جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم قانون الأعمال

القانون واجب التطبيق في الخصومة التحكيمية

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص : القانون **العام للأعمال**

إعداد الطالبتين:

أيت حبيب نبيلة

بوعلاق سلوى

تحت إشراف الأستاذ:

عيد عبد الحفيظ

لجنة المناقشة:

الأستاذ زوبيري سفيان ----------ممتحنا

الأستاذ عيد عبد الحفيظ---------- مشرفا ومقررا.

الأستاذة مولوج لامية ----------رئيسا

تاريخ المناقشة : 2016/06/21

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَى يُحَكِمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَ لَا

يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَا قَضَيْتَ وَ يُسَلِمُوا تَسْلِمَا ﴾

سورة النساء الآية65

شكر و تقدير

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

"من أوتي معروفا فليذكره فمن ذكره فقد شكره، ومن كتمه فقد كفره"

فشكر كبير و تحية تقدير للأستاذ المشرف –عيد عبد الحفيظ– الذي تكرم بإشرافه على مذكرتنا هذه و تقديمه لنا النصيحة و المشورة و منحه لنا من وقته الضيق ما يعجز القلم عن الوفاء به.

كما نتقدم بالشكر الخالص و الاحترام الكبير إلى أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه المذكرة المتواضعة.

و إلى كل أساتذة كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية منا جزيل الشكر.

الإهداء

إلى روح أبي الطاهرة رحمه الله

إلى من أفتخر بها و أطلب رضاها ما حييت أمي أطال الله في عمرها

إلى إخواني و أخواتي و أزواجهن و أولادهن كل باسمه

إلى شريك حياتي و بوصلتي في كل خطوة.....زوجي المستقبلي

إلى جدي و جدتي و كل عائلة خميلة والأقارب

إلى عمتي "بوعلاق تاكليت" التي فقدتها منذ أيام رحمها الله

إلى رفقاء دربي.....زملائي و زميلاتي

إلى كل من ذكره قلبي.....و أغفله قلمي

سلوى

الإهداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى

أبي رمز التضحية والعطاء ،حفظه الله وأطال في عمره

أمي نبع الحنان والعطاء ،التي كانت دائما لي ضلالا حاميا بدعواتها للخطوات التي سرت على دربها، حفظها الله وأطال في عمرها

إلى من كانوا لي عونا دائما، ودعما أبدا، إخواني وأختي الوحيدة سعاد

إلى من علمونا مبادئ العلم والبحث أساتذتي الأفاضل،جزاهم الله خيرا

إلى رفقاء دربي طيلة سنوات الدراسة

نبيلة

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

ج.ر: جريدة رسمية.

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

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

ق.م: قانون مدني.

ط: طبعة.

د.د.ن: دون دار النشر.

د.ب.ن: دون بلد النشر.

د.س.ن: دون سنة النشر

د.س.م: دون سنة المناقشة.

ص: صفحة.

ثانيا: باللغة الأجنبية

FOB: Free on board.

CIF: Cost insurance and freight.

CCI: Chamber de Commerce International.

P: Page.

Op.cit : ouvrage précité

مقدمة

التحكيم هي تلك الكلمة التي يعتقد الكثير أنها مصطلح جديد لنظام جديد تتماشى مع متطلبات العصر، إنما هو ذلك المصطلح و النظام القديم النشأة، حيث عرفه الإسلام قبل ما يقارب 1400 سنة، كما تم ذكره في القرآن الكريم والسنة المطهرة، تطور حينها وأصبح محل إقبال الكثير من الدول و الأفراد.

إذ يعتبر التحكيم أنه إتفاق بين أطراف الخصومة على عرض نزاعهم على شخص أو عدة أشخاص مهمتهم الفصل في النزاع دون أن يكون للمحكمة المختصة يد في ذلك، فقد يكون تبعا لنزاع قد يقوم و هو ما يسمى بشرط التحكيم؛ وقد يكون بمناسبة نزاع قائم و المتمثل في مشارطة التحكيم[1]. فالتحكيم يقوم على سحب الاختصاص من القضاء الوطني للفصل في النزاعات التي تحدث إما بإبرام العقد أو تنفيذه.

ترجع أسباب اللجوء إلى قضاء التحكيم عوضا عن القضاء الوطني نظرا للمزايا التي يتمتع بها الأول دون هذا الأخير إذ يعتبر أنه ذو عدالة خاصة يقوم بها أشخاص عاديون من إختيار أطراف النزاع بحد ذاتهم، تتوفر فيهم عادة خصائص تتعلق أساسا بتمتعهم بخبرة أكيدة في مجال الممارسات التجارية، كما يتميز أيضا ببساطة و سهولة إجراءاته و ذلك كون أن الرسمية و الشكلية التي يتميز بها القضاء الوطني لا محل لها في التحكيم، حيث يسعى المحكم أو المحكمين إلى تحقيق العدل بين أطراف النزاع[2] لأن هدفه الرئيسي هو الخروج بحل ودي، عكس القضاء الوطني الذي يكون فيه الحكم لصالح طرف ضد طرف آخر. فاختيار اللجوء إلى التحكيم يستدعي ثقة الأطراف في التي ستفصل في النزاع و التي تسعى لجعلهم في مركز أحسن من مركز القاضي العادي الذي لا يتمتع بمثل هذه الثقة المسبقة من قبل الأطراف المتنازعة، مما يسهل عملها و يعطيها مصداقية لدى الأطراف–الهيئة التحكيمية– .

[1] أشرف عبد العليم الرفاعي ،إتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية: (دراسة فقهية ،قضائية مقارنة) ، دار الفكر الجامعي ، القاهرة، 2003، ص 223.

[2] عمر عيسى الفقى ،الجديد في التحكيم في الدول العربية ،المكتب الجامعي الحديث ،القاهرة ،2003 ، ص19.

كما أنه يناسب العديد من المعاملات كمعاملات الإستثمار و المعاملات التي تشمل الدولة كطرف فيها، فهو الأنسب لحل النزاعات المتعلقة بالأطراف الأجنبية فوجود العنصر الأجنبي في العلاقة يستوجب حل للنزاع من طرف شخص محايد و هذا تخوفا من عرض نزاعه –الشخص الأجنبي– على القضاء الوطني للطرف المقيم في تلك الدولة التي يختص قانونها بحل نزاعهم، فالتحكيم يحقق المساواة[1]، حتى أن الطرف الأجنبي يفضل التحكيم كون أنه يتميز بسرية جلساته و ذلك مقارنة بالقضاء الوطني الذي يعقد جلساته علانية مما ينجم عن ذلك عدة مشاكل تسعى للقضاء على الطرف الأجنبي، بالإضافة إلى عدة مزايا يعجز القضاء االوطني توفيرها كملائمته لمختلف المعاملات الدولية منها و الوطنية، حيث يتم إخضاع التحكيم الداخلي للقوانين الوطنية أي للقانون الداخلي و لا غيرها. بينما التحكيم التجاري الدولي يثير تنازعا بين القوانين مما يستدعي البحث عن القانون واجب التطبيق في شأنه تماشيا مع متطلبات التجارة الدولية [2].

فالهدف من التمييز بين ما هو داخلي و أجنبي، فبه تتحدد سلطة القاضي فتختلف في بعض الدول فيما إذا كان التحكيم دوليا أو داخليا فيجوز للقاضي الوطني إذا كان التحكيم وطنيا مراقبة حكم التحكيم بمواجهة موضوع النزاع بإبطاله كون أنه يخالف قانون التجارة الوطنية. في حين أن التحكيم الدولي يتصدى فيه القاضي لموضوع النزاع و لا يبحث عن مطابقته للقانون وإنما تقتصر مهمته في مكان التنفيذ، بحيث يبحث عن مدى توفر الشروط اللازمة للتنفيذ[3].

كون أن القواعد والنظم القانونية المختلفة لدى مختلف التشريعات التي تنظم العقود الداخلية التي مهما ثم تنظيم قواعدها فإنها تظل عاجزة عن مسايرة التطورات الناشئة على الصعيد الدولي،استدعى ضرورة إعتبار أن التحكيم من مستلزمات التجارة الدولية، فهو على حد تعبير بعض الفقهاء أنهما توأمان لا يمكن استغناء أحدهما عن الآخر، كما إعتبر أنه الروح من الجسد

[1] عمر عيسى الفقي ،المرجع السابق، ص20.

[2] ناصر عثمان محمد عثمان، "معايير دولية التحكيم "، المؤتمر السنوي السادس عشر ،كلية الحقوق ،جامعة أسيوط، د.س.ن ، ص51.

[3] عامر فتحي البطانية، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي: (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2008، ص53.

باعتبار أن التجارة إنسان و التحكيم عقله الذي يفكر به حيث تعتبر التجارة الدولية هي ميدان لإنمائه و تطوير قواعده[1].

عملت مختلف الدول الحديثة على تنظيم العقود الدولية لأنها أساس معاملات التجارة الدولية بعد أن أصبحت هذه الأخيرة في تزايد مستمر، حينها اقتضى الأمر وضع قواعد تستجيب فعلا لكل التطورات، و تهتم بتوفير الثقة و الطمأنينة للمتعاملين وهذا ما أدى إلى إثارة مسألة في غاية الأهمية و المتمثلة في تحديد في القانون واجب التطبيق على مثل هذه المعاملات و هذا على خلاف العقود الداخلية التي تخضع أصلا للقانون الداخلي، لأن العلاقة الداخلية تتمركز بكل عناصرها في الإقليم الوطني، أما عقود التجارة الدولية فهي تتصل بأكثر من نظام قانوني واحد ولا يمكن للأطراف العلم بقانون الطرف الآخر.

إذ يعتبر القانون واجب التطبيق شيء جديد .إلا أنه حظي بدراسة وافية بطريقة غير مباشرة عن طريق الدراسات التي تخضع لها العقود الدولية بإثبات أن العقد التجاري الدولي شيء جديد بطبيعة الحال ،ضف إلى ذلك ما يتعلق بالعقود الدولية باعتبار أن العقد التجاري الدولي من التصرفات التعاقدية ذات الطابع الدولي[2].

فتكمن أهمية دراسة هذا الموضوع لاهتمامنا بمجال التحكيم التجاري الدولي ،كون أن اللجوء إليه هو علم العصر الذي يستدعي البحث عن دراسة كيفية تحديد القانون واجب التطبيق في حالة تعدي الدولة الواحدة ، بالإضافة إلى ذلك فإن التحكيم يستند في الأساس إلى إرادة الأطراف في إختيار هيئة التحكيم ، كما يتمتعون بحرية إختيار مكان التحكيم و القواعد واجبة التطبيق ، كما أننا أردنا البحث عن الغموض الذي يكتنف الهيئة التي فوضت لها مهمة النظر في النزاع القائم

[1] جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي: (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قي القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، 2010، ص 1.

[2] شاهر مجاهد الصالحي، "إتفاق التحكيم"، ورقة عمل مقدمة للملتقى التحكيم الثاني الذي تنظمه وزارة الصناعة والتجارة، صنعاء،6مايو2014، ص2.

بين الخصوم بالرغم من أنها ليس لها قانون إختصاص ، هذا ما أدى لدراسة هذا الموضوع بشكل معمق و خاص.

إن التحكيم كما هو معروف أنه مراحل تتمثل المرحلة الأولى في اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لحل نزاعهم و الثانية تتمثل في الإتفاق على مختلف الإجراءات التي تسير عليها العملية التحكمية من تحديد لغة و مكان التحكيم و الهيئة التي تتولى الفصل في النزاع أما ثالثها فهو قضاء ملزم، فلهذا يعتبر التحكيم حجر الزاوية للعملية التحكمية و هو الأساس الذي يبين توافق إرادة الخصوم، كما تعتبره الهيئة التحكمية سندا لها في فصلها في النزاع باعتبارها تستمد سلطتها منها[1].

إذ تتيح معظم الأنظمة القانونية نظاما مزدوجا فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، حيث يخضع الأولى إلى إتفاق الأطراف على تحديد هذا الأخير الذي ينظم العلاقة التعاقدية بصفة صريحة أو ضمنية ، والثانية تتمثل في غياب اتفاق الأطراف فيما يخص تحديد القانون واجب التطبيق. فبالتالي ما مدى الأخذ بسلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق في دعوى التحكيم؟ .

للإجابة على الإشكالية المطروحة تطرقنا لكل جوانب الموضوع،عملا بالمنهج التحليلي النقدي، سواء عند الاختيار الذي يظهر ذلك من خلال الدور الذي تلعبه إرادة الأطراف أو بالنظر إلى الحالة التي يتدخل فيها طرف آخر لاختيار هذا القانون و ذلك في حالة سكوت الأطراف على تحديده، سوف نقوم بدراسة الحالتين السابقتين في كلا الفصلين حيث ندرج في الفصل الأول فيما يخص القانون واجب التطبيق على الإجراءات وفقا للحالتين السابقتين شأنه شأن تحديد القانون واجب التطبيق على الموضوع و ذلك في الفصل الثاني.

[1] جارد محمد، المرجع السابق، ص 1.

الفصل الأول

القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم

بالنظر إلى خصوصية التحكيم التجاري الدولي الذي يقوم على إرادة الأطراف في مختلف مراحله بداية من اللجوء إليه إلى غاية صدور الحكم التحكيمي، يتبين أنه جسد نطاق الإختيار إلى حد جد كبير تماشيا مع التطورات الحالية للتحكيم التجاري الدولي،التي جعلت منه كقضاء خاص يؤدي عدالة خاصة موازية للعدالة الرسمية التي تقوم بها المحاكم الوطنية . فإذا كان كل من التحكيم والقضاء الوطني يسعيان إلى الفصل في النزاع[1]،إلا أنهما يختلفان في كيفية الفصل فيه، ويظهر ذلك من خلال تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات.

للإرادة دور هام وفعال في تحديد القواعد الإجرائية واجبة التطبيق تجسيدا لرغبة الأطراف في تنظيم سير العملية التحكيمية،وذلك عن طريق توليهم تحديد القواعد الإجرائية واجبة التطبيق (المبحث الأول)، كما تبين التشريعات المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي إظهار القانون واجب التطبيق على الإجراءات و ذلك في حالة عدم وجود الإختيار(المبحث الثاني).

[1]عيد عبد الحفيظ، "دور إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على دعوى التحكيم التجاري"، مداخلة ألقيت في أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي بين تكريس تشريعي و الممارسة التحكيمية ،الذي أجريت فعاليته خلال يومي 14 و 15 جوان 2006،كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية، ص32.

المبحث الأول

تولي الأطراف تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم

تعد إجراءات التحكيم بمثابة العمود الفقري الذي يقيم نظام التحكيم، و ذلك كون أنه إذا كانت إجراءات التحكيم ناجحة فإنه يؤدي إلى ضمان شرعية النظام التحكيمي وعدم بطلانه وإنهياره[1].

إن أغلب القوانين الوطنية و الإتفاقيات الدولية تتفق على إخضاع إجراءات التحكيم التجاري الدولي لقانون الإرادة، أي ما يسمى بمبدأ سلطان الإرادة أو الإحالة إلى قانون أو نظام معين.[2]

سوف نتطرق في هذا المبحث إلى تبيان دور إرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات،وذلك إما بوضع وصياغة القواعد الإجرائية مباشرة من قبل الأطراف (المطب الأول)، كما يمكن للأطراف أن يؤسسوا قواعدهم بالإحالة والإسناد إلى بعض القوانين الوطنية ولوائح مراكز التحكيم (المطلبالثاني).

المطلب الأول

التنظيم المباشر للقواعد الإجرائية واجبة التطبيق أمام الهيئة التحكيمية

يتمثل التنظيم المباشر للقواعد الإجرائية في أن أطراف النزاع المعروض أمام قضاء التحكيم هم بمثابة مشرعين في وضع القواعد الإجرائية التي يخضعون إلى أحكامها؛ أي أن هذه القواعد تصاغ مباشرة من خلق أطراف النزاع، و ذلك دون الإسناد إلى أي قانون كان. وهذا ما سيتضح لنا من خلال التعرض إلى أساس هذا التنظيم (الفرع الأول) ،وإلى الكيفية التي من خلالها يتم تنظيم القواعد الإجرائية من قبل الأطراف (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أساس مبدأ التنظيم المباشر

إن عرض النزاع سواء على قضاء التحكيم أو على المحاكم الوطنية ليس بالأمر نفسه؛ ففي حالة عرض النزاع على قضاء التحكيم تظهر حرية الأطراف في إختيار القانون واجب التطبيق

[1] مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في التحكيم الدولي الخاص،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان ،2005،ص 120.

[2] كولا محمد، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008، ص 187.

على إجراءات التحكيم[1]،أما مقارنة مع حالة عرض النزاع أمام المحاكم الوطنية فينعدم دور الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق.

باعتبار أن التشريعات الوطنية أخضعت إجراءات التقاضي على نحو آمر لقانون القاضي أو لقانون المحكمة التي عرض عليها النزاع بغض النظر عن طبيعة أطراف العلاقة العقدية –سواء كانوا وطنيين أو أجانب–،حيث يخضعون لهذه القواعد على نحو آمر فلا يمكن مخالفتها.وهذا ما يعرف في نظرية تنازع القوانين بخضوع الإجراءات **لقانون القاضي** مستبعدا في ذلك دور إرادة الأطراف في هذا المجال[2].

فقد تولت التشريعات الوطنية صياغة القواعد الإجرائية لخدمة ما يسمى بالعدالة في حالة النزاعات المعروضة أمام قضائه، وما على أطراف النزاع إلا الإلتزام بها وإحترامها من قبل القضاء[3].

يرجع أساس التنظيم المباشر للقواعد الإجرائية إلى فكرة قديمة جاء بها فقه تنازع القوانين منذ زمن بعيد، أي بعد أن كان التنازع قائم بين مختلف أعراف الدولة الواحدة وهذا ما تصدت إليه المدرسة الإيطالية القديمة التي تعرف **بفقه الأحوال**[4]؛ وذلك عندما تم التمييز بين القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع والقانون واجب التطبيق على الإجراءات،فقد تم إخضاع الحالة الأولى–القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع– لقانون مكان إبرام العقد والحالة الثانية التي تخص القانون واجب التطبيق على الإجراءات لقانون القاضي[5].

---

[1]عيد عبد الحفيظ، "دور إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على دعوى التحكيم التجاري"، المرجع السابق، ص33.

[2]قانون القاضي: هو ذلك القانون الذي يطبق أثناء عرض النزاع أمام المحاكم الوطنية، و يكون القانون واجب التطبيق هو قانون مستمد من قانون ذلك البلد دون أن يكون للأطراف يد في ذلك.

[3]عيد عبد الحفيظ، "دور إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على دعوى التحكيم التجاري،" المرجع السابق، ص 33.

[4]فقه الأحوال: تلك المدرسة الفقهية التي ظهرت في أواخر القرن 11 وبداية القرن 12 في شمال إيطاليا،تصدت إلى وضع حلول فقهية فيما يخص التنازع القائم بين أعراف الدولة الواحدة.

[5]عيد عبد الحفيظ،"دور إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على دعوى التحكيم التجاري"، المرجع السابق، ص33.

بعد إستقرار القاعدة في الفقه بمختلف تطوراته إستقرت بدورها في القوانين الوضعية فأصبحت من القواعد المكرسة تشريعيا، وهذا ما أخذ به المشرع المصري في القانون المدني طبقا للمادة 22 منه،حيث أخضع الإجراءات لقانون القاضي و التي تنص :" **يسري على قواعد الإختصاص وجميع المسائل الخاصة بإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات**"[1].

أما المشرع الجزائري في ظل الأمر58/75 المتضمن القانون المدني[2]، لم ينص على هذه الحالة بصفة صريحة، وإن كان الإتجاه الغالب يرى أن المشرع الجزائري يخضع لإجراءات التقاضي لقانون القاضي تماشيا مع الإتجاه الغالب في التشريعات المقارنة.لكن بعد تعديل القانون المدني الجزائري بمقتضى القانون 05-10 نص بصفة صريحة على هذه الحالة، واستدراكا للغموض الذي كان يكتنفه قبل هذا التعديل أصبحت إجراءات التقاضي على نحو صريح، إستنادا إلى المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري"**يسرى على قواعد الاختصاص و الإجراءات قانون الدولة التي توضع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات**".

والأمر على خلاف ذلك فيما يتعلق بالتشريعات المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، حيث أن تحديد هذه الإجراءات للأطراف أن يتولوا تنظيمها على نحو مباشر دون الإستناد إلى أي قانون معين، و هذا ما يعبر عن إطلاق حرية الأطراف في التحكيم التجاري الدولي والذي يجد مجاله خاصة في التحكيم الحر أو ما يسمى بالتحكيم الخاص **ad hoc** الذي يقوم بمناسبات معينة يكون

[1]عيد عبد الحفيظ،"دور إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على دعوى التحكيم التجاري"، المرجع السابق، ص33.

[2]أمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، متضمن القانون المدني،ج.ر عدد78 مؤرخ في 30سبتمبر 1975،معدل و متمم بالقانون رقم05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005 ، ج. ر عدد 44 لسنة 2005.

بموجبه لأطراف النزاع مطلق الحرية فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات[1]؛ على خلاف **التحكيم المنظم** (المؤسساتي)[2].

فيبرز دور إرادة الأطراف في صياغة القواعد الإجرائية سواء كانت هذه الإرادة صريحة أو ضمنية، ومنه يأخذ قانون التحكيم كدور إحتياطي يكون أن التحكيم الحر يلجأ إلى تطبيق القواعد الإجرائية التي قام الأطراف بصياغتها مباشرة بأنفسهم[3].

قد يلجأ الأطراف فيما يخص نزاعات التجارة الدولية إلى فض النزاع القائم بينهم إلى التحكيم الحر، وهو التحكيم الذي لا يختار فيه الأطراف هيئة دائمة للتحكيم، و إنما يكون لهم مطلق الحرية في إختيار المحكمين وكيفية تنظيم القواعد الإجرائية ومكان الإنعقاد وحتى القانون واجب التطبيق على النزاع[4].

أصبح تحكيم الحالات الخاصة يكاد يكون موحدا على الصعيد الدولي و ذلك وفقا للمادة 01/19 من القانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة والمعروف بالأونيسترال لسنة1985التي تنص على :" مع مراعاة أحكام هذا القانون،**يكون للطرفين حرية الإتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم** "[5].

---

[1]خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدوليفي منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحداث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص 117.

[2]التحكيم المنظم: هو الذي تتولاه منظمة أو مركز من هيئات أو منظمات أو مراكز التحكيم الدائمة ،والتى انتشرت في أعقاب الحرب العالمية الأولى ،وفي هذا التحكيم النظامي يكون فض المنازعات وفقا لقواعد وإجراءات موضوعية سلفا لحكم عمل هذه الهيئات ،أنظر خالد محمد القاضي ،المرجع السابق ،ص 117.

[3]مظفر ناصر حسين، "القانون الواجب التطبيق على قرارات هيئات التحكيم الدولية"، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية،العراق، العدد 7، لسنة 2، ص7.

[4]أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص 21.

[5]قانون الأونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي أعتمدت في عام 2006 المنشور على الموقع الالكتروني: www.unictral.org

يتبين أن لجوء أطراف النزاع إلى قضاء التحكيم يقوم على أساسين:إرادة الخصوم و إقرار المشرع لهذه الإرادة[1]. أي أن القانون واجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي بما في ذلك من إجراءات التي نحن على ضوء دراستها يتحدد من قبل الأطراف كما سبق الذكر، لكن شرط أن تكون هذه الإرادة على نحو لا يخالف مقتضيات النظام العام وذلك عملا بمبادئ أهمها المساواة والمواجهة وإحترام حقوق الدفاع أي تجنب أن القوي يأكل الضعيف ،حيث أن صياغة الأطراف بأنفسهم لهذه القواعد الإجرائية هي فرصة ممنوحة لهم أمام قضاء التحكيم دون القضاء الوطني .

الفرع الثاني

كيفية تولي الأطراف بأنفسهم تنظيم القواعد الإجرائية

يتم صياغة هذه القواعد الإجرائية بتحرر أطراف النزاع من مختلف القواعد التي يمكن أن يخضعوا لها كما لو كانت هذه القواعد تنتمي للمحيط الداخلي لدولة معينة، حيث يقوم الأطراف بإرادتهم بصياغة مختلف القواعد التي ستنظم الإجراءات ولا يكون ذلك إستادا إلى أي قانون معين،وهذا ما إصطلح عليه فقه التحكيم التجاري الدولي "**التحكيم العائم**"[2]، وهذا مايعتبر بمثابة التنظيم المادي لتلك القواعد التي يستمد أساسها من النظرية الشخصية،التي بدورها تكرس مبدأ سلطان الإرادة دون التقيد بمختلف القوانين الوطنية التى يمكن أن تفرض عليه لتحرير التجارة الدولية من هيمنة القانون[3]، ليكون في الأخير العقد الدولي حر طليق دون قانون يحكمه بحيث يستمد وجوده من إرادة الأطراف و التي تعتبر كافية لتنظيم العقد التجاري الدولي.

---

[1]نقلا عن: تعويلت كريم، إستقلالية إتفاق التحكيم التجاري الدولي: (دراسة مقارنة على ضوء المرسوم التشريعي رقم 09/93 و القانون المقارن)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير،فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص4 .

