرها، فنظام - كهذا - يمنع أيّ تطبيق لقانون غير القانون المحلي، إنّما يعدم التنازع بين القوانين، و لا يظهر التنازع إلّا إذا طبّق في حالات مُعيّنة قانون آخر، أي إذا أخذ بالإقليميّة النسبيّة (La territorialité Relative) و لا يؤدي كذلك الأخذ بشخصيّة القوانين بصورة مُطلقة إلى ظهور تنازع القوانين، حيث تحكّم الرّوابط القانونيّة بمقتضى هذا المبدأ، بالقانون الشّخصي لأطراف العلاقة القانونيّة، و يتحدّد القانون الشّخصي بقانون الجنسيّة بالنسبة للبعض و بقانون السّكن بالنسبة للآخرين، ممّا ينتفي معه احتمال تطبيق قانون آخر غير هذا القانون و بالتّالي يعدم التنازع¹

ثالثا: اختلاف التشريع بين الدّول

إذا كان تعدد النصوص في اطار النظام القانوني الواحد لا يشكل حجر عثرة أمام القاضي الوطني في فصله في النزاع المعروف حيث أن هذا التعدد لا يعني تعارض الحلول ، فإن الأمر يختلف إذا كنا بصدد منازعة دولية حيث يجد القاضي نفسه أمام نظم قانونية بسبب اختلافها حضاريا و دينيا و ايدولوجيا قد تنتهي إلى حلول غي متماثلة بخصوص

¹ حسن الهداوي . المرجع السابق . ص: 18 .

المسألة القانونية الواحدة، و هنا تكمن خطورة مشكلة تنازع القوانين و ثقل المهمة الملقاة على عاتق القاضي المختص و حين يكون اختلاف القوانين عنصرًا أساسيًا لا بد منه لقيام التنازع بين القوانين، فإنّ هذا الاختلاف ينبغي ألا يبلغ حد التعارض في الأسس التي تقوم عليها أنظمة القوانين المتنازعة و إلا ترتب على ذلك تنافر بين فهم كلّ دولة للمفاهيم القانونية للدول الأخرى، الأمر الذي يؤدي إلى عدم التسامح و التهاون في قبول تطبيق القانون الأجنبي المتضمن لأفكار تختلف اختلافاً جوهرياً عن المبادئ الأسس التي تقوم عليها قوانينها، و بناءً على ذلك، فإنّ قواعد تنازع القوانين في الدول الأوروبية، مع أنّها توجب الأخذ بقانون الجنسية في الأحوال الشخصية، إلا أنّ المحاكم هناك لا تستجيب لمسلم إذا أراد أن يعقد عقد نكاح للمرة الثانية أو الثالثة حسب ما يجيزه قانونه الشخصي، و المستمد من الشريعة الإسلامية، ذلك لأنّ نظام تعدّد الزوجات ممنوع و مخالف للنظام العام بموجب تلك القوانين¹.

فاختلاف جوهري كهذا يؤدي على الفور من القواعد الأجنبية و إلى رفضها مع كونها واجبة التطبيق حسب قواعد تنازع القوانين، و قد امتنعت المحاكم في مناسبات متعدّدة عن تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد تنازع القوانين و ذلك بسبب الاختلاف الجوهري بين القانونين الوطني و الأجنبي و من أمثلة ذلك ما جاء في حكم محكمة (إيكس آن برفنس) في حكمها الصادر في 23 كانون الأول سنة 1925 القاضي برفض تطبيق القرار الصادر من الحكومة السوفيتية و الذي يتضمّن مصادرة سفن إحدى شركات الملاحة الروسية بموجب القوانين الاشتراكية و التي أصدرتها الحكومة الروسية آنذاك لأنّ هذه القوانين تختلف في أسسها و روحها مع الأنظمة السائدة في فرنسا التي تقرّ الملكية الفردية، و بناءً على ذلك فإنّ المحكمة قد حكمت بتثبيت ملكية الشركة للسفن الراسية في المياه الفرنسية و لم تأخذ بقواعد تنازع القوانين في القانون الفرنسي القاضية بأنّ الأموال غير المنقولة تخضع لقانون محلّ وجودها، و بما أنّ السفن تعتبر مالا غير منقول يلحق بالدولة العائدة لها، و هي هنا روسيا، فإنّ القانون الروسي يطبق عليها، و حيث إنّ هذا القانون قد ألغى الملكية الفردية و ملكها للدولة، فقد كان يلزم تبعاً لذلك الحكم بملكية الدولة السوفيتية للسفن، إلا أنّ المحاكم الفرنسية رفضت إعطاء الاختصاص للقانون الروسي و فضّلت العمل بقانونها الوطني، و لم تسمح للقانون الأجنبي بأن يُنافس قانونها².

الفرع الثاني: نطاق التنازع

هناك العديد من الصور المختلفة للتنازع فقد يكون التنازع بين قوانين داخلية تستند جميعها إلى السلطة التشريعية للدولة ذاتها، كما قد يكون التنازع بين قوانين عدة دول و في صورة أخرى هناك ما يعتبر من القانون العام في قوانين الدولة و ما ينسب إلى القانون الخاص، فماهي الصور التي تدخل في نطاق التنازع.

أولاً: الصفة الدولية للتنازع

1 جابر جاد عبدالرحمن المرجع السابق. ص: 422.

2 حسن الهداوي. المرجع السابق. ص: 19.

تعود مشكلة التنازع في أول ظهور لها بين القوانين الداخلية للدولة الواحدة ثم تطورت ليشمل التنازع بين قوانين المقاطعات التابعة للدولة الواحدة ليأخذ مظهره الدولي المتمثل في تنازع القوانين لدول مختلفة ما دفع إلى التمييز بين نوعين من التنازع هما التنازع الدولي و التنازع الداخلي.

و تعد العلاقة دولية اذا ماتضمنت عنصرا اجنيبيا وفقا للمعيار القانوني المعتمد من فقه القانون الدولي الخاص الغالب، و من ثم فإن التساؤل يثور حينئذ عن أنسب القوانين التي يتعين تطبيقها على العلاقة أو المركز محل النزاع¹. حيث ينهض التنازع بين قوانين دول مستقلة بعضها عن البعض الآخر، أي ان يمثل كل قانون سيادة تشريعية و هذا يعني ان القوانين المتنازعة يقتضي ان تكون صادرة بين دول تتمتع بالشخصية الدولية وفق قواعد القانون الدولي أي يتوافر فيها اركان الدولة من شعب و اقليم و سلطة نظامية تصدر القانون، و تحرص على تطبيقه و بذلك ياخذ التنازع وصف التنازع الدولي فالصفة الدولية تأتي من خلال القوانين الصادرة عن دول مستقلة بعضها عن البعض، فوجود عنصر أجنبي في العلاقة ينشأ عنه نزاع في حكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي لا يمكن فضه إلا عن طريق قواعد ترمي إلى تعيين القانون الواجب التطبيق على مثل هذه العلاقة، هذه القواعد التي تحظى بإهتمام القانون الدولي الخاص.

و يظهر التنازع الدولي اعتيادياً بين قوانين دول مستقلة تعترف ببعضها، لذلك فكر البعض بأن قوانين الدول المعترف بها فقط يمكن قبول تطبيقها في الدول المعترفة بها، و استناداً إلى ذلك رفض القضاء الفرنسي تطبيق قوانين الحكومة السوفياتية، و امتنع عن قبول مزاحمتها للقوانين الفرنسية، و ذلك قبل اعتراف الحكومة الفرنسية بالاتحاد السوفياتي بسبب عدم اعترافها بالنظام السوفياتي آنذاك².

و قد أوقع هذا الاتجاه الدول المتمسكة به في صعوبات عملية، إذ تعذر عليها إسناد العلاقة القانونية إلى القانون الأكثر ملائمة له كلما كانت العلاقة خاضعة لقانون دولة غير معترف بها، مع العلم أن تطبيق القانون الأجنبي يهدف في الحقيقة و الواقع إلى تنظيم علاقة قانونية، أخذاً بعين الاعتبار بأنها تدخل في نظام قانوني أجنبي صادر من دولة أخرى و مطبق فيها فعلاً، و لا يهم بعد ذلك ما إذا كانت تلك الدولة قد اعترفت بها أو لم تعترف بها لأسباب سياسية، ذلك لأن تطبيق القانون الأجنبي لا يرمي إلى غبراز علاقات بين الدولة المراد تطبيق القانون فيها و الدولة المراد تطبيق قانونها بل يراد من ذلك التأكيد من وجود نظام قانوني يجري العمل به خارج الدولة و أفضليته في حكم العلاقة القانونية.

و لهذا فإن الاعتراف بالدولة الأجنبية ليس شرطاً لقبول مبدأ تنازع قوانينها مع قوانين دولة لم تعترف بها سياسياً و مع ذلك لا يكفي بارتان بوجود سلطة إقليمية أجنبية تعلن القانون و تأمر به ليكتسب مثل هذا القانون الصفة الدولية و من ثم يقبل تطبيقه في دولة أخرى، بل يشترط إلى جانب ذلك صدوره من سلطة نظامية، و لهذا فأوامر

1 هشام علي صادق. عكاشة محمد عبدالعال. المرجع السابق. ص: 3.

2 حسن الهداوي. المرجع السابق. ص: 21.

العصابات و قطاع الطرق مادامت صادرة من سلطة غير نظامية لا تعتبر قانوناً و لا يسمح لها بالتنازع مع قوانين الدول¹.

و ينبني على ذلك استبعاد قيام التنازع بين قانون دولة معينة و عادات الجموع غير المنظمة التي تعوزها الحضارة أو تنقصها المقدرة على تفهم الأحكام القانونية الدولية.

بذلك يخرج عن هذا المفهوم التنازع الداخلي الذي ينشأ بين قوانين مختلفة لدولة واحدة مثل دويلات تابعة لدولة واحدة تتعدد فيها القوانين تعدداً اقليمياً مثل الولايات المتحدة أو تتعدد فيها القوانين تعدداً شخصياً مثل لبنان ومصر فهذا التنازع بشأن علاقة قانونية تعددت بشأنها القوانين في الدولة الواحدة يأخذ وصف التنازع الداخلي لأن العلاقة تستند إلى وحدة تشريعية لها قواعد خاصة بما حل هذا التنازع.

ومن الجدير بالذكر ان الانظمة الانجلوسكسونية و منها بريطانيا و الولايات المتحدة الامريكية لم تفرق بين التنازع الداخلي والتنازع الدولي في الحلول.

كما لا يتصف التنازع بالصفة الدولية اذ حصل بين قانون دولة وقانون احد مستعمراتها، و الذي يصطلح عليه بالتنازع الاستعماري كما كان عليه حال القانون الفرنسي و القانون الجزائري إبان خضوع الجزائر للاحتلال الفرنسي و يأخذ نفس الحكم التنازع بسبب الضم الذي يثار بين قانون الدولة الضامة وقانون الدولة المضمومة كالتنازع بين القانون الالماني و قانون الازراس و اللورين بعد ضمها الى المانيا.

و يمكن ان تتوافر الصفة الدولية في نوع من التنازع يصطلح عليه بالتنازع المشترك كالتنازع بين قوانين الاتحاد الاوربي فهو يقف وسط بين التنازع الدولي لانه يقوم بين قوانين دول مستقلة و التنازع الداخلي لانه يقوم بين قوانين دولة في مسائل مشتركة بينها.

ثانيا:الصفة الخاصة للعلاقة القانونية

يؤكد الفقه التقليدي أن نطاق تنازع القوانين يتحدد بالمراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي التي يحكمها القانون الخاص، سواء تعلقت هذه المراكز بالمعاملات المالية أو بالأحوال الشخصية، دون تمييز بين ماهو محكوم بالقانون المدني أو بالقانون التجاري أو غيرهما من فروع القانون الخاص، أما المراكز الخاضعة للقانون العام فهي لا تثير تنازعا بين القوانين إنما هي تثير فقط مشكلة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان².

فالصفة الدولية للعلاقة لا تكفي لتحريك التنازع انما لا بد من ان تتصف العلاقة بالصفة الخاصة أي ان تكون متعلقة بالقانون الخاص لا بالقانون العام، و تتمثل علاقات القانون الخاص بالعلاقات ذات الصلة بالقانون المدني

1 حسن الهداوي. نفس المرجع. ص:21.
2 هشام علي صادق. عكاشة محمد عبدالعال. المرجع السابق. ص: 20 و 21.

او القانون التجاري او قانون الاحوال الشخصية ، كما يمكن ان تكون ذات صلة بالقانون الجنائي طالما كانت اثارها تنصرف الى موضوع يتعلق بالقانون الخاص مثل التعويض في المسائل الجزائية و هذا يعني ان التنازع يحصل بين القوانين الخاصة لا القوانين العامة و هذا هو الاصل ذلك لان القوانين الخاصة موضوعة لحماية الحقوق و المصالح الشخصية المتعلقة بالافراد فيفترض استمرار حمايتهم سواء كانوا داخل الدولة ام خارجها.

و لأن مثل هذه القوانين إنما تقوم على أساس تنظيم مصالح الأفراد فيما بينهم و لا يكون تطبيق قواعد أجنبية على علاقات قانونية داخلية في نطاق القانون الخاص أي مساس بالمصلحة العامة للمجتمع لا بل قد يتفق تطبيقها مع مصالح أطراف العلاقة فيمكن القبول بالنسبة لعلاقات القانون الخاص تطبيق قانون الأنسب لها وطنيا كان أم أجنبيا. ذلك لان حركة الاشخاص عبر الحدود تفترض حركة القوانين الخاصة بهم لاستمرار حمايتها لهم، و بذلك يتحقق الغرض منها عن طريق تغليب صفة الاستمرار على العموم على حد تعبير الفقيه الفرنسي بيليه .

و مقابل ذلك فإن العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها بوصفها صاحبة سيادة و التي يحكمها القانون العام فإنها لا تثير مشكلة اختيار القانون الواجب التطبيق أي لا يحصل التنازع بين القوانين العامة ، ذلك لانه وحده القانون الوطني واجب التطبيق لأن قواعده متصلة بالمصلحة العامة للدولة و بسيادتها و تهدف الى حماية الحقوق المتعلقة بها و لا تتحقق مصلحة المجتمع إلا من خلال أعمال قواعد القانون العام الوطني الذي وضع خصيصا لأجل مراعاة هذه المصلحة و لأجل ذلك ليس على القاضي إذا ما طرح عليه نزاع يتعلق بمسائل تتصل بالقانون العام إلا العمل على تطبيق القانون الوطني، و يبني على ذلك أن علاقات القانون العام لا تثير تنازعا بين القوانين مماثلاً لذلك الذي تثيره علاقات القانون الخاص ، و دور القاضي ينحصر في تحديد نطاق تطبيق القانون العام الوطني، فإذا تبين له أن أحكام قواعد قانونه العام الوطني لا تسري على موضوع النزاع فإنه يتوقف عند هذا و لا ينتقل إلى البحث عن القانون الأجنبي الذي يخضع له النزاع¹ .

و عليه إذا ما تبين للقاضي أثناء نظره في نزاع بأن القانون الوطني غير مختص يقضي وجوبا بعدم الاختصاص و لو احتوت على عنصر أجنبي، و عليه فلا يمكن للقاضي أن يقرر تطبيق قانون دولة أجنبية في قواعده القانونية المنتمية للقانون العام، لأن ذلك يخرج عن نطاق اختصاصه، و ما يشكله ذلك من مساس بسيادة الدولة الوطنية.

و مهمة القاضي بالنسبة لعلاقات القانون العام تكمن في تحديد نطاق تطبيق القانون الوطني من حيث المكان فقانون العقوبات الجزائري مثلاً يحدد الجرائم التي يعاقب عليها و هي في أغلب الأحيان تلك التي ترتكب على إقليم

1 فؤاد عبد المنعم رياض. سامية راشد. المرجع السابق ص: 89.

الدولة، و لا تسري قواعد قانون العقوبات على الجرائم التي ترتكب في الخارج إلا إذا ورد نص فيه يمد نطاقه ليشمل المخالفات التي تقع خارج حدود الدولة¹.

ففي مثل هذه الحالات يطبق القانون العام الوطني، و لكن تطبيق القانون العام الوطني على الأفعال التي تم وقوعها في الخارج يتم لا عن طريق إحلال القانون العام الوطني محل القانون العام الأجنبي، و إنما هو مجرد تحديد نطاق القانون العام من حيث المكان و شموله أو عدم شموله لتصرفات وقعت في الخارج و بالتالي فلا وجود للتنازع بين القوانين لأن السلطة الوطنية إذا ما رأت عدم خضوع العلاقة للقانون العام الوطني فإنها لا تبحث عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق، بينما إذا كانت العلاقة من العلاقات التي يحكمها القانون الخاص فإن المحكمة تعين القانون الذي يحكم العلاقة القانونية و تطبقه و لا فرق في هذا إن كان القانون وطنياً أو كان أجنبياً².

هذا الإختلاف بين القانون العام و الخاص يرجع إلى أن القانون العام يشتمل على قواعد تتعلق بمصلحة المجتمع مباشرة مما يستلزم العمل بها في كل ما يدخل في نطاق تطبيقها، في حين أن القانون الخاص يضم قواعد تتعلق بمصالح الأفراد، أما مصلحة الجماعة فلا تتصل بها إلا عن طريق مجموعة مصالح الأفراد و من ثم فلا ضير من تطبيق القانون الأجنبي الأكثر ملاءمة في حالات معينة خاصة.

غير أن حصر نطاق التنازع بين القوانين الخاصة لا يعني أن القانون العام بعيد و لا أثر له على القانون الخاص في ميدان التنازع، بل توجد نقاط التقاء بين نطاق كل من القانونين، و قد يكون لتطبيق القانون العام أثره في بعث التنازع بين القوانين الخاصة، و مثال ذلك تجريم قانون العقوبات لفعل لا يعد كذلك في دولة أجنبية ما يجعل الأجنبي الموجودين في إقليم تلك الدولة مشمولين بأحكام قانون العقوبات الوطني، و العقاب عليها إنما يكون بمقتضى القانون الإقليمي لأن صفة العموم من الصفات الأساسية التي لا بد منها لتحقيق الهدف الذي شرع من أجله القانون، و عمومية القانون الوطني تؤدي إلى خضوع الأجنبي إلى أحكامه مهما كانت قوانينهم الشخصية، كما أن تطبيق القانون العام الوطني يتوقف على الأخذ بالقانون الشخصي لذلك الأجنبي³، فالقانون العام و إن كان لا يقبل فيه التنازع إلا أن تطبيقه قد يجر إلى التنازع بين القوانين الخاصة⁴.

1 حيث تنص المادة 03 من الأمر رقم 156-66 المؤرخ في مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة يونيو سنة 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم: " يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية.

كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائية الجزائية طبقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية".

2 جابر جاد عبدالرحمن. المرجع السابق. ص: 170.

3 فلو أن قانون العقوبات - و هو قانون عام- عاقب في دولة من الدول على تعدد الزوجات، فإن الأجنبي الموجودين في إقليم الدولة سيخضعون للعقاب بزواجهم من ثانية في إقليم تلك الدولة، حتى و لو كان قانون جنسيتهم يميز لهم تعدد الزوجات. فلو دفع الأجنبي المقدم للمحكمة بتهمة تعدد الزوجات بطلان أحد الزوجين فيلزم بداية بالبت في ادعائه هذا، لأن العقاب يتوقف على صحة هذا الدفع و عدم صحته. و لكن تحديد صحة عقد الزواج أو بطلانه إنما يقرره القانون الخاص، و هو هنا قد يكون قانون محل انعقاد العقد أو قانون جنسية المتهم أو قانون القاضي، فلا ي من هذه القوانين يجب أن يترك تقدير بطلان الزواج؟، وقد يعتبر الزواج باطلاً بمقتضى أحد هذه القوانين و قد يعتبر صحيحاً بمقتضى قانون آخر. و الأخذ بالأول يمنع العقاب في حين أن العمل بالثاني يوجب، لهذا يستلزم تحديد القانون الخاص المختص و تعيينه أي فض التنازع القائم بين هذه القوانين و من ثم تطبيق القانون العام.

4 جابر جاد عبدالرحمن. المرجع السابق. ص: 18.

كما قد يتم الأخذ بالقوانين العامة الأجنبية بصفة تبعية فرغم القول بأن القانون العام الأجنبي لا ينافي القانون العام الوطني، و مهمة القاضي تنحصر في النظر في إمكانية تطبيق القانون العام الوطني دون غيره أو عدم تطبيقه، و مع هذا فقد يؤخذ أحياناً في كل دولة بعين الاعتبار بقوانين عامة أجنبية و تطبق بصفة تبعية لا أصلية لأعمال وطنية، فاكتماب حق في الخارج بمقتضى قانون عام أجنبي يتطلب الإعراف به إلى البحث عن استكمال قواعد ذلك القانون العام الأجنبي فمثلاً إذا اكتسب عراقي جنسية أجنبية في دولة أجنبية عن اختيار منه، فإن قانون الجنسية العراقي يفقده الجنسية العراقية بناءً على هذا الاكتساب، و لهذا فإن تطبيق هذا النص يستلزم البحث في استكمال شروط اكتساب الجنسية الأجنبية بمقتضى قانون الجنسية الأجنبية بصورة صحيحة بمقتضى قانون الجنسية الأجنبي¹.

و يرد القول نفسه بالنسبة للأحكام الأجنبية و تنفيذها يشترط في الحكم الأجنبي لمنحه الأمر بالتنفيذ في غالبية الدول صدوره عن محكمة مختصة، بمعنى أن يصدر عن هيئة قضائية و باسم دولة أجنبية لها سيادة دون النظر إلى الدولة التي صدر فيها²، كما يجب على القاضي الذي هو مكلف بمنحه الصيغة التنفيذية للحكم أو القرار القضائي الأجنبي التأكد من شروط اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرته، و لقد أوردت المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري جملة من الشروط لمهر الأحكام القضائية الأجنبية بالصيغة التنفيذية³.

لذلك فإن إصدار قرار تنفيذ حكم أجنبي يقودنا إلى البحث عن الشروط بمقتضى القانون الأجنبي و الشروط الشكلية للحكم الأجنبي هي من القانون العام للدولة الأجنبية، و كذلك قد يعترض عند تطبيق القانون الأجنبي بعدم دستوريته و يضطر القاضي المطروح أمامه النزاع إلى الفصل في هذا الدفع أي البت في دستورية أو عدم دستورية القانون الأجنبي و يتم هذا عن طريق تطبيق الدستور الأجنبي⁴.

و يتضح من خلال ذلك أن القانون العام الأجنبي قد تعلق بالقانون الدولي الخاص و طبق بصورة تبعية لتطبيق القانون الوطني و لكنه لم ينافس القانون العام الوطني و لم يحل محله.

1 تنص المادة الحادية عشر من قانون الجنسية العراقي رقم 43 لسنة 1963: "كل عراقي اكتسب جنسية أجنبية في دولة أجنبية باختياره يفقد الجنسية العراقية"، حسن الهداوي. المرجع السابق. ص: 28.

2 عز الدين عبد الله. المرجع السابق. ص: 987.

3 تنص المادة 605 قانون إجراءات مدنية و إدارية: "لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية، في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية:

- ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص،

- حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقاً لقانون البلد الذي صدرت فيه،

- ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، وأثير من المدعى عليه،

- ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر."

4 حسن الهداوي. المرجع السابق. ص: 29.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال اعمال منهج تنازع القوانين.

تطرح منهجية حل التنازع بين القوانين في اطار التحكيم التجاري الدولي ما يتعلق بعقود التجارة الدولية بالمقارنة مع باقي فروع القانون، و سائل جديدة و طرق غير مألوفة عن تلك التي عهدناها في النزاعات المتعلقة بالعقود الداخلية و هذا ما يميز تقنية تنازع القوانين و أداها عن طرق الحل المباشرة المألوفة و المعروفة في فروع القانون المختلفة و في التطبيقات القضائية لحل النزاعات، الأمر الذي يبرز خصوصية هذا الحل و ذاتية و سائله.

فجل اهتمام المتعاملين في ميدان التجارة الدولية يتركز بصفة جوهرية على معرفة القانون الذي يحمي توقعاتهم و بطبيعة الحال لن يتأتى بلوغ هذه الغاية إلا إذا حددنا القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تنشأ بمناسبة هذه العقود، باعتبار هذا التحديد مسألة أولية ذهنية لازمة و ضرورية لكل مسألة ذات طبيعة دولية يراد البحث لها عن حل و متى أوضحنا ماتقدم أصبح لزاما تقييم و إبراز الدور الذي تلعبه قاعدة التنازع الخاصة بالتحكيم في حل المنازعات المتعلقة به.

المطلب الأول: اعمال المنهج التقليدي لتنازع القوانين.

إن مسألة تنازع القوانين تعتبر من المسائل العملية الهامة في منازعة التحكيم التجاري الدولي، حيث يؤدي وجودها إلى إشاعة القلق في التعامل التجاري الدولي، نظرا لتعدد النظم و تباينها في حكم المسألة الواحدة. و إذا كان المبدأ المقرر في ظل تنازع القوانين في الوقت الحاضر هو ضرورة إخضاع منازعة التحكيم التجاري الدولي لقانون دولة ما، فإن هذا المبدأ لم يكن ليستقر دون منازع، حيث اهتدى كل من الفقه و القضاء إلى أنه لا بد لكل عقد من قانون يحكمه، و هو قانون يجد مصدره في قانون دولة ما أي قانون وطني، ليصبح هذا الأخير - أي المبدأ - معتمدا في مختلف الأنظمة القانونية، كما إعتد أيضا في المجال الدولي كتأكيد من قبل القضاء¹ و محكمة العدل الدولية الدائمة و لدى كثير من الهيئات الخاصة الدولية والمتخصصة في مجال العقود الدولية. و نظرا للخصوصية التي يتميز بها منازعة التحكيم التجاري الدولي و المتمثلة في الطابع التجاري للعلاقة العقدية ذات العنصر الأجنبي، فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود أعطى مفاهيم جديدة فرضتها ظروف و ملابسات التجارة الدولية، مما أدى إلى عدم ملائمة القواعد و النظم القانونية المختلفة لدى التشريعات التي تعنى بتنظيم العقود الداخلية.

1 حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية ولأول مرة، على اختصاص قانون الإرادة في القانون الدولي الخاص للعقود في حكمها الصادر في 05 ديسمبر 1910 في قضية American Trading الشهيرة، والتي تتعلق وقائعها بعقد نقل تم إبرامه بين شاحن أمريكي وناقل كندي واتفق الأطراف على تطبيق القانون الأمريكي، بالإضافة إلى أنه تم إدراج شرط في العقد بموجبه يعنى الناقل من المسؤولية عن تلف البضاعة، وقد أقرت المحكمة مبدأ أن " القانون الواجب التطبيق على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينها أو آثارها أو شروطها هو القانون الذي تبناه الأطراف، وإذا كان العقد مبرم بين أشخاص من جنسيات مختلفة فيجب تطبيق قانون مكان الإبرام ما لم يكن الأطراف قد أعلنوا عن إرادة مخالفة، ولا يشترط أن يكون الإعلان عن الإرادة صريحا ولكن يمكن استنتاجه من نصوص العقد"، خالد عبد الفتاح محمد خليل. حياية المستهلك في القانون الدولي الخاص. القاهرة. مصر. دار النهضة العربية. بدون عدد طبعة. 2002. ص:76.

و وفقاً للمبادئ السائدة في النظرية العامة في القانون الدولي الخاص ، يتوقف تحديد القانون الواجب التطبيق على المسألة المتنازع عليها، على تحديد طبيعة هذه المسألة و إدراجها في أحد الأفكار المسندة و ذلك تمهيداً لإعمال القانون الذي يشير إليه ضابط الإسناد في قاعدة التنازع التي تم إدراج هذه المسألة في الفكرة المسندة فيها¹ .

و إعمال هذه المبادئ المتقدمة على اتفاق التحكيم يؤدي إلى تنازع في التكييفات بشأن تحديد طبيعة اتفاق التحكيم و بالتالي إمكانية خضوعه إما للقانون الذي يحكم الإجراءات أو لقانون الإرادة، فالنظر إلى اتفاق التحكيم من حيث ما يترتب من أثر يتعلق باختصاص القضاء العام يجعل منه مسألة تتعلق بالإجراءات تخضع للقانون الذي يحكم هذه الأخيرة بينما النظر إلى اتفاق التحكيم على أنه عقد مستقل عن الإجراءات التي يعد مصدرها و أساسها، يؤدي إلى إخضاع اتفاق التحكيم إلى القانون الواجب التطبيق الذي تختاره الأطراف وفقاً للقواعد المستقرة و المعمول بها بشأن العقود الدولية بصفة عامة، و قد انقسم الفقه إلى قسمين تبني القسم الأول التكييف الإجرائي لاتفاق التحكيم بينما ذهب القسم الآخر إلى تبني التكييف العقدي لاتفاق التحكيم

الفرع الأول: خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم الإجراءات

يذهب جانب من الفقه عبر عنه F.A.Mann²، متأثراً بالطبيعة القضائية و الإجرائية للتحكيم إلى ضرورة خضوع اتفاق التحكيم إلى قانون الدولة التي تتم إجراءات التحكيم على إقليمها أو باختصاص قانون دولة المقر إذ يذهب الأستاذ Mann إلى أن المحكم يخضع للاختصاص التشريعي للدولة التي يقوم بأداء مهمته على إقليمها، فكل نشاط يتم على إقليم الدولة يخضع بالضرورة لاختصاصها من غير المسموح به أن لا يكون لدولة المقر تقديرها الخاص بشأن الاتفاقات التي يقوم الأطراف بإبرامها أياً ما كانت طبيعتها، فمن ناحية هناك أوجه شبه بين القاضي الوطني و المحكم إذ يخضع كلاهما لدولة المقر، أفلا يقع على عاتق دولة المقر أن تحدد إن كان المحكم يعد بمثابة قاض و وفقاً لأية شروط، فالمحكم مثل القاضي يخضع للقانون.

و دولة المقر يمكن أن تقر أن جانبا أو آخر من جوانب التحكيم يخضع لقانون آخر غير قانونها، و الذي تحدده وفقاً لقواعد الإسناد فيها، و يمكنها أن تخرج على هذا التعيين بإرادة الأطراف، و لكن دولة المقر لن تعترف بإرادة تقدير الأطراف، إلا نزولاً على الحرية التي قامت دولة المقر نفسها بمنحها لهم، و لقد امتد تأثير هذا التكييف الإجرائي لاتفاق التحكيم في قضاء التحكيم ذاته.

1 هشام صادق. المرجع السابق. ص: 11.

أولا : تقدير الاتجاه القائل بإخضاع التحكيم لقانون دولة المقر

لا يعتبر خضوع اتفاق التحكيم لقانون دولة المقر مجرد اتجاه فقهي لا يكرسه قضاء التحكيم الدولي ، بل يبدو أن العكس هو الصحيح ، كما في الحكم الخاص بالقضية رقم 4504 الصادر عام 1985 لمحكمة التحكيم المشكلة تحت مظلة غرفة التجارة الدولية بباريس ، إلا أنه وفقا لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ، فإن شرط التحكيم يخضع ، في نطاق التحكيم الدولي ، إلى قانون آخر غير القانون الذي يحكم العقد الأصلي ، فمن الملائم من أجل تحديد مضمون شرط التحكيم ، أن يتم تكييف هذا الأخير و تحديد القانون الذي يحكم هذا التكييف ، و نظرا لغياب أي تحديد من قبل الأطراف في هذا الصدد ، فإن هيئة التحكيم ترى أن تكييف شرط التحكيم لا يمكن أن يتم إلا بإعمال قواعد قانون القاضي ، و هو القانون السويسري ، و حيث أن ما جرى عليه عمل المحاكم السويسرية ، و لا سيما المحكمة الفيدرالية لا يعد شروط التحكيم شروطا متصلة بالقانون الخاص و لكنها عقود تتعلق بالإجراءات و تخضع للقانون العام ، فإنه ترتيبا على ذلك ، تخضع صحة اتفاق التحكيم للقانون الذي يسري على الإجراءات في دولة مقر التحكيم¹ .

و من الواضح أن هذا الاتجاه يرى في التحكيم مجرد صورة من صور التقاضي، و من ثم يرى في اتفاق التحكيم مجرد حلقة إجرائية من حلقات قضاء التحكيم، و إذا كانت الاجراءات تخضع لقانون محل التقاضي فإن اتفاق التحكيم يخضع بدوره لقانون مقر التحكيم² .

و لقد اتجه جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن الحل الذي اتبعته هيئة التحكيم المنعقدة في سويسرا ، له ما يبرره في ظل ما هو معروف من خصوصية القانون السويسري قبل سريان القانون الدولي الخاص السويسري الفيدرالي الصادر عام 1987 إذ أن المادة 6 من كونكوردات Concordat تنص على قواعد آمرة بشأن صحة اتفاق التحكيم و تؤدي مخالفتها إلى بطلان حكم التحكيم، و لما كانت الـ Concordat لا محل لإعمالها الآن في نطاق التحكيم الدولي إلا إذا كان هناك اتفاق مخالف للأطراف ، فإنه من المرجح عدم صدور أحكام تحكيم في سويسرا تغلب الطابع الإجرائي لاتفاق التحكيم ، خاصة و أن المادة 178 فقرة 2 من القانون الدولي الخاص السويسري الجديد تخضع صحة اتفاق التحكيم إما إلى القانون المختار من قبل الأطراف أو إلى القانون الذي يحكم العقد أو على القانون السويسري و هي ما يقطع في نهاية الأمر أن قضاء التحكيم الذي يميل إلى التكييف الإجرائي لاتفاق التحكيم ، و الذي يستجيب إلى خصوصيته قانون دولة المقر ، يعد اتجاهها مصيره إلى الزوال، و يبدو أن هذا سابقا لأوانه و مبالغ فيه نوعا ما و هو ما لاحظته الأستاذ ديران Yves Derrains نفسه ، إذ أن قضاء التحكيم الصادر في بعض الدول كفرنسا و التي لا تشارك النظام القانوني السويسري ، قبل التعديل الأخير خصوصياته ، قد ذهب أيضا إلى تبني التكييف الإجرائي لاتفاق التحكيم ، فلقد ذهبت هيئة التحكيم المنعقدة في باريس في القضية رقم 5730 لسنة 1988، إلى إخضاع اتفاق

1 حفيظة السيد الحداد. الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. المرجع السابق. ص: 157.

2 مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبد العال. المرجع السابق. ص: 305.

التحكيم إلى قانون دولة المقر ، إذ ذهب محكمة التحكيم إلى أنه لا يكفي من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، إثارة استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ، من أجل استخلاص أن هذا الاتفاق صحيح بغض النظر عن أي قانون وضعي¹ .

إذ أن هيئة التحكيم و التي تميل إلى اعتناق المفهوم التقليدي للتحكيم التجاري الدولي ، ترى أنه لكي يكون اتفاق التحكيم منتجا لآثاره لا بد أن يستمد قوته الملزمة من خلال إسناده إلى نظام قانوني، و لقد انتهت محكمة التحكيم بإسناد اتفاق التحكيم إلى القانون الفرنسي على اعتبار أنه قانون مقر هيئة التحكيم ، و على الرغم من أن الاتجاه القائل بإخضاع اتفاق التحكيم لقانون دولة المقر بناء على التكييف الإجرائي أو القضائي لهذا الاتفاق ، يتمتع كما لاحظ جانب من الفقه بقبول على الصعيد الفقهي أو على صعيد قضاء التحكيم ، فإن هذا الاتجاه يتعرض إلى العديد من الانتقادات المتباينة في أسبابها و دوافعها، إذ يذهب جانب من الفقه إلى ضرورة عدم اعتناق هذا النظر و إحلال آخر محله ،إن هذا الحل الآخر يتواجد داخل إطار النظرية العامة لتنازع القوانين أي بإعمال منهج التنازع و ذلك من خلال تبني التكييف العقدي لاتفاق التحكيم والتخلي عن التكييف الإجرائي له ، بينما يذهب جانب آخر من الفقه متأثرا بالحلول المادية التي بثها القضاء الفرنسي إلى ضرورة التخلي عن الحل المتقدم ، و التخلي عن أي حل يمكن التوصل إليه من خلال إعمال منهج التنازع و ضرورة حلول منهج القواعد المادية محل منهج التنازع .

ثانيا: عدم سلامة الحجج التي استند إليها الرأي القائل بإخضاع اتفاق التحكيم لقانون دولة المقر

يرى الأستاذ **Pierre Mayer** أن حجة الأستاذ **Mann** المتعلقة بالسلطة التي تتمتع بها الدولة على جميع الأنشطة الممارسة على إقليم الدولة أياً ما كانت طبيعتها فهي تتضمن جانبا من الحقيقة، إلا أن ذلك لا يعني ان العلاقة القانونية سوف تخضع للقواعد المادية في دولة المقر و لا حتى لقواعد الاسناد في هذه الدولة، و لتأكيد وجهة نظره التي يدافع عنها استعان بإعطاء مثل من الأحوال الشخصية، فالدولة يمكنها - كما هو الحال في فرنسا- أن تحرم بعض أنواع الزواج كالزواج المتعدد، و بالتالي يحظر إبرام مثل هذا الزواج على إقليمها، و لكن ذلك لا يؤدي أن كل زواج يتم إبرامه في فرنسا يخضع بالضرورة للقانون الفرنسيين للقواعد المادية فيه (فقاعدة الاسناد الفرنسية في هذا الشأن تشير إلى قانون جنسية الزوجين)، فإذا عاد الزوجان إلى موطنهما الأصلي فإن تقدير صحة الزواج سوف تتم في ظل قواعد الاسناد السارية في هذه الدولة² .

أما الانتقاد الآخر الذي وجهه الأستاذ **Pierre Mayer** للرأي الأستاذ **Mann** فيتعلق بالطبيعة الاجرائية و القضائية للتحكيم التي نادى بها هذا الأخير، إذ يتفق الأستاذ **Mayer** مع **Mann** فيما يذهب إليه هذا الأخير من

1 حفيظة السيد الحداد. الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. المرجع السابق. ص: 157.

