

طبيعة النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري

د. باسود عبد المالك

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور طاهر مولاي سعيدة

Résumé:

ملخص باللغة العربية:

Parler de la nature juridique du système juridique de l'arbitrage commercial international signifie en particulier la cuve qui contient le système juridique, est-il: un droit matériel ou du droit procédural, ou une combinaison, et nous allons essayer dans cet article d'identification de cette cuve à des différents scénarios mis en avant dans le domaine, d'autant plus que la question a reçu contraire doctrinale et législative.

إن الحديث عن الطبيعة القانونية للنظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، يعني بالخصوص الوعاء الذي يحوي هذا النظام القانوني، هل هو القانوني الموضوعي أم القانوني الإجرائي، أو هو خليط بينهما، وسنحاول في هذا المقال أن نحدد هذا الوعاء مع تحديد مختلف التصورات المطروحة في المجال، خاصة وأن المسألة قد طرحت جدلاً فقهيًا وتشريعيًا واسعاً لازال لحد الساعة لم يحسم.

مقدمة:

ترتبط خطوة تحديد طبيعة وموقع النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، بمجموع موضوعاته التي يحتوي عليها، وبمضمونه وكذلك بتحديد مصادره التي يعتمد عليها. والأصل في هذه المسائل أن يتم تحديد التعريف ابتداءً ليتم التوصل إلى الطبيعة انتهاءً، إلا أن التحكيم التجاري الدولي أشكل تعريفه على الفقهاء، وبالتالي فإن تحديد طبيعته من الصعوبة بما كان، خاصة وأن تحديد المفهوم والطبيعة قد توزع بين المدارس الفقهية المختلفة الحديثة والتقليدية، وانتقل هذا

الإشكال إلى الأنظمة القانونية، فالنظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي يكاد يكون النظام الأوحده الذي لم تتفق التشريعات الوطنية على تحديد مكانة له، فهو يتأرجح بين القانون الإجرائي عند البعض ويدمج في القانون الخاص عند البعض الآخر، بل إنه عند بعض الأنظمة القانونية وجد في القانون الموضوعي ثم انتقل إلى القانون الإجرائي كما هو الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي، وهذه الحيرة القانونية ترجع في الأصل إلى تنوع مصادره بين الوطنية والدولية، وإلى ذاتية هذا النظام القانوني وخصوصية مضمونه وموضوعاته، وتوزعها بين القانون الإجرائي والموضوعي.

ومما ذكر سلفاً فإن الإشكال الذي يطرح في هذه المقالة هو: ما طبيعة هذا النظام القانوني ولأي فرع من أفرع القانون ينتمي.

ولكن قبل الإجابة على هذا السؤال ينبغي تحديد تعريف التحكيم التجاري الدولي، ثم تحديد طبيعته.

المبحث الأول: تعريف النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي.

لقد قام القضاء والتشريع الوطني بعدة محاولات بغية تحديد مفهوم التحكيم التجاري الدولي، فقد قام المشرع المصري في المادة الرابعة من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27 بتعريفه على النحو الآتي: "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما، سواء كانت الجهة

التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز للتحكيم أو لم تكن كذلك¹.

أما على مستوى القضاء الوطني فقد عرفته المحكمة الدستورية العليا المصرية بكونه: "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارهما أو بتقويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها ليفصل المحكم في ذلك النزاع بقرار نائياً من شبهة الممالأة مجرداً من التحامل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية".

وعلى المستوى الفقهي عرفه الأستاذ موتسكي بأنه: "حكم منازعة من قبل خواص يختارهم مبدئياً خواص آخرون بموجب اتفاق"². أما الفقهاء مورال وتيسيبي وغلأسو فقد أجمعوا على أنه: "القضاء في منازعة بواسطة أشخاص عاديين والذين تعتبرهم الأطراف المتنازعة قضاة".

وعرفه الأستاذ جون روبرت: "يقصد بالتحكيم تحقيق العدالة الخاصة وهي آلية وفقاً لها يتم سلب المنازعات من الخضوع لولاية القضاء العام لكي يتم الفصل فيها بواسطة أفراد عهد إليهم بهذه المهمة في واقعة الحال"³.

¹ حفيفة السيد حداد، الموجر في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص: 40.

