

الندوة الدولية المشتركة بين كلية الحقوق والعلوم السياسية

والمعهد الفرنسي للقانون الدولي للنقل والتمويل

التحكيم البحري كبديل لحل المنازعات البحرية

في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية

الاسم : هنية

اللقب : شريف

الرتبة العلمية : أستاذة محاضرة – أ –

الدرجة العلمية : دكتوراه

البريد الإلكتروني : cherifhania@hotmail.fr

مؤسسة العمل : جامعة لويسيانا علي – البليدة 2 –

الهاتف : 0554207520

محور المداخلة : المحور العاشر – تنفيذ الأحكام التحكيمية

عنوان المداخلة : القيود المفروضة قانونا لتنفيذ حكم التحكيم البحري

(الرقابة الشكلية على حكم التحكيم)

مقدمة

على اعتبار أن أهم الظواهر القانونية المعاصرة ظاهرة الانفتاح على التحكيم واتساع آفاقه¹ ليشمل المعاملات التجارية الدولية بما فيها المعاملات ذات الطابع البحري ، هذا ما أعطى له مفاهيم جديدة فرضتها ظروف وملابسات التجارة الدولية من جهة و من جهة أخرى رغبة الأطراف في التحرر في المعاملات التجارية من كل القيود التي تتضمنها القوانين الوطنية بهدف تفادي البطء الذي يعرفه صدور وتنفيذ الحكم على مستوى القضاء الوطني ، لهذا يرى الفقه المعاصر بأن تطور التحكيم التجاري هو بمثابة رد فعل حرفية قانون القاضي ، و يعبر عن رغبة أطراف النزاع في التخلص منه كي تحل منازعاتهم طبقا لمبادئ العدالة الاتفاقية .

و أهمية الموضوع تظهر في تسليط الضوء على دراسة الاعتبارات الأساسية الواجب توفرها في حكم التحكيم ليتم في النهاية تنفيذه من القاضي الوطني ، و المعمول بها كذلك في أغلب الدول العربية هذه الأخيرة رغم محاولاتها

لتجنب اللجوء إلى شرط التحكيم في العقود المبرمة مع الدول الأجنبية وجدت نفسها تواكب لغة العصر الحديثة كما سماها البعض² بعدم الهروب من واقع يحقق البناء الحضاري من خلال قبولها شرط التحكيم في تعاملها مع الدول الصناعية³ ، على أن لا تغفل حقها في إبطال حكم التحكيم متى رأت ضرورة وبأسباب محددة قانونية أهمها استبعاد حكم التحكيم لخروجه على ما تم الاتفاق بشأنه في مشاركة التحكيم أو لمخالفته النظام العام في دولة التنفيذ فكل هذه الأسباب قيودا فرضت قانونا وتطبق قضاء في مرحلة تنفيذ حكم التحكيم كما سنرى من خلال هذه الدراسة.

وعلى ضوء ما سبق نتساءل حول طبيعة الدور الذي يلعبه القاضي الوطني في فرض رقابته على حكم التحكيم عامة وحكم التحكيم البحري خاصة ؟ وهل القيود المفروضة وطنيا على تنفيذ الحكم كفيلة لحفظ كيان الدولة دون المساس بخصوصية التحكيم البحري ؟، ولا يمكن الاجابة على كل هذه الانشغالات إلا من خلال معرفة القيود المفروضة على تنفيذ حكم التحكيم في القوانين الداخلية ، لهذا من خلال هذه الدراسة سنركز على المسائل التالية :

- مطابقة حكم التحكيم البحري لاتفاق التحكيم

-عدم مخالفة حكم التحكيم البحري النظام العام (المقارنة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي)

المبحث الأول : مطابقة حكم التحكيم البحري لاتفاق التحكيم

يلعب القانون الوطني دورا فعالا وبارزا في فرض قيودا شكلية على حكم التحكيم البحري ، هذه القيود تأتي في مرحلة التنفيذ أي يطبقها القاضي الوطني بعد انتهاء عمل المحكم أو الهيئة التحكيمية ، وتختلف صور الرقابة المفروضة باختلاف هدفها⁴ ، فقد تكون الغاية منها التأكد من احترام المحكم للوظيفة المنوطة به والمرتبطة باتفاق التحكيم أو شرط التحكيم والتي يسميها البعض بمشارطة التحكيم ، ولا يتم ذلك إلا بعد الرقابة الأولية على مدى استيفاء حكم التحكيم لمستلزمات الاعتراف به وطنيا والمحددة ضمن القوانين الداخلية التي من أهمها عدم مخالفة حكم التحكيم للنظام العام في الدولة لأن عكس ذلك يكون سببا من أسباب البطلان المتعلقة بخصوصية التحكيم .

الفرع الأول : وجود اتفاق التحكيم البحري (مشارطة التحكيم)

إن الأصل هو أن يتم الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد من قبل قضاء الدولة وأن التحكيم يعد طريقا استثنائيا لفض المنازعات باعتباره عدالة اتفاقية ، بمعنى أن اللجوء إليه لا يكون إلا إذا اتفق أطراف النزاع

على ذلك ، فإنه يلزم لصحة حكم التحكيم البحري أن يأتي صدوره بناء على اتفاق صحيح على التحكيم ، وأن يكون الاتفاق ما زال قائما وإلا طعن في حكم التحكيم أمام المحاكم الوطنية لدولة التنفيذ⁵ ، فوجود هذا الاتفاق هو الذي يمنع من اللجوء إلى القضاء ويجعل من اللجوء إلى التحكيم أمرا إجباريا⁶ .