[2]التحكيم العائم:ذلك التحكيم الذي يتحررفيه الأطراف من الخضوع لأية قواعد وطنية،حيث يكون لإرادة الأطراف دور في صياغة القواعد الإجرائية بشكل مفصل .نقلا عن: سعال حسينة القانون الواجب التطبيق في التحكيم الحرفي العلاقات التجارية الدولية،مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون، تخصص: قانون العقود،كلية الحقوق،جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة،2015،ص 8.

[3]عيد عبد الحفيظ، "دورإرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على دعوى التحكيم التجاري"، المرجع السابق، ص 34.

يرجح أنصار النظرية الشخصية قدرة المتعاقدين على إختيار قانون العقد إلى مبدأ حرية التعاقد الذي يمنح للإرادة حرية مطلقة؛حيث أن للأطراف المتعاقدة حرية إختيار قانون العقد الذي لا يتم بناءا على قاعدة تنازع القوانين و إنما تستمد هذه الحرية من مبدأ سلطان الإرادة. و بهذا فيكون القانون المختار من قبل الأطراف مندمج في العقد المبرم و تصبح بذلك شروط عقدية يمكن للأطراف الإتفاق على مخالفتها، حتى ولو إتصفت بالطابع الآمر فهو بذلك يخرج من مجال تنازع القوانين[1]؛ وبهذا تكون لإرادة الأطراف المتعاقدة في إطار النظرية الشخصية القدرة على التنظيم الذاتي للرابطة العقدية[2].

مكنت النظرية الشخصية من تقديس سلطان الإرادة إلى حد إعتبارها كشريعتهم الملزمة، ولا يحتاج في هذا الإلتزام إلى قوة القانون،فبالتالي فإن العقد التجاري الدولي –التحكيم التجاري الدولي– لا يخضع لأي قانون لأنه أصلا لا وجود لقانون ينظم العقد التجاري الدولي بل هو قانون مصاغ من قبل الأطراف المتعاقدة[3].

كما يتسم التحكيم التجاري الدولي بالطابع الإتفاقي الذي يكون أساسه إرادة الأطراف، وإختيارهم له طريق لفض خلافاتهم فبإرادتهم يوجد التحكيم كما ينقضي التحكيم بهذه الإرادة،أي الأطراف المتعاقدة يملكون الحرية التامة في وضع وبيان الإجراءات التي يقوم وفقها التحكيم[4].

تولت التشريعات الوطنية والدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي تجسيد مبدأ إختيار القانون واجب التطبيق على الإجراءات بطرق مختلفة من بينها،تولي الأطراف بأنفسهم صياغة القواعد الإجرائية واجبة التطبيق على نزاعهم المعروض أمام قضاء التحكيم ، وهذا ما أخذت به

[1]محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي:(بين النظرية والتطبيق)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000،ص ص79–80.

[2]المرجع نفسه، ص81.

[3]شويرب خالد،القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي،أطروحة دكتوراه في القانون، فرع الملكية الفكرية ،كلية الحقوق،جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر،2009، ص 31 .

[4]لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية و القوانين المقارنة ،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر،2012،ص 244.

إتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية و تنفيذها[1]حيث تنص المادة الخامسة الفقرة الأولى بند"د" على أن :" للقاضي الذي يطلب منه الإعتراف و تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي أن يرفض ذلك ،**إذا كان تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم لا تتطابق مع إتفاق الأطراف،** أو مع قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم في حالة عدم وجود الإتفاق بين الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم أو الإجراءات الواجب إتباعها في عملية التحكيم"[2].

وكذا القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 في مادته 19 /01 السالفة الذكر[3]،كما نجد في هذا السياق أيضا إتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمارات بين الدول و بين رعايا الدول الأخرى[4]من خلال نص المادة 44 من الباب الرابع التي تنص:" يتم السير في إجراءات التحكيم طبقا لأحكام هذا القسم وتبعا لقواعد التحكيم السارية في يوم الإتفاق على التحكيم ما لم يتفق الأطراف المعنية على خلاف ذلك،وإذا عرضت مسألة تتعلق بإجراءات غير مدرجة في هذا القسم أو في نظام التحكيم أو في **أية قواعد أخرى يتفق عليها الطرفان** فإن المحكمة هي التي تفصل في أمرها"[5].

إضافة إلى هذه الإتفاقيات الدولية نجد التشريعات الوطنية نصت هي الأخرى على هذا المبدأ، حيث إتجه المشرع المصري هو الآخر إلى الأخذ بقانون الإرادة كأصل عام في تحديد

---

[1] إتفاقية نيويورك ، المصادق عليها بموجب المرسوم رقم88-233،المؤرخ في 5 نوفمبر سنة1988،يتضمن الإنضمام بتحفظ إلى الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويرك بتاريخ 10 جوان 1958 و الخاصة باعتماد القرارات الأجنبية و تنفيذها،ج ر عدد 48لسنة 1988.

[2]بعزيزي سعاد و بكوش سامية، مظاهر سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستير في القانون فرع القانون العام، تخصص: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015، ص68.

[3] تنصالمادة 1/19 على :" مع مراعاة أحكام هذا القانون ،**يكون للطرفين حرية الإتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم** ".

[4]إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95، مؤرخ في 1995/10/10،ج ر عدد 66 لسنة 1995 .

[5]مسعودي أسماء، المحكم في خصومة التحكيم الدولي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015، ص43.

إجراءات التحكيم، خلال نص المادة 25 من القانون رقم 27 لسنة 1994 الخاص بالتحكيم في المواد المدنية و التجارية و التي تنص :"**لطرفي التحكيم الإتفاق على الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيمي في جمهورية مصر العربية أو خارجها**"[1].

كما ساير المشرع الجزائري الإتجاهات السابقة التي تمكن الأطراف من التنظيم المباشر وذلك وفقا للمادة 1/1043من ق.إ.م.إالتي تنص على أنه :"**يمكن أن تضبط في إتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة ...**"[2].

إن المشرع الجزائري قلد وكما إعتاد المشرع الفرنسي وذلك بأخذه حرفيا نص المادة 1/1509 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة 2011[3]التي تنص:

« **La convention d'arbitrage peut directement ou par référence a un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure régler la procédure à suivre dans l'instance arbitral procédure qu'elle détermine** » .

فهذه المادة كرست مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الذي يحكم وينظم إجراءات التحكيم وذلك بالنظر إلى الصياغة الواردة في نص المادة السابقة الذكر « **La convention d'arbitrage peut directement...** »، فهي تعطي للأطراف ثلاث خيارات وهي:وضع قواعد الإجراءات مباشرة دون الإسناد إلى أي قانون وطني أو بالإحالة إلى نظام تحكيمي معين،وأخيرا في حالة غياب الخيارين السابقين يمكن إخضاع الإجراءات لقانون وطني[4].وذلك وفقا لما سنبينه في الدراسة اللاحقة.

رغم أن الأصل في التحكيم الحر أو تحكيم الحالات الخاصة يكون فيه الأطراف هم أصحاب الشأن والأمر في تنظيم القواعد الإجرائية التي يسير عليها التحكيم، فإن الواقع أثبت أن

---

[1] قانون رقم27 لسنة 1994 المتضمن قانون التحكيم المصري المنشور في مجلة إتحاد الجامعات العربية للدراسات و البحوث القانونية، عدد 4 لسنة 1996، ص 240 و ما يليها.

[2]قانون رقم 09/08 مؤرخ في 2008/02/25، متضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر ، عدد 21، مؤرخ في 2008/04/23.

[3]Décret n°48-2011portant réforme de l'arbitrage, applicable en matière d'arbitrage international, journal officiel n°0011du 14janvier 2011:www.lègifrance.gouv.fr

[4]جارد محمد، االمرجع السابق، ص 45 .

صياغة الأطراف للقواعد الإجرائية بأنفسهم هي من الأمور الغير المألوفة بسبب عدم توقع الأطراف الكثير من المسائل التفصيلية الإجرائية،وأن الطرفين غالبا ما لا تتوفر لهم الخبرة القانونية اللازمة لإختيار الإجراءات المناسبة،إضافة إلى ذلك بسبب إصطدام الصيغة الإتفاقية ببعض القواعد الإجرائية أو حتى تلك التي تتعلق بالنظام العام في دولة التنفيذ[1].

كما أن تحديد القانون واجب التطبيق الذي يحكم إجراءات التحكيم يكون بالدرجة الأولى من إختيار الأطراف سواء في إتفاقهم الأصلي أو اللاحق للعقد،إلا أنه يمكن للأطراف إغفال بعض المسائل الإجرائية[2]. حينها تأتي الهيئة التحكيمية لإستكمال الجوانب التي لم يتم إستدراكها من قبل أطراف النزاع،و الحرية المطلقة الممنوحة للأطراف المتنازعة في إختيار القانون الواجب التطبيق ممكن أن يدفع بهم إلى جعل العقد غير خاضع لأي قانون ما يعرف بالعقد المتجرد من القانون contrat sans loi و هذا يخالف ما إستقر عليه الاجتهاد القضائي و خاصة الفرنسي الذي يعتبر وجوبا للعقد الخضوع لقانون دولة ما[3].

المطلب الثاني

قانون الإرادة هو قانون وطني أو ما نصت عليه لائحة مركز التحكيم

نظرا للحرية التي يتمتع بها الخصوم في تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات من تلقاء نفسهم،إلا أنه يمكن للأطراف الإتفاق على تطبيق قانون وطني معين لسير إجراءات التحكيم بناءا على أساس أنها قواعد ملائمة لسير إجراءات التحكيم وأنها تخدم مصالحهم (الفرع الأول) كما يمكن أن تتجه إرادة الأطراف إلى تطبيق القواعد المنصوصة عليها في إحدى لوائح مراكز التحكيم (الفرع الثاني).

[1] مهند أحمد الصانوري، المرجع السابق،ص ص125-126.

[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 244.

[3] شويرب خالد، المرجع السابق، ص 35.

الفرع الأول

قانون الإرادة هو قانون وطني

قد يلجأ الأطراف إلى إختيار قانون وطني معين لينظم إجراءات التحكيم سواء بالإختيار الصريح أو الضمني، فاختيار قانون دولة معينة على أساس أنه ذو قواعد ملائمة تخدم مصالحهم ليس بالضرورة أن تكون له علاقة بالأطراف أو بمكان التحكيم، فللأطراف الحرية المطلقة لتحديد هذا القانون والذي يمكن أن يكون قانون مكان إجراء التحكيم أو قانون جنسية أحد الأطراف أو جنسية أحد المحكمين،كما يمكن أن لايكون هذا القانون ذو صلة بأي حالة من الحالات السابقة[1].

فبتالي يمكن لأطراف الخصومة التحكيمية إختيار القواعد الإجرائية لدولة معينة لتنظم إجراءات الخصومة التحكيمية وفقا لأحكامها،كاختيار قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري أو قانون إجراءات دولة أخرى، كما يمكنهم حتى التنسيق بين عدة مبادئ تابعة لعدة قوانين وطنية مختلفة [2]، فلا مانع مثلا أن يجرى التحكيم الدولي في لبنان ويتم الإتفاق على إخضاع خصومته لقانون إجرائي أجنبي،المهم أن إرادة الأطراف هي التشريع المطبق[3]، وهذا ما يجسد نظرية العقد الدولي – تجسيد مبدأ سلطان الإرادة –.فقد أقر مؤتمر معهد القانون الدولي المنعقد في أثينا سنة 1979 بهذا المبدأ الذي جاء في مضمونه ما يلي :"**يجوز للأطراف أن يختاروا قانون للعقد إما القانون الداخلي أو عدة قوانين داخلية أو المبادئ المشتركة في هذه القوانين ...**"[4].

وهذا ماإتجهت إليه مختلف الإتفاقيات (أولا)،و حتى التشريعات الداخلية(ثانيا).

أولا: موقف الإتفاقيات الدولية

الإهتمام بالقانون واجب التطبيق على الإجراءات التحكيمية لم يقتصر فقط على القوانين الداخلية وإنما حتى في إطار الاتفاقيات الدولية التي أخذت بهذا المبدأ كما هو الشأن في القانون

---

[1]لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص243.

[2]سعال حسينة، المرجع السابق، ص ص26 –27.

[3]سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص: قانون خاص ،كلية الحقوق، جامعة لحاج لخضر، باتنة، 2012 ، ص 112.

[4]عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الإستثمار الأجنبي في الجزائر: (على ضوء الإتفاقيات الدولية للجزائر)،رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون،كلية الحقوق،جامعة مولود معمري، تيزي وزو، د.س.م،ص 131.

النموذجي المعروف بالأونستيرال تحت عنوان تحديد قواعد الإجراءات وذلك وفقا للمادة 19 منه التي تنص:"مع مراعاة أحكام هذا القانون، **يكون لطرفي حرية الإتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها** لدى السير في التحكيم ..."[1]، كما نصت إتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها[2] وذلك وفقا للمادة الخامسة الفقرة الأولى بند "د" أنه:" للقاضي الذي يطلب من الإعتراف و تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي أن يرفض الإعتراف وتنفيذ القرار المذكور،إذا كان تشكيل هيئة التحكيم **أو إجراءات التحكيم لا تتطابق مع إتفاق الأطراف** ..."يظهرمن نص المادة أن إتفاقية نيويورك لعام 1958 هي بدورها تقر بمبدأ سلطان إرادة الأطراف في إختيار القواعد الإجرائية.

ثانيا:موقف التشريعات الوطنية

من بين التشريعات نجد المشرع الفرنسي في نص المادة 1/1509 من ق.إ.م.ف السالفة الذكر« La convention d'arbitrage... **ou à des règles procédure...** » قد أعطت الحرية للأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم و ذلك باختيار قانون دولة معينة. وهذا ما يقر بأن المشرع الفرنسي أخذ بمبدأ سلطان إرادة الأطراف في إختيار القانون الإجرائي المناسب، حيث أنه لم يقيد الخصوم بتطبيق القواعد المنصوص عليها في القانون الفرنسي،بل فسح لهم المجال لإختيار قوانين معينة يرونها مناسبة لتنظيم إجراءات التحكيم، ويتجلى ذلك خاصة في حالة أن التحكيم يجري في الأقاليم الفرنسية فيمكن للأطراف القيام باختيار قانون دولة أجنبية، أكثر من ذلك حتى في حالة أن التحكيم يجري في الأقاليم الفرنسية وتم إختيار تطبيق القانون الفرنسي،يمكن للأطراف تجزئة ما به من قواعد لإختيار ما يناسبهم و إستبعاد الجزء حتى و إن كان ذو سلطة آمرة في المحيط الداخلي،حيث يتبين أن المشرع الفرنسي أطلق حرية إختيار القانون واجب التطبيق على القواعد الإجرائية ،وما يظهر مما سبق ذكره فإن المشرع

[1]المادة 19 من القانون النموذجي لتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، المرجع السابق.

[2]إتفاقية نيويورك المتعلقة بالإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية و تنفيذها لسنة1958، المرجع السابق.

الفرنسي لم يجعل من قانونه –حالة التحكيم في الإقليم الفرنسي– صاحب الاختصاص الاحتياطي، وإنما ينبغي تكملة هذا النقص بإرادة المحكم الذي يأتى في المرتبة الثانية بعد إرادة الأطراف[1].

إن الموقف الذي أخذه المشرع المصري يتشابه إلى حد كبير مع موقف المشرع الفرنسي،وذلك بإستقراء النصوص القانونية التي تنظم نظام التحكيم في مصر؛ فإننا لا نجد أثرا صريح لهذه الحرية و إنما بصورة ضمنية،وذلك وفقا لما ورد في المادة الأولى من قانون التحكيم المصري السالف الذكر التي تنص :"...**أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما دوليا يجري في الخارج فإتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون** ."وكذا المادة 25منه التي تنص على:" لطرفي التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بمافي ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز التحكيم **في جمهورية مصر العربية أو خارجها**"؛ كما تنص المادة 28من قانون التحكيم المصري أنه:"**لطرفي التحكيم الإتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها...**"[2].

غير أن معظم الفقه لم يأخذ من عبارة – لطرفي النزاع الإتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها – أنه من الضروري تطبيق القانون المصري على عقدهم بل يمكن تطبيق قانون دولة ما غير القانون المصري [3].

كما أخذ المشرع الجزائري بالإتجاه السالف الذكر وذلك في نص المادة 1/1043 ق.إ.م.إالتي تنص"**يمكن ان تضبط في اتفاقية التحكيم،الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة... كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات الى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في إتفاقية التحكيم**" والتي تقابلها المادة 458 مكرر 6 الفقرة 1و2 من المرسوم التشريعي 09/93

[1]عيد عبد الحفيظ،"دور إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على دعوى التحكيم التجاري"، المرجع السابق، ص 35.

[2]المواد1 و25 و28من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، المرجع السابق.

[3]بعزيزي سعاد و بكوش سامية،المرجع السابق، ص58.

المتضمن قانون الإجراءات المدنية[1]،حيث أنه يمكن للأطراف إختيار النظام الإجرائي التابع لدولة معينة و لو كان التحكيم يجري في الجزائر .

فما يلاحظ أن المشرع الجزائري فيما يخص المرسوم التشريعي 09/93 [2]وما إتجه إليه في نص المادة 1043لم يتغير بعد التعديل، وهذا ما يبرز بصفة ملحة على إحترام المشرع حقا لمبدأ سلطان الإرادة خاصة ما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم .

يتبين مما سبق الذكر أن نص المادة 1509 من القانون الفرنسي الذي أشرنا إليه سابقا ونص المادة 1043 من ق.إ.م.إ الجزائري،أن المشرع الجزائري نقل حرفيا المادة 1509حيث إعتمد على منح الخصوم الخيرات الثلاثة التي منحها المشرع الفرنسي للأطراف.

الفرع الثاني

قانون الإرادة هو ما نصت عليه لائحة مركز التحكيم

كثيرا ما تتجه إرادة الأطراف المتعاقدة إلى إسناد التحكيم إلى ما نصت عليه لائحة مركز التحكيم الدائمة،والذي يفهم منه ضمنيا إخضاع إجراءات التحكيم لقانون تلك الهيئة،فيمكن للأطراف أن ينصب إختيارهم على القواعد الإجرائية المنصوص عليها في لوائح مراكز التحكيم ومنظمات التحكيم الدائمة[3].

و هذا ما إتجهت إليه مختلف الإتفاقيات الدولية (أولا) والتشريعات الوطنية (ثانيا)

أولا: موقف الإتفاقيات الدولية

إن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 أعطى الحرية للإتفاق على مختلف الإجراءات التي يتوجب على الهيئة التحكمية إتباعها مع مراعاة أحكام القانون. أو بصفة

---

[1] المادة 458 مكرر 6 من المرسوم التشريعي رقم 09/93 التي تنص على :"يمكن لإتفاقية التحكيم أن تضبط الإجراء اللازم إتباعه في الهيئة التحكيمية مباشرة أوبناءا على نظام تحكيمي كما يمكنها إخضاع هذا الإجراءات إلى قانون الإجراءات التي تحددها الأطراف فيه " (ملغى).

[2]مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 25 أفريل سنة 1993، يعدل و يتمم الأمر رقم 154/66 مؤرخ في 8 يونيو سنة1966 ، متضمن قانون الإجراءات المدنية،ج.ر عدد27 مؤرخ بتاريخ 27 أفريل سنة 1993(ملغى).

[3]عجيري عبد الوهاب، شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سطيف2، 2014،ص97.

عامة يخضع التحكيم الذي يجرى تحت إرادة هيئات التحكيم الدائمة أو تحت مظلة هيئات التحكيم الدولية إلى مختلف نظمها و لوائحها و أجهزتها المتخصصة ،فتطبق الهيئة التحكيمية القواعد الإجرائية المنصوصة في لوائح مركز التحكيم دون غيرها[1].

كما يستخلص بصفة ضمنية من إتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها في مادتها الخامسة الفقرة ب بند "د" إتجاهها إلى الأخذ بلوائح مراكز التحكيم،وأنه لا يجوز للمحكم أن يخالف القواعد الإجرائية التي تضمنتها لوائح مراكز التحكيم ومنظمات التحكيم لإتفاق الأطراف على تطبيقها ومخالفتها يترتب عنه عدم تنفيذ الحكم التحكيمي و الاعتراف به [2]، وهذا نفس ما إتجهت إليه الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 في المادة الرابعة الفقرة الأولى بند "أ" التي تنص:" **حالة إختيار إحدى مؤسسات التحكيم فإن إجراءات التحكيم تجري طبقا لقواعد تلك المؤسسة**"[3].

كما أن اتفاقية واشنطن لسنة 1965 الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمارات بين الدول ومواطني دول الأطراف بدورها لم تذهب بعيدا فيما سبق الذكر فقد نصت المادة الأولى منها على إنشاء مركز دولي لتسوية المنازعات الخاصة بالإستثمارات،زيادة عن ذلك المادة 44 من الإتفاقية المذكورة التي أوضحت كيفية ضبط إجراءات التحكيم في حالة وجود الاتفاق بين الخصوم،إلا إذا إتجهت إرادة الأطراف إلى غير ذلك،وكذلك ما تم النص عليه في العقود النموذجية التي تشير إلى إجراءات التحكيم التي أعدتها اللجنة الاستشارية القانونية الأسيوية الإفريقية لبعض البيوع الدولية مثل البيعFOB و البيع C.I.Fتتماشى وفقا لما هو منصوص عليه في إحدى لوائح التحكيم[4].

---

[1] عيساوي محمد،المرجع السابق،ص 134.

[2] TRARI TANI Mostefa, Droit algérien de l'arbitrage commercial international , Berti Edition, Alger, 2007, p 116.

[3] الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف 21 نيسان 1961 المنشورة على الموقع الإلكتروني: www.drmmahran.com

[4] بعزيزي سعاد و بكوش سامية، المرجع السابق، ص63.

ثانيا:موقف التشريعات الوطنية

لقد أكدت القوانين الوضعية حرية الأطراف وذلك في الإستناد إلى مراكز التحكيم لتحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات إذ نجد في هذا الشأن المشرع المصري وذلك في المادة28 من قانون التحكيم المصري السالف الذكر والتي تنص على أنه:" لطرفي التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في **إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أومركز تحكيم في جمهورية مصر أو خارجها**"، كما أخذ بها في نص المادة السادسة من القانون نفسه التي تنص على :"**إذا إتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو إتفاقية أو أية وثيقة أخرى وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم** "[1].فالأخذ بلوائح التحكيم و المنظمات الخاصة بالتحكيم يندرج ضمن حرية الأطراف في إختيارهم قوانين تلزم تطبيقها.

كما مكن المشرع الفرنسي الخصوم بإختيار هذه اللوائح التي تنتمي إلى هيئات مراكز التحكيم، ويتبين ذلك في نص المادة 1509السالفة الذكر التي منحت بدورها للأطراف المتعاقدة إمكانية تنظيم إجراءات التحكيم بناءا على أنظمة تحكيمية و التي تنص:

« La convention d'arbitrage…**a un règlement d'arbitrage…** ».

نفس الشيء أخذ به المشرع الجزائري حيث مكن هو الأخر حرية إختيار لوائح مراكز التحكيم،وذلك من خلال نص المادة 1/1043 من ق.إ.م.إ التي تنص" يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم،الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة...**أو إستنادا على نظام التحكيم**"،فمن خلال هذه المادة فإن المشرع الجزائري منح الحرية للخصوم للجوء إلى أحد منظمات التحكيم لتتولى هذه الأخيرة تنظيم إجراءات التحكيم وذلك بمقتضى القواعد المقررة في لوائحها؛حيث أنه لم يمنع الإعتماد على ما تحتويه لوائح مراكز التحكيم و منظمات التحكيم[2].

أما فيما يخص رضوخ الأطراف لهذه القواعد التي تضمنتها مراكز وهيئات التحكيم مستمدة من إتفاقهم على اللجوء إلى تحكيم هذه المؤسسات الدولية،أو من خلال المصادقة على مختلف

[1]المواد 28 و6 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، المرجع السابق.

[2]عجيري عبد الوهاب،المرجع السابق،ص 97.

الاتفاقيات المنشأة لها، بحيث أنه يعتبر إتفاق الأطراف على اللجوء إلى مراكز التحكيم قبولا ورضوخا للقواعد الإجرائية التي تضمنتها هذه اللوائح[1].

من خلال ما تمت دراسته فيما يخص إرادة الأطراف في تنظيم القواعد الإجرائية يتبين أن الهيئة التحكيمية ملزمة بتطبيق القواعد الإجرائية التي إتفق الأطراف على تحديدها؛ وعدم مراعاة هذه القواعد الإتفاقية يترتب عنه بطلان حكم التحكيم، أو عدم الإعتراف به و تنفيذه[2].

إن بطلان حكم التحكيم يكون في حالة ما إذا بني على إجراءات غير تلك التي إتفق الأطراف على تطبيقها. وهذا ما نصت عليه القوانين المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي،كقانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة 1981في المادة 1504 منه.وكذا المشرع المصري في المادة 01/53 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994التي تنص على:"لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الأتية :...(ز) إذا وقع بطلان في حكم التحكيم ،أو **كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلانا أثر في الحكم.**"[3].

حيث أن المشرع الجزائري سار على نفس النهج و ذلك وفقا لما تنص عليه المادة 01/1058 ق.إ.م.إ على:" **يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056**"[4].

كما نجد أيضا القانون النموذجي لتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 نص في المادة 02/34 بند "أ" على:"...قدم الطرف طالبا الإلغاء دليلا يثبت :...4 **أن تشكيل هيئة التحكيم أو الإجراء المتبع في التحكيم كان مخالفا لإتفاق الطرفين**،مالم يكن هذا الإتفاق منافيا لحكم من أحكام هذا القانون التي لا يجوز للطرفين مخالفتهم،أو في حالة عدم وجود مثل هذا الإتفاق ،مخالفا لهذا القانون"[5].

