وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد خيضر – بسكرة –

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون أعمال

اعداد الطالب:

- قويزي جمال الدين.

تحت اشراف الأستاذة:

- دنش لبنى

السنة الجامعية: 2018/2017

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

الحمد والشكر للمولى عز وجل حمداً كثيراً يليق بجلال شأنه وعظيم سلطانه، ويرقي إلى كمال صفاته، على توفيقه في انجاز هذا البحث، والصلاة والسلام على خير الأنام الحبيب المصطفى محمد صلى الله عليه وسلم.

أتقدم بجزيل الشكر للأستاذ المشرفة "دنش لبنى" على تكرمها بالإشراف على هذه المذكرة.

كما أشكر كلّ من مدّ يد العون لي سواء من بعيد أومن قريب ولو حتى بكلمة طيبة .

إهـــداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى سر النجاح ومن طاعتهما ارتبطت

بطاعة الله تعالى

والدي الكريمين

خاصة إلى رمز التفاني والحب، شمعة حياتي، أمي الغالية

وأسأل الله أن يحفظهما ويجزيهما عنا خير الجزاء

إلى الذين تعلمت معهم كيف أعيش و تقاسمت معهم الحلوة و

المرة

أختي وأخوتي حفظهم الله و كل الأهل الكرام

إلى الذين جمعني القدر ليكونوا الإخوة و الأحبة زملائي في الجامعة

وأخص بالذكر قطاف عبد الحكيم

إلى كل من ذكرهم قلبي ونسيهم قلمي

إليكم جميعا أهدي ثمرة جهدي

مقدمة

عرف الإقتصاد الدولي تطورا سريعا بداية من القرن التاسع عشر، وذلك نتيجة تطور الصناعة وعولمتها وكذا التطور المعلوماتي الكبير وظهور الإختراعات و الإبتكارات الحديثة، هذا ما ساهم في الرفع من شأن التجارة الدولية وساهم في إنفتاحها، و شجع على التبادل التجاري وزاد في المعاملات التجارية الدولية والتي تتم من خلال إبرام عقود تجارية دولية.

هذه العقود التي تبرم في إطار التجارة الدولية تولد عنها نشوء نزاعات بين أطرافها، فكان من الضروري البحث عن حلول لتطويق هذه المنازعات وحلها بسرعة، وذلك لكي لا تفقد التجارة الدولية أهم مبادئها وهو السرعة.

فظهرت عدة وسائل لحسم هذه الخلافات القائمة، ومن ضمن هذه الوسائل التي يلجأ إليها أطراف عقود التجارة الدولية لتسوية منازعاتهم هي التحكيم التجاري الدولي، حيث صار من أهم النظم القانونية الحالية، فهو يعد لغة العصر الحديث، وأصبح يحتل مكانة هامة على مستوى الأنظمة القانونية المقارنة، فقد أصدرت العديد من الدول تشريعات تنظم اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، وكذلك على المستوى الدولي حيث أبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية التي تنظم شؤونه وترعاه، وأنشأت العديد من الهيئات ومراكز والمؤسسات الدائمة التي تعمل على فصل المنازعات بواسطة التحكيم.

ونظرا لهذا الاهتمام الذي حضي به التحكيم نجد غالبية المهتمين بالشؤون القانونية للتحكيم عرفت التحكيم بأنه: "يعتبر طريق خاص للفصل في المنازعات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، إذ يعتمد أساسا على أن أطراف النزاع هم الذين يختارون قضاتهم بدلا من الاعتماد على التنظيم القضائي في البلد الذي يعتمد فيه."[1]

ويعتبر التحكيم التجاري الدولي الوسيلة الأفضل لإعتبارات قانونية وعلمية ومادية، وهذا راجع لما ينفرد به التحكيم من خصائص لا يوجد لها مثيل في القضاء العادي بداية من الاتفاق عليه كوسيلة لفض النزاع إلى حين صدور القرار النهائي، سواء ما يتعلق بالسرعة

[1] دريد ملكي، (سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع)، مذكرة ماجستير، فرع قانون التعاون الدولي، معهد الحقوق والعلوم سياسية، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2011، ص2.

في النظر في الإجراءات على خلاف ذلك في إطار القضاء العادي، وكذلك السرية التي يضمنها والتي تستلزمها التجارة الدولية، إضافة إلى العدالة التي يتوصل إليها المحكمون فهي تختلف عن تلك التي يحققها القضاة.[1]

ولأنه في الغالب الأعم إنتماء أطراف عقود التجارة الدولية إلى أكثر من دولة، والذين يلجأون للتحكيم كطريق لحل نزاعهم، فإنه من الطبيعي أن تثار مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم التجاري الدولي، والذي ينقسم بدوره إلى قسمين وهما القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وهذا ما سنحاول في هذه الدراسة المتواضعة إلقاء الضوء عليه.

أولا- أسباب اختيار الموضوع:

إن من أهم الأسباب التي دعتنا إلى اختيار الموضوع هي الأهمية البالغة التي حظا بها التحكيم التجاري الدولي، والذي يعتبر أحد أهم النقاط القانونية التي تتعلق بمسألة حماية الحق، باعتباره الوسيلة الفعالة والبديلة لحل المنازعات القضائية، وكذلك من الأسباب التي دفعتني لاختيار هذا الموضوع هو قلة الدراسات المتخصصة في مجال التحكيم، والفراغ الذي تعانيه المكتبة الجزائرية بشكل عام.

ثانيا- أهمية الموضوع:

ترجع اهمية دراسة هذا الموضوع لإهتمامنا بمجال التحكيم التجاري الدولي من خلال التسليم بفاعليته في وقت بلغ التحكيم مداه في المعاملات التجارية الدولية، كما أن إختيار التحكيم كوسيلة لفض النزاع يستدعي ضرورة البحث عن آلية لأختيار القانون الواجب التطبيق بشقيه الإجرائي والموضوعي في حالة تعدد أطراف النزاع وإختلاف جنسياتهم، كما أن مسألة القانون الواجب التطبيق مسألة في غاية الأهمية وهي العمود الفقري لنظام التحكيم.

[1] حفيظة السيد حداد، **الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص11.

ثالثا- أهداف الدراسة:

إن من أهداف هذه الدراسة هو توضيح وبيان القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، والبحث عن معالم مشتركة تتبع عند نشوب نزاع في مجال التجارة الدولية والتي يفصل فيها عن طريق التحكيم، ومعرفة من يتولى تحديد هذا القانون ومعرفة الطرق المستعملة لتحديده وذلك بالتطرق إلى نصوص التشريعات الدولية التي عالجت ونظمت التحكيم التجاري الدولي، والخروج بالنتائج والتوصيات اللازمة في هذا الشأن.

رابعا- الإشكالية:

وموضوع القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي يحمل في طياته العديد من التعقيدات، وهذا راجع إلى إنتماء أطراف عقود التجارة الدولية إلى دول عديدة ومختلفة بإختلاف قوانينها، و البتالي ستتدافع القوانين عند الفصل في الخصومة التحكيمية، وعليه نطرح الإشكالية التالية: **ما هي الآليات المتبعة لتحديد القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم التجاري الدولي؟**

خامسا- المنهج المتبع:

إن دراسة هذا الموضوع تتطلب الجمع بين منهجين، فالمنهج المقارن له صلة وثيقة بالتحكيم التجاري الدولي، وذلك للاهتمام الواسع به، الأمر الذي أدى إلى إبرام ترسانة من الاتفاقيات الدولية، وسن التشريعات الوطنية التي تختص بمسألة التحكيم التجاري الدولي بكل مكوناته وخاصة مسألة القانون الواجب التطبيق، وكذلك المنهج الوصفي الذي يساعدنا في مهمة إلقاء الضوء على قوانين التحكيم التجاري الدولي وتضاربها في شأن تحديد القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم التجاري الدولي.

سادسا- تقسيم الموضوع:

ومن أجل ذلك ارتأيت أن أسير في هذا البحث وفق خطة ثنائية متكونة من فصلين، حيث تطرقنا إلى القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي(الفصل الأول)، والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي (الفصل الثاني).

الفصل الأول : القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي

الفصل الأول:

القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي.

تتمتع إجراءات التحكيم بأهمية بالغة في إنجاح نظام التحكيم أو إخفاقه، بحيث تعتبر تلك الإجراءات بمثابة العمود الفقري الذي ترتكز عليه العملية التحكيمية، كما تعد السياج الذي يضمن الشرعية.[1]

وتظهر أهمية القواعد الإجرائية في مجال التحكيم مما تقره الاتفاقيات الدولية ولوائح مراكز التحكيم الدائمة والتشريعات الوطنية، من ضرورة مراعاة هذه المسائل والإجراءات وإلا ترتب على مخالفتها بطلان الحكم ورفض الاعتراف به أو تنفيذه.* ويقصد بالقانون الواجب التطبيق على الإجراءات تلك القواعد الإجرائية التي يجب إتباعها منذ إبداء أحد أطراف النزاع رغبته في تسوية النزاع بالتحكيم وحتى صدور القرار التحكيمي.[2]

هذا، وتعتبر دراسة القواعد الإجرائية التي تحكم وتنظم سير الخصومة التحكيمية من المسائل الجوهرية والمواضيع المهمة في فلسفة التحكيم التجاري الدولي، حيث أن أطراف النزاع يلجؤون إلى هذا الطريق بهدف تفادي الصعوبات التي قد تنجم عن إتباع القواعد الإجرائية والشكلية في القوانين الوطنية، وكذلك لتفاديهم إفشاء أسرار خصومتهم نتيجةً لعلانية القضاء الداخلي، وهو الأمر الذي ينفر منه العديد من الأطراف في حقل التجارة الدولية.[3]

وبغية معرفة من يتولى تحديد واختيار القواعد الإجرائية التي تسير وفقها الخصومة التحكيمية، يتوجب علينا الرجوع إلى نص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والتي نصت على أنه: "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات

---

[1] إبراهيم أحمد إبراهيم، **التحكيم الدولي الخاص**، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص131.

* من بين هذه الإجراءات المسائل المتعلقة بالمواعيد، بيان الدعوى، تقديم المذكرات والمستندات، الطلبات العارضة.

[2] حفيظة السيد حداد، **الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية**، دار الفكر الجامعي، مصر، 1997، ص191.

[3] محمد جارد ، **(دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي – دراسة مقارنة–)**، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2009–2010، ص43.

الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استناد إلى نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم.

إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة، أو استنادًا إلى قانون أو نظام تحكيم."[1]

من خلال أحكام نص المادة يمكن القول بأن أطراف اتفاق التحكيم هم من يتولون تحديد القانون والقواعد الإجرائية في اتفاق التحكيم وهذا هو الأصل أما الاستثناء فهو سكوت الأطراف عند تحديدها بالتالي تتولى هيئة التحكيم ذلك ، وعليه نقسم هذا الفصل إلى مبحثين؛ تحديد القانون الإجرائي بمقتضى اتفاق الأطراف (المبحث الأول)، وتحديد الإجراءات من قبل هيئة التحكيم (المبحث الثاني).

[1] المادة 1043 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن لـ: **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، جريدة رسمية عدد21.

المبحث الأول:

تطبيق قانون إرادة الأطراف

الإرادة هي الدافع الذاتي المحرك لإبرام العقد، ويقصد بالإرادة أن يعي الشخص أمر التعاقد الذي هو مقدم عليه والذي يقصده، بأن يكون مدركًا ماهية التصرف الذي يجريه وحقيقته، والحقوق والالتزامات المترتبة له أو عليه، ويقصد ذلك كله، فالقانون لا يعتد إلا بالإرادة التي تتجه إلى إحداث آثار قانونية، فإذا لم يتوافر هذا الاتجاه على ذلك فلا يكون هناك رضا بالمعنى القانوني المقصود.[1]

ويختلف التحكيم كآلية فنية لحسم المنازعات الناشئة بين الأفراد عن القضاء العام، فهذا الأخير لا يجد مصدره في إرادة الأفراد وإنما في سلطة الدولة، والتي تفرضه على الأشخاص إذا ما نشأت نزاعات بينهم بينما يستمد التحكيم وجوده من إرادة الأفراد.[2]

والتحكيم كنظام اتفاقي يقوم على إرادة الأطراف ويستمد سلطته منهم، واختيارهم له طريقًا لفض نزاعاتهم، فبإرادتهم يوجد التحكيم وبها يختفي، وبالتالي لهم مطلق الحرية في وضع وبيان الإجراءات التي يتم وفقها.

ويظهر في نص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالفة الذكر أن المشرع الجزائري أكد حرصه على ضرورة احترام إرادة الأطراف فيما يتعلق بتحديد القانون والقواعد الإجرائية الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم في مجال التحكيم التجاري الدولي.[3]

أي للأطراف في اتفاق التحكيم حرية كاملة في اختيار وتحديد القواعد الإجرائية التي يرونها مناسبة، والتي تلتزم محكمة التحكيم بالخضوع لها.

---

[1] ناصر ناجي محمد جمعان، **شرط التحكيم في العقود التجارية (دراسة مقارنة)**، المكتب الجامعي الحديث، عدن، 2008، ص135.

[2] حفيظة السيد حداد، **الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي**، المرجع السابق، ص53.

[3] لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي وفقًا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة**، دار هومة، الجزائر، 2012، ص.ص 244، 246.

لكن الأمر يختلف نوعًا ما في حالة التحكيم الحر عنه في حالة التحكيم المؤسسي ففي التحكيم الحر تلعب إرادة الأطراف دور رئيسي في اختيار القواعد الإجرائية، التي تضبط سير الخصومة، أما في حالة التحكيم المنظم (المؤسسي) فإن الأطراف يختارون إحدى مؤسسات ومركز من مراكز التحكيم الدائمة تعبير عن إرادتهم في العثور على حل لنزاعاتهم وفقا لقواعد لائحة التحكيم الخاصة بها، ولكن هذا لا يمنع حتى في حالة اختيار الأطراف التحكيم المؤسسي أن يختاروا قواعد أو قانونًا معينًا ليطبق على الإجراءات عند بدء الخصومة التحكيمية، لكن في حال سكوت أطراف النزاع عن تحديد القواعد الإجرائية فإن المنازعة ستخضع للقواعد المنظمة لتلك المؤسسات والمراكز التحكيمية.[1]

وفي ظل الحرية الممنوحة لإرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات سنوضح الطرق التي يمكن للأطراف إتباعها لتحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق على الخصومة التحكيمية (المطلب الأول) وسنقوم بعرض موقف القوانين الوضعية من خضوع القانون الإجرائي لإرادة الأطراف (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

طرق تحديد القانون الإجرائي من قبل الأطراف.

تلعب إرادة الأطراف دور كبير ورئيسي في العملية التحكيمية، ويمكن القول بأنه لا تحكيم تجاري بدون اتفاق. ليس هذا فقط، بل إن للأطراف الاتفاق على الكثير من الأحكام الخاصة باتفاقهم التحكيمي مثل المنازعات التي يقتصر عليها التحكيم وكيفية تعيين الهيئة التحكيمية وشروط المحكم، وتعيين المحكمين مباشرة من طرفهم أو من طرف أي جهة أخرى، وغير ذلك من شروط وإجراءات التحكيم.[2]

---

[1] فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص162.

[2] سامي محمد سعيد سليمان مريان، **(القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم التجاري)**، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت،المفرق، الأردن، 2006/01/25، ص9.

وباستقراء المادة 1/1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يمكننا معرفة الطرق المتبعة لتحديد الإجراءات بمقتضى اتفاق الأطراف حيث نصت على أن اتفاقية التحكيم قد تضبط الإجراءات مباشرة (الفرع الأول) وقد تستند على نظام تحكيم (الفرع الثاني) وكذلك يمكن الإشارة إلى قانون إجرائي وطني معين (الفرع الثالث).[1]

الفرع الأول:

صياغة القواعد الإجرائية مباشرة من قبل الأطراف.

يمكن للأطراف الاتفاق على الإجراءات وذلك بتضمينها في اتفاق التحكيم أو في اتفاق مستقل قبل بدأ الخصومة أو كما يمكن للأطراف الاتفاق على بعض الإجراءات دون البعض الآخر.[2]

وبالتالي فإن بإمكان الأطراف اختيار قواعد إجرائية مفصلة تحكم سير الخصومة أمام المحكم أو هيئة التحكيم، وذلك باتفاقهم على وضع قواعد إجرائية خاصة بهم أيا كان مصدرها، سواء كان مصدرها قانون إجرائي وطني أو من عدة قوانين وطنية إجرائية مختلفة، أو كانت مستمدة من لوائح مراكز و مؤسسات تحكيم دائمة، فيستطيع أطراف الاتفاق على التحكيم تضمين عقودهم ببنودا لتنظيم سير المرافعات ومكانها وميعاد تقديم المستندات وأسماء الشهود وإجراءات التحقيقات والاستعانة بالخبراء وتسبيب القرارات إلى غير ذلك من التفاصيل المتعلقة بالمسائل الإجرائية.[3]

يتضح لنا مما سبق الحرية الكبيرة التي يتمتع بها الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات التحكيمية وهذا يشكل ضمانًا كبيرًا، حيث يمكنهم من استبعاد تأثير أي

---

[1] الفقرة الأولى من المادة 143 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادًا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات التي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم."

[2] سليم بشير، **(الحكم التحكيمي والرقابة القضائية)**، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، السنة الجامعية 2011/2010، ص114.

[3] جلال الدين براهمي وفارس بومحراث، **(التحكيم في المنازعات التجارية الدولية وتطبيقاته في الجزائر)**، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء،الجزائر، الدفعة الخامسة عشر، 2007/2004.

قانون إجرائي وطني لا يرونه مناسبًا للعملية التحكيمية وذلك عن طريق وضعهم للقواعد الإجرائية.[1]

ولقد أطلق الفقه العديد من التسميات على التحكيم الذي تصل فيه إرادة الأطراف إلى حد التخلص وتجنب القواعد الوطنية فوصف بالتحكيم الطليق أو التحكيم بلا قانون « L'arbitrage parement international » وهذه التسميات المختلفة والمتعددة التي أطلقها الفقه ليست تسميات فارغة وإنما تحمي في طياتها حقيقة محددة تتمثل في تحرر التحكيم من الارتباط والخضوع لأي قانون وطني «L'arbitrage échappe à tout ordre juridiques étatique » ، وهناك جانب آخر من الفقه يطلق على هذا التحكيم اسم التحكيم الحر حيث تكون فيه الإجراءات مزيج متعدد المرجع من القواعد القانونية، وبذلك يفلت من أي قانون أو نظام وطني.[2]

وبما أن لأطراف اتفاق التحكيم مطلق الحرية في وضع قواعد إجرائية بأنفسهم، فمن المستحسن أن تكون هذه الأخيرة ملائمة وذلك باختيار قواعد إجرائية وضعية ومحددة ومعلومة سلفًا، وهذه الطريقة هي الأكثر رواجًا وتناسبًا مع الواقع العملي وهذا لوضوحها واليقين حول وجودها ومداها.[3]

وإن كان اتفاق الأطراف على تنظيم إجراءات التحكيم بشكل مفصل أي بدءًا من كيفية تقديم التحكيم إلى غاية صدور حكم منهي للنزاع أمرًا مباحًا قانونًا، فإن ذلك يثقل كاهلهم ويصعب عليهم تجميعها والإلمام بها في اتفاق التحكيم، نظرًا لما تتطلبه من خبرة ودراية في هذا المجال، وقد يؤدي إغفال أي من هذه المسائل الإجرائية يجعل السير في التحكيم شاقًا.[4]

---

[1] سعاد بودودة، **(التحكيم التجاري الدولي كضمان من ضمانات الاستثمار)**، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2014/2013، ص106.

[2] جمال محمود الكردي، **القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم**، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص31.

[3] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص248.

[4] هبة أحمد سالم، " **الشروط التحكيمية وعيوب صياغتها من الواقع وقضايا مركز القاهرة التحكيم التجاري الدولي**"، مجلة التحكيم العربي، العدد 24، جوان، 2015، ص188.

لذلك غالبًا ما تنصب صياغة القواعد الإجرائية من قبل الأطراف على بعض الأسس العامة التي تحكم المنازعة، ويخولون محكمة التحكيم تحديد باقي القواعد أو يلجأون لقانون إجرائي معين.[1]

الفرع الثاني:

تحديد الأطراف للقانون الإجرائي بالاستناد إلى نظام التحكيم.

بالرجوع إلى نص المادة 1/1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على أنه: "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادًا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم"[2]. والتي يستشف من فحواها أنه لأطراف اتفاقية التحكيم الحرية في إحالة القواعد الإجرائية التي تضبط سير الخصومة إلى لائحة مركز أو مؤسسة تحكيمية دائمة الأطراف الغرفة التجارية C.C.I أو لائحة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي CRICA.

فباتفاق الأطراف على إحالة القواعد الإجرائية التي تنظم التحكيم إلى لائحة مركز أو مؤسسة تحكيمية سواءً كان هذا المركز أو المؤسسة وطنيًا أو أجنبيًا، فعلى الحكمين أو الهيئة التحكيمية تطبيق هذه القواعد الإجرائية بكاملها تلبية لإرادة الأطراف، ويمكن لأطراف التحكيم إلزام المحكمين بجزء منها أو ببعض هذه القواعد، بل باستطاعتهم الإحالة عليها بغية الاسترشاد وليس على سبيل الإلزام فكل ذلك متاح لهم.[3]

---

[1] ربيعة قبايلي، **(الخصومة التحكيمية في التجارة الدولية)**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، 2016/06/05، ص40.

