جـامعة عبـد الرحمـان مـيرة بـجايـة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مظاهر سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي

مذكرة لنيل شهادة الماستير في القانون

فرع: القانون العام

تخصص: القانون العام للأعمال

إعداد الطالبتين:

بعزيزي سعاد

بكوش سامية

تحت إشراف الأستاذ:

عيد عبد الحفيظ

لجنة المناقشة

الأستاذة: عدوان سميرة..... رئيسة

الأستاذ: عيد عبد الحفيظ ..... مشرفا

الأستاذ: بن يحي رزيقة.....ممتحنة

تاريخ المناقشة: 2014-2015

شكر وعرفان

روى الترميذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال رسول الله (ص): " من لا يشكر الناس لا يشكر الله "

وتطبيقا لهذا الحديث الشريف وهذا الأدب الرفيع نتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ عيد عبد الحفيظ الذي تفضل وقبل الإشراف على مذكرتنا هذه رغم وقته الضيق والذي لم يبخل بتوجيهاته لنا، ونرجوا الله أن يحفظه ويوفقه للحصول على درجة الدكتورة.

دون أن ننسى التقدم بالشكر والعرفان للأستاذ تعويلت كريم الذي لم يبخل هو أيضا بنصائحه لنا وتوجهاته القيمة والتي ساعدتنا من أجل إنتاج هذا العمل.

كما نتوجه بالشكر إلى لجنة المناقشة لقبولها مناقشة مذكرتناهذه.

الإهداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى:

- الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما
- إخواني :جمال وزوجته وأولاده،أحمد،عميروش، عصام
- أختاي العزيزتين:نورة،ميما (صونية)
- زوجي رفيق دربي وكل عائلته
- اعمامي وزوجاتهم و أولادهم:خصوصا عمي مولود
- صديقات العزيزات: سهام، سهام ،مريم، نورية، نجاة
- كل رفقائي طيلة سنوات الدراسة

بعزيزي سعاد

إهداء

أهدي عملي هذا إلى:

الوالدين اللذان علماني أن الحياة صبر وأمل

زوجي شريك حياتي وسندي في المستقبل

إخوتي الذين هم منبع الأمل

روح خالتي ـ والدة زوجي التي انتقلت إلى جوار الرحمان

إلى الأهل والأقارب كل باسمه

كل رفقاء دربي طيلة سنوات الدراسة

بكوش سامية

قائمة المختصرات

اولا : بالغة العربية

ج. ر. ج. ج: جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية.

ق م ج: القانون المدني الجزائري.

ق إ م إ: قانون الاجرءات المدنية و الادارية.

ص : صفحة .

ثانيا : بالغة الاجنبية

FOB: free on board.

CIF: Cost insurance and freight.

CCI : Chambre de commerce international

P : Page.

مقدمة

إن التحكيم التجاري الدولي لم يكن وليد الحاضر بل يعود أصله إلى الحضارات التي شاهدتها البشرية قديما، كالحضارة الرومانية، الإسلامية، واليونانية، ونظرا لعدم وجود قضاء مختص للفصل في النزاعات في تلك الفترة أصبح التحكيم الوسيلة الوحيدة المختصة لحل الخلافات، لكن أن هذا الأخير تراجع دوره عند ظهور مفهوم الدولة الذي حدد سلطة مختصة تدعى بالسلطة القضائية لتتولى مهمة النظر في النزاعات[1].

غير أنه لم يبقى التحكيم على هذا الوضع بل تطور في القرن العشرين في كامل ربوع العالم وفرض وجوده كوسيلة قضائية خاصة مستقلة عن القضاء العادي[2]، وأصبح الظاهرة المميزة لعصرنا " Phénomène caractéristique de notre époque" وازداد الإقبال عليه من قبل الناشطين في مجال التجارة الدولية، الذي يفرضه واقع التجارة التي تعيش نوع من التطور والحركة اللذان لا يعرفان الثبات، فسرعة تداول السلع والخدمات جعل المعاملات المؤسسية السلعية والخدماتية تأخذ منحى دولي[3]، وأمام تشعب المعاملات التجارية على اختلاف مستوياتها سواءا كانت بين الأشخاص الخاصة أو بين الدول مع بعضها البعض، جعل المتعاملين الاقتصاديين التحكيم أهم وسيلة لتصفية الخلافات التي تثور بينهم، فغالبية العقود التي يبرمها هؤلاء تتضمن شروط تفيد إحالة الخلاف للفصل فيه إلى التحكيم[4] .

ونظرا لما يحققه التحكيم من مزايا لأطراف النزاع زاد الاهتمام به أكثر على المستوى الدولي كقضاء خاص، ويتجسد ذلك في قيام مختلف دول العالم يتضمن قوانينها الداخلية

---

[1]. نورة حليمة، التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قسم الحقوق، تخصص إدارة الأعمال، كلية الحقوق، العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، الجزائر ،2014، ص 1.

[2]. بغداد صديق، اتفاقية التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الجزائري والقضاء التحكيمي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2002، ص 1.

[3]. شهاب محمد، أساسيات التحكيم التجاري الدولي، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009، ص 9.

[4]. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي: (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 5.

نصوص تتعلق بأحكام التحكيم، وهذا ما قامت به الجزائر مثلا حينما عدلت قانون الإجراءات المدنية، والإدارية لعام 1966 وقامت بإصدار المرسوم التشريعي رقم 93- 09 حيث كرست فيه أحكام خاصة بالتحكيم لفض الخلافات التي نشأ بشأن العلاقات التجارية الدولية، وهذا التعديل يعود إلى تبني الجزائر النظام الرأسمالي الذي يقوم على مبدأ اقتصاد السوق نتيجة للتحولات الاقتصادية والتجارية التي شهدها العالم، هذا إما دفعها إلى إحداث تعديلات على قوانينها بشكل يتماشى مع واقع التجارة الدولية، وهي قفزة نوعية قامت بها الجزائر بعد ما كانت من مناصري توحيد الجهة القضائية المختصة في الفصل في النزاع والمتمثلة في القضاء العادي ومن معارضي لفكرة التحكيم التجاري الدولي، هذا الأخير الذي خصصت له موضع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن مجموعة من النصوص تحتوي على أحكام متعلقة بالتحكيم التجاري الدولي.

ولم يقتصر الأمر فقط على التشريعات الداخلية التي اعتنقت بفكرة التحكيم فنصوص الاتفاقيات والمعاهدات المبرمة بين الدول تتضمن بدورها نصوصا تتعلق بالتحكيم، بالإضافة إلى المراكز الدائمة التي أنشأتها المتعلقة بالتحكيم، ونتيجة لذلك أدرج التحكيم ضمن المواضيع التي احتلت مكانة متميزة على المستوى الدولي في شقه الاقتصادي والقانوني[5] ، نظرا لهذا الاهتمام نجد غالبية المهتمين بالشؤون القانونية للتحكيم عرفت التحكيم بأنه " يعتبر طريق خاص للفصل في المنازعات قوامه الخروج عن طريق القضاء العادي واختيار الأطراف القضاة الذين يتولون النظر في النزاع بدلا من إخضاع هذا الأخير إلى القضاء الذي يخضع فيه النزاع لقانون القاضي[6].

[5]. نورة حليمة، مرجع سابق، ص، ص 1، 2.

[6]. عجابي إلياس، " النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، المجلة القانونية و الإقتصادية والسياسية، عدد3 ، 2010، ص 55.

كما عرفه الأستاذ بجاوي نور الدين أنه ." نظام عدالة خاصة، من خلالها ينتزع من اختصاص المحاكم العادية ليعهد لأشخاص خواص يختارون مبدئيا من قبل الأطراف أو بمساعدتهم[7]" .

كما إتجه بعض من الفقه إلى تعريف التحكيم بأنه: التحكيم بصفة عامة هو عمل خاص لحل النزاعات، أي أنه نظام قريب من القضاء الخاص لحل نزاع سحب من قضاء الدولة وكلف به أشخاص مختصين ومختارين من قبل أطراف النزاع[8].

ويتضح من خلال هذه التعاريف أن التحكيم وسيلة خاصة للفصل في النزاعات ويلجأ إليه الأطراف بموجب اتفاق مسبق بينهم لعرض النزاعات التي نشأة أو تنشأ مستقبلا بشأن علاقة قانونية معينة، فالتحكيم مبني على مبدأ سلطان الإرادة منذ الاتفاق عليه، ويتخذ شكل شرط أو مشارطة، ويقصد بالصورة الأولى اتفاق الأطراف قبل نشوء النزاع على عرضه للتحكيم ليتولى الفصل فيه، أما الصورة الثانية والمتمثلة في مشارطة التحكيم والتي يقصد بها اتفاق الأطراف بعد نشوء النزاع لإحالته للتحكيم، فهي إذا اتفاق لاحق للعقد الأصلي، واللجوء إلى التحكيم لا يكون إلا إذا عبر الأطراف عن إرادتهم بصفة صريحة أو ضمنية والتي يجب أن تكون صحيحة وسليمة خالية من عيوب الرضا كالغلط والتدليس والإكراه.

وعليه فإن اختيار الأطراف هذا الطريق الخاص في الفصل في النزاعات التي تثور بينهم، وسلب الإختصاص من القضاء العادي يعود إلى ما يتصف به من مميزات لا نجد لها أثر في ظل القضاء العادي، حيث أن التحكيم التجاري يتماشى مع ما تتطلبه التجارة الدولية من سرعة في الفصل في النزاعات، وبالتالي تفادي البطئ الذي يغزو ساحة القضاء وتوفير السرية التي تتطلبها بعض المعاملات كالتجارة الإلكترونية وعقود الاستثمارات،

[7]. نورة حليمة، مرجع سابق، ص 6.

[8]. بشير سليم، دور القاضي في التحكيم بحث لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة العقيد الحاج لخضر، 2003، ص 8.

بالإضافة إلى العدالة الفعالة التي يحققها التحكيم لأطراف النزاع عكس تلك التي يحققها القاضي، فالمحكم يسعى إلى تحقيق العدالة بين الأطراف، أما القاضي فهو يسعى إلى تطبيق ما تنص عليه القوانين لكونه مقيد باعتبارات وطنية التي من شأنها تؤدي إلى إهدار حقوق الأطراف[9].

ونظرا لكل هذه الأمور والمميزات التي يتمتع بها التحكيم، وإطلاق الحرية الواسعة لأطراف النزاع، هذا ما أدى إلى تكريسه من طرف غالبية القوانين الداخلية والاتفاقية الدولية.

وبالتالي فإن الهدف من دراسة بحثنا هذا وتبيان مظاهر سلطان الارادة في التحكيم التجاري الدولي وفقا للاشكالية التالية ما هي مظاهر سلطان الإرادة في الحكيم التجاري الدولي؟

و للإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا في دراسة مذكرتنا هذه على المنهج التحليلي وفقا لخطة ثنائية مقسمة الى فصلين هما :

مظاهر سلطان إرادة الأطراف في اختيار إتفاق التحكيم التحكيم في الفصل الاول و الذي تناولنا فيه قيام اتفاق التحكيم على إرادة الأطراف في مبحث أول، أما المبحث الثاني فقد تطرقنا فيه إلى القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، أما في الفصل الثاني فقد تناولنا فيه مظاهر سلطان إرادة الأطراف في دعوى التحكيم التجاري الدولي، حيث حاولنا أن نبين فيه إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في الدعوى التحكيمية في شقها الإجرائي وذلك في مبحث أول، وفي مبحث ثاني بينا إرادة الأطراف في تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع.

[9]. عيد عبد الحفيظ،" دور إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في دعوة التحكيم التجاري"، مداخلة ألقيت في أعمال ملتقى دولي حول التحكيم التجاري الدولي بين تكريس تشريعي والممارسة التحكيمية الذي أجريت فعالياته يومي 14. 15 جوان 2006، كلية جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ،ص 32.

يعد التحكيم التجاري الدولي من أهم الطرق البديلة المقررة لتسوية النزاعات التي تنشأ بشأن علاقة تجارية دولية بدلا من القضاء، فنجد العديد من الدول عملت على تكريسه في قوانينها من خلال تنظيم قواعده و إجراءاته حتى تتماشى و العلاقات الاقتصادية الدولية.

و نظرا لما ينفرد به التحكيم من خصائص لا نجد لها مثيل في إطار القضاء العادي بداية من يوم الاتفاق عليه كوسيلة خاصة للنظر في النزاع إلى غاية صدور القرار النهائي، سواءا ما يتعلق بالسرعة في النظر في الإجراءات خلافا لذلك في إطار القضاء، و السرية التي يوفرها و التي تتطلبها التجارة الدولية، و حتى العدالة التي يتوصل إليها المحكومون فهي تختلف عن تلك التي يحققها القضاة.[10]

لهذا اعتبر المتعاملون في إطار التجارة الدولية التحكيم على أنه الوسيلة المفضلة لحل خلافاتهم[11] ؛ ففعالية العقود التجارية تكاد لا تخلو من شروط التحكيم[12] ، و من الدوافع التي جعلت إرادة الأطراف تتجه إلى اختيار التحكيم كطريق قضائي للفصل في النزاع تنحصر أساسا في بغية هؤلاء من التحرر من كافة القيود التي تتضمنها التشريعات الداخلية و البطئ الذي يغزوا ساحة القضاء، إضافة إلى قيام التحكيم على مبدأ سلطان الارادة و هو المبدأ المستقر عليه على المستوى الدولي، ففي إطاره يتمتع الأطراف بحرية في إختيار هيئة التحكيم، مكان و زمان التحكيم إجراءاته إلى غيرها من الأمور التي تحقق لهم العدالة التي يصبون إليها.[13]

[10]. السيد الحداد حفيظة، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 11.

[11]. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 2.

[12]. بكلي نور الدين، نظام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مجلة الدراسات و البحوث العلمية، الفكر البرلماني، عدد 12، 2006، ص143

[13]. حدادن طاهر، دور القاضي في مجال التحكيم التجاري الدولي ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير ،فرع قانون الاعمال،كلية الحقوق،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان،2009، ص1.

لذا سوف نتناول في هذا الفصل الذي نقسمه إلى مبحثين؛ قيام التحكيم على إرادة الأطراف في المبحث الأول ، أما في المبحث الثاني سوف نتطرق إلى تبيان حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

المبحث الأول

قيام اتفاق التحكيم على إرادة الأطراف

يعتبر التحكيم وسيلة اتفاقية و قانونية يلجأ إليه الأطراف للفصل في النزاع، فبمجرد انصراف إرادتهم لهذا الاختيار يكتسي مباشرة شكل "إتفاق"، الذي يلعب دورا هاما في عملية التحكيم فهو يعد الخطوة الأولى للبدء فيها، فعلى غرار الإتفاقات الأخرى فإتفاق التحكيم قد اكتسى مكانة هامة في إطار القوانين الوطنية، بل و يتعدى الأمر حتى إلى المعاهدات الدولية، فهو يعد المحرك الذي يقود النظام القضائي الخاص لجعله الوسيلة المثلى لإيجاد الحلول للنزاعات التجارية.[14]

فقوام ووجود اتفاق التحكيم مرهون بإرادة الأطراف التي تلعب دورا رئيسيا في إنشاءه، حيث أن اللجوء إليه يكون حتما بتصريح عن هذه الإرادة في شكل اتفاق[15]، و الذي بموجبه يتفق المتخاصمان على اللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بمناسبة علاقة قانونية معينة[16]، سواء اتخذ هذا الاتفاق شكل شرط التحكيم أو شكل مشارطة التحكيم[17]، حيث يقصد بشرط التحكيم ورود نص ضمن نصوص العقد، بموجبه يتفق الأطراف على اللجوء

[14]. السيد الحداد حفيظة، مرجع سابق، ص 115.

[15]. تعو يلت كريم،" استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في المرسوم التشريعي رقم 93-09"،مداخلة ألقيت في أعمال ملتقى دولي حول التحكيم التجاري الدولي بين التكريس التشريعي و الممارسة التحكيمية،الذي أجريت فعالياته يومي 15.14جوان 2006،كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص 348.

[16]. راشدي سعيدة:" مفهوم التحكيم التجاري الدولي و نظامه القانوني"، مداخلة ألقيت في أعمال ملتقى دولي حول التحكيم التجاري الدولي بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية الذي أجريت فعالياته يومي 15.14 جوان 2006، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، ص333.

[17]. محمود السيد عمرالتحيوي ، مفهوم التحكيم الاختياري و الإجباري، منشأة المعارف، مصر، 2002، ص 34.

إلى التحكيم لحل النزاعات التي قد تثور بينهم مستقبلا حول العقد و تنفيذه[18]، اما مشارطة التحكيم عبارة عن اتفاق بين الطرفين بعد نشوء النزاع بمقتضاه يحيلان هذا الأخير للفصل فيه [19].

ومن هنا يتبين لنا أن اتفاق التحكيم يقوم على إرادة الأطراف وهذا ما سنحاول دراسته في مطلب أول أما في المطلب الثاني سوف نبين حرية الأطراف في اختيار نوع التحكيم

المطلب الأول

حرية الأطراف في تنظيم اتفاق التحكيم

باعتبار أن اتفاق الأطراف يعد مصدرا للتحكيم فإنه و بالضرورة لا يخلوا من إرادة الأطراف، حيث يكون لهؤلاء سلطة تنظيم الاتفاق ، بداية من تحديد النزاعات التي تعرض على التحكيم مرورا باختيار هيئة التحكيم ،و كل ما يتعلق بتعيين المحكمين و عزلهم واستبدالهم ، وحتى تحديد زمانه ومكانه و كيفية إجراءته و من خلال هذا المطلب سوف نفصل أكثر في النقاط التي استعرضناها آنفا و من خلالها تتبين لنا حرية الأطراف في الاتفاق التحكيمي.

الفرع الأول

حرية الأطراف في تحديد طبيعة النزاعات الخاصة بالتحكيم كأصل

للحديث عن طبيعة النزاعات الخاصة بالتحكيم يجب التطرق إلى محل التحكيم أو موضوع المنازعات التي يشملها [20]، فيجب أن يكون محدد و معروفا أو يمكن تحديده بشكل عام دون

---

[18]. مباركي دليلة، "اتفاق التحكيم بين التشريع الجزائري و المصري" مداخلة ألقيت في أعمال ملتقى دولي حول التحكيم التجاري الدولي، بين التكريس التشريعي و الممارسة التحكيمية ،الذي أجريت فعاليته يومي 15.14 جوان 2006 ، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص266.

[19]. بكلي نور الدين، إتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قي القانون الدولي و العلاقات الدولية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر 1996،ص15.

[20]. صادق محمد الجبران،التحكيم التجاري الدولي (وفق الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987) ،بحث في القانون التجارة الدولية ،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان ،2006، ص 68

معرفة تفاصيله و لذلك تلجأ الاتفاقيات أو المؤسسات التحكيمية لوضع البنود النموذجية لتحديد هذا الأمر، و ففا للمادة الحادية عشر من قانون التحكيم المصري فإنها تنص على أنه : " **لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.**" كذلك نجد المادة الرابعة من القانون الفلسطيني قد حددت المسائل التي لا يجوز عرضها على التحكيم[21].

ووفقا للمادتين نجد أن كل من التشريع المصري و الفلسطيني قد حصر الحالات التي لا تقبل عرضها على التحكيم التجاري الدولي، ونفس الموقف نجده عند المشرع الجزائري في تحديد المسائل التي يجوز فيها التحكيم، و المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم، حيث تنص المادة 1006 من ق.إ.م.إ على :" **يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.**

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم. و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية". [22]

إذن حسب المشرع الجزائري فكل شخص له الحق في اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، أما ما يتعلق بالنظام العام بحالة وأهليته الأشخاص فلا يجوز عرضها على التحكيم[23].

و عليه لا يجوز التحكيم في الحقوق التي لها علاقة بالغير سواء الحقوق ذات الصلة بالفرد أو المجتمع، فالمشرع أعطى الحرية لأطراف النزاع في اللجوء إلى التحكيم لكنه قيدها في المادة

---

[21] . إلهام عزام وحيد الخراز ،التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع ،دراسة مقارنة ، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الكنية في نابلس ، فلسطين ،2009،ص11.

[22]. المادة 1006 من قانون رقم 08-09 مؤرخ في 2008/02/25، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر ، عدد 21، مؤرخ في 2008/04/23 .

[23]. إلهام عزام وحيد الخراز، مرجع سابق، ص 14.

1006، لأن موضوع النفقة مرتبط بحياة الشخص و عيشه و كرامته و صحته و أن هذا الأخير ليست ملكا له بل هي حق للمجتمع، كذلك عدم جواز التحكيم في حقوق الإرث و الحقوق المتعلقة بالمسكن و حالة الأشخاص و أهليتهم[24] ، كما أضافت نفس المادة في الفقرة الأخيرة أنه لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة طلب التحكيم و المتمثلة في الدولة و الولاية و البلدية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، كونها تخضع للقانون الإداري و القضاء الإداري الذي هو مختص في فصل النزاعات المتعلقة بها[25].

الفرع الثاني

حرية الأطراف في اختيار هيئة التحكيم

بمجرد انصراف إرادة الأطراف إلى إحالة النزاع إلى التحكيم للفصل فيه فإن نشوء هذا الأخير سيؤدي بالضرورة البدأ بتشكيلة الخصومة التحكيمية، و يستلزم الأمر تعيين أشخاص مؤهلين و مختصين تسند إليهم مهمة النظر في النزاع هذا ما يسمى هيئة التحكيم و باعتبار أن نجاح التحكيم من عدمه مقترن بالمحكمين، فمن الضروري أن يحسن الطرف إختيارهم[26] و عليه فقد خصصنا هذا الفرع لتبيان حرية الأطراف في تعيين المحكمين و استبدالهم و ردهم.

أولا: تعيين المحكمين

الأصل في تعيين المحكمين مرده إلى الأطراف بصفة تلقائية، فيتولى هؤلاء اختيار المحكمين و بأسمائهم بصفة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة كالإنفاق على احد مراكز التحكيم، و

[24]. بشير سليم، مرجع سابق، ص 92.

[25]. صادق محمد الجبران، مرجع سابق، ص 69.

[26]. عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم التجاري الدولي في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2003، ص 110.

في حالة تعذر ذلك يجوز للأطراف رفع الأمر إلى القاضي المختص، هذا ما نص عليه قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[27].

1- تعيين المحكمين من قبل الأطراف

بالعودة إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و تحديدا المادة 1041 التي تنص على أن: " **يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي تعيين المحكم أو المحكمين تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم و استبدالهم**".[28]

من خلال هذه المادة نستخلص أن المشرع أقر للأطراف بصفة مباشرة أو إستادا إلى نظام تحكيمي معين الحرية في تعيين الشخص و الأشخاص الذين يتولون النظر في النزاع[29]. فبالنسبة لتعيين المحكمين يختلف ما إذا كان الأطراف قد أحالوا النزاع إلى تحكيم حر أو مؤسساتي، ففي حالة لجوء الأطراف إلى التحكيم المؤسساتي فإنهم سوف يخضعون لمبادئ و قواعد معدة سلفا من قبل المؤسسات و الهيئات التحكيمية[30]،و مثل هذا الاختيار لا يحرم الأطراف في اختيار هيئة التحكيم ولا يسلب حريتهم في ذلك، بل ياخذ طابع احتياطي و ذلك في حالة فشل الاطراف في الاختيار تتولى هذه الهيئات مهمة التعيين [31]، أما في حالة اختيارهم للتحكيم الحر فإن الأطراف هم الذين يتولون بأنفسهم تسيير و تشكيل هيئة التحكيم أو الاتفاق على طريقة أخرى لتعيينها.[32]

---

[27]. حدادن طاهر، مرجع سابق، ص 31.

[28]. المادة 1041 من قانون 09.08،يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، مرجع سابق.

[29]. محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص 117.

[30]. راشدي سعيدة، مرجع سابق، ص 331.

[31]. لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي: دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010، ص 99.

[32]. Terki Nourdine, l'arbitrage comerciale international en Algerie, o.p.u alger, 1999, p33.

و نظرا لاعتبارات بالغة الأهمية و التي لا يستطيع إلا أطراف النزاع تقديرها منحت لهم الحرية في اختيار هيئة التحكيم، و من هذا المنطلق تقرر حقهم في تعيين و إختيار المحكمين. [33]

و لقد ثبت هذا الحق في مختلف التشريعات و منها التشريع المصري الذي منح للأطراف الحرية في اختيارهم للهيئة التحكيمية و قرر إمكانية تعدد المحكمين و هذا ما نستشفه في نص المادة 15 من القانون المصري و التي تقضي أنه "تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفق الأطراف على عدد المحكمين، كان عددهم ثلاثة و إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا و إلا كان التحكيم باطلا"[34]، و غالبا ما يكون للنزاع أهمية في تحديد المحكمين بحيث نجد الخصوم يفضلون أن يقع النزاع في يد أكثر من محكم نظرا للأهمية الخلاف الذي يتطلب كفاءة و خبرة واسعة، فتعددهم قد يسمح للمحكمين الإحاطة بكل حيثيات النزاع و هذا ما يساعد في الفصل فيه بكل نزاهة.

و كذلك نجد المشرع الجزائري قد نص على وترية عدد المحكمين و ذلك في نص المادة 1017 التي تقضي على: " **تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي**". [35]

و من بين التشريعات التي توافق على أن يكون عدد المحكمين وترا نجد التشريع التشيكوسلافي و الإسباني و حتى الإيطالي، إلا أن التشريع الإسباني حدد و جعل عدد المحكمين لا يفوق خمسة على خلاف التشريع الفرنسي الذي لم يحدد عددهم و ترك المجال مفتوحا أمام حرية الأطراف.[36]

---

[33]. نبيل إسماعيل، التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية و الدولية، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص 130.

[34]. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي و الداخلي، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، الطبعة الثانية، 2008، ص 323.

[35]. المادة 1017 من القانون 09.08، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

[36]. محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص 117.

كما تقضي المادة 16 من القانون المصري على ضرورة توفر شروط معينة في المحكم و هي أن لا يكون قاصرا أو محرما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه و لا يشترط أن يكون المحكم من جنسية أو جنس معين إلا إذا إتفق الأطراف أو نص القانون على ذلك. [37]

و الجدير بالذكر أن الحرية الممنوحة للأطراف من قبل قوانين و تشريعات التحكيم المختلفة في تعيين المحكمين و اختيار الهيئة التحكيمية مقيدة بمبدأ يتمثل في مراعاة توفر المساواة بين الأطراف في اختيار و تشكيل الهيئة التحكيمية و بالتالي فإن أي شرط يراد به استقلالية و حياد أو امتياز طرف على آخر في تعيين المحكمين أو استقلال المحكم المختار من قبل أحد الأطراف للفصل في النزاع يكون باطلا.[38]

2- التعيين بالاستناد إلى نظام تحكيمي دائم

قد لا يتفق أطراف الخصومة التحكيمية على أن مهمة تعيين المحكمين المكلفين بالفصل في النزاع لا تعود إليهما، و إنما يكون ذلك بالرجوع إلى نظام تحكيمي دائم معين و هذا ما تقتضي به المادة 1041 من ق إ ج م إ المذكورة سابقا و التي أقرت إمكانية لجوء المنازعات إلى هيئات التحكيم التي تتولى النظر في النزاع، و إمكانية اللجوء إلى هذه الهيئات يكون في حالة التحكيم المؤسساتي، أين يقوم الأطراف بتعيين المحكمين وفقا للقواعد التي يعدها المركز أو الهيئة التحكيمية [39]، وتخويل هيئة التحكيم لتعيين المحكمين و باستكمال تشكيلتها يعني ان الطراف إرتضوا بالقواعد الإجرائية المقررة في لائحة التحكيم سواءا تلك التي تتضمن كيفية تشكيل محكمة التحكيم و إختيار المحكمين و المواعيد المقررة في ذلك أو تلك التي تتعلق بقواعد و إجراءات سير المنازعة [40]، و يمكنها على غرار نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية وفقا للمادة08 أن تقوم

[37]. منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 323.

[38]. لزهر سعيد، كرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق،ص 94.

[39]. حدادن طاهر، المرجع السابق، ص 34.

[40]. أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، مصر، 1981، ص 96.

بتعيين المحكم المنفرد في حالة عدم اتفاق الأطراف على ذلك، أو محكم الطرف المتقاعس أو المهمل الذي لم يتمكن من تعيين محكمة أو المحكم الثالث الذي يصطلح بمهام رئاسة المحكم محكمة التحكيم، و يتعين الإشارة إليه هنا أن مهمة المؤسسة التحكيمية تنظيم التحكيم فحسب، فليس لها صلاحية الفصل لأن هذا الأخير يترك للمحكمين المعينين من طرف الأطراف. [41]

3- تعين المحكمين من قبل القاضي الوطني

يعود الأصل في اختيار هيئة التحكيم لأطراف النزاع فلهم أن يعينوا المحكمين مباشرة دون اللجوء إلى أي جهة إدارية أخرى أو إلى نظام تحكيمي دائم [42].