2 حفيظة السيد الحداد. الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. المرجع السابق. ص: 160.

Pierre Mayer « L'autonomie de l'arbitrage international dans l'appréciation de sa propre ompétence, In REC cours La Haye V, 1989 , p.401 .

القول بأن العدالة باعتبارها ميزة تتمتع السلطة العامة بالسهر عليها، تعد من الأمور التي تدخل في النطاق القاصر عليها و لذلك فإذا قام محكم بأداء العدالة فإن ذلك لن يكون إلا بتفويض من الدولة و وفقاً للقواعد التي تضعها الدولة. و مع ذلك فإن الأستاذ Pierre Mayer يذهب إلى أنه على الرغم من صحة نقطة البداية فمع ذلك فإنه إذا أرادت الدولة عدم ممارسة العدالة عن إقليمها إلا من خلال أجهزتها و وفقاً للشروط التي تحددها فإنه من المسموح به أن تقوم بفرض ذلك الحل، و مع ذلك فإن ذلك لا يعتبر ضرورة منطقية، فالدولة يمكنها أن تقر التحكيم الذي يجري على إقليمها و يتعلق بمنازعة أجنبية تماماً عنها، فتسمح به دون ربط هذا السماح بضرورة احترام المحكم لأية قواعد قانونية فيها.

و في جميع الأحوال، فإن حكم التحكيم بمجرد صدوره، يفلت من الاختصاص القاصر لدولة مقر التحكيم من أجل أن يخضع في نطاق العديد من الدول الأخرى و التي يطلب فيها الاعتراف بهذا الحكم و تنفيذه، و يقوم القاضي المطلوب منه إصدار الأمر بالتنفيذ على حكم التحكيم وفقاً لقواعده الخاصة المتصلة بالصحة الشكلية في حكم التحكيم و المعبرة عن وجهة نظر مشرعه و بصفة خاصة فإنه يقوم بتقدير صحة نطاق اتفاق التحكيم وفقاً للقانون المعين من قبل قاعدة الاسناد المختصة¹.

وعلى الرغم من وجهة الانتقادات التي وجهها الأستاذ ماير إلى رأي الأستاذ مان، و على الحجج التي قال بها هذا الأخير، لإخضاع اتفاق التحكيم لقانون دولة المقر، فإننا مع ذلك نرى أن صحة هذه الانتقادات مرهونة بالنطاق الضيق الذي تم حصرها فيه من قبل الأستاذ ماير، و بعبارة أخرى، فإننا على الرغم من عدم تأييد التكييف الإجرائي لاتفاق التحكيم، إلا أنه يظل من غير الصحيح الزعم كما يذكر الأستاذ ماير أن حكم التحكيم بمجرد صدوره يفلت من الاختصاص القانوني لدولة مقر التحكيم، إذ أن محاكم هذه الدولة في الغالب الأعم من المفروض، و وفقاً لما هو ثابت من مطالعة القوانين الوطنية المعاصرة المنظمة للتحكيم و وفقاً لما تنص عليه المعاهدات الدولية، هي وحدها المختصة بالطعن بالبطلان في حكم التحكيم الصادر على إقليمها، و الذي قد يكون من أسباب القضاء ببطلان حكم التحكيم الصادر على إقليمها لم يتم بتطبيق قانونها على اتفاق التحكيم، في حالة تبني هذه الدولة للتكييف

1

Pierre Maye, In Rec , cours La Haye ,op.cit , p.402 dont il cite :

« La encore le point de départ est juste si un Etat veut que la justice ne soit exercée sur son territoire que par ses organes , et selon les modalités qu'il détermine , il lui est loisible de l'imposer . Mais ce n'est pas une nécessité logique . Le fait de rechercher et de dire qui , de deux parties en litige , est dans son droit , n'est pas une activité de nature essentiellement étatique ; seule la contrainte qui pourrait sanctionner ce jugement relève d'un monopole étatique territorial .L'état peut estimer –il sera même raisonnable qu'il le fasse – n'être guère concerné par un arbitrage se déroulant sur son territoire mais concernant un litige essentiellement étranger il l'autorisera alors , sans subordonner cette autorisation à une quelconque soumission de l'arbitre à ses droits . De toute façon la sentence , une fois rendue , échappe au pouvoir exclusif de l'état local , pour tomber sous celui des divers pays dans lesquels son exécution ou sa reconnaissance sont réclamées .Chaque juge requis contrôlera selon ses propres vues sa régularité . En particulier , il appréciera la validité et la portée de la convention d'arbitrage selon la loi , ou selon celle désignée par sa règles de conflit »

الإجرائي أو القضائي لاتفاق التحكيم ، و أيا كان الأمر ، فإن إخضاع اتفاق التحكيم لقانون دولة المقر، قد تم انتقاده من جانب من الفقه ، لعدم ملاءمة التكييف الإجرائي لاتفاق التحكيم.

الفرع الثاني: التكييف العقدي لاتفاق التحكيم

نقطة البداية في هذا الإتجاه أن العقود تخضع لقانون الإرادة¹ و اتفاق التحكيم، و على الرغم من ان محله ينصب أساساً على تنظيم الإجراءات التي سوف تتبع في التحكيم، فإنه يتعين تكييفه على انه عقد تتولد عنه التزاماته شأنه في ذلك شأن أي عقد آخر، فاتفاق التحكيم عقد يسبق الإجراءات و لا يشكل مرحلة من مراحلها. و بالتالي فإن القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم يتعين تحديده في ظل مبدأ قانون الإرادة، فالأطراف حرة في اختيار القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، و على المحكم أو القاضي في حالة رقابته على حكم التحكيم إذا ما طعن على هذا الحكم أمامه أو أثناء نظره للاستئناف عن القرار الذي صدر الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، أن يحترم هذا الاختيار.

و لما كان لإرادة أطراف العقد السلطان الأكبر في تحديد شروط العقد، كان بديهيًا أن يكون لهذه الإرادة دور بارز في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية المشتملة على عنصر أجنبي، فالإرادة التي تمارس وظيفة الإسناد الرئيسي في قاعدة التنازع تؤدي إلى تحقيق العدالة الموضوعية بتطبيق قواعد القانون الذي أراد الأطراف الخضوع له، و يعزى التسليم بهذا المبدأ إلى أسباب عملية أكثر منها نظرية إذ تستجيب فكرة حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يسري على عقدهم للتعدد الكبير و للاختلافات في التعاملات العقدية الدولية²، و من أجل البحث في كيفية تحديد هذا القانون سنتولى دراسة ذلك من خلال التعرض لإختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم التجاري الدولي باتفاق الأطراف - الإسناد الشخصي - وفي ظل غياب اتفاق الأطراف - الإسناد الموضوعي -.

1 مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبد العال. المرجع السابق. ص: 307.
2 صلاح الدين جمال الدين. دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين. الإسكندرية. مصر. دار الفكر الجامعي. الطبعة الأولى. 2004. ص 54.

أولاً: اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم التجاري الدولي باتفاق الأطراف (الإسناد الشخصي).

استقر في مختلف النظم القانونية مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في الحدود التي ينشأ فيها وفقاً للقانون و أجمعت التشريعات على اختلاف مذاهبها على إخضاع منازعة التحكيم التجاري الدولي في جانبها الموضوعي لما يسمى " بقانون الإرادة"، و الذي وفقاً له يكون لأطراف العقد حرية اختيار القانون الذي يحكمه، فأصبح الدور الذي يلعبه هذا القانون لا يستهدف إلا تأكيد و ضمان احترام التوقعات المشروعة للمتعاقدين باستخدامه لتحديد القانون الواجب التطبيق من ناحية، و معطياً للأطراف فرصة التحكم في هذا القانون من ناحية أخرى، كونه يسمح للأطراف باستبعاد قانون معين أو التغيير في طبيعة القانون الذي يختارونه، ليتحول بذلك من مبدأ لحل تنازع القوانين إلى مبدأ يسمح بالحرية التعاقدية في المجال التجاري و الاقتصادي الدولي¹.

و لم تظهر فكرة قانون الإرادة و تبسط منطقتها على عقود التجارة الدولية ، إلا بمرورها عبر مراحل كرسست فيها نفسها كقاعدة أساسية في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، بعد أن كانت الأسبقية في الظهور لمبدأ سلطان الإرادة، و الذي جعل من الإرادة أساساً لإبرام التصرفات الإرادية، فأصبح هذا المبدأ و ما ينتج عنه من حرية التعاقد مبدأ ثابتاً في القانون المقارن حيث عم الاعتراف به في جل الأنظمة القانونية².

بيد أن القانون قد ارتأى أنه من الملائم تمديد العمل بمبدأ سلطان الإرادة إلى ميدان العلاقات الخاصة الدولية فأصبح للمتعاقدين الحق في أن يخضعوا عقدهم لحكم قانون وطني معين-تستوي في ذلك قواعد الأمرة أو المكملة في التطبيق على حد سواء- أو أن يخضعوه لأكثر من قانون، مع الإمكانية التي تخولهم استبعاد أي قانون وطني و إخضاعه للمبادئ العامة في القانون، و هذا هو مبدأ قانون الإرادة في العقود الدولية³.

و بناء على ما تقدم سنبين كيفية إعمال مبدأ قانون الإرادة في اتفاق التحكيم التجاري الدولي، مع تحديد الحدود التي تمارس فيها هذه الحرية لاختيار القانون الواجب التطبيق خاصة ما تعلق منها بفكرة النظام العام.

Jean Michel Jacquet , principe d'autonomie et contrats internationaux , éconómica , paris,1983 , p 07 .

2 ومن تطبيقات هذه الفكرة المادة 106 من ق م ج التي تنص على أن " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو..." والمادة 1134 مدني فرنسي- التي تنص على أن " الاتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقدتها".

3 أحمد بعد الكرم سلامة. المرجع السابق. ص 949.

أ - إعمال مبدأ قانون الإرادة في مجال اتفاق التحكيم التجاري الدولي:

تعتبر قاعدة خضوع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة من أهم وأقدم قواعد القانون الدولي الخاص التي أرسيتها قواعد تنازع القوانين في جل الأنظمة القانونية، بما لا يخالف القواعد العامة لنظرية العقد، وإعمال التشريعات لهذا المبدأ يعني أنها لم تقم وزنا لمعاول الهدم التي قيل بها في حق مبدأ قانون الإرادة¹.

ولهذه القاعدة-قانون الإرادة-أهمية بالغة، فهي تمثل عصب المبادلات الدولية، ولها تطبيقات واسعة في مجال التجارة الدولية خصوصا بعد تغير النظرة إليها، ومن الإعتداد بها كغاية في حد ذاتها إلى اعتبارها وسيلة يستخدمها القانون كأساس للالتزام بالعقود استجابة لضرورات التعامل و استقرار المعاملات، فالإرادة هي التي تولد الحق وهي التي تحدد آثاره.

و تاريخيا ترجع نشأة قاعدة قانون الإرادة إلى المدرسة الإيطالية القديمة التي كانت تطبق على التصرفات بصفة عامة قانون مكان إبرامها شكلا و موضوعا، على أساس أن إرادة المتعاقدين الضمنية توجهت إلى اختيار هذا القانون أو ذاك، كما ساهم الفقيه الفرنسي ديمولان في إظهار قاعدة سريان إرادة الأطراف المتعاقدة انطلاقا من استخدامه لفكرة الإرادة المفترضة للأطراف كتبرير قانون الموطن المشترك لأحوال الزوجين، و ينوه البعض من الفقه إلى أن ديمولان قد استمد هذه القاعدة من الفقه الإيطالي، و أنه قد أطلق القاعدة التي صاغها لتتناول سائر العقود، و بذلك جعل للإرادة دورا في حلتنازع القوانين بشأن العقد²، و اعتمد بذلك مبدأ قانون الإرادة ضمن قواعد التنازع، و أصبح موضوع العقد يخضع للقانون المختار بينما بقي شكله خاضعا لقانون محل إبرامه ليتبناها بعد ذلك المشرع الفرنسي و ما إن حل القرن 19م و القرن 20م حتى اعتمد هذا الضابط معظم التشريعات الوضعية³.

و تبعا لذلك فإنه حتى ذلك الوقت كانت إرادة الأطراف لا تملك الخروج عن القانون الواجب التطبيق الذي يقدمه منهج قاعدة تنازع القوانين، فاستقر لأطراف العقد حرية اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية، و مما ساعد على ذلك هو التطور الذي شهدته الحرية الفردية و التي تشكل انعكاسا حقيقيا للفكر السائد في تلك الحقبة الزمنية بخصوص القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية.

و على هذا النحو يظهر أن استقرار قاعدة قانون الإرادة يعكس التأثر بفكر المذاهب الليبرالية التي رسخت مبدأ حرية التعاقد، في حين يكشف الاختلاف في تطبيق هذه القاعدة عن تطور الأفكار و المضامين الاجتماعية و الاقتصادية التي تؤثر على الفاعلية القانونية لتلك القاعدة⁴.

1 عز الدين عبد الله. المرجع السابق. ص 421.

2 صلاح الدين جمال الدين. المرجع السابق. ص: 53. وينظر: عز الدين عبد الله. المرجع السابق. ص: 420.

3 زروقي الطيب. القانون الدولي الخاص الجزائري. تنازع القوانين. المسيلة. الجزائر. مطبعة المسيلة. الطبعة الثانية. 2008. ص: 240.

4 صالح المزلاوي. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية. الاسكندرية. مصر. دار الفكر الجامعي. بدون عدد طبعة. 2008. ص: 263.

و إذا كانت هذه الأخيرة قد استقرت فقها و قضاء و تبناها التشريع المقارن، إلا أنه اختلف بشأن تحديد المقصود بقانون الإرادة التي تشير إليه قواعد التنازع في مجال منازعة التحكيم التجاري الدولي و يمكن جمع هذا الخلاف في ثلاثة اتجاهات:

- **الاتجاه الأول:** يضيق من نطاق هذا القانون و يقصره فقط على القوانين الوطنية الصادرة عن دولة معينة تتمتع بهذا الوصف طبقا لأحكام القانون الدولي العام، فإن تم اختيار قانون دولة ما من قبل الأطراف المتعاقدة لينظم عقدهم، فإنه يتعين أن ينصب هذا الاختيار على القانون الداخلي لتلك الدولة، و هذا ما أخذت به محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر سنة 1929 حيث قضت بأن "كل العقود التي لا تبرم بين الدول تخضع بالضرورة للقانون الوطني لدولة معينة بموجب قواعد القانون الدولي الخاص".

و تدعيما لهذا التوجه قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر عام 1950 م بأن كل عقد دولي يخضع حتما لقانون دولة معينة¹، كما التزمت به أيضا الاتفاقيات الدولية و منها اتفاقية لاهاي لسنة 1955م في شأن البيوع ذات الطابع الدولي للمنقولات المادية، و التي نصت في فقرتها الثانية على أن " البيع يكون منظما بواسطة قانون الدولة المعين بواسطة الأطراف المتعاقدة".

و قد تعرض هذا المضمون المضيق لفكرة قانون الإرادة في مجال منازعة التحكيم التجاري الدولي للنقد من جانب بعض الفقه، على أساس أن تطبيق هذا المنهج يترتب عليه تطبيق حلول وطنية وضعت أساسا من أجل العقود الداخلية في حين أننا بصدد عقود ذات طابع دولي، فضلا على أنه قد يؤدي إلى تباين الحلول القضائية بصدد المنازعات الناجمة عن تلك العقود.

- **الاتجاه الثاني:** و ينادي أنصاره بالحرية الكاملة للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم و التوسع في مفهوم إسناد العلاقة العقدية، بحيث يتجنبون الوقوف عند حدود القانون الداخلي لدولة معينة مع جواز إسناد العلاقة التعاقدية لقواعد ذات صبغة عالمية، كأن تكون القواعد العرفية التي استقر عليها التعامل في ميدان التجارة الدولية.

و يبدو هذا التوجه جليا في موقف المشرع الجزائري من خلال نص المادة 18 من القانون المدني التي نصت على أنه " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين..." فالنص يتحدث عن حرية المتعاقدين في اختيار قانون ما دون تخصيصه أو تقييده بقانون دولة معينة، لكن مع وجوب توافر شروط خاصة في ذلك.

و قد سارت على هذا النحو العديد من الاتفاقيات الدولية التي اعتنقت هذا المنهج الموسع لقانون الإرادة، نذكر من بينها اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1971م، و التي نصت في مادتها السابعة على أن

1 صالح المزلاوي. المرجع السابق. ص: 270.

"الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على النزاع"، و هو نفس ما أخذت به اتفاقية روما لسنة 1980 م بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية¹ في المادة 03 فقرة 01 بنصها على أنه " يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف...".

كما اتبعت هذا النهج أيضا قوانين التحكيم، فنصت المادة 28 فقرة 01 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 م على أنه " تفصل هيئة التحكيم وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع...".

لكن عيب على هذا الاتجاه أنه يطلق الحرية التعاقدية في اختيار القانون الذي يحكم العقد، على نحو قد يؤدي إلى الغش نحو القانون أو الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعقد ارتباطا وثيقا².

- **الاتجاه الثالث:** و هو اتجاه معتدل لا يصل إلى حد تضيق قانون الإرادة مثل ما أخذ به أنصار الاتجاه الأول و لا هو بموسع لنطاق هذه الحرية بحسب ما يأخذ به أنصار الاتجاه الثاني، بدليل أنه يخول المتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعة التحكيم التجاري الدولي عملا بحقهم المقرر بموجب قاعدة التنازع و احتراماً لتوقعاتهم، و لكنه يضع في نفس الوقت حدا لهذه الحرية على أن لا تؤدي إلى الغش نحو القانون أو الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين المختارة، و هو ما يقيم نوعاً من التوازن بين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعة التحكيم التجاري الدولي و إسناد هذه الحرية على أسس مشروعة، و هذا ما ذهبت إليه اتفاقية روما لسنة 1980 م بخصوص القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع في مادتها السابعة فقرة أولى³.

ب- النتائج المترتبة على الأخذ بقانون الإرادة:

يترتب على خضوع اتفاق التحكيم التجاري الدولي لقانون إرادة المتعاقدين نتائج هامة نذكر منها:

1- **السماح للمتعاقدین باختيار أكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية في اتفاق التحكيم التجاري الدولي:**

إن تمكين المتعاقدين من اختيار أكثر من قانون واحد ليحكم الجوانب الموضوعية للرابطة العقدية الدولية هو اتجاه يرتبط بفكر النظرية الشخصية التي تتيح للمتعاقدین اختيار قانون على غير صلة بالعقد، كما تسمح لهم في نفس الوقت بإنزال أحكام هذا القانون منزلة الشروط العقدية، و هو ما يؤدي إلى الاعتراف بحقهم في اختيار أكثر

1 ويجدر التنويه أنه في الواقع العملي يكون تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد أكثر سهولة عند العمل باتفاقية روما، لأنها تنطع كل عملية بحث عن الإرادة عندما تكون هذه الأخيرة صعبة التحديد:

Pierre Mayer et Vincent Heuzé, Droit international privé, 07 éd, Montchrestien, Paris, 2000, p484.

2 صالح المزلاوي. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية. المرجع السابق. ص: 284.

3 حيث نصت: "عند تطبيق قانون بلد معين بموجب هذه الاتفاقية، فإنه يجوز الاعتداد بالنصوص الآمرة في قانون بلد آخر يرتبط بهذه العلاقة المطروحة بصلة وثيقة، وذلك فيما لو كانت هذه النصوص واجبة التطبيق بموجب قانون البلد التي تنتمي إليه بغض النظر من قانون العقد". يمكن الاطلاع على نصوص هذه الاتفاقيات من خلال الموقع الإلكتروني التالي:

<http://hcch.net/f/conventions-intex-html>

من قانون لتنظيم العقد، فيصح لهما أن يتفقا على إخضاع تكوين العقد لقانون محل إبرامه و إخضاع تنفيذه لقانون محل التنفيذ... الخ، فهذا الرأي يقضي بتجزئة العقد و تعدد القوانين الواجبة التطبيق على موضوع العقد سواء فيما يتعلق بتكوينه أو بآثاره.

و يبيح فقه النظرية الموضوعية بدوره للمتعاقدين حرية إخضاع الرابطة العقدية لأكثر من قانون واحد ما دامت قد توافرت في هذه القوانين الصلة المطلوبة في العقد، مع تقييد هذه الحرية بمحددين لا يمكن الخروج عنهما:

- **الأول:** هو أن لا تؤدي هذه التجزئة إلى الإخلال بانسجام الرابطة العقدية وذلك منعا للتضارب المتوقع في حالة تطبيق قوانين مختلفة .

- **والثاني:** أن لا تؤدي التجزئة إلى الإفلات من سلطة القانون، هذا القيد الأخير هو ما يميز هذا الفقه عن فقه النظرية الشخصية¹.

و لقد ذهبت اتفاقية روما لسنة 1980 م في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في مادتها الثالثة فقرة أولى في تأكيد هذا الحق، شأنها شأن اتفاقية لاهاي لعام 1986 م الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع في المادة 07 فقرة 02.

و الملاحظ على هاتين الاتفاقيتين الأخيرتين أنهما قد أجازتا تجزئة العقد، و لكن من أطراف الشفاه- كما عبر عن ذلك البعض - و مسلكهما هذا ينبىء على رأي جانب من الفقه عن رغبتهما في عدم تشجيع المتعاقدين على استخدام حقهم في التجزئة حفاظا على وحدة الرابطة العقدية، و هو ما يفسره إتفاق أنصار النظرية الموضوعية على إرجاع حرية الأطراف في اختيار قانون العقد إلى قوة القانون بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين².

و عليه وقف أنصار هذا الرأي على الاعتداد بإرادة المتعاقدين في اختيار أكثر من قانون لحكم العقد، بتأكيدهم على أن إعلاء مبدأ قانون الإرادة في مجال منازعة التحكيم التجاري الدولي لن يتأتى إلا من خلال المرونة النسبية للقواعد التي تسمح بتجزئة العقد، و إسناد كل جانب إلى قانون معين.

2- اشتراط توافر الصلة بين القانون المختار والعقد:

لما كان اختيار المتعاقدين لقانون العقد يتم بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين، فإنه يتعين تقييد هذه الحرية في اختيار قانون العقد بلزوم توافر صلة جادة و حقيقية بين هذا الأخير و بين العقد أو بينه و بين المتعاقدين³، فإذا انعدمت

1 محمود محمد ياقوت. حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق . الاسكندرية. مصر . منشأة المعارف . بدون عدد طبعة. 2000. ص: 125.

2 محمود محمد ياقوت. نفس المرجع. ص: 129.

3 ولم يخرج المشرع الجزائري عن هذه القاعدة بنص المادة 18 فقرة 01 ق م على أنه " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد..."

هذه الصلة فإن ذلك يعتبر قرينة على التهرب من القانون واجب التطبيق على العقد و غشا نحوه، و عليه تكون الإرادة قد تحطت دائرة التنازع التي تعمل في إطارها مما يشكل خرقاً لأهداف تلك القاعدة.

و قد اختلف فقه القانون الدولي الخاص حول مدى لزوم توافر صلة بين القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين و العقد التجاري الدولي الذي سيخضع لأحكام القانون المختار، كما أن الخلاف دار أيضاً حول المقصود بتلك الرابطة التي يتعين أن تتوافر بين قانون الإرادة و منازعة التحكيم التجاري الدولي ، و يمكن جمع هذا الخلاف في ثلاثة اتجاهات: **الاتجاه الأول:** يرى أنصاره ضرورة تقييد سلطان إرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد باستلزام وجود صلة بين القانون المختار والعقد¹.

و يذهب مؤيدو هذا الاتجاه في تأكيدهم على وجوب توافر هذه الصلة إلى أن إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار قانون محايد، يتيح لهم في النهاية التهرب من الأحكام الآمرة المرتبطة بالعقد.

و من هنا تبدوا أهمية عدم الاعتداد بالقانون المختار فيما لو تبين انقطاع صلته بالعقد، إذ يستطيع القاضي في هذه الحالة استبعاد القانون المختار بإعماله لنظرية الغش نحو القانون، و إسناد الرابطة العقدية على هذا النحو للقانون الأوثق صلة بهما².

فبالنسبة لهذا الفقه و إن كان قد اتفق على ضرورة توافر صلة بين القانون المختار و العقد، إلا أن مناهجه قد اختلفت حول طبيعة هذه الصلة، فهناك من يكفي بوجود مصلحة مشروعة للمتعاقدين في اختيار قانون معين حتى و لو لم يكن هذا القانون على صلة بالعقد، رغم ما يتضمنه هذا الرأي من مخالفة لوظيفة قاعدة التنازع، و التي تستهدف أصلاً اختيار أحد القوانين المتصلة بالعقد، في حين يذهب باتيفول إلى الاقتصار على توافر صلة معقولة بين القانون المختار و العقد بصرف النظر عن كون هذا الاختيار منصب على القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية و الذي نلتمسه في أغلب الحالات في حالة سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد.

الاتجاه الثاني: يخول أنصاره إرادة المتعاقدين الحرية في اختيار قانون العقد، بحيث يميز لأطراف العقد اختيار القانون الذي يرون فيه المرجع المناسب لتنظيم عقدهم حتى و إن كان القانون المعين من قبلهم ليست له أدنى صلة بالعقد و هذا على أساس أن القانون الدولي الخاص بالخلاف للقانون الداخلي يستهدف في الأصل حماية المصالح الفردية دون اهتمام كبير بالتدخل الأمر الذي يسعى إليه هذا الأخير، و بذلك يتمتع أطراف العقد بحرية في اختيار قانون العقد لا

1 يعتبر الأصل التاريخي لفكرة الأخذ بالقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية إلى فكرة تركيز العقد التي جاءها باتيفول، بحيث تأثرها القضاء الفرنسي الحديث واعتبر أن القانون الأوثق صلة بالعقد ما هو إلا تكريس لنظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية.

Henri Batiffol et Paul Lagarde , Droit international privé , T II , 7 éd., Paris, Librairie, générale de droit et de jurisprudence, 1983 , p236.

2 هشام علي صادق. المرجع السابق. ص: 456. وينظر أيضاً: محمود محمد ياقوت المرجع السابق ص119.

يباح معها للقاضي تغيير القانون المختار بدعوى افتقاره للصلة المتطلبة بينه و بين منازعة التحكيم التجاري الدولي ، لأن ذلك من شأنه الإخلال بتوقعات المتعاقدين¹.

و مع ذلك فإن أنصار هذا الرأي قد اشتروا في هذا الاختيار أن لا يكون مشوبا بالغش نحو القانون، ذلك أنه لو كان صحيحا أن مبدأ الصلة الأوثق بالرابطة العقدية هو أحد الأهداف الرئيسية لقواعد التنازع في القانون الدولي الخاص المعاصر، إلا أنه لا يعد الأساس الوحيد لها وفقا للأوضاع والحقائق الراهنة، مما يعني عدم المغالاة في حماية توقعات المتعاقدين على حساب أهداف القانون و ما تقتضيه من تجنب الانصياع لأهواء المتعاقدين و رغباتهم الغير مشروعة.

الإتجاه الثالث: إتخذ هذا الإتجاه موقفا وسطا بين الإتجاهين السابقين، بحيث يستلزم وجود صلة بين القانون المختار و العقد أو المتعاقدين، ولكن دون أن يشترط تحقق هذه الصلة عن طريق عناصر شخصية كجنسية الأطراف أو مادية كمحل إبرام العقد أو تنفيذه، بل يكفي بأن تكون هذه الصلة نابعة من حاجة المعاملات و التجارة الدولية و يتجسد ذلك مثلا في الفرض الذي نكون فيه بصدد عقد مبرم في صورة عقد نموذجي متعارف عليه في مجال أو تخصص معين و الذي يلقي القبول الواسع في أوساط التجارة الدولية ، فيخضع بذلك الأطراف للقانون الذي يحكم هذا العقد بالرغم من انتفاء الصلة بين القانون المختار و عناصر العقد.

3- رفض فكرة الإحالة في مجال اتفاق التحكيم التجاري الدولي:

يرفض الفقه الغالب فكرة الإحالة في مجال الروابط العقدية ذات الطابع الدولي، على أساس أن منطق الإحالة يتعارض في حد ذاته مع ضابط الإسناد التي تتضمنه قاعدة التنازع في قانون القاضي، و هو ما ذهب إليه فقه النظرية الشخصية الذي رفض الأخذ بالإحالة في مجال العقود صيانة لتوقعات المتعاقدين، ذلك أنه يفترض في أعمال فكرة الإحالة و قبولها أن اختصاص القانون المختار قد تم بمقتضى قاعدة من قواعد التنازع و ليس استنادا إلى مطلق مبدأ قانون الإرادة، هذا إلى جانب أنصار النظرية الموضوعية الذين لم يدخروا جهدا في رفض هذه الفكرة مستنديين في تقرير ذلك إلى أن منطق الإحالة يتعارض في حد ذاته مع ضابط الإسناد الذي تتضمنه قاعدة التنازع، لأن استشارة قواعد التنازع في القانون المختار ستؤدي حتما إلى خضوع العقد لنظام قانوني يختلف عن الذي ارتضاه المتعاقدون، مما يؤدي بدون شك إلى الإخلال بتوقعات الأطراف المشروعة و اضطراب معاملاتهم، لأن اختيارهم لقانون معين يقوم على اعتبارات قدرها فيه، و قبول فكرة الإحالة يؤدي إلى خضوع العقد لنظام قانوني لم يكن متوقعا لديهم².

1 محمود محمد ياقوت. المرجع السابق.ص: 115.

2 صالح المزلاوي. المرجع السابق. ص: 282.

ج-النظام العام كقيد على مبدأ قانون الإرادة:

ينادي الفقه بوجود ما يسمى بالنظام العام الدولي¹، الذي وإن تعددت تسمياته إلا أنها تتفق في مضمونها و تعبيرها عن هذا النوع الجديد من النظام العام، أيا كان الدور الذي تلعبه قواعد النظام العام الدولي في منازعات التحكيم التجاري الدولي، و الذي تؤدي الاستعانة به إلى تطبيق مفاهيم قانونية تتلاءم مع مقتضيات التجارة الدولية، إذ على أساسها تتراجع المفاهيم الوطنية أمام الأفكار والحلول الدولية.

و يعرف النظام العام الدولي بأنه " مجموعة القواعد اللصيقة بالتجارة الدولية، و التي تلبي كل متطلباتها و احتياجاتها عن طريق تشجيع وابتداع القواعد الذاتية الخاصة التي تتفق و نمو المبادلات التجارية الدولية، أو بمعنى آخر هو عبارة عن مجموعة أسس و قواعد عامة لا تتعلق بالمصالح الأساسية لمجتمع وطني معين، و إنما تتعلق بمصالح أساسية خاصة بالجماعة الدولية"، كما تعدد مصادر النظام العام الدولي بين القضاء الوطني و قضاء التحكيم و المعاهدات والاتفاقيات الدولية والتي تساهم جميعا في خلق قواعد هذا النظام².

إن إعمال فكرة النظام العام الدولي أمر تقره و تسمح به مختلف الأنظمة القانونية، مبناه افتراض اختلاف الحل الذي يشير به القانون الواجب التطبيق عن ذلك الذي يقره النظام القانوني المعني، فتحديد فكرة النظام العام الدولي لا يمكن الدفاع عنها عندما يكون الحل الذي يشير به قانون العقدي ظاهره غير عادل، و بالتالي يتعارض و يصطدم بالنظام القانوني الذي يتعين أخذه بعين الاعتبار، و من المقرر أن النظام العام بهذا المفهوم له وظيفة مزدوجة إحداها سلبية و الأخرى إيجابية.

1- النظام العام الحمائي (الإستيعادي) :

يؤدي النظام العام وفقا لهذه الوظيفة إلى استبعاد القانون الوطني واجب التطبيق وفقا لقاعدة التنازع أو وفقا لاختيار الأطراف، بيد أن هذه الوظيفة الاستيعادية ترد عليها ملاحظتين:

أ- إن مسألة تدخلها تثور في كل الحالات التي تكون فيها القواعد المختارة من جانب الأطراف أو الواجبة التطبيق على الموضوع من قبيل المبادئ العامة أو عادات و أعراف التجارة الدولية، حتى أن بعض الفقه ذهب إلى أبعد من ذلك حين أقر بوجود تدرج بين الأنظمة العامة، بحيث يتيح للنظام العام الدولي باستبعاد النظام العام الوطني إذا وجدته مخالفا لأحد هذه المبادئ العامة.

ب- أن الوظيفة السلبية تبدوا تبعية بالنسبة للوظيفة الإيجابية والتي تستغرقها في الغالب.

1 يطلق الفقه عدة تسميات على النظام العام الدولي مختلفة الصياغة لكنها تتفق عند مدلول واحد، كالنظام العام عبر الحدود أو النظام العام العالمي أو النظام العام لقانون التجارة الدولية و لقد أتى المشرع الجزائري باصطلاح النظام العام الدولي في المادة 1051 من ق.إ.م.إ. بنصها على أنه: " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي.... وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.

2 صالح المزلاوي. المرجع السابق. ص: 297.

2-النظام العام التوجيهي:

و يتجسد في حالة التطبيق المباشر لقاعدة من قواعد النظام العام الدولي حقيقة دون استشارة القانون الواجب التطبيق على النزاع، و هذا بتطبيق القواعد و المبادئ الأساسية للتجارة الدولية التي تستقل عن كل نظام وطني بصفة أولية عندما تتعلق فيها القضية بالأفكار الأساسية و العالمية للأخلاقيات التعاقدية.

و يفسر الأستاذ CHAPELLE هذا الدور الإيجابي للنظام العام الدولي بأن " الأنشطة و العمليات التي يقوم بها المتعاملون في التجارة الدولية تخضع لمجموعة من القواعد القانونية التي تتوافر فيها بلا جدال خصائص القاعدة القانونية، و هذا النظام العام توجيهي لأنه يلبي احتياجات المتعاملين في التجارة الدولية إلى الصدق و العدالة و النظام و الأمان... "1.

ثانيا: تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم التجاري الدولي في ظل غياب اتفاق الأطراف (الإسناد الموضوعي):

لا يواجه إعمال مبدأ سلطان الإرادة في حال قيام الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم بينما يصعب إعمال الحل المتقدم في حالة عدم اختيار الأطراف صراحة للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

إذا لم يتفق الأطراف على اختيار القانون الذي يحكم افاقهم على التحكيم صراحة، و تعذر في الوقت نفسه استخلاص إرادتهم الضمنية، فإن هذا لا يصلح أن يكون مدعاة للإمتناع عن الفصل في النزاع إذ يتعين على المحكم أو القاضي حسب الأحوال تحديد القانون الواجب التطبيق مستهدياً بالعوامل و القرائن التي بالرجوع إليها يمكن التوصل إلى الإرادة المشتركة للأطراف أو الإرادة الضمنية، و التي تفيد في التركيز الموضوعي للعقد في اطار نظام قانوني .

و هذا الاتجاه الاتجاه التقليدي القائم على استخدام الأسلوب التنازعي نظري فقهي و يتمثل بوجود عدة نظريات و عدة أفكار، فمع اتفاق أصحاب هذه النظريات و الأفكار على و جوب تعيين القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع عن طريق قواعد الإسناد في نظام قانوني معين، إلا أنهم يختلفون في تحديد هوية هذا النظام باعتماد ضوابط ثابتة مرتبطة بإرادة الأفراد بوصفها إسنادا معبرا عن الصلة الوثيقة التي تربط عقدهم بقانون دولة محل الإبرام أو جنسية المتعاقدين أو موطنهما المشترك.

ونجد أن أغلب التشريعات الوطنية قد تبنت هذا الاتجاه و أعطت موقفا حاسما ومحددا لهذه الحالة، ومن بينها التشريع الجزائري الذي منح للقاضي الحق في تطبيق ضابطين للإسناد بمقتضى المادة 18 من القانون المدني الجزائري و هما قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين و قانون مكان إبرام العقد.

1 صالح المزلاوي. المرجع السابق. ص:302.

و يستفاد من هذا النص أنه يحدد القانون الواجب التطبيق من ضمن القوانين التي لها صلة وثيقة بالرابطة العقدية حيث أتى بضابطي إسناد احتياطين و قرر الأخذ بهما على سبيل التدرج مستبعدا بذلك دور القاضي في تكملة إرادة المتعاقدين عند تخلف إرادتهما الضمنية.

كما يلاحظ على نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري أن المشرع هو الذي تولى عملية الإسناد و الضوابط المذكورة بترتيب ورودها الذي يعد ذا قيمة في معاملات التجارة الدولية، خاصة و أنها ضوابط إسناد احتياطية أوردها المشرع كقرائن قانونية بسيطة لتسهيل مهمة القاضي في أعمال قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد، حتى و إن اختلف موقف القانون المقارن في ترتيبها حسب أهميتها¹.

إن الخاصية التي تميز هذا الاتجاه تحدد بالعلم المسبق للقانون الذي يحكم العقد في حالة غياب اختياره من قبل المتعاقدين، و بهذه المثابة يتحقق لهم الأمان المنشود و يصون توقعاتهم المشروعة من ناحية، و يكفل للتجارة الدولية الإستقرار من ناحية أخرى².

أ- إخضاع اتفاق التحكيم لقانون دولة المقر

ذهبت أحكام القضاء الفرنسي إلى القضاء بأن اختيار الأطراف للدولة التي سوف تعقد فيها جلسات التحكيم التي يؤدي إلى ضرورة تطبيق قانون دولة المقر على اتفاق التحكيم، و تطبيق قانون دولة المقر على اتفاق التحكيم هو الحل الذي تبناه معهد القانون الدولي في قراراته الصادرة في عامي 1957، 1959 و يرى الأستاذ Goldman أن تبني معهد القانون الدولي للحل المذكور لم يكن قائماً على تركيز للإرادة الضمنية للأطراف، و لكن بوصفه حلاً يفرض بشكل موضوعي و في جميع الحالات و هو ما يعني بشكل أو آخر تبني التكييف الإجرائي لاتفاق التحكيم و الإشارة علاوة على ذلك إلى وجود مبدأ وفقاً له تخضع إجراءات التحكيم بالضرورة إلى قانون الدولة التي تتم فيها هذه الإجراءات، و لقد ذهبت بعض المعاهدات الدولية المتعلقة بالاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية كمعاهدة نيويورك الموقعة في 10 يونية 1958 و كذلك معاهدة جنيف بشأن التحكيم الدولي الموقعة سنة 1961 إلى إخضاع اتفاق التحكيم في حالة عدم وجود اختيار صريح من قبل الأطراف، إلى قانون الدولة التي صدر حكم التحكيم فيها و يتسم ضابط دولة المقر في الفرض المذكور بأنه ضابط احتياطي إذ أن هذه المعاهدات قد أعطت الأولوية لقانون الإرادة³.