[2] المادة 1043 من القانون رقم 08-09 ، المتضمن لـ: **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، المرجع السابق.

[3] سارة سعيداني، **(إجراءات الخصومة التحكيمية)**، مذكرة ماستر، تخصص قانون اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم سياسية، قسم الحقوق، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، السنة الجامعية 2016/2015، ص10.

ويلجأ المحتكمين إلى اختيار القواعد الإجرائية لأحد لوائح مراكز التحكيم الدائمة في الغالب لكونها نافذة وفعالة، وهي عبارة عن لوائح إجرائية خاصة تحدد الإجراءات واجبة الإتباع بشأن التحكيم بدءًا من الاتفاق ومرورًا بالخصومة وانتهاءً بصدور الحكم.[1]

وكذلك فاللوائح التي تحتويها مراكز وهيئات ومؤسسات التحكيم تضم مجموعة من الإجراءات اللازمة والضرورية التي تقتضيها التجارة الدولية، والتي تحضى بالاعتراف الدولي، وتمتاز بالمرونة والدقة العالية وبالتالي يتجنب الأطراف القواعد الإجرائية لأي قانون وطني، وهذه الأخيرة تتسم بشكلية ومواعيد لا تخدم مصالح التجارة الدولية لما تحتويه من قيود عليها.[2]

وتعتبر اللائحة الإجرائية المختارة من قِبل أطراف الاتفاق بمثابة القانون الإجرائي الواجب التطبيق ومخالفته من طرف المحكمين قد يؤدي إلى بطلان الحكم التحكيمي.

ويتوجب علينا أن نفرق ونميز بين اختيار الأطراف للائحة مركز تحكيم لتنظم إجراءات خصومتهم، وعن اختيار الأطراف التحكيم لدى أحد مراكز التحكيم الدائمة، فأهم ما يميز هذا الأخير هو وضع الخصومة بين يدي المركز التحكيمي ليتم الفصل فيها وفقا للائحته التنظيمية وهذا ما يطلق عليه التحكيم المنظم أو المؤسساتي، أما اختيار لائحة مركز لتحكم تنظيم الإجراءات فهو يعتبر تحكيمًا حرًا لكن إجراءاته تخضع للضوابط الإجرائية التي تحتويها لائحة مركز التحكيم المختار من جانب الأطراف.[3]

الفرع الثالث:

تحديد الأطراف للقانون الإجرائي بالاستناد إلى قانون إجرائي وطني.

كما سبق وأشرنا، فإن لأطراف اتفاق التحكيم مطلق الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات التي تنظم سير خصومته، وذلك بصياغتهم المباشرة وبأنفسهم لهذه

---

[1] خالد محمد القاضي، **موسوعة التحكيم التجاري الدولي**، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص252.

[2] سعاد بعزيزي وسامية بكوش، **(مظاهر سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي)**، مذكرة ماستر، تخصص القانون العام للأعمال، فرع القانون العام، كلية الحقوق والعلوم سياسية، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، السنة الجامعية 2015/2014، ص61.

[3] خالد إبراهيم التلاحمة، **القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي**، جهينة، عمان، 2006، ص32.

القواعد الإجرائية، أو بالاستعانة بلائحة من لوائح مراكز وهيئات التحكيم الدائمة، بحيث يُخضعون تنظيم وسير إجراءات منازعاتهم التحكيمية إلى قواعد لائحة مركز تحكيمي دائم، كما أن لهم خيار آخر غير الطريقتين السابقتين، وذلك بإحالة وإخضاع إجراءات الدعوى التحكيمية إلى قانون إجرائي وطني معين، وهذا ما يستخلص من نص المادة 1/1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والتي تنص على أنه: " يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو الاستناد إلى نظام التحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم."[1]

ومن نص المادة يظهر جليًا أن المشرع الجزائري يقر صراحة بحرية الأطراف في اختيار قانون إجرائي وطني لينظم إجراءات التحكيم.

فلا مجال للشك في حرية الأطراف في اختيار قانون أجنبي معين كلما تعلق الأمر بالتحكيم في علاقة قانونية تتم في الخارج، وذلك لارتباط التحكيم بأكثر من نظام قانوني ارتباطًا يمكن أن يكون مناطًا لتطبيق القواعد الإجرائية فيه.[2]

وعلى خلاف الصياغة الاتفاقية للقواعد الإجرائية من قبل الأطراف والتي تعتبر غير مألوفة، نجد أن معظم الاتفاقات التحكيمية تضم نصوصًا تقضي باختيار قانون معين ليحكم تلك الإجراءات دون الدخول في التفاصيل.[3]

ولكون التحكيم تتخلله جملة من الإجراءات لما تتمتع به من أهمية، فإن تسييرها أو تعقيدها من شأنه أن يؤثر إلى حد كبير إلى رسم معالم التحكيم وتحديد مستقبله في مجال

---

[1] المادة 1043 من القانون رقم 08-09، المتضمن لـ: **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، المرجع السابق.

[2] دنيا زاد بلغول، **(سلطات المحكم في التحكيم التجاري الدولي -دراسة في القانون الجزائري والقانون النموذجي للأمم المتحدة)**، مذكرة ماستر، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، السنة الجامعية 2013/2012، ص11.

[3] جلال الدين براهمي و فارس بومحراث، المرجع السابق، ص54.

العلاقات الدولية، كما أن عدم صحة هذه الإجراءات يمر عليها التحكيم غالبًا ما تكون سببًا لرفض حكم التحكيم، وهو ما يفقد قيمته وأهميته.[1]

لذلك على الأطراف انتقاء القانون الأنسب والملائم لسير خصومتهم وأن يتجنبوا القوانين الإجرائية التي يصعب تطبيقها في الميدان.[2]

من خلال ما سبق يمكن القول أن المشرع الجزائري وطبقًا لنص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وضع ثلاث خيارات للأطراف المتنازعة لاختيار القانون الإجرائي الملائم لهم، وهذا إقرار واضح وصريح من المشرع الجزائري لمبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون والقواعد الإجرائية كما استبعد الإحالة للقواعد الإجرائية لقانون مقر التحكيم على غرار بعض التشريعات الوطنية والدولية، والملاحظ كذلك أن المشرع أغفل وضع بعض القيود على الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة التحكيمية، مما قد يؤدي إلى المساس بالمبادئ الإجرائية الأساسية المتعارف عليها، وأهمها مبدأ احترام حقوق الدفاع ومبدأ المساواة بين الأطراف، وتهيئة الفرص المتكافئة لكل طرف لعرض قضيته ومبدأ الوجاهية بين الأطراف، وعليه يجب أن لا يكون هناك مساس بالمبادئ الأساسية في الإجراءات.[3]

المطلب الثاني:

موقف القوانين الوضعية من خضوع القانون الإجرائي لقانون الإرادة.

مما لا شك فيه أن التحكيم كنظام قضائي، يحضى بالإقرار والاعتراف به من كافة الأنظمة القانونية الأساسية المعروفة على مر العصور وهو أيضًا محل للاعتراف به من كافة الأنظمة القانونية الوضعية الوطنية سواءً كانت أنظمة متعلقة بالدول المتقدمة أو الدول النامية.[4]

---

[1] أشرف عبد العليم الرفاعي، **النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص.ص 1، 2.

[2] سليم بشير، المرجع السابق، ص116.

[3] ربيعة قبايلي، المرجع السابق، ص43.

[4] حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص5.

وبما أن التحكيم يرتكز على أساسيين هما إرادة الخصوم، وإقرار المشرع لهذه الإرادة،[1] بالتالي فإن هذه الإرادة تلعب دورًا هامًا في تحديد القواعد التي تحكم سير إجراءات التحكيم كما ذكرنا سابقًا.

ولقد ساد مبدأ خضوع القانون الإجرائي لمبدأ سلطان الإرادة في كل التشريعات الوطنية (الفرع الأول) والاتفاقيات الدولية (الفرع الثاني)، وهذا ما سنقوم بتوضيحه في هذا المطلب.

الفرع الثاني:

موقف التشريعات الوطنية.

أجاز المشرعون لأطراف التحكيم إمكانية تحديد القواعد الإجرائية والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وهذا يعتبر بمثابة اعتراف بمبدأ سلطان الإرادة على جميع جوانب اتفاق التحكيم بصفة عامة وعلى إجراءات التحكيم خاصة، وفي هذا الصدد سنتطرق لبعض نصوص التشريعات الوطنية على اختلاف أنواعها:

أولا- موقف المشرع المصري:

نص المشرع المصري في قانون التحكيم رقم 27 وفي المادة 25 منه على أنه: " لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر أو خارجها"[2]

يظهر جليا من نص المادة أن المشرع المصري أخذ بالاتجاهات الحديثة التي تعلي من شأن سلطان الإرادة، فلم يُخضع الإجراءات للقانون الداخلي لمصر.

كما خول الأطراف إمكانية وضع القواعد الإجرائية التي تلزم هيئة التحكيم بإعمالها في تسيير الخصومة، فباستطاعة الأطراف أن يصيغوا هذه الإجراءات في نصوص سواءً من ابتكارهم، لتشمل كل أو بعض الإجراءات، كما بإمكانهم إخضاع هذه الإجراءات لقانون أجنبي،

---

[1] أحمد أبو الوفا، **عقد التحكيم وإجراءاته**، دار المطوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص16.

[2] المادة 25 من قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994، المؤرخ في 18 أفريل 1994، المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 09 لسنة 1997، المؤرخ في 13 ماي 1997.

أو بإخضاعه للائحة مركز تحكيم دائم، أو يمزجوا بين القواعد الإجرائية فيجرون نوعًا من الانتقاء من مصادر متعددة، ويضعون لائحة تسير هيئة التحكيم وفقًا لأحكامها.[1]

ثانيا- موقف المشرع الأردني:

سار المشرع الأردني على نهج المشرع المصري في تكريس مبدأ حرية الأطراف في تحديد الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم للفصل في الخصومة التحكيمية، حيث نصت المادة (24/أ) من قانون التحكيم الأردني على أنه: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد المتبعة في أي مؤسسة أو مركز تحكيم بالمملكة أو خارجها."

ويلاحظ من نص المادة أن المشرع الأردني ربط إجراءات التحكيم بالقواعد التي يختارها ويتفق عليها أطراف التحكيم في المقام الأول مع الإقرار لهم بالحرية التامة في تحديد هذه القواعد الإجرائية، حيث سمح لهم أن يضعوا بأنفسهم في اتفاق التحكيم القواعد الإجرائية التي تضبط سير الخصومة التحكيمية، وأن يخضعوا هذه الإجراءات لقانون وطني معين، كما بإمكانهم إحالة هذه الإجراءات وفقًا للقواعد النافذة للائحة مركزًا ومؤسسة تحكيم داخل المملكة أو خارجها، مثل قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، أو لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة.

ويلاحظ أن المشرع الأردني والمصري قد أخذا من مصدر واحد وهو قانون التحكيم النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية لسنة 1985.[2]

ثالثا- موقف المشرع الفرنسي:

كرس المشرع الفرنسي حرية الأطراف في تحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وذلك من خلال نص المادة 1/1509 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتي يظهر من خلالها تكريس مبدأ حرية إرادة الأطراف في تحديد القانون الإجرائي الواجب

---

[1] محمود مختار أبو أحمد بريري، **التحكيم التجاري الدولي**، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص95.

[2] معين عمر المومني، "**هيئة التحكيم ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة بين قانون التحكيم الأردني والمصري والفرنسي والإنجليزي)**، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل الأبحاث العلمي، العدد 19، نوفمبر2017، ص ص. 20، 21.

التطبيق على الخصومة التحكيمية، بحيث خول للأطراف ثلاث طرق لتحديد القواعد الإجرائية من قبل الأطراف، وهي وضع قواعد إجرائية مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيم معين أو بالإحالة إلى قانون إجرائي وطني.[1]

ثالثا- موقف المشرع الإنجليزي:

أعطى قانون التحكيم الإنجليزي أطراف التحكيم المتنازعة الحرية الكاملة في الاتفاق على ما يشاؤون من إجراءات والتي تلتزم هيئة التحكيم بإتباعها عند البدأ في الخصومة (المادة 15 و16 و23 و34) ولقد نصت المادة 02/68/ج ببطلان حكم التحكيم القواعد الإجرائية التي اتفق الأطراف على تطبيقها في الخصومة التحكيمية.

كما أعطى المشرع الإنجليزي القاضي الحق في إرجاع حكم التحكيم أو جزء منه إلى هيئة التحكيم في حالة وجود مخالفة جوهرية في الإجراءات، كما له أن يبطل جزء منه أو يبطله بالكامل، ويمكنه رفض منحه الصيغة التنفيذية للحكم بالكامل أو بجزء منه، وهذا وفقا لنص المادة (03/68/أ،ب،ج) من قانون التحكيم الإنجليزي.[2]

الفرع الثالث:

موقف الاتفاقيات الدولية.

بغرض تسليط الضوء على موقف الاتفاقيات الدولية من مبدأ خضوع القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي لإرادة الأطراف، سوف نتعرض لأهم هذه الاتفاقيات، وعلى النحو الآتي.

[1] حكيمة أمهاني، **(القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي)**، مذكرة ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم سياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014، ص108.

[2] معين عمر المومني، المرجع السابق، ص.ص، 24،25.

أولا- بروتوكول جنيف الخاص بالتحكيم لعام 1923:

نصت المادة الثانية منه على أنه: "إجراءات التحكيم بما في ذلك تشكيل هيئة تحدد بإرادة الأطراف وبقانون البلد الذي يجري على إقليمه التحكيم"

يظهر لنا من خلال النص أن التطبيق الحرفي له يعني تطبيق كل من قانون الإرادة وقانون مقر التحكيم على الإجراءات وذلك بدلالة حرف العطف (و)، ولكن هذا الرأي لم يلق تأييد من الأغلبية في الفقه والقضاء، حيث أن الغالبية تميل إلى إعطاء الحرية الكاملة لإرادة الأطراف، أما قانون مكان التحكيم فيكون دوره احتياطيا.[1]

ثانيا- اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها لعام 1958:

ورد في الفقرة (1/د) من المادة الخامسة من الاتفاقية على أنه: " للقاضي الذي يطلب منه الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي أن يرفض الاعتراف وتنفيذ الأطراف، أو مع قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم أو الإجراءات الواجب إتباعها في عملية التحكيم".

من خلال هذا النص يتضح لنا أن اتفاقية نيويورك منحت بصراحة الأولوية لقانون الإرادة في تحديد القانون والقواعد الإجرائية الواجبة لتطبيق على إجراءات التحكيم دون سواه، وأن مكان التحكيم لا يطبق إلا في حالة عدم اتفاق الأطراف.

ثالثا- الاتفاقية الأوروبية (اتفاقية جنيف) لعام 1961.

لم تكتفي الاتفاقية الأوروبية بالسير على نفس الخط الذي سارت عليه اتفاقية نيويورك، بل ذهبت إلى أبعد من ذلك حيث أكدت على حرية الأطراف في تحديد قواعد الإجراءات التي يسير على هداها المحكمون، وعالجت هذا الموضوع في المادة الرابعة منها، كما أكدت أيضا على حرية الأطراف في اختيار نوع التحكيم ونصت في الفقرة (1/أ) من المادة المذكورة على

[1] طارق كاظم عجيل، "**النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي**"، مجلة المنصور، المؤتمر العلمي العاشر، كلية القانون، جامعة ذي قار، العدد 14، الجزء الثاني، العراق، أكتوبر 2009، ص53.

أنه: "في حالة اختيار الأطراف إحدى مؤسسات التحكيم فإن إجراءات التحكيم تجري طبقًا لقواعد تلك المؤسسة"[1]

كما نستشف من نص المادة أعلاه أن الاتفاقية الأوروبية ميزت في مسألة القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم بين التحكيم الخاص والتحكيم المؤسساتي ، فأخضعت إجراءات التحكيم الخاص لإرادة الأطراف وفي حالة غيابها منحت صلاحية تحديدها للمحكمين، بينما أخضعت إجراءات التحكيم المؤسساتي المنظم وفقًا لمركز تحكيمي دائم للائحة ذلك المركز فحسب.[2]

رابعا- قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985:

نصت المادة 19 (الفصل الخامس) على ما يلي (1...يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها...2- فإن لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم... أن تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة...).

يظهر جليا إقرار قانون اليونيسترال النموذجي بالحرية المطلقة لطرفي التحكيم في اختيار وتحديد القواعد الإجرائية التي تنظم وتحكم سير الخصومة والتي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها عند الفصل في النزاع، فعبارة "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم" تتسع لتشمل إمكانية وضع طرفي التحكيم قواعد إجرائية سواءً بابتكارها، أو استخلاصها من قانون إجرائي وطني، أو انتقائها من بين عدة قوانين إجرائية وطنية ودمجها في اتفاق التحكيم، ويجب عدم تفسير عبارة النص على أنها تخص وتحصر الاتفاق على الإجراءات في نطاق ضيق والذي هو اختيار قانون إجرائي من بين القوانين الوطنية.[3]

[1] فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص167.

[2] طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص53.

[3] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص284.

المبحث الثاني:

تولي هيئة التحكيم تحديد القانون الإجرائي.

كما سبق وأن بينا، فقد أقرت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ، مبدأ حرية إرادة الأطراف في اختيار القواعد الإجرائية التي تتبعها هيئة التحكيم عند النظر في النزاع، وأخضعوا القانون الإجرائي الواجب التطبيق على الخصومة التحكيمية لقانون إرادة الأطراف في المقام الأول.

غير أن أطراف النزاع قد يغفلوا عن تحديد القانون أو القواعد الإجرائية التي تضبط سير الخصومة، إما بنسيان تلك المسائل الإجرائية ضنًا منهم بأن تلك المسألة هي من اختصاص هيئة التحكيم وليس لهم دخل فيها، وإما بتناسيهم الاتفاق على هذه المسألة مع وعيهم بأهميتها وحقيقتها لاسيما إن اختلفوا حولها ولم يكن بمقدورهم الاتفاق عليها، رغم تطرقهم إليها، وتقديرهم أن الهيئة التحكيمية هي الأجدر والأقدر على حسم كل ما يتصل بعملها، ولما تتطلبه هذه الصياغة من دراية وخبرة.[1]

وفي ظل غياب اتفاق الأطراف حول القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، فقد تحتم على محكمة التحكيم وضع القواعد الإجرائية التي تسير وفقها، جاء هذا الحل استثناءً واحتياطيًا حتى لا يفقد التحكيم فعاليته وجديته، وتفاديا لأي فراغ قانوني قد ينجم عن سكوت الأطراف على تحديد هذا القانون.[2]

حيث تتمتع الهيئة التحكيمية أثناء توليها القواعد الإجرائية بنفس الحرية التي كانت ممنوحة لأطراف التحكيم وهذا ما نصت عليه المادة 2/1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي ورد فيها بأنه: "إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادًا إلى قانون أو نظام تحكيم."[3]

---

[1] عصام عبد الفتاح مطر، **التحكيم الإلكتروني**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص433.

[2] محمد جارد، المرجع السابق، ص49.

[3] المادة 1043 من القانون رقم 08-09، المتضمن لـ: **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، المرجع السابق.

هذا الإقرار لهيئة التحكيم فيما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات قد يتجاوز دوره الاحتياطي –المتمثل في غياب اتفاق الأطراف عن تحديد القانون الإجرائي– حيث يمكن لهيئة التحكيم أن تستبعد القانون المختار رغم اتجاه الأطراف إلى تطبيقه على نزاعهم وذلك لعدم تناسبه أو لتصادم قانون الإرادة مع فكرة النظام العام الإجرائي.[1]

وحتى في حالة اللجوء إلى التحكيم المؤسسي فإنه بإمكان المحكمين تقرير قواعد الإجراءات التي يرونها مناسبة لسير التحكيم، وفي هذا الصدد يذكر « Fouchard » أن أكثر من خمسين مؤسسة من المؤسسات التحكيمية تسمح للمحكمين أن يكملوا قواعدهم الخاصة بإجراء التحكيم.[2]

وفي ظل الحرية الممنوحة لهيئة التحكيم في تحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق على الخصومة التحكيمية، سنتطرق في هذا العنصر إلى الطرق التي تتبعها هيئة التحكيم عند تحديدها للقواعد الإجرائية (المطلب الأول)، وسنذكر أهم القيود التي يتحتم على محكمة التحكيم مراعاتها وهي بصدد تحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

طرق تحديد القانون الإجرائي من قبل الهيئة التحكيمية.

أكدت التطبيقات العملية أنه نادرًا ما يقوم أطراف التحكيم بوضع القواعد الإجرائية، على منازعاتهم رغم إقرار القانون لهم بهذا الحق، فتتولى بذلك هيئة التحكيم نيابة عنهم، ويعود ذلك لعدة أسباب من بينها:

- أنه كثيرًا ما تثار القانون الإجرائي الواجب التطبيق على الخصومة التحكيمية بعد نشوب النزاع في ظل عدم اتفاق الأطراف على هذه القواعد الإجرائية في عقد التحكيم شرطًا كان أم مشارطة.

[1] دنيا زاد بلغول، المرجع السابق، ص41.

[2] فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص164.