---

[1]عيساوي محمد،المرجع السابق،ص 134.

[2]صبري أحمد محسن الذيابات ،إجراءات التحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة ، ص44.

[3]المادة 01/53 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، المرجع السابق.

[4]المادة 1056 ق.إ.م.إ.ج تنص :" لا يجوز إستئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الأتية : ....**إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها**....".

[5]المادة 02/34 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، المرجع السابق.

فمن خلال هذه القوانين يتبين أن البعض منها جعلت مخالفة القواعد الإجرائية الإتفاقية سببا لبطلان حكم التحكيم،والبعض منها جعل من تجاوز الهيئة التحكيمية للمهمة الموكلة لها سبب لبطلان حكم التحكيم،وذلك لعدم تقيد المحكم بالإجراءات التي طلب منه إتباعها أو لإغفال نص من تلك النصوص الإجرائية.

وبطلان حكم التحكيم لمخالفة القواعد الإجرائية لا يتحقق إلا إذا لم تتحقق الغاية من الإجراء، وأن العيب الذي شاب الإجراء إنعكس سلبا على أحد الطرفين أو كليهما، كعدم إصدار حكم التحكيم في الميعاد المتفق عليه [1].

كما يؤدي مخالفة القواعد الإجرائية الإتفاقية إلى رفض تنفيذ حكم التحكيم، وهذا ما أشارت إليه إتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها في المادة الخامسة فقرة الأولى بند "د"التي تنص :" ... أن تشكيل هيئة التحكيم أو أن إجراءات التحكيم لم تكن وفقا لإتفاق الطرفين ..."، وكذا الإتفاقية الأوربية لتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 في المادة التاسعة الفقرة الأولى بند "د" .

يتبين من خلال هاتين الإتفاقيتين أن رفض تنفيذ حكم التحكيم لا يكون إلا في حالة ما إذا أثبت طرفا التحكيم أن حكم التحكيم صدر رغم أن تشكيل هيئة التحكيم أو الإجراءات كانت على خلاف إتفاق الأطراف، ولا يتحقق رفض تنفيذ حكم التحكيم إلا إذا لم تتحقق الغاية من الإجراء كما سلف ذكره أعلاه [2].

المبحث الثاني

تحديد القانون واجب التطبيق عند غياب الإرادة

يعتبر خضوع القانون الإجرائي في التحكيم التجاري الدولي لإختيار الأطراف هو الأصل المعتمد لدى القوانين الوضعية كما سبق الذكر،إلا أن هناك بعض الحالات لا يتولى فيها الأطراف هذه المهمة –تحديد القانون المختص–، وذلك إما في حالة عدم الإتفاق بين الطرفين على تحديد هذه القواعد ،أو في حالة إغفال الطرفين تحديد ذلك، لإعتقادهم أنها مسائل قضائية

[1] صبري أحمد محسن الذيابات، المرجع السابق، ص46.

[2] المرجع نفسه ، ص ص47–48.

تختص بها الهيئة التحكيمية ، أو ترك مهمة تحديد القواعد الإجرائية عمدا لتجنب الخلافات التي يمكن أن تترتب من عدم الاتفاق علىتحديد القانون واجب التطبيق.[1]

ففي هذه الحالة تثار المسألة وهي في غاية الأهمية والتي تتمثل في كيفية الوصول إلى هذا القانون بإعتبارها كمسألة أولية تسبق الفصل في موضوع النزاع. ففي هذا الإطار تصدى كل من الفقه والتشريعات إلى وضع حلول فقهية وقانونية لهذه المسألة، وذلك من خلال تولي هيئة التحكيم تحديد القانون المختص (المطلب الأول)غير أن سلطة هيئة التحكيم في تحديد هذه القواعد الإجرائية ليست مطلقة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تولي هيئة التحكيم تحديد القانون المختص

لا يعني غياب إرادة الأطراف في اختيار القواعد الإجرائية أن النزاع يبقى قائما، بل يكون للهيئة التحكيمية السلطة في إختيار ذلك، حيث أكدت معظم القوانين الوطنية و الإتفاقيات الدولية على ذلك، و عليه تقوم إما بتطبيق قانون مقر التحكيم (الفرع الأول) أو تطبيق القواعد الإجرائية التي تراها ملائمة(الفرع الثاني).

الفرع الأول

تطبيق قانون مقر التحكيم

طالما لا يوجد قانون معين للتحكيم فإنه لهيئة التحكيم سلطة واسعة في تحديد القواعد الإجرائية، بما يعني أنه يمكن أن يكون قانون مقر التحكيم هو القانون واجب التطبيق على الإجراءات باعتباره قانون الإرادة الصريحة،أي في حالة إختياره للأطراف على نحو صريح، كما يمكن أن يكون هذا القانون هو قانون الإرادة الضمنية إذا لم يتم إختيار القانون المختص، و في نفس الوقت لم يتم إختيار القانون فإن هذا يفسر على أساس أن الإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدة قد توجهت إلى اختيار قانون مقر التحكيم بصفة ضمنية[2].

---

[1] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 250.

[2] جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة،2000 ، ص39.

إلا أن معظم الفقهاء إتجهوا إلى أن إجراءات التحكيم تخضع لقانون مقر التحكيم وذلك في حالة غياب إرادة الأطراف الصريحة في تحديد القانون الإجرائي، أو في حالة ما إذا إتفق الأطراف على تحديد القواعد الإجرائية إلا أن هذه الأخيرة يشوبها نقص، كما يمكن أيضا حتى في حالة إختيار قانون آخر،إلا أن هناك بعض المسائل تفرض تطبيق قانون المقر وذلك فيما يتعلق بالإجراءات الوقتية والتحفظية[1]، هذا ما يستدعي البحث عن المقصود بمقر التحكيم(أولا)، والأساس الذي يستند إليه لاعتباره قانونا يطبق في حالة عدم وجود الإختيار (ثانيا).

أولا:المقصود بقانون مقر التحكيم

تعتبر مهمة تحديد مقر التحكيم من المسائل المعتبرة التي يمكن به أن يتم تعيين القانون واجب التطبيق على بعض المسائل التحكيمية، كما أن تحديد قانون مقر التحكيم يبين جنسية الحكم التحكيمي ما إذا كان وطنيا أو أجنبيا، و تظهر أهميته عند تنفيذ الأحكام الصادرة من الهيئة التحكيمية ، كما يفيد أيضا تحديد مقر التحكيم أحيانا تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات فإذا كان الحكم سينفذ في الدولة التي يجري فيها التحكيم يعتبر من الأحكام الوطنية ،أما إذا كان الحكم سينفذ في الدولة التي لا يجري فيها التحكيم يعتبر من الأحكام الأجنبية [2].

ونظرا لهذه الأهمية يكون الأطراف مقيدين بأن يتضمن إتفاقهم للتحكيم تحديد مقره. أما في حالة عدم التحديد لمقر التحكيم تتولى الهيئة التحكيمية القيام بذلك حسب ما تراه مناسبا لكلا منهما، فيكون مقر التحكيم أنسب القوانين لهم .

لقد لقي تطبيق قانون مقر التحكيم على إجراءاته عند غياب إتفاق الأطراف قبولا واسعا من قبل الفقه والاتفاقيات الدولية وحتى التشريعات الوطنية، حيث مكنت هيئة التحكيم تطبيق قانون الإجراءات التابعة لدولة التي يجري على إقليمها التحكيم، وهذا القانون لا يشكل أية مفاجأة للأطراف المتنازعة، فهم الذين يحددون مقر التحكيم، فلا غرابة بذلك في تطبيق قانون ذلك المكان[3].

---

[1]جمال محمود الكردي ،المرجع السابق،ص 40.

[2]خالد محمد القاضي ،المرجع السابق ، ص 257.

[3]لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 251.

لقد إختلف الفقه حول تحديد المقصود بقانون مقر التحكيم، فهناك من يرى بأنه مجموعة من قواعد الإسناد المنصوص عليها فيه و هناك من يرى بأنه تلك القواعد الإجرائية فيه[1].

حيث يرى فريق من الفقهاء بأن تطبيق قانون مقر التحكيم يكون أنسب القوانين لحكم إجراءات سير المنازعة المطروحة على التحكيم،وهذا في حالة ما إذا كان التحكيم من طبيعة إتفاقية وقضائية أي مختلطة وهذا ما تبناه الفقيه G–sousser Hall[2].والمقصود هنا أنه إذا كان أطراف الخصومة قد اختاروا قانون وطنيا ليحكم النزاع فتكون دولة هذا القانون هو مقر إجراء التحكيم[3].

عليه فنظرية الفقيه "G–Sousser Hall" تغلب الطبيعة القضائية للتحكيم التي تحد من الإستقلال المطلق لإرادة الخصوم في إختيار القانون واجب التطبيق على الإجراءات و ترجح سريان قانون مقر التحكيم الأنسب موضوعيا لحكم إجراءات سير المنازعة المطروحة على التحكيم[4].

يتعين الرجوع إلى تطبيق نظام قانوني في دولة مقر التحكيم عند عدم كفاية القواعد الإجرائية أو عند سكوت الأطراف و غياب إرادتهم في تحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق، و الأخذ بقانون مقر التحكيم يأتي بصورة إحتياطية فقط [5].

من الإتفاقيات المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي التي أخذت بهذا الإتجاه في حالة غياب إرادة الأطراف، من بينها إتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها في مادتها الخامسة الفقرة الأولى بند "د" التي تنص على:"...أن تشكيل هيئة التحكيم أو أن إجراءات التحكيم لم تكن وفقا لإتفاق الطرفين أو لم تكن في حالة عدم وجود مثل هذا الإتفاق، **وفقا لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم...**" [6].

---

[1]خالد محمد القاضي،المرجع السابق، ص 258.

[2]أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 96.

[3]جارد محمد ،المرجع السابق، ص 47.

[4]أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص96.

[5]جارد محمد، المرجع السابق، ص 47.

[6]راجع المادة 1/5/دمن اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية و تنفيذها ،المرجع السابق.

كما يمكن للهيئة التحكيمية أن تقوم بإتخاذ قانون مقر التحكيم لحكم إجراءاته في حالة غياب إرادة الأطراف وهذا ما يفهم من خلال نص المادة 2/19 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985 التي تنص على :"**فإذا لم يكن ثمة مثل هذا الإتفاق، كان لهيئة التحكيم،مع مراعاة أحكام هذا القانون ،أن تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة...**"[1]،وهذا ما نصت عليه المادة 20 من القانون الأونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي1985 التي جاءت كما يلي :"للطرفين حرية الإتفاق علىمكان التحكيم .فإن لم يتفقا على ذلك ،**تولت هيئة التحكيم تعين هذا المكان** ،على أن تؤخذ في الإعتبار ظروف القضية ،بما في ذلك راحة الطرفين" [2] ، كما نصت الفقرة الثالثة المادة الرابعة من الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي بصورة ضمنية على قانون مقر التحكيم و التي تنص:"...**دون أن يحدد إتفاق التحكيم قواعد الإجراءات اللازمة لسير التحكيم ،فإن هذه الإجراءات يتم تحديدها من الهيئة التحكيمية التي تم تسميتها**"[3].

أخذت التشريعات الوطنية بهذا الإتجاه أي تطبيق قانون مقر التحكيم في حالة إنتفاء إرادة الأطراف، وهذا ما إتجه إليه المشرع المصري الذي يرى أنه إذا لم تتجه إرادة الأطراف إلى تحديد القانون الإجرائي و كانت مصر هي المكان الذي تم فيه التحكيم يطبق القانون المصري أي قانون مقر التحكيم و هذا ما نصت عليه المادة الأولى من قانون التحكيم المصري السالف الذكر التي جاءت كما يلي:" **مع** عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية **تسري أحكام هذا القانون** على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع **إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج و إتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون** "[4].

أما المشرع الجزائري لم يصرح ولم ينص أصلا على تطبيق قانون مقر التحكيم في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و هذا ما يتبين من نص المادة 2/1043من ق.إ.م.إ التي

[1]المادة 19 /2 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة1985، المرجع السابق.

[2]المادة 20 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة1985، المرجع السابق.

[3] المادة 3/4 من الإتفاقية الأوربية لتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961، المرجع السابق.

[4]المادة 1 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، المرجع السابق.

تنص:"...**إذا لم تنص الإتفاقية على ذلك ،تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات ،عند الحاجة ،مباشرة أو إستنادا إلى قانون أو نظام التحكيم** "[1]، والموقف الذي أخذه المشرع الفرنسي هو نفسه الذي أخذ به المشرع الجزائري حول تطبيق قانون مقر التحكيم وذلك في نص المادة 1043/ 2 السالفة الذكر المستمدة من المادة 1509 ق.إ.م.ف الجديد[2].

مع كل هذا نجد أن إخضاع إجراءات التحكيم لقانون مقر التحكيم يتماشى مع قاعدة التنازع المتعلقة بالمسائل الإجرائية و ذلك في حالة عرض النزاع أمام القضاء الوطني التي تخضع إلى قانون مكان رفع الدعوى، وهي قاعدة عالمية أخذت بها كل التشريعات العالمية بما فيها التشريع الجزائري وفقا لما تنص عليه المادة 21 مكرر من القانون المدني على :"يسري على قواعد الإختصاص والإجراءات **قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات.**"[3].

إضافة إلى تطبيق قانون مقر التحكيم في حالة ما إذا إتفق الأطراف على ذلك، أو في حالة ما تولت الهيئة التحكيمية ذلك في حالة غياب إرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات، يمكن أن يتم اللجوء إليه أيضا في حالة ما إذا تطلب الأمر إتخاذ إجراء معين له طابع إلزامي في إقليم دولة معينة غير دولة مقر التحكيم، وكان هناك خلاف بين القانون الإجرائي الذي تم إختياره وقانون تلك الدولة، فهنا يكون للهيئة التحكيمية الحق في إعطاء الأولوية لقانون الدولة التي تم فيها إجراء التحكيم [4].

فيبقى دور هيئة التحكيم إستثنائي لا يكون إلا في حالة ما إذا لم يتفق الأطراف على تحديد القانون الذي تطبقه على إجراءات التحكيم، ولهذا خول للهيئة التحكيمية بتطبيق القواعد التي تراها

[1] المادة 1043 من القانون رقم 09/08 متضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،المرجع السابق.

[2] TRARI TANIMostefa, op cite, p124.

[3] المادة 21 مكرر من القانون رقم 10/05 متضمن القانون المدني ، المرجع السابق.

[4] لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار،التحكيم التجاري الدولي:(دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي،القاهرة،2010،ص214.

مناسبة، تفاديا لأي فراغ تشريعي قد ينتج بسبب سكوت الأطراف عن تحديد القانون واجب التطبيق[1].

ثانيا:أساس خضوع القواعد الإجرائية لقانون مقر التحكيم

إختلف الفقه بشأن تحديد أساس إتخاذ قانون مقر التحكيم كقانون يطبق على إجراءات التحكيم ،حيث ظهرت ثلاث مذاهب فقهية في هذا الشأن والمتمثلة في:

إتجاه الرأي الأول إلى أنه يتم تطبيق قانون مقر التحكيمعلى أساس الإرادة الضمنية للأطراف.فبالرغم من أن هذا الاتجاه يسعى إلى إعلاء دور الإرادة على نحو عام في التحكيم التجاري الدولي،إلا أن تطبيق قانون مقر التحكيم يجب أن يختار على نحو صريح، بينما المذهب الفقهي الثاني يرى بأن جوهر المشكلة لتطبيق قانون مقر التحكيم من عدمه لا يكون في إرادة الأطراف،ولكن يكمن في إختيار القانون الأنسب ليحكم المسائل الإجرائية في التحكيم؛ أي إذا كان قانون مقر التحكيم هو الأنسب لحكم المسائل الإجرائية ،إلا أن هذا الرأي هو محل انتقاد على أساس أنه لا توجد أي رابطة بين المسائل الإجرائية وقانون مقر التحكيم ،للقول بأن قانون مقر التحكيم هو القانون الأنسب ليحكم المسائل الإجرائية.

في إطار هذين الرأيين الفقهيين المتعارضين ظهر إتجاه فقهي ثالث له موقف وسطي يجمع بين الموقفين السابقين و الذي يرى بأن قانون مقر التحكيم له طابع إحتياطي يأتي في المرتبة الثانية بعد إرادة الأطراف [2]، وهذا ما أخت به محكمة النقض الفرنسية حيث جعلت قانون مقر التحكيم كضابط إسناد يعبر عن الإرادة الضمنية للأطراف وذلك بصفة صريحة في اختيار مكان معين[3].

[1]خلفي عبد الرحمان،"التحكيم التجاري الدولي في عقود البترول"،المؤتمر السنوي 21،الطاقة بين القانون والإقتصاد،كلية القانون،جامعة الإمارات العربية المتحدة، يومي 20و21 ماي 2013،ص1411.

[2]جمال محمد الكردي، المرجع السابق، ص ص 40_41.

[3]خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص257.

الفرع الثاني

تولي هيئة التحكيم إختيار القواعد الإجرائية الملائمة

تقوم الهيئة التحكيمية بتحديد القواعد الإجرائية التي تطبقها على المسائل الإجرائية في حالة غياب الإرادة وعدم إتفاق الأطراف على تحديدها،أو في حالة إتفاق الأطراف على إسناد هذه المهمة إلى المحكم[1].

حيث يكون القانون الإجرائي الذي يطبقه المحكم مصاغ من قبله مباشرة سواءا لم يتم تحديده من قبل الأطراف، أو تم تحديده من قبل الأطراف و منحوا سلطة تطبيقه للمحكم، أو أن يتم منح هذه السلطة من خلال نصوص تشريعية وطنية و دولية[2].

لهذا أعطت غالبية التشريعات الوضعية سلطة للهيئة التحكيمية لإختيار القانون واجب التطبيق على الإجراءات و ذلك إما بتطبيق قانون دولة معينة، ومن بينها القانون الفرنسي الذي نص في المادة 1509 /2 التي تنص:

« dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunalarbitral règle la procédure, autant qu'il est besoin soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou **à des règles de procédure** »[3].

حتى المشرع المصرى في نص المادة 25 من قانون التحكيم لسنة 1994 التي تنص على:"...**فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم ،مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التى تراها** "[4]، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري وذلك في نص المادة 1043 /2 من ق.إ.م.إ التي جاءت كما يلي:"...**إذا لم تنص الإتفاقية على ذلك ،تتولى** محكمة التحكيم ضبط الإجراءات ،عند الحاجة مباشرة **أو الإستناد إلى قانون** أو نظام التحكيم[5]".

---

[1] خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 258.

[2] عجيري عبد الوهاب،المرجع السابق ،ص 101.

[3] المادة 1509/ 2 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد،المرجع السابق.

[4] المادة 25من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، المرجع السابق.

[5] المادة 1043 من قانون رقم 09/08 ، متضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

يمكن للهيئة التحكيمية إختيار القواعد الإجرائية التابعة لمراكز التحكيم الدائمة ، و ذلك كون أنها الملائمة لسير الإجراءات، كما يتضح موقف المشرع الجزائري أيضا،حيث أكد على إمكانية إختيار الهيئة التحكيمية لأحد مراكز التحكيم و ذلك وفقا لما تضمنته المادة السابقة الذكر و التي تنص :"**إمكانية ضبط الإجراءات وفقا لنظام التحكيم**"، حسب نص هذه المادة نستخلص أن المشرع الجزائري لم يأخذ بقانون مقر التحكيم كضابط إحتياطي عند غياب إرادة الأطراف في القواعد الإجرائية بل أعطى كامل الحرية للمحكم لتحديد هذه القواعد إما بصياغتها مباشرة من نفسه أو العودة إلى قانون وطني أو لائحة مركز التحكيم؛شأنه شأن المشرع الفرنسي و ذلك وفقا للمادة 2/1509 السالفة الذكر.

حتى نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية أعطى للهيئة التحكيمية سلطة تحديد القانون الإجرائي وذلك بإسنادها لأحد القوانين الوطنية، كون أن الإجراءات التي تتضمنها هذه الغرفة غير كافية؛ذلك وفقا لما نصت عليه المادة 11 منها و التي تنص:"تطبق أمام المحكم الإجراءات المستمدة من هذه القواعد، و في حالة سكوت هذه الأخيرة تطبق تلك التي إتفق عليها الطرفان **وعند عدم الإتفاق يقوم المحكم بتحديد الإجراءات سواءا إستند أو لم يستند في ذلك إلى قانون داخلي للإجراءات ليطبق على التحكيم**"[1]،و هذا ما يؤكد فعلا إمكانية إستناد المحكمين إليها فيما يخص تحديد القواعد الإجرائية.

كما نصت أيضا المادة 19 من القانون النموذجي لتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 على إعطاء الهيئة التحكيمية السلطة في تحديد القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة. و التي تنص:"... **فإن لم يكن ثمة مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تسير في التحكيم بالكيفية التى تراها مناسبة** "[2].فوفقا لهذه المادة يمكن للهيئة أن تقرر أن أنظمة التحكيم هي الملائمة لسير إجراءات العملية التحكيمية.

[1] فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي: (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2008، ص167.

[2] القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، المرجع السابق.

يتبين أن معظم القوانين و الإتفاقيات تستند إلى إرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات كأصل، لأنها تتماشى مع متطلبات التجارة الدولية، وفي غياب هذه الإرادة و عدم إتفاق الأطراف على تنظيم القواعد الإجرائية تقوم الهيئة التحكيمية بإتخاذ سلطة تحديد هذه القواعد أو بتفويض هذه السلطة من قبل الأطراف، و منه يلجأ المحكم إلى تطبيق الحلول الإحتياطية التي نصت عليها معظم التشريعات الوطنية والدولية. ومنه تتمتع الهيئة التحكيمية بنفس الحرية التي يتمتع بها الأطراف في تحديد القواعد الإجرائية، و ذلك إما بالإسناد إلى لائحة مركز التحكيم أو الأخذ بقانون إجرائي لدولة معينة؛ فبالتالي تحل إرادة هيئة التحكيم محل إرادة الأطراف في تحديد هذه القواعد الإجرائية.

المطلب الثاني

القيود الواردة على حرية الهيئة التحكيمية في اختيار القواعد الإجرائية

سبق وأن بيننا أن للمحكم سلطة تقديرية واسعة في تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات، وذلك في حالة إذا لم يتول الأطراف بأنفسهم تحديد هذا القانون. فيتم التوصل إلى هذا القانون بإتباع أساليب مختلفة من خلالها تقوم الهيئة التحكيمية بتحديد هذا القانون.

لكن هذا لا يعني أن هيئة التحكيم لها حرية مطلقة، وإنما تخضع لمجموعة من القيود تحد من سلطاتها؛ حتى لا يؤدي هذا الأخير إلى عدم تنفيذ الأحكام الصادرة منها والتي هي غاية من عرض النزاع على قضاء التحكيم. فيجب عليها إحترام مجموعة من القواعد والتي توصف بأنها جوهرية في التحكيم (الفرع الأول) كما يجب كذلك إحترام النظام العام، سواء في دولة إجراء التحكيم أو في الدولة التي سينفذ فيها الحكم (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إحترام المسائل الجوهرية في مجال التقاضي

بالرغم من الطابع الإتفاقي الذي يتسم به التحكيم التجاري الدولي، والذي يعتبر الأساس الذي يساهم في السير الحسن للعملية التحكيمية، كون أنها تسير وفقا لما إتفق عليه الأطراف. فبتالي غياب كل ما من شأنه أن يعرقلها أثناء توليها لمهمتها، إلا أن الهيئة التحكيمية خلال توليها ذلك

يلتزم عليها إحترام مجموعة من المبادئ لإعتبارها من المسائل الجوهرية والتي لا يمكن المساس بها.

أولا :إحترام حقوق الدفاع

لا يمكن تصور قيام عدالة بلا دفاع، فبمجرد قيام ضمان حق الدفاع فإن ذلك يعني ضرورة دعوة الخصم لسماع أقواله، وذلك من خلال توجيه له طلب الحضور لتقديم دفاعه و ردوده على ما أدعي عليه، فلا يجوز الحكم على خصم دون سماع دفاعه[1]. إذ يعتبر إحترام و ضمان حق الدفاع لكل طرف من أطراف النزاع من المسائل الجوهرية فيما يتعلق بالإجراءات التحكيمية وذلك بإعطاء فرصة لكل خصم بتقديم ما لديه من أدلة و أقوال و شهود مما يعني إلزامية منح وقت لذلك،المهم كل ما يجعل أطراف النزاع في وضع يسمح لهم في الدفاع عن الإدعاء المفروض ضدهم[2]، حيث يعتبر أنه مبدأ معترف به دوليا و يتوجب على الهيئة التحكيمية مراعاته وهذا ما يبرز دور المحكم في ممارسة المهام الموكلة إليه بشكل مخلص وعادل[3].