² حفيفة السيد حداد، نفس المرجع السابق، ص: 42.

³ انظر: حفيفة السيد حداد، نفس المرجع، ص: 42.

أما الفقه السويسري فقد عرفه جانب منه بأنه: "آلية خاصة لفض المنازعات تجد مصدرها في اتفاق الأطراف وتتميز بإخضاع المنازعة لأشخاص عادية بشكل مباشر أو غير مباشر بواسطة أشخاص آخرين"².

أما الأستاذة حفيظة السيد حداد فقد عرفت في كتابها النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي بأنه: "نظام خاص للتقاضي ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي"³.

ويعرفه الأستاذ التحيوي بقوله: "نظام التحكيم ينشأ عن إرادة المحتكمين أطراف الإتفاق على التحكيم، وهذه الإرادة هي التي تخلقه وهي قوام وجوده وبدونها لا يتصور أن يخلق أو يكون، إلا أن هذه الإرادة لا تكفي وحدها، وإنما يجب أن تقر النظم القانونية الوضعية على اختلاف مذاهبها واتجاهاتها اتفاق الأطراف المحتكمين. فإذا لم تنص النظم القانونية الوضعية على جواز اختيار الأفراد والجماعات نظام التحكيم للفصل في منازعاتهم الحالة والقائمة والمحددة لحظة الاتفاق على التحكيم [مشاركة التحكيم]، أو المحتملة وغير المحددة لحظة إبرام عقد التحكيم [شرط التحكيم]، ما كانت إرادة الأطراف المحتكمين كافية لخلقه"¹.

والملاحظة التي يمكن أن نبديها حول هذا التنوع في هذه التعريفات هو اختلافها في التأصيل النظري للتحكيم، ويبدو أن الفقه الحديث والتقليدي والقضاء والتشريع

¹ محمود السيد التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشرط صحته، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2001، ص: 62.

الوطني لم يستطع أن يتوصل إلى تحديد طبيعة النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، وقد ظهر ذلك جليا في التمايز الواضح في هذه التعريفات.

فبعض الفقه يرى أن التحكيم هو عقد تحكمه إرادة الأطراف، والبعض الآخر يرى أن التحكيم هو عقد تلعب فيه إرادة الأطراف الدور الأساسي لكن هذه الإرادة مرتبطة ارتباطاً عضوياً بإرادة المشرع الوطني الذي إن لم يقر هذا النوع من العدالة ويعترف به ضمن نظامه القانوني فلا يمكن لإرادة الأطراف إحداث أي أثر قانوني.

إذاً لا يمكن الخوض في تعريف التحكيم التجاري الدولي وتحديد مفهوم له دون تحديد طبيعته. فما المقصود بطبيعة التحكيم التجاري الدولي.

المبحث الثاني: طبيعة التحكيم التجاري الدولي.

يقصد بطبيعة التحكيم التجاري الدولي دراسة أوصافه التي يتحدد بها مكانه من التقسيمات العامة للقانون، ومن ثم محاولة تأصيله بالكشف عن الفرع الذي ينتسب إليه التحكيم التجاري الدولي بين مجموعة فروع القانون الأخرى. ونحيب في هذا المبحث عن الإشكال التالي: هل ينتمي هذا النظام القانوني إلى دائرة القانون الموضوعي أم القانون الإجرائي؟

لقد اختلف الفقه في هذه المسألة اختلافاً كبيراً بين من يرى أن التحكيم التجاري الدولي ينتمي إلى دائرة القانون المدني؛ وذلك لكونه عقد، والعقود هي جزء من القانون المدني. وبين من يراه جزء من القانون الإجرائي؛ وذلك باعتباره آلية من آليات الحكم والقضاء، والمحكم في الحقيقة يؤدي دور القاضي ويصدر أحكاماً ملزمة.

1- النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي جزء من القانون الخاص:

يعود أصل هذه الفكرة إلى مسلم مفاده؛ أن التحكيم عبارة عن أداة للعمل الحر، تتجلى من خلاله الإرادة الفردية. وتبعاً لهذا المنطلق، فإن التحكيم ما هو إلا عمل من أعمال الإرادة الفردية، تستوعبه فكرة العقد في القانون الخاص، التي تستوعب الإتفاق التحكيمي، الذي يستوعب بدوره كامل فكرة التحكيم.

