دور التحكيم مع التفويض بالصلح في جعل العقد الدولي طليق

أمحمد سعد الدين أستاذ مساعد قسم " أ "
كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو

ملخص :

لقد لعب التحكيم الدولي دورا مهما في ذيوع وانتشار القانون الموضوعي الموحد الخاص بتنظيم معاملات التجارة الدولية و العقد الذي تتم من خلاله، حيث أصبح جهة قضائية مفضلة لتسوية النزاعات الناشئة عن تلك المعاملات، ومنافس للقضاء الوطني الذي تشرف عليه الدولة ، وذلك بعد إن أولته الدول والمنظمات الدولية المتخصصة والمتعاملون الدوليون عناية خاصة، نظرا لما يتميز به من خصائص، ومايو فره من ضمانات لاسيما للمتعاقد الأجنبي والمستثمر في الدول النامية.

هذا ولم يعد التحكيم ينافس الدولة في اختصاصها القضائي فحسب، بل أصبح يخلق القواعد الموضوعية، ومن ثم ينافسها في اختصاصها التشريعي في هذا الشأن، ليبلور قواعد مادية من اجل تدويل العقد وجعله طليق في منأى عن القوانين الوطنية، مما يعني إن مستقبل العقد بدون قانون يكون من غير جدال في العدالة الخاصة أي التحكيم، خاصة التحكيم مع التفويض بالصلح.

الكلمات المفتاحية : تحكيم دولي، عقد دولي، تجارة، الدولة.

Summary

I've been playing international arbitration plays an important role in publicity and spread of common substantive law for the regulation of international trade transactions and the Decade, where he became a favorite of the settlement of disputes arising out of such transactions, and a competitor to the national State, and after the attention of States, international organizations and international dealers special attention, given its characteristics, abundance of guarantees, particularly for the foreign investor and contractor in developing countries.

This arbitration is no longer competing in their jurisdiction, but became creates substantive rules, and then opponent in the legislative competence in this regard, to elaborate concrete rules for the internationalization of the contract and make it free from national laws, which means that the future of the contract without law is not disputed justice any arbitration, arbitration with conciliation delegation.

Keywords: international arbitration, international trade, State.

مقدمة:

إن تمييز القواعد الإجرائية التي تحكم المنازعات المطروحة على التحكيم الدولي، يعد من المسائل الجوهرية في فلسفة التحكيم التجاري الدولي[1]، ويؤكد طبيعته القانونية باعتباره قضاء

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مستقلا للتجارة تبلورت قواعده الموضوعية والإجرائية على مر الأيام بشكل بارز، نظرا لمزاياه العديدة في نظر مؤيديه وتختلف طريقة تدويل إجراءات سير المنازعات باختلاف نوع التحكيم.

والتحكيم كما هو معلوم يعد نوعا من القضاء الخاص، والمحكم يصدر حكما فاصلا في النزاع قابلا للتنفيذ مثله في ذلك مثل الحكم القضائي، غير أنه يتعين في هذا الصدد، التمييز بين نوعين من التحكيم، من حيث مدى الصلاحية المخولة للمحكم في تقييم الادعاءات المتبادلة بين الطرفين، وصولا إلى الحكم المنشود وما إذا كان يلتزم في هذا التقييم بمعيار موضوعي، قوامه أحكام القانون كما هو الحال بالنسبة للقاضي، أو ما إن كان له أن يجري هذا التقييم بمعيار شخصي، قوامه تقديره الذاتي لمدى عدالة الادعاءات المطروحة عليه.[2]

