

# ملخص أطروحة الدكتوراه في القانون الخاص

دور إرادة الأطراف في مجال التحكيم  
التجاري الدولي في القانون الجزائري  
والقانون الدولي

تحت إشراف

أ.د. عبد القادر قاسم العيد

إعداد الباحث

صديق بغداد

لقد اتجه الفكر القانوني في بداية القرن العشرين إلى البحث على أداة فنية قانونية متخصصة في حسم النزاعات كبديل للقضاء العام للدولة. وهذا ما نتج عن إيجاد نظام التحكيم التجاري الدولي كأداة ملائمة لفض هذه النزاعات المتولدة عن العلاقات الدولية الخاصة باعتباره أداة بسيطة لتسوية أي نزاع تحكيمي من قبل محكم أو أكثر يرتضونه أطراف العلاقات الدولية باتفاقهما والامتثال لهذا النظام وقراراته.

قد اهتمت التشريعات الحديثة بنظام التحكيم في متن قوانينها الداخلية في شكل قواعد مادية دولية منظمة لفروض التحكيم سواء كان شرط أو مشاركة إلى غاية تنفيذ القرار التحكيمي الدولي متحررة من سلطان قواعد الإسناد في القانون الداخلي. وجاء إفراز القواعد المادية الدولية في مجال التحكيم في التشريعات الداخلية على غرار القانون الجزائري نتيجة الاهتمام الدولي بهذا النظام في صورة اتفاقيات وآليات دولية تحت الدول على الالتزام بها أو إتباعها والاقتراب منها عند صدور القوانين الداخلية .

يتميز نظام التحكيم الدولي ببعض الخصوصيات باعتباره نظاما مستقلا بذاته، حيث تتمتع أعماله باستقلالية عن الإرادة التي أنشأته، إن أهم ما يميز التحكيم دولية، حيث يكون المعنى الحقيقي معتمدا على ضوابط جغرافية أو موضوعية أو معا حتى يكون خاضعا إلى مبدأ تدويل بمعنى يتسم بالصبغة الدولية ليصبح تحكيما دوليا مغايرا للتحكيم الداخلي أو الوطني التي يعتمد على عناصر وأطراف داخلية.

إن اللجوء إلى التحكيم يقوم على مبدأ سلطان الإرادة التي تعني في المجال القانوني بصفة عامة هو اعتبار الإرادة مصدرا أو معيارا للحقوق الشخصية بوصفها الأداة الخالقة للقانون في العلاقات الخاصة، مما ينتج عنه عدة مبادئ في القوانين الداخلية أبرزها حرية التعاقد وغيرها من المسائل القانونية الإرادية وقد تتشابه هذه النتائج في مجال التحكيم التجاري الدولي التي مصدرها سلطان الإرادة وهي قدرة المتعاقدين على اختيار ما يلائم من أنظمة قانونية لتنظيم آليات التحكيم من فروض التي اختارها أطراف العلاقة الاقتصادية الدولية رغبة منهم حسم نزاعاتهم المتعلقة بالعقد الدولي الأساسي .

إن أبرز ما يجسد حرية الأطراف في مجال التحكيم هو انشاء اتفاقية التحكيم سواء كانت شرطا أم مشاركة التي تعد حجر زاوية هذا النظام الاستثنائي، والتي بمقتضاها تتعهد الأطراف

بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشوئها من خلال نظام التحكيم بشرط أن تكون النزاعات قابلة للتحكيم موضوعيا وشخصيا حسب ما تقضي القوانين الوطنية بشأن هذه القابلية من شروط وحدود.

ويبرز من المفهوم التقليدي لاتفاقية التحكيم أنه يتضمن بين ثناياه نوعين من أشكال لهذه الاتفاقية أولهما الشرط التحكيمي بوصفه الاتفاق الذي يتعهد الأطراف بمقتضاه في العقد الأساسي الدولي المنعقد فيها بينهم على أن يتم الفصل في النزاعات المحتملة الوقوع بينهم بسبب هذه الرابطة العقدية الدولية من خلال التحكيم.

أما الشكل الثاني لاتفاقية التحكيم هي مشاركة التحكيم وهو الاتفاق الذي وفقا له، تتفق الأطراف على العهدة بالمنازعة القائمة بينهم فعلا إلى التحكيم للفصل فيها.