ويقول الأستاذ محمد نور شحاته: "تتجسد فكرة التحكيم التعاقدية، في الحالة التي يعهد فيها الأطراف إلى شخص من الغير بمهمة حل النزاع تبعاً لإجراءات مغايرة لتلك الواردة في قوانين المرافعات. وهذا الغير لا يتصرف كقاضٍ، فرأيه أو قراره يندرج في الاتفاق المبرم بين الأطراف فيصير بنداً من بنوده"¹. وبهذا يكون النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي ينتمي إلى القانون الخاص، فالتحكيم ما هو إلا عقد والعقد جزء من القانون الخاص وليس جزء من القانون الإجرائي.

فأصحاب هذا الرأي، يرون أن العلاقة منعدمة بين التحكيم والقانون الإجرائي، وأن التحكيم التجاري الدولي جزء من القانون الموضوعي، وبالتحديد القانون المدني، حتى أن بعضهم عبّر عن دهشته لغياب فقه القانون المدني عن التحكيم برمته.

وخلاصة القول هنا أن التحكيم بوصفه ظاهرة قانونية مدنية، وتلعب الإرادة الدور الأكبر في نشأته. فالأفراد هم الذين يحددون إيقاع التحكيم من المبتدأ إلى المنتهى، فهم الذين يختارون مكان التحكيم والمحكم والمنازعات التي تدخل في اتفاقية التحكيم، فإن لم يتمكنوا من ذلك لأي سبب من الأسباب، فإن نفس الطبيعة

¹ محمد نور عبد الهادي شحاته، الرقابة على أحكام المحكمين، دار النهضة العربية، 1993، ص:

العقدية تمكنهم في ظل العلاقات الاقتصادية الدولية، أي في التحكيم في التجاري الدولي، من اللجوء إلى قواعد الإسناد التي تحكم الالتزامات العقدية، والتي تعد جزء من القانون الدولي الخاص، الذي يعد جزء من القانون المدني. فالمحصلة إذاً أن النظام القانوني في مادة التحكيم التجاري الدولي هو جزء من القانون المدني.

وفي ردهم عن كيفية التعامل مع مسألة القرار التحكيمي الذي يعتبر بمثابة السند القضائي، والذي لا يمكن إدراجه إلا في القانون الإجرائي. فقد قال الفقيه كلاين¹، والذي يعد أكثر المدافعين عن التصور العقدي للتحكيم: "أن التحكيم في أطواره المختلفة، إنما هو إجراء واحد قائم على إرادة الأطراف، وأنه من الضروري إقامة نظام واحد وموحد للتحكيم حتى يمكن حل جميع مسائله، وخصوصاً مسائل التنازع في مجال التحكيم باعتماد قاعدة إسناد واحدة.

وقد استند الفقيه كلاين في ادعائه هذه إلى فكرة القوة التنظيمية للإرادة الفردية الكلسنية، أي المستمدة من نظرية الوضعية الشكلية في تفسير أساس الإلزام في القانون للفقيه هانس كلسن، والتي وصلت به إلى حد تكييف حجية القرار التحكيمي بالحجية التعاقدية، أي أنه اعتمد على مبدأ إلزامية العقود الموجودة في القانون المدني، بل وذهب به الأمر إلى تكييف الطعن بالإستئناف في القرار التحكيمي بأنه في الحقيقة ما هو إلا استعمال لحق الإقالة الذي عرف في القانون المدني.

وقد اتجه الأستاذ أحمد السعيد الزرقد في دراسته حول طبيعة وأثر عقد التحكيم والتي قدمها في مؤتمر المنصورة بمصر نفس الاتجاه بقوله: "وإذا كان عمل التحكيم

¹ الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،

له طبيعة خاصة، إلا أنه يقوم على عقد، يخضع لأحكام النظرية العامة للعقود في القانون المدني، لذا، لا نملك بداية سوى التعبير عن الدهشة لغياب فقه القانون المدني عن التحكيم برمته. فطبيعته التعاقدية واضحة في أطرافه وشروطه، واختيار المحكمين، وتحديد إجراءات التحكيم. وإذا كان بعض الفقه قد ذهب إلى أن الأصل في التحكيم هو عمل المحكم،... فإن رأياً آخر ذهب إلى أن عمل المحكم لا يخرج عن كونه تنفيذاً لعقد التحكيم¹.