وبالتالي فإن تدخل القضاء في تعين المحكمين غالبا ما يكون في حالة اختيار الأطراف اللجوء إلى التحكيم الحر ،أما في التحكيم المؤسسي فعادة ما يتدخل وذلك في حالة ما إذا شاب نزاع بين أطراف التحكيم و مركز التحكيم الذي اتفق الأطراف على إدارته ،وفي هذه الحالة يجد القضاء نفسه مدعوا للفصل في النزاع[43] ، ذلك يعود إلى أن اتفاق الأطراف لحل النزاع عن طريق التحكيم لايعني أنهم تنازلوا عن حقهم في اللجوء إلى القضاء ،لأن كل ما يفعله الأطراف هو تخويل هيئة التحكيم للفصل في النزاع بدلا من القضاء ،لذلك فمثلا في حالة فشل هيئة التحكيم في الفصل يعود الاختصاص للقضاء ،ولكي يتدخل القضاء لابد من توفر شروط تعيد للقضاء هذا الاختصاص (اختصاص الفصل في النزاع)

و قد أكدت مختلف التشريعات القانونية أن إحالة الأطراف النزاع للتحكيم للفصل فيه يمنع تدخل القضاء الوطني من الفصل في الدعوى[44]. إلا انه يمكن لهذا الأخير إعادة الاختصاص إليه بحيث اثبت الواقع العملي أن كثير ما يتقاعس احد الأطراف بتعين محكمه، سواء بقصد أو دونه،

---

[41]. حدادن طاهر، مرجع سابق، ص 34.

[42] . بشير سليم، مرجع سابق، ص46.

[43]. حدادن طاهر ، مرجع سابق ،ص35.

[44]. احمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات الداخلية و الدولية(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية ،مصر،2006،ص372.

مما دفع اغلب التشريعات العالمية إلى تنظيم هذه الحالة وفتح المجال للأطراف للاستنجاد بالقضاء وطلب تعين المحكمين ،إذ نجد المشرع الفرنسي مثلا عالج هذه المسألة في المادة 1493 من ق إ م أ الجديد و المادة 1457 منه بحيث تقضي أن طلب التعين يكون في إطار النظام الاستعجالي و إن الأمر بذلك غير قابل لأي طعن ولا يجوز الاستئناف إلا في حالة رفض طلب التعين [45].

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد عالج هذه المسألة في المادة 17 منه وميز بين أمرين أو حالتين تتمثل في مايلي:

الحالة الأولى: في حالة تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد ولم يصل الطرفان للاتفاق عليه، فتتولى المحكمة اختياره ،كذلك تتدخل المحكمة لتعين المحكم الواحد عند اختلاف الأطراف على تسميته أو على طريقة تعينه أو أحالوا تعينه إلى الغير ولم يقوم هذا الأخير بالتعين ولكي يكون التعين صحيحا لابد أن يكون بناءا على طلب يقدم من قبل أطراف النزاع إلى المحكمة ولا يجب أن تعين هذه الأخيرة للمحكم الواحد من تلقاء نفسها [46] .

الحالة الثانية: تخص حالة تشكيل محكمة التحكيم من ثلاث محكمين وتم تعين كل طرف محكمه ثم لم يتفق المحكمان على تعين المحكم الثالث أو المرجع ، ففي حالة لم يعين احد الطرفين محكمه خلال ثلاثين يوما لتسليمه طلبا بذلك من الطرف الأخر يحق للمحكمة أن تتدخل للتعين .

كذلك تتدخل المحكمة في حالة تعين الأطراف لمحكمها وعدم اتفاق المحكمة على اختيار المحكم الثالث بعد مضي ثلاثين يوما لتعين أخرها[47].

[45]. بشير سليم، مرجع سابق، ص46.

[46]. لزهر بن سعيد كرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق ، ص116.

[47]. بشير سليم، مرجع سابق، ص،ص 47،48.

وعليه فالقاعدة العامة التي يقوم عليه تعين المحكمين هي إعمال سلطان إرادة الأطراف والمحكمة لا تتدخل إلا لوضع إرادة الأطراف الواردة في اتفاق التحكيم موضع التنفيذ إذ لم يتمكن الأطراف أو المحكومين إنفاذها[48].

و تنص الفقرة الثانية من المادة على أن:"**في غياب التعين وفي حالة صعوبة تعين المحكمين يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي:**

رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصصها التحكيم ،إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر ،إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختياره الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر "[49] .

إذن حسب هذه المادة يكون التعين مباشرة عن طريق الأطراف أو عن طريق القضاء، الذي ميز بين مرحلتين هما:[50]

المرحلة الأولى: إذا كان التحكيم يجري في الجزائر ولم يكن باستطاعة الأطراف تشكيل هيئة التحكيم نظرا لاختلافهما حول تشكيلها أو صعوبة التعيين،فإنه يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم ،أي مكان التحكيم في حالة الاتفاق عليه في اتفاقية التحكيم [51] .

---

[48]. حدادن طاهر ، مرجع سابق ،ص36

[49]. المادة 1041 من القانون رقم 09.08، يتضمن قانون الاجرءات المدنية و الادارية، مرجع سابق.

[50]. نورة حليمة ، مرجع سابق،ص 68.

[51]. حدادان طاهر،مرجع سابق، *ص 39.*

أما في حالة عدم تحديد مكان التحكيم في اتفاقية التحكيم فالجهة المخولة لها لاستكمال هيئة التحكيم هي رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها محل إبرام أو تنفيذ العقد الذي تم اتفاق الأطراف على تسوية النزاع الذي يثور بشأنه عن طريق التحكيم [52] .

المرحلة الثانية: إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف القانون الجزائري. و في مثل هذه الحالة يتعين على الطرف الذي يهمه التعجيل في تشكيل هيئة التحكيم واستكمالها حق اللجوء الى رئيس محكمة الجزائر [53] .الذي يكون بدوره ملزم باتخاذ أمر التعين على عريضة كما هو منصوص عليه في المواد المتعلقة بالتحكيم الذي يجري في الجزائر، و يكون القاضي في هذه الحالة ملزم بتعين المحكم أو المحكمين الذين تتوفر فيهم الشروط المطلوبة والمقررة دوليا [54].

إذن فإن القضاء دائما في خدمة التحكيم ابتدءا من تعين المحكمين لغاية التنفيذ ولذا يجب على القاضي أن يكون دائما علي يقين ودراية لأحداث التحكيم وخاصة التحكيم التجاري الدولي [55]

ثانيا:استبدال وعزل ورد المحكمين

يعد إستبدال وعزل ورد المحكمين مظهر من مظاهر سلطان إرادة الاطراف في التحكيم التجاري ، إذ نجد أغلبية التشريعات الداخلية منها و الدولية اعترفت للأطراف الخصومة التحكيمية بذلك.

[52]. لزهر بن سعيد كرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص112 .

[53]. مرجع نفسه، ص 114.

[54]. بشير سليم، مرجع السابق، ص 53.

[55]. مرجع نفسه ،ص 53.

1.استبدال المحكمين

يمكن اعتبار حالة الاستبدال ضرورة حتمية عندما لا يتمكن من الاستمرار في وظيفته أو يفشل فيها أو ارتكاب خطا في حق الطرفين ،كما أن فقدان المحكم الوحيد يؤدي إلى الاستبدال في حالة استمرار عملية التحكيم[56] .

وعليه فإن عبارة الاستبدال تعبر عن حادثة الوفاة حسب المادة العاشرة من لائحة نظام التحكيم للغرفة التجارية الدولية التي جاءت بمفهوم عام كما يلي:"يستبدل المحكم غيره إذا مات أو قبلت هيئة التحكيم طلب رده أو استبداله ".

أما المشرع الجزائري لم يتطرق إليها بوضوح فيما يتعلق بالأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي ما عدا العبارة التي جاءت في المادة 448 مكرر 2 من ق إ م و التي هي أو استبدالهم و المادة 1041 من ق إ م إ فان أعطينها معنى استبدال المحكم المتوفى بمحكم أخر، فانه في هذه الحالة سنطبق كل الإجراءات الخاصة بالتعين أو الرد أو العزل وان لم يتوصلا إلى استبدال يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل أن يرفع الأمر إلى القضاء[57] .

2. عزل المحكمين

كذلك عزل المحكمين يعد مظهر من مظاهر سلطان إرادة الأطراف و الذي يجب أن يكون الاتفاق عليه من قبل كل الأطراف ولا يمكن لأي طرف أن يقرر العزل بصفة فردية [58]، وبالتالي فانه حتى ولو كان المحكم الذي يراد عزله معين من قبل احد الأطراف إلا انه فيما يتعلق بعزله

[56]. حدادن طاهر، مرجع سابق، ص 97.

[57]. بشير سليم ، مرجع سابق ، ص 78.

[58]. مرجع نفسه، ص76.

يجب آن يكون كلاهما متفقان على ذلك ،لان بعد عملية الاختيار مباشرة يحتل المحكم مركز مستقلا عمن اختاره[59].

وعليه فان عزل المحكم يجب أن يكون وفقا لشروط والتي يمكن أن تكون متعلقة بسلوكياتهم الشخصية كالاستقامة وحسن السيرة أو حتى مؤهلاتهم وعلاقاتهم العامة و الخاصة او ما يتعلق بأهليته كفقدانها لها لأي سبب من الأسباب التي يمكن ان تؤدي الى فقدانها،المهم أنه بمجرد أن يتحقق شرط من شروط العزل ، وفي حالة ما إذا توفر شرط من هذه الشروط وعجز الأطراف في الوصول إلى الاتفاق على العزل لأي سبب كان ،فالأمر يعود للقاضي المختص [60] وحق أطراف النزاع في عزل المحكمين قد تقرر لهم اعتبار ا من المحكم وكيلا عن الخصم الذي عينه[61].

3. رد المحكمين

بالنسبة لرد المحكمين فان المشرع على غرار بعض التشريعات والمعاهدات الدولية رد المحكم وفصل فيه بكيفية دقيقة مثله المشرع السويسري الذي هو أيضا تطرق لهذه المسألة[62].

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 1016 من ق إ م إ ""**يجوز رد المحكم في الحالات آلاتية:**

1.عندما لا تتوفر فيه مؤهلات المتفق عليها بين الأطراف

2.عندما يوجد رد منصوص في النظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.

---

[59]. احمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق،ص433.

[60]. بشير سليم مرجع سابق ، ص 77.

[61]. هشام خالد، تكوين المحكمة التحكمية في المنازعات التجارة الدولية ، منشأ المعرفة ،مصر ،2008 ،ص150.

[62]. عيلوش قربوع كمال،التحكيم التجاري في الجزائر،الطبعة الثالثة ،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،2005،ص27.

3.عندما يتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلالية لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع احد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط"[63].

وعليه فحسب هذه المادة فان المشرع منح للأطراف الحرية في رد المحكم فقط يجب التوفر الشروط الرد و المتمثلة في:

1.عدم توفر المؤهلات المتفق عليها

ففي هذه الحالة اذا ما تبين للأطراف النزاع أن هيئة التحكيم أو المحكم المتفق عليه لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها و الخاصة بحل النزاع، يحق لهم أن يقدموا طلب برده .

2. عندما يكون سبب الرد منصوص عليه في نظام التحكيم الذي اعتمده الأطراف قائما

وهذا يكون في حالة التحكيم المؤسسي، بحيث يتحقق هذا الشرط في حالة ما إذا اعتمد الأطراف نظاما تحكميا و يحتوي هذا الأخير على الأسباب الرد كما هو الحال بالنسبة للنظام التحكيمي للغرفة التجارية الدولة في مادته الثامنة التي تنص على ما يلي :" يقدم طلب الرد المستند على ادعاء انتفاء الاستقلال أو على أي سبب أخر بتوجيه تقرير كتابي إلى الأمين العام لهيئة التحكيم".

3.عندما تسمح الظروف بالتبيان المشروع في استقلالية المحكم:

أي في حالة ما إذا ثار شك لدى اطراف النزاع في استقلالية المحكم وخاصة في حالة وجود علاقات اقتصادية أو علاقات المصالح مباشرة أو بواسطة شخص أخر مع الأطراف فله، أن يتقدم بطلب الرد وهذا الأخير يجب أن يكون مدعما ومؤسسا [64].

---

[63]. المادة1006 من قانون رقم 09.08 ، يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، مرجع سابق.

[64]. بشير سليم، مرجع سابق، ص،ص 74، 75.

وعليه حسب المادة 19 من القانون النموذجي على الطرف الذي يريد رد المحكم أن يرسل خلال 15 يوما من تاريخ علمه بتشكيل هيئة التحكيم أو من تاريخ علمه بأي سبب من الأسباب بيانا مكتوبا بالأسباب التي يستند إليها الرد ،وإذا لم يتنحى المحكم المطلوب رده أو لم يوافق الطرف الأخر على الطلب الرد فعلى هيئة التحكيم ان تثبت في طلب الرد وإذا لم تقبل هيئة التحكيم طلبه يلجا إلى المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوما من تسلمه قرار الرفض و التي تثبت بقرار الرفض وهذا الأخير يكون غير قابل للطعن فيه[65] .

ويعتبر طلب الرد دفعا ببطلان تشكيل الهيئة، حينما تثار حولها شكوك موضوعية حول استقلالية المحكمين وحيادهم ،وقد نصت المادة 12 الفقرة الأولى من القانون النموذجي للتحكيم التجاري على المحكم حينما تعرض عليه مهمة التحكيم التجاري الدولي ، أن يوضح بكل ما من شانه أن يثير شكوكا حول حياده و استقلاليته ، وعليه أن يلتزم بذلك منذ تعينه وطول مدة الإجراءات التحكمية وان يعلم طرفي النزاع بوجود أية ظروف من هذا القبيل ، كما نصت المادة 13 الفقرة الثانية من القانون السابق الذكر جواز رد المحكم أن تبين انه لا يملك المؤهلات التي اتفق الأطراف عليها ، أو انه لا يملك خبرة واسعة تمكنه في الفصل في موضوع النزاع[66] .

الفرع الثالث

حرية الأطراف في تحديد مكان و لغة التحكيم

يعد تحديد مكان التحكيم في غاية الأهمية بالنسبة لطرفي النزاع ،فلهم مطلق الحرية في تحديد هذا الأخير ،خاصة إذا كانت إرادة طرفي الخصومة التحكيمية قد اختارت تحكيم الحالات

---

[65]. الشرقاوي محمود سمير ،"الدور الخلاق للقضاء في مجال التحكيم التجاري الدولي" ، المؤتمر السادس عشر،(التحكيم التجاري الدولي)، كلية الحقوق جامعة الإمارات العربية المتحدة، الامارات، (د س ن)،ص696.

[66]. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، مصر 1995، ص، ص119، 120.

الخاصة كطريق لحل النزاع الناشئ بينهما، ويرى بعض الفقه انه يجب عليهم عند تحديد مكان التحكيم ان يأخذوا بعين الاعتبار المكان الذي توجد فيه البضائع او مكان إقامة المحتكمين ، أما بالنسبة لتحديد لغة التحكيم فإنه لا يقل أهمية عن تحديد مكان التحكيم، فهو أمر ضروري بالنسبة للاطراف خاصة في حالة ما اذا كان التحكيم دوليا ،الذي يكون فيه اثبات الدعوى نظرا لاختلاف لغة الاطراف[67] .

أولا : حرية الأطراف في تحديد مكان التحكيم

إختيار مكان التحكيم من قبل الأطراف يعد مظهر من مظاهر إرادتهم ويستحسن أن يكون البلد الذي يعينه الأطراف مكانا للتحكيم، مرتبط بمعاهدة دولية مع الدولة التي تطلب تنفيذ حكم التحكيم فيها [68]، وفي حالة اختيار الأطراف قانونا وطنيا يحكم النزاع ، فهذا يعني ضرورة اختيار دولة هذا القانون مكانا للتحكيم[69] .

وتكمن أهمية اختيار مكان التحكيم بالنسبة لطرفي الخصومة التحكمية ، أو بالنسبة لهيئة التحكيم ، إذ يلقى هذا الاختيار بضلاله على خصومة التحكيم وحسن سيرها وما يسفر عنها من حكم ، ليس فقط من زاوية المكان لطرفي النزاع وهيئة التحكيم والشهود ، وما قد يستعان بهم من خبراء الأمر الذي يوفر الكثير من الوقت والنفاقات، ويؤدي إلى تتابع الجلسات وانتظامها وسرعة الفصل في النزاع ، إنما أيضا من زاوية أخرى أكثر أهمية إذا كان قانون الدولة التي يجري التحكيم على أرضها هو القانون الواجب التطبيق سواء على موضوع النزاع أو على اجراءات الخصومة التحكيمية ، وما يتعين مراعاته في هذه الحالة هو من قواعد تتعلق بالنظام العام بالمفهوم المرن وفضلا عن أن المكان قد يحدد ما إذا كان الحكم وطنيا أم لا ، لذا على أطراف

---

[67]. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحداث القضاء المصري،دار الشروق، مصر، 2002، ص218.

[68]. ابو زيد رضوان ،مرجع سابق ،ص 96.

[69]. مرجع نفسه ،ص96.

النزاع عند اختيارهم لمكان التحكيم أن يقدروا عواقب هذا الاختيار[70] ، و طبقا للمادة 28 من قانون التحكيم المصري التي تنص:"**لطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم سواء مصر أو في خارجها .**

فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع ضرورة مراعاة هذه الحالة لظروف الدعوى و ملائمة المكان لأطرافها ولا يخل بسلطة هيئة التحكيم في أن تجتمع في أي مكان تراه مناسبا لقيام بإجراءات التحكيم كالاستماع لأطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو الاطلاع على مستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك من الاجراءات"[71] .

وتجد الإشارة هنا انه سواء تم اختيار المكان من طرف الأطراف أو عن طريق هيئة التحكيم فان ذلك لا يخل بسلطة هيئة التحكيم في أن تجتمع في أي مكان تراه مناسبا لأي إجراء من إجراءات التحكيم ، سماع الشهود وخبراء ومعاينة لبضائع والأموال آو فحص مستندات ويجب إحطار طرفي النزاع بوقت كافي قبل ميعاد المعاينة أو الفحص للحضور ما لم يتفق الطرفين على خلاف ذلك ، وهذا حسب المادة 2 من قواعد قانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي [72].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري وحسب المادة 1042 ق إ م إ التي تنص :"**إذا لم تحدد الجهة المختصة في اتفاقية التحكيم يؤول الاختصاص إلى محكمة التي تقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ**"[73] نستخلص من هذه المادة أن التحكيم يتحرر من القيود المحددة

---

[70]. السيد صاوي أحمد،"إجراءات التحكيم طبقا لقانون التحكيم المصري ،ووفقا لأهم قواعد وأنظمة التحكيم.
الدولية"،المؤتمر السنوي السادس عشر،(التحكيم التجاري الدولي) ،كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات (د س ن) ص ص 802_ 803.

[71]. معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي ،دار الفكر الجامعي ،مصر ،1997، ص 33.

[72]. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي و الداخلي، منشأ المعارف، مصر، 1997، ص149.

[73]. المادة 1042 من قانون رقم 09.08 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

للاختصاص المحلي الواردة في القوانين الداخلية فالاختصاص الإقليمي يحدد وفقا لإرادة الأطراف و في حالة عدم وجود الاتفاق يرجع الاختصاص إلى مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ وذلك على غرار المشرع المصري الذي جعل الهيئة التحكيم هي المكلفة بتعين مكان التحكيم بعد إرادة الأطراف وهذا الموقف هو الأقرب إلى الصواب باعتبار انه كان على المشرع الجزائري أن يدعم استقلال الهيئة التحكمية في تحديد مكان الانعقاد بعد إرادة الأطراف. حسب قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي[74] .

ثانيا :حرية الأطراف في تحديد لغة التحكم

تطبيقا لمبدأ سلطان إرادة الأطراف في التحكيم فان للاطراف الحرية في إختيار لغة التحكيم،و إذ اتفقا على لغة معنية على المحكم إتباع ما جاء في هذا الاتفاق ،والمشرع الجزائري سارا على هذا النحو بحيث يجوز لأطراف العلاقة اتفاق على اللغة المستعملة و المشتركة في جميع مسائل التحكيم ، في حالة اختلاف اللغة بينهما سيستعين بترجمة رسمية و يقتسموا أتعاب المترجم بينهما[75].

على غرار بعض التشريعات ومنها التشريع المصري الذي جعل لغة التحكيم هي اللغة العربية إذا تم لاتفاق على خلاف ذلك ، وكان على المشرع الجزائري أن يكون له نفس الموقف بحيث يجعل لغة التحكيم كأصل هي اللغة العربية ، إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك و اللغة المستعملة دائما تبقى هي المستخدمة على لغة البيانات و المذكرات و المرافعات الشفهية وكذلك على قرار تتخذه هيئة التحكيم إلا أذا كان اتفاق الطرفين بخلاف ذلك[76] .

[74]. منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 149.

[75]. بغداد صديق، مرجع سابق، ص 78.

[76]. نورة حليمة ، مرجع سابق،ص، 82.

الفرع الرابع

حرية الأطراف في تحديد زمان التحكيم و إجراءاته

تخضع قواعد الإجراءات التحكمية لإرادة الأطراف الحرة وتبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يستلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي وهو ما تنص عليه المادة 21 من قانون التحكيم النموذجي و الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قواعد اليونسترال ،بينما تعتبر الدعوى المرفوعة طبقا للفقرة الثانية من المادة الرابعة من نظام غرفة التجارة الدولية من تاريخ تسليم طلب إلى الأمانة العامة بالغرفة التي تبلغ المدعي و المدعى عليه استلامها الطلب ، و تاريخ هذا التسليم[77] ، أي أن الخصومة التحكيمية تعتبر قائمة من اليوم الذي يعلن فيه المدعي رغبته إلى المدعى عليه باللجوء إلى التحكيم إلا إذا اتفق الطرفان على موعد أخر تنعقد به الخصومة التحكيمية ،كأن يتفقا على أن يبدأ الموعد من تاريخ تقديم طلب التحكيم إلى الجهة التي اتفق الأطراف عليها لتتولى مهمة التحكيم ،أو من تاريخ الانتهاء من تشكيل الهيئة، وتبدأ إجراءات التحكيم بتقديم أطراف الخصومة لمذكراتهم الجوابية ،إذ لابد أن يتم الإشارة إلى الطلب الذي يتقدم به المدعي و يسلم طلب التحكيم و المذكرة الجوابية للمدعي عليه ذلك من خلال تقديم المدعى عليه لجوابه و يمكن أن يتقدم بدعوى مقابلة ،وليس بضرورة وجود ارتباط بين الدعوى الأصلية ودعوى المقابلة لكن المهم وجود ارتباط بين الطرفين ناشئا عن نفس العقد التحكيمي.

فالمشرع الجزائري سواء فيما يخص تقديم الطلب الافتتاحي للخصومة وكيفية تقديم المدعى عليه لمذكراته الجوابية قد تركها لإرادة أطراف النزاع فهي المسيطرة لتحديد انطلاق الخصومة التحكيمية ، فيمكن أن يتفق على الموعد من تاريخ تقديم الطلب أو من تاريخ تشكل هيئة التحكيم[78] .

---

[77]. نورة حليمة ، مرجع سابق ،ص 81.

[78]. السيد صاوي أحمد ، مرجع سابق . ص . ص 799_800.

كذلك لأطراف النزاع الحرية في تحديد كيفية إعلام الخصم التحكيمي والمواعيد المقررة لذلك لان الخصومة التحكيمية هي خصومة حقيقية لذلك يتعين على أطراف النزاع إقامة دعواهم وتقديم دفاعهم و مذكراتهم، و طلباتهم بصفة دقيقة حتى لا تضيع حقوقهم ،كما يستوجب إعلام كل خصم بالإجراء الذي اتخذه ضد الخصم الأخر ،لكن نجد احترام هذه الإجراءات قد يؤدي إلى تعطيل الفصل في النزاع في حين آن الأطراف اخذوا سبيل التحكيم رغبة منهم للوصول إلى حل عادل وسريع مما يستلزم توفر المرونة لإجراءات التحكيم ،من اجل ذلك عملت معظم التشريعات القانونية على الموازنة بين ضرورة احترام مبدأ المواجهة والذي قد يؤدي تعطيل الفصل في النزاع و بين مرونة التحكيم ، كما نجد البعض منها ومن بينها المشرع الجزائري الذي لا يشترط وضع شكل معين أو طريقة خاص في تقديم الطلب الافتتاحي لخصومة التحكيم هذا من جهة و من جهة أخرى يجوز أن يتم إعلان الخصوم بأي وسيلة يرها الأطراف مناسبة كأن يكون إعلان المدعي أو محكمة التحكيم للمدعي عليه للحضور بالبريد العادي أو عن طريق الفاكس أو عن طريق محضر قضائي فالمشرع الجزائري قد ترك للأطراف النزاع الحرية في اختيار طريقة وشكل الإعلان باعتبار أن مسألة تطبيق القواعد الإجرائية مسألة اختيارية ، وهذا ما يتوافق مع الطابع الرضائي للتحكيم ،الذي يقوم على مبدأ سلطان إرادة الأطراف[79].

وزيادة على كل هذا يجوز لأطراف النزاع تحديد بعض المواعيد فيما يتعلق بميعاد صدور القرار التحكيمي أو ميعاد اختيار المحكم وتحديد مصلحة المحكمين لاختيار المحكم المرجع أو الرئيسي ، إذا كانت الهيئة التحكيمية مكونة من ثلاثة أعضاء[80] .

ولا تخفى أهمية تحديد التاريخ الذي تبدأ فيه خصومة التحكيم فعلى ضوئه يبدأ حساب المواعيد وفقا لاتفاق الأطراف كاتفاقهم على أن بيان المدعي لدعواه خلال 30 يوما من التاريخ بدء الإجراءات ،أو اتفاقهم على تبادل المذكرات و تسليم المستندات خلال شهرين من

[79]. نورة حليمة ،مرجع سابق ، ص، ص 81، 82.

[80]. بغداد صديق، مرجع سابق، ص 78.

تاريخ بدء الإجراءات ، كما أنه قد يحددون تاريخ يبين فيه الوقت الذي ستصدر الهيئة التحكيمية حكمها [81].

المطلب الثاني

حرية الإطراف في اختيار نوع التحكيم

إن إرادة الأطراف هي جوهر التحكيم، فهذه الإرادة هي التي تهيمن عليه منذ بداية الاتفاق عليه، وهي التي تتولى اختيار كل النقاط المتعلقة بالتحكيم والتي يجب أن تتبع لحل النزاع وبما فيها أي نوع من أنواع التحكيم لكي يكون سبيلا لفض النزاع القائم بينهم.

وتجسيدا لسلطان الارادة في عملية التحكيم أدى ذلك إلى زيادة إقبال الأفراد والدول على اللجوء إلى التحكيم كأسلوب لحل ما يثور بينهم من منازعات، خاصة في مجال المعاملات ذات الطابع الدولي، ونظرا لتشعب وتعدد المعاملات التجارية أصبح التحكيم الوسيلة المثلى لحل المنازعات التي تثيرها هذه الأخيرة[82] وعليه في حالة ما إذا اختار الأطراف اللجوء إلى التحكيم التجاري فإنهم يجدون أنفسهم أمام عدة أنواع من التحكيم، وكل نوع ينفرد بخصوصية تميزه عن الآخر، هذا ما يجعل الأطراف يتمتعون بنوع من الحرية في اختيار النوع الذي يرونه مناسبا وفقا لقناعتهم.

فقد يجدون أنفسهم أمام تحكيم خاص أو ما يسمى بتحكيم الحالات الخاصة وهو الأصل في التحكيم أو يكونوا أمام تحكيم مؤسسي أين تتولى منظمات دائمة هذه المهمة[83]، وغيرها من الأنواع التي تخول للأطراف حرية الاختيار، وعليه سوف نتناول بعض من أنواع التحكيم في هذا المطلب ونشرح كل نوع على حدى ونبين مظاهر الحرية المخولة للأطراف عند اللجوء إليه.

---

[81]. االسيد صاوي أحمد، مرجع سابق ، ص 800.

[82]. خالد محمد القاضي ، مرجع سابق، ص،ص115،116.

[83]. راشدي سعيدة، مرجع سابق، ص331 .

الفرع الأول

التحكيم الحر

يعد هذا النوع من التحكيم الصورة الأصلية للتحكيم، فقد يلجأ طرفي النزاع في إطار المعاملات التجارية الدولية إلى التحكيم الحر، و الذي لا يختار فيه أطراف النزاع هيئة دائمة للتحكيم وإنما يجري وفقا لإرادتهم الحرة، بداية من اختيارهم للمحكمين الذين تعهد إليهم مهمة الفصل في النزاع، وكيفية مباشرة إجراءات التحكيم ومكان انعقاده والقانون الواجب التطبيق على النزاع، غير أن هذا التحكيم يمكن أن تواجهه عقبات تتمثل في قصور اتفاقهم لعدم القدرة على التنبؤ بكل الصعوبات التي يمكنها أن تحدث مستقبلا، وعليه يجب على أطراف النزاع أن يدونوا بدقة كل ما يتعلق بالنزاع في اتفاق التحكيم، مع الإشارة إلى قانون إجراءات ذو فعالية للفصل في النزاع،[84] إذا في هذا النوع من التحكيم الأطراف يتولون بأنفسهم تشكيل وتسيير هذا القضاء الخاص مثل الاتفاق على تعيين المحكمين من طرفهم وفي حالة قصورهم أو عجزهم على ذلك يقومون بتخويل هذه المهمة إلى هيئة دائمة للقيام بذلك[85].