تتميز اتفاقية التحكيم في شكلها بالطابع التحرري نتيجة ميول المشرع الوطني إلى وضع حلول متنوعة في القواعد المادية الدولية والتي يتعين أعمالها بالتناوب من أجل تقرير صحة وجود اتفاقية التحكيم، وهذا تشجيعا لنظام التحكيم من أجل منح المشرع لارادة أطراف العلاقة الدولية الأولوية في توقعاتهم القانونية.

في ضوء القانون الإجرائي الجزائري يفهم أن هناك ثمة استقلالية ما بين اتفاقية التحكيم والعقد الأساسي الدولي، بحيث سائر المشرع في هذه المسألة الاتفاقيات الدولية والممارسة التحكيمية الدولية وكذا الفقه القانوني الدولي، ومفاد هذا المبدأ هو عدم ارتباط مصير هذه الاتفاقية بمصير العقد الموضوعي الدولي، وعدم تأثرها بما يشوب العقد الموضوعي من عيوب وما شابه ذلك، هذا ما يجسد استقلاليته على الرغم من تلازمها في الإنشاء.

إن مسألة قابلية النزاع للتحكيم أصبح متعارفا عليها بأنها مسألة تتعلق بالشروط الموضوعية لممارسة التحكيم الدولي، فان للارادة دورا هاما في تحديد النزاع التحكيمي حتى يصبح التحكيم وذلك عن طريق اختيار المسائل التي يجوز حسمها بواسطة التحكيم في حدود ما ينص عليه القانون في هذه المسألة. وقد اعتمد المشرع الجزائري على ضابط عام المتمثل في القابلية التصرف في الحقوق ولا تخرج منها سوى المنازعات التي تتعلق بخصومة مدنية غير مالية. ولا ننسى في هذا السياق أن المشرع الوطني قد استحدث وضعاً جديداً في مسألة قابلية النزاع للتحكيم

وذلك بإجازة أشخاص قانون العام اختيار اللجوء الى التحكيم في علاقاتهم الاقتصادية الدولية بعد حظر طويل قبل صدور القانون الاجرائي الجديد و لقد منح القانون الوطني لأطراف العلاقة الدولية حرية اختيار القوانين الموضوعية لتطبيق على موضوع النزاع وكذلك منح لهم حق اختيار القانون الاجرائي لتطبيقه على سير الدعوى التحكيمية على الرغم من تعلق الإجراءات بفكرة النظام العام الإجرائي كأصل عام، الا أنه لا يمكن أن يكون مانعا أمام حرية الأطراف لاجتياز القواعد الإجرائية من أجل تطبيقها على الخصومة من قبل هيئة التحكيم .

ويبرز أيضا دور إرادة الأطراف في عملية تشكيل الهيئة التحكيمية بإرادة مشتركة، فقد يتفقوا على أن تكون مشكلة من محكم واحد أو أكثر مع الالتزام بالعدد الوتري وهو العدد الواقعي قصد ترجيح الرأي عند اختلاف الآراء حول منطوق القرار التحكيمي فيما بين المحكمين عند تعددهم. ولكن في حالة تماطل دور ارادة في عملية تشكيل الهيئة التحكيمية ففي هذه الأوضاع يعتبر تدخل القضاء العادي ضروريا لالزام الخصم المتقاعس على تعيين محكمة، غير أن هذا التدخل القضائي يجب أن يكون بطلب من الخصم المعني بالتعجيل.

يتمتع الخصوم أثناء سير الخصومة التحكيمية بعدة ضمانات قانونية في مواجهة محكميهم وذلك من أجل ضمان استقلالية الهيئة التحكيمية وحيده المحكمين حتى يثمر التحكيم ويكشف عن الحقيقة مجردة من أي ميول أو هوى لصالح أحد الخصوم على الآخر. لذا أجاز القانون لأي خصم رد واستبدال المحكم الذي تحوم حوله الشكوك في الحياد والاستقلالية وحتى الكفاءة، وذلك بإقامة الخصم المدعى الدليل المادي على هذه الموانع القانونية.

ومن المتفق عليه قانونا أنه عند تخلف إرادة الأطراف في اختيار توقعاتهم القانونية سواء كان القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أو القانون الإجرائي، ففي هذه الحالة يفقد الأطراف حرية الاختيار وتحل إرادة المحكم محل إرادتهم مما ينتج تحرر هيئة التحكيم من قيود القوانين الوطنية باتخاذها عدة وسائل قانونية أخرى لحسم النزاع وهذا ما أكدته الممارسة التحكيمية الدولية .