كما يتجلى أيضا مبدأ إحترام حقوق الدفاع فيما يخص القضاء في الدولة الإسلامية و ما يثبت ذلك أنه روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال :" بعثني رسول الله صلى الله عليه و سلم إلى اليمن قاضي فقلت يا رسول الله ترسلني و أنا حديث السن، ولا علم لي بالقضاء ؟ فقال :إن الله سيهدي قلبك ،ويثبت لسانك، إذا تقاضى إليك رجلا فلا تقضي للأول حتى تسمع كلام الأخر ،فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء، قال: فما شككت في قضاء بعد ".[4]

ونظرا لما يقوم عليه هذا المبدأ من أهمية بالغة أصبح محل إهتمام العديد من الإتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم، وهذا ما نصت عليه المادة الثانية الفقرة "ب" من إتفاقية جنيف لعام

---

[1]بقه حسان، الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر عن طريق التحكيم التجاري الدولي ،مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون، تخصص: قانون عام للأعمال،كلية الحقوق،جامعة عبد الرحمان ميرة ،بجاية ،2010، ص48 .

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

[3]المرجع نفسه، ص 173.

[4]نقلا عن: يحياوي نورة، "ضمانات حق الدفاع في خصومة التحكيم"،مداخلة ألقيت في أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر"بين التكريس التشريعي و الممارسة التحكيمية"،الذي أجريت فعاليته خلال يومي14 و15 جوان 2006، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،ص 394.

1927 الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية[1] التي تنص أنه:" **إذا كان الطرف الذي صدر حكم التحكيم ضده لم يعلم في الوقت الملائم بإجراءات التحكيم بحيث يستطيع أن يقدم دفاعه،أو إذا لم يكن متمتعا بالأهلية اللازمة،أو أنه لم يكن ممثلا بشكل أصولي**".

لا يتم تنفيذ الحكم التحكيمي ولا حتى الإعتراف به إذا تبين أن الخصم الذي صدر الحكم ضده لم يتم تبليغه خلال وقت ملائم يسمح له من تقديم دفاعه، وهذا الإتجاه أخذت به إتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية و تنفيذها[2]، حيث تنص المادة الخامسة الفقرة 2 بند"ب":"**أن الطرف الذي يحتج ضده بالقرار لم يخطر على الوجه الصحيح بتعين المحكمأو بإجراءات التحكيم أو كان لأي سبب أخر غير قادر على عرض قضيته** "

في الأخير يعتبر مبدأ حق الدفاع ضمانة أساسية تستند إليه الهيئة التحكيمية من خلال فصلها في النزاع، كون أنه يسعى للتشجيع بإتخاذ إجراءات لازمة و تجعلها تكشف عن حقائق كانت غامضة مما يودي بها للوصول إلى حكم لا نقاش فيه.

ثانيا :إحترام مبدأ المساواة

يعتبر مبدأ المساواة بين أطراف النزاع من المبادئ الأساسية التي تتحكم على الخصومة التحكيمية، سواء تمت الإجراءات التحكيمية أمام القضاء الوطني أو أمام قضاء التحكيم. وهذا المبدأ يقصد به تخويل الهيئة التحكيمية للخصوم فرصة متكافئة لإبداء مختلف أرائهم وإقناع المحكم بها، وأي إخلال بمبدأ المساواة égalité des parties يعني أن ثقل الميزان قد اختل أي غياب العدل و فقدان الميزان توازنه العادي[3].

إن هذا المبدأ يسعى للتطبيق السليم و تحقيق الهدف المراد بلوغه–فصل النزاع– منذ إبرام العقد؛ كون أن ذلك يعد من أسباب اللجوء إلى قضاء التحكيم، ففي الحالات التي لا يتم فيها إحترام هذا المبدأ يؤدي إلى الإخلال بالمساواة بين الطرفين، وهذا ما يؤثر مباشرة على الحكم

---

[1]المادة 2/ ب من إتفاقية جنيف الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1927،المشار إليها على الموقع الإلكتروني: www.egyiac.org.

[2]المادة 5 /ب من اتفاقية نيويورك المتعلقة بالإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958، المرجع السابق.

[3]كليبي حسان، دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، شعبة قانون خاص، تخصص: عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق، بومرداس، 2013، ص 60.

التحكيمي الذي سيصدر بشأن هذا النزاع ،حيث يكون مجحفا في حق الطرف الذي لم يستفد من المساواة التي من المفروظ أن تكون هي أساس قيام إجراءات التحكيم عليها؛ فمنح فرصة الحضور و توكيل محام لطرف دون الآخر وإجراء مقابلات و إتصالات شخصية مع خصم و حرمان الأخر حتى من عدد الشهود سيقضي على مبدأ المساواة بينهما، وهذا ليس تجسيدا للمحافظة على الحياد و الشفافية بين الطرفين وإنما تجسيدا للإخلال بمبدأ المساواة [1].

فقد تم تأكيد هذا المبدأ في إطار القوانين الإجرائية بين مختلف التشريعات الوطنية و لوائح ومؤسسات التحكيم.

وهذا ما أخذ به المشرع المصري في المادة 26 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 التي تنص :"**يعامل طرفا التحكيمعلى قدم المساواة و تهيأ لكلمنهما فرصة متكافئة و كاملة لعرض دعواه**". فمبدأ المساواة لا يكون في إطار تحديد القانون واجب التطبيق فقط وإنما حتى في إختيار المحكمين، حيث يجب أن تتساوى الأطراف في تحديد هذا الأخير و يظهر ذلك من خلال المادة 17 منه والتي تنص:"**انه لطرفيالتحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين و على كيفية ووقت اختيارهم...**"[2]

فمن خلال المواد أعلاه يتضح أن المشرع المصري قد أخذ فعلا بالمبدأ السابق الذكر –مبدأ المساواة بين الأطراف –، حيث أنه من المبادئ التي يقوم عليه التحكيم، وتظهر منذ عرض النزاع على قانون التحكيم.

بالإضافة إلى ذلك فإن المشرع الهولندي في نص المادة 1/1039 من ق.إ.م لعام 1986 والتي تنص فيها أنه: "**يعامل الأطراف على قدم المساواة** وتعطي محكمة التحكيم لكل طرف الإمكانية للتمسك بحقوقه و تقديم د فوعه". حتى القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي هو الأكثر تطورا على نحو يسعى لتحقيق ما يسمى بالعدالة والتي جسدتها المادة 18 منه والتي تنص:"**يجب أن يعامل الطرفان على قدم المساواة...**"[3].

---

[1] طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية،ط7، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2012، ص 324.

[2] المادة 17 و المادة 26 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، المرجع السابق.

[3] المادة 18من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة1985، المرجع السابق.

إذ تتيح المادة 20 و 21 لكل من الطرفين فرصة عرض دعواه و بيان وجهة نظره أمام محكمة التحكيم و تقديم مستنداته ، بل يمتد ذلك حسب المادة 22 إلى إمكانية تعديل أو استكمال أي طرف لدعواه أو دفاعه أثناء إجراءات التحكيم .[1]

كما أكدت على هذا المبدأ مراكز التحكيم، كمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية سنة 1994 و ذلك في المادة الخامسة منه والتي تنص:"**و تعاملهم على قدم المساواة و تتيح لكل منهم في جميع الإجراءات الفرصة الكاملة لعرض قضيته**"،والتي تتضمن أنه يقع إلزاما على الهيئة التحكيمية إحترام المبدأ الذي يسعى لخلق نوع من الثقة و الأمان ،إن المادة 3/35 من نظام التوفيق و التحكيم التجاري لغرفة تجارة و صناعة دبي 1994 أكدت بدورها على إلزامية المحكم أو المحكمين باحترام المبدأ و ذلك بمقتضى المادة أعلاه و التي تنص على: "**معاملة الأطراف على قدم المساواة**"[2].

أقرت محكمة النقض الفرنسية بمبدأ المساواة باعتباره من المبادئ التي تندرج ضمن النظام العام والذي يعني أنها من القواعد الآمرة التي لا يجوز التنازل عنها[3]،كما أن اعتبار مبدأ المساواة ومعاملة الخصوم معاملة واحدة مبدأ معترف به دوليا[4].

إن مبدأ المساواة بين الخصوم ليس مبدأ مفروض على الهيئة التحكيمية فقط بل مفروض أيضا على الخصوم بحد ذاتهم، و يبرز ذلك في أنه لا يجب على أحد الأطراف المتنازعة إتخاذ إي إجراء أو أي قرار دون علم الآخر، فكلاهما المعنيان بالنزاع. وأي إتخاذ لذلك يعد تعدي على مبدأ المساواة دون وصول الأمر للهيئة التحكيمية.

---

[1]نقلا عن: بوالصلصال نور الدين،" التسوية التحكيمية في كل من نظام الأوكسيد و نظام اليونستيرال: (دراسة مقارنة)"، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، العدد 10، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2015، ص 108.

[2]أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية و الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 ص 525.

[3]لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 281.

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

ففي حالة ما إذا تم إخطار الطرفين لحضور جلسات التحكيم و تغيب أحد منهم فللهيئة التحكيمية أن تباشر الإجراءات بل يجوز لها الاستمرار في تسييرها و إصدار الحكم وفقا للأدلة المعروضة أمامها فلا يعد ما قامت به إخلالا بمبدأ المساواة.

ثالثا: إحترام مبدأ الوجاهية بين الخصومprincipe du contradictoire

والذي يقصد به ضرورة العلم بكل ما يقدم من أحد الأطراف فيما يخص الخصومة التحكيمية، سواءا من طلبات دفوع أو أدلة إثبات ...الخ، وكذا ما تم إتخاذه فيه من مختلف الإجراءات لحسن سيرها. فلا يجوز الحكم على أي طرف في الخصومة ما دام أنه لم يتم الإستماع إليه أو على الأقل دعوته للدفاع عن نفسه. كما يمكن لأطراف النزاع أو وكلائهم أو محاميهم حضورهم لغرض الإدلاء بأقوالهم، حتى أنه يمكن للهيئة التحكيمية الأمر بحضور الخصوم شخصيا.

فإن مجرد تلقي المحكم قرار من الغير و تم الأخذ به في النطق بحكمه دون إحاطة الأطراف بذلك فإن الحكم الصادر بهذا الصدد هو حكم يمس مبدأ المواجهة بين الأطراف[1].

ومثال على ذلك نزاع ثار بين شركاء في مشروع ما وتم السماع لأحد شركاء المشروع دون علم الآخرون، أو حتى إبلاغهم بالتقرير المصرح به من أحد الشركاء، فبطبيعة الحال الحكم باطل لأنه خالف مبدأ المواجهة بين الاطراف المتعاقدة.

حيث يقوم المبدأ السابق – مبدأ الوجاهية – على عدة مبادئ أساسية تتمثل في أنه على المحكم سماع الخصوم و مناقشة كل خصم خصمه الآخر، حتى يصل الأمر إلى أنه من حق الخصوم مناقشة ما قام المحكم بجمعه من عناصر الواقع و القانون وأي خروج عن كل هذه الحقوق يعتبر مخالفة للمبدأ السالف الذكر[2].

---

[1] يحياوي نورة ،المرجع السابق ،،ص 398.

[2] أيت منصور كمال، "النظام العام في إجراءات التحكيم التجاري الدولي"، مداخلة ألقيت في أعمالالملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر "بين التكريس التشريعي و الممارسة التحكيمية "،الذي أجريت فعاليته خلال يومي 14 و15 جوان 2006، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة،بجاية، ص ص46-47.

أكدت مختلف التشريعات الوطنية و مؤسسات و مراكز التحكيم على ضرورة الأخذ بهذا المبدأ و إحترامه و ذلك حسب ما أخذ به المشرع المصري في المادة 31 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994[1] والتي تنص على أنه :" **ترسل صورة مما يقدمه احد الطرفين إلى هيئة التحكيم من مذكرات أو مستندات أو أوراق أخرى إلى الطرف الأخر** و **كذلك ترسل إلى كل من الطرفين صورة من كل ما يقدم إلى الهيئة المذكورة من تقارير الخبراء و المستندات و غيرها من الأدلة**".

على خلاف المشرع الجزائري الذي لم ينص على نحو صريح على إحترام مبدأ الوجاهية، وما قام به هو إعتباره من بين الحالات التي تؤدي إلى عدم الإستئناف وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 4/1056 ق إ م إ[2]،حيث أنه أخذ به بصفة ضمنية وليس بصفة صريحة.

هذا ماسارت عليه لوائح و مراكز التحكيم الدائمة التي أقرت بمبدأ المواجهة كما ورد في لائحة التحكيم لغرفة التجارة الدوليةCCI بباريس لعام 1998، وذلك لما ورد في المادة 2/20 التي تنص على أنه: "**بعد فحص مذكرات الأطراف و كل المستندات المقدمة منهم تستمع محكمة التحكيم إلى الأطراف في مواجهة بعضهم البعض**"،أي أنه بعد فحص ما تقدم به الطرفان تلتزم هذه الأخيرة بتقديم فرصة الإستماع لكلا الطرفين و فتح باب مواجهة طرف لآخر كما نصت المادة 37 من نظام التوفيق و التحكيم التجاري لغرفة تجارة و صناعة دبي سنة1994 على أنه :" **تقوم هيئة التحكيم بعد استلامها الملف بفحص مذكرات الأطراف و ما قدموه من وثائق و مستندات و سماع أقوالهم في مواجهة بعضهم البعض**"[3].

[1]المادة 31 من قانون التحكيم المصري رقم27 لسنة 1994، المرجع السابق.

[2]المادة 1056 ق. إ. م. إ:"**لا يجو استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية ...4_ إذا لم يراعى مبدأ الوجاهية** ".

[3]أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص522.

إن مجال التحكيم التجاري الدولي يصعب على الهيئة التحكيمية التحكم في المبادئ المذكورة أعلاه ،و ذلك لعدم إحاطتها بكل ما تتضمنه التشريعات الأجنبية ، لذا يتوجب على الطاعن إقامة الدليل على عدم الإعمال بهذه المبادئ[1] .

الفرع الثاني

إحترام قواعد النظام العام

بالإضافة إلى المسائل الجوهرية التي يكون المحكم ملزم بإحترامها و إلا عد الحكم التحكيمي باطلا، فإن مبدأ إحترام النظام العام له نفس النتيجة[2] ، أي يكون المحكم ملزم بإحترام القواعد المتعلقة بالنظام العام وإلا كان الحكم التحكيمي الذي يصدره باطلا و لا يجوز تنفيذه و الإعتراف به.

كما أن فكرة النظام العام الدولي ليس معناه توحيد هذه الفكرة دوليا وإنما كل دولة يكون لها نظام خاص بها وعلى المحكم الإلتزام بالنظام السائد خلال الفترة التي يقوم بالفصل في النزاع [3].

يرى البعض أن النظام العام لا يشمل الجانب الإجرائي في التحكيم، وذلك لإعتبار أن المسائل الإجرائية سواء في القوانين الوطنية أو لوائح مراكز التحكيم وحتى الإتفاقيات الدولية خصصت لها أحكام مستقلة عن النظام العام،فإن هذا الأخير ما هو إلا دور إستثنائي يجب التمسك به في حدود المراسيم دون أن يقتصر على النصوص الخاصة بإعماله، وإذا عد النظام العام فعلا من المسائل الجوهرية ففي حقيقة الأمر لا حاجة لوجوده في مختلف إجراءات التحكيم[4].

بينما إتجه الفقه إلى أن فكرة النظام العام تشمل مختلف القواعد الإجرائية والموضوعية؛ فلا يقتصر فقط على القواعد الموضوعية بل يتسع ليشمل حتى القواعد الإجرائية التي تعد من المسائل الجوهرية التي يجد مراعاتها في أي نظام للتقاضي، حيث ينتج من عدم إحترامها بطلان الحكم أو

---

[1] عيساوي محمد، "إشكالية تنفيذ الأحكام التحكيمية الباطلة في ضوء قانون الإجراءات المدنية الإدارية"، مداخلة ألقيت في أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لتسوية النزاعات –الحقائق و التحديات–، الذي أجريت فعاليته خلال يومي 26 و27 أفريل 2016، ص4.

[2] فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص174.

[3] كليبي حسان، المرجع السابق، ص63.

[4] صبري أحمد محسن الذيابات، المرجع السابق ،ص126.

رفض الإعتراف به وعدم تنفيذه. ويرجح هذا الرأي بالقول أن النظام العام يشمل القواعد الإجرائية التي هي بحاجة له ولا يعتبر ذلك تزيدا ،فبالرغم من وجود نصوص تتعلق بالمسائل الإجرائية بحد ذاتها،إلا أن هذه النصوص لا تغطي جميع الجوانب الإجرائية من جهة ومن جهة أخرى فإن مخالفة النظام العام لما يشمله من مختلف الإجراءات يفتح المجال أمام المحكمة التي تنظر في مدى بطلان التحكيم وذلك بعدم الإعتراف به أو تنفيذه[1].

إضافة إلى كل هذه القيود التي تحد من حرية المحكم، فإنه ملزم بإحترام القواعد الإجرائية الإتفاقية مادام أن التحكيم يقوم على الطبيعة الإتفاقية، أي يقوم بتطبيق القواعد الإجرائية التي حددتها إرادة الأطراف لسير الخصومة التحكيمية ،فكل مخالفة للقواعد سابقة الذكر يعرض الحكم التحكيمي للبطلان.

[1] صبري أحمد محسن الذيابات، المرجع السابق ،ص ص126-127

الفصل الثاني

القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في الخصومة التحكيمية

إن تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع لا يقل أهمية عن تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات،إذ أن أطراف النزاع غير ملزمين بوضع قانون واحد ينظم المسائل الإجرائية والموضوعية معا في آن واحد،بل يمكن أن يختلفان بالنظر إلى إرادة الإختيار الممنوحة للأطراف في مجال التحكيم التجاري الدولي موضوع النزاع عن القانون الإجرائي.

فاختيار القانون المطبق على موضوع النزاع يتميز بأهمية خاصة في العقود الدولية لأنه على أساسه يتم التأكد من مدى صحة العقد[1].حيث مكنت مختلف التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية و لوائح مراكز التحكيم للأطراف الحرية في إختيار قانون يطبق على موضوع النزاع،فبتالي يمكن أن يكون هذا القانون قانون وطني لدولة معينة (المبحث الأول)، كما يمكن أن يكون هو قانون يخص معاملات التجارة الدولية نشأ في بيئة خاصة و هي بيئة المبادلات التجارية و التي تعرف بقواعد التجارة الدولية (المبحث الثاني).

[1]كولا محمد، المرجع السابق، ص200.

المبحث الأول

إختيار قانون وطني

يطبق على موضوع النزاع قواعد قانونية معينة بناءا على مبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر كأصل في النظام التحكيمي، حيث يمكن أن تكون هذه القواعد القانونية قواعد وطنية حسب ما إتجهت إليه إرادة الأطراف[1](المطلب الأول)، أما في حالة غياب الإرادة تتولى الهيئة التحكمية تطبيق القواعد القانونية التي تراها ملائمة للفصل في موضوع النزاع (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

قانون الإرادة هو قانون وطني لدولة معينة

يمكن أن يكون القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع هو قانون دولة معينة إذا كان هو الأنسب لحكم النزاع المرتبط بالمبادلات التجارية الدولية. حيث تجد إرادة الأطراف مجال واسع في تحديد هذا القانون دون التقيد بالإعتبارات التي يقوم عليها القضاء الوطني، حيث قيدت التشريعات الوطنية القاضي في تطبيق قانون أجنبي باعتباره قانون الإرادة (الفرع الأول). والإعتبارات السابقة ليس لها وجود حالة عرض النزاع أمام قضاء التحكيم الذي يجسد سلطان الإرادة في أقصى حدوده (الفرع الثاني).

الفرع الأول

كيفية تحديد القانون المختص حالة عرض النزاع على القضاء الوطني

يمكن عرض النزاع على القضاء الوطني الذي يختص بالنظر فيما يخص المبادلات التجارية ذات طابع دولي، حيث يمكن للأطراف تحديد القانون المختص وفقا لقاعدة الإسناد في قانون القاضي التي تبنت سلطان الإرادة، فلم يعد في هذه الحالة القانون الوطني هو صاحب الإختصاص الوحيد للفصل في النزاع، وإنما تزاحمه قوانين أجنبية أخرى لها صلة بالعقد أو بالمتعاقدين يمكن أن تكون هي الأخرى واجبة التطبيق، وتقرر هذا المبدأ بعد أن إستقر في فقه تنازع القوانين قاعدة فقهية مفادها أنه ليس بالضروري أن يكون القانون الوطني هو واجب التطبيق

[1]خالد محمد القاضي، المرجع السابق،ص ص259-260.

إذا ما كان القضاء الوطني هو المختص، و إنما يمكن أن يكون عكس ذلك، و هذا ما يعني أنه قد يكون القانون الأجنبي هو واجب التطبيق بالرغم من أن القضاء المختص هو القانون الوطني و هذا حفاظا على تنمية و تطوير العلاقات الخاصة الدولية على نحو عام وعلى المبادلات التجارية على نحو خاص .

حيث وضعت قواعد إسناد في هذا الشأن تسمح بتحديد القانون المختص و ذلك وفقا لما إتجهت إليه الإتفاقيات الدولية(أولا)، و كذا التشريعات الداخلية (ثانيا).

أولا:الوضع في الإتفاقيات الدولية

أخذت الإتفاقيات الدولية بمبد أسلطان الإرادة في إختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع من بينها الإتفاقية الدولية التي تبين القانون واجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية والتي تعرف بإتفاقية روما وذلك وفقا للفقرة الأولى من المادة الثالثة منها التي تنص على :

« Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat. »[1]

أي أنه للأطراف إختيار أي قانون وطني حتى وإن لم يكن له أي صلة بالعقد، كما يمكن أيضا أن يخضع جزء من العقد لقانون معين و جزء آخر لقانون دولة أخرى.

كماأخذت إتفاقية لاهاي المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية لسنة 1955 والتي أصبحت نافذة المفعول منذ3 مارس 1964 و ذلك في نص الفقرة الأولى من المادة الثانية منها والتي تنص على:"**القانون واجب التطبيق هو القانون الوطني الذي**

[1]Règlement (CE) N° 593/ 2008 DU PARLEMENENT Européen ET DE CONSIEL, SUR LA LOI APPLICABLE AUX OBLIGATION CONTRACTUELLES (Rome 1), du 17 juin 2008.

عينه أطراف العقد"[1]، التي أكدت على تطبيق القانون الذي أرست عليه إرادة الأطراف وهو القانون الوطني أي تطبيق قانون دولة معينة و ذلك بصفة صريحة [2].

ثانيا: الوضع في التشريعات الوطنية

أخذت كل التشريعات الوطنية في القانون المقارن بإبراز دور الإرادة فيما يخص إتجاهها لإختيار قانون وطني، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع المصري وذلك حسب المادة 19 من القانون المدني التي تنص على أنه :" **يسري على الإلتزمات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا إتحدا موطنا فإذا إختلف موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانونا أخر هو الذي يراد تطبيقه** "[3].

يتبين من نص المادة أعلاه أن المشرع المصري يأخذ بانصراف إرادة الأطراف لتطبيق قانون دولة المتعاقدين، مثلا مصري مع مصري يطبق أحكام القانون الوطني، إلا أن الأمر يختلف في حالة ما إذا كان أحد الطرفين أجنبي، ففي هذه الحالة يطبق قانون الدولة التي تم فيها تنفيذ العقد لكن شريطة أن لا يكون هناك إتفاق على تطبيق أي قانون آخر، بمعنى أنه إذا قام مصري وجزائري بإبرام عقد في فرنسا يطبق القانون الفرنسي، لكن إذا لم يتم إختيار القانون السويسري .

كما نصت أيضا المادة 1/18 من القانون المدني الجزائري: " **يسري على الإلتزمات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان هناك صلة حقيقية بين المتعاقدين أو بالعقد**"، أي أن الأطراف هم الذين يحددون القانون الذي يطبق على العقد، حيث أنه إذا إتفق أطراف النزاع على حل النزاع وفقا لقانونهم المختار فهذا القانون هو الحاسم فيه أي في نزاعهم، بشرط أن تكون علاقة بين العقد و القانون الذي إختاره الأطراف وهذه العلاقة يمكن أن تمس أطراف العلاقة العقدية أو العقد بحد ذاته[4].

---

[1] بوكلال مبروك، دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية،مذكرة لنيل شهادة الماستير في الحقوق، تخصص: القانون العام للأعمال،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة عبد الرحمان ميرة،بجاية،2012 ،ص 37.

[2] بعزيزي سعاد و بكوش سامية،المرجع السابق، ص81

[3] المادة 19من القانون المدني المصري نقلا عن :عبد العزيز الزعباني، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، د د ن، د ب ن، 2013، ص6

[4] بوكلال مبروك، المرجع السابق، ص35.

فمن خلال ما سبق يتبين أنه إذا كان النزاع ضمن الإلتزامات التعاقدية يمكن لأطراف النزاع إمكانية إختيار قانون وطني تابع لدولة ما دون الأخذ بالقواعد الموضوعية منها والتي نشأت من المعاملات التجارية الدولية التي لا تنتمي لإقليم معين، لأن قواعد الإسناد الخاصة بالإلتزامات التعاقدية تعطي الإختصاص للتشريع الوطني. وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها وهو كالآتي:

« **Tout contrat est nécessairement rattacher à la loi d'un état…** »[1]

الفرع الثاني

كيفية تحديد القانون المختص حالة عرض النزاع على قضاء التحكيم

يعتبر قضاء التحكيم القضاء الأصلي في قواعد التجارة الدولية مقارنة مع القضاء الوطني ويظهر ذلك في الحرية الممنوحة للأطراف في إختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع،و المحكم في هذه الحالة لا يتقيد بالإعتبارات الوطنية التي يتقيد بها القاضي الوطني[2]، حيث منحت حرية تحديد القانون واجب التطبيق أمام المحكم دون تقييده بالإعتبارات التي يقوم عليها القضاء الوطني، و هذا ما يظهر في كل من القوانين الوضعية(أولا)،وفي حالة تطبيق ما إتفق عليه الأطراف(ثانيا) ،و في حالة إستبعاد الإحالة (ثالثا) .