وعليه فإن هذا النوع من التحكيم يعد أقل تكلفة من التحكيم المؤسسي لأنه لا يستوجب على أطراف النزاع دفع الأتعاب مباشرة إلى المحكم أو المحكمين، وهذا عكس ما هو معمول به في التحكيم المؤسسي أين يكون الأطراف ملزمين بدفع التكاليف إلى المحكمين و للمركز التحكيمي المختار[86].

إضافة إلى أن التحكيم الحر يتماشى مع متطلبات العلاقات الاقتصادية التي تستوجب السرية، كعقود نقل التكنولوجية مثلا، فهو أكثر وفاء لتخصصه بالسرية [87]، لذلك نجد كثيرا ما

---

[84] . أحمد بن باجة ، التحكيم و حل المنازعات في العقود الاقتصادية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ،فرع قانون المؤسسات،كلية الحقوق بن عكنون ،جامعة الجزائر،2006، ص52.

[85]. بغداد صديق، مرجع سابق، ص55.

[86]. مرجع نفسه، ص ،ص 55، 56.

[87]. السيد الحداد حفيظة، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 90.

يرغب الأطراف اختياره سبيلا لحل النزاعات التجارية كما هو الحال في شأن التحكيم في عقود البترول [88].

إذن من محاسن هذا التحكيم أنه يلتمس فيه حرية الأطراف والهيئة التحكيمية وتتسع فيه مهمة المحكمين في خصم النزاع[89]،كما أن الأطراف هم من يتولون إعداد كل الإجراءات الخاصة بالنزاع ولا يستندون إلى مركز مؤسسي معين[90].

الفرع الثاني

التحكيم المؤسسي

يقصد به اتجاه أطراف النزاع إلى منظمة أو مؤسسة تحكيمية لحل نزاعاتهم والتي يعبر عنها بالمراكز الدائمة للتحكيم التجاري الدولي[91]، وبالتالي فالتحكيم المؤسسي هو التحكيم الذي تتولاه المنظمات أو المراكز الدائمة للتحكيم والتي انتشرت في أعقاب الحرب العالمية الأولى[92]، ويعتبر التحكيم مؤسسي أو منظم متى كان في ظل منظمة أو مؤسسة أو مركز للتحكيم حيث تحتفظ هذه الأخيرة لنفسها باختصاص معين في تطبيق لائحة التحكيم ولم تكتفي بوضع قواعدها وخدماتها ومكاتبها الإدارية تحت تصرف أطراف النزاع[93]، ونجد لهذا النوع من التحكيم تكريسا في عدة اتفاقيات دولية وأهمها اتفاقية واشنطن سنة 1965 المتعلقة بفض النزاعات الناتجة عن الاستثمارات، حيث تعتبر تونس من الدول الأولى التي انخرطت فيها، ولقد تم إمضاء هذه الاتفاقية في 5 ماي 1965، وتم التصديق عليها في 22 جوان 1966، ودخلت حيز التنفيذ في 14

---

[88]. خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص 119.

[89]. بغداد صديق، مرجع سابق، ص 56.

[90]. أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي مصر، 2006، ص 16.

[91]. بغداد صديق ، مرجع سابق ،ص 57.

[92]. خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص 117.

[93]. نورة حليمة، مرجع سابق، ص 57.

أكتوبر 1966 وتعتبر هذه الاتفاقية مصدرا لقانون التحكيم في تونس، حيث كان القانون التونسي يمنع التحكيم على الدولة، إلا أنه غير موقفه في شأن اللجوء إلى التحكيم وأصبح بموجب هذه الاتفاقية يجيز لجوء هذه الدولة إلى التحكيم[94].

وعليه فإن الهيئة التحكيمية تنشأ في إطار الأنظمة التي تقررها المراكز التحكيمية لفض النزاعات الناشئة عن علاقة تجارية دولية[95]، وتتمتع بمعرفة وخبرة فائقة لأن خبرة المحكم هي مبعث الثقة في نفسه أولا وفي التحكيم ثانيا فهي تمنحه ثقة المحتكمين، وبقدراته للفصل في النزاع، وهذا ما يشجع المتنازعين في اللجوء إلى التحكيم واتخاذ سبيلا لفض الخلافات التي تثور بينهم، رغم أنه هناك جانب من الفقه يرى أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون المحكم غير مختص ولا خبرة له في الموضوع المتنازع عليه، ويمكن أن يكون المحكم جاهلا للقانون حتى ولو كان موضوع النزاع المطروح عليه يستوجب دراية للقانون إلا أنه لا يتطلب فيه ذلك، ويمكن أن يكون جاهلا للقراءة والكتابة على أن يكون وحده في المهمة التحكيمية[96]، لكن من المستحسن أن يتم اختيار هيئة التحكيم خبرتها في المجال فهذا ما يجعل أحكامها تتصف بالمصداقية[97].

وبالتالي فإن أطراف الخصومة التحكيمية يخضعون لقواعد هذه المراكز إذ تقوم هذه الأخيرة بإعداد القوائم بأسماء المحكمين باختلاف جنسياتهم وتخصصهم، مما يمكن الأطراف من اختيار المحكمين الذين يتولون الفصل في النزاع من هذه القوائم أو اختيار المحكمين خارج عن هذه القوائم المعدة مسبقا[98]، لهذا أضحى التحكيم المؤسسي هو القاعدة في مجال التجارة الدولية[99]،

---

[94]. أحمد عمران" التحكيم التجاري الدولي"، مجلة العلوم القانونية، عدد 13، كلية الحقوق ، جامعة باجي مختار، عنابة، 2006، ص 68.

[95]. بغداد صديق، مرجع سابق، ص 57.

[96]. حدادن طاهر، مرجع سابق، ص 49.

[97]. بشير سليم، مرجع سابق، ص 28.

[98]. بغداد صديق، مرجع سابق، ص 57.

[99]. راشدي سعيدة، مرجع سابق، ص 331.

وتتشكل الهيئة التحكيمية بعدد وتري، إذ أن أغلب القضايا التي تم الفصل فيها من طرف الغرفة التجارية بباريس تشكلت هيئة التحكيم من ثلاث محكمين[100].

ومن أهم المراكز التحكيمية نجد الغرفة التجارية الدولية ، محكمة لندن للتحكيم، محكمة أمريكا والمركز الإقليمي للقاهرة للتحكيم.

1-الغرفة التجارية الدولية CCI

أنشئت غرفة التجارة الدولية عام 1919 ومقرها يتواجد بباريس وهي مؤسسة خاصة ينتمي لعضويتها أكثر من 65 دولة ولا تهتم سوى بالنزاعات التي لها علاقة بالتجارة الدولية، وتعتبر تونس، الكويت، مصر، الأردن، لبنان، المغرب، والمملكة العربية السعودية وأخيرا الجزائر التي انضمت إليها في 2001 من بين الدول العربية التي لها لجان لدى الغرفة التجارية الدولية، ففي سنة 1985 تمت الإحصائيات حول عدد القضايا المطروحة على هذه الغرفة وأسفرت نتائج هذه الإحصائيات أن هناك 339 قضية تم الفصل فيها من طرف الغرفة و650 قضية مطروحة فيها وأغلبها طرحت من الدول العربية[101] وتعتبر غرفة التجارة الدولية هيئة استشارية تابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع بدوره للأمم المتحدة وهي عبارة عن منظمة غير حكومية[102].

وبالتالي فإن الغرفة التجارية الدولية تتولى تعيين الهيئة التحكيمية لمدة 3 سنوات بناءا على الترشيحات الواردة من اللجان الوطنية، يتم التعيين على أساس عضو لكل لجنة وطنية وتجتمع هيئة التحكم مرة كل ثلاث أشهر وتتولى مهمة تعيين المحكمين وتثبتهم، والجدير بالذكر أن أعضاء هذه الهيئة التحكيمية مستقلون عن اللجان الوطنية لغرفة التجارة الدولية التي رشحتهم لهذا المنصب، وبما جاء في نص المادة الأولى رقم 04 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية فإن الهيئة التحكيمية تنشئ لجنة تتكون من رئيس وعضوين يكونان تحت رئاسة رئيس هيئة التحكيم،

[100]. بغداد صديق، مرجع سابق، ص 57.

[101]. بشير سليم، مرجع سابق، ص29.

[102]. شهاب محمد، مرجع سابق، ص 48.

ويمكن للجنة أن تتخذ جميع القرارات التي يؤول اختصاصها لهيئة التحكيم ما عادا تلك المتعلقة بطلبات رد المحكمين[103].

أما ما يتعلق بمصاريف التحكيم داخل هذه الغرفة فإنها مصاريف ضخمة مقارنة بمصاريف التحكيم لدى مراكز أخرى مثل مركز القاهرة [104].

2- محكمة لندن للتحكيم

تعتبر محكمة لندن للتحكيم الدولي أقدم مؤسسة تحكيمية والتي تم تعديل تسميتها مرات عديدة، ابتدءا من تسميتها غرفة لندن للتحكيم وذلك في سنة 1983، انتهاء بإعطاء ما تسميه بغرفة لندن للتحكيم التجاري الدولي، وتكمن مهمتها في تعيين المحكمين الذين يتولون الفصل في النزاع أو ردهم إذا ما توفرت شروط الرد، دون أن تتعدى إلى مراقبة القرارات التحكيمية، فهي تسعى إلى جعل القرار التنفيذي قابل للتنفيذ، ففي حالة ما اختار الأطراف اللجوء إلى هذه المحكمة فإنها تقوم بتعيين المحكمين وإذا لم يرتضوا بهم الأطراف تركت لهم الحرية باختيارهم أو تعيينهم، كما أنها تهتم فقط بالنزاعات الدولية، أما ما يتعلق بالنزاعات الداخلية قد تركتها لمعهد المحكمين[105].

3- محكمة أمريكة للتحكيم

تعتبر الجمعية الأمريكية للتحكيم من الجمعيات العريقة التي نشأت في بداية القرن العشرين[106]، ومقرها العام يتواجد بالمركز الرئيسي لهيئة التحكيم الأمريكية، ويخضع التحكيم في إطار هذه الهيئة أو المحكمة التحكيمية إلى 58 مادة تناولت كل ما يتعلق بالتحكيم بداية من يوم الاتفاق عليه بين الأطراف مرورا بإجراءات الرد والتمثيل بواسطة محامي والترجمة وحضور

[103]. بشير سليم، مرجع سابق، ص،ص 30،31.
[104]. شهاب محمد، مرجع سابق، ص49.
[105]. بشير سليم، مرجع سابق، ص32.
[106]. شهاب محمد، مرجع سابق، ص48.

الجلسات واليمين والبينة وصولا إلى إجراءات التسليم وموعد الحكم التحكيمي[107]، وهذه الجمعية لها قائمة محكمين تتضمن حوالي 17000 محكم من مختلف الطبقات العلمية، من أساتذة الجامعة وأطباء والمحاسبين والمديرين التنفيذيين،الذين يقدموا خدمات التحكيم عندما يستوجب الأمر ذلك[108].

4-المركز الإقليمي للقاهرة للتحكيم

نظرا لتمركز أغلب مؤسسات التحكيم التجاري الدولي في الدول المتقدمة والأوروبية، الأمر الذي جعل الدول النامية ومن بينها دول إفريقيا وآسيا غير مطمئنة للتحكيم الذي يجري في دول أوروبية، لعدم درايتها بقوانين الدول النامية والأعراف والعادات التي تخضع لها هذه التي خير في المجال التجاري ولا للظروف السائدة في تلك الدول والتي تؤثر في تكوين الرأي الصحيح عن ظروف كل قضية وإصدار الحكم في المسائل التجارية، فكل هذه الأمور أدت إلى إنشاء مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، والذي جاء على لسان فوزي محمد ساعي أستاذ بكلية الحقوق بجامعة بغداد، وعلى هذا الأساس تم إعداد مشروع لحل النزاعات المتعلقة بالمواضيع التجارية والاقتصادية من قبل اللجنة الاستشارية القانونية لكل من قارة إفريقيا وآسيا، وقد تم مناقشة هذا المشروع في 1974 في طوكيو و1976 في كوالالمبور وفي 1977 في بغداد، وقد تم إثر هذا المشروع إنشاء مركزين للتحكيم التجاري الدولي مباشرة بعد مركز كوالالمبور بعامين الأولى في كوالالمبور 1978 والثاني في القاهرة 1980، ويعتبر هذا الأخير المركز الوحيد بقارة إفريقيا وآسيا الذي يقوم بحل النزاعات التجارية التي تثور بين الدول الأوروبية والدول العربية[109]، ويقدم مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي مجموعة من الخدمات تتمثل في:

- في حالة ما اختار أطراف النزاع التحكيم الخاص فإنه يقدم لهم مساعدات إدارية وفنية.

---

[107]. بشير سليم، مرجع سابق، ص34.

[108]. شهاب محمد، مرجع سابق، ص48.

[109]. بشير سليم، مرجع سابق،ص 31.

- يقوم بتنفيذ أحكام المحكمين.
- إجراء الدراسات والبحوث الأكاديمية والتطبيق العلمي في مجال الاستثمارات.
- إعداد مكاتب شاملة ومتخصصة لحل النزاعات التجارية عن طريق الطرق البديلة منها التحكيم، الوساطة، والتوفيق.
- إعداد مجموعة من المحكمين الدوليين الذين تتوفر فيهم الخبرة والمعرفة، بحيث بإعداد قائمة بأسماء المحكمين الدوليين مختلف القضاة والمحامين والمهندسين[110].

ونظرا لتمييز التحكيم المؤسسي بالسهولة واليسر نجده شائع في منازعات التجارة الدولية، فهذه المنظمات لديها قوائم بأسماء المحكمين من كافة الخيرات مما يساعد أطراف النزاع على اختيار المحكم المناسب، كما أن لهذه المنظمات لوائح تنظم اجراءات التحكيم وهي التي تتطلبها عملية التحكيم كإعمال السكرتارية والترجمة والحفظ فضلا عن أنها توفر المساعدة للطرف الذي يصدر لها الحكم ويرغب بتنفيذه [111]، كما نجده يوفر الأمان والطمأنينة للأطراف الخصومة باعتباره يعتمد على نظام محدد في مجال التحكيم أي باستطاعة الأطراف أو مستشاريهم العلم به[112].

إلا أنه بالرغم من المحاسن التي يتصف بها التحكيم النظامي أو المؤسس إلا أنه لا يخلو من مساوئ أو سلبيات وهي أن المنظمات أو المراكز التحكيمية قد نشأت في كنف الدول الصناعية، لذا فهي تسعى إلى حماية مصالح هذه الدول على حساب الدول النامية، كما تتزعزع ثقة الأطراف الخصومة بالمحكم[113].

[110]. شهاب محمد، مرجع سابق، ص،ص52،53.

[111]. خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص ، ص117، 118.

[112]. بغداد صديق، مرجع سابق، ص 57.

[113]. خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص 118.

وما نستشفه من فقه القضاء أن التحكيم سواء كان حرا أو مؤسسي فإنه يخضع لضرورة مراعاة المبادئ الأساسية للمرافعات المدنية والتجارية وخاصة تلك المتعلقة بحق الدفاع ومبدأ الوجاهية بين الخصوم والمساواة بينهم والتزام قضاة التحكيم بالحياد[114].

ومن خلال ما تقدم نستخلص أن الأطراف في التحكيم المؤسسي لديهم الحرية في اختيار اللجوء إليه لكنه تبقى المنظمات الدائمة فيه صاحبة الإختصاص في تحديد المحكمين وتحديد الإجراءات المطبقة على النزاع وبهذا نقول أن حرية الأطراف فيه مقيدة نوعا ما.

الفرع الثالث

التحكيم بالقانون

قد تنصرف إرادة الأطراف إلى اختيار التحكيم بالقانون ليتولى الفصل في النزاع، حيث يقوم الأطراف بتحديد القانون المطبق على موضوع النزاع في جميع مراحله، أو يخضعون لكل مرحلة قانون خاص بها، وفي هذه الحالة يستوجب على المحكم تطبيقه[115]، وعليه فإن هيئة التحكيم ملزمة بتطبيق القانون الذي تم تحديده من قبل الأطراف أو القانون الذي تم تحديده من طرفها هي في حالة سكوت الأطراف، وفي النوع من التحكيم فإن المحكم لا يجب أن يقوم بالصلح بين أطراف النزاع، إلا إذا خوله الأطراف ذلك صراحة[116].

الفرع الرابع

التحكيم بالصلح

كما نجد الأطراف يفضلون نوع آخر من التحكيم ألا وهو التحكيم بالصلح أين يتولى اختيار حكم أو محكمين وفقا لثقتهم بهم تسند إليهم مهمة الفصل في النزاع، وهذا الأخير بدوره يتولى

[114]. أحمد عمران، مرجع سابق، ص 69.

[115]. عمرو عيسى الفقي، مرجع سابق، ص 11.

[116]. لزهر بن سعيد كرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص 27.

مهمة النظر في النزاع وفقا لما يراه مناسبا، ووفقا لقواعد العدل والإنصاف[117]، وبالعودة إلى نص المادة 1474 و1479 من قانون المرافقات الفرنسي نجده ينص على آلية التحكيم بالصلح وكذا نص المادة 39 الفقرة الرابعة من القانون المصري رقم 27 سنة 1994، كذلك نص المادة 42 من معاهدة واشنطن[118].

[117]. أحمد عمران، مرجع سابق، ص 60.

[118]. نورة حليمة، مرجع سابق، ص 58.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

إن تحديد مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من أهم المسائل التي شغلت بال الفقهاء، وباعتباره مصدر التحكيم فإن هذا الأخير يعتبر عقدا يرد ضمن العقد الأصلي أو في وثيقة مستقلة عنه، وبهذا يكون محل كل عقد يختلف عن محل العقد الآخر فمحل شرط التحكيم إنما ينحصر في عمل إجرائي بحت يتعلق بحجم الخلافات التي نشأت بين الخصوم في إطار العقد الأصلي، هذا الأخير الذي يرمي إلى تحديد التزامات وحقوق الأطراف[119]، ونظرا لاختلاف كل عقد عن آخر فهذا يؤدي إلى نتيجة مفادها استقلالية هذا الاتفاق عن العقد الأصلي والتي يراد بها عدم تأثر إتفاق التحكيم بما يلحق ويشوب العقد الأول، و وفقا لهذا المبدأ فإنه ينتج عنه أثرين، الأول يتمثل في عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، بحيث إذا بطل العقد الأصلي فإنه لا يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم، والأثر الثاني يتمثل في خضوع اتفاق التحكيم لقانون غير القانون الذي يخضع له العقد الأول وهذا الأثر الأخير هو الذي يكون محل دراستنا، فنجد الفقه الفرنسي يؤكد على اختلاف القانون الذي يخضع له العقد الأصلي عن ذلك الذي يحكم اتفاق التحكيم، كما يمكن تقدير صحة اتفاق التحكيم وفقا للقواعد المادية بين الحاجة إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق من خلال إعمال منهج التنازع، وبما أن منهج تنازع القوانين هو الأسبق عن منهج القواعد المادية فإننا سوف نتطرق أولا لهذا المبدأ، بعدها نقوم بعرض منهج القواعد المادية الذي يعود الفضل في ظهوره إلى القانون الفرنسي وذلك في مطلب أول ،[120] وفي

---

[119]. مصطفى الجمال: " امتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به"، مجلة الدراسات القانونية، عدد07، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، 2001، ص67.

[120]. السيد الحداد حفيظة، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، مصر،2011، ص54.

الأخير نتطرق إلى المنهج الذي جمع بين المنهجين السابقين الذكر ومن خلاله يتضح لنا القانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم في مطلب ثاني

المطلب الأول

تطبيق منهج التنازع ومنهج القواعد المادية لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

سنحاول في هذا المطلب تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال تطبيق منهج التنازع ومنهج القواعد المادية، حيث أن كل منهج من هذه المناهج يتميز بخصوصية تميزه عن الآخر.

الفرع الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال منهج التنازع

إن تطبيق منهج التنازع لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم يستلزم أولا تحديد طبيعة هذا الأخير فهناك من كيفه على أنه اتفاق إجرائي وهناك من كيفه على أنه إتفاق عقدي، وهذا ما سوف نقوم بدراسته في هذا الفرع.

أولا: التكييف الإجرائي

يرى جانب من الفقه أنه ليس من المعقول أن يخضع اتفاق التحكيم لقانون غير الذي يتواجد مقر التحكيم فيه، فهناك منهم من ينادي بضرورة إخضاع إجراءات التحكيم لقانون الدولة التي يجري فيها التحكيم[121]، فالسلطة المخولة للمحكم المتمثلة في الفصل في النزاع وتحقيق العدالة للأطراف، لا بد أن تمارس في الدولة التي يجري فيها التحكيم، كون هذه الأخيرة تدخل

[121]- خالد إبراهيم التلاحمة، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، دار جهنية للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص19 .

ضمن سيادة الدولة، بالإضافة إلى أن الدولة هي صاحبة السلطة في تحديد مجال النزاعات التي سوف ينظر فيها المحكمين بدلا من القضاة، فحسب هذا الاتجاه أنهم أعطوا الاعتبار لقانون دولة التي يوجد بها التحكيم، إلا أن هناك من ينادي بضرورة تحديد طبيعة اتفاق التحكيم عند تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم نظرا لطبيعته المختلفة ، فهي ليست تعاقدية صرفة ولا قضائية صرفة، فإذا اعتبرنا التحكيم ذو طابع تعاقدي فهنا يكتسب الأطراف حق اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، لكن مع الأخذ بعين الاعتبار الطابع القضائي للتحكيم[122].

لذا فقد اعتبر أصحاب هذا الموقف أن إخضاع الإجراءات لقانون دولة يعد الحل الأنسب، كونه يحقق التوازن بين الطبيعة التعاقدية والقضائية لنظام التحكيم الدولي الخاص من جهة ومن جهة أخرى تطبيق قانون دولة مكان التحكيم يحدد جنسية حكم التحكيم الذي يصدره المحكمون نظرا لأهمية ذلك عند طلب حكم التحكيم ،إلا أن هذا الموقف محل انتقاد على أساس أن المحكم يستمد سلطته من إرادة الأطراف وليس من طرف الدولة فهو لا يعد جهازا تابعا لها، بالتالي فهو غير مجبر على تحقيق عدالة باسمها. كما أن مواضيع النزاعات التي تعرض على التحكيم تختلف عن قانون دولة مقر التحكيم، بالتالي هذا يفسر عدم ملائمة تطبيق قانون تلك الدولة. بالإضافة إلى الصعوبات التي تقف في وجه المحكمين عند تطبيق قانون الدولة، لذا يمكن القول أن تطبيق قانون مقر التحكيم يكون بصفة استثنائية وهذا في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الذي تخضع له الإجراءات بالتالي قانون مقر التحكيم هو الأجدر تطبيقه من الناحية الواقعي، لكن قد تنصرف إرادة الأطراف إلى اختيار هذا القانون أي قانون دولة المقر وتخضع له إجراءات التحكيم[123].

لذا فإخضاع إجراءات التحكيم لقانون دولة مقر التحكيم متعلق بإرادة الأطراف، فقد ظهر اتجاه آخر يدعوا إلى تطبيق قانون إرادة الأطراف، فحسب هذا الاتجاه فأن إرادة الأطراف تأخذ المقام الأول في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، باعتبار أن هذا الأخير

[122]. خالد إبراهيم التلاحمة، مرجع سابق، ص،ص21،19.

[123]. مرجع نفسه، ص21، 23.

يستمد مصدره من إرادة الأطراف، فحسب هذا الاتجاه، في البداية كان العقد يخضع لقانون محل إبرامه وفقا لنظرية الأحوال الإيطالية في القرنين الثاني والثالث عشر، لكن لم يبقى الوضع على حاله، ففي القرن السادس عشر وفي عهد الفقيه الفرنسي ديمولان الذي نادى بتحرير العقد من قانون بلد الإبرام وإخضاعه لقانون يكون أساسه إرادة الأطراف، فقد أصبح الأطراف يتمتعون بحرية اختيار أي قانون يطبق على الإجراءات مع استبعاد تطبيق قانون مقر العهد سواء باتفاق صريح أو ضمني، فيفهم من سكوت الأطراف في تحديد القانون تطبيق قانون محل إبرام العهد.

لكن لم يعد يعمل بهذه القاعدة فقد تطورت واعتبرت قاعدة تقليدية، فأصبح منذ القرن التاسع عشر الاختصاص في تحديد القانون الواجب التطبيق يعود لإرادة الخصوم كأصل نظرا للعلاقة التعاقدية التي تربطهما[124].

ثانيا: التكيف العقدي

حسب أنصار هذا الاتجاه فأن اتفاق التحكيم يعتبر عقدا رضائيا ملزما لجانبين، فهو من عقود المعارضة فحكم التحكيم لا يتجزأ عن اتفاق التحكيم[125].

وباعتباره عقد فإنه يعامل بنفس المعاملة التي يعامل بها العقود الأخرى،وتطبق عليه نفس قواعد القانون الدولي الخاص، وباعتبار أن مختلف الدول تخضع عقودها لقاعدة سلطات الإرادة ، فاتفاق التحكيم بدوره يخضع للقانون المختار من قبل الأطراف أي قانون الإرادة، ويكون المحكمين والقضاة ملزمين بتطبيقه[126]، فنجد القضاء الفرنسي تبنى منهج تنازع القوانين من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، حيث كيف هذا الأخير على أنه عقد.

---

[124]. خالد إبراهيم التلاحمة، مرجع سابق،ص، ص23-25.

[125]. خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص111.

[126]. مقراني عائشة، مبدأ اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري(دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد بوقره، بومرداس، 2005، ص103.

فعند تعبير الأطراف عن إرادتهم عن القانون المطبق على اتفاق التحكيم لا يوجد إشكال ، لكن يثور في الحالة العكسية أين تغيب هذه الإرادة يستوجب على كل من القاضي والمحكم البحث و اكتشاف إرادة الأطراف الضمنية معتمدين في ذلك على كل القرائن التي تقودهم إلى إرادة الأطراف.

إلا أن غالبية الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي في هذه المسألة استندت إلى عدة قرائن لإزالة الغبار عن إرادة الأطراف الضمنية، فنجد أن معهد القانون الدولي في قراراته الصادرة في عام 1957 وعام 1959 أخضع اتفاق التحكيم لقانون دولة مقر التحكيم[127].

وحسب الأستاذ Goldman أن هذا الحل مقترن بالتكييف الإجرائي لاتفاق التحكيم، غير قائم على الإرادة الضمنية للأطراف، كما أن كل من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ومعاهدة جنيف لسنة 1961 أخضعت اتفاقية التحكيم لقانون مقر التحكيم في حالة عدم تعبير الأطراف عن إرادتهم في هذا الشأن بصفة صريحة.

إلا أن هناك من يذهب إلى القول أن برغم استقلالية اتفاق التحكيم عن العهد الأصلي وأن من بين النتائج المترتبة عنه عدم إخضاع الاتفاق لنفس القانون الذي يخضع له العهد الأصلي ،إلا أن حسب الأستاذ Goldman هناك ما يبرر إخضاع اتفاق التحكيم للقانون الذي يخضع له العقد الأصلي، كون أن الهدف من لجوء الأطراف إلى التحكيم هو الفصل في النزاعات التي تنشأ عن العهد الأصلي، هذا ما يدل على اقتران اتفاق التحكيم بالعهد الأصلي[128].

و لا يجب أن يفهم من إخضاع اتفاق التحكيم للقانون الذي يخضع له العهد الأصلي يمس بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، إنما لا بد من اعتباره كضابط إسناد فقط ولا يتعدى الأمر ذلك.

---

[127]. السيد الحداد حفيظة، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص، ص164،163.

[128]. السيد الحداد حفيظة، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص، ص64، 65.

فغرفة التجارة الدولية بباريس انتهجت هذا الحل في قضية رقم 2626 لسنة 1978، حيث قضى المحكمون بأن اختيار الأطراف للقانون المنظم للعقد الأساسي ينظم كذلك بصفة ضمنية اتفاق التحكيم في حالة غياب أحكام خاصة[129].