ونعني باتفاق التحكيم البحري أو اتفاق التحكيم عامة إما شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم ، يقصد بشرط التحكيم الشرط الذي يرد في العقد الاصلي (عقد النقل البحري مثلا) بأن أي خلاف ينشأ في المستقبل عن هذا العقد يحال إلى التحكيم. ويستوي ان يرد هذا الشرط في أي مكان من العقد (بدايته أو نهايته) أو أي مكان آخر بينهما ، إلا إذا تبين من الشرط انه يقصد به منازعات معينة ناشئة عن العقد وليس جميعها.

أما مشاركة التحكيم أو ما يسمى ببعض قوانين الدول العربية باتفاق التحكيم ، فتفترض مبدئيا ، عدم وجود شرط تحكيم في العقد ويقع النزاع بين طرفي العقد. فبدلا من اللجوء للقضاء ، يتفقان على إحالته للتحكيم ، ونكون هنا في إطار ما يسمى بمشاركة التحكيم. فالفرق ما بين شرط التحكيم و مشاركة التحكيم اذن ، هو ان الأول يتعلق بنزاع مستقبلي محتمل ، في حين تتعلق المشاركة بنزاع أكيد وقع فعلا .

كما تعد مسألة قابلية موضوع النزاع للتحكيم أحد أهم القيود المفروضة على اتفاق التحكيم البحري ، إذ بالرغم من أن قابلية التحكيم تعتبر شرطا في صحة الاتفاق التحكيمي ، إلا أنها تمثل في وقت لاحق شرطا للاعتراف بحكم المحكم وتنفيذه ، وهذا ما أكدته الاتفاقيات الدولية عندما نصت على عدم الاعتراف بالحكم التحكيمي أو تنفيذه فيما لو ثبت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها طبقا لقانون دولة التنفيذ .

الفرع الثاني : حالات عدم مطابقة حكم التحكيم لاتفاق التحكيم

وبما أن هذا الحكم يمثل النهاية الطبيعية للخصومة وعليه يجب الاعتراف به على مستوى دولة التنفيذ ، وهذا يفرض على أن يكون حكم التحكيم البحري موجودا اصلا ومستندا إلى اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم ، فقد شاءت أغلبية التشريعات بما فيها تشريعات الدول العربية أن يراقب عمل المحكم لأنه لا يستمد سلطته إلا من اتفاق الخصوم على التحكيم فأوجب قبل تنفيذ حكمه وقبل وضع الصيغة التنفيذية عليه من جانب المحكمة أن يخضع لرقابة و اشراف القاضي كإجراء تمهيدي أولي يسبق وضع الصيغة التنفيذية لمجرد التحقق أن الحكم قد صدر بالفعل تنفيذا لمشاركة تحكيم⁷ والذي يترتب عليه وجود حكم التحكيم في حد ذاته .

ويتحقق فرض عدم مطابقة حكم التحكيم البحري لاتفاق التحكيم في حالتين :

الحالة الأولى : تكون محكمة التحكيم قد أصدرت حكمها دون أن تتقيد بالمرّة بالاتفاق وتكون بذلك قد قضت بشيء لم يطلبه الخصوم منها ، حيث أن بثها دون التقيد بالمهمة المسندة إليها يعني بثها في أمور ليس بشأها اتفاق ولا تمت للاتفاق التحكيمي بصلة في المسألة التي فصلت فيها.

وحسنا فعل المشرع الجزائري بنصه على هذه الحالة كسبب من أسباب استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ والمتعلق بفصل محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها وذلك في المادة 1056 الفقرة الثالثة ، مسيطرة منه لنظيره المشرع الفرنسي الذي نص في المادة 3/1484 من قانون المرافعات الفرنسي على ما يلي: يكون حكم التحكيم قابلا للطعن "إذا كانت هيئة التحكيم قد حكمت دون أن تلتزم بحدود المهمة المخولة لها".

الحالة الثانية : تجاوز الهيئة التحكيمية لحدود الاتفاق:

لقد اقتصر المشرع المصري بالنص على حالة "تجاوز هيئة التحكيم لحدود اتفاق التحكيم" ، طبقا لعبارة نص المادة 1/53 من قانون التحكيم المصري ، وهذا الفرض يعني أن هيئة التحكيم قد أصدرت حكما له صلة باتفاق التحكيم لكن الهيئة تجاوزت حدود هذا الاتفاق ، وتكون بذلك قد أصدرت حكما في غياب اتفاق تحكيم بالنسبة للجزء الذي حدث فيه التجاوز ، على أنه إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له ، فيجوز تنفيذه في جزئه .

ومن التطبيقات العملية لهذه الحالة من حالات بطلان حكم التحكيم أيضا ما قضت به محكمة استئناف باريس⁸ ، من أنه تعتبر قد تجاوزت حدود مهمتها محكمة التحكيم التي تقدر التعويض الذي يلتزم به أحد الخصوم في حين أن المهمة المسندة إليها كانت تقتصر على إصدار حكم مبدئي بتحديد أصل المسؤولية والأسس التي سيتم على أساسها حساب الالتزامات المالية.

