

جامعة أكلي محند أولحاج - البويرة
مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية
كلية الحقوق والعلوم السياسية

القانون الواجب التطبيق في التحكيم الحر
في العلاقات التجارية الدولية

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون
تخصص: قانون العقود

إشراف الدكتور:
أيت منصور كمال

إعداد الطالبة:
سعال حسينة

لجنة المناقشة:

د. قاسي سي يوسف	أستاذ محاضر صنف (أ)	جامعة أكلي محند أولحاج - البويرة	رئيساً،
د. أيت منصور كمال	أستاذ محاضر صنف (أ)	جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية	مشرفاً ومقرراً،
د. خلفي عبد الرحمان	أستاذ محاضر صنف (أ)	جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية	ممتحناً.

تاريخ المناقشة

2015/05/21

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

﴿نَرْفَعُ دَرَجَاتٍ مِّنْ نَّشَأٍ﴾

﴿وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ﴾

الآية 76 من سورة يوسف

كلمة شكر

الحمد لله الذي وفقني لإتمام هذا العمل، فالحمد لك ربي حتى
ترضى، والحمد لك إذا رضيت، والحمد لك
بعد الرضى.

إنّ الإعراف لأهل العلم بالفضل والمكانة لهو مبدأ إسلامي
وخلق إنساني لقوله (ص): " ليس منا من لم يوقر كبيرنا، ويرحم
صغيرنا، ويعرف لعالمنا حقه "

من باب الإعراف بالفضل أتقدم بأخلص آيات الشكر والعرفان
إلى الأستاذ الدكتور أيت منصور كمال الذي تولى الإشراف على
هذه الرسالة بنصائحه وتوجيهاته.

كما أتوجه بخالص الشكر والتقدير للأساتذة الأجلاء رئيس
لجنة المناقشة والأعضاء الممتحنين على تفضّلهم المشاركة في
مناقشة هذا العمل العلمي وإثراءه بأفكارهم ومعلوماتهم القيمة التي
لن تزيد لهذه المذكرة إلا إنارة ووضوحاً.

أشكر كل من قدم لي عوناً أو أسدى لي معروفاً أو أبدى لي
نصحاً خلال فترة إعداد هذه المذكرة راجياً من الله أن يجزي
الجميع خير الجزاء.

الطالبة الباحثة

إهداء

﴿ أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى ﴾

﴿ من قال فيهما سبحانه وتعالى « وإخض لهما جناح الذل من
الرحمة وقل ربي إرحمهما كما ربياني صغيراً » .
سورة الإسراء: الآية 24

﴿ أبي رمز التضحية والعطاء، الذي طالما حقق لي أسباب
النجاح والتقدم رحمة الله عليه، أسأل المولى عز وجل أن
يتغمد روحه ويسكنها فسيح جناته.....

﴿ أمي نبع الحنان والعطاء، التي كانت دائماً لي ضلالاً حامياً
بدعواتها للخطوات التي سرت على دربها، حفظها الله
وأطال في عمرها

﴿ من كانوا عوناً دائماً، ودعماً أبداً ، أشقاء
روحي، إخواني وأخواتي،
حفظهم الله وأنار دربهم

﴿ من علمونا مبادئ العلم والبحث وكانوا لنا دائماً
العبرة والقذوة أساتذتي الأفاضل،
جزاهم الله خيراً

قائمة أهم المختصرات

Liste des principales abréviations

أولاً: باللغة العربية

ج ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق.إ.م.ف: قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ثانياً: باللغة الفرنسية

CCI: Chambre de Commerce International.

CNUDCI: Conférence des Nations Unies sur le Développement et le Commerce International.

Gaz.Pal : Gazette du Palais.

J.C.I : Juris- Classeur International.

J.C.P : Juris- Classeur périodique.

J.D.I : Journal de Droit International.

L.G.D.J : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

O.P.U : Office des publications Universitaires.

Rev.Arb : Revue de l'Arbitrage.

Rev.Dr.Int. Comp : Revue de Droit International Comparative.

R.A.S.J.E.P : Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques, politiques.

R.C.D.S.P : Revue Critique de Droit et Sciences Politiques.

مقدمة

يعتبر التحكيم التجاري الدولي، وبحكم مزاياه المتعددة، حتمية فرضتها التطورات الحاصلة في العالم في مجال العلاقات الإقتصادية، لدرجة حملت بعض الفقهاء إلى القول أنه من الصعب تصور قيام الحياة الإقتصادية الدولية من دون التحكيم، إذ من النادر إيجاد عقد تجاري دولي لا يتضمن شرط الإحالة إلى هذه الوسيلة عند وقوع نزاع بين أطرافه.

لعل مرد تطور التحكيم بهذا الشكل هو رغبة الأطراف في المعاملات التجارية في التحرر من كل القيود التي تتضمنها القوانين الوطنية وتفاذي البطء المعروف عادة لدى المحاكم العادية وتعدد إجراءات التقاضي فيها، بالإضافة خاصة إلى الحرية التي يتمتع بها الأطراف في إختيار هيئة التحكيم والقانون الواجب التطبيق على إجراءات وموضوع النزاع.

تبرز أهمية التحكيم في الوقت الراهن، في العدد الهائل من النزاعات المعروضة أمام الهيئات التحكيمية الدولية، كما تتجسد في العقود الإقتصادية الدولية التي أصبحت لا تخلو من شرط التحكيم في طياتها، وفي إبرام العديد من الإتفاقيات الدولية في هذا المجال والمصادقة عليها، من بينها إتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها⁽¹⁾، وإتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الإستثمار⁽²⁾. إلى جانب هذا، فهناك إنتشار واسع لمراكز وهيئات التحكيم في مختلف أنحاء العالم كغرفة التحكيم بباريس، الغرفة التجارية والصناعية بجنيف، مركز التحكيم التجاري الدولي بالقاهرة.

أضف إلى ذلك، فإنّ التطور الهائل للتحكيم في كافة مجالات المعاملات الدولية والداخلية، أدّى إلى إرساء قواعده وتحديد مبادئه، تيسيراً لأداء مهمته والقيام بدوره كوسيلة مهمة لحل النزاعات في جوّ يسوده اليسر والمرونة ويبعث على الإطمئنان، الأمر الذي دفع بمعظم الدول إلى وضع

(1) - إتفاقية نيويورك الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان سنة 1958، الموافق عليها بموجب القانون رقم 88-18 المؤرخ في 12 جوان سنة 1988، ج.ر. عدد 28 الصادر في 13 جويلية سنة 1988، المصادق عليها من قبل الجزائر بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 88-233 المؤرخ في 5 نوفمبر سنة 1988، ج.ر. عدد 48، الصادر بتاريخ 23 نوفمبر سنة 1988.

(2) - إتفاقية واشنطن لتسوية الخلافات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الموافق عليها بموجب الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 21 جانفي سنة 1995، ج.ر. عدد 7 الصادر بتاريخ 15 فيفري سنة 1995، المصادق عليها من قبل الجزائر بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995 ج.ر. عدد 66 الصادر بتاريخ 5 نوفمبر سنة 1995.

نظام قانوني له، يتناول الإتفاق على اللجوء إليه وتحديد النزاعات التي يمكن طرحها أمامه وتحديد كيفية إختيار القواعد الإجرائية والموضوعية المطبقة على النزاع.

أما فيما يتعلق بالوضع في الجزائر، فبعد العديد من التراجعات، إنتهى المشرع إلى الإعتراف به تحت ضغط الأزمة الإقتصادية من جهة، والضغط الأجنبي من جهة أخرى، وذلك تدريجياً إلى أن أصدر في سنة 1993 المرسوم التشريعي الذي يتضمن قانون الإجراءات المدنية⁽³⁾، والذي جسّد من خلاله وبصفة صريحة حرية اللجوء إلى التحكيم في مجال التجارة الدولية. وبقي الأمر على حاله إلى أن أصدر قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽⁴⁾، الذي تضمن كتاباً خاصاً عن الطرق البديلة لحلّ النزاعات من صلح ووساطة وتحكيم، وبهذا يكون قانون الإجراءات المدنية والإدارية بمثابة النصّ القانوني الخاص.

يقوم التحكيم على أساسين وهما، إرادة الخصوم وإقرار المشرع لهذه الإرادة، فالدولة تجيز التحكيم وتمنح الخصوم الحق في اللجوء إليه وإختيار أشخاص المحكمين أو وضع القواعد التي يتم على ضوءها إختيارهم، وتعرف للمحكمين وهم أفراد بسلطة الفصل في بعض النزاعات، وبذلك يحل هؤلاء محل المحكمة القضائية وتحل أحكامهم محل أحكامها.

بما أنه تكون في الغالب أطراف هذه العلاقة منتمية إلى أكثر من دولة، فإنّه من الطبيعي أن تثار مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق والتي تعد من المسائل الصعبة والمعقدة في عقود التجارة الدولية، نظراً لما تنطوي عليه من مصالح متضاربة بين الأطراف، وتزداد هذه الصعوبة باصفة خاصة في إطار التحكيم التجاري الدولي، الذي لا يملك المحكم فيه نظام إسناد معيّن ولا يملك تحت تصرفه قانون إختصاص أو ما يسمى بقانون القاضي يحدّد على أساسه القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح أمامه.

(3) - مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 25 أفريل سنة 1993، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان سنة 1966، ج.ر عدد 27 الصادر بتاريخ 27 أفريل سنة 1993 (ملغى).

(4) - قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج.ر عدد 21 صادر بتاريخ 23 أفريل سنة 2008.

أضف إلى ذلك، فلجوء أطراف العلاقات الدولية من مختلف الجنسيات إلى التحكيم، يعطيهم الحرية في إتباع قواعد دولية معينة، وبإختيار القانون الواجب التطبيق لحكم نزاعاتهم، خصوصاً وأنه لا توجد قواعد موحدة للتحكيم.

عليه، فسواءً كان التحكيم دولياً أو وطنياً فهو يعتمد أساساً على أطراف النزاع، فهم من يختارون اللجوء إليه بإرادتهم الحرة، إذ أنّ هذه الإرادة هي أساس وجود التحكيم. غير أنّ مجال إعمال هذه الإرادة يختلف ضيقاً وإتساعاً حسب نوع التحكيم المتبع.

ففي التحكيم الحر Ad- Hoc⁽⁵⁾ يجد مبدأ سلطان الإرادة تطبيقاً واسعاً وأكثر تحرراً، وذلك من خلال الحرية الواسعة التي يمنحها لأطراف النزاع لتنظيم عملية التحكيم في كافة مراحلها، بدءاً بإتفاق التحكيم إلى غاية صدور الحكم، وهو الأمر الذي يفتقر إليه الخصوم في ظل التحكيم المنظم، نظراً لكون عملية التحكيم فيه تتولاها جهة تحكيمية مختصة.

كما هو الشأن بالنسبة للأطراف، فإنّ المحكم أيضاً يتمتع بدور بارز في إطار التحكيم الحر، وبالخصوص في مجال إختيار القانون الواجب التطبيق، غير أنّ مجال إعمال هذا الدور يرتبط إرتباطاً عكسياً مع دور الإرادة، بحيث يضيق كلما إتضحت إرادة الأطراف بشأن إختيار القانون الواجب التطبيق ويتسع كلما أغفل الأطراف تحديد هذا القانون.

تأسيساً على الأهمية التي يحظى بها القانون الواجب التطبيق عموماً، فقد إقتصرتنا دراسته في إطار التحكيم الحر، نظراً للضمانات التي يوفرها هذا الأخير، سواءً لأطراف العلاقة التجارية الدولية أو للمحكم، إذ يخلق شعور بالثقة لدى أطراف النزاع بأنهم يشاركون في عملية التحكيم، وهذا نتيجة للحرية الواسعة التي يمنحها لأطراف النزاع لتنظيم عملية التحكيم وحسن سيره. كما يفسح المجال للمحكم لإختيار القواعد القانونية التي يراها مناسبة وملائمة لحكم النزاع عند غياب إرادة الأطراف، وهذا نتيجة للسلطة التقديرية الواسعة التي يكرسها للمحكم في هذا الخصوص.

(5)- C'est une expression juridique latines qui signifie : « pour cela », elle s'applique en droit général à toute personne ou à tout organe qui est investi d'une mission précise momentanée et qui reçoit des pouvoirs limités pour cela. Par exemple quand il ya plusieurs mineurs ayant des intérêts opposés dans un partage, un tuteur Ad-hoc peut être désigné. www.Dictionnaire-juridique.com

إنطلاقاً من المكانة التي يحظى بها كل من أطراف إتفاق التحكيم والمحكم في إطار تحديد القانون الواجب التطبيق في التحكيم الحر، فإنّ التساؤل الذي يطرح في هذا السيّاق يكمن في مدى تكريس المشرع الجزائري لإزدواجية الإرادة عند تحديد القانون الواجب التطبيق في التحكيم الحر؟

بالإعتماد على منهج التحليل والنقد، وبالإستعانة بموقف أهم الأنظمة القانونية التي إهتمت بالموضوع، وكذا إستدلالنا بالإجتهادات القضائية والفقهيّة المتعلقة بجوانب هذا الموضوع، فإننا سنحاول الإجابة على هذه الإشكالية المطروحة من خلال التطرق إلى مبدأ سلطان إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق، بإعتباره يهيمن على نظام التحكيم بأكمله، منذ الإتفاق على المبدأ ذاته، مروراً بإختيار المحكمين وإختصاصهم، والإجراءات التي تتبع لحل النزاع، الأمر الذي يخلق شعور لدى أطراف النزاع بأنهم يشاركون في عملية التحكيم (الفصل الأول).

كما سيتم كذلك التطرق إلى مبدأ إستقلالية المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق، بإعتبار أنه يعمل خارج إطار أي نظام يلزمه بمعيار أو معايير إحتياطية لتحديد القانون الواجب التطبيق، عند غياب المعيار الأساسي المتعلق بإتفاق إرادة الأطراف على تطبيق قانون معين (الفصل الثاني).

الفصل الأول

مبدأ سلطان إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق

يعد مبدأ سلطان الإرادة، من المبادئ الأساسية التي يعتمد عليها في فض مشكلة تنازع القوانين القائمة في مختلف الأنظمة القانونية، كلما كان النشاط متعلقاً بمعاملات التجارة الدولية والذي يضفي على نظام تحديد القانون الواجب التطبيق فيها خصوصية تميزه عن نظام تحديد القانون الواجب التطبيق في مجالات أخرى، ألا وهي قدرة المتعاقدين على إختيار أحد القوانين المناسبة لحكم الرابطة العقدية.

لا يزال مبدأ سلطان الإرادة يتمتع بدور بالغ الأهمية⁽⁶⁾ في العقود الداخلية والدولية، وبالأخص في مجال التحكيم التجاري الدولي، إذ أصبح هذا المبدأ وما ينتج عنه من حرية للمتعاقدين في إخضاع عقدهم للقانون الذي يختارونه صراحة أو ضمناً مبدأً مكرساً في أغلب الإتفاقيات الدولية⁽⁷⁾، وفي إطار التشريعات الوطنية⁽⁸⁾، خاصة تلك التي أصدرت قوانين خاصة لتنظيم التحكيم التجاري الدولي، كما تبنته هيئات ومراكز التحكيم الدولية⁽⁹⁾.

إنطلاقاً من المكانة التي يحظى بها مبدأ سلطان الإرادة في إطار التحكيم التجاري الدولي، سنحاول إبراز دور هذه الإرادة في تنظيم التحكيم الحر وحسن سيره في المراحل التي تحكمه (المبحث الأول)، غير أنه لا يمكن الإعتداد بهذه الإرادة بصفة مطلقة، نظراً لكونها تتقيد بإعتبارات النظام العام وعدم التحايل على القانون المختص أصلاً لحكم النزاع (المبحث الثاني).

(6) - تطورت هذه القاعدة في الوقت الحاضر وأصبحت قاعدة تقليدية، بحيث أصبح الأصل في الإختصاص للقانون المختار، والقانون الذي تتعدد الإرادات على إختياره يصبح القانون الواجب التطبيق لحكم علاقاتهم العقدية. أنظر: خالد إبراهيم التلاحمة، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، جبهة، عمان، 2006، ص.25
للتفصيل أكثر حول تطور مبدأ سلطان الإرادة أنظر كل من:

GOUNOT Emmanuel, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : Introduction à l'étude critique de l'individualisme juridique, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, Université de Paris, discipline: droit privé, 1912, p 318 et s.

CALEB Marcel, Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, Université de Paris, discipline : droit privé, 1927, p.23 et s.

(7) - كإتفاقية نيويورك الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958 (المادة 5 منها)، وإتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 (المادة 6 منها) وإتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1987 (المادة 21 منها).

(8) - كالقانون المصري رقم 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية (المادة 25 و 39 منه).

(9) - كقواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNCITRAL (المادة 33 منه). www.uncitral.org

المبحث الأول

مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون المطبق على النزاع

تلعب إرادة الأطراف كضابط إسناد دوراً بارزاً في إختيار القواعد القانونية التي تحكم النزاع، وهذه الحرية تدفع الأطراف نحو إختيار القانون الملائم الذي يتفق ورغباتهم وتوقعاتهم ويحقق لهم الأمان المتطلب في المعاملات الدولية.

على ضوء ذلك، فيمكن أن يكون أيّ قانون محلاً لإختيار الأطراف والذي يروونه مناسباً لحكم علاقاتهم التعاقدية، بغض النظر عما إذا كان هذا الإختيار قد إنصب على قانون وطني أو كان نظاماً قانونياً آخر. والأهم من هذا كله، فيمكنهم التحرر من أيّ قانون وطني والإتفاق على تطبيق المبادئ العامة للقانون، غير أنه يبقى قيد النظام العام موجوداً وله فعاليته بهدف حماية المصالح العليا للمتعاقدين في التجارة الدولية.

فضلاً عن الدور المهم الذي تلعبه إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق، فينبغي إظهار مجال أعمال هذه الإرادة في كافة مراحل سير التحكيم، بدءاً باتفاق التحكيم الذي يعدّ الخطوة الأولى في عملية التحكيم (المطلب الأول)، مروراً بمرحلة السعي لفض النزاع والمتمثلة في دعوى التحكيم التي تهدف بالأساس إلى إصدار حكم لحسم النزاع عن طريق تحديد القانون الذي يحكم إجراءات وموضوع التحكيم (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون الذي يحكم إتفاق التحكيم

تتمثل نقطة البداية لنظام التحكيم في إتفاق الأطراف على إختيار قضاء التحكيم كوسيلة لتسوية النزاع، إذ يعدّ إتفاق التحكيم جوهر وأساس نظام التحكيم، إذ تركز عليه هيئة التحكيم لعقد إختصاصها الأمر الذي يستدعي من المحكم قبل المضي في التحكيم التأكد من صحة إتفاق التحكيم ونفاذه، بإعتبار أنّ ولايته منوطة بهذا الإتفاق.

إنّ المسلّم به في فقه التحكيم التجاري الدولي أنّ الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم قد يتخذ شكل بند مدرج في العقد الأصلي أو يكون متضمناً في إتفاق مستقل، الأمر الذي يجعله عقداً قائماً بذاته، وبالتالي فإنّ إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم، قد تتّجه إلى إختيار إحدى الصورتين المعروفتين بشرط التحكيم ومشاركة التحكيم.

فضلاً عن المكانة التي يحظى بها إتفاق التحكيم كأساس للتحكيم، فإنّ الأمر يستدعي إسناده إلى قانون معيّن يحكم شروط إنعقاده وصحته ونفاذه، ويكون السبيل لإجبار المتعاقدين على إحترام ما يتولّد عنه من إلتزامات (الفرع الأول)، كما يتطلب الأمر صياغته بدقة بحيث يجب أن يتضمن تعيين المحكمين وكيفية إختيارهم وردهم (الفرع الثاني).

غير أنّ إتفاق التحكيم لا يتوقف فقط على حد تمكين الخصوم من إختيار المحكم الذي سيتولى البث في نزاعاتهم، بل يتعدّى إلى منحهم سلطة تحديد الصلاحيات التي سوف يتمتع بها المحكم في خصومة التحكيم (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم

إنّ تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم هو عملية أولية لازمة وضرورية لكل مسألة ذات طبيعة دولية يراد لها البحث عن حل والتي تكون محل نقاش بين أطراف النزاع. ويقصد بذلك أن يتفق الأطراف مسبقاً وفقاً لأيّ قانون سوف يتم إستنباط النظام القانوني لهذه الاتفاقية.

يحظى موضوع تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم بأهمية بالغة، نظراً لكون هذا القانون هو الذي يحكم وجود إتفاق التحكيم وصحته ونفاذه وآثاره وتحديد ما يترتب من حقوق

والتزامات على أطراف النزاع. أضف إلى ذلك فإنّ تكييف إتفاق التحكيم على أساس أنّه عقد كسائر العقود الأخرى يؤدي إلى تطبيق النظرية العامة في القانون الدولي الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق والمتمثلة في مبدأ سلطان الإرادة (أولاً).

باعتبار قانون الإرادة هو القانون الذي إختاره الأطراف لتطبيقه على إتفاقهم التحكيمي، وبالتالي فهو يحكم معظم المسائل المتعلقة بهذا الإتفاق وليس كلّها بالضرورة، إذ أنّ هناك مسائل متعلقة بهذا الإتفاق ولكنّها تخرج عن نطاق القانون المختار بحدّ ذاته (ثانياً).

أولاً: الأساس القانوني لتطبيق قانون الإرادة على إتفاق التحكيم

إنطلاقاً من إعتبار إتفاق التحكيم بمثابة عقد، فإنّ المبدأ السائد في التحكيم التجاري يشير إلى تطبيق قانون الإرادة على هذا الإتفاق والذي لا يحدّ من إعماله سوى قيود تنسب إلى إعتبرات النظام العام⁽¹⁰⁾.

كذلك يكاد يسلم الفقه⁽¹¹⁾ في مجموعه على إخضاع إتفاق التحكيم لقانون الإرادة، وهذا تسليمًا بإخضاع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة، بحيث أنّ الأطراف هم الذين يضعون بأنفسهم تنظيمًا خاصًا بإجراءات التحكيم والذي إصطلح عليه في فقه التحكيم التجاري الدولي "بالتحكيم العائم"⁽¹²⁾.

(10) - وفاء مزيد فلهوط، « النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي»، أعمال المؤتمر السنوي السادس عشر حول: التحكيم التجاري الدولي، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 28 و 29 أكتوبر، 2008، ص.551. منشور على موقع: <http://Slconf Ua eu.ac.ea>

وهذا ما أكدته أيضاً محكمة إستئناف باريس في قرارها الصادر في 20 جانفي 1987 على أنّه: « تخضع إتفاقية التحكيم لقانون الإرادة وأنّ صحة هذه الإتفاقية متوقف على هذا الأخير وعدم مخالفته للنظام العام ». أنظر في هذا الشأن: SOUMRANI Michel, « Le droit applicable au fond du litige », Contribution au seminaire : Aspects nouveaux et contrôle judiciaire, Congrès de l'arbitrage International à Beyrouth, 11-12 Octobre, 1999, p 3.
(11) - أنظر على سبيل المثال: أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1981، ص. 83، محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص.295، هشام علي صادق، مشكلة خلو إتفاق التحكيم من أسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية، الفنية للطباعة، الإسكندرية، 1987، ص.58.

(12) - يقصد **بالتحكيم العائم** « التحكيم الذي يتحرّر فيه الأطراف من كلّ القواعد الوطنية، حيث تقوم إرادة الأطراف بصياغته وتقتنن القواعد الإجرائية التي تحكم سير المنازعة فيه، بشكل مفصل ». أنظر في هذا الشأن: محمود جمال الكردي، القانون الواجب التطبيق على دعوى الحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص.63.

كما تصدّت بعض الإتفاقيات الدولية إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، سواءً كان شرطاً أم إتفاقاً، كإتفاقية نيويورك الخاصة بالإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958 في مادتها الخامسة الفقرة الأولى⁽¹³⁾، والتي حددت من خلالها القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم بقاعدة إسناد أصلية والمتمثلة في **تطبيق قانون الإرادة** وقاعدة إسناد إحتياطية لا يتم اللجوء إليها إلاّ عند تختلف هذه الإرادة، ألا وهي **تطبيق قانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم**.

تعرضت كذلك إتفاقية جنيف لعام 1961⁽¹⁴⁾ لمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم في نص المادتين 6 و 9 منها، والذي نستخلص من خلالهما أنّ إتفاقية جنيف قد سلكت نفس منهج إتفاقية نيويورك، إذ أخذت بالمقام الأول بقانون الإرادة ليحكم إتفاق التحكيم، وفي حالة غياب إختيار الأطراف الصريح، قرّرت قاعدة إسناد إحتياطية مفادها خضوع إتفاق التحكيم لقانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم.

في المقابل، أخذت بدورها أحكام التحكيم الصادرة في إطار غرفة التجارة الدولية بالإتجاه السائد لدى الفقه والإتفاقيات الدولية والذي ينادي بتطبيق قانون الإرادة المستقلة على إتفاق التحكيم، ومع ذلك فلقد اختلفت هذه الأحكام بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق عند غياب إختيار الأطراف الصريح، فهناك من أخذ بقانون الدولة مقر التحكيم⁽¹⁵⁾، بينما هناك من لجأ إلى تطبيق قواعد غير وطنية⁽¹⁶⁾.

(13) - إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص. 98.

(14) - تنص المادة 6 من إتفاقية جنيف الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 على أنه: « تفصل محاكم الدول المتعاقدة في وجود أو صحة إتفاق التحكيم فيما يتعلق بأهلية الأطراف وفقاً للقانون الواجب التطبيق عليهم، وفي المسائل الأخرى، وفقاً للقانون الذي أخضع له الأطراف إتفاق التحكيم. وفي حالة عدم إتفاق الأطراف، وفقاً لقانون البلد الذي يجب أن يصدر فيه حكم التحكيم.... ».

كما تنص أيضاً الفقرة الأولى من المادة 9 من نفس الإتفاقية على أنه: « يجوز رفض الإعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إذا كان إتفاق التحكيم غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضع له الأطراف إتفاق التحكيم أو قانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم في حالة عدم إتفاق الأطراف ».

(15) - نذكر من بين هذه الأحكام: حكم التحكيم رقم 1507 لسنة 1970 وكذلك الحكم رقم 4504 لسنة 1986.

(16) - نذكر من بين هذه الأحكام: الحكم رقم 4131 لعام 1982، وكذلك الحكم رقم 5065 لعام 1986. راجع حول تفاصيل هذه الأحكام: غسان علي علي، الإستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تنشور بصددتها، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2004، ص. 326، 327 و 328.

لم يتوقف تكريس مبدأ قانون الإرادة على إتفاق التحكيم عند حد الإتفاقيات الدولية والأحكام التحكيمية، بل تم تكريسه أيضاً في مختلف التشريعات الوطنية، إذ كرس المشرع الجزائري حرية الأطراف في إختيار القانون الذي يحكم إتفاقهم التحكيمي في المادة 3/1040 من ق.إ.م.إ.⁽¹⁷⁾ والتي تنص على أنه: « تكون إتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا إستجابت للشروط التي يضعها إمّا القانون الذي إتفق الأطراف على إختياره أو القانون المنّظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً ».

يتجلى لنا من خلال هذا النص، أنّ المشرع الجزائري قد حدّد الشروط التي ينبغي أن تستجيب لها إتفاقية التحكيم من حيث الموضوع، وهي تلك التي يضعها إمّا القانون الذي إتفق الأطراف على إختياره (1) أو القانون المنّظم لموضوع النزاع (2) أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً لموضوع النزاع (3).

1- خضوع إتفاق التحكيم لقانون الإرادة

يكون إتفاق التحكيم صحيحاً، إذا إستجاب للشروط التي يضعها القانون المختار من قبل أطراف النزاع. وبهذا يكون المشرع الجزائري قد كرس المبدأ المنصوص عليه في المادة 18 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁸⁾ التي تخضع الإلتزامات التعاقدية لقانون الإرادة. بهذا سوف يتم إستبعاد فكرة العقد بلا قانون (contrat sans loi)⁽¹⁹⁾ وفكرة الغش نحو القانون (La fraude à la loi)⁽²⁰⁾.

(17) - قانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فيفري سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج.ر عدد 21 صادر بتاريخ 23 أفريل سنة 2008.

(18) - تنص المادة 1/18 من القانون المدني بعد تعديلها بموجب قانون رقم 05-10، مؤرخ في 20 جوان سنة 2005، ج.ر عدد 44 صادر بتاريخ 26 جوان سنة 2005 على أنه: « يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد ». إذ كانت هذه المادة قبل تعديلها تتيح أكثر حرية للأطراف، لأنها لم تشترط توافر صلة بين القانون المختار والعقد. للتفصيل أكثر حول هذه النقطة راجع:

BENCHENEB Ali, Mécanismes juridiques des relations commerciales internationales en Algérie, O.P.U, Alger, 1984, pp.282-283.

(19) - « Le contrat sans loi apparait dans cette perspective comme un contrat détaché de toute loi étatique, il trouve devant les juridictions arbitrales, un terrain particulièrement propice ». Sur cette notion voir: GANNAGE Léna, « Le contrat sans loi en droit international privé », électronique journal of comparative law, vol 11.3, 2007, p.1.

<http://www.ejcl.org>.

(20) - يقصد بالغش نحو القانون: « إستعمال وسيلة قانونية لخدمة هدف غير قانوني ». أنظر بشأن هذا التعريف:

JACQUET Jean Michel, Le principe d'autonomie et contrats internationaux, Economica, Paris, 1983, p. 260.

« La fraude à la loi suppose l'utilisation d'un moyen juridique au service d'une finanti-juridique ».

على عكس المادة 3/1040 من ق.إ.م.إ، والتي جسّد من خلالها المشرع الجزائري سلطان الإرادة بصفة واسعة، من خلال الأولوية التي منحها للأطراف لإختيار القانون الواجب التطبيق والذي يمكن أن يكون، إمّا القانون الوطني لأحد الأطراف، أو قانون الموطن المشترك، أو الجنسية المشتركة، أو محل إبرام العقد أو أي قانون آخر يراه الأطراف ملائمًا لإتفاقيهم، فإنّ المادة 18 من ق.م.ج السابق الإشارة إليها تجسّد أساس إختيار الأطراف في ظل قانون الإرادة وليس في ظل سلطان الإرادة، نظرًا لكون الحرية التي يتمتع بها الأطراف مقيدة بإختيار قانون مرتبط بالعقد أو بالمتعاقدين.

2- خضوع إتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم موضوع النزاع

عملاً على سدّ الفراغ الذي يتركه الأطراف، قرّر المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 1040 تطبيق القانون المنظم لموضوع النزاع على إتفاق التحكيم، أي القانون الذي يحكم العقد الأصلي. وفي حالة إختياره من قبل الأطراف، فإنّ المحكم يقدر مدى صحة إتفاق التحكيم وفقاً له.

غير أنّ هذا يتنافى مع نص المادة 4/1040 التي تكرر مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، والذي يترتب عنه إمكانية خضوع إتفاق التحكيم لنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم العقد الأصلي⁽²¹⁾. وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أكد على مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم والذي قرّر من خلاله على حرية الأطراف في إخضاع إتفاق التحكيم لقانون غير القانون المطبق على العقد الأصلي.

3- خضوع إتفاق التحكيم للقانون الذي يختاره المحكم

إحتياطياً وفي غياب الإختيارين السابقين، يطبّق على إتفاق التحكيم القانون الذي يختاره المحكم والذي يراه ملائمًا له، الأمر الذي يسمح للمحكم بالفصل في وجود وصحة إتفاق التحكيم وفقاً للقواعد التي يراها مناسبة، سواءً كانت قواعد وطنية أو كانت قواعد مادية. بهذا يكون المشرع الجزائري قد وسع من صلاحيات المحكم والذي يظهر جلياً من خلال عبارة "القانون الذي يراه

(21) - أنظر في نفس المعنى:

MOISSINAC D'HARCOURT Marie-Caroline, La pratique de l'arbitrage au service de l'entreprise, Economica, Paris, 2002, p.27 ; qui annonce que : « La clause compromissoire peut être soumise à un droit différent de celui qui gouverne le contrat et ce, en raison du principe d'autonomie de la clause compromissoire ».

المحكم ملائماً" لاغياً بذلك العبارة المستعملة في الفقرة 3 من المادة 458 مكرر⁽²²⁾ والتمثلة في: "إمّا القانون المطبق على العقد الأساسي وإمّا القانون الجزائري" والتي كانت تعتبر قيّداً ولو نسبي على حرية المحكم.

على خلاف المشرع الجزائري، فإنّ المشرع المصري والفرنسي لم يتضمنا نصوصاً مباشرة تعالج مسألة القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، ومع ذلك فإنهما يحتويان على نصوص لها أهمية في هذا الشأن، إذ بإستقراء المواد 1994 و1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي⁽²³⁾، وكذلك المواد 25 و39 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994⁽²⁴⁾، يتضح لنا أنّها تعالج بشكل مباشر القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وعلى موضوع النزاع. وتسليماً بإخضاع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة، فيمكن بالتالي القول بإمكانية أعمال هذه الحلول التي تضمنها هذه المواد على إتفاق التحكيم.

ثانياً - نطاق تطبيق قانون الإرادة على إتفاق التحكيم

تدعو الحاجة إلى تحديد نطاق تطبيق قانون الإرادة على إتفاق التحكيم، وهذا من أجل التوصل إذا ما كانت ولاية هذا القانون تمتد لتشمل كافة المسائل المتعلقة بهذا الإتفاق أم أنّها تنحصر على بعضها. إذ يبيّن الواقع العملي أن هناك بعض المسائل متعلقة بإتفاق التحكيم(1)، إلّا أنّها تخرج بحسب طبيعتها عن حكم الإرادة(2)، ممّا يثير التساؤل عن القانون الواجب التطبيق بشأنها.

1- المسائل التي تندرج في حكم قانون الإرادة

يسري قانون الإرادة على تكوين الإتفاق على التحكيم، فهو الذي يحكم المسائل المتعلقة بهذا الإتفاق وشروط صحته، إذ يحكم التراضي وعيوب الإرادة، وكذلك المحل والسبب. كما يخضع لهذا

(22) - مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 25 أفريل سنة 1993، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، يعدّل ويتم أمر

رقم 66-154 مؤرخ في 8 جوان سنة 1966 ج.ر. عدد 27 صادر بتاريخ 27 أفريل سنة 1993 (ملغى).

(23) - راجع: المواد 1494 و1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على موقع: www.légifrance.gouv.fr

(24) - راجع: المواد 25 و23 من القانون رقم 27 لسنة 1994 على موقع: www.Jus uio.no/Im/egypt

القانون يلتزم الأطراف بتحديد موضوع النزاع، كما يحكم هذا القانون مشروعية محل الإتفاق على التحكيم، ألا وهو قابلية الموضوع محل النزاع للتحكيم فيه⁽²⁵⁾.

في المقابل، فإنّ هذا القانون أيضاً يحكم الآثار التي تترتب على إتفاق التحكيم فهو الذي يحدّد إختصاص المحكم بالفصل في النزاع، وهو بالتالي الذي يقرّر عدم إختصاص القضاء الوطني، غير أنّ الآثار لا يثور بشأنها السؤال عن القانون الواجب التطبيق، حيث أنّ الأثر الوحيد لإتفاق التحكيم بصفة عامة هو إحالة النزاع إلى هيئة التحكيم للفصل فيه⁽²⁶⁾، كما أنّ هذا الأثر لا معنى له إذا كانت أطراف إتفاق التحكيم غير ملزمة به. وبالتالي فلم يبقى سوى البحث في شروط الإنعقاد بإعتبارها الشروط التي يختارها الأطراف صراحة في إتفاق التحكيم، والتي يحكمها قانون الإرادة.

أ - تراضي إتفاق التحكيم

نظراً لإعتبار التراضي أحد الشروط الموضوعية لصحة إتفاق التحكيم، وبالتالي فينطبق عليه القانون المطبق على هذا الأخير، والذي يكون في هذا النطاق قانون الإرادة، وهذا تأسيساً على خضوع إتفاق التحكيم لهذا القانون. وعلى هذا الأساس، فإنّ عيوب التراضي في هذا الإتفاق ونطاقه وتفسيره تكون أيضاً محكومة بهذا القانون.

ب - محل إتفاق التحكيم

يتمثل محل إتفاق التحكيم في موضوع النزاع المراد تسويته عن طريق التحكيم. إذ تعتبر في هذا الشأن مسألة تحديد المواضيع القابلة للتحكيم من المسائل الهامة التي تعترض طريق تنفيذ التعهد باللجوء إلى التحكيم، سواءً على المستوى الداخلي أو الدولي.

(25) - هشام خالد، عقد ضمان الإستثمار (القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثار بشأنه)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص.479.

(26) - أحمد السمدان، « القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي »، مجلة الحقوق، عدد 1-4، السنة 17، 1993، ص.187.

يطبق على القابلية الموضوعية للتحكيم⁽²⁷⁾ القانون الذي يحكم إتفاقية التحكيم، والذي يكون في هذا الصدد قانون الإرادة، وهذا إنطلاقاً من إعتبار أنّ هذه الأخيرة أحد شروط صحة إتفاقية التحكيم⁽²⁸⁾.

غير أنه إذا لم يتبين إختيار الأطراف الصريح للقانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، فيمكن إخضاعه للقانون الذي يخضع له العقد الأساسي، وبالتالي فإنّ خضوع القابلية للتحكيم لقانون إتفاق التحكيم أو لقانون العقد الأساسي، يعدّ مظهرًا من مظاهر تطبيق قانون الإرادة، ومن أهم التطبيقات التحكيمية في هذا الإتجاه، نذكر القضية رقم 6379 لسنة 1991⁽²⁹⁾. إنطلاقاً من هذا الأساس، فإذا ما أثرت القابلية للتحكيم بهذا الوصف لدى المحكم تعيّن تطبيق قانون الإرادة أو بديله⁽³⁰⁾.

ج- سبب إتفاق التحكيم

يتجسّد السبب في إتفاق التحكيم في رغبة الأطراف في عرض نزاعاتهم على التحكيم وإستبعاد إختصاص القضاء الوطني. إذ يجسد رغبة وإرادة الأطراف وبالتالي فيخضع لقانون الإرادة⁽³¹⁾ ولا يثير أي صعوبة تذكر، طالما كان هذا السبب مشروع، ولا يتعارض مع فكرة النظام العام.

2- المسائل التي تخرج بحسب طبيعتها عن حكم قانون الإرادة

على الرغم من أنّ قانون الإرادة يحكم إتفاق التحكيم، إلا أنّ هناك بعض الفروض لا يصح فيها أن يكون لإرادة الأطراف أي دور في إختيار القانون الواجب التطبيق عليها، إذ يتولى المشرع وضع قواعد إسناد أصلية لها، ويتولى تحديد القانون الواجب التطبيق عليها دون الإعتداد على

(27) - يعرفها الأستاذ Bernard على أنها: "قاعدة دولية تطبق مباشرة دون التنسيق مع أيّ قانون وطني مهما كان".

« L'arbitrabilité des litiges est un principe transnational, directement applicable, sans confrontation avec une loi étatique quelconque ». Voir: HANOTIAU Bernard, « La loi applicable à l'arbitrabilité du litige », Revue de droit des affaires n°7, 1998, p.776.

(28) - إياد محمود بروان، التحكيم والنظام العام (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص.193.

(29) - حول تفاصيل هذه القضية راجع:

FAUCHARD (PH), GAILLARD (E), GOLDMAN (B), Traité de l'arbitrage commercial international, L.I.T.E.C, Delta, Paris, 1996, p.371.

(30) - هشام خالد، المرجع السابق، ص.479.

(31) - كما يخضع لنفس القانون السبب غير المشروع وجزاء عدم المشروعية.

إختيار أطراف إتفاق التحكيم. وتتخلص هذه الفروض في: أهلية الأطراف (أ) وشكل إتفاق التحكيم (ب).

أ - أهلية أطراف إتفاق التحكيم

إنّ المبدأ السائد في التحكيم التجاري الدولي يستلزم لصحة إتفاقية التحكيم أن تتوافر فيمن يود إبرامها الأهلية اللازمة لذلك⁽³²⁾. وعلى إعتبار إتفاق التحكيم عقداً كسائر العقود الأخرى، فيتطلب توافر أهلية التعاقد لإبرام إتفاقية التحكيم⁽³³⁾، والتي لا تثبت بحسب الأصل إلا لمن بلغ سن الرشد وغير محجور عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة. وبالتالي فالأشخاص الذين لا تتوفر لديهم هذه الأهلية، كالقصر والمحجور عليهم ليسوا أهلاً لإبرام إتفاق التحكيم، وفي حالة ما إذا أبرم أحدهم مثل هذا الإتفاق كان الإتفاق باطلاً.

على الرغم من أنّ الأهلية تعد أحد أركان إتفاق التحكيم، إلا أنها لا تخضع للقانون الذي يحكم هذا الإتفاق، فالمستقر عليه في معظم الدول أنّ الأهلية تخضع للقانون الشخصي للمتعاقد، غير أنّ هذا القانون يختلف باختلاف كل دولة، فهو في البعض منها قانون جنسية الشخص، كفرنسا وإيطاليا ومصر والكويت، بينما في البعض الآخر قانون الموطن، كإنجلترا مثلاً.

أكدت في هذا الشأن، كل من إتفاقية نيويورك وإتفاقية جنيف على قاعدة إخضاع أهلية أطراف إتفاق التحكيم لقانونهم الشخصي، وعبرتاً عنه بعبارة « القانون المطبق عليهم»، وذلك عندما تطلبتا إكمال أهلية أطراف إتفاق التحكيم، وذلك وفقاً للمادة 1/5 من الإتفاقية الأولى والمادة 2/6 من الإتفاقية الثانية⁽³⁴⁾.

ب - شكل إتفاق التحكيم

بإعتبار إتفاق التحكيم عقد بالمعنى الحقيقي ويخضع لقاعدة الرضائية، فإنّه يحتاج إلى شروط شكلية لصحته والتي لا تكتمل ما لم تستكمل شكلها القانوني المتمثل في إفراغ إرادة الطرفين في

(32) - إيداد محمود براون، المرجع السابق، ص.19.

(33) - REDFERN (A), HUNTER (M), Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, L.G.D.J, Paris, 1994, p.121.

(34) - أنظر في هذا الشأن كل من: إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص.100. و سراج أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص.298.

محرر مكتوب. إذ بإستقراء الواقع التحكيمي، يتضح لنا أنّ معظم القوانين الوطنية⁽³⁵⁾ والإتفاقيات الدولية⁽³⁶⁾ وكذلك لوائح التحكيم⁽³⁷⁾ تتطلب أن يكون الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم مكتوباً، وهذا ما إشتراطه المشرع الجزائري في نص المادة 2/1040 من ق.إ.م.إ.⁽³⁸⁾. والسبب في ذلك يعود للآثار القانونية المترتبة عن إتفاق التحكيم، أهمها سلب إختصاص قضاء الدولة النظر بتلك النزاعات وإعطاء الإختصاص بنظرها لهيئة التحكيم، بالإضافة إلى الطبيعة القضائية للتحكيم وما ينتج عنه من أحكام ملزمة للطرفين.

إنّ المستقر عليه وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص، أنّ شكل التصرف القانوني يخضع لقانون محل إبرامه، وهذا ما يستخلص من خلال المادة 19 من القانون المدني⁽³⁹⁾، وبالتالي فليس هناك ما يمنع من إخضاع شكل الإتفاق على التحكيم للقاعدة العامة، مع تقرير حق المتعاقدين في إخضاعه للقانون الذي يحكم الموضوع⁽⁴⁰⁾.

مما تقدم، نخلص إلى أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، وتأثيره البالغ عليه، بحيث يتوقف عليه وجوده من عدمه وصحته من بطلانه، لذا يتعين على الأطراف ألا يغفلوا تحديده لتفادي الوقوع في الخلافات.

الفرع الثاني

مبدأ حرية الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم

يقتضي تنفيذ إتفاق التحكيم تشكيل هيئة التحكيم، إذ لا يتصور وجود التحكيم بدونها، سواءً في التحكيم الحر أو في التحكيم أمام الهيئات المتخصصة، بذلك تعد ركن جوهري وأساسي في عملية التحكيم.

(35) - كالقانون المصري رقم 27 لسنة 1994(المادة 12)، وقانون الإجراءات المدنية الفرنسي (المادة 1443).

(36) - كإتفاقية نيويورك لعام 1958(المادة الثانية فقرة 1). وكذلك إتفاقية جنيف لعام 1961 (المادة الأولى فقرة 2).

(37) - كقانون التحكيم النموذجي (المادة السابعة فقرة 2 منه).

(38) - تنص المادة 2/1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أنه: « يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة

البطلان، أن تبرم إتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة إتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة».

(39) - وهذا ما يستخلص من خلال المادة 19 من القانون المدني الجزائري.

(40) - وهو نفس الحل الذي تبناه أيضاً الدكتور سراج أبو زيد، المرجع السابق، ص.184.

ترتكز مسألة تشكيل هيئة التحكيم على إرادة الأطراف المعنية من جهة، إذ يعد حسن إختيار المحكم ضماناً هامة للأطراف المحتكمة بحيث يتوقف نجاح وسلامة عملية التحكيم على كفاءته وقدراته، ومن جهة أخرى على قبول هذا الأخير المهمة المسندة إليه⁽⁴¹⁾.

نظراً لكون إتفاق التحكيم يتأسس على مبدأ الرضائية، فإن ذلك يخول لأطراف النزاع المساهمة في تشكيل هيئة التحكيم، إما بصفة مباشرة، أو بتوكيل هذه المهمة لأحد المؤسسات التحكيمية، وبذلك تخضع هذه المهمة في تشكيلها وتنظيمها لقواعد ولوائح تلك الهيئة أو بتفويض ذلك للغير (أولاً).

إنّ هذه الحرية التي يتمتع بها الأطراف لا تتوقف عند حد إختيار هيئة التحكيم، بل تمتد أيضاً لتشمل إنهاء مهمة هذه الأخيرة، عندما يخلق شعور بعدم الثقة لدى أحد الأطراف في أي عضو من أعضاء هيئة التحكيم، إذ منح القانون للأطراف إمكانية مواجهة المحكم عندما تقوم أسباب جدية تثير الشكوك في إستقلاله، مما يستدعي إبعاده عن مهمته سواءً برده أو بعزله (ثانياً).

أولاً: إختيار المحكم

سعيًا لتحقيق فعالية إتفاقية التحكيم، يملك الأفراد حرية كبيرة في مجال إختيار المحكم، إذ تعد إرادة الأطراف المصدر المباشر والواقعي لسلطة المحكمين⁽⁴²⁾. كما أنّ إختيار المحكم يبقى حقاً وإمتيازاً ممنوحاً للأطراف لا يمكن المساس به.

تتمتع الأطراف بالحرية في الإتفاق على إختيار المحكمين، ويتجسّد ذلك من خلال وضع الشروط التي تمكن المحكمين من أداء مهمتهم (1) وبتعيينهم أو بتبيان كيفية تعيينهم في إتفاقية التحكيم (2).

1- تحديد الشروط المتعلقة بشخص المحكم

إحتراماً لمبدأ سلطان الإرادة وتجسيداً له، فلقد أقرّ المشرع لهذه الأخيرة بحق إشتراط مواصفات خاصة فمن أوكلت لهم مهمة الفصل في النزاع. إذ يجد حق المحكمين أساسه في إشتراط أوصاف

(41)- « La mission des arbitres est de trancher le différent qui leur soumis en rendant la sentence ». Voir : DECAUX Emmanuel, « Arbitrage entre sujets de droit international : Etats et organisations internationales, procédure arbitrale, sentence arbitrale », J. C. P, 1996, p11.

(42)- سحر عبد الستار إمام يوسف، المركز القانوني للمحكم (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص.54.

معينة في المحكم في نص المادة 1016 من ق.إ.م.إ التي عدت حالات الرد، ومنها جواز رد المحكم إذا لم يكن حائزاً للمؤهلات المتفق عليها من قبل الأطراف، مما يجعل أمر حصر الشروط الإتفاقية صعب لأنها متروكة لإرادة الأطراف وتختلف من إتفاقية إلى أخرى.

2- تعيين المحكمين

يملك الأطراف في إتفاقية التحكيم حرية تعيين محكميهم أو تبيان كيفية تعيينهم، سواءً بتوليهم ذلك مباشرة بأنفسهم، أو بالإستناد إلى مؤسسة تحكيم دائمة⁽⁴³⁾، إذ يؤدي هذا الإتفاق إلى تقادي الإختلاف حول تعيين المحكمين عند نشوب نزاع بين الأطراف يصعب عادة التفاهم بينهم. إذ كرس المشرع الجزائري مبدأ سلطان الإرادة فيما يخص تعيين المحكمين، سواءً في مجال التحكيم الداخلي أو الدولي⁽⁴⁴⁾.

لا تقتصر سلطة الأطراف في هذا المجال على إختيار أعضاء الهيئة التحكيمية فقط، بل تتعدى إلى سلطة تحديد عددها، سواءً بإسناد النزاع إلى محكم فرد أو إلى جماعة من المحكمين. إذ يعتبر قيام الخصوم الذين إتفقوا على إختيار هيئة التحكيم والمكونة سواءً من محكم منفرد أو من عدة محكمين الأصل في هذا النطاق⁽⁴⁵⁾.

على الرغم من أن الإرادة هي أساس التحكيم، إلا أن الأمر ليس على إطلاقه، إذ أنّ هذه الأخيرة تصطدم بقاعدة العدد الفردي أو الوتري التي يقرها القانون⁽⁴⁶⁾، إذ تأخذ غالبية التشريعات صراحة بشرط وترية عدد المحكمين⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴³⁾-ISSAD Mohand, « La nouvelle loi Algérienne relative à l'arbitrage international », Rev.Arb n°3, 2008, p.423.

⁽⁴⁴⁾- EL AHDAB Jalal, « Le nouveau droit Algérien de l'arbitrage : approche comparée Franco-Algérienne », acte de la journée d'étude national sur la jurisprudence et l'instance arbitrale a la lumière du nouveau code de procédure civil et administrative Algérienne », cour suprême, Alger, 16 et 17 Mars, 2009, p8.

⁽⁴⁵⁾ ROBERT Jean, L'arbitrage de droit interne et droit international privé, 5ème éd, Dalloz, Paris, 1983.

⁽⁴⁶⁾- REDFERN (A), HUNTER(M), op.cit, p.165, « Un tribunal arbitral peut être constitué d'un ou plusieurs arbitres, selon ce que souhaitent les parties, bien que le droit de plusieurs pays exige a juste titre que les arbitres soient en nombre impair ».

⁽⁴⁷⁾- نذكر من بين هذه التشريعات: التشريع الفرنسي في المادة 1453 من ق.إ.م.ف، والتشريع المصري في المادة 2/15 من القانون رقم 27 لسنة 1994، والتشريع المغربي في المادة 2/327 من قانون المسطرة المدنية.

ثانياً: إنهاء مهمة المحكمين

تتولى هيئة التحكيم التي تمّ تعيينها من الأطراف بصفة مباشرة أو بالإستناد إلى نظام تحكيمي إختياره الأطراف مهمة الفصل في النزاع بحسب ما يتضمنه إتفاق التحكيم، لكن قد تطرأ أسباب على أحد أو بعض المحكمين أثناء سير الخصومة التحكيمية تجعلهم غير مؤهلين لمواصلة مهمتهم، ممّا يستدعي ضرورة ردهم (1) أو عزلهم (2).

1- رد المحكم

يعتبر الرد⁽⁴⁸⁾ من أهم الضمانات المخولة للخصوم والتي حرص المشرع الجزائري على تنظيمها في مواجهة المحكم عندما تقوم أسباب جدية تثير الشكوك في إستقلاله، إذ نص على هذه الضمانة في المادة 1016 من ق.إ.م.إ والتي تضمنت ثلاث حالات يمكن فيها رد المحكم، والتي نستخلص من خلالها أنه وحتى وإن توفر سبب للرد فإنّ هذا لا يلزم الأطراف بالرد، فإذا رضي الأطراف بالمحكم كي يفصل في النزاع رغم وجود سبب الرد كان لهم ذلك، إذ يعود الأمر هنا للسلطة التقديرية للأطراف، وهذا ما يتضح جلياً من خلال عبارة "يجوز رد المحكم في الحالات..."