- تخوف المحتكمين بسبب نقص خبرتهم الفنية أو انعدامها في مجال صياغة القواعد الإجرائية، ولجهلهم بأحكام القوانين والقواعد الإجرائية الآمرة أو المتعلقة بالنظام العام في دولة تنفيذ الحكم ما قد يسبب تصادم معها.
- صعوبة إلمام أطراف التحكيم بكل المسائل الإجرائية المستقبلية التي يثيرها النزاع.[1]

وفي هذه الحالة يكون لهيئة التحكيم دور إيجابي في تحديد القواعد الإجرائية التي تنظم سير الخصومة التي هي بصدد النظر فيها، وللهيئة التحكيمية في هذا الشأن أن تختار بنفسها القواعد الإجرائية التي تتناسب وموضوع النزاع.[2] فهي تتمتع بنفس الحرية الممنوحة لأطراف التحكيم.

وباستقرائنا للمادة 2/1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على أنه: "إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادًا إلى قانون أو نظام تحكيم."[3]

يمكن لمحكمة التحكيم أن تصوغ بنفسها ولنفسها القواعد الإجرائية التي ترى أنها الأنسب لموضوع النزاع (الفرع الأول)، ولها أن تقرر إتباع الإجراءات النافذة لقانون إجرائي لدولة من الدول (الفرع الثاني)، كما لها أن تقرر إتباع نظام إجرائي معتمد من طرف منظمة أو مركز من مراكز التحكيم الدائمة (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

صياغة هيئة التحكيم للقواعد الإجرائية مباشرة.

مما لا شك فيه أن أطراف النزاع التحكيمي عند اختيارهم للمحكم أو الهيئة التحكيمية يستندون في ذلك لجملة من الشروط أهمها الخبرة والكفاءة القانونية، بغية الخروج من العملية التحكيمية بحكم صحيح قابل للتنفيذ ودون تعرضه للبطلان، كما أن طبيعة النزاع هي التي توجه الأطراف نحو اختيارهم محكم كفء قادر على العملية التحكيمية بمهارة خاصة عندما

[1] دنيا زاد بلغول، المرجع السابق، ص13.

[2] محمد جارد، المرجع السابق، ص49.

[3] المادة 1043 من القانون رقم 08-09 ، المتضمن لـ: **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، المرجع السابق.

يثير النزاع مسائل تتطلب درجة عالية من التخصص وبالتالي يختار الأطراف المحكم المناسب والذي غالبًا ما يكون محامي إذا ما كان النزاع يثير مسائل قانونية، أو شخص غير قانوني إذا كان موضوع النزاع يثير مسائل تتطلب كفاءة فنية أو مهنية مختلفة.[1]

وتبرز أهمية هذه الخبرة والكفاءة لدى هيئة التحكيم عند غياب اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، أو عند تفويضها من قبل أطراف النزاع، فتتولى بذلك هيئة التحكيم مهمة تحديد القواعد الإجرائية التي ترى أنها الأنسب لموضوع النزاع.

وهيئة التحكيم وهي بصدد هذه المهمة تتمتع بما يتمتع به الخصوم من حرية وإمكانيات بشأن هذه القواعد الإجرائية[2]، فلها أن تضع قواعد إجرائية من ذاتها والتي ترى أنها الأنسب لموضوع النزاع بحكم خبرتها، كما لها أن تنتقي هذه القواعد من عدة قوانين إجرائية لدول أجنبية، وكذلك بإمكانها أن تختار القواعد الإجرائية من بين مجموعة القوانين الوطنية ولوائح مراكز التحكيم الإقليمية أو الدولية بحيث تكون مزيجا منها جميعًا، وذلك بغيت الوصول إلى إجراءات سريعة بعيدة عن التعقيد ولتسهيل مهمتها في الفصل في النزاع.

وإذا كان التحكيم يجري أمام مركز من مراكز التحكيم الدائمة وسكتت لائحة المركز واتفاق الأطراف عن تنظيم بعض المسائل الإجرائية يكون لهيئة التحكيم عادة سلطة تكملة اتفاق الأطراف وترتكز هذه السلطة إلى الطبيعة القضائية لمهمة التحكيم ويتقيد المحكم عند رسم القواعد الإجرائية في هذه الحالة بالمساواة بين الأطراف وبمعقولية الإجراءات بحيث تكفل لكل طرف الوصول فرصة كاملة لعرض قضيته،[3] وهذا ما أقرع=هـ مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج.

والمحكم عند اختياره لقواعد لا يتقيد أساسا بالإجراءات المعمول بها أمام القضاة في المحاكم الوطنية ولا بأشكالها ولا بمواعيدها، وهذه السلطة التي يتمتع بها المحكم تعد أحد مزايا التحكيم والتي يختلف فيها عن النهج الإجرائي المحدد وغير المرن الذي يفرضه القانون الداخلي

---

[1] مسعودي أسماء، **(المحكم في خصومة التحكيم الدولي)**، مذكرة ماستر، تخصص علاقات دولية خاصة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، شعبة الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر،السنة الجامعية 2015/2014، ص21.

[2] خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص259.

[3] محمود حسين بشايرة، **تسوية المنازعات وفق آلية مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية**، دار القرار، مملكة البحرين، 2015، ص154.

على القاضي الوطني، وهذه المرونة التي يتمتع بها التحكيم جاءت لتعطي المحكم الحرية في اختيار وتحديد قواعد إجرائية خاصة تستجيب لضرورات كل نزاع.[1]

والمشرع الجزائري لما منح هذه الحرية لهيئة التحكيم في تحديد القواعد الإجرائية لم يكن قراره اعتباطيا ولكنه سار على نهج معظم التشريعات والأنظمة الدولية والتي كانت السباقة لذلك كالمشرع الفرنسي الذي عالج هذه المسألة في المادة 3/1494 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1981.

كذلك الأمر بالنسبة لقواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي في المادة 15 والتي نصت على أنه: "لهيئة التحكيم ممارسة التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة شريطة أن تعامل الطرفين على قدم المساواة وأن تهيئ لكل منهما في جميع مراحل الإجراءات فرصة كاملة لعرض قضيته."[2]

ونصت المادة 19 من قانون اليونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه: "مع مراعاة أحكام هذا القانون يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم، فإن لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق، كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة" [3]

لكن تولي هيئة التحكيم مهمة تحديد الإجراءات، قد يترتب عليه نتائج غير عادلة للطرفين، إما لعدم عدالة الإجراء في حد ذاته، أو لاستغلال المحكم وضع القواعد الإجرائية وفقا لما يراه مناسبًا، على نحو قد يخالف توقعات أطراف النزاع، لذا يتعين على المحكم دائمًا، إعلام الأطراف بالقواعد التي ينوي إتباعها، قبل بدء الإجراءات بمدة تسمح لهم بمناقشة أو تبديل هذه القواعد، وإخطارهم بأية تعديلات قد تتطلبها الحاجة عند السير في الخصومة لحسن سير الإجراءات.[4]

---

[1] علي كاظم الرفيعي، "**سلطات المحكم التجاري الدولي**"، مجلة العلوم القانونية، المجلد 25، العدد1، جامعة بغداد، العراق، ص67.

[2] سليم بشير، المرجع السابق، ص118.

[3] المادة 19 من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، لعام 1985.

[4] معين عمر المومني، المرجع السابق، ص31.

الفرع الثاني:

تحديد هيئة التحكيم للقانون الإجرائي بالاستناد إلى قانون إجرائي وطني.

إذا لجأت هيئة التحكيم إلى اختيار نظام إجرائي ينتمي إلى دولة معينة من الدول، فيتوجب عليها اختيار قانون إجرائي، له صلة وثيقة بالنزاع المعروض عليها، على نحو لا يخل بتوقعات الأطراف المشروعة، فيكون نظام تكون أحكامه أكثر ملائمة لطبيعة النزاع، وعلى نقيض ذلك لا يكون لها أن تختار قانون إجرائي لا تربطه صلة بالنزاع ما قد يؤثر سلبا على سير إجراءات الخصومة، وقد تتعارض القوانين التي تربطها صلة بالنزاع فيفضل في هذه الحالة أن تسبب اختيارها لقانون معين دون القوانين الأخرى.[1]

فقد تلجأ محكمة التحكيم لتطبيق قانون الإجراءات للدولة التي يجري فيها التحكيم أو ما يطلق عليها اسم قانون مقر التحكيم وهذا في ظل غياب اتفاق أطراف التحكيم عند تحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق، فقد لقي هذا الاتجاه قبولًا واسعًا في الاتفاقيات الدولية وكذا التشريعات الوطنية.[2]

حيث جاء في اتفاقية نيويورك لعام 1958 في الفقرة "د" من المادة الخامسة مايلي: "للقاضي الذي يطلب منه الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي، أن يرفض الاعتراف وتنفيذ القرار المذكور، إذا كان تشكيل هيئة التحكيم لا تتطابق مع اتفاق الأطراف، أو مع قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم أو الإجراءات الواجب إتباعها في عملية التحكيم."[3]

يتضح من خلال نص الفقرة أنه في حالة عدم وجود اتفاق صريح على القانون الذي يطبق على الإجراءات من قبل الأطراف تطبق هيئة التحكيم قانون مقر التحكيم أو لتكملة القواعد المتفق عليها من قبلهم في حالة وجود نقص فيها.

ويستند أنصار الاتجاه المؤيد لتطبيق قانون مقر التحكيم من قبل محكمة التحكيم في حال غياب اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري على دعائم يمكن استخلاصها من التطور التاريخي لهذا الاتجاه وهي:

---

[1] المرجع نفسه، ص.ص، 33، 34.

[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص251.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، **قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي** ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ص590.

من ناحية، أنه لا يؤتي التحكيم ثماره من اتفاق التحكيم وحده، بل لابد من هذا الاتفاق أن يتجسد على أرض الواقع، وهذا لا يتحقق إلا في بلد مكان التحكيم والذي يجري فيه التحكيم وفق ما تقرره قوانينه وإلا بقي حبر على ورق

ومن ناحية ثانية، فإن تطبيق قانون مقر التحكيم، ليس فيه أية مفاجأة لأطرافه، فليس من الغريب تطبيق قانون هذا البلد الذي اتجهت إرادتهم لإجراء التحكيم فيه

ومن ناحية ثالثة، فإنه لا يمكن إنكار الروابط العضوية بين التحكيم والبلد الذي يجري فيه، حيث أن محاكم دولة مقر التحكيم تتدخل في بداية العملية التحكيمية للمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم عند إخفاق الأطراف في ذلك، أو تتدخل لأمر باتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية تقضيها طبيعة النزاع، وغيرها من الأمور المخول لها بقيامها.[1]

وأخيرا، فإن إخضاع إجراءات التحكيم لقواعد دولة مقر التحكيم يتماشى مع قاعدة التنازع المعروفة في كل النظم القانونية بشأن مسائل الإجراءات.

كما لهيئة التحكيم وعند سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، أن تطبق القانون الإجرائي للدولة التي يطبق قانونها على موضوع النزاع، أي يخضعونها لنفس قانون النزاع، والهدف هنا هو تجميع وتوحيد النظام القانوني المطبق على العلاقات بين الطرفين، وكذلك لاجتناب حدوث أي تنازع في القوانين،[2] حسب ما جاءت به اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي في المادة 1/21 والتي نصت على: " تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الأطراف صراحة أو ضمنا، إن وجد، وإلا وفق أحكام القانون الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع على أن يراعي قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة"[3]

---

[1] المرجع نفسه، ص،ص584،585.

[2] رقية ميدون، **(إجراءات التحكيم التجاري الدولي)**، مذكرة ماستر، تخصص علاقات دولية خاصة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2014-2015، ص45.

[3] المادة 21 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي التي وافق عليها مجلس الوزراء العرب بقرار رقم 80 المؤرخ في 1987/04/14، والمعدلة بموجب قرار رقم 162 المؤرخ في 1992/04/22.

ويقصد بموضوع النزاع، الادعاءات المتصلة بالحق أو المركز القانوني الناشئ عن العلاقة القانونية، العقدية وغير العقدية بين الأطراف، ومن ثم فإن القانون الذي يحكمه هو الذي يحكم الإجراءات ليطبق على كل من المسائل الإجرائية والموضوعية.

ويقصد بقانون الموضوع، القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم ذاته، بحيث يكون القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو الذي يحكم أيضا إجراءات التحكيم.[1]

ولكن ليس بالضرورة أن يطبق الأطراف على إجراءات القانون الواجب التطبيق على الموضوع فيمكن للأطراف الاتفاق على قانون إجرائي لبلد آخر غير قانون البلد الذي يطبق قانونه على موضوع النزاع، كما أن إخضاع القانون الإجرائي لقانون البلد الذي يطبق على موضوع النزاع يتطلب معرفة مسبقة لقانون موضوع النزاع، وذلك حتى يكون بالإمكان تطبيقه على إجراءات التحكيم، مع أنه لا يوجد ما يجبر الأطراف على تحديد القانون الذي يطبق على موضوع النزاع بل يجوز الاتفاق عليه في وقت لاحق عند الشروع في الإجراءات.[2]

ويرى جانب من الفقه أن هيئة التحكيم يمكنها إخضاع إجراءات التحكيم لقواعد القانون الدولي وهي تتمتع بكامل الحرية في ذلك، وبموجب هذه يكون المحكم متحررًا من كافة القيود التي تفرضها القوانين الداخلية عليه، ويجعله يتخلص من كافة الأمور الحساسة المتعلقة بالحصانة السيادية التي تشكل عوائق له خاصة إذا كان أحد أطراف النزاع دولة، كما يساهم تطبيق القانون الدولي على الجانب الإجرائي في إيجاد حلول لمشكلة النفاذ الدولي لأحكام تستلزم طبيعتها مساندة الأجهزة الرسمية التي يراد تنفيذ الحكم فيها.

وبالرغم من اعتراف الأطراف بحرية المحكم في اختيار أي قانون يحكم الإجراءات إلا أن هناك جانب من الفقه المعاصر لا يؤمن بإمكانية القانون الدولي العام ليحكم الجانب الإجرائي في الخصومة التحكيمية وبحسب رأي هذا الفقه تلك القواعد لا تكفي لتحكم منازعات القانون الدولي الخاص، إذ يجب أن تبقى المعاملات الاقتصادية والتجارية في إطار القانون الدولي الخاص ولو كان أحد أطرافه دولة، في حين تبقى قواعد القانون الدولي العام لتحكم العلاقات فيما بين الدول.[3]

---

[1] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص256.

[2] رقية ميدون، المرجع السابق، ص46.

[3] بعزيزي سعاد و بكوش سامية، المرجع السابق، ص76.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري وعلى غرار معظم التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية، عند إقراره بحرية محكمة التحكيم في اختيار قانون إجرائي معين، لم ينص صراحة على هذه الخيارات والتي تطرقنا إليها، لكن الواقع العملي للتحكيم يفرض ذلك، ويبقى الباب مفتوح أمام هيئة التحكيم في تحديد القانون الإجرائي الأنسب لسير الخصومة التحكيمية، حيث نصت المادة 02/1043 من قانون الإجراءات المدنية على "...أو استنادا إلى قانون...".[1]

الفرع الثالث:

تحديد هيئة التحكيم للقانون الإجرائي بالاستناد إلى لائحة نظام التحكيم.

قد لا تلجأ هيئة التحكيم إلى صياغة القواعد الإجرائية التي تضبط سير إجراءات الخصومة التحكيمية التي هي بصدد النظر فيها، وذلك لما قد تتطلبه من وقت طويل لصياغتها، وهذا ما يتعارض مع مميزات التحكيم والذي يمتاز بالسرعة في فض النزاع، أو قد يشترط ذلك الخصوم في اتفاق التحكيم.

كما قد تقدر هيئة التحكيم عدم ملائمة قانون مقر التحكيم وقانون الدولة التي يطبق قانونها على موضوع النزاع، أو أي قانون آخر قد تكون له القابلية لتنظيم الإجراءات في الخصومة التحكيمية المعروضة أمامها، فإنه يمكن لهيئة التحكيم أن تلجأ إلى تطبيق القواعد الإجرائية المنصوص عليها في أحد لوائح مراكز و مؤسسات التحكيم.[2]

وقد أقرت غالبية تشريعات التحكيم الحديثة بحرية هيئة التحكيم في اختيار قواعد أحد مراكز التحكيم ومؤسساته الدائمة لتنظيم سير إجراءات الخصومة المعروضة أمامها، فقد جاء في نص المادة 02/22 من قانون التحكيم السوري على أنه: "فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق

[1] تنص المادة 02/1043 على أنه: "إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادًا إلى قانون أو نظام تحكيم".

[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص257.

كان لهيئة التحكيم –مع مراعاة أحكام هذا القانون– أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة."[1]

فيستخلص من نص الفقرة أعلاه أن المشرع السوري أعطى الحرية لهيئة التحكيم في حال غياب اتفاق الأطراف لاختيار القانون أو القواعد التي تراها مناسبة لتطبق على الإجراءات بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات لقواعد لائحة أحد مراكز التحكيم ومؤسساته الدائمة.

وسار المشرع المصري على نفس المنهج، حيث نصت المادة 25 من قانون التحكيم المصري على أنه: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة."[2]

ونصت المادة 2/182 من القانون السويسري بشأن التحكيم الدولي الخاص على أنه: "إذا لم ينظم الأطراف الإجراءات التي تتولى محكمة التحكيم تحديدها حسب الحاجة سواء مباشرة أو باللجوء إلى قانون معين أو لائحة تحكيم." ونلاحظ أن المشرع السويسري نص بشكل صريح على حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات.[3]

ويلاحظ كذلك أن نص المادة أعلاه جاء مطابق لنص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث خول المشرعان هيئة التحكيم سلطة اختيار قواعد لائحة مركز أو مؤسسة تحكيمية لتنظم سير الإجراءات.

وبعد تطرقنا لموقف التشريعات الوطنية لإظهار مدى اعترافها بحرية المحكمين باللجوء إلى أنظمة التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، نستشف أن غالبيتها أقرت بهذه الحرية مما يدل على أن إرادة المحكم تعادل إرادة الأطراف في اللجوء إلى هذه الأنظمة لتحديد القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق.

---

[1] المادة 22 من القانون رقم 04، المتضمن قانون التحكيم السوري، أقره مجلس الشعب في جلسته المنعقدة في 2008/03/17، الصادر بتاريخ 2008/03/25.

[2] المادة 25 من قانون التحكيم المصري، المرجع السابق.

[3] معين عمر المومني، المرجع السابق، ص36.

كذلك نجد نص المادة 02/19 من قانون الاونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي قد جاء فيها: "فإن لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق، كان لهيئة التحكيم مع مراعاة هذا القانون أن تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة."[1]

يلاحظ من خلال نص المادة 02/19 من قانون اليونيسترال للتحكيم التجاري الدولي أنه منح هيئة التحكيم مطلق الحرية في تحديد القواعد الإجرائية التي تضبط سير خصومتها، ويلاحظ كذلك أن أغلب التشريعات الوطنية الخاصة بالتحكيم قد استشفت قوانينها من هذا القانون النموذجي.

ومن خلال تطرقنا لاهم الخيارات المتاحة لهيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، يمكن القول بأن جل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية أقرت بحرية محكم التحكيم في انتقاء القواعد الإجرائية التي تطبق على الخصومة التحكيمية سواء بصياغتها مباشرة من طرف محكمة التحكيم أو باستنادها لقانون معين أو بإخضاع هذه الإجراءات لواعد لائحة مركز تحكيم دائم.

المطلب الثاني:

القيود الواردة على هيئة التحكيم عند توليها تحديد القانون الإجرائي.

إنه لمن المتفق عليه أن لهيئة التحكيم نفس الحرية التي تتمتع بها أطراف الخصومة التحكيمية عندما تتولى مهمة تحديد إجراءات التحكيم عند عدم اتفاق الأطراف بشأنها أو لاتفاقهم على تفويضها القيام بذلك، فلها أن تضع القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة لظروف النزاع بنفسها ووفق سلطتها التقديرية، أو تنظيمها جملة عند اتصالها بالنزاع، أو أن تقرر إتباع الإجراءات النافذة في قانون إجرائي لدولة معينة، كما لها أن تقرر إتباع النظام الإجرائي المعتمد في لائحة منظمة معينة أو مركز من مراكز التحكيم الدائمة[2]، ولكن هناك قيود ترد على حرية هيئة التحكيم فيما يتعلق بتحديد إجراءات التحكيم وهي قيود عملية تترجمها اعتبارات قانونية يتعين على المحكم مراعاتها من أجل ضمان الفاعلية الدولية للحكم، والتي تتمثل في

[1] المادة 19 من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي،المرجع السابق.

[2] جمال محمود الكردي،المرجع السابق، ص، ص 92، 93.

عدم مخالفة حكم التحكيم الدولي للنظام العام الإجرائي، والمقصود بالنظام العام الإجرائي هو أن يكون حكم التحكيم محترما للضمانات الأساسية للمتقاضين، حيث أنها حق عالمي تتفق بشأنها كافة القوانين، وكافة المؤسسات التحكيمية عالمية كانت أم محلية، ويستوي الأمر على المحكم أن يرجع إلى كل من القانون المطبق على النزاع وقانون مكان التحكيم ومكان تنفيذ الحكم التحكيمي وكذا قانون مقر التحكيم لأنه في حالة تجاوز تلك القواعد الآمرة الواردة فيها يؤدي إلى بطلان الحكم التحكيمي.