على أنه يجب ألا تختلط بين الحالة الأولى ومسألة تجاوز المحكم لنطاق اتفاق التحكيم، لأنه قد يحدث أن يكون الاتفاق على التحكيم عاما، وعلى الرغم من التزام المحكم بحدود هذا الاتفاق إلا أن المحكمين يتصدون للفصل في مسائل وطلبات لم يعرضها الأطراف على هيئة التحكيم ، وقيام المحكمين بالمحكم بما لم يطلبه الخصوم ليجعل حكم المحكم قائما سبب من أسباب البطلان⁹.

الفرع الثالث : وثائق إثبات مطابقة حكم التحكيم لاتفاق التحكيم

حكم التحكيم عامة يعتبر قد صدر من تاريخ تحريره والتوقيع عليه من المحكم وتسري آثاره ويحتج بحجيته من ذات التاريخ وهذا ما يجعله يتشابه مع الأحكام الصادرة على القضاء الوطني ، وانما الاعتراف به ووضعه حيز التنفيذ يفرض الرجوع إلى القاضي الوطني التابع لدولة التنفيذ للتأكد من وجوده الفعلي والتثبت من عدم توفر حالة من حالات البطلان المحددة قانونا والتي تعدم حجتيه بل حتى وجوده ، ونظرا لأهمية هذا الاجراءات نجد

المادة الرابعة الفقرة الأولى من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية¹⁰ حددت الوثائق المرفقة لطلب اعتماد حكم التحكيم وطنيا في كل المجالات بما فيها المنازعات البحرية ما دامت المادة جاءت عامة، وتبعتها في ذلك بعض الدول العربية نذكر منه المادة 1052 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المادة الثالثة والخمسون من نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/34) تاريخ 1433/05/24 هـ¹¹ وتمثلت في :

-النسخة الأصلية المصدق عليها قانونا من حكم التحكيم أو نسخة من النص الأصلي تتوفر فيها شروط التصديق : و يقصد بحكم التحكيم ، الحكم المنهي للخصومة¹² بعد اتباع كل الاجراءات من سماع المحكم أو هيئة التحكيم لأوجه الدفاع وتبادل مذكرات الخصوم وتقديم الأطراف لأدلتهم ومستنداتهم والمداولة بعدها ، لهذا يجب على المعنيين أي الطرف الذي يباشر اجراءات الاعتراف بحكم التحكيم إحضار أصل هذا الحكم وإذا لم يتمكن لسبب من الأسباب ، فانه يتعين عليه على الأقل تقديم نسخا منه مستوفية شروط صحتها¹³ ، ويتضمن هذا القول حتى اتفاقية التحكيم كما سيظهر .

-النص الأصلي للاتفاقية التي على أساسها تم اللجوء للتحكيم بهدف فض النزاع أو نسخة منه تتوفر فيها كذلك الشروط المطلوبة قانونا في عملية التصديق : هذا الشرط قد يتحقق إذا لم اتفاق التحكيم القواعد العامة التي تلزم وجود تراضي صريح مبني على ايجاب وقبول اللجوء اختياريا للتحكيم بغرض فض النزاع ثار فعلا أو يحتمل وقوعه مستقبلا ، على أن ذلك غير كاف بل يلزم أن ينصب الاتفاق على موضوع قابلا للتسوية رجوعا للتحكيم...الخ¹⁴ ، أما إذا تعلق الأمر بشرط التحكيم فهذه الاخيرة تقتزن بمدة معينة لصلاحيته فيجب احترامها وإلا سقط الحق في التمسك بوجود الشرط .

ومما تقدم يتبين أن قاضي دولة التنفيذ يتولى عملية مراقبة الشكل الذي يوجبه القانون لإصدار المحكم لحكمه بما فيه الأحكام المستندة لقانون التجارة الدولية ، وإلا لا يحظى بالموافقة على اعماله في الدولة فيتم نقضه لوجود سببا لذلك ، على أنه يجب التنبيه في الأخير إلى مسألة غاية في الأهمية تعلقت بحجية حكم التحكيم ، إذ أن هذا الأخير يكتسي حجية الشيء المقضي ولو لم يصدر أمرا بتنفيذه هذا ما أكد عليه قانون التحكيم المصري الجديد في مادته 55 والتي تقابلها المادة الثانية والخمسون من نظام التحكيم السعودي السابق الذكر بنصها "مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا النظام ، يجوز حكم التحكيم الصادر طبقا لهذا النظام حجية الأمر المقضي به ، ويكون واجب النفاذ " ، وهذا ما هو إلا دليل على أن الحجية تلحق الحكم بمجرد صدوره وتكون له جميع الآثار

التي يربتها الحكم القضائي الصادر عن القضاء العادي ولا يجوز المجادلة في هذه الحجة طالما أنها قائمة لم تنقض بأي سبب من الأسباب التي تنقضي بها قانونا التي من أهمها الدفع بالنظام العام كما سنبينه .