وعليه فليس التحكيم وفقا للقانون Arbitrage de droit، أو التحكيم العادي، هو الوسيلة الوحيدة التي تفض المنازعات عن طريقها بقرار قضائي ملزم خارج دائرة قضاء الدولة[3]، وهنا تلتزم هيئة التحكيم بإنزال حكم القانون على المسائل القانونية المعروضة عليها، والأصل في التحكيم هو أن يكون قانونيا، ويترتب على ذلك أنه إذا لم يتفق الأطراف على تفويض هيئة التحكيم سلطة الفصل في المنازعات وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف، فإن هيئة التحكيم تلتزم بالفصل في المنازعة وفقا للقانون، وإلا عدة مغتصبة لسلطة الفصل في النزاع كمحكم مصالح، وهو الأمر الذي لا يجوز إلا بناءا على اتفاق صريح من الأطراف[4]، لذلك يوجد النوع الثاني من التحكيم، هو التحكيم مع التفويض بالصلح أو ما يسمى أحيانا بتحكم العدالة Arbitrage d'equité، وفيه يفصل المحكم في النزاع وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف[5]، دون أن يتقيد بقواعد القانون وهو يبدو مبدئيا قادر على تحرير العقد من حكم القانون، خاصة إذا تعذر على المحكم إيجاد حلا للمسألة محل النزاع سوى في فكرة العدالة، مما يجعلنا نتساءل عن طبيعة هذا التحكيم، ودوره في تدويل عقود التجارة الدولية، ومدى مساهمته في بلورة قواعد موضوعية أكثر ملاءمة لحكم هذه الأخيرة، بحيث يجعل العقد الدولي في منأى عن القانون (العقد الطليق).

وحتى نجيب عن هذا التساؤل، نبحث في معنى التحكيم مع التفويض بالصلح وطبيعته (أولا)، ثم نناقش دور هذا النوع من التحكيم في تحرير العقد الدولي من حكم وسلطان القانون (ثانيا).

أولا: معنى التحكيم مع التفويض بالصلح وطبيعة:

إن في تحكيم العدالة، يحق للمحكمين بمقتضاه أن يقضوا في النزاع وفقا لمطلق العدل والإنصاف، وهو ما يسمح لهم بتطبيق قواعد وعادات لم ترقى بعد إلى حد العرف الملزم، وإن كان من المتصور أن تصبح كذلك نتيجة لاضطرارهم وإذ طرادهم إلى تطبيقها، أما في تحكيم القانون، لا يملك المحكمون فيه بحسب الأصل، إلا تطبيق الأعراف التي اكتسبت قوتها الملزمة، بصرف النظر عن تطبيقهم لها من عدمه ولذلك لا يجوز الالتجاء إلى هذا النوع من التحكيم، إلا باتفاق الأطراف صراحة على ذلك في العقد الأصلي أو في وثيقة مستقلة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولعل حرص المتعاقدين على النص صراحة في عقدهم الدولي على التحكيم مع التفويض بالصلح سيؤدي بالضرورة إلى إفلات العقد وتحريره من حكم القانون، ونحاول من خلال هذا المحور تعريف التحكيم مع التفويض بالصلح والاعتراف به (1)، ثم تحديد الطبيعة القانونية له (2).

1- تعريف التحكيم مع التفويض بالصلح والاعتراف به:

أ/ تعريف التحكيم مع التفويض بالصلح:

قد يرتضي الطرفان تخويل المحكم صلاحية الفصل في النزاع وفقا لما يراه محققا للعدالة وصولا إلى حكم يحفظ التوازن بين مصالحهما، حتى ولو كان في هذا الحكم مخالفة لأحكام القانون التي تحكم وقائع النزاع، والتي يلتزم القاضي بتطبيقها فيما لو عرض عليه النزاع، وفي هذه الحالة يعرض كل من الطرفين طلباته أمام المحكم، لكنه في الوقت ذاته يفوض المحكم في وزنها ليس فقط بميزان القانون، وإنما كذلك بميزان العدالة وما تقتضيه ظروف النزاع، ومع ذلك يكون حكمه ملزما للأطراف، ولا يمكن لأحدهما التنصل منه بحجة مخالفته لأحكام القانون[6]، هذا هو التحكيم بالصلح[7]، سمي كذلك تعبيرا عن الوظيفة المزدوجة التي يؤديها التحكيم.

وتعرف الأستاذة "حفيظة السيد الحداد"، التحكيم بالصلح على أنه، "التحكيم الذي يخول فيه الأطراف لهيئة التحكيم صلاحية الفصل في المنازعة، وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف، دون التقيد بالقواعد القانونية."[8]

كما يعرف الفقيه Bernard التحكيم مع التفويض بالصلح بأنه، "نظام قانوني خاص، أو نوع من التحكيم يختار فيه الأطراف قضاتهم، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق أو شرط صريح بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ، أو نشأت بالفعل بينهم[9]، في خصوص علاقتهم التي يجوز تسويتها بطريق التحكيم، وفقا لمبادئ العدالة، دون التقيد بقواعد القانون، وإصدار حكم ملزم لهم"، ولقد ساند الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة هذا المفهوم.[10]