طلما لم توجد إرادة مخالفة للأطراف، فإن مقر التحكيم يعد مؤشراً هاماً يعتد به بشكل خاص عند البحث عن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، و يستمد هذا المؤشر أسباب قوته باعتبار أن مقر التحكيم هو المكان الذي يتم فيه تنفيذ الاتفاق على التحكيم، فمن المعروف أن مكان تنفيذ العقد يعد ضابطاً هاماً.

1 زروقي الطيب. المرجع السابق . ص: 244.

2 هشام صادق علي. المرجع السابق . ص: 549.

3 حفيفة السيد الحداد. النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. المرجع السابق. ص: 165.

و مع ذلك فإن الضابط المتقدم ليس بمنأى عن الانتقاد و خاصة إذا كان مكان انعقاد جلسات التحكيم لم يتم اختياره من قبل الأطراف أنفسهم و من منتقديه الأستاذ رينيه دافيد الذي يرى فيه حل يأس أكثر منه مبدأ عامًا، و مما لا شك فيه أن لكل نظام من هذه النظم، أيًا كانت أهميته نظرية أو تطبيقية، له مزاياه و عيوبه، و لعل أهم ما يعيها هو عدم مطابقتها لمسلك المحكمين و لتطلعات المشتغلين بالتجارة الدولية¹.

ب- إخضاع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم العقد الأصلي

من بين نتائج مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه أو يشير إليه عدم خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم العقد الأصلي، و مع ذلك فالحكم أو القاضي الذي يرى ضرورة تحديد قانون وطني من أجل أن يفصل في المسائل المتنازع عليها و المتصلة باتفاق التحكيم، يلجأ عادة إلى اختيار القانون الذي يحكم العقد الأصلي، إلا إذا قام الأطراف باستبعاد أعمال هذا القانون على اتفاق التحكيم بشكل واضح.

و يرى الأستاذ Goldman ان الصلة بين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الذي يحكم العقد الأصلي لها ما يبررها، فهي تعبر عن الرابطة الوثيقة القائمة بين كل من الاتفاق و العقد الأصلي، فاتفاق التحكيم ينصب هدفه على حل المنازعات الناشئة أو المحتملة الناجمة عن العقد الأصلي، و مع ذلك فإنه تجدر الإشارة إلى أن هذه الرابطة و النتيجة المترتبة عليها فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، يتعين أن لا تؤثر أو تمس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي و لا مبدأ صحة اتفاق التحكيم الدولي².

ت- إخضاع اتفاق التحكيم لقانون محل إبرام الاتفاق:

تستعين العديد من التشريعات بضابط محل إبرام العقد لتعيين قانون العقد في حال انتقاء الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف المتعاقدة، و قد قيل في تأييد هذا الإسناد الجامد بأنه إسناد يعبر عن وجود صلة حقيقية و جادة بين القانون و العقد، و يكفل للمتعاقدين إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل مفصل و يكفل أيضا ميزة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد، كما يضمن وحدة الحلول القانونية التي تطبق على الرابطة العقدية.

لكن رغم المزايا التي يتمتع بها هذا الإسناد إلا أنه لم يسلم من النقد، حيث قيل في شأنه أن إبرام العقد بناء على ظروف عارضة لا يكفي لاعتماد هذا الضابط في تحديد قانون العقد و أنه يؤدي إلى الإخلال بالأمان القانوني الذي ينشده الأطراف، كما أن اختلاف النظم حول تحديد المكان الذي يعتد به كمحل لإبرام العقد، قد يؤثر على تحديد قانون العقد³.

1 فؤاد ذيب. المرجع السابق. ص: 43.

2 حفيفة السيد الحداد. النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. المرجع السابق. ص: 166.

3 صالح المزلاوي. المرجع السابق. ص: 327.

ث- اسناد اتفاق التحكيم لقانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة

و هناك اتجاه آخر يفضل إسناد الاتفاق لقانون الموطن المشترك و الأخذ بالقانون الوطني للخصوم و ليس للمحكم كونه القانون الذي يعرفه المتحاكمون أكثر من غيره، و قد اعتادوا على أن ينظموا سلوكهم وفق أحكامه، الأمر الذي يسمح لهم بتوقع الآثار التي ستترتب عنه من جراء إعمالهم لهذا الضابط.

و أصحاب هذا الاتجاه ينادون بالرجوع إلى نظام تنازع القوانين في القانون الوطني المشترك للمتعاقدين أو قانون موطنهما المشترك، في حال اختلافهما في الجنسية، على أساس أنها أكثر صلة و ارتباطاً من غيرها بشخص المتعاقدين و بالنزاع المعروف على التحكيم فضلاً عن أهمية الموطن في تعامل الأفراد لذلك فضل المشرع الجزائري تحويل قانون الموطن المشترك للمتعاقدين الموقع الأول في الترتيب قبل قانون الجنسية المشتركة و قبل قانون محل إبرام العقد، رغم أهمية و وزن هذين الأخيرين .

كما اختلفت معظم التشريعات حول موقع الأفضلية لقانون الجنسية المتحدة للأطراف المتعاقدة، كما اختلف القضاء في شأن قانون الجنسية المشتركة، فاعتبرته بعض أحكام القضاء الفرنسي قرينة على الإرادة المفروضة، بينما اعتبرته أحكام أخرى دليلاً على الإرادة الضمنية أو مركز الأعمال المشترك¹ ، فإسناد الرابطة العقدية إلى قانون دولة الجنسية المشتركة هو إسناد متقدم، و من الصعوبة بما كان التعويل عليه في مجال العقود التجارية و عقود المعاملات المالية ذات الطابع الدولي، و ما تأكيد الفقه على أن الجنسية الأجنبية لا تعد عنصراً مؤثراً في عقود المعاملات الدولية إلا دليل على ذلك².

ج- القيمة التركزية لبعض القوانين الخاصة ببعض اتفاقات التحكيم

تلعب بعض العناصر الخاصة بجانب من الاتفاقات دوراً هاماً في عملية تركيز اتفاق التحكيم في نظام قانوني محدد و يتحقق ذلك في حالة تبني الأطراف لشرط تحكيمي مستمد من عقد نموذجي وضعته جهة مهنية تابعة لدولة معينة و تتصل نصوصه بشكل وثيق بالنظام القانوني لهذه الدولة، فعقود النقل البحري التي يتم اعتمادها وفقاً لنموذج سند الشحن الإنجليزي تعد مثلاً معبراً عن هذه الحالة .

و على العكس من ذلك فإن إختيار مؤسسة تحكيمية ذات طابع دولي مثل المحكمة الدولية للتحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس، لا يمكن أن يفسر في ذات الاتجاه السابق، فالتركيز الجغرافي للمؤسسة ينجم عن الحاجة إلى الإسناد إلى أساس إقليمي و لكنه لا يظهر الرابطة القوية مع الدولة التي تتواجد فيها هذه المؤسسة على نحو يؤدي إلى استخلاص النتيجة الضرورية بإعمال قانون هذه الدولة على اتفاق التحكيم الذي يشير إلى هذه المؤسسة.

1 صالح المزلاوي. المرجع السابق. ص: 333.

2 هشام صادق علي. المرجع السابق . ص: 75.

و لا يختلف الحل المتقدم إلا إذا كانت الإشارة إلى المؤسسة التحكيمية تفيد أن بها مؤسسة تحكيمية نشأت و تعمل في إطار وطني، كما هو الحال بشأن بعض الأجهزة الانجليزية للتحكيم، أو بعض الأجهزة الوطنية ذات الطابع العام في أوروبا الشرقية أو في الشرق الأقصى، ففي هذه الحالات قد يبدو من الممكن افتراض أن الأطراف أرادت إخضاع اتفاق التحكيم لقانون دولة مقر التحكيم، و ذلك بعكس الفرض الآخر الذي تتم فيه الإشارة إلى مؤسسة تحكيمية ذات طابع دولي كالمحكمة الدولية للتحكيم بلندن، أو بالهيئة الأمريكية للتحكيم في الولايات المتحدة الأمريكية، إلا إذا قامت الأطراف باختيار لائحة التحكيم الدولي لهذه المؤسسة¹.

المطلب الثاني: تقدير خضوع اتفاق التحكيم لقواعد التنازع

لا جدال في أن قواعد التنازع قد اعتبرت الوسيلة الأساسية أو المثلى في فض المنازعات ذات العنصر الأجنبي رداً من الزمن، و استمر العمل بها ولا زال في معظم دول العالم، و من ثم يُعد المنهج عالمياً في ذبوعه و انتشاره. غير أن ظهور الدول بالمفهوم المعاصر ترتب عليه تطور في المذاهب الاقتصادية و السياسية، و انعكس ذلك داخلياً ودولياً حين أدركت الدول أنها لا تستطيع أن تعيش بمعزل عن غيرها، فنشطت حركة التجارة الدولية و المبادلات الاقتصادية و كان على الدول أن تتخذ الأدوات القانونية الكفيلة بتدعيم هذا النشاط، كوضع القواعد التي تتلائم مع علاقات التجارة الدولية و تحريرها من قيود الحياة الداخلية².

و أمام هذا التطور لم يعد منهج قاعدة التنازع قادراً على استيعاب المتغيرات الدولية التي عرفها المجتمع الدولي و الذي كان من نتائجه وضع آليات قانونية جديدة و صياغة جيل جديد من القواعد القانونية بغرض تحرير التجارة العالمية، فكان لا بد أن ينعكس هذا التطور على القانون الدولي الخاص باعتبار يكرس التجارة الدولية و الإستثمار الأجنبي و العلاقات ذات العنصر الأجنبي بشكل عام، فصار من المؤلفين بين الفقهاء القول بأن قاعدة التنازع ليست إلا منهجاً من بين مناهج متعددة، أو هي طريقة من بين أخريات تحاول زحزحة هذه القاعدة عن عرشها و تكشف أسباب عدم ملاءمتها و تُظهر مثالها على نحو جعلها في أزمة حقيقية .

ثار خلاف محتدم حول الدور الذي تلعبه قاعدة التنازع في مجال تنظيم العلاقات الخاصة الدولية بصفة عامة و في منازعة التحكيم التجاري الدولي بصفة خاصة، إذ تعد مشكلة تحديد هذا الدور مشكلة حديثة نسبياً حيث لم يلفت النظر إليها إلا منذ فترة ليست بالبعيدة، إذ لم تكن قبل ذلك منازعة في هيمنة قاعدة التنازع في تحقيق حلول للمشاكل التي تثيرها هذه العقود.

و على الرغم من أن الاتجاه العام سواء على الأنظمة القانونية الوضعية المقارنة أو على صعيد المعاهدات الدولية يظهر سيادة فكرة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال منهج التنازع ، فإن جانباً من الفقه الفرنسي

1 حفظة السيد الحداد. النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. المرجع السابق . ص: 177.

2 أحمد عبد الكريم سلامة . المرجع السابق. ص: 623.

يذهب إلى أن إعمال منهج التنازع التقليدي يثير العديد من المشاكل، بعضها يتعلق باختيار طائفة أو طوائف الإسناد الواجبة للإعمال أو بضوابط الإسناد القادرة على تعيين القانون الواجب التطبيق¹.

ففي الآونة الأخيرة غدا دور قواعد التنازع محل جدل، و تشكيك البعض في أفول نجمها على الرغم من الرسوخ الذي اكتسبته عبر السنين، فأصبح يُنظر إليها على أنها الدواء المر إذ لا يتم اللجوء إلى هذه القواعد كحل مناسب، و إنما كحل ضروري للمشاكل و النزاعات الخاصة الناشئة عبر الدول² خاصة عندما تتعامل مع مفردات التجارة الدولية فكثيرا ما تسيء فهمها و تقودها إلى حلول غريبة ليست الأفضل للأطراف، و هو ما أدى إلى عزوف المتعاملين في مجال التجارة الدولية عن اللجوء إلى قضائهم الطبيعي - الذي سيكون مضطرا لتطبيق قواعد التنازع التقليدية- و النجاة بمصالحهم إلى طريق التحكيم.

لقد أصبح منهج قاعدة التنازع محل استهدافات من قبل بعض الفقه، ما لبثت أن تحولت إلى هجمات جماعية لمجموعات من الفقهاء، هذه الأخيرة لم تتردد في أن تكتب عما أسمته "بأزمة تنازع القوانين" أو "أزمة قاعدة التنازع" مثل الفقيه الألماني kegel والفقيه Neuhans و تبعهم في ذلك الفقيه الألماني Francescakis مدعما بالفقه المؤيد لما يسمى بقانون التجار³، مستهدفين من وراء ذلك حرمان قاعدة التنازع من صدارتها و وضعها في ذات مرتبة المناهج الأخرى التي تنظم العلاقات الخاصة الدولية .

و بناءً عليه يبدو ضرورياً التطرق للأسباب التي أدت إلى أفول نجم قاعدة التنازع في مجال منازعة التحكيم التجاري الدولي بعدما كانت لها الصدارة في ذي قبل، و بعدما ثبت أن التاريخ الطويل لهذه القواعد لا يعني أبداً الالتصاق بها و الوقوف عندها، فطبيعة الأشياء تقول بأن النظم القانونية تتطور و تتفاعل وتستفيد من الثغرات و الخبرات و بالتالي فإن انتهاج مناهج أخرى متجددة هو أمر يتفق مع بديهيات التطور ومنطق الحياة.

الفرع الأول: العيب الخفي في منهج قاعدة التنازع:

تتميز قاعدة التنازع بمجموعة من الخصائص من بينها التجريد و الحيادية، هذه الأخيرة تقود إلى نتيجة مقتضاها أن القاضي لا يكون له أن يبحث في المضمون الذاتي للقوانين الداخلية المعروضة لعدم تصور -من حيث المبدأ - لمضمون أحكامه، استطاعته اختيار القانون الواجب التطبيق وفقاً لمضمون أحكامه فعندما يصل إلى مرحلة إعمال القانون المختار فإنه يتبين المضمون الموضوعي لأحكامه، إلا أنه لا يستطيع أن يهجره إذا تبين عدم ملائمة للعلاقة محل النزاع، بالنظر إلى الصفة الملزمة لقاعدة التنازع التي توجب احترامه و تطبيقه، فلقد أثبت استخدام هذا المنهج في كثير من

1 حفيفة السيد الحداد. النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. المرجع السابق. ص: 169.

2 إيهاب السناطي. المرجع السابق. ص: 370.

3 أحمد عبد الحميد عشوش. تنازع مناهج تنازع القوانين، الإسكندرية. مصر. مؤسسة شهاب الجامعية. بدون عدد طبعة. 2003. ص: 10.

الأنظمة القانونية و القضائية أن قواعده ليست سهلة الاستخدام¹، بل يكشف مسألة فنية أخرى تتمثل في أنه يجسد حلولاً داخلية لمسائل دولية بدليل وضعه أصلاً لحكم العلاقات الوطنية، فالأمر يتعلق هنا بنوع من إنعدام القدرة المسبق لحكم الأوضاع الدولية حتى وصل الأمر إلى القول بأن منهج التنازع قد أضحى زائفاً و أعمى، بل كذلك تحكيمياً بين يدي القاضي²، ذلك أن قاعدة التنازع هي قاعدة ميكانيكية أو آلية إن صح القول، حيث يتم إعمالها إذا توافرت الصفة الدولية في المسألة محل النزاع، أيا كان القانون الذي يقود إليه هذا الإعمال، و أيا كان جوهره و مضمون أحكامه.

الفرع الثاني : إتسام المنهج القائم على قواعد التنازع بالتعقيد والصعوبة إلحاق اتفاق التحكيم بطائفة من

طوائف الإسناد التقليدية:

يعد الفقيه proset من أكثر الفقهاء تشدداً في إظهار هذا النقد حيث يشبهه بأنه "مستتبع كئيب يسكنه علماء غريبو الأطوار، يدرسون مسائل غامضة مستخدمين تعبيرات و مصطلحات تستعصي على الفهم" و عليه أصبح ينظر إلى هذا المنهج على أنه يتسم بالشددة و التعقيد، إذ يقوم على نظريات فقهية مبهمة كمنظية المسألة الأولية و نظرية صراع النظم و نظرية تجزئة العقد³، فطريقته ليست واضحة و متيقنة بشكل واضح لأن الطرف العادي لا يستطيع أن يتوقع حلاً واضحاً باستخدامها، فهو يبحث دائماً عن بيئة آمنة و موثوق بها تمكنه من ممارسه صفقاته بأمان⁴.

كذلك يعيب البعض الآخر على هذا المنهج إمكانية تحريفه مما يقود إلى نتائج شاذة تنجم عن عدم الفهم الصحيح للقانون الأجنبي الواجب التطبيق، بحيث يفسر هذا القانون بطريقة تخالف الطريقة المعتادة التي يفسرها محتواه الاجتماعي الذي يحقق الهدف الذي سن من أجله، مما يؤدي في النهاية إلى مسخ هذا القانون.

كما أن مسألة تحديد طائفة أو طوائف الإسناد التي يتعين إسناد اتفاق التحكيم إليها تثير العديد من التساؤلات و كما يحدث دائماً في إطار القانون الدولي الخاص، فإنه من الممكن إما أن تحدد عدداً من طوائف الإسناد التي يمكن إلحاق اتفاق التحكيم بها، أو على العكس أن نميز بين العديد من طوائف الإسناد المحددة على نحو يسمح باختيار عناصر الإسناد الأكثر ملاءمة، و الذي قد يؤدي إلى تجزئة القوانين المحتملة التطبيق على الجوانب المختلفة لذات المسألة . فإعمال قواعد القانون الدولي الخاص بشأن العقود يؤدي إلى هذه التجزئة من خلال الدعوة إلى التفرقة بين القانون أو القوانين الواجبة التطبيق على الأهلية التعاقدية، على شكل العقد و على الموضوع الذي ينصب عليه اتفاق

1 أحمد عبد الكرم سلامة. المرجع السابق. ص: 624.

2 أحمد عبد الكرم سلامة. نفس المرجع. ص: 625.

3 زروقي الطيب. المرجع السابق. ص: 80.

التحكيم، و علاوة على ذلك فإن هناك تكييفين يتنازعان اتفاق التحكيم، الأول و الذي يلحق اتفاق التحكيم بفكرة الإجراءات و الآخر الذي يصل هذا الاتفاق بموضوع المنازعة التي يهدف اتفاق التحكيم إلى تسويتها من خلال التحكيم و إلحاق اتفاق التحكيم بفكرة الإجراءات و تغليب التكييف الإجرائي لاتفاق التحكيم اتجاه لم يسلم من الانتقاد .

الفرع الثالث: عدم كفاية ضوابط الإسناد المقترحة في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

و عدم إمكانية توقع الحلول وانعدام الأمن القانوني:

يضيف هذا الجانب من الفقه، الذي ينتقد تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال إعمال منهج التنازع، أن إعمال هذا المنهج التقليدي يواجه صعوبة، تتمثل في أنه لا يوجد ضابط من ضوابط الإسناد قادر على تعيين هذا القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، و هناك حالة واحدة فقط لا تثير أية مشاكل، هي في حالة قيام الأطراف أنفسهم بتعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، فمن الثابت أن هذا الاختيار يجب احترامه و على العكس من ذلك، فإنه يوجد عدم اتفاق في الفقه و أيضا في قضاء التحكيم و لاسيما عندما يقوم هذا الأخير باللجوء إلى منهج التنازع، حول الأهمية الواجب إضافؤها على عناصر الإسناد المختلفة القادر على تعيين القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف لهذا القانون.

تعتبر قواعد التنازع قواعد غير مباشرة في حل تنازع القوانين، و بمعنى أدق فإن هذه القواعد لا تعطي حلا مباشرا للمسألة محل النزاع، و هذا لاعتمادها على الطابع الآلي في اختيار القانون الواجب التطبيق لتنتهي وظيفتها بإرشاد القاضي إليه.

وقد تأتي حلول مسائل التنازع في بعض الأحيان مستجيبة لمفهوم القاضي للعدالة أكثر من كونها إعمال لقاعدة مجردة منضبطة - خاصة في الدول التي تتخذ فيها قاعدة التنازع من القضاء مصدراً لها أكثر من التشريع، ما يقودها إلى عدم المقدرة على التنبؤ بالحلول - مما يؤدي إلى تحول هذا المنهج إلى وسيلة تحكيمية في يد القاضي يستخدمها لتحقيق فكرته الشخصية عن العدالة¹، لأنه عادة ما يتم تطبيق و تفعيل قواعد التنازع فقط بمعرفة المحاكم، و لذلك فهذه القواعد لا تساعد أبداً على القيام بدور وقائي للأطراف لمعرفة القانون الواجب التطبيق قبل الدخول في نزاع ما، ذلك أنه غالباً ما يرغب التجار و الشركات في معرفة القانون الذي يمكن أن ينطبق على أعمالهم منعاً للمفاجآت الغير مستحبة، مع أن قواعد التنازع لا تساهم في خلق هذه البيئة المتطلبة²، و بحكم سرعة الإيقاع في منازعة التحكيم التجاري الدولي فإن الأمر يتطلب نوعاً من الأمن القانوني لتأثيرها أكثر من غيرها من جراء اللجوء إلى قواعد التنازع لحل مشاكلها، خاصة في الفرض الذي يلجأ فيه القاضي للبحث عن الإرادة الضمنية أو المفترضة .

¹ أحمد عبد الحميد عشوش. تنازع مناهج تنازع القوانين. المرجع السابق. ص: 13.

² إيهاب السنباطي. المرجع السابق. ص: 371.

بالإضافة إلى هذه الانتقادات الأساسية، أعاب جانب من الفقه على قواعد التنازع عدم قدرتها على التعامل بسلاسة مع العلاقات الدولية الخاصة، الأمر الذي لا يسمح لها بلعب الدور الصحيح للقاعدة القانونية، و التي يفترض أن تستجيب للاحتياجات و التغييرات التي تطرأ على الأفراد و علاقتهم الدولية، و هذا ما يدل على افتقادها لملكة الحساسية الدولية، ذلك أنها قواعد جامدة لا تأبه بالطبائع و التفاصيل المختلفة التي تميز هذا النوع من العلاقات¹. تلك بإيجاز أهم الانتقادات التي وجهت لمنهج قاعدة التنازع، و التي يتضح أنها نسبية لا تتمتع بقيمة مطلقة و تنطبق في أغلبها على قناة واحدة هي التجارة الدولية، متجاهلة بذلك الدور الاجتماعي لقاعدة التنازع و معطيات مشاكلها و ظروفها التاريخية²، و مع ذلك فإن هذه الانتقادات لا تخلوا من فائدة، حيث أظهرت أنه في الحدود التي يفرط فيها هذا المنهج في دوليته أو يفتقدها فإنه يجدر التخلي عن قاعدة التنازع عند عدم ملاءمتها للنزاع المطروح على القاضي.

أما فيما يتعلق بالنقد الموجه إلى منهج قاعدة التنازع على أنه منهج معقد و هذا لصعوبة تفهم قواعده، فقد رد عليه بأنه يشكوا نوعاً من المبالغة و ما الاجتهادات القضائية الكثيرة الأخيرة إلا خير دليل على بساطة هذا المنهج، مثلما اعتمده المشرع الفرنسي في إيجاد الحلول لكثير من المنازعات الدولية الخاصة التي ثارت أمامه، و التي تعتبر بمثابة حجر الأساس لوضع الكثير من القواعد القانونية التي تحكم التنازع.

و فيما يخص النقد المنصب على عدم دقة هذا المنهج، فإن مجاله يتحدد بالتجارة الدولية فحسب، ذلك أن هذا النوع من النشاط يحتاج إلى قواعد دقيقة تتلائم مع خصائص التحكيم التجاري الدولي ، ليذهب هذا الرأي إلى أبعد من ذلك حين أقر بأن عدم مراعاة منهج التنازع للطبيعة الخاصة للعلاقات الدولية يعتبر من قبيل الانتقادات الصائبة معلاً ذلك بأن إخضاع أي علاقة تجارية دولية لقانون دولة واحدة فيه إهدار للطبيعة الخاصة لهذه العلاقة.

و إذا كان خضوع منازعة التحكيم التجاري الدولي للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين - بإعتباره الأصل - و فقا لما تشير إليه قواعد التنازع قد تعرض إلى انتقادات لاذعة استهدفت النيل من هذه القواعد، بالنظر لما قد يؤدي إليه ذلك من فتح الطريق أمام أطراف التعاقد للإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعلاقة العقدية، فهذا هو ما دعى بعض الشراح³ إلى البحث عن نقطة التوازن بين حق الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق من ناحية و الإحترام المطلوب للنصوص الآمرة التي تحكم العقد من ناحية أخرى.

1 إيهاب السباطي. المرجع السابق. ص: 373.

2 زروقي الطيب. المرجع السابق. ص: 81.

3 من بينهم الفقيه مانشيني الذي أسند العقد للقانون الشخصي للمتعاقدين مع تحويل هؤلاء اختيار قانون آخر ليسري خارج إطار المسائل التي تصدى القانون الشخصي - بتنظيمها تنظيمًا

أمراً، هشام صادق علي. المرجع السابق. ص: 761.

و قد وجدت نقطة التوازن تلك ضالتها في قواعد داخلية لا تحتاج في تطبيقها لمنهج التنازع، رغم أنها لم توضع خصيصا لتنظيم الروابط العقدية الدولية، كل ما في الأمر أن صفتها الآمرة قد بلغت حدا يقتضي إعمالها في شأن كافة الروابط العقدية التي تحكمها بشكل مباشر، و هذا بصرف النظر عن طبيعة هذه العلاقات و ما إذا كانت ذات طابع داخلي أم ذات طابع دولي.

و سيرا في هذا الإتجاه و اعتبار قواعد التنازع مجرد تسبب مناسب من أجل تبرير الحل الذي أعطاه القضاء للواقعة المعروضة عليه¹، ظهرت صورة أخرى تخضع بموجبها منازعة التحكيم التجاري الدولي إلى سلطان القانون سميت " بمنهج القواعد المادية".

¹ حفيفة السيد الحداد. النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. المرجع السابق. ص: 180.

الفصل الثاني: تنامي دور القواعد المادية في حل منازعة التحكيم التجاري الدولي

كان منهج التنازع و حتى عصر قريب يتبوء مركز الصدارة في حلول تنازع القوانين بصدد منازعة التحكيم التجاري الدولي، إلا أنه نتيجة للتطور الذي اتسمت به العلاقات التجارية الدولية و ما أصابها من تغيير، لم يعد بمقدور قواعد التنازع أن تتماشى مع معطيات هذه التجارة الحديثة، خصوصاً مع ازدياد الحاجة إلى وجود حلول موضوعية تلائم المعطيات الجديدة لهذا التطور وتعمل على تلافي الاختلاف الناتج عن تباين التشريعات الوطنية ، و هو ما أدى إلى ظهور اتجاهات حديثة تدعو إلى تحرير هذه العقود من سلطان القوانين الداخلية ، و الإتجاه نحو خلق بعض الأحكام أو القواعد الموضوعية لتحكم مباشرة الروابط العقدية الدولية ، بما يتماشى وطبيعية هذه الروابط ويستجيب لأهدافها¹ .

ومن أجل توضيح كل ذلك، سنحاول التطرق إلى مكانة القواعد المادية ودورها في إيجاد حلول موضوعية ملائمة لمقتضيات ومتطلبات التجارة الدولية (مبحث أول)، وما دام أن التجارة الإلكترونية أصبحت عدة وأداة التجارة الدولية فإن ذلك يفرض علينا تسليط الضوء على أهم التحديات القانونية التي تواجه هذا الوافد الجديد ومدى قدرة القواعد التقليدية على إيجاد حلول ملائمة لها (مبحث ثاني).

1 محمود محمد ياقوت . المرجع السابق . ص: 290.

المبحث الأول: خضوع منازعة التحكيم التجاري الدولي للقواعد المادية في القانون الدولي الخاص

أدى التطور الحديث الذي طرأ على العلاقات الخاصة الدولية و ما صاحب ذلك من عدم توافق القوانين الوطنية مع حاجات تلك العلاقات، إلى ظهور قواعد موضوعية تصلح للتطبيق مباشرة على هذه العلاقات، أطلق عليها الفقه الحديث تسمية القواعد المادية في القانون الدولي الخاص¹.

و يحسن بنا ونحن في مستهل الحديث عن القواعد المادية أن نقف على الأسباب التي أدت إلى الاحتكام إلى هذه القواعد بصدد حل مشاكل منازعة التحكيم التجاري الدولي، بعد أن نبين في بادئ الأمر مفهومها و الخصائص المميزة لها ، فإذا انتهينا من ذلك أصبح من الواجب التطرق إلى المصادر التي يمكن أن تستقي منها هذه القواعد أحكامها خاصة مع كثرة التساؤلات و عدم الاتفاق حول هذه المصادر، كذا و الوسائل التي يمكن عن طريقها تحقيق التوحيد و الانسجام في قواعدها .

المطلب الأول: مفهوم القواعد المادية وعوامل ظهورها

لقد فرضت التغيرات السياسية و الاقتصادية في الفترة من العصور الوسطى و حتى العصر الحديث، خضوع العلاقات التجارية الدولية لقواعد مادية تختلف عن قواعد قانون التجار الذي كان سائد إبان العصور الوسطى، هذا الاختلاف يظهر بشكل واضح من خلال التسميات العديدة التي اقترحتها الفقه لهذا النوع من القواعد، فقد أسماها البعض بقانون التجارة الدولية أو القانون الموحد أو قانون الشعوب، بينما أطلق عليها البعض الآخر قانون التجار أو قانون عبر الدول أو القانون الدولي للأعمال... إلخ².

و البحث عن قواعد مادية ذات طبيعة دولية تهتم بشؤون التجارة الدولية بعيدا عن القوانين الوطنية، يعيد للأذهان مرة أخرى إلى العصور الوسطى حيث نشأة تلك القواعد، و تذكرنا بالجدل الذي احتدم بين الفقهاء في بداية الخمسينات من القرن الماضي في خصوص ما أطلق عليه الفقه " أزمة منهج النزاع" و ضرورة البحث عن المنهج آخر ليحكم الروابط الدولية

1 يتجه جانب من الفقه إلى تسمية هذه القواعد بالقواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص تمييزا لها عن قواعد النزاع، لأن أديبات اللغة القانونية تثير احتمال أن استخدام تعبير " المادية" مقابل لتعبير " المعنوية"، إلا أن هناك جانبا آخر من الفقه الحديث يفضل اصطلاح القواعد المادية بدلا من القواعد الموضوعية لأن هذا الاصطلاح الأخير قد يشير الخلط بدوره على أساس مقابله لاصطلاح القواعد الإجرائية ينظر في هذا المعنى. هشام صادق علي. المرجع السابق.ص702 و إيهاب السباطي. المرجع السابق. ص: 12 .
2 صالح المتزلاوي. المرجع السابق. ص: 44.

الفرع الأول: تحديد مفهوم القواعد المادية الدولية

يقوم منهج القواعد المادية على فكرة خلق بعض القواعد الأساسية (المادية) التي تشتمل على حلول مباشرة لمنازعات العلاقات الدولية الخاصة¹، فتطبق مباشرة بمعرفة القاضي و دون البحث عن قواعد الإحالة في قانونه المحلي و البحث عن القانون واجب التطبيق الذي تؤدي إليه².

و المقصود بمصطلح القواعد المادية بصفة عامة " مجموعة القواعد القانونية التي تتكفل بوضع تنظيم مباشر للروابط القانونية يستوي في ذلك الروابط الوطنية والدولية"³، بيد أن هذا المصطلح قد يكون له معنى محدود إذا أضيف إليه ما يضيق من مفهومه الواسع، كأن يتعلق الأمر فقط بالقواعد المادية التي تحكم منازعة التحكيم التجاري الدولي مما يؤدي إلى تخصيص مدلولها السابق، فتعني حينئذ مجموعة القواعد التي تضع حلول موضوعية للمشاكل التي تواجه منازعة التحكيم التجاري الدولي.

و بموجب القواعد المتقدمة يتم حل النزاع موضوعيا و دون حاجة إلى تعيين قانون معين ، لأنها وضعت أساسا لتستجيب لطبيعة العلاقات الخاصة الدولية ، و من بينها الروابط العقدية ذات الطابع الدولي ، إذ أنها غالبا ما تأخذ بتأمل عميق العلاقات الدولية و تعطي حلولاً تأخذ بعين الاعتبار خصوصيات التجارة الدولية⁴ ، ففي الحالة التي يثار فيها التساؤل مثلا حول صحة شرط الذهب في عقد دولي، فإن هذا التساؤل يتم حله بالرجوع إلى القاعدة المادية المعروفة التي تقضي بصحة هذا الشرط في نطاق العقود الدولية، بصرف النظر عن القانون المختص وفقا لقواعد تنازع القوانين⁵ ذلك أن مقتضيات التجارة الدولية توجب اطمئنان المتعاملين فيها إلى القيمة الاقتصادية الحقيقية التي ستعود عليهم نتيجة إبرام عقدهم التجاري الدولي، ليصبح من حق هؤلاء تضمين عقودهم شرط الذهب الذي من شأنه تحقيق الغاية المقصودة ، فتغليب القواعد المادية على قواعد التنازع وفقا لهذا الرأي ، يرجع إلى طبيعة هذه القواعد التي وضعت أساسا لحكم الروابط الخاصة الدولية ، مما يقتضي التسليم بسموها على قواعد القانون الداخلي الذي تشير قواعد التنازع باختصاصه.

و لم يكن بمقدور القواعد المادية أن تصل إلى هذا المستوى بدون مراعاتها للطبيعة الفريدة للعلاقات التجارية الدولية الخاصة، و التي خلقت الحاجة إلى تبني قواعد دولية موحدة ، و عبر مرورها بمراحل و محطات تاريخية ساهمت في

1

Jacquet Jean-Michel et Delebecque Philippe et Corneloup Sabine. Droit du commerce international. Edité par Dalloz. Paris - 2007 . p 67.

2 إيهاب السباطي. المرجع السابق ص: 379

3 صالح المنزلاوي. مرجع سابق. ص: 41.

4

Jacquet Jean-Michel et Delebecque Philippe et Corneloup Sabine. Droit du commerce international. Op.Cit.p68.

5 هشام خالد. المرجع السابق. ص: 199.

بناء هذا الصرح القانوني ، فكانت البداية بالرومان حين وضعوا قواعد مادية تحكم الروابط القانونية المختلطة بين سكان المدن المختلفة لتتفق و طبيعة هذه الروابط ذات الصبغة غير الداخلية ، و هذا بعدما أدركوا عدم ملائمة قواعد القانوني الروماني ذات الطابع الشكلي للتطبيق على العلاقات التجارية الناشئة بين التجار المنتمين إلى روما و غيرهم من سكان المدن الأخرى¹ ، في حين استخدم التجار في مرحلة لاحقة قواعد خاصة - العادات و الأعراف التجارية - في إدارة أعمالهم خاصة و أنه لا يوجد نظام قانوني يمكن أن يغطي كافة أنواع العلاقات الدولية .

لكن استخدام هذه القواعد لم يقتصر على التجار فقط، بل تعداه إلى الدول حينما دخلت مجال التجارة الدولية و تعاملت فيه كشخص من أشخاص القانون الخاص، فكان عليها أن تقبل هذه القواعد الحاكمة لهذا المجال طالما ارتضت قواعد لعبة التجارة الدولية، لتصبح هذه القواعد أساسا لنظام تقبله أغلب الدول بل و تشجعه و تؤيده في بعض الأحيان² .

كما كان للضغوط المرتبطة بمحاجات التجارة الدولية و علاقتها ، و على مستوى سرعة و مرونة القواعد القانونية التي يجب أن تحكمها و التي لم تعد تتوافق مع تقنية التنازع و تعقيدها ، بالغ الأثر في إرساء وجود هيئات ومؤسسات مهمتها الضغط على التشريعات للقبول بقواعد موحدة دولية لحكم العلاقات التجارية الدولية ، خاصة أمام تداخل مصالح الدول و مؤسساتها التي اخترقت الحدود ، فما كان على الدول إلا أن وجدت نفسها مضطرة و في سبيل الانضمام إلى هذا المسار لقطف ثمار مفترضة منه ، أن تندفع في حركة تشريعية مواكبة له و مساعدة على نجاح خطواته³ . و هكذا بدت العولمة التجارية و القانونية كأنها تدفع نحو خطوات متسارعة لعولمة قواعد حل النزاعات التجارية الدولية، أين أصبحت القواعد المادية تقرر لتحقيق الانتشار والهيمنة على المعاملات التجارية في الساحات الدولية، و هذا عن طريق صياغة قواعد موحدة تحكم هذه المعاملات، قواعد تقبلها و ترضى بها الدول أعضاء الجماعة الدولية على نحو يستبعد إقحام القوانين الوطنية في هذا المجال، لذلك تساهم جميع الدول في نشوء هذه القواعد بدرجة أو بأخرى وفقا لمبدأ المساواة في السيادة الذي يحكم العلاقات الدولية.

أولا- خصائص منهج القواعد المادية:

إن توحيد القواعد القانونية التي تحكم منازعة التحكيم التجاري الدولي أمر مهم من أجل زيادة حجم المبادلات التجارية الدولية، فوجود هذه القواعد يحقق السرعة و الثقة و الائتمان، ذلك أن للتجارة الدولية مقتضياتها و بناؤها المستقل عن النظم الداخلية، فالاستقرار اللازم للعلاقات التجارية الدولية لا يتأتى بالضرورة من تطبيق قواعد القانون

1 هشام صادق علي. المرجع السابق. ص: 700.