2- عزل المحكم

يعتبر العزل⁽⁴⁹⁾ من الضمانات الأساسية التي تقرها معظم التشريعات لأطراف الخصومة، وهو الأمر الذي أقره المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 1041 من ق.إ.م.إ، غير أنه لم يحدد مبرراته بل ترك أمر تقديرها للإرادة المشتركة للخصوم، الأمر الذي يجعل العزل أكثر إتساعاً، والذي قد يكون صريحاً إذا تمّ بإتفاق الأطراف صراحة، أو ضمناً بشرط أن يكون واضحاً لا يحتمل أي لبس، كإتفاقهم على محكم جديد يتولى الفصل في نفس النزاع⁽⁵⁰⁾.

(48) - يقصد بالرد: « أن يعبر أحد الأطراف عن إرادته في عدم الإمتثال أمام محكم لتوافر أحد الأسباب التي حددها القانون»

أنظر: مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، 2005، ص.201.

(49) - يقصد بالعزل: « سحب الأطراف سلطة الفصل في النزاع من المحكم، سواءاً تم إختيار هذا الأخير من قبلهم

أو بواسطة الغير أو عن طريق القضاء». أنظر مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص.212.

(50) - بالعكس يرى البعض أنّ العزل بالمعنى الدقيق لا يتصور أن يكون ضمناً، إلا في حالة إختيار المحكمين محكم آخر

غير الذي سبق لهما إختياره. أنظر: مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص.763.

الفرع الثالث

تحديد صلاحيات المحكم

لا يكفي إتفاق التحكيم بتمكين الخصوم من إختيار المحكم الذي يتولى البث في نزاعاتهم، بل يتعدى ذلك إلى منحهم سلطة تحديد الصلاحيات التي سوف يتمتع بها المحكم في خصومة التحكيم، وهذا تأسيساً على كون هذا الأخير يستمد سلطته من المصدر الوحيد المتمثل في إرادة الأطراف، إذ تتسع هذه السلطات وتضيق وفقاً لإرادة الأطراف.

يمارس المحكم الصلاحيات المخولة له والتي تكون مستمدة من إتفاق الأطراف والقانون المنفق عليه من قبلهم من اللحظة التي يصدر فيها موافقته على قبوله للمهمة التحكيمية المسندة إليه،⁽⁵¹⁾ ويمكن إجمال هذه الصلاحيات في: صلاحية المحكم في وضع التنظيم الإجرائي للخصومة (أولاً)، صلاحية المحكم في الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف وإستبعاد القواعد القانونية كلما تطلب ذلك شعورهم (ثالثاً).

أولاً : سلطة المحكم في وضع التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم

يتمتع الأطراف في التحكيم الحر بحرية الإتفاق على رسم المعالم الإجرائية لسير الخصومة، كما يتمتع بحرية تفويض ذلك للمحكم، تجنباً للإختلاف حول التفاصيل الإجرائية، إذ يجد المحكم نفسه في هذه الحالة ملزماً بوضع التنظيم الإجرائي للخصومة، مباشرة أو إستناداً إلى نظام تحكيمي في غياب أي إتفاق.

ثانياً: سلطة المحكم في الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف

إذا كان الأصل يقتضي أن يتم الفصل في النزاع المحال على التحكيم وفقاً لأحكام القانون، ليمارس المحكم بذلك سلطة القاضي في تطبيق أحكام القانون على النزاع المطروح عليه ويلتزم بالحدود المرسومة لهذه السلطة، مع ذلك يملك الأطراف حق إعفاء المحكم من الإلتزام بأحكام القانون، لتخرج الخصومة بذلك من إطار التحكيم بالقضاء إلى التحكيم بالصلح⁽⁵²⁾. إذ منحت بعض

(51) - إذ يرى في هذا الشأن الأستاذ GAVALDA Christian أن قبول المحكم للمهمة الموكلة له يفتح الدعوى التحكيمية

« L'acceptation de leur mission par les arbitres ouvre l'instance arbitral », Voir : GAVALDA Christian LUCAS Claude, L'arbitrage, éditions, Dalloz, Paris, 1993, p.55.

(52) - إذ ترى في هذا الشأن الدكتورة يسعد حورية "أنّ التحكيم بالصلح لا يعتبر أقل قيمة قانونية من التحكيم بالقانون".

« L'arbitrage en amiable composition n'est pas moins juridictionnel que l'arbitrage en droit ». Voir : YESSAD Houria : « L'arbitrage commercial international », R.C.D.S.P, n°2, 2006, p.93.

التشريعات الوطنية⁽⁵³⁾ والإتفاقيات الدولية⁽⁵⁴⁾ لأطراف النزاع السلطة في تحويل المحكم صلاحية الفصل في النزاع وفقاً لما يراه محققاً للعدالة.

في المقابل، تمنح الطبيعة الإتفاقية للتحكيم، للمحكم سلطة إستبعاد القانون المختار، وذلك بإدراجها في إتفاق التحكيم لتسوية نزاعاتهم بواسطة الصلح، والفصل في الموضوع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف، بشرط موافقة أطراف النزاع على ذلك، ومن الممارسات التّحكيمية التي طبقت هذه القواعد، نذكر النزاع الذي ثار بين شركة فرنسية وأخرى رومانية تتعلق بشراء أربع آلات، إذ طبق المحكم في هذا الشأن سلطة الصلح التي فوضته إياه الأطراف في عقدهم الذي تضمن شرط التحكيم أمام غرفة التجارة الدولية، مع شرط إستبعاد قانون كل من البلدين فرنسا ورومانيا، وتطبيق القانون السويسري إذا لزم الأمر⁽⁵⁵⁾.

يجوز للمحكم في حالة إتفاق الأطراف صراحة على تفويضه بالصلح أن يفصل في موضوع النزاع في ضوء قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون⁽⁵⁶⁾، إذ يتمتع في هذا المجال بحرية واسعة في مجال إستبعاد القانون كلياً أو جزئياً، إلا ما تعلق منها بالنظام العام⁽⁵⁷⁾، والهدف من إطلاق سلطات المحكم هو تحقيق العدالة التي قد تعيقها التّصوص القانونية⁽⁵⁸⁾.

فضلا عما سبق ذكره، نخلص إلى القول أنّ المحكم يتمتع ببعض الصلاحيات التي لا يمكن مباشرتها إلاّ بموجب إتفاق الخصوم على ذلك، والتي بدونها لا يتصور الوصول إلى حكم فاصل في النزاع.

(53) - كقانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم 440 لسنة 2002 (المادة 777)، قانون أصول المحاكمات المدنية السوري رقم 4 لسنة 2008 (المادة 522) و قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993 (الفصل 3/73).

(54) - كإتفاقية عمّان للتحكيم التجاري الدولي لعام 1987 (المادة 2/21).

(55) - محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، مطابع عابدين، القاهرة، 1986، ص.129.

نذكر أيضاً في هذا الشأن: القضية رقم 3344 لعام 1974 وكذلك القضية رقم 2216 لعام 1975. راجع بشأنها:

TERKI Nour-Eddine, L'arbitrage commercial international en Algérie, O.P.U, Alger, 1999, p.110.

(56) - FAUCHARD Philippe, « Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur », Rev.Arb, 1985, p.199.

(57) - Ibid, p.93.

(58) - محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص.140.

المطلب الثاني

مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون الذي يحكم دعوى التحكيم

يحظى موضوع القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم بأهمية بالغة لدى أطراف إتفاق التحكيم، إذ تحكم القواعد الإجرائية سير الخصومة وكل ما يعد إجرائي كتبادل المذكرات والمواعيد وسماع الشهود وتسبيب الحكم وإيداعه. بينما تتعلق القواعد الموضوعية بمستقبل الفصل في النزاع لما تتضمنه من قواعد وأحكام سيتحدد على ضوءها حقوق والتزامات ومصير كل طرف في النزاع.

إنّ مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على دعوى التحكيم، لا تعني بالضرورة تطبيق قواعد وأحكام قانون واحد يسري على إجراءات وموضوع النزاع⁽⁵⁹⁾، إذ أنّ الإعتبارات التي قد تدفع أطراف الدعوى التحكيمية لإختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، قد تختلف عن تلك الإعتبارات التي قد تدفعهم لإختيار ذلك على موضوع النزاع، كما أنّ هناك فارق جوهري ورئيسي بين هذين القانونين، فالقانون الواجب التطبيق على الإجراءات ليس غاية في ذاته بقدر ما هو وسيلة تستخدم من أجل الوصول إلى غاية معينة تكمن في إظهار جوانب الحقيقة المتنازع عليها فيما بين الأطراف أمام المحكمين الذين يتولون الفصل فيه. بينما القانون الذي يحكم موضوع النزاع يجسّد حقوق والتزامات المحكمين، بتعيين هذه الحقوق والإلتزامات وتحديد أوصافها، فيعد هذا القانون غاية في ذاته.

بالنظر للأهمية التي يحظى بها القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، فقد وجهت مختلف الأنظمة القانونية الخاصة بالتحكيم إهتمامها بتنظيم مسألة تحديد القانون الواجب على دعوى التحكيم، إذ يسود معظمها مبدأ قانوني هام يتلخص في حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم (الفرع الأول) وعلى موضوعه (الفرع الثاني).

(59) - على العكس فإنّ الدكتورة "هدى مجدي عبد الرحمان" ترى أنّ الأصل هو وحدة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وعلى إجراءاته، فإختيار القانون الإجرائي يعبر عن إرادة الأطراف في تحديد القانون الموضوعي ويشير على نحو مباشر إلى القانون الموضوعي. للتفصيل أكثر حول هذه النقطة راجع: هدى محمد مجدي عبد الرحمان، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص.279.

في المقابل هناك من يرى أنه ليس من الضروري الخلط بينهما. أنظر في ذلك: إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص.179. وكذلك:

MOISSINAC D'HARCOURT Marie-Caroline, op.cit, p.27, qui annonce que : « Le droit applicable au contrat régissant entre les parties n'est pas forcément le droit applicable à la procédure suivie devant l'arbitre ».

الفرع الأول

مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم

تعتبر دراسة القواعد الإجرائية التي تحكم سير النزاع المطروح على التحكيم الحر من المسائل الجوهرية، إذ تتمتع بأهمية بالغة في إنجاح نظام التحكيم، فمراعاة هذه الإجراءات على نحو صحيح من شأنه الوصول إلى حكم قابل للإعتراف به وتنفيذه⁽⁶⁰⁾.

تظهر أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الإجراءات لدى تنفيذ حكم التحكيم، الذي قد يطعن فيه بالبطلان بحجة أنّ هذا الحكم قد صدر عن هيئة تحكيم شكلت على وجه مخالف للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، أو صدر بناءً على إجراءات غير مطابقة للقانون، الأمر الذي يثير دون شك التنازع بشأن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

فضلاً، عن كون التحكيم يعتمد في جوهره على إتفاق الخصوم، فلا يمكن إنكار دور إرادة الأطراف في تحديد إجراءاته، الأمر الذي يستوجب البحث عن الأساس القانوني لتطبيق هذه الإرادة على إجراءات التحكيم (أولاً) وعن الأسس المتاحة للأطراف لإختيار قانون الإجراءات (ثانياً) وفي الأخير تحديد مجال تطبيق هذه الإرادة (ثالثاً).

أولاً : الأساس القانوني لتطبيق قانون الإرادة على إجراءات التحكيم

تعددت الآراء الفقهية في مسألة تحديد قانون إجراءات التحكيم، إلا أنّ أبرزها قد تمحور حول رأيين⁽⁶¹⁾: أولها الرأي القائل بخضوع إجراءات التحكيم لقانون البلد الذي يوجد به مقر التحكيم وعلى رأسهم الفقيه Niboyet, Bertin, Pillet ، وهو رأي يقوم على تغليب الطبيعة القضائية للتحكيم على الطبيعة الإتفاقية له وتقتصر دور إرادة الأطراف فيه على إختيار هذا المقر. وثانيها الرأي القائل بخضوع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة وعلى رأسهم الفقيه pallier, keirin, Ballador ، بحيث يعتد هذا الرأي بالطبيعة الإتفاقية للتحكيم، فسواءً كان التحكيم داخلياً أو دولياً فهو طريقة خاصة لتسوية النزاعات التي تستند إلى إرادة الأطراف التي تكون العنصر الأساسي فيه، وما السير فيها إلا أثر لإتفاق التحكيم. وأخذاً بهذا الإعتبار فيجب أن تخضع إجراءاته للقانون الذي يقبله هؤلاء الأطراف.

(60) - نقصد هنا بالإجراءات، تلك التي يتعين إتباعها بعد تعيين المحكم أو تشكيل هيئة التحكيم وحتى صدور قرار التحكيم.

(61) - أنظر في هذا الشأن: عز الدين عبد الله، « تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص»، المجلة

القضائية العربية، العدد الأول، 1984، ص.45.

رغم إختلاف الآراء في شأن حرية الأطراف في تحديد القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم، إلا أنّ الإتجاه الغالب لدى الفقه⁽⁶²⁾، يعترف للأطراف بالحرية في إختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، بحيث يجوز لهم إختيار قانون دولة ليس له أي صلة بأطراف التحكيم أو بإجراءات التحكيم ذاتها، شريطة مراعاة القواعد الآمرة والنظام العام في الدولة التي يجري فيها التحكيم. أضف إلى ذلك، فإنّ إستقلالية إتفاق التحكيم يتيح للأطراف إختيار أي قانون يرتضونه ليحكم إجراءات التحكيم، بغض النظر عن وجود أية صلة بينه وبين العقد مثار النزاع⁽⁶³⁾.

هكذا، فإنّ خضوع القانون الإجرائي لإختيار وإرادة الأطراف هو الأصل المعتمد عليه لدى الفقه، كما تتفق عليه أغلب القوانين الداخلية، ويأتي القانون الجزائري في مقدمة هذه القوانين، بحيث نص على حرية الأطراف في إختيار وتنظيم القواعد الإجرائية التي تتبع في التحكيم، وذلك في المادة 1/1043 التي تنص على أنه: « يمكن أن تضبط في إتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو إستناداً إلى نظام التحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في إتفاقية التحكيم».

يتبين من خلال هذا النص، أنّ المشرع الجزائري منح لأطراف النزاع حرية واسعة في تنظيم القواعد الإجرائية التي يتبعها المحكم للفصل في النزاع، من خلال ثلاث طرق يتم تحديدها في إتفاقية التحكيم أو إستناداً إلى نظام تحكيمي أو إستناداً إلى قانون وطني. إذ في الحالة الأولى، فإن الأطراف هي التي تحدد بالتفصيل مراحل الإجراءات التي تحكم سير الخصومة، أما الحالة الثانية، فيعتبر مجرد الإتفاق على إسناد التحكيم إلى مؤسسة تحكيمية معينة إتفاقاً على إتباع نظامها بما يتضمنه من إجراءات، بينما تكون بصدد الحالة الثالثة، عندما يتفق الأطراف على أن القانون الإجرائي لدولة ما هو الذي يجري وفقاً لأحكامه النزاع، فقد يكون قانون الدولة التي يجري التحكيم فيها، أو قانون دولة أخرى.

(62) - أنظر في ذلك: خالد إبراهيم التلاحمة، المرجع السابق، ص. 28 و 29، أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص. 3. ومحمود جمال الكردي، المرجع السابق، ص. 63.

(63) - أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص. 84.

في المقابل، تقرّر في قانون التحكيم السوري⁽⁶⁴⁾ إحترام مبدأ سلطان الإرادة في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، إذ منح هذا القانون الحق لأطراف النزاع في الإتفاق على قانون إجرائي معين ليحكم إجراءات التحكيم ولهم في ذلك حرية واسعة، فقد يختارون قانون التحكيم السوري أو أي قانون تحكيم آخر لبلد عربي أو أجنبي. كما يمكن للأطراف الإتفاق على إحالة هذا الأمر إلى نظام أحد مراكز التحكيم الوطنية أو العربية أو الأجنبية، وهذا ما يطر جلياً في المادة 22 من هذا القانون⁽⁶⁵⁾.

نفس المنهج سار عليه قانون التحكيم الأردني⁽⁶⁶⁾ الذي قرّر في المادة 24 منه على حرية الأطراف في إختيار الإجراءات، إلاّ أنّه لم يشر إلى حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد السارية في قانون أجنبي مثلما فعل المشرع الجزائري والسوري⁽⁶⁷⁾.

كذلك، أشارت إلى تلك الحرية معظم الإتفاقيات الدولية، كإتفاقية نيويورك لسنة 1958 في المادة 5 فقرة 1 بند "د" التي إتجهت إلى رفض الإعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه، إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو إجراءات التحكيم لا تطابق إتفاق الأطراف. كما نجد إتفاقية جنيف لسنة 1961، قد فرقّت في خصوص تحديد القانون المطبق على الإجراءات بين التحكيم الخاص وبين حالة اللجوء إلى التحكيم المنظم وفقاً للائحة المركز، حيث تركت لأطراف حرية تحديد قواعد الإجراءات الواردة في لائحة مركز التحكيم⁽⁶⁸⁾.

في المقابل، أقرّ القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي C.N.U.D.C.I لسنة 1985، مبدأ خضوع إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف وذلك في المادة 1/19 منه⁽⁶⁹⁾.

(64) - قانون رقم 4، مؤرخ في 25 مارس سنة 2008، يتضمن قانون أصول المحاكمات المدنية السوري، ج.ر. عدد 15 صادر بتاريخ 25 مارس سنة 2008. منشور على موقع: www.fiac-sy.com

(65) - أنظر: عمر فارس، إجراءات التحكيم، ورقة عمل مقدمة للدورة الثالثة لتأهيل المحكمين العرب حول: التحكيم التجاري هو الدعامة الأساسية للإستثمار، ص.1، منشور على موقع: [http:// www.khalildaoudi.blogspot.com](http://www.khalildaoudi.blogspot.com)

(66) - قانون رقم 31، مؤرخ في 16 جويلية سنة 2001، يتعلق بالتحكيم الأردني، ج.ر. عدد 4496، صادر بتاريخ 16 جويلية سنة 2001، منشور على موقع: www.lawjo.net

(67) - للتفصيل أكثر حول قانون التحكيم الأردني راجع: حمزة حداد، الإتجاهات الحديثة في قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، ورقة عمل مقدمة لمركز القانون والتحكيم، ص.1 و 2. منشور على موقع: [http:// www.Forums.egycourt.com](http://www.Forums.egycourt.com)

(68) - أنظر وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص. 559 و 560.

(69) - TERKI Nour-Eddine, op.cit, p.96.

باستعراض مختلف النصوص المنظمة لإجراءات التحكيم، يتبين أنّ معظمها أخذ بمبدأ حرية الأطراف في تحديد القواعد الإجرائية، كونهم أقدر على معرفة ما يتماشى مع مصالحهم وحاجاتهم.

ثانياً: الأسس المتاحة للأطراف لإختيار القانون الإجرائي

تأسيساً على الحرية الممنوحة للأطراف لإختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، فتوجد عدة إمكانيات متاحة أمام الأطراف عند إختيار إجراءات التحكيم، فقد يتولى أطراف النزاع بأنفسهم تنظيم هذه الإجراءات(1)، أو يتفقون على تفويض تلك المهمة للمحكم(2).

1- تولى الأطراف تنظيم إجراءات التحكيم

يتولى الأطراف مباشرة تحديد القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق في إتفاقهم التحكيمي، من خلال الإفصاح فيما بينهم وبالطرق القانونية عن الإجراءات الواجب إتباعها في حال حدوث نزاع فيما بينهم، وهذه هي الحالة الأكثر تأكيداً على إرادة الأطراف(70)، إذ ينظمها الأطراف دون حاجة إلى قواعد محدّدة مسبقاً، سواءً في إطار تشريعات وطنية أو في لوائح التحكيم(أ).

غير أنّ مبدأ سلطان الإرادة لا يتجسد فقط حين يمنح للأطراف الحرية في تنظيم القواعد الإجرائية التي تحكم النزاع من تلقاء أنفسهم، بل يتجسد كذلك حين يمنح للأطراف حرية إختيار تلك القواعد إستناداً إلى نظام معروف مسبقاً(ب) أو إستناداً إلى قانون مقر التحكيم(ج).

أ- الإتفاق على قانون وطني

نظراً للحرية التي يتمتع بها الأطراف في مجال إختيار القانون الواجب التطبيق، وبالتالي فيمكن للخصوم الإتفاق على تطبيق قواعد قانون وطني على أساس أنّها قواعد ملائمة وتخدم مصالحهم. وعلى ذلك، فيمكن للأطراف تحديد قانون إجراءات دولة معينة تجري وفقاً لأحكامه الخصومة التحكيمية، كإختيار قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أو قانون الإجراءات

(70)-GOLDMAN (B), « La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international », Rev.Arb, 1983, p.474.

المدنية لأية دولة أخرى⁽⁷¹⁾. كما يمكن للأطراف أيضاً التنسيق بين عدة مبادئ تابعة لعدة قوانين وطنية مختلفة⁽⁷²⁾.

كرس المشرع الجزائري حرية الأطراف في إختيار القواعد الإجرائية إستناداً إلى قانون دولة معينة، ويظهر ذلك من خلال نص المادة 1/1043 من ق.إ.م.إ، والتي تنص على أنه: «... كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في إتفاقية التحكيم».

ب - الإتفاق على لائحة أحد مراكز التحكيم

غالباً ما ينظم الأطراف في التحكيم الحر بأنفسهم إجراءات التحكيم، إذ تتولى مراكز التحكيم تنظيمها، كلما إستدعت الحاجة إلى ذلك⁽⁷³⁾ أو كلما إتفق الأطراف على تطبيقها، فتعد بذلك قانون الإتفاق.

غير أنّ المحكمين غير معنيين بإتباع القواعد المنصوص عليها في هذه المراكز، إلا إذا قرّر الأطراف ذلك في إتفاقية التحكيم⁽⁷⁴⁾. على ضوء ذلك، فيمكن أن يتفق الأطراف في إتفاقية التحكيم على أن تخضع الإجراءات إلى نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية أو الإحالة إلى لائحة قواعد القانون النموذجي⁽⁷⁵⁾. وفي حالة إذا ما إتفق الأطراف على إسناد إجراءات التحكيم إلى أحد هذه المراكز، فإنّ ذلك يعني الإتفاق بطريقة ضمنية على إتباع لائحة هذا المركز بما تشمل عليه من قواعد تتعلق بالإجراءات⁽⁷⁶⁾.

ج - الإتفاق على إخضاع الإجراءات لقانون مقر التحكيم

يمكن أن يكون قانون التحكيم «loi du siège arbitral» هو قانون إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية، وتزداد أهمية هذا الأخير عند إنعدام إتفاق الأطراف بشأن تحديد القانون الواجب

(71) - عليوش قريوع كمال، « إجراءات الخصومة التحكيمية في القانون الجزائري»، مجلة العلوم القانونية، العدد 13،

2009، ص.80.

(72) GOLDMAN (B), op.cit , p.474, qui annonce que : « Aussi les parties peuvent-elle procéder à la combinaison de plusieurs principes appartenant à des lois étatiques différentes ».

(73) -GAVALDA Christian LUCAS Claude, op.cit, p.56.

(74) -Ibid, p.56.

(75) -TRARI Mostefa-Tani, Droit Algérien de l'arbitrage commercial international, éditions BERTI, Alger, 2007, p.117.

(76) -جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص.64.

التطبيق على الإجراءات⁽⁷⁷⁾، فقد يختار الخصوم قانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم ليحكم المسائل الإجرائية رغم إختيارهم لقانون آخر ليحكم موضوع النزاع، سواءً لكونه قانون الدولة التي يجري على إقليمها تنفيذ الحكم أو بسبب ما قد ينتجه إختيار هذا القانون من تسهيلات لمهمة المحكم، وبالتالي يُعدّ قانون مقر إجراء التحكيم في هذه الحالة قانون الإرادة الصريحة للخصوم.

في المقابل، فقد يجد قانون مقر التحكيم تطبيقه في بعض الحالات، على أساس أنّه قانون الإرادة الضمنية للأطراف، إذ أنّ إختيار الأطراف لمقر التحكيم دون تعيين القانون الواجب التطبيق صراحة، يمكن أن يُعدّ تعبيراً ضمنيّاً عن إختيارهم قانون هذا المقر ليكون هو الواجب التطبيق⁽⁷⁸⁾، إذ أقرت في هذا الشأن محكمة النقض الفرنسية قاعدة تطبيق قانون مقر التحكيم على أساس أنّه قانون الإرادة الضمنية⁽⁷⁹⁾.

3- إسناد مهمة تنظيم إجراءات التحكيم للمحكم

إذا كان للأطراف الحرية الكاملة في تنظيم إجراءات الدعوى التحكيمية بأنفسهم، إلاّ أنّ هذا يمكن أن يتخلّله بعض الصعوبات، المتمثلة في عدم إستطاعة الأطراف الإمام بكلّ المسائل الإجرائية، أو نتيجة عدم الإتفاق على تبني قانون معين، مما يسمح للأطراف بإسناد تلك المهمة للمحكم.

ثانياً: مجال تطبيق قانون الإرادة على إجراءات التحكيم

إذا كانت إرادة الخصوم تلعب الدور الأساسي في تنظيم سير إجراءات التحكيم، سواءً ورد هذا التنظيم في إتفاق التحكيم، أم في لائحة مركز التحكيم، فإنّ هذا التنظيم يكون قاصراً على الإحاطة بجميع مسائل الإجراءات. إذ يمثّل هذا من وجهة نظر البعض التطبيق الطبيعي أو الإعتيادي للقواعد القانونية في مجال التحكيم، بإعتبار أنّ قواعد هذا القانون هي التي تمّ الإتفاق عليها بداية بين الأطراف⁽¹⁾.

(77) - إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص.135.

(78) - هشام خالد، المرجع السابق، ص.473.

(79) - « La cour de cassation Française de 8 décembre 1914 à estimé que: « Les parties ayant décidé de régler leur différend par l'arbitrage a londrès, les jujes du fondront pu par une interprétation légitime de leur volonté, considérer qu'elle était, quant aux conditions de cet arbitrage référées aux lois Anglaises ». Citée par: PHAUCHARD (PH) GAILLARD (E), GOLDMAN (B), op.cit, p.652.

إذا كان الأصل هو تطبيق القواعد الإجرائية المتفق عليها لحكم خصومة التحكيم، إلا أن الظروف والملايسات التي يمر بها التحكيم، قد تؤدي إلي حدوث تنازع بين هذه القواعد المتفق عليها بين الأطراف وبين القواعد الأخرى لحكم بعض المسائل الإجرائية، وهو ما يصطلح تسميته بالمجال الإستثنائي لإستبعاد تطبيق قانون الإرادة لحكم المسائل الإجرائية(2).

1- المجال الإعتيادي لتطبيق قانون الإرادة على المسائل الإجرائية

إذا تمّ تحديد القواعد القانونية التي تحكم إجراءات التحكيم، سواءً عن طريق الإتفاق بين الأطراف أنفسهم أو بواسطة المحكم، أو بالرجوع إلى لائحة مركز دائم، أو بالرجوع إلى قانون مقر التحكيم، فإنّ هذا القانون يتحدّد مجال سريان أحكامه، ومن حيث الأصل فإنه يسري على كافة الإجراءات المتعلقة بالتحكيم منذ بدايتها إلى غاية نهايتها⁽⁸⁰⁾.

بالنظر لكون القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم يحكم جميع إجراءاته من بدايتها إلى نهايتها، وبالتالي فيسري هذا القانون على بدء الخصومة وتنظيم قواعد سير المرافعات ومواعيد تقديم المستندات وسماع الشهود والخبرة وتنظيم حقوق الدفاع وكيفية مراعاة مبدأ المساواة بين الخصوم وكذلك مبدأ المواجهة بينهم، كما يحكم هذا القانون أيضا كل ما يتعلّق بتشكيل هيئة التحكيم، ومكان إنعقادها والأمور الخاصة بكيفية رد المحكم أو قيامه بالتحكي، وكذلك العوارض التي قد تؤدي إلى إنقطاع سير خصومة التحكيم.

2- المجال الإستثنائي لتطبيق قانون الإرادة على المسائل الإجرائية

يقصد بالمجال الإستثنائي للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات، الحالات التي يتعطل فيها أعمال القانون الذي يحكم الإجراءات، بحسب المجرى العادي للأمور، أي إستبعاد القانون أو القواعد التي إتفق عليها الأطراف، أو إستعان بها المحكم أو القواعد الإجرائية الواردة في قانون وطني معين إتفق الأطراف على الرجوع إليه.

في جميع هذه الحالات، فإنّ القواعد الإجرائية التي إتفق عليها الأطراف، بداية أو توقعوا الخضوع لها بالتراضي سوف يتمّ إستبعادها تحت ضغط ضرورات قانونية وعملية، إقتضت

(80) - نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية التجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص.192.

التضحية بالتوقعات المشروعة للأطراف أو المحكم من أجل مراعاة مصلحة عامة⁽⁸¹⁾، ويحدث ذلك عند وجود تنازع بين القواعد التي تحكم إجراءات التحكيم التي تمّ الإتفاق عليها بين الأطراف، وبين تلك التي تحكم قانون مقر التحكيم (أ) أو مع تلك التي تحكم قانون محل تنفيذ حكم التحكيم (ب) أو مع تلك التي تحكم محل إجراء معين من إجراءات التحكيم (ج).

أ- النزاع بين القواعد التي تحكم إجراءات التحكيم وقانون مقر التحكيم

على الرغم من إقرار القانون المقارن بحق أطراف الخصومة التحكيمية في إختيار القانون الذي يحكم نزاعهم، إلا أنه غالباً ما يحدث تنازع بين القانون المختار وقانون مقر التحكيم بشأن بعض المسائل الإجرائية، فإذا ما حدث تنازع بين القواعد الإجرائية المتفق عليها والقواعد الإجرائية الآمرة في قانون دولة مقر التحكيم، كانت الغلبة في نظر الفقه لهذه الأخيرة ويتمّ إستبعاد القواعد الإجرائية المتفق عليها فيما بين الأطراف⁽⁸²⁾.

ب- النزاع بين القواعد التي تحكم إجراءات التحكيم وقانون محل تنفيذ حكم التحكيم

عند حدوث تنازع بين الإجراءات التي إتبع في إصدار الحكم وبين القواعد الجوهرية الإجرائية في محل التنفيذ وكذلك قواعد النظام العام، فإنّ الحل السائد في القوانين المقارنة، هو ترجيح القواعد السارية في محل التنفيذ، وهذه النتيجة تصل إليها منذ رفض تنفيذ حكم التحكيم. وفي هذا الفرض أيضاً نجد أن قانون محل التنفيذ قد طبق تطبيقاً غير عادي على إجراءات التحكيم، بإعتبار أنه لم يكن هو القانون الواجب التطبيق منذ بداية خصومة التحكيم⁽⁸³⁾.

ج- النزاع بين القواعد التي تحكم إجراءات التحكيم وقانون محل إجراء معين من إجراءات التحكيم

إذا كان الهدف من التحكيم هو إبعاد النزاع عن ولاية القضاء، إلا أنه قد تقع خلال إجراءات التحكيم أمور تخرج عند سلطة المحكم، فيلجأ في ذلك إلى الإستعانة بالقضاء العادي، ممّا يعني

(81) - كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص. 86 و 119.

(82) - على هذا النحو يعتبر قانون مقر التحكيم على حد تعبير البعض "سيد المواقف". أنظر في ذلك: جمال محمود

الكردي، المرجع السابق، ص. 99.

(83) - أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الإستثمار (دراسة مقارنة)، مؤسسة شباب

الجامعة، الإسكندرية، 1990، ص. 256.

الرجوع إلى القانون الوطني الذي ينظم الإجراءات في هذه الدولة لمعرفة مدى تمتع القضاء بالسلطة في مساعدة المحكم في إتخاذ هذه الإجراءات، وتبرز هذه المسألة بوضوح عندما يقتضي الأمر سماع شاهد أو إجراء معاينة في مكان بعيد، فيطلب المحكم من القاضي الأمر بإنابة قضائية للقيام بهذه المهمة⁽⁸⁴⁾.

كذلك الأمر إذا إقتضت الظروف إتخاذ إجراء تحفظي أو وقتي في إقليم دولة غير دولة مقر التحكيم أثناء سير خصومة التحكيم وله طابع الجبر، ففي هذه الحالات حتى ولو كان هناك تنظيم إتفاقي لإتخاذ هذه الإجراءات، سوف يتعين الرجوع والخضوع لقانون آخر وهو قانون محل إتخاذ الإجراء.

بناءً عما تقدم، نخلص إلى القول أنّ الأطراف تتمتع بحرية الإتفاق على رسم المعالم الإجرائية لسير الخصومة التحكيمية والحرية في إختيار القانون الملثم لها. غير أنّ هذه الإرادة ليست مطلقة، بمعنى أنّ الأطراف لا يمكنهم عن طريق الإتفاق مخالفة قواعد النظام العام الإجرائي الدولي، وهي القواعد التي تركز إحترام مبدأ المساواة بين الأطراف وحقوق الدفاع الأساسية مثل مبدأ المواجهة⁽⁸⁵⁾.

الفرع الثاني

مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع

إذا كانت دعوى التحكيم تهدف في الأساس إلى إصدار حكم لحسم النزاع القائم وإنهائه من خلال الإجراءات الواجبة الإتباع، فإنّ الأمر يقتضي معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والذي يلزم المحكم بتطبيقه.

على هذا الأساس، فإنّ القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يعتبر الأساس في إصدار حكم التحكيم، ولذا فعلية تحديده تعتبر من الأمور المهمة التي لا تثار فقط أمام هيئة التحكيم، بل تثار أيضاً أمام المحاكم القضائية، وذلك بمناسبة طلب بطلان الحكم لمخالفته القواعد

(84) - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص. 261.

(85) - PINSOLE Philippe, KREINLER Richard « Les limites du rôle de la volonté des parties dans la conduite de l'instance arbitrale », Rev.Arb, n°1, 2003, p.41.

الآمرة في قانون القاضي، أو بمناسبة الطعن في هذا الحكم بطريق الإستئناف، أو بمناسبة صدور الأمر بتنفيذه، عندما يطلب من القاضي إصدار هذا الأمر بموجب مراجعة الحكم.

تبرز إرادة الأطراف كضابط إسناد في إختيار القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع، وذلك تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين⁽⁸⁶⁾ المتعارف عليه في نظرية العقود، وهذا الدور المهم الذي تلعبه هذه هذه الإرادة في هذا المجال، يدفعنا إلى البحث عن الأساس القانوني لها (أولاً) وكذلك الأسس المتاحة للأطراف لإختيار هذا القانون (ثانياً)، وأخيراً تحديد نطاق تطبيقها (ثالثاً).

أولاً: الأساس القانوني لتطبيق قانون الإرادة على موضوع النزاع

تؤكد معظم التشريعات الوطنية وكذلك الإتفاقيات الدولية، والعديد من لوائح ومراكز التحكيم، بل وأحكام التحكيم، على مبدأ إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وتؤسس هذه الحرية في الواقع على الأصل الإتفاقي للتحكيم والذي يميزه ويجعله يختلف عن القضاء.

في إطار تكريس هذه الحرية، نجد معظم التشريعات الوطنية قد منحت للأطراف الحرية في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في إطار أوسع وأكثر تحرراً، إذ على دريها سار المشرع الجزائري الذي منح الأولوية للقانون الذي إختاره الأطراف لتطبيقه على موضوع النزاع، وهذا مايمكن إستخلاصه من خلال المادة 1050 من ق.إ.م.إ التي تنص على أنه: « تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف ... ».

إنّ الملاحظ على هذا النص، أنه سار على نفس المنهج الذي سارت عليه المادة 18 من القانون المدني فيما يخص تطبيق القواعد التي إختارها الأطراف، غير أنه لا يتقيد بالقيود الوارد في هذا النص والمتمثل في وجود صلة حقيقية بين القانون المختار وبين المتعاقدين. بهذا يعتبر التشريع الجزائري مثلاً للتطبيق الواسع لمبدأ قانون الإرادة ومثلاً أيضاً للتححرر في تحديد القواعد الواجبة التطبيق⁽⁸⁷⁾.

(86) - تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أن: « العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله، إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون.»

(87) - BEDJAOUI Mohamed, « L'évolution des conceptions et de la pratique Algérienne en matière d'arbitrage international », Revue Mutations n°3, 1994, p.66.

كذلك منح المشرع اللبناني⁽⁸⁸⁾ الأطراف الحرية في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وهذا حسب المادة 1/813 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني والتي تنص على أنه: « يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي إختارها الخصوم، وإلاّ فوفقاً للقواعد التي يراها مناسبة. وهو يعتد في جميع هذه الأحوال بالأعراف التجارية ».

في المقابل، يؤكد المشرع الأردني في المادة 1/36 من قانون التحكيم الأردني على أنه: « تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد الموضوعية التي يتفق عليها الطرفان، وإذا إتفقا على تطبيق قانون دولة معينة، إتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ».

أما على الصعيد الدولي، فلقد أخذت معظم الإتفاقيات الدولية بمبدأ إستقلالية الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، نذكر من بينها إتفاقية نيويورك التي أقرت هذا المبدأ في الفقرة الأولى من المادة الخامسة منها، وكذلك إتفاقية جنيف لسنة 1961 وذلك في نص المادة 1/7 منها.

كذلك، أقرت إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري مبدأ قانون الإرادة، حيث تنص في المادة 21 فقرة أولى على أنه: « تفصل الهيئة في النزاع وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي إتفق الطرفان عليه صراحة أو ضمناً إن وجد »⁽⁸⁹⁾.

بإستقراء أنظمة التحكيم، نجد أنها هي الأخرى منحت للأطراف الحرية في إختيار قواعد القانون المطبقة على موضوع النزاع. ونذكر في هذا الإطار، نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية CCI في المادة 17 الفقرة الأولى منها⁽⁹⁰⁾، وكذلك قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي CNUDCI، بحيث يطبق القانون المختار من قبل الأطراف، وفي حالة غياب الإتفاق على ذلك، يطبق المحكم القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع الواجبة التطبيق⁽⁹¹⁾.

(88)-SOURRANI Michel, op.cit, p.2.

(89) - بارة عصام، « دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق »، أعمال الملتقى الوطني حول: التحكيم

الداخلي والدولي في القانون الجزائري، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، أيام 27 و 28 أفريل 2011، ص.3.

(90) - هذا بعكس نص المادة 13 القديم الذي كان يشير إلى تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف وعند إنعدام هذا الاختيار، يطبق القانون الذي تشير إليه قواعد التنازع الملائمة للتطبيق. راجع النص الكامل لنظام CCI على موقع:

www.cci.org

(91) - هذا ما يظهر جلياً في نص المادة 1/33 منه. راجع النص الكامل لنظام CNUDCI على موقع: www.cnudci.org

أما على صعيد الممارسات التحكيمية، فلقد إعترفت العديد من قواعد التحكيم الصادرة في نزاعات التجارة الدولية على مبدأ إستقلال الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، نذكر من بينها، القضية رقم 1512 عام 197⁽⁹²⁾، والتي أكد من خلالها المحكم CAVIN على أنه: "يوجد مبدأ مسلم به في القانون الدولي الخاص يقضي بأن القانون الذي يحكم العقد هو القانون المختار بواسطة الأطراف".

كذلك أكد المحكم في القضية الإيرانية Sapphire ضد الشركة للبترول NIOC أنّ إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق على العقد معترفاً بذلك بالتوجه السائد بشأن تجسيد قانون الإرادة⁽⁹³⁾.

على ضوء ما سبق، يتضح أنّ كل من الفقه والقانون والممارسات التحكيمية قد كرس صراحة مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

ثانياً: الأسس المتاحة للأطراف لإختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع

أمام التأكيد الواسع على مبدأ سلطان الإرادة، فإنّ للأطراف الحرية في إختيار القانون التي يحكم موضوع النزاع، على الرغم من عدم توفر صلة بين القانون المختار والعقد أو الموضوع⁽⁹⁴⁾. وهو الأمر الذي أيده الفقه⁽⁹⁵⁾ وغالبية الإتفاقيات⁽⁹⁶⁾ ولوائح التحكيم⁽⁹⁷⁾.

يملك الأطراف الحرية في تولي إختيار القواعد التي تحكم موضوع النزاع بأنفسهم عن طريق إختيار القواعد الموضوعية الداخلية في قانون وطني أو عن طريق تحديد القواعد الموضوعية

(92) - سراج حسين محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص. 701.

(93) - أنظر: المرجع نفسه، ص. 701.

(94) - « Les parties sont libres de choisir la loi applicable, même si elle n'a aucun lien avec le contrat ou le litige », Voir : ISSAD Mohand, op.cit, pp. 424- 425.

(95) - إنّ جميع أنصار النظرية الشخصية ينادون بإطلاق حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم دون قيد أو شرط. حول هذه النظرية أنظر: هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص. 125. وبالعكس ذلك، فإنّ الفقيه FAUCHARD يفرض قيد وحيد وهو "ما تفرضه متطلبات التجارة الدولية". أنظر:

FAUCHARD Philippe, L'arbitrage commercial international, Dalloz, Paris, 1965, p.66.

(96) - هذا ما يستفاد من خلال المادة 2 من إتفاقية روما لسنة 1980 التي لم تشترط أي رابط بين القانون المختار والنزاع.

(97) - هذا ما يستفاد من الفقرة الأولى من المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم.

الدولية، والتي تشكل ما يسمى "بالقواعد الدولية"⁽¹⁾، كما يملك أيضاً الحرية في تحويل ذلك لهيئة التحكيم (2).

1- تولي الأطراف بأنفسهم تحديد القواعد المطبقة على النزاع

إنّ إصطلاح "القواعد القانونية" الذي صرح به المشرع في المادة 1050 من ق.إ.م.إ يسمح بإختيار واسع أمام الأطراف⁽⁹⁸⁾، فقد يختارون قانون وطني معين un droit étatique، كما قد يختارون قاعدة من القواعد المسماة "القواعد عبر الدولية" transnationales des règles، أو ما يجري العمل على تسميته "بقواعد التجارة الدولية". وسنعرض فيما يلي إلى دور الأطراف في إختيار قواعد القانون الوطني (أ) وكذلك دورهم في إختيار قواعد التجارة الدولية (ب).

أ- إختيار قواعد القانون الوطني

يثير إتفاق الأطراف حول تطبيق قانون داخلي معين كقانون واجب التطبيق، مسألة ما إذا كان هذا الإختيار يشمل أيضاً قواعد التنازع التي يتضمنها القانون المختار. إذ من المعروف أنّ قواعد تنازع القوانين أو قواعد الإسناد جزء من القوانين الداخلية، وأنّ إختيار قانون داخلي معين يتضمن مثل هذه القواعد ينبغي أن يشملها، إلا أن المنطق وضمان أعمال الأمن القانوني يقتضي أنّ إختيار الأطراف لقانون ما لينطبق على النزاع يدل على أنّ الأطراف قصدوا إختيار القواعد الموضوعية في هذا القانون، وأنّ إراداتهم لم تنصرف إلى تطبيق قواعد الإسناد التي يتضمنها، ما لم يكن الأطراف قد عبروا صراحة عن إراداتهم حول تطبيق هذه القواعد⁽⁹⁹⁾.

هكذا، فإنّ المستقر عليه في فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي، أنه إذا اتفق الأطراف على قانون دولة معينة، فإن القواعد الموضوعية الواردة فيه هي الواجبة التطبيق دون القواعد الخاصة

(98) - أنظر في نفس المعنى:

BERNARDINI Piero, « Arbitrage international et règles de droit a-nationales », Bulletin de la cour international d'arbitrage de la CCI, vol.15 n°2, 2^{ém} semestre, 2004, p. 69.

(99) - MANCIAUX Sébastien, Investissements étrangère et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats, L.I.T.E.C, Paris, 2004, pp.288-289.

على العكس يرى الأستاذ FAUCHARD أنّ قواعد التنازع هي التي تطبق وليست القواعد الموضوعية في القانون الذي ترشحه قاعدة الإسناد. راجع حول هذه النقطة:

FAUCHARD Philippe, L'arbitrage commercial international, op.cit, p.65.

بتنازع القوانين⁽¹⁰⁰⁾. وذلك لذات الإعتبارات التي تقف وراء إستبعاد فكرة الإحالة في فقه تنازع القوانين⁽¹⁰¹⁾.

تأسيساً على ذلك، فإنّ حرية الأطراف في إختيار القواعد العائدة لقانون دولة معينة هي حرية واسعة قد تنصب على قانون داخلي لدولة معينة، أي القواعد المادية أو الموضوعية فيه، أو قد تكون القواعد المختارة عبارة عن قاعدة تنازع القوانين الخاصة بمسألة معينة في قانون إحدى الدول، أو قد تكون هذه القواعد عبارة عن المبادئ العامة للقانون المعمول به في دولة معينة، كما يمكن للأطراف الإتفاق على أن يفصل المحكم في النزاع طبقاً لعدة قواعد مستمدة من قانون وطني، أو من قانون وطني وقواعد قانونية أخرى. وعندئذٍ يختار الأطراف أكثر من قانون لحكم مختلف جوانب العلاقة⁽¹⁰²⁾.

ب- إختيار قواعد التجارة الدولية

تفادياً للسلبيات التي تترتب في حالة تطبيق القانون الوطني، يفضل المتعاملون في إطار التجارة الدولية إختيار القواعد التي تنشأها المعاملات التجارية لحكم موضوع النزاع، إذ توفر للمتعاملين العلم المسبق بمضمونها بإعتبارها قواعد عالمية إعتاد التجار متابعتها وتطويرها⁽¹⁰³⁾.

يثبت الواقع التحكيمي إتفاق الأطراف صراحة على تطبيق قواعد التجارة الدولية، مستعملين مصطلح «lex mercatoria»، إذ صدر في إطار خصومة التحكيم رقم 4761⁽¹⁰⁴⁾ تحت رعاية نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية، حكم بإتفاق الأطراف يحدد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاع، والذي ينص على أنّ: « القانون الليبي هو القانون الواجب التطبيق، من حيث المبدأ على أوجه النزاع، فيما لا يخالف النظام العام الدولي ومبادئ حسن النية، فلو فرض أنّ القانون الليبي لم يتم

(100) - هذا ما أكدته المادة 1/39 من القانون المصري، والمادة 1/28 من القانون النموذجي للتحكيم لعام 1958.

(101) - أنظر: جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص.128.

(102) - عكاشة محمد عبد العال، « القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب عند عدم مراعاته

من قبل هيئة التحكيم في القانون المصري»، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 23، 2002، ص.7.

(103) - أبو زيد رضوان، « قانون التجارة الدولية أو القانون التجاري الدولي، دراسة لفكرة Lex Mercatoria»، مجلة العلوم

القانونية والإقتصادية، العدد الأول، 1993، ص.19.

(104) - راجع بخصوص هذا الحكم: نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي، دار

الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص.358 و359.

إثباته إعمالاً للمادة 8 من وثيقة تحديد مهمة المحكم، فإنّ هيئة التحكيم ستطبق القانون التجاري أو المبادئ العامة للقانون...».

تأسيساً عما سبق، يتضح أنّ إختيار أطراف خصومة التحكيم قد يقع على قواعد قانون التجارة الدولية لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، بإعتبارها قواعد غير وطنية⁽¹⁰⁵⁾ والتي يعبر عنها الأطراف بإصطلاحات عديدة " كالقواعد عبر الدولية" أو " المبادئ المشتركة بين عدة نظم قانونية"⁽¹⁰⁶⁾،

2- إسناد مهمة تحديد قانون موضوع النزاع للمحكم

إذا لم يحدد الأطراف بأنفسهم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإنّ واجب تحديده يقع على عاتق المحكم⁽¹⁰⁷⁾. وهذا ما قرره المشرع الجزائري في المادة 1050 من ق.إ.م.إ التي منحت للمحكم سلطة تحديد القانون عند غياب إرادة الأطراف، وذلك حسب القواعد التي يراها ملائمة.

ثانياً: نطاق تطبيق قانون الإرادة على موضوع النزاع

تتمتع الأطراف بحرية واسعة في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي أو على موضوع النزاع، وحريرتهم في هذا المجال أوسع نطاقاً من حريرتهم في إتفاق التحكيم ذاته أو في إجراءات التحكيم، فهي تتناول العقد في شروطه الموضوعية وفي شروطه الشكلية وفي آثاره، إرادة الأطراف يمكن أن تحدد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العقد في جميع أجزائه فيما عدا أهلية طرفيه. كما لهم الحرية في إختيار أكثر من قانون لحكم هذه الأجزاء.

في المقابل، فإنّ القانون المختار يحدد لنا القواعد الخاصة بالتراضي وصحته وفي تلاقى الإرادتين ومكان هذا التلاقي، كما يحدد لنا الشروط الشكلية الواجب إتباعها. بالإضافة إلى بيان الآثار التي تترتب على العقد. كما يمكن للأطراف إختيار قانون معين لحكم شروط الإنعقاد وقانون

(105) -جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص.134.

(106) - بينما يعبر عليها الفقيه FAUCHARD بمصطلح القانون المشترك بين الأمم « Droit commun des nations ». أنظر:

FAUCHARD Philippe, L'arbitrage commercial international, op.cit, p.65.

(107) «- Lorsque les parties n'ont pas déterminé elle mêmes le droit applicable au différend, c'est au arbitre qu'il incombe de procéder a tel choix ». Voir: GAILLARD Emmanuel, « L'arbitrage commercial international sentence arbitrale », éd. Juris. Clas.Inter.1993, p.34.

آخر لحكم الشروط الشكلية ولحكم الآثار، كما يمكنهم توحيد القانون الذي يطبق على هذه الأجزاء جميعاً⁽¹⁰⁸⁾.

على الرغم من أن مبدأ سلطان الإرادة واضح البيان عند إختيار القانون المطبق على العقد الأصلي، إلا أنه ليس بالضرورة أن يكون كذلك في جميع العقود، إذ أن هناك بعض العقود التي وإن كان مسموحاً بإحالة النزاع بشأنها إلى التحكيم، إلا أنه لا إرادة للأطراف ولا للسلطة التقديرية للمحكم أي دور في إختيار القانون الواجب التطبيق عليها. والمثال الواضح لهذه العقود هو عقود العمل والعقود التي تبرم بشأن التصرف بالعقارات، إذ تتضح في عقود العمل صورة الإذعان، حيث يكون الأطراف فيها طرف قوي، والذي يتمثل في رب العمل وطرف ضعيف وهو العامل، لذلك فإنّ مختلف التشريعات لا تخضعها لمحض إرادة المتعاقدين، بل تنظمها تنظيماً دقيقاً ليس فيه إلا مجال ضيق للإرادة. كذلك جرى العمل في معظم التشريعات بالنسبة لعقود العمل ذات العنصر الأجنبي على إخضاعها لقواعد إسناد ليس فيه إتكال على إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق، فالنصوص هي التي تتصدى لتحديد هذا القانون.

أما العقود التي تبرم بشأن العقارات فقد جرى العمل أيضاً على إستثنائها من قاعدة الإرادة، فيما أنّ العقار يمثل جزءاً من إقليم الدولة التي يقع العقار تحت سلطانه، لذلك فيخضع العقد المتعلق بالعقار لقانون موقع العقار دون قانون الإرادة⁽¹⁰⁹⁾.

بناءً عما تقدم، نخلص إلى أنّ أطراف الخصومة تتمتع بحرية واسعة في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وأنّ حريتهم في هذا المجال أوسع نطاقاً من حريتهم في المجالات الأخرى.

(108) - أحمد السمدان، المرجع السابق، ص. 194.

(109) - المرجع نفسه، ص. 209 و 210.

المبحث الثاني

القيود الواردة على مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق

لقد إتضح من خلال ما سبق ومما لا يدع مجالاً للشك، بأن أطراف عقود التجارة الدولية تمتع بحرية واسعة في إختيار القانون الواجب التطبيق عبر مراحل التحكيم، بدءاً باتفاق التحكيم الذي يعتبر الوسيلة التي يركز عليها نظام التحكيم، وصولاً إلى القرار التحكيمي المراد من خلاله تسوية النزاعات والذي من أجله أبرم هذا الإتفاق.

غير أنّ التسليم بقانون الإرادة لا يعني تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف بصفة مطلقة في كل الحالات، وإنما هناك بعض القيود التي تحدّ من قدرة هذا الإختيار، الأمر الذي يؤدي إلى إستبعاد القانون المختار من قبل الأطراف بقانون لا يخدم في بعض الحالات مصلحة المتعاقدين، ولكنه من جهة أخرى يخدم المصلحة العامة.