ثالثا : الصعوبات التي تواجه منهج التنازع

تتمحور أساسا في صعوبة إلحاق اتفاق التحكيم بطائفة من طوائف الإسناد، فنجد بعض من الفقه يتجه إلى القول بأن مسألة تحديد طائفة أو طوائف الإسناد التي ينبغي إسناد الاتفاق عليها تثير الكثير من التساؤلات، فتحديد طوائف الإسناد التي تضبط اتفاق التحكيم، أو التمييز بين العديد من طوائف الإسناد بشكل يسمح باختيار عناصر الإسناد الملائمة من شأنه أن يؤدي إلى تجزئة القوانين المحتملة التطبيق على الجوانب المتعلقة بنفس المسألة، كما ان تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص فيما يخص العقود يؤدي إلى هذه التجزئة، ذلك بالتمييز بين القانون المطبق على الأهلية والقانون الذي يطبق على شكل والقانون الذي يخضع له موضوع الاتفاق التحكيمي، كما أن كل من التكييف الإجرائي والتكييف العقدي يتنازعان حول اتفاق التحكيم فمنهم من يلحقه بفكرة الإجراءات ، ومنهم من يلحقونه بموضوع النزاع الذي يهدف اتفاق التحكيم فصلهما بالتحكيم[130].

غير أن الاتجاه القائل بإخضاع اتفاق التحكيم للقانون المنظم للإجراءات تعرض لانتقادات، على أساس أن إخضاع الإجراءات لقانون مقر الدولة لم يعد صحيحا، لأن الأطراف أحرار في اختيار القانون المطبق على الإجراءات[131]، فقد اعتمد هذا الرأي القانون الفرنسي في المادة 1994

---

[129]. تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي: دراسة المرسوم التشريعي رقم 09ـ 93 والقانون المقارن ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع قانون الاعمال،كلية الحقوق، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو،2004 ص32.

[130]. السيد الحداد حفيظة، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص69.

[131]. تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ص 141.

من القانون الإجراءات المدنية الجديد أين أقر هو الآخر بعدم إلزام المحكمين بتطبيق قواعد إجراءات دولة المقر في حالة عدم تولي الأطراف اختيارها[132].

كما يضيف بعض الفقه أن ضوابط الإسناد المقترحة لتحديد القانون الواجب التطبيق على إنفاق التحكيم غير كافي، فحسبهم توجد فقط حالة واحدة لا تثير إشكال حول تطبيق منهج تنازع القوانين وهي حالة قيام الأطراف بتحديد القانون المطبق على اتفاق التحكيم[133].

أما ما يخص الحالات الأخرى التي يغيب عنها تعيين القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف، فهي تثير صعوبة لكون أي ضابط إسناد غير مؤهل لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم[134].

الفرع الثاني

تقرير مدى صحة اتفاق التحكيم بتطبيق منهج القواعد المادية

يقول الأستاذ محسن شفيق أن "التحكيم في الحقيقة ليس اتفاقا محضا وليس قضاءا محضا وإنما هو نظاما يمر في مراحل متعددة ،يلبس في كل منها لباسا خاصا ويتخذ طابعا مختلفا ، فهو في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكما ينبغي مراعاة اختلاف هذه الصور عند تعيين القانون الواجب التطبيق " هذا ما يؤدي إلى صعوبة تحديد الطبيعة القانونية الخاصة باتفاق التحكيم وحتى تكييفه، هذا ما يؤدي بطبيعة الحال تلقي المحكمون والقضاة صعوبات في هذا الشأن لذا ظهر منهج آخر يعتمد عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.والفضل في ذلك يعود إلى محكمة استئناف باريس التي كرسته من أول وهلة، ويتبع بعد ذلك محكمة

[132]. السيد الحداد حفيظة، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 70.

[133]. السيد الحداد حفيظة، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 175.

[134]. مرجع نفسه، ص 175

النقض الفرنسية، حيث تضمنت الأحكام الصادرة عنها إعمال منهج القواعد المادية على اتفاق التحكيم لتقدير وجوده وصحته [135].

أولا: موقف القضاء من تكريس منهج القواعد المادية

لقد ساهم القضاء الفرنسي في تطبيق القواعد المادية، بحيث اعتبر أول من جعل اتفاق التحكيم يتنصل من تطبيق القوانين الوطنية التي تقررها قاعدة التنازع واعمال إرادة الأطراف لإثبات صحة ووجود اتفاق التحكيم،فبعد أن برهن استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وعدم تأثره بكل ما يشوب هذا الأخير في قضية Gosset [136]، فقد كان له الفضل أيضا أن يكون ميلاد القواعد المادية راجع إليه والذي كان في قضية HECHT في حكم محكمة النقض الفرنسية، أين استخلصت هذه الأخيرة مبدأ الصحة الذاتية لشرط التحكيم من استقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الذي يحكمه دون اللجوء إلى استخدام منهج التنازع التقليدي[137].

ثانيا: موقف الأحكام التحكيمية من تكريس منهج القواعد المادية

باعتبار أن المحكم شخص يعينه الأطراف ليتولى الفصل في النزاعات التي تثور بينهم، فهو إذا يستمد سلطته من إرادة الأطراف، بالتالي يكون غير ملزم بتطبيق قانون وطني معين أو قواعد إسناد مرتبطة بنظام قانوني معين للنظر في النزاع، لذا فإن الأخذ بالقواعد المادية على المستوى العملي أكثر احتمالا من إعمال المناهج الأخرى . فقد نجد أطراف النزاع لا يعبرون بصفة صريحة عن إرادتهم حول تطبيق قانون معين على اتفاق التحكيم، فيتولى المحكمون هذه المهمة فيخضع الاتفاق إما لقواعد مستوحاة من أحكام التحكيم أو من دراسات مقارنة دون التأثر بالجانب الخاص لكل نظام وطني يتماشى ومتطلبات الجماعة الدولية إلا أن هناك تردد من قبل

[135]. بكلي نور الدين، إتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص11.

[136]. تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 146.

[137]. السيد الحداد حفيظة، الإتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 80.

بعض المحكمين من تبني المنهج وأخضعوا اتفاق التحكيم لقانون وطني خوفا لعدم قبول وتنفيذ قرارهم[138].

غير أن هناك من الأحكام التحكيمية التي ترفض إسناد اتفاق التحكيم لقانون معين، وأخضعته للقواعد المادية، وفصلت في وجود وصحة اتفاق التحكيم وفقا لإرادة الأطراف المشتركة، وفي غيابها ينظر فيها وفق للعادات التجارية الدولية والمبادئ العامة للقانون، بالتالي التتصل تماما من تطبيق قانون وطني معين أو منهج من مناهج التنازع التقليدي، و من أهم الأحكام التي اتخذت هذا المنهج حكم محكمة التحكيم الصادر تحت مضلة غرفة التجارة الدولية بباريس في القضية رقم4131 بتاريخ 22 سبتمبر 1982 [139].

هذا المنهج كغيره من المناهج السابقة تعرض لانتقادات، حيث نجد اتجاه فقهي انتقد الأحكام القضائية الفرنسية التي انتهجت القواعد المادية لتقدير صحة ووجود اتفاق التحكيم على أساس أن استقلالية اتفاق التحكيم عن أي قانون وضعي الذي أعدته محكمة النقض بباريس ، لا يمكن الأخذ من الناحية العملية، لأنه لا يمكن أن تكون استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بشكل مطلق وكامل.

كما أن هناك من يؤكد على عدم إمكانية المرء أن يتزعم بصحة اتفاق التحكيم بصفة مطلقة، وأن هذا الاتفاق لا يمكن إبطاله بسبب عيب في إرادة الأطراف[140]. بالإضافة إلى أن المستوى النظري انتقدت المصطلحات الخاصة باستقلالية إتفاق التحكيم، كون أن التصرف القانوني لا يمكن له أن يكون صحيحا كأصل عام إلا إذا استكملت فيه كل الشروط الشكلية والموضوعية المفروضة من قبل قاعدة سابقة بالضرورة على هذا الاتفاق، وعادة ما تكون هذه الشروط تتسم بالشدة وهي قواعد لا يمكن إنكارها[141].

---

[138]. تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص153.

[139]. مرجع نفسه،ص153.

[140]. السيد الحداد حفيظة، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي،مرجع سابق،ص190.

[141]. تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق،ص155.

وحسب هذه الانتقادات فلا يجوز إعمال منهج القواعد المادية، إنما من الأفضل منهج التنازع الذي يهدف إلى تحديد القانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم[142].

لذلك نجد بعض من الفقه الذي أبدى رأيه حول موقف محكمة النقض الفرنسية في إخضاع صحة ووجود اتفاق التحكيم للقواعد المادية، حيث أكدوا على أن الأمر يستلزم إيجاد قواعد عبر دولية ليخضع لها اتفاق التحكيم الذي ينصب في مجال التجارة الدولية لحل المنازعات ذات أهمية اقتصادية عالمية تتجاوز الحدود الوطنية[143]

المطلب الثاني

تحديد القانون الواجب التطبيق بالجمع بين المنهجين

لقد عملت التشريعات الحديثة على دمج كل من منهج التنازع ومنهج القواعد المادية وتشكيل منهجا واحدا تسعى من خلاله إلى تحقيق صحة اتفاق التحكيم الخاص بالنزاعات الدولية الخاصة، لذلك نجدها قد قامت بوضع قواعد مادية مختصة بصحة اتفاق التحكيم من الناحية الموضوعية، وفي ذات الوقت ربطت اللجوء إليها بتطبيق منهج التنازع التقليدي[144].

و سوف نعرض فيما يلي موقف بعض القوانين الأجنبية في هذه المسألة وأكيد لا يغيب عنا موقف المشرع الجزائري في هذا الشأن.

[142]. السيد الحداد حفيظة،الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص190.

[143]. مقراني عائشة، مرجع سابق،ص153.

[144]. ، مرجع، نفسه، ص163.

الفرع الأول

موقف بعض القوانين الأجنبية

يعد التشريع السويسري أول التشريعات التي قبلت فكرة دمج قواعد منهج التنازع والقواعد المادية لتقرير صحة اتفاق التحكيم[145]، إلا أن هناك من التشريعات الأخرى التي أقرت بإمكانية الوصول إلى هذا الحل دون الاستناد إلى نص تشريعي كالتشريع الفرنسي والتشريع المصري[146].

أولا: موقف المشرع السويسري

يتجسد موقف المشرع السويسري من خلال دمجه لكلا من المنهجين منذ سنة 1987 أين نصت المادة 178 من القانون الدولي الخاص على تكريس قاعدة التنازع، لكن التمعن في نص المادة جيدا نجد أن المشرع السويسري قد سمح للقاضي السويسري بتطبيق قواعد التنازع المادية لقانون دولته عند رقابته لصحة اتفاق التحكيم الذي يقوم عليه المحكم التحكيمي[147].

ثانيا: إمكانية الوصول إلى هذا الحل في كل من القانون الفرنسي والمصري

لم يقم كل من المشرع الفرنسي والمشرع المصري بتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم. إلا أن فقه كلا البلدين أكدوا على إمكانية الوصول إلى الحل الذي انتهجه المشرع السويسري[148].

1-موقف المشرع الفرنسي

حسب الأستاذ GAILLARD فأنه من مؤيدي موقف المشرع السويسري، ويرى أن الحل الذي قدمه هذا الأخير يمكن تطبيقه في فرنسا دون الحاجة إلى وجود نص تشريعي يقرر ذلك،

---

[145]. السيد الحداد حفيظة الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص204.

[146]. تعويلت كريم،استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص164.

[147]. السيد الحداد حفيظة، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص101.

[148]. تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص165.

حيث دعم موقفه بحجة أنه إذا كانت القواعد المادية الواجبة التطبيق وفقا لما قرره قضاء"DALICO " لا تسمح بتقرير صحة اتفاق التحكيم الذي كان أساسا للقرار التحكيمي المطلوب الاعتراف به وتنفيذه في فرنسا، فلا يجوز للقضاء الفرنسي أن يرفض تنفيذ هذا الحكم، في حالة ما إذا كان اتفاق التحكيم صحيحا وفقا للقانون المختار من قبل الأطراف أو وفقا لقانون الدولة التي صدر فيها الحكم المعني بالتنفيذ عند غياب قانون الإرادة، والأستاذ GAILLARD استند في تحليله إلى القانون الوصفي الفرنسي الخاص بالتحكيم التجاري الدولي وكذا الاتفاقيات الواجبة التطبيق بوصفها طرف فيها.

ونجد اتفاقية نيويورك تنص على ذلك في نص المادة 5 فقرة1 لسنة1958[149].

2-موقف المشرع المصري

بالعودة إلى القانون المصري رقم 27 لعام 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية لم يتولى تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

لكن بالعودة إلى نص المادة 25 ونص المادة 39 منه نجد أنه لم ينص بصفة صريحة عن القانون المطبق على اتفاق التحكيم إلا أن ذلك يفهم حتميا من خلال نص المادتين أنه سلك نفس الطريقة الذي اتخذه المشرع الفرنسي حيث حدد المنهج المتبع من أجل تحديد صحة اتفاق التحكيم، وذلك من خلال تنبية لهذا المنهج بشأن الفصل في مسألة القانون الذي يحكم الإجراءات والذي يحكم موضوع النزاع[150].

فإذا اعتبر اتفاق التحكيم بأنه عبارة عن عقد خاص ينظم الإجراءات التحكيمية يؤدي إلى تطبيق نص المادة 25 التي أقرت بحرية الأطراف بتحديد القواعد الإجرائية التي تخضع لها الهيئة التحكيمية، وهذا يؤدي إلى تحرر الاتفاق من خضوعه لأي قانون وطني كونه يخضع للقواعد التي

[149]. تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص167.

[150]. السيد الحداد حفيظة،الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص،ص210،211.

يختارها الأطراف، غير أن هناك حالة تمكن الهيئة التحكيمية أن تقوم بنفسها بهذا الاختيار في حالة عدم قيام الأطراف بذلك مع مراعاة أحكام القانون المصري[151].

الفرع الثاني

موقف المشرع الجزائري

يظهر موقف المشرع الجزائري جليا في المادة 1040 من ق.إ.م.إ الجديد التي تنص على أنه "....**تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها ، إما القانون الذي إتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون اسلذي يراه المحكم ملائما....**"[152]

يتضح لنا من خلال هذه المادة أن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم يخضع لثلاث مصادر هي:

1. خضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة: حيث أن الأصل في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم يكون لإرادة الأطراف الحرة[153]، وهذا ما نستخلصه في نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه " يسري على الإلتزامات التعاقدية ، القانون المختار من المتعاقدين أو بالعقد."[154].

2. خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم موضوع النزاع: يمكن كذلك أن يخضع اتفاق التحكيم للقانون الذي يخضع له موضوع النزاع.

---

[151]. تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ، ص 169.

[152] . المادة 1040 من قانون رقم 09.08 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[153]. جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بلقايد، تلمسان،2009،ص27.

[154]. المادة 18 من الأمر رقم 75 –58 مؤرخ في 26 سبتمبر1975، يتضمن القانون المدني،منشور على موقع الامانة العامة للحكومة .www.joradp.dz

3. خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي يراه المحكم ملائما: في حالة غياب الاختيار الصريح للأطراف للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، المشرع أعطى للمحكم الحرية في اختيار أي قانون يراه ملائما، سواءا اختيار قانون العقد الأصلي أو المبادئ العامة للقانون والعادات والأعراف التجارية التي يراها ملائمة .

وعليه فإن المشرع الجزائري وفقا لهذه المادة قد تفادى الإنتقادات التي توجه إليه في ظل القانون القديم(93. 09) بشأن التعارض الموجود بين المادة 458 مكرر 3/1 التي تنص على تطبيق القانون الجزائري في حالة غياب الإختيار الصريح من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وبين المادة 458 مكرر 14 التي سمحت للمحكم بتطبيق المبادئ العامة للقانون وأعراف التجارة الدولية ، والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد أخذ بالإرادة الصريحة للأطراف ولم يعتد بالإرادة الضمنية، حيث إذا لم يقوم الأطراف بتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم فإنه يتم اللجوء إلى المصادر الأخرى التي ذكرناها سابقا[155].

[155]. جارد محمد،مرجع سابق،ص 28.

إن أهم ميزة يتميز بها التحكيم التجاري الدولي والتي جذبت الأطراف اللجوء إليه واختياره كوسيلة تتولى الفصل في نزاعاتهم نجد تكريسه لمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق في الدعوى التحكيمية، سواءا فيما يخص تعيين القانون الواجب التطبيق على الإجراءات أو القانون الذي يطبق على موضوع النزاع، هذه الحرية التي لا نجدها في إطار القضاء العادي، حيث لا نجد بصمة الأطراف في تحديد القانون الذي يحكم الإجراءات ولا الموضوع، وإنما القانون الذي يحتكم به القاضي في هذه المسألة معد مسبقا وفقا لاعتبارات وطنية وهو ملزم بتطبيقه، وبالتالي لا نجد أثر لإرادة الأطراف في هذا الشأن ، إلا أن في ظل التحكيم التجاري الدولي فإن هذا الأخير فتح الباب على مصرعيه لإرادة الأطراف للتعبير عن إرادتهم في اختيار القانون الذي تخضع له الدعوى التحكيمية، والمحكمين بدورهم يطبقونه وفقا لتعليمات الأطراف حتى يتوصل إلى تحقيق الهدف الذي يسعى الأطراف إلى تحقيقه والذي يتمثل في تحقيق العدالة الفعالة بعيدا عن الحياد والتحيز، لذا نجد الفيلسوف اليوناني أرسطو يقول:" إن أطراف الخصومة يستطيعون تفضيل التحكيم عن القضاء، ذلك أن المحكم يرى العدالة بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع[157].

[157].أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص3.

المبحث الأول

اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات

تنص المادة 106 من ق م ج على ان "**العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين او للاسباب التي يقررها القانون**"[158].

حسب نص هذه المادة فإن مبدأ سلطان الإرادة لم يكن وليد الحاضر إنما هو مبدأ متعارف عليه في المعاملات العادية بين الأفراد في مجال التعاقد والالتزام [159].

وباعتبار اتفاق التحكيم عبارة عن عقد فهو يخضع لنفس القواعد العامة التي تخضع لها الاتفاقات الأخرى، وبما أن اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي أساسه اتفاق الأطراف على ذلك، فان هذا الأخير مبني على سلطان الإرادة عبر كل مراحله، وكما عرفنا سابقا أن الأطراف يتمتعون بحرية سواء في اختيار هيئة التحكيم أو في اختيار نوع التحكيم وكذلك الإجراءات التي تحكم اتفاق التحكيم، فللأطراف أيضا الحرية في اختيار القانون الذي يحكم الإجراءات ،و التي لا نجد لها أثر في إطار القضاء العادي، أين لا يجوز لأطراف الدعوى اختيار القانون الإجرائي الذي تخضع له هذه الأخيرة إنما تخضع للقانون الذي يحدده القاضي.

إلا أن في إطار التحكيم الأطراف لهم الحرية في اختيار أي قانون يرونه مناسبا لتطبيقه على الإجراءات، هذا ما أكده أغلب الفقهاء حيث أطلقوا الحرية للأطراف، بحيث يجوز لهم اختيار قانون دولة معينة مستقل عن الأطراف وحتى عن الإجراءات، أو اختيار قواعد إجرائية لأحد المراكز الدولية للتحكيم....إلخ، لكن قد لا يقوم الخصوم بأنفسهم بتحديد القانون الذي تخضع له الإجراءات فيتركون الأمر لهيئة التحكيم لتقوم بذلك[160].

---

[158]. المادة 106 من أمر رقم 58.75 ،يتضمن القانون المدني،مرجع سابق

[159]. عثماني الحسين، التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في إطار الاتفاقية الثنائية بين الجزائر والدول الغربية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون الأعمال، جامعة مولود معمري تبزي وزو، 2006،ص 22.

[160]. خالد إبراهيم التلاحمة ، مرجع سابق،ص، ص26،27.

ومن خلال هذا المبحث سوف نحاول أن نستظهر مظاهر حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات الدعوى التحكيمية بإعمال مبدأ سلطان الإرادة في مطلب أول، كما نبين فيه سلطة الهيئة التحكيمية في تعيين القانون الإجرائي في حالة عدم قيام الأطراف بتحديدها في مطلب ثاني.

المطلب الأول

تولي الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات

يتمتع أطراف الخصومة التحكيمية بحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على نون الذي يحكم الإجراءات، أما في إطار التحكيم الثاني قد تخضع إجراءات الدعوى التحكيمية لقوالإجراءات، فالقانون لم يقيدهم بإخضاع هذه الأخيرة لقانون ما ، بل لهم الحرية التامة في اختيار أي قانون سواء تابع لمركز تحكيمي معين أو يقومون بإدماج قواعد معدة من قوانين مختلفة أو يجعلون من قانون دولة معينة قانونا يحكم الإجراءات.....إلخ، فلهم أن يختاروا أي قانون يرونه مناسبا ويحقق مصالحهم[161] ، وبما أن حرية الأطراف مستمدة من طبيعة التحكيم المبنية على اتفاق الأطراف[162]، وغالبا ما نجد نوع التحكيم يؤثر على نوع القواعد التي تطبق على الإجراءات فإذا اختار هؤلاء التحكيم الحر فإن الإجراءات تختلف لو اختاروا التحكيم المؤسسي، ففي إطار التحكيم الأول حريتهم تكون أوسع على أساس ما لهم من حرية في اختيار القااعد تابعة لهيئات المراكز الدائمة[163].

---

[161]. الأحدب عبد الحميد،" إجرءات التحكيم"، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)،كلية الحقوق،جامعة الامارات العربية العربية المتحدة ، (د س ن)، ص437.

[162] . مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة و الدولية و الداخلية ، دار الفتح للطباعة و النشر التوزيع، مصر، 1998، ص211.

[163]. السمدان احمد،"القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي":مجلة الحقوق والعلوم السياسية ،الكويت،1993،ص189.

وعليه سواءا اختار الأطراف تحكيم الحالات الخاصة أو التحكيم المنظم فهذا لا يؤثر ولا يقيد حرياتهم في اختيار القانون الذي تخضع له الإجراءات فالأمر يعود إليهم في تحديده، لذلك سوف نتناول في هذا المطلب قيام الأطراف بذاتهم بتعيين القانون الذي يطبق على الإجراءات.

الفرع الأول

اختيار قانون دولة معينة

إذا غاب اختيار الأطراف لقانون الواجب التطبيق على إجراءات الدعوة التحكيمية فقد اتجهت النظرية القديمة إلى إخضاع الإجراءات لقانون مقر التحكيم على أساس أن الإرادة الضمنية للأطراف اختارت هذا القانون، غير أن ما ذهبت إليه هذه النظرية لم يحضى بقبول، فقد ظهرت النظرية الحديثة وفصلت بين القانون الإجرائي وقانون مقر التحكيم[164] .

أولا: موقف المشرع الفرنسي

بتصفح القانون الفرنسي وبالضبط المادة 1494 من قانون المرافعات الفرنسي التي تنص على أن:" la convention d'arbitrage peut directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ,réglé la procédure a suivre dans l'instants arbitral ; elle peut aussi ce mettre selle _ ci a la loi du procédure qu'elle détermine[165] .

[164].الأحدب عبد الحميد، مرجع سابق، ص 439.

[165].Terkl Nourdine ,op. cit ,p 260 .

نجد حسب نص هذه المادة فإن المشرع الفرنسي أخذ بمبدأ سلطان إرادة الأطراف في اختيار القانون الإجرائي المناسب ومنح لهم كامل الحرية في اختيار قواعد قانون دولة معينة التي تخضع له الإجراءات كما أنه لم يقيد الخصوم بتطبيق كل القواعد المنصوص عليها في القانون الفرنسي، بل ترك لهم المجال في اختيار القواعد التي يعتبرونها ملائمة لتحكم الإجراءات التحكيمية[164] .

ثانيا: موقف المشرع المصري

غير أن موقف المشرع المصري لا يختلف عن موقف المشرع الفرنسي فقد نصت المادة 28 من قانون التحكيم الجديد على أنه " لطرفي التحكيم الإتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافها، ولا يخل ذلك بسلطة هيئة التحكيم أن تجتمع في أي مكان تراه مناسبا...."[165].

يتجه بعض الفقه أنه لا يفهم من عبارة "لطرفي النزاع الإتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها" ورغم وجود مقر التحكيم في مصر إلا أنه يحق للأطراف اختيار قانون دولة ما ليطبق على إجراءات التحكيم[166] .

ثالثا: موقف المشرع العماني

نفس الموقف اتخذه المشرع العماني فقد نصت المادة 25 من قانون التحكيم العماني على أنه:"لطرفي التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في سلطنة عمان أو

---

[164]. جمال محمود الكردي ، محاضرات ، في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار، النهضة العربية،مصر، مصر،1998،ص،ص27،28.

[165]. شهاب محمد، مرجع سابق، ص254.

[166]. مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص211.

خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان لهئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة"[167].

وفقا لهذه المادة فإن المشرع العماني منح لأطراف الخصومة التحكيمية إختيار أي قانون ليحكم الإجراءات ومن بين هذه القوانين قانون دولة أجنبية ويتضح ذلك في عبارة"....إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيمي في سلطنة عمان أو خارجها".

رابعا: موقف المشرع الجزائري

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اتخذ نفس الموقف الذي اتبعته التشريعات السابقة الذكر ويتجلى ذلك من خلال نص المادة 1043 من ق إ م إ السالفة الذكر[168]، وتقابلها المادة 458 مكرر1/6 و2 من المرسوم التشريعي 93-09 التي تنص على أنه :"**يمكن لاتفاقية التحكيم أن تضبط الإجراء اللازم إتباعه في الهيئة التحكيمية مباشرة أو بناءا على نظام تحكيمي كما يمكنها إخضاع هذا الإجراء إلى قانون الإجراءات التي تحددها الأطراف فيه** [169] .

ووفقا للمادة 1043 السابقة الذكر فإن المشرع أعطى للأطراف حرية اختيار قانون دولة معينة ليحكم الإجراءات التحكيمية، وموقفه في ظل المرسوم التشريعي رقم 93-09 لم يتغير بعد التعديل وهذا ما يؤكد أكثر موقفه في احترام مبدأ سلطان الإرادة خاصة ما يتعلق بالقانون الإجرائي الواجب تحديده.

وبعد استقراء نص المادة 1494 من القانون المدني الفرنسي التي تعرضنا لها سابقا ونص المادة 1043 من قانون إ م إ الجزائري نجد أن المشرع الجزائري نقل حرفيا المادة 1494 السالفة الذكر، فهو اعتمد نفس الخيارات التي منحها المشرع الفرنسي للخصوم فيما يخص القانون الواجب

[167]. شهاب محمد، مرجع سابق،ص187.

[168]. المادة 1043 من القانون رقم 09.08، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[169]. المادة 458 مكرر 6 الفقرة 1و2 من المرسوم التشريعي 93-09 مؤرخ في 1993/04/25 ، المعدل و المتمم لامر رقم 154/66 مؤرخ في 1996/06/08، يتضمن قانون الاجراءات المدنية ج ر عدد27 لسنة 1993 (ملغى) .

التطبيق على إجراءات التحكيم[170]، بالإضافة إلى التشريعات السابقة الذكر نجد كذلك كل من التشريع التونسي والبحريني واليمني واللبناني سارت على نفس النهج الذي سارت عليها كل من التشريع الجزائري ، الفرنسي والمصري في الإقرار بحرية الأطراف في اختيار القانون المناسب ليحكم الإجراءات بما فيه قانون دولة معينة[171]، ولم يقتصر الاهتمام بالقانون الواجب التطبيق على الإجراءات التحكيمية على القوانين الداخلية فقط، إنما حتى الإتفاقيات الدولية اهتمت بهذا الشأن، حيث نجد المادة 19 من القانون النموذجي الذي وضعته اليونيسترال بعنوان تحديد قواعد الإجراءات تنص على أن: "مع مراعاة أحكام هذا القانون، يكون لطرفي حرية الإتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم.....".

كما نصت المادة 5/د من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على أنه : " **للقاضي الذي يطلب من الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي أن يرفض الاعتراف وتنفيذ القرار المذكور، إذا كان تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم لا تنطبق مع اتفاق الأطراف أو مع قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم في حالة عدم وجود الاتفاقيات بين الطرفين على تشكيل هيئة التحكيم أو الإجراءات الواجب إتباعها في عملية التحكيم**"[172] .

الفرع الثاني

اختيار قواعد هيئة التحكيم الدائمة

قد لا يرغب المحتكمين إخضاع إجراءات الدعوى التحكيمية لقانون وطني معين، بل يفضلون إخضاع هذه الأخيرة لقواعد تابعة لأحد مراكز التحكيم الدائمة، وهذا الاختيار يتضح من خلال انصراف إرادتهم إلى اللجوء إلى التحكيم المؤسسي ليتولى الفصل في النزاعات التي تثور

[170]. حسين نوارة،" تكريس التحكيم التجاري الدولي كضمان للاستثمارات الاجنبية"، مداخلة ألقيت في أعمال ملتقى دولي حول التحكيم التجاري الدولي بين التكريس التشريعي و الممارسة التحكيمية ، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ، يومي 14.15/06/2006 ، ص379.

[171]. الاحدب عبد الحميد،مرجع سابق، 439.

[172]. فوزي محمد سامي، مرجع سابق ، ص،ص164. 166.