2 إيهاب السباطي. المرجع السابق. ص: 379.

3 سعيد يوسف البستاني. المرجع السابق. ص: 247.

الوطني - التي وضعت أصلا لتحكم العلاقات الداخلية-و إنما بقواعد من صنع الأوساط المهنية التي تتبع تلقائيا من خلال عمليات التجارة الدولية¹.

و وفقا لهذا التوجه فإن المنهج القائم على القواعد المادية يتميز ببعض الخصائص التي تميزه عن باقي المناهج التي تنشط في مجال القانون الدولي الخاص، و التي تعطي لهاته القواعد طبيعة خاصة ومن بينها:

1- قواعد مباشرة وموضوعية :

على عكس قواعد النزاع التقليدية فالقواعد المادية تعطي حولا مباشرة للنزاع المعروض دون الاستناد إلى قانون معين ، لتستبعد بذلك الوساطة التي من الممكن أن تنشأ بين القاضي و القانون واجب التطبيق ، حيث أن هذا الأخير يصبح في متناوله مباشرة ، وبالتالي يسهل تطبيقها والعلم بها سلفا لقوة صلتها المباشرة بالقاضي أو المحكم².

و قد أظهر مشهد نمو التجارة الدولية في العقود الأخيرة، بالإضافة إلى التبديل الهام و المؤثر في الحجم النوعي للمبادلات التي تقوم عليها و الأشخاص المحركين لها، عن اتساع و تعقيد متزايد لهذه العلاقات التجارية التي تتخطى الحدود الإقليمية، الأمر الذي تعذر معه على المشرع الوطني ملاحقة هذه المعاملات بالتنظيم، و في حين لم يجد أحسن من رجال التجارة الدولية أنفسهم للقيام بهذه المهمة، عن طريق استخلاص قواعد موضوعية مباشرة تكون أكثر قابلية للتلائم مع حاجاتهم ومصالحهم التجاري.

2-قواعد عامة تتلائم والعلاقات التجارية الدولية الخاصة :

و ذلك لأن القواعد المادية موضوعية خصيصا لكي تناسب العلاقات التجارية الدولية الخاصة ، و لأنها تطورت حصرا في قطاع التجارة الدولية الذي يتلائم بصعوبة مع النطاق الضيق للقانون الداخلي و العدالة الوطنية ، و ما يؤكد هذا الفرض أن هناك مجموعة من الاتفاقيات الدولية تكرر هذه القواعد في مواضيع مختلفة كالبيع الدولي للأشياء المادية المنقولة، السندات التجارية، و الالتزامات التعاقدية... إلخ ، زد على ذلك أن القواعد المادية أو الموضوعية للتجارة الدولية لا تهتم بصفة أساسية و لا تجد ضالتها إلا بمناسبة منازعة التحكيم التجاري الدولي، خاصة مع وجود أجهزة في نطاق التجارة الدولية تعمل على احترام القواعد القانونية التي تحكمها - و هي قواعد مستقلة عن أطراف العلاقة - ، تتجسد خصوصا في هيئات التحكيم التي تعد كسلطة قضائية حقيقية تساعد على استقلال المجتمع الدولي للتجار و تعمل على احترام قواعده ، يقابلها القضاء في التشريعات الوطنية ، و على حد تعبير البعض فإن هذا الأخير يمثل بدوره سلطة قضائية للمجتمع الدولي التجاري.

1 وهو ما يفسر اعتراف الدول بالتحكيم التجاري الدولي كأداة لتطبيق القواعد المادية في قانون التجارة الدولية.

2 هشام خالد. العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية. المرجع السابق. ص: 10.

إذن فالقواعد المادية تعد قواعد عامة و مصنفة لكي تتعامل مع حقل التجارة الدولية، و مع ما يتخلله من أنواع و فئات مختلفة من الصفقات التجارية، و بذلك تكون كقواعد أساسية مناسبة و ملائمة لأنواع العلاقات التجارية التي وضعت من أجلها¹.

3-قواعد تستجيب لاحتياجات الأطراف في التجارة الدولية:

تظهر هذه الخاصية بجملاء عندما تكون القواعد المادية غير رسمية بوضعها بطريقة غير تقليدية، و من ثم فهي تناسب و تستجيب لاحتياجات الأطراف في التجارة الدولية، فتطبق من طرف كافة الأطراف دون إلزام رسمي حيث أنها تعتبر من المبادئ العامة للعدالة في مجال التجارة الدولية .

زيادة على ذلك، فإن القواعد التي تحكم المبادلات الدولية تستمد مصدرها في أغلب الأحيان من عادات و أعراف مهنية تطبق على المنازعات التجارية الدولية، فتكتسب تبعاً لذلك قوة ملزمة، و الثابت تاريخياً أن هذه العادات و الأعراف المهنية نشأت قديماً في مجتمعات التجار و اعتاد عليها هؤلاء في مبادلاتهم التجارية، مما أكسبها الاستقرار في هذه العلاقات و معها اعتبرت كمصدر لقانون التجارة الدولية.

4-قواعد سهلة التطبيق:

بحيث يستطيع المتعاملون في ميدان التجارة الدولية أن يتعرفوا على كيفية عملها، مما يوفر لهم الأمان القانوني المنشود من وراء تعاقداتهم و توفير البيئة الملائمة التي تبلغهم المقاصد التي يربون إليها، فالقواعد المادية باستطاعتها خلق بيئة قانونية آمنة موثوق بها و يمكن التنبؤ بنتائجها، و هذين المقصدين يعتبران من الخصائص المهمة التي تشكل الإطار القانوني للعلاقات التجارية الدولية.

و قد ذهب البعض إلى وصف هذه القواعد بأنها صديقة للمحكمة²، كون القضاة سيكونون سعداء لتطبيق قواعد واضحة و سهلة، بدلا من التوغل في متاهات منهج تنازع القوانين بكل ما يتطلبه من مشقة و جهد، و سوف يتعاملون بشكل سلس مع هذه القواعد خاصة مع زيادة وتيرة العمل لدى الكثير من المنظمات المهتمة بوضع هذه القواعد.

5-قواعد ذات مضمون دولي (أوعالمي):

تمتع القواعد المادية بمضمون عالمي، إذ أنها موجودة أصلاً في النظم القانونية الوطنية أو الدولية كقواعد أو مبادئ ذات انطباق دولي، أعدت خصيصاً لتحكم هذه العلاقات الدولية وتتلائم معها، لأن المضمون الدولي لهذه القواعد يدل على أنها تحكم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي حتى لو كانت بعض عناصرها وطنية، مادام الطابع لهذه العلاقات دولياً، بل أبعد من ذلك حتى لو كان أحد أطرافها دولة أو أحد أشخاص القانون العام³.

1 إيهاب السنباطي. المرجع السابق . المرجع السابق. ص: 381.

2 إيهاب السنباطي. نفس المرجع. ص: 382.

3 هشام خالد. العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية. المرجع السابق. ص: 10.

6- قواعد ذات وظيفة وقائية وعلاجية في نفس الوقت:

فمن حيث كونها ذات وظيفة وقائية، فذلك راجع إلى أنها تمنع نشوء النزاع و التنازع بين القوانين لمعرفة حكم القانون أو توحيدده، كما تساعد الأطراف في مرحلة التفاوض بشأن إبرام العقود، و هو ما يقلل - إلى حد كبير - من فرص نشوء النزاع في المستقبل، و لا شك أن الوظيفة الوقائية تعد الأولى لوظائف القانون بوجه عام.

أما الوظيفة العلاجية، فعند حدوث النزاع قد تساعد الأطراف على حسن التفاهم و إعادة التنفيذ السليم للإلتزامات التعاقدية، و قد يتم عن طريق التوفيق و الوساطة اللذين يؤديان إلى تسوية ودية و عادلة للنزاع، و قد يكون العلاج عن طريق القضاء الذي يفضي إلى حكم ملزم في النزاع، و حتى في هذه المرحلة فالقواعد المادية قد تدفع المحكوم عليه بالتنفيذ للحكم إجباريا دون الأمر بالتنفيذ و ذلك مراعاة للأحكام الموضوعية في القانون التجاري الدولي¹.

ثانيا - مقومات القاعدة المادية الخاصة منازعة التحكيم التجاري الدولي:

تبدو ضرورة و أهمية الإستعانة بالقواعد المادية في منازعة التحكيم التجاري الدولي من حيث أنها تتولى بالتنظيم مجالات معينة تعاني من النقص و الحاجة إلى قواعد قانونية كفيلة بتنظيمها، و هذا إما لإحجام القانون الوطني عن التدخل في هذه المجالات التي تتجاوز بطبيعتها الحدود الجغرافية للدول، و إما لعدم مناسبة أو ملائمة القواعد الوطنية الموجودة لهذه المجالات التي تتسم بطابع الدولية.

و لإنتاج قاعدة مادية خاصة بالمعاملات التجارية الدولية، لا بد أن تتوفر مجموعة من المقومات الأساسية التي تتفاعل فيما بينها من أجل بلوغ هذا الهدف، و تتمثل فيما يلي:

1- وجود مجتمع متماسك بدرجة كافية: ألا هو مجتمع التجار أو بالأحرى المتعاملين في ميدان التجارة الدولية فهؤلاء المتعاملون يعتبرون الحلقة الفاعلة في معادلة الإقتصاد العالمي، طالما أن لهم تأثيرا كبيرا في تكوين هذا المجتمع و في زيادة حجم تلك التجارة².

2- وجود أجهزة أو هياكل قانونية خاصة أو عامة: بحيث تتولى مهمة تنقية القواعد السلوكية و صياغتها و تسهر على احترام هذه القواعد، كما هو الشأن بالنسبة للمنظمات المهنية أو قضاء التحكيم الذي يعتبر سلطة قضائية تساعد على تقوية و استقلال المجتمع الدولي للتجار و رجال الأعمال، و لن تتأتى القيمة القانونية لهذه القواعد إلا مع وجود أجهزة مكلفة بإعمالها و العمل على احترامها.

1 هشام خالد. العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية. المرجع السابق. ص 11.

3- الإقرار بالطابع الذاتي للقواعد المادية: أصبح وجود قواعد مادية خاصة بالمعاملات التجارية الدولية حقيقة وضعية من الصعب تجاهلها، و ذلك يرجع إلى أن تدخل المشرع الوطني بوضع حلول منازعة التحكيم التجاري الدولي يعد في نظر البعض أحد الأسباب التي تعوق تطور هذه التجارة، إذ أن مجتمع رجال الأعمال و التجارة الدولية له معطيات و مفاهيم تختلف عما هو سائد في المجتمع الداخلي، من أجل ذلك ظهر في الفقه المقارن و قضاء التحكيم إتجاه نحو الإقرار بالطابع الذاتي و المستقل لهذه القواعد، و لهذا يشبه البعض هذه القواعد بأنها تشكل " نظام قانوني كالجنين في طور التكوين"

الفرع الثاني: أسباب تغليب القواعد المادية في منازعة التحكيم التجاري الدولي.

مع تنوع أنماط منازعة التحكيم التجاري الدولي، ظهر جليا قصور قواعد التنازع التقليدية في إيجاد الحلول المناسبة لهذه العقود المتطورة باستمرار، وبالنظر لما يؤدي إليه ذلك من تطبيق أحد القوانين الوطنية التي وضعت أساسا لحكم العلاقات و المبادلات الداخلية، الأمر الذي لا يستجيب و طبيعة هذه العقود التي تقتضي تعدد روابط الإسناد، على نحو يصعب معه أن يدعي نظام قانوني واحد كفايته لحكمها¹.

و يعود السبب الرئيسي لاتجاه الفكر القانوني نحو خلق قواعد مادية، إلى الرغبة في تجاوز القوانين الوطنية التي لا تتلائم بطبيعتها مع هذه العلاقات، و الحيلولة بينها و بين حكم منازعة التحكيم التجاري الدولي، هذا فضلا على الاستجابة لأمني و رغبات الأطراف المسيطرة على حركة تلك التجارة و تطبيق ما استقرت عليه من قواعد و أحكام.

أولا -عدم ملائمة القوانين الوطنية لتسوية منازعة التحكيم التجاري الدولي:

رغم تصدي الدول لحل مشاكل التجارة الدولية سواء من حيث تشريعها الوطنية أو من خلال ما تبرمه من معاهدات مع غيرها من الدول الأخرى لتنظيم حاجات تلك التجارة، إلا أنها لم تخلوا من الصعوبات التي اعترضتها عند تصديها لهذه المشاكل، خاصة و أن طبيعة عقود التجارة الدولية قد أضحت متعددة على نحو عجزت معه هذه التشريعات الداخلية عن ملاحقة أنماطها الحديثة².

وغني عن البيان أن القواعد الوطنية التي تشكل جانبا من قانون التجارة الدولية تفتقر إلى صفة الدولية، و عليه فإنه ليس من المستبعد أن تعاني عقود التجارة الدولية من عدم ملائمة بعض هذه القواعد لحكم ما تثيره من مشاكل³ فافتقار هذه الأخيرة للدولية أصدق مدلولاً على عدم استجابتها لما تتميز به هذه العقود من خصوصية و ما تتمتع به من ذاتية، الأمر الذي يستدعي في بعض الأحيان تجاوزها و إخضاع المسائل التي تثيرها لقواعد وضعت خصيصاً من أجلها و من هنا كانت أهمية عادات و أعراف التجارة الدولية، و التي استقر عليها العمل في نطاق الأسواق الدولية.

1 محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية. الاسكندرية. مصر . دار الجامعة الجديدة . بدون عدد طبعة. 2007. ص: 63.

2 محمود محمد ياقوت. المرجع السابق. ص: 314.

3 محمد إبراهيم موسى. المرجع السابق. ص: 65.

فهذه العادات و الأعراف الدولية تشكل رقما مهما ضمن معادلة القواعد المادية¹، بحيث أنها تتضمن تنظيمها مباشرة للروابط العقدية الدولية ينطوي على قواعد دولية عابرة للحدود، يؤدي أعمالها خاصة أمام قضاء التحكيم التجاري الدولي إلى تحرير هذه الروابط من رتبة القوانين الداخلية، لتخضع لهذه الأعراف التي درج عليها العمل في مجال المعاملات التجارية الدولية²، فهي لا تعد قانون داخليا لأنها نشأت بعيدا عن الدولة ومؤسساتها، ما يخرجها من مجال تنازع القوانين وفقا للمفهوم السائد أمام القضاء الداخلي.

و إزاء التطورات الملحة التي فرضت منطقتها على الساحة التجارية الدولية و إخفاق الدول في السيطرة عليها و توجيهها و أمام عجز القوانين الوطنية عن التنظيم الانفرادي لعلاقات التجارة الدولية، كان من الطبيعي أن يكون للمتعاملين في ميدان تلك التجارة الحرية في الخروج من رتبة هذه القوانين التي أضحت لا تتلائم و هذه العلاقات و لأن الإحالة إليها تأتي في كثير من الأحوال دون مراعاة لمضمونها أو فحواها، إذ لا يمكن التعرف على ما تقرره من نتائج إلا عندما يثور النزاع بين الأطراف، فالاستعانة بتلك القواعد لا يترك أي فرصة للأخذ في الاعتبار عدالة النتيجة التي قد تؤثر بدورها على إسناد الرابطة العقدية لقانون آخر أكثر استجابة لحكم المسائل التي يثيرها النزاع، و بالتالي يخضع العقد في هذه الحالة للقانون الذي يرسى المتعاقدون قواعده و أحكامه، و من ثم يفضلون الخضوع لأحكامه التي يعرفونها مسبقا و يجدون فيها الأمان القانوني الذي ينشدونه.

فحينما تشير قاعدة التنازع بتطبيق قانون معين، قد تأتي أحكام هذا القانون على غير توقعاتهم، ما من شأنه إشاعة القلق في التعامل التجاري الدولي، و ذلك بعكس لو تم اختيار قواعد معلومة سلفا و معروفة لهم تجنبهم تبعه هذه المفاجئات.

إذن فالقواعد المادية على هذا النحو لا تحتاج لانطباقها على الروابط العقدية ذات الطابع الدولي - وفقا لما يراه البعض - لمنهج التنازع، بما يتضمنه من حلول لمشكلة اختيار القانون واجب التطبيق، و إنما تطبق تطبيقا مباشرا على العلاقات القانونية التي تدخل في نطاق سريانها بصرف النظر عن القانون المختص وفقا لقواعد تنازع القوانين - وهذا ما يميز القواعد المادية عن قواعد التنازع غير المباشرة -، و بالتالي لا يلجأ القاضي لمنهج التنازع إلا في الفروض التي لا يجد فيها قاعدة مادية تقدم الحل المباشر للمسألة المطروحة³، و بذلك تتجنب القواعد المادية تعقيد منهج التنازع و ما قد يؤدي إليه من إخلال بتوقعات الأطراف، لاسيما عند سكوتهم عن اختيار قانون العقد.

1 يرجع الفضل في تكوين القواعد العرفية السائدة بين الجماعات العاملة في ميدان التجارة الدولية إلى سببين رئيسيين: أولهما انتشار العقود النموذجية والشروط العامة الموضوعية وثانيهما حرص المتعاملين في هذا المجال على الالتجاء للتحكيم نظرا لما يعطيه هذا الأخير من حرية أكبر لحكم بخلاف القاضي عند نظره للنزاع، حيث يتحرر الأول من قيود القوانين الداخلية مطبقا القواعد المادية التي جرى المتعاملون على إتباعها في مجال التجارة الدولية. محمود محمد ياقوت. المرجع السابق. ص: 315.

2 و رغم ذلك يرى جانب من الفقه أن فرض النظام الاقتصادي الجديد يقتضي وضع قانون موحد للتجارة الدولية من خلال المعاهدات لعدم ملائمة القوانين الوطنية الداخلية للعلاقات الدولية، محمود محمد ياقوت. المرجع السابق. ص: 314.

3 هشام صادق علي. المرجع السابق. ص: 703.

و كنتيجة لذلك يتأكد القول بأن بعض القواعد القانونية الوطنية تعد غير ملائمة لتسوية المنازعات التي تثيرها العقود الدولية بصفة عامة و منازعة التحكيم التجاري الدولي بصفة خاصة ، و لقد سجل فقه التجارة الدولية ذلك منذ فترة طويلة، عندما لا حظ أن القواعد الوطنية لا يمكن أن تقدم بطريقة كافية حولا مناسبة للعلاقات الدولية ، و هو ما يجد تجسيدا له في العديد من الأمثلة التي تبرز بوضوح هذه الفرضية¹ ، و التي يمكن أن ننطلق فيها بما سجله القضاء الفرنسي من عدم ملائمة القانون الفرنسي لحكم بعض العقود الدولية التي تدخل في نطاقها، عندما لم يسلم بإعمال هذه القواعد خاصة ذات الطابع الأمر منها ، و هذا لعدم وجود توافق أو تناسب مع الذاتية التي تتميز بها هاته العقود كشرط الدفع بالذهب مثلا الذي لا يجد تطبيقا له في العقود الداخلية، بالإضافة إلى ما تعلق منها باستقلالية شرط التحكيم، وفي هذا الصدد يعد الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 20 ديسمبر 1993 م في قضية Dalico مثلا واضحا ، حيث قررت المحكمة أنه : " وفقا لإحدى القواعد المادية التي يقرها قانون التحكيم الدولي، يعد شرط التحكيم مستقلا عن العقد الأساسي الذي يحتويه إما مباشرة أو بالإحالة ، و كذلك و جوده و فاعليته لا يمكن إنكارها و ذلك دون المساس بالقواعد الآمرة التي يقرها القانون الفرنسي ، أو تلك التي تعد من النظام العام الدولي دون أن يكون ضروريا الإحالة إلى قانون وطني معين"².

كما يبرز القانون الفرنسي بشأن البيع الدولي للبضائع بجلاء عدم ملائمة جانب آخر من القواعد الوطنية لحكم منازعة التحكيم التجاري الدولي، و هذا بحجة عدم إجازته للشروط المقيدة لضمان العيوب الخفية في العلاقات المبرمة بين مهنيين من تخصصات مختلفة، رغم أن هذا المنع لا يتناسب مع الطبيعة الخاصة لعقود البيع الدولية، منكرًا بذلك الدور الفعال الذي تلعبه هذه الشروط في تحقيق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة في أغلب الحالات و تدعيما لهذا التوجه يقرر النظام الأنجلوساكسوني بطلان الشروط الجزائية -على الرغم من شيوعها في الحياة العملية- حتى و لو تم إدراجها في عقد من منازعة التحكيم التجاري الدولي ، و ذلك من خلال الحكم الصادر في قضية *pebork v. caudille* و الذي يعد تأكيدا على تحريم هذا النظام لمثل هذه الشروط³.

و غني عن البيان أيضا أن التشريعات الوطنية قد درجت على تقسيم العقود إلى مسماة و أخرى غير مسماة و أفردت لكل منها قواعد خاصة بها ، و مع ذلك فإن هذا التصنيف لا يتناسب في كل الحالات مع العلاقات الدولية خصوصا بعد استحداث عقود دولية لم تكن معروفة من ذي قبل ، تحاول أن تواكب في أغلب الحالات التطور الحاصل

1 محمد ابراهيم موسى. المرجع السابق. ص: 68.

2 محمد ابراهيم موسى. نفس المرجع. ص: 70 ، أبو زيد رضوان. المرجع السابق. ص: 37.

3 حيث جاء قرار المحكمة بصددها عن الاجراء القانوني الذي اتخذه البائع لالزام المشتري بدفع المقدم في صورة فواتر تعويضية على النحو التالي:

« Le préjudice de vendeur pouvait être aisément déterminé, la disposition prévoyant la retenue de l'acompte par le vendeur était une pénalité, et portant, n'était pas valide. »

محمد ابراهيم موسى. المرجع السابق. ص: 77.

في مجال التجارة الدولية، و عليه فإن كان يسهل إدراج العقود الداخلية تحت طائفة من هذه التقسيمات إلا أن الأمر يختلف بالنسبة لعلاقات التجارة الدولية، بالنظر لكونها علاقات مركبة و معقدة تجمع في كنفها مختلف الصور التي تعرفها القوانين الداخلية، و هو ما يصعب من مهمة إدراجها تحت واحدة منها وما يحتم في نفس الوقت تجاوز القواعد الوطنية نحو قواعد أخرى أكثر استجابة لمتطلبات التجارة الدولية¹.

و بذلك يبدو واضحا أن القوانين الوطنية تتضمن بعض القواعد القانونية التي تنافي في جوهرها ما يسير عليه الواقع العملي لمنازعة التحكيم التجاري الدولي، فطبيعة هذه الأخيرة و تنوع أنماطها يقتضي تجاوز القوانين الوطنية بما يسمح بتجنب معوقات تطور تلك التجارة.

فضلا عن ذلك فقد تتعارض القواعد الوطنية أحيانا مع القواعد الدولية التي وضعت خصيصا لحكم منازعة التحكيم التجاري الدولي، خاصة بعد أن أقرت الاتفاقيات الدولية أولوية هذه القواعد للتطبيق على حساب القواعد الوطنية، و هو ما تبرزه بوضوح المادة التاسعة من اتفاقية فيينا لسنة 1980م بشأن البيع الدولي للبضائع، حيث تقرر وجوب إعطاء الأفضلية و الأولوية في التطبيق لعادات و أعراف التجارة الدولية سواء أكانت تلك القواعد تم تقريرها من خلال اتفاقية دولية أو عن طريق اللجوء إلى إحدى قواعد التنازع.

إلا أن هذه النتيجة لا تعتبر حتمية مطلقة في كل الحالات، إذ قد تكون القواعد الوطنية مستقاة من الشروط أو من النماذج التي تضعها اللجان الدولية، خاصة في مجال العقود البحرية، أين تستقي التشريعات الوطنية نصوصها من القواعد التي تقرها هذه اللجان - كتلك التي أقرتها جمعية القانون الدولي بشأن البيع " سيف " و التي تعرف بقواعد وارسو أكسفورد و -، التي تمثل تجسيدا لما يجري عليه العمل في الحياة الدولية.

لكن في كل الأحوال يبقى التساؤل مطروحا حول إن كان تجاوز القوانين الوطنية بحجة عدم ملاءمتها لحكم مشاكل منازعة التحكيم التجاري الدولي أمرا كافيا لتبرير هذا التجاوز، أم أنه يتعين البحث بموضوعية عن الأثر الذي يترتب على إعمال تلك القواعد على موضوع النزاع، بما لا يشكل إعتداء على التوقعات المشروعة لأطراف منازعة التحكيم التجاري الدولي، و هو ما سنحاول أن نتعرض إليه من خلال دراسة فكرة التوازن العقدي.

1 إن الهدف البعيد من وراء هذا التجاوز يكون في الغالب هدف حماية مصالح الشركات الأجنبية المسيطرة على حركة التجارة الدولية، ممما اختلفت التبريرات التي تحاول إلباس هذا التجاوز ثوب المشروعية. أبو زيد رضوان. المرجع السابق ص: 148.

ثانيا - إهدار التوازن العقدي:

إن كل عملية تجارية دولية تقوم على مبدأ التعادل أو التساوي في الإلتزامات و الحقوق بين الأطراف، وهو المبدأ الذي تلزم مراعاته عند تطبيق أو تفسير القواعد القانونية المعنية بالعلاقات التعاقدية الدولية، لما له من تأثير على كل شخص يتولى هذه المهمة، و هذا ما حرص عليه قانون التجارة الدولية عند إدراج مبدأ التوازن ضمن المبادئ الأساسية التي يقوم عليها.

و من الملاحظ أن اختلاف الأنظمة القانونية الوطنية المتعددة يعد من أهم العوامل التي تسهم في عرقلة تطوير العلاقات الاقتصادية الدولية، لذلك -ومنذ وقت طويل - بذلت مجهودات دولية للتغلب على هذا الاختلاف و العمل على توحيد قواعد منازعة التحكيم التجاري الدولي ، إذ اتجه التفكير من ناحية إلى ضرورة تحديد القواعد التي تحكم العلاقات الاقتصادية الدولية بدرجة كافية، و من ناحية أخرى إلى وجوب المساواة بين الدول التي تشارك في التجارة الدولية، إن إهدار القوانين الوطنية وما تتضمنه من قواعد تنازع للتوازن العقدي في مجال منازعة التحكيم التجاري الدولي يعد سببا أساسيا في تجاوزها وخلق قواعد خاصة بها، الأمر الذي يقتضي تقدير هذا التوازن بدقة بالنظر لما يلعبه من دور محوري وجوهري في هذه العقود، و بالنظر لما تلقاه من اهتمام في بنائها¹، فالنزعة الفردية هي التي تسيطر على العلاقات التجارية و الاقتصادية في الوقت الحاضر و تدفع في نفس الوقت كل طرف إلى البحث عن مصالحه الفردية، و محاولة تحقيقها تتعارض بصورة كلية مع الهدف الذي تسعى القوانين الوطنية و (معها قواعد التنازع) إلى تحقيقه ، وهو تغليب مصلحة الجماعة على أماني ورغبات الأفراد، ومعه يبدو التوازن العقدي كحجة تقود إلى الأخذ في الاعتبار التوقع لمشروع للأطراف.

ففي منازعة التحكيم التجاري الدولي نجد أن أطراف العقد يملكون في الغالب الوسائل التي تمكنهم من إجراء مفاوضات متعادلة تسمح لهم بتحقيق توازن عقدي ملحوظ، إذ بفضلها يحصل أحدهما على مقابل لبعض الشروط العقدية، هذه الأخيرة ليست إلا عنصرا من عناصر التوازن العقدي، و بالتالي فإن الإبقاء على صحتها يؤدي إلى المحافظة على سلامة التوازن.

و بالنظر إلى أهمية التوازن العقدي والدور الذي يلعبه في مجال العلاقات الدولية، فقد لقيت هذه الفكرة صدا واسعا لدى واضعي الاتفاقيات، حيث استعانت بها في مجال النقل الدولي للبضائع و هي بصدد صياغتها لقواعد موحدة لهذا النوع من العقود أين وضعت حدا قانونيا لمسؤولية الناقل الدولي، و هو ما تبرزه بوضوح المادة 45 من اتفاقية برن لسنة 1980م بشأن النقل الدولي للبضائع عن طريق السكك الحديدية ، و هو ما يصدق كذلك بالنسبة لإتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة 1980م التي أكد بخصوصها الفقيه محسن شفيق أن مبدأ التوازن العقدي يعتبر

¹ محمد ابراهيم موسى المرجع السابق. ص: 87.

من المبادئ الجوهرية التي تقوم عليها هذه الاتفاقية ، حيث يقول "أن التوازن الدولي بين طرفي العقد هو نَحج التزمت به الاتفاقية لكي لا يطغى أحدهما على الآخر ، و ما من واجب تفرضه الاتفاقية على أحد الجانبين إلا و يقابله واجب يساويه على الجانب الآخر يعود به التوازن بين المركزين القانونيين".

و لعل الدول النامية هي الأكثر استفادة من الروح الواردة على المعاملات الدولية كونها لا تزال صيدا سهلا لرجال الأعمال في الدول المتقدمة.

بالإضافة إلى ذلك هناك العديد من أحكام التحكيم الدولي التي أبرزت أهمية كل شرط عقدي كعنصر في التوازن العقدي، نذكر منها حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية الفرنسية CCI في سنة 1975¹، التي أكدت فيه أن مبدأ التوازن العقدي يستلزم أن تبقى الإلتزامات بين الأطراف متوازنة.

فمن الواضح إذن أن أطراف العقد التجاري الدولي و كذا الاتفاقيات الدولية يسعون إلى المحافظة على التوازن العقدي كل بطريقته، حيث أن تقرير إعمال المبدأ يؤكد أن شرط القانون الواجب التطبيق قد تم مناقشته و التفاوض عليه و أخذه في الاعتبار عند تحقيق توازن العقد، لهذا يعد التوازن هو محرك الأساسي و الدافع الرئيسي الذي تركز عليه الشركات متعددة الجنسيات لإقناع الأطراف بضرورة خلق قانون خاص بالعلاقات الدولية².

و بالرجوع إلى المعيار الذي يمكن الاستناد إليه لتقدير تحقيق التوازن العقدي من عدمه ، فإنه يكمن في الكيفية التي يتم من خلالها سير المفاوضات العقدية من ناحية، وفي صفة الأطراف من ناحية أخرى، فإذا كانت فكرة التوازن العقدي تقوم على فكرة مؤداها أن الشروط العقدية هي محصلة مفاوضات طويلة وعادلة بين الأطراف، فإن ذلك ينتفي عند تحقق عدم التكافؤ الاقتصادي أو الفني بينهم، و لعل هذا الأخير نلمسه بوضوح في العقود التي تبرمها دول العالم الثالث التي لا تملك في سبيل إبرام عقودها إلا الإذعان للشروط العقدية المتضمنة في العقود النموذجية أو الشروط العامة للعقود التي تقرها الدول الكبرى، نظرا لعدم مقدرتها على إجراء مفاوضات حرة و عادلة طالما أنها تقدم على التعاقد بدافع من حاجتها الماسة إلى إبرامه.

و هكذا يتضح أن ضابط التوازن العقدي يعد من بين أهم الدعائم التي تستند إليها الشركات التجارية الدولية للقول بضرورة خلق قواعد خاصة بالعلاقات الاقتصادية و التجارية الدولية، لتتجاوز بحكمة و موضوعية القوانين الوطنية.

¹ حيث قررت المحكمة أن:

« Tout transaction international est fondée sur l'équilibre des prestations réciproques et que nier ce principe reviendrait à faire du contrat commercial un contrat aléatoire, fondé sur l'aspéculation ou le hasard c'est une règle de la lexmarcatoria que les prestations restent équilibrées Sur un plan financier... »

محمد ابراهيم موسى. المرجع السابق: ص: 90.

² محمد ابراهيم موسى. نفس المرجع: ص: 91.

ثالثا - تجاوب التحكيم الدولي مع القواعد المادية:

لقد ساهم التحكيم التجاري الدولي بدور فعال في خلق قواعد مادية خاصة بعقود التجارة الدولية، نشأت في رحاب المجتمع الدولي للتجارة و رجال الأعمال، و ذلك بإيجاده للحلول الذاتية التي تتواءم و طبيعة هاته العقود، و إرسائه لبعض العادات والقواعد التي ليس لها نظير في الأنظمة الوطنية، ما دعى بعض الفقه إلى القول أن التحكيم قد أضحي أحد العوامل الرئيسية في خلق و تطبيق قانون التجارة الدولية التي تشكل القواعد المادية حجز الزاوية فيه¹.

و لقد أصبح التحكيم الدولي على هذا النحو منافسا خطيرا للقضاء الوطني، خاصة و أن المتعاملين في مجال التجارة الدولية يفضلون طرح نزاعاتهم على أشخاص ذوي خبرة فنية خاصة، لا تقيدون بقواعد القوانين الداخلية التي أضحت لا تواكب التطور الحاصل على الصعيد الدولي، فاستقر بهم المطاف على إخضاع العقود التي يبرموها إلى القانون الذي يرسون هم أنفسهم قواعده و أحكامه، و هو ما اصطلح عليه الفقه الحديث تسمية قانون التجارة الدولي "lexmercatoria".

و نتيجة لذلك أصبح المتعاقدون يحاولون إدراج شرط التحكيم في عقودهم رغبة منهم في تدويل العقود و إخضاعها للقانون التجاري الدولي، ما يكفل لهم تطبيق العادات و الأعراف المهنية السائدة لدى التجار ، و التي تعتبر بدورها من المصادر الأساسية للقواعد المادية في القانون الدولي الخاص، فتنطبق مثل هذه العادات و الأعراف من شأنه أن يشعر المتعاقدين بالأمان القانوني و يصون توقعاتهم المشروعة، خاصة إذا علمنا أن القائمين على تطبيق هذه الأحكام الموضوعية يعتبرون من المختصين الذين يملكون دراية واسعة عن خبايا هذه التجارة و العارفين جيدا بطبيعة هذه الأعراف ذات الطابع الفني ، و التي يكفل إعمالها تجنيب المتعاقدين مغبة مفاجئات القوانين الداخلية التي يجهلون المضامين الموضوعية لأحكامها.

فالتحكيم التجاري الدولي يمثل على هذا النحو تعبيرا عن رغبة المتعاملين على مسرح الحياة الخاصة الدولية في التحرر من الأحكام الوضعية التي تتضمنها النظم القانونية الوطنية، التي تواجه في الأصل المعاملات الداخلية و لا تتلائم في غالب الأحيان مع طبيعة التجارة الدولية.

و بالنظر إلى المكانة التي أصبح يتبوؤها التحكيم كأداة متميزة لخلق و تطبيق القواعد المادية للتجارة الدولية لدرجة قرر معها البعض أنه سيأتي اليوم الذي يستطيع فيه التحكيم خلق قانون خاص دولي ليحل محل القانون الدولي الخاص²، إلا أن عدم نشر الأحكام المتعلقة بقضايا التحكيم حفاظا على سريتها و حفاظا على سمعة المتعاملين في هذا الميدان أثر بالسلب على استقرار القواعد التي تم التعامل بمقتضاها في المنازعات التي تطرح على قضاء التحكيم - بخلاف

¹ محمود محمد ياقوت . المرجع السابق. ص: 345

² محمود محمد ياقوت . نفس المرجع. ص: 353.

أحكام القضاء الداخلي - ، خاصة إذا علمنا أن هذه الأحكام قد تصدر دون بيان أسبابها على نحو قد يبعث الشك في نفوس المتعاقدين و يهدد مصالحهم التجارية، هذا دون أن ننكر جهود غرفة التجارة الدولية بباريس و التي حاولت أن تعالج هذه المشكلة ، حيث انتهت إلى التوصية على نشر أحكام المحكمين التي تتضمن مبادئ قانونية تهم الأوساط التجارية مع حذف أسماء أطراف النزاع أو ما قد يمس بسمعتهم أو يتصل بأسرار نشاطهم و تجارتهم ، و لعل هذه الأسباب هي التي يميل من أجلها المحكومون إلى إخضاع عقود التجارة الدولية المطروحة عليهم للقواعد المادية في القانون التجاري الدولي، و في نفس الوقت هي التي دفعت الدول المختلفة إلى إبرام المعاهدات التي تتضمن قواعد مادية موحدة واجبة التطبيق مباشرة على هاته العقود.

المطلب الثاني: مصادر القواعد المادية

بعد أن تأكدت الحاجة الملحة نحو خلق قواعد مادية تحكم منازعة التحكيم التجاري الدولي مساندة للطبيعة الذاتية التي تتميز بها، كثرت معها التساؤلات عن المصادر التي يمكن أن تستقي منها هذه القواعد أحكامها و الوسائل التي يمكن عن طريقها تحقيق التوحيد و الانسجام في قواعدها.

فقد يراد بالمصدر كما هو معروف الشكل الذي خلع على قاعدة صفتها القانونية و جعلها ملزمة مقترنة بجزء، كما قد يراد به المصدر التاريخي الذي استمدت منه هذه القواعد صياغة أحكامها، و أخيراً قد يراد به المصدر المادي أو الحقيقي أو الموضوعي، الذي هو عبارة عن الحادث الزمني أو الظاهرة الاجتماعية أو المناسبة الاقتصادية التي وضعت هذه القواعد لتنظيمها، و هذا ما يهمننا في معرض حديثنا عن مصادر القواعد المادية.

و تتعدد مصادر القواعد الموضوعية، فهناك مصادر داخلية تتمثل بالتشريع و القضاء، و مصادر مستمدة من الاتفاقيات الدولية، فضلاً عن القانون التلقائي الذي يجد مصادره في عادات التجارة الدولية أعرافها و المبادئ المشتركة و العقود النموذجية الدولية، و قواعد العدالة، و هذه المصادر تعد كلها مصادر لقانون التجارة الدولية¹ .

¹ خليل إبراهيم محمد خليل. المرجع السابق. ص. 176.