ويضيف الأستاذ أحمد الزرقد مرتباً النتائج لهذا التصور قائلاً: "ويتربت عن ذلك نتيجة مؤداها، أن العقد يستغرق مرحلة التحكيم من البداية إلى النهاية... ولا يستمد المحكم سلطته من القانون بل من اتفاق التحكيم... وينعكس هذا الاتفاق بآثاره على الحكم الصادر في هذا التحكيم، بحيث يعتبر كأنه من عمل المتعاقدين أنفسهم. وبذا يستغرق عقد التحكيم عمل المحكمين من البداية إلى النهاية"².

ويلخص الأستاذ محمد كامل مرسي باشاء، الذي بدأ بتحديد موضع التحكيم في النظام القانوني بالقول: "وإن كانت إجراءات التحكيم من مسائل المرافعات، فلا شك أن عقد التحكيم من موضوعات القانون المدني لأنه عقد كغيره من العقود، لذلك سنتولى شرح التحكيم من ناحيته المدنية، أي باعتباره عقداً تاركين الإجراءات الخاصة به لأنه محلها شرح قانون المرافعات"³. وهو يعرف تبعاً لذلك التحكيم بكونه:

¹ الحسين السالمي، المرجع السابق، ص: 67.

² الحسين السالمي، نفس المرجع، ص: 67

³ محمد كامل مرسي باشاء، شرح القانون المدني الجديد: العقود المسماة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، المطبعة العالمية، القاهرة، 1952، ص: 541.

"عقد بمقتضاه يتفق شخصان أو أكثر على إحالة نزاع نشأ بينهما أو ما ينشأ بينهما من نزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين للفصل فيه بدلاً من اللجوء إلى القضاء المختص وإذا حصل الاتفاق على التحكيم تبعا لعقد معين سمي شرط التحكيم"¹.

مضيفاً في خصوص طبيعته بأنه عقد من عقود التراضي، يتم بالإيجاب والقبول بين المتعاقدين، ولا يشترط فيه شكل خاص وهو من العقود الملزمة لجانبين، كما أنه من عقود المعاوضة.

وقد وجد هذا الفكر صدى مبكراً لدى محكمة التعقيب الفرنسية يرجع إلى سنة 1914²، لكن أفصح وأوضح أحكامها المعبرة عن هذا الصدى هو قرارها الصادر في: 1937/5/28³، والذي قضت فيه بأن قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشاركة تحكيم، تكون وحدة واحدة مع تلك المشاركة وتشاركه في صفتها التعاقدية.

وما زال هذا الصدى مستمراً في مادة التحكيم التجاري الدولي بالخصوص، على اعتقاد أنه من شأنه الإسهام في نشر وتطوير التحكيم في هذا المجال، فضلاً عن أنه يمكن من تقادي البحث عن نظام آخر للتحكيم لا يتصادم مع الحقائق الواقعية، وهو ما تقدمه فكرة العقد التي تدور في فلك آخر غير فلك القضاء، وهو فلك سلطان الإرادة والقوة الملزمة للعقد.

¹ محمد كامل مرسي باشا، نفس المرجع، ص: 541.

² الحسين السالمي ، المرجع السابق، ص: 73.

³ الحسين السالمي ، نفس المرجع، ص: 73.

وقد حاز هذا التصور مباركة وتزكية شق هام من الفقه الفرنسي على رأسه الأستاذ فيلكس من خلال مطوله حول القانون الدولي الخاص، وأوبري وروو، وفايس غارسوني وبرو¹.

2- النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي ينتمي إلى القانون الإجرائي:

يرد أصحاب هذا التصور، بأنه إذا كان التصور العقدي ينصب على أدواته وهي الاتفاق أو الشرط التحكيمي، فيرجعه إلى الإرادة نشأة وولاية وأثراً، ويلحقه من جهة نظامه القانوني بالقانون الموضوعي، عبر نظرية العقد، ليكسبه نظاماً موحداً، ما أدى إلى ازدواجية بل تعددية في مفهوم التحكيم، فرضها الواقع والتطور التاريخي، فإن التصور الإجرائي، ينطلق على عكس ذلك من التمييز والتفريق بين اتفاقية التحكيم من جهة، والقرار التحكيمي من جهة أخرى لاختلاف الغاية بينهما. فينصب هذا التصور على الوظيفة المسندة إلى الغير المحكم، بدل الأداة التي يعمل بها التحكيم، ليجعل من التحكيم نوعاً من القضاء ذي أساس مباشر اتفاقي وغير مباشر قانوني، موكولا إلى غير محايد ومستقل.