بينهم، وهذا الأخير يحتوي على نظام ولوائح وأجهزة خاصة بها معدة مسبقا لهذا الغرض[173] ، فبمجرد إحالة أطراف الخصومة التحكيمية النزاعات المنشأة بينهم إلى التحكيم المنظم فإن هذا يعني أنهم عبروا بصفة ضمنية عن إرادتهم في اختيار القواعد النافذة فيه لتحكم إجراءات التحكيم بداية من الاتفاق عليه مرورا بخصومته إلى غاية صدور الحكم النهائي الملزم للأطراف[174] .

فاللوائح التي تحتويها هذه المراكز تشمل على مجموعة من الإجراءات اللازمة والضرورية التي تتطلبها التجارة الدولية والمعترف بها على المستوى الدولي، واختيار الأطراف هذا النوع من التحكيم للنظر في النزاع يعود إلى بغية هؤلاء من الابتعاد عن تطبيق القواعد الإجرائية لأي قانون وطني، هذه الأخيرة التي تتميز بشكلية ومواعيد لا تخدم مصالح التجارة الدولية و هذا عكس ما نجده في التحكيم المؤسسي الذي يتميز بالسرعة والمرونة والدقة التي تؤثر على الهيئة التحكيمية وذلك من خلال رفع كل القيود التي تتطلبها قوانين مرافعات الوطنية[175] .

وما يلاحظ في التحكيم المؤسسي أن إرادة الأطراف فيه تكون مقيدة نوعا ما، فتظهر إرادتهم فقط في تحديد لغة ومكان التحكيم بالنسبة للبعض الآخر، أما ما يخص انعقاد هيئة التحكيم وتعيين الأشخاص الذين تسند لهم مهمة الفصل في النزاع وكل ما يتعلق بتقديم الأدلة والإجراءات الوطنية والتحفظية وشروط وكيفية إصدار القرار فإن القواعد الإجرائية المنصوص عليها في لوائح هذه الهيئات هي التي تحكمها، وبالتالي تكون لهذه الأخيرة سلطات أوسع من تلك المقررة للأطراف في إطار التحكيم الحر [176]، ففي التحكيم المؤسسي نجد الهيئات والمؤسسات المكونة له استطاعت أن تحرر الجانب الإجرائي من كافة الشكليات والعراقيل التي تعتري القوانين الداخلية، واستبعدت

[173]. خالد إبراهيم التلاحمة، مرجع سابق،ص31.

[174]. خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص252.

[175]. جارد محمد،مرجع سابق،ص154.

[176]. خالد إبراهيم التلاحمة، مرجع سابق، ص32.

إخضاع الإجراءات لأي قانون داخلي، ولو كان ذلك على سبيل الاستثناء، كما أقرت بإمكانية الهيئة التحكيمية بمواصلة تحديد الإجراءات دون التقيد بإجراءات خاصة لقانون معين[177] .

وعليه في حالة ما اختار الأطراف التحكيم المؤسسي فإن القواعد المقررة في لوائحه هي التي ستطبق من قبل الهيئة التحكيمية على الإجراءات مع الإشارة إلى أن المحكمين الذين يتولون الفصل في النزاع قد يمنح لهم حق تحديد القواعد الإجرائية التي يرون أنها ملائمة للسير الحسن لعملية التحكيم[178] ، لأن الهيئة التحكيمية يمكن أن تدخل القواعد الإجرائية التي تراها تخدم موضوع النزاع، فحسب الأستاذ fouchard أن أكثر من 50 مؤسسة تحكيمية تسمح للمحكمين أن يعملوا قواعدها الخاصة بإجراءات التحكيم[179].

أولا: موقف التشريعات الداخلية

لقد أكدت القوانين الداخلية حرية الأطراف، في الاستناد إلى احد مراكز التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم،إذ نجد المشرع المصري نص في المادة 27 لسنة 1994 على انه "**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 العربية أو في خارجها .**"

كذلك المشرع الأردني أخذ نفس الموقف ونص في المادة 24 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 على أنه" **لطرفي التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها الهيئة التحكيمية بما في ذلك اخظاع هذه الإجراءات للقواعد المطبقة في أي مؤسسة أو مركز تحكيم في المملكة أو في خارجها.....**"[180]، كما نجد المشرع الجزائري سار على نفس النهج ويظهر ذلك

[177]. خالد إبراهيم التلاحمة، مرجع سابق، ص32.

[178]. جارد محمد، مرجع سابق، ص154.

[179]. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، 164.

[180]. شهاب محمد، مرجع سابق، ص118.

في نص المادة 1043 من ق إ م إ السالفة الذكر[181] على إمكانية لجوء أطراف الخصومة التحكيمية إلى أحد المنظمات التحكيم الدائمة لتتولى هذه الأخيرة ضبط إجراءات التحكيم، وفقا للقواعد المقررة في لوائحها.

وبالتالي يظهر لنا أن غالبية القوانين التي استظهرناها اعتنقت مبدأ سلطان إرادة الأطراف في اختيار القواعد القانونية التي تضبط إجراءات التحكيم.

ثانيا: موقف الاتفاقيات الدولية

باستقراء نصوص الإتفاقيات الدولية بشأن التحكيم التجاري الدولي نجدها تقترح للأطراف الإستناد إلى أحد أنظمة التحكيم لاختيار القواعد النافذة فيها لتحكم إجراءات التحكيم، حيث تنص الاتفاقية الأوروبية لعام 1961 في مادتها الرابعة الفقرة الفرعية (أ) من الفقرة الأولى أنه: " **في حالة اختيار الاطراف إحدى مؤسسات التحكيم فإن إجراءات التحكيم تجري طبقا لقواعد تلك المؤسسة**"، كما تنص الاتفاقية الخاصة بنقل البضائع بالسكك الحديدية وكذلك الاتفاقية الخاصة بنقل المسافرين والأمتعة بالسكك الحديدية حيث تضمنت هاتان الاتفاقيات قواعد ملحقة بهما.

ونجد اتفاقية واشنطن لسنة 1965 الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأطراف، فقد نصت المادة الأولى منها على إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات، والمادة 44 من الاتفاقية المذكورة أوضحت كيفية إتباع الإجراءات الخاصة بالتحكيم، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك من العقود كالعقود النموذجية تشير إلى إجراءات التحكيم بمناسبة حدوث خلاف بشأن العقد الاستناد إلى القواعد المنصوص عليها في إحدى هيئات التحكيم الدائمة المعروفة، هذا ما نصت عليه مثلا العقود النموذجية التي أعدتها اللجنة الاستشارية القانونية الآسيوية الإفريقية لبعض البيوع الدولية مثل البيع FOB والبيع C.I.F حيث تقضي أن النزاعات المتعلقة بالعقدين المذكورين تحل عن طريق التحكيم، وفقا لقواعد التجارة التي وضعتها

[181]. المادة 1043 من قانو ن رقم 09.08، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مرجع السابق .

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي[182]، كما نصت المادة 33 من قواعد التوفيق والتحكيم والخبرة للغرفة التجارية العربية الأوروبية و الأصول التي تطبق في إجراءات التحكيم هي التي تتضمنها هذه القواعد وفي حالة سكوتها فإن الإجراءات تكون وفقا لقانون الإجراءات الذي تم اختياره من الأطراف هذا في حالة وجود إتفاق، أما في حالة ما لم يوجد مثل هذا الاتفاق فإنه تطبق القواعد الأكثر ملائمة للموضوع[183]، إلا أنه قد ينبدر إلى أذهاننا أن نتساءل عن مصير إرادة الأطراف عند اختيار القواعد الإجرائية النافذة في إحدى هيئات التحكيم الدائمة، فهل للخصوم الحق في الاعتراض على القواعد الإجرائية التابعة لهذه المراكز أم لا؟

وللإجابة حول هذا الإشكال يكون في شقين، فليس كل اللوائح التابعة لمراكز التحكيم تعترف للأطراف بمخالفة قواعدها الإجرائية وليست كل اللوائح ترفض مخالفة قواعدها من قبل الأطراف، فنجد البعض منها تنص في لوائحها على إمكانية مخالفة الخصوم للقواعد الإجرائية الواردة في لوائحها وأن أي قواعد تسري على التحكيم لدى المركز فهي تعتبر وفقا للائحة بعض المراكز أنها مكملة ومفسرة لاتفاق الأطراف، وهذا ما نصت عليه المادة 2 الفقرة 3 من أحكام لائحة مركز أبو ظبي، في حين بعض المراكز الأخرى تميل إلى فرض القواعد الإجرائية الواردة في لائحة المركز بصفة إلزامية ولها مرتبة تسمو على القواعد الإجرائية التي حددها الأطراف باتفاق بينهم، وبالتالي تكون هذه القواعد المختارة من قبل الأطراف احتياطية فقط ، هذا ما أكدته نظام المصالحة والتجارة لغرفة التجارة الدولية في نص المادة 15 فقرة 1 حيث نصت على سبيل المثال أن القواعد الواجبة التطبيق على الإجراءات أمام المحكم هي تلك المستمدة من هذا النظام وعند وجود نقص في هذه القواعد عن معالجة أمر معين فيرجع لما حدده الأطراف[184].

لكن الرأي الراجح في هذه المسألة والذي يؤكده الفقه هو منح للمحتكمين إمكانية الإتفاق على مخالفة القواعد الإجرائية التابعة لإحدى مراكز التحكيم الدائمة، في مقابل ذلك يشترط أن لا

---

[182]. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص، ص169،167.

[183]. مرجع نفسه، ص169.

[184]. جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، مصر، 200، ص29.

يؤدي هذا إلى المساس بالنظام العام الإجرائي الدولي، ويدعم الفقه سبب سماحه للأطراف مخالفة هذه القواعد بأن جوهر التحكيم هو إرادة الأطراف في مختلف مراحله ابتداءا من الإتفاق عليه إلى غاية صدور القرار النهائي، ويضيف أن هذه القواعد الإجرائية ما هي إلا أسلوب يختار من قبل الأطراف للوصول إلى العدالة، وأن مراكز التحكيم ما هي إلا هياكل قانونية، وأنه ليس من المنطق أن يوافق مركز التحكيم للإجراءات التي اتفق عليها الأطراف إذا كانت مخلة بالنظام العام الإجرائي الدولي وإلا صار التحكيم مجرد حبر على ورق غير قابل للتنفيذ عندما يطلب من له مصلحة في ذلك تنفيذه في دولة تنفيذ الحكم، كما أن إمكانية اتفاق الخصوم على إجراءات تعارض تلك الإجراءات الواردة في لوائح مراكز التحكيم مع إقرار الشرط المحدد سابقا يؤثر بصفة إيجابية على الأطراف في محاولة إصلاح ذات البين بينهما، فمنح الحرية للأطراف في اختيار التحكيم وتنظيم إجراءاته تعد من الأمور التي تتطلبها التجارة الدولية.

إلا أن إطلاق حرية الأطراف كما سبق أن ذكرنا هناك من يتخوف منها على أساس أنه في حالة ما إذا مرست هذه الحرية في الموضع الغير المناسب أو أسيء استعمالها أو أن الطرف الذي يحتل مكان في العقد يسمو عن خصمه استغلها بشكل يفرض ضغوطات على الطرف الذي يحتل مكانة اقل في العقد فإن هذا يؤدي وبشكل مفرط اللجوء إلى التحكيم المؤسسي في حين تهمش الأشكال الأخرى للتحكيم[185]، بالإضافة إلى أن القواعد التي أعدتها مراكز التحكيم جعلت إرادة الأطراف ضعيفة بعدما كانت تتسم بالسلطة واسعة في اختيار وصياغة القواعد التي تحكم الإجراءات في ظل التحكيم الحر، حيث أصبحت في ظل التحكيم المؤسسي منحصرة في مجال ضيق ولم يعد لإرادة الأطراف دور حاسما في مجال تحديد القواعد الإجرائية التي تسير عملية التحكيم على أساس أن انصراف إرادة الأأطراف إلى هذا النوع من التحكيم والاستناد إلى أنظمته في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات يؤدي إلى إذعان أطراف التجارة الدولية للقواعد

[185]. جمال محمود الكردي، تحكيم التجاري الدولي القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم ، مرجع سابق، ص31.

الإجرائية المنصوص عليها في لوائحها، ومن ثمة لا نجد أثر لإرادة الخصوم في هذه المسألة إنما الأمر يعود لهذه المراكز في تحديد القواعد الإجرائية[186].

الفرع الثالث

صياغة الأطراف للقواعد الإجرائية

قد يتفق أطراف الخصومة التحكيمية على عدم اختيار قواعد قانونية تابعة لدولة معينة لتحكم الإجراءات، ولا يختارون اللجوء إلى التحكيم المنظم للاستناد إلى أحد مراكز التحكيم الدائمة لتتولى الإجراءات المنصوص عليها في لوائحها ضبط إجراءات التحكيم، ويتفقون على اللجوء إلى التحكيم الحر أو ما يسمى بتحكيم الحالات الخاصة .

فحسب غالبية الفقه فإن إرادة الأطراف تظهر في هذا النوع من التحكيم وتلعب دورا أساسيا في سن القواعد الإجرائية واختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات المتبعة للفصل في النزاع، ففي هذا النوع من التحكيم الأطراف يتمتعون بالحرية في وضع القواعد الإجرائية التي تحكم الدعوى التحكيمية، و في مثل هذه الحالة المحكمون المعينون للفصل في النزاع، يطبقون القواعد الإجرائية التي تم وضعها من قبل أطراف الخصومة التحكيمية، بغض النظر عن مصدرها سواءا كانت تابعة لقانون داخلي أو أكثر أو مستوحاة من لوائح لهيئات دولية خاصة بالتحكيم، أو خليط من هذه القوانين، أو تلك اللوائح، كان يتولى المحتكمون تنظيم قواعد سير المرافعات أمام هيئة التحكم، ومكانها وميعاد تقديم المستندات إلى غير ذلك من المسائل الإجرائية [187] .

ولقد أطلق الفقه عدة تسميات على التحكيم اللذي تصل فيه إرادة الأطراف إلى حد التنصل من القواعد القانونية الوطنية التحكيم الطليق أو التحكيم بلا قانون« l’arbitrage sans loi »،او تحكيم دولي محض « l’arbitrage parement international »،و هذه التسميات التي المتعددة والمتنوعة التي طرحها الفقه ليست مجرد تسميات فارغة إنما تحمل في ثناياها حقيقة

[186] . جارد محمد، مرجع سابق، ص157.

[187]. خالد إبراهيم التلاحمة، مرجع سابق، ص،ص 29، 30.

معينة تكمن في تحرر التحكيم من الخضوع لأي قانون وطني « l'arbitrage échappe à tout ordre juridique étatique»، في حين هناك من الفقه من يفضل أن يطلق على التحكيم تسمية التحكيم الحر الذي تكون فيه إجراءات التحكيم عائمة ،ويكون التحكيم عبر دولي « transnational» ا ي منفصل عن أي نظام قانوني وطني ومن يتمسك بهذا النظام إلى بنود التحكيم ذاتها و الفصل في النزاع يكون وفقا لقواعد معيارية عادة ما تكون مستمدة من عادات وأعراف التجارة الدولية [188].

و يستوي الأمر في حالة اتجاه نية الأطراف إلى القيام بوضع قواعد إجرائية بأنفسهم أن تكون هذه الأخيرة ملائمة، كاختيار قواعد إجرائية وضعية محددة مسبقا وهذا الاختيار هو اللذي يتناسب مع الواقع العملي والإقبال عليه يزداد أكثر فأكثر كلما كانت هذه القواعد ى واضحة و محددة كلما كان اليقين بوجودها يزداد شيئا فشيئا ،و يعود سبب اختيار أطراف النزاع القواعد الإجرائية إلى خشيتهم من وضع قواعد غير ملائمة للفصل في النزاع، ولقد أكدت معظم القوانين الداخلية على حرية أطراف الخصومة التحكيمية على حرية الأطراف في صياغة القواعد الإجرائية ،وهذا ما أكده المشرع الفرنسي في نص المادة 1494 من ق ا م ا الفرنسي السابقة الذكر[189]، و التي يفهم من مضمونها أن المشرع الفرنسي أعطى للأطراف حرية تحديد القواعد الإجرائية لسير الخصومة التحكيمية مباشرة دون الاستناد إلى قانون دولة معينة ،إذ اعترف بصورة واضحة على إمكانية الأطراف بسن و وضع القواعد الخاصة بالجانب الإجرائي للنزاع.

كما نجد المشرع المصري سار على نفس النهج الذي سار عليه المشرع الفرنسي بشان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم واعترف للخصوم بحرية وضع قواعد ملائمة تحكم الإجراءات ويظهر موقفه بوضوح في نص المادة 25 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 التي تنص :" **لطرفي التحكيم الاتفاق على الاجرءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك**

[188]. جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، مرجع سابق، ص31.

[189] لزهر بن سعيد كرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق ، ص211.

حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها..."[190] .

كما أن المشرع الجزائري أخذ بهذا المبدأ حيث نص في المادة 1043 التي سبق أن ذكرناها على أنها "[191] يمكن أن تضبط اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة ..."، وهذا إن دل إنما تدل هذه العبارة على أن المشرع الجزائري حرية الأطراف في سن القواعد الإجرائية التي يرون أنها مناسبة ليتولى المحكمين تطبيقها على الخصومة التحكيمية.

أما بالنسبة للإتفاقيات الدولية فقد أكدت هي أيضا على إمكانية أطراف النزاع وضع قواعد خاصة من صنعهم لتحكم الجانب الإجرائي، ومن بين هذه الاتفاقيات اتفاقية نيويورك حيث ورد في نص المادة الخامسة منها الفقرة د على أن "**للقاضي الذي يطلب منه الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي أن يرفض ذلك، إذا كان تشكيل هيئة التحكيم او اجراءلت التحكيم لا تتطابق مع اتفاق الاطراف، او مع قانون البلد اللذي يجري فيه التحكيم في حالة عدم وجود الاتفاق بين الأطراف على تشكيل هيئة التحكم أو الإجراءات الواجب إتباعها في عملية التحكيم**".[192]

بعد استقراء نص هذه المادة نستخلص أن اتفاقية نيويورك لعام 1958 هي بدورها تجسد مبدأ سلطان إرادة الأطراف في اختيار القواعد الإجرائية في نصوصها أين تؤكد على حريتهم في صياغة قواعد إجرائية .

والجدير بالذكر أن التحكيم الذي أطلق حرية المحتكمين والذي اصطلح عليه الفقه بالتحكيم الحر لم يكن وليد الحاضر إنما هو نظام قديم النشأة وتعود جذوره القانونية إلى نظرية العقد بلا قانون la théorie du contrat son loi.[193]

---

[190]. شهاب محمد، المرجع السابق، ص 254.

[191] . المادة 1043 من قانون رقم 09.08 يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ،مرجع سابق.

[192] . فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص166.

[193]. جمال محمود الكردي ،القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، مرجع سابق، ص33.

إن إطلاق حرية الأطراف في تحديد ووضع القواعد التي تحكم إجراءات الدعوى التحكيمية معترف بها ومؤكدة في غالبية التشريعات و الاتفاقيات الدولية و مكرسة في قوانينها هذا ما جعل المتعاملون في مجال التجارة الدولية يقبلون على صياغة القواعد التي تطبقها الهيئة التحكيمية، إلا انه فإن الأطراف يصطدمون بعراقيل تحيل دون إمكانية وصولهم إلى تنظيم جل المسائل الاجرائية،ففي حالة ما إذا كان الأطراف بصدد تحكيم الحالات الخاصة الذي أطلق حرية الأطراف في تنظيم عملية التحكيم في كل مراحله بما فيها تحديد القواعد التي تحكم الإجراءات إلا انه إذا ما جئنا إلى الجانب العملي لتجسيد هذه الحرية في سن القواعد سواء في العقد مثار المنازعة أو في مشارطة مستقلة للقواعد الإجرائية المفصلة التي تحكم سير الخصومة التحكيمية هو من الأمور الغير العادية، على أساس أن إطلاق حرية الأطراف لتصل إلى حد سن القواعد الإجرائية يناقض المنطق على أساس أن غالبا ما لا تتوفر لدى المحتكمون خبرة كافية تمكنهم من صياغة القواعد اذ انهم غالبا ما يجهلون كل التفاصيل الأساسية و الضرورية في الإطار الإجرائي ،يؤدي بهم إلى المساس بالقواعد الإجرائية الآمرة التي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها لأنها متعلقة بالنظام العام لدولة التنفيذ.[194]

المطلب الثاني

تفويض هيئة التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات الدعوة التحكيمية

قد لا يصرح الأطراف عن القانون الذي يحكم الإجراءات التحكيمية أو أنهم يتركون ذلك لهيئة التحكيم بناءا على اتفاق مسبق بينهم، فالسلطة والحرية الممنوحة للمحكمين جاءت على سبيل الاستثناء حسب الحالات التي عرضناها آنفاً، ذلك بغية التصدي لكل ما من شأنه أن يعرقل عملية التحكيم وحتى لا تفقد هذه الوسيلة فعاليتها بالتالي لا يكون المحكمين أمام فراغ قانوني يؤثر بصفة سلبية على الحكم الذي تصدره.

[194]. خالد إبراهيم التلاحمة، مرجع سابق ، ص30.

ونظرا لأهمية تحديد القانون الذي يخص الإجراءات نجد غالبية الاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية والمقارنة اهتمت بهذه المسألة في حالة عدم قيام الأطراف بتحديده، أين أكدت على ضرورة تدخل الهيئة التحكيمية لتقوم هي بنفسها بمعالجة الفراغ القانوني الذي كان قد يحدث لو لا تدخلها[195]، فمن القوانين التي اعترفت بصلاحية المحكمين بتعيين القانون الإجرائي، نجد المشرع الفرنسي الذي نص في المادة 1494 في الفقرة الثانية منها أن « Dans le silence de la convention, l'arbitre règle la procédure, autant qu'il est besoin soit directement, soit par référence a une loi ou à un réglemente d'arbitrage »[196].

وحسب نص هذه المادة يتضح لنا أن المشرع الفرنسي اعترف للمحكمين بحرية تحديد القانون الذي تخضع له الإجراءات، بشرط ان لا يقوم الأطراف بتحديد هذه القواعد ويقوم هؤلاء بذلك بصفة مباشرة أو استنادا إلى نظام تحكيمي أو إلى قانون معين، كما نستخلص أيضا أنه أعطى الأولوية لاتفاق المحتكمين أي أنه لا يمنح للمحكم سلطة تحديد القانون الإجرائي إلا إذا غابت إرادة الأطراف وهذا ما يدفع إلى القول أن تدخل هيئة التحكيم في إطار تنظيم الإجراءات مقترن بعدم قيام الأطراف بذلك، كما أنه لم يقيد الهيئة التحكيمية بقواعد قانونية معينة وإنما فتح لها المجال في أن تختار نظام تحكيمي معين أو قانون دولة معينة....إخ.

كما أن المشرع المصري أكد على ضرورة قيام هيئة التحكيم بتعيين القانون الإجرائي، ولا يختلف موقف المشرع الجزائري عن ما ذهب إليه المشرع الفرنسي والمصري حيث نص في المادة 1043 فقرة 2 من ق إ م إ على أن: " .....**إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة، مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام التحكيم**"[197].

---

[195]. بقة حسان ،الامن القانوني للاستثمار في الجزائر عن طريق التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون: تخصص قانون عام للاعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة،بجاية،2010،ص 52.

[196]. TERKI NOURDINE ,OP.CIT ,P 260 .

[197]. المادة 1043 من قانون رقم 09.08 يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، مرجع سابق .

ومن خلال هذا المطلب سوف نستظهر حرية هيئة التحكيم في تحديد القانون الإجرائي سواء بتباعها القواعد الإجرائية التابعة لأحد مراكز التحكيم الدائمة أو بتطبيق قانون مقر التحكيم أو إخضاع الإجراءات للقانون الدولي.

الفرع الأول

اختيار هيئة التحكيم للقواعد الإجرائية التابعة لأحد مراكز التحكيم الدائمة

من بين السلطات المخولة لهيئة التحكيم في حالة غياب إرادة الأطراف عن تحديد القانون الذي يخضع له النزاع في شقه الإجرائي نجد إمكانيتهم في الاستناد إلى احد مراكز التحكيم الدائمة لتتولى هذه الأخيرة ضبط إجراءات الخصومة التحكيمية وفقا للقواعد المنصوص عليها في لوائحها، ولقد سمحت معظم القوانين الداخلية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي بإمكانية انصراف إرادة المحكمين إلى اختيار القواعد المقررة لإحدى هيئات التحكيم الدائمة حيث نجد القانون المصري للتحكيم نص في المادة 25 على :" ....**إذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة**[198] .

ومثل هذا الموقف اتخذه المشرع العماني في نصه على إمكانية لجوء المحكمين لأحد مراكز التحكيم لتحديد القواعد الإجرائية، حيث أوضح ذلك في نص المادة 25 في حالة ما إذا لم يوجد هناك اتفاق يعبر عن ارادة الأطراف فيما يخص اجراءات الخصومة التحكيمية، فإن الأمر يعود إلى الهيئة التحكيمية لتتولى ذلك حيث تحدد الإجراءات لما تراه مناسبا وذلك بإمكانيتها اللجوء إلى نظام مركز تحكيم معين .

ولا يختلف موقف المشرع الأردني عن التشريعين السابقين فقد نص في المادة 24 من قانون التحكيم الأردني أنه:" **لطرفي التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد المتبعة في أي مؤسسة أو مركز تحكيم في**

[198]. شهاب محمد، مرجع سابق، ص 254.

المملكة أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة وذلك مع مراعاة تحكيم هذا القانون"[199].

كما يتضح موقف المشرع الجزائري الذي أكد هو أيضا على إمكانية اختيار هيئة التحكيم لأحد مراكز الدائمة للتحكيم وهذا في حالة غياب اتفاق الأطراف في تحديد القانون الذي يحكم الإجراءات التي تراها مناسبة وهذا في نص الفقرة 2 من المادة 1043 السالفة الذكر في قوله: "**إمكانية ضبط الإجراءات وفقا لنظام التحكيم.**"[200]

وبعد تطرقنا إلى موقف التشريعات الداخلية لإظهار مدى اعترافها بحرية المحكمين باللجوء إلى أحد أنظمة التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، نستشف أن غالبيتها قد اعترفت بهذه الحرية مما يدل على أن كل من إرادة المحكم تعادل إرادة الأطراف في اللجوء إلى هذه الأنظمة لتحديد القواعد الإجرائية الواجب إتباعها.

بالإضافة إلى هذه القوانين الداخلية التي اعترفت بحرية المحكم في اللجوء إلى مراكز التحكيم الدائمة نجد المادة 11 من قواعد غرفة التجارة الدولية التي تنص على أنه: " **تطبق أمام المحكم الإجراءات المستمدة من هذه القواعد، وفي حالة سكوت هذه الأخيرة تطبق تلك التي اتفق عليها الطرفان وعند عدم الإتفاق يقوم المحكم بتحديد الإجراءات سواءا استند أم لم يستند في ذلك إلى قانون داخلي للإجراءات ليطبق على التحكيم**"[201].

وما يهمنا في هذا النص هو "..... **وعند عدم الإتفاق يقوم المحكم بتحديد الإجراءات سواءا استند أم لم يستند في ذلك إلى قانون داخلي للإجراءات ليطبق على التحكيم**"، حيث يتضح لنا من خلال هذه الفقرة أن غرفة التجارة الدولية أكدت على أن للهيئة التحكيمية أن تستند إليها فيما يخص تحديد القانون الذي يحكم اجراءات التحكيم إذا لم يقم أطراف الخصومة بتحديد القانون الإجرائي.

---

[199]. شهاب محمد، مرجع سابق، ص 187، 118.

[200] . المادة 1043 من قانون رقم 09.08 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مرجع سابق.

[201]. فوزي محمد سامي، مرجع سابق ص167.

و نخلص إلى القول أن لجنة التحكيم قد أعترف لها دوليا وداخليا بصلاحية وسلطة اللجوء إلى أحد المراكز التحكيم للبحث عن القواعد الواجب تطبيقها على إجراءات الدعوى التحكيمية.

الفرع الثاني

اختيار هيئة التحكيم لقانون مقر التحكيم

لقد سمحت العديد من الاتفاقيات الدولية حت جانب من الفقه على إمكانية اختيار هيئة التحكيم لقانون مقر التحكيم وإخضاعه للإجراءات التحكيمية في حالة ما إذا لم تظهر إرادة الأطراف في تحديد القانون الإجرائي، وفي هذه الحالة يمكن لهيئة التحكيم إخضاع إجراءات الدعوة التحكيمية لقانون دولة مقر التحكيم.[202]

ومن بين الاتفاقيات الدولية التي أخذت بتطبيق قانون مقر التحكيم على إجراءات الدعوة التحكيمية نجد اتفاقية جنيف لسنة 1929 بشأن التحكيم حيث نص في المادة الثالثة منها على أن: " **إجراءات التحكيم بما في ذلك تشكيل هيئة التحكيم تحدد بإرادة الأطراف وبقانون البلد الذي يجري على إقليمه التحكيم.**"

ووفقا لهذا النص فإن الفقه جعل قانون مكان التحكيم ضابط احتياطي، أي أنه في حالة عدم إفصاح الخصوم عن رغبتهم في تعيين القانون الإجرائي يحق لهيئة التحكيم تطبيق قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم[203].