على أن هذه الرقابة المفروضة من القاضي الوطني على حكم المحكم عند إصدار الأمر بتنفيذه يستهدف فقط الثبوت من خلو حكم المحكم من العيوب الجوهرية التي قد تشوبه والتحقق من عدم وجود ما يحول دون تنفيذه ، وبصدور الأمر بالتنفيذ يصبح حكم المحكم واجب التنفيذ ويتمتع بقوة تنفيذ تتيح تنفيذه جبرا أي يصبح سنداً تنفيذياً .

المبحث الثاني : عدم مخالفة حكم التحكيم البحري النظام العام

إن عدم مخالفة النظام العام من متطلبات قبول القاضي الوطني تنفيذ حكم التحكيم عامة و حكم التحكيم البحري خاصة ، فاحترام هذا الحكم النظام العام إما بمعناه الضيق أو الواسع هو الإطار الذي يحمي الصالح العام الاقتصادي والتجاري...لمجتمع الدولة ، لهذا على المحكم أو هيئة التحكيم الانتباه أثناء إصدار حكمها لمسألة عدم خروج حكم التحكيم على المبادئ السامية التي لا تستغني عنها الدول وتعتبرها تدخل في مجال سيادتها ، لكن التساؤل يطرح حول ما إذا كان المقصود به النظام العام الداخلي أو النظام العام الدولي ؟ .

الفرع الأول : الاراء المتضاربة حول قيد النظام العام

حاولت غالبية التشريعات أثناء تحديدها لأسباب بطلان حكم التحكيم إدراج فكرة النظام العام ضمنها¹⁵ ، فقد يقضي الأمر وجوب تنازل كل من القانون الداخلي والقاضي الوطني عن حكم العلاقات ذات الطابع البحري و النزاعات التي تثور بشأنه إلى القانون الذي يتفق الأطراف عليه وهذا اتفاقاً مع مقتضيات دولية ، غير أن تحقيق هذه الأهداف لا يجب أن يكون على حساب المبادئ الأساسية للمجتمع الوطني فالمبدأ المعمول به هو اختيار القانون الذي يناسب الهدف الاجتماعي الذي وضعه المشرع¹⁶ بما فيها قانون التجارة الدولية الذي يستند له المحكم في الفصل بالنزاع ، لهذا إذا ما توفرت شروط التحقق على إثرها المساس بهذه المصالح وجب استبعاد هذا القانون .

لكن مسألة تقييد إرادة الأطراف بفكرة النظام العام لم تلق ترحيباً من بعض الفقهاء على عكس فقهاء آخرين : الرأي الأول : هذا الرأي معارض لتقييد حكم التحكيم بفكرة النظام العام ، بحيث اعتبر الفقهاء فيه أن للأطراف الحرية المطلقة في اختيار القانون المناسب لعلاقتهم التعاقدية و يقيدهم قيد واحد يتعلق بحالة عدم دولية

العقد محل النزاع¹⁷ فمن باب أولى أن لا يكون الحكم الصادر في هذا الشأن والذي طبق فيه هذا القانون محلاً لقيود وطنية ، لكن هذا الرأي كان منتقداً بدليل أن كثير من التشريعات نصت على مثل هذا القيد . لهذا نجد اتفاقية واشنطن عندما عدت أسباب بطلان حكم التحكيم في مادتها 52 سكنت تماماً عن إمكانية الطعن في حكم التحكيم بالبطلان على أساس مخالفته للنظام ، وتبدوا خطورة ذلك على الدول في كونها قد تنظم إلى هذه الاتفاقية التي اقتصر على التصدي فقط للإهمال الخطير لإجراءات التحكيم .

الرأي الثاني : جاء مؤيداً للقيد الشكلي المتعلق بالنظام العام ، إذ البعض الآخر من الفقه ذهب بعيداً في تمييزه بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي المطبق على التحكيم التجاري الدولي والتحكيم البحري على الرغم من أن هذه المسألة تستعصي على الباحثين لصعوبة وضع تعريف لهما يكون مانعاً وجامعاً يغني عن السلطة التقديرية للقاضي ويبين خصوصية كل منهما ويرجع ذلك لمرونة الفكرة¹⁸ وتغير أسسها من دولة لأخرى باختلاف الزمان والمكان لكنها تبقى تعبر على المقومات الاجتماعية والاقتصادية السياسية في الدولة¹⁹ .

والملاحظ أن القانون النموذجي للتحكيم بعد أن نص في الفقرة الأولى من المادة 24 على عدم جواز الطعن في حكم التحكيم بأي طريق سوى دعوى البطلان ، وحددت الفقرة الثانية أسبابها على نحو لا يخرج في جملتها عن أسباب دعوى البطلان في عدة قوانين ، لهذا أدرجت في جزءها السابع السبب المتعلق بالنظام العام بقولها "...إذا كان قرار التحكيم يتعارض مع السياسة العامة للدولة وهو تعبير أعم وأشمل من النظام العام لأنه يشمل كما قدمنا التوجهات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدينية للدولة" ، لكن غرفة التجارة الدولية بباريس جاء رأيها غامضاً ان صح التعبير كونه لا يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم أو الطعن فيه بأي طريق ، ذلك أن مراجعة الحكم تتم فقط طبقاً لقواعد سابقة على إصداره حسب المادة 1/27 من نظام الغرفة ، والسبيل الوحيد هو وقف تنفيذ هذا الحكم طبقاً لنص المادة الخامسة الفقرة الثانية ب- من اتفاقية نيويورك²⁰ إذا قام سبب يوجب وقفه طبقاً لأحكامها ، كما إذا كان مخالفاً للنظام العام في البلد المطلوب تنفيذه فيها .