ب/ الاعتراف بالتحكيم مع التفويض بالصلح:

والملاحظ أن هذا النوع من التحكيم اعترفت به ونصت عليه القوانين الوطنية، إضافة إلى التحكيم بالقانون، فمثلا نصت عليه المادة 39 فقرة4 من قانون التحكيم المصري رقم27 لسنة1994 بقولها "يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفقا طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح، أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف، دون التقيد بأحكام القانون"، ونصت المادة 1474 والمادة 1479 من قانون المرافعات الفرنسي، على آلية التحكيم بالصلح، وأيضا المواد من775 وما بعدها من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية، هي الأخرى نصت على التحكيم المطلق، أي بالصلح.

كما أقر المشرع الجزائري هو الآخر هذا النوع من التحكيم، فقد **كانت** المادة 458 مكرر15 من قانون الإجراءات المدنية، تسمح للمحكم أن يفصل بصورة ودية – كمفوض- إذا كان الأطراف قد خولوه هذا الاختصاص، لكن لا نجد لمثل هذا النص مقابل، في القانون رقم 08-09 المتضمن قانون

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإجراءات المدنية والإدارية، وإن كان المشرع الجزائري يعترف بالصلح كطريق بديل لحل النزاعات (م 990 ق.إ.م.إ).

هذا وقد اعترفت الاتفاقيات الدولية، هي الأخرى بهذا النوع من التحكيم في منازعات عقود التجارة الدولية، إذ نجد المادة 2/7 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم، المبرمة عام 1961 تنص على أن "المحكمين يفصلون كمفوضين بالصلح إذا كانت هذه هي إرادة الأطراف، وكان القانون الذي يحكم التحكيم يجيز هذا النوع من التحكيم"، كما تنص المادة 3/42 من اتفاقيه البنك الدولي، بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدولة ورعايا الدول الأخرى، والصادرة عام 1965 على أن "أحكام المواد السابقة لا تخل بحق المحكمة في الحكم وفقا للعدالة، إذا اتفق الأطراف على ذلك"، ونصت كذلك المادة 2/21 من اتفاقية عمان، الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، الموقعة في 1987/02/14، على أنه "على هيئة التحكيم أن تفصل في النزاع وفق قواعد العدالة، إذا اتفق الطرفان صراحة على ذلك"، وهو ما أخذت به أيضا المادة 4/13 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس.[11]

وفي الواقع أن التحكيم مع التفويض بالصلح على هذا النحو، هو أساسا مسلك التشريعات اللاتينية عكس القوانين الأنجلو سكسونية[12]، ومع ذلك يعتبر هذا التحكيم فيه منحا واسعا للسلطة التقديرية للمحكم، إذ لا يقيده في ذلك إلا قواعد العدالة والإنصاف، وهما في نفس الوقت بمفهوم فضفاض ويفتقران إلى خصائص القاعة القانونية، مما يجعله بذلك ليس فقط ساهم بإضفاء الصفة القانونية الملزمة على تلك القواعد، ومن ثم خلق قواعد جديدة موضوعية لحكم عقود التجارة الدولية، وإنما بتحرير العقود الدولية من القانون وجعلها بمنأى عنه أي طليقة، وهذا الدور الحساس يدفعنا إلى معرفة الطبيعة القانونية لهذا النوع من التحكيم.

2- الطبيعة القانونية لتحكيم العدالة:

ولو أن التحكيم مع التفويض بالصلح، لا يفترق عن التحكيم العادي من حيث الطبيعة القانونية، في كون كلاهما يعد قضاء Juridiction يصدر قرار la sentencel ويسمى أيضا Jugement ملزما للأطراف وحائز لحجية الأمر المقضي به، إلا أنه ومع ذلك يوجد اختلاف بينهما في السلطة Pouvoir المخولة للمحكم[13]، إذ يكون في حل من القانون، حيث يفصل في النزاع وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف، والعادات والأعراف السائدة في وسط مهني معين، وبهذا يكون وسط عقود التجارة الدولية هو الميدان الخصب والمناسب لمثل هذا النوع من التحكيم.