أولا: موقف القوانين الوضعية

إن إتفاقية عمان العربية للتحكيم أقرت على تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في المادة 21 منها والتي تنص أنه:" **تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين، وأحكام القانون الذي إتفق عليه الطرفان صراحتا أو ضمنيا إن وجد** "[3]، فباستقراء المادة يتبين أن هذه الإتفاقية لم تترك أي فراغ يدعوا الشك في مسألة تحديد القانون المطبق على النزاع سواء بإرادة صريحة أو ضمنية و ذلك بإختيارهم أي قانون حتى و إن لم يكن له أي صلة بالعقد أو بأي قانون وطني.

---

[1] عيد عبد الحفيظ، "دور إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على دعوى التحكيم التجاري"، المرجع السابق، ص 38.

[2] بوكلال مبروك، المرجع السابق، ص36.

[3] نقلا عن: إلهام عزام وحيد الخراز، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع: (دراسة مقارنة) ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين،2009، ص 38.

كما جاء في مضمون المادة 01/29و02 لمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية على أن المحكم ملزم بتطبيق القانون الذي إتفق الأطراف عليه لسير خصومة التحكيم أي العمل على مبدأسلطان الإرادة كأصل وهذه المادة تنص :"**تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقا لما يلي:**

العقد المبرم بين الطرفين ،أو أي إتفاق لاحق بينهما

القانون الذي يختاره الطرفان"[1].

كما نجد أيضا الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961[2] التي تؤكد حرية الأطراف في تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع وذلك من خلال نص المادة السابعة منها والتي تنص على أن :"**الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه في موضوع النزاع**"، فقد ينصب إتفاق أطراف الخصومة إلى تحديد القانون الوطني لضبط القواعد الموضوعية، وكذا إتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمارات بين الدول من خلال نص المادة 1/42:"**تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون المختار بواسطة الأطراف**"وهذا ما يبين إمكانية إتجاه الأطراف إلى إختيار قوانين وطنية وذلك من خلال ما تتضمنه قواعد القانون المنصوصة عليه في المادة أعلاه.

إضافة إلى كل هذه الإتفاقيات نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة 1/28منه على:"**تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع،و أي إختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة و ليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين،ما لم يتفق الطرفان صراحتا على خلاف ذلك** "[3].

[1] مسعودي أسماء ،المرجع السابق، ص44.

[2] المادة 7من الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961، المرجع السابق .

[3] المادة 28 /01 من القانون النموذجي لتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، المرجع السابق.

تبنى التشريع الفرنسي مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع فكان من بين التشريعات التي سلمت بهذا المبدأ وذلك في ق.إ.م.ف القديم لسنة 1981 وفقا للمادة1496[1] و المعدلة بالمادة 1511 من المرسوم 2011/48 السالف الذكر والتي تنص:

« **Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies on, à défont, Conformément à celles qu'il estime appropriées,**

Il tient compte, Dans tous les cas, des usages du commerce»

أعطت المادة السابقة الذكر للأطراف حرية إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع دون أي قيد يلزم بإختيار قانون معين[2]. فتظهر إمكانية إختيار قانون دولة معينة فيما نصت عليها المادة السالفة الذكر التي جاءت بصيغة les règles de droit و يوحي هذا الإصطلاح إلى إمكانية إختيار قانون وطني بالنظر إلى الصياغة العامة الواردة في النص، بمعنى يمكن أن يكون القانون المختص قانون وطني لدولة معينة أو قواعد التجارة الدولية كما سنبينها في الدراسة اللاحقة، وما على الهيئة التحكيمية إلا الإمتثال لما قد إتفق عليه الأطراف.

إن مصطلح قواعد القانون تعطي الحرية الكاملة للمتعاقدين لتحديد ما إذا كانت هذه القواعد وطنية أو دولية لكن شرط عدم الإخلال بقواعد النظام العام.

كما توجه قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على إتخاذ إرادة الأطراف قانونا، ويتم الأخذ به بحرية تامة، لكن المشرع المصري قد إستبعد قواعد التنازع عند إختيار المتعاقدين قانونا معين. وهذا ما تم ذكره في نص المادة39 /1 التي تنص على :" **تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان. وإذا إتفقا على تطبيق قانون دولة معينة**

[1] تنص المادة 1496 من ق.إ .م.ف القديم لسنة 1981 على:

« L'arbitre tranche le litige conformément aux régle de droit que les parties ont choisies, à défaut d'un tel choix, conférmement à celles qu'il estime approprieés, il tient compte, dans tous les cas des usages du commerce ».

[2] مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي:(دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، القاهرة، 2010،ص188.

إتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق على غير ذلك"ففي حالة ما إذا لم يمتثل المحكم لما إتفق عليه الأطراف فإنه قد عرض الحكم التحكيمي لعدم تنفيذه[1].

أما المشرع الجزائري فقد أكد أنه تفصل محكمة التحكيم حسب ما إتفق عليه الأطراف شأنه شأن التشريع السالف الذكر –المشرع الفرنسي –، وهذا وفقا لما نصت عليه المادة 458 مكرر 14 من المرسوم التشريعي 09/93 [2] الملغى، حيث أخذ فيه المشرع بإمكانية إختيار قانون وطني وبعد صدور ق.إ.م .إ لسنة 2008 إستبقى المشرع الجزائري إمكانية إختيار القانون واجب التطبيق وذلك في المادة 1050 من ق.إ.م.إ التي تنص :"**تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف، وفي غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة** "[3].

إن المشرع الجزائري في نص المادة 1050 السالفة الذكر لم يعتد بالموقف الفرنسي الذي يلزم على الهيئة التحكيمية الأخذ بعين الإعتبار أعراف التجارة، فبالتالي فإن المشرع الجزائري قد تحرر من الإسناد لأي قانون وطني كان مما يتبين من خلاله أن المحكم لا يلتزم بتطبيق منهج التنازع القوانين و ما على المحكم إلا إحترام القواعد الأمرة و النظام العام الجزائري[4].إن إختيار الأطراف لقانون دولة أحدهم أو لقانون أجنبي آخر سواءا قبل نشوب النزاع أو بعده،فإن ذلك يعني

[1] مهند أحمد الصانوري،المرجع السابق،ص 134.

[2] تنص المادة 458 مكرر 14 من المرسوم التشريعي رقم 09/93 الملغى أنه"تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي يختاره الأطراف،و في غياب ذلك، تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة".

[3] بلغول دنيازاد،سلطات المحكم في التحكيم التجاري الدولي: (دراسة في القانون الجزائري والقانون النموذجي للأمم المتحدة)، مذكرة لنيل شهادة الماستير في الحقوق، قسم :القانون الخاص،جامعة عبد الرحمان ميرة،بجاية،2013،ص 32.

[4] عواشرية رقية، "القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي"، مداخلة ألقيت في أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر بين التكريس التشريعي و الممارسة التحكيمية،الذي أجريت فعاليته خلال يومي15 و16 جوان 2006جامعة عبد الرحمان ميرة،بجاية،،ص345.

أنه بمجرد إختيارهم له–قانون وطني– فإن ذلك يعتبر أنه تطبيق للقواعد الموضوعية لتلك الدولة مباشرة دون قواعد التنازع[1].

ثانيا:مدى إلتزام المحكم بتطبيق قانون الإرادة ؟

من المتفق عليه في كل من الفقه و القضاء أن الهيئة التحكيمية تلتزم بما إتجهت إليه إرادة الأطراف، باعتبارها مصدر إختصاصها، لذلك يتقيد المحكم أو المحكمين بتطبيق ما يعرف بقانون الإرادة أو القانون الذي إختاره الأطراف[2]، والذي يتضمن أنه للأطراف إمكانية تحديد قانون ينظم العقود التي يبرمونها.

تضمنت مختلف التشريعات بدورها أيضا هذه الفكرة بما فيها المشرع الجزائري وذلك بالعودة إلى نص المادة 1050 ق.إ.م.إ التي تنص:"**تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف...**"[3]، كما أقرت الإتفاقيات الدولية بذلك وبأخص الذكر المادة 1/28 من القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة التي تنص:"**تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع ...**" [4]، والإشكال المطروح في هذا الشأن حالة ما إذا لم يتم التعبير الصريح في إتفاق التحكيم فيما يخص القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، فيتعين على الهيئة التحكيمة في هذه الحالة البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف، ليتسنى لها الوصول إلى القاعدة القانونية المناسبة لحل النزاع[5]، أما في حالة ما إذا لم تلتزم الهيئة التحكيمية بما إتفق عليه الأطراف فإن الحكم التحكيمي باطل[6].

---

[1]العايبي البشير،"القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي(دراسة مقارنة)"،مداخلة ألقيت في أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لتسوية النزاعات –الحقائق و التحديات–،أجريت فعاليته خلال يومي 26و27 أفريل 2016،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة عبد الرحمان ميرة،بجاية،ص11.

[2]جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص74.

[3]المادة 1050من القانون رقم 08/09، متضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق.

[4]المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، المرجع السابق.

[5] بلغول دنيازاد، المرجع السابق،ص34.

[6] ما يبين ضرورة إحترام الهيئة التحكيمية لإرادة الأطراف هو أنه في حالة عدم الإلتزام بما إتفق عليه الأطراف فإن الحكم الصادر منها قابل للطعن بالبطلان .

كما يمكن أن نجد في حالات معينة أين تطبق الهيئة التحكيمية القانون الذي تم الإتفاق عليه،فما على المحكم في هذه الحالة سوى فهم القانون وإستخلاص أحكامه القانونية منه، لأن تقرير تطبيق قانون الإرادة نظريا وإستبعاد أحكامه عمليا هو تطبيق غير سليم لهذا القانون وبما أنه لم يتم العمل بأحكامه فإن ذلك يدل على عدم العمل بالقانون المطبق مما يجعل الحكم التحكيمي معرض للبطلان كما سبق الذكر[1].

ثالثا:إستبعاد الإحالة عند تطبيق قانون الإرادة من قبل المحكم

يتعين على المحكم التجاري الدولي تطبيق القواعد الموضوعية التي تم إختيارها من قبل الأطراف المتعاقدة بدلا من قواعد التنازع. وهذا ما إعتمدت عليه مختلف الإتفاقيات الدولية، كما هو الحال في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 والتي تنص في المادة 1/28 على :"تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع. وأي إختيار لقانون دولة ما أو لنظامها القانوني يجب أن يأخذ على أنه **إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة و ليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين** ، ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك"[2] ؛ فبإستقراء نص المادة أعلاه نستخلص أن هيئة التحكيم تطبق قانون موضوعي للدولة التي تم الإتفاق على أن يكون قانونها ساري على العقد، وذلك دون الأخذ بعين الإعتبار قواعد االتنازع .

فاتجهت في هذا الشأن بعض التشريعات الوطنية، كتوجه القانون المصري وذلك وفقا للمادة 1/39منه:"**تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان،وإذا إتفق على تطبيق قانون دولة معينة إتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين،ما لم يتفق على غير ذلك**"[3]. رغم أن المشرع المصري قد أخذ بمبدأ سلطان الإرادة قانونا إلا أنه إستبعد أية قاعدة قانونية عند إختيار المتعاقدين قانون معين[4].

---

[1] حمزة أحمد الحداد، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص374.

[2] المادة 28من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، المرجع السابق.

[3] المادة 39 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، المرجع السابق.

[4] كولا محمد، المرجع السابق، ص201.

أما موقف المشرع الجزائري فيما يخص الإحالة فإنه ليس هناك نص صريح يستبعدها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وهذا لا يعني أنه أخذ بها ، فكون أنه جسد مبدأ سلطان الإرادة على نطاق جد واسع في مجال التحكيم التجاري الدولي؛ فهذا ما يبين إستبعاده للإحالة تجسيدا لهذا المبدأ؛ فلا يمكن لنا تصور الأخذ بسلطان الإرادة من جهة ومن جهة أخرى يقيد نطاقه –بالإحالة– و ذلك بإعطاء الإختصاص لقانون آخر غير القانون الذي إختاره الأطراف [1] .

المطلب الثاني

إختيار قانون وطني من قبل المحكم

إن القاضي الوطني لا يجد أية صعوبة في تحديد القانون واجب التطبيق كونه يطبق النصوص القانونية للدولة التي إستمد منها سلطته. أما في حالة ما إذا كانت الهيئة التحكيمية هي التي تتولى الفصل في موضوع النزاع فعليها تحديد القانون واجب التطبيق .

إلا أن المشكل لا يثور في حالة ما إذا تم الإتفاق الصريح من الأطراف كما سبق الذكر، بل المشكل يكمن في حالة ما إذا غاب هذا الإتفاق ففي هذه الحالة الهيئة التحكيمية تسعى لتطبيق قواعد التنازع بمجرد إسناد المهمة لها (الفرع الأول)، كما يمكن لها أن تحدد مباشرة القانون المختص (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تطبيق المحكم لقواعد تنازع القوانين

إذا لم يتم إختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع من الأطراف تتولى الهيئة التحكيمية تحديد هذا القانون إنطلاقا من إعمالها بقواعد التنازع، و هذا ما نصت عليه المادة 28 /2 من قانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 على أنه :"**إذا لم يعين الطرفان أية قواعد،وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى**

[1] هذا على خلاف حالة عرض النزاع على المحاكم الوطنية،حيث أن المشرع أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى التي تعيد الإختصاص إلى المحاكم الوطنية و ذلك وفقا لما نصت عليه المادة 9 من ق.م.ج والتي تنص:"يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون واجب تطبيقه".

الهيئة أنها واجبة التطبيق"[1]، أي للقانون الأنسب والأكثر إرتباطا للموضوع، إما يسند حله إلى قانون مكان تنفيذ التحكيم،كما يمكن أن يختار أحد القوانين الوطنية أو جنسية الأطراف فكل هذا لا يمنع المحكم بتطبيق قانون جنسيته.

أولا: تطبيق قواعد الإسناد في مقر التحكيم

إن الفقيه M .sauser_hall في تقريره المقدم إلى معهد القانون الدولي، إتجه إلى تطبيق قواعد التنازع في الدولة التي يجرى في أراضيها التحكيم. أي قواعد الإسناد التي يتضمنها قانون مقر التحكيم siège arbitral، حيث أن الإستناد إلى قانون مقر التحكيم ليكون قانونا مطبق على موضوع النزاع لقي قبولا واسعا في العديد من الشراح القدامى مثل Bartin , Niboget وذلك لأنهم أسسوه على أنه القانون المبين[2]؛وأفضل مثال يقدم في هذا الشأن الحكم الصادر عن قضية بين شركة فرنسية وأخرى أمريكية بشأن عقد التصنيع وتوزيع أجهزة إليكترونية، حيث كانت جنسية المحكم إنجليزية فإستبعد تطبيق قانون جنسيته، إلى أن يقرر الإعمال بقواعد تنازع القانون الفرنسي الذي يختص في الفصل في النزاع[3].

قد تحيل العقود المبرمة في مجال التجارة الدولية سواء في شرط التحكيم إلى قواعد التنازع التي يمكن لها أن تكون قانون مكان التحكيم، إلا أنه ينبغي أن يكون ذلك بصفة صريحة.

كما نادى بهذا الإتجاه أيضا معهد القانون الدولي في دورته المنعقدة في أمستردام عام 1952 من أشهر المؤيدين له الأستاذ سوزرهال الذي ألزم نظام قواعد تنازع القوانين للمحكم بقواعد القانون الدولي الخاص في قانون المكان الذي يجري فيه التحكيم[4].

---

[1]المادة 2/28من قانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985، المرجع السابق.

[2]منير عبد المجيد، الأسس العامة لتحكيم التجاري الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، القاهرة، 2000، ص ص279_280.

[3]أيت الجودي باية و بجاج حكيمة، التحكيم كإحدى طرق تسوية النزاعات في عقد فرنشيز، مذكرة لنيل شهادة الماستير في الحقوق، فرع القانون الإقتصادي وقانون الأعمال، تخصص: القانون العام للأعمال، كليةالحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2014، ص89.

[4]فؤاد ديب، "المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية"، مجلة العلوم الإقتصادية والقانونية،المجلد رقم 24، عدد2، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2008، ص43.

لقي تطبيق قواعد الإسناد للدولة التي يجري فيها التحكيم قبولا واسعا من الفقه الحديث الذي لم يسلم بشكل مطلق بالفكرة القائلة بالطبيعة القضائية للتحكيم ولا بالطبيعة العقدية للتحكيم، لأنه يرى منه أنه ذو طبيعة مختلطة، وقد كان لهذا الرأي رد إيجابي وذلك في توصية أمستردام رقم 11 لعام 1957 التي تتجه إلى إتباع قواعد الإسناد المعمول بها في المكان الذي يجرى فيه التحكيم وذلك لتحديد القانون الواجب على موضوع النزاع [1]، بما أنه لا يوجد مكان معين لإنعقاد جلسات التحكيم كما هو الحال بالنسبة للمحاكم فإنه يمكن أن تعقد جلسات التحكيم وفقا لما تم الإتفاق عليه من الأطراف، لكن المشكل يكمن في حالة عدم تحديد الأطراف لذلك، فتقوم هيئة التحكيم بتحديد مقر التحكيم كما هو معمول به في مختلف التشريعات الخاصة بالتحكيم وفقا لما تريده [2]، وهذا ما سيؤدي إلى خلق نزاعات بين الأطراف فيما يخص تحديده.

ثانيا:تطبيق قواعد الإسناد لدولة تنفيذ قرار التحكيم

إن إتفاقية نيويوك المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ القرارات الأجنبية في مادتها الخامسة الفقرة الأولى بند "ب" يفهم من خلال مضمونها أنه يجوز الإعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي إذا أثبت أنه يخالف النظام العام في دولة التنفيذ[3]، كما يعتد بدولة تنفيذ العقد على أساس أنها مقر مصالح المتعاقدين، ففي هذا المكان ستحدد فيه الحقوق و كذا الإلتزامات الناتجة عن عدم تنفيذها، فمحل التنفيذ هو مركز الثقل والإرتباط الإجتماعي و الإقتصادي في العلاقة العقدية، حيث تلجا المحكمة التحكيمية لتطبيق قانونها كون أنها تتأثر بإقتصادية العقد[4].

إلا أن ذلك يمكن الأخذ به في حالة تنفيذ حكم التحكيمي في دولة واحدة. مما يصعب الأخذ به في تعدد أماكن التنفيذ فبالتالي لا يمكن ترجيح مكان على آخر[5].

---

[1]فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص185.

[2] بوديسه كريم،التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستيرفي القانون، تخصص: قانون التعاون الدولي،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012 ص81.

[3]المادة 1/5 بند "ب" من إتفاقية نيويورك المتعلقة بالإعتراف بالقرارات الأجنبية و تنفيذها لسنة 1958، المرجع السابق.

[4]عبدالعزيز محمد الزعابي،المرجع السابق، ص16.

[5]منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص281.

إن الأخذ بهذا المعيار قد يستحيل تطبيقه في الميدان لأنه على المحكمين العلم المسبق بمكان تنفيذ العقد وهذا ما يصعب تحقيقه لأن المحكم لا يمكن له معرفة ذلك إلا بعد صدور الحكم التحكيمي[1]، ففي هذا الشأنقال الأستاذ لايف:" أن الحل سيكون وهميا ولا حاجة للتأكدعلى صعوباته العملية،فكيف يمكن تحديد البلد المذكور بشكل أكيد وما العمل إذا كانت هناك عدة بلدان لتنفيذ القرار"[2].

ثالثا:تطبيق قواعد الإسناد لقانون الموطن أو الجنسية المشتركة للأطراف

في حالة الإنتفاء الصريح أو الضمني للقانون المطبق على موضوع النزاع، فإن الهيئة التحكيمية تبحث عن القانون الذي ينظم موضوع النزاع من خلال قواعد تنازع القوانين للبلد الذي يقيم فيه الطرفين أو لبلد الجنسية المشتركة بينهم[3].

كما أخذ المشرع الجزائري بهذا الضابط وذلك في نص المادة 2/18 من ق.م والتي تنص على:"...**وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.**"[4]،من خلال هذه المادة يكون الموطن المشترك للمتعاقدين محلا للتطبيق في حالة العقد المتضمن عنصر أجنبي وذلك في غياب إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية في الإتجاه إلى الأخذ بأي قانون معين[5].غير أن الغموض الذي يشوب المادة السالفة الذكر هو أنها لم تحدد بالفعل لأي موطن يخضع له النزاع فهل يخضع للموطن الأصلي لكلا الطرفين أو موطن إقامة أعماله أو الموطن المختار أو حتى يمكن أن يخضع للموطن القانوني[6]؟ جوابا على السؤال المطروح أعلاه فإنه، مهما مهما يكن موطن كلا الطرفين فإن القانون الذي يعتبر ضابط إسناد هو قانون ذلك الموطن

---

[1]كولا محمد، المرجع السابق، ص218.

[2]فوزي محمد سامي، المرجع السابق،ص188.

[3]المرجع نفسه، ص187.

[4]المادة 2/18 من القانون رقم 10/05 ، متضمن القانون المدني ، المرجع السابق.

[5]فراس يوسف الكساسة، "صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الإنفرادية عند تنازع القوانين"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة،عدد 53، مؤرخة في يناير 2012، ص304.

[6] الموطن الأصلي هو مكان إقامة الشخص في غالب الأحيان،أما موطن الأعمال هو ذلك الموطن الذي يباشر الشخص فيه حرفة معينة أو تجارة،والموطن المختار هو الموطن الذي يتم إختياره لغاية تنفيذ عمل قانوني ولا يكون ذلك إلا كتابة،والموطن القانوني هوموطن النائب عن المفقود والغائب والقاصروالمحجور، فراس يوسف الكساسية، المرجع السابق، ص306.

المشترك بين المتعاقدين؛ فلو تعاقد شخص متوطن في فرنسا مع جزائري له موطن مختار في فرنسا فإن القانون الذي يستند إليه هو القانون الفرنسي الذي يحكم العقد، لإعتباره قانون الموطن المشترك للمتعاقدين[1].

إلا أن هذا الضابط يصعب الأخذ به في مجال التحكيم الدولي كون أن النزاعات الناشئة بينهم فيما يخص التجارة الدولية تكون بين أطراف من مختلف الجنسيات ومختلف المواطن وهذا من بين خصائص التجارة الدولية [2].

خلاصة القول نستنتج أن الأخذ بقانون الموطن المشترك للمتعاقدين هو القانون الملائم لحكم العلاقة التعاقدية حالة غياب إرادة الأطراف في تحديد القانون المختص–موضوع النزاع– على غرار تطبيق قانون مكان العقد أو التنفيذ أوحتى جنسية المحكم، لأن القانون الأنسب في نظرنا هو تطبيق القانون المشترك للمتعاقدين فضلا عن ما تم ذكره،كون أن ذلك سيرضي الأطراف المتعاقدة.

رابعا:تطبيق قواعد الإسناد لقانون بلد أو جنسية الهيئة التحكمية

إتخاذ الهيئة التحكمية قانون بلدها لتطبقه على موضوع النزاع، كون أن معظم الفقهاء إختلفوا بشأن أي من قواعد التنازع الملائمة لحل النزاع، فمنهم من إتجه إلى أن الهيئة التحكمية تطبق قواعد القانون الخاص في الدولة التي تكون محاكمها مختصة في النظر في النزاع في حالة عدم إختيار اللجوء إلى التحكيم .

لكن هذا يستدعى أنه على المحكم تحديد القضاء المختص وفقا لقاعدة التنازع. ونظرا لعدم ملائمة ما ذهب إليه الإتجاه الأول، ظهر من منح إمكانية اللجوء إلى نظام تنازع القوانين في الدولة التي يحمل جنسيتها أو التي يوجد بها محل إقامة الهيئة التحكيمية، وذلك كون أن هذا النظام التحكيمي يكون فيه المحكم من أكثر المحيطين به علما، كما أن إتخاذ قاعدة التنازع لقانون بلد المحكم أو جنسيته هي من ملامح الإختيار الضمني للأطراف، أي مجرد لجوء الأطراف

[1]فراس يوسف الكساسة، المرجع السابق،ص307.

[2]سعد خليفة خلف الهيفي، القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني، رسالة ماجستير مقدمة إستكمال للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط،2013 ،ص47، ص48.

لإختيار محكم فرنسي بدلا من الجزائري يعني بطريقة غير مباشرة رغبتهم في تطبيق نظام تنازع القوانين لدولة المحكم المختار.

غير أن هذا الحل وجهت له إنتقادات لكون أن المحكم قد يطبق قانون بلده أو جنسيته الذي لا علاقة له بموضوع النزاع، كما يمكن أيضا أن يتم حل النزاع من طرف محكم غير معين من قبل الأطراف بل من قبل مراكز التحكيم أو القضاء[1].

من خلال ما سبق ذكره ؛ يمكن القول أن السلطة الممنوحة للهيئة التحكيمية في حالة غياب إتفاق الأطراف عن تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، قد لقت قبولا واسعا من خلال الإتفاقيات الدولية و كذا التشريعات الوطنية هذا ما يؤكد تكريس دور الإرادة لهيئة التحكيم وذلك في إختيار القانون واجب التطبيق والذي تراه مناسبا لموضوع النزاع، سواء كان لأحد المتعاقدين أو لدولة التنفيذ أو...إلخ، المهم ضرورة وجود مبرر أدى بها لتطبيق ذلك القانون.