لكن في النتيجة نجد أغلبية التشريعات بما فيها العربية رأيت من الضروري تقييد التحكيم التجاري الدولي بفكرة النظام العام ، فالقانون المختار من الأطراف يكون جائزاً متى لم يكن مستبعداً على أن يكون مستبعداً إذا عطل تطبيقه بنص قانوني مانع²¹ ، لكن التساؤل الذي يطرح نفسه حول معنى النظام العام الذي استندت له هذه التشريعات ؟ خاصة مع تشعب هذه الفكرة لما لها من معنى داخلي مكرس في النظرية العامة للقانون الدولي الخاص ومعنى دولي فرضه المجتمع الدولي .

الفرع الثاني : مقارنة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي

إذ نجد أغلبية الدول العربية في نصوصها المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي استبعدت تطبيق حكم التحكيم لوجود سببا من أسباب بطلانه ألى وهو مخالفته للنظام العام الداخلي للدولة متبعة في ذلك نص المادة الخامسة الفقرة الثانية -ب- من اتفاقية نيويورك ، لهذا ذهب بعض من الفقه إلى اعتباره " القواعد الأساسية والأفكار السائدة في المجتمع ، يستوي فيها أن تكون الأفكار اجتماعية ، اقتصادية أو سياسية "22 أما الأستاذ روبييه فقد ربط فكرة النظام العام الداخلي بخضوع الفرد لرغبة المجتمع بأن تترك حرية الانسان المجال لحق المجتمع الذي ينتمي إليه تحقيقا للمصلحة العامة²³.

ونذكر منها مصر في المادة 53 الفقرة الثانية من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الحالي رقم 27 لسنة 1994 أين ألزمت المحكمة ابطال حكم التحكيم من تلقاء نفسها إذا تضمن ما يخالف النظام العام في مصر حتى ولو لم يطلب منها ذلك أحد خصوم التحكيم وهذا حرصا من المشرع المصري على تمكين محكمة البطلان من نفسها من القضاء بالبطلان²⁴ ، وهي الصياغة التي اعتمدتها دول أخرى كالأردن بحيث قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 في المادة 49 الفقرة ب نص على أن "تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة أو إذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها "، على أن تكون المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم لمخالفته للنظام العام في المملكة هي محكمة التي حددتها المادة الثانية من ذات القانون وهي محكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرة اختصاصها التحكيم ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في المملكة²⁵ تكريسا منها لمبدأ سلطان الارادة المكرس اساسا في العلاقات الخاصة الدولية .

على أن نظام التحكيم السعودي السابق الذكر جاء رأيه أكثر منطقية في المادة الخامسة و الخمسون الفقرة الثانية منه عندما لم يقصر استبعاد حكم التحكيم والذي يستند فيه المحكم في بعض الأحيان لقانون التجارة الدولية على مخالفة النظام العام بالمملكة كما فعلت بعض الدول العربية بإتباعها اتفاقية نيويورك بل تجاوزه لتشمل حتى ما يخالف أحكام الشريعة الاسلامية باعتبارها مجموعة الأصول والقيم العليا التي تشكل الكيان المعنوي لدولة ما ، وترسم صورة الحياة الانسانية المثلى فيها ، بل أبعد من ذلك تطرق لفرضية لم تتنبه لها جل التشريعات العربية والمتعلقة بإمكانية تجزئة حكم التحكيم باستبعاد ما يخالف النظام العام وأحكام الشريعة الاسلامية وترك الباقي غير المخالف ويظهر ذلك جلية في الفقرة -ب- بنصها "أنه لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقا لهذا النظام إلا بعد التحقق من الأتي :...ب- أنه لا يتضمن ما يخالف أحكام الشريعة الاسلامية والنظام العام بالمملكة ، و إذا أمكن تجزئة الحكم فيما يتضمنه من مخالفة ، جاز الأمر بتنفيذ الجزء الباقي غير المخالف " .

على أن المشرع الجزائري جاء موقفه مختلف عن كل ما سبق في قانون الاجراءات المدنية و الادارية رقم 09/08 لسنة 2008 عندما اشترط في حكم التحكيم عدم مخالفته للنظام العام الدولي في نص المادة 1051 بقولها أنه "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها ، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي " وهذا ما هو إلا دليل على تفرقه بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي متبعاً فيه بعض الفقهاء ، لهذا هناك من يرى أن النظام العام الدولي المقصود هنا الصورة المخففة من النظام العام الجزائري التي تتماشى مع مقتضيات المرونة التي تنسم بها التجارة الدولية ، سواء تعلق الأمر بالقواعد الموضوعية أو الاجرائية²⁶ .