ولعل السؤال المطروح، هل في التحكيم بالصلح يتعلق الأمر بالتنازل عن تطبيق القانون، أم أنه تنازل من نوع آخر؟.

إن المتأمل في هذا النوع من التحكيم يستشف بأن الأمر يتعلق بنوع من التنازل عن حق، إلا أنه تنازل ذو طبيعة خاصة ومزدوجة:[14]

فمن الناحية الأولى، يلاحظ أن الأمر يتعلق بتنازل عن أمر شخصي Droit subjectif، وهو الحق الذي يمنحه القانون للشخص في أن يقاضي أو يفصل في طلبه، مع توفير الحماية القضائية لحقه أو

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مركزه القانوني، وفقا لقواعد القانون الموضوعي، وهذا ما نلمسه في التحكيم بالصلح، فهو إذا تنازل عن حق واتفاقي فوق ذلك Renonciation Conventionnelle، يتم بتوافق إرادة الأطراف.

أما من ناحية ثانية، فإن التحكيم مع التفويض بالصلح، يمكن اعتباره تنازلا عن الاستئناف، لدى النظم التي تجيز الطعن في أحكام المحكمين بالاستئناف[14]، وتبرير ذلك أن الاستئناف يجعل شرط التفويض بالصلح غير ذي مفعول، لاسيما وأن محكمة الاستئناف لا تحكم إلا وفقا لقواعد القانون.[15]

ولهذا فإن التنازل هنا، ليس فقط عن الحق الشخصي في حماية القانون للأطراف، بل كذلك عن الحق في استئناف قرارات التحكيم الصادرة.[16]

هذا ويؤكد الفقه الراجح، اعتبار التحكيم مع التفويض بالصلح، نوع من التنازل التبعي Renonciation Accessoire، وبناءا على هذا المفهوم يتضح ومن غير إبهام، أن العقد الذي يحال النزاع بصدده إلى هيئة تحكيم مفوضة بالصلح، هو عقد لا تسري عليه قواعد القانون الموضوعي وأحكامه، وإنما تسري عليه فقط بعض القواعد الذاتية التي تلائمه، وهي قواعد خارج قانون الدولة Règles étatiques extra[17]، وبهذا يكون هذا النوع من التحكيم هو المناسب تماما لتجسيد فكرة تدويل عقود التجارة الدولية، وإفلاتها من حكم وسلطان القوانين و من ثم السيادة الوطنية،(أي يصبح العقد حرًا أو طليق).

ثانيا: إسهام تحكيم العدالة في تدويل عقود التجارة الدولية:

من الواضح أن التحكيم مع التفويض بالصلح، قد يؤدي إلى تحرير العقد، لاسيما وأن هذا النوع من التحكيم يستند أساسا إلى فكرة العدالة عند الفصل في النزاع، وعليه بات من اليسير أن ندرك أهمية اعتبار فكرة العدالة من مصادر القانون التجاري الدولي، لتزداد هذه الأهمية إذا لاحظنا التوسع الحالي في تحكيم العدالة، وانتشار العمل به في المعاملات والعلاقات العقدية التجارية الدولية، وإفلاتها من حكم وسلطان القوانين الوطنية.

ولعل التحكيم مع التفويض بالصلح، وعملا بما يحكم ويؤسس عليه أحكامه، الحاجة منه هو استكمال النقص الذي يتخلل نظام التدويل، إذ يستطيع المحكم دائما باسم العدالة، أن يستلهم الحلول للمسائل التي لا يتناولها القانون التجاري الدولي بالتنظيم.

ولقد قيل أن إهمال المحكم لتلك القواعد، قد يجرد المتعاقدين من القدرة على التوقع، ويحرمهم بذلك من الأمان القانوني، لعدم معرفتهم المسبقة بما سينتهي إليه المحكم في النزاع باسم العدالة، إلا أنه مما يقلل من خطورة وحدة ذلك التخوف، أن المحكمين لا يلجئون إلى خلق الحل الواجب الإتباع باسم العدالة عادة، إلا عندما يتعذر عليهم إيجاد الحل في باقي القواعد الموضوعية الأخرى.[18]

ولكي نقف عند إسهامات تحكيم العدالة، في تدويل عقود التجارة الدولية، خاصة بعد محاولته إضفاء الصفة القانونية على قواعد العدالة، حتى يكتمل نمو النظام القانوني الجديد

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(التدويل)، نبحث من خلال هذا المحور المحكم بالصلح واستبعاد تطبيق القانون (1)، ثم المحكم بالصلح وحقيقة النظام القانوني للعقد (2).