إنّ هذه القيود قد تكون تقليدية معروفة في القانون الدولي الخاص في مجال تنازع القوانين (المطلب الأول)، كما قد تكون قيوداً خاصة بعملية التحكيم، وهذا ضماناً لحسن سير خصومة التحكيم (المطلب الثاني).

المطلب الأول

القيود الواردة على العقود بصفة عامة

من الثابت في النظم القانونية الكلاسيكية المعروفة في القانون الدولي الخاص أنّ هناك بعض القيود تحد من حرية الإختيار، مما يؤدي إلى إستبعاد القانون المختار من قبل أطراف العلاقة بقانون لا يخدم في بعض الحالات مصلحة المتعاقدين، لكنّه من جهة أخرى يخدم المصلحة العامة، وهذا في إطار إستبعاد القانون المختار من أجل مخالفته للنظام العام (الفرع الأول).

إلى جانب قواعد النظام العام، فإنّ القانون الدولي الخاص يعترف بمفهوم دقيق للنظام العام بقوانين دولية تهدف إلى حماية التنظيم السياسي، الإقتصادي والإجتماعي للدولة، وبالتالي تعد قيوداً على حرية الأطراف ولا يجوز الإفلات من أحكامها (الفرع الثاني).

فضلاً عن ذلك، فإنّ إطلاق حرية الطرفين في إختيار القانون الواجب التطبيق قد يكون على غير صلة بالنزاع، مما يفسر فكرة الغش نحو القانون، الأمر الذي يتطلب إستبعاده (الفرع الثالث).

الفرع الأول

النظام العام

يعتبر النظام العام⁽¹¹⁰⁾ من أبرز وأهم القيود التي ترد على التحكيم وبصفة خاصة عند إعمال القانون الواجب التطبيق. فقواعد النظام العام ليست هي بذاتها القانون الواجب التطبيق وإنما هي قيد عليه وضابط لإعماله وتتنطبق دون حاجة إلى إشتراطها أو النص عليها.

ترتيباً على ذلك، فإنّ إشارة الأطراف إلى وجوب مراعاتها وإحترامها لا يعني أنّها تمثل القانون الواجب التطبيق، ولا تعفي المحكم من البحث عنه عند عدم الإتفاق عليه⁽¹¹¹⁾.

بإعتبار أنّ النظام العام يعد حداً على سلطان الإرادة، لكونه يضحى بالإرادة الفردية لصالح مجموع الجماعة، فإنّه سيجعل هذه الإرادة مقيدة على النحو الذي يحول دون حريتها في التصرف

(110) - أعاد جانب من الفقه الحديث، الدعوة إلى الإعتداد بالدور التقليدي لفكرة النظام العام كأداة لتثبيت الإختصاص للقانون الإقليمي، وذلك تحت ستار فكرة أخرى هي فكرة "القوانين ذات التطبيق المباشر". أنظر في ذلك: هشام على صادق، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص ص. 196-200.

(111) - هدى محمد مجدي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص. 283.

والإختيار، غير أنّ هذا الحد لا يمثل عائقاً دون تكوين الإرادة بما يحول دون نشأتها، بل سيكون ضابطاً لحرية الإرادة في نطاق إختيار القانون الواجب التطبيق على نزاعاتهم. الأمر الذي يستدعي تحديد مدلول هذا القيد (أولاً) ونطاقه في مقام إختيار الأطراف لقانون عقدهم (ثانياً).

أولاً: مدلول فكرة النظام العام

تعتبر فكرة النظام العام من الأفكار الجوهرية التي يتركز النقاش حولها في الأبحاث المتعددة، إذ يكون معدوماً الإتفاق على تبني ضابط مستقر للنظام العام، كما خلت نصوص القوانين في أكثر الدول من تعريف جامع مانع يحدد المقصود بفكرة النظام العام، وإزاء هذه الصعوبة إكتفى الفقه بتقريبها من الأذهان، حيث يعرفها⁽¹¹²⁾ «أنها تلك القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد».

على الرغم أنّ النظام العام فكرة تستعصي بطبيعتها عن التحديد فيمكن القول بشيء من التعميم والتقريب أن النظام العام هو «مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، سواء كانت سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية»⁽¹¹³⁾، فقواعد النظام العام هي تلك التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة (سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية)، إذ يراد بالمصلحة العامة كل أمر يتعلق بالنظام الأساسي للمجتمع بحيث يرجع على كل مصلحة فردية، وعليه فلا يمكن حصر النظام العام في دائرة محدودة لا تختلط أو تتداخل مع غيرها، ذلك أن هذه الفكرة مرنة تضيق وتتسع بحسب ظروف كل مجتمع.

على هذا الأساس، فلا يمكن وضع قاعدة ثابتة تحدد المقصود بالنظام العام بصفة مطلقة، تتفق مع كل زمان ومكان، فالمصلحة العامة هي أساس فكرة النظام العام، هذا الأساس متغير بحسب مفهوم كل دولة لفكرة المصلحة العامة ومصدرها⁽¹¹⁴⁾.

(112) - أنظر في ذلك: أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة في قضاء التحكيم)، دار الكتب القانونية، الإسكندرية، 2006، ص4.

(113) - ممدوح عبد الحميد المطلب وإنعام السيد الدسوقي، تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه (دراسة مقارنة)،

ص3، منشور على موقع www.Arablaw.info.com:

(114) - المرجع نفسه، ص4.

أضف إلى ذلك، فإنّ مدلول هذه الفكرة يثير التساؤل حول حقيقة وجود نظام عام دولي وآخر داخلي، إذ كثيراً ما يشير الفقه لفكرة النظام العام الدولي دون تحديد المقصود بها، الأمر الذي يتطلب تحديد مجالها.

ثانياً: مجال تطبيق فكرة النظام العام

على الرغم أنّ فكرة النظام العام تهدف إلى صيانة المصالح الجوهرية للمجتمع وهو هدف تسعى إلى تحقيقه، سواءً في المجال الداخلي أو في المجال الدولي، إلا أنّ هذا لا يعني إطلاق فكرة النظام العام في كل من المجالين، ممّا يقتضي توضيح هذه الفكرة في مجال القانون الداخلي (1) والقانون الدولي بمفهومه في مجال القانون الدولي الخاص (2) وبمفهومه الحقيقي (3)، وهذا من أجل التوصل في الأخير، إلى أيّ منهما يعتبر كفيّدي على حرية الأطراف في إختيار القواعد القانونية.

1- في مجال القانون الداخلي

تشمل الأنظمة القانونية للدول على قواعد خاصة تسمى "قواعد النظام العام الداخلي"، هدفها تحقيق المصلحة العامة للدولة وحماية كيان المجتمع. ويقترن استخدام مصطلح النظام العام في القانون الداخلي بكافة فروعته المختلفة بالكلام عن القواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها⁽¹¹⁵⁾. عليه، فإنّ جوهر النظام العام الداخلي يتمحور حول المبادئ والأسس العليا الإقتصادية والإجتماعية والسياسية والخلفية التي يقوم عليها المجتمع.

يمكن تعريف النظام العام الداخلي على أنه «مجموع الأصول والقيم العليا التي تشكل كيانها المعنوي، وترسم صورة الحياة الإنسانية المثلى فيها وحركتها نحو تحقيق أهدافها، سياسية كانت أو إجتماعية أو إقتصادية أو خلقية»⁽¹¹⁶⁾، بهذا تعد بمثابة مبادئ وقيم تفرض نفسها على مختلف أنواع العلاقات في الدولة وجوداً وأثراً، وغالباً في صورة قواعد قانونية أمرة تحكم هذه العلاقة.

(115) - بن الشريف سليمان، «تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه»، أعمال الملتقى الوطني حول: التحكيم

الداخلي والدولي في القانون الجزائري، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، أيام 27 و 28 أفريل، 2011، ص.5.

(116) - أنظر كل من: مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.153. البطانية عامر فتحي،

دور القاضي في التحكيم التجاري، دار الثقافة، عمان، 2009، ص.188.

إنّ المظهر العملي لهذه القواعد والوظيفة التي تؤديها هو بطلان كل عمل إرادي يأتيه المخاطب بها بالمخالفة لها، عقداً كان هذا العمل أو عملاً منفرداً هذا من ناحية، وعدم جواز النزول عن الحقوق والمراكز القانونية التي تقرها للبعض منهم قبل البعض الآخر من ناحية أخرى⁽¹¹⁷⁾.

على ضوء ما سبق، يتضح أنّ النظام العام الداخلي يهدف إلى حماية النظام القانوني الوطني وتدعيم قوانين الدولة الأساسية عن طريق منع الأطراف من الإتفاق على ما يخالفها. وبالتالي فإنه يشكل قيّداً على حرية الأطراف وإرادتهم، ويستخدم كأداة للحدّ من مبدأ سلطان الإرادة حسب الإتفاقات التي تبرم وفقاً للمادة 106 من القانون المدني الجزائري، وإخضاعها للقيود التي جاءت في المادتين 93 و 97 من القانون نفسه⁽¹¹⁸⁾.

2- في مجال القانون الدولي الخاص

يتلخص دور النظام العام في القانون الدولي الخاص، في منع تطبيق القانون الأجنبي الذي عقدت قاعدة الإسناد الوطنية له الإختصاص، إذا كان تطبيق الأحكام الموضوعية لهذا القانون من شأنه المساس بالأسس والمبادئ والركائز التي يقوم عليها النظام القانوني لدولة القاضي. إذ متى تقرر الإختصاص لقانون أجنبي وأصبح هو الواجب التطبيق على النزاع المطروح، وعند تطبيقه تبين للقاضي أنّ مضمونه يخالف النظام العام في دولته، فيتطلب الأمر إستبعاده وفقاً لما تنص عليه المادة 24 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه « لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام، أو الآداب في الجزائر.....».

لهذا، فيجب أن يكون إختيار القانون الواجب التطبيق لدولة معينة، لا يمس بأي حال النظام العام الساري المفعول في الدولة الأجنبية التي تمّ إختيار قانونها لحكم العلاقة التعاقدية، وإلاّ فإنّ القاضي سوف يقوم بتجاهل القانون المختار، ممّا يؤدي إلى إستبعاد إرادة الأطراف.

بهذا المفهوم فإنّ فكرة النظام العام تنقسم إلى نوعين: فهناك أولاً ما يسمى بالنظام العام التوجيهي والذي يتعلق بالأسس الاجتماعية والسياسية والإقتصادية والأخلاقية التي يقوم عليها أي

(117) - بن الشريف سليمان، ص.6.

(118) - تنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري على أنه: « إذا كان محل الإلتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً». كذلك تنص المادة 97 من القانون نفسه على أنه: « إذا كان الإلتزام المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً ».

مجتمع معين، ويظهر تدخل الدولة لجهة التنظيم المباشر لبعض النشاطات، وبالتالي فإنه لا يتوخى حماية فئة من الأشخاص، فهو يستهدف مفهوم معين للمصلحة العامة، بحيث يتوجب على الأفراد أن لا يعمدوا إلى مخالفة "التوجيه" الذي تنطوي عليه أحكام القوانين التي يمكن إضفاء هذه الصفة عليها⁽¹¹⁹⁾. كما يعد النظام العام بهذا المعنى ضابط إسناد لصالح قانون القاضي حيث يطبقه بالأولوية على أي قانون أجنبي قد تحدده قاعدة التنازع، ولهذا يطلق عليه بعض الفقه تسمية النظام العام الإسنادي⁽¹²⁰⁾.

هناك ثانيًا ما يسمى بالنظام العام الحمائي « Ordre public de protection » أو النظام العام الإستبعادي « Ordre public d'éviction »، والذي يقصد به ذلك النظام الذي لا يقوم بأي دور سوى تأمين حد معين من الحماية لصالح الفريق المحمي، إذ يستهدف حماية بعض الفئات من المتعاقدين الذين يكونون بحاجة إلى حماية خاصة، إما بسبب وضعهم أو مركزهم الإقتصادي، كالعمال والمستهلكين أو بسبب وضعهم الشخصي كالقاصرين⁽¹²¹⁾. وبالتالي فإنّ هذا النوع من النظام العام يلعب دوراً سلبياً على عكس النوع السابق، بحيث يهدف إلى إستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق إعمالاً لقاعدة الإسناد، إذا كانت أحكام هذا القانون تحمل في طياتها مخالفة لقواعد النظام العام أو الآداب في دولة القاضي⁽¹²²⁾.

إنّ ما يهمنا في هذا المقام هو النظام العام الحمائي أو الوقائي، بإعتباره قيد على قانون الإرادة، إذ يحمي هذا النوع من النظام العام الأسس العليا في المجتمع مثله في ذلك مثل النظام العام الداخلي، وذلك بإستبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي، حتى ولو إتفق الأطراف على تطبيقها، مادامت تتنافى مع الأسس العليا.

كما لا يوجد فارق بين الوظيفة التي يؤديها النظام العام في القانون الداخلي وفي مجال القانون الدولي الخاص، إلا أنّ موضوع الإستبعاد في القانون الداخلي هو إرادة الأطراف، بينما موضوع الإستبعاد في القانون الدولي الخاص هو القانون الأجنبي، إذ يترتب على ذلك أنّ حرية الأطراف في

(119) - إيراد محمود برون، المرجع السابق، ص.606.

(120) - المنزلاوي صالح، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص. 294.

(121) - المرجع نفسه، ص.607.

(122) - المرجع نفسه، ص.294.

إختيار قانون معين يحكم عقدهم يجب أن تكون مقيدة بالأ تخالف قواعد النظام العام لهذا القانون في دولة القاضي⁽¹²³⁾.

3- في مجال القانون عبر الدولي

وهو ما ينطلق من فرضية أساسية تتمثل في الإقرار بوجود نظام قانوني عبر دولي، يتكون من مجموع القوانين التي إستقر عليها العرف التجاري الدولي والتطبيقات التحكيمية والقضائية. وكل نظام قانوني فهذا القانون نظامه العام المتمثل في مجموعة القواعد عبر الدولية الأمرة التي لا يجوز خرقها بأي حال من الأحوال، كقاعدة حظر الرشوة وحسن النية والزامية العقد⁽¹²⁴⁾.

إختلف الفقه حول تسمية النظام العام الذي يجب أن يعتدي به في نطاق العلاقات القانونية الدولية، فالبعض يطلق عليه تسمية النظام العام الدولي الحقيقي، والبعض الآخر يشير إليه تحت إسم النظام العام عبر الدولي⁽¹²⁵⁾.

غير أنه وبالرغم من تعدد التسميات، فإن الشيء الأكيد هو أن هذا النوع من النظام العام يشكل الجانب الأمر في القواعد القانونية عبر الدولية، الذي لا يجوز للعاملين في ميدان التجارة الدولية مخالفة أحكامه، إما من حيث إختيارهم للقانون الواجب التطبيق على علاقتهم أو من حيث موضوعها.

بالرغم أن فكرة الإعتراف بوجود نظام عام عبر دولي أو حقيقي لم يرد في التشريعات الجديدة المتعلقة بالتحكيم، حيث إقتصر بعضها في معرض الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية، أو في معرض الإشارة إلى طرق الطعن لهذه القرارات في وجوب عدم تعارضها مع النظام العام الدولي⁽¹²⁶⁾، فإن هناك بعض المفاهيم والتعابير الواردة في بعض القرارات التحكيمية، كالمبادئ

(123) - المنزلاوي صالح، المرجع السابق، ص. 295.

(124) - الورفلي أحمد، « التمسك بقواعد النظام العام في التحكيم، مجلة التحكيم والقانون الخليجي»، العدد 10، 2009، ص.

.24

(125) - ويفضل في هذا الصدد الدكتور إياد محمود بروان تسميته "النظام العام عبر الدولي" كونه يدل أكثر على طبيعة العلاقة القانونية المحكومة به، إضافة إلى كونه يزيل إمكانية التفسير بوجود نظام عام دولي غير حقيقي أو وهمي ولأنه نوع غير موجود إطلاقاً في إطار القواعد القانونية التي تحكم العلاقات الدولية أو الداخلية.

(126) - وهذا ما يستخلص من خلال المادتين 1051 و 2/1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المشتركة بين أغلب الدول، والأخلاقية والإستقامة في التعامل التجاري الدولي والمبادئ السائدة في الأمم المتحضرة، تشكل مضمون وفحوى لما يسمى بالنظام العام عبر الدولي.

لقد تم تبني مفهوم النظام العام عبر الدولي على صعيد القرارات التحكيمية، لأول مرة في القرار الصادر سنة 1951، الذي صرح من خلاله المحكم عن وجود نظام عام دولي يحكم الحضارات ويقصد هنا بالنظام العام، النظام العام الدولي بمعناه الحقيقي⁽¹²⁷⁾.

كما أشارت صراحة القرارات التحكيمية الحديثة نسبياً إلى مفهوم النظام العام عبر الدولي دون أن تعتمد إلى تعريفه، ففي قرارهم الصادر سنة 1990⁽¹²⁸⁾، عمد المحكمون بصدد نزاع بين شركة إسبانية وأخرى فرنسية أين أثبتت فيه مسألة تطبيق قانون المنافسة في الإتحاد الأوروبي، بحيث توصلت إلى إعتبار أن هذه الأخيرة لا تشكل جزءاً من النظام العام عبر الدولي.

هكذا، يتضح أن مجال إعمال فكرة النظام العام هو تقييد نصوص القانون الواجب التطبيق لتصبح كمرشد يستهدي به المحكم السبيل إلى حسم النزاع بحكم قابل للتنفيذ.

فضلاً عما سبق ذكره، وبعد إستعراضنا لمدلول فكرة النظام العام، توصلنا إلى أن النظام العام الذي يحد من حرية الأطراف في إختيار القواعد القانونية، ليس النظام العام بالمعنى القانوني الدولي الخاص لدولة معينة، أي النظام العام الذي من شأنه أن يستعبد القانون الأجنبي المطبق على أساس النزاع، وهو من باب أولى ليس النظام العام للقانون الداخلي الذي يكون الأطراف قد إختاروه، إنما هو النظام العام بالمعنى الحقيقي للكلمة أي النظام العام عبر الدول *Ordre public* « transnational »⁽¹²⁹⁾.

(127) - FAUCHARD Philippe, L'arbitrage comercial international, op.cit.p.400.

(128) - أنظر في ذلك: إياد محمود برون، المرجع السابق، ص.569.

(129) - والذي يعرفه الأستاذ **LALIVE Pierre** بأنه :

« L'ensemble des principes fondamentaux indispensables à l'organisation de la société internationale, il s'agit en quelque sorte des règles communes dont la transgression doit être sanctionnée par l'arbitre international indépendamment de la législation nationale régissant le fond du litige ». Voir: LALIVE Pierre, « Ordre public transnational ou réellement international et arbitrage international », Rev.Arb, 1989, p.329.

الفرع الثاني

القواعد ذات التطبيق الضروي

إنّ الحرية التي يتمتع بها المتعاقدين في مجال إختيار قانون العقد، يفسح المجال أمامهم للتهرب من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعلاقة العقدية، وبالنظر لهذه الخطورة فإنّ الأمر يستدعي البحث عن إعادة التوازن بين حق الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق من جهة، والإحترام المطلوب للنصوص الآمرة التي تحكم العقد من جهة أخرى.

هكذا، تبدو الحاجة واضحة إلى قواعد البوليس ذات الطابع الأمر في مجال العلاقات الدولية حينما تلعب إرادة الأطراف دوراً هاماً في تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن هذه العلاقات وفقاً لمنهج التنازع، كما هو الشأن في مجال الروابط العقدية الدولية، ذلك أنّ ترك الحرية للأفراد في إختيار قانون العقد على هذا النحو يؤدي إلى إفساح المجال أمامهم للتقرب من القواعد الآمرة في القوانين الداخلية التي ترتبط بالعلاقة العقدية، ومن هنا تزداد الحاجة للتطبيق المباشر لقواعد البوليس.

على هذا الأساس، فإنّ التصدي لمدى خضوع القانون المختار من قبل الأطراف للقواعد ذات التطبيق الضروي أمام المحكمين، يقتضي الوقوف في البداية عند مفهوم هذه القواعد (أولاً)، ومعيار تحديدها (ثانياً).

أولاً: مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروي

لقد أضحت فكرة القواعد ذات التطبيق الضروي، التي درج الفقه التقليدي على تسميتها بقوانين البوليس والأمن من الأفكار الأساسية التي تحتل مكاناً بارزاً في القانون الدولي الخاص. إذ إرتبط ظهور هذه القواعد ب بروز مبدأ تدخل الدولة في مجال النشاط الإقتصادي والإقتصادي للأفراد تحقيقاً للصالح العام وحماية للطرف الضعيف في العلاقات التجارية، وأصدق تعبير عن مبدأ تدخل الدولة في هذه المجالات هو ما يسمى "بقوانين التوجيه الإقتصادي"، ومن هذه القوانين تلك التي تنظم الرقابة على النقد وسعر الصرف وعمليات البنوك وأسعار الفائدة. غير أنّ تدخلها لا يقتصر

فقط على الميدان الاقتصادي، بل يتجاوز ذلك إلى المجال الاجتماعي من خلال قوانين تنظيم العمل وقوانين التأمين الإجتماعي... إلى غير ذلك⁽¹³⁰⁾.

رغم خضوع عقود التجارة الدولية وفقاً للمعنى الذي حددناه من قبل لقانون الدولة الذي إختارته إرادة المتعاقدين بمقتضى منهج التنازع، فقد أكد الفقه الحديث مع ذلك على ضرورة إخضاع العقود في نفس الوقت للقواعد الآمرة التي قد تضعها دولة أخرى تنفيذاً لسياستها في التوجيه الاقتصادي. هذه القواعد الأخيرة، يطلق عليها الفقه الحديث إسم القواعد ذات التطبيق المباشر *Loi applicable immédiate* والتي يمكن تعريفها بأنها: « القواعد الآمرة التي تكفل تنظيم العلاقة الدولية بغض النظر عن القواعد الآمرة للنظام القانوني التي تحكم هذه العلاقة »⁽¹³¹⁾ أو على أنها: « القواعد التي تكفل الدولة بوضع تنظيم لها »⁽¹³²⁾

يشار عادة إلى هذه القواعد بعدة مصطلحات كمصطلح "قواعد البوليس"، أو مصطلح "قواعد الأمن المدني"، ولقد فضل فقه القانون الدولي الخاص أن يعالج تلك القواعد تحت إسم قواعد البوليس والأمن « Règle de police et de sureté » أو القواعد الفورية التطبيق *Règle d'application immédiate* »

على ضوء ذلك، فإنّ قواعد البوليس ذات التطبيق الضروري تعدّ من القواعد المادية التي لا يحتاج إعمالها إلى منهج التنازع، ممّا يعني أنّ تطبيقها لا يتم من خلال قواعد الإسناد. وسواءً إتسمت هذه القواعد بطابعها المحايد أو كانت من قواعد الإسناد ذات الغاية المادية، فإنّ قواعد البوليس تعدّ بهذه المثابة من القواعد ذات التطبيق المباشر⁽¹³³⁾.

إذا كانت قواعد البوليس تعدّ من القواعد ذات التطبيق المباشر وفقاً لهذا المعنى، فإنّ العكس غير صحيح لأنه من العسير أن نسلم بإحترام كافة القواعد ذات التطبيق المباشر من قواعد البوليس، حيث لا يكفي لإعتبارها قاعدة من قواعد البوليس أن يكون مشرعها قد أراد إعمالها على نحو مباشر بنص صريح، لأنه كثيراً ما يتوسع هذا الأخير في نطاق تطبيق قانونه لأسباب مختلفة على نحو يخل بالتوازن المطلوب بين مجال تطبيق قانونه الوطني وغيره من القوانين الأخرى، ولهذا

(130) - هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.77.

(131) - « Les dispositions impérative dont l'application s'impose à une relation internationale indépendamment des règles impératives de l'orde juridique régissant cette relation », Voir : TRARI Mostefa- Tani, op.cit, pp.149-150

(132) - JACQUET Jean-Michel, op.cit, p. 270.

(133) - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص.

فيجب أن يتوافر في هذه العلاقة بالإضافة إلى إرادتها في الإنطباق تلك الرابطة العقلانية بين مضمونها ونطاق تطبيقها. وهذا ما يميز قواعد البوليس وبمنحها أساس تطبيقها الضروري⁽¹³⁴⁾.

على هذا النحو، تبرز أهمية التفرقة بين قواعد البوليس ذات التطبيق الضروري من ناحية والقواعد ذات التطبيق المباشر من ناحية أخرى، إذ أنّ هذه التفرقة بين قواعد البوليس وغيرها من القواعد ذات التطبيق المباشر هي التي دعنا بصفة خاصة إلى عدم إطلاق هذا الإصطلاح الأخير على قواعد البوليس، مفضلين في شأنها إصطلاح "القواعد ذات التطبيق الضروري". إذ نقصر هذا الإصطلاح على قواعد البوليس دون غيرها من القواعد ذات التطبيق المباشر⁽¹³⁵⁾.

في المقابل، وبالنظر للهدف الذي تسعى إليه كل من قواعد البوليس ذات التطبيق الضروري والنظام العام، فإنّ قواعد البوليس تقترب من الدفع بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، إذ أنّ تعلقها بالنظام العام هو الذي يجعل تطبيقها أمراً ضرورياً⁽¹³⁶⁾. غير أنّ طريقة أعمال كل منهما يمنع إجتماعها كمنهج واحد، لأنّ أعمال أحدهما يستبعد الآخر بالضرورة⁽¹³⁷⁾.

على الرغم من صعوبة إيجاد مفهوم واضح ودقيق للقواعد ذات التطبيق الضروري، إلا أنّ الأمر المتفق عليه دون أدنى شك، أنّ إختصاص قوانين البوليس ينتج عند الحاجة المشروعة إلى تطبيقها والتي تقتضيها الضرورات الإجتماعية بهدف حماية التنظيم السياسي والإجتماعي والإقتصادي للدولة. وأنّ الدور الأساسي لهذه القواعد هو ضبط كل العلاقات التي تدخل في نطاق تطبيقها حتى تلك التي تشمل على عنصر أجنبي⁽¹³⁸⁾، إذ أنّ هذه القواعد تهدف إلى منح الإختصاص للقانون الوطني حماية لبعض القواعد الآمرة في دولة القاضي. وهذا ما أكدت عليه مختلف التشريعات الوطنية، كما هو الشأن في القانون المدني الجزائري الذي ينص في المادة 5 منه

(134) - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص.149.

(135) - وهو نفس الحل الذي تبناه كذلك الأستاذ هشام علي صادق. أنظر في ذلك: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.885.
(136) - المرجع نفسه، ص.855.

(137) - محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس الضرورية التطبيق، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص.80.

(138) - كراش ليلي، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص.107.

على أنه: « يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن »، كما يقابله أيضاً في التشريعات المقارنة القانون المدني الفرنسي الذي ينص في المادة 03 الفقرة الأولى التي تنص على أن: « قوانين البوليس والأمن تلزم كل من يقطن الإقليم »⁽¹³⁹⁾.

لم تكن التشريعات الحديثة بالنص على ضرورة التطبيق المباشر للقواعد الآمرة التي تأخذ وصف قواعد البوليس وإنما أكدت على ضرورة مثل هذا التطبيق في القوانين الخاصة التي تنظم مجالاً محدداً بذاته كقانون المنافسة⁽¹⁴⁰⁾ وقانون الإستهلاك ذات الصلة الوثيقة بالإقتصاد الوطني⁽¹⁴¹⁾ أو تلك التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية⁽¹⁴²⁾.

هكذا، فإن إستبعاد مبدأ سلطان الإرادة سيؤدي إلى حماية أكبر للمستهلك، إلا أن هذا لا يعني الإستبعاد الكلي لمبدأ سلطان الإرادة، لأن ذلك سيؤدي إلى الإضرار بمصالح التجارة الدولية ويهدد نموها وتطورها، كون هذه الأخيرة ترتكز على تحفيز وتفعيل إرادة الأطراف.

2- معيار تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري

إختلف الفقه حول المعايير التي يمكن الإستعانة بها لتحديد قواعد البوليس ذات التطبيق الضروري، بحيث إنقسم بصدد ذلك إلى ثلاثة اتجاهات، إتجاه ينادي بالمعيار الشكلي وجانب ينادي بالأخذ بالمعيار الفني، وآخر بالمعيار الغائي، وأخيراً هناك من ينادي بالأخذ بالمعيار العقلاني والذي سوف نركز الدراسة عليه، بإعتباره آخر ما توصل إليه الفقه، كما أنه أهم معيار كونه يؤدي جانب كبير من المعايير السابقة، والذي نرجح إختياره كأسس لتحديد هذه القواعد.

(139) - أنظر: عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص. 88.

للتفصيل أكثر حول القانون المدني الفرنسي راجع موقع: www.droit.org/jo/copdf/civil

(140) - أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر، عدد 43 صادر بتاريخ 20 جويلية سنة 2003، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 جوان سنة 2008، ج.ر، عدد 36 صادر بتاريخ 2 جويلية سنة 2008، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 10-05، مؤرخ في 15 أوت سنة 2010، ج.ر عدد 46 صادر بتاريخ 18 أوت سنة 2010.

(141) - قانون رقم 04-02، مؤرخ في 23 جوان سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر عدد 41 صادر بتاريخ 27 جوان سنة 2004، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 10-06 مؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر عدد 46 صادر بتاريخ 18 أوت 2010.

(142) - قانون رقم 09-03، مؤرخ في 25 فيفري سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر عدد 15 صادر بتاريخ 8 مارس سنة 2009.

إنّ أهم ما يميز قواعد البوليس، هي تلك الصلة العقلانية التي تربط ما بين مضمون هذه القواعد وأهدافها من ناحية ونطاق تطبيقها من ناحية أخرى، فالصلة العقلانية بين مضمون القاعدة وأهدافها من ناحية ونطاق تطبيقها من ناحية أخرى، هي المعيار الذي يتعيّن الإعتداد به للكشف عن طبيعتها بوصفها من قواعد البوليس ذات التطبيق الضروري⁽¹⁴³⁾.

تتزايد أهمية المعيار العقلاني حين نكون بصدد قاعدة وطنية تنتمي لقانون القاضي أو قاعدة أجنبية تنتمي لنظام قانوني تشير قواعد الإسناد بإختصاصه. إذ يكفي في الفرض الأول أن تكون القاعدة الوطنية من القواعد ذات التطبيق المباشر التي تريد الإنطباق على العلاقة العقدية المطروحة ولو لم تكن من قواعد البوليس، ولا يهم في الفرض الثاني معرفة طبيعة القاعدة الأجنبية، مادام أنها واجبة التطبيق أصلاً بمقتضى قواعد التنازع في دولة القاضي⁽¹⁴⁴⁾.

على هذا النحو، تبرز أهمية المعيار العقلاني بصفة خاصة عندما يكون القاضي بصدد قاعدة أجنبية لا تنتمي لنظام قانوني واجب التطبيق بمقتضى منهج التنازع، ممّا يمكن القول معه أنّ هذا المعيار يستعيب كافة فروض تطبيق قواعد الإسناد أو قواعد البوليس، سواءً أكانت منتمية لقانون القاضي أو لقانون أجنبي أشارت قواعد الإسناد إليه، أو قواعد البوليس في قانون أجنبي غير مختص بمقتضى قواعد التنازع.

على ضوء ما سبق، يتبيّن أنّ المعيار العقلاني يعد أساساً كافياً للكشف عن قواعد البوليس الأجنبية التي لا تنتمي للقانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد، الأمر الذي يبرر تطبيقها على العلاقة العقدية المطروحة والتي تتصل بها هذه القواعد إتصلاً يراه القاضي وثيقاً، والقول بغير ذلك من شأنه فتح الطريق أمام المتعاقدين للإفلات من الأحكام الأمرة في القوانين التي ترتبط بالعلاقة العقدية، مستغلين في ذلك ضابط الإسناد الذي يتيح للمتعاقدين إختيار قانون العقد⁽¹⁴⁵⁾.

تأسيساً على ذلك، فيمكن القول أنّ المعيار العقلاني أفضل معيار لتحديد القواعد ذات التطبيق الضروري كونه يستوعب كل الفروض المفروضة، من بينها تطبيق القواعد المنتمية إلى قانون أجنبي والتي لا تشير إليه قواعد الإسناد.

(143) - أنظر: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.881.

(144) - المرجع نفسه، ص.885.

(145) - محمود محمد ياقوت، قانون الإدارة وقواعد البوليس، المرجع السابق، ص.103.

بناءً على ما سبق ذكره، نخلص إلى القول أن القواعد ذات التطبيق الضروي هي تشريعات وطنية تعبر عن الخيارات الأساسية للنظام القانوني الوطني، وتضبط كل العلاقات التي تدخل في نطاق تطبيقها حتى تلك التي تشمل على عنصر أجنبي، وبالتالي تقف كعقبة على أطراف عقود التجارة الدولية، الذين يلتزمون بضرورة احترامها لضمان فعالية نظام التحكيم وتحقيق الأهداف الموجودة منه.

كما تعتبر نوع خاص من القيود، وتبرز هذه الخصوصية في كونها لا تؤدي إلى إستبعاد القانون المختار، كما هو الشأن بالنسبة للقيود الأخرى (كالنظام العام والغش نحو القانون)، بل تعطل أعماله فقط، إذ يبقى القانون المختار مختصاً بموضوع النزاع.

الفرع الثالث

الغش نحو القانون

إنطلاقاً من إعتبار أن كل قاعدة إسناد تسترشد بضابط معين يشير إلى القانون الواجب التطبيق، فإن جانب من هذه الضوابط قابل للتغيير وفقاً لإرادة الأفراد، ومن هنا فإنه من المتصور أن يعهد الشخص إلى تغيير ضابط الإسناد لمجرد التوصل إلى تطبيق قانون معين والتهرب بذلك من أحكام القانون الواجب التطبيق، مما يثبت وجود غش نحو القانون.

يعتبر الغش نحو القانون⁽¹⁴⁶⁾ مخالفاً للنظام العام الدولي في إطار التحكيم التجاري الدولي، كلما ثبت تقديم مستندات مزورة للمحكّمين، وبالتالي فإنّ الحكم المسند على هذه المستندات، يعد باطلاً لمخالفته النظام العام الدولي. ولو تمّ إكتشاف تزوير هذه المستندات بعد صدور الحكم⁽¹⁴⁷⁾.

على هذا الأساس، فإنّ الغش نحو القانون يعتبر مانعاً من موانع تطبيق القانون الأجنبي، يلجأ إليه أحد الأطراف أو كلاهما لتغيير ظرف الإسناد، بهدف نقل الإختصاص من قانون لآخر يتفق مع رغبة الشخص ويجنبه تطبيق القواعد الآمرة والمختصة أصلاً لحكم العلاقة⁽¹⁴⁸⁾.

(146) - ظهرت نظرية الغش نحو القانون، لأول مرة في القضاء الفرنسي بمناسبة قضية شهيرة في فقه القانون الدولي الخاص وهي قضية الأميرة "دي بوفرمون". أنظر في ذلك: هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 220 و 221.

(147) - الأحدب عبد الحميد، « القواعد المنظمة لإجراءات التحكيم »، أعمال اليوم الدراسي حول: الطرق البديلة لحل النزاعات (الصلح، الوساطة والتحكيم)، المحكمة العليا، الجزائر، أيام 15 و 16 جوان 2008، ص. 80.

عليه، فمتى كانت تصرفات الأطراف تحمل غشاً وتحايلاً نحو القانون، ينشأ الحق للقاضي الوطني في إبطال إجراءات التحكيم. كأن يبرم مثلاً الأطراف أو أحدهم إتفاق التحكيم ويتبين من خلال تحليله أنه يتضمن غشاً، أو أن يستخدم أحد الأطراف أو كليهما حريتهما التعاقدية الواسعة التي يتمتعون بها في مجال التحكيم للإستفادة من التشريعات الوطنية للحصول على مصلحة أو كسب غير مبرر⁽¹⁴⁹⁾.

على إعتبار أنّ الغش نحو القانون، هو إرادة تغيير ضابط الإسناد للوصول لنتيجة مشروعة في حد ذاتها ومحصورة في نظر القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، الأمر الذي يثير التساؤل عن كيفية التمسك بالدفع بهذا الغش (أولاً) وعن الآثار المترتبة عنه (ثانياً).

أولاً: شروط الدفع بالغش نحو القانون وأثاره

يشترط للدفع بالغش نحو القانون شرطان، شرط مادي يتمثل في إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد(1)، وشرط معنوي يتمثل في توافر نية التحايل أو الغش نحو القانون(2).

1- التغيير الإرادي في ضابط الإسناد

إنّ إستبعاد القانون الواجب التطبيق في هذا الشأن يرجع إلى إرادة الأطراف، ومقتضى ذلك أن تلعب الإرادة دوراً في هذا الخصوص، ويكون ذلك عن طريق إحداث تغيير أو تعديل في ضابط الإسناد، الذي يتم بمقتضاه تحديد القانون الواجب التطبيق والذي تكون للإرادة دور في تحديده.

ينقسم ضابط الإسناد إلى قسمين، ضوابط إسناد ثابتة وضوابط قابلة للتغيير، ومثال الأول ضابط موقع العقار وضابط محل وقوع الفعل الضار. ومثال الثاني، ضابط الجنسية وموقع المنقول والموطن، إذ يلزم في التغيير الإرادي الذي يطرأ على ضابط الإسناد أمران، الأول أن يكون من شأنه تعديل الإختصاص التشريعي والثاني أن يكون تغيير ضابط الإسناد قد وقع سليماً قانونياً⁽¹⁵⁰⁾.

(148) - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين وتنزع الإختصاص الدوليين)، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص. 555 و 556.

(149) - هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص. 184.

(150) - المرجع نفسه، ص. 187.

2- توافر نية التحايل أو الغش نحو القانون

يجب للدفع بالتحايل نحو القانون، أن يكون الهروب من أحكام القانون الواجب التطبيق هدفه هو تغيير ضابط الإسناد، وهذا شرط هام للدفع، إذ يتطلب أن يكون تغيير ضابط الإسناد قد تم سليماً من الناحية القانونية، فإذا إنعدم فيه التحايل أو الغش كان القاضي أمام إستحالة عدم الإعتداد بالتعديل الذي طرأ على هذ الضابط، وعلى القاضي أن يتحقق من نية الأطراف في التهرب من القانون الواجب التطبيق.

بالنظر إلى القرائن التي تجسدها الوقائع المادية، فقد يستشف القاضي نية التحايل من إلتزامين، إلتزام في التغيير الطارئ على ضابط الإسناد وإلتزام في طلب تطبيق القانون الذي يشير به هذا الضابط. كأن ينقل البائع المنقول إلى إقليم دولة معينة ويطلب إبطال الحقوق التي قررت عليه والتي كانت صحيحة وفقاً لقانون موقع العقار الأول⁽¹⁵¹⁾.

تأسيساً على ذلك، فإذا ما توافر الشرطان السابقان كان على القاضي أن يجازي التحايل الذي وقع، سواءً قصد بهذا التحايل التهرب من أحكام قانون القاضي أو من أحكام القانون الأجنبي، وسواءً كان الغش قد تم بقصد الهروب من الأحكام والقواعد الآمرة أو من القواعد المكملة في أي منهما⁽¹⁵²⁾.

ثانياً: الآثار المترتبة عن الغش نحو القانون

تبرز أهمية الدفع بالغش نحو القانون، من خلال الجزاء الذي يرتبه على القانون المختار إذا ثبت وجود تحايل من قبل المتعاقدين. إذ تنحصر أثار الدفع بالتحايل نحو القانون في حرمان الأطراف من تحقيق الغاية أو الهدف المتبقي من إرتكاب الغش، أو التحايل على القانون ويكون ذلك عن طريق عدم الإعتداد بالتغيير الذي طرأ على ضابط الإسناد وإعمال القانون الواجب التطبيق أصلاً حسب قاعدة الإسناد الوطنية، كما لو لم يتم هذا التغيير في ضابط الإسناد. إذ لا يطبق

(151) - أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة،

عمان، 2008، ص. 108.

(152) - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 570.

القاضي في هذا الشأن قانونه بل يعيد إلى القانون الذي تمّ التحايل عليه نفوذه ويطبقه، ويستوي أن يكون هذا القانون هو قانونه الوطني أو قانون دولة أجنبية⁽¹⁵³⁾.

فضلاً عما سبق، نخلص إلى القول أنّ الغش نحو القانون يعتبر قيد على حرية الأطراف، شأنه في ذلك شأن بقية القيود الأخرى، وهذا بشرط إثبات التهرب أو التحايل نحو القانون الواجب التطبيق.

المطلب الثاني

القيود الخاصة بعملية التحكيم

إنّ التحكيم كوسيلة إختيارية تقوم على مبدأ سلطان الإرادة في كل مراحلها، يجعلها بشكل أو بآخر خاضعة لإرادة هؤلاء الأطراف، ممّا يتولد عنه أحياناً نشوب نزاعات وخلافات أثناء تنظيم إجراءات التحكيم، كأن يعمد أحد أطراف التحكيم إلى عرقلة سير خصومة التحكيم، بعدم تعيين محكمه أو كأن لا يقوم المحكم بواجبه في خصومة التحكيم.

إزاء ذلك كلّه، وتصدّيًا للعقبات التي قد تعيق سير عملية التحكيم وضماناً لفعاليتها، يقتضي الأمر تدخل القضاء. ذلك أنّ التحكيم لم يعد نظاماً رضائياً يتوقف نجاحه على حسن نية المحكّمين ومدى مساعدتهم للمحكم في أداءه لمهمته.

بالنظر للدور الهام والفعال الذي يتمتع به لصالح إنجاز التحكيم، إتجهت معظم التشريعات التي تعالج موضوع التحكيم نحو إعطاء قضاء الدولة دوراً هاماً في نطاق نظام التحكيم، إذ لم يعد يقتصر دور هذا القضاء على الرقابة، ولكنّه أصبح مزدوجاً، بحيث يمتد أيضاً ليشمل المساعدة من أجل سدّ العجز الناتج عن كون المحكم شخصاً عادياً لا يتمتع بسلطة الأمر الذي يتمتع بها القاضي.

تأسيساً على ذلك، فإنّ ضمان فعالية التحكيم، يستوجب تدخل القضاء لحسن سير إجراءات التحكيم، منعا لأيّ إنهيار لهذا النظام عند أول فرصة تعصف به. وتدخل القاضي في هذا الشأن قد يشمل جميع مراحل الدعوى التحكيمية، من بدايتها إلى نهايتها، الأمر الذي يستدعي تقسيم مراحل

(153) - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 108 و 109.

تدخل القضاء إلى مرحلتين: مرحلة سير خصومة التحكيم (الفرع الأول)، ومرحلة ما بعد صدور القرار التحكيمي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تدخل القاضي الوطني خلال سير خصومة التحكيم

قد تطرأ أثناء سير إجراءات التحكيم بعض الأمور التي تؤثر سلباً على فاعلية التحكيم وعلى تحقيق الهدف المرجو منه، كإمتناع المحكم وتعذره عن مباشرة مهامه أو تعذر هذا الأخير إجبار أحد الخصوم القيام بإجراء معين أو الإنصياح لأحد قراراته، نتيجة إفتقاره لسلطة الإجبار التي يتمتع بها القاضي، وبالتالي فمن الطبيعي أن يحتاج كل من المحكم والأطراف للقضاء⁽¹⁵⁴⁾، سواءاً لإتخاذ التدابير الوقئية وتحفظية أو للمساعدة في إختيار المحكمين أو للحكم على من يتخلف من الشهود، أو الإلزام بتقديم مستند أو للإنبابة القضائية.

لهذا السبب، يتدخل قضاء الدولة لمساعدة التحكيم وضمان فعاليته، خاصة فيما يتعلق بتشكيل هيئة التحكيم وإنهائها (أولاً)، أوفي ما يتعلق بإتخاذ التدابير التحفظية والوقئية (ثانياً)، أو في مجال تقديم الأدلة (ثالثاً). ويعود تقدير مدى الحاجة إلى المساعدة القضائية، إما هيئة التحكيم من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب الأطراف.

أولاً: تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم وإنهائها

إنّ الإستبقاء على إتفاق التحكيم فاعلاً بقدر المستطاع، يقتضي سدّ كل ثغرة قد يتذرع بها أحد الأطراف للتصل من إلتزامه المسبق بالتحكيم. ولعلّ أهم هذه الثغرات ما يخص هيئة التحكيم، سواءاً تعلق الأمر بتشكيل هذه الهيئة (1) أو بإنهائها (2).

1- تدخل القضاء في تعيين هيئة التحكيم

تكتسي مسألة إختيار المحكمين أهمية كبيرة لقيام التحكيم وتشكيل هيئة التحكيم، فالأصل أن يتفق الأطراف على المحكمين أو على الطريقة التي يتم بها إختيارهم، إلا أنّ هذا لا يعد الطريق الوحيد لتعيين المحكمين، فمنعاً لأية إعاقة ومماطلة قد تحدث في تشكيل هيئة التحكيم، وضع

(154)-VAN HOUTTE (H), « Le juge et l'arbitre : le rôle du juge pendant la procédure arbitrale », Rev.Arb, Dr.Int.Dr.Com, 1993, pp.28-29.

المشرع قاعدة احتياطية سمح بموجبها للقضاء تقديم يد العون للتحكيم بتعيين المحكم أو المحكمين مما يفقد التحكيم أهم ميزاته ألا وهي السرعة في الفصل في النزاع⁽¹⁵⁵⁾.

تكاد تتفق معظم التشريعات الوطنية على أن تدخل القضاء في هذا المجال لا يكون إلا للقضاء على الصعوبات والعراقيل التي يفتعلها الأطراف. إذ حدد المشرع الجزائري حالات تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم كإستثناء، تاركاً الحرية بالدرجة الأولى للطرفين في إختيار محكميهم. وفي حالة إمتناع أحد الأطراف عن تعيين محكمه، فقد منح الإختصاص لرئيس المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها التحكيم⁽¹⁵⁶⁾، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر أو لرئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج، وإختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر، وهذا ما يستخلص جلياً من خلال المادة 2/1041 من ق.إ.م.إ.

إنّ تدخل القضاء لتعيين المحكمين لا ينشأ فقط في بداية التحكيم، بل يمكن أن ينشأ أيضاً أثناء سير النزاع وذلك عندما تنتهي مهمة المحكم لسبب أو لآخر. وعليه فإنّ إنتهاء مهمة المحكم لسبب من الأسباب لا يؤدي إلى إختيار اتفاق التحكيم، كل ما في الأمر أنه يصاغ إلى تعيين محكم بديل له طبقاً للإجراءات التي إتبع في إختياره.

على هذا الأساس، فإذا كان المحكم الذي إنتهت مهمته تمّ إختياره من قبل أحد المحتكمين، فإنّ هذا الطرف هو الذي سيتولى إختيار المحكم البديل، أمّا إذا لم يتفق الطرفان على إختيار المحكم البديل للمحكم الذي إنتهت مهمته، تولى القضاء تعيينه بشرط أن تكون مهمة التحكيم قد إنتهت قبل صدور حكم التحكيم .

مهما يكن، وسواءً إنعقد الإختصاص للمحكمة في تعيين المحكم قبل بدء إجراءات التحكيم أو أثنائها، فيتوجب عليها أن تراعي في المحكم الذي تختاره الشروط التي إتفق عليها الأطراف في المحكم، كأن يكون من جنسية معينة أو جنس محدّد أو ذي كفاءة أو إختصاص ما، كما يستوجب

(155) - عامر فتحي البطانية، المرجع السابق، ص.76.

(156) - وهذا ما أكدته المادة 1/17 من القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 والتي تحيلنا إلى المادة 9 منه.

عليها التأكد من كونه كامل الأهلية، وليس محجوراً عليه ولا محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ولو رد إليه إعتبره⁽¹⁵⁷⁾.

فيما يخص القاضي المختص بتعيين المحكمين، فإنّ المستقر عليه في مجال التحكيم التجاري الدولي، أنّ الدولة هي التي تقوم بتحديد القاضي الذي يتدخل في حال وجود أي عائق يعيق السير الحسن لإجراءات التحكيم. ولقد عهد المشرع الجزائري مهمة تعيين المحكم إلى رئيس المحكمة، مع وضع إختصاصيين إقليميين مختلفين⁽¹⁵⁸⁾.

أما في شأن الإجراءات المتبعة من قبل القاضي لتعيين المحكم، فإنّ المشرع الجزائري لم يحدّد هذه الإجراءات، غير أنه بإستقراء نص المواد 1009 و 2/1041 من ق.إ.م.إ، يتضح أنّ تعيين المحكمة يكون عن طريق أمر على عريضة يصدرها رئيس المحكمة⁽¹⁵⁹⁾.

بناءً عما سبق، يمكن القول أنّ تدخل القضاء في مسألة إختيار المحكم يعتبر تدخلاً لئناً ومنطقياً، يتسم بطابع علاجي بهدف الحفاظ على الجوهر السليم لعملية التحكيم.

2- تدخل القضاء في إنهاء مهمة المحكم

إذا تعذر على المحكم مباشرة مهمة التحكيم أو إنقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخر صدور الحكم دون مبرر ولم ينتج ولم يتفق الطرفان على عزله، فلقد أعطى المشرع للمحكمة المختصة الحق في أن تصدر أمراً بإنهاء مهمة المحكم، إذا تقدم لها أي من الطرفين بطلب إنهاء مهمته، وذلك سواء برده (أ) أو بعزله (ب).

أ- رد المحكم

نظراً لكون المحكم يؤدي ذات الدور الذي يؤديه القاضي⁽¹⁶⁰⁾، فلقد رسم القانون للمحكم ما رسمه للقاضي بصدد حماية مظهر الحياد الذي يجب أن يتحلى به، وإذا كان كقاعدة عامة يتطلب

(157) - محمد أحمد البديرات، « مدى سلطة القاضي في التدخل في إجراءات التحكيم: دراسة مقارنة في قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 »، أعمال المؤتمر السنوي السادس عشر حول: التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2007، ص. 717 و 719. <http://Slconf Ua eu.ac.ea>

(158) - El AHDAB Jalal, op.cit, p.976.

(159) - وهي نفس الطريقة التي كان يعين بها المحكم في إطار المادة 444 من قانون الإجراءات المدنية (الملغى).

(160) - « La mission de l'arbitre est exactement la même que celle du juge », Voir : JARROSSON Charles, La notion d'arbitrage, L.G.D.I, Paris 1987, p.175.

من القاضي غير ما يتطلب من المحكم، بسبب أن الأول يحمي مظهر العدالة بإسم الدولة، بينما الثاني يحمي أساساً الحياد في نطاق الخصومة القائمة أمامه، فإن ذلك يستدعي من المحكم الإبتعاد عن كل ما يمس حياده وإستقلاله، وإلاّ فيمكن لأي من طرفي التحكيم الحق في رده وإبعاده من نظر النزاع⁽¹⁶¹⁾.

إذا كان المبدأ السائد في التحكيم هو حرية الطرفين في الإتفاق على إجراءات رد المحكم، فإن هذا لا يمنع تدخل القاضي في حالة عدم إتفاق الطرفين على رد المحكم. وبالتالي فلا يثور أي إشكال عندما يتم الإتفاق على رد المحكم، إذ يتم في هذه الحالة إستبعاد المحكم الذي يشوبه سبب من أسباب الرد والإستغناء عنه. إذ يتم تعيين محكم آخر بعيداً عنه وفقاً للإجراءات المقررة للتعيين والإستبدال والعزل المنصوص عليها في المادة 1041 من ق.إ.م.إ، وإتّما الإشكال يثور في حالة عدم إتفاق الأطراف على رد المحكم، عندما يتمسك أحدهما بالمحكم من أجل الفصل في النزاع، بينما يتمسك الطرف الآخر برده.

على هذا الأساس، فإذا لم يتم الأطراف بتسوية إجراءات الرد، أو لم يتضمن نظام التحكيم كيفية تسوية مسألة رد المحكم، يلجأ الطرف المعني بالتعجيل والذي لديه الرغبة في الرد إلى القاضي، بناءً على عريضة مستوفية لشروط صحتها، مع تقديم الأدلة الكافية. إذ يفصل القاضي في مسألة الرد من خلال أمر، إما برد المحكم أو بعدم رده، ويكون هذا الأمر الذي يصدره القاضي غير قابل لأي طعن⁽¹⁶²⁾.