وسنحاول في هذا المطلب أن نتناول أهم هذه الضمانات الأساسية للمتقاضي أو كما يطلق عليها كذلك اسم مبادئ التقاضي، إذ يقع على عاتق الهيئة التحكيمية الالتزام باحترام مبدأ حق الدفاع –الفرع الأول–، كما يستوجب على هيئة التحكيم احترام مبدأ المساواة بين الخصوم –الفرع الثاني– بالإضافة إلى ضرورة احترام مبدأ الوجاهية بين الخصوم –الفرع الثالث–، كما يتوجب عليها الالتزام بالحياد والاستقلال تجاه أطراف النزاع–الفرع الرابع–.

الفرع الأول:

احترام حق الدفاع

من القواعد الأساسية التي تحكم سير إجراءات التحكيم، احترام وضمان حق الدفاع لكل طرف من أطراف النزاع وبحرية تامة، وضرورة معاملة أطراف النزاع معاملة متساوية دون تفريق أو تمييز.

ويعتبر هذا القيد من أهم القيود التي لابد للمحكم أن يراعيها، والسبب في ذلك يعود إلى انه من الممكن الطعن بالحكم التحكيمي الصادر منه ورفض تنفيذه وبالتالي إبطاله إذا لم يراعي مثل هذا الواجب تجاه الخصوم.[1]

ويتمثل هذا المبدأ في ضرورة توجيه إعلان صحيح إلى كل طرف في النزاع للحضور، وتمكينه من شرح وجهة نظره وتفنيد إدعاء خصمه،[2] وذلك بأن يقدم كل طراف ما لديه من أدلة وأقوال وشهود، وهذا يعني أيضا إعطاء وقت كاف لجلب الشهود أو تبادل اللوائح أو لاستدعاء

---

[1] مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، **المحكم التجاري الدولي –دراسة مقارنة–**، المكتب الجامعي الحديث، دون بلد نشر، 2013، ص158.

[2] محمد علي بني مقداد، **الطريق القويم لاتفاق التحكيم – دراسة نظرية تطبيقية مقارنة–**، المكتب الجامعي، الأردن، 2013،. ص210.

الخبراء، وإلى غير ذلك من الأمور التي تجعل كل طرف في وضع يستطيع فيه أن يدافع عن ادعائه وبكافة الوسائل التي يمكن أن يقدمها إلى الهيئة القضائية، فيما لو كان النزاع قد عرض على القضاء، كذلك من الضروري أن تتم التبليغات بشكل أصولي بحيث يتمكن كل طرف في النزاع من التعرف على ما لديه من أدلة ودفوع.[1]

وليس معنى هذا أنه لا يجوز إصدار قرار التحكيم إلا بعد سماع أقوال كل خصم على حدة، وإنما المقصود هو إتاحة الفرصة لكل خصم لتقديم دفاعه، فإذا لم يشأ استعمال هذا الحق أو أصر على الامتناع عن الحضور دون عذر مقبول بغية عرقلة الإجراءات، فلا مانع على المحكم أن يصدر القرار دون سماع أقواله أو غيبته.

ولهذا يتعين على المحكم أن يكون حريصا فلا يصدر قرار التحكيم إلا بعد أن يتأكد من صحة الإعلان وتفاهة الأعذار التي يقدمها من غاب من الخصوم.[2]

ويرى الفقه أنه حتى ولو لم يتفق الخصوم على وجوب إتباع المحكم لقواعد الخصومة القضائية فإنه من المسلم –بحكم وظيفة التحكيم كبديل عن القضاء– وجوب مراعاة المحكم للضمانات الأساسية للتقاضي في إجراءات الخصومة والتي من أهمها مبدأ احترام حقوق الدفاع، حيث أنه ورغم إعفاء المحكم من التقيد بإجراءات المرافعات ولا يحاسب بما يحاسب به القضاة في هذا الصدد إلا أنه ملزم باحترام الأصول العامة في قانون المرافعاة وحماية حقوق الدفاع، ويتبنى كل ذلك أن حكم التحكيم يبطل كلما كان مشوبا بالإخلال بحقوق الدفاع ويجوز طلب إبطاله بدعوى البطلان الأصلية.[3]

ولأهمية هذا الموضوع أشارت الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم إلى هذا المبدأ، حيث نصت اتفاقية جنيف لعام 1927 في الفقرة –ب– من المادة الثانية، على رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذ تبين للقاضي أن الطرف الذي صدر ضده لم يبلغ خلال وقت ملائم بإجراءات التحكيم لكي يتمكن من تقديم دفاعه.

وكذلك نصت كل من اتفاقية نيويورك لعام 1958 في المادة الخامسة الفقرة –ب– والاتفاقية الأوروبية لعام 1961 في المادة التاسعة الفقرة 1/أ على جواز عدم الاعتراف وعد

---

[1] فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 171.

[2] محمد علي بني مقداد، المرجع السابق، ص210.

[3] حسني المصري، **التحكيم التجاري الدولي –دراسة مقارنة–** دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص260.

تنفيذ حكم التحكيم في حالة عدم احترام حق الدفاع للطرف الذي صدر الحكم ضده، وأوردت أمثلة على ذلك مثل عدم معرفته بتعيين المحكم أو عدم إبلاغه بالإجراءات، أو عدم إجراءات التبليغات بشكل أصولي و أن ن صدر الحكم ضده لم يتمكن من تقديم أدلته.

وهذه الأمثلة لم ترد على سبيل الحصر فكل ما يمس حق الدفاع والمساواة بين أطراف النزاع يشكل سببا للطعن في حكم التحكيم.

يتضح مما سبق أن احترام مبدأ حق الدفاع لكل طرف من أطراف النزاع، ومعاملة كل واحد منهم على قدم المساواة مبدأ معترف به دوليا، وفي حالة عدم احترامه يمكن أن يكون سببا في إبطال حكم التحكيم، وعليه يتوجب على المحكمين مراعاة هذا المبدأ عند السير في إجراءات التحكيم ذلك لأن هذا المبدأ يضمن لأطراف النزاع الحرية الكاملة بتقديم كل ما بحوزتهم من أدلة ومستندات وشرح كامل لوجهة نظرها في إدعاءات خصمهم، ويدل ذلك على قيام المحكم بممارسة عمله بشكل مخلص وعادل.[1]

الفرع الثاني:

احترام مبدأ المساواة بين الخصوم.

إن من أهم المبادئ التي حث عليها الدين والقانون والقضاء هو مبدأ المساواة فهو ميزة من مميزات العدل، ولنجاح أي حكم قضائي لابد أن يكون مؤسس على لبنات أهمها المساواة، سواء كانت صورته قضاء أو تحكيما على حد سواء.[2]

حيث يقتضي هذا المبدأ إتاحة فرصة متكافئة للخصوم، في الدفاع، ويضمن لكل خصم إمكانية العلم بكل ما هو ضروري لنجاح دعواه أو دفاعه، ومن تطبيقات هذا المبدأ أنه لا يجوز الإذن لأحد الخصمين بتوكيل محام وحرمان الآخر من هذا الحق، وبالمثل يخل المحكم بالمساواة بين الخصمين إذا أذن لأحدهما بالحضور أمامه في غياب الآخر، أو إذا أجرى مع أحدهما اتصالات شخصية في ظروف يمكن أن يظن معها أنهما تحادث في موضوع النزاع في غياب الخصم الآخر.[3]

---

[1] فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص، ص 171، 173.

[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص279.

[3] محمد علي بني مقداد، المرجع السابق، ص241.

ونجد أن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي أعدته اللجنة التابعة للأمم المتحدة والذي يعرف بقانون الاونيسترال، قد كرس هذا المبدأ في نص المادة 18 والتي نصت على أنه: "يجب أن يعامل الطرفان على قدم المساواة وأن تهيأ لكل منهما الفرصة لكاملة لعرض قضيته" ، فيلاحظ من نص المادة أن المحكم ملزم بأن يعامل الطرفان على قدم المساواة كما يتوجب عليه إعطاء الفرصة الكاملة لأطراف النزاع لعرض قضيته، وإلا قد يتعرض الحكم الصادر في النزاع إلى البطلان وعد التنفيذ.[1]

ويعتبر هذا المبدأ مسلما في القانون الفرنسي والكويتي دون وجود نص خاص بشأنه، كما أن إعماله في مصر لا يحتاج إلى نص خاص، مع ذلك عني به قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، إذ جسد في المادة 26 منه التي تنص على أن: "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه" وعلى ذلك يكون حكم التحكيم باطلًا دون تمكين الطرفين من إبداء دفاعه لأي سبب لا يرجع إليه.[2]

وبالنسبة للمشرع الجزائري لم ينص على هذا المبدأ صراحة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإنما سكت عن الإشارة إليه، لكن يفهم من نص المادة 1051 منه على أن لا يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا كان مخالف للنظام العام، كما أضافت المادة 1055 من نفس القانون على أنه لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في حالات ومن بينها عدم مراعاة مبدأ الوجاهية بين الخصوم والذي يعتبر من مبادئ التقاضي مثله مثل مبدأ المساواة وبالتالي فإن الإخلال بهذا الأخير قد يعرض حكم التحكيم لعدم الاعتراف به وعدم تنفيذه.

كما أن مبدأ المساواة يفرض احترامه على أطراف النزاع كذلك حيث لا يجوز لأي طرف أن يتخذ من جانب واحد أي عمل من شأنه أن يمس مبدأ المساواة بين الطرفين أو من شأنه أن يؤثر على نتيجة التحكيم.[3]

---

[1] وائل أنور بندق، **موسوعة التحكيم والاتفاقيات الدولية وقوانين الدول العربية**، الطبعة الثانية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص25.

[2] حسني المصري، المرجع السابق، ص.ص ، 260، 261.

[3] فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص173.

ومما سبق يظهر أن مبدأ المساواة بين الخصوم هو مبدأ مستقر ويعترف به، وفي حالة عدم احترامه يكون حكم التحكيم معرض للبطلان، فعلى المحكم مراعاة هذا المبدأ عند السير في إجراءات التحكيم، حيث يضمن لكل طرف تقديم ما يرغب من أدلة ومستندات وأن يشرح وجهة نظره، مما يؤدي إلى سير الخصومة التحكيمية بالشكل السليم.[1]

الفرع الثالث:

احترام مبدأ المواجهة

يقصد به حق كل طرف في لخصومة التحكيمية أن يكون على علم أو أن يعلم بما لدى الخصم الآخر من وسائل دفاع في وقت ملائم ويمنح المهل اللازمة لاستعداد وسماع وجهات نظره وتحقيقها، كما يتضمن هذا المبدأ حق كل خصم في التعرف في وقت مناسب على الوقائع التي يسند عليها خصمه واثبات دفاعه ومنحه المهل والآجال اللازمة لذلك.[2]

وأقرت معظم تشريعات التحكيم الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح مراكز ومؤسسات التحكيم على ضرورة احترام مبدأ المواجهة، وإلا تعرض الحكم للطعن بالبطلان.

فقد جاء قانون التحكيم المصري مؤكد على هذا المبدأ في المادة 31 والتي تنص على أنه: "ترسل صورة مما يقدمه احد الطرفين إلى هيئة التحكيم من مذكرات أو مستندات أو أوراق أخرى إلى الطرف الآخرين وكذلك ترسل إلى كل من الطرفين صورة من مذكرات أو مستندات أو أوراق أخرى، وكذلك ترسل إلى كل الطرفين صورة من صور كل ما يقدم إلى هيئة التحكيم المذكورة من تقارير الخبرة والمستندات وغيرها من الأدلة." وهذا تأكيد من المشرع على ضرورة إعمال مبدأ المواجهة والمساواة من المحكم تجاه المحتكمين.[3]

وهذا ما أكده المشرع الجزائري من خلال المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تنص على أنه: "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر

---

[1] أشرف علي عبد المجيد تركية، **(ضمانات الخصوم في مواجهة المحكم وتحديد مسؤوليته –دراسة مقارنة–)**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2015، ص8.

[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص281.

[3] نبيل إسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص.ص 108، 109.

موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه: وبالرجوع إلى المادة 4/1056 من نفس القانون التي نصت على "إذا لم يراع مبدأ الوجاهية".[1]

ومن نص المادتين يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد جعل عدم مراعاة مبدأ الوجاهية من الأسباب التي قد تؤدي إلى الطعن ببطلان القرار التحكيمي، مما يفهم معه تكريس المشرع لهذا المبدأ.

ويدور تنظيم احترام مبدأ الوجاهية على ثلاث مبادئ هي:

أولا- حق الخصم في أن يسمعه المحكمون:

وما يتضمنه هذا الحق ضرورة استدعائهم وسماعهم ولا يجوز الفصل في النزاع قبل ذلك في الحضور والتمثيل، ويجب تقدير كل ذلك بشيء من المرونة مما يتفق ونظام التحكيم، حيث أن عدم استدعاء الخصوم يعتبر اعتداء على هذا المبدأ إذا أسفر عن عدم تمكن الخصم من معرفة كيفية سير الإجراءات أمام هيئة التحكيم.

ولا يعتبر مبدأ المواجهة قد تم احترامه إذا تم استدعاء الخصوم في وقت متأخر ولم يترك للخصوم الفرصة الكافية لإعداد دفاعهم.[2]

ثانيا- إلزام كل محكم سماع كل خصم:

وهذا يقتضي إخطار كل خصم بالجلسات والاجتماعات قبلها بوقت كاف، ومبدأ المواجهة لا يطبق بشكل كامل إلا في الحالات التي تصل فيها الحجج الخاصة بالخصوم إلى كل المحكمين، وهذا الالتزام يفرض على المحكم أن يأمر بما يراه مناسبا وكافيا من الإجراءات لإمكان تبادل المستندات، وأن يفرض كل حجة يقدمه أحد الخصوم طالما لم يتم تبادله مع الخصم الآخر.[3]

ثالثا- حق كل خصم في مناقشة حجج خصمه.

مبدأ المواجهة يتيح لكل طرف في النزاع الحق في الإطلاع على كل ما يقدم في القضية من مذكرات أو أوراق أو مستندات، سواء قدمت من أحد الأطراف أو من الخبراء، وإعطاء

---

[1] المادة 1056 من القانون رقم 08-09 ، المتضمن لـ: **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، المرجع السابق.

[2] أشرف عبد المجيد تركية، المرجع السابق، ص13.

[3] نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص110.

الفرصة بالرد على هذه الأوراق والمستندات، ولا يجوز للمحكم أن يدهوا أحد الأطراف إلى جلسة دون الطرف الآخر، أو أن يسمع إلى أقواله في غياب الطرف الآخر.

والغاية من مبدأ المواجهة هو تحقيق حقوق الدفاع بواسطة العلم التام بعناصر القضية وإجراءاتها ومناقشة الحضورية بين أطرافها[1].

الفرع الرابع:

التزام المحكم بالحياد والاستقلال تجاه طرفي النزاع

يشبه عمل المحكم عمل القاضي، وهذا يعني أن المحكم يُلزم بالاستقلال والحياد تجاه أطراف النزاع، وبتواجد هذين العنصرين يتحقق نجاح التحكيم، فلا يمكن أن يلعب دور المحكم المحامي، ولا يمكن أن يأخذ صورة المحكم الخصم، ولقد تقرر هذا الاتجاه في رسالة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري حيث قال: " أما بعد، فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلي إليك فإنه لا ينفع تلك بحق لا نفاذ له، أسس بين الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك..."

والحياد هو نقيض الانحياز، وحياد المحكم هو تجرده حيال النزاع المعروض عليه من أي مصلحة ذاتية، ويقصد بالمفهوم الاجتماعي للحياد هو تدخل المحكم لتعويض النقص الناجم عن عدم خبرة أحد المتقاضين أو محاميه أو يقوم بدعوته لتصويب ما وقع فيه من أخطاء كي لا تفوت عليه المصلحة التي ابتغاها بدلا من أن يرتب النتيجة على هدى ما توافر أمامه من معطيات وذلك من أجل سرعة إجراءات العدالة وتبسيطها.[2]

في حين هناك من يقول بأن العمل بالمفهوم الاجتماعي للحياد سيترتب عليه الإخلال بالقواعد الإجرائية وما تحتويه من ضمانات وأبرزها حتى الخصم في المحاكمة العادلة وبالتالي يتوجب على المحكم عند فصله في النزاع أن يأخذ بالمفهوم الصارم للحياد وهو الضمان الوحيد للخصم توفير للأمن القانوني.

---

[1] أشرف عبد المجيد تركية، المرجع السابق، ص114.

[2] مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، المرجع السابق، ص154.

وعليه يمكن أن نعرف الحياد على أنه عدم الميل عند النظر في نزاع معين إلى هذا الجانب من الخصوم أو ذلك وتطبيق القواعد القانونية التي تحقق العدالة وفقا لمفهوم النظام القانوني الذي يفرض هذه القواعد.[1]

ويعتبر مبدأ حياد المحكم من النظام العام الإجرائي التي تسعى لتحقيق المصلحة العامة، وقد يتحقق الحياد عندما تختلف جنسية المحكم عن جنسيات المحتكمين في التحكيم التجاري الدولي وهذا ما أشارت إليه معظم القواعد والقوانين.

أما استقلال المحكم فهو عدم تبعية لأي طرف من أطراف النزاع أو عدم ميل العاطفة تجاه أحد الخصوم، وأن لا يتلقى المحكم توجيهات وأوامر من أحد الخصوم وعدم وجود تأثيرات من عداوة أو مودة يرجع معها عدم قدرته على الحكم.[2]

وعليه عند مبادرة المحكم لتحديد القواعد الإجرائية التي تحكم سير الخصومة التحكيمية يجب اختيار قواعد تتلائم وموضوع النزاع وبكل حيادية واستقلال تجاه أطراف النزاع، فلا يختار قواعد إجرائية قد تلائم طرف وتكون مرهقة لطرف آخر، وإلا كان حكم التحكيم معرض للبطلان.

ونخلص في نهاية هذا المبحث أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على القواعد الإجرائية التي تتبعها هيئة التحكيم، جاز لهذه الأخيرة أن تتولى مهمة تحديد هذه القواعد بناءً على سلطتها التقديرية فتختار ما تراه مناسبًا من قواعد إجرائية تكفل حسن سير وإدارة الخصومة، أي كان المرجع الذي تستسقى منه هذه القواعد، هذا إذا تعلق الأمر بالتحكيم الحر، أما في حالة التحكيم المؤسسي وعند غياب اختيار الأطراف للقواعد الإجرائية فإنها تكون ملزمة بإتباع لائحة تلك المؤسسة في حال غياب قاعدة إجرائية لمسألة معينة كان لهيئة التحكيم السلطة التقديرية المعقولة في إتباع وتخيير القواعد الإجرائية التي ترى أنها مناسبة، وفي الحالتين يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند تحديدها للقواعد الإجرائية عدم اصطدام هذه الأخيرة بالنظام العام والذي يتعلق بالضمانات الأساسية للتقاضي، وإلا فتح الباب للطعن في الحكم التحكيمي فيما بعد.

---

[1] مرتضى جمعة عاشور وعماد حسين سلمان، "حياد المحكم التجاري الدولي"، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، المجلد الخامس، جوان 2012، ص70.

[2] مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، المرجع نفسه، ص.ص 154، 155.

الفصل الثاني : القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي

الفصل الثاني:

القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي.

بعد تحديد القانون الذي يحكم قواعده موضوع النزاع من أهم الأسس التي يقوم عليها التحكيم، وذلك لأنه يعتبر أهم الركائز الأساسية التي يقوم عليها إصدار حكم التحكيم وبالتالي حسم النزاع وإنهائه.[1]

هذه القواعد لا يقصد بها قانون وطني لدولة معينة، كما لا يقصد بها ما اصطلح عليه تسمية القانون الدولي الخاص، وإنما المقصود بها هي جملة القواعد القانونية المناسبة والتي يمكن إعمالها على النزاع المعروض أمام المحكم، سواء كان مصدرها قانونا وطنيا، أو كانت مشتقة من مجموعة قوانين وطنية، أم أنها قواعد متعارف عليها في حقل التجارة الدولية بعيدا عن القوانين الوطنية للدول.[2]

وتعتبر مسألة تحديد القواعد التي تحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي من المسائل المعقدة، لما لها من مساس في كثير من الأحيان ببعض الاعتبارات الأساسية في القوانين الوطنية للدول، كما أنها غالبا ما تتعارض مع بعض أحكامها، كذلك تعتبر أحد أهم المسائل التي تواجه المحكم عند قيامها بالفصل في النزاع.[3]

فإذا كانت هذه المسألة لا تثير أي إشكال في إطار القضاء العادي أين يطبق القاضي قانون دولته التي يستمد منها سلطته، فإن الأمر يختلف تماما بالنسبة للمحكم الذي يستمد سلطته من اتفاق التحكيم، فمهام الهيئة التحكيمية وسلطاتها تحدد وفق لما اتفق عليه أطراف النزاع.[4] لأن دور المحكم يقوم أساس في البحث القواعد التي تحكم موضوع النزاع من خلال بحثه عن الإرادة الصريحة أو الضمنية للخصوم،[5] إلا أنه قد لا يتم تحديد هذه القواعد من قبل الأطراف، إما بنسيانها وإما بتفويض هذه المهمة لهيئة التحكيم، فيتولى بذلك المحكمين مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وفقا لما يرونه مناسب.[6]

---

[1] فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص336.
[2] حكيمة أمهاني، المرجع السابق، ص61.
[3] أبو زيد رضوان، **الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي**، دار المفكر العربي، مصر، 1981، ص144.
[4] فوزي محمد سامي، المرجع نفسه.
[5] أبو زيد رضوان، المرجع نفسه.
[6] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص313.