1- المحكم بالصلح واستبعاد تطبيق القانون:

إن أهم خاصية يتميز بها التحكيم بالصلح عن التحكيم خاصة العادي منه، هي كون المحكم في النوع الأول، لا يكون ملزما بإعمال حكم القانون على المنازعة المختص بالفصل فيها، فهو يكون في منأى عن تطبيق أي قانون وضعي، وهذا ما يفهم صراحة من النصوص التشريعية المنظمة لهذا النوع من التحكيم.[19]

ولما كان تحكيم العدالة بهذا الشكل، فيكون بذلك إذا هو القضاء الملائم الذي تتحقق في دائرته فكرة العقد بلا قانون، ومن ثم فالتحكيم بالصلح يفتح ثغرة في جدار التطبيق الملزم للقوانين الوضعية لتروج من خلالها فكرة التدويل، بل يزداد نجم العقد الحر، الذي يستمد القوة من ذاته، ومن إرادة المحكم، ومن العقد لأن التحكيم بالصلح يقود المحكمين إلى استبعاد تطبيق القوانين الوطنية، لكي يرجع إلى نحو مانع إلى الاشتراطات التعاقدية وعادات المهنة، وهذا ما أكده الفقيه Fouchard، ومن إرادة المحكم، لأنه عندما يكون هذا الأخير مفوضا بالصلح، فهو لا يكون ملزما بتطبيق القواعد القانونية، وإذا قرر عند وجود المنازعة اعتبار العقد صحيح فإن إرادته هي أصل القوة الملزمة للاتفاق.[20]

إن محتوى هذا النوع من التحكيم، لقي تجسيدا في واقع عقود التجارة الدولية، فلقد جاء بإحدى العقود الدولية المبرمة بين مشترى مغربي وبائع من أحد الدول الأوروبية، أنه "يجب على محكمة التحكيم أن تقضي كمفوض بالصلح، ولا تكون ملزمة بتطبيق لا تشريع البائع ولا تشريع المغرب"[21]، وعقد كهذا فهو من البديهي جدا خارج عن كل القوانين التي هي على صلة به، أي هو طليق.

ولقد عبر جانب من الفقه، وعلى رأسهم الفقيهين Bredin وLousouarn، بأنه "إذا كان يبدو مستحيلا من الناحية القانونية، أن عقدا يمكن أن ينتزع من كل تشريع وضعي، فإن الرجوع أو الالتجاء إلى محاكم التحكيم التي تقضي كمفوض بالصلح، يظل مؤديا إلى نتائج معادلة من الناحية العملية"[22]، أي إلى خروج وإفلات العقد من حكم كل قانون أو تشريع وضعي، وتلك نتيجة طبيعية لتحلل المحكم المفوض بالصلح من إعمال حكم القانون، والاستناد في قضائه إلى فكرة العدالة، وقواعد الأعراف والعادات السائدة في الأوساط المهنية.

وإن كان هذا الحكم يساهم في تجريد العقد من حكم القانون، ومن ثم يعد تطبيقا لفكرة التدويل، فإنه في ذات الوقت يدعم وبشكل مباشر فكرة كفاية العقد الدولي ذاته بذاته، ومسلك المحكم في هذا الصدد لا يختلف كثيرا عن موقف القضاء الوطني، الذي لا يتردد في التصدي لخلق القاعدة الواجبة الإتباع عند سكوت القانون الوضعي عن حكم المسألة المطروحة، كل ما في الأمر أن حالات اضطرار المحكمين لمثل هذا المسلك تزيد كثيرا عن الفروض التي يكون الأمر فيها معروضا على

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القضاء الوطني، كنتيجة طبيعية لكون قواعد القانون التجاري الدولي، لا تشكل حتى الآن نظاما قانونيا متكاملا، كما هو شأن الأنظمة الداخلية على عكس ما يدعيه أنصار نظام التدويل، ومن هنا تزداد الحاجة إلى فكرة العدالة في مجال قضاء التحكيم في مثل هذه المرحلة من مراحل تطور النظام القانوني، لمجتمع التجار ورجال الأعمال.[23]