لاشك أن عملية الولوج في مجال التحكيم الدولي يؤدي حتما بقوة القانون الى سلب اختصاص القضاء العام للدولة الا أن هذه القاعدة لا تعني أن هذا القضاء لا يتمتع بأي دور في

أعمال التحكيم بل أن مبدأ عدم اختصاص القضاء العادي هي مسألة زمنية تكون في مرحلة قيام الدعوى التحكيمية، فيلتزم القضاء الامتناع من النظر في النزاع الذي رفع الأمر اليه من قبل أحد الخصوم عمدا أو بدون قصد. وهذه المسألة قد أكد عليها القانون الوطني مثله مثل التشريعات المقارنة وكذا القانون الدولي.

ومع ذلك فإن افتقاد الهيئة التحكيمية لسلطة الاجبار التي يتمتع بها القضاء العادي، تحتم على هذه الهيئة الاستناد بالقضاء الوطني لأجل مساعدتها أثناء سير الخصومة التحكيمية في عدة مسائل قانونية تتطلب مساهمته لانجازها من أجل تفعيل الدعوى التحكيمية وهذا ما أقره القانون الوطني وكذا القانون الدولي .

وعلى الرغم من تأثر نظام التحكيم بحرية الإرادة إلا أن هذا المفهوم لم يرتقي بالإرادة إلى التنظيم القانوني، فلم تعد الإرادة وحدها قادرة على تحرير أعمال التحكيم من سلطان القانون لاسيما في مسألة أعمال قواعد البوليس ذات التطبيق الضروي التي أضحت سدا مانعا لحرية المتعاقدين حتى لا يتمكنوا من الإفلات من القواعد الملزمة في قوانين الدول الأخرى المرتبطة بالعقد تعد فكرة النظام العام من الأفكار التي تستعصي على التعريف بسبب مرونتها وتغييرها بتغير الزمان والمكان ومازاد الأمر تعقيدا في هذا المفهوم هو ابتداع فكرة جديدة ألا وهي فكرة النظام العام الدولي الحقيقي الذي أصبح مفهوما راسخا في القوانين الداخلية والقانون الدولي وحتى الممارسة التحكيمية الدولية على الرغم من غموضه لانعدام الترابط داخل المجتمع الدولي بسبب اختلاف المبادئ فيما بين الدول، وارتبط هذا المفهوم بتنفيذ القرار التحكيمي اذ لا يجوز تنفيذ هذا القرار إذا كان مخالفا لفكرة النظام العام الدولي الحقيقي وهذا ما أكده المشرع الوطني اعتبارا من أن هناك مبادئ دولية مشتركة في العلاقات الاقتصادية الدولية وكذا في التحكيم التجاري الدولي وعلى ضوء هذا الاعتقاد فإن القانون الوطني قد وضع قواعد حمائية من أجل القواعد ذات التطبيق الضروي لمنع أي تعرض خارجي ضد مصالحها الأساسية من خلال الأعمال التحكيمية الدولية المخالفة لقواعد النظام العام الدولي، مما يلزم القضاء التحكيمي مراعاة هذه القواعد في كل فروض التحكيم والأعمال الإجرائية والموضوعية لكل دولة لها صلة بالنزاع التحكيمي من جهة أنظمتها القانونية حتى لا يكون القرار التحكيمي معرضا للبطلان وعدم حصوله على الصيغة التنفيذية في البلد المراد تنفيذه وبمجرد اللجوء إلى التحكيم فإن ثمة آثار ايجابية قد تبرز في هذا الصدد

والمتمثلة أساسا في التزام المحكّمين بالعهدّة الى الهيئة التحكيمية بالمنازعة المتفق حسمها بواسطة التحكيم .

ويلتزم الأطراف أيضا بالتنفيذ العيني لاتفاقية التحكيم في حال نشوء نزاع، وذلك بتشكيل هيئة التحكيم وتجسيد هذا الغرض كضمان لحسن سير الخصومة التحكيمية .