لذلك اقترنت فكرة التحكيم عند أصحاب هذا التصور بفكرة القضاء الخاص ويقول الأستاذ موتلسكي: "إن التحكيم نشأ لكي يحسم النزاعات، وإن مهمة المحكم هي تماماً نفس مهمة القاضي"².

¹ محمد نور عبد الهادي شحاته، الرقابة على أحكام المحكمين، دار النهضة العربية، 1993، ص:

33.

² الحسين السالمي، المرجع السابق، ص: 80.

وتأكيداً لما ذكر، فإن الفقه الذي تبني هذا الفكر يرى بأن المحكم هو ذاته القاضي مع اختلاف الأساس المباشر للولاية، فالأساس عند القاضي هو القانون، والأساس عند المحكم هو العقد.

وقد تبني هذا التصور ثلة من فقهاء المرافعات، أمثال، جلاسون وتيسي ومورال الذي يصفون في مطولهم التحكيم بأنه نوع من الوظيفة الوقتية ومن فقهاء القانون الدولي أمثال نيوبايي وبيري وبارتان وليمي.

ويستند هؤلاء في منطقتهم هذا على طبيعة مهمة المحكم من جهة وإلى التصور التشريعي للتحكيم في القانون الوضعي الفرنسي من جهة أخرى. فيقولون إن التحكيم تسيطر عليه الطبيعة القضائية من حيث المهمة الموكولة إليه، كما أن المشرع صاغه في كساء قضائي صريح؛ فهو يتحدث عن نزاع وعن أطراف في النزاع وعن حكم تحكيمي ويلزم المحكم بالقضاء، وهو يسطر قواعد إجراءات المحاكمة المأخوذة مبدئياً من قانون الإجراءات، ويتوج كل ذلك باستعارة نظام النفاذ المعجل وباعتماد نظام للطعن بالاستئناف وبالالتماس. فكل هذه المصطلحات وما تحملها من مفاهيم قانونية، إنما هي مصطلحات ومفاهيم إجرائية قضائية، يركز عليها نظام الوظيفة القضائية.

ومؤدى هذا التصور في النهاية هو أن التحكيم ليس إلا شكلاً خاصاً لممارسة العدالة التي هي من وظائف الدولة، وما دامت هذه الأخيرة قد رخصت للأطراف في اللجوء إلى التحكيم، ووافقت على إيقاف نشاط مؤسساتها في ما احتكموا فيه، فإن المحكم سيمارس وظيفة عامة هي الوظيفة القضائية، وقراره يكون حكماً بالمفهوم القانوني للحكم القضائي.

فالمحكم وفقا لهذا التصور يمتلك إضافة إلى صفة الغير المحايد المستقر، صفة أخرى تتمثل في صفة الغير المستقل، ويمتلك صلاحية النطق بحكم القانون بوجه ملزم أي سلطة الحكم المميزة للعمل القضائي وبامتياز وهو الحكم، باعتباره يجمع في أركانه عناصر الوظيفة القضائية الأساسية، والمتمثلة في:

- العضو أو الهيكل، مجسدا في المحكمة التحكيمية.
- النزاع، وهو محل ممارسة المحكمة لسلطتها.
- الإجراءات، وهي معيار طبيعة قراراتها الولائية .
- التأهيل الذي يعطيه صلاحية إصدار رأي مستقل ملزم أي إصدار الحكم.

3- النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي ذو طبيعة خاصة.

لقد ثبت بما لا يدع مجالا للشك، بأن الطبيعة القانونية للتحكيم تتمتع بمميزات وخصائص تجعلها ذات طبيعة إجرائية وموضوعية في آن واحد، أي أنها ذات طبيعة خاصة ولا يمكن حصرها في أي من النوعين السابقين، ولذلك ظهر تصور آخر مفاده أن النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي قد تفرّد في مستويات عديدة عن العلاقة العقدية التي تعد الرابط بينه وبين القانون الموضوعي¹، وعن العلاقة القانونية الإجرائية البحتة، وتبلورت ملامح هذا التصور على يد الأستاذ جورج سوزار هول في صلب تقريره المقدم في الجلسة الرابعة والأربعين لمعهد القانون الدولي، التي اجتمعت في أفريل 1952 ببال بسويسرا، والذي عرض فيه الأسس الرئيسية لهذا الطرح، والتي تمثلت كالآتي:

¹ الحسين السالمي ، المرجع السابق، ص: 83.