الفرع الأول: القواعد المادية ذات الأصل الداخلي

تولت بعض التشريعات منازعة التحكيم التجاري الدولي بالتنظيم عن طريق سن قواعد مادية خاصة تتلائم و الطبيعة الخاصة لهاته العقود، تختلف في مضمونها وأحكامها عن التنظيم القانوني الذي يحكم عقود المعاملات الداخلية كما اتجه القضاء هو الآخر في بعض الدول إلى استحداث بعض القواعد المادية التي تتماشى و طبيعة الروابط الخاصة الدولية، على نحو أراد به تغطية العجز الذي قد يتركه التشريع بخصوص هذه المعاملات.

أولا -القواعد المادية ذات الأصل التشريعي:

تصدت بعض النظم القانونية لوضع تنظيم مادي للروابط العقدية الخاصة بالتجارة الدولية رغم صعوبة ذلك حيث أن المشرع الداخلي لا يهتم في غالب الأحيان إلا بالتنظيم المادي للعلاقات الداخلية، محاولا الإقتصار فيما يخص العلاقات الدولية على اللجوء إلى إبرام المعاهدات الدولية، التي تتكفل بتنظيم هذه العلاقات وفقا لتوجه الأطراف المتعاقدة والهدف الذي ترمي إليه .

إلا أن موقف التشريعات الداخلية على هذا النحو ليس على سبيل الإطلاق، حيث أن هناك أمثلة حية لتشريعات تصدت لهذا التنظيم، من أبرزها التشريع التشيكوسلوفاكي الذي يعد أول تشريع في العالم تصدى للتنظيم المادي لعلاقات التجارة الدولية من خلال تقنين التجارة الدولية التشيكوسلوفاكي الصادر في 04 ديسمبر 1963م ، و الذي بدأ العمل به ابتداء من أول يناير 1964م، فاحتوى على 726 مادة تعالج علاقات الأطراف في منازعة التحكيم التجاري الدولي على نحو متميز عن القواعد التي تنظم هذه العلاقات في إطار العقود الداخلية¹، كما يوجد أيضا التقنين الخاص بالعقودالاقتصادية الدولية الذي صدر في ألمانيا الديمقراطية - سابقا - في 05 فبراير 1976²، و الذي جاء كثمرة لما جرى عليه العمل في العلاقات التعاقدية الدولية.

و قد جاء هذين التشريعين منطويين على قواعد مادية شرعت أساسا لتنظيم الروابط العقدية الخاصة بالتجارة الدولية على نحو يخرج من نطاق تطبيقهما العقود الداخلية التي تظل محكومة بقواعد القانون المدني والتجاري التي يتضمنها التشريع التشيكوسلوفاكي والألماني، فضلا على اشتراط صفة الدولية للعلاقة العقدية كشرط ضروري لإعمال هذه القواعد.

و عليه يثور التساؤل حول إن كانت دولية العقد هي الشرط الوحيد لإعمال القواعد المادية في كلا القانونين؟

أم أنه يشترط كذلك أن القانون التشيكوسلوفاكي أو الألماني -حسبالأحوال- يكون مختصا بمقتضى قواعد التنازع؟

1 توضح مطالعة نصوص هذا القانون أنه لا يغطي كافة مسائل التجارة الدولية، ويقتصر في جل نصوصه على تنظيم العقود التجارية الدولية بما يعبر عن رغبة المشرع الوطني التشيكوسلوفاكي في سن قواعد تتلائم مع الطبيعة الخاصة التي تتميزها العقود الدولية. أحمد عبد الحميد عشوش. تنازع مناهج تنازع القوانين. المرجع السابق. ص: 20، زروقي الطيب. المرجع السابق. ص: 81.

2 هشام علي صادق . القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية.مصر. الإسكندرية. دار الفكر الجامعي الطبعة 02. 2001. ص 709.

و للإجابة على هذا التساؤل فقد جاء موقف كل من القانونيين موحدًا، بحيث أكدت المادة 03 من التقنين التشيكوسلوفاكي على أن القواعد المادية لا تنطبق إلا إذا كان القانون التشيكوسلوفاكي هو الواجب التطبيق بمقتضى قواعد التنازع، و هو نفس ما توجه إليه التقنين الألماني الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية، و هكذا يتبين أن النصين لا يطبقان إلا على أساس قانون الاستقلالية أو نتيجة لتعيينهما من قبل قاعدة التنازع المختصة.

و بذلك أصبح مشروطًا لانطباق نصوص كل من التقنينين السابقين مباشرة في حل منازعة التحكيم التجاري الدولي، لزوم أن يكون القانون التشيكوسلوفاكي أو الألماني مختصًا بمقتضى قواعد التنازع، و هو ما دفع البعض إلى التشكيك في سلامة اعتبار هذه النصوص من القواعد المادية في القانون الدولي الخاص¹، فهي لا تظهر كقواعد قانون دولي و إنما كقواعد داخلية ذات استعمال دولي، و هو ما حدا بالفقه للانقسام إلى تيارين بخصوص هذه المسألة:

- حيث رفض جانب من الفقه التطبيق المباشر للقواعد المادية في دولة القاضي ما لم تشر قواعد التنازع في هذه الدولة باختصاص قانون القاضي، الذي يتضمن تنظيمًا ماديًا خاصًا بالعقود الدولية²، فرغم وطنية مصدر هاته القواعد إلا أنها شرعت أساسًا للإستجابة للإعتبرات الدولية، و بالتالي لا ينال من طبيعتها هذه أن يكون انطباقها متوقفًا على منهج قواعد التنازع.

- في حين يرى الفقه الغالب عكس ذلك، حين يقر بتطبيق القواعد المادية تطبيقًا مباشرًا على العلاقات الدولية الخاصة التي تدخل في نطاق سريانها، و بصرف النظر عن اختصاص النظام القانوني للقاضي بمقتضى قواعد التنازع بحجة أن مضمون القواعد المادية في القانون الدولي الخاص و الهدف الذي تسعى إلى إدراكه يقتضي تطبيقها تطبيقًا مباشرًا على منازعة التحكيم التجاري الدولي³، و هذا ما لم ينص المشرع على غير ذلك صراحة كما هو الشأن في كل من التقنينين التشيكوسلوفاكي و الألماني، أين علق المشرع تطبيق نصوصهما على شرط أن يكون قانونًا مختصًا بحكم النزاع ووفقًا لما تشير به قواعد تنازع القوانين.

لكن مع ذلك يجب التنبيه هنا إلى الحالة التي يطرح فيها النزاع أمام قضاء دولة أخرى لا يتضمن قانونها قواعد مادية على هذا النحو في شأن المسألة المطروحة، أين يصبح إعمال قواعد القانون الدولي الخاص المادية السائدة في دولة أجنبية (كالقاضي التشيكوسلوفاكي أو الألماني) لا يتم بداهة إلا من خلال منهج التنازع، و هذه المثابة لا يتصور تطبيق القانون التشيكوسلوفاكي الخاص بعقود التجارة الدولية أمام القضاء الجزائري تطبيقًا مباشرًا لكونه لا يعد جزءًا من النظام القانوني الجزائري، و إنما هو ينطبق على العقد الدولي المطروح أمام القضاء إذا اختارته إرادة الأطراف، أو فيما لو أشارت إليه

1 هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. المرجع السابق: ص 711.

Pierre Mayer et Vincent Heuzé. Droit international privé . Op.Cit.p. 17

. 2

3 هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. المرجع السابق. ص: 712.

ضوابط الإسناد الإحتياطية في القانون الجزائري - في حالة سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد - إلى اختصاص القانون التشيكي مثلا.

و عليه يتضح أن أعمال القواعد المادية في القانون الدولي الخاص لا يتم في الأصل إلا من خلال منهج التنازع، إلا أن هناك من يرى أنه لا مانع من تطبيق هذه القواعد تطبيقا مباشرا دون حاجة لمنهج التنازع، وهذا ما لم ينص المشرع على خلاف ذلك صراحة.

ثانيا - القواعد المادية ذات الأصل القضائي

اتجه القضاء الفرنسي منذ الثلث الأول من القرن الماضي إلى خلق بعض القواعد المادية القانون الدولي الخاص الهادفة إلى تنظيم بعض المسائل المتعلقة بمنازعة التحكيم التجاري الدولي¹، و من بين القواعد التي استقر عليها القضاء في هذا الشأن القاعدة التي تقضي بصحة شرط الدفع بالذهب في العقود الدولية، و القاعدة التي تقرر حرية اختيار عملة العقد في مجال التجارة الخارجية عن طريق إقراره شروط نقدية تستهدف توقي مخاطر تغيير سعر العملة، و ذلك بتثبيت سعر التعامل على أساس ربطه بسعر الذهب أو بسعر عملة أجنبية أخرى، بالرغم من بطلان مثل هذه الشروط إذا ما وردت في عقود القانون الداخلي.

و من بين هذه القواعد كذلك القاعدة التي تؤكد على حق الدولة في الخضوع للتحكيم في الروابط العقدية الدولية رغم الخطر الوارد في القانون الداخلي².

و إذا كان إقرار القضاء الفرنسي لمثل هذه القواعد في مجال منازعة التحكيم التجاري الدولي يستند أساسا إلى الاجتهادات القضائية التي تستهدف حاجات التجارة الخارجية و المعاملات الدولية، إلا أن هذا القضاء حاول أن يستتر منذ البداية وراء أفكار أخرى في القانون الدولي الخاص حتى يضيف على هذه القواعد سمة وضعية في إطار المبادئ العامة مثل فكرة النظام العام أو بالإستناد إلى الأعمال التقليدية لمنهج التنازع، حينما أدى الاستعمال المطرد لأحكام هذه القواعد إلى منحها مع مرور الوقت طابع العموم و التجريد الذي لا يخلو من قوة الإلزام النابعة من الاستقرار القضائي بشأنها، حتى انتهى الأمر إلى تقرير استقلال هذه القواعد بوصفها من قواعد القانون الدولي الخاص المادي ذات الأصل القضائي، و التي لا يحتاج تطبيقها المباشر إلى منهج التنازع³، فعلى سبيل المثال ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 21 يونيو 1950 إلى الاستناد إلى فكرة النظام العام لتبرير صحة شرط الدفع بالذهب المدرج في عقد قرض دولي بالمخالفة لأحكام القانون المختص - القانون الكندي - الذي يقضي ببطلان هذا الشرط، حيث أكدت

1 محمود محمد ياقوت . المرجع السابق . ص: 300.

2 فيينا تمخضت أحكام المادتين 83 و 1004 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي خلال فترة طويلة عن تحريم التحكيم بالنسبة للدولة الفرنسية، قضت محكمة النقض في قضية Galakis أن شرطا تحكيميا تعهد به هذا الأخير يعتبر صحيحا في عقد دولي " أبرم لتلبية حاجات التجارة البحرية وضمن الشروط المقابلة لأعراف هذه التجارة " .. أحمد عبد الحميد عشوش. المرجع السابق . ص: 22.

3 هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. المرجع السابق. ص: 716.

المحكمة في حكمها أن من حق المتعاقدين في مثل هذا العقد الاتفاق على شرط الدفع بالذهب و لو كان ذلك مخالفا للأحكام الآمرة في قانون العقد، لمخالفة هذه الأحكام للنظام العام الدولي في فرنسا¹، و بينما أقر بعض الفقه الإسناد الخاطئ للحكم المذكور على أساس فكرة النظام العام، أتى تأصيل البعض الآخر إلى أن القضاء الفرنسي قد خلق قاعدة من قواعد الشعوب في إطار القانون الداخلي، أو بمعنى آخر أن هذا الحكم قد وضع قاعدة مادية في القانون الدولي الخاص الفرنسي تقضي بصحة شرط الدفع بالذهب في العقود الدولية².

هذا و اتجهت بعض الأحكام الأخرى للقضاء الفرنسي إلى الاستناد صراحة إلى منهج التنازع لتبرير ما وضعته من قواعد مادية تتعلق بعقود التجارة الدولية، حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 14 أبريل 1964م على حق الدولة في اللجوء للتحكيم عملا بأحكام القانون الأجنبي المختص بمقتضى قواعد التنازع، حيث قررت أن الحظر المقرر في القانون الداخلي الفرنسي هو حظر يتعلق بالعقود الداخلية، و الذي يعد نوعا من عدم الأهلية الخاصة يخضع فيما لو كان العقد يتسم بالطابع الدولي بالنسبة لقانون العقد³.

لكن القضاء الفرنسي الحديث هجر موقفه السابق الذي حاول فيه التستر وراء منهج التنازع و دون الإلتفات إلى مضمون القانون الذي تشير قواعد التنازع باختصاصه، و هو ما يتجسد في الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 02 ماي 1966م، و الذي انتهت فيه إلى حق الدولة في الخضوع للتحكيم في الروابط العقدية الدولية دون أن تستند في ذلك إلى منهج التنازع كما فعلت سابقا.

كما كانت محكمة النقض الفرنسية أكثر وضوحا وصراحة في حكمها الصادر في 04 يوليو 1972م -حكم هشت- Hecht-، و الذي أكدت فيه على وجود قاعدة خاصة بالمعاملات الدولية تقضي باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، تكون واجبة التطبيق على عقود التجارة الدولية بصرف النظر عما يقضي به القاضي الداخلي المختص بمقتضى قواعد تنازع القوانين⁴.

و هذه المثابة أكدت محكمة النقض الفرنسية في أحكامها الحديثة استقلال القواعد المادية عن منهج تنازع القوانين فهي قواعد واجبة التطبيق مباشرة على النزاع ما دامت الرابطة العقدية المطروحة تتعلق بالتجارة الدولية، و هذا بصرف النظر عن مضمون القانون المختص بمقتضى قواعد التنازع.

1 محمود محمد ياقوت. المرجع السابق. ص: 301.

2 هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. المرجع السابق. ص: 717.

3 وهو نفس ما كان يعتمده المشرع الجزائري منذ وقت قريب، أين كان يحرم على الأشخاص العمومية اللجوء للتحكيم بنص المادة 442 من قانون الاجراءات المدنية رقم 154/66 والمعدل بمقتضى المرسوم التشريعي 09/93 الذي عدل فيه المشرع بشكل جذري عن موقفه السابق، وصولا إلى نص المادة 1006 فقرة 03 من ق. إ.م. رقم 09/08 الذي حدد فيه بصراحة إمكانية لجوء الدولة للتحكيم فيما لو تعلق الأمر بعلاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية التي تبرمها.

4 هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق. ص: 722.

و رغم ملائمة القواعد المادية ذات المصدر الداخلي سواء ما كان منها ذو طابع تشريعي أو قضائي للروابط العقدية الدولية ، إلا أنها لم تسلم مع ذلك من معاول الهدم التي استهدفت النيل منها، على أساس أن تصدي كل دولة لوضع قواعدها المادية الخاصة بهذه الروابط باسم اعتبارات الملائمة الدولية، سوف يؤدي إلى تعميق الخلاف بين الأنظمة القانونية الداخلية في شأن الحلول واجبة الإلتباع على علاقات التجارة الدولية، ما من شأنه أن يحول المشرع الداخلي إلى مشرع عالمي¹، و هو ما يناقض في نفس الوقت الجهود التي تسعى إليها الاتفاقيات الدولية، و التي تحاول قواعد التنازع بدورها إدراكه على نحو أفضل، كما أن فتح الطريق أمام القضاء لوضع لبنات هذه القواعد قد يؤدي إلى تقرير القواعد التي يرونها ملائمة، ما من شأنه تهيئة المناخ لتبني حلول قد لا تتفق مع و معتقداتهم الشخصية، الأمر الذي قد يشكل إخلالا بتوقعات الأطراف و يجردهم بذلك من فرصة العلم المسبق بالقانون واجب التطبيق على عقدهم².

و لعل هذه الانتقادات هي التي دفعت إلى التفكير بشأن تدارك هذه المآخذ، من خلال البحث فيما يكفل وحدة الحلول و يحقق الأمان القانوني المنشود، سواء عن طريق المعاهدات الدولية أو نتيجة لاستقرار العادات و الأعراف الدولية السائدة في هذا المجال.

الفرع الثاني: القواعد المادية ذات الأصل الدولي

بعدما انتهى الفقه إلى أن صدور القواعد المادية عن المشرع أو القضاء الداخلي سيجعلها متأثرة إلى حد بعيد بالمصالح الوطنية، على اعتبار أن كل قاعدة ذات أصل داخلي تبدوا عاجزة عن إحداث قانون دولي مادي، و معه تولدت الحاجة لوجود قواعد مادية ذات أصل دولي لا تستجيب في مضمونها إلا للاعتبارات الدولية الخالصة، مما يجعلها أكثر تحقيقا للأهداف التي تسعى إلى إدراكها.

و لعل من أهم القواعد المادية التي تشكلت خارج الإطار الوطني لمواجهة المشكلات الخاصة بمنازعة التحكيم التجاري الدولي هي تلك المستمدة من المعاهدات و الاتفاقيات الدولية التي تبني قواعد جوهرية خاصة بالعلاقات الدولية، فضلا على أن خصوصية هذه العلاقات أفرزت أيضا عادات و أعراف تجارية استقر عليها العمل في الأسواق الدولية و التي غالبا ما تضمنتها العقود النموذجية الدولية من جهة أخرى.

أولا - المعاهدات و الاتفاقيات الدولية:

تعد المعاهدات و الاتفاقيات الدولية من أهم مصادر القواعد المادية في القانون الدولي الخاص، و التي يلجأ إليها خصيصا عند وضع قواعد تسري مباشرة على العلاقات الخاصة الدولية دون العلاقات الداخلية، التي تظل محكومة بالقوانين الداخلية للدول المتعاهدة.

1 محمود محمد ياقوت. المرجع السابق. ص: 303.

2 كذلك يرى بعض الفقه أن القواعد المادية التي يصدرها القضاء تظل عاجزة عن تحقيق أحد أهداف وطموحات أنصار هذا المنهج، ألا وهو خلق قانون موضوعي (مادي) عام، والتي تنجم من كون القاضي مسوقا في سبيل إعدادها بالظروف الخاصة بدولته ووفقا لما تقتضيه به مصالحها. أحمد عبد الحميد عشوش. المرجع السابق. ص: 24.

و لعله من المستحسن و نحن في بداية حديثنا عن المعاهدات التي تتضمن قواعد مادية تتصدى لتنظيم الروابط العقدية الخاصة الدولية، أن نميزها عن غيرها من الإتفاقيات و المعاهدات الأخرى التي تستهدف إما توحيد القوانين الداخلية في الدول المنظمة للإتفاقية أو توحيد قواعد الإسناد في الدول المتعاهدة.

فبالنسبة للمعاهدات التي استهدفت توحيد قواعد التنازع داخل الدول المنظمة إليها في صدد المسائل التي كانت محلا للإتفاق¹، فإن التوحيد فيها لا ينصب على القواعد المادية التي تتصدى للتنظيم المباشر لهذه المسائل، و إنما على المعايير المتبعة في شأن اختيار القانون الذي سيسري في شأنها، بينما المعاهدات التي ترمى إلى توحيد القواعد المادية في القوانين الداخلية - مثل معاهدة جنيف لسنة 1930م المتعلقة بتوحيد القانون واجب التطبيق على الكمبيوترات و السندات الإذنية- و إن كانت ترمي إلى فض ظاهرة التنازع في مهدها، إلا أنها لم تحل في بعض الأحيان دون قيام الخلاف في كل من هذه الدول حول تفسير النص الموحد²، ما أدى بجانب من الشراح للذهاب إلى أن السبيل الوحيد لحل هذا التنازع هو الرجوع مرة أخرى إلى قواعد التنازع في الدولة التي طرح النزاع على محاکمها لتحديد التفسير الواجب الإلتباع رغم أن الهدف الحقيقي الذي تسعى إليه المعاهدة التي جرت على توحيد القوانين الداخلية في الدول المتعاهدة هو القضاء على هذا التنازع، و لن يتأتى إدراك هذا الهدف بغير التطبيق المباشر للقواعد الموحدة، لأن رجوع القاضي إلى قواعد الإسناد يفترض قيام التنازع بين القوانين التي حرصت دولته على تداركه بانضمامها إلى المعاهدة³، و ما تأكيد الدساتير الوطنية على سمو أحكام المعاهدات على القانون الداخلي إلا دليل قاطع على نفي الصفة الداخلية عن هذه القواعد و اعتبارها من القواعد المادية في القانون الدولي الخاص.

و أيا كان حجم الخلاف الدائر حول مدى اعتبار المعاهدات الدولية التي تصدت لتوحيد القوانين الداخلية في الدول المتعاهدة مصدرا من مصادر القواعد المادية من عدمه، فإن الأمر الذي لا يدع مجالاً للشك هو أنه لا أحد ينكر على هذه المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية دورها الفاعل و البارز في وضع هذه القواعد الخاصة بالروابط العقدية ذات الطابع الدولي، بحجة أنها تستجيب في مضمونها و أهدافها مع طبيعة هذه الروابط و لا تنطبق إلا في شأنها، و الأمثلة على ذلك مختلفة و متعددة، نذكر منها على سبيل المثال اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المبرمة في فيينا

1 مثل اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، وأيضاً اتفاقية لاهاي لسنة 1955 في شأن القانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للمنفولات المادية، واتفاقية لاهاي لسنة 1986 في شأن القانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع... الخ، يمكن الاطلاع على نصوص هذه الاتفاقيات من خلال الموقع الإلكتروني التالي:

<http://hcch.net/f/conventions-intex.html>

2 و هو ما ذهب إليه بعض الفقه حين رفض اعتبار القواعد الموحدة من القواعد المادية في القانون الدولي الخاص، من منطلق أن سعي هذه المعاهدات لتوحيد أحكام القوانين الداخلية في الدول المتعاهدة، وإن كان يعد في ذاته عملاً ميسراً للتجارة الدولية إلا أنه يعني أن هذه القواعد قد أصبحت تستجيب على هذا النحو لظروف التجارة الدولية الحديثة.

3 هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. المرجع السابق. ص: 729.

عام 1980م، و التي تضمنت قواعد مادية موحدة وضعت خصيصا لتنظيم هذا النوع من البيوع، بحيث يستطيع قضاء الدول المتعاهدة تطبيقها تطبيقا مباشرا دون حاجة لإعمال منهج التنازع¹.

و تعتبر عقود النقل هي الأخرى من أهم العقود التي كانت موضوعا للاتفاقيات التي تعتبر مصدرا للقواعد المادية في القانون الدولي الخاص المعاصر، مثلما هو الحال في اتفاقية "برن" المبرمة عام 1980م في شأن النقل الدولي بالسكك الحديدية للبضائع و كذا المسافرين و أمتعتهم، بالإضافة إلى اتفاقية وارسو المبرمة في عام 1929م بتعديلاتها المتعاقبة في شأن النقل الجوي الدولي، و اتفاقية بروكسل المبرمة في 25 أوت 1924م الخاصة بتوحيد بعض سندات الشحن و المعدلة جزئيا ببروتوكول سنة 1968م، فهاتين الإتفاقيتين الأخيرتين قد تضمنتا قواعد مادية لا تنطبق إلا إذا اتسم العقد بطابعه الدولي، و هذا بصرف النظر عن جنسية السفينة أو الناقل أو الشاحن أو أي شخص آخر ذو شأن بذلك².

و مع ذلك فإن دولية العقد لا تكفي لوحدها لتطبيق هذه القواعد، و لذلك تحرص هذه المعاهدات على أن يكملها شرط آخر يقر بتوافر معايير معينة تصل الرابطة العقدية المطروحة بدولة متعاهدة أو أكثر، فبينما تشترط اتفاقية وارسو للنقل الجوي لعام 1929م لانطباق أحكامها على عقد النقل أن تكون محطة القيام و محطة الوصول كائنتين في دولتين متعاقدين، نجد أن اتفاقية Humburg اشترطت أن يكون ميناء الشحن أو ميناء التفريغ واقعا في دولة متعاهدة أو أن يكون سند الشحن صادرا في إحدى الدول المتعاهدة³.

و على هذا النحو لن يتأتى التطبيق المباشر للقواعد المادية التي تتضمنها المعاهدات الدولية على منازعة التحكيم التجاري الدولي إلا فيما لو كان النزاع مطروحا على قضاء دولة متعاهدة، فهي تشكل في هذه الحالة جزءا من نظامها القانوني دون حاجة للجوء إلى منهج التنازع، حتى أن الرجوع إلى هذا الأخير في هذا الفرض بالذات هو بمثابة إنكار لأهداف المعاهدة التي تسعى لتوحيد الأحكام المادية التي تسري على منازعة التحكيم التجاري الدولي.

أما في الفروض التي لا تتحقق فيها شروط تطبيق المعاهدة بالنظر لتخلف المعيار الذي تتطلبه لتركيز الرابطة العقدية في إحدى الدول المتعاهدة، فإن القاضي و إن كان في وسعه إعمال أحكام المعاهدة إعمالا مباشرا إلا أنه يستطيع مع ذلك تطبيق أحكامها المادية من خلال منهج التنازع، و الذي يمكن تصوره فيما لو اختار المتعاقدون هذه الأحكام بوصفها قانونا للعقد، فهناك دول مثل إنجلترا قد تبنت أحكام معاهدة بروكسل في تشريعاتها الداخلية مما يسمح

¹ هذه الإتفاقية لها توجه معين وهو بناء قانون موضوعي موحد يقوم مقام القوانين الوطنية للدول الأعضاء في المجال التي تطبق فيه أحكامها، وفي ذلك يقول الفقيه Audit: " Le droit de la vente constitue la branche la plus importante du droit des contrats et il est lie' au droit des biens. La convention de vienne est le premier instrument d'unification du droit de la vente international ou, si l'on prefere, celle des les règle les plus largement admises par les opérateurs du commerce international". Bernard Audit, "la vente internationale de marchandises, convention des nations-unis du 11 avril 1980", L.G.D.J, paris, 1990, p193.

² هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. المرجع السابق. ص: 739.

³ هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. نفس المرجع. ص: 741.

بتطبيق أحكامها على عقود النقل الداخلي أسوة بسريانها المباشر على عقود النقل الدولي، الأمر الذي سيفضي إلى تطبيق أحكام هذه المعاهدة من خلال منهج التنازع إذا ما تم الاتفاق على اختيار القانون الإنجليزي كقانون العقد¹.

و لا شك أن ترك الروابط العقدية ذات الطابع الدولي لسلطان القوانين الداخلية التي تشير باختصاصها قواعد التنازع في دولة القاضي، رغم وجود قواعد مادية تستجيب في طبيعتها و أهدافها لاعتبارات التجارة الدولية، من شأنه إشاعة القلق في التعامل التجاري الدولي و تهديد المراكز القانونية و الاقتصادية للأطراف المتعاقدة، و هو ما يقتضي تطبيق هذه القواعد تطبيقا مباشرا دون حاجة لمنهج التنازع طالما أنها تشكل جزءا من قانون القاضي.

و لكن رغم كون المعاهدات من أهم المصادر الدولية للقواعد المادية في القانون الدولي الخاص، فهي لا تعد المصدر الوحيد لها، فإلى جانبها هناك مصدر ثاني لا يقل أهمية عن سابقه ألا وهو الأعراف والعادات الدولية.

ثانيا - الأعراف والعادات التجارية الدولية:

تعتبر الأعراف و العادات التجارية الدولية مصدرا هاما من مصادر القواعد المادية التي تحكم المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية²، حيث يقصد بها معنى واسع يشمل الممارسات المعتادة بين أطراف المعاملات الدولية سواء كانت قد وصلت إلى مرحلة العرف الملزم لهذه الأطراف أو لم تكن قد وصلت إليه³، إذ جرى قضاء التحكيم التجاري الدولي - باعتباره القضاء العام الذي تشكلت في إطاره العادات و الأعراف- على تطبيقها تطبيقا مباشرا دون حاجة لإعمال منهج قاعدة التنازع، و رغم أن العادة و العرف ليسا على درجة واحدة من الأهمية أو القيمة القانونية بالنسبة للمحكم⁴.

هذا بخلاف القضاء الداخلي الذي لا يتصور إعمال هذه الأعراف و العادات على منازعة التحكيم التجاري الدولي المطروحة عليه من خلال منهج التنازع، لأنها لا تشكل من الأصل جزءا من نظامه القانوني، كما أن التنازع لا يتصور قيامه إلا بين القوانين الداخلية للدول المختلفة، بالرغم من أن القضاء الحديث يميل إلى السماح بتنفيذ أحكام المحكمين التي طبقت الأعراف التجارية الدولية⁵.

و حتى في الفرض الذي يختار فيه المتعاقدون هذه الأعراف و العادات التجارية الدولية، فإن هذا الإختيار لا يعدوا أن يكون اختيارا ماديا تنزل بمقتضاه تلك الأعراف منزلة الشروط العقدية، لما يترتب عنه من أن يظل العقد خاضعا

1 محمود محمد ياقوت . المرجع السابق . ص: 309.

2 تستمد عادات وأعراف التجارة الدولية جذورها التاريخية من قانون التجار القديم lex mercatoria الذي تكون عبر المدن الإيطالية على أيدي طوائف التجار التي ظهرت في العصر الوسيط، والذي اكتسب في مرحلة لاحقة طابعه الدولي أترازدهار العلاقات التجارية الدولية بين موانئ شمال إيطاليا وموانئ غرب أوروبا لا سيما في فرنسا وإنجلترا..

3 مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال. المرجع السابق. ص: 740.

4 حيث تحتل العادة التجارية مرتبة أدنى من العرف التجاري، فبينما يتوقف إعمال العرف على اتجاه إرادة الطرفين إليه، ولا يجوز لأي منهما الادعاء بجهلة، فإن إعمال العادة التجارية يتوقف على ثبوت اتجاه إرادة الطرفين إليها ومن ثم لا يجوز إعمالها إذا أثبت أحدها عدم علمه بها.

5 هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. المرجع السابق. ص: 754.

للقواعد الآمرة في القانون الداخلي الذي تشير باختصاصه قواعد الإسناد في دولة القاضي، عند سكوت المتعاقدين على الإختيار التنازعي لقانون العقد¹.

و ليس معنى ما تقدم هو عدم تصور حالات تطبق فيها الأعراف و العادات التجارية الدولية أمام القضاء الداخلي بدليل أن هناك بعض القوانين الداخلية تحيل نصوصها إلى العادات والأعراف التجارية السائدة، و التي قد تتطابق مع عادات وأعراف التجارة الدولية - مثلما لو خضع العقد للقانون الفرنسي حيث تحيل المادة 1135 من القانون المدني إلى عادات التجارة الدولية - وبالتالي لا يتم تطبيق هذه الأعراف بوصفها القانون المختص بمقتضى قواعد التنازع و إنما بناء على إحالة النصوص الداخلية في قانون الدولة التي أشارت هذه القواعد باختصاصه²، و قد قضت محكمة استئناف باريس في 10 فبراير 1981م أن عادات التجارة التي استقرت في مجال البيع و الشراء هي قواعد قانونية تطبق حتى ولو لم يتفق الأطراف على ذلك صراحة و لا يمكن القبول بجهلها، و إن كان من الممكن الإستناد إلى الإرادة الضمنية للأطراف في تطبيق تلك العادات، فأساس ذلك أن هؤلاء الأطراف من المهنيين المفترض علمهم بعادات فرع التجارة التي يمارسونها.

كما ورد النص على وجوب مراعاة هذه الأعراف و العادات الدولية في بعض المعاهدات و الاتفاقيات الدولية من بينها إتفاقية فيينا الخاصة بالبيع الدولي للبضائع لسنة 1980م في مادتها التاسعة فقرة أولى: " يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها و بالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما"، و بالتالي يعد اختيار المتعاقدين للقواعد المادية التي قررتها الاتفاقية الدولية اختيارا تنازعا و ليس مجرد اختيار مادي، على أساس أن أحكام المعاهدة قد أصبحت جزءا من القوانين الداخلية في الدول المتعاقدة

إلا أنه و في ظل الحقائق الوضعية الراهنة، فإنه لا يتصور أن تلقى الأعراف و العادات الدولية تطبيقاتها المختلفة سوى أمام قضاء التحكيم، باعتبار القواعد المادية المستمدة منها قد وضعت خصيصا لتنظيم منازعة التحكيم التجاري الدولي، على نحو يقتضي تطبيقها تطبيقا مباشرا دون حاجة لإعمال منهج التنازع³، أما لو طرح النزاع أمام القضاء الداخلي فإن المثال الوحيد الذي يتجسد فيه إعمال هذه القواعد يكون بمناسبة المعاهدات الدولية التي تصدت لتوحيد القواعد الخاصة بالروابط العقدية الدولية، بالإضافة إلى القواعد التي وضعها المشرع أو القضاء الوطني لتنظيم هذه العقود، و التي تطبق هي الأخرى مباشرة مادامت تشكل جزءا من النظام القانوني لدولة القاضي المطروح أمامه النزاع.

1 محمود محمد ياقوت . المرجع السابق . ص: 311.

2 هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة. المرجع السابق. ص: 755.

3 محمود محمد ياقوت . المرجع السابق . ص: 311.

المبحث الثاني: تقييم دور القواعد المادية في حل منازعة التحكيم التجاري الدولي

بعدما أظهرت قواعد التنازع التقليدية قصورها و عجزها على الإلمام بمتطلبات التجارة الدولية، و التي كانت سببا في جعل الفقهاء يبحثون عن منهج جديد يتم بموجبه حل مشكلات تنازع القوانين و وجدوا في احلال منهج القواعد المادية محل المنهج التقليدي للتنازع ضآلتهم¹ و بعد اتجاه الفكر القانوني نحو خلق قواعد موضوعية تعطي حلول مباشرة للنزاعات المرتبطة بهذه التجارة لا سيما بعد أن كرسه القضاء في أحكامه مع اختلاف الفقه بين مؤيد و معارض ، كثرت التساؤلات حول الدور الذي يمكن أن تلعبه القواعد المادية في حل منازعة التحكيم التجاري الدولي و مدى قدرتها على الإستغناء عن منهج التنازع من أجل تحقيق ذلك .

المطلب الأول: موقف القضاء و الفقه الفرنسي من إعمال منهج القواعد المادية لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

كرّست الأحكام الصادرة من كل محكمة استئناف باريس أولاً ثم بعد ذلك محكمة النقض الفرنسية منهجاً يسمح بتقدير وجود وصحة اتفاق التحكيم من خلال إعمال القواعد المادية استقلاً عن البحث عن القانون الواجب التطبيق و يتعيّن لإبراز ذاتية هذا المنهج أن نعرض أولاً للأحكام القضائية التي كرسته ثم نعرض بعد ذلك لمدى تقدير الفقه له .

الفرع الأول: تكريس القضاء الفرنسي لمنهج القواعد المادية للفصل في مسألة وجود وصحة اتفاق التحكيم

اتجه القضاء الفرنسي، الذي استخلص مبدأ صحة اتفاق التحكيم من مبدأ استقلالية هذا الإتفاق، إلى بلورة هذه النتيجة ، في العديد من الأحكام الصادرة عن محكمة استئناف باريس والتي أكدت بشكل حاسم على أنه في المسائل الدولية، يتمتع شرط التحكيم بصحة و فعالية ذاتية.

و يؤكّد الفقه الفرنسي في مجموعته على أن ذلك القضاء ليس إلا مجرد طريقة أخرى لفرض مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن كل نظام قانوني وضعي يحكم هذا الإتفاق، فاتفاق التحكيم يتضمّن في ذاته صحته و فعاليته.

فبعد أن قرّرت أحكام القضاء الفرنسي مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي تتضمنه تلك الإستقلالية التي تستبعد إمكانية تعرض اتفاق التحكيم للمساس به بالنظر إلى عدم صحة العقد الأصلي، ذهبت هذه الأحكام إلى تقرير استقلالية هذا الإتفاق عن كل قانون وضعي .

و يذهب الاتجاه السائد في أحكام التحكيم و أحكام القضاء إلى عدم الاستناد بشأن صحة إتفاق التحكيم أو بطلانه في العلاقات الدولية الخاصة - و أحكامه بصفة عامة- إلى قانون وطني أو آخر، و الاعتماد مباشرة على القواعد الموضوعية السائدة في مجال العلاقات الدولية و التي تمثلها المبادئ العامة للقانون و عادات التجارة الدولية² .

1 خليل إبراهيم محمد خليل المرجع السابق. ص: 161.

2 مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبدالعال المرجع السابق. ص: 318.

و ترجع بداية هذا الاتجاه إلى ما كانت تنص عليه المادة 1006 من قانون المرافعات الفرنسي من وجوب تسمية المحكمين في مشاركة التحكيم و من ترتيب البطلان على عدم مراعاة هذا الحكم، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمين متعاقبين صادرين في 19 فبراير 1930 و 27 يناير سنة 1931 بأن هذا الحكم لا يسري في شأن إتفاقيات التحكيم التي تثير مصالح تتعلق بالتجارة الدولية¹.

و قد حررت هذه الأحكام إعمال القانون الذي يختاره الطرفان من القيود التي قد يفرضها قانون القاضي على صحة اتفاق التحكيم، و التي لا تتعلق بوجود الارادات المكونة لهذا العقد و صحتها أو خلوها من العيوب . و قد تجاوزت ذلك من بعد إلى تحريره من أسباب البطلان الناشئة عن العلاقة الأصلية، ففي حكم جوسيت Gosset قررت محكمة النقض الفرنسية أن اتفاق التحكيم يتمتع - إلا في الظروف الاستثنائية - باستقلال قانوني تام على نحو يستبعد إمكانية تأثره ببطلان قد يصيب العقد الأصلي الذي نشأ عنه النزاع المحكم فيه و قد عادت المحكمة بعد ذلك إلى تأكيد المبدأ ذاته في عبارة أكثر إطلاقاً في أحكامها الثلاثة الصادرة بتاريخ 18 مايو 1971 في القضايا المعروفة باسم IMPEX ، ثم في حكمها الصادر في 04 يوليو سنة 1972 في قضية HESHT² ، فبعد أن أشار هذا القضاء إلى الطابع الدولي للعقد المبرم بين الطرفين و ذكر أيضاً أن الإتفاق التحكيمي يتمتع في إطار التحكيم الدولي باستقلالية كاملة، و ترتيباً على ذلك استخلص القضاء المطعون عليه بالنقض، أن الشرط محل المنازعة يجب إعماله على واقعة الحال، و هو استخلاص لا غبار عليه.

فمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم تطور ليشكل قاعدة مادية تفيد الصحة الذاتية لإتفاق التحكيم الدولي، شريطة احترام ما وضعته المحكمة من تحفظ مزدوج يتمثل في ضرورة احترام القواعد الآمرة في القانون الفرنسي و النظام العام و الذي اعتبرت المحكمة أنه لا مجال لإعماله على واقعة الحال.

فمبدأ استقلالية شرط التحكيم، صحة شرط التحكيم ذاته، دون أية إشارة إلى القانون الذي يحكم هذا الشرط و بالتالي فإن القانون الذي تحدده قاعدة الإسناد من أجل تقرير هذه الصحة تم التغاضي عنها بشكل كامل . فكأن استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي أُخذت أساساً لتفسير استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للقانون الذي يحكم هذا العقد، و هي مسألة قد لا تستخلص بشكل تلقائي على النحو الذي ذهب إلى تقريره القضاء الفرنسي فاستقلالية شرط التحكيم بالنسبة للقانون الذي يحكم العقد، تعني أن القانون الذي يحكم هذا الشرط من الممكن تحديده من خلال قاعدة تنازع القوانين.

1مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبدالعال. المرجع السابق. ص: 318.

2مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبدالعال. نفس المرجع. ص: 319.

و يشير هذا الفقه إلى أنه حتى قبل أن تفصل محكمة النقض في قضية HESHT فإن محكمة استئناف باريس قضت في حكمها الصادر في 25 يناير 1972 ليس فقط أن اتفاق التحكيم لا يخضع بالضرورة للقانون الذي يخضع له العقد الأصلي، و لكن أيضاً قبلت صحة هذا الإتفاق، نزولاً على إرادة الأطراف و لائحة التحكيم المؤسسي الذي قبلت الأطراف الخضوع لها، و دون الإشارة إلى أي قانون وضعي، و أيضاً فإن محكمة باريس كرّست ذات المبدأ المتقدم في قضية Menicucci في قضائها الصادر في 13 ديسمبر عام 1975، و ذلك بإلغائها للحكم الصادر في قضاء أول درجة و الذي قضى ببطلان شرط التحكيم المدرج في العقد المبرم بين فرنسيين و يتعلق بالتوكيل بالبيع في كندا و الولايات المتحدة الأمريكية، لأشياء مصنّعة في فرنسا، إذ استند قضاء أول درجة في تقريره لبطلان شرط التحكيم إلى أن العقد المبرم يعد عملاً تجارياً مختلطاً لأنه مبرم بين تاجر و غير تاجر، هذا من جهة، و من جهة أخرى فإن العقد محل المنازعة يفترق الطابع الدولي¹.

و على الرغم من اتفاق محكمة استئناف باريس مع محكمة أول درجة فيما يتعلق بالطابع المختلط للعقد محل المنازعة و الذي يحرم القانون الفرنسي الداخلي إدراج شرط التحكيم به، فإن المحكمة لاحظت، و ذلك على عكس ما قضى به قضاء أول درجة، أن العقد المائل يعد عقداً دولياً و أن الحظر الوارد في القانون الفرنسي لا محل لإعماله بشأنه، و قرّرت بناءً على ذلك صحة شرط التحكيم لما يتمتع به من استقلالية تامة.

و لقد أكدت محكمة استئناف باريس بشكل قاطع أنه دون الحاجة إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد الأصلي أو على إجراءات التحكيم و الحكم التحكيمي، فإنه يكفي لقبول الدفع بعد الإختصاص المتمسك به أمام المحكمة-والذي ذهب قضاء أول درجة إلى رفضه استناداً إلى بطلان شرط التحكيم-تقرير أن استقلالية شرط التحكيم الوارد في عقد دولي تؤدّي إلى صحة هذا الشرط استقلالاً عن الإشارة إلى أي قانون وطني.

و أيضاً وفي ذات المعنى السابق فإن محكمة استئناف Toulouse ذهبت عند الفصل في دعوى بطلان شرط التحكيم المدرج في عقد دولي للوكالة التجارية يتعيّن تنفيذه في فرنسا، إلى أنه يكفي لاستبعاد النص الفرنسي الذي يحظر مثل هذا الشرط في العقود المختلطة الإشارة إلى المبدأ المستقر لاستقلالية شرط التحكيم، إذ يكرّس القضاء الفرنسي الحديث هذه الإستقلالية ليس فقط في علاقة شرط التحكيم بالشروط التعاقدية الأخرى في العقد ولكن أيضاً في علاقة هذا الشرط بكل قانون وطني².

1 حفيظة السيد الحداد. النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. المرجع السابق. ص: 184.

2 حفيظة السيد الحداد. النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. نفس المرجع. ص 184.

و لعله مما تجدر الإشارة إليه أنه بالنسبة لهذه الطائفة الأولى من الأحكام فإن محكمة استئناف باريس لم تستخدم هذه الضياغة إلاً من أجل استخلاص نتائج محدّدة تتعلق بنطاق اتفاق التحكيم، و لا سيما في مواجهة الأطراف التي تعد موقعة على هذا الإتفاق من الناحية الرسمية و الشكلية و ليس بغرض تقرير صحة التحكيم.

كذلك فإن بعض الأحكام القضائية ذهبت إلى أنه في إطار التحكيم الدولي، يعد مبدأ استقلالية شرط التحكيم ذو تطبيق عام، يكرس بإعتباره قاعدة مادية دولية، صحة اتفاق التحكيم، دون الإشارة إلى أي نظام لتنازع القوانين، فصحة اتفاق التحكيم لا تخضع إلاً لمقتضيات النظام العام الدولي و هو ما قضت به محكمة استئناف باريس في قضية *Gatoil* في 17 ديسمبر 1991.

و لقد ذهبت ذات المحكمة في قضية *Ducler* في حكمها الصادر في 8 مارس 1991 إلى أنه " في التحكيم التجاري الدولي، يتمتع شرط التحكيم باستقلالية قانونية كاملة في علاقته بالعقد الأصلي و الذي لا أثر لوجوده أو لبطلانه على الشرط المذكور، و أيضاً في علاقته بالقانون الداخلي الواجب التطبيق على العقد الأصلي، إلاً نزولاً على مقتضيات النظام العام الدولي"¹.

كما قضت محكمة باريس في حكمها الصادر في 26 مارس 1991 في قضية *Dalico* بأنه " في إطار التحكيم الدولي، فإن مبدأ صحة و استقلالية شرط التحكيم يكرّس استقلالية اتفاق التحكيم في مواجهة النصوص المادية للعقد الذي يشير إليه أيضاً في مواجهة القانون الداخلي الواجب التطبيق على هذا العقد، بشرط عدم مخالفة النظام العام الدولي و لا سيما ما تعلّق منه بقايلة المنازعة للفصل فيها بواسطة التحكيم".

فوفقاً لهذا المفهوم الذي اعتنقته محكمة استئناف باريس فإن اتفاق التحكيم لا يفلت من الخضوع بشكل مطلق للقانون إذ يتقيّد بالخضوع لمقتضيات النظام العام الدولي.

و في 20 ديسمبر 1993 كرّست محكمة النقض الفرنسية في قضية *Dalico* هذا النظر في تقدير اتفاق التحكيم الدولي، و ذلك عند نظرها للطعن المرفوع أمامها ضد الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس بشأن ذات القضية و الذي صدر عنها في 26 مارس 1991، إذ ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القضاء بأنه " وفقاً لقاعدة مادية من قواعد القانون الدولي للتحكيم، يعد شرط التحكيم مستقلاً من الناحية القانونية عن العقد الأصلي الذي يتضمنه سواء

1

حيث قررت محكمة استئناف باريس

« En matière d'arbitrage international , la clause compromissoire possède une complète autonomie juridique , à l'égard tant la convention principale dont l'existence ou la nullité n'on aucun effet sur elle , que de la loi interne applicable à cette convention , sous la seule réserve de l'ordre public international »

حفيظة السيد الحداد. النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. المرجع السابق. ص: 186.

بطريق مباشر أو عن طريق الإشارة، فوجود اتفاق التحكيم و صحته تتقرر، وفقاً للإرادة المشتركة للأطراف، دون حاجة إلى الإشارة إلى قانون وطني وضعي، باستثناء التقيد بالقواعد الآمرة في القانون الفرنسي و النظام العام الدولي " .

و لقد حرصت محكمة النقض إلى الإشارة إلى أن محكمة استئناف باريس قد أصابت صحيح القانون عندما رفضت في المنازعة القائمة بين الشركة الدانماركية Dalico و الحكومة الليبية، الحجة المستندة إلى القانون الليبي كقانون يتعيّن إعماله من أجل تقدير وجود و صحة اتفاق التحكيم¹.

و تتعلق الوقائع التي صدر فيها حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 20 ديسمبر 1993 بما يلي:
في 15 جوان 1981 أبرمت إحدى الوحدات المحلية التابعة للدولة الليبية عقداً مع شركة دانماركية هي شركة Dalico يخول هذه الأخيرة القيام بالأعمال اللازمة من أجل صرف المياه، و لقد نصّ في العقد المذكور، على اعتبار أنه جزء لا يتجزأ من هذا العقد، علاوة على الوثائق الخاصة بالمناقصة، الشروط النموذجية أو المعدلة في الملحق.

و تتضمن الشروط النموذجية الموقعة شرطاً مانحاً للاختصاص للمحاكم الليبية، بينما عدل الملحق غير الموقع عليه هذا الشرط عن طريق الإحالة إلى شرط التحكيم الوارد في إحدى الوثائق المتعلقة بالمناقصات.

و لقد تقدمت شركة Dalico بعرض المنازعات الناشئة بينها و بين الطرف الليبي للتحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس إعمالاً لشرط التحكيم الوارد في المناقصة.

و لقد قررت محكمة التحكيم اختصاصها بنظر المنازعة القائمة بين كل من الشركة الدانماركية و الطرف الليبي و قرّرت تعيين خبير و انتهت إلى تقرير مسؤولية الطرف الليبي عن فسخ العقد و ألزمته بدفع مبالغ متنوعة للطرف الدانماركي، و لقد طعن الطرف الليبي عن هذه الأحكام الثلاثة المتعاقبة بالبطان و لعل الطعن الأساسي الذي يعيننا في هذا الصدد هو تمسك الطرف الليبي بعد اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في المنازعة المعروضة عليها استناداً إلى بطان شرط التحكيم وفقاً لكل من القانون الليبي والقانون الفرنسي.

¹ أنظر النص الفرنسي لحكم محكمة النقض المذكورة :

« Mais attendu qu'en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage , la clause compromissoire est indépendante juridiquement du control principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient , sous réserve des règles impérative du droit français et de l'ordre public international , d'après la commune volonté des parties , sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique ; qu'en l'espèce , la cour d'appel a légalement justifiée sa décision en établissant l'existence de la clause d'arbitrage sans avoir égard à la loi Libyenne du contrat et a souverainement retenu , par l'analyse et l'interprétation des documents produit , que l'annexe invoquée avait , notamment pour objet de substituer la cause d'arbitrage stipulée à l'origine à celle donnant compétence aux tribunaux libyens et que son intégration dans l'ensembl contractuel démontait , bien que ce document ne fût pas signé , la commune intention des parties à se soumettre à la clause litigieuse»

حفيظة السيد الحداد. النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. المرجع السابق. ص 188.

و لقد رفضت محكمة استئناف باريس الطعن بالبطلان مقدّرة أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم وصحته، لا يقتضي الإشارة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، فالملاحق الذي ينص على شرط التحكيم عن طريق الإشارة، قد تمّ إدماجه، نزولاً على الإرادة المشتركة للأطراف، في الإطار التعاقدية الذي يعد بمثابة قانون الأطراف، و عندما طعن الطرف الليبي على حكم محكمة استئناف باريس أمام محكمة النقض ذهبت هذه الأخيرة إلى القضاء على النحو المشار إليه أعلاه مقدرة صحة اتفاق التحكيم دون حاجة إلى الإشارة إلى قانون وطني وضعي باستثناء التقييد بالقواعد الآمرة في القانون الفرنسي و النظام العام الدولي، فالأمر لم يقف عند تحرير اتفاق التحكيم من القيود التي تفرضها القوانين الوطنية على صحة اتفاق التحكيم إضافة إلى ما يتطلبه وجود الإرادات المكونة لهذا الاتفاق و إلى صحتها أو خلوها من عيوب، و إنما تجاوز ذلك من بعد إلى تحريره من أسباب البطلان الناشئة عن العلاقة الأصلية الناشئة عنها¹.

و الواقع أن ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية ومن قبلها محكمة استئناف باريس و إن كان محلاً لتأييد جانب الفقه الفرنسي، فإنه كان محلاً أيضاً لانتقاد جانب آخر من الفقه.

الفرع الثاني : موقف الفقه من الإتجاه الحديث في القضاء الفرنسي بشأن أعمال منهج القواعد المادية على صحة اتفاق التحكيم

ذهب جانب من الفقه الذي قام بالتعليق على أحكام محكمة استئناف باريس التي أكدت استقلالية اتفاق التحكيم عن كل قانون وضعي إلى قبول هذا القضاء مع بعض التحفظ، و لقد لاحظ هذا الفقه أنه من الناحية العملية أن استقلالية اتفاق التحكيم لا يمكن أن تكون بشكل كامل.

فالقضاء لا يمكنه أن يقرّ إعطاء اتفاق التحكيم صحة مطلقة، فلا يمكن للمرء أن يزعم بصحة اتفاق التحكيم بشكل مطلق و أن هذا الشرط لا يمكن تقرير بطلانه بسبب نقص أهلية أحد أطرافه أو عيب في الإرادة أو عدم قابلية المنازعة للفصل فيها بواسطة التحكيم، فمثل هذا التقرير لا يمكن أخذه مأخذ الجد².

فعلى الصعيد النظري فإن المفاهيم المتعلقة باستقلالية اتفاق التحكيم وفعاليتها الذاتية ليست بمنأى من الإنتقاد، فلقد لاحظ جانب من الفقه أن التصرف لا يمكن أن يكون صحيحاً كأصل عام، فهو لا يعد كذلك إلا إذا تحققت فيه شروط شكلية و موضوعية مفروضة من قبل قاعدة سابقة بالضرورة على هذا التصرف، و هذه الشروط قد تكون قواعد قانونية تتسم بالشدّة، و هي قواعد لا يمكن إنكار وجودها.

1 مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبدالعال. المرجع السابق. ص: 319.

و هذه الإنتقادات تؤدي أحيانا إلى ضرورة إعمال منهج التنازع الذي يسعى إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، أفضل من إعمال منهج القواعد المادية، فالفصل في مسألة صحة اتفاق التحكيم و وجوده من منظور القانون الفرنسي وحده، يعبر عن نوع من الإستعمار القانوني لا محل له، كما يتضح من قضية Dalico.

فالمحصلة الأساسية لحكم Dalico تتمركز حول النظام القانوني الذي سعت محكمة النقض الفرنسية إلى إخضاع اتفاق التحكيم له، و الذي يتلخص في أن وجود اتفاق التحكيم وفعاليته تستند على إرادة الأطراف وحدها و لا تستمد من أية قاعدة قانونية.

و من هذه الزاوية فإن موقف محكمة النقض يقترب من آراء الإتجاه الإرادي السائد في نهاية القرن الماضي و التحفظ الذي وضعته محكمة النقض بشأن القواعد الآمرة للقانون الفرنسي لا يجعلها تقف بعيداً عن أكثر المدافعين جرأة عن الإتجاه الإرادي، إذ أن هؤلاء أنفسهم أخضعوا القوة الخالقة للإرادة للقانون.

و يرفض بعض الفقه صراحة استبعاد مبدأ استقلال شرط التحكيم من خلال اتفاق الأطراف أو تفسير شرط التحكيم لأن استبعاد ذلك المبدأ تبعاً لإرادة الأطراف يشكل "تقويضاً خطيراً لمبدأ الاستقلال الذي أصبح من المبادئ المعترف بها عالمياً... فهذا المبدأ يتعلق في الواقع بقاعدة أمرة في التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها .

و مع ذلك فإن محكمة النقض الفرنسية بتقريرها أن الإرادة المشتركة للأطراف التي يستمد اتفاق التحكيم منها وجوده و فعاليتها مصدرها قاعدة مادية في القانون الدولي للتحكيم، تقرر الإستقلال القانوني لاتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، فالقوة الملزمة للإرادة المتطابقة للأطراف تستمد من هذه القاعدة مع احترام القواعد الآمرة في قانون القاضي.

و الواقع أن هذا النظام القانوني الذي شيدته محكمة النقض ليحكم اتفاق التحكيم يثير كما لاحظ جانب من الفقه الفرنسي وبحق العديد من التساؤلات لا سيما فيما يتعلق بطبيعة هذه القاعدة التي تقرر صحة اتفاق التحكيم و فعاليتها¹.

و يستفاد من ذلك أن القضاء الفرنسي لم يستند في تطبيق مبدأ استقلال شرط التحكيم إلى القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم التجاري الدولي، لذلك "يرى جانب من الفقه الفرنسي أنه بالنسبة للقاضي الفرنسي فإن اتفاق التحكيم... يعتبر مستقلاً عن العقد الأصلي أياً ما كان الحل الذي يتبناه القانون الأجنبي المحتمل التطبيق على هذا العقد و أياً ما كانت طبيعة القواعد الواجبة التطبيق على اتفاق التحكيم ذاته، كذلك فإن الإدعاء باستخلاص القاعدة القانونية التي تقرر صحة وفعالية اتفاق التحكيم من القانون الدولي للتحكيم الذي لا وجود له على نحو ما أشرنا، يتضمن في ثناياه أن القانون الفرنسي ذاته للتحكيم يعتبره النقص و هي مقولة محل شك، و من هنا فإنه يبدو من غير المنطقي

1 حفيظة السيد الحداد. النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. المرجع السابق. ص: 191.

البحث في نظام قانوني لا وجود له، عن قاعدة قانونية، من الصعوبة بمكان عدم وجودها في القانون الفرنسي، و الذي تقرر محكمة النقض أنه واجب الإحترام فيما يتعلق بقواعده الآمرة.

و لذلك فإن صحة و فعالية اتفاق التحكيم لا تعدو أن تكون مجرد قاعدة يقرها القانون الوطني الفرنسي للتحكيم الدولي و دون الإدعاء بأكثر من ذلك.

و إلى جانب هذا الإتجاه الذي يميل إلى التقدير السلي للإتجاه المدافع عن أعمال المنهج المادي للفصل في مسألة صحة اتفاق التحكيم و وجوده، فإن من خلال انتقاده لأحكام القضاء الفرنسي و لاسيما لأحكام محكمة النقض الأخيرة، هناك جانب آخر من الفقه يدافع عن هذا الإتجاه مفضلاً أعماله عن أعمال منهج التنازع، من خلال تأييده دون تحفظ لأحكام المحكمة العليا في فرنسا، بل إن بعض التعليقات السابقة على صدور هذه الأحكام، قد ذهبت إلى ذات المعنى الذي انتهت إليه المحكمة العليا، و هو الرأي الذي سنعرض له الآن.

يترتب على مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، ألا ينظر القضاء الوطني في مسألة وجود اتفاق التحكيم وصحته و إلاً من خلال فحص الحكم التحكيمي المطعون عليه بالبطلان أو من خلال فحص طلب تنفيذ الحكم التحكيمي و الذي يتمسك أحد الأطراف بأن هذا الحكم قد صدر دون الإستناد إلى اتفاق التحكيم أو بناءً على اتفاق تحكيم باطل أو انقضت مدته، أو على العكس من خلال تقدير رفض قبول اختصاص المحكم، بعد أن قرّر، خطأً من وجهة نظر الأطراف، عدم وجود أو عدم صحة اتفاق التحكيم، فمن آثار استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي أن يتم تقدير شرط التحكيم وفقاً للقواعد المادية و دون البحث عن القانون الواجب التطبيق من خلال تنازع القوانين في العقود الدولية¹.

و لقد أتيحت الفرصة للقضاء في هذا الإطار على أن يؤكّد، وفقاً لما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس، أن وجود فعالية اتفاق التحكيم يتعيّن فحصها فقط في ظل مقتضيات النظام العام الدولي.

و يرى الأستاذ E. Gaillard أن الإنتقادات التي وجهها جانب من الفقه إلى هذا القضاء المتقدم، و التي استندت إلى الصياغة غير المؤاتية و استخدام تعبير الصحة الذاتية لاتفاق التحكيم من قبل هذا القضاء، انتقادات في غير محلها ، فالأمر لا يتعلق مطلقاً، من وجهة نظر القضاء الفرنسي، إلى انفلات اتفاق التحكيم من الخضوع لكل رقابة و لكن تنقيح هذه الرقابة بإخضاع اتفاق التحكيم إلى المفاهيم الأساسية التي يكرّسها القانون الفرنسي في الإطار الدولي، و هو ما تستهدفه القضاء الفرنسي باستخدام مصطلح النظام العام الدولي².

¹ ناريمان عبدالقادر. اتفاق التحكيم. المرجع السابق. ص: 522 .

² حفيفة السيد الحداد. النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. المرجع السابق. ص: 193.

و حتى إذا لم يكن الأمر متعلقاً بالنظام العام بإعتباره وسيلة لإستبعاد القانون الأجنبي المختص، فإن الإشارة إلى النظام العام تتحقق بشكل تلقائي إذا تعلق الأمر بتقدير مدى قابلية المنازعة للفصل فيها من خلال التحكيم، و التي تعد مجرد شكل من أشكال احترام النظام العام وفقاً لما هو منصوص عليه في المادة 1502-5 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد.

و هذا الحل الذي تبناه القضاء الفرنسي من وجهة نظر الأستاذ Gaillard يتسم بالتجديد، إذ تعلق الأمر بالرقابة على وجود أو صحة اتفاق التحكيم، فهذا السبب الذي تنص عليه المادة 1502-1، على اعتبار أنه متميز و مستقل عن ذلك المنصوص عليه في المادة 1502-5 من قانون الإجراءات المدنية الجديد و الخاص بمخالفة النظام العام الدولي، فاتفاق التحكيم لا يخضع للرقابة إلا في ضوء المفاهيم الأساسية للقانون الفرنسي، فالقاعدة التي وضعتها محكمة النقض الفرنسية في قضية Dalico تهدف إلى تأكيد أن فكرة صحة اتفاق التحكيم و اتفاق التحكيم الباطل أو الذي انقضت مدته المنصوص عليه في المادة 1502-1 من قانون المرافعات المدني الجديد يجب أن تكون محلاً لتقييم مستقل.

ومن هنا فإن الأمر لا يتعلق بفكرة العقد الطليق الذي يفلت من الخضوع لأي قانون و إنما يتعلق بالأمر بعقد لا تثور بشأنه مشكلة تنازع القوانين و بعبارة أخرى، فإن الأستاذ E. Gaillard يرى أن القضاء المتقدم لا يكرّس أي مبدأ من شأنه القول بعدم المساس باتفاق التحكيم، و بهذه المثابة، فإنه لا توجد أية استحالة منطقية تحول دون استخلاص مبدأ صحة اتفاق التحكيم، ليس في هذا الإتفاق نفسه، و هو ما يعني الإستقلالية في معناها الخالص، و لكن في الإعتراف بها من خلال المبادئ التي يرى النظام القانوني الفرنسي ضرورة إعمالها في الإطار القانوني.

فالنظام العام يعبر هنا عن القواعد المادية التي تشكّل الحد الأدنى من المبادئ التي يتعيّن احترامها وفقاً للمفهوم الفرنسي للتحكيم الدولي، حتى يتسنى الإعتراف لإتفاق التحكيم بترتيب آثاره.

و يرى الأستاذ E. Gaillard أن ما يذهب إليه جانب من الفقه من انتقاد المنهج الذي وضعه القضاء الفرنسي المتقدم و وصفه بأنه يمثل نوعاً من الإستعمار أو الإستحواذ القانوني بتغليب القواعد ذات الأصل الفرنسي على القواعد التي يتم تقييمها وفقاً لقواعد الإسناد، و أخذه بعين الإعتبار لخصوصيات النظام الفرنسي من أجل الفصل في علاقات قد لا تتصل بهذا النظام إلا بشكل عرضي، يعد انتقاداً غير سليم¹.

فالقضاء الفرنسي مختص بالفصل في الطعن بالبطلان المرفوع أمامه ضد الحكم التحكيمي أو بدعوى تنفيذ المحكم التحكيمي، فالمسألة بالنسبة إليه تتعلق بتقدير ما إذا كان حكم التحكيم الذي صدر بناءً على اتفاق تحكيم، يتعيّن الإعتراف به وتنفيذه وفقاً للنظام القانوني الفرنسي.

1 حفيظة السيد الحداد. النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. المرجع السابق. ص: 195.

و بهذه المثابة، فإنه لا يوجد أدنى تجاوز من أجل الإعتراف بالحكم التحكيمي من قبل النظام القانوني الفرنسي، أن يتم تقدير صحة اتفاق التحكيم الذي صدر حكم التحكيم بالإستناد إليه وذلك في ضوء المفاهيم التي يكرّسها القانون الفرنسي في إطار العلاقات الدولية.

أما بالنسبة لعدم توقع الحلول الذي قد يؤدي إليه إعمال الحل المتقدم الذي كرّسه القضاء الفرنسي، فإن الأستاذ E. Gaillard يذهب إلى القول بأن المنهج الذي سار عليه القضاء الفرنسي المتقدّم يتحرّك بالدوافع الدولية، إذ يسعى إلى وضع قواعد خاصة بالتحكيم التجاري الدولي مستوحاة من القانون المقارن و الطموحات المشروعة للمتعاملين على مسرح التجارة الدولية، و مثل ذلك المنهج دون أدنى شك أقل خطورة من المنهج الآخر، و الذي تتوقف صحة اتفاق التحكيم في ظلّه على تطبيق القانون الوطني الذي تحدّده قاعدة الإسناد الفرنسية و التي يستند إعمالها فقط على مجرّد وجود طعن بالبطلان على الحكم التحكيمي أو طلب إصدار الأمر بتنفيذ هذا الحكم، و بهذه المثابة تعد غير متمشية حتى مع التوقعات الافتراضية للأطراف¹.

و ترتباً على كل ما تقدّم، فإن هذا الجانب من الفقه الفرنسي يرى أنه من المناسب تأييد الحل الذي كرّسه القضاء الفرنسي و الذي يقرّر تقدير وجود و صحة اتفاق التحكيم في ضوء المفاهيم التي وضعها القانون الفرنسي بشأن التحكيم التجاري الدولي دون تحفظ، و يذهب هذا الجانب من الفقه إلى القول بأن إعمال منهج القواعد المادية لا يقتصر دوره على تحديد القواعد الواجبة الإعمال على اتفاق التحكيم ذاته بل إن هذا المنهج يتعيّن تطبيقه ليشمل جميع المسائل المتصلة باتفاق التحكيم من حيث وجود الرضا بالتحكيم، عيوب الإرادة، قابلية الموضوع محل التحكيم للفصل فيه من خلال التحكيم، بل وشكل اتفاق التحكيم ذاته على نحو يصبح فيه اتفاق التحكيم خاضعاً لقواعد موضوعية دولية خاصة به².

وعلى ما يبدو، فإن محكمة النقض الفرنسية قد ذهبت بشأن هذا الموضوع الأخير إلى تبني منهج القواعد المادية من أجل القول بوجود الإتفاق على التحكيم بشكل صريح وذلك على خلاف المسائل الأخرى التي من الصعوبة بمكان القول بأن القضاء الفرنسي قد طبق منهج القواعد المادية عليها بشكل قاطع.

و استعراض القضاء الفرنسي يكشف عن اتجاهه إلى التوسعة في نطاق إعمال مبدأ صحة اتفاق التحكيم و إستقلاليته عن إعمال منهج التنازع. و لعله مما يدعم هذه المقولة الإشارة إلى حكم محكمة إستئناف باريس الصادر في 24 فيفري 1994 و الذي ذهبت فيه إلى القضاء بأنه " في إطار التحكيم الدولي يعتبر مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم ذو تطبيق عام بإعتباره قاعدة مادية تکرّس صحة اتفاق التحكيم دون أية إشارة إلى قاعدة تنازع القوانين، إذ يتم تقدير صحة الإتفاق على التحكيم في ظل مقتضيات النظام العام الدولي فقط، و من ثم فإن الحظر الذي تضعه بعض القوانين

1 حفيفة السيد الحداد. النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. المرجع السابق. ص: 196.

2 مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبدالعال. المرجع السابق. ص: 320.

الوطنية على الدولة في أن تجعل شرط التحكيم قاصراً على العقود ذات الطابع الوطني، و لا يعد دخلاً في إطار فكرة النظام العام الدولي، على نحو يكتفي منه من أجل تقرير صحة شرط التحكيم الوارد في العقد، ملاحظة وجود عقد دولي أبرم من أجل حاجة المعاملات الدولية و يتفق مع قواعد و عادات التجارة الدولية.

و يذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن صحة شرط التحكيم لا يمكن النيل منها في ظل القواعد المستقرة الآن في القانون الفرنسي بالإعمال لنصوص أي قانون أجنبي و ذلك بغض النظر عن مضمون نطاق تطبيق هذه النصوص فكأن القضاء الفرنسي بإضافته للطابع العام على مبدأ صحة اتفاق التحكيم دون حاجة إلى إعمال منهج التنازع قد استهدف خلق نوع من الحصانة المضروبة حول هذا الإتفاق، فمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم و صحته يستهدف تحقيق الأمان القانوني لهذا الإتفاق، إذ أنه يتعين توفير الحماية القانونية لهذا الإتفاق الخاص من أجل تحقيق فعاليته، و لا سيما و أن تخلف هذه الحماية يؤدي إلى تعريض التحكيم الدولي لذات المخاطر و المشاكل التي يتعرّض لها المتقاضون أمام محاكم الدولة من ضيق الوقت و الجهد و ذلك بالدخول في مناقشات أولية حول وجود و صحة اتفاق التحكيم بالإعمال لجميع الأنظمة القانونية المتصلة بالمنازعة، لإختيار أحدهما، و هو الإعمال الذي يتطلبه منهج تنازع القوانين من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا الإتفاق من أجل تقرير وجوده و صحته¹.

و مع ذلك فإن هذه الحصانة التي يتمتع بها اتفاق التحكيم ليست حصانة مطلقة و هو ما يتضح من قضاء Dalico إذ أن هذا الحكم أخضع مبدأ صحة اتفاق التحكيم لرقابة كل من القواعد الآمرة في القانون الفرنسي والنظام العام الدولي.

و يذهب الفقه الفرنسي في مجموعه إلى القول بأن الإشارة إلى القواعد الآمرة في القانون الفرنسي يتعيّن فهمها على أنها تعني النصوص الفرنسية التي لها طابع قواعد البوليس Lois de police أي تلك التي تعد قواعد أمرة بالنسبة للنظام القانوني الفرنسي في إطار العلاقات الدولية.

و لكن ما هي على وجه التحديد تلك القواعد التي تعد أمرة بالنسبة للنظام القانوني الفرنسي في إطار العلاقات

الدولية؟

1 انظر في هذا المعنى مقالة J.P.Ancel المنشورة في أعمال اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص ، 1991-1992، ص 81 حيث يذكر:

« Il fallait établir une protection juridique pour cette convention particulière afin d'en assurer l'efficacité , faute de quoi l'arbitrage international risquerait de conduire aux même difficultés et aux même aléas qu'une procédure judiciaire internationale en exigeant des parties un long débat préliminaire sur l'existence et la validité de la convention d'arbitrage au regard des différents systèmes de droit impliqués par l'affaire , ce qui imposerait comme au préalable un débat sur la définition du droit applicable».

حفيظة السيد الحداد. النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. المرجع السابق. ص: 195.

يوجد اختلاف في الفقه الفرنسي حول تحديد هذه القواعد، فبينما يذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى اعتبار أن القواعد المتعلقة بعيوب الإرادة و قابلية المنازعة لأن تكون محلاً للتحكيم من القواعد الفرنسية الآمرة في إطار العلاقات الدولية، يذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بعدم تمتع القواعد المتعلقة بعيوب الإرادة بهذا الوصف.

أما القيد الثاني الذي وضعه حكم Dalico على مبدأ صحة اتفاق التحكيم كقاعدة مادية من قواعد القانون الفرنسي بشأن التحكيم هو فكرة النظام العام الدولي.

و الواقع ان استخدام فكرة النظام العام الدولي في هذا الإطار تبدو مثيرة للدهشة على نحو ما لاحظته و بحق جانب من الفقه الفرنسي، إذ أنه من المعروف أنه، وفقاً للمعنى التقليدي المتفق على إعطائه لهذه الفكرة في إطار النظرية العامة للقانون الدولي الخاص، أن النظام العام الدولي لا يتدخل في وظيفته الإستيعادية إلاً من أجل استبعاد القانون الأجنبي الذي قامت قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتعيينه، لتعارضه مع المبادئ الأساسية في هذا القانون، و لما كان الأمر لا يتعلق بقانون أجنبي يتعين استبعاد أحكامه المخالفة، و إنما بإعمال القواعد الفرنسية المادية، فإن فكرة النظام العام الدولي تكون قد استخدمت في إطار آخر غير ذلك الإطار التقليدي الذي تستخدم فيه، لتبرير ذلك القيد الذي وضعته محكمة النقض الفرنسية، يرى الأستاذ Loquin ان حكم Dalico يتعين تفسيره و هو ما يظهر من صريح صياغته على أنه يشير إلى قاعدة مادية للقانون الدولي للتحكيم أي أنها قاعدة خارجية على النظام القانوني الفرنسي¹.

فإعمال الدفع بالنظام العام الدولي يجد شرعيته منذ اللحظة التي يتدخل فيها بشكل مباشر ليمنع حكماً تحكيمياً يتعارض مضمونه مع النظام العام الدولي في فرنسا من أن يرتب أثراً.

و يرى هذا الجانب من الفقه أن هيئة التحكيم الدولية، حتى تلك التي تتخذ من فرنسا مقراً لإنعقاد جلساتها، و التي تطبق القانون الفرنسي على الإجراءات و على موضوع المنازعة، تعد قضاءً أجنبياً عن النظام القانوني الفرنسي.

و من هنا فإن الأحكام الدولية لا يمكن مراقبتها في فرنسا إلاً بناءً على معيار مطابقتها للنظام العام الدولي وفقاً لنص المادة 1502-5 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد.

و الواقع أن قبول التحليل المتقدم، يقتضي البحث في مسألة أولية هي طبيعة القاعدة المادية التي تقرّر صحة اتفاق التحكيم دون اللجوء إلى منهج التنازع و هل هذه القاعدة تنتمي فعلاً إلى قانون آخر غير القانون الفرنسي فيكون التحليل المتقدم سليماً في بعض جوانبه، أما إذا كانت هذه القاعدة بطبيعتها و بالضرورة لا تنتمي إلاً إلى القانون الفرنسي فإن التحليل المتقدم يفقد مصداقيته.

1 حفيفة السيد الحداد. النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. المرجع السابق. ص: 200.

ولم يقتصر إعمال منهج القواعد المادية على اتفاق التحكيم على قضاء محكمة النقض بل إن هذا المنهج هو الذي سارت عليه أيضاً أحكام التحكيم.

المطلب الثاني: مدى قدرة منهج القواعد المادية على إلغاء منهج قاعدة التنازع.

يعتبر منهج التنازع من المناهج الأصلية في القانون الدولي الخاص، التي لم تقدر لوحدها على الإحاطة بمختلف الجوانب و الميادين التي تقتضيها العلاقات الخاصة الدولية، لذلك ظهرت مناهج أخرى منافسة لها في مقدمتها منهج القواعد المادية، الذي و إن أثبت جدارته في إيجاد الكثير من الحلول لمنازعة التحكيم التجاري الدولي بصفة خاصة، إلا أنه رغم ذلك لم يسلم من سهام التجريح و النقد التي استهدفت بقائه على قمة عرش المناهج القانونية(الفرع الأول) و هذا راجع إلى طبيعة العلاقة بين المنهجين التي تظهر تارة على أنها علاقة تجاوب أو تجاور، و أحيانا أخرى تظهر كأنها في حالة عداء أو منافسة(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإنتقادات الموجهة إلى منهج القواعد المادية.

تعرض منهج القواعد المادية إلى جملة من الإنتقادات، وجهها إليه بعض الفقهاء ممن حاولوا الطعن في مدى قدرة هذه القواعد على إيجاد الحلول الملائمة لعقود التجارة الدولية، و يمكن أن نلخص أهم هذه الانتقادات في النقاط التالية:

أولاً-القواعد المادية لا تشكل نظاماً قانونياً متكاملًا:

حيث لا توجد هيئة أو مؤسسة تدير هذه القواعد¹، فالنظام القانوني -بالمعنى الدقيق للاصطلاح- هو مجموعة القواعد الخاصة و الأجهزة القادرة على تطبيقها، و التي توجد مع نشأة و نشاط وحدة اجتماعية معينة هي بذاتها ذات طبيعة خاصة².

وبالتالي يصعب الاعتراف بصفة النظام القانوني للقواعد المادية، على أساس أن تلك الصفة لا تتوافر إلاحيث نكون بصدد جماعة متماسكة ومنتظمة بشكل كاف، كما أنه ليس بمقدور هذه القواعد تنظيم كل المشكلات التي يمكن أن تتور بمناسبة هذه التجارة، وعليه لا بد من الرجوع إلى مصدر آخر لإكمال هذا النقص، والذي لا يمكن أن يكون إلا النظام القانوني الوطني.

و قد رد على هذا الرأي بأن القواعد المادية هي قواعد جديدة تنمو يوماً بعد يوم، و ما التطلع لأن تولد متكاملة عملاقة إلا نوع من التزايد غير المنطقي، إذ سيكون مستقبلاً لعامل الوقت و الجهود الدولية الدور الكبير في بناء هذا النظام القانوني المتكامل، فضلاً على أن العاملين في حقل التجارة الدولية يظهرون في الحقيقة كوحدة متماسكة

1 إهاب السباطي. المرجع السابق. ص: 382.