لقد خول القانون الوطني كباقي التشريعات والقانون الدولي للمحكم حق استئنثار بسلطة هذا الأخير بالنظر في اختصاصه الذي مفاده أهلية المحكم في النظر في اختصاصه كسلطة ممنوحة له منذ قبوله للمهمة التحكيمية، وهذه السلطة تبرز أن للمبدأ الأولوية من حيث الزمان عن القضاء العادي للنظر في النزاع التحكيمي المشمول باتفاقية التحكيم مع إصداره لقرار أولى بشأن الدفوع المرفوعة أمامه سواء باختصاصه أو بعدم اختصاصه في الفصل في الخصومة التحكيمية .

وينعقد هذا الاختصاص الخاص بالهيئة التحكيمية حتى في مواجهة حصانة الدول المحكّمة على الرغم من الجدل الفقهي الذي أثير بشأن سيادة الدولة وعلاقتها بالتحكيم الدولي، فلم يفلح هذا الاتجاه القانوني في جعل حصانة الدولة في التحكيم على قدم المساواة مع الحصانة التي يفرضها القانون الدولي العام التي مفادها عدم قدرة مقاضاة الدولة أمام الجهات القضائية، الى أن مسألة الدفع بالحصانة القضائية أمام المحكم أصبح غير قائم باعتبار رضا الدولة باللجوء الى التحكيم في علاقاتها الاقتصادية مع الأشخاص الآخرين .

أصبح القرار التحكيمي من أهم المراحل التي يمر بها النظام التحكيمي ،فالحصول على هذا القرار هو غاية المتحكّمين ، فيه يتم الفصل في النزاع التحكيمي و بفضلته يحصل كل دين حق على حقه بصدور هذا القرار ، يكون المحكم قد أنجز المهمة التي كلف بالقيام بها بشرط أن يكون مراعيًا لبعض الأوضاع اشترطها القانون كصياغته كتابة تخضع لقواعد شكلية تقترب من تلك التي تفرض عليه الأحكام الصادرة من الجهات القضائية . و على هذا النحو لا يختلف عن أحكام القضاء إلا من ناحية تنفيذه ، إذ لا يكون لهذا القرار قوة تنفيذية الا بعد الحصول على أمر التنفيذ من القضاء المختص حتى يتمتع بقوة الشيء المقضي به و له حجية .

و في مرحلة التنفيذ يدخل التحكيم مرحلة جديدة ترتفع فيه يد المحكم أو المحكّمين على الدعوى التحكيمية ، و يتراجع دور إدارة الخصوم كليًا ليفسح المجال أمام قانون مقر التنفيذ لتجسيد ولاية القضاء الوطني في منح و إصدار الأمر بتنفيذ القرار التحكيمي بعد مراقبته من قبل القضاء

المختص في البلد المراد تنفيذه.

و خروجاً عن أصل مسألة التنفيذ الجبري للقرار التحكيمي ، فقد تميل إرادة الأطراف في تنفيذه اختيارياً أو طوعياً من قبل المستشهد ضده هذا القرار ، و هذا تماشياً مع مبدأ حسن النية المتعارف عليه عند المتعاملين في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية ، الذي مفاده تنفيذ التزاماتهم بشكل رضائي دون تماطل . و هذا الوضع يؤدي أيضاً حتماً إلى الإفلات من أية رقابة قضائية حتى ولو كان هذا القرار مشوباً بمسائل مخالفة للقانون وفكرة النظام العام الداخلي وحتى الدولي. لذا فإنه في هذه الأحوال ترجح إرادة الأطراف على دور القانون المانع لأية تجاوزات في مجال التحكيم .

وأخيراً فإذا كانت الإرادة الذاتية للأطراف المحتكمة تعتبر أحد الأركان التي يقوم عليها نظام التحكيم الاختياري، حيث يرجع لها الدور الأساسي في إيجاد مثل هذا النظام القانوني الاستثنائي للفصل في النزاعات التحكيمية في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية مشاركا في ذلك القضاء العام في الدولة.

غير أنه لا تكفي هذه الإرادة لوحدها لإقرار مثل هذه الحرية في اللجوء الى التحكيم، وإنما يتعين أن تؤكد الأنظمة القانونية الوضعية وتقر منح اتفاق الأطراف على اختيار نظام التحكيم كبديل للقضاء العادي للفصل في النزاعات التي تدخل أصلاً في الولاية القضائية المقررة لهذا القضاء العام مما يوحي أن إرادة المشرع هي الأخرى تتمتع بدور هام في منح مثل هذه الحرية للإرادة في مجال التحكيم التجاري الدولي داخليا وفي القانون **الدولي**.