عليه، فإن قبول المحكمة لطلب الرد، يترتب عليه أن الإجراءات التي قد تمت، بما في ذلك الأحكام التي أصدرها المحكم كأن لم تكن وتعدّ باطلة، كما يكون للبطلان أثر رجعي على كل القرارات والإجراءات التي أخذها المحكم قبل الرد.

ب- عزل المحكم

ما لم تكن خصومة التحكيم قد بدأت، فلا يصحّ الحديث عن إنهاء مهمة المحكم بالعزل، لأن نظام التحكيم يكون في المرحلة الأولى من مراحلها، والتي يتحدّد إطارها بالإرادة الذاتية لأطراف

(161) - أحمد أبو الوفاء، التحكيم في قوانين البلدان العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص. 44.

(162) - سالمى وردة، «رد المحكمين: دراسة مقارنة بين المرسوم التشريعي رقم 93-09 والقانون رقم 08-09»، أعمال

الملتقى الوطني حول: التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة قلمة، أيام 26 و 27 أفريل 2011، ص 7. و 8.

الإتفاق، وإنما ينبغي النظر إلى هذا الإنهاء بوصفه فسخاً للعقد بالإرادة المنفردة، وينتج هذا الفسخ دائماً أثره حتى ولو إستند إلى أسباب أو إعتبرات غير صحيحة، فإنهاء مهمة المحكم في هذه الحالة تتسم بطابع الفسخ من جانب واحد وليس للمحكم في هذه الحالة إلا المطالبة بالتعويض، إذا كان له مقتضى⁽¹⁶³⁾.

إلى جانب ذلك، فإن عزل المحكم لا يحدث بطبيعته إلا أثناء خصومة التحكيم، ويُنظر الى المحكم في هذه المرحلة بوصفه قاضي الخصومة. ومن ثم فليس لأي من الأطراف عزله بإرادته المنفردة، وما لم يتحى المحكم من تلقاء نفسه، فإنه يستمر في نظر خصومة التحكيم ومتابعة إجراءاتها⁽¹⁶⁴⁾، وليس أمام الأطراف في هذه الحالة، إلا التقدم إلى المحكمة المختصة بطلب الرد على نحو ما تقدم بيانه. مع الإشارة أنه إذا قضت المحكمة بعزل المحكم الذي سبق أن أصدرت قراراً بتعيينه، فيتوجب على المحكمة نفسها أن تصدر قراراً بتعيين بديل له.

على ضوء ما سبق، نخلص إلى القول أنه إذا تمّ تنحي المحكم عن التحكيم بناءً على طلب الرد أو العزل أو بموجب أمر قضائي، إنتهت مهمته كمحكم وأي إجراء يتخذه بعد ذلك يعدّ باطلاً.

ثانياً: تدخل القضاء في إتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية

تقتضي طبيعة وظروف النزاع المطروح على هيئة التحكيم ضرورة إتخاذ بعض الإجراءات الوقتية أو التحفظية، سواءاً كان ذلك قبل إنعقاد هيئة التحكيم أو أثناء سير خصومة التحكيم، كسماع شهادة شاهد على وشك الموت أو الرحيل أو إجراء معاينة لإثبات حالة العين موضوع النزاع. وبإعتبار المحكم بمثابة شخص عادي متجرد من سلطة الأمر، وبالتالي فمن الطبيعي أن يحتاج إلى السلطة الممنوحة لقاضي الدولة إذا ما تطلب الأمر إتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي لمصلحة العدالة وضماناً لفعالية التحكيم.

نظراً لإفتقار المحكم لسلطة القمع المخصصة للقضاء، فإنّ فعالية الإجراءات التي تتخذ تخضع لإرادة الأطراف، وإذا رفض أحدهما الإمتثال لها جاز للمحكم أن يطلب مساعدة القاضي

(163) - محمد أحمد البديرات، المرجع السابق، ص ص. 723 - 724.

(164) - VAN HOUTTE (H), op.cit, p.32

المختص، وعندئذٍ يطبق القاضي المختص قانونه الخاص به، ذلك أنّ التدابير المؤقتة والتحفظية المتخذة من طرف المحكم لا تحوز في حد ذاتها على القوة التنفيذية⁽¹⁶⁵⁾.

خوّل المشرع الجزائري لهيئة التحكيم الحق في الإستجداد وطلب المساعدة من قضاء الدولة من أجل ضمان فعالية ما يصدر عنهم من قرارات وقتية أو تحفظية، وهذا ما يظهر جلياً في نص المادة 2/1046 التي تنصّ على أنه: « إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي».

أما فيما يخص المحكمة المختصة بإتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية، فإنّ المشرع الجزائري لم يحددها. غير أنه بإستقراء نصوص المواد 1041 و 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتحليلها يتضح أنّ رئيس المحكمة هو المختص في الفصل في إتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية، إلّا أنه يجب التمييز في هذا الشأن، بين الحالة التي يجري فيها التحكيم في الجزائر وبين الحالة التي يجري فيها التحكيم خارج الجزائر، بحيث يتعين على محكمة التحكيم أو الطرف الذي يهيمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم أن يطلب تدخل رئيس المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر، وكان ذلك محدداً في إتفاقية التحكيم. أمّا في حالة عدم تحديد مكان التحكيم في الإتفاقية، فإنّ الإختصاص يؤول للمحكمة التي يقع في دائرتها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ⁽¹⁶⁶⁾، ولرئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج وإختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

إنّ تدخل القاضي في إتخاذ التدابير الوقئية والتحفظية، لا يكون فقط بناءً على طلب من محكمة التحكيم، بل يكون أيضاً بناءً على طلب أحد الأطراف عند عدم إتفاق الأطراف على إختصاص المحكم. كذلك فإنّ إلتجاء الأطراف إلى قضاء الدولة لإتخاذ التدابير الوقئية أو التحفظية، لا يتعارض في هذا الشأن مع إتفاق التحكيم ولا يعني تنازل الأطراف عن هذا الإتفاق⁽¹⁶⁷⁾.

(165) - عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص.51.

(166) - وهذا طبقاً لنص المادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(167) - خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص.431.

غير أنه وبالنظر لكون طلب التدابير الوقائية والتحفظية، عادة ما تتخذ بغرض المماثلة أو للتأثير على الخصم، فإنّ للمحكم أن يطلب ضماناً كافياً لتغطية نفقات هذه التدابير التي يأمر بها ويتحمل هذه النفقات الطرف الذي طلب إتخاذ هذه التدابير⁽¹⁶⁸⁾.

في المقابل، يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير⁽¹⁶⁹⁾.

ثالثاً: تدخل القضاء في تقديم الأدلة

الأصل أن يتفق أطراف الخصومة التحكيمية على طرق الإثبات وأدلتها، ولهم أن يختاروا القانون الذي يحكم الإثبات، فإذا لم يتفقوا على ذلك فيختار المحكم القانون الذي يراه مناسباً أو الذي يتفق مع طرفي النزاع عليه⁽¹⁷⁰⁾.

الأصل كذلك، أن يتولى المحكم مهمة البحث عن الأدلة وإعطاء الأطراف الحق في تقديمها الأدلة التي يرونها مناسبة لإثبات إدعاءاتهم⁽¹⁷¹⁾. لكن ورغم الصلاحيات التي يتمتع بها المحكم، والتي تمكنه من الحصول على أدلة الإثبات في موضوع النزاع المطروح عليه، فإنّه يفتقر إلى سلطة الأمر، نظراً لمصدره الإتفاقي، مما يجعله دائماً في حاجة إلى مساعدة القضاء للحصول على أدلة الإثبات أثناء سير خصومة التحكيم.

يعتبر الحصول على الأدلة من بين أوجه التعاون المهمة بين القضاء والتحكيم، حيث تتدخل المحكمة عندما لا يستطيع المحكمون تنفيذ مهامهم، حيث تستطيع المحكمة الحصول على إفادات الشهود والإحتفاظ بالأدلة وتعيين شخص للدخول إلى أي موقع يخص المتنازعين للحصول منه على الأدلة، هذا وتنص القوانين الوطنية على أنّ المحكم يستطيع الطلب من القاضي أن يصدر مذكرات بإحضار الشهود أو أن يوقع العقوبة على الشهود الذين تم إبلاغهم بشكل رسمي وتخلفوا عن

(168) - سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص. 68.

(169) - وهذا ما يظهر جلياً من خلال المادة 3/1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(170) - السيد أحمد الصاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، الطبعة الثانية، المؤسسة الفنية، القاهرة، 2004، ص. 147.

(171) - تعويلت كريم، « دور القاضي في تحقيق فعالية التحكيم التجاري الدولي»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد الأول، 2012، ص. 148.

الحضور أو إمتنعوا عن الإجابة، وكذلك يستطيع المحكم أن يطلب من المحكمة تكليف الغير بإبراز مستند أو وثيقة بحوزته، تكون ذات أهمية وضرورية لإصدار حكم التحكيم.

فضلاً عن ذلك، فقد أعطى القانون للمحكم صلاحية طلب الإنابة القضائية من القضاء وذلك لإستيفاء إجراءات الإثبات، مثلها في ذلك مثل القضاء العادي⁽¹⁷²⁾.

إلى جانب إمكانية المحكم طلب المساعدة من القضاء في الحصول على الأدلة، فيمكن للأطراف أو الخصم المعني بالتعجيل والذي تأذن له المحكمة التحكيمية بذلك، أن يطلب مساعدة القاضي المختص لتقديم الأدلة⁽¹⁷³⁾. وهو الأمر الذي تنص عليه المادة 1048 من ق.إ.م.إ على أنه: « إذا إقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالإتفاق مع هذه الأخيرة، أو للطرف الذي يهمله التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي».

رغبة من المشرع في إضفاء طابع الجدية على عملية التحكيم كي تحظى بما يحظى به العمل القضائي من جهة، وكي لا يستخف به أو يستهان به من جهة أخرى، فلقد أوجب على القضاء أن يتبع في شأن إستدعاء أحد الخصوم للمثول لطلبات المحكم ذات الإجراءات المتبع في شأن إعلانهم أمامه.

غير أنّ الأمر لم يتوقف عند هذا الحد، فلقد أوجب القضاء إتخاذ إجراءات إجبار الخصوم على المثول أمامه بذات الكيفية والعقوبات التي توقع عليهم عند إخلالهم بتلك الإجراءات في مواجهته، ممّا يضيفي الإحترام على إجراءات التحكيم.

(172) - عامر فتحي البطانية، المرجع السابق، ص.134.

(173) - الأحدب عبد الحميد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار المعارف، الإسكندرية، 1998، ص.377.

الفرع الثاني

تدخل القاضي الوطني أثناء صدور القرار التحكيمي

إذا كان التحكيم هو الأسلوب الذي يلجأ إليه الأطراف لحسم النزاعات، بعيداً عن القضاء الرسمي، ويعتمد أساساً على إرادة الأطراف، فإنّ هذا التحكيم يبقى عديم الفعالية، إذا لم يتدخل القاضي أثناء مراحلها وبالأخص في مرحلة صدور القرار التحكيمي.

حرصاً على نفاذ أحكام التحكيم، كرسّت مختلف التشريعات والإتفاقيات الدولية ما يضمن فعالية القرارات التحكيمية التجارية الدولية، وذلك بإسهام السلطة القضائية وجعل لها الدور الهام في الإعتراف بهذه القرارات وتنفيذها، وذلك حتى لا يبقى حكم التحكيم مجرداً لا قيمة له.

طالما أنّ حكم التحكيم يفصل في الخصومة التحكيمية، فغالباً ما يكون صادراً لصالح طرف وضد آخر⁽¹⁷⁴⁾. الأمر الذي يثير إحتمال معارضة أحدهما على الحكم عن طريق الطعن فيه، نتيجة لما قد يلحق بهذا الحكم من عيب يستدعي بطلانه.

عليه، فإنّ دراستنا في هذا الصدد، سوف تقتصر على إبراز الدور الذي يلعبه القاضي الوطني في مجال الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية، للتوصل في الأخير إذا ما كان تدخله في هذه العملية مجرد تدخل شكلي أم يتعدى ذلك (أولاً). وكذلك إبراز دوره كجهة طعن في مجال الإعتراف بالأحكام التحكيمية وتنفيذها (ثانياً).

أولاً: تدخل القضاء الوطني في مجال الإعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية

لا يحقق الحكم الصادر عن الهيئة التحكيمية جدواه، ولا يجد أساساً له، إذا إستحال على الطرف المتنازع المحكوم له إجبار خصمه على تنفيذ ما نطق به من طرف الهيئة التحكيمية الفاصلة في النزاع، وهذا لن يتحقق إلاّ بتعزيز مركز حكم التحكيم الدولي عن طريق إضفاء الأحكام التحكيمية بالقوة الإلزامية لأطرافه بواسطة الإعتراف بالأحكام وصيغتها بحجة الأحكام المقضي فيها،

(174) - ليس هناك ما يمنع أن يكون لصالح كل الطرفين وضدهما في آن واحد.

وتسهيل عملية تنفيذها بالتصدي لأي إمتناع عن تنفيذها حتى تحقق الهدف المرجو منه والمتمثل في تحقيق العدالة⁽¹⁷⁵⁾.

إذا كان الأصل أن يتم تنفيذ الأحكام بمجرد صدورها بمحض إرادة الأطراف، ما دام الحكم قد صدر عن هيئة تحكيمية، تم تعيينها من طرفهم، لتقضي وتحسم في النزاع وفق قانون قد إتفقا على تحديده، إلا أنه في بعض الحالات، ورغم الإتفاق على القانون الواجب التطبيق وإظهار النية الحسنة في الإمتثال الرضائي لحكم التحكيم، قد يتقاعس أحد أطراف النزاع في الإستجابة لتنفيذ الحكم، فتتصدى عملية التنفيذ صعوبات تدفع بالطرف المتضرر للإستجداء بالقضاء الوطني، والمطالبة بتنفيذ الحكم بوسائل جبرية⁽¹⁷⁶⁾.

إنّ الجهة القضائية المختصة بالأمر بتنفيذ قرارات التحكيم، قد حددها المشرع الجزائري مميّزاً في ذلك بين الأحكام الصادرة في الجزائر، وتلك الصادرة في الخارج، وهذا أسوة بما جاء في إتفاقية نيويورك التي تبنت مكان صدور الحكم لتحديد الصفة الأجنبية له⁽¹⁷⁷⁾.

تسهيلاً لعملية تنفيذ القرارات التحكيمية، فلا يستدعي الأمر رفع دعوى جديدة أمام المحاكم الوطنية، بل يكفي للطرف الذي صدر الحكم لصالحه التقدم بطلب إلى الجهة القضائية المختصة لأجل الحصول على أمر بالتنفيذ الجبري⁽¹⁷⁸⁾.

باعتبار التحكيم عدالة خاصة، فإنّ القرارات التحكيمية لا تقبل التنفيذ الجبري، إلا إذا خضعت لرقابة السلطة القضائية لدولة مكان التنفيذ، ذلك أن المحكم على خلاف القاضي متجرد من سلطة الإيجاب، وبالتالي، فإنّ الحكم الذي يصدره لن يرقى إلى مطاق العمل الصادر عن قضاء الدولة. الأمر الذي يتطلب إخضاعه لرقابة الجهة القضائية المختصة.

(175) - حسين نواره، « تكريس التحكيم التجاري الدولي كضمان للإستثمارات الأجنبية»، أعمال الملتقى الدولي حول: التحكيم التجاري الدولي في الجزائر بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 14 و 15 جوان 2006، ص 203.

(176) - المرجع نفسه، ص 204.

(177) - إنّ إلتزام المشرع الجزائري بمنح الأحكام التحكيمية القوة الإلزامية عن طريق الأمر بتنفيذها جبراً في حالة غياب التنفيذ الطوعي للأطراف، يجد أساسه في إنضمامها إلى إتفاقية نيويورك، الخاصة بالإعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها.

(178) - المرجع نفسه، ص 209.

في إطار الحديث عن الرقابة، فإنّ الرقابة على دعاوي التحكيم، تتولاها محكمة الإستئناف وذلك في ستة حالات منصوص عليها على سبيل الحصر في المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁷⁹⁾. وهذه الحالات يمكن تصنيفها إلى ثلاث فئات: تلك المتعلقة بوجود إتفاق التحكيم، وتلك المتعلقة بسريان التحكيم، وأخيراً تلك المتعلقة بالنظام العام الدولي⁽¹⁸⁰⁾.

وضع المشرع الجزائري شروطاً شكلية لأجل إعتبار الحكم التحكيمي الصادر في الجزائر أو خارجها قابلاً للتنفيذ على ترابها، حيث يقوم القاضي المكلف بالأمر على تنفيذ هذا الحكم بالرقابة والتأكد من الوجود الفعلي للحكم من جهة، ومن مدى إحترامه للنظام العام الدولي، وهذا ما يمكن إستخلاصه من خلال المادة 1051 من ق.إ.م.إ التي تنص على أنه: « يتم الإعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر، إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي ».

إنّ النظام العام المقصود به من خلال هذا النص، ليس النظام العام الوطني، الذي لا يتم إعماله إلاّ في الحالات التي يكون فيها التحكيم وطنياً بحتاً، وليس ذلك الذي يعرف لدى بعض الفقهاء بالنظام العام الدولي الحقيقي، الذي يضم القواعد المشتركة بين المجتمعات والشعوب، وإنّما المقصود به هو تلك الصورة المخففة من النظام العام الجزائري، التي تتماشى مع مقتضيات المرونة التي تتسم بها التجارة الدولية، سواءً تعلق الأمر بالقواعد الموضوعية أو الإجرائية⁽¹⁸¹⁾.

بذلك يقع على عاتق الجهة القضائية المكلفة بتنفيذ الحكم مهمة فحصه للتأكد من عدم خرق الهيئة التحكيمية قواعد ومبادئ النظام العام الدولي، ومن ثم الإعتراف به والأمر بتنفيذه أو رفض تنفيذه، دون الإمتداد لمراجعة الحكم.

على ضوء ما سبق، يتبين أنّ دور قاضي التنفيذ ينحصر في التأكد من كون حكم التحكيم خال من العيوب الإجرائية، دون البحث في موضوع النزاع، فقاضي التنفيذ لا يبحث في وقائع النزاع وسلامة تطبيق القانون عليها، كما لا ينظر في موضوع حكم التحكيم أو ملائمة ما إنتهى إليه، فهو

⁽¹⁷⁹⁾ -« Le contrôle des sentences arbitrales est fait par la cour d'appel et par les six cas énumérés à titre limitatif dans l'article 1056 du code de procédure civile et administrative Algérien. ». Voir : YESSAD Houria, « Le contrôle de la sentence rendue en matière d'arbitrage international en droit Algérien », R. A.S.J.E.P, n°3, 2010, p.28.

⁽¹⁸⁰⁾ -ALLIOUCH-KERBOUA-Meziani Naima, « Les moyens de recours dans l'arbitrage commercial international : la loi 08-09 », contribution au séminaire d'arbitrage national et international dans le droit Algérien, Université de Badji mokhtar Annaba, le 27 et 28 Avril 2011, pp.4-20.

⁽¹⁸¹⁾ - حسين نوار، المرجع السابق، ص.210.

لا يعد هيئة إستئنافية يقع عليها مراجعة قضاء المحكمين في موضوع الدعوى⁽¹⁸²⁾، بل إنّ دوره محدد وهو مراقبة مدى إستقاء القرار التحكيمي لشروط الأمر بتنفيذه وهذه الشروط منها، ما يمكن لقاضي التنفيذ إثارة عدم إستفائها في القرار من تلقاء نفسه، أهمها مخالفة النظام العام، ومنها ما يتعين على الخصوم التمسك بعدم إستفائها.

أضف إلى ذلك، فإنّ دور القاضي عند إصدار الأمر بالتنفيذ، يقتصر على الرقابة الشكلية دون المراجعة، وأن سلطات القاضي تنحصر في إصدار الأمر بالتنفيذ أو الرفض دون أن يتجاوز ذلك المساس بحكم التحكيم أو القيام بتعديله⁽¹⁸³⁾.

بناءً عما سبق، نخلص إلى القول أنّ تدخل القاضي في مجال الإعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها هو تدخل شكلي، يقتصر على رقابة صحة الحكم من حيث الشروط القانونية اللازمة والإجراءات الشكلية المتبعة في إصدار الحكم، دون إعادة النظر في موضوعه أو رقابة مضمونه، وإلاّ إعتبر ذلك مساساً بحجية الشيء المقضي فيه. وإذا ما كان الأمر على هذا النحو، فما هي سلطات القاضي الناظر في الطعن؟.

ثانياً: تدخل القاضي كجهة طعن في مجال الإعتراف بالأحكام التحكيمية وتنفيذها

إذا كان القرار التحكيمي هو النتيجة التي تتوصل إليها هيئة التحكيم جراء فصلها في النزاع المثار أمامها من قبل الأطراف، فإنّ الطعن في أحكام التحكيم، هو الوسيلة التي وضعها القانون لصالح الخصوم، تمكنهم من إعادة النظر في الأحكام الصادرة عليهم. والهدف من هذه الطعون هو منح الضمانات الكافية للخصوم لحمايتهم من الأخطاء الواردة في الأحكام، كما تمنح لهم الحق في طلب إعادة النظر ويكون ذلك أمام الجهات القضائية المختصة وفقاً لما قرره القانون.

على الرغم من أنّ بعض الأنظمة التحكيمية الدولية تعتبر القرار التحكيمي عند صدوره باتاً ونهائياً، ولا يجوز الطعن فيه، بحجة أنّ قبول الطرفين حسم النزاع عن طريق التحكيم يعتبر قبولاً للقرار الذي يصدر حول النزاع، إلاّ أنّ معظم الإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية أقرت طرقاً

(182) - زوده عمر، « إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وفق الإجراءات المدنية والإدارية»، المحكمة العليا، عدد خاص

حول: الطرق البديلة لحل النزاعات (الصلح الوساطة والتحكيم)، أيام 15 و 16 جوان، 2008، ص.222.

(183) - المرجع نفسه، ص.225.

مختلفة للطعن ضد قرارات التحكيم التجاري الدولي، إذ على دريها سار المشرع الجزائري، الذي أقر طرق للطعن في الأمر بتنفيذ أو رفض تنفيذ القرار التحكيمي في قانون الإجراءات المدنية الإدارية، ضمن القسم الثالث المتعلق "بالإعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها".

على ضوء ذلك، تظهر أهمية طرق الطعن وعلاقتها البالغة بالتنفيذ، ذلك أن الطعن يوقف تنفيذ أحكام التحكيم⁽¹⁸⁴⁾. وبالتالي فيمكن إجمال إختصاص القاضي كجهة طعن في مجال الإعتراف بالأحكام التحكيمية وتنفيذها في حالتين: إختصاصه كجهة إستئناف(1)، وكجهة نقض(2).

1- تدخل القاضي كجهة إستئناف في مجال الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية

يخول المشرع الجزائري للقاضي سلطة النظر في القرار التحكيمي كجهة إستئناف في طعون محددة، هي الطعون ببطلان هذه القرارات التحكيمية، شريطة أن تكون صادرة في الجزائر وذلك في حالات معينة حددها على سبيل الحصر⁽¹⁸⁵⁾.

إنّ الجهة القضائية المختصة في مثل هذه الطعون هي المجلس القضائي الذي صدر القرار التحكيمي في دائرة إختصاصه(المادة 1057)، إذ يقبل هذا الطعن ابتداءً من النطق بالقرار التحكيمي، ولا يجوز قبول الطعن إذا لم يرفع في الشهر الذي تم فيه تبليغ القرار المصرح بقباليته للتنفيذ⁽¹⁸⁶⁾.

(184) - وهذا ما أكدت عليه المادة 1060 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: « يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها المنصوص عليها في المواد 1055 و 1056 و 1058 تنفيذ أحكام التحكيم».

(185) - حسان نادية، « سلطات القاضي الجزائري في مجال التحكيم التجاري الدولي»، أعمال الملتقى الدولي حول: التحكيم التجاري الدولي بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 14 و 15 جوان 2006، ص. 229.

ترى في هذا الشأن، الدكتورة يسعد حورية أنّ المشرع الجزائري قد أصاب في إستبعاد إستئناف حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر والإكتفاء بالطعن فيه أمام المحاكم الجزائرية بالبطلان. أنظر: يسعد حورية، « طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري»، أعمال الملتقى الوطني حول: التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قالم، أيام 23 و 24 أكتوبر، 2011، ص. 2.

(186) - لم ينص المشرع الجزائري على طريقة تبليغ خاصة، وعليه فسوف تطبق القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية والادارية.

يقتصر دور المجلس القضائي الذي صدر القرار التحكيمي في دائرة إختصاصه في مجال الطعن بالبطلان على التأكد من صحة السبب الذي تمّ الإستناد إليه، إذ تقضي ببطلان الحكم إذا تحقق هذا السبب، كما تقضي برفض الدعوى إذا لم يتحقق ذلك السبب، دون أن تملك النظر في موضوع الحكم التحكيمي.

إنّ رقابة المحكمة المختصة بنظر الطعن في هذا الحكم هي رقابة مشروعية⁽¹⁸⁷⁾، وعلى ذلك فإذا كان يمنع على قضاة الإستئناف المساس بأصل الحق وموضوع النزاع بالنسبة للقرار التحكيمي، فإنهم ينظرون في أمر التنفيذ بطريقة عادية وكجهة إستئنافية، فيبحثون فيه من حيث الشكل وكذلك من حيث الموضوع، ويصدرون قرارهم إمّا بتأييد هذا الأمر أو إلغائه، مع التصدي له وذلك بالفصل من جديد في مسألة الإعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي.

فضلاً عما سبق، يتبين أنّ الإستئناف هو طريق طعن عادي، يرمي إلى تقديم الحكم المستأنف إلى جهة قضائية في الدرجة الثانية، من أجل إعادة النظر فيه وإلغائه من جانب الآثار التي ترتبت عليه⁽¹⁸⁸⁾، على أن يتم رفعه خلال مهلة شهر واحد تبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته⁽¹⁸⁹⁾.

2- تدخل القاضي كجهة نقض في مجال الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية

إلى جانب تخويل القاضي الجزائري سلطة النظر في القرار التحكيمي كجهة إستئناف، فإنّ القاضي الجزائري يتمتع أيضاً بسلطة النظر في قرار التحكيم كجهة نقض، وذلك سواءً في قرارات منح التنفيذ أو قرارات رفض التنفيذ. إذ تعتبر في هذا الإطار المحكمة العليا الجهة القضائية التي يمارس أمامها هذا الطعن، بإعتبارها محكمة قانون لا محكمة وقائع.

أما فيما يخص دور المحكمة العليا في هذا الشأن، فيقتصر على مراقبة مشروعية القرار الصادر عن المجلس القضائي وصحته من الناحية القانونية دون التطرق إلى الموضوع، فهم يراقبون عمل قضاة المجلس من حيث إحترامهم للنصوص القانونية.

(187) - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص.300.

(188) - الغوثي بن ملحّة، القانون القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص.353.

(189) - راجع المادة 336 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يجب التنويه في هذا الشأن، أنّ القرار التحكيمي ليس هو الذي يكون قابلاً للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، بل قرار رئيس المجلس في دعوى الطعن ببطلان القرار التحكيمي، الذي سوف يكون قابلاً للطعن بالنقض⁽¹⁹⁰⁾.

إنّ الطعن بالنقض في الحكم لا يقصد به إعادة النظر في الحكم المطعون فيه أمام المحكمة العليا، وإنما يرمي إلى النظر فيما إذا كانت المحاكم قد طبقت النصوص والمبادئ القانونية بصفة سليمة في الأحكام الصادرة عنها أم لا، وبالتالي فإنّ الطعن بالنقض هو طعن يقتصر فقط على مراعاة تطبيق القانون وليس البت في موضوع النزاع⁽¹⁹¹⁾.

إنّ الطعن بالنقض في الحقيقة، هو طريق طعن غير عادي، شرعه المشرع الجزائري ليمارس ضد الطعن بالنقض ضد قرارات المجالس القضائية الصادرة بناء على الطعن بالاستئناف في الأمر الذي يسمح بتنفيذ القرار التحكيمي الدولي أو برفضه، وكذا الطعن بالبطلان في القرار التحكيمي تطبيقاً للمواد 1055 و 1056 و 1058 من ق.إ.م.إ. .

لم ينص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على إجراءات خاصة بالطعن بالنقض في مجال القرارات التحكيمية الدولية، ولا على الآثار المترتبة عنه، الأمر الذي يقتضي الرجوع إلى تلك الإجراءات المنصوص عليها في القواعد العامة المتعلقة بالطعن بالنقض.

على ضوء ذلك، فإنّ الطعن بالنقض يرفع في أجل شهرين تسري من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصياً، ويمدد أجل الطعن بالنقض إلى ثلاثة أشهر، إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار، طبقاً لنص المادة 354. وتوقع عريضة الطعن بالنقض من طرف محامي⁽¹⁹²⁾.

أما فيما يخص الآثار المترتبة عن الطعن بالنقض، فإنّ المادة 348 من ق.إ.م.إ. تقضي بأنّ طرق الطعن غير العادية ليس لها ولا لآجال ممارستها أثر موقوف، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

(190) - حسان نادية، المرجع السابق، ص. 232.

(191) - الغوثي بن ملحّة، المرجع السابق، ص. 354.

(192) - وهذا طبقاً لنص المادة 558 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنّ: « تمثيل الخصوم أمام المحكمة العليا من طرف محامي وجوبي».

باعتبار أنّ الطعن بالنقض موجّه ضد القرارات القضائية الصادرة عن المجالس القضائية طبقاً لنص المادة 1061 من ق.إ.م.إ، فإنّ السؤال المطروح في هذه الحالة ينصب على الأوجه التي يؤسس عليها، فهل يؤسس على أساس الأوجه الواردة في المادة 1056 من ق.إ.م.إ أم على الأوجه الواردة في المادة 358 من ق.إ.م.إ التي جاءت مذكورة على سبيل الحصر⁽¹⁹³⁾ لا على سبيل المثال، وذلك لإعطاء هيبية للجهة القضائية التي يمارس أمامها هذا الطعن.

يجب التمييز في هذا الشأن بين أمرين، حسب موضوع الطعن بالنقض. فإذا كان الطعن بالنقض ينصب على الأمر برفض الإعتراف أو التنفيذ (المادة 1055 من ق.إ.م.إ) نعود إلى القواعد العامة، وبالتالي فالطعن بالنقض يجب أن يؤسس على الحالات المذكورة في المادة 358 من ق.إ.م.إ المتضمنة أوجه الطعن بالنقض.

أما إذا كان الطعن بالنقض ينصب على الأمر القاضي بالإعتراف والتنفيذ، فإنّ المشرع الجزائري لا يجيز الإستئناف ولا الطعن بالبطلان، وأجازه فقط في ستة حالات مذكورة على سبيل الحصر في المادة 1056 والتي هي أوجه للإستئناف والطعن بالنقض في نفس الوقت. وعليه فيجب أن يؤسس الطعن بالنقض على الحالات المذكورة في المادة 1056 من ق.إ.م.إ⁽¹⁹⁴⁾.

بناءً على ما سبق، نخلص إلى القول أنّ تدخل القضاء في شؤون عملية التحكيم أمر طبيعي وضروري لتحقيق فعالية التحكيم، وسدّ العجز الناجم عن المشاكل التي تثيرها عملية التحكيم، سواءً خلال سير إجراءات التحكيم أو أثناء تنفيذ القرار التحكيمي. وبالتالي فيمكن إعتباره كدعم للأطراف وللمحكم أكثر ما هو قيد عليهم.

(193) - نذكر من بين هذه الحالات: مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات - إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات - عدم

الإختصاص - إنعدام التسبيب أو قصوره أو تناقضه مع المنطوق - مخالفة القانون الداخلي - تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار ...

(194) - يسعد حورية، المرجع السابق، ص.5.

الفصل الثاني

مبدأ إستقلالية المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق

قد يعبر أطراف العلاقة عن إرادتهم المتجهة صراحة نحو تحديد قانون معين بذاته لينظم علاقتهم وما ينشأ عنها من آثار، وقد تطرأ في بعض الأحيان حالات عكسية لا يقوم الأطراف بالتعبير عن هذه الإرادة بصورة واضحة، أو يتغاضون عن التعبير عنها تماماً.

يكشف الواقع العملي لنزاعات عقود التجارة الدولية عن وجود حالات يغفل فيها الأطراف المتعاقدة عن تحديد القانون المطبق على النزاع المطروح على التحكيم الحر، ولعل مرّد ذلك يعود إلى إهمال الأطراف، أو يكون مرده مقصوداً، تفادياً للخوض في مسألة خلافية في الوقت الذي قد يكون فيه الأطراف قد إتفقوا على كافة الشروط الجوهرية للتعاقد.

عليه، فسواءً أكان هذا الإغفال مقصوداً أو كان سهواً من الأطراف، فإنّه يقع على عاتق المحكم واجب البحث عن ذلك القانون أو تلك القواعد القانونية، بإعتبار أنّ إختيار أطراف العلاقة اللجوء إلى هيئة التحكيم بموجب مشاركة التحكيم يتضمن تفويض هذه الهيئة لتحديد القواعد القانونية التي تسري على النزاع.

تأسيساً على ذلك، فإنّ المحكم يلعب دوراً هاماً في إختيار القانون الواجب التطبيق عند غياب إرادة الأطراف، سواءً الصريحة أو الضمنية، كما يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا المجال (المبحث الأول).

إن كان الأمر كذلك، فإنّ هذا لا يعني منح المحكم سلطة مطلقة في إختيار القانون الواجب التطبيق، وإنما تكون هذه الحرية مقيدة ببعض الضوابط والقيود التي تحدّ منها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

حرية المحكم في إختيار القانون المطبق على النزاع

إنّ المستقرّ عليه في التحكيم التجاري الدولي، أنّ المحكم ملزم بالإختيار الصريح وتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف، سواءً تمّ الإختيار في صلب العقد أو في وثيقة مستقلة، سواءً أثناء إبرام العقد أو بعد نشوء النزاع، وهذا إنطلاقاً من المبدأ التقليدي المعروف والثابت في النظم القانونية، والمتمثل في مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق.

لا يجد الحل المتقدم أدنى صعوبة في حالة قيام الأطراف صراحة بإختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، والذي يتعين على المحكم إحترامه، بل الصعوبة تكمن عند عدم وجود إتفاق صريح لإختيار هذا القانون، الأمر الذي يفرض على المحكم التصدي لتحديده لسدّ الفراغ القانوني.

عليه، فباستثناء الحالة التي يتولى فيها الأطراف بأنفسهم صراحة تعيين القانون الواجب التطبيق، فإنّ الحالات الأخرى التي يسكت فيها الأطراف عن تحديد هذا القانون، تؤدي إلى توسيع سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق، إذ يتمتع في هذا الشأن بقدر من الحرية والإستقلالية في بعض مراحل التحكيم، والتبرير القانوني لهذه السلطة ينبع من الدور الإيجابي الذي يمارسه بإعتباره قاضي النزاع، إذ يمارس دوراً هاماً في سدّ الفراغ الذي خلفه عدم تحديد القانون الواجب التطبيق، تمهيداً لحسم النزاع.

على ضوء ذلك، فينبغي إظهار الدور المستقل الذي يتمتع به المحكم في كافة مراحل سير التحكيم، بدءاً بإتفاق التحكيم الذي يعتبر الركيزة الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم (المطلب الأول)، مروراً بمرحلة السعي لفض النزاع والمتمثلة في دعوى التحكيم، التي تهدف بالأساس إلى إصدار حكم لحسم النزاع عن طريق تحديد القانون الذي يحكم إجراءات وموضوع النزاع (المطلب الثاني).

المطلب الأول

حرية المحكم في إختيار القانون الذي يحكم إتفاق التحكيم

تثور مسألة القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم أمام المحكم، وذلك عندما يدفع أحد الطرفين أمامه بعدم إختصاصه، إستناداً إلى عدم وجود إتفاق تحكيم للفصل في مدى صحة الدفع المثار أمامه من عدمه.

في حين تثور أمام القاضي الوطني، قبل الفصل في النزاع، حين يدعي أحد الأطراف قبل الفصل في النزاع بعدم وجود إتفاق التحكيم أو بطلانه، بينما يدفع الطرف الآخر بوجود إتفاق التحكيم أو يتمسك بصحته. كما تثور هذه المسألة أيضاً بعد صدور الحكم، وذلك بمناسبة الإعتراف به وتنفيذه من خلال دعوى البطلان.

تبيّن التجربة العملية بأن الأطراف في أغلب الحالات لا يحدّدون القانون الواجب التطبيق على إتفاقهم التحكيمي، وهذا ما أكدّ عليه البعض⁽¹⁹⁵⁾، بقولهم "أنّه من النادر تطبيقياً أن يلجأ الأطراف لإخضاع إتفاق التحكيم لقانون من إختيارهم صراحة"، الأمر الذي يثير التساؤل عن القانون الذي يلجأ إليه المحكم للفصل في مسألة صحة إتفاق التحكيم.

يبرز دور المحكم في هذا الشأن في حالتين، الحالة التي لا يعبر فيها الأطراف صراحة عن إرادتهم في تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، لكنهم يتركون بعض الإشارات والدلائل التي يستطيع المحكم الإستفادة منها للوصول إلى الإرادة الضمنية للأطراف، والحالة التي يسكت فيها الأطراف كلياً عن تحديد القانون الذي يحكم إتفاق التحكيم.

يتولى المحكم في الحالة الأولى، البحث عن القانون الواجب التطبيق من خلال قرائن تشير إلى إرادة الأطراف الضمنية، والإعتداد بها للوصول إلى تحديد القانون الذي تشير إليه إرادة الأطراف، وتكون المسألة حينئذٍ مسألة تركيز أوتوطين لإتفاق التحكيم(الفرع الأول)، بينما يتولى

(195) - أنظر في ذلك:

BEN ABDERAHMANE Dahmane, « La réforme de droit Algérien de l'arbitrage », Gaz. Pal n°101-103, 1999, p.28.

في الحالة الثانية، تحديد ذلك القانون بالإعتماد على طريقة أسلوب التنازع وطريقة القواعد المادية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

سلطة المحكم في إستظهار إرادة الأطراف الضمنية

إذا كان المستقر عليه في قضاء التحكيم التجاري الدولي، أنّ المحكم يتمتع بقدر من السلطة التقديرية في صدّد البحث عن القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم عند غياب إرادة الأطراف الصريحة، إلاّ أنّه في الحقيقة هي سلطة محدّدة تقف عند ضرورة إستظهار القرائن التي تشير إلى إرادة الأطراف الضمنية التي تدل على أنّهم إختاروا قانوناً معيّناً.

نصادف في الكثير من الأحيان خلط بين القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم والقانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي، إذ نصادف هذا الخلط بصفة جليّة، عندما يأخذ إتفاق التحكيم شكل شرط التحكيم أو في الحالة التي يقوم الأطراف بإختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي⁽¹⁹⁶⁾.

على هذا الأساس، فعندما يتمتع الأطراف عن إختيار القانون الذي يحكم إتفاق التحكيم، فنخلص عادة في هذه الحالة إلى أنه يجب توطين إتفاق التحكيم بالبحث عن النظام القانوني الأكثر ارتباطاً به، الأمر الذي يثير مشكل الخلط فيما ينبغي توطين إتفاق التحكيم أو توطين العقد الأصلي، فتوطين إتفاق التحكيم يجرنا إلى تفضيل عناصر التكييف الخاصة به (كاللغة، نظام التحكيم المختار، مقر التحكيم)، في حين أنّ تكييف العقد الأصلي يكون بمساعدة عناصر مختلفة تماماً، والتي تكون في بعض الحالات مقننة من قبل إتفاقيات دولية قابلة للتطبيق⁽¹⁹⁷⁾، كإتفاقية لاهاي الخاصة بالبيوع الدولية للمنقولات المادية⁽¹⁹⁸⁾. وإتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية⁽¹⁹⁹⁾.

(196) - أنظر في هذا الشأن، السيد الحداد حفيظة، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص. 71.

(197) - المرجع نفسه، ص. 70.

(198) - Convention de la Haye sur la loi applicable au contrat de vente international d'objets mobiliers corporels, est une convention internationale qui régit les ventes internationales de marchandises. Elle concerne principalement la vente d'objets mobiliers corporels. Conclue à la Haye le 15 juin 1955, Elle est entrée en vigueur à partir le 1^{er} septembre 1964. Elle a été remplacée par une autre convention de la Haye du 22 décembre 1986 sur la loi =

أضف إلى ذلك، فإنّ ضوابط الإسناد الإحتياطية التي يتوجب إعمالها عند غياب إرادة الأطراف الصريحة عن بيان القانون الواجب التطبيق بالنسبة لإتفاق التحكيم، تختلف عن تلك الواجب إعمالها على العقد الأصلي، إذ يبرز مكان التحكيم بإعتباره قرينة قوية على إختيار قانون ذلك المكان ليحكم إتفاق التحكيم، في الوقت الذي نرى فيه أنّ الإتجاه يختلف بالنسبة للعقد الأصلي، حيث يأتي في المقدمة تطبيق قانون محل الإبرام أو قانون محل التنفيذ.

إلى جانب هذا، فلم يتفق الفقه والإجتهد التحكيمي عند محاولة الإسناد لتعيين القانون الواجب التطبيق عند غياب الإختيار الصريح للأطراف، وذلك عند توطين إتفاق التحكيم، بحجة أنّ أخذ جميع عناصر الإتصال بعين الإعتبار عند تركيز إتفاق التحكيم يطرح مشكل القيمة التركيزية لكل ضابط.

إنّ سبب هذا الإختلاف، يعود إلى كون أنّ أغلب القرارات التحكيمية قد وحدت بين القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي، والقانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم⁽²⁰⁰⁾، وهي نتيجة منطقية لأنّ نفس الإسناد سوف يخصص لهذين العقدين، بإعتبارهما عقدان يخضعان لمبدأ حرية الإرادة. وبالتالي فعند غياب هذا الإختيار يخضعان لنفس مؤشرات التوطين، مع الأخذ بعين الإعتبار الخصوصية التي يطرحها إتفاق التحكيم، والتي سنعرض لها لاحقاً.

فضلاً عن ذلك، فإنّ عدم وجود قانون إختصاص للمحكم الدولي يجعل حرته واسعة في تحديد القانون الذي يطبقه على إتفاق التحكيم في حالة إنعدام الإختيار الصريح للأطراف المتعاقدة، بإعتبار أنه لا يتقيّد بالتشريعات الوطنية، وما قد يوجد فيها من تناقض وتعارض مع متطلبات عقود التجارة الدولية.

=applicable aux contrats de vente international de marchandises. www.fr.m.wikipedia/wiki/convention_de_la_Hay_du_15_juin_1955.

⁽¹⁹⁹⁾Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, est une convention internationale signée dans le cadre de la communauté économique Européenne, qui a pour but de déteminer la loi applicable aux contrats dans le cadre communautaire. Singée au Rome le 19 juin 1980 entre les Etats membres de la communauté, elle est entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991. Elle a été remplacée par le règlement n° 593/2008 du parlement Européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, surnommé « Rome 1 ». [www.fr.m.wikipedia/wiki/convention_de Rom du 19 juin 1980](http://www.fr.m.wikipedia/wiki/convention_de_Rom_du_19_juin_1980).

⁽²⁰⁰⁾ - نذكر من بينها: الحكم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس في القضية رقم 2626 لعام 1977. أنظر: DERAIS Yvse, « Les tendances de la jurisprudence arbitral », J.D.I, 1993, p.980.

بالنظر لأهمية الدور الذي يؤديه المحكم في هذا المجال، فلا بد من ناحية الوقوف على القرائن التي يستدل بها المحكم للوصول إلى الإرادة الضمنية للأطراف (أولاً)، وتحديد إطار حريته في الكشف عن هذه الإرادة من ناحية أخرى (ثانياً).

أولاً: القرائن التي يستدل بها المحكم للكشف عن الإرادة الضمنية

يتولى المحكم عندما تتاط به سلطة البحث عن القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، عند غياب الإختيار الصريح للأطراف، البحث عن القرائن التي تثبت إرادة الأطراف الضمنية في تطبيق قانون معين، وهذه القرائن كثيرة تختلف بإختلاف توجهات المحكمين ووفقاً لرؤية كل محكم، إذ تصنف بحسب القيمة المرجحة للإستدلال على إرادة أطراف إتفاق التحكيم في تطبيق قانون ما.

1- الإستدلال بضابط محل إبرام إتفاق التحكيم

يجد ضابط محل الإبرام أصله التاريخي في قاعدة أنّ قانون المحل يحكم التصرف، وهي تُعد من أقدم قواعد التنازع. غير أنّه لم يعد لها سلطان إلاّ على شكل العقد، بعد أن تقلص مجال إعمالها في أغلب التشريعات الحديثة بخروج موضوع العقد من نطاقها⁽²⁰¹⁾.

يؤخذ بهذا المعيار على أساس أنه أول مكان تتجسّد فيه الإرادة، كما يمكن للأطراف الإطلاع والتعرف عليه بكل سهولة، ومن ثم يكفل لهم الثقة والأمان القانوني ويصون لهم توقعاتهم، فضلاً عن كونه يؤدي إلى وحدة القانون الواجب التطبيق.

مع ذلك، فيؤخذ على هذا الضابط أنه غالباً ما يكون عرضي، فهو في واقع الأمر وليد الصدفة ولا تربطه بالعقد أي رابطة موضوعية، فرجال الأعمال قد يلجئون لإبرام عقودهم في دولة قريبة من كل منهم دون النظر إلى أهمية هذا المكان بالنسبة لعقدهم⁽²⁰²⁾. وهو ما يظهر بوضوح عندما يتعلق الأمر بالعقد الذي يتم إبرامه عبر شبكة الأنترنت. إذ يمكن لشخص أن يتعاقد من خلال حاسوبه الشخصي وهو ينتقل من دولة إلى أخرى، أو يتواجد في أماكن لا تخضع لإقليم دولة معينة. وبالتالي فلا يشكل سوى قيمة توطينية ضعيفة *valeur localisatrice extrêmement faible*.

(201) - خالد محمد الترجمان، « تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد القرض الدولي»، المجلة المصرية للقانون الدولي،

المجلد التاسع والأربعون، 1993، ص.103.

(202) - المرجع نفسه، ص.104.

2- الإستدلال بضابط مقر إتفاق التحكيم

يبرز ضابط مقر التحكيم، كأهم الضوابط التي يمكن للمحكم الإستناد عليها لتحديد إرادة الأطراف الضمنية عند غياب إختيار القانون الواجب التطبيق، بإعتبار أنه يعتمد على خاصية مكان التنفيذ لإتفاق التحكيم، إذ يمكن الإستناد عليه بالتنسيق مع الضوابط الأخرى، كبلد محل إبرام إتفاق التحكيم، وبالأخص عندما يكون هو كذلك بلد جنسية أو محل إقامة الأطراف أو المقر المشترك لهم...إلى غير ذلك (203).

يحظى مقر التحكيم بأهمية كبيرة، بإعتبار أن الطعن أو البطلان لا يمكن إجراءه إلا في بلد مقر التحكيم (204)، إذ أولت معظم الإتفاقيات الدولية أهمية خاصة له وإتخذته كمعيار أساسي في تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، كإتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي تسمح للدولة أن ترفض الإعتراف وتنفيذ القرار عندما تكون إجراءات التحكيم مخالفة لإتفاقية التحكيم أو لقانون الدولة مقر التحكيم (205).

كذلك أكدت بدورها إتفاقية جنيف لسنة 1961 على أن محاكم الدول يمكن أن تفصل في مدى وجود وصحة إتفاق التحكيم وفقاً للقانون المختار من قبل الأطراف، وفي غيابه وفق قانون المكان الذي صدر فيه القرار التحكيمي (206).

رغم تجسيد قانون المقر في الإتفاقيات الدولية، إلا أن هذه القرينة تظل ضعيفة بإعتبار أنه يتم عادة إختيار المقر لإعتبارات جغرافية ولا يستند لإعتبارات قانونية (207). من جانب آخر فإن إختياره في الغالب يكون مصلحياً وتعسفياً، إضافة إلى كونه لا يمثل أدنى صلة بموضوع النزاع، ومن جهة أخرى، فإن إختصاص قانون مقر التحكيم يكون مجرداً من الطبيعة التعاقدية للتحكيم (208).

(203) - سراج حسين محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص.241.

(204) - « Le siège de l'arbitrage est donc important car le recours ou l'annulation ne peut être demandé que dans un Etat du siège de l'arbitrage ». Voir : YESSAD Houria, « Le contrôle de la sentence rendue en matière d'arbitrage », op.cit, p.27.

(205) - TRARI Mostefa-Tani, op.cit, pp.120-121.

(206) - إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص.99.

(207) - جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص.94.

(208) - BENCHENEB Ali, op.cit, p.316.

على الرغم أنّ قانون المقر فقد الكثير من التأكيد ولم ينص عليه القانون الجزائري، فهذا لا يعني أنه لا يمكن الإعتداد به، فيما أنّ إتفاقية نيويورك أخذت بهذا المقر والجزائر بدورها صادقت على هذه الإتفاقية، فيمكن إعتباره جزءاً من القانون الجزائري ويمكن تطبيقه على هذا الأساس.

نظراً للإنتقادات الموجهة لضابط مقر التحكيم، فإنّ العديد من الأحكام رفضت الأخذ بقانون مقر التحكيم، نذكر من بينها، الحكم الذي أصدره المحكم Jean-Rene DUPUY في قضية TEXAC في 19 جانفي سنة 1977 الذي توصل من خلاله المحكم إلى تطبيق أحكام القانون الدولي بدلاً من قانون مقر التحكيم⁽²⁰⁹⁾.

على خلاف ما تقدم، فهناك بعض الأحكام التي أخذت بقانون مقر التحكيم نذكر من بينها، الحكم الذي أصدره المحكم LAGERGEREN عام 1973 بشأن النزاع بين الحكومة الليبية وشركة British petrolum، حيث طبق القانون الدنماركي على إجراءات التحكيم بإعتباره قانون دولة مقر التحكيم⁽²¹⁰⁾.

كذلك حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية في باريس سنة 1976، وذلك في النزاع القائم بين شركة ألومنيوم يوغسلافية ومشتري أمريكي، والذي طبق فيه المحكم القانون الفرنسي بإعتباره قانون الدولة التي يوجد بها مقر محكمة الغرفة، وذلك إستناداً إلى أنّ إرادة الأطراف عندما إختارت اللجوء لهذه المحكمة، فإنّه يستفاد ضمناً أنهم إرتضوا الخضوع لقانون الدولة التي توجد بمقر هيئة التحكيم التابعة للغرفة⁽²¹¹⁾.

فضلاً عما سبق، يتبين أنّ إختيار مكان معين لإجراء التحكيم، يعد دليلاً أو قرينة على إتجاه نية الأطراف الضمنية نحو تطبيق قانون هذه الدولة على الإجراءات. غير أنّه توجد صعوبة في الإعتداد بهذه القرينة عندما تتوزع عملية التحكيم بين أكثر من دولة⁽²¹²⁾.

(209) - راجع في هذا الشأن كل من:

TRARI Mostefa-Tani, op.cit, p.123, et ROBERT Jean, op.cit, p.424.

(210)-TERKI Nour-Eddine, op.cit, p.99.

(211) - أسامة أحمد الحواري، المرجع السابق، ص.113.

(212) - هشام خالد، المرجع السابق، ص.473.

3- الإستدلال بالقانون الذي يحكم العقد الأصلي

يمكن للمحكم أن يستند على القانون الواجب التطبيق على العقد الأساسي لتقدير مدى صحة إتفاق التحكيم من حيث الموضوع، ما لم تصرح الأطراف بإستبعاده صراحة⁽²¹³⁾. ولقد توصلت العديد من القرارات التحكيمية الدولية إلى تقدير كل من إتفاق التحكيم والعقد الأساسي وفقاً لنفس القانون، نذكر من بين هذه القرارات، القرار الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس في القضية رقم 2626 لعام 1978، الذي قرر من خلاله المحكم أنّ إختيار الأطراف للقانون المنظم للعقد الأساسي، ينظم أيضاً بصفة ضمنية إتفاق التحكيم في غياب أحكام خاصة⁽²¹⁴⁾. ولعلّ ما يبرّر ذلك، هو تماثل عناصر الإسناد بين الإتفاق التحكيمي والعقد الأصلي مع الأخذ بالإعتبار الخصوصية التي يطرحها إتفاق التحكيم.