2 صالح المنزلاوي. المرجع السابق. ص: 196 وما بعدها.

بدرجة كافية، فهم مرتبطون بعلاقات و معاملات وثيقة على نحو يجعلهم يشكلون مجتمع دولي حقيقي، و إذا سلمنا جدلاً بأنه لن يتم بناء نظام قانوني متكامل لهذه القواعد، أفلا يكفي ذلك لحل الكثير من المشاكل الرئيسية الكثيرة كتوفير الوقت و المال للأطراف المتعاقدة وتحقيق الأمان القانوني الذي ينشدهونه¹، و في ذلك يؤكد الأستاذ عبد الكريم سلامة بأن "القواعد المادية تشكل نظاماً قانونياً و لكنه نظام قانوني غير كامل أو هونظام قانوني كالجنين في طور التكوين".

و نافذة القول إذن هي أن القواعد المادية تعتمد على أسس قوية، تتمثل في ديناميكية أو حركية الواقع التعاقدية في المجال الدولي وثبات العادات التي يولدها هذا التطبيق التعاقدية و لاسيما عندما تقنن، و الواقع يثبت كذلك أن عدم الاعتراف الكافي بهذه القواعد من شأنها إحداث أضرار بليغة بمتطلبات التجارة الدولية.

ثانياً-منهج القواعد المادية ليس مناسباً للوفاء بالإحتياجات المحلية للنظام القانوني:

حيث أن كل دولة لها ظروفها الخاصة، و بناء عليه تتغير معها احتياجاتها الخاصة للعدالة، فالدول غير المتعاونة في هذا المجال تنعدم الرغبة لديها لترك المنازعات التي يكون أحد رعاياها طرفاً فيها كي تحكمها القواعد المادية، إذ يؤدي تعارض المصالح الاقتصادية و السياسية للدول إلى إعاقة كل محاولة ترمي إلى خلق أو إنشاء هاته القواعد².

إلا أنه عيب على هذا النقد أنه يعرف نوعاً من المبالغة، حيث ربط فكرة النظام القانوني بالدولة على نحو لم يتصور وجوده بدوها، ما يؤدي إلى حصر مفهوم النظام القانوني في مجال ضيق يقتصر على مجتمع الدولة بالمفهوم الحديث، رغم أن ما نحن بصدده هنا هو قواعد تطبق على العلاقات التجارية الدولية، و في مجال التجارة تدوب الفوارق بين المجتمعات و الدول، لأن التجارة هي لغة و ثقافة عالمية تستخدمها كل الشعوب³.

ثالثاً-منهج القواعد المادية يعطي للقضاة المزيد من السلطة غير المحدودة:

لأن صدور القواعد المادية عن القضاء سيجعلها متأثرة بالمصالح الوطنية، رغم أنها وضعت أساساً لرعاية الاعتبارات الدولية، فهي على هذا النحو بمثابة اقتراب وطني للحلول الخاصة بالمشاكل الدولية، و هذا بخلاف الحالات الغالبة في المجالات الأخرى أين يكون هناك قواعد قانونية محددة يجب على القضاة إتباعها، و هذا ما من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بالإنسجام الدولي للحلول الذي قد تدركه قواعد التنازع على نحو أفضل⁴، و لذلك تظل القواعد المادية التي يصدرها القضاء عاجزة في حد ذاتها عن تحقيق أهداف و طموحات أنصار هذا المنهج، ألا و هو خلق

1 إهاب السباطي. المرجع السابق . ص: 383.

2 صالح المنزلاوي. المرجع السابق. ص: 203.

3 إهاب السباطي. المرجع السابق . ص: 384.

4 هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. المرجع السابق. ص: 723.

قانون موضوعي عام، و ذلك راجع إلى أن القاضي مسوق في سبيل إعدادها بالظروف الخاصة لدولته و وفقا لما تقضي به مصالحها، الأمر الذي أوجس خيفة لدى بعض الفقه من أن يؤدي تعدد القواعد الصادرة عن تلك الدول إلى التوصل لنظام يتسم بخصوصية شديدة في حل المشاكل التي تثيرها العلاقات التجارية الدولية، مما قد يقلل من إمكانية توحيد هذه القواعد¹.

و رغم ذلك لم يلق هذا النقد التسليم من طرف الكافة، على أساس أنه يتعد عن الحقيقة و الواقع، بدليل أن القواعد المادية غالبا ما تأتي في صورة مواد واضحة و تصحبها في كثير من الأحيان شروح لها، و ما ذهب إليه بعض مشرعوا الدول إلا تأكيد على ذلك - كالمشرع التشيكوسلوفاكي (سابقا) - حين ربطوا تطبيق القواعد المادية بمنهج النزاع، بحيث لا يملك القاضي جواز أعمال هذه القواعد إلا إذا أشارت قواعد النزاع باختصاص قانونه لحكم الرابطة العقدية المطروحة، و ذلك كله فضلا على المتابعة الكثبة لتطبيق هذه القواعد من جانب أطراف التجارة الدولية، سيما المنظمات الدولية المعنية².

رابعا - صعوبة تنفيذ الأحكام والقرارات التي تصدر غالبا عن هيئات التحكيم بناء على القواعد المادية:

حيث أن هناك جانبا من الفقه يوجب تطبيق القواعد المادية للتجارة الدولية بمجرد اللجوء إلى التحكيم أو تضمين العقد شرطا تحكيميا، إذ يتحتم تطبيق هذه القواعد تلقائيا في هذه الحالة³، كما أن هناك بعض التشريعات المحلية تعمد إلى تطبيق قواعد النزاع التقليدية كشرط لتنفيذ حكم أجنبي، و نفس الشيء قد يحدث لو صدر القرار عن هيئة تحكيمية بحيث يصبح من الصعب التحقق ما إذا كانت قد طبقت الإجراءات الصحيحة للوصول إلى القانون واجب التطبيق أم لا.

و رغم الإقرار بعملية هذا النقد في بعض جوانبه، إلا أنه لم يسلم مع ذلك من ردود الفعل التي جاءت على غير وفاق معه، بحجة أنه لا ضرر في تنفيذ الأحكام و القرارات الصادر من قبل القضاء ما دامت القواعد المادية التي استندت إليها - في أغلبها - هي نتاج إتفاقيات دولية تدخل هي الأخرى في نطاق التشريعات الداخلية، و بالتالي لا يجد القاضي أي حرج في الرجوع إليها لتقرير أحكامه، أما بالنسبة لتلك الصادرة من هيئات التحكيم فقد تكفلت اتفاقية نيويورك لسنة 1958م الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية بتنظيمها، و التي لم ترهن تنفيذ قرارات التحكيم بأي شرط متعلق بسندها القانوني⁴.

1 أحمد عيد الحميد عشوش. المرجع السابق. ص: 23.

2 إيهاب السنباطي. المرجع السابق. ص: 383.

3 محمود محمد ياقوت. المرجع السابق. ص: 351.

4 إيهاب السنباطي. المرجع السابق. ص: 383.

الفرع الثاني: العلاقة بين منهج قاعدة التنازع ومنهج القواعد المادية في إطار منازعة التحكيم التجاري الدولي.

أمام قصور منهج قاعدة الاسناد، و ظهور منهج القواعد الموضوعية، فإن هناك من تحدث عن أزمة المنهج التقليدي للتنازع، لذلك نجد أن جانبا من الفقه ذهب إلى القول: بأن منهج القواعد الموضوعية أضحي منافساً لمنهج قاعدة الإسناد، و أن المنهجين لهما قابلية مناسبة للتطبيق، و من ثم فإن هناك نظامين قانونيين متنافسين، فالقواعد الموضوعية قواعد دولية تلائم الروابط الدولية، و وجدت من أجلها لتحل مشكلاتها مباشرة، أما قاعدة الاسناد فهي وطنية النشأة و موضعها الوحيد هو تحديد قانوني وطني معين لحكم الروابط القانونية.

بينما يرى البعض الآخر أن التنافس يقتضي التكافؤ و هو غير موجود، و أن منهج القواعد الموضوعية لم يصل بعد إلى تشكيل نظام قانوني كامل إذ يعتريه الكثير من النقص و القصور و اذا كان قد اقتطع حيزا من مجال هيمنة قاعدة الاسناد و أظهر قصوره، فإن هذا المنهج سيظل مجرد مكمل لمنهج قاعدة الاسناد.

أولا : تكامل منهج تنازع القوانين و القواعد المادية من أجل تقرير صحة اتفاق التحكيم وفق التشريعات و أحكام القضاء

أدى قيام بعض التشريعات الحديثة، بضرورة تقرير صحة اتفاق التحكيم المتصلة بالمنازعات الدولية دون أن يتوقف فحص تلك المسألة على الإعتبارات الخاصة بأي نظام قانوني يكون هذا الاتفاق على اتصال به إلى قيام هذه التشريعات بوضع قواعد مادية خاصة بصحة اتفاق التحكيم من حيث الموضوع ولكنها قرنت بالإلتجاء إلى هذه القواعد بإعمال منهج التنازع التقليدي على نحو من شأنه زيادة فرص صحة اتفاق التحكيم، وسوف نعرض لجانب من القوانين التي سلكت هذا المسلك في الجمع بين القواعد المادية وقواعد تنازع القوانين.

أ-تكريس التشريعات للمبدأ

يعتبر المشرع السويسري أول مشرع قبل إمكانية تطبيق كل من القواعد المادية و قواعد التنازع تقرير صحة اتفاق التحكيم ، فالمادة 178 من القانون السويسري الذي يعالج اتفاق التحكيم تسمح بالاعتراف بصحة اتفاق التحكيم من الناحية الموضوعية ، إذا كان هذا الاتفاق يتماشى مع الشروط التي يتطلبها القانون المختار من قبل الأطراف ، أو القانون الذي يحكم موضوع النزاع و لا سيما القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي أو وفقا للقانون السويسري¹.

و نص هذه المادة يعد بمثابة قاعدة إسناد ذات مضمون مادي ، إذ أنها تسمح للقاضي السويسري المعروض عليه مسألة الفصل في صحة اتفاق التحكيم ، و الذي بناء عليه صدر الحكم التحكيمي الذي يتعين على هذا القاضي أن يعترف به ، بالتطبيق للقواعد المادية لقانونه.

و تظهر ذاتية الحل الذي وضعه المشرع السويسري بمقارنته بذلك الذي عليه القانون الوضعي الفرنسي المستخلص من القضاء الفرنسي ، من أن صحة اتفاق التحكيم من حيث الموضوع يمكن أن تخضع للقانون المختار من قبل الأطراف أو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، أي بعبارة أخرى للقانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي في غالبية الحالات و تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف ليس إلا مجرد تكريس للمفهوم التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة، أما تطبيق القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي للفصل في مسألة صحة اتفاق التحكيم ، فهو يعني تقرير ما سبق لجانب من الفقه أن اقترحه، بإعمال قواعد هذا القانون لتقرير صحة اتفاق التحكيم ، و الحلول المتنوعة التي وضعها القانون السويسري و التي يتعين إعمالها بالتناوب ، إذ أنها تتنافس فيما بينها من اجل تقرير صحة اتفاق التحكيم ، تعبر بشكل واضح عن موقف هذا القانون من تشجيع التحكيم، و الموقف الذي انتهجه المشرع السويسري ليس موقفا منفردا إذ تبعته فيه العديد من الأنظمة القانونية الأخرى ، كالقانون الجزائري الصادر في 25 أبريل 1993 ، و الذي تتضمن المادة 458 مكرر 1 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري الصادر بالتاريخ المذكور أعلاه ، نصا مماثلا لنص المادة 178 فقرة 2 من القانون الدولي الخاص السويسري الجديد¹.

أما عن موقف المعاهدات الخاصة بالتحكيم الدولي فإن معاهدة جنيف لا تشير صراحة ، إلا لحالة عدم قابلية المنازعة للفصل بشأنها من خلال التحكيم وفقا لقانون القاضي مادة 6 بند 2 فقرة 2²، و من هنا و تبعا للطابع التقليدي لهذه المعاهدة، فإن الدفع بالنظام العام بوصفه وسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص ، يعد مندرجا في إطار القانون الواجب التطبيق الذي تم تعيينه وفقا لنص المادة 06 من هذه الاتفاقية، و اهتداءً بالقانون السويسري ، يذهب الأستاذ قيار Gaillard إلى القول بأن القانون الوضعي الفرنسي يقرر صحة اتفاق التحكيم ، إما مع القانون المختار من قبل الأطراف أو في حالة عدم الاختيار ، وفقا لقانون مقر التحكيم أو وفقا للقواعد المادية للقانون الفرنسي الواجبة التطبيق على التحكيم التجاري الدولي ، و يرى هذا الجانب من الفقه الفرنسي إلى أن هناك محلا للقول بأن هذا الفرض قد يكون فرضا نظريا محظا ، فلن يكون هذا الفرض متحققا فإنه يجب أن يكون اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الفرنسي على الرغم من الطابع التحري لهذا القانون ، و لكنه يعد صحيحا وفقا لنظام قانوني آخر كالقانون

1

Bedjaoui. M et Mebroukine. A. Le Nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie . JDI.4. 1993. P.873

2

Gaillard. E.Arbitrage commercial international , Convention d'arbitrage , Autonomie » Jurix .CI .Droit inter.J.CI , droit , Fasc 581-1 , 1994 , N° 63.

المختار من قبل الأطراف على سبيل المثال ، و إذا كان مثل هذا الفرض من المتصور حدوثه ، فإنه من المشكوك فيه ، أن الطابع التحرري لهذا النظام القانوني الأخير، قد لا يبدو من وجهة نظر القاضي الفرنسي مبالغا فيه ، و لا يقوم هذا القاضي باستبعاده باسم فكرة النظام العام الدولي بوصفها وسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي المتعارض مع المبادئ الأساسية في قانون القاضي، فإمكانية رفض الاعتراف بالحكم التحكيمي و تنفيذه ، في حالة مخالفة هذه الأحكام للنظام العام في الدولة المطلوب منها هذا الاعتراف أو ذلك التنفيذ ، وهو ما قرره صراحة معاهدة نيويورك في المادة 5 فقرة 2 ب.

ب- أحكام القضاء من المبدأ

إذا كان القانون الفرنسي بشأن التحكيم و أيضا المعاهدات الدولية المتصلة بالتحكيم و الواجبة التطبيق في فرنسا تسمح وفقا لرأي الأستاذ قيار Gaillard بالإجابة على التساؤل المطروح بالإيجاب إذا كان اتفاق التحكيم صحيحا وفقا للقانون المختار من قبل الأطراف أو في حالة سكوت الإرادة عن الاختيار ، وفقا لقانون دولة المقر¹ . وإذا كانت القواعد المادية الواجبة التطبيق وفقا لما قرره حكم Dalico داليكو لا يسمح بتقرير صحة اتفاق التحكيم الذي كان أساسا للحكم التحكيمي المطلوب الاعتراف به أو تنفيذه في فرنسا ، فإن القضاء الفرنسي لا يمكنه أن يرفض منح الأمر بالتنفيذ لهذا الحكم التحكيمي طالما كان اتفاق التحكيم صحيحا وفقا للقانون المختار من قبل الأطراف أو في حالة عدم الاختيار وفقا لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم المطلوب الاعتراف به أو تنفيذه . فهذه هي النتيجة الطبيعية المترتبة على المادة 05-1-1 من معاهدة نيويورك لعام 1958 ، و إذا كان صحيحا أن هذه المادة يمكن تجاوزها في حالة وجود قواعد أكثر تحررية لصالح التحكيم ، و لكن القضاء الفرنسي لا يمكنه دون انتهاك للمعاهدة ، أن يكون أكثر تشددا منها.

و أيضا في حالة عدم صدور أي حكم تحكيمي فإن المادة 6 فقرة 2 أ ، ب من معاهدة جنيف الموقعة عام 1961 تحظر على القاضي الفرنسي أن يمتنع عن ترتيب الآثار على اتفاق تحكيم صحيح وفقا للقانون المختار من قبل الأطراف و في حالة سكوت الإرادة عن الاختيار ، وفقا لقانون دولة المقر.

ثانيا :موقف الفقه من تكامل منهج تنازع القوانين و القواعد المادية من أجل تقرير صحة اتفاق التحكيم

إن دراسة العلاقة بين منهجي التنازع و القواعد المادية في إطار منازعة التحكيم التجاري الدولي سيسمح لنا بتحديد الأهمية والبعد الحقيقي لهذه القواعد الأخيرة.

إذ يرى جانب من الفقه أن العلاقة بين المنهجين هي علاقة تنافسية، بحيث أن ظهور منهج القواعد المادية قد ارتبط بعدم ملائمة منهج قواعد التنازع لحكم منازعة التحكيم التجاري الدولي، و مقتضى علاقة التنافس هذه هي

1 حفيظة السيد الحداد. النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. المرجع السابق. ص: 206.

أن وجود المنهجين يستتبعه استبعاد الآخر، و في ذلك يقول بعض الشراح أن " النظامين لهما من البداية قابلية متساوية للتطبيق، و تلك الملاحظة تبصر بأنه يوجد نظامين قانونيين متنافسين"¹.

و يرى جانب آخر من الفقه على عكس الاتجاه السابق، أن العلاقة بين المنهجين هي علاقة تجاور أو تعايش و ليست علاقة عداء أو منافسة، فالتنافس يقتضي التكافؤ، و هو ما حمل البعض إلى رفض التطرق و الحديث عن تنازع المناهج في القانون الدولي الخاص المعاصر، مؤكداً أن الأمر في حقيقته لا يعدو أن يكون تكاملاً بين المناهج في إطار هذا الفرع من فروع القانون²

وستتطرق فيما يلي بالتعليل إلى وجهة نظر كل طائفة من الفقه، سواء التي ترى في العلاقة بين المنهجين علاقة عداء أو تنافس، أو تلك التي ترى فيها علاقة تعايش وتكامل.

أ-علاقة التنافر أو التنافس:

قبل أن نبين مظاهر التنافر و المنافسة بين المنهجين، حري بنا أن نبين بعض الاختلافات القائمة بين المنهجين المتنازعين، و ذلك يعود إلى أن هناك من الفقه من يرجع أسباب ظاهرة التنافر بين المنهجين إلى الاختلافات الجوهرية بينهما، من حيث كيفية تنظيمهما للعلاقات الدولية الخاصة للأفراد و من حيث نطاق تطبيقهما، و من حيث دور القاضي في أعمال كل منهما³.

ففيما يتعلق بكيفية تنظيمهما للعلاقات الدولية الخاصة للأفراد بصفة عامة و منازعة التحكيم التجاري الدولي بصفة خاصة، فإن منهج قاعدة التنازع ينهض بذلك التنظيم بطريق غير مباشر وذلك عن طريق إرشاد القاضي إلى القانون الذي يستمد منه ذلك التنظيم بواسطة ضابط إسناد مجرد لا يحدد قانوناً معيناً بالذات، بل بصفاته كقانون الجنسية أو قانون الإرادة أو قانون الموطن... إلخ .

أما منهج القواعد المادية فهو يتكفل بنفسه بإعطاء ذلك التنظيم، بتطبيق القاضي أو المحكم للقواعد المادية للتجارة الدولية على منازعات هذه الأخيرة مباشرة، وعلى هديها يفصل فيها.

أما من حيث نطاق التطبيق، فالمتفق عليه - كما سبق بيانه - أن منهج القواعد المادية يجد ضالته بصفة أساسية في نطاق نوع معين من الروابط و العلاقات الدولية الخاصة، التي تتركز في الأصل في العلاقات الاقتصادية و التجارية الدولية، لتستجيب بذلك على نحو أفضل إلى التوجهات الدولية الخاصة بالروابط التي يحكمها القانون الدولي الخاص.

1 أحمد عبدالكريم سلامة. المرجع السابق. ص: 635.

2 هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. المرجع السابق. ص: 687.

3 أحمد عبدالكريم سلامة. المرجع السابق. ص: 633.

و هذا عكس ما هو الحال في منهج قاعدة التنازع، كونه يغطي كافة الروابط الخاصة الدولية كمسائل الأسرة و العقود الدولية و المسؤولية المدنية... إلخ، و هو ما دفع بأنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن في انحصار منهج القواعد المادية و اقتصره على نوع معين من العلاقات الدولية ما يظهر قصوره و عدم كماله¹.

و إذا توقفنا عند دور القضاء في أعمال قواعد كل من المنهجين المتنافسين، فنجد أنه من المتعذر الإدراك أن منهج قاعدة التنازع هو منهج قضائي، لأن أعماله يقتضي رفع دعوى قضائية استنادا إلى الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه، عندئذ يمكن الرجوع إلى هذا المنهج من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق، هذا عكس منهج القواعد المادية الذي لا ينحصر أعماله في حالات الخلاف و المنازعات بين أطراف التجارة الدولية، بل يمكن الإستعانة به في المراحل الأولى لنشأة روابط تلك التجارة، كما هو الشأن بالنسبة للعقود النموذجية و الشروط العامة و العادات و الأعراف المهنية، و التي تساعد جميعها في حسن إبرام الاتفاقيات الدولية، فتطبيق هذه القواعد يفترض معرفة القاضي بصفة مسبقة بمضمون هذه القواعد و أهدافها، و كذلك نتائج تطبيقها على النزاع المطروح عليه²، و هي على هذا النحو تساعد إلى حد ما من فرصة وقوع النزاع، فعن طريقها يمكن أن يعرف مقدما كل طرف حقوقه و التزاماته.

و بذلك يثبت أن القواعد المادية دولية القلب والقلب، وهذا ملائمتها للروابط العقدية الدولية، فهي مخلوقة من أجلها و تحل مباشرة مشاكلها، بخلاف قاعدة التنازع التي تعتبر وطنية المنشأ و موضوعها الوحيد هو تحديد قانون وطني معين لحكم الروابط الدولية، الأمر الذي قد يؤدي إلى تقليص دور منهج التنازع.

و قد كان من شأن الاختلافات السابق ذكرها، أن أدت إلى وضع كل من منهج قاعدة التنازع و منهج القواعد المادية في حالة تجاذب أو تنافر أو على الأقل في وضعية تنافسية، و هذا بحجة أن المنهج الأخير يضيق الخناق على المنهج الأول، و يظهر في نفس الوقت مثالبه و عدم ملائمته لحاجات العلاقات الخاصة الدولية و يضعه في أزمة لا يستطيع تجاوزها³، و بهذه المثابة لا يتم اللجوء إلى منهج قاعدة التنازع إلا في الحالة التي لا يجد فيها القاضي حلا للمسألة المطروحة من خلال القواعد المادية ذات التطبيق المباشر، إذ أن هذه الأخيرة هي الأصل بينما لا تلعب قواعد التنازع إلا دورا احتياطيا لا تبدوا أهميته إلا عند عدم وجود قاعدة مباشرة تقبل الإنطباق.

و هذا هو ما يجد صداه عند الرأي الذي يؤكد أن أعمال قواعد التنازع التقليدية مشروط بعدم وجود قاعدة مادية تتصدى للتنظيم المباشر للمسألة المطروحة، بقولهم أن "قواعد التنازع هي الأداة الاستثنائية المتبعة لحل مشكلة التنازع في إطار الروابط الخاصة الدولية"⁴.

1 أحمد عبدالكريم سلامة. المرجع السابق . ص: 634.

2 هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق. ص: 696.

3 أحمد عبدالكريم سلامة. المرجع السابق. ص: 635.

4 هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. المرجع السابق. ص: 693.

ب-علاقة التعايش والتكامل:

إن الإختلاف بل والتناقض بين المناهج المتبعة لحل مشاكل التجارة الدولية، ينبغي ألا ينظر إليه على أساس أنه يشكل أمرا سلبيا، إنما يمكن اعتباره ظاهرة صحية تساعد في البت فيما يعترض عقود هذه التجارة من عوائق، زد على ذلك أن الاختلاف قد ينبه إلى مسائل جديدة تتطلب إضافات تفرض نفسها في الواقع العملي للعلاقات الاقتصادية الدولية، و لذلك فعقود التجارة الدولية بحاجة إلى تكافل بين مناهج قانونية تنير سبيلها عند توظيفها في العلاقات التعاقدية، وخصوصا أثناء مواجهة القلائل والأزمات.

و في هذا السياق تمر عقود التجارة الدولية اليوم بمرحلة خاصة¹، تتطلب من القائمين على هذه التجارة -الذين يظنون اللاعب الهام والمسيطر الدائم- مجهودا خاصا، و ذلك حفاظا أو تعزيزا للموقع الذي تحتله في سلم العلاقات التجارية الدولية، فالتكامل أو التعايش بين المنهجين يطرح التعاون الدولي كبديل يستهدف تحقيق الأمن القانوني و المصلحة المشتركة للأطراف المتعاقدة، لما لهذا التعاون من أثر على التكامل بين المنهجين بالشكل الذي قد يسمح بتحويلات اقتصادية وقانونية تدفع بالعلاقات الدولية نحو التقدم والازدهار.

و إذا أتينا إلى تحليل علاقة التعايش أو التكامل بين المنهجين، فمن ناحية يمكننا القول أن القواعد المادية لم تصل بعد إلى تشكيل نظام قانوني متكامل، فالأمر يتعلق بمنهج ما زال في بداياته الأولى يشوبه القصور و النقص في جوانب عديدة منه، و بالتالي فلا بد من الإستعانة بقواعد التنازع و لو بصفة جزئية، و العمل على تطويرها في معظم النظم القانونية الوطنية لمختلف الدول لمعالجة النقص في هذه الأحكام.

و من ناحية أخرى يظهر أن هناك توزيع و لو ضمني للاختصاص بين المنهجين، و بالتالي يبدو منطقيا القول أن منهج القواعد المادية تصبح له الأولوية في التطبيق على منهج التنازع، و ذلك إنما ينبع من حتمية أن القواعد المادية تعد أكثر ملائمة لطبيعة المعاملات التجارية الدولية²، و هو ما يجسده قضاء التحكيم على وجه خاص، بحيث لا يتقيد بقاعدة تنازع معينة لأن هدفه الأسمى هو تحرير التجارة الدولية من رقة القوانين الداخلية.

و رغم أن تطور القانون الدولي الخاص المعاصر يشير إلى تزايد حالات تطبيق القواعد المادية، إلا أن الملاحظ هو أن منهج التنازع ما زال يمثل الأصل في التصدي للحلول المتطلبية في الحياة الخاصة الدولية بوجه عام، و في علاقات التجارة الدولية بوجه خاص، إذ لا يزال يحتفظ بمكانة مرموقة و هيمنة واسعة، ما أدى ببعض الفقه إلى اعتبار القواعد المادية بمثابة

1 لقد أصبحت العقود عامة وعقود التجارة الدولية خاصة يتم التعاقد فيها بصور مختلفة وباستعمال أجهزة حديثة منطورة توأكب ما توصل إليه الفكر العلمي حتى الآن، فظهر على إثرها ما يسمى بعقود التجارة الإلكترونية التي ترجع في كثير من قواعدها إلى عقود التجارة الدولية باعتبارها الأصل، وهو ما من شأنه أن يحقق السرعة التي تتطلبها معاملات التجارة الدولية.

2 أحمد عبدالكريم سلامة. المرجع السابق. ص: 635.

استثناء على القاعدة العامة، و هو ما يعني في نفس الوقت بقاء الحاجة إلى منهج قاعدة التنازع لحكم معاملات التجارة الدولية.

إلا أن احتفاظ منهج التنازع غير المباشر بمكانته هذه بوصفة الأصل في تنظيم الروابط العقدية الدولية، لا يعني دائما معاملة القواعد المادية بوصفها منهجا تابعا في هذا الخصوص، لأن سيادة منهج التنازع مرتبط إلى حد ما بالندرة النسبية للفروض التي يضطر فيها القاضي إلى إتباع منهج القواعد المادية، أما في حالة إيجاد تنظيم مباشر للحالة المطروحة في قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص، فإنه يتعين عليه حينئذ تغليب الحكم الذي تتضمنه القاعدة المباشرة استجابة للاعتبارات الدولية التي تقتضيها طبيعة العلاقات التعاقدية الدولية، و نتيجة لذلك يبدوا منهج التنازع أصيلا من حيث إتساع نطاق إعماله واحتياطيا من حيث كيفية الأعمال، الأمر الذي يؤكد استقلاله عن منهج القواعد المادية فيقوم إلى جانبه ويتعايش معه¹.

و قد ظهر إتجاه آخر حاول المزج أو الجمع بين المنهجين من أجل حل مشكلة تنازع القوانين، و ما دعى إلى ظهوره هو التسليم بوجود بعض المثالب في حالة ما إذا اقتصر القاضي أو المحكم الدولي على تطبيق القواعد المادية، بالنظر إلى حداثة هذه الأخيرة التي أصبحت تدخل في البنية أو التكوين الأساسي لما يطلق عليه في الوقت الراهن تسمية " القانون الخاص الدولي"² هذا من ناحية، و من ناحية أخرى كان ذلك من أجل الأسباب العملية في تحقيق العدالة، فمما لا شك فيه أن نمو هيكل القواعد المادية يوما بعد يوم يجعلها عنصرا مهما لحكم النزاعات المتعلقة بالعقود الدولية بجانب منهج قاعدة التنازع، و معه لا يمكن لأي محكمة أن تهمل وجود القواعد الأساسية الموضوعة كجزء من اتفاقية دولية وقعتها دولتها³.

كذلك هناك من الفقه الدولي و في طليعتهم الفقيه الفرنسي Jean Michel jacquet الذي يدعوا إلى تبني ما أسماه "بقواعد التنازع الموجهة" "Règles de conflits orientées"، القائمة في تركيبها وبنائها على مزيج من قاعدة التنازع و القاعدة المادية، و بذلك تنشأ قاعدة تنازع مرتدية ثوبا جديدا مكرسة بذلك التكامل بين المنهجين.

و لعل خير شاهد على بقاء الحاجة إلى المنهجين معا، ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة السابعة من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي، بأن "يكون الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يجب أن يطبقه المحكمون على موضوع النزاع، و في حالة انعدام الاتفاق على تحديد هذا القانون يطبق المحكمون القانون الذي تعينه قاعدة التنازع التي يقررون ملائمتها للنزاع، و في الحالتين السابقتين يراعي المحكمون شروط و عادات التجارة"، و قد تكرر استلزام تطبيق

1 هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. المرجع السابق. ص: 692.

2 يتكون هذا القانون من مجموعة من المبادئ والنظم والقواعد المستقاة من كل المصادر التي تنغذى باطراد وتستمر في تغذية الهياكل والسير القانوني الخاص بحماية ممارسي التجارة الدولية، وإذا نظرنا إلى مضمون هذا القانون والهدف منه، نجد أنه يسعى إلى وضع تنظيم خاص ومستقل عن كل قانون وطني لبعض العلاقات القانونية بالنظر إلى صفتها الدولية.

3 إيهاب السنباطي. المرجع السابق. ص: 384.

العادات و الأعراف التجارية في جميع الأحوال من قبل المحكمين، و أيا كان القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، كما هو الحال في المادة 13 فقرة 01 من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة 1975م، و في المادة 33 فقرة 01 من قانون التحكيم الذي أعدته لجنة القانون التجاري التابعة للأمم المتحدة في نفس العام.

و مؤدى كل ما سبق ذكره، هو أن التطبيق المباشر للقواعد المادية لا يغني عن منهج التنازع وإعمال القانون الداخلي الذي تشير به قواعد التنازع، و هذا ما يؤكد أن تعايش المنهجين في مجال عقود التجارة الدولية هو حقيقة من الصعب إنكارها.

ومما لا شك فيه كذلك، أن الطبيعة الإتفاقية للتحكيم تساهم في إمكانية تحقيق التطبيق الجمعي لقواعد التنازع و القواعد المادية، ذلك أن الجمع بين نوعي هاته القواعد في صالح فعالية التحكيم، لأنه سيؤدي إلى زيادة فرص صحة اتفاق التحكيم دون أن ينفي هذا المزج ضرورة إعطاء أولوية التطبيق لأحد النوعين في مقابل الآخر، ومن ثم لا ريب أن تكون أولوية التطبيق للقواعد المادية للتجارة الدولية.

لقد أضحت التجارة الدولية المحور الرئيسي الذي تدور حوله هذه العلاقات الدولية الحديثة العلاقات، نظرا لتوسع عمليات التبادل الاقتصادي في المجتمع البشري التي نتجت عن إتساع رقعة سوق التبادل الاقتصادي الجغرافية، بحيث لم تعد السوق مغلقة أو قائمة على منطقة جغرافية واحدة تضم مجتمعا وتكونا سياسيا واحدا، بل إتسعت لتتم المبادلات السلعية والخدماتية فيها بين أقاليم ذات مقومات اجتماعية وسياسية و اقتصادية مختلفة، الأمر الذي أدى إلى تعدد وتشابك العديد من العلاقات القانونية التي تثير مشاكل قانونية وعملية جديدة لم تكن مطروحة سابقا على الساحة الدولية، نظرا لاحتواء هذه العلاقات على العديد من الجوانب المتداخلة.

و لقد شكل التحكيم التجاري الدولي حقيقة ثابتة وواقعا لا يمكن تجاهله ساهم بشكل كبير في حل النزاعات التجارية الدولية ، إلا أن اللجوء للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات التجارية الدولية يصطدم بعدد من العوائق أهمها موضوع تنازع القوانين في حل النزاعات الناشئة في المعاملات التجارية الدولية والتي يتفق أطرافها على حلها بطريق التحكيم و القانون الواجب التطبيق على النزاع التجاري الدولي ، إبتداءً بإتفاق التحكيم و إنتهاءً بالقرار التحكيمي الصادر، كما ان القانون المختار سواء تم اختياره عن طريق ارادة الاطراف او عن طريق المحكم او بالقواعد التشريعية يقف امامه مانع عام و هو وجوب عدم مخالفة القانون الواجب التطبيق للنظام العام في البلد الذي يراد فيه الاعتراف بالحكم الذي طبقه. و قد أخذت مشكلة تنازع القوانين حيزا كبيرا لها في منازعات التجارة الدولية لإتصال هذه الأخيرة بأكثر من نظام قانوني مما أدى إلى تحريك قواعد القانون الدولي الخاص، الأمر الذي تحتم معه إيجاد معيار يساعد على الكشف عن دولية العقد نظرا لما لهذه المسألة من أهمية من حيث القانون الواجب التطبيق على العقد باعتبار الإتفاق على التحكيم عقدا كباقي العقود.

و من خلال ما سبق التعرض إليه، يتضح لنا أن الفكر القانوني يعتبر اللجوء للتحكيم التجاري الدولي طريقا يمتاز باليسر والسرعة والمساهمة في حل كم هائل من النزاعات التي تثور بصدد العلاقات التجارية الدولية ، إن موضوع تنازع القوانين الذي تصطدم به هذه الوسيلة لحل المنازعات التجارية يشكل عائقا أمام اللجوء للتحكيم وذلك من ناحية المساس بالسيادة التشريعية للدولة التي يجري التحكيم على إقليمها ومدى تنظيم موضوع التحكيم ضمن النصوص التشريعية والقوانين الوضعية لهذه الدولة، بحيث يتسع نظامها التشريعي ليشمل القوانين التي يتفق الأفراد ضمن إرادتهم الحرة على تطبيقها على إتفاق التحكيم.

من جهة أخرى التنازع في القوانين التي ستتطبق على إتفاق التحكيم إبتداءً من النص على هذا الإتفاق وإنتهاءً بالقرار التحكيمي، ففي حال النص على القانون الواجب التطبيق على النزاع، تبقى النتائج في إطار توقعات الأطراف

في حين إذا تم تطبيق قانون آخر على العلاقة بسبب عدم إتفاق الأطراف على قانون معين ليحكم علاقتهم التعاقدية
تثور هنا مشكلة الإخلال بتوقعات الأطراف وذلك لإنطباق قانون غير متفق عليه ليحكم علاقتهم التعاقدية.

فبمناسبة تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الدولية فقد جرت التشريعات الحديثة على تأكيد
حق الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، إلا أن استقرار هذا المبدأ لم يتم إلا في بداية القرن 19 م في
ظل المذاهب الفردية، الذي تأكدت فيها فكرة قانون الإرادة بوصفها تعبيراً على الانعكاس القانوني للفلسفات
الاجتماعية والاقتصادية التي كانت سائدة آنذاك.

وإذا كان الإعتداد بقانون الإرادة في اختيار قانون العقد هو مبدأ استقر في القانون الدولي الخاص المعاصر، إلا أن
إرادة الأطراف هنا ليست طليقة في هذا الاختيار وإنما هي مقيدة بالدور الذي حدده لها المشرع بمقتضى قاعدة التنازع
و الأمر يختلف بالضرورة عند سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد و عندما لا يستطيع القاضي الكشف عن
الإرادة الضمنية للأطراف، إذ يتعين عليه في هذا الفرض اللجوء إلى ضوابط الإسناد الاحتياطية في قانونه.