وبالاستناد إلى نص المادة 1050 ق.إ.م.إ.ج، والتي تنص على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملًا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة."[1] سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، حيث سنتطرق إلى إعمال قانون إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع (المبحث الأول)، وحالة تولي هيئة التحكيم تحديده في ظل غياب قانون الإرادة (المبحث الثاني).

[1] المادة 1050 من القانون 08-09، **المتضمن لـ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية**المرجع السابق .

المبحث الأول:

تطبيق قانون إرادة الأطراف.

إن أهم ما يميز التحكيم عن القضاء هو الأصل الاتفاقي للتحكيم، حيث يتيح هذا الأصل لأطراف التحكيم اختيار القواعد التي تحكم موضوع النزاع، فتكاد لا تخلو لائحة من لوائح التحكيم أو معاهدة دولية أو قانون متعلق بالتحكيم من نص على تطبيق القانون الذي يتفق عليه الأطراف في شأن موضوع النزاع الذي يحل محل التحكيم، حيث صار هذا الحل يمثل أحد مبادئ القانون الدولي الخاص التي تجيز للأطراف اختيار القواعد التي يرونها مناسبة لحكم علاقاتهم.[1] فيتوجب على هيئة التحكيم تطبيق أحكام القانون الذي اختاره طرفا النزاع طبقا لمبدأ احترام إرادة طرفيه، إذ أن ما يطبق على العقد هي الشروط التي اتفق عليها الأطراف لأن العقد شريعة المتعاقدين.

وانطلاقا من هذه الحرية الممنوحة لأطراف التحكيم سنعدد الطرق التي ينتهجها الخصوم لتحديد القانون الموضوعي الواجب التطبيق (المطلب الأول)، ونخصص (المطلب الثاني) للقيود الواردة على هذه الحرية الممنوحة لإرادة الأطراف.

المطلب الأول:

طرق تحديد القانون الموضوعي من قبل الأطراف.

الأصل في نظام التحكيم التجاري الدولي والمختص في حل نزاعات التجارة الدولية، أنه يؤول لمبدأ سلطان الإرادة، حيث يخول لأطراف النزاع اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع، كما هو الحال بالنسبة للقانون الإجرائي والذي سبق وأن تطرقنا إليه في هذا البحث، حيث قد ينصب اختيار الأطراف على قواعد وطنية لدولة معينة ليكون الفصل في النزاع وفقا لما تضمنه هذا القانون من نصوص وأحكام (الفرع الأول).

---

[1] حسنين جبار شكير، "**الأسس القانونية لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المحكم فيه –دراسة في مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي لعام 2011**"، مجلة لارك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية، كلية الأدب، جامعة واسط، دار الكتب والوثائق، بغداد، العراق، العدد الثاني والعشرون، 2016، ص1.

غير أنه ليس بالضرورة التقيد بالقواعد الوطنية، إذ يمكن أن تنصرف إرادة الأطراف إلى تطبيق قانون آخر يخص المعاملات التجارية الناجمة عن المبادلات التجارية، وبالتالي تطبيق ما يسمى بقواعد التجارة الدولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

اختيار الأطراف للقواعد القانونية الوطنية.

من المسلم به أن لأطراف الخصومة الحق في تحديد القانون الذي يحكم العقد مثار النزاع، شرط أن لا يتعارض مع القواعد الآمرة في النظم القانونية ذات الصلة.

فيتم اختيار هذا القانون بتضمين اتفاق التحكيم شرطا كان أم مشارطة، بندا يحدد فيه اطراف الخصومة القانون الذي يفصل وفق أحكامه منازعاتهم المطروحة على التحكيم التجاري الدولي،[1] ولأطراف الخصومة الحق في اختيار أي قانون سواءً كان وطني أو أجنبي، حتى ولو لم يكن بين القانون الذي تم اختياره ومحل النزاع أي صلة، حيث قد يكون أجنبيا عن مكان التحكيم أو عن جنسية أطرافه، ذلك لأن الأطراف عندما تختار قانون بلد ما لا علاقة له بالعقد الذي نشأ عنه النزاع، فهي في الغالب تصف إلى اختيار قانون محايد أو قانون متطور في أحكامه.[2]

والمقصود بالقواعد القانونية الوطنية التي يتم اختيارها من قبل الأطراف لتحكم النزاع المحكم فيه هي تلك القواعد الموضوعية في القانون المختار دون تلك المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، وهذا يعني أنه لا مجال لإعمال الإحالة في الحالة التي يختار فيها المتعاقدان قانونا معينا ليحكم نزاعهم المحكم فيه، ذلك لأن الأطراف عندما يختارون قانونا ليكم خلافاتهم فمن المفترض أنهم يعرفونهم وأنهم اختاروه على أساس أنه الأقدر لحسم نزاعهم، فهو يحقق مصالحهم ولو كان الأطراف يريدون اختيار القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في القانون المختار من قبلهم لاختاروا ذلك القانون مباشرة استنادًا إلى قانون الإرادة، أضف إلى ذلك أن استشارة قواعد الإسناد في القانون المختار قد يؤدي إلى

[1] محمد علي بن مقداد، المرجع السابق، ص218.

[2] فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص180.

اختصاص قانون آخر يحكم النزاع وهو ما يخالف توقعات الأطراف ويتعارض مع طبيعة ضابط الإرادة.[1]

وأقرت معظم الاتفاقيات الدولية بحرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع بما في ذلك حقهم في اختيار قانون دولة معينة وذلك تجسيدًا لمبدأ سلطان الإرادة. وهذا ما أكدته الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961، حيث نصت المادة 07 منها على: "للأطراف الحرية في تحديد القانون الذي ينبغي على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع."

يتضح من هذا النص أن الاتفاقية الأوروبية تعترف صراحة بحرية الأطراف في تعيين القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، فيتوجب على المحكم إعمال القانون الذي اختاره الأطراف وليس يعني تطبيق قواعد التنازع للقانون المختار من قبلهم، فهم أحرار في تحديد القانون الوطني لضبط القواعد الموضوعية، حيث يمكن أن يكون هذا القانون أجنبي عن العقد أو المتعاقدين، والنص أعلاه يستلزم اختيار المبني على الإرادة الصريحة، فبالتالي استبعاد كل من الإرادة الضمنية والمفترضة.[2]

وكذلك ما جاءت به المادة 1/13 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بنصها على أنه: "للطرفين كامل الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع."

بالإضافة إلى ما نصت عليه اتفاقية جنيف لسنة 1961 في الفقرة الأولى من المادة السابعة على أن: "الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع"[3]

---

[1] طار كاظم عجيل، المرجع السابق، ص58.

[2] حدوش تنهنان وقاسي دليلة، (القانون **الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي)**، مذكرة ماستر، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون الأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2016-2017، ص13.

[3] لما أحمد كوجان، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي (وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن)**، منشورات الحلبي الحقوقية، ص258.

كما يتبنى قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مبدأ سلطان الإرادة وهذا ما يستشف من نص المادة 28 فقرة 1 والتي تنص على أنه:

"تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى واعدها الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك." [1]

ويظهر من نص المادة المذكورة أن القانون النموذجي يعترف بحرية الخصوم في تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع، فيتيح لهم بذلك الحق في اختيار أي قانون يتناسب مع منازعاتهم، وهو ما يخول لهم من دون شك الحق في اختيار أي قانون لأي دولة من الدول كانت، وذلك بغية تحقيق مصالحهم والوصول لأهدافهم المرجوة، كما أن القانون أعلاه حظر اللجوء إلى الإحالة.

وسارت التشريعات المقارنة على نفس النهج في تكريس مبدأ سلطان الإرادة عند اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، حيث أصبح قانون الإرادة قاعدة إسناد أصلية ومبدأ من المبادئ المسلم بها في مختلف تشريعات الدول.

حيث نص المشرع المصري في المادة 1/39 من قانون التحكيم المصري على أنه: " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع، القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على خلاف ذلك."

ويظهر من نص المادة أعلاه أن المشرع المصري قد نص صراحة على حق الأطراف في اختيار قانون دولة معينة ليكون الفصل في النزاع وفقا لما تضمنه هذا القانون من نصوص، وإطلاق النص يسمح باختيار أي الأطراف لقانون معين على انصراف هذا الاختيار إلى القواعد الموضوعية التي يتضمنها هذا القانون، وليس ما تضمنه من قواعد

[1] المادة 28 من قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، المرجع سابق.

خاصة بتنازع القوانين، إلا إذا عبر الأطراف عن قصدهم إلزام هيئة التحكيم باختيار القانون الذي يشير إليه قواعد التنازع الواردة في القانون الذي وقع عليه اختيارهم.[1]

أما المشرع الفرنسي فقد نص على هذا المبدأ بموجب المادة 1/1496 ق إ م ف[2]، ومن منطلق هذه المادة نجد أن المشرع الفرنسي قد أوجب على الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وما على المحكم سوى تطبيقه، أي أن المشرع الفرنسي يشير إلى قواعد القانون، وبالتالي للأطراف أن يخضعوا النزاع لقانون وطني معين، سواء كان قانون دولة أحد الخصوم أو قانون أجنبي آخر، كذلك فإن تعبير قواعد القانون يمنح الحرية الكاملة للأطراف لتحديد هذه القواعد، فيمكن أن تكون وطنية أو دولية، ما لم تكن مخالفة لقواعد النظام العام.

وسار المشرع الجزائري على نهج معظم التشريعات المقارنة، وبالتالي يكون قد كرس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يطبقه المحكم على موضوع النزاع، حيث نصت المادة 1050 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف..."[3]

والمشرع الجزائري في المادة 1050 فضل استعمال مصطلح "قواعد لقانون" والذي يمتاز بمرونة كبيرة، وبالتالي يكون لهم ليس فقط إمكانية اختيار قانون وطني، وإنما يمكنهم اختيار عدة قوانين وطنية، بل أكثر من ذلك لهم الحق في إخضاع نزاعهم للأعراف التجارية والعادات والمبادئ العامة للقانون.[4]

---

[1] محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص.ص 129، 131.

[2] Art [1496 /1] : « l'arbitre tranche le litige conforment au règles de droit que les parties ont choisies ».

[3] المادة 1050 من القانون رقم 08-09 ، المتضمن لـ: **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**،المرجع السابق.

[4] جارد محمد، المرجع السابق، ص53.

وعليه فإن المشرع الجزائري أعطى للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق وفقا لمبدأ سلطان الإرادة ولم يقيد الأطراف تطبق هيئة التحكيم القواعد القانونية التي تراها ملائمة.[1]

ومما سبق يتضح لنا أن معظم الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية تقر بمبدأ سلطان إرادة الأطراف وحريتهم في تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع وأجمعت على إعطاء الأولوية للأطراف في تحديد القانون الموضوعي في التحكيم التجاري الدولي، وهذا راجع للطبيعة الاتفاقية للتحكيم، وما على المحكم سوى تطبيق وإعمال هذا القانون إلا في حالة مخالفته للنظام العام، وإذا خالف المحكم هذا الاختيار كان حكم التحكيم معرض للبطلان.

الفرع الثاني: اختيار الأطراف لقواعد التجارة الدولية.

لا ريب في أن المحكم وهو بصدد الفصل في موضوع النزاع، ليس بمقدوره التخلص من سيطرة القوانين الوطنية عليه، إما لاختيار أطراف النزاع لها بإرادتهم كما سبق وأن بينا، وإما نتيجة لجوئه إلى قواعد تنازع القوانين ليحدد على هديها القانون الوطني الواجب التطبيق في موضوع النزاع، وهذا ما سنتطرق إليه في المبحث الثاني من هذا الفصل.

وإذا كان دور المحكم يتشابه مع دور القاضي في هذا الصدد، إلا أن المحكم الدولي يجد نفسه في الكثير من الأحيان مضطرا إلى حل النزاع على ضوء قواعد من خلق عادات وأعراف التجارة الدولية، قواعد تستقل بكيانها ومنابعها عن القوانين الوطنية ذات فعالية أكثر من القواعد المستمدة من القوانين الوطنية.[2]

والجدير بالذكر أن هناك عدة تسميات لقواعد التجارة الدولية في الفقه سواء الفقه المصري أو الفقه الغربي.

[1] حدوش تنهنان وقاسي دليلة، المرجع السابق، ص18.

[2] محمد علي بن مقداد، المرجع السابق، ص225.

فعلى صعيد الفقه المصري يطلق عليه الدكتور محسن سفيق اسم: "المبادئ العامة السائدة في المجتمع الدولي" والدكتور محمود سمير الشرقاوي: "قواعد قانون التجارة" والدكتور ثروت جيب "قانون التجارة ذو الطابع الدولي" والدكتور أحمد عبد الكريم سلامة "لقانون الموضوعي للتجارة الدولية".

أما على صعيد الفقه الغربي، فيطلق عليه الأستاذ (Ph.Fouchard) قانون عبر الدول، والأستاذ (Schmitchff) قانون التجارة الدولية، والأستاذ (R.David) القانون التجاري الدولي الجديد.[1]

ويعرفها الفقه بكونها "قواعد تنشأ ويترتب الجزاء على مخالفتها خارج نطاق أجهزة الدولة الرسمية، وبمعنى أدق داخل مجموعات بشرية تتميز بالتوسع والضيق في آن واحد، عن كانت لا تتكون في رحاب أمة بعينها، لكنها تتكون في أحضان حرفة أو مجموعة حرف، وبشكل أوسع في أحضان أسرة التجارة على الصعيد الدولي".[2]

هذا ويمكن تعريفها على أنها: "مجموعة من القواعد والمبادئ والعادات المستمدة من الأوساط التجارية الدولية، والتي تتجدد بصفة مستمرة، لحكم العلاقات بين المتعاملين فيها.[3]

ومن خلال التعريفين السابقين يمكن أن نستنتج أن قواعد التجارة الدولية تستمد مبادئها من الأعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة التي استقر عليها قضاء التحكيم الدولي، بعيدا عن قواعد القوانين الوطنية التي قد لا تتلاءم والمعاملات الدولية.

ويلجأ أطراف النزاع لاختيار قواعد التجارة الدولية لتطبيقها على النزاع، لاختيار قواعد التجارة الدولية لتطبيقها على موضوع النزاع، لتخوفهم من أن تتم تسوية النزاع وفق قانون أحد طرفي النزاع وهذا ما قد يضر بمصالح الطرف الآخر، كذلك تعتبر هذه القواعد

[1] أحمد مخلوف، **اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية مناوعات عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص184.

[2] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص135.

[3] أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص185.

التجارية الدولية قواعد موضوعية ملائمة تشكل قانونا مهنيا دوليا.[1] وتتعدد مصادر القواعد التجارية الدولية، ولعل أهم مصادرها:

أولا- العادات والأعراف التجارية الدولية:

تشكل أعراف وعادات التجارة الدولية المكون الأول والأساسي للقواعد الموضوعية التجارية الدولية، ويتضح هذا القول من استقراء العديد من الأحكام وقرارات هيئات التحكيم في هذا الصدد.[2] ويرى الفقيه منير عبد المجيد: "بأن العادات والأعراف الدولية تمثل تنظيما جديدا من الأحكام الموضوعية الموحدة التي درج المتعاملون إتباعها، وتجد مصدرها في عادات وأعراف المهنة والسوابق القضائية نتيجة الجهد الإنشائي لقضاء التحكيم الذي يقوم بدور فعال في خلق هذه القواعد، وهي قواعد تلقائية النشأة في إطار الأوساط المهنية والتجارية التي ترتبط بأكثر من دولة، وتستجيب إلى متطلبات التجارة الدولية."[3]

ثانيا- المبادئ القانونية العامة:

تعتبر المبادئ القانونية العامة، هي المكون الثاني لهذا النوع من القواعد غير الوطنية، ويستخدم المحكمون بشأنها كذلك العديد من التسميات التي ترد في أحكامهم " القواعد القانونية العامة التي تنظم المعاملات الدولية" و"القواعد العامة المعتمدة من طرف الاجتهاد التحكيمي الدولي" و"قواعد التفسير المعترف بها عالميا" وأخيرا "القواعد العامة المعترف بها".[4]

إن المبادئ العامة للقانون تصف ما أوردته التشريعات المختلفة في القانون المقارن من مبادئ مثل (العقد شريعة المتعاقدين) و (عدم التعسف في استعمال الحق) و(عدم جواز

[1] علي كاظم الرفيعي، المرجع السابق، ص75.

[2] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص136.

[3] منسول عبد السلام، **(قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري)**، رسالة ماجستير، فرع قانون الأعمال، السنة الجامعية 2001/2000، ص65.

[4] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 136.

الإثراء على حساب الغير) و(الحق في التعويض عن الأضرار) و(مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود)...إلخ.[1]

ويرى هشام علي صادق: "أن هذه القواعد المادية، وإن كانت تعبر عن واقع يتعذر إنكاره، إلا أنه فرضته الأسواق الدولية التي تسيطر عليها الشركات التجارية والصناعية للدول الغربية المتقدمة، وبهذه المثابة يبدو من الطبيعي أن تسيطر أحكام هذه المبادئ الوليدة عن مصالح لا تتطابق بالضرورة مع مصالح الدول النامية ومواطنيها من التجار ورجال الأعمال".[2]

وقد نشأ القانون التجاري الدولي نتيجة لاختلاف الحلول التي تضمنتها القوانين الداخلية بشأن العلاقات التجارية الدولية الأمر الذي أدى إلى تطبيق نظام لا يتماشى مع واقع العلاقات التجارية الدولية، ومنها ظهر القانون التجاري الدولي ليعبر تعبيرا صادقا عن واقع التجارة الدولية، وقد استند القضاء التحكيمي في تطبيق قواعد القانون التجاري الدولي إلى مبررات عملية وأخرى قانونية، كإشارة العديد من الأنظمة القانونية الوطنية والدولية إلى قواعده، أو على الأقل على ضرورة مراعاة المحكم لعادات وأعراف التجار، على سبيل المثال لا الحصر، نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية لعام 1998 (م17/ف8) والقانون النموذجي للتحكيم (م28)، الاتفاقية الأوروبية لعام 1961 (م1/7)، كما ذهبت أنظمة دولية أخرى إلى أبعد من ذلك عندما طرحت تلك العادات كمعيار رئيسي أثناء فصل النزاع على غرار ما ذهبت إليه (م29) من لائحة إجراءات التحكيم لدول مجلس التعاون الخليجي والتي نصت على أنه: "تفصل الهيئة في النزاع طبقا لما يأتي: 1- العقد المبرم بين الطرفين؛ 2- القانون الذي يختاره الطرفين؛ 3- القانون الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع؛ 4- الأعراف التجارية المحلية والدولية. [3]

وبالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يتطرق لخيار قواعد التجارة الدولية بشكل واضح وصريح حيث جاءت المادة 1050 ق.إ.م.إ.ج محررة لإرادة الأطراف وتركت مجال الحرية

[1] مظفر ناصر حسين، المرجع السابق، ص23.

[2] منسول عبد السلام، المرجع السابق، ص69.

[3] طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص60.

مفتوح وهو ما يفهم منه إمكانية لجوء الأطراف إلى قواعد التجارة الدولية لتحكم موضوع النزاع.

وفي الأخير بعد أن تطرقنا للخيارات المتاحة أمام الأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، حيث بين أنه بمقدور أطراف التحكيم اللجوء إلى القوانين الوطنية الداخلية للدول أو إلى قواعد التجارة الدولية ليفصل في النزاع وفق أحكام قواعدها.

لكن من المتصور خاصة في مجال عقود التجارة الدولية أن يضع الأطراف تنظيما خاصا وقواعد منتقاة تواجه على نحو واقعي ما قد ينشأ من منازعات هم الأقدر على تصورها وعلى وضع ما يلائمها من حلول مبتكرة لا تجد مصدرها في قانون معين، وإنما في إرادة الأطراف مباشرة، كما يلجأ الأطراف إلى المزج بين عدة مصادر، فينشئون قانون عقدهم من مجموعة من القواعد المستخلصة من تشريعات وطنية أو أجنبية.[1] ومثال ذلك اختيار الأطراف القانون المدني الجزائري لكي يحكم ضمان العيوب الخفية للبضاعة ويختاروا لمسألة التأخير في التسليم نصوص القانون البحري الفرنسي، ويختاروا فيما يتعلق بمواصفات البضاعة العقد النموذجي لجمعية تجار الحبوب، فالمحكمين في هذه الحالة ملزمين بتطبيق القانون الذي اتفق عليه الأطراف ليحكموا موضوع النزاع.[2]

المطلب الثاني:

القيود الواردة على قانون الإرادة.

مما لا شك فيه، بأنه قد أصبح لأطراف عقود التجارة الدولية الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم وما يثار بشأنها من منازعات، وأن هذه الحرية كرستها مختلف الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، وأنظمة التحكيم الدولية،[3] وتؤسس هذه الحرية

[1] محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص130.

[2] خليل بوصنوبرة، **(القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقا للقانون الجزائري)**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، شعبة القانون العام، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2008/2007، ص99.

[3] عمران علي سائح، **(التحكيم والقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية)**، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006/2005، ص221.