ومن الأمثلة الشهيرة للقواعد التي استلهمها التحكيم باسم العدالة في مجال التجارة الدولية، فكرة التوزيع المتساوي للمخاطر الناتجة عن القوة القاهرة، رغم أن القوة القاهرة تعفي أصلا المدين من التزامه ومن الأمثلة كذلك إعادة التوازن الاقتصادي في العقود التجارية الدولية الممتدة لفترة طويلة، مثل عقود الإنتاج وذلك عند تغير الظروف على نحو يخل بهذا التوازن، ويحمل أحد أطراف العقد عبئا باهظا.[24]

وبهذا يكون المحكم بالصلح، محررا للعقد من تطبيق القانون، لأن احتكامه لقواعد العدالة في حالة خلو باقي القواعد الموضوعية المشكلة للقانون الموضوعي للتجارة الدولية من الحل، مما يجعل محكم العدالة مضطرا لتفعيل تلك الأولى – قواعد العدالة-، وهي في حد ذاتها تفتقر إلى صفة القاعدة القانونية، فيكون بذلك العقد طليقا من كل قانون.

2- المحكم بالصلح وحقيقة النظام القانوني للعقد:

بات من المؤكد أن التحكيم بالصلح، يقتضي رجوع المحكم إلى قواعد العدالة، ومبادئ الإنصاف كما ليس هناك أي شك عند أحد، أن هاتين الفكرتين يكتنفهما الغموض الكبير، لذلك الفقه ولاسيما المؤيد لعملية التدويل، يرى أن الرجوع إلى العدالة، يعني في جانب كبير منه الرجوع إلى عادات التجارة الدولية، وسائر القواعد التي تشكل القانون الموضوعي للتجارة الدولية، أو ما يسمى La lex mercatoria، وبهذا فإن التحكيم بالصلح، ليس فقط يبلور قواعد موضوعية، وإنما يعمل على تطبيقها على افتراض أنها فعلا موجودة وجاهزة.

وفي الواقع أن إعمال المحكم لفكرة العدالة، لا يعني اختياره لأي حل يراه وفقا لمطلق تقديره الشخصي، فالمحكم لن يقضي في النزاع وفق هواه، وإنما سيختار الحل السائد في قانون معين، يراه أكثر تحقيقا للعدالة، وعليه لن نكون في واقع الأمر بصدد عقد يفلت من حكم القانون، وإنما سيخضع العقد للقانون الذي يراه المحكم مناسب.[25]

والغالب أن يطبق المحكم الدولي في هذه الحالة العادات، والأعراف الدولية السائدة بوصفها تعبيرا عن العدالة التي يعرفها مجتمع التجارة العابر للحدود، خاصة وأن المحكم يعرف هذه العادات ويعيش في رحابها فكأن المفوض بالصلح سينتهي عملا باسم العدالة إلى تطبيق القانون التجاري الدولي، الذي يعد في نفس الوقت قانون القاضي، أو المحكم المطروح عليه النزاع، فبالرغم أنه من حق المحكمين بالصلح أن لا يتقيدوا بأحكام القانون، إلا أنهم ظلوا مع ذلك مخلصين للفصل في المنازعات المطروحة عليهم وفقا للعادات والأعراف الدولية، بوصفها تعبيرا عن العدالة من وجهة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

نظرهم كما سبق وأن ذكرنا، ولعل هذا ما دفع البعض إلى القول، بأن التجاء المتعاقدين إلى محكمين مفوضين بالصلح، يعني رضائهم الضمني بتطبيق أعراف وعادات التجارة الدولية.[26]

وغني عن البيان أنه إذا لم يجد المحكم حلا للنزاع في العادات والأعراف الدولية، فهو سيخلق الحل المناسب مستلهما العدالة كما يعرفها مجتمع التجارة الدولي، أي سيخلق هو الحل الواجب الإتباع، وبذلك سينتهي الأمر بتحكيم العدالة إلى التوصل إلى نفس الحل الذي كان سيحكم به المحكمون فيما لو لم يكونوا مفوضين بالصلح.