غير أن تطبيق المحكم أو المحكمين لقواعد التنازع والإسناد les règles de rattachement ليس إلا تطبيقا للقواعد الشكلية الغير المباشرة فيها، أي أن قواعد التنازع تفترض وترشد للقانون الذي يعطي حلا للنزاع ولا غير ذلك.

الفرع الثاني

التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق

إن أغلب الأنظمة الوطنية فيما يخص حالة اللجوء لحل الخلافات بين الخصوم بطريقة ودية، تتفق على منح الهيئة التحكيمية سلطة التحديد المباشر للقانون الذي سيكون محل التطبيق على موضوع النزاع المعروض أمامه، وذلك دون الإستناد إلى قواعد تنازع القوانين .

حيث تضمنت مختلف التشريعات الأوربية الخاصة بالتحكيم، والتي نجد في صددها القانون السويسري، الإيرلندي وحتى القانون الفرنسي التي تتضمن مختلف نصوصها بتأكيد وإقرار هيئة

[1]عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2011 ،ص ص257، 258.

التحكيم بسلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وذلك دون التقيد بأي نظام تنازعي ما [1].

كما إتجهت أيضا في هذا المسار معظم التشريعات العربية في مجال التحكيم، وعلى رأسها المشرع الجزائري الذي نص في المادة 1050 من ق.إ.م.إ التي تنص على:"**تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا لقواعد القانون الذي إختاره الأطراف وفي غياب ذلك تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة** " [2]، وحسب هذه المادة المشرع الجزائري لم يقيد الهيئة التحكيمية بتطبيقها أي قانون أو قواعد تنازع القوانين التي تكون لها صلة بالعقد للفصل في النزاع.

نجد أيضا أن المشرع المصري قضى بإضفاء الحرية على الهيئة التحكيمية في تحديدها المباشر للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في حالة عدم إتفاق الأطراف ودون إلزامها بالإستناد إلى قواعد التنازع التي تساعده على تحديد القانون المختص في هذا الشأن[3]، و ذلك وفقا للمادة 2/39 التي تنص على: "**وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر إتصالا بالنزاع** "، كما أقر أيضا المشرع الأردني إلى توجه المحكم مباشرة إلى تطبيق القواعد الموضوعية التي تخلو من قاعدة تنازع القوانين؛ كما أن معظم قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية سارت على نفس المنوال، حيث نجد ما تضمنته قواعد التحكيم السارية لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم أي أنه في حالة عدم إتفاق الاطراف على تحديد القانون واجب التطبيق صراحتا أوضمنيا، فاللهيئة التحكيمية أن تطبق قانون أوعدة قوانين ترى أنها مناسبة للفصل في النزاع[4].

إن الإستناد إلى قواعد تنازع القوانين ليس نظام مطلق للإحاطة بكل النزاعات خاصة المتعلقة منها بالعنصر الأجنبي، كون أن تواجد العنصر الأجنبي في العلاقة لا يعني بالضرورة اللجوء إلى قواعد التنازع، لأن المراكز القانونية التي تتضمن العنصر الأجنبي غالبا ما تستمد

[1] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص94.

[2] المادة 1050 من القانون رقم09/08، متضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق.

[3] جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص ص 94-95.

[4] المرجع نفسه ، ص95.

حلولها من القوانين ذات التطبيق المباشر وإعتبار أن تقنية تنازع القوانين ليست الوحيدة التي تساهم في حل النزاعات، بل هناك قواعد يستلزم تطبيقها مباشرة بمجرد نشوب النزاع وغياب الإتفاق الصريح. وحتى النظام العام الدولي بدوره يساهم في إعتبارها قانونا قبل النظر في أي قانون آخر[1].

كما نجد أن قرارات قضاء التحكيم تزايدت في تطبيقها للقواعد الموضوعية مباشرة خاصة في حالة غياب إرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق، دون أن يكون ذلك مخالف لما هو مخول للهيئة التحكيمية[2]. بل حتى أن البعض من كبار فقهاء القانون التجاري الدولي ذهب للقول أن لهيئة التحكيم إختيار الأعراف والعادات الدولية مفروض دائما رغم عدم الإتفاق الصريح في إتفاق التحكيم أو مشارطة التحكيم، وذلك كون أن المحكم لا يملك قانونا وطنيا خاص به، حيث يعتبر أن قواعد التجارة الدولية lex mercatoria بمثابة قانونه، إذ يقوم بتطبيق أحكامها الموضوعية تطبيقا مباشرا[3].فلجوء المحكمين للتطبيق المباشر دون قواعد التنازع ليس إلا للوصول إلى حل يرضي الأطراف المتعاقدة[4]، إلا أن هذا الحل يعتريه الغموض وذلك في حالة ما إذا إتفق الأطراف على السماح للمحكم بالتحكيم وفقا لقواعد تنازع القوانين[5].

[1]سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص ص 56 – 57.

[2]هشام خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، القاهرة،2001، ص24.

[3]المرجع نفسه، ص24.

[4]موكه عبد الكريم، "القانون واجب التطبيق في خصومة التحكيم"، مداخلة ألقيت في أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لتسوية النزاعات –الحقائق والتحديات–،الذي أجريت فعاليته خلال يومي 26و27 أفريل 2016،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل،ص10.

[5]محمد داود الزعبي،دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، دار الثقافة للنشروالتوزيع، عمان،2011، ص195.

المبحث الثاني

إختيار قواعد التجارة الدولية

إن المعاملات التجارية الداخلية تخضع لمختلف القوانين الوطنية،غير أنه وحسب التطورات التي شهدتها الدول أدى إلى ظهور علاقات تجارية على المستوى الدولي، وتفاديا لكل ما قد يترتب من السلبيات التي قد تنتج من تطبيق القوانين الوطنية ،إستوجب الأمر ضرورة إيجاد قانون يتماشى مع مقتضياتها، وهذا ما أدى إلى ظهور قواعد التجارة الدولية لتطبق على المعاملات التجارية الدولية و ذلك بانصراف إرادة الأطراف إلى إختيارها. كما أن للهيئة التحكيمية حرية إختيارها في حالة غياب هذه الإرادة [1].

سنتعرض إلى دراسة ماهية هذه القواعد(المطلب الأول)، وإلى أي مدى يمكن الأخذ بها كقانون؟(المطلب الثاني).

المطلب الأول

ماهية قواعد التجارة الدولية

تحتل قواعد التجارة الدولية مركزا هاما في معالجتها لمختلف العلاقات التجارية الدولية لذا سنتناول في هذا المطلب كيفية ظهور هذه القواعد (الفرع الأول) وإلى التعريف بقواعد التجارة الدولية في (الفرع الثاني) وتنوع مصادرها في (الفرع الثالث).

الفرع الأول

نشأة قواعد التجارة الدولية

عرفت المجتمعات القديمة أنشطة تجارية مختلفة تهدف إلى إشباع حاجاتها الضرورية، وترتب عن ذلك ظهور حركة إنتقال السلع بين المنتجين، فكانت الوسيلة المستعملة أنذاك هي المقايضة، حيث بدأت التجارة تحتل مركزا هاما ببلوغها درجة من التطور لظهور أعراف تضبط النشاطات التجارية والتي إستقرت بين فئة التجار لتفرض قوتها الملزمة عليهم، فبوجود التجارة أنشأت أسواق ومعارض في بعض الدول الأوربية خاصة المطلة على البحر الأبيض المتوسط،

[1] جمال محمود الكردي، المرجع السابق،ص134.

فيها أتيحت فرصة إنتقال التجار من مختلف المناطق التجارية رغبة منهم بالبحث عن صفقات جديدة،فبهذا الإحتكاك بين التجار الذين ينتمون إلى أقاليم مختلفة نتج عنه مجموعة من سلوكات وعادات تجارية تطبق على ممارسي النشاطات التجارية دون الأخذ بعين الإعتبار إنتمائهم لمناطق معينة[1].

خلال القرون الوسطى الذي عرف كثرة قيام النشاطات التجارية مما زاد في ظهور قواعد التجارة الدولية، حيث إستحوذ التجار على سلطات قوية كونوا عادات وأعراف وإتحدوا فيما بينهم من مختلف المناطق. وما تتميز به التجارة الدولية في هذا القرن هو تحررها من مختلف الديانات والشكليات إلى حد يتلائم مع مرونته، وأصبح قانونا يفرض قوته على كل من ينتمي إلى فئة التجار الذين يمارسون التجارة بغض النظر عن مكان تواجدهم.

فبعد التطور الذي عرفته الأعراف التجارية كما سبق دراسته، أصبحت هذه القواعد المنظمة لأنشطة التجارية بحاجة لتقنينها وذلك خلال القرن السادس عشر، وهي الفترة التي سعت فيها الدول لتحقيق وحدة تشريعية عوضا عن الوحدة العرفية، أي بمعنى أن هذه القواعد التي تضبط المعاملات التجارية بحاجة لوضعها من طرف المشرع الوطني، مما أدى إلى تجريد قانون التجار من محتواه العرفي إلى العالمي، إلا أنه ومع التطور المتزايد للعلاقات التجارية الدولية خلال القرن العشرين ظهرت ملامح جديدة لإكتساب هذه العلاقات دوليتها من جديد، ولإستيعاب جماعات التجار عبر الدول بعدم ملائمتها لظروف التجارة الدولية.

بالرغم من القيود التي فرضتها التشريعات الوطنية إلا أن الأعراف التجارية الجديدة التي تتلائم مع التطورات الخاصة بالمعاملات الدولية فرضت نفسها وغلبت إرادة فئة التجار التشريعات الوطنية[2].

---

[1] عيد عبد الحفيظ، "عقود الأعمال إحياء للقانون التجاري الدولي"،مداخلة ألقيت في أعمالالملتقى الوطني حول عقود الأعمال ودورها في تطور الإقتصاد الجزائري،الذي أجريت فعاليته خلال يومي 14و15 ماي 2012، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص ص24– 25.

[2] المرجع نفسه، ص25 .

الفرع الثاني

تعريف قواعد التجارة الدولية

يصعب إعطاء تعريف لقواعد التجارة الدولية وذلك لإختلاف وجهات النظر سواء من قبل الفقه أو القضاء، حيث إتجه بعض الفقهاء إلى القول بأنه ليس من الممكن وضع تعريف شامل لقواعد التجارة الدولية وذلك بتفضيل تحديد دوليتها من عدمها حسب ظروف كل قضية على حدى في حالة عرضها أمام قضاء التحكيم، بينما إتجه الجانب الآخر من الفقهاء إلى أن دولية قواعد التجارة مصطلح قريب نوعا ما إلى لغة الإقتصاد كونها تعمل على تخطي حدود دولة أخرى، وذلك بإستنادهم إلى أن التجارة البدائية كانت في الأصل دولة وأن تحديد المفهوم الحقيقي للتجارة يتحدد في حالة توسيع مجالها[1]، كما تعرف أيضا بأنها مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات التجارية ذات الصلة بالقانون الخاص والتي ترتبط بأكثر من دولة واحدة[2].

إلا أن التعريف الذي يليق بها هو التعريف المقدم من طرف الأمانة العامة للجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة وذلك في بحثها عن توحيد أحكام التجارة الدولية لسنة 1965 وذلك لإنشاء لجنة تقوم بذلك والتي عرفتها كما يلي "مجموعة القواعد التي لا تسري على العلاقات التجارية المتعلقة بالقانون الخاص والتي تجرى بين دولتين أو أكثر"[3].

في الأخير يتبين أن قواعد التجارة الدولية هي مجموعة القواعد عبر الدولية التي لم يتم وضعها من طرف السلطة التشريعية ولا تكون تابعة لأية دولة، فهي قواعد موضوعية مادية ناتجة عن تطبيقات التجارة الدولية التي يكون مصدرها أعراف وعادات التجار.

---

[1] بلاق محمد، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص11.

[2] وفاء مزيد فلحوط، "النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي"، المؤتمر السنوي السادس عشر، كلية الحقوق، جامعة دمشق، د.س.ن ، ص572.

[3] محمد سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية: (دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع)، دار النهضة العربية، القاهرة،1992، ص ص11-12.

الفرع الثالث

مصادر قواعد التجارة الدولية

تتنوع مصادر قواعد التجارة الدولية من مصادر داخلية وأخرى دولية وهذه الأخيرة تنقسم بدورها إلى إتفاقيات دولية ،الأعراف،المبادئ العامة للقانون وقواعد العدل والإنصاف.

أولا:المصادر الداخلية

تقوم بعض التشريعات بتنظيم عقود التجارة الدولية عن طريق سن قواعد تتلائم مع طبيعة هذه العقود، كما إتجه القضاء هو الآخر إلى وضع قواعد أخرى تنظم عقود التجارة الدولية

أ) التشريع: قامت بعض التشريعات الداخلية بوضع أنظمة قانونية تنظم الروابط العقدية الخاصة بالتجارة الدولية، بالرغم أن المشرع الداخلي لا يهتم إلا بالعلاقات الداخلية ، إلا أنه هناك بعض التشريعات لم تتصدى لهذا التنظيم، ومن أبرز التشريعات التي قامت بهذا التنظيم نجد الشريع التشيكوسلوفاكي والتقنين الخاص بالعقود الإقتصادية الدولية الذي صدر في ألمانيا الديمقراطية [1].

إلا أن هذين التشريعين إشترطا صفة الدولية في العلاقة العقدية من أجل الإعمال بهذه القواعد، كما إشترطا أيضا أن يكون كلا القانونين مختصا بمقتضى قواعد التنازع في حل نزاعات العقود التجارية الدولية، وبهذا لا يمكن تصور تطبيق القانون التشيكوسلوفاكي الخاص بعقود التجارة الدولية أمام القضاء الجزائري تطبيقا مباشرا لأنه لا يعد جزءا من نظامه القانوني، وإنما يتم تطبيقه على العقد الدولي المطروح أمام القضاء إذا إختاره الأطراف، أو إذا أشارت إليه ضوابط الإسناد الإحتياطية في القانون الجزائري وذلك في حالة غياب إرادة الأطراف عن إختيار القانون واجب التطبيق[2].

ب) القضاء: إتجه القضاء الفرنسي إلى وضع قواعد قانونية تنظم بعض المسائل المتعلقة بعقود التجارة الدولية،ومن بين هذه القواعد نجد القاعدة التي تقضي بصحة شرط الدفع بالذهب في

[1] بلاق محمد، المرجع السابق، ص104.

[2] المرجع نفسه ،ص 106.

العقود الدولية، والقاعدة التي تؤكد على حق الدولة في الخضوع لتحكيم في الروابط العقدية الدولية رغم الخطر الوارد في القانون الداخلي[1].

فبالإضافة إلى هذه القواعد نجد أيضا ما يبين أن القضاء يعد مصدر لقواعد التجارة الدولية وذلك لإستخدامه أفكار موجودة في القانون الدولي الخاص، مثل فكرة النظام العام أو الإستناد إلى الإعمال بمنهج تنازع القوانين، كما أدى إستخدام أحكام هذه القواعد إلى منح القضاء طابع العموم والتجريد، الذي لايخلو من القوة الإلزامية المتوفرة فيه، وهذا ما جعل القواعد التي يضعها القضاء من ضمن قواعد القانونالدولي الخاص. التي لا يحتاج تطبيقها إلى منهج التنازع[2].

ثانيا:المصادر الدولية

بالإضافة إلى القواعد القانونية التي تشكل الإطار الوطني للفصل في منازعات عقود التجارة الدولية، نجد القواعد ذات الأصل الدولي المستمدة من الإتفاقيات الدولية والأعراف والعادات الدولية أو تلك المستمدة من المبادئ العامة للقانون أو قواعد العدالة والإنصاف.

أ) المصادر الإتفاقية: هي مجموعة الإتفاقيات المتعلقة بالتجارة الدولية سواء جماعية أو ثنائية، يتم دراستها من طرف منظمات دولية حكومية[3]، وتعد من أهم مصادر القانون الدولي الخاص، والتي يلجأ إليها مباشرة عند وضع قواعد تسري على العلاقات الدولية الخاصة دون العلاقات الداخلية،التي تظل مقيدة بقوانين داخلية للدول المتعاهدة [4]. حيث تتسم الاتفاقيات التجارية الدولية بكونها إتفاقيات ذات علاقة مباشرة بقطاع الأعمال والتجارة الدولية[5].

ولهذا يتم تقسيم الإتفاقيات التجارية الدولية إلى إتفاقيات عامة وأخرى خاصة، حيث أن الإتفاقيات العامة في حقل التجارة الدولية متنوعة، لذا نكتفي بدراسة ثلاثة أنواع منها .

---

[1] بلاق محمد، المرجع السابق، ص ص105- 107

[2] هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق عل العقود التجارية الدولية، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2001، ص716.

[3] عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية : (النظرية المعاصرة)، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر،2007، ص48.

[4] بلاق محمد، المرجع السابق، ص110.

[5] عمر سعد الله، المرجع السابق، ص48.

فعلى سبيل الإتفاقيات العامة، نذكر إتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها وهي ما تم إعتمادها في مؤتمر دبلوماسي في 10يونيو 1958تتضمن 16مادة كما أنها تكون ذات قوة ملزمة لمحاكم الدول المتعاقدة بتنفيذ إتفاق التحكيم وأيضا بالإعتراف بقرارات التحكيم الصادرة في دولة أخرى، دخلت حيز التنفيذ في 7يونيو 1959 وكذلك إتفاقية لاهاي لعام 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية وتعتبر هذه الإتفاقية من الإتفاقيات الشارعة غير الذاتية التي يحتاج تنفيذها إلى إصدار نصوص، مراسيم ...إلخ من طرف الدول المنظمة لها وتسعى هذه الإتفاقية لتحقيق التوازن بين مصالح البائعين و المشترين[1].

كما نجد أيضا من بين الإتفاقيات العامة إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لعام 1980، التي تعتبر من أهم مصادر قواعد التجارة الدولية التي تتميز أنها من ضمن الإتفاقيات الشارعة التي لا يحتاج تنفيذها إلى إصدار تشريع أو مرسوم، لكونها تندرج ضمن القوانين الداخلية للدول المنظمة لها[2].

أما الإتفاقيات الخاصة، فلقد شاهد العقد الدولي تطورا بشأن هذه الإتفاقيات في مجال التجارة الدولية، فهي تضم بدورها عدة إتفاقيات يتم الإشراف على تطبيقها من طرف المنظمة العالمية للتجارة؛ لأنها تعد منبع للقواعد القانونية. وبالنظر إلى كل هذه الإتفاقيات فإن إعتبار الإتفاقيات الدولية مصدرا لقواعد التجارة الدولية لا يدع أي مجال للشك، وذلك للدور الفاعل والبارز لها في وضع قواعد خاصة بالروابط العقدية ذات الطابع الدولي .

إضافة إلى هذه المصادر الإتفاقية نجد أن هناك مصادر شبه إتفاقية أين يمكن للعقود التجارية الدولية أن تستمد قواعدها منها، فالمصادر شبه الإتفاقية هي تلك الوثائق الدولية التي صدرت من بعض المنظمات واللوائح والمراكز العلمية، التي تتضمن قواعد موحدة في إطار قانون التجارة الدولية؛مثل قانون الأونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي[3].

[1] عمر سعد الله، المرجع السابق، ص ص51-52.

[2] المرجع نفسه ،ص 56.

[3] المرجع نفسه،ص57 .

ب) المصادر العرفية الموحدة للتجارة: هي تلك التي نشأت تدريجيا في الوسط المهني والتجاري خاصة في المعاملات الدولية مثل العادات المتداولة في الأوساط المصرفية[1]. و تعتبر الأعراف والعادات التجارية الدولية مصدرا هاما في منازعات العقود التجارية الدولية، التي يقصد منها تلك القواعد الموحدة الغير المكتوبة التي نشأت بتكرار سلوكات معينة في مجالات معينة كالمعاملات التجارية الدولية[2].

إذ قام قضاء التحكيم التجاري الدولي بتطبيق الأعراف والعادات التجارية الدولية تطبيقا مباشرا دون اللجوء إلى تنازع القوانين، رغم أن العادة والعرف ليس لهما نفس القيمة القانونية أمام الهيئة التحكيمية[3]؛ هذا على خلاف القضاء الوطني الذي لا يقوم بتطبيق الأعراف والعادات على منازعات عقود التجارة الدولية كقانون، لأنها ليس من نظامها القانوني[4]. فبالرغم من المعاهدات والإتفاقيات التي نصت على الأعراف والعادات التجارية الدولية، إلا أنه لا يمكن أن تجد الأعراف و العادات التجارية الدولية تطبيقاتها المختلفة سوى أمام قضاء التحكيم، بإعتبار أن قواعدها وضعت خصيصا لتنظيم عقود التجارة الدولية[5].

ج) العقود النموذجية:يقصد بها مجموعة من العقود النموذجية والشروط العامة، التي تشكل مصدرا لقواعد التجارة الدولية لأنها تتضمن إلتزامات الأطراف، وضمانات التنفيذ ومكانه، وأسباب الإعفاء من المسؤولية، ونوع البيع CIF أوFOB ...إلخ، كما تم إعتبارها مصدر كون أنها عبارة عن وثيقة يمكن إستخدامها كعقد، وكما أنها جاءت في صيغ موضوعة من قبل جهات معينة إقليمية كانت أو دولية فهي تساهم بحد كبير في التهرب من تنازع القوانين وبالتالي عدم اللجوء لتطبيق قواعد وطنية[6].

---

[1] محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديد لنشر، القاهرة، د.س.ن ،ص470.

[2] عمر سعد الله، المرجع السابق، ص86.

[3] بلاق محمد، المرجع السابق، ص114.

[4] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص754.

[5] محمد بلاق، المرجع السابق، ص115.

[6] عمر سعد الله، المرجع السابق،ص ص 90- 91.

د) المصادر المبادئية: تعد المبادئ العامة للقانون كأحد مصادر قواعد التجارة الدولية. لكونها عبارة عن قواعد قانونية مشتركة يتم تطبيقها أمام قضاء التحكيم التجاري الدولي. فلهذا نجد عدة أساليب تبين أن المبادئ العامة للقانون عبارة عن مصدر لقواعد التجارة الدولية وذلك في إنشاء المبادئ العامة إما عن طريق نصوص قانونية في مجال التجارة الدولية، أو إستخلاصها من روح نص قانوني معين في مجال التجارة الدولية، أو إنشاءها من طبيعة المعاملات التجارية ومن الأعراف والعادات التجارية الدولية،ولهذا نجد مجموعة من المبادئ العامة التي تشكل مصدرا مثل "مبدأ العقد شريعة المتعاقدين"، "مبدأ توازن الإدعاءات التعاقدية" و"مبدأ تنفيذ العقد بحسن النية" ...إلخ [1].

هـ) مصدر العدالة والإنصاف: تعتبر العدالة كمصدر لقواعد التجارة الدولية، لإمكانية الهيئة التحكيمية باسم العدالة أن تستلهم حلولا للفصل في النزاعات المتعلقة بالعقود التجارية الدولية. ولا يمكن إعتبارها مصدرا إلا إذا تم تفويض الهيئة التحكيمية من قبل أطراف النزاع، وذلك على أساس أن التفويض لا يتم إلا في حالة غياب مصدر أو قانون آخر يطبق على النزاع أو في حالة ما إذا كانت تلك القاعدة تحقق ضرر للأطراف[2].

المطلب الثاني

مدى إعتبار قواعد التجارة الدولية قانونا؟

إتجاه إرادة الأطراف لإختيار قانون دولة معينة أو قانونا وطنيا لضبط موضوع النزاع ليس بمبدأ مطلق، بل يتسع ليشمل حتى قواعد التجارة الدولية التي يكون لهم السلطة في إختيارها كقانون يتخذه المحكم لإصدار حكمه على أساس المبادئ العامة والعادات والأعراف التجارية الدولية حتى لأن تصل لتطبيق قواعد العدل والإنصاف (الفرع الأول)، إلا أن إختيار قواعد التجارة الدولية بدوره ليس إختيار مطلق كون أن تطبيقها يفرض عليها قيود تضع حد لهذه الحرية (الفرع الثاني).

[1] عمر سعد الله،المرجع السابق، ص94.

[2] المرجع نفسه، ص96.

الفرع الأول

إعتبار قواعد التجارة الدولية كقانون

قد تلجأ هيئة التحكيم إلى تطبيق قانون التجارة الدولية ليحكم موضوع النزاع وتفضله عن غيره من القوانين كإختيارها القانون الوطني لدولة ما. وهذا الحق الممنوح لأطراف الخصومة التحكيمية هو حق للهيئة التحكيمية وذلك باللجوء إلى أحكام مختلف العادات والأعراف التجارية لكون أنها مناسبة لضبط موضوع النزاع تهربا من مختلف القيود التي يمكن لها أن تتعرض لها خلال تطبيقها للقوانين الداخلية، إذ يفصل المحكم بكل مرونة بعيدا عن أية عراقيل .

ومن أهم الأعراف التي تلجأ إليها هيئة التحكيم لتطبيقها الأعراف المتعلقة بإعادة التوازن الإقتصادي في مجال العقود الدولية وتلك التي يطلق عليها ما يسمى بقانون التجارة الدولية lex mercatoria، وحتى أعراف التجارة البحرية وتلك المتعلقة بالقوة القاهرة[1].