في الواقع على الأصل الاتفاقي للتحكيم والذي يميزه ويجعله يختلف من هذه الناحية عن القضاء، وإن مختلف الأنظمة الوطنية في مجال الالتزامات التعاقدية تكشف كذلك عن اتجاه عام يسودها، فحواها إلزام المحكم بأعمال القانون الذي يتفق عليه الطرفان أو يتبين من مختلف الظروف أنه المراد تطبيقه على النزاع.[1]

لكن الحرية الممنوحة في مجال التحكيم التجاري الدولي، تعد حرية نسبية وغير مطلقة، وذلك لورود بعض القيود عليها والتي بموجبها يلتزم كل من الأطراف والمحكمين بالتقيد بها، لضمان تنفيذ القرارات التحكيمية، وضمان فاعليتها في المجال الدولي ومن آثار الخروج عنها رفض الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية، وبالتالي انتفاء الحكمة المستوحاة من التحكيم التجاري الدولي، فهذه القيود معروفة في القانون الدولي الخاص، مثل قواعد النظام العام (الفرع الأول) وقوانين البوليس (الفرع الثاني).

الفرع الأول: قواعد النظام العام.

لقد أجمع التشريع والفقه والقضاء في القانون الدولي الخاص على مبدأ النظام العام، حيث أن أغلب دول العالم جعلت من النظام العام سببا في عدم تطبيق القانون الأجنبي الذي تقرر تطبيقه، فمعظم الأنظمة القانونية للدول تشمل على ما يسمى بقواعد النظام العام، التي تحمي المصلحة العامة وتحقق المصالح الاجتماعية والاقتصادية والدينية للمجتمع.[2]

حيث تنادي التشريعات الحديثة في مجال عقود التجارة الدولية بوجود ما يسمى بـ "النظام العام" الذي يعتبر من أبرز القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، بالتالي تقيد حرية الأطراف بقيد النظام العام، إلى جانب مراعاة هيئة التحكيم لهذا الأخير حيث أن صدور القرار التحكيمي مخالف للقواعد المقررة وعدم مراعاة القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام

[1] أسامة أحمد الحواري، **القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية**، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص104.

[2] حكيمة أمهاني، المرجع السابق، ص91.

تجعل الحكم التحكيمي عرضة للبطلان سواء من قبل المحكمة المختصة أصلا بالنظر في النزاع من تلقاء نفسها، أو في حالة ما إذا تمسك الأطراف ببطلانه.[1]

وتعذر على الفقهاء تحديد مفهوم النظام العام، ويكاد يكون معدوما الاتفاق على تعريف دقيق له، بل أن كل ما في الأمر أن هناك محاولات لتحديد فكرته، لأن النظام العام يحمل في طياته المصلحة العامة التي يقوم عليها المجتمع، هذه المصالح تختلف باختلاف الزمان والمكان وتختلف من مجتمع لآخر وبذلك تتسع وتضيق فكرة النظام العام وفقا لمعتقدات وأفكار المجتمع والذي يختلف من دولة لأخرى، حيث لا زالت فكرة النظام العام مستعصية على الباحثين من حيث القدرة على وضع تعريف جامع مانع لها يعتبنا عن السلطة التقديرية للمحكم، ذلك لأن فكرة النظام العام فكرة مطاطة ومرنة، يصعب وضعها في إطار واضح يعين الباحثين في هذا المجال.[2]

والقواعد التي تنظم المعاملات داخل الدول تختلف عن القواعد التي تحكم العلاقات على المستوى الدولي ولذلك يجب أن نميز بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي.

أولا- النظام العام الداخلي:

تعتبر فكرة النظام العام من الأفكار الرئيسية في علم القانون بصفة عامة حيث يقترن استخدام مصطلح النظام في القانون الداخلي بكافة فروعه المختلفة بالكلام عن القواعد القانونية الآمرة التي لا يجوز للأفراد مخالفتها، فيعتبر النظام العام قيد على مبدأ سلطان الإرادة.[3]

إن المحكم في المنازعات التجارية الدولية قد يلتزم بمراعاة النظام العام الوطني في بعض الأحيان، ولذلك يترتب على المحكم أن لا يتجاهل النظام العام الوطني في الدولة التي

---

[1] حدوش تنهنان وقاسي دليلة، المرجع السابق، ص50.

[2] عامر فتحي البطانية، **دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي –دراسة مقارنة–**، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008، ص187.

[3] حوت فيروز، **(الرقابة القضائية على حكم التحكيم التجاري الدولي في ضوء القانون الجزائري والاتفاقيات الدولية)**، مذكرة ماجستير، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2016، ص110.

سيتخذ فيها الحكم وإلا امتنع قضاء هذه الدولة عن السماح بتنفيذه،[1] وهذا ما قررته مختلف الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم حيث أفردت نصوصا خاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم، مثال ما جاء في اتفاقية جنيف لعام 1927 حيث نصت على أنه إذا أريد الحصول على الاعتراف وتنفيذ الحكم، وفقا للمادة الأولى من الاتفاقية فمن الضروري أن لا يكون حكم التحكيم مخالف للنظام العام أو لمبادئ القانون العام للبلد المراد تنفيذ الحكم فيه (المادة الأولى فقرة9).

وأعطت اتفاقية نيويورك لعام 1958 الحق للدول المتعاقدة في أن ترفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا كان الحكم يخالف النظام العام (المادة 9 فقرة 2/ب).[2]

أما فيما يتعلق بالتشريعات المقارنة فقد نص المشرع المصري في نص المادة 58/ب من قانون التحكيم المصري على أن: "لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إلا إذا تحقق أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية." وفي ذلك إقرار صريح للمشرع المصري بنظامه العام الداخلي.[3]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نصت المادة 605 من ق.إ.م.إ كالتالي: " 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 التالية:

-أن لا ينفذ ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر." [4]

يتضح لنا من نص المادة المذكورة أن المشرع الجزائري جعل من النظام العام قيد على تطبيق القانون الأجنبي، أما أنه أورد عبارة "الآداب العامة" إلى جانب مخالفة أحكام

[1] أسامة أحمد الحوري، المرجع السابق، ص106.

[2] فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص176.

[3] حكيمة أمهاني، المرجع السابق، ص99.

[4] المادة 605 من القانون رقم 08-09 ، المتضمن لـ: **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، المرجع السابق.

القانون الأجنبي للنظام العام، ويعود السبب في ذلك إلى أن فكرة الآداب العامة تدخل ضمن مفهوم النظام العام بمقتضاه الاجتماعي والأخلاقي في دولة القاضي.[1]

وعليه يمكن القول بأن النظام العام الداخلي في دولة ما، مجموعة الأصول والقيم والمبادئ التي تشكل كيانها المعنوي، وعلى أطراف التحكيم عند توليهم تحديد القواعد القانونية الموضوعية التي تحكم موضوع النزاع مراعاة النظام العام في الدولة التي سينفذ فيها الحكم التحكيمي وإلا قد يتعرض للبطلان.

ثانيا- النظام العام الدولي:

ترتكز فكرة النظام العام الدولي على مجموعة من الأصول والمبادئ العامة التي تحتمها القيم الإنسانية العالمية، والتي يتطلبها التعايش بين المجتمعات، ويحتوي النظام العام الدولي على مجموعة من القواعد الآمرة التي تحترم ممارسة التجارة الدولية ويرتكز على الاتفاقيات الدولية والمبادئ العامة لأعراف التجارة الدولية.[2]

ومن حق المحكم استبعاد أحكام القانون الذي اختاره المتعاقدون لحكم اتفاقيهم وكذلك استبعاد الأحكام المستخلصة من بعض الشروط المتفق عليها، وذلك فيما لو تبين تعارض هذه الأحكام مع اعتبارات النظام العام المشترك المتعارف عليها دوليا أو لاستبعاد الشرط التعاقدي المتفق عليه والذي يبين مخالفته للاعتبارات الجوهرية في التجارة الدولية.[3]

هذا يعني أن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق مقيد بالنظام العام الدولي، حيث يقوم المحكم باستبعاد القواعد المختارة من قبل الأطراف لحماية النظام العام الدولي، وبالتالي حماية المصالح العليا لمجتمع البائعين والمشترين العام للحدود باعتباره قانون هذا المجتمع، أي القانون التجاري الدولي.[4]

---

[1] جارد محمد، المرجع السابق، ص89.

[2] حوت فيروز، المرجع السابق، ص111.

[3] أسامة أحمد الحواري، المرجع السابق، ص106.

[4] دريدر ملكي، المرجع السابق، ص45.

ونصت المادة 6/1056 من ق.إ.م.إ.ج على: "إذا كان حكم التحكيم مخالف للنظام العام الدولي"

ويفهم من ذلك أن المشرع الجزائري مثله مثل المشرع الفرنسي أقر بالنظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، على خلاف المشرع المصري الذي لم يتطرق إلى النظام العام الدولي وتنكر له في قانون التحكيم رقم 47/27 بل اعتمد في جميع قواعده على النظام العام في جمهورية مصر العربية فقط.[1]

وعليه يختلف مضمون النظام العام الداخلي عن النظام العام على الصعيد الدولي، حيث يقتصر دور الأول في الحد من مبدأ سلطان الإرادة وتقييده عن طريق منع الأطراف من الاتفاق على ما يخالف القواعد الآمرة تحت طائلة بطلان اتفاقهم، بينما يقتصر دور النظام العام الدولي بدور استبعادي، وذلك باستبعاد القاضي تطبيق القانون الأجنبي الذي حددته قاعدة التنازع بسبب تعارضه مع النظام العام في قانونه.[2]

الفرع الثاني: القواعد ذات التطبيق الضروري (قواعد البوليس).

من المتفق عليه هو إخضاع عقود التجارة الدولية للقانون الذي حدده الأطراف، مما قد يؤدي بالأطراف إلى التهرب من الأحكام الآمرة في القوانين التي تتصل بالعلاقة العقدية، مستغلين الحرية الممنوحة لهم، وهذا ما تطلب إيجاد توازن بين حق الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق من جهة واحترام النصوص الآمرة التي تحكم العقد من جهة أخرى، ولن يتحقق هذا إلا إذا تم تقييد إرادة الأطراف.

وبهذا يظل العقد خاضعا للقواعد الآمرة في القانون الذي يحكمه، مع تخويل الأطراف الحق في اختيار قانون آخر فيما يخص المسائل التي اكتفى المشرع بتنظيمها.[3]

---

[1] سليم بشير، المرجع السابق، ص

[2] حدوش تنهنان وقاسمي دليلة، المرجع السابق، ص54.

[3] هشام علي صادق، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2001، ص761.

كذلك يتحتم على محكمة التحكيم ضرورة مراعاة القواعد الآمرة الواجبة التطبيق في القانون الذي يخضع له العقد والمنتسب إلى الدولة المتعاقدة، سواء أكان قانون الإرادة أو كان القانون الأكثر اتصالا بالعقد، وهذا يحتم على المحكم تطبيق هذا القانون على الرغم من السلطة الممنوحة له في تقدير القواعد الواجبة التطبيق.

ولهذا يذهب البعض إلى القول بضرورة أن يتحقق الطرف الخاص الأجنبي من القواعد الآمرة للدولة المتعاقدة، حيث أن عدم العلم بهذه القوانين ومراعاتها أثناء تنفيذ العقد يعيق التنفيذ، وأن عدم مراعاة حكم التحكيم لهذه القوانين يجعله غير قابل للتنفيذ.[1]

ارتبط ظهور ما يسمى بقواعد البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري ببروز مبدأ تدخل الدولة في جميع المجالات تحقيقا للصالح العام وحماية الطرف الضعيف في العلاقات العقدية من خلال دعم القواعد التشريعية بالصفة الآمرة بحيث يمتنع على الأفراد الاتفاق على مخالفة حكمها سواء في مجال الحياة الاقتصادية أو الحياة الاجتماعية.[2]

ويقصد بالقواعد ذات التطبيق الضروري: "مجموعة القواعد الموضوعية في النظام القانوني الوطني التي يتعين تطبيقها مباشرا، دون النظر إلى تصنيفها أو انتمائها إلى القانون العام أو الخاص ودون الحاجة إلى أعمال منهج قواعد الإسناد."[3]

وعرفت قواعد التطبيق الضروري على أنها تلك القواعد الموضوعية الآمرة التي يستوجب تطبيقها من قبل القاضي وإعمالها سواء كان كلا الطرفين من بلد واحد أو بتوافر عنصر أجنبي، وبالتالي فمجال تنافسها مع القوانين الأجنبية معدوم منه.[4]

واختلفت تسميات هذا النوع من القواعد الآمرة، فذهب الفقه التقليدي بزعامة الفقيه "Bouihier" إلى تسمية "قواعد أو قوانين البوليس" على جمع القواعد التي تتصل بحماية

---

[1] هاني محمود حمزة، **النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 111، 112.

[2] أشرف عبد العليم الرفاعي، **القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية**، (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003،ص،ص 62،63.

[3] المرجع نفسه، ص64.

[4] حدوش تنهنان وقاسي دليلة، المرجع السابق، ص74.

المجتمع الوطني والمصلحة العامة، وهذا ما أكده المشرع الفرنسي بصريح العبارة في نص المادة 3/1 ق.م.ف أن: "قوانين البوليس والأمن ملزمة لكل من يقطن الإقليم الفرنسي."[1]

وجانب آخر من الفقه أطلق عبارة: "القواعد فورية التطبيق"، حيث يعتقدون أن هذا الاصطلاح يحقق مزايا لا يحققها مصطلح "قواعد البوليس والأمن" حيث تعد هذه التسمية أساسا منطقيا لاختصاص قانون القاضي من جهة، ومن جهة أخرى تبين هذه التسمية أن إعمال القواعد الضرورية لحماية الركائز الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع يتم مباشرة دون الإسناد إلى قاعدة إسناد، ومن جهة أخيرة تعالج القصور الظاهر في عبارة "قوانين البوليس والأمن"، وفي الجانب الآخر هناك بعض القواعد الأخرى التي لا يمكن إدراجها تحت قوانين البوليس ومع ذلك يطبقها القاضي مباشرة.[2]

وذهب اتجاه آخر إلى إحلال اصطلاح "قواعد وقوانين النظام العام الوقائي" محل اصطلاح "قوانين البوليس والأمن" ومحل اصطلاح "القواعد فورية التطبيق"، حيث توجد إلى جانب قواعد الإسناد قواعد القانون الدولي الخاص المادية، والتي تستلهم عند تكوينها الروح الدولية، وهي تطبق فقط على العلاقات والروابط الخاصة الدولية استقلالا ودون تدخل قاعدة الإسناد وهذه القواعد المادية بالمعنى الفني ترمي إلى تحقيق نوعا من الحرية الاقتصادية والاستقلال اللازمين لمقتضيات التجارة الدولية.[3]

ويرون كذلك أنه ليس من الضروري توسيع مجال الخلاف بين "قوانين البوليس والأمن" و"قوانين النظام العام الوقائي أو التوجيهي"، لأن كلاهما يسعى للحفاظ على المبادئ الأساسية والقيم الاجتماعية والاقتصادية في المجتمعات.[4]

فقواعد البوليس يؤدي تطبيقها إلى تعطيل إعمال قاعدة الإسناد في خصوص المسألة التي تدخل في نطاق القواعد ذات التطبيق الضروري.

---

[1] حكيمة أمهاني، المرجع السابق، ص 101.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، **القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص**، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص26 وما يليها.

[3] عمران علي سائح، المرجع السابق، ص232.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص33.

ومن مخلفات هذا الإعمال للقواعد ذات التطبيق الضروري تجزئة العقد الذي يخضع بذلك لقانون الإرادة الواجب التطبيق بمقتضى قواعد التنازع فيما عدا جوانبه التي تدخل في نطاق سريان قواعد البوليس.

ولعل هذا ما ذهب إليه جانب من الفقه عندما أكد على حق القاضي في تجزئة الرابطة العقدية احتراما لسيادة القانون.[1]

وعلى الرغم من الخلاف الدائرين بين الفقه حول الاصطلاح القانون لقواعد البوليس فإن الأمر المتفق عليه هو اختصاص قوانين البوليس ينجم عن الحياة الضرورية المشروعة وتطبيقها يهدف إلى حماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، ولا شك أن إدراك الأهداف المرجوة من قوانين البوليس على هذا النحو، بوصفها قواعد تتضمن قيودا على حرية الأفراد في إبرام العقود وتنفيذها يقتضي إعمالها على كافة الروابط العقدية التي تهدد كيان المجتمع بغض النظر عن القانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي، وفي الواقع لما كان من المقرر أنه يجب الخضوع للقانون المختار برمته بما في ذلك نصوصه الآمرة (قوانين البوليس) فإن الأمر يبدو طبيعيا أن تؤدي هذه النصوص بالضرورة إلى بطلان العقد المخالف لها.[2]

[1] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص767.

[2] جارد محمد، المرجع السابق، ص100.

المبحث الثاني:

تولي هيئة التحكيم تحديد القانون الموضوعي.

يحدث أن يغفل أو يتغافل أطراف اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ويكون مرد ذلك لأسباب مختلفة، منها ما يكون إهمال من الأطراف المتعاقدة لهذه المسألة، أو يكون بقصد من قبل الأطراف للخلافات التي قد تثور بينهما بسبب هذه النقطة، أو لدرايتهم بما يتطلبه هذا التحديد أو الاختيار من خبرة ودراية كافية قد لا تتوفر في أطراف العقد لذلك يقوم الأطراف بتخويل هيئة التحكيم هذه المهمة.

فعند سكوت الأطراف عن تعيين قانون العقد أو الإشارة إليه في عباراته، فهنا يقع على عاتق المحكم أن يتصدى لمثل هذه المشكلة ولسد الفراغ القانوني الذي يواجه المحكم للفصل في النزاع.

وسنتطرق إلى موقف القوانين الوضعية من هذه السلطة المخولة للمحكم أو هيئة التحكيم (المطلب الأول)، ولأنه تعددت الآراء فيما يخص الطريقة التي يتبعها المحكم لتحديد القواعد الواجبة على موضوع النزاع، سوف نبرز أهم الطرق التي يتبعها المحكم عند تحديده للقانون الواجب التطبيق (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

موقف القوانين الوضعية من السلطة التقديرية للمحكم.

عند غياب اتفاق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وحين نكون أمام الفرض الذي لا يوجد فيه اتفاق بين أطراف عقد التحكيم في هذا الشأن، تطفو على السطح مشكلة تحديد هذا القانون فهنا يقع على عاتق المحكم أن يتصدى لمثل هذه المشكلة، حيث يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في البحث عن هذا القانون.

وقد تم تأكيد هذه السلطة التقديرية للمحكم في تحديد القانون الذي يطبق على موضوع النزاع في التشريعات الداخلية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي (الفرع الأول)، وكذا الاتفاقيات الدولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف التشريعات الداخلية.

تعترف التشريعات الداخلية بسلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بصورة احتياطية حيث أن الأولوية في تحديد هذا القانون كانت لإرادة الأطراف أما المحكم فكان دوره استثنائي واحتياطي يبرز عند غياب اتفاق أطراف التحكيم عن تحديد القانون الذي يطبق على النزاع المحكم فيه.

حيث يكرس المشرع المصري صراحة السلطة التقديرية للمحكم وهذا ما نصت عليه المادة 39 من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994، حيث تنص على أنه: "إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي تراه أنه الأكثر اتصالا بالنزاع."[1]

ويلاحظ أن المشرع المصري قد منح المحكم سلطة اختيار القانون الواجب التطبيق على الخصومة على أساس أن يكون هذا القانون الأكثر اتصالا بالنزاع، دون أن يحدد ضوابط معينة عليه اتخاذها لاختيار القانون تاركا الأمر لمطلق تقدير المحكم لما يراه مناسبا لحل النزاع.

ومع نص المادة 39 من قانون التحكيم المصري تفرض على هيئة التحكيم اختيار القواعد الموضوعية الأكثر اتصالا بموضوع النزاع، فإن محكمة التحكيم قد ترى أن سبيلها إلى ذلك هو تطبيق القانون الذي تؤدي إليه قواعد التنازع في الدولة التي يباشر فيها التحكيم أو قانون الدولة التي كان سيطبق قاضيها قواعد التنازع السارية فيها إذا عرض عليه النزاع، وإذا لجأت هيئة التحكيم إلى هذه الوسيلة لا تعلن سوى ما انتهى إليه من نتائج تتعلق

[1] المادة 39 من قانون التحكيم المصري ، المرجع السابق.

بتطبيق القانون الذي أدت إليه هذه القواعد باعتباره القانون الذي رأت أنه الأكثر اتصالا بالنزاع.[1]

فحسب ما جاء في المادة 4/39 من قانون التحكيم المصري فإن هيئة التحكيم تتولى تحديد القانون الأكثر اتصالا بموضوع النزاع أو الأكثر ملائمة فقد تختار تطبيق قانون دولة معينة، وقد تطبق العادات والأعراف التجارية الخاصة بالمعاملات التي كانت محل اتفاق التحكيم، أو قد تفصل وفقا لقواعد العدالة والإنصاف.[2]

وتأسيسا على ما تقدم، فإن المحكم يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وإذا كان الأمر كذلك، فإن السلطة والحرية التي يتمتع بها المحكم هي ليست طليقة، بل مقيدة باختيار القانون الأكثر ملائمة دون الرجوع لقواعد الإسناد في أي دولة من الدول، ويسمى هذا المنهج بالطريق المباشر.[3]

كذلك كرس المشرع الفرنسي سلطة المحكم في تحديد القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع من خلال نص المادة 1496 من قانون التحكيم الفرنسي لسنة 1981 والتي جاء فيها: "...وفي غياب اختيار الأطراف فوفقا للقواعد التي يراها مناسبة، ويأخذ بعين الاعتبار الأعراف التجارية المعمول بها في جميع الأحوال."[4]

ويلاحظ أن المشرع الفرنسي أعطى حرية واسعة للمحكم في اختيار القانون الواجب على الخصومة التحكيمية في حال غياب اتفاق الأطراف على ذلك، ولم يقيده بقواعد قانونية معينة عند انعدامها في اتفاق التحكيم، بل هو حر في اختيار ما يراه ملائما.