أ. أن يتم توزيع المسائل المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي بين القانون الموضوعي المادي، والقانون الإجرائي؛ بمعنى أن ما هو متعلق بالعقد مثل تعيين القانون المنطبق على موضوع النزاع، واختيار المحكم وغيرها من المسائل التي تخضع لاتفاق الأطراف فهي ذات طبيعة قانونية موضوعية مادية، أما المسائل التي تعد ذات طبيعة إجرائية مثل إلزامية القرار الذي يصدرها المحكم، والإجراءات المتعلقة بالطعن والاستئناف وغيرها من المسائل الإجرائية فهي ذات طبيعة إجرائية.

إلا أن أغلب الفقه والتشريع لم يوافق على هذا الطرح باعتبار أنه وإن أمكن قبول هذا الفرض من الناحية النظرية، فإنه من الناحية العملية صعب التطبيق خاصة من الناحية التشريعية. فما كان لهذا الجدل أن يثار لولا أن التشريعات الوطنية قد اختلفت وتباينت رؤاها في مسألة موقع ومكانة النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في المنظومة القانونية الوطنية.

ب. أن يتم إخضاع الطبيعة القانونية لمبدأ سلطان الإرادة، وهذا يعد بمثابة التحايل من طرف أنصار الفكر التعاقدية، حيث أن الحديث عن سلطان الإرادة يعني أن النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي قد تم إخضاعه للقانون الموضوعي.

وقول الأستاذ محسن شفيق يلخص مدى صعوبة تحديد الطبيعة القانونية للنظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، فهو يرى أنه: "ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاءً محضاً وإنما هو نظام يمر في مراحل متعددة يلبس في كل منها لباساً خاصاً ويتخذ طابعاً مختلفاً، فهو أولاً اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم¹".

¹ الحسين السالمي، نفس المرجع، ص: 87.

4- موقف المشرع الجزائري من الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي.

عندما أصدر المشرع الجزائري المرسوم التشريعي رقم: 93-09¹ الذي كرس التحكيم التجاري الدولي، وجعله لأول مرة جزء من المنظومة القانونية الجزائرية، لم يكن يعتبر التحكيم التجاري الدولي جزءاً من المنظومة التشريعية الجزائرية مع أنه كان يمارسه فعلاً؛ أي أنه كان ينكره تشريعياً ويمارسه عملياً، وقد تجسدت هذه الممارسة خصوصاً في العقود النفطية التي كانت تبرمها الشركة الوطنية للمحروقات، وبالعودة للمرسوم التشريعي 93-09 فإن المشرع الجزائري جعل هذا الأخير جزء من قانون الإجراءات المدنية.

إذاً الملاحظة الأولى التي يمكن إبدائها هي أن المشرع الجزائري قد اعتبر التحكيم التجاري الدولي ذو طبيعة قانونية إجرائية، ويعود ذلك لكون المرسوم التشريعي 93-09 ضم إلى قانون الإجراءات المدنية. فمن حيث الشكل على الأقل فقد اختار المشرع الجزائري جعل النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي ذو طبيعة إجرائية، مع العلم أن المشرع الجزائري في رأي الأستاذ عليوش قربوع كمال²، قد اعتمد على التشريعين السويسري والفرنسي في بناء المنظومة القانونية للتحكيم التجاري وذلك بسبب افتقار المشرع الجزائري إلى الاجتهاد القضائي في هذه المادة يمكنه من الاعتماد عليه في بناء نظام تحكيمي يحمل سمات قانونية جزائرية.

¹ المرسوم التشريعي رقم: 93/09 المؤرخ في: 25-04-1993 المتضمن تعديل قانون الإجراءات

المدنية وتنظيم أحكام التحكيم التجاري الدولي، الجريدة الرسمية العدد، 93/27.

² عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005،

ص: 30.