إتجه أغلب الفقه للإقرار بحرية هيئة التحكيم في إختيار قانون ينظم الخصومة التحكيمية وذلك بالفصل في موضوع النزاع ، فمنهم من يرى أن سلطة المحكم في تطبيق العادات والأعراف التجارية ليست محل نقاش، في حين يؤكد البعض الآخر أن اللجوء إلى الأعراف التجارية يجب أن يكون أمرا عاديا وأوتوماتيكيا في الوظيفة التحكيمية فيما يخص النزاعات الدولية، أما الفقيه "لوسران" يرى أن العادات والأعراف التجارية التي تعد ذات قوة ملزمة تلزم المحكم بتطبيقها على العقود الدولية [2].

كما أقر أيضا الفقيه Derrains هذا الإتجاه حيث يرى أن الأعراف والعادات التجارية الدولية تعتبر بمثابة نظام قانوني مختص، يمكن أن يستند إليه العقد الدولي كالإسناد إلى نظام قانوني وطني على حد سواء [3]. كما أقر القضاء الفرنسي بدوره على حرية الهيئة التحكيمية في

[1] لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص269.

[2] رأي الفقيه لوسران، مشار إليه في كتاب كولا محمد، المرجع السابق، ص226.

[3] جارد محمد، المرجع السابق، ص170.

إختيار مختلف العادات والأعراف التجارية كقانون تراه مناسبا لضبط موضوع الخصومة التحكيمية[1].

فبالإضافة إلى مختلف أراء الفقهاء التي إعتبرت الأعراف والعادات التجارية الدولية مصدرا أساسيا لقانون التجارة الدولية، دعمت بدورها مختلف القوانين الداخلية موقف الفقه وذلك في منح الحرية التامة للهيئة التحكيمية للفصل في النزاع وفقا للعادات والأعراف التجارية[2]؛ و هذا ما أخذ به حتى المشرع المصري في نص المادة 39 /3 التي تنص:" **يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف التجارية في نوع المعاملة**"[3]، فباستقراء نص المادة نجد أن المشرع المصري ألزم الهيئة التحكيمية بمراعاة الأعراف التي تحكم المعاملة، فمثلا إذا كان النزاع متعلق بتجارة التمور فعلى الهيئة التحكيمية أن تراعي ما هو متداول عليه فيالعرف بالنسبة للثمن أو النوع أو القيمة وغيرها من الأمور[4]؛ كما إتجه المشرع الفرنسي أيضا وذلك حسب نص المادة2/1511 التي تنص:

« il tient compte, dans tous les cas, usage du commerce »[5].

أي أنه يفصل المحكم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي إختاره الأطراف، وفي غياب مثل هذا الإختيار فطبقا لما يراه مناسبا وفي كلتا الحالتين ينبغي على المحكم أن يضع في الإعتبار الأعراف التجارية[6].

كما أعطى المشرع الجزائري محكمة التحكيم إمكانية الفصل في النزاع وفقا لما تراه مناسبا من أعراف وهذا ما نصت عليه المادة 1050 من ق.إ.م.إ "...**وفي غياب الإختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها مناسبة**"[7].

---

[1]ROBERT Jan,L'arbitraged :Droit prive, dalloz, 6eme edition, paris, 1993, p269.

[2]لزهر سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص268.

[3]المادة 3/39 من قانون التحكيم المصري رقم27 لسنة 1994، المرجع السابق.

[4]لزهر سعيد، كرم محمد زيدان النجار، المرجع السابق، ص268.

[5]المادة 1511 يتضمن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد، المرجع السابق .

[6]أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي، القاهرة،2000، ص14.

[7]المادة 1050من القانون رقم 09/08، متضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية، المرجع السابق.

إضافة إلى موقف الفقه والقوانين الداخلية نجد أن الإتفاقيات الدولية أيضا سلكت نفس المسار وذلك من خلال المادة 4/28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 والتي تنص: "**وفي جميع الأحوال تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد وتأخذ في إعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة**" [1]، فقد أكدت هذه المادة على أن الهيئة التحكيمية عند فصلها في النزاع تأخذ بعين الإعتبار العادات والأعراف التجارية ، كما إتجهت اللجنة الأوربية للأمم المتحدة لجنيف 1961في المادة 38التي تنص :" **في جميع الأحوال يتعين على المحكمين مراعاة شروط العقد و عادات التجارة** "[2].

يمكن أن يتجه إختيار الأطراف أو المحكم لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع إلى تطبيق المبادئ العامة في القانون الدولي ،التي يقصد بها المبادئ المشتركة بين الأنظمة القانونية المختلفة التي ترتبط إرتباطا وثيقا بالفكر القانوني العام ،حيث أن هذه المبادئ أصبح لها مكانة مهمة في النظام القانوني الدولي الذي يعبر عن الأفكار القانونية للدول[3].

عليه نجد المشرع الفرنسي في نص المادة 1511 السالفة الذكر أنه يفصل المحكم وفقا لقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف، حينها أكد على مبدأ سلطان الإرادة في اختيار قانونا مناسبا للفصل في النزاع، حيث أنه هناك بعض الفقهاء اتجهوا إلى القول أن إستعمال المشرع الفرنسي عبارة القواعد القانونية التي يقصد بها مختلف القواعد التي يمكن أن تكون إما قانون وطني أو أن تستمد قانونها في لوائح التحكيم أو في قانون نموذجي أو في إتفاقية دولية أو حتى الأعراف التجارية والمبادئ العامة للقانون[4]عوضا من القانون عمدا كون أنه كان يقصد من القواعد القواعد القانونية أن حرية أطراف الخصومة غير محدودة فيمكن لهم إخضاع أي قانون لتنظيم الجانب الموضوعي للنزاع ، فهو لا يجبرهم على تطبيق قانون معين والدليل عبارة " قواعد القانون"

---

[1]المادة 4/28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، المرجع السابق,

[2]المادة 38 من الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة1961، المرجع السابق.

[3]وسام توفيق عبد الله،" مبادئ القانون الدولي الخاص"، مجلة الرافدين للحقوق، عدد58، كلية الحقوق، جامعة الموصل، د.ب.ن، سنة 18، ص38.

[4]نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2004، ص157.

، فمن هذا المنطلق يمكنهم إختيار المبادئ العامة والتهرب من النصوص المذكورة في التشريعات الداخلية[1] .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ أيضا بإرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وفقا للمادة 1050 من ق.إ.م.إ السالفة الذكر، حيث أنه سلك ما توجه إله المشرع الفرنسي حين إستعمل قواعد القانون الذي تعطى للأطراف الحرية الكاملة في اللجوء إلى القواعد العامة للقانون[2]؛ كما نجد المشرع المصري أنه سلك نفس المسار الذي سلكه المشرع الفرنسي والجزائري وذلك من خلال نص المادة 39 /1من قانون التحكيم المصري التي تنص:"**تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان** "[3].

للإتفاقيات الدولية دور فيما سبق ذكره حيث تنص إتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الإستثمار لسنة 1965 في نص المادة 42 منها على:" **تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون المختار بواسطة الأطراف**"، كما هو الحال فيما يخص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 الذي ذكر أن هيئة التحكيم تختص بالنظر في النزاع المعروض أمامها بتطبيق القواعد القانونية التي هي في نظر الأطراف حلا لنزاعهم. كما أن الهيئة التحكيمية وحسب الأستاذ Berains تفصل في موضوع النزاع وفقا للمبادئ العامة التي حضيت بقبول واسع على المستوى الدولي، فإختيار المحكم لهذه المبادئ القانونية المشتركة رغبة منه بسحب العقد الدولي من إختصاص القوانين الوطنية، ومن بين هذه المبادئ التي يتخذها المحكم هي مبدأ عدم التعسف في إستعمال الحق ،مبدأ تنفيذ العقد بحسن النية ،مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وغيرها من المبادئ الأخرى[4].

حيث يرى جانب من الفقه الآخر بأن هذه المبادئ لا غنى عنها ولا يمكن تجاوزها كون أن إكتسابها الصفة الدولية جعلتها أساسا ينظم مختلف المعاملات التجارية الدولية.

---

[1]بعزيزي سعاد و بكوش سامية، المرجع السابق ،ص88.

[2]المادة 1050ق.إ.م.إ :" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف ،وفي غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

[3]المادة 39 /1من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة1994، المرجع السابق.

[4]وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق،ص ص573- 574.

بالإضافة إلى ما سبق ذكره فإن المبادئ العامة للقانون هي قواعد ذاتية التطبيق، بحيث لا تستند إلى إرادة الأطراف وإنما إلى النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي الذي يضع العقد الدولي في علاقة مباشرة مع هذه القواعد وهذا حسب ما يراه الفقيه Derrams[1].

وإضافة إلى الحرية التي يتمتع بها الأطراف في إختيار القواعد العامة في القوانين الدولية لضبط موضوع النزاع، نجد أن الهيئة التحكيمية لها نفس الحرية وهذا ما أكدته مختلف التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية بما في ذلك المشرع الجزائري والمشرع المصري.

يمكن للنزاع المعروض على قضاء التحكيم الوصول إلى حل ودي، ويظهر ذلك في إمكانية أطراف الخصومة التحكيمية عدم تطبيق أي قانون أو أية قاعدة قانونية أو حتى محاولة تجنب الاستناد إلى أحد منظمات التحكيم وذلك لتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع ،حينها يفضلون تخويل الهيئة التحكيمية بالصلح .ولا يقوم المحكم بالفصل في النزاع كمحكم بالصلح إلا إذا قام الأطراف بتفويض هذه المهمة إليه بغية الوصول إلى حكم عادل ومنصف يمنح للأطراف الأمان والطمأنينة من خلال تحقيق المساواة بينهم[2].

بما أن المحكم لا يقوم بالمهمة المسندة إليه إلا بإتفاق الأطراف على تفويضهم لها ،فهو إذا غير ملزم بتطبيق مختلف القواعد القانونية فإذا تيقن للهيئة التحكيمية أن تطبيق أية قاعدة قانونية غير منصفة في حق أحد الخصوم فلا يطبقها بل يجب عليه تطبيق ما هو عادل ومنصف. ففي هذه الحالة يكون للمحكم الدولي بإمكانه تجاوز تطبيق القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام الداخلي دون الدولي منها ، وهذا لا يعني أنه لا يحق تطبيق قوانين الداخلية لدولة التي يراها أنها الملائمة لحل النزاع [3]،غير أن هذا الحكم الذي سيحل النزاع ويضع حدا له سيؤثر في مدى تنفيذ الحكم التحكيمي ،فعلى الهيئة التحكيمية التي رأت أن قانون دولة معينة هو القانون العادل والمنصف الأخذ بعين الإعتبار القواعد الآمرة والنظام العام لتلك الدولة [4].

---

[1]جارد محمد، المرجع السابق، ص175.

[2]شويرب خالد، المرجع السابق، ص 185.

[3]محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص144.

[4]عليوش قربوع كمال ، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2004 ،ص56.

بالرغم من أن الهيئة التحكيمية في معظم الحالات تختار النظام القانوني للدولة الملائمة لتطبيقه على النزاع ،إلا أنه يمكن له إستخدام المبادئ العامة للقانون، كما أن له سلطة توسيع مجال قانوني معين أو تعديله لما يتناسب مع النزاع المعروض، مما يساهم في تطور القاعد القانونية الواجبة التطبيق على العقود التجارية الدولية[1].

حيث أن المشرع المصري أجاز للهيئة التحكيمية النظر في موضوع النزاع وفقا لما هو عادل ومنصف رغبة في تحقيق العدالة والمساواة بين الأطراف لكن يتوجب على المحكم وكما سبق الذكر أن لا يحكم في هذه الحالة إلا بعد تفويض الأطراف له بالحكم بالصلح وهذا من خلال ما نص المادة 4/39:"**يجوز لهيئة التحكيم- إذا إتفقا طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح -أن تفصل في الموضوع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون**"[2]، وهذا ما إتجه إليه أيضا المشرع الأردني حسب نص المادة 36 التي تنص:"**يجوز لهيئة التحكيم إذا إتفق طرفي التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون**"[3].

إضافة إلى هذه القوانين، نجد أن هناك العديد من الإتفاقيات التي أخذت بقواعد العدالة والإنصاف للفصل في النزاع، ومن بينها الاتفاقية الأوربية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي في نص المادة 27منه التي تتضمن إمكانية حل النزاع المعروض لدى الهيئة التحكيمية بطريقة ودية إذا كان ذلك وفقا لإرادة الأطراف أو كان القانون الذي يطبق يسمح بذلك [4]،وكذا القانون النموذجي الذي صدرته الأمم المتحدة المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي الذي أكد على إمكانية الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدل والإنصاف حيث جاءت في المادة 3/28منه على:"**لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس مراعاة العدالة والحسنى،أو كمحكم عادل ومنصف إلا إذا أجاز لها**

[1]صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2006، ص76.

[2]المادة 39/ 4 من قانون التحكيم المصري رقم27 لسنة 1994، المرجع السابق.

[3]بعزيزي سعاد و بكوش سامية، المرجع السابق، ص92.

[4]فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص52.

الطرفان ذلك صراحة "[1]،من خلال هذا النص يتبين أنه للمحكم أن يفصل وفقا لما تقتضيه قواعد العدالة والإنصاف لكن بشرط أن يتفق الأطراف على ذلك، فبمجرد الإتفاق الصريح للهيئة التحكيمية للفصل في النزاع يعني أن الأطراف حرروا الهيئة التحكمية من الإلتزام لأحكام أي قانون مهما كان فبتفويضها ينتهي دور الأطراف وتظهر سلطة المحكم التي ليست ملزمة بإتباع نظام قانوني معين[2].

كما اتجهت إتفاقية عمان العربية للتحكيم لسنة 1987 في هذا الشأن، حيث نصت المادة 2/21:"**على الهيئة التحكيمية أن تفصل في النزاع وفق قواعد العدالة إذا إتفق الطرفان صراحة على ذلك** "، لذا فإن الإتفاقية المذكورة تؤكد على الإتفاق الصريح من الأطراف المتعاقدة بتفويض هيئة التحكيم بالحكم وفقا للعدل و الإنصاف دون الإتفاق الضمني[3].

في الأخير فإن منح المحكمين حرية الفصل في النزاع كمفوض بالصلح لا يعني أنه يفصل في النزاع بالتعدي على المبادئ الأساسية للتقاضي التي تعتبر من القرائن التي تساعد بالوصول إلى العدالة، ففيما يخص حالة التحكيم الداخلي فمن البديهي إلتزام المحكم بإحترام قواعد النظام العام الداخلي لقانون البلد الذي تم إختياره .

أما فيما يخص بالتحكيم الدولي الذي نحن بغرض دراسته فإن المحكم الدولي ملزم بالحفاظ وإحترام مقتضيات النظام العام الدولي مما يعني أنه بإمكانه تجاهل النظام العام الداخلي[4]. وأبرز مثال في حالة الأخذ بقواعد العدل والإنصاف كقانون نجد القضية التي ثارت بين حاكم من قطر ضد شركة تسمىoïl international marine فقد قام هذا الحاكم مع الشركة عقد وإتفقا طرفي العقد على أن يكون القانون القطري هو القانون الذي سيطبق كحل لأي نزاع يشوب بينهم ،مهما كان ذلك النزاع إلا أن الحاكم القطري أكد أنه وبالرغم من الإتفاق الصريح فقد أعلن رفضه على

[1]المادة 28 من القانون النموذجي لتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، المرجع السابق .

[2]محمد دواد الزعبي، المرجع السابق ،ص196.

[3]صادق محمد محمد الجبران، التجكيم التجاري الدولي وفقا للإتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام1985، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2006، ص117

[4]لزهر سعيد كرم، محمد زيدان، المرجع السابق، ص271.

تطبيق القانون القطري كون أن المبادئ القانونية هي الأحسن لتفسير هذا النوع من العقود وطبق قواعد العدل والإنصاف بدلا من القانون القطري [1].

الفرع الثاني

حدود تطبيق قواعد التجارة الدولية

إن توجه إرادة الأطراف لإختيار قواعد التجارة الدولية lex mercatoria ليس بتوجه موفق كون أنه يتعرض لإنتقادات هدفها القضاء على هذه القواعد التي يمكن لها مخالفة القواعد الآمرة ومن بين هذه القيود سندرس النظام العام(أولا) ثم نؤول إلى دراسة قواعد ذات التطبيق الضروري(ثانيا).

أولا:النظام العام

النظام العام هي تلك المبادئ والقيم التي تسعى لتنظيم المجتمع والتي تتعلق بالقواعد المشتركة بغض النظر عن التشريع الوطني الذي يحكم موضوع النزاع [2]، فالنظام العام له نطاق واسع يأخذ شرعيته من الأحكام الشرعية الدولية [3]، إلا أن الهدف من كليهما هو صيانة المصالح الجوهرية لمجتمع الدولة،أي أن النظام العام هي تلك القواعد الأساسية و المبادئ العامة لقانون الشعوب و مبادئ قانون التجار إضافة إلى أن قواعد النظام العام الدولي هي التي تهدف إلى تحقيق مصالح المجتمع.

و من خلال هذا التعريف نستخلص نوعين من قواعد النظام العام ألا وهي قواعد النظام العام الداخلية و الدولية[4].

---

[1]علاء محي الدين و مصطفي أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الفكر الجامعي الجديدة، القاهرة، 2008، ص349.

[2]كسال سامية، "النظام العام والتحكيم التجاري الدولي"، مداخلة ألقيت في أعمال الملتقى الوطني حول التحكيم التجاري الدولي ،الذي أجريت فعاليته خلال يومي 8 و9 ماي 2013، جامعة تيزي وزو ، ص08.

[3] بن زكري راضية،"التحكيم التجاري الدولي بين متطلبات التجارة الدولية ومقتضيات النظام العام"، مداخلة ألقيت في أعمال الملتقى الوطني حول التحكيم التجاري الدولي، الذي أجريت فعاليته خلال يومي 08 و09ماي 2013، جامعة سكيكدة،ص16.

[4]فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص174.

حيث إتجه بعض المؤلفين من بينهم الأستاذ "جارلس بروسل" الذي دعى إلى ضرورة التمييز بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي وقال في هذا الشأن أن مجال تطبيق النظام العام الدولي أضيق من نطاق تطبيق النظام العام الداخلي[1].

فإن الدفع بالنظام الداخلي يكون فيما يخص العلاقة الوطنية، أما النظام العام الدولي فيكون بعلاقة قانونية تشمل طرف أجنبي، كما أن القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في القانون الداخلي هي من القواعد التي لا يمكن الإتفاق على مخالفتها وأي خلاف لها يعتبر الحكم باطلا[2]. حيث تنص المادة 93 من ق.م.ج على ما يلي:" إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته أو مخالف للنظام العام والأداب كان العقد باطلا بطلان مطلق"[3].

بما أن النظام العام ليس بفكرة ثابتة يتغير في كل مجتمع بتغير الزمان والمكان،فإنه ليس له أية ظوابط، فالنظام العام في المعاملات الداخلية هي أمر يقدره القاضي مراعيا في ذلك المصلحة العامة، ويجعله من بين القواعد الآمرة التي لا يجوز مخالفتها.

أما النظام العام الدولي فهو على خلاف ذلك، لا سيما في المعاملات التجارية الدولية. فليس كل حكم يتعلق بتطبيق نصوص النظام العام الداخلي هو بالضرورة نفسه على الصعيد الدولي،وذلك للإختلافات المتواجدة بين طبيعة النظم القانونية و الإجتماعية بين الدول[4].

فالنظام العام الداخلي لا يتطابق مع فكرة النظام العام الدولي، خاصة في مجال التحكيم التجاري بإعتباره وسيلة لحل النزعات المتعلقة بالتجارة الدولية؛ لأنه قد لا تتطابق القوانين الداخلية مع معطيات التبادل التجاري الدولي[5].

فبوجود كل من النظام العام الداخلي و النظام العام الدولي فأي من هذه القواعد يكون المحكم ملزم بإحترامها عند الفصل في النزاع و عند إصدار الحكم ؟

---

[1]غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين: (تنازع الإختصاص القضائي الدولي تنفيذ الأحكام الأجنبية دراسة مقارنة)، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2013، ص246.

[2]حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني، دار مجد لاوى، عمان، 1993، ص193.

[3]المادة 93 من القانون رقم 10/05 يتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[4]صبري أحمد محسن الذيابات، المرجع السابق، ص120.

[5]المرجع نفسه، ص120.

فالمحكم ملزم بتطبيق و إحترام قواعد النظام العام الدولي عند الفصل في النزاع المعروض أمامه، ويجب على أطراف النزاع الأخذ بها و إلا أدى ذلك إلى بطلان العقد، كما يقوم بتطبيق وإحترام قواعد النظام العام الداخلي عندما ينفذ الحكم التحكيمي في بلد معين و منه يكون ملزم بأخذ بقواعد النظام العام لتلك الدولة[1].

للتشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية رأي فيما سبق ذكره. حيث أنه بإعتبار أن القرارات الصادرة من الهيئة التحكيمية هي قرارات صادرة عن الخواص، حيث خصص لها المشرع أحكام خاصة بتنفيذها وذلك من خلال المرسوم التشريعي 09/93 السابق الذكر حسب المادة 458 مكرر17[2] والتي تقابلها المادة 1051 من ق.إ.م.إ التي تنص: "**يتم الإعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي**"، وكذلك المادة 1056 ق.إ.م.إ في الحالة السادسة منها التي تنص على :"**لا يجوز إستئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية ...6_إذا كان حكم التحكيم مخالف لنظام العام الدولي** "[3]. وهذا على خلاف في حالة عرض النزاع على القضاء الوطني [4].

يتبين أن المشرع الجزائري خالف مختلف التشريعات العربية والإتفاقيات الدوليةحيث نجد أن المشرع المصري إشترط عدم مخالفة النظام العام الداخلي للإعتراف والتنفيذ بالحكم التحكيمي وذلك وفقا للمادة 2/58 بند "ب" من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 التي تنص على: "**لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقا لهذا القانون إلا بعد التحقق مما يأتي... "ب" أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية**"[5]، بالإضافة إلى المادة 2/53 منه والتي تنص على:"**و تقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا**

---

[1] فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 175.

[2] المادة 458 مكرر 17 من المرسوم التشريعي رقم 09/93 التي تنص على ما يلي:" يتم الإعتراف في الجزائر بالقرارات التحكيمية الدولية إذا أثبت المتمسك بوجودها وكان هذا الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي"

[3] المادة 1051و المادة 1056 من القانون رقم 09/08 ، متضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[4] المادة 24 من ق.م. التي تنص:" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الأداب العامة في الجزائر... يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الأداب العامة".

[5] المادة 2/58 بند "ب" من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، المرجع السابق.

تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية"[1]. فإن الحكم المخالف للنظام العام في الأقاليم الداخلية لمصر هو حكم باطل.

فنفس المسار سلكته الإتفاقيات الدولية في هذا الشأن أبرزها إتفاقية جنيف لعام1927 الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في المادة الأولى منها و كذا إتفاقية نيويورك الخاصة بالإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية و تنفيذها لسنة 1958 و ذلكوفقا لما ورد في المادة الخامسة الفقرة الثانية بند "ب" : "**و التي تنص يمكن رفض الإعتراف بقرار التحكيم و تنفيذه اذا رأت السلطات في البلد المطلوب تنفيذ القرار فيه أن الإعتراف بذلك القرار و تنفيذه يناقض السياسة العامة للبلد**" ، فكل حكم مخالف لنظام العام للبلد الذي ينفذ فيه حكم التحكيم كلها أحكام باطلة و لا يتم الإعتراف بها ولا تنفيذها[2].

ثانيا:القواعد ذات التطبيق الضروري

يعرف الأستاذFrancesca kis القواعد ذات التطبيق الضروري، بأنها تلك القواعد التي يتعين مراعاتها لأجل حماية التنظيم السياسي و الاجتماعي والاقتصادي للدول،بغض النظر عن طبيعة العلاقة القانونية[3]، وهناك من عرفها على أنها عبارة عن حوافز و قيود توضع لتحديد حرية الأطراف في إبرام وتنفيذ العقود، فإرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق للفصل في موضوع النزاع يمكن أن يؤدي إلى الإفلات من القواعد الأمرة لتلك الدولة، لذا يتطلب الإستعانة بسلطة القاضي في إعمال قواعد ذات التطبيق الضروري.

للهيئة التحكمية عند تطبيقها قانون إرادة الأطراف السلطة التقديرية في إستبعاد القانون الواجب التطبيق خاصة إذا تعلق الأمر بقانون مخالف للقواعد الآمرة كما سبق الذكر، وبناء على هذا نؤول إلى دراسة إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية للعقد والأجنبية عن العقد .

إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية لقانون العقد:رغم أن المحكم يستمد سلطته من إتفاق الأطراف،إلا أنه ملزم بمراعاة القواعد ذات التطبيق المباشر التي هي جزء من إتفاق

[1]المادة 53 / 2 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، المرجع السابق.

[2]نورة حليمة، التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستير، تخصص: إدارة الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2014، الجزائر، ص89.

[3]إياد محمود بروان ،التحكيم والنظام العام:(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2004، ص404.