بهذا المعنى واعترافاً بالازدواجية يمثل النظام العام الدولي مجموعة المبادئ الأساسية الضرورية لتنظيم المجتمع الدولي كما يعبر عن القواعد المشتركة التي يتعين معاقبة إخلالها من قبل المحكم الدولي بغض النظر عن التشريع الوطني الذي يحكم موضوع النزاع²⁷ كاحترام القواعد الأساسية للعدالة لاسيما حقوق الدفاع ومبدأ حسن النية في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية إلى غيرها من المبادئ المشتركة ، وعليه فالنظام العام الدولي ماهو إلا نظام مشترك بين كل الدول أساسه المحصلة العليا للجماعة الدولية²⁸ على عكس النظام العام الداخلي الذي يعبر كما ذكرنا على المبادئ الأساسية والأفكار المثلى السائدة في مجتمع الدولة في جانبها الاجتماعي والاقتصادي وحتى السياسي . وبما أن فكرة النظام العام الدولي كذلك يختلف مفهومها من دولة لأخرى لذلك على القاضي الجزائري أن يتمتع بسلطة تقديرية تمكنه من الاعتراف بحكم التحكيم متى استوفى هذا الشرط بالإضافة إلى وجود مطابقة بينه وبين اتفاق التحكيم ، غير أن الرقابة هذه لا يجوز أن تكون عائقاً دون أن يؤدي التحكيم وظيفته التي تتجلى في العدالة الاتفاقية على الوجه المطلوب .

وكنتيجة نجد أن النظام العام الدولي مختلف عن قيد النظام العام الداخلي من حيث وظيفته المادية²⁹ المرتبطة بحماية المصالح العليا للمتعاقدین ، وبذلك يمثل أثراً مخففاً لفكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص ، كإدراج بند الدفع بالذهب المخالف للنظام العام الداخلي للقانون المختار فيعتبره المحكم صحيحاً ومنتجاً لآثاره إعمالاً لفكرة النظام العام الدولي ، لكن إعمال هذه الفكرة يصطدم مع تطبيق هذا الحكم التحكيمي في دولة معينة مما يجعل المحكم مضطراً لمراعاة أحكام النظام العام الوطني في الدولة المتوقعة تنفيذ الحكم فيها³⁰ بهدف الحصول على الصيغة التنفيذية ، فالرقابة المفروضة من القاضي الوطني سواء جسد فيها فكرة النظام العام الداخلي أو النظام العام الدولي تبقى رقابة شكلية لا تخوض في الموضوع لكي لا يعد ذلك تدخلاً في عمل المحكم الدولي ، إذ لا يسمح له دراسة فحوى حكم التحكيم المراد الاعتراف به لتنفيذه على تراب الدولة لأنه ليس من اختصاصاته .

خاتمة

فعلى الرغم من حتمية خضوع الحكم التحكيمي إلى رقابة قضاء الدولة إلا أن الطبيعة الخاصة للعدالة التي تسعى إليها الهيئة التحكيمية والمستندة فيها إلى إرادة الأطراف ، تضمنى على أوجه الطعن على الحكم التحكيمي ذاتية مستمدة من الهدف من طرق الطعن ومن كيفية تنظيمها من الناحية الفنية ، فإذا كان الهدف من الطعن ضد الأحكام الصادرة عن القضاء ، تدارك ما وقع فيها من أخطاء سواء في القانون أو الواقع عن طريق طرق الطعن التي قررتها الأنظمة القضائية سواء بطرق الطعن العادية أو بالطرق الغير العادية ، فإنه على العكس من ذلك فالأحكام التحكيمية بطبيعتها الخاصة لا تخضع لنفس طرق الطعن التي تخضع لها الأحكام القضائية بصفة عامة ، وهو ما كرسه المشرع الجزائري في المادة 1056 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، حيث أجاز الطعن متى توفرت أحد الحالات المدرجة ضمن المادة والتي من بينها أنم يكون حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي .

على أن فكرة النظام العام قد تثار كونها ليست حكراً على القانون الداخلي ، لكن لها مفهوم واسع أمام التحكيم إلى درجة إعتبار بعض بنود العقد الدولي صحيحة رغم بطلانها أمام القاضي الوطني إذا كان مختصا . لهذا نوصي بأن تعطى للقواعد المادية في مجال التحكيم التجاري الدولي وحتى التحكيم البحري الأهمية التي تستحقها من جانب الأطراف وحتى هيئات التحكيم .

وليس النظام العام القيد الوحيد أثناء تنفيذ حكم التحكيم البحري ، كذلك فصل المحكم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم يعد مخالفا للمهمة التي عهد بها الأطراف إليه في حالة فصله في مسائل تخرج عن نطاق هذه المهمة ، وهذا السبب من أسباب بطلان الحكم التحكيمي يجب الا يختلط مع ذلك المتمثل في تجاوز المحكم لنطاق اتفاق التحكيم أقره المشرع الجزائري أسوة بنظيره الفرنسي .

الهوامش

¹ مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال : التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، الطبعة الأولى، 1998، ص 04.

² مشيمش جعفر : التحكيم في العقود الادارية والمدنية والتجارية ، منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الأولى ، لبنان ، 2009 ،

³ سامي فوزي محمد : التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، عمان 2008 ، ص 07 .

⁴ لمزيد من التفاصيل حول صور الرقابة الوطنية المفروضة على حكم التحكيم أنظر : -الحداد حفيظة السيد : الرقابة على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة ، مجلة التحكيم ، العدد الخامس ، يناير 2010 ، ص 47 وما يليها .