---

[1] محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص140.

[2] إيمان بحري، **(حدود سلطات المحكم في التحكيم التجاري)**، مذكرة ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، الجزائر، 2014-2015، ص98.

[3] حسنين جبار شكير، المرجع السابق، ص8.

[4] L'article 1496 : « …à de faut d'un tel choix, conforment celle qu'il cas usages du commerce. »

ونجد المشرع الفرنسي يحث محكمة التحكيم على الأخذ بعين الاعتبار الأعراف التجارية في جميع الأحوال فهم غير ملزمين بحصر اختيارهم بقاعدة من قواعد تنازع القوانين التي يجري بمقتضاها تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع.

ونجد كذلك أن المشرع الفرنسي يحث محكمة التحكيم على الأخذ بعين الاعتبار الأعراف التجارية في جميع الأحوال.[1]

ويقر المشرع الجزائري بسلطة وحق محكمة التحكيم في تحديد القواعد الموضوعية التي تحكم النزاع في حال غياب اتفاق الأطراف عند تحديد هذه الأخيرة، وهذا ما نصت عليه المادة 1050 ق.إ.م.إ حيث جاء فيها: "...في غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة."[2]

ويتضح من نص المادة المذكورة أن المحكم في ظل القانون الجزائري يتمتع بسلطة واسعة في اختيار القواعد الموضوعية التي تحكم الخصومة، فعلى الهيئة أن تجد ما تراه مناسبا وملائما من القواعد القانونية والأعراف للفصل في النزاع المعروض عليها.

ويلاحظ كذلك أن المشرع الجزائري قد ساوى بين سلطة محكمة التحكيم في إمكانية الأخذ بقواعد القانون والأعراف الملائمة وهذا ما يبين أن الأعراف التجارية بالنسبة للمشرع الجزائري تقف على مستوى موازي للقواعد القانونية، وبناء عليه فإن القانون رقم 08-09 المنظم للتحكيم التجاري الدولي يعد من أكثر التشريعات مناصرة للقواعد القانونية الدولية، وتحريرتا للمحكم عند تصديه لتحديد القانون المختص بحكم موضوع النزاع.[3]

ومما سبق يمكن القول أن معظم التشريعات المقارنة المتعلقة بالتحكيم أجمعت على أنه في حال خلو اتفاق التحكيم من تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، يكون اختيار هذا الموضوع راجع لسلطة المحكم مع مراعاة بعض القيود الواجب احترامها كقواعد النظام العام واحترام توقعات أطراف النزاع.

---

[1] قبايلي ربيعة ، المرجع السابق، ص63.

[2] المادة 1050 من القانون رقم 08-09، المتضمن لـ: **قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، المرجع السابق.

[3] قبايلي ربيعة، المرجع نفسه، ص63.

الفرع الثاني: موقف الاتفاقيات الدولية:

تم التأكيد أيضا على دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الدولية، في الاتفاقيات الدولية، وذلك في الحالة التي ينعدم فيها اختيار الأطراف المتعاقدة.

إن من الأمور الهامة المختلف عليها التي عالجتها الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي (جنيف 1961) في مادتها السابعة مشكلة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فقد نصت الاتفاقية على حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق، ولكن في حالة عدم تحديد القانون المذكور من قبل الأطراف يطبق المحكمون القانون الملائم للموضوع وفقا لقواعد تنازع القوانين، وعلى الحكمين في كلتا الحالتين أن يأخذوا بالاعتبار ماهو مشروط في العقد، وماهو متبع من العادات التجارية، هذا ما جاء في الفقرة الأولى من المادة السابعة.[1] والتي نصت على ما يلي:

"عند انعدام إشارة الأطراف إلى القانون الواجب التطبيق يطبق المحكمون القانون الذي تحدده قاعدة الإسناد التي يقدرون ملائمتها..."

ويستفاد من نص المادة السابعة أن الدور المنوط بهيئة التحكيم هو اقتصارها على القيام بأعمال نظام تنازع معين، وأن تراعي مدى ملائمة هذه القاعدة للنزاع المعروض وألا تذهب بعيدا باختيارها قاعدة إسناد قد تكون ليست لها صلة بالعقد موضوع النزاع، ومعيار الملائمة هو معيار مرن بحيث تعطى الحرية لهيئة التحكيم في اختيار قاعدة تنازع معينة من بين مجموعة من القواعد، ولم يذكر النص ضرورة إتباع خطوات معينة وإنما ترك ذلك لتقدير هيئة التحكيم.[2]

ويلاحظ من خلال نص المادة أن الاتفاقية منحت للمحكم حرية مطلقة في تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع، حيث لم تقيد حرية المحكم باختيار قانون معين قد لا

[1] أسامة أحمد الحواري، المرجع السابق، ص162.

[2] عمران علي السائح، المرجع السابق، ص263.

يتلاءم موضوع النزاع لكن هذه الحرية الممنوحة للمحكم يجب أن ترضي توقعات الأطراف وإلا طعن في حكم التحكيم من أحد أطراف النزاع.

هذا ونصت المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه: "إذا لم يعين الطرفان أية وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق."[1]

ويستشف من نص المادة أنه في حال غياب اتفاق الأطراف الصريح أو الضمني، عن القانون المطبق على موضوع النزاع في مجال التجارة الدولية، تتولى هيئة التحكيم تحديد هذا القانون عن طريق إعمال نظام تنازع القوانين.

وعليه تنحصر حرية المحكم الدولي وفقا لهذا النص في اختيار قاعدة الإسناد التي يراها ملائمة لموضوع النزاع بحيث إذا انتهى إعمال هذه القاعدة إلى تعيين قانون وطني التزم المحكم بتطبيق هذا القانون.[2]

وقد أقرت بذلك أيضا اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ والاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية، حيث نصت بطريقة ضمنية على السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في هذا الشأن، فالمادة الخامسة من الاتفاقية في تعدادها لأسباب رفض تنفيذ الأحكام لم تتعرض بأي صورة من الصور لمشكلة القانون الواجب التطبيق.[3]

كذلك نصت المادة 42 من اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة 1965 على أن: "هيئة التحكيم تنظر في الخلاف طبقا لقواعد القانون التي اتفق عليها الطرفان وفي حالة عدم الاتفاق بين الأطراف تطبق هيئة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة التي هي طرف في الخلاف بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين الواردة في قانون الدولة وكذلك مبادئ القانون التي يمكن تطبيقها."

[1] فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص192.

[2] حسني المصري، المرجع السابق، ص358.

[3] عمران علي السائح، المرجع السابق، ص267.

ونلاحظ من خلال نص المادة المذكورة أن الاتفاقية خولت هيئة التحكيم تحديد القانون المحكم لموضوع النزاع في حال غياب إرادة الأطراف، حيث تطبق هيئة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة التي هي طرف في النزاع بما في ذلك القواعد الخاصة بتنازع القوانين، وكذلك مبادئ القانون الدولي التي تتعلق بموضوع النزاع.[1]

ونصت المادة 1/33و3 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة على أنه: "فإذا لم يتفق الطرفان على تعيين هذا القانون، وجب أن تطبق هيئة التحكيم القانون الذي تعينه قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها الواجبة التطبيق في الدعوى، وفي جميع الحالات تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد وبمراعاة الأعراف التجاري الجارية".[2]

وفي ضوء ما تقدم يتضح أن السلطة التقديرية للمحكم فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تعترف بها الاتفاقيات الدولية إما بطريقة صريحة أو ضمنية، ويتم تقييد هذه السلطة بطريقة مباشرة عندما يحدد الأطراف القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أو بطريقة غير مباشرة عندما يخضع الأطراف نزاعهم لهيئة من هيئات التحكيم.[3]

والملاحظ أن صياغة متشابهة في جميع الاتفاقيات التي ذكرناها، بحيث نجد كل من قواعد تنازع القوانين والمبادئ العامة للقانون، وهذا إن دل فإنما يدل على أن المحكم غير مقيد بقانون موضوعي وطني معين.

وما يمكن استنتاجه من خلال ما سبق فإن عدم وجود اتفاق للطرفين حول القانون أو قواعد القانون التي تطبق على موضوع النزاع أتاح للمحكم طبقا للاتفاقيات والأنظمة الدولية المقدمة، حرية اختيار القانون الذي يمكنه أن يتوصل إليه عن طريق اختياره لقاعدة الإسناد التي يراها ملائمة لموضوع النزاع، وذلك دون ارتباط سلفا بقواعد إسناد في قانون وطني

[1] أسامة أحمد الحواري، المرجع السابق، ص163.

[2] فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص192.

[3] أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص10.

معين، ما يخوله سلطة تقديرية في هذا الخصوص وذلك مع مراعاة القيود التي يفرضها نص قانوني أو اتفاق بين الطرفين بشأن استخدام هذه السلطة.

غير أن استخدام الحكم الدولي لهذه السلطة التقديرية لا يجب أن يكون استخداما عشوائيا، إذ يلزم أن يكون اختياره للقانون الذي ينطبق على موضوع النزاع طبقا لقاعدة الإسناد التي يعملها ملائمة لهذا الموضوع على ضوء ظروف القضية وملابساتها مما يستدعي من المحكم الاهتداء بهذه الظروف والملابسات عند ترجيحه لقانون على آخر لاختيار قاعدة الإسناد المناسبة.[1]

ومن خلال ما سبق يتبين مدى التوافق بين منهج التنازع وعادات وأعراف التجارة الدولية، وهذا الموضوع لا يتعلق بتنازع بين منهجين، بل يتعلق بمقدار التكامل بينهما، وبالتالي وفي جميع الأحوال وجوب مراعاة أحكام العقد وعادات التجارة الدولية عند تطبيق القانون المختص.[2]

المطلب الثاني:

طرق تحديد القانون الموضوعي من قبل هيئة التحكيم.

كما سبق وأن وضحنا في بحثنا هذا أن المبدأ هو إعطاء الأولوية لقانون إرادة الأطراف في تحديد القواعد الموضوعية التي تحكم الخصومة التحكيمية، فإذا لم يتضمن اتفاق التحكيم هذه الإرادة يجد المحكم نفسه أمام فراغ قانوني، وهذا الفراغ حرصت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية على سده من خلال سلطة تقديرية واسعة للمحكم لتحديد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على الخصومة.

ولقد تعدد المناهج التي تسلكها هيئة التحكيم لتحديد هذا القانون، فيمكن لها إعمال القواعد القانونية الوطنية (الفرع الأول)، بالإضافة إلى إمكانية إعمالها لقواعد العدالة والإنصاف إذا كان المحكم مفوضا بالصلح (الفرع الثاني).

---

[1] حسني المصري، المرجع السابق، ص359.

[2] حكيمة أمهاني، المرجع السابق، ص74.

الفرع الأول: تطبيق قانون دولة معينة.

إن السلطة الممنوحة لمحكمة التحكيم لاختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حال غياب إرادة الأطراف أو تخويلهم إياها فهذه السلطة تتيح لهيئة التحكيم إمكانية اختيار قانون دولة معينة ليحكم موضوع النزاع، وهناك طريقتين يمكن لهيئة التحكيم من خلالها اختيار هذا القانون وذلك بالتحديد المباشر للقانون المختص (أولا)، أو عن طريق إعمال قواعد تنازع القوانين (ثانيا).

أولا- التحديد المباشر للقانون المختص.

لقد اتخذت العديد من الأنظمة القانونية في إطار التحكيم التجاري الدولي موقفا موحدا فيما يخص الاعتراف للهيئة التحكيمية بسلطة التحديد المباشر للقانون الذي يحكم الجانب الموضوعي للنزاع وذلك دون التقيد بأي نظام تنازعي معين.[1]

ويقصد بالتحديد المباشر الطريقة المباشرة Voie directe التي تعني تخويل المحكم سلطة تحديد واختيار القواعد الواجبة التطبيق مباشرة دون الحاجة إلى المرور بقواعد التنازع، أي دون الإشارة لقاعدة التنازع التي يستخدمها في هذا الشأن.[2]

كما أن اختيار القانون الذي سيطبق على موضوع النزاع يعد أمرا في غاية الصعوبة طالما أن هناك تزاحم بين عدة قوانين وكل منها تدعي الأحقية والاختصاص، فبالتالي إعمال هيئة التحكيم القانون التي تراه الأقرب صلة بالحادثة المطروحة أمامها مباشرة.[3]

ويمكن أن يكون هذا القانون المختص هو قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم أو قانون الدولة التي جرت فيها وقائع النزاع أو أية قواعد قانونية نافذة في دولة أخرى إلا أن هيئة التحكيم ليس لها سلطة مطلقة في هذا الاختيار، فهي ملزمة بتطبيق القواعد

---

[1] خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص266.

[2] نادر محمد إبراهيم، **مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي**، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2000، ص452.

[3] حدوش تنهنان وقاسي دليلة، المرجع السابق، ص38.

الموضوعية للقانون الأكثر اتصالا بالنزاع، فإذا كان النزاع حول تنفيذ التزام معين في العقد فقانون الدولة التي تم تنفيذ الالتزام فيها، أو التي اتفق الأطراف على تنفيذه فيها.[1]

وتعد المادة 1496 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد أول نص يتبنى نظرية "الطريق المباشر" حيث تنص على أنه: "يفصل المحكم في المنازعة وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف، وفي حالة تخلف هذا الاختيار، وفقا للقواعد القانونية التي يقدر أنه بمن الملائم إعمالها، ويراعي المحكم في جميع الأحوال الأعراف التجارية."

ويشير « Osman » إلى أن تبني المادة 1496 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد لنظرية الطريق المباشر قد ساهم في الترويج لتلك النظرية في العديد من التشريعات الداخلية وأحد المعاهدات الدولية الإقليمية."[2]

وهو نفس الاتجاه الذي سار عليه المشرع المصري والذي خول لهيئة التحكيم سلطة تقديرية واسعة لتحديد القانون الواجب التطبيق، واختيار أي قانون ليحكم موضوع الخصومة، ودون أن يلزمها باللجوء إلى تنازع القوانين حيث نصت المادة 39 من قانون التحكيم المصري على أنه: "وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع."[3]

وقد أخذ بذلك المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1050 من القانون 09/08 والمتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالفة الذكر، حيث نجد المشرع الجزائري أعطى للمحكمين الحق في أن يحددوا مباشرة القانون الواجب التطبيق دون أن يلزمهم في ذلك باللجوء إلى قاعدة تنازع القوانين.

يلاحظ من تأييد بعض القوانين الوطنية الخاصة بالتحكيم للتحديد المباشر للقانون المختص كما سبق ذكرها، رفضها لفكرة الإحالة باللجوء إلى قواعد التنازع وحجتهم في ذلك

[1] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص317.

[2] نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص.ص، 453، 453.

[3] المادة 39 من قانون التحكيم المصري، المرجع السابق.

أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى قانون الدولة المختارة لتطبيقه على موضوع النزاع إلى اختصاص قانون دولة أخرى، فإن هذا يؤدي إلى الدوران في حلقة مفرغة وعدم الوصول إلى قواعد مناسبة لحل النزاع.[1]

ثانيا- قواعد تنازع القوانين:

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى وجوب الاعتماد على قاعدة تنازع القوانين لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح للتحكيم،[2] لأن المحكم الدولي وعلى خلاف القاضي الوطني، يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في اختيار قواعد التنازع التي من خلالها يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك من خلال غياب إرادة الأطراف.[3]

ويقصد بمنهج تنازع القوانين أنه في حالة ما إذا ثار نزاع تجاري، فقد يدعى أكثر من قانون قابليته لحسم النزاع فيلجأ المحكم إلى تفضيل قاعدة تنازع القوانين لتحديد المختص الذي تحدده آلية التنازع الوطنية والمتمثلة في قواعد الإستاد لمختلف طوائف النظم حيث يتحدد على ضوئها القانون الواجب التطبيق.[4]

ونصت الفقرة الأولى من المادة 33 من قانون التحكيم التي وضعتها عام 1976 لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذي يعينه الطرفان فإذا لم يتفقا على تعيين القانون وجب أن تطبق هيئة التحكيم القانون الذي يعينه قواعد تنازع القوانين التي ترى هيئة التحكيم أنها الواجبة التطبيق في الدعوى."[5]

وهذا الاتجاه نظري فقهي يتمثل في عدة اتجاهات وأفكار يتفق أصحابها في وجوب تحديد المحكم للقانون الواجب تطبيقه عن طريق الإسناد، إلا أنهم يختلفون في تحديد هوية

---

[1] أحمد محمود الفضلي ومؤيد أحمد عبيدات، "**القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم**"، المجلة الأردنية للعلوم التطبيقية، المجلد12، العدد1، الأردن، 2010، ص48.

[2] خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص264.

[3] جارد محمد، المرجع السابق، ص62.

[4] دريدر ملكي، المرجع السابق، ص82.

[5] فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص192.

هذا النظام، ويرتبط كل اتجاه بصعوبات وانتقادات وعيوب تتعارض مع الهدف الذي وجد من أجله التحكيم الدولي.[1]

فيذهب البعض بضرورة الاعتداد بنظام التنازع في الدولة التي يحكم المحكم جنسيتها، غير أن هذا الرأي تعترضه صعوبة عملية عند تعدد المحكمين واختلاف جنسيتهم.

والبعض الآخر إلى ضرورة الأخذ بنظام التنازع في دولة مقر التحكيم ورغم أن هذا الرأي يلقى قبولا وتأييدا غير أنه يعاب عليه أن تحديد مقر التحكيم من قبل الأطراف غالبا ما يتند إلى اعتبارات الحيدة وقد لا يكون لدولة هذا المقر أي صلة بموضوع النزاع.

كما يتجه رأي آخر إلى القول بضرورة الأخذ بقواعد التنازع في الدولة التي كان من المفروض أن تختص محاكمها بنظر النزاع ولو لم يتفق الأطراف على التحكيم وهذا الرأي يعاب عليه أن قد يترتب عليه الاصطدام بالصعوبات المتعلقة بمشكلة الاختصاص القضائي الدولي ويرى آخر وجوب الأخذ بنظام التنازع في الدولة التي سوف يتم فيها تنفيذ حكم التحكيم وهذا الرأي عاب عليه أن المحكم يتعذر عليه مسبقا على وجه يقيني تحديد الدولة التي سوف يتم فيها تنفيذ حكم التحكيم، فضلا عن أن تنفيذ التحكيم يمكن أن يتم في عدة دول.

وإزاء هذه الانتقادات التي منيت بها الآراء السابقة بشأن تحديد نظام التنازع الذي سيأخذ به المحكم للوصول إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع اعتنق الفقه الغالب –بحق– المعيار القائل بضرورة ترك المحكم حرا في الاختيار والأخذ بقاعدة التنازع التي تبدوا أكثر ملائمة تبعا لظروف النزاع.[2]

الفرع الثاني: تطبيق قواعد العدالة والإنصاف.

إن الطبيعة الخاصة للتحكيم التجاري الدولي يترتب عليها العديد من الازدواجيات المتقابلة والتي ينتج عنها العديد من الإشكاليات كما هو الحال بالنسبة للمقارنة بين التحكيم

[1] دريدر ملكي، المرجع السابق، ص86.

[2] خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص256.

الداخلي والتحكيم الدولي، والتحكيم التعاقدي والتحكيم القضائي، والتحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري وغيره.

ونذكر من بين هذه الازدواجيات كذلك التحكيم وفقا للقانون أو التحكيم وفقا لقواعد العدالة والإنصاف أو كما يطلق عليه التحكيم مع التفويض بالصلح.

حيث أن الخصائص الذاتية التي يمتاز بها التحكيم، ومرونته في حل النزاع تحرر التحكيم من الاقتصار على القانون فقط للفصل في النزاع، بل يمتد على حل النزاع بطريق توفيقي يستجيب لمصالح الأطراف المتنازعة من الناحية الاقتصادية، وذلك أن المحكم كثيرا ما يفوض بالصلح من جانب الأطراف وهو كذلك ما يطلق عليه "تحكيم العدالة".[1]

فقد يفضل أطراف التحكيم الابتعاد عن اختيار أي قانون أو قواعد قانونية أو الاستناد على أحد مراكز التحكيم الدائمة لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فبدلا من ذك فيعترفون لهيئة التحكيم بالتحكيم بالصلح، والمحكم لا يقوم بهذا الدور إلا إذا خوله اتفاق الأطراف هذه السلطة ويتولى النظر في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف التي تمنح الأمان والطمأنينة للخصوم من خلال تحقيق التوازن بينهم.[2]

وهي كما وصفها الأستاذ "عبد الحميد الأحدب" قواعد يهدف من خلالها المحكم على إعطاء حل مهدئ يطيب الخواطر بحيث يكون بردا وسلاما على القلوب التي بدأت تشتعل فيها الخلافات وتتصادم بينهم المصالح والحقوق، بمعنى أن محكمة التحكيم لا تصدر حكما معتمدة على نصوص قانونية محددة وإنما تلائم بين المصالح لتصل إلى حكم ودي بحسب التقدير الشخصي لأعضائها.[3]

ومن بين تطبيقات قواعد العدالة والإنصاف أنه يجوز لهيئة التحكيم تعديل أثر القوة القاهرة على المسؤولية أو توزيع مخاطرها على الطرفين إذا ما رأت في ذلك تحقيقا للعدالة،

[1] جارد محمد، المرجع السابق، ص70.