هذا ما تمّ تكريسه أيضاً في إطار غرفة التجارة الدولية بباريس في القضية رقم 6840 لعام 1991، والتي قرر من خلالها المحكم أنه: « من المنطقي والطبيعي في حالة عدم تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، شأنه في ذلك شأن إتفاق الموضوع، أن تخضع مشاركة التحكيم إلى نفس القانون المطبق على العقد الأصلي »⁽²¹⁵⁾.

على هذا الأساس، ففي حالة إختيار الأطراف للقانون الذي يحكم العقد الأصلي، فإنّ المحكم يقدر مدى صحة إتفاق التحكيم وفقاً لهذا القانون، وهو الحل الذي إعتبر بمثابة إختيار ضمني للأطراف.

غير أنّ هذا الحل يعتبر غير منطقي لدى البعض⁽²¹⁶⁾، لأنّ الأطراف في غالبية الأحيان لا يحددون القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي، وإنما يحددون مكان إجراء التحكيم وعلى ذلك، ففي حالة عدم وجود إختيار صريح من قبل الأطراف، يجب إخضاع إتفاق التحكيم إلى قانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم.

(213) - أنظر في نفس المعنى: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.65.

(214) - « Il est communément admis que le choix du droit applicable au contrat principal règle aussi tacitement la situation de la clause d'arbitrage, en l'absence de dispositions particulières ». Voir : TERKI Nour-Eddine, op.cit, p.30.

(215) - Ibid, p.32. « L'arbitre unique siégeant a Paris a estimé qu'il était raisonnable et naturel. A défaut d'indication des parties sur la loi applicable à la convention d'arbitrage comme sur la convention du fond, de soumettre la clause d'arbitrage à la même loi applicable au contrat principale ».

FAUCHARD Philippe, op.cit, p.69.

(216) - رأي الأستاذ SAUSSER Hall أنظر في ذلك:

صحيح أنّ الأخذ بهذا الحل يقلل من إمكانية حدوث تنازع القوانين ويؤدي إلى توحيد النظام القانوني لعلاقات الأطراف، غير أنه لا يجب الإعتماد عليه كلياً، بل يجب إعتبره فقط مجرد إسناد، تفادياً لتأثير ذلك على مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

4- الإستدلال بال نماذج المستمدة من الإتفاقيات التحكيمية

تلعب بعض العناصر الخاصة بجانب من الإتفاقيات على التحكيم دوراً هاماً في عملية تركيز هذا الإتفاق في نظام قانوني محدد. ويتحقق ذلك في حالة تبني الأطراف لشرط تحكيمي مستمد من عقد نموذجي وضعته جهة محددة تابعة لدولة معينة، تتصل نصوصه بشكل وثيق بالنظام القانوني لهذه الدولة. فعقود النقل البحري التي يتم إعدادها وفقاً لنموذج سند الشحن الإنجليزي، تعد مثلاً معبراً عن هذه الحالة، وكذلك شروط التحكيم المضمنة في العقود النموذجية التي أعدتها هيئة تجارة الحبوب المتواجدة بلندن⁽²¹⁷⁾، ففي مثل هذه الحالة يمكن أن يكون إختيار الأطراف لهذا الشرط في عقدهم عنصراً موضوعياً لتركيز إتفاقهم التحكيمي في النظام القانوني الإنجليزي.

أضف إلى ذلك، فإنّ إختيار الأطراف لمؤسسة تحكيمية تعمل في إطار وطني، كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للأجهزة الوطنية للتحكيم في دول أوروبا الشرقية أو بعض الأجهزة الإنجليزية للتحكيم، يمكن أن تساعد على تركيز إتفاق التحكيم في النظام القانوني لهذه الدول بصفته قانون دولة المقر، نظراً للصلة الوثيقة التي تربطه بقواعد سير هذه الأجهزة⁽²¹⁸⁾.

غير أنّ هذه العناصر، وإن كانت قادرة على تركيز بعض الإتفاقيات التحكيمية الخاصة، فإنّها تعجز عن ذلك في حالات أخرى، خاصة إذا كانت المؤسسة التحكيمية المختارة من قبل الأطراف ذات طابع دولي، كمؤسسة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس أو المحكمة الدولية للتحكيم بلندن أو الهيئة الأمريكية للتحكيم، لأن التركيز الجغرافي لهذه المؤسسات ناجم عن أساس إستراتيجي إقليمي ليس له علاقة بقوانين الدول التي تتواجد فيها هذه المؤسسات، مما يسمح

(217) - أنظر في هذا الشأن: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 7.

(218) - على العكس من ذلك، فإنّ إختيار مؤسسة تحكيمية ذات طابع دولي كغرفة التجارة الدولية بباريس مثلاً، لا يمكن أن يفسر في ذات الإتجاه السابق، فالتركيز الجغرافي للمؤسسة ينجم عن الحاجة إلى الإستناد إلى أساس إقليمي، ولكنه لا يظهر الرابطة القوية مع الدولة التي تتواجد فيها هذه المؤسسة على نحو يؤدي إلى إستخلاص النتيجة الضرورية بإعمال قانون هذه الدولة على إتفاق التحكيم الذي يشير إلى هذه المؤسسة.

بتطبيق قانون آخر على الإتفاقات التي تعقد لها الإختصاص في نظر القضايا وحل النزاعات، إلا إذا إختار الأطراف نظاماً أو قانون الدولة التي توجد فيها هذه المؤسسات⁽²¹⁹⁾.

فضلا عما سبق، فإنّ الإعتبارات الواقعية تؤكد بأنّ الغالبية العظمى من الحالات لم تفكر الأطراف في القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، ومن ثمّ فإنه من المبالغ إعتبار هذه النوعية من الشروط كأساس يفيد وجود إختيار صريح من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم⁽²²⁰⁾.

إستناداً إلى ما سبق، فيمكن القول أنه لا يمكن الإعتماد على ضابط محدد بالذات وإتخاذه كقاعدة جامدة، ومطلقة لتركيز إتفاق التحكيم، ولهيئة التحكيم السلطة التقديرية في إختيار الضابط الملائم. وهو الحل الذي أكد عليه البعض⁽²²¹⁾ بقولهم أنه « لا يوجد أي ضابط من ضوابط الإسناد المعروفة قادر على تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، هذا ما يؤدي بالمحكمن بالبحث عن هذا القانون بالموازنة بين جميع الضوابط للوصول إلى القانون الذي يرتبط إرتباطاً وثيقاً بالمسألة المتنازع عليها».

ثانياً: حرية المحكم في الكشف عن إرادة الأطراف الضمنية

إنّ حرية المحكم في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف، تتقيّد بالبحث عن القرائن والدلائل التي تعبر عن الإرادة الحقيقية للأطراف من أجل إختيار القانون أو القواعد القانونية التي تتناسب توقعاتهم، والمحكم في هذه الحالة لا يفرض عليه قانون دولة ما بحجة أنّ جميع قوانين الدولة أمامه لها نفس القيمة، حيث تعتبر جميعها أجنبية بالنسبة إليه ولا يشكل أيّاً منها قانون لإختصاصه، فهو في هذا الإطار يملك الحرية في تحديد القانون الوطني الذي يحكم النزاع، كما يستطيع أن يطبق القواعد الدولية المتمثلة في القانون التجاري الدولي والمبادئ العامة في القانون

(219)- FOUCHARD (PH), GAILLARD (E), GOLDMAN (B), op.cit, p. 242.

(220) - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.71.

(221) - نذكر من بينهم: الأستاذ محمد خالد الترجمان، المرجع السابق، ص.116.

وقواعد العدالة والإنصاف على النزاع، إذا ما كشف أنّ هذه القواعد تمّ إختيارها ضمناً من قبل الأطراف⁽²²²⁾.

في مجال تحديد الحرية التي يتمتع بها المحكم في البحث عن الإرادة الضمنية، توجه البعض⁽²²³⁾ في هذا الشأن، إلى حد القول بأنّ إعطاء المحكم حرية البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بتوقعاتهم. ومن جانبنا فنرى أنّ إعطاء المحكم حرية البحث عن إرادة الأفراد الضمنية من خلال القرائن وظروف وملابسات الحال لا يؤدي إلى الإخلال بتوقعاتهم، طالما كان هذا البحث لا يمس توقعاتهم.

لذلك، نرى ضرورة أن يتأكد المحكم من وجود الإرادة الضمنية للأطراف من خلال قرائن وظروف وملابسات أكيدة، لا تترك مجالاً للشك في دلالتها على الإرادة الحقيقية للأطراف، وإلاّ أدى ذلك إلى إدخال عناصر ذات طبيعة شخصية محضة من قبل المحكم.

الفرع الثاني

سلطة المحكم عند غياب إرادة الأطراف الضمنية

إنّ سكوت الأطراف عن تحديد القانون الذي سوف يطبق على إتفاقهم التحكيمي، يلقي على عاتق المحكم واجب البحث عن ذلك القانون، غير أنه لا يجوز للمحكم اللجوء إلى تطبيق القانون الملائم للنزاع، إلاّ إذا تأكد من غياب إرادة الأطراف الضمنية، إذ تعترف في هذا الشأن مختلف التشريعات الوطنية بسلطة المحكم بصورة إحتياطية في مجال إختيار القانون الواجب التطبيق عند غياب سلطة الأطراف الأصلية، وهذا ما يمكن إستخلاصه من خلال نص المادة 1050 من

(222) - نور حمد الحجايا، « القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه»، أعمال المؤتمر السنوي السادس عشر حول: التحكيم التجاري الدولي، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 28 و 29 أكتوبر، 2008، ص.673. منشور على

موقع: <http://Slconf Ua eu.ac.ea>

(223) - أنظر في ذلك:

VINCENT Heuzé, La réglementation Française des contrats internationaux : étude critique des métaudes, éditions, Gln Joly, Paris, 1990, p. 251.

ق.إ.م.إ.⁽²²⁴⁾ والتي يطبق من خلالها المحكم على إتفاق التحكيم، القانون الذي يختاره والذي يراه ملائماً له.

تأسيساً على ذلك، فيمكن للمحكم أن يفصل في وجود وصحة إتفاق التحكيم وفقاً للقواعد التي يراها مناسبة، سواءً كانت هذه القواعد نابعة من قانون داخلي معين أو قواعد مادية مثل المبادئ العامة للقانون أو قواعد التجارة الدولية، بهذا يكون المشرع الجزائري قد وسع من صلاحيات المحكم والذي يظهر جلياً من خلال عبارة " القانون الذي يراه المحكم ملائماً".

يعتمد المحكم في هذا الشأن على سلطته التقديرية في تعيين القانون الواجب التطبيق، ويستند في ذلك على مرجعين: الأول يقوم على تطبيق نظرية تنازع القوانين التي تؤدي إلى تطبيق قانون داخلي لدولة ما بإستعمال معيار الإسناد (أولاً)، بينما الثاني يقوم على الإعتماد على القواعد المادية (ثانياً).

أولاً: تطبيق منهج تنازع القوانين

يعد تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم من خلال أعمال منهج التنازع، من أكثر الحلول شيوعاً وقبولاً، سواءً على صعيد الإتفاقيات الدولية⁽²²⁵⁾ أو في إطار لوائح وهيئات التحكيم⁽²²⁶⁾ أو في إطار التشريعات الوطنية، والتي يأتي في مقدمتها التشريع الجزائري، الذي نظم قواعد الإسناد⁽²²⁷⁾ من خلال المواد من 9 إلى 24 من القانون المدني الجزائري، التي يسترشد بها القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي⁽²²⁸⁾، وبذلك يكون

(224) - تنص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: « تفصل محكمة التحكيم عملاً بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف، وفي غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة ».

(225) - نذكر من بينها إتفاقية جنيف لسنة 1961 وذلك في المادة 7 منها فقرة 1.

(226) - كالقانون النموذجي لسنة 1985 في المادة 29 منه فقرة 2.

(227) - تعرف قواعد الإسناد بأنها: " قواعد قانونية وضعية ذات طبيعة فنية، تسري على العلاقات الخاصة الدولية، فتستقي

أكثر القوانين المناسبة والملائمة لتنظيم تلك العلاقات، حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها". أنظر: أحمد عبد

الكريم سلامة، « تأملات في ماهية قاعدة التنازع »، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الواحد والخمسون، العدد

الواحد والخمسون، 1995، ص.97.

(228) - للتفصيل أكثر في قواعد التنازع الجزائرية راجع:

PEYRARD(G), « La solution des conflits de lois en Algérie », Rev.Crit.Dip, 1977, pp.411-414.

المشرع الجزائري، المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه.

على الرغم من أنّ الإتجاه الغالب على صعيد التحكيم التجاري الدولي يحدد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم من خلال تطبيق منهج التنازع، بناءً على التكييف العقدي لإتفاق التحكيم، إلاّ أنّ تطبيق هذه الطريقة يثير عدة صعوبات أمام المحكم الذي لا يوجد لديه قانون إختصاص يرجع إليه للكشف عن قواعد الإسناد الواجبة للإتباع، وهذا على إعتبار أنّ المحكم لا يصدر أحكامه بإسم هذه الدولة أو تلك وهو لا يخضع لسيادة دولة معينة، حتى لو كانت هي أو أحد رعاياها طرفاً في النزاع الذي يطرح على التحكيم⁽²²⁹⁾. فهو يستمد سلطته من إرادة الأطراف الذين فوضوه بالتحكيم في النزاع.

في إطار الحرية التي يتمتع بها المحكم، فإنّ هذا الأخير حر في تطبيق قاعدة تنازع القوانين أو عدم تطبيقها⁽²³⁰⁾، وفي حالة ما إذا قرّر تطبيق هذه القاعدة، يتبنّى تلك التي تبدو أكثر ملائمة تبعاً لظروف القضية⁽²³¹⁾.

في الأخير، يمكن القول أنّ هذا المنهج عرف تراجعاً في الآونة الأخيرة، نظراً للإنتقادات والصعوبات التي يواجهها في مجال التحكيم، الأمر الذي إستدعى ظهور منهج آخر يتماشى مع خصوصية هذا التحكيم ويتساير مع طبيعة العلاقات التجارية الخاصة الدولية، ومفاد ذلك تطبيق قواعد مادية مباشرة على صحة إتفاق التحكيم، دون الإستعانة بمنهج تنازع القوانين، الأمر الذي يعني فصل هذا الإتفاق عن كل قانون وطني.

ثانياً: تطبيق منهج القواعد المادية

إنّ صعوبة ودقة طريقة التنازع في تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم من جهة، والطبيعة الخاصة لإتفاق التحكيم من جهة أخرى، يجعل تكييفه وتحديد طبيعته القانونية

(229) - أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص.276.
(230) - « Dans l'exercice de sa liberté, l'arbitre peut décider de recourir ou non à une règle de conflit des lois », Voir : GAILLARD Emmanuel, op.cit, p.36.

(231) - محمود جمال الكردي، المرجع السابق، ص.178 و179.

معقدة، مما يصعب مهمة المحكم في إخضاعه لنظام قانوني معين، الأمر الذي إستدعى ظهور طريقة ومنهج جديد في تحديد القانون الذي يحكم إتفاق التحكيم.

ظهر منهج القواعد المادية، كنتيجة لأحد أهم آثار مبدأ الإستقلالية، ألا وهو مبدأ إستقلاليته عن أي قانون وطني، بمعنى أدق ضرورة فصل إتفاق التحكيم عن كل قانون وطني بتقدير صحته بناء على قواعد مادية مباشرة، دون المرور على منهج تنازع القوانين الذي يتحدد وفقه القانون الواجب التطبيق.

عرفت هذه القاعدة المادية أول تأسيس لها كقاعدة معترف بها، في القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في قضية **Dalico** بتاريخ 20 ديسمبر 1993⁽²³²⁾، أين كرست فيه محكمة النقض هذه القاعدة بعد الطعن بالنقض ضد قرار محكمة الإستئناف لباريس والتي أكدت على مبدأ الإستقلالية، سواءً عن العقد أو عن القوانين الداخلية، بل وأكثر من ذلك، فقد قررت صحة وفعالية إتفاق التحكيم إستناداً إلى إرادة الأطراف في حدود النظام العام الدولي فقط.

غير أنّ هذا المفهوم الجديد الذي وصلت إليه محكمة النقض الفرنسية لم يحض بقبول التشريعات الداخلية المقارنة وكذلك الفقه، مما أدى إلى إقتصار تطبيقه على النظام الفرنسي فقط.

على الرغم من هذا كله، فإنّ هذا الاتجاه الذي أقره القضاء الفرنسي، أثر على بعض المحكمين الذين طرحت عليهم مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، حيث لجئوا إلى تطبيق قواعد وأعراف التجارة الدولية ومبادئ القانون في الحالات التي لا يحدد فيها الأطراف أنفسهم القانون الذي يخضع له إتفاقهم التحكيمي. إذ رفضت في هذا الشأن، بعض أحكام التحكيم إسناد إتفاق التحكيم إلى قانون وطني معين، وفصلت في وجوده وصحته بالإستناد إلى الإرادة المشتركة للأطراف وفي غيابها ينظر فيها وفقاً لعادات التجارة الدولية والمبادئ العامة للقانون، الأمر الذي يؤدي إلى تطبيق قواعد مادية مباشرة على إتفاق التحكيم، دون الإستناد إلى قانون وطني معين، بذلك تكون قد إستبعدت أعمال منهج التنازع التقليدي.

(232) - راجع حول تفاصيل هذه القضية: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 86 و 87.

إنّ السبب في ذلك يعود إلى الوضع القانوني الذي يعمل المحكم في ظلّه، الأمر الذي يجعل هذا الأخير لا يخضع لأي قانون وطني، بإعتبار ليس لديه قانون إختصاص بسبب إستقلاله عن الدولة التي تجري على إقليمها إجراءات التحكيم ولا يخضع لقانون هذه الدولة كقاعدة عامة⁽²³³⁾.

تأسيساً على ذلك، فلا يوجد سبب يدفع المحكم إلى ترجيح قواعد الإسناد لأحد الأنظمة القانونية المتصلة بالنزاع المعروض عليه للفصل فيه، عند عدم إفصاح الأطراف عن إرادتهم في تطبيق قانون وطني معين، ولا إلى ترجيح النصوص المادية لهذه القوانين، الأمر الذي يدفعه إلى تطبيق القواعد التي يراها تتماشى مع المقتضيات الضرورية للجماعة الدولية، دون التأثير في ذلك بالذاتية الخاصة بكل نظام وطني، وهو الحل الذي يتماشى مع طبيعة عمل المحكم ووظيفته⁽²³⁴⁾.

على الرغم من هذا كله، فإنّ الواقع العملي أثبت أنّ هناك بعض المحكمين أظهروا التردد في تطبيق هذا المنهج وأخضعوا في العديد من الحالات صحة إتفاق التحكيم ووجوده إلى قانون وطني معين، خوفاً من رفض تنفيذ قرارهم والإعتراف به. ونذكر على سبيل ذلك، حكم محكمة التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس في القضية رقم 4131 الصادرة بتاريخ 22 سبتمبر 1982، فبعد أن إستبعدت المحكمة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من حكم إتفاق التحكيم بناءً على إستقلاليته، أكدت على أنه: " بما أن الأطراف قرروا أن يجري التحكيم وفقاً للائحة غرفة التجارة الدولية، ولما كانت هذه اللائحة تتضمن نصاً يخول للمحكم سلطة الفصل في إختصاصه دون أن تلزمه بتطبيق قانون وطني معين، وعليه، فإنّ المحكمة هي التي سوف تتولى تحديد نطاق وآثار شرط التحكيم بالإستناد على الإرادة المشتركة للأطراف، مع الأخذ بعين الإعتبار عادات التجارة الدولية"⁽²³⁵⁾.

إذا كانت بعض الإتجاهات الفقهية الحديثة، قد أبدت ما إتجهت إليه محكمة النقض الفرنسية من تطبيق قواعد مادية مباشرة على صحة ووجود إتفاق التحكيم، مبررة ذلك بضرورة البحث عن قواعد عبر دولية لتحكم إتفاق التحكيم، فمن جانبنا نرى أن تجسيد فكرة إستقلالية إتفاق التحكيم

(233) - إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص.73.

(234) - FOUCHARD (PH), GAILLARD (E), GOLDMAN (B), op.cit, p.252.

(235) - Ibid, p.253 « ...Le tribunal déterminera la portée et les effets des clauses compromissaires dont il s'agit en se fondant sur la commune volonté des parties, et en tenant également compte des usages du commerce international ».

بالنسبة لكل قانون وطني، تؤدي إلى إهدار كل قيمة للتشريعات الداخلية المنظمة للتحكيم بصفة عامة ولإتفاق التحكيم بصفة خاصة.

من جهة أخرى، فإن التجربة العملية قد بينت في الكثير من المناسبات أن هذا المفهوم الجديد طبق من أجل توسيع نطاق إتفاق التحكيم من حيث الأشخاص، حيث أدخلت أطراف في إجراءات التحكيم دون أن تكون قد إلتزمت به (الإتفاق)، مما يعتبر إعتداء على إرادة الأطراف وليس حماية لها. أضف إلى ذلك، فإن تقرير صحة إتفاق التحكيم ووجوده دون حاجة إلى الإستناد إلى قانون وطني معين، ليس إلا تطبيقاً لنظرية العقد الطليق (العقد بلا قانون)⁽²³⁶⁾ والتي تعرضت للكثير من الإنتقادات، الأمر الذي يستدعي أن يستند إلى نظام قانوني وطني معين يستمد منه صحته وقوته الإلزامية.

إلى جانب ذلك، فإن إستناد بعض الأحكام التحكيمية في تقرير وجود وصحة إتفاق التحكيم وقوته الملزمة، إلى عادات التجارة الدولية وحدها أو المبادئ العامة للقانون أو مبادئ القانون الدولي أمر محل نقاش، لأن هذه المصادر تعد من المصادر الإحتياطية في الأنظمة القانونية المختلفة، الداخلية والدولية، ولا تشكل في حد ذاتها نظاماً قانونياً مستقلاً بذاته⁽²³⁷⁾.

فضلاً عما سبق، نخلص إلى أن المحكم يفصل في وجود وصحة إتفاق التحكيم طبقاً للقواعد التي يراها مناسبة، سواءً كانت هذه القواعد نابعة من قانون داخلي أو من قواعد مادية، وأن هذه الحرية التي يتمتع بها في إختيار القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم لا تحدها إلا إرادة الأطراف وإعتبارات النظام العام الدولي.

(236) - حول مفهوم العقد الطليق أنظر: محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي، المرجع

السابق، ص. 346 و 347. وكذلك:

POMMIER Jean-Christophe, op.cit, p.273

(237) - سراج حسين محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص. 268.

المطلب الثاني

حرية المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم

إذا كان المستقر عليه أصلاً في التحكيم، ضرورة معرفة المحكمين للقانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية من خلال ما إتفق عليه الأطراف في إتفاق التحكيم وهو ما يعرف ب La lex arbitri ، فإنه في كثير من الأحيان يحدث إغفال الأطراف في إتفاقهم لهذا القانون الذي يحكم الدعوى التحكيمية، مما يثير إشكالية البحث عن القانون الذي سوف يحكمها.

بالنظر للأهمية التي تتمتع بها مسألة القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، نظراً لكون القواعد الإجرائية هي التي ستحكم سير الخصومة، والقواعد الموضوعية هي التي يتوقف عليها مصير الفصل في النزاع، فإنّ أي إغفال لهذا القانون يثير صعوبة كبيرة في هذا المجال، الأمر الذي يستدعي تدخل المحكم لسد هذا الإغفال. إذ أنّ سلطته في هذا المجال إحتياطية، تبرز عند غياب إرادة الأطراف في تحديد القواعد التي تحكم الدعوى التحكيمية إجرائياً وموضوعياً.

لما كانت لإرادة المحكم دور في تحديد القواعد التي تحكم الدعوى التحكيمية، فلا بد من تحديد هذا الدور في ذلك، سواءً من خلال القانون الواجب التطبيق على إجراءات النزاع (الفرع الأول) أو من خلال القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حرية المحكم في إختيار القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم

إذا كانت قاعدة خضوع إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف ليست محل نقاش، فإنّ الصعوبة تثور في حالة غياب هذه الإرادة عن الإتفاق على قواعد إجرائية تحكم نزاعهم أو عدم إشارتهم إلى قانون يطبقه المحكم على الإجراءات، أو عدم كفاية الإجراءات التي إتفق عليها المحكّمين. فيقوم بالتالي المحكم بإختيار أو تكملة هذه القواعد.

تأكد التطبيقات العملية، أنه نادراً ما يقوم المحكّمين بتحديد القواعد الإجرائية على نزاعاتهم التحكيمية رغم حقهم المشروع في ذلك، وفي مثل هذه الحالات يتمتع المحكم، سواءً أكان محكماً فرداً أو أكثر بسلطة تحديد القواعد الإجرائية التي يراها مناسبة لحكم سير النزاع.

إضافة إلى سلطة المحكم في إختيار أو تكملة القواعد الإجرائية في خصومة التحكيم، فإنه يتمتع بسلطة واسعة في تنظيم إجراءات التحكيم وتحديد القانون الذي يسري على الإجراءات، إذ سلطته في هذا المجال أوسع، بل وغير معترف بها لقضاء الدولة. وهذا ما لم يتفق الأطراف على قانون معين. وبالتالي يستطيع في هذا الخصوص أن يحدد الإجراءات الواجب إتباعها، أيّاً كان المصدر الذي يستقي منه هذه الإجراءات بشرط أن لا تخل بحقوق وضمانات الدفاع والمساواة والعدالة بين الخصوم.

أولاً: الأساس القانوني لسلطة المحكم في إختيار القانون الإجرائي

هناك إتجاه بارز في القانون نحو تخويل المحكم حرية تامة في إختيار الإجراءات الواجبة التطبيق على خصومة التحكيم، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك⁽²³⁸⁾. إذ حرصت معظم القوانين الوطنية على تضمين نصوصها بقواعد إختيار النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مانحة بذلك الحرية للمحكم في إختيار هذه القواعد إلى جانب إرادة الأطراف. وهذا ما قرره المشرع الجزائري في المادة 2/1043 من ق.إ.م.إ التي تنص على أنه: «إذا لم تنص الإتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة، مباشرة أو إستناداً إلى قانون أو نظام تحكيمي».

يتضح من خلال النص أعلاه، أنّ المحكم يتولى تحديد الإجراءات التي سيبثها بكل حرية، وكلما دعت الحاجة لذلك، كما يمكنه أن يختار قانوناً لضبط الإجراءات، كإختيار مثلاً القانون الجزائري المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية، أو أي قانون آخر للإجراءات لدولة أخرى أو أن يختار نظام تحكيمي تخضع له الإجراءات، شأنه في ذلك شأن الأطراف المحتكمة.

بهذا نتوصل إلى نتيجة هامة مفادها، أنّ المشرع الجزائري منح للمحكم نفس الحرية التي كانت متاحة للأطراف لتحديد القواعد التي تخضع لها الإجراءات. غير أنّ هذا لا يعني أنّ المحكم غير ملزم بإحترام القواعد الإجرائية الجوهرية، كإحترام النظام العام، وإحترام حقوق الدفاع ومبدأ الوجاهية ومبدأ المساواة بين الأطراف في الخصومة⁽²³⁹⁾.

(238)- FOUCHARD (PH), GAILLARD (E), GOLDMAN (B), op.cit, p.658-663.

(239) - هذا ما أكده كل من المشرع المصري في المادة 25 من القانون رقم 27 لسنة 1994. والمشرع الأردني في المادة 24 من القانون رقم 31 لسنة 2001، وكذلك المشرع الفرنسي في المادة 1494 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

أما في إطار الإتفاقيات الدولية، فنجد إتفاقية نيويورك وإن منحت الإرادة الحرة في تحديد قواعد الإجراءات أمام التحكيم، ومنها تفويض المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق، وذلك في نص المادة 5 منها فقرة 1 بند "د"، إلا أنها في غير هذه الأحوال قيدت المحكم بقانون الدولة التي يجري في إطارها التحكيم⁽²⁴⁰⁾.

كذلك، لم تبين إتفاقية عمان دور المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات ولا حتى دور الإرادة في ذلك، ونصوصها وقواعد الإجراءات الواردة فيها قد يستدل منها أنها لم تترك هذه الإجراءات لمحض إختيار الأطراف أو المحكم، بل حددتها في نصوصها، غير أن هناك مجال لمناقشة ذلك، فالقول أن الأصل وما هو سائد في التحكيم الدولي يمنح لإرادة الأطراف ذلك، والمحكم يستمد سلطته من تفويض الأفراد له أو بالسكوت عن تحديد القانون الواجب التطبيق. وفي نص المادة 21 ما يؤكد ذلك⁽²⁴¹⁾.

إلى جانب الإتفاقيات الدولية، فلقد أقرت بعض لوائح هيئات ومراكز التحكيم حرية المحكمين في تحديد أو تكملة الإجراءات الواجب إتباعها عند سير المنازعة، مثل المادة 11 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية (CCI)، والمادة 19 من القانون النموذجي لسنة 1985.

بالمقابل، فإن هناك بعض من أحكام التحكيم قد أخذت بسلطة المحكم في تحديد الإجراءات، من بينها الحكم الصادر من الأستاذ (G.Sauser Hall) في قضية Aramco ضد المملكة العربية السعودية عام 1958، حيث تضمن إتفاق التحكيم المبرم بين السعودية وبين شركة أرامكو نصاً يمنح المحكم صلاحية تحديد القواعد الإجرائية، الذي بناءً عليه قررت أن القانون السعودي هو الواجب التطبيق⁽²⁴²⁾.

كذلك الحال بالنسبة للحكم الصادر في قضية Liamco بين ليبيا وإحدى الشركات الأجنبية لعام 1977، حيث قرر المحكم صراحة أن غياب إتفاق الأطراف على تحديد القواعد الإجرائية للتحكيم من شأنه أن يمنح تلك الصلاحية لمحكمة التحكيم⁽²⁴³⁾.

(240) - أحمد السمدان، المرجع السابق، ص. 198.

(241) - المرجع نفسه، ص. 199.

(242) - TERKI Nour-Eddine, op.cit, p.100.

(243) - وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص. 558.

ثانيا: صور إختيار المحكم للقانون الإجرائي

يتمتع المحكم بنفس الحرية والإمكانات المتاحة للخصوم، ومن ثم فيإمكانه أن يضع بنفسه القواعد الإجرائية التي يراها مناسبة لظروف النزاع، في كل مسألة من المسائل الإجرائية التي تصادفه في سير التحكيم، وله أن يضع هذه القواعد جملة عند إتصالها بالنزاع، كما له أن يقرر إتباع النظام الإجرائي المعتمد في لائحة منظمة أو مركز من مراكز التحكيم الدائمة أو إتباع الإجراءات النافذة في قانون إجرائي لدولة معينة⁽²⁴⁴⁾.

غير أنه وبالنظر لما يتمتع به المحكم من سلطة واسعة وحرية كبيرة في تحديد وتنظيم إجراءات التحكيم، فإنّ البعض⁽²⁴⁵⁾ يتخوف من إستعمال هذه الحرية ويقيدها بقيود موضوعية بقوله: « لا يمكن له- المحكم- أن يختار نظاماً إجرائياً لا تربطه بالنزاع صلة ما تبرر إختياره، وعند تعدد القوانين ذات الصلة بالعلاقة يكون عليه أن يسبب إختياره لقانون منها دون غيره من القوانين». ومن جانبنا لا نؤيد ذلك لأنه من الصعب وضع إطار موضوعي لتنظيم هذه الحرية بالنظر إلى إختلاف ظروف وملابسات الفصل في قضية عن أخرى. ومن الثابت كذلك، أنّ حرية الأطراف لا تتقيد بقيود موضوعية عند تنظيم إجراءات التحكيم، والمحكم يتمتع بنفس الحرية التي يتمتع بها الأطراف، فلماذا القول إذن بوجود قيود موضوعية ترد على سلطة المحكم؟.

إنّ الواقع العملي يؤيد هذا القول، إذ يتبين من قضاء التحكيم التجاري الدولي، أنّ المحكمين يعملون في هذا الشأن سلطتهم التقديرية في إختيار القواعد أو القانون الأنسب موضوعياً لحكم إجراءات سير النزاع، وذلك إمّا بالإلتجاء إلى قانون محل التحكيم أو بإختيار قواعد إجرائية ترتبط بما يسمى قانون الشعوب Droit de gens أكثر من إرتباطها بأي قانون وطني آخر حتى ولو كان هو قانون مكان التحكيم.

كذلك، تؤكد التطبيقات العملية إتجاه المحكم نحو تحرير إجراءات التحكيم كلية من النظم الإجرائية الوطنية المعمول بها في الدول المختلفة، يستوي في ذلك النظام السائد في دولة مقر التحكيم أو في دولة أخرى. إذ تستند هذه التطبيقات إلى عدم وجود نظام إسناد في القواعد الدولية

⁽²⁴⁴⁾ - TRARI Mostefa - Tani, op.cit, p.122.

⁽²⁴⁵⁾ - مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص.227.

حتى يلتزم به المحكم من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن لكل قانون وطني نظام خاص به، وقد يختلف عن نظام الإسناد في القوانين الأخرى.

من المعروف، أنه ليس هناك ما يوجب على المحكم إتباع نظام إسناد خاص بقانون معين على غيره من الأنظمة الأخرى، وبالتالي عدم وجود ما يلزم المحكم بإتباع قانون معين من القوانين الإجرائية على الأقل ذات الصلة بالعلاقة. وعلى هذا الأساس، فلا يوجد مانع في إطلاق يد المحكم في إختيار الإجراءات التي يراها مناسبة.

أيدت بعض أحكام التحكيم هذا الإتجاه، إذ خلص المحكم في الحكم الذي أصدره في 12 أبريل سنة 1977 في قضية ليامكو إلى إخضاع إجراءات التحكيم للقواعد التي تضمنها مشروع الأمم المتحدة الذي وافقت عليه لجنة القانون الدولي عام 1955، وقد قرر المحكم الإستهداء بالمبادئ العامة للقانون الدولي في شأن إجراءات التحكيم⁽²⁴⁶⁾.

غير أن هذا لا يعني أنّ السلطة المخولة للمحكم في هذا الشأن مطلقة، بل هي مقيدة بإتباع ومراعاة القواعد الواردة في قانون التحكيم، وكذلك مراعاة النظام العام وإحترام المبادئ الأساسية للتقاضي عند تحديد الإجراءات⁽²⁴⁷⁾.

يثبت الواقع العملي عدم موضوعية بعض المحكمين في تحديد القانون الذي يحكم القواعد الإجرائية، ونذكر مثلاً قضية الشيخ أبو ظبي الذي طبق فيها المحكم القانون الإنجليزي بدلاً من القانون الإماراتي بحجة أنّ القانون الإنجليزي هو المجسّد للمبادئ العامة للقانون. وهو ذات الأمر الذي حدث في قضية أرامكو الذي طبق فيه المحكم القانون الدولي العام، رغم الإتفاق على إخضاعه للقانون السعودي بحجة عدم كفاية أحكام الشريعة الإسلامية السارية في المملكة العربية السعودية لتنظيم وحل النزاعات التي تثيرها عقود البترول⁽²⁴⁸⁾.

(246) - إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص.140.

(247) - MAYER Pierre, « Le pouvoir des arbitres de régler la procédure : une analyse comparative des systemes de civil law et de comun law, Rev.Arb, n°2, 1995, p.163.

FAUCHARD Phillipe, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence Française », Rev.Arb, n°3 1996, p.325.

(248) - المرجع نفسه، ص.141.

ثالثاً: سلطة المحكم في تسيير إجراءات التحكيم

بمجرد إكمال تشكيل هيئة التحكيم، تبدأ في مباشرة النظر في خصومة التحكيم وفق الإجراءات التي إتفق عليها الأطراف، أو وفقاً لنصوص القانون في حالة عدم إتفاق الأطراف على إجراءات معينة. هذه هي إجراءات التحكيم بالمعنى الدقيق، أي الإجراءات التي يتعين مراعاتها حماية للحكم الذي يصدر في هذه الخصومة من أن يكون عرضة للطعن بالبطلان أو للحكم ببطلانه.

على هذا الأساس، يجد المحكم نفسه ملزماً بوضع التنظيم الإجرائي مباشرة أو إستناداً إلى قانون التحكيم في غياب إتفاق الأطراف⁽²⁴⁹⁾، وهذه الحرية الإجرائية نتيجة طبيعية لما يهدف إليه نظام التحكيم نفسه من تيسير الفصل في النزاعات في سهولة ويسر وبعيداً عن الشكليات الضرورية في الخصومة أمام القضاء. فالمحكم غير مقيد بإتباع قواعد إجرائية معينة إلا إذا ألزمه الأطراف بذلك.

تبرز بجلاء حرية المحكم في تسيير الإجراءات من خلال تنظيم الجلسات وإدارتها(1) وتحديد مكان إجراء التحكيم(2)، ولغة التحكيم(3) وكذلك في مجال الإثبات(3).

1- تنظيم جلسات التحكيم وإدارتها

يختص المحكم بتحديد تاريخ ومكان جلسات التحكيم، على أن يتم إبلاغ المحكمتين أو ممثليهم بهذه المواعيد قبل إنعقاد الجلسة أو الإجتماع بفترة كافية حسب ظروف كل نزاع⁽²⁵⁰⁾، وهذا لتمكين كل طرف من إبداء دفاعه وشرح دعواه وعرض حججه، إذ تقوم بذلك من تلقاء نفسها دون حاجة إلى طلب من الطرف صاحب المصلحة.

يستطيع المحكم عقد جلساته في أي يوم ولو كان يوم عطلة رسمية، وفي أي ساعة ولو بعد ساعات العمل الرسمية، ويجوز له أن يكتفي بتقديم مذكرات ووثائق مكتوبة، مالم يتفق الطرفان على غير ذلك، والقيود الوحيد الذي تطلبه القانون في هذا الشأن - فضلاً عن تحقيق المساواة وكفالة

(249) - وهو الأمر الذي يظهر جلياً في نص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(250) - مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص.98.

حق الدفاع- هو ضرورة إخطار طرفي التحكيم بمواعيد الجلسات والإجتماعات التي يقرر المحكم عقدها قبل موعدها بوقت كافٍ تقدره الهيئة نفسها حسب الظروف⁽²⁵¹⁾.

يجوز في خصومة التحكيم عقد الجلسات في أي مكان يتفق عليه الخصوم، سواءً داخل الدولة أو خارجها، ويجوز عقد بعض الجلسات في مكان التحكيم والبعض الآخر في مكان آخر. كما يجوز للمحكم الإستعانة بكاتب الجلسة أو الإستغناء عنه، ويجوز له أن يقرر عقد الجلسات بصفة علنية أو بصفة سرية، سواءً في أوقات العمل الرسمية أو في غير هذه الأوقات، بل يجوز له أن يقرر عدم عقد أي جلسة للمرافعة الشفهية إكتفاءً بمذكرات الخصوم ومستنداتهم، كل ذلك ما لم يتفق الطرفان على قواعد إجرائية أخرى ملزمة لمحكمة التحكيم⁽²⁵²⁾.

2- تحديد مكان التحكيم

إنّ الأطراف هم المنوط لهم وبكل حرية إختيار مقر التحكيم. وللمحكم أيضا سلطة تحديده عند غياب إرادة الأطراف، إذ يتولى المحكم في هذا الشأن، تحديد المكان الذي يراه مناسباً لإجراء العملية فيه⁽²⁵³⁾، وهو الأمر الذي تؤكد عليه كل من المادة 12 من لائحة غرفة التجارة الدولية، والمادة 20 من قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي التي تنص على أن: «... فإن لم يتفق الأطراف على ذلك تولت هيئة التحكيم تعيين هذا المكان على أن تأخذ في الإعتبار ظروف القضية في ذلك راحة الطرفين». غير أنّ هذه الحرية تتقيد كلّما تبين وجود إلتزام قانوني أو تنظيمي يحدد المكان أو البلد⁽²⁵⁴⁾.

تأسيساً عما سبق، فلا يوجد قيد في إختيار مكان التحكيم إلاّ ضرورة مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطراف النزاع المعروض على التحكيم، حيث يراعى قرب المكان بقدر الإمكان لمحل إقامة الخصوم ومدى قيمة النزاع، فلا يختار المحكمون مكاناً يكلف الأطراف مبالغ طائلة

(251) - محمد سليم العوا، إجراءات التحكيم في القانون المصري، ص.4. منشور على موقع: <http://www.eastlaws.com>

(252) - خلفي عبد الرحمان، « خصومة التحكيم التجاري الدولي وفقا للتشريع الجزائري »، أعمال الملتقى الوطني حول:

التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة 8 ماي 1945، قالمه، أيام 23 و 24 أكتوبر، 2011، ص.7.

(253) - « Les parties sont les plus souvent libre de choisir le pays et la villes de l'arbitrage. A défaut de choix par les parties, les arbitres se prononceront sur un tel lieu. Cette liberté se trouve restreinte, s'il existe une obligation législative ou institutionnelle définissant le pays ou la ville ». Voir: LAMETHE Didier : « L'arbitrage commercial international », C. J. E. G, 1995, p 49.

(254) - Ibid, p. 49.

مبالغاً فيها⁽²⁵⁵⁾. كما لا يعني لزوماً إجراء جميع الجلسات في ذلك المكان، بل يجوز عقدها في أمكنة متعددة، كأن تعقد النزاع في دولة المدعي أو دولة المدعى عليه، أو في الدولة التي توجد فيها البضاعة موضوع النزاع أو أي مكان آخر لا صلة له بالخصوم ولا بالمحكّمين ولا بموضوع النزاع⁽²⁵⁶⁾.

3- تحديد لغة التحكيم

إنّ مسألة تحديد اللغة التي سوف يجري بها التحكيم مسألة في غاية الأهمية، بحيث تعتبر لغة العمل التي ستنبع في الإجراءات وفي إصدار القرار. والأصل أنّ للأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق، أما عند غياب هذا الإتفاق فإنّ المحكم هو الذي يتولى ذلك⁽²⁵⁷⁾، ولا يوجد في هذا الشأن أي إلزام يتطلب إستعمال لغة تحكيم مطابقة للغة العقد محل النزاع⁽²⁵⁸⁾.

4- إتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية

إلى جانب إختصاص المحكم بتسيير الدعوى وفقاً لإرادة الأطراف، فيمكن لهذا الأخير بعد سريان دعوى التحكيم أن يتخذ بعض التدابير الوقائية أو التحفظية، وذلك بناءً على طلب من أحد أطراف الخصومة، في أية مرحلة كانت عليها الإجراءات، ذلك أنه قد تقتضي طبيعة موضوع النزاع أو ظروف وملابسات الدعوى المعروضة على المحكم سرعة إتخاذ بعض التدابير تجنباً لأضرار بالغة قد تلحق بأحد الخصوم نتيجة الإنتظار حتى صدور حكم منهي للخصومة، لذا حرص المشرع الجزائري على تمكين المحكم من إتخاذ هذا النوع من التدابير، إلّا إذا إتفق الأطراف على خلاف ذلك وهو الأمر الذي تنص عليه المادة 1046 ق.إ.م.إ « يمكن لمحكمة التحكيم أن

(255) - عمرو عيسى الفقى، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003، ص 140 و 141.

(256) - عبد الله درميش، التحكيم الدولي في المواد التجارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 1984، ص.251.

(257) - وهذا ما جرى العمل الدولي على الأخذ به في حالة عدم تصدّي إتفاق التحكيم لتحديد اللغة، وهو الأمر الذي أقرّته

المادة 1/22 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (اليونيسترال) والمادة 16 من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس.
(258) - « Il n'existe aucune obligation d'utiliser une langue identique à la langue du contrat objet du différend ». Voir: LAMETHE Didier : « Les langues de l'arbitrage international: liberté raisonné de choix ou contrainte réglementées », J.D.I n°4, 2007.p1180.

تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد أطراف إذا لم ينص إتفاق التحكيم على خلاف ذلك»⁽²⁵⁹⁾.

الفرع الثاني

سلطة المحكم في إختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع

تعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من المسائل الخلافية بين الأطراف المتعاقدة، والتي قد تفضي عند تعثرها إلى الفشل في إبرام العقد، مما يجعل الأطراف أحياناً تتعمد عدم التطرق لها وخاصة وقد تم الإتفاق بشأن الشروط الجوهرية في العقد والمتعلقة أساساً بالمسائل الفنية والمالية، أو تغفل عنها نتيجة إهمال أو عدم دراية من المفاوضين. وحين نكون أمام الفرض الذي لا يوجد فيه أي إتفاق بين الأطراف حول هذا الشأن، تبرز بوضوح مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، الأمر الذي يستدعي تدخل المحكم للتصدي لهذا الإغفال.

تبرز السلطة التقديرية للمحكم ويتسع مجالها في تعيين القواعد التي تحكم موضوع النزاع عند سكوت الأطراف عن تعيين قانون العقد أو الإشارة إليه في عباراته، بحيث يضطلع بمهمة تحديد القانون ويتصدى لمشكلة سكوت الأطراف عن ذلك.

إنطلاقاً من هذا المنظور، وسعياً لإبراز سلطة المحكم في إختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع، فإنّ الأمر يستدعي تحديد الأساس القانوني لهذه السلطة (أولاً)، والصور التي يعتمدها المحكم لتحديد هذا الأخير (ثانياً).

أولاً: الأساس القانوني لسلطة المحكم في إختيار القانون الموضوعي

يلعب المحكم دوراً مهماً في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. فبالإضافة إلى دوره في إستظهار الإرادة الضمنية للأطراف⁽²⁶⁰⁾، فإنه يتمتع بدور مستقل منحتة إياه النصوص التشريعية الوطنية والدولية عند غياب وجود الإرادة.

(259) - خلفي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.8.

أولت في هذا الشأن، بعض الإتفاقيات الدولية إهتماماً بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، في الحالة التي ينعدم فيها إختيار الأطراف لهذا القانون، نذكر من بينها إتفاقية جنيف لعام 1961 التي منحت للمحكم حرية واسعة في تحديد هذا القانون، وذلك من خلال تطبيق القانون الذي تعينه قاعدة التنازع التي يقدر ملائمتها لموضوع النزاع⁽²⁶¹⁾.

على عكس إتفاقية جنيف، فإنّ إتفاقية نيويورك لسنة 1958، لم تتطرق لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، معتمدة في ذلك على ما هو متفق عليه في مجال التحكيم الدولي من إعطاء المحكم الحرية في إختيار هذا القانون ولا يقيدده في ذلك سوى وجوب أن يكون هذا القانون هو الأنسب والأكثر إرتباطاً بالموضوع⁽²⁶²⁾.

كما تتفرد إتفاقية عمان في هذا الشأن، بإعطاء المحكم دوراً أكبر بنصها في المادة 21 منها على الفصل في النزاع في أحوال عدم وجود الإرادة "وفق أحكام القانون الأكثر إرتباطاً بموضوع النزاع"، إذ أعطت هذه الإتفاقية مجالاً أوسع لحرية المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق، ولكن قيّدته بمراعاة قواعد الأعراف التجارية الدولية بنصها: «على أن تراعي قواعد الأعراف الدولية المستقرة»⁽²⁶³⁾.

في المقابل، عالجت مراكز التحكيم الدائمة مسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. ونذكر من بينها، نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية C.C.I. التي نصت في المادة 17 منها على أنه: «...إذا لم يحدد الأطراف هذه القواعد طبق المحكم القواعد القانونية التي يراها مناسبة»⁽²⁶⁴⁾.

نفس القاعدة كانت مطبقة من طرف لجنة الأمم المتحدة سنة 1985 في المادة 2/29 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي CNUDCI والتي تنص على أنه: «...في حالة إنعدام

(260) - وذلك بالإعتماد على قرائن ومؤشرات لتوطين العقد، كقرينة مكان إبرام العقد، وقرينة مكان تنفيذ العقد، والتي يفضل عدم التطرق لها لتفادي الوقوع في التكرار.

(261) - La convention de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international dispose en son article 7, paragraphe 1 qu' « à défaut d'indication par les parties du droit applicable, les arbitres appliqueront la loi désignée par la règle de conflit que les arbitres jugeront appropriée en l'espèce ». Voir : GAILLARD Emmanuel, op.cit, p.36.

(262) - أحمد السمدان، المرجع السابق، ص.194.

(263) - المرجع نفسه، ص.197.

(264) - أنظر: أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، المرجع السابق، ص.8.

تعيين الأطراف لقواعد القانون الواجب التطبيق، تطبق هيئة التحكيم القانون الذي تقرره قاعدة تنازع القوانين التي تقدر أنها واجبة التطبيق»⁽²⁶⁵⁾.

على عكس الإتفاقيات الدولية، فإنّ التشريعات الوطنية المنظمة للتحكيم تظهر موقفاً إيجابياً من دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فعند غياب إتفاق الأطراف على قانون معين لحكم موضوع النزاع، تركت معظم هذه التشريعات للمحكم تطبيق القانون الذي يراه مناسباً وأكثر إرتباطاً بموضوع النزاع. إذ تتفق غالبيتها على منح المحكم سلطة التحديد المباشر للقانون دون الإستناد إلى نظام تنازع معين للوصول إلى القانون.

منح المشرع الجزائري للمحكم في المادة 1050 من ق.إ.م.إ. حرية واسعة في تحديد القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع، سواءً كانت هذه القواعد نابعة من قانون داخلي معين أو كانت قواعد مادية، كالمبادئ العامة للقانون أو قواعد التجارة الدولية⁽²⁶⁶⁾. بهذا يكون المشرع قد وسع من صلاحيات المحكم والتي تظهر جلياً من خلال عبارة « قواعد القانون والأعراف التي يراها ملائمة»، هذا فضلاً عن الكثير من التشريعات الوطنية الأخرى، كالتشريع التونسي⁽²⁶⁷⁾ والمغربي⁽²⁶⁸⁾ واللبناني⁽²⁶⁹⁾.

من خلال إستعراض ما سبق، يتضح أنّ معظم التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية ولوائح ومراكز هيئات التحكيم التي إهتمت بمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، كرست حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق. غير أنّ الملاحظ على أغلبها أنها تحدّ

⁽²⁶⁵⁾-GAILLARD Emmanuel, op.cit, p.36.

⁽²⁶⁶⁾ - في هذا الشأن يرى الدكتور ISSAD Mohand أنّ المحكم يتمتع بحرية متساوية مع تلك الممنوحة للأطراف، مع إشتراط تسبب المحكم لقراراته. أنظر في ذلك:

ISSAD Mohand, op. cit, p.424.

⁽²⁶⁷⁾ - وذلك في المادة 2/73 من القانون رقم 42، مؤرخ في 26 أبريل سنة 1993، المتضمن الفصل السادس من مجلة

التحكيم التونسي، ج.ر. عدد 33 صادر في 4 ماي سنة 1993. راجع في ذلك كل من موقع: www.wipo.net و بارة عصام، المرجع السابق، ص.4.

⁽²⁶⁸⁾ - وذلك في المادة 307 من قانون المسطرة المدنية. راجع في ذلك كل من موقع: www.gov.maroc

BEDJAOUI Mohamed, EL- KARKOURI Driss : « L'arbitrage commercial international en droit Marocain », J.D.I, n°1, 2001, pp75 et 76.

⁽²⁶⁹⁾ - وذلك في المادة 813 من قانون رقم 440 مؤرخ في 1 فيفري سنة 2002، المتضمن قانون أصول المحاكمات

المدنية، ج.ر. عدد 43 صادر بتاريخ 1 فيفري سنة 2002. راجع في ذلك كل من موقع: www.justice-lawhome.com Et SOUMRANI Michel, op.cit, pp.2et 3.

من حرية وتوجب عليه تحديد هذا القانون في إطار تنازع القوانين في دولة معينة، الأمر الذي يتنافى مع المبدأ الذي ينادي بإستقلالية المحكم إتجاه نظم تنازع القوانين⁽²⁷⁰⁾، بإعتبار المحكم يعمل خارج إطار أي نظام يلزمه بمعايير إحتياطية محددة لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، عند غياب إرادة الأطراف.

ثانياً: صور إختيار المحكم للقانون الموضوعي

إنّ السلطة التقديرية التي يتمتع بها المحكم تمكنه من عدة خيارات، حيث أنّ محل إختياره قد يقع على قواعد قانونية ذات طابع وطني، والتي تتمثل في نظرية تنازع القوانين التي تؤدي إلى تطبيق قانون داخلي لدولة ما (1) كما قد يقع على قواعد قانونية ذات طابع دولي والتي تتمثل في أعرف وعادات التجارة الدولية والمبادئ العامة في القانون (2).