ومن ثم لم يبقى هناك أية شك في تعزيز دور وقدرة التحكيم التجاري الدولي، ومنه تحكيم العدالة خصوصا في تسوية منازعات التجارة الدولية، بل هو الملائم لها والمنافس في ذات الوقت للقضاء الرسمي لاسيما وأنه يعمل على تدويل العقود الدولية، تدويلا شاملا لكل من موضوع النزاع وإجراءاته (تدويل التحكيم الدولي لمنازعات التجارة الدولية)، ويكون قبل ذلك محررا للعقد الذي تتم من خلاله المعاملات التجارية، من حكم وسلطان القانون.

خاتمة:

إن التحكيم لاسيما التجاري الدولي منه، أصبح محل اهتمام عالمي، باعتباره ضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية، إذ لا يكاد يخلو عقد دولي من شرط التحكيم في الوقت الراهن، بل صار من مقوماتها وضرورة لنموها، فهو وسيلة ملائمة ومفضلة من قبل التجار لفض نزاعاتهم، كما يعد وسيلة ضمان واطمئنان للمتعاقد الأجنبي، وفضلا على كل هذا، فهو يلعب دورا رائجا في خلق وبلورة القواعد الموضوعية الأكثر ملاءمة لحكم عقود التجارة الدولية، أو على الأقل إضفاء خصائص القاعدة القانونية على بعض مكونات قانون التجارة الدولية، وبكل بساطة يساهم مباشرة في تدويل العقد، ليجعله حرا طليق في منأى عن سلطة وحكم القانون، والتحكيم مع التفويض بالصلح خير دليل على ذلك.

ومهما بلغ التحكيم التجاري الدولي من أهمية، إلا أنه تظل تعتريه جملة من العيوب والنقائص ولتفاديها أو على الأقل التقليل منها وجب:

أ/ توحيد قواعد نظام التحكيم، بمساهمة فيه كل الأسرة الدولية، ثم إقرار القانون النموذجي الذي أعدته لجنة قانون التجارة الدولية، التابعة للأمم المتحدة سنة 1985، لغلبة مزاياه وروحه العالمية، وذلك في اتفاقية دولية ليتحقق التوحيد التشريعي العالمي في مجال التجارة الدولية.

ب/ نشر أحكا التحكيم، أو على الأقل المبادئ التي ترسيها هذه الأحكام، باعتبار العلانية ضرورة لخلق القواعد الجديدة لعقود التجارة الدولية، وحرصا على السرية في بعض القضايا، يمكن استبعاد أطراف العلاقة ومنشآتهم من الحكم، ويرمز لهم برموز معينة، وهذا هو الطريق الأمثل للكشف عن القواعد التي تلائم مقتضيات العقود الدولية، بما فيها التجارية، والمالية، والاستثمارية القائمة والمتجددة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ج/ مشاركة الدول العربية بما فيها الجزائر، في المجامع والمؤتمرات الدولية، في هذا الشأن وتوحيد رؤاها سلفا، لتكون مساهما فعالا ومؤثرا، لا مجرد تابعا منقادة، ويجب كذلك تزويد الممثلين والمفاوضين والمحكمين في المجال الدولي، برؤية مضادة لما يحاك لنا، أو أن ينقص من حقوقنا، وعلينا أن نسارع جميعا باتخاذ مواقف ايجابية وبناءة نبين بها ونعلن وجهات نظرنا بما يكفل حقوقنا في مواجهة الدول المتقدمة وبمستوى عال أمام الهيئات الدولية.

الهوامش:

1- أنظر، د. الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1991/1990، ص372.

2- أنظر، د. عكاشة محمد عبد العالي بالاشتراك مع مصطفى محمد الجمال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 1998، ص107.

3- أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تاصيلية انتقائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص234.

4- أنظر، أ. د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2004، ص92.

5- أنظر كل من: د. عكاشة محمد عبد العالي بالاشتراك مع مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص108، 109 وأيضا د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، بين النظري و التطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية 2004، ص343 وما بعدها، وأيضا، د. عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، الطبعة الثالثة منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص43 وما بعدها.

6- أنظر، د. عكاشة عبد العالي بالاشتراك مع مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص109.

7- ويسمى في القانون اللبناني، بالتحكيم المطلق، لاحظ المواد 775 وما بعدها من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

8- أنظر، د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص92.