لذلك إتجهت بعض التشريعات الداخلية إلى الإسناد الجامد للرابطة العقدية في هذا الفرض، مثل الإسناد إلى قانون
بلد إبرام التفاق أو بلد تنفيذه، ومثل هذه الإتجاهات وإن كانت تحترم اليقين القانوني ولا تفاجئ الأطراف بما لم يتوقعوه
إلا أنها تتسم بالجمود الذي لا يتلائم وتنوع طبيعة العقود في إطار التجارة الدولية واختلاف ملابساته في شأن كل منها
الأمر الذي دفع التشريعات و الإتفاقيات الحديثة إلى إتخاذ مواقف متباينة تحقق الأمان القانوني للمتعاقدين، دون أن
تضحى مع ذلك باعتبار العدالة وما تقتضيه من مرونة في الإسناد، وعلى هذا النحو يتم إسناد كل فئة من العقود
الدولية ذات الطبيعة الواحدة للقانون الذي يناسب طبيعتها، و هو القانون السائد في فكرة محل الأداء المميز الذي يحقق
المرونة المطلوبة لإدراك العدالة، و لكونه يفرق في الإسناد بين طوائف العقود المختلفة دون أن يؤدي ذلك إلى الإخلال
بتوقعات الأطراف بالنظر إلى تمكينهم من العلم المسبق بقاعدة التنازع التي تحدد سلفاً القانون الواجب التطبيق على عقود
التجارة الدولية، و مع ذلك فقد سمحت التشريعات الحديثة في ظروف استثنائية بأن يخرج عن هذا المفهوم رعاية لظروف
الحالة المعروضة وملابساتها، فيما لو تبين أن قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز على غير صلة بالعلاقة العقدية المطروحة.
و قد كان من شأن زيادة معدل التجارة الدولية و نموها، و تطور العلاقات التجارية بين الشرق والغرب بالإضافة
إلى تعدد صورها، أن كشفت فيه النظم الوطنية عن قصورها في بلوغ حد الكفاية لمواجهة عقود التجارة الدولية والتصدي
لتسوية ما ينشأ عنها من منازعات، وذلك راجع إلى اختلاف الحلول في القوانين الوطنية لحكم الحالة الواحدة، وما يترتب
عن ذلك من قلق في مجال التجارة الدولية مما يعيقها في تحقيق غاياتها ولدى المتعاملين فيها، فلا عجب إذن أن نشهد
هجوماً واسعاً على قواعد التنازع التي وقفت عاجزة عن مواجهة مشكلات التجارة الدولية، ومرد ذلك هو الإنتقادات
الكثيرة التي وجهت لمنهج قاعدة التنازع على إثر الأزمة التي ألمت به، والتي تتلخص في كونه يعتمد أصلاً على أداة فنية

بالغة الدقة هي قاعدة التنازع يقتضي إعمالها دقة وفهم لمنهج التنازع يصعب على غير المختصين إدراكه، بالإضافة إلى ذلك فقد عيب على هذا المنهج أيضا أنه قد غالى في الإستجابة للإعتبرات الدولية على حساب المصالح الوطنية، ومن ناحية أخرى فقد نعى عليه عجزه عن تلبية متطلبات التجارة الدولية الحديثة، حيث أنه يؤدي إلى تطبيق أحد القوانين الداخلية التي لا تستطيع أن تواكب التطور الهائل الذي لحق بالمعاملات الخاصة الدولية التي اعترضتها أوضاع مستحدثة لا تجد الحلول المناسبة في مثل هذه القواعد الداخلية.

وقد أدى هذا الوضع إلى البحث عن حلول أكثر مرونة واستجابة لمتطلبات التجارة الدولية تأخذ في الاعتبار خصوصيات المعاملات الدولية، والتي وجدت ضالتها في منهج القواعد المادية، هذه الأخيرة تؤدي دورا فاعلا في تنظيم العلاقات بين المتعاملين في الوسط التجاري الدولي، لذلك رأت الدول أن من مصلحتها التصالح معها والاعتراف بوجودها سواء في نصوص التشريعات وأحكام القضاء أو في الإتفاقيات الدولية.

و أبرزنا من خلال الدراسة خصائص القواعد المادية المتميزة من حيث كونها قواعد قانونية نوعية مباشرة في مضمونها ودولية عملية في أغلبها وسهلة ملائمة وواقعية في حلولها، حيث تحقق الأمان القانوني وتوقعات الأطراف على الصعيد الدولي وتعطي حكم القانون بصورة أكيدة سلفا، وتحقق بالتالي العلم المسبق للقاضي وأطراف العلاقة، مما جعلها تشكل منهجا مستقلا ومتفوقا له دوره في القانون الدولي الخاص المعاصر، كما بينا أن المصادر الداخلية والدولية للقواعد المادية أسهمت إسهاما كبيرا في تشييد صرح منهج القواعد المادية، و تعاضد دور الفقه واهتمامه بدراسة هذه القواعد وإثرائها وتيسير السبيل أمام القضاء والمشرعين في إرساء هذه القواعد.

و رغم ما قيل بشأن القواعد المادية من عيوب إلا أنها لم تساوي شيئا بالمقارنة مع ما حققته لعقود التجارة الدولية من أمن واستقرار، الأمر الذي كرس قواعد قانونية دولية مشتركة صالحة لبناء أسس نظام قانوني مستقل للعقود والمعاملات التجارية الدولية، وهو ما نلمسه من خلال الرجوع لما يسمى بقانون التجارة الدولية، الذي يعد أكثر ملائمة وأكثر مرونة وانسجاما مع واقع التطبيق الدولي، أو من خلال الرجوع للقواعد الإتفاقية الدولية التي تتكون في غالبيتها من قواعد مادية تؤدي إلى تدويل قواعد العقد التجاري الدولي.

ثم انتهينا إلى أن العلاقة بين منهج القواعد المادية و منهج قواعد التنازع هي علاقة تعايش وتعاون، بحيث يصبح دور هذا الأخير دورا ثانويا أو احتياطيا في غالب الأحيان، وعلى هذا النحو يبدو منهج التنازع في القانون الدولي الخاص المعاصر منهجا أصيلا من حيث إتساع نطاق إعماله واحتياطيا من حيث كيفية الأعمال ، فهو منهج أصيل لكونه ينطوي على كافة حلول التنازع المتصورة في شأن مجموع المشاكل التي تثيرها الروابط الخاصة الدولية، وهو في نفس الوقت منهج احتياطي لكون اللجوء إليه ينحصر مع ذلك في الفروض التي لا يجد فيها القاضي تنظيما مباشرا للمسألة المطروحة.

حتى بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية والتحديات القانونية التي تواجهها، خصوصا ما تعلق منها بتطبيق قواعد التنازع أو القواعد المادية على المنازعات الناشئة في بيئتها، فإن أعمال منهج قاعدة التنازع سيتعارض لا محالة مع الخصوصية التي تنفرد وتتميز بها التجارة الإلكترونية والفضاء الإلكتروني غير الملموس الذي يتم فيه إبرام العقد وتنفيذه تارة أخرى، فالعلاقات التجارية الدولية التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية تقود في أغلب الأحيان إلى عالم غير مادي قوامه الأرقام والبيانات، بينما يعتمد منهج قاعدة التنازع على ضوابط إسناد معروفة في القانون الدولي الخاص لاتوضع في الأصل إلا من أجل واقع مادي ملموس، ومن ثم فإن تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية يشير الكثير من الغموض والصعوبات، وبذلك يتضح أنه من الصعب التلاقي الناجح بين قواعد تنازع القوانين وعقود التجارة الإلكترونية، خاصة وأن هذه الأخيرة تحتاج إلى قواعد تفهم طبيعتها الجديدة وملائمتها وظروفها المستجدة.

ومن أجل تفادي هذه الصعوبات طرح الفقه الحديث منهج القواعد المادية كبديل منطقي وعملي، مهمته وضع تنظيم مباشر وخاص للروابط القانونية التي تتم بالوسائل الإلكترونية تميزا لها عن القواعد المادية الخاصة بالتجارة الدولية، في محاولة منه لرتق الثغوب التي سببها تطبيق قواعد التنازع التقليدية؛ ليسطر بذلك منهج القواعد المادية حقيقة كونه العلاج الشافي لمشاكل عقود التجارة الدولية لا سيما الإلكترونية بشرط توافر العناصر القانونية التي تشكل منه نظاما قانونيا متقنا ومتكاملا لحكم ما تشهده معاملات التجارة الدولية من تطور.

وقد خلصنا في الأخير إلى أن الحاجة لمنهج التنازع سوف تظل باقية لفترة طويلة من الزمن، خصوصا في نطاق التحكيم التجاري الدولي، حتى يولد ما يسمى بالقانون الخاص الدولي ويشب عن الطوق ويكتمل نموه، وإلى ذلكم الحين نأمل أن يكون بحثنا محفزا لدراسات لاحقة تمثل دفعة أخرى في سبيل تطور التجارة الدولية وتطوير التحكيم كآلية متابعة النزاعات الناشئة في بيئتها.

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر و المراجع:

• المصادر

- القرآن الكريم

1. أبي محمد عبد الملك بن هشام. سيرة النبي صلى الله عليه و سلم. المجلد الأول. طنطنا. مصر . دار الصحابة للتراث بطنطا للنشر و التحقيق و التوزيع. الطبعة الأولى. 1995
2. سليمان ابن الأشعث الأزدي السجستاني أبوداود. سنن أبي داود. الجزء السابع. دمشق. الجمهورية العربية السورية. دار الرسالة العالمية. الطبعة الأولى. 2009.

▪ المعاجم اللغوية

1. ابن منظور، لسان العرب، ط1، م3، ج 24، دار المعارف، القاهرة، من دون سنة نشر.
2. أحمد بن محمد بن علي الفيومي. المصباح المنير. بيروت. لبنان. مكتبة لبنان . 1987

▪ النصوص القانونية:

الوطنية:

1. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري
2. المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1409 الموافق 05 نوفمبر 1988 يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الامم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 و الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الاجنبية و تنفيذها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 48 المؤرخة في 23 نوفمبر 1988.
3. المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993 المعدل و المتمم للأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 جوان 1966 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 27 المؤرخة في 27 أفريل 1993.
4. المرسوم الرئاسي قم 89-18 المؤرخ في 22 رجب 1409 ، الموافق 28 فبراير 1989 يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 09، 01 مارس 1989.

المقارنة

1. القانون رقم 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية و التجارية المصري، الجريدة الرسمية رقم 16 الصادرة بتاريخ، 21 أبريل 1994.

2. القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، 21 جوان 1985.

3. القانون المدني الفرنسي

4. قانون الاجراءات المدني الفرنسي

• المراجع:

■ الكتب:

- 1- أبو زيد رضوان. الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي. الإسكندرية . مصر. دار الفكر الجامعي. بدون عدد الطبعة. 1981
- 2- ابراهيم أحمد ابراهيم. التحكيم الدولي الخاص. القاهرة. مصر. دار النهضة العربية. مصر. الطبعة الرابعة. بدون سنة نشر
- 3- أحمد أبو الوفا. عقد التحكيم و اجراءاته. الاسكندرية. مصر. دار المطبوعات الجامعية. بدون عدد الطبعة. 2007.
- 4- أحمد سرحال، قانون العلاقات الدولية. القاهرة . مصر. المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع. الطبعة الأولى. 1990.
- 5- أحمد عبد الحميد عشوش. تنازع مناهج تنازع القوانين، الاسكندرية. مصر. مؤسسة شهاب الجامعية. بدون عدد طبعة. 2003.
- 6- أحمد عبدالكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الاماراتي. العين. الامارات العربية المتحدة. إدارة المطبوعات. جامعة الإمارات العربية المتحدة. الطبعة الأولى. 2002.
- 7- أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي. النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي. صنعاء اليمن المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع. الطبعة الأولى. 1994
- 8- الصانوري مهند أحمد . دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص. عمان الأردن. دار الثقافة للنشر و التوزيع. بدون سنة طبع. 2005
- 9- أسامة أبو الحسن مجاهد. قانون التحكيم الفرنسي الجديد. القاهرة. مصر. دار النهضة العربية. بدون عدد طبعة. 2012.
- 10- اياد محمد بردان . التحكيم و النظام العام . بيروت. لبنان. منشورات الحلبي الحقوقية. الطبعة الأولى . 2004
- 11- إيهاب السنباطي، الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية. الاسكندرية. مصر. دار الجامعة الجديدة. بدون عدد طبعة. 2008 .
- 12- ثروت حبيب. دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية . الاسكندرية. مصر. منشأة المعارف. بدون عدد طبعة. 1975.

- 13- جابر جاد عبدالرحمن. القانون الدولي الخاص العربي. تنازع القوانين. الجزء الثالث. معهد الدراسات العربية العالية. من دون دار نشر. 1960.
- 14- حسن الهداوي. تنازع القوانين. المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني. عمان الأردن. مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع. الطبعة الثانية. 1997.
- 15- حفيظة السيد الحداد . العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية. القاهرة. مصر. دار النهضة العربية. الطبعة الأولى. 1996.
- 16- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص. الكتاب الأول. المبادئ العامة في تنازع القوانين. بيروت. لبنان. منشورات الحلبي الحقوقية. الطبعة الأولى. 2005.
- 17- حفيظة السيد الحداد. الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. بيروت. لبنان. منشورات الحلبي الحقوقية. بدون عدد الطبعة. 2007.
- 18- حفيظة السيد الحداد. مدى إختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية و التحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم . الإسكندرية . مصر . دار الفكر الجامعي . بدون عدد طبعة . 1996.
- 19- خالد عبد الفتاح محمد خليل. حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص. القاهرة. مصر. دار النهضة العربية. بدون عدد طبعة. 2002.
- 20- خالد محمد القاضي. موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري. القاهرة . مصر . دار الشروق . الطبعة الأولى . 2002.
- 21- خليل إبراهيم محمد خليل. تكامل مناهج تنازع القوانين. دراسة تحليلية مقارنة. الاسكندرية. مصر. دار الفكر الجامعي. الطبعة الأولى. 2015.
- 22- زروقي الطيب. القانون الدولي الخاص الجزائري. تنازع القوانين. المسيلة. الجزائر . مطبعة المسيلة. الطبعة الثانية. 2008.
- 23- سعيد يوسف البستاني. القانون الدولي الخاص. القانون الدولي الخاص. تطور و تعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية. بيروت. لبنان منشورات الحلبي الحقوقية . الطبعة الأولى . 2004
- 24- صالح المنزلاوي. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية. الاسكندرية . مصر . دار الفكر الجامعي . بدون عدد طبعة . 2008.
- 25- صلاح الدين جمال الدين. دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين . الإسكندرية. مصر. دار الفكر الجامعي. الطبعة الأولى. 2004..
- 26- صلاح الدين عامر. مقدمة لدراسة القانون الدولي العام. القاهرة. مصر. دار النهضة العربية، بدون عدد الطبعة. 2007.

- 27- عبد المنعم دسوقي. التحكيم التجاري الدولي و الداخلي في القانون الجديد رقم 27 لسنة 1994. القاهرة. مصر . مكتبة مدبولي . بدون عدد طبعة.1995.
- 28- عزالدين عبدالله . القانون الدولي الخاص. تنازع القوانين و تنازع الاختصاص الدوليين. الجزء الثاني. القاهرة. مصر. مكتبة النهضة العربية.1977.
- 29- عكاشة محمد عبد العال . تنازع القوانين. دراسة مقارنة . بيروت . لبنان منشورات الحلبي الحقوقية . الطبعة الأولى.2004.
- 30- فتحي والي. قانون التحكيم في النظرية و التطبيق. منشأة المعارف . الاسكندرية.مصر . الطبعة الأولى. 2007.
- 31- فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مديرية الكتب و المطبوعات الجامعية، منشورات جامعة حلب، 1996.
- 32- فؤاد عبد المنعم رياض. سامية راشد تنازع القوانين و الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية. القاهرة. مصر. دار النهضة العربية بدون عدد طبعة. 1998
- 33- فؤاد محمد محمد أبو طالب. التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الاجنبية وفقا لأحكام القانون الدولي العام. دراسة مقارنة. الاسكندرية. مصر. دار الفكر الجامعي. الطبعة الأولى. 2010
- 34- فوزي محمد سامي. التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة) . عمان . الأردن . دار الثقافة والنشر والتوزيع. 2006.
- 35- لزهرة بن سعيد. التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الاجراءات المدنية و الادارية و القوانين المقارنة. الجزائر. دار هومة. بدون عدد الطبعة.2012.
- 36- محسن شفيق. التحكيم التجاري الدولي. دراسة في قانون التجارة الدولية. . القاهرة . مصر. دار النهضة العربية. 1997.
- 37- محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية. الاسكندرية. مصر . دار الجامعة الجديدة . بدون عدد طبعة.2007،،
- 38- محمد عبد الله محمد المؤيد. منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي. القاهرة . مصر . دار النهضة العربية. بدون عدد طبعة. 1998
- 39- محمد كمال فهمي. أصول القانون الدولي الخاص. الجنسية. الموطن، مركز الأجنب . مادة التنازع. الاسكندرية. مصر. مؤسسة الثقافة الجامعية. الطبعة الأولى. 2008.
- 40- محمود محمد ياقوت. حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق . الاسكندرية. مصر . منشأة المعارف . بدون عدد طبعة. 2000.

- 41- محمود مختار أحمد بريري . التحكيم التجاري الدولي . القاهرة . مصر. دار النهضة العربية. الطبعة الثالثة. 2007.
- 42- محمود سمير الشرقاوي. التحكيم التجاري الداخلي و الدولي. دراسة قانونية مقارنة. القاهرة . مصر. دار النهضة العربية . الطبعة الثانية.2016
- 43- مصطفى محمد الجمال. عكاشة محمد عبدالعال. التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية. بيروت. لبنان. منشورات الحلبي الحقوقية. الطبعة الأولى.1998
- 44- منير عبد المجيد. الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي. الاسكندرية.مصر. منشأة المعارف. بدون عدد طبعة.2000.
- 45- ناريمان عبد القادر. اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية رقم 27 لسنة 1994 القاهرة. مصر . دار النهضة العربية. بدون عدد طبعة.2016
- 46- نادر محمد ابراهيم. مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي. الاسكندرية. مصر. دار الفكر الجامعي. بدون عدد طبعة.2002.
- 47- هشام خالد. المدخل للقانون الدولي الخاص العربي. الإسكندرية . مصر . دار الفكر الجامعي. الطبعة الأولى. 2008
- 48- هشام خالد. العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية. الاسكندرية. مصر. دار الفكر الجامعي. بدون عدد طبعة. 2001.
- 49- هشام صادق علي . القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية.مصر. الإسكندرية . دار الفكر الجامعي. الطبعة 02 . 2001.
- 50- هشام صادق علي. تنازع القوانين. الاسكندرية. مصر. منشأة المعارف. الطبعة الثالثة. 1974.
- 51- هشام علي صادق. عكاشة محمد عبدالعال. التنظيم القانوني الموضوعي و الإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية. الاسكندرية.مصر. كلية الحقوق جامعة الاسكندرية. بدون دار نشر . 2011.
- 52-

■ الرسائل والمذكرات الجامعية :

- باسود عبد المالك، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد ،تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015

● مقالات ومدخلات:

- 1- جارد محمد. مظاهر التعاون بين القضاء الوطني و التحكيم التجاري الدولي. دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و المصري و الفرنسي. المؤتمر الدولي للقضاء و التحكيم. . المجلد الثاني. المملكة العربية السعودية. جامعة الامام محمد بن سعود . 2015
- 2- ساجر ناصر حمد الجبوري. التحكيم نطاقه و آثاره في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي.المؤتمر الدولي للقضاء و التحكيم. المجلد الأول. المملكة العربية السعودية. جامعة الامام محمد بن سعود . 2015
- 3- صالح جاد عبد الرحمن المنزلاوي. الرقابة القضائية على التحكيم. مجلة القضاة المصرية. السنة الحادية والثلاثون. العدد الأول والثاني. 1999 .
- 4- عنایت عبد الحمید ثابت. أساليب فض تنازع القوانين ذات الطابع الدولي في القانون الوضعي المقارن. بحث منشور في مجلة القانون و الاقتصاد، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، العدد 65، لسنة 1995.
- 5- فؤاد ذيب. المحكم الدولي و نظم تنازع القوانين الوطنية. مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية. المجلد 24. العدد الثاني. 2008.

• المؤلفات والكتب باللغة الأجنبية

▪ Livres :

- 1-Abdel Hamid El-Ahdab et Jalal El-Ahdab. Arbitration With the Arab Countries.Third Revised and Expanded Edition.Kluwer Law International . The Netherlands.2011
- 2-Ana Mercedes Lopez Rodrigues, Lex Mercatoria, School of Law, Departement of Private Law University of Aarhus, RETTID, 2002.
http://www.jura.au.dk/fileadmin/site_files_filer_jura/dokumenter/forskning/rettid/artikler/20020046.pdf
- 3-Bernard Audit, "la vente internationale de marchandises, convention des nations-unis du 11 avril 1980", L.G.D.J, paris, 1990.
- 4-Gaillard. E. Arbitrage commercial international , Convention d'arbitrage , Autonomie » Jurix .CI .Droit inter.J.DI , droit , Fasc 581-1 , 1994
- 5-Goldstajjn , Aleksander, The New Law Merchant Reconsidered, in : Festschrit Schmitthoff Frankfurt A.M.1973 ,p177-179.
<http://www.trans-lex.org/112500>
- 6-Henri Batiffol et Paul lagarde , Droit international privé , T II , 7 éd., Paris,Librairie, générale de droit et de jurisprudence, 1983.
- 7-Jacquet Jean-Michel et Delebecque Philippe et Corneloup Sabine. Droit du commerce international .Edité par Dalloz. Paris – 2007.
- 8-Jean Michel Jacquet , principe d'autonomie et contrats internationaux , economica , paris,1983 ,
- 9-Justitia Et Pace, Istitu de Deroit International,Session of Wiesbaden- 1975, The Application of Foreign Public Law, The Institute of International Law.25/11/2011.
http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1975_wies_04_en.pdf

10-Masato Dogauchi, Private International Law on Intellectual Property :A Civil Law Overview, Wipo Forum on Private International Law on Intellectual Property, Geneva, January 30 and 31, 2001, p4.

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_pil_01/wipo_pil_01.pdf

11-Julien Cantegreil .The Audacity of the Texaco/Calasiatic Award: René-Jean Dupuy and the Internationalization of Foreign Investment Law

<https://doi.org/10.1093/ejil/chr039>

12-Osman Filali, Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, bibliothèque de droit privé, T 24, L.G.D.J, paris, 1992

13-Pierre Mayer et Vincent Heuzé, Droit international privé, 07 éd, Montchrestien, Paris, 2000,

▪ Thèse

1-Babstiste Racine Jean :l'arbitrage commercial international et l'ordre public , LGDJ , 1999.

2-BOUZANAB belkacem , le contentieux des hydrocarbures entre l Algérie et les sociétés étrangères, OPU, Alger. 1985.

3-Franck Nicéphore YUGONÉ . ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET DÉVELOPPEMENT Étude du cas des États de l'OHADA et du Mercosur . ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (E.D. 41) UNIVERSITÉ MONTESQUIEU - BORDEAUX IV. 2013

4-Pierre Lalive, Jean-François Poudret and Claude Reymond. Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse. [Lausanne, Switzerland: Éditions Payot. 1989

▪ Articles :

1-Bedjaoui. M et Mebroukine. A. Le Nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie . JDI.4. 1993.

2-Emmanuel Gaillard, Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, Recueil Dalloz- 20 janvier 2011-n 3.

3-Eric Loquin dans « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international Clunet 1983.

4-Pierre Mayer « L'autonomie de l'arbitrage international dans l'appréciation de sa propre compétence, In REC cours La Haye V, 1989 .

5-Yvon Loussouarn et Pierre Bourel . Droit international privé . 6^{ème} éd . Dalloz . 1999.

الفهرس

الصفحة	الموضوع
--------	---------

07	المقدمة
16	الباب الأول: الإطار القانوني و المفاهيمي للتحكيم الدولي
18	الفصل الأول: ضوابط فكرة التحكيم الدولي
18	المبحث الأول: ماهية التحكيم
19	المطلب الأول: تطور التحكيم و تحديد مفهومه
19	الفرع الأول: تطور التحكيم
19	أولا: التحكيم ما قبل العصر الحديث
23	ثانيا: التحكيم الدولي في العصر الحديث
27	الفرع الثاني: تحديد مفهوم التحكيم
27	أولا : تحكيم لغة و اصطلاحا
29	ثانيا: موقف التشريعات الوطنية من تعريف التحكيم
29	ثالثا: تعريف القضاء للتحكيم
30	المطلب الثاني: تحديد مفهوم التحكيم الدولي
31	الفرع الأول: خصائص التحكيم الدولي
31	أولا : التحكيم نظام خاص للتقاضي
32	أ- التفرقة بين التحكيم و الاتفاق المانع للاختصاص
33	ب- التفرقة بين التحكيم بالمعنى الفني الدقيق و التحكيم القضائي أو الصلح القضائي
34	ج- المحكم لا يعد جهازا قضائيا
34	ثانيا: التحكيم نظام قضائي مصدره إرادة الأطراف
34	أ- التحكيم الإختياري
35	ب- التحكيم الإجباري
36	الفرع الثاني: وظيفة التحكيم الدولي و الزامية حكمه
36	أولا: وظيفة التحكيم حسم النزاع
37	أ- التحكيم و الوكالة
37	ب- التحكيم و الخبرة
39	ثانيا: القوة الإلزامية لحكم التحكيم
39	أ- التمييز بين التحكيم و التوفيق و الوساطة
40	ب- التحكيم و الصلح
41	المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للتحكيم

41	الفرع الأول: الطبيعة الاتفاقية للتحكيم
44	الفرع الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم
47	الفرع الثالث: الطبيعة المختلطة للتحكيم
49	الفرع الرابع: الطبيعة الخاصة للتحكيم
51	المبحث الثاني: الأساس القانوني للتحكيم
51	المطلب الأول: الأساس الدولي للتحكيم
52	الفرع الأول: النظام القانوني للتحكيم قبل الحرب العالمية الثانية
55	الفرع الثاني: معاهدة نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية و تنفيذها
60	الفرع الثالث: الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في 21 أبريل 1961
62	الفرع الرابع: اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و مواطني الدول الأخرى لعام 1965
63	الفرع الخامس: التنظيم التحكيمي العربي
68	الفرع السادس: قواعد التحكيم الخاص بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونيسيتال) لسنة 1976
72	المطلب الثاني: الأساس الداخلي للتحكيم
72	الفرع الأول: التحكيم في فرنسا
75	الفرع الثاني: التحكيم في مصر
77	الفرع الثالث: التحكيم في التشريع الجزائري
81	الفصل الثاني: التحكيم والقضاء
82	المبحث الأول: الوظيفة القضائية للتحكيم و اساس الرقابة القضائية عليه
82	المطلب الأول: القابلية للتحكيم و تحديد معاييرها
83	الفرع الأول: القابلية للتحكيم بين فكرة سيادة الدولة و فكرة النظام العام
83	أولا: القابلية للتحكيم و فكرة سيادة الدولة
84	أ- القضاء العادي و تنحية فكرة سيادة الدولة
84	ب- تحريم التحكيم بالنسبة للدولة و الأشخاص العامة في القضاء الإداري الفرنسي
86	ج- التحكيم الدولي و الحصانة القضائية
87	ثانيا: دور النظام العام في تحديد مفهوم القابلية للتحكيم
89	أ- مدى ارتباط محل النزاع بالنظام العام
90	ب- خرق النظام العام في النزاع

93	الفرع الثاني : معايير القابلية للتحكيم
93	أولاً: معيار حرية التصرف بالحقوق
95	ثانياً: الطابع المالي للحق محل النزاع
96	المطلب الثاني: الأساس القانوني للرقابة القضائية على التحكيم و دوره في الرقابة على اتفاقية التحكيم
97	الفرع الأول: الأساس القانوني للرقابة القضائية على التحكيم
99	أولاً: موقف الفقه من الرقابة القضائية على التحكيم
100	أ-أسانيد الاتجاه المعارض لفكرة الرقابة القضائية
101	ب- أسانيد الاتجاه نحو تأكيد فكرة الرقابة القضائية
101	ثانياً: موقف التشريع من الرقابة القضائية على التحكيم
102	أ- موقف المشرع الجزائري من الرقابة القضائية على التحكيم
102	ب- موقف المشرع الفرنسي من الرقابة القضائية على التحكيم
102	ج-موقف المشرع المصري من الرقابة القضائية على التحكيم
103	ثالثاً: موقف القضاء من الرقابة القضائية على التحكيم
104	الفرع الثاني: دور القضاء في الرقابة على صحة اتفاقية التحكيم
104	أولاً: ماهية اتفاقية التحكيم
104	أ-تعريف اتفاقية التحكيم
106	ب- صور اتفاقية التحكيم
108	ثانياً: شروط صحة اتفاقية التحكيم
108	أ- الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم
109	ب- الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم
112	المبحث الثاني: دور القضاء المكمل لعملية التحكيم
112	المطلب الأول: مجال التدخل القضائي في مباشرة الخصومة التحكيمية الدولية
112	الفرع الأول: مبدأ عدم الاختصاص القضائي بنظر الدعوى المشمولة باتفاق أو شرط تحكيمي
113	أولاً: ماهية قاعدة عدم الإختصاص القضائي
114	أ-المعاهدات
114	ب-التشريعات الوطنية
115	ثانياً: الإستثناءات الواردة على قاعدة عدم الإختصاص القضائي
115	أ - بطلان أو انعدام اتفاق التحكيم أو عدم قابليته للتطبيق

117	ب- تنازل الأطراف عن التحكيم
117	الفرع الثاني: دور القضاء في الرقابة على هيئة التحكيم
118	أولاً: تدخل القضاء الوطني في تعيين المحكم و أسباب تدخله
119	ثانياً-ضوابط تدخل القضاء في تعيين المحكمين
123	المطلب الثاني: أوجه المساعدة القضائية أثناء سير الخصومة التحكيمية الدولية وكيفية تحقيقها
124	الفرع الأول تدخل القضاء في مجال إتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية
124	أولاً: ماهية التدابير التحفظية أو المؤقتة
124	أ- التدابير المؤقتة
125	ب- التدابير التحفظية
125	ثانياً: كيفية فرض الإجراءات و التدابير الوقائية المؤقتة و الأوامر التحفظية في التحكيم
126	ثالثاً: الجهة المختصة بإصدار التدابير المؤقتة والتحفظية
126	أ- اختصاص القضاء الوطني على نحو قاصر باتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية
127	ب- اختصاص محكمة التحكيم فيما يتعلق باتخاذ التدابير الوقائية و التحفظية
129	ج- الاختصاص المشترك للقضاء الوطني و هيئة التحكيم في اتخاذ التدابير الوقائية و التحفظية
132	الفرع الثاني: تدخل القضاء في مجال الحصول على الأدلة وفي المسائل العارضة
133	أولاً: تدخل القضاء في مساعدة هيئة التحكيم لأجل تحصيل الأدلة وتحقيقها
133	أ- سلطة الهيئة التحكيمية في تحصيل الأدلة
134	ب- مجال مساعدة القضاء لهيئة التحكيم في تحقيق الأدلة
136	ثانياً: تدخل القضاء بالمساعدة في مسائل لا تستدعي سلطة الإلزام
137	أ- تدخل القضاء في المسائل الأولية أو العارضة
138	ب- بعض المجالات الأخرى للتدخل القضائي في مساعدة الهيئة التحكيمية
142	المطلب الثالث: أوجهها لتدخل القضائي النهائي في خصومة التحكيم التجاري الدولي
142	الفرع الأول: التدخل القضائي في الخصومة التحكيمية بمناسبة تنفيذ حكم التحكيم
143	الفرع الثاني: التدخل لقضائي الرقابي في الخصومة التحكيمية الدولية بمناسبة الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي و الطعن بالنقض
145	الباب الثاني: تعدد مناهج التنازع في التحكيم التجاري الدولي
148	الفصل الأول: إعمال منهج تنازع القوانين في التحكيم التجاري الدولي
149	المبحث الأول: ماهية تنازع القوانين

149	المطلب الأول : مفهوم تنازع القوانين و أصوله التاريخية
149	الفرع الأول: الأصول التاريخية لنشوء تعدد مناهج تنازع القوانين
150	أولا: نظرة تاريخية إلى منهج قاعدة الاسناد
150	أ- المرحلة السابقة على نشوء نظريات التنازع
150	1. ملامح تنازع القوانين في العصور القديمة
151	2. ملامح تنازع القوانين في العصور الوسطى
152	3. التنازع في الشريعة الاسلامية
153	ب-مرحلة نظريات التنازع
153	1 - النظريات القديمة في تنازع القوانين
158	2 - النظريات الحديثة في التنازع:
163	ثانيا: نظرة تاريخية إلى منهج القواعد الموضوعية
164	أ: العصور القديمة
165	ب: في العصور الوسطى
166	ج: في العصر الحديث
168	الفرع الثاني: ماهية منهج قاعدة الاسناد
170	أولا: تعريف قاعدة الاسناد
171	ثانيا: طبيعة قاعدة الإسناد
172	المطلب الثاني: شروط قيام التنازع و نطاقه
173	الفرع الأول شروط قيام التنازع
173	أولا:الصفة الاجنبية للعلاقة القانونية
174	ثانيا: مرونة المشرع الوطني ازاء القانون الاجنبي
175	ثالثا:اختلاف التشريع بين الدول
176	الفرع الثاني: نطاق التنازع
176	أولا: الصفة الدولية للتنازع
178	ثانيا:الصفة الخاصة للعلاقة القانونية
182	المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال اعمال منهج تنازع القوانين
182	المطلب الأول: اعمال المنهج التقليدي لتنازع القوانين.

183	الفرع الأول: خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم الإجراءات
184	أولا : تقدير الاتجاه القائل بإخضاع التحكيم لقانون دولة المقر
185	ثانيا: عدم سلامة الحجج التي استند إليها الرأي القائل بإخضاع اتفاق التحكيم لقانون دولة المقر
187	الفرع الثاني: التكييف العقدي لاتفاق التحكيم
188	أولا: اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم التجاري الدولي باتفاق الأطراف (الإسناد الشخصي).
189	أ -إعمال مبدأ قانون الإرادة في مجال اتفاق التحكيم التجاري الدولي
191	ب-النتائج المترتبة على الأخذ بقانون الإرادة
195	ج-النظام العام كقيد على مبدأ قانون الإرادة
196	ثانيا: تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم التجاري الدولي في ظل غياب اتفاق الأطراف (الإسناد الموضوعي)
197	ح - إخضاع اتفاق التحكيم لقانون دولة المقر
198	خ- إخضاع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم العقد الأصلي
198	د- إخضاع اتفاق التحكيم لقانون محل إبرام الاتفاق
199	ذ- اسناد اتفاق التحكيم لقانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة
199	ج - القيمة التركزية لبعض القوانين الخاصة ببعض اتفاقات التحكيم
200	المطلب الثاني :تقدير خضوع اتفاق التحكيم لقواعد التنازع
201	الفرع الأول: العيب الخفي في منهج قاعدة التنازع
202	الفرع الثاني : إتمام المنهج القائم على قواعد التنازع بالتعقيد والصعوبة إلحاق اتفاق التحكيم بطائفة من طوائف الإسناد التقليدية
203	الفرع الثالث: عدم كفاية ضوابط الإسناد المقترحة في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم و عدم إمكانية توقع الحلول وانعدام الأمن القانوني
206	الفصل الثاني: تنامي دور القواعد المادية في حل منازعة التحكيم التجاري الدولي
207	المبحث الأول: خضوع منازعة التحكيم التجاري الدولي للقواعد المادية في القانون الدولي الخاص
207	المطلب الأول: مفهوم القواعد المادية وعوامل ظهورها
208	الفرع الأول: تحديد مفهوم القواعد المادية الدولية les règles matérielle

209	أولا- خصائص منهج القواعد المادية
212	ثانيا - مقومات القاعدة المادية الخاصة منازعة التحكيم التجاري الدولي
213	الفرع الثاني: أسباب تغليب القواعد المادية في منازعة التحكيم التجاري الدولي
213	أولا - عدم ملائمة القوانين الوطنية لتسوية منازعة التحكيم التجاري الدولي
217	ثانيا - إهدار التوازن العقدي
219	ثالثا - تجاوب التحكيم الدولي مع القواعد المادية
220	المطلب الثاني: مصادر القواعد المادية
221	الفرع الأول: القواعد المادية ذات الأصل الداخلي
221	أولا - القواعد المادية ذات الأصل التشريعي
223	ثانيا - القواعد المادية ذات الأصل القضائي
225	الفرع الثاني: القواعد المادية ذات الأصل الدولي
225	أولا - المعاهدات والاتفاقيات الدولية
228	ثانيا - الأعراف والعادات التجارية الدولية
230	المبحث الثاني: تقييم دور القواعد المادية في حل منازعة التحكيم التجاري الدولي
230	المطلب الأول: موقف القضاء و الفقه الفرنسي من إعمال منهج القواعد المادية لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم
230	الفرع الأول: تكريس القضاء الفرنسي لمنهج القواعد المادية للفصل في مسألة وجود وصحة اتفاق التحكيم
235	الفرع الثاني : موقف الفقه من الإتجاه الحديث في القضاء الفرنسي بشأن إعمال منهج القواعد المادية على صحة اتفاق التحكيم
242	المطلب الثاني: مدى قدرة منهج القواعد المادية على إلغاء منهج قاعدة التنازع
242	الفرع الأول: الإنتقادات الموجهة إلى منهج القواعد المادية
242	أولا- القواعد المادية لا تشكل نظاما قانونيا متكاملا
243	ثانيا- منهج القواعد المادية ليس مناسباً للوفاء بالإحتياجات المحلية للنظام القانوني
243	ثالثا- منهج القواعد المادية يعطي للقضاة المزيد من السلطة غير المحدودة

244	رابعاً -صعوبة تنفيذ الأحكام والقرارات التي تصدر غالباً عن هيئات التحكيم بناءً على القواعد المادية
245	الفرع الثاني: الفرع الثاني: العلاقة بين منهج قاعدة التنازع ومنهج القواعد المادية في إطار منازعة التحكيم التجاري الدولي
245	أولاً : تكامل منهج تنازع القوانين و القواعد المادية من أجل تقرير صحة اتفاق التحكيم وفق التشريعات و أحكام القضاء
245	أ-تكريس التشريعات للمبدأ
247	ب- أحكام القضاء من المبدأ
247	ثانياً :موقف الفقه من تكامل منهج تنازع القوانين و القواعد المادية من أجل تقرير صحة اتفاق التحكيم
248	أ- علاقة التنافر أوالتنافس
250	ب- علاقة التعايش و التكامل
253	الخاتمة
257	قائمة المصادر و المراجع
265	الفهرس

تم بحمد الله و توفيقه