كما نصت اتفاقية واشنطن لعام 1965 بشأن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، إمكانية الأطراف بتحديد القانون الإجرائي كأصل وفي حالة عدم قيام هؤلاء بتحديده، تخول هذه السلطة لمحكمة التحكيم، وهذا ما نصت عليه المادة 42 " **هيئة التحكيم تنظر في النزاع طبقا لقوعد القانون الذي اتفق عليه الطرفان، وفي حالة عدم الاتفاق بين الطرفان، تطبق**

[202]. لزهر بن سعيد كرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص 215.

[203]. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 166.

هيئة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة التي هي طرف في الخلاف (بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين)، وكذلك القانون الدولي التي يمكن تطبيقها"[204].

يتضح لنا من خلال هذا النص أن هيئة التحكيم تتمتع بالحرية في الاستناد إلى قواعد تنازع القوانين لتحديد القواعد الإجرائية من بينها تلك الخاصة بدولة مقر التحكيم.

كما جاء في اتفاقية نيويورك لعام 1958 التي قضت بإمكانية هيئة التحكيم تطبيق قانون مقر التحكيم على الإجراءات، حيث جاء في نص المادة 1/5 على " **جواز رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا قدم الخصم الدليل على أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.**"

يتضح من خلال هذه الفقرة أنه في حالة عدم وجود اتفاق صريح على القانون الذي يحكم الإجراءات من قبل الأطراف تطبق هيئة التحكيم قانون دولة مقر التحكيم أو لتكملة القواعد المتفق عليها في حالة وجود نقص فيها[205].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يشر إلى إمكانية إخضاع الإجراءات لقانون دولة مقر التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08. 09 ، إنما منح لهيئة التحكيم إما القيام بنفسها بضبط الإجراءات بصفة مباشرة أو بالعودة إلى أحد القوانين أو استنادا إلى نظام تحكيمي معين.

ونظرا لتدخل قانون مقر التحكيم في مختلف مراحل عملية التحكيم، تستوجب تطبيقه على الإجراءات التحكيمية إذا ما رأى الأطراف ذلك، وفي حالة عدم تحديدهم لأي قانون ليحكم الإجراءات تتولى هيئة التحكيم تطبيق قانون مقر التحكيم ومن المبررات التي يتفق عليها الإتجاه المؤيد لتطبيق قانون مقر التحكيم نجد من ناحية أن نتائج التحكيم لم يقتصر تحقيقها على إتفاق التحكيم إنما يعود أيضا إلى ميلاد حقيقي لعملية التحكيم، هذا الأخير الذي لا يمكن أن يكون إلا

[204]. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 60.

[205]. خالد إبراهيم التلاحمة، مرجع سابق، ص 58.

في الدولة التي يجري فيها التحكيم، واستنادا للقواعد الإجرائية الواردة في قوانينها فإن تطبيق قانون مقر التحكيم على الإجراءات أمر مألوف للخصوم باعتبار أن مكان التحكيم محدد من قبلهم، وبالتالي هذا لا يحدث أي إشكال إذا ما طبق قانون مقر التحكيم على الإجراءات ،كما توجد هناك روابط عضوية بين دولة مقر التحكيم وعملية التحكيم وجعل قواعد مقر التحكيم هي التي تحكم الإجراءات لا تتناقض مع قاعدة التنازع والتي تقضي بأن " تسري على قواعد الإختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد التي تقام فيه الدعوى وتباشر فيه الإجراءات.

ومن الأمثلة التي يطبق فيها المحكم قانون دولة مقر التحكيم نجد القضية المتعلقة بشأن النزاع الذي ثار بين الحكومة الليبية وشركة b . p exploration حيث انتهت محكمة التحكيم غلى تطبيق القانون الدانمركي باعتباره قانون محل التحكيم[206] .

وفي الأخير يمكن القول إذا ما رأى المحكم أن تطبيق قانون دولة مقر التحكيم هو المناسب فلا يوجد ما يمنع ذلك، إلا أنه لا يمكن أن نجعل هذا القانون قاعدة عامة ملزمة لهيئة التحكيم لأن هناك مثلا في إطار التحكيم الإلكتروني يصعب تحديد مقر التحكيم خاصة ما إذا لم يتفق الأطراف على مكان التحكيم، إلا أنه إذا ما كان انعقاد جلساته في مكان آخر وتمت المداولات وإصدار الحكم في دولة أخرى فإن هذا لا يثير أي إشكال، بالتالي يجوز للمحكم تطبيق قانون دولة مقر التحكيم[207] .

الفرع الثالث

إخضاع إجراءات التحكيم للقانون الدولي

يعطي أطراف الخصومة التحكيمية مجالا واسعا لهيئة التحكيم في اختيار القانون الذي تراه أكثر ملائمة ليحكم إجراءات الدعوة التحكيمية هذا ما أكدته التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية، وبموجب هذه الرخصة الممنوحة للمحكم قد يرغب بأن يخضع الإجراءات للقانون الدولي، فقد اتجه

[206]. لزهر بن سعيد كرم محمد زيدان النجار،مرجع سابق ص 213. 215.

[207]. مرجع نفسه ، ص 215.

جانب من الفقه إلى تأكيد هذه الحرية وأكد على إمكانية الاستفادة من منهجية تطبيق قواعد القانون الدولي العام لتنظيم الإجراءات، وبموجب هذه الحرية يكون المحكم متحررا من كافة القيود التي تفرضها القوانين الداخلية عليه، و يجعله يتخلص من كافة الامور الحساسة المتعلقة بالحصانة السيادية التي تشكل له عائقا خاصة إذا كان أحد أطراف النزاع دولة كما يساهم تطبيق القانون الدولي على الجانب الإجرائي في إيجاد الحلول لمشكلة النفاذ الدولي لأحكام التي تستلزم طبيعتها مساندة الأجهزة الرسمية التي يراد تنفيذ الحكم فيها[208] .

ومن بين الأحكام التي نستحضرها في هذه المسألة قضية أرامكوا المعروفة بين المملكة العربية السعودية وشركة أرامكوا التي سبق لنا وأن تطرقنا إليها، حيث ورد في نص الإتفاقية المبرمة بين المملكة والشركة الأمريكية بتفويض هيئة التحكيم بتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، وانتهت محكمة التحكيم إلى تطبيق القانون الدولي العام كونه هو الملائم ليحكم الإجراءات واستبعدت من التطبيق كل من القانون السعودي والأمريكي[209].

ومن بين القوانين التي سندت هذا الإتجاه الفقهي نجد القانون الفرنسي بشأن التحكيم التجاري الدولي في نص المادة 494/ 2 ، والقانون السويسري بشأن التحكيم التجاري الدولي الخاص ويتضح ذلك في نص المادة 82 [210].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص على ذلك في المادة 1043 من ق إ م إ التي ذكرناها سابقا[211] .

وبالرغم من إعتراف الأطراف بحرية المحكم في اختيار أي قانون يحكم الإجراءات إلا أنه هناك جانب من الفقه المعاصر لا يؤمن بإمكانية القانون الدولي العام ليحكم الجانب الإجرائي في الدعوى التحكيمية وحسب رأي هذا الفقه فتلك القواعد لا تكفي لتحكم منازعات القانون الدولي

[208]. جمال محمود الكردي القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، مرجع سابق، ص 36.

[209]. مرجع نفسه، ص 36.

[210]. خالد إبراهيم التلاحمة، مرجع سابق ص،ص 46 ، 47.

[211] . المادة 1043 من قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، مرجع سابق.

الخاص، إذ يجب أن تبقى المعاملات الإقتصادية والتجارية في إطار القانون الدولي الخاص ولو كانت أحد أطرافه دولة، في حين تبقى قواعد القانون الدولي العام لتحكم العلاقات فيما بين الدول[212].

رغم الإعتراف الدولي للهيئة التحكيمية فيما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات سواءا كان ذلك من قبل التشريعات الداخلية أو من قبل الإتفاقيات الدولية، إلا أن حريتهم تقف عند حدود القواعد الآمرة والتي لا يجوز مخالفتها في المحاكمة التحكيمية، ويستوي الأمر على المحكم أن يرجع إلى كل من القانون المطبق على النزاع وقانون مكان تنفيذ الحكم التحكيمي وكذا قانون مقر التحكيم لأن في حالة تجاوز لتلك القواعد الواردة فيها يؤدي إلى بطلان الحكم التحكيمي.

ومن أهم القواعد الآمرة التي نصت عليها التشريعات المقارنة في كل من فرنسا، مصر، سويسرا، تونس....إلخ نجد مبدأ الوجاهية، مبدأ حقوق الدفاع ومبدأ المساواة....إلخ[213] .

إذ يقع على عاتق الهيئة التحكيمية الإلتزام باحترام مبدأ الوجاهية بين الأطراف الذي يقتضي بضرورة إرسال لكل طرف التقارير والسندات التي يقدمها الخصم الآخر، بالإضافة إلى إرسال لا كل السندات التي تتحصل عليها الهيئة التحكيمية من قبل الغير[214].

كما يستوجب أيضا على الهيئة احترام مبدأ حق الدفاع الذي يعني حق الخصوم في الدفاع عن إدعاءاتهم بكل الوسائل كتقديم الأدلة وأقوال الشهود، وتبادل اللوائح واستدعاء الخبراء عند الحاجة، وفي حالة عدم إحترام هذا المبدأ من قبل المحكمين فإن هذا يعرض قرار التحكيم للطعن وقد يؤدي ذلك لإبطال القرار ويجب أيضا على المحكم ضرورة معاملة أطراف النزاع معاملة

---

[212]. جمال محمود الكردي ، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، مرجع سابق، ص 38.

[213]. الأحدب عبد الحميد، مرجع سابق، ص، ص457، 458.

[214]. محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة. دار النهضة العربية ، مصر، 2004 ص 112.

متساوية دون التمييز، هذا ما أكدته كل من إتفاقية جنيف في المادة 20/ ب والإتفاقية الأوروبية في المادة 1/9 [215] .

كما يستوجب على المحكم إحترام قواعد النظام العام فكل دولة تشمل على قواعد خاصة تسمى بقواعد النظام العام التي تهدف لحماية المصلحة العامة وتعتبر حاجز تقف امام الحرية لذا يستوجب على المحكم مراعاتها ،كونها تدخل في النظام السياسي والاجتماعي و الاقتصادي للدولة ولا تتفق مع معطيات التبادل التجاري الدولي[216].

[215]. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص، ص 171، 172.

[216]. مرجع نفسه، ص174.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

إن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في إطار التحكيم يعد من أهم المسائل الضرورية الواجب الوقوف عندها، لجعله الأساس الذي تستند عليه الهيئة التحكمية لإصدار حكم التحكيم لتفصل بصفة نهائية في النزاع، ولما كانت هذه المسألة لا تثير أي إشكال في إطار القضاء العادي أين يطبق القاضي قانون دولته التي خولت له هذه السلطة، إلا أن هذا لا نجده في التحكيم التجاري الدولي المبني على مبدأ سلطان الإرادة ، فمهام الهيئة التحكمية وسلطاتها تحدد وفقا لما اتفق عليه الخصوم[217]، ولكون أطراف الخصومة التحكمية يتمتعون بحرية في اختيار أي قانون يرونه مناسبا ويحمي مصالحهم فقد كثر الإقبال على التحكيم كوسيلة لفض الخلافات باعتبار هذا الأخير لا يقيد الأطراف بإخضاع نزاعهم سواء من الناحية الإجرائية أو من الناحية الموضوعية لقانون معين، إنما ترك لهم الاختيار، فالأصل في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يعود لإرادة الأطراف إلا أنه قد لا يتولى هؤلاء تحديده فيفوضون المحكمين لتعينه، ويستوجب الأمر عليهم البحث عن القواعد التي تحكم موضوع النزاع، كما يمكن أن يتعرف الخصوم بحرية الهيئة التحكمية بإخضاع موضوع النزاع للقواعد التي تراها مناسبة.

لذا نجد غالبية المعاهدات والاتفاقيات الدولية وكذا القوانين الوطنية قد اعترفت بمبدأ سلطان الإرادة عند لجوء الأطراف إلى التحكيم التجاري الدولي فيما يخص مسألة القانون الذي يحكم موضوع النزاع.

من خلال هذا المبحث سوف نفصل أكثر حول هذه المسألة، ونبين فيه حالة تولي الأطراف تحديد القانون الذي يخضع له موضوع النزاع، وحالة قيام الهيئة التحكمية بذلك عند عدم قيام الأطراف بالتصريح عن إرادتهم في هذا الشأن.

---

[217]. فوزي محمد سامي، مرجع سابق ، 179.

المطلب الأول

تولي الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

يحظى الخصوم في مجال التحكيم التجاري الدولي بحرية واسعة في مختلف مراحله حتى يصل إلى مرحلة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فاختيار القانون الذي يحكم موضوع الخلافات التي تثور بينهم إلى سلطان إرادة الأطراف، فهذا المبدأ كرسته غالبية التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، حيث أعطى للخصوم حق اختيار أي قانون أو قواعد مناسبة لتحكم النزاع، كما سمحت لهم أيضا بإمكانية عدم قيام هؤلاء بأنفسهم بتعيين هذا القانون وترك ذلك لهيئة التحكيم لتقوم بذلك، ويكون لهذه الأخيرة قسط من الحرية التي يتمتع بها المحكمون في البحث عن القانون الملائم لموضوع النزاع، وحرية الأطراف عند قيامهم بأنفسهم بتحديد القانون اللازم غير مقيدة بقانون معين إنما لهم أن يختاروا ما شاءوا من قواعد لتحكم النزاع، وهذا ما نتناوله في هذا المطلب حيث نبرز أهم القوانين والقواعد التي اعترفت بها النصوص التشريعية والاتفاقيات الدولية للأطراف لاختيارها.

الفرع الأول

اختيار قانون دولة معينة

نظرا لما للأطراف من حرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المقررة في الاتفاقيات الدولية وكذا القوانين الوطنية، لهم أن يختاروا أي قانون يرونه مناسبا ليحكم موضوع النزاع، سواء كان هذا القانون تابع لدولة معينة أو مزيج من قواعد تابعة لقوانين دول متفرقة وحتى يمكن أن تكون قواعد غير تشريعية[218]،إلا أن قد يحدث وأن نجد الهيئة التحكمية نفسها مجبرة على البحث عن القانون الذي تطبقه على موضوع النزاع نظرا لعدم وجود نظام قانوني تستند عليه في

[218]. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية،لبنان، 1992،ص 153.

ذلك، حيث تكون المهمة المسندة إليها في هذا الصدد لا تبتعد كثيرا عن مهمة القاضي في مجال عقود التجارة الدولية.[219]

أولا: موقف الاتفاقيات الدولية

نجد معظم الاتفاقيات الدولية تعترف بمبدأ سلطان إرادة الأطراف في تحديد قانون دولة ما ليحكم موضوع النزاع، هذا ما نصت عليه اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع لسنة 1955 والتي أصبحت نافذة المفعول منذ 3 مارس 1964، في المادة 2 على أن" القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني الذي عينه أطراف العقد"، وفقا لهذا النص يتضح جليا موقف اتفاقية لاهاي فيما يخص القانون الذي يطبق على موضوع النزاع فقد سمحت أطراف الخصومة التحكمية إخضاع موضوع الخلاف الذي ينشأ بينهما لقانون دولة معينة ويستوجب الأمر على الهيئة التحكمية تطبيق، كما نصت المادة 7 فقرة 1 من الاتفاقية الأوروبية المبرمة في سنة 1961 المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي على حرية الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق..."[220]، فهذه الاتفاقية أطلقت مجال حرية الأطراف في تحديد القانون الذي يخضع له النزاع من حيث الموضوع، فيفهم من عبارة " حرية الأطراف من تحديد القانون الواجب التطبيق " على حرية الأطراف في الاتفاق على أي قانون، هذا الأخير الذي يمكن أن يكون قانون دولة معينة.

كما أن اتفاقية واشنطن المبرمة في 18 مارس 1966 الخاصة بتسوية النزاعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لم تخالف ما ذهبت إليه كل من اتفاقية لاهاي والاتفاقية الأوروبية، حيث أكدت على أن أطراف النزاع لهم أن يختاروا أي قانون وما على المحكمين تنفيذ هذا الاختيار هذا ما نصت عليه المادة 42 " على هيئة التحكيم تنظر في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي الذي يحدده الطرفان...."[221] .

---

[219]. مرجع سابق، ص 153.

[220]. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص، ص191،189.

[221] . احمد بن باجة، مرجع سابق، ص104.

كما تنص المادة 7 فقرة 1 من اتفاقية جنيف لسنة 1961 بشأن التحكيم التجاري الدولي" على أن الأطراف هم أحرار في تحديد القانون الذي يجب أن يطبقه المحكمون على موضوع المنازعات...."[222]

وحتى القواعد الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي اعترفت بذلك حيث تنص المادة 33 فقرة 1 من قواعد لجنة التجارة الدولية لليونسترال تنص على أن " تطبق محكمة التحكيم القانون الذي يختاره الطرفان على موضوع النزاع...."[223]

نفس الموقف اتخذته قواعد التحكيم للغرفة التجارية الدولية التي صدرت عام 1975 والتي عدلت سنة 1988 في مضمون المادة 13 فقرة 3 أق" للطرفين كل الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع ..."[224]

ومن خلال ما سبق نستخلص أن مبدأ سلطان إرادة الأطراف استطاع أن يفرض نفسه على المستوى الدولي وما يؤكد ذلك مختلف الاتفاقيات الدولية والقواعد الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي التي كرسته في نصوصها والتي جعلته الأساس والمصدر الذي تعود إليه الهيئة التحكمية لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ونجد اتفاقية عمان العربية للتحكيم أيضا في المادة 21 فقرة 1 تنص على " تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق الطرفان صراحة أو ضمنا إن وجد".[225]

---

[222] . اشرف عبد العليم الرفاعي ، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2003 ،ص8.

[223]. معاشو عمار، الضمانات في العقد الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية في عقود المفتاح و الإنتاج، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر،1998 ،ص337.

[224]. حسين نوارة، مرجع سابق، ص 381.

[225] . إلهام عزام وحيد الخراز، مرجع سابق، ص38.

ثانيا: موقف التشريعات الداخلية

كما اهتمت غالبية الدول بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع حيث نجد المشرع المصري اعترف بحرية الأطراف في جعل من قانون دولة معينة، القانون الذي يحكم موضوع النزاع فقد نص في المادة 39 فقرة 1 منها على أنه: " تطبيق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفق على تطبيق قانون دولة معينة، اتبعت فيه القواعد الموضوعية دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك"[226].

وباستقراء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية نجد المشرع الجزائري كيف اعترف بحق الأطراف في اختيار قانون دولة معينة ليحكم موضوع النزاع ويظهر موقفه فيما ورد في نص المادة 1050 والتي تنص على أن" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة"[227].

والمشرع الفرنسي بدوره نص في المادة 1496 من قانون التحكيم الفرنسي: ً يفصل المحكم وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف"[228]

وتجدر الإشارة إلى أن في حالة ما إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى اختيار قانون دولة معينة لتحكم موضوع النزاع، فإن غالبة الفقهاء اتجهت إلى القول أن على الهيئة التحكيمية أن تستبعد القواعد الخاصة لتلك الدولة ولا تخضع موضوع النزاع لتلك القواعد إنما تطبق فقط القواعد الموضوعية فيه.

ونجد هذه القاعدة مكرسة في الاتفاقيات الدولية كاتفاقية لاهاي المبرمة سنة 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية في مادتها الثانية، كذلك نفس الموقف اتخذه

---

[226] . شهاب محمد، مرجع سابق، ص 264.

[227] . المادة 1050 من قانون رقم 08 .09 ، يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، مرجع سابق.

[228]. سراج حسين محمد ابو زيد، التحكيم في عقود البترول،دار النهضة العربية، مصر،2000،ص567،568.

المشرع المصري في نص المادة 39 السالفة الذكر حيث أقر بحرية الأطراف بتعيين القانون المطبق على موضوع النزاع، إلا أنه استبعد من التطبيق قواعد التنازع ونستخلص ذلك في عبارة " اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين....."كذلك ما نصت عليه المادة 27 فقرة 1 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 حيث اتخذت نفس المبدأ[229].

في حين هناك اتجاه فقهي آخر يخالف ما ذهب إليه الاتجاه الفقهي الأول، فيؤكد هؤلاء أن بالرغم من اعتراف التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية بحرية الأطراف في تحديد أي قانون يحكم موضوع القراع إلا أنه لا يمكن أن نسقط قاعدة التنازع إنما يجب أن تظل قائمة، حيث يبرر هؤلاء موقفهم بأن هناك حالات تجعل الهيئة التحكمية تستبعد إخضاع موضوع النزاع للقانون الذي حدده الأطراف، وهذا في حالة ما إذا كان القانون المختار من قبلهم يخالف النظام العام وكذلك ما يخص الأهلية والنيابة في التعاقد وحتى الشكل الذي يفرغ فيه التصرف[230].

كذلك هناك من الفقه من يرى أن استعمال الاتفاقيات المذكورة أنها وكذا التشريعات الداخلية عبارة " القواعد القانونية " يمنح للأطراف حرية اختيار أي قانون ليحسم النزاع سواءا كان قانون وطني أو مبادئ عامة للقانون أو قانون الدولي العام أو حتى قانون التجارة الدولية، بالإضافة إلى إمكانية جمع قواعد عدة من قوانين تكون لها علاقة بموضوع النزاع.

فاستعمال عبارة " قواعد قانونية " تتيح للأطراف فرصة وحرية أكثر بدلا من استعمال القانون"[231]

قد يحدث وأن تعترض الهيئة التحكمية عن تطبيق القانون المختار من قبل المتنازعان، ففي هذه الحالة يجوز لهما رفع دعوى لبطلان حكم التحكيم وهذا الحق قررته أغلبية القوانين الوطنية

---

[229]. جمال محمود الكردي، محاضرت في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق،ص 94.

[230] . إلهام عزام وحيد الخراز، مرجع سابق،ص271.

[231]. سراج حسين محمد أبو زيد، مرجع سابق،ص، ص 367، 368.

وهذا حماية لحقوق الأطراف، ومثال ذلك ما أعده التشريع المصري رقم 27 لسنة 1994 في نص المادة 53 فقرة د [232] .

الفرع الثاني

اختيار قانون التجارة الدولية

لا يمكن الجزم بأن حرية الأطراف تنحصر فقط في اختيار قانون دولة أو قانون وطني ليحكم موضوع النزاع، إنما تمتد وتشمل حتى قواعد التجارة الدولية، ولهم كامل الحق في اختيار هذه القواعد لتكون المصدر الذي يستند عليه المحكم ليتولى النظر في موضوع الخلاف، وفي هذه الحالة لا يجوز للهيئة التحكمية أن ترفض العمل بها، وهذه القواعد عبارة عن قواعد عابرة للدولة transnational وهي قواعد ليست من سن السلطة التشريعية ولا تتبع بقانون أية دولة فهي قواعد موضوعية مادية متفرقة ناتجة عن تطبيقات التجارة الدولية لترعى مصلحها .

فالفقيه flavien lolive أنه من مؤيدي تطبيق قانون التجارة الدولية، فهو يعترف بحرية الأطراف في اختيار قانون عبر الدول الذي يشمل المبادئ العامة للقانون والأعراف و العادات التجارية وبعض القوانين الموحدة وحتى نظم القانون الإداري الدولي وقضاء المحاكم الوطنية و الدولية ومحاكم التحكيم، فحسب الفقيه lolive قانون عبر الدول يتشكل بصفة تلقائية من خلال علاقات المتعاملين في إطار العلاقات التجارية الدولية[233]، فهي تساهم في التخفيف من قيود القانون الوطني فإذا عبروا الأطراف عن إرادتهم بصفة صريحة أن موضوع النزاع يخضع لقواعد التجارة الدولية، ففي هذه الحالة ما على هيئة التحكيم إلا القبول بهذا الاختيار، إلا أن قد لا يفصح الخصوم عن نيتهم في اختيار قانون معين، فيستلزم على هيئة التحكيم أن تبحث عن القانون الذي تطبقه، غير أن هناك مؤشرات تفصح عن إرادة الأطراف الكامنة، فمثلا قيام الخصوم باختيار أحد مراكز التحكيم الدولي لينظر في النزاع، كذلك تفويض المحكمين بالصلح يفهم منه أن الأطراف

---

[232]. خالد محمد القاضي، مرجع سابق،ص،ص 260، 261.

[233]. احمد بن باجة، مرجع سابق،ص 113.

اختاروا قواعد التجارة الدولية[234] ، فالهدف من ميل إرادة الأطراف إلى قواعد التجارة الدولية لتحكم موضوع النزاع يعود إلى رغبة هؤولاء التخلي عن كل النقائص التي توجد في قوانين الدولة والتي لا تخدم مصالحهم، بالإضافة إلى إمكانية الاطلاع على فحوى هذه القواعد بما أنها قواعد دولية فالتجار هم على دراية بها كونهم يعملون باستمرار على ترقيتها وفق لما تستوجب ظروف العقد، فمصادر التجارة الدولية يجعل هذه القواعد مناسبة ليستند عليها المحكم في النزاع، فالأعراف و العادات التجارية المتبعة من قبل التجار تعد من أهم مصادر التجارة الدولية كونها استطاعت أن تكون قواعد مستقلة بذاتها عن قوانين الداخلية الأخرى ، فإمكانية اختيار الأطراف لقواعد التجارة الدولية موضوع النزاع اعترفت به الاتفاقيات الدولية، حيث نصت اتفاقية واشنطن السابقة الذكر في المادة 42 على أن : "**هيئة التحكيم تنظر في النزاع وفق للقواعد القانون الذي يحدده الطرفان** "[235].

انطلاقا من مضمون هذه المادة نستنتج أن اتفاقية واشنطن سمحت للخصوم اختيار قواعد التجارة الدولية وهذا ما نستخلصه في عبارة "**قواعد القانون** "، كما أن المشرع الجزائري سار على نفس النهج الذي سارت عليه اتفاقية واشنطن حيث نص في المادة 1050 من ق.إ.م.إ على أنه:"**تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف...**"[236] ، وهذه المادة تقابلها نص المادة 458 مكرر 14 أين علق أستاذ الفانون "بن عبد الرحمان " واعتبر الأعراف لها نفس الدرجة مع غير من القواعد القانونية، فالأستاذ بن عبد الرحمان يرى أن المشرع الجزائري لم يجعل من هذه القواعد أنها قواعد مكملة، فقد أعطى أهمية للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع خاصة فيما يتعلق بإمكانية تطبيق قواعد عابرة للدول [237].

---

[234]. خالد محمد القاضي، مرجع سابق ، ص، ص 263،264.

[235] . عيد عبد الحفيظ،مبدأ سلطان الارادة في اختيار القانون التطبيق على عقود التجارة الدولية،مذكر لنيل درجة الماجستير في الحقوق،فرع قانون،الاعمال،كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تبزي وزو، 2005، ص 68،69.

[236]. المادة 1050من قانون رقم 08-09 يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

[237]. عيد عبد الحفيظ، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 69.

فالمشرع الجزائري لم يغير موقفه فيما يخص إمكانية تطبيق قواعد التجارة الدولية على موضوع النزاع بعد التعديل.

الفرع الثالث

تطبيق المبادئ العامة في القانون الدولي

من بين الخيارات المتاحة لأطراف الخصومة التحكمية في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع إمكانية تطبيق المبادئ العامة في القانون الدولي، فأطراف النزاع يعتبرون هذه المبادئ من مصادر قانون التجارة الدولية، إلا أن هذا التوجه كان محل خلاف بين الفقهاء، إذ اتجه بعض منهم إلى القول أن هذه المبادئ لا تعتبر مصدر للقانون باعتبارها تمثل مبادئ مشتركة بين الدول وهذا يتعارض مع طبيعة هذا القانون كونه نظام قانوني مستقل عن أنظمة القوانين الوطنية، ويضيف هؤلاء أنه يوفر لهيئة التحكيم فرصة التعسف في تقدير هذه القواعد عامة، وهذا من شأنه أن يحيل دون القدرة على التحكم بكل حيثيات النزاع، بالتالي لا يمكن الوصول إلى حل المناسب لفض الخلاف الذي يتطلب إخضاعه لمبادئ دقيقة.

في حين يرى الاتجاه الثاني بأن المبادئ العامة للقانون تمثل مصدر لقانون التجارة الدولية، ودعموا موقفهم هذا كون انصراف إرادة الأطراف إلى هذه القواعد يعود إلى بغية هؤلاء في تدوين العقد فوجود هذه القواعد في غالبية الدول من شأنه أن يؤدي إلى عدم القدرة على حصرها في حدود معينة وهذا الاتجاه هو الراجح في هذه المسألة .[238]

وعليه نجد المشرع الفرنسي نص في المادة 1496 من قانون التحكيم الفرنسي على أنه:"**يفصل المحكم وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف** "، فالمشرع الفرنسي اعترف في نص هذه المادة بمبدأ سلطان إرادة الأطراف في اختيار قانون مناسب ليحكم موضوع النزاع، حيث اتجه معظم الفقه إلى القول أن استعمال المشرع الفرنسي عبارة "**القواعد القانونية** " بدلا من

[238]. شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر2005، ص 185.