9- فمن خلال ذلك التعريف، يلاحظ أنه يمكن أن يتم الاتفاق على التحكيم مع التفويض بالصلح، سواء في شرط أو اتفاق Caluse ou convention d'arbitrage، سابق على وقوع النزاع أو ما يسمى عادة Clause Compromissoire ، أو في مشارطة تحكيم Compromis بعد نشأة النزاع بالفعل، أنظر في ذلك، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق مرجع سابق، ص236، ود. عبد الحميد الأحدب، مرجع سابق، ص187 وما بعدها.

10- أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة،، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص236.

11- أنظر كل من: المرجع السابق، ص238، ود. هشام صادق عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية ومقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص234.

12- أنظر، د. محسن شفيق، التحكم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997 ص51 وما بعدها.

13- أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص240.

14- المرجع السابق، ص241.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

15- فمثلا المشرع الجزائري، جعل الاستئناف ضمن طرق الطعن العادية (م313 ق.إ.م.إ)، وإن أجازه في التحكيم الداخلي (م1033 ق.إ.م.إ) فإنه جعل الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ، في التحكيم التجاري الدولي فقط، هو القابل للاستئناف (م1055 ق.إ.م.إ)، مع تحديد ذلك في حالات على سبيل الحصر (م1056 ق.إ.م.إ).

16- أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص244، وأيضا د. عكاشة محمد عبد العالي بالاشتراك مع مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص113.

17- وقد يدعم ذلك قانون المرافعات الفرنسي الجديد لعام 1981 في المادة 1482 منه، وإن كان قد أجاز للأطراف الاتفاق على الطعن، وذلك في وثيقة التحكيم.

18- أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، ، المرجع السابق، ص245.

19- أنظر، د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، ص230.

20- مثلا المادة 1497 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، والمادة 2/187 من القانون السويسري...الخ، أنظر كل من: د. حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص92،93، ود. مصطفى تراري الثاني التحكيم التجاري الدولي في الجزائر اثر صدور المرسوم التشريعي رقم93-09 المؤرخ في 1993/4/25 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، الجزائر، العدد1/2002، ص46.

21- أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص246،247.

22- لاسيما البند 12 من العقد، تفصيلا في ذلك راجع، المرجع لسابق، ص247.

23- أنظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص249.

24- يتحدد مفهوم العدالة كأحد مكونات القانون التجاري الدولي، بوصفه قانونا عرفيا وتلقائيا في نفس الوقت على أنها "مجموع الأفكار والمفاهيم التي تسود لدى الأوساط التجارية، وتستقر في ضمائر أفرادها عما هو حق أو عدل"، وبذلك تبدو فكرة العدالة كأداة لسد النقص في أحكام القواعد الموضوعية للتجارة الدولية، دون أن تختلط بها، فالقانون التجاري الدولي يعد== نظاما مستقلا عن كل من القوانين الداخلية من ناحية، ومطلق العدالة من ناحية أخرى، أنظر كل من: المرجع السابق ص291 ود. هشام صادق، عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص232.

25- ولعل هذا المثال الأخير يبين جليا دقة التفرقة بين المبادئ العامة، وفكرة العدالة أو العدل المصنوع، أنظر، د. هشام صادق مرجع سابق، ص232 وما بعدها، وحول القوة القاهرة وتغير الظروف، أنظر د. قادري عبد العزيز، دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية "عقد الدولة"، مجلة الإدارة، الجزء7، رقم1/1997، خاصة المبحث الثالث، ص57- 80 .

26- أنظر، د. هشام صادق، المرجع السابق، ص236، وقريب من ذلك ، د. سعيد يوسف البستاني، قانون الأعمال والشركات، القانون التجاري العام ، الشركات المؤسسة التجارية ، الحساب التجاري والسندات، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2008، ص72 وما بعدها.

27- أنظر في ذالك

JEAN BAPTISTE RACINE,"l'arbitrage commercialinter national etl'ordre public" RESUME DELA THESE,Reuve Algérienne Des sciences juridiques economiques et politiques,universite d'alger volume 35,n03, P 61-69.

- وأيضا، د. عمار معاشو، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح و الإنتاج في اليد) أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة، في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية الجزائر،1998/1999، ص319-347، وكذلك، د. صادق هشام، مرجع سابق، ص236،237.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com