1- تطبيق قواعد قانونية ذات طابع وطني

إنّ غياب إرادة الأطراف عن تحديد القواعد القانونية التي تطبق على موضوع النزاع، يلقي على عاتق المحكم واجب البحث عن تلك القواعد القانونية، وغالباً ما يلجأ إلى تحديد تلك القواعد في إطار قواعد وطنية، وحرية المحكم في هذا الشأن، قد تنصب على قانون داخلي لدولة معينة، أي القواعد المادية أو الموضوعية فيه (أ)، كما قد تنصب على عدة قواعد مستمدة من أكثر من قانون وطني (ب) أو تكون هذه القواعد عبارة عن المبادئ العامة للقانون المعمول به في دولة معينة (ج).

أ- تطبيق قانون وطني من خلال أعمال قواعد تنازع القوانين

لا توجد أية صعوبة حين يعرض النزاع على القاضي الوطني، لأنه ملزم بإتباع نظام تنازع القوانين المعمول به في دولته التي يصدر أحكامه بإسمها، في حين يصعب الأمر أمام المحكم

(270) - راجع حول هذا المبدأ: فؤاد ديب، « المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية »، مجلة العلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد 24، العدد الثاني، 2008 ص. 43 و 44 و 45.

الدولي الذي لا يتبع دولة معينة ولا يصدر أحكامه بإسم أي دولة⁽²⁷¹⁾، وبالتالي لا يوجد لديه ما يسمى بقانون إختصاص المحكم.

تأسيساً على ذلك، فإنّ المحكم الدولي يتمتع بقدر من الحرية أو السلطة التقديرية في معرض بحثه عن القانون الذي يحكم النزاع من خلال إعماله لقواعد تنازع القوانين، إذ أكدت على هذه الحرية العديد من الإتفاقيات الدولية، نذكر من بينها إتفاقية جنيف لعام 1961، التي تمنح للمحكم حرية واسعة في تحديد هذا القانون، وذلك من خلال تطبيق القانون الذي تعينه قاعدة التنازع التي يراها ملائمة⁽²⁷²⁾.

غير أنّ هذه الحرية الواسعة التي تمنحها الإتفاقيات الدولية ولوائح هيئات ومراكز التحكيم والتشريعات السالفة الذكر للمحكم في إختيار نظام تنازع القوانين، والذي يشير إليه في بعض الأحيان أنه ملائم وأحياناً أخرى مناسب ومرة أخرى أكثر إتصالاً بموضوع النزاع، تضعه أمام العديد من الخيارات النظرية بين النظم القانونية المختلفة والتي يتعين أن يختار من بينها نظام التنازع الملائم لطبيعة النزاع.

تعددت الإجهادات والمعايير في شأن تعيين القانون الذي يحكم موضوع النزاع، بإستخدام قواعد تنازع القوانين من بينها، الأخذ بقواعد التنازع للبلد الذي تمّ إختيار قانونه ليطبق على النزاع أو تطبيق قواعد تنازع القوانين للبلد الذي يجري فيه التحكيم أو تطبيق قواعد تنازع القوانين للبلد الذي فيه الإقامة أو الجنسية المشتركة للأطراف أو تطبيق قواعد تنازع القوانين للبلد الذي سينفذ فيه حكم التحكيم، وأخيراً تطبيق قواعد التنازع الأنسب موضوعاً لحكم النزاع⁽²⁷³⁾.

ب - التطبيق الجامع أو الشامل لقواعد تنازع القوانين

ترتكز هذه القاعدة على تطبيق قواعد تنازع القوانين في نطاق واسع لمختلف الأنظمة القانونية الوطنية التي لها صلة بالنزاع المطروح، كجنسية الأطراف أو مكان تنفيذ العقد محل

(271) - هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 87.

(272) - LALIVE Pierre : « Les règles de conflit de lois applicable au fond du litige par l'arbitre international siégeant en suisse », Rev.Arb, 1976, p181.

(273) - للتفصيل حول هذه الخيارات وإنقاداتها راجع: عمران علي السائح، التحكيم والقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص

النزاع..⁽²⁷⁴⁾. إذ يؤكد في هذا الشأن الواقع العملي، عن وجود إتجاهين إتجه خلالهما المحكم إلى التطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين في الدول التي لها صلة بالنزاع، فالإتجاه الأول يقتصر بمقتضاه على التطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين في الدول التي لها صلة بالعقد موضوع النزاع، ومن الأحكام التي سلكت هذا النهج، نذكر الحكم الصادر عام 1986 في القضية رقم 5118. بينما يقتصر الإتجاه الثاني على التطبيق الجامع لأنظمة التنازع للدول التي لها صلة بموضوع النزاع وتلك النافذة في دولة مقر التحكيم. ومن الأحكام التي تبنت هذا الإتجاه، نذكر الحكم الصادر عام 1978 في القضية رقم 14330⁽²⁷⁵⁾.

غير أن التطبيق الجامع يؤدي في بعض الأحيان إلى نتيجة مشتركة واحدة، رغم عدم تماثل قواعد الأسناد، وهذا ما أكدته العديد من القرارات التحكيمية، كالقرار التحكيمي الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس في القضية رقم 1212 لعام 1971، والقرار التحكيمي رقم 26 28 لعام 1977⁽²⁷⁶⁾.

ج- تطبيق المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص

يقصد بالمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، تلك المبادئ المتعلقة بتنازع القوانين السائدة في مختلف الدول، كقاعدة خضوع شكل التصرف إلى قانون محل الإبرام. إذ تركز هذه الطريقة على قيام المحكم بالبحث عن قاعدة التنازع الدولي الخاص في مختلف دول العالم التي تحظى بقبول واسع من قبل الجماعة الدولية⁽²⁷⁷⁾.

من الأحكام التحكيمية التي طبقت هذه الفكرة، نذكر الحكم الصادر عام 1975 في القضية رقم 1434، حيث قرر فيه المحكم، وجوب فحص الأساس السليم لتطبيق القانون الفرنسي على موضوع النزاع في ضوء المبادئ المعترف بها. بالرغم من إتفاق الأطراف على تطبيق هذا القانون⁽²⁷⁸⁾.

⁽²⁷⁴⁾-Voir : TRARI Mostefa -Tani, op.cit, p.142, et GAILLARD Emmanuel, op.cit, p.36

⁽²⁷⁵⁾ - أنظر في ذلك: جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص ص.96-97.

⁽²⁷⁶⁾ - LALIVE Pierre, «Les règles de conflit de lois applicable au fond du litige », op.cit, p.181.

⁽²⁷⁷⁾-GAILLARD Emmanuel, op.cit, p.37.

⁽²⁷⁸⁾ - أنظر في ذلك: سراج حسين محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص.594.

2- تطبيق قواعد قانونية ذات طابع دولي

مع تنوع أنماط عقود التجارة الدولية ظهرت بصفة واضحة عدم فعالية منهج التنازع التقليدي في إتخاذ الحلول التي تتلائم مع طبيعة هذه القواعد، بإعتباره يؤدي في الكثير من الحالات إلى تطبيق أحد القوانين التي وضعت أساساً لحكم العلاقات الداخلية⁽²⁷⁹⁾.

عليه وبالنظر للسعي الدائم للمحكم نحو إيجاد حلول ذاتية تلائم معاملات وعقود التجارة الدولية، فإنّ المحكم يلجأ إلى البحث عن قواعد دولية مستقلة عن طريق إرساء بعض العادات والقواعد التي لا نظير لها في الأنظمة والقوانين الوطنية، وذلك تجاوباً مع مقتضيات وضرورات المعاملات التجارية عبر الحدود. وبهذا يتخلص المحكم الدولي من مشكلة التنازع وتعقيداتها في مجال التجارة الدولية⁽²⁸⁰⁾.

يتمتع المحكم في هذا الشأن بسلطة تقديرية واسعة في تحديد القواعد الموضوعية الدولية بوصفها القواعد الواجبة التطبيق، إذ يتمّ تطبيقها أحياناً حتى ولو إتفق الأطراف على تطبيق قانون داخلي معين، إذ يطبقها المحكم، نظراً لتركيز النزاع في القانون عبر الدولي وملاءمة هذا النظام لطبيعته⁽²⁸¹⁾.

تأسيساً على السلطة التقديرية التي يتمتع بها المحكم في تحديد القواعد الموضوعية، فإنّ المحكم يمكنه اللجوء إلى حل النزاع وفقاً لقواعد أنشأتها العادات والأعراف في التجارة الدولية، حين يرى أنها أكثر إرتباطاً بالعقد من أي من أي القوانين الوطنية^(أ)، كما يمكنه أيضاً المزاجية بين الأنظمة القانونية للدول المختلفة تحت ما يسمى بالمبادئ العامة للقانون أو المبادئ القانونية المشتركة بين الأمم المتحضرة^(ب).

(279) - عيد عبد الحفيظ، « دور إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم»، أعمال الملتقى الدولي حول: التحكيم التجاري الدولي بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 14 و 15 جوان 2006، ص.8.

(280) - أسامة أحمد الحواري، المرجع السابق، ص.143.

(281) - BERNARDINI Piero, op.cit, p. 69.

أ- تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية

يجد المحكم نفسه في كثير من الأحيان مضطراً إلى حل النزاع بين الأطراف في ضوء قواعد من خلق عادات التجارة الدولية، لإعتبارات عديدة تختلف باختلاف خصوصية النزاع، إذ يطبق المحكم هذه القواعد، إما نتيجة إستنتاجه لإتجاه نية الأطراف إلى إخضاع نزاعاتهم لمثل هذه العادات، أو نتيجة لإستبعاده لأحكام القانون الوطني المختص، لمخالفتها للنظام العام بمفهومه الدولي. بهذا تكون هذه العادات والأعراف هي وحدها المؤهلة لحكم موضوع النزاع⁽²⁸²⁾.

إنّ لجوء المحكم إلى هذه العادات أصبح اليوم مألوفاً ويؤيد الأخذ به غالبية الفقه، كما تبنته الكثير من الإتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم، كالإتفاقية الأروبية للتحكيم التجاري الدولي، وقواعد التحكيم الصادرة عن الأمم المتحدة، ولائحة هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس⁽²⁸³⁾.

لا يوجد تعريف محدد ودقيق للأعراف التجارية، والسبب في ذلك يرجع إلى التباين في وجهات النظر في الفقه والإجتهد التحكيمي⁽²⁸⁴⁾، إذ يعتمد البعض المفهوم الضيق ويعتبر أنّ المقصود بها هو فقط الممارسات المعمول بها في قطاع مهني معين، والبعض الآخر يعتمد المفهوم الواسع الذي يوسع من نطاق هذه الأعراف لتشمل المبادئ العامة للقانون. نطاق هذه الأعراف لتشمل المبادئ العامة للقانون. على الرغم من ذلك، فإنّ تطبيق هذه الأعراف من قبل المحكم لا تثير أي إشكال أو جدل⁽²⁸⁵⁾.

ب- تطبيق المحكم المبادئ العامة للقانون

يقصد بالمبادئ العامة للقانون عموماً، المبادئ الأساسية السائدة في مختلف النظم القانونية للدول المتحضرة، وهي مبادئ تكاد لا تختلف بشأن مفاهيمها ومضامينها التشريعات المختلفة للدول⁽²⁸⁶⁾، إذ تعبر عن إستخلاص مقارن لمبادئ تشريعية تتقارب أو يتطابق بعضها في مفاهيمها

(282) - أحمد السمدان، المرجع السابق، ص. 202.

(283) - للتفصيل أكثر في هذا الشأن راجع: السائح علي عمران، المرجع السابق، ص ص. 368-374.

(284) - يظهر هذا التباين على نطاق واسع في أحكام التحكيم، كما هو الشأن بالنسبة لقضية " فرماطوم" التي أشارت فيها هيئة التحكيم إلى وجوب تطبيق مبادئ حسن النية والعقد شريعة المتعاقدين، بإعتبارهما من أعراف التجارة الدولية.

(285) - « Le pouvoir de l'arbitre d'appliquer les usages n'est pas contesté », voir: DERAIS : « Le statut des usages de commerce devant les juridictions arbitrales », Rev.Arb 1973, p122.

(286) - Ibid, p121.

ومضامينها في تشريعات الدول المختلفة، ومن أمثلة هذه المبادئ "مبدأ العقد شريعة المتعاقدين" "مبدأ عدم التعسف في إستعمال الحق" ومبدأ حسن النية في تنفيذ الإلتزامات"، وما إلى ذلك من المبادئ القانونية العامة الشائعة⁽²⁸⁷⁾.

ثبت في الكثير من القرارات التحكيمية لجوء المحكم لحل الكثير من النزاعات باللجوء إلى المبادئ العامة للقانون، نذكر من بينها قضية الشيخ أبو ظبي⁽²⁸⁸⁾ مع شركة التنمية البترولية المحدودة B.D.F، حيث قرر المحكم Asquith of Bishopton في قراره الصادر سنة 1951 أنه "إذا كان نظرياً أنّ قانون أبو ظبي هو الواجب التطبيق لحكم النزاع، ومن ثم فإنّ إرادة الأطراف لا بد وأن تكون قد إنصرفت إلى تطبيق المبادئ المشتركة للأمم المتحضرة، وهي نوع من القانون الطبيعي الحديث" وبالتالي فلقد أعمل تطبيق النزاع القانون الإنجليزي بدعوى أنه يمثل المبادئ العامة في الدول المتحضرة.

كما إستخدم هذا المصطلح في قرارات التحكيم الذي أصدره المحكم "جورج روبير" سنة 1956 بخصوص تخفيض العملة. الذي قرّر فيه أنّ الضمانات ضد تخفيض العملة في علاقات التجارة الدولية هي مفترضة وفقاً لما إستقر عليه القانون المشترك للأمم⁽²⁸⁹⁾.

مما تقدم نخلص إلى القول، أنّ الحرية التي يتمتع بها المحكم في إطار تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، هي في الحقيقة حرية وظيفية يستخدمها هذا الأخير من أجل البحث عن القانون الأنسب والأكثر إرتباطاً بموضوع النزاع.

(287) - أحمد السمدان، المرجع السابق، ص.202.

(288) - حول تفاصيل هذه القضية راجع: صلاح السيد جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص.93.

(289) - أنظر في ذلك: أبو زيد رضوان، قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.19.

المبحث الثاني

القيود الواردة على حرية المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق

لقد تبين لنا فيما سبق، أنّ المحكم يتمتع بسلطة واسعة أثناء تسييره لإجراءات التحكيم وإختياره للقانون الواجب التطبيق، بهدف إصدار حكمه بسرعة وفعالية، رغم إفتقاره لسلطة الإيجاب التي يتمتع بها القاضي، إلا أنّ هذه الحرية الواسعة ليست مطلقة بلا قيود، الأمر الذي يفرض عليه عدة إلتزامات، منذ ترشيحه وقبوله مهمة التحكيم حتى صدور الحكم الفاصل في النزاع.

إذا كان المشرع يفرض على المحكم بعض الإلتزامات ويخوله بعض الصلاحيات، ليس لأنه يحظى بذات المركز القانوني الذي يتمتع به القاضي، وإنما المهمة التي يلتزم بأدائها هي التي تتطلب تخويله تلك الصلاحيات وتفرض عليه تلك الإلتزامات، بإعتبار كونها مرتبطة وملازمة لطبيعة المهمة المسندة إلى المحكم.

إنّ الحكمة من فرض هذه القيود، هو منع من ليس جديراً بهذه المهمة من ممارستها، وكذلك وقف تأثير سلوك وتصرفات متولي هذه المهمة على الإحترام الواجب لها أو الإنقاص منها، لذا يلزم وضع قيود وضوابط ملائمة تحفظ لهذه المهمة إطارها السليم.

إنطلاقاً من المكانة التي يحظى بها المحكم في إطار خصومة التحكيم، وبالتالي فإنّ مهمته تحاط بمجموعة من القيود تفرض عليه قصد الوصول إلى الطمأنينة والثقة التي يسعى المحكّمين إلى إيجادها فيه، ويتم تقييد سلطات المحكم عن طريق فرض عليه مجموعة من الإلتزامات والتي يمكن تقسيمها إلى إلتزامات عامة في مواجهة المحكّمين (المطلب الأول)، وإلتزامات خاصة بعملية التحكيم (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إلتزامات المحكم في مواجهة الأطراف

لا شك أنّ الطبيعة الإتفاقية لمهمة المحكم تلعب دوراً محورياً في تقييد أو إطلاق يد المحكم في خصومة التحكيم. إذ يتقيد بموجب هذه الإرادة ولا يجوز له أن يتجاوزها. إذ يلتزم في هذا الشأن، بتطبيق القانون الذي يختاره الأطراف إختياراً صريحاً أو ضمناً، شأنه في ذلك شأن القاضي الذي يصدر حكمه في النزاع على ضوء قواعد القانون.

غير أنّ هناك إستثناءات تجيز للمحكم إستبعاد أحكام القانون الواجب التطبيق المختار من قبل الأطراف دون أن يبطل حكمه، وهو ما يحدث عند مخالفة أحكام القانون الواجب التطبيق للنظام العام، إذ يلتزم المحكم في هذا الإطار بعدم تجاهل المبادئ الأساسية والجوهرية المتعلقة بالنظام العام (الفرع الأول)

بالنظر للطبيعة الإتفاقية لوظيفة المحكم التي تلزمه بالفصل في النزاع والقيام بكل ما في وسعه لضمان تنفيذ قراره، ينشأ إلتزام آخر على عاتق المحكم بإحترام القوانين الآمرة سواءً الداخلية منها أو الدولية بإسم الدفاع على أولوية المصالح العامة على المصالح الخاصة للمتعاقدين (الفرع الثاني). وفي إطار الإلتزام بالهدف المتعلق بالتنظيم الداخلي للدولة، فإنّ المحكم ملزم أيضاً بإستبعاد القانون المختار عندما يثبت غشه نحو القانون (الفرع الثالث).

الفرع الأول

إلتزام المحكم بإستبعاد قانون الإرادة وإعمال النظام العام

رغم إختلاف الفقه⁽²⁹⁰⁾ بشأن تحديد إلزامية المحكم بالقواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام، فإنّ الواقع والممارسات التحكيمية، يؤكد أنّ المحكم ملزم بتطبيق قواعد النظام العام⁽²⁹¹⁾، ولعل هذا هو الإستثناء الوحيد الحقيقي الذي يمكن للمحكم فيه الإلتفات عن أحكام القانون الواجب التطبيق.

(290) - نذكر من بينهم: الأستاذ Mayer pierre الذي يرى بأنّ المحكم ملزم بإحترام إرادة الأطراف، بإعتباره جزء

لا يتجزأ من النظام الذي أنشأه العقد، وبالتالي فهو لا يملك أي سلطة في مواجهة الأطراف.

« L'arbitrage est à l'intérieur d'un système crié par le contrat, et ne possède donc aucun pouvoir hétéronome aux parties ». Voir : Derains Yves, « L'ordre publics et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage commercial international », Rev, Arb, 1986, p.344.

يلتزم المحكم في هذا الشأن بضوابط وقيود، أهمها أنه في حالة مخالفة القاعدة الواجبة التطبيق للنظام العام لا يملك إستبعادها، إلا بعد التنبيه على الخصوم مراعاة لحقوق الدفاع ولعدم الإخلال بتوقعاتهم المشروعة في تطبيق كافة أحكام هذا القانون الأجنبي، كما يلتزم بتنبيه الأطراف إلى القواعد التي يستوجب إعمالها على المسائل المثارة بدلاً من القواعد المستبعدة⁽²⁹²⁾.

يثير هذا الإستثناء التساؤل حول النظام العام الذي يطالب المحكم بإحترامه، فهل هو النظام العام الداخلي للبلد المعني، أم أنه يوجد نظام عام مشترك بين كافة الأمم يقتصر المحكم على إحترامه؟ ومن جهة أخرى، فهل المحكم مطالب بإحترام النظام العام في البلد الذي يجري فيها التحكيم، تعبيراً عن إحترامه لسيادتها وبالنظر إلى أن البطلان يقع طلبه أمام محاكمها، أم قانون البلد الذي يتوقع أن يطلب فيه تنفيذ حكم التحكيم؟. الأمر الذي يقتضي التعرف على مفهوم النظام العام الذي يعتد به المحكم وضوابط إستبعاد القانون في هذه الحالة.

يواجه المحكم عند فصله في النزاع وتطبيقه للقانون المختار مسألة النظام العام بنوعيه أي النظام العام الوطني (أولاً) والنظام عبر الدولي (ثانياً).

أولاً: النظام العام الوطني

إنّ مفهوم النظام العام أمام القضاء الوطني هو مفهوم داخلي صرف، غير أنّ هذا الوضع يختلف أمام المحكم الدولي الذي لا يملك قانون إختصاص داخلي يسهر على حمايته، إذ لا يصدر أحكامه باسم هذه الدولة أو تلك، كما لا يخضع لسيادة دولة معينة حتى ولو كانت هي أو أحد رعاياها طرفاً في النزاع المطروح على التحكيم⁽²⁹³⁾، إذ يتخذ النظام العام أمام المحكم الدولي طابع دولي صرف يهدف إلى حماية القيم الإنسانية المشتركة، وكذلك أخلاقيات العقود الدولية.

(291) - مع ذلك يؤكد الدكتور " تراري مصطفى الثاني " أنّ إلتزام المحكم بإستبعاد القانون المختار من قبل الأطراف بإسم النظام العام الدولي غير منصوص عليه بأي شكل في أي نص قانوني معمول به. أنظر في هذا الشأن: TRARI Mostefa- Tani, op.cit, p.153.

(292) - هدى محمد مجدي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.296.

(293) - أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص.276.

بحكم الطبيعة الخاصة للوظيفة التي يتولاها المحكم بفعل تعيين الأطراف له، فهو لا يكلف بمهمة الفصل في النزاع من أي نظام قانوني محدد، وإنما يستمد سلطانه المصدر الوحيد والتمثل في إرادة أطراف النزاع الذين إختاروه بمحض إرادتهم لكي يقوم بمهمة الفصل في النزاع، وبالتالي فهو غير ملزم باحترام المفاهيم الوطنية، ويكون ملزماً فقط بإحترام المفاهيم الدولية⁽²⁹⁴⁾. إلا أن هذا لا يعني أن المحكم غير معني بالنظام العام، فهو بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فمن الممكن أن يتعارض محتوى هذا القانون مع النظام العام في البلد المنوط بها تنفيذ الحكم التحكيمي، وأن هذا التعارض يكون سبباً لرفض تنفيذ الحكم، إذ نميز في هذا الصدد، بين رأيين: الرأي التقليدي⁽²⁹⁵⁾ الذي يرى أن المحكم مطالب بإحترام النظام العام في البلاد التي يجري فيها التحكيم، تعبيراً عن إحترامه لسيادتها وبالنظر إلى أن البطلان يقع طلبه أمام محاكمها.

أما الرأي الحديث⁽²⁹⁶⁾ فلقد إتجه إلى أن المحكم يطبق على النزاع قانوناً معيناً بغض النظر عن مكان التحكيم، ولا ينظر إلى مقر التحكيم على أنه موطن موضوعي للتحكيم بل كمجرد إطار جغرافي لا تربطه بالتحكيم علاقة حتمية، بالنظر إلى إستقلالية التحكيم وبالتالي يطبق المحكم قواعد النظام العام للقانون المطبق على أصل النزاع والذي له منطقياً أوثق صلة بالنزاع.

غير أن هذا الرأي لا يؤكد الواقع، إذ أن إتفاقية نيويورك وكذلك القوانين الوطنية في مختلف البلاد تؤكد أن حكم التحكيم لا يمنح له الصيغة التنفيذية متى خالف النظام العام في مفهوم قانون البلد الذي يتوقع أن يطلب فيه تنفيذ حكم التحكيم. وعليه وبالتوفيق بين هذه الآراء وما يفرضه الواقع التحكيمي يمكن القول أن المحكم مطالب بإحترام النظام القانوني المطبق على أصل النزاع وإلا إستوجب حكمه الإبطال، كما عليه أن يحترم أيضاً النظام العام في بلد التنفيذ وإلا ظل حكمه غير منفذ⁽²⁹⁷⁾.

إن الملاحظ في هذا الشأن، أن الاتجاه الغالب يميل إلى إحترام النظام العام الوطني في الدولة التي يختص قانونها بحكم الرابطة التعاقدية وفقاً لمنهج تنازع القوانين، وبصفة خاصة الدولة

(294) - إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص. 198.

(295) - الورفلي أحمد، المرجع السابق، ص. 24.

(296) - المرجع نفسه، ص 24.

(297) - ومع ذلك فقد تنور صعوبة خاصة في هذا الفرض فيما لو تعذر العلم المسبق بمكان تنفيذ الحكم وفيما إذا كان تنفيذه سيتم في أكثر من دولة.

التي إختار الأطراف المتعاقدة قانونها لتطبق على العقد وما يثار بشأنه من نزاعات بشرط ألا يتعارض ذلك مع النظام العام الدولي الذي يسهر المحكمون على حمايته، بوصفه تعبيراً عن المبادئ العليا التي تسود في الأسواق العابرة للحدود والتي يعد نظامها القانوني هو قانون إختصاص المحكم⁽²⁹⁸⁾. إلا أنّ إفتقار المحكم لقانون إختصاص داخلي يسهر على حمايته وإختلاف محتوى النظام العام الدولي بمفهوم القانون الدولي الخاص ذو طابع دولي خاص ممّا يستوجب على الحكم البحث عن النظام عام يسمو على الأنظمة العامة الوطنية، مشترك بين الأمم ومستقل عن النظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص.

ثانياً - النظام العام عبر الدولي

يشكل النظام العام عبر الدولي الجانب الأمر في القواعد الدولية، والتي لا يمكن مخالفة أحكامها من حيث الإختيار للقانون الواجب على علاقات الأطراف المتعاقدة أو من حيث موضوعها، ولقد ساعد هذا المفهوم الجديد على توسيع سلطة المحكم في استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف، إذا تبين له تعارض هذه الأحكام مع الاحتياجات الدولية، واعتبارات النظام العام العابر للدول الذي يعلو فوق الدول (L'ordre public transnational)، وينبع مباشرة من مجتمع الدول والتجار الدوليين⁽²⁹⁹⁾.

إنّ الإعراف بإستقلالية التحكيم الدولي عن القوانين الداخلية وعدم وجود قانون إختصاص للمحكمين يسند الفكرة القائلة بوجود نظام عام عبر دولي يحكم ويضبط العلاقات القانونية الخاصة الدولية، إذ يجد النظام العام عبر الدولي أساسه في وجود قواعد عبر دولية تمّ الإعراف بها من حيث طبيعتها القانونية الملزمة، تكون حاکمة للعلاقات الخاصة الدولية بسبب غياب كل إمكانيات لربط التحكيم الدولي بقانون إختصاص داخلي يلزم المحكمين بإعمال قواعده، ثم إنّ مفهوم عبر الدولية للنظام العام يتلاءم مع العلاقات التجارية الدولية أكثر من مفهوم النظام العام الداخلي أو حتى الإقليمي.

(298) - وأساس ذلك أنّ المحكم لا يملك، وفقاً لراجح الآراء في الفقه الحديث قانوناً وطنياً يعد بمثابة قانون إختصاصه، وهذا يعكس قانون القاضي بالنسبة للمحاكم القضائية الوطنية، الأمر الذي يقتضي إعتبار القانون التجاري الدولي بمثابة قانون إختصاص المحكم. أنظر في ذلك: إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص.198.

(299) - هدى محمد مجدي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.297.

ترتيباً على ذلك، فعندما يوجد تناقض بين النظام العام عبر الدولي والنظام العام الداخلي المنتمي للقانون الواجب التطبيق وإثارة مسألة أولوية التطبيق بينهما، فإنّ الرأي قد إستقر على وجوب تطبيق القواعد الأولى أي قواعد النظام العام عبر الدولي حيث يستبعدون القانون الوطني الواجب التطبيق لحماية النظام العام الدولي وفقاً للمعنى المقصود من هذا الإصطلاح، أي حماية المصالح العليا لمجتمع البائعين والمشتريين العابر للحدود، أي القانون التجاري الدولي الذي يعد بمثابة قانون إختصاص المحكمين⁽³⁰⁰⁾.

إنّ ما يؤكد ما سلف، حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس سنة 1984 الذي إمتنع فيه المحكم عن تطبيق القانون السوري الذي يقضي لمقاطعة الشركات التي تتعامل مع إسرائيل (رغم أنه يعد من قوانين البوليس التي تتصل بصميم النظام العام السوري) وذلك لتعارضه مع ما أسموه بحرية التجارة ومبادئ عدم التمييز التي تتعلق في تقديرهم بالنظام العام الحقيقي الذي يتعين على المحكمين إعطائه على النظام العام الداخلي⁽³⁰¹⁾.

لا تقتصر أولوية تطبيق قواعد النظام العام عبر الدولي على قواعد النظام العام الداخلي في القانون الواجب التطبيق، ذلك أنها تمتد إلى قواعد النظام العام الأجنبية عن هذا القانون، وإنّ إتخذت صفة قواعد البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري، ذلك أنّ المحكمين يقدرّون مشروعية تطبيق قوانين البوليس بسبب عدم وجود قانون إختصاص لهم، في ضوء قواعد النظام العام عبر الدولي، وبالتالي فإنه يكون للمحكمين رفض تطبيق قوانين البوليس في حال كانت مخالفة للنظام العام عبر الدولي. ومن الأمثلة على قوانين البوليس التي تتعارض مع هذا النوع من النظام العام، القوانين الخاصة بالمقاطعة والحصار الإقتصاديّين المفروضة من قبل دولة ضد دولة أخرى على أساس العرق أو الدين⁽³⁰²⁾.

تأسيساً على ما سلف، فإنّ النظام العام عبر الدولي يطبق على الأطراف كما يفرض نفسه على المحكمين، إذ أن الأطراف لا يستطيعون عن طريق التحكيم الدولي تكريس صحة عقد مخالف للنظام العام أو الآداب العامة في موضوعه كتتهريب المخدرات، كما أن المحكمين سيرتكبون مخالفة للنظام العام عبر الدولي في حال إعتراهم بصحة التصرفات المخالفة لحسن

(300) - هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 310 و 311.

(301) - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 762.

(302) - إياد محمود برون، المرجع السابق، ص. 596.

النية. وعلى هذا الأساس فعندما يجد المحكم أن القانون المختار من قبل الأطراف مخالف للنظام العام عبر الدولي، فإنه يعمد إلى إستبعاد تطبيق أحكام ذلك القانون وتطبيق مبادئ النظام العام عبر الدولي. وفي حال كان إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق منتقياً فإنّ المحكم يستطيع أن يطبق قواعد النظام العام عبر الدولي مباشرة⁽³⁰³⁾.

من تطبيقات فكرة النظام العام الدولي ما إنتهى إليه الفقيه Derains كمحكم في نزاع أثير في إطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 1959 بين شركة إيطالية وإحدى الهيئات العامة الأثيوبية، حيث إستبعد أحكام قانون المرافعات الأثيوبي الواجب التطبيق التي تحرم إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية، إستناداً إلى مبادئ النظام العام الدولي⁽³⁰⁴⁾.

على ضوء ما سبق، نخلص إلى القول أن المحكم الدولي عند معالجته لموضوع النزاع يلزم بإحترام قواعد النظام العام الدولي، كما عليه عند إصدار حكم التحكيم مراعاة قواعد النظام العام الدولي للدولة التي سوف ينفذ فيها ذلك الحكم لأنه يترتب على عدم إحترامها رفض الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي.

هكذا، يتضح لنا أن قواعد النظام العام تؤدي دوراً في غاية الأهمية بل والخطورة عندما يستعين بها المحكم لإستبعاد أحكام القانون الواجب التطبيق عند وجود تعارض بينهما، إذ يلتزم في هذا الشأن بتطبيق قواعد النظام العام حرفياً، فلا يخضع تحديد فكرة النظام العام لتقديره، ولا مجال أمامه سوى تطبيقها.

الفرع الثاني

إلتزام المحكم بإستبعاد قانون الإرادة وإعمال قواعد التطبيق الضروي

يختلف إعمال القواعد ذات التطبيق الضروي فيما إذا كان النزاع مطروحاً على القضاء أو على التحكيم، حيث لا يتصور أن يتصدى المحكم الدولي لإعمال هذه القواعد بنفس الطريقة

(303) - ومثال على ذلك إستبعاد المحكم لقانون الدولة المتعاقدة التي يحظر عليها اللجوء إلى التحكيم، بحيث إذا إختار الأطراف صراحة قانون الدولة ليطبق على العقد، فإنّ المحكم سوف يقوم بإستبعاده كونه مخالفاً للنظام العام عبر الدولي وتطبيق قواعد هذا الأخير هي التي تقرر مشروعية اللجوء إلى التحكيم من قبل الدولة وسائر الأشخاص العموميين. أنظر في هذا الشأن: إياد محمود بروان، المرجع السابق، ص.593.

(304) - هدى محمد مجدي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.293.

التي يتصدى لها القاضي الوطني، الأمر الذي يظفي عليها طابعاً خاصاً يجعل أعمالها أمام المحكم متميزاً ومتخصصاً.

تبرز خصوصية أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري أمام المحكم في مسألتين مهمتين: أولهما أنّ المحكمين ليس لديهم قانون إختصاص *Lex fori* (305)، وفقاً للرأي السائد في قضاء التحكيم والذي إستقر على عدم إعتناق القانون الداخلي لدولة معينة كي يكون قانون إختصاص المحكم، الأمر الذي ينجر عنه إنعدام قانون داخلي للمحكم يسهر على حمايته مثل القاضي الوطني. الأمر الذي يترتب عليه، أنّ كافة القواعد ذات التطبيق الضروري لدى المحكم في حكم القواعد الأجنبية وتعامل على هذا الأساس.

أما الخصوصية الثانية، فنتمثل في الطابع الإتفاقي للتحكيم، إذ يستمد المحكم سلطاته من إرادة الأطراف فهو لا يملك كمبدأ عام الخروج عن هذه الإرادة أو الإخلال بتوقعاتها المشروعة.

على ضوء ذلك، سنحاول البحث في الطابع الخاص الذي يتّسم به المحكم الدولي وأثره على أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري. وذلك في نقطتين أساسيتين: تتمثل الأولى في إنعدام قانون إختصاص داخلي للمحكم وأثره على أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري (أولاً)، أما الثانية فتتمثل في الطابع الإتفاقي للتحكيم وأثره على أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري (ثانياً).

أولاً: إنعدام وجود قانون إختصاص للمحكم الدولي

يختلف الفقه في مسألة تمتع المحكم بقانون إختصاص داخلي من عدمه، وإنقسموا في هذا الشأن إلى إتجاهين، إتجاه يرمي إلى القول (306) أنّ المحكمين يملكون قانون إختصاص داخلي، إلاّ أنهم يختلفون حول هذا القانون، فهناك من يرى بأنّ قانون إختصاص المحكم هو قانون دولة مقر التحكيم أو قانون الدولة التي إختار الأطراف المتعاقدة قانونها لحكم الرابطة التعاقدية وهناك من يرى بأنّه قانون الدولة التي إستبعد الأطراف إختصاص محاكمها بموجب شرط التحكيم.

(305)- « L'expression « lex fori » peut être employée pour le juge étatique parce qu'il fait parties du pouvoir judiciaire de son Etat ». Voir : GHAZOUANI Malek, « L'applicabilité des lois de police par l'arbitre du commerce international », Revue de la jurisprudence et de la législation, Maroc, 44^{ème} année n^o4, 2002, p.20.

(306)- DERAIS Yves, Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale, L.I.T.E.C, Paris, 1982, p.32.

في المقابل، إتجه البعض الآخر⁽³⁰⁷⁾ إلى القول أنّ المحكمين الدوليين ليس لهم قانون إختصاص داخلي يستمدون منه إختصاصهم مثل القاضي، لهذا فإنهم لا يلجئون لقواعد الإسناد التي يتضمنها القانون الدولي الخاص في دولة مقر التحكيم أو دولة جنسيتهم المشتركة أو الدولة التي إتفق الأطراف على تطبيق قانونها أو غير ذلك من الحلول التي يراها البعض من الشراح، وإنّما هم يتصدون لحلول التنازع إستناداً إلى قواعد الإسناد التي إستقر عليها العمل الدولي إستخلاصاً من المبادئ القانونية المشتركة ولوائح المراكز التحكيمية الدولية.

يترتب على هذا النظر نتيجة هامة، مفادها أنّ المحكمين الدوليين لا يعرفون التفرقة بين قواعد البوليس الوطنية التي تنتمي لقانون إختصاصهم الداخلي وقواعد البوليس الأجنبية، كما هو الحال لدى قضاء الدولة، وإنّما تعدّ كافة القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي لقوانين البوليس أجنبية بالنسبة للمحكمين، ممّا يضيف على إعمالها صعوبات متعدّدة⁽³⁰⁸⁾.

إنطلاقاً من هذا الأساس، ونظراً لغياب قانون إختصاص للمحكم فلا يمكن للمحكم تطبيق قانون بوليس معيّن⁽³⁰⁹⁾، الأمر الذي يفرض عليه البحث عن قانون بوليس واجب التطبيق عن طريق الفصل في النزاع القائم بين قوانين البوليس الأجنبية والقانون الذي إختاره الأطراف⁽³¹⁰⁾.

على هذا الأساس، ومن أجل التصدي لمشكلة التنازع بين قوانين البوليس المنتمية إلى العقد والأجنبية عنه يجب التمييز بين حالتين: الحالة التي يكون فيها قانون البوليس جزءاً من القانون الداخلي والذي يكون الأطراف قد إختاروه⁽¹⁾، والحالة التي يكون فيها قانون البوليس مرتبباً بنظام قانوني غير النظام القانوني الذي ينتمي إليه القانون الداخلي الذي قد إختاروه الأطراف⁽²⁾.

(307) - أنظر في ذلك: هشام علي صادق، « مدى سلطة المحكمين في إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري»، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الخمسون، 1994، ص. 112.

(308) - أنظر في نفس المعنى:

GHAZOUANI Malek, op.cit, p21, « L'absence de for signifie donc qu'aucun loi nationale ne peut s'imposer en tant que telle à l'arbitre; étant un juge privé, sa nationalité ne peut pas constituer un critère de compétence législative ».

(309) - Ibid, p 22. « L'absence de for pour l'arbitre est loi d'être un argument contre l'applicabilité des lois de police, bien au contraire cette circonstance favorise leur réception car elle libère l'arbitre de la problématique de la primauté accordée au droit du for ».

(310) - POMMIER Jean-Christophe, « La résolution du conflit des lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit, le rôle de l'arbitre », J.D.I, 1992, P.136.

1- حالة إعمال المحكم لقواعد البوليس المنتمية إلى قانون العقد

عند التصدي لإعمال القواعد الداخلية الآمرة ذات التطبيق الضروري، فإن المحكمين يفضلون تطبيق ما كان من هذه القواعد منتمياً إلى قانون العقد، وبصفة خاصة القانون الذي إختارته إرادة المتعاقدين، وهو الأمر الذي أكدته المحكمة الصادر في قضية HILMARTON سنة 1988، أين رفض بموجبه المحكم الوحيد طلبات شركة HILMARTON وإعتبر العقد المبرم بين هذه الشركة وشركة OTV فيه خرق واضح للقانون الجزائري الواجب التطبيق الذي يتضمن مبدأ أساسياً يجب إحترامه في كل الأنظمة القانونية التي ترغب في محاربة الرشوة، وأن المساس بهذا المبدأ يعتبر مساساً بالنظام العام في سويسرا، علماً بأن القانون السويسري هو القانون الذي إختاره الأطراف ليطبق على الخصومة التحكيمية⁽³¹¹⁾.

إن سبب هذا التفضيل يعود إلى حرص المحكم على إحترام توقعات الأطراف المشروعة وعدم الإخلال بها والذي يعود إلى الطابع الإتفاقي للتحكيم، إذ يستمد سلطته على خلاف القاضي من إرادة الأطراف، وهو ما يدفعهم إلى الحرص على إحترام هذه الإرادة وكفالة حقها في اليقين القانوني حتى عند التصدي لإعمال قواعد البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري لأنها تعد جزءاً من القانون الذي إتفق الأطراف على تطبيقه⁽³¹²⁾.

تأسيساً على ماسبق، يتضح أنه يكفي أن تكون القواعد ذات التطبيق الضروري منتمية لقانون العقد حتى يلتزم المحكم بمراعاتها⁽³¹³⁾. غير أنه يستوجب على المحكم تطبيق قوانين البوليس المنتمية إلى النظام القانوني الذي إختاره المتعاقدين تحت تحفظ وحيد وهو ألا تكون متعارضة مع النظام العام الدولي الحقيقي الذي يفرض نفسه على المحكمين⁽³¹⁴⁾.

بناءً على ما سبق، يتبين لنا أن قواعد البوليس المنتمية للقانون المختار تكون لها الصدارة على سائر قوانين البوليس الأخرى، بإعتبار أن هذا القانون يعلمه الأطراف ولا يخلّ بالتالي بتوقعاتهم المشروعة. لكن هذا لا يمنع أن يتنازع هذا القانون المختص مع قانون بوليس آخر عندما

(311) - راجع في هذا الشأن: عيساوي محمد، « دراسة نقدية لقضية HILMARTON في التحكيم التجاري الدولي»، مجلة المعارف، العدد 10، 2011، ص ص. 13-26.

(312) - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 764.

(313) - نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 500.

(314) - DERRAINS (Y), « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige », op.cit, p.40.

يختار الأطراف قانونًا يشمل على نصوص مخالفة لقانون البوليس المختص مما يجعلنا نتساءل كيف يتصدى المحكم لهذه الحالة؟.

2- حالة إعمال المحكم الدولي للقواعد ذات التطبيق الضروي الأجنبي

قد يتبادر إلى الذهن أنه إذا كانت القواعد ذات التطبيق الضروي من غير النظام القانوني الذي إختاره الأطراف، فإنه لا يجوز للمحكم الدولي إعمال قواعد البوليس التي تنتمي لقانون دولة أجنبية عن الدولة التي تمّ الإتفاق على تطبيق قانونها على أساس أن هذا التطبيق سيتضمن بالضرورة إستبعادًا جزئيًا لقانون العقد مما يعرض القرار التحكيمي للبطلان.

يرى البعض⁽³¹⁵⁾ في هذا الشأن، أن المحكم لا يكون ملزمًا بتطبيق هذا القانون إلا أنه يعتد به كعنصر من عناصر الوقائع المادية التي تسمح له بتقدير توفر أو عدم توفر حالة القوة القاهرة، مثلاً إذا كان الفريق المشتري برتغاليًا وكان القانون الذي إختاره الفريقان هو القانون السويسري فإنّ المحكم يأخذ بعين الإعتبار قانون البوليس البرتغالي، الذي يقيد التداول بالعملة الأجنبية بضوابط صحيحة كعنصر من عناصر تقدير سوء نية المشتري أو حسن نيته عندما يتأخر عن الدفع في الوقت المتفق عليه.

كما يعتد به أيضًا ولكن كقانون وليس فقط كواقعة مادية إذا كان قانون البوليس الغريب عن القانون المختار هو قانون مكان تنفيذ القرار التحكيمي وإذا كان بالإمكان تفسير نية الطرفين بأنهما لا يستبعدان تطبيق مثل هذا القانون⁽³¹⁶⁾.

ترتيباً على ذلك، فما على المحكم إلا الإلتجاء إلى المنهج الأحادي كأساس لإعمال القواعد ذات التطبيق الضروي، ووفقاً لهذا المنهج، فإنه يتوجب على المحكم أن يتأكد من إنطباق القاعدة الأجنبية على المسألة المطروحة وبشرط أن تكون هناك صلة عقلانية بين مضمون القاعدة وأهدافها وبين نطاق تطبيقها⁽³¹⁷⁾.

(315) - أنظر في ذلك، فايز الحاج شاهين، المرجع السابق، ص.34.

(316) - المرجع نفسه، ص.34.

(317) - هشام علي صادق، مدى سلطة المحكمين في إعمال القواعد ذات التطبيق الضروي، المرجع السابق، ص.111.

غير أنّ أعمال الأحادي لقواعد البوليس ذات التطبيق الضروري، قد يثير مشكلة التنازع، وذلك عندما يكون التنازع إيجابياً، أي فيما لو كانت هناك أكثر من قاعدة واحدة تريد الإنطباق على الرابطة المطروحة، ففي هذا الفرض سيتم تفضيل قاعدة البوليس التي تنتمي إلى قانون القاضي، إستجابة للإعتبارات الخاصة بالنظام العام في دولته.

يشهد الواقع التحكيمي تضارباً واضحاً في الأحكام إزاء موقف المحكمين من قواعد البوليس ذات التبيق الضروري التي لا تنتمي لقانون العقد، فهناك من الأحكام التي رفض تطبيقها، وعلى العكس فهناك من إتجه إلى تطبيقها حرصاً على إحترام للتوقعات المشروعة للأطراف ووجود صلة وثيقة بين قانون البوليس والمسألة موضوع النزاع والتي تتمثل في مكان تنفيذ العقد، ونذكر من بين هذه الأحكام الحكم الصادر في القضية رقم القضية رقم 1859 لعام 1973 والتي طَبَّقَ فيها المحكم قواعد البوليس السائدة في قانون دولة تنفيذ العقد رغم خضوع الرابطة العقدية لقانون آخر بمقتضى منهج التنازع⁽³¹⁸⁾.

غير أنّ هناك صعوبة في التوقع المسبق للدولة التي سيتم فيها تنفيذ الحكم، كما أنّ إعتداد المحكم بقواعد البوليس السارية في دولة التنفيذ قد يلقي معارضة القاضي المطلوب منه الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي، والذي قد يرى أنّ هناك قاعدة بوليس أخرى أولى بالإتباع، ولهذا يميل جانب كبير من أحكام المحكمين إلى ترجيح أعمال قواعد البوليس السائدة في الدولة التي يتوقع الأطراف تطبيق قانونها⁽³¹⁹⁾.

هكذا يتضح أنّ غالبية الأحكام التي إتجهت إلى وضع قواعد البوليس التي لا تنتمي إلى قانون العقد في إعتبارها قد أرادت بذلك أن تصل إلى إعفاء المدين من إلتزامه العقدي الذي يفرضه قانون العقد على أساس القوة القاهرة المترتبة على أعمال هذه القواعد.

على خلاف ما تقدم، فقد إتجهت بعض أحكام المحكمين إلى رفض تطبيق قواعد البوليس التي لا تنتمي إلى العقد ونذكر من بينها، الحكم الصادر عن غرفة التجارة الدولية لعام

(318) - إيداد محمود بروان المرجع السابق، ص.429.

(319) - الموهاب فيروز، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، طبقاً للقانون الجزائري، مذكرة الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، 2009، ص.144.

1974⁽³²⁰⁾، والذي أكد من خلاله المحكمون أنّ رفض السلطات النقدية في بلد المشتري للسماح بتنفيذ العقد الخاضع لقانون دولة البائع يعد قوة قاهرة تسمح بإعفاء المشتري من إلتزامه المقرّر بمقتضى قانون العقد.

بهذه المثابة لم يطبق المحكمون قاعدة البوليس الأجنبية التي تخوّل للسلطات النقدية رفض السماح للمشتري بأداء الثمن بعملة قابلة للتحويل إلى البائع، وإنّما هم قد وضعوا هذه القاعدة في إعتبارهم وصولاً إلى القضاء بفسخ العقد لاستحالة التنفيذ.

من جهة أخرى، رفض بعض المحكمين قواعد البوليس الأجنبية عن العقد، وذلك حينما تبين لها أنّ تطبيقها على المسألة المطروحة سيؤدي إلى الإخلال باليقين القانوني للأطراف⁽³²¹⁾ أو عندما تكون مخالفة للنظام العام.

إنّ إستبعاد القواعد ذات التطبيق الضروي لا يقتصر فقط على الإخلال بتوقعات الأطراف المشروعة، بل يمتد ليشمل أيضا مخالفة النظام العام عبر الدولي، إذ يمتنع المحكمون عن تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروي الأجنبية كلّما تعارض هدفها مع النظام العام الدولي. ومن الممارسات التحكيمية في هذا الشأن حكم التحكيم الصادر في القضية رقم 3881⁽³²²⁾ والتي إمتنع بصدها المحكم عن تطبيق القانون السوري بمقاطعة الشركات التي تتعامل مع إسرائيل بحجة تعارضه مع حرية التجارة ومبادئ عدم التمييز المتعلقة بالنظام العام عبر الدولي أو المشترك، والذي ينبغي أن يعلو عن النظام العام الداخلي.

في الواقع، وعلى الرغم من صعوبة إعمال القواعد الآمرة المنتمية إلى دولة أجنبية أمام المحكم، فإنّه يتعيّن على المحكم الدولي مراعاة أنّ الإلتزام بالقواعد الآمرة في القانون مقيد بإحترام القواعد المشروعة للأطراف، فإذا خالف المحكم القواعد الآمرة في قانون العقد، فإنّ هذا لا يمنع من الإعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي، على أساس أنّ الواجب مراعاته في هذه الحالة أكثر ليس تلك القواعد الآمرة المنتمية إلى قانون العقد، وإنّما تلك الخاصة بقانون الدولة الغالب بتنفيذ الحكم

(320) - هشام علي صادق، مدى سلطة المحكمين في إعمال القواعد ذات التطبيق الضروي، المرجع السابق، ص 114.

(321) - المرجع نفسه، ص ص. 114 و 115.

(322) - أنظر: دريدر ملكي، سلطة المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع قانون التعاون الدولي، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي بالبويرة، 2011، ص. 65.

فيها. وبالتالي فإنّ مخالفة المحكم للقواعد الأمرة في قانون العقد لا تعتبر بالضرورة مخالفة للنظام العام في دولة التنفيذ.

ثانياً: الطابع الإتفاقي للتحكيم

لقد إتضح من خلال ما سبق أنّ المحكم، وخلافاً للقاضي، يستمد سلطاته من إرادة الأطراف، ولهذا فهو يسعى جاهداً إلى إحترام توقعات الأطراف عند تحديد قانون العقد. إذ نجد غالبية أحكام المحكمين لم تتردّد في إعمال قواعد البوليس التي تنتمي للقانون المختار من قبل أطراف عقود التجارة الدولية، فمثل هذا العمل لا يشكل مفاجأة للأطراف المتعاقدة.

لعلّ هذا ما يفسر ما مضت الإشارة إليه من إتجاه بعض أحكام المحكمين إلى إنزال نصوص القانون المختار منزلة الشروط العقدية ممّا يسمح للمتعاقدين بالثبوت الزمني لأحكام هذا القانون حتى لا يفاجئوا بأيّ تعديلات تشريعية لاحقة على إبرام العقد⁽³²³⁾.

يشهد الواقع في بعض الحالات تطبيق المحكم لقواعد البوليس التي تنتمي لقانون الدولة التي يتوقع المحكمون تنفيذ حكمهم فيها تحقيقاً لمبدأ الفاعلية من جهة، وتخوفاً من رفض القاضي تنفيذ ذلك الحكم إذا لم يطبق هذا الأخير قاعدة البوليس الأمرة المنصوص عليها في قانون دولة التنفيذ، غير أنّ هذا الأمر لا يخلو من الصعوبات، أهمها عدم التوقع المسبق للدولة التي سيتم فيها تنفيذ الحكم في بعض الحالات أو تعدد البلد الذي سيتم فيه تنفيذ الحكم. ولهذا يميل جانب كبير من المحكمين إلى تفضيل إعمال قواعد البوليس السائدة في الدولة التي يتوقع الأطراف تطبيق قانونها، فإذا ما إتضح للمحكم أن إعمال قاعدة من قواعد البوليس التي تطبق سيؤدي إلى مفاجأة الأطراف، فإنّه سوف يتجاهل إعمالها مفضلاً الرجوع إلى القاعدة التي لا تتعارض مع توقعاتهم.

على هذا الأساس، فإنّ إحترام توقعات الأطراف وفقاً لهذا النظر يعد أساساً لإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري لدى قضاء التحكيم الدولي ولو لم يكن هناك تنازحاً إيجابياً بين هذه القواعد لحكم المسألة المطروحة، وحتى لو كانت هناك قاعدة واحدة من قواعد البوليس تريد الإنطباق على

(323) - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 1021.

النزاع، فإنّ للمحكم أن يمتنع عن إعمالها فيما لو تبين أن هذا الإعمال سيؤدي إلى الإخلال باليقين القانوني للأطراف المتعاقدة⁽³²⁴⁾.