الأطراف على تطبيقه خاصة عند إنتمائه إلى القانون الداخلي الذي يحدده المحكم بوصفه واجب التطبيق ،فما على المحكم سوى إحترام تلك القواعد التي تنتمي لقانون العقد les loi de police appartement a la lex contra actus[1]. فالهدف من ضرورة التطبيق الضروري للقواعد التي تنتمي للعقد لا يعد تجاوز لمنهج تنازع القوانين وإنما إعمالا له بحد ذاته ،فإذا كان منهج التطبيق الضروري منهجا يستبعد تماما المرور بقاعدة التنازع والإسناد إليها فهذا غير صحيح لأن تطبيق قواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية لقانون العقد هي بحد ذاتها قاعدة إسناد [2].

إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الاجنبية عن قانون العقد: كما سبق أن تطرقنا إلى أن المحكم يلتزم بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي للعقد سواء تم إختيارها من قبل الأطراف المتعاقدة أو من قبل المحكم،ففي حالة القانون الأجنبي عن العقد فإن المحكم يتمتع برخصة إحترامها إذا كانت أجنبية عن قانون العقد[3]،أي المحكم ملزم بتطبيق قواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية لقانون العقد أما الأجنبية عن قانون العقد فهو ملزم بمواجهتها فقط.أي الأولى تكون محل إلزام أما الثانية تكون محل رخصة [4]؛ كون أن المحكم التجاري الدولي ليس له لا قانون القاضي lex fori ولا قانون المحكم lex arbitri فإنه لا يكون مقيد بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الوطنية لكون أنه لا يقوم بالفصل في النزاع بإسم أية دولة وطنية .مما يعطي له حرية تطبيق قواعد ذات التطبيق الضروري الأجنبية عن العقد[5].

بذلك فلا يجب للقواعد عبر الدولية مخالفة القواعد ذات التطبيق الظروري في الأنظمة القانونية التي لها علاقة بالنزاع، خاصة فيما يخص المكان الذي يجري فيه التحكيم أو في دولة تنفيذ ذلك الحكم لضمان فعالية تنفيذ حكم التحكيم [6].

---

[1]نادر محمد محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي ،ط2 ،منشأة توزيع المعارف، الإسكندرية، 2000، ص500.

[2]أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، د.د.ن،القاهرة ،2003،ص96.

[3]نادر محمد محمد إبرهيم ،المرجع السابق،ص 501.

[4]المرجع نفسه، ص501.

[5]أشرف وفا محمد، المرجع السابق،ص100.

[6]نادر محمد محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص105.

خاتمة

من خلال معالجتنا للقانون واجب التطبيق على الدعوى التحكيمية في كلا جانبيها الإجرائي و الموضوعي التي تعد من أهم المسائل الضرورية التي تستلزم التدقيق فيها، نجد أن قضاء التحكيم يعطى حرية واسعة للأطراف في اللجوء إليه و ذلك تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة ، حيث يجعل من إرادة الأطراف الأساس الذي يقوم عليه في جميع مراحله، هذا ما يميزه عن القضاء الوطني الذي لا نجد فيه أي أثر لإرادة الأطراف فهو مقيد بتطبيق قانون دولته.

إلا أن الحرية الممنوحة للأطراف في إختيار التحكيم التجاري الدولي طريقا لفض نزاعهم ليست بالحرية المطلقة بل هناك حالات أين لا يمكن فيها اللجوء إليه، من بين هذه الحالات التي تقيد حريتهم حالة الأشخاص و أهليتهم و كذا النظام العام. كما أنه في حالة ما تم إنصراف إرادة الأطراف إلى إختيار أحد مراكز التحكيم الدائمة للفصل في نزاعهم يحد من حريتهم فيخضعون للقواعد النافذة فيها. أما إذا اختاروا تطبيق قانون دولة معينة لتنظيم مختلف القواعد الإجرائية و الموضوعية فيها دون القواعد الخاصة، فالأطراف و الهيئة التحكيمية ملزمين بالأخذ بعين الاعتبار القواعد الآمرة التي لا يمكن مخالفتها، فلا تتدخل الدولة في قراراتهم إلا إذا كان هناك مساس بالنظام العام أو لضمان حسن سير العملية التحكيمية، والتسليم بإرادة الأطراف العاديين يؤدي إلى اعتبارهم بمثابة مشرعين إلا انه و كما هو معروف أن الدولة هي الوحيدة التي تملك صلاحية وضع القوانين و تحديد نطاق تطبيقه، وإن كان للأطراف الحق في ذلك لا بد من إدراج قانون يعطي للأطراف هذه الصلاحية كون أن القانون لا يختار بل يفرض سلطته على المتعاقدين.

ويتبين أيضا أن الحرية والإمكانيات التي يتمتع بها الخصوم هي نفسها التي أتيحت للهيئة التحكيمية، إذ يشهد الواقع العملي تأكيد متزايد على حرية المحكم الدولي فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق، وهذه الحرية أتيحت للمحكم في حالة غياب قواعد ملزمة، لذا له أن يعمل أراءه وأفكاره القانونية لمعالجة ذلك النزاع. كما يمكن أن تتسع سلطته، وذلك بإتخاذ القوانين الوطنية وغير وطنية كقواعد التجارة الدولية. إلا أنه يمكن للهيئة التحكيمية التحايل مع احد الأطراف المتعاقدة في اختيار قانون يخدم مصالحها الذاتية، فتتخذه قانونا يطبق على المسائل الإجرائية و حتى الموضوعية وهذا ما ينتج عنه غياب العدالة.

وإستناد إلى ما تقدم، يتبين أن المشرع الجزائري كرس مبدأ سلطان الإرادة ، ويبرز ذلك جليا من خلال:

1.تكريس مبدأ سلطان الإرادة بصفة واسعة في إختيار القانون واجب التطبيق، وذلك عن طريق منح الأطراف الحرية الواسعة لإختيار الفواعد القانونية التي تضبط إجراءات التحكيم وموضوع نزاعهم ،سواء كانت قواعد موضوعية داخلية أو كانت قواعد موضوعية دولية والتي تسمى بالقواعد عبر الدولية أو قواعد التجارة الدولية .

2.تكريس إستقلالية الهيئة التحكيمية في تحديد القانون واجب التطبيق ،وذلك بمنحها سلطة تقديرية واسعة لتطبيق قواعد القانون دون إلزامية تطبيق أي قاعدة تنازعية .لذا فإن المشرع قد حرر الهيئة التحكيمية من الخضوع لأي منهج تنازعي ، وما يؤكد ذلك هو إستعماله مصطلح –قواعد القانون– في المادة 1050 ق.إ.م.إ ،فبالتالي يكون المشرع الجزائري قد حقق توازنا بين إرادة الأطراف و سلطة الهيئة التحكيمية في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع .كما أن المشرع الجزائري قد وفق في منح حرية إختيار القواعد القانونية على موضوع النزاع ، وإستبعاده إمكانية الفصل في الزاع كمفوض بالصلح لأن ذلك يؤثر بشكل نسبي على طبيعة التحكيم ،فالقانون المختار سواء من قبل الأطراف أو الهيئة التحكيمية ليس بقانون مطلق بل يتعرض لقيود تمنع من تطبيقه وإلا أدى إلى عدم الإعتراف بالحكم التحكيمي و تنفيذه.

بالرغم من الإنتقادات التي وجهت في هذا الصدد إلا أن اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي هي الوسيلة الناجعة كون أنها تساير تطورات التجارة الدولية و التي تسعى لتحقيق العدالة على أكمل وجه عند فصل الهيئة التحكيمية في النزاع، لذا يجب إعادة النظر فيما يخص نزاهة الهيئة التحكيمية من خلال الحرية الممنوحة لها.

حيث نقترح على الدول التي لم تعترف بالتحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات أن تعيد نظرتها وذلك بتعديل قوانينها والاعتراف به، ، كما ندعوا المشرع الجزائري إلى إتخاذه موقفا صريحا فيما يخص إرادة الأطراف في إختيار القانون واجب التطبيق في دعوى التحكيم دون الأخذ بالإرادة الضمنية التي قد لا تترجم على أكمل وجه فيمكن للمحكم أن يقع في خطأ تقديرها.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

I- <u>الكتب</u> :

1- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

3- أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية: (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2003 .

4- _____، إتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية: (دراسة فقهية ،قضائية مقارنة)، دار الفكر الجامعي، القاهرة،2003.

5- أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، د.د.ن، القاهرة، 2003 .

6- إياد محمود بروان، التحكيم والنظام العام: (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2004.

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

8- حسن الهداوى، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني، دار مجد لاوى، عمان، 1993.

9- حمزة أحمد الحداد، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014.

10- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحداث أحكام القضاء المصري ، دار الشروق، القاهرة، 2002.

11- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.

12- صادق محمد محمد الجبران، التحكيم التجاري الدولي وفقا للإتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام1985، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2006.

13- صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2006.

14- طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، ط7، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.

15- عبد العزيز الزعباني، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، د.د.ن، د.ب.ن، 2013.

16- عامر فتحي البطانية، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي: (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

17- علاء محي الدين، مصطفي أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الفكر الجامعي الجديد، القاهرة، 2008.

18- عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

19- عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية : (النظرية المعاصرة)، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

20- عمر عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2003.

21- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين: (تنازع الإختصاص القضائي الدولي تنفيذ الأحكام الأجنبية دراسة مقارنة)، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2013.

22- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي:(دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري) الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

23- كولا محمد، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008.

24- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية و القوانين المقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

25- لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار،التحكيم التجاري الدولي: (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2010.

26- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديد لنشر، القاهرة، د.س.ن.

27- محمد داود الزعبي، دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2011.

28- محمد سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية: (دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

29- محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي: (بين النظرية و التطبيق)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

30- محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

31- مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي:(دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، القاهرة، 2010.

32- منير عبد المجيد، الأسس العامة لتحكيم التجاري الدولي والداخلي في القانون الخاص: (في ضوء الفقه وقضاء التحكيم)، منشأة المعارف، القاهرة، 2000.

33- مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، 2005.

34- نادر محمد محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي، ط2، منشأة توزيع المعارف، الإسكندرية، 2000.

35- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2004.

36- هشام خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2001.

37- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية، ط2، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2001.

II- <u>الرسائل و المذكرات الجامعية</u>:

أ- <u>الرسائل</u> :

1- سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية ، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق،جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012.

2- شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق،جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009.

3- صبري أحمد محسن الذيابات، إجراءات التحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2004.

4- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011.

5- عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر: (على ضوء الإتفاقيات الدولية للجزائر)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، د.س.م.

ب- <u>المذكرات:</u>

1-<u>مذكرات ماجستير:</u>

1- إلهام عزام وحيد الخراز، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع: (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين،2009 .

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

3- بلاق محمد، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان ،2011.

4- بوديسه كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

5- تعويلت كريم، إستقلالية إتفاق التحكيم التجاري الدولي:(دراسة مقارنة على ضوء المرسوم التشريعي رقم 09/93 والقانون المقارن)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004.

6- جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي: (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قي القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010.

7- سعال حسينة، القانون الواجب التطبيق في التحكيم الحر في العلاقات التجارية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: قانون العقود، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015.

8- سعد خليفة خلف الهيفي، القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني، رسالة ماجستير مقدمة إستكمال للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2013.

9- عجيري عبد الوهاب، شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سطيف 2، 2014.

10- كليبي حسان، دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، شعبة قانون خاص ،تخصص :عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، بومرداس،2013 .

2- مذكرات ماستير :

1- أيت الجودي باية و بجاج حكيمة، التحكيم كإحدى طرق تسوية النزاعات في عقد فرنشيز، مذكرة لنيل شهادة الماستير في الحقوق، فرع القانون الإقتصادي وقانون الأعمال،تخصص: القانون العام للأعمال، كليةالحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2014.

2- بعزيزي سعاد و بكوش سامية، مظاهر سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2015 .

3- بلغول دنيازاد، سلطات المحكم في التحكيم التجاري الدولي: (دراسة في القانون الجزائري و القانون النموذجي للأمم المتحدة)، مذكرة لنيل شهادة الماستير في الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2013 .

4- بوكلال مبروك، دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستير في الحقوق، تخصص: القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012.

5- مسعودي أسماء، المحكم في خصومة التحكيم الدولي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، قسم حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015.

6- نورة حليمة، التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستير، تخصص: إدارة الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة،2014 .

III- المقالات:

1- العايبي البشير، "القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)"، مداخلة ألقيت في أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لتسوية النزاعات –

الحقائق و التحديات–، أجريت فعاليته خلال يومي 26و27 أفريل 2016، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص ص1–13.

2– أيت منصور كمال، "النظام العام في إجراءات التحكيم التجاري الدولي"، مداخلة ألقيت في أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر بين التكريس التشريعي و الممارسة التحكيمية الذي أجريت فعاليته خلال يومي 14و15 جوان 2006، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية،ص ص41–53.

3– بن زكري راضية، "التحكيم التجاري الدولي بين متطلبات التجارة الدولية ومقتضيات النظام العام"، الملتقى الوطني حول التحكيم التجاري الدولي، يومي 08 و09ماي 2013، جامعة سكيكدة، ص ص1–24.

4– بوالصلصال نور الدين، "التسوية التحكيمية في كل من نظام الأوكسيد و نظام اليونستيرال: (دراسة مقارنة)"، مجلة البحوث و الدراسات الإنسانية، العدد 10، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2015، ص ص100–118.

5– خلفي عبد الرحمان،" التحكيم التجاري الدولي في عقود البترول"، المؤتمر السنوي 21، الطاقة بين القانون والإقتصاد، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، يومي 20–21 ماي 2013، ص ص1393–1436.

6– راشدي سعيدة،" التحكيم التجاري الدولي"، مداخلة ألقيت في أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر بين التكريس التشريعي و الممارسة التحكيمية الذي أجريت فعاليته خلال يومي 14و15 جوان 2006،كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية،ص ص 326–342.

7– شاهر مجاهد الصالحي، "إتفاق التحكيم"، ورقة عمل مقدمة لملتقى التحكيم الثاني الذي تنظمه وزارة الصناعة والتجارة، صنعاء،6 مايو2014،ص ص1–27.

8– عواشرية رقية، "القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي"، مداخلة ألقيت في أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر بين التكريس التشريعي و

الممارسة التحكيمية، الذي أجريت فعاليته خلال يومي14و15 جوان 2006، كلية الحقوق، جامعةعبد الرحمان ميرة ،بجاية، ص ص 343-346.

9- عيد عبد الحفيظ ،"دور إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على دعوى التحكيم التجاري"، مداخلة ألقيت في أعمال ملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي بين تكريس تشريعي والممارسة التحكيمية ،الذي أجريت فعاليته خلال يومي 14و15 جوان 2006،كلية الحقوق،جامعة عبد الرحمان ميرة ،بجاية، ص ص 32- 40.

10- _____ ، "عقود الأعمال إحياء للقانون التجاري الدولي"، مداخلة ألقيت في أعمال الملتقى الوطني حول عقود الأعمال ودورها في تطور الإقتصاد الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الذي أجريت فعاليته خلال يومي 14و15 ماي 2012،ص ص 23-32.

11- عيساوي محمد، "إشكالية تنفيذ الأحكام التحكيمية الباطلة في ضوء قانون الإجراءات المدنية الإدارية"، مداخلة ألقيت في أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لتسوية النزاعات –الحقائق و التحديات–، الذي أجريت فعاليته خلال يومي 26 و27 أفريل 2016، ص ص1-18.

12- فؤاد ديب، "المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية،" مجلة العلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد رقم 24، عدد2، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2008، ص ص33-56.

13- فراس يوسف الكساسة، "صلاحية قانون العقد للتطبيق على التصرفات الإنفرادية عند تنازع القوانين"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، عدد 53، مؤرخة في يناير 2012، ص ص 304-307.

14- كسال سامية، "النظام العام والتحكيم التجاري الدولي"، مداخلة أقيت في أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي ، الذي أجريت فعاليته خلال يومي 8 و9 ماي 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص ص1-24.

15- مظفر ناصر حسين، "القانون الواجب التطبيق على قرارات هيئات التحكيم الدولية"، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية،العراق، العدد 7، لسنة 2، ص ص1-36.

16- موكه عبد الكريم، "القانون واجب التطبيق في خصومة التحكيم"،مداخلة ألقيت في أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لتسوية النزاعات –الحقائق والتحديات-،الذي أجريت فعاليته يومي 26و27 أفريل 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل،ص ص1-13.

17- ناصر عثمان محمد عثمان، "معايير دولية التحكيم"، المؤتمر السنوي السادس عشر، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، د.س.ن، ص ص 47-68.

18- وسام توفيق عبد الله، "مبادئ القانون الدولي الخاص،" مجلة الرافدين للحقوق، عدد58، كلية الحقوق، جامعة الموصل، د.ب.ن، سنة 18، ص ص34-71.

19- وفاء مزيد فلحوط، "النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي"، المؤتمر السنوي السادس عشر، كلية الحقوق، جامعة دمشق، د.س.ن،ص ص 551 _581.

20- يحياوي نورة،" ضمانات حق الدفاع في خصومة التحكيم"، مداخلة ألقيت في أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائربين التكريس التشريعي و الممارسة التحكيمية، الذي أجريت فعاليته خلال يومي 14و 15 جوان 2006، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص ص392-405.

V. النصوص القانونية:

أ- الإتفاقيات الدولية:

1- إتفاقية نيويورك ، المصادق عليها بموجب المرسوم رقم88-233،المؤرخ في 5 نوفمبر سنة1988،يتضمن الإنضمام بتحفظ إلى الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويرك بتاريخ 10 جوان 1958 و الخاصة باعتماد القرارات الأجنبية و تنفيذها،ج ر عدد 48 لسنة 1988.

2- إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95،المؤرخ في 1995/10/10،ج ر عدد 66 لسنة 1995 .

ب- النصوص التشريعية:

1- أمر رقم 75/ 58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، متضمن القانون المدني،ج ر عدد78 المؤرخة في 30سبتمبر 1975، معدل و متمم بالقانون رقم05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005 ج.رعدد 44 لسنة 2005.

2- مرسوم تشريعي 93-09 مؤرخ في 25 أفريل سنة 1993، يعدل و يتمم الأمر رقم 154/66 مؤرخ في 8 يونيو سنة1966 ، متضمن قانون الإجراءات المدنية،ج.ر عدد27 مؤرخ بتاريخ 27 أفريل سنة 1993(ملغى).

3- قانون رقم 09/08 مؤرخ في 2008/02/25، متضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر ، عدد 21، مؤرخ في 2008/04/23.

IV- الوثائق:

1- الإتفاقية الأروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف 21 نيسان 1961 المنشورة على الموقع الإلكتروني: www.drmmahran.com

2- إتفاقية جنيف لسنة 1927 المتعلقة بتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبيةالمنشورة على الموقع الإلكتروني:www.egyiac.org

3- قانون رقم27 لسنة 1994 يتضمن قانون التحكيم المصري المنشورفي مجلة إتحاد الجامعات العربية للدراسات و البحوث القانونية، عدد 4 لسنة 1996،ص 240 و ما يليها.

4- قانون الأونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي أعتمدت في عام 2006 المنشور على الموقع الالكتروني : www.unictral.org

ثانيا: باللغة الفرنسية

I- Ouvrages

1- ROBERT Jan,L'arbitrage : Droit prive, Dalloz, 6eme édition, Paris, 1993.

2- TRARI TANI Mostefa, Droit algérien de l'arbitrage commercial international , Berti Edition, Alger, 2007.

II- Textes juridiques :

1- Décret n°48-2011portant réforme de l'arbitrage, Applicable en matière d'arbitrage international, Journal officiel n°0011 Du 14 janvier 2011 :www.lègifrance.gouv.fr

2- Règlement (CE) N° 593/ 2008 DU PARLEMENENT Européen ET DE CONSIEL, SUR LA LOI APPLICABLE AUX OBLIGATION CONTRACTUELLES (Rome 1), du 17 juin 2008.

الفهرس

مقدمة 6

الفصل الأول

القانون واجب التطبيق على الإجراءات

المبحث الأول : تولي الأطراف تحديد القانون واجب التطبيق على الإجراءات 12
المطلب الأول : التنظيم المباشر للقواعد الإجرائية واجبة التطبيق أمام الهيئة التحكيمية 12
الفرع الأول : أساس مبدأ التنظيم المباشر 12
الفرع الثاني : كيفية تولي الأطراف بأنفسهم تنظيم القواعد الاجرائية 16
المطلب الثاني : قانون الإرادة هو قانون وطني أو ما نصت عليه لائحة مركز التحكيم 20
الفرع الأول : قانون الإرادة هو قانون وطني 21
أولا:موقف الإتفاقيات الدولية..... 21
ثانيا:اموقف لتشريعات الوطنية 22
الفرع الثاني : قانون الإرادة هو ما نصت عليه لائحة مركز التحكيم 24
أولا:موقف الإتفاقيات الدولية..... 24
ثانيا:موقف التشريعات الوطنية 26
المبحث الثاني :تحديد القانون واجب التطبيق عند غياب الإرادة 28
المطلب الأول : تولي هيئة التحكيم تحديد القانون المختص..... 29
الفرع الأول : تطبيق قانون مقر التحكيم 29
أولا : المقصود بقانون مقر التحكيم 30
ثانيا : أ ساس خضوع القواعد الإجرائية لقانون مقر التحكيم..... 34
الفرع الثاني : تولي هيئة التحكيم إختيار القواعد الإجرائية الملائمة 35

المطلب الثاني : القيود الواردة على حرية الهيئة التحكيمية في اختيار القواعد الإجرائية 37

الفرع الأول : إحترام المسائل الجوهرية في مجال التقاضي 37

أولا :إحترام حقوق الدفاع 38

ثانيا :إحترام مبدأ المساواة 39

ثالثا: إحترام مبدأ الوجاهية بين الخصوم principe du contradictoire 42

الفرع الثاني : إحترام قواعد النظام العام 44

الفصل الثاني

القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع

المبحث الأول : إختيار قانون وطني 48

المطلب الأول : قانون الإرادة هو قانون وطني لدولة معينة 48

الفرع الأول : كيفية تحديد القانون المختص حالة عرض النزاع على القضاء الوطني 48

أولا:الوضع في الإتفاقيات الدولية 49

ثانيا: الوضع في التشريعات الوطنية 50

الفرع الثاني : كيفية تحديد القانون المختص حالة عرض النزاع على قضاء التحكيم 51

أولا:موقف القوانين الوضعية 51

ثانيا:مدى إلتزام المحكم بتطبيق قانون الإرادة ؟..... 55

ثالثا: إستبعاد الإحالة عند تطبيق قانون الإرادة من قبل المحكم..... 56

المطلب الثاني : إختيار قانون وطني من قبل المحكم 57

الفرع الأول : تطبيق المحكم لقواعد تنازع القوانين 57

أولا: تطبيق قواعد الإسناد في مقر التحكيم 58

ثانيا: تطبيق قواعد الإسناد لدولة تنفيذ قرار التحكيم..... 59

ثالثا: تطبيق قواعد الإسناد لقانون الموطن أوالجنسية المشتركة للأطراف 60

رابعا: تطبيق قواعد الإسناد لقانون بلد أو جنسية الهيئة التحكمية 61

الفرع الثاني : التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق 62

المبحث الثاني : إختيار قواعد التجارة الدولية 65

المطلب الأول : ماهية قواعد التجارة الدولية..... 65

الفرع الأول : نشأة قواعد التجارة الدولية 65

الفرع الثاني : تعريف قواعد التجارة الدولية..... 67

الفرع الثالث : مصادر قواعد التجارة الدولية 68

أولا:المصادر الداخلية..... 68

ثانيا:المصادر الدولية 69

المطلب الثاني : مدى إعتبار قواعد التجارة الدولية قانونا؟ 72

الفرع الأول : إعتبار قواعد التجارة الدولية كقانون..... 73

الفرع الثاني : حدود تطبيق قواعد التجارة الدولية 80

أولا:النظام العام..... 80

ثانيا:القواعد ذات التطبيق الضروري 83

خاتمة 86

قائمة المراجع..... 89

الفهرس..... 101

ملخص

إن التحكيم التجاري الدولي وسيلة فعالة لفض النزاعات المتعلقة بالمعاملات التجارية الدولية، إذ تعتبر مسألة القانون واجب التطبيق عليها من المسائل المهمة، خاصة عند عرضها أمام هيئة ليس لها قانون اختصاص. فتلعب إرادة الأطراف فيما يخص تحديد القواعد الإجرائية دورا هاما ؛ وذلك بتحديدهم لتلك القواعد، إلا أنه في حالة غياب الإرادة تتدخل الهيئة التحكيمية لتحديدها؛ باختيار قانون مقر التحكيم أو ما تراه مناسبا من قواعد إجرائية.

أما فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، فقد منحت للهيئة التحكيمية حسب ما تراه مناسبا نفس الحرية الممنوحة للأطراف و ذلك وفقا لقواعد القانون التي تتماشى مع تلك المعاملات .

Résumé

L’arbitrage commercial international est un moyen actif à la résolution des litiges relatifs à des transactions commerciales internationales. La mise en application de l’affaire de droit est primordiale ; lors de son exposition devant le tribunal non compétent. Cependant, La volonté des parties joue un rôle important dans la détermination des règles de procédures. Dans le cas de l’absence de la volonté, le tribunal arbitral intervient pour les déterminer : soit par la loi du siège arbitral ou par rapport à des règles de procédures adéquates.

Concernant, le droit d’application sur le fond du litige, se procure du même principe de liberté des parties tout en se référant aux règles de droit, qui sont en similitude aux transactions commerciales.