⁵ يمكن الطعن بالبطلان في حكم المحكم في هذه الحالة على أساس انعدام الرضا في الالتجاء إلى التحكيم من جانب الطرف الذي يمارس حق الطعن بالبطلان ، وتحقق هذه الحالة بصدور حكم المحكم دون اتفاق التحكيم ، أو انعدامه ، وتتخذ هذه الحالة صوراً متعددة منها : صورة تمسك أحد الأطراف في مواجهة الطرف الآخر بشرط التحكيم على الرغم من عدم توقيع هذا الطرف على العقد الذي يتضمن هذا الشرط ، كذلك من صور عدم وجود اتفاق تحكيم حالة ما لو أبرم الطرفان مجموعة عقود، وكان من بينها عقد نموذجي contrat-type يتضمن شرط التحكيم لم يوافق عليه أحد الطرفين صراحة أو ضمناً ، أو أن يدعي أحد الأطراف أن الاتفاق الذي أبرمه هذا الخصم ليس اتفاق تحكيم ، لأن المهمة موكولة لشخص آخر للقيام بعمل قانوني أو تعيين خبير ، فتعتبر صلحا أو وكالة أو خبرة أو وساطة .

⁶ عيد محمد القصاص، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، الطبعة 2، 2007، ص 245.

⁷ محمد عبد الخالق الزعي : : قانون التحكيم - كنظام قانوني قضائي اتفاقي من نوع خاص ملحقاً به أهم اتفاقيات وتشريعات التحكيم الدولي-، منشأة المعارف ، الاسكندرية 2010 ، ص 307 .

⁸ - أنظر : Cour d'appel de Paris (rech.suppl.), 28 mai, Rev.arb, P :664

⁹ حفيظة السيد الحداد : الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الجبلي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، 2004 ، ص 190.

¹⁰ تنص المادة الرابعة الفقرة الأولى من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الموقعة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 8 يونيو 1959 على مايلي : "يجب على الطرف الذي يطلب الاعتماد والتنفيذ المذكورين في المادة السابقة ، قصد الحصول عليهما ، أن يرفق طلبه بما يلي :

(أ)- النسخة الأصلية المصدقة قانوناً من القرار أو نسخة من النص الأصلي تتوفر فيها الشروط المطلوبة لتصديقها

(ب)- النص الأصلي للاتفاقية المذكورة في المادة 2 أو نسخة منه تتوفر فيها الشروط المطلوبة لتصديقها ."

¹¹ هذه المواد مذكورة على سبيل المثال لا الحصر وعند المقارنة بينها نجد المادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي تنص على أنه : "يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقاً باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما ، تستوفي شروط صحتها " قد اقتصر على الوثائق المذكورة في اتفاقية نيويورك والزمّت ايداعها لدى أمانة ضبط الجهة القضائية تطبيقاً للمادة 1053 ليقوم القاضي بالتأكد من توفر الشروط القانونية قبل منح الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم ، أما قانون التحكيم السعودي ففي المادة 53 لم يقتصر على الفقرة الأولى من اتفاقية نيويورك بل ركز على عملية ترجمة حكم التحكيم متى تبين عدم تحريره بلغة البلد الرسمي والمدرجة في الفقرة الثانية من الاتفاقية لما لها من أهمية في مساعدة القاضي على فهم فحوى الحكم بنصه

في المادة 53 أنه "تصدر المحكمة المختصة أو من تندبه ، أمرا بتنفيذ حكم المحكمين ويقدم طلب تنفيذ الحكم مرافقا له الآتي :

1-أصل الحكم أو صورة مصدقة منه .

2- صورة طبق الأصل من اتفاق التحكيم

3- ترجمة لحكم التحكيم إلى اللغة العربية مصدق عليها من جهة معتمدة ، إذا كان صادرا بلغة أخرى

4- ما يدل على ايداع الحكم لدى المحكمة المختصة وفقا للمادة (الرابعة والأربعين) من هذا النظام " .

¹² سميحة القليوبي : الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2012 ، ص 196

¹³TERKI Nouredine :L'arbitrage commercial international en ALGERIE ,OPU ,Alger1999,P 129 .

¹⁴ لمزيد من التفاصيل حول الشروط العامة المفروضة على اتفاق التحكيم أو مشاركة التحكيم سواء كانت شروطا موضوعية أو شروطا شكلية راجع محمود مختار أحمد بريري : التحكيم التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص 45 وما يليها.

¹⁵ لا يجب الوقوع في الخلط بين بطلان حكم التحكيم لتضمنه ما يخالف النظام العام ، وبطلان اتفاق التحكيم لوروده على مسألة لا تقبل التسوية بطريق التحكيم ، فبطلان الاتفاق يعد سببا من أسباب رفع دعوى بطلان الحكم ، لكن تبقى الصلة موجودة فقد يكون الاتفاق باطلا ويصدر حكم التحكيم صحيحا اذا قضى ببطلان هذا الاتفاق لمخالفته للنظام العام أو لوروده على مسألة لا تقبل التسوية بطريق التحكيم والعكس صحيح لأن العلاقة بينهما هي علاقة طردية ، لمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة راجع :

محمود مختار أحمد بريري : التحكيم التجاري الدولي — طبعة منقحة ومزودة بالأحكام القضائية المتعلقة بالتحكيم ولوائح وأنظمة هيئات التحكيم الدولية- ، الطبعة الرابعة ، دار النهضة العربية، القاهرة 2010، ص 231 وما يليها .