بهذا يؤكد الطابع الإتفاقي للتحكيم أثره على إعمال قواعد البوليس ذات التطبيق الضروري أمام المحكم الدولي، حيث يستمد هذا الأخير سلطاته من الأطراف المتعاقدة، وبالتالي يشعر بضرورة تقديره وإحترامه لإرادتهم في تحديد القانون الواجب التطبيق حتى لا يتم مفاجئتهم بتطبيق قاعدة قانونية لا يتوقعونها⁽³²⁵⁾.

أياً ما كان الأمر، فلا شك أنّ تقييد سلطة المحكمين في إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي إلى قانون العقد على النحو السابق بيانه، وخلافاً لقضاء الدولة، والذي أكدت التشريعات الحديثة إطلاق سلطته في هذا المجال، سيؤدي في نهاية الأمر إلى إختلاف الحلول الموضوعية للنزاع العقدي بحسب ما إذا كان هذا النوع قد طرح على القضاء أعلى هيئة التحكيم⁽³²⁶⁾.

بناءً على ما سبق نخلص إلى القول، أنّ المحكم ملزم بتطبيق القانون الذي إختاره الأطراف، وعليه أن يطبق هذا القانون بكافة القواعد المنتمية إلى القانون الذي يحكم العقد بما فيها القواعد ذات التطبيق الضروري، بإعتبارها جزء منه حتى يتم تنفيذ الحكم الذي أصدره، وأن يأخذ في الإعتبار أيضاً قواعد التطبيق الضروري التي لا تنتمي للقانون الواجب التطبيق إحتراماً لتوقعات الأطراف.

(324) - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.1032.

(325) - عمران علي السائح، المرجع السابق، ص.251.

يرى الدكتور هشام صادق أنه على الرغم من أنّ الأساس القانوني للتحكيم يفرض على المحكمين ألا يفاجئوا المتعاقدين بما لا يتوقعوه، فإنه لا يجوز أن يفرض عليهم الإذعان دائماً لما يريده الأطراف، فإرادة الأطراف لا يصح أن تعلق فوق إرادة المشرع الأمرة، والقول بغير ذلك يعني ببساطة إفلات العقد من دائرة القانون، وهو الأمر الذي لا يجوز. أنظر في هذا الشأن: هشام علي صادق، مدى سلطة المحكمين في إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري، المرجع السابق، ص.117.

(326) - المرجع نفسه، ص.117.

الفرع الثالث

إلتزام المحكم بإستبعاد الغش نحو القانون

باعتبار المحكم في الواقع بمثابة قاضي النزاعات الخاصة بالتجارة الدولية، ويشبه الدور الذي يؤديه دور القاضي، فإنّه عندما يصادف غشاً أو تحايلاً نحو القانون فإنّه يسلك مسلك القاضي الوطني ويقطع الطريق على هذا الغش عن طريق إعادته للقانون الذي تمّ التحايل عليه ويطبقه على موضوع النزاع، حتى ولو كان إختيار أطراف النزاع ينصب على هيئة دائمة للتحكيم التجاري الدولي للفصل في نزاعاتهم.

من تطبيقات ذلك رفض محكمة التحكيم في (براغ) تطبيق القانون الإنجليزي الذي إختاره الأطراف في النزاع بين باكستان وتشيكوسلوفاكيا ومصدرها عقد نموذجي لتنفيذ أحد المشاريع بدعوى عدم وجود أي علاقة بين هذا القانون والنزاع المطروح⁽³²⁷⁾.

هكذا يتبين، أنه كلما إتضح للمحكم أنّ القانون المختار الهدف منه التّحاييل والتّهرب من نظام قانوني معين يستبعد ذلك القانون، وحتّى في التّحكيم بالصّحّ فعند ظهور غشّ أو سوء نية من أحد الطرفين، فذلك يلزم المحكم بالصّحّ بألا يكون شريكا في هذا الغشّ، وأن يدينه ويقمعه⁽³²⁸⁾.

على إعتبار الغش نحو القانون قيد على حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق، فإنّه يأخذ به عند الضرورة، إذ لا يجب إثارة هذا الدفع في كل حالة يتم فيها تغيير ضابط الإسناد بل يجب أنّ يتم في الحالات التي يثبت فيها نية الغش.

إضافة إلى ذلك، فيجب البحث عن النتائج التي يريد الأطراف تحقيقها، فإذا كانت النتائج مشروعة فلا محل لإثارة الدفع تشجيعاً للتجارة الدولية بين الأطراف، أمّا إذا كانت النتائج غير مشروعة، فيمكن إستبعاد القانون المختار المشوب بعيب الغش نحو القانون⁽³²⁹⁾.

(327) - أنظر كل من: أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص.134، أسامة أحمد

الحواري، المرجع السابق، ص.109.

(328) - عبد الحميد الأحذب، التحكيم أحكامه ومصادره، مؤسسة نوفل للنشر، لبنان، 1990، ص.181.

(329) - المرجع نفسه، ص.109.

بناءً على ما سبق، نخلص إلى القول أنّ المحكم يملك سلطة إستبعاد القانون الواجب التطبيق، كلما إذا اتّضح أنّ قانون الإرادة، يتعارض مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع، أو مع المبادئ الأساسية السائدة في دولته، أو كلما ثبتت نية الأطراف في الإفلات من أحكام القانون الذي يفترض خضوع العقد لأحكامه.

المطلب الثاني

الإلتزامات الخاصة بعملية التحكيم

فضلاً عن الإلتزامات العامة التي يتمتع بها المحكم في مواجهة الأطراف، فإنّ المحكم يلتزم بمجموعة من الإلتزامات أثناء تسييره لإجراءات التحكيم وإختياره للقانون الواجب التطبيق، بهدف إصدار حكمه بسرعة وفعالية.

يلتزم المحكم بهذه الإلتزامات عبر مختلف المراحل التي تمر بها الخصومة التحكيمية، ولاشك أنّ إخلال المحكم بأحد هذه الإلتزامات يستوجب مسؤولية طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية، بإعتبار عقد التحكيم المبرم بين المحكم وأطراف النزاع يفرض عليه القيام بالإلتزامات الملقاة على عاتقه، وبالتالي عدم إحترامه لهذه الإلتزامات يستتبع مسؤوليته المدنية عن ذلك.

هذا ولم يعالج المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مسؤولية المحكم المدنية عما يرتكبه من أخطاء في مهمته، على الرغم من الضمانات التي قررها لأطراف النزاع في مواجهة المحكم، كرده وعزله وإستبداله بغيره⁽³³⁰⁾.

فضلاً عما سبق، فإنّ المحكم يلتزم بعدة إلتزامات، سواءً في إطار مرحلة إتفاق التحكيم ذاته (الفرع الأول)، أو في مرحلة سير خصومة التحكيم (الفرع الثاني)، أو في مرحلة صدور الحكم (الفرع الثالث).

(330) - أنظر المواد 1016 و 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الأول

التزامات المحكم بإتفاق التحكيم ذاته

لكي يمارس المحكم المهمة المنوط به القيام بها يتعين أن يستند في مباشرتها إلى إتفاق التحكيم والذي يعتبر بمثابة قانون الطرفين. وعلى هذا الأساس فإذا قام المحكم بمباشرة المهمة دون وجود إتفاق يخوله هذا الحق فإن ما يصدر عنه من حكم يكون باطلاً لإنتفاء ولايته⁽³³¹⁾.

نظراً للطابع الإتفاقي للخصومة التحكيمية، فإن المحكم ملزم بما إتفق عليه الخصوم سواءً في إتفاقية التحكيم أو في إتفاق لاحق أثناء سير الإجراءات، فلا يجوز له تمديد ولايته للفصل في أي نزاع لم تتضمنه إتفاقية التحكيم، ولو كان مرتبطاً بالنزاع محل التحكيم أو الحكم بأكثر مما تضمنه الإتفاق⁽³³²⁾. وهذا تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضي بأنه: "لا يجوز للقاضي الحكم فيما لم يطلب منه ولا الحكم بأكثر مما طلب منه".

تأسيساً على ذلك، فإن المحكم مقيد بالمسائل الواردة في إتفاق التحكيم، فلا يتطرق إلى غيرها وإنما يلتزم بعناصر النزاع المحددة في الإتفاق، وعلى ذلك فلا يمتد نطاق التحكيم إلى عقد آخر لم تتصرف إرادة الطرفين إلى فضه عن طريق التحكيم أو إلى إتفاق لاحق⁽³³³⁾.

فضلاً عما سبق، فيمكن إجمال الإلتزامات التي ترد على المحكم في ظل إتفاق التحكيم والتي تتمثل في: الإلتزام بحدود النزاع المعروض عليه (أولاً)، الإلتزام بالإستمرار في المهمة والفصل في الآجال (ثانياً)، والإلتزام بالقانون الذي حدده الخصوم (ثالثاً).

أولاً: إلتزام المحكم بحدود النزاع المعروض عليه

يجب على المحكم إحترام مبدأ حدودية النزاع، فلا يجوز له أن يمد ولايته إلى مسائل لم يشملها إتفاق التحكيم، إذ يجب عليه التقيد بطلبات الخصوم، كما يجب عليه كالقاضي أن يفسر

(331) - وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر عام 2003 والذي ينص على أنه:

« Les arbitres s'étant emparé d'une mission d'arbitre sans la volonté des parties, leur décision est annulée, faute de convention d'arbitrage ». C.A Paris 1^{re} ch.C, 20 nov 2003. Cité par : CLAY Thomas, Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, Dalloz, Paris, 2004, p.3178.

(332) - حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن، مطبعة عبد الرحمان، الكويت،

2005، ص. 409-412.

(333) - CLAY Thomas, op.cit, p.3179.

الطلب الضمني تفسيراً ضيقاً، بحيث لا يفصل في طلب ضمني لأحد الخصوم ما لم يكن هذا الطلب نتيجة حقيقية مباشرة للطلب الأصلي، ويعتبر هذا المبدأ من المبادئ الموجّهة لخصومة التحكيم شأنها شأن الخصومة القضائية.

تأسيساً على ذلك، فيجب على المحكم التعبير عن العقد الذي إستخدمه الطرفان لتجسيد النزاع المعروض عليه وإلاّ تعرض حكمه للبطلان إذا تجاوز هذا التعبير⁽³³⁴⁾.

ثانياً: الإلتزام بالإستمرار في المهمة والفصل في الأجل

بمجرد قبول المحكم للمهمة التحكيمية المسندة إليه يقع عليه أن يتابعها إلى حين إنتهاء أجلها فلا يحق له الإستقالة دون مبرر مشروع، وإلاّ جاز الحكم عليه بالتعويض للطرف المتضرر، وفي ذلك منعاً لعرقلة سير عملية التحكيم باللجوء إلى تعيين محكم بديل عن المحكم المعتزل⁽³³⁵⁾.

غير أنه لا يمكن أن تظل سلطة المحكم في الفصل في النزاع قائمة إلى أمد غير محدود، بل يجب تقييدها بمهلة من قبل الأطراف يتعين خلالها على المحكم أن يصدر الحكم الفاصل في النزاع، أما في حالة عدم قيام الأطراف بتحديد أجل معين يتعين أن يصدر الحكم خلال الأجل القانوني والذي يحتسب من تاريخ بدء إجراءات التحكيم⁽³³⁶⁾.

ثالثاً: إلتزام المحكم بالقانون الذي حدده الخصوم

يتمتع المحكم بسلطة إحتياطية في تحديد القانون الواجب التطبيق، ويلتزم عند تحديد هذا القانون بالموشرات الموضوعية التي تساهم في تحديده، ويخضع الإختيار لتقديره الشخصي⁽³³⁷⁾. أما عند إختيار الخصوم للقانون الواجب التطبيق، فإنّ المحكم يلتزم بهذا الإختيار ولا يجوز له

(334) - حسني المصري، المرجع السابق، ص.409.

(335) - تنص المادة 1/1021 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أنه: « لا يجوز للمحكّمين التخلي عن المهمة إذا شرعوا فيها، ولا يجوز ردهم إلاّ إذا طرأ سبب من أسباب الرد بعد تعيينهم ».

(336) - سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص.129.

(337) - La liberté de l'arbitre dans la détermination du droit applicable est consolidée par l'absence de contrôle postérieur de l'opportunité du choix du droit applicable opéré par l'arbitre. Le contrôle établi, lors d'une demande d'exequatur ou d'un recours en annulation de la sentence arbitrale, ne porte que sur l'existence d'éventuelles contrariétés entre le fond du droit choisi et les prescriptions de l'ordre public international, voir : ARFAOUI Besma, L'interprétation arbitrale du contrat de commerce international, Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en droit de l'université de limoges, Discipline : Droit privé, 2008, pp 52-53.

إستبعاده، وذلك إستناداً إلى أنّ إختيار المحكم ذاته يعتمد على رضا الخصوم وعلى أساسه يتم تعيين السلطة التي يتمتع بها.

إنّ المستقرّ عليه في التحكيم التجاري الدولي أنّ المحكم ملزم بالإختيار الصريح وتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف، سواءً تمّ الإختيار في صلب العقد أوفي وثيقة مستقلة، أثناء إبرام العقد أو بعد نشوء النزاع بين أطرافه.

يترتب على ذلك نتيجة هامة مفادها، أنّ المحكم وهو بصدد تطبيقه للقانون الذي حدده له الأطراف لا يمكنه إعطائه تفسيراً مغايراً لذلك المعتمد في الدولة التي يعود إليها هذا القانون المختار، كما هو ملزم بتطبيق هذه القواعد بالحالة التي تكون عليها وقت إختيارها⁽³³⁸⁾.

تأسيساً على ذلك، فإنّ عدم تطبيق المحكم للقانون المختار من قبل الأطراف يعد خروجاً عن حدود المهمة المكلف بها، الأمر الذي يستتبع بطلان القرار التحكيمي.

فضلاً عما سبق، يتضح أنّ إتفاق التحكيم يعتبر بمثابة خريطة الطريق التي ترسم للمحكم حدوده وصلاحياته في حسم النزاع المحال على التحكيم، عليه فلا يجوز له الفصل في مسائل لم يشملها هذا الإتفاق أو يتجاوز حدود هذا الإتفاق، وإلاّ تعرض قراره للبطلان.

الفرع الثاني

إلتزامات المحكم أثناء سير خصومة التحكيم

بالنظر للطبيعة الإتفاقية لوظيفة المحكم التي تلزمه أساساً بإتفاق التحكيم الذي يستمد منه سلطاته والذي يعتبر قانون الطرفين، فإنّه تنشأ إلتزامات أخرى على عاتق المحكم أثناء سير خصومة التحكيم وهذا من أجل ضمان تنفيذ قراره.

يمكن تصنيف هذه الإلتزامات: إلى إلتزامات خاصة بإجراءات التحكيم (أولاً)، وإلتزامات خاصة بموضوع النزاع (ثانياً).

(338) - عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.14.

أولاً: إلتزام المحكم بمراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي

إضافة إلى إلتزام المحكم بالقواعد الإتفاقية الإجرائية، فإنّ المحكم سواءً كان مقيداً بالقانون الموضوعي أو معفياً منه أي كان محكماً بالصلح، فهو ملزم بإحترام القواعد الإجرائية التي تتعلق بالنظام العام⁽³³⁹⁾، إذ يلتزم بمراعاة أن تكون تلك القواعد غير مخالفة للمبادئ الأساسية والأسس الثابتة في التقاضي، سواءً كانت متعلقة بضمان تحقيق المساواة بين الأطراف ومعاملتهم على قدم المساواة، أو تلك التي تكفل لهم حقوق الدفاع⁽³⁴⁰⁾.

تؤكد غالبية التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية وأحكام التحكيم على ضرورة إلتزام المحكم بإحترام المبادئ الأساسية، أيّاً كان نوع التحكيم، ويغض النظر عن إتفاق الأطراف أو عدم إتفاقهم على الإلتزام بها. وبالتالي فإنّ عدم إحترام هذه المبادئ من شأنه إبطال الحكم الصادر عن المحكم⁽³⁴¹⁾.

على ضوء ذلك، فإنّ المحكم ملزم على غرار القاضي بإحترام وكفالة المبادئ الأساسية في التقاضي والمسّم بوجوب مراعاتها دون الحاجة للنص عليها أو إتفاق الأطراف على إحترامها، فبدونها لا يتصور إقامة عدالة حقيقية⁽³⁴²⁾. وتتمثل أهم هذه المبادئ في: مبدأ حق الدفاع⁽¹⁾، مبدأ المساواة بين الخصوم⁽²⁾، ومبدأ الوجاهية⁽³⁾.

1- مبدأ حق الدفاع

يعتبر مبدأ إحترام حق الدفاع من الأسس الجوهرية التي يقوم عليها نظام التقاضي بوجه عام والمتعلق بالنظام العام، سواءً في الدولة التي يتم على إقليمها التحكيم أو تلك التي يتم على إقليمها التنفيذ⁽³⁴³⁾. والذي نعني به تحقيق المساواة في المراكز الإجرائية بين الخصوم، إذ لا يمكن تحقيق

(339) - عمرو عيسى الفقى، المرجع السابق، ص.135.

(340) - PINSOLLE Philippe KREINLER Richard, op.cit, p.41 et 42.

(341) - MAYER Pierre, op.cit, p.164.

(342) - غصوب عبده جميل، « سلطة المحكم في تقرير أصول المحاكمة التحكيمية: دراسة مقارنة»، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 14 و15، 2002، ص.18.

(343) - منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص.251.

العدالة دون هذه المساواة التي نص عليها الدستور⁽³⁴⁴⁾ والتي تعتبر من المبادئ الدستورية العامة⁽³⁴⁵⁾.

من أهم تطبيقات حق الدفاع ضرورة إحترام مبدأ المواجهة، ويعني به حق كل خصم في إسماع المحكم وجهة نظره وتمكينه من إبداء دفاعه والرد على دفاع خصمه، ومن تقديم مستنداته والإطلاع على ما يقدمه خصمه من مذكرات وكذا منحه الميعاد الكافي للرد على المستندات قبل إصدار الحكم⁽³⁴⁶⁾.

نظراً لأهمية هذا المبدأ وخطورة الآثار المترتبة على مخالفته، فقد نص عليه الدستور⁽³⁴⁷⁾، كما حرصت معظم التشريعات الوطنية⁽³⁴⁸⁾ والعديد من الإتفاقيات الدولية⁽³⁴⁹⁾ على ترسيخه والنص عليه صراحة أو ضمناً. كما تدعو مختلف لوائح التحكيم إلى إحترامه⁽³⁵⁰⁾.

هكذا، يعتبر مبدأ إحترام حقوق الدفاع من أهم الأسس التي تقوم عليها إجراءات التحكيم، والذي يعتبر حقاً ضرورياً لإقامة العدالة، وأي خرق له من قبل المحكم، يعرض قرار التحكيم للطعن⁽³⁵¹⁾.

(344) - تنص المادة 29 من الدستور الجزائري المصادق عليه في 28 نوفمبر 1996 على أن: « كل المواطنين سواسية أمام القانون... ». كما تنص أيضاً المادة 140 من الدستور نفسه على أن: « أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة ».

(345) - عمرو عيسى الفقى، المرجع السابق، ص. 133.

(346) - أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، المرجع السابق، ص. 78.

(347) - تنص المادة 151 من دستور 1996 على أن: « الحق في الدفاع معترف به ».

(348) - نذكر على سبيل المثال: المادة 25 من قانون التحكيم الأردني، والمادة 1460 من القانون الفرنسي، والمادة 314 من القانون المغربي، والمادة 2/68 من القانون التونسي.

(349) - وهذا ما نصت عليه كل من إتفاقية نيويورك لعام 1958، وإتفاقية جنيف لسنة 1961 على عدم جواز الإعتراف وعدم تصنيف حكم التحكيم في حالة عدم إحترام حق الدفاع للطرف الذي صدر الحكم ضده.

(350) - راجع على سبيل المثال: المادة 15 من اللائحة الخاصة بقواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الصادرة بتاريخ 15 ديسمبر 1976.

(351) - لهذا يعتبره الأستاذ " درميش عبد الله " بمثابة قاعدة دستورية مبنية على مقومات أساسية ثابتة تهدف إلى إحترام حقوق الفرد المستمدة من تعاليم الإسلام. أنظر في ذلك: درميش عبد الله، المرجع السابق، ص. 254.

2- مبدأ المساواة بين الخصوم

إنّ هذا المبدأ العام في التقاضي يطبق أيضاً في إطار التحكيم ومنصوص عليه في مختلف الأنظمة القانونية، إذ أنّ الأطراف متساوية في كل إجراء من الإجراءات المعروضة أمام محكمة التحكيم⁽³⁵²⁾، إذ يقتضي هذا المبدأ أن لا يقوم المحكم بإجراء تفضيل خصم ومراعاته دون الخصم الآخر مع وزن مصالح الخصوم بالعدل⁽³⁵³⁾.

لا يعتبر مبدأ المساواة في هذا السياق، أقلّ شأناً من مبدأ حق الدفاع، ذلك أنّ المساواة في معاملة طرفا التحكيم وتهيئة الفرصة المتكافئة والكاملة لكل منهما لعرض قضيته من القواعد الأساسية لإجراءات دعوى التحكيم⁽³⁵⁴⁾، وتتحقق بمنح نفس المعاملة لطرفي التحكيم ويتم ذلك بتهيئة فرص متكافئة لكل خصم لعرض دعواه وتحقيق دفاعه ولا يمنح أحدهما حقاً دون منحه لآخر⁽³⁵⁵⁾، وعليه فلا يجوز للمحكم مثلاً منح الطرف الآخر ميعاد أطول أو أقصر أو السماح لأحدهما بتوكيل محامي وعدم السماح للطرف المقابل بذلك.

إنّ مبدأ المساواة بين أطراف النزاع لا يعني وجوب إحترامه من قبل المحكمين فقط، وإنّما يجب إحترامه من قبل الأطراف أيضاً، بحيث لا يجوز لأي طرف إتخاذ أي تصرف من جانب واحد لأنّ ذلك من شأنه المساس بمبدأ المساواة بين الأطراف أمام المحكم.

لقد تمت الإشارة إلى هذا المبدأ في بعض النصوص الدولية الخاصة بالتحكيم، إذ أكّدت المادة 18 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على وجوب معاملة الطرفان على قدم المساواة⁽³⁵⁶⁾، كما جاء في القواعد التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية في المادة 15 منها على أنّه: "مع مراعاة أحكام هذه القواعد، لهيئة التحكيم ممارسة التحكيم بالكيفية

(352)-DECAUX Emmanuel, op.cit, p. 3.

(353)- « Le principe d'égalité signifie que le tribunal arbitral ne doit pas accorder plus de droit à une partie qu'à l'autre », Voir : REDFERN (M) HUNTERE (M), op.cit, p.238.

(354) - أنظر: مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص.194.

(355) -Ibid, p. 3.

(356) - تنص المادة 18 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنّه: "يجب أن يعامل الطرفان على قدم المساواة وأن تهيأ لكل منهما الفرصة كاملة لعرض قضيته".

التي تراها مناسبة شريطة أن تعامل الطرفين على قدم المساواة وأن تهيب لكل منهما في جميع مراحل الإجراءات فرصة كاملة لعرض قضيته⁽³⁵⁷⁾.

3- مبدأ الوجاهية

يعد مبدأ المواجهة⁽³⁵⁸⁾ من أهم المبادئ المميزة للخصومة التحكيمية والذي يجب على المحكم إحترامه أثناء سير إجراءات التحكيم. ويقصد به ضرورة مواجهة الأطراف بعضهم بعضاً بإدعاءاتهم ودفاعهم، وحق كل طرف في أن يعلم أو يُمكن من العلم بما لدى الطرف الآخر من وسائل دفاع وبيانات، وذلك في وقت مناسب وكافي يمكنه من الرد على ما قدمه خصمه⁽³⁵⁹⁾.

كذلك يعد هذا المبدأ تطبيقاً لمبدأ أشمل وهو مبدأ حق الدفاع، إذ يقوم على تمكين كل خصم من العلم بطلبات خصمه ودفعه وهذا الحق مرتبط بحق الدفاع وذلك يؤدي إلى إجراء المناقشة بين الخصوم في المسائل المرتبطة بالدعوى والتي يفصل بموجبها المحكم⁽³⁶⁰⁾.

يقوم مبدأ المواجهة على ثلاثة مبادئ أساسية والمتمثلة في: حق الخصم في أن يسمعه المحكم (1) وحق الخصم في مناقشة حجج خصمه (2) حق الخصم في مناقشة ما جمعه المحكم من عناصر الواقع والقانون (3).

1- حق الخصم في أن يسمعه المحكم

لا يتحقق حق الخصم في أن يسمعه المحكم إلا عن طريق دعوة المحكم الخصم وتمكينه من الحضور، إذ يتطلب الأمر هنا من المحكم أن يسمع الخصم ويمكنه من تقديم حججه، وفي حالة عدم تمكين الخصم من ذلك، فيعد بذلك مخالفاً لحقوق الدفاع والمواجهة⁽³⁶¹⁾.

(357) - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص. 177.

(358) - راجع بصدد هذا المبدأ: إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص. 162.

(359) - أنظر مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص. 197.

(360) - أيت منصور كمال، « النظام العام في إجراءات التحكيم التجاري الدولي»، أعمال الملتقى الدولي حول: التحكيم التجاري الدولي في الجزائر بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية، كلية الحقوق، جامعة بجاية، أيام 14 و 15 جوان، 2006، ص. 15.

2- حق الخصم في مناقشة حجج خصمه

لابد من تمكين كل طرف من الإطلاع على طلبات ودفع خصمه خاصة تبادل المستندات، وإعمال ذلك لا يخضع لشكل خاص وكل ما ينبغي مراعاته هو إحترام المبدأ في حد ذاته، وفي هذا الإطار أكدت محكمة إستئناف باريس بأنّ مبدأ المواجهة بين الخصوم يفرض نفسه بما له من صبغة أمره على كل من المحكمين ويفتضي على وجه الخصوص تبادل المستندات بغية السماح للخصم أن يبدي ملاحظاته⁽³⁶²⁾.

3- حق الخصم في مناقشة ما جمعه المحكم من عناصر الواقع والقانون

يقع على عاتق المحكمين عرض كل العناصر المتحصل عليها أمام الخصوم سواءً تلك المتعلقة بالواقع أو تلك الخاصة بالقانون وهي تفرض نفسها على مراحل الخصومة⁽³⁶³⁾.

ثانياً: إلتزام المحكم بمراعاة ضوابط معينة عند إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

يتقيد المحكم بالقانون المختار من قبل الأطراف لحكم موضوع النزاع، غير أنّ المحكم يتحرر من هذا القيد عندما لا يوجد إتفاق صريح أو ضمني بين الأطراف في هذا الشأن، حيث يمكنه حينئذ إختيار القانون الملائم لموضوع النزاع دون أن يلتزم بالضرورة بتطبيق المؤشرات التقليدية المستخدمة في تفسير الإرادة الضمنية للطرفين. لذا فإنّ حرية المحكم تتسع بمقدار سكوت الطرفين عن بيان القانون الذي يطبقه المحكم على موضوع النزاع⁽³⁶⁴⁾، ولقد أكدت غالبية القوانين الوطنية والإتفاقيات الدولية وأنظمة التحكيم على حرية المحكم في إختيار القواعد التي يراها ملائمة

(361) - أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، المرجع السابق، ص111.

(362) - وفي هذا الإطار قضت محكمة إستئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ 24 فيفري 1984 بأنّه في حالة عدم تمكين الخصم من توضيح وجهة نظره حضورياً في النزاع المطروح أمام محكمة التحكيم، فإنّه توجد إمكانية لإبطال حكم التحكيم، وهذا تطبيقاً لنص المادة 1448 / 4 من ق.إ.م.ف. راجع في هذا الشأن: FAUCHARD (PH), GAILLARD (E), GOLDMAN (B), op.cit, p.707.

(363) - عبد الحميد المنشاوي، المرجع السابق، ص. 115.

(364) - أنظر في هذا الشأن: أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص.151. و152. وأحمد السمدان، المرجع السابق، ص.199 و200.

أو التي يراها مناسبة لموضوع النزاع عند عدم وجود إتفاق بين الطرفين في هذا الشأن. ومع ذلك، فإنّ هذه الحرية المخولة للمحكم مقيدة بمراعاة ضوابط معينة والتي تتمثل في: الإلتزام بإختيار القانون الأكثر إتصلاً بالنزاع(1) والإلتزام بمراعاة شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية(2).

1- الإلتزام بإختيار القانون الأكثر إتصلاً بالنزاع

عند غياب الإرادة الصريحة لطرفي النزاع وعدم معرفة إرادتهما الضمنية حول القانون الواجب التطبيق، فإنّ المحكم الدولي لا يتقيد بإتباع قواعد التنازع في قانون وطني معين أو تطبيق ذلك القانون على موضوع النزاع، ونتيجة لذلك فإنه يقع على عاتق المحكم الدولي البحث عن القانون الذي يكون الأنسب موضوعياً لحكم النزاع، ويكاد يصبح هذا المعيار، أي القانون الأنسب موضوعياً للنزاع من المبادئ التي رسخت في لوائح هيئات التحكيم وفي قرارات التحكيم التجاري الدولي.

يستند المحكم إلى معيارين للكشف عن المقصود بالقانون الأكثر إتصلاً بالنزاع، يتمثل المعيار الأول في تركيز موضوع النزاع في ضوء طبيعته الذاتية والتي يمكن من خلالها أن نحدد الأداء المميز فيها، أي الإلتزام الجوهرية الذي يفرضه مصدر الإلتزام، أو ما يعبر عنه بمحل الأداء المميز، فالقانون الأكثر إتصلاً بموضوع النزاع وفقاً لهذا المعيار هو محل إقامة المدين بالأداء المميز. بينما يخص المعيار الثاني ظروف وملابسات التعاقد التي تشير إلى تركيز العقد في نظام قانوني معين⁽³⁶⁵⁾.

إنّ تطبيق القانون الأوثق صلة بالنزاع، يكفل للأطراف المتعاقدة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم النزاع، وهو الأمر الذي يحقق لهم الأمن القانوني الذي يصون لهم توقعاتهم المشروعة من ناحية والإستقرار الذي تقضيها متطلبات عقود التجارة الدولية من ناحية أخرى.

مهما يكن، فإنّ تحديد القانون الأكثر إتصلاً بالنزاع مسألة تدخل في نطاق السلطة التقديرية للمحكم، فقد يراه القانون الذي يتصل بجنسية الطرفين، أو قانون الدولة التي يجري التحكيم على أرضها، أو قانون الدولة التي سينفذ الحكم على أرضها، أو القانون الذي إتجهت إليه إرادة الأطراف طبقاً لظروف التعاقد وملابسته، على أن يكون هو القانون الذي يحكم النزاع

⁽³⁶⁵⁾ -HEUZE Vincent, op.cit, p244-245.

لإختيارهم إخضاع نزاعهم للقواعد الإجرائية في قانون معين، أو إختيارهم لغة معينة في تحرير العقد أو الدفع بعملة معينة إلى غير ذلك من المؤشرات الخاصة التي يحاول المحكم إستظهارها لتساعده في إختيار القانون الموضوعي⁽³⁶⁶⁾.

لا شك أنّ معيار تحديد القانون الأنسب للنزاع هو معيار موضوعي وليس شخصي يستند لمطلق تقدير المحكم لما يراه المحكم أنسب للنزاع. أمّا في ما يخص المعيار الذي ينتهجه المشرع لتحديد القانون الأكثر إتصالاً لحكم موضوع النزاع، فهو معيار فضايف تتطلبه طبيعة السلطة التقديرية التي يتحلّى بها المحكم في هذا الشأن. ولكي يطبق هذا المعيار على النحو الصحيح، فإنّه يتطلب ضرورة توافر الخبرة الكافية للمحكم، وكذا عنصرَي الحيطة والشفافية⁽³⁶⁷⁾.

غير أنّ هذه الضوابط محاولة قد تكون غير كافية لضبط سلطة المحكم الذي يتعين عليه أن يراعي دائماً توخي الحذر في عدم تجاوز سلطته التقديرية لتصبح سلطة تحكيمية بغير ضوابط تكون ثمرتها قراراً تحكيمياً مهدداً بعدم التنفيذ.

2- الإلتزام بمراعاة شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية

نظراً للدور الكبير الذي يتمتع به الأطراف في مجال تحديد قواعد القانون التي يطبقها المحكم على موضوع النزاع، ومن ثم فلا يكون غريباً القول بوجود مراعاة المحكم الدولي للشروط التي تضمنها العقد مثار النزاع، لأنّ حقوق والتزامات الأطراف تتحدد وفقاً لهذه الشروط. أضف إلى ذلك فإنّ الشروط العقدية Astipulation Contractuelles تستمد شرعيتها من مبدأ سلطان الإرادة الذي بمقتضاه يستمد العقد وجوده⁽³⁶⁸⁾.

(366) - أحمد السيّد الصاوي، المرجع السابق، ص.213.

(367) - أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 وتعديلاته (دراسة مقارنة وفقاً لآراء الفقه وأحكام هيئات التحكيم الدولية)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص.323.

(368) - حسني المصري، المرجع السابق، ص.361.

فضلاً عن مراعاة المحكم الدولي للشروط العقدية، فإنه يجب عليه مراعاة العرف *la coutum* الذي يحكم المعاملة والذي يعد مصدراً تقليدياً راسخاً من مصادر القانون التجاري بمعناه الواسع، كما يتوجب عليه في المقابل مراعاة العادة التجارية *Usage commercial* (369).

الفرع الثالث

إلتزامات المحكم عند صدور حكم التحكيم

بالنظر إلى المهام الموكّلة للمحكم، نجد أنّ معظمها تتمحور في الإلتزام بإصدار الحكم الذي يعتبر الإلتزام الرئيسي والمرحلة النهائية لإجراءات الخصومة التحكيمية، ويلتزم المحكم في هذه المرحلة بمراعاة كافة الشروط الشكلية والموضوعية لضمان صحة الحكم التحكيمي. وبالإضافة إلى ذلك فإنّ المحكم يتقيد قبل صدور حكم التحكيم بمجموعة من الإجراءات كسرية المداولات وتسبيب حكم التحكيم وإصدار الحكم بالأغلبية (أولاً).

من المتفق عليه أن الحكم التحكيمي يضع حداً للخصومة التحكيمية لأنه ينهي مهمة المحكم، غير أنه قد تطرأ بعض الحالات بعد صدور الحكم الحاسم لموضوع النزاع أن يكون هذا الأخير بحاجة إلى تفسير أو أن يكون مشوباً بأخطاء أو مشوباً بالغموض، وبهذا تمتد مهمة المحكم لتشمل مرحلة ما بعد صدور الحكم التحكيمي (ثانياً).

أولاً: إلتزامات المحكم قبل صدور حكم التحكيم

بمجرد إنتهاء المحكم من نظر النزاع، فإنّه يبيث في موضوع النزاع بحكم تحكيمي قائم على الطلبات المقدمة له أثناء التحكيم، ولقد حدد المشرع مجموعة من الإجراءات التي يجب على المحكم التقيد بها قبل إصدار الحكم التحكيمي، والتي تتمثل في:

1- سرية المداولة

بعد قفل باب المرافعات وحجز الدعوى يجتمع المحكمين في حالة تعددهم لإجراء مداولة سرية، سواء كانت شفوية أو كتابية لا يحضرها إلاّ المحكمون، لتبادل الرأي فيما بينهم حول

(369) - تحتل العادة التجارية مرتبة أدنى من العرف التجاري، يتوقف إعمالها على ثبوت إتجاه إرادة الطرفين إليها.

الوقائع والقانون والنتيجة التي يخلصون إليها لحسم النزاع⁽³⁷⁰⁾. لذا يعرفها البعض "بأنها التشاور في الحكم بين أعضاء المحكمة بغرض تكوين الرأي القضائي"⁽³⁷¹⁾.

تأسيساً على ذلك، فلا يمكن تصور صدور الحكم بدون مداولة، إذ تعد من القواعد الأساسية في التقاضي التي من شأنها إحترام حق الدفاع. لذا أكدت عليها مختلف التشريعات الوطنية، إذ نص عليها المشرع الجزائري في المادة 1025 من ق.إ.م.إ التي تنص على أنه: «تكون مداولات المحكمين سرية» وكذلك المشرع الفرنسي في نص المادة 1469 من ق.إ.م.ف والتي جاءت صياغتها كالتالي: «يصدر حكم المحكمين بعد مداولة سرية»⁽³⁷²⁾.

يلتزم المحكمون بمراعاة السرية في إجراءات المداولة فيما بينهم، سواءً تمت بحضور جميع الأعضاء، أو عن طريق تبادل إستمارات الإستبيان التي تتم عادة في شكل مشروع قرار أو عن طريق الفاكس أو الهاتف أو البريد الإلكتروني أو بحسب الشكل المتفق عليه⁽³⁷³⁾. كما يلتزمون أيضاً بعدم إفشاء أسرار المداولة، فإذا خالف أحدهم هذه القاعدة سوف يكون عرضة للمسؤولية المدنية.

فضلاً عما سبق، يتضح لنا أنّ إجراء المداولة شرط جوهري لصحة إجراءات الحكم التحكيمي، وهي قاعدة أساسية في إصدار الحكم وتتعلق بالنظام العام، وهي إجراء واجب حتى ولو لم يكن هناك نص قانوني يقضي بذلك صراحة.

2- إصدار الحكم بالأغلبية

قد تكون محكمة التحكيم مكوّنة من محكم فرد، كما قد تتكون من ثلاثة محكمين، إذ يكون حكم التحكيم في الحالة الأولى عملية فردية بالضرورة، فبعد الإلمام بعناصر النزاع تتكون نظرة لدى المحكم الفرد وقناعته بصفة فردية، ويقوم بالتالي بإعداد الحكم شخصياً لا يشاركه في ذلك أي شخص.

أما في الحالة الثانية فقد يكون الأمر متّسماً بالصعوبة إلى حدّ ما، ذلك أن كل محكم من المحكمين الثلاثة تكون له نظرة خاصة بشأن فهم وتقدير المسائل المتنازع عليها، ممّا يؤدي إلى

⁽³⁷⁰⁾- LOQUIN Eric, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », Rev.Arb, n°2, 2006, p.329.

⁽³⁷¹⁾- FAUCHARD (ph), GAILLARD (E), GOLDMAN (B), op.cit, p.748.

⁽³⁷²⁾- Ibid, pp. 763 et 764.

⁽³⁷³⁾-Ibid, p. 764.

تضارب آراء المحكمين حول الحلّ الذي ينبغي إعطائه لموضوع النزاع، بهذا يكون الحكم في هذه الحالة صادراً بالأغلبية بعد إجراء عملية التصويت⁽³⁷⁴⁾.

عليه، فإذا كانت الهيئة التحكيمية مشكلة من أكثر من محكم فحكمها يصدر بأغلبية الأصوات وقد نصّ المشرع الجزائري على هذه القاعدة صراحة في نص المادة 1026 ق.إ.م.إ. التي تنص على أنه: «تصدر أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات».

لا تنقيد هيئة التحكيم بإتباع قواعد إجراءات المرافعات عند الحصول على الأغلبية اللازمة لصدور الحكم، إذ تتم على الوجه الذي تحدده في حالة عدم إتفاق إتفاق طرفي التحكيم على غير ذلك، وبالتالي يمكن أن يتم الحصول على الأغلبية دون شكل معين، إذ يمكن عقد إجتماع لكل المحكمين وتتم المداولة شفهيّاً أو عن طريق تبادل الخطابات⁽³⁷⁵⁾.

إنّ ما يؤكد ذلك، هو وجوب التوقيع على الحكم من جميع المحكمين، وفي حالة إمتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، ويرتب الحكم أثره بإعتباره موقعاً من جميع المحكمين فلا يمكن لأحد المحكمين إصدار حكم مستقل وإلاّ أعتبر حكماً منعماً لصدوره ممن لا سلطة له⁽³⁷⁶⁾.

3- تسبب حكم التحكيم

يعتبر التسبب في القرارات التحكيمية من أهم الضمانات الأساسية للتحكيم الجيد والعاقل التي تقع على عاتق المحكم⁽³⁷⁷⁾، فهو مبدأ دستوري يفرض على المحكمين حتى وإن طلب منهم الفصل في النزاع، كمفوضين في الصلح، فعليهم أن يسببوا الأحكام التي يصدرونها⁽³⁷⁸⁾.

(374) - خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص. 238 و 239.

(375) - سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص. 118.

(376) - هذا ما أكده القرار الصادر في 16 أكتوبر 1996، محكمة إستئناف تونس، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، عدد 13، 2000، ص 30-31.

(377) - هذا ما أكده القرار رقم 26338 الصادر في 28 ماي 2009 عن محكمة النقض بتونس، مجلة التحكيم، العدد 4،

2009، ص ص 234-237.

(378) - عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص. 60 و 61.

عمدت غالبية التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية إلى إشتراط تسبب الأحكام الصادرة من المحكم ورتبت البطلان في حالة إنعدامه، وهو الأمر الذي أكده المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 1027 من ق.إ.م.إ. التي تنص على أنه: « يجب أن تكون أحكام التحكيم سببية ». كما أكد مرة أخرى على أهمية التسبب، عندما إعتبره سبباً لإستئناف أمر القاضي بالإعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي أو وجه لإبطال الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر، وهذا عندما يكون قصور في التسبب أو لعدم التسبب أصلاً أو عند غموض الأسباب وعموميتها.

ثانياً: إلتزامات المحكم بعد صدور حكم التحكيم

الأصل أنه بمجرد أن يفصل المحكم في موضوع النزاع بحكم قطعي يستنفذ سلطته في العودة إليه⁽³⁷⁹⁾، سواءً صدر الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي أو لم يصدر، حتى لا تتجدد النزاعات مما يستحيل معه صدور أحكام نهائية قابلة للتنفيذ.

غير أنه قد يحدث أحياناً بعد صدور الحكم الحاسم لموضوع النزاع، أن يكون هذا الأخير بحاجة إلى تفسير أو أن يكون مشوباً بأخطاء أو مشوباً بالغموض، الأمر الذي يستدعي تصحيح ما جاء في الحكم من أخطاء وتفسير ما شاب الحكم من غموض، لهذا فقد أورد المشرع على مبدأ إستنفاد المحكم لسلطته⁽³⁸⁰⁾ بمجرد إصداره لحكمه ثلاثة إستثناءات تتمثل: في تفسير حكم التحكيم(1)، تصحيح حكم التحكيم(2)، الفصل فيما أغفله حكم التحكيم(3).

1- تفسير حكم التحكيم

إذا شاب حكم التحكيم غموض أو إيهام أو لبس، فللمحكم بناءً على طلب من أحد الخصوم أو معاً سلطة تفسير هذا الحكم بعد إستدعاء الأطراف، وذلك بتوضيح النقطة المبهمة دون الوصول إلى حد العدول عن الحكم السابق أو المساس بحجتيه⁽³⁸¹⁾.

(379) - تنص المادة 1/1030 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: « يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه ».

(380) - يقصد بهذا المبدأ: " أنه لا يجوز للمحكم العودة ثانية إلى مباشرة سلطة إستنفادها للعدول عما قضى به، ولو تبين عدم عدالة أو عدم صحة ما قضى به ". أنظر في ذلك: مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص.181.

(381) - حميد محمد علي اللهبي، المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص.190.

لقد نص على تفسير حكم التحكيم العديد من أنظمة لوائح التحكيم، كالمادة 33 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي⁽³⁸²⁾، وكذلك المادة 35 من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، إذ بإستقراء هذه النصوص نجدها قد أعطت الحق لأطراف الخصومة التحكيمية التقدم أمام هيئة التحكيم لطلب تفسير حكم التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمها حكم التحكيم.

2- تصحيح حكم التحكيم

تمتد مهمة المحكم لتشمل تصحيح حكم التحكيم عندما يشوبه بعض الأخطاء المادية التي لا تؤدي بطبيعة الحال إلى بطلانه، إذ منح المشرع من خلال الفقرة الأخيرة من نص المادة 1030 من ق.إ.م.إ.⁽³⁸³⁾ للمحكم صلاحية تصحيح كل خطأ مادي تسرب إلى حكمه، كخطأ في الحساب أو الكتابة أو ما شابه ذلك بصفة تلقائية أو بطلب من أحد الخصوم أو معاً.

إحتراماً لمبدأ الوجاهية يفصل المحكم في الطلب بعد سماع الخصوم، كما يعتمد في تصحيحه على بيانات حكم التحكيم أو محضر الجلسة، وليس له الإستناد على أوراق أخرى، كما يجب ألا يكون التصحيح كوسيلة للرجوع عن منطوق الحكم⁽³⁸⁴⁾.

3- سد إغفالات الحكم التحكيمي

يختلف هذا الوضع عن تفسير أو تصحيح الحكم التحكيمي، فالأمر هنا يتعلق بإستكمال المحكم الفصل في مسائل كانت معروضة عليه أثناء النزاع، الأمر الذي يترتب عليه إمكانية إصدار المحكم لحكم إضافي أو تكميلي يتضمن كل المسائل التي أغفل عنها في حكم التحكيم الأصلي⁽³⁸⁵⁾.

(382) - مع الملاحظة أنّ الفقرة الأولى من هذه المادة قد إشتطت أن يكون هناك إتفاق بين المحتكمين.

(383) - تنص الفقرة الأخيرة من المادة 1030 من القانون نفسه، على أنه: "غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه طبقاً للأحكام الواردة في هذا القانون".

(384) - عزمي عبد الفتاح، « سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم: دراسة في القانون الكويتي والمصري

والفرنسي»، مجلة الحقوق، العدد 4، 1984، ص.111.

(385) - مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق، ص.189.

إنّ الغاية من إصدار هذا الحكم هو سد القصور الذي شاب الحكم بسبب إغفال المحكم النظر فيها، ويمكن لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من المحكم تكملة ما أغفل الفصل فيه من طلبات قدمت له أثناء سير الإجراءات، وفي حالة تعذر الرجوع إلى المحكم ذاته الذي أصدر الحكم لأي سبب من الأسباب، كوفاته مثلاً، فإن الإختصاص ينعقد للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع⁽³⁸⁶⁾.

بناءً عما سبق، نخلص إلى القول أنّ المحكم يتقيد بمجموعة من الإلتزامات، تفرض عليه منذ بداية مهمته إلى غاية إصدار حكم فاصل في النزاع، وأي تجاوز لهذه الإلتزامات سوف يعرض حكمه للبطلان.

(386) - سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص.166.

خاتمة

لقد كشفت لنا دراستنا من خلال معالجتنا لموضوع القانون الواجب التطبيق في التحكيم الحر في العلاقات التجارية الدولية، أنّ مبدأ سلطان الإرادة يعتبر فاعلاً أساسياً في التحكيم الحر، هذا الأخير ينشئه الأطراف بإتفاقهم ويختارون محكميهم ويعهدون إليهم بتسوية نزاعاتهم وفقاً للقانون الذي إنصرفت إليه إرادتهم.

هكذا، فإنّ مبدأ سلطان الإرادة هو السائد وأنّ تدخل الدولة لا يكون إلا في حالة المساس بالنظام العام أو لضمان حسن سير عملية التحكيم، وأخيراً في عملية التنفيذ الجبري للأحكام والقرارات بعد حصولها على الصيغة التنفيذية.

غير أنّ مثل هذا التسليم يحتاج إلى نوع من التوضيح، فالقول بقانون الإرادة لا يعني أنّ هذا القانون سيطبق بالكيفية التي يريدها الأطراف، وإنّما هناك بعض القيود التي تحدّد من قدرة هذا الاختيار والتي قد تؤدي في بعض الأحيان إلى إستبعاده.

أضف إلى ذلك، فإنّ تطور العلاقات التجارية الدولية وظهور قواعد دولية جديدة والتي إستطاعت أن تفرض وجودها على المتعاملين في حقل التجارة الدولية، نتيجة لعدم قدرتهم على الإلمام بها نظراً لطابعها المتطور والمتزايد يوماً بعد يوم، يدفع أطراف النزاع إلى توكيل مهمة البحث عن هذه القواعد وتطبيقها لأشخاص موثوقين في كفاءاتهم ومتخصصين في مجال التجارة الدولية، وهو ما يؤدي إلى توسيع سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق.

إذ يشهد الواقع العملي تأكيداً متزايداً على حرية المحكم الدولي في ما يتعلق بتحديد القانون أو القواعد الواجبة التطبيق على النزاع عند عدم إتفاق الأطراف بشأن القانون الذي يتوجب عليه إتباعه عند الفصل في النزاع، وهذه الحرية أتاحت للمحكم عند غياب قواعد ملزمة له أن يعمل آراءه وأفكاره القانونية في معالجة نزاعات أطراف العلاقة التجارية الدولية، ممّا أدى إلى تنوع القواعد والأساليب التي تقوم عليها هذه المعالجة.

يمكن أن نميز في إطار هذه القواعد والأساليب بين ما هو عام يطبق أمام المحاكم الوطنية، وبين ما هو خاص بالتحكيم التجاري الدولي، وبين ما هو مستمد من نظم تنازع القوانين، وبين ما هو معمول به خارج هذه النظم. إذ يجد المحكم في تحديد هذه القواعد وتطبيقها وتفسيرها الإستقلالية التي يريدها.

يتسع دور المحكم وسلطته عند غياب إرادة الأطراف ليشمل مجموعة القواعد المناسبة للفصل في النزاع، والتي تتعدد مصادرها إلى قوانين وطنية وغير وطنية، كقواعد التجارة الدولية التي تتلائم مع عقود التجارة الدولية، بذلك يكون المحكم قد حظي بنفس الحرية والإمكانيات التي كانت متاحة للخصوم لإختيار القانون الواجب التطبيق.

بينما يتقلص دور المحكم وسلطته بوجود سلطة الأطراف، إذ يلتزم بتطبيق القانون الذي إختاره الأطراف بكافة القواعد المنتمية إلى القانون الذي يحكم العقد، بما فيها القواعد ذات التطبيق الضروري، بإعتبارها جزء منه حتى يتم تنفيذ الحكم الذي أصدره وأن يأخذ المحكم في الإعتبار القواعد ذات التطبيق الضروري التي لا تنتمي للقانون الواجب التطبيق على نزاعات عقود التجارة الدولية.

إستناداً إلى ما تقدم، نجد أنّ المشرع الجزائري قد كرس مبدأ إزدواجية الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق ويظهر ذلك جلياً من خلال:

1- تكريس مبدأ سلطان إرادة الأطراف بصفة واسعة في إختيار القانون الواجب التطبيق: وذلك عن طريق منح الأطراف حرية واسعة لإختيار القواعد القانونية التي تحكم النزاع، سواءاً كانت قواعد موضوعية داخلية في قانون وطني أو كانت قواعد موضوعية دولية والتي تشكل ما يسمى بالقواعد عبر الدولية أو قواعد التجارة الدولية.

2- تكريس إستقلالية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق: وذلك بمنح المحكم سلطة تقديرية واسعة لتطبيق قواعد القانون والأعراف التي يراها ملائمة مباشرة دون إلزامه بالمرور بأي نظام تنازعي وطني، وهو الأمر الذي فرضته دولية العقود واتفاقيات التحكيم قصد التقليل من صرامة القوانين الوطنية التي من شأنها أن تتطور وتقضي ببطلان إتفاق التحكيم.

بذلك يكون المشرع الجزائري قد حرر المحكم من الخضوع لأي منهج تنازعي للقوانين وأعطاه سلطة واسعة تفوق سلطة القاضي، وما يؤكد ذلك هو إستعمال المشرع الجزائري في المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لمصطلح: "قواعد القانون" والتي تكون شاملة للقواعد الوطنية والدولية، سواءاً في شأن تنظيم سلطة الأطراف أو المحكم في تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاع، بذلك يكون قد حقق توازناً بين إرادة الأطراف وإرادة المحكم في شأن تحديد هذه القواعد.

أضف إلى ذلك، فإنّ إستعمال المشرع لعبارة "للمحكم أن يراعي الأعراف التجارية" يفسح المجال للقواعد عبر الدولية أن تتمتع بفرصة التطبيق خاصة وأنّ عبارة "الأعراف التجارية" تفسر بشكل واسع يضم الأعراف والمبادئ العامة عبر الدولية، بذلك يعدّ المشرع الجزائري مثلاً للتشريع المناصر لنظرية القواعد عبر الدولية، بل مثلاً لأكثر التشريعات تحراً للمحكم عند تحديده للقانون الواجب التطبيق على النزاع.