كلمة "**القانون** "هذا ليس سهوا منه إنما تعمد ذلك في كونه يقصد من خلال تلك العبارة إطلاق حرية الخصوم في تعين القانون الذي يخضع له الجانب الموضوعي للنزاع، فهو لا يلزم الأطراف التقيد بقانون محدد ، إنما فتح لهم المجال في ذلك و الدليل عبارة "**قواعد القانون**"، بالتالي الأطراف لهم أن يختارو القواعد العامة للقانون الدولي ويتحرروا من القواعد المنصوص عليها في التشريعات الداخلية[239] ، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ بإرادة الأطراف في تحديد القانون الملائم ليحكم موضوع النزاع ويظهر ذلك جليا في نص المادة 1050من ق.إ.م.إ[240] السابقة الذكر حيث استعمال عبارة "**قواعد القانون**"، وهذا ما يدل على أنه سار على نهج المشرع الفرنسي وأقر بحرية الأطراف في اللجوء إلى القواعد العامة للقانون الدولي لتتولى هذه الأخيرة ضبط موضوع النزاع، وما على الهيئة التحكمية إلا الاستجابة لإرادة الأطراف في هذا الشأن، كما نجد المشرع المصري قد نص في الفقرة الأولى من نص المادة 39 من قانون التحكيم المصري الجديد رقم 27-1994 على أن المحكمين موضوع الخلاف الذي كلفوا للفصل فيه للقواعد التي اختارهم الخصوم وهذا ما جاء في نص هذه المادة على أنه :"**تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان** "[241] ، كما نجد اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمارات لسنة 1965 نصت في المادة 42على أنه :"**تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون المختار بواسطة الأطراف...**"، والشأن نفسه فيما يخص القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985، حيث نص على أن هيئة التحكيم تتولى النظر في النزاع بتطبيق القواعد القانونية التي يرى الأطراف أنها مناسبة لتحكم موضوع النزاع[242].

---

[239]. علاء محي الدين، مصطفى أبو احمد، مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 344.

[240] . المادة 1050 من قانون رقم 08-09 يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية ، مرجع سابق.

[241]. أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة، مرجع سابق، ص13.

[242]. علاء محي دين، مصطفى أبو احمد، مرجع سابق، ص345.

وفي الأخير يمكن أن نستخلص أن انصراف إرادة الأطراف إلى اختيار القواعد العامة في القانون الدولي لتحكم الجانب الموضوعي للخصومة التحكمية، لقي اعتراف و قبول من قبل الاتفاقيات و القوانين الدولية وحتى التشريعات الداخلية، وكلها تؤكد صلاحية القواعد العامة للقانون الدولي لضبط موضوع النزاع، لكن هذا من شأنه أن يؤثر بشكل سلبي على قوانين التشريعات الداخلية، واختيار هؤلاء لتلك القواعد يؤدي حتما إلى إقصاء القوانين الوطنية من التطبيق .

المطلب الثاني

تفويض هيئة التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

إن قيام الخصوم بتفويض هيئة التحكيم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، معترف به من قبل الفقه و القضاء و المعاهدات الدولية و حتى التشريعات الوطنية.

فيتولى المحكمون تعين القانون الذي يحكم الجانب الموضوعي للنزاع في حالة عدم تصريح أطراف الخصومة التحكمية عن اختيارهم لهذا القانون ،حيث نجد الفقرة الثاني من المادة 1496 من ق .إ.م.إ على انه :

« ..... **à Défaut d'un tél Choix, conférmèment à celle qu'il estime appropriées, il tient compte dans tous les cas des usages du commerce** ».[243]

يفهم من خلال نص المادة أن المشرع الفرنسي إعترف للهيئة التحكمية في حالة عدم قيام الأطراف بتحديد القانون الذي يخضع له موضوع النزاع باختيار القانون الذي تراه ملائما .

[243] EMMANUEL Gaillard (trent ans de la mercatoria pour une application s2lective des principes generaux du droit, journale du droit international , n 01, paris, 1995, p 05 .

كما نجد المشرع المصري نص في المادة 39 فقرة 2على أن " **إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى انه الأكثر اتصالا بالنزاع**"[244].

والمشرع الجزائري نص بدوره في المادة 1050 من ق.إ .م .إ على انه "**تفصل محكمة التحكيم في النزاع عمل بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة...**" [245]

فالمشرع لم يحدث أي تعديل فيما يخص نص هذه المادة مقارنة بالمادة 458 مكرر 14 من مرسوم التشريعي رقم 93-09 [246]، فهذا يعني تأكيد على ما تضمنته المادة في إطار قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بعد التعديل فيما يخص مسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع .

ولا يمكن أن نقول أن التشريعات الوطنية فقط هي التي اعتنت بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إنما حتى الاتفاقيات الدولية نجدها اهتمت بذلك، و منها الاتفاقية الأوربية لسنة1961 "[247]، و في هذا المطلب سوف نبين حرية هيئة التحكيم في تحديد القانون الذي يخضع له موضوع النزاع سواء بتطبيق قواعد العدالة و الانصاف أو باختيار قانون دولة معينة أو بتطبيقها العادات و الاعراف التجارية كما يمكنها تطبيق المبادئ العامة في القانون الدولي.

---

[244]. شهاب محمد، مرجع سابق، ص 258.

[245]. المادة 1050 من القانون رقم 09.08 يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[246]. المادة 458 مكرر14 من المرسوم التشريعي رقم 93-09،يتضمن قانون الاجرءات المدنية ، مرجع سابق.

[247]. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص157.

الفرع الأول

الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف

لطرفي الخصومة التحكمية أن ينهي النزاع عن طريق الصلح[248] ، فقد يفضلا الابتعاد عن اختيار أي قانون أو قواعد قانونية أو الاستناد إلى احد مراكز التحكيم الدائمة لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فبدلا من ذلك يعترفون للهيئة التحكمية بالتحكيم بالصلح ،والمحكم لا يقوم بهذا الدور إلا ذا خولته اتفاقية الأطراف هذه السلطة ويتولى النظر في النزاع وفقا لقواعد العدالة والأنصاف التي تمنح الأمان والطمأنينة للخصوم من خلال تحقيق التوازن بينهم[249]، فالمحكم غير ملزم بتطبيق القواعد القانونية بحذافيرها سواء كانت ذات طبيعة عقدية أم لا، لذا في حالة ما إذا ظهر للمحكم أن التطبيق الحرفي للقانون من شأنه أن يحقق نتائج غير منصفة في حق الطرفين[250]، ونجد المشرع المصري قد نص في الفقرة الرابعة من المادة 39 انه" **يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق الطرفان صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون**"[251] ، فالمشرع المصري من خلال هذه المادة أجاز للجنة التحكيم أن تنظر في النزاع أخذت بعين اعتبار قواعد العدالة و الإنصاف في تحقيق عدالة حقيقية ومنصفة بحق الطرفين، ولكن حتى يمارس المحكم هذه الصلاحية يستوجب عليه الحصول على رضا الأطراف في تفويض كما نص المشرع التونسي في المادة 73فقرة الثالثة من التحكم التونسي رقم 42 لسنة 1993 على انه يجوز لهيئة التحكيم البث في النزاع طبقا لقواعد العدل والإنصاف إذ أباح لها الأطراف صراحة على ذلك [252] ، والمشرع الأردني كذلك منح لهيئة التحكيم إمكانية النظر في الخلاف كمفوض في الصلح، وهذا ما جاء في نص

---

[248]. بلقاسم شتوان، الصلح في الشريعة والقانون: " دراسة مقارنة"، دار الفكر والقانون ، مصر ، 2010، ص 48.

[249]. شويرب خالد، مرجع سابق، ص 185.

[250] . قادري عبد العزيز، الإستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي: (ضمانات الاستثمارات)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 234.

[251] . السيد الحداد حفيظة ، الإتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 107.

[252] . شيهاب محمد ، مرجع سابق، ص 167.

المادة 36 التي تنص على أنه:" **يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفي التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة و الإنصاف دون التقيد بأحكام القانون**"[253].

فيمكن أن نقول إذا أن الاعتراف للهيئة التحكيمية بإمكانية تسوية النزاعات عن طريق الصلح مكرس على المستوى الداخلي في إطار نصوص وتشريعات وطنية متعددة وحتى على المستوى الدولي في إطار الاتفاقيات الدولية، إذ نجد الاتفاقية الأوروبية نصت في المادة 7 فقرة 2 منها على جواز إنهاء النزاع من قبل الهيئة التحكيمية بالصلح إذا كان ذلك يمثل إرادة الطرفين وإذا كان القانون الذي يطبق على التحكيم يسمح بذلك[254] .

كذلك نجد القانون النموذجي نص على سلطة المحكم بالنظر في النزاع عن طريق الصلح ووفقا لقواعد العدالة والإنصاف، حيث جاء في الفقرة الثالثة من المادة 28 على أنه يجوز للمحكمة التحكيمية إصدار حكمها بموجب قواعد العدالة إذا كان المحكم محكما بالصلح وفوضه الأطراف تفويضا صريحا بذلك[255].

لذا ومن خلال ما سبق يمكن القول أن تفويض المحكم سلطة الفصل في النزاع وفقا لما تتطلبه قواعد العدالة والإنصاف يؤدي إلى فكه من القيود التي تفرضها القوانين الوطنية وغيرها من القواعد المختلفة المصدر، وبالتالي تجد الهيئة التحكيمية نفسها متحررة وتستمع لضميرها لتستلهم الأحكام وفقا لما تقتضيه مبادئ العدالة فبهذه الصلاحية تمارس عمل إنشائي أخلاقي، ويكون لموقفها اعتبار كموقف القاضي الجنائي الذي يتمتع بحرية مطلقة في تكوين عقيدتها باعتباره يحقق مبدأ المساواة والذي يعطي للأطراف فرصة الدفاع عن حقه.

---

[253]. مرجع نفسه ، ص 121.

[254]. فوزي محمد سامي، مرجع سابق،ص 52.

[255] . أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع و النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 9 .

إن جهل أطراف الخصومة التحكيمية لشخصية المحكم والشك في قدراته وخبرته وحتى في نيته التي تحتمل أن تكون سيئة أو حسنة عند فصله في النزاع، ونظرا لخطورة ذلك نجد أغلب التشريعات تشترط على أطراف النزاع أن يعلنوا عن إرادتهم بصفة صريحة عن رغبتهم في أن تكون الهيئة التحكيمية مفوضة بالصلح وفقا لقواعد العدالة والإنصاف[256]، وفي هذا الإطار يقتضي الأمر أن نتساءل حول ما إذا كان المحكم معفى من تطبيق القانون عند تفويضه بالصلح؟

إن منح المحكمين حرية النظر في النزاع عن طريق الصلح لا يمكن أن يتعدى حد المساس والإهدار بالمبادئ الأساسية للتقاضي التي تعد بمثابة الأبجديات والمقدمات للوصول إلى هذه العدالة[257]، والمحكم غير معفى من التقيد بأحكام القانون الواجب التطبيق الخاصة بالنظام العام[258]، فالهيئة التحكيمية ملزمة بعدم المساس بالقواعد الآمرة الخاصة بالنظام العام الداخلي فهي ملزمة بالتقيد بها رغم أنها مفوضة بالنظر في النزاع استنادا إلى قواعد العدالة، في حين إذا كان المحكم بصدد التحكيم التجاري الدولي وهو مفوض بالصلح في هذ الحالة يكون ملزم بعدم المساس بالنظام العام الدولي، وفيما يخص القواعد الآمرة التابعة للنظام العام الداخلي يمكن له أن يتجاوزها[259].

ومن الأمثلة التي قضت محكمة التحكيم بالفصل في النزاع عن طريق الصلح نجد قضية حاكم قطر ضد شركة " International marine oil" فقد أبرم حاكم قطر مع شركة " International marine oil" واتفقا طرفي العقد على أن القانون القطري هو القانون الواجب التطبيق على أي نزاع يثور بينهم، إلا أن المحكم SIR Alfred Backnil لاحظ أنه بالرغم من وجود عوامل موضوعية وأدلة قوية تؤكد على أن القانون الإسلامي هو القانون الواجب التطبيق على النزاع، فقد أعرض عن قناعته بأن القانون الإسلامي الذي حدده الطرفان لا يتوفر على

256 . لزهر سعيد كرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص270.

257 . مرجع نفسه، ص 271.

258 . جمال محمود الكردي، مرجع سابق ، ص 89.

259 . لزهر سعيد كرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص 271.

مبادئ قانونية صالحة لتفسير هذه النوعية من العقود ، وانتهى إلى وضع القانون الإسلامي جانبا وطبق قواعد العدالة والإنصاف على موضوع النزاع[260].

الفرع الثاني

اختيار قانون دولة معينة

قد يحدث غالبا أن لا يقوم الأطراف بتعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ويترك ذلك لهيئة التحكيم التي تكون مجبرة على تحديد هذا القانون، وفي هذه الظروف يجوز لها أن ترجع إلى القوانين الوطنية لدولة معينة لتحكم موضوع النزاع[261]، ولقد 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[262] ، ومن بين التشريعات الأروبية التي أكدت هذه الحرية نجد المشرع الفرنسي، حيث نص في المادة 1496 /2 من قانون التحكيم الفرنسي على أن: " A defaut de choix des parties,l'arbitre franche le litige confermement au regle de droit qu'il estime appropriees[263].

وحسب نص هذه المادة المشرع الفرنسي أطلق حرية المحكمين فيما يخص مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في اختيار القواعد القانونية التي يراها مناسبة وهذا ما نستخلصه في عبارة " ..... confermement au regle de droit qu'il estime appropriées ".

[260] . علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 349.

[261]. شويرب خالد، مرجع سابق، ص 187.

[262] . خالد محمد القاضي ، مرجع سابق، ص 266.

[263]. شويرب خالد ، مرجع سابق، ص186.

ونفس الموقف اتخذه المشرع السويسري في نص المادة 187 / 1 من قانون السويسري للتحكيم الدولي الخاص[264] .

ولم يقتصر الأمر على القوانين الأجنبية فيما يخص منح الحرية للمحكم في اختيار أي قانون يراه مناسبا ليحكم موضوع النزاع، وحتى التشريعات العربية اعترفت له بذلك، وباستقراء نصوص كل من التشريع الجزائري والمصري وغيرها من القوانين العربية الأخرى نكتشف أن غالبيتها تؤكد بصفة صريحة بهذه السلطة الممنوحة لهيئة التحكيم ،إذ نجد المشرع الجزائري في المادة 1050 من ق إ م إ [265] ، التي تعرضنا لها سابقا تجيز للمحكم أن يفصل في النزاع وفقا لما يراه مناسبا و انه يخدم النزاع ،أما بالنسبة للمشرع المصري فهو بدوره عالج هذا الأمر في نص المادة 39/ 3 من قانون التحكيم المصري والتي تقضي بأنه" **إذا لم يتفقا الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي تراه أنه أكثر اتصالا بالنزاع**"[266]، فالمشرع أعطى للمحكمين اختيار أي قانون ليحكم موضوع النزاع ، لكنه مقابل ذلك اشترط عليه أن يطبقوا فيه القواعد الموضوعية دون القواعد الخاصة، ولم يتوقف الإعتراف بحرية المحكم باتخاذ أي قانون يراه مناسبا ليحكم موضوع النزاع على القوانين الوطنية بل تعدي ذلك إلى الإتفاقيات الدولية وفي هذا الصدد نجد اتفاقية واشنطن مكنت هيئة التحكيم في حالة عدم إخضاع الأطراف موضوع النزاع لأي قانون أن يطبقوا قانون الدولة المتعاقدة التي هي طرف في النزاع، وهذا ما صرحت به في نص المادة 42[267] ، كما أكدت الإتفاقية الأوروبية في الفقرة الأولى من المادة 7 أنه في حالة ما إذا لم يجد المحكمين قانون معين من قبل الأطراف كان لهم أن يطبقوا القانون الملائم لموضوع النزاع وفقا لقواعد تنازع

---

[264] . خالد محمد القاضي ، مرجع السابق، ص 266.

[265]. المادة 1050 من قانون رقم 08-09،يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية مرجع سابق.

[266] . أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق ، ص 13.

[267] . علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق، ص 366.

القوانين[268] ، كما نجد بعض قواعد التجارة ذات الطبيعة الدولية كقواعد التحكيم لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم والتي تؤكد على أنه إذا ما لم يوجد أي تصريح من طرف أطراف الخصومة التحكيمية فيجوز للهيئة التحكيمية أن تطبق القانون أو القوانين التي تظهر لها أنها تناسب موضوع النزاع[269].

من خلال ما سبق يمكن القول أن حرية المحكم حظيت بقبول واسع من قبل الإتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية هذا ما يؤكد تكريس مبدأ سلطان الإرادة لهيئة التحكيم في اختيار القانون المناسب لموضوع النزاع سواءا كان هذا القانون تابع لدولة أحد المتعاقدين أو قانون دولة محل التحكيم، أو قانون دولة لا تربطه أي صلة بموضوع النزاع...إلخ، المهم أن يكون اختيار المحكم لهذه القوانين هناك ما يبرره، إذ نجد مثلا القضية التي تتلخص وقائعها في أن وزير الزراعة المصري أبرم عقد مع شركة فلوج سيرفيس النمساوية بهدف القيام برش القطن بالطائرات في أعوام 1982 إلى غاية 1984، غير أنه في سبتمبر 1983 وعند قيام أحد طياري الشركة من مطار أفيوط لتأدية مهام وظيفته فوجئ بسيارة مدير زراعة أفيوط تقطع المطار بالعرض وحاولت تفاديها، ولكن باءت المحاولات بالفشل مما أدى إلى تحطيم الطائرة وإصابة الطيار، فطلبت الشركة النمساوية بالتعويض وكان أطراف العقد قد اتفقوا على حل منازعاتهم بالتحكيم وأن يكون المركز الإقليمي للتحكيم بالقاهرة هو المختص بالنظر في النزاع، حيث قام المركز بتعيين الأستاذ فتحي عبد الصبور كمحكم فرد، ولقد لاحظ المحكم عدم اتفاق الطرفين على القانون الواجب التطبيق على العقد، وانتهى المحكم إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة وذلك لأنه القانون الأكثر صلة بالنزاع نظرا لأن العقد أبرم في هذه الدولة ومحل تنفيذه أيضا في هذه الدولة[270].

---

[268]. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 52.

[269] . خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص 266.

[270] . علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 371.

كذلك وباستقراء إحدى قضايا المركز الإقليمي للقاهرة رقم 199795 نجد أنها تعترف للهيئة التحكيمية بإمكانية اللجوء عند محاولتها لتحديد القانون الذي يخضع له موضوع النزاع إلى قانون لغة التحكيم إذا كانت مختلفة عن لغة العقد...إلخ[271] .

ونفس الموقف اتخذته محكمة استئناف باريس للنزاع المتعلق بعقد أبرم من شركة مقاولات فرنسية و تيلاندا لإنشاء مصنع لتجميع قطع غيار السيارات، وانتهت المحكمة إلى تطبيق قانون تيلاندا بصفته قانون الدولة التي أبرم فيها العقد والتي ينفذ فيها[272].

وبالرغم من الاعتراف لهيئة التحكيم بسلطة تحديد القانون الذي تراه مناسبا ليحكم موضوع النزاع وبالرغم من استقلاليته بتطبيق القانون الوطني وأنه يختلف عن قاضي الموضوع الذي يتمتع بحرية مقيدة للفصل في الدعوى وفقا لما يمليه عليه قانون دولته، إلا أن هذه الاستقلالية ليست مطلقة بل نسبية كون المحكم يخضع موضوع النزاع لإرادة الخصوم وهذا مجسد في القانون الدولي الخاص وبالتالي يمكن الرجوع إلى القانون الذي تحدده قواعد التنازع وأن يكون هذا الاختيار واقعا على القانون الملائم والذي يرتبط بموضوع النزاع[273]، كما نجد بعض التشريعات تستوجب على هيئة التحكيم حين اختيار قانون دولة معينة أن تكتفي بتطبيق القواعد الموضوعية والتي لها علاقة قوية بموضوع النزاع دون القواعد الخاصة، فمثلا إذا كان النزاع يتعلق بصحة العقد فإن قانون الدولة التي أبرم فيها العقد هو أكثر ملائمة، ونفس الشيء بالنسبة للنزاع الذي يكون حول تنفيذ التزام معين في العقد فإنه يخضع لقانون دولة تنفيذ الالتزام أو التي اتفق عليه الأطراف.

كذلك يجب أن تلتزم الهيئة التحكيمية عند فصلها في موضوع الخلاف أن تأخذ بعين الاعتبار شروط العقد محل النزاع وهذا تكريسا واحتراما لمبدأ "**العقد شريعة المتعاقدين**"،

---

[271] . لزهر بن سعيد كرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص 267.

[272]. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 371.

[273]. شويرب خالد، مرجع سابق، ص 187.

فالعقد هو الذي يعين التزامات وحقوق الخصوم وما يحويه العقد يكون مكملا لأحكام القانون الواجب التطبيق بما أنه لا يخالف النظام العام والآداب العامة، فإذا ما حدث وأن وجد المحكم أن ما يتضمنه العقد من نصوص تخالف نظام العام الداخلي فهو ملزم باحترامها رغم ذلك ما لم تكن قاعدة النظام العام الداخلي تخالف النظام العام الدولي، فهو ملزم فقط باحترام قواعد نظام العام الدولي[274].

الفرع الثالث

تطبيق هيئة التحكيم للأعراف والعادات التجارية

قد تفضل هيئة التحكيم اللجوء إلى قانون التجارة الدولية، حيث تختاره ليحكم موضوع النزاع وتفضله عن غيره من القوانين التي تنتمي إلى تشريع معين، وهذا الحق ليس فقط حكرا على أطراف الخصومة التحكيمية، إنما حتى المحكم يكتسي هذا الحق ويستند إلى الأعراف والعادات التجارية ليقتبس الأحكام التي تظهر له أنها مناسبة لتحكم موضوع النزاع، وفي هذه الحالة يخضع هذا الأخير لأعراف والعادات التجارية التي تؤثر بصفة إيجابية على دعوى التحكيم على أساس أن هذه الاخيرة تتنصل من كافة القيود التي تحتويها القوانين الداخلية إذ يفصل المحكم في النزاع بمرونة بعيدا عن أية عراقيل، ومن أهم الأعراف التي تلجأ إليها هيئة التحكيم تلك المتعلقة بإعادة التوازن الاقتصادي في العقود الدولية وتلك التي يطلق عليها بقانون التجارة lex Mercatoria ، كذلك أعراف التجارة الدولية البحرية وتلك المتعلقة بالقوة القاهرة[275] وتجسيد حرية هيئة التحكيم في تحديد قانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع نجد أن أغلب الفقهاء أقروا هذه الحرية، فهناك من يعتبر أن " سلطة المحكم في تطبيق العادات والأعراف التجارية ليست محلا للجدل "، في حين يؤكد البعض الآخر أن اللجوء إلى الأعراف التجارية يجب أن يكون أمرا عاديا أوتوماتيكيا في الوظيفة التحكيمية فيما يتعلق بالنزاعات الدولية "، وفي هذه المسألة دعم الأستاذ DERAINS

---

[274]. لزهر بن سعيد كرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق،ص،ص 267، 268.

[275]. مرجع نفسه، ص 269.

موقف الفقه السابق الذي يعترف بإمكانية لجوء المحكم إلى الأعراف، وحسب رأيه " تعد بمثابة نظام قانوني مختص يمكن أن يسند إليه العقد الدولي أسوة بإسناده إلى نظام قانوني على حد السواء "، كما اعتبر الفقيه لوسوارن الأعرف والعادات التجارية أنها مصدر أساسي للمحكم مما ينبغي معه إسناد العقد الدولي إلى هذه القواعد التجارية الدولية التي تشكل نظاما قانونيا له صفة الإلزام[276].

كما أكد القضاء الفرنسي حرية محكمة التحكيم في تطبيق العادات والأعراف التجارية الواقعة تحت مظلة قانون التجارة الدولية التي تراها مناسبة تحكم موضوع الدعوة التحكيمية[277].

وعليه فإن غالبية الفقه تتفق فيما بينها في جعل العادات والأعراف التجارية مصدرا أساسيا لقانون التجارة الدولية كما دعمت القوانين الداخلية موقف الفقه في إعطاء الحرية للمحكم للفصل في النزاع وفقا لما تمليه عليه العادات والأعراف التجارية، فنجد مثلا المشرع المصري في نص المادة 3/39 تنص على أن " **تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في النزاع شروط العقد محل النزاع و الأعراف الجارية في نوع المعاملة**"[278]، فالمشرع المصري أكد في هذه الحالة على ضرورة مراعاة المحكم عند فصله في النزاع للأعراف التجارية، فمثلا إذا كان النزاع خاص بتجارة التمور عليه أن يراعي ما جرى عليه العرف بالنسبة للثمن وتقدير نوع التمر وقيمة جودته وكيفية وزنه وغيرها من الأمور[279]، كما نص المشرع الفرنسي في نص المادة 1496 من قانون التحكيم الفرنسي الجديد على أنه : " ....**ينبغي على المحكم أن يضع في الاعتبار الأعراف التجارية** "

---

[276] . جارد محمد، مرجع سابق، ص 169.

[277] . JAN robert, l'arbitrage ; droit international prive, dalloz,6 eme edition, paris, 1993, p 269 .

[278] . السيد الحداد حفيظة، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق ، ص 107.

[279] . لزهر بن سعيد كرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق، ص 268.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص في المادة 1050 على أنه : "....**وفي غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التجارية**"[280].

كما نجد نص الفقرة الرابعة من المادة 28 من القانون النموذجي الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة من قانون التجارة الدولية لعام 1985 تقر بأن تأخذ محكمة التحكيم الأعراف والعادات التجارية بعين الاعتبار عند الفصل في النزاع، حيث جاء نص الفقرة على النحو الآتي " **وفي جميع الأحوال يجب على المحكمين إصدار حكمهم بمقتضى شروط العقد وأن يضعوا في اعتبارهم الأعراف التجارية الواجبة التطبيق على العملية التحكيمية**".

ونفس الموقف اتخذته الهيئات الدائمة للتحكيم حيث اعترفت بالسلطة التقديرية للهيئة التحكيمية في مراعاة العادات التجارية عند الفصل في النزاع، فقد جاء نص غرفة التجارة الدولية في المادة 5/13 على أنه: " **يراعي المحكم في كل الأحوال أحكام العقد والعادات التجارية** ".

كذلك نصت لائحة تحكيم اللجنة الأوروبية للأمم المتحدة لجنيف 1966 في المادة 38 على أنه: ".... **في جميع الأحوال يتعين على المحكمين مراعاة شروط العقد وعادات التجارة**"[281].

وعليه ومن خلال ما سبق يتضح أن المحكم يتمتع بنوع من الاستقلالية في اختيار العادات والأعراف التجارية، كون تطبيق هذه الأخيرة لا يستدعي تصريح من قبل الأطراف لاختيارها، فالهيئة التحكيمية غالبا ما نجدها تبذل مجهود في سبيل سعيها لإيجاد الحلول الذاتية التي تتوافق والمعاملات التجارية الدولية، وذلك من خلال اختيار هذه الأعراف التي لا توجد في القوانين الداخلية، فيكون المحكم في هذا الإطار ملزم بالفصل في النزاع وتحقيق العدالة المنصفة التي يرجوها الأطراف وفقا لما تمليه عليه المفاهيم القانونية ذات الطابع الدولي الخاص بالنزاع.

---

[280] . أشرف عبد العليم الرفاعي ، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة، مرجع سابق، ص 14.

[281] . مرجع نفسه، ص ، ص 10، 12.