¹⁶لمزيد من التفاصيل حول فكرة النظام العام أنظر :

André chapelle: Les fonctions de l'ordre public en droit international privé,Thèse1979 ,Paris , P305.

Jacks –Maury : L'éviction de la loi normalement compétente : L'ordre public et la fraude de la loi , édition1952 , P306.

¹⁷ H .Batiffol , P.Lagarde : Droit international privé , Tome 2, sixième édition 1976 , P242.

¹⁸البطائنة عامر فتحي: دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى، عمان 2009، ص187

¹⁹ محمد عبد الخالق الزعبي : المرجع السابق ، ص 341 .

²⁰ تنص المادة الخامسة الفقرة الثانية من اتفاقية نيويورك على ما يلي : "يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها :

أ- أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم أو

ب- أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد .

²¹ أبو العلا علي أبو النمر : دراسات في القانون الدولي الخاص ، الطبعة 1 ، دار النهضة العربية، القاهرة 1997 ، ص 66

²² بيومي حجازي عبد الفتاح: النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2003، ص 182 .

²³ "L'ordre public , au sens le plus général qu'il recouvre , exprime sans doute la limite que rencontre la liberté de l'homme dans l'intérêt général . principe du droit de la société auquel l'individu doit accepter de se plier dans intérêt de l'ordre nécessaire a la vie d'une communauté " voir ROBERT Jean : L'arbitrage –droit interne et droit international privé , 5e édition , DALLOZ , PARIS 1983,P 350 .

²⁴ سميحة القليوبي : المرجع السابق ، ص 279 .

²⁵ محمد عبد الخالق الزعي : المرجع السابق ، ص 340 .

²⁶ هذه المقولة في الحقيقة ذكرت بعد صدور أول مرسوم تشريعي نظم التحكيم التجاري الدولي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل والمتمم لقانون الاجراءات المدنية الذي ألغي وحل محله قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد رقم 09/08 لسنة 2008 والذي أدرجت نفس المادة ضمن الأحكام المنظمة للتحكيم التجاري الدولي أنظر: -تراري الثاني مصطفى : التحكيم التجاري الدولي في الجزائر اثر صدور المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل والمتمم لقانون الاجراءات المدنية، مجلة دراسات قانونية ، العدد الأول ، جوان 2002، ص 52 .

²⁷ "D'une façon schématique , l'ordre public réellement international peut être défini comme l'ensemble des principes fondamentaux indispensables à l'organisation de la société internationale . il s'agit en quelque sorte des règles communes dont la transgression doit être sanctionnée par l'arbitre international indépendamment de la législation nationale régissant le fond du litige " Voir : TERKI Nour eddine : op.cit , P46

²⁸ محمد عبد الخالق الزعي : المرجع السابق ، ص 340 .

²⁹ Jean Baptiste Racine : L'arbitrage commercial international et l'ordre public (résumé de la thèse) , RASJEP , université d'alger 1998 , volume 36 , P 62 .

³⁰ Philippe Fouchard , Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman : opcit , P 874.

قائمة المراجع :

المراجع باللغة العربية :

- أبو العلا علي أبو النمر : دراسات في القانون الدولي الخاص ، الطبعة 1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1997.
- البطائنة عامر فتحي: دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى، عمان 2009 .
- بيومي حجازي عبد الفتاح: النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2003 .
- حفيظة السيد الحداد : الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، 2004 .
- سميحة القليوبي : الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2012.
- سامي فوزي محمد : التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، عمان 2008 .
- عيد محمد القصاص، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، الطبعة 2، 2007 .
- محمد عبد الخالق الزعبي : : قانون التحكيم - كنظام قانوني قضائي اتفاقي من نوع خاص ملحقا به أهم اتفاقيات وتشريعات التحكيم الدولي-، منشأة المعارف ، الاسكندرية 2010 .
- محمود مختار أحمد بريري : التحكيم التجاري الدولي - طبعة منقحة ومزودة بالأحكام القضائية المتعلقة بالتحكيم ولوائح وأنظمة هيئات التحكيم الدولية-، الطبعة الرابعة ، دار النهضة العربية، القاهرة 2010.
- مشيمش جعفر : التحكيم في العقود الادارية والمدنية والتجارية ، منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الأولى ، لبنان ، 2009 .
- مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال : التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، الطبعة الأولى، 1998 .
- الحداد حفيظة السيد : الرقابة على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة ، مجلة التحكيم ، العدد الخامس ، يناير 2010

المراجع باللغة الفرنسية :

- André chapelle: Les fonctions de l'ordre public en droit international privé, Thèse1979 ,Paris .
- H .Batiffol , P.Lagarde : Droit international privé , Tome 2, sixième édition 1976 .
- Jacks –Maury : L'éviction de la loi normalement compétente : L'ordre public et la fraude de la loi , édition1952 .
- Jean Baptiste Racine : L'arbitrage commercial international et l'ordre public (résumé de la thèse) , RASJEP , université d'alger 1998 , volume 36 .
- TERKI Noureddine :L'arbitrage commercial international en ALGERIE ,OPU ,Alger1999 .