حسناً ما فعل المشرع الجزائري بنصه صراحة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على إلزامية فصل المحكم في النزاع المعروض عليه وفقاً لقواعد القانون، مستبعداً بذلك إمكانية فصله في النزاع كمفوض بالصلح الذي يتمتع بسلطة عدم الإلتزام بحرفية القواعد القانونية وإمكانية خلقه لحل ملاتم للنزاع والذي من شأنه أن يؤثر بشكل سلبي على طبيعة النزاع.

غير أنه أغفل حالة نرى بأنها أكثر الحالات أهمية، ألا وهي حالة إستبعاد القانون الواجب التطبيق الذي تمّ إختياره بناءً على إتفاق الأطراف، ذلك أنّ القانون الواجب التطبيق في التحكيم الحر يتمتع بأهمية بالغة، ومن ثمّ فترتيب البطلان على إستبعاد القانون المختار يعد نتيجة حتمية لأنّ أحكام التحكيم كرسست مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق وحماية له كان من المستحسن لو أنّ المشرع نص على حالة إستبعاد القانون المختار من قبل المحكم.

كما أغفل أيضاً وضع قيود لإرادة الأطراف والمحكم في تحديد إجراءات الخصومة التحكيمية، ممّا قد يؤدي إلى التنكيل بأصول التقاضي المتعارف عليها، في مقدمتها المساواة بين الأطراف وتهيئة الفرص الكاملة والمتكافئة لكل منهما لعرض قضيته.

بالرغم من الحرية الواسعة التي يتمتع بها المحكم في تسيير دعوى التحكيم من بدايتها وصولاً إلى حكم فاصل ملزم لأطراف النزاع والتي تتمتع بجانب إيجابي، والمتمثل في عدم تقييد المحكم بإتباع قانون معين قد لا يتلائم مع النزاع المطروح، إلا أنّ هذه الحرية قد تؤدي إلى إختيار قانون يخالف توقعات الأطراف ويؤدي بكل محكم إلى إختيار قانون مغاير للقانون المختار من قبل محكم آخر، ممّا يؤدي إلى تضارب قرارات هيئات التحكيم وعدم إستقرارها، الأمر الذي يستدعي تقييد هذه الحرية من أجل تحقيق العدالة المرجوة من التحكيم من جهة، وإبقاء المحكم في حدود الدائرة المرسومة له من قبل المشرع والأطراف، ممّا يصون حكمه من البطلان من جهة أخرى.

غير أنه بعد إستعراضنا لدور كل من أطراف إتفاق التحكيم والمحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق، توصلنا إلى نقطة عامة تتعلق بجميع جوانب الموضوع، والتي تتمثل في أنّ القانون المختار سواءً تم إختياره عن طريق إرادة الأطراف أو بواسطة المحكم، فإنه يقف أمامه مانع عام وهو وجوب عدم مخالفة القانون الواجب التطبيق للنظام العام في البلد المراد فيه الإعتراف بالحكم وتنفيذه.

إذ تبين لنا عند دراسة مختلف النصوص القانونية، أنّ القرار التحكيمي الذي يطبق قانوناً يتضمن أحكاماً مخالفة للنظام العام في البلد الذي يراد فيه تنفيذ هذا القرار، لن يعترف به ولن يجري تنفيذه، سواءً تمّ إختيار القانون المطبق فيه بإرادة الأطراف أو عن طريق المحكم أو كان هو القانون الذي تشير قواعد الإسناد الإحتياطية أو الأصلية إليه، وهو نفس الإتجاه الذي سلكه المشرع الجزائري في نص المادة 1051 و 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما أفرزت دراستنا لهذا الموضوع، عن وجود تطور مهم جداً في هذا الشأن ينطوي على هجر نظم التنازع الوطنية والبحث عن إستخراج الحلول من مصادر أخرى، غير المصادر التقليدية والتي تشكل حالياً ما يسمى بـ *Lex mercatoria*.

كذلك أفرزت دراستنا لهذا الموضوع عن مجموعة من النتائج المهمة والمتمثلة في:

■ يشهد مبدأ سلطان إرادة الأطراف في ظل التحكيم الحر توسعاً كبيراً أدى إلى تغليب الطبيعة الإتفاقية للتحكيم، نظراً لكون أطراف النزاع هم أصحاب الشأن في تنظيم كيفية سير النزاع وأنّ للإرادة دوراً كبيراً فيه من حيث الإتفاق على كل ما يتعلق بالتحكيم، منذ بدايته إلى حين صدور قرار التحكيم.

■ إنّ دور مبدأ سلطان إرادة الأطراف لا يستهدف إلاّ تأكيد وضمان إحترام التوقعات المشروعة للأطراف، بحيث يرخص لهم بتحديد القانون الواجب التطبيق مع إعطائهم فرصة التحكم في هذا القانون.

■ إنّ الطابع الإتفاقي للتحكيم الذي يستمد منه المحكم سلطته يفيد به عدم الخروج عن إرادة الأطراف وتوقعاتهم المشروعة، فلا سلطة للمحكم في الفصل في النزاع بموجب قواعد أو إجراءات مخالفة لما إتفق عليه الأطراف، مالم يكن الإتفاق مخالفاً للنظام العام.

▪ إنَّ سلطة المحكم بوجود سلطة الأطراف هي سلطة إحتياطية بعد سلطتهم الأصلية، دورها تطبيق قانون الإرادة الصريحة والبحث عن قانون الإرادة الضمنية، والوصول إلى حل عادل ومنصف من خلال قواعد العدالة والإنصاف.

أما سلطتهم عند غياب سلطة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق، فهي سلطة تقديرية تنصب على إختيار القانون الملائم لحكم النزاع، مراعيًا في ذلك العادات والأعراف التجارية.

▪ إذا كان الأصل في التحكيم الحر أن يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقانون الذي أشارت إليه إرادة الأطراف، فقد أصبح المحكم مع التطورات الحالية التي عرفها التحكيم الدولي يتمتع بإستقلالية واسعة في إختيار القانون الواجب التطبيق، ولو كان على نحو ما يخالف ما أشارت إليه إرادة الأطراف.

▪ أنّ المحكم غير ملزم بإتباع قواعد تنازع القوانين في دولة معينة، ويرجع ذلك لسبب بسيط هو أنّ المحكم الدولي لا يستمد سلطاته من الدولة التي يجري فيها أو على إقليمها التحكيم حتى تفرض عليه قواعد تنازع تلك الدولة، بل يستمد سلطته من المصدر الوحيد والمتمثل في إرادة الخصوم. كما لا يملك تحت تصرفه قانون إختصاص يستطيع على أساسه تطبيق قواعد تنازع القوانين.

▪ إنّ إختيار المحكم للقانون الواجب التطبيق على النزاع لا يمس بالضمانات التي يقدمها التحكيم الحر للخصوم ولا بحرية الأطراف في التحكيم، وذلك إستناداً إلى كون الأطراف هي التي إختارت المحكم بكل ثقة، الأمر الذي يؤدي إلى تقادي الصعوبات التي قد تعترض الأطراف عند ممارسة هذا الإختيار، مما يضمن السير الحسن للتحكيم.

▪ إنّ الوصول إلى تحديد القواعد الواجبة التطبيق، سواءً بإرادة الأطراف أو بإرادة المحكم لا تسري على جميع العلاقات القانونية بما فيها تلك الواردة على عقار أو منقول أو تلك الخاصة بأهلية الأطراف وشكل إتفاق التحكيم، إذ لا يتمتع لا المحكم ولا الأطراف بأي دور في إختيار القانون الواجب التطبيق عليها، وإنّما المشرع هو الذي يتولى وضع قواعد إسناد أصلية لها ويتولى تحديد القانون الواجب التطبيق عليها.

▪ أخيراً إنّ الوصول إلى تحديد القواعد الواجبة التطبيق، سواءً بإرادة الأطراف أو بإرادة المحكم يقف أمامها مانع عام وهو عدم مخالفة هذه القواعد للنظام العام عبر الدولي.

على ضوء خلاصة موضوع هذه الدراسة والنتائج المتوصل إليها فإن هذه الدراسة توجّه
العناية للإهتمام بالجوانب الآتية:

1- إذا كان أهم مزايا مبدأ قانون الإرادة أنه يحمي توقعات الأطراف ويحقق لهم الأمان القانوني، فإن المنطق يقضي أن يكون هذا الإختيار صريحاً أو من الممكن الوقوف عليه بطريقة مؤكدة، فذلك هو السبيل الوحيد الذي بمقتضاه يتعين القانون الذي يحقق هذه المزايا.

2- صياغة إتفاق التحكيم صياغة دقيقة ومحددة، بحيث يجب أن يتضمن تنظيم سير إجراءات التحكيم ويستوفي كل التفاصيل المتعلقة بالنزاع، كطرق تعيين المحكمين وكيفية إختيارهم وتعيينهم وإستبدالهم وتحديد المكان الذي سيتم فيه التحكيم والقانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى النزاع.

3- تحديد سلطات المحكم بصورة واضحة وعلى أوسع نحو ممكن، حتى تواجه أية إشكاليات قد تعترض أطراف النزاع أثناء سير خصومة التحكيم.

4- هناك جانباً من التشريعات قد أنكر كل دور للإرادة الضمنية في هذا المجال وإقتصر فقط على الإرادة الصريحة، ذلك تقديراً منها للصعوبات العملية التي قد تعترض المحكم في الكشف عنها، ونحن من جانبنا لا ننكر أن الإرادة الضمنية هي إرادة موجودة، ويمكن الكشف عنها، غير أننا نرى ضرورة الكشف عنها بطريقة مؤكدة لا تدع مجالاً للشك في التعبير عن حقيقة المقصود بها، فالإختيار الضمني متى لم يتطلب فيه قيوداً تكشف عنه، فإنه يعتمد في نهاية المطاف على تفسير المحكم وسلطانه المطلق، وهو ما قد يضيف إلى نتيجة معكوسة تخلّ بهدف القاعدة وتؤدي بالتالي إلى تطبيق قانون يخل بتوقعات الأطراف غير ذلك الذي قصدوا إليه. لهذه الأسباب فيستحسن على المحكم الكشف عن الأسباب التي جعلته يعتمد على الإرادة الضمنية وأن يحدد القرائن التي إعتد عليها في الوقوف عليها وإلاّ إعتبر ذلك قصوراً، مما يستدعي نقض حكمه.

5- لقد فرضت بعض التشريعات على المحكم البحث عن القانون الأكثر إتصالاً بموضوع النزاع دون تحديد المعايير التي بناءً عليها يتم تحديد ذلك القانون، مما يترك المجال واسعاً أمام المحكم، وفي المقابل منحت بعض التشريعات الأخرى للمحكم حرية إختيار قواعد الإسناد التي يراها الأكثر ملائمة لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، مع العلم أن المحكم لا يملك قواعد إسناد خاصة به كالقاضي، مما يعطي للمحكم سلطة تقديرية واسعة في تحديد تلك القواعد،

الأمر الذي يستدعي تدخل التشريعات لتحديد قواعد الإسناد المناسبة التي على ضوءها يحدد المحكم القانون المختص.

6- لم يعالج المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مسؤولية المحكم عما يرتكبه من أخطاء في مهمته، هذا وقد قرر عدة ضمانات لأطراف النزاع إتجاه المحكم أهمها: رد المحكم وعزله واستبداله بغيره، لذلك نرى ضرورة إستحداث نص قانوني في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ينظم مسؤولية المحكم عن أعماله.

7- إدراج مادة جديدة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تتناول صراحة حالات إستبعاد المحكم للقانون الواجب التطبيق المختار من قبل الأطراف.

8- إعادة النظر حول تسمية "القانون الواجب التطبيق" وإستبداله بتسمية أخرى "كالقانون المطبق على النزاع" أو القواعد القانونية المطبقة على النزاع" لأنّ مصطلح "الواجب التطبيق" ذو صيغة أمره وبالتالي فهو يتناقض مع مبدأ سلطان إرادة الأطراف وكذلك مع مبدأ إستقلالية المحكم في إختيار القواعد القانونية لحكم النزاع.

9- أخيراً فإنّ هناك العديد من المحاولات في سبيل توحيد قواعد الإجراءات في التحكيم، إلاّ أنها ما تزال قاصرة في الواقع على بلوغ التوحيد الكامل الشامل الذي يقضي نهائياً على مشكلة تنازع القوانين في هذا المجال الهام، فما من شك في أنّ وجود القاعدة الموحدة سواءً كانت موضوعية أم كانت قاعدة إسناد أو تنازع موحدة سيؤدي إلى إختفاء التنازع في نطاقها أو على الأقل يصبح حله واضحاً.

لهذا نأمل إيجاد قواعد قانونية خاصة تحكم العلاقات التجارية الدولية أمام التحكيم الحر، تقوم على إعتبرات واقعية وقانونية، يمكن من خلالها المزج بين القواعد الوطنية والدولية دون الإنحياز لأي منهما.

كما نأمل أن تكون هناك دراسات مستقبلية تتطرق من هذه الدراسة بهدف التوصل إلى كل ما لم أستطع التوصل إليه، وذلك مواكبة للمستجدات في مجال التحكيم التجاري الدولي.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

I- الكتب

- 1- أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.
- 2- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 3- أحمد أبو الوفاء، التحكيم في قوانين البلدان العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
- 4- أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الإستثمار (دراسة مقارنة)، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990.
- 5- أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 وتعديلاته (دراسة مقارنة وفقاً لآراء الفقه وأحكام هيئات التحكيم الدولية)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 6- أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة، عمان، 2008.
- 7- أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة في قضاء التحكيم)، دار الكتب القانونية، الإسكندرية، 2004.
- 8- -----، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- 9- -----، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- 10- الأحذب عبد الحميد، موسوعة التحكيم التجاري، دار المعارف، الإسكندرية، 1998.
- 11- -----، التحكيم أحكامه ومصادره، مؤسسة نوفل، لبنان، 1990.

- 12- السيد أحمد الصاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، الطبعة الثانية، المؤسسة الفنية، الإسكندرية، 2004.
- 13- السيد الحداد حفيظة، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- 14- الغوثي بن ملح، القانون القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
- 15- المنزلاوي صالح، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 16- إياد محمود بروان، التحكيم والنظام العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- 17- خالد إبراهيم التلاحمة، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، جهينة، عمان، 2006.
- 18- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، القاهرة، 2002.
- 19- سحر عبد الستار إمام يوسف، المركز القانوني للمحكم (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 20- سراج أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 21- صلاح السيد جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- 22- عامر فتحي البطانية، دور القاضي في التحكيم التجاري، دار الثقافة، عمان، 2009.
- 23- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين وتنازع الإختصاص الدوليين)، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.
- 24- عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 25- عمرو عيسى الفقى، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003.

- 26- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والإتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية مع إشارة إلى أحكام التحكيم التجاري في التشريعات العربية)، دار الثقافة، عمان، 2006.
- 27- كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي (حتمية التحكيم وحتمية التجارة الدولية)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991.
- 28- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- 29- محمود جمال الكردي، القانون الواجب التطبيق على دعوى الحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
- 30- محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- 31- ----- قانون الإرادة وقواعد البوليس الضرورية التطبيق، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2003.
- 32- محمود مختار أحمد بري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 33- محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، مطابع عابدين، القاهرة، 1986.
- 34- مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- 35- منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- 36- مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، 2005.
- 37- نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي (دراسة حول ماهية وتطبيق الأعراف التجارية الدولية وسوابق التحكيم في إطار واقع التحكيم الإقتصادي الدولي وأهم الأنظمة القانونية المتصلة به)، الطبعة الثانية، الإسكندرية، 2000.

- 38- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- 39- هدى محمد مجدي عبد الرحمان، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- 40- هشام خالد، عقد ضمان الإستثمار(القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.
- 41- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.
- 42- -----، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.
- 43- -----، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- 44- -----، مشكلة خلو إتفاق التحكيم من أسماء المحكمين في العلاقات الدولية الخاصة، الفنية للطباعة، الإسكندرية، 1987.
- 45- -----، حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.

II - الرسائل والمذكرات الجامعية

أ - الرسائل الجامعية

- 1- السائح علي عمران، التحكيم والقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006.
- 2- غسان علي علي، الإستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصدها، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2004.

ب - المذكرات الجامعية

- 1- الموهاب فيروز، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي طبقا للقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.

2- درميش عبد الله، التحكيم الدولي في المواد التجارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، المغرب، 1984.

3- دريدر ملكي، سلطة المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع قانون التعاون الدولي، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، 2011.

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

5- كراش ليلي، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.

III - المقالات والمدخلات

أ- المقالات

1- أبو زيد رضوان، « قانون التجارة الدولية أو القانون التجاري الدولي: دراسة لفكرة Lex mercatoria »، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، العدد الأول، 1993، (ص ص. 1-25).

2- أحمد عبد الكريم سلامة، تأملات في ماهية قاعدة التنازع، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الواحد والخمسون، العدد الواحد والخمسون، 1995، (ص ص. 95-145).

3- السمدان أحمد، « القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي »، مجلة الحقوق، العدد الأول والثاني، 1993، (ص ص. 173-212).

4- الورفلي أحمد، « التمسك بقواعد النظام العام في التحكيم »، مجلة التحكيم والقانون الخليجي، العدد 10، 2009، (ص ص. 20-25).

5- تراري الثاني مصطفى، « التحكيم التجاري الدولي إثر صدور المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25، المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية »، مجلة الدراسات القانونية، العدد الأول، 2002، (ص ص. 35-56).

- 6- تعويبت كريم، « دور القاضي في تحقيق فعالية التحكيم التجاري الدولي»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد الأول، 2010، (ص ص.141-154).
- 7- ديب فؤاد، « المحكم ونظم تنازع القوانين الوطنية»، مجلة العلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد 24 ، العدد الثاني، 2008، (ص ص.33- 56).
- 8- عز الدين عبد الله، « تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص»، المجلة القضائية العربية، العدد الأول، 1984، (ص ص.39-51).
- 9- عزمي عبد الفتاح، « سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم: دراسة في القانون الكويتي والمصري والفرنسي»، مجلة الحقوق، العدد الرابع، 1984، (ص ص.97-149).
- 10- عكاشة محمد عبد العال، « القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب عند عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم في القانون المصري»، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 23، 2002، (ص ص.6-17).
- 11- عليوش قريوع كمال، « إجراءات الخصومة التحكيمية في القانون الجزائري»، مجلة العلوم القانونية، العدد 13، 2009، (ص ص.74-196).
- 12- عيساوي محمد، « دراسة نقدية لقضية HILMARTON في التحكيم التجاري الدولي»، مجلة المعارف، العدد 10، 2011، (ص ص.11-29).
- 13- غصوب عبده جميل، « سلطة المحكم في تقرير أصول المحاكمات التحكيمية: دراسة مقارنة»، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 14 و 15، 2002، (ص ص.15-19).
- 14- فايز الحاج شاهين، « القانون الواجب التطبيق على أساس النزاع: القواعد المفروضة على المحكم تلك التي يختارها الفرقاء وعادات التجارة»، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 14 و 15 ، (ص ص.32-38).
- 15- محمد خالد الترجمان، « تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد القرض الدولي، المجلة المصرية للقانون الدولي»، المجلد التاسع والأربعون، 1993، (ص ص.89-126).
- 16- محمد سليم العوا، « إجراءات التحكيم في القانون المصري»، (ص ص.1-10)، منشور على موقع: [http:// www.erstlaw.com](http://www.erstlaw.com).

- 17- ممدوح عبد الحميد المطلب وإنعام السيد الدسوقي، « تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه: دراسة مقارنة » ، (ص ص.1-40)، منشور على موقع: [http:// www.arablawinfo.com](http://www.arablawinfo.com)
- 18- هشام علي صادق، « مدى سلطة المحكمين في أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري »، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الخمسون، العدد 50، 1994، (ص ص. 107-117).

ب- المداخلات

- 1- الأحذب عبد الحميد، « القواعد المنظمة لإجراءات التحكيم »، أعمال اليوم الدراسي حول: الطرق البديلة لحل النزاعات(الصلح، الوساطة والتحكيم)، المحكمة العليا، الجزائر، أيام 15 و 16 جوان 2008، (ص ص.1-81).
- 2- أيت منصور كمال، « النظام العام في إجراءات التحكيم التجاري الدولي »، أعمال الملتقى الدولي حول: التحكيم التجاري الدولي في الجزائر بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 14 و 15 جوان 2006، (ص ص. 10-22).
- 3- بارة عصام، « دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق »، أعمال الملتقى الوطني حول: التحكيم الداخلي والدولي في القانون الجزائري، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، يومي 27 و 28 أبريل 2011، (ص ص.1-17).
- 4- بن الشريف سليمان، « تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه »، أعمال الملتقى الوطني حول: التحكيم الداخلي والدولي في القانون الجزائري، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، أيام 27 و 28 أبريل، 2011، (ص ص.1-19).
- 5- حسان نادية، « سلطات القاضي الجزائري في مجال التحكيم التجاري الدولي »، من أعمال الملتقى الدولي حول: التحكيم التجاري الدولي بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 14 و 15 جوان 2006، (ص ص.239-223).
- 6- حسين نورة، « تكريس التحكيم التجاري الدولي كضمان للإستثمارات الأجنبية »، أعمال الملتقى الدولي حول: التحكيم التجاري الدولي في الجزائر بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 14 و 15 جوان 2006، (ص ص.187-210).

7- حمزة حداد، « الإتجاهات الحديثة في قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 »، ورقة عمل مقدمة لمركز القانون والتحكيم (ص ص.1-8). [http:// www.forums.egycourt.com](http://www.forums.egycourt.com).

8- خلفي عبد الرحمان، « خصومة التحكيم التجاري الدولي وفقاً للتشريع الجزائري»، أعمال الملتقى الوطني حول: التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، أيام 23 و 24 أكتوبر، 2011، (ص ص.1-19).

9- زوده عمر، « إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية »، يومان دراسيان حول: الطرق البديلة لحل النزاعات (الصلح، الوساطة والتحكيم)، المحكمة العليا، أيام 15 و 16 جوان، 2008، (ص ص.217-225).

10- سالمى وردة، « رد المحكمين: دراسة مقارنة بين المرسوم التشريعي رقم 93-09 والقانون رقم 08-09 »، أعمال الملتقى الوطني حول: التحكيم التجاري الدولي»، كلية الحقوق، جامعة قالمة، يومي 26 و 27 أفريل 2011، (ص ص.1-7).

11- عمر فارس، « إجراءات التحكيم»، ورقة عمل مقدمة للدورة الثالثة لتأهيل المحكمين العرب حول: التحكيم التجاري هو الدعامة الأساسية للإستثمار، (ص ص.1-17)، [http:// www.khalildaoudi.blogspot.com](http://www.khalildaoudi.blogspot.com)

12- عيد عبد الحفيظ، « دور إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم»، أعمال الملتقى الدولي حول: التحكيم التجاري الدولي بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، يومي 14 و 15 جوان 2006، (ص ص.1-9).

13- محمد أحمد البديرات، « مدى سلطة القاضي في التدخل في إجراءات التحكيم: دراسة مقارنة في قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 »، أعمال المؤتمر السنوي السادس عشر حول: التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2008، (ص ص.711-737). <http://Slconf Ua eu.ac.ea>

14- نور حمد الحجايا، « القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه »، أعمال المؤتمر السنوي السادس عشر حول: التحكيم التجاري الدولي، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 28 و 29 أكتوبر، 2008، (ص ص. 653-681). <http://Slconf Ua eu.ac.ea>

15- وفاء مزيد فلحوط، « النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي » ، أعمال المؤتمر السنوي السادس عشر حول: التحكيم التجاري الدولي، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 28 و 29 أكتوبر، 2008، (ص ص. 551-581) http://Slconf_Ua.eu.ac.ea

16- يسعد حورية، « طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري »، الملتقى الوطني حول: التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، أيام 26 و 27 أبريل، 2011، (ص ص. 1-11).

IV - النصوص القانونية

أ- الدستور

دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية المصادق عليه في إستفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، منشور بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر سنة 1996، ج.ر. عدد 76 صادر بتاريخ 8 ديسمبر سنة 1996، معدل بموجب قانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل سنة 2002، ج.ر. عدد 25 صادر بتاريخ 14 أبريل سنة 2002، معدل بموجب قانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر سنة 2008، ج.ر. عدد 63 صادر بتاريخ 16 نوفمبر سنة 2008، معدل ومتمم. www.joradp.dz

ب- الإتفاقيات الدولية

1- إتفاقية نيويورك الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان سنة 1958، الموافق عليها بمقتضى القانون رقم 88-18 مؤرخ في 12 جوان سنة 1988، ج.ر. عدد 28 صادر في 13 جويلية سنة 1988.

2- إتفاقية واشنطن لتسوية الخلافات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الموافق عليها بمقتضى الأمر رقم 95-04 مؤرخ في 21 جانفي سنة 1995، ج.ر. عدد 7 صادر بتاريخ 15 فيفري سنة 1995.

3- الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المنعقدة في جنيف تحت رعاية اللجنة الاقتصادية لأوروبا بتاريخ 21 أبريل سنة 1961، وضعت موضع التنفيذ في 7 جانفي سنة 1964 وفقاً لأحكام المادة 10 فقرة 8، وأصبحت سارية المفعول في 18 أكتوبر 1965. www.drmmahran.com

4- إتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي، المنعقدة في مدينة عمان بتاريخ 14 أبريل سنة 1987 بموجب قرار مجلس وزراء العدل العرب رقم 80 مؤرخ في 14 أبريل سنة 1987 في دور إنعقاده العادي الخامس، دخلت حيز النفاذ ابتداءً من تاريخ 27 جوان سنة 1992، عدلت الإتفاقية بموجب قرار مجلس وزراء العدل العرب رقم 162 مؤرخ في 22 أبريل سنة 1992 في دور إنعقاده العادي الثامن. www.aiadr.com

ج- القوانين

■ القوانين الوطنية

- 1- أمر رقم 66-154 مؤرخ في 8 جوان سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر. عدد 49، صادر بتاريخ 11 جوان سنة 1966 (ملغى).
- 2- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان سنة 2005، ج.ر. عدد 44 صادر بتاريخ 26 جوان سنة 2005، المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 07-05 مؤرخ في 13 جوان سنة 2007 ج.ر. عدد 31 صادر بتاريخ 13 جوان سنة 2007.
- 3- مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 25 أبريل سنة 1993، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، يعدل ويتمم أمر رقم 66-154 مؤرخ في 8 جوان سنة 1966، ج.ر. عدد 27 صادر بتاريخ 27 أبريل سنة 1993 (ملغى).
- 4- أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر. عدد 43 صادر بتاريخ 20 جويلية سنة 2003، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 08-12 مؤرخ في 25 جوان سنة 2008، ج.ر. عدد 36 صادر بتاريخ 2 جويلية سنة 2008، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 أوت سنة 2010، ج.ر. عدد 46 صادر بتاريخ 18 أوت سنة 2010.
- 5- قانون رقم 04-02، مؤرخ في 23 جوان سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر. عدد 41 صادر بتاريخ 27 جوان سنة 2004، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 10-06 مؤرخ في 15 أوت سنة 2010، ج.ر. عدد 46 صادر بتاريخ 18 أوت سنة 2010.
- 6- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. عدد 21 صادر بتاريخ 23 أبريل سنة 2008.

7- قانون رقم 09-03، مؤرخ في 25 فيفري سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر. عدد 15 صادر بتاريخ 8 مارس سنة 2009.

القوانين الأجنبية

1- قانون رقم 42، مؤرخ في 26 أبريل سنة 1993، يتضمن الفصل السادس من مجلة التحكيم التونسي، ج.ر. عدد 33 صادر بتاريخ 4 ماي سنة 1993، معدل ومتمم. www.wipo.net

2- قانون رقم 27، مؤرخ في 18 أبريل سنة 1994، يتضمن قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية، ج.ر. عدد 16 صادر بتاريخ 21 أبريل سنة 1994، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 9، مؤرخ في 13 جوان سنة 1997، ج.ر. عدد 17 صادر بتاريخ 16 جوان سنة 1997. www.jus.uio.no/Im/egypt

3- قانون رقم 31، مؤرخ في 16 جويلية سنة 2001، يتضمن قانون التحكيم الأردني، ج.ر. عدد 4496 صادر بتاريخ 23 جويلية سنة 2001. www.lawjo.net

4- قانون رقم 440، مؤرخ في 1 فيفري سنة 2002، يتضمن قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، ج.ر. عدد 43 صادر بتاريخ 4 فيفري سنة 2002. www.justice-lawhome.com

5- قانون رقم 4، مؤرخ في 25 مارس سنة 2008، يتضمن قانون أصول المحاكمات المدنية السوري، ج.ر. عدد 15 صادر بتاريخ 2 أبريل سنة 2008. www.fiac-sy.com

IV- الوثائق

1- قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونيسترال): المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 15 ديسمبر سنة 1976 بموجب القرار رقم 98/31.

2- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بصيغته التي إعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 جوان سنة 1985.

V - الإجتهاد القضائي

1- القرار الصادر بتاريخ 24 فيفري سنة 1984 عن محكمة إستئناف باريس.

2- القرار الصادر بتاريخ 23 مارس سنة 1985 عن المحكمة العليا الجزائرية.

3- القرار الصادر بتاريخ 20 جانفي سنة 1987 عن محكمة إستئناف باريس.

4- القرار الصادر في 16 أكتوبر سنة 1996 عن محكمة إستئناف تونس، المجلة اللبنانية للتحكيم

- العربي والدولي، عدد 13 سنة 2000، (ص ص.30-31).
- 5- القرار الصادر بتاريخ 20 نوفمبر سنة 2003 عن محكمة النقض الفرنسية.
- 6- القرار رقم 26338 الصادر في 28 ماي سنة 2009 عن محكمة النقض التونسية، مجلة التحكيم، عدد 4 سنة 2009، (ص ص.234-237).

ثانياً: باللغة الفرنسية

I - OUVRAGES

- 1- BENCHENEB Ali, Mécanisme juridiques des relations commerciales Internationales en Algérie, O.P.U, Alger, 1984.
- 2- CLAY Thomas, Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, Dalloz, Paris, 2004.
- 3- DERAIS Yves, Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence Arbitrale internationale, Litec, Paris, 1982.
- 4- FOUCHARD (PH).GAILLARD (E).GOLDMAN (B), Traité de l'arbitrage Commercial international, Litec, Delta, Paris ,1996.
- 5- -----, L'arbitrage commercial international, Dalloz, Paris, 1965.
- 6-GAVALDA Christian LUCAS Claude, L'arbitrage, Dalloz, Paris, 1993.
- 7-JACQUET Jean Michel, Le principe d'autonomie et contrats internationaux, Economica, Paris, 1983.
- 8-JARROSSON Charles, La notion d'arbitrage, L.G.D.I, Paris, 1987.
- 9-MANCIAUX Sébastien, Investissements étrangère et arbitrage entre Etats et Ressortissants d'autres Etats, Litec, Paris, 2004.
- 10-MOISSINAC D'HARCOURT Marie-Caroline, La pratique de l'arbitrage au Service de l'entreprise, Economica, Paris, 2002.
- 11- NAMMOUR Fady, Droit et pratique de l'arbitrage interne et international 2^{ème}, Editions, Delta, Bruxelles L.G.D.J, Paris, 2005.
- 12- REDFERN (A), HUNTER(M), Droit et pratique de l'arbitrage commercial International, L.G.D.J, Paris, 1994.
- 13- ROBERT Jean, L'arbitrage, droit interne, droit international privé, 5^{ème} éd, Dalloz, Paris, 1983.
- 14- TERKI Nour-Eddine L'arbitrage commercial international en Algérie, O.P.U, Alger, 1999.
- 15- TRARI-TANI Mostefa, Droit Algerien de l'arbitrage commercial international, Editions BERTI, Alger, 2007.

16- VINCENT Heuzé, La réglementation Française des contrats internationaux, Etude critique des métaudes, éditions, Joly Gln, Paris, 1990.

II- THESES

1-ARFAOUI Besma, L'interprétation arbitrale du contrat de commerce International, Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en droit de l'Université de Limoges, Discipline : Droit privé, 2008.

2- CALEB Marcel, Essai sur le principe de l'autonomie et de la volonté en droit International privé, Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en droit de l'Université de Paris, Discipline : Droit privé, 1927.

3- GOUNOT Emmanuel, le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Introduction à l'étude critique de l'individualisme juridique, Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en droit de l'université de Paris, Discipline : Droit privé, 1912.

III- ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

A- ARTICLES

1- BEDJAOUI Mohamed, « L'évolution des conceptions et de la pratique Algérienne en matière d'arbitrage international », Revue Mutation N°3, Alger, 1994, (pp. 59-65).

2- -----, MEBROUKIN Ali, « Le nouveau droit de l'arbitrage Commercial international en Algérie », J.D.I, N°4, 1993, (pp.873-909).

3-BEN ABDERAHMANE Dahman, « La réforme de droit Algérien de l'arbitrage », Gaz.Pal, N°101-103, Paris, 1999, (pp 27-35).

4-BERNARDINI Piero, « Arbitrage international et règles de droit a-nationales », Bulletin de la cour international d'arbitrage de la CCI, vol.15 N°2, 2004, (pp 62-74).

5-Decau Emmanuel, « Arbitrage entre sujets de droit international: Etat et Organisations Internationales, procédure arbitrale, sentence arbitrale », Ed. Juris-Class, 1996, (pp1-28).

6- -----, « Arbitrage entre sujets de droit international: Etat et Organisations internationales, organe arbitral », Ed. juris- class, 1992, (pp 1-19).

7- DERAIS yves : « Le statut des usages de commerce devant les juridictions arbitrales », Rev.Arb 1973, (pp.122-131).

8- -----, « Les tendances de la jurisprudence arbitrale international », J.D.I, tom 120, 1999. (pp.829-855).

9- -----, « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage International », Rev.Arb, 1986, (pp.375-413).

- 10-FAUCHARD Phillipe, « Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur », Rev.Arb, 1985, (pp185-205).
- 11- -----, « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence Française », Rev.Arb, N°3 1996, (pp.325-372).
- 12- GAILLARD Emmanuel, « L'arbitrage commercial international: Sentence Arbitrale, droit applicable au fond de litige », Ed.juris- clas.inter, 1996, (pp1-40).
- 13- GAINAGE Léna, « le contrat sans loi en droit, international privé », *électronic Journal of comparative law*, vol. 11.3, 2007, (pp 1-32) <http://www.ejcl.org>
- 14- GHAZOUANI Malek, « L'applicabilité des lois de police par l'arbitre du commerce international », *Revue de la jurisprudence et de la législation, Maroc*, 44^{ème} année N°4, 2002, (pp 9-69).
- 15- GOLDMAN(B), « La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage International », Rev.Arb, 1983, (pp.469-486).
- 16- HANOTIAU Bernard, « La loi applicable à l'arbitrabilité du litige », *Revue de droit des affaires*, N°7, 1998, (pp.775-779).
- 17- ISSAD Mohand, « La nouvelle loi Algérienne relative à l'arbitrage International », Rev.Arb N°3, 2008, (pp.419-427).
- 17- LALIVE Pierre, « Ordre public transnational ou réellement International et arbitrage International », Rev.Arb, 1986, (pp.32-48).
- 18- -----, « Les règles de conflit de lois applicable au fond du litige par l'arbitre International siégeant en suisse », Rev.Arb, 1976, pp.155-183).
- 19- LAMETHE Didier, « L'arbitrage International », C.J.E.G, 1995, (pp.45-59).
- 20 - -----, « Les langues de l'arbitrage international: liberté Raisonnée de choix ou contrainte réglementées », *J.D.I* N°4, 2007, (pp-1175-1193).
- 21-LOQUIN Eric, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », Rev .Arb, N°2, 2006, (pp323-352).
- 22-MAYER Pierre, « Le pouvoir des arbitres de régler la procédure : une analyse Comparative des systèmes de civil law el le common law, Rev.Arb, N°2, 1995, (pp.163-183).
- 24- PINSOLE Philippe, KREINLER. Richard « Les limites du rôle de la volonté des parties dans la nominativement conduite de l'instance arbitrale », Rev.Arb, N°1, 2003, (pp.39-48).
- 25- POMMIER Jean Christophe, « La résolution du conflit des lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit : le rôle de l'arbitre », *J.D.I*, 1992, (pp.132-172).
- 26-VAN HOUTTE(H), « Le juge et l'arbitre : le rôle du juge pendant la procédure arbitrale », *Rev.Dr.Int.Comp*, 1993, (pp.28-46).

27- YESSAD Houria, « L'arbitrage commercial International », R.C.D.S.P, N°2, 2006, (pp.62-.96).

28- -----, « Le contrôle de la sentence rendue en matière d'arbitrage International en droit Algérien », R. A.S.J.E.P, N°3, 2010, (pp.21-34).

B-CONTRIBUTIONS

1- ALLIOUCHE KERBOUAM- MEZIANI Naima, « Les moyens de recours dans l'arbitrage commercial International : la loi 08-09 », contribution au seminaire d'arbitrage national et International dans le droit Algérien, 27 et 28 Avril Université de Badji Mokhtar Annaba, 2011, (pp.1- 25).

2- EL AHDAB Jalal, « Le nouveau droit Algérien de l'arbitrage : approche comparée Franco-Algérienne », acte de la journée d'étude national sur la jurisprudence et l'instance arbitrale a la lumière du nouveau code de procédure civil et administrative Algérienne, cour suprême, Alger, 16 et 17 Mars, 2009, (pp.1-19).

3- SOUMRANI Michel, « Le droit applicable au fond du litige », contribution au seminaire aspects nouveaux et contrôle judiciaire, congrés de l'arbitrage international a Beyrouth, 11-12 Octobre, 1999, (pp.1-9).

IV - TEXTES JURIDIQUES

A-CONVENTIONS INTERNATIONALES

1-Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Singée au Rome le 19 juin 1980 dans le cadre de la communauté économique européenne, elle est entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991. Elle a été remplacée par le règlement n° 593/2008 du parlement européen et de conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles surnommé « **Rome1** ». [www.fr.m.wikipedia/wiki/convention de Rom du 19 juin1980](http://www.fr.m.wikipedia/wiki/convention_de_Rom_du_19_juin1980).

2- Convention de la Haye sur la loi applicable aux contrats de vente international d'objets mobiliers corporels, Conclue à la Hay le 15 juin 1955, elle est entrée en vigueur à partir le 1^{er} septembre 1964. Elle a été remplacée par une autre convention de la Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente international de marchandises. [www.fr.m.wikipedia/wiki/convention de la Hay du 15 juin 1955](http://www.fr.m.wikipedia/wiki/convention_de_la_Hay_du_15_juin_1955).

B--TEXTES LEGISLATIFS

1-Code procédure civile Français : www.légifrance.gouv.fr

2- Code civile Français : www.droit.org/jo/copdf/civil

V –DOCUMENTS

1-Commission des Nations Unies de Droit Commercial International (CNUDCI): Créé par l'assomblée général de 17 décembre 1996. www.cnudci.org

2- La Chambre du Commerce International (CCI): Agence conjointe de l'Organisation Mondiale du Commerce et de l'Organisation des Nations Unies fondée en 1964. www.cci.org

فهرس المحتويات

1.....مقدمة

الفصل الأول

5.....مبدأ سلطان إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق

6.....المبحث الأول: مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون المطبق على النزاع

7.....المطلب الأول: مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون الذي يحكم إتفاق

7.....الفرع الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم:

8.....أولاً: الأساس القانوني لتطبيق قانون الإرادة على إتفاق

12.....ثانياً: نطاق تطبيق قانون الإرادة على إتفاق

12.....1- المسائل التي تتدرج في حكم قانون الإرادة

13.....أ- التراضي

13.....ب- محل إتفاق التحكيم

14.....ج- سبب إتفاق التحكيم

14.....2- المسائل التي تخرج بحسب طبيعتها عن إطار قانون الإرادة

15.....أ- أهلية أطراف إتفاق التحكيم

15.....ب- شكل إتفاق التحكيم

16.....الفرع الثاني: مبدأ حرية الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم

17.....أولاً: إختيار المحكم

17.....1- تحديد الشروط المتعلقة بشخص المحكم

18.....2- تعيين المحكمين

19.....ثانياً: إنهاء مهمة المحكم

19.....1- رد المحكم

19.....2- عزل المحكم

- الفرع الثالث: تحديد صلاحيات المحكم.....20
- أولاً: سلطة المحكم في وضع التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم.....20
- ثانياً: سلطة المحكم في الفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف.....20
- المطلب الثاني: مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون الذي يحكم دعوى التحكيم.....22
- الفرع الأول: مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم.....23
- أولاً: الأساس القانوني لتطبيق قانون الإرادة على إجراءات التحكيم.....23
- ثانياً: الأسس المتاحة للأطراف لإختيار القانون الإجرائي.....26
- 1- تولى الأطراف بأنفسهم تنظيم إجراءات التحكيم.....26
- أ- الإتفاق على قانون وطني.....26
- ب- الإتفاق على لائحة أحد مراكز التحكيم.....27
- ج- الإتفاق على قانون مقر التحكيم.....27
- 2- إسناد مهمة تنظيم إجراءات التحكيم للمحكم.....28
- ثانياً: مجال تطبيق قانون الإرادة على إجراءات التحكيم.....28
- 1- المجال الإعتيادي لتطبيق قانون الإرادة على المسائل الإجرائية.....29
- 2-المجال الإستثنائي لتطبيق قانون الإرادة على المسائل الإجرائية.....29
- أ-التنازع بين القواعد التي تحكم إجراءات التحكيم وقانون مقر التحكيم.....30
- ب-التنازع بين القواعد التي تحكم إجراءات التحكيم وقانون محل تنفيذ حكم التحكيم.....30
- ج- التنازع بين القواعد التي تحكم إجراءات التحكيم وقانون محل إجراء معين من إجراءات التحكيم.....30
- الفرع الثاني: مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع.....31
- أولاً: الأساس القانوني لتطبيق قانون الإرادة على موضوع النزاع.....32
- ثانياً: الأسس المتاحة للأطراف لإختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع.....34
- 1- تولى الأطراف بأنفسهم تحديد القواعد المطبقة على النزاع.....35

- أ- إختيار قواعد قانون وطني..... 35
- ب- إختيار قواعد التجارة الدولية..... 36
- 2- إسناد مهمة تحديد قانون الموضوع للمحكم 37
- ثانياً: نطاق تطبيق قانون الإرادة على موضوع النزاع..... 37
- المبحث الثاني: القيود الواردة على مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق..... 39
- المطلب الأول: القيود الواردة على العقود بصفة عامة..... 40
- الفرع الأول: النظام العام..... 40
- أولاً: مدلول فكرة للنظام العام..... 41
- ثانياً: مجال تطبيق فكرة النظام العام..... 42
- 1- في مجال القانون الداخلي..... 42
- 2- في مجال القانون الدولي الخاص..... 43
- 3- في مجال القانون عبر الدولي..... 45
- الفرع الثاني: القواعد ذات التطبيق الضروي..... 47
- أولاً: مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروي..... 47
- ثانياً: معيار تحديد القواعد ذات التطبيق الضروي..... 50
- الفرع الثالث: الغش نحو القانون..... 52
- أولاً: شروط الدفع بالعض نحو القانون وآثاره..... 53
- 1- التغيير الإرادي في ضابط الإسناد..... 53
- 2- توافر نية التحايل أو الغش نحو القانون..... 54
- ثانياً: الآثار المترتبة عن الغش نحو القانون..... 54
- المطلب الثاني: القيود الخاصة بعملية التحكيم..... 55
- الفرع الأول: تدخل القاضي الوطني خلال سير خصومة التحكيم..... 56

- أولاً: تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم وإنهائها.....66
- 1- تدخل القاضي في تعيين هيئة التحكيم.....66
- 2- تدخل القاضي في إنهاء مهمة هيئة التحكيم..... 58
- أ- رد المحكم.....58
- ب- عزل المحكم.....59
- ثانياً: تدخل القضاء في إتخاذ الإجراءات التحفظية والوقائية.....60
- ثالثاً: تدخل القضاء في تقديم الأدلة.....62
- الفرع الثاني: تدخل القضاء الوطني أثناء صدور القرار التحكيمي.....64
- أولاً: . تدخل القاضي الوطني في مجال الإعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية.....64
- ثانياً: تدخل القاضي كجهة طعن في مجال الإعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية..... 67
- 1- تدخل القاضي كجهة إستئناف.....68
- 2- تدخل القاضي كجهة نقض.....69

الفصل الثاني

- مبدأ إستقلالية المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق.....71**
- المبحث الأول: حرية المحكم في إختيار القانون المطبق على النزاع.....72
- المطلب الأول: حرية المحكم في إختيار القانون الذي يحكم إتفاق التحكيم.....73
- الفرع الأول: السلطة التقديرية للمحكم في إستطار إرادة الأطراف الضمنية.....74
- أولاً: القرائن التي يستند إليها المحكم للوصول إلى الإرادة الضمنية.....76
- 1- الإستدلال بضابط محل إبرام إتفاق التحكيم.....76
- 2- الإستدلال بضابط مقر إتفاق التحكيم.....77
- 3- الإستدلال بالقانون الذي يحكم العقد الأصلي.....79
- 4- الإستدلال بالنماذج المستمدة من الإتفاقيات الدولية..... 80

- 81.....ثانياً: حرية المحكم في الكشف عن الإرادة الضمنية.
- 82.....الفرع الثاني: سلطة المحكم عند غياب إرادة الأطراف الضمنية.
- 83.....أولاً: تطبيق منهج تنازع القوانين.
- 84.....ثانياً: تطبيق منهج القواعد المادية.
- 88.....المطلب الثاني: حرية المحكم في إختيار القانون الذي يحكم دعوى التحكيم.
- 88.....الفرع الأول: حرية المحكم في إختيار القانون.المطبق على إجراءات التحكيم.
- 89.....أولاً: الأساس القانوني لسلطة المحكم في إختيار القانون الإجرائي.
- 91.....ثانياً: صور إختيار المحكم للقانون الإجرائي.
- 93.....ثالثاً: سلطة المحكم في تسيير إجراءات التحكيم.
- 93.....1- تنظيم جلسات التحكيم وإدارتها.
- 94.....2- تحديد مكان التحكيم.
- 95.....3- تحديد لغة التحكيم.
- 95.....4- إتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية.
- 96.....الفرع الثاني: حرية المحكم في إختيار القانون.المطبق على موضوع النزاع.
- 96.....أولاً: الأساس القانوني لسلطة المحكم في إختيار القانون الموضوعي.
- 99.....ثانياً: صور إختيار المحكم للقانون الموضوعي.
- 99.....1- تطبيق قواعد قانونية ذات طابع وطني.
- 99.....أ- تطبيق قانون وطني من خلال أعمال قواعد تنازع القوانين.
- 100.....ب- التطبيق الجامع لقواعد تنازع القوانين.
- 101.....ج- تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص.
- 102.....2- تطبيق قواعد قانونية ذات طابع دولي.
- 103.....أ- تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية.
- 103.....ب- تطبيق المبادئ العامة للقانون.

المبحث الثاني: القيود الوارد على حرية المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق.....	105
المطلب الأول: إلتزامات المحكم في مواجهة الأطراف.....	106
الفرع الأول: إلتزام المحكم بإستبعاد قانون الإرادة وإعمال النظام العام.....	106
أولاً: النظام العام الوطني.....	107
ثانياً: النظام العام عبر الدولي.....	109
الفرع الثاني: إلتزام المحكم بإستبعاد قانون الإرادة وإعمال قواعد التطبيق الضروري.....	111
أولاً: إنعدام وجود قانون إختصاص للمحكم الدولي.....	112
1- حالة إعمال قواعد البوليس المنتمية إلى قانون العقد.....	114
2- حالة إعمال قواعد البوليس الأجنبية عن العقد.....	115
ثانياً: الطابع الإتفاقي للتحكيم.....	118
الفرع الثالث: إلتزام المحكم بإستبعاد الغش نحو القانون.....	120
المطلب الثاني: الإلتزامات الخاصة بعملية التحكيم.....	121
الفرع الأول: إلتزامات المحكم بإتفاق التحكيم ذاته.....	122
أولاً: إلتزام المحكم بحدود النزاع المعروف عليه.....	122
ثانياً: الإلتزام بالإستمرار في المهمة والفصل في الآجال.....	123
ثالثاً: الإلتزام بالقانون الذي حدده الأطراف.....	123
الفرع الثاني: إلتزامات المحكم أثناء سير خصومة التحكيم.....	124
أولاً: إلتزام المحكم بمراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي.....	125
1- مبدأ حق الدفاع.....	125
2- مبدأ المساواة بين الخصوم.....	127
3- مبدأ الوجاهية.....	128
أ- حق الخصم في أن يسمعه المحكم.....	128
ب- حق الخصم في مناقشة حجج خصمه.....	129

ج- حق الخصم في مناقشة ما جمعه المحكم من عناصر الواقع والقانون.....	129
ثانيا: إلتزام المحكم بمراعاة ضوابط معينة عند إختيار القانون الواجب التطبيق.....	129
1- الإلتزام بإختيار القانون الأكثر إتصالا بالنزاع.....	130
2- الإلتزام بمراعاة شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية.....	131
الفرع الثالث: إلتزامات المحكم عند صدور حكم التحكيم.....	132
أولا: إلتزامات المحكم قبل صدور حكم التحكيم.....	132
1- سرية المداولة.....	132
2- إصدار الحكم بالأغلبية.....	133
3- تسبب حكم التحكيم.....	134
ثانيا: إلتزامات المحكم بعد صدور حكم التحكيم.....	135
1- تفسير حكم التحكيم.....	135
2- تصحيح حكم التحكيم.....	136
3- سد إغفالات حكم التحكيم.....	136
خاتمة.....	139
قائمة المراجع.....	146
فهرس المحتويات.....	162

ملخص المذكرة باللغة العربية

يحظى موضوع القانون الواجب التطبيق بأهمية بالغة في إطار التحكيم الحر، إذ يجد مبدأ سلطان الإرادة تطبيقاً واسعاً وأكثر تحرراً، وهذا من خلال الحرية الواسعة الممنوحة لأطراف النزاع لتنظيم التحكيم وسيره عبر كافة المراحل، وهو الأمر الذي يفتقر إليه الخصوم في ظل التحكيم المنظم، نظراً لكون عملية التحكيم تتولاها جهة تحكيمية مختصة. كذلك يجد مبدأ إستقلالية المحكم مجال تطبيقه في إطار هذا التحكيم، نظراً لكون المحكم يعمل خارج أي إطار يلزمه بإتباع قواعد قانونية معينة لتحديد القانون الواجب التطبيق عند غياب إرادة الأطراف.

الواقع، فإنّ السلطة الممنوحة للمحكم في إختيار القواعد الإجرائية والموضوعية لحكم النزاع، أهم ما يميّز التحكيم الحرّ، كما يعدّ أحد الأسباب المؤدية بالمتعاملين على صعيد العلاقات التجارية الدولية إلى إختياره كوسيلة لفض نزاعاتهم، إلى جانب الضمانات الأخرى التي يوفرها هذا الأخير للأطراف والتي تلعب دوراً مهماً في حسن سير خصومة التحكيم وتحقيق فعاليته.

Résumé du mémoire en langue française

Le droit applicable est d'une très grande importance dans le cadre de l'arbitrage ad-hoc, vu que le principe d'autonomie de la volonté y trouve une application plus large et plus libérée, et ce par la grande liberté donnée aux parties du litige pour organiser l'arbitrage et son déroulement à travers toutes les étapes ; ce dont manquent les parties d'un conflit dans le cadre de l'arbitrage institutionnel étant donné que la procédure du compromis est conduite par une juridiction compétente. Aussi, le principe d'indépendance de l'arbitre est applicable dans le cadre de ce compromis de cet arbitrage vu que l'arbitre travaille en dehors de tout cadre l'obligeant à suivre des règles juridiques spécifiques afin de déterminer la loi applicable en l'absence de volonté des parties.

En fait, le pouvoir donné à l'arbitre dans le choix des règles de procédure et de fond du jugement du litige est la caractéristique principale de l'arbitrage ad-hoc. Il est aussi considéré comme l'une des raisons incitant les acteurs des relations commerciales internationales à choisir ce procédé comme moyen de règlement de leurs litiges, outre les autres garanties qu'offre ce dernier aux parties, lesquelles jouent un rôle important dans le bon déroulement du litige et dans la concrétisation de l'efficacité de l'arbitrage.