ولذلك لا نكاد نجد في الفكر القانوني الجزائري أي حديث يذكر في مسألة الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي، أو على الأقل لماذا اختار المشرع الجزائري أن يجعل التحكيم ذو طبيعة قضائية، وذلك عندما ضمه لقانون الإجراءات المدنية القديم؟

ولماذا لم يقتد المشرع الجزائري بالمشرع السويسري في جعل التحكيم التجاري الدولي جزء من القانون الدولي الخاص وبالتالي القانون المدني، رغم اعتمده عليه كثيراً في صياغة العديد من المواد التي تضمنها المرسوم التشريعي 93-09 مثل المواد 458 مكرر¹، التي نقل فيها المشرع الحلول الواردة في المادة 178 الفقرة 2 من القانون الدولي الخاص السويسري²، كذلك الفقرة الرابعة من نفس المادة التي تقول أنه: "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي يكون غير صحيح". فقد أخذ المشرع في هذه الفقرة بما توصل إليه المشرع السويسري في المادة 178 الفقرة الثالثة، وهذه مجرد أمثلة على تأثير التشريع السويسري على المنظومة القانونية التحكيمية في الجزائر.

لكن يبدو أن ذلك التأثير كان في الموضوع فقط دون أن يتجاوزه إلى تحديد الطبيعة القانونية وتصنيفها.

خاتمة

ما يمكن استخلاصه مما ذكر هو أن النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي ذو طبيعة قانونية متميزة ويتمتع بصفات تجعله موضوعي إجرائي في آن واحد، فهو

¹ عليوش قريوع كمال، نفس المرجع، ص: 34.

² عليوش قريوع كمال، نفس المرجع، ص: 36.

عبارة عن عملية قضائية ولكنها تتم خارج القضاء، بل وقد تستعين بالقضاء في بعض الأحوال كما هو الأمر بالنسبة لمسائل المتعلقة بالتنفيذ، والتدابير التحفظية وغير ذلك، ولكن منشأها العقدي، والدور الذي يلعبه الخواص في التأثير على هذه المنازعة من بدايتها إلى نهايتها. ولا أدل على ذلك من اختيار الأشخاص للمحكم والقانون المنطبق على النزاع، وكذلك مكان إجراء التحكيم، بل وحتى الإجراءات التي تطبق على هذا النوع من المنازعات يتم اختيارها من قبل الأفراد. بل وتكاد تكون إرادة الأفراد هي الغالبة في التحكيم الحر، وإن كانت مقيدة في التحكيم النظامي أو المؤسسي خاصة في مسألة الإجراءات.

هذا التنوع هو الذي جعل البعض يخرج التحكيم من هذا الجدل، ويجعل منه مجرد آلية تقنية لفض النزاعات. ومع ذلك نقول أن الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي يحكمها معيار واحد وهو المكانة التي يضعها المشرع فيها، فإن جعل المشرع التحكيم التجاري الدولي جزء من المنظومة القانونية الإجرائية فقد جعله ذو طبيعة إجرائية، وإن تم جعله جزء من القانون الدولي الخاص فهو ذو طبيعة موضوعية على الأقل في نظر المشرع الذي اختار له هذه المكانة. خاصة في ظل غياب اجتهادات قضائية تسمح بالتصنيف على غرار القضاء الفرنسي ممثلاً في محكمة التعقيب الفرنسية التي رأى البعض أنها قد تبنت التصور الموضوعي في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري الدولي، وإن خالفهم البعض في ذلك بقولهم أنها قد تبنت التصور المختلط كما يرى الأستاذ موتلسكي.

قائمة المراجع:

- الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2008.
- حفیظة السيد حداد، الموجر في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007.
- محمود السيد التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشرط صحته، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2001.
- محمد نور عبد الهادي شحاته، الرقابة على أحكام المحكمين، دار النهضة العربية، 1993.
- محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد: العقود المسماة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، المطبعة العالمية، القاهرة، 1952
- محمد نور عبد الهادي شحاته، الرقابة على أحكام المحكمين، دار النهضة العربية، 1993
- عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005
- المرسوم التشريعي رقم: 09/93 المؤرخ في: 25-04-1993 المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية وتنظيم أحكام التحكيم التجاري الدولي، الجريدة الرسمية العدد، 93/27.