[2] بعزيزي سعاد وبكوش سامية، المرجع السابق، ص91.

[3] قبايلي ربيعة، المرجع السابق، ص.ص 65،66.

كما يجوز إذا اقتصت العدالة أن تقضي بالتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه رغم عدم توفر الأعذار الذي يتطلبه القانون.[1]

وقلد نصت معظم الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية الخاصة بالتحكيم على إمكانية الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف، ومن ضمنها ما أقرته اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري من خلال المادة 2/21 والتي جاء فيها: "على الهيئة أن تفصل في النزاع وفق قواعد العدالة إذا اتفق الطرفان صراحة على ذلك."[2]

وأكدت على ذلك الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 من خلال نص المادة 2/7 والتي نصت على أنه: "المحكمون في التحكيم الودي يفصلون على أساس إرادة الأطراف إذا أجاز القانون المطبق ذلك".[3]

وقد نص قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي في المادة 182 بأن: " يكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضا بالصلح فلا يتقيد بهذه القواعد عدا ما تعلق منها بالنظام العام."

وكذلك نصت المادة 36/د من القانون الأردني بأنه: "لا يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون."

لا شك أن النصين يتحدثان عن التحكيم بالصلح الذي بموجبه تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف، ولا يتسنى لها فعل ذلك إلا إذا تحققت الإرادة الصريحة في اختيار هذا النوع من التحكيم، بحيث أنه إذا أثار الشك حول تحقق الإرادة الصريحة في اختيار التحكيم بالصلح يجب على هيئة التحكيم الفصل في النزاع بمقتضى القانون.[4]

---

[1] إيلاف إبراهيم خليل الصالح، المرجع السابق، ص73.

[2] المادة 21 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق.

[3] حكيمة أمهاني، المرجع السابق، ص87.

[4] إيلاف إبراهيم خليل الصالح، المرجع السابق، ص72.

وهذا ما أقره المشرع الجزائري في المادة 458 مكرر 15 من المرسوم 09/93 لكنه لم يؤكده في تعديله الذي قام به بموجب القانون 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مما قد يفهم من هذا أن المشرع الجزائري يعترف بالتحكيم وفق القانون فقط.

ومما سبق يمكن القول أن أطراف التحكيم تلجأ في معظم الأوقات للتحكيم وفقا لقواعد العدالة والإنصاف قصد إيجاد التوازن في العلاقة العقدية بينهم دون التقيد بالنصوص القانونية بمعناها الضيق، وذلك سعيا من الأطراف لإيجاد حل توافقي يرضي مصالح الطرفين.

وتجد الإشارة إلى أن المحكم الدولي وعندما يتولى مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع بإمكانه إعمال قواعد التجارة الدولية والتي سبق وأن تطرقنا إليها عندما تكلمنا عن الطرق التي يستعملها ويتبعها الأطراف لتحديد القانون الموضوعي. حيث ما دامت هذه العقود تتم في ظل العلاقات الدولية، فإن من الملائم أن يكون القانون المناسب لحكم هذه من صنع العادات والأعراف التجارية، والمبادئ العامة للقانون والتي يتولى المحكم بواسطتها الفصل في النزاع التحكيمي.

الخاتمة

الخاتمة

لقد صار التحكيم التجاري الدولي نظام قضائي مهم في الحياة التجارية الدولية وأحد الركائز التي تستند عليها في تطورها ونموها، وقد شكل التحكيم التجاري الدولي حقيقة واقعة وثابتة لا يمكن تجاهلها، فقد ساهم هذا الصرح القضائي في فض الكثير من النزاعات التجارية الدولية، وذلك راجع لما يمتاز به من خصائص تجعله الوسيلة المثالية التي تساهم في حل العديد من القضايا في إطار التجارة الدولية.

وتعتبر مسألة القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي من أهم المسائل الضرورية والتي تستوجب التدقيق فيها ومراعاتها بعناية للوصول إلى حكم تحكيمي قابل للتنفيذ.

ويعطي التحكيم التجاري الدولي الحرية الواسعة والتي تكاد تكون مطلقة للأطراف لتنظيم إجراءات التحكيم التجاري، واختيار القانون الواجب التطبيق عليها، وذلك إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة والتي يقوم عليها التحكيم كنظام اتفاقي، ويتمتعون من أجل ذلك بحرية وصلت إلى حد وضع القواعد الإجرائية من طرفهم مباشرة بابتكارها واستخراجها من قوانين مختلفة ومزاجها فيها.

وهي نفس الحرية التي يتمتع بها المحكم (الهيئة التحكيمية) عند توليه تحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق، لكن دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات المرتبطة بإرادة الأطراف، وفي حال عدم اتفاق الأطراف على هذا القانون أو تخويلهم للهيئة، فإنه يصبح لهيئة التحكيم السلطة والحرية في تنظيم هذه الإجراءات تصل حريتها إلى حد مخالفة ما اتفق عليه الأطراف من إجراءات إذا جاءت مخالفة لإحدى القواعد الآمرة في قانون دولة مقر التحكيم أو دولة تنفيذ الحكم، إلا أن هذه السلطة الممنوحة لهيئة التحكيم مقيدة بما هو متعلق بالنظام العام الإجرائي منها المبادئ الأساسية للتقاضي وكذلك التزام الهيئة التحكيمية بالحياد والاستقلال تجاه أطراف النزاع.

كذلك من خلال معالجتنا للقانون الواجب التطبيق في شقه الموضوعي يتضح لنا أن الحرية الممنوحة لأطراف العلاقة التعاقدية هي نفسها المخولة لهيئة التحكيم، فنجد أن أغلب الاتفاقيات الدولية وكذا التشريعات الوطنية تؤكد ذلك، فهذه الحرية منحت للمحكم في حال غياب الاتفاق بين الأطراف ولا يأتي ذلك إلا من خلال بحث المحكم على هذا القانون من خلال إرادة الأطراف، أو إعماله للقواعد الوطنية سواء بالتحديد المباشر لهذا القانون أو بإعمال قاعدة التنازع أو إعمال قواعد التجارة الدولية أو قواعد العدالة والإنصاف التي تكون أكثر ملائمة لموضوع النزاع المطروح أمامه، إلا أن هذه الحرية مقيدة بعدم مخالفتها لقواعد النظام العام الدولي، أو القواعد ذات التطبيق الضروري التي ترتبط ارتباطا وثيقا بالنزاع.

- **النتائج:**

1- كرست معظم التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية بحرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي كقاعدة عامة ، وخولت هيئة التحكيم مهمة تحديده في حال غياب إتفاق الأطراف كإستثناء.

2- يلتزم المحكم بتطبيق القانون الذي إتفق الأطراف على إعماله في خصومتهم إلا ذا رأى أن هذا القانون مخالف للنظام العام أويستحيل تطبيقه في أرض الواقع.

3- فرضت تشريعات التحكيم الداخلية و الدولية قيودا يتوجب مراعاتها من قبل الأطراف وهيئة التحكيم عند تحديدهم للقانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي.

4- تتسع حرية الأطراف و هيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق لتشمل إمكانية إختيار قواعد قانونية دولية متحررين بذلك من قيود القواعد القانونية الوطنية والتي قد لا تتلائم مع تطلعاتهم.

5- إن السلطات المخولة للمحكم تتسع كلما سكت أطراف الخصومة على تحديد هذه السلطات.

6- يعتبر المشرع الجزائري من بين التشريعات التي أعطت حرية واسعة للأطراف وهيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على خلاف بعض التشريعات الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي والتي ضيقت نوعا ما من هذه الحرية.

- **التوصيات:**

1- يجب على أطراف النزاع أن يحرسوا على الاختيار الصريح للقواعد القانونية التي تحكم نزاعاتهم وعدم ترك أمر تحديدها لهيئة التحكيم حتى لا تطبق قانون يتعارض مع توقعات.

2- خلق طرق اتصال مع المراكز التحكيمية الدائمة في الدول للاستفادة من خبراتها في هذا المجال.

1- المشاركة في جميع المؤتمرات والبعثات العلمية التي تتناول موضوعات تتعلق بالتحكيم وذلك للاطلاع على كل ما هو جديد ومتجدد في هذا المجال، وهذا كفيل بأن يضمن إعداد إطارات قادرة على تولي مهمة التحكيم.

2- عقد ندوات وتكثيف الدورات التكوينية للمحكمين، وتوزيع النشرات بهدف توعية المواطنين بأهمية التحكيم وما يتمتع به من مزايا، وهذا جدير بأن يساعد في إنجاح مراكز التحكيم والقيام بدورها على أكمل وجه.

3- نقترح على المشرع الجزائري إصدار قانون خاص بالتحكيم يعنى بالمسائل المدنية والتجارية كما هو معمول به في العديد من الدول العربية والعالمية.

قائمة المصادر والمراجع

أولا- المصادر:

أ- الإتفاقيات الدولية:

- قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، لعام 1985.
- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي التي وافق عليها مجلس الوزراء العرب بقرار رقم 80 المؤرخ في 1987/04/14، والمعدلة بموجب قرار رقم 162 المؤرخ في 1992/04/22.

ب- التشريعات الوطنية.

- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن لـ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994، المؤرخ في 18 أفريل 1994، المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 09 لسنة 1997، المؤرخ في 13 ماي 1997.
- القانون رقم 04، المتضمن قانون التحكيم السوري، أقره مجلس الشعب في جلسته المنعقدة في 2008/03/17، الصادر بتاريخ 2008/03/25.

ثانيا- المراجع:

أ-الكتب والمؤلفات :

1. إبراهيم أحمد إبراهيم، **التحكيم الدولي الخاص**، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر، 2000.

2. أبو زيد رضوان، **الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي**، دار المفكر العربي، مصر، 1981،

3.أحمد أبو الوفا، **عقد التحكيم وإجراءاته**، دار المطوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007

4. أحمد عبد الكريم سلامة:

* **القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص**، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.

* **قانون التحكيم التجاري الدولي** والداخلي ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة .

5. أحمد مخلوف، **اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية مناوعات عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)**، دار النهضة العربية، القاهرة،2001.

6. أشرف عبد العليم الرفاعي:

* **القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر،2003.

* **النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

7.أسامة أحمد الحواري، **القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية**، دار الثقافة، الأردن، 2008.

7.جمال محمود الكردي، **القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم**، دار النهضة العربية، مصر، 2000.

8. حسني المصري، **التحكيم التجاري الدولي –دراسة مقارنة**– دار الكتب القانونية، مصر، 2006.

9. حفيظة السيد حداد:

* **الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.

* **الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية**، دار الفكر الجامعي، مصر، 1997.

10. خالد إبراهيم التلاحمة، **القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي**، جهينة، عمان، 2006.

11. خالد محمد القاضي، **موسوعة التحكيم التجاري الدولي**، دار الشروق، القاهرة، 2002.

12. عامر فتحي البطانية، **دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي –دراسة مقارنة–**، دار الثقافة، عمان، الأردن،2008.

13. عصام عبد الفتاح مطر، **التحكيم الإلكتروني**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.

14. فوزي محمد سامي، **التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي** ، دار الثقافة، عمان، 2009.

15. لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي وفقًا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة**، دار هومة، الجزائر، 2012.

16. لما أحمد كوجان، **التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي (وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن)**، منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان، دون سنة نشر.

17. محمد علي بني مقداد، **الطريق القويم لاتفاق التحكيم – دراسة نظري تطبيقية مقارنة–**، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي، الأردن،2013.

18. محمود حسين بشايرة، **تسوية المنازعات وفق آلية مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية**، دار القرار، مملكة البحرين، 2015.
19. مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، **المحكم التجاري الدولي –دراسة مقارنة–**، المكتب الجامعي الحديث، دون بلد نشر، 2013.
20. نبيل إسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
21. نادر محمد إبراهيم، **مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي**، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2000.
22. هاني محمود حمزة، **النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
23. هشام علي صادق، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001.
24. وائل أنور بندق، **موسوعة التحكيم والاتفاقيات الدولية وقوانين الدول العربية**، الطبعة الثانية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.

ب–المجلات العلمية.

1. أحمد محمود الفضلي ومؤيد أحمد عبيدات، "**القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم**"، المجلة الأردنية للعلوم التطبيقية، المجلد12، العدد1، الأردن، 2010.
2. حسنين جبار شكير، "**الأسس القانونية لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المحكم فيه –دراسة في مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي لعام 2011**"، مجلة لارك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية، كلية الأدب، جامعة واسط، دار الكتب والوثائق، بغداد، العراق، العدد الثاني والعشرون، 2016.

3. طارق كاظم عجيل، "**النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي**"، مجلة المنصور، المؤتمر العلمي العاشر، كلية القانون، جامعة ذي قار، العدد 14، الجزء الثاني، أكتوبر 2009.

4. علي كاظم الرفيعي، "**سلطات المحكم التجاري الدولي**"، مجلة العلوم القانونية، المجلد 25، العدد1، جامعة بغداد، العراق.

5. معين عمر المومني، **"هيئة التحكيم ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة بين قانون التحكيم الأردني والمصري والفرنسي والإنجليزي)**، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل الأبحاث العلمي، العدد 19، نوفمبر2017.

6. مرتضى جمعة عاشور وعماد حسين سلمان، "**حياد المحكم التجاري الدولي**"، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، المجلد الخامس، جوان 2012.

7. هبة أحمد سالم، " **الشروط التحكيمية وعيوب صياغتها من الواقع وقضايا مركز القاهرة التحكيم التجاري الدولي**"، مجلة التحكيم العربي، العدد 24، جوان.

ج- الرسائل العلمية.

1. خليل بوصنوبرة، **(القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقا للقانون الجزائري)**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، شعبة القانون العام، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2008/2007.

2. سليم بشير، **(الحكم التحكيمي والرقابة القضائية)**، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 08 مارس 2012، السنة الجامعية 2011/2010.

3. عمران علي السائح، **(التحكيم والقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية)**، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006.

4. أشرف علي عبد المجيد تركية، **(ضمانات الخصوم في مواجهة المحكم وتحديد مسؤوليته –دراسة مقارنة–)**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2015.

5. حوت فيروز، **(الرقابة القضائية على حكم التحكيم التجاري الدولي في ضوء القانون الجزائري والاتفاقيات الدولية)**، مذكرة ماجستير، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم سياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2016.

6. دريدر ملكي، **(سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع)**، مذكرة ماجستير، فرع قانون التعاون الدولي، معهد الحقوق والعلوم سياسية، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2011.

7. ربيعة قبايلي، **(الخصومة التحكيمية في التجارة الدولية)**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، 2016/06/05.

8. سامي محمد سعيد سليمان مريان، **(القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم التجاري)**، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت،المفرق، الأردن، 2006/01/25.

9. محمد جارد ، **(دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة-)**، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2009-2010.

10. سعاد بعزيزي وسامية بكوش، **(مظاهر سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي)**، مذكرة ماستر، تخصص القانون العام للأعمال، فرع القانون العام، كلية الحقوق والعلوم سياسية، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، السنة الجامعية 2015/2014.

11. سعاد بودودة، **(التحكيم التجاري الدولي كضمان من ضمانات الاستثمار)**، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2014/2013.

12. منسول عبد السلام، **(قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري)**، رسالة ماجستير، فرع قانون الأعمال، السنة الجامعية 2001/2000.

13. أسماء مسعودي ، **(المحكم في خصومة التحكيم الدولي)**، مذكرة ماستر، تخصص علاقات دولية خاصة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، شعبة الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر،السنة الجامعية 2015/2014.

14. إيمان بحري، **(حدود سلطات المحكم في التحكيم التجاري)**، مذكرة ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، الجزائر، 2014-2015.

15. حدوش تنهنان وقاسمي دليلة، **(القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي)**، مذكرة ماستر، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون الأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2016-2017.

16. دنيا زاد بلغول، **(سلطات المحكم في التحكيم التجاري الدولي -دراسة في القانون الجزائري والقانون النموذجي للأمم المتحدة)**، مذكرة ماستر، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، السنة الجامعية 2013/2012.

17. سارة سعيداني، **(إجراءات الخصومة التحكيمية)**، مذكرة ماستر، تخصص قانون اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم سياسية، قسم الحقوق، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، السنة الجامعية 2016/2015.

18. جلال الدين براهمي وفارس بومحراث، **(التحكيم في المنازعات التجارية الدولية وتطبيقاته في الجزائر)**، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء،الجزائر، الدفعة الخامسة عشر، 2007/2004.

الفهرس

العنوان	رقم الصفحة
الإهداء.	
الشكر والعرفان.	
مقدمة.	
الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي.	7
المبحث الأول: تطبيق قانون إرادة الأطراف.	8
المطلب الأول: طرق تحديد القانون الإجرائي من قبل الأطراف.	9
الفرع الأول: صياغة القواعد الإجرائية مباشرة من قبل الأطراف.	10
الفرع الثاني: تحديد الأطراف للقانون الإجرائي بالاستناد إلى نظام التحكيم.	12
الفرع الثالث: تحديد الأطراف للقانون الإجرائي بالاستناد إلى قانون إجرائي وطني.	13
المطلب الثاني: موقف القوانين الوضعية من خضوع القانون الإجرائي لقانون الإرادة.	15
الفرع الأول: موقف التشريعات الوطنية.	16
الفرع الثاني: موقف الاتفاقيات الدولية.	18
المبحث الثاني: تولي هيئة التحكيم تحديد القانون الإجرائي.	21
المطلب الأول: طرق تحديد القانون الإجرائي من قبل الهيئة التحكيمية.	22
الفرع الأول: صياغة هيئة التحكيم للقواعد الإجرائية مباشرة.	23
الفرع الثاني: تحديد هيئة للتحكيم للقانون الإجرائي بالاستناد إلى قانون إجرائي معين.	26
الفرع الثالث: تحديد هيئة للتحكيم القانون الإجرائي بالاستناد إلى لائحة نظام التحكيم.	29
المطلب الثاني: القيود الواردة على هيئة التحكيم عند توليها تحديد القانون الإجرائي.	31
الفرع الأول: احترام حق الدفاع.	32

الفرع الثاني: احترام مبدأ المساواة بين الخصوم.	34
الفرع الثالث: احترام مبدأ المواجهة.	36
الفرع الرابع: التزام المحكم بالحياد والاستقلال تجاه طرفي النزاع.	38
الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي.	41
المبحث الأول: تطبيق قانون إرادة الأطراف.	43
المطلب الأول: طرق تحديد القانون الموضوعي من قبل الأطراف.	43
الفرع الأول: اختيار الأطراف للقواعد القانونية الوطنية.	44
الفرع الثاني: اختيار الأطراف لقواعد التجارة الدولية.	48
المطلب الثاني: القيود الواردة على قانون الإرادة.	52
الفرع الأول: قواعد النظام العام.	53
الفرع الثاني: القواعد ذات التطبيق الضروري (قواعد البوليس).	57
المبحث الثاني: تولي هيئة التحكيم تحديد القانون الموضوعي.	61
المطلب الأول: موقف القوانين الوضعية من السلطة التقديرية للمحكم.	61
الفرع الأول: موقف التشريعات الداخلية.	62
الفرع الثاني: موقف الاتفاقيات الدولية:	65
المطلب الثاني: طرق تحديد القانون الموضوعي من قبل هيئة التحكيم.	68
الفرع الأول: تطبيق قانون دولة معينة.	69
الفرع الثاني: تطبيق قواعد العدالة والإنصاف.	72
الخاتمة.	77
قائمة المصادر والمراجع.	81
الفهرس.	90

الملخص:

يعتمد تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي أساسا على قانون إرادة الأطراف باعتبارها الدافع الذاتي والمحرك لإبرام اتفاق التحكيم، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على القواعد الإجرائية التي تتبعها هيئة التحكيم جاز لهذه الأخيرة أن تتولى مهمة تحديد هذه القواعد.

أما بالنسبة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي فيتم تعيينها عادة من قبل أطراف النزاع مع مراعاة القيود الواردة على قانون الإرادة الواردة في القانون الدولي الخاص مثل قواعد أو النظام العام وقوانين البوليس. كما قد تتولي هيئة التحكيم تحديد القواعد القانونية الموضوعية الواجبة التطبيق وهذا عندما يغفل أو يتغافل أطراف اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن تحديدها.

الكلمات المفتاحية:

التحكيم التجاري الدولي– هيئة التحكيم– اتفاق التحكيم– أطراف النزاع– الإرادة.

Sommaire

Déterminer la loi dépend de la procédure d'arbitrage commercial international applicable principalement sur la volonté des Parties à la loi comme une auto-motivation et le moteur pour la conclusion de la convention d'arbitrage, et en l'absence d'accord entre les parties sur les règles de procédure suivies par le tribunal arbitral peut celui-ci à assumer la tâche de définir ces règles.

En ce qui concerne la loi applicable au sujet du litige dans la loi de l'arbitrage commercial international, il est généralement attribué par les parties au conflit en tenant compte des limitations contenues dans la volonté contenue dans le droit international privé, telles que les règles ou les lois d'ordre public et le droit de la police. Le tribunal arbitral peut également déterminer les règles de droit matériel applicables lorsque les parties à la convention d'arbitrage commercial international échouent ou ne parviennent pas à les identifier.

les mots clés:

Arbitrage commercial international - Tribunal arbitral - Convention d'arbitrage - Parties au différend - Vol.