والجدير بالذكر أن هيئة التحكيم تنظر في النزاع باعتبارها تحكم وفقا للقانون الذي يتجسد في قانون التجارة الدولية والذي يكون أكثر ارتباطا بالنزاع عن غيره من القوانين الوطنية، لهذا فقد أجمع غالبية الفقه إلى اعتبار قانون التجارة الدولية بما يحويه من عادات وأعراف أنه "**قانونا مستقلا بذاته**"، فيدعم موقفه هذا أن المحكم يلجأ إلى هذه الأعراف من تلقاء نفسه، حين يظهر له أن مقتضيات التجارة الدولية وارتباطها بموضوع النزاع تشترط ذلك دون الحاجة إلى قبول الخصوم بذلك، وحتى أكد الجانب الفقهي أنه إذا ما تبين للمحكم أن تطبيق القانون الوطني يؤدي بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى مخالفة النظام العام الدولي يجوز له وضع القانون الداخلي جانبا واستبعاده من التطبيق وإعمال بالعادات والأعراف التي يراها ملائمة، وهذا ما شاع مثلا في منازعات التجارة الدولية الخاصة بالإعتمادات المالية، وكذا بعض العمليات التي تقوم بها البنوك والعملة التي يجب الوفاء بها، ففي هذا النوع من النزاعات القانون التجاري الدولي هو المناسب لها[282]، لكن إذا ما كانت هذه الأعراف والعادات التي تعتبر مصدر من مصادر القانون تعارض أي قاعدة قانونية مختارة من قبل الأطراف أو لنص تشريعي واجب التطبيق فإن المحكم في هذه الحالة يستبعد هذه الأعراف ويطبق ما اتفق عليه الأطراف، وهذا ما يظهر في نصوص كل من التشريع المصري والفرنسي والجزائري حيث أجمعت كلها على أن هيئة التحكيم تقوم بمراعاة الأعراف التجارية[283]، ولإعمال الأعراف والعادات التجارية يستلزم أن يكون أطراف النزاع والمحكم ينتمون إلى نفس المجال التجاري الذي يتعلق بالنزاع، وفي حالة ما إذا كان المحكم خارج عن هذا المجال يستوجب عليه أن يتأكد من الأعراف والعادات التي يريد تطبيقها على موضوع النزاع من قبل الأطراف أو الغير في إطار إعمال محكمة التحكيم لهذه الأعراف والعادات.

ولا يفوتنا أن نمر دون أن نعطي أحد الأمثلة عن النزاعات التي استند المحكم إلى تطبيق الأعراف والعادات التجارية للفصل فيها ندكر العقد الذي أبرم بين بائع يوغوسلافي ومشتريين ألمانيين بموجبه يلتزم البائع بتسليم كمية من المنتجات الزراعية للمستثمرين ولكن حدث وأن أصبح

[282] . جارد محمد، مرجع سابق، ص 169، 170.

[283] . لزهر بن سعيد كرم محمد زيدان النجار، مرجع سابق ، ص 269.

البائع غير متمكن من تنفيذ الالتزام بسبب فساد عملية الحصاد، وهذا أدى إلى رفع القضية أمام مركز التحكيم أين تمسك البائع بالقوة القاهرة لسوء الأحوال الجوية خلال فترة عملية الحصاد " هو عمل إله" ، وانتهى المحكمون إلى تكريس مفهوم القوة القاهرة في القانون العرفي الدولي الذي سيطر على مجال البيع التجاري الدولي، والذي لا ينص عليه لا القانون اليوغوسلافي ولا القانون الألماني، وقد صدر القرار عن محكمة Arbitration Trade fédéral l'affect في 25 جوان 1970.

ورغم منح المحكم حرية تطبيق العادات والأعراف التجارية على موضوع النزاع إلا أنه يستلزم عليه الأخذ بعين الاعتبار إحترام النظام العام الدولي عند إعماله لهذه القواعد، كذلك لا يجوز له أن يقوم باستبعاد تطبيق النصوص الواردة في اتفاقية ملزمة وتطبيقه للعادات والأعراف التجارية.

ولقد أجمع أغلبية الفقهاء على اعتبار الأعراف التجارية مصدر من مصادر القانون الدولي الصالحة التطبيق على موضوع النزاع، غير أن أغلبية الأطراف المنتمية إلى الدول النامية تشتكي من هذه القواعد كونها غالبا ما تنتهي إلى إصدار أحكام تخدم الأطراف المنتمية إلى الدول المتقدمة على أساس أن نشأة هذه القواعد تعود إلى دول تختلف من الناحية الاقتصادية والسياسية، وكذا تفاوت درجة تقدمها وهذا من شأنه أن يؤثر بصفة سلبية على الدول النامية إذا ما كانت طرفي في النزاع، كما أن قانون التجارة الدولية لم يرتقي بعد إلى مرتبة القانون بصفة "**فوق دولية**" تجعله يكتسي قوة إلزامية يعلوا القوانين الوطنية والدولية، فالوصول إلى هذه المرتبة يستدعي القبول كافة الدول لمضمون هذا القانون، إلا أن هذا لم يتحقق بعد بل لا يزال القضاء والفقه الدولي في جدل، وهذا الأمر صعب ولا يمكن الجزم بأنه مستحيل ذلك يرجع إلى اختلاف موقف كل دولة حول هذه المسألة[284].

[284] . جارد محمد، مرجع السابق، ص ، ص 171، 173.

الفرع الرابع

حرية هيئة التحكيم في تطبيق المبادئ العامة في القانون الدولي

إلى جانب الخيارات المعترف بها لهيئة التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع نجد حريتها في الإستناد إلى القواعد العامة للقانون الدولي التي تعد عاملا مشتركا لغالبية الأنظمة القانونية[285]، ففي هذه الحالة لا يلجأ المحكم إلى قانون دولة معينة أو الإستناد إلى أحد مراكز التحكيم الدائمة أو إلى تطبيق العادات والأعراف التجارية الدولية، إنما يلجأ إلى قاعدة التنازع المعترف بها من قبل الأنظمة القانونية الدولية في مختلف دول العالم والتي تعتبر مجموعة من القواعد العامة والأساسية التي تهيمن على الأنظمة القانونية وتتفرع عنها قواعد أخرى تتخذ شكل تشريع أو عرف، فالبعض منها مستوحى من خلال الأنظمة الداخلية القانونية، كمبدأ حسن النية والبعض الآخر مستوحى من الأنظمة القانونية الدوليةهذا مايجعلها لا تحكم نفس الطابع، إلا أنه تعتبر مصدرا للقانون الدولي العام، ويعتبر الفقيه M C NAIR من أبرز الفقهاء الذين نادوا بتطبيق هذه المبادئ[286] ، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ" DERAINS : L'arbitre se refaire a une règle de conflit de loi qui fait l'objet d' un l'arge consensus au plan international ."[287]

وحسب الأستاذ BERAINS فإن المحكم ينظر ويفصل في النزاع وفقا للمبادئ العامة التي حظيت بقبول على المستوى الدولي، فقيام المحكم باختيار هذه المبادئ كما يصطلح عليها أيضا "بالقانون الطبيعي الجديد" أو المبادئ القانونية المشتركة بين الدول المتمدينة، هذا مرده إلى رغبته من سحب العقد من دائرة اختصاص القوانين الوطنية وتدويله، ومن بين هذه المبادئ التي يستند عليها المحكم "مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق"، "مبدأ تنفيذ العقد بحسن النية" ،"مبدأ العقد شريعة المتعاقدين"، "مبدأ احترام الحقوق المكتسبة" وغيرها من المبادئ، حيث يرى جانب من الفقه

[285] . جارد محمد،مرجع سابق، ص 174.

[286]. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد مرجع سابق، ص 372.

[287]. جمال محمود الكردي ، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم ، مرجع سابق، ص 98.

"أن هذه المبادئ أصبحت حقيقة واقعية لا يمكن تجاهلها في الميدان الدولي وأن صفتها الدولية أدت إلى جعلها قانونا معدا أساسا لحكم المبادلات التجارية الدولية " ،وهذا الاتجاه الفقهي يؤكد ويعترف بأن القواعد العامة للقانون الدولي تصلح لأن تكون قانونا يحكم المبادلات التجارية الدولية.

ويضيف الفقه على ما قاله سابقا أن المبادئ العامة للقانون هي قواعد ذاتية التطبيق بحيث أنها لا تستمد أساسها من إرادة الأطراف، وإنما من النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي الذي يضع العقد الدولي في علاقة مباشرة مع هذه القواعد[288] .

ولقد نالت المبادئ العامة تطبيقات عديدة على مستوى قضاء التحكيم التجاري الدولي فنجد مثلا المحكم CAVIN فصل في قضية SAPPHIRE بين الشركة البترولية الأمريكية وإيران لسنة 1963 " أن العقد شريعة المتعاقدين" و" مبدأ عدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزامه" يجب للطرف الآخر فسخ العقد مع التعويض وبهذا أفصل المحكم وفقا للمبادئ العامة للقانون[289].

كما جسدت العديد من القوانين الوطنية إمكانية المحكم اختيارا لقواعد العامة في القانون الدولي لتحكم موضوع النزاع ،و هذا ما نجده في كل من القانون الجزائري في نص المادة 1050 من ق إ م إ الجزائري السالفة الذكر، وكذا المشرع المصري في المادة 39 من قانون التحكيم المصري التي سبق أن تعرضنا لها وكذا الاتفاقيات الدولية كاتفاقية واشنطن لعام 1965، وذلك في نص المادة42[290].

ومن خلال ما سبق يمكن القول أن المحكم يتمتع بسلطة واسعة في اختيار المبادئ العامة لتحكم موضوع النزاع، وهذا رغبة منه في تحقيق العدالة والمساواة بين الأطراف، غير أن غالبا ما تكون الأحكام التي يصدرها من خلال تطبيقه لهذه القواعد غير منصفة في حقهم خاصة إذا كان أحد الخصوم من الدول المتقدمة الأخرى من الدول النامية، فالحكم بالطبع يكون الطرف القوي في

[288]. جراد محمد، مرجع سابق، ص ، ص 174، 175.

[289]. مرجع نفسه، ص 178.

[290]. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 193.

العلاقة على حساب الطرف الضعيف، كذلك تعدد المصطلحات التي أطلقت على هذه المبادئ يجعل المحكم يصطدم بالموضوعية عند تقديمه للحلول للفصل في النزاع، فهذه القواعد مشتقة من قوانين داخلية للدول التي تتميز بنظام يختلف عن نظام دولة أخرى، كذلك حتى يطبق المحكم هذه القواعد ينبغي أن تتوفر لديه ثقافة قانونية تمكنه من استخلاص هذه المبادئ من خلال دراسته وتحليله لجملة من القوانين الوطنية[291].

[291]. جارد محمد، مرجع سابق، ص ، ص 181،182.

خـاتمة

إن التطور الحاصل للتجارة الدولية و التي فرضته ظاهرة العولمة، جعل المتعاملون في إطار المعاملات الاقتصادية يلجئون إلى التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات الذي يقوم على مبدأ سلطان الإرادة، والتي تبدأ بالظهور عند قيام الأطراف في الإتفاق عليه، و بموجب هذا الأخير يكتسب هؤلاء حرية تحديد طبيعة النزاعات التي تعرض على التحكيم، ويستوي الأمر في هذه الحالة الأخذ بعين الاعتبار النزاعات التي لا تقبل عرضها على التحكيم، فنجد أغلب التشريعات تتحفظ ببعض المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم، وبعد قيامهم بتحديد الخلافات التي تعرض على التحكيم يقومون باختيار هيئة التحكيم أين يجد الأطراف أنفسهم أحرار في اختيار الشخص أو أشخاص مختصين يتولون النظر في النزاع سواءا يقومون بذلك بأنفسهم أو استنادا إلى أحد المراكز الدائمة للتحكيم، لكن قد يحدث وأن لا يختار الأطراف المحكمين، في هذه الحالة يتدخل القاضي لتعيينهم بناءا على طلب أحد الأطراف بذلك، وإذا رأى الأطراف أن هناك ما يستدعي استبدال و رد أو عزل أحد المحكمين المعنيين فله ذلك.

وحتى تمارس هيئة التحكيم مهمتها يستوي الأمر تحديد مكان التحكيم واللغة المستعملة فيه، فالأطراف لهم الحرية في تحديد كل الإجراءات التي تستوجبها الخصومة التحكيمية، كما يجوز لهم اختيار نوع التحكيم الذي يرونه مناسبا لنزاعهم، وحتى اختيار القانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم.

وبما أن التحكيم قوامه إرادة الأطراف المجسدة منذ الإتفاق عليه فإن هذا الأخير يتسع ليشمل إمكانية تحديد القانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية في شقها الإجرائي والموضوعي والتي تعتبر من أهم المسائل الضرورية التي تستوجب التدقيق فيها لأن المحكم يرتكز عليها في النزاع لإصدار الحكم.

في الأخير يمكن أن نقول أن التحكيم التجاري الدولي يقوم على مبدأ سلطان الإرادة الذي يلعب دورا هاما في مجال التجارة الدولية، فهو نوع من القضاء الخاص الذي

خـاتـمة

يجعل إرادة الأطراف الأساس الذي يقوم عليه في جميع مراحله، هذا ما يجعله يتميز عن القضاء الذي لا نجد فيه أي أثر لإرادة الأطراف فالقاضي مقيد بما يمليه عليه قانون دولته ولا يكون أي اعتبار لإرادة أطراف الدعوى.

إلا أن الحرية الممنوحة للأطراف في إطار التحكيم ليست مطلقة بل مقيدة في بعض الجوانب، مثلا فيظهر ذلك مثلا في تحديد الأطراف النزاعات التي يعرضها على التحكيم، فتلك المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم وكذا بالنظام العام لا يجوز فيها التحكيم، كما أنه في حالة ما إذا اختار الخصوم اللجوء إلى إحدى مراكز التحكيم الدائمة فإنهم يخضعون للقواعد النافذة فيها، وإذا ما اختاروا تطبيق قانون دولة معينة ليحكم النزاع سواء في جانبه الإجرائي أو الموضوعي يستوي الأمر فيه تطبيق القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة، فعموما كل من الأطراف والمحكمين ملزمين بمراعاة القواعد الآمرة والنظام العام.

كما لاحظنا من خلال هذه الدراسة أن الحرية التي يتمتع بها أطراف النزاع هي نفسها المخولة لهيئة التحكيم خاصة ما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، فغالبية التشريعات الداخلية والإتفاقيات الدولية التي تعرضنا إليها سابقا تؤكد ذلك، فحسب رأينا فإنّ هذا من شأنه أن يؤدي إلى إمكانية انحياز المحكم إلى اختيار قانون معين لاعتبارات معينة، كما أنه قد يتآمر مع أحد الأطراف في تطبيق القانون الذي يراه مناسبا له ويخدم مصالحه ويطبقه على الإجراءات أو على الموضوع بالتالي هذا يؤدي بالضرورة إلى عدم تحقيق العدالة الفعالة.

لكن رغم تقيد إرادة الأطراف في بعض الجوانب إلا أنه ما يلاحظ في إطار المعاملات التجارية أن الناشطون فيها يفضلون اللجوء إلى هذا النوع من القضاء ليفصل في النزاعات التي تثور بينهم كونه يتماشى ومتطلبات التجارة وذلك بغية تجنب الاصطدام بالعراقيل التي تقف أمامه في إطار القضاء العادي.

خـاتـمة

لذلك يبقى التحكيم الوسيلة الفعالة التي تساير التجارة الدولية والتي تضمن تحقيق عدالة حقيقية عند الفصل في النزاع ،لذلك ينبغي إعادة النظر في الحرية المخولة لهيئة التحكيم حتى تمارس مهمتها في الفصل في النزاعات بكل نزاهة.

كما ندعو كل الدول التي تتردد من الاعتراف بالتحكيم كوسيلة بديلة للقضاء لتسوية النزاعات أن تسرع في تعديل قوانينها وتعترف بإمكانية اللجوء إلى التحكيم وهذا من أجل تنشيط المعاملات التجارية الدولية وجذب الاستثمارات الأجنبية، كون المستثمرون يرتكزون في العقود التجارية التي يبرمونها على الوسيلة القضائية التي تكفل لهم تحقيق العدالة الفعالة إذا ما حدث نزاع بشأن علاقاتهم، مثلما فعلت الجزائر بإدخال تعديلات في قوانينها ونصت على التحكيم.

كما يفترض على أطراف الخصومة التحكيمية أن يختاروا المحكمين الذين تتوفر لديهم خبرة وكفاءة في مجال التحكيم التجاري الدولي لأن حسن إختيار المحكمين يؤدي إلى إصدار حكم ذوا عدالة حقيقية .

أولا: باللغة العربية

I) الكتب

1- أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، مصر، 1981.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات الداخلية الدولية:(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 2006.

3- أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2003.

4- أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006.

5- السيد الحداد حفيظة، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

6- السيد الحداد حفيظة، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011.

7- بلقاسم شتوان، الصلح في الشريعة والقانون: (دراسة مقارنة)، دار الفكر والقانون، مصر، 2010.

8- جمال محمود الكردي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 1998.

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

10- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، في المنازعات التجارية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1995.

11- خالد إبراهيم التلاحمة ،القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الدولي، دارجهنية للنشر والتوزيع ،عمان، 2006.

12- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، لبنان، 1992.

13- سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، مصر، 2000.

14-شهاب محمد، أساسيات التحكيم التجاري الدولي، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2009.

15- صادق محمد جبران، التحكيم التجاري الدولي: (وفق الاتفاقيات العربية للتحكيم التجاري لعام 1987، بحث في قانون التجارة الدولية)، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 2006.

16- عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم التجاري الدولي في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2003.
17- عيلوش قربوع كمال، التحكيم التجاري في الجزائر، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
18- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.
19- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي: (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
20- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، ضمانات الاستثمارات)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
21- لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي: (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010.
22- محمود السيد عمر التحييوي، مفهوم التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، مصر، 2002.
23- محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر،2004.
24- محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006.
25- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم العلاقات الخاصة والدولية والداخلية، دار الفكر الفتح للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1998.
26- معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، مصر، 1997.
27- منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، دار المطبوعات الجامعي، مصر، 1995.
28- منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي والداخلي، منشأة المعارف مصر، 1997.
29- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي والداخلي، منشأة المعارف، مصر، 2008.
30- نبيل إسماعيل، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005.
31- هشام خالد، تكوين المحكمة التحكيمية في منازعات التجارة الدولية، منشأة المعارف، مصر، 2008.

II) الرسائل والمذكرات الجامعية

أ) الرسائل

1- شويرب خالد،القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولين،أطروحة دكتوراه في الحقوق،فرع الملكية الفكرية،كلية الحقوق،جامعة بن يوسف
بن خدة ، 2010.

2- معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية في عفود المفتاح والإنتاج في اليد، رسالة الدكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1998.

ب) المذكرات

1- أحمد بن باجة، التحكيم وحل المنازعات في العقود الإقتصادية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2006.

2- إلهام عزام وحيد الخراز، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع: (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009.

3- بشير سليم، دور القاضي في التحكيم، بحث لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، 2003.

4- بقة حسان، الأمن القانوني للإستثمار في الجزائر عن طريق التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون: تخصص قانون عام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2010.

5- بكلي نورالدين: اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996.

6- تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي: (دراسة مقارنة على ضوء المرسوم التشريعي رقم9309 والقانون المقارن)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004.

7- جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي:(دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009.

8- حدادن طاهر، دور القاضي في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وز 2009.

9- عيد عبد الحفيظ، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005.

10- عثماني الحسين، التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار في إطار الإتفاقيات الثنائية بين الجزائر والدول الغربية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير: تخصص قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.

11- مقراني عائشة، مبدأ اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري: (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2005.

12- نورة حليمة، التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستير، تخصص إدارة الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، الجزائر، 2014.

III) المقالات

1- الأحدب عبد الحميد، "إجراءات التحكيم"، المؤتمر السنوي السادس عشر(التحكيم التجاري الدولي)، كلية الحقوق، جامعة الإمارات المتحدة، (د س ن)، ـ ص ـ ص 437 - 458.

2- أحمد عمران، "التحكيم التجاري الدولي"، مجلة العلوم القانونية، عدد 13، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2006، ص ـ ص 60 - 69.

3- بكلي نور الدين،" نظام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر"، مجلة الدراسات والبحوث العلمية، عدد 12، الفكر البرلماني، 2006، ص 143.

4- الجمال مصطفي، "امتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به"، مجلة الدراسات القانونية، عدد 7 كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، 2001، ص 67.

5- السمدان أحمد، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي :"مجلة الحقوق والعلوم السياسية ،الكويت، 1993،ص189.

6- السيد صاوي أحمد، "إجراءات التحكيم طبقا لقانون التحكيم المصري ووفقا لأهم قواعد وأنظمة التحكيم الدولي"، المؤتمر السنوي السادس عشر(التحكيم التجاري الدولي)، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات،(د س ن)، ص ـ ص 779 - 803.

7- الشرقاوي محمود سمير، "الدور الخلاق للقضاء في مجال التحكيم التجاري الدولي"، المؤتمر السنوي السادس عشر(التحكيم التجاري الدولي)، كلية الحقوق،جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، (د س ن)، ص 696.

8- عجابي إلياس، "النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، المجلة القانونية والإقتصادية والسياسية، عدد 03، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010، ص 55.

IV) الملتقيات

1- تعويلت كريم،" استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في المرسوم التشريعي رقم 93- 09 "، مداخلة ألقيت في أعمال ملتقى دولي حول التحكيم التجاري الدولي بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية الذي أجريت فعالياته يومي: 14- 15 جوان 2006، كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص 348.

2- حسين نوارة، "تكريس التحكيم التجاري الدولي كضمان للاستثمارات الأجنبية"، مداخلة ألقيت في أعمال ملتقى دولي حول التحكيم التجاري الدولي بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية الذي أجريت فعالياته يومي: 14- 15 جوان 2006، كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص ـ ص 379- 381.

3- راشدي سعيدة، "مفهوم التحكيم التجاري الدولي ونظامه القانوني"، مداخلة ألقيت في أعمال ملتقى دولي حول التحكيم التجاري الدولي بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية الذي أجريت فعالياته يومي: 14- 15 جوان 2006، كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص ـ ص 331- 333.

4- عيد عبد الحفيظ، " دور إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم التجاري"، مداخلة ألقيت في أعمال ملتقى دولي حول التحكيم التجاري الدولي بين تكريس تشريعي والممارسة التحكيمية الذي أجريت فعالياته يومي: 14- 15 جوان 2006، كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص 32.

5. مباركي دليلة، " إتفاق التحكيم بين التشريع الجزائري والمصري"،مداخلة ألقيت في أعمال ملتقى دولي حول التحكيم التجاري الدولي بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية الذي أجريت فعالياته يومي: 14. 15 جوان 2006، كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص**269**

V) النصوص القانونية

1- امر رقم 58.75 مؤرخ في 26سبتمبر1975، يتضمن القانون المدني،منشور على موقع الأمانة العامة للحكومة www.joradp.dz

2- المرسوم التشريعي رقم 93 -09 مؤرخ في 1993/04/25، المعدل والمتمم لأمر رقم 66/ 154 المؤرخ في 1966/06/08 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية ، ج.ر عدد 27 لسنة 1993 (ملغى) .

3- قانون رقم 08- 09 مؤرخ في 2008 /02/25، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج. ر ، عدد 21 ، المؤرخ في 2008/04/23.

ثانيا: باللغة الفرنسية

I) OUVRAGES

1- JAN robert, l'arbitrage ; droit international prive, dalloze, 6eme édition, paris, 1993

2- TERKI Nourdine, l'arbitrage commercial international, opu, Alger, 1999.

ARTICLE

EMMANUEL Gaillard (trente ans de la mercatoria pour une application s2lective des principes généraux du droit, journal du droit international, n 01, paris, 1995

الفهرس

مقدمة.....3

الفصل الأول

مظاهر سلطان إرادة الأطراف في اختيار اتفاق التحكيم

المبحث الأول: قيام اتفاق التحكيم على إرادة الأطراف.....10

المطلب الأول: حرية الأطراف في تنظم اتفاق التحكيم.....11

الفرع الأول: حرية الأطراف في تحديد طبيعة النزاعات الخاصة بالتحكيم.....11

الفرع الثاني: حرية الأطراف في اختيار هيئة التحكيم.....13

أولا: تعيين المحكمين.....13

ثانيا: استبدال وعزل ورد المحكمين.....20

الفرع الثالث: حرية الأطراف في تحديد مكان ولغة التحكيم.....24

أولا : حرية الأطراف في تحديد مكان التحكيم.....25

ثانيا :حرية الأطراف في تحديد لغة التحكم.....27

الفرع الرابع: حرية الأطراف في تحديد زمان التحكيم و إجراءاته.....28

المطلب الثاني: حرية الأطراف في اختيار نوع التحكيم.....30

الفرع الأول: التحكيم الحر.....31

الفرع الثاني: التحكيم المؤسسي.....32

الفرع الثالث: التحكيم بالقانون.....38

الفرع الرابع: التحكيم بالصلح 38

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.....40

المطلب الأول: تطبيق منهج التنازع ومنهج القواعد المادية لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.....41

الفرع الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال منهج التنازع.....41

أولا: التكييف الإجرائي.....41

ثانيا: التكييف العقدي.....43

ثالثا: الصعوبات التي تواجه منهج التنازع.....45

الفرع الثاني: تقرير مدى صحة اتفاق التحكيم بتطبيق منهج القواعد المادية.....46

أولا: موقف القضاء من تكريس منهج القواعد المادية.....47

ثانيا: موقف الأحكام التحكيمية من تكريس منهج القواعد المادية.....47

المطلب الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق بالجمع بين المنهجين.....49

الفرع الأول: موقف بعض القوانين الاجنبية.....50

أولا: موقف المشرع السويسري.....50

ثانيا: إمكانية الوصول إلى هذا الحل في كل القانون الفرنسي والمصري.....50

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري.....51

الفصل الثاني

مظاهر سلطان إرادة الأطراف في دعوى التحكيم التجاري الدولي

المبحث الأول: اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات.....56

المطلب الأول: تولي الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات.....57

الفرع الأول: اختيار قانون دولة معينة.....58

أولا: موقف المشرع الفرنسي.....58

ثانيا: موقف المشرع المصري.....58

ثالثا: موقف المشرع العماني.....58

رابعا: موقف المشرع الجزائري.....59

الفرع الثاني : اختيار قواعد هيئة التحكيم الدائمة.....60

أولا: موقف التشريعات الداخلية.....62

ثانيا: موقف الإتفاقيات الدولية.....63

الفرع الثالث: صياغة الأطراف للقواعد الإجرائية.....66

المطلب الثاني : تفويض هيئة التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات الدعوى التحكيمية.....69

الفرع الأول: اختيار هيئة التحكيم للقواعد الإجرائية التابعة لأحد مراكز التحكيم الدائمة.....71

الفرع الثاني: اختيار هيئة التحكيم لقانون مقر التحكيم.....73

الفرع الثالث: إخضاع إجراءات التحكيم للقانون الدولي.....75

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.....79

المطلب الأول: تولي الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.....80

الفرع الأول: اختيار قانون دولة معينة.....80

أولا: موقف الاتفاقيات الدولية.....81

ثانيا: موقف التشريعات الداخلية.....83

الفرع الثاني: اختيار قانون التجارة الدولية.....85

الفرع الثالث: تطبيق المبادئ العامة في القانون الدولي.....87

المطلب الثاني: تفويض هيئة التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.....89

الفرع الأول: الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف.....91

الفرع الثاني: اختيار قانون دولة معينة.....94

الفرع الثالث: تطبيق هيئة التحكيم للأعراف والعادات التجارية.....98

الفرع الرابع: تطبيق هيئة التحكيم للمبادئ العامة في القانون الدولي..... 103

خاتمة.....107

قائمة المراجع.....111

الفهرس.....

الفصل الثاني

مظاهر سلطان إرادة الأطراف في دعوى التحكيم التجاري الدولي

الفصل الأول

مظاهر سلطان إرادة الأطراف في اختيار اتفاق التحكيم

مقدمة

خاتمة

قائمة المراجع

ملخص

يعتبر التحكيم التجاري الدولي الطريق القضائي المفضل من قبل المتعاملون الاقتصاديون في مجال التجارة الدولية للفصل في النزاعات التي تثور بينهم بشأن علاقاتهم التجارية، لكونه يواكب التطورات الخاصة في مجال المعاملات التجارية الدولية، ويتوفر على عدة مزايا تجعله ينفرد بها عن القضاء العادي والتي يعتبر المتعاملون ضمانات تحقق لهم عدالة حقيقية.

وعليه فإن التحكيم يقوم على مبدأ سلطان إرادة الأطراف في مختلف مراحله، بداية من الإتفاق للجوء إليه مرورا بتنظيم إجراءاته وذلك باختيار هيئة التحكيم ونوعه وطبيعته واختيار القانون الذي يحكم الدعوى التحكيمية في شقيها الإجرائي والموضوعي، مع الاعتراف في ذات الوقت لهيئة التحكيم بذلك كاستثناء، وهذا لغرض تطوير وتشجيع المبادلات التجارية الدولية.

Résumé

L'Arbitrage Commercial International la route juridique préférée par des commerçants dans le domaine de jugement d'économistes commercial international des conflits qui surgissent sur des relations commerciales, étant suivi le rythme avec des développements dans le domaine des transactions commerciales internationales et est disponible sur plusieurs avantages qui le rendent unique aux tribunaux ordinaires, qui sont des négociants leur garantit la justice réelle.

Donc, le tribunal arbitral est basé sur le principe du Sultan de la volonté des partis dans les étapes diverses de l'Accord, le début de l'asile en passant pour organiser ses procédures pour choisir le tribunal arbitral, le type et la nature et le choix de loi dirigeant les actes arbitrale dans des parties procédurales et principales, Avec la reconnaissance dans le temps du tribunal arbitral, comme une exception et ceci pour le but de développement et promotion de commerce international.